

التكييف الفقهي والقانوني للأعمال المصرفية¹ (LEGAL AND FIQH ADAPTATION FOR BANKING)

الدكتور المشارك حسن الدين بن محمد³
Hassnulddin bin Mohd
hasandin@uniswa.edu.my

صلاح علي غريب الصوط²
Salah Ali Gorair Alsou
salahgrair@gmail.com

الملخص

يعتبر مصطلح التكييف من المصطلحات التي تم استخدامها في العصر الحديث من قبل العلماء الفقه، حيث إن العلماء السابقين لم يستخدموا مصطلح التكييف كثيرا، ولقد استخدمه العلماء مصطلح التكييف لحاجة الناس إليه فيما يستجد من أحدث ومساائل الشرعية وليس لها حكم شرعي في كتاب أو سنة أو الأجماع، ومن النوازل في عصرنا هذا الخدمات المصرفية في المصارف التقليدية وكيفية تكييفها وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ويهدف هذا البحث إلى تعريف التكييف الفقهي للغة واصطلاحا وكذلك مشروعيتها، وكما نريد التعرف على التكييف القانوني وعلاقته بتكييف الفقهي، وكذلك كيفية تكييف المعاملات المالية، سوف يقوم الباحث باستخدام المنهج الاستقرائي والذي يعتمد على استعراض الدراسات والمقالات والبحوث المنشورة المتعلقة بموضوع الدراسة ومناقشة التكييف الفقهي والقانوني، ومن أهم ما توصلت إليه هذه الدراسة التكييف الفقهي هو ما يدل على الحال الشيء وصفته فهو قياس لا سماع فيه، وفي الاصطلاح هو تغيير من حال على آخر، وكما التواء التكييف الفقهي والقانوني في الهدف، كلاهما يهدف إلى إعطاء حكم قضية منصوص عليها لقضية معروضة، تحتاج إلى وصف فقهي أو قانوني، الخلاصة لقد تحدث الباحث في هذه الدراسة عن التكييف الفقهي والقانوني وعلاقتهما وكذلك تكييف المعاملات المالية، من خلال تعريف التكييف الفقهي للغة واصطلاحا وكذلك تعريف التكييف القانوني ومشروعيته التكييف وأخير تكييف المعاملات المالية.

الكلمات المفتاحية: التكييف الفقهي، التكييف القانوني، المصرف الإسلامي، الأعمال المصرفية.

¹ هذا البحث مستل من رسالة دكتور لم تناقش في قسم الشريعة، كلية الدراسات الإسلامية المعاصرة، جامعة سلطان زين العابدين.

² طالب الدكتوراة، قسم الشريعة، كلية الدراسات الإسلامية المعاصرة، جامعة سلطان زين العابدين.

³ أستاذ مشارك، قسم الشريعة، كلية الدراسات الإسلامية المعاصرة جامعة سلطان زين العابدين.

Abstract : *The term “adaptation” is one of the terms that has been used by the scholars of Fiqh in the modern era. The previous scholars had not used this term a lot. The scholars used the term "adaptation" to the people's need for it in terms of the most recent and Shariah issues, and it has no Shariah ruling in Quran, Sunna or consensus. In the present time, banking services in the conventional banks and how adapt them accordance with the Islamic and Shariah provisions is new issue. Study aims to define the term of Fiqh adaptation in language and terminology, and its legitimacy. The researcher also identifies the legal adaptation and its relation to Fiqh adaptation. The study also concerns how to adapt financial transactions. The researcher used the inductive method which depend on representing the past studies, articles and published research on the subject of the study and discussing the legal and Fiqh adaptation. The most important findings of this study is that Fiqh adaptation is what indicates the case of a thing and its description, it is a measurement not to hear it. In the terminology, adaptation means a change from one case to another. In addition, the Fiqh and legal adaptation are convergence in the objective since both aim to give the judgment of a case provided for a case that needs to be described verbally or legally. In conclusion, the researcher presented the Fiqh and legal adaptation and their relationship as well as the financial transactions adaptation.*

Keywords: *Fiqh adaptation, Legal adaptation, Islamic bank, banking*

2018 JGBSE

المقدمة

منذ ظهور المصارف الإسلامية وانشغل الكثير من العلماء والباحثين على وسيلة لاستبدال جميع المعاملات الربوية إلى معاملات شرعية وتتوافق مع مبادئ وأحكام الشرعية الإسلامية، ولقد اتجه الجميع إلى إيجاد المخرج الشرعي للمعاملات الربوية المنتشرة في المصارف الربوية، عن طريق التكييف الفقهي والقانوني للمعاملات الربوية، حتى تخرج في قالب يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وتكون ليس بعيدة عن المعاملات في المصارف الربوية التي اعتاد الناس عليها.

المشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في كيفية الخروج من المعاملات الربوية في المصارف التقليدية التي اعتاد الناس عليها وعلى التعامل بها، وإيجاد المخرج الشرعي من أجل الواصل إلى الحكم الشرعي لهذا المعاملات، وتطبيقها في المصارف الإسلامية بما يتوافق مع أحكام الشرعية الإسلامية.

أسئلة البحث

- س1_ ما مفهوم التكيف الفقهي اللغة واصطلاحا ومشروعيته؟
- س2_ ما هو التكيف القانوني وعلاقته بالتكيف الفقهي؟
- س3_ كيف يتم تكيف المعاملات المالية للأعمال المصرفية؟

أهداف الدراسة

- 1_ تعرف على التكيف الفقهي اللغة واصطلاحا ومشروعيته.
- 2_ بيان التكيف القانوني وعلاقته بالتكيف الفقهي.
- 3_ بيان التكيف المعاملات المالية للأعمال المصرفية.

