الضوابط الفقهية والقانونية لتطبيقات القواعد الفقهية على المعاملات المالية المعاصرة

دراسة مقارنة وفق احكام في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.

Jurisprudence and legal rule for application of jurisprudential rules to contemporary financial transactions: A comparative study according to provisions of the Sudanese civil transactions of 1984.

جودة إبراهيم النور، جامعة الجزيرة –السودان

ملخص

من أكثر ما استجد في هذا العصر من المسائل ما يتعلق بالجوانب المالية نظراً لاتساع التجارة والإنشاء والبنوك وغير ذلك. تنبع أهمية البحث وقيمة الموضوع من الاهتمام بالقواعد الفقهية وأثرها كإجتهادات للفقه المالكي في باب المعاملات المالية، هدف البحث إلى: التعرف على ماهية القواعد الفقهية، والتعرف على القاعدة الفقهية وأثرها، بالإضافة إلى التعرف على الفقه المالكي وإجتهاداته، وعلى المعاملات المالية من وجهة نظر الفقه المالكي، كذلك التعرف على الضبط الفقهي والقانوني للقواعد الفقهية وتطبيقاتها المعاصرة. يسعى الباحث لاتباع المنهج الوصفي الاستقرائي. حيث إن طبيعة هذا البحث أن يستخدم للمنهج التحليلي والذي يتم فيه معرفة الاجتهادات المالية. توصلت الدراسة إلى النتائج التالية: أن بحث القاضي في دائرة القواعد الفقهية والمبادئ يعطي القاضي أيضاً سلطة واسعة في التقدير والملائمة في المسائل والفروع المعروضة عليه وتحت أي قاعدة أو مبدأ فقهي تندرج تلك الفروع، فينفتح له بذلك باب يسهل التوصل منه إلى الإحاطة بالحكم الشرعي الصحيح، وتحصل الكفاءة في تطبيق المعاملات الجارية على القواعد الفقهية على حسب احتياجات العصر كما ذكرت مجلة الأحكام العدلية، أن اختلاف الزمان والمكان والأحوال يتطلب مراعاة الواقع والمصلحة فيه وهذا يتطلب المقدرة على الترجيح والتخيّز حتى لا تفوت المصالح المتغيرة والأعراف المتطورة التي لا شك تستوعبها مقاصد الشريعة وقواعدها، وقد تتجافى معها بعض الآراء الفقهية بسبب الاختلافات المشار إليها، أن المجتهد في المذهب من المشايخ الذين هم أصحاب الترجيح لا يلزمه الأخذ بقول الإمام على الإطلاق بل عليه النظر في الدليل، وترجيح ما رجح عنده دليله، ونحن نتبع ما رجحوه واعتمدوه كما لو أفتوا في حياتهم كما حققه الشارح... ويقول: وإلا فالواجب الآن اتباع ما اتفقوا على ترجيحه، وقد أوصى الباحث بالآتي: عدم التقيد بمذهب معين من المذاهب الفقهية أو العكس، كالقانون المدني الإماراتي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها. وهكذا، مع مراعاة الواقع والمصلحة فيه وهذا يتطلب المقدرة على الترجيح والتخيّز حتى لا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تفوت المصالح المتغيرة والأعراف المتطورة التي لا شك تستوعبها مقاصد الشريعة وقواعدها، وقد تتجافى معها بعض الآراء الفقهية بسبب الاختلافات المشار إليها.

الكلمات المفتاحية: الضوابط الفقهية، القواعد الفقهية، المعاملات المالية المعاصرة

Abstract

One of the most up-to-date issues in this era is the financial aspects, given the expansion of trade, construction, banks and e.t.c. The importance of research and the value of the subject stems from the interest in jurisprudential rules and their impact as jurisprudence of the Maliki jurisprudence in the door of financial transactions. The aim of the research is to: Identify the rules of jurisprudence ,identify of the jurisprudential rule and its impact, in addition to knowledge of the Maliki jurisprudence and jurisprudence. , As well as the identification of the jurisprudential and legal determinants of the jurisprudential rules and their contemporary applications. The researcher seeks to follow the descriptive descriptive method. The nature of this research is to be used for the analytical approach in which financial judgments are known. The study reached the following results: The judge's research in the jurisprudence and principles department also gives the judge broad authority in assessing and fitting in the matters and sections presented to him and under any rule or jurisprudential principle that fall into these sections. Efficiency in the application of current transactions on the rules of jurisprudence according to the needs of the times, as reported by the judicial judgments, that the difference of time and place and conditions requires consideration of reality and interest in it and this requires the ability to weight and bias so as not to miss the changing interests and customs Which is no doubt absorbed by the purposes of the law and its rules, and may be guided by some of the views of jurisprudence because of the differences mentioned, that the diligent in the doctrine of the sheikhs who are the owners of the weight does not have to take the words of the Imam at all but to consider the evidence, and the weight of what is likely to guide him, We have followed what they expected and adopted it as if they had sinned in their lives as achieved legislative ... He says: Otherwise, it is now necessary to follow what they agreed to swing. The researcher recommended the following: Not to adhere to a particular doctrine of the doctrines of jurisprudence or vice versa, With the reality of the country and its interests . Thus, taking into account the reality and interest in it and this requires the ability to weight and bias so as not to miss the changing interests and norms developed no doubt absorbed by the purposes of the Sharia and its rules, and may be guided by some jurisprudential views because of the differences referred to.

Key words: doctrinal controls, doctrinal rules, contemporary financial transactions
:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة

بذل الفقهاء جهداً كبيراً في استنباط الأحكام الشرعية للمسائل الجديدة، وأنشأت من أجل ذلك المجامع الفقهية، وإذا أردنا النظر إلى بعض المسائل الفقهية المعاصرة وكيف استنبط الفقهاء حكمها[1]. فنذكر منها على سبيل المثال : في العبادات :مثال ذلك: تحديد أوقات الصلوات في بعض الأماكن التي يزيد فيها الليل والنهار عن أربع وعشرين ساعة، ومن أكثر ما استجد في هذا العصر من المسائل ما يتعلق بالجوانب المالية نظراً لاتساع التجارة والإنشاء والبنوك وغير ذلك.

أهمية البحث وأسباب اختيار الموضوع:

تنبع أهمية البحث وقيمة الموضوع من الاهتمام بالقواعد الفقهية وأثرها كإجتهادات للفقه المالكي في باب المعاملات المالية. ونسبة لعدم اهتمام الناس بالقواعد الفقهية وأهميتها وربط ذلك بالاجتهادات الفقهية أرى أن هناك الكثير من الجوابن الخافية التي يجب توضيحها حتى تعم الفائدة، وكذلك بسبب ندرة البحوث المتعلقة بهذا الجانب أرتأى الباحث تناول هذا الموضوع بنوع من التفصيل.

مشكلة البحث:

تكمن المشكلة الأساسية في هذا البحث في الآتي:

1- ما هو مفهوم القواعد الفقهية ، ونوعها ؟
2- ما هي أهم الاجتهادات الفقهية في مجال للمعاملات المصرفية؟ وما هي الاجتهادات المالكي في المعاملات المالية المعاصرة؟
3- ما الضبط الفقهي والقانوني للقواعد الفقهية وتطبيقاتها المعاصرة.

أهداف البحث:

1- التعرف على ماهية القواعد الفقهية

2- التعرف على القاعدة الفقهية وأثرها.

3- التعرف على الفقه المالكي وإجتهاداته، وعلى المعاملات المالية من وجهة نظر الفقه المالكي.

4- التعرف على الضبط الفقهي والقانوني للقواعد الفقهية وتطبيقاتها المعاصرة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

منهج البحث:

طبيعة هذا البحث أن يستخدم للمنهج التحليلي والذي يتم فيه معرفة الاجتهادات المالية.

مصطلحات البحث:

المعاملات:في اللغة : جمع معاملة وهي مأخوذة من عاملت الرجل أعامله معاملة أو اتعامل مع الغير.
في الاصطلاح: تطلق على الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا سواء تعلقت بالأموال أو النساء ويمكن تعريفها بأنها الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال

المالية:المالية نسبة إلى المال وهو في اللغة ما ملكته من جميع الأشياء والمال في اصطلاح الحنفية ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة. وعرفه الحنابلة بأنه ما يباح نفعه مطلقاً أو اقتناؤه بلا حاجة.
المعاصرة: المعاصرة في اللغة مأخوذ من العصر وهو الزمن المنسوب لشخص كعنصر النبي صلى الله عليه وسلم، أو المنسوب لدولة ، كعصر الأمويين أو المنسوب لتطورات طبيعية أو اجتماعية، كعصر الذرة أو عصر الكمبيوتر أو المنسوب إلى الوقت الحاضر، كالعصر الحديث وما المراد بها الوقت الحاضر أو الوقت الحديث.
القضايا المستجدة:أطلق الفقهاء على المسائل التي استجدت في عصورهم عدة ألفاظ ومصطلحات منها القضايا المستجدة، النوازل، الواقعات، الفتاوى وذلك على التالي:

1-9: مصادر البحث:

أمهات الكتب والمراجع والدوريات والمجلات وشبكة الإنترنت .

خطة البحث:

مقترح تقسيم البحث يتضمن بعد العنوان المقدمة وعدة فصول:

المبحث الأول: ماهية القواعد الفقهية

المبحث الثاني: اجتهادات المالكية في التأليف في القواعد الفقهية

المبحث الثالث: الإمداد الفقهي والقانوني القاعدي للمعاملات المعاصرة

المبحث الأول ما هية القواعد الفقهية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: القاعدة في اللغة :

من قعد يقعد قعودا ، والقعدة بالفتح (المرة) ، وبالكسر (هيئة) ؛ نحو : قعد قعدة خفيفة ، والفاعل قاعد والجمع قعود ، والمرأة قاعدة ، والجمع قواعد وقاعدات ، ويتعدى بالهمز فيقال أقعدته ، والمقعد بفتح الميم والعين : موضع القعود ومنه مقاعد الأسواق ، وقعد عن حاجته تأخر عنها [2].

قال تعالى : (وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل ربنا تقبل منا انك أنت السميع العليم) [3].

والقاعد من البناء أساسه ، وهي تعني : أسس البيت وأصوله حسيا ؛ كقواعد البيت أو معنويا كقواعد الدين أي دعائمه [4].

في الاصطلاح :الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها .

أما الفقيه في اللغة : فنسبة إلى الفقه ، والفقه في اللغة فهم الشيء ، قال ابن فارس وكل علم لشيء فهو فقه ، وفقه الأمر فقها أحسن إدراكه [5].

وفي القرآن الكريم قوله تعالى : (تسبح له السموات السبع والأرض ومن فيهن وان من شيء إلا يسبح بحمده ولكن لا تفقهون تسبيحهم انه كان حليما غفورا) [6].

