مجلة الشريعة والاقتصاد
ISSN : 2335-1624
E-ISSN : 2588-2392
المجلد10 / العـدد: 2 (2021) ص 49-67

الجوانب القانونية الوضعية في المعايير الشرعية لهيئة (أيوفي)

Positive Legal Aspects of Sharia Standards for Aaoifi

عبد القادر جدي
جامعة قطر . قطر، djedikader966@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/11/16 تاريخ القبول: 2021/12/07 تاريخ النشر: 2021/12/30

الملخص:

هذه الدراسة تتعلق بمصادر المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وأنه ضمن هذه المصادر نصوص التشريعات الوضعية المدنية والتجارية، وسنحاول أن نكشف من خلال تتبع بعض المعايير إلى أن صياغة المعايير ليست فقهية خالصة بمعنى أنها لا تعتمد فقط على صياغة الأحكام الشرعية المنقولة عن مصادرها من كتب الفقه المذهبي المعتمدة أو من قرارات المجامع الفقهية وأبحاثها، بل إن فيها الكثير من المواد القانونية تمت مراعاتها والتزامها لما لها من حجة شرعية تستند الى اصل العرف، والتزام الشرط الجعلي في الشريعة الإسلامية .

الكلمات المفتاحية: المعايير الشرعية، القانون، العرف، الشروط.

Abstract

This study focuses on the sources of Sharia standards issued by the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, and within these sources are the texts of positive civil and commercial legislation. In fact, it contains many legal articles which have been observed and respected due to their legal argument based on the principle of custom and compliance with the binding condition of Islamic Sharia law.

Key Words: Sharia a standarrds, law, custom, conditions.

المنارة للاستشارات
www.mar

مقدمة:

شكلت الصيرفة الإسلامية تطورا نوعيا في الفقه الإسلامي، بل عدت من مثارات التجديد الفقهي في هذا العصر، وكانت المعايير الشرعية التي أنتجتها هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية عنوان هذا التجديد ودليل هذا السبك والاجتهاد، وفي هذه الدراسة رمت بحث مدى أثر العرف القانوني المدني في اختيارات المعايير، حيث أن الناظر في أحكام العديد منها كالشركات وبيوع المرابحات والسلم والكفالات والضمانات والتأمينات والحوالات والخدمات البنكية يلحظ ضمن فقراتها العديد من القواعد القانونية، ولا يرى أن فقهاء الهيئة قصروا همهم على جمع النقول الفقهية أو تقنين الأحكام الفقهية الصرفة ، بل إنهم توسعوا في النظر واطلعوا على المطلوب من التشريع الوضعي في جانبيه القانوني والاقتصادي، واستفادوا مما أنتجته الكليات الشرعية والقانونية والاقتصادية في أبحاثها المقارنة.

فجاءت هذه الدراسة لتتساءل عن مدى أثر التشريع الوضعي المدني والتجاري في صياغة المعايير الشرعية؟ ولأن سمة التشابه بين التشريعات العربية هي الغالبة فقد ركزنا الدراسة للإجابة على الأسئلة الفرعية الآتية: هل للتشريع الوضعي حجية في الأحكام الشرعية، وأين يظهر توافق التشريع الجزائري مع المعايير، وهل يمكن القول بأن المعايير في القضايا المدنية أو التجارية تحيل الى القوانين في المسائل التي لم ينص عليها فيها؟ وما درجة هذه الإحالة؟

وقد اعتمدت مجموعة من الدراسات السابقة منها:

-بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي لأسامة بن حمود محمد اللاحم[1]، وهي دراسة واسعة في قضايا الديون والتصرفات المالية المعاصرة المرتبطة بها، وقد تعرض المؤلف الى الكثير من قضايا المعايير من الناحية القانونية والاقتصادية، فأمكننا من ملاحظة العديد من المقارنات والتوافقات وأوجه جنوح الفقهاء في تخريجاتهم إلى مراعاة العرف القانوني والاقتصادي بمبانيه واصطلاحاته ومعانيه وموضوعاته،

- أما الدراسة الثانية: فهي جملة أبحاث نزيه حماد وتقي العثماني في كتابيهما "في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة[2]" و"بحوث في قضايا فقهية معاصرة[3]"، ونقطة الاشتراك فيهما أنهما يضمان أبحاثا قدمت للمجامع الفقهية تضمنت تصوير الكثير من صيغ التمويل الإسلامية من الناحية الفقهية وهي التي عرضت

[1]- بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، أسامة بن حمود محمد اللاحم، دار الميمان، الرياض، 2019.

[2]- في فقه المعاملات المالية المعاصرة، نزيه حماد، دار القلم، دمشق، ط1، 2007.

[3]- بحوث في قضايا فقهية معاصرة، تقي العثماني، وزارة الأوقاف، قطر، 2013.

المنارة للاستشارات
www.mar

لها المعايير الشرعية بعد ذلك، كما أنها لا تخلو من ذكر العلائق القانونية الوضعية والأعراف العملية المدنية وأثرها تصحيحا وإبطالا للمعاملات المالية، وهو ما رمنا التركيز عليه في هذه الدراسة، وتتمثل الإضافة العلمية لهذه الدراسة في جعل الموضوع محل دراسة منفصلة عن المقارنات اللصيقة بالدراسات العامة، وبحث قضية حجية التشريع الوضعي في قضايا الفقه الإسلامي المعاصر وهو لعمري عنوان مستحدث تماما.

وللإجابة على أسئلة الإشكالية قسمت الدراسة الى عدة عناصر:

أولا– تعريف المعايير الشرعية.

ثانيا– مستند حجية التشريع الوضعي في الفقه الإسلامي.

ثالثا– تطبيقات على أثر التشريع الوضعي في المعايير الشرعية.

أولاً– تعريف المعايير الشرعية : هي عمل فقهي تقنيني خاص بباب المعاملات المالية المعاصرة قامت به هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين[1]، يهدف إلى ضبط الأحكام الشرعية الخاصة بصيغ التمويل والخدمات للمؤسسات المالية الإسلامية، وتنظيمها في الصياغة والتبويب والاختيار في إطار أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها، مع الأخذ في الاعتبار المعايير والممارسات الدولية والقوانين الداخلية بما لا يتعارض وأحكام الشريعة[2].

