

يملك الإصرار على حجز جزء من التركة ، ورفض عرض الورثة في حالة قاموا بتقديم كفيل مليء ، أما إذا حل الأجل و لم يتم الورثة بتسليم المبيع (المسلم فيه ) ، فهنا يسترد البنك ( رب السلم ) المبلغ الذي دفعه مع طلب التعويض إذا كان له وجه ، فنجد أن الحكم القانوني قد راعى جانب المصلحة والتيسير لكلاً من البنك ( رب السلم ) و ورثة المسلم إليه (البائع) .<sup>١٤٢٨</sup> و قد اخذ بمقتضى هذا الحكم من القوانين الوضعية الأخرى كل من :قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (٥٧٣) <sup>١٤٢٩</sup> ، و قانون المعاملات المدنية السوداني في المادة (٢٢٠) <sup>١٤٣٠</sup> ، بينما ذهب القانون المدني اليمني في المادة (٥٦٥) إلى أنه: (يبطل الأجل بموت المسلم إليه ، ويؤخذ المسلم فيه أي الغائب من التركة في الحال) .<sup>١٤٣١</sup>

سوف نعالج في المطلب الثاني من هذا المبحث الأول مسألة أخرى تشكل ضابط من ضوابط الاستثمار عن طريق بيع السلم ، وذلك من خلال الرجوع للقواعد العامة التي تحكم عقد البيع والتي تعالج مسألة هلاك المبيع و سنقوم بتكفيها على عقد بيع السلم المصرفي ، لأننا لم نجد في نصوص القانون المدني الأردني الخاصة المنظمة لعقد السلم ما يشير بالحديث عن حالة هلاك المسلم فيه ومن يتحمل تبعه الهلاك في عقد بيع السلم ، هل هو المسلم (المشتري) أم المسلم إليه (البائع) ، بحيث سوف يتركز الحديث في هذه المسألة على حالات هلاك المبيع الذي هو في عقدنا يسمى (المسلم فيه) بعد العقد و قبل التسليم ، لأن هلاكه قبل انعقاد العقد لا يترتب أي آثار لكون العقد لم ينعقد بعد ، كما أن هلاك المسلم فيه بعد انعقاد العقد و إتمام عملية التسليم لا يثير أي مشكلة ، و لتوضيح حالات الهلاك التي تقع على عقد السلم المصرفي كان علينا أن نستعرض حالات الهلاك بشكل من التفصيل في المطلب القادم.

#### المطلب الثاني : تبعه الهلاك في عقد بيع السلم

يتركز البحث في تبعه الهلاك على حالة هلاك المبيع قبل التسليم و هو دائماً على البائع وليس على المشتري ، خلافاً للقاعدة التي تقول بأن الهلاك يكون على المالك ، أما هلاك المبيع (المسلم فيه ) بعد التسليم فلن نبحثه لأنه بالبداية يكون على المشتري البنك ( المسلم ) الذي أصبح حائزاً له ، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٩١) من القانون المدني الأردني بقولها : (إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري بصورة صحيحة أصبح غير مسؤول عما يصيب المبيع بعد ذلك) <sup>١٤٣٢</sup> ، فالمادة تحدثت عن حالة تسليم البائع ( المسلم إليه ) المبيع ( المسلم فيه ) للمشتري ( المسلم ) ، فإذا تم التسليم بصورة مطابقة للقانون ، كان البائع ( المسلم إليه ) غير مسؤول عما يحدث للمبيع (المسلم فيه ) بعد ذلك ، إنما يكون المشتري (المسلم ) هو المسؤول عن تبعه هلاك المبيع ( المسلم فيه ) ، وللحديث عن هلاك المسلم فيه في عقد بيع السلم المصرفي قبل التسليم كان علينا الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لحالات هلاك المبيع في عقد البيع والتي ورد ذكرها في المواد من (٥٠٠-٥٠٢) من القانون المدني الأردني وذلك لعدم وجود ما يسعنا لحكم هذه الحالة في القواعد القانونية التي نظمت

<sup>١٤٢٨</sup> . محمد يوسف الزعبي، مرجع سابق، ص ٤٨٦، انظر المذكرات الإيضاحية ، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٣٩.

<sup>١٤٢٩</sup> . المادة (٥٧٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) ، لسنة ١٩٨٥م.

<sup>١٤٣٠</sup> . المادة (٢٢٠) من قانون المعاملات المدنية السوداني، لسنة ١٩٨٤م.

<sup>١٤٣١</sup> . المادة (٥٦٥) من القانون المدني اليمني ، المعاملات الشرعية ، الكتاب الثالث، العقود المسماة في الفقه الشرعي ، الصادر بقانون رقم

(١٤) ، لسنة ٢٠٠٢م.

بيع السلم ، وسوف نناقش حالات هلاك المبيع قبل التسليم و كيف عالجها المشرع ومن يتحمل تبعه الهلاك و سنعمل على تكييفها على عقد بيع السلم .

و بالرجوع للقواعد العامة نجد أن ما ينطبق على حالة بيع السلم هي ثلاث حالات :  
**الحالة الأولى :** حالة هلاك المبيع قبل التسليم بفعل الغير ، حيث أن الهلاك في الحالتين متشابه في أن كلا النوعين من قبيل القوة القاهرة ، لكن الخلاف أن القوة القاهرة في الحالة الأولى لا تكون من فعل شخص ، وبالتالي لا يعود المتضرر على أحد بالتعويض ، بينما في الحالة الثانية تكون بفعل شخص و بالتالي يمكن للمتضرر أن يعود عليه بالتعويض ، أما **الحالة الثالثة :** حالة هلاك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري ، وسوف نعالج أحكام الهلاك الكلي والجزئي قبل التسليم في كل من الحالات الثلاث وإسقاطها على عقد بيع السلم .<sup>١٤٣٣</sup>

#### أولاً: حالة هلاك المسلم فيه بسبب لا يد لأحد أطراف عقد السلم فيه :

ولبيان الحكم القانوني في هذه الحالة لا بد لنا من الرجوع إلى القواعد العامة التي حكمت ذات الحالة في عقد البيع وتطبيقها على عقد بيع السلم ، حيث نصت عليها المادة (٥٠٠) من القانون المدني الأردني بقولها :

" ١- إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما أده من الثمن. ٢- فإذا تلف بعض المبيع يخير المشتري إن شاء فسخ البيع أو اخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن "

ويتطبيق هذا الحكم على عقد بيع السلم يلاحظ أنه تحدث عن حالة هلاك المسلم فيه قبل التسليم بفعل قوة القاهرة من غير الأشخاص كأن يكون الهلاك بأفة سماوية أو بحادث فجائي ، كما أن النص فرق بين ما إذا كان الهلاك كلياً أو الهلاك جزئياً .

**إذا كان هلاك المسلم فيه ( المبيع ) كلياً** إنفسخ البيع واسترد المشتري ما دفعه من الثمن ، لكن إذا نظرنا إلى ماهية عقد بيع السلم والذي يكون فيه المسلم إليه قد استلم الثمن من المشتري ( المسلم ) قبل أجل بعيد وربما تصرف فيه لإنتاج المسلم فيه ( المبيع ) فكيف سيسترد المشتري ( المسلم ) الثمن ، وأرى أنه من الأفضل للطرفين الإتفاق على أن ينتظر المسلم ( المشتري ) تسلم المبيع ( المسلم فيه ) للعام القادم مثلاً من المسلم إليه ، أو قد يلجأ المسلم ( المشتري ) إلى الضمانات التي حصل عليها من المسلم إليه عند إبرام عقد بيع السلم لاسترداد ما دفعه .  
لكن إذا كانت ملكية المسلم فيه قد انتقلت للمسلم ( المشتري ) ولكن التسليم لم يحصل بعد، هنا تقع تبعة الهلاك على المتعاقد الذي كان مسؤولاً عن التأخير في التسليم ولو كان الهلاك قد حدث بقوة القاهرة .

**إما إذا كان هلاك المسلم فيه هلاكاً جزئياً** هنا يخير المسلم بين فسخ عقد بيع السلم أو أخذ المتبقي من المسلم فيه بما يقابله من الثمن المدفوع سلفاً . ، فإذا إختار المسلم ( المشتري ) حالة الفسخ هنا يعود المتعاقد إلى الحالة التي كنا عليها قبل التعاقد ، أي أن المشتري يسترد الثمن الذي كان قد أده ، ويتحمل البائع تبعة هلاك الجزء الذي تلف من المسلم فيه ( المبيع ) ويحتفظ بالجزء الذي لم يهلك بعد ، أما إذا إختار المسلم ( المشتري ) أخذ الجزء الذي لم يهلك من المبيع بما يقابله من ثمن المبيع كله فإن له الحق بالرجوع على المسلم إليه ( البائع ) بفرق الثمن الذي كان دفعه سلفاً ، أو الإتفاق مع المسلم إليه البائع على آلية معينة كالانتظار للعام القادم لأخذ المسلم فيه أو تسيط فرق الثمن عليه أو استخدام الضمانات التي يكون قد أخذها من البائع ( المسلم إليه ) عند إبرام عقد بيع السلم .

<sup>١٤٣٣</sup> . محمد يوسف الزعبي ، مرجع سابق ، ص ٣٢٠ .

يذكر أن المسلم إليه (البائع) لا يستطيع أن يعود بالتعويض على المتسبب، لأن المتسبب هي القوة القاهرة ولا يرجع عليها بشيء.

### ثانياً : حالة هلاك المسلم فيه بفعل الغير :

وبالعودة إلى القواعد العامة لعقد البيع نجد أن المادة ( ٥٠٢ ) من القانون المدني الأردني قد حددت أحكام هلاك المبيع قبل التسليم بفعل الغير قائله : " ١- إذا هلك المبيع بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته . ٢- وإذا وقع الإتلاف على بعض المبيع كان للمشتري الخيار بين الأمور التالية : ١- فسخ البيع .

٢- أخذ الباقي بحصته من الثمن وينفسخ البيع فيما تلف .

٣ - إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما أتلف " .  
وبتطبيق هذه القاعدة على عقد بيع السلم نجد أن المسلم فيه إذا هلك هلاكاً كلياً بفعل الغير أي أن المسلم فيه ( المبيع ) أصبح تالفاً مئة بالمائة فإن ذلك ينشئ للمسلم ( البنك في عقد السلم ) أحد الخيارين :

**الخيار الأول :** فسخ عقد بيع السلم ، وفي هذه الحالة يعود المتعاقدان ببيع السلم إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، حيث أن المسلم ( البنك ) يستعيد الثمن الذي دفعه مقدماً ، وللمسلم إليه البائع الرجوع على المتلف بالضمان بمثل المبيع أو قيمته وله الخيار بين الأمرين .  
**الخيار الثاني :** إجازة عقد بيع السلم ، أي أن يعتبر المسلم ( المشتري ) أنه تسلم المبيع ( المسلم فيه ) ، وتسلمه هذا يكون حكماً ، لكن له أن يعود على المتلف بضمان قيمة المبيع أو مثله ( المسلم فيه ) وله الخيار بين الأمرين .

إن استعمال أي من الخيارين السابقين لا يخل بحق المتضرر بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء إضرار الغير ، وذلك عملاً بقاعدة ( كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر ) .

وفي حالة إذا كان هلاك ( المسلم فيه ) المبيع بفعل الغير جزئياً ، أي أن جزءاً من المسلم فيه هو الذي تلف والجزء الباقي مازال صالحاً يمكن الانتفاع به ففي هذه الحالة ينشئ للمسلم ( المشتري ) ثلاث خيارات وهي :

**الخيار الأول :** فسخ عقد بيع السلم ، وفي هذه الحالة يعود المسلم والمسلم إليه إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، حيث يسترد المسلم ( المشتري ) ما دفعه من ثمن مقدماً ، وللمسلم إليه الحق بالعودة على المتلف بالضمان عن قيمة الأضرار التي أصابته ، وهنا لا يعود المسلم إليه على المتلف بمثل المبيع ( المسلم فيه ) أو قيمته بل بقيمة الأضرار الجزئية التي أصابت المسلم فيه ، لأن العودة بقيمة المسلم فيه أو مثله لا تكون إلا إذا كان الهلاك كلياً ، إلا إذا كان الانتفاع بالمسلم فيه غير ممكن بعد هذا الإتلاف الجزئي من الغير فالسلم إليه المطالبة بمثل المسلم فيه أو قيمته .

**الخيار الثاني :** أخذ الجزء غير الهالك من المسلم فيه وفسخ عقد بيع السلم في الجزء الهالك : ولا يكون هذا إلا في مبيع قابل للتجزئة ، وفي هذه الحالة فإن للمسلم ( المشتري ) استرداد ثمن الجزء الهالك الذي كان قد دفعه مقدماً للمسلم إليه والذي تم فسخ عقد بيع السلم فيه ، وللمسلم إليه ( البائع ) الحق في العودة على المتلف بضمان هذا الجزء مع حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته استناداً لقواعد المسؤولية التقصيرية .

**الخيار الثالث :** أجاز بيع عقد السلم كله والرجوع على المتلف بالضمان : وهنا يعد المسلم ( المشتري ) متسماً للمسلم فيه ( المبيع ) حكماً في الجزء الهالك وغير الهالك، ولكن للمسلم ( المشتري ) ففي هذه الحالة العودة على المتلف بضمان ما أتلف باعتبار أن المتلف قد أتلف مالا

مملوكاً للمشتري ( المسلم ) وليس للمسلم إليه ( البائع ) ، لأن المشتري ( المسلم ) بإجازته لعقد بيع السلم أعتبر متسماً للمبيع ( المسلم فيه ) حكماً في الجزء الهالك على الأقل ، ويكون التلف الحاصل قد وقع على مال المسلم ( المشتري ) ، وهنا من حق المسلم ( المشتري ) عند رجوعه على المتلف بالضمان أن يطالبه بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة الأفعال التي قام بها المعتدي عملاً بقواعد المسؤولية التقصيرية .

### ثالثاً : هلاك المسلم فيه ( المبيع ) بفعل المسلم ( المشتري ) :

ولبيان حكم هذه الحالة علينا الرجوع للقواعد العامة في عقد البيع في القانون المدني الأردني وبيان حكمه لحالة هلاك المبيع بسبب المشتري ومن ثم إسقاط هذا الحكم على عقد بيع السلم ، حيث نصت المادة ( ٥٠١ ) من القانون المدني الأردني على حكم هلاك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري بقولها : " ١- إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري أعتبر قابضاً للمبيع ولزمه أداء الثمن ٢- إذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقي منه " .

وبتطبيق هذا الحكم على عقد بيع السلم نجد أن هلاك المسلم فيه ( المبيع ) قبل التسليم بفعل المسلم ( المشتري ) فإن المشتري ( المسلم ) يعتبر متسماً للمبيع ( المسلم فيه ) حكماً بغض النظر إن كان المسلم فيه قد هلك كلياً أو جزئياً ، أما بالنسبة للثمن فإن المسلم ( المشتري ) يكون قد دفعه قبل أجل بعيد عند إبرام عقد بيع السلم ، وللمسلم ( المشتري ) الحق باستلام المسلم فيه ( المبيع ) الهالك ولو كان حطاماً بالإضافة إلى الجزء السليم من المسلم فيه وإستلام حطام الجزء الهالك .

أما فيما يتعلق بخيار الشرط المنصوص عليه في الفقرة ( ٢ ) من ذات المادة فإنها لا تنطبق على عقد بيع السلم وذلك لأن عقد بيع السلم يجب أن يكون باتاً أي أن لا يكون فيه خيار شرط أو نحوه لأي من المتعاقدين لأن قبض الثمن شرط للصحة . ولأن هذا النوع من البيوع موضوع على أن لا يبقى بين المتعاقدين عُقبة وذلك لاشتراط القبض ، وثبوت خيار الشرط ينافي ذلك سواء أكان الخيار كليهما أو لأحدهما .<sup>١٤٣٤</sup>

### المبحث الثالث

#### مراحل التمويل بالسلم في المصارف الإسلامية

يعالج هذا المبحث مراحل التمويل لعقد بيع السلم في المصارف الإسلامية، منذ لحظة الانعقاد وحتى مرحلة التطبيق والتنفيذ، لغاية الوصول لمرحلة الآثار القانونية التي يترتبها عقد بيع السلم على أطراف العلاقة العقدية، مع التطرق للحديث عن الالتزامات المتقابلة لكلا الطرفين (رب السلم أو المسلم أو المشتري) و (المسلم إليه أو البائع)، فإنه وفيما يتعلق بشروط المحل و بدفع الثمن واستلام السلعة فقد أفرده أحكاماً خاصة لتنظيم هذه المسائل، مع الرجوع لقرارات مجمع الفقه الإسلامي فيما يخص دفع الثمن وتسليم السلعة، نظراً لأهميتها ولكونها هي ما تميز عقد بيع السلم عن غيره من البيوع الأخرى، وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى المطالب الثلاث التالية: المطالب الأول سيتم الحديث فيه عن انعقاد العقد، وسيكون ذلك في ثلاثة فروع، سيتناول الحديث في الفرع الأول عن التراضي ، وفي الفرع الثاني عن المحل ، وفي الفرع الثالث عن السبب ، أما في المطالب الثاني فإنه سيناقش الشروط الواجب توافرها في رأس مال السلم ، وسيكون ذلك في ثلاثة فروع ، نتناول الحديث في الفرع الأول عن الشرط الأول لرأس مال السلم وهو أن يكون الثمن معلوماً قدرأً ونوعاً ، وفي الفرع الثاني سيتم الحديث عن الشرط الثاني وهو أن يكون الثمن معجلاً غير مؤجل

<sup>١٤٣٤</sup> . محمد الأشقر و عمر الأشقر و ماجد أبو رخية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ٢٠٢ .

بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام ، في حين سيتم الحديث بالفرع الثالث عن الصيغة المصرفية لعقد السلم المصرفي ، أما في المطلب الثالث سوف نناقش التزام البائع بالقيام بتسليم السلعة للبنك ، وسيكون ذلك في ثلاثة فروع ، في الفرع الأول سنعالج مسألة تصرف المصرف بالسلعة ، أما في الفرع الثاني سنتعرض لمسألة توكيل البائع بالتصرف بالسلعة ، في حين بالفرع الثالث سوف نناقش موضوع السلم الموازي .

#### المطلب الأول : انعقاد عقد بيع السلم :

من خلال المقدمة السابقة الذكر يمكننا القول أن عقد السلم المصرفي هو عقد بيع بمفهوم الفقهاء والقانون ، لذلك فإن أركانه هي أركان عقد البيع ، وكذا شروطه هي نفس شروط عقد البيع ، و لكن كما أسلفنا بأن عقد بيع السلم هو عقد بيع ذات طبيعة خاصة ، لذلك بالإضافة للشروط العامة هناك شروط خاصة متعلقة بالمحل (المسلم فيه) والثمن (رأس مال السلم) في عقد السلم ، فإذا توافرت الشروط المطلوبة في المسلم فيه و رأسمال السلم معاً ، كان بيع السلم صحيحاً ، وسوف يتم مناقشه الأركان وشروط المحل في هذا المطلب الأول من خلال التعرض لموقف الفقه الإسلامي و موقف القانون الوضعي ، في ثلاثة فروع .

#### الفرع الأول : التراضي في عقد بيع السلم :

التراضي هو إتحاد إرادتين أو أكثر على أمر معين ، ويتم عن طريق تطابق الإيجاب والقبول الدالين على إرادة المتعاقدين لإحداث هذا البيع .<sup>١٤٣٥</sup>

كما يلزم لتحقيق الرضا وانعقاد العقد وجود إرادتين أحدهما الإرادة الموجبة ( الإيجاب ) ، والأخرى إرادة القابل ( القبول ) ، ويجب أن تتطابق الإرادتان حتى ينعقد العقد ، والإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد ، وأي لفظ صدر أو لا يسمى إيجاب والثاني يسمى قبول<sup>١٤٣٦</sup> ، وهذا ما نص عليه المشرع الأردني في المواد ( ٩٠ ، ٩١ / ١ ) من القانون المدني الأردني على التوالي ، وسنعمل على الإحالة للقواعد العامة المنظمة لعقد البيع في القانون المدني الأردني بكل ما يتعلق بالتراضي كمرحلة من مراحل انعقاد عقد السلم المصرفي .

أما الألفاظ التي ينعقد بها عقد بيع السلم فقد اتفق الفقهاء على انعقاده بلفظ السلم ولفظ السلف ، كقول رب السلم ( البنك ) للمسلم إليه ( البائع ) أسلمت وأسلفت إليك ألف دينار في ثمانية أطنان من القمح ، فيقول الآخر قبلت ، ولكن اختلف الفقهاء في انعقاده بلفظ البيع على رأيين وهما : رأي جمهور الفقهاء وهو أن عقد السلم ينعقد بلفظ البيع لأنه نوع من أنواع البيوع فيصح بلفظه ، أما الرأي الآخر فقال بعدم انعقاد عقد بيع السلم بلفظ البيع وذلك لأن السلم شرع على خلاف القياس فهو من بيع الإنسان ما ليس عنده ، وإنما أجاز بلفظ السلم خاصة كرخصة وتيسير على الناس وذلك خلاف الأصل ، وكذلك فإن السلم غير البيع فهو أخص منه فإذا انعقد بلفظه كان بيعاً لا سلماً ، وكذلك احتج أصحاب هذا الرأي في أن السلم شرع بلفظ السلم والسلف خاصة<sup>١٤٣٧</sup> ، وهذا ما أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية عند مناقشة معيار السلم بالقول " أن صيغة عقد بيع السلم تنعقد بلفظ السلم أو السلف أو البيع أو أي لفظ يدل على بيع موصوف في الذمة بثمن عاجل " <sup>١٤٣٨</sup> ، وذلك لأن " العبرة في المقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " <sup>١٤٣٩</sup> .

<sup>١٤٣٥</sup> . أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٣٩ .

<sup>١٤٣٦</sup> . محمد يوسف الزعبي ، مرجع سابق ، ص ٥٠ .

<sup>١٤٣٧</sup> . عدنان محمود العساف، مرجع سابق، ص ٤٤ .

<sup>١٤٣٨</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٢/٢ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ،

موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/44447.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/44447.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

**الفرع الثاني : المحل في عقد بيع السلم :**

إن المحل في عقد بيع السلم المصرفي هو المعقود عليه، أي ما يقع عليه التعاقد وما تتعلق به أحكامه وآثاره، وهو يشمل الثمن ( رأس مال السلم ) والمبيع ( المسلم فيه )<sup>١٤٤٠</sup> ، وسوف نناقش في هذا الفرع الشروط التي يجب توافرها في المسلم فيه وفقاً للفقهاء والقانون الوضعي، وسوف نؤجل الحديث عن الثمن ( رأس مال السلم ) إلى المطلب الثاني حيث سنتحدث عن شروطه بشكل مفصل .

لقد حددت المادة ( ٥٣٣ ) من القانون المدني الأردني الشروط التي يجب توافرها في المبيع ( المسلم فيه ) حيث نصت على أنه : " يشترط لصحة بيع السلم : ١- أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم ، ٢- أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان إيفائه ، ٣- إذا لم يعين في العقد مكان التسليم لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد " <sup>١٤٤١</sup> ، وبالنظر لنص المادة نلاحظ أن المشرع الأردني يشترط في المسلم فيه خمسة شروط هي :

أن يكون المسلم فيه من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ، وأن يكون مما يتوفر وجوده وقت التسليم ، وأن يتحدد جنس المسلم فيه ونوعه وصفته ومقداره ، وأن يكون المسلم فيه مؤجلاً لأجل معلوم ، وأن يتم تحديد مكان تسليم المسلم فيه في العقد وإلا أعتبر مكان التسليم هو مكان العقد <sup>١٤٤٢</sup> .

وسوف نتعرض لهذه الشروط بالتفصيل مع الإشارة لموقف الفقه الإسلامي وقرارات مجمع الفقه الإسلامي فيما يخص المسلم فيه ( السلعة ) موضوع السلم ، ويؤيد الباحث الرأي القائل بأنه كان من الأولى تأخير المادة ( ٥٣٣ ) مدني أردني التي تحدثت عن شروط المسلم فيه وتقديم المادة ( ٥٣٤ ) مدني أردني المتعلقة بشروط رأسمال السلم وذلك لأن رأس مال السلم أسبق في عقد بيع السلم ويتم دفعه مقدماً ، وهذا ما أخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية عند بحثهم لعقد بيع السلم .<sup>١٤٤٣</sup>

**والشروط التي يجب توافرها في المسلم فيه ( المبيع ) في عقد بيع السلم :**

**الشرط الأول : أن يكون المسلم فيه المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار :**

ويعتبر هذا الشرط من أهم الشروط التي يجب توافرها في المسلم فيه لصحة عقد بيع السلم ، فهو بمثابة الضابط أو الأساس في عقد بيع السلم ، وذلك لأنه يحدد ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز السلم فيه ، فكل ما يمكن تعيينه وضبطه بالوصف والمقدار جاز السلم فيه ، وكل ما لا يمكن تعيينه بالوصف والمقدار لا يجوز السلم فيه .<sup>١٤٤٤</sup>

ويظهر تساؤل هنا وهو ما هي الأموال التي يمكن ضبطها وتعيينها بالوصف والمقدار ؟

<sup>١٤٣٩</sup> . مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٣ ، ص ٧ .

<sup>١٤٤٠</sup> . عدنان محمود العساف، مرجع سابق ، ص ٤٥ .

<sup>١٤٤١</sup> . من القوانين التي أخذت بذات الشرط قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ١/٥٦٩ وقانون المعاملات المدنية السوداني في المادة

١/٢١٨ ، والقانون المدني اليمني في المادة ٥٥٩ .

<sup>١٤٤٢</sup> . محمد يوسف الزعبي ، مرجع سابق ، ص ٤٧٩ - ٤٨٠ .

<sup>١٤٤٣</sup> . عدنان العساف، مرجع سابق ، ص ١٠٧ .

<sup>١٤٤٤</sup> . وهبة الزحيلي، العقود المسماة، مرجع سابق ، ص ١٠٠ .

للإجابة على هذا التساؤل نقول أن الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف هي المثليات التي تكال كالحبوب والثمار، أو توزن كالمعادن، أو تقاس كالقماش والثياب والسجاد أو تعد كالبيض، وهذه مما يجوز فيها السلم في القانون والفقه الإسلامي على حد سواء.<sup>١٤٤٥</sup>

وهذا ما استقرت عليه هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية عند مناقشتها لمعيار السلم والسلم الموازي حيث جاء في المناقشة أنه يجوز السلم في المثليات كالمكيات والموزونات والمذروعات والعديدات المتقاربة التي لا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به، كما يعد من العديدات المتقاربة المصنوعات لشركات لها منتجات لا تتفاوت أحادها ومنضبطة بعلامات تجارية ومواصفات قياسية ومتوافرة بشرط شرط أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله بحكم الغالب عند حلول أجله حتى يكون في إمكان المسلم إليه تسليمه للينك رب السلم.<sup>١٤٤٦</sup>

أما الأموال القيمة فهي الأموال التي لا يمكن تحديدها بالوصف كاللؤلؤ والجواهر وهذه اختلف الفقهاء المسلمون فيها فمنهم من أجاز السلم في بعضها لأنهم رأوا أنها يمكن أن تنضبط بالوصف، ومنهم لم يجز السلم فيها لأنها لا تنضبط بالوصف لكونها تختلف اختلافاً بيناً بالوزن والصغر والكبر وحسن التدوير والشكل ودرجة الصفاء، وذلك منعا للتنازع بين طرفي عقد بيع السلم وذلك لأنه لا يجوز السلم فيما لا يمكن وصفه وصفاً دقيقاً كاشفاً عن حقيقته.<sup>١٤٤٧</sup>

بينما اعتبرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أنه لا يجوز أن يكون المسلم فيه نقوداً أو ذهباً أو فضة إذا كان رأس مال السلم نقوداً أو ذهباً أو فضة.<sup>١٤٤٨</sup>

ويرى الباحث أن الرأي الأول هو الأقرب للصواب وذلك لإمكانية ضبطها بالوصف الدقيق الشامل الكافي لمنع التنازع خاصة مع وجود الوسائل الحديثة التي يمكن استخدامها لضبط مواصفات هذه الأشياء بشكل دقيق يمنع الخلاف بين أطراف العلاقة العقدية.

كما لا يصح السلم في الأراضي والبيوت، لأنها تختلف باختلاف الموقع ومدى الصلاحية للبناء أو للزراعة، واختلف الفقهاء في مسألة جواز السلم في الحيوانات، فرأي قال بأنه لا يجوز السلم فيها لأنها تتفاوت أحادها تفاوتاً فاحشاً لا يمكن ضبطه، كما لا يمكن ضبط صفاتها كالقوة والسرعة وغير ذلك ودليلهم حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم " نهى عن السلف بالحيوان " <sup>١٤٤٩</sup> ، في قال رأي آخر بجواز السلم في الحيوانات ودليلهم ما روي عن أبي رافع رضي الله عنه أنه قال : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إستسلف من رجل بكراً فقدمت عليه إبلٌ من إبل الصدقة ، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكراً فرجع إليه أبو رافع فقال : لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً ، فقال : أعطه إياه ، إن خير الناس أحسنهم قضاء " <sup>١٤٥٠</sup> .

واختلف الفقهاء في جواز بيع السلم في اللحوم على ثلاث آراء :

<sup>١٤٤٥</sup> . محمد يوسف الزعبي ، مرجع سابق ، ص ٤٧٩ .

<sup>١٤٤٦</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ١/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

<sup>١٤٤٧</sup> . محمد الأشقر و عمر الأشقر ومجد أبو رحية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ .

<sup>١٤٤٨</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٤/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

<sup>١٤٤٩</sup> . محمد الأشقر و عمر الأشقر ومجد أبو رحية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ .

<sup>١٤٥٠</sup> . عدنان العساف ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .

رأي قال بجواز السلم في اللحوم إذا وصف بما يضبطه من الصفات كالنوع والجنس وهل كان راعياً أو معلوفاً وبيان وزنه وجودته ورداءته وسمنه وهزله وبعظمه أو بدون عظمه ، ورأي قال عدم جواز السلم في اللحوم لعدم القدرة على ضبطها بالوصف ، وذهب رأي ثالث جواز السلم في اللحوم بشرط نزع العظم منه مع بيان نوعه وصفاته بشكل دقيق .<sup>١٤٥١</sup>

والرأي الراجح هو الرأي الأول الذي أجاز السلم في اللحوم بشروط معينة ، والخاصة في ذلك أن معيار ما يجوز فيه السلم يجب أن لا يكون نوع السلعة ( قيمي أو مثلي ) وإنما يجوز السلم في أي سلعة وإن كانت من القيميات بشرط أن تكون من السلع الممكنة تعيينها بالوصف وينتفي بها الغرر ، أما كل مالا يمكن ضبطه بالوصف فلا يجوز السلم فيه<sup>١٤٥٢</sup> ، وهذا يتفق مع ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة حيث جاء في نص القرار ما يلي : " السلع التي يجري فيها عقد السلم تشمل كل ما يجوز بيعه ويمكن ضبط صفاته ويثبت ديناً في الذمة ، سواء أكانت من المواد الخام أو المزروعات أو المصنوعات " .<sup>١٤٥٣</sup>

أما الأموال التي يمكن تعيينها بالمقدار فهي كل ما يمكن كيله كالحبوب من أرز وقمح وشعير وعدس وغيرها ، أو وزنه كالسمن والجبن والزيت والزيتون والعسل ، أو عده كالبيض والجوز والرمان ، أو قياسه كالسجاد والقماش وغيرها فجميعها يجوز السلم غ=فيها لإمكانية تعيينها بالمقدار .<sup>١٤٥٤</sup>

وأشارت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أنه يجب أن يكون المسلم فيه ديناً يثبت في الذمة ، ويكتفي فيه الوصف بأن يكون على نحو لا يبقى بعده إلا تفاوت يسير تغتفر جهالته ويتسامح الناس في مثله عادة فلا يؤدي إلى نزاع .<sup>١٤٥٥</sup>

#### **الشرط الثاني : أن يكون المسلم فيه مما يتوافر وجوده عادة وقت التسليم :**

حتى يصح عقد بيع السلم فإنه يجب أن يكون المسلم فيه من الأشياء التي يتوفر وجودها عادة في الوقت المتفق على التسليم فيه، وهذا لا يمنع أن يكون المسلم فيه معدوماً أو غير موجوداً عند إبرام عقد بيع السلم، فيجوز التعاقد عليه إذا تحقق فيه هذا الشرط ولو كان معدوماً عند إبرام العقد، فالعبرة بوجوده وقت التسليم وليس وقت إبرام العقد أو خلال مدته، أي خلال أجل عقد بيع السلم، أما إذا كان مما يتعذر وجوده وقت التسليم فإنه لا يجوز السلم فيه وهذا رأي جمهور الفقهاء المسلمين وذلك لأن السلم عقد غرر فيجب تحاشي دخول غرر آخر فيه، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني في المادة ( ١ / ٥٣٣ ) منه وكذلك هذا ما أخذت به القوانين المدنية في كل من اليمن والسودان والإمارات .<sup>١٤٥٦</sup>

وقد قال ابن قدامة : " أنه لا يجوز أن يسلم في العنب أو الرطب إلى شباط وآذار ، ولا إلى محل لا يعلم وجوده فيه، كزمان أول العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادراً فلا يؤمن انقطاعه .<sup>١٤٥٧</sup>

<sup>١٤٥١</sup> . عدنان العساف، مرجع سابق ، ص ٧٢ .

<sup>١٤٥٢</sup> . نسرين محاسنة ، مرجع سابق ، ٣٢٩ .

<sup>١٤٥٣</sup> . قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩٥ / ٢ / ٨٥ / أ في مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١-٦ نيسان ١٩٩٥ .

<sup>١٤٥٤</sup> . محمد يوسف الزعبي ، مرجع سابق ، ص ٤٧٩ .

<sup>١٤٥٥</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٥ / ٢ / ٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ .

، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

<sup>١٤٥٦</sup> . عدنان العساف، مرجع سابق ، ص ١٠٩ .

<sup>١٤٥٧</sup> . محمد الأشقر و عمر الأشقر و ماجد أبو رخية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ٢٠٠ .



ولكن نقول أن رأي ابن قدامة كان بناءً على الزمان الذي كان يعيش فيه ، بينما الآن فلا حيث أن أكثر العواصم توجد فيه الثمار كلها طيلة العام ، لتطور وسائل الحفظ والتبريد والتجميد والتخزين ، ووسائل الاستنبات ووسائل النقل التي تأتي في الثمار من أقاصي الأرض ، وأن وسائل التجارة الحديثة تقلل من صعوبات استيراد هذه المنتجات وتوصيلها بالوقت المحدد المتفق عليه بين البنك المسلم والبائع المسلم إليه ، ففي أيامنا الحالية قد يوجد البرتقال والليمون في فصل الصيف وفي أشد الأوقات حرارة وبالعكس قد يوجد العنب في الأوقات الباردة وهذا ما لم يكن في العصور السابقة . " كما أنه لا يجوز السلم في ثمر شجرة معينة أو نتاج فرس معينة أو ما صنعه صانع معين أو نحو ذلك لأن الغرر في ذلك يعظم فلا يمكن الوفاء ، وكذا فإنه لا يجوز السلم في إنتاج شركة زراعية في إنتاجها الزراعي من القمح بل يكون العقد على قمح دون تحديد، ثم إذا جاء إنتاج الشركة من القمح مطابقاً للأوصاف المحدودة أمكنها تسليم الكمية المحددة من إنتاجها، وإن كان إنتاجها غير مطابق للأوصاف لزمها أن تحصل قمحاً من الأسواق مطابق للأوصاف وتدفعه للبنك المسلم " <sup>١٤٥٨</sup> . وهذا ما أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بقولها : " أنه يجب أن لا يكون المسلم فيه متعلق بمصدر وفاء محصور ، وعليه لم يجز المعيار اشتراط تسليم المسلم فيه من مزرعة المسلم إليه أو مزرعة شخص آخر أو إنتاج بلدة معينة وذلك تيسيراً لأسباب الوفاء . " <sup>١٤٥٩</sup>

### الشرط الثالث : أن يتحدد جنس المسلم فيه ونوعه وصفته ومقداره في عقد بيع السلم :

اشتراطت المادة ( ٢/٥٣٣ ) من القانون المدني الأردني لصحة عقد بيع السلم وجوب تحديد جنس المسلم فيه ونوعه وصفته ومقداره ، ولذلك حتى يعتبر عقد بيع السلم صحيحاً فإنه لا بد من تحديد جنس المسلم فيه ونوعه وصفته ومقداره ، وذلك نفيًا للجهالة التي قد تفضي للمنازعة بين البنك المسلم والبائع المسلم إليه ، مما يؤدي لإفساد العقد ، فمثلاً يجب أن يذكر في العقد جنس المسلم فيه عند إبرامه كقولهما ( سيارة ، أرز ، حديد ) ، ونوعه كقولهما ( سيارة نوع مرسيدس ، أو أرز باكستاني ) ، وصفته وذلك من خلال بيان جودته أو رداءته ، غلظه أو رفته وغير ذلك من الصفات التي تؤدي لتحديده ورفع الجهالة عنه كقولهما ( سيارة مرسيدس ٢٠٠ موديل ١٩٩٩ ) أو ( أرز باكستاني بسمتي نخب ممتاز ) ، وبيان مقداره وذلك ببيان وزنه إن كان موزوناً أو عدده إن كان عددياً ، أو قياسه الطولي الذراع ، والسنتيمترات إن كان مذروعاً كقولهما ( سيارة مرسيدس ٢٠٠ موديل ١٩٩٩ عدد ٢٠ ) أو ( أرز باكستاني بسمتي نخب ممتاز ١٠٠٠ طن ) ، وهذا الشرط متفق عليه في كافة القوانين المدنية التي عالجت موضوع بيع السلم وكذلك اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية . <sup>١٤٦٠</sup>

وهذا ما أخذت به هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية لدى مناقشتها لمعيار السلم بقولها : أنه يشترط في المسلم فيه معرفة مقداره ويحدد المقدار في كل مبيع حسب حاله من الوزن والكيل والحجم والعدد ، ويشترط في المسلم فيه أن يكون معلوماً علماً نافعياً للجهالة الفاحشة ، والمرجع في الصفات التي تميز المسلم فيه وتعرف به إنما هو عرف الناس وخبرة الخبراء . <sup>١٤٦١</sup>

<sup>١٤٥٨</sup> . المرجع نفسه ، ص ٢٠٠ .

<sup>١٤٥٩</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٣/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠/١١/٢٠١١ .

<sup>١٤٦٠</sup> . عدنان العساف ، مرجع سابق ، ص ١١٠ .

<sup>١٤٦١</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٣/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠/١١/٢٠١١ .

ويثور التساؤل فيما لو قام السلم إليه البائع بتسليم البنك المسلم سلعة أقل جودة من التي تم الإتفاق على مواصفاتها ، أو قام بتسليمه سلعة أكثر جودة من السلعة التي تم الإتفاق على مواصفاتها في عقد بيع السلم المبرم بينهما ؟

عالجت هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية هاتين الحالتين في مناقشتها لمعيار السلم بقوله : أنه إذا عرض البائع ( المسلم إليه ) التسليم بصفة أجود لزم المسلم ( البنك ) قبوله بشرط أن لا يطلب المسلم إليه ثمناً للصفة الزائدة ، وهو من قبيل حسن القضاء ، وذلك ما لم تكن الصفة المحددة في العقد معتبرة لدى البنك بالذات ، أما إذا عرض البائع المسلم إليه التسليم بما هو دون المواصفات فإنه يحق للبنك المسلم أن لا يقبله ، أو أن يقبله بحاله ، فيكون من قبيل حسن الاقتضاء ، ويجوز للطرفين التصالح على القبول ولو مع الحط من الثمن .<sup>١٤٦٢</sup>

#### الشرط الرابع : أن يكون المسلم فيه مؤجلاً لأجل معلوم في عقد بيع السلم :

يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط التي يجب أن تتوافر في المسلم فيه وهو أن يكون مؤجلاً ، حيث جاء في تعريف السلم في المادة ( ٥٣٢ ) من القانون المدني الأردني بأنه : " بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل " والمال المؤجل هو المبيع ، وذلك لأن المسلم فيه لو كان فورياً لما كان عقد سلم بل يكون بيعاً مطلقاً تنطبق عليه أحكام البيع المطلق وليس السلم .<sup>١٤٦٣</sup>

ولا يكفي أن يكون المسلم فيه مؤجلاً للتسليم بل لابد أن يكون هذا الأجل معلوماً ومحدداً بين البنك ( رب السلم ) والبائع ( المسلم إليه ) لأن في عدم تحديد هذا الأجل ما قد يؤدي إلى حدوث النزاع بين طرفي العقد ، وهذا ما اشترطته المادة ( ٥٣٣ / ٢ ) مدني أردني لصحة عقد بيع السلم بقولها : " أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان إيفائه"<sup>١٤٦٤</sup> على أنه إذا لم يحدد هذا الأجل في عقد بيع السلم المبرم بين المسلم والمسلم إليه فإن ذلك لا يعني أن العقد باطل ، بل يمكن تحديد هذا الأجل باتفاق لاحق ، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها فيتم تحديدها من قبل المحكمة بمدة تراها مناسبة بين الطرفين<sup>١٤٦٥</sup> ، بينما ذهب قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ( ٤٨٩ ) وقانون الالتزامات والعقود المغربي في المادة ( ٦١٥ ) إلى أنه إذا لم يعين أجل التسليم في العقد فإنه يعتبر العاقدان متفقين على ما يقتضيه عرف البلد ، وعلى هذا فإنه لا يشترط لصحة عقد بيع السلم في هذين القانونين بيان وتحديد أجله وزمان تسليمه ، لكن الصحيح هو ما ذهب إليه القانون المدني الأردني من اشتراط تعيين زمان التسليم منعاً لأي نزاع قد يقع بين الطرفين<sup>١٤٦٦</sup> .

وقد جاء في مناقشة هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية لمعيار السلم ما يفيد ذلك حيث اشترطت أن يكون أجل التسليم للمسلم فيه معلوماً على نحو يزيل الجهالة المفضية للنزاع<sup>١٤٦٧</sup> .

<sup>١٤٦٢</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٢/٥ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ،

موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

<sup>١٤٦٣</sup> . محمد يوسف الزعبي ، مرجع سابق ، ص ٤٧٩ ، و عدنان محمود العساف ، مرجع سابق ، ص ١١١ .

<sup>١٤٦٤</sup> . تطابق هذه المادة المواد ( ٢/١٦٩ ) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، والمادة ( ١/٢١٨ ب ) من قانون المعاملات المدنية

السوداني ، والمادة ( ٤/٥٦١ ) من القانون المدني اليمني .

<sup>١٤٦٥</sup> . محمد يوسف الزعبي ، مرجع سابق ، ص ٤٨٠ .

<sup>١٤٦٦</sup> . عدنان محمود العساف ، مرجع سابق ، ص ١١٢ .

<sup>١٤٦٧</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٩/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ،

موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

وهنا يثور التساؤل فيما إذا كان يجوز لعقد بيع السلم آجال متعددة في تسليم المسلم فيه ؟ لقد أجابت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في مناقشتها لمعيار السلم على هذا التساؤل بقولها : أنه لا مانع من تحديد آجال متعددة لتسليم المسلم فيه على دفعات بشرط تعجيل رأس مال السلم كله .<sup>١٤٦٨</sup>

ويثور تساؤل آخر حول مدى حق المسلم إليه ( البائع ) في تسليم المسلم فيه قبل حلول الأجل المعلوم المتفق عليه بين البنك ( رب السلم ) والبائع ( المسلم إليه ) ؟  
نقول أن السلم أصلاً شرع من أجل التيسير على البائع وعليه فإن الأجل في السلم شرع لمصلحة البائع مما يعني حقه بالقيام بتسليم المبيع ( المسلم فيه ) قبل حلول الأجل ،<sup>١٤٦٩</sup> أما معيار السلم الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية فيشير إلى جواز تسليم المسلم فيه ( المبيع ) قبل حلول الأجل بشرط أن يكون المسلم فيه على صفته وقدره ، فإن كان للبنك ( المسلم ) مانع مقبول فإنه لا يجبر ، أما أن لم يكن لديه مانع مقبول فإنه ملزم بإستلام المبيع ( المسلم فيه ) .<sup>١٤٧٠</sup>

**الشرط الخامس : أن يتم تحديد مكان تسليم المسلم فيه في العقد وإلا أعتبر مكان التسليم هو مكان**

#### **العقد :**

اشتراطت المادة ( ٥٣٣ / ٣ ) من القانون المدني الأردني لصحة السلم أن يتم تحديد مكان تسليم المسلم فيه في العقد المبرم بين الطرفين ( البنك ، والبائع ) حيث نصت على أنه : " إذا لم يعين في العقد مكان التسليم لزم البائع تسليم المبيع في مكان العقد " ، وهذا يعني أنه يجب معرفة مكان تسليم المبيع ( المسلم فيه ) عند حلول أجل التسليم ، لأنه إن لم يكن معروفاً لأن كل من طرفي عقد بيع السلم سيتمسك بالمكان الأيسر له مما قد يؤدي إلى حدوث النزاع بين طرفي العلاقة ( البنك ، والبائع ) ، لكن إذا لم يكن مكان التسليم قد اتفق عليه الطرفين فإن ذلك لا يعني بطلان عقد بيع السلم لأن المشرع الأردني تكفل بحسم أي نزاع قد يحدث بين طرفي العقد بالنص عليه في المادة السالفة الذكر حيث نصت على أن يكون مكان التسليم هو مكان إبرام العقد بين الطرفين<sup>١٤٧١</sup> ، فلو تم إبرام عقد بيع السلم في العقبة ولم يتم تحديد مكان التسليم وكان المسلم فيه عند حلول أجله في الكرك واختلاف الطرفان في مكان التسليم فقال البنك ( رب السلم ) أن التسليم في العقبة وقال البائع ( المسلم إليه ) أن التسليم في الكرك ، فإن مكان إبرام العقد يعتبر هو مكان التسليم أي في العقبة .  
أما موقف هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية عند مراجعتها لمعيار السلم فنصت على أن : " الأصل أن يتم تحديد مكان تسليم المسلم فيه ، فإذا سكت العاقدان عن ذلك أعتبر مكان العقد مكاناً للتسليم إلا إذا تعذر ذلك فيصير إلى تحديده إلى العرف .<sup>١٤٧٢</sup>

<sup>١٤٦٨</sup> معيار السلم والسلم الموازي رقم ٩/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

<sup>١٤٦٩</sup> نسرين محاسنة ، مرجع سابق ، ص ٣٣٩ ، و أنظر محمد صلاح الصاوي ، مشكلة الإستثمار في البنوك الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار المجتمع للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٢٥٧ .

<sup>١٤٧٠</sup> معيار السلم والسلم الموازي رقم ٥/٥ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

<sup>١٤٧١</sup> محمد يوسف الزعيبي ، مرجع سابق ، ص ٤٨١ .

<sup>١٤٧٢</sup> معيار السلم والسلم الموازي رقم ١٠/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

أما موقف الفقه الإسلامي في اشتراط تعيين مكان تسليم المسلم فيه في عقد السلم ، نجد أن الفقهاء قالوا أن الأصل أن التسليم يكون في مكان العقد ، ما لم يكن غير صالح للتسليم فيه كما لو كان المتبايعان قد أبرما عقد بيع السلم في عرض البحر أو في الصحراء أو كان لحمله مؤونة ويراد تسليمه في مكان آخر .<sup>١٤٧٣</sup>

### الفرع الثالث : السبب في عقد بيع السلم :

كم قلنا سابقاً بأننا سنحيل في التفاصيل المتعلقة بالسبب في عقد بيع السلم إلى القواعد المنظمة للسبب في عقد البيع حسب ما ورد في القانون المدني الأردني بشكل عام وسنتحدث عنه بإيجاز من خلال التطرق لسبب الالتزام وسبب العقد وذلك من خلال إسقاط الأحكام الواردة في السبب في عقد البيع على عقد بيع السلم المصرفي .

وسبب الالتزام في عقد بيع السلم المصرفي هو كما عرفه المشرع الأردني في المادة ( ١ / ١٦٥ ) من القانون المدني الأردني بأنه " الغرض المباشر المقصود من العقد"<sup>١٤٧٤</sup> ، والغرض المباشر المقصود من عقد السلم المصرفي هو الحصول على التمويل دون اللجوء للاقتراض بفائدة مع توفير الائتمان لطرفي العلاقة العقدية في السلم المصرفي من خلال حصول البنك ( رب السلم ) على السلعة عند حلول الأجل وحصول البائع ( المسلم إليه ) على الثمن مقدماً وذلك لممارسة أعماله ونشاطاته التجارية ، ويشترط القانون توافر عدة شروط في السبب ومنها الوجود والصحة والمشروعية وعدم مخالفة النظام العام والآداب ، وهذه الشروط جميعها موجودة في سبب الالتزام في عقد السلم المصرفي وهذا ما نصت عليه المادة ( ٢ / ١٦٥ ) من القانون المدني الأردني بقولها : " ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام والآداب " .

وقد عرف سبب الالتزام بأنه : " الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه ، والفرق بينه وبين المحل كما يقال عادة هو أن المحل جواب من يسأل : بماذا إلتزم المدين ؟ أما السبب فجواب من يسأل لماذا إلتزم المدين ؟"<sup>١٤٧٥</sup>

وأما سبب العقد في عقد بيع السلم المصرفي فهو : " الباعث الدافع إلى التعاقد "<sup>١٤٧٦</sup> ، ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وفق ما نصت عليه المادة ( ١ / ١٦٦ ) من القانون المدني الأردني المنظمة لأحكام السبب في عقد البيع بشكل عام بقولها : " لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه " ، وهذه المنفعة المشروعة مفترضة في عقد بيع السلم المصرفي ما لم يقم دليل على خلاف ذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ( ٢ / ١٦٦ ) من القانون المدني الأردني بقولها : " ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك " .

### المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في رأس مال السلم :

يتناول هذا المطلب دراسة التزام البنك ( المسلم ) في عقد بيع السلم وهو دفع الثمن للبائع ( المسلم إليه ) ، حيث سوف نناقش أهم الشروط الواجب توافرها في الثمن الذي يدفعه البنك للبائع ( المسلم إليه ) في بيع السلم هو أن يكون الثمن معلوماً قدرأً ونوعاً ، وكذلك أن يكون معجلاً غير مؤجلاً بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام ، وقد عبر المشرع الأردني عن هذه الشروط في المادة ( ٥٣٤ ) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها : ( يشترط في رأس مال السلم أن يكون معلوماً قدرأً ونوعاً

<sup>١٤٧٣</sup> . محمد الأشقر و عمر الأشقر و ماجد أبو رحية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ٢٠١ .

<sup>١٤٧٤</sup> . المادة ( ١ / ١٦٥ ) من القانون المدني الأردني .

<sup>١٤٧٥</sup> . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ( مصادر الالتزام ) ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية

بيروت ، ٢٠٠٠ ، المجلد الأول ، ص ٤٥١ .

<sup>١٤٧٦</sup> . أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص ١٣٤ .

و أن يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام ) ، و يلاحظ من نص المادة السابقة أن شروط رأس السلم شرطين ، لذلك سوف نفرد لكل شرط من الشروط فرعاً مستقلاً فيما يلي :

### الفرع الأول : أن يكون الثمن معلوماً قدرأً ونوعاً :

فلا بد لصحة عقد بيع السلم أن يكون الثمن معلوماً قدرأً ونوعاً ، ويكون كذلك من خلال بيان جنسه ونوعه وقدره وأوصافه في العقد ، لأن في ذلك إزالة للجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع ، حيث لا يصح أن يكتفي بالعلم به بمجرد الرؤية والمشاهدة في صندوق أو كيس أو غيرها وإن جاز ذلك في البيع المطلق ، لأن المسلم فيه لما كان مؤجل التسليم فإن العقد على خطر الانفساخ لاحتمال انقطاع وجود جنس المسلم فيه عند حلول الأجل ، وربما يكون الثمن قد أستهلك ، فلا يعرف مقداره حينها ليتمكن الرد ، فتكون معلومية مقداره شرطاً ، كما قالوا مثل ذلك في القرض ، وهذا قول الحنابلة وقول الشافعية<sup>١٤٧٧</sup> ، في حين ذهب البعض الآخر لقول أن العلم بالثمن بالمشاهدة يكفي ، لانتفاء الجهالة بذلك ، فيجوز عند أصحاب هذا القول أن يكون الثمن صئراً من الدراهم مثلاً مشاهدة ، لا يعلم بالضبط عددها ، وهذا ما ذهب إليه أصحاب أبي حنيفة والشافعية ، وقال الشافعية : ثم إذا حصل الفسخ فالبائع مصدق في قدره لأنه غارم<sup>١٤٧٨</sup> .

و الباحث يجد أن الرأي الراجح هو القول الأول لأن في عقد السلم لا يكتفي برؤية الثمن دون العلم بمقداره ، ولأن الله تعالى أمر بكتابة السلم للتوثيق وإحقاق العدل والمساواة بين الأطراف كافة ، لقوله تعالى : ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ )<sup>١٤٧٩</sup> ، وهذا يدل على وجوب مراعاة البعد عن أسباب الاختلاف ، بحيث نصبوا إلى ذلك من خلال تحديد جنس ونوع ومقدار الثمن ، سعياً لإزالة الجهالة الفاحشة ولأن البنك (رب السلم) قد لا يحصل على المسلم فيه عند حلول الأجل ، ويحتاج تبعاً لذلك لرد الثمن ، فيجب أن يكون معلوماً ليتمكن من رده . كما لا بد من إعلام قدره بالعدد فيما يعد وبالوزن فيما يوزن وبالكيل فيما يكال ، والنزاع و وحدات القياس الطولية الأخرى ، في المذروعات ، ومن تعيين النوع ، والذي يقتضي إعلام الجنس ، لكونه (النوع) أخص من الجنس ، كأن يقال : (مائة دينار أردني)<sup>١٤٨٠</sup> .

ومن الجدير بالذكر أن الثمن في عقد السلم يجوز أن يكون نقوداً أو عيناً أو منفعة ، كما هو الحال في عقد البيع العادي يتسع ليشمل النقود والأعيان والمنافع ، ومما يؤكد ذلك ما جاء في تعريف عقد البيع بالمادة (٤٦٥) من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه : " البيع تملك مال أو حق مالي لقاء عوض " ، ويتبين من هذا النص أن المشرع الأردني قد عبر عن الثمن بالعوض ، وهذا التعريف يشمل النقد والعين ، وكذلك يتسع ليشمل المنفعة كما هو الحال في السلم ، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه بجواز أن يكون رأس مال السلم منفعة ، بمعنى أن يكون رأس المال هو الانتفاع بآلة أو مبنى ، كما يقول الشربيني : " ويجوز كونه- أي رأس المال- منفعة معلومة ، وتقبض بقبض العين " <sup>١٤٨١</sup> ، هذا ويجوز أن تكون مدة الانتفاع أطول من مدة أجل السلم كما يقول الحطاب و المواق : " وبمنفعة عين- من المدونة- يجوز كون رأس المال منفعة عين، ولو حل أجل الطعام المسلم فيه قبل استيفاء المنفعة التي هي رأس المال " <sup>١٤٨٢</sup> ، ومثال ذلك ، كما لو اتفق شخص على

<sup>١٤٧٧</sup> . محمد الأشقر وعمر الأشقر و ماجد أبو رحية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ١٩١ .

<sup>١٤٧٨</sup> . المرجع نفسه ، ص ١٩١ - ١٩٢ .

<sup>١٤٧٩</sup> . سورة البقرة ، آية رقم ( ٢٨٢ ) .

<sup>١٤٨٠</sup> . عدنان العساف ، مرجع سابق ، ص ١٠٤ .

<sup>١٤٨١</sup> محمد خطيب الشربيني ، مفتي المحتاج ، بلا طبعة ، نشر مصطفى البابي الحلبي ، بيروت ، ١٣٧٧ هـ ، الجزء ٢ ، ص ١٠٣ .

<sup>١٤٨٢</sup> الحطاب والمواق ، مواهب الجليل والتاج والإكليل لمختصر خليل ، بلا طبعة ، مكتبة النجاح ، ليبيا ، بدون تاريخ ، الجزء ٤ ، ص ٥١٦ .

أن يعطي لآخر حق الانتفاع بعين ، كسيارة أو ميني لمدة معلومة ، وذلك كرأس مال سلم ، ويحصل منه على سلعة معينة جاز ذلك ، حتى ولو طال مدة الانتفاع بالسيارة عن موعد تسليم السلعة<sup>١٤٨٣</sup> ، في حين يلاحظ بهذا الصدد أن معيار السلم الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية قد عرف رأس مال السلم بأنه : " الثمن المدفوع في عقد السلم ، وقد يكون نقداً أو عيناً أو منفعة " <sup>١٤٨٤</sup> ، كما تجدر الإشارة هنا إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي المتعلق بالسلم حيث جاء في صياغة القرار ما يلي : " أنه يجوز للمسلم مبادلة المسلم فيه بشيء آخر غير النقد بعد حلول الأجل ، سواء كان الاستبدال بجنسه أو بغير جنسه ، حيث أنه لم يرد في منع ذلك نص ثابت ولا إجماع ، وذلك بشرط أن يكون البديل صالحاً لأن يجعل مسلماً فيه برأس مال السلم " <sup>١٤٨٥</sup> فنجد أن القرار استند إلى عدم وجود نص ثابت ولا إجماع يمنع ذلك، ولكن في كل الأحوال يجب أن يكون البديل صالحاً، لأن يجعل مسلماً فيه برأس السلم.<sup>١٤٨٦</sup>

وهذا يفسر ما ذهب إليه بعض الفقه من جواز أن يكون الثمن في السلم حيوان أو طعام ، وسند ذلك عموم قول الرسول عليه الصلاة والسلام : " من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " <sup>١٤٨٧</sup> ، ولكن يجب أن يكون هناك اختلاف بين السلعتين، المسلم فيه ورأس المال ، والسبب في ذلك حتى لا يؤول التعاقد إلى سلف جر منفعة ، كما يجوز السلم أيضاً إذا كان المسلم فيه ورأس المال من نفس النوع ، ولكن بشرط الاختلاف في الأغراض والمنافع ، ومثال ذلك أنه يجوز السلم في حيوان ورأس المال حيوان آخر ، بشرط اختلاف الغرض من كل واحد ، أما التطابق بين المسلم فيه ورأس المال من كل الوجوه ، فغير جائز ، ولا سلم في هذه الحالات ، وعلى ذلك فلا يجوز أن يسلم ذهباً أو فضة أو عملات ورقية في مثلها ، وسواء كان الذهب والفضة مسكوكين أم لا ، وذلك لأن البيع في هذه الأنواع صرف ، والصرف لا بد فيه من التقابض في مجلس العقد ، وإلا كان ربا نسيئة ، وهو محرم شرعاً ، حيث لا يجوز بيع العين بمثلها إلا يداً بيد لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد " <sup>١٤٨٨</sup> .

وينطبق في تحديد الثمن في السلم القواعد العامة من حيث تحديد نوع العملة متى كان الثمن نقداً مع بيان نوعه إذا كان له في السوق أنواع مختلفة وإن لم يحدد نوعه ينصرف إلى أكثر الأنواع تداولاً ، فإذا حدد بالدينار وكانت في السوق دنائير لبلدان مختلفة وجب على المتعاقدين أن يحددا نوع الدينار ، فإن لم يحددا انصرف الاتفاق إلى أكثرها تداولاً في السوق ، وبالإضافة لتحديد نوعه يجب تحديد مقداره كأن يقال : الثمن عشرون ألف دينار أردني ، وإن كان الثمن عينياً أي في حالة كان رأس المال من غير النقود يحدد النوع والجنس والمقدار ودرجة الجودة كأن يقال : ستين طنناً من الأرز البسمتي الباكستاني العالي الجودة ، وكذلك فقد قيل بجواز أن يكون رأس المال جزافاً في السلم ، متى توافرت شروط الجزاف ، وهذا الفرض إنما يتعلق بالحالة التي يكون فيها رأس المال من غير

<sup>١٤٨٣</sup> . محمد عبد الحليم عمر ، مرجع سابق ، ص ٢٢ .

<sup>١٤٨٤</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ١/١/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/44447.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/44447.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

<sup>١٤٨٥</sup> . قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩٥/٣/٨٥ .

<sup>١٤٨٦</sup> . نسرين محاسنة ، مرجع سابق ، ص ٣٤٥ .

<sup>١٤٨٧</sup> البخاري : كتاب السلم ، باب السلم في وزن معلوم رقم (٢١٢٥) ومسلم كتاب المساقاة ، باب السلم رقم (١٦٠٤) .

<sup>١٤٨٨</sup> محمد الأشقر و عمر الأشقر و ماجد أبو رحية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ١٩١ .

النقود ، ومن ذلك أن يكون رأس المال جميع أكياس الأرز الموجودة في مخزن معين ، هنا شرط الثمن المعلوم يكون متحققاً<sup>١٤٨٩</sup> .

كما نلاحظ أن شرط الثمن المعلوم في بيع السلم يتفق إلى حد كبير مع شرط تعيين الثمن في عقد البيع المطلق في القانون المدني الأردني ، وهذا ما جاءت به المادة (٤٧٩) مدني أردني بقولها : " يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوماً : (١) - بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضراً ٢ (٢) - ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضراً (٣) - بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة للثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ " ، من الملاحظ أن المشرع الأردني اعتبر الثمن مستوفياً لشرط التعيين باتفاق الأطراف على أساس صالح لتعيين هذا الثمن في المستقبل ، ومن ذلك سعر السوق ، أو تعيين الثمن بواسطة شخص ثالث ، وغير ذلك من صيغ التعيين ، بينما في بيع السلم لا يكفي الاتفاق على أساس لتعيين رأس المال لا اعتبار الثمن معلوماً ، وإنما يجب تعيين الثمن عند التعاقد<sup>١٤٩٠</sup> ، بحيث أثار هذه النقطة أحد الباحثين المعاصرين في صورة تساؤل : هل يجوز أن يتفق على تحديد الثمن في السلم بسعر السوق بتاريخ التسليم ناقصاً ١٠% مثلاً ؟ ، في حين جاء جواب لجنة الفتوى المقدم إليها التساؤل بقولها : الأصل في بیوع السلم وجوب تحديد الثمن بين المتعاقدين عند إبرام العقد ، ويجوز الاتفاق على تحديد الثمن وفقاً لسعر سوق معينة لبيع السلم وقت التعاقد ، كما يجوز الاتفاق كذلك على تحديد الثمن بسعر السوق المعينة في الحالين بزيادة معينة أو نقصان معين ، في حين لا يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بسعر سوق في المستقبل<sup>١٤٩١</sup> ، وقد يكون أساس هذا الاجتهاد أن بيع السلم فيه من احتمال الغرر والجهالة ما يكفي ، وعدم تحديد رأس المال عند العقد تحديداً قاطعاً قد يزيد من هذه الجهالة واحتمالية الغرر ، لذلك فاعتماد قابلية الثمن للتعيين في السلم قد تعني أن المسلم فيه ورأس المال وقت انعقاد العقد إنما هما عنصران مجهولان<sup>١٤٩٢</sup> .

وبالرجوع لموقف المشرع الأردني من مسألة تعيين الثمن في السلم نجد أن المادة (٥٣٤) عالجت ذلك بقولها : " يشترط في رأس مال السلم ( أي ثمنه ) أن يكون معلوماً قدرأ ونوعاً وأن يكون غير مؤجل بالشرط مدة لا تزيد عن بضعة أيام " ، نجد أن المشرع الأردني وضع شرطين لرأس المال السلم وهما أن يكون الثمن معلوماً قدرأ ونوعاً وهذا الشرط متفق عليه في الفقه الإسلامي وهذا ما تحدثنا عنه في هذا الفرع الأول ، في حين الشرط الثاني أن يكون الثمن مؤجل بالشرط مدة لا تزيد عن بضعة أيام وهذا ما سوف نعالجه في الفرع الثاني من هذا المطلب الأول ، في حين إذا ألقينا نظرة لموقف القوانين المدنية الأخرى لوجدنا أن بعضها وافق الفقه والمشرع الأردني في الشروط الواجب توافرها في رأس مال السلم ، كقانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (٥٧٠)<sup>١٤٩٣</sup> ، وقانون المعاملات المدنية السوداني في المادة (٢/ ٢١٨)<sup>١٤٩٤</sup> ، والقانون المدني اليمني في المادة (٣/٥٦١)<sup>١٤٩٥</sup> ، بينما أغفلته بعض القوانين الأخرى ، كقانون الموجبات والعقود اللبناني ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي ، ويعزو بعض شراح هذه القوانين إغفالها لمثل هذا الشرط إلى

<sup>١٤٨٩</sup> نسرین محاسنة ، مرجع سابق ، ص ٣٤٦ .

<sup>١٤٩٠</sup> المرجع نفسه ، ص ٣٤٧ .

<sup>١٤٩١</sup> محمد عبد الحليم عمر ، مرجع سابق ، ص ٢٤ ، وأنظر محمد عبد العزيز زيد ، مرجع سابق ص ٢٩ - ٣١ .

<sup>١٤٩٢</sup> نسرین محاسنة ، مرجع سابق ، ص ٣٤٧ .

<sup>١٤٩٣</sup> تطابق هذه المادة ما جاء في المادة (٥٣٤) من القانون المدني الأردني.

<sup>١٤٩٤</sup> تطابق هذه المادة أيضاً ما جاء في المادة (٥٣٤) من القانون المدني الأردني.

<sup>١٤٩٥</sup> نصت هذه الفقرة على ما يلي : (أن يكون الثمن معلوماً حال العقد مقبوضاً في المجلس.....) .

تحررها من القيود التي وضعها الفقه الإسلامي في هذا العقد<sup>١٤٩٦</sup> ، والحقيقة أن ما وصفه الفقه الإسلامي من شروط في عقد السلم ما هي إلا لضبطه ، ولإبعاد احتمالات دخول الأمور المفسدة فيه من ربا وجهالة وغرر ، وكل هذا ما هو إلا لتحقيق مصلحة العاقدين ، ولتقليل احتمال وقوع المنازعة بينهما<sup>١٤٩٧</sup> .

ويرى الباحث أن الثمن في عقد السلم المصرفي وجب أن يكون نفداً ، وذلك لأن أحد أطرافه هو (البنك) ، والبنك يقوم بوظيفة التمويل بواسطة النقود ، ولا يمكن تصور أن يكون رأس المال من غير النقود (عيناً أو منفعة) ، لأنه إذا كان عيناً لأدى ذلك إلى اختلاط البيع بالمقايضة<sup>١٤٩٨</sup> ، وأن كان منفعة لخلق صعوبات في آلية التنفيذ مما يؤدي إلى حدوث الخلاف والنزاع بين الأطراف ، وبالمقابل سوف يؤدي ذلك إلى خلق صعوبات في التطبيقات القضائية (من خلال الموازنة بين المنفعتين) . كما يجب أن يكون الثمن في عقد السلم المصرفي جدياً ، لا أن يكون تافهاً ولا صورياً ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في عقد البيع ، حيث أن عقد السلم ما هو إلا نوعاً من أنواع البيوع .

### **الفرع الثاني : أن يكون الثمن معجلاً غير مؤجلاً بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام :**

الأصل في السلم أن يتم دفع الثمن فور انعقاد العقد ، وأن يدفع كله في مجلس العقد<sup>١٤٩٩</sup> ، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٣٢) مدني أردني حين عرفت السلم بقولها أنه : " بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل " ، فاشتراط أن يكون الثمن معجلاً لا مؤجلاً ، أي فورياً ، وهذا يطابق رأي جمهور الفقهاء بقولهم بضرورة تسليم رأس المال في مجلس العقد قبل التفريق ، ولا يجوز تأخيره عنه وتعليقهم لذلك أن عدم التسليم في مجلس العقد قد يؤدي إلى بيع الدين بالدين ، وهو منهي عنه<sup>١٥٠٠</sup> ، لكون الثمن يصبح مؤجلاً والبضاعة مؤجلة ، فيصبح كلاهما في الذمة ، وهذا يضيف غرراً إلى السلم ، لذلك كان لابد من تسليم رأس المال في مجلس العقد فوراً ليتحقق الغرض والحكمة من السلم ، إذ لولا حاجة المسلم إليه لما عقد العقد<sup>١٥٠١</sup> ، ومن المتفق عليه أنه يجوز أن يكون الثمن في حكم المعجل وذلك إذا دفع خلال يومين أو ثلاثة أيام من انعقاد العقد سواء جرى التأخير بشرط في العقد أو بغير شرط وهذا قول المالكية ، وعلتهم في ذلك بأن اليومين أو الثلاثة أجل قريب ، فيكون في حكم التعجيل<sup>١٥٠٢</sup> ، أما المشرع الأردني فقد عبر عن ذلك في المادة (٥٣٤) من القانون المدني الأردني<sup>١٥٠٣</sup> بحيث استخدم تعبير بضعة أيام ، وفي اللغة تدل الكلمة " بضعة - بضع " على ما لا يقل عن ثلاث ولا يزيد عن تسعة ، وبالتالي إذا كان من الواجب دفع الثمن في عقد السلم فوراً فإنه يجوز تأجيله استثناء لبضعة أيام فقط<sup>١٥٠٤</sup> ، وسبب هذا الحكم هو أن ما قارب الشيء يعطى حكمه ، ولكن لا يجوز التأخير في دفع الثمن لأكثر من المدد المحددة أعلاه ، بأن تبلغ عشرة أيام فما فوق ،

<sup>١٤٩٦</sup> . عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، البيع والمقايضة ، ص ٢٢٤ .

<sup>١٤٩٧</sup> . عدنان العساف ، مرجع سابق ، ص ١٠٥ .

<sup>١٤٩٨</sup> . لقد عرف المشرع الأردني المقايضة بالمادة (٥٥٣) في القانون المدني الأردني بأنها هي: مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود، وعرفها المشرع المصري في التقنين المدني المصري بالمادة (٤٧٢) بقولها : " المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود" .

<sup>١٤٩٩</sup> . نسرین محاسنة ، مرجع سابق ، ص ٣٤٩ .

<sup>١٥٠٠</sup> . محمد عبد الحليم عمر ، مرجع سابق ، ص ٢١ .

<sup>١٥٠١</sup> . محمد الأشقر وعمر الأشقر وماجد أبو رحية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ١٩١ .

<sup>١٥٠٢</sup> . المرجع نفسه ، ص ١٩٢ .

<sup>١٥٠٣</sup> . المادة (٥٣٤) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ م .

<sup>١٥٠٤</sup> . محمد يوسف الزعبي ، مرجع سابق ، ص ٤٨١ .



<sup>١٥٠٥</sup> ، ومن الجدير بالذكر أن اشتراط المشرع الأردني لهذا الشرط لا يعني أن الأصل فيه تأخير قبض الثمن ، بل إن الأصل فيه تعجيله في مجلس العقد ، وهذا ما يفهم من نص المادة (٥٣٢) ، أما ما يفيد هذا الشرط من جواز تأجيل وتأخير دفع رأس المال مدة لا تزيد عن تسعة أيام ، فهي من باب الرفق بالناس والتوسعة على العاقدين ، وهو في حكم التعجيل لقصر المدة ، حيث تعطي هذه المدة القريبة حكم التسليم في المجلس ، والملاحظ أن المشرع الأردني تأثر في هذا الشرط برأي المالكية المجيز لتأخير قبض رأس المال ليومين أو ثلاثة أيام فقط سواء جرى التأخير بشرط أو بغير شرط ، وقد حدد القانون هذه المدة القصوى للتأجيل بتسعة أيام بما يفيد قوله : "بضعة أيام" ، وهذا زائد عن ما ذهب إليه المالكية ، وقد خالف بهذا أيضاً رأي جمهور الفقهاء الذي ذهب إلى تسليم رأس المال في مجلس العقد وإلى عدم جواز تأخيره ولو لأدنى مدة <sup>١٥٠٦</sup> .

كما تجدر الإشارة هنا لقرار مجمع الفقه الإسلامي المتعلق برأس المال بقوله "الأصل تعجيل قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ، ويجوز تأخيره ليومين أو ثلاث ولو بشرط ، على أن لا تكون مدة التأخير مساوية أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم" <sup>١٥٠٧</sup> ، لكن يظهر التساؤل هنا ماذا لو تم تقسيط رأس المال على دفعات بحيث يتم تقبيل رأس المال في مجلس العقد دون البعض فقد ذهب معظم الفقه إلى القول بأن المشتري إذا دفع جزءاً من الثمن فقط ، صح السلم في جزء من السلم فيه ، وهو ما يقابل هذا الجزء من الثمن فقط وبطل في الباقي <sup>١٥٠٨</sup> .

كما ويشير قرار مجمع الفقه الإسلامي السابق الذكر إلى الشرط المتعلق بالتأجيل ألا يكون الثمن ديناً في ذمة المشتري ، في حين يظهر تساؤل هنا حول ما إذا كان من الممكن أن يكون الثمن ديناً سابقاً في ذمة السلم إليه (البائع) للمسلم (المشتري) في عقد السلم المصرفي ، كأن يكون هناك دين سابق على (المسلم إليه) للبنك (رب السلم) ، فهنا هل يجوز اعتبار المشتري مستوفياً للدين ، واعتبار هذا الدين ثمناً للبضاعة التي سيسلمها العميل المدين ؟

يمكننا القول أن هذه الصيغة تسمى باقتضاء الدين التي على العميل جعلها ثمناً مقدماً في السلم تخرج عن بيع الدين بالدين وأن احتمال الربا وارد أيضاً ، ومعناه هنا أن المصرف باع الدين الذي له في ذمة المدين بدين جديد عليه وهو البضاعة المسلم فيها ، وهذه الطريقة ممنوعة شرعاً ، قال ابن المنذر : إذا كان له في ذمة رجل دين ، فجعله سلماً في طعام إلى أجل ، لم يصح ، أما إن لم يكن المال في ذمة المدين ، بل كان عيناً في يده مملوكة للذات ، كأن يكون وكيلاً له في حفظها ، أو كان غاصباً لها ، أو كانت وديعة عنده ، فاتفقا على جعلها رأسمال سلم فلا بأس بذلك ، وينوب القبض السابق عن القبض في مجلس العقد <sup>١٥٠٩</sup> .

أما ما جاء في موقف هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية فيما يتعلق بكون رأس مال السلم في الأصل هو دين للبنك رب السلم على المسلم إليه البائع ، حيث نصت على أنه : " لا يجوز أن يكون الدين رأس مال السلم ، مثل جعل القروض النقدية أو ديون المعاملات المستحقة التي للمؤسسة على العميل رأس مال سلم " <sup>١٥١٠</sup> .

<sup>١٥٠٥</sup> .عدنان العساف ، مرجع سابق ، ص ١٠٥ .

<sup>١٥٠٦</sup> .عدنان العساف ، مرجع سابق ، ص ١٠٦ .

<sup>١٥٠٧</sup> قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩٥/٣/٩٥ .

<sup>١٥٠٨</sup> .محمد عبد الحليم عمر ، مرجع سابق ، ص ٢٢ .

<sup>١٥٠٩</sup> .محمد الأشقر و عمر الأشقر و ماجد أبو رخية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ٢١٨ .

<sup>١٥١٠</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٤/١/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، النماطة ٢٠٠٢ ،

موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

كما سبقت الإشارة في الفرع الأول بأن الثمن في السلم قد يكون نقداً أو عيناً أو منفعة وقد ذهب الفقه المالكي إلى القول بجواز أن تكون المنفعة معينة أو غير معينة ، وهنا يجب أن ينطبق عليها شرط التعجيل أيضاً أو الإيفاء خلال ثلاثة أيام ، ومثال على الصياغة التي ينعقد فيها السلم ويكون الثمن فيها منفعة كأن يقول شخص لآخر اسكن هذه الدار أو استعمل هذه السيارة لمدة معينة مقابل أن تسلمني كمية معينة من الأرز وبمواصفات معينة ، في هذا المثال المنفعة معينة ، أما إذا قال شخص لآخر أو صلك كل يوم إلى عمك ولمدة أربعة شهور مقابل كمية معينة وموصوفة من السكر تُسلم في المستقبل هنا المنفعة التي سوف يقدمها المشتري كثمن للبضاعة (المسلم فيه) غير معينة في هذا المثال الأخير ، لأنه يشترط أن يتم استيفاء المنفعة فور العقد أو خلال ثلاثة أيام من تاريخ انعقاده ، حتى لا يكون بيع دين بدين ، فإذا بدأ استيفاء المنفعة خلال ثلاثة أيام صح السلم ولو استمر الانتفاع بعد الثلاثة أيام ، بشرط استكمال الانتفاع قبل تسليم المسلم فيه ، وحتى لو لم يستكمل البائع الانتفاع قبل تسليم المسلم فيه قيل بصحة السلم على أساس أن المنفعة المجزأة على مدة معينة هي شيء واحد وبالشرع في قبضها تعتبر وكأنها مقبوضة جميعها .<sup>١٥١١</sup>

لكن إذا كان الثمن عيناً وسلم المشتري كل هذه العين ، فيظهر السؤال هنا ماذا إذا كانت العين التي سلمها المشتري للبائع كلها معيبة ، أو كان جزءاً منها معيباً أو مغشوشاً ، ما هو حكم ذلك ، وما مصير العين المعيبة ؟

في الإجابة على هذا السؤال نذهب لما ورد عن الفقه المالكي أيضاً أنه إذا كان الثمن عيناً ، وسلم المشتري كل هذه العين وكانت كلها معيبة أو كان جزءاً منها معيباً أو مغشوشاً ، بأن أجازوا للبائع رد الثمن المغشوش كله أو الجزء المعيب وذلك بحسب الحالة ، كما يجب على المشتري دفع ثمناً بديلاً عنه وغير معيب وذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ الرد للثمن المغشوش أو الرد للجزء المعيب من العين ، قياساً على المدة اللازم فيها دفع أصل رأس المال ، أما في حالة كانت العين معيبة كلها فقد جاز للبائع رد العين المعيبة كلها ، كما يجب على المشتري دفع ثمناً بديلاً عنه وغير معيب وذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ الرد للعين المعيب كله ، فإذا لم يفعل المشتري ذلك فسد البيع كله ، متى كان الثمن كله معيباً ، أو فسد البيع في الجزء المعيب متى كان العيب جزئياً إلا إذا تسامح البائع .<sup>١٥١٢</sup>

كما يجدر بنا الإشارة لموقف القوانين المدنية الأخرى من هذا الشرط : فنجد أن قانون المعاملات المدنية السوداني وافق القانون المدني الأردني فيما ذهب إليه في هذا الشرط ، فقد نص عليه في المادة (٢/٢١٨) <sup>١٥١٣</sup> ، ووافقه أيضاً قانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي نص عليه في المادة (٥٧٠) منه <sup>١٥١٤</sup> ، إلا أنه قيد مدة التأجيل بثلاثة أيام فقط وليس بتسعة أيام كما في القانون الأردني والسوداني ، وهو بهذا يتطابق مع رأي المالكية في هذه المسألة بالضبط ، فيما ذهبت القوانين الأخرى إلى خلاف ذلك ، فاشتترطت تسليم رأس مال السلم في مجلس العقد على الفور ، وهذا ما ورد في المادة (٤٨٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني <sup>١٥١٥</sup> ، والمادة (٦١٤) من قانون

<sup>١٥١١</sup> . نسررين محاسنة ، مرجع سابق ، ص ٣٥٢ .

<sup>١٥١٢</sup> . نسررين محاسنة ، مرجع سابق ، ص ٣٥١ .

<sup>١٥١٣</sup> . وتطابق هذه المادة ما جاء في المادة (٥٣٤) من القانون المدني الأردني .

<sup>١٥١٤</sup> . نصت هذه المادة على أنه: "يشترط في رأس مال السلم (أي ثمنه) أن يكون معلوماً قدره ونوعاً وأن يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد على ثلاثة أيام".

<sup>١٥١٥</sup> . نصت هذه المادة على أنه: "يجب دفع الثمن كله إلى البائع وقت إنشاء العقد".

الالتزامات والعقود المغربي<sup>١٥١٦</sup> ، والمادة (٥٦١ / ٣) من القانون المدني اليمني<sup>١٥١٧</sup> ، وبهذا تطابق هذه القوانين رأي جمهور الفقهاء .

في حين يظهر تساؤل جديد حول كيفية تثبيت الثمن في بيع السلم ، حيث إن ثمن السلع يتغير بمرور الزمن ، فكيف يمكن للبنك أن يبرر تثبيت الثمن للمدد الطويلة ؟

يمكن لنا الاجتهاد في ذلك والقول إن عقد السلم يستعمل منذ أربعة عشرة قرناً والمسلمون في كافة أنحاء العالم يبرمون عقود السلم وهم على علم بتقلبات أسعار السوق ، وهذا يعني أنه من خلال دراسة السوق يستطيع الشخص أن يتنبأ بالأسعار المستقبلية ، وهذا ليس غريباً حيث إن البنوك التقليدية تستخدم " المستقبليات " مع تأجيل البدلين ، ولكن الشريعة الإسلامية تجيز تأجيل تسليم البضاعة فقط في بيع السلم بشرط دفع ثمنها مقدماً<sup>١٥١٨</sup> ، مما يعني أن أحد البدلين هو المؤجل لا كلاهما في عقد السلم ، حيث قال الفقه في عقد السلم يجري تثبيت الثمن فيه على أساس المساومة ولا يجوز تثبيته على أساس المرابحة ، لأن الثمن في السلم يجب أن يدفع مقدماً في مجلس العقد ، والمفترض أن المسلم فيه معدوم ، أي غير موجود في ملك المسلم إليه ( البائع ) وقت العقد ، بل إما أن ينتج بنفسه ، أو في مصنعه بعد العقد ، أو يحصله من الأسواق ، وبذلك لا يمكن تحديد قيمته حين العقد ليتمكن جعله أساساً ليضاف إليه الربح المعلوم ويتحدد الثمن<sup>١٥١٩</sup> .

ويرى الباحث بأنه وجب أن يدفع الثمن في مجلس العقد وذلك حتى لا يقع المكلف في بيع الكالئ بالكالئ الذي ورد النهي عنه ، لأن التأخير لو جاز لبضعة أيام كما نص القانون الأردني وجاء بذلك الفقه المالكي لجاز لأكثر من ذلك إذا اختلفت ظروف التجارة ، وهذا يؤدي إلى الخلاف والنزاع ، لذلك أؤيد رأي الجمهور الفقهاء بوجوب دفع الثمن فور انعقاد العقد وأن يدفع كله دون تقسيط .

### الفرع الثالث: الصياغة المصرفية لعقد السلم المصرفي :

بعد أن تكلمنا عن عقد السلم وتعريفه وأدلة مشروعيته وشروطه ، فلا بد لنا الآن أن نسقط هذا العقد على حياتنا المعاصرة وكيفية الاستفادة منه في المجال المصرفي حتى تتمكن البنوك الإسلامية من تأدية واجبها وأمانتها التي أنيطت بها ، وإن من أهم الملامح العامة في السلم أنه مستثنى من بيع ما ليس عندك وذلك لأن المسلم إليه يبيع السلعة قبل تملكها وحيازتها بل يتعجل الثمن على أن يتكلف توفير السلعة في مواعده المحدد<sup>١٥٢٠</sup> .

ونستطيع تكييف صياغة مصرفية لعقد السلم وهي تتمثل في أن يتقدم العميل (المسلم إليه) فيما بعد إلى البنك (المسلم) وليكن هذا العميل شركة للمباني الجاهزة فيعرض على البنك شراءها بطريق السلم ويحدد له موعداً أو أجلاً محدداً كما هو معروف في عقد بيع السلم ومن ثم يقوم البنك بإخضاع هذا العرض لدراسة طلب العميل حسب المعايير الفنية والضوابط الشرعية من خلال لجانه والعمل على تحديد مدى جدواه الاقتصادية ومدى قوة المركز التجاري والمالي لدى العميل وشهرته وأمانته إلى غير ذلك مما يجب إتخاذه من تدابير ، وبعد هذه الدراسة ، فإذا وافق البنك فإنه يطلب من العميل

<sup>١٥١٦</sup> . نصت هذه المادة على أنه: " يجب دفع الثمن كاملاً، وبمجرد إبرام العقد".

<sup>١٥١٧</sup> . نصت هذه الفقرة على ما يلي : " أن يكون الثمن معلوماً حال العقد مقبوضاً في المجلس".

<sup>١٥١٨</sup> . بنك دبي الإسلامي ، الإسلامي لتمويل السلم ، ٢٠١٠ ، -<http://www.dib.ae/ar/personalbanking>

[personalfinancesalam.com](http://personalfinancesalam.com) ، تاريخ مشاهدة الموقع ٢٥/٦/٢٠١١ .

<sup>١٥١٩</sup> . محمد لأشقر و عمر الأشقر و ماجد أبو رحية و محمد شبير، مرجع سابق ، ص ١٩٣ .

<sup>١٥٢٠</sup> . أسامة محمد الصلابي ، مرجع سابق ، ص ٢١ ، وأنظر هيا جميل بشارات ، مرجع سابق ، ص ٨٠ .

تقديم الضمانات الكافية لتأمين تسليم البضاعة للبنك وتجنباً للمماطلة ، ولحفظ حقوق البنك ، فإذا قدم العميل الضمانات المطلوبة للبنك فإن الطرفان يتوقعان عقد بيع السلم ، ومن ثم يقوم البنك ( رب السلم ) بتسليم المبلغ ( رأس مال السلم ) للعميل ( المسلم إليه ) وهنا تتحقق المصلحة للطرفين ( المسلم إليه ، ورب السلم ) ، فالبايع من جهة حصل على تمويل مشروعه ولا يبذل جهداً في تصريف المسلم فيه فيما بعد لأنه ملك للبنك ( رب السلم ) وكذلك فإنه لا بد وأن يكون قد حقق ربحاً معقولاً له ، وتكمن مصلحة البنك ( رب السلم ) في أنه حصل على أسعار رخيصة وهو أمر طبيعي في سبيل تخليه عن مبالغ نقدية لمدة طول أجل السلم والتي كان من الممكن أن ينتفع بها في وجه آخر للاستثمار ، والأمر الثاني أن البنك التزم بأخذ السلعة أو المباني المحددة من قبل العميل في العقد المبرم بينهما بعد أجل محدد و قد ترخص عند حلوله الأسعار أو يقل الطلب وفي هذا مخاطرة وكذلك فإن البنك سيبحث عن فرص لتصريف ما اشتراه وتحقيق ربح جيد أو أن يستعمل ما اشتراه في حاجته الخاصة ، ويستطيع البنك الانتظار حتى الموعد المحدد لتسليم المسلم فيه (المباني أو السيارات...) وبعد قبضها يعلن عن بيعها ، كما يمكن للبنك أن يبيعها سلماً أيضاً فيصبح البنك مسلماً إليه بعد ما كان في المرة الأولى رب السلم ، بل قد يبيعها للعميل نفسه فيصير العميل (رب السلم) فيتقدم للبنك للشراء ويستفيد من فروق الأسعار في كلا الحالتين ، وكما يمكن للبنك أن يوسع نطاق هذا التعامل في مجالات كثيرة ويرسي دعائم هذا النوع من العقود في كافة المستويات من التجار والصناع والزراع وكذلك المؤسسات والشركات ، وبذلك تستطيع البنوك الإسلامية بهذا النوع من التعامل أن تسد أبواب الاستدانة والاقتراض من البنوك الربوية ويكون هذا النوع ضمن الخطة العامة المرسومة لتحقيق أهداف البنوك الإسلامية فتحل العقود الشرعية محل العقود الأخرى التي قد تثقل كاهل العملاء .<sup>١٥٢١</sup>

#### المطلب الثالث : استلام السلعة :

سوف نتعرض في هذا المطلب لمرحلة استلام السلعة وهي المرحلة التي تلي مرحلة انعقاد العقد ودفع الثمن من قبل البنك ( رب السلم ) وحتى حلول الأجل المتفق عليه بين المسلم إليه ورب السلم ، وهنا يظهر التزام البائع ( المسلم إليه ) في عقد السلم المصرفي كمرحلة لاحقة لدفع رأس مال السلم ، حيث يلتزم البائع ( المسلم إليه ) بالقيام بتسليم المبيع ( المسلم فيه ) للبنك ( رب السلم ) عند حلول الأجل المتفق عليه بين الطرفين في عقد بيع السلم مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد ، كما يلتزم البنك ( رب السلم ) باستلام المبيع ( المسلم فيه ) ، وهذا ما أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في مناقشتها لمعيار السلم بقولها : أنه يجب على المسلم إليه تسليم المسلم فيه إلى رب السلم البنك عند حلول أجله حسب ما يقتضيه العقد من الصفة والقدر ، كما يجب على البنك رب السلم قبوله إذا كان مطابقاً للمواصفات المتفق عليها ويجبر على قبوله إذا امتنع<sup>١٥٢٢</sup>

وبناءً على ذلك فإنه سيتم الحديث عن مرحلة استلام البنك ( رب السلم ) للسلعة ( المسلم فيه ) في عقد السلم المصرفي من خلال ثلاثة فروع ، حيث سيتم الحديث في الفرع الأول عن قيام البنك بالتصرف بالسلعة ( المسلم فيه ) ، وسيتم الحديث في الفرع الثاني عن قيام البنك ( رب السلم )

<sup>١٥٢١</sup> أسامة محمد الصلابي ، مرجع سابق ، ص ٢١ ، وأنظر هيا جميل بشارات ، مرجع سابق ، ص ٨٠ .

<sup>١٥٢٢</sup> معيار السلم والنسلم الموازي رقم ١/٥ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، الغنامة ٢٠٠٢ ،

موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

بتوكيل البائع ( المسلم إليه ) بالتصرف بالسلعة ، بينما سنعالج في الفرع الثالث ما يعرف بالسلم الموازي وهو شكل من أشكال من بيع السلم .

### الفرع الأول : تصرف البنك بالسلعة :

في البداية نقول أن مسألة تصرف البنك بالسلعة بعد قبضها لا خلاف عليه ، لأن السلعة أصبحت بحوزته عند حلول الأجل وله الحق بالتصرف بها كيفما شاء ، ولكن ما هو حكم مسألة قيام البنك بالتصرف بالسلعة قبل قبضها ؟

عالج المشرع الأردني مسألة قيام البنك بالتصرف بالسلعة قبل قبضها حيث نصت المادة ( ٥٣٥ ) من القانون المدني الأردني على أنه : " يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع المسلم فيه قبل قبضه " ، وبالنظر لهذه المادة نجد أن المشرع الأردني أجاز للبنك رب السلم التصرف بالمبيع المسلم فيه قبل قبضه ، فجاز للبنك التصرف بالمسلم فيه بيعاً وسلماً وهبة ووعداً بجائزة<sup>١٥٢٣</sup> .

ويظهر التساؤل حول كيف يمكن للبنك رب السلم التصرف بالمسلم فيه قبل قبضه ؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول أن بيع السلم عقد ، وهو نوع من أنواع البيوع وتنتقل فيه الملكية بمجرد التعاقد ولو لم يقترن ذلك بالتسليم ، فإذا كانت ملكية المبيع المسلم فيه في عقد بيع السلم قد انتقلت للبنك رب السلم عند التعاقد فإنه ليس هنالك ما يمنع البنك من أن يقوم بالتصرف في ملكه ولو لم يقبضه ، وينتج عن ذلك أنه إذا لم يتمكن البنك رب السلم من الوفاء بتعهدده للمتصرف إليه بسبب انقطاع وجود المسلم فيه فلا تأثير لذلك على عقد بيع السلم نفسه أو العقد المبرم بين البنك رب السلم والمتصرف إليه ، لكون الذي يحكم علاقة العقد الأخير قواعد المسؤولية العقدية ، والتي لا علاقة لعقد السلم فيها .<sup>١٥٢٤</sup>

وقد وافق المشرع الأردني فيما ذهب إليه من جواز تصرف المشتري بالسلعة قبل قبضها في بيع السلم كل من قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ( ٥٧١ ) ، وقانون المعاملات المدنية السوداني في المادة ( ٣/٢١٨ ) ، بينما خالفه في ذلك القانون المدني اليمني في المادة ( ٥٦٤ ) حيث لم يجز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه .

أما موقف الفقه الإسلامي من مسألة تصرف المشتري رب السلم في السلعة قبل قبضها ، فقد اختلف الفقهاء حول ذلك على عدة آراء :

حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز بيع الشيء الذي اشتراه بعقد السلم قبل قبضه مع بقاء العقد سواء باعه إلى بائعه أو إلى غيره قبل أن يقبضه منه ، ولا أن يأخذ بدله من البائع شيئاً آخر كما لو أخذ بد القمح شعيراً أو ثياباً ، ودليلهم في ذلك حديث أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره " ، وقالوا أيضاً لأنه من قبيل بيع الغير مقبوض ، وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض ، أما الرأي الثاني فقد ذهب أصحابه إلى جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه سواء باعه إلى المسلم إليه البائع أو إلى أي طرف آخر بشرط توافر ثلاثة شروط هي مراعاة أحكام الربا بين رأس مال السلم وبين هذا البديل ، وقالوا أنه لو أسلم دراهم فضية في حيوان ، فأخذ بد ذلك الحيوان دنانير فلا يجوز ذلك لأنه لا يجوز أن يسلم دراهم بدنانير ، أما لو أخذ بدل هذا الحيوان قمحاً فيجوز ، وأن يجري قبض البديل حالاً لئلا يكون من قبيل بيع الدين بالدين ، وأن يكون المسلم فيه مما يجوز بيعه قبل قبضه ، وهو عند أصحاب هذا الرأي ما عدا المواد الغذائية ، وأضاف ابن جزري في قوانينه الفقهية شرطاً رابعاً

<sup>١٥٢٣</sup> . عنان محمود العساف ، مرجع سابق ، ص ١٣٨ .

<sup>١٥٢٤</sup> . محمد يوسف الزعبي ، مرجع سابق ، ص ٤٨٣ .

وهو إذ باع الشيء ممن هو في ذمته ، وهو : أن يكون بمثل ثمنه أو أقل ، ولا يجوز بأكثر من ثمن المثل لنلا يتهم بسلف جر منفعة ، أما إذا كان من غير بائعه فيجوز بمثل الثمن أو أقل أو أكثر .<sup>١٥٢٥</sup> كما قيل أنه لا يجوز قيام المصرف ببيع البضاعة قبل قبضها إلى طرف ثالث ، لكن يجوز للبنك تقديم وعد غير ملزم إلى الطرف الثالث ببيعه البضاعة عند تسلمها من المسلم إليه ، وليس له أن يبيعها قبل قبضها ولكن يمكن أن يوكله أولاً في قبضها ثم يجري عقد البيع بعد ذلك بينهما .<sup>١٥٢٦</sup> أما موقف هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية فقد ذهبت إلى عدم جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه وذلك بقولها : " لا يجوز للبنك رب السلم أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه " .<sup>١٥٢٧</sup> أما بالنظر إلى آراء العلماء المعاصرين حول جواز بيع المسلم فيه قبل القبض ، وإذا كان ذلك غير جائز فهل يجوز لرب السلم أن يبيع سلعة من جنس ما أسلم فيه اعتماداً على ما سوف يتسلمه في المستقبل ودون الربط في العقد بين ما أسلم فيه وبين ما سوف يتسلمه ؟ وهل يجوز لرب السلم أن يتخذ من هذا العمل تجارة له ؟

هنا جاءت الفتوى الصادرة عن هيئة العلماء المسلمين المشاركين بندوة البركة الثانية للاقتصاد الإسلامي المنعقدة في تونس من ٩-١٢ صفر ١٤٠٥ هـ حيث نصت على أنه :

- ١- لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه
- ٢- لكن يجوز لرب السلم أن يبيع سلعة من جنس ما أسلم فيه دون أن يربط ببيع السلم بين ما أسلم فيه في العقد الأول وبين ما يلتزم به في العقد الأخير .
- ٣- ولا يجوز اتخاذ هذا العمل تجارة لأن السلم أجز استثناء للقواعد الأصلية وذلك لحاجة المنتجين ، ويسدها جواز السلم في حالات فردية دون الاتجار به ، فإذا وجدت ظروف اقتصادية في بعض البلاد الإسلامية ومصحة كبرى تدعو إلى الاتجار به في حالات خاصة جاز ذلك لهذه المصلحة الكبرى التي تقدرها هيئات الفتوى والرقابة الشرعية .<sup>١٥٢٨</sup> وكذلك جاء في قرار لهيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي ما مفاده : " أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلاف " ، والحكمة من ذلك أن مثل هذا التصرف مما قد يتقل على كاهل المستهلكين ، لأن الصفقة إذا تداولتها أيادي التجار بالملك قبل الحيازة فإنها تتحمل أرباح كل بائع والذي يتحمل الجميع فيما بعد هو المستهلك دون غيره .<sup>١٥٢٩</sup>

#### الفرع الثاني : التوكيل بالتصرف في المسلم فيه :

سنتحدث في هذا الفرع عن الطرق التي يعتمدها البنك في تسويقه للمسلم فيه ، ومنها قيام البنك رب السلم بتوكيل البائع المسلم إليه بالتصرف بالمسلم فيه المبيع سواء أكان ذلك بأجر أو بدون أجر ، أو قيام البنك رب السلم بتوكيل بعض الجهات المختصة كدور التجارة ذات الخبرة بالتصرف بالمسلم فيه المبيع وتسويقه ، وسنتحدث عن هاتين الحالتين من خلال التطرق لموقف الفقه الإسلامي منها ، حيث أن المشرع الأردني في القانون المدني وعند

<sup>١٥٢٥</sup> . محمد الأشقر و عمر الأشقر و ماجد أبو رخية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ٢٠٨ ، وانظر محمد عبد الحليم عمر ، مرجع سابق ، ص ٣٣ .

<sup>١٥٢٦</sup> . المرجع نفسه ، ص ٢٠٩ .

<sup>١٥٢٧</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ١/٤ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/4447.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

<sup>١٥٢٨</sup> . محمد عبد العزيز زيد ، مرجع سابق ، ص ٣٢ .

<sup>١٥٢٩</sup> . المرجع نفسه ، ص ٣٣ .

معالجته لبيع السلم لم يتطرق لهذه الحالات ، وكان الأولى بالمشرع الأردني العمل على معالجة تلك الطرق تماشياً مع التطبيقات الحديثة المستجدة التي تطرأ على تطبيق عقد السلم المصرفي .

