COPYRIGHT© INTERNATIONAL ISLAMIC UNIVERSITY MALAYSIA

# القواعد والضّوابط المآليّة وأثرهما في العقود والتّصرّفات الماليّة الإسلاميّة المعاصرة: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الليبي

إعداد

أحمد مصطفي أحمد مِلِيطان

بحث متطلب مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون

كليّة أحمد إبراهيم للحقوق
الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا

يوليو ٢٠١٩م

# ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى إبراز القواعد والضّوابط المتعلّقة بمبدأ مآلات الأفعال وتخريج التّطبيقات الماليّة المعاصرة عليها. وتنحصر إشكاليته في مدى امكانية اعتماد القواعد والضّوابط المبنيّة على اعتبار مآلات الأفعال في تصحيح أو إبطال العقود والتّصرفات الماليّة الإسلاميّة المعاصرة، وجعل تلك القواعد والضوابط معايير شرعيّة وقانونيّة مستقلّة في التّدقيق والرّقابة الشرعيّة، بحيث تلتزم بها الهيئات الرّقابية المختصة في المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة والشّركات الاستثمارية في تعاملاتها المالية. ولتحقيق الهدف المرجو فإنّ الباحث اعتمد منهجَ الاستقراء في تتبّع القواعد والضوابط المتعلّقة بالمآل من خلال النصوص الشرعية وكتب أصول الفقه الإسلاميّ وقواعده قديمها وحديثها، وكذلك تتبّع نصوص بعض التشريعات الوضعية فيما يتعلق بمسائل العقود والتّصرفات الماليّة وما قاله فقهاء التشريع الوضعي. ثم اعْتَمَد منهجَ التّحليل لتلك الآراء الفقهية والقانونية ودراستها تحت ظلال القواعد والضوابط المآلية. واستخدم المنهج المقارن في مقارنة المسائل الفقهيّة المتعلّقة بالمعاملات الماليّة وما يناط بها من وجهاتٍ نظريةٍ وتطبيقيةٍ مختلفةٍ، ولا تخلو الدراسة من المنهج التطبيقي الذي تمثل في تخريج المسائل المعاصرة المعمول بها في المؤسسات المالية الإسلامية وبيان الحكم الراجح فيها من خلال وجهة نظر الباحث، على وفق القواعد والضوابط المآلية. وقد كان توجيه المسائل ضمن هذه الدراسةِ من جانبين: جانبٍ فقهيٍّ شرعيٍّ من خلال النّظر في آراء الفقهاء من المذاهب الفقهيّة الأربعة المعروفة، إضافة إلى تضمين أهمّ قرارات المجامع الفقهية المختصة بالنظر في شؤون الماليّة الإسلاميّة والمعايير الشرعيّة المحليّة والدوليّة. وجانبٍ آخرَ قانونيّ؛ وهذا اقتصر فيه الباحث على بيان موقف القانون المدني الليبيّ الصادر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣م، وتعديلاته، والقانون الليبي رقم (٢٣) سنة ٢٠١٠م بشأن النشاط التجاري. ومن أبرز ما خَلُصت إليه هذه الدراسة: أنّ العقود والتصرفات التي تحتكم إلى اعتبار القواعد والضوابط المآلية هي عقود وتصرفات لا يشوبها الاضطراب في مقاصدها وغاياتها المعتبرة، وأنّ تطبيقات الدراسة المعاصرة من عقود وتصرفات منها ما هو محرم شرعا ومنها ما هو جائز: فالعقود المحرّمة المخرّجة على القواعد والضّوابط من حيث النّظر المآليّ هي: عقد التورق العكسي وعقد الوديعة الاستثمارية وعقد المرابحة المصرفية. وأمّا الجائزة المخرّجة على القواعد والضوابط من حيث النظر المآلي فهي: عقد الإجارة المنتهي بالتمليك وعقد الاعتماد المستندي وعقد التّحكيم التجاري. وقد أوصى الباحث بأن يتّجه المصرف الليبيّ المركزيّ نحو الأسلمة الكاملة لكلّ العمليات المالية، وأن يُنشيءَ مصارف إسلاميّة مستقلّة بالتعاملات الإسلامية المحضة ويطرحَ المنتجات الشرعية من عقود وتصرفات تلبي حاجات العملاء وَفق قيم عادلة ومناسبة مراعا فيها الحال والمآل.كما أوصي بتوحيد المعايير الشرعيّة المتعلّقة بالماليّة الإسلاميّة وتحديثها دوما وَفق اعتبار القواعد والضّوابط المآليّة.

# ABSTRACT

This thesis aims to underline the principles and parameters directly related to the premise of ultimate consequences in terms of its application on contemporary financial practices. The thesis statement of the problem is mainly confined to the extent of reliance on principles and parameters that are based on considering ultimate consequences in correcting or voiding contracts. These rules and regulations are dependent legal and legitimate standards in auditing and in Shariah demands and should be supervised by regulatory authorities in Islamic financial institutions. This research relied heavily on the extrapolation approach by highlighting the rules and controls related to ultimate consequences through Islamic *Asul Alfeqh* books and current body of knowledge relating to doctrinal and legal views as well as Islamic jurisprudential issues relating to financial transactions. Issues raised in this issue are: legal and doctrinal views of scholars from the four well known jurisprudential doctrines including issues relating to international practices and regulations. The other side is legal, in particular to the Libyan civilian law issued in 28 November 1953 and its amendments, and Libyan Act NO (23)2010 about trading activity involving the twarroq contract, conventional investment deposit contract, and Murabaha banking contract. The study has recommended the Central Bank of Libya to progress toward full Islamic legitimacy for all financial transactions and to establish distinct Islamic banks in strict observance of Islamic shariah rules pertaining to ultimate consequence and its principles and parameters.