وقد بلغ عدد المعايير الشرعية الخاصة بالمعاملات 58 معيارا غطت الكثير من المعاملات كالمرابحات والسلم والاستصناع والشركات والجعالة والاعتمادات المستندية، والأوراق التجارية والمالية والجمع بين العقود والتحكيم والخيارات والتأمين الإسلامي والمؤشرات والخدمات المصرفية وضوابط الفتوى في إطار المؤسسات المالية والتعاملات المالية بالانترنيت وغيرها[3].

ثانياً– مستند حجية التشريع الوضعي في الفقه الإسلامي.

التشريع الوضعي هو النصوص والقواعد القانونية الملزمة بقواعدها الآمرة والمكملة والمتصفة بالعموم لأنها موجهة لكل أفراد الشعب في الدولة، والتي غالبا ما تصدرها الهيئات التشريعية وتكتب في جرائد رسمية، وتنص الكثير من قوانين الدول العربية على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني أو الثالث في الترتيب

[1]– موقع هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية، www.aaoifi.com

[2]– عزوز أحمد، واقع التزام المصارف الإسلامية بمتطلبات معيار المرابحة للآمر بالشراء الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مجلة معارف، ع20، جامعة البويرة، 2016.

[3]– المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ط2015، دار الميمان للنشر والتوزيع، ص 5-7.

المنارة للاستشارات
www.mar

بعد المجالس البرلمانية[1]، وقد تحيل بعض القوانين كما هو الحال لقانون الأسرة على أنه في حالة غياب النص فإن القاضي يلجأ الى الشريعة الإسلامية[2]، فقانون الأسرة تشريع وضعي رغم أن أغلب مواده الموضوعية المتعلقة بالخطبة والزواج والحضانة والمحرمات والميراث والوصية هي مستمدة من الفقه المالكي، بل إن بعضها مسائل إجماعية كما في المحرمات بالرضاع والنسب وأحكام الميراث، والتشريع الوضعي يطلق على مسار تشريعها وعلى طريقة صياغتها وعلى الجهة البرلمانية التي أصدرتها وعلى عدم تعارضها مع باقي التشريعات حتى لم تعترض عليها المحكمة الدستورية وغيرها من الشروط التي استوفاها تشريع الأسرة في هذا المسار.

إن التشريع الوضعي يجد سنده الاستدلالي في دليل العرف عند الأصوليين، **والعرف**: (عادة جمهور قوم من قول أو فعل[3])، ويعد العرف العملي من أهم أقسامه و(هو ما تعارف عليه الناس في أفعالهم وتصرفاتهم في جميع البلدان أو بعضها كبيع المعاطاة دفع ثمن الكتابة في العقود من قبل المشتري أو مناصفة مع البائع وتوثيق العقود عند الموثق[4]).

والعوائد والأعراف تحدث في المجتمعات كلما تباعد الزمان وتطور العمران وتعتبر كلما اطردت وغلبت في دنيا الناس، والعبرة في الاطراد أو الغلبة إنما تعرف بالتطبيق العملي وإن النصوص القانونية تعد أشد الموثقات والمؤيدات للتطبيق العملي، لأنها غالبا ما تكون قائمة مقارنة لتصرفات المكلفين تضم الكثير من القيود والشروط التي تدخل في تفسير مقتضى التصرف، لذلك يقول الشاطبي:(العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية، أي: سواء أكانت مقررة بالدليل شرعا أمرا أو نهيا أو إذنا أم لا؟ أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر، وأما غيرها فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك...ووجه آحر وهو أن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق وهو غير جائز أو غير واقع[5]).

---

[1]- ينص القانون المدني الجزائري في المادة الأولى: "...وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مباديء الشريعة الإسلامية".

[2]-ينص قانون 05-02 المؤرخ قي 27 فبراير 2005 في المادة 222 على أن: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

[3]- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004، 2/ 872.

[4]- داودي عبد القادر، القواعد الكلية والضوابط في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2009، ص165.

[5]- الشاطبي، الموافقات، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1395هـ، 286/2.

المنارة للاستشارات
www.mar

من أجل ذلك استخرج الفقهاء ضابطا مهما وهو (أن كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه الى العرف، مثل الحرز في السرقة إذ أن السارق لا يقطع إلا إذا سرق من حرز، إلا أن الشرع لم يحدد حرز كل مال، ولا تحديد للحرز في اللغة أيضا فيرجع في تحديد ذلك إلى العرف[1]).

ويرى الزرقا أن العرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييد الالتزامات على وفق المتعارف.... ويعتبر دليلا شرعيا حيث لا دليل سواه من النصوص التشريعية الأساسية، فالثابت بالعرف كالثابت بالنص، ونقل عن البيري أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ومن المجلة أن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، ويدخل في العرف الكثير مما اهتم به القانون من المعاملات المدنية أو العقود والالتزامات كتنظيم الزواج والطلاق والبيع والإبراء، وكالقبض والأداء وإجراءاتهما، وأشار الزرقا إلى بعض الأمثلة من المعاملات مما نراه ينظم قانونا، منها: اعتياد الناس في بيع الأشياء الثقيلة مثل الحطب والفحم والقمح أن تكون على البائع حمولتها....واعتيادهم تقسيط الأجور السنوية للعقارات .....[2] مما ذكره مما يعد من باب الاشتراطات والاتفاقات التي قد تتحول إلى قواعد قانونية آمرة أو مكملة.

وفي قضية الرسائل والصكوك اشترط الفقهاء طرقا لتوثيقها مفصلة في كتب الوثائق، فلا تعتبر إلا إذا كانت مستبينة مرسومة، (من العرف الزمني الاكتفاء في تحرير الصكوك بتوقيع ذي العلاقة عليها فقط دون خطاب في أولها، ودون بيان أن الموقع يقر ويعترف بمضمونها[3]) وتجد الكثير من الإجراءات الخادمة لهذا العرف.

ويتلخص لنا أن التشريعات الوضعية مندرجة في قاعدة العرف العام مادامت حائزة لشروط الاستقرار والغلبة والاطراد والمقارنة للتصرف وعدم المخالفة الصريحة لنص شرعي، وأنها ملحقة بقاعدة الشروط الجعلية (فهي تدور معها كيف دارت وتبطل إذا بطلت)[4] ، والناظر إلى نصوص القوانين الوضعية يجد الكثير من قواعدها في قضايا الأسرة والعقود والشركات هي قضايا شرعية وأحكام فقهية مستندها الأدلة المتفق عليها، ومعها الكثير من القوانين الإجرائية والسياسات النظامية تحيط بها لتسهيل حفظها وتمكن من حسن تنزيلها وتنظيم طرائق تنفيذها، أو توجد من الدعاوى والأحكام الدافعة لمثارات الخصومة فيها والرافعة لمكامن التعدي أو التعسف إذا ما شابتها أو تخللت سلوك أحد أطراف التصرف.

