مجلّة الواحات للبحوث والدراسات
ردمد 7163-1112
http://elwahat.univ-ghardaia.dz

البحث في أحكام العقود الماليـــة المستجدة شرائطـــه ومحاذيـــره في الفقـــه الإسلامـــي

عبـد القـــادر جعفـــر
أستاذ محاضر بشعبة العلوم الإسلامية / جامعة غرداية
حي 19 مارس – متليلي – ولاية غرداية- الجزائر-47200
abdelkader.dja@gmail.com

ملخص -

يتعامل الناس بعقود مالية منها المأثور الذي سبق حكمه في الشريعة، ومنها المستجد الذي يبحث فيه من خلال الدراسات المختلفة. وحتى يسلم البحث في أحكام العقود المستجدة من الناحية الشرعية يلزم توفر شرائط و ضوابط والاحتراز من محاذير معينة. وهو ما يحاول هذا البحث وضع اليد عليه من ذلك، وفق منهج الوصف والتحليل مجيبا على الإشكالية التالية: ما هي ضوابط البحث في أحكام العقود المالية المعاصرة؟ وما أبرز محاذيره بالمنظور الشرعي؟ ويخلص البحث إلى أن من أبرز الشرائط استيفاء الباحث لرصيد شرعي كاف من الفقه والأصول وقواعد الاستنباط، وحسن الفهم وسلامة الاستدلال، والدراية الكافية بطبيعة العقد وملابساته؛ فلا يكفي وجود أحداها دون اجتماعها. و أن من أهمّ ما يعتمد لمعرفة ما يتعلق بالعقد التشريعات المنظمة له، والعقود الحاكمة له، وأهل الخبرة به، والمؤسسات المنفذة له. وأن من أهمّ ما يجب على الباحث في أحكام العقود المالية المستجدة أن ينظر في المؤثّرات في أحكامها؛ كالمرجعية التشريعية للعقد المالي، وطبيعته ومعرفة مكوّنَاته وخطوات تنفيذه؛ ومقاصد أطرافه، وأهداف مؤسساته، والشروط المقارنة له، ومآلات العمل به وآثاره.

كلمات دالة -

عقود - مالية - الشريعة - معاصرة - مؤسسات.

(The search about new financial contracts Its conditions, controls, and warnings in Islamic law)

Abstract –

People deal with the financial contracts including the one cited that has a preceded judgment in Sharia law, and other new ones that are searched through various studies. And to make search about these contracts free from errors in Sharia side, conditions, controls, and

المنارة للاستشارات

avoiding certain warnings are required. This is what this search is attempting to through descriptive methodology and analysis, responding to the following problem: what are the search's controls in the judgments of contemporary financial contracts? And what are its main warnings in regard to Sharia? The research concludes that the researcher should have enough stock of jurisprudence and its principles and rules of inference, good understanding, and correctness of reasoning, and sufficient knowledge of the nature of the contract and the circumstances; it is not enough the existence of one without all of them. And the important thing to rely on to know what is related to the contract is legislations arranging it, and contracts governing it, and those who have experienced it, and institutions implementing it. And what should a researcher in the judgments of contemporary financial contracts consider in the effects in its judgments, as the legislative reference to the financial contract, its nature and the knowledge of its components and steps of implementation and objectives of its parties, the objectives of its institutions, and the results of working with it and its effects.

Key words –

Contracts - Financial - Law - contemporary - institutions.

مقدمـــة –

الحمد لله والصلاة والسلام على محمد رسول الله وآله وصحبه ومن اتبع هداه. وبعد،

فقد جاءت الشريعة الإسلامية وافية بأحكام العقود الحاكمة للمعاملات المالية، وبيان أصولها وصورها الثابتة، وكذلك الصور المختلفة باختلاف الأحوال والأعراف. وقد فصّل العلماء – جزاهم الله خيرا- في شروطها وضوابطها وآثارها، وميَّزوا بين كل عقد وآخر. وذلك في القسم الثاني من الفقه الإسلامي ، وهو فقه المعاملات، وكذلك فيما أُلِّف في العقود بشكل جامع لها، أو في بعضها، سواء في المؤلفات القديمة أم في الدراسات الأكاديمية الحديثة.

و تبعا لتطوّر الحياة، ونقص العمل بالشريعة، ظهرت عقود جديدة في قاموس معاملات المسلمين، وَفَدَت معظمها مع الاحتلال، وبقيت حاكمة بعد رحيله، بل صارت أصلا وغيرها طارئا، فكانت هذه العقود جزءًا من النظام الوضعي الدخيل[1].

وقد بذل الباحثون المعاصرون جهودا كبيرة ومتنوعة في البحث عن أحكام هذه العقود المعاصرة، وكان للرسائل العلمية والأطروحات الحظّ الأوفر من ذلك، إلا أنّ المساعي البحثية هذه تحتاج إلى بيان الضوابط العاصمة من الوقوع في المحاذير التي تخرج بالمنهج والنتائج عن الصواب بالنظر إلى أن الأمر

المنارة للاستشارات

يتعلق بأحكام شرعية تتضمن الحلّ أو الحرمة لمعاملات الناس، والمسؤولية فيه ليست بالهيّنة، من جهة، ولأنّ بعض الذين يخوضون البحث في ذلك قد لا تكون لهم الأهلية المطلوبة في جانبي المعرفة بالعقد؛ الجانب الشرعي، وحقيقة العقد وطبيعته.