# APPROVAL PAGE

The dissertation of Ahmed Melitan has been approved by the following:

_____
Halima Boukerroucha
Supervisor

_____
Muhammad Laeba
Co-Supervisor

_____
Asma Akli Soulhi
Co-Supervisor

_____
Muhammad Naim Omar
Internal Examiner

_____
Abdolalsalam Mohammad Adbul Saad
External Examiner

_____
Abdullah Ali Mahmoud Saifee
External Examiner

_____
Ma’an Fahmi Rashid Al-Khatib
Chairperson

# DECLARATION

I hereby declare that this dissertation is the result of my own investigations, except where otherwise stated. I also declare that it has not been previously or concurrently submitted as a whole for any other degrees at IIUM or other institutions.

Ahmed Mostafa Ahmed Mlitan

Signature: ……..……..…… Date:..…...…….

الجامعة الإسلامية العالمية–ماليزيا

إقرار بحقوق الطبع وإثبات مشروعية استخدام الأبحاث غير المنشورة

حقوق الطبع ٢٠١٩م محفوظة لـ: أحمد مصطفي أحمد مليطان

**القواعد والضوابط المآلية وأثرهما في العقود والتصرفات المالية الإسلامية المعاصرة: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الليبي**

لا يجوز إعادة إنتاج أو استخدام هذا البحث غير المنشور في أي شكل وبأي صورة (آلية كانت أو إلكترونية أو غيرها) بما في ذلك الاستنساخ أو التسجيل، من دون إذن مكتوب من الباحث إلا في الحالات الآتية:

١- يمكن للآخرين اقتباس أية مادة من هذا البحث غير المنشور في كتابتهم بشرط الاعتراف بفضل صاحب النص المقتبس وتوثيق النص بصورة مناسبة.

٢- يكون للجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا ومكتبتها حق الاستنساخ (بشكل الطبع أو بصورة آلية) لأغراض مؤسساتية وتعليمية، ولكن ليس لأغراض البيع العام.

٣- يكون لمكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا حق استخراج نسخ من هذا البحث غير المنشور إذا طلبتها مكتبات الجامعات ومراكز البحوث الأخرى.

٤- سيزود الباحث مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا بعنوانه مع إعلامها عند تغير العنوان.

٥- سيتم الاتصال بالباحث لغرض الحصول على موافقته على استنساخ هذا البحث غير المنشور للأفراد من خلال عنوانه البريدي أو الإلكتروني المتوفر في المكتبة. وإذا لم يجب الباحث خلال عشرة أسابيع من تاريخ الرسالة الموجهة إليه، ستقوم مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا باستخدام حقها في تزويد المطالبين به.

**أكد هذا الإقرار: أحمد مصطفي أحمد مليطان**

التوقيع:..... التاريخ: .....

إلى جميع علماء هذه الأمة الخيرة " **النَّمَطُ الأَوْسَطُ** "الذين نبذوا التعصب الأَهْوَجَ والعُجْب بالرأي والطّواف حول الذّات.

وإلى والِدَيَّ الغاليين حفظهما الله تعالى وأطال في عمريهما على طاعته ورضوانه.

وإلى أشقائي وشقيقاتي أعزّهم الله.

وإلى رفيقة الدرب زوجتي المباركة وفلذات أكبادي –همّام وتمّام ومهاب–رزقهم الله البرّ والتقوى وحفظ الكتاب والسنّة.

وإلى كلّ من أعانني من إخواني من طلاب العلم.

أهدي ثواب هذا العمل المتواضع

# الشكر والتقدير

بعد أن منّ الله عليّ إكمال هذه الرسالة، فإنّه لا يسعني في مستهلّها إلاّ أن أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى دولتي ليبيا –أبقاها الله وآمنها من خوف–التي ابتعثتني إلى دولة ماليزيا الموقرة لنيل المبتغى المقصود.

ولزاما عليّ ألاّ أغفل عن شكر أهل العلم وأن أذكر فضلهم ما حييت، وأخصّ بالذكر فضيلة الدكتورة حليمة بوكرويشة التي نِلْتُ شَرَفَ إشرافها على هذه الرسالة، ولقد كانت لتوجيهاتها وإرشاداتها المنهجيّة والموضوعيّة –التي تَنِمُّو عن الخبرة الواسعة والدقيقة في هذا المجال – أثرا بالغا في إخراجها على هذا الحال، فجزاها الله عنّي خير الجزاء لتكرمها وتفضلها بما أسلفتُ.

كما أتقدّم بخالص شكري وتقديري إلى الجامعة الإسلامية العالمية وخاصة إلى أعضاء كليتي–أحمد إبراهيم للحقوق–الفضلاء، ولا يفوتني كذلك أن أشكرَ المنتدى الليبيّ للماليّة الإسلاميّة وإعضاءَه الكرماء وخاصة الأستاذ جمال عجاج رئيس المنتدى الحالي ومدير قطاع في مصرف الجمهورية بليبيا، الذي ما توانى عند قصده وسُؤْله فأجابني عن كلّ ما أردت فيما يتعلق بقطاع الصيرفة الإسلاميّة داخل بلادنا ليبيا–حفظها الله.

وكذلك الشكر موصول إلى فضيلة الأستاذ الرّبيع محمد منصف القماطي، أستاذ الشريعة في الجامعات الليبية، وهو الجار والصّديق والزّميل والمعين، الذي سهّل لي إجراءات سفري وإقامتي وتسجيلي في هذه الجامعة المباركة، فجزاه الله عني خيرا.