منهجية الدراسة

سوف يستخدم الباحث المنهج الاستقرائي والذي يعتمد على استعراض الدراسات والمقالات والبحوث المنشورة بموضوع التكيف ومناقشة التكيف الفقهي والقانوني، المبني على استقراء النتائج من الدراسات السابقة ومن خلال الرجوع إلى المراجع العلمية والفقهية والقانونية التي تحتوي على البيانات الثانوية المتعلقة بموضوع الدراسة التي تناولها الجانب النظري.

الدراسات السابقة

1_ التكيف الفقهي لأعمال المصرفية مفهومه، أهميته، وضوابطه للدكتور مسفر بن علي بن محمد القحطاني، ورقة مقدمة إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول 2009، لقد بذل القحطاني مجود طيب في أعداد هذه الورقة المهمة حيث تحدث عن المفهوم اللغوي والاصطلاحي للتكيف الفقهي وكما جاء في حديثه عن أهمية التكيف والحاجة إليه في هذا العصر ، وختم بالحديث عن الضوابط التي يجب اتباعها في تكيف النوازل في عصرنا هذا، من أهم النتائج أن التكيف الفقهي للنوازل المعاصرة وبالأخص في مجال الدراسات الاقتصادية، ولكنه لم يتحدث عن التكيف في المعاملات المالية في المصارف الإسلامية هذا ما سيقوم به الباحث في هذه الورقة.

الضوابط والقواعد الشرعية للمعاملات المالية للدكتور إسماعيل خالدي الورقة للهيئة الشرعية للبنك الكويتي التركي لقد احسن خالدي في اختيار الموضوع وصياغته ولقد تحدث عن مفهوم القواعد في اللغة والاصطلاح وكما جاء في سياق حديثه عن الضوابط هذية القواعد بشي من تفصيل ، وكذلك أهم القواعد الفقهية للمعاملات المالية ومن أهم النتائج القواعد الحاكمة علي الربا، مثل لا يباع الكالئ بالكالئ ، ولا يحل بيع وسلف ، وكل قرض جر نفعاً فهو ربا، فلقد تحدث الكاتب عن المعاملات المالية في فقه المعاملات، ولكن الباحث في هذه الدراسة سوف يقوم بدراسة التكييف الفقهي للمعاملات المالية المصرفية في المصرف الإسلامي .

المبحث الأول: التكييف الفقهي للمعاملات المالية

سوف نتحدث عن التكييف الفقهي والقانون لبعض من المعاملات المالية الإسلامية.

المطلب الأول: مفهوم ومشروعية التكييف الفقهي

أولاً: مفهوم التكييف الفقهي في اللغة

التكييف في اللغة "من كاف الشيء يكيّفه تكييفاً بمعنى قطعه ويأتي أيضاً بمعنى تنقصه"⁴. أما التكييف الذي بمعنى ما يدل على الحال الشيء وصفته فهو قياس لا سماع فيه، ويعتبر بناء على ذلك كلاماً مولداً. كما قال بذلك أكثر من إمام من أئمة اللغة؛ منهم ابن دريد⁵ - رحمه الله - حيث قال: "هذا شيء لا يكيّف فكلّام مولد". هكذا يقول الأصمعي⁶.

وجاء عن الزبيدي قوله: "التكييف اشتقاق من كلمة كيف كيفته فتكييف فإنه قياس لا سماع فيه من العرب، ونص اللحياني: فأما قولهم: كيف الشيء فكلّام مولد قلت: فعني بالقياس هنا التوليد أو مولدة ولكن أجروها على قياس كلام العرب". قلت: وفيه تأمل⁷.

⁴ (ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي. (1414هـ). لسان العرب، ج9، ص212.313.

⁵ محمد بن الحسن بن دريد الأزدي من أزد عمان من قحطان، كان من أئمة اللغة والأدب، انظر ترجمته: شذرات الذهب 2/289، معجم المؤلفين 9/189، الأعلام 6/8.

⁶ (هو الباهلي عبد الملك بن قريب بن علي بن اجمع، أبو سعيد الأصمعي، وأحد أئمة العلم في اللغة العربية والشعر والبلدان، توفي عام 216 هـ. من مصنفاته: الأضداد والمترادف وغيرها. انظر ترجمته: شذرات الذهب 2/36، الأعلام 4/12.

ومن الاستفهام أيضا: ما يدل على التعجب؛ مثل قوله تعالى {كَيْفَ تَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَكُنْتُمْ أَمْوَاتًا فَأَحْيَاكُمْ} (سورة البقرة، الآية: 28). وهنا نذكر مثال المجازة: كيفما تفعل أفعل. أي أفعل بك مثلما فعلت بي ومثال الشرطية: كيف تصنع أصنع، وهي تقتضي وجود فعلين غير مجزومين متفقي اللفظ والمعني. فيضاف إلى (كيف): (ما).
وقالوا: "التكييف اللاحق هو التكييف اللازم لإعمال القاعدة الموضوعية التي تعينها قاعدة الإسناد في قانون القاضي أو لإعمال قاعدة الإسناد الداخلي في القانون الأجنبي"⁸.

ثانيا: التكييف الفقهي في الاصطلاح

يعتبر مصطلح التكييف الفقهي من المصطلحات الحديثة التي ظهرت واستعمالها الفقهاء المعاصرين ولم يكن هذا المصطلح متداولاً لدى أئمة الفقه خلال العصور الماضية إلا في بعض الحالات النادرة قد تقع من بعض الفقهاء. كما يمكن القول بأن التكييف في الاصطلاح: إنه لا يخرج عن المعني اللغوي له الذي عرفه سابقاً، فهو معرفة حالة الشيء وصفته.

