

جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والحضارة

قسم العلوم الإسلامية



العنوان :

التقنين في المعاملات المالية

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة ماستر في العلوم الإسلامية L.M.D

تخصص فقه وأصوله

إشراف الدكتور:

ورنيقي محمد

من إعداد:

• بوعقون هند

• حمد عيدة

السنة الجامعية: 1437هـ-1438هـ / 2016-2017 م



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة عمار ثليجي الأغواط



كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية والحضارة

قسم العلوم الإسلامية

تخصص فقه وأصوله

اعضاء لجنة المناقشة لمذكرة التقنين في المعاملات المالية

الإمضاء	الرتبة	اعضاء اللجنة
	رئيس اللجنة	
	مناقشا	
	مشرفا	د. ورنيني محمد

السنة الجامعية: 1437هـ-1438هـ / 2016-2017 م

شكر وعرفان

نحمدك ربي ربي حمدا كثيرا كما هديتنا وو فقتنا وأنعمت علينا وغمرتنا بنعمك التي لا تعد و
لا تحصى، لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك.

وصل اللهم على المبعوث رحمة للعالمين وإمام الأولين والآخرين وصفي المرسلين نبينا وحبينا
محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم وعلى آله الطاهرين وأصحابه البررة المتقين وعلى
الأنبياء والمرسلين وعلى التابعين وتابعي التابعين إلى يوم الدين.

منطلقا من قوله صلى الله عليه وسلم "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

نتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى أستاذنا المشرف الذي غمرنا بعلمه وبحلمه وكان لنا العون
بتوجيهاته الدكتور الفاضل ورنقي محمد رئيس قسم العلوم الإسلامية الذي تكرم بالإشراف
على بحثنا ونسأل الله أن يرفع مقامه في الجنة.

وإلى كل من علمنا حرفا أو أسدى إلينا معروفا إلى كل أساتذتنا من الطور الابتدائي إلى
الجامعي ونخص بالذكر أ.د صغيري نور الدين، علالي امحمد ، زيغمي النعيمي، وإلى كل
أساتذة العلوم الإسلامية نسأل الله أن يجزيهم عنا كل خير ويجعلهم هداة مهتدين ومن الفائزين
في يوم الدين يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

إلى الذين جعل الله طاعتهم من العبادات

إلى الذي أهدى عمره وأفنى صحته من أجل تربيتنا وتعليمنا، إلى الذي كان سندي وفارقتي وأنا في أمس الحاجة إليه

إلى من تحمل مشاق الدنيا وعنائها وضحي بكل ماله حتى أصل إلى هذا المقام أبي رحمه الله وجعل قبره روضة من رياض الجنة

إلى من أرضعتني لبن التوحيد صاحبة القلب الكبير اتمائي الأول والأخير إليك يلمن تحت قدميك الجنة أي الحبيبة أدامها الله ورعاها وأبقاها حفظا وصونا ودعما لي ولأخواتي

إلى من تحمل مسؤوليتنا في غياب الأب أصبح كبير وهو في الأصل صغير أخي عبد القادر وإلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي عمر سعد

إلى أخواتي ثلجة حدة نصيرة زينب سعيدة نجاة وإلى الكنكوتة زهرة

إلى أي الثانية بعد أمي دباب مسعودة رحمها الله

إلى أبناء أعمامي بختي و سلامي وأبناء أخوالي عبد الرحمان، سعيد، يوسف وأبناء أخواتي طيب عبد السلام محمد

إلى جدتاي زياتي التالية وجميل مريم أدامها الله، وإلى كل من يحمل لقب بوعمقون

إلى بنات عمي حفصة عربية مختارة ربعة، وبنات أختي مروى فاطمة الزهراء وبنات أخوالي عربية كنزة خضرة وراضية وإلى كل صديقاتي سعاد خديجة رقية شهرة زهرة فتيحة حنان فاطمة العاليميرين مريم.

إلى من شاركني هذا العمل الدكتور ورنيتي محمد

إلى الصديقة والأخت عيدة كما لا أنسى العم محمد أبو عيدة

إلى كل من وسعهم قلبي ولم يسعهم قلبي إلى محمد ياسين أهدى هذا العمل.

هند

إهداء

الهي لا يطيب الليل إلا بشكرك و لا يطيب النهار إلا بطاعتك ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى النور الذي ينير لي درب النجاح أبي محمد حمد ، إلى سندي وقوتي إلى ينبوع الصبر والتفاؤل أُمي الغالية حمد نصرية.

إلى من هم اقرب إلي من روعي إخوتي ، عقيلة ، خيرة ، زهرة ، حدة ، ثلجة ، تركية ، النخلة ، مسعودة ، الداخلة والى أولادهم مصطفى ، عيسى ، محمد ، ايمان ، سارة ، فريحة حبيبي ، إبراهيم ، اشرف والى جدتي أطال الله في عمرها الزهرة حمد .

إلى من شاركتني مشواري الدراسي من الطور الابتدائي إلى الجامعي إلى من وقفت معي ومدت لي يد العون الأخت هند بوعقون إلى صديقاتي خديجة ، أحلام ، نورة ، الحادة ، شهرة ، سعاد ، ايمان ، نوال ، رقية.

إلى ابن عمي : الحاج حمد ، الهزيل حمد و إلى ابنة خالتي حدة رزقي إلى من ساندي في وقت الشدة خالي حفظه الله حمد محمد والى أولاده وإلى كل أصدقائي من قريب وبعيد.

إلى كل الاساتذتي من الطور الابتدائي إلى الجامعي .

عيدة

الحمد لله الملك الجواد ، الهادي إلى سبيل الرشاد، الذي خلق كما أراد، وجعل الأرض مهادا والجبال أوتادا، وأنزل من السماء ماء مباركا ليخرج به من الأرض زرا ونباتا، وأنعم علينا بنعم كثيرة لا تحصىها الأعداد، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، المنزه عن صاحبة والأولاد، شهادة أذخرها ليوم المعاد ، وأستعين بها على الكرب والشداد، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله الذي جعله الله بركة ورحمة للعباد، أما بعد:

فالشريعة الإسلامية تعتبر نظاما فريدا في تصوراتها وأهدافها وغاياتها تنظم حياة الأفراد والجماعات وتبين الحقوق والواجبات، فهي نظام حاكم وقانون ملزم، عبر العصور والأزمان.

والدعوة إلى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية الغراء دعوة تتفق مع مقاصد الشريعة الداعية إلى التيسير ورفع الحرج ، وجلب المصالح ودرء المفسد كما أنها دعوة توافق التفكير الفقهي والتوجه الرسمي.

وتعتبر قضية التقنين من القضايا الهامة والمستجدة وذلك بالنظر إلى أثرها وفاعليتها في الحياة العملية، ودورها في المساهمة إيجابيا في إيجاد حلول مناسبة وأحكام عادلة للخصومات والمنازعات ، فهي سبيل إلى إصلاح سياسي واجتماعي وقضائي ، وذلك من خلال إيجاد قوانين إسلامية عادلة تتفق مع مبادئ وقيم الشعوب المسلمة فتقيم العدل والمساواة و تحمي الحقوق و الحريات و تنتشر الأمن و الاستقرار .

و قد ارتأينا في بحثنا هذا الى دراسة التقنين في المعاملات المالية ذلك لما اتصل المسلمون بغيرهم في هذا العصر، وتشابكت علاقاتهم الاقتصادية بهم ، انتقلت كثير من العقود و المعاملات التي نشأت بينهم إلى العالم الإسلامي فجدت على الناس أنواع متلاحقة من التعامل ، احتاجوا معها إلى معرفة حكم الشرع فيها ، فانبرى لها كثير من العلماء و الباحثين، و عقدت المؤتمرات والندوات ، وأصدرت الفتاوى و القرارات، في قضايا المعاملات المعاصرة، تصويرا وتحريرا ، و تكييفا و تخريجا ، و بيانا للحكم الشرعي في كثير منها .

هذا ما جعلنا نحاول الغوص في أعماق هذا الموضوع علنا نجتمع فيه ما يسهل على كل من أراد معرفة حكم تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وقد حاولنا جمع كل ما وجدناه في الكتب والتي يسر لنا المولى عز وجل البحث فيها لنجعل آخر عمل لنا في مسارنا الدراسي هو هذه المذكرة التي اخترنا أن يكون موضوعها التقنين في المعاملات المالية.

أسباب اختيار الموضوع:

1. إن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية من القضايا الهامة ، في العصر الحديث خاصة في ظل التطورات القانونية المعاصرة.
2. بيان أن الفقه الإسلامي يتفاعل مع تطورات العصور وتغيرات الأماكن و صلاحيتها لبناء صرح قانوني يتميز بالعدالة والإحسان.
3. الرد على منكري تقنين الشريعة الإسلامية بأسلوب علمي مقنع.

أهمية الموضوع:

1. ضرورة إيجاد نظرية متكاملة شاملة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية بأسلوب عصري أو طريقة منهجية صحيحة ، بناء على دراسة علمية تأصيلية لهذا الموضوع.

2. تعتبر قضية تقنين أحكام الفقه الإسلامي من القضايا الهامة في هذا العصر، والتي كانت موضع جدل ونقاش خاصة بعد أن ظهر كثير من التوجهات الرسمية و الشعبية ندعو إلى صياغة القوانين بالاعتماد على الفقه الإسلامي.

3. بيان قدرة الشريعة الإسلامية على الاستجابة لمتطلبات العصر وبناء قانون تستمد أحكامه منها.

أهداف الموضوع:

1. معرفة كيف كان التقنين عند الشعوب القديمة

2. معرفة متى بدأ التقنين في الفقه الإسلامي.

3. موقف الفقهاء من تقنين أحكام الفقه الإسلامي.

القيام بذكر بعض النماذج من التقنين في مجال المعاملات المالية.

وأخيرا اثراء الرصيد المعرفي لدينا والإجابة على الأسئلة و الإشكالات حول هذا الموضوع.

الدراسات السابقة:

الاعتماد على بعض المراجع القانونية نذكر منها مثلا:

1/ كتاب المدخل لدراسة القانون لعبد المجيد زعلاني.

2/ المدخل لعلم القانون لغالب على الداودي... الخ

3/ الصياغة الفقهية في العصر الحديث لهيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي

4/ نظرات في تقنين الفقه الإسلامي لرافع ليث سعود جاسم القيسي وغيرها من المراجع التي

اعتمدنا عليها في بحثنا هذا.

المنهج المتبع:

وقد اعتمدنا في بحثنا هذا على عدة مناهج منها: المنهج الاستقرائي و المنهج الاستنباطي والتحليلي بالإضافة الى المنهج المقارن وذلك لبيان المسائل المختلف فيها، وعرض آراء العلماء وأدلتهم فيها.

إشكالية البحث:

ما المقصود بالتقنين؟ و ماهو حكمه في الشريعة الإسلامية؟

كيف كان التقنين عند الشعوب القديمة؟ ومتى بدأ التقنين في الفقه الإسلامي؟

هذه الأسئلة وأخرى سنحاول الإجابة عنها من خلال خطة البحث التي سقناها كآلاتي:

خطة البحث:

مقدمة.

الفصل الأول: مفهوم التقنين وتاريخه.

المطلب الأول: تعريف القانون لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: التقنين لغة واصطلاحا.

المطلب الثالث: مصطلحات ذات الصلة بالتقنين.

الفرع الأول: التدوين.

الفرع الثاني: التشريع.

الفرع الثالث: التجميع.

المبحث الثاني : نشأة التقنين وتطوره.

المطلب الأول: تدوين القوانين عند الشعوب القديمة.

المطلب الثاني: دوافع التدوين عند الشعوب القديمة.

المطلب الثالث: بداية التقنين في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: حكم التقنين ومزاياه وعيوبه ودواعيه وضوابطه.

المطلب الأول: مشروعية التقنين.

الفرع الأول: المانعين للتقنين.

الفرع الثاني: المجيزين للتقنين.

الفرع الثالث: الترجيح بين أقوال الفقهاء.

المطلب الثاني: مزايا التقنين وعيوبه ودواعيه.

الفرع الأول: مزايا التقنين.

الفرع الثاني: عيوب التقنين.

الفرع الثالث: دواعي التقنين.

المطلب الثالث: ضوابط التقنين.

الفرع الأول: الضوابط العامة

الفرع الثاني: الضوابط الخاصة.

الفصل الثاني: التقنين في المعاملات المالية.

المبحث الأول: حقيقة المعاملات المالية.

المطلب الأول: تعريف المعاملات المالية لغة واصطلاحاً.

المطلب الثالث: خصائص المعاملات المالية.

المبحث الثاني: نماذج من تقنين المعاملات المالية.

المطلب الأول: الوكالة.

الفرع الأول: تعرف الوكالة ومشروعيتها.

الفرع الثاني: أركان الوكالة وأقسامها.

الفرع الثالث : أحكام الوكالة.

المطلب الثاني: الرهن .

الفرع الأول: تعريف الرهن ومشروعيته.

الفرع الثاني: أركان الرهن.

الفرع الثالث: أحكام الرهن.

المطلب الثالث: الهبة

الفرع الأول: تعريف الهبة ومشروعيتها.

الفرع الثاني: أركان الهبة.

الفرع الثالث: أحكام الهبة.

المطلب الرابع: الحوالة.

الفرع الأول: تعريف الحوالة ومشروعيتها.

الفرع الثاني: أركان الحوالة وشروطها.

الفرع الثالث: أحكام الحوالة.

المطلب الخامس: الوصية.

الفرع الأول: تعريف الوصية ومشروعيتها وحكمها.

الفرع الثاني: أركان الوصية.

الفرع الثالث: أحكام الوصية.

الفصل الأول: مفهوم التقنين وتاريخه.

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ماهية التقنين.

سنتكلم فيه في المطلب الأول على تعريف القانون ، أما بالنسبة للمطلب الثاني فسنتكلم فيه عن تعريف التقنين ، وفي المطلب الثالث سنتكلم عن المصطلحات ذات الصلة بالتقنين.

المطلب الأول: تعريف القانون لغة واصطلاحاً.

القانون لغة: القانون مقياس كل شيء وطريقه ، جمع قوانين، قيل رومية وقيل فارسية¹.

والقانون كلمة ليست من كلام العرب بل هي دخيلة كما حكى غير واحد من علماء اللغة، كما اختلفوا في أصلها، فقيل رومية ، وقيل فارسية، وقيل سريانية ، وقيل يونانية ومهما كان أصلها فقد شاع استعمالها في اللغة العربية بمعنى المقياس الذي تقاس به الأشياء، وربما عبر بعضهم على ذلك بالأصل أو الطريق، وقد كان السريان يطلقونها بمعنى المسطرة.

وتذكر المعاجم الفرنسية أن أصلها يوناني بمعنى القاعدة والنظام ثم بانّت هذه الكلمة تطلق على كل قاعدة كلية إلزامية كقول النحاة: قانون الصحة ، قوانين الطبيعة .

¹ محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق عبد الكريم العزباوي، التراث العربي،(الكويت) ، ط1(1422هـ-2001م) ، ج36، ص24.

ثم جرى التوسع في استعمالها حتى أطلق لفظ القوانين على الكتب المختصرة التي تجعل تذاكير لكتب مطولة. وربما كان دخول هذه المفردة إلى العربية ، إنما راج بعد حركة الترجمة في العصر العباسي ، فكثرت استخدامها في كلام العرب ومصنفاتهم بعد ذلك بمعنى القاعدة والمقياس بل سمي الكثير من العلماء مصنفاتهم بذلك².

ولم يستعملها علماء المسلمين في العصور الأولى بمعنى الشرع ، أو الحكم الشرعي، كما لم يستعملوا الشارع أو المشرع في واضع القانون أو المقنن ، وإنما استعمل ذلك المتأخرون الذين تأثروا بدراسة القوانين الوضعية، فأطلقوا مصطلحات الشريعة عليها واصطلاح الفقه الإسلامي يأبى ذلك كل الإباء³.

القانون اصطلاحاً: إن كلمة القانون تستعمل بمعان مختلفة ، وتفيد عموماً استمرار أمر معين في نطاق نظام معين، ويصح هذا المعنى أكثر في مجال العلوم الدقيقة ، وقد أخذ هذا اللفظ طريقه إلى مجال العلوم الاجتماعية كعلم الاقتصاد، وهكذا نقول مثلاً: قانون العرض والطلب ، ولكن هذا اللفظ أخذ في قاموس اللغة معنى خاصاً بحيث أصبح يعبر به⁴ عن مجموعة قواعد السلوك التي تنظم الحياة في المجتمع على وجه ملزم⁵.

فالقانون بهذا المعنى يحدد إذا النظام الذي يجب أن تجري وفقه علاقات الأشخاص وسلوكهم في المجتمع . وباعتباره علماً من العلوم الاجتماعية فإنه لا يتميز حتماً بالآلية التي تتميز بها قوانين العلوم الدقيقة ففي مجال القانون تتدخل إرادة الإنسان وتأخذ أحد مظهرين :

فإما أن تكون إيجابية وذلك بتطبيق القانون وإما أن تكون سلبية وذلك بمخالفته أي إتيان سلوك منافي لمقتضى حكمه، ومن هنا كان لزاماً أن يزود القانون بعنصر القهر الممارس بواسطة السلطة العامة⁶.

² هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، دار التدمرية وابن حزم، (الرياض) ، ط1(1433هـ-2012م) ، ص353-354.

³ مناع القطان ، تاريخ التشريع الإسلام ي التشريع والفقه ، مكتبة المعارف ، (الرياض)، ط2(1417هـ-1996م)، ص12-13.

⁴ عبد المجيد زعلاني ، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون، (دار هومة)، (د، ط)، (الجزائر) ص05-06.

⁵ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، ص354.

⁶ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، ص07-08.

وعرف غالب علي الداودي⁷ بأن لفظ القانون يستخدم في معنى عام ومعنى خاص. فالقانون في المعنى العام هو مجموعة قواعد السلوك العامة المجردة الملزمة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع وتقترن بجزء مادي حال ، وتفسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الحاجة. وفي المعنى الخاص يسمى قانونا كل قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية في الدولة ويكون المقصود بالقانون عندئذ التعبي عن التشريع الوضعي . فيقال: قانون المحاماة ، وقانون الجامعة، وقانون التجارة...إلخ.

وقد يراد بكلمة القانون الدلالة على قوانين دولة معينة بصورة عامة⁸.

كما عرفه مناع القطان⁹ حيث قال أن القانون كلمة يونانية الأصل كانت تستعمل بمعنى "القاعدة" ودخلت إلى اللغة العربية فاستعملت للدلالة على مقياس كل شيء ويستعملها علماء المسلمين في العصور الأولى بمعنى الشرع ، أو الحكم الشرعي، كما لم يستعملوا الشارع أو المشرع في واضع القانون أو المقنن، وإنما استعمل ذلك المتأخرون الذين تأثروا بدراسة القوانين الوضعية، فأطلقوا مصطلحات الشريعة عليها¹⁰.

وقد يطلق لفظ القانون على القواعد الملزمة، التي تضعها السلطة التشريعية بهدف تنظيم أمر معين فنقول مثلا: القانون المدني ، والقانون التجاري ، وقانون العقوبات ، وتصاغ القوانين عادة في شكل نص يسمى بالمادة ، وقد تفصل المادة الواحدة إلى فقرات، فالقانون المدني مثلا يحتوي على 1003 مادة تنظم مسائل مدنية كثيرة ومتعددة والقانون ضرورة لحفظ كيان الجماعة البشرية واستقرارها وأمنها وأداة تقويم وترشيد لسلوك الأفراد على مستوى تنظيم اجتماعي معين¹¹.

⁷ هو شيخ الإسلام أحمد بن نصر الداودي، من مؤلفاته: الواعي في الفقه، توفي سنة 402هـ.

ينظر: html، الحر أو غسطينوس - ويكيبيديا، الموسوعة/ File:///c:/users/Dell/Desktop/

⁸ غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، (عمان)، ط7 (2004)، ص10.

ولد في أكتوبر 1925م بقرية شنشور بمصر، وتوفي في 19 يوليو 1999م، ومن مؤلفاته: تاريخ التفسير ومناهج المفسرين

⁹ ينظر: html الحرة أو غسطينوس- ويكيبيديا، الموسوعة/ File:///c:/users/Dell/Desktop/

¹⁰ مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي ، مرجع سابق، ص12-13.

¹¹ عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري ، دار الريحانة، (د، ط)، ص14-15.

ب/فرق مصطفى الزرقا¹⁷ بين تقنين الفقه والتقنين من الفقه، بأن تقنين الفقه هو تقنين أحكام المذهب الفقهي الواحد إذا أرادت الدولة أن يجري قضاؤها عليه ، أما التقنين من الفقه فهو أن تستمد الدولة تقنيناتها من مختلف المذاهب الأربعة وغيرها ومن آراء الصحابة والتابعين وسائر المجتهدين الذين نقلت آراؤهم أو التخريج على قواعد الشريعة فيما يستجد من النوازل¹⁸.

وعرفه زكي عبد البر¹⁹: التقنين عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وفيها من غموض في مدونة واحدة ثم إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة، عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها، بصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون²⁰.

ولعل ما يلفت النظر في هذا التعريف هو قوله: "بصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون"، وهو يقصد به مثلا القانون المدني أي القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات المالية بين الأفراد، والقانون التجاري، أي القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات بين التجار لا... إلخ

وعرفه سليمان الأشقر²¹: تقنين التشريع هو تجميع القواعد المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في شكل كتاب أو مدونة أو مجموعة واحدة، وذلك بعد مراجعة هذه القواعد وتنسيقها

¹⁷ هو مصطفى أحمد الزرقا، ولد في حلب بسورية عام 1325هـ-1907م ، درس علوم الشريعة واللغة الفرنسية، وفي عام 1966م أصبح خبيرا للموسوعة الفقهية، ومن مؤلفاته: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد-أحكام الأوقاف.

أنظر: أعضاء ملتقى أهل الحديث، المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين

¹⁸ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، (دمشق)، ط2(1425هـ-2004م)، ج1، ص313.

¹⁹ ولد في 25 ربيع الآخر 368هـ، وتوفي في 463 ومن مؤلفاته تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ و المنهج ، والتطبيق).

ينظر: /html، الحر أوغسطينوس - ويكيبيديا، الموسوعة File:///c:/users/Dell/DesKtop

²⁰ محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق) ، دار احياء التراث الإسلامي

(قطر)، ط2(1407هـ-1986م)، ص21.

²¹ ولد سنة 1940م بفلسطين، وتوفي في 10 أغسطس 2012م ، ومن مؤلفاته مقاصد المكلفين فيما يتعبد به رب العالمين.

ينظر: /htmlالحررة أوغسطينوس-ويكيبيديا، الموسوعة File:///c:/users/Dell/DesKtop

ورفع التناقض منها، وتبويبها بحسب الموضوعات التي تنظمها، والمجموعة تظهر في شكل مواد، وتشمل مختلف النصوص الخاصة بالأحكام القانونية المتصلة بفرع من فروع القانون، فالمجموعة المدنية مثلا تتضمن القواعد القانونية التي تنظم روابط الأفراد فيما بينهم، والمجموعة التجارية تعرض لتنظيم الأعمال التجارية والعلاقات بين التجار²².

عرفه مصطفى الزرقا بحيث أنه قال : يقصد بالتقنين بوجه عام جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها، وصياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة في بنود تسمى (مواد) ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو النظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس²³.

وعرفه ناصر بن عبد الله الميمان²⁴ حيث أنه قال: نعني بتقنين الشريعة هنا تبويب وترتيب كافة الأحكام الفقهية التي يتعلق بها القضاء، وصياغتها في صورة مواد مرتبة، وبنود معلومة مرقمة، مقتصرًا في كل مسألة على القول الراجح والمختار، والأنسب بمصالح العباد، ثم التزام القضاة بالحكم به من قبل ولي الأمر، على غرار النسق القانوني الحديث.

مع إلحاق مذكرة إيضاحية به، يوضح فيها مآخذ المادة ووجوه اختيارها من بين أقوال أخرى، إن كان ثمة خلاف في الموضوع، مع بيان المصادر والمراجع وما شابه ذلك من الأمور التي يقتضيها إيضاح تلك المادة²⁵.

وعرفه وهبة الزحيلي²⁶: التقنين هو صياغة أحكام الشريعة في المعاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها جامعة لإطارها في صورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها²⁷.

²² عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح، (الكويت)، ط1 (1402هـ-1982م)، ص118.

²³ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص313.

²⁴ هو ناصر بن عبد العزيز الميمان، ولد في المدينة المنورة سنة 1385هـ ومن مؤلفاته: الكليات الفقهية في المذهب الحنبلي.

ينظر: html، الحر أوغسطينوس - ويكيبيديا، الموسوعة/DesKtop/users/Dell/;c:///File

²⁵ ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، دار ابن الجوزي، ط1 (1430)، ص30.

²⁶ ولد في بلدة دير عطية من نواحي دمشق عام 1932م، متخصص في الفقه وأصول الفقه، ومن مؤلفاته، آثار الحرب في الفقه الإسلامي- الوسيط في أصول الفقه الإسلامي.

وهذا التعريف هو المناسب والخادم للموضوع الذي نحن بصدد دراسته وهو التقنين في المعاملات المالية.

المطلب الثالث: مصطلحات ذات الصلة بالتقنين.

هناك مصطلحات قد تستعمل أحيانا بإزاء مصطلح التقنين وربما فضل البعض استعمالها عليه ، ومن أشهر هذه الألفاظ مايلي:

الفرع الأول: التدوين.

التدوين مصدر من دون، والتدوين كلمة شائعة على ألسنة الناس بمعنى الكتابة مطلقا، وتدل على المداناة والمقاربة ، فيقال: هذا دون ذلك أي هو أقرب منه.

أنظر: أعضاء ملتقى أهل الحديث، المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين ، ج1، مرجع سابق، ص368.

²⁷ يحي محمد الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة بين النظرية والتطبيق، اشراف السيد عواد علي عواد"مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون"الجامعة الإسلامية العالمية، اسلام آباد باكستان، كلية الشريعة والقانون قسم الدراسات العليا،(2001هـ-2002م)، ص18.

ومن هنا قيل لكتابة الكتب تدوين لأن فيها جمعا للعلم، ومنه سميت مدونة سحنون بذلك²⁸.
والتدوين هو صياغة الأحكام الشرعية في عبارات إلزامية لأجل تنفيذها والعمل بموجبها²⁹.

الفرع الثاني: التشريع.

عرف بأنه مصدر شرع بتشديد الراء ، مأخوذ من الشريعة وقد وردت الشريعة في اللغة
بمعنيين :

الأول: أنها الطريقة المستقيمة ، ومن هذا المعنى "قَالَ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ
الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١٨﴾﴾³⁰
الثاني: مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب³¹، ومنه قولهم: شرعت الإبل إذا وردت شريعة
الماء ، ثم أطلق لفظ الشريعة في اصطلاح الفقهاء المسلمين على الأحكام التي شرعها الله
لعباده.

والتشريع هو وضع القواعد وبيان النظم التي تسيّر عليها الأفراد والجماعات.³²

كما أن التشريع في الاصطلاح الشرعي والقانوني هو سن القوانين التي تعرف منها الأحكام
لأعمال المكلفين، وما يحدث لهم من الأفضية والحوادث، فإن كان مصدر هذا التشريع هو
الله سبحانه بواسطة رسله وكتبه فهو التشريع الإلهي، وإن كان مصدره الناس سواء أكانوا
أفرادا أو جماعات فهو التشريع الوضعي.³³

الفرع الثالث: التجميع.

²⁸ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، مرجع سابق، ص358-
359.

²⁹ بكر بن عبد الله أبوزيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، مؤسسة الرسالة (بيروت)، ط1 (1416هـ-1996م)، ج1
ص94.

³⁰ سورة الجاثية الآية18.

³¹ مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي ، مرجع سابق، ص13.

³² علي جمعة محمد، المدخل، مكتبة المعهد (القاهرة)، ط1 (1417هـ-1996م)، ص118.

³³ عبد الوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم (الكويت)، ص07.

التجميع مبالغة من الجمع وقال الفراء: إذا أردت جمع المتفرق، قلت جمعت القوم فهم

مجموعون، قَالَ تَعَالَى: ﴿ذَلِكَ يَوْمٌ مَّجْمُوعٌ لَّهُ النَّاسُ﴾³⁴

وإذا أردت كسب المال قلت: جمعت المال قَالَ تَعَالَى: ﴿الَّذِي جَمَعَ مَالًا وَعَدَّدَهُ﴾³⁵

والتجميع أن تجمع الدجاجة بيضها في بطنها³⁶ وقد كان مصطلح التجميع يستخدم بمعنى التقنين في بدايات القرن الميلادي المنصرم، إلى أن استقر الأمر في الثلاثينات على استخدام لفظ التقنين للدلالة على معناه، وأصبح غالباً في الاستعمال عليه، مع بقاء الإشارة إلى هذا المصطلح للتوضيح في بعض الكتابات.

وربما استخدم هذا المصطلح للدلالة على بعض الأعمال التي يراد بها خدمة القضاء والتسهيل على القضاة، غير أنها تفتقد أحد العنصرين اللذين يقوم عليهما التقنين وذلك بفقدان الطابع الإلزامي أو مخالفة الإطار الشكلي للتقنين كالفقهاء الهنديّة مثلاً³⁷.

³⁴ سورة هود الآية 103.

³⁵ سورة الهمزة الآية 02.