وأخيرا لا أنسى فَضْلَ وشُكْرَ رفيقي ووفيقي الشيخ المسند اللغوي فضيلة الأستاذ رجب علي رجب دومة، الذي ساندني وساعدني، فقرأ من الرسالة شيئا من فصولها وناقشني في بعض مسائلها اللغوية والموضوعية، فجزاه المولى —سبحانه–جزاء المحسنين وجزى الجميع مثله. آمين.

# فهرس محتويات البحث


ملخص البحث ..... ب

ملخص البحث باللغة الانجليزية ..... ج

صفحة القبول ..... د

صفحة التصريح ..... هـ

صفحة الإقرار بحقوق الطبع ..... و

الإهداء ..... ز

الشكر والتقدير ..... ح

**المقدمة ..... ١**

إشكالية البحث ..... ٣

أسئلة البحث ..... ٤

فرضيات البحث ..... ٤

أهداف البحث ..... ٤

حدود البحث ..... ٥

منهج البحث ..... ٦

الدراسات السابقة ..... ٧

**الباب الأول: المفاهيم اللغوية والاصطلاحية للقواعد والضوابط ومآلات الأفعال والعقود والتصرفات وتأصيليها الشرعي وبيان بعض أوجه العلاقة بين هذه المصطلحات ..... ١٨**

**الفصل الأول حقيقة القواعد والضوابط ..... ١٩**

المبحث الأول: مفهوم القواعد. ..... ١٩

المطلب الأول: المفهوم اللغوي. ..... ١٩
المطلب الثاني: المفهوم الاصطلاحي. ..... ٢١
الفرع الأول: مفهوم القاعدة عند الأصوليين. ..... ٢١
الفرع الثاني: مفهوم القاعدة عند الفقهاء. ..... ٢٣
المبحث الثاني: مفهوم الضوابط. ..... ٢٥
المطلب الأول: التعريف اللغوي. ..... ٢٥
المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي. ..... ٢٦
الفرع الأول: مفهوم الضابط عند الأصوليين. ..... ٢٦
الفرع الثاني: مفهوم الضابط عند الفقهاء: ..... ٢٧
المبحث الثالث: العلاقة بين القاعدة والضابط. ..... ٢٨
المطلب الأول: أوجه الشبه بين القاعدة والضابط. ..... ٢٨
الفرع الأول: وجه الشبه من حيث الحصر. ..... ٢٨
الفرع الثاني: وجه الشبه من حيث التخريج على الأحكام. ..... ٢٩
الفرع الثالث: وجه الشبه من حيث الصياغة التجريدية. ..... ٢٩
المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين القاعدة والضابط. ..... ٣١
الفرع الأول: وجه الاختلاف من حيث العموم والخصوص. ..... ٣١
الفرع الثاني: وجه الاختلاف من حيث الاعتبارات المذهبية. ..... ٣١
الفرع الثالث: وجه الاختلاف من حيث السبق في الوجود. ..... ٣٢
المبحث الرابع: التأصيل الشرعي للقواعد والضوابط. ..... ٣٣
المطلب الأول: الأدلة النقلية. ..... ٣٤
الفرع الأول: الأدلة من النصوص القرآنية. ..... ٣٤
الفرع الثاني: الأدلة من النصوص النبوية الشريفة. ..... ٣٦
الفرع الثالث: دلالة الإجماع على حجية القاعدة. ..... ٣٩
المطلب الثاني: الأدلة العقلية. ..... ٤٠

**الفصل الثاني حقيقة مآلات الأفعال عند فقهاء الشريعة والقانون وتحديد شروطها وتأصيلها الشرعي. ..... ٤٢**

المبحث الأول: مفهوم حقيقة مآلات الأفعال بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون. ..... ٤٢

المطلب الأول: مفهوم المآل عند فقهاء الشريعة المتقدمين والمتأخرين. ..... ٤٢

الفرع الأول: المفهوم اللغوي. ..... ٤٢

الفرع الثاني: المفهوم الاصطلاحي. ..... ٤٣

المطلب الثاني: مفهوم المآل عند فقهاء القانون من خلال بيان فلسفة القانون وتحديد مفهوم الباعث وعلاقته بالمآل. ..... ٤٩

الفرع الأول: فلسفة القانون وعلاقتها بمفهوم المآل. ..... ٤٩

الفرع الثاني: مفهوم الباعث وعلاقته بالمآل. ..... ٥٣

المبحث الثاني: شروط اعتبار مآلات الأفعال في العقود والتصرفات. ..... ٥٦

المطلب الأول: شرط احتمال وقوع المآل في العقد والتصرف. ..... ٥٦

الفرع الأول: المعنى العام لشرط احتمال الوقوع. ..... ٥٦

الفرع الثاني: أدلة اعتبار شرط احتمال الوقوع. ..... ٥٨

الفرع الثالث: تطبيقات على اعتبار شرط احتمال الوقوع: ..... ٦٣

المطلب الثاني: شرط أن يكون الأمر المتوقع "المآل" منضبط في العقد والتصرف. ..... ٦٦

الفرع الأول: المعنى العام لشرط الانضباط. ..... ٦٦

الفرع الثاني: أدلة اعتبار شرط الانضباط. ..... ٧٤

الفرع الثالث: تطبيقات على اعتبار شرط الانضباط. ..... ٧٨

المطلب الثالث: شرط أن لا يوقع اعتبار المآل في العقد أو التصرف في مآل أعظم منه مفسدة. ..... ٧٩

