الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية–قسنطينة–
كلية الشريعة والاقتصاد قسم الفقه وأصوله

الرقم التسلسلي:.....

رقم التسجيل: .....

منهج التكييف الفقهي وأثره في المعاملات المالية المعاصرة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في شعبة العلوم الإسلامية–الشريعة–

تخصص: دراسات معاصرة في الفقه والأصول

من إعداد الطالبة: إشراف الدكتور:
رقية سيار أحمد ذيب

أعضاء لجنة المناقشة			
الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
علي ميهوبي	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة–	رئيسا
أحمد ذيب	أستاذ محاضر أ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة–	مشرفا ومقررا
أمير شريبط	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة–	عضوا
حمزة بونعاس	أستاذ محاضر أ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة–	عضوا
يمينة بوسعادي	أستاذ محاضر أ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة–	عضوا
مراد بلعباس	أستاذ	جامعة يوسف بن خدة –الجزائر 01–	عضوا

السنة الجامعية: 2023م/ 2024م

الموافق لـــ: 1445هـ/ 1446هـ

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أحمد ربي وأشكره على توفيقه وامتنانه أن وفقني لإتمام هذا البحث،

ثم عملاً بقول الحبيب صلى الله عليه وسلم: «**من لم يشكر الناس لم يشكر الله**»:

أتوجه بجزيل الشُّكر والامتنان إلى كلِ من ساعدني من قريب أو بعيد على إنجاز هذا العمل، وأخص بالذّكر الدكتور:

أحمد ذيب لتفضله الإشراف على رسالتي؛ ولا أزال ممتنة على ماقدمه لي من توجيهات وإضافات؛ فأسأل الله أن يجعل ذلك في ميزان حسناته وأن يجزيه عني خير الجزاء وأن يرفع منزلته في الدنيا والآخرة.

والشكر موصول أيضا للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم الموافقة على مناقشة هذا البحث وتكبدهم عناء القراءة والتقييم؛ فلهم مني كل الشكر والعرفان وجزاهم الله عنا خير الجزاء.

كما وأتقدم بالشكر لجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ممثلة بمديرها وعمداء كلياتها ورؤساء أقسامها، وموظفيها فجزاهم الله خير الجزاء وأعلى درجاتهم في الدنيا والآخرة.

الإهداء

إلى أول من انتظر هذه اللحظات ليفتخر بي؛ **والدي العزيز** الذي توفي –رحمه الله– غير بعيد؛ فاللهم اغفر له وارحمه واجعل قبره روضة من رياض الجنة.

إلى من تعبت وسهرت وبذلت كل ما تملك من أجلنا **أمي الغالية**–حفظها الله وشفاها–

إلى رفيق الدرب الذي ساندني طيلة مشوار إنجاز الأطروحة فكان نعم الناصح والداعم **زوجي العزيز**.

إلى إخوتي وأخواتي –حفظهم الله–.

إلى قرة عيني وفلذة كبدي؛ ولدي **ورش**، وابنتي **طيبة**.

إلى كل عائلتي وعائلة زوجي صغيرا وكبيرا.

إلى كل من أنار طريقي بالعلم والمعرفة، أساتذتي الكرام في جميع الأطوار التعليم.

مقدمة

مقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتد ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين،

أما بعد:

فإن الله عزوجل قد أكمل لهذه الأمة دينها وجعله صالحا لكل زمان ومكان، وجعل فيه نظما وتشريعات تضبط تصرفات الناس في جميع مناحي الحياة، فما من واقعة مستجدة إلا ولها ما يدل عليها من كتاب الله أو سنة نبيه أو اجتهادات العلماء؛ ويشهد العالم اليوم تطورات كبيرة في شتى جوانب الحياة، ومن الجوانب التي شهدت تطورا كبيرا الجانب المالي، وهو من أهم الأمور التي لا تستغني عنها المجتمعات البشرية لملامسته لحياتهم المعيشية، وقد عني الاسلام بالمال الذي به قيام الحياة وعده من الضروريات الخمس التي عليها مدار الشريعة ومقاصدها؛

ونتيجة للتطور الهائل في مجال المعاملات المالية ظهرت أنواع وصور كثيرة من المعاملات المالية والعقود الجديدة التي لم تكن معروفة من قبل؛ وهي تستوجب معرفة الأحكام الفقهية لها وربطها بأصولها وقواعدها الشرعية.

ومن المسالك المهمة التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الفقهية في مجال المعاملات المالية المعاصرة **منهج التكييف الفقهي**.

وقد حاول البحث دراسة منهج التكييف الفقهي تأصيلا وتطبيقا؛

تأصيلا: ببيان حقيقته وأهميته وأنواعه وضوابطه.

وتطبيقا: ببيان أثره في المعاملات المالية المعاصرة.

فجاءت الأطروحة معنونة بـ: **"منهج التكييف الفقهي وأثره في المعاملات المالية المعاصرة"**

أولا: الإشكالية:

إن الناظر في الكتب والبحوث التي عنيت بالمعاملات المالية المعاصرة يجد أن المنهج الغالب في استنباط أحكام نوازلها ينصب على تكييفها فقهيا؛ وذلك بردها إلى أصولها المندرجة تحتها من نصوص

وقواعد كلية، أو إلحاقها بما يشابهها من الفروع الفقهية وفتاوى العلماء؛ غير أن ما يدعو إلى التساؤل هو الاختلاف الكبير بين العلماء في تكييف المعاملات المالية المعاصرة وأحكامها؛ ومن هنا تبرز الإشكالية الرئيسية للدراسة؛ وهي: ما هو منهج العلماء في التكييف الفقهي؟ وما أثره على المعاملات المالية المعاصرة؟

وتتفرع عنها تساؤلات أخرى؛ منها:

1. ما هي حقيقة التكييف الفقهي وما أهميته في العملية الاجتهادية؟
2. ما هي ضوابط التكييف الفقهي للمعاملات المالية المعاصرة؟
3. ما هو دور الأدلة الاجتهادية في تكييف أحكام المعاملات المالية المعاصرة؟
4. ما هي أهم التطبيقات المعاصرة للتكييف الفقهي في مجال المعاملات المالية؟

ثانيا: أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث فيما يلي:

1. الدور الكبير للتكييف الفقهي في النوازل وخاصة المتعلقة بالمعاملات المالية؛ فهو يساعد في تصور حقيقتها وإلحاقها بأصولها الشرعية المعتبرة.

2. اشتداد الحاجة للتكييف الفقهي في المعاملات المالية المعاصرة؛ لكثرة وقائعها وتجدد نوازلها وتطور مجالاتها وأساليبها.

3. اعتناء الشريعة الإسلامية بعنصر المال كونه عنصرا أساسيا وخطيرا وقابلا للتجدد من حيث وسائله و طرق كسبه، وهو يعتبر من أوسع المجالات الاجتهادية، خاصة في ظل التقدم العلمي المشهود.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع:

تعددت الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع، ويمكن تقسيمها إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية؛ أوجزها في الآتي:

1. الأسباب الذاتية:

أ- إشارة بعض الأساتذة الفضلاء للبحث في هذا الموضوع.

ب- الرغبة الشخصية لدراسة المواضيع المتعلقة بالمعاملات المالية المعاصرة.

2. الأسباب الموضوعية:

أ- الأهمية العظمى التي يحتويها هذا الموضوع كما تقدم.

ب- ضرورة معرفة شروط وضوابط الاجتهاد التكييفي؛ الذي يتم من خلاله معرفة الأصل الشرعي للمعاملة المالية المعاصرة وإصدار الحكم عليها.

رابعا: أهداف البحث:

الهدف الرئيسي من البحث هو الكشف عن أثر التكييف الفقهي في المعاملات المالية المعاصرة؛ ويتفرع عنه عدة أهداف تفصيلية منها:

1. تأصيل منهج التكييف الفقهي وبيان أهميته في العملية الإجتهادية.
2. بيان دور الأدلة الاجتهادية في تكييف أحكام المعاملات المالية المعاصرة.
3. تجلية التكييف الفقهي بفروع فقهية معاصرة من المعاملات المالية.
4. الجمع بين التأصيل والتطبيق في منهج من مناهج معالجة النوازل، وغالبا فالمقصود بالبحث ليس إصدار الحكم من حيث الحل والحرمة؛ بل كشف الآلية التي كان الفقهاء يكيفون بها المعاملات المالية، والخلاف الفقهي الذي ينبني على هذا التكييف.

خامسا: الدراسات السابقة:

حظي موضوع التكييف الفقهي باهتمام بعض الدارسين، فصنفت فيه جملة من الدراسات تختلف في أغراضها ومناهجها ونتائجها، نذكر منها:

أولا: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، الباحث: محمد عثمان شبير، كتاب، الطبعة الثانية، 1435هـ/ 2014م، دار القلم- دمشق.

ويعتبر أول دراسة تأصيلية لموضوع التكييف الفقهي، يقع الكتاب في مائة وستين صفحة بما في ذلك فهرس الموضوعات، وقد قسم الكتاب إلى ثلاثة فصول وخاتمة:

تناول في الفصل الأول حقيقة التكييف الفقهي؛ وذلك في خمسة مباحث تمهيدية، وفي الفصل الثاني: مقومات التكييف الفقهي وضوابطه، وذلك في ستة مباحث، أما الفصل الثالث: فقد تناول فيه

التطبيقات الفقهية على التكييف الفقهي؛ فمثل للتكييف الفقهي من خلال تطبيقات في مجالات مختلفة؛ وذلك في مبحثين، وقسم التطبيقات إلى تطبيقات فقهية قديمة ومعاصرة.

واستفدت من هذا الكتاب في الجانب النظري للرسالة؛ لكونه اعتنى بالتأصيل للتكييف الفقهي، ولكن الدراسة كانت عامة ودراستي كانت خاصة في المعاملات المالية المعاصرة، حيث اختصت رسالتي ببيان ضوابط التكييف الفقهي في المعاملات المالية على وجه الخصوص، إضافة إلى التمثيل للجانب التأصيلي من المعاملات المالية المعاصرة.

ثانيا: التكييف الفقهي للنازلة وتطبيقاته المعاصرة، للباحث عبد الله بن إبراهيم الموسى؛ وهو بحث قدمه لمركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، يقع في سبعين صفحة بما في ذلك قائمة المصادر والمراجع، ويتضمن البحث تمهيدا وأربعة مباحث وخاتمة:

التمهيد: ويشمل مطلبين؛ تعريف النازلة والتكييف والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الأول: في مشروعية التكييف وأهميته وشروطه.

المبحث الثاني: في مسالك التكييف.

المبحث الثالث: في آداب التكييف وأخطائه.

المبحث الرابع: في صور من التطبيقات المعاصرة على التكييف.

الخاتمة: فيها أبرز النتائج والتوصيات.

وخلص الباحث إلى نتائج أهمها:

- أن عملية التكييف مشروعة بالكتاب والسنة والمعقول، وهي من فروض الكفايات.
- أن للتكييف الفقهي شروطا تنبغي مراعاتها، منها ما يتعلق بالنازلة، ومنها ما يتعلق بالناظر فيها، ومنها ما يتعلق في فهمها وتصورها.
- أن للتكييف مسالك خمسة، وله آداب قبل تكييف المسألة وبعدها، وأخطاء يقع فيها المفتي والناظر في النازلة.

وعلى الرغم من الفوائد التي ترشحت لي من هذه الدراسة –سيما ما تعلق بمسالك التكييف– إلا أن حديثه في الجانب التأصيلي كان مقتضبا جدا، كما أنه لم يأت على ذكر النماذج التطبيقية التي اخترتها في هذه الدراسة.

ثالثا: التكييف الفقهي للأعمال المصرفية: مفهومه، وأهميته، وضوابطه، للباحث مسفر القحطاني؛ وهو بحث محكم منشور في مجلة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد 28، شوال 1426هـ، وقد جعل بحثه في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التكييف الفقهي.

المطلب الثاني: الأدلة على اعتبار التكييف الفقهي للنوازل.

المطلب الثالث: ضوابط التكييف الفقهي للنوازل.

وكل ما حوته هذه الكتب تقريبا، عدا الاستطراد في التعاريف وتراجم الفقهاء والأدلة، فإني حاولت اختصاره، وتدعيمه ببعض المباحث والمسائل، مع التمثيل بنماذج تطبيقية جديدة.

وفيما يلي بيان لأهم الإضافات التي تعنى البحث في إبرازها:

1. بيان حقيقة التكييف الفقهي بطريقة إجرائية واضحة ومفهومة.
2. الاهتمام بجانب المعاملات المالية المعاصرة؛ وجعل الدراسة تأصيلية تطبيقية.
3. بيان مسالك التكييف الفقهي، والتمثيل لها من المعاملات المالية المعاصرة.
4. بيان علاقة التكييف الفقهي بالمعاملات المالية المعاصرة، وأنها مجال خصب للاجتهاد التكييفي أكثر من سائر الأبواب الفقهية.
5. الاسترشاد بقرارات مجمع الفقه الإسلامي في أغلب النماذج المختارة.
6. التوسع في بيان أثر التكييف الفقهي في المعاملات المالية المعاصرة.
7. بيان أسباب الخلاف في التكييف الفقهي.
8. بيان أثر الخلاف في التكييف الفقهي على مسائل المعاملات المالية المعاصرة.
9. تنويع المراجع في الجانب التطبيقي لأطروحتي؛ مما يعطي القارئ مزيد اطلاع على ما ألّف في التكييف الفقهي لهاته المعاملات المالية المعاصرة.

سادسا: منهج البحث:

أما بالنسبة للمنهج الذي اتبعته في هذه الدراسة؛ فاقتضت طبيعة الموضوع الاعتماد على المناهج الآتية:

أولا: المنهج الاستقرائي؛ وذلك من خلال استقراء النصوص والأقوال التي لها صلة بالموضوع، وجمع جزئيات الموضوع التي تدلي بسبب أو نسب إلى عنوان البحث، وعند تتبع المسائل وجمعها من الكتب.

ثانيا: المنهج الوصفي؛ وذلك بوصف المعاملات المالية المعاصرة كما وردت في مصادرها الأصلية؛ دون زيادة مني أو نقصان، إلا ما تعلق بصياغة الفكرة أو استخراج سبب الخلاف من الأقوال أو الآراء الفقهية فيها.

ثالثا: المنهج المقارن؛ وذلك بغرض عقد موازنات بين مختلف التكييفات الفقهية، وكشف أوجه الوفاق والفرق بينهما.

رابعا: المنهج التحليلي؛ عند تحليل بعض النصوص للوصول إلى المراد منها.

سابعا: منهجية البحث:

وقد اتبعت في هذه الأطروحة منهجا أوجز أركانه فيما يلي:

1. التزام الحيادية في البحث.
2. أعتني باللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم قدر استطاعتي.
3. عزو الآيات القرآنية الواردة في البحث إلى مواضعها من الكتاب الكريم، بذكر رقم الآية واسم السورة، ونسخها عن طريق برنامج مصحف المدينة.
4. عزو الأحاديث النبوية الشريفة التي وردت بالبحث إلى مصادرها الأصلية، مع تحديد الجزء والصفحة، ورقم الحديث، وبيان الكتاب أو الباب الذي ورد فيه الحديث.
5. أعتمد في اختيار مصادر البحث على أمهات الكتب في الفقه والأصول والحديث، وأحاول نسب القول إلى صاحبه من خلال التثبت في القول من الكتب الخاصة بالقائل.
6. لم أذكر في الحاشية التفاصيل المتعلقة بكل كتاب من حيث بيان مكان طبعه وتاريخ نشره ومحققه، مكتفية بذكر هذه البيانات في قائمة المصادر والمراجع الواردة في آخر البحث.
7. عرض آراء الفقهاء في المسائل المختارة ووجه تكييفهم، فحاولت جمع مختلف التكييفات،حتى تظهر ثمرة البحث.
8. التوسط في عرض المسألة، وتناولها بطريقة أيسر وأوضح خصوصا ما يتعلق بتصوير المسألة وتجلية أهم النقاط المساعدة على ذلك.

9. توضيح بعض المفردات اللغوية، والاصطلاحات الفقهية والاقتصادية، معتمدة في ذلك على كتب المعاجم، وكتب الاصطلاحات الفقهية والاقتصادية وغيرها.

10. عرض مادة البحث بأسلوب بسيط وواضح لا غموض فيه، بغرض تقريبها لغير المتخصصين في المعاملات المالية.

11. التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد قدر الاستطاعة؛ فقد تجنبت بعض التعاريف اللغوية والتراجم وغيرها من المباحث التي تزيد من حجم البحث من غير طائل.

12. نظرا لكثرة المعاملات المالية المعاصرة فإني اقتصرت على عدد محدد من النماذج، طلبا للإتقان والاستيعاب.

13. عمل فهارس في نهاية البحث، فهرس الآيات، فهرس الأحاديث، وفهرس للمخططات الواردة في البحث وقائمة المصادر والمراجع.

14. حاولت وضع ملخص عند نهاية كل فصل، بغرض ضمان تسلسل الأفكار من جهة، وتقريب مادة الرسالة للقارئ من جهة ثانية.

ثامنا: صعوبات البحث:

لا يخلو بحث من الصعوبات التي تعتريه في إتمامه فقد صادفتنا في بحثنا هذا صعوبات نذكر منها:

1. الصعوبات المتعلقة بتعدد النماذج التطبيقية؛ لكونه يفرض تحديد شبه كلي للمراجع المعتمدة، فكل نموذج تطبيقي هو عبارة عن مبحث مستقل؛ يأخذ مني وقتا وجهدا في ترتيب مراجعه، والاطلاع على ما أمكن الاطلاع عليه مما كتب فيه ومن ثم معالجته.
2. ندرة ما كتب في بيان أثر التكييف الفقهي قي المعاملات المالية المعاصرة؛ بل يكاد يكون منعدما في بعض المسائل مقارنة مع ما كتب في تأصيل التكييف الفقهي، وما كتب في المعاملات المالية المعاصرة.

ومع ذلك أرجو بعون من الله وتوفيقه أولا، ثم بتوجيهات أستاذي المشرف الدكتور أحمد ذيب؛ أن أكون قد جمعت أغلب مباحث التكييف الفقهي التي يشملها موضوع رسالتي والذي لا يعدو كونه عملا بشريا يعتريه كثير النقص والخطأ؛ والذي أتطلع إلى تصويبه من قبل أساتذتي المناقشين مشكورين مأجورين.

تاسعا: خطة البحث:

اشتملت خطة البحث على: مقدمة وبابين وخاتمة، وفهارس؛ وتفصيل ذلك على النحو التالي:

المقدمة: وتتضمن الإشكالية، الأهمية، أسباب اختيار الموضوع، الأهداف، الدراسات السابقة، المنهج، وصعوبات البحث.

الباب الأول: الجانب التأصيلي لمنهج التكييف الفقهي

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للبحث

المبحث الأول: حقيقة منهج التكييف الفقهي

المطلب الأول: منهج التكييف الفقهي باعتباره مركبا

المطلب الثاني: منهج التكييف الفقهي باعتباره لقبا

المطلب الثالث: التعريف المختار لمنهج التكييف الفقهي والمقصود بعنوان البحث

المبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتكييف الفقهي

المطلب الأول: التخريج الفقهي

المطلب الثاني: التصور

المطلب الثالث: القياس

المطلب الرابع: تحقيق المناط

المطلب الخامس: التوصيف الفقهي

الفصل الثاني: التأصيل الشرعي للتكييف الفقهي وأهميته وأنواعه

المبحث الأول: التأصيل الشرعي للتكييف الفقهي وأهميته

المطلب الأول: التأصيل الشرعي للتكييف الفقهي

المطلب الثاني: أهمية التكييف الفقهي

المبحث الثاني: أنواع التكييف الفقهي

المطلب الأول: باعتبار الأصل الذي يبنى عليه التكييف

المطلب الثاني: باعتبار وضوح الأصل وخفائه

المطلب الثالث: باعتبار الإفراد والتركيب

المطلب الرابع: باعتبار عموم وخصوص تحقيق المناط

المطلب الخامس: باعتبار مجال الاجتهاد

الفصل الثالث: أركان التكييف الفقهي وضوابطه

المبحث الأول: أركان التكييف الفقهي

المطلب الأول: الواقعة

المطلب الثاني: الأصل

المطلب الثالث: حكم الأصل

المطلب الرابع: العلة

المطلب الخامس: المطابقة

المطلب السادس: الفقيه الممارس للتكييف الفقهي

المبحث الثاني: ضوابط الواقعة

المطلب الأول: التأكد من وقوع النازلة وخلوها من نص شرعي

المطلب الثاني: فهم القضية المعروضة فهما دقيقا وتصورها

المبحث الثالث: ضوابط عملية التكييف الفقهي

المطلب الأول: المطابقة بين المعاملة المالية والأصل

المطلب الثاني: مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: مراعاة الظروف الزمانية والمكانية والعوائد والأعراف والأحوال

المطلب الرابع: المعرفة بالوسائل والتقنيات الحديثة التي تعين على استكمال البحث والنظر

المبحث الرابع: ضوابط الأصل

المطلب الأول: ثبوت الأصل الذي تكيف عليه الواقعة

المطلب الثاني: فهم الأصل الذي تكيف عليه الواقعة

المطلب الثالث: عدم معارضة الأصل لما ورد في القرآن أو السنة

المبحث الخامس: ضوابط الفقيه الممارس للتكييف الفقهي

المطلب الأول: شروط عامة

المطلب الثاني: الكفاءة الفقهية والدربة

المطلب الثالث: اشتراط الاجتهاد الجماعي

الفصل الرابع: مسالك التكييف الفقهي

المبحث الأول: التكييف على المصادر المتفق عليها

المطلب الأول: القرآن

المطلب الثاني: السنة

المطلب الثالث: الإجماع

المبحث الثاني: التكييف على المختلف فيها

المطلب الأول: المصلحة

المطلب الثاني: الذرائع

المطلب الثالث: العرف

المطلب الرابع: الاستحسان

المبحث الثالث: التكييف بالتخريج

المطلب الأول: التكييف بتخريج الفروع على الأصول والقواعد الكلية:

المطلب الثاني: تخريج الفروع من الفروع

الباب الثاني: أثر التكييف الفقهي في المعاملات المالية المعاصرة

الفصل الأول: أثر التكييف الفقهي في الأسواق المالية وتوابعها

المبحث الأول:التكييف الفقهي للسهم

المطلب الأول: تصور المسألة

المطلب الثاني: تحرير محل النزاع وآراء الفقهاء في تكييف السهم

المطلب الثالث: منشأ الخلاف وأثره

المبحث الثاني: أثر التكييف الفقهي في العقود التي تتم في الأسواق المالية

المطلب الأول: أقسام العقود التي تتم في الأسواق المالية

المطلب الثاني: طبيعة البيع على المكشوف وحكمه

المطلب الثالث: التكييف الفقهي للبيع على المكشوف

الفصل الثاني: أثر التكييف الفقهي في التأمين

المبحث الأول: التأمين، حقيقته، أنواعه، وتكييفه

المطلب الأول: حقيقة التأمين

المطلب الثاني: أنواع التأمين وخصائصه

المطلب الثاني: الفرق بين التأمين التكافلى و التأمين التجارى

المطلب الثالث: آراء الفقهاء في التأمين وتكييفه

المبحث الثاني: التأمين التكافلي؛ حقيقته، تكييفه

المطلب الأول: حقيقة التأمين التكافلي وأهدافه

المطلب الثاني: تطور التأمين التكافلي وعناصره

المطلب الثالث: التكييف الفقهي للتأمين التكافلي

المبحث الثالث: التأمين الصحي؛ حقيقته، تكييفه

المطلب الأول: تعريف التأمين الصحي وأنواعه

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد التأمين الصحي

المطلب الثالث: صيغ عقد التأمين الصحي

المطلب الرابع: أنواع عقود العلاج الطبي وتكييفها الفقهي

الفصل الثالث: أثر التكييف الفقهي في النقود

المبحث الأول: التكييف الفقهي للأوراق النقدية

المطلب الأول: الأوراق النقدية سندات ديون

المطلب الثاني: الأوراق النقدية عرض من عروض التجارة

المطلب الثالث: أنها ملحقة بالفلوس

المطلب الرابع: بدل عن الذهب والفضة

المطلب الخامس: الأوراق النقدية نقد مستقل قائم بذاته

المبحث الثاني: تكييف الشيك السياحي وبطاقة الائتمان

المطلب الأول: التكييف الفقهي للشيك السياحي

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لبطاقات الائتمان

الفصل الرابع: أثر التكييف الفقهي في عمليات البنوك

المبحث الأول: التورق المصرفي المنظم

المطلب الأول: حقيقة التورق

المطلب الثاني: التورق المصرفي المنظم؛ تعريفه وصوره

المبحث الثاني: خطاب الضمان

المطلب الأول: حقيقة خطاب الضمان

المطلب الثاني: أنواع خطابات الضمان

المطلب الثالث: التكييف الفقهي لخطاب الضمان

المطلب الرابع: سبب الخلاف في تكييف خطاب الضمان وأثره

الباب الأول:

الجانب التأصيلي لمنهج التكييف الفقهي:

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للبحث

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حقيقة منهج التكييف الفقهي

المبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة

تمهيد:

جرت عادة الباحثين أن يستهلوا بحوثهم بتحديد المفاهيم وضبط المصطلحات، تفاديا للغموض والاضطراب، ودفعا للاشتباه والإلتباس.

وعلى ضوء ذلك تم تخصيص هذا الفصل لبيان حقيقة منهج التكييف الفقهي، وإيضاح الألفاظ ذات الصلة.

المبحث الأول:

حقيقة منهج التكييف الفقهي:

إن تردد هذا المصطلح في مختلف مباحث الأطروحة يحملنا منذ البداية على استجلاء معناه الإفرادي والتركيبي على حد سواء.

المطلب الأول: منهج التكييف الفقهي باعتباره مركبا:

حينما كان عنوان البحث مؤلفا من منهج التكييف الفقهي؛ مركبا من ثلاث كلمات؛ المنهج، التكييف، الفقه؛ كان لزاما علينا بيان المعنى اللغوي والاصطلاحي لكل مصطلح على حدَته.

الفرع الأول: تعريف المنهج:

أولا: لغة:

أصله نهج؛ النون والهاء والجيم أصلان متباينان؛ الأول: **النهج** والمنهج: الطريق، والجمع المناهج، والآخر **الانقطاع**؛ أتانا فلان ينهج؛ إذا أتى مبهورا منقطع النفس، وضربت فلانا حتى أنهج، أي سقط، ونهج الثوب وأنهج: أخلق ولما ينشق[1].

وأنهج الطريق استبان وصار نهجا واضحا بينا، ونهجت الطريق، إذا أبنته وأوضحته، ومنهاج والمنهج الطريق الواضح؛ يقال: اعمل على ما نهجته لك، ونهجت الطريق أيضا: إذا سلكته، وفلان يستنهج سبيل فلان، أي يسلك مسلكه، والنهج بالتحريك: البهر وتتابع النفس وفي حديث عمر رضي الله عنه: ﴿فضربه حتى أنهج﴾[2]: أي وقع عليه الربو[3].

ثانيا: اصطلاحا:

عرِف المنهج بعدة تعريفات تختلف في جامعيتها ومانعيتها، نذكر منها:

- المنهج هو الطريق الواضح وهو ما ورد في دائرة معارف القرن العشرين[4].

(1) ابن فارس، مقاييس اللغة، جـ5، ص361.

(2) ينظر: الخرائطي، مساوىء الأخلاق، ص110، رقم الحديث: 216، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، جـ5، ص134.

(3) ينظر: الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، جـ1، ص346، الأزهري، تهذيب اللغة، جـ6، ص41، والزبيدي، تاج العروس، جـ6، ص252.

(4) فريد، دائرة معارف القرن العشرين، جـ10، ص380.

- فن التنظيم الصحيح لسلسلة من الأفكار العديدة، إما من أجل الكشف عن الحقيقة، حين نكون بها جاهلين؛ أو من أجل البرهنة عليها للآخرين حين نكون بها عارفين[1].

وقد عبرنا بكلمة منهج لأن التكييف الفقهي هو أحد الطرق المؤدية إلى الكشف عن حقيقة النازلة وحكمها؛ عن طريق مجموعة من الضوابط والقواعد المتكاملة.

الفرع الثاني: تعريف التكييف:

أولا: لغة:

من كَيَّفَ؛ وكَيَّف الأديم: قطَّعه، والكيفة: القطْعة منه، ويقال للخرْقة التي يرقَّع بها ذيل القميص القُدام: كيفة، والذي يرقّع بها ذيل القميص الخلف: حيفة، وكيف اسم معناه الاستفهام؛ وقال الزجاج في قول الله تعالى: ﴿كَيْفَ تَكْفُرُونَ بِٱللَّهِ﴾ (البقرة: 28) تأويل كيف: استفهام في معنى التعجب، وهذا التعجب إنما هو للخلق والمؤمنين؛ أي اعجبوا من هؤلاء كيف يكفرون وقد ثبتت حجة الله عليهم، وقال في مصدر كيف: الكيفية[2].

والكيف: القطع، كيف فإنه أخرج مخرج التعجب، وقوله تعالى: ﴿فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِن كُلِّ أُمَّةٍۭ بِشَهِيدٍ﴾ (النساء: 41)، ويستعمل شرطا، فيقتضي فعلين متفقي اللفظ والمعنى، غير مجزومين: ككيف تصنع أصنع، لا كيف تجلس أذهب، والكيفة بالكسر: الكسفة من الثوب، والخرقة ترقع ذيل القميص من قدام، وما كان من خلف: فحيفة، وكيفه: قطعه، وقول المتكلمين: كيفته فتكيف: قياس لا سماع فيه[3]، وكيف كلمة موضوعة يستفهم بها عن حال الإنسان[4].

فالتكييف من حيث اللغة مشتق من كلمة "كيف" ويعود إلى معنيين:

الأول: القطع (كيف) وهو سماعي.

الثاني: حقيقة الشيء(كيف؟) وهو قياسي.

(1) ينظر: بدوي، مناهج البحث العلمي، ص4.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج9، ص312.

(3) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص852.

(4) ابن فارس، مقاييس اللغة، ج5، ص150.

وهناك من جعل التكييف من التهايؤ والتهيئة[1].

ثانيا: اصطلاحا:

ورد ذكر هذا اللفظ في كتب الفقه؛ منها:

- ما جاء في كتاب بدائع الصنائع "أن الزوج بقوله أنت طالق كيف شئت أوقع أصل الطلاق للحال وفوض تكييف الواقع إلى مشيئتها"[2].
- وما جاء أيضا في مسائل ابن رشد الجد "تكييف قسمة الطعام المخلوط على القيمة"[3].

والتكييف مصطلح معروف في صفات الله تعالى حيث لا يجوز تكييفها أي ذكر كيفية الصفة بما يؤدي للتشبيه[4].

وقد وجد عند بعض فقهاء **الإباضية** استعمال لهذا المصطلح ولكن في غير المراد به عند الفقهاء المعاصرين؛ حيث يريدون بالتكييف: أداء الفعل في الباطن من غير إظهار صوت أو فعل في الظاهر، ويأتي في حالة عدم الاستطاعة للقيام بالقول أو الفعل معه، وورد عندهم أيضا مصطلح "صلاة التكييف" وهو الذكر القلبي للعاجز عن النطق، أي ما يكون من كلام داخلي لا صوت له، قال بعضهم: يعمل بجوارحه ما يمكنه من صلاته، ويكيّف في نفسه ما يعمله بلسانه، وقال بعضهم: "إذا رجع إلى التكييف في بعض صلاته فليكيفها كلها في نفسه قاعدا"[5].

وقال محمد أطفيش: "ولم يجز تكييف الصلاة لقادر لأنه تعبد بالنطق بها"[6].

وعلى الرغم من ورد هذا المصطلح في المدونات اللغوية والفقهية والعقدية إلا أن المراد معه لا يتفق مع الاستخدام المعاصر له، والذي يعبر عن إحدى خطوات ومراحل بحث النازلة الفقهية[7].

(1) ينظر: رضا، معجم متن اللغة، دار مكتبة الحياة، 1960م، جـ5، ص127، والبركتي، التعريفات الفقهية، حرف الكاف، ص186.
(2) الكاساني، بدائع الصنائع، جـ3، ص121.
(3) مسائل ابن رشد، جـ1، ص416.
(4) ينظر: ابن عثيمين، القواعد المثلى في صفات الله وأسمائه الحسنى، ص27، وأبو الحسن الأشعري، الإبانة، ص26.27.
(5) ينظر: بوشلاغم، نحو معيار لتكييف عقود المالية الاسلامية عقد التأمين التعاوني أنموذجا، مجلة إسرا الدولية، ص5.
(6) ينظر: القحطاني، التكييف الفقهي، ص12، أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، جـ12، ص520.
(7) صرح بذلك كل من شبير و القحطاني والموسى، ينظر: القحطاني، التكييف الفقهي، ص12، وشبير، التكييف الفقهي، ص27.

الفرع الثالث: تعريف الفقه:

أولا: الفقه لغة:

الفقه هو العلم بالشيء والفهم له، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم، وقد جعله العرف خاصا بعلم الشريعة، وتخصيصا بعلم الفروع منها[1].

وتأتي كلمة الفقه في اللغة بمعنى العلم والنظر والتفطُّن فيما غمض، إذا ضُم عين الفعل أي فَقُه يَفْقُه إذا صار فقيها عالما، وبمعنى مطلق الفهم إذا كُسر عينه أي فَقِه يَفْقَه بمعنى فهِم شيئا ما[2].

ثانيا: اصطلاحا:

الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية[3].

أو العلم بالأحكام الشرعية، عن أدلته التفصيلية بالاستدلال[4].

المطلب الثاني: منهج التكييف الفقهي باعتباره لقبا:

لم يرد مصطلح التكييف الفقهي في كلام المتقدمين، فقد كانوا يكتفون بالتعريف للباب أو المسألة والتمثيل لها، وإذا احتاجوا الإلحاق بمسألة أو باب مشابه ألحقوه دون تخصيص ذلك بعنوان التكييف ونحوه، ونظرا للاهتمام المتزايد للمعاصرين بالفقه النوازلي وإفراده له بالتصنيف والدراسة، فقد ظهر استخدامه في كتاباتهم وأبحاثهم.

ويجدر التنبيه إلى أن أول ظهور لهذا الاصطلاح كان على يد العلماء الذين اهتموا بالبحوث المقارنة بين الفقه والقانون، أين تم استلهامه من الدراسات القانونية وتوطينه بعد ذلك في البحوث الفقهية.

يقول محمد عثمان شبير: "بدأت علاقة التكييف الفقهي بمصطلح التكييف القانوني منذ استعمال علماء الشريعة الإسلامية له في أبحاثهم المقارنة بين الفقه والقانون في العقود الأربعة الأخيرة من القرن العشرين، فقد اقتبسه علماء الشريعة من القانون الوضعي، واستعملوه في أبحاثهم الفقهية .."[5].

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص522.

(2) ينظر: الزبيدي، تاج العروس، ج36، ص 456، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ج3، ص465، والجوهري، الصحاح، ج6، ص243.

(3) الجرجاني، التعريفات، ص168.

(4) الشوكاني، إرشاد الفحول، ج1، ص17.

(5) شبير، التكييف الفقهي، ص24.

وقد عرف **التكييف القانوني** بتعريفات منها:

- تحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع فيها وردها لنظام قانوني معين، أو تحديد الوصف القانوني أو العلاقة القانونية، وهو في تنازع القوانين يقصد به: تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع تمهيدا لإسناده لقانون معين[1]، وتكييف الجريمة هو وضعها من التقسيم الثلاثي للجرائم: جناية أو جنحة أو مخالفة؛ أي تعيين نوع الجريمة وردها إلى فصيلتها[2].
- ورد في معجم مصطلحات الشريعة والقانون ما نصه[3]: التكييف هو مقابلة الفعل الجرمي بمختلف الأفعال المعاقب عليها في قانون العقوبات لإعطائه الوصف القانوني الذي يخضع له، وأيضا التكييف: تحديد طبيعة العلاقة القانونية لإدخالها في نظام قانوني معين.
- التكييف القانوني هو إلحاق الواقعة بأصلها القانوني الذي يحكمها، وهو يشبه إلى حد كبير التشخيص الطبي، حيث أن التشخيص الطبي الصحيح يؤدي إلى الوقوف على المرض والعله وبالتالي وصف العلاج السليم، وكذا التكييف القانوني السليم يؤدي إلى اختيار النص القانوني للواقعة المعروضة، والتكييف القانوني يعد بمثابة المفتاح الذي يستعمله القاضي الجزائي، ويفتح به الطريق إلى القانون الصحيح باعتباره همزة الوصل بين الوقائع المعروضة والقانون المنطبق عليها[4].

أما في السياق الفقهي، فقد عرف التكييف بعدة تعريفات، نذكر منها:

– عثمان شبير: بعد عرضه لتعريفات مجموعة من العلماء عرفه بأنه: "تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة"[5].

(1) الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ص53.52.

(2) بوشليق، سلطة المحكمة الجزائية في بحث التكييف القانوني للتهمة، مجلة المفكر، ص599.

(3) ينظر: كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، ص131.130.

(4) ينظر: عمايرة، تكييف الواقعة الاجرامية وفق القانون الجزائي الفلسطيني، ماجستير، ص2، وبومدين، أهمية التكييف الفقهي والقانوني، مجلة الدراسات الحقوقية، ص96.

(5) شبير، التكييف الفقهي، ص30.

– علي الخفيف: أشار الشيخ علي الخفيف إلى معنى التكييف الفقهي في بعض أبحاثه؛ وهو إلحاق عقد بعقد معين شبيه به من العقود التي عرفها الشارع، وعندئذ يعطى العقد الملحق الحكم الذي رتبه الفقهاء على العقد الملحق به؛ من صحة أو بطلان وفساد، وذلك بالنظر في الأركان والشروط [1].

– جاء في معجم لغة الفقهاء: "التكييف الفقهي للمسألة: تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر ... Adjustment or framing"[2].

– تعريف مسفر القحطاني؛ فقد عرفه بأنه: "التصور الكامل للواقعة وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه"[3].

– وعرفه محمد الجيزاني بقوله: "تصنيف المسألة تحت ما يناسبها من النظر الفقهي، أو يقال: هو رد المسألة إلى أصل من الأصول الشرعية"[4].

6- تعريف محمد صلاح الصاوي: رد العمليات المعاصرة إلى أصولها الشرعية، وإدراجها تحت ما يناسبها من العقود التي تولى الفقه الإسلامي صياغتها وتنظيم أحكامها، ليكون ذلك منطلقا للإصلاح والتقويم[5].

– تعريف صالح الشمراني: التكييف هو إرجاع النازلة إلى أصلها الشرعي[6].

– تعريف عبد الله الموسى: "تصور النازلة، وتأصيلها شرعا"[7].

– تعريف قطب الريسوني: "يقصد به إعطاء الوصف الفقهي المناسب للتصرف محل النظر، ويكون ذلك بعد استجلاء حقيقته، يماثله من التصرفات، إنتهاء إلى تنزيل الأصل الشرعي على الواقعة[8]، وعرفه في

(1) الخفيف، شهادات الاستثمار، مجلة الأزهر، ص11.

(2) قلعجي، قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ص143.

(3) القحطاني، التكييف الفقهي، ص17.

(4) الجيزاني، فقه النوازل، جـ1، ص37.

(5) ينظر: الصاوي، مشكلة الاستثمار، ص497؛ وذلك عند حديثه عن المقصود بالتخريجات الشرعية لأعمال المصارف.

(6) الشمراني، مراحل النظر في النازلة الفقهية، نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة، ص388.

(7) الموسى، التكييف الفقهي للنازلة وتطبيقاته المعاصرة، نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة، ص1319.

(8) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص225.

موضع آخر بقوله: "التصور المحكم لحقيقة الواقعة لإلحاقها بأصل فقهي معتبر، بعد التحقق من المماثلة بينهما"[1].

وفي ضوء هذه التعاريف يمكن تسجيل الملاحظات الآتية:

- أنها متفقة في الدلالة على المقصود من التكييف الفقهي وهو تحرير الواقعة[2] وردها إلى أصل معين.
- الذين تناولوا موضوع التكييف الفقهي لم يضيفوا له كلمة منهج، فيطلقون عليه التكييف الفقهي، أو التكييف الشرعي[3]، التكييف الأصولي[4]، الاجتهاد التكييفي[5].
- بعض التعاريف –على غرار تعريف الخفيف والصاوي– حصرت التكييف الفقهي في العقود، والرأي: أن التكييف الفقهي يشمل جميع مجالات الفقه وأبوابه.
- إهمال بعض التعاريف –مثل تعريف الجيزاني وتعريف معجم لغة الفقهاء– للمرحلة الأولى للتكييف الفقهي وهو التصور الصحيح للمسألة.
- كما غفلت تعاريف أخرى – تعريف القحطاني– عن ذكر المرحلة الأخيرة من التكييف الفقهي؛ وهي إعطاء الواقعة حكم الأصل إذا تم التحقق من المجانسة والمطابقة.
- أهم تعريف للتكييف الفقهي هو تعريف الدكتور عثمان شبير؛ وهذا التعريف واضح الدلالة في بيان المقصود بالتكييف الفقهي؛ فقد تضمن أهم أركانه ومقوماته؛ التي هي الواقعة المستجدة والأصل وأوصافه الفقهية والتحقق من المجانسة والمشابهة، ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه حصر التكييف الفقهي في الواقعة المستجدة (النازلة)، إضافة إلى طول عبارته.
- إن التكييف الفقهي –باعتباره شكلا من أشكال الاجتهاد– لا بد أن يتم وفق آلية معينة تتكون من مجموعة خطوات اجتهادية؛ يسلكها المجتهد بغية الوصول إلى حكم شرعي للنازلة المعروضة؛

(1) الريسوني، صناعة الفتوى، ص286.

(2) تحرير المسألة: تمييزها عما تلتبس به؛ ينظر: قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص122.

(3) أغلب العلماء الذين تناولوه بالبحث والدراسة.

(4) السديس، التكييف الأصولي وأثره في النوازل المعاصرة.

(5) ينظر: طاهر، أثر التكييف الفقهي بمقاصد الشريعة وضوابطها (المعاملات المالية المعاصرة أنموذجا)، مجلة العلوم الاجتماعية https://doi.org/10.25255/jss.2019.8.2.189.214

وتتمثل في خطوات ثلاث[1]: الأولى: تصور النازلة، والثانية: تحرير الأصل المشابه للنازلة، والثالثة: إلحاق النازلة بالأصل، بغية الوصول إلى الحكم الشرعي.

بناء على ما تم تسجيله من الملاحظات على التعاريف السابقة، واستحضارا لإشكالية البحث وأغراضه، يمكن اقتراح التعريف الإجرائي الآتي:

التكييف الفقهي هو: **تصور المعاملة المالية المعاصرة وردها إلى أصولها الشرعية؛ وذلك بتحرير الأصل المشابه لها وإلحاقها به، بعد التأكد من المطابقة والمجانسة بينهما.**

وأقصد بـــ:

تصور المعاملة: معرفة حقيقتها وأقسامها ونشأتها والظروف التي أحاطت بها وأسباب ظهورها وغير ذلك.

المعاملة المالية المعاصرة:

- المسائل التي استحدثها الناس ولم تكن معروفة في عصور التشريع أو الإجتهاد مثل النقود الورقية والافتراضية، والسندات والأسهم.
- المسائل التي تغيرت علة الحكم فيها نتيجة التطور وتغير الأحوال والأعراف؛ كالتقابض الحكمي.
- العقود المركبة التي تتكون من عدة صور من صور العقود القديمة؛ كبيع المرابحة للآمر بالشراء.
- وغيرها من المسائل التي تدخل في نطاق المعاملات المالية المعاصرة.

الإلحاق بالأصل الفقهي: التعرف على الأصل الذي تكيف عليه المعاملة المالية المعاصرة؛ محل الحكم الذي يريد المجتهد التسوية بينه وبين الواقعة المعروضة، وقد يكون الأصل نصا من القرآن أو السنة أو إجماعا أو قاعدة كلية أو نصا لفقيه.

تصور المعاملة المالية المعاصرة: النظر في الأوصاف الفقهية للمعاملة محل البحث، وإلحاق صورتها بما يماثلها من مسائل الفقه المسماة، كأن نصنفها بأنها بيع أو إجارة أو رهن وهكذا.

(1) شرير، التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، آلياته وتطبيقاته، ص4.3.

المشابهة والمجانسة بين الأصل والمعاملة: وهي جوهر عملية التكييف الفقهي؛ وذلك بالجمع بين المعاملة المالية المعاصرة والأصل في الحكم لاتحادهما في العلة، وهذا يتطلب مجانسة بينهما في العناصر الأساسية من أركان وشروط وغيرها.

وعليه، فإن المقصود بعنوان البحث:

ما يترتب من أحكام على استعمال هذا المنهج في المعاملات المالية المعاصرة من خلال نماذج مختارة.

المبحث الثاني:

الألفاظ ذات الصلة بالتكييف الفقهي:

إذا كان مصطلح التكييف الفقهي حديث الاستعمال في الكتابات الفقهية، فلا يعني ذلك أن الفقهاء القدامى لم يمارسوا عملية التكييف؛ وإنما مارسوها تحت تسميات عدة وألفاظ مختلفة في الأبحاث الفقهية القديمة.

وقد أطلق الفقهاء القدامى على التكييف الفقهي عدة ألفاظ[1] منها: التصور، القياس، التخريج الفقهي، تحقيق المناط، والتوصيف الفقهي، وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول: التخريج الفقهي:

الفرع الأول: تعريفه:

1. لغة: من خرج؛ والخروج: نقيض الدخول، والاستخراج: كالاستنباط[2]، والخاء والراء والجيم أصلان، وقد يمكن الجمع بينهما؛ فالأول: النفاذ عن الشيء، والثاني: اختلاف لونين[3].

2. اصطلاحا: مصطلح التخريج عند الفقهاء والأصوليين يدور في أكثر من نطاق؛ وإن كان بين معانيه تقارب وتلاحم[4]؛ وفيما يلي بيان لأهم معانيه:

1. التوصل إلى أصول الأئمة وقواعدهم التي بنوا عليها ما توصلوا إليه من أحكام في المسائل الفقهية المنقولة عنهم؛ وذلك من خلال تتبع تلك الفروع الفقهية واستقرائها استقراء شاملا يجعل المخرج يطمئن إلى ما توصل إليه، فيحكم بنسبة الأصل إلى ذلك الإمام.

2. رد الخلافات الفقهية إلى القواعد الأصولية؛ وما ينبني على الاختلاف في القواعد الأصولية من اختلاف في الفروع الفقهية، على نمط ما في كتاب (تخريج الفروع على الأصول) للزنجاني، أو(التمهيد في تخريج الفروع على الأصول) للأسنوي.

---

(1) شبير، التكييف الفقهي، ص14.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص249.

(3) ابن فارس، مقاييس اللغة، ج2، ص175.

(4) ينظر: الباحسين، التخريج عند الفقهاء والأصوليين، ص11-13.

3. الاستنباط المقيد –وهو غالب استعمال الفقهاء–؛ أي بيان رأي الإمام في المسائل الجزئية التي لم يرد عنه فيها نص؛ عن طريق إلحاقها بما يشبهها من المسائل المروية عنه، أو بإدخالها تحت قاعدة من قواعده.

4. التعليل؛ أو توجيه الآراء المنقولة عن الأئمة وبيان مآخذهم فيها؛ عن طريق استخراج واستنباط العلة وإضافة الحكم إليها، وهو في الحقيقة راجع إلى المعاني السابقة، لأن تلك المعاني لا يتحقق أي منها دون التعليل والتوجيه، ومن هذا القبيل ما يسمى تخريج المناط.

الفرع الثاني: علاقته بالتكييف الفقهي:

بعض المعاصرين يطلق مصطلح (التخريج) ويريد به (التكييف)، وهذا توسع تأباه دقة الاصطلاح، لأن التكييف الفقهي خطوة أولى على درب التخريج الصحيح، والمخرج يعالج أول ما يعالج في صنيعه الاجتهادي تصور حقيقة المسألة، وتقليب النظر فيها من وجوه شتى، ثم يطلب الإلحاق بأصل شرعي معتبر عند استيفاء شرط المشابهة[1].

والعلاقة بين التكييف الفقهي والتخريج علاقة عموم وخصوص؛ لأن التكييف الفقهي أعم من التخريج، والتخريج هو أحد أنواع أو مسالك التكييف؛ فالتكييف الفقهي إما أن يستند إلى نص من قرآن وسنة وإجماع أو قاعدة كلية أو قاعدة مذهبية.

ويتفق التكييف الفقهي مع التخريج الفقهي في بعض جوانبه: كالتحقق من وجود العلة في الفرع، وإلحاقه بحكم الأصل، وفي كون الأصل قاعدة كلية لإمام مذهب فقهي أو فرعا فقهيا له.

ويختلفان في أن الأصل في التخريج لا بد أن يكون منصوصا عليه في مذهب إمام من الأئمة، أما التكييف فلا يشترط له ذلك، فقد يكون الأصل فيه منصوصا عليه في القرآن أو السنة[2]، والتخريج الفقهي لا يناسب المجتهد المطلق إنما يناسب المجتهد المذهبي والمجتهد الجزئي؛ ومثَّل له الموسى بالباحثين في رسائل الدكتوراه والماجستير فإنهم يجتهدون في تخريج مسألة معينة[3].

(1) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص288.

(2) شبير، التكييف الفقهي، ص21.

(3) ينظر: الموسى، التكييف الفقهي، ص19.

يضاف إلى ذلك أن التكييف الفقهي يعنى بتوصيف المستجدات توصيفاً فقهيا ليستطيع الفقيه إيجاد الحكم الشرعي المناسب لهذه المستجدات، أما التخريج الفقهي أخص منه في تصويره وتوصيفه للمسألة النازلة، فالأول يبحث عن العلة التي يُخرج عليها، والثاني تتعدد أدواته بشكل أكبر وأوسع.

المطلب الثاني: التصور:

الفرع الأول: تعريفه:

1. لغة: من صور الشيء تصويرا؛ فتصور، وتصورت الشيء توهمت[1].

2. اصطلاحا: يعد مصطلح التصور من المصطلحات المتداولة قديما وحديثا وهو شائع في كتب المتقدمين خاصة عند أهل الأصول وأهل المنطق، فتراه متناثرا في مؤلفاتهم، ويعد مصطلح التصور **عند أهل المنطق** أحد قسمي العلم الذي يتألف من التصور والتصديق ولذا يكثر في كلامهم: "العلم إما تصور وإما تصديق"[2].

قال أبو علي الحسين بن عبد الله بن سينا: "العلم إما تصور، وإما تصديق، أما التصور فهو العلم الأول، وهو أن تدرك أمرا ساذجا من غير أن تحكم عليه بنفي أو إثبات، مثل تصورنا ماهية الإنسان..."[3].

وعرفه الرازي: "بأنه إدراك الماهية من غير أن تحكم عليها بنفي أو إثبات؛ كقولك الإنسان: فإنك تفهم أولا معناه، ثم تحكم عليه إما بالثبوت وإما بالانتفاء، فذلك الفهم السابق هو التصور، والتصديق هو أن تحكم عليه بالنفي أو الإثبات"[4].

أما عند الأصوليين؛ فقد عرفه الجرجاني بقوله: "التصور حصول صورة الشيء في العقل وإدراك الماهية من غير أن يحكم عليها بنفي أو إثبات"[5].

وعرف الهوريني التصور الفقهي بأنه: "الإدراك التام للنازلة، وإلحاقها بأصلها المعتبر"[6].

(1) الرازي، مختار الصحاح، ص180.

(2) ينظر: القحطاني، التكييف الفقهي،ص 58.57.

(3) الشهرستاني، الملل والنحل، ج3، ص3.

(4) الرازي، معالم أصول الدين، ص21.

(5) الجرجاني، التعريفات، ص59.

(6) الهوريني، المنهج في استنباط أحكام النوازل، ص268.

من خلال تعريفه يتبين أن التصور الفقهي يتألف من مرحلتين أساسيتين هما:

المرحلة الأولى: الفهم التام والإحاطة بالنازلة من جميع جوانبها.

المرحلة الثانية: إلحاقها بأصلها الشرعي الذي تنبني عليه.

لكن من خلال التعاريف اللغوية يتبين أن التصور الفقهي هو الإدراك التام للنازلة أما إلحاقها بأصلها المعتبر فهو حكم عليها بالنفي والإثبات وهذا تصديق وليس تصور والله أعلم.

الفرع الثاني: علاقته بالتكييف الفقهي:

ذكر الهويريني أن مصطلح التصور الفقهي موافق لمصطلح التكييف الفقهي؛ فبعد ذكره المصطلحات ذات الصلة بمصطلح التصور الفقهي؛ قال: "فالتكييف مصطلح حادث كثر استعماله عند الفقهاء المتأخرين وهو موافق لمدلول التصور..."[1].

والذي يبدو لي أن التصور الفقهي مرحلة من مراحل التكييف الفقهي فالتصور الصحيح للمسألة يؤدي إلى التكييف الفقهي السليم، وهو مقدمة للحكم على المسألة.

المطلب الثالث: القياس:

الفرع الأول: تعريفه:

1. لغة: قست الشيء بغيره وعلى غيره إذا قدرته على مثاله؛ والمقدار مقياس، وهو ما قيس به وقايست بين الأمرين مقايسة وقياسا، ويقال: قايست فلانا إذا جاريته في القياس، ويقتاس بأبيه اقتياسا؛ أي يسلك سبيله ويقتدي به، وقاس الشيء يقيسه قيسا وقياسا واقتاسه وقيسه إذا قدره على مثاله، ويقال: هذه خشبة قيس أصبع؛ أي قدر أصبع، قايست بين شيئين إذا قادرت بينهما[2].

2. اصطلاحا:

عرف القياس بتعريفات كثيرة؛ منها:

تعريف الشاشي فقد عرفه بأنه: "ترتب الحكم في غير المنصوص عليه على معنى هو علة لذلك الحكم في المنصوص عليه، ثم إنما يعرف كون المعنى علة بالكتاب وبالسنة وبالإجماع وبالإجتهاد والإستنباط"[3].

(1) ينظر: الهويريني، المنهج في استنباط أحكام النوازل، ص270.

(2) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج6، ص186،187.

(3) الشاشي، أصول الشاشي، ص325.

الفرع الثاني: العلاقة بين القياس والتكييف الفقهي:

يجتمع القياس بالتكييف الفقهي في أن كلا منهما يعتمد على المقايسة والمقارنة بين أمرين من أجل الإلحاق بالحكم؛ فكل من التكييف الفقهي والقياس إلحاق فرع غير منصوص عليه بأصل منصوص عليه، فالتكييف الفقهي يشبه القياس في الصورة من حيث التحقق من وجود العلة في الفرع، وإلحاق الفرع بالأصل في الحكم.

ويكمن الفرق بينهما في أن القياس الأصل فيه أن يكون منصوصاً عليه في القرآن أو السنة، أما الأصل في التكييف الفقهي فلا يشترط فيه ذلك؛ فقد يكون نصاً لفقيه أو قاعدة كلية عامة، هذا من جهة ومن جهة أخرى؛ فإن العلة في القياس هي الركن الأعظم التي تقوم عليها عملية القياس، في حين أن عملية التكييف الفقهي نحتاج فيها بالإضافة إلى معرفة العلة تحليل حقيقة القضية المعروضة، وغيرها من الضوابط التي سيأتي الحديث عنها فيما بعد إن شاء الله[1]، إضافة إلى كون القياس أحد مسالك التكييف الفقهي.

المطلب الرابع: تحقيق المناط:

تحقيق المناط مركّب إضافي مكون من جزئين: تحقيق ومناط؛ ولكل جزء معناه الخاص به، ثم أصبح هذا المركّب الإضافي لقبا على مفهوم معين معروف عند علماء الأصول.

الفرع الأول: تعريف تحقيق المناط باعتباره مركب إضافي:

أولا: التحقيق:

1. التحقيق لغة: جاء في لسان العرب: حق الأمر يحق ويحق حقا وحقوقا: صار حقا وثبت، وحق الأمر يحقه حقا وأحقه: كان منه على يقين[2]، وأحقه أي تحققه وصار منه على يقين[3].

2. التحقيق اصطلاحا: التحقيق هو إثبات المسألة بدليلها[4].

(1) ينظر: شبير، التكييف الفقهي، ص20.

(2) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج10، ص49.

(3) الرازي، مختار الصحاح، ص77.

(4) الجرجاني، التعريفات، ص53.

ثانيا: المناط:

1. المناط لغة:

من نوط وهو أصل صحيح يدل على تعليق شيء بشيء، وناط الشيء ينوطه نوطا: علقه، والنوط: ما علق، وانتاط به تعلق، وكل ما علق من شيء، فهو نوط، ويقال: نيط عليه الشيء علق عليه، والنياط: عرق علق به القلب من الوتين، فإذا قُطع مات صاحبه[1].

2. المناط اصطلاحا:

المناط هو علة الحكم[2]، وهو ما أضاف الشرع الحكم إليه، وناطه به، ونصبه علامة عليه[3].

الفرع الثاني: تعريف تحقيق المناط باعتباره لقبا:

تحقيق المناط نوعان؛ أحدهما؛ أن يكون هناك قاعدة شرعية متفق عليها، أو منصوص عليها، وهي الأصل، فيتبين المجتهد وجودها في الفرع، والنوع الثاني: أن يعرف علة حكم ما في محله بنص، أو إجماع، فيتبين المجتهد وجودها في الفرع[4].

وتحقيق المناط أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله[5]، والاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف[6].

وا لمقصود منه إثبات مضمون القاعدة العامة أو الأصل الكلي أو العلة في الجزئيات والفروع إبان التطبيق، بشرط أن يكون كل من المضمون والعلة متفقا عليه[7].

الفرع الثالث: علاقته بالتكييف الفقهي:

العلاقة بين التكييف الفقهي وتحقيق المناط علاقة قوية؛ فمهمة المجتهد في تحقيق المناط هي تطبيق الكلي على جزئياته لوجود الشبه من خلال المناط المنصوص أو المجمع عليه، وتحقيق وجود الشبه بين الفرع

(1) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، جـ7، ص418، والرازي، مختار الصحاح، ص321.

(2) ينظر: الغزالي، المستصفى، ص281، حيث قال: "نعني بالعلة في الشرعيات: مناط الحكم"، وابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، جـ2، ص144، في قوله: "ونعني بالعلة مناط الحكم".

(3) الغزالي، المستصفى، ص281.

(4) وهو تقسيم الطوفي في شرح مختصر الروضة، جـ3، ص233. وقد مثل له بعدة أمثلة لم أذكرها.

(5) الشاطبي، الموافقات، جـ 5، ص12.

(6) ينظر: الشاطبي، الموافقات، جـ5، ص11 وما بعدها.

(7) الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، جـ1، ص120.119.

وأصله هو التكييف، إذ لا يصح تحقيق المناط ما لم يصاحبه التصور الكامل لماهية الفرع ونوعه وتمييزه عن غيره المخالف له في نوعه[1].

والتكييف الفقهي لكل قضية مستجدة يعتمد على تحقيق المناط؛ لأن البحث في حقيقة الواقعة والتعرف على أوصافها هو بحث في المناط الذي تحقق فيها ليجري بعد هذا تطبيق الأصل المناسب عليها، ولتكون بعدها واحدة من جزئياته بعد أن تحقق مناطه فيها كاملا[2]، والهدف من التكييف الفقهي هو التأصيل الفقهي للواقعة لإعطائها حكم الأصل، في حين أن تحقيق المناط قائم بشكل أساسي على التحقق من وجود العلة.

المطلب الخامس: التوصيف الفقهي:

الفرع الأول: تعريفه:

أولا: لغة:

التوصيف مصدر (وصف)، والواو والصاد والفاء: أصل واحد، هو تحلية الشيء[3].

ووصفه، يصفه، وصفا: نعته[4]، **ووصف**: المهر والناقة ونحوهما أجاد السير وجد فيه، والصغير المشي وصفا أطاقه، والشيء وصفا وصفة نعته بما فيه، والطبيب الدواء عينه باسمه ومقداره، والخبر حكاه، والثوب الجسم أظهر حاله، وبين هيئته؛ فهو واصف[5].

والصفة: الأمارة اللازمة للشيء[6].

ثانيا: اصطلاحا:

التوصيف الفقهي أن يكون هناك قاعدة كلية مقررة بنص من كتاب، أو سنة، أو متفق عليها، فيقوم المجتهد بتنزيلها على الفرع في الأذهان على تلك الأوصاف من القاعدة"، وهكذا كل ما كان تحقيق المناط فيه بتنزيلها على الفرع متوجها على الأنواع لا على الأشخاص والوقائع المعينة فهو توصيف فقهي[7].

---

(1) القحطاني، التكييف الفقهي، ص22.

(2) الكيلاني، أثر الاختلاف في تحقيق المناط في اختلاف المجتهدين، ص25.

(3) ينظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، ج6، ص115.

(4) ينظر: الزبيدي، تاج العروس، ج24، ص459.

(5) ينظر: معجم اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ج2، ص1036.

(6) ينظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، ج6، ص115.

(7) آل خنين، توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، ج1، ص77.76، وقد منع عبد الله آل خنين في كتابه إطلاق التكييف على التوصيف في كتابه توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، ج1، ص52 (الهامش).

وتوصيف العقد بيان موقعه من العقود، وهل هو عقد جديد من العقود غير المسماة؟ أم هو داخل ضمن العقود المسماة التي ذكرها الفقهاء المتقدمون رحمهم الله[1].

الفرع الثاني: علاقته بالتكييف الفقهي:

التوصيف الفقهي يمثل المرحلة الأولى من التكييف الفقهي، لأنه وصف للواقعة وذلك بتحريرها وبيان أوصافها الصحيحة؛ فقد يتم اتفاق بعض العلماء على التوصيف الفقهي لنازلة، ولكنهم يختلفون في تنزيل الحكم الشرعي عليها.

(1) السلمي، عقد التصريف، توصيفه وحكمه، مجلة العدل، ص50.

ملخص:

- لم يرد مصطلح التكييف الفقهي في كلام المتقدمين، فقد كانوا يكتفون بالتعريف للباب أو المسألة والتمثيل لها، وإذا احتاجوا الإلحاق بمسألة أو باب مشابه ألحقوه دون تخصيص ذلك بعنوان التكييف ونحوه، ونظرا للاهتمام المتزايد للمعاصرين بالفقه النوازلي وإفراده له بالتصنيف والدراسة، فقد ظهر استخدامه في كتاباتهم وأبحاثهم.

- أول ظهور لهذا الاصطلاح كان على يد العلماء الذين اهتموا بالبحوث المقارنة بين الفقه والقانون، أين تم استلهامه من الدراسات القانونية وتوطينه بعد ذلك في البحوث الفقهية.

- يعرَّف التكييف الفقهي بأنه تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة.

- التكييف الفقهي –باعتباره شكلا من أشكال الاجتهاد- لا بد أن يتم وفق آلية معينة تتكون من مجموعة خطوات اجتهادية؛ يسلكها المجتهد بغية الوصول إلى حكم شرعي للنازلة المعروضة؛ وتتمثل في خطوات ثلاث: الأولى: تصور النازلة، والثانية: تحرير الأصل المشابه للنازلة، والثالثة: إلحاق النازلة بالأصل، بغية الوصول إلى الحكم الشرعي.

- التكييف الفقهي في مجال المعاملات المالية المعاصرة هو: تصور المعاملة المالية المعاصرة وردها إلى أصولها الشرعية وذلك بتحرير الأصل المشابه لها وإلحاقها به؛ بعد التأكد من المطابقة والمجانسة بينهما.

- إذا كان مصطلح التكييف الفقهي حديث الاستعمال في الكتابات الفقهية، فلا يعني ذلك أن الفقهاء القدامى لم يمارسوا عملية التكييف؛ وإنما مارسوها تحت تسميات عدة وألفاظ مختلفة في الأبحاث الفقهية القديمة.

- أطلق الفقهاء القدامى على التكييف الفقهي عدة ألفاظ منها: التصور، القياس، التخريج الفقهي، تحقيق المناط، والأشباه والنظائر.

الفصل الثاني

التأصيل الشرعي للتكييف الفقهي وأهميته وأنواعه

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: التأصيل الشرعي للتكييف الفقهي وأهميته:

المبحث الثاني: أنواع التكييف الفقهي:

المبحث الأول:

التأصيل الشرعي للتكييف الفقهي وأهميته:

المطلب الأول: التأصيل الشرعي للتكييف الفقهي:

بما أن التكييف الفقهي منهج من مناهج الاجتهاد الفقهي لإلحاق النوازل والوقائع المستجدة بأصلها، فإن مشروعيته تستمد من مشروعية الاجتهاد، وفيما يأتي ذكر لبعض الأدلة التي تنهض بمشروعية التكييف الفقهي:

الفرع الأول: الأدلة النقلية:

أولا: من القرآن:

1. قوله تعالى: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ﴾ (النساء:83).

قال القرطبي في تفسيره للآية: "وأولو الأمر هم أهل العلم والفقه ... والاستنباط مأخوذ من استنبطت الماء إذا استخرجته، فالاستنباط هو الاستخراج؛ وهو يدل على الاجتهاد إذا عدم النص والإجماع"[1].

وقال ابن القيم: "ومدار الاستدلال جميعه على التسوية بين المتماثلين والفرق بين المختلفين؛ فإنه إما استدلال بمعين على معين أو بمعين على عام، أو بعام على معين، أو بعام على عام؛ فهذه الأربعة هي مجامع ضروب الاستدلال..."[2]؛ وهذا هو مدار التكييف الفقهي؛ فهو قائم على إلحاق المثل بمثيله، وربط الفروع بأصولها بناء على التسوية بينهما لتماثلهما.

2. قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَـٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ﴾(النساء: 59)

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج6، ص479.

(2) ابن القيم، اعلام الموقعين، ج1، ص101.

والرد إلى الله عزوجل رد إلى كتابه، والرد إلى الرسول صلى الله عليه وسلم رد إلى سنته، والرد إلى أولي الأمر رد إلى أهل العلم والاجتهاد لاستنباط الأحكام؛ والتكييف الفقهي ضرب من ضروب الاستنباط في تحرير الوقائع إلى ما يماثلها من المسائل.

3. قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (المائدة: 95).

ووجه الإستدلال من الآية؛ أن الله عزوجل قد أمرنا بالاجتهاد في بحث المثل والمشابهة في جزاء الصيد فدل ذلك على اعتباره في جميع الصور الاجتهادية؛ ومنها النظر في أحكام النوازل المعاصرة، والتكييف الفقهي نوع من الاجتهاد في تحرير الوقائع إلى ما يشبهها ويماثلها من الأدلة والمسائل[1]؛ فقد قال القرطبي في بيانه للآية: "وهذا تمثيل الشيء بعدله ومثله وشبهه ونظيره وهذا نفس القياس عند الفقهاء"[2].

فإذا كان الله تعالى أمر أهل الاجتهاد بطلب المثل والشبيه في جزاء الصيد، والإلحاق به على سبيل التقريب والتغليب، فإن ذلك يعم في جميع الصور المجتهد فيها، ومنها القضايا المعاصرة التي يلج فيها الداعي إلى اعتبار الأمثال، ولمح النظائر، عندَ التكييف والاستنباط، وليس التكييف الفقهي في حقيقته إلا طلب إلحاق الواقعة المستجدة بالأصل الشرعي المعتبر بناء على ملاحظة التشابه والتماثل[3].

ثانيا: من السنة:

دلت على مشروعية التكييف الفقهي نصوص نبوية عدة؛ نذكر منها:

1. أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذا إلى اليمن قال: ﴿ كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟﴾، قال: أقضي بكتاب الله، قال: ﴿ فإن لم تجد في كتاب الله؟﴾، قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: ﴿فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا في كتاب الله؟﴾ قال: أجتهد رأيي، ولا آلو فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره، وقال: ﴿الحمد لله الذي وفق رسول، رسول الله لما يرضي رسول الله﴾[4].

(1) ينظر: القحطاني، التكييف الفقهي، ص27،28.
(2) القرطبي، جامع بيان العلم وفضله، جـ2، ص869.
(3) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص289.
(4) مسند أبي داوود، رقم الحديث650، جـ1، ص454.

فقد دل الحديث على أن العالم لا بد أن يبحث عن حكم الوقائع المستجدة في الكتاب، فإن لم يجد ففي سنة النبي، فإن لم يجد اجتهد برأيه في إلحاق تلك المسائل بأشباهها؛ وقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم معاذا –رضي الله عنه– على هذا المنهج في معرفة الأحكام الشرعية؛ وما لتكييف الفقهي إلا إلحاق الوقائع بأشباهها وأمثالها.

2. عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، أفأقضيه عنها؟ فقال: «لو كان على أمك دين، أكنت قاضيه عنها؟» قال: نعم، قال: «فدين الله أحق أن يقضى»، وفي رواية: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن أمي ماتت وعليها صوم نذر، أفأصوم عنها؟ قال: «أرأيت لو كان على أمك دين فقضيتيه، أكان يؤدي ذلك عنها؟» قالت: نعم، قال: «فصومي عن أمك»[1]، وفي رواية أخرى قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، أفأقضيه عنها؟ قال: نعم، قال: «فدين الله أحق أن يقضى»[2].

فيقضى دين الله من الصيام كما يقضى دين العباد؛ فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم دين الله كدين العبد في وجوب آدائه.

3. عن جابر بن عبد الله، قال: قال عمر بن الخطاب: هششت فقبلت وأنا صائم، فقلت: يا رسول الله، صنعت اليوم أمرا عظيما، قبلت وأنا صائم، قال: «أرأيت لو مضمضت من الماء وأنت صائم؟»[3].

فهذا يدل على تكييف القبلة من الصائم بالمضمضة من الإنسان وهو صائم؛ لتماثلهما في أن كلا منهما مقدمة لمفطر، ولم يوجد حقيقة، فلا يفطر بهما[4].

4. ما روي عن أنس أن أبا بكر، كتب له فريضة الصدقة التي فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ولا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة»[5]، وقد قال البخاري رحمه الله في ترجمة الباب

(1) صحيح مسلم، كتاب الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، من مات وعليه صوم، ج3، ص35، حديث رقم: 1953.

(3) سنن أبي داود، كتاب الصوم، باب القبلة للصائم، رقم الحديث:2385، ج2، ص311.

(4) شبير، التكييف الفقهي، ص40.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، باب في الزكاة، وأن لا يفرق بين مجتمع، ولا يجمع بين متفرق، خشية الصدقة، ج9، ص23، رقم الحديث: 6955.

"لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع" وذلك ليدلل على أنها قاعدة عامة؛ تدل على أن الفروع الفقهية المجتمعة في حقيقتها وطبيعتها تأخذ حكما واحدا، وأنه لا يفرق في الأحكام إلا عند اختلاف الفروع في حقيقتها وطبيعتها[1]؛ وهذا هو جوهر عملية التكييف.

ثالثا: أقوال الصحابة:

1. كلام عمر بن الخطاب لما كتب إلى أبي موسى الأشعري: أما بعد: "فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، لا يمنعك قضاء قضيته، راجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك، أن تراجع الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك، مما لم يبلغك في الكتاب والسنة، اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك، فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق، فيما ترى"[2].

قال السيوطي –رحمه الله– تعليقا على كلام عمر رضي الله عنه: "قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر، وقد وجدت لذلك أصلا من هذه قطعة من كتابه، وهي صريحة في الأمر بتتبع النظائر وحفظها، ليقاس عليها ما ليس بمنقول، وفي قوله: "فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق" إشارة إلى أن من النظائر ما يخالف نظائره في الحكم لمدرك خاص به؛ وهو الفن المسمى بالفروق، الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويرا ومعنى، المختلفة حكما وعلة"[3].

وفي طلب عمر رضي الله عنه من أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن يفهم حقيقة ما يعرض عليه ثم يعرف الأمثال والأشباه؛ ليتمكن من قياس الأمور إشارة إلى مشروعية التكييف الفقهي.

الفرع الثاني: الأدلة العقلية:

وذلك من وجوه عدة أهمها:

1. أن القياس على ضربين: ضرب منه في التوحيد، وضرب في أحكام الشريعة، وأما الضرب الثاني من الأصل وهو المتعلق بأحكام الشريعة فهو على وجهين أيضا:

(1) ينظر: شبير، التكييف الفقهي، ص39.

(2) سنن الدارقطني، كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، ج5، ص369، والبيهقي، السنن الصغير، باب ما على القاضي في الخصوم والشهود، ج4، ص133.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر ، ص7.6.

أحدهما: قياس الشيء على نظيره وشبيهه، فذلك محمود، والآخر: قياسه على غير نظيره وشبيهه، فذلك مذموم[1]، والفقهاء من عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا؛ وهلم جرا، استعملوا المقاييس في الفقه في جميع الأحكام من أمر دينهم، وأجمعوا على أن نظير الحق حق، ونظير الباطل باطل، فلا يجوز لأحد إنكار القياس، لأنه التشبيه بالأمور وتمثيل عليها[2].

والتكييف الفقهي في حقيقته ليس إلا طلب إلحاق الواقعة المستجدة بالأصل الشرعي بناء على ملاحظة التماثل والتشابه بين الواقعة والأصل.

2. نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد؛ ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضاً؛ والنصوص إذا كانت متناهية، والوقائع غير متناهية؛ وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار؛ حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد[3]، ويعتبر التكييف الفقهي من مناهج استنباط أحكام النوازل.

3. إن نصوص الكتاب والسنة محصورة ومواقع الإجماع معدودة مأثورة؛ وهذه الأدلة على الجملة متناهية والوقائع التي يتوقع وقوعها لا نهاية لها؛ والرأي المقطوع به عند العلماء أنه لا تخلو واقعة عن حكم الله تعالى متلقى من قاعدة الشرع، والأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع **القياس** وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال فهو إذا أحق الأصول باعتناء الطالب[4]؛ والتكييف الفقهي وجه من وجوه النظر الاستدلال، فلا بد منه لمعرفة حكم ما يستجد من قضايا معاصرة؛ بعد التحقق من وجود مقوماته وأركانه.

فإذا كانت الوقائع في الوجود لا تنحصر ولا تعد؛ فلا يصح دخولها تحت الأدلة المنحصرة، ولذلك احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره، فلا بد من حدوث وقائع لا تكون منصوصا على حكمها، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد، وعند ذلك؛ فإما أن يترك الناس فيها مع أهوائهم، أو ينظر فيها بغير اجتهاد شرعي، وهو أيضا اتباع للهوى، وذلك كله فساد؛ فلا بد من الاجتهاد في كل زمان؛ لأن

(1) الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، جـ1، ص511.

(2) ابن القيم، اعلام الموقعين، جـ1، ص157.

(3) الشهرستاني، الملل والنحل، جـ2، ص4.

(4) الجويني، البرهان، جـ2، ص3.

الوقائع المفروضة لا تختص بزمان دون زمان[1]؛ ويعتبر التكييف الفقهي أداة من أدوات الاجتهاد المعاصر؛ لبيان أحكام النوازل من خلال إلحاقها بما يشبهها من الأصول الشرعية المعتبرة.

المطلب الثاني: أهمية التكييف الفقهي:

إن لكل علم فائدة ترجى وثمرة تجنى من دراسته، وتبرز أهمية منهج التكييف الفقهي من جهات عديدة، وحيثيات متنوعة؛ وتظهر أهميته في النقاط التالية:

1. على أساس أنه مسلك من مسالك معالجة النوازل الفقهية:

فقه النوازل من العلوم المهمة والفنون الضرورية في حياة الناس اليوم، لأنه يجيب عن مشكلات وقضايا مستجدة نزلت بالناس وهم في أمس الحاجة لمعرفة الحكم الشرعي فيها؛ يقول الشاطبي: "لأن كل صورة من صوره النازلة نازلة مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير، وإن تقدم لها في نفس الأمر فلم يتقدم لنا؛ فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد، وكذلك إن فرضنا أنه تقدم لنا مثلها؛ فلا بد من النظر في كونها مثلها أو لا، وهو نظر اجتهادي أيضا"[2].

أن النوازل المعاصرة وبالأخص في مجالات المعاملات المصرفية متميزة بحداثتها وعدم وجود سوابق فقهية لها، كما تمتاز أيضا بالتعقيد والتشابك، وذلك أنها إفرازات لحضارات مختلفة لا يمت بعضها للإسلام بأي صلة، فأصبحت تلك النوازل من المسائل التي يصعب النظر فيها، وتحتاج إلى تريث وطول تأمل وفهم صحيح لحقيقتها؛ حتى تتهيأ الواقعة بعد ذلك للبحث في حكمها، فكانت الحاجة للتكييف كخطوة أو مرحلة –أملتها الضرورة– قبل الحكم فيها؛ لتتجلى الواقعة وتظهر واضحة المعالم للفقيه والمفتي[3].

2. تجديد الأدلة وتنويعها على إعجاز الشريعة:

إنّ من أهم وجوه إعجاز هذه الشريعة صلاحيتها لكل زمان ومكان وإنسان، وشمولها لجميع مناحي الحياة، وقدرتها على استنباط الأحكام الشرعية رغم أن الأدلة متناهية والنوازل والحوادث متجددة، قال تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ﴾ (النحل: 89)، وإن التصدي اليوم للنوازل الفقهية في مجالات الحياة كافة، وتكييفها تكييفًا فقهيًّا صحيحا، واستنباط أحكامها لمما يجدد الأدلة على حيوية

(1) الشاطبي، الموافقات، ج5، ص39.

(2) المرجع نفسه، ج5، ص14.

(3) ينظر: العودة، ضوابط الدراسات الفقهية، ص83.

الفقه الإسلامي، ويؤكد على صلاحيته لمواكبة التطورات، والتصدي للمستجدات، ويبرهن على أن الشريعة الإسلامية ربانية المصدر.

وهذا ما أشار إليه الإمام الجويني بقوله: "فلو قال قائل: ما يتوقع وقوعه من الوقائع لا نهاية له، ومآخذ الأحكام متناهية، فكيف يشتمل ما يتناهى على ما لا يتناهى، وهذا إعضال لا يبوء بحمله إلا موفق ربَّانٌ من علوم الشريعة"(1).

3. منهج التكييف الفقهي للنوازل يعرض لنا صورا من المجتمع الذي وقعت فيه تلك النوازل من نواحي شتى(2):

فمن **الناحية الاجتماعية** تقدم لنا النوازل صورة حية عن حياة الناس وعاداتهم ومعاملاتهم وما إلى ذلك، الأمر الذي يجعل منها مصدرا وثيقا لعام الاجتماع مثلما هو للفقيه والعالم.

ومن **الناحية السياسية** تنقل هذه النوازل صورة واقعية لحوادث تاريخية تمس ذلك المجتمع الذي وقعت فيه النازلة في السلم والحرب.

ومن **الناحية الاقتصادية** تقدم النوازل جملة من الصور عن الحالة الاقتصادية التي تمر بها البلاد الإسلامية، كالتجارة والبنوك وهذا كله يمكن معرفته من خلال تلك المسائل المتعلقة بالمواضيع الاقتصادية.

4. إنارة السبيل أمام الناس بإيضاح حكم هذه النوازل وتكييفها تكييفا سليما حتى يعبدوا الله على بصيرة؛ في منهج إسلامي واضح فلو ترك المجتهدون التصدي لتلك النوازل لعمت الفوضى ولوقع الناس في حرج شديد فكثير من المسلمين تشتد حاجتهم اليوم –وهم يدرسون في تخصصات علمية متعددة، كالطب والهندسة والاقتصاد وغير ذلك– إلى بيان أحكام ما نزل واستجد مما له تعلق بدراستهم من جهة، وواقع الحياة من جهة أخرى.

5. إذا كان مقصود المسلم من الطاعات وأعمال البر هو مرضاة الله وتحصيل الثواب، فلا شك أن التصدي لتكييف النوازل ميدان رحيب لكسب الحسنات وتحصيل الخيرات، والمشتغل بالنوازل الفقهية درسا وبحثًا من أعلى العلماء رتبة، وأجلّهم قدرًا، وأكثرهم أجرًا(3).

(1) الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، ص432.
(2) ينظر: حميش، مدخل إلى فقه النوازل، ص251.
(3) المرجع نفسه، ص253.

6. البحث في هاته المسائل يثري الفقيه بعلم من سبقه من العلماء، ومن تم يستطيع الاستفادة والإفتاء بفتاوى من سبقه؛ إذا كانت مطابقة ومتناسبة مع النازلة، أو على الأقل أن يسلك مسالكهم ومناهجهم في دراسة نوازل عصرهم على نازلة عصره حتى يصل إلى استنباط الحكم الشرعي المناسب لها[1]، فالتكييف الفقهي يجعل المكيف أكثر إطلاعا وتعمقا في الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية.

7. التكييف الفقهي للنوازل الحادثة؛ إذا جرى مجراه الصحيح بدقة وعناية ودراية وشمول وفهم؛ فإنه الخطوة الأولى للاجتهاد الصحيح في استنباط أحكام تلك النوازل، ومايحدث في ساحة الإفتاء المعاصرة من غلط وخلط؛ فما هو في الغالب إلا خطأ في التصور أو تقصير في التكييف يحيد فيه الناظر عن الطريق الصحيح للإجتهاد في أول مراحله فلا يكون بناؤه سليما ولاحكمه صحيحا[2].

فكلما امتد بساط القضايا المعاصرة، واستبهم سبيل الحكم فيها؛ إلا وكان التكييف الفقهي مخرجا اجتهاديا متعينا لإعطاء القضية المعاصرة الوصف الصحيح، وإلحاقها بالأصل الشبيه، فإذا قرت في نصاب أخواتها، وانضمت إلى نظير لداتها، تقرر فيها حكم التحليل أو التحريم واضحا لائحا، وأصبح المستفتي عن أمرها على برهان منير قبل الإقدام أو الإحجام[3].

8. إذا نوقشت هذه المسائل في المجامع الفقهية التي يتم تشكيلها من علماء يمثلون جميع الدول الإسلامية، فإن ذلك من شأنه تلقيح أفكار العلماء واستفادة بعضهم من علم البعض، وهذا يعصمهم من الخطأ أو الاختلاف، كما يساعد على وضع الأصول والضوابط الاجتهادية مما يسهل على الفقيه والمجتهد النوازلي عمله في استنباط الأحكام الشرعية[4].

9. للتكييف الفقهي أهمية عظمى في تطبيق النص الشرعي على الواقعة العملية[5]؛ والخطأ في التكييف الفقهي يؤدي إلى خلل في الحكم، لذا ينبغي للناظر في النوازل بذل الجهد في التكييف الصحيح لها حتى يصل إلى الحكم المناسب.

(1) حميش، مدخل إلى فقه النوازل، ص253.

(2) القحطاني، التكييف الفقهي، ص6.

(3) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص334.

(4) حميش، مدخل إلى فقه النوازل، ص253.

(5) القرضاوي، الفتوى بين الانضباط والتسيب، ص72.

10. ضبط الفتاوى الصادرة في النوازل التي تعاني منها المصارف الاسلامية في تعدد الآراء في المسألة الواحدة، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الفتاوى الصادرة عن الرقابة الشرعية في هذه المصارف، فقد يحدث أن تصدر هيئة الرقابة الشرعية في إحدى هذه المصارف فتوى في حكم أحد هذه الأنشطة المصرفية، ويصدر عن رقابة شرعية في مصرف آخر فتوى مختلفة تماما عن الفتوى السابقة؛ في نفس هذا النشاط، وهذا يؤدي إلى إحداث بلبلة فكرية لدى المسؤولين عن إدارة المصارف والقائمين عليها [1].

(1) ينظر: القحطاني، التكييف الفقهي، ص25.

المبحث الثاني:

أنواع التكييف الفقهي:

نستطيع استخلاص أنواع التكييف الفقهي من الألفاظ ذات الصلة به؛ التي تطرقنا لدراستها في المبحث الثاني من الإطار المفاهيمي للبحث؛ كونه مقاربا لكل من تحقيق المناط، والقياس، والتخريج، وسنحاول بإذن الله توضيح هذه الأنواع بضرب أمثلة من المعاملات المالية؛ على أن القصد من هذا ليس أن نستوعب بالبحث جميع المعاملات المالية المعاصرة، فهذا ليس من صميم البحث، وإنما القصد التمثيل لأنواع التكييف الفقهي.

وتتعدد أنواع التكييف الفقهي بناء على اعتبارات عدة؛ وفيما يلي عرض لهذه الأنواع:

- **الاعتبار الأول: باعتبار الأصل الذي يبنى عليه التكييف.**
- **الاعتبار الثاني: باعتبار وضوح الأصل وخفائه.**
- **الاعتبار الثالث: باعتبار الإفراد والتركيب.**
- **الاعتبار الرابع: باعتبار عموم وخصوص تحقيق المناط.**
- **الاعتبار الخامس: باعتبار مجال الاجتهاد.**

وسنتحدث عن هذه الاعتبارات في المطالب التالية:

المطلب الأول: باعتبار الأصل الذي يبنى عليه التكييف:

الأصل الذي تكيف عليه الواقعة أو النازلة هو محل الحكم الذي يريد المجتهد إعطاء حكمه إلى الواقعة المعروضة؛ وهذا الأصل إما نص في القرآن أو السنة، وإما إجماع، وإما قاعدة كلية، وإما نص فقهي لإمام من أئمة الفقه، وسندرسهم بشيء من التفصيل ونحاول التمثيل لهم في **مسالك التكييف الفقهي** بإذن الله؛ وهي على الترتيب الآتي:

أولا: التكييف على نص شرعي؛ (التكييف على مصدر تشريعي)

ثانيا: التكييف على قاعدة كلية عامة.

ثالثا: التكييف على الفروع الفقهية المشابهة أو نص فقهي لفقيه.

الفرع الأول: التكييف على مصدر تشريعي متفق عليه:

ونقصد بالنص الشرعي القرآن أو السنة وما يلحق بهما من إجماع؛ فالأصل في التكييف الفقهي الشرعي أن يكون مبنيا على نص سمعي شرعي ثابت في القرآن أو السنة، وما يلحق بهما من الإجماع؛ وهو ما يسمى بالتأصيل الشرعي[1]، فالنص هو الأصل في معرفة الأحكام الشرعية؛ وذلك لحديث معاذ –رضي الله عنه– لما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وسؤال النبي صلى الله عليه وسلم له: «كيف تقضي؟» قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: «فإن لم يكن في كتاب الله؟» قال: فبسنة رسول الله، قال: «فإن لم يكن في سنة رسول الله؟»، قال: أجتهد رأيي ولا آلو.

فقال رسول الله: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضاه رسول الله»[2].

ومثاله من القرآن: تكييف بعض المعاملات المالية المعاصرة استنادا لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ (البقرة: 275).

فقد جاءت النصوص الشرعية للمعاملات المالية على وجه العموم، محدودة من حيث العدد، كما جاءت بقواعد عامة، كما هو الحال في الرهن والوقف وغيرها من المعاملات المالية، وهذا يعني فتح باب الاجتهاد للعلماء في كل عصر للبحث في الوقائع المستجدة لهذه المعاملات، فمثلا قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ (البقرة: 275) جاءت عامة بتشريع البيع ولم تحدد آلية معينة لعقد البيع، لذا جاز بيع المعاطاة، والبيع بوسائل الاتصال الحديثة.

فهذه الجملة القرآنية: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ تفيد حلّ كل نوع من أنواع البيوع، سواء كان عينا بعين (المقايضة)، أم ثمنا بثمن (الصرف)، أو ثمنا بعين (السلم)، أو عينا بثمن (البيع المطلق) وسواء كان حالا أم مؤجلا، نافذا أو موقوفا، وسواء كان بيعا بطريق المساومة، أم بطريق الأمانة، وهو يشمل: المرابحة (وهو البيع بزيادة على الثمن الأول)، والتولية (البيع بالثمن الأول)، والوضيعة (وهو البيع بأنقص من الثمن الأول)، أو

(1) شبير، التكييف الفقهي، ص32.

(2) ينظر: سنن أبي داود، باب اجتهاد الرأي في القضاء، ج3، ص303، سنن الترمذي، ماجاء في القاضي كيف يقضي، ج3، ص608، ومسند أحمد، ج36، ص382.

كان بيعا بطريق المزايدة؛ فهذه كلها وغيرها حلال، لأنها من البيع الذي أحله الله تعالى، ولا يحرم من البيع إلا ما حرمه الله ورسوله بنص محكم لا شبهة فيه[1].

فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا؛ إلا ما نهى عنه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- منها، فالله تعالى أباح البيع لعباده وأذن لهم فيه إذنا مطلقا، وإباحة عامة في غير ما آية من كتابه، من ذلك قَوله تَعالَى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾(البقرة: 275)[2].

الفرع الثاني: التكييف على قاعدة كلية عامة:

والمقصود بهذا المسلك أن يكون هناك قاعدة كلية مقررة، فيلحق بها المجتهد نوازل جديدة، ولهذه القواعد أهمية كبرى، يقول الفتوحي: "تشتمل -أي القواعد الكلية- على جملة من قواعد الفقه تشبه الأدلة وليست بأدلة، لكن ثبت مضمونها بالدليل، وصارت يقضى بها في جزئياتها، كأنها دليل على ذلك الجزئي"[3].

ونستطيع التمثيل له بـ: قاعدة كل قرضٍ جر نفعاً فهو ربا:

والقرض هو دفع مال لمن ينتفع به ثم يرد مثله دون زيادة، لأن الزيادة تصبح ربا محرما، وهو ربا النسيئة أي الزيادة على أصل الدين مقابل التأخير، وكذلك إذا جر القرض نفعا فإنه ربا محرم، سواء كان النفع حسيا كالزيادة على أصل الدين، أو معنويا كرد الجيد بدل الرديء عند القضاء، والمقصود به أيضا ما كان نفعا عائدا على المقرض، أما إذا كان عائدا على المقترض فليس حراما؛ لأنه تبرع من المقرض للمقترض، وليس فيه شبهة الربا[4]، وورد في الآثار ما يؤيد القاعدة بلفظ: «كل قرض جر منفعة فهو

(1) القرضاوي، القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، ص8.

(2) ينظر: الشافعي، الأم، جـ3، ص3، وابن رشد، المقدمات الممهدات، جـ2، ص62.

(3) الفتوحي، شرح الكوكب المنير، جـ4، ص439.

(4) ينظر، الشوكاني، نيل الأوطار، جـ5، ص275.

ربا»[1]، و«إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر منفعة»[2]، وفي رواية موقوفة: «كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا»[3].

وقد اتخذها الفقهاء قاعدة فقهية؛ فيستدلون بها تارة، ويفرعون عليها تارة أخرى[4].

قال ابن عبد البر: "وقد أجمع المسلمون نقلا عن نبيهم صلى الله عليه وسلم إن اشتراط الزيادة في السلف ربا، ولو كان قبضة من علف أو حبة كما قال ابن مسعود أو حبة واحدة"[5].

وقد قرر محمد الروكي أن هذه القاعدة تندرج تحتها كل ربا النسيئة[6].

ومن المعاملات المالية المعاصرة التي تكيف تحت هذه القاعدة: **قروض تشغيل الشباب في الجزائر(ANSAEJ)**:

فالمعاملات التي تجريها الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب عن طريق البنك، حيث يحصلون على آلات العمل ويسددونها بالتقسيط؛ بواسطة بيع المرابحة الذي يقوم مقام الإقراض الربوي الجاري في البنوك الربوية؛ علما أن هذه القروض الربوية تتكفل الدولة بتسديد فوائدها، إنما هي طريقة قائمة مقام الإقراض الربوي؛ خاصة وأن البنك –في كل الأحوال– يضمن الربح؛ ويشترط على المتعامل معه التأمين على كل الأخطار على حساب المتعامل، كذلك فإن البنك يجعل لنفسه مأمنا تعويضيا عن أي خسارة قد تنجرُّ عن هذه المعاملة المالية؛ إضافة إلَى أن القرض لا يفقد صفة ربويته إذا قام غير المقترض بتسديده، سواء كان

(1) ينظر: السنن الكبرى للبيهقي، باب كل قرض جر منفعة فهو ربا، جـ5، ص571 ومابعدها، ومصنف ابن أبي شيبة، باب من كره كل قرض جر منفعة، جـ4، ص327.

(2) ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار، باب جواز الزيادة عند الوفاء والنهي عنها قبله، جـ5، ص276، وابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير، باب القرض، جـ3، ص89.

(3) ينظر: الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، جـ1، ص653، وقد أوردها الدكتور محمد الزحيلي بلفظ: القاعدة 152: كل قرض جر نفعا فهو حرام؛ وقد أوردها في القواعد الفقهية الكلية عند المالكية، الروكي، القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ص399.

(4) ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص226، و لجنة علماء، الفتاوى الهندية، جـ3، ص 202 وما بعدها، و ابن جزيء، القوانين الفقهية، ص190 ، وأكثر الشافعية يوردها على أنها حديث ضعيف عمل به (الماوردي، الشرح الكبير، جـ6، ص246، والرافعي، الشرح الكبير، جـ4، ص432 وما بعدها، والبجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، جـ3، ص18.جـ3، ص18، والسنيكي، الغرر البهية، جـ3، ص71، والمليباري، فتح المعين، ص343.)، وممن أوردها على أنها قاعدة النووي في روضة الطالبين، جـ4، ص34.

(5) ابن عبد البر، التمهيد، جـ4، ص68.

(6) الروكي، القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ص399.

المتكفل بالتسديد شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا اعتباريا كإحدى الهيئات الإدارية أو المؤسسات الحكومية؛ لأن الزيادة الربوية اشترطت عند عقد القرض؛ فهي تندرج ضمن قاعدة: "كل قرض جر منفعة فهو ربا" بغض النظر عن مسدده[1].

الفرع الثالث: التكييف بالتخريج على الفروع الفقهية المشابهة أو نص فقهي لفقيه:

وقد اجتهد الفقهاء المعاصرون في التخريج على أقوال الفقهاء الأعلام في تكييف القضايا المعاصرة، واستنباط حكمها، ولم يكن من شرطهم التخريج على أقوال الأئمة الأربعة فقط؛ بل وسعوا دائرة بحثهم ؛ بشرط أن يكون المخرَّج عليه إماما مقتدى به في العلم والفهم[2].

فالرد إلى أقوال أئمة الفقه، أو تخريج الفروع على الفروع في حكم القضايا المعاصرة مسلكٌ اجتهاديٌّ ينقل به حكم المسألة إلى ما يشبهها عند اتفاقهما في علة ذلك الحكم، فتعطى للمستجدات أحكامها ومنازلها، وبعد إعواز الدليل من الكتاب والسنة وإجماعات العلماء[3].

ومن الأمثلة المعاصرة التي تكيف على الفروع المشابهة:

تكييف جواز **البوفيه المفتوح** على بعض المسائل القديمة المشتملة على بعض الغرر، نحو:

1. دخول الحمام للاستحمام بأجرة.
2. الشرب من السقاء بعوض معلوم.
3. استئجار الظئر.

وهذه بعض أقوال الفقهاء في ذلك:

- قال النووي: "كذلك أجمع المسلمون على جواز أشياء فيها غرر حقير، منها:

أنهم أجمعوا على صحة بيع الجبة المحشوة؛ وإن لم ير حشوها ولو بيع حشوها بانفراده لم يجز.

وأجمعوا على جواز إجارة الدار والدابة والثوب ونحو ذلك شهرا؛ مع أن الشهر قد يكون ثلاثين يوما، وقد يكون تسعة وعشرين.

---

(1) ينظر: فتوى الشيخ فركوس في معاملة تشغيل الشباب؛ موقع الشيخ فركوس؛ الفتوى رقم: 467، في الاستفادة من البنوك بواسطة ديوان تشغيل الشباب، الجزائر في: 25جمادى الأولى 1427هـ/ 21جوان 2006م، :ferkous.com//https

(2) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص147.

(3) ينظر: المرجع نفسه، ص143.

وأجمعوا على جواز دخول الحمام بالأجرة مع اختلاف الناس في استعمالهم الماء وفي قدر مكثهم[1].

وأجمعوا على جواز الشرب من السقاء بالعوض مع جهالة قدر المشروب واختلاف عادة الشاربين وعكس هذا.."[2].

– قال ابن قدامة: "وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر، وهي: المرضعة؛ وهو في كتاب الله تعالى في قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: 6)، واسترضع النبي –صلى الله عليه وسلم– لولده إبراهيم"[3].

المطلب الثاني: باعتبار وضوح الأصل وخفائه:

ينقسم التكييف بهذا الاعتبار إلى جلي وخفي؛ وذلك أن الأصل الذي ترد إليه النازلة متفاوت من حيث الظهور والوضوح؛ فقد يكون ظاهرا جليا في بعض الصور فلا يحتاج إلى كبير نظر واجتهاد، وقد يكون خفيا فيتطلب بذل الوسع في إدراكه.

وهذا ما وضحه الإمام الغزالي بقوله: "إنه إذا بان لنا بالنص مثلا، أن الربا منوط بوصف الطعم؛ بقوله: ﴿لا تبيعوا الطعام بالطعام﴾[4] أو بتصريحه –مثلا– بأنه لأجل الطعام، فيتصدى لنا طرفان في النفي والإثبات واضحان؛ أحدهما: الثياب والعبيد والدور والأواني، فإنها ليست مطعومة قطعا، والثاني: الأقوات والفواكه والأدوية، فإنها مطعومة قطعا، وبينهما أوساط متشابهة؛ ليس الحكم فيها بالنفي والإثبات جليا: كدهن الكتان، ودهن البنفسج، والطين الأرمني، والزعفران، وأنها معدودة من المطعومات أم لا؟ فيحتاج إلى نوع من النظر في تحقيق معنى الطعم فيها أو نفيه عنها"[5].

وملخص كلام الغزالي –رحمه الله– أن المناط من حيث ظهوره في الأطراف ليس على نفس الدرجة، فبعضها يظهر تحقق المناط فيها فيأخذ حكم الأصل، وبعضها يظهر عدم تحقق المناط فيها فلا تأخذ حكم الأصل، وبعضها الآخر يبقى وسطا بين هاتين الدرجتين؛ وذلك لخفاء تحقق المناط فيها.

(1) ينظر: حاشية ابن عابدين، جـ6، ص52، والسرخسي، المبسوط، جـ15، ص160.

(2) النووي، شرح صحيح مسلم، جـ10، ص156.

(3) ابن قدامة، المغني، جـ5، ص367.

(4) عند البحث عن تخريجه لم أجده بهذا اللفظ؛ صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلا بمثل.

(5) الغزالي، أساس القياس، ص37.38.40، وغيرها من الأمثلة التي أوردها –رحمه الله–.

ويؤكد الشاطبي هذا المعنى بقوله: "... وذلك أن الشارع إذا قال: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (الطلاق: 2) وثبت عندنا معنى العدالة شرعا، افترقنا إلى تعيين من حصلت فيه هذه الصفة وليس الناس في وصف العدالة على حد سواء، بل ذلك يختلف اختلافا متباينا؛ فإنا إذا تأملنا العدول وجدنا لاتصافهم بها طرفين وواسطة: "طرف أعلى" في العدالة لا إشكال فيه كأبي بكر الصديق، و"طرف آخر" وهو أول درجة في الخروج عن مقتضى الوصف؛ كالمجاوز لمرتبة الكفر إلى الحكم بمجرد الإسلام، فضلا عن مرتكبي الكبائر المحدودين فيها، و"بينهما" مراتب لا تنحصر، وهذا الوسط غامض، لا بد فيه من بلوغ حد الوسع، وهو الاجتهاد"[1].

ومن أمثلة التكييف الفقهي الجلي: الفوائد البنكية.

فالمجتهد عند تكييفه للفوائد البنكية يجد أنها أسوأ من ربا الجاهلية؛ فبمقارنة بسيطة بينهما يتضح ما يلي: أن أهل الجاهلية كانوا يقرضون نقودا فعلية سلعية؛ بخلاف البنوك فإنها تأخذ فوائد ربوية على ما خلقته من ائتمان أو نقود، والفائدة في الجاهلية كانت تحدد بالتراضي، أما المقترض من البنوك فتفرض عليه الشروط فرضا ولا يملك تغييرها، إضافة إلى أن أهل الجاهلية كانوا يأخذون الفوائد في نهاية المدة أو مقسطة، أما البنوك فإنها تخصمها من البداية قبل أن يأخذ المقترض القرض، والقروض في الجاهلية كانت تستخدم في الاستثمار الفعلي، أما البنوك الربوية فإنها لا تستثمر[2].

فعند تكييف الفوائد البنكية نجد أن مناط تحريم ربا الجاهلية ينطبق عليها؛ وعليه نص قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق 22-28 ديسمبر 1985م، بعد أن عرضت عليه بحوث مختلفة في التعامل المصرفي المعاصر، وبعد التأمل فيما قدم ومناقشته مناقشة مركزة أبرزت الآثار السيئة لهذا التعامل على النظام الاقتصادي العالمي، وعلى استقراره خاصة في دول العالم الثالث، وبعد التعامل فيما جره هذا النظام من خراب نتيجة إعراضه عما جاء في كتاب الله من تحريم الربا جزئيا وكليا تحريما واضحا بدعوته إلى التوبة منه، إلى الإقتصار على استعادة رؤوس أموال القروض دون زيادة ولا نقصان قل أو كثر، وما جاء من تهديد بحرب مدمرة من الله ورسوله للمرابين، قرر:

(1) الشاطبي، الموافقات، جـ5، ص 13.12.

(2) ينظر: السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ص135، والقرضاوي، فوائد البنوك هي الربا الحرام، ص29.

أن كل زيادة أو فائدة على الدين الذى حل أجله وعجز عن الوفاء به مقابل تأجيله، وكذلك الزيادة (أو الفائدة) على القرض منذ بداية العقد: هاتان الصورتان ربا محرم شرعا[1].

ومن أمثلة التكييف الفقهي الخفي: التأمين التجاري[2].

والتأمين التجاري عبارة عن: "نظام تعاقدي يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاول عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية"[3].

فهو إلتزام طرف لآخر بتعويض نقدي يدفعه له، أو لمن يعينه، عند تحقق حادث احتمالي مبين في العقد، مقابل ما يدفعه له هذا الآخر من مبلغ نقدي في قسط أو نحوه[4].

وقد تناول عقد التأمين بالدراسة كثير من الباحثين ما بين مطول ومختصر، والمجتهد عند تكييفه لعقد التأمين التجاري، وبعد النظر في صورته، وبيان حقيقته، يجد أنه عقد يتنازعه أصلان[5]:

- الأول يقضي بحرمته[6] لاشتماله على الغرر، وعلى الربا، وعلى القمار، ونظرا لتحقق مناط هذه الأصول في التأمين التجاري؛ فإنه محرم.

- الأصل الثاني فيقضي بجوازه؛ كونه فيه تعاون نافع على تفتيت المصائب وإزاحتها عن رأس من تقع عليه، وتوزيعها على أكبر عدد ممكن من المتعاونين -مجموع المستأمنين-[7].

فالمجتهد عند تكييفه لعقد التأمين التجاري يشتبه عليه إلى أي الأصلين يرد؟

(1) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، القرار رقم3.

(2) أورد هذا المثال: مقداد، شرير، التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، ص23.

(3) الزرقا، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، ص19.

(4) ثنيان، التأمين وأحكامه، ص40.

(5) ينظر: مقداد، شرير، التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، ص23.

(6) ينظر: أبحاث كبار العلماء، جـ4، ص307-310، القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد13، ص1525، السويلم، وقفات في موضوع التأمين، ص4.3، والأيوبي، المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار رقم: 26، ص685.

(7) الزرقا، التأمين وإعادة التأمين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، جـ2، ص434، والفرفور، عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، جـ2، ص409.

فهو يشبه الأصل الأول من وجوه، والأصل الثاني من وجوه أخرى؛ وهذا من قبيل التكييف الفقهي الخفي؛ لكن عند مزيد من النظر والاجتهاد في تفاصيله وأسراره، يجد المجتهد أن التأمين التجاري إلى الأصل الأول أقرب فيقضي بعدم جوازه.

المطلب الثالث: باعتبار الإفراد والتركيب:

والتكييف الفقهي بهذا الاعتبار ينقسم إلى قسمين: التكييف البسيط والتكييف المركب؛ وفيما يلي بيان ذلك:

الفرع الأول: التكييف البسيط:

وهو أن يكون التكييف جليا؛ حيث يمكن رد النازلة إلى أصل من أصول الشريعة بسهولة ولا تكون النازلة مركبة أو متداخلة.

وذلك **كتكييف أغلب الفقهاء الودائع المصرفية** على القرض[1].

وهذا ما ذهب إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد حيث قرر:

– أن الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) سواء أكانت لدى البنوك الإسلامية، أو البنوك الربوية هي قروض بالمنظور الفقهي، حيث إن المصرف المتسلم لهذه الودائع يده يد ضمان لها هو ملزم شرعا بالرد عند الطلب، ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك (المقترض) مليئا.

– إن الودائع المصرفية تنقسم إلى نوعين بحسب واقع التعامل المصرفي:

أ – الودائع التي تدفع لها فوائد، كما هو الحال في البنوك الربوية، هي قروض ربوية محرمة سواء أكانت من نوع الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية)، أم الودائع لأجل، أم الودائع بإشعار، أم حسابات التوفير.

ب – الودائع التي تسلم للبنوك الملتزمة فعليا بأحكام الشريعة الإسلامية بعقد استثمار على حصة من الربح هي رأس مال مضاربة، وتنطبق عليها أحكام المضاربة (القراض) في الفقه الإسلامي التي منها عدم جواز ضمان المضارب (البنك) لرأس مال المضاربة[2].

(1) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، بحوث موضوع: الودائع المصرفية، حسابات المصارف.

(2) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، قرار رقم 3/90/ د 9، بشأن الودائع المصرفية حساب المصارف، ص701.

الفرع الثاني: التكييف المركب:

وهو ما أشكل فيه رد النازلة إلى أصل فقهي معين، بل يتجاذب النازلة أكثر من أصل، ويمكن في هذا النوع أن تجعل النازلة مسألة مستقلة بذاتها، بحيث ينظر إليها باعتبار أنها مركبة من عدة أصول؛ كاختلافهم في تكييف خطاب الضمان المصرفي؛ وفيما يلي بيان ذلك:

وخطاب الضمان خدمة مصرفية يقدمها البنك لعملائه لتسهيل تعاملاتهم؛ وهو من الأنشطة المصرفية المهمة، وقد اختلف الفقهاء المعاصرين في حكمه بناء على اختلافهم في تكييفه.

ويعد خطاب الضمان من المصطلحات التي اختلف الفقهاء المعاصرين في تعريفها، وذلك لاختلافهم في تكييفه الفقهي، فمنهم من رأى أنه:

- **كفالة**[1].
- **وكالة**[2].
- **كفالة من جهة، ووكالة من جهة أخرى**[3].
- **يُخرَّج على قاعدة الخراج بالضمان**[4].
- **جعالة**[5].
- **عقد مستحدث**[6].

(1) ينظر: فقه النوازل، بكر أبو زيد، جـ1، ص206، شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص299، وحسنين، أضواء على المعاملات المالية في الإسلام، ص181.

(2) حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص300.

(3) ينظر: عبد الله الأمين، دراسة حول خطابات الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص863، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص1030.

(4) ينظر: البعلي، الاستثمار والرقابة الشرعية، ص59 وما بعدها.

(5) باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، ص131.130.

(6) ينظر: العطين، الطبيعة الشرعية لخطاب الضمان في العقود التجارية، ص196، والديرشوي، مسألة أخذ الأجرة مقابل خطاب الضمان، مجلة، ص138.

المطلب الرابع: باعتبار عموم وخصوص تحقيق المناط:

ينقسم التكييف الفقهي باعتبار عموم وخصوص تحقيق المناط إلى: التكييف الفقهي العام، والتكييف الفقهي الخاص، وبيان ذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: التكييف الفقهي العام:

وهو ما يرجع إلى الأنواع لا إلى الأشخاص، كتعيين نوع المثل في جزاء الصيد، ونوع الرقبة في العتق في الكفارات، وما أشبه ذلك، فهو نظر في تعيين المناط من حيث هو لمكلف ما، فإذا نظر المجتهد في العدالة مثلا، ووجد هذا الشخص متصفا بها على حسب ما ظهر له، أوقع عليه ما يقتضيه النص من التكاليف المنوطة بالعدول، من الشهادات والانتصاب للولايات العامة أو الخاصة، وهكذا إذا نظر في الأوامر والنواهي الندبية، والأمور الإباحية، ووجد المكلفين والمخاطبين على الجملة، أوقع عليهم أحكام تلك النصوص، كما يوقع عليهم نصوص الواجبات والمحرمات من غير التفات إلى شيء غير القبول المشروط بالتهيئة الظاهرة، فالمكلفون كلهم في أحكام تلك النصوص على سواء في هذا النظر[1].

ونستطيع التمثيل له بالنقود الالكترونية:

والنقود الالكترونية عبارة عن مجموعة من البروتوكولات والتواقيع الرقمية التي تتيح للرسالة الالكترونية أن تحل فعليا محل تبادل العملات العملات التقليدية؛ وتتنوع هذه النقود؛ لتأخذ أشكالا متعددة، منها: البطاقة البلاستيكية الممغنطة (بطاقة الصرف الآلي، أو الفيزا)، والشيك الالكتروني، والنقود الالكترونية المبرمجة، وهي تعتمد على برمجيات لدفع النقود عبر الانترنت من خلال الشبكة الخاصة بالبنك؛ وإن المجتهد عند تكييفه لهذه النازلة ينظر في صورتها، ويحيط بتفصيلاتها إحاطة كاملة، ليجد أن مناط الأصول العامة للشريعة متحقق فيها، ومنه مقصد حفظ المال، ورفع الحرج والمشقة عن الناس، بالإضافة إلى التيسير على العباد في معاملاتهم، وقاعدة: "الأصل في العقود الصحة"، كل هذه الأصول تتحقق في النقود الالكترونية لتأخذ حكمها العام، وهو الإباحة لجميع المكلفين، وهذا من قبيل التكييف الفقهي العام[2].

(1) ينظر: الشاطبي، الموافقات، جـ5، ص23.

(2) مقداد، شرير، التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، حقيقته، وأنواعه، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، ص25.26.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي الخاص:

وهو الذي يتناول الوقائع التي تحتف بها ظروف خاصة لا توجد في حكم الأصل الذي ينبني عليه التكييف، فينظر المجتهد فيه إلى الظروف والملابسات التي تحتف بالوقائع المعروضة، والتي تقترن ببعض المكلفين؛ وذلك لأن ما يلابس بعض المكلفين من الظروف قد يجعل لهم وضعا خاصا عن سائر الأفراد الذين يشتركون معهم في أصل المناط؛ ويطلق على هذا النوع: تحقيق المناط في الأشخاص[1].

ومثاله شراء المنازل بقرض بنكي ربوي في غير بلاد الإسلام:

فمن المعاملات المنتشرة في البلدان غير الإسلامية: مسألة شراء المنازل عن طريق البنوك الربوية؛ وهذه المعاملة تقوم أساسا على الربا من خلال تسديد الأقساط بفوائد ربوية يتقاضاها البنك.

وقد اختلفت فيها أنظار الفقهاء؛ وقد أفتى عدد من العلماء وبعض المؤسسات الفقهية بجواز شراء المنازل بقرض ربوي للأقليات المسلمة في الغرب؛ منهم: محمد رشيد رضا، مصطفى الزرقا، ويوسف القرضاوي[2].

المطلب الخامس: باعتبار مجالاته:

ونقصد بمجالات التكييف الفقهي الميادين التي يمكن أن نستخدم فيها التكييف الفقهي كأحد مسالك استنباط الحكم الشرعي.

ومنهج التكييف الفقهي باعتباره اجتهادا لإلحاق الوقائع المستجدة بأصل فقهي وفق ضوابط وشروط؛ يشمل جميع مجالات الفقه الإسلامي من عبادات ومعاملات وسياسة شرعية وقضايا طبية، لأن المسلم تنزل به وقائع جديدة في شتى مجالات الحياة، وفيما يأتي بيان ذلك:

الفرع الأول: التكييف الفقهي في مجال العبادات:

إذا كان الأصل في العبادة الحظر والمنع، والامتثال للأمر دون زيادة ولا نقصان، فلا مجال فيها للاجتهاد وتكييف الوقائع إلا ما جرى منها مجرى الوسائل؛ وهي الأمور التي تسعف المكلف على أداء الطاعات بيسر وسهولة، فإن مبناها على الإباحة والجواز؛ لأن الإسلام لا يحظر تطوير الوسيلة مراعاة

(1) شبير، التكييف الفقهي، ص37.

(2) ينظر: القرضاوي، فقه الأقليات، ص161.167.

للأحوال المتجددة، وتصحيحا للأوضاع القائمة، ويوكل ذلك في كل عصر إلى المجتهدين الذين يقدرون أنسب الوسائل وأقواها على تحصيل المطلوب[1].

ومن أمثلتها:

- الصلاة في الطائرات والمركبات الفضائية تكييفا على الصلاة في السفينة؛ إذ أن الطائرة سفينة الهواء، كما أن المركب سفينة الماء[2].
- الصلاة والصيام في البلاد التي يطول فيها النهار أو يقصر، أو لا يوجد فيها نهار أو ليل، وتكييف هذه المسألة راجع إلى مسألة بحثها بعض متأخري فقهاء الأحناف والمالكية تتعلق بمن لم يجد وقتا للصلوات الخمس، فهل تسقط عنه الصلوات التي لم يجد وقتا لها، لأن الوقت سبب الوجوب؟[3].

الفرع الثاني: التكييف الفقهي المالي.

والمقصود بالمعاملات المالية: مجموعة المبادلات والمعاوضات المالية التي تكون بين طرفين، وقد جمعت نظرا لتعدد أنواعها[4]؛ والمعاملات المالية المعاصرة تشمل القضايا المالية التي استحدثها الناس في العصر الحديث؛ فما استجد على واقع فقه المعاملات المالية من التنوع والتداخل والتركيب والتعقيد وتطور أساليب ووسائل المؤسسات المالية أدى إلى تضخم المسائل والفروع المعاصرة المندرجة تحت نطاق المعاملات المالية المعاصرة.

ومن النوازل المعاصرة في المعاملات المالية **الشرط الجزائي**؛ وهو اتفاق المتعاقدين على الغرامة[5]، أو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شُرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم يُنفّذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه[6].

(1) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص73.72.

(2) ينظر: القحطاني، منهج استخراج أحكام النوازل، ج2، ص649.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين، ج1، ص362 وما بعدها، والقحطاني، منهج استخراج أحكام النوازل، ج2، ص655.

(4) الكبي، المعاملات المالية في ضوء الإسلام، ص17.

(5) الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص178.

(6) ينظر: الجيزاني، فقه النوازل، ج3، ص79، وهو قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشر، الرياض، من 25 جمادى الآخرة إلى غرة رجب 1421هـ.

وقد أجازه العلماء المعاصرون في مجال المقاولات وعقود الاستصناع وإجارة الأعمال وغيرها من العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا؛ فإن هذا من الربا الصريح، ولا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يطبق في تأخير الديون، لأن كل زيادة في الدين مشروطة أو متعارف عليها أو مقضي بها من القاضي هي ربا صريح، بخلاف تطبيقه في غير الديون، كالمقاولات وعقود الإستصناع[1].

فالحكم الأصلي لكل زيادة مشروطة في العقد التحريم؛ لأنه الربا المحرم، ولكن بعض العقود – كالمقاولة والاستصناع– له خصوصية تجعله يختلف عن بقية العقود؛ فتكون الزيادة فيه تختلف عن العقود المالية الأخرى؛ لأن تأخر المقاول والمستصنع في أداء ما يلتزمه يؤدي لا محالة إلى خسارة الطرف الآخر، فينشأ الشرطي الجزائي لحاجة الناس إليه، ضمانا لتقيد المقاول والمستصنع بما يلتزمه، ومنعا لحصول خسارة ومضرة للطرف الآخر؛ وهذا الاجتهاد مبني على النظر المقاصدي الذي يقتضي جواز هذا الشرط تحقيقا للمصالح منها عن المفاسد، فلا بد من تكييف هذه الزيادة –الشرط الجزائي– تكييفا خاصا باعتبار خصوصية طبيعتها، مغايرا للحكم الأصل، محققا للمصالح الشرعية؛ فاستثني هذا الشرط عن عموم الحكم المانع عن الزيادة المشروطة في العقد، لأن تطبيق الحكم الأصلي –حرمة الزيادة المشروطة– لا يخدم مقاصد الشريعة من تحقيق المنافع ودفع المفاسد[2].

الفرع الثالث: التكييف الفقهي في مجال السياسة الشرعية.

ونستطيع التمثيل للتكييف الفقهي في مجال السياسة الشرعية بمسألة الضرائب المعاصرة المفروضة زيادة على الزكاة: فالمجتهد ينظر في هاته النازلة ليجد أن القول بجوازها يتكيف على قواعد عامة معتبرة شرعا؛ كقاعدة: (يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام)[3]، وقاعدة: (إذا تعارض مفسدتان روعي

(1) ينظر: الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص180.178، الجيزاني، فقه النوازل، ج3، ص80.79، وهو قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشر، الرياض، من 25 جمادى الآخرة إلى غرة رجب 1421هـ.

(2) ينظر: سابوترا، رفقي، منهجية تنزيل الأحكام على النوازل المعاصرة نحو تطبيق رشيد للأحكام الشرعية، مجلة ورقات للعلوم الإسلامية، المجلد السابع، العدد1، يناير، يونيو2022، ص10، الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص180.178، الجيزاني، فقه النوازل، ج3، ص80.79، وهو قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشر، الرياض، من 25 جمادى الآخرة إلى غرة رجب 1421هـ.

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص74.

أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما)[1]، فهذه القواعد وغيرها تجيز أخذ الضريبة حتى وإن كانت مفسدة؛ إلا أنها خاصة، فتتحمل لأجل المصلحة العامة، أو لكونها أخف من المفسدة العامة، أو لأن هذا المغرم يقابله مغانم كثيرة يجنيها المرء، لأجل هذا يفتي المجتهد بجواز أخذ الضريبة تكييفا لها على هذه القواعد والأصول العامة [2].

الفرع الرابع: التكييف الفقهي الطبي:

وهناك الكثير من النماذج التطبيقية من المسائل الطبية المعاصرة؛ وقد اقتصرت على اختلاف المعاصرين في تكييف موت الدماغ دون القلب (أي إذا مات الدماغ وما زال القلب والتنفس يعملان بواسطة الأجهزة)، وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي[3]:

أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة إذا تبينت فيه إحدى العلامتين:

- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل، وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء لايزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة.

(1)ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص76.

(2) مقداد، شرير، التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، حقيقته، وأنواعه، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، ص17.

(3) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عمان-الأردن، الدورة الثالثة، 16 أكتوبر1986، قرار رقم: (5) د 3/ 07/ 86، ج3، ص330.

الفصل الثالث

أركان التكييف الفقهي وضوابطه

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: أركان التكييف الفقهي

المبحث الثاني: ضوابط الواقعة

المبحث الثالث: ضوابط عملية التكييف

المبحث الرابع: ضوابط الأصل

المبحث الخامس: ضوابط الفقيه الممارس للتكييف الفقهي

تمهيد:

لقد وضع علماؤنا القدامى من قبل ضوابط وقواعد للاجتهاد في أحكام النوازل، رغم ما تميز به عصرهم من البساطة واليسر، فكيف بعصرنا الحاضر المتميز بمشاكله وتطور الحياة فيه، خاصة مع العدد الكبير في مسائل المستجدات المالية وتنوع موضوعاتها؛ كالمصارف والنقود والشيكات والأسهم والسندات؛ التي تحتاج إلى ضوابط وأصول يرجع إليها الباحث لمعرفة أحكامها الشرعية.

وضوابط التكييف الفقهي عموما ترجع إلى الضوابط العامة للنظر والاجتهاد في النوازل؛ والتي ضمنها الأصوليون في كتبهم؛ إذ التكييف الفقهي فرع من النظر، والاجتهاد يرجع إلى أصوله وضوابطه؛ وهذه الضوابط تحدد الخطوات المنهجية في منهج التكييف الفقهي للمسائل والنوازل لتتضح الصورة أكثر لدى المتصدي، وفي هذا المبحث سنتناول أركان التكييف الفقهي وضوابطه من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: أركان التكييف الفقهي

المبحث الثاني: ضوابط الواقعة

المبحث الثالث: ضوابط عملية التكييف

المبحث الرابع: ضوابط الأصل

المبحث الخامس: ضوابط الفقيه الممارس للتكييف الفقهي

المبحث الأول:

أركان التكييف الفقهي:

كلما امتدّ بساط القضايا، واستبهم سبيل الحكم فيها، إلا وكان التكييف الفقهي مخرجا اجتهاديا متعينا لإعطاء القضية المعاصرة الوصف الصحيح، وإلحاقها بالأصل الشبيه، فإذا قرت في نصاب أخواتها، وانضمت إلى نظير لداتها، تقرر فيها حكم التحليل أو التحريم واضحا لائحا، وأصبح المستفتي عن أمرها على برهان منير قبل الإقدام أو الإحجام[1]، هذا وقد اتفقت أغلب تعريفات العلماء على أن التكييف الفقهي هو: تحرير وتصوير الواقعة أو النازلة وردها إلى أصل فقهي معتبر؛ وتبعا لهذا فإن التكييف الفقهي لأي نازلة يتكون من ستة مقومات؛ ألا وهي: الواقعة، الأصل الذي ترد إليه الواقعة، حكم الأصل الفقهي المعتبر، العلة المشتركة بين الأصل والواقعة، وعملية التكييف في حد ذاتها أو المطابقة والمجانسة، والفقيه أو المجتهد الذي يقوم بعملية التكييف الفقهي؛ وفيما يلي عرض لهاته الأركان:

المطلب الأول: الواقعة:

الواقعة أو النازلة هي أهم مقوم يقوم عليه منهج التكييف الفقهي؛ لأن الغرض من هذا المنهج بيان الحكم الشرعي للواقعة؛ ولأنه لو لم تكن هناك واقعة لما احتجنا لإجراء هذا الضرب من الإجتهاد.

أولا: تعريف الواقعة:

الواقعة اصطلاحا: هي (الحادثة التي تحتاج إلى استنباط حكم شرعي لها، والواقعات: الفتاوى المستنبطة للحوادث المستجدة ... Event)[2].

ثانيا: الألفاظ ذات الصلة بالواقعة: يتقارب مع لفظ الواقعة عدة ألفاظ ذات صلة بها اقتصرت على لفظ النازلة والقضايا المستجدة؛ وفي كتب الأصول والفقه ما يغني عن ذلك:

1. **النازلة:**

وقد شاع واشتهر عند الفقهاء عامة إطلاق النازلة على: المسألة الواقعة الجديدة التي تتطلب اجتهادا وبيان حكم[3]، ومن معاني النازلة في اللغة: المصيبة الشديدة من مصائب الدهر تنزل بالناس، والعلاقة بين

(1) ينظر: الريسوني، اضطراب الفتوى في القضايا المعاصرة معالم وتطبيقات، مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل، ص828.827.

(2) قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص497.

(3) ينظر: الجيزاني، فقه النوازل، جـ1،ص21؛ أورده الجيزاني بعد ذكره لمعنى النوازل في اصطلاح الحنفية والمالكية وشرحه شرحا مفصلا.

المعنى الاصطلاحي واللغوي تظهر في أن وقع الحوادث والوقائع الجديدة على المجتهد، كوقع الشدائد على عامة الناس من حيث كونها مفاجئة له، وتتطلب منه أن يبذل وسعه ويستفرغ طاقته لاستنباط حكمها[1].

2. المسائل أو القضايا المستجدة:

والفقهاء المعاصرون يغلب عليهم استعمال مصطلح المستجدات في النوازل المعاصرة[2]، وإن مسائل العصر تتجد ووقائع الوجود لا تنحصر ونصوص الكتاب والسنة محصورة محدودة؛ فكان الاجتهاد في الأمور المستحدثة حاجة إسلامية ملحة لمسايرة ركب الحياة الإنسانية تلبية لهذه الحاجة؛ قد قام الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم من التابعين وأتباعهم وأئمة الإسلام وفقهاء الأمة بالاجتهاد في المسائل المستجدة في عصورهم، وصار الاجتهاد منحة ربانية مستمرة يتمتع بها المسلمون بجهود المجتهدين الأكفاء في كل زمان ومكان[3].

وبما أن البحث في المعاملات المالية المعاصرة؛ فنحن بصدد دراسة معاملة مالية معاصرة، ويدخل في المعاملة المالية المعاصرة كل معاملة أو عقد ضمن الأقسام الأربعة للمعاملات المالية (الأسواق المالية، التأمين، النقود، وعمليات البنوك) التي سيأتي ذكرها في ما بعد.

المطلب الثاني: الأصل:

والأصل الذي تكيف عليه الواقعة أو النازلة هو محل الحكم الذي يريد المجتهد إعطاء حكمه إلى الواقعة المعروضة، وفي الفروع التالية تعريفه وبيان أنواعه.

الفرع الأول: تعريف الأصل:

1. الأصل في اللغة: أسفل كل شيء وجمعه أصول[4]، وأصل الشيء جعل له أصلا ثابتا يبنى عليه، وأصل الشيء: أساسه الذي يقوم عليه ومنشؤه الذي ينبت منه[5].

2. ويطلق الأصل في الاصطلاح على عدة معان منها؛ الراجح بالنسبة إلى المرجوح، والقانون، والقاعدة المناسبة المنطبقة على الجزئيات؛ وعلى الدليل بالنسبة إلى المدلول، وما ينبني عليه غيره، وعلى

(1) ينظر: الضويحي، النوازل الأصولية، ص10.
(2) القحطاني، منهج استخراج أحكام النوازل، ج1، ص98.
(3) الصنعاني، إرشاد النقاد، ص11.
(4) ابن منظور، لسان العرب، ج11، ص16.
(5) مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ص20.

المتفرع عليه كالأب بالنسبة إلى الابن[1]، وسندرس الأصل الذي تكيف عليه المعاملة المالية المعاصرة في مسالك التكييف الفقهي وسنمثل له بنماذج من المعاملات المالية المعاصرة بإذن الله[2].

الفرع الثاني: أنواع الأصل:

وهذا الأصل إما:

- **نص من القرآن أو السنة:**

إذا ورد نص في القرآن الكريم أو السنة النبوية يحمل حكم واقعة معينة، فإن هذا النص يكون أصلا تكيف عليه الوقائع المستجدة، ومستندا لوضع الأحكام الشرعية، إذا كانت الواقعة المستجدة تتفق مع الواقعة المنصوص عليها في مناط الحكم.

- **إجماع:**

تكيف الوقائع المستجدة على الإجماع؛ لأن الإجماع دليل شرعي كالكتاب والسنة؛ فيصح تعدية الحكم الثابت به كما يصح تعدية الحكم الثابت بالكتاب والسنة[3].

- **قاعدة كلية عامة:**

إذا كانت النصوص الجزئية التي تحمل أحكاما خاصة قليلة في الشريعة الإسلامية؛ فإن الشريعة الإسلامية جاءت بقواعد كلية عامة لتكون منارات يهتدي بها العلماء في تكييف الوقائع المستجدة وتأصيلها.

والقواعد الفقهية لها دور مهم في الكشف عن الحكم الشرعي للوقائع المستجدة، والتكييف عليها إذا لم يعارضها أصل مقطوع به من كتاب أو سنة أو إجماع؛ وذلك لأن القاعدة كلية، أي: منطبقة على جميع جزئياتها، ولأن القاعدة الكلية تستند إلى مجموعة من الأدلة الجزئية التي تنهض بمعنى القاعدة[4].

(1) الكفوي، الكليات، ص122.

(2) ذكرت بعضها في أنواع التكييف الفقهي.

(3) ينظر: شبير، التكييف الفقهي، ص75؛ توصل إلى هذا القول بعد ذكره للخلاف بين الأصوليين في جواز التكييف على الإجماع.

(4) المرجع نفسه، ص77.

- **قواعد مذهبية وأقوال أئمة الفقه وفروع فقهية:**

إن الرد إلى أقوال أئمة الفقه، أو تخريج الفروع على الفروع في حكم القضايا المعاصرة مسلكٌ اجتهاديٌّ ينقل به حكم المسألة إلى ما يشبهها عند اتفاقهما في علة ذلك الحكم، فتعطى للمستجدات أحكامها ومنازلها، وبعد إعواز الدليل من الكتاب والسنة وإجماعات العلماء[1].

وفي هذا الصدد يقول ابن حمدان: "يبعد أن تقع واقعة لم ينص على حكمها في المذهب، ولا هي في معنى بعض المنصوص عليه فيه من غير فرق، ولا مندرجة تحت شيء من ضوابط المذهب المحررة فيه"[2].

وقد اجتهد الفقهاء المعاصرون في التخريج على أقوال الفقهاء الأعلام في تكييف القضايا المعاصرة، واستنباط حكمها، ولم يكن من شرطهم التخريج على أقوال الأئمة الأربعة فقط؛ بل وسعوا دائرة بحثهم ؛ بشرط أن يكون المخرَّج عليه إماما مقتدى به في العلم والفهم[3].

المطلب الثالث: حكم الأصل:

الفرع الأول: تعريف حكم الأصل:

1. الحكم لغة هو المنع، وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم، وسميت حكمة الدابة لأنها تمنعها، ويقال: حكمت السفيه وأحكمته، إذا أخذت على يديه، والحكمة هذا قياسها، لأنها تمنع من الجهل، وحكمت فلانا تحكيما منعته عما يريد[4].

2. اصطلاحا: الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع، فيتناول اقتضاء الوجود، واقتضاء العدم، إما مع الجزم، أو مع جواز الترك، فيدخل في هذا الواجب والمحظور، والمندوب، والمكروه، وأما التخيير فهو الإباحة[5].

(1) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص143.
(2) ابن حمدان، صفة الفتوى والمفتي، ص23.
(3) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص147.
(4) ابن فارس، مقاييس اللغة، ج2، ص91.
(5) الشوكاني، إرشاد الفحول، ج1، ص25.

الفرع الثاني: أقسام الحكم:

قسم العلماء الحكم الشرعي إلى قسمين:

الحكم التكليفي والحكم الوضعي[1].

أولا: الحكم التكليفي: وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء، أو التخيير.

ثانيا: الوضعي: و هو خطاب الله تعالى المتعلق بجعل الشيء سببا لشيء، أو شرطًا له، أو مانعا منه، أو كونه صحيحا أو فاسدًا، أو رخصة أو عزيمة، أو أداء أو إعادة أو قضاء.

ومعنى الوضع: أن الشرع وضع: أي شرع أمورا سميت أسبابا وشروطًا وموانع؛ تعرف عند وجودها أحكام الشرع من إثبات أو نفي، فالأحكام توجد بوجود الأسباب والشروط، وتنتفي لوجود الموانع.

المطلب الرابع: العلة:

ولأن التكييف الفقهي يقوم على أساس التعدية والتساوي بين الواقعة والأصل في العلة؛ نتطرق أولا إلى تعريف العلة.

أولا: العلة لغة:

العلة من العلل، وهي الشربة الثانية، ويقال علل بعد نهل[2].

ثانيا: العلة اصطلاحا:

العلة هي:

– الوصف الظاهر المنضبط الذي يرتبط به الحكم وجودا وعدما، وسمي هذا الوصف علة؛ لأن المجتهد يعاود النظر مرة بعد مرة، عند استخراج الحكم، وللعلة تأثير في الحكم من حيث الوجود والعدم.

– المعاني المستنبطة من النصوص، التي تعلقت بها الأحكام، وتعدت بتعديها إلى الفروع.

– الوصف الظاهر المنضبط، الذي جعله الشارع موجبا للحكم ومعرفا له، وتسمى مقايسة، لأنها قد تستنبط بالمقايسة[3].

(1) ينظر: ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، جـ1، ص175، والزركشي، البحر المحيط، جـ1، ص169.

(2) ابن فارس، مقاييس اللغة، جـ4، ص12.

(3) ينظر: سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، ص289.288.

المطلب الخامس: المطابقة:

جوهر عملية التكييف الفقهي المطابقة بين الواقعة المستجدة والأصل، وهو أن يجمع بين الواقعة المستجدة والأصل في الحكم لاتحادهما في العلة، (والمطابقة عند المتكلّمين الاتحاد في الأطراف؛ كطاسين فإنّه عند انكباب أحدهما على الآخر تطابقت أطرافهما)[1]، وهذا يتطلب مجانسة بينهما في العناصر الأساسية من أركان وشروط وعلاقات بين أطراف الواقعة، فالخراج مثلاً لا يعتبر عقد إجارة لأن الخراج وضع على أهل الذمة دون رضاهم وهو غير متحقق في الإجارة، والخراج لا يحتاج إلى صيغة عقد، لكن الإجارة من أركانها أن تكون هناك صيغة عقد، والخراج أيضاً مؤبد، وتأبيد الإجارة باطل عند جمهور الفقهاء، لذلك يجب لإلحاق الواقعة المستجدة بالأصل أن تكون هناك مجانسة ومطابقة بينهما في العناصر الأساسية من أركان وشروط وعلاقات بين أطراف الواقعة المستجدة[2].

يقول ابن القيم: "أصل هذا أن تعلم أن لفظ القياس لفظ مجمل، يدخل فيه القياس الصحيح والفاسد، والصحيح هو الذي وردت به الشريعة، وهو الجمع بين المتماثلين والفرق بين المختلفين، فالأول قياس الطرد، والثاني قياس العكس، وهو من العدل الذي بعث الله به نبيه –صلى الله عليه وسلم – ... ومثل هذا القياس لا تأتي الشريعة بخلافه قط، وكذلك القياس بإلغاء الفارق، وهو: أن لا يكون بين الصورتين فرق مؤثر في الشرع، فمثل هذا القياس أيضا لا تأتي الشريعة بخلافه، وحيث جاءت الشريعة باختصاص بعض الأحكام بحكم يفارق به نظائره؛ فلا بد أن يختص ذلك النوع بوصف يوجب اختصاصه بالحكم ويمنع مساواته لغيره، لكن الوصف الذي اختص به ذلك النوع قد يظهر لبعض الناس وقد لا يظهر، وليس من شرط القياس الصحيح أن يعلم صحته كل أحد"[3].

المطلب السادس: الفقيه الممارس للتكييف الفقهي:

والمقصود بالفقيه الممارس للتكييف الفقهي من يصلح أن يصدر الحكم حيال نازلة من النوازل أو بعبارة أخرى هل كل من يسمى فقيها يستطيع أن يجتهد في نازلة ما ويكيفها فقهيا؟

(1) التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، ج2، ص1564.

(2) ينظر: شبير، التكييف الفقهي، ص93.

(3) ابن القيم، اعلام الموقعين، ج1، ص290.

والحديث هنا يجرنا إلى موضوع الاجتهاد، وهذا باب واسع، تناول علماء الأصول مباحثه مفصلة في مؤلفاتهم –في كتب أصول الفقه– عندما تطرقوا إلى موضوع "الاجتهاد والتقليد"، فقد ذكر الأصوليون أقسام المجتهد، والشروط التي ينبغي توفرها في المجتهد، ولا يحسن بنا أن نخوض في هذا الموضوع بالتفصيل، وإنما أريد أن أنبه هنا فقط على ما يتعلق بموضوعنا.

وأهل النظر في النوازل هم العلماء المجتهدون، سواء كانوا مستقلين أو مقيدين بمذهب من المذاهب المعتبرة، فهم المرجع للأمة في النوازل والحوادث والوقائع المستجدة، كذلك المفتون يدخلون في أهل النظر في النوازل حيث جمع كثير من الأصوليين بين الإفتاء والاجتهاد[1].

ولا بد لمفتي العصر أن يكون بصيرا بطرق التكييف الفقهي، متصرفا في منازعه، مراعيا لضوابطه، وإلا ضاق عليه السبيل، وتعذر المخرج، غير مهتد إلى حقيقة المسألة النازلة، وحكمها الشرعي.

وإن التكييف على الأصول الثابتة، والقواعد الصحيحة، لا يجيده إلا فقيه النفس، الفاهم للمعاني، المحسن الرد إلى الكتاب والسنة فيما اختلف فيه، المتضلع من فقه التنزيل، البصير بواقع الناس، لأن "استعمال كليات علم الفقه وانطباقها على جزئيات الواقع عسير على كثير من الناس، فتجد الرجل يحفظ كثيرا من الفقه ويفهمه ويعلّمه غيره، فإذا سئل عن واقعة لبعض العوام من مسائل الصلاة أو مسألة من الأعيان لا يحسن الجواب، ومرد هذا الإعواز وضيق المكنة إلى قصور آلة المفتي عن التكييف الفقهي للواقعة النازلة، ومرد هذا الإعواز وضيق المكن.ة إلى قصور آلة المفتي عن التكييف الفقهي للواقعة النازلة"[2].

بعد حديثنا عن أركان التكييف الفقهي، نتطرق في المباحث الآتية إلى ضوابطه:

فالتكييف الفقهي للمعاملات المالية المعاصرة لا ينضبط إلا إذا توفرت شروط وضوابط؛ بعضها يتعلق فيمن يلج باب هذا الاجتهاد التكييفي، والبعض الآخر يتعلق بالواقع المعاصر الذي أفرز هذه المعاملة، والبعض الثالث يتعلق بالمعاملة المعاصرة نفسها وغيرها من الضوابط؛ وقد **حاولت التركيز** على ضوابط إعماله في المعاملات المالية المعاصرة بصفة خاصة؛ لتعلق موضوع أطروحتي بهذا المجال البحثي، وتجنبا للإطالة والحشو؛ وإلا ففي كتب الأصول ما يغني عن إعادة الحديث عن ضوابط الاجتهاد.

(1) ينظر: القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل، ص 216-218 .

(2) ينظر: الريسوني، اضطراب الفتوى في القضايا المعاصرة معالم وتطبيقات، مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل، ص828.

المبحث الثاني:

ضوابط الواقعة:

لا بد في تكييف الواقعة المعروضة من توفر عدة شروط وضوابط؛ فإذا كان للتكييف نطاق يحده، فإن له مدى لا يتعداه، ومنطقة لا يجاوزها، وإطارا لا يخرج عنه، ويتكون من عنصرين هما: فهم الواقع، وفهم الشرع تكليفا ووضعا، فقد عبر عن ذلك المعنى الفقهي ابن القيم فقال: "ولا يتمكن الحاكم من الحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم؛ أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه .. والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان قوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر"[1]، كما عبر عنه الشاطبي بقوله: "إن كل مسألة تفتقر إلى نظرين: نظر في دليل الحكم، ونظر في مناطه[2]"[3].

ونلخص أهم هاته الضوابط في ما يلي:

المطلب الأول: التأكد من وقوع النازلة وخلوها من نص شرعي:

الفرع الأول: التأكد من وقوع النازلة:

وفي هذا الصدد يقول ابن القيم: "إذا سأل المستفتي عن مسألة لم تقع، فهل تستحب إجابته أو تكره أو تخير؟ فيه ثلاثة أقوال، وقد حكي عن كثير من السلف أنه كان لا يتكلم فيما لم يقع... والحق التفصيل، فإن كان في المسألة نص من كتاب الله أو سنة عن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– أو أثر عن الصحابة لم يكره الكلام فيها، وإن لم يكن فيها نص ولا أثر فإن كانت بعيدة الوقوع أو مقدرة لا تقع لم يستحب له الكلام فيها، وإن كان وقوعها غير نادر ولا مستبعد، وغرض السائل الإحاطة بعلمها ليكون منها على بصيرة إذا وقعت؛ استحب له الجواب بما يعلم، لا سيما إن كان السائل يتفقه بذلك ويعتبر بها نظائرها، ويقرع عليها، فحيث كانت مصلحة الجواب راجحة كان هو الأولى"[4].

(1) ينظر: ابن القيم، اعلام الموقعين، جـ1، ص69.

(2) الشاطبي، الاعتصام، جـ3، ص83.

(3) ينظر: الحمادي، بحث أصول التكييف القضائي العامة في الفقه الإسلامي، دراسة تأصيلية تطبيقية، ص112.

(4) ابن القيم، اعلام الموقعين، جـ4، ص170.

فالأصل في المسائل النازلة وقوعها وحدوثها حقيقة، وعندها ينبغي أن ينظر المجتهد في التحقق من وقوعها والتأكد من حدوثها، ومن ثم استنباط حكمها الشرعي، فقد يسأل أهل العلم أحيانا عن مسألة لم تقع، ورويت آثار كثيرة عن الصحابة رضوان الله عليهم ومن بعدهم في ذم ذلك الأمر[1]، منها:

– جاء رجل يوما إلى ابن عمر رضي الله عنهما، فسأله عن شيء لا أدري ما هو، فقال له: ابن عمر: لا تسأل عما لم يكن، فإني سمعت عمر بن الخطاب رضوان الله عليه يلعن من سأل عما لم يكن[2].

– عن مسروق قال: كنت أمشي مع أبي بن كعب رضي الله عنه فقال فتى: ما تقول يا عماه كذا وكذا؟ قال: يا ابن أخي، أكان هذا؟ قال: لا، قال: «فأعفنا حتى يكون»[3].

الفرع الثاني: خلو الواقعة المعروضة من نص شرعي:

ومعنى هذا الضابط أن تكون النازلة غير منصوص عليها، فالاجتهاد مرتبة متأخرة إذا لم يوجد حكم المسألة في الكتاب أو السنة أو الإجماع[4]، ومعلوم أن الاجتهاد ساقط مع وجود النص؛ وفي ذلك يقول الخطيب البغدادي: "باب في سقوط الاجتهاد مع وجود النص"[5]، وقال ابن القيم: "فصل في تحريم الإفتاء والحكم في دين الله بما يخالف النصوص، وسقوط الاجتهاد والتقليد عند ظهور النص، وذكر إجماع العلماء على ذلك"[6].

والمقصود بخلو النازلة من نص شرعي؛ أن تكون من المسائل التي يسوغ النظر والاجتهاد فيها؛ فالهدف من التكييف الفقهي للواقعة بيان الحكم الشرعي لها؛ فإذا كان في الواقعة المعروضة نص شرعي فسيكون هذا التكييف الفقهي مصادما للنص أو الإجماع؛ ويؤيد ذلك:

(1) ينظر: القرطبي، جامع بيان العلم وفضله، جـ2، ص1065-1069، وابن الصلاح، أدب المفتي والمستفتي، ص109.

(2) سنن الدارمي، جـ1، ص242.

(3) المرجع نفسه، جـ1، ص255.

(4) ينظر، القرطبي، جامع بيان العلم وفضله، جـ2، ص869، والزركشي، البحر المحيط، جـ7، ص91، والشوكاني، إرشاد الفحول، جـ2، ص224.

(5) الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، جـ1، ص504.

(6) ينظر: ابن القيم، اعلام الموقعين، جـ2، ص199.

1. القاعدة الفقهية **لا مساغ للاجتهاد في مورد النص** أي "أن كل مسألة ورد فيها نص من الشارع لا يجوز للمجتهدين أن يجتهدوا فيها؛ لأن جواز الاجتهاد أو القياس في الفروع من الأحكام مشروط بعدم وجود نص من الشارع"[1].

وفي هذا يقول الامام الزركشي: "المجتهد فيه وهو كل حكم شرعي عملي أو علمي يقصد به العلم ليس فيه دليل قطعي"[2].

2. قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾ (الأحزاب: 36).

3. إجماع العلماء على أنه لا اجتهاد في مورد النص؛ قال الشافعي: "أجمع الناس على أن من استبانت له سنة عن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– لم يكن له أن يدعها لقول أحد من الناس"، وتواتر عنه أنه قال: "إذا صح الحديث فاضربوا بقولي الحائط"، وصح عنه أنه قال: "إذا رويت عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم– حديثا ولم آخذ به فاعلموا أن عقلي قد ذهب، وصح عنه أنه قال: "لا قول لأحد مع سنة رسول الله –صلى الله عليه وسلم–"[3].

المطلب الثاني: فهم القضية المعروضة فهما دقيقا وتصورها:

فلا بد من تصور الواقعة تصورا صحيحا قبل البحث عن حكمها؛ وهذه الضابط لا غنى عنه للمجتهد ؛ فبدونه يمكن أن يكون الحكم غير صائب، يقول ابن القيم: "صحة الفهم وحسن القصد من أعظم نعم الله التي أنعم بها على عبده، بل ما أعطي عبد عطاء بعد الإسلام أفضل ولا أجل منهما، بل هما ساقا الإسلام، وقيامه عليهما، وبهما يأمن العبد طريق المغضوب عليهم الذين فسد قصدهم، وطريق الضالين الذين فسدت فهومهم، ويصير من المنعم عليهم الذين حسنت أفهامهم وقصودهم، وهم أهل الصراط المستقيم الذين أمرنا أن نسأل الله أن يهدينا صراطهم في كل صلاة، وصحة الفهم نور يقذفه الله في قلب العبد، يميز به بين الصحيح والفاسد، والحق والباطل، والهدى والضلال، والغي والرشاد، ويمده حسن

(1) مجلة الأحكام العدلية، جـ1، ص32.

(2) الزركشي، البحر المحيط، جـ6، ص265.

(3) ابن القيم، اعلام الموقعين، جـ2، ص201.

القصد، وتحري الحق، وتقوى الرب في السر والعلانية، ويقطع مادته اتباع الهوى، وإيثار الدنيا، وطلب محمدة الخلق، وترك التقوى"[1].

وقد كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري حيث قال له: "...الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة، اعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عند ذلك؛ فاعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق"[2]، فعمر رضي الله عنه يؤكد على فهم المسألة لأنها الخطوة الأولى في الحكم عليها حكما سليما وتكييفها تكييفا صحيحا.

وكذلك نبه القاضي أبو بكر الباقلاني على بعض هذه الأخطاء في النظر في الوقائع والتي مرجع إلى نقص في التصور والنظر، فقال: "اعلموا أن الخطأ يدخل على الناظر من وجهين: أحدهما: أن ينظر في شبهة ليست بدليل فلا يصل إلى العلم، والآخر: أن ينظر نظرا فاسدا؛ وفساد النظر يكون بوجوه منها: أن لا يستوفيه، ولا يستكمله وإن كان نظرا في دليل، ومنها: أن يعدل عن الترتيب الصحيح في نظره، فيقدم ما حقه أن يؤخره، ويؤخر ما من حقه أن يقدمه ..."[3].

ولا يتم الفهم الدقيق للنازلة أو الواقعة (فقه الواقعة) إلا بالجمع بين عدة أمور؛ منها:

الفرع الأول: العلم بمدلول المصطلحات الاقتصادية والقانونية المعاصرة ذات الصلة بموضوع المسألة[4]:

من ضوابط البحث في فقه المعاملات المالية المعاصرة العلم الدقيق بمدلول المصطلحات المعاصرة التي يستخدمها علماء الاقتصاد والقانون في الزمن الحاضر ذات الصلة بموضوع المعاملات المالية المعاصرة، كي يكون الاجتهاد عند السؤال مبنيا على حقيقة المصطلح وماهيته لا على ظاهره وحرفيته،كالخلط الحاصل بين مصطلح الربا ومصطلح الفائدة عند الاقتصاديين، وينبغي التنبيه على مراعاة الفروق الدقيقة بين المصطلحات عند الترجمة من الكتابات الغربية، واختيار المؤهلين من أهل الخبرة في معرفة تاريخ استخدام المصطلحات ومقارنتها بالعرف السائد.

(1)ابن القيم، اعلام الموقعين، جـ1، ص69.

(2) سنن الدارقطني، كتاب الأقضية والأحكام، جـ5، ص368، والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي، جـ10، ص197.

(3) الباقلاني، التقريب والإرشاد، جـ1، ص219.

(4) ينظر: الباز، ضوابط الاجتهاد، ص20.21.

الفرع الثاني: تصور النازلة في ذاتها:

وتصور النازلة في ذاتها يكون بمعرفة حقيقتها، وأقسامها، ونشأتها، والظروف التي أحاطت بها وأسباب ظهورها، وغير ذلك من الأمور التي تمكن من المعرفة الصحيحة لها، وينبغي الحرص على معرفة السوابق التاريخية التي تمس النازلة من قريب أو من بعيد؛ فيبحث: هل وقع في التاريخ الإسلامي ما يستأنس به في حلها؟ وهل عرضت على أحد من العلماء في أي عصر مسألة شبيهة بها؟[1]؛ وقد كان العلماء يقولون: "لا يكون فقيها في الحادث من لم يكن عالما بالماضي"[2].

وكم من مسألة يظنها الباحث جديدة حادثة، فيتبين أنها ليست كذلك، وقد وقعت أو نحوها في بلدة كذا، وأفتى فيها العلماء، فلو حقق المرء ودقق، لوجد كثيرا من الحوادث والنوازل لها جذور عريقة في التاريخ، تَعدُّ هي الأصول أو السوابق التاريخية لها؛ مثل نازلة بنوك الحليب فقد تكلم ابن قدامة في المغني في كتاب الرضاع عن مسألة مشابهة جدا لهذه النازلة؛ حيث قال: "مسألة؛ قال: الشافعي: (والسعوط كالرضاع، وكذلك الوجور)، ومعنى السعوط: أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره، والوجور: أن يصب في حلقه صبا من غير الثدي، واختلفت الرواية في التحريم بهما... وإن حلبت في إناء حلبات ..."[3].

ولا بد للفقيه من تحليل الواقعة إلى عناصرها الأساسية كما في العقد المالي، فيعرف أركانه وشروطه؛ هذا إذا كانت الواقعة مفردة، أما إذا كانت مركبة فلا بد من تفكيكها ومعرفة ما تتكون منه تلك الواقعة، ومن ثم معرفة الأركان والشروط لكل جزئية كما في بيع المرابحة للآمر بالشراء؛ فإنها تحلل إلى: بيع عادي، ووعد، وبيع مرابحة بأكثر من سعر يومه لأجل التأجيل، ويحكم على كل عنصر منها على حدة، ثم يحكم عليها مجتمعة[4].

وينبغي التنبيه على أن الخطأ في تصور النازلة بناء على الصورة الظاهرة للفعل؛ يؤدي إلى تكييف خاطىء، يقول ابن عاشور: "فإياك أن تتوهم أن بعض الأحكام منوط بأسماء الأشياء وبأشكالها الصورية

(1) ينظر: العودة، ضوابط للدراسات الفقهية، ص87.
(2) القرطبي، جامع بيان العلم، ج2، ص817.
(3) ابن قدامة، المغني، ج8، ص173.
(4) ينظر: شبير، التكييف الفقهي، ص70.

غير المستوفية للمعاني الشرعية فتقع في أخطاء في الفقه، مثل قول بعض الفقهاء في صنف من الحيتان يسميه البعض خنزير البحر، أنه يحرم أكله، لأنه خنزير"[1].

وقد نبه القاضي أبو بكر الباقلاني على بعض هذه الثغرات في النظر في الوقائع والتي مرجعها يعود إلى نقص في التصور والنظر؛ فقال: "اعلموا أن الخطأ يدخل على الناظر من وجهين: أحدهما: أن ينظر في شبهة ليست بدليل فلا يصل إلى العلم، والآخر: أن ينظر نظرا فاسدا؛ وفساد النظر يكون بوجوه منها: أن لا يستوفيه، ولا يستكمله وإن كان نظرا في دليل، ومنها: أن يعدل عن الترتيب الصحيح في نظره، فيقدم ما حقه أن يؤخره، ويؤخر ما من حقه أن يقدمه ..."[2].

الفرع الثالث: تصور واقع النازلة (المكاني والزماني):

فالواقع متجدد وعلى المكيف أن يجدد معرفته بالوقائع والنوازل كلما تجددت؛ فقد جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، إني نذرت إن ولد لي ولد ذكر أن أنحر على رأس بوانة في عقبة من الثنايا عدة من الغنم، قال: لا أعلم إلا أنها قالت: خمسين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿هل بها من الأوثان شيء؟﴾ قال: لا، قال: ﴿فأوف بما نذرت به لله﴾[3]؛ وفي هذا الحديث دلالة على استفصال النبي عن المكان والملابسات المحتفة به.

وتتأكد عملية فهم الواقع في العصر الحالي، حيث برزت للوجود طائفة عظمى من الحوادث والنوازل في مجالات مختلفة وبخلفيات متنازعة، وجدت على ساحة الفكر والسياسة والاقتصاد والطب والأخلاق مشكلات مستعصية ودقيقة لا يمكن الحسم فيها من الوجهة الشرعية إلا بمعرفة أحوالها ودقائقها وخلفياتها ودوافعها مما يجلي حقيقتها ويحرر طبيعتها، ويساعد على إدراجها ضمن أصولها وإلحاقها بنظائرها وتأطيرها في كلياتها وأجناسها[4].

وقد اعتنى أهل العلم بالواقع عناية لا مزيد عليها، فقد مهدوا الأصول التي يبنى عليها النظر فيه، وما تركوا شيئا يُحتاج إليه في النظر إلى الواقع إلا وأشبعوه بحثا، فقد نظروا في الواقع عندما يكون عارضا، وعندما

(1) ينظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ج3، ص307.
(2) الباقلاني، التقريب والإرشاد، ج1، ص219.
(3) سنن أبي داوود، كتاب الأيمان والنذور، باب ما يؤمر به من الوفاء بالنذر، ج3، ص238.
(4) الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، ج2، ص67،68.

يصير عادة ... ونظروا في الواقع أيضا عند تطبيق الأحكام وما تؤول إليه، وبنوا على النظر في مآلات الأفعال أصولا[1].

قال ابن القيم: "...فالواجب شيء والواقع شيء والفقيه من يطبق بين الواقع والواجب"[2]، وقال أيضا: "فلا 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 الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان قوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر"[3].

وفقه الواقع هو "معرفة ما عليه الشيء بنفسه في ظرفه، وكيفية استفادتها، وحال المستفيد"[4].

فمجرد المعرفة بالنصوص لا تكفي المعرفة بالواقع، ومن هنا ينبغي التأكيد على أهمية الجمع بين فقه النصوص الشرعية وفقه الأحوال الواقعية، حتى يمكن المجتهد تنزيل نصوص الشرع على الأحوال الواقعية، ومن المعلوم أن النصوص لا تتناول كل الصور والوقائع، ولكن مقاصدها وقواعدها، وأصول الاستنباط منها تفي بالحاجات مهما كثرت والمستجدات مهما تنوعت، وحري بالمجتهد وهو ينظر في تنزيل الحكم أن ينظر إلى الواقع الذي ينزله عليه، والمراد هنا بالواقع ما يحيط بالإنسان والجماعة من أحوال وأفكار وقيم وطبائع، وهذا هو النوع الثاني من أنواع الفقه التي يحتاجها الناظر وهو يسعى على إيجاد الحكم الشرعي المناسب لما يصدر عن المكلف[5].

الفرع الرابع: تصور ملابسات النازلة (الحال والعرف والعارض):

إن التكييف السليم للنازلة لا يتم إلا بعد تصور النازلة تصورا شموليا من جميع جوانبها؛ وذلك بتصور ملابسات النازلة من حال وعرف وعارض، وقد وردت نصوص من قبل العلماء في شأن ذلك منها:

(1) ينظر: بيهي، التأصيل الشرعي لمفهوم الواقع، ص73.

(2) ابن القيم، إعلام الموقعين، جـ4، ص169.

(3) المرجع نفسه، جـ1، ص69.

(4) بيهي، التأصيل الشرعي لمفهوم فقه الواقع، ص195.

(5) ينظر: احميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص111.

ما ثبت عن أبي قتادة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج حاجا، فخرجوا معه، فصرف طائفة منهم فيهم أبو قتادة فقال: «خذوا ساحل البحر حتى نلتقي» فأخذوا ساحل البحر، فلما انصرفوا، أحرموا كلهم إلا أبو قتادة لم يحرم، فبينما هم يسيرون إذ رأوا حمر وحش، فحمل أبو قتادة على الحمر فعقر منها أتانا، فنزلوا فأكلوا من لحمها، وقالوا: أنأكل لحم صيد ونحن محرمون؟ فحملنا ما بقي من لحم الأتان، فلما أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا: يا رسول الله، إنا كنا أحرمنا، وقد كان أبو قتادة لم يحرم، فرأينا حمر وحش فحمل عليها أبو قتادة، فعقر منها أتانا، فنزلنا، فأكلنا من لحمها، ثم قلنا: أنأكل لحم صيد ونحن محرمون؟ فحملنا ما بقي من لحمها، قال: ﴿أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها، أو أشار إليها﴾، قالوا: لا، قال: ﴿فكلوا ما بقي من لحمها﴾[1]؛ فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم في المسألة قبل أن يستفسر عن الحال وملا بسات المسألة.

وقال ابن وهب: حدثني مالك أن إياس بن معاوية قال لربيعة: إن الشيء إذا بني على عوج لم يكد يعتدل قال مالك: يريد بذلك المفتي الذي يتكلم على غير أصل يبني عليه كلامه"[2].

فالعناية بالبحث عما يسمى بالسوابق التاريخية التي تمس النازلة، وعرض النازلة على اجتهادات أئمة المذاهب الفقهية المعتبرة، فإن من أكبر دعائم التكييف الصحيح الإفادة مما قرره الأئمة السابقون، فقد تغنيه كثيرا وتدله على صراط الصواب[3].

الفرع الخامس: الرجوع إلى أهل الاختصاص في موضوع النازلة:

فعدم الرجوع لأهل الخبرة قد يؤدي إلى عدم التصور الصحيح لها؛ ومن ثم عدم تكييفها تكييفا سليما والمختص بموضوع علمي ما هو أقدر الناس على إعطاء التصور الصحيح له.

(1) صحيح البخاري، باب لا يشير المحرم إلى الصيد لكي يصطاده حلالا، ج3، ص13، وصحيح مسلم، باب تحريم الصيد للمحرم، ج2، ص853.

(2) القرطبي، جامع بيان العلم، ج2، ص1134.

(3) ينظر: الشمراني، مراحل النظر في النازلة الفقهية، ندوة نحو منهج علمي أصيل، ص389.

إن استشارة أهل الاختصاص تيسر على المجتهد التكييف الفقهي للنوازل والوقائع الجديدة، وتكشف له وجوه الاجتماع والافتراق مع المسائل ذات الصلة، وهو ما يجعل اجتهاده أقرب إلى الصواب وأبعد عن الخطأ[1]، مراعياً في ذلك التثبت والتحري في السؤال[2].

ويلاحظ أن النوازل المعاصرة لا تقتصر على القضايا البسيطة، وإنما تشتمل على قضايا مركبة ومعقدة ومتشابكة، يحتف بها كثير من الملابسات، وتبنى على علوم متعددة، وأنظمة جديدة للحياة لم تكن موجودة من قبل؛ وهذا يستدعي وجود عالم موسوعي في الفقه الإسلامي والمعارف الإنسانية الأخرى، أو الاستعانة بأصحاب التخصص في كل علم من العلوم التي تبنى عليها تلك القضية، ولعل الاحتمال الثاني أولى؛ لأن الأول عسر المرام، إذ يصعب على فرد واحد استيعاب كل ما تتطلبه القضايا المعاصرة من علوم ومعارف ورؤية دقيقة للواقعة بجميع جوابنها، لهذا جاءت فكرة إنشاء المجامع الفقهية في هذا العصر كوسيلة منظمة لفكرة الاجتهاد الجماعي، فهو أقدر على بيان الأحكام الشرعية للقضايا المركبة والمتشعبة[3].

وإن مما يحمد للمجامع الفقهية والهيئات الشرعية استعانتها بأهل الخبرة في كثير من النوازل، واستكتاب أهل الاختصاص الطبي في القضايا الطبية، وأهل الاقتصاد في القضايا الاقتصادية، وأهل الفلك في المسائل المتعلقة به وغير ذلك، وتبادل الخبرات معهم والاستناد إلى نتاجهم العلمي، وترجمة الدراسات الأجنبية في تلك المجالات؛ بيد أنه قد يلحظ قصور في الإفادة من بعض جوانب الخبرة كخبرة المحامين والقانونيين في المعاملات المالية، وقصر ذلك على الاقتصاديين مع إمكانية استفادة الفقيه في تصوير العقود والمعاملات المعاصرة من خبراء القانون التجاري الذي يعنى بدراسة تنظيم العلاقات الحقوقية بين المتعاملين، بل قد يكون أجدى في تصوير العقود والوقائع المستجدة، وقد يتحقق للفقيه بسبب ذلك التصوير إنشاء حكم شرعي مؤد إلى العدل المقصود شرعا بين أطراف المعاملة[4].

(1) ينظر: الضويحي، وظيفة الخبير في النوازل الفقهية، ندوة نحو منهج علمي أصيل، ص445.

(2) ينظر: الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، جـ1، ص333.

(3) ينظر: شبير، التكييف الفقهي، ص67.

(4) الشمراني، مراحل النظر في النازلة الفقهية، ندوة نحو منهج علمي أصيل، ص380.

المبحث الثالث:

ضوابط عملية التكييف الفقهي:

يكمن جوهر عملية التكييف الفقهي هو المطابقة بين الواقعة المستجدة والأصل؛ وهو أن يجمع بين الواقعة المستجدة والأصل في الحكم؛ لإتحادهما في العلة، وهذا يتطلب المجانسة بينهما في الشروط والأركان ومراعاة المقاصد الشرعية؛ ومراعاة الظروف الزمانية والمكانية والعوائد والأعراف والأحوال.

المطلب الأول: المطابقة بين المعاملة المالية والأصل:

المقصود بالمطابقة: المجانسة بين الواقعة المراد تكييفها والأصل الذي تكيف عليه في العناصر الأساسية من أركان وشروط وعلاقات بين أطراف الواقعة؛ فالخراج مثلاً لا يعتبر عقد إجارة، لأن الخراج وضع على أهل الذمة دون رضاهم وهو غير متحقق في الإجارة، والخراج لا يحتاج إلى صيغة عقد، لكن الإجارة من أركانها أن تكون هناك صيغة عقد، والخراج أيضاً مؤبد، وتأبيد الإجارة باطل عند جمهور الفقهاء، لذلك يجب لإلحاق الواقعة المستجدة بالأصل أن تكون هناك مجانسة ومطابقة بينهما في العناصر الأساسية؛ من أركان وشروط وعلاقات بين أطراف الواقعة المستجدة[1].

يقول ابن القيم: "أصل هذا أن تعلم أن لفظ القياس لفظ مجمل، يدخل فيه القياس الصحيح والفاسد، والصحيح هو الذي وردت به الشريعة، وهو الجمع بين المتماثلين والفرق بين المختلفين، فالأول قياس الطرد، والثاني قياس العكس، وهو من العدل الذي بعث الله به نبيه صلى الله عليه وسلم"[2].

وقد أعجبني اقتراح الأستاذ صالح بوشلاغم[3]؛ حيث اقترح معيارا ذا ثلاثة أبعاد يساعد على ضبط عملية التكييف الفقهي (حصرها في العقود فقط)، وقد يحكم بناء عليها بعدم صحة التكييف، وقد نبه إلى شيء من هذا علي الخفيف حين قال: "إذا اختلفت الأركان، أو اختلف المعنى أو الغرض من العقد

(1) ينظر: شبير، التكييف الفقهي، ص93.94.

(2) ابن القيم، علام الموقعين، جـ1، ص290.

(3) أستاذ مساعد، كلية العلوم الشرعية، سلطنة عمان، bsaleh@css.edu.com

والقصد فإنه لا محل عندئذ للإلحاق"[1]، وهاته الأبعاد هي: البعد الشكل، البعد الموضوعي، البعد المقاصدي؛ وفيما يلي شرح موجز لها[2]:

1. البعد الشكلي أو الهيكلي:

المراد بهذا البعد تطابق العقدين في هيكلهما؛ وذلك بالنظر إلى الأركان المشكلة للعقد، فلا يمكن أن يكيف عقد ما على عقد مسمى إذا لم يتطابق معه في أركانه.

2. البعد الموضوعي:

المراد به النظر في المعنى الذي يقوم عليه العقد؛ هل هو قائم على تعويض شيء بآخر فهو من عقود المعاوضات، أو قائم على تمليك جهة لشيء من غير مقابل دنيوي فهو من عقود التبرعات؟

3. البعد المقاصدي: يعنى بالمقارنة بين مقاصد أطراف العقد الناشيء من جهة ومقاصد أطراف العقود المسماة من جهة أخرى.

وينبغي التنبيه على النقاط التالية:

– ضرورة معرفة الثبات والتطور في المعاملات المالية فهذا أمر لا غنى عنه؛ فمن المعلوم أن المعاملات في الإسلام تجمع بين الثبات والتطور (المرونة)؛ فالربا والغش والاحتكار من الأشياء التي حرمها الإسلام منذ أربعة عشر قرنا؛ وهي حرام إلى يوم القيامة؛ في كل زمان وفي كل مكل مكان، فمهما اختلفت الصور والأشكال فليس لأحدا أن يُحل صورة مستحدثة أو شكلا جديدا، ما دام في جوهره يدخل تحت ما حرمه الله سبحانه وتعالى، والبيع حلال إلى يوم يبعثون؛ لهذا كان من الضروري لمن يدرس فقه المعاملات المعاصرة أن يميز بين الثابت والمتطور، وأن ينظر إلى التكييف الشرعي للصور المستحدثة حتى يتمكن من بيان الحكم الشرعي[3].

– ما يفعله بعض المجتهدين من التكلف في تكييف بعض النوازل الجديدة وإلحاقها بما يرونه شبها لها من مسائل الفقه المقررة مع وجود الفرق بينهما أمر غير مقبول؛ فلو بُحثت هذه النازلة المستجدة استقلالا من

(1) الخفيف، بحوث ومقالات في التشريع الإسلامي، ص279.

(2) ينظر: بوشلاغم، نحو معيار لتكييف عقود المالية الإسلامية: عقد التأمين التعاوني أنموذجا، مجلة إسرا الدولية، ص130 وما بعدها؛ ولم أستطع تحميل المقال كاملا؛ اطلعت على بعض الصفحات فقط.

(3) ينظر: السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، ص14.15.

خلال طرق الاجتهاد المقررة لكان أولى وأحرى بالاعتبار، وقد جاء عن ابن القيم –رحمه الله– ما يؤكد على هذا الملحظ، وذلك في سياق حديثه عن بعض صور الرهان في كتابه الفروسية وعرض تكييفات أهل العلم لهذا العقد (باب: الإجارات–الجعالات–المشاركات–النذور– التبرعات والهبات) وبين الفروق بينهما ثم قال: "فالصواب ان هذا العقد عقد مستقل بنفسه له أحكام يتميز بها عن سائر هذه العقود فلا تؤخذ أحكامه منها[1]"[2].

المطلب الثاني: مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية:

ومن ضوابط التكييف الفقهي فضلا عن المماثلة بين حقيقة المسألة النازلة والأصل المكيف عليه؛ أن يكون مآل التكييف منضبطا بمقاصد الشريعة، جاريا على القواعد العامة، وإلا أفرغ اجتهاد المكيِّف من مقصوده وكر على الأصول بالإبطال؛ ولا بد للتكييف الفقهي أن يوزن بميزان النظر المآلي[3].

ولا شك أن للمقاصد أثرا كبيرا في العقود والمعاملات والتصرفات، فإن لها دورا وأثرا في تفسير النصوص، وفي الحكم على تصرفات المكلف وعقوده، وفي استنباط حكم الوقائع والنوازل التي ليس فيها نص حكم للشارع، وفي استنباط الأحكام من النصوص، وفي الترجيح بين الأحكام والاجتهادات المختلفة أو المتعارضة[4].

فإذا كان وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا[5]، كان لا بد في التكييف الفقهي للنوازل اعتبار ما فيه مصلحة للعباد ودرء ما فيه مفسدة لهم، ولقد عدّ الإمام الشاطبي –رحمه الله– العلم وفهم مقاصد الشريعة أحد شرطي الاجتهاد؛ فقال: "إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين؛ أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها..."[6].

(1) ابن القيم، الفروسية، ص349.

(2) ينظر: القحطاني، منهج استخراج الأحكام الفقهية، ص404..

(3) ينظر: الريسوني، اضطراب الفتوى في القضايا المعاصرة معالم وتطبيقات، ص828.

(4) السعودي، مقاصد الشريعة وتطبيقاتها في المعاملات المصرفية المعاصرة، ورقة بحثية، ص11.

(5) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص9.

(6) المرجع نفسه، ج5، ص41.

وتكون فائدة العلم بالمقاصد في الاجتهاد هي تحديد معنى المراد من النص المحتمل، وترجيح إلحاق الواقعة بنظير يحقق مقاصد الشارع بدل إلحاقها بنظير آخر لا يحققها، والنظر في مآلات الأحكام بما لا يخرجها عن مقصود الشارع[1].

وعملية الاجتهاد التكييفي كعملية الإجتهاد التنزيلي تتبع فيها نفس الإجراءات من الكشف عن المناط في حكم الأصل، والتحقق من حصول المناط في الوقائع المستجدة، والكشف عن مسلك تحقيق المناط، وموافقة قصد الشارع لقصد المكلف، والنظر في المآلات مع مراعاة فقه الواقع وملابساته، ولا يخلو أي إجراء من هذه الإجراءات من حضور للمقاصد، كما هو الشأن من الإجتهاد التكييفي أن يحسن تنقيح المناط، وتخريجه في حكم الأصول؛ عند الكشف عن المقصد الشرعي، لما لهذه المرحلة الأولية من أهمية قصوى من حيث إنها تضمن التقدير الصحيح للمقاصد المستنبطة؛ وبالتالي يكون البناء عليها سديدا، ثم إن البناء على المقاصد الموهومة قد يؤدي إلى إهدار ماهو معلوم من الدين بالضرورة، أو بطلان بعض الأحكام الشرعية القطعية؛ كإباحة الربا، والميسر، والمضاربة في الحرام[2].

وهذه المعرفة للواقع لا بد من اعتبار المآل فيها، واعتبار المآل من الأصول الشرعية، إذاً لا بد من مراعاة حصول المقصد الشرعي أو عدم حصوله من فقه أفراد الواقع، وذلك بدراسة طبيعة الوقائع في أحوال فاعليها، وفي علاقتها مع غيرها من الأوضاع، وفي أحوالها الزمانية والمكانية[3]، والنظر المآلي صعب لأنه يتطلب العلم بالسنن الكونية والاجتماعية، وكيفية ترتب النتائج على مقدماتها، والمسببات على أسبابها؛ وهذا هو حقيقة الفقه بالواقع الذي عبر عنه ابن القيم[4].

والمقصود بهذا الشرط هنا هو أمور منها:

1. اعتبار المآلات.
2. العلم بمقاصد المعاملات خاصة.

---

(1) جغيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع، ص41.

(2) ينظر: طاهر، أثر التكييف الفقهي بمقاصد الشريعة وضوابطها (المعاملات المالية المعاصرة أنموذجا)، ص207.206. مجلة العلوم الاجتماعية، https://doi.org/10.25255/jss.2019.8.2.189.214

(3) ينظر: بيهي، التأصيل الشرعي لمفهوم الواقع، ص236.

(4) ينظر: السويلم، قواعد الذرائع في المعاملات المالية، المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، ص278.277.

لأن المقصد الأصلي في المعاملات المالية هو اعتبار مآلات الأفعال ومقاصد العقود ومعانيها لا ألفاظها ومبانيها[1].

وفي الفروع الآتية بيان ذلك:

الفرع الأول: التحقيق في مآلات الأفعال عند تكييف الوقائع:

أولا: المقصود باعتبار المآل:

معنى هذا الشرط أن ينظر المجتهد في تطبيق النص؛ هل سيؤدي إلى تحقيق مقصده أم لا؟ فلا ينبغي للناظر في النوازل والواقعات التسرع بالحكم والفتيا إلا بعد أن ينظر إلى ما يؤول إليه الفعل[2].

واعتبار المآل هو "الاعتداد بما تفضي إليه الأحكام عند تطبيقها بما يوافق مقاصد التشريع"[3].

بمعنى: اعتبار ما يفضي إليه فعل المكلف من نتائج وغايات، فيحكم على هذا الفعل بناء على الأثر الذي يؤول إليه، وبما يوافق مقاصد الشارع من جلب المصالح ودرء المفاسد.

وقد اتفق المحققون من الأصوليين على أن العمل إذا كان يفضي إلى مفسدة ظاهرة أو يؤدي إلى مناقضة مقصد شرعي، فهو باطل مردوود[4].

وتتفرع عن اعتبار المآل قواعد؛ تتنوع فمنها ما يتعلق بسد وسائل الفساد بمنع الفعل المباح لئلا يفضي إلى الوقوع في المحظور؛ كسد الذرائع، ومنها ما يتعلق بطلب الفعل لما يؤول إليه من مصلحة؛ كالمصالح وفتح الذرائع، ومنها ما يتعلق بالترخيص في الفعل الممنوع استثناء من القواعد العامة كالاستحسان، ومنها ما يتعلق بالاحتياط كمراعاة الخلاف.

والقواعد المتفرعة عن "**اعتبار المآل**" متفصية كلها عن ملاحظة مقاصد الشريعة؛ فالاستحسان ملحوظ فيه رفع الحرج والضيق الذي يتسبب عن الغلو في إعمال الدلائل القياسية، وسد الذرائع مراعى فيه المحافظة على مقصود الشارع بالمنع من حدوث المفاسد والمضار ابتداء إذا قضى الظن المعتبر برجحان وقوعها، وإبطال الحيل آيل إلى الحيلولة دون خرم مقاصد الشريعة وهدم قواعدها، ومراعاة الخلاف ملاحظ

(1) ينظر: السعودي، مقاصد الشريعة وتطبيقاتها في المعاملات المصرفية المعاصرة، ص11 وما بعدها؛ فقد شرح المقاصد الفرعية المتفرعة عن هذا المقصد الأصلي والمقاصد التابعة له.

(2) القحطاني، منهج استخراج الأحكام، جـ1، ص360.

(3) الحسين، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، جـ1، ص37.

(4) العلمي، قواعد التنظير المآلي عند الإمام الشاطبي، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين-الجزائر، ص309.

فيها مفاسد التزام القناعات الشخصية باطراد إذا أدى إهمال اجتهاد الغير إلى حصولها في حال من الأحوال، وهذه القواعد وإن تفرعت عن مبدأ النظر في المآلات إلا أنها تعتبر بمثابة قواعد تطبيقية واقعية عملية؛ تضبط مسارات الاجتهاد التطبيقي، وتكيف الفعل بالمشروعية وعدمها وفقا للنتيجة المترتبة عليه موافقة لمقاصد الشارع الحكيم، ومنعا من مضادتها(1).

وكم أبواب للشر انفتحت بسبب فتاوى لم يعتبر فيها ما تؤول إليه بعض الوقائع والمستجدات من مفاسد وأضرار، وقد يحصل في اعتبار قاعدة النظر إلى المآل خير ونفع عظيم(2).

والقواعد المتفرعة عن اعتبار المآل هي: الذرائع، ومراعاة الخلاف، والاستحسان، وتقديم المصلحة.

ثانيا: علاقة هذه القواعد باعتبار المآل:

1. **علاقة الذرائع بأصل اعتبار المآل:** الأصل في اعتبار الذرائع مبني على النظر فيما تؤول إليه، فيأخذ الفعل حكماً يتفق مع ما يؤول إليه، ولا ينظر في كون الفعل في أصله مشروعا(3)؛ فينظر إلى نتيجة العمل وثمرته، وبحسب النتيجة يحمد الفعل أو يذم(4).

ولاعتبار المآل أثر واضح في التمييز بين صورتي الذريعة؛ وبيان ذلك أنه إذا كان مآل الفعل المتوسل إليه عبارة عن مصلحة راجحة فإن الذريعة تفتح، في حين إذا كان الأمر يؤول إلى مفسدة أو محظور فإن الذريعة تسد(5)، والعلاقة بين أصل اعتبار المآل وقاعدة سد الذرائع هي علاقة سَبَبٍ ومُسَبَّب، هذه العلاقة التي امتدادها في ارتباط الوسائل بالمقاصد إباحة ومنعا، على اعتبار أن كل وسيلة تَوَقَّفَ تحقيق قصد الشارع عليها فهي مشروعة وإن كانت ممنوعة، وكل وسيلة أدت إلى مناقضة مؤكدة لقصد الشارع فهي باطلة وإن كان الأصل فيها الإذن(6)، ونستطيع تلخيصها في كلام العز بن عبد السلام حيث قال: "الوسائل تسقط بسقوط المقاصد"(7).

(1) الذهب، مآلات الأفعال وأثرها في تغير الأحكام، ص53.

(2) ينظر: القحطاني، منهج استخراج الأحكام، جـ1، ص362؛ وذكر أمثلة على ذلك.

(3) الحسين، اعتبار مآلات الأفعال، جـ1، ص339.

(4) أبو زهرة، أصول الفقه، ص288.

(5) جدية، أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، ص132.

(6) احميتو، مبدأ اعتبار المآل، ص173.

(7) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، جـ1، ص175.

فقاعدة سد الذرائع توثق الأصل العام الذي قام عليه التشريع الإسلامي كله، وهو رعاية المصالح، وذلك من أجل المحافظة على مقاصد التشريع الإسلامي في الواقع الإنساني، بالوقاية من المآلات غير المشروعة، وإن كان القصد مشروعاً؛ لأن العبرة في التشريع بالنتائج المادية، ولا يلتفت إلى القصد الحسن، مع وجود المآل الممنوع[1].

2. **علاقة الحيل بأصل اعتبار المآل:** لا يفرق البعض أحيانا بين سد الذرائع وبين قاعدة التحيل؛ باعتبار أن بينهما تشابهاً كبيراً جدًّا، والتحيل يراد منه أعمال أتاها بعض الناس في خاصة أحواله؛ للتخلص من حق شرعي عليه؛ بصورة هي أيضا معتبرة شرعا حتى يظن أنه جار على حكم الشرع، أما الذرائع فهي ما يفضي إلى فساد، سواء قصد الناس به إفضاءه إلى فساد، أم لم يقصدوا؛ وذلك في الأحوال العامة، فحصل الفرق بين الذرائع والحيل من جهتين: جهة العموم والخصوص، وجهة القصد وعدمه[2]، ويشتركان في السياسة الوقائية التي تتكفل بمنع المفاسد قبل وقوعها[3]، والحيل ليست إبطالا لمقاصد الشارع، وتفريغ للنصوص من معانيها فقط، بل هي مناقضة لسد الذرائع الذي هو من أهم مقاصد الشريعة[4]، قال ابن القيم: "وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة.."[5].

فالمجتهد يحكم على الفعل المتحيل به بالبطلان، نظرا لما يؤول إليه، واعتبارا لنتيجته وأثره، فالأشياء إنما تحل وتحرم بمآلاتها ونتائجها، والمتحيل لا يشفع له الموافقة الظاهرية للشرع في تصرفه، ما دامت النتيجة المترتبة على ذلك غير مشروعة أو مضادة لقصد الشارع، إذ لا بد ليحكم على الفعل أو التصرف بالمشروعية، أن يكون موافقا للشرع ظاهرا وباطنا، وسيلة ومقصدا، مقدمة ونتيجة على سواء[6].

3. **علاقة مراعاة الخلاف باعتبار المآل:** قاعدة مراعاة الخلاف قائمة على نظر مآلي واضح؛ إذ المجتهد عندما يجيب عن واقعة بعد وقوعها فهو يستحضر مآلات الإبقاء على جوابه قبل الوقوع، فيرجح جانب

(1) ينظر: الذهب، القواعد الأصولية التي تنهض بوظيفة مراعاة الظروف، ص2، ملخص البحث.

(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص201.

(3) احميتو، مبدأ اعتبار المآل، ص249.

(4) اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص591.

(5) ابن القيم،اعلام الموقعين، ج3، ص126.

(6) أبو الهيجاء، الحيل وأثرها في الأحوال الشخصية، دراسة نظرية تطبيقية، ص154.

دليل الخصم أو المخالف، ويلجأ إلى إعماله رغم مرجوحيته اعتباراً للمآل؛ بمعنى أن النظر إلى المآل، أو إلى ما قد يترتب عن الحادثة بعد الوقوع من مفاسد محققة، هو الذي جعل المجتهد يعمل قاعدة مراعاة الخلاف، فيتخلى عن دليله الراجح، ويأخذ بالدليل المرجوح، وما ذلك إلا من أجل تحقيق المقصد الشرعي المتمثل في إلحاق المصلحة والتيسير والرفق بالمكلفين[1].

والغاية التي يصدر عنها المحتاط في حال خروجه من الخلاف هي الورع والاستبراء للدين، والغاية التي تستهدفها مراعاة الخلاف بعد الوقوع؛ هي تلافي آثار المفسدة، والعمل على تحقيق المصلحة، ومراعاة الخلاف تمثل مبدأ مآليا يتفصى عن اجتهاد الاستثناء الذي يمثل الاستحسان أظهر أدواته؛ ووجه ذلك أن مقتضى القياس أن يجري المجتهد على وفق دليله، ويحكم بمقتضى اجتهاده فلا يترك قوله ودليله ليصير إلى قول الغير ودليله .. هذا هو الأصل؛ غير أن المجتهد يعدل عن ذلك فيهمل العمل بمقتضى اجتهاده الخاص، ليعمل بمقتضى اجتهاد غيره في حالة ما؛ والذي سوغ هذا العدول هو ما في الأخذ باجتهاد الغير من تحقيق للمصالح المشروعة وتوثيق لأصل العدل[2].

4. علاقة الاستحسان باعتبار المآل: يقول الإمام الشاطبي عن الاستحسان: "فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك؛ لأنّا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدَّى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة؛ فكان من الواجب رعي ذلك بمآل إلى أقصاه .."[3].

وإن الله تعالى عندما شرع لعباده الأحكام لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، راعى ما في ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة، كما راعى حالات الضرورة، وحالات الأعذار فاستثناه لأجل تحقيق المصلحة الراجحة، أي أن تستثني واقعة أو فرد من ذات النوع من تنزيل الحكم عليها؛ لما يحيط بها من ملابسات تؤدي إلى مفسدة إذا ما أجرينا عليها حكم نظائرها[4].

(1) جدية، أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، ص204.

(2) ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات، ص338.

(3) الشاطبي، الموافقات، جـ4، ص527.

(4) مكي، أثر المقاصد في التعامل مع السنة النبوية فقها وتنزيلا، ماجستير، ص225.

فالاستحسان نافذة يطل منها الفقيه على واقع الناس فيرفع عنهم الحرج ويدفع الضرر، ويحقق لهم المنافع بتطبيق مبادىء الشريعة وأصولها.

وهو من أقوى الأدلة على أن الفقه الإسلامي فقه واقعي بقدر ما تحمل هذه الكلمة من معان صالحة، وليس فقها مثاليا خاليا كما يزعم أعداؤه[1].

5. **علاقة المصلحة باعتبار المآل**: الشريعة الإسلامية مبنية على تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها في الحال أو في المآل، وجميع التكاليف ترجع إلى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم، وهذا منهج عام في جميع الأحكام الشرعية[2].

وقاعدة المصلحة متفرعة عن أصل اعتبار المآلات؛ لأن اعتبار المصلحة يعتمد على النظر في المآل، إذ لا يتأتى وصف الفعل بكونه محققا لمصلحة فيكون مأمورا به، أو دارأً لمفسدة فيكون منهيا عنه إلا بعد النظر إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل من مصلحة تستجلب أو مفسدة تدرأ وتدفع، فإنه ينظر إلى المصلحة التي يفضي إليها الفعل، ومدى تحققها، وملائمتها لمقاصد التشريع، وعدم معارضتها للنصوص الشرعية والقواعد الكلية، وأنها لا تؤدي إلى تفويت مصلحة أعظم منها أو الوقوع في مفسدة أشد، وبذلك يكون الفعل موافقا لمقاصد التشريع، وعدم اعتبار المآلات قد يفضي إلى مناقضة مقاصد التشريع؛ فالحكم على الفعل بالمشروعية أو عدمها يكون بالنظر إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل من مصلحة معتبرة أو مفسدة[3].

الفرع الثاني: العلم بمقاصد المعاملات المالية خاصة:

إن مقاصد الشريعة في المعاملات المالية جزء من منظومة مقاصد الرسالة الخاتمة التي جاءت لصلاح الخلق، ودلت بمجملات الأدلة وتفاريقها على أنها أنزلت لمصلحة العباد في الدارين وتحصيل السعادتين[4].

وإن المقاصد الشرعية من المعطيات الضرورية التي يعاد إليها في تكييف الأحكام الشرعية وفق الوقائع المستجدة ومقتضياتها الزمنية والمكانية، ولا سيما في عصرنا الحالي الذي تكاثرت قضاياه، وتشابكت ظواهره وأوضاعه، وتداخلت مصالحه وحاجيته، وليس لذلك من سبيل سوى جعل المقاصد إطارا جامعا يستجيب

(1) جدية، أصل اعتبار المآل، ص185.

(2) الحسين، اعتبار مآلات الأفعال، ج1، ص293.

(3) المرجع نفسه، ج1، ص293ـ 294.

(4) بن بية، مقاصد الشريعة في المعاملات المالية، ص124.

لكل متطلبات الحياة المعاصرة[1]، وقد اصطلح على منزلة التكييف القضائي؛ همزة الوصل بين الواقع والشرع[2].

ويعتبر من أهم الضوابط مراعاة النظر المقاصدي في أحكام المعاملات؛ بالنظر إلى قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد؛ وبناء على هذه القاعدة يكون الحكم عليها، والعقود التي جاء النص بالنهي عنها إذا تأملت في مقصدها تجدها تضمنت مفاسد، فكان النهي عنها من باب درء المفاسد، والعقود التي ثبت النص الشرعي بإباحتها فقد تضمنت مصالح .. فالأصل في المعاملات المالية النظر إلى المصالح التي تضمنتها؛ فأغلب أحكامها عامة[3]، قال الشاطبي: "على أن العادات مما اعتمد الشارع فيها الالتفات إلى المعاني، وأن الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات، وأكثر ما علل فيها بالمناسب الذي إذا عرض على العقول تلقته بالقبول، ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعاني، لا الوقوف مع النصوص"[4].

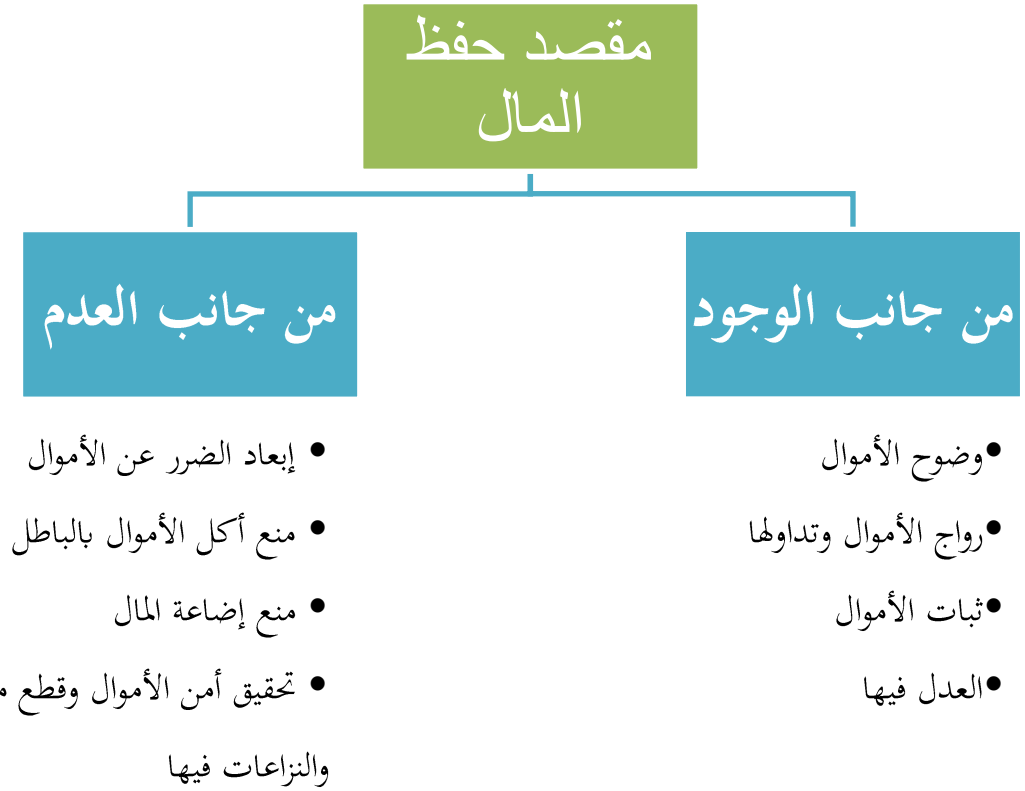
(1) ينظر: طاهر، أثر التكييف الفقهي بمقاصد الشريعة وضوابطها (المعاملات المالية المعاصرة أنموذجا)، ص207. العلوم الاجتماعية، https://doi.org/10.25255/jss.2019.8.2.189.214

(2) ينظر: الحمادي، بحث أصول التكييف القضائي العامة في الفقه الإسلامي، دراسة تأصيلية تطبيقية، ص113.

(3) ينظر: لدرع، النهي عن المعاملات المالية الفاسدة، الأزمة الاقتصادية العالمية المعاصرة من منظور إسلامي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص381.382

(4) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2، ص523.

ومقاصد المعاملات المالية ترجع إلى المقصد الكلي **حفظ المال**[1]، وحفظ المال يكون من جانب الوجود ومن جانب العدم:



المطلب الثالث: مراعاة الظروف الزمانية والمكانية والعوائد والأعراف والأحوال:

وهو أمر بالغ الأهمية وبخاصة عند النظر في أحكام النوازل، لكونها في الغالب تنشأ تلبية لحاجات معينة للأفراد أو للمجتمعات، ويساهم في ظهورها غالبا الظروف الزمانية أو المكانية المحيطة، ولذا ينبغي للمجتهد فيها أن يكون مدركا لهذه العوامل بعد أن يتيقن أنّ النازلة من جنس الأحكام الاجتهادية التي يمكن أن تتغير الفتوى فيها بسبب الزمان أو المكان[2].

يقول الشاطبي: "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية"[3]، ويقول القرافي: "الأحكام المترتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير بتغيرها"[4].

(1) ينظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ج3، ص470.

(2) الضويحي، النوازل الأصولية، ص40.

(3) الموافقات، الشاطبي، كتاب المقاصد، المسألة الخامسة عشر، ج2، ص493. (الصفحات ناقصة من489.499)

(4) القرافي، الفروق، ج3، ص29.

وقد أكد مجمع الفقه الإسلامي الدولي على هذا الشرط في دورته الحادية عشرة المنعقدة في مدينة المنامة في الفترة من 25 إلى 30/ رجب/1419هـ حين أوصى في قراره رقم 104 (11/7) بشأن سبل الاستفادة من النوازل (الفتاوى) بمراعاة فقه الواقع والأعراف ومتغيرات البيئات والظروف الزمانية التي لا تصادم أصلاً شرعياً[1].

كما ينبغي للمجتهد أو الفقيه مراعاة العوائد والأعراف فإن لها أثراً في الأحكام الاجتهادية، ومن القواعد الخمس الكبرى قاعدة : "العادة محكمة"[2]، وقد أحال الشارع المكلفين إلى العادة في مسائل كثيرة ومنها : الحرز، والقبض، والنفقة، وغير ذلك.

وينبغي عليه كذلك مراعاة أحوال المكلفين، فإن هذا من المعاني المعتبرة شرعاً، وذلك لأن المقصود من التكليف هو الامتثال، ولو لم يكن حال المكلف مؤثراً في الحكم لأدى ذلك إلى التكليف بما لا يطاق، وهو غير جائز ولا واقع[3].

ويمكن اعتبار الرخص الشرعية في أبواب الشريعة المختلفة خير شاهد على اعتبار الشارع لأحوال المكلفين من حيث القدرة، والحاجة، والضرورة، ونحو ذلك[4].

ومما يجدر التنبيه عليه أن مراعاة هذه العوامل تشمل الفتوى للأفراد، كما تشمل الفتوى للجماعات أيضاً، فرب حكم يفتى به لزيد لا يفتى به لعمرو، لاختلاف حالهما، ورب فتوى لبلد معين لا تناسب البلد الآخر، ورب حكم يناسب مجتمعاً إسلامياً خالصاً لا يناسب أقلية من الأقليات التي تعيش في بلد غير إسلامي، فلابد للمجتهد أن يكون مستحضراً لهذه المعاني عند استنباطه للأحكام، فإنها كفيلة بمقاربة الصواب، والبعد عن الخطأ[5].

ونستطيع التمثيل لأثر العرف في تكييف الوقائع بمسألة "**البضائع المباعة التي لا ترد ولا تستبدل**":

وهذا ما يفعله بعض التجار حيث يعلّق على بضائعه لافتة يكتب فيها: (البضاعة المباعة لا تَرد ولا تَستبدل)، وهذا تصرف ينابذ قاعدة الشرع في البيوع برد المشتريات المعيبة، ويلزم الناس بالمعيب أكلاً لمالهم

(1) ينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، 359.

(2) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص89، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص93، ومجلة الأحكام العدلية، مادة 36.

(3) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج3، ص208.

(4) ينظر: الضويحي، ضوابط الاجتهاد في المعاملات المالية المعاصرة، ص57.

(5) المرجع نفسه.

بغير حق، وينزعهم عن المتعارف في البيع، وهو أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا؛ إذ سلامة المبيع تنزل منزلة الشرط عرفا وعملا؛ وقد أفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء على هذه المسألة؛ وهذا نص الجواب: (بيع السلعة بشرط ألا ترد ولا تستبدل لا يجوز؛ لأنه شرط غير صحيح لما فيه من الضرر والتعمية، ولأن مقصود البائع بهذا الشرط إلزام المشتري بالبضاعة ولو كانت معيبة، واشتراطه هذا لا يبرؤه من العيوب الموجودة في السلعة، لأنها إذا كانت معيبة فله استبدالها ببضاعة غير معيبة أو أخذ المشتري أرش العيب، ولأن كامل الثمن مقابل السلعة الصحيحة، وأخذ البائع الثمن مع وجود عيب أخذ بغير حق؛ ولأن الشرع أقام الشرط العرفي كاللفظي، وذلك للسلامة من العيب حتى يسوغ له الرد بوجود العيب تنزيلا لاشتراط سلامة المبيع عرفا منزلة اشتراطها لفظا)[1].

المطلب الرابع: المعرفة بالوسائل والتقنيات الحديثة التي تعين على استكمال البحث والنظر:

فإن من أهم سمات عصرنا الحاضر ظهور الأجهزة الحديثة والوسائط الإلكترونية التي تيسر دروب البحث والنظر، كأجهزة الحاسب الآلي ببرامجها المتقدمة، كبرنامج حساب المواريث، ونحوه، والأقراص الحاسوبية التي تحوي آلاف الكتب والمصادر، وشبكة الإنترنت وما تتضمنه من الوسائل المعينة على البحث، كقواعد المعلومات، ومحركات البحث التي يمكنها استقراء وجمع أغلب المعلومات المتعلقة بالمسألة المطلوبة، إضافة إلى الأجهزة الأخرى التي لا غنى عنها في العصر الحاضر، كالآلات الحاسبة، ووسائل التواصل الحديثة، ومواقع الذكاء الاصطناعي ونحوها.

وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 104 (11/7) بشأن الاستفادة من النوازل (الفتاوى) على أنه ينبغي للمتصدرين للفتيا مواكبة أحوال التطور الحضاري الذي يجمع بين المصلحة المعتبرة والالتزام بالأحكام الشرعية[2].

ويمكن للمجتهد أن يستعين بهذه الوسائل في جوانب متعددة أهمها ما يلي[3]:

– فقه الواقع، ومعرفة حقيقة النازلة التي يريد أن يحكم فيها.

(1) الجيزاني، فقه النوازل، ج3، ص110.111.

(2) ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي، ص359.

(3) الضويحي، النوازل الأصولية، ص43.

فقد ثبت بالتجربة أن لهذه الوسائط دوراً مهماً في هذا الجانب، وخصوصاً شبكة الإنترنت بمواقعها المختلفة، والتي يمكن للمجتهد من خلالها تكوين تصور واضح عن حقيقة المسألة وماهيتها.

– استنباط الحكم الشرعي.

فقد باتت المصادر الإلكترونية في العصر الحاضر واسعة الانتشار بين طلبة العلم، وأصبح الكثير منهم يلجأ إليها عند بحث المسائل العلمية، نظراً لسهولة الوصول إلى المعلومة من خلالها، بسبب وجود النظم والبرامج التي تيسر استقراء وجمع المادة المطلوبة.

– التواصل مع العلماء والمجتهدين.

فهذه الوسائل تتيح للمجتهد أن يكون متواصلاً مع نظرائه بشكل مباشر مهما تباعدت المسافات ونأت الديار.

المبحث الرابع:

ضوابط الأصل:

يراعى في الأصل الذي تكيف عليه المعاملة المالية المعاصرة عدة ضوابط، نتناول بعضها بالدراسة في المطالب التالية:

المطلب الأول: ثبوت الأصل الذي تكيف عليه الواقعة:

الأصل الذي تكيف عليه الواقعة يجب أن يكون ثابتا بطريق سمعي شرعي؛ سواء كان قرآنا أم سنة نبوية أم إجماعا أم قاعدة كلية؛ ومما يبعث على الحسرة والأسف أن بعض المفتين في القضايا المعاصرة يضل في استنباطاته عن الحكم الصحيح بسبب الجهل برتبة النص الحديثي، أو التساهل في الاحتجاج به؛ إذ يركن إلى الضعيف في التأصيل الفقهي للنوازل، ويجتهد في الاستمداد منه والإلحاق به، وهو إما ضعيف لا طرق له يتقوى بها، أو ضعيف له طرق يتقوى بها[1].

المطلب الثاني: فهم الأصل الذي تكيف عليه الواقعة:

فينبغي على الفقيه الذي يمارس عملية التكييف الفقهي فهم الأصل الذي تكيف عليه الواقعة؛ سواء أكان نصا في كتاب أو سنة أم إجماعا، أم قاعدة كلية، أم اجتهادا لفقيه من الفقهاء؛ والنصوص الشرعية من الكتاب والسنة ما هي إلا مركبات عربية؛ فلا بد إذا لمن يمارس عملية التكييف أن يكون عارفا بمعاني المفردات اللغوية، وفيما استعملت؛ وينبغي عليه معرفة مسائل النسخ والاشتقاق ودلالات الألفاظ ومسائل التعارض والترجيح، والمنطوق والمفهوم، وغيرها من المسائل التي تعينه على فهم النصوص من حيث كونها جملا عربية؛ هذا بالنسبة للنصوص من الكتاب والسنة[2].

أما بالنسبة الى نصوص الفقهاء من اجماع وقواعد كلية عامة واجتهادات فقهية فلا بد من معرفة معنى تلك الألفاظ ومدلولاتها، والرجوع إلى منهجه الأصولي في الاستنباط، ومعرفة الأسباب الداعية للاجتهاد والحاجة والاعتبارات الأدبية والسياسية وغيرها.

إضافة إلى مراعاة السياق في فهم الخطاب الشرعي، واستجلاء مراميه، فهو ضرورة من ضرورات الاجتهاد؛ لأن النص إن عزل عن سياقه لم يفد معناه، وإن أفاد فعلى نمط مشوه، قال ابن القيم: "السياق يرشد إلى

(1) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص93.

(2) ينظر: شبير، التكييف الفقهي، ص79.

تبيين المجمل وتعيين المحتمل والقطع بعدم احتمال غير المراد وتخصيص العام وتقييد المطلق وتنوع الدلالة، وهذا من أعظم القرائن الدالة على مراد المتكلم فمن أهمله غلط في نظره وغالط في مناظرته فانظر إلى قوله تعالى: ﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْكَرِيمُ ﴿٤٩﴾﴾ (الدخان: 49)كيف تجد سياقه يدل على أنه الذليل الحقير"[1]، ومعرفة أسباب النزول والورود؛ فأسباب النزول علم يهتدى به في معرفة تفسير النص القرآني، واستجلاء مقاصده، والإحاطة بأسباب ورود الحديث تنبئك عن العلة الباعثة على تشريع الحكم[2].

ولا بد للمجتهد أن يتحقق من مدلول اللفظ بالرجوع إلى لسان العرب، وعرف الاستعمال، وغيرها من المسالك الخاصة بدلالات الألفاظ.

المطلب الثالث: عدم معارضة الأصل لما ورد في القرآن أو السنة:

هذا الشرط خاص فيما إذا كان الأصل قاعدة كلية عامة أو اجتهاد لفقيه.

وينبغي التنبيه إلى أن من يسلك سبيل التكييف الفقهي للوقائع المستجدة أن يراعي الضوابط التالية في حكم الأصل[3]؛

1. أن يكون حكم الأصل ثابتا غير منسوخ:

يشترط في حكم الأصل الذي يراد إلحاقه بالوقائع المستجدة أن يكون ثابتا غير منسوخ؛ لأن نسخ الحكم من الشارع يدل على عدم اعتباره، وإذا لم يعتبره الشارع بطلت علته، وإذا بطلت العلة انتفى الجامع بين الأصل والواقعة، وهو مدار التكييف الفقهي.

2. أن يكون حكم الأصل معقول المعنى:

بأن يستطيع العقل إدراك علة الحكم الشرعي التي من أجلها شرع الحكم، فلا يجوز التكييف على حكم تعبدي لا يستطيع العقل إدراك علته لانتفاء الجامع بين الأصل والواقعة المستجدة؛ وهو مدار التكييف الفقهي.

(1) ابن القيم، بدائع الفوائد، ج4، ص10.9.

(2) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص95 وما بعدها.

(3) شبير، التكييف الفقهي، ص84.83.

3. أن يكون ملائما لمقاصد الشريعة:

فالكشف السليم عن المقاصد الشرعية في حكم الأصل أمر مهم في عملية التكييف الفقهي، من حيث إنها تضمن أكثر ما يمكن القدير الصحيح للمقاصد؛ فيكون بناء الأحكام عليها سديدا [1].

(1) النجار، فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب، ص150.

المبحث الخامس:

ضوابط الفقيه الممارس للتكييف الفقهي:

لا بد لمفتي العصر أن يكون بصيرا بطرق التكييف الفقهي، متصرفا في منازعه، مراعيا لضوابطه، وإلا ضاق عليه السبيل، وتعذر المخرج، وخبط في الفتوى غير مهتد إلى حقيقة المسألة النازلة، وحكمها الشرعي؛ والتكييف على الأصول الثابتة، والقواعد الصحيحة، لا يجيده إلا فقيه النفس، الفاهم للمعاني، المحسن لرد ما اختلف فيه إلى الكتاب والسنة، المتضلع من فقه التنزيل، البصير بواقع الناس، لأن استعمال كليات علم الفقه وانطباقها على جزئيات الواقع عسير على كثير من الناس، فتجد الرجل يحفظ كثيرا من الفقه ويفهمه ويعلّمه غيره، فإذا سئل عن واقعة من مسائل الصلاة أو مسألة من الأعيان لا يحسن الجواب، ومرد هذا الإعواز وضيق المكنة إلى قصور آلة المفتي عن التكييف الفقهي للواقعة النازلة[1].

ويشترط في المجتهد الذي يمارس عملية التكييف الفقهي شروط؛ نتناول بعضها في المطالب التالية:

المطلب الأول: شروط عامة:

إذا كان المجتهد في الأحكام الشرعية قائما مقام النبي صلى الله عليه وسلم[2] فلا بد من اشتراط شروط تتناسب وعظم المهمة التي سيقوم بها، وقد اختلف العلماء في شروط المجتهد.

يقول الشافعي: "ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علمٍ مضى قبله، ولا يقيس إلا من جمع الآلةَ التي له القياس بها، وهي[3]:

- العلم بأحكام كتاب الله: فرضه، وأدبه، وناسخه، ومنسوخه، وعامّه، وخاصّه، وإرشاده.
- ولا يكون لأحد أن يقيس حتى يكونَ عالماً بما مضى قبلهَ من السَنن، وأقاوَيل السلف، وإجماع الناس، واختلافهم، ولسان العرب.
- ولا يكون له أن يقيس حتى يكون صحيح العقل، وحتى يفرِق بين المشتبه، ولا يعجل بالقول به دون التثبيت.

(1) ينظر: الريسوني، اضطراب الفتوى في القضايا المعاصرة معالم وتطبيقات، مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل، ص828.

(2) ينظر: الشاطبي، الموافقات، جـ5، ص253، واشترط الشاطبي أن درجة الاجتهاد تحصل لمن اتصف بوصفين: أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني: الممكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها" المرجع نفسه، جـ5، ص41.

(3) ينظر: الشافعي، الرسالة للشافعي، ص511508.

- ولا يمتنع من الاستماع ممن خالفه، لأنه قد يتنبه بالاستماع لترك الغفلة، ويزداد به تثبيتاً فيما اعتقده من الصواب.

- وعليه في ذلك: بلوغُ غاية جهده، والإنصافُ من نفسه، حتى يعرف من أين قال ما يقول، وترك ما يترك.

- ولا يكون بما قال أَعنى منه بما خالفه، حتى يعرف فضل ما يصير إليه على ما يترك.

- فأما من تمَّ عقله، ولم يكن عالماً بما وصفنا، فلا يحلُّ له أن يقول بقياس، وذلك أنه لا يعرف ما يقيس عليه، كما لا يحل لفقيه عاقل أن يقول في ثمن درهم ولا خبرة له بسوقه.

- ومن كان عالماً بما وصفنا بالحفظ لا بحقيقة المعرفة؛ فليس له أن يقول أيضاً بقياس، لأنه قد يذهب عليه عَقْل المعاني، وكذلك لو كان حافظاً مقصّرَ العقلِ، أو مقصّراً عن علم لسان العرب لم يكن له أن يقيس من قِبلِ نقص عقله عن الآلة التي يجوز بها القياس.

المطلَب الثاني: الكفاءة الفقهية والدربة:

عد الريسوني من شروط المفتي الدربة على التكييف الفقهي حيث قال: "ومن ثم لا يكتفي في شرائط المفتي في القضايا المعاصرة بالعدالة، والعلم، وفقاهة النفس؛ وإنما يضاف إلى ذلك الدربة على التكييف الفقهي للوقائع، بوصفه ملاك الصنعة، وقوام التنزيل"[1]، ولذلك عدد ابن الصلاح من مؤهلات المفتي: "ذا دربة وارتياض في استعمال ذلك، عالما بالفقه، ضابطاً لأمهات مسائله وتفاريعه المفروغ من تمهيدها"[2].

وجدير بالذكر أن الدكتور عثمان شبير قد جعل للفقيه الممارس للتكييف الفقهي ضوابط، هي[3]:

أولا: العلم:

يشترط فيمن يقوم بعملية التكييف الفقهي للوقائع المستجدة أن يكون عالما بالفقه وأصوله، مدركا لعلل الأحكام ومآخذها ومقاصدها؛ فهذه العملية لا تتحقق بالتمني ولا يحسنها إلا من كشف عن ساعد الجد وشمّر وخاض غمار البحار، وأكثر من المطالعة الواعية، واستعان بلغة العرب؛ ليتمكن من فهم نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية وأقوال الفقهاء حق الفهم.

(1) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص209 وما بعدها.

(2) ابن الصلاح، أدب المفتي والمستفتي، ص87.

(3) ينظر: شبير، التكييف الفقهي، ص117-120.

ثانيا: الفطنة وسعة الأفق:

يشترط فيمن يقوم بعملية التكييف الفقهي أن يكون فطنا ذكيا واسع الأفق ليتمكن من فهم مقاصد الكلام، وملاحظة الأشباه، والفروق الدقيقة بين الواقعات التي تبدو متماثلة؛ فبدون هذه الملاحظة يقع الفقيه في الخطأ ويلحق الواقعات بغير مثيلاتها.

ثالثا: التقوى:

يشترط فيمن يقوم بعملية التكييف الفقهي أن يكون تقيا، والتقوى صفة في النفس تشعر صاحبها بمراقبة الله تعالى، وتحمله على إتيان ما أمر الله به، واجتناب ما نهى عنه.

رابعا: الدُّربة والخبرة الكافية في التكييف الفقهي:

إن الفقيه قد تتوفر فيه الشروط السابقة من العلم والفطنة والتقوى، لكن قد لا يحسن التكييف الفقهي للواقعة النازلة لعدم وجود دربة وخبرة كافية في هذا المجال؛ لأن عملية التكييف صنعة تحتاج إلى تدريب كالإفتاء والقضاء.

ولا شك أن التكييف الفقهي ملكة تنال بأحد أمرين[1]:

الأول: فتح من الله تعالى على من شاء من عباده، وهذا أمر لا حيلة للمرء فيه، وقد سعد به كثير من المجتهدين النظار لصحة نيتهم في طلب العلم، وسلامة قصدهم في إصابة الحق.

الثاني: طول الممارسة وكثرة المران في مجال التخريج والإلحاق، وإدمان النظر في كتب الفقهاء وقواعدهم، لتحصيل الملكة، والارتياض بالتفريع، يقول الزركشي: "ليس يكفي في حصول الملكة على شيء تعرفه، بل لا بد مع ذلك من الارتياض في مباشرته، فلذلك إنما تصير للفقيه ملكة الاحتجاج واستنباط المسائل أن يرتاض في أقوال العلماء وما أتوا به في كتبهم"[2].

(1) الريسوني، صناعة الفتوى، ص210.

(2) الزركشي، البحر المحيط، ج8، ص266.

المطلب الثالث: اشتراط الاجتهاد الجماعي:

وهذه المسألة في غاية الأهمية وهي **اشتراط الاجتهاد الجماعي**؛ وذلك من خلال مؤسسات تنشأ لهذا الغرض، كالمجامع الفقهية ونحوها[1]؛ وقد أكد على أهمية هذا الشرط المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة ما بين 27ربيع الآخر و8جمادى الأولى 1405هـ، فأوصى في ثنايا القرار المتعلق بموضوع الاجتهاد بـ: "أن يكون الاجتهاد جماعيا بصدوره عن مجمع فقهي، يمثَّل فيه علماء العالم الإسلامي[2].

والاجتهاد الجماعي: هو استفراغ جمهور أهل العلم وسعهم في درك الحكم الشرعي واتفاقهم عليه بعد التشاور[3]؛ وهذا التعريف هو تعريف مسفر القحطاني؛ فبعد ذكره للخلاف في تعريف الاجتهاد الجماعي وأنه لا يخرج عن مسلكين؛ ألا وهما:

1. اعتبار الاجتهاد الجماعي من قبيل التشاور بين الفقهاء، وعده من قبيل الاتفاق الأغلبي.
2. اعتبار الاجتهاد الجماعي من قبيل الإجماع الأصولي.

وتفريقه بين الاجتهاد الجماعي والإجماع الأصولي؛ وذكره بعض تعريفات المعاصرين له، توصل إلى هذا التعريف.

والاجتهاد الجماعي في النوازل لا بد منه حتى تتسع الشريعة وتشمل الكثير من القضايا الاقتصادية والعلمية والطبية والاجتماعية والسياسية وكل ما له صلة بالحياة اليومية، ولا بد للبحث فيها ودراستها دراسة علمية مفيدة، من تصور صحيح واستيفاء كامل لكافة جوانبها الواقعية والعلمية أولا، ثم الشرعية ثانيا؛ ولن يتم ذلك إلا عبر الاجتهاد الجماعي[4].

وفي هذا الصدد يقول الدكتور يوسف القرضاوي: "ينبغي في القضايا الجديدة أن ننتقل من الاجتهاد الفردي إلى الاجتهاد الجماعي الذي يتشاور فيه أهل العلم في القضايا المطروحة، وخصوصا فيما يكون له طابع العموم، ويهم جمهور الناس، فرأي الجماعة أقرب إلى الصواب من رأي الفرد؛ مهما علا كعبه في العلم"[5].

(1) ينظر: الضويحي، النوازل الأصولية، ص43، والقحطاني، منهج استخراج الأحكام، ص274.
(2) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة، ص182.
(3) القحطاني، منهج اسخراج الأحكام، ج1، ص253.
(4) المرجع نفسه، ج1، ص277.
(5) القرضاوي، الاجتهاد، ص182.

ملخص:

– التكييف الفقهي لأي نازلة يتكون من ستة مقومات: الواقعة، الأصل الذي ترد إليه الواقعة، حكم الأصل، العلة المشتركة بين الأصل والواقعة، عملية التكييف، والفقيه الممارس لها.

– التكييف الفقهي للمعاملات المالية المعاصرة لا ينضبط إلا إذا توفرت شروط وضوابط؛ بعضها يتعلق فيمن يلج باب هذا الاجتهاد التكييفي، والبعض الآخر يتعلق بالواقع المعاصر الذي أفرز هذه المعاملة، والبعض الثالث يتعلق بالمعاملة المعاصرة نفسها وغيرها من الضوابط؛ فلا بد في تكييف الواقعة المعروضة من توفر عدة شروط وضوابط؛ منها: التأكد من وقوع النازلة وخلوها من نص شرعي، وفهم القضية المعروضة فهما دقيقا وتصورها؛ وذلك بتحقق أمور منها: تصور النازلة في ذاتها، تصور واقع النازلة (المكاني والزماني)، تصور ملابسات النازلة، الاتصال بأهل الاختصاص في موضوع النازلة، العلم بمدلول المصطلحات الاقتصادية والقانونية المعاصرة ذات الصلة بموضوع المسألة.

– جوهر عملية التكييف الفقهي هو المطابقة بين الواقعة المستجدة والأصل؛ وهو أن يجمع بين الواقعة المستجدة والأصل في الحكم؛ لإتحادهما في العلة، وهذا يتطلب المجانسة بينهما في الشروط والأركان ومراعاة المقاصد الشرعية؛ ومراعاة الظروف الزمانية والمكانية والعوائد والأعراف والأحوال، والمعرفة بالوسائل والتقنيات الحديثة التي تعين على استكمال البحث والنظر.

– يشترط في الأصل الذي تكيف عليه الواقعة يجب أن يكون ثابتا بطريق سمعي شرعي؛ سواء كان قرآنا أم سنة نبوية أم اجماعا أم قاعدة كلية؛ وينبغي التنبيه على مراعاة الضوابط التالية في حكم الأصل: أن يكون حكم الأصل ثابتا غير منسوخ، وأن يكون معقول المعنى، وأن يكون ملائما لمقاصد الشريعة؛ فالكشف السليم عن المقاصد الشرعية في حكم الأصل أمر مهم في عملية التكييف الفقهي، ليكون بناء الأحكام عليها سديدا.

– الاجتهاد الجماعي في النوازل لا بد للبحث فيها ودراستها دراسة علمية مفيدة، من تصور صحيح واستيفاء كامل لكافة جوانبها الواقعية والعلمية أولا، ثم الشرعية ثانيا؛ ولن يتم ذلك إلا عبر الاجتهاد الجماعي.

الفصل الرابع

مسالك التكييف الفقهي

وفيه ثلاث مباحث:

المبحث الأول: التكييف على المصادر المتفق عليها.

المبحث الثاني: التكييف على المصادر المختلف فيها.

المبحث الثالث: التكييف بالتخريج.

تمهيد:

المقصود بمسالك التكييف الفقهي[1] الطرق التي يسلكها المجتهد لتكييف النازلة حتى يتمكن من تكييفها تكييفا سليما؛ فالنظر الإجتهادي يقوم عموما على أصول لا يصح إلا بها؛ وينبغي على الناظر أن يكون ملما بهاته الأصول وطرق إعمالها؛ يقول ابن عبد البر: "الاجتهاد لا يكون إلا على أصول يضاف إليها التحليل والتحريم.."[2]؛

وقد اقتصرت في شرح هذه المسالك على التطبيقات المعاصرة لها في باب المعاملات المالية؛ وهذه الطرق الاجتهادية مرتبة في أهميتها من حيث الأولوية في رد أحكام المعاملات المالية المعاصرة إليها، فبدأنا بالتكييف على المصادر المتفق عليها، ويكون بتكييف أحكام المعاملات المالية المعاصرة استنادا إلى نصوص القرآن والسنة وإجماع العلماء، وينتقل الناظر بعدها إلى التكييف على المصادر المختلف فيها، وذلك بالرد إلى المصلحة والذرائع والعرف والاستحسان، فإن لم يجد مظان الحكم بها خرج النازلة على القواعد الكلية وأقوال الأئمة وفروع المذهب؛ وقد درسناها وفق الترتيب الآتي:

- **التكييف على المصادر المتفق عليها**
  1. القرآن
  2. السنة
  3. الإجماع
- **التكييف على المصادر المختلف فيها**
  1. المصلحة
  2. الذرائع
  3. العرف
  4. الاستحسان

(1) ينظر: الموسى، التكييف الفقهي، ص1333؛ وقد جعلها خمسة مسالك هي: التكييف استنادا للنصوص، والتكييف اعتماد على القياس، والتكييف بالتخريج على المسائل المشابهة، والتكييف بالتخريج على القواعد الفقهية، والتكييف تحقيقا للمصالح وسدا للذرائع.

(2) ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، ج2، ص848.

❖ **التكييف بالتخريج**

1. التكييف بتخريج الفروع على الأصول والقواعد الكلية
2. التكييف بتخريج الفروع من الفروع

ومن المسائل الفقهية ما هو مندرج تحت أكثر من نوع، وهذا غير مؤثر في التقسيم؛ وذلك يرجع إما لتنوع الاستدلال على المسألة الواحدة أو وجود أكثر من مسوغ للحكم ونحو ذلك من الأسباب؛ وإنما قسمناها هكذا للبحث الأكاديمي.

المبحث الأول:

التكييف على المصادر المتفق عليها:

والمراد بتكييف المعاملة المالية عليها؛ إدراجها ضمن فروعها -إما بالدخول تحت عمومها وإطلاقها، أو تحت منطوقها ومفهومها، أو بإلحاقها عن طريق القياس- فإذا وردت واقعة مستجدة فالأصل أن تَكيف على واقعة منصوص عليها من القرآن الكريم أو السنة النبوية؛ بشرط أن تكون الواقعة المستجدة تتفق مع الواقعة المنصوص عليها في مناط الحكم، وفق الشروط والضوابط التي تم الحديث عنها في ضوابط التكييف الفقهي.

وقد كان الصحابة رضوان الله عليهم يعودون إلى القرآن والسنة لتحديد حكم الواقعة المستجدة[1]، فالمجتهد بداية ينظر في القرآن؛ فإن لم يجد فينظر في السنة النبوية؛ فإن لم يجد بحث عن إجماع سابق[2]، قال ابن القيم: "وقد كان أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يجتهدون في النوازل، ويقيسون بعض الأحكام على بعض، ويعتبرون النظير بنظيره"[3].

وقد تحدث الإمام الجويني عن منهج الصحابة رضوان الله عليهم في استنباط أحكام النوازل؛ فقال: "وقد تواتر من شيمهم أنهم كانوا يطلبون حكم الواقعة من كتاب الله تعالى فإن لم يصادفوه فتشوا في سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن لم يجدوها اشتوروا ورجعوا إلى الرأي"[4].

المطلب الأول: القرآن:

فالأصل في التكييف الفقهي الشرعي أن يكون مبنيا على نص سمعي شرعي ثابت في القرآن أو السنة، ومايلحق بهما من الإجماع؛ وهو ما يسمى بالتأصيل الشرعي[5]، فالنص هو الأصل في معرفة الأحكام الشرعية؛ لحديث معاذ لما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن سأله النبي: ﴿كيف تقضي؟﴾ قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: ﴿فإن لم يكن في كتاب الله؟﴾ قال: فبسنة رسول الله، قال: ﴿فإن لم يكن في سنة رسول الله؟﴾ قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فقال رسول الله: ﴿الحمد لله الذي وفق رسول رسول

(1) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جـ19، ص201.
(2) ينظر: أصول الشاشي، ص300، والشيرازي، اللمع، ص124.
(3) ابن القيم، اعلام الموقعين، جـ1، ص155.
(4) الجويني، البرهان، جـ2، ص14.
(5) شبير، التكييف الفقهي، ص32.

الله لما يرضاه رسول الله﴾[1]، وقد بين هذا المنهج كثير من الصحابة رضوان الله عليهم؛ كأبي بكر، وعمر – في كتابه إلى القاضي شريح–، وابن مسعود وغيرهم[2].

فالقرآن الكريم هو الأصل الأول الذي ينبغي للمجتهد أن يستند عليه في تكييفه للنوازل، فهو أصل الأصول والغاية التي تنتهي إليها أنظار النظار ومدارك أهل الاجتهاد وليس وراءه مرمى، لأنه كلام الحق سبحانه وتعالى[3].

يقول الشاطبي: "قد تقرر أن الكتاب كلية الشريعة، وعمدة الملة، وينبوع الحكمة، وآية الرسالة، ونور الأبصار والبصائر، وأنه لا طريق إلى الله سواه، ولا نجاة بغيره، ولا تمسك بشيء يخالفه، وهذا كله لا يحتاج إلى تقرير واستدلال عليه؛ لأنه معلوم من دين الأمة، وإذا كان كذلك؛ لزم ضرورة لمن رام الاطلاع على كليات الشريعة وطمع في إدراك مقاصدها، واللحاق بأهلها، أن يتخذه سميره وأنيسه، وأن يجعله جليسه على مر الأيام والليالي؛ نظرا وعملا، لا اقتصارا على أحدهما"[4].

ويمكن التمثيل لهذا المسلك بـ: **التطبيقات المعاصرة لقوله تعالى**: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾ **(البقرة: 282)**.

قال ابن عباس: "أشهد أن الله تعالى قد أحل السلف المضمون إلى أجل، وأنزل فيه أطول آية في كتابه وتلا ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم﴾"[5].

ووجه الدلالة في الآية: أنها أباحت الدين، والسلم نوع منه، قال القاضي ابن العربي: "الدين هو عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقدا، والآخر في الذمة نسيئة، فإن العين عند العرب ما كان حاضرا، والدين ما كان غائبا"[6]، فدلت الآية على حل المداينات بعمومها، وشملت السلم باعتباره من أفرادها، إذ المسلم فيه ثابت في ذمة المسلم إليه إلى أجله.

(1) مسند أبي داوود، رقم الحديث650، جـ1، ص454.

(2) ينظر: القرطبي، جامع بيان العلم وفضله، جـ2، ص844 وما بعدها، والخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، جـ1، ص490 ومابعدها، وكيع، أخبار القضاة، جـ2، ص190.189.

(3) القحطاني، منهج استخراج الأحكام الفقهية، جـ2، ص419.

(4) ينظر: الشاطبي، الموافقات، جـ4، ص144.

(5) ينظر: ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، رقم الحديث: 799، جـ2، ص159.158.

(6) ابن العربي، أحكام القرآن، جـ1، ص327.

ويعد السلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل (ائتمان) ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي وفي نشاطات المصارف الإسلامية من حيث مرونتها واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة، سواء أكان تمويلا قصير الأجل أو متوسطه أو طويله، واستجابتها لحاجات شرائح مختلفة ومتعددة من العملاء، سواء كانوا من المنتجين الزراعيين أو الصناعيين أو المقاولين من التجار، واستجابتها لتمويل نفقات التشغيل والنفقات الرأسمالية الأخرى، وعلى هذا فمجالات تطبيق هذا العقد متعددة:

أ – فهو يصلح للقيام بتمويل عمليات زراعية مختلفة

ب – كما أنه يمكن استخدامه في تمويل النشاط التجاري والصناعي، ولا سيما تمويل المراحل السابقة لإنتاج وتصدير السلع والمنتجات الرائجة، وذلك بشرائها سلما، وإعادة تسويقها بأسعار مجزية.

ج–كذلك يمكن تطبيقه في تمويل الحرفيين وصغار المنتجين الزراعيين والصناعيين عن طرق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات وآلات أو مواد أولية كرأس مال سلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم وإعادة تسويقها.

هـ –ويمكن أيضا اللجوء إليه في تمويل الأصول الثابتة –كبديل للتأجير التمويلي– حيث يقوم المصرف بتمويل الأصول الثابتة اللازمة لقيام المصانع الحديثة أو لإحلالها في المصانع القديمة القائمة.

ولا يخفى أن خاصية عقد السلم–وهي كونها عقدا على موصوف في الذمة، منضبط بمواصفات محددة طبقا لمقاييس دقيقة معروفة– تجعل نطاقه شاملا للمنتجات الزراعية كالحبوب والزيوت والألبان والمنتجات الصناعية كالحديد والإسمنت والسيارات والطائرات ومنتجات المواد الخام أو نصف المصنعة[1].

المطلب الثاني: السنة:

السنة النبوية هي الدليل الثاني التي تستسقى منه الأحكام بعد القرآن الكريم؛ فهي تليه في المرتبة؛ يقول الشاطبي: "يطلق لفظ **السنة** على ما جاء منقولا عن النبي –صلى الله عليه وسلم– على الخصوص، مما لم ينص عليه في الكتاب العزيز، بل إنما نص عليه من جهته عليه الصلاة والسلام، كان بيانا لما في الكتاب أو لا، ويطلق أيضا في مقابلة البدعة؛ فيقال: "فلان على سنة" إذا عمل على وفق ما عمل عليه النبي –صلى الله عليه وسلم– كان ذلك مما نص عليه في الكتاب أو لا"[2].

(1) ينظر، نزيه حماد، السلم وتطبيقاته المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، ص439.

(2) ينظر: الشاطبي، الموافقات، جـ4، ص290.289.

ومن أمثلة تكييف المعاملات المالية المعاصرة استنادا إلى السنة النبوية **نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع النجش**[1]:

وقد عرف النجش بتعريفات عدة منها:

أن يزيد أحد في سلعة، وليس في نفسه شراؤها، يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري[2].

أو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها، ليقتدي به المستام، فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه، فيغتر بذلك[3].

فالنجش يهدف إلى معنى واحد وهو التغرير وخديعة الغير من خلال سوم السلعة بأزيد من ثمنها دون شرائها، وتكيف عليه صور معاصرة عدة؛ منها:

– التلاعب في الأسواق المالية:

وهو القيام بأي تصرفات أو ممارسات تنطوي على تلاعب أو تضليل فيما يتعلق بأمر أو صفقة على ورقة مالية، إذا كان ذلك الشخص يعلم بطبيعة ذلك التصرف أو الممارسة، أو إذا توافرت أسس منطقية تتيح له أن يعلم بذلك[4].

فالمقصود من التلاعب هو التأثير على بعض المتعاملين في الأسواق المالية بطريقة غير مشروعة، لحثهم على بيع أو شراء ورقة مالية، أو الاكتتاب فيها أو الإحجام عن التعامل في تلك الورقة بصفة عامة، كما يكون القصد منه إحداث فرق بين سعر الورقة المالية وقيمتها الحقيقية لتحقيق ربح على وجه السرعة[5].

وبما أن النجش يدور حول معنى واحد وهو: أن يمدح الرجل السلعة، أو يزيد في ثمنها ليروجها؛ وهو لا يريد شراءها ليقع غيره من الناس فيها، فيغترون بذلك ويعطون فيها أكثر مما كانوا يعطون؛ فإن ما يقوم

(1) ينظر: مالك، الموطأ، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة، جـ4، ص987، وصحيح البخاري، باب النجش، ومن قال: "لا يجوز ذلك البيع"، رقم الحديث: 2142، جـ3، ص69.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، جـ3، ص185.

(3) ابن قدامة، المغني، جـ4، ص160.

(4) ينظر: العمراني، التلاعب في الأسواق المالية، الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي، ص6.

(5) إبراهيم، الصور المعاصرة للنجش في الفقه الإسلامي، ص2632.

به المتواطئون في سوق الأسهم من طلبات وعروض وهمية على الأسهم للصعود أو الهبوط بقيمتها على نحو يختلف عن قيمتها الحقيقية في السوق لا يختلف عن مفهوم النجش[1].

– اعتماد الوسائل السمعية والمرئية والمقروءة التي تذكر أوصافاً رفيعة؛ لا تمثل الحقيقة، أو ترفع الثمن؛ لتغري المشتري وتحمله على التعاقد .

المطلب الثالث: الإجماع:

اختلف العلماء في تكييف الوقائع المستجدة على الإجماع على قولين[2]:

– الأول: يصح أن يكون الإجماع أصلا تكيف عليه الوقائع الحادثة؛ فإذا كان المجمع عليه مرجعه الكتاب والسنة فإنه يصح التكييف، أما إذا كان الإجماع مرجعه إلى العوائد والأعراف فلا يصح؛ لأن العوائد مصيرها إلى التغير والتبديل؛ فلا يتناسب التكييف على أمر متبدل.

– الثاني: لا يجوز أن تكيف الوقائع المستندة على الإجماع.

وأساس التكييف عليها هو معرفة مواطن الإجماعات ثم النظر في علل أحكامها ومدى تحقق تلك العلل في الوقائع المعروضة، ومثاله: اتفاق مجتهدي هذا العصر على أن النقود الورقية تأخذ أحكام الذهب والفضة.

ويمكن الاستفادة من الإجماع في معرفة أحكام الوقائع المستجدة بأن تعرض النازلة على جميع الفقهاء المجتهدين وتعرف آراؤهم فيها، وهذا لا يتم –في الواقع– بصورة مجدية إلا عن طريق إيجاد مجمع فقهي يضم جميع الفقهاء في العالم الإسلامي وإن تعذر اجتماعهم فإنهم يبلغون عن طريق وسائل الاتصال المختلفة، وما تقوم به المجامع الفقهية من بحث للمسائل النازلة المعاصرة ليس إجماعا بالمعنى الأصولي، ولكنه حجة يغلب فيها الصواب[3].

(1) ينظر: إبراهيم، الصور المعاصرة للنجش في الفقه الإسلامي، ص2638.2639

(2) ينظر: القاسمي، الضوابط المنهجية للاجتهاد في المعاملات المالية المعاصرة، ص9.

(3) القحطاني، منهج استخراج الأحكام الفقهية، ج2، ص432.

المبحث الثاني:

التكييف على المصادر المختلف فيها:

مما ينبغي تقريره في هذا المقام أن الأدلة المختلف فيها ترجع جميعها إلى الأدلة المتفق عليها من حيث أصلها والدليل على ثبوتها، والأدلة المتفق عليها أيضا ترجع إلى الكتاب والسنة، والجميع يرجع إلى الكتاب عند التحقيق والنظر[1]، ويفصل الإمام أبو بكر الجصاص –رحمه الله– المراد بشمول القرآن الكريم لأحكام الشريعة بقوله: "قوله تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ﴾ (النحل: 89) يعني به والله أعلم تبيان كل شيء من أمور الدين بالنص والدلالة؛ فما من حادثة جليلة ولا دقيقة إلا ولله فيها حكم قد بينه في الكتاب نصا أو دليلا، فما بينه النبي صلى الله عليه وسلم فإنما صدر عن الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾ (الحشر: 7) وقوله تعالى: ﴿وَإِنَّكَ لَتَهْدِىٓ إِلَىٰ صِرَٰطٍ مُّسْتَقِيمٍ ﴿٥٢﴾﴾ (الشورى: 52) وقوله تعالى:﴿مَّن يُطِعِ ٱلرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ ٱللَّهَ﴾ (النساء: 80)؛ فما بينه الرسول فهو عن الله عز وجل وهو من تبيان الكتاب له لأمر الله إيانا بطاعته واتباع أمره، وما حصل عليه الإجماع فمصدره أيضا عن الكتاب لأن الكتاب قد دل على صحة حجة الإجماع وأنهم لا يجتمعون على ضلال وما أوجبه القياس واجتهاد الرأي وسائر ضروب الاستدلال من الاستحسان وقبول خبر الواحد جميع ذلك من تبيان الكتاب لأنه قد دل على ذلك أجمع فما من حكم من أحكام الدين إلا وفي الكتاب تبيانه من الوجوه التي ذكرنا"[2].

والأدلة المختلف فيها كثيرة، وقد اقتصرت على المصلحة، الذرائع، الاستحسان، والعرف؛ وفي المطالب الآتية بيان ذلك:

المطلب الأول: المصلحة:

يعد طريق المصالح هو أوسع طريق يسلكه الفقيه في تدبير أمور الأمة عند نوازلها ونوائبها إذا التبست عليه المسالك، وأنه إن لم يتبع هذا المسلك الواضح والمحجة البيضاء فقد عطّل الإسلام عن أن يكون دينا عاما وباقيا"[3].

(1) القحطاني، منهج استخراج الأحكام الفقهية، ج2، ص411.

(2) الجصاص، أحكام القرآن، ج5، ص10.

(3) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ج3، ص257.

والمصلحة كما عرفها الغزالي: "هي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة، وإذا أطلقنا المعنى المخيل والمناسب في كتاب القياس أردنا به هذا الجنس"[1].

والمصلحة دليل أصيل من أدلة أصول الفقه يجمع بين الأصالة؛ باستمداد قوته وشرعيته من القرآن الكريم والسنة النبوية، وبين المعاصرة؛ في معالجة كل ما هو جديد ومعاصر؛ ومن أبرز المعاملات المالية المعاصرة التي استند الفقهاء في تكييف حكمها على دليل المصلحة: عقد الإيجار المنتهي بالتمليك، واستحداث وسائل جماعية لتنمية الأموال كالمصارف والشيكات الاستثمارية، وتنظيم أسواق المال والبورصة تحقيقا لمصلحة عدم اختلاط تلك الأموال بالربا وغيرها من المعاملات[2].

المطلب الثاني: دليل الذرائع:

قاعدة الذرائع في مجال الأحكام الشرعية ذات حدين: سد الذرائع وفتح الذرائع، وقد عرفها وهبة الزحيلي بقوله: "سد الذرائع: الحيلولة دون الوصول إلى المفسدة إذا كانت النتيجة فسادا؛ لأن الفساد ممنوع، وفتح الذرائع: الأخذ بالذرائع إذا كانت النتيجة مصلحة؛ لأن المصلحة مطلوبة"[3].

والذريعة بالمعنى العام ترادف الوسيلة لأنها بمعنى ما يتخذ وسيلة إلى شيء آخر دون تقييد الوسيلة بالمنع أو الجواز، فقد تسد إذا كانت طريقا إلى المفسدة، وتفتح إذا كانت طريقا إلى المصلحة[4].

(1) الغزالي، المستصفى، ص174.

(2) ينظر: الربابعة، تطبيقات المناسب المرسل في تكييف عقد التأمين التعاوني كنموذج تطبيقي معاصر للتحول نحو الاقتصاد الإسلامي، ص42.

(3) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي،ص873-874.

(4) بركاني، الاجتهاد المقاصدي عند العز بن عبد السلام، ص143.

فتصور ما يؤول إليه تطبيق المعاملة المالية وما ينتج عنه، وكيفية تأثيره في الأسواق وفي المتعاملين، أمر يحتاج إلى خبرة وعلم في هذا الفن؛ وهذا الجانب هو الذي يتفاوت فيه الباحثون في مجال المعاملات المالية[1].

يقول ابن القيم: "لما كانت المقاصد لا يتوصَّل إليها إلا بأسباب وطُرُق تُفْضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعةً لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسَب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقُربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها؛ فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصودٌ قصدَ الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل؛ فإذا حَرَّمَ الربُّ تعالى شيئًا وله طرق ووسائل تُفْضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها، تحقيقًا لتحريمه، وتثبيتًا له، ومنعًا أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفْضية إليه لكان ذلك نقضًا للتحريم، وإغراءً للنفوس به. وحكمته تعالَى وعلمه تأبى ذلك كل الإباء"[2].

وأغلب العماء يأخذون بدليل الذرائع؛ يقول القرافي: "فليس سد الذرائع خاصا بمالك -رحمه الله- بل قال بها هو أكثر من غيره وأصل سدها مجمع عليه"[3].

وقال الإمام الشاطبي: "قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها في الجملة، والخلاف في أمر آخر"[4]، وقال الأمام أبو زهرة: "ونحن نميل إلى أن العلماء جميعا يأخذون بأصل الذرائع وإن لم يسموه بهذا الإسم"[5].

وقاعدة سد الذرائع قائمة على أساس تشريعي أصيل في الشريعة الإسلامية، وهو ثبوت الفرق الموضوعي بين الحلال والحرام، وأن المفاسد التي لأجلها يحرم العمل ثابتة وإن لم يعلمها الفاعل، ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: ﴿الحلال بين والحرام بين، وبينهما مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس﴾[6]، فعدم العلم لا ينفي كونها محرمة، ويؤيد ذلك القاعدة الفقهية: **العبرة في العقود بما في نفس**

(1) ينظر: السويلم، قواعد الذرائع في المعاملات المالية، المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، 279.

(2) ابن القيم، اعلام الموقعين، جـ4، ص553.

(3) القرافي، الفروق، جـ2، ص33.

(4) الشاطبي، الموافقات، جـ5، ص185؛ وقد علق مشهور آل سلمان بأن الخلاف هو في الحقيقة اختلاف في المناط الذي يتحقق فيه التذرع. الهامش رقم4.

(5) ينظر: أبو زهرة، مالك؛ حياته وعصره وآراؤه الفقهية، ص445، وأبو زهرة، ابن حنبل حياته وعصره وآراؤه الفقهية، ص375.

(6) صحيح مسلم، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، جـ3، ص1219، والمسند الجامع، جـ15، ص529.

الأمر لا بما في ظن المكلف[1]، وهذا يدل على أن التحريم يتعلق بوصف موضوعي مستقل عن علم المكلف وقصده[2].

يقول ابن العربي عند تفسيره لقوله تعالى: ﴿لَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖ﴾(الأنعام:108): "فمنع الله تعالى في كتابه أحدا أن يفعل فعلا جائزا يؤدي إلى محظور؛ ولأجل هذا تعلق علماؤنا بهذه الآية في سد الذرائع، وهو كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محظور"[3].

ويمكن التمثيل لأثر سد الذائع على المعاملات المالية المعاصرة بالمشاركة المتناقصة؛ وفيما يأتي بيان ذلك:

1. تعريف المشاركة المتناقصة:

عرفها الباحثون بتعريفات عدة، منها:

تعريف النشمي: فقد عرفها بقوله: "شركة يعطي أحد الشركاء الحق للشريك الآخر في الحلول محله في ملكية نصيبه دفعة واحدة أو على دفعات وذلك بتجنيب جزء من الدخل لسداد أصل حصة الشريك مع حصة من صافي الدخل، حسبما يتفقان عليه"[4].

والمشاركة المنتهية بالتمليك في عصرنا الحاضر: تنشأ غالبا بين مصرف وشخص طبيعي (إنسان) أو اعتباري (مؤسسة) يمنح فيها الحق لأحد الشريكين بتملك حصة الشريك الآخر إما دفعة واحدة، أو بالتدرج على مراحل أو دفعات، بمقتضى شروط متفق عليها، وبحسب طبيعة العملية أو المشروع، حيث يقوم الشريك (وهو المتعامل مع المصرف) بشراء حصة المصرف بعد مدة معينة، والمشاركة الثابتة –أو الدائمة– هي التي يقصد بها الاستمرار أو البقاء في الشركة إلى حين انتهائها، وهذه هي الحالة القديمة أو الغالبة، والمشاركة

(1) معلمة زايد للقواعد الفقهية، ج16، ص123.

(2) ينظر: قواعد الذرائع في المعاملات المالية، السويلم، 280.

(3) ابن العربي،أحكام القرآن، ج2، ص265.

(4) ينظر: النشمي، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، الدورة الرابعة عشرة.

المتناقصة: هي التي يتفق فيها الشريكان على إمكان التنازل من أحد الطرفين عن حصته في المشاركة للطرف الآخر، إما دفعة واحدة أو على دفعات، بحسب شروط متفق عليها[1].

والشركة المتناقصة: شركة مؤقتة في عقار أو نحوه مما يدر ربحا، يتفق فيها ابتداء على خروج أحد الشركاء، وهي شركة مع وعد من الطرفين –وعد من الممول بأن يتنازل عن حصته (بيعها)، ووعد من الشريك الآخر أن يشتري حصة شريكه– وفق الشروط التي يتفقان عليها، وقد اتفق الفقهاء المعاصرون على أن صيغة هذه الشركة تجمع مجموعة عقود تشتمل على الشركة، والوعد، والبيع[2].

2. الخلاف في المشاركة المتناقصة:

وقع الخلاف في تكييف هذه الشركة على أقوال؛ هي:

التكييف الأول: أن الشركة المتناقصة عبارة عن شركة ملك، ومن الذين ذهبوا إلى هذا القول:حسن الشاذلي[3]ونزيه حماد[4].

التكييف الثاني: المشاركة المتناقصة من جنس شركة العقد (الأموال)؛ التي تنشأ بين اثنين أو أكثر بعقد يتفقان فيه على القيام بنشاط اقتصادي معين بقصد تحقيق الأرباح؛ وتتضمن: شركة عنان–أن يشترك اثنان أو أكثر بماليهما على أن يعملا بأبدانهما في التجارة والربح بينهما بحسب ما يتفقون عليه، وأما الخسارة فتكون على قدر المال–، وعد من المصرف ببيع حصته للشريك، وأحيرا بيع المصرف حصته للشريك كليا أو جزئيا؛ ومن الذين تبنوا هذا الرأي: عثمان شبير[5]، وهبة الزحيلي[6]،

(1) ينظر: الزحيلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، الدورة الثالثة عشر، ص864.

(2) ينظر: النشمي، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، الدورة الرابعة عشرة، والكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة، ص43.

(3) ينظر: الشاذلي، الشركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة عشر، ص876.

(4) نزيه حماد، الشركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة عشر، ص920.

(5) ينظر: شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص333، ص336.

(6) ينظر: الزحيلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، الدورة الثالثة عشر، ص864.

التكييف الثالث: شركة جديدة مستجدة تجمع بين شركة وبيع؛ وهي تشبه شركة أموال أو شركة ملك حسب مقصد الاستثمار؛ وهي شركة صحيحة، وهذا التكييف قول عجيل النشمي[1].

التكييف الرابع: تكييف الشركة المتناقصة على أساس بيع الوفاء، وهو قول بعض الباحثين، منهم: علي السالوس[2].

3. الأثر العملي لاختلاف الفقهاء في تكييف الشركة المتناقصة:

الخلاف في تكييف الشركة المتناقصة له أثر من الناحية العملية:

فتكييفها بأنه بيع وفاء، وليس من قبيل الشراكة؛ من شأنه إبطال المعاملة، وإخراجها من دائرة الحل إلى الحرمة –كما نص قرار مجمع الفقه الإسلامي على حرمة بيع الوفاء[3]–، أما الخلاف في تكييفها بين شركتي الملك والعنان فلا يخرجها من الحل إلى الحرمة؛ بل يبقى العقد جائزا، ولكن يظهر الخلاف في بعض الأحكام[4].

4. أثر سد الذرائع على الشركة المتناقصة[5]:

يظهر أثر سد الذرائع على الشركة المتناقصة على النحو التالي:

أولا: المانعون: حيث بنى المانعون قولهم على مبدأ سد الذرائع نفسه؛ من حيث أن هذه المعاملة في الواقع تتخذ ذريعة لمباشرة بعض التصرفات والعقود الممنوعة والمحرمة لذلك وجب سدها ومنعها؛ ففيها شبهة القرض الربوي الحاصلة من خلال الاتفاق المسبق بين الشريكين في بيع المصرف حصته لشريكه بالتدريج، وشبهة بيع الوفاء؛ ووجه الشبه بينها وبين بيع الوفاء، أن المصرف اشترى حصة في الشركة، ويستفيد منها إلى حين تسديد الشريك الآخر ثمن تلك الحصة كما في بيع الوفاء.

(1) ينظر: النشمي، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشر.

(2) نسب إليه هذا القول محمد علي كليب الهدية في بحثه: تطوير الشركة المتناقصة في الأصول الثابتة، مؤتمر شورى الفقهي الثامن، فندق فور سيزونز، الكويت، 8-9 ديسمبر2019م، 82.

(3) ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ماي1992، قرار رقم: 66 (7/4) بشأن بيع الوفاء.

(4) ينظر: الهدية، تطوير الشركة المتناقصة في الأصول الثابتة، ص83.

(5) ينظر: فرج، قاعدة سد الذرائع وأثرها في المعاملات المصرفية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الثالث والعشرون، العدد الثاني، يونيو 2015، ص198.199، وشبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص337.

ثانيا: المجيزون: يظهر أثر سد الذرائع على المشاركة المتناقصة عند المجيزين لها من خلال جملة الضوابط التي قالوا بضرورة الإلتزام بها في إجراء المعاملة حتى لا تكون ذريعة للوقوع في الربا، والنزاع والإضرار بالآخرين.

ومن الشروط التي وضعها مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي؛ بعد إقراره لها[1]:

1. أن لا تكون المشاركة المتناقصة مجرد عملية تمويل بقرض، فلا بد من إيجاد الإرادة الفعلية للمشاركة وأن يتحمل جميع الأطراف الربح والخسارة.
2. أن يمتلك البنك (المصرف) حصته في المشاركة ملكا تاما وأن يتمت بحقه الكامل في الإدارة والتصرف، وفي حالة توكيل الشريك بالعمل يحق للبنك مراقبة الأداء ومتابعته.
3. أن لا يتضمن عقد المشاركة المتناقصة شرطا يقضي برد الشريك إلى البنك كامل حصته في رأس المال بالإضافة إلى ما يخصه من أرباح لما في ذلك من شبهة الربا.

المطلب الثالث: التكييف الفقهي على العرف:

عُرِف العرف بتعريفات عدة منها: ما تعارفه الناس –على اختلاف طبقاتهم عامتهم وخاصتهم– وساروا عليه، من قول، أو فعل، أو ترك؛ والعرف العملي مثل تعارف الناس البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية، والعرف القولي مثل تعارفهم على أن لا يطلقوا لفظ اللحم على السمك[2].

إن للعرف والعادة سلطانا شرعيا، يستطيع من خلاله المشتغل بالأحكام الشرعية، إيقاع الأحكام في موضعها الصحيح إذا كانت متعلقة بهما وراجعة إليهما؛ واعتبار العرف دليل مستقل في استنباط الأحكام الشرعية غير مسلم به من حيث العموم وإنما له مجالات محددة، منها[3]:

المجال الأول: الضبط والكشف للأشياء التي هي مناط للأحكام الشرعية، فيكون العرف هنا مقيدا لها، حيث إن الشارع أطلق الكلام عليها ولم يحددها؛ وهذا يشمل الأوصاف والمقادير.

(1) نقلا عن: شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص337، والزحيلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، الدورة الثالثة عشر، ص866.

(2) ينظر: خلاف، علم أصول الفقه، ص89.

(3) ينظر: الرميح، النوازل الفقهية المالية من خلال كتاب المعيار المعرب للونشريسي، ص 89.84.

فالأوصاف كالحرز والقبض والعيوب ونحو ذلك والمقادير كدرجة العيوب المتجاوز عنها وثمن المثل ونحو ذلك.

وهذا المجال واسع في النوازل؛ لأنها تعايش واقع أحاطت به الأعراف والعادات.

المجال الثاني: إنه المرجع في تصرفات الناس الفعلية والقولية، ففي الفعلية يقوم العرف بين الناس بمثابة نطق المتصرف عاقدا أو حالفا أو غيرهما، بكلام يفيد مضمونه فتتقيد به آثار العقد وتحرر به الالتزامات، كدخول الحمام من غير ذكر قدر الأجرة، والاكتفاء بما تعارف عليه الناس في تقديرها، والأكل من الطعام المقدم للضيافة بلا صريح إذن وكذا الشروط العرفية معتبرة وإن لم تذكر إكتفاء بالعرف، إلى غير ذلك من الأمور.

وأما التصرفات القولية، فإن أقوال الناس تحمل على المعاني المقصودة في عرفهم كلفظ الواقف أو الناذر أو الموصي ونحوهم.

المجال الثالث: الحكم به في الوقائع، وجعله من القرائن التي يرجح به القول عند النزاع وعدم البينة.

المجال الرابع: إنه يخصص به عموم الأدلة، وهذا المجال يحتاج إلى تفصيل؛ فالعرف إما أن يكون قوليا أو فعليا[1].

ونستطيع التمثيل لأثر العرف في تكييف الوقائع بـ: (قرار رقم (6/4/55) بشأن القبض: صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها؛ حيث إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق 14 - 20 آذار (مارس) 1990م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: "القبض: صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها"، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر:

أولاً: قبض الأموال كما يكون حسيا في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحو يل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتبارا وحكما بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حسا، وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضا لها.

(1) ينظر: الرميح، النوازل الفقهية المالية من خلال كتاب المعيار المعرب للونشريسي، ص 87.

ثانيا: إن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعا وعرفاً.

1- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:

(أ) إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية.

(ب) إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حالة شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

(ج) إذا اقتطع المصرف -بأمر العميل- مبلغاً من حساب له إلى الحساب آخر بعملة أخرى، في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لمستفيد آخر، وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية.

ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي، للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل، على أ نه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة إلاّ بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي.

2- تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه المصرف.

المطلب الرابع: الاستحسان:

أصل الاستحسان هو قدر متفق عليه بين الأئمة المجتهدين، ومذاهبهم الفقهية، بين مضيق وموسع[1]، و عُرِف الاستحسان من قبل القائلين به بتعاريف مختلفة[2]، نذكر منها:

تعريف الكَرخي فقد عرفه "بأنه قطع المسائل عن نظائرها لدليل خاص يقتضي العدول عن الحكم الأول فيه إلى الثاني، سواء كان قياسا أو نصا، يعني أن المجتهد يعدل عن الحكم من مسألة بما يحكم في نظائرها إن الحكم بخلافه، لوجه يقتضي العدول عنه"[3].

(1) ينظر: الذهب، القواعد الأصولية التي تنهض بوظيفة مراعاة الظروف في التشريع الإسلامي، ص17.

(2) جدية، أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، ص178.

(3) الزركشي، البحر المحيط، ج8، ص101.100.

ودليل الاستحسان له أهمية بالنسبة للناظر في النوازل يحكم من خلاله في الوقائع المختلفة بخلاف حكم نظائرها لاعتبارات شرعية يراها الناظر أنها مقتضية لهذا العدول؛ ويمكن القول أن الرد إلى الاستحسان في التعرف على حكم النازلة يكون إذا عرضت للمجتهد نازلة يقتضي عموم النص فيها حكما أو يقتضي القياس الظاهر المتبادر حكما أو يقتضي تطبيق الحكم الكلي فيها حكما، وظهر للمجتهد أن لهذه النازلة ظروفا وملابسات خاصة تجعل تطبيق النص العام أو الحكم الكلي عليها أو اتباع القياس الظاهر فيها يفوت المصلحة أو يؤدي إلى مفسدة؛ فعدل فيها عن هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضاه تخصيصها من العام أو استثناؤها من الكلي أو اقتضاه قياس خفي غير متبادر، فهذا العدول هو الاستحسان وهو من طرق الاجتهاد بالرأي يحتاج إليه الناظر المجتهد في تقدير الظروف الخاصة لهذه الواقعة وترجيح دليل على آخر للوصول إلى الحكم المناسب لها الموافق لمقاصد الشرع وكلياته[1].

والرد إلى الاستحسان في التعرف على حكم النازلة وتكييفها يكون من أوجه؛ منها[2]:

1. أن من النوازل ما لم يرِد في حكمه نص ولا إجماع، فيلجأ إلى معرفة حكمه عن طريق قياسه على نظير له ورد النص أو الإجماع بحكمه، لكنه قد يكون له شبه بأصلين مختلفين في الحكم، ليسا على درجة واحدة من حيث ظهور العلة وخفائها؛ وما ظهرت علته يسمى الإلحاق به قياسا ظاهرا، وما خفيت علته يسمى الإلحاق به قياسا خفيا، فإذا عدل الناظر بما لم يرد بحكمه نص ولا إجماع عما يقتضيه القياس الظاهر من الحكم إلى ما يقتضيه القياس الخفي لوجه يرجح العدول؛ كان هذا العدول عن مقتضى القياس الظاهر إلى مقتضى القياس الخفي استحسانا.

2. أن من النوازل ما يندرج تحت دليل من الأدلة ا لشرعية العامة؛ إلا أنه وجد دليل خاص من نص أو إجماع اقتضى استثناء الواقعة وإعطائها حكما غير الحكم المستفاد من الدليل العام؛ فإذا عدل المجتهد عما يقتضيه الدليل العام من الحكم إلى ما يقتضيه الدليل الخاص، كان هذا العدول استحسانا.

3. أن تندرج بعض النوازل تحت قاعد ة من القواعد الكلية إلا أنه وجد دليل خاص اقتضى استثناء واقعة من الوقائع وإعطائها حكما غير الحكم المستفاد من القاعدة الكلية، فعدول المجتهد عما تقتضيه القاعدة الكلية من الحكم إلى ما يقتضيه الدليل الخاص؛ استحسان.

(1) ينظر: القحطاني، منهج استخراج الأحكام الفقهية، ص449.

(2) المرجع نفسه، ص447.448.

ومن المعاملات التي تكيف على أصل الاستحسان بيوع الاستصناع[1]:

ويقصد بها: طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص[2]؛ ويشمل سائر العقود التي تشترط فيها الصنعة مثل: المقاولات؛ كالبناء والترميم، وتصنيع السيارات، والقطارات، والطيارات، والسلاح... ونحو ذلك من النوازل المعاصرة.

والمجتهد ينظر في هذه النوازل، ويكيفها على الأصل القريب منها وهو الاستحسان؛ إذ الأصل في مثل هذه العقود البطلان؛ لأنها بيع معدوم، ولكنها أجيزت خروجا عن حكم الأصل إلى آخر خلافه؛ رفعا للحرج، وتيسيرا على الأمة، وهذا من قبيل تكييف النوازل على الاستحسان[3].

(1) ينظر: مقداد، شرير، التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، حقيقته، وأنواعه، ص14.

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، جـ5، ص223.

(3) مقداد، شرير، التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، ص14.

المبحث الثالث:

التكييف بالتخريج:

ينبغي التفريق بين التخريج باعتباره عملية اجتهادية استنباطية من نصوص الشارع ومن قواعده الأساسية، وبين التخريج الذي هو علم قائم بذاته يتناول التفريع على آراء الأئمة وبيان مبنى الخلافات القائمة بينهم، أما التخريج بالمعنى الأول فالذي يبدو أنه نشأ مع الأئمة المجتهدين بل مع الصحابة والتابعين، لأنه عملية استخراج الأحكام الشرعية من نصوص الشارع بالقياس عليها، أو بأي طريق آخر يعرف به وجهة الشارع في حكم الواقعة موضوع التخريج، وإن لم يرد بشأنها نص محدد"[1].

قال الطوفي: "التخريج يكون من القواعد الكلية للإمام، أو الشرع، أو العقل، لأن حاصله أنه بناء فرع على أصل بجامع مشترك، كتخريجنا على قاعدة تفريق الصفقة فروعا كثيرة"[2].

ويقول القرافي: "وتخريج الأحكام على القواعد الأصولية الكلية أولى من إضافتها إلى المناسبات الجزئية، وهو دأب فحول العلماء دون ضعفة الفقهاء"[3].

والتكييف الفقهي للنوازل اعتمادا على التخريج أنواع؛ هي:

المطلب الأول: التكييف بتخريج الفروع على الأصول والقواعد الكلية:

الفرع الأول: المقصود بهذا المسلك:

قال ابن تيمية: "لا بد أن يكون مع الإنسان أصول كلية يرد إليها الجزئيات ليتكلم بعلم وعدل، ثم يعرف الجزيئات كيف وقعت، وإلا فيبقى في كذب وجهل في الجزئيات وجهل وظلم في الكليات فيتولد فساد عظيم"[4].

و**القاعدة الكلية هي**: الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته، فهي قضية كلية يدخل تحتها جزئيات كثيرة، وتحيط بالفروع والمسائل من الأبواب المتفرقة، والقاعدة إما أن تطبق على جميع الفروع التي تدخل

(1) البا حسين، التخريج عند الفقهاء والأصوليين، ص66.65. الهامش

(2) الطوفي، شرح مختصر الروضة، ج3، ص645.

(3) القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص90

(4) ابن تيمية، منهاج السنة النبوية، ج5، ص83.

تحتها، وإما أن تشمل غالب الجزئيات أو أكثرها، ويخرج عنها بعض الفروع والجزئيات التي تعتبر استثناءات، وقد تطبق عليها قاعدة أخرى[1].

ولهذه القواعد أهمية كبرى؛ قال فيها الفتوحي: "تشتمل على جملة من قواعد الفقه تشبه الأدلة وليست بأدلة، لكن ثبت مضمونها بالدليل، وصارت يقضى بها في جزئياتها، كأنها دليل على ذلك الجزئي"[2]، وقال ابن عاشور: "ولقد رأيت الناس حول كلام الأقدمين أحد رجلين: رجل معتكف فيما أشاده الأقدمون، وآخر آخذ بمعوله في هدم ما مضت عليه القرون، وفي كلتا الحالتين ضر كثير، وهنا لك حالة أخرى ينجبر بها الجناح الكسير، وهي أن نعمد إلى ما شاده الأقدمون فنهذبه ونزيده، وحاشا أن ننقضه أو نبيده، عالما بأن غمض فضلهم كفران للنعمة، وجحد مزايا سلفها ليس من حميد خصال الأمة"[3].

فتحريم عقد التأمين التجاري جاء بناء على أن الأصل في عقود الغرر التحريم؛ فالغرر إذا وقع في عقود المعاوضات أبطلها باتفاق الفقهاء، وعقد التأمين عقد معاوضة، قائم على الغرر[4]، لأن المستأمن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي أو يأخذ؛ وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطي ويأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده؛ وهذا ما قررته هيئة كبار العلماء بالسعودية، ومجلس المجمع الفقهي الإسلامي، ومجلس مجمع الفقه الإسلامي[5].

الفرع الثاني: ضوابط التخريج:

القواعد الفقهية لها دور مهم في الكشف عن الحكم الشرعي للوقائع المستجدة، والتكييف عليها إذا لم يعارضها أصل مقطوع به من كتاب أو سنة أو إجماع؛ وذلك لأن القاعدة كلية، أي: منطبقة على جميع جزئياتها، ولأن القاعدة الكلية تستند إلى مجموعة من الأدلة الجزئية التي تنهض بمعنى القاعدة[6].

(1) ينظر: الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، جـ1، ص22.

(2) الفتوحي، شرح الكوكب المنير، جـ4، ص439.

(3) ابن عاشور، التحرير والتنوير، جـ1، ص7.

(4) ينظر: ثنيان، التأمين وأحكامه، ص234.

(5) ينظر: قرارات هيئة كبار العلماء، القرار 55، ص132، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الأولى، المنعقد في 10 شعبان 1398هـ بمكة المكرمة، القرار الخامس، ص36، وقرارت مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، جدة، 14-16 ربيع الآخر 1406هـ، القرار التاسع بشأن التأمين وإعادة التأمين.

(6) شبير، التكييف الفقهي، ص77.

قال الزنجاني: "لا يخفى عليك أن الفروع إنما تبنى على الأصول وأن من لا يفهم كيفية الاستنباط ولا يهتدي إلى وجه الارتباط بين أحكام الفروع وأداتها التي هي أصول الفقه لا يتسع له المجال ولا يمكنه التفريع عليها بحال فإن المسائل الفرعية على أتساعها وبعد غاياتها لها أصول معلومة وأوضاع منظومة ومن لم يعرف أصولها لم يحط بها علما"[1].

ولا بد للفقيه في تكييف الوقائع على القواعد الكلية من تحقيق المناط، وهو التحقق من وجود المعنى الذي يربط بين الموضوع والحكم الكلي في الفرع، كما أنه لا بد من مراعاة المآلات فينظر في الظروف المحتفة بالفرع مما لم تتعرض له القاعدة، ويراعى تلك الظروف وما يترتب عليها من نتائج عند التكييف الفقهي للواقعة المستجدة على القاعدة الكلية[2].

الفرع الثالث: قواعد اجتماع الحلال والحرام وتطبيقاتها الفقهية:

إن دراسة حجية هذه القواعد على جانب كبير من الأهمية؛ نظرا لموضوعها الذي أنيطت به، ومجالها التي تعمل فيه، وهو الكشف عن الأحكام الشرعية عند عدم وجود نص أو اجماع أو قياس في المسألة[3].

أولا: شرح قاعدة: إذا اجتمع الحلال والحرام غُلّب الحرام، وقاعدة: الحرام لا يحرم الحلال.

1. **إذا اجتمع الحلال والحرام غُلّب الحرام[4]:**

تعد هذه القاعدة من القواعد الكلية غير الكبرى[5]، وهي من القواعد المتشعبات عند الفقهاء؛ قال السبكي: "ومن القواعد المتشعبات والأصول الملتقيات من هذه القاعدة قول أئمتنا: ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال"[6]، وتعد من القواعد المتفق عليها عند أغلب المذاهب [7].

(1) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص34.

(2) شبير، التكييف الفقهي، ص34.

(3) ينظر: عبد الله، القواعد الفقهية في اجتماع الحلال والحرام، ص39، والبا حسين، القواعد الفقهية، ص265 وما بعدها.

(4) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص115، ص116، حاشية البجيرمي على الخطيب، ج3، ص426، والشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص296.

(5) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص105، وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص93.

(6) السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص117.

(7) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج1، ص77، ج2، ص54، ج3، ص157، ج3، ص157، ج4، ص99، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج20، ص337، السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص117، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص105، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص93، الندوي، القواعد الفقهية، ص171، وشبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص325.

2. الحرام لا يحرم الحلال:

تعتبر هذه القاعدة من القواعد الفقهية الخاصة في باب النكاح والرضاع، وقد يدخل في حكمها بعض مسائل اختلاط الحرام المحصور بالحلال غير المحصور، على وجه الاستثناء من القاعدة الأساسية، وهذه المسألة محل خلاف كبير بين الحنفية والحنابلة من جهة، وبين الشافعية والمالكية من جهة أخرى[1]، ومثالها: لو اختلط درهم حرام بدراهم كثيرة مباحة[2]، واستثناءات هذه القاعدة هي المسائل والفروع الفقهية التي يتم تخريجها تحت قاعدة: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، لأن كل واحدة من القاعدتين تعمل عكس الأخرى[3].

ثانيا: صيغ قاعدة" إذا اجتمع الحلال والحرام غُلّب الحرام":

للقاعدة صيغ كثيرة نذكر منها:

1. ما اجتمع الحلال والحرام في شيء، إلا وقد غلب الحرام الحلال"[4].
2. إذا تعارض الواجب والمحرم قدم المحرم[5].
3. ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال[6].
4. إذا اجتمع الحلال والحرام أو المبيح والمحرم غلب جانب الحرام[7].

ثالثا: المعنى الإجمالي لقاعدة "إذا اجتمع الحلال والحرام غُلّب الحرام":

إذا تعارض في المسألة وجهان: وجه إباحة، ووجه تحريم؛ إما في أصل مأخذ المسألة من الشريعة: كحديثين متعارضين أو قياسين متخالفين، وإما في تطبيق صورة الحادثة بما تقرر في الشريعة من حكمي

(1) ينظر: عبد الله، القواعد الفقهية في اجتماع الحلال والحرام، ص150 وما بعدها.

(2) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص107.

(3) ينظر: عبد الله، القواعد الفقهية في اجتماع الحلال والحرام، ص166.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج2، ص54، ج5، ص44، ج10، ص184، ج10، ص197، ج11، ص224، ج14، ص45.

(5) ينظر، القرافي، الفروق، ج2، ص188، ج4، ص174.

(6) ينظر: السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص117، وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص93؛ وهناك من أوردها بهذا اللفظ حديثا، قال السبكي: "قول أئمتنا: ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال، وهو كما قال البيهقي حديث رواه جابر الجعفي –رجل ضعيف– عن الشعبي، عن ابن مسعود، وهو منقطع؛ غير أن القاعدة في نفسها صحيحة"، ج1، ص117.

(7) ينظر: الزركشي، المنثور، ج1، ص125.

الإباحة والتحريم، فيقدم الترك على الفعل والأخذ بما لا اشتباه فيه مما فيه اشتباه، كما يقدم التحريم على الكراهة إذا دارت المفسدة بين الكراهة والتحريم؛ فالاحتياط حملها على التحريم، لأن اجتناب المحرم أفضل من اجتناب المكروه، كما أن فعل الواجب أفضل من فعل المندوب، ولأن الشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه على الإتيان بالمأمورات[1]، وقد اختلف الفقهاء في حجية القاعدة على أقوال[2].

رابعا: سبب اختلاف الفقهاء في تعارض الحلال والحرام الوارد في القاعدة:

يرجع سبب اختلاف الفقهاء إلى اختلافهم في مدلول الحلال الوارد في قاعدة اجتماع الحلال والحرام، فقد خصه الشافعية بالحلال المباح دون الحلال الواجب، ولذا فإن فقهاءهم قدموا مصلحة الواجب إذا اختلط مع الحرام، لأن مدلول الحلال في القاعدة لا يشمل الواجب عندهم، بل هو خاص بالمباح الذي يقدم عليه الحرام عند التعارض، أما مدلول الحلال عند فقهاء المذهب الحنفي فإنه يشمل المباح والواجب، ومن هنا فهم يقدمون مصلحة المحرم احتياطا، لدرء مفسدته حين تعارضه مع الواجب[3]، يقول الزركشي: "قول الأصوليين إذا اختلط الحلال بالحرام وجب اجتناب الحلال موضعه في الحلال المباح أما إذا اختلط الواجب بالمحرم روعي مصلحة الواجب..."[4]، وقاعدة اجتماع الحلال والحرام ليست على إطلاقها، بل لها شروط تقيد عملها، كما أن لها استثناءات تخرج عنها، على الرغم من توفر شروطها[5].

خامسا: تطبيقات القاعدة:

اقتصرت على معاملة مالية معاصرة؛ ألا وهي: المشاركة في الأسهم المختلطة[6]:

1. صورة المعاملة:

إذا كانت نشاطات واستثمارات الشركات الصناعية والخدماتية وغيرها أصلها مباح، لكنها تمارس أعمالا محرمة كالاقتراض بفوائد من أجل زيادة نشاط الشركة الاستثماري، أو تقوم بإيداع بعض أموالها في

(1) ينظر: شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص325 وما بعدها.

(2) ينظر: القحطاني، القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية، ص177، عبد الله، القواعد الفقهية في اجتماع الحلال والحرام، ص67.

(3) ينظر: القواعد الفقهية في اجتماع الحلال والحرام، ص76.

(4) الزركشي، المنثور، ج1، ص132.

(5) ينظر: القواعد الفقهية في اجتماع الحلال والحرام، ص78.

(6) ينظر: السلطان، صالح، الأسهم حكمها وآثارها، ص22 وما بعدها.

المصارف الربوية، وتأخذ على هذه الأموال فوائد ربوية، وتضم هذه الأرباح إلى أرباح مساهميها، فإن هذه الأعمال هي التي اشتهرت بين الناس بـ**الأسهم المختلطة**؛ أي اختلط فيها الحلال بالحرام؛ فهل يجوز الاتجار في أسهمها استثمارا ومضاربة؟

2. تحرير محل النزاع:

جدير بالذكر أن أسهم الشركات ثلاثة أنواع:

النوع الأول: أسهم الشركات المباحة التي تجتنب المحرم في معاملاتها؛ فالأصل فيها الحل والإباحة.

النوع الثاني: أسهم الشركات المحرمة أو التي يغلب عليها المتاجرة في استثمارات محرمة، فهذه لا خلاف بين العلماء في حرمتها، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي؛ حيث جاء في البيان الختامي والتوصيات للندوة الثانية للأسواق المالية المنعقدة بدولة البحرين في الفترة: 19-21 جمادى الأولى 1412هـ و25-27 نوفمبر 1991م: "لا خلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم، كالتعامل بالربا أو إنتاج المحرمات أو المتاجرة بها"[(1)].

النوع الثالث: محل الدراسة؛ أسهم الشركات التي أنشئت لأغراض وأنشطة مباحة؛ إلا أنها تتعامل بالمحرم أحيانا كالاقتراض أو الإقراض بفوائد، أو الإيداع في بنوك ربوية، فهذا هو موطن النزاع بين العلماء.

3. **أقوال العلماء في المسألة**: اختلف العلماء المعاصرون في المسألة على قولين:

القول الأول: تحريم الاتجار فيها مطلقا: وهو قول جماهير أهل العلم، والقول الذي صدرت به قرارات المجامع الفقهية، واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء[(2)]، والهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي[(3)]، وهيئة الرقابة الشرعية للبنك الإسلامي السوداني[(4)]، وبه قال عدد من الفقهاء المعاصرين؛ منهم: الشيخ عبد الله بن بية[(5)].

(1) ينظر: مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد السابع.

(2) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، جـ13، ص407.

(3) ينظر: الفتاوى الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي، فتوى رقم (532)، جـ1، ص965.
https://al-maktaba.org/book/1611

(4) ينظر: الفتاوى الاقتصادية، فتاوى هيئة الرقابة الشرعية للبنك الإسلامي السوداني، سؤال رقم16، جـ1، ص1101.

(5) ينظر: مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع؛ موضوع الأسواق المالية، بحث: المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام، عبد الله الشيخ محفوظ بن بية.

فقد قرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الرابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، والتي بدأت يوم السبت 20شعبان1415هـ/21جانفي1995م، ما يلي:

1. بما أن الأصل في المعاملات الحل والإباحة فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مباحة أمر جائز شرعا.

2. لا خلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم؛ كالتعامل بالربا أو تصنيع المحرمات أو المتاجرة فيها.

3. لا يجوز لمسلم شراء أسهم الشركات والمصارف إذا كان في بعض معاملاتها ربا، وكان المشتري عالما بذلك.

4. إذا اشترى شخص وهو لا يعلم أن الشركة تتعامل بالربا ثم علم؛ فالواجب عليه الخروج منها.

وهذا القرار شارك فيه جمع من العلماء منهم: عبد العزيز ابن باز، الدكتور صالح الفوزان، الدكتور بكر أبو زيد، الدكتور يوسف القرضاوي، وغيرهم"[1].

القول الثاني: التفريق بين ما كانت نسبة الاستثمار المحرم فيه كثيرة وما كانت قليلة:

فيحرم ماكانت نسبة الاستثمار المحرم فيه كثيرة، أما ما كانت نسبة الاستثمار فيه قليلة فيجوز، مع أن الورع تركها؛ مع اختلاف أصحاب هذا القول في تحديد هذه النسب، وكذلك اختلافهم في تطبيق هذه النسب على الاستثمار في عائد المساهمة وعلى المضاربة أو في قصره على الاستثمار في العائد فقط دون المضاربة، وهو قول طائفة من المعاصرين منهم: الشيخ عبد الله المنيع[2]، الشيخ مصطفى الزرقا[3]، والدكتور علي القره داغي[4]، وعدد من الهيئات الشرعية؛ منها: (الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، والهيئة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني)[5]، والمستشار الشرعي لدله البركة[6].

(1) ينظر: قرارات المجمع الفهي الإسلامي بمكة المكرمة، الطبعة الثانية، ص297.298.

(2) ينظر: المنيع، بحوث في الفقه الإسلامي، ص222 وما بعدها.

(3) ينظر: شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص206 وما بعدها.

(4) ينظر: موقع صيد الفوائد: بحث الاستثمار في الأسهم، القره داغي.
https://www.saaid.net/fatwa/sahm/36.htm

(5) نقلا عن: السلطان، الأسهم حكمها وآثارها، ص26.

(6) ينظر: الفتاوى الاقتصادية، المستشار الشرعي لمجموعة دله البركة، فتوى رقم37، جـ1، ص192.

4. علاقة القاعدة بهذه المسألة الفقهية[1]:

تكمن صورة اجتماع الحلال والحرام في هذه المسألة، في حل البيع واستثمار الأموال بشكل عام، وإباحة الأصول التي تقوم عليها الشركات المساهمة المختلطة، من حيث حل رأس المال والتعامل، وحرمة إيداع أموال هذه البنوك بفوائد ربوية، وبهذا يجتمع إلى جانب الاستثمار الحلال في هذه الشركات، الحرام المتمثل بالتعامل الربوي قرضا وإقراضا، فالأسهم المختلطة قد جمعت في استثماراتها بين أسهم مباحة وأسهم محرمة؛ قد اختلط الحلال فيها بالحرام.

وقد بنى المانعون رأيهم على أن هذه الأسهم ما دام فيها حرام، أو تزاول شركاتها بعض أعمال الحرام، كإيداع بعض أموالها في البنوك الربوية؛ بأن شراء أسهمها يصبح حراما، بناء على النصوص الدالة على وجوب الابتعاد عن الحرام والشبهات، وعلى قاعدة "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"[2].

المطلب الثاني: تخريج الفروع من الفروع:

ولقد عبر الفقهاء عن هذا بتخريج الفروع على الفروع، فإذا لم يجد الناظر في النازلة أصلا يكيفها بموجبه من القرآن أو السنة أو الإجماع، نظر في نصوص الفقهاء، فإن وجد مسألة مشابهة خرج عليها النازلة؛ والتخريج هو: (نقل حكم مسألة إلى ما يشبهها، والتسوية بينهما)[3]، ومما ساعد على هذا الأمر كثرة المسائل التي طرحها الأقدمون وأجابوا عنها، وهو ما يسمى الفقه الافتراضي لافتراضهم وقائع لم تحصل[4].

ونص الفقيه: هو الحكم الذي د لّ عليه بلفظ صريح، أو فهمه أصحابه، ويمكن التعرف على نصوص الفقيه من خلال كتبه أو نقل التلاميذ لها[5].

والنبي صلى الله عليه وسلم أصل لنا عملية التكييف على الفروع؛ ففي حديث ابن عباس رضي الله عنه: أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، فقال:

(1) ينظر: عبد الله، القواعد الفقهية في اجتماع الحلال والحرام وتطبيقاتها المعاصرة، ص277، ص282، والقحطاني، القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية الإسلامية، ص200.

(2) ينظر: القحطاني، القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية الإسلامية، ص282.

(3) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج1، ص9.

(4) ينظر، الموسى، التكييف الفقهي، ص1336، ومقداد، شرير، التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، حقيقته، وأنواعه، ص18.

(5) ينظر: شبير، التكييف الفقهي، ص34.

«أرأيت لو كان عليها دين أكنت تقضينه؟» قالت: نعم، قال: «فدين الله أحق بالقضاء»[1]؛ فالنبي صلى الله قد بين وجوب قضاء الصوم تكييفا له على فرع فقهي مشابه؛ وهو وجوب قضاء الدين، وقد سار الصحابة رضوان الله عليهم في هذا المنهج؛ من تكييف النوازل على الفروع، وكانت هذه وصية الخلفاء الراشدين إلى من تحتهم من الولاة والأمراء، كما جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما؛ حيث قال فيه: "... ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك، مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قايس الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال والأشباه، ثم اعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى، وأشبهها بالحق..."[2][3].

و إن الرد إلى أقوال أئمة الفقه، أو تخريج الفروع على الفروع في حكم القضايا المعاصرة مسلكٌ اجتهاديٌّ ينقل به حكم المسألة إلى ما يشبهها عند اتفاقهما في علة ذلك الحكم، فتعطى للمستجدات أحكامها ومنازلها، وبعد إعواز الدليل من الكتاب والسنة وإجماعات العلماء[4]، يقول ابن حمدان: "يبعد أن تقع واقعة لم ينص على حكمها في المذهب ولا هي في معنى بعض المنصوص عليه فيه من غير فرق ولا مندرجة تحت شيء من ضوابط المذهب المحررة فيه"[5].

ولا يسوغ الرد إلى أقوال أئمة الفقه، والتخريج على نصوصهم إلا بمراعاة ضوابط[6]؛ منها:

1 . إحاطة المخرِج بمذهب الإمام وإصطلاحه.

2. عدم مصادمة النص.

3 . أن يكون التخريج على مشهور مذهب الإمام المخرَّج عليه، وقواعده الراسخة.

وقد اجتهد الفقهاء المعاصرون في التخريج على أقوال الفقهاء الأعلام في تكييف القضايا المعاصرة، واستنباط حكمها، ولم يكن من شرطهم التخريج على أقوال الأئمة الأربعة فقط؛ بل وسعوا دائرة بحثهم ؛ بشرط أن يكون المخرَّج عليه إماما مقتدى به في العلم والفهم[7].

(1) مسلم، صحيح مسلم، ج2، ص804، حديث رقم:1148.

(2) ينظر: البيهقي، السنن الكبرى، ج10، ص252.

(3) ينظر: مقداد، شرير، التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، حقيقته، وأنواعه، ص19.18.

(4) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص143.

(5) ابن حمدان، صفة الفتوى والمفتي، ص23.

(6) ينظر: الريسوني، صناعة الفتوى، ص145 وما بعدها.

(7) المرجع نفسه، ص147.

ومن أمثلة تكييف النوازل على الفروع المشابهة؛

1. بيع أسطوانات الغاز، والمعلبات، والأدوية، والأطعمة، والأدوات المغلفة والمستترة عن أعين المشترين:

فإن المجتهد يكيف هذه النوازل من خلال النظر فيها، وتصورها تصورا كاملا، والبحث عن أصل مشابه لها يمكن إلحاقها به، فيجد في الفروع التي ذكرت في فقه الأئمة؛ ومنها تجويز بيع المسك في فأرته[1]، وكذا تجويزهم بيع اللوز والفستق وجوز الهند في قشرها، فيقوم المجتهد بإلحاق تلك النوازل بهذه الفروع المشابهة لها؛ لتأخذ حكمها، وهو جواز البيع؛ وهذا من باب تكييف النوازل على الفروع المشابهة لها[2].

2. التعاقد بالهاتف:

إن إبرام العقود بوسائل الاتصال الحديثة كالهاتف؛ من المستجدات في المعاملات المالية، وقد ذهب الشيخ علي القره داغي إلى أن التعاقد بالهاتف ليس كالتعاقد بين الحاضرين، ولا كالتعاقد بين الغائبين في جيع الوجوه، حيث أن له شبها بكل واحد منهما، فهو مثل التعاقد بين الحاضرين من ناحية أن أحدهما يسمع الآخر مباشرة ولا تنقضي فترة زمنية بين الصدور عن الإرادة إيجابا وقبولا، ووصوله إلى علم الآخر؛ فلا تفصل بينهما فترة زمنية، فتعبير أحدهما عن إرادته يصل إلى علم الآخر فور صدوره، كما لو كانا في مجلس واحد، ولذلك يعتبر العقد بينهما من حيث زمن انعقاده؛ كما لو كان بين حاضرين[3].

حيث قال في موضع آخر: "ولا يختلف الكلام من خلال الهاتف عن الكلام بدون واسطة؛ سوى عدم رؤية أحدهما الآخر ووجود فاصل بينهما"[4].

(1) ينظر: النووي، المجموع شرح المهذب، جـ9، ص227.

(2) مقداد، شرير، التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، حقيقته، وأنواعه، ص19.

(3) ينظر: القره داغي، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد الثامن، 1990، ص499.

(4) المرجع نفسه، ص490.

ثم خرج المسألة العقد بين شخصين بعيدين لا يرى أحدهما الآخر ولكنه يسمعه؛ وذكر قول الإمام النووي: "لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا صح البيع بلا خلاف"[1].

وهذا تخريج في محله، انتفى فيه الفارق بين المسألتين، وتحققت العلة الجامعة؛ إذ التباعد الذي تحدّث عنه النووي، وصحح البيع مع وجوده؛ ينطبق تمام الانطباق على صورة المتعاقدين عبر الهاتف[2].

(1) النووي، المجموع، ج9، ص181.

(2) الريسوني، صناعة الفتوى، ص148.

ملخص:

– المقصود بمسالك التكييف الفقهي الطرق التي يسلكها المجتهد لتكييف النازلة حتى يتمكن من تكييفها تكييفا سليما؛ فالنظر الإجتهادي يقوم عموما على أصول لا يصح إلا بها؛ فالتكييف الفقهي إما أن يقوم على مصادر أصلية الكتاب والسنة والإجماع، أو يقوم على المصادر التبعية كالمصلحة والاستحسان وسد الذرائع أو العرف، وإما أن يكون عن طريق التخريج؛ وذلك بتخريج الفروع على الأصول والقواعد العامة أو تخريج الفروع من الفروع.

الباب الثاني:

أثر التكييف الفقهي في المعاملات المالية المعاصرة:

توطئة:

قبل الحديث عن التكييف الفقهي لبعض المعاملات المالية المعاصرة المختارة؛ جدير أن ننبه على بعض المسائل المتعلقة بالمعاملات المالية؛ وهاته المسائل هي:

1. المقصود بالمعاملات المالية المعاصرة.
2. خصائص المعاملات المالية.
3. موضوعات المعاملات المالية المعاصرة.
4. طريقة معالجة النماذج المختارة.

المسألة الأولى: المقصود المعاملات المالية المعاصرة:

يتألف مصطلح المعاملات المالية المعاصرة من ثلاث مفردات: **المعاملات، المالية، والمعاصرة؛** وسنعر ف كل مفردة على حدة في اللغة والاصطلاح، ثم نعرف المعاملات المالية المعاصرة باعتبارها لقبا؛ من خلال النقاط الآتية:

1. تعريف المعاملات؛

لغة: جمع معاملة؛ وهي مأخوذة من العمل، وهو المهنة والفعل[1]، واستعمله أي طلب إليه العمل، ويقال: (استعمل) فلان اللبن إذا بنى به بناء[2].

اصطلاحا: قال ابن عابدين رحمه الله: "المعاملات ما كان المقصود منها في الأصل قضاء مصالح العباد كالبيع والكفالة والحوالة ونحوها"[3]، أو هي: "الأحكام الشرعية المتعلقة بالأمور الدنيوية"[4].

(1) الفيروز أبادي، القاموس المحيط، جـ1، ص1036.

(2) الرازي، مختار الصحاح، ص218.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، جـ4، ص500.

(4) قلعجي، قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ص438، وأبو حبيبي، القاموس الفقهي، ص263.

2. تعريف المالية؛

لغة: من المال: وهو ما ملكته من كل شيء، والجمع أموال[1]، والمال في الأصل: ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان؛ وقد تكرر ذكر «المال» على اختلاف مسمياته في الأحاديث النبوية ويفرق فيها بالقرائن[2].

اصطلاحا:

عرفه الحنفية: بأنه "ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعا"[3].

وعرفه الشافعية: بأنه كل ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه؛ حيث "قال الشافعي: لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه، وإن قلّت وما لا يطرحه الناس، مثل الفلس وما أشبه ذلك"[4].

وعرفه الحنابلة: بأنه "ما يباح نفعه مطلقا (أي في كل الأحوال) أو يباح اقتناؤه بلا حاجة"[5].

3. تعريف المعاصرة؛

لغة: من العصر؛ وهو الدهر؛ والعصر: اليوم، والليلة، والعشي إلى احمرار الشمس، ومنه سميت صلاة العصر[6]، وعرف بأنه: "الزمن المنسوب لشخص أو دولة أو نحو ذلك، ومنه: عصر الرسول عليه الصلاة والسلام"[7].

(1) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص1059.
(2) ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، جـ4، ص373.
(3) ابن عابدين، رد المحتار، جـ4، ص501.
(4) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص327.
(5) البهوتي، دقائق أولي النهى، جـ2، ص7.
(6) الفيروزأبادي، القاموس المحيط، ص441.
(7) قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص314.

4. تعريف المعاملات المالية المعاصرة باعتبارها لقبا:

عرفت المعاملات المالية المعاصرة بعدة تعريفات؛ منها:

التعريف الأول: "القضايا المالية التي استحدثها الناس في العصر الحديث، أو القضايا التي تغير موجب الحكم عليها نتيجة التطور وتغير الظروف، أو القضايا التي تحمل اسما جديدا، أو القضايا التي تتكون من عدة صور قديمة"[1].

التعريف الثاني: العقود، والبيوع، والإجارات، والتصرفات المالية المستجدة في هذا العصر الحالي[2].

والتعريف الأول عام يشمل جميع المعاملات المالية، أما التعريف الثاني فقد خصها بالعقود المستجدة فقط دون غيرها من القضايا المالية الأخرى.

المسألة الثانية: خصائص المعاملات المالية:

تتميز المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية بخصائص عدّة تميزها عن غيرها من مجالات الفقه؛ ولا بد لمن يتعامل مع القضايا المعاصرة من فهم هاته الخصائص؛ وأهمها[3]:

أولا: ربانية المصدر:

إن مصدر المعاملات المالية رباني يتمثل في القرآن والسنة وغيرها من الأدلة الشرعية؛ فالمصدر الأول هو القرآن الكريم؛ وقد حفظ كما أُنزل، وقد فصل فيما لا يتغير تبعا للزمان والمكان، وأجمل في غيره، ويقوم في تشريعه على أساس المبادىء العامة والقواعد الكلية، ولم يوغل في التفصيلات؛ كي يترك للفقهاء فرصة الاجتهاد في الصور المستحدثة، وجاءت السنة المطهرة كمصدر ثان للتشريع، وبعد الكتاب والسنة يأتي الإجماع، وإذا جئنا إلى باقي المصادر بعد النص والإجماع وجدنا القياس وغيره من المصادر التي يلجأ إليها المجتهدون؛ ومعنى هذا أن المعاملات المالية في جملتها مصدرها الوحي، أو الاجتهاد في ضوئه.

(1) شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص15.

(2) الكبي، سعدالدين محمد، المعاملات المالية في ضوء الإسلام، ص108.

(3) ينظر: شبير، المعاملات المالية، ص18-22، والسالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ص22-35.

ثانيا: الأصل في المعاملات من عقود وشروط الإباحة:

إذا كان الأصل في العبادات الحظر حتى يرد نص من الشارع بالطلب لئلا يحدث الناس في الدين ما ليس منه؛ فإن الأصل في المعاملات من عقود وشروط **الإباحة**، فلا يُمنع منها شيء إلا ما منع بدليل؛ ويبقى ما عدا ذلك على أصل الإباحة، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين.

ثالثا: مراعاة العلل والمصالح:

إن غالبية المعاملات في الإسلام معقولة المعنى، أو معللة بعلة معينة يدركها المكلف، كما قرر الشاطبي أن: "الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني، وأصل العادات الالتفات إلى المعاني"[1]، واستدل بأن الأصل في العادات (المعاملات) الالتفات إلى العلل والمصالح بعدة أدلة أهمها الإستقراء؛ وقد وضح الإمام الشاطبي ذلك بقوله: "فإنّا وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يُمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة جاز، كالدرهم بالدرهم إلى أجل، يمتنع في المبايعة، ويجوز في القرض، وبيع الرطب باليابس، يمتنع حيث يكون مجرد غرر وربا من غير مصلحة، ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة، ولم نجد هذا في باب العبادات مفهوما كما فهمناه في العادات"[2]، ويستدل الشاطبي لمراعاة العلل والمصالح في المعاملات[3]؛ بقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَـٰبِ﴾ (البقرة: 179)، و﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ﴾ (البقرة: 188).

رابعا: الجمع بين الثبات والمرونة:

المعاملات المالية في الإسلام تجمع بين الثبات والمرونة؛ فالربا والغش من الأمور التي حرمها الإسلام منذ نزول الوحي، وهي حرام إلى يوم القيامة، في كل زمان ومكان والبيع حلال إلى يوم يبعثون؛ إلا أنه برغم كونه قائما على مبادئ ثابته إلا أنه يتعامل بمرونة مع الموضوعات المستجدة.

ولهذا كان من الضروري لمن يدرس فقه المعاملات المعاصرة أن يميز بين الثابت والمتطور؛ وأن ينظر إلى التكييف الشرعي للصور المستحدثة حتى يتمكن من بيان الحكم الشرعي؛ ومثاله: ما توصلت إليه بعض

(1) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص513.
(2) المرجع نفسه، ج2، ص520.
(3) المرجع نفسه.

البنوك الربوية أنها جعلت راتبا شهريا لمن يودع لديها مبلغا معينا، وحددت الراتب تبعا لمقدار ما يودع؛ ويعلن عن هذا النوع من التعامل في الصحف دعوة وترغيبا للناس؛ وإذا حققنا في الصورة وجدناها من صور الربا[1].

المسألة الثالثة: موضوعات المعاملات المالية المعاصرة:

وهذه المسألة ينبني عليها ما سيأتي من الفصول والمباحث؛ فقد غيرت الخطة مرارا لأصل إلى تقسيم موضوعي فيما يخص التطبيقات التي سأتناولها في أثر التكييف الفقهي؛ فحاولت اختيار نوازل مالية مختلفة باختلاف موضوعات المعاملات المالية المعاصرة؛ وعند بحثي عن تقسيمات المعاملات المالية المعاصرة باعتبار موضوعاتها لم أجد من أفردها بالبحث إلا إشارات بسيطة في الموضوع؛ فأغلبهم ساروا على التقسيم المتعارف عليه من جعلها عقود معاوضات وعقود تبرعات وغيرها، ومنهم من قسمها إلى معاملات مالية ربحية، ومعاملات مالية غير ربحية، وبعضهم يدخل مباشرة في التطبيقات دون ذكر حد المعاملات المالية المعاصرة والموضوعات المندرجة تحتها، غير أن الدكتور عبد الله عويد الرشيدي[2] في كتابه المدخل إلى المعاملات المالية المعاصرة[3]، قسم المعاملات المالية المعاصرة تقسيما موضوعيا وشرحها شرحا مفصلا لم أجده -في حدود اطلاعي- عند غيره[4].

وعليه، فإن القسم التطبيقي من هذه الرسالة سيعتمد تقسيمه هذا، وهو يتألف من أربعة أقسام: عمليات البنوك، والتأمين، والنقود، والأسواق المالية، ويندرج تحت كل قسم مجموعة من العمليات (كما هو موضح في الشكل الآتي):

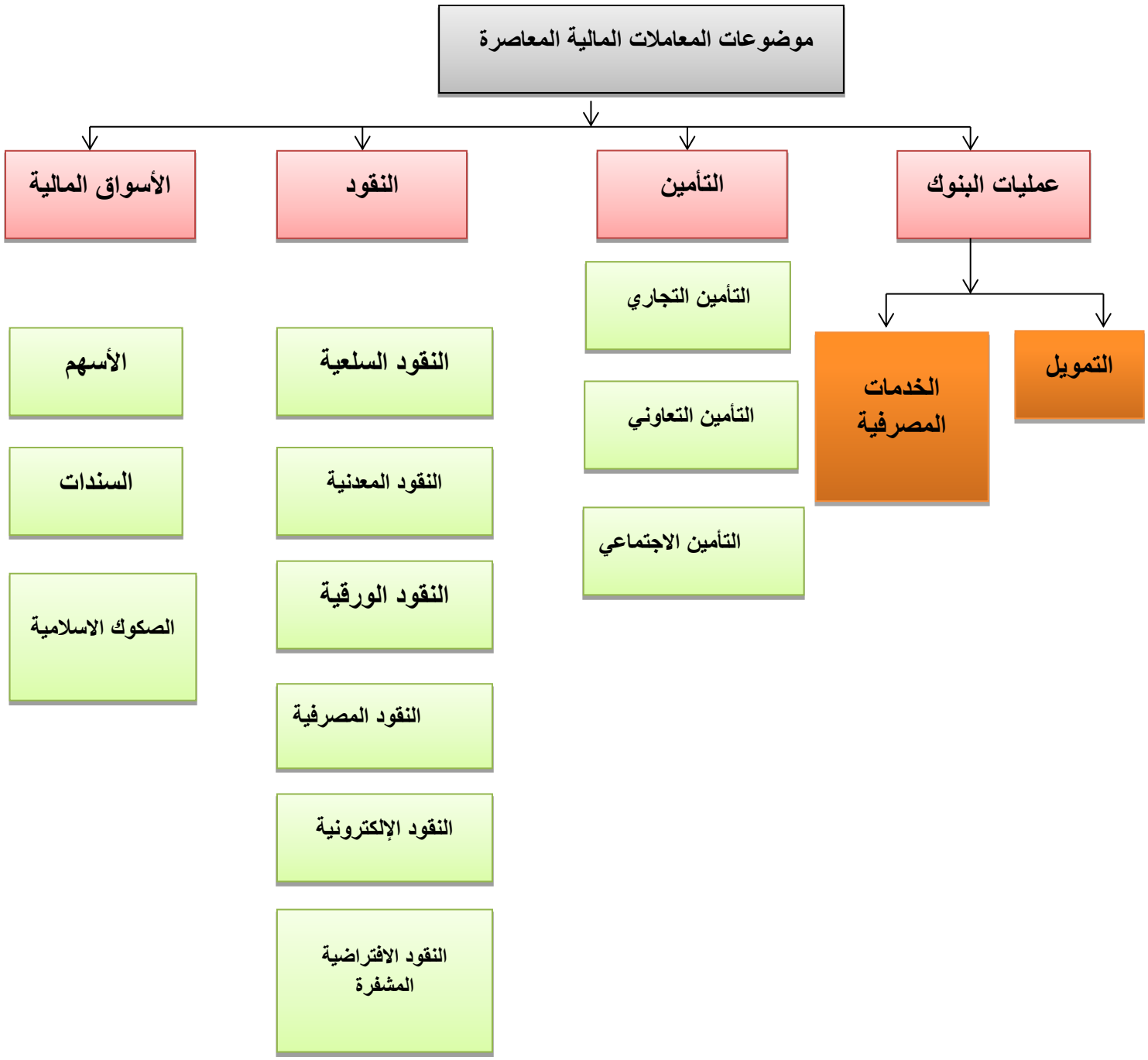
(1) ينظر: السالوس، المعاملات المالية، ص6.

(2) عضو هيئة التدريس بقسم الفقه المقارن، جامعة الكويت

(3) الرشيدي، المدخل إلى المعاملات المالية المعاصرة، مكتبة الإمام الذهبي، الكويت، الطبعة الأولى، 1446هـ/2021م.

(4) وحينما كان الكتاب غير متوفر في الجزائر فقد تواصلت مع صاحبه وأفادني بنسخة إلكترونية فجزاه الله خيرا.

مخطط تقسيم موضوعات المعاملات المالية المعاصرة[1].



(1) الرشيدي، المدخل إلى المعاملات المالية المعاصرة، ص60.

وعلى هذا فإن تقسيم هذا الباب يجيء على النحو الآتي:

الفصل الأول: أثر التكييف الفقهي في الأسواق المالية وتوابعها:

المبحث الأول: التكييف الفقهي للسهم:

المبحث الثاني: التكييف الفقهي للبيع على المكشوف:

الفصل الثاني: أثر التكييف الفقهي في التأمين:

المبحث الأول: التأمين حقيقته، أنواعه، وتكييفه:

المبحث الثاني: التأمين التكافلي؛ حقيقته، تكييفه:

المبحث الثالث: التأمين الصحي؛ حقيقته، تكييفه:

الفصل الثالث: أثر التكييف الفقهي في النقود:

المبحث الأول: التكييف الفقهي للأوراق المالية:

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لبطاقة الائتمان والشيك السياحي:

الفصل الرابع: أثر التكييف الفقهي في عمليات البنوك:

المبحث الأول: التورق المصرفي المنظم:

المبحث الثاني: خطاب الضمان:

المسألة الرابعة: طريقة معالجة النماذج المختارة:

ستتم في هذا البحث دراسة بعض النماذج المختارة من المعاملات المالية المعاصرة قصد بيان التكييف الفقهي لها، ولا بد له أن يتم وفق آلية معينة تتكون من مجموعة خطوات؛ وهي على النحو الآتي:

الخطوة الأولى: التمهيد بمدخل مُمهِّد للمسألة المدروسة، مع تحرير محل الخلاف.

الخطوة الثانية: تصور المعاملة المالية المعاصرة؛ فإذا كانت عقدا نتعرف على أركانه وعناصره الأساسية؛ كالتكييف الفقهي لعقد التأمين، وإذا كانت المسألة تتعلق بذات معينة كما في التكييف الفقهي للنقود الورقية فإننا تعرضنا لتاريخ العملات وما اعتراها على مر الزمان من تطور.

الخطوة الثالثة: رصد آراء العلماء في تكييف المسألة؛ دون الإيغال في اختلاف الأحكام، وإنما الغرض القاصد هو بيان التكييفات المحتملة للمسألة.

الخطوة الرابعة: توضيح الأثر الناتج عن كل تكييف فقهي (إن وجد).

الخطوة الخامسة: بيان مبررات التكييف وأسباب الخلاف إن وجدت.

الخطوة السادسة: تلخيص أهم النقاط في المسألة المدروسة.

الفصل الأول

أثر التكييف الفقهي في الأسواق المالية وتوابعها

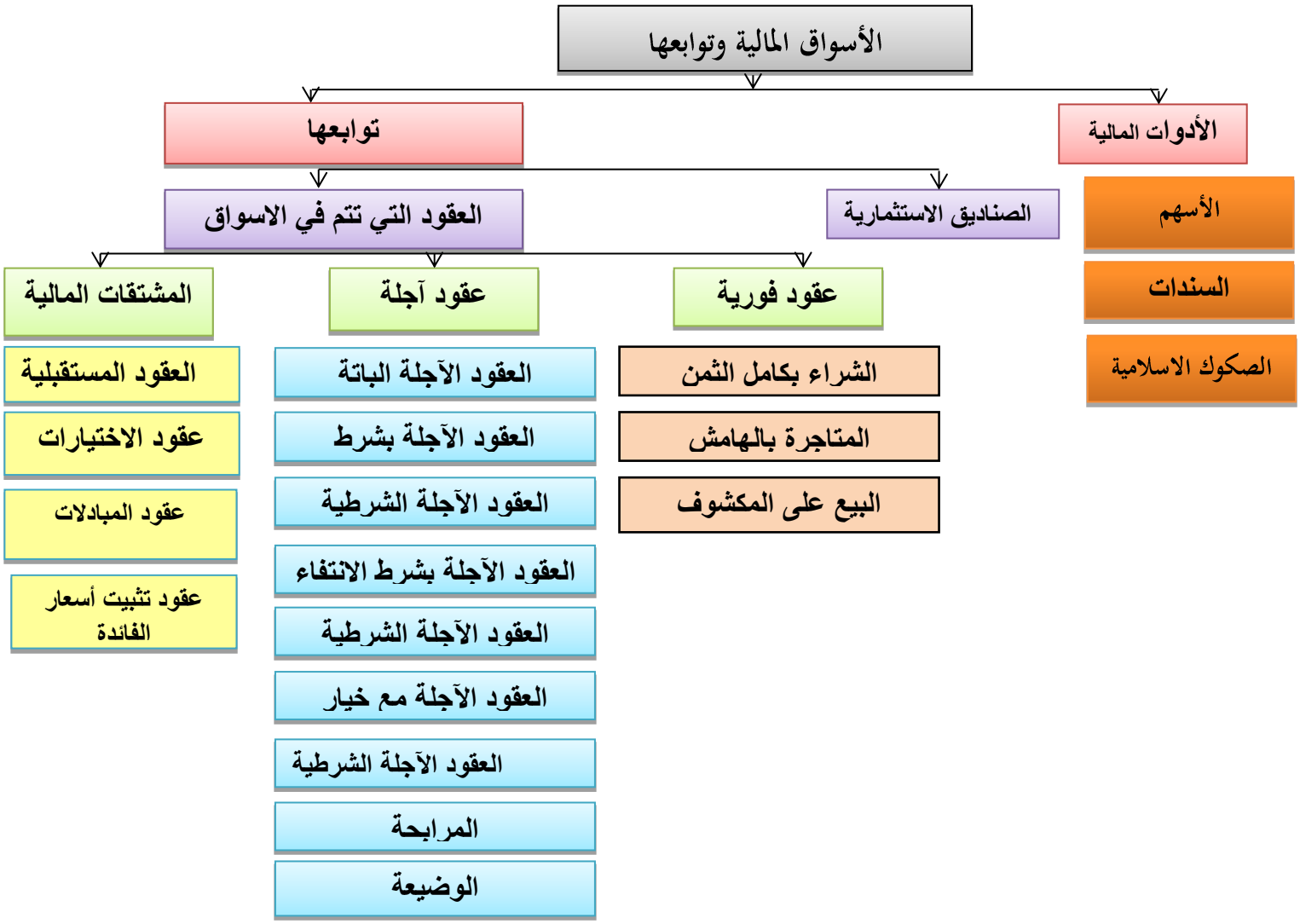
وفيه مبحثين:

المبحث الأول: التكييف الفقهي للسهم

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لبعض العقود التي تتم في الأسواق المالية

تمهيد:

تعتبر السوق المالية هي **المجال** الذي يتم من خلاله إصدار **أدوات معينة**، للحصول على الأموال اللازمة **للمشروعات الإنتاجية وغيرها**[1]، وتداول هذه الأدوات[2].



مخطط الأسواق المالية وتوابعها[3].

(1) إشارة إلى وظيفة السوق المالية؛ وهي تمكين الجهات أو الفئات المحتاجة إلى المال من الحصول عليه، لاستعمالها في مشروعات إنتاجية؛ كإنشاء شركات إنتاج الأدوية أو الأغذية، أو غيرها من مشروعات غير إنتاجية؛ مثل تعبيد الطرق وبناء الجسور، وغير ذلك؛ كتمويل عجز ميزانية الدولة، أو صرف رواتب الموظفين، آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، جـ1، ص39.

(2) آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، جـ1، ص39.

(3) الرشيدي، مدخل إلى المعاملات المالية المعاصرة، ص62.

فيمكن تقسيم الأسواق المالية إلى الأدوات المالية والصناديق الاستثمارية والعقود التي تتم في الأسواق المالية.

وتتنوع الأدوات المالية إلى:

الأسهم: سيأتي بيانها وتكييفها في المبحث الموالي.

الصكوك: عرفتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بأنها: وثائق متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله[1].

السندات: ورقة ذات قيمة تتضمن تعهد مصدرها بدفع فائدة دورية في تاريخ محدد لحاملها (وأحيانا لمالكها المسجل في دفاتر الشركة) ثم دفع القيمة الاسمية المطبوعة عليها في تاريخ محدد، ولا يقتصر إصدار السندات على الحكومة إذ تعمد المؤسسات والشركات الخاصة في كثير من الدول إلى إصدارها، والسند وثيقة دين لا ملكية[2].

(1) وهو تعريف في ضوء الاستثمار الإسلامي، المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم:17، البند 2، ص467.

(2) القري، الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ص1188.

المبحث الأول:

التكييف الفقهي للسهم:

المطلب الأول: تصور المسألة:

لتصور مسألة السهم وفهمه فهما دقيقا ينبغي تعريفه وبيان خصائصه وذكر أنواعه؛ وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف السهم وخصائصه:

1. تعريف السهم:

عرِّف السهم بتعريفات مختلفة نذكر منها:

- حصة شائعة في موجودات الشركة وشهادة السهم هي وثيقة لإثبات هذا الاستحقاق[1].
- صك يمثل نصيبا عينيا أو نقديا في رأس مال الشركة، قابل للتداول، يعطي مالكه حقوقا خاصة[2].

2. خصائص السهم:

يتميز السهم بخصائص عدة منها[3]:

أ. التساوي في القيمة: فلا يجوز إصدار أسهم بقيمة مختلفة، والقيمة المتساوية هي القيمة الاسمية التي يصدر بها السهم، ويحددها القانون؛ والقيمة الاسمية للسهم تختلف عن كل من قيمته التجارية والحقيقية، فالقيمة الاسمية هي القيمة المبينة في الصك والتي تدون عليه، ويحسب على أساسها مجموع رأس مال الشركة، أما القيمة التجارية: فهي قيمة السهم في السوق، وتتغير حسب العرض والطلب وأحوال السوق وسمعة الشركة وسلامة مركزها المالي، وأما القيمة الحقيقية للسهم فهي القيمة المالية التي يمثلها السهم فيما لو تمت تصفية الشركة وتقسيم موجوداتها على عدد الأسهم.

---

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، البيان الختامي والتوصيات للندوة الثانية للأسواق المالية المنعقدة بدولة البحرين، قرار رقم: 65/1/7.

(2) الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص48.

(3) ينظر: عبد الغفار الشريف، أحكام السوق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، ص965، الزحيلي، زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ص518، وجراية، الأدوات المالية التقليدية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ص1132.1133.

ب. قابلية التداول بالطرق التجارية: وهي أهم خصيصة للسهم، ومعنى ذلك إمكانية إنتقال ملكية الأسهم من شخص لآخر، ويتم نقل الملكية بالتسليم إذا كان السهم لحامله، وبالقيد في سجل الشركة إذا كان السهم إسميا، وإذا نص نظام الشركة بما يتضمن تحريم التنازل عن الأسهم فإن الشركة تفقد صفتها كشركة مساهمة وتصبح من شركات الأشخاص.

ج. عدم القابلية للتجزئة: والمقصود بذلك عدم قابلية السهم للانقسام أو التجزئة في مواجهة الشركة؛ فإذا تعدد ملاك السهم، وجب أن يختاروا أحدهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المترتبة على ملكية السهم في مواجهة الشركة، ويكون الملاك المتعددون مسئولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن ملكية السهم، وإذا مات الشريك أصبحت ملكية السهم مشاعة بينهم.

الفرع الثاني: أنواع الأسهم:

تنقسم الأسهم إلى أنواع مختلفة بحسب طبيعة كل نوع إلى خمسة أقسام[1]:

- من حيث طبيعة الحصة التي يدفعها الشريك؛ إلى: أسهم نقدية، وعينية.
- الأسهم النقدية: هي التي يدفع المساهم قيمتها نقديا.
- الأسهم العينية: الأسهم التي تمثل حصصا عينية في رأس مال الشركة: العقارات، الآلات، والاسم التجاري.
- من حيث الشكل والتداول إلى: أسهم إسمية، أسهم لحاملها، وأسهم للآمر.
- من حيث الحقوق التي تعطيها لصاحبها إلى: عادية، وممتازة.
- من حيث إرجاعها إلى صاحبها إلى: أسهم رأس المال، وأسهم تمتع.
- من حيث القيمة إلى: القيمة الإسمية والقيمة الحقيقية، والقيمة السوقية.

المطلب الثاني: تحرير محل النزاع وآراء الفقهاء في تكييف السهم:

الفرع الأول: تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء المعاصرون على أن السهم يمثل حصة من رأس مال الشركة، واختلفوا في حقيقة السهم وما يمثله؛ هل هو حصة شائعة من جميع موجودات الشركة؟

(1) ينظر: عبد الغفار الشريف، أحكام السوق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، ص967 وما بعدها، السلطان، الأسهم حكمها آثارها، ص13 وما بعدها، والدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، جـ13، ص135 ومابعدها.

هل السهم عرض من عروض التجارة له قيمة مستقلة عن مكونات الشركة؟

هل يتضمن السهم مع موجودات الشركة حقوقا أخرى؛ كحق الاشتراك وحقوق الشركة المعنوية؟

هل هو حصة شائعة من الشخصية الاعتبارية للشركة دون موجوداتها؟ هل تكييف السهم ينبني على نية التملك له، بمعنى إن أراد مالكه الاستثمار فيكون للسهم حكم موجودات الشركة، وإن أراد المضاربة فيكون ورقة مستقلة عن موجودات الشركة؟

الفرع الثاني: أقوال العلماء في تكييف السهم:

اختلفوا في ذلك على أقوال؛ وفيما يأتي بيانها:

القول الأول: السهم يمثل حصة شائعة في ملكية موجودات الشركة؛ والتي تشمل الأعيان والمنافع والديون والنقود والحقوق المعنوية والمادية، فمالك السهم يملك في الحقيقة حصة شائعة من هذه الموجودات؛ بنسبة ما يملكه في الشركة من أسهم، وما السهم إلا وثيقة هذا الحق، أو دليل إثبات فقط.

وبه قال جمهور الباحثين المعاصرين؛ منهم: عبد الله بن سليمان المنيع[1]، عبد الناصر أبو البصل[2]، حسين حامد حسان[3]، سعد بن تركي الخثلان[4]، محمد تقي العثماني[5]، خالد بن مفلح آل حامد[6]، الصديق محمد الأمين الضرير[7]، علي محيي الدين القره داغي[8]، علي محمد نور[9]، وأخذ بهذا القول أيضا مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة بشأن الأسواق المالية (البيان الختامي والتوصيات للندوة الثانية للأسواق المالية المنعقدة بدولة البحرين في الفترة بين 19-21 جمادى الأولى 1412هـ و 25-27 نوفمبر 1991م).

(1) المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص221.

(2) أبو البصل، التكييف الفقهي لأسهم الشركات المساهمة، مؤتمر شورى الفقه السادس، ص269.

(3) حسان، التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، مؤتمر شورى الفقهي السادس، ص158.

(4) الخثلان، الأسهم الجائزة والمحظورة، ص22.

(5) العثماني، فقه البيوع على المذاهب الأربعة، جـ1، ص380.

(6) آل حامد، تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره، ص50.

(7) الضرير، زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة، ص536.

(8) القره داغي، الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، ص742.

(9) نور، التكييف الفقهي لشركة المساهمة وأسهمها، مؤتمر شورى الفقهي الثامن، ص238.

القول الثاني: أن السهم له حكم عروض التجارة؛ ومن أنصار هذا القول: أبو زهرة وعبد الرحمن حسن، وعبد الوهاب خلاف، ويوسف القرضاوي، والشيخ جاد الحق شيخ الأزهر سابقا، وإلى هذا ذهبت ندوة البركة الثانية وبعض الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية وذلك إذا كان ضمن موجودات الشركة نسبة ولو يسيرة من الأعيان (غير النقود والديون)، وهذا القول لازم لجميع الهيئات الشرعية التي أجازت تداول أسهم بنوكها بالقيمة السوقية[1]، ورجحه: حسان أبراهيم محمد السيف[2].

القول الثالث: أن السهم يتضمن:

- حصة شائعة من وجودات الشركة.
- حقوقا أخرى كحق الاشتراك لمالك السهم، والحقوق المعنوية والمنافع.

وهذا القول هو ما رجحه الدكتور أحمد الخليل؛ حيث قال: "والذي يظهر لي رجحانه أن السهم يمثل شيئين في وقت واحد: نصيب المساهم في موجودات الشركة وقيمة السهم السوقية؛ لأن سعر السهم قد يكون أرفع أو أقل من قيمة حصة المساهم في موجودات الشركة؛ فنتج عن هذا أن السهم لا يمثل شيئا واحدا"[3].

القول الرابع: النظر إلى السهم مع مراعاة الشخصية الاعتبارية للشركة، ويكون السهم ثمنا للشركة وليس ثمنا للموجودات؛ ومعناه أن السهم مجرد حق مجمل في الشركة، لا في شيء من موجوداتها، يثبت لمالك السهم حقا في الأرباح التي تعلن الشركة عن توزيعها، كما يثبت له حصة شائعة في موجوداتها فيما لو تمت تصفية الشركة.

ذهب إلى هذا القول الأستاذ الدكتور صالح العلي[4].

القول الخامس: التفريق بين أسهم الاستثمار وأسهم المضاربة؛

فأسهم الاستثمار تمثل جزءا من موجودات الشركة وأصولها، وأسهم المضاربة التي تعتبر ورقة مالية مستقلة (وهذا محل خلاف قوي).

---

(1) نقلا عن: الشبيلي، حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس، ص7، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة، قرار3.

(2) السيف، أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة، ص117.

(3) ينظر: الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص190.

(4) العلي، التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، ضمن مؤتمر شورى الفقهي الثامن، ص203.

وهو قول الدكتور صالح بن محمد بن سليمان السلطان[1].

ويجدر التنبيه على أن تكييف السهم في القوانين والأنظمة الحاكمة له في العالمين الغربي والعربي لا يراد به عمليا الحصة الشائعة في موجودات شركة المساهمة؛ بل ينظر إليه على أنه شيء قائم بذاته يستمد قيمته من قوة الشركة ومركزها المالي، فالمساهم وإن كان يملك ذلك السهم إلا أنه لا يملك حصة في موجودات الشركة؛ إذ هي ملك للشركة ذاتها باعتبارها شخصا قانونيا معنويا قائما بذاته، ولذلك صرحوا بأن السهم يعد من الأموال المنقولة ولو كانت موجودات الشركة كلها من العقارات، لأن السهم ليس حصة في تلك العقارات ، وإنما هو شيء قائم بذاته؛ يخول حامله حقوقا على الشركة[2].

الفرع الثالث: القرارات ذات الصلة بالتكييف الفقهي للسهم:

صدرت عدة قرارات لها صلة وثيقة بموضوع التكييف الفقهي للسهم؛ منها:

1. قرار مجمع الفقه الإسلامي:

في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9-14 أيار 1992 م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع الأسواق المالية؛ قرر: أن المحل المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصة الشائعة من أصول الشركة (في موجودات الشركة)، وشهادة السهم عبارة عن وثيقة لإثبات هذا الاستحقاق في الحصة، ولا مانع شرعا من إصدار أسهم في الشركة بهذه الطريقة وتداولها[3].

2. قرار المجمع الفقهي الإسلامي:

فبعد اطلاعه على حقيقة سوق الأوراق المالية وما يجري فيها من عقود عاجلة وآجلة، ومناقشتها في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية؛ قرر ما يلي:

أنّ العقود العاجلة على أسهم الشركات والمؤسسات، حين تكون تلك الأسهم في ملك البائع جائزة شرعا، ما لم تكن تلك الشركات أو المؤسسات موضوع تعاملها محرم شرعا.

(1) السلطان، الأسهم حكمها وآثارها، ص90 وما بعدها.

(2) ينظر: الشبيلي، حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس، ص7.

(3) ينظر: مجلة مجمع الفقه الاسلامي، قرار رقم: 63 (1/7).

وأن العقود الآجلة بأنواعها التي تجري على المكشوف، أي على الأسهم والسلع التي ليست في ملك البائع، بالكيفية التي تجري في السوق المالية غير جائزة شرعا؛ لاشتمالها على بيع الشخص ما لا يملك اعتمادا على أنه سيشتريه فيما بعد، ويسلمه في الموعد[1].

3. فتاوى اللجنة الدائمة:

سئلت اللجنة: "اشتريت عدة أسهم من شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، وأريد بيعها الآن، والسؤال: ما حكم شراء الأسهم من هذه الشركة؟ وما حكم بيعها؟ وهل يجوز أن أتعامل مع الشركة المذكورة بشراء أسهم أو بيعها؟ فكان الجواب بأن كانت هذه الأسهم أسهما تجارية (عبارة عن نقود يباع بها ويشترى طلبا للربح)، فلا يجوز بيعها؛ لأنه يكون بيع نقود بنقود غائبة، وغير متساوية، وذلك هو الربا بنوعيه: التفاضل والنسيئة[2].

وسئلت أيضا عن "حكم شراء الأسهم بأكثر من رأس المال.."، فأجابت: إذا كانت هذه الأسهم لا تمثل نقودا تمثيلا كليا أو غالبا، وإنما تمثل أرضا أو سيارات أو عمارات ونحو ذلك، وهي معلومة للبائع والمشتري جاز بيعها وشراؤها؛ بثمن حال أو مؤجل على دفعة أو دفعات؛ لعموم أدلة جواز البيع والشراء[3].

المطلب الثالث: منشأ الخلاف وأثره:

الفرع الأول: منشأ الخلاف:

وقع الخلاف في تكييف السهم لأسباب منها[4]:

– الاختلاف في تعريف سهم الشركة المساهمة بين الشرع والقانون؛ فالاتجاه الشرعي لم يفصل ملكية السهم عن مكونات الشركة، أما التعريف القانوني للسهم فإنه جعل للشركة المساهمة شخصية اعتبارية؛ فميز بين ملكية السهم وملكية الأصول والأعيان التي يتضمنها السهم، فالسهم يملك على وجه الاستقلال عن ملكية الأصول والأعيان التي تملكها الشركة؛ بحيث إن الحصص المقدمة للمساهمة في الشركة تنتقل على

(1) ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة السابعة، القرار الأول، ص134.135.

(2) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة، جـ14، ص352، رقم الفتوى: 19518.

(3) المرجع نفسه، جـ13، ص320.321، رقم الفتوى: 4016.

(4) ينظر: آل حامد، تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره، ص35.

سبيل التمليك إلى ملكية الشركة؛ ويفقد الشركاء المستثمرون كل حق عيني عليها، ولا يبقى لهم إلا حق في الحصول على نصيب من أرباح الشركة أثناء وجودها وفي اقتسام قيمة بيع موجوداتها عند التصفية.

– اختلاف القيمة السوقية للسهم عند تداوله مع قيمة الموجودات الفعلية للشركة المساهمة زيادة ونقصا.

– هل الموجودات تتمثل في النقود والأعيان فقط؟ أم أنها تشمل: الحقوق المعنوية (الاسم التجاري للشركة، والدراسات السابقة لإنشائها، وتصاريح العمل) والعوامل المعنوية المؤثرة على قيمة السهم السوقية (جودة الإدارة وسمعتها التجارية وخبرتها في مجال النشاط وغير ذلك)، فالذين قرروا بأن الموجودات أعيان ونقود فقط اعتبروا غيرها كالعدم.

الفرع الثاني: أثر الخلاف في تكييف السهم[1]:

ويظهر أثر هذا الخلاف جليا في ثلاثة أبواب من أبواب الفقه: الزكاة، البيع والرهن، والأقوال الثالث والرابع والخامس تؤول إلى القول الثاني من حيث الأثر.

وقد بنى بعض الفقهاء على الخلاف في تكييف السهم آثارا ليس لها ارتباط مباشر بتكييف السهم، وإنما جرى الخلاف فيها لاعتبارات أخرى ومن ذلك:

1. الخلاف في الزكاة في الأسهم.
2. الخلاف في بيع وشراء أسهم الشركات المحرمة، أو التي تتعامل بالمحرم.
3. المضاربة في الأسهم.
4. حكم تداول الأسهم في الشركات التي تكون الديون أو النقود، أو هما معا أغلب موجوداتها؟ وهذا هو الأثر الأساسي الذي ينبني على الخلاف في مسألة تكييف السهم.

وفيما يلي بيان هاته المسائل:

(1) ينظر: آل حامد، تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره، ص35 وما بعدها، والشبيلي، التوصيف الشرعي للأسهم والآثار المترتبة عليه، أبحاث مؤتمر شورى السادس، ص225.

المسألة الأولى: تداول الأسهم في الشركات التي تكون الديون أو النقود، أو هما معا أغلب موجوداتها.

ينبغي التنبيه على أن هذه المسألة لها علاقة مباشرة في الخلاف في تكييف السهم؛ وسيأتي بيان ذلك.

أولا: تحرير محل النزاع:

من خلال مسألة التكييف الفقهي للسهم نجد أنهم اتفقوا على أن:

أ. موجودات الشركة المساهمة تشمل **الأعيان** (والعين هنا ما سوى النقود والديون وهي قد تكون عقارات، منقولات وغيرها) **والمنافع** (كالسكن والعمل) **والحقوق المعنوية** (الاسم التجاري، الدراسات السابقة لنشأتها) **والنقود والديون**.

ب. المعتبر في قيمة السهم عند التداول هو القيمة السوقية.

ت. جواز تداول الأسهم للشركات المباحة إذا كانت أكثر موجودات الشركة أعيانا.

ث. تحريم تداول أسهم الشركات إذا كانت جميع موجوداتها نقودا أو ديونا فقط، أو هما معا.

ثانيا: أثر الخلاف:

واختلفوا في حكم تداول أسهم الشركة المساهمة؛ فيما لو كانت أكثر موجوداتها نقودا أو ديونا، أو هما معا[1].

فعلى القول الأول في تكييف السهم (ورد ذكره في الصفحة رقم 132) فإن حكم تداول الأسهم ينبني على ماتمثله من موجودات الشركة:

1. فإن كان أغلبها ديونا؛ فتأخذ حكم بيع الديون.
2. وإن كان أغلبها نقدا فتأخذ حكم بيع النقود.
3. وإن كانت الأعيان والمنافع هي الغالبة فتأخذ حكم بيع الأعيان والمنافع.

ويترتب عن ذلك أن تداول أسهم الشركات التي تغلب على موجوداتها النقود، أو الديون لا يكون إلا من خلال قواعد الصرف وقواعد بيع الديون.

(1) ينظر: إضافة إلى ماسبق ذكره في المراجع الخاصة بتكييف السهم؛ الشبيلي، حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس (شركة الصحراء للبيترو كيماويات أنموذجا).

وعلى القول الثاني الذي يفصل بين السهم وموجودات الشركة؛ فكم تداول السهم مبني على كونه عرضا من عروض التجارة؛ فيطبق على بيع الأسهم ما يطبق على بيع العروض من الأحكام.

فلا يجري فيها ربا الفضل والنسيئة حتى وإن كانت معظم موجوداتها نقودا أو ديونا، فيجوز بيعها من غير اشتراط قبض ثمنها.

المسألة الثانية: زكاة الأسهم:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: زكاة الأسهم كزكاة عروض التجارة (هذه الأسهم إن كانت معدة للتجارة فهي كسائر العروض من الأراضي والسيارات وإذا كانت معدة للتأجير لا للبيع فلا زكاة فيها، وإنما الزكاة تكون في الأجرة إذا حال عليها الحول وبلغت النصاب كسائر النقود[1] ربع العشر)؛ وهو ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي[2]، وهو قول جمع من العلماء؛ منهم: ابن باز[3]، وابن عثيمين [4]، و(محمد أبو زهرة، وعبد الرحمن حسن، وعبد الوهاب خلاف، ويوسف القرضاوي)[5]، محمد عبد اللطيف آل سعد[6].

والمعتبر في إخراج زكاة الأسهم هنا هو القيمة السوقية للأسهم.

القول الثاني: زكاة الأسهم تكون بحسب نشاط الشركة المساهمة؛ فإذا كانت شركة تجارية تعامل معاملة التاجر، وإذا كانت شركة زراعية تعامل معاملة المزارع، وإذا كانت شركة عقارية تعامل معاملة الشخص الذي يستثمر أمواله في العقارات وهكذا.

---

(1) ينظر: ابن باز، مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، جـ14، ص 190.

(2) ينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة، قرار رقم28 (4/3)

(3) ينظر: ابن باز، مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، جـ14، ص 190.195.

(4) ينظر: ابن عثيمين، مجموع فتاوى ورسائل الشيخ بن عثيمين، جـ18، ص200.195.

(5) نقلا عن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ص509، بحث الدكتور عبد الله بسام، زكاة الأسهم في الشركات؛ حيث قال في معرض كلامه: "وقد أصدر المشائخ: محمد أبو زهرة، وعبد الرحمن حسن، وعبد الوهاب خلاف تقريرا قدموه إلى (حلقة الدراسات الاجتماعية التي عقدتها الجامعة العربية في ديسمبر عام 1952م) عن وسائل التكافل الاجتماعي في الدول العربية، والذي ورد فيه أن الزكاة تتحقق الآن في أموال لم تكن معروفة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا في عهد الصحابة، ولا في أيام الاستنباط الفقهي، واقترحوا أن الزكاة تؤخذ منها"، الزحيلي، زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ص523، نسب هذا القول إلى يوسف القرضاوي، محمد أبي زهرة، عبد الوهاب خلاف.

(6) آل سعد، زكاة أسهم الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ص530.

وقد تستثمر الشركة أموالها في مجالات متنوعة من التجارة والزراعة وغيرها، كما يفعل بعض أرباب المال بأموالهم، فإنها تعامل معاملتهم، وتخرج زكاة كل مال بحسب نوعه، وهو قول الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير[1]، وعبد الله بسام[2]، ووهبة الزحيلي[3]، والشيخ عبد الرحمن عيسى[4].

وبناء على هذا القول فإن كانت الشركة المساهمة شركة صناعية محضة؛ أي أنها لا تمارس عملا تجاريا، كشركات الصباغة وشركات التبريد وشركات الفنادق، وشركات الإعلانات، وشركات الطيران، فلا تجب الزكاة في أسهمها؛ لأن قيمة هذه الأسهم موضوعة في الآلات والأدوات والمباني، وما يلزم الأعمال التي تمارسها، ولكن ما ينتج ربحا لهذه الأسهم يضم إلى أموال المساهمين ويزكى معها زكاة المال.

وإن كانت الشركة المساهمة شركة تجارية محضة تشتري البضائع وتبيعها بدون إجراء عمليات تحويلية على هذه البضائع؛ أو شركة صناعية تجارية، وهي الشركات التي تستخرج المواد الخام أو تشتريها ثم تجري عليها عمليات تحويلية، ثم تتجر فيها، مثل شركات البترول وشركات الغزل والحرير، وشركة الحديد والصلب، والشركات الكيماوية، فتجب الزكاة في أسهم هذه الشركات، فمدار وجوب الزكاة في أسهم الشركات أن تكون الشركة تمارس عملا تجاريا، سواء معه صناعة أم لا[5].

وبعد البحث في مسألة زكاة الأسهم وأقوال العلماء فيها؛ تبين لي أن الخلاف في زكاة الأسهم ليس له علاقة بالخلاف في تكييفه الفقهي؛ فقد ربطوا الزكاة في أسهم الشركة بالمقصد من اقتنائها فإذا كان المقصد من اقتنائها التجارة بهدف الكسب فتطبق عليها أحكام زكاة عروض التجارة؛ ربع العشر إضافة إلى مبدأ الحولية والتزكية عن القيمة السوقية للسهم، والله أعلم .

(1) ينظر: الضرير، بحث زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ص537.538.

(2) ينظر: بسام، زكاة الأسهم في الشركات؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ص508.

(3) ينظر: الزحيلي، زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ص525.

(4) نسبه له وهبة الزحيلي في بحثه؛ زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ص521، وأبو بكر دوكوري، بحث زكاة أسهم الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ص531.

(5) ينظر: الضرير، بحث زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ص537.

المسألة الثالثة: حكم المساهمة في الشركات التي تتعامل بالحرام:

القول الأول: التحريم مطلقا؛ أخذ به مجمع الفقه الإسلامي حيث جاء في نص قراره: "الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحيانا بالمحرمات؛ كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة"[1]، وهو كذلك ما أخذ به المجمع الفقهي الإسلامي، فقد قرر أنه: "**لا خلاف** في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم، كالتعامل بالربا أو تصنيع المحرمات أو المتاجرة فيها، **لا يجوز** لمسلم شراء أسهم الشركات والمصارف إذا كان في بعض معاملاتها ربا، وكان المشتري عالما بذلك؛ وإذا اشترى شحص وهو لا يعلم أن الشركة تتعامل بالربا، ثم علم فالواجب عليه الخروج منه؛ والتحريم في ذلك واضح"[2].

القول الثاني: تجوز المساهمة في هذه الشركات بقيود ذكرها القره داغي؛ ألخصها في النقاط التالية:

1. أن يقصد بشراء أسهم هذه الشركات تغييرها نحو الحلال المحض.
2. أن يبذل جهده وماله لتوفير المال الحلال الطيب المحض، ولا يتجه نحو ما فيه شبهة إلا عند الحاجة الملحة ومصلحة المسلمين، واقتصادهم.
3. أن صاحب هذه الأسهم عليه أن يراعي نسبة الفائدة التي أخذتها الشركة على الأموال المودعة لدى البنوك، ثم يصرف هذا القدر في الجهات العامة الخيرية.
4. لا يجوز للمسلم أن يؤسس شركة تنص في نظامها الأساسي على أنها تتعامل بالربا إقراضا واقتراضا، ولا يجوز كذلك التعاون في تأسيسها ما دامت كذلك؛ لأنه تعاون على الإثم والعدوان، إلا لمن يقدر على تغييرها إلى الحلال[3].

وهو ما أوصى به الشيخ صالح عبد الله كامل في بحثه عن تجربة مجموعة دله في أسلمة الشركات عن طريق شراء أسهمها[4]، والشيخ عبد الله بن منيع[5]، والهيئة الشرعية لشركة الراجحي[6].

(1) ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم63، العدد السابع، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، والسابع.

(2) ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الرابعة عشر، القرار الرابع.

(3) ينظر: القره داغي، الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، ص754.

(4) ينظر: كامل، حكم المشاركة في أسهم الشركات المساهمة المتعاملة بالربا، الدورة8.

(5) نقلا عن: الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص146.

(6) المرجع نفسه.

المسألة الرابعة: التكييف الفقهي للشركة المساهمة:

التكييف الفقهي للأسهم من حيث الأصل يعني الحديث عن الشركة المساهمة[1]؛ كون التكييف الفقهي للسهم والاكتتاب في الأسهم يشكل مرحلة من مراحل تأسيس شركة المساهمة، وقد اختُلف في تكييفها؛ هل هي مضاربة أو عنان[2] أو هي من الشركات الحديثة؟ على عدة آراء؛ هي:

التكييف الأول: خرج بعض العلماء المعاصرين الشركة المساهمة على أنها شركة عنان، وممن ذهب إلى هذا التكييف؛ وهبة الزحيلي؛ حيث قال: "وهذه الشركة جائزة شرعا؛ لأنها شركة عنان، لقيامها على أساس التراضي، وكون مجلس الإدارة متصرفا في أمور الشركة بالوكالة عن الشركاء المساهمين، ولا مانع من تعدد الشركاء، واقتصار مسؤولية الشريك على أسهمه المالية مشابه لمسؤولية رب المال في شركة المضاربة"[3].

التكييف الثاني: وهناك من كيفها على أنها من شركات المضاربة؛ وممن قال بهذا التكييف؛ الشيخ علي الخفيف، حيث قال: "وقد وضع القانون قيودا كثيرة في تأسيس شركات المساهمة قصد بها حماية المساهمين، وحماية المتعاملين معها، ولا يجوز تأسيسها إلا بأمر يصدر من السلطة العامة، والعمل في مالها يكون عادة لغير أرباب الأموال فيها؛ ولذلك فهي تعد من قبيل القراض في هذه الحال"[4].

التكييف الثالث:كيفوها على أنها مضاربة وعنان؛ وذهب إلى هذا القول وهبة الزحيلي[5]، وعبد الله المشيقح حيث قال: "**أن مجلس الإدارة في الشركة لا يخرج عن ثلاث حالات** :

الحالة الأولى: أن يكون مجلس الإدارة مساهما وعاملا، وهذا هو الغالب، فهنا بذل مالان وبدن، البدن من مجلس الإدارة؛ والمال الأول من مجلس الإدارة، والمال الثاني من بقية المساهمين، فهي تجمع بين العنان والمضاربة؛ شركة العنان: أن يشتركا في المال والبدن، وشركة المضاربة: أن يدفع إليه المال ويقوم

(1) هي الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، وقابلة للتداول والانتقال بالوفاة، ولا يكون الشريك المساهم فيها مسؤولا عن ديون الشركة إلا بقدر عدد الأسهم التي يملكها، ولا تعنون باسم أحد الشركاء-نعريف مصطفى كمال طه-، ينظر: الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص110، وتتميز عن غيرها من الشركات بمميزات منها: يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، وقابلة للتداول والانتقال بالوفاة، ولا يكون الشريك المساهم فيها مسؤولا عن ديون الشركة إلا بقدر عدد الأسهم التي يملكها، ولا تعنون باسم أحد الشركاء؛ الخياط، الشركات في الفقه الإسلامي، جـ2، ص89.88.

(2) العنان: عبارة عن الشريكين يشتركان بماليهما وأبدانهما؛ ابن هبيرة، اختلاف الأئمة العلماء، جـ1، ص444.

(3) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جـ4، ص881.

(4) الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، ص127.

(5) ينظر: الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص415.

بالعمل، فمن حيث إنه من كل منهما مال فهذه عنان ومن حيث أن أحدهما عمل والآخر لم يعمل؛ هذه مضاربة.

الحالة الثانية: أن يكون مجلس الإدارة عاملا دون مساهمة، فهذه شركة عنان لأن المال والعمل من جميع الشركاء، فالشركاء دفعوا المال؛ والعمل أيضا منهم لأنهم استأجروا مجلس الإدارة.

الحالة الثالثة: أن يكون لمجلس الإدارة نسبة من الربح من المساهمين؛ ومن مجلس الإدارة العمل؛ فمجلس الإدارة لم يساهم، لكن منه؛ فهذه شركة مضاربة"[1].

التكييف الرابع: تعتبر من الشركات الحديثة التي لم يتناولها الفقهاء المتقدمون بالدراسة والتحقيق؛ لأنها لم تكن معروفة في عهدهم[2].

(1) ينظر: المشيقح، المعاملات المالية المعاصرة، من دروس الدورة العلمية بمسجد الراجحي بمدينة بريدة عام 1424هـ، ص159.158.

(2) ينظر: الدبيان، المعاملات المالية، جـ13، ص99.98، والسيف، أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة، ص46.45.

ملخص:

- تقسم الأسواق المالية إلى: الأدوات المالية -والتي تضم الأسهم، والسندات والصكوك الإسلامية-، وتوابع الأدوات المالية والتي تنقسم بدورها إلى الصناديق الاستثمارية، والعقود التي تتم في الأسواق المالية (عقود فورية- عقود آجلة- المشتقات المالية).

- اختلفت تعريفات العلماء للسهم بحسب اختلافهم في تكييفه؛ وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه حصة شائعة في موجودات الشركة وأن شهادة السهم هي وثيقة لإثبات هذا الاستحقاق في الحصة.

- تنقسم الأسهم إلى أنواع مختلفة باعتبارات عدة؛ فمن حيث طبيعة الحصة التي يدفعها الشريك؛ إلى: أسهم نقدية، وعينية، ومن حيث الشكل والتداول إلى: أسهم إسمية، أسهم لحاملها، وأسهم للآمر، ومن حيث الحقوق التي تعطيها لصاحبها إلى: عادية، وممتازة، ومن حيث إرجاعها إلى صاحبها إلى: أسهم رأس المال، وأسهم تمتع، ومن حيث القيمة إلى: القيمة الإسمية والقيمة الحقيقية، والقيمة السوقية.

- اتفق الفقهاء المعاصرون على أن السهم يمثل حصة من رأس مال الشركة، واختلفوا في حقيقة السهم وما يمثله؛ على أقوال منها:

1. السهم يمثل حصة شائعة في ملكية موجودات الشركة؛ التي تشمل الأعيان والمنافع والديون والنقود والحقوق المعنوية والمادية، فمالك السهم يملك في الحقيقة حصة شائعة من هذه الموجودات، بنسبة ما يملكه في الشركة من أسهم، وما السهم إلا وثيقة هذا الحق، أو دليل إثبات فقط.

2. أن السهم له حكم عروض التجارة.

3. أن السهم يتضمن حصة شائعة من وجودات الشركة، وحقوقا أخرى كحق الاشتراك لمالك السهم، والحقوق المعنوية والمنافع.

4. النظر إلى السهم مع مراعاة الشخصية الاعتبارية للشركة، ويكون السهم ثمنا للشركة وليس ثمنا للموجودات.

5. التفريق بين أسهم الاستثمار؛ فهي تمثل جزءا من موجودات الشركة وأصولها، وبين أسهم المضاربة التي تعتبر ورقة مالية مستقلة.

- وقع الخلاف في تكييف السهم لأسباب منها:

■ الاختلاف في تعريف سهم الشركة المساهمة بين الشرع والقانون؛ فالاتجاه الشرعي لم يفصل ملكية السهم عن مكونات الشركة، أما التعريف القانوني للسهم فإنه جعل للشركة المساهمة شخصية اعتبارية فميز بين ملكية السهم، وملكية الأصول والأعيان التي يتضمنها السهم.

■ اختلاف القيمة السوقية للسهم عند تداوله مع قيمة الموجودات الفعلية للشركة المساهمة زيادة ونقصا.

■ هل الموجودات تتمثل في النقود والأعيان فقط؟ أم يدخل فيها: الحقوق المعنوية والعوامل المعنوية المؤثرة على قيمة السهم السوقية، فالذين قرروا بأن الموجودات أعيان ونقود فقط اعتبروا غيرها كالعدم.

- يظهر أثر هذا الخلاف جليا في ثلاثة أبواب من أبواب الفقه: الزكاة، البيع والرهن، وقد بنى بعض الفقهاء على الخلاف في تكييف السهم آثارا ليس لها ارتباط مباشر بتكييف السهم، وإنما جرى الخلاف فيها لاعتبارات أخرى ومن ذلك: الخلاف في الزكاة في الأسهم، والخلاف في بيع وشراء أسهم الشركات المحرمة، أو التي تتعامل بالمحرم، المضاربة في الأسهم؛ والأثر الأساسي الذي ينبني على الخلاف في مسألة تكييف السهم هو حكم تداول الأسهم في الشركات التي تكون الديون أو النقود، أو هما معا أغلب موجوداتها؟

فعلى القول الأول في تكييف السهم فإن حكم تداول الأسهم ينبني على ماتمثله من موجودات الشركة:

- فإن كان أغلبها ديونا؛ فتأخذ حكم بيع الديون.
- وإن كان أغلبها نقدا فتأخذ حكم بيع النقود.
- وإن كانت الأعيان والمنافع هي الغالبة فتأخذ حكم بيع الأعيان والمنافع.

ويترتب عن ذلك أن تداول أسهم الشركات التي تغلب على موجوداتها النقود، أو الديون لا يكون إلا من خلال قواعد الصرف وقواعد بيع الديون.

وعلى القول الثاني الذي يفصل بين السهم وموجودات الشركة؛ فكم تداول السهم مبني على كونه عرضا من عروض التجارة؛ فيطبق على بيع الأسهم ما يطبق على بيع العروض من الأحكام.

فلا يجري فيها ربا الفضل والنسيئة حتى وإن كانت معظم موجوداتها نقودا أو ديونا، فيجوز بيعها من غير اشتراط قبض ثمنها.

والأقوال الثالث والرابع والخامس تؤول إلى القول الثاني من حيث الأثر.

اختلف الفقهاء في زكاة الأسهم على قولين:

– زكاة الأسهم كزكاة عروض التجارة، والمعتبر في إخراج زكاة الأسهم هنا هو القيمة السوقية للأسهم.

– زكاة الأسهم تكون بحسب نشاط الشركة المساهمة؛ فإذا كانت شركة تجارية تعامل معاملة التاجر، وإذا كانت شركة زراعية تعامل معاملة المزارع، وإذا كانت شركة عقارية تعامل معاملة الشخص الذي يستثمر أمواله في العقارات وهكذا.

اختلف الفقهاء في حكم المساهمة في الشركات التي تتعامل بالحرام؛ فمنهم من ذهب إلى التحريم مطلقا، ومنهم من أجازها بقيود.

التكييف الفقهي للأسهم من حيث الأصل يعني الحديث عن الشركة المساهمة ؛ كون التكييف الفقهي للسهم والاكتتاب في الأسهم يشكل مرحلة من مراحل تأسيس شركة المساهمة، وهي الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، وقابلة للتداول والانتقال بالوفاة، ولا يكون الشريك المساهم فيها مسؤولا عن ديون الشركة إلا بقدر عدد الأسهم التي يملكها، ولا تعنون باسم أحد الشركاء.

اختلف في التكييف الفقهي للشركة المساهمة؛ فمنهم من كيفها أنها شركة عنان، ومنهم من جعلها من شركاتا المضاربة، ومنهم من كيفها بأنها عنا ومضاربة، ومنهم من اعتبرها من الشركات الحديثة التي لم يتناولها المتقدمون بالدراسة والتحقيق.

المبحث الثاني:

التكييف الفقهي لبعض العقود التي تتم في الأسواق المالية:

تنقسم بيوع السلع -كما جاء في معايير الأيوفي الشرعية- إلى ثلاثة أنواع، هي[1]:

1. العقود الحالة: هي العقود التي تقتضي التسليم والتسلم فورا، وقد يتأخر في حدود يوم أو يومي عمل حسب ضوابط السوق.

2. العقود الآجلة: هي العقود المؤجلة البدلين التي تترتب آثارها في تاريخ محدد في المستقبل، وتنتهي بالتسليم والتسلم في ذلك الموعد.

3. المستقبليات في السلع: هي العقود التي تترتب عليها آثارها في تاريخ محدد في المستقبل وتنتهي غالبا إما بالمقاصة بين أطرافها، وإما بالتسوية النقدية، وإما بعقود معاكسة، وهي نادرا ما تنتهي بالتسليم والتسلم الفعلي.

وسنتناول في هذا المبحث المطالب الآتية:

المطلب الأول: أقسام العقود التي تتم في الأسواق المالية

الفرع الأول: العقود الفورية

الفرع الثاني: العقود الآجلة

الفرع الثالث: المشتقات المالية

المطلب الثاني: طبيعة البيع على المكشوف وحكمه

الفرع الأول: طبيعة البيع على المكشوف

الفرع الثاني: حكم البيع على المكشوف

الفرع الثالث: حكم اقتراض الأسهم

المطلب الثالث: التكييف الفقهي للبيع على المكشوف

وفيه أهم الأسس التي ينبني عليها؛ وذلك في تسع مسائل.

وفيما يأتي بيان ذلك:

(1) الأيوفي، المعايير الشرعية (النص الكامل)، ص546.

المطلب الأول: أقسام العقود التي تتم في الأسواق المالية:

استنادا إلى ما سبق ذكره في تقسيم الأسواق المالية وتوابعها؛ تنقسم العقود التي تتم في الأسواق المالية إلى: 1. عقود فورية. 2. عقود آجلة. 3. المشتقات المالية.

وفيما يلي عرض موجز لها:

الفرع الأول: العقود الفورية:

العقود الفورية أو المعاملات العاجلة هي عمليات بيع وشراء للأوراق المالية، تتميز بأنها غير قابلة للرجوع فيها، ويجدر التنبيه على أن الصفقات التي تتم في الأسواق المالية قيمتها تُسدد بأحد أسلوبين[1]:

الأول: الأسلوب النقدي الكامل؛ وهو قيام العميل بسداد قيمة مشترياته نقدا والحصول على قيمة مبيعاته نقدا؛ وذلك على النحو المتعارف عليه في المعاملات الأخرى.

والآخر: الأسلوب النقدي الجزئي: ويقصد به؛

- في حالة الشراء قيام العميل بتمويل جزء من مشترواته نقدا، والباقي يتم سداده بأموال مقترضة.
- أما في حالة البيع فيقصد به البيع على المكشوف: وهو قيام العميل ببيع أسهم لا يملكها ولكن يمكن إقتراضها في مقابل تأمين يودع لدى المقرض.

وفي ظل هذه المعاملات يفتح العميل حسابا للهامش (Margin Account) لدى بيت السمسرة[2]، ولا يستطيع العميل القيام بعمليات معينة إلا باستخدام هذا الحساب الهامشي؛ وهذه العمليات يطلق عليها **المتاجرة بالهامش** حيث يقوم العميل بفتح حساب هامشي مع وكيله (السمسار)، وتوقيع عقد اتفاقية عميل، وبموجب هذا العقد يتمكن السمسار من الحصول على تسهيلات ائتمانية من المصرف بضمان الأوراق المالية التي يتم الحصول عليها بطريقة الحساب الهامشي[3].

Margin Account: حساب الهامش هو حساب الوساطة (أو حساب السمسرة هو ترتيب يقوم فيه المستثمر بإيداع الأموال لدى شركة وساطة مرخصة تقوم بالتداول نيابة عن العميل، على الرغم من أن السمسرة تقوم بتنفيذ الأوامر إلا أن الأصول تخص المستثمرين) الذي يقرض الوسيط العميل

(1) ينظر: هندي، الأوراق المالية وأسواق المال، ص135.

(2) ينظر: المرجع نفسه، ص136.

(3) الخضيري، المتاجرة بالهامش في الأسواق المالية، ص67.

نقداً لشراء الأسهم أو المنتجات المالية الأخرى، والقرض في الحساب مضمون بالأوراق المالية المشتراة والنقدية ويأتي بسعر فائدة دوري[1].

ويستخدم الإقتصاديون في الأسواق المالية لفظي **طويل** و **قصير** لبيان أنواع الصفقات، وليس المقصود من الطول والقصر في هذا البيع، طول أو قصر الفترة الزمنية، وإنما يتعلق بالهدف من البيع والاستثمار[2]:

فالبيع الطويل: بيع الورقة المالية بعد شرائها وتملكها للحصول على الربح؛ متوقعا ارتفاع سعرها؛ فيشتري العميل الأوراق المالية بسعر منخفض ليبيع بسعر أعلى منه، أو يحتفظ بهذه الأوراق للحصول على أرباحها.

أما البيع القصير أو البيع على المكشوف؛ فقد عرف بتعريفات كثيرة؛ سنتناوله بالبحث إن شاء الله.

أولا: الشراء بكامل الثمن وتكييفه الفقهي:

وهذا هو المعتاد في البيع، وهو يحدث في أسواق الأسهم والسندات، فيدفع المستثمر كامل قيمة الأوراق المالية التي يشتريها من البائع؛ وشراء الأسهم بثمن يدفعه المشتري من خالص ماله؛ ليس شيئا آخر غير الشراء المعتاد؛ فهذا النوع من المعاملات العاجلة التي يكون فيها البيع حالا بالنسبة للثمن والمثمن جائز؛ سواء أكان الغرض من الشراء الاستثمار أم المضاربة[3].

ثانيا: الشراء بالهامش أو الشراء بجزء من الثمن:

الأصل أن تتم عملية شراء الأوراق المالية بدفع ثمنها كاملا في مجلس العقد، ولكن قوانين بعض الدول تجيز شراءها بجزء من الثمن أو الشراء بالهامش، وفي هذه الحالة يدفع المشتري جزءا من الثمن، ويستدين الباقي من السمسار الذي يكون بدوره مقترضا من المصارف[4].

---

(1) نقلا عن موقع: https://www.investopedia.com/terms/m/marginaccount.asp ، أُخذ يوم: 16 مارس 2020 على الساعة 14:28.

(2) ينظر: الخضيري، المتاجرة بالهامش في الأسواق المالية، ص124.

(3) ينظر: آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية، ص683.682، والقري، الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العددالسادس، ص1200.

(4) القري، الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العددالسادس، ص1201.

ويمكن تعريف الشراء بالهامش بأنه: سداد جزء من قيمة الصفقة نقدا بينما يسدد الباقي بقرض بضمان الأوراق محل الصفقة[1].

والهامش هو الجزء النقدي الذي يدفعه المشتري؛ وأكثر ما تستخدم هذه الطريقة في شراء الأسهم، ويبقى السهم في حيازة السمسار (وقد يكون مسجلا باسمه أيضا ويكون رهنا لضمان السداد)، ويستخدم السمسار تلك الأسهم أو السندات في أعماله؛ بإقراضها إلى زبائن يرغبون في إجراء بيوع قصيرة[2]، كما سيجري تفصيله لاحقا في البيع على المكشوف.

ثالثا: البيع على المكشوف:

والبيع على المكشوف مصطلح اقتصادي بحت، وبالإنجليزية: Short Selling؛ أو البيع الفارغ؛ وهو بيع الأوراق المالية[3] قبل تملكها بهدف شرائها لاحقا بقيمة أقل، وبالتالي تحقيق ربح مساو للفرق بين سعر البيع المكشوف وسعر الشراء ناقصا الفائدة التي يدفعها المستثمر نظير اقتراض الورقة المالية في الفترة ما بين البيع والشراء، وتستخدم سياسة البيع المكشوف إذا توقع المستثمر هبوط سعر ورقة مالية كسهم تجاري أو سند في المستقبل القريب، وهي سياسة معاكسة لسياسة الشراء بغرض الربح من ارتفاع الأسعار في المستقبل Long Selling[4]. ستأتي دراسته في المطلب الثالث.

(1) هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، ص135.

(2) القري، الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العددالسادس، ص1201؛ ثم ذكر حكم هذه المعاملة حيث قال: "هذه المعاملة بالصفة المذكورة غير جائزة لأن فيها قرضا بفائدة، والإجماع على أن الفائدة هي عين ربا النسيئة المقطوع بحرمته، فلو جرد العقد المذكور من الفائدة على القرض الذي يقدمه السمسار إلى المشتري هل يكون جائزا؟ الأرجح أنها تبقى ضمن عدم الجواز، لأن فيها عقودا قد اختلطت، منها بيع وقرض، والقرض فيها مشروط بالبيع، وللمقرض (حتى لو كان قرضه للإرفاق حسنا بدون زيادة ربوية) في عقد البيع التابع لعقد القرض مصلحة فكأنه قرض جر منفعة، وفيه بيع وسلف".

(3) تطلق الأوراق المالية على الأسهم والسندات وحصص التأسيس، وهي بخلاف الأوراق التجارية التي تطلق على الكمبيالات والسند الإذني والشيك، البرواري، بورصة الأوراق المالية، ص29.

(4) موقع ويكيبيديا: أخذ يوم: 27أفريل2024م، على الساعة: 23:25
https://ar.m.wikipedia.org/wiki/%D8%A8%D9%8A%D8%B9_%D9%85%D9%83%D8%B4%D9%88%D9%81

الفرع الثاني: العقود الآجلة:

أ . تعريفها: هي التي تسوى بعد أجل معين يتفق عليه عند عقد العملية؛ وتصفى عادة في أيام التصفية التي تقررها لجنة البورصة وتحدد مواعيدها مقدما عن سنة[1].

ويمكن تعريفها باختصار بأنها: "بيع أوراق مالية مؤجلة، بثمن مؤجل"[2].

وتختلف المعاملات الآجلة عن البيع بأجل[3]؛ وهو البيع الذي يحصل فيه تسليم الأوراق وقت العقد، وتأجيل دفع الثمن إلى أجل أو آجال محددة[4].

ب. تصفية العقود في المعاملات الآجلة:

1. المراد بالتصفية: يراد بالتصفية في المعاملات الآجلة في اصطلاح المتعاملين بالبورصة: تنفيذ العقد؛ بتسليم الأوراق المالية المباعة من قبل البائع، وتسليم ثمنها من قبل المشتري، أو إبرام عقد آخر على عكس العقد الأول، بحيث يحل العاقد الجديد محل العاقد الأول في تنفيذه[5].

2. صور التصفية: تتخذ التصفية عدة أشكال، هي[6]:

-تصفية العقد بتسليم وتسلم الأوراق المالية؛ أي تسليم الأوراق المالية من قبل البائع وتسلمها من قبل المشري.

-تصفية العقد بإبرام عقد آخر على عكس العقد الأول؛ أي أن يبيع ما اشتراه أو يشتري ما باعه ويقبض الفرق؛ كأن يبيع شخص أوراقا مالية إلى **أجل**؛ ثم عند حلول الأجل يشتري أوراقا مالية من **جنس** الأوراق التي باعها شراء **حالا** بسعر **يوم التصفية**، (ونفس الشيء بالنسبة للمشتري)؛ وحينئذ لا يبقى ملتزما بتسليم الأوراق التي باعها أولا (صفى مركزه نهائيا).

(1) غالي، البورصات وتجارة القطن، ط4، ص43.

(2) آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية، ص788.

(3) البيع بأجل: هو ما تأجل فيه الثمن دون المثمن أو المبيع.

(4) ينظر: آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية، ص788، والمغايرة، التكييف الفقهي للعقود العاجلة والآجلة، ص222.

(5) آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية، ص788.

(6) ينظر: آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية، ص792.788، والمغايرة، التكييف الفقهي للعقود العاجلة والآجلة، ص223.

-وهذا يحصل إذا لم يكن في نية البائع (أو المشتري) تسليم الأوراق التي باعها (أو اشتراها)؛ وإنما غرضه الاستفادة من فروق الأسعار عند انخفاضها، فيقبض من السمسار الفرق بين السعر المرتفع الذي باع به الأوراق (السعر المتفق عليه)، والسعر المنخفض الذي اشتراها به (وهو سعر يوم التصفية)؛ وينبغي التنبيه أن في معاملات البورصة لا يتم الإلتقاء والتعاقد بين البائع والمشتري مباشرة، وإنما يتم ذلك بين وكيليهما من السماسرة؛ وعليه فإذا باع شخص أسهما عن طريق سمسار، ثم اشترى أسهما مماثلة عن طريق ذلك السمسار؛ فإن السمسار يقوم مقامه في قبض الثمن في حالة البيع، ودفعه في حالة الشراء، وحينئذ تتم المحاسبة بين السمسار وذلك الشخص على الفرق بين ثمن البيع وثمن الشراء[1].

-تصفية العقد بإبرام عقد آخر على عكس العقد الأول، مقرونا بعقد آخر على مثال العقد الأول؛ وبذلك لا يصفي المتعامل مركزه تصفية نهائية، وإنما يؤجل التصفية إلى موعد التصفية التالي؛ أملا في تغير الأسعار لصالحه، فإن كان البائع هو الراغب في التأجيل فإن ذلك يسمى **وضيعة**، وإن كان الراغب في التأجيل هو المشتري، فإن ذلك يسمى **مرابحة**[2].

وأغلب العمليات الآجلة تجري على المكشوف؛ أي أن المضارب لا يملك الأوراق التي يضارب عليها[3].

ج. أقسام العمليات الآجلة:

تقسم العمليات الآجلة في سوق الأوراق المالية إلى عدة أقسام، أهمها ما يأتي:

1. العمليات الآجلة الباتة القطعية (بدون شرط الخيار):

عرفها سمير رضوان بأنها العمليات التي يحدد لتنفيذها موعد ثابت يسمى يوم التصفية أو يوم التسوية؛ فيلتزم المشترون بدفع الثمن والبائعون بتسليم المبيع ولا خيار لأحدهم في فسخ العقد أو إلغائه؛ إلا أن لكل من المتعاقدين أن يصفي مركزه بأن يبيع نقدا ما اشتراه آجلا، وله أو عليه الفرق بين سعري التعاقد والتصفية إن كان مشتريا، أو أن يشتري عاجلا ما باعه آجلا إن كان بائعا وله أيضا أو عليه الفرق بين سعر التعاقد

(1) للاستزادة ينظر: آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية، ص789.

(2) آل المرجع نفسه، ص790.

(3) رضوان، أسواق الأوراق المالية، ص333.

وسعر التصفية، ولكل من المتعاقدين أيضا أن يؤجل موعد التصفية إلى التصفية المقبلة بنقل مركزه إلى غيره مقابل سداد فائدة أو بدل عن فترة التأجيل تسمى ببدل التأجيل[1].

ويمكن تكييف عمل السمسار في هذه البيوع على أنه وكيل عن أصحاب الأوراق المالية من جهة والمشتري من جهة أخرى؛ بمقتضى قانون سوق الأوراق المالية[2].

2. العمليات الخيارية الشرطية:

هي العملية التي يتوقف تنفيذها على شرط يتفق ومصلحة أحد المتعاقدين.

ويراد بهذا الشرط إما تحديد قيمة الخسارة على أحدهما بدفعه مبلغا معينا يطلق عليه **تعويض**، وإما زيادة أرباحه إذا جاءت تقلبات الأسعار بما يوافق مصلحته، وهي تختلف عن العمليات الثابتة أو العادية بأن ربحها غير محدود وخسارتها تقف عند حد التعويض المدفوع؛ أما الذي يقبض هذا المبلغ فإن ربحه مقصور عليه وخسارته غير محدودة لتوقفها على تقلبات الأسعار[3].

وتنقسم إلى ثلاثة أنواع:

أ. عمليات شرطية بسيطة.

ب. عمليات شرطية مركبة أو خيارية مزدوجة.

ت. عمليات مضاعفة.

وقد أقر مجمع الفقه الإسلامي أن المقصود بعقود الاختيارات: الاعتياض عن الالتزام ببيع شيء محدد موصوف أو شرائه بسعر محدد خلال فترة زمنية معينة أو في وقت معين، إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين؛ وهي عقود مستحدثة لا تنضوي تحت أي عقد من العقود الشرعية المسماة .. وبما أن المعقود عليه ليس مالا ولا منفعة ولا حقا ماليا يجوز الاعتياض عنه فإنه عقد غير جائز شرعا؛ وبما أن هذه العقود لا تجوز ابتداء فلا يجوز تداولها[4].

(1) رضوان، أسواق الأوراق المالية، ص334.

(2) المغايرة، التكييف الفقهي للعقود العاجلة والآجلة، ص 229.

(3) رضوان، أسواق الأوراق المالية، 348.

(4) ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 63 بشأن الأسواق المالية، الدورة السابعة جدة، 12 ذي القعدة 1412هـ.

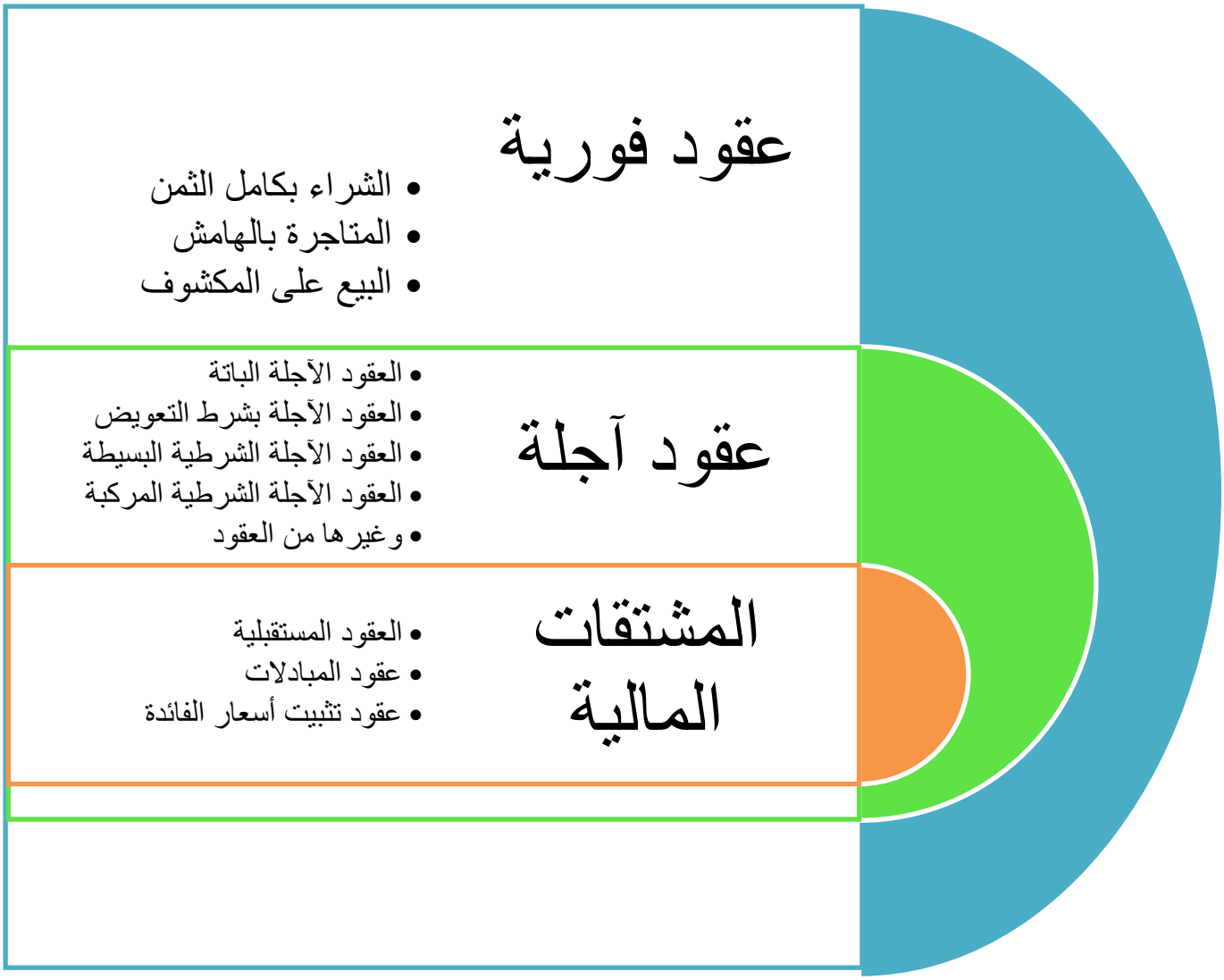
الفرع الثالث: المشتقات المالية:

تنتشر في أسواق الأوراق المالية عقود تسمى العقود الآجلة، أو المستقبليات، وهي تتضمن بيع سلعة أو ورقة مالية أو مؤشر على أن يكون القبض في تاريخ لاحق[1].

هناك شبه كبير بين عقود الخيارات والمستقبليات، حتى أن كثيرا من الناس لا يكاد يفرق بينهما، والفرق بينهما دقيق ومهم، ففي عقد الخيار يدفع المشتري سعرا يعطيه الحق في شراء السلعة (أي الورقة المالية) التي هي محل الخيار، وسعر الخيار هو الذي يتحدد في العرض والطلب وليس سعر السلعة ذاتها، فالسوق للخيارات وليس للسلعة (أو الورقة المالية)، وبصرف النظر عن سعر السلعة التي هي محل الخيار فمشتري الخيار لا يمكن أن يخسر إلا ما دفعه ثمنا للخيار والعكس، أما في المستقبليات فالأمر مختلف إذ أنها تتضمن بيعا آجلا، والسعر الذي يجري التفاوض عليه هو سعر السلعة ذاتها، كما أنه ينص على التزام المشتري بالشراء عند ذلك التاريخ ومحل العقد هو – في الظاهر– السلعة التي يتم التعاقد على تسليمها في تاريخ مستقبل[2].

(1) ينظر: القري، الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ص1217.

(2) المرجع نفسه، ص1221.



[شكل (1): تقسيم العقود التي تتم في الأسواق المالية، الباحثة]

المطلب الثاني: التكييف الفقهي للبيع على المكشوف:

في المدخل الذي قدمناه سابقا تناولنا أنواع المعاملات التي تتم في الأسواق المالية، وبينا أن البيع على المكشوف نوع من أنواع المعاملات العاجلة؛ وتتلخص هذه المعاملة في أنه يتم بيع أوراق مالية لا يملكها المستثمر؛ وسنتناول في هذا المطلب بيان التكييف الفقهي للبيع على المكشوف وما ينبني على ذلك من مسائل.

الفرع الأول: طبيعة البيع على المكشوف في سوق الأوراق المالية:

1. مراحل البيع على المكشوف:

ينبغي التنبيه على أن البيع على المكشوف قد يكون من العمليات العاجلة وقد يكون من العمليات الآجلة حسب طبيعة العقد، فإن كان البائع يبيع أوراقا لا يملكها يقترضها من السمسار أو من غيره، ويكون ملزما بتسليم هذه الأوراق المالية المقترضة إلى المشتري حالا، ولا يتأخر التسليم إلا تبعا لنوع الإجراءات التي تتبع في كل بورصة فهذه من العمليات العاجلة، وإن كان البائع يبيع أسهما لا يملكها وقت التعاقد، ولا يكون ملزما بتسليمها وقت العقد، وإنما عليه أن يقوم بشرائها من السوق وتسليمها للمشتري في وقت يتفق عليه يسمى يوم التصفية فهذه من العمليات الآجلة[1].

والبيع على المكشوف يتم عبر مراحل، هي:

المرحلة الأولى: يقترض المستثمر أسهما باستخدام النقود المودعة لدى شركة الوساطة، واستخدامها كضمان؛ وذلك لتوقعه انخفاض قيمة هذه الأسهم[2]، من خلال دراسات اقتصادية معمقة.

المرحلة الثانية: يتم بيع الأسهم المقترضة، ويتم إيداع عائدات البيع في حساب الوساطة للمستثمر.

المرحلة الثالثة: ينتظر المستثمر انخفاض سعر السهم، ثم يعيد شراء الأسهم.

المرحلة الرابعة: يعيد المستثمر الأسهم المقترضة إلى سمساره أو المقرض بعد شرائه لهذه الأسهم بسعر منخفض، ويربح الفرق بين السعر.

---

(1) الدبيان، المعاملات المالية، ج13، ص469.470.

(2) والمضاربة هنا نوعان؛ إما **المضاربة على الهبوط** وهي بيع المضارب أوراقا مالية إلى أجل؛ متوقعا هبوط السعر، ثم شرائها مرة ثانية بهدف الحصول على فرق السعر، أو **المضاربة على الصعود** وهي بخلاف الأولى؛ ويقوم فيها المضارب بشراء أوراق مالية إلى أجل بهدف بيعها بسعر أفضل عند التصفية والحصول على فرق سعر السعر، ينظر: الغول، التكييف الفقهي للبيع على المكشوف، ص338.

2. أسس عملية البيع على المكشوف:

تعتمد عملية البيع على المكشوف على أسس، يمكن تلخيصها في النقاط الآتية[1]:

- الاقتراض غير المشروط بفائدة ثابتة وغير المحدد بمدة زمنية؛ فيستطيع المستثمر إعادة الأسهم في أي وقت شاء، ويستطيع السمسار استرجاعها في أي وقت يريد (لذلك قد يضطر المستثمر إلى اقتراضها من جهة أخرى إذا كان الوقت لم يحن بعد لإقفال العملية).

- المخاطرة: والمخاطرة هنا تكون على نزول السعر؛ وهو بيع يخالف طبيعة الاستثمارات، حيث أن البيع على المكشوف يسعى فيه إلى تخفيض الأسعار ليربح، بعكس صيغ الاستثمار الأخرى؛ فإن تحقيق الربح فيها يكون بارتفاع الأسعار، فيخسر المستثمر في البيع على المكشوف إذا ارتفعت الأسعار، وخسارته تكون بمقدار هذا الارتفاع.

- إعادة المستثمر للأوراق المالية المقترضة إلى صاحبها في جميع الأحوال؛ رابحا أو خاسرا.

- الغرض الأساسي من هذا البيع هو استغلال توقعات المضارب بأن الأسعار سوف تنخفض، **فبالنسبة للمستثمر** هو الاستفادة من الفرق بين السعرين من أجل تحقيق ربح في الأجل القصير، **وبالنسبة للسمسار** (المقرض) فإنه يحتفظ بالثمن المقبوض من المشتري، ليكون رهنا عنده وله حق التصرف فيه بأي وجه من وجوه الاستثمار (دون فوائد)، إضافة إلى حصوله على عمولة مقابل خدماته الإدارية.

الفرع الثاني: حكم البيع على المكشوف:

اختلف الباحثون المعاصرون في حكم البيع على المكشوف على قولين:

القول الأول: ذهب عامة أهل العلم المعاصرين إلى أن البيع على المكشوف بصورته الموجودة في البورصة لا يجوز شرعا؛ وقد قال بهذا القول كل من الشيخ علي القره داغي[2]، والشيخ مبارك آل سليمان[3]، أحمد الدبيان[4]، وغيرهم[5].

(1) ينظر: القري، الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ص1202 وما بعدها.

(2) ينظر: القره داغي، بحث الأسواق المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ص117.

(3) ينظر: آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية، ج2، ص777.

(4) ينظر: الدبيان، المعاملات المالية، ج13، ص475.

(5) المرجع نفسه، ج13، ص473.

وسبب عدم جوازه أنه من العقود المركبة؛ وغالب هذه العقود محرمة؛ وسيأتي بيان أهم الأصول الفقهية التي يمكن لمسألة البيع على المكشوف أن تندرج تحتها.

القول الثاني: ذهب بعض الباحثين إلى جواز البيع على المكشوف، منهم عبد الكريم الخطيب، وعلي عبد القادر[1].

الفرع الثالث: حكم اقتراض الأسهم:

سوف نتحدث في هذا الفرع بإذن الله عن حكم اقتراض الأسهم في البيع على المكشوف، فإنه من المعلوم أن البيع على المكشوف قائم على بيع أوراق مالية تم اقتراضها ولم يكن يملكها البائع، وهذه المسألة لها علاقة من جهة بمسألة الأسهم من حيث أنها تنبني على الخلاف في تكييف الأسهم؛ ومن جهة أخرى لها علاقة وطيدة بالحكم على البيع على المكشوف.

وقد اختلف المعاصرون في حكم اقتراض الأسهم على آراء؛ منها:

الرأي الأول: وهو رأي الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير[2].

حيث يرى الدكتور الضرير أن حكم إقراض السهم يختلف باختلاف موجودات الشركة؛ لأن السهم يمثل هذا الموجود، فالتصرف في السهم؛ هو تصرف فيما يمثله السهم، وليس تصرفا في الصك المثبت لحق الشريك؛ وينبغي التنبيه على أن الدكتور الأمين الضرير يرى أن السهم هو حصة شائعة في موجودات الشركة؛ وهذه الموجودات قد تكون نقودا، وقد تكون أعيانا منقولات أو عقارات، وقد تكون ديونا، وقد تشمل الموجودات كل هذه الأنواع، وقد تقتصر على بعضها[3].

الرأي الثاني: وبه قال الشيخ محمد المختار السلامي[4].

حيث ذهب إلى أن السهم ينظر فيه إلى قيمته المالية (إعتمادا على تغلب الجانب المالي في الشركات الخفية الأسهم) وهذه القيمة تظهر في تداوله بالبورصات، ونظرا إلى أن مشتري السهم لا يهمه النشاط

---

(1) **نقلا عن** الدبيان، المعاملات المالية، ج13، ص474.

(2) أورده: مبارك آل سليمان في كتابه أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص761؛ نقلا عن بحث اقتراض الأسهم أو رهنها أو بيعها مرابحة أو تأجيرها المقدم إلى أعمال الندوة الفقهية الثالثة.

(3) لمعرفة رأيه بالتفصيل ينظر: آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص761.766.

(4) ينظر: السلامي، بحث اقتراض الأسهم أو رهنها أو بيعها مرابحة أو تأجيرها، منشور ضمن بحوث مختارة في التمويل الإسلامي، طبعة خاصة بمناسبة تكريم سماحة الشيخ مختار السلامي في مؤتمر شورى الفقهي الثامن، ديسمبر2019م، ص23.

الاقتصادي للشركة وإنما الذي يهمه وضعها المالي في مؤتمر البورصة، فتوقعه لارتفاع ثمن السهم أو انخفاضه هو الذي يوجه اختياره في الشراء أو البيع.

والمساهمون لا تأثير لهم في قيمة السهم؛ لا فرق بين أن يكون حامله مليا ثقة، أو مستور الحال أو محتالا.

ولما كانت الناحية المالية –من قيمة السهم في السوق لا في موجودات الشركات وما لها وما عليها – هي الغالبة والتي تتوجه إليها الأغراض؛ يصبح السهم قيمة مالية، ولذا يجوز إقراضه بدون فائدة كما يقرض الشخص غيره أوراقا نقدية يستفيد بها ثم يرجع أوراقا نقدية؛ والنقد يجوز إقراضه.

أما إذا كانت الأسهم مودعة عند البنك؛ فالبنك أمين عليها لحفظها، لا يجوز له أن يتصرف فيها إلا بإذن أصحابها، فإذا أذن صاحب السهم للبنك عند الإيداع أو عند عرض البنك عليه التصرف بعد الإيداع فإنه لا مانع من ذلك.

أما إذا كان البنك يدير محفظة الأسهم لأصحابها ويتقاضى على ذلك أجرا فإنه وكيل؛ والوكيل معزول على غير المصلحة، أي إن كل تصرف لا يكون صحيحا إلا إذا كان المتوقع أن ينتفع الموكل من تصرف الوكيل، ولما كان القرض لا يجوز أن يكون جالبا لمنفعة؛ فإنه بناء على هذه القاعدة لا يحل للبنك أن يتصرف في محفظة الأوراق المالية بإقراضها.

الرأي الثالث: وبه قال كثير من الفقهاء المعاصرين؛ وذلك فيما ذكره الشيخ السلامي "فإذا كانت الأسهم ملكا للبنك فلا يجوز إقراضها؛ لأن مبدأ الشركة على خلط الأموال، فعزل جزء منها الذي هو الأسهم المقرضة يهدم الشركة ويناقضها"[1].

الرأي الرابع: وبه قال الدكتور أحمد الخليل[2].

فبعد ذكره للخلاف الواقع في حكم إقراض السهم؛ خلص إلى أن الأسهم مثلية وليست قيمية؛ لأن المقترض إذا اقترض عددا من أسهم شركة الراجحي مثلا ثم رد نفس العدد من شركة الراجحي؛ فقد رد مثل ما أخذ تماما، أما اختلاف سعر السهم فلا أثر له؛ لأن جميع الأعيان المثلية قد تختلف أسعارها ومع ذلك

(1) ينظر: السلامي، بحث اقتراض الأسهم أو رهنها أو بيعها مرابحة أو تأجيرها، ص23.

(2) ينظر، الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص230.229.

فالواجب في المثلي رد مثله دائما ولو اختلف سعره؛ وخلص إلى أنه يجوز إقراض الأسهم؛ لأنه يجوز بيعها، والواجب في ذمة المقترض مثل ما اقترض من الأسهم، فإذا ردها فقد برئت ذمته.

الرأي الخامس: رأي الدكتور مبارك آل سليمان[1].

وذهب الدكتور مبارك آل سليمان إلى أن التصرف في السهم –أيا كان هذا التصرف– يكون تصرفا في هذه الحصة الشائعة؛ بناء على رأيه أن السهم في حقيقته هو الحصة الشائعة في موجودات الشركة؛ وعليه فإن حكم قرض الأسهم، وما يلزم المقترض رده؛ يختلف باختلاف نوع موجودات الشركة من حيث كونها نقودا، أو أعيانا، أو ديونا، أو أو أخلاطا من ذلك كله، أو بعضه[2].

- فإن كانت الأسهم نقودا جاز إقراضها مطلقًا إذا علم مقدار هذه النقود، ويلزم المقترض أن يرد إلى المقرض نقودا مثلها.
- وإن كانت الأسهم ديونًا جاز إقراضها كذلك؛ لأن قبض السهم قبض لما يمثله، إذ بقبض السهم يمكن التصرف فيما يمثله بالبيع والهبة وغيرهما، وذلك مقصود بالقبض، إلا أنه يشترط في هذه الحالة معرفة قدر الدين حتى يمكن رد مثله عند حلول أجل القرض.
- وإن كانت الأسهم تمثل أعيانًا أو خليطًا من النقود والديون والأعيان فإنه لا يجوز إقراضها؛ لأنه يتعذر في العادة معرفة هذه الأعيان على وجه التفصيل في كل وقت.

الرأي السادس: وهو رأي الدكتور دبيان الدبيان[3].

حيث يرى أن السهم حصة شائعة، وإذا كان قرض المشاع جائزا جاز قرض السهم، والمطلوب في الرد أن يرد الأسهم من نفس الشركة، وتغير قيمة هذه الأسهم لا يؤثر في صحة القرض كما لو استقرضت نقودا، فتغيرت قيمتها، فالواجب رد مثلها.

(1) ينظر: آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، ص 771.

(2) المرجع نفسه، ص 776.771.

(3) ينظر: الدبيان، المعاملات المالية، ج13، ص487.486.

الرأي السابع: وهو رأي الدكتور يوسف الشبيلي[1].

حيث يرى أنه يلزم في بدل القرض أن يكون مماثلا للمال المقرض؛ وهذه المماثلة متعذرة في الأسهم؛ لأن ما يمثله السهم يختلف من يوم لآخر، سواء أقلنا: إنه حصة مشاعة من الموجودات أم من الشخصية الاعتبارية.

ويمكن إجمال هاته الآراء في قولين:

القول الأول: المنع؛ أي عدم جواز إقراض الأسهم.

القول الثاني: الجواز، أي جواز إقراض الأسهم؛ ولكنهم اختلفوا في التعليل؛ فمنهم من علل الجواز بكون الأسهم مثلية، ومنهم من قال أن المعتبر القيمة السوقية للسهم وقت القرض، وبناء على ذلك تباينت آراؤهم في السهم وما يجب رده.

المطلب الثالث: أصول البيع على المكشوف:

معاملة البيع على المكشوف يحتمل إندراجها تحت عدة أصول فقهية، أهمها[2]:

أولا: بيع الفضولي:

يطلق بيع الفضولي على من باع ملك غيره [3]؛ وبهذا التكييف فإن عقد الفضالة قد ينطبق على النوع العاري من البيع على المكشوف؛ والذي يتم فيه بيع السهم من قبل غير مالكه ودون أخذ إذن مالك السهم؛ وقد منع الشافعي بيع الفضولي مطلقا[4]، وأجازه مالك موقوفا على إجازة المالك[5]، هذا من حيث النوع العاري Naked، إلا أن عملية البيع على المكشوف في حد ذاتها تتم من خلال إذن صاحب السهم وموافقته، وبالتالي فلا يمكن تطبيق أحكام عقد الفضالة على البيع على المكشوف؛ كما فعل أكثر

(1) الشبيلي، التوصيف الشرعي للأسهم والآثار المترتبة عليه، مؤتمر شورى السادس، ص226.

(2) ينظر: رضوان، أسواق الأوراق المالية، ص411 وما بعدها، أحمد، سوق الأوراق المالية، ص232.229، الأشقر، البيع على المكشوف كصيغة استثمارية، ص103، الدبيان، المعاملات المالية، ج13، ص473، القري، الأسواق المالية، ص68 وما بعدها، والقره داغي، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص132.

(3) ينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5، ص109، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص9، والدردير، الشرح الصغير، ج3، ص26.

(4) ينظر: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص351.

(5) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج3، ص189.

الباحثين الذين تحدثوا حول البيع على المكشوف[1]، إلا إذا كانت الأوراق المقترضة غير مملوكة للسمسار، بل هي مرهونة عنده ولم يأذن أصحابها في إقراضها فعلى هذا الاحتمال يمكن تكييفه على بيع الفضولي[2]؛ إضافة إلى أنه يمكن تكييف السمسار الذي أقرض الأوراق المالية المملوكة للمتعاملين معه، فإنه يكون تصرف فيها بغير إذنهم مخالفا بذلك حدود وكالته، التي يتقيد فيها بأمر الموكل وتعليماته، ومن ثم فتصرفه بالإقراض يعتبر تصرف فضولي[3].

ثانيا: الوكالة والمضاربة والوديعة:

أوردها الأشقر [4]ولم أجد من كيفه هكذا.

ومقترض الأسهم في حالة البيع على المكشوف يبيع أو يضارب لنفسه لا وكالة عن الغير؛ وبالتالي فإن الأرباح المتحصلة هي مستحقة له، لا لمالك السهم الحقيقي، إضافة إلا أنه ضامن لهاته الأسهم؛ ولذلك لا تنطبق أحكام الوكالة أو المضاربة أو الوكالة على هذه المسألة.

ثالثا: عقد القرض:

1. علاقة البيع على المكشوف بالقرض.

أكثر من بحث موضوع البيع على المكشوف، واقتناء الأوراق المالية ثم إعادة مثلها لمن أخذت منه؛ قد كيفها على عقد القرض، باعتبار أن الأسهم من ذوات الأمثال، ومبادلة الشيء بمثله قرض[5].

والقرض هو: تمليك الشيء على أن يرد بدله، وسمي بذلك؛ لأن المقرض يقطع للمقترض قطعة من ماله [6].

(1) ينظر: رضوان، أسواق الأوراق المالية، ص416، والأشقر، البيع على المكشوف كصيغة استثمارية، ص104.103.

(2) ينظر: المغايرة، التكييف الفقهي للعقود العاجلة والآجلة، ص16.15.

(3) ينظر: الخضيري، المتاجرة بالهامش في الأسواق المالية، ص311.

(4) ينظر: الأشقر، البيع على المكشوف كصيغة استثمارية، ص105.104، وهلال الشيخ، البيع على المكشوف وتطبيقاته في تداول الأسهم في السوق السعودية، ص123.

(5) ينظر: السياري، بحث بيع الأوراق المالية على المكشوف، مفهومه وتخريجه الفقهي وحكمه، حلقة علمية بيع الأوراق المالية على المكشوف، ص25.

(6) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص29.

وهذا التكييف هو ما ذهب إليه الأشقر؛ حيث قال: "عند النظر نرى أن مسألة البيع على المكشوف تتشابه مع عقد القرض، ولذا يلزم أن تأخذ أحكامه وسائر أوصافه الشرعية"[1]، وقال في موضع آخر: ".. فقد وجدت تطابقا تاما بينهما إلا في مسائل محددة"[2].

وحاول التحقق من أن أركان عقد القرض تنطبق على مسألة البيع على المكشوف؛ فركن الإيجاب والقبول حاصل من خلال موافقة مالك السهم على إقراضه لغيره، كذلك فإن شروط الركن متحققة من حيث الصيغة واتحاد موضوع الإيجاب والقبول، والشروط التي ذكرها العلماء والتي ترجع إلى المتعاقدين أو الشيء المقترض فهي متحققة[3].

والقرض من عقود التمليك، فإذا أقرض الرجل أسهمه لآخر خرجت تلك الأسهم من ملك المقرض إلى ملك المقترض، وهذا مما لا خلاف فيه، فإذا استحقت تلك الأسهم أرباحا فإنه يستحقها من كان يملكها وقت التوزيع؛ لأنها نماء ماله، سواء كان يملكها المقترض أو كان يملكها رجل آخر كما لو اشتراها أجنبي من المقترض، ولا يجوز أن يشرط على المقترض أن يعوض المقرض بدفع مثل هذه الأرباح؛ لأن الأسهم عند استحقاق الأرباح لم تكن في ملك المقرض فلا يستحق أن يعوض عنها؛ ولأن هذا من الربا الصريح فهو قرض جر نفعا؛ وعليه فإن اشتراط مثل ذلك يكون شرطًا باطلاً، ولا يعود بالبطلان على إقراض الأسهم[4].

2. الآثار المترتبة على هذا التخريج[5]:

- تحقق الربا بإقراض الأسهم مع ردها بزيادة؛ وتتمثل هذه الزيادة في بعض الأسواق في أحذ المقرض لعمولة القرض، أو باكتفاء المقرض باستثمار الغطاء النقدي بدلا من العمولة، وهذا في معنى الزيادة على

(1) ينظر: الأشقر، البيع على المكشوف كصيغة استثمارية، ص105.

(2) المرجع نفسه، ص107.

(3) ينظر: الأشقر، البيع على المكشوف كصيغة استثمارية، ص107.108، وهلال الشيخ، البيع على المكشوف وتطبيقاته في تداول الأسهم في السوق السعودية، ص124.

(4) الدبيان، المعاملات المالية، ج13، ص497.

(5) ينظر: السياري، بحث بيع الأوراق المالية على المكشوف، مفهومه وتخريجه الفقهي وحكمه، حلقة علمية بيع الأوراق المالية على المكشوف، ص25.

القرض لأنه هنا من الانتفاع بالمرهون وعقد الرهن هنا بقرض، إضافة لتعويض المقرض عن التوزيعات النقدية.

- منع الوساطة في المعاملة لما تشتمل عليه من زيادة في القرض، وفي حال كان القرض من الوسيط فيضاف معنى آخر للمنع وهو اجتماع القرض مع المعاوضة.

- منع الانتفاع بالرهن الأصلي والإضافي (هامش الصيانة)؛ لأنه رهن بقرض.

- المنفعة المحرمة في القرض؛ وتكون بانتفاع المقرض بتوزيعات الأسهم المقرضة، والقرض يملكه المقترض، فانتفاع المقرض منه من قبيل المنفعة في القرض، وكذلك العمولة التي يدفعها المستثمر للوسيط، فهي كذلك من قبيل المنفعة في القرض إن كان الوسيط هو المقرض، وإن كا المقرض طرفا ثالثا فربما تحمل على مسألة أخرى وهي:"أخذ الجاه على الجاه"[1].

رابعا: تكييفه على عقد البيع:

فإذا تمت عملية الإقراض في مسألة البيع على المكشوف، قد يبنى عليها في مرحلة متأخرة عملية بيع من قبل المقترض، بناء على تملكه للسهم المقترض، وعليه فهناك تشابه لجزء من عملية البيع على المكشوف مع عقد البيع[2].

حيث قال الأشقر: "لو تحققنا من وجود الأوصاف الشرعية لعقد البيع الذي يجريه المقترض في مسألة البيع على المكشوف لوجدنا تطابقا تاما"[3].

ويمكن القول بتخريج مبادلة الأسهم بمثلها على عقد البيع؛ فليست الأسهم من الأموال الربوية، فيسوغ حينئذ مبادلتها متفاضلا مؤجلا، والجهالة في الثمن لا تفضي للنزاع لكونها مما يؤول إلى العلم، فالتوزيعات النقدية ستحدد بطريقة معلنة من طرف ثالث ارتضاه المتعاقدان، والأثر المترتب على هذا التكييف هو منع المعاملة لتحقق الغرر والجهالة فيها[4].

(1) أمانة الهيئة الشرعية لبنك البلاد، بيع الأوراق المالية على المكشوف وبدائله الشرعية، ص107.

(2) ينظر: الأشقر، البيع على المكشوف كصيغة استثمارية، ص106.105.

(3) المرجع نفسه، ص108.

(4) ينظر: السياري، بحث بيع الأوراق المالية على المكشوف، مفهومه وتخريجه الفقهي وحكمه، حلقة علمية بيع الأوراق المالية على المكشوف، ص26.

خامسا: تكييفه على حديث "لا تبع ما ليس عندك"[1]:

ووجه ذلك أن عملية البيع على المكشوف تتم بين العميل والسمسار وأسهم الشركات؛ فالعميل يقوم بالبيع على المكشوف إذ توقَّع أن أسعار أسهم إحدى الشركات سوف تنخفض، ولكن بما أنه لا يملك الأوراق المالية التي يريد أن يبيعها؛ ويقترض الأسهم أو الأوراق المالية من وسيطه –السمسار– لأنه لا يملكها ثم يعطيه أمر البيع، فيقوم الوسيط ببيع تلك الأوراق، وهي في الأصل ليست للعميل ولا للوسيط؛ فهو **يبيع ما لا يملك**.

فيقوم العميل ببيع تلك الأوراق وهي ليست له، ثم إذا انخفضت الأسعار يشتريها مرة أخرى، ثم يعيدها إلى الوسيط (السمسار) بعد أن يأخذ فائدة السعر.

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في تكييف العلاقة وطبيعة العقد بين الوسيط والمستثمر هل هي عقد قراض فتنطبق عليها أحكام القراض، أم عقد بيع تنطبق عليها أحكام البيع، وليس المجال لدراستها هنا.

فوجه العلاقة بين البيع على المكشوف وبيع الانسان ما لا يملك؛ حصول البيع قبل الاقتراض حقيقة؛ كأن يقوم الوسيط ببيع الأسهم نيابة عن العميل وإيداع حصيلتها له من غير تمليك الأسهم له[2].

ولما كانت أغلب البيوع الآجلة تتم على المكشوف؛ بمعنى أن البائع لا يمتلك الأوراق المالية التي يبيعها وإنما يدخل السوق مضاربا على الهبوط، متوقعا انخفاض السعر وأنه سيكون بوسعه حينئذ أن يشتري ذات الكمية من الأوراق التي سبق له التعاقد على بيعها بسعر أقل من السعر الذي باع به، ويحقق هامشا من الربح يتمثل في الفرق بين سعري البيع والشراء، ومن هنا يمكن تكييف البيع الذي يتم على الوجه المتقدم بأنه: بيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع الإنسان ما اشتراه قبل القبض[3].

(1) سنن النسائي، باب بيع ما ليس عند البائع، رقم الحديث: 4611، جـ7، ص288، مسند أبي داود، رقم الحديث: 1456، جـ2، ص697، وسنن الترمذي، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، جـ2، ص526.

(2) ينظر: أمانة الهيئة الشرعية لبنك البلاد، بيع الأوراق المالية على المكشوف وبدائله الشرعية، ص107، الدوري، تطبيقات حديث لا تبع ما ليس عندك على العقود المصرفية المعاصرة، ص225، وإبراهيم، علوش، التدابير الواقية من جرائم البورصات، مجلة التجديد، ص139.

(3) ينظر: رضوان، أسواق الأوراق المالية، ص338.339، الخضيري، المتاجرة بالهامش في الأسواق المالية، ص300، وهلال الشيخ، البيع على المكشوف وتطبيقاته في تداول الأسهم في السوق السعودية، ص121.

سادسا: تكييفه على بيع المثليات وقرض القيميات[1]:

1. بيع المثليات[2]:

المقصود بالمسألة: بيع المثلي بمثله نسيئة، أو بيع الشيء بمثل جنسه مؤجلا، سواء بفضل أم لا؛ ووجه العلاقة بين المسألتين أن مبادلة الأسهم، قد تكون من مبادلة الشيء بمثله، وهي هنا في البيع على المكشوف متفاضلا ومؤجلا، ويحتمل أن يقال بأن هذه المبادلة ليست مبادلة مثليات، ذلك أن سهم الشركة حصة من موجوداتها، والتي هي خليط من نقود وديون وأصول ومنافع وحقوق، فتكون مجموعا من مثليات وقيميات.

2. قرض القيمات:

اختلف الفقهاء في قرض القيمات، وهل من شروط القرض أن يكون محله مثليا مما يثبت في الذمة أم لا [3].

سابعا: تكييفه على عقد السلم[4]:

يمكن القول بتكييف مبادلة الأسهم بمثلها على عقد السلم، ولا سيما على القول بأن الأسهم يمكن أن تكون دينا في الذمة، سواء قيل إنها مثلية، أو قيمية يمكن ضبط صفاتها، ولا يمنع من تحديد أسهم شركة معينة، فالقدرة على التسليم في الأسهم غالبة، فانتفى الغرر، إذ الأسهم مما يكثر وجوده وقت التسليم، وهذا ما شرطه الفقهاء في السلم.

وتنبني على هذا التكييف جملة من الآثار؛ منها:

جهالة المسلم فيه؛ لاختلاف الموجودات وتغيرها إن قيل إنها المقصودة بالعقد، أو جهالة القيمة إن قيل إنها المقصودة في التعامل، إضافة لجهالة التوزيعات النقدية المطلوب رد مثلها.

(1) هذه المسألة أوردها السياري في بحثه: بيع الأوراق المالية على المكشوف، مفهومه وتخريجه الفقهي وحكمه.

(2) ينظر: السياري، بحث بيع الأوراق المالية على المكشوف، مفهومه وتخريجه الفقهي وحكمه، حلقة علمية بيع الأوراق المالية على المكشوف، ص14، ص19.

(3) المرجع نفسه، ص20.

(4)المرجع نفسه ، ص28، وهلال الشيخ، البيع على المكشوف وتطبيقاته في تداول الأسهم في السوق السعودية، ص120.

ثامنا: تكييفه على عقد الإجارة أو عقد العارية مع الوعد بالهبة[1]:

يمكن القول بتخريج مبادلة الأسهم بمثلها، على عقد الإجارة إضافة إلى إمكانية تكييفه على عقد العارية، ولا سيما على القول بأن الأسهم قيمية، باعتبار أن موجودات الشركة تتغير، إذ إن عقد العارية لا يرد على الأموال المثلية، فينتفع المستعير حينئذ بالأسهم، وهو المستثمر هنا، ثم يعيدها، وله أن يعد المعير بأن يهبه شيئا.

وينبني على هذين التكييفين جملة من الآثار هي:

- تحقق الربا إذا كانت الأجرة نقودا.
- جهالة الأجرة؛ لتعذر العلم بالتوزيعات النقدية المطلوب رد مثلها.

تاسعا: تكييفه أنه قمار:

فالمضارب في حالة البيع على المكشوف (خلافا للمضارب العادي) أمام حالة عدم تأكد مركبة من توقع انخفاض الأسهم ثم ارتفاعها؛ وهي احتمالات مركبة تزيد عن حالة عدم التأكد، والتعلق باحتمال ضعيف جدا بسبب حجم الجائزة الكبير، وحجم الجائزة هو الذي يغر الشخص ويغريه للإقدام على هذا العمل بالرغم من أن احتمال الخسارة هو الأغلب بما لا يقرن مع احتمال الفوز؛ مما يجعل الأمر شبيها بالقمار من هذا الوجه، إضافة إلى التشابه في سهولة الحصول على المال وذلك مما يتناقض مع أخلاقيات الإنتاج، ولا يربط الدخل بالانتاج، وأيضا فإن عملية البيع على المكشوف كالقمار قد تؤدي لخسائر مالية محضة للأفراد بل المجتمعات، وهذا ما أثبته الواقع المشاهد من أثر البيع على المكشوف على انهيار الأسواق المالية[2].

فيتشابه البيع على المكشوف مع القمار، في الأوجه التالية:

1. الغرر؛ احتمال الخسارة مع احتمال الفوز.
2. سهولة الحصول على المال.

(1) ينظر: السياري، بحث بيع الأوراق المالية على المكشوف، مفهومه وتخريجه الفقهي وحكمه، ص27.ص29، وهلال الشيخ، البيع على المكشوف وتطبيقاته في تداول الأسهم في السوق السعودية، ص124.

(2) ينظر: الأشقر، البيع على المكشوف كصيغة استثمارية، ص118.117، وإبراهيم، علوش، التدابير الواقية من جرائم البورصات، مجلة التجديد، ص139.

عاشرا: تكييفه على قاعدة الغرر[1]:

بناء على ما سبق ذكره فإننا أمام معاملة مالية ذات مزيج مركب ومعقد، وقد لا حظنا تلبس هذه المعاملة بمجموعة من الإشكالات الشرعية التي تتداخل مع فلسفة تلك المعاملة وآلياتها وطرق استخدامها، بعض تلك الإشكالات والمخالفات الشرعية هو مما يثبت حكم الحرمة لهذه المعاملة، والبعض الآخر يثبت حق الخيار للمشتري، والبعض الآخر يثبت حق إزالة الضرر؛ إلا أن المعاملة بالنظر إلى هذا المزيج العام يجب منعها في تعاملات الأسواق المالية[2].

(1) ينظر: الأشقر، البيع على المكشوف كصيغة استثمارية، ص120.119، وهلال الشيخ، البيع على المكشوف وتطبيقاته في تداول الأسهم في السوق السعودية، ص120.

(2) ينظر: الأشقر، البيع على المكشوف كصيغة استثمارية، ص123.

ملخص:

- تنقسم العقود التي تتم في الأسواق المالية إلى:

أولا: عقود فورية أو المعاملات العاجلة هي عمليات بيع وشراء للأوراق المالية، تتميز بأنها غير قابلة للرجوع فيها؛ والتي تنقسم بدورها إلى:

1. الشراء بكامل الثمن: وهذا هو المعتاد في البيع، وهو يحدث في أسواق الأسهم والسندات.

2. الشراء بالهامش؛ وهو سداد جزء من قيمة الصفقة نقدا بينما يسدد الباقي بقرض بضمان الأوراق محل الصفقة –والهامش هو الجزء النقدي الذي يدفعه المشتري–.

3. البيع على المكشوف: وهو بيع الأوراق المالية قبل تملكها بهدف شرائها لاحقا بقيمة أقل وبالتالي تحقيق ربح مساو للفرق بين سعر البيع المكشوف وسعر الشراء ناقصا الفائدة التي يدفعها المستثمر نظير اقتراض الورقة المالية في الفترة ما بين البيع والشراء.

ثانيا: عقود آجلة؛ وهي بيع أوراق مالية مؤجلة، بثمن مؤجل؛ تقسم العمليات الآجلة في سوق الأوراق المالية إلى عدة أقسام، أهمها العمليات الآجلة الباتة القطعية (بدون شرط الخيار)، والعمليات الخيارية الشرطية.

ثالثا: المشتقات المالية: وهي تتضمن بيع سلعة أو ورقة مالية أو مؤشر على أن يكون القبض في تاريخ لاحق.

- يتم البيع على المكشوف عبر مراحل هي: يقترض المستثمر أسهما، ثم يتم بيع الأسهم المقترضة، ويتم إيداع عائدات البيع في حساب الوساطة للمستثمر، ينتظر المستثمر انخفاض سعر السهم ، ثم يعيد شراء الأسهم، يعيد المستثمر الأسهم المقترضة إلى سمساره أو المقرض بعد شرائه لهذه الأسهم بسعر منخفض، ويربح الفرق بين السعر.

- تعتمد عملية البيع على المكشوف على أسس، يمكن تلخيصها في النقاط الآتية:

- الاقتراض غير المشروط بفائدة ثابتة وغير المحدد بمدة زمنية.
- المخاطرة: والمخاطرة هنا تكون على نزول السعر.
- إعادة المستثمر للأوراق المالية المقترضة إلى صاحبها في جميع الأحوال؛ رابحا أو خاسرا.

■ الغرض الأساسي من هذا البيع هو استغلال توقعات المضارب بانخفاض الأسعار.

– اختلف الباحثون المعاصرون في حكم البيع على المكشوف؛ فذهب عامة أهل العلم المعاصرين إلى أن البيع على المكشوف بصورته الموجودة في البورصة لا يجوز شرعا.

– البيع على المكشوف قائم على بيع أوراق مالية تم اقتراضها ولم يكن يملكها البائع، وقد اختلف المعاصرون في حكم اقتراض الأسهم، على آراء عدة (سبعة آراء)؛ ويمكن إجمال هاته الآراء في قولين:

القول الأول: المنع؛ أي عدم جواز إقراض الأسهم.

القول الثاني: الجواز، أي جواز إقراض الأسهم؛ ولكنه اختلفوا في التعليل؛ فمنهم من علل الجواز بكون الأسهم مثلية، ومنهم من قال أن المعتبر القيمة السوقية للسهم وقت القرض، وبناء على ذلك تباينت آراؤهم في السهم وما يجب رده.

– اختلف الباحثون لمسألة البيع على المكشوف في التكييف الفقهي لها؛ وأهم الأصول الفقهية التي أدرجوه ضمنها هي:

1. بيع الفضولي.
2. الوكالة والمضاربة.
3. عقد القرض.
4. البيع.
5. تخريجه على حديث لا تبع ما ليس عندك.
6. بيع المثليات وقرض القيميات.
7. عقد السلم.
8. عقد الإجارة.
9. القمار.
10. قاعدة الغرر.

الفصل الثاني

أثر التكييف الفقهي في التأمين

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التأمين حقيقته، أنواعه، تكييفه

المبحث الثاني: التأمين التكافلي؛ حقيقته، تكييفه

المبحث الثالث: التأمين الصحي، حقيقته، تكييفه

تمهيد:

يلعب التأمين دورا مهما في مختلف النشاطات الاقتصادية والاجتماعية، ويعتبر أداة رئيسية في العالم المعاصر؛ حتى أصبح نشاطا لا يمكن الاستغناء عنه في مجتمعاتنا المسلمة؛ حماية للناس مما قد يطرأ عليهم من مخاطر؛ وقد توسعت مجالاته وتعددت أنواعه؛ وهذا يتطلب منا التعرف على حقيقته وأنواعه والصور التي يشتمل عليها؛ وسندرس في هذا الفصل بعض مباحث التأمين وذلك بدراسة المباحث والمطالب التالية:

المبحث الأول: التأمين، حقيقته، أنواعه، وتكييفه

المطلب الأول: حقيقة التأمين

المطلب الثاني: أنواع التأمين وخصائصه

المطلب الثاني: الفرق بين التأمين التكافلى و التأمين التجارى

المطلب الثالث: آراء الفقهاء في التأمين وتكييفه

المبحث الثاني: التأمين التكافلي؛ حقيقته، تكييفه

المطلب الأول: حقيقة التأمين التكافلي وأهدافه

المطلب الثاني: تطور التأمين التكافلي وعناصره

المطلب الثالث: التكييف الفقهي للتأمين التكافلي

المبحث الثالث: التأمين الصحي؛ حقيقته، تكييفه

المطلب الأول: تعريف التأمين الصحي وأنواعه

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد التأمين الصحي

المطلب الثالث: صيغ عقد التأمين الصحي

المطلب الرابع: أنواع عقود العلاج الطبي وتكييفها الفقهي

المبحث الأول:

التأمين؛ حقيقته أنواعه، تكييفه:

المطلب الأول: حقيقة التأمين:

1. التأمين لغة:

التأمين: من أمن والأمن ضد الخوف، يقال: آمن به قوم وكذب به قوم، فأما آمنته المتعدي فهو ضد أخفته، وفي التنزيل العزيز: ﴿ٱلَّذِىٓ أَطۡعَمَهُم مِّن جُوعٖ وَءَامَنَهُم مِّنۡ خَوۡفِۭ ۝٤﴾(قريش: 4)، والأمن نقيض الخوف، ومؤتمن القوم: الذي يثقون إليه ويتخذونه أمينا حافظا، والأمانة تقع على الطاعة والعبادة والوديعة والثقة والأمان [1]، وأمن على الشيء دفع مالا منجما لينال هو أو ورثته قدرا من المال، متفقا عليه أو تعويضا عما فقد، ويقال أمن على حياته أو على داره أو سيارته[2].

1. التأمين اصطلاحا:

يمكن تعريف التأمين بأنه تعاقد بين طرفين هما المؤمن والمؤمن له، يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي للمؤمن له أو من يعينه مستفيدا مبلغا من المال أو إيرادا دوريا أو تعويضا عن ضرر إثر حادث مغطى ضرره في العقد، وذلك نظير قسط مالي يؤديه المؤمن له للمؤمن بصفة دورية أو دفعة واحدة[3].

المطلب الثاني: أنواع التأمين وخصائصه:

ينقسم إلى أقسام عدة باعتبارات عدة؛ أهمها:

أ. من حيث طريقة التنظيم:

يمكن تقسيم التنظيمات في مجال التأمين إلى نوعين رئيسيين:

الأول: هو التأمين الذي تقوم به الحكومة، والثاني: ذلك الذي يقوم به القطاع غير الحكومي.

---

(1) ينظر: الرازي، مختار الصحاح، ص22، وابن منظور، لسان العرب، ج13، ص22.21.

(2) ينظر: المعجم الوسيط، 28.

(3) وهذا التعريف للدكتور عبد الله المنيع؛ وقال أن اختلاف الباحثين في تعريفاته في الغالب اختلاف لفظي، المنيع، التأمين بين الإباحة والحظر، ص9.

والنوع الثاني يمكن تقسيمه إلى نوعين رئيسيين: أولهما تأمين لا ربحي غرضه نفع حملة بوالص التأمين–المستأمنين–، وثانيهما ربح غرضه في المقام الأول نفع ملاك المؤسسة، كما يمكن تقسيم التأمين اللا ربحي إلى نوعين: تأمين تعاوني لا ربحي، وتأمين تبادلي، ويمكن تقسيم التأمين الربحي إلى نوعين: تأمين تعاوني ربحي، وتأمين تجاري[2].[1]

ب. باعتبار الهدف من قيامه؛ ينقسم إلى: التأمين التجاري، التأمين التعاوني، التأمين الاجتماعي[3].

وفيما يلي بيان أنواع التأمين باعتبار الهدف من قيامه وخصائص كل نوع:

الفرع الأول: التأمين التجاري:

أولا: تعريفه:

عرفه مصطفى الزرقا بأنه: "نظام تعاقدي يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاول عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية"[4].

فهو إلتزام طرف لآخر بتعويض نقدي يدفعه له، أو لمن يعينه، عند تحقق حادث احتمالي مبين في العقد، مقابل ما يدفعه له هذا الآخر من مبلغ نقدي في قسط أو نحوه[5]؛ وهذا التعريف يعم جميع أنواع التأمين، وينطبق تماما على التأمين التجاري الذي هو الأصل للنوعين الآخرين المعروفين بالتأمين الإجتماعي، والتأمين التبادلي، المتفرعين عنه[6].

ثانيا: خصائصه:

يختص التأمين التجاري بخصائص عدة، منها[7]:

أ– أنه يهدف إلى الربح، فإذا لم يجد المؤمن ما يعينه على ضمان الربح الذي ينشده، فإنه يمتنع عن التأمين.

(1) بوليصة التأمين هي وثيقة التأمين نفسها، وقد جرت العادة على إطلاق اسم وثيقة التأمين أي البوليصة على عقد التأمين نفسه (police)، حمصي، بوليصة التأمين ومسؤوليها المدنية، ص2.

(2) القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد13، ص1530.

(3) ينظر: القره داغي، التأمين التكافلي ودوره في المسؤولية المجتمعية، ص12.11.

(4) الزرقا، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، ص19.

(5) ثنيان، التأمين وأحكامه، ص40.

(6) المرجع نفسه، ص71.

(7) ينظر: المنياوي، التأمين الصحي وتطبيقاته المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج13، ص1311.1310.

ب- أن التعاون على توزيع المخاطر ليس هدفا لهذا النوع من التأمين، والمؤمن عليهم لا يرتبط بعضهم ببعض بأي رابطة عقدية، وعلاقة المؤمن له بالمؤمن علاقة تاجر بعميل.

ت- إن العلاقة بين المؤمن والمؤمن عليه، علاقة تعاوضية، لا شأن للتبرع فيها، فتعهد المؤمن له بدفع القسط سببه تعهد المؤمن بدفع العوض أو المبلغ المؤمن به.

ث- إن عقد التأمين التجاري يحدد مقدما مقدار القسط المستحق على المؤمن له، وقدر المزايا التأمينية التي يتحملها المؤمن.

الفرع الثاني: التأمين التعاوني:

أولا: تعريفه:

عرفه **القره داغي** بأنه: "اتفاق بين شركة التأمين الإسلامي باعتبارها ممثلة لهيئة المشتركين (حساب التأمين، أو صندوق التأمين) وبين الراغبين في التأمين (شخص طبيعي أو قانوني) على قبوله عضوا في هيئة المشتركين والتزامه بدفع مبلغ معلوم (القسط) على سبيل التعاون، والتبرع به وبعوائدة لصالح حساب التأمين على أن يدفع له عند وقوع الخطر ما يقر له طبقا لوثيقة التأمين والأسس الفنية والنظام الأساسي للشركة"[1].

ثانيا: خصائصه:

يختص التأمين التعاوني بعدة خصائص، أهمها[2]:

1. أنه يسعى إلى التعاون ولا يهدف إلى الربح، فهو ينشأ بقصد إفادة جماعة يتعرض أفرادها لأخطار متشابهة بتأمين الأضرار التي تتهددهم، أو تتهدد ذويهم، ويقوم على أساس توزيع الاشتراكات التي تجمع من كل فرد من هذه الجماعة، تعاونا بينهم على تحمل تلك المصيبة، دون أن يعود على أيهم ربح مادي عما أداه من اشتراكات.

2. المؤمن لهم هم أنفسهم الذين يقومون بالتأمين، والرصيد المتحقق من اشتراكاتهم لا يخرج عن ملكيتهم، واستثمارات هذا الرصيد لا تذهب إلى ذمة أخرى.

(1) القره داغي، التأمين التكافلي ودوره في المسؤولية المجتمعية، ص15.

(2) ينظر: المنياوي، التأمين الصحي وتطبيقاته المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج13، ص1312.

3. التأمين التعاوني تأمين اختياري، ولكنه لا ينطلق من زاوية المصلحة الشخصية الذاتية البحتة، كالتأمين التجاري، وإنما ينطلق من مصلحة الجماعة، ويستند إلى الاقتناع بمبدأ التعاون والتكافل.

4. طبيعة هذا التأمين التعاوني لا تفرض أوضاعا معينة، أو تملي شكلا محددا، فيجوز أن تتولاه جمعية أو شركة أو مؤسسة بالنسبة للتابعين لأيها، طالما أن القائمين عليه لا يسعون إلى الربح ولا يهدفون لغير التعاون والتكافل في تحمل تبعات المرض وآثاره.

الفرع الثالث: التأمين الاجتماعي:

أولا: تعريفه:

هو تأمين تقوم به الدولة، لمصلحة طبقة العمال التي تعتمد في كسب رزقها على العمل؛ ويقصد بهذا التأمين: تأمين هؤلاء العمال من إصابات العمل ومن المرض والعجز والشيخوخة، ويساهم في حصيلته العمال وأصحاب الأعمال والدولة، وقد تستعين الدولة في تنظيم هذا التأمين وإدارته ببعض هيئاتها العامة[1]، ولا تقصد الدولة من وراء ذلك تحقيق الأرباح ؛ وهو يشتمل على الصور التالية[2]:

الصورة الأولى: نظام التقاعد، وهو أن تجعل الدولة للموظف مرتبا شهريا بعد بلوغه سن معينة، أو بعد مكوثه في الوظيفة مدة معينة.

الصورة الثانية: نظام الضمان الاجتماعي، وهو أن تجعل الدولة أو من ينوب عنها تعويضات في حالة الإصابة بالمرض أو العجز أو الشيخوخة؛ مقابل اقتطاع جزء من راتبه الشهري.

الصورة الثالثة: التأمين الصحي، وهو أن تتكفل الدولة بتقديم العلاج اللازم لمن يصاب بمرض ما مقابل قسط شهري يدفعه الفرد.

ثانيا: خصائصه:

من خصائصه[3]:

1. هذا النوع من التأمين يمتاز بأنه إجباري؛ فهو مفروض على المؤمنين فرضا باشتراكاته ومزاياه التأمينية وسائر نظامه، ولا يملكون فيه تعديلا، وإنما الحق في ذلك كله للقائمين على هذا التأمين يسعون فيه على هدى ما تمليه الأغراض الاجتماعية التي يهدف إليها، وفي حدود ما تفرضه الأداة القانونية المقرر بها.

(1) حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، ص38.

(2) ينظر: شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص84.85.

(3) ينظر: المنياوي، التأمين الصحي وتطبيقاته المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج13، ص1313.

2. الاشتراك الذي يسدده المؤمن له، لا يرتبط بما اشترط بالعقد من مزايا تأمينية(التأمين التجاري)، ولا بمقدار ما يسدد من تعويضات(التأمين التعاوني)، وإنما يرتبط بأمور؛ كمقدار الأجر الذي يتقاضاه المؤمن له، والعمل الذي يقوم به، والنفع الذي يعود منه على صاحب العمل أو على المجتمع.

3. أنه يهدف إلى أن تكون الرعاية الصحية التأمينية حقا للناس، وليست منحة يتبرع بها الآخرون وتعاونا مع من وقعت عليه مصيبة المرض، كالتأمين التعاوني، كما أنها ليست مقابل التزام أدوه فيحصلون على الرعاية عوضا عنه، كالتأمين التجاري، وإنما هي ناشئة عن الحاجة إليها، مرتبطة بها، ويمليها مبدأ الضمان الاجتماعي الذي يجعل لكل فرد من بني آدم حقه في معيشة كريمة.

المطلب الثالث: الفرق بين التأمين التكافلي و التأمين التجاري[1]:

	التأمين التكافلي	التأمين التجاري
طبيعة العقد	**عقد تبرع**: حيث يتبرع المستأمنون بالأقساط إلى محفظة صندوق التأمين وهي تتبرع إليهم بالتعويضات حسب شروطها	**عقد تجاري**
الغاية والهدف	المقصد الأساسي منه هو تحقيق الأمان و الحماية من خلال التعاون بين المستأمنين على ترميم آثار المخاطر التي تصيب أياً منهم؛ فما يدفعه كل مستأمن إنما يريد به التعاون مع بقية المستأمنين في تخفيف الضرر أو رفعه عن أحدهم إذا ما نزل به ضرر بحدوث الكارثة أو الخطر المؤمن منه.	الهدف الأساسي لشركة التأمين هو تحقيق أكبر قدر من الربح للمساهمين و تحقيق الأمان و الحماية للمستأمنين
الشكل	كل مستأمن له صفتان في آن واحد؛ صفة المؤمن لغيره و المؤمن لنفسه، ودور شركة التأمين هو إدارة العملية التأمينية وأموال واستثمارات التأمين والمضاربة بأسلوب شرعي يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية.	عقد التأمين يكون بين الطرفين أحدهما المستأمن و الثاني المؤمن و تكون أقساط التأمين التي يلتزم بدفعها المستأمن ملكا للشركة
الاستثمار وإدارة عمليات التأمين	تلتزم الشركة بالمشروعية الإسلامية في استثمار الأموال وفقا لعقد المضاربة أو الوكالة بأجر	تقوم الشركة بذلك لحسابها الخاص باعتبار الأموال مملوكة لها
المخاطر	يشترك فيها المستأمنين	يتم تحويلها من المستأمنين لشركة التأمين
المرجعية النهائية	تتمثل المرجعية النهائية لجميع الأنشطة والأعمال والعمليات التي تجري في شركات التأمين التكافلي بأنها تنحصر في أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية	المرجعية النهائية لشركات التأمين التجاري تخضع إلى التشريعات والأعراف الخاصة بالتأمين في كل دولة (ذات أصل تقليدي تجاري)
الفائض المحقق	يعتبر حقاً للمشتركين بعد خصم نسبة للشركة المديرة و مساهميها مقابل الإدارة و بالتالي، ففي التأمين التكافلي يتم توزيع جزء من الفائض على المشتركين في التأمين طبقاً للنظام الأساسي لكل شركة	الفائض التأميني في التأمين التجاري حقاً للمساهمين بالكامل
الأقساط	يدفعه المشترك متبرعاً به لتغطية الخطر المؤمن منه من المشتركين	القسط في التأمين التجاري يدفع مقابل العوض المالي الذي تلتزم الشركة بدفعه للمؤمن في حالة تحقق الخطر المؤمن ضده
العلاقة القانونية	يقوم على أساس عقود التبرعات في الفقه الإسلامي	عقد معاوضة قائم على احتمال الخطر

(1) ينظر: التأمين التكافلي الإسلامي الآلية والتطبيق تجربة سلامة للتأمينات الجزائر، ص5، دوابة، أشرف، رؤية استراتيجية لمواجهة تحديات التأمين التكافلي الإسلامي، ص115، والخليفي، التكييف الفقهي للعلاقات المالية بشركات التأمين التكافلية، ص34.ص38.

المطلب الرابع: آراء الفقهاء في التأمين وتكييفه:

الفرع الأول: آراء الفقهاء في التأمين[1]:

يقوم عقد التأمين التجاري على اتفاق بين المستأمن وبين المؤمن، يتعهد بموجبه المؤمن على أن يعوض المستأمن عما يصيب الشيء المؤمن عليه، وذلك في مقابل مبلغ يدفعه المستأمن، وذلك خلال مدة محددة؛ وهذه الصورة بعينها نص عليها فقهاء المالكية حين الحديث عن **السلف في السلعة المعينة التي يقبضها إلى أجل**؛ فقد قال الإمام أشهب أحد كبار فقهاء المالكية الذين عاشوا في القرن الثاني الهجري: "ألا ترى أنه لا يصلح أن يقول الرجل للرجل: اضمن لي هذه السلعة إلى أجل ولك كذا، لأنه أعطاه ماله فيما لا يجوز لأحد أن يبتاعه، ولأنه غرر وقمار، ولو علم الضامن أن السلعة تموت أو تفوت لم يرض أن يضمنها بضعف ما أعطاه، ولو علم المضمون له أنها تسلم لم يرض أن يضمنها إياه بأقل مما ضمنه إياها به أضعافا، بل لم يكن يرض بدرهم واحد، ألا ترى أنها إن سلمت أخذ الضامن من مال المضمون مالا باطلا بغير شيء أخرجه، وإن عطبت غرِم له قيمتها في غير مال ملكه"[2].

ويظن كثير من الباحثين أن عقد التأمين التجاري الذي ساد في العصر الحاضر هو من العقود المستحدثة التي لم يعرفها الفقهاء الأقدمون، ولذلك لم يتعرضوا لحكمها[3]، ويعتبر محمد أمين بن عابدين (ت: 1652هـ) من أوائل الفقهاء الذين تحدثوا عن التأمين بصيغته المعهودة اليوم؛ وقد عرف المسلمون عقد التأمين عندئذ من البحارة الأوربيين، إذ كانت سفنهم يغطيها التأمين البحري الذي يسمى في ذلك الزمن سكيوريتيه (بالفرنسية) واشتهر عند المسلمين باسم (سوكره)، فقال فيه ابن عابدين: "إذا عقد في بلد إسلامي كان عقد معاوضة فاسد لا يلزم الضمان به، لأنه التزام ما لا يلزم شرعا، وهو باطل عند الأحناف"، وقد اختلف الفقهاء منذ ابن عابدين في حكم التأمين؛ فمنهم من أجازه بلا تحفظ وهم قلة

(1) ينظر: السويلم، وقفات في قضية التأمين، ص3، والقري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد13، ص1541.

(2) الإمام مالك، المدونة، ج3، ص78، وهذه الصورة التي نص عليها أشهب رحمه الله مطابقة لصورة عقد التأمين التجاري؛ فالمستأمن هو الرجل الأول الذي طلب الضمان، والمؤمن هو الرجل الثاني الذي ضمن، والمؤمن عليه هو السلعة المشار إليها، والضمان المذكور هو التعهد والالتزام بالتعويض حال التلف أو الهلاك الذي أشار إليه أشهب بقوله: "أن السلعة تموت أو تفوت"، وقسط التأمين هو المبلغ الذي أشار إليه بقوله "ولك كذا"، ومدة التأمين هي الأجل الذي ذكره: "إلى أجل"، السويلم، وقفات في قضية التأمين، ص3.

(3) وقد قرر السويلم أن هذا الظن واحد من جملة أسباب الخلاف الذي نشأ بين الفقهاء المعاصرين حول حكم عقد التأمين، السويلم، وقفات في قضية التأمين، ص2.

قليلة، ومنهم من أجاز أنواعا منه حتى لو كان على صفة التأمين التجاري، إلا أن جمهورهم منذ ابن عابدين قد منع التأمين التجاري وأجاز ما يسمى التأمين التعاوني، ولعل أول جهد فقهي جماعي يعنى بدراسة التأمين التجاري (على أساس مجمعي) ما وقع في ندوة أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق في شوال 1380هـ (إبريل 1961م)؛ فقد قُدمت أبحاث فقهية في التأمين تباينت آراء أصحابها، وشهدت تلك الندوة الخلاف الشهير بين مصطفى الزرقا ومحمد أبو زهرة رحمهما الله جميعا حول المسألة، ولم ينته المؤتمر إلى رأي محدد عدا الدعوة إلى ابتكار نظام إسلامي للتأمين، ثم جرى بحث الموضوع في مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر في مؤتمره الثاني سنة 1385هـ (1965م)، وأجاز المؤتمرون فيه نظام التقاعد، كما أجازوا قيام الجمعيات التعاونية لغرض التأمين حيث يشترك جميع المستأمنين فيها بالتأمين، ولكنه توقف في مسألة التأمين التجاري.

وفي عام 1392هـ (1972م) دعت ندوة التشريع الإسلامي التي انعقدت بطرابلس ليبيا إلى أن يعمل على إحلال ما أسمته التأمين التعاوني محل التأمين التجاري، وفي عام 1397هـ (1976م) قرر مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة حرمة التأمين بكل أنواعه.

ثم نص قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الأولى في سنة 1398هـ على تحريم التأمين بجميع أنواعه -كان القرار بالأكثرية، إذ لم يوافق الشيخ مصطفى الزرقا على هذا القرار وكان عضوا في المجمع-.

وفيما يأتي بعض القرارات والآراء الفقهية الخاصة بالتأمين:

أولا: القائلون بالحرمة:

وهو قول جمهور العلماء والباحثين المعاصرين، من ذلك:

1. قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية[1]:

وذلك ضمن ما جاء في القرار رقم (10/5) وتاريخ 1397/4/4هـ؛ فقد قرر المجلس بالأكثرية: أن التأمين التجاري محرم؛ لأدلة منها:

أ. عقد التأمين التجاري من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش.

(1) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء، جـ4، ص307-310.

ب. عقد التأمين التجاري ضرب من ضروب المقامرة؛ لما فيه من المخاطرة، وإذا استحكمت فيه الجهالة كان قمارا ودخل في عموم النهي عن الميسر.

ت. عقد التأمين التجاري يشتمل على ربا الفضل والنسيئة، فإن الشركة إذا دفعت للمستأمن أو لورثته أو للمستفيد أكثر مما دفعه من النقود لها فهو ربا فضل، والمؤمن يدفع ذلك للمستأمن بعد مدة من العقد فيكون ربا نسأ، وإذا دفعت الشركة للمستأمن مثل ما دفعه لها يكون ربا نسأ فقط، وكلاهما محرم بالنص والإجماع.

ث. عقد التأمين التجاري من الرهان المحرم؛ لأن كلا منهما فيه جهالة وغرر ومقامرة.

ج. عقد التأمين التجاري فيه أخذ مال الغير بلا مقابل، وأخذ بلا مقابل في عقود المعاوضات التجارية محرم.

ح. في عقد التأمين التجاري الإلزام بما لا يلزم شرعا.

2. قرار مجمع الفقه الإسلامي:

فقد قرر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10-16ربيع الثاني1406هـ/22-28ديسمبر1985م، بعد أن تابع العروض المقدمة من العلماء والمشاركين في الدورة حول موضوع "التأمين وإعادة التأمين"، وبعد أن ناقش الدراسات المقدمة،وبعد تعمق البحث في سائر صوره وأنواعه، والمبادئ التي يقوم عليها والغايات التي يهدف إليها، وبعد النظر فيما صدر عن المجامع الفقهية والهيئات العلمية بهذا الشأن؛ قرر: أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد، ولذا فهو حرام شرعا[1].

3. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية:

التأمين التقليدي هو عقد معاوضة مالية يستهدف الربح من التأمين نفسه، وتطبق عليه أحكام المعاوضات المالية التي يؤثر فيها الغرر، وحكمه أنه محرم شرعا[2].

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، القرار رقم:2، ج2، ص563.

(2) ينظر: الأيوبي، المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار رقم: 26، ص685.

ثانيا: القائلون بالجواز:

وممن قال بذلك:

– الأستاذ مصطفى الزرقا؛ حيث قال: "وخلاصة رأيي في الموضوع أن نظام التأمين في ذاته مقبول، بل مستحب في ظل الشريعة الإسلامية، بأنواعه الثلاثة (التأمين على الأشياء من مختلف الأخطار، والتأمين من المسئولية الذي يسمونه تأمينا ضد الضرر، والتأمين على معونة أسرة المستأمن بعد موته–التأمين على الحياة–)؛ فالتأمين بجميع أنواعه الثلاثة، فيه تعاون نافع على تفتيت المصائب وإزاحتها عن رأس من تقع عليه، وتوزيعها على أكبر عدد ممكن من المتعاونين وهو مجموع المستأمنين، فلا يعقل قبول فكرة تحريم هذا التعاون شرعا"[1].

– الأستاذ علي الخفيف، الدكتور محمد سلام مدكور، الحسن الحجوي الثعالبي، الشيخ عبد الرحمن عيسى (ذهب لجواز التأمين بجميع أنواعه)، الشيخ الطيب حسن النجار، الشيخ عيسوى أحمد عيسوى (ذهب إلى إباحته بكل أنواعه)، الدكتور محمد البهي (ذهب إلى جواز عقد التأمين بجميع أنواعه بل أوجب على الدولة حمل الناس عليه إلزاميا)[2].

الفرع الثاني: التكييف الفقهي لعقد التأمين:

قبل التطرق إلى التكييف الفقهي لعقد التأمين لا بد من تصوره تصورا صحيحا؛ وذلك بتحليله وفهم عناصره التي يتكون منها؛ ليسهل إرجاعه إلى أصله الذي بني عليه، ويتكون عقد التأمين من عدة عناصر نتناولها بالدراسة فيما يأتي:

أولا: أركان عقد التأمين:

عند إجراء العملية التأمينية يوجد عدة عناصر يعتمد عليها الكيان التعاقدي لهذه العملية ولا بد من وجودها بشكل أساسي وواضح؛ ومن بين هذه العناصر[3]ما يأتي:

(1) الزرقا، التأمين وإعادة التأمين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، ج2، ص434.

(2) نقلا عن: الفرفور، عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ج2، ص409.

(3) ينظر: هبور، التأمين؛ دراسة ما بين الجزائر والمملكة العربية السعودية، ص37–40، والقري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد13، ص1524.

1. التعاقد على التأمين:

يخضع عقد التأمين لنفس المبادىء القانونية التي تسري على سائر أنواع العقود، وعادة ما يصدر المؤمن عقد أو وثيقة لتدل على هذا التعاقد؛ وهذه الوثيقة هي وسيلة إثبات التاقد الذي ينظم الاتفاق بين المؤمن له والمؤمن، وتختلف الوثائق في نموذجها باختلاف وضع الشيء موضوع التأمين والغرض من العملية التأمينية وما تقوم بحمايته وتغطيته من أخطار.

2. أطراف التعاقد:

هناك طرفين أو أكثر في وثيقة التأمين:

أ- المؤمّن: وهي الجهة التي تقدم خدمات التأمين وتحصل على الرسوم عن طريق بيع البوليصات التي تتضمن التغَطية التأمينية، وتكون مؤسسات تجارية لغرض الاسترباح، أو تعاونية لنفع المشتركين في البرنامج أو حكومية.

ب- المستأمن: أو المؤمن له، أو المؤمن عليه، وهو الذي يدفع قسط التأمين

ت- المستفيد: وهو الشخص الذي تصدر وثيقة التأمين لصالحه؛ بمعنى أنه الشخص الذي يستحق مبلغ التأمين أو قيمة التعويض عند تحقق الخطر المؤمن ضده.

ويفرق أرباب التأمين بين المستأمن والمستفيد، إذ ربما يدفع الأقساط طرف، ويستفيد من التعويض طرف آخر؛ بشكل كلي أو جزئي، فمثلا في التأمين على الحياة المستفيد ليس هو المستأمن، فالمستأمن هو منشئ البوليصة ودافع الأقساط، والمستفيد من يحصل على التعويض عند موت المستأمن، والمستأمن في التأمين ضد الحريق هو مالك البيت أو المستودع ولكن يكون جاره مستفيدا إذا كان هو الذي تسبب خطؤه في إحداث الحريق، إذ لو لم يكن المصاب مؤمنا لالتزم الجار بالتعويض، وفي التأمين ضد المسؤولية يستفيد المستأمن ولكن يستفيد أيضا من وقع عليه الضرر بالحصول على التعويض، إذ لو لم يكن محدث الضرر مؤمنا ربما لم يحصل المتضرر على تعويض.

3. محل العقد:

اتجه تصور الفقهاء المعاصرين لعقد التأمين إلى أنه عقد معاوضة، فيه: ثمن (هو رسوم التأمين)، ومثمن (هو التعويض الذي يدفع عند وقوع المكروه)، وبائع (هو الشركة)، ومشتر (وهو المستأمن)؛ وبناء عليه حكم على هذا العقد بالفساد للغرر، لأن دفع المثمن احتمالي يرتبط حدوثه بوقوع المكروه، أما أن

عقد التأمين عقد معاوضة فهذا مما لا خلاف عليه، لكن الاختلاف على المحل؛ فإن المحل المتعاقد عليه فيه هو الالتزام بالتعويض وليس المبلغ المحدد للتعويض.

4. مدة التأمين:

وهي المدة التي يتمتع المؤمن له خلالها بالتغطية التأمينية من قبل المؤمن ويتم الاتفاق عليها في نص العقد؛ ويتحدد في الوثيقة تاريخ بداية ونهاية سريان العقد.

ثانيا: التكييف الفقهي للتأمين:

تناول عقد التأمين بالدراسة كثير من الباحثين ما بين مطول ومختصر، وسنعرض فيما يلي بشيء من الاختصار بعض التكييفات الفقهية التي أدرج الباحثون عقد التأمين تحتها.

التكييف الأول: عقد معاوضة:

اتجه تصور الفقهاء المعاصرين لعقد التأمين إلى أنه عقد معاوضة، فيه ثمن (هو رسوم التأمين)، ومثمن (هو التعويض الذي يدفع عند وقوع المكروه)، وبائع (هو الشركة)، ومشتر (وهو المستأمن).

وبناء عليه حكم على هذا العقد بالفساد للغرر، لأن دفع المثمن احتمالي يرتبط حدوثه بوقوع المكروه، أما أن عقد التأمين عقد معاوضة فهذا ما لا خلاف عليه، لكن الاختلاف على المحل؛ فإن المحل المتعاقد عليه فيه هو الالتزام بالتعويض وليس المبلغ المحدد للتعويض، فالمستأمن يدفع مبلغا محددا (رسوم التأمين) مقابل التزام الشركة بتعويضه عن الضرر في حال وقوع المكروه الموصوف في العقد، تعويضا متفقا عليه، ولذلك فإن المحل المتعاقد عليه –وهو الالتزام– موجود في عقد التأمين سواء انتهى بدفع التعويض عن الخسارة، أم تحققت السلامة للمستأمن[1].

التكييف الثاني: ضرب من ضروب القمار:

يشبه التأمين القمار في حقيقة أن المقامر والمستأمن كليهما يدفع مبلغا محددا من المال ثم يستقبل المقدار، فربما كسب أضعاف ذلك المبلغ وربما خسر جميع ما دفع لشركة التأمين، ولا زال الناس يقاربون بين عقد التأمين والقمار منذ نشأ التأمين، فالمستأمن إذا دفع القسط ولم يقع الخطر، كان القسط مكسبا للشركة وخسارة للمستأمن، وإن وقع الخطر وعوضت الشركة المستأمن (بأضعاف القسط الذي دفعه) كان

(1) القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد13، ص1525.

المستأمن قد كسب التعويض (لأنه لو لم يؤمن لكان قد خسر الشيء المؤمن عليه بهلاكه)، وتخسر الشركة الفرق بين قسط التأمين والتعويض[1].

التكييف الثالث: عقد التأمين يتضمن عقدين:

ذهب الدكتور البهي في كتابه نظام التأمين في هدي أحكام الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر؛ إلى أن عقد التأمين يتضمن عقدين: عقد المشاركة في دفع الضرر والتكافل عند الملمات وعقد الوكالة والمضاربة[2]؛ حيث يقول: "إن عقد التأمين ليس عقد بيع وإنما هو عقد تضامن وتكافل بين المؤمنين جميعا في دفع الكوارث والتخفيف من آثارها، فهو تكافل جماعي: المجموع مع الفرد والفرد مع المجموع ..وثانيا إنه يتضمن بجانب عقد تكافل جماعي أنه عقد مضاربة من جانب المؤمنين جميعا كطرف، وشركة التأمين أو الحكومة مثلا من جانب كطرف آخر، فالأفراد في عقد التأمين يتعاقدون في الواقع فيما بينهم على الإسهام بنصيب معلوم متساو من المال في كل نوع من أنواع التأمين على فترات محددة وعلى التكافل على دفع العوض (قسط التأمين)، وتنفيذه يقتضي :تحصيل الأقساط من المشتركين واستثمار الأموال المحصلة أو المضاربة فيها وتسوية التعويضات لمن أصيب من المؤمنين وهي في نظير ذلك لها جعل تقتطعه مما هو تحت يدها من أموال المشتركين وغلات هذه الأموال وهذا الجعل متفق عليه ضمنا في عقد التوكيل والإنابة بين المؤمنين جميعا كطرف والشركة كطرف آخر وهو أن لم يكن متفق عليه ضمنا لكن متفق عليه بحسب العرف تبعا لقيمة النشاط في الاستثمار، وعقد التأمين كأنه يتضمن عقدين: **العقد الأول**: عقد المشاركة في دفع الضرر والتكافل عند الملمات، **والعقد الثاني**: عقد الوكالة والمضاربة".

التكييف الرابع: التأمين بيع مال آجل بمال معلق:

ذهب إلى هذا التكييف الدكتور عباس حسني محمد[3] حيث يرى أن عقد التأمين في الحقيقة ما هو إلا بيع مال آجل بمال معلق –عقد على بيع مال منجم–، وذلك أنه يدفع على أقساط مقابل مال آخر

(1) ينظر: القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد13، ص1528، والسويلم، وقفات في موضوع التأمين، ص4.3.

(2) نقلا عن: عباس حسني محمد، عقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، بحث منشور على موقع الألوكة؛ https://www.alukah.net/sharia/0/31913/%D8%B9%D9%82%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%A3%D9%85%D9%8A%D9%86-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%82%D9%87-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D9%8A-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%82%D8%A7%D8%B1%D9%86-2/

(3) المرجع نفسه.

معلق على أمر احتمالي، فالمالان مؤجلان أحدهما مقسط على أقساط معينة والآخر مؤجل إلى أجل غير معلوم وقت العقد ولا محقق الحصول –وهذه هي طبيعة التعليق–، وشركة التأمين لا دخل لها على الإطلاق في منع الكارثة أو في حصولها، وكذلك المستأمن المفروض فيه طبقا للعقد ألا يكون له أي يد في حصول الكارثة وإلا بطل حقه، فالمستأمنين لا شأن لهم باستثمار الشركة للأموال التي تأخذها منهم؛ فهذه الأموال تثبت ملكيتها نهائيا للشركة بمجرد قبضها من المستأمنين، والمستأمن لا يبتغي من التأمين أن تقوم له الشركة بعمل لحسابه؛ وإنما هو يستهدف الحصول على مال مقابل الأقساط التي يدفعها فهو يشتري مبلغ التأمين المعلق دفعه على حصول الحادث مقابل الأقساط التي يدفعها للشركة؛ وبناء على ما سبق بيانه فعقد التأمين إذن هو عقد بيع مال قسط بمال معلق، ومحل العقد غير معلوم بسبب تعليق دفع أحد المالين على أمر محتمل الحصول؛ وكل متعاقد لا يدري كم سيدفع وكم سيقبض حين إبرام العقد.

ثالثا: أثر الخلاف وسببه:

ويرجع سبب خلاف الفقهاء في مسألة التأمين كونه لم يرد به دليل خاص ولهذا يقوم على الاجتهاد بالرأي (وهو من أهم أسباب اختلاف الفقهاء)، إضافة إلى اختلافهم في وصفه وحقيقته وهو يؤدي إلى الاختلاف في تكييفه وحكمه؛ فمن كيفه على أنه ضرب من ضروب القمار والغرر والربا أفتى بعدم جوازه، ومن كيفه بأنه من ضروب التعاون على الخير أفتى بجوازه[1].

(1) ينظر: أبو البصل، عقد التأمين وحكمه في الشريعة الإسلامية، موقع الألوكة.

المبحث الثاني:

التأمين التكافلي؛ حقيقته، تكييفه:

اعتاد الباحثون في التأمين على تسمية التأمين الذي تتفق أحكامه مع الشريعة الإسلامية بالتأمين الإسلامي، أو التأمين التعاوني، أو التأمين التكافلي، أو التأمين التبادلي؛ وهذه التسمية بناء على أن أهم أسس التأمين الإسلامي هو التعاون، والتكافل، والتبادل؛ وسنتناوله بالدراسة في المطالب التالية من خلال بيان حقيقته وأهدافه وتطوره وتكييفه.

المطلب الأول: حقيقة التأمين التكافلي وأهدافه:

الفرع الأول: تعريف التأمين التكافلي:

عرف التأمين التكافلي بأنه اتفاق مجموعة من المشتركين فيما بينهم على دعم بعضهم بعضا متعاونين في تحمل خسارة ناتجة عن مخاطر معينة، وفي ترتيبات التأمين التكافلي يساهم المشتركون بمبلغ من المال في صندوق مشترك باعتباره التزاما بالتبرع، وتستخدم حصيلة الصندوق لمساعدة الأعضاء ضد أنواع معينة من الخسائر أو الأضرار وهو التأمين الإسلامي المقابل للتأمين التقليدي[1].

الفرع الثاني: أهداف التأمين التكافلي:

يهدف التأمين التكافلي إلى ما يلي[2]:

1. تحقيق الأمان للمشتركين، والوقاية من المخاطر المستقبلية، من خلال التكافل والتعاون والتآزر بين المشتركين على تخفيف الضرر الذي يقع على أحد منهم على سبيل التبرع دون أي مقصد للربح.

2. الإسهام في عملية التنمية من خلال استثمار أموال المشتركين والمساهمين بصورة تمكنهم من تحقيق ربحية تعمل على الحفاظ على أموال المشتركين، وتشجيع العمل الخيري.

3. دعم عمليات المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية التي يمثل حاجتها للتأمين عنصرا أساسيا لممارسة عملها وتوظيف أموالها، والمساهمة في استكمال دائرة العمل الاقتصادي الإسلامي.

---

(1) مجلس الخدمات المالية الإسلامية، المبادىء الإرشادية لضوابط التأمين التكافلي، ص2.

(2) ينظر: دوابة، رؤية استراتيجية لمواجهة تحديات التأمين التكافلي الإسلامي، ص110، وعامر، أثر آليات توزيع الفائض التأميني على تنافسية شركات التأمين التكافلي، ص11.

4. توفير البديل الشرعي للتأمين أمام المسلمين، وتوفير الحماية التأمينية لأموال وأملاك من يتخوفون من الوقوع في المحظور الشرعي.

المطلب الثاني: صيغ التأمين التكافلي:

المقصود كيفية إدارة العمليات التأمينية وتوظيف اشتراكات الصندوق، وهي صيغ عديدة اخترت أشهرها[1]:

الصيغ	تطبيق الصيغة في إدارة أعمال التأمين التكافلي
1. على أساس عقد المضاربة	تقوم الشركة بدور المضارب بينما يقوم المستأمنون بدور صاحب المال ويقتسم الطرفان الأرباح المتحققة من الاستثمارات والفائض الناتج عن عمليات التأمين حسب النسب المحددة بينهما.
2. على أساس عقد الوكالة	تقوم الشركة بدور الوكيل على المستأمنين في إدارة عمليات التأمين، واستثمار الأقساط مقابل أجر معلوم.
3. على أساس الوكالة بأجر معلوم واستثمار المتوفر من أقساط التأمين على أساس المضاربة.	تقوم الشركة بإدارة العمليات التأمينية نيابة عن المشتركين مقابل نسبة مئوية من الأقساط المكتتبة يتم تحديدها قبيل بداية كل سنة مالية. وتقوم الشركة باستثمار المتوفر من أقساط التأمين على أساس عقد المضاربة مقابل حصة شائعة من أرباح تلك الإستثمارات؛ ويعتبر الفائض التأميني حقا خالصا للمشتركين.
4. إدارة عمليات التأمين على أساس الوكالة بغير أجر واستثمار الأموال على أساس المضاربة	حيث تتولى الشركة إدارة العمليات التأمينية نيابة عن المشتركين ولا تحصل على مقابل مالي لإدارة أعمال التأمين، ولا تستحق شيئا من الفائض التأميني، وتقوم الشركة باستثمار أموال المساهمين على أساس المضاربة مقابل نسبة مئوية من الأرباح المتحققة.

المطلب الثالث: التكييف الفقهي للتأمين التكافلي:

الفرع الأول: تحرير محل الخلاف في تكييف التأمين التعاوني:

عند تحليل عناصر العملية التأمينية يتبين وجود عدد من العلاقات التعاقدية في عقد التأمين التعاوني؛ تشكل بمجموعها العملية التأمينية أو ما يسمى بعقد التأمين التعاوني، ولتحرير محل النزاع في المسألة لا بد من تحليل هذه العقود لنجد مواطن النزاع في تكييفها، وهذه العقود[2] هي:

(1) ينظر: صباغ، أسس وصيغ التأمين الإسلامي.

(2) ينظر: البدارين، تكييف عقد التأمين التعاوني، ص105، الهادي، التكييف الشرعي للتأمين الإسلامي، ص18 وما بعدها، الأيوبي، المعايير الشرعية، ص686 وما بعدها، وصباغ، أسس وصيغ التأمين الإسلامي.

1. عقد ينظم العلاقة بين الشركة (المؤمن) والمشتركين (المستأمنين)- حساب التأمين على أساس **الوكالة بأجر أو بدون أجر**.

2. عقد ينظم العلاقة بين الشركة (المساهمين) وبين الأموال المتجمعة في حساب التأمين (حملة الوثائق)- رب المال على أساس **المضاربة**.

3. عقد ينظم العلاقة بين المستأمنين وحساب التأمين على أساس **التبرع أو التناهد**.

وفيما يلي بيان ذلك لتكييف التأمين التكافلي:

أولا: شركة عنان:

وهي العلاقة التعاقدية بين المساهمين الذين ينشؤون شركة التأمين التعاوني من خلال اكتتابهم في الشركة بشراء أسهمها؛ حيث يدفع كل مساهم جزءا من رأس مال الشركة، ويوكلون أمر إدارتها إلى بعضهم أو غيرهم، ولا خلاف بين العلماء في جواز عقد الشركة[1]، **وليس هذا محل النزاع في تكييف عقد التأمين**.

ثانيا: وكالة بأجر:

وهي العلاقة التعاقدية بين شركة التأمين باعتبارها وكيلا، والمؤمِّنين الذين يدفعون الأقساط ويملكون صندوق التأمين ويحملون وثائق أو بوالص التأمين باعتبارهم موكلين، وتكون صيغة الوكالة في إدارة مخاطر محفظة أقساط التأمين عن طريق قيام المؤسسين بإدارة المخاطر مقابل أجرة يأخذونها من هذه الأقساط ويمكن أن تكون هذه الأجرة مبلغا محددا كالعشر أو نصف العشر؛ ولا خلاف بين العلماء في جواز عقد الوكالة بأجر، فطبيعة العلاقة التعاقدية بين الشركة والمؤمِّنين علاقة ظاهرة **ليست محل نزاع في تكييف شركة التأمين التعاوني**.

ثالثا: شركة المضاربة أو وكالة بالاستثمار:

وهي العلاقة الناظمة لتصرف شركة التأمين في تنمية مال صندوق التأمينات (حملة الوثائق)، حيث تقوم شركة التأمين باستثمار أموال المؤمنين؛ فإن كان ما تأخذه شركة التأمين أجرا مقطوعا مقابل هذا الاستثمار كانت وكالة بأجر، وإن كان نسبة شائعة من الأرباح كان عقد مضاربة.

(1) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج26، ص35، دليل مشروعية الشركة.

وتطبيق المضاربة في استثمار موجودات التأمين هو محل اتفاق لدى جميع شركات التكافل، جنبا إلى جنب مع الصيغة الاستثمارية الأخرى وهي الوكالة بالاستثمار بأجرة محددة.

تقوم الشركة بدور المضارب بينما يقوم المستأمنون بدور صاحب المال ويقتسم الطرفان الأرباح المتحققة من الاستثمارات والفائض الناتج عن عمليات التأمين حسب النسب المحددة بينهما.

فطبيعة العلاقة التعاقدية بين الشركة وحملة الوثائق لتنمية أموالهم هي عملية استثمارية محضة خارجة عن حقيقة عقد التأمين، وليست أصل العملية التأمينية؛ **فليست محل نزاع في التكييف والحكم**.

رابعا: طبيعة العلاقة التعاقدية بين من يدفع أقساط التأمين:

وهنا يكمن محل النزاع وأصل الخلاف؛ وهو طبيعة العلاقة العقدية بين حملة وثائق التأمين (بوالص التأمين) أنفسهم، وهم من يدفع أقساط التأمين.

هل العلاقة بينهم علاقة تكافل أم معاوضة أم غير ذلك؟

الفرع الثاني: آراء العلماء في تكييف عقد التأمين التعاوني:

اختلف المعاصرون في تكييف العلاقة التعاقدية بين دافعي الاشتراكات إلى عدة تكييفات؛ منها:

التكييف الأول: الالتزام بالتبرع:

وهو رأي منظمة المعايير الشرعية (الأيوفي)، فالعلاقة بين حملة الوثائق وبين الصندوق عند الاشتراك تقوم على أساس الإلتزام بالتبرع من المشتركين لمصلحتهم، وحماية مجموعهم بدفع اشتراكات يتكون منها صندوق التأمين الذي تديره هيئة مختارة من حملة الوثائق، أو تديره الشركة المساهمة المرخص لها بممارسة خدمات التأمين، على أساس الوكالة بأجر[1].

التكييف الثاني: عقد هبة:

وممن انتصر لهذا الرأي: الدكتور رياض الخليفي؛ فالمشترك يقوم بدفع قسط التأمين التكافلي أو التعاوني بصفته مشاركا في الهدف التكافلي مع مجموعة المشتركين؛ والذي من أجله أنشئ الصندوق التكافلي، وهذه الاشتراكات التكافلية إنما تقدم بهدف التعاون والمشاركة في ترميم الأضرار الواقعة على آحاد المشتركين، فالعلاقة المالية بين آحاد المشتركين (المؤمن عليهم) والصندوق التكافلي تتمثل في عقد هبة؛

(1) الأيوفي، المعايير الشرعية، معيار 26 المتعلق بالتأمين، ص686.

فالمشترك يدفع قسطه التكافلي وغاية مقصده الدخول في مشاركة تكافلية تضمن له رفع تبعة الأخطار أو جبرها متى نزلت به[1].

التكييف الثالث: عقد معاوضة:

إن شركات التأمين الإسلامية وبحكم نظام تأسيسها هي شركات تجارية تهدف إلى تحقيق الأرباح لحملة أسهمها ونشاطها الرئيس هو تجميع الأخطار ونقلها عن المستأمنين بقسط كوسيلة لتحقيق الأرباح[2]، وهو ما كيفه به مصطفى الزرقا، والدكتور شوكت محمد عليان، والدكتور أحمد الحجي الكردي[3].

وفي هذا الصدد يقول مصطفى الزرقا: "وعنصر المعاوضة موجود قطعا في التأمين التبادلي وإن لم يكن ظاهرا فيه ظهوره في التجاري"، ومع أن التكييف متحد بينهم إلى أن الحكم مختلف؛ فأحل الزرقا التأمين بأنواعه[4]، وحرمها الكردي وعليان [5].

التكييف الرابع: عقد التبرع أو مبدأ التناهد:

التأمين التكافلي يقوم على مبدأ التعاون والتبرع وعلى مبدأ التناهد، والمقصود بالتناهد: هو أن يخرج كل من الرفقاء نفقة سفره وتوضع النفقات كلها ويخلط بعضها ببعض وينفق الجميع منها وإن تفاوتوا في الأكل[6].

وهو ما كيفه به أكثر العلماء المبيحين للتأمين التعاوني؛ كالقره داغي[7] وعثمان الهادي[8] ومجمع الفقه الإسلامي.

والتناهد أصل جرى عليه عمل الصحابة رضوان الله عنهم في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم ومن بعده، وقد أورد الإمام البخاري أدلة على جوازه وصحته منها الإجماع؛ حيث ترجم في صحيحه باب

(1) ينظر: الخليفي، التكييف الفقهي للعلاقات المالية بشركات التأمين التكافلية، ص40.39.

(2) الساعاتي، هل التأمين الإسلامي المركب تأمين تعاوني أم تجاري؟ مجلة جامعة الملك عبد العزيز، ص195.

(3) ينظر: التأمين الإسلامي والتأمين التقليدي هل هناك فروق،حلقة حوار حول عقود التأمين الإسلامي، ص9.8.

(4) ينظر: الزرقا، نظام التأمين، حقيقته والرأي الشرعي فيه، ص63.

(5) ينظر: التأمين الإسلامي والتأمين التقليدي هل هناك فروق؟ حلقة حوار حول عقود التأمين الإسلامي، ص9.

(6) صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب الشركة في الطعام والنهد والعروض، ج3، ص137؛ تعليق مصطفى البغا.

(7) ينظر: القره داغي، التأمين التكافلي ودوره في المسؤولية المجتمعية، ص15 وما بعدها.

(8) ينظر: الهادي، التكييف الشرعي للتأمين الإسلامي، ص24.

الشركة في الطعام والنهد والعروض، قال: ﴿ لما لم ير المسلمون في النهد بأسا أن يأكل هذا بعضا وهذا بعضا﴾[1].

وقد ذكر البخاري مجموعة من الأحاديث تدل على مشروعيته؛ منها:

حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، أنه قال: "بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثا قبل الساحل، فأمر عليهم أبا عبيدة بن الجراح وهم ثلاث مائة، وأنا فيهم، فخرجنا حتى إذا كنا ببعض الطريق فني الزاد، فأمر أبو عبيدة بأزواد ذلك الجيش، فجمع ذلك كله، فكان مزودي تمر، فكان يقوتنا كل يوم قليلا قليلا حتى فني، فلم يكن يصيبنا إلا تمرة تمرة"[2].

وفي هذا الصدد يقول القره داغي: "فكرة التأمين التكافلي لا شك أنها مقبولة شرعا ومتفقة مع مقاصد الشريعة في التعاون على البر والاحسان والتقوى، ولا خلاف في مشروعية ذلك؛ بل إنه مطلب إسلامي تقوم عليه معظم أحكام الشريعة حيث دعت إلى التعاون والتكافل الاجتماعي والتضامني والأخوة والإيثار"[3].

وقد كيف الفقهاء بالمجمع الفقهي الإسلامي التأمين التعاوني على أساس التبرع، والذي يقصد به تفتيت الأخطار وتحمل المسؤوليات عند حدوث المخاطر عن طريق المساهمة للمتضرر من أموال؛ فمجموعة التأمين التعاوني لا يهدفون إلى ربح من أموالهم بل تعاون، ويعتبر المشترك في نظام التأمين التعاوني الإسلامي متبرعا بكل أو بجزء من الأقساط التي يدفعها إلى صندوق التأمين وذلك على حسب احتياج الصندوق.

فقد ورد في القرار رقم 2 لمجمع الفقه الإسلامي بشأن التأمين وإعادة التأمين ما يلي:

إن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406 هـ/22-28 ديسمبر 1985م، بعد أن تابع العروض المقدمة من العلماء والمشاركين في الدورة حول موضوع "التأمين وإعادة التأمين"، وبعد أن ناقش الدراسات المقدمة، وبعد تعمق البحث في سائر صوره وأنواعه، والمبادئ التي يقوم عليها والغايات التي يهدف إليها، وبعد النظر فيما صدر عن المجامع الفقهية والهيئات العلمية بهذا الشأن؛ قرر:

(1) صحيح البخاري، كتاب الشركة، باب الشركة في الطعام والنهد والعروض، ج3، ص137.

(2) ينظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج5، ص130.

(3) القره داغي، التأمين التكافلي ودوره في المسؤولية المجتمعية، ص13.

1 – أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد، ولذا فهو حرام شرعا.

2 – أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني.

3 – دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني، وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة، والله أعلم.

التكييف الخامس: عقد مضاربة:

وهو رأي عبد الوهاب خلاف في مقال له في صحيفة لواء الإسلام فذهب إلى جواز عقد التأمين على الحياة فقط من أنواع التأمين ولم يتطرق لغيره؛ وكيفه بأنه نوع من عقد المضاربة[1].

التكييف السادس: عقد معاوضة تعاوني:

وهو رأي الدكتور موسى مصطفى القضاة؛ حيث قسم المعاوضة باعتبار قصد أطرافها للربح وعدمه إلى: معاوضة تجارية (يقصد منها طرفي العقد أو أحدهما تحقيق الربح كالبيع) ومعاوضة غير تجارية (لا يقصد منها طرفي العقد أو أحدهما تحقيق الربح كالصرف)، وتكييفه مبني على أن صفة المعاوضة متحققة في العلاقة بين المشتركين، إذا كان المشترك يقدم القسط، مقابل التعويض من بقية المشتركين، عن الضرر في حال حدوثه، وهذا منصوص عليه في جميع وثائق التأمين الإسلامي، إضافة إلى انتفاء قصد الربح من أطراف العقد[2].

التكييف السابع: عقد تبرع فيه معنى المعاوضة:

وهو رأي أيمن البدارين[3] ، فبعد ذكره لمختلف آراء العلماء ومناقشتها كيف عقد التأمين التعاوني تكييفا جديدا وهو عقد تبرع فيه معنى المعاوضة؛ فقد قسم العلاقة بين عقود التبرعات والمعاوضات إلى ثلاثة أقسام:

(1) ينظر: الفرفور، عقود التأمين وإعادة التأمين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج2، ص409.

(2) ينظر: القضاة، التأمين الإسلامي التكييف والمحل ورد الشبه، ص22.21.

(3) ينظر: البدارين، تكييف عقد التأمين التعاوني، ص116 وما بعدها.

- ✓ عقد معاوضة محض كالبيع والإجارة والشركة
- ✓ عقد تبرع محض كالقرض والوكالة والكفالة
- ✓ عقد مختلط فيه معنى المعاوضة والتبرع معا؛ وهو بدوره ينقسم إلى قسمين: عقد معاوضة فيه معنى التبرع (أي تغلب عليه المعاوضة)، وعقد تبرع فيه معنى المعاوضة (يغلب فيه التبرع).

المبحث الثالث:

التأمين الصحي؛ حقيقته، تكييفه:

المطلب الأول: تعريف التأمين الصحي وأنواعه:

الفرع الأول: تعريف التأمين الصحي:

اختلفت تعريفات التأمين الصحي[1] لدى الباحثين والشراح تبعا لتوزعهم بين مجالات مختلفة؛ فمنهم من يعرفه من منظور اجتماعي، بكونه نوعا من أنواع التأمين الاجتماعي، ومنهم من يعرفه من منظور اقتصادي، ومنهم من يعرفه من منظور قانوني، إلى غير ذلك[2].

فمنهم من عرفه بأنه: نظام يقوم على أساس تقديم مزايا للمؤمن عليهم في الحالات التي يحددها نظام التأمين نظير اشتراكات، أو أقساط تدفع مقدما، وبصفة دورية، ويساهم في دفعها العامل، وصاحب العمل، وفي بعض الدول تساهم الدولة في ذلك[3].

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بقوله؛ عقد التأمين الصحي هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو مؤسسة تتعهد برعايته بدفع مبلغ محدد أو عدد من الأقساط لجهة معينة على أن تلتزم تلك الجهة بتغطية العلاج أو تغطية تكاليفه خلال مدة معينة[4].

وعلى هدى ذلك فإنه لا يعد تأمينا صحيا ما يأتي[5]:

أ- الرعاية العلاجية بالمستشفيات الحكومية المجانية، والرعاية الوقائية من خلال أجهزة الدولة ووحداتها المحلية.

(1) وقد يسمى التأمين الطبي؛ القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد13، ص1515.

(2) ينظر: الألفي، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، ص1445، وقد قسم التأمين الصحي إلى خمسة أنواع: التأمين الصحي الاجتماعي، التأمين الصحي التجاري، التأمين الصحي التعاوني، التأمين الصحي التبادلي، والتأمين الصحي المباشر.

(3) ينظر: الضرير، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1374، وهو تعريف: "الدكتور شوكت محمد الفيتوري، في كتاب التأمين الصحي وأثره في حماية القوى العاملة".

(4) ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم: 149 (16/7) بشأن التأمين الصحي، ص327.

(5) ينظر: المنياوي، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد13، ص1306.

ب- الرعاية الصحية التي تقدمها المؤسسات والهيئات العامة للتابعين لها بلا مقابل مادي، كالرعاية التي تقدمها القوات المسلحة لأفرادها، والرعاية التي توفرها بعض الهيئات القضائية أو الشرطية في بضع الدول العربية الإسلامية لأعضائها.

جـ - الرعاية التي تقدمها الجهات الخيرية مجانا في المستوصفات ووحدات الإسعاف أو غيرها.

د- العلاج الاقتصادي، أو بالأجر المخفض الذي تقدمه الدولة أو جهات الخير أو دور العبادة.

هـ- العلاج بأجر كامل في المستشفيات الخاصة، وعيادات الأطباء مما يتحمل المريض وحده نفقاته.

فهذه النماذج وأمثالها من وسائل الرعاية الصحية، ليست تأمينا.

الفرع الثاني: الفرق بين عقد التأمين الصحي وغيره من عقود التأمين:

إن المبادئ الأساسية للتأمين الصحي هي نفس المبادئ الأساسية لكل أنواع التأمين؛ فهي عملية يتم فيها تجميع المخاطر المتشابهة التي يتعرض لها عدد كبير من الأفراد، ثم إعمال قانون الأعداد الكبيرة لتقدير عدد من يتوقع أن يقع عليهم المكروه منهم، ثم حساب الرسوم عليهم جميعا بحيث تكون كافية لتعويض تلك الفئة، إلا أن للتأمين الصحي خصوصياته من حيث نوع المكروه الذي يغطيه التأمين، ومن حيث صيغة العقد وطريقة دفع التعويض[1].

ويمكن تمييز عقد التأمين الصحي عن غيره في أن عقد التأمين الصحي محله الرعاية الصحية بخلاف كافة أنواع التأمين الأخرى فجميعها مرتبطة بوقوع حادثة معينة محتملة الوقوع، لا يعرف إن كان سيقع مدة العقد أو لا يقع، فإن وقع استحق المستأمن مبلغاً من المال وإلا فلا، أما عقد التأمين الصحي الذي محله الرعاية الصحية فإن التعاقد فيه إنما هو خدمة يحتاج إليها الإنسان ولا يستغني عنها، وهي متعلقة بأمر لا يكاد ينجو منه إنسان خلال مدة العقد، و يكاد يكون مؤكد الوقوع، وإن اختلفت حاجة كل واحد عن الآخر، ولكن ربما حصل له مرض مقعد فاحتاج إلى مزيد علاج؛ والغالب أن تقدم خدمات التأمين الصحي شركات متخصصة في التأمين، إلا أن المستشفيات تقدمه أحياناً مستقلة ومجتمعة، وعندما يفعل المستشفى ذلك فإنه يأخذ اشتراكاً سنوياً من الفرد مقابل استعداده لعلاجه طوال العام، أما إذا قامت به شركة تأمين فإن العقد يكون بين المستشفى وتلك الشركة[2].

(1) ينظر: القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد13، ص1544.

(2) المرجع نفسه، ص1551.

فالتأمين الصحي هو معاوضة مال بمنفعة قائمة أو محتملة الوجود؛ فالعقد هنا منصب على العلاج أصالة والمال بالتبع؛ بخلاف أنواع أخرى من التأمين فالمال مقصود فيها أصالة وتبعا[1].

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد التأمين الصحي:

التعاقد لأجل التأمين الصحي له ثلاث صور؛ هي:

الصورة الأولى: الاتفاق بين المؤسسات والمستشفيات للتعهد بمعالجة الموظفين.

الصورة الثانية: العقد بين الشخص وبين المستشفى.

الصورة الثالثة: توسط شركة تأمين تجارية أو تعاونية في العلاقة بين المستفيدين.

ونتحدث عن هذه الصور في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الاتفاق بين المؤسسات وبين المستشفيات للتعهد بمعالجة الموظفين:

1. صورة المسألة:

وهذه الصورة تتمثل في الاتفاق بين المؤسسات وبين المستشفيات للتعهد بمعالجة الموظفين طيلة فترة معينة لقاء مبلغ معين، مع الالتزام بالدواء والعمليات ونحوها؛ وقد جعله بعضهم عين التأمين الصحي؛ فقد عرف أيضا بأنه: "عقد بين طرفين يلتزم به الطرف الأول (المستشفى) بعلاج الطرف الثاني (فرداً كان أو جماعة) من مرض معين أو الوقاية من المرض عامة، مقابل مبلغ مالي محدد يدفعه إلى الطرف الأول دفعة واحدة أو على أقساط"[2].

2. التكييف الفقهي لهذه الصورة:

قبل التكييف الفقهي لهذه الصورة ينبغي التنبيه على أن طرفا العقد هنا هما المؤسسة والمستشفى، والموظف في المؤسسة، والاتفاق الذي تبرمه المؤسسة مع المستشفى يتضمن التزامين[3]؛

أحدهما: إلتزام المؤسسة بدفع المبلغ المعين محل الاتفاق للمستشفى، مقابل الخدمات الطبية التي تقوم بها لمنسوبي المؤسسة.

(1) ينظر: الفنيسان، التأمين الصحي، ص8.

(2) المرجع نفسه، ص2.

(3) ينظر: حجازي، التأمين الصحي، ص272.

والآخر: التزام المستشفى بعلاج من يمرض من العاملين في المؤسسة طيلة الفترة المحددة، وقيامها بعمل الفحوص وإجراء العمليات الجراحية وصرف الأدوية اللازمة؛ وهذا الالتزام هو أثر الاتفاق المبرم بين المؤسسة والمستشفى.

والتكييف الفقهي لهذا العقد أنه عقد إجارة (أجير مشترك)، ولا خلاف في المسألة هنا في كون العقد إجارة، وأن تكييفه الفقهي أنه من قبيل الأجير المشترك[1].

ولكن اختلف من تكلم في هذه المسألة في الحكم من حيث توفر الشروط وعدم توفرها (محل العقد)، والجهالة التي تعتري محل العقد من حيث عدد المرضى، واختلاف أمراضهم، وطبيعة العمليات، وثمن الأدوية، وما ينبني عليه من الجواز وعدمه.

فيرى كل من محمد الخياط[2]، ومحمد الألفي جوازه واغتفار الجهالة المعتادة في محل عقد العلاج[3].

ويرى الصديق محمد الضرير منع هذه الصورة من الاتفاق[4].

لأن المحل في هذا الاتفاق مركب من ثلاثة أشياء؛ الأول: وهو المقصود أصالة (معالجة موظفي المؤسسة مدة معينة)؛ وهذا يدخل في إجارة الأشخاص، والأجير فيه هو المستشفى، وأطباؤه وعماله الذين يتولون علاج موظفي المؤسسة، فيجب أن يطبق على الاتفاق حكم إجارة الأجير المشارك، الثاني: الأسرة والحجرات إذا كان المريض سيبقى في المستشفى، وهذه من إجارة منافع الأعيان فتأخذ حكمها، الثالث: الدواء والعمليات ونحوها: أما العمليات فتلحق بالأول، وأما الدواء ونحوه كالطعام، فلا يصلح محلا للإجارة، لأن هذه أعيان، والإجارة لا ترد على الأعيان، وإنما ترد على منافعها، فيكون الالتزام بالدواء ونحوه نظير مبلغ معين بيعا يأخذ حكم البيع[5].

وهو ما رجحه عبد الله آل سيف[6].

---

(1) ينظر: الألفي، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1450، والضرير، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1379.

(2) الخياط، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1431.

(3) ينظر: الألفي، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1451.

(4) الضرير، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1381.

(5) المرجع نفسه، ص1379.

(6) ينظر: آل سيف، أحكام التأمين الصحي التعاوني، ص56.

3. ثمرة الخلاف في المسألة[1]:

تظهر ثمرة الخلاف في المسألة في موقف المستفيد وهو الموظف من خدمات المستشفى:

فعلى القول الأول يلزم عليه الجواز لصحة العقد عندهم.

أما على القول الثاني فيحتمل وجهين:

الوجه الأول: التحريم بناء على فساد العقد.

الوجه الثاني: الجواز، بناء على أنه تأمين إجباري من المؤسسة لا خيار للموظف فيه، أو هو هبة من المؤسسة للموظفين وتتحمل إثم الإجراء المحرم لوحدها دون الموظفين كما في الشركات المختلطة، وفيه شبهة لوجود من قال بجوازه، وهو متاح من قبل المستشفى للموظفين لمن شاء، وليس فيه أكل لمال أحد بالباطل، والأصل في المعاملات الإباحة وهو من الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة فيقال بجوازه لتعلق الصحة بالضروريات في كثير من جوانبها.

الفرع الثاني: إذا كان العقد بين الشخص وبين المستشفى:

1. صورة المسألة:

هذه الصورة تعني أن شخصا تعاقد مع المستشفى على أن يدفع للمستشفى مبلغا معينا نظير تعهد المستشفى بعلاجه مدة معينة مع التزام المستشفى بالدواء والعمليات ونحوها.

واختلف الذين بحثوا المسألة على قولين:

2. حكمها:

القول الأول: المنع؛ وهو قول الصديق محمد الضرير [2]، ورجحه عبد الله آل سيف[3]؛ لما فيها من الغرر الناشئ عن الجهل بمقدار الدواء ونوعه، والجهل بالمدة التي يمكثها المريض في المستشفى، إضافة إلى الغرر الناشئ عن الجهل بحصول العلاج، فقد يدفع الشخص المبلغ المتفق عليه، ولا يحتاج إلى علاج في المدة المحددة، وقد يموت ذلك الشخص في منزله، أو يموت بحادث في الطريق، ولا يكون المستشفى قد قدم

(1) آل سيف، أحكام التأمين الصحي التعاوني، ص57.

(2) ينظر: الضرير، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1382.

(3) ينظر: آل سيف، أحكام التأمين الصحي التعاوني، ص58.

له أي علاج، فبأي وجه يستحل المستشفى ما أخذه منه؟ وجعل المنياوي هذه الصورة من تطبيقات التأمين التجاري[1].

القول الثاني: أن عقد العلاج الطبي بين شخص وبين مستشفى، بتقديم العناية له ولأفراد عائلته، والقيام بالعمليات اللازمة، وصرف الدواء، طيلة فترة معينة، لقاء مبلغ معين، عقد صحيح شرعا يلزم كلا طرفيه بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه؛ وذهب إلى هذا القول محمد الألفي[2].

3. ثمرة الخلاف:

من ثمرتها إذا تعاقد الفرد لعائلته؛ والكلام في هذه الثمرة كالكلام في سابقتها خلافا ووفاقا وتخريجا[3].

الفرع الثالث: توسط شركة تأمين تجارية أو تعاونية في العلاقة بين المستفيدين:

وهذه الصورة قسمان:

القسم الأول: أن تقوم بهذا الدور شركة تأمين تجاري، فلا يجوز.

القسم الثاني: أن تقوم به شركات تأمين تعاوني، فلا مانع منه؛ لأن التعامل مع شركات التأمين التعاونية جائز عند جميع الفقهاء المعاصرين، ولكن يبقى السؤال عن الطريقة التي تتوسط بها شركة التأمين التعاونية[4].

فالعقد الذي تبرمه شركة التأمين التعاوني مع مقدمي المعالجة تنفيذا لالتزامها في العقد بينها وبين المؤسسة، فإنه في باب (الاشتراط لمصلحة الغير)[5].

(1) ينظر: المنياوي، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1324، وذلك بعد تصويره للمسألة وبيان توافر خصائص عقد التأمين التجاري فيها.

(2) ينظر: الألفي، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1454.

(3) ينظر: آل سيف، أحكام التأمين الصحي التعاوني، ص58.

(4) ينظر: الضرير، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1383.

(5) ينظر: الألفي، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1455.

المطلب الثالث: صيغ عقد التأمين الصحي:

يعد التأمين الصحي من أكثر أنواع التأمين تعقيدا، لكثرة ما فيه من أصناف الخدمات وصيغ المعاقدات، ولعل مرجع ذلك إلى أنه يتعلق بحدوث مكروه لا يمكن التحقق من حدوثه إلا بصعوبة كبيرة، فالتأمين على الحياة إنما عد أبسط أنواع التأمين، لأن المكروه الذي إذا وقع استحق المستفيد التعويض هو الموت، ولا غرو أن الإنسان لا يكون إلا حيا أو ميتا وليس بينهما منطقة متوسطة، أما الصحة فهي أمر مختلف، فقد يشكو الإنسان من الآلام وخمول النشاط وقد ينتابه شعور بالاعتلال وإحساس بالألم في بعض أعضاء جسمه يحتاج معه إلى رعاية صحية، مع أن الأطباء لا يجدون فيه علة، فهل يستحق التعويض لشعوره بالمرض، أم لا يستحقه لحكم الأطباء عليه بانعدام المرض؟ ولذلك جاءت صيغ التعاقد في التأمين الصحي كثيرة متنوعة يصعب الإحاطة بكل تفاصيلها، ولكنها تنقسم بصفة أساسية إلى نوعين يستقلان أحيانا ويجتمعان أحيانا أخرى[1]؛ وهي:

النوع الأول: عقد رعاية صحية.

النوع الثاني: التأمين على المرض.

وفيما يأتي بيان موجز لهما:

الفرع الأول: عقد رعاية صحية:

ولب هذا العقد هو الرعاية الصحية وليس العلاج، وفيه يدفع اشتراكاً سنوياً مقابل هذه الرعاية السنوية، وتتمثل هذه الرعاية في الكشف على صحته لدى مستشفيات محددة وإجراء التحاليل الطبية ووصف الدواء والإقامة في المستشفى وإجراء العمليات الجراحية عند الحاجة أو العلاج الطبيعي، وربما تضمن صرف الدواء والمستلزمات الطبية أيضا.

ولأن غرض هذا العقد هو الرعاية الصحية وليس العلاج من الأمراض فقط، تجده يشمل الرعاية الصحية للحمل والولادة للنساء ورعاية المواليد، وقد يشمل الطب النفسي، وتختلف درجاته، ويكون له في الغالب حدود قصوى من ناحية المبلغ تزيد وتقل بحسب نوعية التغطية، ويقدم هذا النوع من التأمين

(1) ينظر: القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1545.

شركات التأمين كما تقدمه أيضا المستشفيات والعيادات الطبية مجتمعة أو مستقلة، فتقوم بتوقيع العقود مع الشركات لتقديم الرعاية الصحية للعاملين فيها ونحو ذلك[1].

الفرع الثاني: التأمين على المرض:

وهو نوع آخر من التأمين الصحي، ولكنه يندرج تحت صيغ التأمين على الحياة، للشبه الكبير بينهما إذ إن التعويض فيه مرتبط بواقعة حدوث المرض وليس مرتبطا مباشرة بالعلاج والبرء من ذلك المرض، ولذلك كان تحديد وتعريف الأمراض مهما في هذا النوع من العقود.

يستحق المستأمن التعويض في هذا النوع من التأمين بمجرد حدوث المكروه، ويكون التعويض في العادة مبلغا محددا من النقود، فهو في الواقع ليس متصلا بصفة مباشرة بالعلاج، وإنما يقوم على دفع مبلغ المال المتفق عليه للمستأمن إذا أصيب بمرض ليقوم هو باستخدامه للعلاج إن شاء (وربما اشترط في بعض العقود دفعه لجهة العلاج)، وقد يقتصر التأمين على مرض معين، مثل التأمين ضد الإصابة بمرض الإيدز أو السرطان، وقد يتضمن مجموعة من الأمراض المزمنة أو عسيرة العلاج أو المقعدة عن الكسب والعمل، ولا يتضمن الأمراض الخفيفة أو التي يكون علاجها يسيرا، ويكون التعويض مبلغا محددا كما أسلفنا، وربما كان راتبا يوميا يدفع إليه أثناء إقامته في المستشفى أو مدة عجزه عن ممارسة العمل، وقد يتضمن راتبا دائما في حالة العجز الدائم، وليس هذا الصنف من التأمين الصحي[2].

المطلب الرابع: أنواع عقود العلاج الطبي وتكييفها الفقهي:

يهدف المريض من الذهاب للطبيب العلاج والبرء، ولكن المرض والبرء منه شيء يصعب جعله محلاً للتعاقد، لصعوبة التحقق من وجوده أو شفائه، ولذلك لا يوافق الأطباء على جعله محلاً للعقد؛ كما أن البرء لو حصل لا يعرفه في الغالب إلا المريض، ولذلك يتفق الناس في عقد العلاج الطبي على أن يكون المحل شيئا يمكن التأكد من وقوعه من قبل الطرفين، مثل أن يكون محله التشخيص ووصف الدواء المناسب، أو إجراء عملية جراحية ونحو ذلك، مع بقاء الغرض النهائي للمريض هو البرء من المرض؛ ولا ريب أن عقد العلاج الطبي من أكثر عقود المعاوضات غموضا وصعوبة[3].

(1) ينظر: القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1545.

(2) المرجع نفسه.

(3) المرجع نفسه، ص1546.

وقد عرف الشيخ محمد علي التسخيري العقد الطبي بأنه: "العقد الذي يتم بين شخص أو مؤسسة (مؤمن له أو لها) مع مؤسسة تأمينية، يتعهد فيه الطرف الأول بدفع أقساط محددة لمدة محددة، ويتعهد فيه الطرف الثاني بتأمين قسط معين مما يتطلبه علاج الأمراض التي يصاب الطرف الأول بها خلال المدة المحددة"[1].

والمؤمن له قد يكون شخصا يدخل في العقد بصفته الشخصية، وقد يكون مؤسسة تؤمن موظيفه، وقد تكون شركة تأمين تتعاقد مع مؤسسة أخرى نيابة عن أشخاص أو مؤسسات.

كما أن المؤمن قد يكون فردا يملك مؤسسة صحية أو لا يملكها، وقد يكون مؤسسة صحية، وقد يكون شركة تأمين تجارية، كما قد يكون مؤسسة حكومية، وهناك شقوق كثيرة متصورة[2]، **وسنحاول التركيز على أهم المسائل التي تعنينا هنا بالتكييف، وذلك من خلال الفروع الآتية:**

الفرع الأول: عقود العلاج الطبي في القديم:

العلاج الطبي في القديم كان يتم على أساس عقد بيع أو الإجارة أو الجعالة بحسب الحال، وطبيعة العلاقة بين المريض والطبيب تحتمل الصيغ الثلاث مستقلة أو مجتمعة؛ وما ذلك إلا لخصوصية العلاج عن سائر الخدمات الأخرى لكون غرض المريض دائما هو البرء من المرض، وصعوبة أن يكون ذلك محلا لعقد معاوضة[3]؛ وفيما يأتي بيانها:

1. عقد بيع:

كان عمل الطبيب قديماً تركيب الأدوية ووصفها للمرضى الذين يشترونها منه، فإذا جاء المريض وشخصه الطبيب باعه ما يصلح حاله من أدوية يركبها بنفسه له، وهذا في حقيقته عقد بيع؛ المثمن فيه (الدواء)، وما يدفع المريض من ثمن هو لذلك الدواء، والتشخيص والعلاج تابع لذلك ليس له ثمن مستقل.

وشبيه بهذا ما يفعله بعض الصيادلة اليوم من وصف الدواء وبيعه على المريض بعد أن يبين الأخير له ما يشكو منه، وهذا تعاقد صحيح؛ لاستفائه شرائط الصحة في البيوع[4].

(1) ينظر: التسخيري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1344.

(2) المرجع نفسه.

(3) القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1549.

(4) ينظر: القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1547.

2. عقد العلاج الطبي عقد إجارة (أجير مشترك وإجارة منافع):

وجد في السابق بعض الخدمات للمرضى التي يقدمها المعالجون، مثل الحجامة وكحل العين والكي وغيرها، وقد خرجوه في هذه الحالة على الإجارة، وجعلوا الطبيب أجيرا يستحق من الأجر بقدر ما يتراضى عليه مع المستأجر وهو المريض، ويمكن أن يكون عقدا لمرة واحدة أو عقدا متجددا[1].

قال السرخسي: "ولو شارط كحالا أن يكحل عينه شهرا بدرهم جاز ذلك، وكذلك الدواء في كل داء؛ لأنه عمل معلوم عند أهل الصنعة والاستئجار عليه متعارف بين الناس"[2]، وجاء في نهاية المحتاج: "ولو شرط لطبيب ماهر أجرة وأعطى ثمن الأدوية فعالجه بها فلم يبرأ، استحق المسمى إن صحت الإجارة.. وليس للعليل الرجوع عليه بشيء؛ لأن المستأجر عليه المعالجة دون الشفاء، بل إن شرطه بطلت الإجارة لأنه بيد الله تعالى.." [3].

فعقد العلاج الطبي عندما يكون إجارة فمحله هذه الخدمة التي يقدمها الطبيب له، وإن كان معها أدوية كانت الأدوية في عقد بيع مستقل[4].

3. عقد العلاج الطبي عقد جعالة:

أما إذا لم يكن ثم شراء أدوية (بيع)، ولم يكن محل العقد خدمة (إجارة) محددة (كالحجامة)، فإن التعاقد مع الطبيب يمكن أن يكون على البرء فيكون عندئذ جعالة، وقد اختلف الفقهاء في الاستطباب يكون عقد جعالة فأجازه عدد منهم[5].

الفرع الثاني: عقود العلاج الطبي المعاصرة:

كانت العلاقة بين الطبيب والمريض في السابق مباشرة بدون وسطاء، والعملية بسيطة وغير معقدة، وقد تكون بيعاً لأدوية أو استئجاراً له أو مجاعلة أو غيرها، ولكن في عصرنا الحاضرة وبعد ظهور

(1) القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1547.
(2) السرخسي، المبسوط، ج16، ص41.
(3) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، ص297.
(4) القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1547.
(5) المرجع نفسه، ص1548.

المستشفيات والعيادات تغيرت الصورة، وقد جعل العلي القري عقد العلاج الطبي في أيامنا هذه على ضربين[1]:

الأول: عقد إجارة بين المريض والطبيب؛ ومحله التشخيص الطبي، فيأتي المريض إلى طبيبه ويدفع مبلغا محددا معلوما (رسم الكشفية) مقابل أن يفحص هذا الطبيب بدنه أو يستمع إلى أسئلته وشكواه، ثم يصف له علاجا على صفة حميه أو تناول أدوية أو نحو ذلك، ويستحق الطبيب أجرته بمجرد قيامه بذلك، وليس الأجر مرتبطا بالشفاء أو تحسن صحة المريض.

الثاني: العلاج في المستشفيات؛ وتكون العلاقة التعاقدية في العلاج والرعاية الصحية بين المريض وشخصية اعتبارية هي المستشفى الذي يعمل فيه أطباء وممرضون وأخصائيو مختبر وما إلى ذلك، فالطبيب الذي يباشر علاج المريض أجير للمستشفى وليس للمريض، وهو يحصل على أجرته المقررة مقابل ما يقوم به من علاج للمرضى، لكن خدمته مقدمة للمستشفى وليس للمريض مباشرة.

فالتعاقد مع المستشفى عقد مركب من ثلاثة أطراف: المريض، والمستشفى، والطبيب، والمريض عندما ير اجع المستشفى فإنه يدخل في معاقدة مقصود منها البرء مما يشكو منه، وسواء كانت إجارة أو بيعاً أو جعالة لا يكون واضحاً عند الدخول في هذا العقد مقدار الجهد المقدم من المستشفى ومقدار الثمن الذي سينتهي إلى دفعه إليه، لأن الإنسان يدخل إلى المستشفى أو يراجعه ولا يعرف ما ينتهي به الأمر، لأن الأطباء هم الذين يحددون ما يحتاج إليه ويقرون كمية الخدمة التي سينتهي إلى دفع ثمنها.

وأختم هذا المبحث ببعض القرارات المتعلقة بالتأمين الصحي[2]:

1. قرار مجمع البحوث الإسلامية في مؤتمره الثاني بالقاهرة في المحرم 1385هـ/ مايو 1965م الذي جاء فيه:

نظام المعاشات الحكومي، وما يشبهه من نظام الضمان الاجتماعي المتبع في بعض الدول، ونظام التأمينات الاجتماعية المتبع في دول أخرى، كل هذا من الأعمال الجائزة.

(1) ينظر: القري، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1550.

(2) نقلا عن: الضرير، التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ص1378، حيث قال في مستهل حديثه: "لا أعلم خلافا بين الفقهاء المعاصرين في جواز الضمان الصحي بالمعنى الذي بينته، كما لا أعلم خلافا في جواز الضمان الاجتماعي، والتأمينات الاجتماعية التي يستند ويقوم عليها التأمين الصحي، وقد صدرت قرارات ن بعض المجامع الإسلامية بجوازها، والدعوة إلى تعميمها".

2 . قرار مجمع البحوث الإسلامية في مؤتمره الثالث المنعقد بالقاهرة في 17 من رجب 1386هـ/ 27 من أكتوبر 1966م الذي جاء فيه:

أما التأمين التعاوني والاجتماعي، وما يندرج تحتهما من التأمين الصحي ضد العجز والبطالة والشيخوخة، وإصابات العمل، وما إليها، فقد قرر المؤتمر الثاني جوازه.

3 . توصية ندوة التشريع الإسلامي المنعقدة بليبيا في ربيع الأول 1392هـ/ مايو 1972م التي جاء فيها: يجب تعميم الضمان الاجتماعي حتى تطمئن كل أسرة إلى مورد يكفل رزقها عند وفاة عائلها أو عجزه، أو غير ذلك من أسباب انقطاع الرزق لسد حاجة المحتاجين.

وجواز التأمين الصحي يستند إلى مصلحة الرعية المنوط بالراعي تحقيقها في تصرفاته، ولا نزاع في أن نظام التأمين الصحي –وسائر أنواع التأمينات الاجتماعية– فيه مصلحة للرعية، وبخاصة بالنسبة للدول الفقير التي لا تكفي مواردها لتقديم الخدمات الصحية ونحوها بالمجان.

ملخص:

– يفترق التأمين التكافلي عن التأمين التجاري؛ فمن حيث طبيعة العقد: التأمين التكافلي عقد تبرع، والتأمين التجاري عقد تجاري، ومن حيث الهدف: التأمين التكافلي هدفه تحقيق الأمان والحماية، أما التأمين التجاري فغرضه الحماية للمستأمنين، والربح للمساهمين، ومن حيث المرجعية النهائية فتنحصرالأنشطة والأعمال والعمليات التي تجري في شركات التأمين التكافلي في أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، بخلاف شركات التأمين التجاري التي تخضع إلى التشريعات والأعراف الخاصة بالتأمين في كل دولة، ومن حيث العلاقة القانونية يقوم التأمين التكافلي على أساس عقود التبرعات في الفقه الإسلامي، أما التجاري التجاري فهو عقد معاوضة قائم على احتمال الخطر؛ وغيرها من الفروقات.

– التأمين باعتباره عقدا يتكون من عدة أركان؛ منها: التعاقد على التأمين، أطراف التعاقد (المستأمن، المؤمن وغيرهما)، محل العقد ومدة العقد.

- يهدف التأمين التكافلي إلى تحقيق الأمان للمشتركين، والوقاية من المخاطر المستقبلية، والإسهام في عملية التنمية من خلال استثمار أموال المشتركين والمساهمين بصورة تمكنهم من تحقيق ربحية تعمل على الحفاظ على أموال المشتركين، وتشجيع العمل الخيري، ودعم عمليات المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية التي يمثل حاجتها للتأمين عنصرا أساسيا لممارسة عملها وتوظيف أموالها، والمساهمة في استكمال دائرة العمل الاقتصادي الإسلامي، وتوفير البديل الشرعي للتأمين أمام المسلمين، وتوفير الحماية التأمينية لأموال وأملاك من يتخوفون من الوقوع في المحظور الشرعي.

- عقد التأمين التعاوني يتضمن وجود عدد من العلاقات التعاقدية؛ تشكل بمجموعها العملية التأمينية أو ما يسمى بعقد التأمين التعاوني، وهذه العقود هي:

1. عقد ينظم العلاقة بين الشركة (المؤمن) والمشتركين (المستأمنين)– حساب التأمين على أساس **الوكالة بأجر أو بدون أجر**.

2. عقد ينظم العلاقة بين الشركة (المساهمين) وبين الأموال المتجمعة في حساب التأمين (حملة الوثائق)– رب المال على أساس **المضاربة**.

3. عقد ينظم العلاقة بين المستأمنين وحساب التأمين على أساس **التبرع أو التناهد**.

– الخلاف في التكييف الفقهي لعقد التأمين التكافلي يكمن في الخلاف في طبيعة العلاقة العقدية بين حملة وثائق التأمين أنفسهم؛ فمنهم من كيفها بأنها إلتزام بالتبرع، ومنهم من جعلها عقد هبة، وذهب آخرون إلى أنها عقد معاوضة، ومنهم من جعلها عقد تبرع فيع معنى المعاوضة وغيرها من التكييفات الفقهية المختلفة.

– إدارة العمليات التأمينية وتوظيف اشتراكات الصندوق في التأمين التكافلي تكون عن طريق صيغ متعددها؛ أشهرها: على أساس عقد المضاربة، أو عقد الوكالة –بأجر وبغير أجر–.

– التعاقد لأجل التأمين الصحي له ثلاث صور؛ الاتفاق بين المؤسسات والمستشفيات للتعهد بمعالجة الموظفين، والعقد بين الشخص وبين المستشفى، توسط شركة تأمين تجارية أو تعاونية في العلاقة بين المستفيدين.

– العلاج الطبي في القديم كان يتم على أساس عقد بيع أو الإجارة أو الجعالة بحسب الحال وطبيعة العلاقة بين المريض والطبيب تحتمل الصيغ الثلاث مستقلة أو مجتمعة وما ذلك إلا لخصوصية العلاج عن سائر الخدمات الأخرى لكون غرض المريض دائما هو البرء من المرض، وصعوبة أن يكون ذلك محلا لعقد معاوضة.

– جعل العلي القري عقد العلاج الطبي في أيامنا هذه على ضربين:

الأول: عقد إجارة بين المريض والطبيب؛ ومحله التشخيص الطبي، والثاني: العلاج في المستشفيات؛ وتكون العلاقة التعاقدية في العلاج والرعاية الصحية بين المريض وشخصية اعتبارية هي المستشفى؛ والتعاقد هنا مركب من ثلاثة أطراف: المريض، والمستشفى، والطبيب، والمريض؛ وسواء كانت إجارة أو بيعاً أو جعالة لا يكون واضحاً عند الدخول في هذا العقد مقدار الجهد المقدم من المستشفى ومقدار الثمن الذي سينتهي إلى دفعه إليه.

الفصل الثالث:

أثر التكييف الفقهي في النقود:

وفيه مبحثين:

المبحث الأول: التكييف الفقهي للأوراق المالية:

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لبعض النقود المصرفية:

تمهيد:

إن من أهم النظم التي تعارف عليها الناس في تسيير أمورهم المعيشية؛ النظام النقدي الذي سهل لهم تبادل السلع والخدمات فيما بينهم بعد أن ذاقوا صعوبات مقايضة بعضها ببعض، وقد بدأ هذا النظام بداية متواضعة تلائم الحياة البسيطة التي كان يعيش عليها الناس، فكانت السلع كالحبوب والثمار كافية لأداء دور النقود، ثم تطور النظام النقدي فاستخدم الإنسان سلعاً ذات قبول عام وقيمة ذاتية، فاستخدم المعادن الثمينة من الذهب والفضة؛ و قد مر نظام الدفع بمراحل عدة، وفيما يلي عرض موجز لتطور نظام الدفع[1]:

أ- نظام المقايضة: وهي بيع سلعة بسلعة[2]؛ وكان هذا النظام هو وسيلة الحصول على السلع والخدمات.

ب- النقود السلعية: وهي السلع التي تعارف الناس على اعتبارها وسيطا في مبادلاتهم المالية، وقد اختلف هذا الوسيط باختلاف المناطق.

ت- النقود المعدنية: وهي قطع من المعدن تعارف عليها الناس وسيطا للتبادل؛ فكانت من الذهب أو الفضة أو النحاس أو البرونز.

ث- النقود الورقية: وهي نقود من الورق. وسنتناولها بالدراسة في المبحث الأول.

ج- النقود المصرفية: وهي أوراق تجارية تصدرها البنوك؛ كالشيك والكمبيالة، اتخذت وسائل دفع جاهزة بدلاً من حمل العملة الورقية. فصارت خطوة ثانية، وفي دور تنامي السوق المالي، والتطور المطرد لشؤون الحياة، جاءت النقلة والخطوة الثالثة، باختراع وسيلة دفع جاهزة، أسرع فعالية، وأكثر من "الشيك" هي: "البطاقة الائتمانية".

ومحل البحث هنا الشيك السياحي، والبطاقة الائتمانية.

ح- النقود الالكترونية: وهي نقود ورقية تحملها وسائط إلكترونية.

خ- النقود الافتراضية: عرفها الدكتور عبد الستار أبو غدة (رئيس الهيئة الشرعية لمجموعة البركة المصرفية) بأنها: "عملات افتراضية من شخص إلى آخر، يستخدم فيها الترميز (التشفير) يمكن أن تنشأ وتتداول وتخزن وتتبادل من خلال شبكة افتراضية تقبل عملية الترميز وتعتبرها وسيلة للتبادل"[3].

---

(1) ينظر: العرياني، أسماء، العملات الافتراضية، حقيقتها وتكييفها وحكمها الشرعي، ص112.113.

(2) الجرجاني، التعريفات، ص226.

(3) أبو غدة، النقود الرقمية الرؤية الشرعية والآثار الاقتصادية، مؤتمر الدوحة الرابع للمال الإسلامي، ص12.

والمقصود بأنها مشفرة أي سرية؛ فلا أحد يستطيع معرفة كم باع البائع أو اشترى المشتري بهذه العملة، ولا كم يملك، وترجمتها بالإنجليزية cryptocurrency، ويمكن تعريفها بأنها: عملة رقمية تستخدم فيها تقنيات التشفير لتنظيم توليد وحدات العملة والتحقق من تحويل الأموال؛ وتعمل بشكل مستقل عن البنك المركزي، والعملات المشفرة اللامركزية مثل البيتكوين توفر الآن منفذا للثروة الشخصية التي تتجاوز القيود والمصادرة[1].

وقد تم بحثها في مقالي المنشور في مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية.

وهذا الفصل يشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: التكييف الفقهي للأوراق المالية:

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لبعض النقود المصرفية:

(1) أُخذ يوم 2020/02/14 على الساعة 12:58 من موقع:
https://www.lexico.com/definition/cryptocurrency

المبحث الأول:

التكييف الفقهي للأوراق النقدية:

تمهيد:

مناط الحكم في التكييف الفقهي قد يكون واضحا جليا في بعض الوقائع، بما لا يحتاج إلى جهد كبير؛ وقد يكون خفيا ودقيقا في وقائع أخرى؛ مما يحتاج إلى كثير من الجهد والبحث، ذلك أن خفاء المناط يفضي إلى اختلاف الفقهاء في تكييف المسألة والحكم عليها.

اختلف الفقهاء المعاصرون في التكييف الفقهي للأوراق النقدية على أقوال:

المطلب الأول: الأوراق النقدية سندات ديون:

الفرع الأول: وجه التكييف:

الأوراق النقدية لا تعد نقودا بحد ذاتها، فهي صكوك تثبت مديونية البنك لحاملها، وإذا تعامل الناس بهذه الأوراق فهم يتعاملون حقيقة برصيدها وتغطيتها المعدنية، وما هي إلا أدوات هذا الرصيد المعدني.

وممن قال بهذا الرأي الشيخ أحمد الحسيني[1]، والشيخ محمد الأمين الشنقيطي، والشيخ سالم بن عبد الله بن سمير[2]، والحبيب عبد الله بن سميط، وكانت عليه الفتوى لدى مشيخة الأزهر[3].

قال الشنقيطي: "اختلف الناس في الأوراق المتعامل بها هل يمنع الربا بينها وبين النقدين نظرا إلى أنها سند، وأن المبيع الفضة التي هي سند بها فيمنع بيعها ولو يدا بيد مثلا بمثل، ويمنع بيعها بالذهب أيضا ولو يدا بيد؛ لأنه صرف ذهب موجود أو فضة موجودة بالفضة غائبة، وإنما الموجود سند بها فقط فيمنع فيها لعدم المناجزة؛ بسبب عدم حضور أحد النقدين أو لا يمنع فيها شيء من ذلك؛ نظرا إلى أنها بمثابة عروض التجارة ..(وذكر الخلاف في كونها كعروض التجارة) ... والذي يظهر لي والله تعالى أعلم أنها ليست كعروض التجارة، وأنها سند بفضة وأن المبيع الفضة التي هي سند بها، ومن قرأ المكتوب عليها فهم صحة

(1) ينظر: الجاوي، رفع الالتباس عن حكم الأنواط المتعامل بها بين الناس، ص4.

(2) المرجع نفسه، ص3.

(3) ينظر: المنيع، الورق النقدي حقيقته، ص46.

ذلك، وعليه فلا يجوز بيعها بذهب ولا فضة ولو يدا بيد؛ لعدم المناجزة بسبب غيبة الفضة المدفوع سندها؛ لأنها ليست متمولة ولا منفعة في ذاتها أصلا"[1].

وأصحاب هذا الرأي أوائل من تكلم في حكم هذه الأوراق[2].

الفرع الثاني: الأثر الذي ينبني على هذا التكييف:

إن تكييف الأوراق النقدية على أنها سندات ديون يفضي إلى جملة من الأحكام الفقهية:

1. السلم:

عدم جواز كون الأوراق النقدية رأسمال السلم؛ إذ من المتفق عليه بين الفقهاء اشتراط قبض أحد العوضين في مجلس العقد[3]؛ وقبضها على هذا الرأي ليس قبضا وإنما هو بمثابة الحوالة على مصدرها وبما أن الأوراق النقدية؛ على هذا التكييف سندات ديون يؤدي إلى بطلان بيوع ما في الذمة من عروض وأثمان بهذه الأوراق لكونها وثائق بديون غائبة، لأن ذلك من قبيل بيع الكالىء بالكالىء وقد نهى النبي عنه[4].

2. الزكاة:

إن اعتبار الأوراق النقدية سندات ديون لحاملها يستلزم تطبيق حكم زكاة الدين على هذه الأوراق، وقد اختلف الفقهاء في وجوب الزكاة في الدين، هل تجب قبل قبضه أم بعده؟

فعند الحنابلة لا تجب الزكاة في الدين ما لم يقبض[5].

3. الصرف:

عدم جواز صرفها بالذهب والفضة ولو يدا بيد؛ لأن من شروط الصرف التقابض في مجلس العقد، وتكييف الأوراق النقدية سندات ديون يمنع من التقابض في المجلس[6].

(1) ينظر: الشنقيطي، أضواء البيان، جـ1، ص182.181.

(2) ينظر: حسن، الأوراق النقدية، ص172.

(3) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، كتاب السلم، جـ3، ص218، الكاساني، بدائع الصنائع، جـ5، ص202، الشربيني، مغني المحتاج، الشربيني، جـ3، ص4، وابن رجب، القواعد، ص71.

(4) ينظر: المنيع، الورق النقدي حقيقته، ص49.48.

(5) ينظر: البهوتي، كشاف القناع، جـ2، ص172، وابن قدامة، المغني، جـ3، ص71.70.

(6) ينظر: المنيع، الورق النقدي، ص48.

المطلب الثاني: الأوراق النقدية عرض من عروض التجارة:

الفرع الأول: شرح التكييف:

الأوراق النقدية بمنزلة العروض والسلع؛ وليس لها صفة الثمنية؛ إذ هذه الصفة قاصرة على الذهب والفضة.

وهو قول: الشيخ عبد الرحمن السعدي[1]، والشيخ حسن أيوب[2]، والشيخ عليش المالكي، وعليه كثير من متأخري المالكية[3].

يقول الشيخ عبد الرحمن السعدي: "فحيث تقرر وعلم لكل أحد أن الأنواط ليست بنفسها ذهبا ولا فضة، وأنه لا يمكن أن يتحقق فيها ما شرطه الشارع في الذهب والفضة من جهة الوزن، تعين القول بأنها بمنزلة العروض، وبمنزلة الفلوس المعدنية وأنه لا يضر فيها وفي المعاملة بها الزيادة والنقص والقبض في المجلس أو عدمه، مع ما في هذا القول من التوسعة على الخلق، والمشي على أصول الشريعة المبنية على اليسر والسهولة ونفي الحرج وتوسيع ما يحتاج إليه الخلق في عاداتهم ومعاملاتهم"[4].

ويقول الشيخ حسن أيوب: "إن الأوراق المالية لا تأخذ حكم الذهب والفضة في التعامل بها؛ أعني لا تنطبق عليها أحكام الصرف... ويجوز أن تعامل معاملة عروض التجارة؛ فيجوز على هذا أن تبيع ورقة مالية بأخرى سواء زاد سعر الأخرى أو نقص، وسواء حصل التقابض بين الطرفين في المجلس، أو تأخر أحدهما فلم يقبض حقه إلا بعد مدة طويلة أو قصيرة. الممنوع ألا يحصل تقابض من أحدهما، لأن ذلك يعتبر بيع دين بدين وهو ممنوع في جميع أنواع النقود، وجميع أنواع السلع"[5].

الفرع الثاني: الأثر الذي ينبني على هذا التكييف:

1. الربا: لا يجري فيها لا ربا الفضل ولا ربا النسيئة، فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا، كما يجوز بيع بعضها ببعض نسيئة، فلا تجري عليها أحكام الصرف لأنها ليست ذهبا، ولا فضة[6].

(1) ينظر: الفتاوي السعدية، ص313 ومابعدها.

(2) ينظر: السالوس، النقود واستبدال العملات، ص71 وما بعدها؛ في رده على الشيخ حسن أيوب.

(3) ينظر: الدبيان، المعاملات المالية، ج12، ص47.

(4) الفتاوى السعدية، ص318.

(5) مقال حسن أيوب؛ نقلا عن السالوس: النقود واستبدال العملات، ص56.

(6) الدبيان، المعاملات المالية، ج12، ص49.

2. الزكاة:

لا تجب الزكاة في هذه الأوراق مالم تعد للتجارة، لأن من شروط وجوب الزكاة في عروض التجارة؛ نية التجارة[1].

3. السلم:

لا يجوز أن تكون رأس مال في عقد السلم لدى من يقول باشتراط أن يكون رأس مال السلم نقدا؛ من ذهب أو فضة أو غيرهما من أنواع النقد؛ لأن الأوراق النقدية بمقتضى هذا التكييف عروض وليست أثمانا[2].

المطلب الثالث: أنها ملحقة بالفلوس[3]:

الفرع الأول: مستند التكييف:

ذهب أصحاب هذا القول إلى تكييف النقود الورقية على النقود المعدنية الرخيصة؛ والفلوس[4] في طروء الثمنية عليها، واختلفوا في الأحكام الفقهية المترتبة عن هذا التكييف: فمنهم من أعطاها أحكام الفلوس، ومنهم من أعطاها أحكام النقدين[5].

ويقصدون بقولهم أن الأوراق النقدية تشبه الفلوس من حيث: رواجها، وطروء الثمنية عليها، فكلاهما نقد اصطلاحي، وكلاهما ليس ذهبا ولا فضة؛ إلا أنهم اختلفوا في مقتضيات هذا القول كما اختلفوا في

(1) ينظر: حاشية الدسوقي، جـ1، ص472، ابن رشد، بداية المجتهد، جـ2، ص31، الكاساني، بدائع الصنائع، جـ2، ص21، وابن قدامة، المغني، جـ3، ص58.

(2) ينظر: الذبيان، المعاملات المالية، جـ12، ص49.

(3) كل ما يتخذه الناس ثمنا من سائر المعادن عدا الذهب والفضة، ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، جـ5، ص236؛ حيث قال: "لأنها وإن لم تكن في الوضع ثمنا فقد صارت ثمنا باصطلاح الناس"، وأبي يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص179؛ في قوله: "إن كان شيئا قد اصطلحوا عليه فيما بينهم، مثل الفلوس التي قد اصطلح الناس عليها".

(4) ويجدر التنبيه على أن مصطلح فلوس في زماننا يطلق واقعا وعرفا على جميع النقود ورقية أو معدنية، وأصبح الفلس يمثل جزءا من الدينار والدرهم في عدة عملات جملة من البلاد العربية، إذ أن قيمة الفلس مرتبطة بقيمة.

الموسوعة الفقهية الكويتية، جـ23، ص204، الهامش.

(5) ينظر: حسن، الأوراق النقدية، 180.

الفلوس: فمن اعتبر الفلوس عروضا اعتبر النقود عروضا (فيكون هذا القول يرجع إلى القول السابق بأنها عروض)، ومن اعتبر الفلوس أثمانا ألحق الأوراق النقدية بالنقدين[1].

وهو قول: الشيخ ابن عثيمين رحمه الله[2].

وقد اختلف العلماء في الفلوس والخلاف فيها إذا كانت رائجة، أما إذا كانت الفلوس كاسدة؛ فلها حكم العروض باتفاق الفقهاء، فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفلوس كالعروض فلا تجب الزكاة فيها إلا إذا عرضت للتجارة، وذهب الحنفية إلى أن الفلوس الرائجة تجب فيها الزكاة مطلقا كالذهب والفضة، لأنها أثمان مطلقا، فإذا كسدت عدت عروضا فلم تجب فيها الزكاة إلا إذا عرضت للتجارة، والمذهب عند المالكية أنه لا زكاة في الفلوس النحاسية[3].

وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته أن: "الفلوس إن كانت أثمانا رائجة أو سلعا للتجارة تجب الزكاة في قيمتها وإلا فلا"[4].

الفرع الثاني: أثر الخلاف:

وطبقا لاختلافهم فيها اختلفوا في الأثر الذي ينبني على هذا القول[5]:

- فمن اعتبر الفلوس عروضا اعتبر النقود عروضا، فيكون هذا القول يرجع إلى القول السابق بأنها عروض.

- ومن اعتبر الفلوس أثمانا ألحق الأوراق النقدية بالنقدين في وجوب الزكاة، وجريان ربا النسيئة فيها، إلا أنه لم يلحقها بالنقدين في ربا الفضل، فأجاز بيع بعضها ببعض متفاضلاً إذا كان يدا بيد.

(1) ينظر: الذبيان، المعاملات المالية، ج12، ص50.

(2) نسبه إليه الدبيان: ج12، ص50، المعاملات المالية، نقلا عن الشرح الممتع، ج8، ص405.

(3) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج1، ص455، البهوتي، كشاف القناع، ج2، ص235، السيوطي، مطالب أولي النهى، ج2، ص89، والشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص369.

(4) ابن عابدين، ج2، ص300.

(5) ينظر: الدبيان، المعاملات المالية، ج12، ص50، والموسوعة الفقهية الكويتية، ج32، ص206.

المطلب الرابع: أنها بدل عن الذهب والفضة:

الفرع الأول: أصحاب هذا القول:

الأوراق النقدية بدل عن الذهب والفضة، وقد ذهب إلى هذا القول جماعة من أهل العلم، منهم؛ الشيخ عبد الرزاق عفيفي، عضو هيئة كبار العلماء بالسعودية في وقته[1]، والشيخ حسنين مخلوف، واختار هذا القول الشيخ أحمد الساعاتي[2]، ومحمد رشيد رضا[3] ، والدكتور يوسف القرضاوي[4].

الفرع الثاني: الأثر المترتب على هذا التكييف[5]:

يترتب عن هذا القول عدة آثار منها:

1. الربا:

يجري الربا بنوعيه في الأوراق النقدية، ربا الفضل وربا النسيئة.

2. الزكاة:

ثبوت الزكاة فيها متى بلغت قيمتها مائتي درهم فضة، أو عشرين مثقالا ذهبا، إذا استكملت شروط وجوب الزكاة في النقدين؛ مع ملاحظة أن ما كان بدلا عن ذهب، فلا تجب زكاته حتى تبلغ ثمنيته نصاب الذهب، وما كان بدلا عن فضة فلا تجب زكاته حتى تبلغ ثمنيته نصاب الفضة.

3. السلم:

جواز السلم بها.

4. الصرف:

اعتبارها بغض النظر عن أشكالها وأسمائها وجنسياتها متفرعة عن جنسين هما الذهب والفضة، فماكان عن ذهب فله حكم الذهب وما كان عن فضة فله حكم الفضة.

فإذا اتفق نوعان من الورق النقدي متفرعان عن ذهب أو فضة؛ فيمتنع التفاضل بينهما.

(1) الذبيان، المعاملات المالية، جـ12، ص54.

(2) ينظر: الساعاتي، الفتح الرباني في ترتيب مسند الشيباني، جـ8، ص250.

(3) رشيد رضا، مجلة المنار، جـ12، ص909.

(4) ينظر: القرضاوي، فقه الزكاة، جـ1، ص270.

(5) ينظر: المنيع، الورق النقدي، ص80.

وإذا اتفق جنسان من الورق النقدي أحدهما متفرع عن ذهب والثاني متفرع عن فضة، جاز فيهما التفاضل؛ إذا كان يدا بيد.

المطلب الخامس: الأوراق النقدية نقد مستقل قائم بذاته:

الفرع الأول: شرح التكييف:

المقصود بأن الأوراق النقدية نقد مستقل أنه لا هو متفرع عن الذهب والفضة، ولا هو كالفلوس أو العروض، وإنما هو مرحلة متطورة من مراحل النقود، فقد كانت النقود في بدايتها نقودا سلعية، ثم تحولت إلى نقود معدنية، ثم صارت نقودا ورقية؛ وكل نوع من هذه الأنواع يختلف عن النوع الآخر في طبيعته وماهيته، والقاسم المشترك بينها هو تعارف الناس على جعلها وحدة للحساب ووسيطا للتبادل[1].

والعملات الورقية أجناس تتعدد بتعدد جهات إصدارها، فكما أن الذهب والفضة جنسان، لاختلاف أحدهما عن الآخر في قيمتهما الذاتية، فكذلك العملات الورقية أجناس لاختلاف بعضهما عن بعض فيما تقدرها به جهات إصدارها، وفيما تتخذه من أسباب لقبولها وإحلال الثقة بها، وفيما تكون عليه هذه الجهات من قوة وضعف وسعة سلطان وتقلصه[2].

وهذا التكييف هو قول: عبد الله بن سلمان منيع[3]، وذبيان الذبيان[4]، وهيئة كبار العلماء[5]، فقد نصت هيئة كبار العلماء على ما يلي: "... حيث إن الثمنية متحققة بوضوح في الأوراق النقدية؛ لذلك كله فإن هيئة كبار العلماء تقرر بأكثريتها: أن الورق النقدي يعتبر نقدا قائما بذاته كقيام النقدية في الذهب والفضة وغيرها من الأثمان، وأنه أجناس تتعد بتعدد جهات الإصدار"[6].

(1) ينظر: حسن، الأوراق النقدية، ص209.

(2) المنيع، الورق النقدي، ص125.

(3) المرجع نفسه.

(4) ينظر: الذبيان، الأوراق النقدية، نشأتها، وتطورها وجريان الربا فيما بينها، مجلة القصيم.

(5) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء، ج1، ص92.

(6) المرجع نفسه.

الفرع الثاني: الأثر المترتب على هذا التكييف:

يمكن تلخيص أثر هذا القول بما جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، فبعد اطلاعه على البحث المقدم إليه في موضوع العملة الورقية، وأحكامها من الناحية الشرعية، وبعد المناقشة والمداولة بين أعضائه، قرر ما يلي:

أولاً: أنه بناء على أن الأصل في النقد هو الذهب والفضة وبناء على أن علة جريان الربا فيهما هي مطلق الثمنية في أصح الأقوال عند فقهاء الشريعة، وبما أن الثمنية لا تقتصر عند الفقهاء على الذهب والفضة، وإن كان معدنهما هو الأصل، وبما أن العملة الورقية قد أصبحت ثمناً، وقامت مقام الذهب والفضة في التعامل بها، وبها تقوم الأشياء في هذا العصر، لاختفاء التعامل بالذهب والفضة، وتطمئن النفوس بتمولها وادخارها ويحصل الوفاء والإبراء العام بها، رغم أن قيمتها ليست في ذاتها، وإنما في أمر خارج عنها، وهو حصول الثقة بها، كوسيط في التداول والتبادل، وذلك هو سر مناطها بالثمنية، وحيث أن التحقيق في علة جريان الربا في الذهب والفضة هو مطلق الثمنية، وهي متحققة في العملة الورقية، **لذلك كله**؛ فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي يقرر:

أولا: أن العملة الورقية نقد قائم بذاته، له حكم النقدين من الذهب والفضة، فتجب الزكاة فيها، ويجري الربا عليها بنوعيه ، فضلاً ونسياً، كما يجري ذلك في النقدين من الذهب والفضة تماماً، باعتبار الثمنية في العملة الورقية قياسا عليهما، وبذلك تأخذ العملة الورقية أحكام النقود في كل الالتزامات التي تفرضها الشريعة فيها.

ثانياً: يعتبر الورق النقدي نقداً قا ئماً بذاته كقيام النقدية في الذهب والفضة وغيرهما من الأثمان، كما يعتبر الورق النقدي أجناساً مختلفة، تتعدد بتعدد جهات الإصدار في البلدان المختلفة، بمعنى أن الورق النقدي السعودي جنس، وأن الورق النقدي الأمريكي جنس، وهكذا كل عملة ورقية جنس مستقل بذاته، وبذلك يجري فيها الربا بنوعيه فضلاً ونسياً، كما يجري الربا بنوعيه في النقدين الذهب والفضة وفي غيرها من الأثمان

وهذا كله يقتضي ما يلي:

أ- لا يجوز بيع الورق النقدي بعضه ببعض أو بغيره من الأجناس النقدية الأخرى من ذهب أو فضة أو غيرهما، نسيئة مطلقاً، فلا يجوز مثلاً بيع ريال سعودي بعملة أخرى متفاضلاً نسيئة بدون تقابض.

ب- لا يجوز بيع الجنس الواحد من العملة الورقية بعضه ببعض متفاضلاً، سواء كان ذلك نسيئة أو يداً بيد، فلا يجوز مثلاً بيع عشرة ريالات سعودية ورقاً، بأحد عشر ريالاً سعودية ورقاً، نسيئة أو يداً بيد.

ت- يجوز بيع بعضه ببعض من غير جنسه مطلقاً، إذا كان ذلك يداً بيد، فيجوز بيع الليرة السورية أو اللبنانية، بريال سعودي ورقاً كان أو فضة، أو أقل من ذلك أو أكثر، وبيع الدولار الأمريكي بثلاث ريالات سعودية أو أقل من ذلك أو أكثر إذا كان ذلك يداً بيد، ومثل ذلك في الجواز بيع الريال السعودي الفضة، بثلاثة ريالات سعودية ورق، أو أقل من ذلك أو أكثر، يداً بيد لأن ذلك يعتبر بيع جنس بغير جنسه، ولا أثر لمجرد الاشتراك في الاسم مع الاختلاف في الحقيقة.

ثالثاً: وجوب زكاة الأوراق النقدية إذا بلغت قيمتها أدنى النصابين من ذهب أو فضة، أو كانت تكمل النصاب مع غيرها من الأثمان والعروض المعدة للتجارة.

رابعاً: جواز جعل الأوراق النقدية رأس مال في بيع السلم، والشركات[1].

(1) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة الإصدار الثالث، قرارات الدورة الخامسة، القرار السادس حول العملة الورقية، ص113 وما بعدها.

المبحث الثاني:

تكييف بعض أنواع النقود المصرفية:

بعد دراستنا في المبحث الأول الأوراق النقدية والخلاف في تكييفها وما ينبني على هذا الخلاف من آثار؛ جعلنا المبحث الثاني لدراسة نوعين من أنواع النقود المصرفية؛ فبعد الأوراق النقدية اتخذت المصارف وسائل دفع جاهزة متمثلة في الشيكات ثم البطاقة الإئتمانية.

وسنتناول في المطلب الأول التكييف الفقهي للشيك؛ وأخص بالذكر الشيك السياحي، وفي المطلب الثاني التكييف الفقهي لبطاقة الإئتمان وأهم صورها.

المطلب الأول: التكييف الفقهي للشيك السياحي:

الفرع الأول: تعريف الشيك وأركانه وأنواعه:

1. **لغة:** أمر صادر إلى مصرف من شخص له حساب فيه، يكلفه دفع مبلغ من النقود عند الاطلاع لشخص معين أو لأمر شخص معين أو لحامله[1].
2. **اصطلاحا:** سند إئتماني مكتوب وفق أوضاع حددها العرف، يتضمن أمرا غير مشروط، يوجهه الساحب إلى البنك الذي يودع فيه نقوده، يطلب فيه أن يدفع بمجرد الاطلاع مبلغا معينا لشخص معين أو لإذنه أو لحامله[2].
3. **أركان الشيك:** يتضمن الشيك ثلاثة أطراف هي[3]:

الطرف الأول؛ الساحب: وهو الذي يصدر الشيك ويوقعه.

والطرف الثاني؛ المسحوب عليه: وهو الشخص الموجه إليه الأمر؛ وفي الغالب البنك.

والطرف الثالث؛ المستفيد: وهو الذي يدفع له مبلغ الشيك أو لإذنه.

4. **أنواع الشيك:**

يتنوع الشيك لأنواع عديدة منها[4]:

---

(1) المعجم الوسيط، ج1، ص504.

(2) الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص474.

(3) شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص243.

(4) ينظر: قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضوابط الشرعية للشيكات، المرفق (1) للقرار (29).

- **الشيك الشخصي**: أداة دفع مالية يُحرر وفقاً لشكل معين، يتضمن أمراً صادراً من الساحب إلى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين من النقود إلى المستفيد بمجرد الاطلاع.
- **الشيك المصرفي**: شيك يصدر من البنك بناء على طلب العميل لمستفيد، يصرف من مصدره أو وكلائه أو مراسليه.
- **الشيك المصدق**: شيك شخصي يتضمن مصادقة البنك على صحة توقيع الساحب ووجود رصيد كاف في حسابه للوفاء بقيمة ذلك الشيك للمستفيد.
- **الشيك السياحي**: أداة دفع مالية عالمية القبول، يصدر عن مؤسسات مالية بفئات متفاوتة، ويلتزم مصدره بالوفاء بقيمته لقابله بعد مطابقة توقيع حامله لتوقيعه المدون على الشيك.
- **الشيك المسطر**: هو شيك شخصي يتميز بوجود خطين متوازيين على صدر الشيك لإلزام البنك المسحوب عليه بعدم الوفاء بقيمة ذلك الشيك إلا لأحد عملائه، أو إلى بنك آخر.
- **الشيك المقيد في الحساب**: هو شيك يُحرر وفق الشكل العادي للشيك، يضيف إليه الساحب أو الحامل عبارةً تفيد عدم جواز الوفاء بقيمته نقداً بل عن طريق القيود الكتابية.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للشيك وماينبني عليه من آثار:

بعد تعريف الشيك وبيان أنواعه وأركانه، نتناول في هذا الفرع التكييف الفقهي للشيك وما ينبني على هذا التكييف من آثار.

تم تكييف الشيكات بأن لها حكم النقود التي أصدرت بها؛ لأن لها قبولا عاما وتؤدي وظائف النقود، ويعتبر قبضها في قوة قبض محتواها من النقود، ما لم يدل العرف على خلاف ذلك[1].

والشيكات تعتبر في نظر الناس وعرفهم وثقتهم بمنزلة النقود الورقية، ويجري تداولها بينهم كالنقود تظهيرا وتحويلا، وهي محمية في قوانين جميع الدول، من حيث إن سحب الشيك على جهة ليس للساحب فيها رصيد يفي بقيمة الشيك المسحوب يعتبر جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات في الدول جميعا، فإذا

(1) ينظر: قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضوابط الشرعية للشيكات، المرفق (1) للقرار (29).

نظرنا إلى هذه الاعتبارات يمكن القول معها بأن تسليم المصرف الوسيط شيكا بقيمة ما قبض من طالب التحويل يعتبر بمنزلة دفع بدل الصرف في المجلس؛ أي أن قبض ورقة الشيك كقبض مضمونه[1].

الفرع الثالث: تعريف الشيك السياحي وتكييفه الفقهي:

أولا: تعريف الشيك السياحي باعتباره لقبا:

يعتبر الشيك السياحي من النوازل الاقتصادية ويسمى أيضا شيكات المسافرين، وقد ذكر العلماء المعاصرون عدة تعريفات له، منها:

1. شيكات تصدرها المصارف بقيم متفاوتة على فروعها، أو على مراسليها من المصارف في الخارج لمصلحة المسافر الذي يستطيع الحصول على قيمتها بمجرد عرضها للوفاء لدى أي فرع من فروع المصرف المصدر، أو لدى مراسليه من المصارف الأخرى في البلاد التي يتوجه إليها[2].

2. هو عبارة عن كتاب اعتماد، وهذا النوع من الشيكات تبيعه معظم المصارف للأشخاص الذين لا يرغبون في حمل نقود، أو أوراق مالية قابلة للتداول أثناء سفرهم من مكان إلى آخر، وهذا الشيك يوقعه صاحبه مرة عندما يشتريه من المصرف، ومرة أخرى عندما يريد أن يدفع به أو يسدد به مبلغًا من المال، وذلك بحضور الشخص الذي يدفع إليه، وبهذه الطريقة لا يمكن أن يستفيد أحد من الشيك إلا صاحبه[3].

ثانيا: نشأته:

يذكر الأستاذ علي جمال الدين عوض أن أول نشأته كانت عام 1891م؛ وذلك بسبب رحلة قام بها رئيس شركة أمريكان إكسبرس للسياحة إلى أوروبا، فصادفته فيها متاعب راجعة إلى كيفية حصوله على مال يقوم بشئون حياته في هذه الرحلة، فابتكر نظام الشيكات السياحية حتى ذاع استعمالها، فأصبحت البنوك تصدر شيكات سياحية قابلة للصرف لدى جميع البنوك الأخرى، وقد ذكر أيضا أن الصورة الغالبة للشيك هو أن يصدر الشيك بفئات نقدية معينة، وعلى الصك مكان يوقع فيه العميل عند استلام الشيك ومكان آخر يوقع فيه عند قبض قيمته أمام البنك، الذي يدفع هذه القيمة ليتحقق من تطابق التوقيعين،

(1) ينظر: المنيع، بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي، جـ1، بحث في أن قبض الشيك قبض لمحتواه، ص225.226، والثبيتي، القبض، تعريفه، أقسامه، صوره وأحكامها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، ص493.

(2) الخثلان، أحكام الأوراق التجارية، ص144.

(3) الدبيان، المعاملات المالية، جـ2، ص503.

ومن أن الذي يستوفي القيمة هو ذات المستفيد الذي تسلم الشيك ممن أصدره وتنفيذه بطريق المقاصة[1]، إضافة إلى أن كثيرا من الشراح يستبعد الشيك السياحي من تعريف الشيك إذا تخلف بيان من البيانات اللازمة للشيك؛ وهو أمر غالب حيث لا يتضمن تاريخ السحب ومكان الإصدار واسم المسحوب عليه، كما ينكر عليه وصف السند الإذني أو السند لحامله كما يعرفه القانون التجاري إذ هو لا يتضمن تعهد البنك بالدفع حتى ولو تضمن أمرا للمسحوب عليه، لأن تعهد الساحب ضمنا بالوفاء عند تخلف المسحوب عليه لا يكفي لاعتبار الورقة سندا تجاريا صرفيا، كما أن وظيفة الشيك السياحي تختلف عن وظيفة السند الإذني أو السند للحامل؛ لأن الشيك السياحي يستهدف مجرد نقل النقود ولا يستخدم أداة للأثمان، وهي الوظيفة الأساسية للسندات التجارية، فالشيك السياحي ورقة ابتكرها العرف وأقر حكمها بعيدا عن الأحكام التي وضعها التشريع للأوراق التي قد تشتبه بها[2].

ثالثا: التكييف الفقهي للشيك السياحي:

اختلفت وجهة نظر الباحثين المعاصرين حول التكييف الشرعي للسيك السياحي؛ فمنهم من اعتبره من باب **السفتجة**[3]، ومنهم من اعتبره من باب **الحوالة**[4]، ومنهم من اعتبره من باب **الوكالة**[5]، ومنهم من اعتبره **إجارة**؛ وتفصيل ذلك فيما يلي:

(1) المقاصة عند الفقهاء إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه، ينظر: حاشية الدسوقي، جـ3، ص227.

(2) ينظر: المنبع، حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه؟ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ص510.509، وعبد الغفار، التكييف الفقهي للشيك السياحي، ص818؛ نقلا عن: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، علي جمال الدين عوض، ص927.

(3) **السفتجة**: الكتاب الذي يرسله المقترض لوكيله ببلد ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه ببلده، حاشية الدسوقي، جـ3، ص226.225، أو هي إقراض لسقوط خطر الطريق، فكأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، جـ5، ص350.

(4) **الحوالة**: تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، جـ4، ص252، أو هي: نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، جـ3، ص3.

(5) **الوكالة**: إقامة الإنسان غيره مقامه في تصرف معلوم، فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط، ابن الهمام، فتح القدير، جـ7، ص500، أو هي: عبارة عن إذن في تصرف يملكه الإذن فيما تدخله النيابة، المرداوي، الانصاف، جـ13، ص435.

1. تكييف الشيك السياحي على أنه سفتجة:

ووجه هذا التكييف التشابه الكبير بين السفتجة والشيكات السياحية؛ في تعريفها، وفي فائدتها، وفي الغرض منها؛ فكلاهما الغرض منه السلامة من خطر الطريق وحفظ المال وصيانته من الأخطار التي قد تلحقه عند السفر؛ ويمكن اعتبار الشيك السياحي سفتجة ولكن بخصائص وسمات معينة[1].

وذهب إلى ذلك كل من: الدكتور سعد الخثلان والدكتور جيهان عبد الغفار (أستاذ الفقه المقارن المساعد بكلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور).

2. تكييف الشيك السياحي على أنه حوالة:

ووجه ذلك اعتباره وثيقة بدين (وليس ورقة نقدية) تقضي بإحالة محتواه من ذمة ساحبه إلى ذمة المسحوب عليه، مع بقاء مسؤولية ساحبه حتى سداده، كذلك لا ينبغي سحبه إلا على من لديه مقابل وفائه، ولا يلزم لاعتباره شيكا قبول المسحوب عليه؛ وهذه الخصائص هي خصائص الحوالة[2].

وذهب إلى هذا التكييف: الدكتور عبد الله المنيع.

3. تكييف الشيك السياحي على أنه وكالة:

ووجه ذلك أن هذه المعاملة فيها عدة توكيلات[3]؛ منها:

أ. من طالب التحويل إلى المصرف القابض للمال، فالعميل قد وكل البنك في نقل النقود المودعة بأجرة معلومة، فيكون ذلك من باب الوكالة بأجر (وهي جائزة شرعا[4]).

ب. البنك القابض للمال يوكل البنك الآخر إذا لم يكن فرعا له في دفع المال.

4. تكييف الشيك السياحي على أنه إجارة على نقل النقود:

فنقل النقود هو المقصود من العملية من بدايتها؛ والمصرف يتخذ الوسيلة التي ينفذ بها هذا العقد؛ ومن الوسائل التي تحقق للمصرف مقصدة الشيك[5].

---

(1) ينظر: الخثلان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، ص148، وعبد الغفار، التكييف الفقهي للشيك السياحي، ص824.

(2) ينظر: المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص449.450.

(3) ينظر: الجعيد، أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، ص323.

(4) ينظر: حاشية الدسوقي، ج3، ص397، المرداوي، الإنصاف، ج13، ص557، والنووي، روضة الطالبين، ج4، ص337.

(5) الجعيد، أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، ص328.329.

وذهب إلى ذلك: ستر الجعيد في رسالته للماجستير.

5. لها حكم النقود التي أصدرت بها:

وهذا التكييف جاء ضمن قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد في جلستها (الثالثة والعشرين بعد المائتين)، المنعقدة يوم الاثنين1426/07/24هـ الموافق 2005/08/29م، في مدينة الرياض بالمقر الرئيسي للبنك[1]؛ والهيئة الشرعية كانت متكونة من:

الدكتور عبد الله بن موسى العمار، الدكتور عبد العزيز الفوزان، الدكتور يوسف الشبيلي، والدكتور محمد العصيمي؛ وقد قررت الهيئة ما يلي:

تكيف الشيكات على أن لها حكم النقود التي أصدرت بها، لأن لها قبولا عاما وتؤدي وظائف النقود، ويعتبر قبضها في قوة قبض محتواها من النقود، ما لم يدل العرف على خلاف ذلك؛ وينبني على ذلك ما يلي:

أ. إذا كان البنك يشتري الشيكات السياحية من الشركة المصدرة ويبيعها على العملاء فيجب مراعاة قواعد الصرف عند شرائه من الشركة المصدرة وبيعه على العملاء وإعادة شرائه منهم؛ وعليه:

– فإذا كانت المبادلة بنقد من جنس العملة التي أصدر بها الشيك فيجب حينئذ التقابض والتماثل.

– وإذا كانت المبادلة بنقد من غير جنس العملة التي أصدر بها الشيك فيجب حينئذ التقابض فقط، ويكون سعر الصرف حسب ما يتفقان عليه.

ب. إذا كان البنك وكيلا عن الشركة المصدرة للشيكات السياحية في بيعها على العملاء فيجوز له أن يأخذ أجرا على هذه الوكالة سواء أكان الأجر مبلغا مقطوعا أم نسبة عن كل شيك، وفي هذه الحال يجوز للبنك أن يأخذ من الشركة المصدرة للشيكات السياحية حوافز مقابل التوسط بينها وبين العميل، كما يجوز للبنك أن يربح من عملية المصارفة إذا اشتراها العميل بعملة غير عملة الشيك السياحي.

(1) ينظر: قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضوابط الشرعية للشيكات، المرفق (1) للقرار (29).

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لبطاقات الائتمان:

إن التعامل ببطاقات الائتمان يتم من خلال نظام متكامل تدخل فيه أطراف متعددة وتنشأ فيه علاقات مختلفة، وتترتب رسوم وعمولات شتى على إعطاء البطاقة أو استخدامها للدفع، أو السحب النقدي، أو قبول التاجر بين المتعاقدين بها، ولعل الشكل الأنسب لبحث موضوع بطاقات الائتمان من الناحية الشرعية توجيه النظر إلى (العلاقات) بين الأطراف الأساسية الثلاثة فيها، وهم: مصدر البطاقة، وحاملها، وقابلها، بالرغم من وجود أطراف أخرى ثانوية من حيث التأثير الشرعي[1].

وفيما يلي بيان ذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة بطاقة الائتمان:

أولا: تعريف بطاقة الائتمان اصطلاحا:

عرفت بطاقة الائتمان بعدة تعريفات أذكر منها:

1. ما جاء في قرار مجمع الفقه الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9-14 مايو 1992م، قرار رقم: 7/1/65؛ بطاقة الائتمان هي مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري – بناء على عقد بينهما- يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند، دون دفع الثمن حالًا لتضمنه إلتزام المصدر بالدفع، ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف.

2. تعريف دبيان بن محمد الدبيان، فقد عرفها: بأنها أداة دفع وسحب ائتماني غير إلزامية وذات صلاحية محددة وسقف محدود، وغير قابلة للتحويل يصدرها بنك تجاري أو مؤسسة مالية تمكن حاملها من الشراء بالآجل على ذمة مصدرها، ومن الحصول على النقد اقتراضا من مصدرها، أو من غيره بضمانه، وتمكنه من الحصول على خدمات خاصة[2].

(1) ينظر: أبو غدة، بطاقات الائتمان، تصورها، والحكم الشرعي عليها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشر، ص1316.

(2) الدبيان، بطاقات الائتمان والتكييف الفقهي، مجلة القصيم، ص36.

ثانيا: أنواع بطاقة الائتمان:

تتنوع بطاقة الائتمان إلى ثلاثة أنواع[1]؛ وهي:

بطاقات السحب الفوري DEBIT CARD.

بطاقة الخصم الدوري (الشهري) CHARGE CARD.

بطاقة الائتمان CREDIT CARD.

1. بطاقة السحب الفوري DEBIT CARD:

هذا النوع من البطاقات يسمى أيضا الصرف الآلي A.T.M. وهي تصدر للعملاء الذين يحتفظون بحسابات جارية أو توفير استثماري لدى البنك المصدر للبطاقة، بحيث يستطيع العميل حامل البطاقة استخدامها على مدار الساعة للسحب النقدي فقط، ومن خلال الأجهزة التابعة للبنك المصدر بالغالب.

2. بطاقة (الخصم الخاص) CHARGE CARD:

وهي بطاقة تمكن حاملها من استخدامها بعمليات الشراء المختلفة، وتلقي الخدمات في شتى أنحاء العالم، إضافة إلى عمليات السحب النقدي من خلال الأجهزة التابعة للبنوك المصدرة في جميع أنحاء العالم؛ والأصل في هذه البطاقة توافر الرصيد الكافي لخصم ما تم سحبه أو الشراء به، ومعظم البطاقات التي أصدرتها بنوك إسلامية هو من هذا النوع، وبالرغم من ذلك تسمى هذه البطاقة (بطاقة ائتمان) وأحيانا (بطاقة اعتماد) مع أنها ليس فيها في الواقع ائتمان؛ إلا في حالات استثنائية حين يتجاوز استخدام حاملها مقدار رصيده لدى البنوك ويوافق البنك على تنفيذ العملية، فيكون دفعه ما زاد عن الرصيد قرضا حسنا من البنك الإسلامي المصدر إلى حامل البطاقة، يطالبه البنك بأدائه عاجلا.

3. بطاقة الائتمان CREDIT CARD:

وهي تتصف بنفس مواصفات ومزايا وصلاحيات بطاقة الخصم الشهري أو الاعتماد، غير أن العميل حامل هذا النوع من البطاقات لا يلزم أن يكون لديه حساب لدى البنك المصدر، وفي حالة وجود حساب للعميل لا يشترط توافر الرصيد لخصم ما عليه من مبالغ الاستخدام، حيث يكون قد تم الاتفاق بين العميل

(1) ينظر: أبو غدة، بطاقات الائتمان، تصورها، والحكم الشرعي عليها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1313.1314.

والبنك المصدر على إعطائه سقفا كالحساب الجاري يستطيع استخدام البطاقة به وبالتالي إضافة الفوائد المترتبة على ذلك (في حال عدم الالتزام بالأحكام الشرعية).

ثالثا: أطراف البطاقة الائتمانية:

يدور التعامل ببطاقة الائتمان بين ثلاثة أطراف رئيسة[1]، وطرفان غير رئيسيين وهاته الأطراف هي:

الطرف الأول: الجهة المصدرة للبطاقة؛ أو وكيلها المحلي، وهو المصرف أو المؤسسة التي تصدر البطاقة بناء على ترخيص معتمد، ويرتبط مصدر البطاقة مع حاملها بعقد يلتزم بمقتضاه إصدار بطاقة مقبولة كوسيلة للوفاء لدى عدد كبير من المحلات التجارية، ويقوم بالسداد والضمان نيابة عن حامل البطاقة للتاجر، **ومنفعتها** تكون في توفير بعض الإيرادات (رسوم الاشتراك السنوي لكل بطاقة يدفعها العميل، ونسبة مئوية من قيمة الفواتير، تدفعها المنشآت التجارية).

الطرف الثاني: المستهلك؛ حامل البطاقة، وهو عميل البنك الذي صدرت البطاقة باسمه، ويلتزم لمصدرها بالوفاء بكل ما ينشأ عن استعماله لها، توفر عليه حمل النقود ومخاطر ضياعها أو سرقتها، كما توفر له إمكان الحصول على خصم من المنشآت التجارية.

الطرف الثالث: المنشأة التجارية أو التاجر، وهو قابل البطاقة، ومنفعته في تحصيل قيمة الفواتير إضافة إلى ترويج مبيعاتها.

الطرف الرابع : المنظمة الراعية للبطاقة، وهي التي تملك العلامةَ التجارية للبطاقة، وتقوم بالإشراف على إصدار البطاقات (وفق اتفاقيات خاصة مع البنوك المصْدرة)، ومِن أشهرها منظَّمة "فيزا"، ومنظمة "ماستر كارد".

الطرف الخامس: بنك التاجر، فيما إذا كان شراء السلع والخدمات من تاجر يتعامل مع بنك غير مصدر البطاقة، فيقوم هذا البنك بدفع فواتير البيع للتجار ومتابعة تحصيلها من البنوك المصدرة للبطاقة مقابل عمولة مقررة متفق عليها بين الطرفين.

(1) ينظر: الدبيان، بطاقات الائتمان والتكييف الفقهي، مجلة القصيم، ص39، والقري، بطاقة الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ص295، ص298 وما بعدها.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي لعلاقات بطاقة الائتمان.

تتضمن بطاقات الائتمان ثلاثة عقود، كل واحد منها منفصل عن الآخر في أطرافه ومسؤولياته، أحدها بين مصدر البطاقة وحاملها (عقد إصدار البطاقة)، والثاني بين مصدر البطاقة والتاجر، والثالث بين حامل البطاقة والتاجر[1].

وفيما يأتي بيان ذلك في المسائل التالية:

المسألة الأول: تكييف العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها:

أولا: الأقوال:

وقع الخلاف بين المعاصرين في تحديد طبيعة هذه العلاقة على أربعة أقوال:

القول الأوَّل: أنَّ العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها علاقة **ضمان** (كفالة مؤقتة)، وإلى هذا ذهب محمد القري[2]، ونزيه حماد[3]، ودبيان الدبيان[4]، وبكر أبو زيد[5]، وهو قول للشيخين علي عندليب ومحمد علي التسخيري (ولهما قول ثان بأن العلاقة حوالة، ولهما رأي ثالث أيضا في أن العلاقة ربما كانت وكالة[6])[7].

وعلى ذلك يكون مصدر البطاقة ضامن، وحامل البطاقة مضمون، والتاجر مضمون له، وهذا الضمانُ من قبيل ضمان الحقّ قبل وجوبه ، وهو ضمانٌ صحيح، وهو من قبيل ضمان المعلوم؛ لأنَّ الضمان مقتصر عَلى مبلغ السَّقْف الاَئتماني الممنوح لحامل البطاقة، وهو معلوم القدر.

(1) وينبغي التنبيه على أن الشيخ عبد الرحمن بن عقيل كيفها أنها عقد مستحدث؛ مركب من كل هذه العقود، وينبغي النظر إليها استقلالا من هذه الناحية بعيدا عن التأثر بتكييفها على عقد معين؛ لما يترتب على ذلك من التكييف من أحكام شرعية؛ ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التعقيب والمناقشة، الشيخ عبد الرحمن بن عقيل، العدد الثاني عشر، ص1461.

(2) ينظر: القري، بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ص305.

(3) ينظر: حماد، بطاقة الائتمان غير المغطاة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1345.

(4) ينظر: الدبيان، بطاقات الائتمان والتكييف الفقهي، مجلة القصيم، ص42.

(5) ينظر: أبو زيد، بطاقة الائتمان، ص11.

(6) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، التعقيب والمناقشة، ص1454.

(7) المرجع نفسه، ص1453.

القول الثاني: أنَّ العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها علاقة **حوالة**.

وذهب إلى ذلك: عبد الستار أبو غدة[1]، الصديق محمد الأمين[2]؛ الشيخ عبد الله بن منيع[3]، ورفيق المصري[4]؛ فحامل البطاقة محيل، والتاجر محال، ومصدر البطاقة محال عليه.

وينبغي التنبيه على أن **عبد الستار أبو غدة** كيف أيضا علاقة المصدر للبطاقة بحاملها بأن ذلك صورة من صور **التسهيلات البنكية**، إلا أن التاجر هو الجهة المختارة من حامل البطاقة للدفع إليها، ويجري هذا على ما دأبت عليه البنوك من أنها حين تمنح تسهيلا (وهو غير القرض) لا تقدم في الأغلب نقودا سائلة وإنما تغطي به عمليات، ليكون ربط التسهيلات بها مساعدا على الاسترداد وسهولة الوفاء، ويتمثل ذلك في السلع والخدمات المستخدمة بالدفع إلى التجار ومقدمي الخدمات لصالح حامل البطاقة[5]؛ وقد كيف البطاقة تكييفا مزدوجا؛ فللبطاقة عنده حالان: حال قبل استخدامها من قبل حاملها وهي في هذه الحالة تكون كفالة، وبعد استخدامها وهي عندئذ تنقلب إلى حوالة[6]، والسبب في ذلك أن الحوالة لابد أن يكون لها محل، ومحل الحوالة هو الدين المحال، أما الكفالة فيمكن أن تقع قبل وجود الدين وهي كفالة ما سيجب في الذمة[7].

القول الثالث: أنَّ العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها علاقة **وكالة**[8].

فيكون مصدر البطاقة وكيل عن حاملها في دفع ما عليه من المستحقات تجاه التاجر.

---

(1) ينظر: أبوغدة، بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1326.

(2) بحث: الضرير، بطاقة الإئتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، 1430.1431؛ وينبغي التنبيه على أنه يرى أن الطريقة السليمة الموصلة إلى التكييف الصحيح الموصل إلى الحكم الشرعي هي أن ينظر إلى كل نوع من أنواع البطاقات الثلاثة على حدة. (الصديق الضرير، بطاقة الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1428)

(3) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، التعقيب والمناقشة، ص1489.

(4) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ص319.

(5) أبو غدة، بطاقة الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1319.

(6) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1453. التعقيب والمناقشة.

(7) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1484، الشيخ عبد الستار أبو غدة شرح وجه تكييفه.

(8) ينظر: القري، بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ص305، وأبو زيد، بطاقة الائتمان، ص11، والدبيان، بطاقات الائتمان والتكييف الفقهي، ص40.

وهذا التكييف أورده الدكتور محمد القري والشيخ بكر أبو زيد على وجه الاستبعاد، حيث قال محمد القري: "ولا يتصور أن تكون وكالة لأن أموال حامل البطاقة ليست مودعة لدى المصدر ومن ثم يوكله في دفع ما استحق عليه من ديون"[1].

القول الرابع: أن العلاقة بين البنك وحامل البطاقة عقد قرض، سواء استلم حامل البطاقة القرض بنفسه، كما في السحب النقدي، أو كان قرضا لحامل البطاقة يستحقه طرف ثالث مقابل أثمان مبيعاته وخدماته التي قدمها لحامل البطاقة[2].

حيث قال على القري: "وهذا ما تصوره الدراسات الاقتصادية الوضعية حيث ترى أن العميل يحصل عند استعماله للبطاقة على قرض أتوماتيكي من المصدر" [3].

ثانيا: الأثر المترتب على الخلاف في المسألة:

وقد ذكر الدبيان الأثر المترتب على كل تكييف؛ من حيث حكم أخذ العمولة[4]:

– فعلى القول بأن العلاقة ضمان فلا يجوز أخذ عمولة في مقابل الضمان للديون؛ عدا النفقات والتكاليف الفعلية التي تكبدها الضامن.

– وعلى القول بأن العلاقة حوالة؛ فإن أخذ العمولة على الحوالة الفقهية لا يجوز؛ سواء كيفت بأنها بيع، أو عقد إرفاق.

– وعلى القول بأنها وكالة؛ فيجوز أخذ العمولة، لأن التوكيل بعوض جائز بلا خلاف وهو من باب الإجارة.

– وعلى القول بأنها قرض؛ فأخذ أي عمولة على القرض زائدا عن التكاليف الفعلية الحقيقية الذي تكبدها المقرض عند إقراضه يعتبر من الربا الصريح.

(1) القري، بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ص305.

(2) ينظر: الدبيان، بطاقات الائتمان والتكييف الفقهي، ص41، والقري، بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ص305.

(3) القري، بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ص305.

(4) ينظر: الدبيان، بطاقات الائتمان والتكييف الفقهي، ص 40 وما بعدها.

المسألة الثانية: تكييف العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر.

أولا: تكييف العلاقة بين حامل البطاقة (العميل) والتاجر (صاحب المحل).

اختلف الباحثون في تحديد طبيعة العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر (صاحب المحل الذي يشتري منه بالبطاقة) على **أقوال**:

القول الأول: العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر **حوالة**؛ وهو قول محمد علي القري[1].

فالعميل عندما يشتري سلعة أو خدمة يتعلق بذمته قيمتها ويكون التاجر دائنا له بذلك المبلغ فيحيل الدائن على المصدر للبطاقة، وتوقيعه على الفاتورة يمثل هذه الإحالة، ويقبل التاجر تلك الإحالة فيرسل الفاتورة إلى المصدر الذي يدفع له المبلغ، ويصح هذا القول عند من لا يشترط لصحة الحوالة أن يكون للمحيل دين على المحال عليه، والرضا متوفر بين أطراف هذه العلاقة والدين معلوم وهو دين لازم على المدين في الحال، وعند من يشترط في الحوالة أن يكون للمحيل دين على المحال عليه؛ فهو **حمالة** لأن المحال عليه احتمل سداد الدين عن المحيل[2].

القول الثاني: العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر وكالة[3]؛ وقال بإمكانية تصور هذا القول علي القري؛ فيمكن أن يتم تصور أن العلاقة وكالة، فحامل البطاقة يجعل التاجر وكيلا عنه يقترض باسمه من مصدرها ويسدد دينه لنفسه، ولكن الخصم الذي يحصل عليه التاجر في هذه الحالة يكون زيادة على القرض.

القول الثالث: العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر **علاقة اشتراط لصالح الغير**، فحامل البطاقة يشترط أنه المستفيد المباشر من التسهيل وهو التاجر، وتكون الاستفادة غير المباشرة هي لحامل البطاقة، وهو قول عبد الستار أبو غدة[4].

(1) القري، بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ص306.

(2) المرجع نفسه.

(3)المرجع نفسه.

(4) أبو غدة، بطاقة الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1320.

القول الرابع: وهو قول الدبيان؛ وملخص قوله أن العلاقة بين حامل البطاقة وبين التاجر لا تخرج عن أحد عقدين[1]:

- أما أن يكون العقد عقد بيع؛ إذا كان العقد عقد تمليك للسلع، وحامل البطاقة المشتري وقابل البطاقة البائع.

- أو يكون عقد إجارة؛ إذا كان من قبيل تقديم خدمات معلومة، ويكون حامل البطاقة مستأجرا وقابل البطاقة مؤجرا.

المسألة الثالثة: تكييف العلاقة بين مصدر البطاقة (المصرف) والتاجر (صاحب المحل):

أولا: الأقوال في المسألة:

بالنظر إلى ما قيل في طبيعة العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها، وبين حامل البطاقة والتاجر؛ بدت العلاقة بين المصدر والتاجر، وكأنها غير ذات أهمية تذكر؛ ولكن اقتطاع المصدر لنسبة مئوية من قيمة الفاتورة لنفسه يدخل في العلاقة المذكورة قدرا من التعقيد[2]؛ وبناء على ذلك اختلف الباحثون في تكييف العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر على أقوال؛ هي:

القول الأول: أن العقد هو **تكملة عقد الضمان**؛ بناء على أن العلاقة بين مصدر البطاقة وبين حامل البطاقة هو عقد ضمان لما سوف يجب عليه من الديون بحدود مبلغ معين متفق عليه؛ فالتاجر هو المضمون له، والبنك (مصدر البطاقة) هو الضامن، وحامل البطاقة (العميل) هو المضمون عنه، وهو قول الدبيان[3].

القول الثاني: أن العلاقة ين مصدر البطاقة وقابلها (التاجر) هي **وكالة** في تحصيل الدين من المدين (حامل البطاقة)[4].

القول الثالث: أن العقد بين التاجر وبين مصدر البطاقة هو عقد **حوالة**؛ فيكون التاجر محالا، والبنك محال عليه، وحامل البطاقة هو المحيل[5].

(1) الدبيان، بطاقات الائتمان، ص42.

(2) ينظر: **علي القري**؛ بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، ص306.

(3) الدبيان، بطاقات الائتمان، ص42.43.

(4) المرجع نفسه، ص43.

(5) المرجع نفسه، ص44.

وقد رجح الدكتور وهبة الزحيلي كون هذه العلاقات في أطراف هذه البطاقات قائمة على الحوالة، حيث قال: "وهو أقرب للمفهوم الفقهي، خصوصا وأن الحوالة (في اعتقاده) أوسع من الكفالة، ففيها حوالة دين وفيها حوالة حق وفيها معطيات لا تتوافر في مسألة الكفالة"؛ ويجدر التنبيه على أنه كيف أخذ العمولة أو أخذ الأجر بأنه من قبيل السمسرة وأخذ العمولة على السمسرة، وذلك لأن اقتطاع جزء من ثمن الخدمات أو ثمن السلع والمشتريات لا تقبله قواعد الحوالة[1].

القول الرابع: يمكن اعتبار هذه النسبة **أجور سمسرة**[2].

ذهب الدكتور عبد الستار أبو غدة إلى أن ما يقتطعه المصرف من فاتورة التاجر أجرة السمسرة، وبمثل هذا قال البروفسور الصديق محمد الأمين الضرير[3].

القول الخامس: العلاقة بين مصدر البطاقة وقابلها (التاجر) هي علاقة كفالة مقترنة بالحوالة التي تمت بين حامل البطاقة ومصدرها وكان التاجر فيها (محالا).

وفائدة الكفالة هنا –مع أن الحوالة وحدها توصل التاجر إلى حقه– هي استمرار التزام مصدر البطاقة (أو البنك التاجر) بالأداء للتاجر، دون ربط بالرجوع على المحيل في حالة التوى (الإفلاس) ومبدأ الرجوع عند التوى مسألة خلافية بين المذاهب، وجمهور الفقهاء على أنه لا رجوع للمحال على المحيل عند التوى؛ وهو قول عبد الستار أبو غدة[4].

ثانيا: حكم أخذ الزيادة بناء على التكييفات السابقة[5]:

بناء على القول بأن العلاقة بين التاجر وبين مصدر البطاقة؛ فإن كانت:

(1) مداخلة للدكتور وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1467؛ وقد اقترح أن يكون هناك تركيز على عقد واحد لا محاولة التكييف بالاعتماد على أكثر من عقد أو أكثر من رأي في جزئيات العلاقات (علاقة البنك المصدر بالتاجر وعلاقة التاجر بالمصدر) وأن هذه العلاقات متشابهة متشابكة فينبغي أن يكون فيها رأي واحد وترجيح أحد هذين الاتجاهين؛ ص1466.

(2) الدبيان، بطاقات الائتمان، ص44.

(3)ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1454، التعقيب والمناقشة.

(4) أبو غدة، بطاقة الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1330.

(5) الدبيان، بطاقات الائتمان، ص43 وما بعدها.

– **تكملة عقد الضمان**: اختلف العلماء في ذلك **فقيل لا يجوز** لأن المبلغ الذي يأخذه الضامن من التاجر إنما هو في مقابل التزامه بالضمان؛ وأخذ العوض على ضمان الدين لا يجوز، وقيل **يجوز** أخذ هذا العوض.

– **وإن كانت وكالة**: فيجوز أخذ العوض لأنه توكيل بعوض وهو من باب الإجارة.

– **وإن كانت حوالة**: فلا يجوز أخذ الزيادة مطلقا.

– **وإن كات أجور سمسرة**؛ فيجوز أخذ هذا العوض بناء على هذا التكييف سواء كانت هذه العمولة في صورة مبلغ مقطوع، أو نسبة من قيمة المبيعات.

– **وإن كانت كفالة مقترنة بالحوالة**؛ فالعمولة التي يحصلها البنك التاجر، أو البنك المصدر، من التاجر؛ هذه العمولة التي يدفعها أصحاب البضائع والخدمات الذين يقبلون التعامل بالبطاقة، هي أجرة السمسرة باستفادتهم من حاملي البطاقة وكذلك لقاء الأجهزة والنشرات والملصقات..إلخ[1].

– وذهب الدكتور نزيه حماد والدكتور محمد القري إلى أن للحسم من الثمن وجه إذا وقع تكييفه على أساس المصالحة على الدين بين الكفيل والدائن؛ بناء على ما ذكره الحنفية في كتبهم من جواز رجوع الضامن على المكفول بما ضمن لا بما أدى؛ والعلاقة قائمة بين أطراف البطاقة على أساس الكفالة[2].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك مسائل تفصيلية كثيرة تتعلق بمسألة بطاقة الائتمان تعرض لها الباحثون وفصلوا فيها؛ منها:

1) ما يقع في البطاقة من صرف عند استخدامها خارج بلد مصدرها.
2) الرسوم على البطاقة بأنواعها.
3) اشتراط مصدرها وجود حساب لديه لحاملها.
4) التأمين على الحياة فيها، والجوائز والهدايا.
5) استخدام البطاقة في شراء المحرمات أو في شراء الفضة والذهب.
6) صرف العملات بالبطاقة.

(1) أبو غدة، بطاقة الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1330.
(2) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التعقيب والمناقشة، العدد الثاني عشر، ص1454.

7) السحب النقدي بالبطاقة لقاء عمولة، وغيرها من المسائل المهمة التي لم أتطرق لها بالبحث هنا؛ لأن التركيز في هاته المسألة كان على التكييف الفقهي لأطراف العلاقة التعاقدية[1].

المسألة الرابعة: سبب الخلاف في المسألة:

تعددت آراء الفقهاء بشأن هذه المسألة؛ وسبب ذلك[2]:

- إحتواء بطاقة الائتمان على أكثر من أسلوب لسداد الديون.

- مماثلتها لكثير من الأساليب الشرعية فنجد فيها معنى الوكالة، والحوالة، والقرض، والضمان.

- المنهج الذي سارت عليه الكتابات الفقهية الاقتصادية في هذه البطاقة اعتمد على أوصافها التي ترد في الكتابات الوضعية في الاقتصاد والقانون، وحاول الكتّاب الوصول إلى حكم لكل نوع منها على حدة؛ متجهين إلى التركيز على جوانب التفريق بين أنواعها، وليس على القواسم المشتركة بينها.

(1) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع والعدد الثاني عشر، البحوث المتعلقة ببطاقة الائتمان.

(2) ينظر: عذبة الجادر، العلاقات التعاقدية المنبثقة عن استخدام بطاقة الائتمان، ص129، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ص1456.

ملخص:

- اختلف الفقهاء المعاصرون في التكييف الفقهي للأوراق النقدية على أقوال:

1. الأوراق النقدية سندات ديون، وهي صكوك تثبت مديونية البنك لحاملها، ويترتب على هذا القول عدم جواز كون الأوراق النقدية رأسمال السلم، وبطلان بيوع ما في الذمة من عروض وأثمان بهذه الأوراق، وتطبيق حكم زكاة الدين على هذه الأوراق، وعدم جواز صرفها بالذهب والفضة ولو يدا بيد.

2. الأوراق النقدية بمنزلة العروض والسلع، وينبني على هذا القول أنه لا تجب الزكاة فيها ما لم تعد للتجارة، ولا يجوز أن تكون رأس مال في عقد السلم لدى من يقول باشتراط أن يكون رأس مال السلم نقدا، لا يجري فيها لا ربا الفضل ولا ربا النسيئة، ولا أحكام الصرف.

3. أنها ملحقة بالفلوس، واختلفوا في الأحكام الفقهية المترتبة عن هذا التكييف؛ فمنهم من أعطاها أحكام الفلوس، ومنهم من أعطاها أحكام النقدين، فمن اعتبر الفلوس عروضا اعتبر النقود عروضا، ومن اعتبر الفلوس أثمانا ألحق الأوراق النقدية بالنقدين في وجوب الزكاة، وجريان ربا النسيئة فيها، إلا أنه لم يلحقها بالنقدين في ربا الفضل، فأجاز بيع بعضها ببعض متفاضلاً إذا كان يدا بيد.

4. أنها بدل عن الذهب والفضة، ويترتب عن هذا القول عدة آثار منها: جريان الربا بنوعيه في الأوراق النقدية، وثبوت الزكاة فيها إذا استكملت شروط وجوب الزكاة في النقدين؛ وجواز السلم بها، واعتبارها بغض النظر عن أشكالها وأسمائها وجنسياتها متفرعة عن جنسين هما الذهب والفضة.

5. الأوراق النقدية نقد مستقل قائم بذاته، وهو مرحلة متطورة من مراحل النقود، و لها حكم النقدين من الذهب والفضة.

- يتنوع الشيك لأنواع عدة، منها: الشيك الشخصي، الشيك المصرفي، الشيك المصدق، الشيك السياحي، الشيك المسطر، والشيك المقيد في الحساب، و**تكيف الشيكات بأن** لها حكم النقود التي أصدرت بها؛ لأن لها قبولا عاما وتؤدي وظائف النقود، ويعتبر قبضها في قوة قبض محتواها من النقود، ما لم يدل العرف على خلاف ذلك.

- الشيكات السياحية شيكات تصدرها المصارف بقيم متفاوتة على فروعها، أو على مراسليها من المصارف في الخارج لمصلحة المسافر الذي يستطيع الحصول على قيمتها بمجرد عرضها للوفاء لدى أي فرع من فروع المصرف المصدر، أو لدى مراسليه من المصارف الأخرى في البلاد التي يتوجه إليها، واختلفت وجهة نظر الباحثين المعاصرين حول التكييف الشرعي للسيك السياحي؛ فمنهم من اعتبره من باب

السفتجة، ومنهم من اعتبره من باب **الحوالة**، ومنهم من اعتبره من باب **الوكالة**، ومنهم من اعتبره **إجارة**؛ ومنهم من جعل له **حكم النقود التي أصدرت بها**.

– تتضمن بطاقات الائتمان ثلاثة عقود؛ أحدها بين مصدر البطاقة وحاملها (عقد إصدار البطاقة)، والثاني بين مصدر البطاقة والتاجر، والثالث بين حامل البطاقة والتاجر.

– وقع الخلاف بين المعاصرين في تحديد طبيعة العلاقة **بين مصدر البطاقة وحاملها**، على أربعة أقوال؛ علاقة **ضمان**، أو علاقة **حوالة**، أو علاقة **وكالة**، أو **عقد قرض**.

– اختلف الباحثون في تحديد طبيعة العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر (صاحب المحل الذي يشتري منه بالبطاقة) على **أقوال**: حوالة، وكالة، علاقة اشتراط لصالح الغير، عقد بيع –إذا كان العقد عقد تمليك للسلع–، أو عقد إجارة –إذا كان من قبيل تقديم خدمات معلومة–.

– اختلف الباحثون في تكييف العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر–تظهر أهمية المسألة في اقتطاع المصدر لنسبة مئوية من قيمة لنفسه–؛ على أقوال:

1. العقد تكملة عقد الضمان؛ وبالتالي اختلف العلماء في حكم أخذ الزيادة؛ **فقيل لا يجوز** لأن المبلغ الذي يأخذه الضامن من التاجر في مقابل التزامه بالضمان؛ وأخذ العوض على ضمان الدين لا يجوز، وقيل **يجوز** أخذ هذا العوض.

2. وكالة في تحصيل الدين من المدين؛ وعليه يجوز أخذ العوض لأنه توكيل بعوض.

3. عقد حوالة؛ وعليه لا يجوز أخذ الزيادة مطلقا.

4. يمكن اعتبار هذه النسبة **أجور سمسرة**؛ وينبني عليه جواز أخذ هذا العوض بناء على هذا التكييف سواء كانت هذه العمولة في صورة مبلغ مقطوع، أو نسبة من قيمة المبيعات.

5. علاقة كفالة مقترنة بالحوالة –التي تمت بين حامل البطاقة ومصدرها–؛ وتعتبر هذه الزيادة أجرة السمسرة.

الفصل الرابع

أثر التكييف الفقهي في عمليات البنوك

وفيه مبحثين:

المبحث الأول: التورق المصرفي المنظم

المبحث الثاني: خطاب الضمان

تمهيد:

يصعب وضع تعريف جامع مانع للأعمال المصرفية في العصر الحديث، وكل من عرفها اقتصر على تعداد أنواعها؛ والسبب في ذلك أن الأعمال المصرفية بدأت منذ نشأتها بداية صغيرة، ثم كبرت واتسعت بنسب وأحجام اختلفت في الزمان والمكان[1].

ويمكن تقسيم عمليات البنوك إلى قسمين رئيسيين هما:

التمويل والخدمات المصرفية؛ وتحت كل قسم من هذه الأقسام عدد من العقود المعاصرة[2]؛ وفيما يلي بيان ذلك:

أولا: التمويل Financing:

ويمكن تعريفه بأنه: "تزويد بمال لمحتاجٍ إليه في استثمار، أو استهلاك"[3].

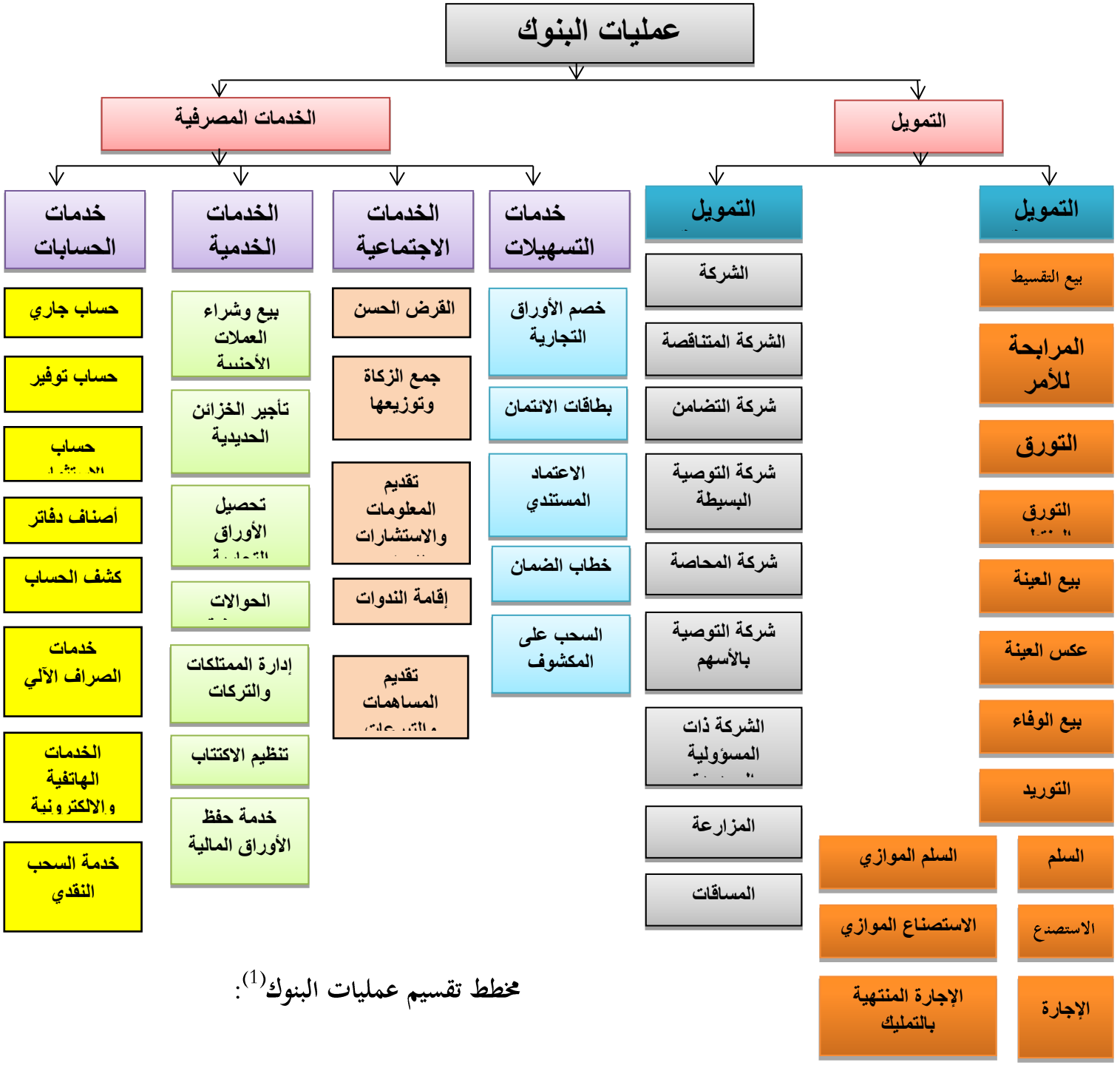
والتزويد بالمال إما عينا أو نقدا ويكون من جهات؛ كالبنوك، والمؤسسات المالية، أو من أفراد.

وتتنوع عقود التمويل من حيث صيغ التمويل الإسلامية.

(1) ينظر: السماعيل، العمولات المصرفية، ص43.45.

(2) الرشيدي، المدخل إلى المعاملات المالية المعاصرة، ص33.

(3) العريض، أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم، رسالة دكتوراه، ص27.



مخطط تقسيم عمليات البنوك[1]:

المبحث الأول:

التورق المصرفي المنظم:

كان لزاما علينا تعريف التورق لغة واصطلاحا؛ ثم تعريفه باعتباره مركبا لفظيا ونقصد: "التورق المصرفي المنظم"، وذلك في المطلب التالي:

المطلب الأول: حقيقة التورق:

الفرع الأول: تعريف التورق:

أولا: التورق لغة:

التورُّق : طلب الورِق، وهي الدراهم المضروبة، ورجل وراق: كثير الدراهم، والورق (بفتح الراء) المال من دراهم وابل وغير ذلك[1]، ووردت هذه الكلمة في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ﴾ (الكهف: 19)، والورق-بفتح الواو وكسر الراء- الفضة، والمراد بالورق هنا القطعة المسكوكة من الفضة، وهي الدراهم، وقيل كانت من دراهم (دقيوس) سلطان الروم[2].

فأصل التورُّق طلب النقود من الفضة، ثم تحوَّل المفهوم إلى طلب النَّقد، سواء أكان فضةً، أم كان ذهباً، أم كان عملةً ورقية، فبقي أصل اللفظ، وصار التوسُّع في مدلوله تبعا للتوسع في مفهوم النقد[3].

ثانيا: التورق اصطلاحًا:

لم يرد مصطلح التورق بهذه التسمية إلا عند الحنابلة[4]؛ ويقصدون به: "أن يشتري الرجل السلعة نسيئة، ثم يبيعها نقدا؛ لغير البائع بأقل مما اشتراها به؛ للحصول على النقد".

---

(1) ينظر: الرازي، مختار الصحاح، ص336، وابن منظور، لسان العرب، جـ10، ص374.

(2) ابن عاشور، التحرير والتنوير، جـ15، ص285.

(3) الجندي، بحث التورق وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي، منشور على موقع الألوكة:
/https://www.alukah.net/culture/0/25457

(4) المرداوي، الإنصاف، جـ4، ص337، ابن مفلح، المبدع، جـ4، ص49، البهوتي، كشاف القناع، جـ3، ص186، والبهوتي، شرح منهى الإرادات، جـ2، ص58.

الفرع الثاني: حكم التورق وسبب الخلاف في المسألة:

أولا: حكم التورق:

اختلف الفقهاء القدامى في مسألة التورق الفقهي؛ والتي عرفها المرداوي بقوله: "لو احتاج إلى نقد، فاشترى ما يساوى مائة بمائة وخمسين... وهي مسألة التورق"[1]، على قولين:

الرأي الأول: جواز بيع التورق[2].

الرأي الثاني: عدم جواز التورق[3].

وفي مسألة التورق يقول ابن القيم: "فإن عامة العينة إنما تقع من رجل مضطر إلى نفقة يضن بها عليه الموسر بالقرض حتى يربح عليه في المائة ما أحب، وهذا المضطر إن أعاد السلعة إلى بائعها فهي العينة، وإن باعها لغيره فهو التورق، وإن رجعت إلى ثالث يدخل بينهما فهو محلل الربا، والأقسام الثلاثة يعتمدها المرابون، وأخفها التورق، وقد كرهه عمر بن عبد العزيز، وقال: هو أخية الربا وعن أحمد فيه روايتان، وأشار في رواية الكراهة إلى أنه مضطر، وهذا من فقهه –رضي الله عنه–، قال: فإن هذا لا يدخل فيه إلا مضطر، وكان شيخنا –رحمه الله– يمنع من مسألة التورق"[4].

ويطلق البعض على هذه العملية (زرنقة) وهو أن يشتري الرجل سلعة بثمن إلى أجل، ثم يبيعها إلى غير بائعها بالنقد[5].

والهدف من عملية التورق هو الحصول على النقد (الورق) حالاً ليسد به حاجته، وهذا هو معنى قولهم: استورق الرجل؛ أي طلب الورق (الدراهم)، وفي عرف المؤسسات المالية والمصارف: تمكين العملاء من الحصول على السيولة النقدية[6].

(1) ينظر: الإنصاف، المرداوي، جـ11، ص195.196.

(2) المرجع نفسه، جـ11، ص195؛ بقوله: "لو احتاج إلى نقد، فاشترى ما يساوى مائة بمائة وخمسين، فلا بأس".

(3) ينظر: ابن القيم، اعلام الموقعين، جـ3، ص135. 182، وابن تيمية، مجموع الفتاوى، جـ29، ص30. 302. 446.

(4) ابن القيم، اعلام الموقعين، جـ3، ص135.134.

(5) الهروي، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص143.

(6) البعلي، التورق الجائز والممنوع شرعا، ص5.

ثانيا: سبب الخلاف في المسألة:

سبب الخلاف في المسألة يرجع إلى أمرين هما[1]:

الأول: هو خلاف الفقهاء في نظرتهم إلى التورق ومدى شبهه ببعض العقود الأخرى؛ كعقد البيع، وبيع العينة، وبيع المضطر، وبيع المكروه.

فمن شبهه منهم بعقد البيع قال بمشروعيته، ومن شبهه منهم بالعينة أو ببيع المضطر، أو ببيع المكره؛ قال بحرمته (على رأي من يرى حرمة هذه البيوع)، ومن حمل النهي الوارد في هذه العقود على الكراهة قال بكراهة التورق.

الأمر الثاني: خلاف الفقهاء في القصود هل هي معتبرة في العقود أو لا؟

فمن رأى أن القصود معتبرة في العقود؛ قال بفساد هذا البيع.

ومن قال إن القصود غير معتبرة في العقود؛ قال بحل هذا البيع ومشروعيته.

الفرع الثالث: أنواع التورق:

ذكر الفقهاء للتورق أنواعا ثلاثة هي:

أولا: التورق الفردي:

عرفه المجمع الفقهي الإسلامي بأنه: "شراء سلعة في حوزة البائع وملكه بثمن مؤجل، ثم يبيعها المشتري بنقد لغير البائع، للحصول على النقد (الورق)"[2].

ثانيا: التورق المنظم:

وهو أن يتولى البائع ترتيب الحصول على النقد للمتورق، بأن يبيعه سلعة بأجل، ثم يبيعها نيابة عنه نقداً ويقبض الثمن من المشتري، ويسلمه للمتورق.

وأهم الفروق بين التورق الفردي والمنظم[3]:

(1) منصور علي، التورق المصرفي تكييفه الفقهي وحكمه الشرعي، ص730.731.

(2) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الإصدار الثالث، الدورة الخامسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة؛ يوم السبت 11 رجب 1419هـ الموافق لـ 31أكتوبر 1998م، ص357.

(3) ينظر: السويلم، التكافؤ الاقتصادي بين الربا والتورق، ص18.

1. توسط البائع في بيع السلعة بنقد لمصلحة المتورق في التورق المنظم، في حين أن البائع في التورق الفردي لا علاقة له ببيع السلعة مطلقا، ولا علاقة له بالمشتري النهائي.

2. استلام المتورق للنقد من البائع نفسه الذي صار مدينا له بالثمن الآجل في التورق المنظم، في حين أن الثمن في التورق الفردي يقبضه المتورق من المشتري النهائي مباشرة دون أي تدخل من البائع.

3. قد يتفق البائع مسبقا مع المشتري النهائي لشراء السلعة في التورق المنظم، وهذا الاتفاق يحصل من خلال التزام المشتري النهائي بالشراء لتجنب تذبذب الأسعار.

ثالثا: التورق المصرفي:

وهو "قيام المصرف بعمل نمطي يتم فيه ترتيب بيع سلعة (ليست من الذهب أو الفضة) من أسواق السلع العالمية أو غيرها، على المستورق بثمن آجل، على أن يلتزم المصرف–إما بشرط في العقد أو بحكم العرف والعادة– بأن ينوب عنه في بيعها على مشتر آخر بثمن حاضر، وتسليم ثمنها للمستورق[1].

وقد عرف المشيقح التورق المصرفي بأنه: "قيام المصرف بترتيب عملية التورق للمشتري بحيث يبيع سلعة على المتورق بثمن آجل، ثم ينوب عن المشتري ببيع السلعة نقدا لطرف آخر، ويسلم الثمن النقدي للمتورق"[2].

وقد عدّ الدكتور سامي إبراهيم السويلم وغيره التورق المصرفي تورقا منظما تسبقه مرابحة للآمر بالشراء، فهما سواء من حيث التنظيم، مختلفان من حيث الجهة التي تقوم بتنظيم هذا التورق[3].

(1) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الإصدار الثالث، الدورة السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة؛ في الفترة من 19-10/23/ 1424هـ، ص426.

(2) المشيقح، التورق المصرفي عن طريق بيع المعادن، ص9.

(3) ينظر: بوهراوة، التورق المصرفي، ص5.4.

المطلب الثاني: التورق المصرفي المنظم؛ تعريفه وصوره:

الفرع الأول: تعريف التورق المصرفي المنظم، وكيفيته:

أولا: تعريفه:

سبق ذكر بعض تعريفات العلماء له في أنواع التورق السابقة الذكر؛

وقد عرفه شبير بقوله: "أن يقوم المصرف الإسلامي بالاتفاق مع شخص ممن يحتاجون إلى النقد أن يبيعه سلعة إلى أجل بثمن أعلى من سعر يومها، ثم يوكل المشتري المصرف الإسلامي ليبيع له السلعة بثمن نقدي أقل عادة من الثمن المؤجل الذي اشترى به السلعة ليحصل المتورق بذلك على الثمن النقدي، وتبقى ذمته مشغولة للمصرف بالثمن الأكثر لهذه المعاملة"(1).

ثانيا: كيفية التورق المصرفي المنظم(2):

أولاً: يقوم المصرف بشراء الكمية المطلوبة من السلعة أو السلع الدولية، وفق المواصفات المحددة التي يرغب فيها العميل نقدًا.

ثانيا: بعد تملك المصرف وقبضه للسلع التي اشتراها قبضًا حكميًّا، يقوم ببيعها بثمن معلوم مؤجل بحسب نظام التقسيط المتفق عليه بينهما.

ثالثًا: عقب ذلك يوكل العميل المصرف في بيع ما امتلكه من السلع بثمن نقدي معجل لطرف ثالث لا علاقة للمصرف به.

رابعا: يقوم المصرف ببيع تلك السلع لحساب موكله العميل، على النحو المرسوم، ويوفر له ثمنها المقبوض لينتفع به.

الفرع الثاني: صور التورق(3):

أولا: صور التورق الفردي:

اقتصرت على ذكر الصور المشهورة للتورق الفردي التي ذكرها بعض الباحثين:

(1) شبير، التورق الفقهي وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص27.

(2) الجندي، التورق وتطبيقاته المصرفية المعاصرة، منشور على الرابط:
/ https://www.alukah.net/culture/0/25457

(3) ينظر: بوهراوة، التورق المصرفي، ص5 وما بعدها.

الصورة الأولى: أن يكون الشخص بحاجة إلى نقود، فلا يجد من يقرضه، أو لا يريد أن يطلب من أحد قرضاً، فيشتري سلعة نسيئة، ويبيعها من غير البائع الأول من غير أن يعلم أحد بنيته وحاجته إلى النقود.

الصورة الثانية: أن يطلب المتورق القرض من تاجر، فيقول له التاجر ليس عندي نقود، ولكن أبيعك هذه السلعة نسيئة إلى سنة لتبيعها في السوق، ويبيعه السلعة بسعرها نقدا في السوق من غير زيادة نظير الأجل.

الصورة الثالثة: هذه الصورة مثل الصورة الثانية، ولكن التاجر يبيع المستورق السلعة بأكثر من ثمنها في السوق نظير الأجل.

ثانيا: صور التورق المنظم:

للتورق المنظم صور كثيرة منها:

الصورة الأولى: التورق المصرفي عن طريق بيع السلع [1]:

حيث يقوم المصرف بشراء السلع المحلية أو الدولية نقدا وبيعها بالأجل للمتورق، ثم توكيل المصرف ببيع الحال إلى مشتر ثالث، ويكون غالبا نفس البائع الأول كون السلعة لم تتحرك من مكانها، وهذه أشهر صور التورق المصرفي.

الصورة الثانية: التورق المصرفي عن طريق بيع المعادن:

حيث يقوم المصرف بشراء سلع من المعادن؛ وهي الزنك، والبرونز، والنيكل، والصفيح، والنحاس، بالقدر الذي يحتاجه العملاء كل أسبوع، ويتقدم العميل بطلب شراء معدن بالتقسيط (كذا صفته)، لكونه غائبا في دولة أخرى؛ وهذه السلع تعرض في سوق البورصة العالمية والتي قد تم شراؤها من قبل المصرف وفق آلية السوق المالية للسلع، ويرفق الطلب بالمستندات الثبوتية التي تساعد المصرف على تحديد قدرة الطالب على السداد.

والبيع يكون عن طريق بيع وحدات من المعدن زنتها كذا، وسعر كل وحدة كذا؛ وبعد شراء العميل هذه الوحدات من المعدن يقوم العميل بتوكيل المصرف في قبض المعدن وبيعه له في السوق الدولي وإيداع

(1) المشيقح، التورق المصرفي عن طريق بيع المعادن، ص10.

المبلغ في حسابه لدى المصرف مع تحمل المشتري لتقلبات الأسعار، وله الحق في تسلم سلعته في مكان تسليمها، ويتفق المصرف مع جهات أخرى لشراء تلك السلع.

وتعتمد البنوك التي تتيح التورق لعملائها عدةَ صيغٍ، تختلف اختلافاتٍ غيرَ جوهرية، وهي باختصار شديد[1]:

الصيغة الأولى: صيغة الأمر بالشراء والمرابحة:

وصفتُها أن ينتظر البنك الأمرَ من عميله بالشراء، فإذا أمره بشراء سلعة معينة، ووعَده بشرائها منه مرابحةً، قام البنك بالشراء من السوق سلعة بالوصف والقدر المذكور في طلبِ العميل، ثم يبيعها بعد تمام تملكه لها إلى عميله بالآجل، بثمن يمثل ما قامت به السلعة، مضافًا إليه ربح متَّفق عليه، ويكون الثمن مقسطًا، ثم يقوم العميل في حال رغبته في ذلك ببيعها إلى طرف ثالث أو بتوكيل البنك ببيعها في السوق إذا كانت سلعة تتداول في الأسواق الدولية، ثم توريد ثمنها في حسابه لدى البنك.

الصيغة الثانية: صيغة الشراء المسبق والبيع مرابحة:

وفيها يقوم البنك في أول كل أسبوع بشراء كمية -بالجملة- من سلعة معينة مخزونة في مستودع موثَّق بشهادات صادرة من الجهة المخوَّلة بذلك، ثم يقوم بعدَ تمام تملُّكه لها ببيع وحدات، أو كميات صغيرة من هذه السلعة لعملائه الذين يتقدمون بطلب الشراء منه خلالَ أيام الأسبوع، وهو يبيع إليهم مرابحةً بثمن مؤجل يتحدد بما قامت به السلعة على البنك، مضافًا إليه الربح المتفق عليه مع العميل، ثم يجري من العميل التوكيل للبنك بالبيع في السوق، وتوريد الثمن في حسابه.

الصيغة الثالثة: صيغة البيع مساومة:

وهي تشبه الصيغة السابقة، عدا أن البيع يكون مساومةً لا مرابحةً، وفيها يقوم البنك في أول أيام الأسبوع بشراء كمية من السلع المخزونة في مستودع كما أسلفنا، وبعد أن تصبح ملكًا للبنك بالإيجاب والقبول الحكمي، يعرضها على عملائه، وهو يبيع إليهم وحدات أو كميات صغيرةً منها بيعَ مساومة؛ إذ لا يخبرهم بما قامت به ال سلعة عليه، وإنما يبيعها بثمن يضمن ربحه، ويكون ثمنًا مؤجلاً مقسطًا على مدةً متفق عليها، ثم يجري من العميل التوكيل للبنك بالبيع إلى طرف ثالث في السوق، وتوريد الثمن في حسابه.

(1) ينظر: الجندي، التورق وتطبيقاته المصرفية المعاصرة،
منشور على الرابط: https://www.alukah.net/culture/0/25457

الفرع الثالث: حكم التورق المصرفي وتكييفه وآراء بعض الفقهاء المعاصرين فيه[1]:

أولا: حكم التورق المصرفي:

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون[2] في التورق المصرفي المنظم على قولين:

القول الأول: عدم جواز التورق المصرفي:

أكثر الفقهاء المعاصرين على تحريم التورق المصرفي؛ ومنهم: الدكتور الصديق الضرير، الدكتور علي السالوس، الدكتور وهبة الزحيلي، الدكتور سامي السويلم، الدكتور عبد الله السعيدي، الدكتور خالد المشيقح، والدكتور محمد عثمان شبير، الدكتور أحمد الجيوسي، الدكتور هيثم خزنة، الدكتورة هناء الحنيطي، الدكتور أحمد الحجي الكردي (أباحه مع الكراهة)، الدكتور حسين حامد حسان، والدكتور منذر قحف، وعليه فتاوى المجامع الفقهية.

القول الثاني: جواز التورق المصرفي:

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز التعامل بالتورق المصرفي، ومنهم: الدكتور نزيه حماد، الدكتور محمد علي القري، الدكتور غسان محمد الشيخ، الدكتور موسى آدم عيسى، وغيرهم.

ثانيا: التكييف الفقهي للتورق المصرفي المنظم:

اختلف الفقهاء في تكييف التورق المصرفي المنظم على آراء منها[3]:

التكييف الأول: التورق المصرفي المنظم عقد مركب يتكون من مجموعة عقود، ويضيف البعض أنه معاملة مستحدثة تتكون من مجموعة عقود تتمثل فيما يأتي:

أولا: عقد بيع بين المصرف والشركة التي تبيعه السلعة، وبالقطع فإن المصرف لم يكن ليشتري لولا أنه يقصد البيع لعملائه المتورقين.

ثانيا: عقد بين المصرف والمتورق ومن المقطوع به أن المتورق لم يكن ليشتري السلعة لو لا أن المصرف سيبيع هذه السلعة لحسابه لتوفير النقد المطلوب.

---

(1) أثبت سامي السويلم أن صيغة التورق المنظم ليست مستحدثة؛ ينظر: موقف السلف من التورق المنظم للسويلم.

(2) كل الأسماء المذكورة في المجيزين والمانعين لها بحوث خاصة في التورق المصرفي؛ وسيأتي توثيق أغلب هاته البحوث في الهوامش التالية؛ عند توثيق أقوال العلماء فيه، الدكتور عبد الله المنيع كان من المجيزين للتورق المصرفي، لكني وجدت في موقع طريق الاسلام أنه تراجع عن فتواه؛ لذلك لم أدرج اسمه.

(3) ينظر: علي منصور، التورق المصرفي ص757.756.

ثالثا: عقد وكالة بين المصرف والعميل.

رابعا: عقد بين المصرف بصفته وكيلا عن المستورق وبين الشركة التي تشتري السلعة[1].

وفي هذا الصدد يقول نزيه حماد: "ومن الجدير بالتنبه له أن من أهم سمات وخصائص (التورق المصرفي المنظم) كونه معاملة مستحدثة، وصفقة تمويلية مستجدة، —وإن كانت مبنية في جوهرها وأساسها على مسألة التورق الشرعي— ينضوي تحتها مجموعة عقود ووعود مترابطة متوالية، لا تقبل التفكيك والتغيير الهيكلي، يجري التواطؤ المسبق بين المصرف والعميل على إنشائها وإبرامها على نسق محدد، متتابع الأجزاء، متعاقب المراحل، يهدف إلى تحقيق غرض تمويلي محدّد، اتجهت إرادة الطرفين وقصدهما إليه؛ وقد جرى العرف التجاري والمصرفي على اعتبار المواطأة المتقدمة على إنشاء هذه المعاملة واجبة المراعاة، وملزمة للطرفين، وذلك لقيام اتفاقيتها وابتنائها على نظام مترابط الأجزاء، صمم ووضع لأداء وظيفة محددة باجتماع ذلك المزيج من العقود والوعود في صفقة واحدة، وفقاً لشروط تحكمها كمعاملة واحدة لا تقبل الفصل أو التجزئة"[2].

التكييف الثاني: التورق المصرفي المنظم يكيف على أساس أنه قرض جر منفعة.

وهذا ما ذهب إليه الدكتور وهبة الزحيلي؛ حيث يقول: "والحاصل أن التورق المزعوم في التورق المصرفي المنظم هو تمويل بفائدة أعلى بكثير من الفائدة المصرفية في البنوك التقليدية"[3].

ثالثا: أقوال بعض العلماء في التورق المصرفي المنظم:

1 . أنه يشبه العينة الممنوعة شرعاً:

وقد عرف الجرجاني بيع العينة في التعريفات: "أن يستقرض رجل من تاجر شيئاً فلا يقرضه قرضاً حسناً، بل يعطيه عيناً، ويبيعها من المستقرض بأكثر من القيمة، وسمي بها لأنها إعراض عن الدين إلى العين"[4].

(1) ينظر: الحنيطي، التورق حقيقته أنواعه، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، ص23-25، وعثمان، التورق حقيقته وأنواعه، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، ص26-ص27.

(2) ينظر: حماد، التورق حكمه وتطبيقاته المعاصرة، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، ص18.

(3) ينظر: الزحيلي، التورق حقيقته أنواعه، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، ص12.

(4) الجرجاني، التعريفات، ص48.

ومن أقوال الباحثين الذين شبهوا التورق المصرفي المنظم بالعينة ما يأتي:

أ- **مجمع الفقه الإسلامي** التابع لرابطة العالم الإسلامي، في دورته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة (13-17 كانون أول 2003م)، حيث قرر عدم جواز التورق المصرفي معللا ذلك بعدة أسباب منها "أن التزام البائع في عقد التورق بالوكالة في بيع السلعة لمشتر آخر أو ترتيب من يشتريها يجعلها شبيهة بالعينة الممنوعة شرعا، سواء أكان الالتزام مشروطا صراحة أم بحكم العرف والعادة المتبعة"[1].

ب- الأستاذ الدكتور علي السالوس: وهو صاحب خبرة طويلة في مراقبة تعامل المصارف الإسلامية في السلع والمعادن، ومراجعته لعملياتها، وزياراته لبعض الأسواق العالمية ومخازن السلع والمعادن في أوروبا، يذهب إلى أن التورق المصرفي ربا صريح محرم، لا ينطبق عليه حتى قول ابن عباس رضي الله عنهما (لا تبيعوا دراهم بدراهم بينهما حريرة)[2]، لأن هذه الحريرة غير موجودة[3].

2. صورية هذه المعاملة وبعدها عن المبادلات الحقيقية: حيث يرى بعض الفقهاء أن التورق المصرفي لا يعدو كونه معاملة صورية ، القصد منها استحلال الربا.

قال ابن تيمية : "المفاسد التي لأجلها حرم الله الربا موجودة في هذه المعاملات (أي العينة والتورق ونحوهما) مع زيادة مكر وخداع تعب وعذاب ... وهذا البيع ليس مقصوداً لهم، وإنما المقصود دراهم بدراهم، فيطول عليهم الطريق التي يؤمرون بها، فيحصل لهم الربا"[4].

وممن قال بهذا:

أ- مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة عشرة الذي يرى أن واقع هذه المعاملات صورية في معظم أحوالها[5].

(1) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الإصدار الثالث، الدورة السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة؛ في الفترة من 19-10/23/ 1424هـ، ص426.

(2) العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، العظيم آبادي، جـ9، ص241.

(3) ينظر: السالوس، التورق حقيقته وأنواعه، ص:22-24؛ وقد فصل في المسألة كثيرا.

(4) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جـ29، ص445.

(5) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الإصدار الثالث، الدورة السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة؛ في الفترة من 19-10/23/ 1424هـ، ص427.

ب- الدكتور حسين شحاته: يرى أن عمليات بيع التورق هي عمليات صورية، لأن غاية المتورق الحصول على النقد[1].

ج- **الدكتور حسين حامد حسان؛** رئيس هيئات الفتوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي وسوق دبي المالي، يرى أن التورق المصرفي حيلة محرمة، لأن المقصود بها هو تحليل حرام[2].

د- الدكتور وهبة الزحيلي: يرى بأن التورق المصرفي المنظم هو تمويل بفائدة أعلى بكثير من الفائدة المصرفية في البنوك التقليدية، وهو مجموعة عقود صورية[3].

3.الإخلال بشروط القبض الشرعي اللازم لصحة المعاملات:

وهو ما استند إليه:

أ. **مجمع الفقه الإسلامي** في دورته السابعة عشرة بعدم جواز التورق المصرفي، معللا ذلك بأن هذه المعاملة تؤدي إلى الإخلال بشروط القبض الشرعي اللازم لصحة المعاملة[4].

ب. **الدكتور محمد عثمان شبير:** الذي يرى أن التورق المصرفي المنظم -الذي تُجريه بعض المؤسسات المالية الإسلامية- لا يجوز شرعاً؛ لأنه يقترب من صيغة بيع العينة، ذلك أنّ البيع فيه ليس حقيقياً، وإنما هو صوري، ولا يتم فيه قبض حقيقي للمبيع[5].

4. أنه يخرج المصارف الإسلامية عن أهدافها الحقيقية ويؤدي إلى انتشار المداينات: وممن قال بهذا:

أ- الدكتور حسين شحاته: إذ يرى أن من أبرز مخاطر التورق صرف البنوك الإسلامية عن واجبها التنموي[6].

ب- الدكتور يوسف القرضاوي: الذي يؤكد على حرمة التورق المصرفي، ويخالف أشد المخالفة من يبيحونه، ولا يريد للمصارف الإسلامية أن تخرج عن أهدافها التي قامت عليها[7].

---

(1) حسين شحاتة، المصارف الإسلامية بين الفكر والتطبيق، ص95.

(2) ينظر: حسان، حسين حامد، التورق المصرفي المنظم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة. http://hh.mm-ss.com/pagedetails.aspx?id=107

(3) الزحيلي، وهبة، التورق حقيقته وأنواعه، ص15.

(4) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الإصدار الثالث، الدورة السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة؛ في الفترة من 19-10/23 /1424هـ، ص427.

(5) شبير، التورق الفقهي وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص32.

(6) حسين شحاتة، المصارف الإسلامية بين الفكر والتطبيق، ص94.

(7) القرضاوي، القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، ص30.

ج- الدكتور عبد الرحمن يسري: حيث يمنع التورق ويرى أنه قائم على الربا، والمتورقون مشاركون في تهمة الربا حيث لا يبالون إلا بالنقود، بالإضافة إلى أنه يخرج المصارف الإسلامية عن أهدافها الحقيقية[1].

د- الدكتور عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي : يرى فيه تراجع عن أهداف البنوك الإسلامية وفقدان مصداقيتها[2].

ويرى الدكتور حسين حامد حسان حرمة التورق الفردي بالإضافة إلى التورق المنظم لمنافاته مقاصد الشريعة العامة ومبادئها الكلية[3].

ويمكن القول في خاتمة هذا المبحث أن مفسدة التورق تظهر بشكل قاطع في أن المتورق يقصد الحصول على النقد ويطلبه فتؤول هذه العقود الصورية كلها إلى الحصول على نقد عاجل مقابل نقد آجل مع زيادة مقابل الأجل، وهذا هو ربا الجاهلية الذي قطع القرآن الكريم بتحريمه، هذا إذا كان في سلسلة العقود المتورق بها منفعة أو مصلحة مقصودة لعاقديها، والواقع بأن هذه العقود ليست مقصودة لذاتها، فضلاً عن أن تكون نافعة أو محققة لمصالح مشروعة، فهذه العقود جاءت لتنفيذ غاية محرمة وهدف غير مشروع يقصده البنك والمتورق ويعلم به مقدماً، وهو الحصول على نقد حال مقابل نقد آجل مع زيادة مقابل الأجل، وصورة التورق المصرفي المنظم تدخل تحت الذرائع المجمع على سدها، لأنها تؤدي إلى المفسدة قطعاً أو ظناً قريباً من القطع بحكم العادة، وهذه المفسدة تتمثل في مبادلة عشرة حالة بخمسة عشر إلى أجل، والتورق المصرفي المنظم يؤدي بالقطع إلى بيع نقد عاجل بنقد آجل مع زيادة مقابل الأجل، فيدخل تحت الذرائع المجمع على سدها، وعقود التورق المصرفي تؤدي بالقطع إلى مفسدة الربا، لأن المتورق يطلب الورق، أي النقد صراحة، ولا قصد له في تلك العقود ولا في آثارها التي رتبها الشارع عليها. بل إن قصد الربا بهذه العقود ليس شرطاً في سد الذرائع، فوسائل المفاسد تمنع حتى في الحالات التي لا يقصد فيها المتعاملون بهذه العقود أنفسهم الربا، (وإن كان ذلك بعيداً) طالما أن هذه العقود وسائل تؤدي إلى الغاية المحرمة في العادة أو في الواقع ونفس الأمر[4].

(1) ينظر: أحمد، عبد الرحمن، التورق مفهومه وممارساته والآثار الاقتصادية المترتبة عليه، ص11 وما بعدها.

(2) السعيدي، التورق كما تجريه المصارف في الوقت الحاضر، ص14.

(3) ينظر: حسان، التورق المصرفي المنظم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة. http://hh.mm-ss.com/pagedetails.aspx?id=107

(4) المرجع نفسه.

المبحث الثاني:

خطاب الضمان:

تمهيد:

خطاب الضمان letter of guarantee خدمة مصرفية يقدمها البنك لعملائه لتسهيل تعاملاتهم؛ وهو من الأنشطة المصرفية الهامة، وقد اختلف الفقهاء المعاصرين في حكمه بناء على اختلافه في تكييفه الفقهي، (وأكثر الخلاف الذي يقع بين الناس في مجال المعاملات المصرفية، إنما هو راجع إلى اختلافهم في تصور المعاملة محل النظر، الأمر الذي يؤثر في التكييف ثم على ما يتوصل إليه من حكم بشأنها[1]). فماهي حقيقة خطاب الضمان؟ وكيف كيفه الفقهاء المعاصرين؟

وللإجابة عن هاته التساؤلات قسمنا هذا المبحث إلى أربعة مطالب؛ بدءا بـ: **المطلب الأول**: حقيقة خطاب الضمان، **والمطلب الثاني**: أنواع خطاب الضمان، وأخيرا: **المطلب الثالث**: التكييف الفقهي لخطاب الضمان، **وفي الختام**: أثر هذا الاختلاف.

المطلب الأول: حقيقة خطاب الضمان:

الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان:

يعد خطاب الضمان من المصطلحات التي اختلف الفقهاء المعاصرين في تعريفها، وذلك لاختلافهم في تكييفه الفقهي.

أولا: من رأى أنه قائم على **الكفالة**: عرفه بأنه: "عبارة عن تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة"[2].

(1) مقال في جريدة الشرق الأوسط؛ الاحد 04 رجب 1427 هـ 30 يوليو 2006 العدد 10106. وجدته في هذا الموقع ولم أستطع الوصول لهذه الندوة؛ ندوة: الصيرفة الإسلامية بين الخلاف المذموم والمحمود، وهذا قول: الشيخ الدكتور محمد القري.
https://archive.aawsat.com/details.asp?issueno=9896&article=375514

(2) السالوس، خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية.

وعرفوه أيضا بأنه "تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه البنك بكفالة أحد عملائه في حدودمبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان الضمان بغض النظر عن معارضة المدين أو موافقته في ذلك الوقت.. حالة فشل العميل بالوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الثالث أو إخلاله بشروط التعاقد معه"[1].

ثانيا: ويرى قسم آخر أنه قائم على **أساس التعهـد بالشرط** حيث عرف بأنه"تعهد قطعي مقيد بزمن محدد غير قابل للرجوع يصدر من البنك بناء على طلب طرف آخر (عميل له) بدفع مبلغ معين لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل لقاء قيام العميل بالدخول في مناقصة أو تنفيذ مشروع بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد (خطاب الضمان) متى تأخر أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به للمستفيد في مناقصة أو تنفيذ مشروع ونحوهما، ويرجع البنك بعد على العميل بما دفعه عنه للمستفيد[2].

أو هو "تعهد من البنك بقبول دفع مبلغ معين لدى الطلب إلى المستفيد في ذلك الخطاب نيابة عن طالب الضمان عند عدم قيام الطالب بالتزامات معينة قبل المستفيد"[3].

ثالثا: وذهب آخرون أنه قائم على أساس**الحوالة** حيث عرفوه بأنه"صك يتعهد بمقتضى البنك المصدر له بأن يدفع مبلغاً معيناً لحساب طرف ثالث لفرد معين"[4].

الفرع الثاني: غطاء خطاب الضمان وطريقة إصداره:

أولا: غطاء خطابات الضمان:

يتمثل غطاء خطابات الضمان في الضمانات التي يقدمها العميل للمصرف لتغطية مركزه عن كل مبلغ يتعهد بدفعه فيما لو اضطر المصرف إلى ذلك تنفيذاً لخطاب الضمان؛ و قد تكون قيمة الغطاء متمثلة في الآتي:

غطاء مادي: كالأوراق النقدية أو أراق مالية أو شهادات ستثمار أو بضائع.

(1) شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص291.292؛ نقلا عن الاستثمار والرقابة الشرعية للبعلي، ص47؛ نقلا عن الفتاوى لهيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السوداني، ص36.

(2) أبو زيد، فقه النوازل، جـ1، ص201.

(3) محمد باقر الصدر، البنك الاربوي في الإسلام، ص128.

(4) أبو غدة، خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص932.

غطاء غير مادي: كأن يكون هناك كفيل يكفل العميل للوفاء بقيمة الغطاء في حالة مطالبة المستفيد بالقيمة و عدم دفع العميل لها، أو أن يتنازل العميل للمصرف عن مستحقاته لدى المستفيد.

ومن الممكن أن نصنف أنواع الغطاء طبقاً للكمية التي تقدم في مقابله:

1. غطاء كامل: عند دفع العميل قيمة خطاب الضمان بالكامل نقدا أو عن طريق تخصيص وديعة لأجل أو شهادات استثمار.

2. غطاء جزئي: من الممكن للبنك إصدار خطاب الضمان مع القبول بتغطية قيمته تغطية جزئية أو بدون غطاء، و هذا كله يعتمد على قوة ووضع العميل في السوق ومدى مصداقيته وسمعته الخارجية وللبنك حرية التصرف في هذا الشأن واتخاذ كافة الإجراءات التي يراها مناسبة في هذا الشأن[1].

ثانيا: طريقة إصدار خطاب الضمان[2]:

يقدم طالب خطاب الضمان طلباً للبنك يحدد فيه مبلغ الضمان ومدته والجهة المستفيدة والغرض من الضمان، ويجب أن تكون لدى البنك قبل إصداره الضمان المذكور القناعة بأن كفاءة العميل المالية والمعنوية كفيلة بالوفاء بالتزامه فيما إذا طلب منه دفع قيمة الضمان أو تمديده، وإذا كان مبلغ الضمان كبيراً فإن البنك يطلب عادة تأمينات لقاء ذلك إما أن تكون رهناً عقارياً مسجلاً أو رهن أسهم في شركات بإيداع أوراق مالية لدى البنك يسهل تحويلها إلى نقد فيما لو طلب من البنك دفع قيمة مبلغ الكفالة مع خطاب من مودعها ما يتنازل عنها إذا اقتضى الأمر أو كفالة بنك خارجي معروف، وإضافة إلى كل ذلك فإن البنك يحتفظ عادة بتأمينات نقدية يودعها العميل بنسبة حوالي 25% من قيمة الضمان وقد تزيد هذه النسبة أو تقل تبعاً لمركز العميل المالي والمعنوي ولطبيعة المشروع الذي قدم الضمان من أجله، وبعد كل هذه الإجراءات يقوم البنك بإصدار الضمان.

ثالثا: أطراف خطاب الضمان:

من خلال طريقة إصدار خطاب الضمان يتضح أنه يتكون من ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: العميل وهو طالب الضمان؛والذي يصدر بناء على طلبه و لحسابه خطاب الضمان، وتربطه بالمستفيد علاقة تعاقدية محلها العقد المبرم

(1) ينظر: القحيط، خطابات الضمان ودورها في نشاط المقاولات خاصة، ورقة بحثية إلكترونية.

(2) ينظر: أبو زيد، خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص855.

الطرف الثاني: المستفيد من خطاب الضمان؛وهو الذي يصدر لصالحه خطاب الضمان.

الطرف الثالث: المصرف، وهو الذى يصدر خطاب الضمان ، ويتعهد بدفع المبلغ المنصوص عليه في الخطاب للشخص المستفيد.

المطلب الثاني: أنواع خطابات الضمان[1]:

تتنوع خطابات الضمان إلى أنواع عدة منها:

أولا: خطاب الضمان الابتدائي:

و هو الذي يرفقه العميل بالعطاء المقدم منه في المناقصة أو المزايدة ، و يمثل نسبة معينة من قيمته لكي تطمئن الجهة طارحة المناقصة أو المزايدة إلى جدية العطاءات المقدمة و عدم تراجع مقدم العطاء إذا تغيرت الأسعار أو تبين له خطأ تقديره وسمي ضمان أبتدائي أو مؤقت لأن الغرض منه ينتهي بعدم رسو المناقصة أو المزايدة على العميل مقدم العطاء او برسوها عليه و توقيعه على عقده. فو في الحالتين يسترد العميل خطاب الضمان، أما إذا تراجع عن توقيع العقد بعد أن رسي عليه كان للجهة المستفيدة طارحة المناقصة أو المزايدة أن تصادر قيمة الضمان الابتدائي.

ثانيا: خطاب الضمان النهائي:

ينص غالبا في عقود التوريد أو عقود الأعمال على تقديم خطاب ضمان نهائي من جانب المورد أو المقاول، والمفروض أن يقدم الضمان بعد توقيع العقد وخلال مدة محددة في العقد، والغرض من هذا الضمان هو حسن تنفيذ العقود المبرمة مع الجهات المتعاقد معها سواء كانت مصلحة حكومية أو غيرها. وهي عبارة عن تعهد بدفع مبلغ من المال بنسبة معينة من قيمة المشروع أو المناقصة مقابل حسن التنفيد وسلامة الآداء من الشركة المقاولة.

ثالثا: خطاب ضمان الصيانة:

بعد تنفيذ المشروع تقوم الجهة المستفيدة بإستلامه إذا ظهر و تبين أن المشروع نفذ تماما حسب الشروط و المواصفات المتفق عليها، و لكن تحسباً لظهور عيوب أو ثغرات غير ظاهرة، و نظراً لإمكانية بروز حاجة إلى إجراء بعض الإصلاحات و الصيانة و الترميم؛ فإن الجهة المستفيدة وحتى تعيد للعميل

(1) ينظر: إضاءات مالية ومصرفية، نشرة توعوية يصدرها معهد الدراسات المصرفية، دولة الكويت، ماي2011، العدد العاشر، وأبو زيد، خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص856 وما بعدها.

وللمصرف خطاب الضمان النهائي فإنها تطلب أن يصدر من المصرف خطاب ضمان يضمن إجراء مثل هذه الإصلاحات أو إستكمال أية عيوب قد تظهر في المشروع، وتكون مدة كفالة الصيانة بحدود سنة في الغالب.

رابعا: خطاب ضمان الدفعة المقدمة أو خطاب ضمان تمويلي:

في بعض الحالات يكون المشروع المطلوب تنفيذه كبيرا بحيث يحتاج إلى إمكانات مالية ضخمة غير متاحة للعميل، ذلك أنه في أغلب الحالات يشترط هولاء العملاء والذين رست عليهم العطاءات، بأن تدفع لهم الجهة صاحبة العطاء دفعات مقدمة، قبل بداية العمل لتيسر لهم تمويل العمليات الكبيرة المسندة إليهم، وتستهدف هذه الضمانة بالدرجة الأولى توفير جزء من السيولة النقدية اللازمة لتمويل المعدات ونقلها إلى مواقع العمل والبدء في تنفيد المشروع.

وحتى تضمن هذه الجهة التزام العميل بإعادة الدفعة المقدمة في حال عدم التنفيذ، أو أي جزء منها، فإنها تطلب منه تقديم خطاب ضمان مصرفي لهذا الغرض، ويتم تخفيض هذا الضمان بنسبة مساوية لمراحل التنفيذ للمشروع موضع الضمان، ويجري تخفيض قيمة خطاب الصمان تلقائياً وفقا للأسس المتفق عليها؛ بنسبة من قيمة المستخلصات المدفوعة مقابل القدر المنفد من الأعمال تحدد بنسبة من قيمة خطاب الضمان إلى الأعمال، لذلك يشترط البنك في الغالب تنازل العميل عن الأعمال لصالح البنك لمتابعة المستخلصات المنصرفة ويتم على أساسها تخفيض خطاب الضمان.

وانطلاقا مما سبق يبدو أن كل نوع من أنواع خطاب ضمان المزايدات والمناقصات يشكل مرحلة من مراحل إبرام الصفقات، ففي البداية يتم اللجوء إلى خطاب الضمان الإبتدائي، وبعد رسو العطاء يقدم المقاول خطاب ضمان نهائي أو لحسن تنفيذ، وحتى يتمكن العميل من إتمام الصفقة فإنه يتم اللجوء إلى خطاب ضمان الدفعة المقدمة .و هذا الضمان يتعين أن يقدمه من يرسو عليه العطاء بغرض ضمان حسن تنفيذ الإرتباطات المبرمة مع الجهات المستفيدة ، وفق شروط عقد المقاولة أو التوريد. ويظل خطاب الضمان النهائي ساري المفعول بكامل قيمته ليحن إنتهاء الغرض منه أو إنتهاء مدته.

خامسا: خطابات ضمان مختلفة الأغراض:

هناك أنواع أخرى من خطابات الضمان التي يصدرها البنك لأغراض معينة بناء على طلب العميل لمصلحة جهات مختلفة؛ أذكر منها:

1. ضمانات المسافرين إلى بعض البلدان حيث تطلب سفارات تلك الدول ضمانا بقيمة تذاكر العودة، ضمان إقامة الأجانب، وخطابات الضمان السياحية.

2. خطاب الضمان الملاحي ويصدر هذا الضمان في مجال النقل البحري عند عدم توفر سندات الشحن، حيث يقدم المستورد خطاب ضمان بقيمة البضاعة لوكيل السفينة البحري حتى تصل سندات الشحن اللازمة من الجهات المصدرة.

3. خطاب الضمان الجمركي: يصدر هذا الضمان لمصلحة الإدارة العامة للجمارك.

المطلب الثالث: التكييف الفقهي لخطاب الضمان:

من المعهود تعدد التكييف الشرعي للعقود أحيانا، سواء كانت من العقود المسماة، أم من العقود المستحدثة التي لم ترتبط أحكامها الشرعية مباشرة بتسمياتها، وهذا التعدد في التكييف إما أن ينصب على العقد مطلقا، وإما أن يكون بالنظر إلى أطراف العقد، فيكون للعقد الواحد تكييف بحسب أحد طرفيه، وتكييف آخر بالنسبة للطرف الآخر وقد تجتمع تكييفات عديدة لعلاقة واحدة[1].

لا اختلاف بين المعاصرين في جواز أخذ العمولة على إصدار خطابات الضمان باعتبارها خدمة من الخدمات المصرفية التي يؤديها البنك –كما يؤدى غيرها– ويأخذ في مقابلها أجرا مسمى، وليس في هذه المسألة خلاف، بل هي من البداهة بحيث لا تحتاج إلى بحث؛ وإنما الخلاف في الأجر على الضمان نفسه؛ بمعنى أخذ قدر زائد من الأجر على مصروفات الضمان الأصلية أي أجر في مقابل تقديم الضمان كخدمة من قبل الضامن – فهذا هو محل الخلاف الكبير بين الفقهاء المعاصرين[2].

والضمانات المصرفية لا تقتضي حكما يخصها عن سائر الضمانات؛ فكون الضامن مصرفا أو غيره لا أثر له في الحكم، ووجه الكلام فيها وتخصيصها بالذكر: أن أكثر صور الضمان التي تَطرق بالبحث والنقاش يكون الضامن فيها مصرفا[3].

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في التكييف الفقهي لخطاب الضمان على عدة أقوال؛ هي:

(1) ينظر: أبو غدة، بطاقات الإئتمان، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الثاني عشر، ص1325.

(2) ينظر: عبد الله، جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص959.

(3) الدوسري، حكم الأجر على الضمانات المصرفية، ص3.

الفرع الأول: تكييف خطاب الضمان على أنه كفالة:

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن خطاب الضمان كفالة، وممن ذهب إلى ذلك الدكتور الصديق الضرير وبكر أبو زيد[1]، ومحمود حمودة ومصطفى حسنين[2]؛ حيث قالوا إن خطاب الضمان ليس عقداً جديداً وإنّما هو عقد الكفالة المعروف في الفقه الإسلامي اسما ومعنى، وحجة هؤلاء العلماء أن تعريف خطاب الضمان والكفالة في الفقه الإسلامي متفقان من حيث المعنى، وهو التزام الشخص مالا واجبا على غيره لشخص ثالث[3].

الفرع الثاني: تكييف خطاب الضمان على أنه وكالة:

وذهب إلى القول بهذا التكييف بعض الباحثين منهم: الدكتور سامي حسن حمود؛ حيث قال بعد أن ذكر بعض أقوال الفقهاء: "ويتبين من هذه الباقة من الآراء المختارة ـ اختصارا ـ من مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة، أن خطاب الضمان المصرفي بعلاقاته المتعددة وغاياته المختلفة يمكن أن يجد له مكانا في إطار الفقه الإسلامي الخصيب، وإن تكييف خطاب الضمان المصرفي على أنه وكالة لا يبدو متباينا مع نظرة الفقه الإسلامي للموضوع في نطاق الكفالة بالأمر التي يرجع فيها الكفيل بما يدفع على من أمره بذلك تماما كما يرجع الوكيل، لأن الكفالة بالأمر ماهي إلا وكالة بالأداء"[4].

الفرع الثالث: تكييف خطاب الضمان على أنه كفالة من جهة، ووكالة من جهة أخرى:

حيث فرقوا بين حالات خطاب الضمان إلى ثلاث حالات الأولى: أنه وكالة إذا كان الخطاب مغطى كلياً، وأما الثانيه: كفالة إذا كان خطاب الضمان غير مغطى، والحالة الأخيرة يكون كفالة في الجزء غير المغطى ووكالة في الجزء المغطى، فيكون كفالة ووكالة في المغطى جزئياً؛ وإلى هذا القول ذهب مجموعة من الباحثين؛ منهم: على أحمد السالوس، والشيخ حسن أحمد الأمين[5]، والدكتور عبد الستار أبو غدة، وغيرهم.

(1) ينظر: أبو زيد، فقه النوازل، جـ1، ص206، وشبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص299.

(2) حسنين، أضواء على المعاملات المالية في الإسلام، ص181.

(3) ينظر: شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص299، وخطاب الضمان في مصرف الراجحي بماليزيا دراسة فقهية تقويمية، ص80.

(4) حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص300.

(5) ينظر: عبد الله الأمين، دراسة حول خطابات الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص863.

وقد شارك الدكتور حسن عبد الله الأمين في إصدار فتوى حول خطابات الضمان مع زملائه أعضاء هيئة الرقابة الشرعية على بنك فيصل الإسلامي السوداني وخلاصة تلك الفتوى: أن خطاب الضمان الذي تقدمه المصارف علي نوعين: نوع مغطى بمعنى أن لطالب الضمان حسابا جاريا بالبنك مثلا وهذا يعتبر خطاب الضمان من البنك معه للجهة المستفيدة من قبيل الوكالة، النوع الثاني مكشوف وغير مغطى بمعنى أنه ليس لطالب خطاب الضمان مبالغ مودعة بالبنك تغطي ما يقابل قيمة خطاب الضمان وهذا النوع من خطابات الضمان هو من قبيل الكفالة[1].

وملخص قول حسن عبد الله الأمين أن خطاب الضمان يكون على الأوجه التالية[2]:

الحالة الأولى: خطاب الضمان المغطى وهو كفالة تجاه المضمون له، ووكالة تجاه المضمون –العبرة بالعلاقة مع المضمون في تكييف حكمه– فهو إذن وكالة والوكالة تجوز بأجر وبدون أجر، وعليه فأخذ الأجرة عليه في هذه الحالة جائز.

الحالة الثانية: خطاب الضمان غير المغطى الذي يقوم بالوفاء به المضمون نفسه دون الضامن؛ وهذا النوع هو كفالة وليس وكالة؛ ويؤخذ الأجر عليه على أساس أنه عمل في تعامل رضائي[3].

الحالة الثالثة: التي يكون خطاب الضمان فيها غير مغطي، وتؤول مسؤولية الوفاء به إلى مصدره الضامن، أنه يكون فيها قرضا والجعل فيه يكون زيادة تمثل الربا فلا يجوز، ولكن يجوز لمصدره أخذ أجرة الإصدار فقط.

ويقول على السالوس: "خطاب الضمان إذا كان غير مغطى من العميل يعتبر عقد كفالة، فالكفالة ضم ذمة إلى ذمة، فضمت ذمة المصرف إلى ذمة طالب الإصدار لمصلحة الطرف الثالث، وعلى هذا

(1) ينظر: عبد الله الأمين، دراسة حول خطابات الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص863، والبعلي، الاستثمار والرقابة الشرعية، ص48.49.

(2) ينظر: عبد الله الأمين، دراسة حول خطابات الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص869 وما بعدها.

(3) وهو ليس من العمل الواجب القيام به لعدم تعينه على شخص أو مصرف معين؛ لذلك فلا يدخل تحت قاعدة منع الأجر على أداء الواجب، فيصح أخذ الأجر عليه على أساس أنه عمل في تعامل رضائي، وعلى فرض أنه تعين وأصبح واجبا على من تعين عليه القيام به، فيمكن قياسه على الوديعة الواجبة التي يجوز أخذ الأجر على حفظها، بحيث يصبح أخذ الأجر عليه جائزا لأن الضامن في هذه الحال يبذل جهدا كبيرا في التحري وجمع المعلومات عن صلاحية المضمون لهذا الضمان. ويتحمل عبئا نفسيا وذهنيا طوال فترة سريان الضمان حتى الوفاء به.

فالكفيل هو المصرف، والمكفول هو العميل، والمكفول له هو الطرف الثالث، أما إذا كان العميل أودع لدى المصرف ما يغطى الخطاب فإن العلاقة بينهما علاقة وكالة، حيث وكل العميل المصرف ليقوم بالأداء، فلا توجد كفالة بين الطرفين، غير أنها تكون بين المصرف والطرف الثالث، فالطرف الثالث يقبل خطاب الضمان من المصرف باعتبار المصرف كفيلا لا وكيلا"[1].

ويقول عبد الستار أبو غدة: "إن خطاب الضمان هو (كفالة محضة) ، وذلك في الصورة العامة له سواء أكان بأمر المكفول أو بدون أمره، على أنه إذا كان هناك غطاء للضمان مقدم من طالب الضمان، فإنه تنشأ علاقة أخرى بين الطالب للضمان وبين مصدره فقط، وهي علاقة (وكالة) بالدفع عند وجود ما يقتضيه وهو المطالبة بالالتزام. وليس بمستغرب تباين العلاقة والتكييف من وجهات مختلفة، فكثير من العقود تأخذ طبيعة من حيث اللزوم أو عدمه، أو تأخذ عدة اعتبارات من حيث نوع التكييف، تبعا لطرف دون آخر"[2].

وهذا التكييف هو ما اختاره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية؛ حيث جاء فيه: " فان مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق 22 -28 ديسمبر 1985م، بحث مسألة خطاب الضمان، وبعد النظر فيما أعد في ذلك من بحوث ودراسات وبعد المداولات والمناقشات المستفيضة تبين ما يلي:

1. أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فان كان بدون غطاء، فهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيم يلزم حالا أو مآلا، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم: (الضمان) أو (الكفالة) .

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي (الوكالة) والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

2. أن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعا على المقرض، وذلك ممنوع شرعا.

(1) ينظر: السالوس، خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص897.896.

(2) ينظر: أبو غدة، خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص934.

ولذلك فان المجمع قرر ما يلي: أولا: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته)، سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانيا: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعا، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء"[1].

الفرع الرابع: تخريج خطاب الضمان على قاعدة الخراج بالضمان:

ذهب عبد الرحمن البعلي إلى أن خطاب الضمان يمكن تخريجه على قاعدة: "الخراج بالضمان"[2]، حيث قال: "وفي هذا الخصوص أود أن أشير إلى حديث: "الخراج بالضمان" وهل في معناه متسع لمقابل طاهر أو جزاء عادل إذا قلنا إن من يتحمل تبعية ضمان شيء لو تلف يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون، فالمنفعة مقابل الضمان في هذه الحالة، ويجري الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أو الجزاء لاشتراك البنك وعميله في المنفعة، ففي الحديث وقواعد الفقهاء متسع للمسألة... وعلى هذا الأساس نقول: إن البنك وقد ضمن في خطاب الضمان، فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة، أو محل الضمان لشراكته مع العميل في هذه العملية "شراكة عقد" محله ضمن عمل العميل، وضمان عمل العميل نوع من العمل، وكما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمال أو العمل يكون تارة بالضمان... وعلى هذا يكون للبنك حظ من كسب العميل وربحه"[3].

الفرع الخامس: تكييف خطاب الضمان على أنه جعالة:

ذهب بعض الباحثين إلى أن خطاب الضمان جعالة، وممن ذهب إلى ذلك السيد محمد باقر الصدر؛ حيث قال: "يعتبر خطاب الضمان من البنك تعهدا بوفاء المقاول بالشرط، وينتج عن هذا التعهد نفس ما ينتج عن تعهد طرف ثالث بوفاء المدين للدين، فكما يرجع الدائن على هذا الثالث إذا امتنع المدين عن وفاء دينه، كذلك يرجع صاحب الحق بموجب الشرط إلى البنك المتعهد إذا امتنع المشروط عليه من الوفاء

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص1030.

(2) معنى القاعدة: أن ما خرج من الشيء من عين أو منفعة أو غلة فهو للمشتري عوض ما عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه؛ فالغلة له؛ ليكون الغنم في مقابل الغرم –والباء هنا للمقابلة– أي مقابل المعاوضة العادلة، فمن العدل أن من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة هذا الضمان، ينظر: رمضان، موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية، ص538.

(3) ينظر: البعلي، الاستثمار والرقابة الشرعية، ص59 وما بعدها.

بالشرط، ولما كان تعهد البنك وضمانه للشرط بطلب من الشخص المقاول، فيكون الشخص المقاول ضامنا لما يخسره البنك نتيجة لتعهده، فيحق للبنك أن يطالبه بقيمة ما دفعه إلى الجهة التي وجه خطاب الضمان لفائدتها، ويصح للبنك أن يأخذ عمولة على خطاب الضمان هذا، لأن التعهد الذي يشتمل عليه هذا الخطاب يعزز قيمة التزامات الشخص المقاول، وبذلك يكون عملا محترما يمكن فرض جعالة عليه أو عمولة من قبل ذلك الشخص"[1].

الفرع السادس: تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أنه عقد مستحدث:

إن خطاب الضمان من العقود المستحدثة الذي يجمع بين أحكام عدد من العقود المسماة من الكفالة والوكالة وغيرها وله خصائص ينفرد بها عن هذه العقود وإن اشترك معها في بعض الأحكام مما يجعله عقداً جديداً، والشريعة الإسلامية لا تمنع وجود صور جديدة لعقود المعاملات فالأصل في العقود والشروط الإباحة كما هو مقرر، هذا وقد فسر خطاب الضمان بأنه علاقة جديدة تنشأ بين البنك والمورد، يشغل البنك فيها ذمته بحق المورد بالتزامه وحده، ويصبح المورد مستحقاً عليه، فهذه العلاقة هي نوع جديد من الضمان ليس كالكفالة وإنما هو من ابتكار العرف المصرفي، نشأ نتيجة تطور الأعمال التجارية والحياة الاقتصادية بصفة عامة[2].

المطلب الرابع: سبب الخلاف في تكييف خطاب الضمان وأثره:

ذهب كثير من الباحثين المعاصرين إلى تكييف خطاب الضمان على أساس إلحاقه بعقد من العقود المسماة وقد حاولوا إيجاد المسوغات الشرعية والمنطقية حتى يثبتوا انطباق خطاب الضمان على أحد العقود المسماة، وهناك من عده أنه عقداً جديداً لا يمكن إلحاقه بأي من العقود المسماة التي تجعله يتشابه معها[3]، وسبب اختلافهم في التكييف الفقهي لخطاب الضمان نابع من عدم وجود نص شرعي خاص في المسألة

(1) باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، ص130.131.

(2) ينظر: العطين، الطبيعة الشرعية لخطاب الضمان في العقود التجارية، ص196، والديرشوي، مسألة أخذ الأجرة مقابل خطاب الضمان، ص138.

(3) ينظر: العطين، الطبيعة الشرعية لخطاب الضمان في العقود التجارية، ص192.

وما ذهب إليه كل فريق إنما هو ترجيح لما يراه من أنه الصيغة الفقهية الأقرب لما عليه خطاب الضمان، إضافة إلى اختلافهم في عملية إصدار خطاب الضمان وتدرج خطواتها[1].

وثمرة الخلاف في تكييف خطاب الضمان تظهر في أن:

من قال أن خطاب الضمان هو عقد كفالة مطلقا لم يجز أخذ العوض على الضمان.

ومن قال أنه عقد وكالة مطلقا أجاز أخذ العوض على خطاب الضمان؛ لأن الوكالة تجوز بأجر وبدون أجر.

ومن قال أنه عقد مركب من عقد وكالة وضمان إما مطلقا أو في حال كان الضمان قد غطي جزء منه؛ فهناك من يجيز أخذ العوض على الوكالة ولا يجيز أخذ العوض على الضمان.

وقد تباينت آراء الباحثين المعاصرين والهيئات الشرعية تجاه أخذ الأجر على خطاب الضمان، وقد فصلها السالوس في بحثه[2]؛ وملخصها كالآتي:

الرأي الأول: بعض المصارف تأخذ أجرا محددا ثابتا لأي خطاب ضمان مهما كان نوعه، أو قيمته، أو مدته.

الرأي الثاني: بعض هيئات الرقابة الشرعية فرقت بين المغطى وغير المغطى، فرأت أن الأول يجوز أخذ أجر عليه على أساس الوكالة، وقالت في الثاني: لا يجوز للبنك أن يأخذ أجرا في هذه الحالة إذا كان هذا الأجر نظير خطاب الضمان، لأنه يكون قد أخذ أجرا على الكفالة، وهو ممنوع، لأن الكفالة من عقود التبرعات، غير أن الأجر الذي يأخذه البنك إذا كان نظير ما قام به من خدمة ومصاريف تتطلبها إجراءات إكمال خطاب الضمان فلا مانع شرعا[3].

(1) ينظر: العطين، الطبيعة الشرعية لخطاب الضمان في العقود التجارية، ص197، والبري، خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، ص926.

(2) ينظر: السالوس، خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص898 وما بعدها.

(3) فقد جاء في خلاصة الفتوى: "ترى الهيئة جواز أخذ أجر على إصدار خطابات الضمان شريطة أن يكون هذا الأجر نظير ما يقوم به البنك من خدمة لعملائه بسبب إصدار هذه الخطابات، ولا يجوز أن يأخذ البنك أجرا لمجرد كونه ضامنا للعميل"، السالوس، خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص898 وما بعدها.

الرأي الثالث: وهو يخالف ما سبق، حيث ذهب إلى ربط الأجر بالعمل والمخاطرة معا، معنى هذا أن يرتبط الأجر –إلى جانب العمل – بالجزء غير المغطى، غير أنه جعل هذا من باب الجعالة لا الإجارة[1].

الرأي الرابع: بدا كأنه غير مخالف حين ذكر أن الأجر مرتبط بالوكالة، والواقع أنه أكثر مخالفة مما ذكر آنفا، حيث يقول: "يقدم البنك الإسلامي هذه الخدمة لعملائه على أساس الوكالة بالأجر، ويكون له أن يتقاض الأجور المتعارف عليها بين البنوك وذلك فيما عدا الفوائد المتحققة بين تاريخ دفع قيمة المطالبة (إن حصلت) وبين تاريخ تسديد هذه القيمة من قبل العميل".

(1) حيث قال: "يجوز حصول المصرف على جعل نظير إصدار خطابات الضمان مقابل ما يتحمله المصرف من الجهد والمخاطرة المترتبة على ذلك، ويتم تحديد هذا الجعل على أساس نسبة من المبلغ غير المغطى من خطابات الضمان المصدرة بغض النظر عن مدة تلك الخطابات. كما يجوز للمصرف أن يتقاضى مبلغا مقطوعا لتجديد هذه الكفالات نظير ما يتحمله المصرف من مصروفات إدارية، السالوس، خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ص898 وما بعدها.

نموذج من خطاب الضمان

AGENCE 322 EL-OUED

CAUTION DE SOUMISSION N° :

Avis d'Appel d'Offres National ouvert N° : N° .....
Relatif à :

..... .

A : .....

Attendu que **Mr : .....** (ci–après dénommé le « Soumissionnaire ») a soumis son offre pour l'exécution du marché susnommé (ci –après dénommé le « l'Offre »).

Faisons savoir par les présentes que nous Crédit Populaire d'Algérie, Entreprise publique Economique, Société par action au capital de DA 48.000.000.000,00 ayant son siège social au 02, Boulevard Colonel Amirouche –Alger, représenté par Mr ....., agissant en sa qualité de Directeur de l'Agence 322 El-Oued, sise au 27, Boulevard AMAMRA Bachir –El-Oued (ci –après dénommé la « Banque »), sommes engagés vis-à-vis de **.....** (ci-après dénommé « la structure contractante » pour la somme de **..... DA (00 DA).**

Certifié par le cachet de la dite banque ce jour du **.....**
Les conditions de cette obligation sont les suivantes :

1- Si le soumissionnaire retire ou annule son offre commerciale au cours de la période de validité spécifiée par le soumissionnaire dans son document de soumission ou
2- Si l'offre de prix présentée par le soumissionnaire contient des modifications et des manquements constatés et avérés par rapport à son offre technique, aux dispositions du projet de contrat parraphé par ses soins, et/ou par rapport aux exigences du dossier d'appel d'offres en matière de présentation et contenu de l'offre de prix ,et ce en dépit de la lettre d'engagement joi,te à cette offre .
3- Si le soumissionnaire, ayant été informé de l'acceptation de son offre par la structure contractante pendant la période de validité de l'offre :

a) ne signe pas ou refuse de signer le contrat en temps utile ; ou
b) n'émet pas ou refuse d'émettre la garantie de bonne exécution et la garantie de la maison mère ultime ou des actionnaires dans les délais requis par le dossier d'appel d'offres.

Nous nous engageons à payer à la structure contractante une somme à concurrence du montant susmentionné à reception de sa première demande écrite, sans que la structure contractante ait a motiver sa demande, à condition qu'il y indique que la somme est demandée en raison de la survenance de l'une ou des trois conditions susmentionnées, en précisant de quelle(s) condition(s) il s'agit.

Cette garantie restera en vigueur jusqu'à la date survenant **Trente (30) jours** après l'expiration de la période de validité des offres de **(180 jours)**, et toute demande formulée dans son cadre devra parvenir à la banque à cette date au plus tard, l'accusé de réception de la banque faisant foi.

Fait à El-Oued, le .....

-Bon pour caution à concurrence de :
00DA.

CAUTION DE BONNE EXECUTION & DE GARANTIE

N°:

Nous soussignés, Crédit Populaire d'Algérie (Banque) Société au capital de 48.000.000.000.00 DA Ayant son siège social sise à Boulevard colonel Amirouche Alger représentée par Mr BELGUIDOUM NABIL agissant en sa qualité de Directeur de L'agence El-Oued.

Connaissance prise du **marché N°: .....** du **.....** conclu entre **.....** et **Mr .....**, pour un montant de **00 DA** (**..... DA**), ayant pour objet : **.....**

Emettons en faveur de **.....**, conformément à l'article 97 du décret présidentiel N° 10-236 du 07-10-2010, portant réglementation des marchés publics, modifié et complété, une caution de bonne exécution pour un montant de **00 DA (.....DA .)** représentant **05%** du montant du **marché** qui couvre les risques d'inexécution ou d'exécution incomplète et/ou imparfaite par **Mr .....** de ses obligations contractuelles.

A la date de réception provisoire, la caution de bonne exécution sera transformée en caution de garantie, et ce, conformément à l'article 98 du décret présidentiel N° 10-236 du 07/10/2010 portante réglementation des marchés publics, modifié et complété.

A sa demande justifiée, nous paierons à **.....** les sommes dont **Mr.....** serait reconnu(e) débiteur (trice) au titre de contrat susvisé, jusqu'a concurrence de **00 DA (..... . DA).**

Conformément à l'article 101 du décret présidentiel N° 10-236 précité, la présente caution sera libérée au plus tard un mois après la date de prononcé de la réception définitive sur présentation du procès verbal de réception définitive signé contradictoirement par les parties et mainlevée délivrée par **.....**

La présente caution est délivrée uniquement pour le contrat de base à l'exclusion de tout avenant qui modifierait le montant dudit contrat et/ou sa durée de validité et qui pourrait avoir une incidence quelconque sur la présente caution sauf accord préalable de Credit populaire d'Algérie et la délivrance par celui-ci d'une nouvelle caution correspondante.

Tout litige né de l'interprétation ou de l'exécution de la présente caution sera réglé à l'amiable A défaut d'accord amiable, le litige sera soumis à la compétence du tribunal de El-Oued.

Fait à El-Oued le, ...

-Bon pour caution à concurrence de :
00 DA.

ملخص:

– تقسم عمليات البنوك إلى قسمين رئيسيين هما: التمويل والخدمات المصرفية؛ وتحت كل قسم من هذه الأقسام عدد من العقود المعاصرة.

– لم يرد مصطلح التورق بهذه التسمية إلا عند الحنابلة؛ ويقصدون به: "أن يشتري الرجل السلعة نسيئة، ثم يبيعها نقدا؛ لغير البائع بأقل مما اشتراها به؛ للحصول على النقد"؛ وقد اختلف الفقهاء القدامى في مسألة التورق الفقهي؛ بين الجواز والمنع، والتورق ثلاثة أنواع: الفردي، والمنظم والمصرفي. – يتم التورق المصرفي المنظم عن طريق قيام المصرف بشراء الكمية المطلوبة من السلعة أو السلع الدولية، وفق المواصفات المحددة التي يرغب فيها العميل نقدًا، وبعد تملك المصرف وقبضه للسلع التي اشتراها قبضًا حكميًّا، يقوم ببيعها بثمن معلوم مؤجل بحسب نظام التقسيط المتفق عليه بينهما، ثم يوكل العميل المصرف في بيع ما امتلكه من السلع بثمن نقدي معجل لطرف ثالث لا علاقة للمصرف به، وبعد ذلك يقوم المصرف ببيع تلك السلع لحساب موكله العميل، على النحو المرسوم، ويوفر له ثمنها المقبوض لينتفع به.

– للتورق المنظم صور كثيرة منها: التورق المصرفي عن طريق بيع السلع، وعن طريق بيع المعادن، وتعتمد البنوك التي تتيح التورق لعملائها عدةَ صيغٍ، تختلف اختلافات غير جوهرية، منها: صيغة الأمر بالشراء والمرابحة، وصيغة الشراء المسبق والبيع مرابحةً، وصيغة البيع مساومةً.