---

[1]- داودي عبد القادر، القواعد الكلية والضوابط في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص177.

[2]-مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، 2/ 879-880.

[3]- نفسه، 2/ 893.

[4]- القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، دار المعرفة، بيروت، 176/1.

المنارة للاستشارات
www.mar

-ومن هذا القبيل إصدار **تشريع وضعي خاص بالصيرفة الإسلامية في الجزائر، ونعني بالمصرف** الإسلامي مؤسسة مالية تلتزم أحكام الشريعة الإسلامية ولا تتعامل بالفائدة...وتلتزم بأهداف المجتمع الإسلامي داخليا وخارجيا[1]، وفي عديد من الدول العربية ثمة نظام قانوني خاص بالصيرفة الإسلامية سواء تعلق الأمر بالمؤسسات والبنوك الإسلامية المستقلة، أم تعلق الأمر بالشبابيك الإسلامية والنوافذ المفتوحة في البنوك التقليدية، وفي الجزائر تم إصدار قانون القرض والنقد رسمت فيه أحكام التمويلات الإسلامية غير الربوية، ففي المادة 2 من القانون (تعد في مفهوم هذا النظام عملية بنكية متعلقة بالصيرفة الإسلامية كل عملية بنكية لا يترتب عنها تحصيل أو تسديد الفوائد)، وجعل الشرط الأساس لفتح مؤسسة مالية إسلامية هو حيازة المتقدم (شهادة مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية مسلمة من طرف الهيئة الشرعية للإفتاء للصناعة المالية)[2] وتشمل العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، حسب م4 من نظام بنك الجزائر رقم 20-02 المؤرخ في 15 مارس سنة 2020، المنتجات الآتية: المرابحة، المشاركة، المضاربة، الإجارة، الاستصناع، السلم، حسابات الودائع، والودائع في حسابات الاستثمار.

ولإبعاد الشبه التي تورثها تداخل الحسابات المصرفية مع البنوك التقليدية (أوجب نظام بنك الجزائر على البنوك التي تمارس نشاط الصيرفة الإسلامية عن طريق الشباك المذكور سابقا أن تكون حسابات زبائن شباك الصيرفة الإسلامية مستقلة عن باقي الحسابات الأخرى للزبائن، ونصت المادة 18 من نظام بنك الجزائر على ضمان استقلالية شباك الصيرفة الإسلامية من خلال هيكل تنظيمي ومستخدمين مخصصين حصريا لذلك، بما في ذلك على مستوى شبكة البنك أو المؤسسة المالية)، كما يجب الفصل الكامل بين المحاسبة الخاصة للصيرفة الإسلامية والمحاسبة الخاصة للصيرفة التقليدية.

ثالثاً- تطبيقات على أثر التشريع الوضعي في المعايير الشرعية.

1 – عيوب الإرادة في المعايير والقانون:

اهتم الفقهاء بصيغة العقد وبينوا ما تنعقد به من إيجاب وقبول، وذكروا ما يتعلق بشرائط الصيغة سواء كانت لفظا أو إشارة أو كتابة أو فعل أو غيرها من وسائل التعبير الإلكترونية، ولأن الصيغة دالة على التراضي فقد آثر القانونيون استعمال التراضي وعبروا به عما يقوم عليه العقد من توافق الارادتين على تصرف أو عقد من

[1]- نايف جمعان جريدان، مسائل معاصرة مما تعم به البلوى في فقه المعاملات، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط1، 2012، ص 71.

[2]- أنظر: نظام رقم 20-01 المؤرخ في 15 مارس 2020 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، الجريدة الرسمية العدد 16، الصادر بتاريخ 24 مارس 2020.

المنارة للاستشارات
www.mar

العقود، وقد نصت المادة 59 أنه (يتم التعاقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين)، فالتعبير عن الإرادة هو الرضا في العقود.

ولا يتم العقد كاملا إلا إذا خلا عن عيوب الإرادة، ولعل التدليس واحدا منها أهتم به الفقهاء والقانونيون على حد سواء، وقد ذكر ابن عرفة المالكي(أن التدليس هو إبداء البائع ما يوهم كمالا في مبيعه كاذبا أو كتم عيبه[1])، وهو ما استعاره القانون إذ عرفه بأنه (استخدام وسائل احتيالية لإخفاء عيب المعقود عليه وإظهاره بصورة ليس عليها لتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد[2])، ويشترط في التدليس المؤثر في صحة العقد (أن تكون الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الأخر العقد)[3]، فمجرد الكذب لا يكفي لقيام التدليس، أما إذا انصب الكذب على واقعة معينة لها اعتبارها في التعاقد فأنه يعد تدليسا، وكذلك الكتمان لا يعتبر إلا إذا انصب على إخفاء معلومات لها أهميتها بحيث لو علمها المتعاقد لما أقدم على العقد[4]، وهذا ما وافق فيه المعيار التشريع الوضعي من خلال الصور التي عرضها للتدليس والتي يبدو انها الدافع الأساس للتعاقد، وقد عرف المعيار خيار التدليس بأنه(حق المشتري في فسخ العقد لظهور ما قام به البائع أو من يتواطأ معه، من أفعال تظهر المبيع على غير حالته الحقيقية ليظن المشتري كمال المبيع ويشتريه)[5] وهو ما يتوافق مع حق إبطال العقد المنصوص عليه في القانون المدني، وإذا كان التدليس تغريرا بالقول (كالزيادة في ثمن السلعة ممن يرتبه البائع وتكون الزيادة مخالفة للواقع دون قصد الشراء)[6]، فقد وافق المعيار التشريع الوضعي في قابلية الإبطال والفسخ (إذا كان **المتعاقد المستفيد من التدليس على علم به أو يكون من المفروض حتما أن يعلم به**)[7] كما أن المعيار حدد شروط التدليس وبين بعض صوره التطبيقية من مثل: (وضع شارة مصنع غير الشارة الأصلية للترويج، أو صبغ السيارات القديمة للإيهام بأنها جديدة وإخفاء قدمها، أو إضافة زيوت أو مواد لإظهار المبيع على غير ما هو

[1]- ابن عرفة، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ خير، ط مؤسسة خلف، دبي، الإمارات، ط1، 2014. 424/5.،

[2]- عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1987، ص268.

[3]- أنظر: الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09- 1975نص المادة 86.