الفرع الأول: المعنى العام لشرط عدمية الوقوع في الأعظم مفسدة. ..... ٧٩

الفرع الثاني: أدلة اعتبار شرط عدمية الوقوع في الأعظم مفسدة. ..... ٨١

المطلب الثالث: تطبيقات اعتبار شرط عدمية الوقوع في الأعظم
مفسدة. ..... ٨٤
المبحث الثالث: التأصيل الشرعي لاعتبار مآلات الأفعال. ..... ٨٦
المطلب الأول: الأدلة النقلية..... ٨٦
الفرع الأول: الأدلة المآلية من النصوص القرآنية الكريمة. ..... ٨٦
الفرع الثاني: الأدلة المآلية من النصوص النبوية الشريفة..... ٨٨
الفرع الثالث: الأدلة المآلية من الآثار السلفية..... ٩٠
المطلب الثاني: الأدلة العقلية..... ٩٢

**الفصل الثالث حقيقة العقود والتصرفات ..... ٩٤**
المبحث الأول: مفهوم العقود. ..... ٩٤
المطلب الأول: المفهوم اللغوي. ..... ٩٤
المطلب الثاني: المفهوم الاصطلاحي. ..... ٩٥
الفرع الأول: المفهوم الاصطلاحي للعقد في التشريع الإسلامي
وأنواعه. ..... ٩٥
الفرع الثاني: المفهوم الاصطلاحي للعقد في التشريع الوضعي
ومقارنته بالتشريع الإسلامي..... ٩٨
المبحث الثاني: مفهوم التصرف. ..... ١٠٠
المطلب الأول: المفهوم اللغوي. ..... ١٠٠
المطلب الثاني: المفهوم الاصطلاحي. ..... ١٠١
الفرع الأول: مفهوم التصرف في التشريع الإسلامي وأنواعه..... ١٠١
الفرع الثاني: المفهوم الاصطلاحي للتصرف في التشريع الوضعي
ومقارنته بالتشريع الإسلامي..... ١٠٣
المطلب الثالث: العلاقة بين العقد والتصرف..... ١٠٤
الفرع الأول: أوجه الشبه بين العقد والتصرف. ..... ١٠٤

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين العقد والتصرف. ..... ١٠٥
المبحث الثالث: التأصيل الشرعي للتعامل بالعقود والتصرفات. ..... ١٠٦
المطلب الأول: الأدلة النقلية..... ١٠٦
الفرع الأول: الأدلة من النصوص القرآنية. ..... ١٠٦
الفرع الثاني: الأدلة من النصوص النبوية الشريفة: ..... ١٠٧
المطلب الثاني: الأدلة العقلية..... ١٠٩

**الباب الثاني القواعد المآلية وأثرها في العقود والتصرفات المالية الإسلامية المعاصرة..... ١١١**
**الفصل الأول قاعدة سد الذريعة وأثرها المآلي في عقد المرابحة العكسية أو التورق العكسي..... ١١٢**
المبحث الأول: قاعدة سد الذريعة المآلية. ..... ١١٢
المطلب الأول: المعنى العام للقاعدة وشروطها: ..... ١١٢
الفرع الأول: المفهوم العام لقاعدة سد الذرائع: ..... ١١٢
الفرع الثاني: شروط إعمالها: ..... ١١٤
المطلب الثاني: التأصيل الشرعي لقاعدة سد الذرائع المآلية. ..... ١١٥
الفرع الأول: أدلة الكتاب الكريم. ..... ١١٥
الفرع الثاني: أدلة السنة النبوية الشريفة:..... ١١٧
المطلب الثالث: أوجه العلاقة بين قاعدة سد الذرائع و أصل اعتبار المآل. ..... ١١٨
المبحث الثاني: أثر القاعدة من حيث اعتبار المآل في عقد التورق العكسي. ..... ١١٩
المطلب الأول: المفهوم العام لعقد التورق وصوره: ..... ١١٩
الفرع الأول: المفهوم العام لعقد التورق:..... ١١٩
الفرع الثاني: صور عقد التورق:..... ١٢١

المطلب الثاني: التوصيف الشرعي والقانوني لعقد التورق المصرفي العكسي. ..... ١٢٣
الفرع الأول: التوصيف الشرعي: ..... ١٢٣
الفرع الثاني: التوصيف القانوني: ..... ١٢٦
المطلب الثالث: أثر قاعدة سد الذريعة المآلية في عقد التورق العكسي. ..... ١٢٩

**الفصل الثاني قاعدة الاستحسان وأثرها المآلي في عقد الإجارة المنتهي بالتمليك ..... ١٣٥**
المبحث الأول: قاعدة الاستحسان المآلي. ..... ١٣٥
المطلب الأول: المعنى العام للقاعدة وشروطها: ..... ١٣٥
الفرع الأول: المعنى العام للقاعدة: ..... ١٣٥
الفرع الثاني: شروط القاعدة. ..... ١٣٦
المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للقاعدة. ..... ١٣٨
الفرع الأول: أدلة الكتاب الكريم. ..... ١٣٨
الفرع الثاني: أدلة السنة النبوية الشريفة. ..... ١٣٩
المطلب الثالث: أوجه العلاقة بين القاعدة ومآلات الأفعال. ..... ١٤١
المبحث الثاني: أثر قاعدة الاستحسان المآلي في عقد الإجارة المنتهي بالتمليك. ..... ١٤٣
المطلب الأول: المعنى العام لعقد الإجارة وصوره: ..... ١٤٣
الفرع الأول: المعنى العام للعقد: ..... ١٤٣
الفرع الثاني: صور عقد الإجارة المنتهي بالتمليك. ..... ١٤٣
المطلب الثاني: التوصيف الشرعي والقانوني لعقد الإجارة المنتهية بالتمليك. ..... ١٤٤
الفرع الأول: التوصيف الشرعي: ..... ١٤٤