ولذلك يمكن تعريف القواعد الفقهية :

(حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها) [7].

المطلب الثاني: مصادر القواعد الكلية :

وردت آيات كثيرة وأحاديث نبوية تعتبر بمثابة مبادئ عامة وقواعد كلية يستنبط منها أحكام فقهية متنوعة تجمعها وحدة متكاملة ؛ وقد تكون من وضع الفقهاء وذلك عن طريق استنباط الأحكام واستقراء النصوص التي جاءت في القرآن الكريم والسنة النبوية وأقوال الصحابة

قواعد كلية من الكتاب : قال تعالى : (وشاورهم في الأمر) [8] فهي القاعدة الأولى في مجال الحكم ، والقرآن والسنة بالإضافة إلى كونهما مصادر مباشرة لقواعد كلية كاملة فإنهما يستنبط منهما الفقيه بعض قواعده مثل قاعدة التابع تابعلقوله تعالى : (وما جعل عليكم في الدين من حرج) [9] وغير ذلك من الآيات في هذه القاعدة موضوع البحث .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قواعد كلية من السنة : قوله ρ : " المسلمون عند شروطهم " [10] فظاهر المعنى وجوب احترام كل ما رضيه المتعاقدان إلا الشروط التي تحل حراما وتحرم حلالا كما ورد في رواية أخرى .

القسم الثاني ما كان من غير النصوص الشرعية :

1. قواعد فقهية مصدرها الإجماع المستند للكتاب والسنة .

2 . أ . قواعد فقهية أوردها الفقهاء المجتهدين مستنبطين لها الأحكام من الشرع العام ومستدلين لها من الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول .

ب . قواعد فقهية أوردها الفقهاء في مقام الاستدلال القياسي [11] .

الضوابط والقواعد الفقهية التي لها علاقة بالمعاملات المالية

أولا :القواعد الفقهية العامة:

ويتمثل في القواعد الكلية التي لا تختص باب من الأبواب، وإنما تدخل في جميع الأبواب الفقهية. وسيركز الباحث على الإمداد الفقهي من قاعدة الأمور بمقاصدها.

قاعدة الأمور بمقاصدها:

هذه القاعدة من القواعد الكبرى التي تشمل الأحكام الفرعية، بل تأتي على رأس القواعد وأهميتها تأتي من إعمالها للمقاصد والنيات ورد الأقوال والأفعال والتصرفات إليه .قال ابن القيم" :النية روح العمل ولبه وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها"[12] وأصل هذه القاعدة الحديث المشهور الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم)) :إنما الَأعمال بِالنياتِ[(2)])).ومعنى هذه القاعدة" :أن حكم الأمور بمقاصد فاعلها ."أي" :أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر[13]

مجال تطبيق القواعد الفقهية في المعاملات المالية

إن مجال تطبيق هذه القاعدة في أبواب المعاملات المالية واسع، ومن أمثلة تطبيقها:

1. مسألة تلقي السلع والركبان المنهي عنه في الحديث الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم)) :وَلا تَلقَّوا السَلع حتى يهبط بِها إِلى السوق[14] .((وقال أيضا)) :لا تَلقَّوا الركبان [15] .((ويحرم تلقي أصحاب البضائع في الشارع، أو في الدور والفنادق وغيرها قبل دخولهم الأماكن المعدة، لعرض السلع وبيعه ا في

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأسواق ، في قول جمهور العلماء، لما فيه من الخداع والتغرير بالبائع، والإضرار بأهل السوق، لما فيها من إغلاء على أهل الأسواق التي هي أعم نفعا للمسلمين، والضعيف الذي لا يقدر على التلقي[16]

2. تحريم الاحتكار لما يحتاج الناس إليه من السلع لما فيه من الإضرار
3. الأصل أن يبيع المرء سلعته متى شاء، فإن نزلت بالناس حاجة، ولم يوجد عند غيره طعام، أجبر على البيع لرفع الضرر عن الناس . لكن يجبر على البيع بسعر الوقت أو المثل .ويتفق الفقهاء على أن الاحتكار بالقيود التي اعتبرها كل منهم محظور، لما فيه من الإضرار بالناس، والتضييق عليهم[17].
4. مسألة ما يطرأ على العقود من ظروف طارئة، مما يرجع على أحد المتعاقدين بالضرر الكبير والخسائر الجسيمة، كأن يوقع الطرفان عقد مقاولة على إنشاء مبنى معين ويتفقان على الثمن المقابل، ثم يفاجأ الطرف المسئول على التنفيذ بارتفاع شديد في الأسعار بسبب من الأسباب الطارئة، مما يترتب عليه خسارة كبيرة، ومثل ذلك قد يحدث في عقود الاستيراد والتصدير[18].

اجتهادات الفقه المالكي في باب المعاملات وأثره

تميزت مساهمة المالكية في مجال القواعد والفروق والكليات والضواط الفقهية تأصيلا، وتقعيدا، وتأليفا بمجموعة من المميزات نورد بعضها كالآتي:

1- سبقهم التاريخي في مجال التأليف في القواعد الفقهية :
2- فالمالكية يشاركون الحنفية سبقهم في مجال صياغة القواعد الفقهية ، والاحتجاج بها وذلك بمؤلف "أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك" لابن حارث بن أسد الخشني المتوفى سنة (361 هـ) ، المعاصر لأبي طاهر الدباس ، وأبي الحسن الكرخي الحنفي المتوفى سنة 340 هـ الذي يعد أول من ألف في القواعد الفقهية.
3- ثانيا، أنهم الأكثر ضبطا في تحديد معنى القاعدة الفقهية :
4- ثالثا، الأكثر تدقيقا في التفريق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي
5- رابعا، سبقهم في التفريق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:
6- خامسا،انتباههم إلى أن القواعد الفقهية تكثر فيها الاستثناءات :
7- سادسا، تقسيم المالكية القواعد الفقهية إلى قسمين :
8- سابعا، صياغتهم لقواعد الخلاف صياغة استفهامية:
9- ثامنا، ببيان الفروق بين القواعد الفقهية:
10-تاسعا،إفراد التأليف في الضوابط والكليات الفقهية بشكل مستقل :

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

11-عاشرا، النزوع نحو تبويب فقهي جديد:

12-الحادي عشر، النزوع إلى التطبيق العملي للقواعد:

13-الثاني عشر، التأليف بالنظم الشعري:

14-الثالث عشر، كثرة التآليف والمصنفات:

15-الرابع عشر، الكثرة والتنوع:

التقعيد الفقهي عند المالكية وآثاره في استيعاب الواقع

توصل الفقهاء بالنظر في النصوص الشرعية، واستقراء جزئياتها وآثار أحكامها، إلى قواعد وكليات كثيرة، فهذه القواعد والكليات تتضمن أحكاما شرعية كلية لا تقتصر على الجزئيات وأعيان المسائل التي صاحبت نزول القرآن أو صدور السنة وورودها، بل تشمل ذلك ونظائرها مما يمكن أن يجد في حياة المكلفين. وبهذه القواعد والكليات يستطيع الفقهاء أن يستوعبوا التطورات والمستجدات في حياة الناس، ولذلك فقد اهتموا بهذه القواعد، وتوسعوا في تقعيدها، مستندين في ذلك إلى مختلف الأدلة الشرعية: منقولها ومعقولها، كما أنهم – على اختلاف مذاهبهم – اعتنوا بها اعتناءا جيدا على مستوى التصنيف والتأليف. وأول ما وصلنا من هذه القواعد مصففة تصفيفا علميا: أصول الكرخي، لأبي الحسن الكرخي الحنفي يشتمل على تسع وثلاثين قاعدة من قواعد فقه الأحناف، وقد سمى كل واحدة منها أصلا، ومما جاء فيها من القواعد قوله:[19]

- الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك.

- الأصل أن أمور المسلمين محمولة على السواد والصلاح حتى يظهر غيره.

- الأصول أن للحالة من الدلالة كما للمقالة.

- الأصل أن القول قول الأمين مع اليمين من غير بينه.

- الأصل أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

ثم توالى التأليف في القواعد الفقهية بعد ذلك في مختلف المذاهب، وتميز المالكية في ذلك بأمور، منها:

أولا: أنهم اهتموا بالقاعدة الفقهية اهتماما بالغا، وتعاملوا معها دقيقا عميقا يناسب قيمتها العلمية وحجيتها الشرعية، ويجعلها أساسيا للفقهاء، خصوصا المتصدرين منهم للإفتاء والقضاء. وقد أمعن الإمام

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القرافي في ذلك حيث اعتبر القاعدة الفقهية أصلا ثانيا للشريعة، قسيما لأصول الفقه، فقال رحمه الله: «إن الشريعة المعظمة المحمدية، زاد الله تعالى منارها شرفا وعلوا، اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو غالب في أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح، ونحو الأمر للوجوب، والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم، ونحو ذلك، وما خرج عن النمط إلا كون القياس حجة، وخبر الواحد وصفات المجتهدين.

والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من فروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجماع، فبقي تفصيله لم يتحصل، وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، وبرز القارح على الجذع، وحاز قصب السبق من فيها برع، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات، لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأو بعيد، وبين المنزلتين تفاوت شديد».[20]

ثانيا: ومن مظاهر شدة اهتمامهم بالقاعدة الفقهية وعمق نظرهم فيها وإعمالهم لها: دقة تعريفهم لها، حيث يعتبر تعريف المالكية لها أدق تعاريف الفقهاء للقاعدة الفقهية وألصق بحقيقتها وماهيتها، فقد عرفها الإمام أبو عبد الله المقري بأنها: «كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة».(3) الأصول جمع أصل، وهو كما عرفه الشريف الجرجاني: «ما يثبت بنفسه، وينبني على غيره».(4) ويستفاد من هذا التعريف أن الأصل من حيث مفهومه الشرعي يتميز بأمرين:

1- إن حكمه ثابت بنفسه ولا يحتاج إلى الاستدلال عليه بدليل خارجي.

2- إن غيره ينبني عليه، وهذا يقتضي أن يستدل به على غيره المبني عليه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ووصف الأصل بأنه شرعي يعني أن حكمه مستفاد من الشرع، فالأصول الشرعية هي القواعد الكلية التي تستفاد من جملة نصوص الشرع عن طريق الاستقراء والتتبع، أو تعلم من الدين بالضرورة. وذلك كحلية الطيبات، وحرمة الخبائث، ورفع الحرج في الدين، ومراعاة مقاصد المكلفين، وغير ذلك من القواعد الشرعية.