ومن هنا نجد الإشكالية التالية: ما هي ضوابط البحث في أحكام العقود المالية المعاصرة؟ وما أبرز محاذيره بالمنظور الشرعي؟

ويأتي هذا البحث ليجيب عن تلك الإشكالية وفق منهج الوصف والتحليل، وفي المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف العقود المستجدة وأسبابها وخصائصها.

المطلب الثاني: البحث في أحكام العقود المستجدة؛ أهمّيته والمؤثّرات فيها.

المطلب الثالث: خطوات البحث في أحكام العقود المستجدة وضوابطه ومحاذيره.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل

المطلب الأول: تعريف العقود المستجدة وأسبابها وخصائصها:

الفرع الأول: تعريف العقد: العقد في الاصطلاح: هو ارتباط إيجاب بقَبُول يظهر أثره في محلّه[2].

ومنه : عقد الزواج، وعقد البيع، وعقد الإجارة، وغيرها.

وقد جُعلت هذه العقود لتضبط التعامل بين الناس وتجنّبهم الفوضى والنّزاع.

ومعظم العقود مأثورٌ من العهود السالفة، سواء في جوهرها أم في شكلها، وإن تغيرت محالُّها في الكثير منها.

وهناك عقود معاصرة؛ منها الباقي على صورته المأثورة، ومنها المستجد الذي ظهر مع تطوّر شؤون الحياة، والمراد به: ما حدث منها ولم يكن موجودا من قبلُ أصلا، أو وُجد لكن تغيَّرت صورته ومقوّماته، فبدا وكأنَّه جديد مستقلٌّ عن صورته السابقة، مما لا حكم له في السابق[3].

وهذه العقود المستحدثة هي جزء من النوازل، التي خصّها العلماء المعاصرون فرادى وفي الهيئات العلمية بالبحث، بهدف معرفة حكمها والافتاء فيها.

الفرع الثاني: أسباب استحداث العقود:

تجِدُّ في حياة الناس قضايا وعقود، ويكون ذلك لأسباب منها[4]:

1- تطوُّر وسائل حياة الناس، كوسائل النقل، والاتصالات، مما دعا إلى استغلالها والانتفاع بها والتعاقد على منافعها بصيغ غير معهودة سابقا.

2- تغيُّر الأعراف ودخول القوانين الأجنبية البلاد، وما نتج عنها من عقود دخيلة أُلزمت بها الشعوب.

3- الانحراف عن منهاج الشريعة وفساد الأخلاق؛ إذ إنَّ فساد الأخلاق مثلا دعا إلى مزيد عقود واشتراطاتٍ تُعتبر ترقيعا للخلل الحاصل في تمام تنفيذ العقود على الوجه المطلوب شرعا.

الفرع الثالث: أبرز خصائص العقود المستجدة:

المنارة للاستشارات

من أهمّ خصائص العقود المعاصرة عامة، والمالية خاصة ما يلي:

أولا: أنَّ معظمها مقنّن وفق القوانين الوضعية الوافدة إلى بلاد الإسلام.

ثانيا: أنَّ معظم شروطها وبنودها تعكس تلك القوانين الوضعية، التي لا تراعي أحكام الشريعة ، وإن توافقت معها في بعض جوانبها، فضلا عن أنها لم تنجُ من تأثير أصحاب الشركات الخاصة التي لا تراعي عادة إلا مصالحها.

ثالثا: ونتج عن الخصِيصَتين السابقتين أنْ صارت عقود إذعان في أغلبها[5].

المطلب الثاني: البحث في أحكام العقود المستجدة؛ أهمِّيته والمؤثِّرات فيها:

الفرع الأول: مفهوم البحث في العقود المستجدة:

والبحث في أحكامها قد يسمَّى نظرا، وقد يسمى تكييفا، وكلاهما نوع من الاجتهاد الجزئي.

ويراد بالنظر في العقود: التأمُّل والفحص لحقيقتها وظروفها ومواردها، ومراجعة الأدلّ ة للتعرّف على حكمها[6].

ويراد بتكييف العقد: إعطاءُ العقد وصفَه القانوني أو الشرعي، من أجل معرفة موقف التشريع منه[7].

فهو إذن البحث في أركان العقد، وشروطه، والأوصاف المقترنة به، والتدقيق في الآثار والالتزامات التي يتّفق عليها العاقدان، والنظر في مقاصدهما.

وعليه فتكييف العقود في الفقه الإسلامي يشمل دراسة العقد من ناحيتين:

الأولى: مدى مشروعية العقد، واتفاقه مع مقاصد الشريعة.