الفرع الثاني: التوصيف القانوني: ..... ١٤٨
المطلب الثالث: أثر قاعدة الاستحسان المآلي في عقد الإجارة المنتهي
بالتمليك. ..... ١٥٠

**الفصل الثالث قاعدة المصالح والمفاسد وأثرها المآلي في عقد الاعتماد**
**المستندي..... ١٥٤**
المبحث الأول: قاعدة المصالح والمفاسد المآلية..... ١٥٤
المطلب الأول: قاعدة جلب المصالح المآلية. ..... ١٥٤
الفرع الأول: المفهوم العام للقاعدة: ..... ١٥٤
الفرع الثاني: شروط إعمال القاعدة. ..... ١٥٦
الفرع الثالث: التأصيل الشرعي لقاعدة جلب المصالح المآلية..... ١٥٧
الفرع الرابع: أوجه العلاقة بين قاعدة جلب المصالح واعتبار
مآلات الآفعال..... ١٦٠
المطلب الثاني: قاعدة دفع المفاسد المآلية..... ١٦٢
الفرع الأول: المفهوم العام للقاعدة. ..... ١٦٢
الفرع الثاني: شروط إعمال القاعدة. ..... ١٦٢
المبحث الثاني: أثر القاعدة من حيث اعتبار المآل في عقد الاعتماد
المستندي..... ١٦٧
المطلب الأول: مفهوم عقد الاعتماد المستندي وصوره: ..... ١٦٧
الفرع الأول: المفهوم العام للعقد: ..... ١٦٧
الفرع الثاني: صور عقد الاعتماد المستندي..... ١٦٩
المطلب الثاني: التوصيف الشرعي والقانوني لعقد الاعتماد المستندي. ..... ١٧١
الفرع الأول: التوصيف الشرعي:..... ١٧١
الفرع الثاني: التوصيف القانوني: ..... ١٧٣

المطلب الثالث: أثر قاعدة المصالح والمفاسد المآلي في عقد الاعتماد المستندي. ..... ١٧٦

**الباب الثالث الضوابط المآلية وأثرها في العقود والتصرفات المالية الإسلامية المعاصرة..... ١٨٠**

**الفصل الأول ضابط المقاصد المآلية تغيّر أحكام التصرفات من العقود وأثرها في الودائع المصرفية النقدية. ..... ١٨١**

المبحث الأول: ضابط المقاصد المآلية تغير أحكام التصرفات من العقود ..... ١٨٢

المطلب الأول: المعنى العام للضابط وشروطه:..... ١٨٢

الفرع الأول: المعنى العام للضابط: ..... ١٨٢

الفرع الثاني: شروط الضابط..... ١٨٣

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للضابط..... ١٨٥

الفرع الأول: أدلة الكتاب الكريم. ..... ١٨٥

الفرع الثاني: أدلة السنة النبوية الشريفة..... ١٨٦

المطلب الثالث: أوجه العلاقة بين القاعدة ومآلات الأفعال..... ١٨٧

المبحث الثاني: أثر القاعدة من حيث اعتبار المآل في الودائع المصرفية النقدية..... ١٨٩

المطلب الأول: مفهوم الودائع المصرفية النقدية وصورها: ..... ١٨٩

الفرع الأول: المفهوم العام للعقد: ..... ١٨٩

الفرع الثاني: صور الودائع المصرفية النقدية. ..... ١٩٠

المطلب الثاني: التوصيف الشرعي والقانوني للوديعة المصرفية النقدية..... ١٩٢

الفرع الأول: التوصيف الشرعي:..... ١٩٢

الفرع الثاني: التوصيف القانوني: ..... ١٩٤

الفرع الثالث: أثر القاعدة من حيث اعتبار المآل في عقود الودائع النقدية المصرفية..... ١٩٦

**الفصل الثاني ضابط تقييد الشخص في استعمال حقه وأثره المآلي في عقد التحكيم التجاري. ..... ٢٠٠**
المبحث الأول: ضابط تقييد الشخص في استعمال حقه. ..... ٢٠١
المطلب الأول: المعنى العام للضابط وشروطه: ..... ٢٠١
الفرع الأول: المعنى العام للضابط: ..... ٢٠١
الفرع الثاني: شروط إعمال الضابط: ..... ٢٠٢
المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للضابط. ..... ٢٠٤
الفرع الأول: أدلة الكتاب الكريم. ..... ٢٠٤
الفرع الثاني: أدلة السنة النبوية الشريفة. ..... ٢٠٥
المطلب الثالث: أوجه العلاقة بين الضابط ومآلات الأفعال. ..... ٢٠٧
المبحث الثاني: أثر القاعدة من حيث اعتبار المآل في عقد التحكيم التجاري. ..... ٢٠٩
المطلب الأول: مفهوم التحكيم التجاري وصوره: ..... ٢٠٩
الفرع الأول: المفهوم العام للعقد: ..... ٢٠٩
الفرع الثاني: صور التحكيم التجاري. ..... ٢١٣
المطلب الثاني: التوصيف الشرعي والقانوني للتحكيم التجاري. ..... ٢١٤
الفرع الأول: التوصيف الشرعي: ..... ٢١٤
الفرع الثاني: التوصيف القانوني: ..... ٢١٧
المطلب الثالث: أثر الضابط من حيث اعتبار المآل في عقد التحكيم التجاري. ..... ٢٢٠