تعريف التكييف الفقهي لبعض العلماء المعاصرين

1_ الشيخ علي الخفيف

التكييف الفقهي "إلحاق عقد بعقد معين شبيه به من العقود التي عرفها الشارع، وعندئذ يعطي العقد الملحق الحكم الذي رتبته الفقهاء على العقد الملحق به: من صحة أو بطلان وفساد، وذلك بالنظر في الأركان والشروط"⁹.

2_ تعريف الدكتور يوسف القرضاوي:

كما عرف الدكتور يوسف القرضاوي التكييف الفقهي بأنه: "تطبيق النص الشرعي على الواقعة العملية"¹⁰. ويلاحظ على هذا التعريف أنه يقصر التكييف الفقهي على الاجتهاد التنزيلي للنصوص الشرعية من قرآن أو سنة، ولا يدخل فيه التخريج الفقهي.

⁷ (الزبيدي. محمد بن محمد، (1965)، تاج العروس من جواهر القاموس، ج12، ص475.

⁸ (القحطاني، مسفر بن علي بن محمد، التكييف الفقهي للأعمال المصرفية مفهومه، وأهميته، وضوابطه، ص11.

⁹ (شبير. محمد عثمان التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، ص26،27.

¹⁰ (القرضاوي، يوسف. الفتوى بين الانضباط والتسيب، ص72.

3_تعريف الدكتور محمد جبر الألفي:

عرف الدكتور محمد جبر التكييف الفقهي بأنه: "العملية التي تبين حقيقة المعاملة محل النزاع، بحيث يمكن تطبيق الحكم المناسب"، ويلاحظ على هذا التعريف انه أقصر التكييف الفقهي على المعاملات المالية التي تحتاج إلى حكم شرعي، فهو غير جامع.

4_تعريف الدكتور عبد الناصر أبو البصل:

كما عرف الدكتور عبد الناصر التكييف الفقهي انه "تحديد طبيعة المسألة التي يتنازع بشأنها، لوضعها في نطاق المسائل التي خصها الشرع بوصف معين"¹¹.

ثالثاً: مشروعية التكييف الفقهي

سوف نتحدث في هذا المبحث عن مشروعية التكييف الفقهي في القرآن الكريم والسنة الشريفة

مشروعية التكييف الفقهي في القرآن الكريم

قوله تعالى {وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدْعَاؤُهُ بِهِ^ط وَلَوْ رَدُّهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ^ط وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا} (سورة النساء الآية: 83)

معنى الآية الكريمة فالرد إلى الرسول (صلي الله عليه وسلم) في حياته أي يرد إليه مباشرة، والرد إليه بعد وفاته رد إلى سنته عليه أفضل الصلاة والسلام، والرد إلى أولي العلم رد إلى أهل العلم والفقهاء كما قال الحسن وقتادة وغيرهما، فهم القادرون على الاستنباط، وهو في اللغة: استخراج الأحكام الشرعية، وهو يدل على الاجتهاد في حال عدم وجود النص الشرعي أو الإجماع.¹²

من السنة

قوله << لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع خشبة الصدق >>¹³.

¹¹ (شبير. محمد عثمان، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية. ص26،27.

¹² (القرطي، أبو عبد الله محمد. الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطي، ص311،292.

¹³ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، باب لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع، ج2، ص122. (أخرجه البخاري)

لم يقيد البخاري ترجمة الباب أو عنوانه بقوله: "خشية الصدقة" وإنما أطلق ذلك، فقال في الترجمة: "لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع" هذا يدل على إنها قاعدة عامة، تدل على أنه إذا كان اجتماع الفروع الفقهية في طبيعتها وحقيقتها تعطى نفس الحكم الفقهي، ولا يفرق في الأحكام إلا عند اختلافها في الحقيقة والطبيعة، وهذا هو تكييف. قال إن القيم: "ودليل الاستدلال على التسوية بين المتماثلين، والفرق بين المختلفين"¹⁴.

وكما قال عمر بن الخطاب رضوان الله عليه في رسالته التي أرسلها إلى أبي موسى الأشعري: "اعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عندك، فاعمد إلى أحبها إلى الله أشبهها بالحق فيما تري". وفي رواية: "الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة، وقايس الأمور عندك وأعرف الأمثال، ثم اعمد-فيما ترى- إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق"¹⁵.

كما قال السيوطي: "هذه العبارة صريحة في الأمر بتتبع النظائر وحفظها ليقاس عليها ما ليس بمنقول، وإن فيها إشارة إلى إن النظائر ما يخالف نظائره في الحكم مدرك خاص به، وهو الفن المسمى بالفروق الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويرا ومعنى، المختلفة حكما وعلة"¹⁶.

المطلب الثاني: التكييف القانوني وعلاقته بالتكييف الفقهي

أولاً: مفهوم التكييف القانوني

لقد اختلف القانونيون في توحيد معنى أو مفهوم للتكييف القانوني: ولقد تم تعريف التكييف القانوني بأنه: "تحديد طبيعة العلاقة القانونية لإدخالها في نظام قانوني معين"، وقد جاء تعريف للدكتور عبد الواحد كرم حينما قال: "تحديد القاضي الطبيعة القانونية للعلاقة ذات العنصر الأجنبي المعروضة أمامه، بغية إخضاعها لقاعدة الإسناد التي تعين القانون واجب التطبيق بالنسبة لها"¹⁷.