وفي باب البيع يعتبر مجلسهما جميعا، لأن التخيير من قبل الزوج لازم، ألا ترى أنه لا يملك الرجوع عنه، فلا يبطل بالإعراض، وأحد الشطرين في باب البيع لا يلزم قبل قبول الآخر، فاحتمل البطلان بالإعراض، ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد، سواء كانت واقفة أو جارية، خرج الشطران متصلين أو منفصلين، بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة، لأن جريان السفينة بجريان الماء إلا بإجرائه، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها، فلم يكن جريانها مضافا إليه فلم يختلف المجلس، فأشبه البين بخلاف المشي والسير...»[21] (5 / 137).

أما المالكية فالقاعدة عندهم في ذلك هي الوحدة الزمانية والموضوعية التي تربط بين العاقدين، فمجلس العقد عندهم يعني: الاستمرار الزماني الذي يظل فيه العاقدان متصلين موضوعيا بصدد العقد، مشتغلين معا بموضوعه، متجهين في كلامهما إلى قضيته، من غير أن يصدر من أحدهما إعراض عنه، أو انشغال بما سواه، فما دام كذلك فالمجلس قائم، وإن غيرا أو أحدهما موضوع العقد، اعتبر المجلس منقضا ولو بقيا في نفس المكان. جاء في شرح الحطاب على متن خليل: «والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب: أنه إذا أجابه في المجلس بما يقضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقا، وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقا، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون جوابه جوابا للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع...». فقاعدة المالكية هنا أوسع وأعمق، بحيث لا تضيق عن استيعاب الحالات والصيغ التي يتم بها العقد، وهي متماشية مع ما جد في حياتنا المعاصرة من وسائل وأساليب للتعاقد لم يعرفها القدماء ولمقتضاها يمكن للعاقدين أن يبرما العقد بالاتصال المباشر، أو الاتصال الهاتفي أو اللاسلكي، أو غير ذلك من وسائل الاتصال المعاصرة التي تعتمد فيها التقنيات الحديثة... فهي صالحة لضبط مجالس العقد في كل هذه الحالات وبجميع أساليبها وأشكالها. ومما يرتبط بآثار هذه القاعدة وامتداداتها أن للعاقدين في ضوئها أن يبرما العقد بكل ما يحصل به التعبير عن إرادتهما، سواء كان ذلك بالكلام، أو كان بما يقوم مقامه من الإشارة المفهمة، أو الكتابة، أو الهاتف، أو المعطاة، أو عن طريق الحاسوب أو غير ذلك...

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث الضبط الفقهي والقانوني للمعاملات المالية المعاصرة

المطلب الأول: الضبط الفقهي

المعاملات في اللغة: جمع معاملة أي التعامل مع الغير وهي مأخوذة من عاملت الرجل أعامله معاملة أو التعامل مع الغير، وعامَلْتُ الرجلَ أُعامِلُه مُعامَلةً، والمُعامَلة في كلام أَهل العراق: هي المُساقاة في كلام الحِجازيين[22]. تطلق على الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا سواء تتعلق بالأموال أو النساء حيث قال ابن عابدين : "المعاملات خمسة: المعاوضات المالية والمناكحات والمخاصمات والأمانات والتركات". ويمكن تعريفها "الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال".

2- المالية :لغة :- ما ملكتة من جميع الأشياء.

الإصطلاح :- ما كان له قيمة مادية بين الناس وجاز شرعاً الإنتفاع به في حال العة و الإختيار

3- المعاصرة :-لغة :- مأخودة من العصر وهو الزمن المنسوب لشخص مثل عصر النبوة أو لدولة مثل كعصر الأمويين ..أو العصر الحديث وهو المراد في هذا المبحث.

المصطلحات ذات العلاقة :-

أطلقها الفقهاء على المسائل التي استجدت في عصورهم :-

1- القضايا المستجدة 2- النوازل

3- الواقعات 4- الفتاوى

*** تعريف المعاملات المالية المعاصرة :-

هي القضايا المالية التي إستدثها الناس في العصر الحديث أو القضايا التي تغير موجب الحكم عليها نتيجة التطور وتغير الظروف أو القضايا التي تحمل إسماً جديداً أو القضايا التي تتكون من عدة صور قديمة[23] . بعض العلماء لا يخصون قسم المعاملات بالمعاملات المالية، وإنما يدرجون أحكام الأنكحة في أحكام المعاملات، فيقولون: عبادات، ومعاملات، وما يتعلق بأحكام الحدود والجنايات.وهذا ذهب إليه ابن عابدين الحنفي رحمه الله صاحب حاشية رد المحتار، لكن أكثر العلماء رحمهم الله على تقسيم الفقه إلى أربعة أقسام: العبادات، والمعاملات، والأنكحة، وما يتعلق بالحدود والقصاص وأحكام القضاء.والمعاملات

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المراد بها: المعاملات المالية، وهي تشمل أمرين:الأمر الأول: أحكام المعاوضات، وهي: المعاملات التي يُقصد بها العوض والتجارة من الربح والكسب وغير ذلك.والأمر الثاني: أحكام التبرعات، وهي التي يُقصد بها الإحسان والإرفاق.فأحكام المعاوضات تشمل البيع، والإجارة، والرهن، والخيارات، والشركات.. وغير ذلك من العقود التي يُقصد بها الكسب والربح، وما يُلحق بهذه العقود من عقود التوثيقات.والقسم الثاني من أحكام المعاملات المالية: أحكام التبرعات. وهي التي لا يقصد بها الكسب والتجارة، وإنما يقصد بها الإرفاق والإحسان، مثل: الهبة، والعطية، والوقف، والعتق، والوصايا.. وغير ذلك.

عناصر تعريف المعاملات المالية المعاصرة :-

1- القضايا المالية التي استحدثها الناس وهي التي لم تكن معروفة في عصر التشريع أو عصور الأجتهاد مثل الشركات المساهمة

2- المعاملات المالية التي تغير موجب الحكم عليها نتيجة التغير والتطور :-

لذلك قرر الفقهاء ((لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان))

3- القضايا المالية التي تحمل إسماً جديداً :-

وهي قضايا قديمة أظهر الفقهاء حكمها مثل الفائدة وهي الربا

4- المعاملات المالية التي تتكون من عدة صور قديمة :-

مثل بيع المرابحة للآمر بالشراءفهي تتكون من عدة صور

- عقد بيع بين البنك والبائع

- وعد من المشتري للبنك بشراء السلعة مرابحة

- بيع مرابحة على أن يشتري العميل السلعة من البنك بأكثر من سعرها[24]

مفهوم المال والمعاملات المالية

1- تعريف المال

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المال في اللغة : كل ما تميل إليه النفوس مما كان ذا قيمة وأمكن حيازته حقيقة أو حكماً على الوجه المشروع[25]

المال عند فقهاء الشريعة الإسلامية : هو كل ما يمكن حيازته ويمكن الانتفاع به على الوجه المعتاد شرعا[26], ويلاحظ من هذا التعريف شموليته لكل أصناف الأموال, حيث لايقتصر مفهوم المال على العملات النقدية فحسب كما هو السائد في عصرنا.

2- أقسام المال وأنواعه:

- باعتبار الثبات وعدمه

أ - عقار : وهو المال الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر إلا مع تغير صورته الأولى, ويشمل الأراضي والمباني والأشجار ((عند المالكية)), وهو الذي يقبل الشفعه ويترتب عليه حقوق الجوار, ويراعى فيه المصلحة عند المصادرة .

ب - منقول :هوما يقبل النقل ويضل على صورته الأصلية, وهو لا يقبل الشفعة.

- باعتبار التعامل

أ- مثلي :هو ما يوجد له مثيل في السوق من غير تفاوت بين آحاده يعتد به التجار, ويكون في المكيلات و الموزونات و المعدودات, مثل الشعير والقمح ,والضمان في المثلي يكون بالمثل.

ب .قيمي: هو ما تفاوتت آحاده تفاوتا يعتد به التجار, مثل الحيوانات والعقارات.

- 3باعتبار الضمان

أ- متقوم : هومايجوز الانتفاع به شرعا على سبيل الاختيار, مثل القمح والشعير والعقارات, وهذا يجب فيه الضمان على المتلف.

ب - غير متقوم: هومالا يجوز الانتفاع به شرعا, ولا يجب فيه الضمان إطلاقا عند المالكية للمسلم وغير المسلم,مثل لحم الخنزير والخمور والميتة, لأنها لا تعتبر مالا بأي حال من الأحوال.[27]

3- تعريف الاقتصاد

الاقتصاد في اللغة :مصدر للفعل "اقتصد": وأصله قصد :أي توسط واعتدل في الأمر , يقال : قصد في الأمر أي توسط فيه ولم يجاوز الحد.[28]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاقتصاد عند الفقهاء :هوالنشاط البشري,والعمل والجهد في سبيل الحصول على المال بطريقة اقتصادية شرعية لخدمة الفرد والمجتمع[29].

4- مفهوم الاستثمار

الاستثمار أعم من التجارة, لأن الاستثمار في اللغة يراد به الزيادة والنماء,وهذا قد يكون بواسطة التجارة أوبواسطة الزراعة والصناعة أوغير ذلك,والاستثمار مأخوذة من الثمر وهو الزيادة,ومنه الثمر حيث خرجت من الشجرة وزادت على أصلها, فهوحملها ونتاجها,الذي خرج منها وزاد عليها وانفصل منها, لهذا يقال ثمر العنب وثمر النخل, ومن هنا قيل لما لاينفع من الشجر أو الزرع الذي لانفع فيه ((ليس له ثمرة))[30].

للمال دور كبير في رقي الأمم وتقدمها إذا استثمر بالطريقة الصحيحة السليمة, التي تحث على الإنتاج,وتؤدي إلى حركة المال بطريقة دورية ((الاقتصاد الحقيقي)) بخلاف الاقتصاد الوهمي الذي يوقع المجتمع في مدارك الهلاك وركود الأموال عند فئة قليلة من الناس لاتمثل نسبة من المجتمع.

المطلب الثاني: منهج الإسلام في معالجة القضايا المستجدة :-

أولاً : موقف النبي صلى الله عليه وسلم من القضايا التي لا وحي فيها :-

إن مهمة الرسل هي تبليغ ما أنزل الله للناس قال تعالى (يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته والله يعصمك من الناس) وقوله تعالى (وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى) أما القضايا التي لا وحي فيها إذا كان الأمر متعلق أبا العبادات و العقائد فكان النبي (صلى الله عليه وسلم) لا يجتهد فيها وإنما ينتظر الوحي أما المعاملات فقد كان النبي (ص) يجتهد فيها و خير دليل على ذلك قصة النبي (صلى الله عليه وسلم) مع أهل المدينة في موضوع تأبير النخل وقوله (صلى الله عليه وسلم) (إنما أقضي بينكم برأيي فيما لم ينزل علي فيه) وحث أصحابة على الاجتهاد[31].