إن البضاعة المسلم فيها قد تكون ذات أنواع مختلفة وكميات كبيرة وأحجام متفاوتة وذلك حسب عقود بيع السلم المختلفة التي قد يكون البنك رب السلم قد أبرمها مع عدة جهات وحسب النشاطات المختلفة التي قام بها البنك رب السلم ، هذه البضائع تحتاج إلى مخازن كبيرة وخبرات متخصصة في التخزين وتتطلب أن يكون للبنك رب السلم خبراء في تسويق السلع وتغليفها بالطرق المناسبة وهذه من الأمور التي قد يصعب على البنوك المتعاملة في السلم القيام بكل هذه الخطوات في سبيل بيع المسلم فيه ، ولهذا فقد تقوم هذه البنوك بتوكيل إما المسلم إليه البائع بما يملكه من خبرات ووسائل تساعد على تسويق المسلم فيه ، أ، القيام بتوكيل جهة أخرى لديها القدرة على القيام بعملية الإعلان والتسويق للمسلم فيه من أجل بيعه للتجار المهتمين وبالتالي تحقيق البنك رب السلم الربح المنشود من إبرامه لعقد بيع السلم ، وعليه فإننا سنتطرق لهاتين الحالتين على التوالي من خلال النظر لآراء الفقهاء في هذا الصدد فيما يلي :

**أولاً : قيام البنك ( رب السلم ) بتوكيل البائع ( المسلم إليه ) في التصرف بالمسلم فيه سواء أكان ذلك بأجر أو بدون أجر :**

قال الفقهاء أنه إذا كان التوكيل بناءً على اتفاق مسبق بين طرفي عقد بيع السلم ، كان مربوط بعقد السلم نفسه فإن ذلك باطل ولا يجوز ، لأنه من باب جمع العقدين في عقد واحد ، أما إذا قام المسلم إليه بتسليم المبيع ( المسلم فيه ) للبنك ( رب السلم ) عند حلول الأجل وانتهت العلاقة بين الطرفين ، ثم بعد ذلك اتفق البنك مع البائع على قيام البائع بتسويق البضاعة المسلم فيها فذلك جائز عند الفقهاء .<sup>١٥٣٠</sup>

ومما يجدر الإشارة إليه أن للبنك ( رب السلم ) أن يوكل المسلم إليه في التغليف والتعبئة والتخزين والنقل والتسويق ، إلا أنه لا يجوز له أن يوكله في القبض من نفسه لأنه لا يصح توكيل المدين في القبض من نفسه لدائنه ، وإنما يجب على البنك ( رب السلم ) أن يعين أحد موظفيه للاستيفاء والقبض له ومن ثم يجوز له أن يترك سائر الأمور الأخرى التي تقتضي الخبرة والتخصص للمسلم إليه .<sup>١٥٣١</sup>

ويوافق الباحث الرأي القائل أنه يجب على البنك ( رب السلم ) الحذر من التعامل بهذا الأسلوب سواء أكان ذلك بأجر أو بدون أجر ، لأنه قد نكون أما صورية لعقد السلم وهو في الحقيقة تمويل بقرض بفائدة ، مما يقلص دور البنك ( رب السلم ) في العملية التجارية .<sup>١٥٣٢</sup>

**ثانياً : قيام البنك ( رب السلم ) بتوكيل مؤسسة متخصصة من أجل التصرف بالمسلم فيه**

في هذه الحالة يقوم البنك ( رب السلم ) بتوكيل جهة متخصصة وذات خبرة في عمليات التغليف والتخزين والتسويق وذلك للتصرف في المسلم فيه بعد قبضها من قبل البنك من

<sup>١٥٣٠</sup> . محمد الأشقر وعمر الأشقر و ماجد أبو رخية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ٢١٤ .

<sup>١٥٣١</sup> محمد أحمد السراج ، النظام المصرفي الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ٣١٠ ، وأنظر محمد عبد العزيز زيد ، مرجع سابق ، ص ٤٣ .

<sup>١٥٣٢</sup> . محمد الأشقر وعمر الأشقر و ماجد أبو رخية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ٢١٤ .

المسلم إليه ، ويكون ذلك مقابل أجر مقطوع أو مقابل نسبة مئوية يتفق عليها الطرفان ، وقد أجاز الفقهاء هذه الطريقة <sup>١٥٣٣</sup> ، فقد جاء في المبسوط للسرخسي أنه : " إذا وكل الرجل أن يسلم له عشرة دراهم في كر حنطة فأسلمها الوكيل بشروط السلم ودفع الدراهم من عنده ، فهو جائز ، لأن السلم عقد تمليك ، يملك الأمر مباشرته بنفسه ، ويجوز له توكيل غيره به كبيع العين ، لأن الوكيل يقوم مقام الموكل في مباشرته لغيره بأمره كالبيع ، لأن العاقد باشر العقد بأهليته وولايته الأصلية سواء باشر لنفسه أو لغيره " ، وعليه وبناءً على جواز التوكيل في إبرام عقد بيع السلم فإنه لا يوجد ما يمنع من جوازه في قبض المسلم فيه وتسويقه .<sup>١٥٣٤</sup>

ويؤيد الباحث الرأي القائل أنه يمكن للوسطاء والتجار أن يتولوا عملية المتاجرة بطريق عقد بيع السلم من أولها إلى آخرها ، فيتعاقدون مع المنتجين بالنيابة عن البنك رب السلم ويتولون دفع رأس مال السلم المقدم من البنك حسب التعليمات الميينة لهم من البنك ومن ثم يتسلمون المسلم فيه عند حلول أجل تسليمها ومن ثم يتولون مسألة تسويقها بطريق البيع الفوري أو البيع الأجل وذلك كله حسب تعليمات وتوجيهات البنك (رب السلم) .<sup>١٥٣٥</sup>

#### الفرع الثالث : السلم الموازي :

هو قيام البنك ببيع بضاعة في الذمة إلى طرف ثالث من نفس الجنس والمواصفات ، وليس خصوص البضاعة المسلم فيها ، مؤجلاً ، ويتسلم الثمن مقدماً ، أي بطريق السلم ، فيكون دور البنك هنا دور المسلم إليه ، فإذا تسلم البنك ( وهو في عقد السلم الموازي مسلماً إليه ) البضاعة سلمها للطرف الثالث ( رب السلم في عقد السلم الموازي ) في الأجل المحدد بينهما أداءً لما في ذمته .<sup>١٥٣٦</sup>

ولما كان البنك أيضاً يبيع سلماً فسيكون السعر أرخص من السعر الحاضر ، فإذا كان بسعر الصفقة الأولى مع اتفاق الأجلين فلم يستفد البنك شيئاً ولم يحقق ربحاً ، وإن كان بسعر أعلى حصل له بعض الربح ، على أنه إذا لم يسلم العميل الأول بعقد السلم الأول المسلم فيه عند حلول الأجل فهنا على البنك القيام بتسليم الطرف الثالث في عقد السلم الموازي البضاعة المسلم فيها بعد تحصيلها من السوق .<sup>١٥٣٧</sup>

وقد اشترط لصحة عقد السلم الموازي أن يجري على شيء موصوف ليس على الشيء المتفق عليه في العقد الأول ، لأنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه على رأي الكثير من الفقهاء ، ولا يمكن القول في السلم الموازي أنه بيع للمسلم فيه قبل قبضه لأنه لا يبيع السلع موضوع السلم الأول ذاتها بل يعقد سلماً على شيء موصوف في الذمة ولكن بنفس المواصفات التي اشتراها هو في السلم الأول ، لهذا اشترط الفقهاء المعاصرون لجواز السلم الموازي عدم الربط بين العقدین ، لئلا يكون من قبيل بيع المسلم فيه قبل قبضه .<sup>١٥٣٨</sup>

<sup>١٥٣٣</sup> . المرجع نفسه ، ص ٢١٤ .

<sup>١٥٣٤</sup> . محمد أحمد سراج ، مرجع سابق ، ص ٣٠٨ ، وأنظر محمد عبد العزيز زيد ، مرجع سابق ، ص ٤٢ .

<sup>١٥٣٥</sup> . محمد الأشقر وعمر الأشقر و ماجد أبو رحية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ٢١٤ .

<sup>١٥٣٦</sup> . محمد الأشقر وعمر الأشقر و ماجد أبو رحية و محمد شبير ، مرجع سابق ، ص ٢١٦ ، وأنظر محمود عبد الكريم إرشيد ، الشامل في

معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار النفائس ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ١١٤ .

<sup>١٥٣٧</sup> . هيا جميل البشارات ، مرجع سابق ، ص ٨٠ .

<sup>١٥٣٨</sup> . الأكاديمية الإسلامية المفتوحة ، " السلم والاستصناع " ، بلا تاريخ ،

<http://www.talkhesat.net/term/٤/fiqh/١٥.htm> تاريخ مشاهدة الموقع ٢٠١١/٦/٣٠ ، و انظر صلاح الشلهوب ، عقد

السلم ، بلا تاريخ ، <http://www.slidefinder.net> تاريخ مشاهدة الموقع ٢٠١١/٧/١ .



أما موقف هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية عند مراجعتها لمعيار السلم والسلم الموازي فنصت على أنه: " يجوز للمسلم إليه أن يعقد سلماً موازياً مستقلاً مع طرف ثالث للحصول على سلعة مواصفاتها مطابقة للسلعة المتعاقد على تسليمها في السلم الأول ليتمكن من الوفاء بالتزامه فيه ، وفي هذه الحالة يكون البائع في السلم الأول مشترياً في السلم الثاني ، كما يجوز للمسلم أن يعقد سلماً موازياً مستقلاً مع طرف ثالث لبيع سلعة مطابقة في مواصفاتها للسلعة التي إشتراها بعقد السلم الأول ، وفي هذه الحالة يكون المشتري في السلم الأول بائعاً في السلم الثاني ، حيث بكلتا الحالتين المذكورتين لا يجوز ربط عقد سلم بعقد سلم آخر ، بل يجب أن يكون كل واحد منهما مستقلاً عن الآخر في جميع حقوقه والتزاماته ، وعليه إن أخل أحد الطرفين في عقد السلم الأول بالتزامه فإنه لا يحق للطرف الآخر ( المتضرر بالإخلال ) أن يحيل ذلك الضرر إلى من عقد معه سلماً موازياً ، سواء بالفسخ أو تأخير التنفيذ ، كما تنطبق جميع أحكام السلم التي سبق الحديث عنها على السلم الموازي " .<sup>١٥٣٩</sup>

ومن الجدير ذكره أن البنك يلجأ للسلم الموازي لما فيه من فوائد عديدة منها : ضمان تصريف السلعة وقت التسليم و ضمان الربح في وقت مبكر و تجنب بيع المسلم فيه قبل قبضه خوفاً من اختلاف الأسعار .<sup>١٥٤٠</sup>

في حين يرى الباحث : أن المشرع الأردني سكت ولم يعالج طريقة السلم الموازي في نصوصه ، فكان من الواجب على المشرع الأردني التسارع في مواكبة التطور الحاصل على التطبيق العملي المعاصر لعمليات التمويل بالسلم المصرفي المتعلقة بشأن السلم الموازي من خلال التطرق لتعريفه و التعرض لأحكامه و كيفية إبرامه ، لكونه عقد سلم و لكنه تتداخل فيه العلاقات العقدية و الأحكام الشرعية ، حتى يضيف ذلك مزيداً من التحوط و البعد عن الصورية التي قد تؤل بعقد السلم الموازي إلى الوقوع في المحاذير التي وقع فيها غيره من عقود التمويل الإسلامية أثناء آلية التطبيق ، و حتى لا يفضي ذلك إلى جعل هذا التمويل أقصر طريق إلى التمويل قصير الأجل .

#### مثال توضيحي على سلم الموازي :

عقد البنك ( أ ) سلماً مع المزارع أو التاجر ( ب ) ودفع له البنك ثمن أربع مائة طن من الأرز معجلاً في شهر ٢٠١١/٢ ، والمحصول يخرج في شهر ٢٠١١/٧ ، واتفقا على أن يتم تسليم المبيع في ٢٠١١/٧/٢٠ ، وفي وقت التسليم هو موسم حصاد الأرز في شرق آسيا فرضاً ، ثم قام البنك ( أ ) بإبرام عقد سلم مع تاجر محلي ( ج ) على أن يسلمه ( ٤٠٠ ) طن من الأرز بتاريخ ٢٠١١/٨/١ واتفقا على الثمن ودفع ( ج ) الثمن للبنك ( أ ) معجلاً ، وعند حلول الأجل تسلم البنك المسلم فيه وسلمه للتاجر ( ج ) في التاريخ المحدد بينهما ، وهذه هي صورة السلم الموازي في العقد الثاني .

<sup>١٥٣٩</sup> . معيار السلم والسلم الموازي رقم ١.٢.٣.٤/٦ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة

٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

<sup>١٥٤٠</sup> . الأكاديمية الإسلامية المفتوحة ، " السلم والاستصناع " ، بلا تاريخ ، <http://www.talkhesat.net/term٠٤/fiqh/١٥.htm> تاريخ

مشاهدة الموقع ٢٠١١/٦/٣٠ .

**مثال توضيحي آخر :**

يوجد مصنع ياباني لسحب وتشكيل قضبان الحديد يحتاج إلى تمويل لشراء كتل الحديد اللازمة ، ويحصل عادة على التمويل اللازم من البنك لأجل يمتد حتى تاريخ تسويق منتجاته ، ففي مثل هذه الحال يقوم المصرف بعرض التمويل اللازم على أساس عقد السلم ، فيأخذ مقابل التمويل المنتجات المصنعة من قضبان الحديد ، وتبرمج مواعيد وأمكنة التسليم ، ويتفق مثلاً أن يكون التسليم في ميناء التصدير أو سيف ميناء الاستيراد وفيما بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ التسليم يمكن للمصرف أن يجري عقداً أو عقوداً سلم مع مستثمرين آخرين ، يكون المصرف فيها في موقف المسلم إليه ( البائع ) ، حيث يلتزم بتوريد قضبان حديد مماثلة لقضبان الحديد التي أبرم عقد السلم عليها من المصنع ، وذلك بشروط مماثلة لعقده مع المصنع أو بشروط معدلة ودون الربط بين العقدين .

## الخاتمة

### (النتائج والتوصيات)

لقد توصلت هذه الدراسة إلى النتائج و التوصيات التالية :

أولاً: عقد السلم المصرفي هو : دخول البنك في عقد سلم بائعاً أو مشترياً لكمية معلومة من سلعة مثلية إلى أجل معلوم بثمن مدفوع نقداً، حيث يسمى البنك المشتري في عقد السلم المصرفي بـ ( رب السلم ، المسلم ) ، ويسمى العميل البائع بـ ( المسلم إليه ) ، وتسمى السلعة بـ ( المسلم فيه ) ، ويسمى الثمن المعجل بـ ( رأس مال السلم ) .

ثانياً: يحقق عقد السلم المصرفي مصلحة كل من البنك (رب السلم) والبائع (المسلم إليه) من خلال حصول المسلم إليه عاجلاً على ما يريده من مال، وتتحقق مصلحة البنك (رب السلم) من خلال حصوله على السلعة التي يريد المتاجرة بها بسعر أرخص من بيع الحاضر .

ثالثاً: تتجلى الأهمية العملية لبيع السلم المصرفي في أنه وسيلة تمويل وائتمان، حيث يصلح لتمويل العمليات الزراعية المختلفة ، وتمويل الحرفيين وصغار المنتجين الزراعيين والصناعيين .

رابعاً: تناول المشرع الأردني بيع السلم، كبيع عادي وليس كأداة تمويل مصرفية، ولعل أهم الأحكام القانونية التي وردت في القانون المدني الأردني تتعلق بحكم تعذر تسليم المسلم فيه وحالة وفاة المسلم إليه قبل حلول أجل التسليم . ومن هنا جاز القول بأن بيع السلم يفترق عن البيع العادي ويختص بأحكام خاصة.

خامساً: اشترط المشرع الأردني عدة شروط لصحة بيع السلم، منها ما يتعلق برأس المال السلم وهذه هي أن يكون معلوماً قدرأً ونوعاً، وأن يكون معجلاً غير مؤجل بالشروط مدة تزيد عن بضعة أيام . كما أن القانون المدني الأردني اشترط توافر شروط في المسلم فيه وهي : أن يكون من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار وأن يكون مما يتوافر وجوده عادة وقت التسليم . وكذلك أن يكون معلوماً ببيان جنسه ونوعه وصفته ومقداره في العقد . كما يشترط أن يكون المسلم فيه مؤجلاً لأجل معلوم في العقد على أن يتم تحديد مكان تسليم المسلم فيه في العقد ، وإلا أعتبر مكان التسليم هو مكان إبرام العقد .

سادساً: إن تنظيم التشريعات العربية ومنها التشريع الأردني لم تكن كافية لتنظيم السلم المصرفي، ومن هنا تتبع أهمية الرجوع إلى قرارات مجمع الفقه الإسلامي ومعيار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث تمثل التنظيم القانوني الحديث والمعاصر للسلم المصرفي . ولعل السلم الموازي هو أبرز مثال على هذا التنظيم القانوني الحديث.

من خلال النتائج السابقة الذكر فقد توصل الباحث في هذه الدراسة إلى التوصيات التالية :

أولاً: ضرورة إدخال تعديلات تشريعية على النصوص القانونية الناظمة لبيع السلم بحيث تواكب التطور الحاصل على التطبيقات العملية المعاصرة لعمليات التمويل بالسلم المصرفي . وقد يكون من السهل والمناسب تبني ذات القواعد التي وردت في قرار مجمع الفقه الإسلامي، حيث تعكس هذه القرارات الرؤية الإسلامية المعاصرة لبيع السلم، وآلية استخدامه في المصارف كوسيلة تمويل.

ثانياً: العمل على نشر المعرفة والوعي بمدى أهمية بيع السلم المصرفي كوسيلة تمويل، وذلك من خلال الندوات والمؤتمرات المتخصصة، بما في ذلك تشجيع البنوك العاملة في الأردن على تطبيقه ، حيث أنه وبالرغم من ازدياد البنوك الإسلامية في الأردن، على أنه لا يوجد لغاية الآن أي بنك يستخدم السلم المصرفي كوسيلة تمويل .

**قائمة المراجع :**

أولاً : القرآن الكريم .

ثانياً السنة النبوية .

ثالثاً الكتب :

- أ . البخاري : كتاب السلم ، باب السلم في وزن معلوم رقم (٢١٢٥) ومسلم كتاب المساقاة ، باب السلم رقم (١٦٠٤) .
- ب . الصديق الضير ، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، الدار السودانية للكتب ، الخرطوم ، ١٩٦٧ .
- ت . وهبة الزحيلي ، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي و القانون المدني الأردني ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٧ .
- ث . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، ٢٠٠٠ ، المجلد الأول .
- ج . محمد خطيب الشربيني ، مفتي المحتاج ، بلا طبعة ، نشر مصطفى البابي الحلبي ، بيروت ، ١٣٧٧هـ ، الجزء ٢ .
- ح . الحطاب والمواق ، مواهب الجليل والتاج والإكليل لمختصر خليل ، بلا طبعة ، مكتبة النجاح ، ليبيا ، بدون تاريخ ، الجزء ٤ .
- خ . محمد سيد أحمد "السلم وتطبيقاته المعاصرة" ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد التاسع ، الجزء الأول ، ١٩٩٦ .
- د . محمد صلاح الصاوي ، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار المجتمع للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
- ذ . محمد أحمد السراج ، النظام المصرفي الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٩ ،
- ر . محمود عبد الكريم إرشيد ، شامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار الفنائس ، عمان ، ٢٠٠١ .

**رابعاً القوانين :**

- ١ . قانون الالتزامات و العقود المغربي لسنة ١٩٦٠م .
- ٢ . قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) ، لسنة ١٩٨٥م .
- ٣ . قانون المعاملات المدنية السوداني ، لسنة ١٩٨٤م .
- ٤ . لقانون المدني اليمني ، المعاملات الشرعية ، الكتاب الثالث ، العقود المسماة في الفقه الشرعي ، الصادر بقانون رقم (١٦) ، لسنة ١٩٨٣م .
- ٥ . قانون الموجبات والعقود اللبناني ، الصادر بتاريخ ٩ آذار ١٩٣٢م .
- ٦ . قانون الالتزامات و العقود المغربي ، لسنة ١٩٦٠م .
- ٧ . القانون المدني الأردني .
- ٨ . مجلة الأحكام العدلية .

**خامساً : المواقع الإلكترونية :**

- ٩ . قرار رقم : ٦٣ ( ٧/١ ) بشأن الأسواق المالية الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي ، المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية

- السعودية من ٧-١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢ م ، الطريقة الثالثة : التعامل بالسلع والعملات والمؤشرات في الأسواق المنظمة .
- ١٠ . لاحم الناصر ، السلم المصرفي المنظم ، الشرط الأوسط جريدة العرب الدولية، العدد ١١٠٤٦ ، ٢٠٠٩ .
- ١١ . سالي جمعة ، السلم ، ٢٠١١ ، <http://www.f-law.net/law/showthread.php/٢٤٦٣٩> تاريخ مشاهدة الموقع ٥/٥/٢٠١١ .
- ١٢ . مجموعة التوفيق المالية ، صيغة بيع السلم ، ٢٠١١ ، <http://www.altawfeek.com/AFG/Arabic/Top/IslamicEconomy/ModeOfIslamicFinance/Item٥.htm> تاريخ مشاهدة الموقع ١٥/٥/٢٠١١ .
- ١٣ . قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩٥/٢/٨٥ - المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ - ٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ، الموافق ١ - ٦ نيسان (إبريل) ١٩٩٥م، بخصوص موضوع السلم وتطبيقاته المعاصرة، الفقرة ب .
- ١٤ . أسامة محمد الصلابي ، عقد السلم وتطبيقاته المعاصرة في المجال المصرفي ، ٢٠١١ ، [www.garyounis.edu/arts/magazine\\_art/art٣٠/١.pdf](http://www.garyounis.edu/arts/magazine_art/art٣٠/١.pdf) تاريخ مشاهدة الموقع ٢٠/٥/٢٠١١ .
- ١٥ . قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٨٩ / ٣ / ٩٥ .
- ١٦ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٢/٢ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠/٦/٢٠١١ .
- ١٧ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ١/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠/٦/٢٠١١ .
- ١٨ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٤/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠/٦/٢٠١١ .
- ١٩ . قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩٥ / ٢ / ٨٥ / أ في مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١-٦ نيسان ١٩٩٥ .
- ٢٠ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٥/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠/٦/٢٠١١ .
- ٢١ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٣/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠/٦/٢٠١١ .

- ٢٢ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٦/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .
- ٢٣ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٢/٥ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .
- ٢٤ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٥/٥ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .
- ٢٥ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ١٠/٢/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .
- ٢٦ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ١/١/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .
- ٢٧ . قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩د/٣/٨٥ .
- ٢٨ . قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٩د/٣/٨٥ .
- ٢٩ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ٤/١/٣ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .
- ٣٠ . بنك دبي الإسلامي ، الإسلامي لتمويل السلم ، ٢٠١٠ ، <http://www.dib.ae/ar/personalbanking-personalfinancesalam.htm> ، تاريخ مشاهدة الموقع ٢٠١١/٦/٢٥ .
- ٣١ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ١/٥ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .
- ٣٢ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ١/٤ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت [www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٤٧.doc) تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠ .

- ٣٣ . الأكاديمية الإسلامية المفتوحة ، " السلم والاستصناع " ، بلا تاريخ  
<http://www.talkhesat.net/term٠٤/fiqh/١٥.htm> ،  
تاريخ مشاهدة الموقع ٢٠١١/٦/٣٠
- ٣٤ . صلاح الشلهوب ، عقد السلم ، بلا تاريخ ، <http://www.slidefinder.net> / تاريخ  
مشاهدة الموقع ٢٠١١/٧/١
- ٣٥ . معيار السلم والسلم الموازي رقم ١.٢.٣.٤/٦ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة  
للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ، المنامة ٢٠٠٢ ، موقع إنترنت  
[www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Finance/٤٤٤٧.doc)  
تاريخ المشاهدة ٢٠١١/٦/٢٠
- ٣٦ . الأكاديمية الإسلامية المفتوحة ، " السلم والاستصناع " ، بلا تاريخ ،  
<http://www.talkhesat.net/term٠٤/fiqh/١٥.htm> ،  
تاريخ مشاهدة الموقع ٢٠١١/٦/٣٠

# الأحكام القانونية لشهادات التوثيق

## الإلكتروني في التشريع الأردني

(دراسة مقارنة)

إعداد

صلاح مصطفى فياض غناني



## تمهيد وتقسيم.

لقد أدى التحول السريع، من الاستخدام الكلي للطريقة التقليدية في إبرام المعاملات والتصرفات القانونية، وما يرافقها من وجود توقيعات خطية على محتواها، إلى اللجوء للمعاملات الإلكترونية في ذلك، والتي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة وما يرافقها من توقيعات إلكترونية، إلى وجوب المحافظة على الدور المهم الذي يؤديه التوقيع التقليدي في إثبات تلك المعاملات التي ليلازمها.

هذا الواقع فرض الاستعانة بإجراءات جديدة، تحقق الأمن والثقة للمعاملات الإلكترونية من الناحية القانونية والتقنية، وتعمل على توفير الحماية لها، تتمثل في توثيق المعاملات الإلكترونية من خلال عملية التوثيق الإلكتروني، وهذا يتطلب الاستعانة بما يطلق عليه الطرف الثالث أو المحايد، للتدخل بين أطراف التصرف القانوني.

ووفقا لذلك فإن عملية التوثيق للمعاملات الإلكترونية، تقوم بها جهات متخصصة وعلى قدر عالي من الخبرة والمهنية، تستطيع بما تمتلك من وسائل فنية وتقنية، بأن تقوم بالتحري عن سلامة المعاملات الإلكترونية، من حيث مضمونها ومحتواها، وصحة صدورها ممن تنسب إليه، وتصدر بذلك شهادات التوثيق الإلكتروني، تشهد فيها بهذه السلامة والصحة، ويتم الاعتماد عليها في إنجاز المعاملات الإلكترونية.

لذا تتمتع شهادات التوثيق الإلكتروني، باعتبارها أهم مخرجات عملية التوثيق الإلكتروني، بأهمية بالغة في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية، نظرا لما توفره من أمن وحماية لهذه المعاملات، بحيث تؤدي إلى بث الثقة لدى المتعاملين بهذا المجال، وهذه الشهادة تصدر كما ذكرنا عن جهات التوثيق الإلكتروني، التي يجب أن يكون مرخص لها أو معتمدة من قبل السلطات المختصة في الدولة، لمزاولة أعمال وأنشطة التوثيق الإلكتروني، بما يضمن مصداقية هذه الجهات في أداء عملها ومصداقية شهادات التوثيق الإلكتروني الصادرة عنها، لتشهد بمقتضى هذه الشهادات بأن التوقيع الإلكتروني، هو توقيع صحيح وينسب إلى من صدر عنه، ومستوفيا للشروط والمعايير المطلوبة فيه، باعتباره دليل إثبات يعول عليه، ويعترف له بالحجية القانونية الكاملة، وهذا يرتب أيضاً على جهات التوثيق الإلكتروني دورا كبيرا وهاما يوجب عليها اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة، وتوخي الدقة والحذر أثناء قيامها بإصدار تلك الشهادات، لما يترتب على ذلك من خطورة في إتمام المعاملات الإلكترونية، وما يرافقها من إنشاء وإبرام للتصرفات القانونية.

فالغرض من إصدار شهادات التوثيق الإلكتروني، لا يقتصر على تأكيد صحة التوقيع الإلكتروني أو الرسالة الإلكترونية وصدورها مما نسبت إليه، بل تؤكد أن البيانات والمعلومات الواردة في الرسالة الإلكترونية صحيحة وصادرة عن الموقع، وأنه لم يلحق بها أي تلاعب أو عبث أو تعديل، كما تضمن الشهادات الإلكترونية سرية تلك البيانات والمعلومات، حيث تعمل شهادة التوثيق

الإلكتروني، على الربط ما بين الموقع ومفتاحه العام، بحيث تصبح هذه المعلومات موثقة ولا يمكن إنكارها.

وعليه فإنني سوف أتناول في هذا البحث، الأحكام القانونية لشهادات التوثيق الإلكتروني من خلال بيان مفهوم التوثيق الإلكتروني في مبحث تمهيدي، ثم دراسة مفهوم شهادات التوثيق الإلكتروني ودورها والبيانات الواجب توافرها فيها من خلال مبحث أول، ثم الاعتراف بحجية شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية في مبحث ثاني، وذلك بدراسة مقارنة في عدد من التشريعات، التي أخذت بالتوثيق الإلكتروني ونظمت أحكامه، وذلك على النحو التالي:

### المبحث التمهيدي

#### مفهوم التوثيق الإلكتروني

نظرا لأهمية المعاملات الإلكترونية، والتي تتم عبر الفضاء الإلكتروني الواسع ولا تقف عند حدود الدول، بالإضافة إلى التنوع والتمايز في التطبيقات، التي يتم التعامل بها عبر تلك المعاملات، من تبادل لسلع وخدمات ومعلومات، وغيرها الكثير من صور التصرفات القانونية الأخرى، فإنه وفي سبيل توفير الحماية القانونية لها، بهدف تشجيع انتشارها وبث الثقة فيها كان لابد من البحث عن آلية أو وسيلة لتأمينها، من العبث بها وإساءة استعمالها، فجاءت هذه الوسيلة من خلال عملية التوثيق الإلكتروني، والتي تقوم بها جهات متخصصة ومحيدة، بهدف القيام بهذا الدور المحوري والهام، في الاعتراف بالمعاملات الإلكترونية، وحمايتها وتأمين سلامتها وسريتها.

وتعتبر عملية التوثيق الإلكتروني، أساس وجوهر عمل جهات التوثيق الإلكتروني، بحيث ينتج عن التوثيق الإلكتروني للمعاملات الإلكترونية، منحها ذات القيمة والحجية المقررة للمعاملات التقليدية والاعتراف بها في الإثبات، ومن ثم إصدار شهادات التوثيق الإلكتروني التي يمكن الاعتماد عليها، في منح الثقة لهذه المعاملات بالاستناد إلى عملية التوثيق.

ويقصد بالتوثيق الإلكتروني في مفهومه العام، التصديق والتأكيد، وينصرف مفهوم التوثيق في مجال التصرفات القانونية، بأن يضع موظف عام مختص تأكيده وتصديقه، على صحة ما ورد في المستند المقدم للتوثيق، وصحة نسبه إلى من وقع عليه<sup>(١٥٤١)</sup>.

وقد اهتمت تشريعات الدول المختلفة، بمسألة التوثيق أو التصديق في قوانينها<sup>(١٥٤٢)</sup> نظرا لأهميته في إكساء المحرر أو المستند مصداقية، وثقة لدى المتعاملين به، وكذلك أمام القضاء باعتباره دليلا

(١٥٤١) د. مصطفى أبو مندور موسى، خدمات التوثيق الإلكتروني "تدعيم الثقة وتأمين للتعامل عبر الانترنت" دراسة مقارنة، بحث مقدم في ندوة الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية - مسقط، ٢٠٠٨، ص ١٢، منشور على شبكة الانترنت على الموقع التالي: مصطفى ابو مندور >www.theuaelow.com.

(١٥٤٢) فقد اعتبرت تلك التشريعات إن المحرر الذي يصدر من موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة، في حدود سلطته واختصاصه، وطبقا للأوضاع التي ينطلبها القانون لإبرامه وتنظيمه هو تصرف موثق، وهذا التوثيق هو الذي يُضفى عليه الصفة الرسمية، ويكسبه بالتالي

كاملا في الإثبات، فالتوثيق يعمل على تأكيد وجود وصحة المستند الموثق ومصادقته عند إتباع إجراءات معينة.

وإذ كانت التشريعات المختلفة، قد أخذت بالتوثيق في التصرفات القانونية، التي تتم بشكلها التقليدي أي المحررات الورقية، ونظمت أحكام التوثيق المتعلقة بها، إلا أن الوضع بالنسبة للمحررات والمستندات الإلكترونية، كان في بداية ظهورها وانتشارها غير واضح ويكتنفها الغموض في مختلف جوانبها، إذ كان يستحيل الحديث عن التوثيق في المجال الإلكتروني، حول مضمونه وإجراءاته والجهات القائمة عليه، وذلك بسبب طبيعة البيئة الإلكترونية، التي يتم فيها تداول الرسائل والمحررات الإلكترونية، حيث تخلق تلك البيئة الجديدة والمستحدثة، من أية عناصر مادية يمكن أن تستجيب أو تتواءم، مع قواعد وإجراءات التوثيق في شكله التقليدي<sup>(١٥٤٣)</sup>.

لذلك فقد تصدى الفقه القانوني، لهذا المفهوم الحديث في الإطار القانوني فتناول مفهومه وأهميته، في توفير امن وسلامة التعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية، وهدفه في تحقيق الحماية القانونية لها.

وكذلك اهتمت التشريعات المختلفة التي نظمت الإثبات الإلكتروني، بعملية التوثيق الإلكتروني، وإن كانت في معظمها لم تتطرق بشكل واضح وصريح، إلى تحديد مفهوم التوثيق الإلكتروني، وإنما اقتصرت تلك التشريعات على تنظيمها لإجراءات التوثيق، وجهات التوثيق والشهادات الصادرة عنها، باستثناء المشرع الأردني الذي تطرق إلى مفهوم التوثيق الإلكتروني بشكل وصريح، من خلال نص المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية، حيث عرف التوثيق الإلكتروني بأنه: **(التحقق من هوية مستخدم شهادة التوثيق الإلكتروني وصحتها وسلابيتها)**<sup>(١٥٤٤)</sup>.

حيث لم يتطرق كل من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، وقانون التوقيع الإلكتروني المصري ولائحته التنفيذية، إلى مفهوم التوثيق الإلكتروني، أو مفهوم الإجراءات المتبعة في عملية التوثيق.

كما لم يتطرق المشرع في إمارة دبي، إلى تعريف التوثيق الإلكتروني بشكل صريح، إلا إنه ومن خلال المادة (٢) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، والتي تضمنت بوضع تعريف لإجراءات التوثيق المحكمة<sup>(١٥٤٥)</sup>.

الحجبة الذي نص عليها القانون، ومن ذلك ما نص عليه المشرع الأردني في المادة (٦) من قانون البينات الأردني، والمشرع المصري في المادة (١٠) من قانون الإثبات المصري.

<sup>(١٥٤٣)</sup> د. مصطفى أبو مندور موسى، خدمات التوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٢، سمير سعد رشاد سلطان، التصديق الإلكتروني، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق / جامعة المنصورة وعلى شبكة الانترنت، ص ٥.

<sup>(١٥٤٤)</sup> المادة (٢) بند (١٣) من قانون المعاملات الإلكتروني الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٥.

<sup>(١٥٤٥)</sup> عرفت المادة (٢) بند (٢٢) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، إجراءات التوثيق المحكمة بأنها: (الإجراءات التي تهدف إلى التحقق من أن رسالة الكترونية، قد صدرت من شخص معين والكشف عن أي خطأ أو تعديل في محتويات، أو في نقل أو تخزين

وقد تناولت التشريعات التوثيق الإلكتروني، ونظمت أحكامه وإجراءاته نظراً لأهميته البالغة، في المجال الإلكتروني وتكنولوجيا المعلومات، بوصفه وسيلة قانونية فعالة تهدف إلى ضمان سلامة وتأمين التعاملات الإلكترونية، التي تتم عبر شبكة الإنترنت، سواء من حيث أطرافها أو مضمونها أو محلها أو تاريخها، بما يحقق خلق بيئة إلكترونية آمنة لتلك التعاملات، وما يرافقها من إبرام تصرفات قانونية من خلالها، ويتم ذلك التوثيق عن طريق شخص ثالث مستقل عن أطراف المعاملة، يتمثل في جهة محايدة ومعتمدة، تقوم بإجراءات فنية وتقنية، بهدف التثبت من مضمون المحرر الإلكتروني، وصونه من محاولة التلاعب أو العبث فيه، وحماية التوقيعات الإلكترونية الواردة عليه، وتأكيد صحة نسبتها إلى من صدرت عنه<sup>(١٥٤٦)</sup> بهدف إعطاء المحرر الإلكتروني الحجية القانونية، سواء في مواجهة أطراف العلاقة أو الغير المعتمد عليه، فقدرة التوثيق على التحقق من سلامة وصحة القيد الإلكتروني، يؤدي إلى الحفاظ على حقوق المتعاملين عبر الفضاء الإلكتروني، من أي اعتداء قد يقع على تعاملاتهم ويمس حقوقهم من قبل الغير، ويدراً عنهم أي غش أو احتيال قد يتعرضون إليه<sup>(١٥٤٧)</sup>.

فالتعامل عبر الشبكة الإلكترونية المفتوحة، يكون عرضة للقرصنة والاعتراض والتزوير من قبل الغير، ولا يمكن مواجهة أي مخاطر تهدد تلك التعاملات، إلا من خلال التوثيق الإلكتروني للمحررات والتوقيعات الإلكترونية، حفاظاً على حقوق ومصالح الأفراد والمؤسسات، التي تستخدم التوقيعات الإلكترونية<sup>(١٥٤٨)</sup>، بحيث يعمل التوثيق على تمكين التوقيع الإلكتروني من توثيق السجلات والمحررات الإلكترونية، والتحقق من أن القيد الإلكتروني لم يتعرض إلى أي تعديل أو تلاعب أو عبث من تاريخ التحقق منه وفق إجراءات التوثيق المعتمدة<sup>(١٥٤٩)</sup>.

وللنهوض بعملية التوثيق الإلكتروني، وبما يحقق الهدف من إجراءاتها، فإنه لا بد من وجود طرف ثالث محايد موثوق فيه، يوكل إليه وبما يملك من وسائل فنية وتقنية، القيام بمهمة تحديد هوية أطراف المعاملة، سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتبارية، والتأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية ممن تنسب إليه، والتأكد أيضاً من جدية هذه الإرادة، وبعدها عن الغش والاحتيال، وتحديد الاستيثاق من أهلية المتعاقدين القانونية، لإتمام التعامل والتعاقد الإلكتروني، وضمان سلامة محتوى البيانات المتداولة عبر شبكة الإنترنت، بما يسمح بالتحقيق من أن مضمون المحرر الإلكتروني، أو رسالة البيانات الإلكترونية، لم تتغير أثناء إرسالها واستلامها وفترة حفظها، وكذلك تحقيق ضمان

رسالة الكترونية، أو سجل الكتروني خلال فترة زمنية محددة، ويشمل ذلك أي إجراء يستخدم مناهج حسابية أو رموز أو كلمات أو أرقام تعريفية أو تشفير أو إجراءات، للرد أو لإقرار الاستلام وغيرها من وسائل إجراءات حماية المعلومات).

<sup>(١٥٤٦)</sup> سمير سعد رشاد سلطان، التصديق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥-٦.

<sup>(١٥٤٧)</sup> عبير ميخائيل الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الشارقة الأوسط للدراسات العليا، أيار ٢٠١١، ص ٢٣.

<sup>(١٥٤٨)</sup> د. غازي أبو عرابي ود. فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني، دراسة في التشريع الأردني، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٠، العدد الأول، ٢٠٠٤، ص ١٨٦.

<sup>(١٥٤٩)</sup> علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية - جامعة آل البيت، الأردن، ٢٠٠٣، ص ٨٦.

السرية الكاملة لبيانات ومحتوى المحرر الإلكتروني، والتي يتم تداولها بين أطراف المعاملة الإلكترونية، وضمن عدم إنكار رسالة البيانات الصادرة من قبل أي من أطرافها<sup>(١٥٥)</sup>.

لذا يستمد التوثيق الإلكتروني أهميته، من الدور الذي يؤديه في نطاق التعاملات الإلكترونية، باعتباره أهم الشروط التي يجب توافرها في المحرر الإلكتروني، لتمتعه بالحجية الكاملة في الإثبات، والاعتراف به ومساواته بالمحرر التقليدي، مما يجعل المحرر الإلكتروني يمتاز عن المحرر التقليدي، بمقومات أخرى إضافة إلى دعائمي الكتابة والتوقيع، تتمثل في التوثيق والحفظ والقدرة على الاسترجاع بالحالة التي نشأ عليها، مما يجعل من التوثيق الإلكتروني، أهم الشروط الواجب توافرها لقيام المحرر الإلكتروني، وإعطائه الحجية الكاملة في الإثبات<sup>(١٥٦)</sup>.

### المبحث الأول

#### ماهية شهادات التوثيق الإلكتروني ودورها والبيانات الواجب توافرها فيها

اهتمت التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني، بالنص على شهادات التوثيق الإلكتروني، باعتبارها من أهم الركائز الأساسية للاعتراف، بحجية المحررات والتوقيعات الإلكترونية، ومنحها القيمة القانونية في الإثبات، وهذا الأمر تطلب من تلك التشريعات تنظيم أحكام تلك الشهادات، وبيان مفهومها وماهيتها، بالإضافة إلى تحديد البيانات الواجب توافرها فيها، حتى تؤدي وظيفتها بكل دقة وعلى أكمل وجه، إذ يجب أن يخزن فيها معلومات أساسية وضرورية، تتعلق بشخص الموقع وهويته، ورقم الشهادة وتاريخها، بالإضافة إلى بيانات ومعلومات أخرى ذات أهمية بالغة، لا بد من وجودها وتوافرها فيها، مما يستوجب توضيح ماهية شهادات التوثيق الإلكتروني، ودورها والبيانات الواجب توافرها فيها، من خلال هذا المبحث على النحو التالي:

### المطلب الأول

#### تعريف شهادات التوثيق الإلكتروني

لبيان ماهية شهادات التوثيق الإلكتروني وطبيعتها، فإن الأمر يتطلب البحث في مفهومها ودورها، من خلال التعاريف التي وضعت لها، سواء ما جاء منها بتشريعات الدول التي نظمت أحكامها صراحة، أو من خلال تعريف الفقه لها، وقد تعددت التعريفات سواء التشريعية أو الفقهية، التي سعت لتوضيح مفهومها كما تعددت التسميات لها<sup>(١٥٧)</sup>، ولتوضيح ذلك سوف يتم الحديث عن مفهوم

(١٥٥) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية ومسئولية جهات التوثيق تجاه الغير المتضرر، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد في الفترة من ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م، ص ٨٥٩ وكذلك ص ١٨٦٨-١٨٦٩.

(١٥٦) سمير سعد رشاد سلطان، التصديق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٦-٧.

(١٥٧) أطلقت تشريعات الدول المختلفة، التي نظمت أحكام شهادات التوثيق الإلكتروني، تسميات متعددة على هذه الشهادات، فقد أطلق عليها قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (الشهادة) أما المشرع الأردني، فقد اخذ بمصطلح (شهادة التوثيق الإلكتروني) في

شهادات التوثيق الإلكتروني في التشريعات الفرع الأول، وبيان مفهومها من خلال الفقه القانوني، الذي تعرض لها في الفرع الثاني، وعلى النحو التالي:

### الفرع الأول: التعريف التشريعي لشهادات التوثيق الإلكتروني.

عرف قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، الشهادة الإلكترونية بأنها: (رسالة بيانات أو سجلا آخر، يؤكدان الارتباط بين الموقع، وبيانات إنشاء التوقيع)<sup>(١٥٥٣)</sup>.

كما ورد في دليل الاشتراع، لقانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الإلكترونية، كذلك تعريفاً للشهادة الإلكترونية، حيث جاء فيه بأنها: (هي عبارة عن سجل إلكتروني، يتضمن مفتاحاً عمومياً إلى جانب اسم المشترك في الشهادة باعتباره موضوع الشهادة، وقد يؤكد أن الموقع المحددة هويته في الشهادة، يحمل المفتاح الخاص المناظر)<sup>(١٥٥٤)</sup>.

فقانون الأونسيترال النموذجي، ومن خلال تعريفه للشهادة الإلكترونية، قد ركز على الغرض من الشهادة، وهو الاعتراف بوجود صلة بين بيانات إنشاء التوقيع والموقع، أو بيان وجود تلك الصلة وتأكيد وجودها، والتي تنشأ عند إتباع بيانات إنشاء التوقيع<sup>(١٥٥٥)</sup>.

أما المشرع الأردني، فقد عرف شهادة التوثيق الإلكتروني في المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية، بأنها: (الشهادة الصادرة عن جهة التوثيق الإلكتروني، لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين، استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة)<sup>(١٥٥٦)</sup>.

ويلاحظ على تعريف المشرع الأردني، لشهادة التوثيق الإلكتروني، بأنه اشترط أن تصدر هذه الشهادة عن جهة توثيق مرخصة أو معتمدة، ومختصة بإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني، كما ركز التعريف على الغاية أو الوظيفة التي تقوم بها هذه الشهادة، والمتمثلة في تحديد هوية الموقع، وإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص معين، وبالتالي تأكيد موافقته على مضمون المحرر الإلكتروني، الذي وقع عليه وذلك بعد إتباع إجراءات توثيق معتمدة.

ويؤخذ على هذا التعريف، أنه لم يوضح طبيعة وماهية شهادة التوثيق، ولم يحدد البيانات الواجب توافرها فيها، أو آلية إصدار هذه الشهادات وكيفية استعمالها<sup>(١٥٥٧)</sup>.

حين اخذ المشرع المصري بمصطلح (شهادة التصديق الإلكتروني) أما المشرع التونسي ومشرع في إمارة دبي، فقد اخذ بتسمية = = (شهادة المصادقة الإلكترونية) وجميع هذه التسميات وان اختلفت في الصياغة، إلا أنها مترادفة، ويقصد بها شهادات التوثيق الإلكتروني، في مجال توثيق المعاملات والتوقيعات الإلكترونية.

<sup>(١٥٥٣)</sup> المادة (٢/ب) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١.

<sup>(١٥٥٤)</sup> وثيقة الأونسيترال رقم (A/CN.٩/٤٨٣) الفقرة (٦٥).

<sup>(١٥٥٥)</sup> د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، دراسة مقارنة، بحث مقدم لمؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية) جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة من ١٩ - ٢٠ مايو ٢٠٠٩، ص ٥٨٦.

<sup>(١٥٥٦)</sup> المادة (٢) بند (١٢) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٥.

فيما أخذ المشرع المصري، بشهادة التوثيق الإلكتروني في المادة (١) من قانون التوقيع الإلكتروني، تحت مسمى شهادة التصديق الإلكتروني، وعرّفها بأنها: (الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق، وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع)<sup>(١٥٥٨)</sup>.

ويلاحظ على تعريف المشرع المصري، أنه اشترط أن تكون شهادة التوثيق الإلكتروني صادرة عن جهة مختصة ومرخص لها بذلك، كما ركز هذا التعريف على وظيفة تلك الشهادة بحيث أوجب أن تتضمن ما يؤكد الارتباط، ما بين صاحب التوقيع والمفتاح الخاص للموقع، ويؤخذ على هذا التعريف، حصر وظيفة شهادة التوثيق بمهمة الربط بين المفتاح الخاص وصاحب التوقيع، مع الأصل أن المفتاح الخاص، وهو الذي يقوم بتشفير الرسالة، يجب أن يبقى سرا لصاحبه، ولا يذكر في شهادة التوثيق الإلكتروني، بينما المفتاح العام وهو ما يعرف ببيانات التحقق من التوقيع والذي يقوم بفك التشفير، هو الذي يتم ذكره في شهادة التوثيق لتأكيد ارتباطه مع صاحب التوقيع، كونه من البيانات الواجب ذكرها في شهادة التوثيق<sup>(١٥٥٩)</sup>.

ويرى البعض<sup>(١٥٦٠)</sup> أن هذا الانتقاد والمتعلق بعدم صحة الربط ما بين صاحب التوقيع والمفتاح الخاص به، غير دقيق وانه لا ينال من دقة التعريف الذي أورده المشرع المصري وكذلك قانون الأونسيترال لشهادة التوثيق الإلكتروني، لان المفتاح الخاص وإن كان سرا وبحوزة صاحبه (الموقع) ولا يعلم به احد، ولا يذكر كبيان من بيانات شهادة التوثيق، إلا إن جهة التوثيق الإلكتروني، وعند قيامها بإصدار شهادة التوثيق، فإنها تعمل على التأكد من أن المفتاح العام، قد تم إنشاؤه عن طريق المفتاح الخاص، لأن شهادة التوثيق تعمل على الربط ما بين المفتاحين العام والخاص، لغايات التأكد من هوية الموقع وصحة الرسالة، وموافقته على مضمونها، ومن ثم يرى هذا الاتجاه إن ذكر عبارة مفتاح عام، أو عبارة مفتاح خاص، في شهادة التوثيق الإلكتروني، تعتبر صحيحة في كلا الحالتين، ولا ينال من هذا التعريف.

فيما عرف المشرع التونسي، شهادة التوثيق الإلكتروني في الفصل (٢) من قانون المبادلات والتجارة الإلكتروني التونسي، بأنها: (الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإيماء الإلكتروني للشخص الذي أصدرها، والذي يشهد من خلالها، اثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها)<sup>(١٥٦١)</sup>.

<sup>(١٥٥٧)</sup> صدر نظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق الإلكتروني رقم (١١) لسنة ٢٠١٤، وكان يعول عليه في النص على تنظيم الأحكام المتعلقة بشهادات التوثيق الإلكتروني، إلا أنه لم يعالج تلك الأحكام بالتفصيل بل أنه خلا من تعريف شهادة التوثيق الإلكتروني، حيث جاءت معظم أحكامه تتعلق بجهات التوثيق الإلكتروني.

<sup>(١٥٥٨)</sup> المادة (١/١) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤، وهو ذات التعريف الوارد في المادة (٧/١) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

<sup>(١٥٥٩)</sup> د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى ٢٠٠٨، ص ٤٧٦.

<sup>(١٥٦٠)</sup> عيبر مخائيل الصفدي، النظام القانوني لجهات التوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٨٩.

<sup>(١٥٦١)</sup> الفصل (٢) بند (٣) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠.

وبموجب هذا التعريف الذي أورده المشرع التونسي، لشهادة التوثيق الإلكتروني، فقد أوجب من خلاله، أن يكون إصدار الشهادة من خلال جهة التوثيق الإلكتروني، وبين كذلك أن الشهادة يجب أن تعمل على تحديد هوية الموقع، وضمان نسبة التوقيع إليه، من خلال التأكيد على صحة البيانات التي تتضمنها، وبأنها صادرة عن الموقع، وأن هذه البيانات موثقة ولا يمكن إنكارها، أو التلاعب فيها أو تعديلها.

كما عرف مشرع إمارة دبي، شهادة التوثيق الإلكتروني، في المادة (٢) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، لإمارة دبي بأنها: (شهادة يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص، أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معين، ويشار إليها في هذا القانون بـ "الشهادة")<sup>(١٥٦٢)</sup>.

ويلاحظ على هذا التعريف، بأنه اخذ بالجانب الوظيفي أو الغاية من شهادة التوثيق الإلكترونية، بحيث تعمل على تحديد هوية الموقع، وتؤكد صحة التوقيع الصادر عنه، وان هذا التوقيع يخص ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي وانه منسوب إليه.

