حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة

أ. زروق يوسف، جامعة الجلفة

المقدمة

تبارزه الوسيلة الوحيدة

المسموح بها قانونا للتصديق والإقرار بصحة المعلومات التي تتضمنها المحررات، إلا أن ماشهده العالم من ثورة تكنولوجية وعلمية هائلة خاصة مع اختراع الكمبيوتر وظهور شبكة الانترنت، هذه الشبكة التي تمثل تزاوجا بين وسائل الاتصال الحديثة وأجه

الانترنت عبارة عن قرية صغيرة لا وجود فيها للحدود الجغرافية والإقليمية، وصار متاحا لكل شخص أن يقوم ببيع أو شراء بضاعة أو أن يقوم بمختلف المعاملات الإلكترونية بسهولة ويثبت كافة التصرفات، وهو ما أدى إلى ظهور مفهوم جديد يعرف بالإثبات الإلكتروني.

وهذا الانتقال من الشكل التقليدي الملموس إلى عالم إلكتروني افتراضي، نتج عنه ظهور مشكلات عديدة ومن أهمها صعوبة إثبات المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت وهو ما انعكس سلبا على تطور التجارة الإلكترونية .

فكان لزاما على المختصين في مجال الإعلام الآلي ومعهم رجال القانون البحث عن وسيلة إثبات ، فأدى ذلك إلى بروز ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني، الذي يعد حاليا أهم وسيلة إثبات في العصر الحديث، كما لم يقتصر دور التوقيع الإلكتروني على الإثبات بل تعداه إلى كونه يشكل عنصر أمان لمستعمليه فهو يتيح بسهولة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة عبر شبكة الانترنت، التي غالبا ما تتم فيها التعاقدات بين أشخاص لا تربطهم أي صلة، ومن دول مختلفة في بعض الأحيان. وقد أصبح للتوقيع الإلكتروني أهمية كبيرة ونظرا لهذا كله بدء التساؤل عن كفاءات التعامل بهذا التوقيع وعن مدى قوته وحجيته في الإثبات بالنظر لخصوصيته المتفردة عن التوقيع التقليدي فتعالق آراء الفقه التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

ولإبراز هذه المسائل ومدى حجية هذا التوقيع في الإثبات لابد من تبيان مفهوم التوقيع الإلكتروني وشروط الاعتراف به على اعتبار أن التوقيع المحمي وحده هو الذي يجوز على الحجية الكاملة ولا بد أن

أولا - مفهوم التوقيع الإلكتروني:

- تعريف التوقيع الإلكتروني:

ن

الفيدرالي الأمريكي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في 30 2000

الإلكتروني هو »

المعلومات إلكترونيا، ويقترن بتعاقد أو مستند أو محرر ويستخدمه الشخص قاصدا التوقيع على المحرر.

14 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية رقم (02) 2002

: " توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل الكتروني

وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة الكترونية و مهور بنية التوثيق أو اعتماد لتلك الرسالة".

: " مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتيح است

أو الأرقام أو الشفريات لإخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة الكترونيا "

أما بالنسبة المشرع الجزائري فلم يعترف بالتوقيع الإلكتروني إلا في القانون رقم 05-10 المؤرخ في

15 جمادى الأولى عام 1426 20 2005 75-58 المؤرخ في

20 1395 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم و

بالأخص في المادتين 44 46 منه، حيث جاء في المادة 46 327

58-75 : و يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في 323 1 أعلاه

وبالرجوع إلى هذه المادة نجد أنها تنص على الآتي : يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني،

معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها، ثم عرفته المادة 3 07 - 162

01 - 123

» .. التوقيع الإلكتروني:

للشروط المحددة في المادتين 323 323 1 «.

- أبرز خصائص التوقيع الإلكتروني :

الإلكتروني صور متعددة فقد يتم بأرقام أو حروف أو رموز وإشارات.....

- أما التوقيع الإلكتروني يشترط أن يكون عبر

وسيط الكتروني من خلال جهاز الإعلام الآلي،

الانترنت وهو ما يزرع الشك وعدم الثقة في التوقيع الإلكتروني وعلى هذا الأساس فإن كل التشريعات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني قد أنشأت طرفاً ثالثاً يكون وسيطاً بين الموقع والمرسل إليه :

، وهو عبارة عن أشخاص طبيعية أو معنوية ترخص لها السلطات المختصة باعتماد التوقيع الإلكتروني ولها دور كبير في إضفاء الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني،

– صور وشروط أعمال التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

يتمثل مع التوقيع الإلكتروني في حمله وحفظه للخصوصيات ا التوقيع الإلكتروني عبارة عن مجموعة من الإجراءات باكتمالها تعد توقيعاً، وعليه من الناحية الموضوعية و الوظيفية للتوقيع الإلكتروني نفس الدور المنوط للتوقيع اليدوي إلا أنهما يختلفان مادياً وشكلاً و هذا ما يظهر في معرض تطرقنا لصوره كالتالي:

1- التوقيع الرقمي أو الكودي:

يعد من أكثر الصور استعمالاً ومن أهمها لما يتمتع به من ثقة وأمان ويعتمد أساساً على نظام التشفير، وهو عبارة عن عدة أرقام تتركب فيما بينها لتكون كوداً في النهاية يوقع به،²⁵² بتحويل الأحرف إلى أرق ، ويستعمل هذا النمط من التوقيع في

ويعتبر هذا النوع من التوقيعات الأكثر ملائمة للتجارة الإلكترونية رغم تعقيدات إجراءاته و تعدد تقنياته إلا أنه يحقق هدف التوقيع اليدوي من حيث الكشف عن شخصية من ينسب إليه ولهذا فمزاياه كالتالي:

- يعد الأكثر دلالة على إقرار بما ورد في العقد الإلكتروني وضمانة وأماناً في تحديد هوية الشخص،
- التوقيع الإلكتروني المشفر دليل على الحقيقة بدرجة أكثر من التوقيع التقليدي.

2- التوقيع باستخدام الخواص الذاتية – البيومتر – :

شرية أو البصمة الشخصية أو التحقق من نبرة الصوت على

²⁵¹ - محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، 13، 26، 2003، 57

²⁵² - فادي محمد عماد الدين توكّل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الح ، 1، 2010، 160

نحو يتم تسجيله و؛ الوجه البشري الالكتروني

الشخصي أو بصمات أصابع اليد و عادة ما يختار الإهمام ومنه تخزن في الذاكرة المعلوماتية بشكل يمكن استحضارها خلال مدة قصيرة، وارتباط هذه الخواص الذاتية بالإنسان تمكن من تمييزه عن غيره ، ويلجأ إلى هذا الشكل في العقود الالكترونية وحتى في أمن سات الدول و الجهات الإدارية ومصالح اصة منها القضائية في البحث عن المجرمين والتحقق في نسب أبوة الأطفال المهملين ،

تزال هذه التقنية تسير ببطء لتعرضها لبعض الحواجز حالت دون اعتمادها و 253 :

- اللجوء للخصائص البيومترية للإنسان قد يواجه صعوبات كتآكل بصمات الأصابع عبر الزمن وتطابق

- صورة التوقيع يتم وضعها داخل القرص الصلب للحاسب مما يعرضها للنسخ أو القرصنة والاعتداء

- عدم إمكانية استعمالها مع جميع الحاسبات المتوفرة²⁵⁴.

