

T.C.
İSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU ANABİLİM DALI
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA
GÖSTERMELİK (ŞEKLÎ) SÖZLEŞMELER
- TEVERRUK ÖRNEĞİ -

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İBRAHİM BARHAM

İstanbul
Ocak, 2020

T.C.
İSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU ANABİLİM DALI
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA GÖSTERMELİK (ŞEKLİ)
SÖZLEŞMELER
- TEVERRUK ÖRNEĞİ -

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Abdulmutalip ARPA

İbrahim BARHAM

İstanbul

Ocak, 2020

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Bu çalışma, jürimiz tarafından İslam İktisadı ve Hukuku Anabilim Dalı, İslam İktisadı ve Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman Doç. Dr. Abdulmutalip ARPA



Üye Dr. Öğr. Üyesi El Hassen Sıd Ahmed El HABİB




Üye Dr. Öğr. Üyesi Mohamad Anas SARMİNİ



Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.



Prof. Dr. Ömer ÇAHA
Enstitü Müdürü

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ

Yüksek lisans tezi olarak hazırladığım “İSLAM HUKUKUNDA GÖSTERMELİK (ŞEKLÎ) SÖZLEŞMELER -TEVERRUK ÖRNEĞİ-” adlı çalışmanın öneri aşamasından sonuçlandığı aşamaya kadar geçen süreçte bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle uyduğumu, tez içindeki tüm bilgileri bilimsel ahlak ve gelenek çerçevesinde elde ettiğimi, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığımı, bu çalışmamda doğrudan veya dolaylı olarak yaptığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu beyan ederim.

İmza

Ibrahim BARHAM

أخلاقيات الرسالة العلمية

لقد التزمت خلال الفترة من مرحلة اقتراح الرسالة باسم "الصورية في التعاقد - التورق نموذجاً" وحتى نهاية إعدادي لهذه الرسالة بالقواعد الأخلاقية العلمية. وأقر بأنني قمت بإعداد جميع المعلومات وفقاً لقواعد كتابه الرسالة التي حصلت عليها في إطار الأخلاقيات العلمية والتقاليد وأن جميع الاقتباسات التي استخدمتها في رسالتي بشكل مباشر أو غير مباشر هي كما وثقتها كما أثبتتها في قائمة المراجع.

إبراهيم عوض يوسف برهم

الإهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع إلى والدي العزيز الذي أسأل الله تعالى أن يمد في عمره، وإلى روح والدي التي تمنيت لو أنها تشاركني هذه الفرحة " فأسأل الله تعالى لها الفردوس الأعلى وأن يجمعني بها في جنانه عند حوض نبيه عليه الصلاة والسلام، وفي زمرة النبيين والصديقين وحسن أولئك رفيقا "

كما أهديه لزوجتي الحبيبة التي طالما وقفت بجانبني بالسراء والضراء، وإلى أولادي ومهجة قلبي وزينة حياتي في هذه الدنيا

سائلاً الله تعالى القبول والتوفيق

إبراهيم عوض برهم

شكرٌ وتقديرٌ

أحمده تعالى على نعمه التي لا تحصى وأجلها نعمة الإسلام، وأشكره تعالى ما منَّ به عليّ من التوفيق لإتمام هذا البحث المتواضع وما أولاه من الإكرام، وأسأله عز وجل العصمة من الزلل والإخلاص في القول والعمل على الدوام.

فأتقدم بالشكر الجزيل

لكل من وقف بجاني في مسيرتي العلمية والعملية، وحرص على الوقوف بجاني لأصل ما أنا عليه الآن، ولكل من ساعدني في هذه الرسالة بمد يد العون أو بالدعاء لي أو بالحض والتشجيع.

لشيخي وأستاذي الدكتور عبد المطلب إربا على ما بذل من الإشراف على هذه الرسالة وما أسدى من توجيه ونصح وما أولى من تعطف ورحابة صدر، وأدعو له بطول العمر متمنئاً بِقَوَاهِ فِي طَاعَةِ اللَّهِ، وَخِدْمَةِ الْعِلْمِ، وَإِفَادَةِ طُلَابِهِ.

لجامعة صباح الدين زعيم الرائدة ممثلة في أعضائها لما بذلته من جهود جبارة في تطوير قسم الاقتصاد الاسلامي باللغة العربية، والذي كان الأول من نوعه في مدينة إسطنبول خصوصاً وتركيا عموماً، وأدعو الله لها ولكادرها المتميز بحسن الجزاء وجميل المثوبة، ودوام التقدم والنجاح.

وأسأله تعالى أن يبارك في جهدهم ويجعله في ميزان حسناتهم

الباحث

ÖZET

İSLAM HUKUKUNDA GÖSTERMELİK (ŞEKLİ)

SÖZLEŞMELER -TEVERRUK ÖRNEĞİ -

Ibrahim BARHAM

Yüksek Lisans – İslam İktisadı ve Hukuku

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Abdulmutalip ARPA

Ocak - 2020, 146 Sayfa + xi

Bankalar, insanlar arasındaki iktisadi ilişkilerin küresel çapta büyümesinden kaynaklı bir ihtiyaçtan ortaya çıkmıştır. Bankalar büyüyen ekonomilerde birey ve kurumlar arasında iktisadi ilişkileri daha hızlı ve güvenilir biçimde yerine getirilmesi fonksiyonunu da ifa eder. Zira ekonominin büyümesi, insanların birbirleriyle ve çeşitli kurumlarla malî ilişkilerini daha kolay, hızlı ve güvenli hale getirme ihtiyacını zorunlu kılmıştır.

İslam toplumu olarak kullanmak durumunda olduğumuz uluslararası bankacılık sistemi de şeriatın kesin bir şekilde yasakladığı uygulama olan faiz ile borç alıp verme esası üzerine kurulu olması, alternatif bankacılık sisteminin geliştirilmesi düşüncesini bir zorunluluk haline getirmiştir. Faiz temelli finansal sisteme alternatif olarak ortaya konan İslami bankalar faizli işlemlerin yerine şer'î usule uygun malî muameleler koyma gayesini gütmektedirler. Bu düşüncüyü, teoriden pratiğe yansıtmaya adına birçok çalışma yapılmıştır. Maalesef İslami fıkha uygunluk şiarıyla yapılan bu yoğun formülasyon sürecinde fikhî kriterlere aykırı ve şüpheli akitler de meydana gelmiştir. Bu akitlerden biri de "teverruk" akitidir. Çünkü bu akit müeccel/vadeli bir satıştır, yani faiz işleminin yerini almıştır.

Teverruk akdi için de örnekleme yapılacaksa şu örnek verilebilir. Müşteri bankadan belli bir vade ve taksitle bir araba satın alıyor. Müşteri bu ürünü teslim aldığı andan itibaren istediği gibi tasarrufta bulunma yetkisine sahip olur. Yani paraya çevirmek için de onu satabilir. Bu uygulama teverruk akdinin aslında düşünülen ve olması gereken doğal şeklidir. Ancak bankalar bu sistemi geliştirip sistematik bankasal teverruk ile teverruk borsası işlemini ortaya çıkarmıştır. Oysaki tüm bu işlemler banka ve müşteri arasında çok boyutlu akit üzerinde kuruludur. İşlemin esası ise müşteri ve banka arasındaki vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilir.

Çalışmamızda yaptığımız araştırmalar neticesinde şu sonuçlara vardığımızı söylemek mümkündür: Teverruk akdinin sistematik bankasal ya da teverruk borsası şekli değil de, hüküm ve şartları tam olan normal teverruk akdi, İslam hukukuna uygundur. Zira bahse konu şekillerde yapılan sözleşmeler, taraflar arasında hile ile yapılmış hayali ve gerçek olmayan bir zemine dayanmaktadır. Bu tür işlemlerin caiz olmadığına dair fıkıhçılar söylem birliği içerisindeyler. Yapılan araştırma sonucunda bu sözleşmenin ve akdin batıl olduğu kanaatine varılmıştır. İslami bankacılık açısından

bu tür yasaklara düşmemek ve toplumun hassasiyetini göz ardı etmeyecek şekilde hem biçim hem de uygulananın tüm aşamalarında İslam fıkhı zaviyesinden şüphe içermeyen uygulamaları düstur edinmek en sağlıklı yoldur.

Bu arařtırmada tümevarım yöntemi kullanılarak bilimsel arařtırma yöntemleri benimsenmiştir. Arařtırmanın konusu olan teverruk akdinin sorunlarına yönelik veriler toplandıktan sonra konu hakkında klasik ve modern dönem fakihlerin görüş ve mezheplerine yer verilmiştir. Son olarak da arařtırma sürecinde elde edilen veriler ışığında elde edilen sonuçlar ve sorunun çözümüne yönelik öneriler maddeler halinde ilgililere sunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Şeklî akitler, Hile, Teverruk, Sistematik Bankasal Teverruk, İslami bankacılık



ABSTRACT

PRETEND CONTRACT: EXAMPLE OF TAWARRUQ

Ibrahim BARHAM

Master, Islamic Economics and Law

Thesis Supervisor: Assoc. Prof. Abdulmutalip ARPA

JANUARY- 2020, 146 Pages + xi

Banks were born out of the contention and accelerated financial transactions between people to create a link between individuals and institutions in society. Because the global banks that we had to deal with were based on a usury system (uses usury lending and borrowing) which is prohibited in Islam, the idea of establishing Islamic banks based on legitimate speculation was launched to find legitimate alternatives to riba-based transactions. Therefore, formulas of financial transactions were developed based on clear Islamic rules and regulations. These formulas have witnessed some doctrinal differences. Among them was the Foliation (tawarruq), which is a type of futures sales, and makes an alternative to the riba-based loan. For example, you buy a car from the bank, but in future, in installments for a certain period, then you receive the car and sell it again for the purpose of obtaining cash. This the main form, however many banks developed it further and produced the formula of organized bank tawarruq, reverse tawarruq, and tawarruq of shares. All these forms are based on several contracts between client, bank and other parties, and based on procuration between the client and the bank.

The study concluded that the normal tawarruq that fulfills its pillars and conditions is permissible in Islam, unlike organized bank tawarruq, reverse tawarruq, or tawarruq of shares that all are based on fake and unrealistic contracts, with collusion and tricks between the contracting parties, which made the scholars decide their inviolability.

In this study I followed the scientific methodology, I used the inductive method, by extrapolating the reality of the research problem to collect the data necessary for the study, and to access its characteristics and diagnose aspects related to it. Then I used the deductive approach by reviewing the views of the old and contemporary scholars on their various statements and doctrines.

Keywords: Formal Contracts, Banking Tricks, Tawarruq, Organized Banking Tawarruq, Islamic Economy.

ملخص الدراسة

الصورية في التعاقد - التورق نموذجاً

إبراهيم عوض برهم

رسالة ماجستير - قسم العلوم الاجتماعية

إشراف الدكتور: عبد المطلب إربا

كانون الثاني - 2020، الصفحات 146 + xi

نشأة المصارف من رحم تزاخم وتسارع المعاملات المالية بين الناس لتكون حلقة الوصل بين الأفراد والمؤسسات المجتمعية؛ ولأن البنوك العالمية التي أُلزمت على التعامل معها كانت قائمة على نظام ربوي محرم، يقوم على الإقراض والاقتراض بالربا، والذي حذرنا منه شرعنا القويم، انطلقت فكرة إنشاء المصارف الإسلامية القائمة على المضاربة المشروعة، لإيجاد بدائل شرعية للمعاملات الربوية، فتم ابتكار صيغ ومعاملات مالية قائمة على نُظم وقواعد إسلامية واضحة، وفي خِصَمِّ هذه الأحداث نشأة صيغ يشوبها بعض الخلافات الفقهية، وكان من بينها "بيع التورق" وهو من البيوع الآجلة، أي البديل عن القرض الربوي، فتشتري مثلاً سيارة من المصرف لكن بشكل آجل أي بأقساط ولمدة معينة، وتستلم السلعة وتقوم ببيعها من جديد بهدف الحصول على النقود، وهذا الشكل الطبيعي فيه، لكن المصارف قامت بتطويره أكثر فنتجت صيغة التورق المصري المنظم، والتورق العكسي، وتورق الأسهم، وكلها تقوم على عدة عقود بين العميل والمصرف وأطراف أخرى، وأساسها الوكالة بين العميل والمصرف.

خَلَصَ الباحث إلى أن التورق العادي المستوفي أركانه وشروطه هو جائز شرعاً، بعكس صيغ التورق المصري المنظم، أو التورق المعاكس، أو تورق الأسهم، فكلها قائمة على عقود شكلية وهمية وغير حقيقية، وتمت بالتواطؤ والحيل بين الجهات المتعاقدة، فالأسلم استبدال تلك الصيغ بصيغ واضحة وحقيقية تسد ثغرات واحتياجات الناس للقروض الحسنة وبطرق سليمة لا يشوبها شائب.

كما اتبعت في دراستي هذه المنهجية العلمية، حيث استخدمت المنهج الاستقرائي، فبعد استقراء واقع مشكلة البحث لجمع البيانات اللازمة للدراسة، ومن أجل الولوج إلى خصائص مشكلة البحث وتشخيص الجوانب المتعلقة به، واستخدمت المنهج الاستنباطي من خلال استعراض آراء الفقهاء القدامى والمعاصرين على مختلف أقوالهم ومذاهبهم، فاستخلصت من خلاله أهم النتائج والتوصيات والمقترحات وبها ختمت رسالتي.

الكلمات المفتاحية: العقود الصورية، الحيلة، التورق، التورق المصري المنظم، الاقتصاد الإسلامي.