[4]- عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود، مرجع سابق، 272.

[5]- أنظر: المعايير الشرعية، ص 1176.

[6]- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان، الرياض، 1437، ص،1175.

[7]- البعلي، ضوابط العقود، مرجع سابق، ص272

المنارة للاستشارات
www.mar

عليه)[1].وهي صور يلجأ اليها الباعة كثيرا لترويج سلعهم ودفع المتعاقد الى الوقوع في عيب رضائي يتوجب معه حمايته لذا قرر المعيار أنه (يثبت للمشتري بالتدليس الحق في الرد أو الإمساك[2])، ,هو معنى قابلية العقد للإبطال في القانون حتى إذا رضي المشتري بالبيع نفذ العقد وصح، ولا(يستحق المشتري تعويضا في حال الإمساك)[3]، حتى إذا تصرف المشتري في المبيع بعد العلم بالتدليس يسقط الخيار الثابت له.

أما الغبن وهو عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه، فيظهر فيه توافقا بين القانون والمعيار، وبالتأمل في تعريفه وعناصره في التشريع المدني: (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في نسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او التزامات هذا المتعاقد ويجب أن ترفع دعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، إلا كانت غير مقبولة، ويجوز في العقود المعارضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن[4]).

فشرط الغبن هو وجود التفاوت الفاحش بين التزامات التعاقدين، وقد حصر المشرع هذا التفاوت في بيع العقار بأربعة أخماس تقريبا[5]، أما في غيرها فترك الأمر للقاضي الذي يقدر مدى فحش التفاوت الموجود بين التزامات وحقوق المتعاقدين بحسب ظروف الحال والمألوف في التعامل، وقد يلجأ القاضي إلى تصحيح العقد مع وجوب إكمال الثمن أو تصحيح التعاقد وإعادة التوازن إليه ونفي التعسف الذي شاب عقود المعاوضات خصوصا.

ولم يختلف المعيار كثيرا عن القانون بل إن التوافق يظهر في كثير من الفقرات، فأثناء تعريف الغبن ذكر المعيار أنه: (حق المشتري في فسخ العقد أو إمضائه، في حال ظهور زيادة في الثمن عن أكثر تقويم من أهل الخبرة)[6]، ثم بين أن الغبن الفاحش هو ما عده العرف التجاري كذلك وتم تقويمه وفقه، وهذا إحالة منه إلى ما تواضعت القوانين عليه، فهو وإن لم يحدد قدرا في العقارات كما فعل القانون لكنه بعبارته أحال إلى الخبرة التجارية العرفية التي قد تتوافق مع ما أقرته النصوص القانونية في العقارات بالخصوص، و الباقي قد يترك للقاضي لأن دعوى الغبن تثبت قضائيا وعليه تخضع في الحكم لتقدير القاضي ، وقد ذكر المعيار صورا للغبن

[1]- المعايير الشرعية، 1177.

[2]- المرجع نفسه، ص 1177.

[3]- المرجع نفسه1177.

[4]- أنظر: المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

[5]- عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود، مرجع سابق، ص282.

[6]- أنظر: المعايير الشرعية، ص 1178.

المنارة للاستشارات
www.mar

هي ليست على سبيل الحصر، وجاء فيه:(استغلال جهل المصدرين بالأسعار بالتغرير القولي بإخبارهم بالشراء منهم بأقل من السعر السائد في بلد المستورد)[1].

2- الظروف الطارئة :

نص القانون على أثر الظروف الطارئة على التزامات المتعاقدين، وعرف المعيار العوارض الطارئة على الالتزامات بأنها: (الأمور التي تطرأ على التصرفات أو الالتزامات الناشئة عنها بعد وقوعها صحيحة فتؤثر فيها)[2]، وقسم هذه العوارض الى نوع يعدل الالتزامات كتغير القانون بما يؤدي لزيادة الالتزامات المالية المترتبة على أحد طرفي الالتزام فتحمل الزيادة على من يحدده القانون أو بمقتضى الاشتراط، وإلى عوارض تنهي الالتزامات وذكر لذلك استحالة التنفيذ أو عدم الجدوى منه، وهلاك محل الالتزام كليا أو جزئيا، أو استحقاقه، وقد يترتب الفسخ على العذر إذا رتب ضررا غير معتاد[3]، وهو مقارب لما نص عليه القانون في أحد مواده بالقول: (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا إلا أنه صار مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك)[4].

ويتضح أن المادة القانونية تشترط لتحقق الظرف الطاريء شروطا تقترب مما ذكره المعيار، كأن تكون الظروف خارجة عن نطاق المتعاقدين، وأن تكون عامة واستثنائية وغير متوقعة ومرهقة للملتزم او لأحد المتعاقدين، وإذا تحققت هذه الشروط أمكن للقاضي بناء على طلب المدين أن يخفف من التزامات الأطراف الى الحد الذي يتناسب مع قواعد العدالة، أو قد يحكم القاضي بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطاريء، ويستند المعيار في تعديل آثار الالتزام إلى أنه يصار إلى (تصحيح تصرف المسلم ما أمكن، ولا يتسرع في إلغاء الالتزام وهي قاعدة مقررة في شتى المذاهب)[5] ، اما إذا استحال تنفيذ الالتزام أو العقد هو أن السعي في تنفيذه يعد عبثا وهو ما يتنافى مع سياسة التشريع الإسلامي.

---

[1]- المعايير الشرعية، ص 1178.

[2]- المعايير الشرعية، ص923.

[3]- نفسه، ص925.

[4]- المادة 107 قانون مدني جزائري.

[5]- المعايير الشرعية، ص930.

المنارة للاستشارات
www.mar

3- القبض الحقيقي والحكمي:

بحث التشريع الوضعي مسألة انتقال ملكية المبيع وهي من أثار البيع المهمة، وفرق بين نقل ملكية المنقول وملكية العقار، فإذا كان الشيء المبيع منقولا معينا بالذات كالسيارة فيكفي عقد البيع لنقل ملكيته[1]، ويكون للمشتري حق التصرف في المبيع من يوم انعقاد البيع ولو لم يتسلم المبيع[2].

أما انتقال الملكية في العقار الى المالك الجديد فلا يتم إلا بشهر التصرف الناقل للملكية في المحافظة العقارية (حيث من خلالها يصبح العقد نافذا فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير، وقبل الشهر لا يرتب عقد البيع إلا أثارا شخصية بين البائع والمشتري حيث يستطيع المشتري مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إليه)[3].

