مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد:02 السنة: 2019 الصفحة: 226– 251 تاريخ النشر: 30–09–2019

الاجتهاد التنزيلي في المعاملات المالية المعاصرة في ضوء مقاصد الشريعة والقانون

Reality matching ljtihad in contemporay financial transaction in light of the purposes of sharia and law.

أ. صورية عائشة باية بن حسين
benhacine_soraya@yahoo.fr
تحت إشراف أ.د كمال لدرع
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة

تاريخ الإرسال: 05_03_2019 تاريخ القبول: 29_04_2019

الملخـــص:

يقدم هذا البحث دراسة تأصيلية في الاجتهاد التنزيلي للمعاملات المالية المعاصرة، وذلك عن طريق تحقيق المناط واعتبار الوصف المناسب وفق مقاصد الشريعة والقانون، وتكمن مشكلة الدراسة التي يهدف هذا البحث معالجتها في: ما هي الضوابط المعتبرة في تحقيق مناط المعاملات المالية المعاصرة سواء في صورتها البسيط أو المركبة؟ وما مدى التوافق بين مقاصد الشريعة ومقاصد القانون في اعتبار هذه الضوابط ؟. وقد اتبعت الباحثة المنهج الاستقرائي والتحليلي، وبموجبه تم تقسيم خطة البحث إلى ثلاثة مباحث ومقدمة وخاتمة. ومن أهم النتائج التي توصل إليها البحث: هي اعتبار تحريم الحيل، وتحقيق مقاصد العقد أثناء هيكلته، والنظر في مآله. منعا لوقوع ما منع منه المشرع دفعا لمفسدة وتحقيقا لمصلحة.

الكلمات المفتاحية: معاملات مالية معاصرة، الاجتهاد التنزيلي، تحقيق المناط، مقاصد الشريعة والقانون.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

Abstract:

This study has presented a rooting study in the fallen reasoning of the contemporary financial dealings, and that through the achievement of the purposes and the consideration of the appropriate description according tothe fundamentals of the Sharia and the law.

And the problematic of the study that this research aimed to treat lies in what are the considered restrains in achieving the purpose of the contemporary financial dealings, either within its simple or compound picture? And to what extent the harmony exists between the fundamentals of the Sharia and fundamentals of the law in regard to these restrains?

And the researcher has followed the inductive and the analytical method and in accordance to which the outline of the research was split into three sections and an introduction and a onclusion, and among the most eminent findings the research has arrived to are: the prohibition of scams, the achievement of the urposes of the contract during its framing and the consideration of its fat in order to avoid the occurrence of what the legislator has banned to thrust a corrupt and to gain an interest.

Keywords: The Contemporary Financial Dealings, The Fallen Reasoning, Achieving the Purposes, The Fundamentals of the Sharia and the Law.

المقدمـــة:

من المعلوم أن تحقيق المناط يقوم على اعتبار الوصف المناسب، أثناء عملية استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها التفصيلية أو الكلية. ووصف "المعاصرة" بما يحمله من تغيير جذري وشكلي في المعاملات المالية، له أثره في تحديد التكييف الفقهي والقانوني.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

فبعد أن كان قوام فقه المعاملات الطابع الفردي سواء على مستوى التعامل أو على مستوى إصدار الفتوى، صار فقها قائما على العمل الجماعي المؤسساتي (بنوك ومؤسسات مالية إسلامية)، والتي أنشئت لأجل طرح بدائل شرعية عن النظام المالي القائم على التمويل الربوي. وأيضا يقوم على مؤسسات الاجتهاد الجماعي ممثلة في (المجامع الفقهية، والهيئات الشرعية للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، وكذلك المستشارين والمراقبين الشرعيين).كما أصبحت المرجعية للالتزامات والعقود بشكل عام –في الدول التي تنتمي إليها هذه المؤسسات المالية الإسلامية –إلى القانون الوضعي لوجودها في إقليمه، أو للنص في العقود والاتفاقيات على مرجعيته عند الاختلاف.

فاعتبار روافد المعاملات المالية من نوازل ومستجدات وأطر قانونية، ضروري في عملية الاجتهاد التنزيلي وفق مقاصد الشريعة والقانون، مع مراعاة طبيعة كل منهما التشريعية من حيث الاتفاق في المقصد، من تحقيق الاستقرار المالي في كليته سواء بتنميته واستثماره، أو بمنع أكل أموال الناس بالباطل، ومن حيث الاختلاف بينهما في وسائل تحقيق هذا المقصد طبقا لمعيار المرجعية.

وتتمثل مشكلة الدراسة في: ما هي الضوابط المعتبرة في تحقيق مناط المعاملات المالية المعاصرة سواء في صورتها البسيطة أو المركبة ؟ وما مدى التوافق بين مقاصد الشريعة ومقاصد القانون في اعتبار هذه الضوابط ؟ وقد اتبعت المنهج الاستقرائي والتحليلي في التعامل مع هذه الإشكالية، وتتألف الدراسة من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة. وجاء تقسيمها كالآتي:

المقدمة

المبحث الأول: الاجتهاد التنزيلي وعلاقته بالواقع

المطلب الأول: الواقع من منظور الشريعة والقانون

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

المطلب الثاني: الاجتهاد التنزيلي في منظور الشريعة والقانون.

المبحث الثاني: تحقيق المناط أو التكييف القانوني للمعاملات المالية المعاصرة

المطلب الأول: مفهوم تحقيق المناط والتكييف القانوني

المطلب الثاني: الضوابط المعتبرة في تحقيق المناط والتكييف القانوني

المبحث الثالث: نماذج من الاجتهاد التنزيلي في المعاملات المالية المعاصرة

المطلب الأول: تحقيق مناط حكم النجش في مجال الحقوق المعنوية

المطلب الثاني: تحقيق مناط حكم الغرر في شهادات الاستثمار ذات الحوافز.