فهرس المحتويات

i	ورقة توقيع المشرفين
ii	أخلاقيات الرسالة العلمية
iii	الإهداء
iv	شكر وتقدير
v	ÖZET
vii	ABSTRACT
viii	ملخص الدراسة
ix	فهرس المحتويات
1	1. الفصل الأول: الإطار العام للدراسة
1	1.1 المقدمة:
2	1.2 مشكلة الدراسة
3	1.3 أهداف الدراسة
4	1.4 أهمية الدراسة وسبب اختياره
5	1.6 هيكل الدراسة:
6	1.7 الدراسات السابقة
9	2. الفصل الثاني: نظرية العقد
9	2.1 مقدمة الفصل:
10	2.2 ماهية العقد:
10	2.2.1 تعريف العقد لغةً:
11	2.2.2 تعريف فقهاء الشريعة للعقد:
13	2.2.3 تعريف العقد بالمعنى العام والمعنى الخاص ووجه العلاقة بينهما، كما يلي: ...
13	2.2.3.1 العقد بمعناه العام:
13	2.2.3.2 العقد بالمعنى الخاص:

14	2. 2. 3. 3.	وجه العلاقة بين المعنى العام والخاص:
14	2. 2. 4.	تعريف العقد عند فقهاء القانون:
15	2. 2. 5.	التعريف المختار:
16	2. 3.	العقد تاريخه ومقوماته وشروطه:
16	2. 3. 1.	لمحة تاريخية:
17	2. 3. 2.	مقومات العقد
18	2. 3. 3.	شروط انعقاد العقد:
22	2. 4.	الإرادة العقدية:
22	2. 4. 1.	تعريف الإرادة لغة واصطلاحاً:
23	2. 4. 2.	نشأة الإرادة العقدية:
25	2. 4. 3.	الألفاظ ذات الصلة بالإرادة:
26	2. 4. 4.	مراحل الإرادة:
28	2. 4. 6.	الإرادة وآثار العقود:
30	2. 4. 7.	أقسام الإرادة العقدية:
30	2. 4. 7. 1.	باعتبار مصدرها: إلى الإرادة المنفردة والإرادة المتعددة
30	2. 4. 7. 1. 1.	الإرادة المنفردة:
32	2. 4. 7. 2.	الإرادة المتعددة:
33	2. 4. 7. 1.	باعتبار ظهورها: إلى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة
36	2. 5. 1.	ماهية سلطان الإرادة ومضمونها:
38	2. 5. 2.	أنواع سلطان الإرادة:
38	2. 5. 2. 1.	حرية التعاقد:
45	3.	الفصل الثالث: الصورية " حقيقتها وشروطها وضوابطها "
45	3. 2.	ماهية الصورية
45	3. 2. 1.	تعريف الصورية لغة:
45	3. 2. 2.	تعريف الصورية اصطلاحاً:

47	3. 2. 3	تعريف الصورة في القانون:
49	3. 2. 4	التعريف المختار للصورة:
49	3. 3	الصورة توصيفها وشروطها وكيف نميزها:
49	3. 3. 1	توصيف الصورة:
50	3. 3. 2	شروط الصورة:
54	3. 3. 3	كيف يتم تمييز العقود الصورة:
55	3. 4	الصورة وبعض الألفاظ والبيوع المشابهة لها:
55	3. 4. 1	بيع الثلجثة ويسمى المواضعة، وبيع الأمانة:
57	3. 4. 2	بيع الوفاء، ويسمى أيضاً بيع العهدة:
57	3. 4. 2. 1	ماهية بيع الوفاء:
58	3. 4. 2. 2	صور بيع الوفاء:
58	3. 4. 2. 3	الحكم الشرعي لبيع الوفاء:
61	3. 4. 3	بيع العينة:
61	3. 4. 3. 1	ماهية بيع العينة:
62	3. 4. 3. 2	حقيقة بيع العينة والصورة فيه:
63	3. 4. 3. 3	أركان بيع العينة أركانه وشروطه:
64	3. 4. 3. 4	الصورة في بيع العينة:
64	3. 4. 3. 5	حكم بيع العينة:
68	3. 4. 4	التدليس:
68	3. 4. 4. 1	ماهية التدليس:
68	3. 4. 4. 2	توصيف التدليس:
69	3. 4. 4. 3	الفرق بين الصورة والتدليس:
70	3. 4. 5	الغش:
70	3. 4. 5. 1	ماهية الغش:
71	3. 4. 5. 2	التفرقة بين الغش والتدليس:

71	3	4	6	التزوير:
72	3	4	7	الهزل:
74	3	5		ضوابط الصورية:
77	4			الفصل الرابع: الحيل في الفقه الإسلامي
77	4	1		التمهيد للفصل:
77	4	2		ماهية الحيل:
77	4	2	1	تعريف الحيل لغةً واصطلاحاً:
78	4	2	2	تعريف الحيل عند بعض الفقهاء القدامى:
79	4	2	3	تعريف الحيل عند بعض الفقهاء المعاصرين:
79	4	2	4	التعريف المختار للحيل:
80	4	3		الحيل نشأتها وأسباب ظهورها:
80	4	3	1	نشأة الحيل:
81	4	3	2	أهم أسباب ظهور الحيل:
82	4	4		أنواع الحيل الفقه الإسلامي:
82	4	4	1	الحيلة المباحة:
84	4	4	2	الحيل المحرمة:
87	4	4	3	الحيل المختلف فيها:
88	4	5		الحيل، علاقتها مع الصورية، وضوابطها الشرعية:
88	4	5	1	وجه العلاقة بين الصورية والحيل:
88	4	5	2	ضابط الحيل الشرعية:
90	5			الفصل الخامس: التورق نموذجاً
90	5	1		التمهيد للفصل:
90	5	2		التعريف بالتورق:
90	5	2	1	التورق لغة:
91	5	2	2	التورق اصطلاحاً:

91	3. 2. 5	التورق عند الفقهاء القدامى:
91	1. 3. 2. 5	التورق عند الحنفية:
92	2. 3. 2. 5	التورق عند المالكية:
92	3. 3. 2. 5	التورق عند الشافعية:
92	4. 3. 2. 5	التورق عند الحنابلة:
93	4. 2. 5	التورق عند الفقهاء المعاصرين:
93	5. 2. 5	تعقيب الباحث:
94	3. 5	الألفاظ ذات الصلة بالتورق وأهم الفروقات بينهما:
94	1. 3. 5	التورق والربا:
94	2. 3. 5	التورق وبيع العينة:
95	3. 3. 5	التورق وبيع المراجعة:
96	4. 5	حكم التورق عند الفقهاء القدامى:
96	1. 4. 5	عند الحنفية:
97	2. 4. 5	عند المالكية:
98	3. 4. 5	عند الشافعية:
99	4. 4. 5	عند الحنابلة:
100	5. 5	ملخص حكم الفقهاء القدامى:
100	1. 5. 5	من قال بالجواز:
101	2. 5. 5	من قال بالتحريم:
102	3. 5. 5	من قال بالكراهية:
102	4. 5. 5	أقوال المجامع والمؤسسات الفقهية المعاصرة عن التورق بشكله الفقهي: ...
102	5. 5. 5	هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية:
103	6. 5. 5	لجنة المعايير الشرعية (الأيوبي):
104	7. 5. 5	المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث:
104	8. 5. 5	رأي الباحث:

105	6 .5	أنواع التورق وضوابطه:
105	1 .6 .5	التورق الفقهي (الفردى):
105	1 .1 .6 .5	التعريف:
105	2 .1 .6 .5	الأسماء التي تطلق على التورق الفقهي:
105	1 .2 .1 .6 .5	الزرنقة:
106	2 .2 .1 .6 .5	الوعدة:
107	3 .2 .1 .6 .5	الدينه:
107	4 .2 .1 .6 .5	الكسر:
107	3 .1 .6 .5	أطراف عقد التورق الفردى:
108	4 .1 .6 .5	القصد والغاية من عقد التورق الفردى:
108	5 .1 .6 .5	حكم التورق الفقهي (الفردى):
109	6 .1 .6 .5	شروط التورق الفقهي:
109	7 .1 .6 .5	ضوابط عقد التورق الفردى:
109	8 .1 .6 .5	هل يوجد صورية فى عقد التورق الفقهي:
110	2 .6 .5	التورق المصرى غير المنظم:
110	3 .6 .5	التورق المصرى المنظم:
111	1 .3 .6 .5	تعريفه:
111	2 .3 .6 .5	الفرق بين التورق المنظم والتورق الفردى:
112	3 .3 .6 .5	إجراءات التورق المصرى المنظم:
113	4 .3 .6 .5	أساليب عقد التورق الجارية فى المصارف:
114	5 .3 .6 .5	دلالات الفقهاء السابقين من التورق المنظم:
115	6 .3 .6 .5	رأى بعض علماء الأمة المعاصرين للتورق المصرى المنظم:
116	7 .3 .6 .5	آراء بعض المجمع والهيئات الشرعية:
116	1 .7 .3 .6 .5	رأى الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات المالية:
117	2 .7 .3 .6 .5	رأى المجمع الفقهي الإسلامى بشأن التورق المصرى:

118	5 . 6 . 3 . 8 .	مسؤولية أطراف العقد وأهم الأخطاء التي تعترى بيع التورق المصرفي:
119	5 . 6 . 3 . 9 .	حقيقة صورية عقد التورق المصرفي المنظم:
121	5 . 6 . 4 .	التورق العكسي (المراجعة العكسية):
121	5 . 6 . 4 . 1 .	تعريف التورق العكسي:
122	5 . 6 . 4 . 2 .	الصورة الشائعة لهذا المنتج:
122	5 . 6 . 4 . 3 .	الغاية من التورق العكسي:
122	5 . 6 . 4 . 4 .	إجراءات التورق العكسي:
123	5 . 6 . 4 . 5 .	الفرق بين التورق العكسي وبين التورق الفقهي، والمصرفي المنظم:
123	5 . 6 . 4 . 5 . 1 .	التورق العكسي والتورق الفقهي:
124	5 . 6 . 4 . 5 . 2 .	التورق العكسي والتورق المصرفي المنظم:
125	5 . 6 . 4 . 6 .	الحكم الشرعي للتورق العكسي:
126	5 . 6 . 4 . 7 .	هل يوجد صورية أو حيلة في هذه المعاملة:
127		أهم النتائج:
128		أهم التوصيات:
130		المراجع والمصادر

1. الفصل الأول: الإطار العام للدراسة

1.1. المقدمة:

الصورية في التعاقد

التورق نموذجاً

الحمد لله حمداً كثيراً مبارك فيه، عدد ما أحاط به علمه وخط به قلمه وأحصاه كتابه، يا رب لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، فالحمد لله الذي أنزل القرآن، والحمد لله الذي فصل الأحكام، قال الله: "رَبَّنَا إِنَّا سَمِعْنَا مُنَادِيًا يُنَادِي لِلْإِيمَانِ أَنْ آمِنُوا بِرَبِّكُمْ فَآمَنَّا رَبَّنَا فَاغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا وَكَفِّرْ عَنَّا سَيِّئَاتِنَا وَتَوَقَّنَا مَعَ الْأَبْرَارِ (193) رَبَّنَا وَآتِنَا مَا وَعَدْتَنَا عَلَى رُسُلِكَ وَلَا تُخْزِنَا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّكَ لَا تُخْلِفُ الْمِيعَادَ" (1).

أما بعد:

فالإسلام منهج حياة..

وهذا من نعم الله علينا أن جعل ديننا الحنيف صالح لكل زمانٍ ومكان، وفي أشد الحالات وأسهلها، ومن نعمه علينا عز وجل وما اشتد الظلم والشرك والجهل بين الناس بعث الله رسوله الكريم عليه أفضل صلاة وأتم تسليم، ليخرج الناس من عبادة العباد إلى عبادة الله، ومن ضيق الدنيا إلى سعتها، ومن جور الأديان إلى عدل الإسلام، فمنهج الإسلام منهج متكامل، لم يغفل عن أي جوانب الحياة، وهو الدين الوحيد على وجه الأرض القادر على تنظيم شؤون الناس وسد حاجاتهم.

ف نجد أن الحياة الاقتصادية من بداية وجود الإسلام على الأرض كانت تسير وفق ثوابت وقواعد عامة، وخطوط عريضة، أرشدنا بها رسول الله عليه السلام، وكان للفقهاء والعلماء بعد الرسول عليه السلام دور كبير في تركيز هذه الثوابت والقواعد، ومحاولة مجارة التسارع الاقتصادي والحياتي الذي يحتاج لطاقتٍ جبارة لفهم التغيرات السريعة، ومحاولة سد الثغرات في نظامنا الإسلامي.

قال تعالى في محكم آياته: " زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْخَرْثِ ۗ ذَٰلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۗ وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَآبِ "

(1) سورة آل عمران / 193 - 194

(2)، فهذه الغرائز والشهوات التي بينها رب العزة جل جلاله، مزروعة في فطرة الإنسان، من أول يوم يولد فيه وإلى آخر يوم يودع فيه هذه الدنيا الفانية، فإن استعملها ضمن ما حدده الله تعالى يكون قد حقق الحكمة والمقصد في الدنيا والآخرة، ففاز في متاع الدنيا الذي وعده الله به، وريح الجائزة الأكبر وهي إرضاء الله تعالى والذي عنده حسنُ المآب، أما إذا تجاوز وتعدى على حدود الله، وفسد في الأرض وأسخط الله، فإن له معيشةً ضنكاً، ونعوذ بالله من سخطه، ونسأله حسن المآب.

وبين الله تعالى لنا هذه الحدود فيما أنزله من أحكام شرعية تضبط هذه الغرائز، إذ إن الإنسان وبدافع الغريزة وحبه للشهوات، يسعى لتحقيقها وتحصيلها دون اعتبار للنتائج والمفاسد المترتبة على ذلك، فيكون الحفاظ على هذه الأحكام وإقامتها ومنع تجاوزها والتحايل عليها حفظاً لمقصد الشرع.

من المعلوم أن تعاملات الناس المالية لا بد من ضبطها وتنظيمها من خلال عقود صحيحة حقيقية غير وهمية أو صورية، مما يستدعي الانتباه إلى مدى صحة العقود الصورية وتحقيقها لمقاصد الشارع، وعليه جاءت هذه الدراسة لتوضيح ذلك ضمن إطار عام وهو:

" الصورية في العقود – التورق نموذجاً "

فأسأل الله العلي القدير أن يعينني على إضافة بصمة جديدة في هذا العلم الواسع، فإن أصبت فذلك من فضل الله، وإن أخطأت أو سهوت فذلك من تقصيري، والله الموفق.

1. 2. مشكلة الدراسة

صيغة التورق نموذجاً للعقد الصوري هي من أكثر الصيغ المختلف في حكمها الشرعي؛ ولأن هذه الصيغة مهمة بالنسبة للمصارف الإسلامية؛ لأنها تعد من الصيغ التي تدر مالاً وبيعاً عليهم، فكانوا حريصين على إثبات جواز التعامل بها (ولا أعمم هنا أؤكد على بعض المصارف الأقرب إلى التجارية من الإسلامية) وتزيينها للناس بتسميات مضللة مثل: التورق المبارك، والتمويل المبارك، وتمويل الخير، والتيسير، وتورق الخير وبرنامج أتقى وأنقى، وغيرها من التسميات الدعائية والتسويقية، ولأنها صيغة واضحة المعالم في التطبيق العملي لها تبين لي أنها بعيداً جداً لما يتناوله الباحثين بشكلها النظري، فطبيقاتها متنوعة، ولها صيغ مختلفة تلعب البنوك بها كيفما شاءت، وبدون رقابة من الهيئات الرقابية

الشرعية، أو أن هناك تواطؤ معين الأصل عدم السكوت عنه، وفضح تلك الممارسات المشبوهة بالربا بشكل مخفي وصوري.

فأهم مشاكل البحث التي واجهتني هي كثرة الدراسات الغير موضوعية لهذه الصيغة، فكان لزاماً علي أن أجمع معظم تلك الدراسات والأبحاث المعارضة أو المؤيدة للتعامل مع هذه الصيغة والمقارنة بينها، والخروج بنتائج صائبة واقعية وعقلانية، كما أني سأكون حيادياً وأن أستعين بما يمليه علي ضميري في عرض آراء الفقهاء والعلماء القدامى والمعاصرين، والخروج بأصوبها.

وأهم التساؤلات التي تعترني هذه الدراسة:

- ما حقيقة العقود الصورية، وما هو حكمها الشرعي، ورأي الفقهاء فيها؟
- ما حقيقة بيع التورق، وما هو الفرق بينه وبين البيوع الربوية كالعينة؟
- ما أثر هذا البيع على الاقتصاد وعلى حركة السلع؟
- هل هناك صيغ بديلة عنه وتسد حاجة العملاء؟

1.3. أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

1. تحرير مفهوم العقد الصوري في المعاملات المالية.
2. بيان ماهية الصورية والأسباب الملجئة إليها.
3. الوقوف على المبررات والذرائع التي سوقها المنشئون للعقود الصورية في المؤسسات المالية.
4. بيان حكم الصورية في العقود، وذكر أنواعها، والتفريق بينها وبين الحيلة، وغيرها من المصطلحات القريبة منها.
5. دراسة صيغة التورق بكل جوانبه، وأنواعه، وأشكاله، وآراء الفقهاء القدامى والمعاصرين فيه.
6. الوقوف على صورية عقد التورق في المؤسسات الإسلامية، وبيان أحكامه.
7. اقتراح صيغ بديلة عن هذه العقود الصورية الغير حقيقية، والخروج بنتائج جديدة ومقترحات؛ لتجنب الدخول في عالم الربا.