**الفصل الثالث ضابط الخراج بالضمان وأثره المآلي في عقد المرابحة ..... ٢٢٤**
المبحث الأول: ضابط الخراج بالضمان: ..... ٢٢٥
المطلب الأول: المعنى العام للضابط وشروطه: ..... ٢٢٥
الفرع الأول: المعنى العام للضابط: ..... ٢٢٥

الفرع الثاني: شروط الضابط..... ٢٢٦
المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للضابط..... ٢٢٩
الفرع الأول: أدلة الكتاب الكريم. ..... ٢٢٩
الفرع الثاني: أدلة السنة النبوية الشريفة..... ٢٣٠
المطلب الثالث: أوجه العلاقة بين القاعدة ومآلات الأفعال..... ٢٣٢
المبحث الثاني: أثر الضابط من حيث اعتبار المآل في عقد المرابحة المصرفية..... ٢٣٥
المطلب الأول: مفهوم عقد المرابحة وصوره:..... ٢٣٥
الفرع الأول: المفهوم العام للعقد: ..... ٢٣٥
الفرع الثاني: صور المرابحة. ..... ٢٣٦
المطلب الثاني: التوصيف الشرعي والقانوني لعقد المرابحة..... ٢٣٩
الفرع الأول: التوصيف الشرعي:..... ٢٣٩
الفرع الثاني: التوصيف القانوني: ..... ٢٤٣
المطلب الثالث: أثر الضابط المآلي- الخراج بالضمان- في عقد المرابحة
المصرفية..... ٢٤٦

**الخاتمة..... ٢٥٠**
الفرع الأول: النتائج ..... ٢٥٠
الفرع الثاني التوصيات ..... ٢٥٤

**قائمة المصادر والمراجع..... ٢٥٧**

**فهرست الآيات..... ٢٩٢**
**فهرست الأحاديث..... ٢٩٧**

# المقدمة

إنّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيّئات أعمالنا من يهده الله فلا مضلّ له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لاّ إله إلّا الله وحده لا شريك له، وأشهد أنّ محمّدا عبده ورسوله.

أما بعد:

فإنّ من جميل ما يُتوّج به طلعة هذا البحث بعد الثناء والحمد لله تعالى، والصّلاة والسّلام على صاحب الرّسالة، قولُ الإمام الشاطبي (ت٧٩٠هـ)-رحمه الله تعالى – مؤصّلا لمبدأ المآلات: "النَّظَرُ فِي مَآلَات الْأَفْعَالِ مُعْتَبَرٌ مَقْصُودٌ شَرْعًا"[١].

فهذا أصلٌ لمن أراد معرفة حقائق الأمور ومكنونها، ولا يتمّ أمرُ هذه المعرفة إلا بأن"يساوى- الناظر- فيها بين الصغير والكبير، فلا يمايلُ قريبا، ولا يتحيَّفُ بعيدا، ولا يعظِّمُ من الأمور صغيرا، ولا يصغّرُ منها عظيما؛ فإن خاف من صغار الأمور أن تصير كبارا، أو كبارها أن تعود صغارا، أخبر بحقائقها فى المبادئ، وذكر ما تؤول إليه فى العواقب؛ ليكون بالمبادئ مخبرا، وفى الغايات مشيرا فإن أخبر بالغايات وأعرض عن ذكر المبادئ، كان تدليسا، وكان بالإنكار حقيقا وبالذمّ جديرا".[٢]

ويستشهد لهذا الأصل من أخبار العرب أن رجلا من بني تَمِيم يُقَال لَهُ ضَمرَة بن ضمرة بن جابر بن قطن النَّهْشَلِي، شاعر جاهلي كَانَ يُغير على مسالح النُّعْمَان بن الْمُنْذر قد جاء إليه، فسأله الملك النعمان مسائلَ منها قوله:"هل لك عِلْمٌ بالأمور؟ فقال: إني لأنقض منها

---

[١] إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، **الموافقات**، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الجزء الخامس (د.م: دار ابن عفان، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م)، ص ١٧٧.

[٢] أحمد بن عبد الوهاب بن محمد التيمي البكري، **نهاية الأرب في فنون الأدب**، الجزء السادس (القاهرة: دار الكتب والوثائق القومية، ط١، ١٤٢٣ هـ)، ص١٢٧.

المفتول، وأبرم منها المسحول، وأحيلها حتى تحول، ثم أنظر فيها إلى ما تؤول، وليس للأمور بصاحب، من لا ينظر في العواقب."[٣] أي المآلات.

قال الطّغرائي-(ت ٥١٥هـ) في لاميته:

أصالةُ الرأي صانتْني عن الخَطَلِ... وحِليةُ الفضلِ زانتني لدَى العَطَلِ[٤]

والرأي هنا كما قال شارح اللامية:" هو التفكير في مبادئ الأمور، ونَظْرِ عواقبها، وعِلْم ما تؤول إليه من الخطأ والصواب"[٥]. فالرأي عند الناظم لا يكون أصيلا إلا إذا وافق المبادئ والعواقب.

وإذا تمهّد لنا ما أنف فإن الباحث يقول: إنّ لهذا الأصل (مبدأ النظر في المآلات) عند علماء الشريعة الإسلامية وخاصة المالكية منهم شأنا عظيما، فلقد احتفوا به أيّما احتفاء؛ إذ هو علم مستقل -إن صح القول- بمسالكه وأداواته وقواعده، يصون الناظر عند اجتهاده ألا ينزلق في مزالق النظرات التجزيئية الضيقة الحرجة، ويكفل له حسن الإناطة وإصابة الغاية بين الحقائق ومعانيها، فيعينه على استنباط الحكم الشرعي وتخريج الفروع على أسس قواعدية وضوابط جزئية، ولا غرو بعدئذ أن يعتبر هذا الأصل كمرجعية موجِّهة وحاكمة على فهم النصوص وتفسيرها واستنباط الأحكام منها، لتواكب الأحداث المطلوبة والنوازل الجديدة التي ليس فيها نص خاص يحكمها أو قياس معتبر يضبطها، وهذا لا يظهر جليّا إلا لمن نقَّب عن حكم الله – عزّ وجلّ- من خلال تلك القواعد الإجرائيّة والتطبيقات الفقهيّة.