ثانياً : موقف الصحابة و التابعين من القضايا المستجدة :-

مارس الصحابة رضوان الله عليهم الاجتهاد في حياة الرسول (صلى الله عليه وسلم) بعد أن علمهم إياه إلى أن توسعت الفتوحات الإسلامية وأصبحت هناك مستجدات تتطلب الاجتهاد فكان أبو بكر رضي الله عنه ينظر في كتاب الله أولاً ثم في سنة رسوله ثم يسأل المسلمين ويجمع أخيارهم لمشورتهم وكذلك كان يفعل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عمر رضي الله عنه ، لكن اجتهادهم كان مقصوراً على المسائل الواقعة و الحادثة فعلاً ولم يتخيلوا مسائل كما فعل المتأخرون.

ثالثاً : موقف فقهاء المذاهب من القضايا المستجدة :-

أبرز الفقهاء في القرنين الثاني و الثالث الهجريين مقاصد الشريعة من أنها تقوم على تحقيق المصلحة للناس ووضعوا الإفتراضات ووضعوا لها الأحكام مع أن ذلك غير محمود لأنه يدخلهم إلى الخيالات و المستحيلات و المضحكات ، أما إذا كان الفقيه يفترض المسائل المحتملة الوقوع لحاجة إقتضاها شرح نص وبيانة فلا بأس به ، لقد ترك الأئمة ثروة هائلة من الفقه ولكن تلاميذهم والأتباع واجهتهم بعض الوقائع التي لم ينص على حكمها أئمة المذاهب فلجئوا إلى التخريج[32].

والتخريج يطلق على أمرين :-

1- تخريج الفروع على الأصول :-

وهو إستنباط الأحكام من الأصول و القواعد الكلية المنسوبة للإمام عن طريق العلة أو مآخد الأحكام لإلحاق الفرع بالأصل لذلك يعرف تخريج الفروع على الصول بأنه (العلم الذي يبحث عن علل ومآخد الأحكام الشرعية لرد الفروع إليها بياناً لأسباب الخلاف أو لبيان حكم لم يرد بشأنه نص عن الأئمة بإدخاله ضمن قواعدهم أو أصولهم).

2- تخريج الفروع من الفروع :-

وهو استنباط الأحكام من فروع الأئمة سواء أكانت من أقوالهم أم من أفعالهم أم من تقريراتهم ولقد عرف ابن تيمية تخريج الفروع من الفروع بأنه (نقل حكم مسألة إلى ما يشبهها و التسوية بينهما فيه).

**** موارد التخريج :-**

- التخريج على نص الإمام

- التخريج على مفهوم نص الإمام

- التخريج على فعل الإمام

- التخريج على تقرير الإمام

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث النقود والأوراق والسندات المالية

النقود: يشتمل هذا المبحث على حقيقة النقود ونشأتها وتطورها وأحكام التعامل بها.

المطلب الأول: حقيقة النقود :

معنى النقود : النقود في اللغة جمع نقد والنقد خلاف النسيئة وهو الإعطاء والفيض، تقول نقدت الدراهم ونفقتها له بمعنى أعطيته.

النقود اصطلاحاً:

تطلق على جميع ما تتعامل بها الشعوب من دنانير ذهبية ودراهم فضية فالنقود وسيلة للتبادل ومعيار للسلع والخدمات. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: " وأما الدرهم والدينار، فما يعرف له حد طبيعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح".

قال ابن القيم: " الأثمان لا لقصد لأعيانها، بل يقصد بها التوصل إلى السلع" .

الألفاظ التي تطلق على النقود[33]:1) الأثمان ومعناه لغة: جمع ثمن، وهو القيمة، ثمن كل شيء قيمته الأثمان تطلق في اصطلاح الفقهاء على النقدين من الذهب والفضة.

2) الفلوس: جمع فلس، يجمع في القلة أفلس والكثرة فلوس ؛ الفلوس في الاصطلاح: ما ضرب من المعادن من غير الذهب والفضة سكة، وصار نقداً في التعامل عرفاً وثمناً باصطلاح الناس.

المطلب الثاني: نشأة النقود وتطورها ووظيفتها:

أولاً: النقود قبل الإسلام:أ- المقايضة: هي مبادلة عرضً بعرضً

عيوب المقايضة:الأول: صعوبة توافق الرغبات بين المتبادلين فقد يصعب على الشخص العثور على شخص آخر يجد عنده السلعة التي يرغب فيها.

الثاني: عدم قابلية بعض السلع إلى التجزئة.

الثالث: صعوبة الاهتداء إلى نسب مبادلة السلع بعضها ببعض أو تحديد قيمة كل سلعة بالنسبة للسلع الأخرى الموجودة في السوق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الرابع: صعوبة تخزين السلع والخوف من التلف مما يضطر المقايض إلى عرض سلعته بثمن زهيد للتخلص من التخزين.

وقد أدى تطور المجتمعات إلى التفكير في حل تلك الصعوبات فاهتدوا إلى النقود بدلاً من المقايضة، فبدأ الناس بالنقود السلعية ثم المصرفية.

ب- النقود السلعية:

وهي السلع التي تعارف الناس استخدامها كوسيط في المبادلات مثل الحيوانات وغيرها.

ج- النقود المعدنية:

بعد أن ظهرت صعوبات النقود السلعية اتجه الناس إلى النقود المعدنية فبدأوا باستخدام النحاس والبرونز ثم اهتدوا إلى الذهب والفضة وغيرها من العملات وقد جعلوا الذهب والفضة ثمناً لسائر الأشياء ونظراً لارتفاع قيمة المعدنين استحدث الناس نقوداً من المعادن الأقل قيمة.

د- وظائف النقود[34]:

يذكر الاقتصاديون أربع وظائف للنقود وهي:

الأول: النقود وحدة للقياس أو معيار للسلع.

الثانية: النقود وسيط للمبادلة وتحقيق الرغبات.

الثالثة: النقود مستودع للثروة أو أداة لاختزان القِيَم.

الرابعة: النقود قاعدة للمدفوعات المؤجلة وتسوية الديون والالتزامات.

ثانياً: النقود في الإسلام:

لقد بعث الرسول صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بنقود الروم والفرس وكانت نقود العرب في الجاهلية الذهب والفضة، قاله ابن خلدون والمقريزي، وبعد وفاة الرسول استمر الخلفاء في استعمال النقود الفارسية والرومية ووضع عمر نقوشاً إسلامية على العملات المتداولة، وقام عبد الملك بن مروان بضرب الدنانير والدراهم الإسلامية وكذلك فعل الخلفاء من بعده، وبما أن ضرب الدراهم تولته الدولة الإسلامية، فقد قال احمد بن حنبل لا يصلح ضرب الدراهم إلا بإذن السلطان.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النقود في العصر الحديث:

انتقلت العملة إلى الورقية والمصرفية.

أ- النقود الورقية: تنوع النقود الورقية إلى ثلاثة أنواع وهي:

1- النقود النائبة: وهي التي تمثل النقود المعدنية من ذهب أو فضلة تمثيلاً كاملاً.

2- النقود الوثيقة: وهي النقود الورقية المعطاة تغطية جزئية.

3- النقود الإلزامية: وهي التي ليس لها غطاء معدني مطلقاً وهي تستمد قوتها من القانون.

4- النقود المصرفية: المقصود بها الأوراق التجارية التي تصدرها البنوك التجارية كالشيكات، ومع اتساع النشاط الاقتصادي وتطور الخدمات المصرفية ظهرت الشيكات السياحية وكروت الفيزا وغيرها.

أحكام التعامل بالنقود[35]:

يرجع أحكام التعامل بالنقود إلى ثلاث نقاط أساسية وهي:ثمنية النقود، وتغير قيمتها، والتعامل بالبطاقات البنكية، كما يلي:

أولاً: ثمنية النقود: الثمنية في النقود جعلها معياراً للأشياء تقَّوم بها السلع والخدمات .

ثمنية النقود الورقية: اختلف العلماء المعاصرون فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب البعض إلى أن النقود الورقية ليست نقوداً شرعية وإنما هي سندات بديون على من أصدرتها وهي الدولة.

القول الثاني: ذهب فريق آخر إلى أن النقود الورقية عروض.

القول الثالث: ذهب غالبية العلماء المعاصرين إلى أن النقود الورقية تعد بديلاً نقدياً عن النقود الذهبية والفضية لأنها أصبحت ثمناً للمبيعات ولكل فريق استدلالاته.

وقد قررت هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بعد الإطلاع على البحث بهذا الشأن. " أن الورق النقدي يعتبر نقداً قائماً بذاته كقيام النقدية في الذهب والفضة وغيرها من الأثمان ويترتب على ذلك أن تأخذ أحكام النقدين (الذهب والفضة) وكل عمله نقد قائم بذاته.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: تغير قيمة النقود وأثره في الحقوق والالتزامات:

إذا كانت النقود الذهبية والفضية تتمتع بثبات قيمتها فإن الفلوس والنقود الورقية تفتقر إلى ذلك فإنها تتعرض للتغيير والرواج والكساد.

أ) تغير قيمة الفلوس: لقد بحث الفقهاء مسألة الفلوس إذا أقرضت ثم نقصت قيمتها فهل يكون سداد القرض بمثلها أو بقيمتها اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال.

القول الأول: ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجب على المدين أداء النقد نفسه المحدد في العقد ومثله دون زيادة ونقصان لأن الزيادة على المثل أو النقصان عنه ربا لا يجو شرعاً.

القول الثاني: وذهب آخرون بالقول أنه يجب رد قيمة النقود التي طرأ عليها التغير من غلاء أو رخص يوم ثبوت الدين في الذمة[36].

القول الثالث: وذهب المالكية في قول إلى أنه يفرق بين ما إذا كان تغير الفلوس يسيراً أو فاحشاً، فإن كان يسيراً رد المقترض المثل، وإن كان فاحشاً رد القيمة لتضرر المقرض بالتغير الفاحش دون اليسير. وقد رجح ما ذهب إليه المالكية أنه يفرق بين التغير اليسير والفاحش.

ب) تغير قيمة النقود الورقية:القوة الشرائية للنقود الورقية قد تهبط هبوطاً فاحشاً وكبيراً ، ويرجع تغير قيمة العملة إلى عدة أسباب منها:

الأول: التعامل الربوي الذي هو عبارة عن زيادة في النقود دون عمل مثمر.

الثاني: ضعف الاقتصاد الناتج عن قلة الإنتاج وتواكل الناس في أعمالهم.

الثالث: الحروب والكوارث تؤثر على النقود الورقية حيث تقل الثقة بها.