¹⁴ (ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج1، ص130.

¹⁵ (ابن قيم، المرجع السابق، ص131.

¹⁶ (السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (1983)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ص7.

¹⁷ (كرم، عبد الواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، ص130.

ويرى الباحث أن هذا التعريف اقتصر على التكييف القانوني لقضايا المحاكم المعروضة على القاضي، ولم يشتمل على القضايا الاجتهادية التي تحتاج إلى حكم، لهذا نقول إن تعريف غير جامع. كما عرفه أيضا الدكتور عبد الواحد كرم بأنه "إعطاء العقد وصفه القانوني بالنظر إلى الآثار التي يقصد أطرافه إلى ترتيبها"¹⁸

ويلاحظ أن هذا التعريف تحدث عن التكييف القانوني على قضايا القانون المدني ومن تصرفات وعقود، كذلك يكون هذا تعريف غير مانع ولا جامع للعديد من المسائل والقضايا الحديثة المستجدة التي تحتاج إلى تكييف قانوني يتماشى مع طبيعتها.

ثانيا: علاقة التكييف الفقهي بالتكييف القانوني

يمكن القول بأن علاقة مصطلح التكييف الفقهي بمصطلح التكييف القانوني عندما قاموا علماء الشريعة الإسلامية بعمل أبحاث مقارنة بين الفقه والقانون، فقد اقتباس علماء الشريعة من القانون الوضعي واستعملوا ذلك في أبحاثهم الفقهية، ويمكن تحديد هذه العلاقة في بعض النقاط:

1_ التقاء التكييف الفقهي مع التكييف القانوني في الهدف منه، فهو يهدف إلى إعطاء حكم قضية منصوص عليها لقضية معروضة، تحتاج إلى وصف فقهي أو قانوني، وذلك بالنظر على العناصر الأساسية في كل من القضيتين.

2_ كما أن التكييف الفقهي لاتقاء مع التكييف القانوني في إجراءات عملية التكييف وهي:

أ_ تحديد طبيعة المسئلة المعروضة وحقيقتها، وذلك ببيان عناصرها، وأجزائها، والآثار المترتبة عليها، وقصد أطراف المسئلة من تنفيذها.

ب_ البحث عن الأصل الذي يمكن أن تلحق به المسئلة المعروضة، والتأكد من مجانستها في العناصر السابقة.

ج_ رد المسئلة المعروضة إلى الأصل الفقهي أو القانوني، وذلك بإعطائها حكم الأصل الذي رتبته العلماء: من صحة أو جواز أو بطلان أو فساد أو غير ذلك من الأحكام. ويتم بنظر العالم المتخصص والمتمرس في مدي تحقق عناصر الأصل وضوابطه في القضية المعروضة.

¹⁸ كرم، مرجع سابق، ص131.

3_التقاء التكيف الفقهي مع التكيف القانوني في ضرورة تحري الدقة في إجراء عملية التكيف، لأن الخطأ في إجراء العملية يترتب عليه الخطأ في ترتيب الأحكام على المسئلة، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره¹⁹

ثالثا: التكيف الفقهي في المعاملات المالية

المعاملات المالية: هي الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال، وهي تصدق على العقود التي تفيد تملك العين: كالبيع، أو تملك المنفعة: الإجارة، أو التوثيق: كالرهن والضمان والحوالة، أو المشاركة في الربح على قدر رأس المال: كشركة العنان، أو المشاركة في جزء معين من الربح نظير العمل: كالمضاربة، أو إئابة الغير في التصرف عنه: كالوكالة، أو دفع ضرر للشريك الجديد: كالشفعة، أو قبول حفظ المال عند الإنسان أمانة: كالوديعة، أو تملك الغير بلا عوض: كالهبة، وما شابه ذلك من التصرفات المالية.

وهي مشروعة بدليل قوله تعالى: {يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (سورة المائدة، الآية: 1) وقوله تعالى: {يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ} (سورة النساء، الآية: 29) وقوله صلي الله عليه وسلم: <> والمهملون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً <. 20.

وإذا كان الأصل في مقاصد العبادات المنع والحظر وذلك حتى يرد نص صريح من الشارع بالطلب حتى لا يحدث الناس في الدين ما ليس فيه، فإن الأصل في المعاملات المالية من العقود وشروطها الإباحة، فلا يوجد مانع شرعي إلا ما قد تم منعه بنص صريح الدلالة وصريح الثبوت، ويبقى فيما عدا ذلك من المعاملات الإباحة ويؤيد ذلك قوله تعالى {اللَّهُ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمْ الْبَحْرَ لِنَجْرِي الْفُلْكَ فِيهِ بِأَمْرِهِ ۖ وَلِتُنَبِّئُوا مِن فَضْلِهِ ۗ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ} ١٢ وَسَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمٰوٰتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ ۗ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَّتَفَكَّرُونَ} (سورة الجاثية، الآية: 12، 13)

¹⁹ (شبير . محمد عثمان. (2014). التكيف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، ص25، 24.

²⁰ (البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، باب اجر السمسة، رقم 1952، ج3، ص52. (أخرجه البخاري)

وبناء على ذلك فإن ما يستحدثه الناس من معاملات مالية يحتاج على تكييف فقهي لمعرفة الحكم الشرعي، إذا كان لها شبيه في الفقه الإسلامي، وإلا تطبق عليه القواعد العامة في الفقه المعاملات.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي في الأعمال المصرفية:

سوف يتم الحديث في هذا المبحث عن تكييف الفقهي الأعمال المصرفية الودائع والحوالات وكذلك الاعتماد المستندي وخطاب الضمان.