ومن خلال استقراء وتحليل، ما ورد من تعريفات لشهادات التوثيق الإلكتروني، يتضح أنها:

أ. ركزت على بيان الجوانب الوظيفية لشهادات التوثيق الإلكتروني، والتي تتمثل بما يلي:

١. تحديد وإثبات هوية الشخص الموقع.
٢. تأكيد مصداقية التوقيع الإلكتروني، ونسبته إلى من صدر عنه.
٣. تأكيد صحة البيانات الصادرة عن من نسبت إليه.
٤. تحديد جهة التوثيق الإلكتروني.
٥. تأكيد الارتباط بين الموقع، ومنظومة التوقيع الإلكتروني.

ب. تؤكد وجوب صدور شهادة التوثيق الإلكتروني، من جهة توثيق إلكتروني مرخصة أو معتمدة أو معترف بها.

#### الفرع الثاني: التعريف الفقهي لشهادات التوثيق الإلكتروني.

ظهرت العديد من التعريفات الفقهية لشهادات التوثيق الإلكتروني، بهدف وضع تعريف واضح ومحدد لمفهوم هذه الشهادات، وبيان المقصود منها وغايتها وطبيعتها.

فقد عرف بعض الفقه<sup>(١٥٦٣)</sup> شهادة التوثيق الإلكتروني، بأنها: (صك أمان صادر عن جهة مختصة، يفيد صحة وضمان المعاملة الإلكترونية، وذلك من حيث صحة البيانات ومضمون المعاملة وأطرافها).

<sup>(١٥٦٢)</sup> المادة (٢) بند (٢١) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.

<sup>(١٥٦٣)</sup> محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٣.



وهذا الاتجاه يذهب في تعريفه لشهادة التوثيق الإلكتروني، إلى وجوب صدورها من قبل جهات مختصة بذلك العمل، وإن الغاية من إصدارها، يكمن في تأكيدها على صحة وقانونية البيانات الواردة فيها، بحيث يكون للغير أن يعتمد عليها عند تعامله مع صاحب الشهادة بالإضافة، إلى تأكيدها على أن تلك البيانات صادرة عن أصحاب العلاقة بهذه الشهادة، فهي تثبت أهلية ذوي الشأن لإبرام التصرفات القانونية بموجبها، وسلطات ذوي العلاقة الممنوحة له في تلك المعاملة.

كما عرف البعض<sup>(١٥٦٤)</sup> شهادة التوثيق الإلكتروني، بأنها: (الشهادات التي تصدر عن جهات التوثيق، المرخص لها من قبل الجهات المسؤولة في الدولة، لتشهد بان التوقيع الإلكتروني، هو توقيع صحيح ينسب إلى من أصدره، ويستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه، باعتباره دليل إثبات يعول عليه).

كما عرف بعض الفقه<sup>(١٥٦٥)</sup> شهادة التوثيق الإلكتروني، بأنها: (شهادة تصدرها جهة وسيطة أو جهة ثالثة، ما بين طرفين متعاملين بالطريق الإلكتروني، ويكون مضمون هذه الشهادة صحة البيانات المتداولة بين الطرفين).

كما عرفها بعض الفقه<sup>(١٥٦٦)</sup> من الناحية التقنية، بأنها: (عملية إلكترونية، تربط بين شخص معين "طبيعي أو معنوي" بخصائص معينة، تسمح بتمييزه عن غيره).

وأخيراً عرفها جانب من الفقه<sup>(١٥٦٧)</sup> بأنها: (الشهادات التي تصدر من جهة معتمدة ومرخصة من قبل الدولة لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة وهذه الشهادات يقصد من الحصول عليها تأكيد نسبة رسالة البيانات أو العقد الإلكتروني إلى مصدره وان التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح وصادر ممن نسب إليه).

وباستعراض مجمل التعريفات الفقهية السابقة لشهادات التوثيق الإلكتروني، يلاحظ أنها ركزت على الغرض أو الوظيفة من تلك الشهادات، والقائمة على تأكيد أن التوقيع الإلكتروني أو الرسالة الإلكترونية صادرة ممن نسبت إليه، وأن توقيعه صحيح، كما ذهبت إلى أن الشهادة الإلكترونية، يجب أن تؤكد بالبيانات الموقع عليها، بيانات صحيحة وصادرة من الموقع، وأنه لم يتم التلاعب أو العبث فيها، ولم يطرأ عليها أي تعديل أو تعديل، وبموجب هذه الشهادة تصبح البيانات موثقة، ولا يمكن لأي من أطراف المعاملة الإلكترونية إنكارها.

(١٥٦٤) د. إبراهيم النسوقي أبو الليل، توثيق المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ١٨٧٣.

(١٥٦٥) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ٢٠٠٥، ص ٤٥٣.

(١٥٦٦) د. أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٣.

(١٥٦٧) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٩٧.

لذلك يتم التحقق من تلك البيانات الموجودة في الشهادة الإلكترونية، عن طريق استخدام المفتاح العام للشخص الذي صدرت منه الشهادة، والذي يكون مبينا في ذات الشهادة، والتي تحتوي على بيانات وتفاصيل، تؤكد أن صاحب الشهادة، هو من يمتلك المفتاح الخاص المناظر للمفتاح العام.

فشهادة التوثيق الإلكتروني، تعمل على ربط المفاتيح المزدوجة بشخص الموقع، بحيث تمكن بذلك المرسل إليه، من خلال استخدامه للمفتاح العام الموثق بالشهادة، من التأكد من أن التوقيع الإلكتروني، قد استحدث بواسطة المفتاح الخاص للموقع والمناظر للمفتاح العام، وإن التوقيع يعود فعلا للموقع، وإن الرسالة الإلكترونية الممهورة بالتوقيع الإلكتروني، صحيحة ولم تتغير منذ توقيعها<sup>(١٥٦٨)</sup>.

لذا تعمل شهادة التوثيق الإلكتروني، على قيام علاقة مشتركة بين كل من جهة التوثيق الإلكتروني، والموقع والمرسل إليه، ترتب على جهات التوثيق الإلكتروني، الالتزام باستخدام أنظمة معلوماتية متطورة، وموارد بشرية جديرة بالثقة، وأن تبذل العناية اللازمة وتتخذ الإجراءات المعقولة لضمان دقة وسلامة المعلومات الواردة في الشهادة الإلكترونية التي تصدرها بهدف خلق الثقة لدى كل من يتعامل بهذه الشهادات ويعول عليها<sup>(١٥٦٩)</sup>.

## المطلب الثاني

### دور شهادات التوثيق الإلكتروني في التعامل الإلكتروني

يعتبر نظام التشفير اللاتماثلي<sup>(١٥٧٠)</sup> باستخدام تقنيات المفاتيح الخاص والعام، هو الأسلوب الأمثل لتأمين الحماية، لكافة الجوانب المتعلقة بالرسالة الإلكترونية، من حيث سريتها وسلامتها ونسبتها

<sup>(١٥٦٨)</sup> سمير سعد سلطان، التصديق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٢٧.

<sup>(١٥٦٩)</sup> د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ١٨٧٤، د. خالد عبد الفتاح محمد، التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ١٩٥.

<sup>(١٥٧٠)</sup> تعرف آلية التشفير اللاتماثلي، بأنها تقنية تعتمد على استخدام مفاتيح مختلفين؛ الأول: يسمى بالمفتاح الخاص، وبواسطته يضع المرسل توقيع على الرسالة الإلكترونية، ويرسلها إلى الطرف الآخر (المرسل إليه)، ويتم الاحتفاظ بهذا المفتاح سرا على بطاقة ذكية أو برنامج خاص، بحيث يكون المرسل هو لوحده القادر على الدخول عليه ومعرفته، والثاني: يسمى بالمفتاح العام وبه يستطيع المرسل إليه، مستقبل الرسالة الإلكترونية، فك شفرة الرسالة والتأكد من صحة التوقيع التي تحمله، ونسبته إلى المرسل وسلامة مضمونها من أي عبث أو تلاعب، منذ إنشائها وحتى وصولها إلى المرسل إليه، ويكون هذا المفتاح معروفا لدى من يريد إن يتعامل مع المرسل.

والمفتاحان الخاص والعام، هما متتالية رقمية متولدة في نفس الوقت من عمليات حسابية معقدة، يتم إنشاؤها وفقا لعملية تستخدم فيها اللوغاريتمات الحسابية، أو من معطيات بيرومترية، ومرتبطين -المفتاحين- ببعضهما البعض، ارتباطا فنيا على درجة عالية من الدقة، وفقا لتقنية فنية يستحيل معها معرفة تركيب احد المفاتيح من خلال معرفة او فك تركيب المفتاح الآخر، بالرغم من الصلة الوثيقة بينهما. انظر في ذلك: د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (ومدى حجيتها في الإثبات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٠٣-٢٠٤، د. محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات، مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، (بدون ناشر)، يوليو ٢٠٠٢،

إلى صاحبها، إلا أن هذه الآلية وإن كانت قادرة على التأكيد يقينا بأن الرسالة الإلكترونية، التي وصلت للمرسل إليه، هي صادرة من المرسل وموقعة منه بواسطة مفتاحه الخاص، وتؤكد بالتالي نسبة الرسالة إلى صاحب هذين المفتاحين وإسناد مضمونها لشخص مرسلها، إلا أنها لا تحدد ذاتية المرسل ولا تعين شخصيته على وجه الدقة، لأن عملها يقتصر فقط على إقامة العلاقة بين الشخص ومفتاحه العام، والذي قد يكون - هذا الشخص - افتراضيا<sup>(١٥٧١)</sup>.

إلا إن نظام التشفير، لا يمكن من معرفة الشخص الذي أنشأ المحرر، إذ قد ينتهز الفرصة شخص محتال، يقوم بإعداد رسالة إلكترونية ثم ينسبها للغير، وذلك بتوقيعها فعلا بالتوقيع الرقمي الذي يعود للغير، نتيجة حصوله على هذا التوقيع بطرق غير مشروعة، فتكون الرسالة في هذه الحالة، منسوبة إلى شخص غير الشخص الذي أنشأها، مما يؤثر على صحة التعاقد، ويفقد هذه الرسالة حجيتها في الإثبات، وهذا يؤدي في النهاية إلى إهدار الثقة في المعاملات الإلكترونية.

لذا كان لا بد من إيجاد وسيلة يتم عن طريقها التحقق من أن الشخص المرسل، والذي تنسب إليه الرسالة الإلكترونية وتحمل توقيعها، هو الشخص الذي أنشأها فعلا، وهو الشخص المقصود بالنسبة للمرسل إليه، وقد تجسدت هذه الوسيلة بشهادة التوثيق الإلكتروني، باعتبارها وسيلة ضرورية ومكتملة لنظام التشفير اللاتمائي، والتي تصدر عن جهات توثيق إلكترونية تكون مرخصة أو معتمدة من الجهات الرسمية في الدولة، ووفقا للضوابط القانونية، تضمن بان الشخص المرسل الذي يتعاقد من خلال الرسالة التي تنسب إليه، هو ذات الشخص المحدد بالشهادة، ويتم ذلك عن طريق ربط المفتاح العام، الذي استخدم في فك التشفير بشخص بعينه وبالتالي يتحول المرسل من شخص افتراضي إلى شخص محدد الهوية، وهذا ما يؤكد للمرسل إليه بان مصدر الرسالة هو الشخص المحدد في هذه الشهادة<sup>(١٥٧٢)</sup>.

وحتى تؤدي الشهادة الإلكترونية هذا الدور المنوط بها، تقوم جهات التوثيق الإلكتروني بتنظيم سجلات، تحتفظ فيها بمعلومات تفصيلية عن طالبي الشهادة الإلكترونية، ومفاتيحهم العامة والخاصة، بحيث يتم ربط هوية الشخص واسمه وبياناته التفصيلية، بمفاتيح معينة تتعلق به بما يكفل التحقق من أن الشخص الذي تنسب إليه الرسالة الإلكترونية وتحمل توقيعها، هو الذي أنشأها، وبالتالي تقوم جهة التوثيق الإلكتروني، بتأكيد شخصية المرسل الحقيقية، وتعيين هويته للمتعامل معه وهو المرسل إليه.

ص ٥٦، وكذلك ص ١٨٧-١٨٨، د. مصطفى أبو مندور موسى، خدمات التوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٢٦ وما يليها، د. علي سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد التي تصدر عن كلية الحقوق - جامعة القاهرة، العدد الثاني والسبعون، لسنة ٢٠٠٢، ص ١٤.

<sup>(١٥٧١)</sup> د. مصطفى أبو مندور موسى، خدمات التوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٢٩، د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، ص ٢٠٤.

<sup>(١٥٧٢)</sup> د. مصطفى أبو مندور موسى، خدمات التوثيق الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٢٩-٣٠.

لذلك يمتد دور شهادات التوثيق الإلكتروني، إلى التحقق من بيانات المرسل، حتى في الحالة التي يكون فيها هو المنشئ للرسالة الإلكترونية والموقع عليها، فتعمل على تحديد هويته بالنسبة للمرسل إليه، وذلك في الحالة التي يكون فيها بعض البيانات المتعلقة بشخص المرسل وأهليته وسلطته في إبرام التصرف غير صحيحة، عندما لا يتوافر في احد المتعاقدين أو كلاهما، الأهلية اللازمة قانوناً للتعاقد الذي أبرمه، أو أن يتجاوز احد طرفي المعاملة الإلكترونية حدود اختصاصاته، وسلطاته الممنوحة له لإبرام التصرف القانوني، إضافة إلى ما قد توثقه هذه الشهادة لأصحابها، من بيانات أخرى تتعلق بالحالة المهنية له، أو مؤهلاته أو تخصصه أو عمله.

وقد يعتمد احد المتعاقدين، إلى عدم الإفصاح عن هذه البيانات، بشكل صحيح أو دقيق أثناء عملية التعاقد، وبذات الوقت يصعب على المتعاقد الآخر التحقق من صحة تلك البيانات، نظراً لظروف التعاقد، الذي يتم في أحوال لا يلتقي فيها أطراف المعاملة الإلكترونية، حيث تأتي أهمية الدور الذي تؤديه الشهادات الإلكترونية، في التحقق من كل تلك البيانات وتضمينها في متن الشهادة، بحيث يستطيع الغير إتمام معاملاته مع صاحب الشهادة، وهو مطمئن لصحة وصدق تلك البيانات.

إن شهادات التوثيق الإلكتروني، تؤدي دوراً مهماً وفعالاً، باشتغالها على تأكيدات بان التوقيع الإلكتروني الموثق بموجبها، قد استوفى كافة الشروط والضوابط المطلوبة فيه، باعتباره دليل إثبات يعول عليه.

وعليه فإن شهادات التوثيق الإلكترونية، تعتبر وسيلة ضرورية ومكملة لدور التشفير بحيث توفر لإلية التشفير اللاتماثلي، الأمان الكامل للرسائل الإلكترونية المتبادلة بين أطراف المعاملات الإلكترونية، سواء من حيث مضمونها أو هوية أطرافها، فهي تؤدي إلى تأمين المعاملات الإلكترونية من الخطر، وتكفل للرسائل الإلكترونية المصحوبة بالتوقيعات الإلكترونية مصداقية عالية، وتؤدي إلى حمايتها قانونياً وتقنياً، الأمر الذي يزيل العقبات والمعوقات أمام تقدم وازدهار المعاملات والتجارة الإلكترونية.

### المطلب الثالث

#### البيانات الواجب توافرها في شهادات التوثيق الإلكتروني

تؤدي الشهادات الإلكترونية، بالنسبة لأطراف المعاملات الإلكترونية، أو الغير الذي قد يلجأ إلى التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية، ذات الدور الذي تؤديه الوثائق الثبوتية الرسمية، التي تصدرها الدولة للأفراد، فكما تقيم الوثيقة الرسمية الصلة بين الصورة المثبتة فيها وبين شخص صاحب التوقيع اليدوي أو الخطي الموضوع على الوثيقة، فإن الشهادة الإلكترونية تقيم صلة رسمية بين هوية الشخص المرسل ومفتاحه العام، المرتبط بالمفتاح الخاص المناظر له، بحيث تعمل جهات التوثيق الإلكتروني، ومن خلال سجلات تمسك بها في مجال ممارسة أعمالها وأنشطتها، على الاحتفاظ فيها بمعلومات تفصيلية لأصحاب تلك الشهادات المشتركين لديها، بحيث يتم ربط اسم صاحب الشهادة وبياناته التفصيلية بمفاتيح معينة، بما يؤدي إلى إمكانية التحقق من أن الشخص الذي

تنسب إليه الشهادة، هو الشخص الذي أنشأها، لذلك فإن شهادات التوثيق الإلكتروني، لا بد من أن تتضمن بيانات معينة تساعد على تحقيق هذا الهدف، وتسمح لكلا المتعاقدين من الاطلاع على بيانات ومعلومات المتعاقد الآخر ممن يرغب بالتعامل معه التحقق منها، بحيث يطمئن عندما يقوم بإتمام المعاملة الإلكترونية.

ولترسيخ الثقة بشهادات التوثيق الإلكتروني، باعتبارها صمام أمان تعمل على ضمان سلامة المعاملة الإلكترونية وسريتها، من حيث صحة البيانات الواردة فيها ومضمونها وأطرافها، وحتى تتمكن هذه الشهادة من أداء مهمتها، يجب أن تتضمن بيانات معينة بهدف الاستجابة لمقتضيات السلامة، وبث الثقة بهذه الشهادة، من خلال تأكيدها صدور الرسائل والتواقيع الإلكترونية عن أصحابها، فقد نصت تشريعات الدول المختلفة على إلزام جهات التوثيق الإلكتروني بوجود تضمين الشهادات الإلكترونية الصادرة عنها، بيانات ومعلومات معينة، منها ما هو خاص بالمرسل صاحب الشهادة، ومنها ما هو خاص بجهة التوثيق الإلكتروني مصدر الشهادة، ومنها ما يتعلق بالشهادة الإلكترونية نفسها، كما أن هذه البيانات قد تكون إجبارية وقد تكون بيانات اختيارية.

وقد تفاوت موقف التشريعات التي أخذت بفكرة الشهادات الإلكترونية في نطاق المعاملات الإلكترونية، في كيفية تنظيم إحكامها وضوابطها، ومنها البيانات الواجب توافرها في شهادات التوثيق الإلكتروني، إذ جاءت بعض التشريعات بتلك البيانات في متن القانون المنظم للمعاملات الإلكترونية، ومن ذلك قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، والتشريعات التونسي وإمارة دبي، ومن التشريعات ما ترك أمر تنظيم أحكام هذه الشهادات بما فيها تلك البيانات المتعلقة بها، إلى اللوائح والأنظمة التي تصدر بالاستناد إلى قوانين المعاملات الإلكترونية، ومن ذلك المشرعين الأردني والمصري، باعتبار أن الشروط المتعلقة بالشهادات الإلكترونية، والبيانات الواجب توافرها فيها تعتبر ذات أبعاد فنية وتقنية يتعذر وضعها في متن القانون، إضافة إلى أن إدراجها ضمن اللوائح والأنظمة، يؤدي إلى سهولة إجراءات تعديلها كلما اقتضى الأمر، نظرا للتطور التكنولوجي السريع والمستمر في مجال وسائل الاتصال الحديثة، وما يترتب عليه من تعرض تلك البيانات للتغير والتطور نتيجة لذلك.

وللإحاطة بأهم البيانات الواجب توافرها في شهادات التوثيق الإلكتروني، لا بد من استعراض موقف التشريعات المقارنة من هذه المسألة، ومن ثم الحديث بشيء من التفصيل عن أهم البيانات الإلزامية المشتركة بين تلك التشريعات.

فقد أشار قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، إلى ضرورة أن تتضمن الشهادة الإلكترونية، بعض البيانات والمحتويات الأساسية، حتى تتحقق الثقة فيها، فقد تطلب من جهات التوثيق الإلكتروني، تقديم قدر معقول من وسائل الدخول التي تمكن الطرف المعول<sup>(١٥٧٣)</sup> على الشهادة الإلكترونية، التأكد من أن الشهادة تتوافر فيها عناصر وبيانات معينة تتمثل في التعريف

(١٥٧٣) عرفت المادة (٣/د) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، الطرف المعول بأنه: (الشخص الذي يجوز أن يتصرف استنادا إلى شهادة أو توقيع إلكتروني).

بهوية مقدم خدمات التصديق، وبيان ما إذا كان الشخص الموقع والمحدد هويته في الشهادة، يمتلك بيانات إنشاء التوقيع، وان تلك البيانات خاضعة لسيطرته ويتحكم فيها وقت إصدار الشهادة، وأنها كذلك صحيحة وما تزال سارية المفعول في وقت إصدار الشهادة أو قبلها، كما تطلب من جهات التوثيق الإلكتروني أيضاً، توفير قدر معقول من وسائل الدخول التي تمكن المعول على الشهادة عند الضرورة، التأكد بأن الشهادة تتوافر فيها بيانات تساعد على تحديد الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع، وبيان حدود الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من أجلها بيانات إنشاء التوقيع أو الشهادة، وأية حدود تقيد مجال أو مدى المسؤولية القانونية التي تشترطها جهة التوثيق الإلكتروني، والتأكد مما إذا كانت هناك وسيلة يتمكن من خلالها صاحب التوقيع، القيام بالإشعار بان بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني قد تعرضت لما يثير الشبهة، ومما إذا كانت تتوافر أي خدمة للإلغاء في أوقات محددة، حيث نص على ذلك في المادة (٩/ج-د) والتي جاء فيها انه:

١. حيثما يوفر مقدم خدمات التصديق الإلكتروني، خدمات لتأييد توقيع إلكتروني يجوز استخدامه لإعطاء مفعول قانوني بصفته توقيعاً، يتعين على مقدم خدمات التصديق المشار إليه:

(ج) أن يوفر وسائل يكون الوصول إليها متيسراً بقدر معقول وتمكن الطرف المعول من التأكد، من الشهادة، مما يلي:

١. هوية مقدم خدمات التصديق؛
٢. أن الموقع المعينة هويته في الشهادة، كان يتحكم في بيانات إنشاء التوقيع في وقت إصدار الشهادة؛
٣. أن بيانات إنشاء التوقيع، كانت صحيحة في وقت إصدار الشهادة أو قبله؛
- (د) أن يوفر وسائل يكون الوصول إليها متيسراً بقدر معقول، وتمكن الطرف المعول من التأكد عند الاقتضاء، من الشهادة أو من سواها مما يلي:
  ١. الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع؛
  ٢. وجود أي تقييد على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من أجلها بيانات إنشاء التوقيع أو أن تستخدم من أجلها الشهادة؛
  ٣. أن بيانات إنشاء التوقيع كانت صحيحة، ولم تتعرض لما يثير الشبهة؛
  ٤. وجود أي تقييد على نطاق، أو مدى المسؤولية، التي اشترطها مقدم خدمات التصديق؛
  ٥. ما إذا كانت هناك وسائل متاحة للموقع، لتقديم إشعار بمقتضى الفقرة ١ (ب) من المادة ٨ من هذا القانون؛
  ٦. ما إذا كانت تتاح خدمة إلغاء آنية<sup>(١٥٧٤)</sup>.

فيما نص المشرع المصري، على البيانات الواجب توافرها في شهادة التوثيق الإلكتروني، في المادة (٢٠) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني<sup>(١٥٧٥)</sup>، والتي جاء فيها، أنه: (يجب أن تشمل

<sup>(١٥٧٤)</sup> المادة (٩/ج-د) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، لسنة ٢٠٠١.

<sup>(١٥٧٥)</sup> المادة (٢٠) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

نماذج شهادات التصديق الإلكتروني، التي يصدرها المرخص له على البيانات الآتية، وذلك على نحو متوافق مع المعايير المحددة في الفقرة (أ) من الملحق الفني والتقني:

١. ما يفيد صلاحية هذه الشهادة، للاستخدام في التوقيع الإلكتروني.
٢. موضوع الترخيص الصادر للمرخص له، موضحاً فيه نطاقه ورقمه وتاريخ إصداره وفترة سريانه.
٣. اسم وعنوان الجهة المصدرة للشهادة، ومقرها الرئيسي وكيانها القانوني، والدولة التابعة لها إن وجدت.
٤. اسم الموقع الأصلي، أو اسمه المستعار أو اسم شهرته، وذلك في حالة استخدامه لأحدهما.
٥. صفة الموقع.
٦. المفتاح الشفري العام لحائز الشهادة المناظر للمفتاح الشفري الخاص به.
٧. تاريخ بدء صلاحية الشهادة، وتاريخ انتهائها.
٨. رقم مسلسل للشهادة.
٩. التوقيع الإلكتروني لجهة إصدار الشهادة.
١٠. عنوان الموقع الإلكتروني (Web Site) المخصص لقائمة الشهادات الموقوفة أو الملغاة.

ويجوز أن تشمل الشهادة، على أي من البيانات الآتية عند الحاجة:

١. ما يفيد اختصاص الموقع، والغرض الذي تستخدم فيه الشهادة.
٢. حد قيمة التعاملات المسموح بها بالشهادة.
٣. مجالات استخدام الشهادة.

حيث تطلب هذه المادة، ضرورة أن تشمل شهادات التوثيق الإلكتروني، على ما يفيد صلاحية تلك الشهادات للاستخدام في التوقيع الإلكتروني، وبيان اسم وعنوان جهة التوثيق الإلكتروني، وموضوع الترخيص الممنوح لها، واسم الموقع الأصلي، أو اسمه المستعار وصفته، والمفتاح الشفري العام لحائز الشهادة، وتاريخ بدء وانتهاء صلاحية الشهادة، ورقمها المتسلسل، وكذلك التوقيع الإلكتروني لجهة إصدار الشهادة، بالإضافة إلى بعض البيانات الاختيارية التي يجوز تضمينها للشهادة، ومنها ما يتعلق باختصاص الموقع والغرض من الشهادة، وحد قيمة التعاملات المسموح بها، بالشهادة بالإضافة إلى مجالات استخدام الشهادة الإلكترونية.

وكذلك جاء موقف المشرع التونسي، والذي اشترط في الفصل (١٧) من قانون المبادلات والتجارة الإلكتروني، أن تشمل شهادة التوثيق الإلكتروني على بيانات إلزامية لا بد منها، حتى يعتد بالشهادة وتضفي على التوقيعات والرسائل الإلكترونية الحجية الكاملة في الإثبات، وتتمثل هذه البيانات في تحديد هوية صاحب الشهادة، ببيان اسمه ولقبه، كذلك تحديد هوية الجهة التي قامت بإصدار شهادة التوثيق الإلكتروني، كما اشترط المشرع أيضاً وجوب توافر البيانات المتعلقة بعناصر التدقيق في إمضاء صاحب الشهادة، وذلك حتى يتمكن من يعول على هذه الشهادة من التأكد من صحة البيانات

الخاصة بشخص صاحب الشهادة، وكذلك اشترط وجوب أن تشمل الشهادة على البيانات المتعلقة بمجالات استعمالها، والغرض الذي صدرت لأجله، سواء كانت تصديقا على منظومة إحداث توقيع إلكتروني، أو تصديقا على صحة هذا التوقيع<sup>(١٥٧٦)</sup>.

فقد نص الفصل (١٧) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، التونسي على أنه:

(يصدر مزود خدمات المصادقة الإلكترونية، شهادات مصادقة تستجيب لمقتضات السلامة والثوق بها، وتضبط المعطيات التقنية المتعلقة بالشهادة والثوق بها، بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات).

وتتضمن هذه الشهادة بالخصوص:

- هوية صاحب الشهادة.
- هوية الشخص الذي أصدرها، وإمضاه الإلكتروني.
- عناصر التدقيق في إمضاء صاحب الشهادة.
- مدة صلاحية الشهادة.
- مجالات استعمال الشهادة<sup>(١٥٧٧)</sup>.

ووفقا للتشريع التونسي، فعند توافر هذه البيانات، فإن الشهادة الإلكترونية تضمن صحة المعلومة المصادق عليها التي تضمنتها في تاريخ تسليمها، وكذلك تضمن الصلة بين صاحب الشهادة وموقع منظومة التدقيق في التوقيع الخاص به، وانفراد صاحب الشهادة بمسك منظومة إحداث التوقيع، وتكون متكاملة ومترابطة مع منظومة التدقيق في التوقيع المثبتة في الشهادة<sup>(١٥٧٨)</sup>.

كما نص مشروع إمارة دبي أيضاً، على هذه البيانات في المادة (٣/٢٤) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، باعتبارها بيانات جوهرية ويتوجب على جهات التوثيق الإلكتروني مراعاتها عند إصدار شهادات التوثيق الإلكتروني، بحيث تتضمن هذه الشهادات هوية مزود خدمات التوثيق، وضرورة سيطرة الموقع على أداة التوقيع، وبيان الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع، وكذلك بيان تاريخ سريان أداة التوقيع الإلكتروني وبيان فيما إذا كان يوجد قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من أجلها أداة التوقيع أو الشهادة، وأخيراً بيان أية قيود في شأن مسؤولية خدمات التوثيق.

<sup>(١٥٧٦)</sup> د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي،

دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٦٧-١٦٨.

<sup>(١٥٧٧)</sup> الفصل (١٧) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠.

<sup>(١٥٧٨)</sup> د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، مرجع سابق، ص ٥٨٨-٥٨٩.



حيث نصت المادة (٢٤) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه:

(١. على مزود خدمات التصديق:

ج. إن يوفر وسائل يكون من المعقول الوصول إليها، وتمكن الطرف الذي يعتمد على خدماته من التأكد مما يلي:

١. هوية مزود خدمات التصديق.
٢. أن الشخص المعينة هويته في الشهادة، لديه السيطرة في الوقت المعني، على أداة التوقيع المشار إليها في الشهادة.
٣. الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع.
٤. وجود أية قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من أجلها أداة التوقيع.
٥. ما إذا كانت أداة التوقيع صحيحة، ولم تتعرض لما يثير الشبهة.
٦. ما إذا كان للموقع وسيلة لإعطاء إشعار بموجب المادة (٢٢) (١) - (أ)، (ب) من هذا القانون.
٧. ما إذا كان هناك وسيلة مناسبة للإبلاغ عن الإلغاء.
٣. يجب أن تحدد الشهادة ما يلي:

(أ) هوية مزود خدمات التصديق.

(ب) أن الشخص المعينة هويته في الشهادة، لديه السيطرة في الوقت المعني على أداة التوقيع المشار إليها في الشهادة.

(ج) أن أداة التوقيع كانت سارية المفعول، في أو قبل تاريخ إصدار الشهادة.

(د) ما إذا كانت هناك أية قيود، على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من أجلها أداة التوقيع أو الشهادة.

(هـ) ما إذا كانت هناك أية قيود، على نطاق أو مدى المسؤولية التي قبلها مزود خدمات التصديق تجاه أي شخص.

٥. لا يكون مزود خدمات التصديق مسئولاً عن أي ضرر:

(أ) إذا أدرج في الشهادة بياناً يقيد نطاق ومدى مسؤوليته تجاه أي شخص ذي صلة، ومدى ذلك القيد<sup>(١٥٧٩)</sup>.

<sup>(١٥٧٩)</sup> المادة (٢٤) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.

أما المشرع الأردني، فلم يتطرق إلى ذكر البيانات الواجب توافرها في شهادة التوثيق الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية<sup>(١٥٨٠)</sup> باعتبار أنه ترك تنظيم كل يتعلق بجهات التوثيق الإلكتروني والشهادات الصادرة عنها، إلى نظام يصدر لهذه الغاية، إلا أن نظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق الإلكتروني، الذي صدر بمقتضى قانون المعاملات الإلكترونية السابق رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ والذي لا زال ساريا في ظل القانون الحالي لحين وضع نظام جديد، لم يتضمن النص على البيانات الواجب توافرها في شهادات التوثيق الإلكتروني بالرغم من أهمية هذا الموضوع، إذ أن خلو هذا النظام من تنظيم أحكام شهادات التوثيق الإلكترونية، يعتبر نقصا تشريعا لدى المشرع الأردني بحاجة إلى إعادة النظر فيه.

ويلاحظ من خلال استقراء نصوص التشريعات السابقة، نجد أنها أجمعت على تناول نصوصا تلزم جهات التوثيق الإلكتروني، تضمين الشهادات الإلكترونية بيانات إلزامية تتعلق بتحديد هوية صاحب الشهادة ومفتاحه العام، وهوية جهة التوثيق الإلكتروني التي قامت بإصدار الشهادة، وسيطرة الموقع على أداة التوقيع، وفترة سريان شهادة التوثيق وصلاحياتها وغيرها من البيانات الأخرى التي اشتركت تلك التشريعات في الأخذ بها، والنص على وجوب تحققها في الشهادة الإلكترونية، وعليه يمكن تحديد أهم البيانات إلزامية الواجب توافرها في شهادات التوثيق الإلكترونية بما يلي:

#### أولاً: هوية صاحب الشهادة (الموقع).

ويتمثل هذا البيان في تحديد هوية الشخص الذي صدرت الشهادة باسمه وبناء على طلبه، بحيث يجب تضمين شهادة التوثيق الإلكترونية اسم صاحب الشهادة، وهو الموقع على المعاملة الإلكترونية بتوقيعه الإلكتروني، ومن يمتلك أداة إنشاء التوقيع، سواء أكان اسمه الحقيقي أم كنيته أم اسمه المستعار، بحيث يدل ذلك الاسم الوارد في الشهادة على هويته ويعرف به، ويوجب هذا الالتزام على جهة التوثيق حفظ الهوية الحقيقية لصاحب الشهادة في حالة استخدامه لاسم مستعار، لغايات إتاحة المجال للرقابة الإدارية<sup>(١٥٨١)</sup> وسهولة الاحتجاج عليه بالتصرفات القانونية التي تصدر عنه باستخدام الوسائل الإلكترونية.

<sup>(١٥٨٠)</sup> يذكر أن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني السابق رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١، قد نص في المادة (٣٤) منه، على ضرورة احتواء شهادة التوثيق الإلكتروني على رمز التعريف، وبين فيها الحالات التي تكون فيها الشهادة التي تبين رمز التعريف معتمدة، فيما اشترطت المادة (٣٣) من ذات القانون لاعتبار التوقيع الإلكتروني موثقاً بكامله، أو في ما يتعلق بأي جزء حسب واقع الحال، أن يتم التوقيع خلال مدة سريان شهادة توثيق معتمدة ومطابقة مع رمز التعريف المبين في تلك الشهادة، حيث نجد أن القانون السابق قد أتى فيما يتعلق بشهادات التوثيق الإلكتروني على ذكر احتواءها لرمز التعريف والإشارة إلى وجوب سريان تلك الشهادة، ومع إن ذلك غير كافي لتحديد البيانات الواجب توافرها في شهادة التوثيق الإلكتروني في ظل القانون السابق، إلا أنه كان أكثر وضوحاً من القانون الحالي فيما يتعلق ببيانات شهادات التوثيق الإلكتروني، على الرغم من أهميتها في مجال أمن وحماية المعاملات الإلكترونية.

<sup>(١٥٨١)</sup> لينا إبراهيم يوسف حسان، التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به في القانون الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا - جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، ٢٠٠٧، ص ٧١.

وهذا البيان يبدو بديهيا ولو لم تنص عليه التشريعات صراحة، مما حدا ببعض التشريعات بعدم النص عليه، إلا أن التطبيق السليم لتلك الشهادات في المجال الإلكتروني يقتضي النص على هذا الالتزام في التشريعات النازمة للمعاملات الإلكترونية، حتى يكون ملزما لجهات التوثيق ولا يبقى المجال مفتوحا للتأويل والتفسير<sup>(١٥٨٢)</sup>.

#### ثانيا: هوية جهة التوثيق التي أصدرت الشهادة والدولة التابعة لها.

يجب أن تتضمن شهادة التوثيق الإلكتروني، بيانا يعرف بجهة التوثيق الإلكتروني التي أصدرت الشهادة، من أجل إضفاء الثقة والأمان والمصادقية على شهادات التوثيق الإلكتروني الصادرة عنها، وهذا البيان يجب أن يكون كافيا للتعريف بجهة التوثيق، وذلك بوضع اسمها الحقيقي على شهادة التوثيق، سواء أكان شخصا طبيعيا أم ممثلا قانونيا للشخص المعنوي، ومكان عملها، ورقم الرخصة الممنوحة لها من الدولة لمزاولة أعمالها وأنشطتها، وأي بيانات أخرى تسهم في تحديد هويتها بدقة، كما يمكن أن يتم وضع الاسم التجاري لتلك الجهة متى كانت شخصا معنويا، ويسهم هذا البيان في تحديد مسؤولية جهة التوثيق الإلكتروني اتجاه الغير الذي يعول على الشهادة الإلكترونية في إتمام معاملاته الكترونيا، بما قد يلحق به من أضرار بسبب تلك الشهادة، في حال إذا كانت ناتجة عن إهمال وتقصير من جانب جهة التوثيق<sup>(١٥٨٣)</sup>، إلا أنه وارتباطا بهذا البيان، قد تتضمن الشهادة أي حالات تعفي جهات التوثيق الإلكتروني من المسؤولية المترتبة على عاقتها، أو أي قيود تتعلق بمدى هذه المسؤولية ونطاقها، تجعل الغير على علم بها ومعرفة تامة قبل دخوله في أي تعاملات إلكترونية بالاعتماد على هذه الشهادة، بحيث يتسنى له تحديد مركزه القانوني مسبقا<sup>(١٥٨٤)</sup>.

#### ثالثا: التوقيع الإلكتروني لجهة التوثيق التي أصدرت الشهادة.

يؤدي قيام جهة التوثيق الإلكتروني، بإظهار التوقيع الإلكتروني الخاص بها في الشهادة الإلكترونية، إلى إضفاء القوة والمصادقية على الشهادات الصادرة عنها، ويؤكد صحتها وعدم تزويرها، ويمكن التثبت من صحة التوقيع الإلكتروني لجهة التوثيق، بواسطة جهة توثيق إلكتروني أخرى، وهذا يؤدي إلى طمأنينة الغير المعتمد على الشهادة الصادرة عنها، لذا يفرض هذا الالتزام على جهة التوثيق الإلكتروني التي أصدرت الشهادة، أن توقع الكترونيا على الشهادة الخاصة بها، خلال الفترة التشغيلية للشهادة الأخرى المستخدمة للتثبت من صحة التوقيع الإلكتروني لجهة التوثيق<sup>(١٥٨٥)</sup>.

#### رابعا: فترة صلاحية الشهادة وذلك بتحديد تاريخ بدء سريانها وتاريخ انتهائها.

<sup>(١٥٨٢)</sup> عيسى غسان الرضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٦، ص ١٤٦.

<sup>(١٥٨٣)</sup> عيسى غسان الرضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، المرجع سابق، ص ١٤٥-١٤٦، د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، مرجع سابق، ص ٥٩١، لينا إبراهيم حسان، التوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٧١.

<sup>(١٥٨٤)</sup> د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، مرجع سابق، ص ٥٩٢.

<sup>(١٥٨٥)</sup> لينا إبراهيم حسان، التوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٧٢.

ويعتبر هذا البيان من البيانات الجوهرية اللازمة في شهادة التوثيق الإلكتروني، إذ أن هذا البيان هام وضروري، في تحديد النطاق الزمني لمسئولية جهة التوثيق عن البيانات الواردة في الشهادة خلال فترة سريان الشهادة، ويجب أن يتضمن هذا البيان، بان شهادة التوثيق سارية خلال مدة زمنية معينة، ويحدد تاريخ بداية سريانها وتاريخ انتهائه، وأنها غير معلقة أو موقوف العمل بها، فإذا ما انتهت فترة صلاحية سريان الشهادة، فانه يتوجب على جهة التوثيق أن تبين ذلك، عن طريق نشر قائمة بالشهادات الصالحة للاستعمال والشهادات الملغية<sup>(١٥٨٦)</sup>، ويرتبط بهذا البيان وان لم يكن إلزامياً، البيان الذي يحدد الرقم التسلسلي للشهادة.

#### خامساً: المفتاح العام لصاحب الشهادة والمناظر للمفتاح الخاص.

ويعتبر هذا البيان أساس وجوهر الشهادة الإلكترونية، فهذا البيان يمس محتوى ومضمون الرسالة الإلكترونية، فهو الذي يمكن المرسل إليه من التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني للمرسل، عن طريق مطابقة المفتاح العام للمفتاح الخاص المناظر له، حيث يؤدي إلى تحديد هوية المرسل، ويؤكد أن الرسالة الإلكترونية صادرة عنه، وإنها لم تتعرض لأي تلاعب أو عبث أو تزوير<sup>(١٥٨٧)</sup>.

#### سادساً: البيان المتعلق بحدود استخدام الشهادة وقيمتها ونوع التعاملات.

يقتضي هذا البيان إعلام كل من يعول على الشهادة، بمدى حدود الموقع في استخدام الشهادة المتعلقة به وصلاحياتها للاستخدام، بحيث إذا أبرم الغير أي تصرف قانوني ضمن الحدود المصرح بها في الشهادة وبالاستناد إليها، فإنه يستطيع التعويل على هذه الشهادة في الاحتجاج بها أو المطالبة بالتعويض، أما إذا تجاوز المعول على الشهادة الإلكترونية في تعاملاته الإلكترونية التي ابرمها مع صاحب الشهادة حدود استخدام الشهادة، أو نوع التصرف الذي من اجله صدرت الشهادة، ففي هذه الحالة لا تقوم مسؤولية جهة التوثيق التي أصدرت الشهادة، ويعتبر إهمالا وتقصيرا من الشخص الذي اعتمدها<sup>(١٥٨٨)</sup>.

بالإضافة إلى البيانات الإلزامية التي تطلبت التشريعات، ضرورة إدراجها ضمن الشهادات الإلكترونية، فإن هنالك بيانات أخرى يمكن تضمينها للشهادة، نصت عليها بعض التشريعات، على أن تكون جهة التوثيق الإلكتروني غير ملزمة بإيرادها ضمن الشهادة الإلكترونية، ومن ذلك البيان المتعلق بصفة الموقع بالنظر إلى الغاية التي تجري بشأنها الشهادة، كأن يتم بيان مركزه المالي، والأحكام والدعاوى المتعلقة بإفلاسه، إضافة إلى ما يتعلق بمجالات استخدام الشهادة، وغيرها من البيانات الأخرى.

<sup>(١٥٨٦)</sup> لينا إبراهيم حسان، التوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٧٢-٧٣، د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، مرجع

سابق، ص ٥٩١، عيسى غسان الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٤٦.

<sup>(١٥٨٧)</sup> عيسى غسان الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٤٧، لينا إبراهيم حسان، التوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٧٣.

<sup>(١٥٨٨)</sup> عيسى غسان الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٤٧.

ونظرا لأهمية إدراج تلك البيانات في شهادات التوثيق الإلكتروني، واعتبارها جزءا من منظومة امن وحماية المعاملات الإلكترونية، والذي يترتب على توافرها في شهادة التوثيق إقدام الغير على إبرام التصرفات القانونية، فقد حرصت التشريعات المختلفة على منع جهات التوثيق الإلكتروني التي تصدر الشهادات الإلكترونية، من إضافة أو تعديل أو إلغاء أي بيان من البيانات المقدمة من أصحاب الشأن<sup>(١٥٨٩)</sup>، أو استعمال تلك البيانات خارج نطاق توظيفها في إصدار شهادات التوثيق الإلكتروني<sup>(١٥٩٠)</sup>، لما لذلك من اثر ايجابي في القيمة القانونية لشهادة التوثيق الإلكتروني.

نخلص مما سبق إلى أن غالبية التشريعات المقارنة، التي أخذت بشهادات التوثيق الإلكتروني، قد عملت في قوانينها على تنظيم أحكام شهادات التوثيق الإلكتروني، وعالجت مختلف الجوانب المتعلقة بها، وبما تؤكد للغير المعول عليها صحة التوقيع الإلكتروني من خلال ما تتضمنه من تأكيد لصحة البيانات الواردة فيها ونسبة التوقيع الإلكتروني إلى صاحبه، فتعمل بذلك على بث الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية، وتحقق لها الحماية القانونية اللازمة، مما يؤدي إلى التأكيد على صحتها وسلامتها والاعتراف بحجيتها في الإثبات.

## المبحث الثاني

### الاعتراف بحجية شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية

بيننا سابقا إن اغلب التشريعات المقارنة، عملت في قوانينها الداخلية الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، على الإقرار بشهادات التوثيق الإلكتروني، ونظمت أحكامها وشروطها والبيانات الواجب توافرها فيها وجهات إصدارها، والتي تعمل على تأكيد صحة التوقيع الإلكتروني، إلا إن اغلب المعاملات الإلكترونية - وكما هو معلوم - تتم بين أطراف لا يلتقون ماديا ويتواجدون في مختلف دول العالم، لذا من الطبيعي أن تتصف هذه المعاملات في اغلب الأحيان بالطابع الدولي، لان تلك المعاملات وما يرافقها من تصرفات قانونية، تتجاوز الحدود الإقليمية للدولة التي أبرمت فيها، أو التي يقيم فيها احد أطراف تلك المعاملة، مما يتطلب الأمر ضرورة حصول المتعاملين عبر هذه الوسائل الإلكترونية، على شهادات توثيق إلكتروني تكون صادرة عن جهات توثيق إلكتروني أجنبية لإتمام معاملاتهم.

لذلك كان من الضروري الاعتراف بالتوقيعات الإلكترونية وشهادات التوثيق الإلكتروني الصادرة عن جهات التوثيق الإلكتروني الأجنبية ضمن ضوابط وشروط معينة، لان عدم الاعتراف بها يؤدي إلى إلزام جهات التوثيق الإلكتروني الأجنبية الحصول على تراخيص من اغلب دول العالم وهذا أمر يستحيل القيام به عمليا وبالتالي لا يتم الاعتراف بالشهادات الإلكترونية الأجنبية مما يعتبر معيقا لتطور ونهوض المعاملات والتجارة الإلكترونية والإقرار لها بالحجية.

<sup>(١٥٨٩)</sup> من ذلك المادة (١/٢٤) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.

<sup>(١٥٩٠)</sup> من ذلك الفصل (٦) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠.

ونظرا للدور الذي تؤديه الشهادات الإلكترونية بشكل عام، ومنها شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية، في إسباغ الحماية القانونية على المعاملات الإلكترونية، ولما تحققه من ثقة وأمان لدى المتعاملين بهذا المجال، فقد عملت مختلف التشريعات المقارنة على تنظيم مسألة الاعتراف بشهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية، ومنحها الحجية ذاتها المقررة لشهادات التوثيق الإلكتروني المحلية الصادرة عن جهات التوثيق الإلكتروني المرخصة داخل الدولة، ووضعت شروطا ومعايير للاعتراف بها.

لذلك سوف يتم الحديث في هذا المطلب، عن مسألة الاعتراف بشهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية وأثرها القانوني، وشروط ومتطلبات الاعتراف بحجيتها، وذلك من خلال المطلبين التاليين:

### المطلب الأول

#### الموقف التشريعي من الاعتراف بحجية شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية

لقد تطلب إجراء المعاملات الإلكترونية التي تتم على نطاق دولي، تدخلا تشريعا لتنظيم الاعتراف بالأثر القانوني المترتب على تلك المعاملات، وما يرافقها من تبعات قانونية، لذلك فقد اتجهت مختلف التشريعات، وعلى المستويين الدولي والوطني، إلى تنظيم مسألة الاعتراف بشهادات التوثيق الإلكترونية الأجنبية، ومنحها الحجية في الإثبات، إلا إن تلك التشريعات اختلفت فيما بينها في مستوى اعتمادها واعترافها بتلك الشهادات، فجاء بعضها متشددا في موقفه منها، فاشتراط لتمتع تلك الشهادات بالحجية القانونية، أن تكون صادرة من جهة توثيق معتمدة، في حين أن البعض الآخر كان أقل تشددا، بحيث منح شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية ذات القيمة والأثر القانوني المترتب لشهادات التوثيق الإلكتروني المحلية، متى كانت تتيح قدرا من الموثوقية، ومتى توافر شرط المعاملة بالمثل.

فقد اقر قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، مسألة الاعتراف بشهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية، حيث تناولت المادة (١٢) منه مجموعة من القواعد المتعلقة بهذه المسألة، فنصت في الفقرة (١) منها على مبدأ أساسي يقوم على عدم إيلاء المكان الجغرافي الذي صدرت منه شهادة التوثيق الإلكتروني، أو تم فيه التوقيع الإلكتروني أي اعتبار، طالما إن كل منهما ساري ولم توقف أو تلغى أو تعطل، فهذا المبدأ يقضي بان شهادة التوثيق الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني، يكونا ساري المفعول في أي دولة في العالم كما ويعمل بهما في أي مكان آخر.

فيما يقتضي الشق الآخر من هذا المبدأ، الأخذ بعدم الاعتبار أو الأهمية للموقع الجغرافي أو المكان الذي يعمل فيه مصدر الشهادة، أو الموقع في التوقيع الإلكتروني، طالما سيتم الاعتراف بالشهادة

والتوقيع الإلكتروني من طرف الأجنبي والعمل بهما، بما يهدف إلى خدمة المعاملات والتجارة الإلكترونية الدولية وتيسير سبلها<sup>(١٥٩١)</sup>.

حيث نصت المادة (١/١٢) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية على أنه:  
(١) لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني، ساري المفعول قانونياً، أو مدى كونهما كذلك، لا يولي أي اعتبار لما يلي:

(أ) الموضع الجغرافي الذي تصدر فيه الشهادة، أو ينشأ أو يستخدم فيه التوقيع الإلكتروني؛  
(ب) الموضع الجغرافي لمكان عمل المصدر أو الموقع<sup>(١٥٩٢)</sup>.