حجم المشكلة التي أحدثتها تغيرات قيمة النقود الورقية[37]:

لقد نتج عن تغيرات قيمة النقود الورقية مشكلة تتعلق بالأفراد والجماعات في أغلب الدول المعاصرة تعرف بالتضخم حيث تضعف القوة الشرائية للنقود الورقية سنة بعد سنة فهل يردها إذا ضعفت أم يرد القيمة، ذهب الشيخ محمد الأشقر إلى أنه يرد القيمة لأن هناك فرقاً بين النقود الورقية وبين الذهب أو الفضة. وقد اقترح لحل هذه المشكلة حلين هما:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحل الأول: أن ينظر في ترك العمل بالقول أن الأوراق النقدية أجناس ربوية قياساً على الذهب والفضة لانتفاء علة القياس فيها ويصار إلى القول بأن النقود الورقية كالفلوس عروض لا مانع من التفاضل في تبادل المال فيه بجنسه نقداً أو نساء ولا مانع من شراء الذهب بشيء منها أو بنسبة ، وهذا الحل لا يحل مشكلة القروض.

الحل الثاني: أن يبقى حكم ربويتها (النقود الورقية) لما فيها من معنى الثمنية . وذهب علماء آخرون إلى أنه يؤدي الدين بمثله إلا في حال انقطاع العملة قياساً على الذهب والفضة.

ثالثاً: حكم التعامل بالبطاقات البنكية (بطاقات الائتمان) :

•عَرَّف معجم أكسفورد بطاقة الائتمان بأنها البطاقة الصادرة من بنك أو غيره تخول حاملها الحصول على حاجاته من المتطلبات ديناً.•وعرفها مجمع الفقه الإسلامي: أنها مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناءً على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً.وبعبارة أخرى[38]:

هي مستند خاص بصورة مصرف أو شركة مالية، يتمكن من خلالها حاملها من الحصول على سلع أو خدمات أو نقود ممن يقبل التعامل بهذا المستند.

الحكم الشرعي في البطاقة البنكية[39]:

الحكم الشرعي ينبني على التصور الدقيق لما تتضمنه المعاملة من عناصر أساسية والتزامات بين الطرفين. فإذا كانت هذه الأموال مقبولة شرعاً ولم تنطوِ على حرام وتحريم حلال قلنا جواز التعامل بها. وإذا كانت الأمور غير مقبولة شرعاً قلنا بعدم جواز التعامل بها.

الضبط القانوني للمعاملات المعاصرة

المنهاج المختار لنا في تقنين الأحكام الشرعية في مجال المعاملات المالية:

على ضوء الطرائق السابقة التي ذكرناها وما قلناه تعليقاً وتعقيباً عليها نرى أن المنهج المختار لنا يقوم على المبادئ الخمسة التالية:

المبدأ الأول: عدم التقيد في التقنين بمذهب معين من المذاهب الفقهية:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لأن التقييد بمذهب معين يحرم التقنين الاستفادة من رحابة وسعة الفقه الإسلامي كما يحرمه من الاستفادة من الآراء الراجحة في المذاهب الأخرى.

وكذلك يمنع التقيد بمذهب معين الاستفادة من الآراء التي تحقق المصلحة العملية والفائدة الواقعية على ضوء متغيرات الزمان والمكان وهو مالا ينكر معه تغيير الأحكام.

أما ما قيل من أن التقييد بمذهب معين يخدم مصلحة بيئة من البيئات الإسلامية التي ترتبط بذلك المذهب فهذا ليس على إطلاقه إذا كان التقنين الذي ننشده خارج نطاق العقيدة والعبادات والثوابت الأخلاقية وبصفة أخص إذا كان تقنينا للمعاملات المالية.

هذا فضلاً عن أن التقييد بمذهب معين يصطدم بمشكلة النوازل والمستجدات التي ليس في كلام فقهاء المذهب المُعيّن حكم لها.

وعدم التقيد في التقنين بمذهب معين من المذاهب الفقهية نبذٌ للتعصب المذهبي، لأن كل مذهب من المذاهب الفقهية بني على أصول أساسها الكتاب والسنة وترمي كلها إلى العمل بالشريعة الإسلامية في كل مجالات الحياة.

كما أن عدم التقيد بمذهب معين أقرب إلى الصواب وأدعى إلى التيسير على الناس الذي تنطق به آيات القرآن والأحاديث النبوية الشريفة.

وربما يكون في التزام مذهب معين ضيق وحرج وفي غيره تيسير وتخفيف وهذا ما نادى به الأئمة الثقات والمصلحون في كل زمان من الأخذ بالفقه الإسلامي كله وعدم التقيد بمذهب واحد.

عدم التقيد بمذهب معين يترتب عليه الأخذ بآراء الفقهاء من الصحابة والتابعين وتابع التابعين لأن المذاهب الفقهية تكونت بعد ذلك بكثير.

المطلب الثالث: القواعد الأساسية لإصدار الأحكام في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م:

عند إصدار أي حكم تطبيقاً لأحكام هذا القانون يجب أن تتقيد المحاكم بالقواعد الأساسية الآتية:

(أ) رد الحقوق إلى أهلها ورفع المظالم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(ب) إزالة الأضرار الناجمة بإجراءات استرداد الحقوق والمظالم.

(ج) الفصل الناجز في جميع المنازعات المتعلقة بالحقوق أو المظالم أو تطبيقاً لأحكام هذا القانون.

ثانياً: نص القانون رقم (14) لسنة 2002 بشأن القانون المدني اليمني على مجموعة من المبادئ والقواعد الشرعية في المواد من 3-16 على النحو التالي:

مادة (3): الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم والتيسير في معاملاتهم وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج بما يخالف الشريعة الإسلامية.

مادة (4): الضرر يجب أن يزال ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح عند التعارض.

مادة (5): ما حرم لذاته ولسد الذريعة مباح عند الضرورة والضرورات تبيح المحظورات التي لا تندفع إلا بها.

مادة (6): الأمور بمقاصدها والعبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

مادة (7): لا ينسب لساكت قول إلا ما استثنى بنص شرعي.

مادة (8): يجب إعمال الكلام في مقاصده.

مادة (9): اليقين لا يزال بالشك فما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين.

مادة (10): الظن البين خطؤه لا عبرة به.

مادة (11): الأصل الظاهر (العدم) فمن تمسك به فالقول قوله، ومن أدعى خلافه فالبينة عليه، والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره، والأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها، وما حرم أخذه حرم إعطاؤه والأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها.

مادة (12): الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما أقره الشرع، ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه، مالم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال، وإذا اجتمع التحليل والتحريم غلب جانب التحريم، وكل حكم مبني على عرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف ويزول بزوال تلك العادة.

مادة (13): العقد ملزم للمتعاقدين، والأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها والغش يبطل العقود، والضرر اليسير فيها الذي لا يمكن الإحتراز عنه عادة لايكون مانعاً من صحة العقد.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التعليق على هذا المبدأ: وتأسيساً على ما جاء في معنى المصطلحات الشرعية التي استخدمتها القوانين ومشروعات القوانين السابقة يظهر لنا أن بينها فروقاً بالمعنى الفني الفقهي الدقيق، ولذلك يلزم أخذ هذا في الاعتبار عند تحديد مقصود واضع النص القانوني وتحديد مراده عند عدم وجود نص في القانون يطبقه القاضي، ومن ثم يجب عليه البحث عن الحكم الشرعي فيما أحاله إليه القانون نفسه والتقيد به. وبهذا يتضح لنا نطاق البحث الذي يخوله النص للقاضي ومدى اتساع دائرته من عدمه، فلاشك أن بحث القاضي عن الحكم الواجب التطبيق في دائرة المقاصد الشرعية يعطي القاضي سلطة أوسع في التقدير والملائمة، على خلاف التزامه بالبحث عن الحكم في إطار أحكام الفقه الإسلامي مع مراعاة ماقد يكون في النص المحيل من قيود وضوابط مثل:

- عدم التقيد بمذهب معين من المذاهب الفقهية أو العكس، كالقانون المدني الإماراتي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها. وهكذا.

كما أن بحث القاضي في دائرة القواعد الفقهية والمبادئ يعطي القاضي أيضاً سلطة واسعة في التقدير والملائمة في المسائل والفروع المعروضة عليه وتحت أي قاعدة أو مبدأ فقهي تندرج تلك الفروع، فينفتح له بذلك باب يسهل التوصل منه إلى الإحاطة بالحكم الشرعي الصحيح، وتحصل الكفاءة في تطبيق المعاملات الجارية على القواعد الفقهية على حسب احتياجات العصر كما ذكرت مجلة الأحكام العدلية[40].

المبدأ الثالث: منهجية التخيّر والترجيح

لا شك أن اختلاف الزمان والمكان والأحوال يتطلب مراعاة الواقع والمصلحة فيه وهذا يتطلب المقدرة على الترجيح والتخيّز حتى لا تفوت المصالح المتغيرة والأعراف المتطورة التي لا شك تستوعبها مقاصد الشريعة وقواعدها، وقد تتجافى معها بعض الآراء الفقهية بسبب الاختلافات المشار إليها.

أولاً- وجوب الترجيح عند الاختلاف:

يقول الشاطبي[41]: وإذا كانت المذاهب كلها إلى الله، لكن الترجيح فيها لابد منه لأنه أبعد عن إتباع الهوى وأقرب إلى تحري قصد الشارع في مسائل الاجتهاد.

ويقول[42]: إن محال الخلاف دائرة بين طرفي نفي وإثبات... فتعارض عليها الدليلان فاحتيج إلى الترجيح وإلا فالتوقف وتصير من المتشابهات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا- (وجوب العلم بالدليل الراجح) و(وجوب اتباع ما رجح واعتمد):

يقول ابن عابدين في حاشيته[43]: "إن القول المرجوح بمنزلة العدم مع الراجح، فليس للقاضي الحكم به"[44].

وجاء "إن الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع... وقال وهو المختارللفتوى".

ويقول الإمام أبو حامد الغزالي[45] - والدليل سبب لمعرفة الحل والحرمة والترجيح عند الاختلاف في الأدلة، فإن ظهر ترجيح في جانب الحظر وجب الأخذ به، وإن ظهر ترجيح الحِلّ جاز الأخذ به لكن الورع تركه.... إلى أن قال وإن لم يظهر ترجيح وجب التوقف.

* الأصح هو أن المجتهد في المذهب من المشايخ الذين هم أصحاب الترجيح لا يلزمه الأخذ بقول الإمام على الإطلاق بل عليه النظر في الدليل، وترجيح ما رجح عنده دليله، ونحن نتبع ما رجحوه واعتمدوه كما لو أفتوا في حياتهم كما حققه الشارح... ويقول: وإلا فالواجب الآن اتباع ما اتفقوا على ترجيحه.