الثانية: إعطاء العقد وصفه الحقيقي.

الفرع الثاني: أهمِّية البحث في أحكام العقود المستحدثة:

المقرّر ابتداء أنّ شريعة الله – تعالى- لم تعجز في الماضي، ولن تعجِزَ في الحاضر والمستقبل على معالجة قضايا العصر المالية والاقتصادية، إذ تحمل في طيَّات نصوصها وقواعدها الأصولية والفقهية الحلول المناسبة لكل جديد[8].

والسبيل إلى معرفة أحكام العقود المالية المستجدة هو الاجتهاد المستمدّ من نصوص الكتاب والسنّة، والمستنير بأحكامهما، والمراعي للأعراف والعادات وتحقيق المصالح، والرامي إلى تفعيل الشريعة، وإحياء دورها العام في حياتنا المعاصرة، وفي مجال أموالنا ومكاسبنا خاصة ، وفي ذلك إثبات لاستمرار صلاحية العمل بها إلى أن تقوم الساعة.

وإنَّ أساس الاجتهاد المشار إليه بغرض البحث في حكم عقد مستجد، هو تكييفه الشرعي، إذ لابدَّ من تكييف صفته، ودوافعه، ومقاصده، والشروط المصاحبة له؛ إذ ربما أورث الجهل بها اختلافا كثيرا وغشاوة[9].

على أنَّ كثيرا من العقود تبدو بعملياتها الحديثة وكأنَّها نشاط غير مسبوق، في حين أنَّها لا تزيد على كونها صورا جديدة للعقود القديمة المستقرة، كالوديعة والإجارة والحوالة والوكالة والمضاربة[10].

المنارة للاستشارات

فليس لازما أن نبحث عن حكم كل مستجدّ، فقد يوجد في المأثور من الفقه الإسلامي ما يغني عنه وزيادة[11].

وإدراكا لأهمية البحث في العقود المالية المستجدة بذل العلماء المعاصرون - جزاهم الله خيرا - جهدهم في البحث عن أحكام القضايا المستجدة، فرادى وجماعات، فما من مسألة من المسائل الحديثة الطارئة إلا وقد بحث العلماء في شأنها[12]، وأصدروا المنشورات المتنوعة التي تتضمن آراءهم الاجتهادية في أحكامها، من ذلك العقود المالية المستجدة.

وقام مجمع الفقه الإسلامي – بنوعيه - بإصدار قراراته في عقود المرابحة، والأجل، والاستصناع، بعد إعداد البحوث اللازمة، والمناقشات المستفيضة[13].

الفرع الثالث: شرائط النظر في العقود المعاصرة:

إنّ تحديدنوع العقد يتوقّف على تكييفه ومعرفة طبيعته، ولذلك ضوابط يتمُّ من خلالها، وبها تتميز العقود بعضها من بعض ولا تختلط[14].

مجمل ما يشترط في البحث في حكم العقد شرعا ما يلي[15]:

الأول: الكفاءة الفقهية: وذلك بأن يكون عالما بالأحكام الشرعية عامة والمالية خاصة، متمكنا فيها، عارفا أصولها وقواعدها ونظرياتها ومقاصدها.

ولا يكفي ذلك بل عليه أيضا معرفة اللغة والتفسير و أصول الفقه ومواضع الإجماع و البراءة الأصلية والقواعد الكلية.

وعليه فدارس الحقوق والاقتصاد، وإن مَهَر في تخصُّصه، لا يُقبل منه البحث في حكم عقد مستجدّ بالمنظور الشرعي إذا كان يفتقد إلى الرصيد العلمي بأحكام الفقه الإسلامي وأصوله والقواعد الأصولية اللغوية ونحو ذلك مما يشترط في الاجتهاد الجزئي.

الثاني: الكفاءة الاجتهادية: ذلك أنّ النظر والبحث صنعة فكرية، زائدة عن استجماع الفروع وأمثلتها وحفظها؛ فكم من حافظٍ للفروع ما له في البحث والنظر حظّ. فلا ينعقد للباحث الاختصاص بالنظر في نازلة فقهية ما لم يستكمل الحد الأدنى من شرائط الاجتهاد الجزئي[16].

وعليه فلا تكفي هنا مجرّد الإحاطة بالفروع الفقهية في المعاملات المالية حتى تكون له كفاءة اجتهادية، إضافة إلى ما يلي:

1- حسن الفهم وسلامة الاستدلال؛ فإن البحث الفقهي مبناه على الفهم الصحيح والاستدلال الموافق لمراد الشارع؛ فقد أوصى عمر بن الخطاب أبا موسى الأشعري ψ بقوله: "ثم الفهمَ الفهمَ فيما أدلي إليك، مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قايس الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال والأشباه، ثم اعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى، وأشبهها بالحق"[17].

2- استفراغ الوسع: فإن بذل الجهد وإعمال الفكر في البحث في حكم العقد المستجدّ لازم ليكون اجتهادا ونظرا، لا مجرّد جمع وتلخيص لأحكام السابقين.