المطلب الأول: التكييف الفقهي للودائع المصرفية النقدية

أولاً: التكييف القانوني للودائع النقدية

الودائع النقدية بأنواعها الثلاثة 1_ الودائع الجارية (تحت الطلب)، 2_ ودائع ثابتة (لأجل)، 3_ ودائع ادخار (توفير) كيفها أكثر القانونيين بأنها قرض. وأما إطلاق ودیعة عليها فهو ليس على الحقيقة، لأن المصرف يستهلكها في أعماله ويقوم برد المثل، هذا يعني أن المصرف لا يأخذها كأمانة حتى يحتفظ بعينها ثم يردّها إلى أصحابها²¹.

ثانياً: الحكم الشرعي في ودائع المصارف التجارية

إذا كان التكييف القانوني للودائع هو القرض، فإنه في حد ذاته جائز إذا كان خالياً من الربا كما في الودائع الجارية. لكن في الودائع الادخارية والاستثمارية لا تخلو من شبهة الربا أو الربا، لأن المصرف التجاري يأخذ الودائع المصرفية من العملاء بفائدة قد حددها مسبقاً، ويقوم بإقراضها لعملاء آخرين بفائدة أعلى، ويربح المصرف التجاري الفرق الفوائد والذي يكون منه أكبر قدر من أرباح المصرف التجاري. كما أن هذه الفوائد عبارة عن الربا، وإن سميت فوائد أو عوائد، لأنها زيادة مشروطة في عقد قرض، فهي لا تجوز شرعاً. كما حاول الباحثون المعاصرون تكييف هذه الودائع بأنها مضاربة، فالمودع هو رب المال، والمصرف هو المضارب. وممن قال بذلك الدكتور شوقي الفجري في رسالته (نحو اقتصاد إسلامي)²²

²¹ (السالوس. علي، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون. ص 51.

²²(الزرقاء، مصطفى أحمد، المصارف معاملات وودائعها وفوائدها، ص 9.

ومفتي جمهورية مصر العربية في ذلك الوقت الدكتور محمد سيد طنطاوي الذي قال "إن عائد الودائع المصرفية حلال، ولا فرق بين مصرف يحدد الأسعار مقدما ومصرف لا يحددها. يشير إلى المصارف التجارية التي تعلن أسعار فوائدها، والمصارف الإسلامية التي توزع على المودعين نسبا من الأرباح في آخر السنة"²³. ولكن هذا التكييف غير مسلم لأن القانون كلفها بأنها قرض وعلى فرض التسليم بذلك فإن المضاربة بهذه الطريقة التي يجريها المصرف لا تصح شرعا، لأنه لا يصح اشتراط ضمان راس المال، ولا دفع مبلغ مقطوع من الربح في عقد المضاربة.

كما جاء في مجمع البحوث الإسلامية في مؤتمره الثاني 1965: "الفائدة على أنواع القروض كلها ربا محرم لا فرق في ذلك بين القرض الاستهلاكي والقرض الإنتاجي، لأن نصوص الكتاب والسنة في مجموعها قاطعة في تحريم النوعين".

ثالثا: الودائع المصرفية في المصارف الإسلامية

يقال: إن المصارف الإسلامية تقبل الودائع الثابتة والادخارية من عملائه، ويدفع لهم ربحا في نهاية كل سنة، فما حكم هذه الودائع؟ وما حكم عوائدها؟

إن المصارف الإسلامية تقبل في الودائع ليس على أنها قروض مضمونه وبفائدة مقطوعة ومحددة مسبقا، وإنما على أساس المضاربة التي بدورها تخضع إلى الربح والخسارة، أن الأرباح التي يحققها المصرف الإسلامي من تلك الودائع يقوم بتوزيعها بين المودعين والمصرف على أساس المضاربة، إذا كل ما يتحصل عليه العميل (المودع) من ربحا يكون قد أستحققه عن حساب الأرباح في نهاية السنة المالية وليس في بدايتها.

وفي (مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي) المنعقد في 1979/5/22م عدم إعطاء أرباح على الودائع الادخارية باعتبارها قرض إلا عندما ينص في طلب فتح الحساب أن تكون المعاملة بصورة المضاربة بين المودع صاحب الحساب والمصرف الإسلامي.

كما يري الدكتور عبد الله العبادي أنه لا يوجد أي مانع شرعي من أن يدخل هذا الحساب في أعمال الاستثمار، وأن يدفع المصرف أرباحا على ذلك من الأرباح المحققة، إذا نص الاتفاق على ذلك كما هو

²³ (جريدة الدستور الأردنية 1995/12/20م، ص9.

الحال في البنك الإسلامي الأردني²⁴ أما بالنسبة لضمان الوديعة فإنها إذا وضعت بقصد الاستثمار فلا ضمان على المصرف²⁵

أما إذا وضعت على أساس قرض فإن على المصرف الضمان تمثيلاً مع القاعدة الشرعية (الغرم بالغنم) كما في الودائع الجارية، فإنها تأخذ حكم القرض ويجري على القرض من الضمان ورد المثل.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي للحوالات النقدية وحكمها الشرعي

1_ الحوالات الداخلية التي تحدث دخل الدولة بين المصارف وبنفس العملة البلد، فإنها تأخذ حكم وكالة بأجرة حيث أن المصرف يقوم بتنفيذ طلب العميل، وتحسب الأجرة على أساس التكلفة التقديرية للمصرفات الفعلية التي يقوم بها المصرف من عمل الموظفين ومصرفات البريد أو الهاتف أو الفاكس أو التلكس والطوابع. وبناء على ذلك فإن حكمها الشرعي جائز لأن الوكالة جائزة شرعاً بأجرة وبدون أجرة.