المطلب الثالث: تحقيق مناط حكم الربا والكالئ بالكالئ في بعض عقود البورصة.

الخاتمة: وبها أهم نتائج البحث

المبحث الأول: الاجتهاد التنزيلي وعلاقته بالواقع

إن التطورات التي شهدها المجتمع نتيجة تفاعل العقل ومعطيات الكون، تحتاج إلى معايير لضبطها وتنقيح مسالكها وتحقيق مقاصدها وفق مقاصد فطرية جبل عليها الانسان، كتحريم الظلم والاعتداء على أموال الناس وتحقيق العدل، فهي راسخة في طبيعة الانسان وسلوكاته قبل نص الشرع عليها، وإلزامه بها سواء على مستوي الشريعة أو القانون. ولا يتأتى هذا إلا بالاجتهاد في فقه الخطاب الشرعي والنص القانوني لفظا ومعنى ومقصدا وتنزيلا. لهذا كان لزام علينا بيان الواقع من منظور الشريعة والقانون في المطلب الأول، ثم بيان تطبيق الحكم الشرعي أو القانوني على الواقعة والمعبر عنه بالاجتهاد التنزيلي في المطلب الثاني.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

المطلب الأول: الواقع من منظور الشريعة والقانون

ككل بداية يستدعي الحال تحليل مفردات البحث حتى يتسنى فهمه وإدراكه، لذلك نعرف الواقع في اللغة ثم الشرع والقانون.

الفرع الأول– تعريف الواقع لغة:

الواقع من الألفاظ المشتركة التي تحتمل ثلاثة معان، الأول: الموضع الذي يقع عليه الشيء والجمع فيه مواقع، والثاني: الثبوت، ثبوت الشيء وسقوطه، والثالث: الوجوب، وقع القول والحكم إذا وجب[1].

الفرع الثاني– تعريف الواقع اصطلاحا:

أ– الواقع في الاصطلاح العام: عرفه صاحب كشاف اصطلاحات الفنون بقوله: "الواقع هو ما عليه الشيء بنفسه في ظرفه مع قطع النظر عن إدراك المدركين وتعبير المعبرين[2]". فتعريف الواقع هنا على عمومه دون اعتبار لأي تخصيص له بوصف من المواصفات.

ب– الواقع عند الأصوليين: ذكر ابن القيم الجوزية في سياق الحديث عن شروط المجتهد من وجوب إلمامه بواقع الناس واعتباره أثناء استنباط الأحكام الشرعية حيث قال: "لا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم(أحدهما): **فهم الواقع** والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما.(والنوع الثاني): **فهم الواجب** في الواقع، وهو فهم حكم

[1]– ابن منظور، لسان العرب، ط3، بيروت، دار صادر، 1414هـ ج8، ص 403، 402. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر، 2005م، ج1ص 772.

[2]– محمد صديق حسن خان، كشاف اصطلاحات الفنون، ج2 ص11.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان قوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر؛ فمن بذل جهده واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أجرين أو أجرا؛ فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله.[1] "وهو ما نبه عليه أيضا في كتابه الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، من وجوب اعتبار الحاكم أو ولي الأمر للواقع أثناء تصرفه في أحوال الرعية قال رحمه الله تعالى: "فها هنا نوعان من الفقه، لا بد للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحق والمبطل. ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفًا للواقع.[2]"

وتتأكد عملية اعتبار الواقع في العصر الحالي حيث برزت للوجود حوادث ونوازل في مجالات مختلفة ومتنوعة، وبخلفيات متنازعة ومتضادة. وَجَدَّت على الساحة الفكرية، والسياسية والاقتصادية...، مشكلات مستعصية ودقيقة لا يمكن الحسم فيها من الوجهة الشرعية والقانونية، إلا بمعرفة أحوالها ووقائعها ودوافعها مما يجلي حقيقتها ويحرر طبيعتها، ويساعد على إدراجها ضمن أصولها وإلحاقها بنظائرها وأشباهها، وتأطيرها في كليتها وأجناسها.

ج– الواقع عند فقهاء القانون:

يتفق المشرع القانوني مع الشريعة الاسلامية في اعتبار واقع الناس بجميع مجالاته، أثناء إنشاء القاعدة القانونية، إلى جانب عنصر المثل الأعلى المتمثل في غايات القانون أو

[1]– ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1991م، ج1ص 69.

[2]– ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، ط1، مكة، دار عالم الفوائد، 1428هـ ، ج1ص 7.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

المصالح الجديرة بالحماية القانونية، وهو بذلك يُكوِّن الأرضية التي تمد المشرع القانوني بالمعطيات الأولية التي من خلالها يتم صياغة القاعدة القانونية، لأنها قبل كل شيء قاعدة اجتماعية تنبع من المجتمع [1].

وأكثر ما يقصده رجال القضاء بالواقع، هو الظروف والملابسات المحيطة بالقضية موضوع النزاع، حيث يباشر القاضي فحصها وتمحيصها أثناء تكييفه للقضية، وذلك بعدم اعتبار ما ليس له صلة وثيقة بموضوع النزاع، أي" الوقائع ذات الدلالة ويستخلص النتائج التي تترتب على تطابق القانون مع الواقع[2] ".ومن ذلك اعتبارهم للظروف المشددة والمخففة أثناء ارتكاب الجريمة.

المطلب الثاني: الاجتهاد التنزيلي في منظور الشريعة والقانون.