فمثلا: كتاب ملتقى الأبحر للشيخ إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي م 956هـ: فيه الأرجح والأصح والأقوى والمختار للفتوى في مذهب الإمام أبي حنيفة وجمع فيه مسائل[46] كتب هي: بتحقيق وهبه سليمان الألباني[47]:

1- المختصر المبارك في الفقه للقدوري م 428هـ

2- المختار للموصلي م 683هـ

3- الكنز- كنز الدقائق لابن محمود م 710هـ

4- الوقاية لابن إبراهيم المحبوبي م 781هـ

ثالثاً- (وجوب العمل بالدليل الراجح):يقول الآمدي في الإحكام[48]: وأما أن العمل بالدليل الراجح واجب فيدل عليه ما نُقل وعلم من إجماع الصحابة والسلف في الوقائع المختلفة على وجوب تقديم الراجح على الظنين.وذكر منهجية كاملة لطرق الترجيح بعد ذلك. واستدل الجمهور على وجوب العمل بالدليل الراجح[49]:

1 - إجماع الصحابة ومن بعدهم من السلف... وهكذا كان الصحابة في اجتهاداتهم يوجبون العمل بالراجح من الظنين دون أضعافهما.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2 - المعقول.

رابعاً- (منهجية الترجيح وطرقه):

* وفي طرق الترجيح ووسائله تحدث الأصوليون (أخصها كتاب الآمدي م631 هـ - سواء كان ترجيحا بين النصوص أو بين الأقيسة (فيرجع إليها ونوصي بإخراجها من الآمدي) منها:

1- فما رواته أكثر يكون مرجَّحا.

2- المتواتر أرجح من الآحاد لكون الأول متيقنا والآخر مظنونا.

3- رواية السماع أولى من الرواية عن كتاب لبعدها عن تطرق التصحيف والغلط.

4- أو يكون خبر واحد فيما تعم فيه البلوى بخلاف الآخر.

5- أن يكون أحدهما أمراً والآخر نهياً فالنهي مرَّجح على الأمر.

6- الحظر أولى من الإباحة للاحتياط (ما لم يكن أحدهما الحظر والآخر الإباحة) لقوله صلى الله عليه وسلم: "ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرامُ الحلال". ولقوله صلى الله عليه وسلم: "دع ما يريبك إلى ما لا يريبك".

7- أن يكون أحد الدليلين موافقا لدليل آخر من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس أوعقل أو حسٍّ والآخر على خلافهُ فما هو على وفق الدليل الخارج أولى.

8- أن يكون أحدهما أقرب إلى الاحتياط وبراءة الذمة بخلاف الآخر فالأقرب إلى الاحتياط يكون مقدَّما لكونه أقرب إلى تحصيل المصلحة ودفع المضرّة.

9- أن يكون الحكم في أصل أحدهما قطعيا وفي الآخر ظنيا فما حكم أصله قطعي أولى.

10- أن يكون دليل ثبوت الحكم في أصل أحدهما أرجح من الآخر.

11- أن تكون علة أحدهما أكثر تعدية من علة الآخر فهو أولى لكثرة فائدته.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويقول العز بن عبد السلام[50]: وإن التبس الحال احتطنا للمصالح بتقدير وجودها وفعلناها، وللمفاسد بتقدير وجودها وتركناهاوإن دار الفعل بين الوجوب والندب بنينا على أنه واجب وأتيناه.

وإن دار الفعل بين الندب والإباحة بنينا على أنه مندوب وأتيناه.وإن دار الفعل بين الحرام والمكروه بنينا على أنه حرام واجتنبناه. وإن دار الفعل بين المكروه والمباح بنينا على أنه مكروه وتركناه. ويقول وأن درء المفاسد الراجحة على المصالح المرجوحة محمود حسن، واتفق الحكماء على ذلك، وكذلك الشراح. فإن الاحتياط لحيازة المصالح بالفعل ولاجتنابالمفاسد بالترك، وقليل من يفعل ذلك وقد يعبر عن القليل بالمعدوم.

خامساً- (التخير عند التساوي):

بعد أن أوضح العز بن عبد السلام ضوابط منهجية الترجيح قال: وإن اختلف في بعض ذلك فالغالب أن ذلك لأجل الاختلاف في التساوي والرجحان فيتخيرّ العباد وعند التساوي يتوقفون إذا تحيروا في التفاوت والتساوي... والطلب كالشرع وضع لجلب المصالح ودرء المفاسد، ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك لجلب ما أمكن جلبه من ذلك.. فإن تساوت الرتب تخيرّ وإن تفاوتت استعمل الترجيح عند عرفانه والتوقف عند الجهل به". ويقول: "والسعيد من فعل ما اتفق على صلاحه وترك ما اتفق على فساده، وأسعد منه من ضم إلى ذلك فعل ما اختلف في صلاحه وترك ما اختلف في فساده". ويقول: "كفى بالمرء شرفاً أن يتزين بطاعة مولاه فيما أمره ونهاه وكفى به شراً أن يؤثر هواه على طاعة مولاه.

سادساً- التخيّر عند ابن فرحون[51]:

1- الركن الثاني من أركان القضاء وهو المقضي به:

(تخيّر القاضي من أقوالهم – الفقهاء – ولا يخالفهم جميعاً...)

2- إن تطبيق القانون يحتاج من القاضي إلى فهم وتأمل ودراسة للوقائع والتقصي لها ومن ثم فلا خوف من الجمود للنص أو للقاضي.

3- إن إلزام القاضي وتقييده بالقانون أمر تفرضه الضرورة العملية لحالة عدم القدرة على الاختيار والترجيح، وانقضاء عصر القاضي الفقيه المجتهد.

سابعاً- (التلفيق الممنوع):

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ليس القول بجواز التلفيق مطلقا وإنما هو مقيد فيد ائرة معينة فمنه ما هو باطل لذاته كما إذا أدى إلى إحلال المحرمات، ومنه ما هو محظور لا لذاته بل لما يعرض له من العوارض مثلما هو في تتبع الرخص عمداً بدون ضرورة ولا عذر، وهذا محظور شرعا سداً لذرائع الفساد بالانحلال من التكاليف الشرعية.

قال الغزالي: "ليس لأحد أن يأخذ بمذهب المخالف بالتشهي، وليس للعاصي أن ينتقي من المذاهب في كل مسألة أطيبها عنده فيتوسع[52].

ويندرج تحت هذا النوع بالأولى تتبع الرخص للنهي، والأخذ بالأقوال الضعيفة من كل مذهب[53].

ولما كان مجال التلفيق هو في الفروع الاجتهادية الشرعية الظنية فإن هذه الفروع الشرعية تنقسم إلى ثلاثة أنواع[54]:

1- ما بني في الشريعة على اليسر مع اختلافه باختلاف أحوال المكلفين والعبادات المرخصة، ويجوز فيها التلفيق للحاجة.

2- ما بني في الشريعة على الورع والاحتياط وهو المحظورات لأن الله تعالى لا ينهى عن شي ء إلا لمضرته فلا يجوز فيها التسامح أو التلفيق إلا عند الضرورات الشرعية.

3- ما يكون مناطه مصلحة العباد وسعادتهم، وهو المعاملات والحدود، فدائرمعها أي المصلحة التي معيارها صيانة الأصول الكلية الخمسة، وصيانة المصلحة مقصودة شرعًا من الكتاب أو السنة أو الإجماع. ويقول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص93 "والاعتبار بعموم البلوى في موضوع النص".

ويقول الشاطبي في الموافقات[55]: الحنيفية السمحة إنما أتى بها السماح مقيداً بما هو جائز على أصولها، وليس تتبع الرخص ولا اختيار الأقوال بالتشهي بثابت من أصولها فتتبع الرخص ميل مع أهواء النفوس والشرع جاء بالنهي عن إتباع الهوى.. والشريعة تبين الراجح من القولين فيجب إتباعه لا الموافق للغرض.

ثامناً- منهجية مجلّة الأحكام العدلية "التخيّر":

جاء في تقرير المجلة[56]:

".... تعلق الأمل بتأليف كتاب في المعاملات الفقهية مضبوطاً سهل المأخذ عارياً من الاختلافات حاوياً للأقوال المختارة سهل المطالعة على كل واحد... وبموجب الإرادة العلية اجتمعنا في دائرة ديوان الأحكام العدلية وبادرنا إلى ترتيب مجلّة مؤلفة من المسائل والأمور الكثيرة الوقوع اللازمة جداً من قسم المعاملات

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفقهية مجموعة من أقوال السادة الحنفية الموثوق بها، وقسمت إلى كتب متعددة وسميت بالأحكام العدلية...".

وعلى سبيل التمثيل فقد جاء في المجلة:

(أ) في البيع والشرط:

إن المبايعات في زماننا أكثرها مربوط بالشروط، والشروط في مذهب الحنفية أكثرها مفسد للبيع إذا وقعت في صلب العقد، ومن ثم كان أهم المباحث في كتاب البيوع فصل البيع بالشرط، وهذا الأمر اقتضى مباحثات ومناظرات كثيرة، ولذا رؤي مناسباً إيراد خلاصة المباحثات التي جرت في ذلك على الوجه الآتي:

فنقول: إن أقوال أكثر المجتهدين في حق البيع بالشرط يخالف بعضها بعضاً، ففي مذهب المالكية إذا كانت المدة جزئية، وفي مذهب الحنابلة على الإطلاق يكون للبائع وحده أن يشترط لنفسه منفعة مخصوصة في المبيع، ولكن تخصيص البائع بهذا الأمر دون المشتري يرى مخالفاً للرأي والقياس، أما ابن ليلى وابن شبرمة ممن عاصروا الإمام الأعظم رضي الله عنه وانقرض أتباعهم فكل منهما رأى في هذا الشأن رأياً يخالف رأي الآخر، فابن أبي ليلى يرى أن البيع إذا دخله شرط أي شرط كان فقد فسد البيع والشرط كلاهما، وعند ابن شبرمة الشرط والبيع جائزان على الإطلاق، فمذهب ابن أبي ليلى يرى رأياً مبايناً لحديث: "المسلمون عند شروطهم"، ومذهب ابن شبرمة موافق لهذا الحديث موافقة تامة لكن المتبايعين ربما يشرطان أي شرط كان جائزاً أو غير جائز قابل الإجراء أو لا، ومن الأمور المسلمة عند الفقهاء أن رعاية الشرط إنما تكون بقدر الإمكان، فمسألة الرعاية للشرط قاعدة تقبل التخصيص والاستثناء، ولذا اتخذ طريق متوسط عند الحنفية فقسموا الشرط إلى ثلاثة أقسام: (شرط جائز وشرط مفسد وشرط لغوٌ) بيانه: أن الشرط الذي لا يكون من مقتضيات عقد البيع ولا يؤيده وفيه نفع لأحد العاقدين مفسد، والبيع المعلق به يكون فاسداً والشرط الذي لانفع فيه لأحد العاقدين لغو والبيع المعلق به صحيح، لأن المقصود من البيع والشراء التملك والتمليك أي أن يكون البائع مالكاً للثمن والمشتري مالكاً للمبيع بلا مزاحم ولا ممانع، والبيع المعلق به نفع لأحد العاقدين يؤدي إلى المنازعة، لأن المشروط له النفع يطلب حصوله والآخر يريد الفرار منه، فكأن البيع لم يتم لكن لما كان العرف والعادة قاطعين للمنازعة جّوز البيع مع الشرط المتعارف على الإطلاق، أما المعاملات التجارية فهي من أصلها في حال مستثنى.....وأكثر ذوي الحرف والصنائع قد تعارفوا معاملة خاصة تقررت بينهم، والعرف الطارئ معتبر فلا يبقى ما يوجب البحث إلا بعض شروط خارجة عن العرف، والعادة تشرط في المعاملات المتفرقة في المبايعات وليس لهذه المعاملات شأن يوجب

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاعتناء بالبحث فيها، ولهذا لم تمس الحاجة في تيسير معاملات العصر إلى اختيار قول ابن شبرمة الخارج عن مذهب الحنفية، ولهذا حصل الاكتفاء بذكر الشروط التي لاتفسد البيع عند الحنفية.