ومن هنا جاء التعلّق بين القواعد والضوابط بعواقب الأمور ومآلاتها، وهي على أهميتها القصوى، ورغم تداولها بين علماء الشريعة -مع الاعتراف بفضلهم -إلا أنّ عملهم نزر يسير إن قورن باتساع الخرق على الراقع في ظل التطورات الاقتصادية والمؤسسات الاستثمارية الضخمة، خاصة إذا ما أسقطنا النظر الشرعي المآليّ على تلك المعاملات المالية المعاصرة.

---

[٣] الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد العسكري، **جمهرة الأمثال**، الجزء الأول (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت)، ص٢٦٧.

[٤] محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدَّمِيري، **شرح لامية العجم**، تحقيق: الدكتور جميل عبد الله عويضة (د.م: د.د، د.ط، ١٤٢٩هـ،٢٠٠٨م)، ص ١٤.

[٥] المرجع نفسه.

ولا يغيب على كل ناظر أنه لا يكفي في النظر الشرعي التثبت من السلامة الصورية للمعاملة المالية وظاهرها فحسب، بل لابد من التبصر في حقيقتها وباطنها ومآلها ومقاصد عاقديها، فصارت النظرة المآلية بهذا هي المفصل في كثير من المسائل الفقهية، وهي نقطة الفرز الأهم بين جائز المسائل وممنوعها، وهي الميدان الأرحب للموازنة والترجيح بين الأقوال المتباينة.

والحقيقة أنّه لاتتم الموازنة الصحيحة إلا بدراسة قواعدِ هذا المبدأ (مبدأ مآلات الأفعال) وضوابطِه، والتي تشبه في حقيقة أمرها الألغاز والأحاجيّ، كقاعدة سد الذرائع مثلا، والتي يعسر على المتخصص فهمها إلا بمزيد اجتهاد وعناية، على الرغم من أنّ أبين ما في هذه الذرائع المراد سدها مآلها الممنوع شرعا، إلا أن طريق ذلك مشمول بالغموض وصعوبة التحصيل، وسبب ذلك راجع إلى أن القصد من إنشاء المعاملة المالية هو إخفاء هذا المآل، ومن هنا صعب على بعض طلاب العلم أن يتصدر لبيان أو شرح ((التورق المصرفي أو عقد المرابحة)) على سبيل المثال، وعسير عليه بعد ذلك أن يميز بين المحرم منها والجائز شرعا.

ومما سبق بيانه: تتضح أهمية ومكانة النظر في المآلات وقواعدها وضوابطها وآثارها الفقهية من جهة المعاملات المالية الإسلامية المعاصرة، وتتميز جدة هذا الموضوع، وتتأرجح طرائفه هنا وهناك، في كونه يقعّد لفقه المقاصد، ويمهد لتذليل سبل اجتلاب أعظم المصالح، واجتناب أفسد المفاسد؛ بغيةَ تأصيل هذا العلم وتطلباً لتذليل عقباته، ومزيدا لبيان مقاصد الشارع ونفحاته.

وبعد هذه المقدّمة المقتضبة، أورد ما ينبغي أن يتضمنه مقترح البحث على ما يلي بيانه:

## إشكالية البحث

إلى أي مدى يمكن اعتماد القواعد والضوابط المآلية في تصحيح أو إبطال العقود والتصرفات المالية الإسلامية في العصر الحديث، وجعلها معايير شرعية وقانونية مستقلة في التدقيق والرقابة الشرعية، بحيث تلتزم بها تلك الهيئات الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية والشركات الاستثمارية في معاملاتها المالية.

**أسئلة البحث**

تثير هذه الدراسة عدة تساؤلات لعل من أبرزها:

- ما القواعد والضوابط التي تندرج تحت أصل اعتبار مآلات الأفعال؟
- هل يعتمد في تصحيح أو إبطال العقود والتصرفات على قاعدة من هذه القواعد المآلية، أم لابد أن تكون هناك أكثر من قاعدة مجتمعة للبت والفصل فيها؟
- ما الأثر الفقهي للقواعد والضوابط المآلية في العقود والتصرفات المالية الإسلامية المعاصرة؟.

**فرضيات البحث**

- مبدأ اعتبار المآل أصل مجمع عليه بين جميع المذاهب الفقهية في تنزيل الأحكام الشرعية.
- اعتبار القواعد والضوابط المآلية المتعلقة بالتصرفات والعقود المالية إلى جانب المقاصد الشرعية العامة ((المرجع الرئيس)) عند عدمية النصوص التفصيلية في الوقائع المستجدة الخاصة بالمعاملات المالية المعاصرة.
- القواعد والضوابط المآلية إعمالها في باب المعاملات المالية أظهر وأبين من غيرها من أبواب الفقه الأخرى، وذلك لكون المعاملات المالية معقولةَ المعنى ومجال الاجتهاد فيها واسع لا يضيق.