2_ الحوالات الخارجية تتضمن عدة معاملات في معاملة واحدة، فإنها بالإضافة في كونها الوكالة بأجرة أيضاً تشتمل على بيع وشراء العملات الأجنبية، فإن المصرف يستفيد بالإضافة إلى الأجرة التي يحصل عليها الفرق السعر بين العملتين على أساس أن سعر الصرف يحسب في اليوم نفسه الذي يخطر فيه المصرف المحلي المصرف الخارجي المحول إليه، كما إن سعر الصرف العملات الأجنبية تتغير ويتم تحديدها يومياً وذلك تبع لظروف العرض والطلب لكل عملة.

كما أن لكل عملة سعر يرفع قليلاً عن سعرها عند الشراء لهذه العملة، ومن هذه العملية يتحصل المصرف على أرباح من الفرق بين السعرين، وهذه المعاملة تسمى بالصرف، ومن أهم شروط الصرف في الفقه الإسلامي التقابض في مجلس العقد باتفاق الفقهاء²⁶، لكن هذا الشرط غير متحقق في الحوالات الخارجية بحسب الظاهر.

ويمكن توضيح هذا أن المصرف عندي الاتفاق مع العميل طالب التحويل واستلام المبلغ يقوم المصرف بإجراء القيود المحاسبية المتعلقة بعملية التحويل، كما يقوم بتسليم العميل إشعاراً بهذا التحويل في مجلس العقد وهذا يقوم مقام القبض الحكمي، فقد جري العرف التجاري على اعتباره ملزماً لمن أصدره. وبذلك تكون الحوالات الخارجية جائزة شرعاً ويتحقق القبض الحكمي.

²⁴ قانون البنك الإسلامي الأردني، ص 10

²⁵ العبادي، عبد الله عبد الرحيم، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، ص 201.

²⁶ القرطبي، أبو عبد الله محمد. الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، ج 2، ص 197.

المطلب الثالث: التكييف الفقهي والقانوني للاعتماد المستندي

أولاً: التكييف الفقهي للاعتماد المستندي

اختلف القانونيين في تكييف الاعتماد المستندي: فقبل إنه وكالة، وقيل بأنه كفالة، وقيل اشتراط لمصلحة الغير وهو في الحقيقة يأخذ من كل نظرية طرف، فهو عبارة عن الوكالة من حيث التزام العميل طالب الاعتماد بدفع ما يدفعه المصرف (الوكيل) بناء على طلب من طالب الاعتماد مع العمولة المتفق عليها فيما بينهم، كما أخذ من الاشتراط لمصلحة الغير نشوء الحق المباشر لصالح المستفيد من تاريخ الاتفاق الذي تم بين العميل طالب الاعتماد والمصرف الوكيل، واخذ من الإنابة عدم الاحتجاج بالدفع التي كان يتمتع المناب بها تجاه المنيب²⁷

وبعد الاطلاع على هذه النظريات يتبين أن النظرة التي تصلح لتكييف علاقة فاتح الاعتماد مع مصرفه هي نظرية الوكالة، يعتبر المصرف إلى فاتح الاعتماد الوكيل بالنسبة لموكله فيما يقوم به من التصرفات، وتعتبر هذه الوكالة متعلقة بحقوق الغير وهم المستفيدين من الاعتماد، وكما لا يمكن إلغائها إلا بعد موافقة المستفيدين من الاعتماد²⁸

هذا إذا كان التاجر المستورد مالكا لقيمة خطاب الاعتماد. أما إذا كان لا يملك ذلك أو عنده أقل ممن المطلوب، فإن الباقي يكون قرضا عليه بفائدة ربوية، والمصارف في حالة الإقراض تأخذ نوعين من الفائدة: الأولى: نسبة مخفضة على المبلغ من تاريخ السداد في الخارج حتى وصول المستندات. الثانية: نسبة أعلى إذا تأخر العميل في الدفع، حيث يقيد المبلغ عليه كدين بفائدة. وأن هذين النوعين من الفائدة محرم شرعا.

ثانياً: التكييف الفقهي للاعتماد المستندي في المصارف الإسلامية

يعتبر الاعتمادات المستندية من أساسات التجارة الخارجية والدولية، ولذلك فقامت المصارف الإسلامية بالاستفادة من هذه المعاملة بعد إن نجحت في تكييفها وتخليصها من الفوائد الربوية، وفقد تما تكييفها على إنها وكالة بأجرة إذا كان المستورد يملك مبلغ الاعتماد، وأما إذا كان المستورد لا يملك مبلغ الاعتماد أو يملك جزء من مبلغ الاعتماد تكون المعاملة أما المرابحة للأمر بالشراء أو على أساس المشاركة.

²⁷ (سامي، حسن أحمد. تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص205.

²⁸ (طایل. مصطفى كمال. البنوك الإسلامية المنهج والتطبيق، ص159.

يقول عبد الحميد البعلي: "إن نظام الاعتمادات المستندية من معطيات العمل المصرفي في المصارف التجارية ثم استعير العمل بها في المصارف الإسلامية بعد ضبطها لمعطيات العمل في المصارف الإسلامية واعتبارها أحد صيغ تشغيل الأموال واستثمارها فيها، وبخاصة صيغتي المراجعة للأمر بالشراء والمشاركة"²⁹

وقد قسم الدكتور مصطفى طایل الاعتمادات المستندية التي تجربها المصارف الإسلامية إلى قسمين:

القسم الأول: اعتماد المستندي يتم تمويله من العميل فاتح الاعتماد بشكل كامل، وهنا يقتصر دور المصرف على الإجراءات فقط ويكون الوكيل بأجر.

