

تقييد الرجوع للقوانين في العقود واللجوء للتحكيم إلى الهيئات الشرعية

أ.د / عبدا حميد محمود البعلي

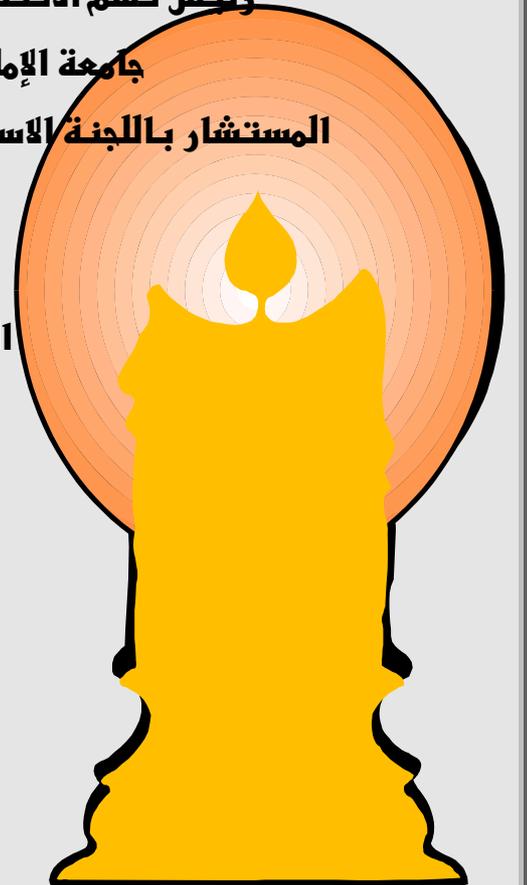
أسناد الفقه المقارن والاقتصاد الإسلامي

رئيس قسم الاقتصاد بكلية الشريعة وأصول الدين (بالجنوب)

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (سابقاً)

المستشار باللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام
الشريعة الإسلامية

الديوان الأميري - دولة الكويت



الفهرس

الموضوع	الصفحة
تقييد الرجوع للقوانين في العقود واللجوء للتحكيم إلى الهيئات الشرعية	5
أهمية الموضوع:	5
القسم الأول	6
	6
المبحث الأول: هيئات الفتوى والرقابة الشرعية ودورها في الإلزام.	7
	7
.1	7
.2	7
.3	8
.4	9
المبحث الثاني: طبيعة الدور المالي والاستثماري للمؤسسات المالية الإسلامية.	11
:	11
:	12
() :	12
-1	12
-2	13
-3	15
-4	16

() :	21
-1	21
-2	22
-3	25
-	25
-	27
-	28
-4 :	30
المبحث الثالث: أهمية العقود في المعاملات وخصوصاً في الفقه الإسلامي (الموازنات العقدية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)	31
:	31
:	32
:	35
:	36
:	37
:	38
() () :	41
(41
.1	41
.2	41
.3	43
.4	43
المبحث الرابع : خصوصية سلة العقود المالية والاستثمارية في المؤسسات المالية الإسلامية ومتطلباتها.	45

.	:	45
.	:	48
القسم الثاني: سلطات الهيئات الشرعية في اللجوء للتحكيم		53
المبحث الأول: نظام التحكيم أكثر مناسبة لتحقيق أهم القواعد الفقهية الحاكمة للعقود.		54
..	_____:	54
...	_____:	54
المبحث الثاني: الانتقال إلى النظام القانوني لعقود المعاملات المصرفية الإسلامية من موجبات التحكيم		55
..	:	55
..	:	55
..	:	56
	:	57
	..	
	:	57
..		

تفبيد الرجوع للقوانين في العقود واللجوء للتحكيم إلى الهيئات الشرعية

أهمية الموضوع:

_____:

القسم الأول

مصادر سلطة الهيئات الشرعية في تقييد الرجوع للقوانين في العقود
وفيه أربعة مباحث:

: _____

: _____

: _____

()

: _____

"

"

187/

"

1»

: -

2

3

:

:

:

4

"

.

"

.159/ "

:

.187/ "

:

¹ أخرجه الترمذي (29/5) من حديث أبي هريرة وقال حديث حسن صحيح .
² أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح ص106 بتحقيق د. موفق عبد القادر ط.عالم الكتب . بيروت.