1. 4. أهمية الدراسة وسبب اختياره

التطور السريع في عالمنا الاقتصادي، وخاصة في المعاملات المصرفية الإسلامية، واجهت الكثير من التحديات والصعاب لمحاولة النهوض بالاقتصاد الإسلامي، واللحاق بركب العالمية، والتخلص من لباس التبعية والعبودية للمصارف الدولية المسيطرة والمهيمنة على عالمنا الإسلامي، فجاءت المصارف الإسلامية تحمل الكثير من العزيمة والإرادة لخوض هذا السباق بكل عقباته وتحدياته، فكان لزاماً عليها إيجاد صيغ استثمارية بعيدة كل البعد عن النظام الربوي العالمي، فبدأ فقهاء الاقتصاد والشريعة بابتكار صيغ تمويلية واستثمارية بطابع إسلامي، يسير جنباً إلى جنب مع النظام العالمي ومحاولة التفوق عليه بشتى الطرق، ولتثبت للنظام العالمي الربوي، بأن الاقتصاد الإسلامي هو منهج الحياة السليم، القائم على العدل والمساواة وليس على نظام القوي يأكل الضعيف، لذلك وبسبب هذا التسارع ومحاولة من المصارف الإسلامية تقديم تعاملات إسلامية متنوعة لعملائها وتلبية لحاجاتهم لتلك الصيغ والعقود نجد أن هذه الخدمات تدخل عليها بعض الشبهات الشرعية، فنجد بعض المصارف وبهدف إرضاء ذواتها وملذاتها، ولعدم مخافة الله عند بعض مستشاريها، قد ابتكروا صيغ يثورها الشبهات من كل جانب، فكانت صيغة التورق المصرفي من بينها، وبعد دراسة العديد من الفقهاء لهذه الصيغة والنزول عند تطبيقها في أرض الواقع كانت المفاجئة التي صدمت العديد من الفقهاء، لأنه تبين أن هذه المصارف والتي تتبنى الإسلامية تستغل جهل الناس لعدم فهمهم واطلاعهم على خفايا تطبيق هذه الصيغ، فنجد العميل يقع ضحية تلاعب تلك المصارف في مخلفات الربا وبدون علمه.

وتكمن أهمية البحث في معالجة قضية شائكة تكتنف صيغة من صيغ المالية الإسلامية والتي غدت ظاهرة تحتاج إلى الوقوف عليها بحثاً وحلاً.

فالعقود الصورية التي تبرمها المؤسسات الإسلامية لأغراض شتى وتحت ذرائع كثيرة لأسباب متعددة، ترتب خلافات ونزاعات على هذه العقود، فهذه النزاعات قد تكون بين المتعاقدين أنفسهم أو بين المتعاقدين وأطراف خارج دائرة العقد، مما يستلزم البحث في الآثار الشرعية والقانونية التي تترتب على هذه العقود، وكون هذه المسألة من النوازل المعاصرة فيكمن أهميتها أيضاً في تنزيل النصوص الشرعية والأحكام الفقهية على الوقائع المعاصرة وإلباسها إياها دون تكلف أو شطط.

1. 5. منهجية الدراسة:

أولاً: المنهج في الدراسة:

استخدمت في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي والنهج التحليلي والوصفي والنقدي، فقامت بجمع المعلومات المتعلقة بموضع البحث من المصادر القديمة والحديثة، كما اعتمدت على أمهات الكتب في المذاهب الأربعة وأقوال العلماء القديمة والحديثة في عملية الاستقراء. وعرجت على الفتاوى المعتمدة من قبل المجامع الفقهية والهيئات الشرعية، مع التأكد من أدلتها وتأكدت من دقة المعلومات التي اعتمدها من تلك المصادر.

ثانياً: المنهج في التوثيق:

- قمت بتوثيق الدراسة توثيقاً علمياً، فذكرت على هامش الصفحة المراجع التي اعتمدت عليها في هذا البحث، فذكرت فيها اسم المؤلف واسم الكتاب، والجزء، والطبعة، ومكان ودار النشر ثم سنة النشر، ثم رقم الصفحة.
- عزوت الآيات القرآنية إلى مواضعها، فذكرت اسم السورة ثم رقم الآية.
- خرجت الأحاديث الشريفة تخريجاً علمياً من مصادرها الأصلية، وذكرت حكم العلماء عليها، مع العلم أنني لم أذكر إلى الأحاديث الصحيحة والمتفق على صحتها بين العلماء.
- قمت بترتيب المصادر والمراجع في نهاية البحث، ترتيباً هجائياً حسب اسم المؤلف.

1. 6. هيكل الدراسة:

قمت بتقسيم الدراسة إلى خمسة فصول جاءت على النحو التالي:

الفصل الأول: الإطار العام للدراسة، فجاء فيه المقدمة، ومشكلة الدراسة وأهميتها ومنهجيتها، والدراسات السابقة والهيكلية.

الفصل الثاني: أفردته للتعريف في نظرية العقد أولاً بمعناه العام والخاص، قانونياً وفقهياً، كما ذكرت المقومات والشروط والإرادة العقدية وأقسامه وغيرها من المباحث التي تفصل بالنظرية العقدية.

الفصل الثالث: ولأن عنوان البحث كان بسياق العقود الصورية، فكان لزاماً علينا البحث في الصورية وذكر حقيقتها وشروطها وضوابطها الشرعية والقانونية، وبينت في هذا الفصل بعض الألفاظ المشابهة للصورية والعلاقة بينهما، مما سيثري البحث بمعلومات أكثر ولفهم الصورية بشكلها الحقيقي.

الفصل الرابع: وهنا جاء لزاماً أن أستفرد في هذا الفصل بموضوع الحيل، والتي حاولت جاهداً أن أدمجها بالفصل السابق وخاصةً أنها تلتقي مع الصورية بشكل كبير، لكن وجدت أن هذا المصطلح يحتاج لتعمق ودراسة أكثر فكان هذا الفصل الرابع والذي تناولت فيه الحيلة في الفقه الإسلامي، فذكرنا نشأة الحيل وأسباب ظهورها وأنواعها ورأي الفقهاء فيها ووجه العلاقة بينها وبين الصورية، وضوابطها.

الفصل الخامس: فبعد كل ما تقدم ذكره كانت تلك الفصول، فصولاً تمهيدية لهذا الفصل الأخير، فكما هو معلوم بأن عنوان رسالتنا كان في (الصورية في التعاقد) والتي أفردت لها ما سبق، و(التورق نموذجاً) فكان هذا الفصل خاصاً ببيع التورق بأنواعه المختلفة الفقهي والمصرفي المنظم وغير المنظم والعكسي، فذكرت آراء الفقهاء القدامى والمعاصرين فيه، وحكمه الشرعي، وضوابطه، وشروطه، والبدائل عنه، والمصطلحات المشابهة به.

الخاتمة: وهنا سأذكر ما خلصت عليه الدراسة وأهم النتائج.

1.7. الدراسات السابقة

في ضوء اطلاعي لم يفرد أحد هذا الموضوع بعنوانه المباشر (العقود الصورية – التورق نموذجاً) بل إن ما اطلعت عليه كان على ثلاث فئات، فجانب العقود له دراساته الخاصة، وكذلك الصورية، والتورق، فالدراسات فيها متخصصة في كل واحد فيها، وهناك بعض الدراسات التي سأذكرها تطرقت للعقد الصوري أو للحيلة بصيغ مختلفة عن التورق.

أهم الدراسات هي:

- كتاب الصورية في ضوء الفقه والقانون، للمستشار عز الدين الدناصوري والدكتور عبد الحميد الشواربي:

إلا أن الجانب الفقهي في هذا الكتاب لم يعطى نصيباً كبيراً، باستثناء بعض الإشارات لموضوع الحيل في فصل تمهيدي للكتاب، أو ذكر لبعض الآراء الفقهية عند الحديث عن قضايا عاجلها القانون، إلا أن البحث يستفيد من هذا الكتاب في الحديث عن الصورية وتبيين حقيقتها وفي الحديث عن شروطها وأنواعها بالإضافة إلى الحديث عن آثارها.

- كتاب الحيل في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي - د. محمود عبد الرحيم
الديب:

وقد استفاد منه البحث في الحديث عن علاقة الحيل بالصورية، وفي البحث عن حلول للصورية.

- كتاب التراضي في عقود المبادلات المالية - للدكتور السيد نشأت إبراهيم الدريني:
والذي استفاد منه البحث في الحديث عن الإرادة وأثرها في العقد وفي البحث عن المعبر من إرادة
العاقدين.

- كتاب التورق المصرفي - بين التورق المنضبط والتورق المنظم دراسة فقهية مقارنة - لفضيلة
الدكتور علي محيي الدين القرة داغي:

الذي يمنع فيه التورق الذي شاع بين بعض المصارف والفروع الإسلامية باسم (التورق المصرفي المنظم)،
وأجاز (التورق المنضبط)

- مجموعة من الأبحاث المقدمة لجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامية في عام
2003:

✓ حكم التورق كما تجرّبه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر - الشيخ عبد الله بن
سليمان المنيع:

وتوصل الباحث هنا إلى أن التورق جائز وأنه بيع صحيح، والجواز والصحة متوقف على شروطه
وأركانه.

✓ بحث أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية - محمد تقي العثماني:

أكد فيه على عدم التوسع في استخدام التورق واقتصر على التعامل بالتورق العادي او الفردي
إلى أنه منع بعض صوره.

✓ حكم التورق كما تجرّبه المصارف في الوقت الحاضر - الصديق محمد الأمين الضيرير:

وبين في بحثه أن التورق ما هو إلا استحلال للربا باسم البيع

✓ العينة والتورق، والتورق المصرفي - علي السالوس:

وبين فيه أن التورق عقد ربوي صحيح محرم، وإذا كان هو البديل للقروض الربوية فبئس البديل
ولسنا بحاجة إلى مصارف تدعي الإسلامية.

✓ التورق كما تجرّبه المصارف في الوقت الحاضر - عبد الله بن محمد بن حسن العيادي:

توصل الباحث هنا إلى أن التورق المصرفي في حال الحيد والتراجع عن أهدافه وسياساته المعهودة والشرعية سيمثل ذلك رجوع القهقري.

✓ التورق والتورق المنظم - سامي إبراهيم السويلم:

خلص البحث إلى أن التورق المنظم هو أقرب إلى الربا، وإن أعمال التمويل الإسلامي تحتاج إلى مراجعة جادة ومخلصة.

- الصورية في أصل العقود المالية - الدكتور عبد الله بن عبد الرحمن السلطان:

وتحدث فيه عن صورية العقد والالفاظ ذات الصلة وموضوع ومحل الصورية والباعث عليها

- الصورية في العقود المالية دراسة تطبيقية مقارنة " رسالة ماجستير " - أحمد الأمين بالحاج:

تناول الباحث عدد من العقود وذلك على سبيل التمثيل لا الحصر فاختار العقود التي بحثها الفقهاء قديما بالإضافة لعقود مستحدثة.

وأهم ما تميزت به الدراسة عن الدراسات السابقة: هي أنها وقفت على حقيقة العلاقة بين صيغ التورق المختلفة والصورية في العقود، وتناولت هذه الدراسة الجانبين الشرعي والقانوني.

2. الفصل الثاني: نظرية العقد

2. 1. مقدمة الفصل:

يفتقر الإنسان إلى ما يقوته ومُؤمّنه في حالاته وأطواره من بدء نشوئه إلى بلوغ أشده وإلى كبره، فمن أهم صفات الإنسان الدنيوية هي الأُنس فلا غنى له - لكونه مدنياً بالطبع - من العيش المشترك مع الجماعة، فقال عز وجل: " وَسَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ ۗ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ " (3) فهذا التسخير إنما هو استخلاف الله للبشر في الأرض، فقد جاء التشريع الإسلامي منظماً لأُمور الدين والدنيا بما اشتمل عليه من أصول وقواعد تنظم علاقة الإنسان بربه، وعلاقته بغيره من الأفراد، وعلاقته بالمجتمع الذي يعيش فيه (4)، ومن هنا نرى أن هذا التشريع نظم حياة الفرد بقسميه العبادات والمعاملات فهو نظام روحي وبدني، وقد اشتمل الفقه الإسلامي على القواعد والضوابط التي تضبط أصول التعامل وتنظمه وتخضع المبادلات بصورها المتعددة لما يعرف بنظرية العقد، التي تضبط أصول التعامل والتبادل بين المتعاقدين وتبرز سمات العقود في الفقه الإسلامي، فالتعاقد مع الآخرين وليد الحاجة إلى التعامل، ولا تخلو الحياة اليومية لأي فرد من إبرام عقد من العقود.

لذلك جعل الباحث هذا الفصل خاصاً بالعقود، فتطرق لنبذة تاريخية عن العقود وتناول بعدها تعريف العقد بشكل موسع لغة واصطلاحاً وفقهاً وقانوناً، كما ذكر مقومات العقد، ولأهمية الإرادة في إنشاء العقود فقد تطرق إلى الإرادة وماهيتها وعرج على الإرادة العقدية ونشأتها وأقسامها وآثارها، فالعقود تعتمد في إنشائها على إرادة العاقدين ورضاها بهذه العقود وما يترتب عليها من آثار، فلا يصح عقد لا يرضى به صاحبه ولا يريده، فقد ألغت الشريعة الإسلامية جميع عناصر الإكراه في العقود، بل وأطلقت للإرادة الحرية في إنشاء العقود، كما أنها لم تقيد الناس بمراسم شكلية تقيدهم في عقودهم، وتجبرهم على الالتزام بعقود معينة وبكيفية إنشائهم لهذه العقود.

كما تطرق الباحث الى مبدئ سلطان الإرادة في الشريعة والقانون، فلم تحصر الشريعة ولا القانون عدد العقود التي يجوز للناس التعامل بها، بل تركت مجالاً واسعاً لإيجاد عقود جديدة لم يسمها الفقهاء

(3) سورة الجاثية / 13.

(4) حنان بنت محمد حسين جستنيه، أقسام العقود في الفقه الإسلامي " رسالة ماجستير ". (جامعة ام القرى،

السعودية: كلية الشريعة، 1998م) 7.

قديماً، ما أعطت إرادة الإنسان القدرة على تغيير هذه العقود وتعديل شروطها بالكيفية التي يتفق عليها طرفا العقد، وبما يحقق مصلحتهما.