³⁶ مجد الدين بن يعقوب الفيروزآبادي الشيرازي، القاموس المحيط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط(1399)-

(1979)، ج3، ص14 ومحمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الكريم العزباوي، حكومة (الكويت)، ط(1403هـ-1983م)، ج20، ص465-466.

³⁷ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، ص358.

المبحث الثاني: نشأة التقنين وتطوره.

سنتكلم فيه في المطلب الأول عن تدوين القوانين عند الشعوب القديمة أما في المطلب الثاني فسنتكلم عن دوافع التدوين عند الشعوب القديمة ، وأما في المطلب الثالث فسنحدث عن بداية التقنين في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تدوين القوانين عند الشعوب القديمة.

القضاء كان معروفا في العهود القديمة السابقة على الإسلام بنظمه وقوانينه ولوائحه وإن اختلفت طريقته ومنهجه، فكان لدولة الفرس وقدماء المصريين وعند آل حمورابي³⁸ قضاء كما كان للعرب قضاء يرجعون إليه وإنما كانوا يصدون أحكامهم طبقا لعاداتهم الموروثة³⁹ وقد عمدت الشعوب القديمة على تدوين القانون مع ظهور الكتابة وانتشارها، وأول من نظم ودون قانونا مكتوبا هم السومريون.

إن أقدم مجموعة قانونية هي مجموعة الملك السوماري "أورنامو"⁴⁰ حوالي عام 2080 ق. م هذه المجموعة لا نعرف الكثير عنها سوى ما أشار إليه بعض العلماء من مسائل تتعلق

³⁸ هو من أشهر ملوك الدولة البابلية ، قضى على الإمارات الصغيرة وحقق وحدة ما بين النهرين ، وساعد على استقرار البدو وبتوزيع الأراضي الملكية عليهم وعلى الجنود ، اشتهر بشرائعه الإدارية والاجتماعية.

أنظر: محمد عبد الغني جاسر، موسوعة مشاهير وعظماء وشخصيات من التاريخ ، دار البرهان القاهرة)، ط1 2005م، ص205.³⁸

³⁹ يحي محمد عوض الخلايلة ، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق، ص270.

بالزراعة ونظام الرق والبيع والشراء والإيجار والوديعة والقرض وبعض العقوبات لبعض الجرائم، وهي مجموعة مسجلة على لوحة محفوظة بمتحف اسطنبول، نصوصها غير كاملة ولذلك نجد مجموعة أخرى أصدرها الملك لبيت عشتار حوالي عام "1870م"،

تتعلق بنظام الأسرة ونظام الملكية ونظام الرق وغيرها دون تفاصيل، نصوصها هي الأخرى محفوظة بلوحة في متحف "فيلا لفيلا" بالولايات المتحدة الأمريكية⁴¹.

وفي البلاد البابلية قانون حمورابي صدرت هذه المدونة في بابل في بلاد ما بين النهرين "العراق حالياً" في السنة التاسعة والعشرين من حكم الملك حمورابي أشهر ملوكها الذي وحد كل دويلات ما بين النهرين تحت سلطانه، وقد عثر على قانون حمورابي في حفائر مدينة سوز عام "1901-1902م" على يد البعثة الفرنسية التي قامت بهذه الحفائر، وفي عام 1902م، نشرت نصوصه باللغة الأكادية وبالكتابة المسمارية، وترجمتها إلى اللغة الفرنسية ومنذ ذلك الوقت توالى ترجمة هذا القانون إلى معظم اللغات الأوربية الحديثة⁴².

وفي مصر صدر قانون بوخوريس وهو من أهم التقنينات وأشهرها، وقد أصدره هذا الملك وهو أحد ملوك الأسرة الرابعة والعشرين عام 740 قبل الميلاد، ويبدأ حكم بوخوريس⁴³ عام 718 ق.م. وينتهي عام 712 ق.م، جمع الملك بوخوريس في قانونه النظم والقوانين المصرية التي كانت سائدة قبل عصره مع إدخال لبعض التعديلات عليها، ومن أبرز الإصلاحات التي أتى بها الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، فقد منح المرأة حق المساواة بالرجل، فأصبح الزواج يقوم على حرية التعاقد، فكما للزوج أن يطلق زوجته، فللزوجة أيضاً أن تطلب فسخ الزواج ومبلغاً معيناً من المال حين تطليقها⁴⁴.

⁴⁰ ولد في 22 ق.م. حكم في الفترة 2047-2030 ق.م، وهو مؤسس سلالة أور الثالثة في بلاد الرافدين، توفي في سنة

2094 ق.م.

ينظر: <http://html/;c:/users/Dell/DesKtop> الموسوعة، ويكيبيديا،

⁴¹ صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، دار العلوم، (د، ط)، ص 15.

⁴² صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، (د، د)، (د، ط)، ص 125.

⁴³ هو ملك الأسرة 24 في مصر القديمة في الفترة 720 ق.م ينظر: للموسوعة الشاملة للحضارة الفرعونية لجي راشيه.

⁴⁴ صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة (عمان) ط1، (1998م)، ص 93.

وفي اليونان ظهر قانون ليكرجس ظهر هذا القانون في مدينة إسبرطة، حيث ينسب إلى
المشرع ليكرجس، حينما اشتد الصراع السياسي بها منذ عام 900ق.م تقريبا. ولذلك قانون
دراكون ظهر نتيجة الصراع بين الأغنياء والفقراء في اليونان نتيجة سوء توزيع الثروات،
وظهر قانون صولون حوالي سنة 590 كأبرز سياسي في أثينا⁴⁵

وفي الرومان ظهر قانون الألواح الاثني عشر، من المعلوم أن العرف هو القانون غير
المكتوب، وقد ظهر أولا في روما لتنظيم الحياة كما اعتبر العصر الملكي هو المصدر الأول
للقانون غير أن الظروف أوجبت تدوين هذه القواعد العرفية بسبب أهميتها وحاجة الناس
آنذاك للتعرف عليها ، فدونت على هذه الألواح التي كانت بمثابة أول قانون مكتوب في
روما ويرجع تاريخ تدوين هذه القواعد العرفية إلى الفترة 454-449ق.م وتضمنت هذه الألواح
تنظيم الأسرة وما يخص الحقوق المالية وبذلك هذا القانون [القانون الوطني المدني
الروماني]⁴⁶

⁴⁵صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، ص27-28-29.

⁴⁶منذر الفضل، تاريخ القانون، دار ثاراس، (العراق) ، ط2 (2005م) ص10

المطلب الثاني: دوافع التدوين عند الشعوب القديمة.

كان معرفة القانون عند الشعوب القديمة وتطبيقه محصورا في طبقة الحكام ورجال الدين والكهنة والأشراف يفسرونه حيثما تكون مصالحهم الشخصية مما أدى إلى مطالبة الشعوب بتدوينه، ففي روما مثلا قام نزاع بين طبقة الأشراف والطبقة العامة على أثر مطالبة الأخيرة بتدوين القوانين ومساواتها بطبقة الأشراف، وقد رضخ الأشراف لذلك وعلى إثر ذلك دون قانون الألواح الاثني عشر، وقانون داركون في أثينا صدر بسبب مطالبة الطبقة العامة بتدوين التقاليد العرفية، حتى تتمكن هذه الطبقة من معرفة القوانين والاطلاع عليها بعد أن كانت حكرا على الأشراف، ويضاف إلى هذه الأسباب أن التدوين يصبح ضرورة ملحة على هذه الممالك والإمبراطوريات مع امتداد نفوذها واتساع رقعتها على الصعيد الجغرافي والاجتماعي لمواجهة التغيرات في الأوضاع السياسية والاجتماعية والعسكرية والاقتصادية.

إلا وأنه ومع وجود تلك الدوافع للتدوين فهناك شعوب أخرى كانت لديها دوافع أخرى لعدم التدوين والتقنين شذت عن الاتجاه الغربي عموما نحو التقنين؛ كالانجليز مثلا المعروفين بشدة تمسكهم بالتقاليد والعادات، لذلك لم يدونوا قانونا بل احتفظوا بشريعتهم المبنية على العرف والتقاليد والسوابق القضائية، يعمل به في بريطانيا وأمريكا وكندا وأستراليا وجنوب إفريقيا بخلاف الاتجاه نحو التدوين والتقنين، وهو اتجاه قديم اشتهرت منه مدونات كثيرة كقانون حمو رابي، قانون داركون، قانون الألواح، وفي العصر الحديث يعكس هذا الاتجاه النظام اللاتيني وعلى رأسه النظام الفرنسي الذي أصدره نابليون الذي يتجه نحو تدوين التشريعات بتولي من السلطة التشريعية، ودور القضاء فيها محصورا بالتطبيق⁴⁷.

المطلب الثالث: بداية تقنين الفقه الإسلامي.

⁴⁷ رافع ليث سعود جاسم القيسي ، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي تاريخه، فقهه ، ضوابطه ، مركز نماء للبحوث والدراسات (بيروت) ط1، (2015) ص75-78 بتصرف.

ولقد تباينت آراء الباحثين حول ظاهرة تقنين الأحكام الشرعية، فمنهم من يرى أن تاريخ التدوين الإسلامي بدأ بتدوين القرآن الكريم في عهد الخليفة أبي بكر الصديق رضي الله عنه، حيث أنه المصدر والكتاب المعتمد في الشريعة الإسلامية، تلا ذلك تدوين السنة الشريفة.⁴⁸

بينما يرى آخرون أن محاولة الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز⁴⁹ وتفكيره في جمع السنن في أوائل القرن 2 هـ الموافق للقرن 8 م، هي أول محاولة لتقنين أحكام الشريعة بل ويرى أصحاب هذا الرأي أن محاولة الوليد بن عبد الملك⁵⁰ والتي سبقت محاولة عمر بن عبد العزيز. حيث أنه كتب يحمل القضاة على قول خالد بن معدان الكلاعي⁵¹ هي محاولة لتقنين أحكام الشريعة ويعتبرون أن تدوين السنن القولية والعملية للرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته. في محاولة عمر بن عبد العزيز، وكان هدفه من هذا التدوين أن يحول ذلك إلى قانون يحمل الناس عليه أو يلزمهم به. ولكن المحاولتين من عمر والوليد لم يكتب لهما النجاح بسبب الأعراف الفقهية السائدة كما أن محاولة كل منهما ليست أكثر من محاولة تدوين وجمع السنن بخلاف التقنين الذي هو صياغة محكمة للنصوص الشرعية على هيئة مواد قانونية⁵².

هذه كانت أول فكرة لتقنين أحكام الشريعة في العصر الأموي ثم توالفت هذه الفكرة وتوسعت فنجد في العصر العباسي أول من أبدى فكرة جمع الإمام الناس على رأي واحد في القضاء

⁴⁸ يحي محمد الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص131.

⁴⁹ هو عمر بن عبد العزيز بم مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية بن عبد مناف بن قصي بن كلاب، كان من أئمة الاجتهاد، توفي سنة 101.

أنظر: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، (بيروت) ط1، (1412هـ-1991م)، ج 1، ص 178

⁵⁰ هو أبو العباس الوليد بن عبد الملك ابن مروان بن الحكم الأموي،الدمشقي الذي أنشأ جامع بني أمية، وفتح بوابة الأندلس، توفي في جمادى الآخرة سنة 96 وله 51 سنة، وكان في الخلافة 10 سنين دون أربعة أشهر. أنظر: المرجع السابق، ج1، ص 149.

⁵¹ هوأبو عبد الله خالد بن معدان بن أبي كرب الكلاعي الحمصي، شيخ أهل الشام ويعد من أئمة الفقه، توفي سنة 103هـ.

ينظر: /html/، الحر أوغسطينوس - ويكيبيديا، الموسوعة File:///c:/users/Dell/Desktop

⁵² يحي محمد الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص134.

هو عبد الله ابن المقفع⁵³ وأنه اقترح هذه الفكرة على الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور⁵⁴ والمعروفة باسم "رسالة ابن المقفع للصحابة"⁵⁵، فكان مما قال فيها (ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصريين وغيرها من الأمصار والنواحي، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمراً عظيماً في الدماء والفروج والأموال، فيستحل الدم والفروج بالحيرة وهما يحرمان بالكوفة ويكون مثل ذلك الاختلاف في جوف الكوفة، فيستحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى، غير أنه على كثرة ألوانه نافذ على المسلمين في دمائهم وعرضهم، يفضي به قضاة جائز أمرهم وحكمهم، مع أنه ليس مما يظهر فيه ذلك من أهل والاستخلاف ممن سواهم.....

فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه وينهي عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتاباً جامعاً عزمنا لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً⁵⁶.

ولقد أراد ابن المقفع من الخليفة أن يتبين في المسائل المختلف فيها رأي ينهي اختلاف القضاة والحكام ويجعل الرأي والحكم واحد فيما اختلفوا فيه⁵⁷.

ثم دعا الخليفة أبو جعفر المنصور عام 148 إلى نوع مقارب للتقنين، وهو إلزام الناس بموطأ⁵⁸ الإمام مالك بن أنس⁵⁹، ولكن الإمام مالك رفض وقال لأبي جعفر "إن الناس قد

⁵³ هو عبد الله بن المقفع بن المبارك البغدادي الكاتب، أصله من الفرس مجوسي أسلم على يد عيسى بن علي عم السفاح، توفي قتيلاً بالبصرة سنة 142 ومن مؤلفاته: الدرّة البيّمة والجوهرة الثمينة في الأدب .

ينظر: اسماعيل باشا البغدادي، هدية العارفين أسماء المؤلفين وأثار المصنفين ، دار احياء التراث العربي (بيروت) (1951)، ج1، ص 438.

⁵⁴ هو أبو جعفر عبد الله بن محمد بن علي الهاشمي العباسي المنصور، ولد سنة 95 ، وقد كان فحل بني العباس هيبية وشجاعة، توفي في ذي الحجة سنة 158.

أنظر: الذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء ، مرجع سابق، ج1 ، ص 249-250.

⁵⁵ ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية ، مرجع سابق، ص 41.

⁵⁶ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، مرجع سابق، ص 373.

⁵⁷ عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي ، ص 190.

سبقت لهم أقاويل ، وسمع وأحاديث، ورووا روايات ، وأخذ كل قوم بما سيق لهم وعملوا به ودانوا من اختلاف أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم وغيرهم، وإن ردهم عما اعتقدوه شديد، فدع الناس و ما هم عليه، وما اختار أهل بلد لأنفسهم⁶⁰.

ثم دعا إليه الخليفة المهدي⁶¹ فامتنع أيضا الإمام مالك بن أنس ودعا إليه هارون الرشيد⁶² كذلك فامتنع أيضا الامام مالك بن أنس ولم يعرف للإمام مالك منازع من العلماء⁶³.

قال الشوكاني:"وقد تواترت الرواية عن الإمام مالك ، أن الرشيد قال له: أنه يريد أن يحمل الناس على مذهبه، فنهاه عن ذلك، وهذا موجود في كل كتاب فيه ترجمة للإمام مالك بن أنس ولا يخلوا من ذلك إلا نادر⁶⁴.

ومنه فإن فكرة ابن المقفع في التقنين قد وجدت قبولا عند الخليفة بما يتفق والسياسة الشرعية المبنية على المصلحة ، كما وأن رفض مالك للفكرة كان مبنيا أيضا على مصلحة فقهية وهي خشيته أن يقلده الناس الأمر الذي يلزمه⁶⁵.

⁵⁸ عبد الرحمان بن سعد بن علي الشثري، حكم تقنين الشريعة ، دار الصمعي (الرياض)، ط1 (1428هـ-2007م) ص18.

⁵⁹ هو شيخ الإسلام ، حجة الأمة ، إمام دار الهجرة ، أبو عبد الله مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن غيمان بن خثيل بن عمرو بن الحارث ، ولد سنة 93، وهو صاحب الموطأ وتوفي سنة 179 ودفن بالبييع. ينظر: الإمام الذهبي ، تهذيب سير أعلام النبلاء، ج1، ص 278.

⁶⁰ عامر بن عيسى اللهبو، حركة تقنين الفقه الاسلامي ، ص 03.

⁶¹ هو الخليفة أبو عبد الله محمد بن المنصور أبي جعفر بن عبد الله بن محمد بن علي ، الهاشمي العباسي ولد بإبيلج من أرض فارس سنة 127، وتوفي بما سبذان في محرم سنة 169.

أنظر: الإمام الذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء، ج1، ص 271.

⁶² هو الخليفة أبو جعفر هارون بن المهدي محمد بن المنصور أبي جعفر بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس الهاشمي العباسي، ولد بالري سنة 148 وتوفي في رمضان سنة 254.

ينظر : المرجع السابق، ج1، ص324.

⁶³ عبد الرحمان بن سعد الشثري، حكم تقنين الشريعة ، مرجع سابق، ص18.

⁶⁴ محمد بن علي الشوكاني، القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد ، تحقيق أبي مصعب بن محمد بن سعيد ، دار الكتاب (القاهرة)،(د، ط)، ص 38.

⁶⁵ رمضان علي السائد الشرنباصي ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي تطوره مدارسه ، مصادره،قواعده، نظرياته، مطبعة الأمانة ، ط2 (1403هـ) ، ص274.

وقد ناصر العباسيون مذهب أبي حنيفة فأصبح أتباعه مكانه كثيرة في دولتهم وتولوا القضاء والإفتاء.

وفي الدولة العثمانية ظهر تقنين الأحكام الشرعية لما أحست بخطر القوانين الوضعية الذي يهددهم في عرضه الجذاب وتنسيقه المحكم ، فشكلت لجنة من فقهاء البارزين، وعهدت إليهم بتنظيم أحكام العلاقات المدنية في الفقه الإسلامي، على المذهب الحنفي، واستمر عمل هذه اللجنة سبع سنوات، حيث صدر هذا التنظيم باسم مجلة الأحكام العدلية سنة 1293⁶⁶، وهي أهم قانون موضوعي، وأول تقنين وتنظيم للأحكام الشرعية، وهي قانون للمعاملات المالية والمدنية مستمدة من المذهب الحنفي، والسبب في وضعها أنه لما تأسست المحاكم النظامية في الدولة العثمانية وعين فيها قضاة حقوقيون غير شرعيين، وصاروا اختصاصهم النظر في بعض المعاملات التي ترجع إلى المحاكم الشرعية والقاضي الشرعي فدعت الحاجة إلى مساعدة قضاة المحاكم النظامية لتيسير مراجعة الأحكام الفقهية لهم، وإرشادهم إلى القول المعتمد والمعمول به في المذهب، فصدرت إرادة سلطانية بتأليف لجنة لتدوين الأحكام الشرعية التي تدور كثيرا في المحاكم ووضعت هذه اللجنة سنة 1286هـ - 1869م مجموعة أحكام في المعاملات ، ملتزمة بالقول الراجح في المذهب الحنفي الذي تعتمده الدولة، مع بعض الأقوال المرجوحة في المذهب للمصلحة وتغير الزمن، ورتبت اللجنة هذه الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة على طريقة القوانين الأجنبية المستوردة ليسهل الرجوع إليها، وجاءت في 1854مادة⁶⁷، موزعة على 16 كتابا كل كتاب منها ينقسم إلى أبواب، وكل باب إلى فصول، وكل فصل ينطوي على مواد تتسلسل أرقامها من أول المجلة إلى آخرها، اتباعا للنمط الحديث في التقنين، ولم تتعرض لمسائل العبادات.

أما الكتب التي تتوزع ما بينها مواد المجلة فهي:

1/ البيوع	9/ الشركات
2/ الاجارات	10/ الوكالة
3/ الكفالة	11/ الصلح والابراء

⁶⁶ مناع القطان ، تاريخ التشريع الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 403.

⁶⁷ محمد الزحيلي ، تاريخ القضاء في الإسلام ، دار الفكر المعاصر (بيروت) ، ط1 (1415هـ-1995م) ، ص 453.

4/الحوالة	12/الاقرار
5/الرهن	13/الدعوى
6/الأمانات	14/البيانات والتحليف
7/الهيئة	15/القضاء ⁶⁸ .
8/الحجر والاكراه والشفعة	

ولم يقتصر الأمر في التقنين على ما تناولته المجلة، بل تعداه إلى غيرها من الدول الإسلامية وعلى رأسها دولة مصر. حيث أن الخديوي إسماعيل اتجه إلى الأخذ بقانون نابليون بدعوى أن كتب الفقه الإسلامي لا يمكن التقنين منها، فأحدث ذلك ضجة في الرأي العام، فانبرى العلامة قدرى باشا لدحض هذه الفرية فألف كتابه المشهور "مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان" في المعاملات مأخوذاً من المذهب الحنفي مسترشداً بمجلة الأحكام أو يشمل على 941 مادة، وطبع سنة 1890 ثم ألف كتابه "قانون العدل والإنصاف في مشكلات الأوقاف" ثم أتبعه بتأليف كتاب ثالث على هذا المنهج، خاصة بالأحوال الشخصية⁶⁹، ثم بدأت التأليفات في تقنين التشريع تترى في القرن الثاني من القرن العشرين ومن أهمها: إنشاء مجمع فقهي: تحقيقاً للهدف العام الذي يشعر المسلمون بالحاجة إليه في تجديد الفقه الإسلامي وتطوره، وحتى يكون هذا المجمع وسيلة للاستشارة برأي الجماعة في الاستنباط بما يغني عن الاجتهاد الفردي.

مجمع البحوث الإسلامية : وفي الأزهر أنشئ مجمع البحوث الإسلامية بمقتضى القانون 103 لسنة 1961م الخاص بتطوير الأزهر. برئاسة شيخ الأزهر. ومسؤولية أمين عام وضم عدة لجان: لجنة القرآن والسنة، لجنة البحوث الفقهية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، لجنة الدراسات الاجتماعية. وتقوم لجنة البحوث الفقهية بتقنين الشريعة الإسلامية على المذاهب المختلفة.

⁶⁸ عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 193-194.

⁶⁹ ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، مرجع سابق، ص 30.

موسوعة الفقه الإسلامي : وأمام هذا الرصيد الضخم من الفقه الإسلامي في المذاهب الإسلامية المتناثرة في الكتب القديمة وإزاء التحديات المختلفة للإسلام، تجدد الشعور بالحاجة إلى موسوعة للفقه الإسلامي⁷⁰.

الموسوعات الفقهية: ولعل كلية الشريعة بجامعة دمشق كانت أسيف إلى هذا العمل من غيرها، فقد بدأت في عام 1956م محاولة لإصدار موسوعة للفقه الإسلامي، وبعد أن قامت الوحدة بين مصر وسوريا نشط العمل في الموسوعة، ولكن الانفصال أوقف العمل فيها في سوريا، واستمر العمل في مصر، حيث أصدرت لجنة الموسوعة التابعة للمجلس الأعلى للشؤون الإسلامية نحو ثلاثين جزءا ولكن هذه اللجنة تتعرض لمشكلات عديدة تحول دون قيامها بعملها كما ينبغي أن يكون، وكانت دولة الكويت قد فكرت في إصدار موسوعة فقهية، وعهد مصطفى الزرقا بالإشراف عليها، ولجمعية الدراسات الإسلامية بالقاهرة محاولة في إصدار موسوعة فقهية أشرف عليها الشيخ محمد أبو زهرة⁷¹.

مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل : من عمل الشيخ القاضي أحمد بن عبد الله القاري سنة 1359 وتعرض المجلة لواحد وعشرين كتابا، كل كتاب يندرج تحته عدد من الأبواب وتحت كل باب عدد من الفصول، وقد اعتمدت المجلة على المصادر الأساسية للفقه الحنبلي ومن أهمها:

1/المغني لموفق الدين أبي محمد بن قدامة.

2/الشرح الكبير لشمس الدين عبد الرحمان أبي الفرج بن قدامة.

3/الفروع لشمس الدين أبي عبد الله بن مفلح.

4/شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس الباهوتي.

5/القواعد للحافظ أبي فرج عبد الرحمان بن رجب⁷².

⁷⁰ مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي ، مرجع سابق ، ص405-406.

⁷¹ محمد الدسوقي وأمينة الجابر، مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي ، دار الثقافة (قطر)، ط (1420هـ-1999م)،

ص224.

⁷² عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص200.

- فتح أبواب الاجتهاد الجماعي: وينبغي أن نعلم أن هذه الجهود التي تبذل في موسوعات الفقه الإسلامية ويسد بعضها حيناً، ويتعثر أحياناً، قد تكون أدلة معينة لأمر أهم وأخطر، ذلك هو أمر الاجتهاد⁷³.

المبحث الثالث: حكم التقنين ومزاياه وعيوبه ودواعيه و ضوابطه.

سنتكلم فيه في المطلب الأول عن مشروعية التقنين ، وفي المطلب الثاني سنتكلم عن مزايا وعيوب التقنين والدواعي التي أدت إليه، وفي المطلب الثالث سنتكلم عن ضوابط التقنين.

المطلب الأول: مشروعية التقنين.

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم تقنين الأحكام الشرعية على ثلاثة أقوال⁷⁴:

القول الأول: الجواز وبه قال أكثر الفقهاء المعاصرين، ومنهم الشيخ عبد الوهاب خلاف والشيخ محمد بن الحسن الحجوي الفاسي ، والشيخ أحمد شاکر والشيخ علي الخفيف والشيخ أبو الأعلى المودودي، كما ذهب إليه طائفة من هيئة كبار العلماء في المملكة كالشيخ صالح بن غسون وغيره، وممن ذهب إلى الجواز أيضاً الدكتور محمد مصطفى شلبي، والدكتور زكي عبد البر وغيرهم.

القول الثاني: الوجوب وذهب إليه جملة من الفقهاء والباحثين المعاصرين ومنهم الشيخ محمد أبو زهرة، والشيخ مصطفى الزرقا، والدكتور محمد عبد الجواد وغيرهم.

القول الثالث: المنع وإليه ذهب هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في قرارها الذي صدر بالأكثرية مانعاً من التقنين سنة " 1393"، كما ذهب إلى المنع أيضاً الشيخ عبد الله البسام، والشيخ بكر أبو زيد وغيرهما.

⁷³ مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي ، مرجع سابق، ص422.

⁷⁴ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، مرجع سابق، ص435-436-437-438.

الفرع الأول: المانعين للتقنين.

استدلوا بهذا القول من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول⁷⁵

أولاً: من القرآن الكريم:

1/ قوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءَكَ فَاحِكْمَ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾⁷⁶

وجه الاستدلال: والقسط، العدل فإن كان القول الملزم به قد ظهر للقاضي من وجوه الأدلة الشرعية أن الصحيح مقابل ذلك القول الملزم به صار القسط والعدل أن يحكم وفق معتقده لا بما ألزم به⁷⁷.

قال الشافعي رحمه الله: "فأعلم الله نبيه صلى الله عليه وسلم أن فرضاً عليه وعلى من قبله والناس إذا حكموا أن يحكموا بالعدل، والعدل إتباع حكمه المنزل".

يمكن أن يناقش هذا بأن هذا الاحتمال وإن كان متصوراً نظرياً إلا أنه يبعد حصوله في الواقع، ذلك لأن التقنين المقترح يكون خلاصة لاجتهاد نخبة من الفقهاء، ومن المستبعد أن يخطئ هؤلاء جميعاً ويصيب ذلك، حتى ولو وقع هذا فمن الواجب أن يؤخذ برأيه في التقنين، لكن الأمر لا يترك سائياً ليحكم كل واحد بحسب ما يظهر له وإن كان على خطأ يظنه هو صواباً⁷⁸.

⁷⁵ عامر بن عيسى اللهو، حركة تقنين الفقه الإسلامي، ص 09.

⁷⁶ سورة المائدة الآية 42.

⁷⁷ بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، مرجع سابق، ج1، ص 57.

⁷⁸ ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، مرجع سابق، ص 116.

2/ وقوله تعالى

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اطِيعُوا اللَّهَ وَاطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ

فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾⁷⁹

وجه الاستدلال: فأمر تعالى بطاعته وطاعة رسوله، وأعاد الفعل إعلاماً بأن طاعة الرسول تجب استقلالاً من غير عرض ما أمر به على الكتاب، بل إذا أمر وجبت طاعته مطلقاً⁸⁰. ويأمر سبحانه بطاعة أولي الأمر عطفاً على طاعة الله والرسول صلى الله عليه وسلم من غير أن يعيد العامل، لأن أولي الأمر إنما تجب طاعتهم فيما هو طاعة الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم.

وأما ما كان معصية لله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم فلا تجوز طاعة أحد من الناس فيه كائناً من كان⁸¹.

لقوله صلى الله عليه وسلم: "السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"⁸².

ثم أمرنا الله سبحانه أن نرد ما تنازعنا فيه إلى الله والرسول فقال: "فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول"، والرد إلى الله هو الرد إلى كتابه الكريم، والرد إلى الرسول هو الرد إليه في حياته صلى الله عليه وسلم وإلى سنته بعد وفاته⁸³.

⁷⁹ سورة النساء الآية 59.

⁸⁰ بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، مرجع سابق، ج1، ص60.

⁸¹ عبد الرحمان بن سعد الشثري، تقنين الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه، دار التوحيد، (الرياض)، (د، ط)، ص18.

⁸² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام باب السمع والطاعة للامام ما لم تكن معصية، ج4، ص329، رقم الحديث: 7144.

⁸³ عبد الرحمان بن سعد الشثري، تقنين الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه، مرجع سابق، ص18.

3/ وَقَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي

أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾ 84

وجه الاستدلال : ولم يقل حتى يحكموا فلانا وفلانا فيما شج بينهم ولا قال : حرجا مما قال فلان وفلان .

فالحكم بين الله عز وجل وبين خلقه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط .

فلا يجب لمن أشعر الإيمان قلبه أن يقصر في حفظ السنن بما قدر عليه حتى يكون رجوعه عند التنازع إلى قول لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى صلى الله عليه وسلم 85

4/ وَقَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرْتِكَ اللَّهُ وَلَا تَكُن

لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ﴿١٠٥﴾ 86

فإن كان الرسول صلى الله عليه وسلم لا يحكم بما رآه، فكيف يلزم القاضي أن يحكم بما رآه المقنونون دون النظر إلى ما يوافق الدليل 87

5/ وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ

وَمَنْ يَعِصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا ﴿٣٦﴾ 88

قال الامام ابن القيم رحمه الله: "فقطع سبحانه وتعالى التخيير بعد أمره وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم، فليس لمؤمن أن يختار شيئاً بعد أمره صلى الله عليه وسلم ، بل إذا أمر فأمره حتم ، وإنما الخيرة في قول غيره إذا خفي أمره صلى الله عليه وسلم ، وكان ذلك الغير من أهل العلم به وبسننه ، فبهذه الشروط يكون قول غيره سائغ الاتباع ، لا واجب الاتباع فلا يجب على أحد اتباع قول سواه صلى الله عليه وسلم" 89

84 سورة النساء الآية 65.

85 بكر بن عبد الله أبو زيد ، فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 59.

86 سورة النساء الآية 105.

87 عبد الرحمان بن سعد الشثري ، تفتين الأحكام الشرعية ، مرجع سابق ، ص 20.

88 سورة الأحزاب الآية 36.

89 ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة، ط7

(1415هـ) ، ص 38

ثانياً: من السنة النبوية

وقد استدلووا من السنة النبوية على تحريم التقنين بما يلي:

1/ ما رواه الأربعة والحاكم من حديث بريدة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "القضاة ثلاثة: إثنان في النار، وواحد في الجنة وفيه: رجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار"⁹⁰

وجه الاستدلال: فيه بيان للوعيد للقاضي الذي حكم على خلاف ما يعتقد حقا لأنه عمل محرم ولا خلاف في تحريمه عند أهل العلم⁹¹

نوقش هذا من قبل المخالفين بأن يقولوا: إننا لا نماري فيما قاله الصادق المصدوق صلوات ربنا وسلامه عليه لكننا نعتقد أن الحديث، وكما هو ظاهر من منطوقه وعيد للقاضي الجائر المتعدي الذي لا يحكم بالحق، ونحن لم نطالب بالتقنين إلا للتصدي لمثل هذا القاضي.

وإذا أسقطنا عجز الحديث: "وجار في الحكم" لتوجه الوعيد إلى القاضي المجتهد لأنه هو الذي يستبان له الحق باجتهاده دون المقلد، أضف إلى ذلك أن القاضي حتى ولو كان مجتهدا يعتقد في مسائل الخلاف أن قوله صواب، وبذا فهو لا يعتقد جازما بدون احتمال أن قوله هو مقصود المعصوم⁹².

2/ حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"⁹³.

وجه الاستدلال: قال الإمام النووي رحمه الله: "قال العلماء أجمع المسلمون على أن هذا الحديث في حاكم عالم أهل للحكم فإن أصاب فله أجر باجتهاده وأجر بإصابته، وإن أخطأ فله أجر باجتهاده".

⁹⁰ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب الأفضية، باب القاضي يخطيء، ج 4، ص 8، رقم الحديث: 3573.

⁹¹ عامر بن عيسى اللهو، حركة تقنين الفقه الإسلامي، ص 10.

⁹² ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، مرجع سابق، ص 118.

⁹³ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ج 4، ص 372،

رقم الحديث: 7352.

3/ عن عدي بن حاتم رضي الله عنه: أثبت النبي صلى الله عليه وسلم وفي عنقي صليب من ذهب فقال صلى الله عليه وسلم: "يا عدي اطح عنك هذا الوثن، وسمعه يقرأ في سورة براءة" اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله"، أما إنهم لم يكونوا يعبدونهم، ولكنهم كانوا إذا أحلوا لهم شيئاً استحلوه وإذا حرموا عليهم شيئاً حرموه"⁹⁴.

فإذا حكم القاضي بالتقنين وهو يرى خلاف الحق كان له نصيب من هذا الحديث.

ثالثاً: من الإجماع

استدلوا من الإجماع على تحريم التقنين حيث أنهم قالوا أن الإجماع محكي عن المنع من إلزام القاضي، وهذا القول لم يكن معهوداً في الصدر الأول ولا في القرون المفضلة، بل إن فكرة التقنين مرفوضة عند السلف.

نوقش أما أنه ليس موجوداً في الصدر الأول فلأن قضاة كانوا مجتهدين وثقة الناس بأحكامهم مرفوضة"⁹⁵.

رابعاً: من المعقول

1/ أن التقنين مهما بلغ واضعوه من العلم فلا بد أن يقع فيه الخطأ فلا معصوم سوى الأنبياء، وما كان كذلك لم يجز الإلزام به"⁹⁶.

فالإلزام به إلزام بما يعتقد أنه بمجموعه ليس صواباً، بل لا بد فيه من وقوع الخطأ.

ويناقش هذا بأن الخلاف محتمل في الصورتين اجتهد بنفسه أو تقيد بقول معين والعبرة في الأحكام بالظن الغالب"⁹⁷

⁹⁴ أخرجه الترمذي في صحيحه، كتاب أبواب في تفسير القرآن، باب ومن سورة التوبة، ج5، ص 173 رقم الحديث: 3095.

⁹⁵ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص 447.

⁹⁶ بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، مرجع سابق، ج1، ص 79.

⁹⁷ ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، مرجع سابق، ص 122.

2/ أن إلزام القضاة أن يحكموا بما أختير لهم مما يسمى بالقول الراجح عند من إختاره مخالف لما جرى عليه العمل في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وخلفائه الراشدين ومن بعدهم السلف الصالح، ويسبب التحول عن سبيلهم⁹⁸

3/ أن تقنين أحكام الشريعة وفق متطلبات كل عصر يجعل لكل عصر شريعته ، في حين أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان دون تغيير⁹⁹.

4/ أن رجوع القاضي إلى المواد المقننة يخالف قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾¹⁰⁰

فالرجوع يجب أن يكون إلى نصوص الكتاب والسنة وليس إلى النصوص المقننة وقد رد المؤيدون للتقنين على هذه الشبهة بأن المواد المقننة مصدرها القرآن والسنة النبوية الشريفة، والرأي الاجتهادي الراجح في المذهب أو في مجموع المذاهب الفقهية المشهورة، لذلك فالرجوع إلى التقنين هو رجوع إلى القرآن والسنة والأدلة الشرعية المعتمدة ، لكن بعد صياغة ما ورد فيه من أحكام صياغة قانونية عصرية ليس إلا...¹⁰¹

5/ التقنين خلاف ما عليه هدي القرون المفضلة، فلم يثبت عن الصحابة أو التابعين أو تابعيهم إلزام واحد منهم لآخر بقوله، بل الثابت عنهم خلاف ذلك.

⁹⁸ عامر بن عيسى اللهو، حركة تقنين الفقه الإسلامي ، ص10.

⁹⁹ محمد تهامي دكير، إمكانية تبديل الشريعة إلى قانون الأهمية ، الواقع ، النتائج ، ص221.

¹⁰⁰ سورة النساء الآية59.

¹⁰¹ محمد تهامي، إمكانية تبديل الشريعة إلى قانون الأهمية ، الواقع ، النتائج ، ص224.

وقد اعترض المجيزون للتقنين على هذا الاستدلال أنهم قالوا أن عدم وجود فكرة للتقنين عند السلف الصالح لا يعني منها على الخلف، فرمما أن دواعي التقنين لم تكن موجودة في عصر السلف¹⁰².

6/ أن التقنين يحجر الاجتهاد، فلا سبيل أمام القاضي إلا تطبيق التقنين بدلا من الاجتهاد لمعرفة الحكم الشرعي في القضية أو الواقعة، كما أنه سبيل إلى هجر الفقه الشرعي وعدم الرجوع إليه، وهذا يؤدي إلى القضاء على التراث الفقهي الإسلامي نهائيا، إذ أن اهتمام القضاة والباحثين وغيرهم سوف يقصر على التقنين¹⁰³

الفرع الثاني: المجيزين للتقنين.

استدل القائلون بالجواز بالأدلة التالية:

1/ مجموع النصوص التي تأمر بطاعة ولاة الأمور فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة، والتقنين مصلحة ظاهرة يرجى منها إقامة العدل، وتوضع أحكامه بناء على قوة الحجة، ورعاية المصلحة، وما كان كذلك فهو لازم لمن أمر به، لاسيما وأن جماهير الفقهاء قد ذهبوا إلى أن القاضي نائب عن الإمام في إقامة الأحكام¹⁰⁴.

كما أنهم قالوا أن ولي الأمر إذا أمر بما ليس فيه معصية، ولا يتعارض مع أحكام الشريعة وجبت طاعته مصداقا لقوله تعالى :

¹⁰² عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، جامعة صنعاء (اليمن) ص22-23.

¹⁰³ عبد الرحمان بن سعد بن علي الشثري، تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم، دار الفضيلة (الرياض)، ط1 (1426)، ص 26-27.

¹⁰⁴ ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، مرجع سابق، ص07.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾¹⁰⁵ ، كما أن الإلزام بالتقنين ليس فيه معصية ولا يتعارض مع الشريعة¹⁰⁶.

نوقش: من المسلم به أن طاعة ولاية الأمور إنما تكون في الطاعة، أما التقنين فليس من الطاعة¹⁰⁷. وطاعة أولي الأمر إنما تكون في طاعة الله ورسوله صلى الله عليه وسلم¹⁰⁸.

2/ أن مما يسوغ لولاية الأمور أن يعملوا بالتقنين ، بناء على ما قرره الفقهاء من العمل بمقتضى السياسة الشرعية وفق مقتضيات المصلحة المحققة التي لا تنافي قواعد الشرع¹⁰⁹.

كما أن ترك القوانين يؤدي إلى الضرر، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج، وأن المصلحة المرسله قال بها الإمام مالك وجمع من العلماء ، وهي المصلحة التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بالغائها وهذه القوانين مصالح مرسله في أقل مراتبها¹¹⁰.

3/ قالوا لو تصفحنا سير الصحابة والتابعين من بعدهم من خيار الأمة لوجدنا أن هناك حالات ألزم فيها الخلفاء ولاتهم باجتهاداتهم في المسائل المجتهد فيها، والتزم الولاية والقضاة بما ألزموا به ، وتركوا اجتهاداتهم الخاصة¹¹¹.

ولعل أوضح مثال لذلك جمع عثمان رضي الله عنه الناس على مصحف واحد، وقراءة واحدة، وأحرق ما عداه من المصاحف، وفيها القراءات الشاذة والمتواترة وذلك سدا منه لباب الخلاف¹¹².

نوقش: أما أن عثمان رضي الله عنه جمع الناس على قراءة واحدة وأحرق ما سواها، فلا بد أولا من تصحيح الدليل ثم يكون الدفع، فمن المعلوم أن القرآن كان مكتوبا على عهد رسول

¹⁰⁵ سورة النساء الآية 59.

¹⁰⁶ بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل ، مرجع سابق، ج1، ص29.

¹⁰⁷ هيثم بن فهد بن عبد الله الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، مرجع سابق، ص441.

¹⁰⁸ عامر بن عيسى اللهو، حركة تقنين الفقه الإسلامي ، ص08.

¹⁰⁹ هيثم بن فهد بن عبد الرحمن الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، ص441.

¹¹⁰ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، الذخيرة ، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي(بيروت) ط1، (1994م)،

ج08، ص455.

¹¹¹ ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية ، مرجع سابق، ص109.

¹¹² بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل ، مرجع سابق، ج1، ص29.

الله صلى الله عليه وسلم لكنه كان مفرقا، ثم إن أبا بكر رضي الله عنه جمعه في صحف، ثم جاء عثمان فجمع الناس على حرف واحد، لا قراءة واحدة¹¹³.

4/ أن التقنين يسهل عملية الرجوع إلى الأحكام الفقهية في القضايا المقننة، والمعلوم أن الرجوع إلى أمهات الكتب الفقهية فيه ما فيه من الصعوبة، وخصوصا بالنسبة للقضاة الشرعيين اليوم¹¹⁴.

5/ أن التقنين تترتب عليه مصالح كثيرة عظيمة النفع الخاص والعام، وفيها تحقيق للعدل الذي جاءت به الشريعة مما لا ينبغي تفويته فمن ذلك ما يأتي:¹¹⁵

- بالتقنين الملزم به تكون الأحكام الواجبة التطبيق محددة مبينة معروفة للقاضي والمتقاضي، وذلك أدعى إلى تحقيق العدالة والتيسير على الناس، وأكفل لتحقيق المساواة بينهم، وطمأنة نفوسهم بالنسبة للقضاة.

- أن عدم التدوين كان سببا لتهرب بعض المدعين من المحاكم الشرعية إلى محاكم فرنسا، وأن أولئك المدعين قالوا "إن العدل غير مضمون في تحكيم الشريعة الإسلامية"¹¹⁶

- أن التقنين من شأنه أن يقضي على الخلاف ويوحد الأحكام ويزيل التناقض الذي يجري في أحكام القضاة عند عدم الإلزام، فيقضي قاض بما يحكم آخر بنقيضه بما لا يتناسب مع ما جاءت به الشريعة من التسوية بين المتماثلات.

نوقش: التقنين لا يقضي على الخلاف، بل قضاة التقنين يختلفون جدا في مداركهم وفهمهم، وظروف القضايا تختلف¹¹⁷.

6/ إن الناظر في كتب الفقه يجد كثيرا من الوجوه التي يمكن أن تكون سدا لحق ولي الأمر في تقنين الأحكام منها مثلا: الحدود، التعزيرات، والجرائم عموما فإن طبيعتها في الأصل من حق الإمام أو من يقوم مقامه، وله أن يقرر من يراه في ذلك¹¹⁸

¹¹³ عامر بن عيسى اللهو، حركة تقنين الفقه الإسلامي، ص 08.

¹¹⁴ محمد التهامي دكير، إمكانية تبديل الشريعة إلى قانون الأهمية، الواقع، النتائج، ص 227.

¹¹⁵ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص 444.

¹¹⁶ بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 31.

¹¹⁷ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص 445.

7/ أن التقنين لا يخالف نصوص القرآن والسنة واجتهادات الأئمة والفقهاء ، وإنما هو صياغة لما ورد في هذه المصادر وصياغتها على شكل مواد مرتبة ومبوبة ومرقمة يسهل الاطلاع عليها والاستفادة منها والرجوع إليها¹¹⁹

8/ أن التقنين يكون باختيار جماعة من علماء العصر ولا إجماع ينعقد بقول الأكثر من أهل العصر في قول الجمهور ولذلك ينبغي الإلزام به¹²⁰

9/ أغلبية القضاة في الوقت الحاضر مقلدون ، والقضاة المجتهدون نادرين جداً ، ولذلك يتعذر على القضاة في الوقت الحاضر الاجتهاد لاستتباب الأحكام الشرعية من الأدلة وتطبيقها على الواقع والقضايا التي تعرض على القضاة للفصل فيها¹²¹ .

10/ أن ندرة وجود قاض بلغ الاجتهاد:

الجمهور على شرط توفر الاجتهاد فيمن يولى القضاة وذلك بأن يكون عارفاً بالأصول التي ترجع إليها الأحكام¹²² .

11/ أن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان .

فالتقنين يعتبر حجراً على الأحكام الاجتهادية فيمنع تغير الفتوى بتغير الزمان¹²³

أدلة القائلين بالوجوب:

استدل القائلون بالوجوب بنفس الأدلة التي استدل بها المجيزون ، غير أنهم قالوا أنه لا سبيل إلى تطبيق الشريعة في هذا الزمان إلا بتقنينها ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، فالتقنين إذا واجب¹²⁴ .

¹¹⁸ ناصر بن عبد الله الميمان ، النوازل التشريعية ، مرجع سابق ، ص 97 .

¹¹⁹ محمد التهامي دكير ، إمكانية تبديل الشريعة إلى قانون الأهمية ، الواقع ، النتائج ، ص 227 .

¹²⁰ بكر بن عبد الله أبو زيد ، فقه النوازل ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 30 .

¹²¹ عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ، ص 15 .

¹²² موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، تحقيق عبد الفتاح محمد الطلو وعبد الله

بن عبد المحن التركي ، دار عالم الكتب ، (الرياض) ، ط 1 (1406هـ - 1986م) ، ط 2 (1412هـ - 1992م) ، ط 3 (1417هـ

1997م) ، ج 14 ، ص 14 .

¹²³ عبد الرحمان بن سعد الشثري ، تقنين الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه ، مرجع سابق ، ص 51 .

وأن الوسائل تأخذ حكم المقاصد حلا وحرمة، فلا سبيل إلى تطبيق الشريعة وإقامة العدل إلا به، فالتقنين واجب، لأن التقصير فيه سيؤدي إلى العمل بالقانون الوضعي¹²⁵.

الفرع الثالث: الترجيح بين أقوال الفقهاء.

بعد ما سبق من عرض المسألة، وما فيها من أقوال وأدلة ومناقشات يظهر والله أعلم أن التقنين جائز من حيث النظر الإجمالي وأنه وسيلة صحيحة للحكم بين الناس بالعدل والحق، إن كان صادرا وفق أصول صحيحة واجتهادات منضبطة، فالحق لا يتعين في قول أحد من مجتهدي أو غيره¹²⁶.

وسبب الترجيح هذا يعود إلى عدة أسباب:

1/ إن ما استدل به المانعون من آيات قرآنية هي أدلة عامة، وفيها إلزام للخصم بما لم يلتزم به ولا يلزمه، كما أن أكثر ما استدلوا به هو خارج إطار المسألة ومحل نزاعها.

2/ كما أنهم لم يفرقوا بين تقليد قول واحد أو مذهب، وبين التقنين، لكن الواقع أن هناك فرقا بين الأمرين، فالتقنين المنشود في هذا العصر ليس هو تقليدا لمذهب أو رأي معين، كما أنه ليس اجتهادا فرديا، ولا هو محصور في نطاق مذهب بعينه¹²⁷.

3/ أن النظر لمسألة التقنين باعتبار مآلها يؤيد القول بمشروعية التقنين دون الحاجة إلى إطلاق القول بالوجوب أو إطلاق القول بالتحريم.

4/ إن أكثر الاعتراضات على التقنين هي اعتراضات منهجية لا ترقى لأن تكون أدلة على تحريم التقنين، وهي إما اعتراضات احتمالية لا يوجد ما يثبتها أو اعتراضات سابقة لأوانها مبنية على توقعات، ذلك أن الراجح جواز الإلزام.

5/ يسود الاعتقاد لدى البعض بأن التقنين هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية وأنه يغطي كل المسائل ويطرح حلول لكل المشاكل مما يستتبع أن يكون تفسيرهم للنصوص تفسيرا

¹²⁴ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص443.

¹²⁵ رافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، تاريخه، فقهه، ضوابطه، مرجع سابق، ص240.

¹²⁶ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص453.

¹²⁷ ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، مرجع سابق، ص128.

لفظيا، وأن تكون مهمتهم هي الكشف عن نية واضعه ، كل ذلك قد يؤدي لجمود القانون وعدم مسابرتة لتطور الحياة وتجدد متطلباتها¹²⁸.

¹²⁸ رافع لياث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي ، تاريخه ، فقهه ، ضوابطه ، ص262-264.

المطلب الثاني: مزايا التقنين وعيوبه والدواعي التي أدت إليه.

الفرع الأول: مزايا التقنين.

هناك مبررات ومزايا تدعو إلى التقنين ومن أهمها ما يلي:

1/ أن التقنين يسهل للأفراد والقضاة التعرف على حكم القانون وتطبيقه، إذ يجمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون في مجموعة واحدة يسهل الرجوع إليها¹²⁹، ومعرفة حقوقهم وواجباتهم وعلى أي أساس بني الحكم.

كما أنه يسهل على القضاة والمحامين الرجوع إليها، فالإسلام دين يسر وسماحة والتقنين فيه تحقيق لهذا الهدف¹³⁰، وخصوصاً إذا كثرت القواعد القانونية سواء أكان مصدرها الأعراف والعادات أو كان مصدرها التشريع¹³¹.

2/ أنه بواسطة التقنين تباشر الدولة الإشراف على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على أكمل وجه، وذلك عن طريق اختيار الأحكام الملائمة منها وإلزام القضاة جميعاً بالسير على مقتضاها، وعدم الحكم بغيرها خاصة وأن الدولة عند وضعها للقوانين اعتمدت على مصادر الشريعة وأصولها.

كما أن تقنين الأحكام الشرعية يدرأ استيراد القوانين الأجنبية لتنظيم شؤون الدولة، بحجة عدم وجود قانون إسلامي¹³².

فهو يؤدي إلى توحيد القانون داخل الدولة الواحدة¹³³.

3/ التقنين وسيلة فعالة لتوحيد سلوك الأمة على حكم واحد مختار من بين الآراء الراجحة في الفقه الإسلامي، فالمعلوم أن اختلاف الآراء الفقهية حول حكم الشريعة في مسألة معينة

¹²⁹ محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون في القانون الوضعي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر (1986)، ص 60.

¹³⁰ يحي محمد عوض الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 228-229.

¹³¹ محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، مرجع سابق، ص 21.

¹³² يحي محمد عوض الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 229.

¹³³ محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، مرجع سابق، ص 60.

يجعل هذا الحكم غير محدد، واختيار أحد هذه الآراء على أساس تحقيق مصلحة راجحة تتناسب مع مقتضيات العصر.

4/ حماية القضاة من التأثيرات الشخصية التي قد يتعرضون لها إذا ترك الأمر لتقديرهم لاختيار وترجيح الحكم لتلك النازلة المعروضة عليهم، وهذا يشكل مصدر خطر على العدالة فيما لو ترك الأمر لحرية القاضي وأطلقت يده دون قيد أو قانون تبنى الأحكام على أساسه.

5/ التقنين وسيلة لالزام الناس بالعمل بالشريعة الإسلامية¹³⁴.

6/ إلقاء الضوء على الخطوة التالية لتطور القانون، إذ أنه بتسجيله المرحلة التي وصل إليها القانون وقت التقنين يبين خطة السير في المرحلة القابلة وبذا يسير القانون في المستقبل على هدى الماضي فيكون متصل الحلقات واصلا المستقبل بالحاضر¹³⁵.

7/ التقنين يفيد في اقتباس القوانين الأجنبية، فالملاحظ أن كثيرا من الدول لجأت إلى الاستعارة من المجموعات القانونية الأجنبية¹³⁶.

الفرع الثاني: عيوب التقنين.

التقنين تترتب عليه جملة من المفاصد يمكن أن نجملها في النقاط التالية:

¹³⁴ يحي محمد عوض الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 229-230-

231.

¹³⁵ محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 25.

¹³⁶ محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، مرجع سابق، ص 60.

1/ أن التقنين يؤدي إلى ائكال الناس . وخاصة القضاة . على القانون المدون ¹³⁷ ، دون تجشم الرجوع إلى مصادر الفقه، والتتقيب فيها عن الحكم ودليله، ومرجحات الأخذ بهذا الرأي دون غيره، مما يوسع أفق القاضي، ويجعله على صلة دائمة بالفقه وأصوله ومصادره.

2/ يتأكد ضرر التقنين إذ لاحظنا أن التطبيق العملي لبعض القوانين قد يظهر قصورها عن الحاجة، أو عدم ملائمتها وقد تكون صالحة ثم تتغير الأوضاع وتتبدل الأحوال، فتفقد صلاحيتها، وتبقى جامدة ملزمة ¹³⁸.

3/ أن القول الذي يراه طائفة من العلماء المكلفين بعملية التقنين راجحاً، قد يكون هو القول المرجوح لدى غيرهم، واتفاق جميع فقهاء الأمة على قول بعينه أمر شبه متعذر.

4/ أن التقنين يصيب القانون بالجمود ¹³⁹، حيث أنه يلزم القاضي بالنقيد برأي واحد معين، وهو الذي يختاره واضعوا القانون . مع أن الفقه غني بالآراء والاجتهادات القيمة التي كان للقاضي أن يأخذ بما يراه أرجح منها وأليق بالحالة المعروضة عليه، فالتقنين هذا يجمد القاضي ويحبسه في قفص القانون ¹⁴⁰.

5/ أنه يجعل أحكام الفقه ضمن قوالب ثابتة لا تتحرك مع حركة المجتمعات، ولا تتغير مع تبدل البيئات والجماعات وهذا يسبب قصورها على تلبية الحاجات فهي قد تكون صالحة في وقت ما، ثم تتغير الأوضاع فتفقد صلاحيتها.

6/ إيقاف حركة الاجتهاد حيث أن تقنين أحكام الفقه يقطع الصلة بين الفقه وبين الاجتهاد، فالقاضي أو الفقيه لا يستطيع الاجتهاد في مورد النص ¹⁴¹.

7/ أنه يستعمل مصطلحات دون تعريفها أو تحديد لمعناها مثال ذلك: عبارات "الحق"، "الأحوال الشخصية" ¹⁴².

¹³⁷ ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، مرجع سابق، ص124.

¹³⁸ يوسف القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مكتبة وهبة (القاهرة)، ط2 (1419-1999م) ص59.

¹³⁹ محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ، المنهج والتطبيق)، مرجع سابق، ص26.

¹⁴⁰ يوسف القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مرجع سابق، ص58.

¹⁴¹ يحيى عوض محمد الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص218-219.

¹⁴² محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، مرجع سابق، ص60.

الفرع الثالث:دواعي التقنين.

كان لظهور التقنين وانتشاره دواعي وأسباب اقتضت عند أصحابها تدوين الأحكام القضائية على الهيئة التي اشتهرت في العصور الحديثة، ومن أبرز هذه الدواعي ما يلي:

1/في تقنين الأحكام الشرعية مناجاة من استيراد القوانين الوضعية التي كانت تهدد الديار الإسلامية بجاذبية عرضها، وحسن ترتيبها، ويسر الوصول إلى الأحكام فيها، فظهرت جملة

من التقنيات الشرعية في عدد من البلاد الإسلامية، من أجل سد ذريعة استجلاب هذه القوانين من قبل السلطات الحاكمة بدعوى مساس الحاجة إليها¹⁴³.

2/ صعوبة الرجوع إلى المدونات الفقهية المطولة، على ما فيها من صعوبة في البحث عن المسألة، وما تتضمنه من اصطلاحات خاصة واختلافات وتقريرات من شأنها تطويل مدة البحث في الحكم، مع ما تتطلبه طبيعة المحاكمات من سرعة وتنجيز فصل القضاء.

3/ الحاجة إلى استقرار النظام القضائي باستقرار الأحكام وتوثيقها وصدورها عن لجان علمية مؤهلة، مما يطمئن المترافعين والمحامين على حد سواء، وتتجوا المحاكم بذلك من الارتباك والاختلاف الناشئين عن اختلاف القضاة في القضية ذات الوجه الواحد.

4/ في تقنين الأحكام حماية لهيئة القضاء من الانتقاص وإبعاد للشكوك عنه، لأنه يطبق نصوصا محددة ليس له سلطة تقديرية في اختيارها، وفي ذلك حفظ لسمعة القضاة من أن تمس بسوء، وحراسة لأحكامهم من التأثيرات الشخصية في التقدير والاختيار.

6/ عندما تستمد التقنيات من أحكام الشريعة فإننا نضع بذلك مرجعا يمكن الاستفادة منه من قبل من تعرض له الحاجة إليها من دول أو هيئات مختلفة، لاسيما في البلدان التي لا يتصور تطلب الاجتهاد في قضاتها لعسر ذلك، كالبلاد التي طال فيها لبث المستعمر، أو البلاد التي يكاد يطبق الجهل على أبنائها، فأمثل الحلول بالنسبة لأولئك أن يفيدوا من هذه القوانين الإسلامية¹⁴⁴.

¹⁴³ ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، مرجع سابق، ص34.

¹⁴⁴ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص370-

المطلب الثالث: ضوابط التقنين.

الفرع الأول: الضوابط العامة.

توجد الكثير من الضوابط العامة للتقنين نذكر منها مايلي:

1/عدم مخالفة أحكام الشريعة: وذلك أن السياسة العادلة لا يمكن أن تخالف ما نزل به الشرع، والملاحظ أن هذا الرأي فيه ما فيه من درء المفساد وجلب الصلاح والاقتراب منه، كما أن فيه مصلحة حقيقية وعامة، ولا يتحقق صلاح الناس إلا بتقنين مستمد من الشريعة وأحكامها الفقهية، ومبادئها العامة.

فيجب التقيد بما ورد في الشرع من أحكام وأن لا يحتوي التقنين على أي مواد تعارض الشرع ونصوصه، وبذلك يجب أن لا يخرج التقنين عن الأصل الفقهي القويم.

2/مراعاة المقاصد الشرعية: فيجب مراعاة مقاصد الشرع الحنيف في التقنين، ذلك أن المقاصد الشرعية لها دور كبير في توجيه أحكام المعاملات المالية بالنسبة للأفراد والهيئات الخاصة، فإنها تسهم بشكل مباشر في توجيه وضبط اتجاهات ومقررات الفكر الاقتصادي الإسلامي.

فيجب على التقنين أن يراعي سلم المقاصد والأولويات الشرعية، فالضروريات ثم الحاجيات ثم التحسينيات، فالمقصد العام من التشريع حفظ النظام العام للأمة واستدامة صلاحها، ومن ضروريات الشريعة حفظ المال بحفظ أموال الأمة من الخروج إلى أيدي غيرها بدون عوض.