3- التوقيع باستعمال بطاقة ممغنطة مقترنة برقم سري:

يرجع الفضل في إلى ما يسمى بالبطاقات الذكية التي كانت قد عرفت في المعاملات البنكية

فهوم تخضع إلى عقود سابقة معروفة لكلا الطرفين، ويتحقق التوقيع

باستعمال البطاقة والرقم السري الذي يسمح بالتحويل الالكتروني للأموال و القيام بالمخالفات الكترونيا و تعتبر وسيلة وفاء عند تنفيذ الالتزام الوارد على المشتري بدفع الثمن، حيث تحتوي هذه على معالج أو عقل آلي صغير الحجم كما قد تحتوي على ذاكرة مغناطيسية يسجل عليها بيانات الكترونية خاصة بالعميل ،

أما لو كانت البطاقة تحتوي على معالج آلي فإنها تحفظ في ذاكرتها كل عملية الكترونية يقوم بها الموقع، لذلك عد الرقم السري من الخصوصيات التي يجب على العميل الحفاظ عليه محكمة باريس التجارية بأنه: " يعفى الحامل من المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع للبطاقة بواسطة الغير منذ لحظة إخطاره للبنك المصدر

²⁵³ - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى ،

2009، 196:

²⁵⁴ - فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكترونية، 162 :

...²⁵⁵، وكذلك ما اقره القضاء الفرنسي في الاتفاق

على الاحتجاج بالشكل الالكتروني للتوقيع وما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في تقريرها السنوي 1989 التي أشارت من خلاله إلى أن :
(

المعلوماتي (Signature informatique) يقدم الأمان و الثقة التي يقدمها التوقيع التقليدي، بل قد يتقدم عنه كثيرا من حيث أن الرقم السري للبطاقة البنكية لا يعرفه إلا صاحبها²⁵⁶ غير من يرى بقصور هذه الطريقة وهذا ما يظهر في احتمال ضياع أو سرقة البطاقة أو امكانية الاطلاع على أتمها برفقة الرقم السري لشخص ما وبالتالي استعمالها بدون رضی مالکها،

4- التوقيع بالقلم الالكتروني:

يتم التوقيع بقلم الكتروني خاص، ورغم بساطة هذا النمط وسهولة استعماله إلا انه لم ينتشر كثيرا نظرا لتفضيل التوقيع الرقمي لما يتمتع به من حجية كبيرة في الإثبات، تتمتع بمواصفات خاصة تمكن من التقاط التوقيع والتأكد من صحته ومدى تطابقه مع التوقيع المخزن في الذاكرة²⁵⁷،

ثانيا: تمتع التوقيع الالكتروني بالحجية والمعادلة القانونية مع التوقيع الخطي:

لكي يجوز التوقيع الإلكتروني على نفس حجية التوقيع الخطي فإنه يجب أن تتوافر فيه مجموعة من ، والملاحظ أن معظم التشريعات قد جعلت من التوقيع الإلكتروني له نفس حجية التوقيع الكتابي إذا استوفى مجموعة من الشروط ويطلق عليه حينها « التوقيع الإلكتروني المحمي»

123 - 01

في الجزائر المادة 3

، وهذه الشروط تتمثل في:

1- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع نفسه:

يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبطا بشخص موقعه وحده دون غيره بما يؤكد إرادته في إبرام التصرف القانوني 258 حتى يجوز على الحجية القانونية، وأن يكون له شفرتة الخاصة

2001 : 173.

²⁵⁵ - جميل عبد الباقي، الح

²⁵⁶ - محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، دار النسر الذهبي، مصر، ص40.

²⁵⁷ - خالد عبد الفتاح محمد، التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني، الطبعة الأولى،

2009، 35

⁸ - النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة

2007 . 95

لمشرع الجزائري فاعتبر أن تحديد هوية الشخص من الشروط الأساسية لصحة الكتابة الإلكترونية

323 1 من القانون المدني وكذلك لصحة التوقيع الإلكتروني،

-2

وهو السبب الرئيسي الذي أدى إلى ظهور التوقيع الإلكتروني، فهذه الوسيلة تحدد هوية الموقع خاصة إذا علمنا أن المعاملات الإلكترونية تتم غالبا عبر شبكة الانترنت بين أفرادا لا تربطهم أي صلة ولا

الموضوع على الصفقة ويكون محل تنازع وشك²⁶⁰.

(يشترط أن يكون سريا) الذي يعد في

مكانة القلم وينتج عن استعماله من طرف الموقع آثار التوقيع ويدعم برقم سري يحتفظ به الموقع دون سواه والذي يسمح بالدخول إلى المفتاح الخاص وقد كان لقرار الغرفة المدنية الثانية

الفرنسي الصادر بتاريخ 30 2003 الحل النهائي لهذه الإشكالية بأن رفضت توقيع إلكتروني

13 مارس 2000 والذي لا يحدد بشكل كافي وكامل هوية الموقع ، ولا يمكن

الاعتماد على الهاتف النقال (بواسطة الرسائل القصيرة) لإتمام إجراءات التوقيع الإلكتروني مادام أن إمكانية استعمال الهاتف النقال من طرف الغير يصبح ممكنا وبالتالي عدم تحديد هوية الموقع بصورة

3- سلامة مضمون الرسالة الإلكترونية التي ارتبط بها التوقيع:

المقصود بهذا الشرط أنه عند وضع التوقيع الإلكتروني على الرسالة الإلكترونية، فهذا يعني بالضرورة أن هذه الأخيرة لم يطرأ عليها أي تغيير، فعند إبرام عقد إلكتروني في إطار التجارة الإلكترونية مثلا فإن الموقع على هذا العقد يكون ملزما بما ورد فيه، على أن الاعتراف بسلامة التوقيع الإلكتروني في هذه الحالة يستلزم عدم تغيير محتوى ومضمون الرسالة الإلكترونية وإلا فقد التوقيع الإلكتروني أهميته²⁶¹.

4- إمكانية كشف أي تعديل أو تغيير في بيانات التوقيع الإلكتروني:

259 - , التوقيع الإلكتروني, , 2009, : 65

260 - سعيد سيد قنديل، التوقيع الإلكتروني بين التدويل والاقتراب، دار الجامعية الجديدة للنشر 2004. 74.

261- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي، 2005 : 128

حتى يكون للتوقيع الإلكتروني حجية كاملة في الإثبات فإنه يجب أن يتم الكشف عن أي تعديل أو تعديل في رسالة البيانات بما يخالف اتفاق المتعاقدين²⁶²،
العادي في الحفاظ على صحة بيانات التوقيع الإلكتروني الذي يكون مجوزته، كما يقع على عاتق

وهو ما أقره المشرع الفرنسي في المادة 2/1 2001-272 1316
من القانون المدني والملاحظ أنه بمجرد استكمال هذه الشروط الأربع المذكورة أعلاه يصبح التوقيع
الإلكتروني محميا فيحوز على الحجية الدامغة في الإثبات وموثوق فيه ويدعم ذلك دور مزود الخدمات ،
- ثالثا: مزود الخدمات وتأكيد صحة التوقيع الإلكتروني:
- مفهوم مزود الخدمات وشروط ممارسة مهامه:

لقد حاولت معظم التشريعات تحديد مفهوم مزود الخدمات، فنجد مثلا المشرع التونسي عرفه في
الفصل الثاني من القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية بأنه: «
يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء
الإلكتروني»

والمشرع الفرنسي عرفه في المادة 1 2001-272 :
«إلكترونية أو خدمات أخرى متعلقة بالتوقيع الإلكتروني» ،

د من الدول إطار قانوني متكامل ومن مهامه أن يصدر ما يعرف بشهادة
التصديق التي تهدف أساسا لتأكيد صحة التوقيع الإلكتروني وأنه منسوب للموقع دون سواه، وهو ما
يعتد نوع من الطمأنينة والأمان لدى المتعاملين في مجال المعاملات الإلكترونية بصفة عامة والتجارة
الإلكترونية ، ونظرا للدور الكبير الذي يلعبه مزود الخدمات باعتباره الضامن الوحيد لصحة
التوقيع الإلكتروني، فإن ممارسة هذا العمل بشكل غير منتظم قد يترتب عليه في بعض الحالات فوضى
وعدم استقرار في المعاملات وضياع حقوق الأطراف المعنيين بالتصرف²⁶³، وبالتالي فإن القاز
يسمح بممارسة هذه المهنة على إقليم الدولة إلا بواسطة طريقتين وهما:

أ- التفويض الإرادي:

²⁶² : 99:

²⁶³ - التوقيع الإلكتروني بين التدويل والاقتباس، دار الجامعية الجديدة للنشر 2004 . 77 .

وفقا لهذه الطريقة فإن مزود الخدمات لا يخضع إلى أي ترخيص مسبق وهو ما نص عليه التوجيه الأوروبي في المادة 1/3،

الخدمات بناء على طلب من هذا الأخير إلى الجهات المختصة المعهود إليها أساسا بهذه الحقوق والالتزامات، وهذه الجهة الترخيص بعد ذلك إذا توافرت لمقدم الخدمات ما يؤهله للقيام بهذه المهمة وفق ما يتم وضعه من ضوابط في هذا الشأن 264 وبمجرد أن يحصل مزود ينشأ توقعيا إلكترونيا محميا تكون له الحجية الكاملة أمام القضاء،

- الترخيص:

اشترطه بعض المشرعين العرب وعلى رأسهم المشرع المصري حيث فرض على مزود الخدمات أن يحصل على الترخيص من هيئة تابعة للدولة ممثلة في هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا ، حتى يزاوئ مهامه بعد استيفاء بعض الشروط، كدفع رسم لصالح هذه الهيئة بقيمة واحد في المائة من إرباح مزود الخدمات حتى يتم إصدار وتحديد التراخيص، في الجزائر تعبر سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية هي الهيئة الوحيدة المختصة في منح الترخيص

2 07 - 162 3 01 - 265123

كما اشترط المشرع للحصول على الترخيص احترام دفتر الشروط، الذي يحدد حقوق وواجبات مزود

الإلكتروني في الجزائر بتاريخ 6 سبتمبر 2009 15 نوفمبر 2009
21 مزود خدمات دفتر الشروط، 8 من مزودي الخدمات تقدمت بعروض، وتم الفتح للعروض بتاريخ 15 نوفمبر 2009، وتقييم العروض ما زال لم
-مهام والتزامات مزود الخدمات:

التفويض أو الترخيص يبدأ في مباشرة مهامه وتقع على عاتقه عدة وتختلف من دولة لأخرى، فمثلا قانون إمارة دبي المتعلق بالمبادلات ولتجارة الالكترونية حددها في نص المادة 24 منه كالتالي:

78 -264

3 -265 : >> يخضع لترخيص تمنحه سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إنشاء

واستغلال ما يأتي: خدمات التصديق الإلكتروني.....<<

- منح ضمانات قانونية كافية بشأن أداة التوقيع وتحديد هوية الموقع، إذ يجب على مزود الخدمات أن تكون لديه الوسائل اللازمة لتعطيل نظام التوقيع الإلكتروني في حال تعرضها للاعتداء وهذا يمثل حماية

266

- ات الهامة وتكون لها ارتباط بالموقع، وتعد هذه الشهادة من أهم التزامات مزود الخدمات كم أنه يتحمل المسؤولية العقدية أو التقصيرية عن أي نقص يوجد في هذه الشهادة، بالإضافة إلى أن حجية التوقيع الإلكتروني ترتبط بشكل كبير بنوعية هذه الشهادة شهادة تصديق معتمدة فهذا يعني بالضرورة أن التوقيع الإلكتروني محمي ويحوز على الحجية الكاملة، أما إذا أكانت شهادة تصديق بسيطة فإن ذلك يعني أن التوقيع الإلكتروني

وقد وردت العديد من التعريفات لشهادة التصديق من بينها تعريف ورد في تشريع إمارة دبي أنها

, أما المشرع الفرنسي فقد عرفها في المادة الأولى من المرسوم 2001-272 بأنها وثيقة الكترونية

وما يلاحظ حول الالتزامات السالفة الذكر أنها تماثل تقريبا الالتزامات التي تضمنها قانون الأونيسترال (UNCITRAL) النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة

للقانون التجاري الدولي وهو لبنة أساسية في صرح تنظيم المعاملات الالكترونية وهذا القانون هو الأساسي لكل الدول في كل مشروع وطني في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية، وبذلك نجد أن كافة القوانين العربية التي صدرت والتي مازالت قيد البحث قد تمت صياغتها في كثير من الأحوال بناء على قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية.