2. 2. ماهية العقد:

2. 2. 1. تعريف العقد لغةً:

إن العقد في اللغة يطلق على ثلاثة معاني:

- فالأول يأتي بمعنى الربط أي الربط بين أطراف الشيء، كما أن العقد هو نقيض الحل أي بمعنى الشد والربط، مثلاً يقال: عقدت الحبل فانعقد، أي ربطت بين طرفيه وشددتها⁽⁵⁾.
- أما الثاني فهو العهد والالتزام ويطلق على كل ما يفيد العهد والالتزام، سواء كان من جانبيين أو حتى من جانب واحد، مثلاً يقال: عقد البيع والعهد فتم العقد، وعاقدته عقداً؛ أي عاهدته عهداً.⁽⁶⁾
- والثالث هو التوثيق والإحكام: أي ما يراد به توثيق الشيء وإحكامه، مثل توثيق الكلام الصادر من جهة واحدة أو أكثر، فقال تعالى: "وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ فَأَتُوهُمْ نَصِيْبَهُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيَّ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا" ⁽⁷⁾، فعقدت أيمانكم مع تشديد القاف، أي أكدتها تأكيداً، وقوله تعالى: "لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ" ⁽⁸⁾، وتأني أيضاً العُقْدَةُ بمعنى ما يمسكه ويوثقه⁽⁹⁾، كما يقال أيضاً: عقدت البيع أي: أبرمته ووثقته، وعقد النكاح أي أبرامه وإحكامه⁽¹⁰⁾، فقال تعالى في ذلك: "وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ" ⁽¹¹⁾، وقوله سبحانه: "أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ" ⁽¹²⁾.

(5) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1. (بيروت: دار الفكر، 1978م) 327 وما بعدها.

(6) محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج3، ط1. (بيروت: دار صادر، 1300هـ) 296.

(7) سورة النساء / 33.

(8) سورة المائدة / 89.

(9) أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المحقق: عبد العظيم الشناوي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مادة (عقد)، ط2. (القاهرة: دار المعارف، نسخة الكترونية) 421.

(10) (المرجع السابق نفسه) 422.

(11) سورة البقرة / 235.

(12) سورة البقرة / 237.

ونخلص مما ذكرنا سابقاً: أن العقد يأتي حسي مثل عقد الحبل، ويأتي معنوي أو حكمي مثل عقد النكاح والبيع فهو عبارة عن ربط بين طرفين فتدخل هنا الإرادة وما للترزم به.⁽¹³⁾

2. 2. تعريف فقهاء الشريعة للعقد:

• تعريف الحنفية:

عرفه ابن عابدين بقوله العقد: هو مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما. (14)

فالارتباط الحكمي بين الإيجاب والقبول أمر لا يتحقق وجود العقد بدونه فإذا قال شخص لآخر: بعثك هذا العقار بألف دينار، وقال الآخر قبلت: فقد ألزم الأول نفسه بتمليك العقار للذي قبل نظير أن يدفع المشتري مبلغ ألف دينار، وبالتالي يكون المشتري قد ألزم نفسه بأن يكون للبائع من ماله ألف دينار مقابل تملكه للعقار.

وقد نتج الالتزام من الطرفين في هذا العقد والذي يترتب عليه تبادل الملك في العوضين من ارتباط كلام أحدهما بكلام الآخر حيث يملك المشتري العقار مقابل ملكية البائع للثمن، ويسمى الربط الحاصل بين الإيجاب والقبول على هذا الوجه انعقاداً.

• تعريف المالكية:

فذكر القراني في الفروق: اعلم أن الأصل في العقود اللزوم لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات، ويناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود⁽¹⁵⁾، غير أن مع هذا الأصل انقسمت العقود إلى قسمين:

1. المقصود بالتصرف بالعقد يحصل ذلك عقب العقد، كالهبة، والصدقة، والبيع، والإجارة، والنكاح...

(13) أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، مراجعة صدقي جميل، ج2، ط1. (بيروت: دار الفكر، 2001م) 294.

(14) محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3، بدون طبعة. (بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، 2000م) 3.

(15) شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني، الفروق، ط1. (بيروت: مؤسسة الرسالة، 2003م) 31/4.

2. لا يستلزم مصلحته مع اللزوم، بل مع الجواز وعدم اللزوم. وهو خمسة عقود: الجعالة⁽¹⁶⁾، المضاربة⁽¹⁷⁾، القراض⁽¹⁸⁾، الوكالة⁽¹⁹⁾، تحكيم الحاكم ما لم يشرع في الحكومة"، ونلاحظ هنا أنه أطلق العقد على التصرف الذي يتم بإرادة واحدة حيث سمي كلاً من الصدقة، والهبة عقداً.

● تعريف الشافعية:

ذكر الشيخ زكريا الأنصاري في كتابه التحرير أن العقد نوعان:⁽²⁰⁾

1. ينفرد به عاقد واحد، وهو النذور، واليمين، والحج، والعمرة والوقف.

2. يعتبر فيه عاقدان.

وقال الزركشي في المنتور: بأن العقد هو ربط أجزاء التصرف، أي الإيجاب والقبول شرعاً.⁽²¹⁾

● تعريف الحنابلة: فالعقد عند الحنابلة بمعناه الخاص يطلق على كل اتفاق تم بين إرادتين أو أكثر

على إنشاء التزام أو نقله، فهو لا يتحقق إلا من طرفين أو أكثر.⁽²²⁾

(16) الجعالة: هي التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله". انظر: شمس الدين محمد بن أحمد

الخطيب الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ط1. (بيروت: دار المعرفة، 1418هـ/1997م) 429.

(17) المضاربة: عقد شركة، يدفع بموجبه طرفٌ لآخر مالاً ليتَّجر فيه، ويقتسمان الربح بخصص شائعة اتفاقاً عليها.

حسن أبو غدة، مقالة بعنوان "المضاربة وتكييفها الفقهي" موقع رسالة الإسلام، بتاريخ 2015/11/30.

(18) القراض: وهما في اللغة بمعنى المضاربة عند أهل الحجاز، وأصلهما من "القَرْض" ، أي: القَطْع؛ وذلك لأن

المالك صاحب المال قَطَعَ للعامل المضارب قطعةً من ماله وأعطاهما له ليتاجر فيها، أو لأن المضارب يقطع

المسافات في السير للتجارة في المال، والقراض والمقارضة في الاصطلاح الفقهي، بمعنى المضاربة أيضاً، جاء

في الإقناع: " القراض... ويسمى أيضاً: مُضاربة، ومقارضة. (المصدر السابق نفسه) حسن عبد الغني أبو

غدة

(19) الوكالة: اصطلاحاً عرفت بعدة تعريفات، منها أنها: عقد يتم فيه تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة

إلى غيره ليفعله في حياته، وقيل بأنها: استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى

وحقوق آدميين، مقالة في الموقع الإلكتروني (<https://ar.islamway.net>)، تحت عنوان "عقد

الوكالة".

(20) متن التحرير، زكريا الأنصاري، تحقيق: طه الزيني، ج1 (مكة، مكتبة النهضة الحديثة، ط1، 1953م) 194

(21) بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي، المنتور في القواعد الفقهية، ط2. (الكويت: دار الكويت

للصحافة، 1985م) 397/2.

(22) الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن المشهور بابن رجب الحنبلي، القواعد الفقهية.

(بيروت: دار الكتب العلمية، بدون تاريخ) القاعدة الثانية والخمسين، 78

2. 2. 3. تعريف العقد بالمعنى العام والمعنى الخاص ووجه العلاقة بينهما، كما يلي:

2. 2. 3. 1. العقد بمعناه العام:

هو كل التزام ينشأ عن ارتباط إرادتين، مثل النكاح والبيع والشرء، وإما أن يتم بإرادة منفردة مثل الهبة والنذر والوصية والطلاق، وفي ذلك قال الجصاص: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقده وعلى غيره فعله، على وجه إلزاميه إياه" (23)

وهذا المعنى العام للعقد، اعتمده الكثير من علماء التفسير، حيث قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" (24)، فذهبوا إلى أن المراد من الآية كان عاماً في كل ما ألزم الله عباده من التكليف، ونحوهما، مما يجب الوفاء به.

قال الألوسي رحمه الله تعالى في قوله تعالى "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" المراد بها جميع ما ألزم الله به عباده من تكاليف وأحكام وعقود وأمانات ومعاملات ونحوها يجب الوفاء به أو يحسن دُنياً. (25)

2. 2. 3. 2. العقد بالمعنى الخاص:

يطلق على العقد بمعناه الخاص على كل ما ارتبط بين الطرفين من قول إرادة، بحيث ينشأ عنه آثاره، وتترتب عليه حقوق متبادلة.

وقال الباري في العناية: "هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل" (26)

وأرجح هنا تعريف وزارة الأوقاف الكويتية للعقد حيث قالت إن العقد "هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله" (27) وهذا التعريف هو الغالب والشائع في عبارات الفقهاء.

(23) أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، مراجعة صدقي جميل، ط1. (بيروت: دار الفكر، 2001م) 294/2

(24) سورة المائدة / 1

(25) السيد محمود الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ج3. (بيروت: دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ) 223

(26) محمد الباري، العناية شرح الهداية بهامش شرف فتح القدير، ج4. (بيروت: دار إحياء التراث، 1340هـ) 456

(27) وزارة الأوقاف بالكويت، الموسوعة الفقهية، ط1. (مصر: دار الصفاة، 1414هـ، 1994م) (198/30)

مثلاً يقول شخص لآخر بعثك هذا القلم بعشرة، فيقول الآخر اشتريت، فهو القبول، وعندما يرتبط الايجاب بالقبول ويكون صادرين من ذوي أهلية معتبرة شرعاً، ثبت أثر البيع في محله (وهو انتقال ملكية المبيع وهو القلم هنا للمشتري، واستحق البائع الثمن في ذمة المشتري).

وهذا التعريف هو المعروف عند الشرعيين لأن العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين إلا أن العقد يكون باطل لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً، خلاف للتعريف القانوني الذي يشمل العقد الباطل.

2. 2. 3. وجه العلاقة بين المعنى العام والخاص:

يتبين أن العلاقة بين المعنيين هي علاقة عموم وخصوص، فالعقد بمعناه اللغوي أشمل من معناه الاصطلاحي في المفهوم العام، فالمعنى اللغوي كما لاحظنا سابقاً يشمل على المعنى الاصطلاحي بمعناه العام، فما يعقده المرء بارتباط إرادتين أو بإرادة منفردة يندرج فيه أي العقد، ونلاحظ أيضاً أن العقد بمعناه اللغوي يشمل على كلِّ ربط حسي.

والعقد بمعناه الاصطلاحي أخص من معناه اللغوي، لأنه لم يذكر إلا ما كان ناتجاً عن ارتباط وتوافق بين الطرفين فقط.

2. 2. 4. تعريف العقد عند فقهاء القانون:

عرّف فقهاء القانون العقد بأنه توافق بين إرادتين أو أكثر، لإنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها، كما ميز بعضهم بين الاتفاق والعقد، فقالوا إن الاتفاق أن تتوافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وأما العقد فهو أخص منه لأنه يقتصر على إنشاء الالتزام أو نقله فقط.⁽²⁸⁾ فقد ذكر في الوسيط: "أن العقد هو اتفاق بين إرادتين أو أكثر لإنشاء التزام أو انهائه أو تعديله"⁽²⁹⁾، كما عرفه زغلول بأنه "اتفاق بين الأشخاص ممكن يكون شخص أو أكثر ويتعهد بتحصيل منفعة شرعية للمتعهد له"⁽³⁰⁾.

(28) عباس حسني محمد، العقد في الفقه الاسلامي " دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي"، ج1، ط1، ("نسخة الكترونية"، 1993م) 33.

(29) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. (بيروت: دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ) 137، وانظر أيضاً: عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ج1. (القاهرة: مكتبة سيد عبد الله وهبه، 1975م) 40

(30) أحمد زغلول، شرح القانون المدني. (مصر: دار الثقافة، دار المعارف، 1980م) 127.

فنستنتج أن التعريف القانوني والفقهني الخاص متقاربين، وذلك بتوافق إرادتين ينشأ عنهما أثر في المحل، لكن التعريف الفقهني الخاص أراه أحكم وأدق، منطقاً وتصوراً، أما التعريف القانوني أراه أوضح تصويراً وتعبيراً. (31)

أما العقد في حقيقته الشرعية فهو الارتباط الذي يقره الشرع وليس اتفاق الإرادتين فقط، كما أننا نرى أن فقهاء القانون يتداولون مصطلح العقد الباطل الذي يعتبره علماء الشريعة لغواً من الكلام ولا يترتب عليه أثره.

2. 2. 5. التعريف المختار:

وخلاصة ما سبق يمكننا استنتاج تعريف شامل للعقد توافق عليه فقهاء الشريعة المعاصرين أمثال الزحيلي، والزرقا، فالعقد " هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله ". (32) وسبب اختيار هذا الترجيح يعود إلى إفادته لمعنى العقد بألفاظ مختصرة، ولأنه تعريف جامع ومانع. فالارتباط هو لفظ عام يشمل الارتباط الحسي كربط شيئين ماديين، والارتباط الاعتباري المعنوي كالربط بين كلامين أو إرادتين، أما الإيجاب والقبول فهو قيد بقي فيه الارتباط المعنوي القائم على الإيجاب والقبول بشروط شرعية، ونتج عنه ارتباط عقدي بين شخصين وهو الأثر المقصود منه، وتمثل على ذلك في (عقد البيع) فالأثر الشرعي لهذا العقد هو انتقال ملكية العين من البائع إلى المشتري وعلى إثره انتقال الثمن للبائع، فالثمن هنا هو محل العقد الذي يقصد المتعاقدان تبادل الحقوق فيه. ويقصد هنا (على وجه مشروع) فبيانه أنه متى حصل الإيجاب والقبول بجميع شرائطهما الشرعية يتحقق الارتباط بينهما.

أما (يثبت أثره في محله) فالمقصود بالأثر هو الحكم الشرعي كما أنه الحقوق المترتبة على ارتباط الإيجاب والقبول، ومحل العقد هو الثمن الناتج من اتفاق المتعاقدين، كانتقال السلعة أو العين المبيعة إلى المشتري، واستلام البائع للثمن. (33)

(31) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام "إخراج جديد بتطوير في الترتيب والتبويب وزيادات"، ج1، ط2. (دمشق: دار القلم، 1425هـ/2004م) 385.

(32) (المرجع السابق نفسه) للزرقا، وانظر أيضاً: وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ط3، ج4. (دمشق: دار الفكر، 1989م) 81.

2. 3. العقد تاريخه ومقوماته وشروطه:

2. 3. 1. لمحة تاريخية:

الأصل التاريخي للعقود عرفها البشر في أقدم العصور ولكن على أشكال متعددة بدأت بالتبادل الفوري حسب احتياجات الأفراد فيأخذ بقدر ما يعطي، فأصل العقد عرفه البشر من أقدم العصور، وقد يأتي بعد إحراز المباحات قدماً في أسباب التملك، ومنشأ العقد وفكرته بين البشر هو من الماضي المجهول، فلا يعرف بعد كيف نشأة في البشر فكرة التعاقد على الالتزامات، وعن أي العوامل تولدت إلا على سبيل الظن والتخمين استنتاجاً من سنة النشوء والارتقاء في الحياة الاجتماعية وإدراك نظمها. وقد مرَّ العقد بأطوار مختلفة في تاريخ التشريع من حيث الشكلية، والحرية وقوة الاعتبار، وحسب الرأي السائد في تأريخ الشرائع فقد كان العقد قديماً مطوقاً ومثقالاً بالشكليات، ففي التشريع الروماني القديم نجد من مميزاته وخواصه كثرة الرسميات التي لا طائل بها، فكان لأنواع العقود من بيع ونكاح وغيرهما مراسم وأشكال ضرورية لإبرام العقود، أما العقد الخالي من الشكل والألفاظ المرسومة فلم يكن عند الرومانيين القدماء نافذاً ولا ملزماً.⁽³⁴⁾ وفي جاهلية العرب كانت البيوع تطغى الشكلية فيها على حرية العقادين وإرادته كبيع الملامسة⁽³⁵⁾، والمنازعة⁽³⁶⁾، والحصة⁽³⁷⁾، وقد نهى النبي عليه الصلاة

(33) أسرة جمعية المجلة: مجلة الأحكام العدلية، ط3. (بيروت: دار الكتب العلمية، 1304هـ) ص 34 وما بعدها، وانظر أيضاً: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق) 382، وانظر أيضاً: وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج4. (مرجع سابق) 81.