3/العناية بالأحكام ذات الخصوصية في الفقه الإسلامي: ابراز التقنين للأحكام التي لها طابع خاص في الفقه كأحكام الوقف والأراضي الزراعية وهلاك الزرع، والمريض مرض الموت والخيارات، وتبعية الهلاك والأحكام الخاصة بملكية الأسرة، وملكية الطبقات المجردة كما في القانون الأردني مثلاً.

4/التزام النزعة المادية الموضوعية التي تراعي الإرادة الظاهرة في العقد: وضع مقاييس مادية تهتم بالعرف مع عدم إغفال النزعة الشخصية اعتماداً على قاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، وقاعدة"الأمر بمقاصدها"، فتكون ذات طابع موضوعي معتمدة على فقه الواقع ومن ثم تعنى بالإرادة الظاهرة وتراعي في نفس الوقت المعاني والمقاصد.

5/الالتزام بصياغات النصوص الفقهية: فلا يصح أن يقوم المقنن بنزع النص الفقهي من سياقه أو أن يخرج به عن موضوعه وهذا منهج تُلْفِيقي ضعيف ومرفوض، بل لا يجوز وليس بمنهج لتطوير التشريع أو صياغة التقنين.

6/تقديم المصالح العامة والجماعية على المصالح الخاصة الفردية: يجب أن يكون التقنين مبنياً على فهم النصوص في إطار المصالح الجماعية، فالشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد، ولذا أولى الفقهاء العلل والأسباب والمعاني والحكم والبواعث والمقاصد عناية بالغة لربط الاجتهاد بالمقاصد وتحقيقاً لذلك قيد الفقهاء الحقوق الفردية بالمصالح الجماعية المتعلقة بحياة المجتمع مع مراعاة النوازع الفطرية والتوفيق بين أحكام التقنين.

7/تكامل التقنين: لا بد أن يكون التقنين متكاملًا، فتقنين جزء وترك جزء لاجتهاد القاضي إنما يعكس خللا في البناء التشريعي، فالعمل التشريعي المحكم لا بد أن يكون متكاملًا ويسد هذا الفراغ.

العمل التشريعي هو فن وعلم، علم من حيث يقتضي إدراكا صحيحا للواقع واختيارا مناسبًا لتنظيم هذا الواقع، وهو فن من حيث إنه خطاب موجه للغير فيجب صياغته في قوالب من الألفاظ يفهمها الغير دون نقص يخل أو زيادة تشتت.

8/مراعاة الأعراف الجارية في العقود: فيجب مراعاة المألوف في التعامل والمتعارف عليه بين الناس في أحكام العقود على اختلافها وبشروطه الشرعية، إلا أن اعتماد التقنين على منهجية تخصيص القضاء بالزمان والمكان والظروف وتغيير الأعراف من لوازم منهجية التقنين¹⁴⁵.

الفرع الثاني: الضوابط الخاصة: وتنقسم إلى ضوابط موضوعية وأخرى شكلية.

أولاً: الضوابط الموضوعية.

1/نطاق التقنين: فرق الفقه الإسلامي بين نوعين من المسائل أحدهما الواجبة ديانة والأخرى الواجبة قضاء، فالأولى هي التي تبقى بين العبد وربه دون تدخل من القضاء، والثانية هي التي تقبل بطبيعتها أن تكون محل التقاضي، والنوع الثاني هو الذي يدخل في التقنين¹⁴⁶.

فالتقنين لا يتناول الأحكام التعبدية فأحكام العبادات لا يدخلها القضاء.

2/مصدر التقنين: لكي نضفي على التقنين وصف إسلامي لا بد أن يكون مصدره الشريعة الإسلامية بمذاهبها الفقهية المتعددة الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي بالإضافة إلى المذاهب الأخرى كالمذهب الظاهري ومذهب الشيعة الإمامية والزيدية والمذهب الإباضي،

¹⁴⁵ رافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، تاريخه، فقهه، ضوابطه، مرجع سابق، ص 301 إلى 326.

¹⁴⁶ محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 79.

ويعتمد الأدلة والمصادر الشرعية النقلية والعقلية الأصلية والتبعية، المتفق عليها والمختلف فيها، لا أن يكون القوانين الوضعية¹⁴⁷.

ولما تم استجلاب القوانين الغربية وتطبيقه قبل الاستعمار وإبانه وبعده تقلصت صلاحيات المحاكم الشرعية، وبدأ تطبيق الشريعة ونبذت القوانين الوضعية وصدرت المدونات الشرعية، ومع هذه النهضة ظهرت تقنيات بمنهجيات مختلفة، فمنها ما صبغ انطلاقاً من الفقه ومنها ما كان مراجعة للقوانين الوضعية.

1/الاتجاه الفقهي الإسلامي: يقصد بهذا الاتجاه أن التقنين يصاغ من الفقه ابتداءً، بحيث ينطلق المقنن سواء كان فرداً أو جماعة من الفقه ذاته بالاعتماد على مصادره وشروحاته، والبناء على أصوله وقواعده والالتزام بمصطلحاته والسير على طريق الفقهاء في الترتيب العقلي المنطقي للموضوعات وتوليد بعضها من بعض، وإن لم يحصل الالتزام بالترتيب في التبويب والتفريع.

وهذه الطريقة هي الطريقة المثلى في صياغة التقنين، وهي التي جرت عليها أشهر التقنيات الشرعية كمجلة الأحكام العدلية وتقنيات قنري باشا وغيرها¹⁴⁸.

إلا أن أصحاب هذا الاتجاه الفقهي الإسلامي اختلفوا في مسألة مهمة وهي: مسألة التلفيق بين المذاهب في التقنين فالتلفيق هو "الأخذ في الأحكام الفقهية بقول أكثر من مذهب في أبواب متفرقة، أو باب واحد، أو في أجزاء الحكم الواحد"¹⁴⁹.

وقد اختلف فيه الفقهاء بين المنع المطلق والجواز المطلق والجواز المقيد بشروط من أهمها أن لا يفضي إلى تقويض دعائم الشرع وحكمه، كالذي يكون قائماً على التشهي وتتبع الرخص وهذا هو مذهب جماهير المحققين من أهل العلم¹⁵⁰.

واختلف الفقهاء المعاصرين في التلفيق بين المذاهب في التقنين فهم يرون أن اختلاف المذاهب قد يوهم تناقضاً في المصدر التشريعي ويتمنون لو لم يكن إلا مذهب واحد¹⁵¹.

¹⁴⁷ رافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 342.

¹⁴⁸ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص 395.

¹⁴⁹ ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، مرجع سابق، ص 12.

¹⁵⁰ هيثم الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص 396-397.

وقد كان هذا مما عيبت به المدونات التقنية كمجلة الأحكام العدلية و تقنيات قدري باشا، للحرز الذي ينتزل بالناس من فرض مذهب واحد عليهم في القضاء¹⁵².

وهناك من يرى جواز التلفيق بين المذاهب المختلفة، وهو الذي يذهب إليه معظم الفقهاء المعاصرين عند تقنين الأحكام الشرعية، وهو ما جرى عليه العمل في معظم التقنيات الشرعية المتأخرة، فهناك من حصر التلفيق في المذاهب الفقهية الأربعة وعلى رأس هؤلاء المانعين مفتي الديار المصرية الشيخ محمد بخيت المطيعي (1354هـ) حيث أنه منع الخروج عنها.

وهناك من يرى جواز التقنين منها ومن غيرها متى صح دليل النقل، لأن جميع المذاهب الفقهية لم تتجاوز في مصادرها كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وعلى رأس هؤلاء شيخ الأزهر محمد مصطفى المراغي (1364) والشيخ محمد بن الحسن الحجوي الفاسي 1376 ويذهب آخرون إلى أن يؤخذ تقنين كل بلد بمذهبه السائد مع الخروج عنه متى اقتضى الأمر ذلك¹⁵³.

والمرجع في ذلك كله الرغبة في أن يكون التقنين متمشياً مع الحياة حتى يقبل الناس على تطبيق الشريعة الإسلامية ولا يتعدوها إلى القوانين الوضعية¹⁵⁴.

2/الاتجاه القانوني الوضعي: والمراد به أن يعمد إلى القوانين الوضعية القائمة فتنسب إلى الشريعة الإسلامية، ومناهج هذا الاتجاه متفاوتة بتفاوت نية القائمين عليه من الساسة، ما بين محتمل يتحين اسباغ المشروعية على التقنيات الأجنبية، وما بين صادق يطوي المراحل إلى تطبيق الشريعة، ومما يمكن أن يعد إرهاباً لظهور هذا الاتجاه ما قام به الشيخ مخلوف المنيأوي 1295 في كتابه [تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الامام مالك] من تلمس لأوجه الموافقة بين المذهب المالكي وبين القانون الفرنسي بأمر من الخديوي اسماعيل ، وسواء قلنا إن باعث الشيخ مخلوف على تأليفه كان إثبات إفادة القانون الفرنسي من الفقه

¹⁵¹ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق، ج1 ، ص269.

¹⁵² يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة (بيروت)، ط1 (1414-1993م)، ص269.

¹⁵³ هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، مرجع سابق، ص398-399.

¹⁵⁴ محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص81.

الإسلامي والدفاع عن الفقه في وجوه متهميه بالجمود، أو كان تأليفه قد جرى بإيجاز من إسماعيل الذي أراد تمهيد الرأي العام لإحلال التقنين الفرنسي مكان الشريعة في البلاد المصرية، ثم إنه لما جرى تطبيق التقنين الفرنسي في المحاكم المختلطة والأهلية، دفع بتلك التقنيات إلى الأزهر، فشكلت لجنة من العلماء من مختلف المذاهب الأربعة لمراجعتها وأعدت تقريراً عنها فكان مما جاء فيه أن تلك القوانين ببندوها إما أن توافق نصاً في أحد المذاهب الأربعة أو أنها لا تعارض نصاً فيها، أو أنها تعتبر من قبيل المصالح المرسلة التي يجوز الاجتهاد فيها رعاية لمصالح الناس¹⁵⁵، كما ظهر هذا الاتجاه أيضاً في بعض لجان تقنين الشريعة بمجلس الشعب المصري ملخصه تناول التقنيات الوضعية ونسبتها إلى الشريعة الإسلامية ما لم تكن مخالفة للشريعة الإسلامية، حيث جاء في تقرير إحدى اللجان "وانتهت اللجنة إلى أن مواد قانون المرافعات المنظمة لهذه القواعد هي في مجموعها غير مخالفة للشريعة، وذلك استناداً إلى المصالح المرسلة، وهي دليل من أدلة الفقه الإسلامي معمول به منذ نشأة هذا الفقه¹⁵⁶، وبهذا أصبحت مواد قانون المرافعات التي تعود بأصلها إلى القانون الفرنسي من صميم الشريعة لأجل أنها موافقة للمصلحة، والمصلحة دليل شرعي معتبر، بل وأن أكثر أحكام القانون الوضعي لا تخالف أحكام الشريعة بالاستناد إلى دليل المصلحة¹⁵⁷، والكثير من رواد هذا الاتجاه لا يرون في الشريعة إلا امتداداً للتشريعات القائمة على مصالح الناس والتي كانت مستقرة في البلدان التي فتحها المسلمون وكان القانون الروماني مطبقاً فيها، ثم انتقلت لاحقاً إلى التقنيات الحديثة، فقصارى ما جاءت به الشريعة عند أولئك اقرار الأخذ بدليل المصلحة التي لم تنزل بالناس مؤمنهم وكافرهم قدرة على تحصيلها وإدراك تفاصيلها بعقولهم قبل الشريعة وبعدها وبها وبدونها إلى غير ذلك من المزاعم، والمقصود أن الكثير من أولئك ليس في قلوبهم تعظيم للشريعة، بل ما يعمر قلوبهم من تعظيم التقنين الفرنسي أكبر، حتى جعلوه أصلاً يتصيدون في استنباطات الفقهاء وتخريجاتهم ما يوافقهم ولو كان قولاً ضعيفاً أو شاذاً. فعندما يقرر المشرع المصري أن أكثر أحكام القانون المدني يمكن تخريجه على الفقه فإنه يقرر واقعا تثبته المقارنة، فالفقه مذاهب متعددة تشمل آراء وأحكاماً واجتهادات في كل الفروع والاجتهادات، بحيث يمكن دائماً تخريج

¹⁵⁵ هيثم بن فهد الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص 405-406.

¹⁵⁶ محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 81-82.

¹⁵⁷ هيثم بن فهد الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص 406-407.

أي نص قانوني عليها، أي ايجاد سند فقهي لأي نص، كما يمكن ايجاد سند للرأي ونقيضه وللجتهاد ونقده، وهذا المنهج معيب من ناحية فقهية ومن ناحية قانونية، فمن الناحية الفقهية فإنه لا بد أن ينطلق التقنين الشرعي من الفقه ذاته متسقا مع مبادئه العامة ومقاصد وكليات قائما على منهجيته بعيدا عن الهوى والتشهي وتتبع ضعيف الأقوال ومتوازنا في العمل بالمصلحة، فالأحكام الشرعية لا تقوم على دليل المصلحة وحده فهو دليل تكميلي وليس مستقلا بذاته، فلا يجوز الاعتماد على العقل وحده في تقدير المصالح¹⁵⁸ قال الشاطبي: "إن الرأي من حيث هو رأي لا ينضبط إلى قانون شرعي إذا لم يكن له أصل شرعي"¹⁵⁹، فما يراد لهذه التقنيات أن يكون أساس ابتنائها على دليل المصلحة وحده وهي مصالح واهية وغير متحققة ولا يخفى ما في ذلك من مفساد، فقد يلحق المحرم بالمصالح الشرعية باسم التطور ومواكبة العصر¹⁶⁰، كما في مسألة الربا في مجلة الأحكام العدلية وفي أعمال المرحوم السنهوري حيث أنه قال "لم تغال هذه التقنيات في اباحة الفوائد بل أحاطتها بقيود كثيرة، وزمام الموقف في يد المشرع العربي قد أباح الفوائد في هذه الحدود الضيقة، مسايرا في ذلك مقتضيات النظام الاقتصادي الرأسمالي القائم في البلاد العربية، فهو إما يخضع للحاجة، ويقدر ما تقتضيه هذه الحاجة فإذا ما تغير النظام القائم، وارتفعت الحاجة في النظام الذي يستجد، فلاشك في أن الواجب هو أن تعود الفوائد إلى أصلها من التحريم، وتحريم الربا أصل من أصول الشرائع تحجبه الحاجة، فإذا ما ارتفعت عاد إلى الظهور¹⁶¹. كما أن المنهج معيب من الناحية القانونية أيضا من حيث أنه مخالف لقواعد الصياغة، ومعارض لأصول الفن التشريعي في استمداد القانون وفلسفته ومراجعته التي يكون إليها الرجوع في التفسير عند الخلاف في التطبيق والتي ستكون مترددة بين التقنيات الوضعية والمصادر الفقهية¹⁶².

¹⁵⁸ المرجع السابق، ص 408.

¹⁵⁹ أبي اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الاعتصام، مكتبة التوحيد، ج 3، ص 342.

¹⁶⁰ هيثم بن فهد الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص 410.

¹⁶¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار احياء التراث العربي

(بيروت)، ط1 (1953 هـ-1954 م)، ج 3، ص 174.

¹⁶² هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، ص 411، وانظر زكي

عبد البر، قنين الفقه الإسلامي، ص 85.

3/صياغة التقنين: يختلف معنى الصياغة في الاصطلاح الحديث حيث أنه يقصد بها صناعة التشريع المكتوب وأيضا تهيئة الشيء المكتوب¹⁶³، وتختلف الصياغة من قوم إلى قوم، فالقوانين المدنية المتأثرة بالقانون الروماني تقوم على مبدأ الحق بالاصطلاح القانوني وتقسيمه إلى حق شخصي أو الالتزام وحق عيني ثم البحث عن المصادر والأحكام أي البدء بالمسبب أو الثمرة وهو الحق ثم البحث عن المصدر[أو السبب] وأحكامه، أما الفقه الإسلامي فيبدأ بإيجاب الشارع أو إيجاب المكلف[التصرف] ثم يبحث في أحكامه أي يبدأ فيه بالسبب ثم ينتقل منه إلى المسبب وهو النظر المنطقي العملي.

وقد بحث رجال القانون ذلك وبينوا عيوب الطريقة الرومانية، ودعوا إلى إتباع طريقة الفقه الإسلامي، وقد اتبع المشرع الألماني بالفعل المنهجية الإسلامية في الصياغة.

ونحن بالنسبة إلى الفقه الإسلامي يجب أن يكون المثل الذي نرنوا إليه هو النزول عند صياغة الفقه الإسلامي وهي الصياغة التي ينادي بها رجال القانون الآن: صياغة"التصرف الشرعي" و"الواقعة الشرعية"، مع ما قد يلاقيها من صعوبات خصوصا عند صياغة النظريات العامة، وفي هذه الحالة يجب أن لا تصدنا هذه الصعوبة عن الغاية النهائية وهي تطبيق الفقه الإسلامي، فيجوز أن نلجأ مؤقتا إلى صياغة القانون تجري عليه لتكون مرحلة قانونية انتقالية تقوم بصياغة الفقه بعد التمهيد له، وهذا ما اتبع في صياغة القانون المدني الأردني من صب أحكام الفقه الإسلامي في القوالب الرومانية [نظرية الحق] على أن تكون هذه خطوة نحو العودة النهائية إلى الفقه الإسلامي أحكاما وصياغة.

وبما أن الحق الشخصي والحق العيني في القانون يقابله ويساويه في الفقه"الدين" "العين" وهذا ييسر صياغة الفقه الإسلامي على نسق صياغة القانون الحالية، فنقسم الجزء الخاص بالمعاملات المالية من القانون المدني الإسلامي والجزء الآخر هو الخاص بالأحوال الشخصية [الزواج....] إلى قسمين رئيسيين: الأول منها عنوانه"الدين"والآخر"العين" كما ينقسم القانون المدني المصري الحالي إلى قسمين رئيسيين بعد الباب التمهيدي هما"الحقوق الشخصية أو الالتزامات"والحقوق العينية.

¹⁶³المرجع السابق ص17.

4/أسلوب التقنين: ويقصد به كيفية صياغة الأحكام أو اختيارها بطريقة تكون أكثر اتفاقاً من غيرها مع أحكام الشريعة، أو الطريقة التي يمكن من خلالها تلاشي الأخطاء في وضع أحكام التقنين¹⁶⁴، وقد ذكر محمد زكي عبد البر عدة أمور متعلقة بأسلوب التقنين وهي:

-تجنب التناقض وإزالته.

-تجنب التكرار إلا لضرورة أو فائدة ولسبب معروف كما إذا قرر المشرع قاعدة عامة ثم أورد تطبيقاً لها في حالة خاصة ، تحتمل اختلاف الناس في تطبيق القاعدة ، فيحسم المشرع الأمر بإيراد تطبيق تشريعي يمنع الخلاف.

-استعمال العبارات المناسبة للأحكام ، فالعبارات التي يستخدمها المقنن منها الآمرة، ومنها الناهية،ومنها المبيحة فيجب في الأمر والنهي أن تكون ألفاظهما قاطعة جازمة، أما المبيحة فيجب أن تكون ألفاظها مرنة ظاهرة المعنى المقصود، وفي أساليب اللغة العربية وقواعدها ما يكفل تحقيق التمييز اللفظي بين هذه الألفاظ.

-عدم الإكثار من الإحالة من نص إلى نص، بل ألا يلجأ إلى ذلك إلا إذا كانت الإحالة ضرورية، ويجب أن يتوافق أسلوب التقنين وصياغته مع العصر ويحل مشكلاته.

5/لغة التقنين: يجب في اللغة التي يستعملها المشرع في التقنين أن تكون: -واضحة، فاللغة الغامضة تجعل القانون مغلقاً- دقيقة، فاللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهماً، والقانون الألماني يمتاز بدقة لفظه في غير وضوح، والقانون الفرنسي يمتاز بوضوح لفظه في غير دقة، أما التقنين السويسري فيجمع بين الوضوح والدقة وكذا المشروع الفرنسي الإيطالي - ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به يكون كل لفظ فيها موزوناً محدد المعنى - كما يجب أن يأخذ اللفظ معنى واحد في كل جنبات التقنين، كما أن لغة التقنين يجب أن تكون بسيطة يفهمها جمهور الناس - اختيار زمن الفعل المناسب للعبارة القانونية.¹⁶⁵

ثانياً: الضوابط الشكلية: بالإضافة إلى الضوابط الموضوعية هناك ضوابط شكلية للتقنين وهي كالآتي:

¹⁶⁴ يحي محمد الخاليلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق، ص283.

¹⁶⁵ محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص95-96

1/التبويب والترقيم والترتيب: يعتبر ترقيم التقنين عملية مهمة ومن أهم ميزات التقنيات الحديثة، فحدث أي خلل وتناقض في الترقيم يؤدي إلى عواقب وخيمة، وعادة ما تظهر أخطاء الترقيم عند إعادة ترقيم أحكام المقنن¹⁶⁶، أما التبويب فيجب أن يكون تبويبا منطقيًا متماسكا لأن التبويب المنطقي يساعد كثيرا على فهم التقنين والإحاطة به وتيسير البحث فيه¹⁶⁷، لذلك يجب إحسان التبويب وضم مواد التقنين إلى بعضها بترتيب منطقي¹⁶⁸ يراعي فيه تقسيم المادة المراد تقنينها إلى أبواب وفصول تبين الأحكام الشرعية العملية، مع تجنب إيراد التعريفات والتعميمات وأن تكون هذه الأبواب والفصول مرتبطة بعضها ببعض على وجه منطقي محكم، ويتقدم جميع الأبواب باب تمهيدي يشمل على الأحكام العامة، مصاغ صياغة عملية قانونية¹⁶⁹

2/القضايا الإجرائية: يسلك في التقنين إجراءات خاصة تراعى فيها طبيعته وهي تقتضي الدقة، ويكون ذلك على قواعد ثلاث وهي كالاتي:

أ/تكوين لجنة فنية للقيام بوضع مشروع التقنين:¹⁷⁰

بحيث أن اللجنة تكون محدودة العدد حتى يكون إنتاجها موحد منسجم.

ب/تكوين لجان لمراجعة المشروع بعد صياغته: ويجب أن تكون أكثر عددا من لجان الوضع لمناقشة المشروع.

ج/رسم طريقة منتجة لعرض هذا المشروع للاستفتاء العام على أوسع نطاق: حيث أن التقنين يستحيل كماله من كل جوانبه دون عرضه على الهيئات التي ينبغي أن يؤخذ رأيها فيه.¹⁷¹

د/رسم طريقة لإصدار التقنين: وذلك بالحرص على أن تكون للتقنين وحدة متكاملة، فلا يناقش نصا نصا في الهيئة التشريعية، فإذا رأت الهيئة إدخال شيء من التعديل عليه، أعيد

¹⁶⁶ رافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص366.

¹⁶⁷ يحي محمد عوض الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص281.

¹⁶⁸ رافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص367.

¹⁶⁹ يحي محمد عوض الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص281.

¹⁷⁰ محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص97.

¹⁷¹ رافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص370-371.

الأمر إلى اللجنة التي قامت بوضعه لتقوم هي بصياغة التعديل المطلوب بحيث لا يخل التعديل بتناسق المشروع ووحدته¹⁷²، يقول الشيخ أحمد شاکر "ولا تظنوا إني حين أدعوكم إلى التشريع الإسلامي أدعوكم إلى التقيد بما نص عليه ابن عابدين وابن نجيم مثلاً، ولا إلى تقليد الفقهاء في فروعهم التي استنبطوها غير منصوصة في الكتاب والسنة... فالخطة العملية فيما أرى أن تختار لجنة قوية من رجال القانون وعلماء الشريعة لتضع قواعد التشريع الجديد غير مقلدة برأي أو مقلدة لمذهب إلا نصوص الكتاب والسنة، وأمامها أقوال الأئمة وقواعد الأصول وآراء الفقهاء، وتحت أنظارها آراء رجال القانون كلهم، ثم تستنبط من الفروع ما تراه صواباً مناسباً لحال الناس وظروفهم مما يدخل تحت قواعد الكتاب والسنة، ولا يصادم ناصاً ولا يخالف شيئاً معلوماً من الدين بالضرورة¹⁷³."

3/مراجعة التقنين وتعديله: يجب من وقت لآخر مراجعة التقنين حتى يظل مسابراً للظروف المتطورة في المجتمع، و متمشياً مع القضاء والفقهاء، وبدون ذلك لا يلبث التقنين نتيجة عدم المراجعة.

ولا يعالج ذلك إلا بالمراجعة والتنقيح والتطور، وفي التقنين المعتمد على الفقه الإسلامي ميدان واسع في الأخذ بالآراء الفقهية والمذاهب الأخرى والأخذ منها بما يحقق المصالح المتجددة ويواكب الاحتياجات والأعراف، وإصابة القانون بالقصور والتأخر داء يجعل التقنين مضراً، لذا يجب أن تعهد نصوص التقنين من حين إلى آخر بالمراجعة والتعديل، وذلك بحذف كلمات أو عبارات زائدة أو باستبدال غيرها بها، أو إضافة عبارات وكلمات جديدة أو إلغاء أحكام أو إضافة أحكام جديدة¹⁷⁴.

الفصل الثاني: التقنين في المعاملات المالية.

ويشتمل على مبحثين.

¹⁷² محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 97.

¹⁷³ أحمد محمد شاکر، حكم الجاهلية، مكتبة السنة، (د، ط)، ص 124.

¹⁷⁴ المرجع السابق ص 98-99، ورافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 373.

المبحث الأول: حقيقة المعاملات المالية.

سنتكلم فيه في المطلب الأول عن تعريف المعاملات المالية، أما في المطلب الثاني فسنتكلم عن المصطلحات ذات الصلة بالمعاملات وفي المطلب الثالث فسنتحدث عن خصائص المعاملات المالية.

المطلب الأول: تعريف المعاملات المالية لغة واصطلاحاً

المعاملات المالية مصطلح حديث ولمعرفة معناه لابد من تحليل هذا المصطلح وفيما يلي بيان ذلك:

1/المعاملات لغة: جمع معاملة ، وهي من مصدر عامله أي سامه بعمل¹⁷⁵.

2/المعاملات اصطلاحاً: تطلق على الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا، سواء تعلقت بالأموال أو النساء ، وقد خصها بعض العلماء بالأحكام المتعلقة بالمال حيث قسموا الفقه إلى عبادات ومعاملات و مناكحات ، وعقوبات ، فالمعاملات خاصة بالتعامل المالي¹⁷⁶.

كما عرفت بأنها : كل العقود التي تقوم المال، كالبيع والشراء والإجارة والشركة والمقاولات والقرض والوديعة والقسمة والشفعة وما إلى ذلك من سائر العقود التي تنشأ عنها حقوق مالية¹⁷⁷.

وعرفت أيضاً بأنها: المعاملات وتسمى أيضاً العادات فإنها تشمل الأحكام الشرعية التي تحكم العلاقة بين الناس ، فهذه الأحكام تنظم علاقة الفرد بالفرد أو علاقته بالدولة الإسلامية، وهذه الأحكام مقصود بها المحافظة على حقوق الناس وتحقيق مصالحهم ودفع الفساد والضرر الواقع أو المتوقع عنهم¹⁷⁸.

¹⁷⁵ أحمد الشرنباصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي ، دار الجيل، (1401هـ-1981م) ص329.

¹⁷⁶ محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، دار النفائس ط6، (1427هـ-2007م) ص12.

¹⁷⁷ صادق عبد الرحمان الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، الجامعة المفتوحة (طرابلس) ط1

(1360هـ) ص07.

¹⁷⁸ رايح بن غريب، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية ، دار العلوم(د، ط)، ص42.

2/المالية: المال في لغة العرب يطلق ويراد به معنى عام، وهو ما يقع عليه الملك من جميع الأشياء¹⁷⁹.

وفي لسان العرب: المال يقصد به ما ملكته من جميع الأشياء¹⁸⁰.

وفي القاموس المحيط: المال ما ملكته من كل شيء¹⁸¹

والحاصل أن المال عام في كل ما يملك، وقد يطلق على شيء بعينه لاعتبار معين

المال في الاصطلاح :

عرفه الحنفية بأنه ما يميل إليه الطبع ويكون ادخاره لوقت الحاجة، أو ما يملكه الإنسان وينتفع به على وجه معتاد أو أنه كل عين ذات قيمة مادية بين الناس، وهذا يعني أن المبادلة في الماديات و المحسوسات فيخرج الإطلاق اللغوي ويبقى الاصطلاح الفقهي ويشمل المال:النقد والعين¹⁸²

ويطلق المال عند أهل الاقتصاد ويقصد به: كل ما ينتفع به على وجه من وجوه النفع، كما يعد كل ما يقوم بثمن مالا، أيا كان نوعه أو قيمته....فكل شيء يمكن أن يعرض في السوق وتقدر له قيمة فهو مال¹⁸³.

تعريف المعاملات المالية:

هي الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال وهي تشمل المعاوضات من بيع وإجارة ، كما تشمل التبرعات من هبة ووقف والإسقاطات كالإبراء من الدين، والمشاركات والتوثيقات من رهن وكفالة و حوالة¹⁸⁴.

¹⁷⁹ مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان ، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ،كنوز اشبيليا (الرياض) ط1 (1426-2005م)، ج1، ص30

¹⁸⁰ ابن منظور، لسان العرب ، دار صادر (بيروت)،(د، ط)، ج11، ص653.