9

إتباعه من طرف مقدم الخدمات، ثم عنوان المادة 10 بالجدارة بالثقة حيث أشار للشروط التي لا بد أن يستوفها مزود الخدمات حتى يمكن الوثوق في النظم والموارد البشرية المستعملة لديه وهي:

- الشهادات وطلبات الحصول على الشهادات والاحتفاظ بالسجلات ،

- إتاحة المعلومات الكافية للموقعين المحددة هويتهم في الشهادات ،

- وجود إعلان من الدولة أو من هيئة اعتماد أو من مقدم خدمات التصديق بخصوص الامتثال لم ذكره أوفي ما يتعلق بوجوده،

أما الفقهاء فأغلبهم حدد مهام والتزامات مزود الخدمات في ثلاث نقاط رئيسة وهي:

- التأكد من هوية المتعاملين بالتوقيع الإلكتروني وتحديد أهليتهم القانونية للتعامل، والتحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته، وخلوه من الغش والاحتيال،

- إصدار التوقيع الرقمي وشهادات توثيق هذا التوقيع الذي يشهد بمقتضاها على صحته ونسبته إلى من

267

- متابعة المواقع التجارية على شبكة الانترنت للتحري عنها وعن جديتها ومصداقيتها، وإذا تبين له عدم أمن أحد المواقع، فإنه يقوم بتوجيه رسالة تحذير إلى المتعاملين معه، يوضح فيها عدم مصداقية هذه

- قيام مسؤولية مزود خدمات التصديق والإعفاء منها:

تقوم المسؤولية المدنية لمزود الخدمات عن أي خطأ يسبب ضرراً أثناء استعمال التوقيع الإلكتروني، سواء لحق الضرر بالموقع أو المرسل إليه أو الغير وعلى وجه الخصوص إذا اص

وقد عاجلت عدة قوانين هذا الأمر فمثلا التشريع التونسي في الفصل 22

والتجارة الإلكترونية وضع اطر المسؤولية عن الأضرار التي يسببها مزود خدمات التصديق الإلكتروني

ربية الحق لكل من اتضح له عدم صحة المعلومات التي تضمنتها

شهادة التصديق بأن يطالب بالتعويض عن مالحقه من ضرر بسبب ذلك وفق قواعد المسؤولية التي تقع

268.

على عاتق مزود الخدمات والتي تضمنها نص المادة 6

أما تشريع امارة دبي فقد ميز بين ا المسؤولية العقدية والتقصيرية لمزودي خدمات التصديق في المادة 24

والتجارة الإلكترونية والتي نصت على أنه :

الخسائر التي تلحق ب :

-1

2- كل شخص اعتمد على شهادة التصديق التي أنشأها مزود خدمات التصديق

- المسؤولية العقدية لمزود الخدمات :

هذه المسؤولية تقوم إذا اخل مزود الخدمات بالالتزامات المترتبة عليه تجاه أحد المتعاملين معه الم
أسماءهم في عقد الاشتراك .

- المسؤولية التقصيرية لمزود الخدمات :

تثور هذه المسؤولية تجاه المرسل إليه أو الغير لعدم وجود عقد بينهم وبين مزود خدمات التصديق فلا
يمكن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية بل أحكام المسؤولية التقصيرية ويجب توافر أركانها،
نظرا للصعوبات التي قد تواجه المرسل إليه في إثبات الخطأ لذلك

فإن التعلية الأوروبية في مادتها 6

يثبت عدم إهماله أثناء إصداره لشهادات التصديق المعتمدة،

والملاحظ كذلك أن المشرع التونسي أخذ بهذه المسؤولية إذ يجب تعويض الضرر اللاحق بالغير حتى

18 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، وهذا استنادا

للقواعد العامة التي تلزم كل من تسبب بخطئه إلحاق ضرر بالغير بتعويض ذلك الغير 269.

- :

دمات أن يعفي نفسه والتنصل من المسؤولية إذا أقام الدليل الكافي على أن المرسل

, أو استعمالها في ميادين لم تتضمنها هذه الشهادة أصلا،

كان بإمكانه مع بذل عناية الرجل الحريص العلم بأن الشهادة تم إلغائها نهائيا أو علق العمل بها ,

أو أن اعتماد مزود خدمة الشهادات قد تم إلغاؤه 270 أو أثبت بأنه لم يرتكب أي خطأ أو تقصير،

أو أن الضرر الذي لحق المرسل إليه مرده سبب أجنبي خارج عن إرادة مزود الخدمات،

لخاتمة

يتجلى لنا مما سبق أن وجود توقيع الكتروني محفوظ ضمن محرر الكتروني على وسيط الكتروني غير مادي مهما كانت طريقة الحفظ ومنفصل عن شخص الموقع قد يثير الريبة حول مصداقيته في تحديد

بالإضافة إلى أنه يمكن اختراق نظم المعلومات ومعرفة هذا التوقيع واستخدامه دون إذن الموقع ، وهذه المخاطر تثير التخوف من الإقدام على العمل بالتوقيع الإلكتروني إلا أن هذه المخاوف لم تصبح عقبة

الحماية واعتراف المشرعين به، فقد اعترف المشرع الفرنسي بحجية التوقيع الإلكتروني وسأوى بينه وبين قيع الخطي في الإثبات وهذا تطبيقا لما ورد في التوجيه الأوروبي، فأتجه إلى إدخاله في قواعد القانون المدني بموجب المادة 4-1316 30 مارس 2001 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني ،

بالإضافة إلى العديد من المشرعين العرب كتشريع إمارة دبي التشريع المصري وكذلك أما المشرع الجزائري فرغم إقراره بحجية التوقيع الإلكتروني ومساواته مع التوقيع الخطي ، وتوفر الضمانات الكافية لجعل التوقيع وسيلة أكثر أمانا حتى من التوقيع الخطي، إلا أن هذه الوسيلة الحديثة تبقى معطلة في بلدنا على الرغم من تعديل القانون المدني و

162 - 07

123 -01

الإلكتروني، خاصة إذا علمنا أن مجرد النص عليه في القانون المدني يعد غير كافي، الشعب الجزائري استعمال التوقيع الإلكتروني في حياتهم اليومية يجب إقرار نص قانوني يوضح بموجبه مكانة التوقيع الإلكتروني في الإثبات ومن أنه يساوي في حجته التوقيع الخطي. كما يجب أن لا يغفل هذا القانون على إنشاء هيئة خاصة تقوم بمنح التراخيص لمزود الخدمات مع

كما يجب على الدولة أن تسعى جاهدة لتوسيع مجال استعمال التقنيات الحديثة وتوسيع مجال شبكة الانترنت وهو السبيل الأمثل لترقية وضمان انتشار استعمال التوقيع الإلكتروني.

دور قواعد مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ مقصد المال

أ. علي موسى حسين، جامعة الجلفة

على إبراز المنهج المتبع في دراسة الأحكام الشرعية، خاصة في باب المعاملات

مهاد، ثم أهما تمكن

الباحث في التمييز بين قواعد الاستنباط اللغوية وبين توجيه المقاصد الشرعية لها.

وقد حاولت في هذا الفصل عرض ما اقتدرت على ذكر بعض المقاصد الخاصة في باب التصرفات

المالية، والتي من شأنها أن تحفظ مقصدا لما، وعليه خصصت لهذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: الأصل في المعاملات الصحة

المطلب الثاني: فساد العقود بالغرر الكثير

المطلب الثالث: الخراج بالضمان

المطلب الأول : قاعدة الأصل في المعاملات الصحة :

إن العلم بقواعد الفقه له أهميته البالغة في مجال اكتساب الملكة الفقهية لدى المجهت؛ وبه صار الفقه

سلامي جامعاً، ومواكباً لكل مستجدات العصر، ومعنى هذا أن القاعدة نص موجز يستوعب

بعمومه الفروع الجزئية، ويتضمن أحكاماً تشريعية عامة للحوادث التي تتجدد خلال مسيرة الزمن.