(34) حنان بنت محمد حسين جستنيه، أقسام العقود في الفقه الإسلامي "رسالة ماجستير". (جامعة ام القرى، السعودية: كلية الشريعة، 1998م) 3.

(35) بيع الملامسة: ولأصحابنا ثلاثة أوجه فيه: أحدها: تأويل الشافعي وهو أن يأتي بثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه المستام فيقول صاحبه: بعتك هو بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ولا خيار لك إذا رأيته. والثاني: أن يجعل نفس اللمس بيعاً، فيقول: إذا لمستته فهو مبيع لك. والثالث: أن يبيعه شيئاً على أنه متى يمسه انقطع خيار المجلس وغيره. وهذا البيع باطل على التأويلات كلها. انظر: يحيى بن شرف أبو زكريا النووي، شرح النووي على مسلم، كتاب البيوع، باب ابطال بيع الملامسة والمنازعة. (دار الخير، 1996م) 119.

(36) بيع المنازعة: وفيها أوجه أيضاً. أحدها: أن يجعل نفس النبد بيعاً وهو تأويل الشافعي. والثاني: أن يقول: بعتك فإذا نبذته إليك انقطع الخيار ولزم البيع. والثالث: المراد نبذ الحصة كما سنذكره إن شاء الله تعالى في بيع الحصة، وهذا البيع باطل للغرر. انظر: (المصدر السابق نفسه) 119.

والسلام عن هذه البيوع، وفي هذا يروي لنا الإمام البخاري في حديث عامر بن سَعْدٍ أَنَّ أَبَا سَعِيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَخْبَرَهُ: " أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنِ الْمُنَابَذَةِ وَهِيَ طَرْحُ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ بِالْبَيْعِ إِلَى الرَّجُلِ قَبْلَ أَنْ يُقْلِبَهُ أَوْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ وَنَهَى عَنِ الْمَلَامَسَةِ وَالْمَلَامَسَةُ لَمَسُ الثَّوْبِ لَا يَنْظُرُ إِلَيْهِ " (38).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه: " نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ بَيْعِ الْغَرْرِ وَبَيْعِ الْحِصَاةِ " (39)

إذاً فقد جاء التشريع الإسلامي بإطلاق العقود من القيود والشكليات التي لا دخل لها في تحقق معنى العقد بين طرفيه، وإخضاعها لمجرد الإيجاب والقبول الصادرين بمجرد التراضي واعتباره هو الملزم دون القيود والشكليات، إلا أن هناك طائفة من العقود تخضع في انعقادها لشيء من الشروط الشكلية، وذلك لتعلق هذه الشكليات بالغاية المقصودة من العقد، كاشتراط القبض في طائفة من العقود تسمى بالعقود القبضية أو العينية، واشتراط الشهود لصحة عقد النكاح عند من يرى ذلك (40)

2. 3. 2. مقومات العقد

إن العقد هو سبب من الأسباب الشرعية تترتب عليه أحكام وهذا معنى قولنا إن العقد مصدر من مصادر الالتزام، فمقومات العقد التي يجب وجودها فيه أربعة، وذكرها الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله: (41)

1. **العاقدان**، وهما طرفي العقد، فقد يكون شخص منفرد ومتعدد، أو أصليين أو نائبين عن غيرهما، وقد يكون أحدهم ووكيل عن نفسه والآخر عن غيره.

(37) **بيع الحصاة**: قال النووي: فيه ثلاث تأويلات، أحدها: أن يقول بعتك من هذه الأنواب ما وقعت عليه الحصاة التي أرميها أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت إليه هذه الحصاة. والثاني: أن يقول بعتك على أنك بالخيار إلى أن أرمي بهذه الحصاة. والثالث: أن يجعل نفس الرمي بالحصاة بيعاً، فيقول: إذا رميت هذا الثوب بالحصاة فهو مبيع منك بكذا انتهى. انظر: محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، كتاب البيوع. (بيروت: دار الفكر للطباعة والتوزيع، 1995م) 181.

(38) صحيح البخاري، كتاب البيوع: باب بيع الملامسة، ح 2153.

(39) سنن الترمذي، كتاب البيوع: باب ما جاء في كراهية بيع الغرر، ح 1230، ج 1. قال الترمذي حديث حسن صحيح 1230.

(40) حنان بنت محمد حسين جستنيه، أقسام العقود في الفقه الإسلامي "رسالة ماجستير" (مصدر سابق) 3-6

(41) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام " (مرجع سابق) 399 وما بعدها.

2. محل العقد: وهو المعقود عليه، فهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه، وذلك كالمال المبيع في عقد البيع.

3. موضوع العقد: أي غايته النوعية، وهو المقصد الأساسي لإنشاء العقود، كما أنه واحد وثابت لا يتغير ولا يختلف باختلاف الافراد بل يختلف العقد باختلاف نوعه، فموضوع العقد في البيع هو نقل ملكية المبيع للمشتري بعوض وهكذا.

4. الأركان: وهو جزء الشيء الجوهرى الذي يتركب منه، بحيث يتحقق به وجوده وينتفى بانتهائه، أي أنه قوام الشيء ووجوده، بما يعد جزءاً في ماهيته فمثلاً ركن القياس العلة فإذا سقطت العلة يسقط القياس برمته.

والعناصر الذاتية الإنشائية التي يتكون منها العقد: وهي الأجزاء التي يتكون منها فهي شيان:

✓ الإيجاب

✓ القبول

وهما من العوامل الإنشائية في بناء العقد، فالإيجاب والقبول هما العمل القانونى الذي يربط المتعاقدين، فتصير به إرادتهما شريعة ملزمة لهما في حدود حقوقهما.

والإيجاب والقبول يسميان - صيغة العقد - أي العبارات المتقابلة الدالة على اتفاق الطرفين "

واختلف العلماء في أركان العقد على أقوال: (42)

- ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن للعقد ركن واحد هو الصيغة

- بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للعقد أركاناً ثلاثة، الصيغة والعاقدان والمعقود عليه.

فنى هنا أن الشيخ الزرقا قد صنف العاقدين ومحل العقد من مقومات العقد وليس من أركانه، والمقوم أعم من الركن.

2. 3. 3. شروط انعقاد العقد:

أولاً: الشروط الخاصة للعقد:

الشروط الخاصة تختص بعقود دون غيرها ولسنا بصدد ذكرها هنا لخصوصية شروطها، أما مجمل شروط العقد تتعلق بمكونات العقد الأساسية وهي: (الصيغة، والعاقدين، والمعقود عليه).

(42) عبد الأمير زاهد، نظرية العقد في الفقه الإسلامى. (العراق: جامعة الكوفة، نسخة الكترونية) 18-20.

ثانياً: الشروط العامة للعقد:

أما الشروط العامة لانعقاد العقد كما ذكرها الشيخ مصطفى الزرقا سبعة شرائط هي: (43)

1. أهلية العاقدين.
 2. قابلية محل العقد لحكمه.
 3. ألا يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان.
 4. أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به.
 5. أن يكون العقد مفيداً.
 6. بقاء الإيجاب صحيحاً إلى وقوع القبول.
 7. اتحاد مجلس العقد.
- ولزيد من الإيضاح في الشروط السابقة نناقشها بحسب ترتيبها فيما يلي:

1. أهلية العاقدين: (44)

الأهلية هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام (45)، والمراد بها أن يكون العاقدان متمتعين بالصفات التي تسوّغ لهما شرعاً مباشرة العقد (46)، فمن ليس بأهل أصلاً لممارسة العقود مطلقاً، كالمجنون والصغير وغير المميز فلا ينعقد عقده، وقد تنقص أهلية الممارسة نقصاناً ولا تكون معدومة فحينئذ تختلف آثار نقصانها في أنواع العقود.

2. قابلية محل العقد لحكمه:

يجب أن يكون العقود عليه قابلاً لحكم العقد ومقتضاه، أي يتم تطبيق مقتضى العقد عليه، فلا يمكن تطبيق مقتضى العقد عليه، فلا ينعقد بيع ما ليس بمال شرعاً كالحييفة مثلاً، كما لا تصلح الأموال التي

(43) سامي العجوري، رسالة ماجستير بعنوان (نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا "دراسة فقهية مقارنة") (جامعة الأزهر: غزة، 2013م) 25، وانظر أيضاً: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق) 425 - 426

(44) سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ط1، ج2. (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون تاريخ) 161

(45) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. (القاهرة: دار الفكر العربي، 1996م) 302

(46) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق) 426 - 427

تسرع فيها الخراب والفساد مثل الخضروات محلاً لعقد الرهن لأنها لا تقبل حكمه من حبس المرهون حتى يستوفي الدين في الميعاد المحدد.

وإن المعقود لو كان منفعة مال لا يعتبرها الشارع كاستئجار السلاح لقتل الغير بغير حق، أو منفعة غير مالية حرمها الشارع كاستئجار البغايا أو النكاح المحرم، أو عملاً نهي الشارع عنه كاستئجار شخص ليقتل بغير حق، فكل ذلك وأمثاله لا يتم العقد عليه ولا تترتب عليه آثاره. (47)

3. ألا يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان:

فكل عقد يُعقد ولا يوجد من يبيحه أو ينفذه عند صدوره فيكون باطلاً، كما أن العقد الذي يخالف شرع الله يعتبر في نظر الفقهاء غير مشروع من أصله، وهو منافي للنظام الشرعي العام.

4. أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به:

هناك شروطٌ خاصة ببعض العقود دون غيرها، كالشهود مثلاً في عقد النكاح؛ فإن الإشهاد فيه شرطٌ دون غيره، فإلى جانب الشروط العامة لا ينعقد عقد النكاح إلا بالشهود، وهذا شرط خاص به دون غيره، وكذلك العقد العيني (48)، لا ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول فقط، بل يجب تسليم الشيء محل العقد، وهكذا فإن لبعض أنواع العقود شروطاً خاصة إضافة للشروط العامة ينبغي توافرها لانعقاد العقد بشكل صحيح (49).

5. أن يكون العقد مفيداً.

فلا ينعقد الرهن مثلاً في مقابل الأمانة كما لو أخذ المودع رهناً على الوديعة لقاء الوديعة، لأن الوديعة أمانة غير مضمونه على الوديعة فإذا هلكت بلا تعدٍ ولا تقصير منه في حفظها لا يحق لصاحبها المودع أن يستوفي قيمتها من الرهن، فكان الرهن غير مفيد، ولا يعتبر في قواعد الاجتهاد الحنفي

(47) أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد. (الاسكندرية: الدار الجامعية، 1985م) 158، وانظر أيضاً: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (مرجع سابق) 294، وانظر أيضاً: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق) 426 وما بعدها.

(48) العقد العيني (هو الذي لا بد فيه لتمام انعقاده وترتيب أثره من تسليم الشيء المعقود عليه عيناً، وهو يشمل عقوداً خمسة: هي الهبة والإعارة والإيداع والرهن والقروض) انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج4. (مرجع سابق) 599.

(49) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق) 430.

التعاقد بين اثنين على عدم الاشتغال في التجارة مثلاً، لأن حرية الانسان في اختيار الوسيلة المشروعة لاكتسابه هي من النظام العام في الإسلام، وهذا العقد يمنعه من ذلك فيكون غير مفيد. (50)

6. بقاء الإيجاب صحيحاً إلى وقوع القبول:

ذكر الشيخ مصطفى الزرقا هنا أن " رجوع الموجب عن إيجابه قبل أن يقبل الطرف الآخر مبطل للإيجاب، فلا يعتبر القبول بعده، وكذا وفاة الموجب أو زوال أهليته قبل القبول، وعليه إذا استمر بقاء الإيجاب صحيحاً إلى وقوع القبول انعقد البيع وتم، أما إن اعترضه معترض بأن رجوع الموجب عن إيجابه أو حدث له ما يقدح في أهليته كموت أو جنون فإن العقد لا يتم بفقدان أحد شرطيه وهو الإيجاب، فلا يصادف القبول إذا وقع بعد ذلك ما يرتبط به. (51)

غير أن رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول مسألة اختلف فيها الفقهاء على مذهبين:
✓ **المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة (52):** إلى جواز رجوعه لأنه يملك حق الرجوع عنه ما دام لم يقيد بالقبول، لأن الالتزام لم ينشأ بعد؛ إذ هو ارتباط إرادتين ولم يحصل هنا الارتباط بمجرد الإيجاب.

✓ **المذهب الثاني: ذهب المالكية:** إلى التفريق في هذا الإيجاب بين عقود التبرعات وعقود المعاوضات، فقالوا بوجوب الالتزام في التبرعات لأنها معروف ومن أزم نفسه معروفاً لزمه الوفاء به، كما قالوا بمثل ذلك في عقود المعاوضات التي تمت بصيغة الماضي فإن التزم الموجب بإيجابه فلا يجوز له الرجوع عنه حتى يقبل الطرف الآخر أو يرفض، وإذا كان الإيجاب بصيغة المضارع فإنه يلغى أنه ما أراد البيع بل كان مازحاً فيجوز له الرجوع (53).

(50) (المرجع السابق نفسه) 430

(51) (المرجع السابق نفسه) 430 - 431

(52) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (مرجع سابق) 135، انظر أيضاً: أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، ج9. (السعودية: دار الإرشاد، بدون تاريخ) 169

(53) للتوسع أكثر: الخطاب شمس الدين محمد بن عبد الرحمن المالكي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط1، ج4. (بيروت: دار الكتاب العلمية، 1995م) 240.