¹⁸¹ الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الهيئة المصرية العامة للكتاب (1400هـ-1980م)، ج4، ص56.

¹⁸² عبد الجواد خلف، المعاملات في الفقه الإسلامي، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية (القاهرة)، ط1(2008)، ص09

¹⁸³ سليمان بن محمد آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، مرجع سابق، ج1 ص33

¹⁸⁴ محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، دار النفائس (الأردن) ط2(1428هـ-2007م)، ص382.

و يقصد بها القضايا المالية التي استحدثتها 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 قديمة¹⁸⁵

وعرفت أيضا أنها مجموعة المبادلات و المعاوضات المالية التي تكون بين الطرفين وقد جمعت نظرا لتعدد أنواعها، فإن كانت ثمنا بئمن سمي صرفا، وإن كانت ثمنا بئمنون سمي بيعا مطلقا، وإن كان عينا بئمة سمي سلما، وإن كان على الخيار سمي بيع خيار، وإن كان على المربحة سمي بيع مربحة، وإن كان على المزايدة سمي بيع مزايدة¹⁸⁶.

المطلب الثاني: مصطلحات ذات الصلة بالمعاملات.

هناك مصطلحات تستعمل أحيانا بدل مصطلح المعاملات ومن أشهرها مايلي:الاقتصاد الإسلامي ، القانون المدني ، القانون التجاري ، النظام المالي أو المالية العامة ، والمعاملات الأدبية.

1/القانون التجاري : يطلق ويراد به مجموعة القواعد التي تخضع لها الأعمال التجارية من جهة، ومن جهة أخرى يطبق أحكامه على التجار أي على الأشخاص الذين يتخذون من التجار مهنة لهم¹⁸⁷.

وهو أيضا مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة من الأعمال التجارية¹⁸⁸.

¹⁸⁵ محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ، مرجع سابق، ص15.

¹⁸⁶ سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام ،المكتب الإسلامي ط1(1423هـ-2002م)، ص16.

¹⁸⁷أكمون عبد الحليم، الوجيز في شرح القانون التجاري، قصر الكتاب،(البيدة)ط(2006م)، ص24.

¹⁸⁸عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص26.

2/القانون المدني: وهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص عدا ما تتاوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص¹⁸⁹

كما أنه يطلق ويراد به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الخاصة في الأحوال الشخصية والمعاملات المالية بين الأشخاص أنفسهم وبينهم وبين الدولة، ويعد القانون المدني من أقدم فروع القانون¹⁹⁰

3/الاقتصاد الإسلامي: وهو الذي يوجه النشاط الاقتصادي وينظمه وفقا لأصول الإسلام ومبادئه الاقتصادية¹⁹¹

كما أنه نظام يشمل مجموعة الأصول والمبادئ والقواعد الاقتصادية العامة، المستخرجة من القرآن الكريم والسنة النبوية، والبناء الاقتصادي المقام على هذه الأصول والمبادئ والقواعد، مراعى فيه مقتضيات المصالح المتغيرة والمتطورة بحسب الزمان والمكان¹⁹².

والمراد منه أيضا ذلك العلم الذي يحكم العلاقات الاقتصادية والاجتماعية التي تنشأ بين أفراد المجتمع من خلال إنتاج السلع وتوزيعها وتقديم الخدمات إشباعا لحاجات الإنسان. وعلى هذا يكون إشباع حاجات الإنسان المادية هو هدف الاقتصاد بمفهومه المعاصر¹⁹³.

4/المالية العامة: تعد المالية العامة جزء من علم الاقتصاد، وهي تبحث في النفقات العامة والارادات العامة في اطار السلطات¹⁹⁴.

¹⁸⁹المرجع السابق، ص26.

¹⁹⁰غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص57-58.

¹⁹¹محمد شوقي الفنجري، الوجيز في الاقتصاد الإسلامي، دار الشروق ط1(1414هـ-1994م) ص12.

¹⁹²محمد عمارة، قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية، دار الشروق ط 1 (1413هـ-1993م)، ص59.

¹⁹³عبد الهادي علي النجار، الإسلام والاقتصاد دراسة في المنظور الإسلامي لأبرز القضايا الاقتصادية و الاجتماعية المعاصرة، دار عالم المعرفة،(د، ط)، ص10.

¹⁹⁴طاهر الجنابي، علم المالية العامة والتشريع المالي،(د،د)،(د، ط)، ص12.

المطلب الثالث: خصائص المعاملات المالية.

لقد سلك الإسلام في تشريع المعاملات مسلكا خاصا يميزه عن غيره من فروع الفقه الإسلامي، لا بد لمن يتعامل مع القضايا المعاصرة من فهم ذلك المسلك وخصائصه:

1/ فقه المعاملات يقوم على أساس المبادئ العامة:

فقه المعاملات يقوم في تشريعه على أساس المبادئ العامة والقواعد الكلية ولم يوغل في التفصيلات، كي يترك للفقهاء فرصة الاجتهاد في الصور التي يستحدثها الناس ومن هذه المبادئ:¹⁹⁵

أ/ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾¹⁹⁶.

ب/ وقوله: ﴿وَاحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾¹⁹⁷

¹⁹⁵ محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 18.

¹⁹⁶ سورة النساء الآية 29.

2/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 لقوله صلى الله عليه وسلم: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"198

وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا : " صلوا كما رأيتموني أصلي " 199 ، فإن الأصل في المعاملات من عقود وشروط الإباحة، فلا يمنع منها شيء إلا ما منع بنص صريح الدلالة صحيح الثبوت، ويبقى ما عدا ذلك على أصل الإباحة ويؤيد ذلك قوله تعالى ﴿ قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ ءَلَا لِلَّهِ آذَنٌ لَكُمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴾ 200

فهذه الآية نزلت في المشركين الذين يحرمون ما أباحه الله من الأطعمة لمجرد العادات والأعراف التي تعودوا عليها.

قال صلى الله عليه وسلم : "المسلمون عند شروطهم" 201 ، وبناء على ذلك فإن ما يستحدثه الناس من معاملات الأصل فيها أنها مباحة، ولكن ينبغي عرضها على النصوص الخاصة والعامّة في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع ومقاصد الشريعة.

3/فقه المعاملات مبني على مراعاة العلل والمصالح:

غالبية المعاملات في الإسلام غير تعبدية ، أو معقولة المعنى ، أو معللة بعلة معينة يدركها المكلف كما قرر الشاطبي : "الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني وأصل العادات الالتفات إلى المعاني"202.

197 سورة البقرة الآية 275.

198 أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ج3، ص200، رقم الحديث: 1718.

199 أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأذان، باب الأذان للمسافرين إذا كانوا جماعة والإقامة، وكذلك بعرفة وجمع، ج1، ص212، رقم الحديث: 631.

200 سورة يونس الآية 59.

201 أخرجه الترمذي، في سنن، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن الرسول صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، ج3، ص 27 رقم الحديث: 1352.

202 أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة ، (د، د)، (د، ط)، ج2، ص300.

واستدل للأصل في العادات الالتفات إلى العلل والمصالح والمقاصد بعدة أدلة نذكر منها الاستقراء فقد قال الإمام الشاطبي في توضيح ذلك: "فإننا وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد والأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، فإن كان فيه مصلحة جاز كالدرهم بالدرهم إلى أجل يمنع في المبايعة ويجوز في القرض"²⁰³.

4/فقه المعاملات يجمع بين الثبات و المرونة:

إن المعاملات في الإسلام تجمع بين الثبات والمرونة، فالأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية لتكون كالأساس في بناء المعاملات اتسمت بسمة الثبات مثل التراضي في العقود والوفاء بها، وحرمة الربا والغش والاحتكار، والأحكام التي تتعلق بمقاصد الشريعة من تحقيق العدل ومنع الظلم وحفظ المال، وتتسم أيضا بسمة الثبات، أما الأحكام التي تتعلق بالوسائل أو ثبتت باجتهاد مبني على العرف فلا مانع من تغييرها عند تغير الوسائل وتطورها وتغير الظروف والأعراف، فالنقود مثلا وسيلة لتقويم السلع وقد كانت من الذهب والفضة وأصبحت من المعادن والأوراق²⁰⁴.

²⁰³المرجع السابق، ص305.

²⁰⁴محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص22

المبحث الثاني: نماذج من تقنين المعاملات المالية.

سنتكلم في المطلب الأول عن الوكالة وكل ما يتعلق بها ، أما في المطلب الثاني فسنحدث عن الرهن وفي المطلب الثالث فسنطرق للهبة وفي المطلب الرابع سنتكلم عن الحوالة، أما في المطلب الخامس والأخير فسنحدث عن الوصية.

المطلب الأول: الوكالة.

الفرع الأول: تعريف الوكالة ومشروعيتها.

تعريف الوكالة لغة:الوكالة بفتح الواو وكسرهما، التفويض والحفظ ، تقول وكلت أمري إلى الله أي فوضته إليه²⁰⁵.

قال تعالى: ﴿وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾²⁰⁶

و قوله تعالى : ﴿لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكِيلًا﴾²⁰⁷ أي حفيظا.

وتطلق ويراد بها التفويض والاعتماد قال تعالى: وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُتَوَكِّلُونَ²⁰⁸ وتطلق ويراد بها أيضا اظهار العجز والاعتماد على الغير²⁰⁹.

²⁰⁵ عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، (د، د) ط1، (1398هـ)، ج5، ص203.

²⁰⁶ سورة آل عمران الآية173 .

²⁰⁷ سورة المزمل الآية 09.

²⁰⁸ سورة إبراهيم الآية 12.

اصطلاحاً: الوكالة في العرف تطلق ويراد بها استنابة الإنسان غيره، وإقامته مقام نفسه، في ماله حق التصرف فيه، بما يدل عرفاً²¹⁰.

وفي كشف القناع: الوكالة استنابة جائز التصرف مثله أي جائز التصرف ذكرين كانا أو أنثيين أو مختلفين فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين²¹¹، وعرفت أيضاً بأنها إقامة الشخص غيره مقام نفسه مطلقاً أو مقيداً²¹².

كما أنها عرفت بأنها تفويض شخص أمره إلى آخر وإقامته مقامه في التصرف، واعتماده عليه في الحفاظ بصورة شرعية²¹³.

وعرفها الحنفية حيث قالوا أن الوكالة هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم أو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل، و التصرف يشمل التصرفات المالية من بيع وشراء وغيرها من كل ما يقبل النيابة الشرعية كالإذن بالدخول.

أما الشافعية فقالوا هي تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته²¹⁴.

وهي أيضاً استنابة جائز التصرف مثله في الحياة فيما تدخله النيابة²¹⁵.

²⁰⁹ محمد بن علي السبيهي، **الوكالة في الفقه الإسلامي**، اشراف مناع القطان، رسالة لنيل درجة الماجستير من المعهد

العالي للقضاء بجامعة أم القرى بمكة المكرمة كلية الشريعة، (1992م-1393هـ)، ص40.

²¹⁰ صادق عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، مؤسسة (الريان) ج4، ص119.

²¹¹ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الأفتاع**، تحقيق محمد أمين الضناوي، دار عالم

الكتب (د، ط)، ج3، ص161.

²¹² محمد بن علي محمد الشوكاني، **نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار**، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن

محمد، دار ابن القيم وابن عفان ط1، (1426هـ-2005م) ج7، ص102.

²¹³ كامل موسى، **أحكام المعاملات**، مؤسسة الرسالة (بيروت) ط2، (1415هـ-1994م)، ص190.

²¹⁴ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر (دمشق) ط2، (1405هـ-1985م) ج5، ص72.

²¹⁵ عادل بن عبدالقادر بن محمد قوته، **المسائل المبنية على العرف في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة**، اشراف

حامد محمد عبد الرحمان أبو طالب، رسالة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه والأصول، (1413هـ-1414هـ-1993م) ج2، ص540.

وعرفت أيضا بأنها عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر للقيام بعمل شيء

لحساب الموكل وباسمه وتسمى بالوكالة النيابة ، أما غير النيابة فهي أن يتعهد الوكيل بأن يقوم بالعمل القانوني باسمه الشخصي ولكن لحساب الموكل²¹⁶.

والوكالة إقامة الغير مقام نفسه في التصرف ممن يملكه يقال: وكل فلان فلانا إذا استكفاه أمره ثقة بكفايته أو عجزا عن القيام بأمر نفسه²¹⁷.

وفي المبسط: الوكالة هي أن ينيب شخص غيره في حق له يتصرف فيه كتصرفه من دون أن يفيد الإنابة بعد الموت، فيخرج بذلك الوصية فإنها نيابة شخص لآخر بعد موته فلا تسمى الوصية وكالة، وهي إقامة شخص غيره مقام نفسه في تصرف مملوك قابل للنيابة ليفعله في حال حياته²¹⁸.

مشروعية الوكالة: الوكالة مشروعة ، وقد دل على مشروعيتها في الكتاب و السنة²¹⁹ والإجماع

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾²²⁰

وقوله: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا﴾²²¹

وقوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا

إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾²²²

²¹⁶ أحمد لعور، القانون المدني نصا وتطبيقا، دار الهدى عين مليبة (الجزائر) (د، د)، (د، ط)، ص 243.

²¹⁷ أحمد الشرنباصي، المعجم الاقتصادي، مرجع سابق، ص 81.

²¹⁸ التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي ، ط1، (1430هـ-2009م)، ص 198.

²¹⁹ محمد صادق الأنصاري، عقد الوكالة في الفقه الإسلامي ، اشراف عبد الوهاب أبو سليمان رسالة لنيل درجة

الماجستير في فرع الأصول بالدراسات العليا الشرعية جامعة الملك عبد العزيز ،كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة المكرمة (1398هـ-1399هـ)، (1978م-1979م)، ص 26.

²²⁰ سورة الكهف الآية 19.

²²¹ سورة التوبة الآية 60.

وجه الدلالة أن الحكمين مستتبان في الاصلاح فدل هذا على جواز توكيل رجلين أحدهما من أسرة الزوج والآخر من أسرة الزوجة ليصلحا بين الزوجين المتنازعين ويزيلا أسباب الخصومة²²³

من السنة النبوية : الوكالة مشروعة بالسنة النبوية الشريفة ومما يدل على مشروعيتها أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الأمور الخاصة والعامة، فمن الوكالة في الأمور العامة:

- أنه صلى الله عليه وسلم بعث معاذ بن جبل وأبا موسى إلى اليمن معلمين وقال لهما: " يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا وتطوعا ولا تختلفا "²²⁴.
- وقال لعامله على خيبر : " أكل تمر خيبر هكذا ؟ قال لا والله يارسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعل بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيبا "²²⁵.
- ومن توكيله صلى الله عليه وسلم في الأمور الخاصة²²⁶.

توكيله أنيسا بإقامة الحد في الزنا فقال: " واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها "²²⁷.

- وأنه صلى الله عليه وسلم أمر رجلا أن يشتري له أضحية بدينار، فاشتري له شاتين بدينار وباع واحدة بدينار، وأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة "²²⁸

من الإجماع:

أجمعت الأمة على جواز الوكالة ، ولأن الحاجة داعية إليها²²⁹، فإن الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها فكانت جائزة لأنها نوع من أنواع التعاون على البر والتقوى²³⁰.

²²²سورة النساء الآية 35.

²²³محمد بن علي السبيهي، الوكالة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص08.

²²⁴أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا، ج1، ص42، رقم الحديث: 69.

²²⁵أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الصرف والميزان، ج2، ص146، رقم الحديث: 2302-2303.

²²⁶صادق عبد الرحمان الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، (د، د)، (د، ط)، ص309.

²²⁷أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، ج2، ص150.

²²⁸أخرجه أبي داود في سننه ، كتاب البيوع، باب المضارب يخالف، ج3، ص 438-439، رقم الحديث: 3384.

ولأنه لا يمكن لكل أحد أن يباشر فعل كل ما يحتاج إليه، وكانت الحاجة داعية إليها فأباحها الشارع دفعا للحاجة وتحصيلا للمصلحة فليس كل أحد يحسن البع والشراء وقد يحسن ولا يتفرغ له²³¹.

الفرع الثاني: أركان الوكالة وأقسامها:

أركان الوكالة: أركان عقد الوكالة أربعة وهي:

1/ الموكل.

2/ الوكيل.

3/ الموكل فيه.

4/ الصيغة.

أولا: الموكل: وهو كل من جاز له التصرف لنفسه فإنه يجوز له الاستئابة²³².

وأصل هذا قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾²³³.

ويشترط فيه عدة أمور وهي: البلوغ، العقل، وعدم الحجر إذا كان التوكيل في المال، والذكورة في عقد النكاح عند الجمهور، العدالة، وبناء عليه فإنه لا يصح التوكيل من الصبي ولا من المجنون ولا من المحجور عليه في ماله لفسه إذا كان التوكيل في الأمور المالية، ولا من امرأة في عقود التزويج²³⁴.

²²⁹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص76.

²³⁰ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحن و عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب(الرياض)، ط1(1406هـ-1986م)، ط2(1412هـ-1992م)، ط3(1417هـ-1997م)، ج7، ص197.

²³¹ نصر فريد محمد واصل، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية ط5(1418هـ-1998م)، ص177.

²³² شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، (بيروت) ط1(1994م)، ج8، ص05.

²³³ سورة الكهف الآية 19.

²³⁴ نصر فريد محمد واصل، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص178-179.

كما أنه يجب أن يكون له حق التصرف في الشيء الذي يريد التوكيل فيه ، وذلك بأن يكون مالكا له ، أو له عليه ولاية: كولي الصغير والسفيه... إلخ²³⁵

ثانيا: الوكيل وهو من ينيبه غيره عن نفسه²³⁶، وشرطه أن يكون كامل الأهلية، بالغاً رشيداً، غير ممنوع من التصرف فيما وكل به، فلا تصح وكالة الصبي أو المجنون، لأنه غير مكلف، ولا السفيه لأن تصرفه موقوف على إذن وليه، ولأنه لا يحسن التصرف لنفسه، فكيف يتصرف عن غيره، ولا توكيل امرأة لتتولى عقد نكاح²³⁷، ومن شروطه أن يكون عاقلاً، أي يعقل العقد بأن يعرف مثلاً الغبن اليسير من الغبن الفاحش، فلا تصح وكالة المجنون والصبي غير المميز، أما الصبي المميز فتصح وكالته عند الحنفية سواء أكان مأذوناً في التجارة أو محجوراً.

الشافعية والمالكية والحنابلة قالوا أن وكالة الصبي غير صحيحة لأنه غير مكلف، فلا تصح مباشرته التصرف لنفسه، فلا يصح توكله²³⁸.

ثالثاً: الموكل فيه: وهي الأمور التي تناولتها الوكالة²³⁹، ومن شروطه أن يكون قابلاً للنيابة، وهو ما لا يتعين بحكمه مباشرة، كالبيع و الحوالة والكفالة والشركة و الجعالة والمساقاة والنكاح وسائر العقود، دون العبادات غير المالية منها كأداء الزكاة والحج على خلاف فيه، ويمنع في المعاصي كالسرقة والقتل، ويجوز التوكيل بقبض الحقوق واستيفاء الحدود والعقوبات.

- أن يكون مابه من توكيل معلوماً بالجملة، نص عليه أو دخل تحت عموم اللفظ أو علم بالقرائن فلو قال وكنتك أو فلان وكيلى لم يجز حتى يقول بالتفويض أو بالتصرف في بعض الأشياء²⁴⁰.

رابعاً: الصيغة وهي الإيجاب من الموكل ، والقبول من الوكيل²⁴¹، فالإيجاب من الموكل ويسمى الأصيل: أن يقول وكنتك بكذا ، أو افعل كذا ، أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه.

²³⁵ محمد علي السببيني، الوكالة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 29.

²³⁶ صادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سابق، ج4، ص 12.

²³⁷ عبد الرحمان الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 312-313.

²³⁸ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج5، ص 77.

²³⁹ عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي ، مرجع سابق، ج4، ص 124.

²⁴⁰ القرافي، الذخيرة ، ج8، مرجع سابق، ص 07.

والقبول من الوكيل: أن يقول قبلت وما يجري مجراه، ويتم القبول بكل فعل دل على القبول، ولا يشترط كونه لفظاً، ويجوز بالاتفاق قبول الوكالة على الفور والتراخي، لأن قبول وكلائه صلى الله عليه وسلم كان بفعلهم، وكان متراخياً عن توكيله إياهم.

فإن لم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد، فلو وكل إنسان غيره بقبض دينه فأبى أن يقبل، ثم ذهب الوكيل فقبضه، لم يبرأ المدين، لأن تمام العقد بالإيجاب والقبول، وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما في البيع.

فكل من الإيجاب والقبول يحصل بما يدل على الرضا عرفاً، من قول صريح كوكلتك بقبض الدين، فيقول الوكيل قبلت، أو غير صريح كتصرف عني إذا قصد به التوكيل أو دلالة عرفية كالمعاطاة والإثارة من الجانبين إذا دل العرف فيهما على الإيجاب والقبول²⁴².

أقسام الوكالة: الوكالة قسمان إثنان هما:

1/وكالة عامة: وهي التي تقع بالتوكيل العام الذي لا يسمى منه شيء دون شيء، وهذا القسم من الوكالة مختلف فيه، فذهب الحنابلة إلى عدم صحته، وذهب الجمهور إلى صحته.

وحجة الحنابلة أن في الوكالة العامة غرراً وخطراً على الموكل نفسه والجمهور على الأصل فيها وهو الراجح.

ومقتضى الوكالة العامة: أن الوكيل مفوض في كل شيء إلا مستثنيات، كالطلاق والعتاق والوقف والهبات والصدقات، وكذلك لا يملك الإبراء عن الدين والحط منه، وكذا كل ما كان من باب التبرع وهو المفتى به من المذهب الحنفي.

2/وكالة خاصة: وهي التي تقع على عمل محدد، كأن يوكله في بيع قطعة أرض معلومة، معروفة المساحة والجهة، أو وكله في عمل معين كأن ينوب عنه في مسألة معينة أو قضية والأصل فيها التبيان التام من الجنس والنوع والقدر والصفة، وأن كل جهالة مؤدية إلى النزاع تكون في الوكالة الخاصة، بخلاف الوكالة العامة حيث أنها لا تؤثر فيها الجهالة وإن كانت

²⁴¹ عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق، ج4، ص72.

²⁴² عبد الرحمان الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص314.

فاحشة كأن قال: وكلتك في شراء منزل أو شراء سيارة دون أن يحدد مواصفات ما قد وكله به فلا تصح الوكالة²⁴³.

الفرع الثالث: أحكام الوكالة.

إذا وقعت الوكالة صحيحة كان لها أحكام تتعلق بالتصرفات التي يملكها الوكيل وبال حقوق التي ترجع له في التوكيل بالبيع والشراء.

1/الوكيل بالخصومة: فيجوز لمن أبتلي بالخصومة أن يوكل محاميا يخاصم عنه، لأن الوكالة بالخصومة صورة من صور الوكالة التي دل على مشروعيتها القرآن والسنة والإجماع.

ومن صور التوكيل بالخصومة²⁴⁴ ما جاء في الصحيح من حديث سهل بن أبي حنمة ، ورافع بن خديج أن عبد الله بن سهل حين قتله اليهود بخيبر، جاء أخوه عبد الرحمان بن سهل وأبناء عمه محيصة، و حويصة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخاصموا عن صاحبهم اليهود في دمه، فبدأ عبد الرحمان فتكلم وكان أقرب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الكبر الكبر فقال لهم تأتون بالبينة على من قتله قالوا مالنا بينة قال فيحلفون قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه مائة من إبل الصدقة"²⁴⁵.

وجواز التوكيل بالخصومة مشروط بأن تكون الخصومة بحق، لا بباطل وفجور، فمن يعلم من الخصوم أنه ظالم وأن الحق في شرع الله ليس له، حرم عليه الخصام، وحرّم عليه التوكيل بتتصيب محام أو غيره قال تعالى: ﴿وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا﴾²⁴⁶

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجِدِلْ عَنِ الَّذِينَ يَحْتَانُونَ أَنْفُسَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ خَوَّانًا أَثِيمًا﴾²⁴⁷

247 ﴿

²⁴³كامل موسى، أحكام المعاملات ، مرجع سابق، ص193-194.

²⁴⁴وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج5، ص93.

²⁴⁵أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات،باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أم يقتص منهم كلهم، ج4،

ص273، رقم الحديث: 6898.

²⁴⁶سورة النساء الآية 105.

ومن أغان في خصومة بباطل كان له كفل منها قال تعالى: ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً

حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِّنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِّنْهَا ۗ﴾²⁴⁸

ويجوز توكيل شخص واحد بالخصومة رضي الخصم بتوكيله أو كره فلا يشترط رضا الخصم في الوكالة بالخصومة ، لأن من حق أي أحد أن يوكل من يدافع عنه ، كما أنه ليس للخصم أن يوكل على خصمه أكثر من واحد إلا برضاه لأن في توكيل أكثر من واحد توسيع للخصومة ، وتوسيعها يؤدي إلى ضياع الحقوق ، وفتح باب الشر ومناصرة الباطل²⁴⁹.

2/ الوكيل بالبيع : من وكل غيره لبيعه له شيئاً وأطلق الوكالة فلم يقيده بثمن معين ، ولا أن يبيعه معجلاً أو مؤجلاً فليس له أن يبيعه إلا بثمن المثل ولا أن يبيعه مؤجلاً ، فلو باعه بما يتغابن الناس بمثله أو باعه مؤجلاً لم يجز هذا البيع إلا برضا الموكل ، لأن هذا يتنافى مع مصلحته فيرجع فيه إليه ، وليس معنى الإطلاق أن يفعل الوكيل ما يشاء بل معناه الانصراف إلى البيع المتعارف لدى التجار وبما هو أنفع للموكل.

فإذا كانت مقيدة يجب على الوكيل أن يتقيد بما قيده به الموكل ولا يجوز مخالفته إلا إذا خالفه إلى ما هو خير للموكل ، فإذا قيده بثمن معين فباعه بأزيد أو قال بعه مؤجلاً فباعه حالاً صح هذا البيع فإذا لم تكن المخالفة إلى ما هو خير للموكل كان تصرفه باطلاً عند الشافعي أما الأحناف فقالوا أن التصرف يتوقف على رضا الموكل فإن أجازته صح وإلا فلا²⁵⁰.

3/ ضمان الوكيل : الوكيل مؤتمن فيما كان بينه وبين موكله من معاملة ، فمن باع لموكله سلعة من شأنها أن تباع بالنقود ، فباعها الوكيل بسلعة أخرى مقايضة وادعى أن موكله أذن له في ذلك فلا يصدق إلا ببينة ، وللموكل أن يغرمه قيمتها بالنقود وله أن يمضي البيع ، إن

²⁴⁷ سورة النساء الآية 107.

²⁴⁸ سورة النساء الآية 85.

²⁴⁹ عبد الرحمان صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4، ص129-130.

²⁵⁰ السيد سابق، فقه السنة، دار الفتاح للإعلام العربي (القاهرة)، (د، ط) ج3، ص160.

فاتت السلعة عند المشتري فإن لم تفت كان الموكل مخيرا بين رد سلعته أو إمضاء البيع بالمقايضة كما صنع الوكيل.

ومن وكل على قبض دين فادعى ضياعه من غير تفريط أو ادعى أنه أقبضه لموكله، قبل قوله بيمينه ويسقط عنه الضمان ، لأن الغريم الدافع إليه قد صدقه والموكل فيما بينه وبينه ائتمنه²⁵¹.

4/تعدد الوكلاء: للموكل أن يوكل أكثر من وكيل على القيام بعمل كبيع سلعة أو شراء أو دفع مال للدائن ، ولكل واحد من الوكيلين أن يستقل بتصرفه ، ولا يلزمه مشاوره الآخر، إذا وكل كل واحد منهما على انفراد في عقود مختلفة واحدا بعد الآخر إلا إذا شرط عليهما الموكل التشاور فإن وكلهما معا في عقد واحد فليس لأحدهما أن يستقل بالعمل قبل مراجعة الآخر إلا إذا أذن لهما الموكل وقال لهما: لكل منكما أن يتصرف مستقلا عن الآخر ولا يشاوره.

وإن تضارب عمل الوكيلين ، بأن باع كل منهما السلعة التي وكلا عليها، دون علم الآخر، فالأول منهما هو الذي ينعقد بيعه ، وذلك لصحة تصرفه²⁵²

5/عزل الوكيل: للوكيل عزل نفسه بنفسه، وللموكل عزله متى شاء وفيما يلي التوضيح:

إذا عزل الموكل الوكيل في حضوره كأن قال له: أنت معزول أو عزلتك من وكالتك عني، أو قال الموكل في مجلس يحضره الوكيل عزلت فلانا من وكالتك وهو حاضر يسمع العزل انعزل عن الوكالة من وقت العزل.

وإن كان العزل من جهة الوكيل كأن قال: عزلت نفسي من الوكالة أو رددتها إلى صاحبها فلان تم العزل.

²⁵¹ عبد الرحمن صادق الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سابق، ج4، ص143، وانظر القرافي، الذخيرة ج8، ص18.

²⁵² المرجع السابق، ص 144.