**أهداف البحث**

تكمن أهداف البحث في جملة اعتبارات أظهرُها:

- سَعْي الباحث إلى إبراز تلك القواعد والضوابط المتعلقة تعلّقا مباشرا بمبدأ مآلات الأفعال وجعلها مستقلة التبويب والترتيب والتجميع من خلال التقصي والنظر الدقيق من بين طيّات أُمَّاتِ الكتب الأصوليّة والفقهيّة وجمعها تحت عنوان ((**القواعد والضوابط المآلية وأثرهما في العقود والتّصرفات الماليّة الإسلاميّة المعاصرة**)) "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الليبي"، وهذا في ظن الباحث

ما هو إلا مساهمة في ابتداع وضع جديد في التصنيف في هذه المادة؛ إذ لا ينبغي –كما نقل ذلك الزركشي– رحمه الله تعالى– "لِحَصِيفٍ يَتَصَدَّى إلَى تَصْنِيفٍ أَنْ يَعْدِلَ عَنْ غَرَضَيْنِ: إمَّا أَنْ يَخْتَرِعَ مَعْنًى، وَإِمَّا أَنْ يَبْتَدِعَ وَضْعًا وَمَبْنًى، وَمَا سِوَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ فَهُوَ تَسْوِيدُ الْوَرَقِ وَالتَّحَلِّي بِحِلْيَةِ السَّرَقِ"[٦].

- تأصيل تلك القواعد والضوابط المآلية والنظر في مكنونها لكونها ميزانا لتخريج الأحكام والترجيح بين ما يؤول إلى صالح محمود أو فاسد مذموم بما يحقق كون النتائج والمآلات موافقة لمقاصد التشريع من عدمها، وأن لا تقع مناقضة لمقصود الشارع الحكيم، فضلا عن سهولة التخريج للناظر في المسائل، ليصل بذلك إلى حكم المستجدات مكتسبا الوقت والجهد.
- تحليل بعض التصرفات والعقود المالية المعاصرة مثل عقد المرابحة للآمر بالشراء، حيث يتحلل إلى بيع ووعد وبيع مرابحة بأكثر من سعر يومه لقصد التأجيل، ثم النظر في هذه العقود مجتمعة من خلال إعمال القواعد والضوابط المآلية.
- بيان أوجه المقاربة والمفارقة بين فكرة الباعث في التشريع الوضعي الليبي ومبدأ اعتبار مآلات الأفعال في التشريع الإسلامي من خلال دارسة وتوصيف المسائل المالية الإسلامية المعاصرة.

## حدود البحث

من أهم ما تتقيد به هذه الدراسة:

**أولا**: أنّها تقتصر على القواعد والضوابط التي تتعلق بأصل اعتبار مآلات الأفعال تعلّقا كليًّا من خلال مسائل العقود والتصرفات المالية الإسلامية المعاصرة، وذلك نظرا لخصوبة هذه المسائل وظهور الآثار الفقهية المنبنية عليها، دون غيرها من مباحث الفقه كالمناكحات والعقوبات وما سواها.

---

[٦] الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، **المنثور في القواعد الفقهية**، الجزءالأول (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، ط ٢، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م)، ص٧٢.

**ثانيا:** أَنَّ النّظر في توجيه المسائل ضمن هذه الدراسةِ كان من جانبين: **جانبٍ فقهيٍّ شرعيٍّ**، وهذا لا يُقْتَصَرُ فيه على مدرسة فقهيةٍ أو مذهبٍ واحد فقط، بل يُتوسَّعُ في ذلك إلى النّظر في آراء فقهاء الشريعة الإسلاميّة من المذاهب الفقهيّة الأربعة وهي (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنبلية)، لتكون الدراسة متضمنة للآثار الفقهيّة عند الفقهاء القدامى والمعاصرين والموازنة بين آرائهم المتباينة، مع بيان وجهتهم ومنهجهم المقاصدي والمآلي في المسائل دون تعلق بمذهب دون آخر، إضافة إلى تضمين أهمّ قرارات المجامع الفقهية المختصة بالنظر في شؤون المالية الإسلامية. **وجانبٍ آخرَ قانوني؛** وهذا اقتصر فيه الباحث على بيان موقف القانون المدني الليبيّ الصادر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣م، وتعديلاته، والقانون الليبي رقم (٢٣) سنة ٢٠١٠م بشأن النشاط التجاري.

**ثالثا:** أنّها تقتصر على أهمّ المسائل المعاصرة المعمول بها في المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة، والتي رأى الباحث أنّ المآل مشكل أو مختلف في اعتباره فيها، وتعداد هذه المسائل ضمن هذه الدراسة كان على النسق التّالي: التّورق العكسيّ، عقد الإجارة المنتهي بالتمليك، عقد الاعتماد المستندي، الودائع المصرفية النقدية، عقد التّحكيم التجاريّ، عقد المرابحة.

## منهج البحث

سيعتمد الباحث في هذه الدراسة منهج الاستقراء والتّحليل والمقارنة والتطبيق مع الاستعانة ببعض المناهج الأخرى إنِ احتِيجَ إلى ذلك:

**أولا:** المنهج الاستقرائيّ: والذي سيبرز خلال هذا البحث في ثلاثة جوانب:

الجانب الأول: تتبع نصوص الكتاب الحكيم والسنة النبوية المشرفة وآثار الصحابة – رضوان الله عليهم أجمعين –وكذلك نصوص بعض التشريعات الوضعية فيما يتعلق بمسائل العقود والتصرفات المالية، وذلك بغية التعرف على مظان المآلات وأي النصوص أدلّ عليها من الأخرى.

الجانب الثاني: تتبع آراء فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء التشريع الوضعي من سابقين ومعاصرين كافة.

الجانب الثالث: تتبع القواعد والضوابط المتعلقة بالمآل من خلال كتب أصول الفقه الإسلامي وقواعده قديمها وحديثها.