القسم الثاني: الاعتماد المستندي الممولة من المصرف الإسلامي تمويلًا تامًا أو جزئيًا.

إذا كان التمويل جزئيًا أي تمكن العميل من دفع جزء من مبلغ الاعتماد يكون التمويل بصورة المراجعة غالبًا، وإذا لم يتمكن العميل من دفع إي مبلغ من قيمة التمويل يكون التمويل هنا أما بصورة المضاربة أو بصورة المراجعة ويكون التمويل تامًا من المصرف الإسلامي.

أما العلاقة بين المصرف الإسلامي والمصرف المراسل يجب أن تكون على أساس دائن والمدين مع اجتناب الربا. فعلى المصارف الإسلامية إن تقيم مع بعض المصارف الأجنبية تعاونًا حقيقياً المبني على التعامل بدون فوائد الربوية مثل الودائع المتبادلة، وهذا يعني أن يقوم المصرف الإسلامي بتوديع مبلغاً من المال في بعض المصارف الأجنبية بدون فائدة مع الإذن للمصرف الأجنبي باستعمالها، إذا احتاج المصرف الإسلامي إلى إجراء عملية اعتماد مستندي جرت المقاصة بدون ربا، وعليه يجب إجراء اتفاقات بين المصارف الإسلامية ولأجنبية من أجل تسهيل عمليات الاعتمادات المستندية بدون ربا³⁰

29 (البعلي، عبد الحميد محمود، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي الواقع والأفاق درسه مقارنة وموازنة للجوانب: القانونية. المصرفية، الفقهية، ص62.

30 (بشير، محمد عثمان المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص267، 275.

المطلب الرابع: التكييف القانوني والفقهى لخطاب الضمان

أولاً: تكييف خطاب الضمان

رأي القانونيين أن التكييف القانوني لخطاب الضمان يمكن أن تكون على أساس الإدارة المنفردة المنشئة للالتزام³¹، كما أن الالتزام في الخطاب الضمان لا يحصل عن تلاقي إرادتين، وإنما عن إرادة مصدر الخطاب الضمان الذي لا يمكنه بأي حال التخلي عن التزام الذي افرغه في الخطاب الضمان الذي تم توجيهه إلى المستفيد. ولقد رأينا في هذه المعاملة يتضمن خطاب الضمان مدينا ودائنا، ويجب أن تكون إرادة الدائن موجودة، وهكذا تتوافق الإرادتين، كذلك إن الأثر القانوني المترتب على العقد ليست الإرادة المنفردة وإنما امتزاج وتفاعل تلك الإرادات عند إنشائه.

بالإضافة إلى ما قرره العرف من خصائص لخطاب الضمان تجعلنا نسلم بأن الإرادة المنفردة تصلح أساساً للالتزام، لأن لكل إرادة أثرها الخاص بما يكفي للالتزام مصدرها.

ثانياً: خطاب الضمان في المصارف الإسلامية

تقوم المصارف الإسلامية بإصدار خطابات الضمان لعملائها لإنها إما أن تكون على أساس الوكالة أو الكفالة، والاثنان جائزان في الفقه الإسلامي، ما لم يصاحبها ما يفسدهما. فخطاب الضمان جائز شرعاً من حيث الإصدار، واختلفوا في أخذ المقابل على الضمان تبعاً لاختلافهم في تكييفه، فقد رفضت معظم هيئات الفتوى الشرعية مبدئياً أخذ المصرف الإسلامي عوضاً عن تقديم هذ الخطابات، وبالتالي امتنعت بعض المصارف الإسلامية عن هذا النشاط مما أدى إلى استمرار عملها على المصارف التجارية في هذا المجال³². وقد أجاز الشيخ عبد الحميد السائح أخذ الأجر لخطاب الضمان الصادر عن المصرف الإسلامي الأردني. وتتبع بعض المصارف الإسلامية هذا الرأي فتصدر خطابات الضمان بمقابل³³

³¹ (الكيلاني. محمود، عمليات البنوك، ص209.

³² (شبير. محمد عثمان، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، ص28

³³ (عطية، جمال الدين، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم والتقييد والاجتهاد، النظرية والتطبيق، ص117.

ثالثا: التكيف الفقهي لخطاب الضمان

ولقد قال الفقهاء والباحثين إلى إن خطاب الضمان يكون وكالة بأجرة إذا كان مغطي تغطية كاملة من قبل العميل، كذلك يمكن أن يكون كفالة أن لم يكن غير مغطي من قبل العميل، وإذا كان مغطي تغطية جزئية يكون وكالة في الجزء المغطى وكفالة في الجزء غير مغطي، عليه كما هو معرف لا يجوز أخذ الأجرة على الكفالة.³⁴

ولقد اخذ مجمع الفقه الإسلامي بهذا الرأي حيث جاء في الدورة الثانية المعقدة في الجدة 1985/12/27م: 1_ " إن خطاب الضمانات بأنواعه الابتدائي والنهائي لا يخلوا إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمته إلى غيره فيما يلزم حالا أو مالا، أهذه هي حقيقة ما يعني الفقه الإسلامي باسم الضمان) أو(الكفالة) وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي (الوكالة)، والوكالة تصح بأجر مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