وقد رد الجمهور بأن الإيجاب إذا ترتب عليه حق للطرف الآخر فهو حق مؤقت لا يقع إلا برضا الموجب، فله أن يرجع عنه إذا أراد وخاصة أن هذا الحق يعارضه حق أقوى منه وهو حق المالك في أن يتحكم بملكه ويمنعه عن غيره، وإذا تعارض حقان قدم أقواهما. (54)

7. يجب أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، ولا ينعقد العقد في حال اختلاف المجلس، كما أن حال المجلس يختلف باختلاف حال المتعاقدين وكيفية العقد وطبيعته، فيختلف مجلس العقد في حال حضور المتعاقدين أو غيابهما، ومجلس العقد يختلف في حالة كان الإيجاب والقبول لفظاً، عن كونه مكتوباً بالبريد أو الرسالة. (55)

2. 4. الإرادة العقدية:

2. 4. 1. تعريف الإرادة لغة واصطلاحاً:

الإرادة في اللغة:

- المشيئة: وراوذة على كذا مُراوذةً، و(رواداً) بالكسر أي أرادته، و(راداً) الكلاً أي طَلَبَهُ (56)، وأراد الشيء: أحبه وعُني به، يقال: أراد يريد إرادة، والريدة الاسم من الإرادة، وأريد لأن تفعل معناه إرادتي لذلك، والإرادة: المشيئة، وأصله الواو، كقولك راوده أي أراده على أن يفعل كذا، إلا أنّ الواو سكنت فنقلت حركتها إلى ما قبلها فانقلبت في الماضي ألفاً وفي المستقبل ياء (57)، ومنه حديث الإسراء: قال له موسى عليه السلام: " قد راودتُ بني إسرائيل على أدنى من ذلك فتركوه ". (58)

إلا أنه يُفرق بين الإرادة والمشية في أن المشية لا تنسب إلا للعقلاء، أما الإرادة فقد تنسب لغير العقلاء (59)، قال تعالى: " فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقُضَ " (60)، والجدار ليس من العقلاء.

(54) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، (مرجع سابق) 135، انظر أيضاً: أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط1، ج4. (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م) 54.

(55) وزارة الأوقاف بالكويت، الموسوعة الفقهية، ج30 (مرجع سابق) 215.

(56) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مادة (خير)، طبعة مدققة كاملة التدقيق. (بيروت: مكتبة لبنان، بدون تاريخ) 110.

(57) محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج3، (مرجع سابق) مادة (عقد) 172-173.

(58) صحيح البخاري، كتاب (مرجع سابق) حديث رقم 7079.

(59) محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، ج6. (بيروت: دار المعرفة، 1406هـ) 202.

- القصد: قد تأتي الإرادة بمعنى القصد، كقوله تعالى: " تِلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ
عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فُسَادًا ۖ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ " (61)، أي لا يقصدونه ويطلبونه (62).

الإرادة اصطلاحاً:

هي القصد إلى الشيء، واختياره والاتجاه إليه، فهي نزوع النفس إلى الشيء (63)، فالإرادة في العقد أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو مقدم عليه، وينتهي على أن يقصده، بأن يكون مدركاً ماهية التصرف الذي يجريه، كما يدرك الحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه من هذا التصرف، وأن يقصد ذلك كله، فإن انعدمت الإرادة في احد العاقدين، يبطل العقد، دون اعتبار للسبب الذي أدى إلى انعدام هذه الإرادة، ولا أهمية لأن يكون هذا الانعدام دائماً أو مؤقتاً، فتعدم الإرادة عند الصغير والمجنون سواء كان هذا الجنون دائماً أو مؤقتاً، ما دام كان الجنون قائماً وقت العقد (64).

2. 4. 2. نشأة الارادة العقدية:

بدأت الإرادة العقدية مع بداية الإسلام ونزول الوحي على النبي صلى الله عليه وسلم، وقد جعله الله أساس الدين كله، قال تعالى: " لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ۚ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ۚ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِن بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ لَا انْفِصَامَ لَهَا ۗ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ " (65)، وقال أيضاً: " وَقُلِ الْحَقُّ مِن رَّبِّكُمْ ۚ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِن وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ " (66)، وقال أيضاً: " وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مِنَ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا ۖ أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ " (67).

(60) سورة الكهف / 77.

(61) سورة القصص / 83.

(62) الحسين بن الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن. (مصر: مطبعة مصطفى الحلبي، 1961) 207

(63) محمد عبد الرؤوف المناوي، التعاريف، تحقيق: محمد الداية، ط1. (بيروت: دار الفكر المعاصر، 1410هـ) 48

(64) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة "دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي". (نسخة الكترونية، 1984م) 89-90.

(65) سورة البقرة / 256.

(66) سورة الكهف / 29.

(67) سورة يونس / 99.

وواضح من هذه النصوص أن حرية الإنسان هي أساس صحة الإيمان بالله عز وجل، وبقية التصرفات من باب أولى لأنها أقل شأنًا من الاعتقاد ذاته، أما النصوص الخاصة بحرية التعاقد في مجال المعاملات، فمنها:

قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " (68)، فهذه الآية الكريمة تدل على حكين أساسيين هما:

الحكم الأول:

تحريم أكل المال بالباطل، وليس الأمر مقصوراً على الأكل وإنما يشمل جميع التصرفات ولكن عبر بالأكل لأنه معظم المنافع التي يسعى إليها الإنسان في هذه الحياة، فالأكل مجاز في الانتفاع بالشيء انتفاعاً تاماً لا يعود معه إلى الغير، فأكل الأموال هو الاستيلاء عليها بنية عدم إرجاعها لأربابها، وغالب هذا المعنى أن يكون استيلاء ظلم.

والمراد بالباطل هو كل ما يخالف الشرع كالربا، والقمار، والبخس، والظلم، والرشوة، والغش والسرقة، والغصب..

الحكم الثاني:

جواز كل تجارة بشرط أن تكون عن تراض بين المتعاقدين، ولا باطل فيها، فهذه الآية واضح أنها دليل قوي على جواز جميع العقود ما دام الرضا بين المتعاقدين محققاً وطبعاً ما لم تكن وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل، فتخصيص التجارة بالاستدراك أو الاستثناء لأنها أشد أنواع أكل الأموال شَبَهًا بالباطل، وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَطَبَ النَّاسَ يَوْمَ النَّحْرِ فَقَالَ: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَيُّ يَوْمٍ هَذَا قَالُوا يَوْمٌ حَرَامٌ قَالَ فَأَيُّ بَلَدٍ هَذَا قَالُوا بَلَدٌ حَرَامٌ قَالَ فَأَيُّ شَهْرٍ هَذَا قَالُوا شَهْرٌ حَرَامٌ قَالَ فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فَأَعَادَهَا مِرَارًا ثُمَّ رَفَعَ رَأْسَهُ فَقَالَ اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغْتُ قَالَ اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغْتُ قَالَ اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغْتُ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَوَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ إِنَّهَا لَوْصِيَّتُهُ إِلَى أُمَّتِهِ فَلْيَبْلُغِ الشَّاهِدُ الْغَائِبَ لَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّارًا يَضْرِبُ بَعْضُكُمْ رِقَابَ بَعْضٍ " (69)

(68) سورة النساء / 29.

(69) صحيح البخاري، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، ح 1652.

- قوله تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"⁽⁷⁰⁾ فدللت هذه الآية استحلال مال الغير وتملكه إنما يكون برضا صاحبه، وبطريق شرعية وقانونية، كما يجب أن تكون إرادته كاملة ولا يوجد ما يؤثر عليها من ضغوط أو تهديدات أو حياء، فتدل هذه الآية على أن الأصل في امتلاك مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما يكون برضا صاحبه، بالطرق الشرعية والقانونية كالتجارة أو التنازل عن طيب نفس وخاطر، أي أن الأساس هو إرادة صاحب المال الذي أعطاه الشرع هذا الحق، وله كامل الحرية للتصرف فيه سواء عن طريق عقود المعاوضات من بيع وشراء وإجارة وغيرها أو تبرعات كالهبة والوصية وغيرها.

2. 4. 3. الألفاظ ذات الصلة بالإرادة:

1. **النية:** في اللغة " عزم القلب على الشيء"⁽⁷¹⁾ أي القصد، فنوى الشيء ينويه، وهي في الاصطلاح: قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى في إيجاد فعل، كما تعرف أيضاً بأنها: عقد القلب على إيجاد الفعل جزماً، وهي انبعاث القلب نحو ما يراه موافقاً من جلب نفع أو دفع ضرر، حالاً أو مآلاً، وقد خصصها الشرع بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضا الله تعالى، وامتثال حكمه.⁽⁷²⁾ كما أن التمني يقع معناه في النفس عند فوات فعلٍ كان للمتمني في وقوعه نفع أو في زواله ضرر مستقبلاً، أما الإرادة فلا تتعلق إلا بالمستقبل في حين أن التمني يجوز أن يتعلق بما لا يصح تعلق الإرادة به أصلاً.

2. **الرضا:** في اللغة ضد السخط، ورضي بالشيء اختاره وقنع به وقبله⁽⁷³⁾، ويعرف الرضا في الاصطلاح بأنه: إثثار الشيء واستحسانه⁽⁷⁴⁾، والرضا في التصرفات يتكون من عنصرين:⁽⁷⁵⁾

(70) سورة النساء / 4.

(71) أحمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، ج1، بدون طبعة. (بيروت: دار الكتب العلمية، 390.

(72) زين العابدين ابراهيم الشهير " بابن نجيم المصري "، شرح: أحمد بن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، ج1، ط1. (بيروت: دار الكتب العلمية، 1985م) هامش 51.

(73) أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المحقق: عبد العظيم الشناوي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مادة (رضيت)، ط2. (القاهرة: دار المعارف، نسخة الكترونية) 229.

(74) سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2. (مرجع سابق) 394.

- القصد إلى مباشرة السبب:

أي القصد إلى القول أو الفعل المنشئ للتصرف وبعبارة أخرى، القصد إلى التعبير سواء كان لفظاً أو فعلاً، ولما كان اللفظ هو الغالب في التعبير فإن أكثرهم يعرفون القصد إلى مباشرة السبب بالقصد إلى النطق باللفظ.

- الرغبة في الحكم.

فالإرادة المعترية هي المعبرة عن رضا العاقدين، والإرادة أعم من الرضا فقد توجد الإرادة ولا يوجد الرضا، فلا تعد الإرادة معترية عنده، وذلك كما في الإكراه فقد يريد حصول أمر ولا يكون راضياً عنه، كما أن العقد الذي يعبر عنه بإرادة تظهر للناس، ولا تكون هذه الإرادة معبرة عن رضا العاقدين فلا يكون هذا العقد معترياً لكون إرادة العاقدين فيه لا تعبر عن الرضا.

3. الاختيار: في اللغة الاصطفاة، وكذا التَّخْيِيرُ والانتقاء، وتفضيل الشيء على غيره، وخبَّرَهُ بين الشيئين أي فوضَ إليه الخيار⁽⁷⁶⁾، وفي الاصطلاح: هو القصد إلى الشيء وإرادته. ويفرق الحنفية بن الرضا والاختيار، فالرضا إثارة الشيء واستحسانه، والاختيار القصد إلى الشيء وإرادته، فالمكره على الشيء يختاره ولا يرضاه، ولذلك فُرق بين الرضا والاختيار.⁽⁷⁷⁾ وإن أصل الاختيار الخير، فالمختار هو المرید لخير الشيئين في الحقيقة أو خير الشيئين عند نفسه من غير إلهاء واضطرار، أما الإرادة فتكون لفعل لم يكن بالبال غيره.⁽⁷⁸⁾

2. 4. 4. مراحل الإرادة:

تنقسم مراحل الإرادة إلى أربع مراحل كما بينها الاستاذ انور سلطان في مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، وهذه المراحل هي:⁽⁷⁹⁾

(75) السيد نشأت إبراهيم الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، ط1. (جدة: دار الشروق، 1992م) 52.

(76) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، (مرجع سابق) مادة (خير) 81.

(77) محمد بن محمد "ابن أمير حاج"، التقرير والتحجير في شرح التحرير، ج2 (بيروت: دار الكتب العلمية، بدون تاريخ) 195.

(78) (المرجع السابق نفسه) 28.

1. مرحلة التصور: يستحضر الشخص هنا الشأن القانوني الذي يريد إبرامه.
 2. مرحلة التدبير: هنا يوازن الشخص بين مختلف الاحتمالات والنتائج.
 3. مرحلة التصميم: أما هنا فالشخص يبت في الأمر وهنا أهم المراحل حيث تعتبر جوهر الإرادة.
 4. مرحلة التنفيذ: هذه المرحلة ينقل الشخص فيها من كامل نفسه إلى العالم الخارجي فتتجه إلى وجود أثر قانوني.
- فالإرادة هي القوة المنشئة للعقود، فالعقد هو توافق إرادتين على وجه ينتج أثره الشرعي، فاتفاق الإرادة من طرفي العقد هو ما ينشئ العقد ويرتب عليه أثره، فتتحقق الإرادة عند كل طرف ثم يعبر عنها الطرفان، فإن توافقت ترتب عليها العقد.
- ولكي تتوفر الإرادة لا بد من وعي الطرفين بالعقد وآثاره وأن يقصدها، فيجب:
- أن يكون صاحب الإرادة مدركاً لماهية العقد وما يفرضه من حقوق والتزامات، وهذا يتطلب من المتعاقد القدرة على التمييز والإدراك.
 - أن يكون المتعاقد قاصداً التعاقد وما يترتب عليه من أحكام وآثار، وهذا يتطلب في العاقد أن يكون حراً في اختياره. (80)

(79) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، ط1. (عمان: دار الثقافة، 2007م) 43.

(80) ابراهيم الدسوقي أبو الليل، "نظرية الالتزام - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، ط1. (الكويت: شركة مطابع الوزن العالمية، 1995) 88.

2. 4. 5. دور الإرادة في إنشاء العقود:

من المتفق عليه أن الإرادة لها دور مهم في تكوين العقود وإنشائها وإبرامها في الشريعة الإسلامية الغراء لأنها تعد العامل الأول والمهم في إيجاد العقد لأنها ركن جوهري من أركان العقد، وهذه الإرادة تسمى في الفقه الإسلامي باسم القصد أو النية. (81)

فالقصد: عرفها الفقهاء: العزم المتجه نحو إنشاء فعل. (82)

والنية: يقول القرابي رحمه الله: " قصد الإنسان بقلبه ما يريد به بفعله، نجد هنا أن النية والقصد متقاربان، وقال ابن القيم أن النية هي القصد بعينه، ولكن بينها هناك فرقان عن القصد، هما: (83)

1. **القصد** ممكن أن يكون بفعل الفاعل نفسه أو بفعل غيره، والنية لا تتعلق إلا بفعله نفسه، فلا يتصور أن ينوي الرجل فعل غيره، ويُتصور أن يقصده ويريده.
2. **القصد** لا يكون إلا بفعلٍ مقصورٍ يقصده الفاعل، وأما النية فتكون ما ينويه الشخص ويقدر عليه ويعجز عنه.

2. 4. 6. الإرادة وآثار العقود:

للإرادة التأثير الأول في إيجاد مجموع الالتزامات التي تنشأ عن العقد عند علماء القانون، ولأن إنشاء العقد في القانون يحتاج لإرادة حرة، فهذه الإرادة هي من تنشئ هذه الآثار، وبما أن العقد شريعة المتعاقدين في القانون بالنسبة لآثاره وكل ما اشتمل عليه، ما لم يكن مشتملاً على شيء يخالف النظام العام، فكل ما ارتضاه العاقد من أحكام يكون صحيحاً واجب الوفاء، ولو كان فيه غبن فاحش عليه، ولا عبرة بالتعادل بين العاقدين فيما يغنمانه ويغرمانه بسبب العقد، إنما العبرة بكون الالتزامات

(81) سامي عدنان العجوري "نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا - دراسة فقهية مقارنة" (رسالة ماجستير لم تنشر، جامعة الأزهر: غزة، كلية التربية قسم الدراسات الإسلامية، 2013م) 33-34، وانظر أيضاً: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، ط1 (بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1998م) 104.