ليبين هذه القاعدة مايلي:

بيان معنى قاعدة الأصل في المعاملات الصحة،: صل في المعاملات الصحة.

أولاً: بيان معنى القاعدة.

1- بيان معنى القاعدة لغة واصطلاحاً:

: أساس الشيء وأصله معنوياً كان ذلك الشيء أو حسياً قال تعالى : (وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ

لِقَوَائِدَ مِنْ لَبَيْتٍ وَالْمَبْعِثِ رَبَّنَا نَقَلْ مِمَّا: إِنَّكَ نَتَّ لَسْمِيعِ الْعَلِيمِ ُ) (271).

فالقاعدة في الآية : بمعنى الأساس الذي يرفع عليه البناء (272).

هـ : "ما ينبنى عليه الشيء سواء كان هذا البناء حسياً كقواعد البيت ، أو معنوياً كقواعد

الدين أي دعائمه ، وهي بالتالي أصول الشيء وأساسه" (273).

:

: الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها (274)، وعرفها أحمد

: "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي

"(275)

وعلم قواعد الفقه يستمد أهميته من كونه يعين الفقيه، والمتفقه على اكتساب الملكة العلمية التي تساعده

على أن يلحق أي فرع أو حادثة بالقاعدة التي تناسبها عن طريق التخريج والإلحاق.

فالقواعد الفقهية تساعد في تقديم الحلول الفقهية على ضوء قواعد الشريعة ومقاصدها، وروحها

(276)

ثانياً: أهمية القواعد الفقهية: وقد أشاد الإمام القرآني بمنزلة القواعد ومكانتها حيث قال : "

الإسلامية اشتملت على أصول فروع وأصولها قسمان :

1 . : وأغلب مباحثه في قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ كدلالة الأمر على الوجوب

(277)

271- البقرة ، (127).

272 - () ، المصباح المنير () .

273 - الراغب الأصفهاني ، المفردات في غريب القرآن، 19، تحقيق محمد سعيد كلاني ، مصطفى الباي الحلبي (1381 1961) .

274- أحمد بن محمد المعروف بالحموي، غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر (22) الحموي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك

(11) ، تحقيق الخطابي .

275 - أحمد الزرقا: (947/1)

276 - (947/1).

277 - أحمد علي الندوي، الق 61.

2. : وهي جليلة القدر كثيرة العدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه وهذه القواعد مهمة في القواعد عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف وتتضح له مناهج الفتوى، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبة الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت علي واختلقت واحتاج إلى حفظ جزئيات لا تتناهي، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات وتناسب عنده ما تناقض عند غيره⁽²⁷⁸⁾.

وهكذا يتضح مدى أهمية القواعد في مجال استنباط الأحكام وأنها روح الفقه فضلاً عن امتيازها بدقة ذ أنها من جوامع الكلم حيث تتميز بالإيجاز مع شمولية المعنى فقاعدة " تدخل في سبعين باباً من أبواب الفقه⁽²⁷⁹⁾.

ولما كان البحث يتطرق إلى أثر هذه القواعد في مجال حفظ المال باعتباره أحد المقاصد الشرعية كان عد الفقهية في هذا الصدد وذلك على النحو التالي :

ثالثاً: شرح القاعدة الأصل في المعاملات الصحة.:

نخص هذا للكلام عن بيان مشروعية هذه القاعدة، ودليلها، وأثر القاعدة في مقصد حفظ المال.

1. دليل مشروعية قاعدة الأصل في المعاملات الصحة:

هذه القاعدة أصل من أجل أصول المعاملات وعليها تبنى التصرفات، إذ الأصل في التصرفات حملها
(280)

(281)

والمراد بالأصل في هذا الصدد :

²⁷⁸- القرافي، الفروق (3/1).

²⁷⁹- السيوطي الأشباه، والنظائر (11).

²⁸⁰- القرافي، الذخيرة (221/4)؛ المَقْرِي، القواعد (1/ 68 97).

²⁸¹- القواعد والضوابط الفقهية القرافية في التمليكات المالية (393)

فصحة التصرفات هي القاعدة المستمرة هي صحة التصرفات المرجحة حتى يدل دليل منفصل على خلافها وصحة التصرفات في المعاملات وغيرها مستصحة لا يتحول عنها إلا إذا قام دليل شرعي على (282)

فمجال هذه القاعدة يشمل المعاملات، وقد يشمل غيرها من التصرفات، وإنما خصّ المعاملات بالذكر لما لها من أهمية في إنشاء الحقوق والالتزامات، والمراد بالصحة في القاعدة: (283)

للملك المبيع للتصرف في المبيع، فإذا وجدت عقود المعاملات مستوفية مقومًا وشرائطها الأساسية في حكم الشارع اعتبرت صحيحة منعقدة، أي أنها موجودة شرعاً كما وجدت حسب أحكامها، ونتائجها التي رتبها الشارع على انعقادها (284).

وأما إذا وقعت غير مستوفية لأركانها وشرائطها، التي جعل الشارع وجودها الاعتباري متوقفاً عليها، كما لو صدر البيع من مجنون، أو حصلت الهبة أو التبرع من مال وقف، أو مال قاصر صغير، فإن التصرف لم وجوده حساً يكون معدوماً اعتباراً، أي : غير منعقد، فلا يترتب عليه حكمه من تملك أو التزام؛ لأن التعامل لم يكتسب وجود الاعتباري وآثاره في نظر الشارع الحكيم (285) إنما يكون حيث لم يقع أو يطرأ مانع من هذه الموانع.

2 :

لعلماء لهذه القاعدة بالآيات الواردة في وجوب الوفاء بالعقود مطلقاً ومنها قوله تعالى: (يَتِيمَا

الَّذِينَ ءَامَنُوا وُفُوا بِالْعُقُودِ) (286).

282 - (97 68/1).

283- الجرجاني، التعريفات (173)،

284 - (97 68/1)

285 - (704/2)

286 - (1) :

وقوله تعالى : (وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَٰلِكُمْ وَصِمُّكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)⁽²⁸⁷⁾، وقوله تعالى : (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)⁽²⁸⁸⁾.

هذه الآيات تدل على وجوب الوفاء بالعهد، وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد

مأموراً به، على أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا إذا ترتب عليه

(289)

ثانياً: أثر القاعدة في مقصد حفظ المال :

إن العمل على تصحيح مطلق المعاملات فيه، محافظة على مبدأ تداول الأموال، وتحريكها بين المتعاملين، وهذا مما يساعد على انتشار حركة الاستثمارات وهو مقصود في الشريعة الإسلامية حيث تحقيق
ظ المال، فإن كان الشارع قد أمر بمقصود العقود، ففيه دلالة على أن الأصل فيها الصحة

والإباحة، ولو كان الأصل في العقود والشروط والمعاملات الخطر والفساد إلا ما أباحه الشارع لم يجز أن

(290)

وقد ضرب الإمام مالك فصول كبيرة في بيان هذه القاعدة، وأهميتها في العقود، وأثرها في التصرفات، من

: أما ما كان من البيوع مما يتبايعه الناس على وجه الانتقاد شبه الصرف، مثل

الحنطة، والزيت، واللحم، والفواكه، والخضر كلها، ومما يبتاع الناس في أسواقهم مما يشبه هذه الأشياء

ل الصرف، فالقول فيه للمشتري، وعليه اليمين، وما كان مثل الدور والأراضي والبيزور، والرقيق

: فإن القول في الثمن قول البائع وعليه اليمين⁽²⁹¹⁾؛ أما بالنسبة للمشتري، فقال مالك:

"وإن قبضة المبتاع فلا يخرج منه أداء الثمن قبضه"

²⁸⁷ - : (152).