³ ابن الصلاح مرجع سابق ص166 وما بعدها
⁴ الفقيه والمتفقه ص156 ، ص182 ط.دار الكتب العلمية - بيروت.

.	:
:	:
.	-1
.	-2
.	-3
.	-4
.	-5
1	-6
2	-7
3	-8
	-9

-3

()

-

-

¹- المجموع للنووي 56/1
²- شرح المنتهى 458/3- البحر المحيط 316/6
³- الموسوعة الفقهية الكويتية ح32ص50

.

المبحث الثاني

طبيعة الدور المالي والاستثماري للمؤسسات المالية الإسلامية:

:

:

1

()

:

¹ - لمزيد من التفصيل حول أهمية الوساطة المالية انظر د. عبدا لله الجهني الكشي - تطور النظم المصرفية وأثره على النمو الاقتصادي في دول مجلس التعاون الخليجي - مجلة أفاق اقتصاديه العدد 186 لسنة 1421هـ سنة 2001م.

:

-

":

.34/ :

1.

2 :

3 :

*** -2**

- :
- 1
- 2
- 3
- 4
- 5

4

¹ الفيروز بادي م 8817 هـ القاموس المحيط - بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز بتحقيق محمد النجار - ج 339/2 ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية لجنة إحياء التراث الإسلامي.

² مقاييس اللغة - لسان العرب - المصباح المنير.

³ الموسوعة الفقهية الكويتية ج 3

⁴ د. عطية عبدا لحليم صقر - مقالة التوظيف الأمثل للاستثمارات في المشروعات الكبرى في العالم الإسلامي - مجلة الاستثمارات في المشروعات الكبرى في العالم الإسلامي - مجلة الاقتصاد الإسلامي - العدد 228 يونيو 2000 - د عبدا لحמיד الغزالي نقلاً عن د.

-

_____ :

_____ :

()

)

1 .

:

-1

-2

()

-3

2 .

"

محمد الحاج في مقال: استثمار الأموال - مجلة المستثمرون العدد 228 يونيو - د. عبد الفتاح محمد فرح - استراتيجيه الأستثماريه في البنوك الإسلامية مجلة أفاق اقتصاديه العدد 83- المستثمرون العدد 30 أغسطس 2004 الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية - ج6 -ص15 الاستثمار).
2- انظر د. احمد مصطفى عفيفي مقاله : معايير استثمار الأموال في الإسلام مجلة الاقتصاد الإسلامي. العدد 170 يونيو 1995

* -3

:

"

"

1 .

:

-

-

:

:

-

-

.

2

):

¹- الموسوعه - ص16 - ج6 - الإستثمار.
²- كتاب الخراج ص118

”

:

”

* -4

:

:

:

1:

¹- المكاسب م 243 تحقيق عبدا لقادر عطاط مؤسسة الكتب الثقافية.

1

" .

"

:

.

:

.

:

.

:

.2.

:

¹ الوافقات في أصول الشريعة 27/4 وما بعدها ط دار الكتب العلمية بيروت

1

2

3

4

5

6

17/

7

8

.....

- 1- رواه أبو نعيم في الحيلة 63/9 وإسناده صحيح.
2- رواه البخاري في مواضع من صحيحه (الجنائز والوصايا والنقعات) ومسلم في الوصية من صحيحة.
3- الحث على التجارة ص50.
4- الجمعة /10.
5- ص53 الحث على التجارة.
6- ص56 من الحث على التجارة
7- الحث على التجارة ص73.
8- المرجع السابق

1

: ()

⋮
:2 (1)

: 3

"()"

()"

)

(

¹ المرجع السابق ص 61، 23.
² انظر تفصيل القول في هذا الشرط المرجع السابق ص 325
³ تهذيب الأسماء واللغات 40/1

:
) ().
() () (

1 " "

2

: : -)
:() : () : ()

.() .

() -

() . : : ()

- . : ()

. : . : ()

: -2

3.

"

"

4.

"

¹ - انظر تاج العروس فصل النساء من باب الرء ص66

² 85 () .

³ - 394 395

⁴ - الجرجاني ص 55 ط 1990 لبنان

1 :

"

"

"

2 :

3 :

"

4 :

"

"

5 :

6

)

7 :

()

8 :

.