على أنّ المطلوب من الباحث بذل الجهد في الوصول إلى حكم العقد المستجدّ، وقد يصيب الحق في ذلك وقد يجانبه، وفي الحالتين له أجره إن أخلص في عمله.

المنارة للاستشارات

الثالث: المعرفة بطبيعة العقد ومكوّناته: ويراد بذلك المعرفة الكافية المحيطة بطبيعة العقد وكافة جوانبه وإجراءات تنفيذه.

والفاقد لهذا مهما كان فقيها مُلِمًّا بالفروع الفقهية المالية لا يقبل منه أن ينظر في حكم عقد مستجدّ ولا إسقاط أحكامه عليه لعدم تصوّره لطبيعته حقّ التصوّر، أو لكونه قد تطوّر والباحث يعرفه في ثوبه القديم.

ومما لا شك فيه أنّ ذلك يقتضي معرفةً بالقوانين الوضعية والجوانب الفنية للعقود في ظل وسائل حديثة متطورة ودقيقة.

فغير المطلِع مثلا على الإجراءات الفنّية التي تتمّ بها العقود المصرفية والحركة المالية فيها ليس متصوّرا لتلك العقود، ولا يمكن إسقاط الأحكام عليها لمجرّد التشابه في الأسماء والمصطلحات.

قال ابن عابدين: " المفتي لا بدّ له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس"[18]، وقال: "من لم يكن عالما بأهل زمانه فهو جاهل"[19].

و وسائل معرفة طبيعة العقد كثيرة، ومن أكثرها ضرورة:

1- التشريعات المنظّمة له، لما تتضمّنه تلك التشريعات من بيان طبيعته وتكييفه وتمييزه من غيره بشكل مفصّل، وهو ما نجده غالبا في شروح القوانين المختلفة.

2- نماذج العقود الحاكمة له، إذ هي التي تفرّغ فيها أهمّ تلك التشريعات.

3- سؤال أهل الخبرة والمتعاقدين، إذ هو السبيل إلى استكشاف جوانب قد لا تنصّ عليها القوانين، خصوصا فيما تعلّق بالمقاصد، أو بكونها بُنيت على ما يعرف بالحيل القانونية.

الفرع الرابع: المؤثّرات في تكييف العقود المالية:

ومن أهمِّ ما يجب على الباحث في أحكام العقود المالية المستجدة أن ينظر في المؤثِّرات في أحكامها، فربما كان شيءٌ مؤثِّرا فيها تأثيرا مباشرا فأغفله، أو لا تأثير له فاعتبره.

ومن أبرز هذه المؤثرات ما يلي:

المؤثر الأول: المرجعية التشريعية للعقد المالي، والنظر هل هي شرعية، أو قانونية وضعية، أو عرفية؟

المؤثر الثاني: طبيعة العقد ومعرفة مكوّنَاته وخطوات تنفيذه؛ فينظر هل هو من المعاوضات أو من التبرعات؟ وهل هو مركّب أو بسيط؟ وما هي إجراءات تنفيذه وترتيبها وآثارها؟ بل ومعرفة طبيعة المؤسسات العاملة بها المنفّذة لها وهل هي مدنية؟ أو تجارية؟ أو ائتمانية؟ فالإيجار المنتهي بالتمليك الذي تعمل به المصارف مختلف عن الذي تعمل به الوكالات العقارية مثلا.

المؤثر الثالث: مقاصد المتعاقدين، ويستدلّ على ذلك بالعرف الجاري والقرائن والدلائل الظاهرة فإنَّ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[20]؛ ففي الحديث الصحيح: «إنما الأعمال بالنيّات، وإنما لكل امرئ ما نوى... »[21].

المنارة للاستشارات

فللقصد أثره في جوانب مختلفة منها: الكشف عن حقيقة العقد، والحكم بصحة العقد أو فساده؛ فإن دلّت القرائن من الألفاظ والشروط وترتيبات تنفيذ العقد على أن قصد العاقدين أو أحدهما التوصّل إلى غرض ممنوع، حكم بفساد العقد وعدم ترتب آثاره؛ فإن لم يوجد ما يدل على ذلك، حكم بصحة العقد وترتبِ آثاره عليه إذا ما استوفى بقية الشروط الشرعية، عملا بالظاهر الذي هو المعتبر ابتداء.

قال ابن القيم: " قواعد الفقه وأصوله تشهد أنَّ المَرعِيَّ في العقود حقائقُها ومعانيها، لا صورُها وألفاظها"[22]. وهي قاعدة متفرّعة عن قاعدة: "الأمور بمقاصدها".

ولتوضيح هذا المؤثِّر ساق العلماء أمثلة كثيرة منها:

1- أنَّ الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المدين حوالةٌ، والحوالة بشرط عدم براءة ذمة المدين كفالةٌ، وهذا بالنظر إلى المعنى والقصد[23].