ويبدو ان المعيار وإن اتفق مع القانون في بيع العقار حينما اشترط قبضه وتسجيله، لكنه عمم ذلك في المنقول موافقا مذهب المالكية في الطعام، والجمهور في غيره من المنقولات، ولذلك راح يفصل ما يتحقق به القبض، ففي بيع المنقول أو العقار ذكر في معيار المرابحة أنه (يحرم على المؤسسة أن تبيع سلعة بالمرابحة قبل تملكها لها، فلا يصح توقيع عقد المرابحة مع العميل قبل ... قبضها حقيقة أو حكما ...كما يعتبر بيع المرابحة غير صحيح إذا كان عقد الشراء الأول باطلا لا يفيد ملكا تاما للمؤسسة)[4].

ولأن المعيار يتفق مع التشريع في أن ملكية العقار تنتقل بالقبض الحقيقي الذي يتحقق معه حيازة الشيء، إلا أنه أحال إلى العرف في معرفة ما يتحقق به العرف واكتفى بذكر التخلية والتمكين من التصرف في العقار ليتحقق القبض، وعد القبض الحكمي قائما مقام القبض الحقيقي فيما نص عليه: (يعد من القبض الحكمي تسجيل رهن العقار والمنقول المتحرك مثل السيارات ... في السجل المعتبر قانونا ويقوم التسجيل مقام القبض الحقيقي في أحكامه وآثاره)[5]، ويعد هذا أخذ منه بما آلت إليه الأعراف القانونية في مسالة شهر العقار وعدم الاكتفاء بالصيغ اللفظية أو الإحالة الى صور التخلية والتمكين المطلقتين.

---

[1]- تشير م165 من القانون المدني: الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري

[2]- المادة 389 ق م جزائري.

[3]- حوحو يمينة، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، ط1، 2016، ص95.

[4]- المعايير الشرعية، ص209.

[5]- المعايير الشرعية، ص 498.

المنارة للاستشارات
www.mar

4- الإفلاس:

في مبحث التفليس من المعيار نجد أحكاما كثيرة راعى فيها المعيار التشريع الوضعي، فالتفليس (هو حكم القاضي على المدين بالإفلاس بمنعه من التصرف في ماله)[1]

والمقصود بالقاضي هنا هو القاضي التجاري، والمقصود بالدين هي مجموع الديون الحالة على المدين والتي يكون أكثر من ماله[2].

وفي التشريع الوضعي يعتبر التفليس (طريقا للتنفيذ على مال المدين التاجر الذي توقف عن دفع ديونه بهدف تنشيط الائتمان ودعم الثقة في المعاملات بسلسلة من الإجراءات والقواعد الرامية الى حماية مصالح الدائنين وصون حقوقهم بتمكينهم من الحجز على ما بقي من أموال المدين ووضعها تحت يد القضاء لكي لا تترك له فرصة تهريب أمواله إضرارا بهم، وحالة الإفلاس قد يتعرض لها التاجر الفرد وقد تتعرض لها الشركة التجارية)[3]

ولقد أوردت المادة 215 ق ت ج التوقف عن الدفع كسبب موضوعي لشهر الإفلاس، والتوقف عن الدفع هو (عجز التاجر عن أداء دين تجاري حال في ميعاده، وهذا يشهر إفلاسه ولو كانت ذمته ميسورة، كأن يكون سبب عجزه أن الجزء الأكبر من أصوله عبارة عن حقوق لدى الغير غير مستحقة الأداء حالا، أو أنه يملك عقارات يصعب بيعها بسرعة للحصول على السيولة للدفع)[4]، وهو ذات ما ذهب إليه المعيار لما عد من مراحل الإفلاس امتناع المدين من سداد ما عليه للدائنين يحق لهم القيام على المدين تمهيدا لطلب تفليسه[5]، ونص المعيار أن للدائنين الاستعانة بالجهات المختصة، والقضاء التجاري هو الجهة المختصة بشهر الإفلاس لذلك نصت المادة 225 ق ت ج في فقرتها الأولى: (لا يترتب إفلاس ولا تسوية قضائية على مجرد التوقف عن الدفع بغير صدور حكم مقرر لذلك)، ولذلك فإن كل ما أورده المعيار من إجراءات تتعلق بمنع المدين من التبرعات أو المنع من الإقراض أو الإقرار أو المحابات إنما تكون بعد صدور الحكم بالتفليس لا قبله، وهو ما قرره التشريع الوضعي حين منع المفلس من إجراء أي عمل قانوني كالبيع أو الهبة أو الإيجار أو تحرير أوراق تجارية أو إبرام أي عقود يترتب عليها ديون تجارية.

---

[1]- أنظر نص المعيار، ص 1087.

[2]- نفسه.

[3]-سعولي صارة، شروط الإفلاس وفقا للقانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، ص3

[4]- سعولي صارة، شروط الإفلاس، مرجع سابق، ص 33.

[5]- المعايير 1088.

المنارة للاستشارات
www.mar

ويشمل غل يد المفلس جميع الأموال التي كان يمتلكها قبل شهر إفلاسه، وكذا التي آلت إليه وهو في حالة إفلاس من أي طريق تملك صحيح مادامت قابلة للحجز حتى أن سداده لديون بعض دائنيه لا يصحح بل الأمر يترك لتقدير القاضي وحكمه[1]

وحسب المعيار يستثنى من حكم التفليسة وبيع أملاكه (آلات صنعة المدين إن كان صانعا وما يحتاجه للاستمرار في التجارة إن كان تاجرا، والمسكن المناسب وإذا كان أكثر من المناسب يباع ويشترى له مسكن مناسب، كما تستثنى النفقة اللازمة له ولمن يعوله مادام مفلسا إلى أن يفك الحجر عنه وكذلك للمؤسسات بما يتناسب معها.

وهو عين ما نصت عليه المادة 242 ق ت ج التي تنص على أنه للمدين أن يحصل لنفسه ولأسرته على معونة من الأموال، وهي إعانة من أموال التفليسة كافية لسداد حاجاته بغض النظر عن كفاية أمواله لسداد الديون، كما أتاح القانون للمدين القيام بعقد صلح مع الدائنين يتم الاتفاق فيه وديا التفاهم على قدر السداد وطرقه وقد يتنازل الدائنون عن بعض ديونهم تعجلا للسداد، ومن أثر هذا أن تتوقف مهام وكيل التفليسة ويسترد المفلس حريته في إدارة أمواله والتصرف فيها[2]، والصلح طريقة لفض النزاعات بغير الطرق القضائية منصوص عليها في القانون ولا يأباها المعيار ولو مع عدم النص عليها، لأنه حتى مع عدم النص لا يتصور منه ألا يقبل بإنها المنازعات بطريق الصلح وهي طريقة شرعية مقررة وتكاليفها أقل بكثير مما لو حكما القضاء في المسألة.