وكما هو متعارف عليه، نوضح معنى الاجتهاد والتنزيل في اللغة، ثم باعتباره مركبا إضافيا في الاصطلاح الشرعي والقانوني.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للاجتهاد والتنزيل

أ – الاجتهاد في اللغة

الاجتهاد في تعريفه اللغوي مشتق من مادة (ج ه د)، وتعني المشقة وبلوغ الغاية، وهو المستفاد من قول الفراهيدي: "جهد: الجهد: ما جهد الإنسان من مرض، أو أمر شاق فهو مجهود... والجهد: شيء قليل يعيش به المقل على جهد العيش. والجهد: بلوغك غاية الأمر الذي لا تألو عن الجهد فيه. تقول: جهدت جهدي، واجتهدت رأيي

[1]– عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة، ط2، 1993 م (بدون دار النشر) ص 94.

[2]– الغوثي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد لقضائي، الجزائر، مجلة الاجتهاد القضائي، ع1، 2000 م، ص 51.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

ونفسي حتى بلغت مجهودي. وجهدت فلانا: بلغت مشقته، وأجهدته على أن يفعل كذا. وأجهد القوم علينا في العداوة. وجاهدت العدو مجاهدة، وهو قتالك إياه[1]."

ب –التنزيل في اللغة

التنزيل: هو النزول والحلول، والتنزيل أيضا الترتيب، والنازلة الشديدة تنزل بالقوم، وتركت القوم على نزلاتهم، أي على استقامة أحوالهم [2].

الفرع الثاني: مدلول الاجتهاد التنزيلي عند الأصوليين.

كثيرة هي تعريفات العلماء له بحسب مناهجهم ومذاهبهم، وهي كلها متقاربة ومتكاملة فيما بينها، من ذلك ما ذكره ابن حزم:" والاجتهاد بلوغ الغاية واستنفاذ الجهد في المواضع التي يرجى وجوده فيها، في طلب الحق فمصيب موفق أو محروم [3]." هذا وإن كان للظاهرية وسائلهم في تعدية الحكم عن طريق الاسم الأعم، فإن لأهل المقاصد مسلكا آخر في تعدية الحكم عن طريق التعليل، وفي ذلك يقول الشاطبي: "الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله، ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله[4]". وهو الاجتهاد التنزيلي. وبالتالي فإن

[1]– الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج3ص 386.

[2]– ابن منظور، لسان العرب، ج11ص 656.

[3]– ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، بيروت، دار الآفاق الجديدة، ج1ص 45.

[4]– الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، ط1، دار ابن عفان، 1997م، ج5 ص 12.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

الاجتهاد قسمان: اجتهاد في إدراك وفهم النص في جزئيته وكليته، واجتهاد في تنزيل وتطبيق الحكم الشرعي.

أ– الاجتهاد في الفهم: هو استجلاء الخطاب الشرعي لتمثل خطاب الشارع فيه، أمراً ونهياً، وسبيله أمران: (أولهما): استظهار واستكشاف تلك المفاهيم الكلية وتعقلها، وتحديد حقائقها من النصوص، وبيان دلالاتها التفصيلية على المعاني، من خلال أدوات الفهم المعتبرة، وهذا ما يسمى بالاجتهاد في نطاق النص. (وثانيهما): الاجتهاد «فيما لا نص فيه» استهداءً إليه من منطلق القواعد العامة والمقاصد الكلية للتشريع، وذلك عبر أنواعه المختلفة، وغاية الفهم عبر المسلكين كليهما حصول تصور يقيني أو ظني لمراد الله تعالى في التكليف.

ب– الاجتهاد في التطبيق (التنـــزيل): فهو الإجراء العملي لما حصل على مستوى الفهم التجريدي للأحكام الشرعية على واقع الأفعال، وتكييف السلوك بها.. وهذا في الحقيقة لا يقل خطراً وأهمية عن الأول؛ إذ هو مناط ثمرات التشريع[1].

الفرع الثالث: مدلول الاجتهاد عند فقهاء القانون

الاجتهاد يقتصر على الاجتهاد القضائي في تكييف النصوص القانونية وتفسيرها، أو استنباط الأحكام القانونية عند غياب النص، دون غيره من أنواع الاجتهادات التي أقرتها الشريعة.

ويعرف الاجتهاد القضائي: "بالمنهج الذي يتبعه القضاة في أحكامهم، سواء منها ما يتعلق بتفسير نصوص القانون أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص."[2]

[1]– بشير بن مولود جحيش، الاجتهاد التنزيلي، قطر، وزارة الأوقاف، كتاب الأمة، ص6.
[2]– بن ملحة غوثي، أفكار حول الاجتهاد القضائي، ص 45.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

وللاجتهاد القضائي ثلاث مستويات:

الأول: متعلق بتفسير النص الذي يعتريه الغموض، بقصد تطبيقه على الحالات الواقعية، ويسمى بالاجتهاد في دائرة النص الظني، لترجيح بعض مفاهيمه.

الثاني: هو اختيار أو ترجيح نص الحكم الواجب التطبيق، واستنباطه من بين المصادر الأخرى غير التشريع، كمبادئ الشريعة الاسلامية، أو العرف، عند انعدام النص.

الثالث: يتمثل في عملية التطبيق أي تنزيل القاعدة القانونية أو الحكم المستنبط على الواقعة القانونية[1].

وبعد بيان المراد بالاجتهاد التنزيلي؛ واعتبار الواقع كوصف مؤثر في الحكم في عمومه، سواء عند علماء الشريعة أو علماء القانون. نسير إلى بيان تحقيق المناط أو التكييف القانوني للمعاملات المالية المعاصرة كمبحث ثان.