(82) موقع الكتروني (الإسلام سؤال وجواب) تاريخ النشر: 2018/01/03م

(83) المرجع السابق نفسه.

نشأة عن إرادة حرة لم يلبس عليها بغش أو تدليس، فإذا توافرت تلك الإرادة ثبتت الآثار التي ارتضاها العاقدان. (84)

وإذا رجعنا للشريعة الإسلامية نجد أن الإرادة هي من تنشئ العقد فقط، وأما أحكام العقود وآثارها فالشارع هو من يكوئها وليس العقد، فالعاقد لا ينشئ الآثار بل ينشئ العقد فقط، كما أن تأثير إرادته تكون في تكوئن العقد وإيجاده، لا في إعطاء أحكامه وآثاره، وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع، لا من أعمال العاقد، ولذا يقول الفقهاء عن العقود أنها أسباب جعله شرعية، وليست بأسباب طبيعية، ويعنون بذلك أن تسبب العقود لآثارها ليست باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط، بل لذلك، ولأن الشارع جعل الأحكام الشرعية مترتبة على العقود، إفادة البيع نقل الملكية من البائع إلى المشتري، واستحقاق البائع للثمن، وغير ذلك من الأحكام ليس ذلك من ذات الإيجاب والقبول وما وراءهما من إرادة المتعاقدين ورضاها وتوافق رغباتهما فقط، ولكن لهذا، ولأن الشارع جعل ذلك العقد طريقاً لثبوت هذه الآثار، وتلك الأحكام، وذلك بأمرين (85):

- أولهما: إذن عام من الشرع يجعل الرضا طريقاً لإنشاء الحقوق والواجبات، وانتقالها، وذلك في الأصل العام في قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ" (86)، فالله سبحانه وتعالى جعل الأملاك باقية في سلطان أصحابها، لا تنتقل منهم إلى غيرهم إلا بالتراضي، فكان ذلك إذناً عاماً يجعل الرضا أساساً في العقود والالتزامات، وما يستمد من آثار وأحكام على العقود إنما هو مستمد من ذلك التقرير - الذي جعل الرضا أساساً للعقود المالية - ثم أوجب الوفاء بالعقود، وتنفيذ أحكامها في قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" (87)، فبهذين النصين الكريمين العامين، قد جعل الشارع للعقود آثاراً والتزامات تنشأ عنها، وأسساً تقوم عليها، فهي بهذا كانت أسباباً في للالتزام يجعلها الشارع كذلك، وإذا كان ذلك الجعل يتفق مع قضايا العقول، فلأن كل ما في الشرع يتفق مع ما ينتجه العقل السليم (88).

(84) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (مرجع سابق) 216.

(85) (المرجع السابق نفسه) 217.

(86) سورة النساء / 29.

(87) سورة المائدة / 1.

(88) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (مرجع سابق) 218.

- **ثانيهما:** أن الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثراً له يثبت إذا توافرت أركانه، وتحققت شروطه، وليس للعاقِد أن يفر من أحكام العقد بعد انعقاده، غلا إذا تنزل الطرف الثاني عن حقه في التمسك بها، وراضياً على فك عقدهم والتخلص من التزاماته، وإذا كان لكل عقد شرعي آثاره الخاصة، ومقتضاه الذي قرره الشارع له، سواء أَرادَه العاقِد أم لا، فليس للعاقِد أن يتخلص من ذلك المقتضى بشرط يشترطه، قبل العقد أو في أثناءه ما لم يرد إذن من الشارع بذلك، وإقرار منه له، سواء أكان ذلك إذناً عاماً شاملاً أم إذناً خاصاً بإقرار ذلك الشرط بعينه، وكذلك ليس له أن يزيد على المقتضى إلا بإذن من الشارع⁽⁸⁹⁾.

2. 4. 7. أقسام الإرادة العقدية:

قسم الشيخ مصطفى الزرقا الإرادة العقدية إلى قسمين، الإرادة الحقيقية وعبر عنها أنها الإرادة الباطنة التي لا يُطَّلَع عليها، والإرادة الظاهرة، وهي التي تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه كالتعاطي⁽⁹⁰⁾. لكننا سنتناول أقسام الإرادة أولاً باعتبار مصدرها إلى إرادة منفردة وإرادة متعددة، وباعتبار ظهورها إلى إرادة ظاهرة وإرادة باطنة:

2. 4. 7. 1. باعتبار مصدرها: إلى الإرادة المنفردة والإرادة المتعددة

تنقسم الإرادة إلى إرادة منفردة، تصدر من طرف واحد، وإلى إرادة متعددة لا ينتج عنها أثرها إلا إذا توافقت إرادة أكثر من طرف على إنتاج هذا الأثر، ولا يكفي فيها إرادة طرف واحد.

2. 4. 7. 1. 1. الإرادة المنفردة:

يقصد بها الإرادة التي من طرف واحد، من غير أن تتوافق مع إرادة طرف آخر⁽⁹¹⁾، فهي تصرف قانوني من جانب واحد وتسمى (التصرف القانوني الأحادي)⁽⁹²⁾.

(89) (المرجع السابق نفسه) 218.

(90) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام " إخراج جديد بتطوير في الترتيب والتبويب وزيادات"، ج1، ط2. (دمشق: دار القلم، 1425هـ/2004م) 435.

(91) عبد الفتاح عبد القادر، بحث نظرية العقد والإرادة المنفردة "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، 1984م، ص676.

(92) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزام، ج1 (مصادر الالتزام)، ط3. (مكتبة دار الثقافة، 1995م) 327.

وهذه الإرادة وإن كانت من طرف واحد إلا أنه يترتب عليها آثار عدة، فيمكنها أن تكسب حقاً عينياً كما في الوقف، كما يمكنها أن تنهي بعض العقود، فيمكنها أ، تنهي الوكالة، وتنهي الهبة بالرجوع عنها.

ويعطي الفقه الإسلامي للإرادة المنفردة مجالاً واسعاً لترتب آثاراً، فنتج الإرادة المنفردة آثاراً قانونية متنوعة، ومن أمثلة الإرادة المنفردة التي يترتب عليها آثار:

- **النذر:** إلزام مكلف مختار نفسه لله تعالى بالقول شيئاً غير لازم عليه بأصل الشرع⁽⁹³⁾.
- **الجمالة:** وهي التزام جعل - ما يجعله الإنسان على نفسه - أو أجر معين لمن يقوم بعمل معين، فهي اسم لما يُعطاه الإنسان على أمر يفعله⁽⁹⁴⁾، والأصل فيها قوله تعالى: " وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بِعِزٍّ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ " ⁽⁹⁵⁾.
- **الوقف:** وهو حبس المال عن التصرف، وتخصيص ريعه لجهة بر، تقرباً إلى الله تعالى، وهو ينعقد بإرادة الواقف وحده⁽⁹⁶⁾.
- فتترتب على هذه التصرفات آثار، على الرغم من أنها تصدر من طرف واحد، ويكون من تصدر عنه ملزماً بها⁽⁹⁷⁾.
- وترتب الإرادة المنفردة آثاراً في التبرعات كالهبة والصدقة، وفي الإسقاط كالإبراء من الديون بالإضافة للإطلاقات كولاية الأب من مال ابنه⁽⁹⁸⁾، أما العقود فلا تبنى على الإرادة المنفردة وتحتاج لإرادة متعددة كي تترتب عليها آثارها، إذ أن العقود يترتب عليها آثار متناقضة من تسليم واستلام، فلا يكون ذلك من طرف واحد، ثم إن العقد ينشأ من إيجاب وقبول ولا يكون ذلك من طرف واحد بل يحتاج طرفين.

(93) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج40، (مرجع سابق) 136.

(94) منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، ج4 (بيروت: دار الفكر، بيروت، 1402هـ) 202.

(95) سورة يوسف / 72.

(96) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4. (مرجع سابق) 85.

(97) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1. (دمشق: دار الفكر، بدون تاريخ) 45.

(98) محمد زكي عبد البر، التصرفات و الوقائع الشرعية، ط1. (الكويت: دار القلم، 1982/1402م) 54-

إلا أن الفقهاء يستثنون بعض الحالات التي ينعقد فيها العقد بإرادة من فرد بشرط أن يكون متخذاً لصفتين، كإشراء الأب من ابنه الصغير، فيبيع بصفته وصياً على الصغير ويشترى لنفسه، وذلك بشرط أن يكون ذلك بضمن المثل (99).

2. 4. 7. 1. 2. الإرادة المتعددة:

الأصل في العقود أن تتعدد فيها الإرادة، فكل عقد فيه طرفان على الأقل ولا بد أن يكون لكل طرف إرادته التي تقصد لترتيب آثار العقد، فالإرادة المنفردة لا تنشئ عقداً وإن كانت قد تنشئ التزاماً (100).

وتعدد الإرادة يتمثل في أمرين هما - الإيجاب والقبول - وهما يمثلان إرادة كل طرف من أطراف العقد، ولأن العقد ينشأ من توافق إرادتين فلا بد إذاً من توافق الإيجاب والقبول.
- الإيجاب: في اللغة مصدر أوجب - فأوجب الأمر على الناس ألزمهم به (101)، ويعرفه الفقهاء بأنه: "ما يصدر عن البائع دالاً على الرضا في عقد البيع" وهو تعريف جمهور الفقهاء (102)، فهو ما يصدر ممن يكون منه التملك (103)، أما الحنفية فيعرفون الإيجاب بأنه أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف (104).

- القبول: في اللغة قَبِلَ الشيء قَبُولاً وقَبُولاً وكلاهما الأخذ عن طيب خاطر، والله عز وجل يقبل الأعمال من عباده وعنهم ويتقبلها (105)، وفي الاصطلاح ما صدر من المشتري دالاً على الرضا، أو

(99) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4. (مرجع سابق) 89.

(100) فريد فتیان، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والمدني، (لندن: دار واسط للنشر والتوزيع، 1985م) 27.

(101) محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، (مرجع سابق)، ج1، مادة (وجب) 793-796.

(102) أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، ج3. (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1401هـ). 561.

(103) محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي. (القاهرة: دار الفكر العربي، 1987م) 254.

(104) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ط خ. (الرياض: دار عالم الكتب للطباعة، 2003م) 103.

(105) ابن منظور، لسان العرب، (مرجع سابق)، ج11، مادة (قبل) 540.

ما يصدر رهن من يكون منه التملك، وهو تعريف جمهور الفقهاء⁽¹⁰⁶⁾، أما الحنفية فالقبول ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل انشاء التصرف وبه يتم العقد⁽¹⁰⁷⁾.

ارتباط القبول بالإيجاب:

لا يكفي أن يتوفر الإيجاب والقبول لكي يتم إنشاء العقد، بل يجب أن يتوافق هذا القبول مع الإيجاب ليكون معبراً عن رضا العاقدين بالآثار التي ستترتب على العقد⁽¹⁰⁸⁾.
فيشترط في العقود أن يوافق القبول الإيجاب، في جميع ما أوجبه الموجب، وهذا شرط في جميع العقود دون استثناء، فإن خالف القبول الإيجاب بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لا ينعقد العقد، فلو قال البائع مثلاً بعثت السيارة بعشرة آلاف فقال المشتري قبلت ثمانية آلاف لا ينعقد البيع⁽¹⁰⁹⁾.
بالإضافة لاشتراط أن يكون الإيجاب والقبول صادرين من صاحبي أهلية كاملة، وأن يكونا في مجلس العقد.

2. 4. 7. 1. باعتبار ظهورها: إلى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

1. الإرادة الظاهرة:

بما أن الإرادة هي الأساس المعول عليه في العقود كي تنتج هذه العقود أثرها، ولكي يعتد بالإرادة فلا بد من أن يتم التعبير عنها، هذا التعبير عن الإرادة هو ما يعرف بالإرادة الظاهرة⁽¹¹⁰⁾، فهي ما يظهر من إرادة لدى المتعاقدين، وهي الصيغة التي تعبر عن الإرادة الباطنة⁽¹¹¹⁾.

(106) محمد موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، 254.

(107) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، (مرجع سابق) 104.

(108) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة "دراسة معمقة بالفقه الإسلامي". (مصر: مطبعة النهضة، 1984) 144.

(109) الحسين شواط و د. عبد الحق حمش، فقه العقود المالية، ط1. (عمان: دار البيارق للطباعة، 2001م) 29.

(110) ابراهيم الدسوقي أبو الليل، "نظرية الالتزام" (مرجع سابق) 94.

(111) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج4. (مرجع سابق) 189.

فالمظهر الخارجي الذي يعبر عن إرادة المتعاقدين هو ما يعطي إمكانية معرفة الإرادة ومعرفة مضمونها، ولذلك يعول عليه كثير من الفقهاء وأهل القانون، وليس للمظهر الخارجي قوة في حد ذاته بل يستمد هذه القوة من تعبيره عن حقيقة ما يريده من تصدر عنه هذه الإرادة.

2. الإرادة الباطنة:

فالأصل في الإرادة أن يتطابق ظاهرها مع باطنها، وأن يتطابق التعبير عنها مع حقيقة ما يريد العاقد، إلا أنه قد يحدث أن يختلف التعبير الذي يصدر من العاقد مع حقيقة ما يريد، وعندها يتكون لدينا إرادة ظاهرة وإرادة باطنة.

فالإرادة الباطنة هي النية والقصد الذي يقع في نفس العاقد⁽¹¹²⁾، ويهدف إلى تحقيقه والوصول إليه، سواء عبر عنه بما يبين هذه الإرادة فتكون الإرادة الباطنة موافقة للإرادة الظاهرة، أو عبر عنها بما يخالف حقيقة ما يريد، فتختلف الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة، ونتيجة لهذا الاختلاف تنتج عقود ظاهرها يخالف حقيقة ما يريد العاقدان.

والأصل أن تعبر الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة في العقود؛ حيث إن الأخيرة هي الأصل في إنشاء العقود، فهي التراضي الدال عليه قول الله جل وعلا: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ " (113)، ومتى تحقق ذلك بأن تطابقت الإرادتان كان العقد صحيحاً شرعياً، وقد توجد إرادة باطنة - النية - دون إرادة ظاهرة بالأساس، لكن تعبر عنها، وهذه لا تنتج عقداً بالأساس، لكن يبقى السؤال إذا ما وجدت الإرادة الظاهرة دون أن يصاحبها إرادة باطنة، بمعنى آخر قد يتم ظاهره الأركان والشروط المطلوبة، إلا أنه في حقيقته ينطوي على شكل من أشكال التحايل على الحرام، ويكون ذلك باللجوء لوسيلة مشروعة وصولاً لغرض غير مشروع كبيع العنب لعاصره خمراً مثلاً، فما الحكم الشرعي للعقد عندئذ؟

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

(112) (المرجع السابق نفسه) 189.

(113) سورة النساء/29.

الأول: ما ذهب إليه الحنفية⁽¹¹⁴⁾ والشافعية⁽¹¹⁵⁾: وهو الاعتداد بالإرادة الظاهرة في العقود، حيث أنَّ الاعتداد بالإرادة الظاهرة في العقود يجعل ميدان المعاملات المالية أكثر استقراراً منه في حال تغليب النية والمرتبطة ببواعث داخلية قد تهدد المعاملات، ويبقى العقد صحيحاً عندهم ما لم يصرح بالسبب أو الباعث على العقد، وذلك لاشتماله على أركان العقد الأساسية، لكنه عند الحنفية مكروه كراهة تحريمية⁽¹¹⁶⁾، وعند الشافعية حرام بسبب النية غير المشروعة.