²⁸⁸ - : (34).

²⁸⁹ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى (126/29).

²⁹⁰ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، (127/29)؛ القراني، الذخير (10/7).

²⁹¹ - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، (142/3)

إياه وبينوته به إلا أن يقيم

« (292)

ومن ثم فهذه القاعدة تعمل على تحقيق مقصد حفظ المال عن طريق صحة المعاملات، إلا ما ورد الشرع بحظرها، وفي هذا من السعة في مجال الاستثمارات مل لا يخفى على ذوي الألباب.

المطلب الثاني : قاعدة فساد العقود بالغرر الكثير :

هذه القاعدة شرعت لحماية الجانب الضعيف في العقود، فالتعزير هو أحد عيوب الإرادة الذي يفسد العقود، حيث أن العقود لا تتم صحيحة منتجة لآثارها، إلا بتوافر شرط الرضائية قال تعالى : (يَسِّرْهَا الْبَيْنَ عَامَّةً لَا تَأْكُلُوا مَوْلَاكُمْ بِنِسْمٍ بِالْإِطْلَاقِ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِمَّكُمْ وَلَا تَتَّخِلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)⁽²⁹³⁾.

فالشرط الرضائية والغرر يعيب هذه الرضائية فتفسد العقود، وعليه نتعرض في هذا المبحث في إيلي :
وأثر القاعدة في مقصد حفظ المال :

أولاً : بيان حقيقة قاعدة فساد العقود بالغرر الكثير :

1 لغة : هو الخطر والتعريض للهلكة، ومنه حبل غرر : أي غير موثوق به، ويقال :
(294)

2. الغرر اصطلاحاً : هو التردد بين أمرين أحدهما على الغرض والثاني على خلافه⁽²⁹⁵⁾.

وأصل الغرر هو الذي لا يُدري هل يحصل أم لا؟⁽²⁹⁶⁾.

وإذا كان الغرر يفسد العقود فإن ذلك لا يكون مطلقاً، وإنما الغرر نوعان فاحش ويسير فالفاحش هو الذي يفسد العقود بخلاف الغرر القليل الذي لا يؤثر على صحة العقد⁽²⁹⁷⁾.

²⁹² - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، (142/3)

²⁹³ - (29).

²⁹⁴ - () (648)، المصباح المنير () .

²⁹⁵ - (350/1)، الدسوقي، الشرح الكبير (55/3).

²⁹⁶ - القرافي، الفروق (265/3).

١ وقع في هذا الصدد من ضوابط منها ما وضعه الإمام مالك . رحمه الله . حيث قرر أن جميع عقود التبرعات مما لا يقصد منها تحصيل الأموال لا يؤثر الغرر على صحتها⁽²⁹⁸⁾ .
بخلاف عقود المعاوضات التي يقصد منها تحصيل الأموال فإن الغرر يؤثر على صحتها.

ثانياً : أثر القاعدة في مقصد حفظ المال :

لما كان حفظ المال أحد مقاصد الشريعة الإسلامية عملت على حمايته بشتى الوسائل ومن وسائل حماية هذا المقصد تحريم الغرر في المعاملات فقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه
" (299)

ن عمر . رضي الله عنهما . أن النبي رسول الله صلى الله عليه وسلم " (300)

فهذه النصوص تفيد تحريم الغرر إذ النهي فيد التحريم⁽³⁰¹⁾ ، وهذا يقتضي إثم من أقدم على إبرام عقد منهي عنه لما يترتب عليه من أكل أموال الناس بالباطل قال تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا }⁽³⁰²⁾ .

ومن ثمار هذه القاعدة في مجال التمليكات فساد بعض الـ "كبيع الآبق"
تسليمه كالسمك في الماء، ونحوه⁽³⁰³⁾ .

297 - الأمير الصديق : الغرر وأثره في العقود (34) .

298 - القراني، الفروق (151/1) ، القراني، الذخيرة (116/2)، القراني، الذخيرة (354/4) .

299 - " (1153/3) " : في " (89/52)، الترمذي، كتاب

" ماجاء في كراهية بيع الغرر " (350،349/2) : " (310/7)

": " (739/2) .

300 - سبق تخرجه .

301 - لغزالي المستصفي (35/3)، الإحكام للآمدي (275/3) (340) ولى .

302 - (29) .

303 - (340) .

وفساد العقود بالغرر الكثير فيه المحافظة على حق من غرر به في التعاقد وهذا يتمثل في الجانب المادي ومن ثم فهذا حفاظاً على تحقيق مقصد حفظ المال والمحافظة على الأموال من الضياع والإتلاف

المطلب الثالث: قاعدة الخراج بالضمان :

إن الشريعة كما حرصت على حماية الأموال والتصرفات المرتبطة بها من أي ضرر متوقع، وذلك بوضع جملة من الشروط والأحكام الوقائية، حرصت أيضاً على رفع كل ضرر و الأشخاص المتصرفين فيها، وذلك بجبره، والتعويض عنه، والعقاب عليه، ولأجل ذلك شرع باب الضمان، أما دراستنا لهذه القاعدة فقد تشمل الضمان للأموال بصفة عامة، مع الإشارة إلى خصوصية هذه القاعدة من جانبها الفقهي، وليبيان حقيقة هذه القاعدة، ودورها في حفظ مقصد المال وقد أوضحنا

وشروط صحة قاعدة الخراج بالضمان، ودور قاعدة الخراج بالضمان في حفظ مقصد المال.

أولاً: بيان حقيقة قاعدة الخراج بالضمان ومشروعيتها.

1. معنى لفظة " " : غلة الشيء ومنفعته ودخله، ومنه قوله تعالى :
(أَمْ لَسَاءُ لَهُمْ خَرْجًا فَخَرَجَ رَبُّكَ حَيْرٌ وَهُوَ سَيْرٌ لِرَأْسَيْنِ) (304).

ومنه كسب العبد وأجرة الدابة ونسلها ود رها وكذا ثمر الشجر (305).

(306) ونحو ذلك...

...":

(307)

304_ (72).

305_ ابن الأثير، النهاية (19/2)، القاموس المحيط (237)، الخطابي، معالم السنن (158/5).

306 - أما الولد واللبن فلا يسمى خراجاً... فإن كسب الحادث والغلة لم يكن موجوداً حال البيع، وإنما حدث بعد القبض، وأما اللبن ههنا فإنه كان موجوداً حال العقد فهو جزء من المعقود عليه، والشارع لم يجعل الصاع عوضاً عن اللبن الحادث، وإنما هو عوض عن اللبن الموجود وقت العقد في الضرع، فضمانه هو محض العدل والقياس. (21/2).