أما الفقرة (٢) من ذات المادة، فقد نصت على الاعتراف بشهادات التوثيق الإلكترونية الأجنبية، من خلال وجوب منح شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية ذات الأثر القانوني والحجية المقررة للشهادات الإلكترونية الوطنية، أي أن الشهادة الإلكترونية الأجنبية تعامل معاملة الشهادة الإلكترونية الوطنية، وفي نفس المستوى والأثر القانوني، على أن يتوافر فيها ذات الضمانات المقررة في الشهادات الإلكترونية الوطنية<sup>(١٥٩٣)</sup>، حيث نصت في هذه الفقرة أنه: (يكون للشهادة التي تصدر خارج "الدولة المشترعة" المفعول القانوني نفسه في "الدولة المشترعة" الذي للشهادة التي تصدر في "الدولة المشترعة" إذا كانت تتيح مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل)<sup>(١٥٩٤)</sup>.

أما المشرع الأردني فقد اعترف بشهادات التوثيق الأجنبية، ومنحها ذات الأثر والحجية القانونية المقررة لشهادات التوثيق الإلكتروني الصادرة عن جهات التوثيق المرخصة في الأردن، حيث تضمن حكم المادة (١٦) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، إن من الحالات التي يعتبر فيها التوقيع الإلكتروني موثقاً ويتمتع بالحجية القانونية في الإثبات، متى تحققت فيه الشروط الواردة في المادة (١٥) من ذات القانون<sup>(١٥٩٥)</sup> وكان - التوقيع الإلكتروني - مرتبطاً بشهادة توثيق إلكتروني،

<sup>(١٥٩١)</sup> د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٤٥٠، د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، مرجع سابق، ص ٥٩٦.

<sup>(١٥٩٢)</sup> المادة (١/١٢) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة ٢٠٠١.

<sup>(١٥٩٣)</sup> د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٤٥٠، د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، مرجع سابق، ص ٥٩٧.

<sup>(١٥٩٤)</sup> المادة (٢/١٢) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة ٢٠٠١.

<sup>(١٥٩٥)</sup> تضمنت المادة (١٥) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، الشروط والضوابط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني، لاعتباره توقيعاً صحيحاً، حيث نصت على أنه: (يعتبر التوقيع الإلكتروني صحيحاً، إذا توافرت فيه الشروط التالية مجتمعة:

أ- إذا انفرد به صاحب التوقيع ليميزه عن غيره.

ب- إذا كان يحدد هوية صاحب التوقيع.

ج- إذا كان المفتاح الخاص خاضعاً لسيطرة صاحب التوقيع وقت إجراء التوقيع.

د- إذا ارتبط بالسجل الإلكتروني بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على ذلك السجل الإلكتروني بعد توقيعه دون إحداث تغيير على ذلك التوقيع).

صادرة وقت إنشاء التوقيع الإلكتروني عن جهة توثيق إلكتروني معتمدة، حيث نصت المادة (١٦/ب) من قانون المعاملات الإلكترونية على انه: (يعتبر التوقيع الإلكتروني موثقاً، إذا تحققت فيه جميع الشروط المذكورة في المادة (١٥) من هذا القانون، وكان مرتبطاً بشهادة توثيق إلكتروني صادرة وفقاً لأحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه، وقت إنشاء التوقيع الإلكتروني عن أي من الجهات التالية:

ب- جهة توثيق إلكتروني معتمدة)<sup>(١٥٩٦)</sup>.

وتعتبر جهة التوثيق الإلكتروني المعتمدة، وفقاً لنظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق<sup>(١٥٩٧)</sup> أي جهة تمارس أعمال التوثيق الإلكتروني في أي دولة أخرى أجنبية، بحيث تكون هذه الجهة حاصلة على الإذن من هيئة تنظيم قطاع الاتصالات، باعتمادها لإصدار شهادات توثيق إلكتروني، وتقديم أي خدمات متعلقة بهذه الشهادات داخل الأردن.

وبذلك فقد ساوى المشرع الأردني بين شهادات التوثيق الإلكتروني التي تصدرها جهات التوثيق الأجنبية داخل الأردن، وبين شهادات التوثيق الإلكتروني الوطنية الصادرة عن جهات التوثيق المرخص لها بذلك في الأردن، على أن تكون جهات التوثيق الأجنبية حاصلة على الاعتماد بذلك من هيئة تنظيم قطاع الاتصالات.

في حين أناط المشرع المصري، وبموجب المادة (٢٢) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، بهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، مهمة وصلاحيات اعتماد جهات التوثيق الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني، وذلك نظير مقابل يحدده مجلس إدارة الهيئة، ويترتب على اعتماد الجهات الأجنبية من قبل الهيئة، أن تتمتع الشهادات التي تصدر عن تلك الجهات بذات الحجية القانونية في الإثبات، المقررة للشهادات الإلكترونية الوطنية التي تصدر عن جهات التوثيق الإلكتروني المرخص لها في مصر.

فقد نصت المادة (٢٢) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، على أنه: (تختص الهيئة باعتماد الجهات الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، وذلك نظير المقابل الذي يحدده مجلس إدارة الهيئة، وفي هذه الحالة تكون للشهادات التي تصدرها تلك الجهات، ذات الحجية في الإثبات المقررة لما تصدره نظيراتها في الداخل من شهادات نظيرة، وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات والضمانات التي تقررها اللائحة التنفيذية لهذا القانون)<sup>(١٥٩٨)</sup>.

فالشرط الجوهري حسب موقف المشرع المصري، لتمتع تلك الشهادات الأجنبية بالحجية في الإثبات، هو اعتماد الجهة الأجنبية المصدرة لتلك الشهادة من قبل هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا

<sup>(١٥٩٦)</sup> نصت المادة (١٦/ب) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٥.

عُرفت المادة (٢) بند (٥) من نظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق الإلكتروني الأردني، الاعتماد بأنه: (الإذن الصادر عن الهيئة للسماح لأي جهة تمارس أعمال التوثيق في دولة أخرى، بإصدار شهادات التوثيق، وتقديم أي خدمات متعلقة بهذه الشهادات داخل المملكة، وفقاً لأحكام هذا النظام والتعليمات الصادرة بموجبه).

<sup>(١٥٩٨)</sup> المادة (٢٢) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤.



المعلومات، وبالتالي ربط المشرع المصري الاعتراف بالجهات الأجنبية التي تصدر شهادات التوثيق الإلكتروني، بالاعتداد بشهادات التوثيق التي تصدرها تلك الجهات، وبموجب ذلك فإن الاعتراف بحجية الشهادات الأجنبية يأتي بالتبعية بالاعتراف بجهات التوثيق الأجنبية التي تصدرها. ويلاحظ من خلال نص المادة (٢٢) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، عدم خضوع الجهات الأجنبية فيما يتعلق بألية إصدار الشهادات الإلكترونية، لسلطة هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، فالهيئة يقتصر دورها وسلطتها في اعتماد الترخيص الصادر للجهة الأجنبية، ولا يمتد لسلطة إصدار ترخيص تلك الجهات الأجنبية، لان تلك الجهات تحمل الترخيص بمزاولة أعمال التوثيق من قبل الجهة المختصة في بلدها.

فيما اعتبر المشرع التونسي ومن خلال نص المادة (٢٣) من قانون المبادلات والتجارة الإلكتروني التونسي شهادات التوثيق الأجنبية والصادرة عن جهة توثيق إلكتروني موجودة في دولة أجنبية، تعادل الشهادات الإلكترونية الصادرة عن جهة توثيق إلكتروني موجودة في تونس.

حيث تنص المادة (٢٣) من قانون المبادلات والتجارة الإلكتروني التونسي بهذا الصدد على انه :  
(تعتبر الشهادات المسلمة من مزود خدمات المصادقة الإلكترونية الموجود ببلد الأجنبي، كشهادات مسلمة من مزود خدمات المصادقة الإلكترونية موجود بالبلاد التونسية، إذا تم الاعتراف بهذا الهيكل في إطار اتفاقية اعتراف متبادل تبرمها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية)<sup>(١٥٩٩)</sup>

فالمشرع التونسي وبموجب هذه المادة، اعترف بشهادات التوثيق الأجنبية، ورتب لها ذات الأثر المترتب على الشهادات الصادرة في تونس، إلا أن هذا الأثر ليس مطلقاً وإنما مقيد، بان يكون الاعتراف ضمن اتفاقيات اعتراف متبادلة تبرمها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية التونسية مع الجهات الأجنبية المختصة بالتوثيق الإلكتروني.

كما تبنى المشرع في إمارة دبي، في المادة (١/٢٦) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي<sup>(١٦٠٠)</sup> موقف قانون الأونسيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، من حيث المساواة بين الشهادة الإلكترونية الأجنبية الصادرة من جهة توثيق أجنبية، وتلك الصادرة من جهة توثيق إلكتروني خاضعة لإمارة دبي.

حيث نصت المادة (١/٢٦) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، على أنه:  
(لتقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني نافذاً قانوناً، لا يتعين إيلاء الاعتبار إلى المكان الذي صدرت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني).

<sup>(١٥٩٩)</sup> الفصل (٢٣) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠.

<sup>(١٦٠٠)</sup> المادة (١/٢٦) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.

فالمشرع في إمارة دبي، قد اعترف وفقا لهذا النص بشهادات التوثيق الإلكتروني التي تصدر في دول أجنبية، وجعلها نافذة قانونا بغض النظر عن المكان أو الاختصاص القضائي الذي يوجد فيه مقر عمل الجهة التي أصدرت الشهادة الإلكترونية، على أن ذلك الاعتراف يتوقف على توافر شروط ومتطلبات حددها القانون.

## المطلب الثاني

### متطلبات وشروط الاعتراف بحجية شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية

تبين من خلال استعراض موقف التشريعات المقارنة، التي نظمت الإثبات الإلكتروني يلاحظ أنها قد اعترفت بحجية شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية، ومنحتها ذات القوة والأثر القانوني المترتب لشهادات التوثيق الإلكتروني الوطنية، لما يترتب على هذا الاعتراف من اعتبار التوقيع الإلكتروني المرتبط بتلك الشهادات، والذي يتم خلال فترة سريانها توقيعاً موثقاً ودليلاً إثباتاً يعول عليه، إلا إن الاعتراف بالحجية لشهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية لم يكن مطلقاً دون قيد أو شرط، فقد اشترطت تلك التشريعات للأخذ بها، ضرورة أن يتوافر فيها ضوابط ومتطلبات ذات طابع قانوني تقني، وذلك لضمان تحقيق تلك الشهادات لمستويات عالية من الدقة والمصادقية، معادلة على الأقل للشهادات الإلكترونية الوطنية، ولبيان طبيعة تلك الشروط والمتطلبات، سيتم استعراض موقف التشريعات المقارنة منها.

فقد بين قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، في المادة (١٢) منه مسألة الاعتراف بالشهادات الأجنبية، حيث جاء في الفقرة (٢) من ذات المادة ما يلي: (يكون للشهادة التي تصدر خارج "الدولة المشترعة" المفعول القانوني نفسه، في "الدولة المشترعة" الذي للشهادة التي تصدر في "الدولة المشترعة" إذا كانت تتيح مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل)<sup>(١٦١)</sup> وبذلك يكون للشهادات الأجنبية ذات الحجية والمفعول القانوني المترتب للشهادات الوطنية، بمعنى أن الشهادة الأجنبية تعامل مع الشهادة الوطنية في نفس المستوى والأثر القانوني، ولكن هذا الاعتراف يتوقف على وجوب أن تتوافر في الشهادات الأجنبية ذات الضمانات المقررة في الشهادات ذات المنشأ الوطني، فالشهادات الأجنبية يجب أن تتيح مستوى مكافئاً من قابلية التعويل. ويصدد بيان الضوابط والمعايير الواجب توافرها في الشهادات الإلكترونية الأجنبية للاعتراف بها، فقد حددت الفقرة (٤) من ذات المادة، العوامل التي ينبغي وضعها في الاعتبار عند تقرير ما إذا كانت الشهادة الإلكترونية الأجنبية تتيح مستوى من قابلية الاعتراف، حتى يكون لها ذات الحجية والمفعول المكافئ للشهادات الوطنية، بحيث يولى في مراعاة تلك الاعتبارات المعايير الدولية المعمول بها بهذا الصدد، ومنها على سبيل المثال قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦، وأية عوامل أخرى ذات صلة، ومنها أيضاً مبدأ المعاملة بالمثل ما بين الدولة التي

(١٦١) المادة (٢/١٢) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، لسنة ٢٠٠١.

صدرت فيها الشهادة الإلكترونية الأجنبية والدولة الأخرى المطلوب فيها الاعتراف بحجية تلك الشهادة<sup>(١٦٠٢)</sup>.

فقد جاء في هذه الفقرة (لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني يتيحان مستوى مكافئاً جوهرياً من قابلية التعويل لأغراض الفقرة ٢ أو الفقرة ٣، يولى الاعتبار للمعايير الدولية المعترف بها ولأي عوامل أخرى ذات صلة)<sup>(١٦٠٣)</sup>.

ووفقاً لهذه الفقرة، فإن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، لم يتطلب في شهادة التوثيق الأجنبية الصادرة في دولة أجنبية، أن تكون صادرة عن سلطة الترخيص في تلك الدولة، إذ يكفي أن تصدر الشهادة عن جهة يتوفر فيها قدر كافي من الموثوقية، حتى تمنح الاعتراف بها كشهادة مكافئة للشهادة الوطنية، وهو يعتبر مسلكاً تشريعياً مرناً بشأن الأخذ بهذا النوع من الشهادات والاعتراف بقيمتها القانونية، بهدف تسهيل انسياب المعاملات الإلكترونية الدولية.

فيما عالج قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، مسألة اتفاق أطراف المعاملة الإلكترونية على استخدام أنواع معينة من شهادات التوثيق الإلكتروني، دون التقيد بالأحكام السابقة الواردة في هذه المادة المتعلقة بالاعتراف بتلك الشهادات، في الفقرة (٥) المادة (١٢) والتي نصت على أنه: (إذا اتفقت الأطراف فيما بينها، على الرغم من ما ورد في الفقرات ٢ و٣ و٤ على استخدام أنواع معينة من التوقيعات الإلكترونية أو الشهادات، تعين الاعتراف بذلك الاتفاق باعتباره كافياً لأغراض الاعتراف عبر الحدود، ما لم يكن من شأن ذلك الاتفاق أن يكون غير صحيح أو غير ساري المفعول بمقتضى القانون المطبق)<sup>(١٦٠٤)</sup>.

حيث أجاز القانون لأطراف المعاملة، الاتفاق على سريان شهادة التوثيق الإلكتروني خارج حدود الدولة التي صدرت فيها، ليمتد إلى الدولة التي تم الاتفاق عليها بين أطراف المعاملة، معتبراً القانون إن مثل تلك الاتفاقات تعد أساساً كافياً للاعتراف بتلك الشهادات عبر الحدود، متجاوزة بذلك النطاق المكاني أو الجغرافي الذي تصدر فيه تلك الشهادات، إلا أن القانون وضع قيوداً على صحة تلك الاتفاقات يعطل سريانها، إذا كان ذلك الاتفاق غير صحيح من الناحية القانونية أو يتعارض مع قانون الدولة المطلوب سريان الشهادة فيها، بان يكون مضمون الاتفاق مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة لتلك الدولة<sup>(١٦٠٥)</sup>.

أما موقف المشرع الأردني، من الشروط والمتطلبات الواجب توافرها في جهات التوثيق الإلكتروني الأجنبية والمعتمدة داخل الأردن، لإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني والخدمات المتعلقة بها، فإنه يلاحظ فيما عدا تحقق شرط الاعتماد الذي تطلبه المشرع في تلك الجهات، والمتمثل بحصولها على

<sup>(١٦٠٢)</sup> د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٢٧٥، سمير سعد سلطان، التصديق الإلكتروني، مرجع سابق،

ص ٤٩، د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، مرجع سابق، ص ٦٠٠-٦٠١.

<sup>(١٦٠٣)</sup> المادة (٤/١٢) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن لتوقيعات الإلكترونية، لسنة ٢٠٠١.

<sup>(١٦٠٤)</sup> المادة (٥/١٢) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة ٢٠٠١.

<sup>(١٦٠٥)</sup> د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، مرجع سابق، ص ٦٠١-٦٠٢.

الإذن من هيئة تنظيم قطاع الاتصالات بالسماح لها بإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني، وتقديم أي خدمات متعلقة بها داخل الأردن، فإن المشرع قد نص في نظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق الإلكتروني<sup>(١٦٠٦)</sup> على وجوب استيفاء جهات التوثيق الإلكتروني الأجنبية لمتطلبات وشروط حصولها على الاعتماد، وقد ترك النظام أمر تحديدها إلى تعليمات تصدرها الهيئة لهذه الغاية، ويذكر أن التعليمات الناظمة لذلك لم تصدر لغاية الآن.

إلا إن المشرع اشترط في جهة التوثيق الإلكتروني الأجنبية، التي تتقدم بطلب للحصول على الاعتماد، وبعد استيفائها لتلك الشروط والمتطلبات اللازمة لاعتمادها، أن تقدم مدونة ممارسات، بحيث تحتوي هذه المدونة على قائمة بالعمليات الفنية والتنظيمية العامة المقدمة منها، والواجب الالتزام بها من قبل تلك الجهات عند إصدارها شهادات التوثيق وإدارتها، والتي يجب أن توافق عليها الهيئة، بالإضافة إلى وثيقة تبين المواصفات الفنية لمنظومة التوثيق الإلكتروني، وذلك وفقاً لنص المادة (٤/ج) من نظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق الإلكتروني، والتي جاء فيها أنه: (يشترط فيمن يتقدم بطلب للحصول على الرخصة أو الاعتماد، وفقاً لأحكام الفقرتين (أ) و (ب) من هذه المادة تقديم ما يلي:

١. مدونة الممارسات.
٢. وثيقة تبين المواصفات الفنية لمنظومة التوثيق الإلكتروني<sup>(١٦٠٧)</sup>.

فيما عرفت المادة (٢) بند (٩) من ذات النظام، مدونة الممارسات بأنها: (قائمة بالعمليات والإجراءات الفنية والتنظيمية العامة المقدمة من جهة التوثيق الإلكتروني عند طلبها الترخيص أو الاعتماد، للالتزام بها لإصدار شهادات التوثيق وإدارتها، والتي توافق عليها الهيئة)<sup>(١٦٠٨)</sup>.

أما المشرع المصري، فقد اعترف وبموجب المادة (٢٢) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، بالشهادات الإلكترونية الأجنبية ومنحها ذات الحجية المقررة للشهادات الإلكترونية المصرية، حيث نصت هذه المادة على أنه: (تختص الهيئة باعتماد الجهات الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، وذلك نظير المقابل الذي يحدده مجلس إدارة الهيئة، وفي هذه الحالة تكون الشهادات التي تصدرها تلك الجهات ذات الحجية في الإثبات المقررة لما تصدره نظيراتها في الداخل من شهادات نظيرة، وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات والضمانات التي تقرها اللائحة التنفيذية لهذا القانون)<sup>(١٦٠٩)</sup>.

ولكن هذا الاعتراف مرهون وفقاً لما هو مقرر من ضوابط وشروط نص عليها المشرع في اللائحة التنفيذية للقانون، حيث أحالت المادة المذكورة إلى اللائحة التنفيذية تحديد قواعد وإجراءات وضمانات اعتماد جهات التوثيق الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التوثيق، حيث نصت المادة

<sup>(١٦٠٦)</sup> نصت المادة (٤/ب) من نظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق الإلكتروني على أنه: (يشترط فيمن يتقدم بطلب للحصول على الاعتماد استيفاء المتطلبات والشروط التي تحددها الهيئة بموجب تعليمات تصدر عن المجلس لهذه الغاية).

<sup>(١٦٠٧)</sup> المادة (٤/ج) من نظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق الإلكتروني، رقم (١١) لسنة ٢٠١٤.

<sup>(١٦٠٨)</sup> المادة (٢) بند (٩) من نظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق الإلكتروني، رقم (١١) لسنة ٢٠١٤.

<sup>(١٦٠٩)</sup> المادة (٢٢) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤.

(٢١) من اللائحة التنفيذية على انه: (للهيئة اعتماد الجهات الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني في إحدى الحالات الآتية:

(أ) أن يتوفر لدى الجهة الأجنبية، القواعد والاشتراطات المبينة في هذه اللائحة بالنسبة للجهات التي ترخص لها الهيئة بمزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني.

(ب) أن يكون لدى الجهة الأجنبية، وكيل في جمهورية مصر العربية مرخص له من قبل الهيئة، بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، ويتوافر لديه كل المقومات المطلوبة للتعامل بشهادات التصديق الإلكتروني، ويكفل تلك الجهة فيما تصدره من شهادات تصديق إلكتروني، وفيما هو مطلوب من اشتراطات و ضمانات.

(ج) أن تكون الجهة الأجنبية ضمن الجهات التي وافقت جمهورية مصر العربية بموجب اتفاقية دولية نافذة على اعتمادها، باعتبارها جهة أجنبية مختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني.

(د) تكون الجهة الأجنبية، ضمن الجهات المعتمدة أو المرخص لها بإصدار شهادات تصديق إلكتروني من قبل جهة الترخيص في بلدها، وبشرط أن يكون هناك اتفاقا بين جهة الترخيص الأجنبية وبين الهيئة على ذلك.

ويكون اعتماد تلك الجهات الأجنبية بناء على طلب مقدم منها، أو من ذوي الشأن على النماذج التي تعدها الهيئة. كما يكون للهيئة في الحالات المشار إليها في (أ، ج، د) اعتماد تلك الجهات من تلقاء نفسها.....<sup>(١١٠)</sup>.

وعليه فقد حددت المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، الحالات التي يكون فيها للهيئة اعتماد تلك الجهات، بشرط توافر إحدى الحالات التالية:

١. أن يتوافر لدى جهات التوثيق الأجنبية المختصة بإصدار الشهادات الإلكترونية، القواعد والاشتراطات المبينة في اللائحة التنفيذية، بالنسبة للجهات التي ترخص لها الهيئة بمزاولة نشاط إصدار شهادات التوثيق الإلكتروني.

وتتمثل القواعد والاشتراطات التي تتطلبها هذه الفقرة للاعتراف بالشهادات الإلكترونية الأجنبية

، والتي هي أصلا متطلب للاعتراف بشهادات التوثيق الوطنية والواردة بمضمون المواد

(١٢ و ١٣ و ١٤) من اللائحة التنفيذية، حيث تضمنت المادة (١٢) من اللائحة التنفيذية الشروط

والمتطلبات اللازم توافرها لدى طالب الحصول على الترخيص بإصدار شهادات التصديق

الإلكتروني، فيما بينت المادة (١٣) من ذات اللائحة إلزام المرخص له بعدم إبرام أي عقد مع

العملاء إلا بعد اعتماد نموذج لهذا العقد من قبل هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، طبقا

لضوابط تضعها الهيئة تضمن حقوق ذوي الشأن، فيما ألزمت المادة (١٤) من ذات اللائحة طالب

الترخيص بإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني، بتقديم الضمانات والتأمينات التي تحددها الهيئة،

<sup>(١١٠)</sup> المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

لتغطية أي أضرار أو أخطار تتعلق بذوي الشأن، وذلك في حالة إنهاء الترخيص لأي سبب، أو لتغطية أي إخلال من جانبه بالتزاماته الواردة في الترخيص.

٢. أن يكون لدى جهة التوثيق الإلكتروني، وكيل في جمهورية مصر العربية مرخص له من قبل الهيئة بإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني، ويتوافر لديه كل المقومات للتعامل بشهادات التوثيق الإلكتروني، يكفل تلك الجهة فيما تصدره من شهادات توثيق إلكتروني وفيما هو مطلوب من اشتراطات.

ويرى البعض انه في ظل عدم وضوح هذا النص، حول مدى تعلق كفالة الكفيل بالالتزامات المتعلقة بإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية، والمسئولية الملقاة على عاتق تلك الجهات بصد إصدارها للشهادات، يمكن الاستنباط من مجمل هذه الفقرة أن الوكيل يكون كفيلا لتلك الجهة الأجنبية المطلوب اعتمادها، ويتحمل معها المسئولية الملقاة على عاتقها بموجب أحكام قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية، فهذه الكفالة تمتد لتشمل الالتزامات والمسئولية المترتبة على جهة التوثيق الأجنبية على حد سواء<sup>(١٦١)</sup>، وما يؤيد ذلك ما ذهب إليه المشرع المصري في نهاية هذه الفقرة، من أن الكفيل يكفل تلك الجهة فيما تصدره من شهادات، وفيما هو مطلوب من اشتراطات وضمائم، فالنص على أن الكفالة تضمن فيما هو مطلوب من اشتراطات وضمائم بموجب القانون، يعني الالتزامات والمسئوليات الملقاة على عاتق جهات التوثيق الأجنبية.

٣. أن تكون الجهة الأجنبية، ضمن الجهات التي وافقت جمهورية مصر العربية بموجب اتفاقية دولية نافذة فيها، على اعتمادها باعتبارها جهة أجنبية مختصة بإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني.

وهذا النص يجيز لجمهورية مصر العربية، اعتماد أي جهة توثيق أجنبية مختصة بإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني، إذا كانت تلك الجهة ضمن اتفاقية دولية نافذة انضمت إليها مصر وصادقت عليها.

٤. أن تكون الجهة الأجنبية، ضمن الجهات المعتمدة والمرخص لها بإصدار شهادات توثيق إلكتروني، من قبل جهة الترخيص في بلدها، بشرط أن يكون هناك اتفاق بين جهة الترخيص الأجنبية وبين هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات على ذلك.

وهذا النص يجيز لهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، عقد اتفاقات مع جهات الترخيص الأجنبية، لغايات اعتماد جهات توثيق أجنبية مرخص لها بإصدار شهادات توثيق إلكتروني من قبل جهات الترخيص الأجنبية، التي تكون طرفا بالاتفاقات مع الهيئة.

وقد تطلبت اللائحة التنفيذية، أن يقوم ذوي الشأن أو الجهات الأجنبية، بتقديم طلب للهيئة لاعتمادها كجهة توثيق أجنبية داخل مصر، وقد منحت اللائحة التنفيذية الحق للهيئة اعتماد جهات التوثيق الأجنبية من تلقاء نفسه، في الحالات المبينة في البنود (أ،ب،ج) من اللائحة التنفيذية.

(١٦١) سمير سعد سلطان، التصديق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٤٦، د. ثامر محمد الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٥٧٤.

فإذا تحققت أي من الحالات السابقة في جهة التوثيق الإلكتروني الأجنبية، تصدر هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، قرارا باعتماد تلك الجهات الأجنبية المصدرة لشهادات التوثيق الإلكتروني، بالإضافة إلى صلاحية الهيئة في اعتماد شهادات التوثيق الإلكتروني المناظرة للشهادات التي تصدر داخل جمهورية مصر العربية<sup>(١٦١٢)</sup>.

كما ويحق لجهات التوثيق الإلكتروني الأجنبية، أن تطلب من الهيئة اعتماد أنواع أو فئات شهادات التوثيق الإلكتروني، التي تصدرها وفقا للضوابط والقواعد التي تضعها الهيئة وبما يناظرها من شهادات توثيق صادرة عن جهات التوثيق الإلكتروني المرخص لها في مصر، وفقا لما جاء في المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري والتي نصت على انه: (للجهات الأجنبية المعتمدة أن تطلب من الهيئة اعتماد أنواع أو فئات شهادات التصديق الإلكتروني التي تصدرها، ويكون ذلك وفقا للقواعد والضوابط التي يضعها مجلس إدارة الهيئة في هذا الشأن، وكذلك تحديد المقابل لاعتماد هذه الشهادات، ويحدد مجلس إدارة الهيئة عند اعتمادها لأنواع وفئات الشهادات الأجنبية ما يناظرها من شهادات تصديق إلكتروني صادرة من الجهات المرخص لها في جمهورية مصر العربية)<sup>(١٦١٣)</sup>.

كذلك نص المشرع التونسي على هذه الحجية في الفصل (٢٣) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسية، والذي جاء فيه: (تعتبر الشهادات المسلمة من مزود خدمات المصادقة الإلكترونية الموجودة ببلد الأجنبي كشهادات مسلمة من مزود خدمات المصادقة الإلكترونية موجودة بالبلاد التونسية، إذا تم الاعتراف بهذا الهيكل في إطار اتفاقية اعتراف متبادل تبرمها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية)<sup>(١٦١٤)</sup> حيث اعترف المشرع التونسي بحجية شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية، واعتبرها بذات المستوى الممنوح لشهادات التوثيق الإلكتروني الصادرة عن جهة توثيق إلكتروني تونسية، إلا إن هذا الاعتراف لا ينتج أثره إلا عند توافر عدة شروط وهي<sup>(١٦١٥)</sup>:

١. وجود اتفاقية اعتراف متبادل تتعلق بشهادات التوثيق الإلكتروني، ما بين الدولة التي تنتمي الشهادة الأجنبية إلى سلطاتها المختصة، وما بين الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية في الجمهورية التونسية.
٢. تحقق مبدأ المعاملة بالمثل، وهو ما نص عليه المشرع بالاعتراف المتبادل، بحيث يتم سريان شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية في تونس، وبالمقابل وجوب سريان شهادات التوثيق الإلكتروني التونسية، في ذات البلد الأجنبي.

<sup>(١٦١٢)</sup> سمير سعد سلطان، التصديق الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٤٧.

<sup>(١٦١٣)</sup> المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

<sup>(١٦١٤)</sup> المادة (٢٣) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسية، رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠.

<sup>(١٦١٥)</sup> د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص ١٩١-١٩٢.

ويرى البعض<sup>(١٦٦)</sup> أن هناك شروط تستلزم القواعد العامة للقانون توافرها في شهادات التوثيق الأجنبية، وهي إلا تكون تلك الشهادات مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة للنظام القانوني في تونس.

ويلاحظ على موقف المشرع التونسي من هذه المسألة، انه اخذ بشرط وجود اتفاقية الاعتراف المتبادل مع الدول الأجنبية للاعتراف بشهادات التوثيق الأجنبية، وما يرافقها من ضرورة قيام مبدأ المعاملة بالمثل مع تلك الدول، إلا إن ذلك لا يكفي للاعتراف بتلك الشهادات إذ كان ينبغي على المشرع التونسي، أن يشترط فضلا عن ذلك وجوب أن يكون نشاط جهة التوثيق الأجنبية موثوقا به، على نحو يوازي على الأقل المستوى الذي يتطلبه المشرع التونسي في جهات التوثيق الإلكتروني الوطنية، مع الأخذ بعين الاعتبار المعايير الدولية المعترف بها<sup>(١٦٧)</sup>.

أما المشرع في إمارة دبي فقد عمل على الاعتراف بحجية الشهادات الإلكترونية الأجنبية، من خلال حكم الفقرة (٢) من المادة (٢٦) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، والتي نصت على انه: ( تعتبر الشهادات التي يصدرها مزودو خدمات التصديق الأجانب، كشهادات صادرة من مزودي خدمات التصديق الذين يعملون بموجب هذا القانون، إذا كانت ممارسات مزودي خدمات التصديق الأجانب ذات مستوى من الوثوق يوازي على الأقل المستوى الذي تتطلبه المادة (٢٤) من مزودي خدمات التصديق العاملين بموجب هذا القانون، ومع الأخذ بالاعتبار المعايير الدولية المعترف بها)<sup>(١٦٨)</sup>، إلا إن المشرع اشترط للاعتراف بالشهادات الأجنبية ومساواتها مع الشهادات الوطنية توافر شرطين:

١. أن تكون ممارسات وأعمال جهة التوثيق الإلكتروني، على درجة من الوثوق توازي أو تعادل تلك المنصوص عليها في المادة (٢٤) من هذا القانون<sup>(١٦٩)</sup>.

٢. ضرورة توفر المعايير الدولية المعمول بها في مثل هذا الخصوص. ويتجسد ذلك بتطبيق المبادئ الدولية حسب القانون والعرف الدولي، في علاقة الدول ببعضها البعض فيما يتعلق بهذه المعاملات، ومن ذلك مبدأ المعاملة بالمثل والذي يقضي باعتراف المشرع الوطني بالشهادات الأجنبية، وبما ترتبه من آثار قانونية على أراضيه، مقابل اعتراف المشرع

<sup>(١٦٦)</sup> د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، المرجع السابق، ص ١٩٢.

<sup>(١٦٧)</sup> د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، مرجع سابق، ص ٦٠٣-٦٠٤.

<sup>(١٦٨)</sup> المادة (٢/٢٦) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.

<sup>(١٦٩)</sup> ووفقا للمادة (٢٤) من هذا القانون، فإنه يشترط أن يتوافر في ممارسات جهات التوثيق الإلكتروني الأجنبية، الواجبات المنصوص عليها في هذه المادة، والمتضمنة ضرورة توافر الالتزامات العامة المحددة في الفقرة (١) من هذه المادة، وضرورة استخدام نظم وإجراءات وموارد بشرية محل ثقة حسب الفقرة (٢) من هذه المادة، وضرورة أن تتضمن الشهادة الإلكترونية الصادرة عنها عدة بيانات محددة بحسب الفقرة (٣) من هذه المادة، وحالات مسئولية جهات التوثيق الإلكتروني عن تعويض صاحب الشهادة أو الغير الذي يعول عليها، عن الأضرار الناتجة عن استعمال هذه الشهادة، أو البيانات الواردة فيها وحالات الإعفاء من هذه المسئولية بحسب الفقرتين (٤) ، (٥) من المادة (٢٤) من هذا القانون.



الأجنبي الذي تخضع لسلطته جهة التوثيق الأجنبية المصدرة لتلك الشهادة، بالشهادة الإلكترونية الصادرة عن جهة التوثيق الخاضعة لسلطة المشرع الوطني<sup>(١٦٢٠)</sup>.

كما أجاز المشرع في الفقرتين (٥ و ٦) من ذات المادة - واستثناء من نطاق سريان شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية - لأطراف المعاملة الإلكترونية، إمكانية اللجوء إلى جهة توثيق إلكترونية معينة أو فئة معينة منهم، كما لهم الاتفاق على فئة معينة من الشهادات فيما يتعلق بتوثيق المحررات والتوقيعات الإلكترونية المقدمة لهم، كما يجوز لهم الاتفاق على استخدام نوع معين من شهادات التوثيق الأجنبية، وفي هذه الحالة فإن هذا الاتفاق يعول عليه، ويعد كافياً للاعتراف به أمام الجهات القضائية للدول المختلفة، بشرط أن يكون هذا الاتفاق مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، حسب القوانين المرعية في إمارة دبي<sup>(١٦٢١)</sup>.

حيث نصت المادة (٥/٢٦ و ٦) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي على أنه:

٥. لتقرير ما إذا كان التوقيع الإلكتروني أو الشهادة نافذة قانوناً، يتعين إيلاء الاعتبار إلى أي اتفاق بين الطرفين حول المعاملة التي يستخدم فيها ذلك التوقيع أو الشهادة.

٦. على الرغم من أحكام الفقرتين (٢)، (٣) السابقتين:

(أ) يجوز للأطراف في المعاملات التجارية والمعاملات الأخرى، أن يحددوا وجوب استخدام مزودي خدمات تصديق معينين أو فئة معينة منهم أو فئة معينة من الشهادات فيما يتصل بالرسائل أو التوقيعات الإلكترونية المقدمة لهم.

(ب) وفي الحالات التي يتفق فيها الأطراف فيما بينهم على استخدام أنواع معينة من التوقيعات الإلكترونية أو الشهادات، فإن ذلك الاتفاق يعتبر كافياً لأغراض الاعتراف المتبادل بين الاختصاصات القضائية المختلفة للدول، شريطة ألا يكون مثل هذا الاتفاق غير مشروع وفقاً لأحكام القوانين المطبقة في الإمارة<sup>(١٦٢٢)</sup>.

وباستعراض ما تقدم من موقف التشريعات التي نظمت مسألة الاعتراف بحجية شهادات التوثيق الإلكتروني الأجنبية، يلاحظ أنها اعترفت بتلك الشهادات ومنحتها ذات الحجية القانونية المترتبة لشهادات التوثيق الإلكتروني الوطنية وساوتها بها، بحيث يمكن لأطراف المعاملة الإلكترونية، الأخذ بتلك الشهادات والركون إليها في إبرام معاملاته، وترتيب آثارها القانونية بالاستناد لتلك الشهادات، بذات المستوى الممنوح للشهادات الإلكترونية الوطنية، إلا إن تلك التشريعات قد ركزت على ضرورة استيفاء الشهادات الإلكترونية الأجنبية الشروط والضوابط المنصوص عليها في قوانينها الوطنية، وإن كان بعضها قد تشدد في تلك الشروط، والبعض الآخر كان أقل تشدداً ومتساهلاً في

<sup>(١٦٢٠)</sup> د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

<sup>(١٦٢١)</sup> د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، المرجع السابق، ص ٢٥٩.

<sup>(١٦٢٢)</sup> نصت المادة (٥/٢٦ و ٦) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.

ذلك، كما مر من خلال استعراض مواقف تلك التشريعات، إلا إن أهم الشروط وما أجمعت عليه غالبية التشريعات، مسألة التأكيد على ضرورة استيفاء تلك الشهادات على العناصر اللازمة لبث الثقة والأمان فيها، بما توفر قدراً معقولاً من الموثوقية.

وعليه فإن توافر الشروط والضوابط في شهادات التوثيق الأجنبية، والمنصوص عليها في التشريعات المقارنة، يمنح المحررات الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية الموثقة بموجب تلك الشهادات، حجية في الإثبات ليس فقط على المستوى الوطني بل على المستوى الدولي أيضاً.

### الخاتمة

استعرضت في هذا البحث الموجز، أحد أهم جوانب حماية المعاملات الإلكترونية والمتمثل بشهادات التوثيق الإلكتروني، والتي تصدرها جهات مستقلة ومحيدة، تبين أن شهادات التوثيق الإلكتروني، تعمل على تأكيد سلامة وصحة المستندات والمحررات الإلكترونية، وبما تؤدي إلى تأمين المعاملات الإلكترونية من الخطر، كما تكفل للرسائل الإلكترونية المصحوبة بالتوقيعات الإلكترونية مصداقية عالية، وتؤدي إلى حمايتها قانونياً وتقنياً، الأمر الذي يزيل العقبات والمعوقات أمام تقدم ازدهار المعاملات والتجارة الإلكترونية.

كما توصلنا من خلال دراسة أحكام هذه الشهادات، إلى أنها تؤدي دوراً مهماً وفعالاً باشتغالها على تأكيدات، بأن التوقيع الإلكتروني الموثق بموجبها، قد استوفى كافة الشروط والضوابط المطلوبة فيه باعتباره دليل إثبات يعول عليه.

كما إن هذه الشهادات، قد جاءت لمعالجة الثغرة التي لحقت بنظام التشفير اللاتمائي والذي يعتبر عاجزاً عن تحديد ذاتية المرسل أو تعيين شخصيته على وجه الدقة، لأن عمل هذا النظام يقتصر فقط على إقامة العلاقة بين الشخص ومفتاحه العام، والذي قد يكون - هذا الشخص - افتراضياً، لذلك تعتبر شهادة التوثيق الإلكتروني وسيلة ضرورية، ومكملة لنظام التشفير اللاتمائي، بحيث يتم عن طريقها التحقق من أن الشخص المرسل، والذي تنسب إليه الرسالة الإلكترونية وتحمل توقيعها، هو الشخص الذي أنشأها فعلاً، وهو الشخص المقصود بالنسبة للمرسل إليه.

إن شهادات التوثيق الإلكتروني، يجب إن تتضمن العديد من البيانات المتعلقة بصاحب الشهادة (الموقع) حيث تأتي أهمية الدور الذي تؤديه الشهادات الإلكترونية، في التحقق من كل تلك البيانات وتضمينها في متن الشهادة، بحيث يستطيع الغير إتمام معاملاته مع صاحب الشهادة، وهو مطمئن لصحة وصدق تلك البيانات، ومن تلك البيانات ما هو متعلق بشخص المرسل وأهليته، وحدود اختصاصاته وسلطاته الممنوحة له لإبرام التصرف القانوني، إضافة إلى ما قد توثقه هذه الشهادة لصاحبها، من بيانات أخرى تتعلق بالحالة المهنية له أو مؤهلاته أو تخصصه أو عمله.

ويلاحظ أنه وعلى الرغم من أهمية شهادات التوثيق الإلكتروني، والتي تعتبر من أهم الضمانات التي تحقق أمن وحماية المعاملات والتجارة الإلكترونية، واعتبارها ركيزة أساسية في بث الثقة فيها، إلا إن المشرع الأردني قد اغفل الكثير من الأحكام القانونية المتعلقة بهذه الشهادات، سواء في

قانون المعاملات الالكترونية، والذي جاء خاليا تماما من أي أحكام بهذا الصدد، او في نظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق الالكتروني، الصادر بموجب قانون المعاملات الالكترونية السابق، والذي لا زال ساريا لحين وضع نظام جديد، ومنها تحديد البيانات الواجب ذكرها في تلك الشهادات، مما يعتبر نقصا تشريعيًا وقع فيه المشرع الأردني بحاجة إلى إعادة النظر فيه، داعيا المشرع الأردني إلى تداركه من خلال مسودة مشروع نظام ترخيص جهات التوثيق الالكتروني واعتمادها والذي سيصدر بمقتضى أحكام المادة (٢٧) من قانون المعاملات الالكتروني الحالي رقم (١٥) لسنة ٢٠١٥.

كما أن المشرع الأردني، لم يضمن نظام ترخيص واعتمادها جهات التوثيق الالكتروني، الأحكام المتعلقة بالمتطلبات والشروط الواجب توافرها في جهات التوثيق الأجنبية لحصولها على الاعتماد، تاركا تنظيم تلك المتطلبات والشروط لتعليمات تصدر بالاستناد إلى النظام المذكور، بحسب المادة (٤/ب) من نظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق الالكتروني، إذ أن أهمية عمل جهات التوثيق الأجنبية، وضرورة الرقابة على ما تصدره من شهادات توثيق يتطلب أن يكون تنظيم أحكامها وضوابطها وشروط حصولها على الاعتماد، بموجب القانون او النظام لا بموجب تعليمات.

تم بحمد الله

## المراجع

### أولا: الكتب.

١. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية ومسئولية جهات التوثيق تجاه الغير المتضرر، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد في الفترة من ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م.
٢. د. أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٣. د. ثامر محمد الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ٢٠٠٩.
٤. د. خالد عبد الفتاح محمد، التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
٥. د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٦. د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى ٢٠٠٨.

٧. د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، دراسة مقارنة، بحث مقدم لمؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية) جامعة الإمارات العربية، كلية الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة من ١٩ - ٢٠ مايو ٢٠٠٩.
٨. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ٢٠٠٥.
٩. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
١٠. د. علي سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد التي تصدر عن كلية الحقوق - جامعة القاهرة، العدد الثاني والسبعون، لسنة ٢٠٠٢.
١١. د. محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات، مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، (بدون ناشر)، يوليو ٢٠٠٢.
١٢. د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (ومدى حجيتها في الإثبات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
١٣. د. مصطفى أبو مندور موسى، خدمات التوثيق الإلكتروني "تدعيم للثقة وتأمين للتعامل عبر الانترنت" دراسة مقارنة، بحث مقدم في ندوة الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية - مسقط، ٢٠٠٨، منشور على شبكة الانترنت عبر الموقع التالي: مصطفى أبو مندور <www.theuaelow.com>
١٤. سمير سعد رشاد سلطان، التصديق الإلكتروني، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة كلية الحقوق / جامعة المنصورة ومن خلال شبكة الانترنت.
١٥. عبير ميخائيل الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، ايار ٢٠١١.
١٦. علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية - جامعة آل البيت، الأردن، ٢٠٠٣.
١٧. عيسى غسان الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٦.
١٨. لينا إبراهيم يوسف حسان، التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به في القانون الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الدراسات القانونية العليا - جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، ٢٠٠٧.
١٩. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

### ثانياً: التشريعات (القوانين والأنظمة).

١. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦.

٢. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١.
٣. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٥.
٤. قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤.
٥. قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠.
٦. قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.
٧. قانون البيئات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢.
٨. قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.
٩. نظام ترخيص واعتماد جهات التوثيق الأردني رقم (١١) لسنة ٢٠١٤.

# حكم تحمل دية خطأ القاضي في الحكم

- دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي والقانون العراقي -

إعداد

أ.م.د. محمود إبراهيم عبدالرزاق - كلية القانون والعلوم السياسية

م.د. سليم حامد نصار - كلية العلوم الإسلامية - الرمادي

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه  
أجمعين وبعد :

فإن الشريعة الإسلامية شملت جميع شؤون الحياة فلم تترك جزئية من جزئيات المجتمع إلا وتناولتها سواء كان ذلك في جانب العبادات أو المعاملات ، كما لم تقتصر على ما يتعلق بأحكام المعاملات المالية أو الأحوال الشخصية أو المعاملات الاقتصادية وإنما شملت كذلك أيضاً أحكام الجنايات وما يترتب عليها من آثار بل إنها أولت هذه الأحكام أهمية خاصة ، فقد أوجبت على ولي الأمر تعيين القضاة لإقامة العدل بين الناس من خلال تطبيق النصوص الواردة في كتاب الله تعالى وسنة النبي ﷺ حيث قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَّمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾<sup>(١٦٢٣)</sup> وقال الرسول ﷺ: ((القضاة ثلاثة: قاضيان في النار وقاضٍ في الجنة ، قاض عرف الحق ففضى به فهو في الجنة وقاض عرف الحق فجار متعمداً فهو في النار، وقاض قضى بغير علم فهو في النار))<sup>(١٦٢٤)</sup> لذا فإن القضاء له مكانته في الإسلام وله قدسيته لأنه من خلاله يرجع الحق لأهله ويبطل الباطل فتستقر البلاد ويأمن العباد ، وعلى مر العصور الإسلامية كان القاضي هو الذي ينصف المظلوم من الظالم ويثبت للناس حقوقهم ولهذا لم تقم دولة إسلامية إلا وأول ما يُعين لها القضاة على مختلف ولاياتها.

ومع هذه القدسية للقضاء ومكانته ، والأهمية البالغة التي أولتها الشريعة الإسلامية له فإن هذا لا يعني عصمة القاضي من الخطأ بل ذلك واردٌ منه باعتباره بشراً فتقع منه الأخطاء التي من الممكن وقوعها من أمثاله ، سواء أكان الخطأ عائداً إلى وسائل الإثبات كالشهود أو الإقرار أو إهمال وثيقة ، أو يعود إلى اجتهاد المجتهد نفسه ، وعليه فإذا وقع منه الخطأ لأي سببٍ مشروع من الأسباب المتقدمة فهل يتحمل مسؤولية خطأه وحده ؟ أم إن دية خطأه تتحمله عاقلته باعتباره أحد أفرادها ، أم إن خطأه في القضاء يتحمله بيت مال المسلمين باعتباره أحد تابعيها ويعمل لصالحهم ، وبالرغم من أن هذه المسألة تعد جزئية من جزئيات عمل القضاة فإن الشريعة الإسلامية لم تغفل هذا الجانب ، فتناول فقهاء المسلمين خطأ القاضي في القضاء والأسباب التي يمكن أن يخطأ فيها القاضي وما يترتب على ذلك من آثار.

ونحن في هذا البحث نسلط الضوء على هذه الأحكام المهمة من مسائل عمل القضاة والتي تتعلق بخطأ القاضي فكان بعنوان (حكم تحمل دية خطأ القاضي في الحكم - دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي والقانون العراقي) حيث بحث فقهاء المسلمين مسألة تحمل دية خطأ القاضي في

(١٦٢٣) سورة النساء: آية ٥٨.

(١٦٢٤) ينظر: المستدرک علی الصحیحین: محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ط ١ تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا ١٠١/٤، برقم (٧٠١٢)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه وله شاهد بإسناد صحيح على شرط مسلم.

الحكم فيما إذا ترتب على خطأه ضررٌ وعلى من تعود مسؤولية ذلك الخطأ وما يترتب عليه من آثار.

ولأن القضاء أصبح له ارتباط وثيق بالقوانين الوضعية المعاصرة فأصبح القاضي يطبق ما يملى عليه من نصوص قانونية بحكم عمله في مجال القضاء سواء كانت مستقاة من الشريعة الإسلامية أو وضعها عقولٌ بشريةٌ ، ولأن من أهداف هذا البحث أن تتوافق الرؤى بين ما ذهب إليه فقهاء المسلمين وبين ما ينص عليه المشرع العراقي في نصوصه القانونية، ليعتبر هذا العمل خطوةً مباركةً لتوحيد الجهود وتظاferها لعمل دراسات مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون العراقي أملاً أن يأخذ المشرع العراقي بما يراه مناسباً لواقعنا من أقوال الفقهاء الذين عالجوا كثيراً من المعضلات والمستجدات والتي لو اعتمدت لكانت سبباً في حل كثير من المسائل المعاصرة ، وحتى لا تبقى أصابع الاتهام توجه إلى الدراسات القانونية بأنها بعيدة عن الشريعة الإسلامية وروحها، كما لا تنهم الدراسات الشرعية بالجمود على حرفية النصوص وعدم الاستفادة منها في المسائل المعاصرة، فهي دعوة إلى كلا المسلكين للتواصل والنقاش بغية الوصول إلى دراسات مقارنة تكون أكثر عمقاً وحيادية بين المسلكين، لذا فقد احتوى هذا البحث دراسة النصوص التي تطرق لها المشرع في القانون العراقي ومقارنتها مع أقوال الفقهاء في الفقه الإسلامي، فاقتضت خطة البحث أن نتناول فيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: الدية والعاقلة وحقيقتهما وتضمن مطلبين:

المطلب الأول: الدية (تعريفها، مشروعيته، أنواع الدية ومقاديرها الشرعية).

المطلب الثاني: العاقلة (تعريفها، المقصود بالعاقلة، حكمة التشريع الإسلامي في تحمل العاقلة دية قتل الخطأ).

المبحث الثاني: أسباب خطأ القاضي في الحكم ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: تعمد القاضي الخطأ في الحكم.