كما تعزل الوكالة بخروج أحدهما عن أهلية التصرف بموت، فيعزل الوكيل بموت موكله²⁵³، لأن المال ينتقل بالموت إلى الورثة، فليس للوكيل صلاحية التصرف بعد الموت، فتصرفه بعد علمه بموت موكله باطل بالاتفاق لأنه تصرف فيما ليس له صلاحية فيه²⁵⁴

- إذا تصرف الوكيل بعد علمه بعزل الموكل له فتصرفه باطل ويضمن ما أتلفه له لتعديه، وإن علم ذلك غريم أو معامل للموكل لم يجز تسليمه لشيء مما كان يجوز له أن يسلمه بحق الوكالة إلى الوكيل، فإن فعل ذلك لم يبرأه ضمن من غير اعتبار بعلم الوكيل، فأما إذا تصرف الوكيل بعد ثبوت عزل الموكل له ببينة أو بموته والوكيل لا يعلم فاختلف فيه²⁵⁵.

²⁵³ نصر فريد محمد واصل، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 200-201
²⁵⁴ عبد الرحمان صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص148، وانظر ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج7، ص206-207.

²⁵⁵ محمد بن عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة أبي عبد الله مالك بن أنس، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية (بيروت) (1418هـ-1998م)، ج2، ص 209.

المطلب الثاني: الرهن.

الفرع الأول: تعريف الرهن ومشروعيته.

تعريف الرهن في اللغة: يطلق الرهن في اللغة ويراد به الثبوت والدوام، كما يطلق أيضا على الحبس ، فمن الأول قولهم نعمة راهنة أي ثابتة ودائمة ، ومن الثاني قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾²⁵⁶ أي محبوسة بكسبها وعملها²⁵⁷ وسمي الرهن رهنا لأنه محبوس في الدين ممنوع مالكة من التصرف فيه²⁵⁸

الرهن في الاصطلاح الشرعي : هو جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالدين²⁵⁹

وقد جاء في شرح منتهى الإرادات أن الرهن وثيقة دين غير سلم ودين كتابة لو في المال، كعين مضمونة بعين لا دين ولا منفعة يمكن أخذه إن لم تف به²⁶⁰.

وجاء في الاختيار أن الرهن هو الحبس بمال مخصوص بصفة مخصوصة، شرع وثيقة للاستيفاء ليضجر الراهن بحبس عينه فيسارع إلى إيفاء الدين ويصل المرتهن إلى حقه²⁶¹.

²⁵⁶سورة المدثر الآية38

²⁵⁷السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج3، ص131.

²⁵⁸عبد الرحمان صادق الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص223

²⁵⁹فضل الحق نور محمد باز، فقه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في المعاملات دراسة مقارنة ، اشراف محمد

السعيد بن سعد الحارثي، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات

الإسلامية(1417هـ)، ص228.

²⁶⁰يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح منتهى ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن

التركي، مؤسسة الرسالة ط1، (1421هـ-2000م)، ج3، ص332

²⁶¹عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية (بيروت)(د، ط)، ج2، ص72.

وفي المغني الرهن هو المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه²⁶².

وعرف أيضا بأنه جعل عن مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه ، فهو في يد المرتهن وثيقة تحفظ له ماله الذي على المدين إن دفع إليه ماله رد عليه الرهن ، وإن لم يدفع استوفى من غير الرهن أو من قيمته وبذلك تسهل المعاملات بين الناس وتسير أمورهم في تحقيق مصلحة المجتمع²⁶³.

الشافعية عرفوا الرهن بقولهم: جعل عين وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه، وقولهم: "جعل عين" يقيد عدم جواز رهن المنافع لأنها تتلف فلا يحصل بها استيثاق.

وعرفه الحنابلة، بأنه المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه.

أما المالكية فقد قالوا بأنه شيء متمول يؤخذ من مالكة، توثيقا به في دين لازم ، أو صار من اللزوم ، أي أنه تعاقد على أخذ شيء من الأموال عينا كالعقار والحيوان والعروض ، أو منفعة على أن تكون المنفعة معينة بزمن أو عمل ، وعلى أن تحسب من المدين ولا بد أن يكون الدين لازما كتمن مبيع أو بدل قرض أو قيمة متلف أو صائرا إلى اللزوم، كأخذ رهن من صانع أو مستعير، خوفا من ادعاء ضياع فيكون الرهن في القيمة على ما يلزم²⁶⁴.

مشروعيته: الرهن جائز كالبيع لأن كل ما جاز بيعه جاز رهنه إلا في صور نادرة ، كما أجاز المالكية رهن العبد الأبق مع ما فيه من الغرر مع أنه لا يجوز بيعه.

والرهن مشروع بالكتاب والسنة والإجماع ، فمن القرآن ما يلي:

قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً ﴾²⁶⁵

²⁶² ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج6، ص443.

²⁶³ سماح صلاح الدين عبد العزيز شلبي، الإطلاق والتقييد وأثرهما في فقه المعاملات والعقوبات ، اشراف ابراهيم ابراهيم

هلال، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في اللغة العربية وآدابها، جامعة عين الشمس، كلية البنات قسم اللغة العربية

وآدابها(1421هـ-2000م)، ص339

²⁶⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج5، ص180-181.

²⁶⁵ سورة البقرة الآية 283.

وتقيد الرهن بالسفر في الآية خرج مخرج الغالب ، لأن السفر هو الحالة التي يغلب معها عدم وجود الكاتب لوثيقة الدين ، فحاجة الناس إلى الرهن في السفر أشد منها في الحضر وليس ذكر السفر في الآية للدلالة على عدم جواز الرهن في الحضر²⁶⁶.

ومن السنة النبوية الشريفة : حديث عائشة : "أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه"²⁶⁷.

وفي الصحيح أن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول: "الرهن يركب بنفقته ، ويشرب لبن الدر إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة"²⁶⁸. وعن أبي هريرة أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمة"²⁶⁹.

من الإجماع: أجمع العلماء على ذلك ولم يختلف في جوازه ولا مشروعيته أحد، وإن كانوا قد اختلفوا في مشروعيته في الحضر، فقال الجمهور يشرع في الحضر كما يشرع في السفر، لفعل الرسول صلى الله عليه وسلم وهو مقيم بالمدينة ، وأما تقييده بالسفر في الآية فإنه خرج مخرج الغالب فإن الرهن غالبا يكون في السفر²⁷⁰.

وبناء عليه فقد أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة²⁷¹.

الفرع الثاني: أركان الرهن.

²⁶⁶ عبد الرحمان صادق الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، سابق، ص223.

²⁶⁷ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرهن، باب من رهن درعه، ج2، ص210، رقم الحديث: 2509.

²⁶⁸ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب، ص211، رقم الحديث: 2511.

²⁶⁹ أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الرهن، باب لا يغلق الرهن، ج3، ص395، رقم الحديث: 2441.

²⁷⁰ السيد سابق ، فقه السنة، ج3، مرجع سابق، ص131-132.

²⁷¹ ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج6، ص444.

للرهن عناصر أربعة وهي: الراهن ويسمى بمعطي الرهن، المرتهن ويسمى آخذ الرهن، والمرهون أو الرهن و هو ما أعطي من المال وثيقة للدين ، والمرهون به هو الدين.

أما الحنفية فركن الرهن هو الإيجاب والقبول ، من الراهن والمرتهن كسائر العقود ، ولكن لا يتم ولا يلزم إلا بالقبض أي التخلية أو النقل كأن يقول الراهن: رهنتك هذا الشيء بما لك علي من الدين ، أو هذا الشيء رهن بدينك ونحوه. ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت، ولا يشترط لفظا "الرهن" ، فلو اشترى شيئاً بdraهم وسلم إلى البائع شيئاً وقال له: أمسكه حتى أعطيك الثمن انعقد الرهن لأن العبرة في العقود للمعاني²⁷²

أما غير الحنفية فقد قالوا أن للرهن أربعة أركان وهي كالاتي: صيغة ، عاقد ، مرهون ،مرهون به.

1/العاقد: هو الراهن والمرتهن ، والراهن هو مالك الرهن فهو المدين والمرتهن هو الدائن، فهو آخذ الرهن المحتفظ به مقابل دينه²⁷³، وقد اشترط الحنفية الأهلية فهي أهلية البيع، فكل من يصح بيعه يصح رهنه ، لأن الرهن تصرف مالي كالبيع ، فوجب أن يراعي في عاقيه ما يراعي في عاقي البيع، فيشترط في عاقي الرهن: العقل والتمييز فلا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي غير المميز والسفيه موقفا على إجازة وليه²⁷⁴.

كما يشترط في الراهن عدم المرض ، فلا يجوز للمريض أن يرهن في دين قديم سابق عن مرضه.

كما لا تشترط ملكية الراهن للرهن ، فلو كان الشيء تحت يد أحد بإعارة أو إجازة ورهنه مضى الرهن ، ورجع المعير على المستعير بقيمة المرهون لأنه أتلف العين²⁷⁵.

2/الشيء المرهون: وهو كل ما يمكن أن يستوفى منه ، أو من ثمنه ، أو من منافعه، الدين المرهون به ولو كان الشيء المرهون ديناً، لأن الغاية من الرهن هي استيفاء الدين ، فما يمكن استيفاء الدين منه يكون رهناً، وما لا يمكن استيفاء الدين منه لا يكون رهناً.

²⁷² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج5، ص183.

²⁷³ عبد الرحمان الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص226.

²⁷⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج5، ص185.

²⁷⁵ عبد الرحمان الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص226.

فقد يستوفي الدين من الرهن نفسه إذا كان نقداً ، وقد يستوفي من ثمنه إذا كان عرضاً ، أو عقاراً ، أو حيواناً وقد يستوفي من منافعه كأن يكون داراً مؤجرة²⁷⁶.

ولذا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المرهون ما يشترط في البيع حتى يمكن بيعه ، لاستيفاء الدين منه²⁷⁷.

3/ المرهون به: المرهون به وهو الدين وشرطه أن يكون في الذمة ، يمكن استيفاؤه من الرهن ، لا معيناً لأن الدين المعين كهذه السيارة بعينها أو الدابة بعينها ، لا يمكن استيفاؤها من الرهن ، إلا أن يراد قيمتها فذلك جائز ، فدين الرهن لا بد أن يكون في الذمة والذمة لا تقبل المعينات.

وشرط الدين المرهون به أيضاً أن يكون لازماً ، كثمن المبيع أو آيلاً إلى اللزوم كأخذ رهن على أجرة جعل ، بأن يقول العامل لرب العمل : أخشى ألا تقي لي بالأجرة إذا أتممت العمل فأعطني رهناً أتوثق به ، فإن عقد الجعل غير لازم قبل العمل ، لكنه يؤول إلى اللزوم ، لأنه يلزم رب العمل بالشروع في العمل²⁷⁸.

4/ الصيغة: صيغة الرهن وتكون باللفظ الصريح ، مثل خذ هذا رهناً ، وتكون بغير اللفظ الصريح كأن يدفع المدين للدائن سلعة ، ويقول له أمسكها عندك حتى أوفي لك دينك ، فإن تلك السلعة تكون رهناً²⁷⁹ ، لأن المقصود من العقود إنما هو الرضى فما دل عليه كفى ، فكل شرط يوافق مقتضى العقد كقوله بشرط أن يباع في الدين أو يقبض لا يقدح لاستلزام العقد له عند السكوت عنه ، وكذلك كل شرط لا يتعلق به غرض لعدم المنافاة ، فأما ما يناقض كقوله بشرط عدم القبض أولاً يباع فهو مفسد.

- لو شرط أن ثمرة الشجر رهن صح لعدم المنافاة لمقتضى الرهن.

²⁷⁶ المرجع السابق ، ص 227.

²⁷⁷ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 201-202.

²⁷⁸ القرافي ، الذخيرة ، مرجع سابق ، ج 8 ، ص 228.

²⁷⁹ عبد الرحمان الغزياني ، أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 229-230.

لو شرط الرهن في بيع فاسد فظن لزوم ذلك فله الرجوع ، كما لو ظن أن عليه ديناً فوفاه ثم تبين براءته²⁸⁰.

الفرع الثالث: أحكام الرهن.

انتفاع المرتهن بالمرهون:

قد ورد في السنة النبوية الثابتة الصحيحة جواز ركوب المرتهن للدابة المرهونة وشربه لبنها بنفقته عليها، كما روي البخاري في صحيحه عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يسرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة"²⁸¹.

وهذا الحكم من أحسن الأحكام وأعدلها، ولا أصلح للراهنين منه، وما عداه ففساده ظاهر، فإن الراهن قد يغيب ويتعذر على المرتهن مطالبته بالنفقة التي تحفظ الرهن ويشق عليه أو يتعذر رفعه إلى الحاكم وإثبات الرهن وإثبات غيبة الراهن وإثبات أن قدر نفقته عليه هي قدر حلبه وركوبه وطلبه منه الحكم له بذلك، وفي هذا من العسر والحرج والمشقة ما ينافي الحنيفية السمحة، فشرع الشارع الحكيم القيم بمصالح العباد للمرتهن أن يشرب لبن الرهن ويركب ظهره وعليه نفقته، وهذا محض القياس لو لم تأت به السنة الصحيحة وهو يخرج على أصليين:

أحدهما: أنه إذا أنفق على الرهن صارت النفقة ديناً على الراهن ، لأنه واجب أداءه عنه، ويتعسر عليه الإشهاد على ذلك كل وقت واستئذان الحاكم، فجوز له الشارع استيفاء دينه من ظهر الرهن ودره، وهذا مصلحة محضة لهما، وهي بلا شك أولى من تعطيل منفعة ظهره وإراقة لبنه أو تركه يفسد في الحيوان أو يفسده حيث يتعذر الرفع إلى الحاكم، لاسيما ورهن الشاة ونحوها إنما يقع غالباً بين أهل البوادي حيث لا حاكم، ولو كان فلم يول الله ولا رسوله الحاكم هذا الأمر.

²⁸⁰القرافي، النخيرة، مرجع سابق، ج8، ص98-99.

²⁸¹أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحبوب، ج2، ص211، رقم الحديث: 2511.

الأصل الثاني: أن ذلك معاوضة في غيبة أحد المعاوضين للحاجة والمصلحة الراجعة، وذلك أولى من الأخذ بالشفعة بغير رضا المشتري، لأن الضرر في ترك هذه المعاوضة أعظم من الضرر في ترك الأخذ بالشفعة وأيضا فإن المرتهن يريد حفظ الوثيقة لئلا يذهب ماله، وذلك إنما يحصل ببقاء الحيوان، والطريق إلى ذلك إما النفقة عليه، وذلك مأذون فيه عرفا كما هو مأذون فيه شرعا²⁸².

قبض الرهن: يعني لا يلزم الرهن إلا بالقبض وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ما كان موزونا أو مكيلا، لا يلزم رهنه إلا بالقبض وفيما عداه روايتان احدهما لا يلزم إلا بالقبض والأخرى يلزم بمجرد العقد كالبيع، فإن كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من رهنه منقولا وإن كان مما لا ينقل كالدر و الأرضين فقبضه بتخلية رهنه بينه وبينه²⁸³، وبالتالي فصفة القبض في باب الرهن كصفته في باب البيع، فلو كان الرهن مكيلا فقبضه بكيله، أو موزونا فبوزنه أو مذروعا فبذره أو معدودا أو منقولا فبعده أو بنقله، أو غير منقول كالأراضي والأبنية و الغرائس والثمار على الأشجار والزرع في الأرض فبالتخلية²⁸⁴

فإذا تصرف الراهن في الرهن قبل القبض، بهبة أو بيع أو عتق، أو جعله صداقا ، أو رهنه ثانيا، بطل الرهن الأول سواء قبض الرهن الثاني أو لم يقبضه، لأنه أخرجه عن إمكان استيفاء الدين من ثمنه، أو فعل ما يدل على قصده ذلك، وإن أجر العبد أو زوج الأمة لم يبطل الرهن، لأن هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يمنع صحة الرهن ولأنه لا يمنع ابتداء الرهن فلا يقطع استدامته كاستخدامه، وإن كاتب العبد انبنى على صحة رهن المكاتب²⁸⁵.

بيع الرهن: إذا باع الراهن الرهن فهو موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه، وإن أعتق العبد الرهن نفذ عتقه، فيطالب بأداء الدين إن كان حالا، وإن كان مؤجلا رهن قيمته العبد، وإن كان معسرا سعى العبد في الأقل، ويرجع على المولى إذا أيسر وإن استهلكه أجنبي فالمرتهن يضمه قيمته يوم هلك، وليس له أن ينتفع بالرهن، فإن أعاره المرتهن فقبضه

²⁸²أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن القيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار ابن الجوزي ط1، (1423هـ)، ج4، ص315.

²⁸³ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج6، ص446.

²⁸⁴عادل بن عبد القادر بن محمد قوته، المسائل المبنية على العرف في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، ص642.

²⁸⁵ابن قدامة المقدسي، المغني ، مرجع سابق، ج6، ص 448.

الراهن خرج من ضمانه، فلو هلك في يد الراهن هلك بغير شيء ، وإن وضعاه على يد عدل جاز، وإن شرطاً ذلك في العقد فليس لأحدهما أخذه ، ويهلك من ضمان المرتهن، ويجوز أن يوكل المرتهن وغيره على بيع الرهن، فإن شرطها في عقد الرهن لم ينعزل بموت الراهن ولا بعزله، وإن مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين، فإن لم يكن له وصي نصب القاضي من يفعل ذلك، ومن استعار شيئاً ليرهنه جاز، وإن لم يسم ما يرهنه به، فإن عين ما يرهنه به فليس له أن يزيد عليه ولا ينقص²⁸⁶.

بيع الرهن عند حلول الأجل:

إذا حل أجل الدين، ولم يف الراهن بالدين لعسره أو امتنع من الوفاء وهو موسر، فللمرتهن الحق في أن يستوفي دينه من الرهن، إن كان يمكن الاستيفاء من عينه كإنقود، فإن فضل شيء رده للراهن وإن نقص كان الراهن ملزماً بتسديد الباقي.

وإذا هلك الرهن وهو في ضمان المرتهن، بأن كان مما يمكن إخفاؤه ويغاب عليه، وجهلت قيمته فلم تعلم، كان الرهن في الدين و يتباران، وإذا لم يكن الاستيفاء من الرهن ممكناً إلا ببيعه مثل الآلة والسيارة، والعقار فللمرتهن أن يطلب بيعه عن طريق القضاء ليستوفي حقه، وليس له أن يتولى البيع بنفسه، إلا أن يأذن له الراهن، لأنه يتهم بعدم التقصي في الثمن، فيغيب الراهن بالبيع بأقل من السعر، ولأنه يحتاج إلى إثبات أن المرتهن لم يستوف دينه.

فإن باع المرتهن الرهن دون الرجوع إلى القضاء، وأصاب وجه البيع، مضى وإن لم يكن البيع صواباً فللراهن رده²⁸⁷

ويجوز للراهن برضاه أن يوكل المرتهن على بيع الرهن، قياساً على توكيل الأجنبي لأن للراهن أن يوكل أجنبياً على البيع، فللمرتهن مثله، وإنما يكره توكيل المرتهن على بيع ماله خطر، لأن بيعه عن طريق القضاء أحوط لهما وأبعد عن النزاع، حتى لا يتم المرتهن بمحاباة نفسه وعدم التقصي في الثمن.

²⁸⁶ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج2 ص69-70-71.

²⁸⁷ عبد الرحمان صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج3، ص638-639.

وللقاضي أن يبيع الرهن إذا غاب الراهن أو مات، ولو قبل حلول أجل الدين لأن من مات حلت ديونه، وذلك بعد أن تثبت لدى القاضي صحة الدين.

وملكية الرهن للراهن و تحليف المرتهن اليمين²⁸⁸، بأنه ما وهب دينه للراهن ولا قبضه ولا أحاط به وأنه باق عليه حين قيامه، وهذه تسمى يمين الاستظهار وأجرة البيع. إن لزمتم أجرة . على الذي طلب البيع من راهن أو مرتهن لأنه صاحب الحاجة²⁸⁹.

المطلب الثالث: الهبة.

الفرع الأول: تعريف الهبة ومشروعيتها.

الهبة في اللغة: جاء في لسان العرب : أن الهبة هي العطية الخالية عن الأعيان والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا²⁹⁰.

وهي إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا، أو غير مال يقال: وهب الله فلانا

ولدا صالحا، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ۖ يَرِثُنِي﴾²⁹¹

وقوله: ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِ شَاءَ إِنشَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾²⁹².

²⁸⁸أبي عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة أبي عبد الله مالك بن أنس ، مرجع سابق، ج2، ص157.

²⁸⁹عبد الرحمان صادق الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سابق، ج3، ص640.

²⁹⁰ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق، ج1، ص803.

²⁹¹سورة مريم الآية 5-6.

²⁹²سورة الشورى الآية 49.

فقد أطلق الله جل شأنه الهبة على الولد ، وإن لم يكن مالا لأنه سبحانه أعطانا بغير عوض.

ويقصد بها أيضا العطية الخالية عن تقدم الاستحقاق²⁹³، والهبة مأخوذة من هبوب الريح أي مرورها، وتطلق ويراد بها التبرع والتفضل على الغير سواء أكان بالمال أو غيره²⁹⁴.

الهبة في الاصطلاح الشرعي:

الهبة في الشرع هي تملك بلا عوض²⁹⁵

وتطلق ويراد بها أيضا تملك ذات من غير عوض ، مقصود به وجه من أعطيت إليه، فيخرج ب [تمليك الذات] تملك المنفعة ، فلا يسمى هبة مثل العارية والوقف ، وقيد [من غير عوض] يخرج به البيع وهبة الثواب ، وقيد [مقصود به وجه من أعطيت إليه] يخرج به الصدقة، فأعطاء الذات بعوض، هبة الثواب وإعطاؤها من غير عوض لوجه من أعطيت إليه هبة غير ثواب ، وإعطاؤها لوجه الله هو الصدقة ، وإذا قصد بالإعطاء الأمان معا، وجه الله ووجه من أعطيت إليه فهو صدقة أيضا عند أكثر علمائنا²⁹⁶.

وعرفها وهبة الزحيلي بأنها عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعا²⁹⁷.

وقد جاء في الموسوعة بأن الهبة تملك بلا عوض حال الحياة²⁹⁸.

وهي أيضا تملك بلا عوض ، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط²⁹⁹.

²⁹³ عبد الله محمود بن مودود ، الاختيار لتعليل المختار ، مرجع سابق، ج3، ص48.

²⁹⁴ السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج3، ص226.

²⁹⁵ عبد الوالي بن مشعان السلمي، فقه الخليفة الراشد عثمان بن عفان رضي الله عنه في المعاملات مقارنا بفقه الأئمة الأربعة، اشراف عطية عبد الحليم صقر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي، جامعة أو القرى، قسم الدراسات العليا بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، (1423هـ-2002م)، ص447.

²⁹⁶ عبد الرحمان الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص353.

²⁹⁷ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج5 ، ص05.

²⁹⁸ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية ، ط2 (1407هـ-1987م) ج9 ، ص06.

²⁹⁹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني ، دار الهدى، (د، ط)، ص37.

مشروعية الهبة:

دل الكتاب والسنة والإجماع على استحباب الهبة وما في معناها كالهدية ، وهذا هو الأصل في حكم الهبة ، وذكر بعض المالكية أن الهبة قد يعرض لها ما يجعلها واجبة كالهبة للمضطر، أو يجعلها محرمة كالهبة لمن يستعين بها على محرم ، أو يجعلها مكروهة كالهبة لمن يستعين بها على مكروه³⁰⁰

فقد شرع الله تعالى الهبة لما فيها من تأليف القلوب وتوثيق المحبة بين الناس³⁰¹

والهبة جائزة والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب:

قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾³⁰²

وقوله تعالى: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ﴾³⁰³

ومن السنة النبوية: قوله صلى الله عليه وسلم: "يا نساء المسلمين لا تحقرن جارة أن تهدي لجاتها ولو فرست شاة"³⁰⁴، أي ظلها وهو في الأصل خف البعير فاستعير للشاة.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئته"³⁰⁵

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت ولو أهدي إلي ذراع أو كراع قبلت"³⁰⁶

³⁰⁰ ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ، ط2، (1434هـ)، ج18، ص347.

³⁰¹ السيد سابق، فقه السنة ، مرجع سابق، ج3، ص267.

³⁰² سورة النساء الآية04.

³⁰³ سورة البقرة الآية 177.

³⁰⁴ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، ج2، ص228، رقم الحديث: 2566

³⁰⁵ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة الرجل لإمرأته والمرأة لزوجها ج2،

ص234، رقم الحديث: 2589

³⁰⁶ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب القليل من الهبة ج2 ص227-228، رقم

الحديث: 2568.

وفي البخاري عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أربعون خصلة أعلاهن منيحة العنز ما من عامل يعمل بخصلة منها رجاء ثوابها وتصديق موعودها، إلا أدخله الله بها الجنة"³⁰⁷.

وقد كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحرون بهداياهم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عائشة يبتغون بذلك مرضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم³⁰⁸.

قال فقد انعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها³⁰⁹، ومن الإجماع:

تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾³¹⁰.

الفرع الثاني: أركان الهبة.

أركان الهبة أربعة: المعطي ، والمعطى له ، والشيء الموهوب، والصيغة ، وفيما يلي تفصيل هذه الأركان وشروطها:

الركن الأول: المعطي [الواهب] : هو المالك إذا كان صحيحا مالكا أمر نفسه³¹¹ ، وشرطه أن يكون أهلا للتبرع ، وهو من كان رشيدا طائعا ، فمن أكره على الهبة، فلا تصح هبته ، ولو ردها بعد زوال الإكراه ، ولا تصح الهبة ممن ليس أهلا للتبرع ، وهو الصبي والمجنون والسكران والمحجور عليه لسفه وسوء تصرفه هؤلاء باطلة ولو أجازها الولي ، لأنه محجور عليهم في جميع أموالهم.

وكذلك المرتد ، فلا تصح منه الهبة ، لأن ماله فيء فهو غير مالك ، أما المحجور عليه لأنه مريض على فراش الموت فله الحق في الهبة بثلث ماله وما زاد على الثلث لا يصح إلا إذا أجازته الورثة ، فإذا أجازوه صح وصار عطية مستأنفة منهم³¹²

³⁰⁷ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب فضل المنيحة، ج2، ص244، رقم الحديث: 2631.

³⁰⁸ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب قبول الهدية، ج2، ص229-230، رقم الحديث: 2574.

³⁰⁹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج5، ص07.

³¹⁰ سورة المائدة الآية 02.

³¹¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج5، ص08.

³¹² عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سابق، ج4 ص248.

الركن الثاني: الشيء الموهوب: ومن شروطه أن يكون موجودا حقيقة ، وأن يكون مالا متقوما ، وأن يكون مملوكا في نفسه أي يكون الموهوب مما ترد عليه الملكية ويقبل التداول وانتقال ملكيته من يد إلى يد فلا تصح هبة الماء في النهر ولا السمك في البحر ولا الطير في الهواء.

وأن يكون متصلا بملك الواهب³¹³

ولا تجوز هبة الخمر ولا الميتة والدم ، ولا الصور المحرمة والمناظر العارية والأشرطة المحرصة على الفجور ، لأنه لا يجوز تملكها ولا الانتفاع بها شرعا ، ويجوز هبة الكلب للحراسة³¹⁴.

الركن الثالث: الموهوب له: وهو من كان أهلا للتملك، سواء كان موجودا كفلان ، أو طلبية المدرسة الفلانية أو سيوجد كمن سيولد من أبناء فلان ، أو كان جهة اعتبارية كالمساجد والمستشفيات والمشاريع الخيرية وتجاوز الهبة لغير المسلم لقوله تعالى ﴿ **وَيُطْعَمُونَ أَطْعَامَ عَلَىٰ حِبِّهِمْ مَسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا** ﴾³¹⁵ "والأسير لا يكون إلا مشركا"³¹⁶.

الركن الرابع: الصيغة: وهي كل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل كلفظ الهدية والهبة والعطية وشبه ذلك.

والإيجاب إما صريح مثل أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك، أو ما جرى مجرى الصريح كقوله ملكته منك، أو جعلته لك أو هو لك أو أعطيته أو نحلته أو أهديته إليك ونوى به الهبة ؛ لأن تمليك العين للحال أو جعلها له من غير عوض هو معنى الهبة³¹⁷.

أو غير صريح مثل أعطيت، وخذ أو كان فعلا احتقت به قرائن تدل على التمليك كمناولة الأب ابنه مفتاح السيارة عند نجاحه أو إلياس ابنته خاتما أو عقدا فإذا مات الأب اختص الولد بما حازه من هذه الأشياء ولا يشاركه فيها الورثة، لأن القرائن دلت على التمليك إلا أن

³¹³ السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج3، ص269.

عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص249.³¹⁴

³¹⁵ سورة الإنسان الآية 08.

³¹⁶ عبد الرحمان صادق الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص355.

³¹⁷ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص08.

يبين الأب الذي أعطاه لولده إنما هو عارية ينتفع بها، ثم ترجع إلى الأب اشترك فيه الورثة جميعاً³¹⁸.

الفرع الثالث: أحكام الهبة.

1/ الحيازة شرط لتمام الهبة:

الهبة تملك بالعقد، وهو الإيجاب والقبول فإذا قيل الموهوب له الهبة، فقد صحت له وملكها، ولو لم يقبضها بالفعل، فالقبول في عقد الهبة لا بد منه، لا تصح بدونه أما حيازتها وقبضها قبل حصول المانع فهو شرط لتتميمها لا تتم إلا به، بمعنى أن الحيازة لا بد أن تحصل والواهب صحيح عاقل، فلو تأخر قبض الهبة وحيازتها حتى مات الواهب أو مرض أو أفلس وأحاط الدين بما له بطلت الهبة، صارت من حق الورثة عن عمر بن الخطاب قال: "مأبال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: هو لابني قد كنت أعطيه إياه من نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون إن مات لورثته، فهي باطل"³¹⁹

وللموهوب له أن يطالب بالحيازة وله أن يجبر الواهب على أن يمكنه من قبض الهبة، لأنه ملكها بالعقد كما يملك المبيع.