5- الاعتماد المستندي:

أهتمت المصرفية الإسلامية بالتجارة الخارجية، وكان من أثر ذلك أن تناول المعيار 14 موضوع الاعتمادات المستندية (الذي يعد وسيلة تمويل تستخدم في عمليات التجارة الدولية الذي يترتب عليه قيام علاقة قانونية معينة تربط بين العميل (المشتري) والمستفيد (البائع) على نحو يرتضيه الطرفان، حيث يتواجد العميل في بلد معين في حين يتواجد المستفيد في بلد آخر، ويخشى كل منهما عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزماته، لذا فإن تدخل أحد المصارف لتسهيل تنفيذ تلك الالتزامات يحقق الأمان اللازم لكلا الطرفين ويحول دون إثارة أي نزاع فيما بينهما متى استوفت الشروط والإجراءات اللازمة لفتح الاعتماد المستندي وتنفيذه)[3].

[1]- صليحة صرياك، الإفلاس والتسوية القضائية وفق القانون التجاري الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 37.

[2]- نفسه ص 44.

[3]- أحمد معوج، النظام القانوني للاعتماد المستندي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2016، ص11

المنارة للاستشارات
www.mar

جاء في المعيار أن الاعتماد المستندي هو (تعهد مكتوب من بنك مشروط بمطابقة المستندات يهدف إلى القيام بالوفاء)[1] ، وهو في هذا لا يختلف عن نص المادة من القانون المدني المصري أو ما قرره التشريع الجزائري فقد نص على الاعتماد المستندي تحت مسمى الائتمان المستندي بموجب المادة 69 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، واعتبرها الوسيلة المعتمدة إجباريا في الدفع مقابل الواردات في التجارة الخارجية[2] ، وقد ذهب المعيار الى تصحيح هذه المعاملة فذكر أنه (يجوز للمؤسسة فتح الاعتمادات المستندية بمختلف أنواعها، وإصدارها بناء على أمر العميل أو بالأصالة عن نفسها، وتعزيزها ويجوز لها المشاركة في ذلك والتوسط فيه...)[3]

ولأن الاعتماد قد يكون مغطى كليا(وهو الذي يقوم طالب الاعتماد بتغطية مبلغه بالكامل للبنك ليقوم البنك بتسديد ثمن البضاعة للبائع لدى وصول المستندات الخاصة بالبضاعة إليه، فالبنك في هذه الحالة لا يتحمل أي عبء مالي لأن العميل الآمر يكون قد زوده بكامل النقود اللازمة لفتحه وتنفيذه[4])، وهو ما جعل المعيار يتصور أن هذه الحالة هي وكالة شرعية تتضمن منافع إجرائية، من أهمها فحص المستندات، وكفالة بضمان المؤسسة للمستورد ، ولأن الوكالة بأجر مقررة عند الفقهاء[5]، فقد وافق المعيار التشريع في جواز أخذ المؤسسة لتكاليف الاعتماد المستندي الفعلية وجوز لها أخذ أجرة على القيام بالخدمات المطلوبة سواء كانت مبلغا مقطوعا أم نسبة من مبلغ الاعتماد[6].

ولأن العملية تحتوي على مخاطر جمة، بعضها قد يتعرض لها البنك كعدم دقة البيانات والمعلومات المجموعة، لذلك تجدها تحتاط في التدابير السابقة واللاحقة على فتح الاعتماد، وتقوم بإجراء الكثير من الدراسات المستفيضة عن الوضع المالي للمشتري، وأهمية البضاعة في السوق ومطابقتها للمستندات لأنها تشكل وسيلة وفاء دين العميل للبنك.

---

[1]- جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، د ارسة للقضاء المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.ص 24.

[2]- أنظر: المادة 69 من القانون رقم 01/09 المؤرخ في 2009/07/22 المتضمن قانون المالية التكميلي 2009.

[3]- المعايير، 400.

[4]- أحمد معوج، النظام القانوني للاعتماد المستندي، مرجع سابق، ص 18

[5]- علاء الدين المرداوي، الإنصاف، 577/13.

[6]- المعايير، 401.

المنارة للاستشارات
www.mar

وفي حالة وجود غش وهو في الاعتماد (استعمال طرق ووسائل احتيالية عند تنفيذ الاعتماد بغية الحصول على قيمة الاعتماد، ولذلك فإنه يجوز لكل من البنك والعميل الآمر المعارضة في تنفيذ الاعتماد المستندي بسبب الغش متى توفرت شروطه فيجوز للبنك أن يتحرر من التزامه إزاء المستفيد فيمتنع عن الدفع أو القبول إذا ثبت لديه أن المستندات المقدمة تنطوي على الغش أو التزوير كما يجوز للعميل المعارضة في تنفيذ الاعتماد المستندي نتيجة وجود غش من قبل المستفيد)[1]، لأن المستفيد يلتزم بتقديم كافة المستندات والوثائق المطلوبة التي بها يستكمل تصدير البضاعة[2]، وهوما وافق فيه المعيار التشريع حيث خصص فصلا للضمانات في الاعتماد المستندي ذكر فيه أنه (يجوز للمؤسسة أن تتوثق لما يترتب عليها من التزامات بالاعتماد المستندي، أو تقدم توثيقا لالتزامات المؤسسات والبنوك التي تتعامل معها بالاعتماد المستندي أو تتوسط في ذلك، بأنواع الضمانات المباحة شرعا)[3]، ونص أنه(على المؤسسة أن تنفذ الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة للتعليمات إلا في حالة ثبوت التزوير أو الغش فلا تلزم بتنفيذه، أما إذا صدر حكم قضائي ببطلان عقد البيع السابق على فتح الاعتماد فلا ينفذ الاعتماد إلا باتفاق جديد)[4].

6- الشركات الحديثة :

الشركة هي " الاجتماع في استحقاق أو تصرف"[5]، وهي شاملة فقها لشركة الملك وشركات المال العقدية، وقد خص المعيار الثاني عشر حديثه عن الشركة والمشاركات الحديثة[6]، وأفرد جزءا مهما للحديث عن شركات المساهمة والتضامن والتوصية البسيطة والمحاصة، وقرر أن أحكام شركات[7] العنان تجري عليها غالبا إلا ما يتعلق ببعض قيود هذه الشركات[8]، فشركة المساهمة مثلا يمكن تخريجها على الشركات المؤصلة عند الفقهاء خاصة شركة العنان إلا ما يتعلق بتحديد مسؤولية الشركاء وامتناع الفسخ من أحد الشركاء[9].