2- إذا اشتُرط في الهبة دفع عوض، كمن قال لآخر: وهبتُك هذا الشيء بكذا، أو بشرط أن تعطيني كذا، أخذ العقد أحكام البيع[24].فلو قال العاقد مثلاً : وهبتك هذا الكتاب بمائة. فقال الآخر: قبلتُ. فهو عقد بيع لا عقد هبة؛ مع أنَّ الإيجاب صريح بلفظ الهبة لا البيع، لأنّ كُلاً من الهبة والبيع يفيد التملك، وفارَقَ الثاني الأوّل بأنه بعوض؛ فلمّا ذكر الثمن، دلَّ ذلك على أن مقصود العاقد البيع لا الهبة فكان بيعا[25].

3- إيداع المال لدى المصارف وصناديق التوفير هو في حكم القرض، بالرغم من تسميته وديعة، وعليه فلا تحِلُّ الفوائد منها، لأنها ربا محرّم. وكذلك شهادات الاستثمار (الودائع الادخارية) لا تعدو أن تكون نوعا من الإقراض[26].

4- لو وقع بيعان متواليان من طرفين عرَضاً، أي دون قصد، كان بيعا جائزا؛ وإن كان الغرض التوصُّل إلى مضمون القرض بالربا، فحكمه الحرمة، لحديث: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى..»[27].

المؤثر الرابع: الأهداف: أي الأغراض التي يتُّم التعاقد لأجلها، فإنَّ للهدف أثرا في شرعيته؛ فإنشاء شركات تأمينية بهدف الاسترباح والاستغلال غير ما يرجوه الناس من شركات تعاونية تكافلية.

المؤثر الخامس: الشروط المقارنة للعقد: فمن الشروط ما يبطل العقد؛ فإذا اشتُرط في المضاربة أن يكون الربح للعامل فيها اعتبرت قرضا، فإذا تلف المال في يد المضارب يكون مضمونا. وإذا شرط فيها أن يكون كلّ الربح لرب المال اعتبرت إبضاعا[28].

وإذا اشترط في الهبة عوض كانت معاوضة لا تبرعا، كما سبق.

المؤثر السادس: الآثار: فربما بطل العقد بسبب ما يخلِّفه من آثار، وإن بدا مستجمِعا للشروط الشرعية، كبيع السلاح زمن الفتنة بين المسلمين.

المطلب الثالث: خطوات البحث في أحكام العقود المستجدة وضوابطه ومحاذيره:

الفرع الأول: خطوات البحث في العقود المستجدة:

المنارة للاستشارات

والخطوات المطلوبة للبحث في العقود المستجدة[29] تتلخَّص فيما يلي:

الخطوة الأولى: استعانة الباحث بالله تعالى، بالتوجُّه إليه بالدعاء بأن يفتح عليه بالوصول إلى الصواب في حكم العقد قيد البحث ، ويوفقه في جهوده.

الخطوة الثانية: فهم طبيعة العقد وتصوّره تصوّرا صحيحا متكاملا من خلال جمع كل ما يتعلّ ق به من مراجع قديمة وحديثة، والقوانين ونماذج الوثائق المنظمة له، والاتصال بأهل الاختصاص فيها، وتحليله إلى مكوناته إذا كان عقدا مركبا.

فإذا فهمه بدقة وتصوّره تصورا كاملا نظر: هل هو فعلا عقد جديد يستحق البحث في حكمه، أم هو عقد مخترع مخالف للشرع، وفي شريعتنا غنى عنها وزيادة ؟ وإنما الذي صوَّره مستجدا إنما هو الاسم المعاصر الذي يحمله، وشكله الجديد الذي طرح به.

ولا يتم تصوير العقد إلا بالتعرف على حقيقته، والإحاطة بطبيعته، وإدراكها على ما هي عليه، وتحديد أطرافه، وبيان آليات تنفيذه ومراحله ، وحصر صوره[30]، مع الاحتراز مما يشتبه به من العقود الأخرى.

وقد سبق ذكر سُبل التعرّف على طبيعة العقد، ولمزيد البيان نقول:

1- إن العقود المقنّنة التي تنفذها المؤسسات العامة والخاصة يرجع إلى القوانين المنظمة لها، والعقود الحاكمة لها، والمؤسسات المنفذة لها، وتفحص هذه وتلك والتدقيق في ألفاظها وبنودها، وتوصيفها للعقد وتصنيفه؛ إذ هي خير من يعرّف بها ويصوّره.

فإذا ما وقف على ذلك وفهمه لم يسُغ له أن يسعى في افتراض خلاف ما تدلّ عليه القوانين ونماذج العقود؛ كافتراض أنّ عقود التأمين من باب التكافل والتبرّع في حين أنّ القوانين تصفها بعقود الغرر والمخاطرة وأنّ مؤسساتها شركات تجارية، أو كافتراض أنّ أرصدة الحساب الجاري مضاربة ولأصحابها حقّ في ريع استثمارها، مع أنّ القوانين كلها تصنّفها ضمن القروض المضمونة على المؤسسات المرصودة عندها.

2- والعقود العرفية : تعرف من خلال ممارستها في الواقع، وأطرافها المباشرين لها، إضافة إلى معرفة ملابساتها.