ثانياً: معنى لفظة " فالباء متعلقة بمحذوف تقديره :

(308)

ومن ثم يمكن القول بأن هذه القاعدة تعبر عن عكس قا " (309) التي تفيد أن الضمان

: ()

فاستخدمه، ثم وجد به عيباً، فله أن يرد الرقبة ولا شيء عليه فيما انتفع به؛ لأنها لو تلفت ما بين مدة العقد، والفسخ لكانت من ضمان المشتري، فوجب أن يكون الخراج من حقه" (310).

: " : تحمل تبعة الهلاك، فمانع الشد

في مقابل تحمل الخسارة (311).

2 :

شرع الضمان لأنه وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها، محافظة على حقوقهم، وبعدها عن عليهم، وجبرا لما انتقص من أموالهم، ومن أدلة مشروعية الضمان قوله تعالى: (قَالُوا نَقِّدُ صَوَاعِ الْمَالِكِ وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) (312).

307 - (20/2).

308 - لسيوطي، الأشباه والنظائر (214/2)، ابن الأثير، النهاية (19/2).

309 - قال في المدونة : "أرأيت إن أخرجت زكاة الفطر لأوديها فأهريقته أو أتلفت أكون علي ضماناً في قول مالك أم لا؟ قال:

: عها عند محلها فذهبت منه فلا شيء عليه. ومما يبين لك ذلك أنه لا شيء عليه، أنه لو لم يتهيأ له

دفعها بعدما أخرجها، فرجع إلى منزله، فوجد ماله قد سرق، لم يكن ليضع عنه ما سرق من ماله إخراج ما أخرج من زكاته ليدفعها.

(294/2).

310 - (1033/2).

311 - (1033/2).

312 - 72

استدل به العلماء على جواز الكفالة إلى الرجل لأن المؤمن الضامن هو غير يوسف عيه السلام؛ فإذا قال الرجل تحملت أو تكفلت أو ضمنت أو أنا حميل لك، أو زعيم، أو ضامن قبيل، أو هو لك عندي، أو علي أو إلي، فذلك كله جعلالة لازمة⁽³¹³⁾.

وروي عن طرق متعددة أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " (314)

: أعلم أن هذه القاعدة ينبنى عليها كثير من أبواب الفقه من ذلك ضمان المتلف.

" بما روي عن عائشة . رضي الله عنها. أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً فرده فقال يا رسول الله إنه قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " (315)

:

أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بأن غلة العبد للمشتري؛ لأنه لو تلف لكان من ضمان المشتري

كما استدل ثانياً على صحة القاعدة بما روي عن عبد الله بن عمرو . رضي الله عنهما . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " يجل سلف ويبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما (316)

: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح شيء لم يدخل في ضمانه، فدل على جواز

أخذ ربح ما دخل في ضمانه.

313 - (333/9)

314 - هذه قاعدة، أصلها حديث نبوي رواه ابن عباس، وعبادة بن صامت، رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم، وإن كان نه يرقى إلى مرنية القطعي، باستقراء الأحكام الواردة في القرآن والسنة النبوية المشهورة، وهذا ما يؤكد العلامة الشوكاني معلقاً على هذا الحديث بقوله، "هذا فيه دليل على تحريم الضرر على أي صفة كانت من غير فرق...." الشوكاني (260/5).

315 - أخرجه أحمد في مسنده (49/6)، وأبو داود في سننه كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (780/3) (3510).

316 - أخرجه أحمد في مسنده (179-178/2)، وأبو داود في سننه كتاب البيوع والاجارات باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (769/3).

() (317)

ثانياً: شروط قاعدة الخراج بالضمان:

هناك شروط لابد من توفرها لإعمال هذه القاعدة وهي كالاتي :

(318)

الشرط الأول :

وبهذا تخرج الزيادة الناتجة عن العين المغصوبة. فإن الغاصب الضامن لها لا يباح له زيادتها؛ لأن ضمانتها لها ليس ضمان ملك وإنما هو ضمان تعدد جزائي، والدليل على ذلك: أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بأن الخراج بالضمان في ضمان الملك، وجعل الخراج لمن هو مالكة إذا تلف تلف على مالكة وهو المشتري، والغاصب لا يملك المغصوب (319).

الشرط الثاني :

بعد العقد أما لو وجدت قبل العقد فلا تباح للمشتري بل يردها مع أصلها كما هو الحال في لبن المصرة (320).

فقد جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "من اشترى غنماً مصراً فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر" (321)، حيث إن اللبن ههنا موجود حال العقد فصار جزءاً من المبيع، والشارع لم يجعل الصاع عوضاً عما حدث بعد العقد، بل عوضاً عن اللبن الموجود في الضرع وقت العقد (322).

: اشترط البعض أن تكون الزيادة . سواء كانت متولدة من الأصل أم غير متولدة . منفصلة عن

. ن كانت متصلة . كالسمن والكبر . فإنها لا تكون للمشتري إذا ردّ السلعة بالعيب (323).

317 - ابن قدامة، المغني (209/2)، ابن قدامة، المغني (226/6).

318 - (22/2)

319 - ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر (128) (1034/2).

320 - (23/2)

321 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع باب إن شاء رد المصرة (102/2) (1524).

322 - (414/11)؛ ابن تيمية. مجموع الفتاوى (557/20).

323 - (414/11).

ثالثاً: أثر القاعدة على حفظ مقصد المال :

هذه القاعدة تؤثر بالإيجاب على تحقيق مقصد حفظ المال، حيث تقيم التوازن وتحقق مبدأ العدالة في مجال تداول لأموال واستثماراتها، ويظهر ذلك جلياً في أحد فروع هذه القاعدة وهو : إذا اشترك اثنان في شركة الملك فإن ربح الشركة يقسم بينهما بنسبة حصصهم.

أي مشتركة مناصفة . فتقسم بالتساوي، وإذا لم تكن متساوية . بأن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان . فيقسم الربح على هذه النسبة؛ لأن نفقات هذه الأموال هي بنسبة حصصها، وكذلك التلّف أو الخسارة لو حصلت؛ لأن الضمان كذلك، والخراج بالضمان⁽³²⁴⁾.

وفي هذا تطبيق لأعلى درجات العدالة في مجال الاستثمار.

فهذه القواعد تلعب دوراً أساسياً في هذا الصدد، باعتبارها قواعد تضبط حركة المعاملات، وفقاً ضيات الشريعة الإسلامية، وهذه القواعد المذكورة ليست على سبيل الحصر في هذا المقام وإنما هي بمثابة النماذج التي يهتدي بها في هذا الشأن.