المبحث الثاني: تحقيق المناط أو التكييف القانوني للمعاملات المالية المعاصرة

يعتبر تحقيق المناط أو التكييف القانوني للمعاملات المالية المعاصرة، من أهم المناهج الإجرائية التي تتم بواسطتها ربط الجزئيات بالكليات. وهذا ما سنقوم بدراسته من خلال بيان المقصود بتحقيق المناط والتكييف القانوني في المطلب الأول، ثم اعتبارات تحقيق المناط والتكييف القانوني للمعاملات المالية المعاصرة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المقصود بتحقيق المناط والتكييف القانوني

ونتناول أولا تحقيق المناط في مفهومه اللغوي والاصطلاحي ثم التكييف القانوني في معناه الاصطلاحي.

[1] – فاطمة تناح، أثر الواقع في تنزيل الأحكام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، تحت إشراف د أحسن زقور، جامعة وهران، كلية العلوم الاسلامية والحضارية، 2013م، ص 36.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

الفرع الأول: تعريف تحقيق المناط كمركب إضافي

لتحقيق المناط أهمية بالغة في تنزيل النصوص الشرعية، من خطاب التكليف إلى واقع المكلف سواء كان فردا أو جماعة. ولتوضيح هذه الأهمية لابد من بيان المقصود به.

أولا: تعريف التحقيق

أ- التحقيق لغة: "حق الأمر يحق حقا وحقوقا، صار حقا وثابتا [1]."

ب- التحقيق اصطلاحا: عرفه الجرجاني بقوله:" إثبات المسألة بدليلها [2]."

ثانيا: تعريف المناط

أ- المناط لغة :" من ناط الشيء ينوطه نوطا، علقه والنوط ما علق...وانتاط به تعلق... والأنواط المعاليق...ويقال نيط عليه الشيء علق عليه [3]." فالتحقيق يفيد" الثبات "و المناط يفيد " التعليق والربط".

ب- المناط اصطلاحا: يعتبر المناط مرادفا لمعنى العلة، وهو: "الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع معرفا للحكم"[4]، ذلك أن للعلة أسام متعددة منها المناط، السبب، الأمارة، والباعث، والمؤثر [5].

---

[1]- ابن منظور، لسان العرب، ج 10ص 49.

[2]- الجرجاني، التعريفات، ط1، بيروت، دار الكتب العربية، 1998م، ص 75.

[3]- ابن منظور، لسان العرب، ج 7 ص417-418.

[4]- الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، بيروت، المكتب الإسلامي، ج3ص 203،

[5]- الرازي، المحصول، تحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط3، مؤسسة الرسالة، 1997م، ج5ص 137.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

الفرع الثاني: التعريف اللقبي لتحقيق المناط

عرفه الشاطبي بقوله:" أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله [1]." فيقصد بالمناط الوصف الذي علق عليه الشارع الحكم في الأصل، إما بنص أو باجتهاد، وعلى المجتهد أن ينظر في تحققه على مستوى آحاد الصور الموجودة أمامه في تلك الواقعة.

إن تحقيق المناط بهذا المعنى هو آخر المراحل التي يقطعها الناظر في اتجاه الربط بين النص والواقع، لأن عمله يقوم على أساس تعيين صلاحية المحل لتنزيل المقدمة النقلية عليه، وإذا تبين من خلاله أن المحل فرد من أفراد الصورة الكلية للحكم، فإن مقصود الخطاب يتعلق به ويلزم تنزيل الحكم عليه. كما أن تحقيق المناط من شأنه أن يكفل ديمومة الشريعة الإسلامية، وقدرتها على استيعاب سائر ما يستجد من الوقائع والنوازل والحوادث[2].

الفرع الثاني: المقصود بالتكييف القانوني

وفي المقابل نجد التكييف القانوني عند فقهاء القانون، ويقصد به:" ترجمة عناصر واقعية بحتة بمفاهيم قانونية "، أو هو:" تحديد موضوع النزاع لربطه بمسألة قانونية معينة، تمهيدا لتحديد القانون الذي يخضع له النزاع [3]."فالتكييف القانوني يقوم على إدراج العناصر المؤثرة في القضية، تحت القاعدة الكلية القانونية الواجبة التطبيق.

---

[1]– الشاطبي، الموافقات، ج5ص 12.

[2]– فريد شكري، الاجتهاد الفقهي من الاستنباط إلى التنزيل، فقه تحقيق المناط أنموذجا، المغرب، الرابطة المحمدية للعلماء، www.alihyaa.com

[3]– أحمد حداد، التكييف القانوني، الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة، Arab–ency.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

ويعتبر التكييف القانوني الإجراء الأولي الذي يقوم به القاضي لتحديد الوصف الصحيح للتصرف القانوني أو للواقعة القانونية موضوع النزاع، وذلك تمهيدا لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق. كما يتوقف تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع، على التكييف القانوني السليم للوقائع موضوع هذا النزاع.

ويمتاز التكييف بأهمية خاصة في نطاق العقد، حيث تختلف القواعد القانونية التي تطبق على العقد تبعا لماهيته، فالقواعد التي تطبق على عقد البيع تختلف عن تلك التي تطبق على عقد الإيجار أو الهبة، ولا يتقيد القاضي بالوصف الذي يطلقه المتعاقدان على العقد، وإنما عليه أن يعطيه الوصف القانوني السليم دون أن يغير من وقائع الدعوى.

وقد يحاول المتعاقدان في بعض الأحيان التحايل على أحكام القانون، وذلك بإضفاء صفة للعقد لا تتفق مع موضوعه، فيستوجب على القاضي أن يرد للعقد وصفه القانوني السليم، ومثاله الصورية، كما لو أطلق المتعاقدان على الهبة وصف البيع وذلك للتهرب من دفع الضرائب المرتفعة التي تفرض على الهبة.