---

[1]- نفسه، 68.

[2]- دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الرياض، ط2، 1434، 448/12.

[3]- المعايير الشرعية، ص403

[4]- نفسه، ص400.

[5]- دبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 24/14.

[6]- المعايير الشرعية، ص321.

7

[8]- نفسه 322.

[9]- نفسه، ص322.

المنارة للاستشارات
www.mar

يعد تسجيل الشركة وشهرها من أولى الحكام المتطابقة بين القانون والمعيار، وذلك لأن الشركة يشترط تسجيلها حتى تتوفر على الشخصية القانونية المستقلة، وهو ما صرحت به المادة 416 ق م[1]، وذهب المعيار في ذات الاتجاه (ينبغي كتابة عقد الشركة وتسجيله رسميا إذا اقتضى الأمر ذلك مع تحديد غرض الشركة في العقد أو في النظام الأساسي للشركة[2]) .

وفي رأس مال الشركة رجح المعيار رأي المالكية[3] القائلين بجواز (أن يكون راس مال الشركة موجودات نقدية يمكن بها تحديد مقدار رأس المال لتقرير نتيجة المشاركة من ربح وخسارة، ومع ذلك يجوز باتفاق الشركاء الإسهام بموجودات غير نقدية بعد تقويمها بالنقد لمعرفة مقدار حصة الشريك)[4]، وهو سير منه على ما ترجح قانونا وصار عرفا في الشركات في المادة 416 التي عرفت الشركات بانها (المساهمة في نشاط مشترك بتقديم كل طرف حصة من عمل او نقد أو مال)[5].

وفي جانب مسؤولية الشركة في حدود رأس مالها فقد وافق المعيار على ذلك (إذا تم إشهار ذلك بحيث يكون معلوما للمتعاملين مع الشركة فينتفي التغرير بهم)[6]، وهذا منه تصحيح لهذا الاشتراط، وفي شركة التضامن صحح اشتراط التزام الشركاء بدوين الشركة في أموالهم الخاصة، ونص على أنه (يحق لمن له التزامات على شركة التضامن مطالبة أي من الشركاء بها كلها أو بجزء منها حسب رغبته، ولا يتقيد حقه في المطالبة بوجوب مطالبة الشركة أولا)[7] ، وهو أخذ منه لمضمون المادة 434 من ق م ج: إذا استغرقت الديون أموال الشركة كان الشركاء مسؤولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بنسبة أخرى، ويقع باطلا كل اتفاق يعفي الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة)، ولا شك أن المعيار يتفق مع القانون في أن ديون الشريك التي للناس تقضى من أرباحه في الشركة

[1]- المادة 416 ق م جزائري،

[2]- المعايير الشرعية، ص327.

[3]- جاء في الخرشي: وكذلك تصح الشركة بالعرضين سواء اتفقا في الجنس والقيمة أو اختلفا فيهما، ويعتبر في الشركة بالعرض – سواء كان من جانب، أو من جانبين – قيمته يوم الاشتراك، 40/6,

[4]- المعايير الشرعية، ص328.

[5]- المادة 416 من القانون المدني الجزائري.

[6]- المعايير الشرعية، ص338.

[7]- نفسه، ص341.

المنارة للاستشارات
www.mar

لا من رأس ماله فيها، وأن لهم استيفاء ديونهم من نصيبه من أموال الشركة بعد تصفيتها[1]، ولعل المعيار لو نص على هذه المسألة لكن أكثر تدقيقا.

7- الإيجار المنتهي بالتمليك:

اتفق المعيار والقانون على تنظيم هذه المعاملة، والإيجار المنتهي بالتمليك هو(صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب[2]) فهو عقد مركب يأخذ من أحكام الإيجار ويأخذ من أحكام البيع[3]، والغرض من هذا التركيب (حماية المالك الذي يرغب في بيع العقار لكن يخشى أن لا يفي المشتري بالتزامه في دفع الثمن كله، لذلك يتم تقسيط الثمن على أن يبرم عقد إيجار السكن في المرحلة الأولى حيث تنطبق على العلاقة القانونية بين الطرفين أحكام الإيجار، فيعد المالك للسكن مؤجرا والمشتري مستأجرا، إلا أن الأقساط المدفوعة تأخذ حكم ثمن السكن لكن على شرط الوفاء بها جميعا في خلال المدة المتفق عليها)[4]، وذكر المعيار هذه الصيغة ولكنه صححها بغير تركيب البيع على الإجارة كما هو مشار إليه في التشريع وإنما بين أن طريقة تملك العين المؤجرة تكون بوعد مستقل عن عقد الاجارة وبثمن مستقل سيرا على نظريته في عدم تعدد الصفقة[5]، واتساقا مع مستند منع التمليك مضافا للمستقبل لأن أثره لا يتخلف عن صيغته[6]. وهذا من المعيار اختيار منه لقرار المجمع الفقهي، وإلا فإن الصيغة القانونية صححها العديد من فقهاء العصر.

ويتفق القانون والمعيار على معاملة المنتفع بالعقار على أنه مستأجر، لذلك (إذا لم يف المستأجر بالأقساط كلها فإن عقد البيع لا ينعقد وتفسخ علاقة الإيجار ...كما يطرد هذا الأخير من السكن، فخصوصية البيع بالإيجار أنه عقد يضمن للمالك البائع الاحتفاظ بالملكية كاملة)[7]، وذلك حتى لا يتمكن المشتري (المستأجر) من بيع العين أو التصرف فيها إلا بعد أداء كامل القيمة[8]، وهو ما شدد فيه المعيار إذ

---

[1]- المادة 436 من القانون المدني الجزائري.

[2]- حميد زايدي، عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري (دراسة نقدية)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع11، 2016.

[3]- زنوش طاوس، البيع بالإيجار، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص24.

[4]- حوحو يمينة، عقد البيع، 110

[5]- المعايير، 268، وقد صدر بذلك قرار للمجمع الفقهي الإسلامي الدولي رقم 13 (3/1).

[6]- المعايير 269.

[7]- حوحو يمينة، عقد البيع، مرجع سابق، ص 111.

[8]- نايف جريدان، مسائل معاصرة مما تعم بها البلوى، مرجع سابق، ص103.