(ب) في بيع المعدوم:

ذكر في المادة السابعة والتسعين بعد المائة، والمادة الخامسة بعد المائتين أنه لا يصح بيع المعدوم، والحال أن ما كان مثل الورد والخرشوم من الأزهار والبقول والفاكهة التي يتلاحق ظهور محصولاتها يصح فيه البيع إذا كان بعض المحصول قد ظهر وبعضها لم يظهر، لأنه لما كان ظهور محصولاتها دفعة واحدة غير ممكن وإنما تظهر أفرادها وتتناقص شيئاً فشيئاً اصطلح الناس في التعامل على بيع جميع محصولاتها الموجودة والمتلاحقة بصفقة واحدة، ولذا جوّز محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى هذا البيع استحساناً،وقال اجعل الموجود أصلاً والمعدوم تبعاً له وأفتى بقوله: الإمام الفضلي وشمس الأئمة الحلواني وأبوبكر بن فضل رحمهم الله تعالى. وحيث إن إرجاع الناس عن عادتهم المعروفة عندهم غير ممكن، كما أن حمل معاملاتهم بحسب الإمكان على الصحة أولى من نسبتها إلى الفساد وقع الاختيار على ترجيح قول محمد رحمهُ الله في هذه المسألة كما هو مندرج في المادة السابعة بعد المائتين.

(ج) في بيع الصُبْرة:

وفي بيع الصبرة كل مد بكذا عند الإمام الأعظم رضي الله عنه يصح البيع في مد واحد فقط، وعند الصاحبين رحمهما الله يصح في جميع الصبرة، فمهما بلغت الصبرة يأخذها المشتري ويدفع ثمنها بحساب المد على السعر الذي جرى عليه العقد، وحيث أن كثيرين من الفقهاء مثل صاحب الهداية قد اختاروا قول الصاحبين في ذلك تيسيراً لمعاملات الناس حررت هذه المسألة في المادة العشرين بعد المائتين على مقتضى قولهما. وأكثر مدة خيار الشرط عند الإمام رحمه الله تعالى ثلاثة أيام أما عند الصاحبين فالمدة على قدر ما شرط المتعاقدان من الأيام، ولما كان قولهما هنا أيضاً أوفق للحال والمصلحة وقع عليه الاختيار، وذكر بدون مدة الأيام الثلاثة في المادة الثلاثمائة، وهذا الخلاف جاز أيضاً في خيار النقد، إلا أن عدم تقييد المدة بثلاثة أيام وصحة تقييدها بأكثر من ذلك هو قول محمد رحمه الله تعالى فقط، إنما اختير قوله في هذه المسألة أيضاً مراعاة لمصلحة الناس كما ذكر في المادة الثالثة عشر بعد الثلاثمائة.

المبدأ الرابع: الاعتناء بالضوابط الفقهية

أولا: ضرورة الاعتناء بالضوابط للتقنين:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذا كان التقنين قد أصبح ضرورة للمعاملات والعقود المالية الفقهية حتى يتحقق لها مزايا التقنين ويتحقق الأمل الذي نشدته مجلة الأحكام العدلية وبدأت تحقيقه "بتأليف كتاب في المعاملات الفقهية (تقصد طبعاً التقنين) يكون مضبوطاً سهل المأخذ عاريا عن الاختلافات حاويا للأقوال المختارة سهل المطالعة على كل واحد حتى تعم الفائدة"، فإن هذه المرحلة يجب التهيئة والإعداد لها على نحو دائم وبشكل مستمر من انبعاث دور الضوابط الفقهية تدريساً وتحقيقاً وانتشاراً لتكون المادة الأساسية في التقنين المنشود.

وإذا كان علامة القانون المرحوم أحمد عبدالرزاق السنهورى قد دعا إلى:

1. دراسة تاريخ الفقه الإسلامي دراسة دقيقة.

2. الدراسة المقارنة لاستخلاص وجوه النظر المختلفة.

حتى يمكن مراعاة كل ذلك فيما يراد استمداده منه من نصوص تجد مكانها في تقنين عربي موحد حديث، فإننا نرى أن تدريس الضوابط الفقهية أبلغ في الأثر والإعداد من تاريخ الفقه وأقرب إلى المقارنة بالقوانين ومنهجها. ولعلّ ما تقوم به هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية من إصدار معايير شرعية أقرب إلى الضوابط الفقهية في الموضوعات التي تصدر فيها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة وتحتوي على النتائج والتوصيات

1- أن بحث القاضي في دائرة القواعد الفقهية والمبادئ يعطي القاضي أيضاً سلطة واسعة في التقدير والملائمة في المسائل والفروع المعروضة عليه وتحت أي قاعدة أو مبدأ فقهي تندرج تلك الفروع، فينفتح له بذلك باب يسهل التوصل منه إلى الإحاطة بالحكم الشرعي الصحيح، وتحصل الكفاءة في تطبيق المعاملات الجارية على القواعد الفقهية على حسب احتياجات العصر كما ذكرت مجلة الأحكام العدلية[57].

2- أن اختلاف الزمان والمكان والأحوال يتطلب مراعاة الواقع والمصلحة فيه وهذا يتطلب المقدرة على الترجيح والتخيرّ حتى لا تفوت المصالح المتغيرة والأعراف المتطورة التي لا شك تستوعبها مقاصد الشريعة وقواعدها، وقد تتجافى معها بعض الآراء الفقهية بسبب الاختلافات المشار إليها.

3- أن المجتهد في المذهب من المشايخ الذين هم أصحاب الترجيح لا يلزمه الأخذ بقول الإمام على الإطلاق بل عليه النظر في الدليل، وترجيح ما رجح عنده دليله، ونحن نتبع ما رجحوه واعتمدوه كما لو أفتوا في حياتهم كما حققه الشارح... ويقول: وإلا فالواجب الآن اتباع ما اتفقوا على ترجيحه.

4- إن النقود تلعب دورًا هامًا في حياة المجتمعات البشرية والأفراد, كما أن لها دورًا أساسيًا في النظام الاقتصادي, ولقد تعددت المشكلات التي تصيب اقتصاد الدول مما يؤثر تأثيرًا بليغًا على استقرارها وأحوالها, وبالتالي على أوضاع أفراد المجتمع في معاملاتهم, وإن من أبرز هذه المشكلات الاقتصادية اليوم مشكلة انخفاض القوة الشرائية للنقود, وهو ما يسمى بالتضخم، حيث يرخص النقد وتغلو السلع، فتتأثر التزامات الدولة داخليًا وخارجيًا، وتترتب على هذا مشكلات عديدة.

5- إن مسألة تغير قيمة العملة تعرَّض لها الفقهاء القدامى حسب ما كان عليه الوضع في زمنهم، وقد كان هذا التغير بسيطًا لا يشكل خطورة بالغة على الاقتصاد في ذلك الوقت، لاعتمادهم في الدرجة الأولى على الذهب والفضة اللذين يمتازان بالثبات غالبًا، أما اليوم فقد أصبحت قضية تغير قيمة النقود تشكل خطورة بالغة على الاقتصاد، لأن الأوراق النقدية لا تمتاز بالثبات بل بالتغير، وهذا ما يجعل مشكلة تغير قيمة الأوراق النقدية صعبة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أهم التوصيات:

1- عدم التقيد بمذهب معين من المذاهب الفقهية أو العكس، كالقانون المدني الإماراتي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها. وهكذا.

2- مراعاة الواقع والمصلحة فيه وهذا يتطلب المقدرة على الترجيح والتخيّر حتى لا تفوت المصالح المتغيرة والأعراف المتطورة التي لا شك تستوعبها مقاصد الشريعة وقواعدها، وقد تتجافى معها بعض الآراء الفقهية بسبب الاختلافات المشار إليها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المراجع:

3- وهبة الزحيلي ، المعاملات المالية المعاصرة دار الفكر المعاصر ، بيروت ، دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 1423 هـ / 2002 م

(1) المدخل الفقهي العام / احمد الزرقاء / دار الفكر / ط 1 / ص 946 .

(2) القواعد الفقهية / احمد على الندوى / دار القلم / دمشق / ط1 / ص 14 .

(3) الحديث رواه أبو داود والحاكم في المستدرك ، واحمد في البيع ، وحسنه الترمذي وضعفه النسائ

(4) الفقه الإسلامي قواعده ، ونظرياته العامة ، نظرية الحق ، الملكية ، العقد ، محمد كمال الدين إمام ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، 2004م ، دار الجامعة الجديد ص 16 .

(5) إعلام الموقعين لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي، تحقيق طه عبد الرءوف سعد، دار الجيل، بيروت1973 ، الجزء الثالث ، ص123.

(6) البخاري، بدء الوحي،1

(7) القواعد والضوابط الفقهية للندوي،1 ، الجزء 18 ص40

(8) درر الحكام لعلي حيدر،1 ، ص17، 19

(9) متفق عليه، رواه :البخاري، البيوع، 71 ؛ مسلم، البيوع،12

(10) متفق عليه، رواه :البخاري، البيوع، 64، 68

(11) ابن عبد البر، الاستذكار ، 524/6 ، روضة الطالبين لأبن زكريا بن شرف النووي، المكتب الإسلامي ، بيروت 1405، 413/3، المغني لعبد الله بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت ، 1405، 152/4

(12) البحر الرائق شرح كتر الدقائق لزين الدين بن نجيم، دار المعرفة، بيروت،8

(13) البحر الرائق شرح كتر الدقائق لزين الدين بن نجيم، دار المعرفة، بيروت،

(14) سير أعلام النبلاء (525/519/10)

(15) المقدمات الممهدات (45/44/1)

(16) حاشية العدوي على شرح الخرشي : (38/1). ، المذهب المالكي: (247).