"

"

" 1

¹ - رد المختار 14/2 ط 2 - 1407 هـ 1987م دار إحياء التراث - بيروت.

² - الجامع لأحكام القرآن ج 5 - ص 151-

³ - تفسيره ج 2 - ص 77-

⁴ - للشيخ أبي القاسم الرفاعي مطبوع مع المجموع 38/6 ط دار الفكر - بيروت

⁵ - تصدرها وزارة الأوقاف الكويتية ج 10 - ص 151-

⁶ - وهم:

سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وعبيد الله بين عبد الله بن عتبة وخارجة بن زيد وسليمان بن يسار والسابع أو أبو سلمه بن عبد الرحمن بن عوف عند الأكثرين.

⁷ - الموسوعة الفقهية الكويتية 154/10 - المدونة 225/1 ط 1411 هـ 1991م دار الفكر بيروت مع مقدمات ابن رشد - حاشية الدسوقي 508/1.

⁸ - مغني المحتاج 397/1

2.

..

3

4.

"

"

¹ - أنيس الفقهاء ص200
² - تحرير ألفاظ التنبيه - مرجع سابق ص 114.
³ - البركة في فضل السعي والحركة ص194- ط المكتبة التجارية الكبرى مصر.
⁴ - مطالب أولى النهي 2 ص 95 مرجع سابق.

(3)

:

:

:

1 .

"

:

:

2

3.

"

)

5.

4

(

..

..

..

¹ - الحديث رواه الدار قطني مطولاً ص 214 وأبو داود من طريق جعفر بن سعد عن ضبيب بن سليمان بن سمره عن أبيه عن سمرة بن جندب وسكت عنه أبو داود ثم المنذري (مختصر السنن 175/2) قال ابن الهمام وهو تحسين منهما كما في المرقاة (4/158) وحسنه بن عبد البر كما في نصب الراية (276/2) وقال الحافظ في بلوغ المرام ط ملتان بباكستان (ص 124) ط الخيرية اسناده لبن وطعن ابن حزم في اسناده بأن جعفر بن سعيد وضيبي بن سليمان بن سمرة وأباه سليمان مجهولون لا يعرف من هم قال الشيخ احمد شاکر في هامش المحلي (234/5) ط المنيرية بل هم معروفون ذكرهم ابن حبان في الثقات، ونقل الذهبي عن ابن القطان قال: ما من هؤلاء من يعرف حالة وقد جهد المحدثون فيهم جهدهم وهو إسناد يروي من جملة أحاديث وقال عبد الحق الأزدي: ضبيب ضعيف وليس جعفر ممن يعتمد ممن يعتمد عليه وبكل حال هذا إسناد مظلم لا ينهض بحكم ... ميزان الاعتدال للذهبي 150/1 ط عيسى الحلبي - فقه الزكاة للقرضاوي 324/1 - فتح القدير للكمال بن الهمام 166/2 وقال القاضي ابن العربي ولم يصح فيه خلاف عن السلف - شرح الترمذي 104/3.

² - والجعاب جمع جعبه وهي ما يوضع فيه السهام ونحوها والأدم جمع أديم وهو الجلد.

³ - قال الحافظ في التلخيص (185) رواه الشافعي واحمد وابن أبي شيبة وعبد الرزاق وسعيد بن منصور والدار قطني وذكر طريق كل واحد من هؤلاء إلى حماس - وانظر الأم (38/3) والسنن للبيهقي (147/4) طبعة الأميرية بولاق وقد ضعف ابن حزم الخير بأن حماساً وابنه مجهولان وقال الشيخ شاکر في تعليقه على المحلي مرجع سابق (235/5) لا بل هما معروفان ثقتان.

⁴ - المغني 335/2 مرجع سابق.

⁵ - خلاصة أحكام زكاة التجارة والصناعة ص 29، 39 ط 1406 هـ 1986م دار النهضة مصر

1 .
2
:()
"

"
.

..
3 .

4

5

6"
."

..

—
:

1- وذلك مثل الموازين والآلات كالمنشار والمنوال والقدوم والأواني التي توضع فيها السلع المعدة للبيع وغير ذلك من الأدوات التي لا تباع ولكن التاجر يفتنيها ليستعين بها في تجارته فصارت هذه الأشياء شبيهة بعروض الفنية.