المطلب الثاني: أسباب خطأ القاضي العائدة إلى وسائل الإثبات وفيه عدة فروع.

المبحث الثالث: حكم تحمل دية خطأ القاضي في الحكم في الفقه الإسلامي.

المبحث الرابع: تحمل ضمان وتعويض خطأ القاضي في الحكم في القانون العراقي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي وتضمن مطلبين:

المطلب الأول: نصوص القانون العراقي التي تناولت تعويض المتضرر من خطأ القاضي في الحكم.



المطلب الثاني: حكم تحمل دية وتعويض خطأ القاضي في الحكم، دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي ونصوص القانون العراقي.

ثم تناولنا في آخر البحث الخاتمة والتي تناولت أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها في هذا البحث.

وبعد هذا فإننا قد بذلنا قصارى جهدنا لإخراج هذا البحث بصورته المتواضعة هذه، ويبقى عمل الإنسان قاصراً عن الكمال فالكمال لله وحده والعصمة لنبيه ﷺ، وليس لنا إلا أن نسأل الله تعالى أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم وأن ينفع من يقرأه ويجعله ذخراً لكتابه ووسيلة توصله إلى مرضاة الله تعالى فيكون سبباً في عتق رقابنا من النار.

(اللهم تقبل منا إنك أنت السميع العليم).

الباحثان

المبحث الأول

الدية والعاقلة وحقيقتهما

المطلب الأول

الدية (تعريفها - مشروعيتها - مقدارها)

الفرع الأول

تعريف الدية لغة واصطلاحاً

أولاً: الدية لغة: تأتي الدية في اللغة وتعطي عدة معانٍ إلا أن الذي يعنينا هنا الدية التي بمعنى حق القتل، يقال وديته ودياً إذا أعطيته دية، وأصل الدية (ودية) فحذفت الواو فصارت دية، ويقال انديت أي أخذت دية، وإذا أمرت أحداً بها قلت له (د فلاناً) وللاثنتين (ديا) وللجماعة (دوا فلاناً) وهي مفاعلة من الدية، يقال ودى فلان فلاناً إذا أدى دية إلى وليه<sup>(١٦٢٥)</sup>.

ثانياً: الدية اصطلاحاً: عرف الفقهاء الدية بتعريفات عدة تباينت في ألفاظها وفي بعض معانيها فجاءت تعريفاتهم على الوجه الآتي:

(١٦٢٥) ينظر: لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر-بيروت، ط١

٣٨٣/١٥، مادة (ودي).

١. عرف الحنفية الدية بأنها اسم للمال الذي هو بدل النفس<sup>(١٦٢٦)</sup>، وعرفوها أيضاً بأنها اسم لضمان المقدر يجب بمقابلة الأدمي أو طرف منه<sup>(١٦٢٧)</sup>.
  ٢. وعرفها المالكية بأنها مال يجب بقتل آدمي حرّ عوضاً عن دمه<sup>(١٦٢٨)</sup>.
  ٣. وعرفها الشافعية بأنها المال الواجب بالجناية على الحر في نفس أو في ما دونها<sup>(١٦٢٩)</sup>.
  ٤. وعرفها الحنابلة بأنها المال المؤدى إلى مجني عليه أو وليه أو وارثه بسبب جناية<sup>(١٦٣٠)</sup>.
- ومن خلال عرض هذه التعريفات للدية عند هذه المذاهب، نرى أن الحنفية رحمهم الله في تعريفهم الأول جعلوا الدية خاصة ببديل الجناية على النفس، وفي تعريفهم الثاني جمعوا بين الجناية على النفس وما دونها وجعلوها إرشاءً، فالدية عندهم بدل الجناية على النفس، وأما الأرش فهو المال المقدر شرعاً الواجب بالاعتداء على ما دون النفس<sup>(١٦٣١)</sup>.

وأما تعريف الشافعية فإنه يخرج من تعريفهم دية العبد فإنهم قصرُوا تعريفهم على جناية الحر بينما الدية تشمل الجناية على الحر والعبد معاً، ففي الحر الدية كاملة وفي العبد دية قيمته بالغة ما بلغت<sup>(١٦٣٢)</sup>.

ويبدو - والله أعلم - أن التعريف الثاني للحنفية وبِنفس المعنى تعريف الحنابلة يشملان جميع معاني الدية، وجمعاً بين التعريفين فالذي نراه تعريفاً مختاراً للدية: بأنها المال الذي يجب بمقابلة الأدمي أو طرف منه يؤدى إلى المجني عليه أو وليه أو وارثه بسبب جناية.

وسبب اختيارنا لهذا التعريف أن المال الذي يجب بمقابلة الجناية إما أن يكون بمقابلة نفس حرّ أو عبد أو عضو منه، وفي كل الأحوال إما أن يؤدى إلى المجني عليه حال بقاء حياته كمن قُطعت يده

(١٦٢٦) ينظر: المبسوط: شمس الدين السرخسي، دار المعرفة - بيروت ٦٠/٢٦.

(١٦٢٧) ينظر: شرح فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر - بيروت، ط ٢، ٢٧٢/١٠، البحر الرائق: زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة - بيروت، ط ٢، ٣٧٤/٨.

(١٦٢٨) ينظر: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: علي الصعدي العدوي المالكي، دار الفكر - بيروت، ١٤١٢، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي ٢٩٩/٢.

(١٦٢٩) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر - بيروت ٢٩٦/٥، اسنى المطالب شرح روض الطالب: أبو يحيى زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي ٤٨/٤.

(١٦٣٠) ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال ٥/٦، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب - بيروت - ١٩٩٦، ط ٢، ٢٩٢/٣، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى السيوطي الرحباني، المكتب الإسلامي - دمشق - ١٩٦١م ٧٦/٦.

(١٦٣١) ينظر: شرح فتح القدير: ٢٧٠/١٠.

(١٦٣٢) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية - بيروت ط ٢، ٢٠٠٣، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود ٢٥٨/٧، المغني على مختصر الخرقي: أبو محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية - بيروت ط ٢، ٢٠٠٤، ٢٣٨/٨.

أو عضو منه أو ذهاب منفعتة، وإما أن يؤدي إلى وليه أو وارثه عند فقد حياته بسبب الجناية والله أعلم.

## الفرع الثاني

### مشروعية الدية

دل على مشروعية الدية الكتاب والسنة والإجماع وعلى النحو الآتي:

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم:

١. قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾<sup>(١٦٣٣)</sup>

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية :

١. حديث عمرو بن حزم في الديات : أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات وفيه ((... وأن من اعتبط<sup>(١٦٣٤)</sup> مؤمناً قتلاً عن بينة فهو قود<sup>(١٦٣٥)</sup> إلا أن يرضى أولياء المقتول، وأن في النفس الدية مئة من الإبل وفي الأنف إذا أوعب جدعه الدية ، وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية وفي المأمومة<sup>(١٦٣٦)</sup> ثلث الدية وفي الجائفة<sup>(١٦٣٧)</sup> ثلث الدية ، وفي المنقلة<sup>(١٦٣٨)</sup> خمس عشرة من الإبل، وفي كل إصبع من الأصابع من اليد والرجل عشر من الإبل ،

<sup>(١٦٣٣)</sup> سورة النساء: آية ٩٢.

<sup>(١٦٣٤)</sup> اعتبط: أي من قتل قتيلاً بلا جناية منه ولا جريرة توجب قتله، فإن القاتل يُقاد به ويقتل، تقول العرب: اعتبط ناقته ويعيره إذا نحرهما من غير علة. ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب - ١٣٨٧، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ،محمد عبد الكبير البكري ٨٤/١٦، اللسان: ٣٤٨/٧، مادة (عبط).

<sup>(١٦٣٥)</sup> القود: من يقود الدابة من أمامها والقود واحد واقتاده وقاده بمعنى واحد، والقود الخيل. والقود هنا: هو قتل النفس بالنفس، وقيل القود القصاص، يقال: أقدت القاتل بالقتيل إذا قتلته به. ينظر: القوانين الفقهية : محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ٢٢٦، اللسان: ٣٧٢/٢، مادة (قود).

<sup>(١٦٣٦)</sup> المأمومة: هي الشجة التي بلغت أم الرأس، وهي الجلدة التي تجمع الدماغ المحكم، وسميت أم الدماغ لأنها تحوطه وتجمعه. ينظر: المغني: ٣٧٠/٨، اللسان: ٣٣/١٢، مادة (أمم).

<sup>(١٦٣٧)</sup> الجائفة: وهي الطعنة التي تبلغ الجوف، وطعنة جائفة تخالط الجوف ، وقيل التي تنفذه، أي ما وصل إلى الجوف من بطن أو ظهر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره. ينظر: المغني: ٣٧٠/٨، اللسان: ٣٤/٩، مادة (جوف).

<sup>(١٦٣٨)</sup> المنقلة: هي الشجاج التي يخرج منها فرائش العظام، وهي قشرة تكون عن العظم دون اللحم، وقالوا: المنقلة: هي التي تكسر العظام وتزيلها من مواضعها فتحتاج إلى نقل العظم ليلتئم. ينظر: المغني: ٣٧٠/٨، اللسان: ٣٢٨/٦، مادة (فرش).

وفي السن خمسٌ من الإبل وفي الموضحة<sup>(١٦٣٩)</sup> خمسٌ من الإبل ، وإن الرجل يقتل بالمرأة ، وعلى أهل الذهب ألف دينار<sup>(١٦٤٠)</sup>.

٢. عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال: ((قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دية الخطأ عشرين بنت مخاض وعشرين بنتي مخاض ذكوراً، وعشرين بنت لبون وعشرين جذعة وعشرين حقة))<sup>(١٦٤١)</sup>.  
**ثالثاً: الإجماع:** أجمع أهل العلم على مشروعية الدية التي تجب على الجاني سواء كان في النفس أو دون النفس<sup>(١٦٤٢)</sup>.

### الفرع الثالث

#### أنواع الدية ومقاديرها الشرعية

اتفق الفقهاء على أن الأصل في نوع الدية هي الإبل وأن دية الحر مئة منها وهذا ما دلت عليه الأحاديث المتقدمة في مشروعية الدية<sup>(١٦٤٣)</sup>. إلا أنهم اختلفوا فيما يكون مع الإبل كأصل من الأصول الأخرى للدية كالذهب والفضة والحل والبقر والغنم، فاختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

**المذهب الأول:** أن أصل الدية من الأموال ثلاثة أنواع الإبل والذهب والفضة فقط ،

<sup>(١٦٣٩)</sup> الموضحة: وهي من الشجاج التي بلغت العظم فأوضحت عنه، وقيل هي التي تقشر الجلد بين اللحم والعظم حتى يبدو وضح العظم. ينظر: المغني: ٣٦٧/٨، اللسان: ٦٣٥/٢ مادة (وضح).

<sup>(١٦٤٠)</sup> ينظر: صحيح ابن حبان ٥٠٧/١٤، برقم (٦٥٥٩)، باب كتب المصطفى صلى الله عليه وسلم إلى أهل اليمن، المستدرک علی

الصحيحين ٥٥٣/١ برقم (١٤٤٧) قال الحاكم: (هذا الحديث كبير مفسر في هذا الباب يشهد له أمير

المؤمنين عمر بن عبدالعزيز وأقام العلماء في عصره بالصحة منهم محمد بن مسلم والزهري ، وقد استدلل

البیهقي على صحته بالأسانيد الصحيحة عن الخلفاء التابعين بقبولها واستعملها بما فيه غنية لمن أناطه)،

وهذه السنن قاعدة من قواعد الإسلام، وهو معروف عند أهل العلم معرفة يستغني بشهرتها عن الإسناد، لأنه

أشبهه بالمتواتر، المستدرک علی الصحيحين: ٥٥٣/١، نصب الراية لأحاديث الهداية: عبدالله بن يوسف أبو

محمد الحنفي الزيلعي، دار الحديث- مصر- ١٣٥٧، تحقيق: محمد يوسف البنوري ٣٦٩/٤، المغني ٢٨٩/٨.

<sup>(١٦٤١)</sup> ينظر: سنن الترمذي: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، دار إحياء التراث العربي - بيروت - تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون ١٠/٤، برقم (١٣٨٦)، باب ما جاء في الدية كم هي من الإبل، قال الترمذي: حديث ابن مسعود لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه.

<sup>(١٦٤٢)</sup> ينظر: المغني: ٢٨٩/٨، مراتب الإجماع مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات: علي بن

أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١.

<sup>(١٦٤٣)</sup> ينظر: المغني: ٥٠٩/٧.

وإليه ذهب أبو حنيفة والمالكية والشافعية في مذهبه القديم<sup>(١٦٤٤)</sup>. واستدلوا بما يأتي :

١. قول النبي ﷺ: ((إن في النفس مئة من الإبل))<sup>(١٦٤٥)</sup>.
  ٢. ((أن عمر ﷺ فرض على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم))<sup>(١٦٤٦)</sup>.
  ٣. ((أن رجلاً قُتل على عهد رسول الله ﷺ فجعل النبي ﷺ ديته اثنا عشر ألفاً))<sup>(١٦٤٧)</sup>.
- المذهب الثاني:** أن أصل الدية من الأموال ستة أنواع: وهي الإبل، والذهب، والورق، والبقر والغنم والحلل، وهو قول عمر وعطاء وطاووس وفقهاء المدينة السبعة من التابعين<sup>(١٦٤٨)</sup>، وبه قال الثوري وابن أبي ليلى، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد من الحنفية ورواية عن الإمام أحمد<sup>(١٦٤٩)</sup>.

واستدل أصحاب هذا المذهب بما استدل به أصحاب المذهب الأول، وكذلك بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر ﷺ قام خطيباً فقال: (ألا إن الإبل قد غلت، فقومها على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألف، وعلى أهل البقر مئتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مئتي حلة)<sup>(١٦٥٠)</sup>.

<sup>(١٦٤٤)</sup> ينظر: المبسوط: ١٤٩/١٩، بدائع الصنائع: ٢٥٤/٧-٢٥٥، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، دار الفكر - بيروت - ١٤١٥ هـ / ١٧٩/٢، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: الشيخ محمد الشربيني الخطيب، دار إحياء الكتب العربية - مصر ٢٠٠٦/٢.

<sup>(١٦٤٥)</sup> ينظر: موطأ الإمام مالك: مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي، دار إحياء التراث العربي - مصر - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ٨٤٩/٢، كتاب العقول، برقم (١٥٤٧).

<sup>(١٦٤٦)</sup> ينظر: سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، دار الفكر، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد ١٨٤/٤، برقم (٤٥٤٢)، باب الدية كم هي، سنن البيهقي الكبرى: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - ١٤١٤ - ١٩٩٤، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ٢٥٦/٨، برقم (١٦٩٤٩).

<sup>(١٦٤٧)</sup> ينظر: سنن الدارقطني: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني، دار المعرفة - بيروت - ١٣٨٦ - ١٩٦٦، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني ١٣٠/٣، برقم (١٥٢)، قال ابن الملقن: قال النسائي وأبو حاتم وعبد الحق مرسلأً أصح، ومال ابن الجوزي إلى تصحيح رواية الرفع. ينظر: خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي: عمر بن علي بن الملقن الأنصاري، مكتبة الرشد - الرياض - ١٤١٠ ط١، تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي ٢٧٠/٢.

<sup>(١٦٤٨)</sup> فقهاء المدينة السبعة من التابعين: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وأبو بكر بن عبدالرحمن بن الحارث، وخارجة بن زيد، وعبدالله بن عبدالله بن عتبة، وسليمان بن يسار ﷺ أجمعين. ينظر: تهذيب الأسماء واللغات: محي الدين بن شرف النووي، دار الفكر - بيروت - ١٩٩٦ ط١، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات ٤٤.

<sup>(١٦٤٩)</sup> ينظر: المبسوط: ١٤٩/١٩، بدائع الصنائع: ٢٥٤/٧-٢٥٥، المغني: ٥٠٩/٧.

<sup>(١٦٥٠)</sup> معرفة السنن والآثار عن الامام أبي عبد الله محمد بن أدريس الشافعي: الامام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - تحقيق: سيد كسروي حسن: ٢٠٩/٦، برقم (٤٨٩٩)، ينظر: سنن أبي داود: ١٨٤/٤، برقم (٤٥٤٢)، باب الدية كم هي.

**المذهب الثالث:** أن الأصل في الدية الإبل لا غير، وهو قول آخر لطاؤوس، وإليه ذهب الشافعي في مذهبه الجديد وهي إحدى الروايتين عن الإمام أحمد، وهو قول ابن المنذر، فإن عُدت الإبل حساً أو شرعاً فتجب قيمتها بنقد البلد الغالب بالغة ما بلغت<sup>(١٦٥١)</sup>.

واستدل أصحاب هذا المذهب بقول النبي ﷺ: ((إلا أن قتيل الخطأ شبه العمد بالسوط والعصا مغلظة منه من الإبل))<sup>(١٦٥٢)</sup> ولأن النبي ﷺ فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا بغير الإبل، ولأنه بدل متلف وجب حقا لأدمي فيكون متعينا كعوض الأموال<sup>(١٦٥٣)</sup>.

وبعد أن تبيننا لنا أقوال الفقهاء في أنواع الدية والأدلة التي استدلووا بها في تحديد أنواع أصل الدية ومقاديرها الشرعية فإنها إما أن تكون منه من الإبل أو ألف مثقال من الذهب أو مئتين من البقر أو ألفي شاة أو مئتي حلة.

أما مقدارها من الفضة فمن الفقهاء من قدرها بعشرة آلاف مثقال وهم الحنفية<sup>(١٦٥٤)</sup> واستدلوا بما روى عمر ﷺ: ((أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم))<sup>(١٦٥٥)</sup> (ووضع عمر ﷺ الديات .... وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم)<sup>(١٦٥٦)</sup> وكان هذا بمحض من الصحابة ولم يُنقل أنه أنكر عليه أحد منهم فيكون إجماعاً سكوتياً، ولأن المقادير لا تُعرف إلا سماعاً، فيبدو أنه سمع ذلك من رسول الله ﷺ فجعلها مقداراً للدية<sup>(١٦٥٧)</sup>.

ومنهم من قدرها باثني عشر ألف درهم وهم المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(١٦٥٨)</sup>. واستدلوا بما تقدم من الأدلة ومنها قول عمر ﷺ: ((.... وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم))<sup>(١٦٥٩)</sup>.

ولعل سبب الخلاف في مقدار الدية من الفضة يعود إلى اختلافهم في سعر صرف الدينار آنذاك فكل مذهب كان يحمله على القيمة التي يصرف بها الدينار، فالحنفية كانوا يقدرين سعر صرف الدينار بعشرة دراهم<sup>(١٦٦٠)</sup> والجمهور كانوا يقدرين سعر صرف الدينار باثني عشر درهم<sup>(١٦٦١)</sup>.

<sup>(١٦٥١)</sup> ينظر: الإقناع: ٢/٢٠٦، المغني: ٧/٥٠٩.

<sup>(١٦٥٢)</sup> سنن النسائي أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ١٤٠٦ - ١٩٨٦، ط٢ تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة ٤/٢٣١، برقم (٦٩٩٤)، باب كم دية شبه العمد، سنن البيهقي الكبرى: ٨/٤٥، برقم (١٥٧٧٨).

<sup>(١٦٥٣)</sup> ينظر: الإقناع: ٢/٢٠٦، المغني: ٩/٥١٠.

<sup>(١٦٥٤)</sup> ينظر: بدائع الصنائع: ٧/٢٥٥.

<sup>(١٦٥٥)</sup> ينظر: نصب الرأية: ٤/٣٦٢، وقال الزيلعي: حديث غريب.

<sup>(١٦٥٦)</sup> ينظر المصدر نفسه.

<sup>(١٦٥٧)</sup> ينظر: بدائع الصنائع: ٧/٢٥٥، الموسوعة الفقهية: جماعة من العلماء، اصدار وزارة الاوقاف الكويتية ٢١/٥٩.

<sup>(١٦٥٨)</sup> ينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، دار الفكر-بيروت- ١٣٩٨، ط٢ ٨/٤١٦،

حاشية العدوي: ٢/٢٩٩، طرح التثريب في شرح التثريب: زين الدين أبو الفضل عبد الرحيم بن الحسيني العراقي، دار الكتب العلمية - بيروت - ٢٠٠٠، ط١ تحقيق: عبد القادر محمد علي ٨/٢٥، المغني: ٧/٥١٠.

<sup>(١٦٥٩)</sup> ينظر: نصب الرأية: ٤/٣٦١.

وبعد نهاية المطاف في هذه المسألة فالذي يبدو أن نوع الدية ومقدارها يحدد من عدة جوانب ، فإذا كانت الدية عدولاً عن قصاص فتكون مغلظة لأن القصد منها ردع الجاني عن الجريمة وبما يحقق مصلحة إقامة هذا الحد، وكذلك مراعاة لمصلحة ولي المجني عليه فناسبها أغلظ الأصول المتقدمة مما يكون رادعاً للجاني وهي مائة من الإبل.

أما إذا كانت الدية عن قتل خطأ أو ذهاب عضو أو منفعتة فإنه يُصار إلى أخف أنواع الدية مراعاةً - أيضاً - لحال الجاني لأنه لم يقصد تحقق الضرر.

ومرد تحديد نوع الدية يعود إلى ما يكون متوفراً من الأصول السابقة المحددة في نوع الدية وما يتعارفه أهل كل بلد، وعلى ذلك فأى شيء يُحضره من عليه الدية من هذه الأصول لزم الولي أو المجني عليه أخذه ولم يكن له المطالبة بغيره سواء من هذا النوع أو من غيره لأنه أصل من عدة أصول يتحقق فيها الواجب فيجزئ واحد منها لأن الخيرة تكون إلى من وجبت عليه ولاسيما في قتل الخطأ.

المطلب الثاني

العاقلة

( تعريفها - المقصود بالعاقلة - حكمة التشريع الإسلامي في تحمل العاقلة دية قتل الخطأ )

الفرع الأول

تعريف العاقلة لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف العاقلة لغة: وهي من عقل القتيل، يعقله عقلاً أي أدى ديبته، فيقال: عقل عنه أي أدى جنابته وذلك إذا لزمته دية، فأعطاه عنها، ومن هنا سمي من يؤدي هذه الدية العاقلة<sup>(١٦٦٢)</sup>.

ثانياً: العاقلة اصطلاحاً: هم الجماعة الذين يعقلون العقل وهو الدية، يقال: عقلت القتيل أي أعطيت ديبته وعقلت عن القاتل أي أدبت عنه ما لزمه من الدية<sup>(١٦٦٣)</sup>.

الفرع الثاني

المقصود بالعاقلة

(١٦٦٠) ينظر: المبسوط: ٧٩/٢٦.

(١٦٦١) ينظر: حاشية العدوي: ٢٩٩/٢، الفواكه الدواني: ١٨٧/٢-١٨٨، طرح التثريب: ٢٥/٨، المغني: ٥١٠/٧.

(١٦٦٢) ينظر: لسان العرب: ٤٦٠/١١، مادة (عقل)، مختار الصحاح: ١٨٧/١.

(١٦٦٣) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دالا الكتاب الاسلامي ١٧٧/٦.

اتفق الفقهاء على وجوب الدية على العاقلة فيما إذا كان القتل خطأ<sup>(١٦٦٤)</sup>، إلا أنهم اختلفوا في تحديد معنى العاقلة التي تتحمل دية الجاني على مذهبين:

**المذهب الأول:** العاقلة تعني أهل ديوان<sup>(١٦٦٥)</sup> الجاني أي الذين يرتزقون من ديوان على حده إن كان من أهل الديوان، وإن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته عشيرته وهم القرابة من قبل الأب، وإليه ذهب الحنفية والمالكية<sup>(١٦٦٦)</sup>.

واستدلوا: بأن الدية في الجاهلية كانت تحملها العاقلة فأقرها رسول الله ﷺ فثبتت عن طريق السنة التقديرية، وسبب تحمل العاقلة لها أنهم كانوا يتعاقلون بالنصرة فجرى الأمر على ذلك، ولما جعل عمر ﷺ ديواناً للجنود بدأ بأهل الديوان، فإن اضطره إلى معونة تحول إلى عصبته<sup>(١٦٦٧)</sup>.

**المذهب الثاني:** العاقلة تعني عصابة الرجل وأقربائه، وهم الذين يرثونه بنسب أو ولاء إذا كانوا ذكوراً مكلفين، دون أهل الديوان وإليه ذهب الشافعية والحنابلة<sup>(١٦٦٨)</sup>.

واستدلوا بما رواه أبو هريرة ﷺ: ((أنه اقتتل امرأتان من هذيل، فرمت إحدهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاخصموا إلى رسول الله ﷺ ففضى أن دية جنينها غرة عبد أو وليده وقضى أن دية المرأة على عاقلتها))<sup>(١٦٦٩)</sup>.

واستدلوا أيضاً: بأن العقل موضوع على التناصر فإن العصابة تتحمل العقل في تقديم الأقرب فالأقرب، كما أن أحق العصابات يرثون منه فكانوا هم أولى بتحمل عقله<sup>(١٦٧٠)</sup>.

**الترجيح:** من خلال عرض القولين والأدلة التي استدلوها بها فالذي يبدو أن تحمل الدية في القتل الخطأ ممكن أن يتوزع بين القولين فإن كان الخطأ قد وقع أثناء العمل أو ما له علاقة بالعمل ونتج عنه قتل خطأ فإن الدية يتحملها بيت المال ونعني ببيت المال هنا الوزارة أو النقابة التي ينتسب لها

<sup>(١٦٦٤)</sup> ينظر: المغني: ٥١٧/٧.

<sup>(١٦٦٥)</sup> الديوان: هو دفتر الذي يكتب فيه أسماء الجيش وأهل العطاء، وأول من دون الديوان هو سيدنا عمر ﷺ، ينظر: اللسان ١٦٦/١٣ مادة (دون).

<sup>(١٦٦٦)</sup> ينظر: شرح فتح القدير: ٢٤١/١٠، الإتيان والأحكام في شرح تحفة الحكام: ٢٨٥/٢.

<sup>(١٦٦٧)</sup> ينظر: الإتيان والإحكام: ٢٨٥/٢.

<sup>(١٦٦٨)</sup> ينظر: تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج: عمر بن علي بن أحمد الأندلسي، دار حراء - مكة المكرمة - ١٤٠٦، ط ١ تحقيق: عبد الله

الليثاني ٢٦/٩، مغني المحتاج: ٣٥٨/٥، كشاف القناع: ٦٠/٦، المغني: ٥٢٥/٧.

<sup>(١٦٦٩)</sup> ينظر: صحيح البخاري المسمى الجامع الصحيح: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، دار ابن كثير، اليمامة - بيروت - ١٤٠٧.

١٩٨٧ ط ٣ تحقيق: د. مصطفى ديب البغا ٢٥٣٢/٦، برقم (٦٥١٢) باب جنين المرأة وإن العقل على الوالد لا على الولد، صحيح مسلم:

مسلم بن الحجاج أبو الحسين النيسابوري، دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ١٣٠٩/٣، برقم (١٦٨١)

باب دية الجنين ووجوب الدية في قتل الخطأ وشبه العمد على عاقلة الجاني.

<sup>(١٦٧٠)</sup> ينظر: المغني: ٥٢٦/٧.



الجاني فإن معنى الديوان يشمل هذه المسميات لأنها أصبحت تقوم مقام الديوان سابقاً فإنهم علقوا الحكم بالأعطيات والأرزاق فأصبحت هذه الوزارات الآن على اختلاف تسميتها تتبنى أرزاق وأعطيات - رواتب - موظفيها ، فتوسع معنى الديوان إلى جميع هذه المسميات وأن نشأ مقتصرأ على مجموعة معينة، لأن نظام العاقلة تطور من الأسرة إلى العشيرة ثم إلى القبيلة ثم إلى الديوان ثم إلى الحرفة أو النقابة في عصرنا، ثم إلى بيت المال<sup>(١٦٧١)</sup>.

أما إذا حصل الخطأ خارج نطاق العمل أو الوظيفة التي ينتسب إليها الجاني ونتج عن ذلك قتل خطأ فإن الدية تكون على عاقلة الجاني وهم عصبته وذوو قرابته، والذي دعانا إلى الأخذ بهذا القول هو الجمع بين كلا القولين وتوفيقاً بين الأدلة التي استدل بها كلا المذهبين وتماشياً مع المستجدات المعاصرة للهيئات والوزارات والنقابات المستحدثة في الوقت المعاصر، تخفيفاً عن كاهل الجاني إذا كان مخطئاً وتوسيعاً لرقعة التضامن الاجتماعي التي تهدف إليها شريعتنا الإسلامية الغراء.

الفرع الثالث

### حكمة التشريع الإسلامي في تحمل العاقلة دية قتل الخطأ

إن الحكمة التي شرعها الله تعالى لحفظ النفس الإنسانية في غاية العدالة وفي قمة الإنصاف فإن القصاص فيه مصلحة عظيمة في توفير الأمن العام وصون الدماء وحماية النفس الإنسانية من أن تزهق بغير حق، وفي نفس الوقت فإن فيه زجراً للجناة وردعاً للقتلة وهذا ما يتحقق عندما نقرأ قول الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾<sup>(١٦٧٢)</sup> وعليه فلا يلتفت إلى المزاعم الباطلة والدعاوى التي تقول بأن في ذلك القصاص تهديماً جديداً للبنية الإنسانية لأن القاتل إذا علم أنه سيقام عليه الحد ويقتل فعلاً فإنه سينزجر عن القتل، وبالتالي أصبحت هذه العقوبة سبباً رادعاً للجاني، وفي نفس الوقت وسيلة عظيمة للحفاظ على أرواح الأبرياء وحقن دماء المسلمين.

والأدلة على ذلك في كتاب الله تعالى وسنة النبي ﷺ وعمل الخلفاء الراشدين أكثر من أن تحصر، وخير شاهد على ذلك التاريخ الإسلامي الحافل بإقامة تلك الحدود وما نتجت عنها من نتائج طيبة حفظت الخلافة الإسلامية من خلالها على أرواح الناس وحققت عن طريقها دماءهم. وبالمقابل فما إن ثركت هذه العقوبات وأمثالها عن حيز التطبيق حتى هُدرت دماء طاهرة وضاعت أنفس بريئة، وأصبح القتل عنواناً يتسمى به الجناة لعدم وجود الرادع لهم، فإن من أمن العقوبة أساء الأدب. وعليه فإن قاتل العمد حتى وإن تنازل أولياء الدم عن حقهم في القصاص فإنه تجب الدية في ماله الخاص دون عاقلته تشديداً عليه وردعاً له عن القتل.

وهنا يظهر سر التشريع الإسلامي في تشريعه لتحمل العاقلة دية القتل الخطأ ، فلا يلزم الجاني خطأ بالدية كاملة وإنما توزع على عاقلته، ولعل الحكمة في ذلك مواساة القاتل ومناصرتة وإعانتة

(١٦٧١) ينظر: الباب: ١٧٨/٣.

(١٦٧٢) سورة البقرة: آية ١٧٩.

والتخفيف عنه حتى لا يتضرر ضرراً مادياً بحتاً فيضاف إلى ضرره النفسي الذي تحمله جراء قتله الخطأ، وكذلك دعم أو اصر الألفة والمحبة والإصلاح بين أفراد الأسرة والعاقلة من أن بعضهم يحمل عن بعض خطأهم، ومن الحكمة في هذا التشريع أيضاً الحفاظ على حقوق المجني عليه حتى لا تذهب الجناية عليه هدرًا ولا سيما إذا كان القاتل فقيراً.

ف نجد أن هذا النظام جسد العدالة والمساواة بين أفراد المجتمع فلا يُحرم أحدٌ من التعويض بسبب فقر الجاني، ثم من حكمة هذا التشريع أيضاً أن نظام الدية في قتل الخطأ تقدير للباعث الذي يشاهد عند القاتل إذ لو لا استنصاره بأسرته واعتماده على قوتهم لتثبت في الأمر ملياً وصدرت أفعاله عن رويةٍ كاملةٍ ووعي تامٍّ، لذا اعتبر الفقه الإسلامي أن الجناية الواقعة منسوبةً ضمناً إلى كل فردٍ من أفراد العاقلة فوجبت الدية عليهم جميعاً، وحيث كانت القبيلة في الجاهلية تمنع الجاني وتحميه حتى لا يدنو منه أولياء المقتول أخذاً للثأر منه، فكان بذل المال من العاقلة والتي تسمى الدية بديلاً عن النصره التي كانت تتفاخر بها الجاهلية.

وعليه فإن نظام العاقلة وتحمل الدية بينها مناسب للبيئة التي تبقى فيه الأسرة الواحدة متماسكة البناني يحمل أفرادها بعضهم عن بعض متناصرةً فيما بينها على السراء والضراء، حتى يخفف عن الجاني ما وقع فيه من ضرر ويضمن للمجني عليه أو وراثته حقوقهم من الضياع وهذه هي قمة العدالة التي تهدف إليها الشريعة الإسلامية.

## المبحث الثاني

### أسباب خطأ القاضي في الحكم

علمنا فيما تقدم أن الشريعة الإسلامية عدت القضاء من الأمور الأساسية لإقامة العدل بين الناس وكان النبي ﷺ عندما تفتح مدينة أول ما يجعل فيها أميراً وقاضياً ولأهمية القضاء وقديسيته اهتمت الشريعة الإسلامية بهذا المنصب حفاظاً على قديسيته ورعايةً لمسؤولية الوالي ضماناً لحقوق الناس من الضياع، وإقامةً لحدود الله تعالى في الأرض.

ومع هذا فإن القاضي باعتباره بشراً معرضاً للخطأ والنسيان كأبي إنسان آخر إذا أخطأ القاضي في حكم ما وترتب على ذلك ضرر فما هي الآثار المترتبة على ذلك؟

وقبل الخوض في الآثار المترتبة على خطأ القاضي فلا بد من بيان أسباب خطأه في الحكم إذ أن القاضي لا بد أن يعتمد وسائل متعددة في القضاء فقد يعود خطأه في الاعتماد على إحدى وسائل الإثبات لذا فقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية أسباب خطأ القاضي في الحكم من جوانب عدة وحيثيات مختلفة تختلف باختلاف وسائل الإثبات أو الأدلة الأخرى من فتوى مفتي أو إقرار المجني

عليه، أو الخطأ في اجتهاد المجتهد نفسه ونحن في هذا المبحث نتناول هذه الأسباب التي تناولها فقهاء المسلمين بالتوضيح والبيان في المطلبين الآتيين:

## المطلب الأول

### تعمد القاضي الخطأ في الحكم

إذا تعمد الحاكم إيقاع الخطأ في قضائه بأن خالف أحكام الله تعالى بإقراره ، أو بقيام البينة الدالة على تعمده الخطأ، كأن يعلم يقيناً بكذب الشهود قبل القضاء أو كان متيقناً من عدم صلاحية الشهود لأداء الشهادة أو تعمد الخطأ في الحكم لأجل محاباة لقرابة أو منفعة دنيوية أو تعمد القاضي إخفاء السندات أو الأوراق الصالحة للاستناد عليها في الحكم، أو تعمد القضاء بالجور ثم بنى القاضي حكمه على أساس خطأ المتعمد، فإنه يُنقض حكمه في كل تلك الحالات المتقدمة، ولا يمضي حكمه في ذلك، وإن أمكن التدارك يبطل ذلك القضاء<sup>(١٦٧٣)</sup>، أما إذا استوفي الحكم فهو إما أن يكون في حقوق الله تعالى أو في حقوق العباد، فإن كان في حقوق العباد فترد الحقوق لأهلها وبضمن القاضي ذلك كله، وأما إذا كان الحق لله تعالى كرجم الزاني وقطع الأطراف والقصاص والجروح وما إلى ذلك، فينظر: فإن لم ينفذ الحكم ألغي أصلاً لأنه باطل ولم يجر على ما شرعه الله تعالى<sup>(١٦٧٤)</sup>، وإن كان قد نفذ الحكم وكان مبنياً على ما ذكرنا من الأوصاف فإنه يُفاد بذلك الحكم بل يقتض منه<sup>(١٦٧٥)</sup> أو يعزز على ذلك بحسب ما أوقعه من عقوبة بناءً على خطأه المتعمد وذلك لارتكابه هذه الجريمة العظيمة، ولذا ذهب الفقهاء إلى أنه يُعزل عن القضاء ولا تجوز ولايته للقضاء بعد ذلك ولا تقبل شهادته حتى وإن صلحت حاله وأحدث توبة، وذلك لما ارتكبه من جريمة في حق الله تعالى<sup>(١٦٧٦)</sup>.

والأدلة على ذلك كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾<sup>(١٦٧٧)</sup>. ووجه الدلالة في الآية: أن الحاكم هنا خالف أحكام الشرع الحنيف لاسيما وقد تعمد في ذلك خطأ ولهذا يُنقض حكمه ، ومنها قوله تعالى: ﴿وَأَمَّا الْفَاسِقُونَ فَكَانُوا لِجَهَنَّمَ حَطَبًا﴾<sup>(١٦٧٨)</sup> فإن الله تعالى

<sup>(١٦٧٣)</sup> ينظر: رد المحتار على الدر المختار المعروف بـ (حاشية ابن عابدين): محمد امين بن عمر بن عابدين ،

دار الكتب العلمية - بيروت ٤١٩/٥ ، الفتاوى الهندية: جماعة متعلماء الهند، دار الفكر - بيروت ٣٤٣/٣.

<sup>(١٦٧٤)</sup> ينظر: الدررالحكام شرح غرر الاحكام: محمد فراموز المعروف بـ(منلا خسرو)، دار احياء الكتب العربية ٥١٨/٢، النظرية العامة للقضاء في الاسلام: أ.د.محي هلال السرحان، مركز البحوث والدراسات الاسلامية - ديوان الوقف السني - العراق، ٢٠٠٧، ٦٣٦.

<sup>(١٦٧٥)</sup> ينظر: مدونة الفقه المالكي وأدلته: د. الصادق عبد الرحمن الغرياني، مؤسسة الريان - بيروت ٢٠٠٦، ٣٥٧/٤، الموسوعة الفقهية: ٢٣١/٦.

<sup>(١٦٧٦)</sup> ينظر: الفتاوى الهندية: ٣٤٣/٣، رد المحتار على الدر المختار: ٤١٩/٥، الدرر الحكام: ٥١٨/٢.

<sup>(١٦٧٧)</sup> سورة المائدة: آية ٤٤.

<sup>(١٦٧٨)</sup> سورة الجن: آية ١٥.

رتب على ذلك جزاءً رادعاً لأن القاسط في هذه الآية هو القاضي الجائر والظالم في أحكامه<sup>(١٦٧٩)</sup>، وأما من السنة فقوله ﷺ: ((... وقاض عرف فجار متعمداً فهو في النار وقاض قضى بغير علم فهو في النار))<sup>(١٦٨٠)</sup>، ووجه الدلالة في الحديث: أن القاضي إذا تعمد الخطأ مع معرفته به فجار في الحكم فإنه يستحق هذا الوعيد، وبناءً على ما تقدم من أدلة وما بني عليها من أحكام فإن الشريعة الإسلامية أوجبت على القضاة والحكام أن يحكموا بما أنزل الله تعالى ويجعلوا العدالة نصب أعينهم فلا يغلب عليهم الهوى ولا تتسلط عليهم المنافع الدنيوية ليكون للقضاء مكانته في الإسلام التي أرادها الله تعالى لها فلا تضيع حقوق الناس ولا تهدر دماءً بغير حق وبهذا تتضح لنا عظمة الشريعة الإسلامية الغراء فهي التي يمكن أن تصل بنا إلى بر الأمان ما إن حكمنا كتاب الله تعالى وسنة نبيينا ﷺ وجعلناهما الحكم العدل نحتكم إليهما، وبهذا يبرز دور القاضي عندما يحكم شرع الله تعالى وبما لا يخالف مصلحة من المصالح العامة التي يهدف إليها الشارع الحكيم.

## المطلب الثاني

### أسباب الخطأ العائدة إلى وسائل الإثبات

ويتضمن عدة فروع:

#### الفرع الأول

#### خطأ الحاكم المبني على الشهادة

من المعلوم أن الشهادة من أهم وسائل الإثبات لإقامة القضاء، إذ لا بد للقاضي قبل إصدار الحكم أن يتثبت من عدالة الشهود وصلاحياتهم للشهادة التي أمر الله تعالى بالتثبت فيها<sup>(١٦٨١)</sup> لاسيما إذا كان في في قضاء الحدود.

واشترط الشارع الحكيم في الشاهد أن يكون مسلماً عدلاً حراً عاقلاً بالغاً<sup>(١٦٨٢)</sup>، وعليه فإذا شهد شهود في قضية يترتب عليها إقامة حدٍّ من الحدود التي يجب فيها إتلاف نفس أو ذهاب عضو أو منفعته أو جرح، وتبين أن الشهود لا تتوفر فيهم أهلية الشهادة كأن يكون الشهود عبداً أو كفاراً أو

<sup>(١٦٧٩)</sup> ينظر: تفسير الطبري المسمى جامع البيان عن تأويل آي القرآن: محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر، دار الفكر - بيروت ١٤٠٥، ١١٣/٢٩.

<sup>(١٦٨٠)</sup> ينظر: المستدرک على الصحيحين: ١٠١/٤، برقم (٧٠١٢)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وله شاهد بإسناد صحيح على شرط مسلم.

<sup>(١٦٨١)</sup> ينظر: رد المحتار على الدر المختار: ٢٣/٣.

<sup>(١٦٨٢)</sup> ينظر: المصدر نفسه.

محدودين بقذف<sup>(١٦٨٣)</sup>، أو قبل القاضي تزكيتهم فظهر خلاف ذلك، فإذا قضى القاضي بالحكم<sup>(١٦٨٤)</sup>، فقتله رجلٌ أو أتلف عضوه أو أذهب منفعته فإنه ينظر: إن كان ذلك قد حصل قبل قضاء القاضي بإقامة الحد عليه فوجه القياس أنه يقتض منهُ، لأنه قتل نفساً معصومةً بغير حقٍّ، ووجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل فأورث شبهةً، لأن الشهادة هذه لم تصبح صحيحةً بعد، ولأنه ظنه مباح الدم معتمداً على دليلٍ مبيح ظاهراً، ولذا تجب الدية في ماله لأنه عمد<sup>(١٦٨٥)</sup>.

أما إذا كان قتله قد حصل بعد قضاء القاضي المبني على شهادة من لم تصح شهادته، أو قبل تعديل الشهود فيجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقلة القاتل، وكذا الحال إذا قتله بعد التزكية قبل القضاء<sup>(١٦٨٦)</sup>. فإن بقي المذكون على تزكيتهم ولم يرجعوا عنها، ولكن وقع ذلك خطأ منهم فالضمان في بيت المال<sup>(١٦٨٧)</sup>، أما إذا رجع المذكون عن تزكية الشهود بأن قالوا: عرفناهم عبيداً أو كفاراً وتعمدنا التزكية ففي هذه المسألة اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** أنه يجب الضمان على المذكين، لأن الشهادة تصير حجةً بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة الوصف فيضاف الحكم إليها لأنه محض الشرط، ولأنهم أجازوا الحاكم إلى الحكم، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، وقول للحنابلة.

**القول الثاني:** أنه يجب الضمان على بيت المال، وهذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم، وذلك لأنهم أثنوا على الشهود خيراً، فصار كما أثنوا على المشهود عليه خيراً، وبه قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله<sup>(١٦٨٨)</sup>.

**القول الثالث:** أن الضمان على الحاكم، لأنه لم يتثبت من عدالة الشهود وإنما فرط في المبادرة إلى الحكم وتسرع في إصداره، وترك البحث والسؤال ولذا يكون الضمان عليه وهو قول للحنابلة<sup>(١٦٨٩)</sup>.

أما إذا قضى القاضي بإقامة الحد عليه، وأقيم عليه الحد بناءً على شهادة من لم تصح شهادته بأن كان الشهود عبيداً أو كفاراً أو محدودين بقذفٍ فهل تجب الدية على عاقلة الحاكم أم في بيت المال، وهذا ما سنبحثه في المطلب الثاني من هذا البحث إن شاء الله.

## الفرع الثاني

- <sup>(١٦٨٣)</sup> ينظر: المبسوط: ٥٠/٩-٥١، تبيين الحقائق: ١٩٣/٣، الفتاوى الهندية: ٣٤١/٣.
- <sup>(١٦٨٤)</sup> ينظر: الفتاوى الهندية: ٢٩٦/٥، العناية على الهداية: محمد بن محمود البابرقي، دار الفكر- بيروت ٤٩٨/٧.
- <sup>(١٦٨٥)</sup> ينظر: العناية شرح الهداية: ٢٩٨/٥، الدرر الحكام: ٦٩/٢.
- <sup>(١٦٨٦)</sup> ينظر: البحر الرائق: ٢٧/٥، شرح فتح القدير: ٢٩٨/٥.
- <sup>(١٦٨٧)</sup> ينظر: الفتاوى الهندية: ١٥٥/٢، البحر الرائق: ٢٧/٥، إعلام الموقعين عن رب العالمين: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، دار الجيل - بيروت - ١٩٧٣، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد ١٧٥/٤.
- <sup>(١٦٨٨)</sup> ينظر: شرح فتح القدير: ٢٩٧/٥، الفتاوى الهندية: ١٥٥/٢، البحر الرائق: ٢٧/٥.
- <sup>(١٦٨٩)</sup> ينظر: إعلام الموقعين: ١٧٥/٤.

## خطأ الحاكم المبني على فتوى المفتي

من الشروط التي اشترطها الفقهاء رحمهم الله في القضاء وآدابه أن تتوفر في القاضي أهلية الاجتهاد والإفتاء وأن يكون معه مجتهدون ومن هم أهل للفتيا ليستعين بهم القاضي في الوصول إلى الحكم الذي يراه مناسباً في أي قضية تعرض عليه متحرياً بذلك الحق والصواب<sup>(١٦٩٠)</sup>، وعلى هذا فإذا قضى القاضي في حدٍّ من الحدود بناءً على فتوى مفتي، فأدى ذلك القضاء إلى إتلاف نفس أو ذهاب عضو أو منفعة بناءً على هذه الفتوى، فإنه ينظر: إما أن يكون المفتي ليس أهلاً للفتيا أو كان ذلك القضاء مبنياً على مخالفة دليل قطعي لا يحتمل التأويل فإن القاضي والمفتي يضمنان ما أدى إليه هذا الحكم من إتلاف بأن يتحملا دية خطأهما، كما لو باشره بنفسيهما، ولأنه ليس أهلاً للإفتاء فتصدى لما ليس له بأهل فغر من استفتاه فيما تصدى لذلك<sup>(١٦٩١)</sup>.

وأما إذا كان المفتي أهلاً للإفتاء أو خالف دليلاً ظنياً يحتمل التأويل ففي هذه الحالة لا يضمنان دية خطأهما<sup>(١٦٩٢)</sup>، وخالف في ذلك أبو إسحاق الأسفراييني من الشافعية فقال: يضمن المفتي إن كان أهلاً للفتاوى وخالف الدليل القطعي، وإن لم يكن أهلاً للفتاوى فلا ضمان عليه، ووجه قوله: أن المستفتي قصر في استفتائه ولهذا فلا ضمان عليه<sup>(١٦٩٣)</sup>.

والذي يبدو أن القول الأول هو الأولى بالعمل به وذلك لأن من آداب القضاء أن يكون القاضي مفتياً أو يتخذ من هم أهل للفتوى كما قدمنا، وعليه فإن خطأ القاضي المبني على فتوى مفتٍ ممن هو أهل للإفتاء لا ضمان فيه عليهما وكذلك إذا بُني الحكم على العمل بدليل ظنيّ يحتمل التأويل والله تعالى أعلم.

## الفرع الثالث

## خطأ القاضي المبني على إقرار المجني عليه

من المعلوم أن من وسائل الإثبات في القضاء إقرار الجاني على نفسه بالجناية<sup>(١٦٩٤)</sup>، وعليه فيعد الإقرار من الأسباب التي يمكن أن يخطئ فيها القاضي، وذلك فيما إذا أقر الجاني على نفسه بجريمة ما، فعلى القاضي أن يستقصى حال المقر ويتأكد من صحة إقراره وأن يكون أهلاً للإقرار.

<sup>(١٦٩٠)</sup> ينظر: بدائع الصنائع: ٤٩٣/٩، وما بعدها، المحلى: ١٥٣٧، كتاب الأفضية، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي وأ. عبد الباقي البكري، المكتبة القانونية - بغداد ٢٢٠

<sup>(١٦٩١)</sup> ينظر: أعلام الموقعين: ١٧٤/٤، كشاف القناع: ٣٦١/٦، شرح الكوكب المنير: محمد بن احمد عبد العزيز الفتوح الحنبلي، مطبعة السنة المحمدية ٦١٤.

<sup>(١٦٩٢)</sup> ينظر: أعلام الموقعين: ١٧٤/٤، مطالب أولي النهى: ٥٣٧/٦.

<sup>(١٦٩٣)</sup> ينظر: أعلام الموقعين: ١٧٤/٤، شرح الكوكب المنير: ٦١٤، الموسوعة الفقهية: ١٧٦/١٩.

<sup>(١٦٩٤)</sup> ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٥، ط ٢، ٣١/١٠٠.

ولهذا اشترط الفقهاء رحمهم الله لصحة إقراره أن لا يكون مجنوناً، ولا زائلاً عقله بسكر ونحوه<sup>(١٦٩٥)</sup>، ودليل ذلك أن ما عزا ﷺ حينما جاء مقرأ على نفسه بالزنا، قال له ﷺ: ((... أليك جنون؟ قال: لا...))<sup>(١٦٩٦)</sup> ولتأكد الرسول ﷺ من صحة إقرار ماعز أرسل ﷺ إلى قومه من يستقصي عن حاله ويسأل عنه فقال لهم ﷺ: ((أمجنون هو؟ قالوا: ليس به بأس))<sup>(١٦٩٧)</sup>، وعليه فينبغي للقاضي أن يتأكد من كمال أهلية المقر والتثبت من عدم وجود خلل في عقله يخل بصحة إقراره، وأراد النبي ﷺ أن يتأكد من سلامة عقل ماعز ﷺ بعد إقراره فأمر ﷺ أن يُشم فم ماعز، لذا جاء في رواية النسائي ((... وسأله: أشربت خمرأ؟ فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر...))<sup>(١٦٩٨)</sup> خشية أن يكون قد شرب خمرأ وذهب عقله فيكون قد أقر على نفسه حال فقد عقله.