المطلب الثاني: اعتبارات تحقيق المناط والتكييف القانوني للمعاملات المعاصرة المالية

تعتمد الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ؛ في تنظيمهما للحياة المالية على المقاصد الفطرية التي جبل عليها الخلق، من دفع الظلم والاعتداء على أموال الناس وأكلها بالباطل. وإن اختلفت وسائلهما في تحقيق ذلك، تبعا لمعيار المرجعية في اعتبار ضوابط المصلحة والمفسدة.

وتحقيق مناط المعاملات المالية المعاصرة وفق مقاصد الشريعة والقانون، يعتمد على جوانب ثلاث: أولها: أن يكون الباعث على المعقود مشروعا، وهو أصل مبدأ تحريم

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

الحيل، والثاني: أن يتحقق في هيكلة العقود مقتضى العقد أو مقاصد العقد. والثالث: أن يكون المآل مشروعا، وهو مبدأ سد الذريعة إلى المحرم الممنوع[1].

الفرع الأول: تحريم الحيل

جاء في تعريفها اللغوي:" الحيلة الحذق في تدبير الأمور وهو تقليب الفكر حتى يهتدي إلى المقصود [2]"

أما في تعريفها الاصطلاحي؛ فقد اختلف العلماء في تكييفها إلى ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: النظر إلى الحيلة من جانبها الممنوع، ومن ذلك ما ذكره ابن قدامة "والحيل كلها محرمة، غير جائزة في شيء من الدين، وهوأن يُظهر عقدًا مباحًا يريد به محرمًا؛ مخادعةً وتوسلًا إلى فعل ما حرم الله، واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق، ونحو ذلك[3]."

الاتجاه الثاني: النظر إلى الحيلة من جانبها المشروع المخارج الشرعية، وهو المستفاد من قول الحموي: "وهي الحذق وجودة النظر، والمراد بها هنا ما يكون مخلصًا شرعيًا لمن ابتلي بحادثة دينية، ولكون المخلص من ذلك لا يدرك إلا بالحذق وجودة النظر أطلق عليه لفظ الحيلة[4].

[1]– عبد الباري مشعل، تحقيق المناط في المعاملات المالية المعاصرة في ضوء مقاصد الشريعة، تاريخ الدخول: 2019/02/26، الساعة: 20:58www.kantakji.com

[2]– الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت، المكتبة العلمية، ج1 ص 157.

[3]– ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، 1968، ج 4ص 43.

[4]– الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، 1985، ج1ص 38.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

الاتجاه الثالث:النظر إلى الحيلة من جانبيها الممنوع والمشروع، ومن ذلك ما عرفها به الشاطبي: "التحيل بوجه سائغ مشروع في الظاهر أو غير سائغ على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر، بحيث لا يسقط أو لا ينقلب إلا مع تلك الواسطة، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود، مع العلم بكونها لم تشرع له[1]".

فالحيلة إذن وسيلة لتحقيق مقصد معين عند المخاطب بالحكم الشرعي، والوسائل تأخذ حكم مقاصدها سواء بوجوبها أ وبإباحتها أو بحرمتها. والنظر إلى الحيل أثناء تحقيق المناط، باعتبار توسله إلى عقود مالية ظاهرها المشروعية، وحقيقتها عقود ربوية محضة، ومثاله الصورية التي تخرج التصرف في صورة توافق الأمر شرعي مع مخالفته له في الحقيقة والباطن.

من ذلك صيغة" المرابحة للآمر بالشراء مع الوعد الملزم "، التي كيفت على أنها حيلة ربوية للتحايل على الإقراض بفائدة، فصورة العقد بيع المرابحة، وحقيقته نقد بنقد إلى أجل بينهما سلعة، ومثاله الصورة المطبقة في بنك البركة والتي تكتنفها جملة من الإشكالات منها:

- توكيل العميل نفسه باسم البنك للقيام بإجراءات شراء السلعة من صاحبها.
- عدم رجوع العميل على البنك في حالة وجود عيب بالسلعة.
- مسألة ضع وتعجل.
- غرامة التأخير المفروضة عند التأخير في سداد الأقساط.
- إلزام العميل بتأمين االسلعة ضد كل المخاطر [2].

[1]– الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج3ص 106.

[2]– نزليوي خير الدين، ضوابط الحيل وتطبيقاتها على صيغ التمويل، رسالة ماجستير، تحت إشراف بن مولود وثيق، الخروبة، كلية العلوم الإسلامية، 2011م، ص199.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

أما المشرع القانوني فقد عرفها بقوله هي:" افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه التغيير في حكم القانون، دون التغيير في نصه، فهو كذب على الواقع وتزوير به [1]." ولم ينص المشرع الجزائري على الحيلة صراحة، وإنما نص عليها كطريق من الطرق الاحتيالية، كما هو الشأن في الحيل التدليسية، التي تنص عليها المادة 86 من القانون المدني الجزائري على أنه:" يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو النائب عنه من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد." والحيل القانونية خلافا للحيل الفقهية، فأكثر ما تكون في التدليس والغرر ولا علاقة لها بالربا لأنه تعامل مشروع.

كما تعتبر الحيل الصورية نوع من أنواع الحيل القانونية المدنية أيضا، حيث أنها تتحقق عندما يقوم المتعاقدان بإخفاء حقيقة ما اتفق عليه لسبب معين وعليه وجد: أن العقد الظاهر، صوري وينطوي على الخداع. أما العقد المستتر، وهو الحقيقي ويعرف عادة بورق الضد. كقيام المدين بإبرام عقد صوري مع أحد أقربائه حتى لا يقوم دائنيه بحجز أمواله، وذلك بتوثيق منه بورقة تسمى بورقة الدين أو بورقة الضد [2].