2- الأموال بتحقيق محمد خليل هراس 381 ، 388 ط 1401 هـ 191م دار الفكر بالقاهرة.

3- المرجع السابق ص477.

4- الميزان الكبرى 9/2 ط دار الفكر - رحمة الأمة في اختلاف الأئمة محمد بن عبد الرحمن الدمشقي بهامش الميزان 104/1.

5- / 324 ط دار الفكر 1402 هـ 1982م

6- البدائع 850/2 ط الإمام بمصر.

1:

:

:

_____:

:

3

2:

:

:

:

()

:

:

(...

.

:

()

4:

()

...

5:

1- أنيس الفقهاء - تحقيق د. أحمد الكبيسي ص 200 ، 201 ط دار الوفاء - جدة - السعودية.

2- ص 196 بتحقيق د. فايز الداية وآخر ط دار الفكر المعاصر بيروت.

3- أدب الكاتب ص 212.

4- للكمال بن الهمام 166/2 مرجع سابق - انظر أيضاً حاشية الدسوقي 512/1

5- مطبوع بهامش فتح القدير 166/2.

1. :
...
...
"
.
2. :
:
:
.
:
...
.
:
3. :
:
:
:

()

¹ - روضة الطالبين 266/2 ط 1 المكتب الإسلامي 1412 هـ - 1991 م.
² - كشاف القناع على متن الإقناع 240/2 ، 241 بتحقيق الشيخ هلال مصيلحي دار الفكر بيروت - ومثله مطالب أولى النهي للشيخ مصطفى الرحيباني 96/2 و97 ط 1415 هـ - 1994 م - بيروت - المغني 250/4 ، 251 بتحقيق د. عبد الله التركي وآخر ط 1 - 1408 هـ 1987 م هجر بالقاهرة.
³ - ج 48/6 ط دار الفكر بيروت - انظر ابن عابدين في حاشيته فقد استخدم عبارة النية الصريحة المقارنة للتصرف بالبيع (عمل التجارة) كما قال لو كانت الدار للتجارة يصير بدلها للتجارة بلا نية لوجود التجارة دلالة (النية دلالة) 10/2 ، 13 ، 14 (ط دار إحياء التراث - بيروت 1407 هـ 1987 م)

"

1.

:

:

.

:

"

2.

...

"

¹ - المغني 336/2 مرجع سابق
² - نهاية المحتاج 103/3 ، 104 ط مصطفى الحلبي مصر.

1.:

.....

...

...

-4 :

"

2"

/

"

"

"

¹ - رد المحتار على الدر المختار 10/2 ، 13 ، 14 ط دار إحياء التراث الإسلامي بيروت - فتح القدير للكمال بن الهمام، 166/2 ط، دار إحياء التراث العربي .

² - رواه أحمد 141/4 - الترمذي كتاب الزكاة رقم 580 المغني 317/4 مشار إليه في بحث د. عجيل النشمي التعامل والمشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام مقدم لندوة (5) لبيت التمويل نوفمبر 1998.

المبحث الثالث

أهمية العقود في المعاملات وخصائصها في الفقه الإسلامي (الموازنة العقدية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)

:

:

:

1 .

" 2

" ...

—

¹ - المرفقات ح2 ص331- إعلام الموقعين - ج3 ص84- - البدائع ج4 ص190 - المدونة ج11 ص66-
² - الملكية ونظرية العقد ج5 - ص1396 هـ 1976م.

.162 /

"

"

.45/

"

"

1

"

2 "

.

:

:

()

3"

- (1101)

—

:

"

"

.

:

¹ - من هذا الرأي د. علي محبي الدين القرّة داغي مبدأ الرضا في العقود - ص 237-
² - أصول اليزدوي بهامش كشف الأسرار ج 4 - ص 395
³ - انظر المادة (262) من مرشد الحيران والمادتين 103 ، 104 من مجلة الأحكام العدلية - المرحوم الشيخ مصطفى الزرقا - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ح 1 ص 291 وما بعدها - جواهر العقود للمنهاجي ح 1 ص 55 ط 1 السنة المحمدية بالقاهرة - الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامه ح 2 ص 3 ط 2 المكتب الإسلامي - بيروت.