فيستدل بهذين الدليلين على وجوب أن يتحرى القاضي عن أهلية المقر حالة إقراره والتأكد من أهليته بما ينفي عنه كل شبهة قد تعترى إقامة الحد عليه. فيتضح مما تقدم أن من أسباب خطأ القاضي في الحكم هو عدم تأكده من أهلية المقر على نفسه بالجناية.

#### الفرع الرابع

#### الخطأ العائد إلى اجتهاد القاضي في الحكم

من أهم ما ينبغي أن يتوفر في القاضي أهلية الاجتهاد ودقة تعامله مع النصوص الشرعية وغيرها من المصادر الأخرى كما بينا مسبقاً ولذا فإن القاضي مأموراً بالتثبت في إصدار الحكم وتحري الصواب ما استطاع إلى ذلك سبيلاً عملاً بقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَّمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾<sup>(١٦٩٩)</sup>، وعليه فإذا تحرى القاضي في قضية معينة، وتقصى جميع جوانبها وكافة ما يتعلق بها من وسائل الإثبات وأدلة أخرى يستعين بها على إصدار الحكم العدل الذي أمره الله تعالى به، فإن أصاب حكم الله تعالى فهو مأجورٌ أجرين، أجرٌ على اجتهاده وأجرٌ على إصابته، لقول النبي ﷺ: ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فأخطأ فله أجر))<sup>(١٧٠٠)</sup>، وعليه فإذا أخطأ القاضي في حكمه بعد التأكد من جميع وسائل الإثبات وبعد الدقة في التحري فأصدر حكماً يقطع عضو أو إتلاف نفس بناءً على ما ثبت عنده من أدلة إثبات، فإنه لا شيء على القاضي هنا، لأنه

المغني: ٦٧/٥.

<sup>(١٦٩٥)</sup> ينظر: المغني: ٦٧/٥.

<sup>(١٦٩٦)</sup> ينظر: صحيح البخاري: ٢٤٩٩/٦، برقم (٦٤٣٠)، باب لا يرجم المجنون والمجنونة، صحيح مسلم: ١٣١٨/٣، برقم (١٦١٩)، باب من اعترف على نفسه بالزنا.

<sup>(١٦٩٧)</sup> ينظر: سنن أبي داود: ١٤٨/٤، برقم (٤٤٢١)، باب رجم ماعز.

<sup>(١٦٩٨)</sup> ينظر: سنن النسائي: ٢٧٦/٤.

<sup>(١٦٩٩)</sup> سورة النساء: آية ٥٨.

<sup>(١٧٠٠)</sup> ينظر: صحيح البخاري: ٢٦٧٦/٦، برقم (٦٩١٩)، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، صحيح مسلم: ١٣٤٢/٣، برقم (١٧١٦)، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.

اجتهده بناءً على ما توفر عنده من وسائل إثبات أو قرائن استعان بها على تنفيذ ذلك الحكم الذي أداه إليه اجتهاده، فحينئذ يكتب له أجرٌ واحدٌ على خطأه هذا لاجتهاده فقط، لأن النبي ﷺ بين أن من الممكن أن يقع القاضي في الخطأ وأن ذلك متوقعٌ منه ولهذا جعل له أجرًا واحدًا إذا أخطأ في اجتهاده، لأن عملهم يتكرر فورود الخطأ منهم متوقع ، ومع ذلك يجب التحري والتثبت ولاسيما في مسألة الحدود والقاضي مأمورٌ بذلك فعليه أن يأخذ كافة الاحتياطات الواجبة لدرء هذه الحدود بالشبهات ، وذلك لأن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة.

### المبحث الثالث

#### حكم تحمل دية خطأ القاضي في الحكم

بعد الخوض في أسباب خطأ القاضي في الحكم وبيان ما يترتب على خطأه المبني على أدلة الإثبات كالشهود أو الإقرار أو فتوى المفتي أو غيرها نتناول في هذا المبحث الأثر المترتب على خطأ القاضي في الحكم وهو وجوب الدية في ذلك ، سواء أكان إتلاف نفس أو ذهاب عضو أو منفعته.

ومع أن الفقهاء اتفقوا على وجوب الدية في خطأ القاضي ، إلا أنهم اختلفوا فيما يتحمل دية خطأه، فهل يتحمل ذلك ذوو قرابته وعصبته باعتباره أحد أفرادها فيتحملون خطأه الذي يقع منه في مجال عمله أيضاً، أم يتحمل دية خطأه بيت مال المسلمين باعتباره مجتهداً اعتمد في القضاء على ما توفرت لديه من أدلة لإقامة الحكم، وباعتبار آخر أنه يمثل الدولة التابع لها والتي نصبته قاضياً يحكم بين الناس بالعدل، - وقد تقدم - أن الشريعة الإسلامية لم تغفل خطأ القاضي المبني على الاجتهاد وإنما أخذته بنظر الاعتبار فإن الشارع الحكيم جعل للمجتهد المصيب أجرين عند إصابته الحق، وأجرًا واحدًا عند عدم إصابته ذلك<sup>(١٧٠١)</sup>، وذلك لأنه بذل جهداً في الوصول إلى الصواب حيث أنه اعتمد على ما لديه من أدلة في سبيل إحقاق الحق، والوصول إلى حكم الله تعالى حسب اجتهاده.

ونحن في هذا المبحث نبحت الأثر المترتب على خطأ القاضي في الحكم، بمعنى أنه قد قضى في الحكم وأصبح الحكم باتاً ونفذ ذلك الحكم وترتب على هذا الخطأ تلف نفس أو ذهاب عضو أو منفعته ثم تبين أنه قد أخطأ في الحكم وكان خطأه هذا مبنياً على اجتهاد ونظر في وسائل الإثبات وما لديه من أدلة أخرى، وهذا هو صلب ما نريد بيانه في هذا البحث.

وقبل الخوض في أقوال الفقهاء في من (يتحمل دية خطأ القاضي في الحكم) المبني على الخطأ في الاجتهاد نبين بعض الأحكام التي اتفق عليها الفقهاء، مما له علاقة بخطأ القاضي سواء أكان خطأ شخصياً أو خطأ يتعلق بقضائه ومنها:

(١٧٠١) تقدم قبل قليل الحديث الصحيح في ذلك. ينظر: صحيح البخاري: ٢٧٦/٦، برقم (٦٩١٩)، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.



أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن العاقلة - وهم قرابته وذوو عصبته - تتحمل الخطأ الشخصي للقاضي وهذا فيما إذا وقع خطأه خارج عمله كأن رمى صيداً ووقع الرمي بإنسان فقتله خطأً فيعتبر هذا من باب الخطأ فإن هذا الخطأ تتحمل العاقلة ديته، لأن هذا الخطأ لا صلة له بالحكم والاجتهاد فيكون خطأه كخطأ أي إنسان آخر ويلحق به أيضاً الخطأ بالفعل<sup>(١٧٠٢)</sup>.

واتفق الفقهاء أيضاً : على أن القاضي إذا خالف أحكام الشرع الحكيم بمخالفته النصوص الشرعية الصريحة الصحيحة متعمداً كان أو غير متعمداً فإنه يُرد حكمه، ويتحمل القاضي شخصياً الأثر المترتب على مخالفة النصوص الشرعية القطعية<sup>(١٧٠٣)</sup>.

وأجمع العلماء أيضاً : على أن القاضي إذا تبين خطأه في الحكم ولم يُنفذ الحكم وكان مما يمكن تداركه ورده فيبطل ذلك الحكم ولا ينفذ سواءً أكان ذلك في حدٍّ أو غيره<sup>(١٧٠٤)</sup>.

واتفقوا أيضاً : على أن القاضي إذا حكم بغير علم أو نظر في أدلة الإثبات، أو لم يُعمل اجتهاده فإنه يُنقض حكمه وإن صادف الحق لأن الخلل هنا في القاضي لا في الحكم فإنه قريبٌ منه ولأن المقصود إبطال فعل القاضي<sup>(١٧٠٥)</sup>.

أما إذا أخطأ القاضي في الحكم وكان خطأه مبنياً على اجتهادٍ فيه أو خطأً في الاعتماد على إحدى وسائل الإثبات، أو النظر في النصوص الشرعية الظنية أو الأدلة الشرعية الاجتهادية، وترتب على خطأه هذا ذهاب نفس أو عضو أو منفعة وتبين خطأه بعد إقامة الحد، فأنهم اختلفوا في (من يتحمل دية خطأ القاضي) على مذهبين:

**المذهب الأول:** أنه إذا أخطأ القاضي في حكمه فأدى خطأه إلى إتلاف نفس أو عضو أو منفعة فدية خطأه تقع على بيت المال، وإليه ذهب أبو حنيفة رحمه الله وهو قولٌ مرجوحٌ للمالكية والشافعية ورواية عن الإمام أحمد وإليه ذهب الزيدية والإمامية<sup>(١٧٠٦)</sup>.

(١٧٠٢) ينظر : شرح منتهى الإرادات: ٣/٣٢٩.

(١٧٠٣) ينظر : فتاوى السبكي : الامام أبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، دار المعرفة - لبنان/

بيروت ، ٢/٤٣٧.

(١٧٠٤) ينظر : الفتاوى الهندية: ٣/٤٤١، البحر الزخار الجامع لذهاب علماء الأمصار : المهدي لدين الله احمد بن يحيى المرتضى الزيدي ،دار الكتاب الإسلامي ٦/٤٦.

(١٧٠٥) ينظر : فتاوى السبكي : ٢/٤٣٧.

(١٧٠٦) ينظر : المبسوط: ٩/٦٥، بدائع الصنائع: ٩/١٣٨، مجمع الضمانات في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان : أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، تحقيق: أ.د محمد أحمد سراح، أ.د علي جمعة محمد ٢٠٢، شرح مختصر خليل للخرشي : محمد بن عبد الله الخرشي ، دار الفكر - بيروت ٧/١٦٦، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك : ابو عبد الله محمد بن احمد المعروف بـ (الشيخ عليش) ، دار المعرفة بيروت ١/٣٨٠، تكملة المجموع شرح المهذب : مجموعة من العلماء ،دار الكتب العلمية - بيروت ،١، ٢٠٠٧ ،

**المذهب الثاني:** أنه إذا أخطأ القاضي في حكمه فأدى خطأه إلى إتلاف نفس أو عضو أو منفعتة فدية خطأه تقع على عاقلته، وهو مشهور قول المالكية، والشافعية، ورواية أخرى عن الإمام أحمد<sup>(١٧٠٧)</sup>.

### الأدلة ومناقشتها

#### أدلة المذهب الأول :

١. قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾<sup>(١٧٠٨)</sup> **وجه الدلالة:** أن قتل الخطأ تجب فيه الدية على القاتل فيما إذا كان هذا القتل بسبب خطأ شخصي، أما إذا كان الخطأ واقعا من القاضي باعتباره يمثل سلطة القضاء، فإن القاضي في عمله هذا إنما يعمل لله تعالى فيكون ضمانه في بيت المال لأنه في هذا الحكم إنما هو عاملٌ لصالح الأمة ولعامّة المسلمين وهذا هو سبب تعذر وجوب الدية عليه وعلى عاقلته، وعليه فإذا كان خطأه حال كونه عاملاً للمسلمين وصالحهم فتكون الدية في بيت مال المسلمين<sup>(١٧٠٩)</sup>.

**وأجيب عنه:** بأن هذه الآية دليلٌ على وجوب الدية في قتل الخطأ عند الجمع بينها وبين حديث النبي ﷺ الذي أوجب الدية على العاقلة، وهو ما رواه أبو هريرة: ((أنه اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى: أن دية جنيئها غرة عبد أو وليدة، وقضى أن دية المرأة على عاقلتها))<sup>(١٧١٠)</sup>.

وعن المغيرة بن شعبة قال: ((قضى رسول الله ﷺ بالدية على العاقلة))<sup>(١٧١١)</sup>.

**ويجاب عنه:** بأن الدية تقع على العاقلة فيما إذا أخطأ شخصيا سواء أكان من القاضي أو غيره ، فإنه فلا خلاف في أن الدية تجب على عاقلته كما تقدم لأنه وقع خارج نطاق عمله.

٢. روى الإمام البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت: ((لما كان يوم أحد هُزم المشركون فصاح إبليس: أي عباد الله أخرجكم، فرجعت أولاهم فاجتلدت<sup>(١٧١٢)</sup> هي وأخراهم، فنظر حذيفة فإذا

٢٣/٢٤٩، المغني: ١٨٤/٩، كشاف القناع: ٦١/٦، البحر الزخار: ٤٦/٦، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام: أبو القاسم جعفر

بن الحسن بن يحيى الحلي، مؤسسة مطبوعاتي اسماعيلان ١٦٠/٤، الموسوعة الفقهية: ٩٣/٢١.

<sup>(١٧٠٧)</sup> ينظر: شرح الخرشي: ١٦٦/٧ و ١١١/٨، مدونة الفقه المالكي وأدلته: ٣٥٤/٤، الأم: ٩٤/٦، فتاوى السبكي: ٤٣٧/٢، تكملة

المجموع: ٢٣/٢٤٩، المغني: ٩/١٨٤.

<sup>(١٧٠٨)</sup> سورة النساء: آية ٩٢.

<sup>(١٧٠٩)</sup> ينظر: المبسوط: ٥١/٩.

<sup>(١٧١٠)</sup> ينظر: صحيح البخاري: ٦/٢٥٣٢، برقم (٦٥١٢)، باب جنين المرأة...، صحيح مسلم: ٣/١٩٠٣١، برقم (١٦٨١)، باب دية

الجنين.

<sup>(١٧١١)</sup> ينظر: سنن ابن ماجه: ٢/٨٧٩، برقم (٢٦٣٣)، باب الدية على العاقلة.

<sup>(١٧١٢)</sup> فاجتلدت: أي رجعت أولاهم على أخراهم فضربت أهداهما الأخرى بلا مبالاة، وموضع الجراد هو الضرب بالسيف في القتال إذا

حمي الوطيس ومنه قولهم: وجدناهم بالسيوف. ينظر: اللسان: ٣/١٢٥، مادة (جلد)

هو بأبيه اليمان فقال: أي عباد الله أبي أبي، قالت: فوالله ما احتجزوا حتى قتلوه، قال حذيفة: غفر الله لكم<sup>(١٧١٣)</sup>.

وورد من طريق عكرمة رحمه الله رسلاً: ((أن والد حذيفة قتل يوم أحد قتله بعض المسلمين وهو يظن أنه من المشركين، فوداه رسول الله ﷺ))<sup>(١٧١٤)</sup>.

وعن الزهري رحمه الله رسلاً أيضاً قال: ((أخطأ المسلمون بأبي حذيفة يوم أحد حتى قتلوه، فقال حذيفة: يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين، فبلغت رسول الله ﷺ فزاده عنده خيراً ووداه رسول الله ﷺ من عنده))<sup>(١٧١٥)</sup>.

وروى الشافعي رحمه الله عن عروة بن الزبير أنه ذكر قصة قتل المسلمين اليمان والد حذيفة خطأ وزاد فيها ((... ففضى النبي ﷺ فيه بديته))<sup>(١٧١٦)</sup>.

**ووجه الدلالة من هذه الروايات:** أن اليمان والد حذيفة رضي الله عنهما مات بفعل قوم من المسلمين فلما علم النبي ﷺ ذلك وداه عليه الصلاة والسلام من بيت مال المسلمين، كما ثبت في الأحاديث المرسلة، وهذه الزيادة وإن لم تثبت في الحديث الصحيح إلا أنها جاءت بروايات مرسلة كما تقدم، ومن المعلوم أن جمهور الفقهاء يستدلون بالمرسل من غير قيد أو شرط<sup>(١٧١٧)</sup>.

<sup>(١٧١٣)</sup> ينظر: صحيح البخاري: ٢٥٢٥/٦، برقم (٦٤٩٥)، باب إذا مات في الزحام أو قتل.

<sup>(١٧١٤)</sup> فتح الباري بشرح صحيح البخاري: الإمام احمد بن علي بن حجر العسقلاني، مكتبة الصفا - القاهرة، ط ١، ٢٠٠٣، ٢٦٤/١٢ قال ابن حجر رحمه الله: ورجاله ثقات، وينظر: نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منقلى الأخبار: الإمام محمد بن علي الشوكاني، دار الجبل - بيروت، ١٩٧٣، ٢٣٢/٧.

<sup>(١٧١٥)</sup> ينظر: مسند الحارث - زوائد الهيثمي الحارث بن أبي أسامة / الحافظ نور الدين الهيثمي، مركز خدمة السنة

والسيرة النبوية - المدينة المنورة - ١٤١٣ - ١٩٩٢، ط ١، تحقيق: د. حسين أحمد صالح الباكري ٥٦٨/٢،

برقم (٥٢١)، باب قتل الخطأ، المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني،

دار العاصمة/ دار الغيث - السعودية - ١٤١٩ هـ، ط ١ تحقيق: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشترى

١٧٩/٩، برقم (١٩٠٥)، باب الدية في قتل الخطأ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ٢٦٤/١٢.

<sup>(١٧١٦)</sup> ينظر: الأم: ٣٦/٦، باب قتل المسلم بدار الحرب، نيل الأوطار: ٢٣٢/٧.

<sup>(١٧١٧)</sup> ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، دار الكتب العلمية -

لبنان/ بيروت - ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، ط ١ تحقيق: ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد

محمد تامر، ٤٥٨/٣ وما بعدها، أسباب اختلاف الفقهاء: أ.د. هاشم جميل عبد الله، دار افنان، دمشق ٢٦.

وأجيب عن ذلك: أن هذه الرواية التي رويت في الصحيح لم تذكر الزيادة التي تنص على أن النبي ﷺ وداه من عنده باعتباره والياً للمسلمين، وأن هذه الزيادة وإن وردت في روايات مرسله كما تقدم فإنه لا يُعمل بها على الإطلاق إلا أن تتوفر فيها شروط معينة<sup>(١٧١٨)</sup>.

ويجاب عن ذلك: بأن جمهور الفقهاء الذين استدلوا بالحديث المرسل على الإطلاق كالحنفية وغيرهم اعتمدوا هذه الرواية الصحيحة مع ما يؤيدها من المراسيل المتقدمة في إيجاب الدية على بيت مال المسلمين، لأنهم اعتبروا هذا المرسل من باب التوضيح والبيان للحديث الصحيح الثابت عن النبي ﷺ.

ومن جهة أخرى فإن من اشترط للعمل بالحديث المرسل شروطاً فإن هذا المرسل توفر فيه شرط مهم من الشروط التي اشترطها الإمام الشافعي رحمه الله وهو أن يُروى المرسل من طريق آخر غير هذا الطريق<sup>(١٧١٩)</sup> وقد تقدم أن هذا المرسل روي من ثلاث طرق من طريق عكرمة والزهري وعروة والتي يقوي بعضها البعض فأتضح أن هذه الرواية الصحيحة من حديث عائشة رضي الله عنها مع الزيادات الواردة في هذه المراسيل تنهض دليلاً لإيجاب الدية والضمان في بيت مال المسلمين فيما إذا وقع القتل خطأ من القاضي أو من ينوب عنه.

٣. عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: ((بعث النبي ﷺ خالد بن أبي الوليد إلى بني جذيمة، فلم يحسنوا أن يقولوا: أسلمنا، فقالوا: صبتنا، صببتنا، فجعل خالد يقتل ويأسر، ودفع إلى كل رجلٍ منا أسيره، فأمر كل رجلٍ منا أن يقتل أسيره، فقلت: والله لا أقتل أسيري، ولا يقتل رجلٌ من أصحابي أسيره، فذكرنا ذلك للنبي ﷺ، فقال: اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد، مرتين))<sup>(١٧٢٠)</sup>، وزاد الباقر في روايته: ((ثم دعا رسول الله ﷺ علياً فقال: اخرج إلى هؤلاء القوم واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك، فخرج حتى جاءهم ومعه مالٌ فلم يبق لهم أحدٌ إلا وداه))<sup>(١٧٢١)</sup>.

ووجه الدلالة: أن خالد بن الوليد لما سمع بني جذيمة يقولون: صبتنا صببتنا، أسرع فيهم القتل لأنه من قريش وقريش كانوا يقولون لكل من أسلم صباً حتى صاروا يطلقون هذه اللفظة في مقام الذم لكل من أسلم يومئذٍ بينما بنو جذيمة لم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا بسبب شدة الموقف، فحمل خالد ﷺ قولهم (صبتنا صببتنا) على فهم لغة قومه قريش أي خرجوا من دين إلى دين فلم يكتفِ خالدٌ بذلك وإنما أراد

<sup>(١٧١٨)</sup> ينظر: البحر المحيط: ٤٦٦/٣ وما بعدها، أسباب اختلاف الفقهاء: ٢٦.

<sup>(١٧١٩)</sup> ينظر: شرح فتح القدير: ٢٤/٥، البحر المحيط: ٤٥٨/٣-٤٦٦، أسباب اختلاف الفقهاء: ٢٦.

<sup>(١٧٢٠)</sup> ينظر: صحيح البخاري: ١٥٧٧/٤، برقم (٤٠٨٤)، باب بعث النبي ﷺ خالد بن الوليد إلى بني جذيمة.

<sup>(١٧٢١)</sup> ينظر: الثقات: محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، دار الفكر - ١٣٩٥ - ١٩٧٥، ط١ تحقيق:

أن يصرحوا بالإسلام<sup>(١٧٢٢)</sup>، ومن وجه آخر كما قال الخطابي: (ويحتمل أن يكون خالد نقم عليهم العدول عن لفظ الإسلام لأنه فهم عنهم أن ذلك وقع منهم على سبيل الأنفة ولم يبقوا إلى الدين)<sup>(١٧٢٣)</sup> فقتلهم خالد بناءً على اجتهاده في كونهم كفاراً ولم يظهروا كذلك، وهي الحكمة من براءته ﷺ من فعل خالد هذا، ومع ذلك فإن التبرأ من الفعل لا يستلزم إثم فاعله لأن فعله هذا مبني على الاجتهاد، كما أن ظاهر تبرأ النبي ﷺ من فعل خالد دليل على أنه لا تلزمه الدية والتعويض<sup>(١٧٢٤)</sup>. ويؤكد ذلك رواية الباقر أنه ﷺ بعث علياً ليدفع دية من قتلهم خالد، وهذا دليل واضح على عدم تحمل القاضي أو عاقلته دية خطاه فيما يعمل فيه لصالح المسلمين<sup>(١٧٢٥)</sup>.

٤. عن أبي هريرة ﷺ قال: ((جاء ماعز الأسلمي إلى رسول الله ﷺ فقال إنه قد زنى، فأعرض عنه ثم جاء من شقه الآخر فقال يا رسول الله إنه قد زنى فأعرض عنه، ثم جاء من شقه الآخر فقال يا رسول الله إنه قد زنى، فأمر به في الرابعة فأخرج إلى الحرة فرجم بالحجارة فلما وجد مس الحجارة فرّ يشند حتى مرّ برجلٍ معه لحي جملٍ فضر به وضربه الناس حتى مات، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ أنه فرّ حين وجد مس الحجارة ومس الموت، فقال رسول الله ﷺ: هلا تركتموه - وفي رواية الحاكم - قال ﷺ: هلا تركتموه لعله يتوب ويتوب الله عليه))<sup>(١٧٢٦)</sup>، وزاد صاحب كتاب الروضة البهية: ... ((ووداه رسول الله ﷺ من بيت المال)<sup>(١٧٢٧)</sup> وجه الدلالة: أن النبي ﷺ حينما وصله خبر هروب ماعز عند إقامة الحد أنكر عليهم لحوقهم به وقتله، لأنه إنما قضى عليه بالرجم بناءً على إقراره، فقد يكون هروبه إما رجوعاً عن الإقرار فيعد حينئذٍ خطأ عائداً إلى وسائل الإثبات، أو هروباً من الموت، ففي إقامة الحد عليه - بعد هروبه - شبهة، والحدود إنما تُدرأ بالشبهات.

وظاهر الحكم من إنكاره ﷺ عودتهم إليه سقوط الحد عنه، فحينئذٍ لا يجوز قتله بذلك الذنب<sup>(١٧٢٨)</sup>، كما أن النبي ﷺ حينما قضى عليه بذلك إنما كان قاضياً بين المسلمين في حدود الله تعالى ولعامّة مصالحهم ولعل إداءه ماعزاً من بيت مال المسلمين لأن الحد هنا اعترفته شبهة الخطأ الذي وقع بفعل أصحابه عند عودتهم إليه فاعتبر هذا الخطأ عائداً إلى القاضي ولهذا جاء في الروضة البهية (ووداه رسول الله ﷺ من بيت المال)<sup>(١٧٢٩)</sup>.

<sup>(١٧٢٢)</sup> ينظر: فتح الباري: ٧/٣٠٣.

<sup>(١٧٢٣)</sup> ينظر: المصدر نفسه: ٧/٣٠٣.

<sup>(١٧٢٤)</sup> ينظر: فتح العلي المالك: ١/٣٨٠، فتح الباري: بشرح صحيح البخاري: ١٣/٢١٨.

<sup>(١٧٢٥)</sup> ينظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ١٣/٢١٨.

<sup>(١٧٢٦)</sup> ينظر: سنن الترمذي: ٤/٣٦، برقم (١٤٢٨)، باب ما جاء في درء الحد عن المعتزف إذا رجع، وقال الترمذي: حديث حسن، سنن أبي داود: ٤/١٤٥، برقم (٤٤١٩)، باب رجم ماعز بن مالك، المستدرک على الصحيحين: ٤/٤٠٤، برقم (٨٠٨٢)، وقال الحاكم: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

<sup>(١٧٢٧)</sup> ينظر: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: زين الدين بن علي بن احمد العاملي، دار العالم الاسلامي الجزء التاسع، كتاب الحدود، فصل حد الزنا، الجمع بين الجلد والرجم في المحصن.

<sup>(١٧٢٨)</sup> ينظر: الفتاوى الهندية: ٣/٣٤١، الروضة البهية، الجزء التاسع، كتاب الحدود، فصل الزنا، الجمع بين الجلد والرجم في المحصن.

<sup>(١٧٢٩)</sup> ينظر: الروضة البهية، الجزء التاسع، كتاب الحدود، فصل الزنا، الجمع بين الجلد والرجم في المحصن.

وُجِبَ عن توجيه هذا الحديث: بأن النبي ﷺ إنما أنكر عليهم عودتهم إليه ورجمه حتى القتل إنما كان ذلك لفتح باب التوبة له وعدم الإجهاز عليه، لأنه هرب ورجع في إقراره ليكون هذا الرجوع خطأ في إقامة الحد عليه فيتحملة القاضي، فقوله ﷺ: ((هلا تركتموه)) مراده: عسى أن يتوب عن ذنبه فلا يعود إليه بعد ذلك.

وأما الزيادة التي في الحديث المستدل به وهي قوله: ((فوداه رسول الله ﷺ من بيت المال)) فلا أصل لها في كتب السنن والآثار، والذي يبدو أن من جاء بهذه الزيادة حينما استدل بحديث ماعز بكافة رواياته وعلى اختلاف هذه الروايات استنبط منها أن دية خطأ القاضي أو خطأ من ينوب عنه في إقامة الحد إنما تقع على بيت المال فأدرج الراوي هذه الزيادة في نص هذه الرواية فنسبها إلى النبي ﷺ.

**وأجيب عن هذا:** بأن أصل حديث رجم ماعز ﷺ، وهروبه ثابت بسند صحيح<sup>(١٧٣٠)</sup> وأن النبي ﷺ أنكر عليهم عودتهم إليه لأنه قد يكون هروبه رجوعاً عن إقراره فعَدَّ ذلك ﷺ خطأ منهم في إقامة الحد عليه، فكان هذا الخطأ شبهة اعترت هذا الحد فيجب درؤه ولهذا فهو خطأ يتحملة بيت مال المسلمين لأن القاضي نائب عنهم فيتحمل خطأهم لأنهم تولوا تنفيذ أمره فأخطأوا فيه فيتحملة ولي أمر المسلمين، ولأن صوابه يكون لصالحهم فكذلك خطأه يتحملة بيت المال عملاً بقاعدة (الغنم بالغرم)<sup>(١٧٣١)</sup>.

٥. واستدلوا أيضاً: بأن خطأ القاضي غالباً ما يكثر وقوعه ولا سيما إذا كان خطأ معتاداً في عرف القضاة وذلك لكثرة تصرفاته وفيما يرد عليه من دعاوى وأقضية وشكاوى، فاحتمالية وقوع الخطأ منه واردة، فإيجاب الضمان عليه أو على عاقلته إجحاف في حقه وحقهم ومضرة بهم فكلمة أخطأ القاضي تنكرر عليه وعليهم الدية، ولأن أحكام الشريعة الإسلامية مبنية على التخفيف لقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾<sup>(١٧٣٢)</sup> فاقتضى ذلك التخفيف عنه بجعل دية خطأه يتحملها بيت

<sup>(١٧٣٠)</sup> عن جابر ﷺ: ((أن رجلاً من أسلم جاء إلى النبي ﷺ فاعترف بالزنا فأعرض عنه النبي ﷺ حتى شهد على نفسه أربع مرات، قال له النبي ﷺ: أبك جنون، قال: لا، قال: أحصنت، قال: نعم، فأمر به فرجم بالمصلى فلما أدلقتة الحجارة فرَّ فأدرك فرُجم حتى مات فقال له النبي ﷺ خيراً وصلى عليه)). ينظر: صحيح البخاري: ٦/٢٥٠٠، برقم (٦٤٣٤)، باب الرجم بالمصلى، صحيح مسلم: ١٣١٨/٣، برقم (١٦٩١)، باب من اعترف على نفسه بالزنى.

<sup>(١٧٣١)</sup> ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة

العلمية - بيروت، ٦٢٢، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية: أ.د. محمد عثمان شبير

دار النفائس - عمان، ط٢، ٢٠٠٧، ٣١٦.

<sup>(١٧٣٢)</sup> سورة النساء: آية ٢٨. ينظر: تكملة المجموع: ٢٣/٢٤٩.

- مال المسلمين<sup>(١٧٣٣)</sup>. ومن جهة أخرى فلو جعلنا دية خطأ القاضي في ماله أو مال عاقلته فإنه سيكون سبباً رئيسياً ومباشراً في ابتعاد القاضي عن منصب القضاء الذي له دوره المهم في حياة المسلمين وبالتالي يؤدي ذلك إلى خلو هذا المنصب ممن هو أهل له وأشغاله بأناس بعيدين عن القضاء وليسوا من أهله مما يؤدي إلى ضياع حقوق الناس وتحقق الظلم الذي نهى الله تعالى عنه.
٦. واستدلوا أيضاً: بأن القاضي وكيلٌ عن الله تعالى بين المسلمين ولا سيما في إقامة الحدود، ومن المعلوم أن خطأ الوكيل لا ضمان عليه فيما تلف بلا تعدٍّ ولا تفریط بل يتحمل ذلك موكله، وعليه فيعتبر خطأ القاضي في إقامة الحد على بيت المال، لأنه وكيلٌ لعموم المسلمين ويتصرف لعمومهم فحكمه كحكم الوكيل، لأن الوكيل لا يتحمل الخطأ الذي لم يتعمد فيه بلا تعدٍّ، ولذا يجب الضمان في بيت مال المسلمين<sup>(١٧٣٤)</sup>.
٧. يعتبر الفقهاء القاضي نائباً عن الله تعالى في إقامة الحدود، وكذلك ينوب المسلمين فيها، لأنه يعمل لعامتهم ولعود منفعتها إليهم وهو زجر الجناة وردعهم، لأن المقصود تطهير دار الإسلام عن ارتكاب الفواحش فيها، فإذا وقع خطأ في إقامة الحدود عندما يكون هذا المقصود، فإن خطأ القاضي حينئذٍ يتحملة بيت مال المسلمين<sup>(١٧٣٥)</sup>.
٨. إن القاضي إذا قضى في حقوق الله تعالى كالحدود التي ورد تجريمها وعقوبتها بنصٍّ فلا يمكن إيجاب الضمان عليه إذا أخطأ فيها، وسبب ذلك أنه لو تحمل القاضي دية خطأه لكان خطأه هذا باعتباره خصماً لا قاضياً، فلا يلحق هذا الحكم بما يكون قاضياً في حقوق نفسه، ولذا تعذر إيجاب الضمان عليه، لأنه في هذه الحالة أصبح قاضياً في حقوق الله تعالى ولصالح المسلمين وليس في حقوق نفسه<sup>(١٧٣٦)</sup>.
٩. إذا عزر القاضي أحداً أو زاد في عقوبة التعزير وهو يقصد بذلك التأديب لا الإتلاف، وكان ذلك مبنياً على اجتهاد القاضي، فأدى ذلك إلى هلاك نفس أو تلف عضو أو منفعته، فإنه لا ضمان عليه بل يجب في بيت مال المسلمين، وسبب ذلك أن القاضي أقام هذا التعزير بأمر الشرع وأمر الشرع لا يتقيد بشرط السلامة لأنه لم يقصد الهلاك ابتداءً بل كان غالب ظنه السلامة، وغالب العقوبات التعزيرية لا تحقق هلاكاً أو فقد عضو أو منفعته، ولهذا إذا حصل شيء من ذلك فإن الدية تجب في بيت المال، لأن خطأ القاضي هذا إنما فعله للتأديب ونفعه إنما يعود على عامة المسلمين<sup>(١٧٣٧)</sup>.
- أدلة المذهب الثاني:**

استدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١٧٣٣) ينظر: المغني: ١٨٤/٩-١٨٥، شرح منتهى الإرادات: ٣/٣٢٩، كشاف القناع: ٦١/٦، قواعد الأحكام في

مصالح الأنام: أبي محمد عز الدين السلمي، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٠٧/١.

(١٧٣٤) ينظر: المغني: ١٨٤/٩، شرح منتهى الإرادات: ٣/٣٢٩، كشاف القناع: ٦١/٦.

(١٧٣٥) ينظر: المبسوط: ٥١/٩ و ٦٥، بدائع الصنائع: ٩/١٣٨، تكملة المجموع: ٢٣/٢٤٩، المغني: ٩/١٨٤، شرح منتهى الإرادات: ٣/٣٢٩.

(١٧٣٦) ينظر: المبسوط: ٥١/٩-٥٠، مطالب أولي النهى: ١٤٢/٦.

(١٧٣٧) ينظر: العناية شرح الهداية: ٥/٣٥٢، شرح الخرشبي: ٨/١١١، تكملة المجموع: ٢٣/٢٤٩، المغني: ٩/١٨٤، كشاف القناع: ٦١/٦، شرح منتهى الإرادات: ٣/٣٢٩.

١. قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقِيَّةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾<sup>(١٧٣٨)</sup>.  
وجه الدلالة: أن دية قتل الخطأ إنما تقع على الجاني إذا وقع ذلك منه خطأ تخفيفاً عن كاهله  
ومراعاةً لنفسيته وأنه لم يقصد القتل وإنما وقع ذلك خطأ منه فقد قضى النبي ﷺ بتحمل العاقلة دية  
الخطأ<sup>(١٧٣٩)</sup> وهو واحدٌ منهم<sup>(١٧٤٠)</sup>، وبما أن خطأ القاضي يعود إلى اجتهاده لذا فإن الدية تقع على  
عاقلته إذا ثبت خطأه في الحكم بعد التنفيذ.

وأجيب عن هذا: بأن خطأ القاضي يعود على عامة المسلمين وليس على خاصة نفسه، لأنه يعمل  
لحقوق الله تعالى ويرجع نفعه في ذلك إلى عامة المسلمين لذا تكون الدية في بيت مال المسلمين  
وليس على عاقلته، ولأنه إذا ألزمت عاقلته دية خطأه فإن ذلك إجحافٌ بحقهم، ثم إنه إذا أوقنا  
الضمان عليه وعلى عاقلته فسيؤدي ذلك إلى ابتعاد من هو أهل للقضاء عن هذا المنصب بسبب ذلك  
الضمان<sup>(١٧٤١)</sup>.

٢. عن الحسن رحمه الله تعالى قال: (أرسل عمر ﷺ إلى امرأة مغيبة كان يُدخل عليها، فأنكر  
ذلك فقيل لها: أجيبني عمر، فقالت: يا ويلها مالها ولعمر؟ قال: فبينما هي في الطريق فزعت فضمها  
الطلق فدخلت داراً، فألقت ولدها، فصاح الصبي صيحيتين فمات، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ  
فأشار عليه بعضهم: أن ليس عليك شيءٌ إنما أنت وال مؤدبٌ، قال: وصمت علي فأقبل عليه عمر،  
فقال: ما تقول؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا في هوك، فلم ينصحوا  
لك، أرى أن ديتك عليك، لأنك أنت أفر عتها، وألقت ولدها في سبيلك، فقال عمر: أقسمت ألا تبرح  
حتى تقسمها على قومك،  
أي بني عمي من قریش)<sup>(١٧٤٢)</sup>.

وجه الدلالة: أن علياً ﷺ عندما تيقن من خطأ عمر ﷺ وأنه كان سبباً في إسقاط الطفل وموته جعل  
دية خطأ عمر في عاقلته وأقره عمر على ذلك بأن قال له: (أقسمت عليك أن تجعلها في قومك)،  
وكان ذلك بعد أن أشار عليه غير علي بأن الدية تكون في بيت المال لكن عمر ﷺ أخذ بقول علي ﷺ  
بمحضر الصحابة جميعاً فدل ذلك على أن خطأ القاضي المبني على الاجتهاد إنما تتحمله  
عاقلته<sup>(١٧٤٣)</sup>.

<sup>(١٧٣٨)</sup> سورة النساء: آية ٩٢.

<sup>(١٧٣٩)</sup> ينظر: صحيح البخاري ٢٥٣٦/٦ برقم (٦٥١٢) باب دية جنين المرأة، صحيح مسلم ١٣٠٩/٣ برقم (١٦٨) باب دية الجنين، سنن  
ابن ماجه: ٨٧٩/٢، برقم (٢٦٣٣)، باب الدية على العاقلة.

<sup>(١٧٤٠)</sup> ينظر: الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الشعب - القاهرة ٣١٥/٥، تفسير القرآن العظيم:  
إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء، دار الفكر - بيروت - ١٤٠١، ٥٣٥/١.

<sup>(١٧٤١)</sup> ينظر: المبسوط: ٥١-٥٠/٩، العناية شرح الهداية: ٣٥٢/٥، المغني: ١٨٤-١٨٥.

<sup>(١٧٤٢)</sup> ينظر: نصب الرأية: ٣٩٨/٤، تلخيص الحبير في أحاديث الراعي الكبير: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني - المدينة  
المنورة - ١٣٨٤ - ١٩٦٤، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني ٦٩/٤، المصنف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني،

المكتب الإسلامي - بيروت - ٢٠٠٣، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي ٤٥٨/٩، برقم (١٨٠١٠)، باب من أفرعه السلطان.

<sup>(١٧٤٣)</sup> ينظر: المغني: ١٨٥/٩، تكملة المجموع: ٢٤٩/٢٣.



## وأجيب عن ذلك بما يأتي:

١. أن هذا الأثر المروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه لا يصح سنده لوجود انقطاع فيه بين الحسن رحمه الله وعمر رضي الله عنه ولهذا قال الإمام الرافعي: إنه حديث منقطع<sup>(١٧٤٤)</sup>، وبعد تتبعنا كتب الآثار والروايات فلم نجد هذه الرواية موصولة من هذا الطريق أو من طريق آخر، حتى يمكن الاعتماد عليها كدليل يبنى عليه إيجاب الدية على عاقلة القاضي إذا أخطأ.
  ٢. ويجاب أيضاً بأن سيدنا عمر رضي الله عنه كان له الحق أن يبعث إليها بصفته قاضياً إذا رابه شيء أمرها باعتباره والياً للمسلمين إلا أنه لم يفعل شيئاً أصلاً ، وذلك لأنها لم تصل إلى محل قضاء عمر لأنها ألفت صبيها قبل وصولها إليه، فلم تكن هناك محاكمة أو إيضاح لأدلة الإثبات أو النفي أو شيء من ذلك القبيل، وإنما تكون عليه دية ولدها فيما لو باشر ضربها مثلاً وهذا لم يحدث أصلاً لذا فإن هذا الأثر لا يصح مستنداً لما ذهب إليه أصحاب هذا المذهب، والصواب والله أعلم أنه لا يلزمه أو عاقلته شيء في ضمانها، وإنما يتحمل دية خطأه بيت مال المسلمين<sup>(١٧٤٥)</sup>.
  ٣. ورد في الأثر أن علياً بن أبي طالب رضي الله عنه قال: (ما أحد يموت في حد من الحدود فأجد في نفسي منه شيء إلا الذي يموت في حد الخمر فإنه شيء أحدثناه بعد النبي صلى الله عليه وسلم فمن مات منه فديته إما في بيت المال وإما على عاقلة الإمام - الشك من الشافعي -)<sup>(١٧٤٦)</sup> وفي رواية أخرى عن علي رضي الله عنه: (ما كنت أقيم على أحد حداً يموت منه فأجد منه في نفسي إلا صاحب الخمر لأنه إن مات وديته، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسئ<sup>(١٧٤٧)</sup>).
- وجه الدلالة:** أن الصحابة رضي الله عنهم في خلافة عمر رضي الله عنه زادوا عقوبة شارب الخمر أربعين جلدَةً أخرى تعزيراً، ومن المعلوم يقيناً أن حد شارب الخمر أربعين جلدَةً، كما صحَّ عن النبي صلى الله عليه وسلم ((أنه أتى برجلٍ شرب الخمر فجلده بجرديتين نحو أربعين))<sup>(١٧٤٨)</sup> وكان العمل عليه زمنه صلى الله عليه وسلم وخلافة أبي بكر الصديق وزمناً من خلافة عمر<sup>(١٧٤٩)</sup>، فلما استخف الناس بالأربعين جلدَةً فتمادوا في شرب الخمر زادها الصحابة أربعين أخرى حيث قالوا: من شرب الخمر فقد هذى ومن هذى فقد افترى نرى أن نوقع عليه حد القذف فاتفق الصحابة على ذلك مع عدم ظهور المخالف<sup>(١٧٥٠)</sup>، وبما أن هذه الزيادة أحدثت عن طريق القياس والاجتهاد لذا فإن من يموت من جراء هذه الزيادة عند إقامة الحد عليه بناءً على هذا الاجتهاد من القاضي فإن ديته تقع على عاقلته، لأن الحدود منصوصٌ عليها في كتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم. ولهذا فإن أي زيادة يزيد بها القاضي على أي حد من حدود الله تعالى فيقع

(١٧٤٤) ينظر: تلخيص الحبير: ٦٩/٤.

(١٧٤٥) ينظر: تكملة المجموع: ٢٤٩/٢٣.

(١٧٤٦) ينظر: الأم: ٩٤/٦، تلخيص الحبير: ١٥٣/٤، سنن البيهقي الكبرى: ٣٢٢/٨، برقم (١٧٣٢٨)، باب الشارب يغرب زيادة على الأربعين فيموت في الزيادة.

(١٧٤٧) صحيح البخاري ١٣٣٢/٢ برقم (١٧٠٧) باب حد الخمر.

(١٧٤٨) ينظر: صحيح مسلم: ١٣٣٠/٣، برقم (١٧٠٦)، باب حد الخمر.

(١٧٤٩) ينظر: صحيح مسلم: ١٣٣٠/٣.

(١٧٥٠) ينظر: سنن النسائي: ٢٥٣/٣، برقم (٥٢٨٩)، باب إقامة الحد على من شرب الخمر على التأويل، سنن أبي داود: ١٦٦/٤، برقم

(٤٤٨٨ و ٤٤٨٩)، باب إذا تتابع في شرب الخمر، وله شاهد في صحيح مسلم: ١٣٣١/٣، برقم (١٧٠٦)، باب حد الخمر.

خطأ من جراء هذه الزيادة فإن القاضي يتحمل مسؤولية ما تؤدي إليه هذه الزيادة لأن مبناهما الاجتهاد<sup>(١٧٥١)</sup>.

ولذا فإن سيدنا علي لازال يجد في نفسه شيئاً من تلك الزيادة التي زادوها تعزيراً ويؤيد هذا ما ثبت في صحيح مسلم أيضاً أنه قال: (أن رسول الله ﷺ لم يسنه - وفي رواية أبي داود - ... ولم يسن فيه شيئاً إنما هو شيء قلناه نحن)<sup>(١٧٥٢)</sup> وعليه فما كان مبناه الاجتهاد عند إقامة الحدود فإن دية تقع على القاضي وعاقلته.

**وأجيب عن هذا الدليل :** بأنه لا خلاف بين العلماء في أن خطأ القاضي يوجب الضمان ، إلا أن الخلاف حصل فيمن يتحمل الضمان والدية عند حصول أي ضرر مبني على خطأ القاضي المبني على الاجتهاد سواء أكان في قتل نفس أو تلف عضو أو منفعة، ومع هذا فإن هاتين الروايتين لم تبين أن الدية تقع على عاقلة القاضي أو على بيت المال ولهذا شك الإمام الشافعي بدليل أنه قال : (إما في بيت المال وإما على عاقلة الإمام)<sup>(١٧٥٣)</sup>، وفي رواية صحيح مسلم حينما قال سيدنا علي ﷺ: (إلا صاحب الخمر لأنه إن مات وديته) فيحتمل أن المراد أنه وداه من بيت المال باعتباره خليفة للمسلمين وهو المسؤول عن بيت المال، ومع احتمال دلالة قوله: (إن مات وديته) تجب في عاقلته فالذي يدفع هذا الاحتمال الجمع بين هذا الدليل وأدلة المذهب الأول التي تدل على وجوب الدية في بيت المال فالدليل هنا إنما يصح لمن قال أن الدية تقع في بيت المال جمعاً بين الأدلة لأن هناك عدة روايات تزيل هذا الشك وتدل على أن الدية تقع في بيت المال كما تقدم في أدلة المذهب الأول.

٤. إن التعزير أثر متروك للقاضي فهو الذي يجوز له ذلك باستشارة أهل الحل والعقد ولذا فله أن يفعله وله أن لا يفعله ولا يأت بتركه باعتباره قاضياً والدليل على ذلك أنه ارتكبت جرائم تعزيرية في عهده ﷺ ولم يُعاقب عليها، فخطأ القاضي المبني على اجتهاده والذي يترتب عليه ضررٌ يوجب الضمان عليه وعلى عاقلته ، لأنه اجتهد في أمر كان يمكن أن يترك إقامة التعزير فيه لأن جواز التعزير له مقيّد بشرط السلامة وقد حصل ضررٌ من جراء هذا التعزير الذي كان مبناه اجتهاده<sup>(١٧٥٤)</sup>.

**ويُجاب عن ذلك:** بأن القاضي يجوز له إقامة التعزير وعدمه فيما إذا كانت الجريمة في حق الله تعالى ولم تبلغ حدّاً، أما في حقوق العباد فلا يصح له تركه حينئذٍ، لأن ترك القاضي للتعزير فيما بين حقوق الناس سيؤدي إلى فساد المجتمع وظلم الناس بعضهم بعضاً لأن الهدف من القضاء تطهير ديار المسلمين عن ارتكاب الفواحش فيها ، فكما أن الحدود وسيلة لهذا الهدف<sup>(١٧٥٥)</sup> فكذلك العقوبات التعزيرية وسيلة من الوسائل المهمة للزجر والردع عن كثير من الجرائم المعاصرة التي لم يوجد

<sup>(١٧٥١)</sup> ينظر : الأم: ٩٤/٦.

<sup>(١٧٥٢)</sup> ينظر : صحيح مسلم: ١٣٣٢/٢، برقم (١٧٠٧)، باب حد الخمر، سنن أبي داود: ١٦٥/٤، برقم (٤٤٨٦)، باب إذا تتابع في شرب الخمر.

<sup>(١٧٥٣)</sup> ينظر : الأم: ٩٤/٦، تلخيص الحبير: ١٥٣/٤.

<sup>(١٧٥٤)</sup> ينظر : تكملة المجموع: ٢٤٩/٢٣.

<sup>(١٧٥٥)</sup> ينظر : المبسوط: ٥٠/٩، تكملة المجموع: ٢٤٩/٢٣.

نصٌ ينص على تجريمها، وترك الشارع الحكيم أمر عقوبتها لولي الأمر باستشارة أهل الحل والعقد لاتخاذ الوسائل المناسبة للردع عن أي جريمة بما يراه من عقوبات تؤدي إلى الكف عن هذه الجرائم التعزيرية.

ومن هنا فإن امتناع القاضي عن إقامة العقوبات التعزيرية بذريعة الوقوع في الخطأ فإن هذا بابٌ يفتح على مصراعيه للجناة في الإقدام على الجرائم التي تضر بعامة المسلمين وهذه مفسدة لا بد من درئها بواسطة القضاء فتكون مقدمة على مصلحة خشية الوقوع في الخطأ في إقامة العقوبات التعزيرية لأن من أمن العقوبة أساء الأدب.

ومن هنا فإن القول بإيجاب الضمان على بيت المال في هذه الحالة وغيرها عند خطأ

القاضي له دورٌ كبيرٌ في سلامة القضاء وقدسيته وكذلك استتباب الأمن وأن لا يبالي القاضي في إيقاع أي عقوبة مناسبة للردع عن أي جريمة يراها القاضي تؤدي بمصالح الأمة وتحقق المفسدة لها.