ولقد كان بعض الفقهاء لا يكتفي بالإحاطة بالنصوص والأصول الشرعية وعلوم الآلة، بل ينزل إلى الأسواق، ويقف على معاملات التجار بنفسه، وكان أصحاب النبي ρ يخالطون الناس، ويباشرون التجارة والكسب والجهاد. وكان محمد بن الحسن الشيباني يذهب إلى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم[31].

الخطوة الثالثة: النظر هل العقد مستجدّ أم قديم مأثور: وههنا أحوال:

1- أن يكون العقد مأثورا معروفا حكمُه من قبلُ؛ فالبحث فيه إنما من قبيل الاجتهاد في فتوى يقتضي تغيَرُّ الأحوال تغييرها، وفق ما هو معروف من تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان والأحوال والأعراف[32].

فإذا كان العقد من العقود المسماة شرعاً أو فقهاً، ففي هذه الحال يكون توصيفه الفقهي بإلحاقه بما يماثله شرعاً أو فقهاً، بعد تفقد شرائط الإلحاق، وهو

المنارة للاستشارات

ما يسمى بتخريج الفروع على الفروع، أي إلحاق الفروع الجديدة بما يماثلها من المسائل التي بحث المتقدمون أحكامها[33].

2- أن يكون العقد مستجدّا فعلا ؛ فالمطلوب عرضه على النصوص الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع، وكذا على أقوال الصحابة والتابعين وسائر الأئمة المجتهدين، والبحث في مؤلفات الفقهاء القدامى والمحدثين، وبحوث المجامع والندوات الفقهية، والرسائل العلمية ما أمكن من ذلك كلّه...

وههنا أحوال كذلك:

- أن يكون العقد جديدا فعلا: لم يسبق له ذكر بذاته، لا في النصوص الشرعية، ولا في المصنفات الفقهية، وحينئذ يستأنف الباحث النظر فيه مراعياً أصول الشريعة وقواعدها وأدلتها العامة.

- وقد يكون العقد جديدا في شكله كأن يكون مركبا بكيفية جديدة، كأن يكون مركبا من مجموعة عقود. ويلزم حينئذ تحليل العقد والبحث في مسألة اجتماع العقود وأثره، وإسقاطه على العقد قيد البحث.

الخطوة الرابعة: البحث في حكم العقد المستجد: وذلك بإعمال الأدلة بمختلف أنواعها، والقواعد الفقهية، والمقاصد الشرعية العامة والخاصة بالعقود، واستحضار أقوال الفقهاء السابقين في نظائره، والقرارات المجمعية، والفتاوي العصرية، والقيام بما يلزم من قياس أو تخريج ونحو ذلك مما يدخل في النظر والاجتهاد.

ولا يكتمل نظر الباحث ولا يكون صوابا إلا إذا راعى في بحثه ونظره ملابسات العقد، والقوانين المنظمة له وخلفياتها التشريعية والسياسية، والمؤسسات التي تنفذه وأهدافها، ونحو ذلك من المؤثرات المشار إليها في موضع سابق من هذا البحث.

وبعد ذلك يصل الباحث - بتوفيق الله تعالى - إلى حكم العقد المراد البحث فيه.

الفرع الثاني: ضوابط البحث في أحكام العقود المستجدة:

وتتلخّص المبادئ الأساسية التي تعتبرُ ضوابطَ موضوعيةً لعملية الاجتهاد في أحكام العقود المستحدثة فيما يلي:

1- اعتماد مصادر التشريع الإسلامي في استصدار أحكام العقود مهما استجدَّت، وتقويمِها.

2- لا اجتهاد مع النص، فكل عقد أو مسألة من مسائل العقود ورد فيها حكم شرعي، من كتاب أو سنة، أو إجماع، فليس من حق أحد أن يجتهد مقابل هذه الأدلة أو يردَّها، قال -تعالى: [وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا]. [الحشر: من الآية 7].

3- متى اتَّحدت جواهر العقود وشروطها كان لها حكم واحد، وإن تعدَّدت أسماؤها أو اختُرع لها من الأسماء الحديثة ما تبدو معه مختلفة عن نظائرها.

المنارة للاستشارات

4- ما يتوصَّل إليه العلماء المعاصرون من أحكام العقود المالية المستحدثة باجتهاد يبقى أحكاما ظنّية خاضعة للنقاش العلمي، والتمحيص الشرعي الدقيق، ويبقى مجالا رحبا للبحث العلمي المركّز.

الفرع الثالث: محاذير البحث في أحكام العقود المستجدة::

إنَّ مما يلاحظ على بعض الاجتهادات المعاصرة في العقود المستحدثة وقوعها في محاذير أدَّت إلى الانفلات من أحكام الشريعة. ومنها:

1- وجود بعض الاجتهادات المخالفة في أهدافها للاجتهاد المشروع، ومنها:

- الاجتهاد الوهمي المزيّف الذي يسعى إلى إضفاء سمة الشرعية والإسلامية على العقود الوافدة التي يخدم العمل بها مصالح الغرب، وتمكِّه من تحقيق مخططاته الاستغلالية في العالم الإسلامي.