الفرع الثاني: تحقيق مقاصد العقد عند إنشاء هيكلته

المرحلة الثانية في تحقيق المناط أو التكييف القانوني، النظر في هيكلة العقود فلكل عقد لفظ يدل على موضوعه وأحكامه بحسب الوضع أو الشرع عند إنشائه، والمعتبر

[1] – محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني والفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2004، ص 51،

[2] – قدري عبد الفتاح الشهاوي، آثار الالتزام نتائجه وتوابعه، مصر، منشأة المعارف، 2003، ص 217

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

موافقته لمقصد الشارع في حفظ المال، وقد اختلف الفقهاء إلى مذهبين في اعتبار الباعث وصف مؤثر في الحكم بصحة العقد، أو لا، حتى تترتب عليه آثاره الشرعية

المذهب الأول: تصحيح العقود بظواهرها، وعدم اعتبار المقاصد المحتملة للعاقدين من العقد وإن وجد ما يدل عليها من قرائن ودلالات. فعلى هذا، لا يفسد العقد بالقصد الحرام، لأنه إنّما يُعتبر الظاهر في تصحيح العقود، إلا إنْ صُرِّح بهذا القصد في العقد، إذ يفسد العقد حينئذ لخروجه عمّا هو له صراحةً، ومناقضته لمقتضى العقد وغرضه. أمّا إن كان ذلك التصريح سابقاً للعقد، فالعقد صحيح، لعدم ارتباطه بصيغة العقد. وهو قول الحنفية والشافعية والظاهرية[1] .

المذهب الثاني: الحكم بصحة العقود أو بفسادها بحسب قصد العاقدين، أي باعتبار ما يدل على هذا القصد من قرائن وأمارات؛ فإن دلت القرائن على أن قصد العاقدين أو أحدهما التوصل إلى غرض ممنوع، حكم بفساد العقد

وعدم ترتب آثاره؛ وإن لم يوجد ما يدل على ذلك، حكم بصحة العقد وترتبِ آثاره عليه[2]. وهو قول المالكية والحنابلة [3].

---

[1]– ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ط1 دار الفكر 1983م، ص242. السيوطي، الأشباه والنظائر، ط 1 بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، ص 166. ابن حزم، المحلى، بيروت، دار الآفاق الجديدة، ج10ص180.

[2]– عبد العظيم أبو زيد، التمويل الإسلامي المعاصر بين شكلية العقود ومقاصد الشريعة، ص 2–3. تاريخ الدخول 2019/02/26م. الساعة: 9:45 www.kantakji.com

[3]– الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية ج3ص 76. القرافي، الفروق، بيروت، دار المعرفة، ج3ص 286.ابن القيم، إعلام الموقعين ج 3ص 109 وما بعدها.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

أما على مستوى التشريع الوضعي، فشكلية العقود ركن في التصرف القانوني، الذي أفرغ فيه وكان موافقا له. فلا اعتبار إلا بمنطوق العقد دون البحث عن النية أو الباعث الحقيقي من وراء إنشاء العقد.

ويحدث الافتراق الكلي بين الشريعة والقانون حينما يتعلق الأمر بمعاملة مالية، شكلها الخارجي موافق لمقتضيات العقد، وحقيقتها معاملة ربوية، من ذلك بطاقات الائتمان المصرفية؛ وهي عبارة عن بطاقات ممغنطة تصدرها المصارف لعملائها، وتعمل بطريقة إلكترونية ويستطيع صاحبها الشراء والائتمان –أي إبرام التزامات آجلة الدفع بها –فتستعمل كأداة للدفع ولسحب النقود أيضا في بعض الأحوال، وهي تغني حاملها عن الدفع النقدي وهي أنواع كثيرة، بعضها يكون مغطى بالحساب المصرفي بشكل كامل، وبعضها لا يكون كذلك بل يعتمد على الاستدانة من المصرف نظير زيادة مالية على المبلغ المدفوع بالبطاقة. ورغم تنوع هذه البطاقات إلا أن العقد الذي يبرم بين حاملها والبنك المصدر لها لا يخرج عن عقدين وهما عقد اقتراض أو عقد وكالة.

وقد تحقق مناط حكم الربا في التعامل بهذه البطاقات في الصور التي يكون العقد فيها قرضا، ويكون هذا القرض غير مغطى برصيد كاف للعميل حامل البطاقة، مما يجعل البنك يأخذ لاحقا نسبة زائدة عن مبلغ القرض عوضا ما أقرضه له، فالتعامل ببطاقة الائتمان على هذا النحو تحديدا يحقق مفهوم الربا المحرم شرعا. لأنه مبادلة نقد بمثله متفاضلا ونسيئة [1]، أما لو تم العقد على أنه وكالة فالتعامل بها جائز. غير أنه على مستوى القوانين الوضعية المعاملة ببطاقة الائتمان صحيحة بجميع أنواعها، وتنتج آثارها على مستوى العميل والمصرف.

[1] – محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، ط1، عمان، دار النفائس، ص 82– 83.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

الفرع الثالث: سد الذرائع أو الدافع غير المشروع

يقصد بسد الذرائع غلق الوسائل المفضية إلى محرم أو مفسدة راجحة، وفي ذلك يقول ابن القيم:"لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غايتها؛ فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل[1]. "ومثاله الجمع بين عقدين متنافيين "بيعتين في بيعة"، فإن الأصل في المعاملات الحل، فلا مانع من الجمع بين العقود المتعددة إلا في حالة واحدة فقط، وهو حصول التناقض والتنافر بين هذه العقود، وما كان كذلك فهو ممنوع شرعا باتفاق الفقهاء. والتنافر والتناقض هو أساس ما يعرف اليوم بتضارب المصالح، والذي هو مظنة لسوء التصرف والإخلال بالعقد. سواء من الناحية الشرعية مثل الوقوع في الربا، أو من الناحية القانونية الإضرار بالطرف الآخر[2].

وفي المقابل نجد "الدافع غير المشروع "في القانون الوضعي ويقصد به عدم مشروعية الفعل أو التصرف. فالدافع بالأساس مباح لكن الغاية أو النتيجة التي سوف تترتب عليه ممنوعة، فيأخذ حكمها، وأعطى القانون مثالا لذلك بعقد المزايدة، فيحق لأي شخص الحضور إلى مجلس عقد المزايدة، وتقديم عطاء معين لكن اذا كان الدافع لتقديم العطاء هو رفع الأسعار ولا يوجد دافع للشراء، فلما كان هذا الدافع غير مشروع فان العطاء يكون غير مشروع ولا قيمة له ويمنع ذلك رسو المزاد.

[1]– ابن القيم، أعلام الموقعين، ج3 ص108.

[2]– سامي بن إبراهيم السويلم، قواعد الذرائع في المعاملات المالية، ص27 تاريخ الدخول:2019/2/27 الساعة 15.00www.kantakji.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

المبحث الثالث: نماذج من الاجتهاد التنزيلي في المعاملات المالية المعاصرة.

وسنتناول في هذا المبحث؛ تحقيق المناط لصور من المعاملات المالية المعاصرة، ففي الفرع الأول نتناول تحقيق مناط حكم النجش في مجال الحقوق المعنوية، ثم في الفرع الثاني تحقيق مناط حكم الغرر في شهادات الاستثمار ذات الحوافز، وأخيرا تحقيق مناط حكم الربا والكالئ بالكالئ في بعض عقود البورصة وهو الفرع الثالث.

المطلب الأول: تحقيق مناط حكم النجش في مجال الحقوق المعنوية

الحق المعنوي من المستجدات التي طرأت في العصر الحديث وهو: سلطة شخص على شيء غير مادي هو ثمرة فكره أو نشاطه، كحق المخترع في اختراعه، وحق التاجر في الاسم التجاري أو العلامة التجارية أو ثقة العملاء، وقد يعبر عنها بالحقوق الذهنية أو الأدبية أو الفكرية. وتتحقق في الحق المعنوي علة النجش والتي تنضبط بالأوصاف التالية:

أ- أن يندب البائع إنساناً للزيادة في الثمن، وهو لا يريد الشراء.

ب- أن يكون هدفه خداع المشتري وترغيبه على الشراء.

ج- أن يكون نتيجة هذا التغرير الزيادة على القيمة الحقيقية للسلعة.

ومثال ذلك:

1- بيع السلع التي تحمل اسما تجاريا شهيرا أو مرغوبا؛ دون تحقيق مقتضاه من حيث المواصفات والمقاييس، وذلك لما فيه من حمل الناس على شراء شيء، ظنا منهم أنه بمستوى معين من الجودة وهو مخالف لذلك، وهذا باستخدام التغرير والخدعة المتمثل في العلامة التجارية.

ب- وتثبت أيضا في حق التأليف، حينما يتم التسويق لمؤلفات باستعمال المدح غير المطابق للواقع، وذلك عن طريق استخدام دعايات أو تقديمات للناشر أو لأحد

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

المشهورين، وتظهر علة النجش هنا في التغرير بالمشتري وحمله على الشراء ما لم يكن سيشتريه لولا هذه الحملة الإعلامية [1].

المطلب الثاني: تحقيق مناط حكم الغرر في شهادات الاستثمار ذات الحوافز

تقوم فكرة شهادات الاستثمار ذات الحوافز؛ على إصدار البنوك سندات قابلة للتداول في السوق المالي، لها قيمة إسمية أعلى مما يدفعه مشتريها فعلا، ويقوم البنك بسحب جوائز تشجيعية من وقت إلى آخر على هذه الشهادات. والذي يتضح من هذه الفكرة، تحقق علة حكم الغرر والمتمثل بالقمار والميسر الموجود في هذه المعاملة، حيث إن بعضها يكسب جوائزا وبعضها لا يكسب، وكلها تساهم في قرعة نظير مبلغ متساو في الأصل وهو قيمة الشهادة.

هذا بالإضافة إلى تحقق علة الربا في التعامل بهذه الشهادات، لما فيه من اقتراض لمال ربوي بمثله ثم استيفائه مع زيادة.

وتعتبر هذه الشهادات نوع من السندات فتأخذ حكمها وتزيد عليها تحقق القمار والميسر فيها، لوجود سحب على الجوائز المخصصة لهذا النوع من السندات خصيصا[2].

المطلب الثالث: تحقيق مناط حكم الربا والكالئ بالكالئ في بعض عقود البورصة

من الأوراق المالية التي تطرح للتداول في السوق المالي (البورصة) ما يعرف بالسندات، التي تطرحها البنوك الربوية كوسيلة لاقتراض النقد من العامة، وذلك عن

[1]– مسلم اليوسف، بيع النجش في الفقه الإسلامي، ص 11، تاريخ الدخول 2019/04/24م الساعة 00:51. www.kantakji.com

[2]– عنان محمود العساف، تحقيق المناط وتطبيقاته في المعاملات المالية المعاصرة، الأردن: دراسات علوم الشريعة والقانون، ع1، مج 36، 2009م ص 34.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

طريق التعهد بسداد القيمة المالية لهذا السند بعد مدة من الزمن بأكثر مما دفع مشتريه ابتداء. وقد تحققت علة الربا في هذه الصورة لما فيها من مبادلة مال ربوي ثمني بمثله متفاضلا إلى أجل وهو ربا النسيئة [1].