(17) الفروق للقرافي: ج: 1 / ص: 2 – 3

(18) أصول الكرخي، مطبوع بآخر كتاب: تأسيس النظر للدبوسي بالمطبعة الأدبية بمصر / بدون تاريخ. ص 53.

(19) حاشية العدوي على شرح الخرشي : (38/1)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(20) ابن منظور ، لسان العرب ، حرف العين الجزء الرابع، 2003 ، ص284

(21) أحمد أبو الفتح ، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، طبع بمطبعة: البوسفور بشارع عبد العزيز بمصر الطبعة الأولى سنة النشر: 1332هـ/1913م المصدر : ttp://majles.alukah.net/t52883/#ixzz2jOyUBI3

(22) آفاق استثمار الأموال وطرقها في الإسلام ,نصر فريد واصل ,مكتبة الصفا ,القاهرة ,مصر ,ط:1, 2000ف,ص7.

(23) مسند أحمد, مسند المكثرين من الصحابة , مسند عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما,رقم 5057

(24) صحيح مسلم ,كتاب النكاح ,باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك , رقم 2530

(25) صحيح البخاري , كتاب الشروط , باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح ,رقم 2522

(26) صحيح البخاري , كتاب البيوع , باب تحريم بيع الميتة والأصنام , رقم 2082

(27) مسند أحمد , مسند المكثرين من الصحابة ,مسند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه 3494

(28) سنن الترمذي ,كتاب البيوع عن رسول الله , باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة 1152

(29) الحاكم والبيهقي والدارقطني

(30) مسند أحمد ،مسند المكثرين من الصحابة , مسند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما , رقم 5493

(31) مسند أحمد ، باقي مسند المكثرين , مسند جابر بن عبد الله رضي الله عنه ,رقم 13772

(32) صحيح البخاري , كتاب البيوع , باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر وهل يعينه أو ينصحه؟ , رقم 2013

(33) صحيح البخاري ,كتاب البيوع , باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم , رقم2004

(34) صحيح البخاري , كتاب المساقاة , باب الرجل يكون له ممر أو شرب أو نخل 220

(35) القرافي ، أنوار الفروق ، ص13

(36) القواعد الفقهية ,علي أحمد الندوي , دار القلم ,دمشق , سوريا ,ط:1, 1986ف.

(37) "مقاييس اللغة"؛ ابن فارس، ج2، ص577.

(38) "لسان العرب"؛ ابن منظور، ج14، ص254.

(39) "لسان العرب"؛ ابن منظور، ج14، ص255.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(40) "الكليات"؛ الكفوي، ص4.

(41) "الكليات"؛ الكفوي، ص353.

(42) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: أ.د.نزيه حماد, الطبعة الثالثة المعهد العالمي للفكر الإسلامي والدار العالمية للكتاب الإسلامي (1995)

(43) معجم لغة الفقهاء: أ.د محمد رواس قلعه جي. د.حامد صادق قنيبي, الطبعة الأولى دار النفائس بيروت (1405هـ. 1985م).

(44) الائتمان المولد على شكل بطاقة ... محمد علي القري بن عيد: 8 / 576 – 601.

(45) مجلة مجمع الفقه الإسلامي : 7 / 717، وانظر: 7 / 559 ، 653، 408.

(46) مجلة المجمع : 7 / 375 – 377 ، 445 – 447 ، 655 ، 8/ 577 – 580 ، 639.

(47) شرح المجلة - المرحوم سليم رستم باز ص9 المجلد الأول نقلاً عن التقرير الذي تقدم للمرحوم عالي باشا الصدر الأعظم فيما يتعلق بالمجلة في غره محرم سنة 1286 هـ ط3 - دار الكتب العلمية بيروت

(48) في الموافقات في أصول الأحكام، 151/4.

(49) جاء في رسالة رسم المفتى ،ص 57، 58.

(50) الإحياء 128/2.ط1 الرسالة، ج 3/ 490.

(51) أصول الفقه وهبه الزحيلي، ح 2/ 1186، 1887).

(52) قواعد الأحكام 58/1- 59.

(53) الزحيلي أصول الفقه 2/ 1149).

(54) عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق _ محمد سعيد الباني _ دمشق سنة 1341هـ - 1923م)

(55) ح 4/ 125.

(56) لأشباه والنظائر - تحقيق محمد مطيع الحافظ ص 192 ط دار الفكر دمشق - مشار إليه في القواعد الفقهية للندوى - مرجع سابق - البنانى على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع 209/2 ط1 مصر – الاشباه والنظائر في النحو - للسيوطى 7/1.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(57) توجد نسخة مخطوطة في مكتبة الحرم المكي تحت فقه حنفي الرقم 64 – القواعد الفقهية للندوى مرجع سابق ص 48.

الهوامش :

[1]) وهبة الزحيلي ، المعاملات المالية المعاصرة دار الفكر المعاصر ، بيروت ، دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 1423 هـ / 2002 م

[2]) المصباح المنير في شرح الكبير الرافعي / احمد بن على بن محمد المغربي الفيومي / ج1 / المكتبة العلمية ، بيروت / ب / ط / ص 510 . 2 .سورة البقرة الآية (127) .

[3]) المعجم الوسيط / إبراهيم أنيس / عبد الحليم منتصر / ج2 / دار عمران / ط / 2 / ص 777 .

[5]) المصباح المنير / الرافعي / مرجع سابق / ص 479

[6]) سورة الإسراء الآية (44) .

[7]) المدخل الفقهي العام / احمد الزرقاء / دار الفكر / ط 1 / ص 946 .

[8]) سورة آل عمران الآية (159) .

[9]) سورة الحج الآية (78) .

[10]) الحديث رواه أبو داود والحاكم في المستدرك ، واحمد في البيع ، وحسنه الترمذي وضعفه النسائي .

[11]) الفقه الإسلامي قواعده ، ونظرياته العامة ، نظرية الحق ، الملكية ، العقد ، محمد كمال الدين إمام ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، 2004م ، دار الجامعة الجديد ص 16 .

[12])إعلام الموقعين لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي، تحقيق طه عبد الرءوف سعد، دار الجيل، بيروت1973 ، الجزء الثالث ، ص123.

[13]) درر الحكام لعلي حيدر،1 ، ص17، 19

[14]) البخاري، بدء الوحي،1

[15])القواعد والضوابط الفقهية للندوي،1 ، الجزء 18 ص40

[16]) ابن عبد البر، الاستذكار ، 524/6 ، روضة الطالبين لأبن زكريا بن شرف النووي، المكتب الإسلامي ، بيروت 1405، 413/3، المغني لعبد الله بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت ، 1405، 152/4

[17]) البحر الرائق شرح كتر الدقائق لزين الدين بن نجيم، دار المعرفة، بيروت،8

[18]) البحر الرائق شرح كتر الدقائق لزين الدين بن نجيم، دار المعرفة، بيروت،8

[19]) المرجع السابق.

[20]) الفروق للقرافي: ج: 1 / ص: 2 – 3.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[21]) أصول الكرخي، مطبوع بآخر كتاب: تأسيس النظر للدبوسي بالمطبعة الأدبية بمصر / بدون تاريخ. ص 53.

[22]) ابن منظور ، لسان العرب ، حرف العين الجزء الرابع، 2003 ، ص284

[23]) أحمد أبو الفتح ، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، طبع بمطبعة: البوسفور بشارع عبد العزيز بمصر الطبعة الأولى سنة النشر: 1332هـ/1913م المصدر : http://majles.alukah.net/t52883/#ixzz2jOyUBI36

[24]) المرجع السابق.

25 - آفاق استثمار الأموال وطرقها في الإسلام ,نصر فريد واصل ,مكتبة الصفا ,القاهرة ,مصر ,ط:1 ,2000ف,ص7.

26 - آفاق استثمار الأموال وطرقها في الإسلام ,نصر فريد واصل ,ص7.

27 - آفاق استثمار الأموال وطرقها في الإسلام ,نصر فريد واصل ,ص8-10

28) المصباح : مادة اقتصد

[29]) آفاق استثمار الأموال وطرقها في الإسلام ,نصر فريد واصل ,ص24

[30]) المصباح المنير مادة الثمر والتجارة

[31]) القرافي ، أنوار الفروق ، ص13

[32]) القواعد الفقهية ,علي أحمد الندوي , دار القلم ,دمشق , سوريا ,ط:1 ,1986ف.

[33]) مقاييس اللغة"؛ ابن فارس، ج2، ص577.

[34]) لسان العرب"؛ ابن منظور، ج14، ص255.

[35]) المرجع نفسه: ص849.

[36]) الكليات"؛ الكفوي، ص4.

[37]) الكليات"؛ الكفوي، ص353.

[38]) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: أ.د.نزيه حماد, الطبعة الثالثة المعهد العالمي للفكر الإسلامي والدار العالمية للكتاب الإسلامي (1995).

[39]) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: أ.د.نزيه حماد, الطبعة الثالثة المعهد العالمي للفكر الإسلامي والدار العالمية للكتاب الإسلامي (1995).

[40]) شرح المجلة - المرحوم سليم رستم باز ص9 المجلد الأول نقلاً عن التقرير الذي تقدم للمرحوم عالي باشا الصدر الأعظم فيما يتعلق بالمجلة في غره محرم سنة 1286 هـ ط3 - دار الكتب العلمية بيروت.

[41]) في الموافقات في أصول الأحكام 151/4.

[42]) ص 175.

[43]) جاء في رسالة رسم المفتى ص 57، 58.

[44]) جاء في رسالة رسم المفتى ص 57، 58.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[45]) ط1 الرسالة.

[46]) ج 3/ 490.

[47]) أصول الفقه وهبه الزحيلي ح 2/ 1186، 1887).

[48]) الإحكام ح 480/3).

[49]) قواعد الأحكام 58/1- 59.

[50]) الزحيلي أصول الفقه 2/ 1149).

[51]) عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق _ محمد سعيد الباني _ دمشق سنة 1341هـ - 1923م).

[52]) ح 4/ 125.

[53]) سبق الإشارة إليه.

[54]) المقرى - القواعد - اللوحة الأولي مرجع سابق.

[55]) الأشباه والنظائر - تحقيق محمد مطيع الحافظ ص 192 ط دار الفكر دمشق - مشار إليه في القواعد الفقهية للندوى - مرجع سابق - البنانى على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع 209/2 ط1 مصر – الاشياه والنظائر في النحو - للسيوطى 7/1.

[56]) توجد نسخة مخطوطة في مكتبة الحرم المكي تحت فقه حنفي الرقم 64 – القواعد الفقهية للندوى مرجع سابق ص 48.

[57]) شرح المجلة - المرحوم سليم رستم باز ص9 المجلد الأول نقلاً عن التقرير الذي تقدم للمرحوم عالي باشا الصدر الأعظم فيما يتعلق بالمجلة في غره محرم سنة 1286 هـ ط3 - دار الكتب العلمية بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com