- والاجتهاد التبريري لواقع معاملات الناس المالية الذي يُصدِر سنداً شرعيا باسم المرونة والتطوُّر والمصلحة لما يحدثونه من عقود تبعاً لأهوائهم وشهواتهم؛ لأنَّ الأصل خضوع الناس للشريعة لا تطويع الشريعة لرغباتهم المتقلّبة.

ومن هنا انتشرت ظاهرة الرُّخص في الفتاوى وتوسُّع الناس في البحث عنها، وعدم التقيُّد بشروطها[34]، بسبب ضعف الوازع الدِّيني والعجز أحيانا عن العمل بالعزائم، فحلّت الرُّخَص محلَّها، وصارت أصلا يُنكر على من يُخالفه، ويُوسَم بالتشدُّد، فتمكَّنَت المعاصي من قلوب الناس ومعاملاتهم المالية باسم الرُّخصة!!

2- تصدِّي بعض علماء الحقوق والاقتصاد التقليدي للاجتهاد في القضايا الشرعية ومنها العقود المالية؛ فإنَّ من المظاهر التي أثَّرت سلبا في الاجتهاد المعاصر هو تصدِّي بعض المختصين في الحقوق للاجتهاد في القضايا الشرعية، وبكلّ جرأة، دون إدراك منهم للفرق بين دِين الله تعالى وقوانين البشر التي تعوَّدوا الخوض فيها بعقولهم المجرّدة !!

والمفترض أنّه لا يجوز[35] لمتخصّص في القانون أو الحقوق أو الاقتصاد التقليدي، أتيح له أن يقرأ طائفة من الكتابات الإسلامية الحديثة أو القديمة، أن يُقحِم نفسه في الاجتهاد في أحكام عقود شرعية يتطلب تخصّصا وتمكنا وامتلاكا لكفاءة اجتهادية معينة، وعليه أن يتقي الوقوع في المحذور الوارد في قوله تعالى: [وَلا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لا يُفْلِحُونَ] [النحل : 116].

والمؤسِف أنَّ معظم كليات الحقوق و الاقتصاد في العالم الإسلامي لازالت تُدَرّس موادّها ومقرَّراتها دون ربطها بأحكام الشرع المتعلِّقة بها.

على أنّه لا يُنكر أنّ المؤلَّفات الشرعية الحديثة في المعاملات عامة، والمالية خاصّة، قد استفاد مؤلِّفوها بوضوح من التقسيمات والتنظيمات القانونية للعقود، مما بدا معه فقه المعاملات الإسلامي أكثر وضوحا لدى طلاب العلم الشرعي والباحثين فيه.

خاتمة:

ومما يقيّد من نتائج من هذا البحث الموجز ما يلي:

المنارة للاستشارات

1- أنّ الفقه الإسلامي وافٍ بأحكام العقود الحاكمة للمعاملات المالية، وبيان أصولها وصورها الثابتة، وكذلك الصور المختلفة باختلاف الأحوال والأعراف.

فما كان منها منصوصا عليه التزمت أحكامه، وما كان من العقود مستجدا لزم بذل الوسع بالبحث في حكمه ممن كان أهلا لذلك مستوفيا الرصيد الشرعي والدراية الكافية بطبيعة العقد وملابساته؛ فلا يكفي وجود أحدهما.

2- من أهمّ ما يعتمد لمعرفة ما يتعلق بالعقد التشريعات المنظمة له، والعقود الحاكمة له، وأهل الخبرة به، والمؤسسات المنفذة له.

3- من أهمِّ ما يجب على الباحث في أحكام العقود المالية المستجدة أن ينظر في المؤثِّرات في أحكامها؛ كالمرجعية التشريعية للعقد المالي، وطبيعته ومعرفة مكوّنَاته وخطوات تنفيذه؛ ومقاصد أطرافه، وأهداف مؤسساته، والشروط المقارنة له، ومآلات العمل به وآثاره.

الهوامش -

1 - ينظر ما قاله عبد القادر عودة في كتابه " الإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه"، (بيروت: مؤسسة الرسالة)، ص 26 فما بعدها.

2 - ينظر: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، عدنان خالد التركماني، (جدة: دار الشروق ، ط.1 ، 1981م) ، ص16.

3 - ينظر: المعاملات المالية المعاصر، محمد عثمان شبير، (الأردن: دار النفائس، ط.3 ، 1999م)، ص 27.

4 - ينظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، (دمشق: دار الفكر ، دمشق ، ط.9 ، 1968م)، 926/2 ، وتغير الأحكام ، إسماعيل كوكسال، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط.1 ، 2000م)، ص82 فما بعدها.

5 - عقد الإذعان: هو العقد الذي يفرض فيه أحد الطرفين شروطه على الآخر مثل عقد التأمين، ومثل عقود الخدمات: الكهرباء والمياه والهاتف والنقل...ينظر: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، عدنان التركماني، ص285.