كما تمثل الأسهم والسندات خاصة سندات المقارضة ؛حصصا شائعة في شركات مساهمة عامة تطرح للتداول التجاري في السوق المالي، كما أن أموال الشركات تكون على شكل أموال نقدية، أو أعيانا ومنافعا في آن واحد، أو ديونا. ولذلك فإن مناط النهي عن بيع الكالئ بالكالئ يتحقق في مبادلة- بيع – الأسهم التي محلها ديون بديون أخرى تكون ثمنا وبدلا لها، فلا يجوز إبرام هذا البيع في السوق المالية، ويجب أن يكون البدل في هذه الحالة مقبوضا ابتداء مع العقد [2]

الخاتمـــة:

وفي ختام هذا العرض نسجل أهم النتائج المتوصل إليها:

1- تتفق الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي على اعتبار واقع المعاملات المالية، أثناء تنزيل الأحكام الشرعية على المستجدات والنوازل، التي تمخضت عن التطور السريع الذي شهدته الساحة الاقتصادية والمالية.

2- تتفق الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي على مفهوم الاجتهاد التنزيلي، في كونه تطبيق حكم القاعدة الكلية على المسائل الجزئية. أو هو ربط بين الجزئي والكلي مع مراعات التغيرات.

3- تعتمد الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ؛ في تنظيمهما للحياة المالية على المقاصد الفطرية التي جبل عليها الخلق، من دفع الظلم والاعتداء على أموال الناس وأكلها

[1] – المصدر نفسه، ص 33.

[2] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دمشق: دار الفكر، ج7 ص 5050.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

بالباطل. وإن اختلفت وسائلهما في تحقيق ذلك، تبعا لمعيار المرجعية في اعتبار ضوابط المصلحة والمفسدة.

4- تحقيق مناط المعاملات المالية المعاصرة وفق مقاصد الشريعة والقانون، يعتمد على جوانب ثلاث: هي اعتبار تحريم الحيل، وتحقيق مقاصد العقد أثناء هيكلته، والنظر في مآله أو ما يسمى بسد الذرائع. منعا لوقوع ما منع منه المشرع دفعا لمفسدة وتحقيقا لمصلحة مع الاختلاف في التوصيف والتكييف.

والإشكالية الحقيقية تقع حينما تؤول المعاملات المالية إلى الربا، فالقوانين الوضعية تجعل لها المصداقية والشرعية، خلافا للشريعة الاسلامية كما هو معلوم، ويتعين حينها على المصارف الاسلامية تحري شرعية العقود في شكلها الجديد تحقيقا لمقصد الشارع.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: كتب الفقه وأصوله

1. الآمدي، أبو الحسن سيف الدين، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، بيروت، المكتب الإسلامي

2. جحيش، بشير بن مولود، الاجتهاد التنزيلي، قطر، وزارة الأوقاف، كتاب الأمة.

3. ابن حزم، أبو محمد علي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، بيروت، دار الآفاق الجديدة، المحلى، بيروت، دار الآفاق الجديدة.

4. الحموي، أبو العباس أحمد، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية

5. الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

6. الرازي، أبو عبد الله محمد، المحصول، حقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط3، مؤسسة الرسالة.

7. السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر، ط 1بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ.

8. الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، ط1، دار ابن عفان.

9. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، ط1، مكة، دار عالم الفوائد، 1428ه

10. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين المغني، مكتبة القاهرة، 1968

11. القرافي، شهاب الدين أحمد، أنوار البروق في أنواء الفروق، بيروت، دار المعرفة.

12. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية 1991م.

13. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، ط1 دار الفكر 1983م

ثانيا: الكتب القانونية والاقتصادية

14. إرشيد، محمود عبد الكريم أحمد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، ط1، عمان، دار النفائس

15. بن ملحة، الغوثي، أفكار حول الاجتهاد القضائي، الجزائر، مجلة الاجتهاد القضائي، ع1، 2000 م

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

16. تناح، فاطمة، أثر الواقع في تنزيل الأحكام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، تحت إشراف د أحسن زقور، جامعة وهران، كلية العلوم الاسلامية والحضارية، 2013م

17. الديب، محمود عبد الرحيم، الحيل في القانون المدني والفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2004م.

18. الشهاوي، قدري عبد الفتاح، آثار الالتزام نتائجه وتوابعه، مصر، منشأة المعارف، 2003م.

19. العطار، عبد الناصر توفيق، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة، ط2، 1993 م (بدون دار النشر).

20. نزليوي خير الدين، ضوابط الحيل وتطبيقاتها على صيغ التمويل، رسالة ماجستير، تحت إشراف بن مولود وثيق، الخروبة، كلية العلوم الإسلامية، 2011م.

ثالثا: المعاجم اللغوية

21. الفيروزآبادي، مجد الدين، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر، 2005م.

22. الجرجاني، علي بن محمد التعريفات، ط1، بيروت، دار الكتب العربية، 1998م.

23. الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

24. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت، المكتبة العلمية.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 33 العدد: 02 السنة: 2019 الصفحة:226–251 تاريخ النشر: 30–09–2019

25. ابن منظور، أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، ط3، بيروت، دار صادر، 1414هـ.

ثالثا: البحوث والمقالات

26. **أبو زيد، عبد العظيم، التمويل الإسلامي المعاصر بين شكلية العقود ومقاصد الشريعة**

27. **بحوث من موقع**: www.kantakji.com

28. السويلم، سامي بن إبراهيم، قواعد الذرائع في المعاملات المالية.

29. مشعل، عبد الباري، تحقيق المناط في المعاملات المالية المعاصرة في ضوء مقاصد الشريعة

30. بحوث من مواقع مختلفة

31. فريد شكري، الاجتهاد الفقهي من الاستنباط إلى التنزيل، فقه تحقيق المناط أنموذجا، المغرب، الرابطة المحمدية، www.alihyaa.com

32. أحمد حداد، التكييف القانوني، الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة Arab-ency.com