2_ إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان. وقد قرر جمهور الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعا على المقرض وذلك ممنوع شرعا، ولذلك فإن المجمع قرر ما يلي:

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

ثانياً: أما المصارف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعا مع مراعاة الزيادة على الأجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي. يجوز أن يراعي في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء".³⁵

وبناء على ما تقدم فإنه جائز إصدار خطابات الضمان من المصرف إلى صالح العميل بمقابل أجرة فعلية فقط، أي المصاريف الفعلية والإدارية، ولأن يكون ذلك بقابل تسليف مبلغ الخطاب ومدته، هذا سواء كان مغطي بالكامل من العميل نفسه أو عن طريق كفيل آخر أو غير مغطي، كما نرى إن معاملة خطاب الضمان تحتاج إلى العديد من الدراسات الفقهية تنظر عليها علي أنها معاملة قائمة بذاتها مثل الوكالة والكفالة، كما يمكن استخراج الأحكام الفقهية التي تتماشى معها، كما سبق للفقهاء استخراج أحكام خاصة للخراج وأن كان له شبه بالإجارة والبيع.

³⁴ (السالوس. علي، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، ص134،134.

³⁵ (المجمع الفقه الإسلامي الدولي، ج2، ص1035.

الخاتمة والنتائج:

- 1_ التكييف الفقهي هو ما يدل على الحال الشيء وصفته فهو قياس لا سماع فيه وفي الاصطلاح هو تغيير من حال على آخر
- 2_ مشروعية التكييف الشرعي في الكتاب والسنة النبوية وكذلك عمل الصحابة رضوان الله عليهم.
- 4_ التقاء التكييف الفقهي والقانوني في الهدف، كلاهما يهدف إلى إعطاء حكم قضية منصوص عليها لقضية معروضة، تحتاج إلى وصف فقهي أو قانوني.
- 3_ جواز تكييف المعاملات المالية الإسلامية من الكتاب والسنة والأجماع
- 4_ لقد تم تكييف الودائع المصرفية في المصارف الإسلامية على أنها القروض ولا يجوز دفع أي مبلغ عليه.
- 5_ تكييفها على إنها وكالة بأجرة إذا كان المستورد يملك مبلغ الاعتماد، وأما إذا كان المستورد لا يملك مبلغ الاعتماد أو يملك جزء من مبلغ الاعتماد تكون المعاملة أما المرابحة للأمر بالشراء أو على أساس المشاركة.
- 6_ يجوز إصدار خطابات الضمان من المصرف لصالح العميل بمقابل أجرة المصاريف الإدارية الفعلية فقط، ولأن يكون ذلك بقابل تسليف مبلغ الخطاب ومدته.
- 7_ يعتبر إجراء المصرف القيود المحاسبية المتعلقة بالتحويلات، وتسليم العميل إشعار بهذا التحويل في مجلس العقد من قبيل القبض الحكمي.

الخلاصة

لقد تم في هذه الورقة التعريف بالتكييف الفقهي والقانوني، وكذلك التكييف عند العلماء المعاصرين الذين استخدموا التكييف كثيرا في هذا العصر أكثر بكثير ما العلماء السابقون، وكذلك علاقة التكييف الفقهي بالتكييف القانوني الذي تم استخدامه كثير في هذا الزمان، منها في المعاملات المالية الإسلامية وكيف تمكن الفقهاء من تكييف المعاملات الربوية في المصارف التجارية إلى معاملات إسلامية تستمد شرعيتها من الشريعة الإسلامية، وفي هذا لقد أصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوبي) 57 معايير شرعية للمؤسسات المالية، وجميع المعايير تم تكييفها مع الشرعية الإسلامية³⁶.

³⁶ (هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية التي تم اعتمادها، (1 - 54).

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، (ج15، دار صادر. بيروت، ج15، 1414هـ)
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، (دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط. الأولى، 1463هـ)
- البعلي، عبد الحميد محمود، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي الواقع والأفاق درسه مقارنة وموازنة للجوانب: القانونية. المصرفية، الفقهية، (القاهرة، 1990)
- القحطاني، مسفر بن علي بن محمد التكييف الفقهي للأعمال المصرفية مفهومه، وأهميته، وضوابطه، (دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري دبي، الامارات، 2009)
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، (دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان، 1983)
- السالوس. على الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون. (مكتبة الفلاح، 1986)
- الزبيدي. محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، (ج. الأول، مطبعة حكومة الكويت، ج1، 1965،
- الزرقاء، مصطفى أحمد، المصارف معاملاتها وودائعها وفوائدها للأستاذ. مجلة المجمع الفقه الإسلامي، (الأردن العدد الأولى، 2013)
- القرطبي، أبو عبد الله محمد، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، (دار الكتب المصرية، القاهرة مصر)
- القرضاوي، يوسف، الفتوى بين الانضباط والتسيب، (دار الصحوة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، مصر 1988)
- المجمع الفقه الإسلامي الدولي، 1985م، ج2.
- الكيلاي. محمود، عمليات البنوك، (دار الجيب للنشر، الأردن، 1992)

- بشير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط. السادسة، (دار النفائس للنشر والتوزيع عمان الأردن، ط6، 2007)
- عطية، جمال الدين، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم والتقييد والاجتهاد، النظرية والتطبيق، (الدوحة الحديثة قطر، ط1، 1986)
- شبير. محمد عثمان، التكييف، الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، (دار القلم. دمشق، ط2، 2014)
- كرم، عبد الواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، (دار الكتب القانونية ط. الأولى، 2013)
- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية التي تم اعتمادها، (المنامة، ط1، 2017).