6 - ينظر: مراحل النظر في النازلة الفقهية، خالد بن عبد الله المزيني، الحلقة البحثية التي ينظمها مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ، 1430ه.

7 - ينظر: التكييف الفقهي للوقائع والمستجدات وتطبيقاته الفقهية، محمد عثمان شبير، (دمشق: دار القلم، ط.1، 1425ه/2004م)، صص 11-31.

8 - ينظر: ، تقديم أبي لبابة حسين، تغير الأحكام ص:(ج) و (د)، وينظر صلب الكتاب ص223 فما بعدها، وينظر: العرف وأثره في التشريع الإسلامي، سيد صالح عوض، (القاهرة: دار الكتاب الجامعي)، 1981م. ص33 ، والمدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 201/1.

9 - ينظر: دليل الحائرين في حكم النقابات والهيئات وشركات التأمين ، توفيق علوان ، (مصر: دار الإيمان)، ص6.

المنارة للاستشارات

10 - ينظر: العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصر، عيسى عبده، (دار الاعتصام ، ط.1 ، 1977م)، ص3.
11 - ينظر: نظام الإسلام العقيدة والعبادة، محمد المبارك، (لبنان: دار الفكر، ط.4، 1975م)، ص22.
12 - ينظر: على طريق العودة إلى الإسلام، محمد سعيد رمضان البوطي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط.1 ، 1981م)، ص 184.
13 - ينظر: بطاقة الائتمان، بكر أبو زيد، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط.1، 1996م)، ص 13 و14.
14 - ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، علي السالوس، (الكويت: مكتبة الفلاح، ط.1 ، 1986م)، ص 162.
15 - ينظر : الموافقات في أصول الشريعة، أبو إسحاق الشاطبي، ت. محمد عبد الله دراز، (مكة المكرمة: دار الباز)، 165/4. إعلام الموقعين، ابن القيم، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط.1، 1411ه/1991م)، 7/1-8، مجموع الفتاوى، ابن تيمية ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم، (الرياض: مطابع الرياض، ط.1، 1398هـ)، 544/28.
16 - ينظر: مراحل النظر في النازلة الفقهية، خالد بن عبد الله المزيني.
17 - أخرجه الدارقطني في سننه، 206/4، و البيهقي في سننه الكبرى، 550/10، قال ابن القيم: "وهذا كتاب جليل القدر، تلقّاه العلماء بالقبول، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه، وإلى تأمّله، والتفقّه فيه" إعلام الموقعين، 67/1.
18 - الدر المختار، ابن عابدين، (بيروت: دار الفكر، ط.2، 1412ه/1992م)، 398/2
19 - المرجع نفسه، 47/2.
20 - ينظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، علي الندوي، (بيروت: دار عالم المعرفة، ط.1، 1999م)، 518/1 فما بعدها.
21 - أخرجه البخاري في صحيحه عن عمر بن الخطّاب رضي الله عنه، كتاب بدء الوحي. باب كيف كان الوحي إلى رسول الله ﷺ . الحديث الأول. ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة ، باب قول النبي ﷺ : «إنما الأعمال بالنيّة».
22 - ينظر: زاد المعاد، ابن القيم، (بيروت/ الكويت: مؤسسة الرسالة/ مكتبة المنار الإسلامية، ط.14، 1407ه/1986م)، 179/5.
23 - ينظر: المبسوط، (بيروت: دار المعرفة، 1414ه/1993م)، 46/20 وبدائع الصنائع، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط.2، 1406ه/1986م)، 10/6.
24 - ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، (دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1403هـ)، ص 166.
25 - المرجع نفسه.
26 - ينظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، علي الندوي، 531/1.
27 - سبق تخريجه.
28 - ينظر: شرح القواعد، أحمد الزرقا، (بيروت: دار الغرب الإسلامي ، ط.1 ، 1983م)، 62.
29 - ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير ، ص 44 فما بعدها.
30 - ينظر: مراحل النظر في النازلة الفقهية، خالد بن عبد الله المزيني.

المنارة للاستشارات

31 - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، (دار الكتاب الإسلامي، ط.2)، 288/6.

32 - ينظر في مسألة تغير الأحكام: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، 24/3، مجموعة رسائل ابن عابدين، 2/ 114، شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، ص173، العرف وأثره في التشريع، سيد عوض، ص95.

33 - ينظر: مراحل النظر في النازلة الفقهية، خالد بن عبد الله المزيني.

34 - ومن شروطها: الاقتصار على موضع الحاجة والضرورة. ينظر: أصول الفقه، الخضري بك، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط.7 ، 1985م)، ص67.

35 - ينظر: على طريق العودة، البوطي، ص 185، منهج البحث في الدراسات الإسلامية، فاروق حمادة، (الدار البيضاء: منشورات كلية الآداب بالرباط، مطبعة النجاح الجديدة، ط.1، 1416هـ-1995م)، ص46 و47.

المنارة للاستشارات