ولا يشترط في حيازة الهبة إذن الواهب، فلو حازها الموهوب له من غير علم الواهب لتمت له الهبة واختص بها، لأن ملكها ثابت له بالعقد ولا يحتاج إلى إذن في ملكه³²⁰.

2/ هبة المريض مرض الموت:

إذا كان شخص مريض مرض الموت ووهب غيره هبة فحكم هبته كحكم الوصية، فإذا وهب هبة لأحد ورثته ثم مات، وادعى باقي الورثة أنه وهبه في مرض موته، وادعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته فإن على الموهوب له أن يثبت قوله، وإن لم يفعل اعتبرت الهبة

³¹⁸ عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 250

³¹⁹ أخرجه الزرقاني في شرحه على الموطأ، كتاب الأقضية، باب مالا يجوز من النحل، ج 3، ص 218.

³²⁰ عبد الرحمان صادق الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 356-357-358.

أنها حصلت في مرض الموت وجرى حكمها على مقتضى ذلك أي أنها لا تصح إلا إذا أجازها الورثة ، وإذا وهب وهو مريض مرض الموت ثم صح من مرضه فالهبة صحيحة³²¹

3/التسوية بين الأولاد في العطية: المطلوب من الوالدين التسوية بين الأولاد في الهبات

والعطايا، بل المطلوب التسوية بينهم في المعاملة والملاطفة أيضا، حتى قال بعض أهل

العلم: يسوى بين الولد حتى في القبلة وذلك من العدل الذي أمر به الله تعالى في قوله * ﴿

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴿٩٠﴾³²²، ولما في التسوية من المحافظة على دوام المودة

بين الإخوة والعون على بر الأبناء بأبائهم، فليس كالتفرقة داع إلى الفرقة والتباغض، والعقوق

وقطع الرحم وقد سماها النبي صلى الله عليه وسلم جورا³²³، ففي حديث النعمان بن بشير

قال تصدق علي أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت ربيعة: لا أرضى حتى تشهد

رسول الله صلى الله عليه وسلم، فانطلق أبي إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليشهده على

صدقي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أفعلت هذا بولدك كلهم؟ قال: لا، قال: "انقوا

الله واعدلوا في أولادكم" فرجع أبي فرد تلك الصدقة، وفي رواية فقال له النبي صلى الله عليه

وسلم: "فلا تشهدني إذا، فإني لا أشهد على جور"³²⁴.

4/الرجوع في الهبة: ذهب جمهور العلماء إلى حرمة الرجوع في الهبة، ولو كانت بين

الإخوة والزوجين ، إلا إذا كانت هبة الوالد لولده³²⁵.

فإن له الرجوع فيها لما رواه أصحاب السنن عن ابن عباس وابن عمر أن النبي صلى الله

عليه وسلم قال: " لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ومثل

الرجل يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثلكم أكل حتى شبع قاء ثم رجع في قبئته"³²⁶.

الحديث يدل على أن الوالد أن يرجع فيما وهب لابنه³²⁷.

³²¹السيد سابق، فقه السنة ، مرجع سابق، ج3، ص269.

³²²سورة النحل الآية 90.

³²³عبد الرحمن صادق الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص362.

³²⁴أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب الإشهاد في الهبة، ج2، ص233، رقم

الحديث: 2587.

³²⁵السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج3، ص273.

³²⁶أخرجه الترمذي في سننه، باب ماجاء في كراهية الرجوع في الهبة، ج4، ص08، رقم الحديث: 2132.

فالوالد وما ملك لأبيه، فليس رجوعه في الحقيقة رجوعاً، وعلى تقديره كونه رجوعاً فربما اقتضته مصلحة التأديب ونحو ذلك³²⁸.

وكذلك يجوز الرجوع في الهبة في حالة ما إذا وهب ليتعوض من هبته ويثاب عليها فلم يفعل الموهوب له، فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من وهب هبة فهو أحق بها مالم يثب منها" أي يعوض عنها وهذا هو ما رجحه ابن القيم في اعلام الموقعين قال: "ويكون الواهب الذي لا يحل له الرجوع هو من وهب تبرعاً محضاً لا لأجل العوض، والواهب الذي له الرجوع هو من وهب ليتعوض من هبته ويثاب منها فلم يفعل المتعبد.."³²⁹

وعليه فالرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق والرسول صلى الله عليه وسلم إنما بعث ليتمم محاسن الأخلاق³³⁰

موانع الرجوع في الهبة: يمنع من الرجوع في الهبة عدة أمور نذكرها فيما يلي:

1/ هلاك العين الموهوبة: فإنه مانع من الرجوع في الهبة لتعذر الرجوع بعد الهلاك، ولو ادعى الموهوب له الهلاك يصدق لأنه منكر لوجوب الرد عليه فأبه المودع.

2/ خروج الهبة عن ملك الموهوب له: يبيع أو هبة، لأن تبدل الملك كتبديل العين، فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها.

3/ الزيادة في الموهوب زيادة متصلة: لأن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع، سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أولاً مثال ذلك: أن يكون الموهوب داراً فبنى الموهوب له فوقها، أو أرضاً فغرس فيها شجراً، فلا سبيل حينئذ إلى الرجوع في الأصل مع الزيادة، لأن الزيادة ليست

³²⁷ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، دار ابن القيم وابن عفان ط1 (1426هـ-2005م) ج7، ص307.

³²⁸ حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، دار السلام، ط1 (1423هـ-2003م)، ص280.

³²⁹ ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين، مرجع سابق، ج4، ص142.

³³⁰ أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة (بيروت)، ط6 (1402هـ-1982م) ج2، ص333.

بموهوبة، إذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ، كما أنه لا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة، لأن الفصل بين الأصل والزيادة متعذر فامتنع الرجوع أصلاً.

أما إذا كانت الزيادة منفصلة فإنها لا تمنع من الرجوع في الهبة سواء كانت متولدة عن الأصل كالولد أو غير متولدة كالكسب، لأن هذه الزيادة لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ.

4/القرابة:القرابة تمنع من الرجوع في الهبة متى كانت لذي رحم محرم لأن المقصود منها صلة الرحم، وفي الرجوع قطيعة الرحم، يؤيد هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم: "من وهب هبة لذي رحم محرم فليس له أن يرجع فيها"³³¹

5/الزوجية: من موانع الرجوع في الهبة الزوجية، فلو وهب رجل لزوجته فليس له أن يرجع فيما وهب، لأن المقصود من هبة كل واحد من الزوجين للآخر الصلة والتواد³³² وقد حصل بالهبة، فلا يرجع فيها بعد حصول المقصود، لأن الزوجية نظير القرابة حتى إنه يجري بينهما التوارث، وترد شهادة كل واحد منهما للآخر.

6/العوض:إذا عوض الواهب عما وهب كان العوض مانعاً من الرجوع في الهبة مثال ذلك: أن يقول الموهوب له للواهب:خذ هذا عوض هبتك، أو بدلها، أو بمقابلتها فقبضه الواهب سقط حقه في الرجوع في الهبة، ولا بد من ذكر الموهوب له أن المدفوع إلى الواهب عوض عن هبته، ويشترط في العوض شرائط الهبة من القبض لأنه ليس بعوض حقيقة، وإنما هو تمليك مبتدأ ولو وهب الموهوب له للواهب شيء أولم يذكر أنه عوض عن هبته كان ذلك عبارة عن هبة مبتدأة فلكل واحد منها أن يرجع في هبته.

7/موت أحد المتعاقدين: مانع من موانع الرجوع في الهبة لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته، والورثة لم يستفيدوا من جهة الواهب فلا يرجع عليهم، ولأن تبديل الملك كتبديل العين فصار كعين أخرى فلا يكون للواهب فيها سبيل.

³³¹أخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، أبواب البيوع، ج2، ص570، رقم الحديث 1299.

³³²محمود محمد علي، بحوث في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، ط(1398هـ-1978م)، ص13-14.

والرجوع في الهبة إنما يصح بتراضييهما، أو بحكم الحاكم لأن ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه إلا بالرضا أو بقضاء القاضي، فإذا حصل الرجوع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل³³³.

المطلب الرابع: الحوالة.

³³³المرجع السابق، ص 14-15.

الفرع الأول: تعريف الحوالة ومشروعيتها.

الحوالة لغة: تحويل ماء من نهر إلى نهر، والحائل: المتغير اللون ، يقال رماد حائل و نبات حائل ، ورجل حائل اللون إذا كان أسود متغيرا ، والتوحد ، التنقل من موضع إلى موضع³³⁴

اصطلاحا: عرفها الحنفية بأنها نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملمزم ، بخلاف الكفالة فإنها ضم في المطالبة لا نقل ، فلا يطالب الدين بعد الحوالة بالاتفاق³³⁵

وعرفت أيضا بأنها: نقل المدين وتحويله من ذمة المحيل ، إلى ذمة المحال عليه³³⁶

كما أنها عرفت بأنها: نقل الدين من ذمة إلى أخرى على سبيل التوثق به ، وقيل نقل المطالبة دون الدين من ذمة إلى أخرى.

وقيل: هي ضم ذمة إلى ذمة في الدين والمطالبة جميعا³³⁷

مشروعية الحوالة:

عقد الحوالة مشروع وقد دل على مشروعيتها من السنة النبوية الشريفة والإجماع.

فمن السنة النبوية:

قوله صلى الله عليه وسلم: "مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع"³³⁸. فقد أمر صلى الله عليه وسلم باتباعه ، ولولا الجواز لما أمر به حتى أن بعض العلماء من قال بوجوب الإلتباع نظرا إلى ظاهر الحديث، والمراد به الإباحة ، لأن تحول حقه إلى ذمة أخرى من غير اختياره ضرر به ، وإنما خصه عليه الصلاة والسلام بالملء حكما للغالب ، لأن الغالب في الحوالات ذلك لأنه شرك الجواز³³⁹

³³⁴ ابن منظور ، لسان العرب ، مرجع سابق، ج11، ص 188.

³³⁵ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج5، ص 162.

³³⁶ عبد الوالي بن مشعان السلمي ، فقه الخليفة الراشد عثمان بن عفان رضي الله عنه في المعاملات مقارنة بفقهاء الأئمة الأربعة ، مرجع سابق، ص 246.

³³⁷ محمد زكي عبد البر ، الحوالة في الفقه الإسلامي ، (د، د، د)، ص 456.

³³⁸ أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في مطل الغني أنه ظلم، ج2، ص576، رقم الحديث 1308.

³³⁹ عبد الله بن محمود بن مودود ، الاختيار لتعليل المختار ، مرجع سابق، ج3، ص131.

ومن الإجماع:

اتفقوا على أن من أحيل بحق قد وجب له بشيء ، يجوز بيعه قبل قبضه، على شخص واحد ملئ حاضر ورضي بالحوالة ، ورضي المحال عليه بها أيضا، وعلم كل واحد منهم مقدار الحق الواجب، فقد جاز للمحال أن يطلب المحال عليه بذلك الحق، وأنها حوالة صحيحة³⁴⁰

الفرع الثاني: أركان الحوالة وشروطها.

أركان الحوالة عند الجمهور خمسة وهي:

1/محيل. 2/محتال.

3/محال عليه. 4/دينان.

5/صيغة³⁴¹

شروط الحوالة:

*يشترط في عقد الحوالة أهلية المتعاقدين ما يشترط عند كل عقد ، فيشترط بصحتها في المحيل العقل، فلا تصح الحوالة للمجنون والصبي الذي لا يعقل، ويشترط رضاه ، وجرح الإكراه، وأما البلوغ فهو شرط نفاذ ، وتكون صحة حوالة الصبي المميز موقوفة على رضا وليه وإجازته³⁴²

*اتفاق الدينين: لأنها تحويل الحق ، فيعتبر تحويله على صفته: في الجنس فلو أحال عليه أحد النقدين بالآخر لم يصح.

-في الصفة فلو أحال عن المكسرة بالصحيح لم يصح.

-و حلول الأجل فإن كان أحدهما حالا ، والآخر مؤجلا ، أو أجل أحدهما مخالفا لأجل الآخر لم يصح.

³⁴⁰ابن حزم الظاهري، مراتب الإجماع في العبادات، المعاملات، الاعتقادات، دار ابن حزم، ط1 (1419هـ-1998م)، ص112.

³⁴¹نصر فريد محمد واصل، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص159.

³⁴²كامل موسى، أحكام المعاملات، مرجع سابق، ص203.

* علم قدر كل من الدينين لأنه يعتبر فيها التسليم ، والتماثل والجهالة تمنعهما³⁴³

* استقرار المال المحال عليه فلا تصح على مال كتابة أو سلم أو صداق قبل الدخول أو ثمن مدة خيار ، ونحوها ولا يعتبر استقرار المحال به فإن أحال المكاتب سيده أو الزوج زوجته صح ، لأن له تسليمه ، وحوالته تقوم مقام تسليمه³⁴⁴

* كونه يصح السلم فيه لأن غيره لا يثبت في الذمة، وإنما تجب قيمته بالإتلاف ولا يتحرر المثل فيه.

* رضى المحيل لأن الحق عليه فلا يلزمه أدائه من جهة بعينها³⁴⁵.

الفرع الثالث: أحكام الحوالة.

يترتب على الحوالة أحكام:

1/ براءة المحيل: إذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين عند جماهير الفقهاء ولا تنتقل تأمينات الدين من رهن أو كفالة ، بل تنقضي.

وقال الحسن البصري³⁴⁶: لا يبرأ المحيل إلا بالإبراء، وقال زفر³⁴⁷ من الحنفية: الحوالة لا توجب براءة المحيل ، ويبقى الحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها، وقاس الحكم على الكفالة، إذ كل واحد منهما عقد توثق ، وهذا ليس بصحيح لأن الحوالة مشتقة من التحويل وهو نقل الحق فكان معنى الانتقال لازماً فيها والشيء إذا انتقل من موضع لا

³⁴³ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، منار السبيل في شرح الدليل ، (د، د)، (د، ط)، ص 364.

³⁴⁴ عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع ، ص 116.

³⁴⁵ إبراهيم بن سالم بن ضويان ، منار السبيل في شرح الدليل ، مرجع سابق، ص 365.

³⁴⁶ هو الحسن البصري بن أبي الحسن يسار ، أبو سعيد ، مولى زيد بن ثابت، وكان رجل تام الشكل، مليح الصورة وكان أعلم الناس بالحلال والحرام ، مات في أول رجب سنة 110.

أنظر: الإمام الذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 1، ص 166.

³⁴⁷ هو زفر بن الهذيل العنبري، الفقيه المجتهد الرباني العلامة أبو هذيل بن الهذيل بن قيس بن سلم، ولد سنة 110 وتوفي سنة 158.

أنظر: المرجع السابق، ج 1، ص 277.

يبقى في المحل الأول ومعنى التوثق يحصل بسهولة التوصل إلى الحق باختيار الأكثر ملاءة والأحسن قضاء³⁴⁸

الحوالة من المعروف تكثر فيها الجهالة بحال المحال عليه:

تجوز الحوالة مع الجهل بحال المحال عليه ، ما إذا كان موسرا أو معسرا ، لأن الحوالة من المعروف، فاغترقت فيها الجهالة بخلاف بيع الدين، فإن شرطه العلم بحال المدين، لأنه معاوضة ، والمعاوضة تفسدها الجهالة ، فإن اتهم المحيل بأنه كان يعلم بفلس المحال عليه، بأن كان مثله لا يخفى عليه أمره، وأنه غرر بالمحال، كان من حق المحال تحليفه اليمين ، بأن يحلف أنه لا يعلم له بفلسه ، فإن حلف برئ وإن امتنع غرم، ولا ترد اليمين على المحال ، لأن يمين التهمة لا ترد³⁴⁹.

2/ رجوع المحال عليه على المحيل: الكلام هنا في موضعين: شرائط الرجوع ، وبيان ما يرجع به.

أما شرائط الرجوع فهي ما يأتي:

*أن تكون الحوالة بأمر المحيل: فإن كانت بغير أمره لا يرجع مثل : أن يقول رجل للدائن: إن لك على فلان كذا وكذا من الدين، فاحتل بها علي ، فرضي بذلك ، جازت الحوالة ، ولكنه إذا أدى المحال عليه المال لا يرجع على المحيل لأنه سيكون حينئذ متبرعا ، ولم يحصل معنى التمليك للدين من المحال للمحال عليه، فلا يحق له الرجوع.

*أداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه ، وكذا إذا ورث المحال عليه المحال: لأن الإرث من أسباب الملك ، فإذا ورثه فقد ملك الشيء الموروث فكان له حق الرجوع .

³⁴⁸وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج5، ص173.

³⁴⁹عبد الرحمان صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سابق، ج4، ص 95.

*ألا يكون للمحيل على المحال عليه دين مماثل للدين الذي أحيل به المحال فإن كان هناك دين وقعت المقاصة بينهما.

وأما ما يرجع به المحال عليه على المحيل : فهو أنه يرجع بالمحال به ، لا بالمؤدى ، كالكفيل ، فلو أدى عروضاً مكان النقود ، فإنه يرجع على المحيل بالنقود لأن الرجوع يحق له بحكم ما تم له من الملك وأنه يملك دين الحوالة ، لا المؤدى وذلك بخلاف الوكيل بقضاء الدين كما ذكرنا³⁵⁰.

3/ انتهاء الحوالة: إذا فسخ البيع بتقابل أو خيار عيب أو نحوه لم تبطل الحوالة لأن عقد البيع لم يرتفع ، فلم يسقط الثمن ، فلم تبطل الحوالة وللمشتري الرجوع على البائع لأنه لما رد المعوض استحق الرجوع بالعوض ولهما أن يحيل أي للبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى ، وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية³⁵¹.

4/ تنازع المحيل والمحال:

أ/المحال يدعي أنه أحيل على دين لا وجود له: إذا غاب المحال عليه غيبة انقطاع ، أو مات ونشأ نزاع ، فقال المحال للمحيل: أحلتي على دين لا وجود له ، فأنا أرجع عليك بديني ، وقال المحيل: بل أحلتك على دين في ذمة المحال عليه ، وبرئت ذمتي بقبولك الحوالة ، فالقول للمحيل بيمينه ، بأن يحلف بأن له ديناً في ذمة المحال عليه وهو مصدق إذا حلف ، لأنه متمسك بالأصل، إذ الأصل في الحوالة إنما تكون على دين ، فمن ادعى خلاف ذلك فعليه الإثبات.

ب/المحيل يدعي أنه وكل المحال ليقبض له: إذا صدرت الحوالة للمحال عليه بلفظها الصريح، بأن قال المحيل: أحلتك على فلان، فلما قبض المحال ما أحيل به ، قال به المحيل: لم أحلك لتقبض المال في دينك، وإنما أحلتك لتقبضه لي على سبيل الوكالة، أو

³⁵⁰وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص 177.

³⁵¹عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، مرجع سابق، ج5، ص124.

لتقبضه سلفاً مني إليك ، فإن القول للمحال بيمينه ، لأنه متمسك بالأصل ، إذ الأصل في اللفظ الصريح للحوالة ، إنما ينصرف إليها ، إلا لقرينة أو عرف ، كأن يكون مثله لإيدان المحيل ، فإن القول حينئذ يكون للمحيل بيمينه ، لشهادة العرف معه³⁵² .

المطلب الخامس: الوصية.

الفرع الأول: تعريف الوصية ومشروعيتها وحكمها.

الوصية لغة: ما أوصيت به ، والوصي الذي يوصى له ، وسميت الوصية لاتصالها بأمر الميت ، وقيل لعلية الصلاة والسلام وصي لاتصال نسبه وسمته بنسب سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم³⁵³ .

والوصاية: فعل الوصي وقد قيل: الوصي وصاية ووصيته توصية في المبالغة والكثرة³⁵⁴ .

الوصية اصطلاحاً: هي التعهد بالنظر في شيء أو التبرع بالمال بعد الوفاة. وهي بهذا التعريف نوعان: الأول وصية إلى من يقوم بتسديد دين أو إعطاء حق، أو النظر في شأن أولاد صغار إلى بلوغهم، والثاني، وصية بما يصرف إلى الجهة الموصى لها به³⁵⁵ .

مشروعية الوصية:

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ

356 ﴿ ١٨٠ ﴾

وقوله: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ﴿ ١١ ﴾ ﴾³⁵⁷ .

³⁵² عبد الرحمان صادق الغرياني: «مدونة الفقه المالكي وأدلته» ، مرجع سابق، ج4، ص 95-96.

³⁵³ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج5، ص394.

³⁵⁴ أبي عبد الرحمان الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين ، تحقيق مهدي المخزومي إبراهيم و إبراهيم السامرائي، (د)، (د)، (ط)، ج7، ص177.

³⁵⁵ أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، مكتبة العلوم والحكم (المدينة المنورة) (د)، (ط)، ص293.

³⁵⁶ سورة البقرة الآية 180.

وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهِدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ

مِّنكُمْ ﴿١٠٦﴾ 358

"ومن السنة النبوية:- روى سعد بن أبي وقاص قال: جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت: يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: "لا". قلت: فبالشطر يا رسول الله؟ قال: "لا" قلت: في الثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك تذر ورتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس" 359.

وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده" 360

وعن علي قال: "إنكم تقرأون هذه الآية ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ﴾ 361

وإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية" 362.

من الإجماع: فإن الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، يوصون من غير إنكار من أحد، فيكون إجماعاً عاماً للأمة على ذلك، وقال ابن قدامة 363: "وأجمع العلماء في جميع الأمصار والأحصار، على جواز الوصية" 364

357 سورة النساء الآية 11.

358 سورة المائدة الآية 106.

359 أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية بالثلث، ج3، ص 617، رقم الحديث: 2116.

360 أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الحث على الوصية، ج3، ص 620، رقم الحديث: 2118.

361 سورة النساء الآية 11.

362 أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية، ج3، ص 623، رقم الحديث: 2122.

363 هو موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر المقدسي، ولد في 541، توفي في

رجب سنة 619، وهو صاحب كتاب المغني.

أنظر: الذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء، ج3، ص119.

364 عبد الوالي بن مشعان السلمي، فقه الخليفة الراشد عثمان بن عفان في المعاملات مقارناً بفقهاء الأئمة الأربعة، مرجع

سابق، ص470.

حكم الوصية: الوصية ليس لها حكم واحد ينطبق عليها في جميع الحالات بل تعتبرها الأحكام التكليفية كلها فقد تكون واجبة أو مستحبة أو مباحة وقد تكون محرمة أو مكروهة³⁶⁵.

قسم المالكية الوصية إلى خمسة أقسام:

1/ واجبة: فتجب على من عليه دين كي لا تضيع حقوق الناس أو بقرية واجبة.

2/ محرمة: وهي ما كانت بمحرم كالوصية بالنيابة وغيرها.

3/ مندوبة: وهي ما كانت بقرية واجبة.

4/ مكروهة: وهي كانت صادرة من شخص له مال قليل وله وارث.

5/ مباحة: وهي ما كانت بمباح³⁶⁶.

الفرع الثاني: أركان الوصية.

أركان الوصية أربعة:

الركن الأول: الموصي: وشرطه أن يكون حرا مميذا، مالكا لما يوصى به، فلا تصح وصية العبد لأن ماله لسيدته، ولأن المجنون والصبي الذي لا يتميز مسلوب العبارة، وفاقد الأهلية التصرف لعدم التكيف³⁶⁷

الركن الثاني: الموصى له: ويشترط فيه:

1/ أن يكون وارثا للموصى.

2/ أن الموصى له إذا كان معينا يشترط لصحة الوصية له أن يكون موجودا وقت الوصية تحقيقا أو تقريرا.

³⁶⁵ هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق، (د، ط)، ص 209.

³⁶⁶ سماح صلاح الدين عبد العزيز شلبي، الإطلاق والتقييد وأثرهما في فقه المعاملات والعقوبات، مرجع سابق، ص 411.

³⁶⁷ عبد الرحمان صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 276.

3/ ويشترط أن لا يقتل الموصى له قتلا مباشرا³⁶⁸

الركن الثالث: الصيغة: وتكون بلفظ يدل على الإيحاء صراحة ، لأوصيت أو بأي لفظ تفهم منه إرادة الوصية.

الركن الرابع: الموصى به: وشرطه أن يكون بما يصح تملكه³⁶⁹

الفرع الثالث: أحكام الوصية.

حكم الوصية بأكثر من ثلث:

إن الوصية لغير الوارث تلتزم في الثلث من غير إجازة الورثة وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم، فإن أجازوه جاز ، وإن رده بطل في قول جميع العلماء³⁷⁰. لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد حين قال: أوصي بمالي كله؟ قال: "لا"، قال: فبالثلثي؟ قال: "لا" قال: فبالنصف؟ قال: "لا". قال: فبالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير³⁷¹.

الرجوع في الوصية:

تبطل الوصية إذا رجع عنها الموصي في حياته ، ولو في مرضه الذي مات فيه ، فهي من العقود الجائزة لصاحبها أن يرجع عنها متى شاء كما تقدم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعلها مفوضة إلى إرادة الموصي فقال: "ما حق إمريء مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"³⁷².

ولو اشترط الموصى على نفسه عدم الرجوع عنها ورجع أساء، وصح رجوعه، لمخالفته لقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم"³⁷³.

³⁶⁸السيد سابق، **فقه السنة** ، مرجع سابق، ج3، ص289.

³⁶⁹عبد الرحمان صادق الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته** ، مرجع سابق، ج4، ص280.

³⁷⁰حسن أبوب، **فقه المعاملات المالية في الإسلام** ، مرجع سابق، ص318.

³⁷¹سبق تخريجه.

³⁷²سبق تخريجه.

³⁷³سبق تخريجه.

*من أوصى في شيء معين لا يجوز له التصرف في غيره لعدم وجود الإذن إذ لا يصح شرعا التصرف في حقوق الناس بغير إذنهم.

*إذا أوصى المرء بشيء معين ثم تلف الموصى به بطلب الوصية ولا تلزمه في ماله الآخر

خاتمة

اللهم لك الحمد على هذه النعمة العظيمة حتى ترضى، ولك الحمد ولك الشكر إذا رضيت، والحمد لله الميسر لكل معسر والمفرج لكل ضيق والهادي لكل خير، نحمدك ربي حمدا طيبا مباركا فيه حمدا يليق بجلال وجهك وعظيم سلطانك، ونصلي ونسلم على الرحمة المهداة للعالمين سيد الأولين والآخرين وعلى آله وأصحابه الأبرار الطاهرين الميامين وعلى التابعين وتابعي التابعين إلى يوم الدين وعلى الأنبياء والمرسلين صلاة ملؤها السماوات والأرضين:

وبعد هذا الحمد نكون قد أتمنا هذا البحث المتواضع ، مختتمين إياه بذكر أهم النتائج التي توصلنا إليها ، من خلال هذا البحث سائلين من المولى عز و جل الخير والنفع للمسلمين وهي كما يلي:

1. أن التقنين هو صياغة أحكام الشريعة في المعاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها جامعة لإطارها في صورة مواد قانونية.
2. أن التقنين عند الشعوب القديمة بدأ مع ظهور الكتابة وانتشارها.
3. أن الفقهاء اختلفوا في موضوع تقنين أحكام الشريعة بين موجز ومانع وهناك من قال بالوجوب.
4. تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، فريضة شرعية اجتماعية كما أنها دليل وعي حضاري تقتضيه المصلحة لدفع مفسدة القوانين الغربية المستوردة.
5. وجوب مراعاة المقاصد الشرعية في التقنين.
6. عدم مخالفة التقنين لما جاء به الشرع.

7. أن للتقنين مزايا وعيوب ودواعي أدت إليه.
8. المعاملات المالية المعاصرة هي القضايا المالية التي استحدثها الناس في العصر الحديث ، أو القضايا التي تغير موجب الحكم نتيجة التطور وتغير الظروف وهي الداعية لتقنين المعاملات المالية.
9. أن الوكالة تثبت بكل قول يدل على الإذن، فلا تشترط لها صيغة خاصة.
10. الرهن أمانة في يد المرتهن فإن تلف بتفريط منه لم تعد ضمنه وإلا فلا ضمان عليه ويبقى دينه في ذمة الراهن.
11. إذا كانت العطية لأحد الأولاد أستحب إعطاء باقي الأولاد مثلها.
12. يجوز لمن أوصى بشيء بعد موته أن يرجع فيه أو يغيره كما يشاء.
13. أن الحوالة إذا تمت بالقبول برئ المحيل من الدين ولا تنتقل تأمينات من رهن أو كفالة بل تنقضي

1. القرآن الكريم برواية حفص.
2. إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، (د، د)، (د، د).
3. ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق عبد القادر الأرنبوط، مؤسسة الرسالة، ط27 (1415هـ).