"

"

-1

.

"

"

-2

.

"

"

-3

·
:

1. "

" ...

:"

2"

:

-4

:

¹ - مختصر الوقاية، مخطوطة مكتبة طوب قاب استانبول (3733) ورقة 70 لمؤلفه محمود تاج الشريعة المحيوي - حاشية ابن عابدين ج 3 ص 9.
² - التعريفات للجرجاني المعروف بالسيد الشريف ص 8 ط الدار التونسية للنشر.

()

:

1

:

-1

"

"

"

"

-2

-3

":

"

"

"

"

¹ - انظر الخطاب - تحرير الكلام في مسائل الالتزام ج 1 - فتح العلي المالك لأبن عرفه ج 1 ص 254 ط مصطفى الحلبي - م 254 من القانون المدني الأردني المأخوذ من الشريعة الإسلامية وعرفته المادة رقم (101) مدني مصري المأخوذة من القانون المدني الفرنسي "الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها" يتطابق معا. م. (102) سوري و (10) ليبي و(91) عراقي و(915) كويتي.

"

.()

-4

()

.()

:

()

... .

:

1

¹ - إلا إذا كان الوكيل من أهل الضمان فإن حقوق العقد ترجع إلى الموكل ولو أضاف العقد إلى نفسه لأن رجوع الحقوق إليه ضمان وكفالة وهو لا يملك أن ينشئ الكفالة لأنها تبرع والتبرعات لا تتعقد منه، ويسوى القانون في الحكم إذا تعاقد النائب باسمه ولحسابه إذ تنصرف إليه آثار العقد إيا كانت طبيعته.

:

()

()

:

1

2

¹ - انظر المادة 132 وتنص على: " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً" والمقصود بالاستحالة في هذا النص الاستحالة المطلقة أي التي تقوم بالنسبة لجميع الناس ومن ثم يرجع إلى الالتزام ذي ذاته. د. حشمت أبو سنتيت نظرية الالتزام فقرة 205.
د. سليمان مرقص - مصادر الالتزام - فقرة 137

² - انظر المادة 131

*

:

1

(133)

¹ - تنص على 1- إذ لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.
2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسطاً يقابلان 133 لبيبي و128 عراقي.

()

()

:()

:

: (1)

:

()

()

(2) :

:

()

¹ - تنص على "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا الإكراه" م 128 لبيي و 129 سوري و 125 كويتي.

² - هناك في المذهب المالكي في الإكراه على سبب البيع ثلاثة أقوال: المذهب عدم لزومه ورأى بلزومه للمصلحة ورأى ثالث يقول باسترداد البائع المكره بضاعته إذا كان المشتري عالماً بالضغط والإفلا. يقول التسولي في البهجة شرح التحفة ج 2 ص 76: "وأما إن أكره على سبب البيع كما إذا أكره على إعطاء مال ظمناً فباع أمتعته لذلك فالمشهور أنه مردود أيضاً ويأخذ البائع شيئه بلا ثمن يدفعه للمشتري وظاهرة أنه يأخذه بلا ثمن ولو لم يعلم المشتري بالضغط .. إلا أن العالم أتم كالعاصب وعليه الضمان مطلقاً خلافاً لابن رشد في نوازله من أنه إنما يأخذه دون ثمن إن علم المشتري بالضغط". الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج 3 ص 6

³ - د. السنهوري - الوسيط - مرجع سابق - وعبد المنعم الصدة - المرجع السابق.

.

.

.

.

:

(3)

.

:

(4)

:

" "

1.

.

-

.

-

.

-

.

.

¹ - انظر في تفصيل ذلك كتابياً ضوابط العقود دراسة مقارنة ط. مكتبة وهبة ص 282 وما بعدها.

المبحث الرابع

خصوصية سلة العقود المالية والاستثمارية التي في المؤسسات
المالية الإسلامية ومتطلباتها من النظم والقوانين والمؤسسات
الخاصة.

() :

"

"

:

:

(1)

:

:

(3)

:

(2)

:

(1)



...

:

(2)

-

-

-

-

-

-

:

(3)

-

-

: (4)

-

-

: (1)

-

-

(2)

.

:

:

"

.

"

.