: ، فمنه ما يجب بالتعدي ، ومنه ما يجب للمصلحة العامة وحفظ

(325)

(326)

:

بمباشرة السبب الذي يقتضيه كإحراق الثوب وقتل الدابة وهدم المنزل وغيرها، أو التسبب للإتلاف بتنصيب سبب عدوانا، فيحصل به الإتلاف ، وذلك كأن يحفر بئرا من غير ملكه حتى تقع فيه دابة فلان ، أو ماشية ، أو يؤجج نارا في يوم ربح عاصف ، فتنعدى إلى إتلاف مال الغير⁽³²⁷⁾.

324 -

(26/3).

325 -

362؛ ابن رشد، بداية التمهيد، (190/2).

326 -

والإتلاف بجميع أنواعه سواء كان إتلافا له صورة ومعنى بإخراج الشيء عن كونه صالحا للانتفاع ، أو معنى بإحداث معنى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه بنفسه حقيقة ، فكل ذلك يعد اعتداء وإضرار في نظر الشريعة يجب الضمان على المتسبب فيه.

الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية⁷⁷.

197، 196.

327 - القراني، الذخيرة، (374/5)

ووجه جبر الضرر بالضمان أن إتلاف الشيء إخراج له من أن يكون منتفعا به مطلوبة منه عادة، وهذا فيه اعتداء وإضرار، ولما كان نفي الضرر من حيث الصورة متعذرا، وجب نفيه من حيث المعنى بالضمان (328).

ومن تمام حرص الشريعة الإسلامية على إضاعة الأموال وإتلافها الأموال قطعت مسالك تحقق ذلك، أن جعلت الخطأ في ضمان المتلفات كالعمد فيها وبناء على هذا المعنى قرر فقهاء القاعدة الفقهية: "العمد والخطأ في ضمان المتلفات، سوا" (329).

وعلى هذا الضابط تقاس الوقائع والنوازل نذكر منها مثلا واحدا: أن من أمر الوالي بأخذ مال رجل ظلما أو بيع متاعه، فلا يفعل سيئا من ذلك، وإن علم أن عصاه وقع به في ماله، فإن أطاعه وجب عليه الغرم، وغرم ثمن ما باع (330).

لثاني: وما يجب للمصلحة العامة و حفظ الأموال، ويقع هذا النوع من الضمان برضا الداخل في الالتزام الذي يترتب عليه ذلك الضمان، وهذا صميم دراستنا، في هذه القاعدة، ويندرج تحت (331)، لأن الأصل في الصانع أن لا ضمان عليهم، أنهم مؤتمنون لأهم أجراء لا خلاف بين الأئمة أن الأجير ليس بضامن ما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى (332).

328 - القرافي، الذخيرة، (375/5)؛ ابن رجب، القواعد، 196، 179؛ الكاساني، بدائع الصنائع، (4454، 4453/9)

329 - المقرئ، القواعد، تحقيق ودراسة أحمد بن عبد الله بن حميد، (603/2)، مركز إحياء التراث الإسلامي مكة المكرمة.

209؛ ابن السبكي، الأشباه والنظائر (150/1)

330 - (174/2)

331 - الصانع في القاعدة: هو الصانع الذي نصب نفسه لجميع الناس، وهو الذي يضمن ما أتلفه، إلا إذا قامت بينة على أن التلف قد وقع

ليس بسببه، أما الصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه لكل الناس، فإنه لا ضمان عليه فيما أتلف، لأنه مؤتمن وهو مصدق، الدكتور أحسن

زقور، القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبجي، (814/2)، الطبعة الأولى، دار بن حزم للطباعة

2005 1426 :عن الرجل يدفع إلى القصار الثوب فيفرغ من عمله وقد أحرقه أو أفسده، ماذا على العامل

؟ قال قيمته يوم دفعه إليه، ولا ينظر إلى ما ابتاعه به صاحبه غالبا كان أو رخيصا . أنا أضمنه قيمته مقصورا وأؤدي إليه

الكراء ؟ قال: . الكبير (373/3).

332 - 432

وبالإضافة إلى تضمين الصناع قالوا بتضمين الطعام والإدام على كل حال، ولو لم يكن منه غرر ولا تفريط، وإذا لم تقم له بينة على تلفه، مع أن الأصل عدم الضمان على الأجير على الحمل إبتعدى أو يفرط، وعللوا هذا الحكم بمسبب حاجة الناس إلى الطعام وضرورتهم إليه، ولو ترك حاملوه من غير تضمين لتسارعوا إلى أخذه، إذ لا بدل عليهم فيه، فيؤدي ذلك إلى امتناع الناس من الحمل معهم، وتدخل المضرة على الفريقين فيضمنوا دفعاً لها⁽³³³⁾ على المعنى الذي بني عليه حكم

) .

غيره" (334)

- رحمه الله - من تضمين الصناع، هو إقامة لمقاصد الشريعة في حفظ الأموال وإبعادها عن الضرر، وتحقيق المصلحة العامة المبنية على رعاية ضرورة الناس وحاجتهم إلى استصناع أموالهم لدى الصناع المنتصبين لذلك، وألحق العلماء من بعدهم كل من شارك الصناع في المعنى من الأجراء، فحكموا بتضمينهم، كحامل الطعام والسمسار وحارس الحمام، وأدخل الفقهاء في هذا النوع من الضمان المرتمن والمستعير فيما يغاب عليه، والكفيل إذا قبض الدين من صاحبه على وجه (335)

مصادر المقال ومراجعته:

1_ القرآن الكريم.

2 - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (ابن كثير) . 774
ظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشيت، توفى

3- ابن عاشور: تفسير التنوير والتحرير، الدار التونسية للنشر.

4- القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري القرطبي، (671 .
دار الكتب العلمية، بيروت.

- 333 77،76؛ ابن عاصم، تحفة الحكام، 86

- 334 (317/8).

- 335 .262

- 6- صحيح البخاري مطبوع مع فتح الباري، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن المغيرة البخاري، المتوفى 256 .
- 7 ابن رشد:- بداية التمهيد وهاية المقتصد، للعلامة الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ط.
- 8 . دار صادر، الطبعة الأولى، 1300هـ، بيروت لبنان
- 9الأشباه والنظائر، للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مطبعة مصطفى الحلبي.
- 10- الإسلام، مقاصده، وخصائصه، للدكتور محمد عقله، مكتبة الرسالة الحديثة، الطبعة الأولى، 1405
- 11- الفروق، للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقراي، ط. دار المعرفة بيروت.
- 12- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للإمام أبي عز الدين ع الكليات الأزهرية، حسين محمد إمبابي، ط.
- 13- القواعد، للمقري، لأبي عبد الله محمد بن محمد، بن أحمد المقري، تحقيق ودراسة أحمد بن عبد الله بن حميد، جامعة أم القرى، مكة المكرمة
- 14- الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق الشاطبي، وهو إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي
- 15- المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، للدكتور يوسف حامد العالم، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هيرندن، فرجينيا، الطبعة الأولى، 1412 1991 .
- 16
- 17 بن زغبية، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، دبي.
18. الشافعي:- الأم، محمد بن إدريس الشافعي، ط2 1393 . بيروت.
19. الموصلي: