



الضوابط الأصولية للتكييف الفقهي والقانوني

إعداد

الأستاذ الدكتور ضياء حسين عبيد

أستاذ أصول الفقه الإسلامي / بقسم أصول الفقه-الجامعة العراقية

Prof. Dr. Diao Hussein Abboud

drdhiya1976@yahoo.com



Research Summary

After this cruise in the books of the fundamentalists and legal, and the presentation of evidence and discussion, and rooting for controls and rules fundamentalism, it has reached the following results:

1. to consider in times of calamity and provisions and controls assets and has to be observed.
2. The importance of air conditioning in the diligence and provisions.
3. that the conditioning actions and legal facts comes on top of the legal and procedural difficulties faced by the judge.
4. idiosyncratic adaptation may be the basis for the development of many of the financial contracts.
5. If the air conditioning contemporary legal term, I do not mind a quote from Islamic jurisprudence to him.
6. of the most important controls that should be taken into account when doing air conditioning Method: air-conditioning to be based on idiosyncratic view of the assets of significant legislation. Do what you can imagine, located right full visualization. The collection of the Queen of jurisprudence in evoke issues and attached to assets. The air conditioning idiosyncratic consistent with the intent of Forensic that provision, and other controls.

May Allah bless and bestow peace upon our Prophet Muhammad and his family and disciples

الملخص:

بعد هذا التطواف في كتب الأصوليين والقانونيين، وعرض الأدلة ومناقشتها، وتأصيل للضوابط والقواعد الأصولية، فقد توصلت إلى النتائج الآتية:

١. للنظر في النوازل وأحكامها وضوابط وأصول لا بد من مراعاتها.
٢. تتجلى أهمية التكيف في الاجتهاد وأحكامها.
٣. أن تكيف التصرفات والوقائع القانونية يأتي في مقدمة الصعوبات القانونية والإجرائية التي يواجهها القاضي.
٤. التكيف الفقهي قد يكون أساساً لتطوير كثير من العقود المالية.
٥. إذا كان التكيف مصطلحاً قانونياً معاصراً، فلا مانع من اقتباس للفقهاء الإسلامي له.
٦. من أهم الضوابط التي ينبغي مراعاتها عند القيام بالتكيف الفقهي: أن يكون التكيف الفقهي مبنياً على نظر معتبر لأصول التشريع. بذل الوسع في تصور الواقعة التصور الصحيح الكامل. تحصيل الملكة الفقهية في استحضار المسائل وإلحاقها بالأصول. أن يتفق التكيف الفقهي مع القصد الشرعي لذلك الحكم، وغيرها من الضوابط.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، ولا عدوان إلا على الظالمين، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد إمام المجتهدين، وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين. أما بعد..

فإن من أسرار الإعجاز والخلود في الشريعة الإسلامية، قدرتها على استيعاب الحوادث والمسائل المستجدة، ورعايتها لاختلاف أحوال الزمان والمكان، وذلك ضمن أصولها الإجمالية، وقواعدها الكلية، ومقاصدها التشريعية العامة، التي تخضع لها الفروع والأحكام، وتخرج عليها المستجدات.

والبحث في الحوادث والمسائل المستجدة يُعدّ من أدق المسالك، وذلك أن الباحث فيها يطرق موضوعات رسائل لم تُطرق من قبل، ولم يرد فيها عن السلف قول، وذلك أنها مسائل مستجدة يغلب عليها طابع العصر المعروف بالتعقيد والغموض، المتميز بإيجاد حلول علمية لمشكلات متنوعة قديمة وحديثة، واستحداث وسائل جديدة لم تخطر ببال البشر من قبل، ولهذا كان الاجتهاد في هذه الحوادث والمسائل المستجدة ضرورة من الضرورات الحتمية لبيان حكم الله في هذه المسائل.

ولاشك أن الخوض في مثل هذه المسائل يحتاج إلى من كانت الملكة الفقهية عنده وصلت إلى درجة عالية، وإلى الدقة في الاستنباط، والإحاطة بالأدلة والأصول الشرعية، وضوابط الاستنباط منها، والمعرفة بمقاصد الشريعة. ومن المسالك المهمة التي يتوصل بها إلى معرفة حكم الحوادث والمسائل المستجدة هو (التكييف) المسألة المستجدة أو النازلة المستجدة لمعرفة حكم الله فيها، ولما كان الباحث والمجتهد بحاجة إلى ما يعصمه من الخطأ أو الزلل في الاجتهاد، كان لابد من وضع ضوابط أصولية علمية في هذا الباب تساعده في استنباط الأحكام الشرعية، وتمنعه من الخطأ والزلل ومجانبة الصواب.

وحتى لا تصبح كلمة (تكييف) كلمة عائمة، وتتخذ ذريعة التميع أو تغيير الأحكام الشرعية، حاولنا في هذا البحث المتواضع من بيان أهم الضوابط التي يجب مراعاتها على الفقيه أو المجتهد عند النظر في الحوادث والمسائل المستجدة، وذلك لضبط عملية الاجتهاد وضمان سلامة وصحة الاستنباط.

وعليه، فقد تضمنت خطة البحث أربعة مباحث:

المبحث الأول: التكييف في اللغة والفقه.

المبحث الثاني: التكييف القانوني وعلاقته بالتكييف الفقهي.

المبحث الثالث: الضوابط الأصولية للتكييف الفقهي والقانوني.

المبحث الرابع: تطبيقات فقهية معاصرة.

المبحث الأول في معنى التكييف في اللغة والاصطلاح والقانون

التكييف في اللغة: مأخوذ من الكيف، وهو الأصل يدل على القطع، فيقال: كيف الأديم (الجلد المدبوغ)، أي قطعه وجعله أجزاء. ومنه الكيفة وهي: قطعة من القماش، الخرقة التي يرقع بها ذيل القميص من الأمام، وعكسها الحيفة، وهي: الخرقة التي يرقع بها ذيل القميص من الخلف^(١).

أما في الاصطلاح: فعرفه صاحب معجم مصطلحات أصول الفقه: (هو تحرير المسألة، وبيان مدى انتائها إلى أصل معين معتبر)^(٢).

ويلاحظ على هذا التعريف: أنه غير جامع، لأن لفظ (تحرير) غير واضح في تحديد المراد بعملية التكييف الفقهي، فلو استعمل لفظ (تحديد حقيقة المسألة) لكان أولى.

وكذلك بالنسبة لفظ (معتبر) فإنه موهم، لأنه قد يراد به الاعتبار الحكمي، وهو ما يأخذ حكم مسألة ما، وقد يراد الاعتبار الشرعي، وهو الوصف الشرعي للحكم بالجواز أو عدمه.

وعرفه الدكتور يوسف القرضاوي: (بأنه تطبيق النص الشرعي على الواقعة العلمية)^(٣).

ومما يؤخذ على هذا التعريف: أنه يقصر التكييف الفقهي على الاجتهاد التنزيلي للنصوص الشرعية من قرآن وسنة، ولا يدخل فيه تخريج الفروع على الأصول أو التخريج الفقهي، فهو تعريف غير جامع.

وعرفه الدكتور محمد عثمان شبير: (بأنه تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإحاطها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشاركة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة)^(٤).

وهذا التعريف هو أفضل التعريفات وأقربها للتكييف في ما يبدو لي، لأنه يشتمل على العناصر التي يتكون منها التكييف كالواقعة المستجدة، والأصل، وأوصاف الأصل، والحقيقة، والإلحاق.

(١) ينظر لسان العرب لابن منظور، ج ٣/ص ٣٢٢؛ معجم مقاييس اللغة لابن فارس، ج ٥/ص ١٥٠؛ القاموس المحيط للفيروزآبادي، ص ١٨١؛ المفردات للأصفهاني، ص ٤٤٤.

(٢) ينظر: معجم مصطلحات أصول الفقه، د. مصطفى قطب سانو، ص ١٤٥.

(٣) ينظر: فتاوى معاصرة، د. يوسف القرضاوي، ج ٢/ص ١٥٢.

(٤) ينظر: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة، د. محمد عثمان شبير، ص ٣٠.



الألفاظ ذات العلاقة بالتكليف:

١- التصور أو التصوير: وهو في اللغة هو التوهم، وتصورت الشيء: توهمت صورته، فتصور لي، والتصاوير: التماثيل.

وقيل: هو التخيل والتصوير والتمثل وما أشبهها كثيراً ما تستعمل لازمة ومتعدية، يقال تصورت الشيء إذا تعمدت تصويره في نفسي^(١).

أما في الاصطلاح: فهو استحضار صورة شيء محسوس في العقل، دون التصرف فيه^(٢).

وقيل: هو حصول صورة الشيء في العقل، وإدراك الماهية من غير أن يحكم عليها بنفي أو إثبات^(٣). ويعتبر مصطلح التصور من المصطلحات الشائعة في علم المنطق، حيث يقسم علماء المنطق العلم إلى: تصور وتصديق، والتصديق مسبق بالتصور، فكان التصور وضعه قبل التصديق، والتصوير إنما يكتسب بالحد متقدماً على التصور المتقدم على التصديق، فالحد قبل الكل طبعاً^(٤).

وهذا يدل على أن تصور المسألة لا يتأتى إلا ببيان معناه من خلال الحد والتعريف، فإذا تصورت أمكن إقامة البرهان والدليل عليها للوصول إلى حكمها التصديقي.

فحينئذ لا يختلف معنى التصور من حيث الدلالة على معنى التكليف الفقهي، ولذلك شاع على ألسنة الأصوليين قولهم: الحكم على الشيء فرع تصوره^(٥).

وكثر استخدام بعض المعاصرين لاصطلاح تصوير المسألة على تكيفها نظراً للترادف القريب بينهما^(٦).

(١) ينظر لسان العرب لابن منظور مادة (صور)، دار صادر، بيروت، ٢٠١١م؛ المعجم الفلسفي عند العرب، الأستاذ عبد الأمير الأعسم، مادة (صور)، طبعة الدار العربية، بغداد، ١٩٨٤م.

(٢) ينظر: معجم مصطلحات أصول الفقه، د. مصطفى سانو، ص ١٣٤.

(٣) ينظر: التعريفات للجرجاني، ص ٤٧؛ تحرير القواعد المنطقية للرازي، ص ٧.

(٤) ينظر: المبين في شرح ألفاظ الحكماء والمتكلمين للآمدي، ص ٦٩؛ شرح مختصر ابن الحاجب للأصفهاني، ج ١/ ص ١٨، إرشاد الفحول للشوكاني، ص ٧.

(٥) ينظر: الإحكام للآمدي، ج ٤/ ص ٦؛ منع الموانع عن جمع الجوامع للسبكي، ص ٢١١.

(٦) ومصطلح (التصوير) قد استخدمه بعض الأئمة والفقهاء السابقين كابن السبكي في الأشباه والنظائر، ج ١/ ص ٤٣؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٨ وما بعدها.

١- ماهية الشيء: في اللغة: نسبة إلى ما هو، مقول في جواب (ما هو)^(١). وفي الاصطلاح: كنهه وحقيقته وجنسه^(٢)، وهي بمعنى ما به الشيء هو هو^(٣). مثال ذلك اختلاف فقهاء الحنفية في ماهية الإقالة، فقد قال أبو حنيفة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (الإقالة): فسخ في حق العاقدين، بيع جديد في حق ثالث غير العاقدين، سواء كان قبل القبض أو بعده. وقال أبو يوسف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: إنها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما، إلا أنه لا يمكن أن تجعل بيعاً فتجعل فسحاً.

وقال محمد بن الحسن رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: إنها فسخ إلا أن لا يمكن أن تجعل فسحاً فتجعل بيعاً للضرورة. وقال زفر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: إنها فسخ في حق الناس كافة^(٤).

وقد تسمى عملية التكييف الفقهي ماهية، لأن التكييف يشتمل عليها، وهي عنصر مهم في عملية التكييف، لأنها بمعنى الحقيقة.

٢- حقيقة الشيء: الحقيقة في اللغة: من الحق، وهو يدل على إحكام الشيء، وثبوته وصحته، والحق نقيض الباطل ويقال: حق الشيء: وجب^(٥).

وفي الاصطلاح: هو اللفظ المستعمل فيما وضع له أصلاً^(٦).

وحقيقة الشيء: ما به الشيء هو: كالحیوان النطق للإنسان، بخلاف مثل الضاحك والكاتب مما يمكن تصور الإنسان بدونه.

وقد يقال: إن ما به الشيء هو باعتبار تحققه حقيقة، وباعتبار تشخصه هوية، ومع قطع النظر عن ذلك^(٧).

(١) ينظر: الكليات لأبي البقاء العكبري، ج٤/ ٩٢.

(٢) ينظر: معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي، ص٣٨٩.

(٣) ينظر: كشف اصطلاحات الفنون للتهانوي ج١/ ص٣٣١.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ج٥/ ص٣٠٦.

(٥) ينظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس ج١/ ص١٥-١٦.

(٦) ينظر: معجم المصطلحات وأصول الفقه، ص١٨٢.

(٧) ينظر: التعريفات للجرجاني، ص٨١.



فحقيقة الشيء هنا: ماهيته التي يعرف بها، وبعبارة أخرى: ما يتحقق به الشيء، والحقيقة بهذا المعنى أعم من الكلية والجزئية والموجودة والمعدومة^(١).

وقد تسمى عملية التكييف الفقهي حقيقة، لأن التكييف يشتمل عليها، وهي عنصر مهم في عملية التكييف.

٣- **طبيعة الشيء**: لغة مأخوذة من الطبع، وهي الخليقة، أو السجية التي جبل عليها الإنسان والطبع في الأصل مثل على نهاية ينتهي إليها الشيء حتى يختم عندها.

يقال طبعت على الشيء طابعاً ومن ذلك: طبع الله على قلب الكافر: كأنه ختم عليه حتى لا يصل إليه هدى أو نور^(٢).

وقد تسمى عملية التكييف الفقهي طبيعة، لأن التكييف يشتمل عليها، وهي عنصر مهم في عملية التكييف.

٤- **التخريج الفقهي**: التخريج في اللغة: مصدر للفعل خرج - المضعف - فهو يفيد التعدية بأن لا يكون الخروج ذاتياً، بل من خارج عنه^(٣).

وترجع معانيه إلى أصليين:

الأول: النفاذ من الشيء.

الثاني: اختلاف لوتين:

فمما ورد بالمعنى الأول، قولهم: فلان خريج فلان، وخريجه - بالتشديد - إذا كان يتعلم منه، كأنه هو الذي أخرجه من الجهل.

ومما جاء بالمعنى الثاني قولهم: عام مخرَج وفيه تخريج، أي: خصب وجدب، وأرض خرجاء ومخرجة: إذا كان نبتها في مكان دون مكان^(٤).

(١) ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ج ١ / ٢٣١.

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس ج ٣ / ص ٤٣٨.

(٣) ينظر: لسان العرب لابن منظور ج ٢ / ص ٢٤٩ وما بعدها.

(٤) ينظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس ج ٢ / ص ١٧٥؛ تاج العروس للزبيدي ج ٥ / ص ٥٠٨.



وقد لاحظ العلامة الفيروزآبادي إن (التخريج أكثر ما يقال في العلوم والصناعات)^(١).
وفي الاصطلاح: يطلق التخريج على معان عدة منها: الاستنباط والتفريع، والتعليل، والتأويل،
والتوجيه، والقياس^(٢).

وعليه، فالتخريج الفقهي هو: (العلم الذي يبحث عن علل أو مأخذ الأحكام الشرعية لرد الفروع
إليها بياناً لأسباب الخلاف، أو لبيان حكم ما لم يرد بشأنه نص عن الأئمة بإدخاله ضمن قواعدهم أو
أصولهم)^(٣). وقيل: (هو العلم الذي يعرف به بناء الفروع الفقهية الجزئية على قواعدها الأصولية الكلية
المتحدة معها في الجنس أو النوع، ليتوصل بها إلى أسباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية).
ووجه الصلة بين التكييف الفقهي والتخريج، أنه الخطوة الأولى والمرحلة الأساس التي يبني عليها
التخريج الصحيح، الموافق للدليل أو قول الإمام، فالمخرج أول ما يبدأ اجتهاده في واقعة ما لا بد أن يتصورها
تصوراً كاملاً - وهو التكييف - ومن ثم يلحقها بأي الأصول المعتمدة المشابهة لها^(٤).

(١) ينظر بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز للفيروزآبادي، ج ٢ / ص ٥٣٢.

(٢) ينظر: التخريج عند الفقهاء والأصوليين، د يعقوب الباسين، ص ٥١.

(٣) ينظر تخريج الفروع على الأصول، د. محمد صالح الفرفور، ص ٢٣.

(٤) ينظر: تخريج الفروع على الأصول عند الفقهاء والأصوليين، د. جبريل بن المهدي، ج ١ / ص ٦٣؛ تخريج الفروع على

الأصول للأستاذ عثمان شوشان، ج ١ / ص ٦٥.



المبحث الثاني

التكييف القانوني وعلاقته بالتكييف الفقهي

التكييف في القانون المدني: (هو تحديد طبيعة موضوع النزاع وإعطائه الوصف القانوني الملائم تمهيداً لإسناده إلى قانون معين^(١)).

فالمقصود بالتكييف هنا إذن التكييف الضروري السابق لتطبيق قواعد الإسناد، ولذلك يمكن القول من جانب آخر بأن التكييف معناه تعيين موضوع قاعدة الإسناد وتحديد نطاقها ومرماها.

مثاله التصرف بدون عوض أو بعوض، وقد يختلفون على هذا الوصف أو التعيين بطبيعة العلاقة القانونية الواحدة في بلدين أو أكثر وهو ما يسمونه: تنازع الوصف^(٢).

ولقد عرف (ردبيه) و(لبوييه) M.M Pillet et Niboyet التكييف: (هو الطبيعة القانونية التي يعترف بها القاضي لعلاقة ما أو لنظام قانوني).

وعرفه (رمانجون) Mrminjon التكييف: هو (أن نسيج الحياة القانونية على شخص أو شيء أو واقعة لنعين مكانه أو مكانها في القانون)^(٣).

وعند التدقيق نجد أن التعريفان متقاربان في معناهما ويهدفان إلى غرض واحد هو في نظرنا تحديد العلاقة القانونية وتمييزها عن غيرها ثم إدراجها تحت العنوان القانوني الذي يلائم طبيعتها.

وقيل: هو إسقاط الواقعة أو التصرف القانونيين على النص الواجب تطبيقه عليهما^(٤).

وفي القانون الجنائي: التكييف: (هو تعيين الجريمة أو وضعها في النطاق الذي يدخل فيه العمل أو الإهمال الموجب للمعاقبة عليه)^(٥).

ومن أفضل تعريفاتهم للتكييف هو: توقي معاني القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى^(٦).

(١) ينظر: القانون الدولي الخاص العربي، د. جابر جاد عبد الرحمن، ج ٣/ ص ١٩٥.

(٢) ينظر: معجم المصطلحات القانونية للأستاذ أحمد زكي، ص ١٩٥.

(٣) ينظر: القانون المقارن في الأحوال الشخصية للأجانب في مصر للأستاذ تادرس ميخائيل، ص ٥٤.

(٤) ينظر: معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، د. بشار عدنان، ص ٦٨.

(٥) ينظر: المعجم القانوني رباعي اللغة، د. عبد الفتاح مراد، ص ٣٩٨.

(٦) ينظر: الالتزامات المدنية، د. علي حسن الذنون، ج ١/ ص ٢٥، طبعة دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٨.

وقد أقر هذا المصطلح مجمع اللغة العربية بالقاهرة، حيث جاء في مجموع قرارات مجمع اللغة العربية ما نصه: (التكييف هو طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية، التي خصها المشروع بقاعدة إسناد)^(١).

وقالوا: التكييف اللاصق هو التكييف اللازم لأعمال القاعدة الموضوعية التي تعينها قاعدة الإسناد الداخلي في القانون الأجنبي^(٢).

فالتكييف إذاً مصدر صناعي مولد قد أقره مجمع اللغة العربية في ما يبنى طبيعة المسألة ونوع تصنيفها، وإن كان المجمع قد تناوله من الناحية القانونية إلا أنه قريب من المعنى المراد في استعمال الفقهاء المعاصرين للتكييف.

ومن المعلوم أن مصطلح (التكييف) من المصطلحات الشائعة في عرف القانونيين، وربما يعتبرون الأكثر والأسبق لهذا المصطلح من الفقهاء المعاصرين.

إذ أن فكرة ومصطلح التكييف ظهرت أهميتها في الفقه في أواخر القرن التاسع عشر، وكان أول من لفت إليها الأنظار الكاتب الألماني (فرانتس كان) كما أوضحها بجلاء من بعده العلامة الفرنسي (بارتن) حيث شيّد منها نظرية واتى بأفكار، وأن ثبت بعضها كحلول نهائية في هذا الصدد إلا أنها أثارت منذ ذلك الحين كثيراً من الجدل والخلاف بين الكتاب في مختلف الدول^(٣).

وقد عرف موضوع التكييف كثير من القوانين بمختلف العصور منها القانون الكنسي والقانونين الفرنسي القديم والحديث، وعرفها قانون العقوبات عند التعرف فيما إذا كان الفعل المرتكب قد توفرت فيه العناصر القانونية للجريمة، وظهر التكييف في القانون المدني بقصد تحديد صفة الأعمال والتصرفات القانونية على اختلافها^(٤).

(١) ينظر: مجمع قرارات اللغة العربية.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) ينظر: التكييف للأستاذ محمد صالح القويزي، طبعة وزارة الأوقاف العراقية، ص ٤.

(٤) ينظر: التكييف لأجل تطبيق قواعد الإسناد، بحث للأستاذ الدكتور مصطفى كامل ياسين، ص ٣٢٦.



ويعتبر التكييف من الموضوعات المهمة في القانون الدولي الخاص لأجل تطبيق قواعد الإسناد، إذ يتوقف عليه تعيين القانون الواجب التطبيق أو الأخذ بقاعدة إسناد دون أخرى أو تطبيق قانون دون آخر^(١). كما إن مسألة التكييف بالنسبة للقضايا المدنية والتجارية من السهولة بمكان نظراً لتقارب كل من القانون المدني والقانون التجاري المعمول بهما أمام القاضي المدني في البلاد العربية، ولكن يدق الأمر عندما يتعلق التكييف بمواد الأحوال الشخصية وتكتفه الصعاب لأن القوانين التي تحكم هذه المواد متعددة وجميعها واجبة التطبيق لأن الروابط القانونية تدخل ضمن نطاق طوائف النظم القانونية الخاصة بها، ولما كانت الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون المدني فأصبحت لها المكانة الأولى والولاية العامة بالنسبة لتكييف مواد الأحوال الشخصية، وهذا الأمر يمهد السبيل ويزيل الصعوبات للتوصل إلى نتائج هذا التكييف^(٢).

ولا يخفى أن هناك علاقة كبيرة بين عمل القانوني وعمل المفتي أو الفقيه:

إذ أن المحامي - وهو الذي تتجلى في مهمته حقيقة القانون وطبيعته - ينوب عن أطراف النزاع، ويمثلهم أمام المحاكم، كما أنه يقوم بدور المفتي في النزاعات والقضايا المعروضة عليه، فهو مشغول بجهة بأحكام الوكالة، ومن جهة أخرى قائم مقام المفتي فيما يرجع إليه.

فهو حين ترجع إليه قضية ينظر فيها بنظر المفتي فيحللها، ويتعرف على النص الذي يحكمها من فروع القانون المختلفة، فيحرر مقال الدعوى.

وقد استوفى فهم النازلة، والنص القانوني المطبق عليها ويدافع عن وجهة نظره فيما يعرضه من جهة واقع القضية وقانونها^(٣).

إن نظرية التكييف لها أهمية عظمى في عمل فقهاء القانون، فمتى أتم القاضي تحصيل فهم الواقع في الدعوى فإنه يبحث عما يجب تطبيقه أي تنزيله من أحكام القانون على هذا الواقع، ولما كانت أحكام القانون مطلقات وعموميات تتناول أنواعاً من الحوادث لا تنحصر، وكانت هذه الحوادث لا تقوم إلا معينة مشخصة، ولكل منها خصوصية ليست في غيره، وليس ما به التعيين والامتياز معتبراً في الحكم بإطلاق، ولا

(١) ينظر: القانون الدولي الخاص، د. جابر جاد عبد الرحمن، ج ٣/ ص ٧٢.

(٢) ينظر: التكييف للأستاذ محمد صالح، ص ٩.

(٣) ينظر: النقض في المواد المدنية والتجارية للأستاذ حامد فهمي، طبعة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م، ص ١٦٥.

هو طردي بإطلاق فلا سبيل لتنزيل تلك الأحكام على هذه الحوادث إلا بعد معرفة بأن ذلك المعين يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام، وقد يكون هذا سهلاً وقد يكون صعباً وكله على كل حال نظر واجتهاد^(١). وهذا الاجتهاد أطلق عليه كثير من علماء القانون: (تكييف الواقع في الدعوى)^(٢). فأخذ مال الغير بغير حق له عدة تكييفات، فقد يكون سرقة أو تبيداً، أو خيانة أمانة، أو نصباً، وكل نوع من هذه له عقوبته القانونية التي قد تختلف عن الأخرى ولا يوقع القاضي عقوبته على الأخذ إلا بعد تكييف وتصوير كامل لواقع الدعوى وحال الأخذ للملك غير.

فنظر المحامي أو القاضي في المحاكم الوضعية قائم على التكييف والتصوير للدعوى والقضايا التي تردهم، ولذلك نجد أن هناك تشابهاً بينهم وبين عمل المجتهد أو المفتي في نظره للنوازل والواقعات^(٣). ولتوسع دائرة المحاماة والعمل بالقوانين الوضعية في عصرنا الحاضر نتيجة نفوذ هذه القوانين وإلزام الناس بها، يتحتم على العاملين في مجالها وخصوصاً، في البلاد الإسلامية التي ينبغي أن يحكم الناس فيها شرع الله عز وجل أن يكون لديهم آلة النظر والاجتهاد أو الاستعانة بأهل الفتوى والاجتهاد أو القضاء من أهل العلم، وذلك أنها إلزام بأحكام وإنفاذ لحقوق راعتها الشريعة فينبغي أن لا تخرج عن إطارها وكلياتها وسؤال أهلها، ومن منطلق هذه العلاقة نجد أهل القانون قد عرفوا التكييف وأسموه (بالوصف القانوني)^(٤).

(١) ينظر: هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، د. عصام أبو سليم، طبعة الدار القانونية، مصر، ١٩٩٦م، ص ٨٩.

(٢) ينظر: النقض في المواد المدنية والتجارية، ص ١٦٦.

(٣) ينظر: أصول الفتوى والقضاء، د. محمد رياض، ص ٢٠١.

(٤) ينظر: هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، د. عصام أبو سليم، ص ٩٠.



المبحث الثالث

الضوابط الأصولية للتكييف الفقهي والقانوني.

ثمة جملة من الضوابط التي ينبغي على الفقيه والمشرع أن يراعيها أثناء عملية التكييف والتي يتحقق معها وصول الفقيه والقانوني إلى أدق النتائج وأصوبها في الحكم الذي سيقرره للمسألة المعروضة أمامه للبحث، وبيانها على النحو الآتي:

١- أن يكون التكييف الفقهي مبيناً على نظر صحيح معتبر لأصول التشريع إذا أراد الفقيه أن يكيف مسألة من المسائل، وذلك بإلحاقها بأقرب صورة لها في أبواب الفقه المعروفة، أو العقود المعتمدة، فلا بد أن يعتمد في هذا التكييف على أحد الأصول المعتمدة وذلك حتى تأخذ المسألة حكم هذا الأصل^(١).

وعلى هذا فلا عبرة بالتكييف الفقهي إذا لم يكن مبيناً على أصل معتبر، كأن تكييف المسألة على أساس الهوى والتشهي، أو العقل المجرد بمنأى عن أصول الشرعية المعتمدة، فيصبح الحلال حراماً والحرام حلالاً^(٢). فالتكييف الفقهي للمسألة لا يعني أن يعمل الفقيه استحسانه مجرداً عن النصوص الشرعية وأصولها وقواعدها العامة، فمن فعل ذلك فهو آثم مأزور غير مأجور.

كما أن على الفقيه القانوني أن يعمل على رد المسألة المعروضة أمامه إلى مصادر التشريع القانوني أو إلحاقها بأقرب النصوص القانونية المعروفة، ليكون حكمه صائباً^(٣).

ونقصد بأن يكون التكييف مبني على نظر صحيح معتبر لأصول التشريع، أن تكون هناك مطابقة بين الواقعة المستجدة والأصل: وهي جوهر عملية التكييف الفقهي وهو أن يجمع بين الواقعة المستجدة والأصل في الحكم لاتحادهما في العلة.

وهذا يتطلب مجانسة بينهما في العناصر الأساسية من أركان وشروط وعلاقات بين أطراف الواقعة.

(١) ينظر: تمكين الباحث من الحكم بالنص بالحوادث، د. وميض العمري، طبعة دار النفائس، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ص ٣٦٥.

(٢) ينظر الفتوى بين التسيب والانضباط، د. يوسف القرضاوي، طبعة دار السلام، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص ٣٦.

(٣) ينظر: علم أصول القانون وأصول الفقه، د. ماهر عبد المجيد، مؤسسة الضاحي، بيروت، ١، ٢٠١١، ص ٣٥.

فالخراج مثلاً: لا يعتبر عقد إجازة لأن الخراج وضع على أهل الذمة دون رضاهم وهو غير متحقق في الإجازة، والخراج لا يحتاج إلى صيغة عقد لكن الإجازة من أركانها أن تكون هناك صيغة عقد، والخراج أيضاً مؤبد، وتأييد الإجازة باطل عند جمهور الفقهاء^(١).

لذلك يجب إلحاق الواقعة المستجدة بالأصل أن تكون هناك مجانسة ومطابقة بينهما في العناصر الأساسية من أركان وشروط بين أطراف الواقعة المستجدة.

أما القاضي فعليه أن يعمل على رد المسألة المعروضة أمامه إلى نص قانوني صحيح أو إلحاقها بأقرب النصوص القانونية المعروفة ليكون حكمه صائباً.

والسند القانوني الذي يجعل القاضي بهذه المهمة هي المادة الأولى من قانون الإثبات والتي نصت على: (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة).

وليس من شك أن من جملة ما يتعلق بتوجيه القاضي للدعوى هو سلطته في ردها إلى نص قانوني صحيح، وإعطائها الوصف القانوني الملائم لها في إطار الوقائع المعروضة فيها^(٢).

٢- تحصيل الملكة الفقهية في استحضار المسائل وإلحاقها بالأصول

إن النظر في المسائل والإفتاء فيها أمر مقصر على طائفة معينة من الناس، وهم العلماء الذين يناط بهم الاجتهاد فيما يستجد من المسائل والحوادث، وذلك أن النظر في مثل هذه المسائل -خاصة- يقتضي من الفقه أن يستجمع بها يسمى بالملكة الفقهية المتنوعة، وإلحاقها بالأصول المعتمدة، وهذا أمر لا يتقنها إلا الحدائق من الفقهاء الذين تحصلت واستعجلت عندهم تلك الملكة الفقهية^(٣).

والملكة الفقهية: (كيفية للنفس، بها يتمكن الفقيه من معرفة جميع المسائل، ويستحضر بها ما كان معلوماً مخزناً منها، ويستحسن ما كان مجهولاً)^(٤).

(١) ينظر: المغني لابن قدامة، ٥/٣٣١؛ بدائع الصنائع، ٦/٢٥٦٨؛ نهاية المحتاج، ٥/٣٩٠.

(٢) ينظر: سلطة القاضي في تكييف وقائع الدعوى المدنية للأستاذ ضياء شيت، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الرابع، ١٩٨٢م، ص ١٩.

(٣) ينظر: تكوين الملكة الفقهية، د. محمد عثمان شبير، طبعة دار النفائس، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٧١.

(٤) ينظر: أبجد العلوم للفتوح، طبعة دار الفكر، بيروت، ج ١/ ص ٥٣.



وهذه الملكة تفيد في استحضار المسائل من مظانها وإلحاقها بالأصول المعتمدة بها، وتتحصل عند الفقيه بالتدريب والتمرين على عملية التخريج الفقهي، وطرق الاستنباط وكثرة النظر في كتب الأئمة، وفتاواهم، وكيفية تقريرهم للمسائل من أصولها وقواعدها وتحريرها^(١).

ولا يستغنى الفقيه القانوني من الملكة الفقهية وإحاطته بطرق النظر الاستنباط وممارسته لعلوم الآلة التي تمكنه من تفسير النصوص ومعرفة المراد منها^(٢).

٣- بذل الوسع في تصور النازلة تصوراً تاماً كاملاً

هذا الضابط مهم للناظر والمفتي والقاضي، وذلك أن الحكم على الشيء فرع من تصوره، إذا أن التصور كلما كان تاماً صحيحاً، كان التكييف الفقهي أدق وأصوب، وقد سبقت إلا أن القصور في التصور يؤدي إلى الخلل في التكييف، وبالتالي إلى خطأ الحكم المستنبط للمسائل^(٣).

ومن هنا كان لا بد من تفهم المسألة وتصورها التصور الصحيح الكامل ومعرفة جميع أبعادها وظروفها وأصولها وفروعها وما يتعلق بواقعها مما له تأثير على الحكم فيه.

ومن أمثلة التصور الناقص ما وقع لبعض المعاصرين من عدم معرفة حقيقة النقود الورقية المعاصرة حيث أفتى بأنه لا زكاة، أو أن الربا لا يجري فيها اعتماداً على أنها ليست ذهباً أو فضة، وكما وقع للبعض في إخراج الفوائد العرفية التي في البنوك التقليدية بأنها ليست من الربا^(٤).

ومما يدخل في التصور الكامل والنام للنازلة المستجدة، الرجوع والتثبت والاستزادة من أهل الاختصاص العلمي، وهذا فيما لو كانت النازلة لها علاقة ببعض العلوم الطبيعية أو التجريبية وعندها لا بد من معرفة مصطلحات هذه العلوم مما له علاقة بموضوع بحث المسألة.

(١) ينظر: تفسير النصوص المدنية، د. محمد شريف أحمد، طبعة وزارة الأوقاف، بغداد، ١٩٨٢، ص ٧١.

(٢) ينظر: تكوين الملكة الفقهية، د. محمد عثمان شبير، ص ٧٢.

(٣) ينظر: ضوابط الفتوى للشيخ محمد بن علي المالكي، طبعة دار الفرقان، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص ٣٩-٤٠.

(٤) ينظر: دراسة في فقه مقاصد الشريعة، د. يوسف القرضاوي، طبعة دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م،

ويحسن من الناظر أيضاً الرجوع إلى مبادئ تلك العلوم ومعرفة أساساتها التي تعينه على النظر الصحيح في المسألة وغيرها من العلوم الحديثة^(١).
ومما يساعد على فهم المسألة وتصورها تصوراً صحيحاً كاملاً، يكون بتحليل عناصرها الأولية وهي تشمل:

أ- المسائل التي استحدثتها الناس ولم تكن معروفة في عصور التشريع أو الاجتهاد مثل النقود الورقية، وسند الملكية.

ب- المسائل التي تغيرت علة الحكم فيها نتيجة التطور وتغير الظروف والأحوال مثل التقابض الحقيقي في صرف العملات التي تجربها البنوك عند شراء العميل عملة أجنبية من خلال حسابه ليقوم بتحويلها إلى الخارج، فعملية القيد بالحساب التي يجربها موظف البنك أصبحت في مقابل التقابض الحقيقي والتي تعارف على تسميتها بالتقابض الحكمي.

ج- العقود المركبة، والتي تتكون من أكثر من صورة من صور العقود القديمة، مثل بيع المربحة للأمر بالشراء، فأنها تتكون من بيع عادي، ووعده من العميل بالشراء، وبيع ومربحة^(٢).

٤- أن يتفق التكيف الفقهي مع المقصد الشرعي لذلك الحكم
إن المهم لكل مجتهد فقيه - كلي أو جزئي - في مسألة من المسائل: أن يعرف مقصد الشارع فيما أمر به أو فيما نهى عنه، حتى يكون حكمه على المسألة حكماً صحيحاً.
إذ المقصد الشرعي هنا له دخل في توجيه الحكم بالوجوب أو الاستحباب في المأمورات، وفي التحريم أو الكراهية في المنهيات، وفي الحكم بالحل والإباحة فيما عدا ذلك^(٣).

(١) ينظر: المفتي في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز الربيع، طبعة دار العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ص ٣١.

(٢) ينظر: التكيف الفقهي للعقود المالية المستجدة للأستاذ أحمد محمد نصار، بحث منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي عن بنك دبي الإسلامي، العدد (٣٤٤)، شهر ذي القعدة ١٤٣٠هـ، نوفمبر ٢٠٠٩م، ص ٤١.

(٣) ينظر: دراسة في فقه مقاصد الشريعة، د. يوسف القرضاوي، طبعة دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، ص ١٥٥.



كما أن فائدة المقصد لا تنحصر في الاجتهاد والمجتهدين، بل يمكن تحصيلها لكل من تشبع بها أو تزود بنصيب منها، وتكون فائدته بقدر علمه وفهمه لمقاصد الشريعة، وبقدر اعتياده لها واعتياده عليها في فكره ونظره.

فالمقاصد بأسسها ومراميتها، وبكلياتها مع جزئياتها، وبأقسامها ومراتبها، وبمسالكها ووسائلها، تشكل منهجاً متميزاً للفكر والنظر، والتحليل والتقويم، والاستنتاج والتركيب^(١).
والمقصود من ذلك ألا يكتفي الفقيه بإلحاق مسألة بأقرب صورة لها أو العقود المعتمدة دون النظر إلى تحقيق المقصد الشرعي من هذه العقود المستجدة.

ولذلك كان من الخلل الواضح أن يقرر الفقيه حكماً لمسألة بالجواز والمشروعية، مع ترتب الأضرار والمفاسد على الأفراد والمجتمعات، أو يقرر الفقيه حكماً لمسألة بالمنع والحرمة، وفيها من المصالح والمنافع الأكيدة، والتي لا يمكن الاستغناء عنها، أو ما يلحق الحرج والمشقة والضرر بتركها.

فالفقيه عليه أن يحدد المقصد الشرعي في حكم كل مسألة ليتمكن كم من تبني صحة أو دقة اندراجها في المقاصد العامة للتشريع التي اتجهت إليها جملة من التكاليف الشرعية^(٢).

وكذلك على الفقيه القانوني أن يأخذ بنظر الاعتبار مقصد المشرع من تشريع الحكم عند بحث حكم المسألة أو النازلة المستجدة، إذا لا يمكن له أن يحدد حكماً لواقعة أو مسألة معروضة أمامه للبحث يتعارض مع المقصد العام من تشريع الحكم أو يعود عليه بالبطلان^(٣).

والمراد من معرفة مقصد المشرع: هي معرفة الغاية من إصدار القانون وقد تجعل المشرع من (الليل) ظرفاً مشدداً في جريمة السرقة، والمقصود بالليل هنا الظلام، لأنه يشجع على السرقة، وليس الليل بالمعنى

(١) ينظر: نحو تفعيل مقاصد الشريعة للأستاذ جمال الدين عطية، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨م، ص ٢٥٧.

(٢) ينظر: التعليل القصدي، د. عبد القادر حرز الله، طبعة مكتبة الرشيد، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص ٢٩.

(٣) ينظر: المبادئ المشتركة بين علم أصول الفقه وعلم أصول القانون للأستاذ عبد الرحمن العلام، بحث منشور في مجلة القضاء عن نقابة المحامين في العراق، العدد الأول، السنة السادسة عشر، ١٩٥٨م، ص ٦٨.



الفلكي الذي يبدأ بمجرد غروب الشمس ويستمر حتى شروقها، فليس من الليل إذ المعنى المقصود هنا وقت الغسق أو الفجر^(١).

٥- التحقق في مالات الأفعال عند تكييف الوقائع المستجدة:

إن استحضار المقصد الشرعي بوحده أثناء الاجتهاد التنزيلي، دون اعتبار المال في تنزيل الأحكام الشرعية، يجعل التطبيق آلياً قد يفضي إلى عكس مراد الشارع المتمثل في جلب المصالح ودرء المفسدات، ولهذا كان من اللزوم على المجتهد أثناء نزوعه إلى تنزيل الحكم الشرعي من استحضار المتوقع الذي يبدو من خلال ما يعرفه واقع النازلة من ظروف وملابسات حتى لا يفضي الأمر في المآل إلى عكس المقصد الشرعي^(٢).

وإذا كان مقصد المصلحة يتحقق بالفعل في أغلب أفراد الأفعال والأحداث حينما يجري عليها الحكم المتعلق بجنسها أو نوعها، فإن أفراداً أخرى من تلك الأفعال والأحداث قد تحيط بها ظروف وملابسات في ذات فاعليتها، أو أزمانها، أو علاقتها بأفعال وأحداث غيرها، تجعلها حينما يجري عليها الحكم الشرعي لنوعها لا يتحقق لها المقصد الشرعي، بل قد يحصل من تطبيقه الضرر من حيث أريدت المصلحة^(٣).

وليس من باب التكرار أن نؤكد القول على ضرورة ذكرنا من قبل المجتهد أثناء تنزيل الأحكام الشرعية على محالها لكون اعتبارهما هو الكفيل بتحقيق مصالح المكلفين.

وعليه، فمسألة النظر في المآل لها ارتباط بالقصدين - قصد الشارع وقصد المكلف - لأنه ثبت أن التشريع قائم على جلب المصالح ودرء المفسدات، كان من الأمر الملفت إليه عند الإجراء اعتبار هذا القصد بالنظر إلى ما يؤول إليه فرض الصلاة (مثلاً)، فإذا أعترض الأمر بتنزيلها إلحاق ضرر أو مشقة زائدة على المعتاد، نظر هذا الحال، وأجري الحكم على وفق ما قصد إليه الشارع في المآل^(٤).

(١) ينظر: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، د. محمد عبد الجواد، طبعة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص ٢٠٧.

(٢) ينظر أصل اعتبار المال بين النظرية والتطبيق، د. عمر جدية، طبعة دار بن حزم، بيروت، ٢٠١٠م، ص ٤٠.

(٣) ينظر: في المنهج التطبيقي للشريعة الإسلامية، د. عبد المجيد النجار، طبعة دار النشر الدولي، الرياض، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م، ص ٢٧.

(٤) ينظر: منهج الدرس الدلالي عند الإمام الشاطبي، د. عبد الحميد العلمي، طبعة المملكة المغربية، وزارة الأوقاف، ٢٠٠١م، ص ٣١٤.



بل أن بعض الباحثين يذهب إلى اعتبار العلاقة بين الرابطة والمآل والمقصد ذات طبيعة عضوية، بناءً على أن المآل في حقيقته ما هو إلا مجموع المصالح والفساد المتوقعة في مستقبل تنزيل الحكم الشرعي على محله. قول الدكتور فريد الأنصاري: (ففي مجال الاجتهاد ولد، ومن قواعده خلق وركب، بيد أن له علاقة وطيدة بقضية المقاصد، إذ المآل ليس سوى المصالح أو الفساد المتوقعة استقبالاً بعد إيقاع الفعل... هذا بالنسبة إلى قصد الشارع، وأما بالنسبة إلى قصد المكلف، فالأصل أن يتحدد به أبداً فيكون لذلك أثر في الحكم على الفعل بالمنع أو الجواز... فالمآل إذن هو (المقصد) الذي يكون مصلحة، أو مفسدة، كما بينا، أي: في نسبه إلى المكلف خاصة.

وهنا تتداخل مباحث المصالح الشرعية، والمقاصد التكليفية، لترتبط جوهرياً بمفهوم المآل. وعليه فإنه يمكن القول: إن للمآل علاقة عضوية بالمقاصد^(١).

وتكون فائدة هذا العلم في تحديد المعنى المراد من النص الشرعي، ومن ثم ترجيح إلحاق الواقعة بنظير يحقق مقاصد الشارع، بدل إلحاقها بنظير آخر لا يحققها، والنظر في مآلات الأحكام بما لا يخرجها عن مقاصد الشارع منها، والترجيح بين المصالح المتعارضة، ومن خلال إجراء موازنة دقيقة لمعرفة غلبة المصلحة أو المفسدة، بناءً على أن الشريعة أساسها تحصيل المصالح الخالصة بحسب الإمكان، وتعطيل المفساد الخالصة بحسب الإمكان^(٢).

٦- العلم بفقته الواقع المحيط بالواقعة المراد تكييفها

ويقصد بهذا الضابط أن يراعي الفقيه الناظر في الواقعة المراد تكييفها عند اجتهاده تغير الواقع المحيط بالواقعة سواء كان تغيراً زمنياً أو مكانياً أو تغيراً في الأحوال والظروف وعلى الناظر تبعاً لذلك مراعاة هذا التفسير في فتواه وحكمه^(٣)، وذلك أن كثيراً من الأحكام الشرعية الاجتهادية تتأثر بتغير الأوضاع والأصول الزمنية والبيئية، فالأحكام تنظيم أوجب الشرع يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفساد، فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة، فكم من حكم كان تدبيراً أو علاجاً ناجح

(١) ينظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، د. فريد الأنصاري، طبعة المملكة المغربية، ١٩٩٩م، ص ٤٧٠-٤٧١.

(٢) ينظر: فوضى الإفتاء، د. أسامة عمر الأشقر، طبعة دار النفائس، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٤١.

(٣) ينظر: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، د. مسفر بن علي القحطاني، طبعة دار الأندلس الخضراء، جدة،

الطبعة الثانية، ٢٠١٠م، ص ٢٤١.

البيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو أجيالاً يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح يفضي إلى عكسه بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق^(١).

ونقصد بالنصوص التي تتأثر بالبعد الزماني والمكاني أي: النصوص التي تتناول أحكاماً تخضع للاجتهاد ضمن البعدين الزماني والمكاني، وهذه النصوص عند العلماء نوعان:
الأول:

نصوص يؤثر فيها البعد الزماني والمكاني منحيث بقاء الالتزام بها، وهو ما يتعلق بالأفعال الجبلية والتجارب البشرية، والمقصود بالأفعال الجبلية: ملبسه ﷺ ومأكله ومشربه، وما شابه ذلك، فقد كان يلبس ما تيسر دون تكلف، وكذلك كان يأكله وملبسه عليه الصلاة والسلام.
أما التجارب البشرية فيؤثر فيها البعد الزماني والمكاني من حيث الالتزام الشرعي. وبيان ذلك ما رواه مسلم في صحيحه من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما: (أنس النبي ﷺ مر بقوم يلقمون، فقال ما لنخلكم؟ قالوا: قلت كذا وكذا، قال: أنتم أعلم بأمر دنياكم)^(٢).

والنوع الثاني:

نصوص يؤثر فيها البعد الزماني والمكاني من حيث التنزيل وهي: النصوص التي تناولت جانب الإفتاء والإمامة والقضاء. والنصوص التي قصد فيها ﷺ تحقيق مصلحة، مستعملاً الوسيلة والعرف والعادة المتاحة لديه، والمرتبطة بالزمان والمكان والحال.
فهذه كذلك يؤثر فيها البعد الزماني والمكاني من حيث مراعاة المصلحة مع استعمال الوسيلة المناسبة للزمان والمكان والحال. ومثالهم في هذا حديث: (المكيال مكيال أهل المدينة، والوزن وزن أهل مكة)^(٣).

(١) ينظر: فقه الواقع بين الدعاوى والبيّنات للأستاذ سعود العقيلي، طبعة مؤسسة الريان، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص ٥٠.

(٢) الحديث رواه مسلم برقم (٢٣٦٣)، ص ٩٢٣، كتاب الفضائل، باب وجوب امتثال ما قاله شرعاً دون ما ذكره عليه الصلاة والسلام من معاش الناس.... والمقصود بالتلقيح: تلقيح النخل، وهو ما يسمى في أيامنا هذه بالتركيب، ومعنى شيباً: هو التمر الرديء.

(٣) الحديث رواه النسائي، في كتاب الزكاة برقم (٢٥٢٠)، ص ٢٧٢.



فتعيين الميزان هو من باب الوسائل القابلة للتغيير بتغير الزمان، والمكان والحال. أما الهدف - وهو التأكيد على الدقة في المقياس - فهو لا يتغير بتغير الزمان والمكان والحال^(١).

وكذلك حديث ضوال الإبل، فقد سئل النبي ﷺ عن ضوال الإبل فقال: (مالك ولها؟ معها سقاءها، وحذاؤها، ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها)^(٢).

فالحديث ينهى في ظاهره عن التقاط ضوال الإبل، ولكن عثمان بن عفان ؓ فهم أن هذا النصب يقصد منه المحافظة على الإبل بالوسيلة المتاحة زماناً ومكاناً ومحلاً، وقد وجد أن هذه الوسيلة قد لا تصلح لحفظ الإبل حتى يعرفها صاحبها لذا أمر بالتقاطها، لأن في التقاطها تحقيقاً للمصلحة الشرعية التي أرادها النبي ﷺ^(٣).

ومن أجل هذا، أفتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤهم الأولون، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم الزمان وفساد الأخلاق في المجتمعات، فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء وذاهبهم، بل لو وجدوا الأئمة الأولون في عصر المتأخرين وعاشوا اختلاف الزمان وأوضاع الناس لعدلوا إلى ما قال المتأخرون^(٤).

٧- مراعاة التطور العلمي المحيط بالواقعة المراد تكييفها

لقد كان للتطور العلمي الهائل الذي شهده عصرنا الكثير من التأثير في معارف الناس ومعلوماتهم في الحكم على الأشياء حيث صار لوسائل التقنية الحديثة والتكنولوجيا المتطورة القدرة على إظهار الكثير من

(١) ينظر: البعد الزماني والمكاني وأثرهما في التعامل مع النص الشرعي، د. سعيد بن محمد، طبعة دار النفائس، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، ص ٦٦-٦٧.

(٢) الحديث رواه الإمام البخاري، كتاب اللقطة، باب: إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها، حديث رقم (٢٤٢٩)، ص ٤٥٦.

(٣) ينظر: فقه الواقع وأثره في الاجتهاد للأستاذ ماهر حسين حصوة، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٧٩.

(٤) ينظر: مجموع رسائل بن عابدين، ج ٢ / ص ١٢٣؛ المدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقا، ج ٢ / ص ٩٢٣-٩٢٤.

المعلومات التي لم تكن معروفة من قبل، أو التي كانت معروفة بأسلوب ومستوى بسيط أو كانت معلومات خاطئة، مما يجعل حكم الناس في الماضي على الظواهر اقل بكثير من حكمهم عليها اليوم^(١). بل أن المعارف الجديدة قد صححت للمعاصرين كثيراً من المعلومات القديمة في الطبيعة والفلك والكيمياء والأحياء والطب والتشريح ووظائف الأعضاء وغيرها، كما أنها أعطت الإنسان أدوات للمعرفة الصحيحة ومقاييس لاختبارها لم تكن معروفة من قبل، وهذه المعارف التي تتسع وتنمو يوماً بعد يوم، بل ساعة بعد ساعة، تمنح الفقيه المعاصر قدرة على أن يحكم على بعض الأقوال الفقهية الموروثة بالضعف وعلى أخرى بالصحة والرجحان^(٢).

ومن الأمثلة لتأثير المعارف المعاصرة في ترجيح رأي على آخر: مسألة أكثر مدة الحمل حيث ذهب الحنفية إلى أنها سنتان^(٣). بناءً على ما روي في ذلك عن عائشة رضي الله عنها، وهو رأي الحنابلة^(٤)، بينما ذهب الشافعية والحنابلة^(٥)، وذهب بعض المالكية إلى أنها خمس سنوات وهو المشهور في مذهبهم^(٦). والحقيقة أنه لم يثبت في أكثر مدة الحمل دليل صحيح، وما روي من أقوال فمرده إلى العرف والعادة، ولذا اضطربت الأقوال لعدم ضبط العرف والعادة في هذا الأمر.

(١) ينظر: ضوابط للدراسات الفقهية، د. سليمان بن فهد العودة، طبعة دار الوطن، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ، ص ٥٨.

(٢) الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، د. يوسف القرضاوي، طبعة دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، ١٩٩٤م، ص ٢٩.

(٣) ينظر: المبسوط في الفقه للإمام السرخسي الحنفي، طبعة دار الفكر، بيروت، الطبعة الرابعة، ٢٠٠١م، ج ٦/ ص ٤٤.

(٤) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي الحنبلي، طبعة المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٩٩٨م، ج ٩/ ص ٢٥٩.

(٥) ينظر: المهذب للشيرازي، ج ٣/ ص ١٢١؛ تكملة المجموع شرح المهذب، ج ١٦/ ص ٦١١؛ المغني لابن قدامة، ج ٤/ ص ٤٣١.

(٦) ينظر: بلغة المسالك في مذهب الإمام مالك للصاوي، طبعة دار الفكر، بيروت، ج ١/ ص ٥٠١.



وعلم العصر القائم على الملاحظة والتجربة والمعامل المخبرية، يرفض المبالغة في هذه الأقوال التي لا تؤيدها المشاهدة والاستقراء للوقائع المتعددة، إن مدة الحمل هي تسعة أشهر وللاحتياط لا بأس في تقديرها بسنة^(١).

وهذا ما كان قد ذهب إليه بعض العلماء القدامى كالإمام ابن حزم الظاهري حيث يرى أن مدة الحمل تسعة أشهر^(٢). وذهب غيره كالإمام محمد بن عبد الله بن عبد الحكم إلى أن أقصى الحمل سنة قمرية^(٣). وبه أخذت بعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة^(٤).

٨- مراعاة ضرورات العصر وحاجاته

في عصرنا اليوم الكثير من الضرورات والحاجات الماسة لم تكن موجودة في العصور السابقة، وصار لهذه الضرورات والحاجات تأثيرها الكبير في حياة الناس، مما يستدعي وقوف الفقيه عندها ومراعاتها عند تنزيل الأحكام، حتى يأخذ الناس بالأوفق لظروفهم، والإيسر تطبيقاً في حياتهم، ويجنبهم الأقوال الفقهية التي تعسر عليهم تطبيق الإسلام في حياتهم^(٥).

ولذلك فعلى الفقيه المعاصر مراعاة واقع الناس، وخصوصاً في الضرورات والأعذار والحالات الاستثنائية، عملاً بالتوجيه القرآني ((يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر))^(٦)، وعلى المفتي أن يستشعر بأن الناس اليوم في وضع يختلف كثيراً عما كانت عليه أوضاع السابقين، بحيث صار لهم من الحاجات والمشكلات ما لم يكن عند أسلافهم، فيجب مراعاة هذا التغير، وأن يفتي في القضايا المعاصرة في ضوء ملاسباتها.

(١) ينظر: الوعي المقاصدي قراءة معاصرة للعمل بمقاصد الشرعية في مناحي الحياة، د. مسفر القحطاني، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ٢٠٠٨م، ص ١٣٨.

(٢) ينظر: المحلى في الفقه للإمام بن حزم الظاهري، طبعة دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ج ١/ ص ٣١٧.

(٣) ينظر: مسائل من الفقه المقارن، د. هاشم جميل، ج ٣/ ص ٣٩٩.

(٤) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، د. أحمد الكبيسي، ج ١/ ص ٣٤٤؛ شرح قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ص ٣٤٦.

(٥) ينظر: الفتيا ومناهج الإفتاء، محمد سليمان الأشقر، طبعة دار النفائس، عمان، الطبعة الثالثة، ١٩٩٦، ص ١١٢.

(٦) ينظر: أدوات النظر الاجتهادي، د. قطب مصطفى سانو، طبعة دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، ص ١٣٠.

ولا يجوز إخضاعها لآراء قديمة قيلت في ضوء ملابسات مختلفة، إذ أن أصحاب تلك الآراء لو جاءوا اليوم في عصرنا لغيروا من آرائهم تلك على ضوء الملابس الجديدة التي طرأت^(١).

وقد رأينا أصحاب الأئمة وتلاميذهم يخالفونهم بعد موتهم، وهم متبعون لأصولهم لتغير العصر اللاحق عن العصر السابق، رغم قرب المدة، وقصر الزمان، بل رأينا إماماً كالشافعي يغير اجتهاده في عصرين قريبين، قبل أن يستقر في مصر، وبعد أن أستقر في مصر، وعرف تأريخ الفقه القديم ومذهبه الجديد وأصبح معروفاً في كتب المذهب: قال الشافعي في القديم، وقال الشافعي في الجديد^(٢).

وإذا كان ذلك قد حدث في تلك العصور فكيف بنا اليوم في عصر تغيرت فيه أشياء كثيرة بعد الانقلاب الصناعي، والتقدم التكنولوجي، فعلى أن نجتهد ونفتي في ضوء المتغيرات وأن نقدر ظروف العصر وضروراته، وما عملت به البلوى، وأن نطبق على الواقع ما قرره علماءنا من تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان، والعرف والحال^(٣).

ورحم الله ابن أبي زيد القيرواني صاحب (الرسالة) المشهورة في الفقه المالكي، حيث كان يسكن في أطراف المدينة، فأخذ كلباً للحراسة فقبل له: كيف تفعل ذلك ومالك يكرهه؟ فقال: لو كان مالك في زماننا لأخذ أسداً ضارياً^(٤).

ومع ذلك لا يجوز للفقهاء أو المفتي أن ينساق وراء الواقع القائم بتياراته المناقضة للإسلام، محاولاً تبرير هذا الواقع بإعطائه سنداً من الشرع اعتسافاً وقهراً.

كما أنه لا يجوز للمفتي أن يغفل عن واقعه المعاصر، وما يموج به من تيارات وثقافات، وما يفرزه من مشكلات ومعضلات.

(١) ينظر: مزيل الداء عن أصول القضاء للشيخ عبد الله بن مطلق الفهيد، طبعة القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٥٣، ص ١٢٨.

(٢) ينظر: المدخل إلى مذهب الإمام الشافعي، د. أكرم يوسف القواسمي، طبعة دار النفائس، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص ٣٠٥.

(٣) ينظر: نحو فقه ميسر معاصر، د. يوسف القرضاوي، طبعة مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨م، ص ١٧.

(٤) ينظر: فقه النوازل عند المالكية، د. مصطفى الصمدي، طبعة مكتبة الرشد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، ص ٣٢٥.



فلا يجوز له أن يغفل عن هذا كله ويحبس نفسه في التقليد الشديد المتحجر لمذهب أو قول في مسألة قد تغيرت، فهذا الصنف نسي أو جهل أن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والإنسان فهو يعيش في الماضي وحده، دون وعي بالحاضر ومعاناته، دون إحاطة بثقافة العصر وضروراته ومستجداته، التي تتطلب اجتهاداً يبين حكم الله فيها، وهذه الغفلة تجعل المفتي يقع في الخطأ عند حكمه على الأشياء، كما أنه قد يعسر على الناس أموراً قد يسرها الله لهم^(١).

ومثال ذلك: الذين حرموا الذبح بالمجزر الآلي وأوجبوا أن يكون الذبح باليد والسكين المعتادة، ولئن كان هذا القول مستساغاً في المجتمعات البسيطة قليلة العدد ذات الاستهلاك البسيط، فإن هذا القول يشكل صعوبة وعسراً في المجتمعات الكبيرة ذات العدد الهائل والاستهلاك الكبير للإنتاج الحيواني الذي لا يصلح معه إلا الذبح بالمذابح الآلية التي تقوم فيها الماكينة مقام الإنسان فتوفر جهده ووقته، وتلبي حاجته في ذبح الآلاف من الرؤوس للاستهلاك المحلي أو التصدير.

وإذا كان المحذور في الذبح الآلي هو عدم التسمية فإن إعلانها يمكن تحقيقه عندما يباشر الجهاز الذبح للرؤوس، ويكفي ذكر التسمية مرة واحدة عند بدء كل مرة نشغل فيها الجهاز، كما يسمى عند إرسال الكلب المعلم، أو الصقر أو السهم عند الصيد، مع أن التسمية عند بعض العلماء كالشافعي ليست شرطاً لصحة الذبح^(٢).

ومثال آخر للفتاوى المعسرة: القول بتحريم التصوير الفوتوغرافي الذي اشتدت حاجة الناس إليه وعمت به البلوى وصار من الضرورات في تنظيم الكثير من أمورنا الاجتماعية، كصورة البطاقات الشخصية وجوازات السفر والشهادات الدراسية وغيرها، كما أصبح أمراً لازماً للصحافة المعاصرة^(٣).

(١) ينظر: فقه المستجدات للأستاذ طاهر يوسف الصديقي، طبعة دار النفائس، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص ١٠٨.

(٢) ينظر: فوضى الإفتاء، د. عمر سليمان الأشقر، طبعة دار النفائس، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٦٤.

(٣) ينظر: كيف نتعامل مع السنة النبوية، د. يوسف القرضاوي، طبعة الدار العربية للعلوم، الولايات المتحدة الأمريكية،

الطبعة التاسعة، ٢٠٠٦م، ص ١٤٨.

ومثال الفتوى المسيرة المبينة على الضرورات المعاصرة المؤثرة في تغيير الأحكام: ما ذهب إليه بعض العلماء المعاصرين من جواز الرمي قبل الزوال في منى، نظراً لضرورة الزحام الهائل الذي جعل الناس يرمون من الصباح إلى منتصف الليل، ولا تنقطع الأمواج البشرية المتلاطمة^(١).

٩- عدم التقيد بمذهب معين؛

يقصد بهذا الضابط أن لا يلتزم الفقيه أو المفتي في فتواه بمذهب معين للمسألة المراد تكييفها، وعليه أن يوازن بين الأقوال ويفتي بما هو أرجح دليلاً من أي مذهب، لأن التزامه لمذهب معين في فتواه يجعله عاجزاً عن تكييف المسائل المستحدثة وفق القواعد الفقهية والأصولية، أو إذا قام بتكييفها سوف يكتفيها بشكل قاصر أو خاطئ بسبب التزامه بمذهب معين، أو أحياناً لا يسعفه قول الفقيه في ذلك المذهب لتلك المسألة المعروضة للبحث.

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور من العلماء إلى أنه لا يجب التقيد بمذهب معين^(٢)، فيجوز للفقيه أو المفتي أن يفتي بما يراه راجحاً من أي مذهب كان، كما يجوز للعامي أن يقلد من يشاء من العلماء ويستفتيهم، ولا يلزم باتباع مذهب معين أو التقيد به، بل مذهبه مذهب من يفتيه.

القول الثاني: ذهب بعض العلماء إلى أنه يجب على المفتي غير المجتهد أن يفتي بالمذهب الذي يلتزم به^(٣)، وللفقيه أو المجتهد الذي ينتقي أحد أقوال العلماء ويرجحه على غيره من الأقوال لا يمكن اعتباره مقلداً ولا مجتهداً، وإنما هو صنف ثالث يسمى بالمتبع وهو ما بينه الشاطبي، حيث يرى الناس على ثلاثة أصناف:

(١) ينظر الزحام وأثره في أحكام النسك، د. خالد المصلح، بحث علمي منشور ضمن وقائع ندوة الاستطاعة في الحج في ضوء المقاصد الشرعية والواقع المعاصر، مكة المكرمة، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، طبعة وزارة الحج السعودية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٦٦٥.

(٢) ينظر: البرهان للإمام الجويني، ج ٢/ ص ١٣٥٢؛ الأحكام للآمدي، ج ٤/ ص ٣١٨؛ تيسير التحرير، ج ٤/ ص ٢٥٦؛ نهاية السؤل للأسنوي، ج ٣/ ص ٢٦٦؛ إرشاد الفحول للشوكاني، ج ٢/ ص ٧٦٥؛ أدب المفتي لابن الصلاح، ص ٨٧؛ صفة المفتي لابن حمدان، ص ٧١؛ أدب الفتوى للنووي، ص ٧٤؛ وأعلام الموقعين لابن القيم، ج ٤/ ص ٢١٥٠.

(٣) ينظر: التقرير والتجوير، ج ٢/ ص ٣٠١؛ جمع الجوامع، ج ٢/ ص ٤٠٠؛ والإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي، ص ٢٤٧؛ كشف القناع للبهوتي، ج ٦/ ص ٣٠٧؛ وفواتح الرحموت، ج ٢/ ص ٤٠٦؛ أدب الفتوى للنووي، ص ٧٦؛ تاريخ الفتوى في الإسلام، لجنة الحمصي، ص ٢٤٩.



مجتهد ومقلد وصنف آخر ليس من المقلدين ولا من المجتهدين، فالمجتهد يعمل بحسب علمه واجتهاده، والمقلد الصرف يحتاج إلى قائد يقوده إلى تحصيل العلم، كي يصلح تقليده، أما الصنف الثالث: فهو الذي يبلغ مبلغ المجتهدين، ولكنه يفهم الدليل وموقعه، ويصلح فهمه للترجيح بالمرجحات المعتمدة في تحقيق المناط ونحوه، وهذا هو المتبع.

يقول الإمام الشاطبي رحمته الله: (إذا كان هذا المتبع ناظراً إلى العلم ومتبصراً فيما يلقى إليه كأهل العلم في زماننا فإن توصله إلى الحق سهل، لأن المنقولات في الكتب إما تحت حفظه، وإما معه لأن يحققها بالمطالعة أو المذاكرة^(١)).

وأن يكون الانتقاء مبنياً على ترجيح صحيح بين الأقوال، وذلك بأن يكون طبقاً لقواعد الترجيح، أو لكونه -بعد تساوي الأقوال في الرجحان- هو الأكثر تيسيراً على الناس أو أكثر تحقيقاً لمصالحهم، ولا يجوز أن يكون الانتقاء مبنياً على الهوى والتشهي^(٢).

وكذلك أن لا يكون الانتقاء منطوياً على تتبع رخص المذاهب بغرض التلهي، أما إذا كان طلباً للأخف مع الحرص على تطبيق الشريعة فلا بأس، لأن الإسلام مبني على اليسر وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحب التخفيف عن أمته، وما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً^(٣).

١- الاعتماد المصرفي البسيط:

هو عقد يتعهد به البنك أن يضع تحت تصرف العميل بطريق -مباشر أو غير مباشر أداة من أدوات الائتمان في حدود مبلغ نقدي معين لمدة محددة أو غير محددة^(٤). وبيان ذلك: أن الشخص عندما يريد القيام بمشروع من المشاريع بطريق المقاوله المرضية، المتفق عليها بين المعنيين بها، ويحتاج إلى ثقة يعتمد عليها من أجل أن تكون مقنعة للطرف الآخر ليكل إليه تنفيذ العملية فيذهب إلى أحد البنوك ليتفق معه على أن يعتمد

(١) ينظر: الاعتصام، طبعة دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٢م، ج٣/ص ٢٥٢.

(٢) ينظر: أعلام الموقعين، ج٤/ص ٢١١.

(٣) ينظر: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، د. وهبة الزحيلي، بحث مقدم منشور ضمن مجموعة البحوث التي قدمت لمؤتمر الفقه الإسلامي، الرياض، ١٣٩٦هـ، ص ١٩٠.

(٤) ينظر: عمليات البنوك من الوجة القانونية، د. محمد جمال عوض، طبعة دار النفائس، عمان، ٢٠٠١م، ص ٣١٢.

له مبلغاً من المال يجعله تحت تصرفه خلال مدة معينة يتفقان عليها، على أن يقوم العميل لاحقاً برد المبلغ، وما تم الاتفاق عليه من فوائد وعمولة.

والتكيف الفقهي لعقد (الاعتماد المصرفي البسيط): أن هذا العقد يتضمن أن البنك يتعهد بمقتضاه: أن يضع تحت تصرف العميل من المال، والعميل يمكن من السحب على أن يلتزم لاحقاً بدفع ما سحبه، بالإضافة إلى ما اتفقا عليه من عمولة وفوائد.

فالتكيف الفقهي لهذا العقد: أنه عقد قرض، أو يقال أنه عقد بيع^(١).

ووجه أنه عقد قرض: أن البنك ملتزم من خلال هذا العقد بتمكين العميل منه سحب مبلغ معين متفق عليه، ثم يرده بعد ذلك (و القرض عند الفقهاء: دفع مال إرفاقاً محضاً لمن ينتفع به، ويرد بدله دون زيادة مشروطة)^(٢)، فهو يشكل وعداً بالقرض، ويتحول إلى قرض بات، عندما يطلب العميل تسليم الأموال تنفيذاً للوعد الملزم بالعقد^(٣).

ووجه كونه بيع: أنه تضمن معاوضة مالية، فالبنك يدفع للعميل مبلغاً من المال حالاً، ويرد العميل هذا المبلغ مع العمولة، والفائدة بعد أجل^(٤).

ففي هذا المثال يحتاج الفقيه من أجل تكيف (الاعتماد المصرفي البسيط) ومعرفة الأصل الذي ينتمي إليه:

أولاً: تصور العقد: مفهومه، والتزامات الطرفين المترتبة على العقد وآثاره.

ثانياً: أن يكون على فهم تام لباب القرض عند الفقهاء: مفهومه، وشروطه، وحالاته.

ثالثاً: فهم لكتاب البيع والقرض: المفهوم، والشروط، والأدلة.

(١) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، د. محمد جمال عوض، ص ٣٢١.

(٢) ينظر: كشاف القناع للبهوني، مج ٤، ص ١٦٢.

(٣) ينظر: البنوك الإسلامية أحكامها ومبادئها وتطبيقاتها المصرفية، د. محمد محمود العجلوني، طبعة دار المسيرة، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٢٩٦.

(٤) ينظر: الوساطة التجارية في المعاملات المالية، د. عبد الرحمن بن صالح، طبعة مركز الدراسات والإعلام، دار أشبيلية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م، ص ٤٦٠.



٢- نظام بطاقات الائتمان: هي مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري، بناءً على عقد بينهما، يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند، دون دفع الثمن حالاً، لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب النقود من المصارف^(١).

وقيل هي مستند خاص يصدره مصرف أو شركة مالية، يتمكن به حامله من الحصول على سلع أو خدمات أو نقود ممن يقبل التعامل بهذا المستند، يستوفيه من الجهة التي أصدرته على أن يسدد حامله لمصدره فيما يعد قيمة السلع أو الخدمات أو النقود التي حصل عليها^(٢).

وقد اختلف الفقهاء في تكييف بطاقة الائتمان لما تتضمنه من صور والتزامات عديدة:

وقيل أنه عقد وكالة بين المنظمة الراعية للبطاقة والمصرف المصدر.

وقيل: هو عقد حوالة بين الجهة المصدرة وحامل البطاقة والتاجر.

وقيل هو عقد كفالة بين الجهة المصدرة والتاجر وحامل البطاقة.

وقيل: هو قرض بزيادة مشروطة بين الجهة المصدرة وحامل البطاقة، حيث يدفع مبلغاً من المال على

السحب النقدي الخارجي.

وقيل: هو عقد صرف عملات بين الجهة المصدرة وحامل البطاقة.

وقيل: هو عقد بيع بأجل بين حامل البطاقة والتاجر، ومن ذلك شراء الذهب والفضة^(٣).

وسبب اختلافهم هذا يرجع إلى اختلافهم في تحديد طبيعة عقد بطاقة الائتمان المصرفية (البنكية) كونها معاملة مستجدة مركبة من عدة عقود واتفاقيات لا يمكن إلحاقها بعقد من عقود المسماة في الفقه الإسلامي.

وعليه، إذا كانت بطاقة الائتمان تتضمن العقود والالتزامات والشروط، فإن الحكم الشرعي في عقود

كل من الوكالة^(٤) والكفالة^(٥) والحوالة^(٦) والبيع بأجل هو الجواز، لكن لا يجوز أخذ الأجرة على الكفالة

والحوالة كما هو معروف في ثنايا الفقه الإسلامي.

(١) ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية والمالية، د. نزيه حماد، دار القلم، دمشق، ص ٩٥.

(٢) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، د. محمد رواس قلعه جي، طبعة دار النفائس، عمان، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢م، ص ١١٠.

(٣) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، د. محمد عثمان شبير، طبعة دار النفائس، عمان، الطبعة السادسة، ٢٠٠٧م، ص ١٩١.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، مج ٦/ ص ٥؛ فتح القدير، مج ٥/ ص ٣٨٩؛ مغني المحتاج، مج ٢/ ص ١٩٨.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، مج ٦/ ص ٢٠؛ الخرشي، مج ٦/ ص ٣٩٠؛ الإنصاف، مج ٦/ ص ٣٩١.

(٦) ينظر: الهداية مع فتح القدير، مج ٥/ ص ٤٤٤؛ مغني المحتاج، مج ٢/ ص ١٩٣؛ نيل الأوطار، مج ٥/ ص ٢٦٦.

وأما عقد القرض بزيادة مشروطة، والذي يتمثل في السحب النقدي بالبطاقة لقاء عمولة على القرض أو فائدة فلا يجوز شرعاً، لأنه عين الربا في القروض، ويستثنى من ذلك أخذ أجره فعليه مقابل الخدمات التي قدمها المصرف فذلك جائز^(١).

وأما شراء الذهب والفضة بالبطاقة فإنه من قبيل الصرف ويشترط لصحته القبض في المجلس: أي التسليم الفوري لكل من الثمن والمبيع، لأن العملة في حكم الذهب والفضة^(٢).

أما تكييفه على أنه عقد قرض فغير دقيق، وهو يشترط فيه أن يقع القبض حقيقة أو حكماً ناجزاً غير مؤخر، أي: بدون أن يبقى شيء في الذمة بعده لأحدهما^(٣).

وهذا الشرط غير متحقق في بطاقة الائتمان المصرفية.

وكما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد طبيعة عقد بطاقة الائتمان المصرفية، كذلك اختلف القانونيون في تحديد طبيعة هذا العقد على قولين:

الأول: يرى القانون الإنكليزي ان البطاقة البنكية تتضمن عدة عقود واتفاقيات، وهي ليست عقداً واحداً، ومن هذه العقود عقد بيع بالآجل بين حامل البطاقة والتاجر، وعقد قرض بين المنظمة للبطاقة وحامل البطاقة، وعقد حوالة بين التاجر وحامل البطاقة والمنظمة المصدرة للبطاقة، وعقد تسويق بأجرة بين المنظمة والتاجر، وعقد كفالة بأجرة بين الجهة المصدرة وحامل البطاقة وعقد صرف وغير ذلك من العقود.

الثاني: يرى القانون الأمريكي إن البطاقة البنكية عقد واحد مكون من ثلاثة أطراف وهي مصدر البطاقة، وحامل البطاقة والتاجر، حيث يعرض مصدر البطاقة على العميل تقديم قرض لشراء السلع والخدمات من التاجر أو النقدي من البنوك التجارية مقابل دفع عمولة معينة على ذلك^(٤).

(١) ينظر: حاشية بن عابدين، مج ٤/ص ١٨٢؛ القوانين الفقهية، ص ٢٦٦؛ مغني المحتاج، مج ٢/ص ١١٩؛ المغني لابن قدامة مج ٤/ص ٣٦٠.

(٢) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد، مج ٢/ص ١٩٧.

(٣) ينظر: المعاملات المالية، د. إبراهيم فاضل الدبو، ص ٤٨؛ المعاملات المالية، د. رفيق المصري، ص ٢١٠.

(٤) ينظر: البطاقات البنكية، عبد الوهاب أبو سليمان، طبعة الرياض، ٢٠٠٩، ص ١٠٢-١٠٣؛ العمليات البنكية، جعفر الجزائر، ص ٩٩-١٠٠.



والصواب: أن التكييف الفقهي والقانوني لعقد بطاقة الائتمان المصرفية (البنكي) أنه مزيج من عقدين هما الوديعة والوكالة بأجرة، فالعميل يوكل المصرف في تحصيل دينه مقابل أجر معين، ثم يودع المصرف هذا المال في حساب العميل وهما عقدان جائزان شرعاً وقانوناً أكانا بأجر أم بغير أجر، وسواء صرح المصرف أم لم يصرح، لأن العرف المصرفي يدل على أن الخدمات المصرفية التي يقدمها المصرف لعملائه لا تعتبر أعمالاً مجانية تبرعية، وإنما تكون بأجر والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(١).

٣- خطاب الضمان: (الكفالة المصرفية)

لقد تعددت التعريفات لخطاب الضمان، أو الكفالات المصرفية باسمها الآخر، وتعددها لا يعني اختلافها في المضمون، فإنها تتفق على كون خطابات الضمان التزاماً أصلياً ومستقبلاً ومجرداً يقع على مبلغ نقدي، ولا يكون له صلة بالعميل نفسه، أو فيما يكون بين العميل والمستفيد من علاقة مالية^(٢).

فخطاب الضمان: هو تعهد نهائي يصدر من المصرف بناءً لطلب عميله - الأمر - بدفع مبلغ نقدي معين، أو قابل للتعين، لطرف ثالث هو المستفيد خلال مدة محددة^(٣).

وخطاب الضمان له أنواع عديدة وباعتبارات مختلفة، ومن ذلك:

١- تنقسم من حيث الغرض إلى:

أ- خطابات الضمان الابتدائية: وهي تطلب من المستفيد من أجل ضمان جدية المتقدمين لتنفيذ العطاءات.

ب- خطابات الضمان النهائية: وهي تطلب من المستفيد من أجل ضمان حسن التنفيذ والأداء وفقاً للمواصفات المطلوبة وفي الوقت المحدد لتنفيذ العقد.

(١) ينظر: المعاملات المالية، د. محمد رواس، ص ١٢٠؛ المعاملات المالية، د. محمد عثمان شبير، ص ١٩٥؛ والمعاملات المالية المعاصرة د. علي السالوسي، طبعة دار الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م، ص ٨٢؛ بطاقة الائتمان د. أبو غدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، (ع ١٢/٣/٤٨٦).

(٢) ينظر: خطابات الضمان، إطار متكامل نظرياً وعملياً وقانونياً للأستاذ أحمد غنيم، طبعة مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، ص ٥.

(٣) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، د. سامي حسن أحمد، طبعة دار الفكر، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٨٢م، ص ٢٩٤.

ج- خطابات ضمان الدفعة الموحدة: وهي خطابات تهدف إلى مساعدة المقاول المنفذ للعطاء أو المشروع على حصوله على دفعة مقدمة من قيمة العطاء أو العقد من المستفيد.
د- خطابات الضمان الملاحية: وهي خطابات ضمان يقدمها المصرف لمستورد لمصلحة شركة الملاحية، ويتضمن الخطاب تعهد المستورد باستلام مستندات الشحن عند وصولها، وتعهدته بالدفع أو حين الطلب لجميع الالتزامات المالية التي تترتب على تسليم شركة الملاحية للبضاعة المستوردة.
٢- وتنقسم خطابات الضمان أيضاً من حيث التأمين العيني أو النقدي -الغطاء- إلى:

أ- خطاب مغطى تغطية كاملة.

ب- خطاب مغطى تغطية جزئية.

ج- خطاب غير مغطى بالكلية^(١).

ولابد من التنبيه على مسألة مهمة وهي: أن هناك تشابه طفيف بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي، غير أن هناك فروقاً بينهما يأتي في طليعتها أن المصرف في خطاب الضمان يكون بمثابة كفيل لمصلحة العميل تجاه المستفيد فيكون حصول هذا الأخير على خطاب الضمان بديلاً عن الوفاء بمبلغ من النقود، بخلاف الاعتماد المستندي الذي يعد بنفسه وسيلة للوفاء.

ويتميز أيضاً خطاب الضمان عن الاعتماد المستندي بأنه خطاب شخصي يتحدد فيه اسم المستفيد، ومن ثم لا يجوز تداوله بالطرق التجارية كالتطهير وغيره^(٢).

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة خطاب الضمان على عدة أقوال:

القول الأول: ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن خطاب الضمان هو عقد كفالة^(٣). وقد رتب أغلب العلماء الذين قالوا بهذا القول عليه عدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة عملاً بقول جمهور الفقهاء الذين منعوا أخذ الأجرة على الكفالة^(٤).

(١) ينظر: خطابات الضمان المصرفية، د. علي جمال عوض، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤٤؛ أساسيات

العمل المصرفي الإسلامي، د. محمود صوان، طبعة دار وائل، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، ص ٢٠٦.

(٢) ينظر: أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، د. محمود صوان، ص ٢٠٧.

(٣) منهم العلامة الصديق الضريير والشيخ بكر أبو زيد. ينظر: خطابات الضمان للدكتور الصديق الضريير، ص ٢٦، بحث

مقدم ضمن ندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية في عمان سنة ١٩٩٤؛ فقه النوازل، د. بكر أبو زيد،

طبعة الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، مج ١/ ص ٢٠٦.

(٤) ينظر نفس المصدر أعلاه.



القول الثاني: ذهب بعض الباحثين إلى أن خطاب الضمان وكالة، زمن ذهب إلى ذلك الدكتور سامي حمود^(١).

وهذا التكييف على أساس الوكالة هو الذي يمكن أن يتيح المجال للقول باستحقاق المصرف الأجر على قيامه بها وكل به، حيث أن الوكالة يمكن أن تكون بأجر، فيأخذ أحكام الإجازة وذلك على عكس ما لو بقيت كفالة بمعنى الضامن حيث لا توجد آراء فقهية تؤيد حق الضامن بأخذ الأجر^(٢).

القول الثالث: ذهب بعض الباحثين^(٣) إلى أن خطاب الضمان يمكن تخريجه على قاعدة: (الخراج بالضمان)^(٤).

وعلى هذا الأساس: أن 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 ضمان عمل العميل، وضمان عمل العميل نوع من العمل، وكما أستحق الربح يكون تارة بالمال أو العمل يكون تارة بالضمان... وعلى هذا يكون للبنك حظ من كسب العميل وربحه^(٥).

القول الرابع: ذهب بعض الباحثين إلى أن خطاب الضمان جعالة، ومن ذهب إلى ذلك السيد محمد باقر الصدر^(٦).

وتتلخص وجهة نظره بما يأتي: حيث يعتبر خطاب الضمان من البنك تعهداً بوفاء المقاول بالشرط، وينتج عن هذا التعهد نفس ما ينتج عن تعهد طرف ثالث بوفاء المدين للمدين.

فكما يرجع الدائن على هذا الثالث إذا أمتنع المدين عن وفاء دينه، كذلك يرجع صاحب الحق بموجب الشرط إلى البنك المتعهد إذا امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط، ولما كان تعهد البنك وضمانه

(١) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، د. سامي حمود، ص ٣٠٠-٣٠١.

(٢) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية، ص ٣٠١.

(٣) منهم الأستاذ عبد الحميد البعلي. ينظر: الاستثمار والرقابة الشرعية لعبد الحميد البعلي، طبعة مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩١م، ص ٦٠.

(٤) ينظر: مجلة الأحكام العدلية المادة ٨٥؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٥٠.

(٥) ينظر: الاستثمار والرقابة الشرعية لعبد الحميد البعلي، ص ٦١.

(٦) ينظر: البنك اللاربوي في الإسلام للسيد محمد باقر الصدر، طبعة دار الكتاب اللبناني، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٧٣م، ص ١٣٠.

للشروط بطلب من الشخص المقاول فيكون الشخص المقاول ضامناً لما يخسره البنك نتيجة لتعهده، فيحق للبنك أن يطالبه بقيمة ما دفعه إلى الجهة التي وجه خطاب الضمان لفائدتها، ويصلح للبنك أن يأخذ عمولة على خطاب الضمان هذا، لأن التعهد الذي يشتمل عليه هذا الخطاب يعزز قيمة التزامات الشخص المقاول وبذلك يكون عملاً محترماً يمكن فرض جعالة عليه أو عمولة من قبل ذلك الشخص^(١).

القول الخامس: ذهب بعض الباحثين^(٢) إلى أنه عقد الوكالة إذا كان خطاب الضمان مغطى تغطية كاملة من قبل العميل، وكفالة إذا كان غير مغطى، أما إذا كان مغطى تغطية جزئية فإنه وكالة في الجزء المغطى وكفالة في غير المغطى، وبناءً على ذلك لا يجوز أخذ الأجرة على الكفالة^(٣).
وكما اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة عقد خطاب الضمان، فقد اختلف القانونيون أيضاً في تحديد طبيعة هذا العقد على أقوال منها:

القول الأول: يرى القانون الفرنسي ومن بعه القضاة أن خطاب الضمان صورة من صور الكفالة، فتطبق عليه أحكام الكفالة الواردة في القانون المدني^(٤).

وقد لوحظ على هذا التكييف أن خطاب الضمان يختلف عن الكفالة كما بينا سابقاً.

القول الثاني: يرى بعض رجال القانون التجاري أن خطاب الضمان يمكن تكييفه على أساس الإنابة القاصرة^(٥)، وهي تتم إذا حصل على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين بالإضافة إلى المدين، بحيث يصبح للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد^(٦).

(١) البنك اللاربوي في الإسلام، ص ١٣١.

(٢) منهم الدكتور علي السالوسي، ينظر: الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة للسالوسي، طبعة دار الفلاح، الكويت، ٢٠٠٨م. ص ١٣٤.

(٣) ينظر: الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، د. علي السالوسي، ص ١٣٥.

(٤) ينظر: عمليات البنوك د. محمود الكيلاني، طبعة دار الجيب للنشر، عمان، ١٩٩٢م، ص ١٩٧؛ الأعمال المصرفية والإسلام، والإسلام، مصطفى عبد الله الشمري، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م، ص ٢٨١.

(٥) يقصد بالإنابة القاصرة: هي التي تتضمن تغييراً للمدين بالحوالة أو للدائن.

(٦) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، د. علي جمال عوض، ص ٣٦٧.



وقد لوحظ على هذا القول أن خطاب الضمان يختلف عن الإجابة القاصرة من حيث الاستقلالية، فخطاب الضمان ينشأ عنه التزام مستقل، أما في الإجابة القاصرة فيكون التزام المناب هو الوسيلة الطبيعية لتنفيذ التزام سابق للمنيب إزاء المناب لديه

القول الثالث: يرى بعض رجال القانون التجاري أن خطاب الضمان يمكن تكييفه على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حيث أن العميل يشترط على البنك دفع مبلغ معين من النقود للمستفيد، فأطراف خطاب الضمان ثلاثة يرتبط أثنان منها بعقد ويشترط أحدهما لشخص ثالث أجنبي عن العقد أن يكون مستفيداً^(١).

ومما يؤخذ على هذا القول: أن هذا التكييف لا ينسجم مع الآثار التي تنتج عن عملية خطاب الضمان، ولا تتماشى مع خصائصه التي يمتاز بها، وأولها استقلال التزام البنك عم الالتزامات السابقة.

القول الرابع: يرى بعض القانونيين أن خطاب الضمان يمكن تكييفه على أساس الإرادة المنفردة المنشئة للالتزام^(٢).

ومما يؤخذ على هذا القول: أن التكييف أن خطاب الضمان يتضمن مديناً ودائناً، ولا بد من وجود إرادة لهذا الدائن، وهذا توافق أردتين، كما أن الآثار القانونية للعقد ليست من تشكيل الإيرادات عند إنشائه.

وقد رجح كثير من القانونيين هذا القول واعتبر التزام البنك ناشئاً بإرادة البنك المنفردة، لأن التزامه بدفع مبلغ الخطاب أصيل وليس نيابة عن غيره، وهذا بالإضافة إلى ما قرره العرف من خصائص لخطاب الضمان تجعلنا نسلم بأن الإرادة المنفردة تصلح أساساً للالتزام لأن لكل إرادة أثرها الخاص بما يكفي للالتزام مصدرها^(٣).

(١) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، د. علي عوض، ص ٤٠١؛ المصارف والأعمال المصرفية، د. غريب الجمال، طبعة دار الاتحاد العربي، بدون تاريخ، ص ١٢٣.

(٢) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، د. علي عوض، ص ٤٠٥؛ عمليات البنوك للأستاذ محمود الكيلاني، ص ٢٠٩.

(٣) ينظر: عمليات البنوك للأستاذ محمود الكيلاني، ص ٢١٠؛ الأوراق التجارية المعاصرة طبيعتها القانونية وتكييفها الفقهي، د. محمد بن بلعير، ص ٣٠١؛ المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د. عبد الرزاق الشمري، طبعة دار أسامة، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، ص ٣٩٤.

أما في الفقه الإسلامي فقد رجح مجمع الفقه الإسلامي القول الخامس من أقوال الفقهاء التي سبق عرضها سابقاً في جلسته المنعقدة في جدة سنة ١٤٠٦ هـ الموافق ٢٢-٢٨/١٢/١٩٨٥ وكما يلي:

١- أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والنهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فأن كان بدون غطاء فهو ضم ذمته إلى غيره فيما يلزم حالاً أو مالا، 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 تصلح بأجر مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

٢- أن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان، وقد قرر جمهور الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض وذلك ممنوع شرعاً.

فإن المجمع قرر ما يلي:

أولاً: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها مبلغ الضمان ومدته) سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: أما المصارف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائز شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء^(١). وبناءً على ما سبق يجوز إصدار خطاب الضمان من قبل البنك الإسلامي مقابل أجره فعلية للإصدار والمصاريف الإدارية، وليس مقابل تسليف مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان مغطى تغطية كاملة عن طريق العميل نفسه أو عن طريق كفيل آخر أم غير مغطى.

٤- الودائع المصرفية (الحسابات المصرفية):

نعني بالحسابات المصرفية هنا: ما تسميه المصارف (الودائع المصرفية)، وقد عدلت من كلمة الودائع، لأن جميع أو غالب ما تسميه المصارف وودائع مصرفية، لا تنطبق عليها تعريف أو أحكام الوديعة في الفقه الإسلامي.

(١) ينظر قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، تنسيق وتعليق د. عبد الستار أبو رغبة، الطبعة الرابعة، طبعة الدوحة-



فالوديعة: هي الأموال التي يعهد بها الأفراد، أو الهيئات إلى المصرف، على أن يتعهد المصرف برد مساو لها إليهم، أو نفسها لدى الطلب، أو بالشروط المتفق عليها^(١).

وقيل: هو مبلغ من النقود يودع لدى البنوك بوسيلة من وسائل الإيداع فينشئ وديعة تحت الطلب أو لأجل محدد اتفاقاً، ويترتب عليه من ناحية البنك الالتزام بدفع مبلغ معين من وحدات النقد القانونية للمودع أو لأمره، أو لدى الطلب، أو بعد أجل^(٢).

والودائع المصرفية (الحسابات المصرفية) على أنواع عديدة منها:

أ- ودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية): هي الحسابات التي يقوم أصحابها بفتحها في البنك لإيداع أموالهم بغرض الحفظ والصون، أو لأغراض التعامل اليومي والتجاري، دون الاضطرار إلى حمل النقود^(٣).

وقيل: هي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك، ويحق لهم سحبها كاملة في أي وقت شاءوا دون أن يحصلوا على عائد أو فائدة^(٤).

ب- ودائع ثابتة لأجل (الحسابات لأجل): وهي المبالغ المودعة في البنك لأجل محدد مقابل فائدة محددة، ولا يجوز لمودعها السحب منها قبل الأجل المتفق عليها إلا بإخطار مسبق، وإذا حدث ذلك انتفى المقابل منها، أي الفائدة^(٥).

وقيل: هي الودائع المرتبطة بأجل محدد لا يجوز لأصحابها السحب منها إلا بعد انقضاء المدة المحددة^(٦).

(١) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، د. جمال علي عوض، ص ١٧-١٨.

(٢) ينظر: البنك اللاربوي في الإسلام للسيد محمد باقر الصدر، ص ٨٣.

(٣) ينظر: تقييم تجربة البنوك الإسلامية لعبد الحلیم إبراهيم محسن، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، عمان، ١٩٨٩، ص ٢٩.

(٤) ينظر: البنوك الإسلامية أحكامها ومبادئها، د. محمد العجلوني، طبعة المسيرة، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ١٧٩.

(٥) ينظر: البنوك الإسلامية أحكامها ومبادئها، د. محمد العجلوني، طبعة المسيرة، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ١٧٩.

(٦) ينظر: تقييم تجربة البنوك الإسلامية، ص ٣١ بتصرف.

ج- ودائع توفير ادخارية: وهي تجمع خصائص الودائع الجارية ولأجل من حيث أن لها مقابل، أي فائدة، وإن كانت أقل من فائدة الودائع لأجل، ويجوز السحب منها متى أراد مودعها ذلك^(١). والذي يهمننا في بحثنا هنا هو النوع الأول (ودائع تحت الطلب) أو (الحسابات الجارية)، فقد اختلف الفقهاء في تكييف عقد الودائع المصرفية (الحسابات الجارية) وكما يلي:

وقبل الخوض في الأقوال لابد من حصر محل الخلاف فنقول:

القسم الأول: حسابات جارية دائنة: أي أن العميل يبدأ بإنشاء الحساب مع البنك وذلك بإيداعه مبلغاً معيناً لديه.

القسم الثاني: حسابات جارية مدينة: أي البنك يبدأ بإنشاء الحساب، وذلك بفتح اعتماد مصرفي بسلفة للعميل، أو على السحب على المكشوف^(٢).

ونظراً لما قرره الباحثون المعاصرون من حرمة النوع الثاني من أنواع الحساب الجاري، وذلك لكونه في حكم القرض بفائدة^(٣)، فإن بحثنا سيكون مقتصرًا على حكم النوع الأول -الحساب الجاري الدائن- فقط، لا مكان القول بجوازه من الناحية الشرعية.

وكما قلنا، اختلف الفقهاء والباحثون في تكييف طبيعة هذا النوع من العقود الذي تنطوي تحته هذه العملية المصرفية وكما يلي:

القول الأول: ذهب البعض إلى أن التكييف الفقهي لعملية إيداع العميل أمواله في الحساب الجاري هو قرض، ويجري عليها ما يجري على القرض من الضمان، ورد المثل، والقرض جائز شرعاً بشرط أن لا يوجد عنصر الربا^(٤).

(١) ينظر: البنوك الإسلامية أحكامها ومبادئها، د. محمد العجلوني، ص ١٧٩؛ البنوك الإسلامية، د. عائشة الشرقاوي، ص ٢٠٩.

(٢) ينظر: الودائع المصرفية النقدية للأستاذ حسن عبدالله الأمين، طبعة دار الشروق، جدة، الطبعة الأولى، ١٩٨٣م، ص ٢٠٩؛ عمليات البنوك من الوجهة القانونية، د. علي عوض، ص ٢٠.

(٣) ينظر: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د. عبد الرزاق الشمري، ص ٢٦٠؛ تطوير الأعمال المصرفية، د. سامي حمود، ص ٢٦٢؛ حكم ودائع البنوك والاستثمار، د. علي السالوسي، ص ٦٥.

(٤) ينظر: ودائع البنوك وشهادات الاستثمار، د. علي السالوسي، ص ٦٨؛ تطوير الأعمال المصرفية، د. سامي حمود، ص ٢٦٣؛ الأوراق التجارية المعاصرة، د. محمد بلعيد، ص ٢٢٧.



ويترتب على هذا القول: أن انتقال ملكية محل القرض للمقترض الذي يلتزم برد مثله لا عينه، فضلاً عن أنه ضامن له، سواء حافظ أو لم يحافظ عليه.

وهذا هو ما نكون أمامه، عندما يتسلم البنك الأموال من المودع، ولا يعطيه عند الطلب، إلا ما يائها دون أن يتحمل عبء حفظها، لأنه يوظفها فلا تبقى محفوظة لديه، وإن كان يضمن هلاكها حتى إذا حدث بفعل خارج عن إرادته^(١).

القول الثاني: ذهب بعض الباحثين إلى أنها عقد إجازة^(٢)، حيث أن الفكرة السائدة حول الأموال التي تتلقاها البنوك هي أنها ودائع، لأن أصحابها عندما قدموها لها، لم يكن في نيتهم إقراضها، وهذه الفكرة تبيح أخذ الفوائد عنها، باعتبارها مقابلاً لاستخدام البنوك لها فتكون الفائدة أجرة لاستخدامها وليس لإقراضها^(٣).

ومما يؤخذ على هذا القول: أن عقد الإجازة يترتب عليه عدم انتقال الملكية إلى المستأجر، الذي له فقط حق الانتفاع بمحل الإجازة، مقابل مقدار من المال يتفق عليه مع المؤجر.

كما يشترط في الإجازة، أن تقع على كل ما يمكن الانتفاع به، مع دوامه.

أما ما لا يضمن له البقاء، كالمواد الغذائية، أو النقود التي لا يمكن استعمالها إلا باستهلاكها، فلا تجوز فيه الإجازة، التي تسمى (بيع المنافع).

والمستأجر ضامن للعين المؤجرة، إذا قصر في الحفاظ عليها فقط، كما أنه لا يمكن إجبار المستأجر، على إرجاع الشيء المؤجر قبل حلول الأجل المتفق عليه^(٤).

(١) ينظر: المصارف الإسلامية معاملاتها وودائعها وفوائدها للأستاذ مصطفى الزرقا، بحث منشور ضمن أبحاث الأستاذ مصطفى الزرقا، طبعة دار القلم، دمشق، ص ٩.

(٢) ينظر: البنوك الإسلامية، د. عائشة الشراقوي، ص ٢١٦؛ البنوك الإسلامية، د. محمد العجلوني، ص ١٨٤.

(٣) ينظر: البنوك الإسلامية، د. عائشة الشراقوي، ص ٢١٧.

(٤) ينظر: الودائع المصرفية النقدية للأستاذ حسن عبد الله الأمين، ص ٢١١؛ المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية للأستاذ جمال غريب، طبعة دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، بدون تاريخ، ص ١١٧.

القول الثالث: ذهب بعض الباحثين إلى أنه ينطبق على الودائع الجارية، حكم الوديعة في الفقه الإسلامي^(١).

وتتلخص رأيهم بما يأتي: إذا كانت الوديعة النقدية تحت الطلب هي مبلغ يوضع لدى البنك، ويسحب منه في الوقت الذي يختاره المودع فإن ذلك كل ما يطلب في الوديعة الحقيقية، ولا توجد أي شائبة في ذلك، وإذا كان البنك قد اعتاد أن يتصرف فيها، بحسب مجرى العادة، فإن هذا التصرف المنفرد من جانب البنك لا يمكن أن يحسب على المودع وينسحب على أرائه فيفسرها على الاتجاه من الإيداع إلى الإقراض، فإن إرادة المودع لم تتجه أبداً في هذا النوع من الإيداع إلى نحو القرض، كما أن البنك لم يتسلم هذه الوديعة على أنها قرض، بدليل أنه يتقاضى عمولة (أجرة) على حفظ الوديعة تحت الطلب بعكس الوديعة لأجل التي يدفع هو عليها فائدة^(٢).

ويبدو لي - والله أعلم - أن هذا القول هو الراجح والأقرب للصواب، لأن البنك في هذه الحالة ضامن لها، وملتزم بردها كاملة إلى أصحابها، كما أن هذا التكييف يساعد على تيسير إخضاع بعض العمليات المصرفية المهمة لقواعد الشريعة الإسلامية، لاسيما إذا ما أستعمل هذا الحساب من قبل صاحبه كأداة للوفاء أو وسيلة للدفع من قبل البنك.

كما أن هذا التكييف فيه تحقيق لمصلحة العميل -صاحب الحساب- ذلك أن تكييف هذا الحساب على أنه قرض، فيه مخاطره بهاله، وتعريضه للضياع، وذلك في حالة إفلاس المصرف لأي سبب من الأسباب. وكما اختلف الفقهاء في تكييف هذا العقد، كذلك اختلف القانونيون في تكييف هذا العقد، وسبب هذا الاختلاف كما يقول الدكتور علي البارودي ((أن عقد الإيداع المصرفي هو عقد ذو طبيعة خاصة، حيث لا تنجح نظم العقود المدنية في تفسير طبيعة هذا العقد، فالمودع في إقدامه على إيداع النقود لدى المصرف لدى المصرف، لا يقصد قيام المودع لديه بحفظ المال له، وإنما يقدم المودع على ذلك ليستفيد مما يهيئه له المصرف من وسائل تعفيه من حمل نقوده، وذلك دون أن تحرمه من استعمال تلك العقود))^(٣).

(١) ينظر: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص ٢١٦؛ بحوث في قضايا فقهية معاصرة، محمد تقي العثماني، طبعة دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣م، ص ٣٦١.

(٢) ينظر: الودائع المصرفية النقدية للأستاذ حسن عبد الله أمين، ص ٢٣٣.

(٣) ينظر: القانون التجاري، ص ٢٩١.



ويقول الدكتور علي جمال الدين: (المبادئ الخاصة بعقد الوديعة لا تنطبق على الوديعة المصرفية، لأنه في ماعدا الحالة الاستثنائية لإيداع نقود بذاتها - وهذا أمر نادر عملياً - فإن البنك لا يقصد أبداً المحافظة على النقود التي تلقاها بذاتها بل يقصد استخدامها على أن يرد مثلها...)^(١).
كل هذا جعلهم يختلفون على الأقوال الآتية:
فمن القانونيين من يرى أنها عقد وديعة عادية، ومنهم من يرى أنها عقد إجارة، ومنهم من يرى أنها عقد قرض^(٢)، ومنهم من يرى أنها عقد مضاربة^(٣).
وقد رجح كثير منهم أنها عقد قرض، فهو كما يقول الدكتور سامي حمود: (يبدو قريباً ومنسجماً لديه في هذه الحالة)^(٤).

(١) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٢٠.

(٢) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٢١؛ تطوير الأعمال المصرفية، ص ٢٦٣؛ البنوك الإسلامية، د. عائشة

الشرقاوي، ص ٢١٢؛ المصارف الإسلامية، د. محمد العجلوني، ص ١٨٠.

(٣) منهم الدكتور شوقي الغنجري والدكتور محمد سيد طنطاوي مفتي جمهورية مصر العربية، ينظر: المعاملات المالية، د.

شبير، ص ٢٦٦؛ المصارف الإسلامية، د. محمد العجلوني، ص ١٨٣.

(٤) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية، د. سامي حمود، ص ٢٦٣.

الخاتمة

بعد هذا التطواف في كتب الأصوليين والقانونيين، وعرض الأدلة ومناقشتها، وتأصيل للضوابط والقواعد الأصولية، فقد توصلت إلى النتائج الآتية:

١. للنظر في النوازل وأحكامها وضوابط وأصول لا بد من مراعاتها، ويقصد من مراعاة هذه الضوابط، ضبط الاجتهاد، وتحقيق المنهج السليم في النظر في أحكام الشريعة الإسلامية، ومعرفة كيفية استنباط أحكامها على وجه من الدقة والصحة.
 ٢. تتجلى أهمية التكييف في الاجتهاد وأحكامها: إن في ذلك إثبات لصلاحيّة الشريعة لكل زمان ومكان، وفيه تجديد للفقهاء الإسلامي، وبنائه على أصوله الشرعية وقواعده ومبادئه الكلية، وفي ذلك مطالبة جادة لتحكيم الشريعة الإسلامية في جميع جوانب الحياة، وتأدية الأمانة التي حملها الله للعلماء.
 ٣. أن تكييف التصرفات والوقائع القانونية يأتي في مقدمة الصعوبات القانونية والإجرائية التي يواجهها القاضي كما أنه من الضروريّات التي لا يمكن إهمالها لتوقف فكريّ العدالة والمساواة على هذا التكييف من جهة ومن جهة أخرى أن القاضي لا يستطيع أن يحدد النصّ الواجب التطبيق في القضية التي ينظر فيها ما لم يحدد مقدماً الصفة القانونية للموضوع سواء كان تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية.
 ٤. التكييف الفقهي قد يكون أساساً لتطوير كثير من العقود المالية، ومن ثم رفع الحرج والمشقة عن جمهور المتعاملين من المسلمين الذين يتعاملون بالعقود المالية بمستجداتها الحديثة، ولكي يكون للفقهاء الإسلامي حضور قوي على الساحة الاقتصادية بدلاً من تعطيله.
 ٥. إذا كان التكييف مصطلحاً قانونياً معاصراً، فلا مانع من اقتباس للفقهاء الإسلامي له، لأنه يخلو من التأثيرات العقديّة والفكرية، وتعلّق بالأساليب والإجراءات العملية، هذا بالإضافة إلى أن الفقهاء القدامى استعملوه تحت مسميات عدة، مثل: حقيقة الشيء وماهيته، وطبيعته، والأشباه الفقهيّة، والتخريج الفقهي.
 ٦. من أهم الضوابط التي ينبغي مراعاتها عند القيام بالتكييف الفقهي:
 - أ- أن يكون التكييف الفقهي مبنياً على نظر معتبر لأصول التشريع.
 - ب- بذل الوسع في تصور الواقعة التصور الصحيح الكامل.
 - ج- تحصيل الملكة الفقهيّة في استحضار المسائل وإحاطتها بالأصول.
 - د- أن يتفق التكييف الفقهي مع القصد الشرعي لذلك الحكم، وغيرها من الضوابط.
- وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم



قائمة المصادر:

١. أبجد العلوم، صديق بن حسن خان بن علي، دار ابن حزم، ط ١، ١٤٢٣هـ.
٢. الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، د. يوسف القرضاوي، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، ١٩٩٤م.
٣. الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، د. وهبة الزحيلي، بحث منشور ضمن مجموعة البحوث التي قدمت لمؤتمر الفقه الإسلامي، الرياض، ١٣٩٦هـ.
٤. الأحكام في أصول الأحكام للإمام سيف الدين الأمدي، تحقيق: زهير الشاويس، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤٠٢هـ.
٥. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، الإمام القرافي المالكي، مطبعة الأنوار، القاهرة، ط ١، ١٩٨٠م.
٦. أدب الفتوى، الإمام شرف الدين النووي، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، دار الفكر، دمشق، ط ١، ١٤٠٨هـ.
٧. أدب المفتي والمستفتي، الإمام المحدث ابن الصلاح، تحقيق: د. موفق عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط ٢، ٢٠٠٢م.
٨. أدوات النظر الاجتهادي، د. مصطفى قطب سانو، دار الفكر، دمشق، ط ١، ٢٠٠٠م.
٩. إرشاد الفحول لتحقيق القياس عند علماء الأصول للإمام محمد بن علي الشوكاني، المؤسسة الثقافية، بيروت، ط ١، ١٩٩٢م.
١٠. أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، د. محمود صوان، دار وائل، عمان، ط ١، ٢٠٠١م.
١١. الاستشارة والرقابة الشرعية، عبد الحميد البعلي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط ١، ١٩٩١م.
١٢. الأشباه والنظائر للإمام تاج الدين السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩١م.
١٣. الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٣، ١٩٨٨م.
١٤. أصول الفتوى والقضاء، د. محمد رياض، مطبعة النجاح الجديدة، بيروت، ط ١، ١٩٩٦م.
١٥. أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، د. محمد عبد الجواد، مطبعة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١م.
١٦. الاعتصام، الإمام أبي إسحاق الشاطبي، تحقيق: محمد عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٦م.

١٧. أعلام الموقعين عند رب العالمين، الإمام ابن قيم الجوزية، دار الجليل، بيروت، ط٢، ١٩٧٣م.
١٨. الأعمال المصرفية في الإسلام، مصطفى عبد الله الشمري، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٨٣م.
١٩. الالتزامات المدنية، د. علي حسن الذنون، دار الحكمة، بغداد، ١٩٨٨م.
٢٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الإمام المرادوي الحنبلي، الرياض.
٢١. الأوراق التجارية المعاصرة طبيعتها القانونية وتكييفها الفقهي، د. محمد بلعيد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٦م.
٢٢. بحوث في قضايا فقهية معاصرة، محمد تقي العثماني، دار القلم، دمشق، ط٢، ٢٠٠٣م.
٢٣. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الإمام ابن رشد المالكي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط١، ١٩٦٠م.
٢٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٩٨٦م.
٢٥. البرهان في أصول الفقه، إمام الحرمين الجويني الشافعي، تحقيق: د. عبد العظيم الديب، مطابع الدوحة الحديثة، ط١، ١٣٩٩هـ.
٢٦. بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز للإمام الفيروزآبادي، تحقيق: الأستاذ محمد علي النجار، القاهرة، ١٩٦٤م.
٢٧. البطاقات البنكية، عبد الوهاب أبو سليمان، طبعة الرياض، ط١، ٢٠٠٩م.
٢٨. بطاقة الائتمان، د. عبد الستار أبو غدة، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد (١٢).
٢٩. البعد الزماني والمكاني وأثرهما في التعامل مع النص الشرعي، د. سعيد بن محمد، دار النفائس، عمان، ط١، ١٩٩٩م.
٣٠. بلغة السالك في مذهب الإمام مالك، الإمام الصاوي، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.
٣١. البنك اللاربوبي في الإسلام، السيد محمد باقر الصدر، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط٢، ١٩٧٣م.



٣٢. البنوك الإسلامية أحكامها ومبادئها وتطبيقاتها المصرفية، د. محمد محمود العجلوني، دار المسيرة، عمان، ط١، ٢٠٠٨م.
٣٣. البنوك الإسلامية، د. عائشة الشراوي، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط١، ٢٠٠٠م.
٣٤. بيان مختصر ابن الحاجب للإمام محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني، تحقيق: محمد مظهر بقا، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط١، ١٩٨٦م.
٣٥. تاج العروس للعلامة المرتضى الزبيدي، دار الفكر، بيروت، ط٥، ٢٠٠٠م.
٣٦. تاريخ الفتوى في الإسلام، لجنة الحمصي، دار الرشيد، دمشق، ط١، ١٩٩٦م.
٣٧. تحرير القواعد المنطقية للإمام قطب الدين محمود بن محمد الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠١م.
٣٨. تخرّيج الفروع على الأصول دراسة تاريخية ومنهجية تطبيقية، عثمان شوشان، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٩٩٨.
٣٩. تخرّيج الفروع على الأصول عند الفقهاء والأصوليين، د. جبريل بن المهدي، جامعة أم القرى، مكة، ط١، ١٤٢٢هـ.
٤٠. تخرّيج الفروع عن الأصول، د. محمد صالح الفرفور، دار الفرفور، دمشق، ط١، ٢٠٠٣م.
٤١. التخرّيج عند الفقهاء والأصوليين، د. يعقوب الباحسين، مكتبة الراشد، ط١، ١٤١٤هـ.
٤٢. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، د. سامي حسن أحمد، دار الفكر، القاهرة، ط٢، ١٩٨٢م.
٤٣. التعريفات للإمام محمد بن علي الجرجاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠٣م.
٤٤. التعليل القصدي، د. عبد القادر حرز الله، مكتبة الرشيد، الرياض، ط١، ٢٠٠٥م.
٤٥. تفسير النصوص المدنية، د. محمد شريف أحمد، طبعة وزارة الأوقاف، بغداد، ط١، ١٩٨٢م.
٤٦. التقرير والتحرير، الإمام الكحال بن الهمام، المطبعة الأميرية ببولاق، القاهرة، ١٣١٦هـ.
٤٧. تقييم تجربة البنوك الإسلامية، عبد الحليم إبراهيم محسن، رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة إلى مجلس كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، عمان، ١٩٨٩م.
٤٨. تكملة المجموع شرح المهذب، تقي الدين السبكي، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة، ١٩٢٩م.

٤٩. تكوين الملكة الفقهية، د. محمد عثمان شبير، دار النفائس، عمان، ط١، ٢٠٠٣م.
٥٠. التكييف الفقهي للعقود المالية المستجدة، أحمد محمد نصار، بحث منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي عن بنك دبي الإسلامي، العدد (٣٤٤)، ذي القعدة ١٤٣٠هـ-نوفمبر ٢٠٠٩م.
٥١. التكييف الفقهي للوقائع المستجدة، د. محمد عثمان شبير، دار القلم، دمشق، ط١، ٢٠٠٤م.
٥٢. التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات، د. هدى سالم محمد، أطروحة دكتوراه غير منشورة في كلية القانون-جامعة الموصل، ٢٠٠٠م.
٥٣. التكييف لأجل تطبيق قواعد الإسناد، مصطفى كامل ياسين، بحث منشور في مجلة القضاء في العراق، العدد (٣)، بغداد، ١٩٦٩م.
٥٤. التكييف، محمد صالح القويزي، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، العدد (٢)، بغداد، ١٩٦٩م.
٥٥. تمكين الباحث من الحكم بالنص بالحوادث، د. وميض العمري، دار النفائس، عمان، ط١، ٢٠٠١م.
٥٦. تيسير التحرير، الإمام كمال الدين بن الهمام الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ٢٠٠١م.
٥٧. خطابات الضمان المصرفية، د. علي جمال عوض، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠م.
٥٨. خطابات الضمان، أحمد غنيم، طبعة مصر، ط١، ٢٠٠٤م.
٥٩. دراسة في فقه مقاصد الشريعة، د. يوسف القرضاوي، دار الشروق، القاهرة، ط١، ٢٠٠٦م.
٦٠. الزحام وأثره في أحكام النسك، د. خالد المصلح، بحث منشور ضمن وقائع ندوة الاستطاعة في الحج في ضوء المقاصد الشرعية والواقع المعاصر، وزارة الحج السعودية، مكة المكرمة، ط١، ٢٠٠٩م.
٦١. سلطة القاضي في تكييف وقائع الدعوى المدنية، ضياء شيت خطاب، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد (٤)، بغداد، ١٩٨٢م.
٦٢. شرح قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، د. محمود بن مجيد الكبيسي، دار الإمام مالك، أبو ظبي، ط١٤، ٢٠١٠م.
٦٣. شرح قانون الأحوال الشخصية، د. أحمد عبيد الكبيسي، المكتبة القانونية، بغداد، ط١، ٢٠٠٧م.



- ٦٤ . صفة المفتي، ابن حمدان الحنبلي، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٣، ١٣٩٧هـ.
- ٦٥ . ضوابط الدراسات الفقهية، د. سليمان بن فهد العودة، دار الوطن، الرياض، ط ١، ١٤١٢هـ.
- ٦٦ . ضوابط الفتوى، الشيخ محمد بن علي المالكي، دار الفرقان، الإسكندرية، د.ت.
- ٦٧ . العمليات البنكية، جعفر الجزار، دار النفائس، عمان، ط ١، ١٩٨٧م.
- ٦٨ . عمليات البنوك من الوجهة القانونية، د. محمد جمال عوض، دار النفائس، عمان، ط ٢، ٢٠٠١م.
- ٦٩ . فتاوى معاصرة، د. يوسف القرضاوي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ١، ٢٠٠٠م.
- ٧٠ . فتح القدير شرح الهداية، الإمام الكمال بن الهمام الحنفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٧١ . الفتوى بين التسبب والانضباط، د. يوسف القرضاوي، دار السلام، ط ١، ٢٠٠٣م.
- ٧٢ . الفتيا ومناهج الإفتاء، د. محمد سليمان الأشقر، دار النفائس، عمان، ط ٣، ١٩٩٦م.
- ٧٣ . فقه المستجدات، طاهر يوسف الصديقي، دار النفائس، عمان، ط ١، ٢٠٠٥م.
- ٧٤ . فقه النوازل عند المالكية، د. مصطفى الصمدي، مكتبة الراشد، مكة المكرمة، ط ١، ٢٠٠٧م.
- ٧٥ . فقه النوازل، الشيخ بكر أبو زيد، طبعة الرياض، ط ١، ٢٠٠٩م.
- ٧٦ . فقه الواقع بين الدعاوى والبيئات، سعود العقيلي، مؤسسة الريان، بيروت، ط ١، ٢٠٠٣م.
- ٧٧ . فقه الواقع وأثره في الاجتهاد، ماهر حسين حصوة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، ط ١، ٢٠٠٩م.
- ٧٨ . فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، الإمام محب الله بن عبد الشكور، دار الأرقم، بيروت.
- ٧٩ . فوضى الإفتاء، د. أسامة عمر الأشقر، دار النفائس، عمان، ط ١، ٢٠٠٩م.
- ٨٠ . في المنهج التطبيقي للشريعة الإسلامية، د. عبد المجيد النجار، دار النشر الدولي، الرياض، ط ١، ١٩٩٤م.
- ٨١ . القانون المقارن في الأحوال الشخصية للأجانب في مصر، تادرس ميخائيل، مكتبة الإسكندرية، الإسكندرية، ١٩٥٤م.
- ٨٢ . قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، تنسيق وتعليق: د. عبد الستار أبو غدة، طبعة الدوحة، ط ٤، ٢٠٠٣م.

٨٣. القوانين الفقهية، الإمام بن حزي المالكي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١، ١٩٨٤.
٨٤. كشف اصطلاحات الفنون للإمام التهانوي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٦٣ م.
٨٥. كشف القناع في الفقه، الإمام منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ط ٢، ١٩٨٣ م.
٨٦. الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، د. علي السالوس، دار الفلاح، الكويت، ط ١، ٢٠٠٨.
٨٧. الكليات، الإمام أبي البقاء العكبري، منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي، دمشق، ١٩٩٢.
٨٨. كيف نتعامل مع السنة النبوية، د. يوسف القرضاوي، الدار العربية للعلوم، الولايات المتحدة الأمريكية، ط ٩، ٢٠٠٦ م.
٨٩. لسان العرب لابن منظور، بيروت، ١٣٧٥ هـ.
٩٠. المبادئ المشتركة بين علم أصول الفقه وعلم أصول القانون، عبد الرحمن العلام، بحث منشور في مجلة القضاء عن نقابة المحامين في العراق، العدد الأول، السنة السادسة عشر، بغداد، ١٩٥٨ م.
٩١. المبسوط في الفقه، الإمام السرخسي الحنفي، دار الفكر، بيروت، ط ٤.
٩٢. المبين في شرح ألفاظ الحكماء والمتكلمين للإمام سيف الدين الأمدى، تحقيق: د. حسن محمود الشافعي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط ٣، ١٩٩٣ م.
٩٣. مجموعة رسائل ابن عابدين، الإمام محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، تحقيق: محمد الفزاري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٩ م.
٩٤. المدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط ٢، ٢٠٠٤ م.
٩٥. مزيل الداء عن أصول القضاء، الشيخ عبد الله بن مطلق الفهيد، مطبعة الفقه المحمدية القاهرة، ط ١، ١٩٥٣ م.
٩٦. مسائل من الفقه المقارن، د. هشام جميل عبد الله، بيت الحكمة، جامعة بغداد، ط ١، ١٩٨٩ م.
٩٧. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، ١٩٥٤ م.
٩٨. المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د. عبد الرزاق الشمري، دار أسامة، عمان، ط ١، ١٩٩٨ م.



٩٩. المصارف الإسلامية معاملاتها وودائعها، مصطفى الزرقا، بحث منشور ضمن أبحاث الأستاذ مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق.
١٠٠. المصارف والأعمال المصرفية، د. غريب الجمال، دار الاتحاد العربي، القاهرة، د.ت.
١٠١. المصطلح الأصولي عند الشاطبي، د. فريد الأنصاري، طبعة المملكة المغربية، ١٩٩٩م.
١٠٢. المعاملات المالية المعاصرة، د. علي السالوس، دار الفلاح، الكويت، ط١، ١٩٨٦م.
١٠٣. المعاملات المالية المعاصرة، د. محمد رواس قلعجي، دار النفائس، عمان، ط٢، ٢٠٠٢م.
١٠٤. المعاملات المالية المعاصرة، د. محمد عثمان شبير، دار النفائس، عمان، ط٦، ٢٠٠٧م.
١٠٥. المعجم القانوني رباعي اللغة، د. عبد الفتاح مراد، منشأة المعارف، عمان، ط١، ١٩٩٨م.
١٠٦. معجم المصطلحات الاقتصادية والمالية، د. نزيه حماد، دار القلم، دمشق، ط٢، ٢٠٠٨م.
١٠٧. معجم المصطلحات القانونية، أحمد زكي، دار الكتاب اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط١، ٢٠٠٣م.
١٠٨. معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، د. بشار عدنان ملكاوي، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٨م.
١٠٩. معجم لغة الفقهاء، د. محمد رواس قلعجي وحامد قنبي، دار النفائس، بيروت، ط١، ١٩٨٥م.
١١٠. معجم مصطلحات أصول الفقه، د. مصطفى قطب سانو، طبعة دار الفكر، بيروت، ط٣، ٢٠٠٦م.
١١١. معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس، طبعة دار الجليل، بيروت، ط١، ١٩٩١م.
١١٢. مغني المحتاج شرح المنهاج، الإمام محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، طبعة محققة، ١٩٩٤م.
١١٣. المغني في الفقه، الإمام عبد الله بن أحمد بن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط١، ١٩٨٨م.
١١٤. المغني في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز الربيع، دار العبيكان، الرياض، ط١، ٢٠٠١م.
١١٥. منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية، د. مسفر بن علي القحطاني، دار الأندلس الخضراء، جدة، ط٢، ٢٠١٠م.



- ١١٦ . منهج الدرس الدلالي عند الإمام الشاطبي، د. عبد المجيد العلمي، وزارة الأوقاف، المملكة المغربية، ٢٠٠١م.
- ١١٧ . المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي الشيرازي، مطبعة مصطفى عيسى الحلبي، القاهرة.
- ١١٨ . نحو تفعيل مقاصد الشريعة، جمال الدين عطية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، ط٢، ٢٠٠٨م.
- ١١٩ . نحو فقه ميسر معاصر، د. يوسف القرضاوي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٨م.
- ١٢٠ . النقض في المواد المدنية والتجارية، حامد فهمي، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م.
- ١٢١ . نهاية السؤل شرح منهاج الأصول، الإمام جمال الدين الأسنوي الشافعي، جمعية نشر الكتب العربية، القاهرة، ١٣٤٣هـ.
- ١٢٢ . نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، الإمام محمد بن علي الشوكاني، دار الجيل، بيروت، ط٢، ١٩٧٢م.
- ١٢٣ . هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، د. عصام أبو سليم، الدار القانونية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ١٢٤ . الودائع المصرفية النقدية، حسن عبد الله الأمين، دار الشروق، جدة، ط١، ١٩٨٣م.
- ١٢٥ . الوساطة التجارية في المعاملات المالية، د. عبد الرحمن بن صالح، مركز الدراسات والإعلام، دار أشبيلية، الرياض، ط١، ١٩٩٥م.
- ١٢٦ . الوعي المقاصدي قراءة معاصرة للعمل بمقاصد الشرعية في مناحي الحياة، د. مسفر القحطاني، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ط١، ٢٠٠٨م.