- اختلف الفقهاء المعاصرون في التورق المصرفي المنظم على قولين: فمنهم من أجازه، وأكثرهم على القول بمنعه؛ فمنهم من شبهه بالعينة الممنوعة شرعا؛ ومنهم من صنفه في العقود الصورية؛ إضافة إلى إخلاله بشروط القبض الشرعي اللازم لصحة المعاملات،

– يعد خطاب الضمان من المصطلحات التي اختلف الفقهاء المعاصرين في تعريفها، وذلك لاختلافهم في تكييفه الفقهي.

– يتمثل غطاء خطابات الضمان في الضمانات التي يقدمها العميل للمصرف لتغطية مركزه عن كل مبلغ يتعهد بدفعه فيما لو إضطر المصرف إلى ذلك تنفيذاً لخطاب الضمان و قد تكون قيمة الغطاء متمثلة فيغطاء مادي –الأوراق النقدية أوالمالية أو شهادات إستثمار أو بضائع–، وغطاء غير مادي : مثل أن

يكون هناك كفيل يكفل العميل للوفاء بقيمة الغطاء في حالة مطالبة المستفيد بالقيمة و عدم دفع العميل لها؛ ومن الممكن أن نصنف أنواع الغطاء طبقاً للكمية التي تقدم في مقابله إلى غطاء كامل وغطاء جزئي.

– تتنوع خطابات الضمان إلى أنواع عدة منها: خطاب الضمان الابتدائي، خطاب الضمان النهائي، خطاب ضمان الصيانة، خطاب ضمان الدفعة المقدمة أو خطاب ضمان تمويلي، وخطابات ضمان مختلفة الأغراض؛كضمانات المسافرين إلى بعض البلدان، أو خطاب الضمان الملاحي، أو خطاب الضمان الجمركي.

– لا اختلاف بين المعاصرين في جواز أخذ العمولة على إصدار خطابات الضمان باعتبارها خدمة من الخدمات المصرفية التي يؤديها البنك –كما يؤدى غيرها– ويأخذ في مقابلها أجرا مسمى، وليس في هذه المسألة خلاف، وإنما الخلاف في الأجر على الضمان نفسه؛ بمعنى أخذ قدر زائد من الأجر على مصروفات الضمان الأصلية أي أجر في مقابل تقديم الضمان كخدمة من قبل الضامن — فهذا هو محل الخلاف الكبير بين الفقهاء المعاصرين.

– اختلف الفقهاء المعاصرون في التكييف الفقهي لخطاب الضمان على عدة أقوال؛ هي:

أولا: تكييف خطاب الضمان على أنه كفالة، ثانيا: تكييف خطاب الضمان على أنه وكالة، ثالثا: تكييف خطاب الضمان على أنه كفالة من جهة، ووكالة من جهة أخرى، رابعا: تخريج خطاب الضمان على قاعدة الخراج بالضمان، خامسا: تكييف خطاب الضمان على أنه جعالة، سادسا: تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أنه عقد مستحدث.

– ثمرة الخلاف في التكييف الفقهي لخطاب الضمان تظهر في أن من قال أن خطاب الضمان هو عقد كفالة مطلقا لم يجز أخذ العوض على الضمان، ومن قال أنه عقد وكالة مطلقا أجاز أخذ العوض على خطاب الضمان؛ لأن الوكالة تجوز بأجر وبدون أجر، ومن قال أنه عقد مركب من عقد وكالة وضمان إما مطلقا أو في حال كان الضمان قد غطي جزء منه؛ فهناك من يجيز أخذ العوض على الوكالة ولا يجيز أخذ العوض على الضمان.

خاتمة

خاتمة:

توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج أهمها:

أولا: التكييف الفقهي يجعل الفقيه أكثر إطلاعا وتعمقا في الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية؛ إذا جرى مجراه الصحيح بدقة وعناية ودراية وشمول وفهم؛ فإنه الخطوة الأولى للاجتهاد الصحيح في استنباط أحكام النوازل، وللتكييف الفقهي أهمية عظمى في تطبيق النص الشرعي على الواقعة العملية؛ وخاصة في مجال المعاملات المالية المعاصرة.

ثانيا: اهتمام الفقه الإسلامي المعاصر بتنظيم أحكام المعاملات المالية المعاصرة، وإيجاد البديل الشرعي عن المعاملات الفاسدة؛ فقد شرع الإسلام طرقا عديدة للمحافظة على الحقوق المالية للناس، ووضع لها أحكاماً خاصةً بذلك حرصاً على عدم الظلم ومنع الباطل؛ إضافة إلى أن التشريع الإسلامي كان أسبق وأعمق من كل التشريعات الوضعية الحديثة في تنظيم التعامل بين الناس؛ مما يؤكد تفوق أحكام الشريعة الإسلامية وكمالها وصلاحيتها في كل زمان ومكان.

ثالثا: للتكييف الفقهي أثر في المعاملات المالية المعاصرة؛ و هذا الأثر يتنوع حسب مراحل التكييف الفقهي للمسألة وحسب نوع المسائل المكيفة.

فأما الأول: فهناك أثر للتكييف في مرحلة التصور الأولي للنازلة، وهناك أثر للتكييف في محاولة إلحاق النازلة بأصلها الشبيه أو قاعدتها الجامعة، وهناك أثر للتكييف في مرحلة التحقق من المطابقة بين المعاملة المالية وأصلها الذي كُيفت عليه؛ وهذا الأثر قد يكون إيجابيا في الوصول لحكم النازلة، وقد يكون سلبيا عندما يختل التكييف ويبنى بشكل خاطئ.

أما الأثر المترتب على التكييف الفقهي حسب أنواع المسائل (فقد بحثناه في أنواع ومسالك منهج التكييف الفقهي).

وهناك مسائل ينبني على الاختلاف في تكييفها أثر حقيقي؛ كالاختلاف في تكييف النقود والاختلاف في تكييف خطاب الضمان.

وهناك مسائل لا يؤثر الاختلاف في تكييفها على حكمها، وهناك نوازل لا شبيه لها ولا مثيل يصلح للالحاق بها؛ فتكيف على أنها عقد مستجد.

والأثر يختلف من وجهة نظري؛ فهناك أثرين متناقضين للتكييف الفقهي في الجانب المالي بشكل خاص:

الأثر الأول هو انخراط الفقه في العالم الحديث، وإعادته إلى المركز من خلال بوابة الاقتصاد بعد أن تم تحويله للهامش، وربط الجزئيات بالكليات والفروع بالأصول.

الثاني وهو مناقض للأول وهو التماهي مع مفاهيم وأنظمة العصر وتحويل الفقه إلى أداة لشرعنة النظام المالي الحديث من خلال إضفاء الشرعية الشكلية على كل منتجات النظام الاقتصادي البنكي والبحث عن المخارج والحيل لتحقيق ذلك.

فعند دراسة بعض كتب المعاملات المالية المعاصرة يحاولون التأصيل الشرعي لأي معاملة مالية، ويتكلفون في تكييف بعض النوازل الجديدة وإلحاقها بما يرونه شبها لها من مسائل الفقه المقررة مع وجود الفرق بينهما.

رابعا: كشف البحث أن من أسباب الاختلاف في التكييف الفقهي:

– أهم سبب لاختلاف الفقهاء في التكييف الفقهي للمعاملات المالية عدم وجود نص في المسألة.

– الاختلاف في الأنظار وتصور المسألة: فقد أفضى نظر الفقهاء المعاصرين في القضايا المعاصرة إلى الاختلاف في أحكامها الشرعية التي تناسبها، بسبب اختلافهم في توصيفها وحقيقتها، ومن ثم الاختلاف في الأصل العام الذي يطبق عليها.

– الاختلاف في تحقيق المناط: مناط الحكم في التكييف الفقهي قد يكون واضحا جليا في بعض الوقائع، بما لا يحتاج إلى جهد كبير؛ وقد يكون خفيا ودقيقا في وقائع أخرى؛ مما يحتاج إلى الكثير من الجهد والبحث، وعند خفاء تحقق المناط يؤدي الى اختلاف العلماء في تكييفها والحكم عليها، والتكييف الفقهي لكل قضية مستجدة يعتمد على تحقيق المناط، لأن البحث في حقيقة الواقعة والتعرف على أوصافها هو بحث في المناط الذي تحقق فيها ليجري بعد هذا تطبيق الأصل المناسب عليها.

– الاختلاف في القواعد الأصولية وبعض مصادر الاستنباط: وهذا السبب يعد من أهم الأسباب التي أدت إلى الاختلاف في فروع الشريعة الإسلامية، فالقواعد الأصولية هي تلك الأسس والمناهج التي يضعها المجتهد نصب عينيه عند الشروع في الاستنباط، ليشيد عليها صرح مذهبه ويكون ما يتوصل إليه نتيجة وثمرة لهذه القواعد ، وقد أدى اختلاف تلك القواعد فيما بين فقيه وآخر إلى الاختلاف في النتائج التي يتوصلون إليها.

التوصيات:

إن البحث إذ يسجل هذه النتائج، فإنه يوصي بالآتي:

– إنشاء فرق بحث متخصصة في دراسة التعاملات التي تتم في الأسواق المالية الجزائرية تضم طلبة من تخصصات مختلفة –علوم إسلامية، علوم إقتصادية، قانون–

– اقتراح بعض الموضوعات كأطروحة دكتوراه بعنوان:

تغير التكييف الفقهي أسبابه وأثره في المعاملات المصرفية المعاصرة.

التكييف الفقهي لخدمات عقود الهاتف في الجزائر موبيليس أو جيزي أنموذجا.

التكييف الفقهي لرخصة المشاع الإبداعي وأثره في الفقه الإسلامي.

– توجيه البحوث نحو دراسة العقود المستجدة خاصة ما يتعلق بالأصول الالكترونية والميراث الرقمي.

وفي الختام لا يسعني إلا القول:

أن هذا الجهد العلمي المتواضع يعتريه النقص والقصور لا محالة؛ وهو ما يستوجب إثراءه بملاحظات وتوجيهات الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة،

وأجدد شكري وعرفاني لكل من مد لي يد العون، أو دعا لي، أو أرهق نفسه في قراءة هذا البحث،

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وآخر دعوانا أن الحمدُ للهِ ربِّ العالمين.

الفهارس

1. فهرس الآيات القرآنية
2. فهرس الأحاديث والآثار
3. فهرس المخططات
4. فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية:

الآيـــــــــــــــة	السورة ورقم الآية	الصفحة
﴿كَيْفَ تَكْفُرُونَ بِٱللَّهِ﴾	البقرة: 28	5
﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ﴾	البقرة: 179	122
﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾	البقرة: 188	122
﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾	البقرة: 275	33
﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾	البقرة: 282	91
﴿فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِن كُلِّ أُمَّةٍۭ بِشَهِيدٍ﴾	النساء: 41	5
﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ۖ فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِي شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ﴾	النساء: 59	23
﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ ۗ﴾	النساء: 83	23
﴿مَّن يُطِعِ ٱلرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ ٱللَّهَ﴾	النساء: 80	95
﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾	المائدة: 95	24
﴿لَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾	الأنعام: 108	98
﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ﴾	النحل: 89	28-95

﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ﴾	الكهف: 19	242
﴿وَمَا كَانَ لِمُؤۡمِنٖ وَلَا مُؤۡمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمۡرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلۡخِيَرَةُ مِنۡ أَمۡرِهِمۡ﴾	الأحزاب: 36	58
﴿وَإِنَّكَ لَتَهۡدِيٓ إِلَىٰ صِرَٰطٖ مُّسۡتَقِيمٖ ٥٢﴾	الشورى: 52	95
﴿ذُقۡ إِنَّكَ أَنتَ ٱلۡعَزِيزُ ٱلۡكَرِيمُ ٤٩﴾	الدخان: 49	80
﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْ﴾	الحشر: 7	95
﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾	الطلاق: 2	38
﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾	الطلاق: 6	37
﴿ٱلَّذِيٓ أَطۡعَمَهُم مِّن جُوعٖ وَءَامَنَهُم مِّنۡ خَوۡفِۢ ٤﴾	قريش: 4	172

فهرس الأحاديث والآثار:

طرف الحديث أو الأثر	الصفحة
«أرأيت لو كان عليها دين أكنت تقضينه؟» قالت: نعم، قال: «فدين الله أحق بالقضاء»	114
أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه	91
إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر منفعة	35
أن رسول الله لما أراد أن يبعث معاذا إلى اليمن قال: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟»	14
بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثا قبل الساحل، فأمر عليهم أبا عبيدة بن الجراح وهم ثلاث مائة	191
جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، أفأقضيه عنها؟ قال: نعم، قال: فدين الله أحق أن يقضى	113
جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، أفأقضيه عنها؟	25
حديث معاذ لما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن سأله النبي: (كيف تقضي؟)	90
الحلال بين والحرام بين لا يعلمهن كثير من الناس	97
خذوا ساحل البحر حتى نلتقي	63
فأعفنا حتى يكون	57
فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك	26
فضربه حتى أنهج	4
الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة	59
قال عمر بن الخطاب: هششت فقبلت وأنا صائم	25
كل قرض جر منفعة فهو ربا	34
لا تبع ما ليس عندك	164-169

لا تبيعوا الطعام بالطعام	37
لا تبيعوا دراهم بدراهم بينهما حريرة	251
لا تسأل عما لم يكن، فإني سمعت عمر بن الخطاب رضوان الله عليه يلعن من سأل عما لم يكن	57
لم ير المسلمون في النهد بأسا أن يأكل هذا بعضا وهذا بعضا	191
نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع النجش	93
هل بها من الأوثان شيء؟ قال: لا، قال: فأوف بما نذرت به لله	61
ولا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة	25

فهرس المخططات والأشكال:

موضوع المخطط	الصفحة
تقسيم موضوعات المعاملات المالية المعاصرة	124
الأسواق المالية وتوابعها	128
تقسيم العقود التي تتم في الأسواق المالية	154
تقسيم عمليات البنوك	242

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: الكتب:

1) الإبانة عن أصول الديانة، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن إسحاق بن سالم بن إسماعيل بن عبد الله بن موسى بن أبي بردة بن أبي موسى الأشعري (ت324هـ)، تحقيق: الدكتور فوقية حسين محمود، دار الأنصار، القاهرة، الطبعة الأولى، 1397م.

2) ابن حنبل؛ حياته وعصره–آراؤه وفقهه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.

3) الاجتهاد المقاصدي حجيته، ضوابطه، مجالاته، نور الدين بن مختار الخادمي، ، كتاب الأمة، سلسلة دورية تصدر كل شهرين عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، العدد66، السنة الثامنة عشر، الطبعة الأولى، 1419هـ/ 1998م.

4) الاجتهاد المقاصدي عند العز بن عبدالسلام، أم نائل بركاني، دار التجديد ماليزيا، الطبعة الأولى، 1425هـ/ 2004م.

5) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر، يوسف القرضاوي، دار القلم، الكويت، الطبعة الأولى، 1417هـ/ 1996م.

6) أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة، حسان بن إبراهيم بن محمد السيف، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م.

7) أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، سعد بن تركي بن محمد الخثلان، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1425هـ/2004م.

8) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1426هـ/ 2005م.

9) أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت 370هـ)، تحقيق: محمد صادق القمحاوي –عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ.

10) أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت 543هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ/ 2003م.

11) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت 684 هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1416هـ/ 1995م.

12) أخبار القضاة، أبو بكر محمد بن خلف بن حيات بن صدقة الضبي البغدادي، الملقب بوكيع (ت 306هـ)، تحقيق: عبد العزيز مصطفى المراغي، المكتبة التجارية الكبرى، بشارع محمد علي بمصر لصاحبها: مصطفى محمد، الطبعة الأولى، 1366هـ/ 1947م.

13) اختلاف الأئمة العلماء، الوزير أبي المظفر يحي بن محمد بن هبيرة الشيباني (ت 560هـ)، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1423هـ/ 2002م.

14) أدب المفتي والمستفتي، عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (ت 643هـ)، تحقيق: موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة، الطبعة الثانية، 1423هـ/ 2002م.

15) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت1250هـ)، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق–كفر بطنا، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1419هـ/ 1999م.

16) إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (ت 1182هـ)، تحقيق: صلاح الدين مقبول أحمد، الدار السلفية، الكويت، الطبعة الأولى، 1405هـ.

17) أساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (ت 538هـ)، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ/1998م.

18) الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، دراسة فقهية وقانونية ومصرفية، عبد الحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1411هـ/ 1991م.

19) الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت 463هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ/ 2000م.

20) الأسهم حكمها وآثارها، صالح بن محمد بن سليمان السلطان، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1427هـ/ 2006م.

21) الأسهم والسندات في الفقه الإسلامي، أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الأولى، محرم 1424هـ.

22) أسواق الأوراق المالية ودورها في تمويل التنمية الاقتصادية في دراسة مقارنة بين النظم الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية، سمير عبد الحميد رضوان، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، سلسلة أبحاث صيغ المعاملات المصرفية (4)، دار النهار.

23) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت 970هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ/ 1999م.

24) الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت911هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411هـ/ 1990م.

25) أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، الدكتور عمر جدية، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1430هـ/2010م.

26) أصول الشاشي، نظام الدين أبو علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي(ت344هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت.

27) أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1406هـ/1986م.

28) أصول الفقه، أبو زهرة، دار الفكر العربي، دون طبعة، دون تاريخ.

29) أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (ت 1393هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 1415هـ/1995م.

30) أضواء على المعاملات المالية في الاسلام، محمود حمودة، مصطفى حسين، مؤسسة الوراق، عمان- الأردن، الطبعة الثانية، 1999م.

31) اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات دراسة مقارنة في أصول الفقه ومقاصد الشريعة، عبد الرحمن بن معمر، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، رجب1424هـ.

32) اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، الدكتور وليد بن علي الحسين، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1430هـ/2009م.

33) الاعتصام، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت 790هـ)، تحقيق ودراسة: الجزء الأول: محمد بن عبد الرحمن الشقير، الجزء الثاني سعد بن عبد الله آل حميد، الجزء الثالث: هشام بن إسماعيل الصيني، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م.

34) إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت751هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ/ 1991م.

35) الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، علي أحمد السالوس، دار الثقافة- الدوحة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت، 1418هـ/ 1998م.

36) الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت 204هـ)، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، 1410هـ/1990م.

37) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت 885هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، دون تاريخ.

38) الأوراق المالية وأسواق المال، منير إبراهيم هندي، 2006م.

39) الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها، دار الفكر المعاصر- لبنان، دار الفكر- سورية، الطبعة الأولى، 1460هـ/ 1999م.

40) البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت 794هـ)، دار الكتبي، الطبعة الأولى، 1414هـ/ 1994م.

41) بحوث في الإقتصاد الإسلامي، عبد الله بن سليمان المنيع، ، المكتب الإسلامي، بيروت– دمشق– عمان، الطبعة الأولى، 1416هـ/ 1996م.

42) بحوث في الإقتصاد الإسلامي، علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت– لبنان، الطبعة الثالثة، 1430هـ/ 2009م.

43) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت–لبنان، الطبعة الثانية، 1429هـ/ 2008م.

44) بحوث وفتاوى في الإقتصاد الإسلامي، بحث في أن قبض الشيك قبض لمحتواه، عبد الله بن سليمان المنيع، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1416هـ/ 1996م.

45) بحوث ومقالات في التشريع الإسلامي، علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1431هـ/2010م.

46) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت 595هـ)، دار الحديث، القاهرة، دون طبعة، 1425هـ/ 2004م.

47) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت587هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406هـ/1986م.

48) بدائع الفوائد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

49) البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت478هـ)، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/ 1997م.

50) بطاقة الائتمان؛ في قضايا معاصرة ، بكر بن عبد الله أبو زيد، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الثانية، 2001م.

51) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمَذْهَب الْإِمَام مَالك)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت 1241هـ)، دار المَعارف، دون طبعةً، دون تاريخ.

52) البنك اللاربوي في الإسلام، السيد محمد باقر الصدر، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، 1401هـ/ 1981م.

53) البورصات وتجارة القطن، سامي وهبة غالي، الطبعة الكمالية بعابدين، الطبعة الرابعة، 1955م.

54) بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي –دراسة تحليلية نقدية–، شعبان محمد إسلام البرواري، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ربيع الآخر 1423هـ/ يونيو2002م.

55) تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (ت1205هـ)، حققه مجموعة من المحققين، دار الهداية.

56) التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت 897هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ/ 1994م.

57) التأصيل الشرعي لمفهوم فقه الواقع، أبو ياسر سعيد بن محمد بيهي، الدار العالمية للنشر والتوزيع، مصر.

58) التأمين وأحكامه، سليمان بن ابراهيم بن ثنيان، دار العواصم المتحدة، قبرص–بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ/ 1993م.

59) التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت 1393هـ)، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م.

60) تحفة الحبيب على شرح الخطيب؛ حاشية البجيرمي على الخطيب، سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمي المصري الشافعي (ت 1221هـ)، دار الفكر، دون طبعة، 1415هـ/ 1995م.

61) تَخريج الفروع على الأصول، محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الزَّنْجاني (ت 656هـ)، تحقيق: محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1398هـ.

62) التخريج عند الفقهاء والأصوليين (دراسة نظرية تطبيقية تأصيلية)، يعقوب بن عبد الوهاب بن يوسف الباحسين التميمي، مكتبة الرشد، 1414هـ.

63) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حسن أحمد حمود، مطبعة الشرق ومكتبتها، عمان، الطبعة الثانية، 1402هـ/ 1982م.

64) التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان 1407هـ/ 1986م)، الطبعة الأولى، 1424هـ/ 2003م.

65) التقريب والإرشاد (الصغير)، محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن القاسم، القاضي أبو بكر الباقلاني المالكي (ت 403 هـ)، تحقيق: عبد الحميد بن علي أبو زنيد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1418هـ/ 1998م.

66) التكييف الأصولي وأثره في الوازل المعاصرة –دراسة تأصيلية تطبيقية– عبد الرحمن السديس، الطبعة الأولى، 1436هـ/2015م، دار النوادر، سوريا.

67) التكييف الفقهي للعقود المالية المستجدة وتطبيقاتها على نماذج التمويل الإسلامية المعاصرة، أحمد محمد محمود نصار، البنك الإسلامي الأردني، 2005/2004م.

68) التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، محمد عثمان شبير، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، 1435هـ/ 2014م.

69) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1419هـ/ 1989م.

70) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت 463هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ.

71) تهذيب اللغة، أبو منصور، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي (ت370هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 2001م.

72) التورق الجائز والممنوع شرعا، عبد الحميد محمود البعلي، دون طبعة، دون تاريخ.

73) التورق المصرفي عن طريق بيع المعادن، خالد بن علي المشيقح، دون طبعة، دون تاريخ.

74) توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية دراسة شرعية لأصول وفروع تنزيل الأحكام الكلية على الوقائع القضائية والفتوية مع تطبيقات قضائية من أقضية السلف ومحاكم المملكة العربية السعودية، عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الطبعة الأولى، 1423هـ/ 2003م.

75) الجامع الكبير؛ سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت279هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998م.

76) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، 1422هـ.

77) جامع بيان العلم وفضله، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت463هـ)، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م.

78) الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت671هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ/1964م.

79) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230هـ)، دار الفكر، دون طبعة، دون تاريخ.

80) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت 450هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ/ 1999م.

81) حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، حسين حامد حسان، دار الاعتصام، دار العلوم للطباعة– القاهرة.

82) الحيل وأثرها في الأحوال الشخصية، إيهاب أحمد سليمان أبو الهيجاء، دراسة نظرية تطبيقية، دار النفائس، عمان، 2005م.

83) خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة ناشرون، سوريا، الطبعة الثانية، 1434هـ/ 2013م.

84) دائرة معارف القرن العشرين، محمد فريد وجدي، دار الفكر، بيروت.

85) الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت.

86) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (ت 1051هـ)، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ/ 1993م.

87) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت 1252هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1412هـ/ 1992م.

88) رفع الالتباس عن حكم الأنواط المتعامل بها بين الناس، أحمد خطيب المكي الشافعي المدرس والامام بالمسجد الحرام المكي ابن المرحوم الشيخ عبد اللطيف خطيب بن عبد الله المنكا باوي الجاوي، مطبعة الترقي الماجدية–مكة، الطبعة الأولى، 1329هـ.

89) روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة، 1412هـ/ 1991م.

90) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت620 هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1423هـ/ 2002م.

91) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (ت 370هـ)، تحقيق: مسعد عبد الحميد السعدني، دار الطلائع.

92) سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت 279هـ)، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (الجزء الأول والثاني)، ومحمد فؤاد عبد الباقي الجزء الثالث، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (الجزء الرابع والخامس)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1395هـ/ 1975م.

93) سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (ت 385هـ)، تحقيق: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ/ 2004م.

94) السنن الصغير للبيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت 458هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلَامية، كراتشي-باكستان، الطبعة الأولى، 1410هـ/ 1989م.

95) السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت 458هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروَت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ/ 2003م.

96) شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (ت 972هـ)، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، 1418هـ/ 1997م.

97) شرح كتاب النيل وشفاء العليل، محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، دار الفتح بيروت، دار التراث العربي ليبيا، مكتبة الإرشاد جدة، الطبعة الثانية، 1392هـ/1972م.

98) شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين (ت716هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1407هـ/ 1987م.

99) الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، عبد العزيز عزت الخياط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية (1403هـ/1983م)، الطبعة الرابعة (1414هـ/1994م).

100) الشركات في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، 1430هـ/ 2009م.

101) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت393هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، 1407هـ/ 1987م.

102) صحيح البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1422هـ.

103) صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، أبو عبد الله أحمد بن حمدان بن شبيب بن حمدان النميري الحراني الحنبلي (ت 695هـ)، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1397هـ.

104) صناعة الفتوى في القضايا المعاصرة-معالم وضوابط وتصحيحات-، قطب الريسوني، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 1435هـ/ 2014م.

105) الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، مكتبة دار البيان، دون طبعة، دون تاريخ.

106) طرق الكشف عن مقاصد الشريعة، نعمان جغيم، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1435هـ/ 2014م.

107) علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، مكتبة الدعوة الإسلامية، شباب الأزهر، دار القلم، الطبعة الثامنة.

108) علم المقاصد الشرعية، نور الدين بن مختار الخادمي، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، 1421هـ/2001م.

109) العمولات المصرفية، حقيقتها وأحكامها الفقهية، عبد الكريم بن محمد بن أحمد السماعيل، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الثانية، 1432هـ/ 2011م.

110) عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (ت 1329هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1415هـ.

111) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت 926هـ)، المطبعة الميمنية، دون طبعة، دون تاريخ.

112) الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت 478هـ)، تحقيق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، الطبعة الثانية، 1401هـ.

113) فتاوى اللجنة الدائمة، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الإدارة العامة للطبع، الرياض.

114) الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1310هـ.

115) الفتاوي السعدية، عبد الرحمن ناصر السعدي، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية، 1402هـ/ 1982م.

116) فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز.

117) الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ومعه بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني، أحمد بن عبد الرحمن بن محمد البنا الساعاتي (ت 1378 هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.

118) فتح العزيز بشرح الوجيز؛ الشرح الكبير [وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي (ت 505 هـ)]، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (ت 623هـ)، دار الفكر.

119) فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت 861هـ)، دار الفكر، دون طبعة، دون تاريخ.

120) فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين (هو شرح للمؤلف على كتابه هو المسمى قرة العين بمهمات الدين)، زين الدين أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي بن أحمد المعبري المليباري الهندي (ت 987هـ)، دار بن حزم، الطبعة الأولى.

121) الفتوى بين الانضباط والتسيب، يوسف القرضاوي، دار الصحوة للنشر والتوزيع ، القاهرة، الطبعة الأولى، 1408هـ/ 1988م.

122) الفروسية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، تحقيق: مشهور بن حسن بن محمود بن سلمان، دار الأندلس، السعودية، حائل، الطبعة الأولى، 1414هـ/1993م.

123) الفروق؛ أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت 684هـ)، عالم الكتب، دون طبعة، دون تاريخ.

124) فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب، عبد المجيد النجار، دار الغرب الإسلامي، بيروت–لبنان، الطبعة الأولى، 1992م.

125) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1405هـ/1985م.

126) فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارنا بالقوانين الوضعية، محمد تقي العثماني، مكتبة معارف القرآن، كراتشي، باكستان، ربيع الأول، 1436هـ/ يناير2015م.

127) فقه الزكاة دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة، يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1393هـ/ 1973م.

128) فقه النوازل دراسة تأصيلية تطبيقية، محمد بن حسين الجيزاني، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1427هـ/ 2006م.

129) فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، بكر بن عبد الله أبو زيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ/ 1996م.

130) الفقيه و المتفقه، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (ت 463هـ)، تحقيق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1421هـ.

131) فوائد البنوك هي الربا الحرام، دراسة فقهية في ضوء القرآن والسنة والواقع مع مناقشة مفصلة لفتوى فضيلة المفتي عن شهادات الاستثمار، يوسف القرضاوي، دار الصحوة للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1415هـ/1994م.

132) في فقه الأقليات المسلمة، يوسف القرضاوي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1422هـ/ 2001م.

133) القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 1408هـ/ 1988م.

134) القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت817هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة؛ بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 1426هـ/ 2005م.

135) القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني –دراسة مقارنة–، حسن الهداوي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1997م.

136) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت 660هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، وصورتها دور عدة مثل: دار الكتب العلمية–بيروت، ودار أم القرى–القاهرة، طبعة جديدة مضبوطة منقحة، 1414هـ/1991م.

137) القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، الدكتور محمد الروكي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، دبي، الطبعة الأولى، 1424هـ/ 2003م.

138) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1427هـ/ 2006م.

139) القواعد الفقهية، مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها، علي أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة، 1414هـ/ 1994م.

140) القواعد الفقهية؛ المبادىء، المقومات، المصادر، الدليلية، التطور–دراسة نظرية–تحليلية–تأصيلية–تاريخية– يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م.

141) القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، محمد عثمان شبير، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، 1428هـ/2007م.

142) القواعد المثلى في صفات الله وأسمائه الحسنى، محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت1421هـ)، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، الطبعة الثالثة، 1421هـ/ 2001م.

143) القواعد لابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (ت 795هـ)، دار الكتب العلمية.

144) القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية الإسلامية المالية، فواز محمد علي القحطاني، مؤسسة الرسالة ناشرون، مكتبة المغامسي، المملكة العربية السعودية.

145) القوانين الفقهية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت 741هـ).

146) كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت816هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1403هـ/ 1983م.

147) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (ت 235هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1409.

148) كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (ت 1051هـ)، دار الكتب العلمية.

149) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (ت1094هـ)، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت.

150) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت711هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ.

151) اللمع في أصول الفقه، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت 476هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1424هـ/ 2003م.

152) مالك؛ حياته، عصره، آراؤه وفقهه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية.

153) المبادىء الإرشادية لضوابط التأمين التكافلي، مجلس الخدمات المالية الإسلامية، ديسمبر 2009م.

154) مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي من التنظير إلى التطبيق فتاوى المعاملات في الاجتهاد المالكي –دراسة حالة–، الدكتور يوسف بن عبد الله احميتو، مركز نماء للبحوث والدراسات، دراسات شرعية 3، بيروت، الطبعة الأولى، بيروت، 2012م،.

155) المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (ت 884هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/ 1997م.

156) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت 483هـ)، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، 1414هـ/1993م.

157) المجتبى من السنن؛ السنن الصغرى للنسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (ت 303هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية–حلب، الطبعة الثانية، 1406هـ/ 1986م.

158) مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.

159) مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت 728هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ/1995م.

160) المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ)، دار الفكر.

161) مجموع فتاوى العلامة عبد العزيز بن باز رحمه الله، عبد العزيز بن عبد الله بن باز (ت 1420هـ)، أشرف على جمعه وطبعه: محمد بن سعد الشويعر.

162) مجموع فتاوى ورسائل فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين، محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت 1421هـ)، جمع وترتيب: فهد بن ناصر بن إبراهيم السليمان، دار الوطن، دار الثريا، الطبعة الأخيرة، 1413هـ.

163) مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت666هـ)، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية–الدر النموذجية، بيروت–صيدا، الطبعة الخامسة، 1420هـ/ 1999م.

164) المدخل إلى المعاملات المالية المعاصرة، عبد الله الرشيدي، مكتبة الإمام الذهبي، الكويت، الطبعة الأولى، 1446هـ/ 2021م.

165) المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت 179هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ/ 1994م.

166) مساوىء الأخلاق ومذمومها، أبي بكر بن محمد بن جعفر بن سهل الشامري الخرائطي (ت327هـ)، حققه وحرج نصوصه وعلق عليه: مصطفى بن أبو النصر الشلبي، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة، الطبعة الأولى، 1412هـ/ 1992م.

167) مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ)، تحقيق محمد الحبيب التجكاني، دار الجيل، بيروت، دار الآفاق الجديدة، المغرب، الطبعة الثانية، 1414هـ/ 1993م.

168) المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1413هـ/1993م.

169) مسند أبي داود الطيالسي، أبو داود سليمان بن داود بن الجارود الطيالسي البصرى (ت204هـ)، تحقيق: الدكتور محمد بن عبد المحسن التركي، دار هجر، مصر، الطبعة الأولى، 1419هـ/1999م.

170) مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت241هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون؛ بإشراف الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ/ 2001م.

171) المسند الجامع لأحاديث الكتب الستة، ومؤلفات أصحابها الأخرى، وموطأ مالك، ومسانيد الحميدي، وأحمد بن حنبل، وعبد بن حميد، وسنن الدارمي، وصحيح ابن خزيمة، تحقيق: محمود محمد خليل، دار الجيل للطباعة والنشر والتوزيع-بيروت، الشركة المتحدة لتوزيع الصحف والمطبوعات-الكويت، الطبعة الأولى، 1413 هـ/ 1993م.

172) مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي)، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بَهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي (ت 255هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1412هـ/ 2000م.

173) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

174) المصارف الإسلامية بين الفكر والتطبيق، حسين شحاتة، حسين شحاتة، سلسلة الفكر الإقتصادي الإسلامي، دار النشر للجامعات.

175) المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، محمد أحمد بوركاب، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 1423هـ/ 2002م.

176) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت نحو 770هـ)، المكتبة العلمية، بيروت.

177) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (ت 1243هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1415هـ/ 1994م.

178) معالم أصول الدين، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي (ت606هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الكتاب العربي، لبنان.

179) معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (ت 388هـ)، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى، 1351هـ/ 1932م.

180) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، دبيان بن محمد الدبيان، الطبعة الثانية، الرياض، 1434هـ.

181) المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى وحلول، وهبة الزحيلي، دار الفكر-سورية، دار الفكر-لبنان، الطبعة الأولى، ربيع الآخر 1423هـ/ يوليو 2002م.

182) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة السادسة، 1427هـ/ 2007م.

183) المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، سعد الدين محمد الكبي، المكتب الإسلامي –بيروت-دمشق-عمان، الطبعة الأولى، 1423هـ/ 2002م.

184) المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي، علي أحمد السالوس، مكتبة الفلاح، الكويت، (الطبعة الأولى، الكويت، 1406هـ/1986 م)، (الطبعة الثانية، القاهرة، 1407هـ/ 1987م)، (الطبعة الثالثة، القاهرة، 1413هـ/ 1992م).

185) المعايير الشرعية، النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى صفر 1439هـ-نوفمبر2017م، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، الراعي الحصري للنسخة الإلكترونية للمعايير الشرعية ساب الخدمات المصرفية الإسلامية.

186) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، دار الدعوة.

187) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي-حامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1408هـ/ 1988م.

188) معجم متن اللغة، أحمد رضا، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1380هـ/ 1960م.

189) معجم مصطلحات أصول الفقه عربي-انكليزي، قطب مصطفى سانو، دار الفكر المعاصر، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ/ 2000م.

190) معجم مصطلحات الشريعة والقاون –عربي، فرنسي، إنجليزي-، عبد الواحد كرم، أستاذ القانون الخاص المساعد، مستشار في مجلس شورى الدولة سابقا، 1995م.

191) معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (ت395هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ/1979م.

192) معلمة زايد للقواعد الفقهية، طبع على نفقة مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبوظبي، الطبعة الأولى، 1434هـ/ 2013م.

193) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت 977هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ/ 1994م.

194) المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت 620هـ)، مكتبة القاهرة، دون طبعة، 1388هـ/ 1968م.

195) مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1418هـ/ 1998م.

196) مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت 1393هـ)، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425هـ/ 2004م.

197) المقدمات الممهدات، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ)، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1408هـ/ 1988م.

198) الملل والنحل، أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني (ت548هـ)، مؤسسة الحلبي.

199) مناهج البحث العلمي، عبد الرحمن بدوي، وكالة المطبوعات، الكويت، الطبعة الثالثة، 1977م.

200) المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت 794هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1405هـ/ 1985م.

201) منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت 728هـ)، تحقيق: محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، 1406هـ/ 1986م.

202) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة الثانية، 1392هـ.

203) المنهج في استنباط أحكام النوازل، وائل عبد الله الهويريني، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1433هـ/ 2012م.

204) الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت790هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ/ 1997م.

205) موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، بيت الأفكار الدولية، الطبعة الأولى، 1430هـ/2009م.

206) الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية،الكويت، الطبعة من 1404هـ إلى 1427هـ، الأجزاء 1-23: الطبعة الثانية، دارالسلاسل –الكويت، الأجزاء 24-38: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة –مصر، الأجزاء 39-45: الطبعة الثانية، طبع الوزارة.

207) موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، علي أحمد السالوس، الطبعة السابعة، مكتبة دار القرآن- مصر، دار الثقافة-قطر.

208) موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة، عطية عدلان عطية رمضان، دار الإيمان للنشر والتوزيع، الاسكندرية.

209) موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى بعد 1158هـ)، تحقيق: الدكتور علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: الدكتور عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: الدكتور جورج زيناني، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى، 1996م.

210) الموطأ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت 179هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية-أبو ظبي–الإمارات، الطبعة الأولى، 1425 هـ/ 2004م.

211) نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، مصطفى أحمد الزرقا، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1404هـ/ 1984م.

212) النقود واستبدال العملات- دراسة وحوار، علي أحمد السالوس، مكتبة الفلاح- الكويت، الطبعة الأولى، 1405هـ/ 1985م.

213) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت 1004هـ)، دار الفكر، بيروت، طبعة أخيرة، 1404هـ/ 1984م.

214) النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (ت606هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي.المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ/1979م.

215) نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت 1250هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 1413هـ/ 1993م.

ثالثا: الرسائل والأطروحات الأكاديمية:

216) أثر المقاصد في التعامل مع السنة النبوية فقها وتنزيلا والأصول، إعداد: نجاة مكي، إشراف: مليكة مخلوفي، رسالة ماجستير في الفقه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر-باتنة، الجزائر، 1429هـ-1430هـ/2008م-2009م.

217) أثر آليات توزيع الفائض التأميني على تنافسية شركات التأمين التكافلي –دراسة مقارنة بين شركة تكافل ماليزيا بماليزيا وشركة الأولى للتأمين بالأردن خلال الفترة 2013/2008م، إعداد: عامر أسامة، إشراف: صالحي صالح، رسالة في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاديات التأمين، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة سطيف1، الجزائر، السنة الجامعية: 2013م/ 2014م.

218) أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، إعداد: ستر بن ثواب الجعيد، إشراف الأستاذين: حمزة بن حسين الفعر، عبد الحميد الغزالي، رسالة ماجستير في الفقه، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية، 1405هـ/ 1406هـ.

219) أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم، إعداد: فهد بن صالح العريض، إشراف: عبد الله بن موسى العمار، رسالة دكتوراه، قسم الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، العام الجامعي1428هـ.

220) التأمين؛ دراسة مقارنة ما بين الجزائر والمملكة العربية السعودية، إعداد: هبور أمال، إشراف: شوام بوشامة، رسالة ماجستير في الاقتصاد، تخصص المالية الدولية، المدرسة الدكتورالية للاقتصاد وإدارة الأعمال، كلية العلوم الاقتصادية، علوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012م/ 2013م.

221) تكييف الواقعة الإجرامية في القانون الجزائي الفلسطيني –دراسة تحليلية-، إعداد: أسامة عبد ربه حمدان أبو جامع، إشراف: ساهر إبراهيم الوليد-عبد القادر صابر جرادة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة الأزهر، غزة، 1437هـ/ 2016م.

222) سوق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية، إعداد: أحمد محي الدين أحمد حسن، المشرف الفقهي:الدكتور محممد محمد عبد الحي، المشرف الاقتصادي: الدكتور علي حافظ منصور، رسالة دكتوراه، شعبة الاقتصاد الإسلامي كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1409هـ/ 1989م.

223) العلاقات التعاقدية المنبثقة عن استخدام بطاقة الائتمان، إعداد: عذبة سامي حميد الجادر، إشراف: هاشم رمضان مهدي الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية العلوم القانونية، عمان–الأردن، 2008م.

224) القواعد الفقهية في اجتماع الحلال والحرام وتطبيقاتها المعاصرة، إعداد: يحي موسى حمد بني عبد الله، إشراف: محمد حسن أبو يحيى، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا–الجامعة الأردنية، أيار 2004م.

225) مآلات الأفعال وأثرها في تغير الأحكام، إعداد: حسين بن سالم بن عبد الله الذهب، إشراف: فتحي الدريني، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، محرم 1415هـ/ حزيران1994م.

226) المتاجرة بالهامش في الأسواق المالية، دراسة فقهية، ياسر بن إبراهيم بن محمد الخضيري، إشراف: عبد الله بن محمد العمراني–محمد بن إبراهيم السحيباني، رسالة ماجستير، قسم الفقه، كلية الشريعة بالرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، العام الجامعي: 1428هـ/ 1429م.

227) منهج إستخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، دراسة تأصيلية تطبيقية، مسفر بن علي بن محمد القحطاني، إشراف: حمزة بن حسين الفعر، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، 1421هـ/ 2000م.

228) النوازل الفقهية المالية من خلال كتاب المعيار المعرب للإمام الونشريسي ت914هـ –دراسة نظرية تطبيقية–، إعداد: محمد بن مطلق الرميح، إشراف: ستر بن ثواب الجعيد، رسالة ماجستير في الفقه، قسم الشريعة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1432هـ/2011م.

رابعا: بحوث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة:

الدورة الثانية:

229) جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، أحمد على عبد الله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني.

230) خطاب الضمان، الدكتور زكريا البري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية.

231) خطاب الضمان، بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني.

232) خطاب الضمان، عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني.

233) خطاب الضمان، علي أحمد السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية.

234) دراسة حول خطابات الضمان، عبد الله الأمين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني.

235) عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، محمد عبد اللطيف الفرفور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني.

236) التأمين وإعادة التأمين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مصطفى أحمد الزرقا، الدورة الثانية.

الدورة الرابعة:

237) بحوث موضوع: زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع.

238) زكاة الأسهم الشركات، محمد عبد اللطيف آل سعد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع.

239) زكاة الأسهم في الشركات، أبو بكر دوكوري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع.

240) زكاة الأسهم في الشركات، الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع.

241) زكاة الأسهم في الشركات، عبد الله البسام، العدد الرابع.

242) زكاة الأسهم في الشركات، وهبة مصطفى الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع.

الدورة السادسة:

243) أحكام السوق المالية، محمد عبد الغفار الشريف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة.

244) الأسواق المالية، محمد القري بن عيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس.

245) حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه؟، عبد الله بن سليمان بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس.

246) القبض، تعريفه، أقسامه، صوره وأحكامها، سعود بن مسعد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة.

247) الأدوات المالية التقليدية، الدكتور محمد الحبيب جراية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس.

الدورة السابعة:

248) بطاقات الائتمان، محمد علي القري بن عيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع.

249) بطاقة الإئتمان، محمد علي القري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع.

250) البيان الختامي والتوصيات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع.

251) المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام، عبد الله الشيخ محفوظ بن بية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع.

الدورة الثامنة:

252) حكم المشاركة في أسهم الشركات المساهمة المتعاملة بالربا تجربة مجموعة دلة في أسلمة الشركات عن طريق شراء أسهمها، صالح عبد الله كامل، العدد الثامن.

الدورة التاسعة:

253) الاستثمار في الأسهم، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع.

254) بحوث موضوع: الودائع المصرفية، حسابات المصارف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع.

255) السلم وتطبيقاته المعاصرة، نزيه كمال حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع.

الدورة الثانية عشر:

256) بطاقات الائتمان، تصورها، والحكم الشرعي عليها، عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشر.

257) بطاقات الإئتمان، عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الثاني عشر.

258) بطاقة الإئتمان غير المغطاة، نزيه حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.

259) بطاقة الإئتمان، الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.

260) بطاقة الإئتمان، تصورها، والحكم الشرعي عليه، عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.

261) العرض- التعقيب والمناقشة، محمد علي القري بن عيد، العدد الثاني عشر.

262) مداخلة للدكتور وهبة الزحيلي، موضوع بطاقة الإئتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.

الدورة الثالثة عشر:

263) التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية، محمد جبر الألفي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر.

264) التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية، محمد علي التسخيري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر.

265) التأمين الصحي وتطبيقاته المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، محمد بدر المنياوي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر.

266) التأمين الصحي، الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر.

267) التأمين الصحي، العلي القري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر.

268) التأمين الصحي، محمد هيثم الخياط، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر.

269) الشركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، حسن علي الشاذلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة عشر.

270) الشركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، نزيه حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

271) المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة عشر.

الدورة الرابعة عشر:

272) المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، عجيل جاسم النشمي، مقدم للدورة الرابعة عشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة.

الدورة التاسعة عشر:

273) التورق الفقهي وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.

274) التورق المصرفي المنظم، حسين حامد حسان، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.

275) التورق المصرفي دراسة تحليلية نقدية للآراء الفقهية، سعيد بوهراوة، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.

276) التورق حقيقته- أنواعه (الفقهي المعروف والمصرفي المنظم)، إبراهيم أحمد عثمان، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، إمارة الشارقة- دولة الإمارات العربية المتحدة.

277) التورق حقيقته وأنواعه، علي أحمد السالوس، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.

278) التورق حقيقته، أنواعه (الفقهي المعروف والمصرفي المنظم)، ملخص دراسة أعدتها الدكتورة هناء محمد هلال الحنيطي؛ بإشراف الدكتور عبد السلام العبادي، والدكتور خالد أمين عبد الله، للحصول على درجة الدكتوراه من الأكاديمية العربية للعلوم المصرفية، مقدمة لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، إمارة الشارقة- دولة الإمارات العربية المتحدة.

279) التورق حقيقته، أنواعه، وهبة مصطفى الزحيلي، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.

280) التورق حكمه وتطبيقاته المعاصرة، نزيه حماد، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر، إمارة الشارقة- دولة الإمارات العربية المتحدة.

281) التورق؛ مفهومه وممارساته والآثار الإقتصادية المترتبة على ترويجه من خلال بنوك إسلامية، عبد الرحمن يسري أحمد، أستاذ الاقتصاد، جامعة الاسكندرية، مصر، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة- الإمارات العربية المتحدة.

الدورة العشرون:

282) التكييف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي، عثمان الهادي إبراهيم، الدورة العشرون لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

بحوث مؤتمر شورى الفقهي:

283) التكييف الفقهي لأسهم الشركات المساهمة، عبد الناصر أبو البصل، مؤتمر شورى الفقهي السادس، فندق ريجنسي- قاعة المها- الكويت، 4-5صفر1437هـ/16-17نوفمبر2015م.

284) التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، حسين حامد حسان، مؤتمر شورى الفقهي السادس، فندق ريجنسي- قاعة المها- الكويت، 4-5صفر1437هـ/16-17نوفمبر2015م.

285) التوصيف الشرعي للأسهم والآثار المترتبة عليه، يوسف بن عبد الله الشبيلي، مؤتمر شورى الفقهي السادس، فندق ريجنسي- قاعة المها- الكويت، 4-5صفر1437هـ/ 16-17نوفمبر 2015م.

286) اقتراض الأسهم أو رهنها أو بيعها مرابحة أو تأجيرها، مختار السلامي، منشور ضمن بحوث مختارة في التمويل الإسلامي، طبعة خاصة بمناسبة تكريم سماحة الشيخ مختار السلامي في مؤتمر شورى الفقهي الثامن، ديسمبر2019م.

287) تطوير الشركة المتناقصة في الأصول الثابتة، محمد علي كليب الهدية، مؤتمر شورى الفقهي الثامن، فندق فور سيزونز، الكويت، 8-9 ديسمبر2019م.

288) التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، صالح القري، مؤتمر شورى الفقهي الثامن فندق فور سيزونز-الكويت، 11-12ربيع الآخر1441هـ/8-9ديسمبر2019م.

289) التكييف الفقهي لشركة المساهمة وأسهمها، علي محمد نور، مؤتمر شورى الفقهي الثامن فندق فور سيزونز-الكويت، 11-12ربيع الآخر1441هـ/8-9ديسمبر2019م.

حامسا: بحوث المجلات:

290) أثر التكييف الفقهي بمقاصد الشريعة وضوابطها (المعاملات المالية المعاصرة أنموذجا)، أحمد طاهر، مجلة العلوم الاجتماعية (COES&RJ-JSS)، المجلد الثامن، العدد الثاني، أفريل 2019.
https://doi.org/10.25255/jss.2019.8.2.189.214

291) أصول التكييف القضائي العامة في الفقه الإسلامي، دراسة تأصيلية تطبيقية، حسن بن أحمد الحمادي، مجلة القضائية، العدد الثامن، محرم 1435هـ.

292) إضاءات مالية ومصرفية، نشرة توعوية يصدرها معهد الدراسات المصرفية، دولة الكويت، ماي2011، العدد العاشر.

293) أهمية التكييف الفقهي والقانوني للوقائع، ديداني بومدين؛ إشراف: أحمد زقور، مجلة الدراسات الحقوقية، تصدر عن مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي–سعيدة، العدد السابع، جوان 2017م.

294) الأوراق النقدية، نشأتها، وتطورها وجريان الربا فيما بينها، ذبيان الذبيان؛ مقال منشور في مجلة القصيم، العدد125، ربيع الأول1429هـ/ مارس2008م.

295) بطاقات الائتمان والتكييف الفقهي، دبيان بن محمد الدبيان، مجلة القصيم، العدد129، شعبان 1429هـ/ أغسطس2008م.

296) البيع على المكشوف كصيغة استثمارية وأداة للتحوط المالي –دراسة فقهية–، أسامة عمر الأشقر، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد28، 1431هـ، جامعة قطر.

297) البيع على المكشوف وتطبيقاته في تداول الأسهم في السوق السعودية، دراسة فقهية تأصيلية، أحمد بن هلال الشيخ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الآداب والعلوم الإنسانية، المجلد 28، العدد13، 2020م.

298) التأمين الصحي أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، عماد حمدي محمد محمود حجازي، المجلة العلمية لكلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بدمياط الجديدة، العدد11.

299) تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره –دراسة تأصيلية فقهية تطبيقية–، خالد بن مفلح آل حامد، مجلة العدل، المجلد15، العدد 59، 2013م.

300) تحقيق المناط عند الأصولين وأثره في اختلاف الفقهاء، عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني، أستاذ مشارك في كلية الشريعة، في جامعة الشارقة وجامعة مؤتة في الأردن، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، المجلد19، تاريخ النشر 1425هـ/ 2004م.

301) التدابير الواقية من جرائم البورصات في الاقتصاد الوضعي والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أحمد بصري إبراهيم، محمد حسن علي علوش، مجلة التجديد، المجلد السابع عشر، العدد الثالث والثلاثون، 1434هـ/ 2013م.

302) تطبيقات المناسب المرسل في تكييف عقد التأمين التعاوني كنموذج تطبيقي معاصر للتحول نحو الاقتصاد الإسلامي، أحمد حسن الربابعة، مجلة كلية اللاهوت، جامعة نجم الدين أربكان، المجلد 39، 2015م.

303) تطبيقات حديث لا تبع ما ليس عندك على العقود المصرفية المعاصرة، أيمن جاسم محمد الدوري، جامعة ماردين أرتوكلو بجمهورية تركيا.

304) التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، آليته وتطبيقاته، عصام صبحي شرير، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد الخامس، المجلد2018 (31 يوليو2018م)، تاريخ النشر 31 /2018/07م.

305) التكييف الفقهي في السياسة الشرعية، حقيقته، وأنواعه، زياد مقداد، عصام شرير، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، ص26.25.

306) التكييف الفقهي للبيع على المكشوف، أحمد إبراهيم محمد الغول، كلية الشريعة والقانون–جامعة الأزهر، فرع دمنهور، قسم الفقه، المجلد السابع من العدد السابع والعشرون لحولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات– بالإسكندرية.

307) التكييف الفقهي للشركة المساهمة ومشروعيتها في الفقه الإسلامي، حسين اهليل سليمان السراحين، المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مجلة العلوم الإسلامية، المجلد 4، العدد2، 30 يونيو 2021م.

308) التكييف الفقهي للشيك السياحي، دراسة فقهية مقارنة، جيهان صبري محمد عبد الغفار، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور العدد السادس، الإصدار الثاني، الجزء الخامس، 2021م.

309) التكييف الفقهي للعقود العاجلة والآجلة في سوق الأوراق المالية (البورصة) والبدائل الشرعية لها، نبيل محمد كريم المغايرة، محمد محمود طوالبة، مجلة الصراط، السنة الخامسة عشر، العدد السابع والعشرون، شعبان1434هـ، يوليو2013م.

310) التكييف الفقهي للعلاقات المالية بشركات التأمين التكافلية دراسة فقهية تطبيقية معاصرة، رياض منصور الخليفي، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات، العدد الثالث والثلاثون، ذو الحجة 1428هـ/ يناير2008م.

311) تكييف عقد التأمين التعاوني –دراسة فقهية مقارنة–، أيمن عبد الحميد عبد المجيد البدارين، مجلة بيت المشورة–مجلة دولية محكمة في الاقتصاد والتمويل الإسلامي–، العدد14، أكتوبر 2020م، قطر.

312) التورق المصرفي تكييفه الفقهي وحكمه الشرعي دراسة مقارنة، عبد الحليم محمد منصور علي، مجلة كلية الشريعة والقانون يتفهنا الأشراف– دقهلية، المجلد 15، العدد2، 2013م.

313) حديث (لا تبع ما ليس عندك) سنده وفقهه دراسة تحليلية، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مركز بحوث السنة والسيرة، قطر، 1995م.

314) حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، علي القره داغي، حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد الثامن، 1990م.

315) حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس (شكة الصحراء للبتروكيماويات أنموذجا)، يوسف بن عبد الله الشبيلي، ورقة بحثية.

316) خطاب الضمان في مصرف الراحجي بماليزيا دراسة فقهية تقويمية، شبير أحمد بن مولوي أحمد، عارف علي عارف، حبيب الله زكريا، مجلة الإسلام في آسيا، الجامعة الإسلامية العالمية–ماليزيا، المجلد16، العدد3، ديسمبر 2019م.

317) رؤية استراتيجية لمواجهة تحديات التأمين التكافلي الإسلامي، أشرف محمد دوابة، جامعة اسطنبول صباح الدين زعيم، مجلة الاقتصاد والتمويل الإسلامي، 2016/2م.

318) الزكاة في القراطيس المالية، محمد رشيد رضا، مجلة المنار، مصر، الأحد 30محرم 1327هـ– 21فبراير1909م.

319) سلطة المحكمة الجزائية في بحث التكييف القاوني للتهمة، بوشليق كمال، مجلة المفكر، العد الرابع عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة.

320) شهادات الاستثمار للشيخ علي الخفيف، مجلة الأزهر، هدية العدد، ربيع الثاني، 1417هـ.

321) الصور المعاصرة للنجش في الفقه الإسلامي، مفيدة عبد الوهاب محمد إبراهيم، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف- دقهلية، مجلة علمية محكمة، الجزء الأول، العدد السابع عشر، 1436هـ/ يناير2015م. أو: المجلد21، العدد الرابع (تاريخ النشر31أغسطس 2019)، مصر.

322) ضوابط الاجتهاد في فقه المعاملات المالية المعاصرة دراسة نظرية تحليلية، عباس أحمد محمد الباز، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع، العدد(2/أ)، 1434هـ/2013م.

323) ضوابط الاجتهاد في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دراسة نظرية تحليلية، عباس أحمد محمد الباز، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع، العدد (2/أ)، 1434هـ/ 2013م.

324) الضوابط المنهجية للاجتهاد في المعاملات المالية المعاصرة، توفيق عبد الرحمن القاسمي، جامعة السلطان آزلن شاه بيرا، مجلة الراسخون، مجلة عالمية محكمة، العدد الثاني، المجلد الرابع، منشور 4 فبراير2019م.

325) الطبيعة الشرعية لخطاب الضمان في العقود التجارية، عمر فلاح العطين، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثالث عشر، العدد الثالث، 1438هـ/2017م.

326) عقد التصريف، توصيفه وحكمه، عبد الله بن ناصر السلْمي، مجلة العدل، العدد38، ربيع الآخر 1429هـ.

327) العملات الافتراضية، حقيقتها وتكييفها وحكمها الشرعي، أسماء سالمين العرياني-جامعة عجمان الإمارات العربية المتحدة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد1، 2021م.

328) قاعدة سد الذرائع وأثرها في المعاملات المصرفية وتطبيقاتها المعاصرة (المشاركة المتناقصة والتورق المصرفي أنموذجا)، صلاح الدين طلب فرج، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الثالث والعشرون، العدد الثاني، يونيو2015م.

329) قاعدة سد الذرائع وأثرها في المعاملات المصرفية، فرج، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الثالث والعشرون، العدد الثاني، يونيو 2015.

330) قواعد التنظير المآلي عند الإمام الشاطبي، عبد الحميد العلمي، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين ـ الجزائر، العدد: الثاني.

331) مدخل إلى فقه النوازل، عبد الحق بن أحمد حميش، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية-جامعة الشارقة، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر، محرم 130هـ.

332) مسألة أخذ الأجرة مقابل خطاب الضمان بين معيار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وفتاوى بيت التمويل الكويتي، قتيبة الديرشوي- أختري زيتي بنت حاج عبد العزيز، مجلة الدراسات الإسلامية والإنسانية، المجلد الثالث، العدد الأول، يونيو 2023م.

333) المعاملات المالية المعاصرة، خالد المشيقح، من دروس الدورة العلمية بمسجد الراجحي بمدينة بريدة عام 1424هـ، ص159.158.

334) مقاصد الشريعة في المعاملات المالية، عبد الله بن بية؛ عضو المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث.

335) منهجية تنزيل الأحكام على النوازل المعاصرة نحو تطبيق رشيد للأحكام الشرعية، رفقي سابوترا، مجلة ورقات للعلوم الإسلامية، المجلد السابع، العدد الأول، يونيو2022.

336) نحو معيار لتكييف عقود المالية الاسلامية عقد التأمين التعاوني أنموذجا، صالح بوشلاغم، أستاذ مساعد، كلية العلوم الإسلامية، سلطنة عمان، مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية، المجلد السادس، العدد الأول، يونيو2015م.

337) هل التأمين الإسلامي المركب تأمين تعاوني أم تجاري؟ عبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، المجلد 22، العدد2، 1430هـ/2009م.

سادسا: أبحاث المؤتمرات والندوات واللقاءات العلمية:

338) أبحاث هيئة كبار العلماء، الطبعة الخامسة، 2013م.

339) أثر الاختلاف في تحقيق المناط في اختلاف المجتهدين، نماذج دالة قديمة ومعاصرة، عبد الرحمن الكيلاني، ورقة مقدمة لندوة مستجدات الفكر الإسلامي الحادية عشرة المنعقدة بالكويت في الفترة 2013/2/20.18؛ بعنوان الاجتهاد بتحقيق المناط فقه الواقع والمتوقع.

340) أحكام التأمين الصحي التعاوني الفقهية (مختصر البحث)، عبد الله بن مبارك آل سيف، لقاء علمي بتاريخ: 1433/11/9هـ، الجمعية الفقهية السعودية.

341) أسس وصيغ التأمين الإسلامي، أحمد محمد صباغ، مدير عام شركة التأمين الإسلامية، عمان- الأردن، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية ، دمشق، 10-11 مارس2008م.

342) الأسهم الجائزة والمحظورة، سعد بن تركي الخثلان، بحث مقدم إل مؤتمر: أسواق الأوراق المالية والبورصات؛ آفاق وتحديات، المنعقد بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، (16-18 صفر1428هـ/6-8 مارس2007م).

343) اضطراب الفتوى في القضايا المعاصرة معالم وتطبيقات، قطب الريسوني، مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل.

344) بحوث مؤتمر الدوحة الر ابع للمال الإسلامي، المستجدات المالية المعاصرة والبناء المعرفي؛ المنعقد في فندق شيراتون الدوحة، 9 يناير2018، قطر، تنظيم بيت المشورة للاستشارات المالية،

345) بيع الأوراق المالية على المكشوف وبدائله الشرعية، إعداد: أمانة الهيئة الشرعية لبنك البلاد؛ يوم الأربعاء بتاريخ 1439/02/26هـ-2017/11/15م على الساعة09:00 صباحا، فندق الأزهار هوليدي إن.

346) بيع الأوراق المالية على المكشوف، مفهومه وتخريجه الفقهي وحكمه، خالد بن محمد السياري، حلقة علمية: بيع الأوراق المالية على المكشوف، يوم الأربعاء بتاريخ 1439/02/26هـ - 2017/11/15م على الساعة09:00 صباحا، فندق الأزهار هوليدي إن.

347) التأمين الإسلامي التكييف والمحل ورد الشبه، موسى مصطفى موسى القضاة، مؤتمر التأمين التعاوني أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه بالتعاون مع: الجامعة الأردنية –مجمع الفقه الإسلامي الدولي – المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة –المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 26-28 ربيع الثاني 1431هـ، الموافق 11-13 إبريل 2010م.

348) التأمين الإسلامي والتأمين التقليدي هل هناك فروق، بحث أعده أحمد الحجي الكردي، خبير في الموسوعة الفقهية وعضو هيئة الفتوى في دولة الكويت، للمشاركة في (حلقة حوار حول عقود التأمين الإسلامي)، التي تم عقدها في 28-1422/10/30هـ/ الموافق 12-2002/1/14م، في جدة، بالمملكة العربية السعودية بدعوة من البنك الإسلامي للتنمية.

349) التأمين التكافلي الإسلامي الآلية والتطبيق تجربة سلامةللتأمينات الجزائر، سلامة للتأمينات الجزائر.

350) التأمين التكافلي ودوره في المسؤولية المجتمعية، علي محيي الدين القره داغي، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي للشراكة والمسؤولية المجتمعية للمؤسسات المالية الإسلامية، الدوحة، 21 محرم1440هـ، 01 أكتوبر 2018م.

351) التأمين التكافلي ودوره في المسؤولية المجتمعية، علي محيي الدين القره داغي، المؤتمر العالمي للشراكة والمسؤولية المجتمعية للمؤسسات المالية الإسلامية، الدوحة 21محرم 1440هـ/ 01 أكتوبر 2018م.

352) التكافؤ الاقتصادي بين الربا والتورق، سامي بن إبراهيم السويلم، رجب124هـ- سبتمبر2002م، ورقة مقدمة إلى ندوة البركة الرابعة والعشرون؛ 29شعبان-2رمضان1424هـ/ 25-27أكتوبر2002م.

353) التكييف الفقهي للأعمال المصرفية المعاصرة، مفهومه، وأهميته، وضوابطه، مسفر بن علي بن محمد القحطاني، بحث محكم، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، 31 مايو- 3يونيو2009م.

354) التكييف الفقهي للنازلة وتطبيقاته المعاصرة، عبد الله بن إبراهيم الموسى، نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة، الرياض 13-1431/5/14هـ الموافق 27-2010/4/28م.

355) التكييف الفقهي للنازلة وتطبيقاته المعاصرة، عبد الله بن إبراهيم الموسى، نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، الرياض 13-1431/5/14هـ/ 27-2010/4/28م.

356) التلاعب في الأسواق المالية دراسة فقهية، عبد الله بن محمد العمراني، الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من 19-23محرم1432هـ/ 25-29 ديسمبر 2010م.

357) التورق كما تجريه المصارف في الوقت الحاضر، عبد الله بن محمد السعيدي، بحوث المجمع الفقهي الإسلامي بمكة، الدورة 17.

358) بيع الأوراق المالية على المكشوف وبدائله الشرعية، حلقة علمية، إعداد: أمانة الهيئة الشرعية لبنك البلاد؛ يوم الأربعاء بتاريخ 1439/02/26هـ-2017/11/15م على الساعة09:00 صباحا، فندق الأزهار هوليدي إن.

359) خطابات الضمان ودورها في نشاط المقاولات خاصة ، منذر عبد الله القحيط، ورقة بحثية إلكترونية.

360) قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضوابط الشرعية للشيكات، المرفق (1) للقرار (29).

361) القواعد الأصولية التي تنهض بوظيفة مراعاة الظروف في التشريع الإسلامي، حسين سالم الذهب، قسم الدراسات الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة صحار، سلطنة عمان، 1430هـ/2009م. ورقة بحثية

362) القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، يوسف القرضاوي، المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، الدورة التاسعة عشر، استانبول.

363) قواعد الذرائع في المعاملات المالية، سامي بن إبراهيم السويلم، المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، المقاصد ودورها في الاجتهاد المعاصر في فقه المعاملات المالية، جمادى الأولى1438هـ/ فبراير2017م.

364) مراحل النظر في النازلة الفقهية، صالح بن علي الشمراني، رئيس قسم المخطوطات بمعهد البحوث العلمية، جامعة أم القرى، ندوة نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض 13-1431/5/14هـ، الموافق 27-2010/4/28م.

365) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي).

366) مقاصد الشريعة وتطبيقاتها في المعاملات المصرفية المعاصرة، عبد الودود مصطفى مرسي السعودي، المؤتمر الدولي للصيرفة والتمويل الإسلامي، الممارسات والقضايا عبر الحدود، 15-16 يونيو 2010.

367) النقود الرقمية الرؤية الشرعية والآثار الاقتصادية، عبد الستار أبو غدة، رئيس الهيئة الشرعية لمجموعة البركة المصرفية، مؤتمر الدوحة الرابع للمال الإسلامي، المستجدات المالية المعاصرة والبناء المعرفي؛ المنعقد في فندق شيراتون الدوحة، 9 يناير2018، قطر، تنظيم بيت المشورة للاستشارات المالية.

368) النهي عن المعاملات المالية الفاسدة آلية شرعية لحماية الاقتصاد وضمان استقراره، المؤتمر العلمي الدولي حول الأزمة الاقتصادية العالمية المعاصرة من منظور إسلامي، كمال لدرع، عمان- الأردن، 25-

26 ذو الحجة131هـ/ 1-2 ديسمبر2010، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

369) النوازل الأصولية، أحمد بن عبد الله بن محمد الضويحي، الأستاذ المشارك بكلية أصول الفقه، بكلية الشريعة بالرياض، ورقة بحثية: 1427هـ.

370) الورق النقدي حقيقة وحكما، عبد الله بن سليمان بن منيع، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الأولى، العدد الأول.

371) وظيفة الخبير في النوازل الفقهية، أحمد بن عبد الله بن محمد الضويحي، الأستاذ بقسم أصول الفقه بكلية الشريعة بالرياض، ندوة نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض 13-1431/5/14هـ، الموافق 27-2010/4/28م.

372) وقفات في قضية التأمين، سامي السويلم، مركز البحث والتطوير، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، رجب1423هـ/ أكتوبر2002م.

سابعا: مواقع الأنترنت:

373) http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&l%20ang=A&Id=78475

374) موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة:
https://ar.m.wikipedia.org/wiki/%D8%A8%D9%8A%D8%B9_%D9%85%D9%83%D8%B4%D9%88%D9%81

375) موقع الشرق الأوسط:
https://archive.aawsat.com/details.asp?issueno=9896&article=375514

376) موقع الشيخ فركوس: ferkous.com//https:

377) موقع الألوكة: /https://www.alukah.net/culture/0/25457l

378) https://www.investopedia.com/terms/m/marginaccount.asp

https://www.lexico.com/definition/cryptocurrency (379

380) موقع الألوكة: بحث عقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، عباس حسني محمد،
https://www.alukah.net/sharia/0/31913/%D8%B9%D9%82%D8%A
F-
%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%A3%D9%85%D9%8A%D9%86
-%D9%81%D9%8A-
%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%82%D9%87-
%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85
%D9%8A-
%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88
%D9%86-
%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%82%D8%A7%D8%B1%D9%86-
/2

381) موقع الألوكة: عقد التأمين وحكمه في الشريعة الإسلامية، علي أبو البصل.

382) موقع صيد الفوائد: بحث الاستثمار في الأسهم، القره داغي،
https://www.saaid.net/fatwa/sahm/36.htm

383) موقع المكتبة الشاملة؛ كتاب الفتاوى الإقتصادية:
https://al-maktaba.org/book/1611

فهرس الموضوعات

مقدمة: ..... أ

الباب الأول: الجانب التأصيلي لمنهج التكييف الفقهي

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للبحث

تمهيد: 3
المبحث الأول: حقيقة منهج التكييف الفقهي: 4
المطلب الأول: منهج التكييف الفقهي باعتباره مركبا: 4
الفرع الأول: تعريف المنهج: 4
الفرع الثاني: تعريف التكييف: 5
الفرع الثالث: تعريف الفقه: 7
المطلب الثاني: منهج التكييف الفقهي باعتباره لقبا: 7
المبحث الثاني:الألفاظ ذات الصلة بالتكييف الفقهي: 13
المطلب الأول: التخريج الفقهي: 13
الفرع الأول: تعريفه: 13
الفرع الثاني: علاقته بالتكييف الفقهي: 14
المطلب الثاني: التصور: 15
الفرع الأول: تعريفه: 15
الفرع الثاني: علاقته بالتكييف الفقهي: 16
المطلب الثالث: القياس: 16
الفرع الأول: تعريفه: 16
الفرع الثاني: العلاقة بين القياس والتكييف الفقهي: 17
المطلب الرابع: تحقيق المناط: 17
الفرع الأول: تعريف تحقيق المناط باعتباره مركب إضافي: 17

الفرع الثاني: تعريف تحقيق المناط باعتباره لقبا: 18
الفرع الثالث: علاقته بالتكييف الفقهي: 18
المطلب الخامس: التوصيف الفقهي: 19
الفرع الأول: تعريفه: 19
الفرع الثاني: علاقته بالتكييف الفقهي: 20
ملخص: 21

الفصل الثاني: التأصيل الشرعي للتكييف الفقهي وأهميته وأنواعه

المبحث الأول: التأصيل الشرعي للتكييف الفقهي وأهميته: 23
المطلب الأول: التأصيل الشرعي للتكييف الفقهي: 23
الفرع الأول: الأدلة النقلية: 23
الفرع الثاني: الأدلة العقلية: 26
المطلب الثاني: أهمية التكييف الفقهي: 28
المبحث الثاني: أنواع التكييف الفقهي: 32
المطلب الأول: باعتبار الأصل الذي يبنى عليه التكييف: 32
الفرع الأول: التكييف على مصدر تشريعي متفق عليه: 33
الفرع الثاني: التكييف على قاعدة كلية عامة: 34
الفرع الثالث: التكييف بالتخريج على الفروع الفقهية المشابهة أو نص فقهي لفقيه: 36
المطلب الثاني: باعتبار وضوح الأصل وخفائه: 37
المطلب الثالث: باعتبار الإفراد والتركيب: 40
الفرع الأول: التكييف البسيط: 40
الفرع الثاني: التكييف المركب: 41
المطلب الرابع: باعتبار عموم وخصوص تحقيق المناط: 42
الفرع الأول: التكييف الفقهي العام: 42
الفرع الثاني: التكييف الفقهي الخاص: 43

المطلب الخامس: باعتبار مجالاته: 43
الفرع الأول: التكييف الفقهي في مجال العبادات: 43
الفرع الثاني: التكييف الفقهي المالي. 44
الفرع الثالث: التكييف الفقهي في مجال السياسة الشرعية. 45
الفرع الرابع: التكييف الفقهي الطبي. 46

الفصل الثالث: أركان التكييف الفقهي وضوابطه

تمهيد: 48
المبحث الأول: أركان التكييف الفقهي: 49
المطلب الأول: الواقعة: 49
المطلب الثاني: الأصل: 50
الفرع الأول: تعريف الأصل: 50
الفرع الثاني: أنواع الأصل: 51
المطلب الثالث: حكم الأصل: 52
الفرع الأول: تعريف حكم الأصل: 52
الفرع الثاني: أقسام الحكم: 53
المطلب الرابع: العلة: 53
المطلب الخامس: المطابقة: 54
المطلب السادس: الفقيه الممارس للتكييف الفقهي: 54
المبحث الثاني: ضوابط الواقعة: 56
المطلب الأول: التأكد من وقوع النازلة وخلوها من نص شرعي: 56
الفرع الأول: التأكد من وقوع النازلة: 56
الفرع الثاني: خلو الواقعة المعروضة من نص شرعي: 57
المطلب الثاني: فهم القضية المعروضة فهما دقيقا وتصورها: 58
الفرع الأول: العلم بمدلول المصطلحات الاقتصادية والقانونية المعاصرة ذات الصلة بموضوع المسألة .. 59

الفرع الثاني: تصور النازلة في ذاتها:..... 60
الفرع الثالث: تصور واقع النازلة (المكاني والزماني): 61
الفرع الرابع: تصور ملابسات النازلة (الحال والعرف والعارض): 62
الفرع الخامس: الرجوع إلى أهل الاختصاص في موضوع النازلة: 63
المبحث الثالث: ضوابط عملية التكييف الفقهي: 65
المطلب الأول: المطابقة بين المعاملة المالية والأصل: 65
المطلب الثاني: مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية:..... 67
الفرع الأول: التحقيق في مآلات الأفعال عند تكييف الوقائع: 69
الفرع الثاني: العلم بمقاصد المعاملات المالية خاصة:..... 73
المطلب الثالث: مراعاة الظروف الزمانية والمكانية والعوائد والأعراف والأحوال: 75
المطلب الرابع: المعرفة بالوسائل والتقنيات الحديثة التي تعين على استكمال البحث والنظر:..... 77
المبحث الرابع: ضوابط الأصل:..... 79
المطلب الأول: ثبوت الأصل الذي تكيف عليه الواقعة:..... 79
المطلب الثاني: فهم الأصل الذي تكيف عليه الواقعة:..... 79
المطلب الثالث: عدم معارضة الأصل لما ورد في القرآن أو السنة:..... 80
المبحث الخامس: ضوابط الفقيه الممارس للتكييف الفقهي: 82
المطلب الأول: شروط عامة:..... 82
المطلب الثاني: الكفاءة الفقهية والدربة: 83
المطلب الثالث: اشتراط الاجتهاد الجماعي: 85
ملخص:..... 86

الفصل الرابع: مسالك التكييف الفقهي

تمهيد: 88
المبحث الأول: التكييف على المصادر المتفق عليها:..... 90
المطلب الأول: القرآن: 90

المطلب الثاني: السنة: 92
المطلب الثالث: الإجماع: 94
المبحث الثاني: التكييف على المصادر المختلف فيها: 95
المطلب الأول: المصلحة: 95
المطلب الثاني: دليل الذرائع: 96
المطلب الثالث: التكييف الفقهي على العرف: 101
المطلب الرابع: الاستحسان: 103
المبحث الثالث: التكييف بالتخريج: 106
المطلب الأول: التكييف بتخريج الفروع على الأصول والقواعد الكلية: 106
الفرع الأول: المقصود بهذا المسلك: 106
الفرع الثاني: ضوابط التخريج: 107
الفرع الثالث: قواعد اجتماع الحلال والحرام وتطبيقاتها الفقهية: 108
المطلب الثاني: تخريج الفروع من الفروع: 113

الباب الثاني: أثر التكييف الفقهي في المعاملات المالية المعاصرة

الفصل الأول: أثر التكييف الفقهي في الأسواق المالية وتوابعها

تمهيد: 128
المبحث الأول: التكييف الفقهي للسهم: 130
المطلب الأول: تصور المسألة: 130
الفرع الأول: تعريف السهم وخصائصه: 130
الفرع الثاني: أنواع الأسهم: 131
المطلب الثاني: تحرير محل النزاع وآراء الفقهاء في تكييف السهم: 131
الفرع الأول: تحرير محل النزاع: 131
الفرع الثاني: أقوال العلماء في تكييف السهم: 132
الفرع الثالث: القرارات ذات الصلة بالتكييف الفقهي للسهم: 134

المطلب الثالث: منشأ الخلاف وأثره: 135
الفرع الأول: منشأ الخلاف: 135
الفرع الثاني: أثر الخلاف في تكييف السهم 136
ملخص: 143
المبحث الثاني: التكييف الفقهي لبعض العقود التي تتم في الأسواق المالية: 146
المطلب الأول: أقسام العقود التي تتم في الأسواق المالية: 147
الفرع الأول: العقود الفورية: 147
الفرع الثاني: العقود الآجلة: 150
الفرع الثالث: المشتقات المالية: 153
المطلب الثاني: التكييف الفقهي للبيع على المكشوف: 155
الفرع الأول: طبيعة البيع على المكشوف في سوق الأوراق المالية: 155
الفرع الثاني: حكم البيع على المكشوف: 156
الفرع الثالث: حكم اقتراض الأسهم: 157
المطلب الثالث: أصول البيع على المكشوف: 160
الفصل الثاني: أثر التكييف الفقهي في التأمين
تمهيد: 171
المبحث الأول: التأمين؛ حقيقته أنواعه، تكييفه: 172
المطلب الأول: حقيقة التأمين: 172
المطلب الثاني: أنواع التأمين وخصائصه: 172
الفرع الأول: التأمين التجاري: 173
الفرع الثاني: التأمين التعاوني: 174
الفرع الثالث: التأمين الاجتماعي: 175
المطلب الثالث: الفرق بين التأمين التكافلي و التأمين التجاري: 177
المطلب الرابع: آراء الفقهاء في التأمين وتكييفه: 178

الفرع الأول: آراء الفقهاء في التأمين: 178
الفرع الثاني: التكييف الفقهي لعقد التأمين: 181
المبحث الثاني: التأمين التكافلي؛ حقيقته، تكييفه: 186
المطلب الأول: حقيقة التأمين التكافلي وأهدافه: 186
الفرع الأول: تعريف التأمين التكافلي:..... 186
الفرع الثاني: أهداف التأمين التكافلي: 186
المطلب الثاني: صيغ التأمين التكافلي: 187
المطلب الثالث: التكييف الفقهي للتأمين التكافلي: 187
الفرع الأول: تحرير محل الخلاف في تكييف التأمين التعاوني: 187
الفرع الثاني: آراء العلماء في تكييف عقد التأمين التعاوني:..... 189
المبحث الثالث: التأمين الصحي؛ حقيقته، تكييفه:..... 194
المطلب الأول: تعريف التأمين الصحي وأنواعه: 194
الفرع الأول: تعريف التأمين الصحي: 194
الفرع الثاني: الفرق بين عقد التأمين الصحي وغيره من عقود التأمين:..... 195
المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد التأمين الصحي: 196
الفرع الأول: الاتفاق بين المؤسسات وبين المستشفيات للتعهد بمعالجة الموظفين: 196
الفرع الثاني: إذا كان العقد بين الشخص وبين المستشفى:..... 198
الفرع الثالث: توسط شركة تأمين تجارية أو تعاونية في العلاقة بين المستفيدين: 199
المطلب الثالث: صيغ عقد التأمين الصحي: 200
الفرع الأول: عقد رعاية صحية:..... 200
الفرع الثاني: التأمين على المرض: 201
المطلب الرابع: أنواع عقود العلاج الطبي وتكييفها الفقهي:..... 201
الفرع الأول: عقود العلاج الطبي في القديم:..... 202
الفرع الثاني: عقود العلاج الطبي المعاصرة:..... 203

ملخص: 206

الفصل الثالث: أثر التكييف الفقهي في النقود

تمهيد: 209

المبحث الأول: التكييف الفقهي للأوراق النقدية: 211

المطلب الأول: الأوراق النقدية سندات ديون: 211

الفرع الأول: وجه التكييف: 211

الفرع الثاني: الأثر الذي ينبني على هذا التكييف: 212

المطلب الثاني: الأوراق النقدية عرض من عروض التجارة: 213

الفرع الأول: شرح التكييف: 213

الفرع الثاني: الأثر الذي ينبني على هذا التكييف: 213

المطلب الثالث: أنها ملحقة بالفلوس: 214

الفرع الأول: مستند التكييف: 214

الفرع الثاني: أثر الخلاف: 215

المطلب الرابع: أنها بدل عن الذهب والفضة: 216

الفرع الأول: أصحاب هذا القول: 216

الفرع الثاني: الأثر المترتب على هذا التكييف: 216

المطلب الخامس: الأوراق النقدية نقد مستقل قائم بذاته: 217

الفرع الأول: شرح التكييف: 217

الفرع الثاني: الأثر المترتب على هذا التكييف: 218

المبحث الثاني: تكييف بعض أنواع النقود المصرفية: 220

المطلب الأول: التكييف الفقهي للشيك السياحي: 220

الفرع الأول: تعريف الشيك وأركانه وأنواعه: 220

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للشيك وماينبني عليه من آثار: 221

الفرع الثالث: تعريف الشيك السياحي وتكييفه الفقهي: 222

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لبطاقات الائتمان: 226
الفرع الأول: حقيقة بطاقة الائتمان: 226
الفرع الثاني: التكييف الفقهي لعلاقات بطاقة الائتمان. 229
ملخص: 237

الفصل الرابع: أثر التكييف الفقهي في عمليات البنوك

تمهيد: 240
المبحث الأول: التورق المصرفي المنظم: 242
المطلب الأول: حقيقة التورق: 242
الفرع الأول: تعريف التورق: 242
الفرع الثاني: حكم التورق وسبب الخلاف في المسألة: 243
الفرع الثالث: أنواع التورق: 244
المطلب الثاني: التورق المصرفي المنظم؛ تعريفه وصوره: 246
الفرع الأول: تعريف التورق المصرفي المنظم، وكيفيته: 246
الفرع الثاني: صور التورق: 246
الفرع الثالث: حكم التورق المصرفي وتكييفه وآراء بعض الفقهاء المعاصرين فيه: 249
المبحث الثاني: خطاب الضمان: 254
المطلب الأول: حقيقة خطاب الضمان: 254
الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان: 254
الفرع الثاني: غطاء خطاب الضمان وطريقة إصداره: 255
المطلب الثاني: أنواع خطابات الضمان: 257
المطلب الثالث: التكييف الفقهي لخطاب الضمان: 259
الفرع الأول: تكييف خطاب الضمان على أنه كفالة: 260
الفرع الثاني: تكييف خطاب الضمان على أنه وكالة: 260
الفرع الثالث: تكييف خطاب الضمان على أنه كفالة من جهة، وكالة من جهة أخرى: 260

الفرع الرابع: تخريج خطاب الضمان على قاعدة الخراج بالضمان: 263
الفرع الخامس: تكييف خطاب الضمان على أنه جعالة: 263
الفرع السادس: تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أنه عقد مستحدث: 264
المطلب الرابع: سبب الخلاف في تكييف خطاب الضمان وأثره: 264
خاتمة: 272
فهرس الآيات القرآنية: 277
فهرس الأحاديث والآثار: 279
فهرس المخططات والأشكال: 281
قائمة المصادر والمراجع: 282
فهرس الموضوعات 320
ملخص البحث: 331

ملخص البحث

ملخص البحث:

تناول هذا البحث **منهج التكييف الفقهي وأثره في المعاملات المالية المعاصرة**؛ بحسبانه أحد أهم مراحل الحكم على النازلة الفقهية، ولم يكن الغرض من هذه الدراسة إصدار الأحكام من حيث الحل والحرمة؛ بل بيان الآلية التي كيف بها الفقهاء بعض النماذج المعاصرة من المعاملات المالية، والخلاف الفقهي الذي ينبني على هذا التكييف.

وقد تساءل البحث عن منهجية العلماء في تكييف المسائل الفقهية؟ وعن أثر اختلافهم في التكييف على المعاملات المالية المعاصرة؟

وبغرض الإجابة عن هذه التساؤلات وتحقيق الأهداف المرجوة استعان البحث بثلاثة مناهج رئيسة، وهي المنهج الاستقرائي، والمنهج الوصف التحليلي، والمنهج المقارن.

هذا، وقد خلص البحث إلى تسجيل عدد من النتائج، أهمها:

أن التكييف الفقهي يجعل الفقيه أكثر إطلاعا وتعمقا في الفقه الإسلامي، وله أهمية عظمى في تطبيق النص الشرعي على الواقعة العملية؛ وخاصة في مجال المعاملات المالية المعاصرة، كما أن الاختلاف في التكييف الفقهي للنوازل قد ينبني عليه أثر حقيقي وقد لا يؤثر على الحكم، إضافة إلى كَشْف البحث عن أهم أسباب الاختلاف في التكييف الفقهي للمعاملات المالية المعاصرة.

الكلمات المفتاحية: منهج؛ التكييف؛ الفقه؛ أثر؛ المعاملات المالية المعاصرة.

Abstract:

This study discussed **the jurisprudential adaptation approach and its impact on contemporary financial transactions.** This approach is one of the most important stages of judging a jurisprudential issue. The question on permissibility or inpermissibility was not the purpose of this study, but it was rather an explanation of the mechanism by which jurists have studied some of the contemporary models of financial transactions, then what a jurisprudential disagreement resulted based on that adaptation.

The research aimed to unveil the methodology of scholars in adapting jurisprudential issues? And also, about the impact of their difference on the adaptation of the contemporary financial transactions.

In order to answer the reaserch questions and achieve the desired goals, the research used three main approaches: the inductive approach, the analytical descriptive approach, and the comparative approach.

The most important results of this study can be concluded as:

Jurisprudential adaptation makes the jurist deeply aware of the Islamic jurisprudence. It is of great importance in applying the legal texts in the case of new issues, especially in the field of contemporary financial transactions. That the difference in the jurisprudential adaptation of the new issues may have a real impact as it may have not. Moreover, the study looked at the reasons behind the resulted differences in the jurisprudential adaptation of contemporary financial transactions.

Keywords: approach; adaptation; jurisprudence; impact; contemporary financial transactions.

Résumé :

Cette étude aborde la question de l'approche d'adaptation jurisprudentielle et de son impact sur les transactions financières contemporaines. Une approche qui constitue une étape importante dans le processus du jugement d'une question jurisprudentielle. La question du légal ou non légal n'était pas le but de cette étude, mais plutôt c'était un essai d'explication des mécanismes par lesquels les juristes étudient certains des modèles contemporains de transactions financières, en même temps de montrer le désaccord jurisprudentiel qui pouvait résulter de leurs différentes façons d'adaptation.

Cette recherche visait à dévoiler les méthodologies des chercheurs dans leurs adaptations des questions jurisprudentielles ? Elle voie aussi l'impact de cette différence sur les jugements concernant ces transactions financières contemporaines.

Afin de répondre aux questions de recherche et d'atteindre ses objectifs souhaités, trois approches principales ont été utilisées : l'approche inductive, l'approche analytique descriptive et l'approche comparative.

Les résultats les plus importants de cette étude peuvent être conclus comme suit :

L'adaptation jurisprudentielle rend le juriste profondément conscient de la jurisprudence islamique. Elle est d'une grande importance dans l'application des textes juridiques dans le cas de problématiques nouvelles, notamment dans le domaine des transactions financières contemporaines. Que la différence dans l'adaptation jurisprudentielle des nouvelles questions puisse avoir un impact ou ne peut avoir aucun impact. En outre, l'étude démontre bien les raisons derrières ces différences concernant l'adaptation jurisprudentielle des transactions financières contemporaines.

Mots-clés : approche ; adaptation ; jurisprudence ; impact ; transactions financières contemporaine

PEOPLE'S DEMOCRATIC OF ALGERIA
Ministry of Higher Education and Scientifie Research
El Amir Abd-El-Kader University of Islamic Sciences
-COSTANTINE-

Shariah and Economics faculty
Fiqh and its Fundamentals
Serial Number: …….
Registration Number: ……

the method of jurisprudential adaptation and its impact on contemporary financial transactions

A thessis submitted to obtain a doctorate in Islamic Sciences
Branch: Contemporary Studies on Fiqh and Fundamentals

Presented by:
ROUKIA SEYAR

Supervision of professor Dr:
AHMED DIB

Presented before the commissioned discussion

Name Surname	Scientific Rank	Adjective	Home university
Alil MIHOUBI	Pr	University of Emir Abdelkader-Constantine	President
Ahmad DIB	MCA	University of Emir Abdelkader-Constantine	supervisor and rapporter
Amir CHERIBET	Pr	University of Emir Abdelkader-Constantine	member
Hamza BOUNAAS	MCA	University of Emir Abdelkader-Constantine	member
Yamina BOUSSAADI	MCA	University of Emir Abdelkader-Constantine	member
Mourad BELABAS	Pr	University of Alger1	member

University year: 2023/2024
Correspond to: 1445/1446