"

.

"

"

.

" "

:

:

%40

.

:

"

:

-
-
-
-

" "

:

(1)

.

(2)

.

:

— —

-1

-2

:

.

:

.

.

" "

.

:

.

:

.

/

-1

.

/

-2

.

/

-3

-4

.

-5

.

:

:

-1

:

2002

.

.

-2

-3

-4

-

-

. :
-
-
-
" "
-
-
-
-
-
-
-6

."
-
-7
"
-7

1982

·
:
()

:

. -

. -

. -

. -

. -

. -

-9

:

-

.

-

.

القسم الثاني

سلطة الهيئات الشرعية في اللجوء التحكيم

تستمد الهيئة الشرعية هذه السلطة من عدة أمور

هي

المبحث الأول

التحكيم اكثر مناسبة لتحقيق أهم القواعد الفقهية

الحاكمة للعقود

المبحث الثاني

الافتقار إلى النظام القانوني لعقود المعاملات المصرفية

والإسلامية وإلى العقود النموذجية من موجبات التحكيم

المبحث الأول

التحكيم اكثر مناسبة لتحقيق أهم القواعد الفقهية

الحاكمة للعقود:

:

.

_____:

1

"

"

"

" 2

3

.

:

4

"

"

.

6 "

"

5

¹ - انظر القواعد والأصول الجامعة (قواعد السعدي) ص46 عبدالرحمن بن ناصر السعدي ط2 مكتبة الامام الشافعي بالرياض سنة1410هـ.

² - الهداية مه فتح القدير - برهاني الدين على بن ابي بكر المرغيناني- ح6ص339 ط. دار الفكر-بيروت.

³ - انظر كتابنا ضوابط العقود دراسه مقارنه ص19 وما بعدها ط مكتبة وهبه /مص.

⁴ - الفتاوى 112/30

⁵ - انظر بحثنا "مهارات التعاقد وإدارة العقود" برنامج تربيي لجمعية إدارة الأعمال العربية

⁶ - الفتاوى الكبرى الفقهية - ابن حجر الهيتمي 142/2 ط. دار الفكر -بيروت.

المبحث الثاني

الافتقار إلى النظام القانوني في العقود والمعاملات المصرفية الإسلامية وإلى العقود النموذجية من موجبات التحكيم

:

:

1 .

:

:

¹- د. عصام القصبى - بحثه القانون الواجب التطبيق على عقود المعاملات الإسلامية مقدم للمؤتمر العلمي السنوي 14 كلية الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية المتحدة المجلد 2 ص 398

!

⋮ _____ ⋮

."

intervention

:

negotiation

-

mediation or conciliation

-

arbitration

-

conciliation

arbitration

INTERNATIONAL CONVERGENCE OF CAPITAL MEASUREMENT AND CAPITAL STANDARDS

1

:

UNCITRAL²

1997 9

2006 31

1997 47

مبادئ هي كفاية رأس المال " متطلبات دنيا لرأس المال" لتغطية المخاطر – المراجعة من قبل السلطات الرقابية – انضباط السوق والشفافية المالية ولدى السلطات الرقابية مجموعة من الإجراءات لإلزام المصارف بالوفاء والإفصاح .
1- ابتداء العمل بإعداد هذه القواعد سنة 1973 وأقرتها لجنة قانون التجارة الدولية سنة 1976- انظر وثيقة الامم المتحدة رقم A/31/17 القسم الخامس (الكتاب السنوي اليونسفرال 1976 ص9-20-27) وما تبعها من القانون النموذجي لليونسفرال سنة1985 ،
2- تم التوقيع عليها بجنيف في 13 ديسمبر 1997 من قبل سبعين دولة وقد وردت هذه الإتفاقية تحت عنوان " ملحق بشأن الخدمات المالية " وما ينص عليه بشأن تسوية المنازعات من أنه ينبغي أن يتوافر في فرق التحكيم التي تنظر في المنازعات الخاصة بإجراء الحيلة المالية الخبيرة اللازمة المتصلة بالخدمة المالية المحدودة التي هي موضوع النزاع وتشمل الخدمات المالية جميع انواع التأمين والخدمات المتصلة بالتأمين وجميع الخدمات المصرفية وغيرها من الخدمات المالية.... الخ