٥. واستدلوا أيضاً على أن الدية تقع على عاقلة القاضي عن طريق القياس ومن عدة أوجه :  
**الوجه الأول:** قياساً على المفتي في فتواه إذا بان خطؤه بعد إصدار فتواه وتسبب في خطئه المبني على الاجتهاد ضرراً على المستفتي فإنه يضمن ولا سيما إذا كان أهلاً للفتوى، فكذلك القاضي يضمن ما تسبب في خطئه من تلفٍ أو ضرر بسبب قضائه المبني على الاجتهاد<sup>(١٧٥٦)</sup>.

**الوجه الثاني:** قياساً على الخطأ الشخصي فإن الشخص إذا أخطأ فتسبب بخطئه ضرراً فإن عاقلته تتحمل خطئه، فشان القاضي في هذا شأن غيره عملاً بعموم الأدلة<sup>(١٧٥٧)</sup>.

**الوجه الثالث:** قياساً على ضرب الزوج لزوجته والجامع بين خطأ الزوج وخطأ القاضي أن كلاهما وقع منه الخطأ ويجوز لهما التأديب فإن خطأ القاضي تتحملة عاقلته<sup>(١٧٥٨)</sup>.

**الوجه الرابع:** وكذلك قاسوا خطأ القاضي على خطأ المعلم إذا ضرب صبيماً أدباً معهوداً في العرف فأفضى إلى تلفٍ فتضمن عاقلته دية خطأ المعلم، فكذلك القاضي إذا عاقب عقوبة معهوداً في العرف فأخطأ فأفضى إلى موتٍ أو تلفٍ عضو فتجب دية خطئه على عاقلته<sup>(١٧٥٩)</sup>.

**وأجيب عن أوجه القياس هذه بما يأتي:**

<sup>(١٧٥٦)</sup> ينظر: الموسوعة الفقهية: ١٧٥/١٩.

<sup>(١٧٥٧)</sup> ينظر: تكملة المجموع: ٢٤٩/٢٣.

<sup>(١٧٥٨)</sup> ينظر: تكملة المجموع: ٢٤٩/٢٣.

<sup>(١٧٥٩)</sup> ينظر: الأحكام السلطانية والولايات الدينية: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي

أ. أما قياسهم على خطأ المفتي فيُجاب عنه بأن المفتي إذا كان أهلاً للفتوى والاجتهاد فإن خطأه يتحملة بيت المال باعتباره يعمل لله تعالى ولصالح المسلمين، فكذلك القاضي فإنه يعمل لذلك، لذا فتجب دية خطأه في بيت المال<sup>(١٧٦٠)</sup>.

ب. وأما قياسهم على الخطأ الشخصي فقياسٌ مع الفارق ولأنه يخالف الإجماع وقواعد القياس، فقد أجمع العلماء كما تقدم بأن الخطأ الشخصي للقاضي تتحملة عاقلته، لأن في خطأه هذا إنما عمل فيه لنفسه فلا يتحمل المسلمون خطأ كهذا، وأما مخالفته لقواعد القياس فإن خطأ القاضي في مصلحة المسلمين يختلف عن خطأه الشخصي والفارق بين الأمرين واضح، ولذا قلنا أن هذا قياسٌ مع الفارق فيختلف الحكم بين الأمرين<sup>(١٧٦١)</sup>.

ج. وأما قياسهم خطأ القاضي على ضرب الزوج لزوجته فلا يصح، لأن ضمان الزوج من ضربه لزوجته حالة الخطأ محل خلاف بين الفقهاء وما كان محل خلاف لا يصح أصلاً في القياس<sup>(١٧٦٢)</sup>.

د. وأما قياسهم خطأ القاضي على خطأ المعلم إذا ضرب ضرباً معهوداً وأدى ذلك إلى تلف، فإن هناك فرقاً بين الأمرين لأن خطأ المعلم إنما يخص طبقة من الناس فيكون خاصاً بهم ولا يتعدى ذلك إلى غيرهم، أما خطأ القاضي فإنه يكون في عامة المسلمين وكافة مصالحهم المتعلقة بحقوق الله تعالى أو حقوق الأدميين، وهذا وجه الفرق بين الأمرين<sup>(١٧٦٣)</sup>.

**الترجيح:** بعد عرض أقوال المذهبيين ومناقشة أدلتهم فالذي يبدو والله أعلم أن القول الراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، وهو أن دية خطأ القاضي يتحملها بيت مال المسلمين وذلك لما يأتي:

١. أن القاضي في قضائه إنما يُعتبر عاملاً لله تعالى ولصالح المسلمين وكذلك لا اعتبره نائباً عنهم فهو يعمل لمنفعتهم ولصالحهم ولذلك فإن خطأه يتحملة المسلمون من بيت مالهم.
٢. أن خطأ القاضي المعتاد عرفاً غالباً ما يكثر وقوعه لكثرة ما يرد عليه من دعاوى فاحتمالية وقوع الخطأ منه واردة، لذا فإن إيجاب الضمان عليه أو على عاقلته إجحافٌ بحقه وحقهم لأنه كلما أخطأ القاضي وتكرر ذلك منه تكررت عليه وعليهم الدية، وهذا بدوره يُعد سبباً لابتعاد القضاة عن إشغال منصب القضاء الذي له دورٌ مهمٌ في حياة المسلمين وبالتالي سيؤدي ذلك إلى ضياع حقوق الناس وتحقق الظلم المنهي عنه.
٣. أن الحد إذا أقيم واعترته شبهة الخطأ في وسائل الإثبات أو في طريقة إقامة الحد أو في اجتهاد القاضي نفسه فإن دية هذا الخطأ إنما يتحملة بيت مال المسلمين، لأنه يعمل لصالحهم في إقامة هذه الحدود، ولأن إيجاب الضمان على القاضي يؤدي إلى امتناعه عن إقامة العقوبات الحدية أو التعزيرية خشية الوقوع في الخطأ، وهذا بدوره سيؤدي إلى فتح الباب للجنة في الإقدام على الجرائم وهذه مفسدة لا بد من درئها بواسطة القضاء فتكون مقدمة على مصلحة عدم الخطأ في إقامة العقوبات التعزيرية، ومن هنا فإن القول بإيجاب الضمان على بيت مال المسلمين في هذه الحالة وأمثالها له دورٌ كبيرٌ في قدسية القضاء وسلامته، وكذلك إشاعة روح الأمن وأن لا يبالي القاضي في إيقاع أي عقوبة

(١٧٦٠) ينظر: العناية شرح الهداية: ٣٥٢/٥.

(١٧٦١) ينظر: شرح منتهى الإرادات: ٣٢٩/٣.

(١٧٦٢) ينظر: تكملة المجموع: ٢٤٩/٢٣.

(١٧٦٣) ينظر: العناية شرح الهداية: ٣٥٢/٥.

يراها مناسبة لردع أي جريمة كانت مهما عظم حجم تلك العقوبة.

٤. إن المقصود من القضاء تطهير ديار المسلمين عن ارتكاب الفواحش وذلك عن طريق إقامة العقوبات على الجناة، فإذا أخطأ القاضي في ذلك فيكون ضمانه في بيت مال المسلمين لأن خطأ القاضي في عمله هذا لله تعالى ولعامتهم.
٥. وردت عدة روايات تنص على وجوب الدية في بيت مال المسلمين عند خطأ القاضي وإن كانت مرسلة فإن بعضها يقوي بعضاً مما يجعلها نصاً في محل النزاع، فتكون هذه المراسيل موضحة ومبينة للحديث الصحيح الوارد في قصة مقتل والد حذيفة رضي الله عنه. وبالمقابل فإن الأثر الذي استدل به أصحاب المذهب الثاني الوارد عن الحسن رحمه الله فيه انقطاع كما بينا بين الحسن وعمر رضي الله عنه.

#### المبحث الرابع

#### نصوص القانون العراقي في تحمل ضمان وتعويض خطأ القاضي في الحكم ومقارنته مع أقوال الفقهاء في الفقه الإسلامي

بعد أن تناولنا رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في (حكم تحمل دية خطأ القاضي في الحكم)، نتناول في هذا المبحث النصوص القانونية التي تناولت مسألة تعويض المتضرر من جراء خطأ القاضي في الحكم، ويتضمن مطلبين:

#### المطلب الأول

#### نصوص القانون العراقي التي تناولت تعويض المتضرر من جراء خطأ القاضي في الحكم

أورد المشرع العراقي في القانون المدني رقم ((٤٠)) لسنة ١٩٥١ نصاً عاماً يقضي بمسؤولية الدولة عن أعمال تابعيها ومنهم القاضي وذلك في المادة (٢١٩) والتي تنص على ما يأتي:

١. الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم.
  ٢. يستطيع المخدم - الدولة مثلاً - أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية.
  ٣. للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه.
- وبموجب هذا النص يستطيع المتضرر أن يطالب الدولة مباشرة عن الضرر الذي لحقه من جراء خطأ التابع (القاضي) بشرط أن لا يكون الضرر ناشئاً عن تعدد وليس مجرد وقوع الخطأ، غير أن الأصل فقهاً وقضاً أن أعمال القضاة لها حصانة، غير أن المشرع أخرج على هذا الأصل<sup>(١٧٦٤)</sup>

(١٧٦٤) ينظر: المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ): د. حسن علي الذنون، دار وائل للنشر، ط١، ٢٠٠٦: ٥٥٦.

فنص في المادة (٢٨٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) على مسؤولية القاضي عن الأضرار التي تقع نتيجة خطأ ارتكبه أثناء أداء وظيفته، والسبب في ذلك : هو المحافظة على استقلالية القضاء وعدم مساءلته عن أي خطأ يرتكبه أثناء أداء الوظيفة وإنما خص المشرع العراقي هذه الدعوى بأسباب محددة وشروط معينة، تمييزاً لها عن باقي الدعاوى المدنية التي ينطبق عليها نص المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي .

فنصت المادة (٢٨٦) من قانون المرافعات، على أن (لكل من طرفي الخصوم أن يشكو من القاضي أو هيئة المحكمة أو أحد قضاتها في الأحوال الآتية:

١. إذا وقع من المشكو منه - القاضي - غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم عند قيامه بأداء وظيفته بما يخالف أحكام القانون أو بدافع التحيز أو بقصد الإضرار بأحد الخصوم، ويُعتبر من هذا القبيل بوجه خاص تغيير أقوال الخصوم أو الشهود أو إخفاء السندات أو الأوراق الصالحة للاستناد إليها في الحكم.
  ٢. إذا قبل المشكو منه - القاضي - منفعة لمحاباة أحد الخصوم.
  ٣. إذا امتنع القاضي عن إحقاق الحق، ويعتبر من هذا القبيل أن يرفض بغير عذر الإجابة عن عريضة قدمت له أو يؤخر ما يقتضيه بشأنها بدون مبرر (...).
- وبموجب هذه المادة يستطيع المتضرر أو ممثله أو الورثة رفع دعوى مدنية هدفها التعويض عن الضرر الذي لحقه ويجوز رفعها على القاضي المدني أو قاضي الجزاء لكن ليس لأي سبب أو أي خطأ وإنما نصت المادة (٢٨٦) وعلى سبيل الحصر في الأسباب الآتية<sup>(١٧٦٥)</sup>

١. إذا وقع من القاضي غش أو تدليس ونعني به انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه القانون وهو يقصد ذلك الانحراف، إما محاباة لأحد الخصوم أو نكايته في خصم أو تحقيقاً لمصلحة خاصة للقاضي أو أن يكون القاضي سيء النية، أو وقع من القاضي خطأ مهني جسيم بحيث لو اهتم به لما وقع منه ذلك الخطأ، أو لإهماله في عمله إهمالاً مفرطاً، كأن يتعلق هذا الخطأ الفاضح بالمبادئ القانونية أو بوقائع القضية الثابتة في ملف الدعوى سواء أكان متعمداً أو غير متعمد حسن النية أو سيئها، ولكن لا يجوز مخاصمة القاضي بسبب خطأه غير الجسيم كأن يكون في صحة إجراء معين أو خطأه في تقدير ثبوت الوقائع أو تغيير نص قانوني معين أو تكييفه، فخطأ القاضي في الحكم القضائي لا يترتب مسؤولية عليه وإنما يجوز للخصوم الطعن بالحكم بوسائل الطعن القانونية ولا يجوز التشكي من القاضي.
٢. قبول القاضي منفعة لمحاباة أحد الخصوم أي تحقق فائدة القاضي من أي نوع كانت مادية أو معنوية.
٣. إذا امتنع القاضي عن إحقاق الحق<sup>(١٧٦٦)</sup>.

ويتبين من نص المادة (٢٨٦) أنه يجوز لورثة المقتول أو وليه مطالبة القاضي الذي حكم على المقتول بالإعدام أو تحقق ضرراً على المجني عليه المطالبة بالدية أي التعويض إذا ثبت صحة

<sup>(١٧٦٥)</sup> ينظر: شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩: عبدالرحمن العلام، ط٢، ٢٠٠٨: ٤/٥٣١-٥٣٥، المرافعات المدنية:

د. آدم وهيب الندوي، ط٢، ٢٠٠٩: ٥٤-٥٦.

<sup>(١٧٦٦)</sup> ينظر: شرح قانون المرافعات المدنية: عبدالرحمن العلام: ٤/٥٣١-٥٣٥، المرافعات المدنية: د. آدم وهيب الندوي: ٥٥.

الشكوى المبنية على أحد الأسباب المنصوص عليها في نص المادة (٢٨٦)، والمهم فيها هو الخطأ المهني الجسيم، أما إذا أخطأ القاضي خطأ غير جسيم والذي يكون شائعاً جداً في عمل القضاة والذي على أساسه يمكن الطعن بأحكامهم، ففي هذه الحالة لا يستطيع ولي المجني عليه المطالبة بالتعويض<sup>(١٧٦٧)</sup>، وبموجب القانون المدني العراقي أن من حق ورثة المجني عليه المطالبة بالتعويض عند وجود ضرر متحقق على المجني عليه وذلك في المادة (٢٠٤) منه والتي تنص على: (كل تعدد يُصيب الغير بأي ضرر ... يستوجب التعويض)<sup>(١٧٦٨)</sup>.

المطلب الثاني

### حكم (تحمل دية أو تعويض خطأ القاضي في الحكم)

#### دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي ونصوص القانون العراقي

بعد الخوض في مسألة تحمل دية أو تعويض خطأ القاضي في الحكم في الشريعة الإسلامية وبيان أدلة فقهاء المسلمين في تحمل الدية، واستعراض نصوص القانون العراقي للمسألة ذاتها نتناول في هذا المطلب دراسة مقارنة لهذه المسألة في ضوء الفقه الإسلامي والقانون العراقي ونبين ذلك في النقاط الآتية:

١. نص الفقه الإسلامي كما هو القانون العراقي على أن خطأ القاضي خارج نطاق عمله لا تكون الدولة مسؤولة عنه بل يتحملة القاضي نفسه باعتباره خطأ شخصياً<sup>(١٧٦٩)</sup>.
  ٢. إن الشريعة الإسلامية تحرت في أسباب خطأ القاضي الدقة المتناهية وفصلت القول فيها بحيث لم تغفل أي طريق من الطرق التي من المتوقع أن يقع فيها خطأ من القاضي ومن ذلك - كما تقدم - الأسباب العائدة إلى خطأ الشهود أو وسائل الإثبات أو فتوى المفتي أو حتى إلى اجتهاد القاضي نفسه وهذا ما نص عليه حديث النبي ﷺ، بينما لم يتحرر القانون العراقي في النصوص التي تناولت خطأ القاضي جميع الأسباب التي يمكن أن يخطئ فيها القاضي بالدقة التي تناولتها الشريعة الإسلامية، ولذا اقتضت المادة (٢٨٦) على بيان بعض الأسباب ولم تنطرق إلى جميع الأسباب التي من الممكن أن يخطئ القاضي فيها، ولذا اقتصر على الخطأ المهني الجسيم والمحابة لأحد الخصوم والغش والتدليس وإخفاء السندات وغيرها.
- بينما تطرقت الشريعة الإسلامية إلى بيان أسباب الخطأ التي يمكن أن يخطئ فيها القاضي وكانت معتادة في عرف القضاة وانبنى عليها ضررٌ على المجني عليه، وحينئذٍ ستضمن الشريعة الإسلامية حق المجني عليه أو وليه بأن تلزم بيت المال بتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب خطأ القاضي المشروع، وستضمن أيضاً قدسية القضاء وحصانته من أن القاضي لا يتحمل دية ما أخطأ فيه عملاً بالقول الراجح في هذه المسألة، وعليه يكون نص المادة (٢٨٦) قاصراً عن معالجة المسؤولية عن الضرر الذي وقع نتيجة الخطأ اليسير فكان الأولى بالمشرع العراقي أن يعالج هذا النقص وأن يأتي

<sup>(١٧٦٧)</sup> ينظر: المرافعات المدنية: د. آدم وهيب النداوي: ٥٤-٥٦.

<sup>(١٧٦٨)</sup> ينظر: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية: القاضي جمال محمد مصطفى، بغداد، ٢٠٠٥م: ٢٠٠.

<sup>(١٧٦٩)</sup> ينظر: شرح منتهى الإيرادات: ٣/٣٢٩.

بنص يقوم على أساس تعويض (الضرر غير المشروع) بغض النظر عن كون الخطأ جسيماً أو يسيراً وتكون الدولة مسؤولة عن تعويض المتضرر أو ورثته إذا كان ذلك الضرر ناتجاً عن خطأ القاضي في الحكم، بل إن المادة (٢٨٦) من قانون المرافعات المدنية منعت مخاصمة القاضي بسبب خطأه غير الجسيم كأن يكون خطأً في إجراء معين أو تفسير نص قانوني أو تكييفه فلم ترتب عليه أو على الدولة أي مسؤولية، بل لا يجوز التشكي من القاضي في هذه الحالة أصلاً، بينما لم تفرق الشريعة الإسلامية في خطأ القاضي سواءً كان هذا الخطأ جسيماً أم يسيراً إذا بُني على ذلك ضررٌ تحقيقاً للعدالة<sup>(١٧٧٠)</sup>.

٣. تُعتبر الدولة مسؤولة في الشريعة الإسلامية عن خطأ القاضي في عمله الذي يسبب ضرراً على المجني عليه بغض النظر عن كون هذا الخطأ جسيماً أو غير جسيم - كما تقدم - وهذا ما أوصى به قانون إصلاح النظام القانوني رقم ((٣٥) لسنة ١٩٧٧) فقد اوصى باقامة مسؤولية الدولة على ركن الضرر وتأسيساً على فكرة الضمان لكن يجوز للدولة حق الرجوع على القاضي إذا نشأ الضرر عن تعمده أو خطأه الجسيم<sup>(١٧٧١)</sup>، ومع أن هذه التوصية لم يعمل بها المشرع العراقي وإنما أبقى العمل بنص المادة (٢١٩) والتي تنص على أنه (للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه)<sup>(١٧٧٢)</sup> بمعنى أن الدولة تدفع تعويضاً غير محدد للمتضرر إذا ثبت ضرره ثم تعود على القاضي بدفع قيمة ذلك التعويض للدولة، وإنما أراد قانون إصلاح النظام القانوني بتوصيته هذه أن يضمن القاضي في حالتين فقط وهما حالة تعمده في الخطأ أو ارتكابه خطأً جسيماً. أما الشريعة الإسلامية فإنها لم تفرق في خطأ القاضي بين أن يكون خطأً جسيماً أو غير جسيم فعند تحقق الضرر المبني على خطأ القاضي توجب الدية في بيت المال إنصافاً للمتضرر من جراء خطأ القاضي الذي تُنبيه الدولة في أعمالها، ومع ذلك فإنها لا تعود على القاضي فتحمله دفع قيمة هذا الضرر، أما إذا تحمل القاضي الدية فإنه سيؤدي بلا شك إلى الإجحاف بحق القضاة وابتعادهم عن ممارسة هذه المهنة، ومن الجدير بالذكر في هذا الموضع أن الشريعة الإسلامية تجعل المسؤولية كاملة على القاضي فيما إذا وقع الخطأ منه عمداً كما هو القانون المدني العراقي.

٤. أن الشريعة الإسلامية راعت الدقة في القضاء حتى في تحديد دية الخطأ وحددتها بمقادير نصت عليها الأحاديث النبوية الشريفة والتي تناولناها في المبحث الأول من هذا البحث، ولذا فتعتبر عقوبة الدية عقوبة مالية محددة بنصوص شرعية قطعية، بينما لم يتطرق القانون العراقي لتحديد مقدار التعويض الذي يعرض به المتضرر من جراء خطأ القاضي أو غيره وإنما ترك أمر تقدير التعويض لاجتهاد القاضي وهذا سيؤدي إلى عدم تحقيق العدالة بين الناس فقد يقع تعويض على شخص أكثر مما يقع على غيره، بينما عالجت الشريعة الإسلامية مسألة التعويض معالجة دقيقة جداً فحددت الدية ب (مئة من الإبل) وبمواصفات محددة تختلف من حالة إلى حالة أخرى سواءً كان قتل عمداً أو خطأً. وبناءً على ما تقدم من هذه المقارنة المتقدمة نؤكد على أن الشريعة الإسلامية قد عالجت هذه المسألة بدقة متناهية وتصرف حكيم ولا عجب إذ أن هذه الشريعة الغراء جاءت من رب حكيم خبير يعلم ما

(١٧٧٠) ينظر: المغني: ١٨٤/٩-١٨٥، تكملة المجموع: ٢٤٩/٢٣.

(١٧٧١) ينظر: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي: ٢٦٧/١.

(١٧٧٢) ينظر: المصدر نفسه.



يصلح المجتمع وتنتظم به الأحكام لذا فقد عالجت مسألة تعويض المتضرر من جراء خطأ القاضي بما يرفع الجور والحيث عن الخصوم والقضاة معاً.

بينما تبقى نصوص القوانين الوضعية قاصرةً عن معالجة كثير من المسائل التي خالفت فيها أحكام الشريعة الإسلامية ومنها هذه المسألة حيث وقف العقل البشري قاصراً عن صنع الحكيم الخبير ليظهر إعجاز التشريع الإسلامي وتفوقه على القوانين الوضعية البشرية على اختلاف تشريعاتها، والذي نأمل من القانون العراقي وغيره من التشريعات العربية أن تخطو خطوةً مباركةً نحو معالجة كثير من النصوص القانونية على وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء ولا سيما فيما تكون نصوصه قطعية الثبوت قطعية الدلالة، وأن تستوحي نصوصها القانونية من الأدلة الاجتهادية فيما يكون مجاله الاجتهاد وعدم الوقوف عند حرفية النص فيما يكون مجاله الأدلة الظنية وهذا هو روح التشريع الإسلامي والهدف المنشود الذي دعت إليه الشريعة الإسلامية منذ بعثة النبي ﷺ وإلى يومنا هذا.

### الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فبعد الخوض في هذا البحث والذي كان بعنوان ( حكم تحمل دية خطأ القاضي في الحكم - دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي والقانون العراقي - ) نصل إلى نهاية المطاف حيث نلخص أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال رحلتنا في هذا البحث، والتي تمثل خاتمةً اشتملت على أهم الأقوال التي رأينا أهل العلم يرجحونها وعلى النحو الآتي :

١. نرى أن التعريف المختار للدية: أنها المال الذي يجب بمقابلة الأدمي أو طرفٍ منه يؤدي إلى المجني عليه أو وليه أو ورثته بسبب جنائية، وهو ما قال به الحنفية رحمهم الله في أحد تعريفاتهم وكذلك الحنابلة.
٢. جاءت مشروعية الدية في نصوص قطعية الثبوت والدلالة في كتاب الله تعالى وسنة النبي ﷺ وإجماع أهل العلم، أما أصلها فستة أنواع وهي: الإبل، والذهب، والورق، والبقر، والغنم، والحل، فإن عدت فتجب قيمتها بنقد البلد الغالب بالغمة ما بلغت.
٣. أن العاقلة تعطي عدة معانٍ بحسب وقوع الخطأ، لذا فتشمل بيت المال، والوزارة، والنقابة، أو عصابة الجاني وذا قرابته.
٤. إن الحكمة من تشريع العاقلة - على اختلاف معانيها السابقة - هي حفظ النفس الإنسانية من الانتهاك وصون الدماء وعدم إراقتها بغير حق، وفي نفس الوقت زجرٌ للجنة وردعٌ للقتلة، وكذلك تخفيفاً عن كاهل الجاني إذا وقع منه ذلك خطأً، مواساةً وإعانةً له وتخفيفاً عنه حتى لا يتضرر تضرراً مادياً كبيراً يضاف إلى ضرره النفسي، وكذلك دعم أواصر الألفة والمحبة بين جميع أفراد العاقلة.

٥. تناول الفقه الإسلامي أهم الأسباب التي من الممكن أن يقع فيها خطأ من القاضي وتتلخص فيما يأتي:

- أ. إذا تعمد القاضي الخطأ بأي وسيلة كانت فإنه يتحمل ما يترتب على خطأه ولذا فيقتص منه.
- ب. من الأسباب التي يقع فيها القاضي اعتماده على إحدى وسائل الإثبات سواء كانت في الشهادة أو الإقرار أو خطأ المفتي أو اجتهاد القاضي نفسه وإلى غير ذلك من وسائل الإثبات.
٦. اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية كما هم فقهاء القانون على أن الخطأ الشخصي الذي يقع من القاضي يتحملة القاضي وعاقلته (عصبته وذوو قرابته)، واتفقوا أيضاً على القاضي إذا تبين خطأه في الحكم ولم ينفذ وكان مما يمكن تداركه فيبطل ذلك الحكم ولا ينفذ سواء كان في حد أو غيره.
٧. بعد الخوض في أقوال الفقهاء في مسألة (حكم تحمل دية خطأ القاضي في الحكم) نرى أن المذهب الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية الحنابلة وغيرهم من الفقهاء إلى أن دية خطأ القاضي يتحملها بيت المال (الدولة) وذلك حمايةً لمصلحة المتضرر من جهة وصيانةً لمركز القضاء والحفاظ على قدسيته من جهة أخرى.
٨. نرى أن المشرع العراقي في تناوله لأسباب خطأ القاضي لم يتطرق إلى جميع الأسباب التي من الممكن أن يخطئ القاضي فيها لذا نوصي المشرع العراقي وغيره من التشريعات الأخرى في صياغتها للقوانين أن تستعين بالنصوص الشرعية والأدلة الاجتهادية وأقوال الفقهاء لتقصي جميع الأسباب التي يمكن أن يخطئ القاضي فيها.
٩. يرى المشرع العراقي أن الدولة مسؤولة عن الخطأ الذي يقع من تابعيها ومنهم القاضي، لكن تعود الدولة بعد ذلك على القاضي بدفع ما تحمّلته من تعويض وعلية فإن القانون يوافق الشريعة الإسلامية في الشطر الأول وهو تحمل الدولة التعويض أو الدية، لذا فنوصي المشرع العراقي بأن يأخذ بالقول الراجح من أقوال الفقهاء وهو أن تتحمل الدولة خطأ القاضي المبني على اجتهاده دون الرجوع إليه فيما بعد ما لم يتعمد الخطأ أو يكون خطأً شخصياً.
١٠. نص المشرع العراقي على أن الخطأ الذي يمكن أن تتحملة الدولة ثم تعود به على القاضي هو الخطأ الجسيم أو المبني على غش أو محاباة أو غيرها من الأسباب التي ذكرتها المادة (٢٨٦)، بينما لم تفرق الشريعة الإسلامية في ضمان خطأ القاضي بين أن يكون خطأً جسيماً أو غير جسيم، فإن بيت المال (الدولة) تتحمل خطأ القاضي المبني على أي سبب من الأسباب المتقدمة التي يمكن أن يقع فيها خطأ من القاضي، لذا نوصي المشرع العراقي أن يأخذ بما ذهب إليه الشريعة الإسلامية تحقيقاً للعدالة.

١١. إن المشرع العراقي ينص على أن تعويض المتضرر من جراء خطأ القاضي يعود إلى اجتهاد القاضي وفقاً لما يصيب المتضرر من خسارة أو ما يفوته من كسب، بينما تناولت الشريعة الإسلامية تعويض المتضرر من جراء خطأ القاضي بدقة متناهية وبنصوص محددة لمقدار الدية ولم تترك ذلك خشية أن يقع ظلم من القضاة في اتباع الهوى أو محاباة لأحد، لذا نوصي المشرع العراقي أيضاً بأن يحدد تعويض المتضرر بمقدار الدية بأي نوع من أنواعها المذكورة في النصوص الشرعية تحقيقاً للعدالة.

#### المصادر والمراجع

١. اسنى المطالب شرح روض الطالب : أبو يحيى زكريا الأنصاري ، دار الكتاب الاسلامي .
- ٢ . إعلام الموقعين عن رب العالمين : أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي، دار الجيل - بيروت - ١٩٧٣، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد .

- ٣ . الإقناع في حل أفاظ أبي شجاع : محمد الشربيني الخطيب ، دار إحياء الكتب العربية - مصر
- ٤ . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، دار الكتب العلمية - بيروت ط ٢ ، ٢٠٠٣ ، تحقيق : علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود .
- ٥ . البحر الرائق: زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة - بيروت، ط ٢ .
- ٦ . البحر الزخار الجامع لذهاب علماء الأمصار : المهدي لدين الله احمد بن يحيى المرتضى الزبيدي ، دار الكتاب الإسلامي .
- ٧ . البحر المحيط في أصول الفقه : بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، ط ١ تحقيق: ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد محمد تامر .
- ٨ . أسباب اختلاف الفقهاء: أ.د. هاشم جميل عبد الله، دار افنان، دمشق .
- ٩ . التاج والإكليل لمختصر خليل : محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، دار الفكر - بيروت - ١٣٩٨ ، ط ٢ .
- ١٠ . تاريخ الطبري : لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، دار الكتب العلمية - بيروت .
- ١١ . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ،فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، دار الكتاب الاسلامي
- ١٢ . تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج : عمر بن علي بن أحمد الأندلسي، دار حراء - مكة المكرمة - ١٤٠٦ ، ط ١ تحقيق: عبد الله اللحاني .
- ١٣ . تفسير الطبري المسمى جامع البيان عن تأويل آي القرآن : محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر، دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥ .
- ١٤ . تكملة المجموع : مجموعة من العلماء ،دار الكتب العلمية-بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٧ .
- ١٥ . تلخيص الحبير في أحاديث الرافي الكبير : أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني - المدينة المنورة - ١٣٨٤ - ١٩٦٤ ، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني .
- ١٦ . التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب - ١٣٨٧ ، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري .
- ١٧ . تهذيب الأسماء واللغات : محي الدين بن شرف النووي، دار الفكر - بيروت - ١٩٩٦ ، ط ١ ، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات .

- ١٨ . الثقات : محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، دار الفكر - ١٣٩٥ - ١٩٧٥، ط١ تحقيق: السيد شرف الدين أحمد .
- ١٩ . الجامع لأحكام القرآن : أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، دار الشعب - القاهرة
- ٢٠ . حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني : علي الصعيدي العدوي المالكي، دار الفكر - بيروت - ١٤١٢، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي .
- ٢١ . خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي : عمر بن علي بن الملقن الأنصاري، مكتبة الرشد - الرياض - ١٤١٠، ط١ تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي .
- ٢٢ . الدرر الحكام شرح غرر الاحكام : محمد فراموز المعروف بـ(منلا خسرو)، دار احياء الكتب العربية .
- ٢٣ . رد المحتار على الدر المختار المعروف بـ(حاشية ابن عابدين) : محمد امين بن عمر بن عابدين ، دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٢٤ . الروضة البهية شرح اللمعة دمشقية : زين الدين بن علي العاملي، دار العالم الاسلامي .
- ٢٥ . روضة الطالبين وعمدة المفتين : النووي، المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٥، ط٢ .
- ٢٦ . سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، دار الفكر، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد .
- ٢٧ . سنن البيهقي الكبرى : أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - ١٤١٤ - ١٩٩٤، تحقيق: محمد عبد القادر عطا .
- ٢٨ . سنن الترمذي : محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، دار إحياء التراث العربي - بيروت - تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون .
- ٢٩ . سنن الدارقطني : علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني ، دار المعرفة - بيروت - ١٣٨٦ - ١٩٦٦، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني .
- ٣٠ . سنن النسائي أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ١٤٠٦ - ١٩٨٦، ط٢ تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة .
- ٣١ . شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : ابو القاسم جعفر بن الحسن بن يحيى الحلبي ، مؤسسة مطبوعاتي اسماعيلان .
- ٣٢ . شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية: القاضي جمال محمد مصطفى، بغداد، ٢٠٠٥ م .

- ٣٣ . شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ : عبدالرحمن العلام، ط٢، ٢٠٠٨ .
- ٣٤ . شرح فتح القدير : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر-بيروت، ط٢
- ٣٥ . شرح الكوكب المنير : محمد بن احمد عبد العزيز الفتوحى الحنبلي، مطبعة السنة المحمدية.
- ٣٦ . شرح مختصر خليل للخرشي : محمد بن عبدالله الخرشى، دار الفكر- بيروت .
- ٣٧ . شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب - بيروت - ١٩٩٦، ط٢ صليحي مصطفى هلال .
- ٣٨ . صحيح البخاري المسمى الجامع الصحيح : محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت - ١٤٠٧-١٩٨٧ ط٣ تحقيق: د. مصطفى ديب البغا .
- ٣٩ . صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج أبو الحسين النيسابوري، دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي .
- ٤٠ . طرح التثريب في شرح التثريب : زين الدين أبو الفضل عبد الرحيم بن الحسيني العراقي ، دار الكتب العلمية - بيروت - ٢٠٠٠م ، ط١ تحقيق: عبد القادر محمد علي .
- ٤١ . العناية على الهداية : محمد بن محمود البابرتي، دار الفكر- بيروت .
- ٤٢ . فتاوى السبكي : تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، دار المعرفة - لبنان/بيروت .
- ٤٣ . الفتاوى الهندية : جماعة من علماء الهند، دار الفكر - بيروت .
- ٤٤ . فتح الباري بشرح صحيح البخاري : الامام احمد بن علي بن حجر العسقلاني، مكتبة الصفا - القاهرة، ط١ ٢٠٠٣ .
- ٤٥ . فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك : ابو عبد الله محمد بن احمد المعروف بـ (الشيخ عيش) ، دار المعرفة بيروت .
- ٤٦ . الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني : أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، دار الفكر- بيروت- ١٤١٥هـ .
- ٤٧ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام : أبي محمد عز الدين السلمي، دار الكتب العلمية- بيروت
- ٤٨ . القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الاسلامية : أ.د. محمد عثمان شبير ، دار النفائس - عمان، ط٢ ٢٠٠٧ .
- ٤٩ . القوانين الفقهية : محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي .

- ٥٠ . كشف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يونس بن إدريس الجهوتي، دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢م، تحقيق: هلال م
- ٥١ . لسان العرب : محمد بن مكرم بن منظور الأفرريقي المصري، دار صادر-بيروت، ط١ .
- ٥٢ . المبسوط : شمس الدين السرخسي، دار المعرفة - بيروت .
- ٥٣ . المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ): د. حسن علي الذنون، دار وائل للنشر، ط١، ٢٠٠٦ .
- ٥٤ . مجمع الضمانات في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان : أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، تحقيق: أ.د محمد أحمد سراح، أ.د علي جمعة محمد .
- ٥٥ . المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية : أ.د. مصطفى ابراهيم الزلمي وأ. عبد الباقي البكري ، المكتبة القانونية - بغداد .
- ٥٦ . مدونة الفقه المالكي وأدلته : د. الصادق عبد الرحمن، مؤسسة الريان - بيروت ٢٠٠٦ .
- ٥٧ . مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٥٨ . المرافعات المدنية: د. آدم وهيب النداوي، ط٢، ٢٠٠٩ .
- ٥٩ . المستدرک علی الصحیحین : محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ط١ تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا
- ٦٠ . مسند الحارث - زوائد الهيثمي الحارث بن أبي أسامة / الحافظ نور الدين الهيثمي، مركز خدمة السنة - المدينة المنورة - ١٤١٣ - ١٩٩٢، ط١ تحقيق: د. حسين أحمد صالح الباكري .
- ٦١ . المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي : أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية - بيروت .
- ٦٢ . المصنف : أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المكتبة الإسلامي - بيروت - ١٤٠٣ط٢، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي .
- ٦٣ . مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى : مصطفى السيوطي الرحباني، المكتبة الإسلامي - دمشق - ١٩٦١م .
- ٦٤ . المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية : أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار العاصمة/ دار الغيث - السعودية - ١٤١٩هـ، ط١ تحقيق: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري .

- ٦٥ . معرفة السنن والآثار عن الامام أبي عبد الله محمد بن أدریس الشافعي : الامام أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - تحقيق: سيد كسروي حسن .
- ٦٦ . المغني على مختصر الخرقى : أبو محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية - بيروت ط ٢ ، ٢٠٠٤ .
- ٦٧ . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج : محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر -
- ٦٨ . الموسوعة الفقهية : جماعة من العلماء ، اصدار وزارة الاوقاف الكويتية .
- ٦٩ . موطأ الإمام مالك : مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي، دار إحياء التراث العربي - مصر - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي .
- ٧٠ . نصب الراية لأحاديث الهداية : عبدالله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي، دار الحديث - مصر - ١٣٥٧ ، تحقيق: محمد يوسف البنوري .
- ٧١ . النظرية العامة للقضاء في الاسلام : أ.د.محي هلال السرحان ، مركز البحوث والدراسات الاسلامية - ديوان الوقف السني - العراق ، ٢٠٠٧ .
- ٧٢ . نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار : الإمام محمد بن علي الشوكاني ، دار الجيل - بيروت ، ١٩٧٣ .

# الطبيعة القانونية لنظام المحلفين وتطبيقاته في التشريع الجنائية الانجلو امريكي

د. إبراهيم خليل عوسج  
كلية القانون / جامعة الانبار

د. رعد فجر فتيح  
كلية القانون / جامعة الانبار



## المقدمة

يعد نظام المحلفين من الأنظمة البارزة في التشريعات التي تأخذ به لاسيما التشريعات الانكلوسكسونية وهو موضوع يستحق الدراسة باعتباره صورة من صور الديمقراطية لاشترك الشعب في صنع القرار القضائي وموطن هذا النظام هو الدول الانكلوسكسونية المتمثلة في انكلترا وأمريكا حيث جلب هذا النظام إلى انكلترا ونما وتطور فيها على مراحل وانتقل بعدها إلى أمريكا باعتبارها نواة لهذا النظام ومن أكثر الدول تطبيقاً له إذ أنها أبقت على هذا النظام لحد الآن بصورته التقليدية مع بعض التعديلات البسيطة في الوقت الذي تراجعت عنه الكثير من الدول التي أخذت به سواء في القضايا الجنائية أو المدنية. وأهمية دراسة هذا النظام في التشريعات المقارنة لمعرفة السمات البارزة للنظام في المجال القضائي للوقوف على المركز القانوني للمحلفين وحدود اختصاصهم في القضايا الجنائية وكيفية قيامهم بدورهم وعلاقتهم بالقضاة. وسنتناول هذا الموضوع من خلال مبحثين ندرس في المبحث الأول الطبيعة القانونية لنظام المحلفين. ويتضمن المبحث الثاني تطبيقات هذا النظام في التشريع الانكليزي والامريكي وعلى النحو الآتي:

## المبحث الأول

## الطبيعة القانونية لنظام المحلفين

يعد نظام المحلفين هو ابرز صورة لاشترك الشعب في إقامة العدالة سواء الجنائية أو المدنية وتعتبر دراسة هذا النظام موضوعاً مهماً. وسنتناول الطبيعة القانونية لنظام المحلفين من خلال ثلاثة مطالب. نخصص المطلب الأول لدراسة الأساس القانوني للنظام. وندرس في المطلب الثاني قواعد اختيار المحلفين. ويتضمن المطلب الثالث تمييز نظام المحلفين عما يشبهه به وعلى النحو الآتي:

## المطلب الأول

## الأساس القانوني لنظام المحلفين وصوره

المحلفين يتم اختيارهم من متوسط الشعب أي من الأفراد العاديين الذين ليس لديهم الخبرة الفنية أو المعرفة بالقوانين والأنظمة بل من الوسط الاجتماعي العادي (١٧٧٣). أن تطبيق هذا النظام يؤدي تحقيق العدالة بشكل كبيراً إذا ما اقتصر على القاضي فقط، وكذلك يؤدي إلى حسم الكثير من القضايا التي لا تزال عالقة وغير محسومة. وسنتناول هذا المطلب في فرعين نتناول فيهما الأساس القانوني للنظام وصوره وعلى النحو الآتي:

## الفرع الأول

## الأساس القانوني لنظام المحلفين

نظام المحلفين نشأ نتيجة مراحل من التطور عبر التاريخ إذ بدأ الاستعانة بالمحلفين لأمر إدارية بصفتهم شهود ثم بعدها تحولت وظيفتهم إلى قضاة وعلى هذا سنيين الأساس الإداري لنظام المحلفين ثم نتطرق إلى بيان الأساس السياسي وعلى النحو الآتي.

أولاً : الأساس الإداري لنظام المحلفين: الرأي الراجح فيما يتعلق بنشأة نظام المحلفين يعود إلى نظام التنقيب والتحرري الذي كان يلجأ إليه ملوك الفرنجة عند حاجتهم للمعلومات اللازمة

(١٧٧٣) د. محمد شادي عبد الحليم: نظام المحلفين في التشريعات الجنائية المقارنة، مطبعة أطلس، مصر، ١٩٨٠، ص ٣٧.

لأغراض إدارية إذ يتم اختيار المحلفين من نفس المنطقة التي يتم فيها جمع المعلومات على اعتبار أنهم على علم ودراية أكثر من غيرهم بالحقيقة والواقع، ويحلفون اليمين قبل تقديم المعلومات التي لديهم عن املاك الملك من اراضي وحقوق وضرائب الموجودة في المنطقة التي يتواجدون فيها. وعلى هذا فإن مهمة المحلفين في البداية كانت لأغراض إدارية إذ أنهم كانوا شهودا على المعلومات التي يقدمونها لمصلحة الملك، وبدأ دور المحلفين يتطور الى مجالات اخرى فقد جعل هنري الثاني للمحلفين مهام اخرى كوسيلة لتحقيق العدالة عن طريق تقديمهم معلومات تساهم في حسم النزاعات والابلاغ عن اي شخص تدور حولة الشكوك بارتكابه جريمة من الجرائم وبهذا تطور عمل المحلفين من شهود الى قضاة وقائع (١٧٧٤).

ثانيا : الأساس السياسي لنظام المحلفين: ان تكليف اصحاب الاملاك القليلة بالقيام بمهمة محلفين في البداية كان يشكل عبئا ثقيلا عليهم في حين كان يعفى الاغنياء من هذه الخدمة ففي سنة ١٢٥٣ كان عدد الفرسان قليل ولا يكفي لتشكيل المحكمة الكبرى مما يضطر هؤلاء أصحاب الاملاك القليلة لإكمال هذا النقص وبالتالي ضياع الكثير من اوقاتهم ويجعلهم في موقع الخصم والعداوة مع أصحاب الاملاك الكبيرة. وقد قام ادوارد الاول بإعفاء الذين تقل ايرادات اراضيهم عن عشرين شلنا من هذه المهمة (١٧٧٥). وبعدها وسع هنري الثاني من اختصاصات المحلفين لانعدام الثقة بوسائل الاثبات القديمة فاصبح نظام التنقيب والتحري الذي اتصف في بداية الامر بانه وسيلة للاستبداد والطغيان يقوم على حماية الضعيف في مواجهة القوي ويساعد على المحافظة على النظام والامن ويحمي الملكية وصار هذا النظام اكثر ملائمة مع واقع المجتمع الانكليزي مما جعله ممكن التطبيق في ذلك الوقت هو وجود حكومة مركزية قوية ليس لها مثيل في اي مكان، وبهذا اعتبر نظام المحلفين معبرا عن الحرية وتميزت صفته السياسية عن الصفة القضائية إذ كان ينضو اليه كضمانة سياسية ضد انحراف السلطة عن طريق التأثير والضغط الذي يمارسه الملك على القضاة المعنيين مما جعله نظام مرغوبا فيه (١٧٧٦).

مما ساعد في ظهور هذا النظام ايضا الظلم والاستبداد ولاسيما في عهد (تيودور وستيوارت) فقد كانت هناك محاكم قاسية تعمل بدون وجود محلفين وتصدر احكاما شديدة غير عادلة. وعلية فإن نتيجة هذا الاستبداد ظهر صراع بين ارادة الافراد الراغبة بتطور هذا النظام وبين ارادة الملوك في الابقاء عليه بصفته التقليدية ليبقى لهم تأثير على المحلفين عن طريق اختيارهم واجبارهم على اصدار احكام تتوافق مع ارادتهم ومعاقبة من يخالف هذه الارادة (١٧٧٧).

كل هذه الصراعات ادت الى اختصاص المحلفين بالوقائع والقاضي بالحكم واساس هذا التقسيم هو لعدم تركيز السلطة بيد القضاء وحدهم نظرا لما عاناه المواطنون من ظلم واستبداد لتأثير الملك على قرارات هؤلاء القضاة وجعلهم اداة بيده يقيد بها الافراد وهذه الصفة السياسية ضلت ملازمة لنظام المحلفين الى هذا اليوم وهي التي ادت الى نمو وتطور نظام المحلفين في انكلترا وانتقاله فيما بعد الى الولايات المتحدة الأمريكية وأوربا.

(١٧٧٤) فاضل دولان: القضاء الشعبي في الإسلام والنظم القضائية، بدون مكان طبع، ١٩٩٠، ص ٣٣.

(١٧٧٥) د. عبد الرحمن عزوز: القضاء الشعبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٤٦.

(١٧٧٦) حسين بن محمد المهدي: الشورى في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة بالديمقراطية والنظام القانوني، دار الحرية للطباعة، مصر، ٢٠٠٦، ص ١٨.

(١٧٧٧) عادل يونس: نظام المحلفين في القضاء الجنائي، المجلة الجنائية القومية، العدد الاول، ١٩٥٨، ص ١١.

## الفرع الثاني

## صور نظام المحلفين وإجراءاته

القضاء الشعبي أصبح في وقتنا الحاضر ضرورة لا غنى عنها وذلك تطبيقاً لمبدأ المشاركة الشعبية في سلطات الدولة المختلفة. ولهذا النظام صور مختلفة يمكن بيانها على النحو الآتي:

أولاً : صور نظام المحلفين: يتكون نظام المحلفين أو هيئة المحلفين من صورتين أساسيتين هي:

هيئة المحلفين الكبرى: وهي عبارة عن مجموعة من الأشخاص تتكون عادة من ثلاث وعشرون شخصاً يُدعون من وقت لآخر بوساطة المحكمة لتتحرى عن الجرائم فهي تقرر ما إذا كانت هناك أسباب محتملة للاعتقاد بأن شخصاً ارتكب جريمة معينة لذا يسمون (محلفي الاتهام)(١٧٧٨). إن هذه الهيئة تختص بالجرائم التي ترتكب في المناطق والتي يمثلونها ويقومون فوراً من تلقاء أنفسهم بالتحقيق وبياشرون الإجراءات التي تكفل إحالة مرتكبيها.

هيئة المحلفين الصغرى: عادة تتكون من اثني عشر شخصاً يُدعون للإسهام مع القضاة في سماع الدعوى والبت في وقائعها بإصدار قرار يحدد مسؤولية الفاعل (المذنب أو غير المذنب) ليستقل القاضي في تطبيق العقوبة التي ينص عليها القانون(١٧٧٩).

تختص هذه الهيئة بالنظر في الدعوى المدنية أو الجنائية ويقتصر دور المحلفين بالنظر في الجرائم الهامة فقط لذا يستبعد من دورهم في الجرائم البسيطة التي تنظر بصورة موجزة كما هو الحال في فرنسا إذ يكون دورهم في محاكم الجنايات دون الجرح والمخالفات(١٧٨٠). ومهمة المحلفين تقتصر على مجرد الإجابة على تساؤل معين حتى يتمكن القاضي في إصدار الحكم بناءً على هذا الرأي من خلال إجابتهم بكلمة (مذنب أو غير مذنب).

من المعلوم وعند قيام المحكمة أن المحلفين هم ليسوا قضاة أصلاً لذا وجب على القاضي وعند انعقاد الجلسة أن يرشدهم إلى ما يجب تطبيقه من القانون قبل أن ينسحب المحلفين إلى المداولة فيما بينهم وقبل تحديد جلسة سرية، بل ويجب عليهم أن لا يتصلوا بأي شخص في الخارج ولا يعلم أحداً عما يدور في الاجتماع من خلال توجيههم بعدم إفشاء أسرار الاجتماع بعد أن يطلب قاضي المحكمة من المحلفين عند مغادرتهم قاعة المحكمة للاجتماع.

وما يخص تكوين هيئة المحلفين فإنها تمر بخطوات عديدة تختلف باختلاف التشريعات ويمكن حصر هذه الخطوات بعدة نقاط وعلى النحو الآتي:

أولاً: أعداد قائمة بالمحلفين: تختلف هذه الطريقة باختلاف التشريعات المقارنة ففي الولايات المتحدة الأمريكية تعد قائمة المحلفين من خلال موظفين أو مندوبين أو منتدبين حيث يتولى هؤلاء حصر الأشخاص في قائمة ممن يصلحون للعمل كمحلفين بالاستعانة بكشوفات الضرائب وجدول الانتخابات ويتم ذلك بناءً على طلب بعض الولايات ولا يفرض على هؤلاء اتباع مصادر معينة

(١٧٧٨) د. محمد أبو شادي عبد الحليم: المصدر السابق، ص ٣٨.

(١٧٧٩) فتحي والي: نظام المحلفين في القضايا المدنية في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الاول، ١٩٩٨، ص ٤٤.

(١٧٨٠) د. فاضل زيدان محمد: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٧، ص ٣٠٢.