المنارة للاستشارات
www.mar

صرح بأنه (يجب تطبيق أحكام الإجارة على الاجارة المنتهية بالتمليك، لأنها بوجود الوعد بالتمليك لم تخرج عن كونها إجارة ولمنع تداخل العقود)[1].

8- الوعد والمواعدة.

من القضايا المشتركة بين المعايير والتشريع الوعد والمواعدة بالبيع، فقد فرق القانون بين الوعد المجرد والوعد محدد المدة وهو الذي يتم الاتفاق فيه على المسائل الجوهرية للعقد مع المدة والثمن، إذ الوعد المجرد لا يبنى عليه حكم وليس له أثر، كمن يقول لآخر سأبيعك سلعة، فمثل هذا الوعد لا يترتب عليه إلزام، ولذلك أشار القانون في بيان الوعد إلى أنه: (الاتفاق الذي يعد له كل المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها)[2]. وهو ذات ما قصده المعيار بقوله(الوعد هو إخبار الإنسان غيره بإرادته الجازمة لفعل أمر في المستقبل لصالح ذلك الغير)[3]، أما المواعدة فتكون على وجه الإخبار من طرفين[4]، ومن حيث الأحكام تم ترتيب أمور متشابهة بين التشريعين فقد عد القانون الوعد ملزما للبائع حين يعد المشتري أن يبيعه الشيء إذا رغب هذا الأخير في شرائه خلال المدة المتفق عليها، وكذلك فعل المعيار حيث عد (الوعد من الآمر بالشراء في المرابحات التي تجريها المؤسسات وعدا ملزما)[5]وذلك لتعين المدة والمسائل الجوهرية في العقد من الثمن والسلعة ولتوفر الشكلية المطلوبة لقيام العقد الموعود به[6]، كذلك عد الوعد ملزما الصادر من المؤسسة المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك بهبة العين المؤجرة إلى المستأجر على أن يسدد جميع أقساط الإجارة[7]، ويتفق المعيار والقانون كلاهما على عدم اعتبار الوعد عقدا بذاته بل هو إلزام مستقل، فالوعد بالبيع لا يتحول إلى بيع نهائي، وإنما ينبغي على الطرفين إبرام عقد البيع النهائي وفقا للشروط الأساسية التي شملها الوعد بالبيع من تحديد المبيع والثمن على اعتبار اعلان الرغبة من قبل البائع أو المشتري إيجابا جديدا لعقد البيع يليه قبول جديد لكن بنفس الشروط التي شملها الوعد ، ولذا نص القانون:(إذا وعد شخص بإبرام

---

[1]- المعايير 268.

[2]- المادة 71 ق م ج،

[3]- المعايير 1189.

[4]- نايف جريدان، مسائل معاصرة مما تعم به البلوى، مرجع سابق، ص130.

[5]- المعايير الشرعية، ص 1192.

[6]- عبد الحميد العلي، ضوابط العقود، مرجع سابق، ص76.

[7] المعايير الشرعية، ص1193.

المنارة للاستشارات
www.mar

عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد[1])، وهذا ما أخذ بمثله المعيار فقد نص أنه (إن كان الوعد لإنشاء عقد في المستقبل، فإن العقد الموعود لا يتم تلقائيا، بل يجب أن ينجز في حينه بتبادل الإيجاب والقبول، وفي حالة كون الوعد ملزما: إن كان الإيجاب من جهة الموعود له وجب على الواعد ديانة وقضاء أن يقبله)[2]، وهذا يعني أن الوعد الملزم لا يرتب انتقال الملكية بذاته بل يحتاج الأمر الى حكم قضائي.

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة يتضح لنا:

– أن المعايير الشرعية لم تكن مجرد صياغة فنية للأحكام الفقهية من مصادرها المذهبية، بل إن فيها الكثير مما اختارته من التشريع الوضعي في شقه المدني والتجاري وهو الأمر الذي أكسبها الكثير من المعاصرة

– التشريع الوضعي يجد سند حجيته في أصل العرف، وقاعدة تصحيح الشروط، وما تم تخريجه على الأصلين اكتسب صفة المقبولية في الفقه سواء ما كان منه من قبيل الأحكام الموضوعية، أو الشكلية الإجرائية.

– أن العديد من المعايير التي كانت موضوع تطبيق كالشركات والخيارات والمرابحة والايجار المنتهي بالتمليك والوعد والمواعدة، ثبت فيها تأثيث صانع المعايير لها من كتب التشريع الوضعي، ورأينا اختيارات المعايير الفقهية مالت الى كفة ما جنحت إليه القوانين المدنية توافقا معها وتحاشيا للخروج عن الأعراف العامة المألوفة التي رجحت بعمومها هذا الرأي الفقهي أو ذاك.

قائمة المصادر والمراجع.

1. ابن عرفة، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ خير، ط مؤسسة خلف، دبي، الإمارات، ط1، 2014.
2. أحمد معوج، النظام القانوني للاعتماد المستندي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2016.
3. الشاطبي، الموافقات، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1395هـ.
4. القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، دار المعرفة، بيروت.

[1]– أنظر: المادة 72 من القانون المدني الجزائري، وعبد الحميد البعلي، ضوابط العقود، مرجع سابق، 79.

[2]– المعايير الشرعية، ص1192.

المنارة للاستشارات
www.mar

5. المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان، الرياض، 1437.
6. جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دراسة للقضاء المقارن وقواعد سنة 1983 الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م
7. حميد زايدي، عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري (دراسة نقدية)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع11، 2016.
8. حوحو يمينة، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، ط1، 2016.
9. زنوش طاوس، البيع بالإيجار، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016،
10. صليحة صرياك، الإفلاس والتسوية القضائية وفق القانون التجاري الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة.
11. عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1987.
12. عزوز أحمد، واقع التزام المصارف الإسلامية بمتطلبات معيار المرابحة للآمر بالشراء الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مجلة معارف، ع20، جامعة البويرة، 2016.
13. موقع هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية، www.aaoifi.com
14. نظام رقم 20-01 المؤرخ في 15 مارس 2020 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، الجريدة الرسمية العدد 16، الصادر بتاريخ 24 مارس 2020.
15. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09- 1975
16. المادة 69 من القانون رقم 01/09 المؤرخ في 2009/07/22 المتضمن قانون المالية التكميلي 2009.
17. سعولي صارة، شروط الإفلاس وفقا للقانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر.
18. -مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004.

المنارة للاستشارات
www.mar