4. ابن حزم الظاهري، مراتب الإجماع في العبادات، المعاملات، الاعتقادات، دار ابن حزم، ط1 (1419هـ-1998م).
5. أبي اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي ، الاعتصام ، مكتبة التوحيد،(د، ط) (د، س).
6. أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، مكتبة العلوم والحكم، (المدينة المنورة)،(د، ط).
7. أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة،(د، د) (د، ط) (د، س)
8. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر(بيروت)،(د، ط)،(د، س).
9. أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة(بيروت)ط6(1402هـ-1982م).
10. أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، دار ابن حزم، (بيروت) ط1(1418هـ-1997م).
11. أبي عبد الرحمان الخليل أحمد بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي إبراهيم السامرائي(د، د)،(د، ط).
12. أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي،ط1،(1423هـ).
13. أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، المطبعة السلفية ومكتبتها(القاهرة)،ط1(1400هـ).
14. أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، (بيروت)،ط1،(1996م).
15. أحمد الشرنباصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، دار الجيل) د، (1401هـ-1981م)

16. أحمد لعور، القانون المدني نسا وتطبيقا، دار الهدى (عين مليلة الجزائر)، (د، ط)
17. أحمد محمد شاكر، حكم الجاهلية، مكتبة السنة، (د، ط)، (د، س).
18. آدم يونس، تقنين الفقه الإسلامي ضرورة ملحة؟ أم هوس عابر، الثلاثاء 21 ربيع الثاني (1431هـ) (مقال).
19. اسماعيل باشا البغدادي، هدية العارفين أسماء المؤلفين وأثار المصنفين، دار احياء التراث العربي، بيروت، (د، ط) (1951م).
20. اعضاء ملتقى أهل الحديث، المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين.
21. أكمون عبد الحليم، الوجيز في شرح القانون التجاري، قصر الكتاب (البليدة)، (د، ط) (2006م)،
22. بكر بن عبد الله أبوزيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة ، مؤسسة الرسالة (بيروت) ط1: (1416هـ-1996م)
23. التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي، ط1 (1430هـ-2009م)
24. حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، دار السلام، ط1 (1423هـ-2003م).
25. دبيان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ط2 (1434هـ).
26. رابح بن غريب، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم (د، د) (د، ط)
27. رافع ليث سعود جاسم القيسي ، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي تاريخه، فقهه، ضوابطه ، مركز نماء للبحوث والدراسات (بيروت) ط1 (2015م)
28. رمضان علي السايدي الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي تطوره، مدارسه، مصادره، قواعده، نظرياته، مطبعة الأمانة، ط2: (1403هـ).
29. سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، ط1 (1423هـ-2002م)

30. سماح صلاح الدين عبد العزيز شلبي، الإطلاق والتقييد وأثرهما في فقه المعاملات والعقوبات، اشراف إبراهيم إبراهيم هلال، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في اللغة العربية وآدابها جامعة عين الشمس كلية البنات قسم اللغة العربية وآدابها (1421-2000م).
31. السيد سابق، فقه السنة، الفتح للإعلام العربي (القاهرة)، (د، ط).
32. شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت ط1 (1412هـ-1991م).
33. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي (بيروت) ط1: (1994م)
34. صاحب عبيد الفتلاوي ، تاريخ القانون ، مكتبة الثقافة (عمان) ط1: (1998م).
35. صادق عبد الرحمان الغرياني ، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، الجامعة المفتوحة (طرابلس) ط1 (1360هـ)
36. صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، دار العلوم، (د، ط)، (د، س).
37. صفاء الضوي أحمد العدوي، إهداء الديباجة بشرح سنن ابن ماجه، مكتبة دار اليقين، (د، ط).
38. صوفي حسن أبوطالب ، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية (د، د)، (د، ط)، (د، س).
39. طاهر الجنابي، علم المالية العامة والتشريع المالي، (د، د) (د، ط) (د، س)
40. عادل بن عبد القادر بن محمد قوته، المسائل المبنية على العرف في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، اشراف حامد محمد عبد الرحمان أبوطالب، رسالة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه والأصول (1413هـ-1414هـ / 1993)
41. عامر بن عيسى اللهو، حركة تقنين الفقه الإسلامي.
42. عبد الجواد خلف، المعاملات في الفقه الإسلامي ، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية (القاهرة) ط1 (2008م).

43. عبد الرحمان بن سعد الشثري، تقنين الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه، دار التوحيد(الرياض)،(د، ط) (د، س)
44. عبد الرحمان بن سعد بن علي الشثري ، حكم تقنين الشريعة، دار الصمعي(الرياض)ط1:(1428هـ-2007م).
45. عبد الرحمان بن سعد بن علي الشثري، تقنين الشريعة بين التحليل والتحرير، دار الفضيلة(الرياض)ط1:(1426هـ)
46. عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستتقع ط1(1398هـ)
47. عبد الرحمان صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان،(د، ط)،(د، س).
48. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار احياء التراث العربي، بيروت،ط1، (1953م-1954م)
49. عبد الله محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، دار الفكر العربي،(د، ط)،(د، س).
50. عبد المجيد زعلاني ، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون، دار هومة(الجزائر)(د، ط) د، س
51. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، جامعة صنعاء، (اليمن).
52. عبد الهادي علي النجار، الإسلام والاقتصاد دراسة في المنظور الإسلامي لأبرز القضايا الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة ، دار عالم المعرفة، (د، ط)
53. عبد الوالي بن مشعان السلمي، فقه الخليفة الراشد عثمان بن عفان رضي الله عنه في المعاملات مقارنا بفقه الأئمة الأربعة، اشراف عطية عبد الحليم صقر، رسالة لنيل درجة

- الدكتوراه في الفقه الإسلامي جامعة أم القرى قسم الدراسات العليا بكلية الشريعة الإسلامية، (1423هـ-2002م).
54. عبد الوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم (الكويت)، (د، ط) (د، س)
55. علي جمعة محمد، المدخل، مكتبة المعهد (القاهرة) ط1: (1417هـ-1996م)
56. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية النظرية العامة للقانون وتطبيقها في التشريع الجزائري، دار الريحانة. (د، ط) (د، س)
57. عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح (الكويت) ط1: (1402-1982م)
58. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل (عمان) ط7: (2004).
59. فضل الحق نور محمد باز، فقه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في المعاملات دراسة مقارنة، اشرف محمد السعيد بن سعد الحارثي، رسالة لنيل درجة الماجستير جامعة أم القرى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ط (1417هـ)
60. كامل موسى، أحكام المعاملات، مؤسسة الرسالة (بيروت) ط2: (1415هـ-1994م)
61. مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، كنوز اشبيليا (الرياض) ط1: (1426هـ-2005م).
62. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي الشيرازي، القاموس المحيط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، (د، ط)، (1400 هـ-1980م).
63. محمد الدسوقي وأمينة الجابر، مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي، دار الثقافة (قطر) ط: (1420هـ-1999م)
64. محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر المعاصر (بيروت) ط1: (1415هـ-1995م)

65. محمد بن عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة أبي عبد الله مالك بن أنس، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، الكتب العلمية(بيروت)ط1(1418هـ-1998م)
66. محمد بن علي السبيهي، الوكالة في الفقه الإسلامي، اشراف مناع القطان، رسالة لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء بجامعة أم القرى بمكة المكرمة كلية الشريعة(1992م-1393هـ)
67. محمد بن علي الشوكاني، القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد، تحقيق أبي مصعب بن محمد بن سعيد، دار الكتاب(القاهرة)،(د،ط) (د،س).
68. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، دار ابن القيم وابن عفان ط1، (1426-2005م)
69. محمد تهامي دكير، إمكانية تبديل الشريعة إلى قانون الأهمية، الواقع، النتائج.
70. محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون (في القانون الوضعي الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب(الجزائر)،(د،ط)،(1986م)
71. محمد زكي عبد البر، الحوالة في الفقه الإسلامي، (د،د)،(د،ط).
72. محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، دار احياء التراث الإسلامي (قطر) ط2 (1407هـ-1986م).
73. محمد شوقي الفنجري ، الوجيز في الاقتصاد الإسلامي، دار الشروق ط1(1414هـ-1994م)
74. محمد صادق الأنصاري، عقد الوكالة في الفقه الإسلامي، اشراف عبد الوهاب أبو سليمان، رسالة لنيل درجة الماجستير في فرع الأصول بالدراسات العليا الشرعية، جامعة الملك عبد العزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة المكرمة(1978م،-1399-1979م)

75. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، (د، ط) (د، س).
76. محمد عبد الغني جاسر، موسوعة مشاهير وعظماء وشخصيات من التاريخ، دار البرهان، (القاهرة)، ط1 (2005م).
77. محمد عبد الغني جاسر، موسوعة مشاهير وعظماء وشخصيات من التاريخ، دار البرهان (القاهرة) ط1 (2005م) .
78. محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس (الأردن) ط2 (1428هـ-2007م)
79. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس ط6 (1427هـ-2007م)
80. محمد عمارة، قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية، دار الشروق ط1 (1413هـ-1993م).
81. محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الكريم العزباوي، التراث العربي (الكويت) ط1: (1422-2001م)
82. محمود محمد علي، بحوث في الفقه الإسلامي، الكتاب الجامعي ط (1398هـ-1978م).
83. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ، دار القلم (دمشق) ط 2 ، (1425هـ-2004م)
84. مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي التشريع والفقه، مكتبة المعارف (الرياض) ط2 (1417هـ-1996م)
85. منذر الفضل ، تاريخ القانون ، دار ثاراس (العراق) ط2 (2005م)
86. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الأفتاح، تحقيق محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، ط1 (1417هـ-1997م)

87. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو وعبد الله بن المحن التركي ، دار عالم الكتب(الرياض)ط1:(1406-1986)،ط2:(1412-1992)،ط3:(1417هـ-1997م)
88. ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، دار ابن الجوزي ، ط1(1430هـ).
89. نصر فريد محمد واصل ، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، ط5، (1418هـ-1998م)
90. هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق، (د، ط)،(د، س).
91. هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، دار التدمرية وابن حزم،(الرياض)ط1(1433هـ-2012م)
92. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ط2(1407هـ-1987م)
93. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر (دمشق)ط2(1405هـ-1985م)
94. يحي محمد الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة بين النظرية والتطبيق، اشراف السيد عواد علي عواد مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون،الجامعة الإسلامية العالمية اسلام آباد(باكستان) كلية الشريعة والقانون قسم الدراسات العليا ،(1422 هـ - 1423هـ/2001م-2002م)
95. يوسف القرضاوي ، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة(بيروت) ط1:(1414هـ-1993م)
96. يوسف القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مكتبة وهبة(القاهرة)، ط2(1419هـ-1999م).
97. يونس بن ادريس البهوتي، شرح منتهى الارادات دقائق أولي النهى لشرح منتهى، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة،ط1(1421هـ-2000م).

الصفحة	الآية	السورة
16	قَالَ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١٨﴾﴾ للجاثية: ١٨	الجاثية
17	قَالَ تَعَالَى: ﴿ذَلِكَ يَوْمٌ مَّجْمُوعٌ لَّهُ النَّاسُ ﴿١٣﴾﴾ هود: ١٠٣	هود
17	قَالَ تَعَالَى: ﴿الَّذِي جَمَعَ مَا لَا وَعَدَّدَهُ ﴿٢﴾﴾ الهمزة: ٢	الهمزة
31	قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِن جَاءَكَ فَاحِكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا ﴿٤٢﴾﴾ المائدة: ٤٢	المائدة
31	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِن حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٤٢﴾﴾ المائدة: ٤٢	المائدة
32-36-38	قَالَ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَذُوه إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾﴾ النساء: ٥٩	النساء
33	قَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾﴾ النساء: ٦٥	النساء
33	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا ﴿٣٦﴾﴾ الأحزاب: ٣٦	الأحزاب

67	قَالَ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ ﴿النساء: ٢٩﴾	النساء
67	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ ﴿البقرة: ٢٧٥﴾	البقرة
67-68	قَالَ تَعَالَى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَلًا قُلْ ءَلَا لِلَّهِ آذَنٌ لِّكُمْ ءَمَرَ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾ ﴿ي: ٥٩﴾	يونس
70	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾ ﴿آل عمران: ١٧٣﴾	آل عمران
70	قَالَ تَعَالَى: ﴿لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكِيلًا﴾ ﴿المزمل: ٩﴾	المزمل
70	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى اللَّهِ فليتوكل المتوكلون﴾ ﴿ابراهيم: ١٢﴾	ابراهيم
72	قَالَ تَعَالَى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾ ﴿الكهف: ١٩﴾	الكهف
72	قَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا﴾ ﴿التوبة: ٦٠﴾	التوبة
73	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ ﴿النساء: ٣٥﴾	النساء
78	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَكُنْ لِلدَّخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾ ﴿النساء: ١٠٥﴾	النساء
78	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَجِدْ لِعَنِ الَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنفُسَهُمْ إِنْ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ خَوَّانًا أَثِيمًا﴾ ﴿النساء: ١٠٧﴾	النساء

78	قَالَ تَعَالَى: ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ وَنَصِيبٌ مِّنْهَا ^ط وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ وَكِفْلٌ مِّنْهَا ^ق ﴾ النساء: ٨٥	النساء
82	قَالَ تَعَالَى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ المدثر: ٣٨	المدثر
83	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ ^ط مَّقْبُوضَةٌ ﴿٢٨٣﴾﴾ البقرة: ٢٨٣	البقرة
91	قَالَ تَعَالَى: ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ﴿٥٦﴾ يَرِثُنِي﴾ مريم: ٥ - ٦	مريم
91	قَالَ تَعَالَى: ﴿يَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِ شَاءَ وَيَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿٤٩﴾﴾ الشورى: ٤٩	الشورى
92	قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ طَبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿٤﴾﴾ النساء: ٤	النساء
93	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَنَّىٰ الْمَالُ عَلَىٰ حُبِّهِ﴾ البقرة: ١٧٧	البقرة
93	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَىٰ الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ﴿٢﴾﴾ المائدة: ٢	المائدة
95	قَالَ تَعَالَى: ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا ﴿٨﴾﴾ الإنسان: ٨	الإنسان
97	قَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ الحج: ٩٠	النحل
107	قَالَ تَعَالَى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينٍ﴾ النساء: ١١	النساء
108	قَالَ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ أَشَانِ ذَوَاعِدِلٍ﴾ المائدة: ١٠٦	المائدة

فهرس الاحاديث

الصفحة	الحديث
--------	--------

32	"السمع و الطاعة على المرء فيما أحب وأكره..."
34	"القضاة ثلاث: اثنان في النار وواحد في الجنة..."
35	"إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران..."
35	"أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وفي عنقي صليب من ذهب..."
67	"من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"
67	"صلو كما رأيتموني أصلي"
73	"يسرا ولا تعسروا وبشرا ولا تنفروا..."
73	"أكل تمر خيبر هكذا لا والله يا رسول الله..."
73	"وأغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"
74	"أنه صلى الله عليه وسلم أمر رجلا أن يشري له أضحية بدينار..."
78	"الكبر الكبر..."
84	"أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ولرهنه درعه"
84	"عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يقول الرهن يركب بنفقتة ويشرب النفقة"
84	"عن الرسول صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه عزمه "
93	"يانساء المسلمات لا تحقرن جارة أن تهدي لجاتها ولو فرست شاة"
93	"العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئته"
93	"أربعون خصلة أعلاهن منيحة العنز ما من عامل..."
93	" كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحرون بهداياهم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم .. "
96	"مابال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسونها..."
97	" أفعلت هذا بولدك كلهم؟قال: لا.."
97	"لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها.."
99	"إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها"
101	"مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع"
108	" جاغني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع ..."

108	"ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي ..."
108	"..وإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية"
111	"إن الله جعل لكم ثلث أموالكم عند الموت زيادة في أعمالكم"
111	"أن رجلا أعتق ستة أعبد له في مرضه ..."

فهرس الاعلام

الترجمة	الاعلام
هو شيخ الإسلام أحمد بن نصر الداودي، توفي في 402هـ، ومن مؤلفاته: الواعي في أصول الفقه	الداودي
عالم دين ومدير سابق للمعهد العالي للقضاء في السعودية، ولد في أكتوبر 1925 بقرية شنشور بمصر، وتوفي في 19 يوليو 1999م ومن مؤلفاته: تاريخ التفسير ومناهج المفسرين	مناع القطان
هو عبد الرحمان علي سليمان الرومي من مواليد مدينة الزلفي عام، 1969 لاعب سابق في الشباب والمنتخب السعودي	عبد الرحمان الرومي
ولد في حلب بسورية عام 1325هـ-1907م، درس علوم الشريعة واللغة الفرنسية ، وفي عام 1966م أصبح خبيراً للموسوعة الفقهية التي قامت وزارة الأوقاف الكويتية بمشروعها، ومن مؤلفاته: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد-أحكام الأوقاف	مصطفى الزرقا
ولد في 25 ربيع الآخر سنة 368هـ، وتوفي في 463 ومن مؤلفاته: عمر سليمان الأشقر: هو عمر بن سليمان بن عبد الله الأشقر، ولد في 1940 بنابلس بفلسطين، وتوفي في 10 أغسطس 2012م، ومن مؤلفاته: مقاصد المكلفين فيما يتعبد به رب العالمين.	زكي عبد البر
هو ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان ، ولد في المدينة المنورة سنة 1385هـ ومن مؤلفاته: الكليات الفقهية في المذهب الحنبلي.	ناصر بن عبد الله الميمان

<p>ولد في بلدة دير عطية من نواحي دمشق عام 1932م، متخصص في الفقه وأصول الفقه ومن مؤلفاته: آثار الحرب في الفقه الإسلامي-الوسيط في أصول الفقه الإسلامي-الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد.</p>	وهبة الزحيلي
<p>من مواليد 1810ق . م، حكم بابل بين عامي 1750-1792 ق.م، وهو سادس ملوك بابل، وهو أول ملوك الإمبراطورية البابلية، توفي في بابل عام 1750ق.م.</p>	حمورابي
<p>ولد في 22ق. م حكم في الفترة 2030-2047ق. م وهو مؤسس سلالة أور الثالثة في بلاد الرافدين، كما أنه مؤسس أول شريعة قانونية في التاريخ التي سبقت شريعة الملك البابلي حمورابي بثلاثة قرون، توفي في سنة 2094ق. م.</p>	أورنامو
<p>هو ملك الأسرة 24 في مصر القديمة في الفترة 720.</p>	بوخوريس
<p>هو ابن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب، الإمام الحافظ العلامة المجتهد الزاهد العابد السيد أمير المؤمنين حقا أبو حفص القرشي الأموي، أشج بني أمية وكان من أئمة الاجتهاد ومن الخلفاء الراشدين، توفي سنة 101.</p>	عمر بن عبد العزيز
<p>هو الخليفة الوليد بن عبد الملك ابن مروان بن الحكم الأموي الدمشقي الذي أنشأ جامع بني أمية، بويج بعهد من أبيه، أنشأ أيضا مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزخرفه، ورزق في دولته سعادة، ففتح بوابة الأندلس وبلاد الترك، توفي في جمادى الآخرة سنة 96 وله 51 سنة ، وكان في الخلافة 10 سنين دون أربعة أشهر وقبره بباب الصغير</p>	الوليد بن عبد الملك

<p>هو أبو عبد الله خالد بن معدان بن أبي كرب الكلاعي الحمصي، تابعي وأحد رواة الحديث، شيخ أهل الشام ويعد من أئمة الفقه أدرك سبعين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، توفي في سنة 103هـ.</p>	<p>خالد بن معدان الكلاعي</p>
<p>هو عبد الله بن المبارك البغدادي الكاتب أصله من الفرس مجوسي ، أسلم على يد عيسى بن علي عم السفاح توفي قتيلا بالبصرة سنة 142، ومن مؤلفاته: ترجمة كليلة ودمنة من الفارسي إلى العربي- الدرّة اليتيمة والجوهرة الثمينة في الأدب.</p>	<p>عبد الله بن المقفع</p>
<p>هو شيخ الإسلام حجة الأمة إمام دار الهجرة، أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن غيمان بن خثيل بن عمرو بن الحارث ، ولد سنة 93 وهو صاحب الموطأ، وتوفي سنة 179 ودفن بالبقيع</p>	<p>مالك بن أنس</p>
<p>هو الخليفة أبو عبد الله محمد بن المنصور أبي جعفر عبد الله بن محمد بن علي الهاشمي العباسي، مولده بإيذنج من أرض فارس في سنة 127 كان جوادا ممدحا معطاء محبا للرعية تملك عشر سنين وشهرا ونصفا وعاش 43 سنة، ومات في المحرم سنة 169 و بويع ابنه الهادي</p>	<p>المهدي</p>
<p>هو الخليفة أبو جعفر هارون بن المهدي محمد بن المنصور أبي جعفر عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن العباس الهاشمي العباسي، استخلف بعهد معقود له بعد الهادي من أبيهما المهدي في سنة 170 بعد الهادي كان من أنبل الخلفاء و أحشم الملوك ذا حج وجهاد و شجاعة، كان مولده بالري سنة 148 وتوفي في رمضان سنة 254.</p>	<p>الرشيد</p>

<p>هو الخليفة أبو جعفر بن محمد بن علي الهاشمي العباسي المنصور، أمه من سلالة بربرية ولد في سنة 95 ضرب بالآفاق و رأى البلاد وطلب العلم وكان فحل بني أمية العباس هبية وشجاعة ورأيا وحزما ودهاء وجبروتا، وكان جماعا للمال حريصا تاركا للهو واللعب، كامل العقل بعيد الغور حسن المشاركة في الفقه والأدب والعلم ، توفي في ذي الحجة سنة 158.</p>	<p>المنصور</p>
<p>هو محمد بن محمد الشوكاني الملقب ببدر الدين الشوكاني، أحد أبرز علماء أهل السنة والجماعة و فقهاءها ، ومن كبار علماء اليمن ولد في هجرة شوكان في اليمن سنة 1173هـ ونشأ بصنعاء و ولي فضائها سنة 1229هـ ، ومات حاكما بها في سنة 1250هـ ، ومن مؤلفاته: فتح القدير.</p>	<p>الشوكاني</p>
<p>هو موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر المقدسي، ولد في سنة 541، ومات في الكهولة قبل أوان الرواية في رجب سنة 619، وهو صاحب كتاب المغني.</p>	<p>ابن قدامة</p>
<p>هو محمد بن ادريس بن عباس بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم ابن المطلب بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن كعب بن لؤي بن غالب الإمام عالم العصر ناصر الحديث، فقيه الملة نشأ بمكة وتوفي يوم الخميس ليلة الجمعة سنة 204.</p>	<p>الشافعي</p>
<p>الإمام فقيه الملة، عالم العراق أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي الكوفي، ولد سنة ثمانين في حياة صغار</p>	<p>أبو حنيفة</p>

الصحابه توفي شهيدا مسقيا في سنة 150

مقدمة.....	أ.ز.
الفصل الأول: مفهوم التقنين وتاريخه.....	08
المبحث الأول: ماهية التقنين.....	08
المطلب الأول: تعريف القانون لغة واصطلاحا.....	08
القانون لغة.....	08
القانون اصطلاحا.....	09...10...11
المطلب الثاني: التقنين لغة و اصطلاحا.....	12
التقنين لغة.....	12
التقنين اصطلاحا.....	12...13...14...15
المطلب الثالث: مصطلحات ذات الصلة بالتقنين.....	16
الفرع الأول: التدوين.....	16
الفرع الثاني: التشريع.....	16...17
الفرع الثالث: التجميع.....	17...18
المبحث الثاني:نشأة التقنين وتطوره.....	19
المطلب الأول:تدوين القوانين عند الشعوب القديمة.....	19...20...21
المطلب الثاني: دوافع التدوين عند الشعوب القديمة.....	22
المطلب الثالث: بداية تقنين الفقه الإسلامي.....	23..24..25..26..27..28..29
المبحث الثالث: حكم التقنين ومزاياه وعيوبه ودواعيه وضوابطه.....	30

30.....	المطلب الأول: مشروعية التقنين
37...36...35...34...33...32...31.....	الفرع الأول: المانعين للتقنين
41..40...39 ...38.....	الفرع الثاني: المجيزين للتقنين
42...43.....	الفرع الثالث: الترجيح بين أقوال الفقهاء
44.....	المطلب الثاني: مزايا التقنين وعيوبه والدواعي التي أدت إليه
45...44.....	الفرع الأول: مزايا التقنين
46...47.....	الفرع الثاني: عيوب التقنين
49..48	الفرع الثالث: دواعي التقنين
50.....	المطلب الثالث: ضوابط التقنين
52.51...50.....	الفرع الأول: الضوابط العامة
61..60..59..58..57..56..55.54.53.52.....	الفرع الثاني: الضوابط الخاصة
62.....	الفصل الثاني: التقنين في المعاملات المالية
62.....	المبحث الأول: حقيقة المعاملات المالية
62.....	المطلب الأول: تعريف المعاملات المالية لغة واصطلاحاً
62.....	المعاملات لغة
62...63.....	المعاملات اصطلاحاً
63.....	المال في اللغة
64...63.....	المال في الاصطلاح
64.....	تعريف المعاملات المالية
65.....	المطلب الثاني: مصطلحات ذات الصلة بالمعاملات

65.....	القانون التجاري.....
65.....	القانون المدني.....
66...65.....	الاقتصاد الإسلامي.....
66.....	المالية العامة.....
69..68..67.....	المطلب الثالث: خصائص المعاملات المالية.....
70.....	المبحث الثاني: نماذج من تقنين المعاملات المالية.....
70.....	المطلب الأول: الوكالة.....
70.....	الفرع الأول: تعريف الوكالة ومشروعيتها.....
70.....	تعريف الوكالة لغة.....
70...71...72.....	تعريف الوكالة اصطلاحاً.....
72.73...74.....	مشروعية الوكالة.....
74.....	الفرع الثاني: أركان الوكالة وأقسامها.....
76..75..74.....	أركان الوكالة.....
77.....	أقسام الوكالة.....
80..79..78..77.....	الفرع الثالث: أحكام الوكالة.....
82.....	المطلب الثاني: الرهن.....
82.....	الفرع الأول: تعريف الرهن ومشروعيته.....
82.....	تعريف الرهن في اللغة.....
83.82.....	الرهن في الاصطلاح.....
84...83.....	مشروعية الرهن.....

87..86..85.....	الفرع الثاني: أركان الرهن
90..89..88..87.....	الفرع الثالث: أحكام الرهن
91.....	المطلب الثالث: الهبة
91.....	الفرع الأول: تعريف الهبة ومشروعيتها
91.....	تعريف الهبة لغة
92..91.....	الهبة في الاصطلاح
93..92.....	مشروعية الهبة
94...95.....	الفرع الثاني: أركان الهبة
100..99..98..97..96..95.....	الفرع الثالث: أحكام الهبة
101.....	المطلب الرابع: الحوالة
101.....	الفرع الأول: تعريف الحوالة ومشروعيتها
101.....	الحوالة في اللغة
101.....	الحوالة في الاصطلاح
102..101.....	مشروعية الحوالة
103..102.....	الفرع الثاني: أركان الحوالة وشروطها
106.105.104.103.....	الفرع الثالث: أحكام الحوالة
107.....	المطلب الخامس: الوصية
107.....	الفرع الأول: تعريف الوصية ومشروعيتها وحكمها
107.....	الوصية لغة
107.....	الوصية اصطلاحاً

107..108.....	مشروعية الوصية.....
109.....	حكم الوصية.....
110..109.....	الفرع الثاني: أركان الوصية.....
112...111..110.....	الفرع الثالث: أحكام الوصية.....
114.113	خاتمة.....
.123.122.121.120.119.118.117.116.115.114.	قائمة المصادر و المراجع.....
	الفهارس
126.125..124	فهرس الآيات.....
128.127	فهرس الأحاديث.....
133.132.131.130.129	فهرس الأعلام.....
138.137.136.135.134	فهرس الموضوعات.....

ملخص الرسالة

موضوع دراستنا كان حول موضوع التقنين في المعاملات المالية، وقد كان البحث مشتملا على مقدمة بينا فيها أسباب اختيار الموضوع، أهمية الموضوع، أهداف الموضوع، الدراسات السابقة، المنهج المتبع، إشكالية البحث.

وقد قسمنا البحث إلى فصلين، الفصل الأول تكلمنا فيه عن التقنين بصفة عامة، والذي هو صياغة أحكام الشريعة في المعاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها جامعة لإطارها بصورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها.

ثم تطرقنا إلى نشأة التقنين عند الشعوب القديمة ودوافعه لنصل إلى بداية التقنين في الفقه الإسلامي والنظر في حكمه الشرعي بين موجز ومانع وموجب وذكر مزايا التقنين وعيوبه وذكر ضوابطه العامة من ناحية الشرع والخاصة من ناحية الشكل والمنهج، أما في الفصل الثاني فقد تناولنا فيه المعاملات المالية، من حيث التعريف والخصائص وذكر نماذج من تقنين المعاملات مثل الهبة، الرهن، الوكالة، الحوالة، الوصية.

Abstract

The subject of our study is about the codification in financial transactions. the research includes an introduction that present the reasons for choosing the subject. the importance of the topic the objectives of the subject previous studies the methodology folled and the problem of research.

We have divided the research into two chapters.the first chapter deals with the general rationing which is the formulation of sharia rulings in transactions and other contracts and theories that provide a framework for a legal articles that are easy to refer to.then we discuss the emergence of codification among the ancient people and their motives to reach the beginning of codification in the islamic jurisprudens and consider its legitimate rule between allowable.prevention and positive also mentioning the advantages of codification and its disadvantages and mentioning its general controls in terms of sharia and private in terms of form and methodology.in the second chapter we dealt with financial transactions. in terms of definition and characteristics and giving examples of codification of transactions such as gift.Foreclosure. agency assignment. will.