الثاني: ما ذهب إليه المالكية⁽¹¹⁷⁾، والحنابلة⁽¹¹⁸⁾: وهو مراعاة الإرادة الباطنة، فالباعث إذا كان مشروعاً فالعقد صحيح، أما إن كان غير مشروع فالعقد عندئذ باطل، فهم يقولون ببطان التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يكون الطرف الآخر عالماً بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك من خلال القرائن الدالة عليه، وإلا فهو إعانة على الإثم والعدوان. فيبطل عندهم أي عقد فيه تحايل كبيع العينة⁽¹¹⁹⁾، لما فيه من تحايل على الربا، وكذلك يبطل عندهم بيع العنب لعاصره خمراً، وإن كان في ظاهره قد أتم شروط العقد وأركانه.

-
- (114) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، (مرجع سابق) 189.
- (115) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع، ج9. (مرجع سابق) 353، انظر أيضاً: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج2. (مرجع سابق) 37-38.
- (116) الكراهية التحريمية: هي ما ثبت النهي عنه شرعاً نهيماً جازماً بدليل ظني - انظر: محمد أمين الشهير "بابن عابدين"، رد المحتار على الدر المختار "حاشية ابن عابدين"، ط2 ج1. (مرجع سابق) 639 (نظر هنا)
- (117) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشهير "بابن رشد الحفيد"، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، ج1. (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1412هـ/1992م) 150، وانظر أيضاً: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3. (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، بدون تاريخ) 91-90.
- (118) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ط1، ج4. (بيروت: دار الفكر، 1985/1405م) 237، وانظر أيضاً: أبو عبد الله بن أبي بكر المشهور "بابن قيم الجوزية"، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محي الدين عبد الحميد، ج1. (بيروت: المكتبة العصرية، 1987م) 106-122.

(119) بيع العينة: "بيع سلعة بثمن مؤجل ثم شراؤها من المشتري بثمن مؤجل أقل مما باعها به"، انظر: عبد العظيم أحمد عدوان، بحث بعنوان (بيع العينة وحكمه في الإسلام) مجلة الفتح 2008، العدد 32، كلية القانون: جامعة ديالى، ص4، وحكمه: الجمهور أنهم قالوا بفساد بيع العينة في هذه الصورة وعدم صحته، لأنه يكون ذريعة إلى الربا، وبه يتوصل إلى إباحة ما نهي الله تعالى عنه فلا يصح. (المرجع السابق نفسه) 9، وقد دل على تحريم بيع العينة ما رواه ابن عمَرَ رضي الله عنهما قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

2. 4. سلطان الإرادة:

2. 5. 1. ماهية سلطان الإرادة ومضمونها:

إن للإرادة والرضا سلطة مؤثرة في إنشاء العقود، كما أن لها سلطة في ترتيب هذه العقود لآثارها، فسلطان الإرادة هو مدى حرية الإرادة في إنشاء العقود وفي اشتراط الشروط التي تحدد العقود والالتزامات، وتحديد الآثار التي تنشأ عنها، وهذه الحدود يضعها المشرع وفقاً لحاجات المجتمع والأفراد، ويتضمن العقد تعهداً باحترام نتائجه والالتزام بها، يقول عز وجل: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" (120)، ويقول أيضاً: "وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ۗ ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ" (121)، كما يقول عز وجل: "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۗ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا" (122).

فتفيد النصوص السابقة وأمثالها، أن عقد الذي يبرمه الشخص هو تعهد باشره بإرادته الحرة، وهو ملزم له بنتائجه، يقيد بها إرادة برضا منه مما يعطي الثقة والاطمئنان إلى نتائج التعاملات الاقتصادية المختلفة، وعلّة الإنسان أن يعلم كيف يبني تصرفاته.

وقد سارت أغلب القوانين الوضعية الحديثة إلى أن للإرادة سلطاناً على العقود، فتنص القوانين فيها على أن الاتفاقات المعقودة تحل محل القوانين للذين عقدها، وهو ما نص عليه القانون الفرنسي، كما نص القانون المصري على أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين

يَقُولُ: (إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَيْنَةِ، وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ، وَرَضِيْتُمْ بِالزَّرْعِ، وَتَرَكْتُمْ الْجِهَادَ، سَلَطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ)، انظر: سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في النهي عن العينة، ح 3462، وقال الألباني حديث صحيح.

(120) سورة المائدة / 1.

(121) سورة الأنعام / 152.

(122) سورة الإسراء / 34.

أو للأسباب التي يقرها القانون، وهذا خلاف ما سار عليه القانون الروماني القديم والذي كان غارقاً في الشكلية، فلا يعتد بالإرادة أو الرضا فيه بل العبرة فقط بشكل العقد كي يترتب عليه أثره (123) . وهذا يتفق مع تعريف القانون للتصرف " فهو اتجاه الإرادة إلى احداث أثر قانوني وقد يتمثل هذا الأثر في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاءه " كما يتفق مع تعريف القانون للعقد " فهو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء " فأعطت هذه القوانين للإرادة الحق في إنشاء العقود بالشكل الذي تريد، كما أعطتها الحق في ترتيب الآثار التي تريد، فتشترط الشروط التي تحقق مصلحة العاقدين، وبالتالي فإن مضمون هذا المبدأ يتمثل في عدة أمور هي:

1. أن الأفراد أحرار في التعاقد أو عدم التعاقد فلا يوجد إلزام قانوني بإبرام عقد.
 2. إذا لم يكن الرضا حراً فالعقد باطل.
 3. يحدد المتعاقدان باختيارهما مضمون العقد، فالمتعاقد غير مقيد بمحصر القانون لعدد معين من العقود.
 4. إذا أبرم العقد فلا يلغى أو يغير إلا بتوافق الإرادات التي أبرمته (124).
- وبالتالي فإن سلطان الإرادة يعني أن الإرادة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية، ما دامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والأدب وأنها كذلك حرة في رسم نطاق العقد وتحديد آثاره وهي وحدها قادرة على إنائها (125).

(123) علي محيي الدين القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ج2، ط2. (بيروت: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، 2002 - 1423هـ) 1198 - 1199.

(124) شمس الدين قاسم الخزاعلة، نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني. (اربد، الأردن: دار الكتاب النقابي، 2005) 12.

(125) عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي. (أطروحة دكتوراة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1996م) 13-14.

2. 5. 2. أنواع سلطان الإرادة:

فسلطان الإرادة يتمثل في جانبين، في مدى حرية الإرادة في التعاقد، ومدى حرية الإرادة في الاشتراط في العقد، والفقهاء الإسلامي يعطي للإرادة الحق في إنشاء العقود، لكن الفقهاء يختلفون في مدى الحرية التي تتمتع به الإرادة في إنشاء العقود وفي حرية الاشتراط في العقود:

2. 5. 2. 1. حرية التعاقد:

يقصد بالحرية التعاقدية: صلاحية الرضا والإرادة في إنشاء العقود دون قيود، فتتجه القوانين الحديثة إلى توسيع الحرية التي تعطى للإرادة في إنشاء العقود والالتزامات، وتقرر هذه القوانين قاعدة في هذا المجال وهي: العقد شريعة المتعاقدين، وهذه القاعدة تجعل العقد ملزماً لكل طرف من المتعاقدين، كما تعطي الحق في إيجاد عقود جديدة، كما تعني هذه القاعدة أن السلطان المطلق في إنشاء العقد وترتيب آثاره هو لإرادة المتعاقدين، دون نظر إلى فكرة التعادل في الغنم والغرم أن ما قد يكون من غبن فاحش على أحد المتعاقدين (126).

وفي الفقه الإسلامي فإن مسألة المدى الذي تتمتع به الإرادة في إنشاء العقود هو محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من يوسع للإرادة ومنهم من يضيق عليها، إلا أن الجميع يتفق على أن توجه إرادة الإنسان إلى العقد ورضاه به هو الأساس الذي تقوم عليه العقود، فقال عليه الصلاة والسلام: "إنما البيع عن تراض" (127)، كما قال عليه الصلاة والسلام: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه" (128).

وللفقهاء في مسألة حرية الإنسان في إنشاء العقود مذهبان، أولهما يضيق في العقود، ويجعل أن الأصل فيها المنع، ولا يصحح من العقود إلا ما نصت الشريعة عليه، والثاني يوسع في العقود ويجعل الأصل فيها الإباحة ما لم يخالف ما يتفق عليه العاقدان نصاً شرعياً.

القول الأول: ذهب الظاهرية إلى أن الأصل في العقود المنع، ولا يحل منها إلا ما نصت الشريعة على حلها، ويستدلون على ذلك بما يلي:

(126) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4 (مرجع سابق، 1985م) 197 وما بعدها.

(127) سنن ابن ماجه، كتاب التجارات: باب بيع الخيار، ح2185، 737/2، وإسناده صحيح.

(128) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الغصب: باب: من غصب فأدخله في سفينة ح11545،

166/6، وقال عنه الألباني في الإرواء حديث صحيح.

- إن الشريعة شاملة لكل شيء، فلا تترك للإنسان الحرية في عقد ما يريد، لأن ذلك يهدم الأسس التي بنيت عليها الشريعة من إقامة مصالح الناس، ودفع الأضرار عنهم.

- قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ فَهُوَ رَدٌّ " (129).

فكل عقد أو شرط لم يشرع الشرع بنص أو إجماع يكون باطلاً، لأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها يكونون قد أحلوا أو حرموا غير ما شرعه الله.

- قال عليه الصلاة والسلام: " مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ " (130).

فالشروط غير المنصوص عليها باطلة، ومصله العقود غي المنصوص عليها، وهذا يشمل العقود حتى وإن كان في الشروط لأن اسم الشرط يقع عليه (131).

وتناقش هذه الأدلة بأنها لا تدل على المطلوب، فالعقود المستحدثة التي لا تحتوي على مخالفة شرعية لا تدخل في نطاق الأمر الذي ليس عليه أمر الشرع، بل هي داخلة في الأمور المباحة إذا التزم بها الإنسان كان لزاماً عليه الوفاء بها، كما أنه لا قائل بجواز شيء يحل حراماً ولا بشيء يحرم حلالاً، ولا خلاف في حرمة أي عقد يترتب عليها أي من المنهيات التي نهى عنها الشرع (132).

القول الثاني: وهو لجمهور الفقهاء فيذهبون إلى أن الأصل في العقود الإباحة، فيفتح ذلك مجالاً واسعاً لإنشاء العقود الجديدة، ويعطي الإرادة الحق في تحقيق ما تسعى وتطمح إلى الوصول إليه، كما يعطيها الحق في اتخاذ الوسيلة المناسبة التي تضمن تحقيق هذه الأهداف، فلها الوصول إلى ذلك بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر، ما دامت تحقق ذلك دون ارتكاب لأي من المنهيات التي نهى عنها الشرع، ويستدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية:

(129) صحيح البخاري، كتاب الصلح: باب إِذَا اصْطَلَحُوا عَلَى صُلْحٍ جَوْرٍ، ح 2697.

(130) صحيح البخاري، كتاب الشروط: باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس، ح 2580.

(131) أبي محمد علي حزم الظاهري، الإحكام في أصول الأحكام، ج5. (مصر: مكتبة دار عاطف، بدون تاريخ) 784.

(132) علي محيي الدين القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، ج2. (مرجع سابق) 1163.

- قال تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ " (133)، وقال تعالى: " وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ۚ ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ " (134)، كما قال تعالى: " وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۚ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا " (135).

فهذه الآيات تدل على أن الوفاء بالعقد مطلقاً أمر واجب، دون أن تقيد ذلك بشيء إلا ما دل الدليل الخاص على منعه.

يقول ابن تيمية في ذلك: فقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود وهذا عام، وكذلك أمر بالوفاء بالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، بدليل قوله تعالى: " وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُؤْلُونَ الْأَدْبَارَ ۚ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا " (136)، فدل ذلك على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، بدليل قوله تعالى: " وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُؤْلُونَ الْأَدْبَارَ ۚ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا " (137)، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عله قبل العهد كالنذر والبيع، ولهذا قرنه بالصدق في قوله: " وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۗ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ۚ ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ " (138)، لأن العدل في القول خير يتعلق بالماضي والحاضر (139).

- قال تعالى: " وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا " (140).

والبيع هنا يفيد العموم بدخول الألف واللام عليه، واللفظ إذا ورد يحمل على عمومه وإلا أن يأتي ما يخصصه، فإن خصص منه شيء بقي ما بعد التخصيص على عمومه، وبالتالي فالمعاملات الجائزة هي التي لم يحظرها الشرع، ولا ورد فيها نهي، فلا يبحث عن دليل التحليل، بل يكفي ألا يوجد دليل على

(133) سورة المائدة / 1.

(134) سورة الأنعام / 152.

(135) سورة الإسراء / 34.

(136) سورة الأحزاب / 15.

(137) سورة الأحزاب / 15.

(138) سورة الأنعام / 152.

(139) تقي الدين ابن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى لابن تيمية، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ج17،

بيروت: دار الكتب العلمية، 2011م) 67.

(140) سورة البقرة / 275.

التحريم كي يباح أي عقد مستحدث، فأصل البيوع كلها على الإباحة، وكان النبي صلى الله عليه وسلم يرى تعاملات الناس ويقرهم عليه ولا يبين إلا ما كان محرماً عليهم⁽¹⁴¹⁾.

- قال النبي صلى الله عليه وسلم: "أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا خَالِصًا وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خِصْلَةٌ مِنْهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خِصْلَةٌ مِنَ النَّفَاقِ حَتَّى يَدْعَهَا إِذَا أُؤْتِيَ خَانَ وَإِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَإِذَا عَاهَدَ عَدَرَ وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ تَابَعَهُ شُعْبَةٌ عَنِ الْأَعْمَشِ" (142).

فيدل الحديث على حرمة نقض كل العهود، وإلا ما دل الدليل على حرمتها، كما يدل على حرمة مخالفة كل الوعود المباحة، وبالتالي فالوفاء بها يكون واجباً ولا يمنع العقود إلى النصوص الخاصة في الحرمة (143).

- قال عليه الصلاة والسلام: "الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَ حَرَامًا. وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَ حَرَامًا" (144).

- كما يُستد على حرية التعاقد بالمعقول، فإن العقود والشروط من الأفعال العادية التي فيها الإباحة وعدم التحريم، فإنه لو كان الأصل فيها الحرمة لبينها القرآن، حيث قال تعالى: "وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ" (145)، فإن لم تكن محرمة فهي صحيحة لا فاسدة، وقد أوجبت الشريعة الوفاء بها.

بالإضافة إلى أن الرضا هو الأساس في العقود، فقال تعالى: "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ" (146)، فلم تشترط الآية إلا التراضي، وذلك يعني أن التراضي هو المبيح للتجارة، فتشبت الإباحة في كل عقد إذا توفر فيه الرضا.

(141) محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، ط2. (المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم، 2001م) 105.

(142) صحيح البخاري، كتاب الإيمان: باب علامة المنافق، ح 34.

(143) علي محيي الدين القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، ج2. (مرجع سابق) 1156.

(144) محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الصحيح - سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاکر وآخرون، كتاب الأحكام عن رسول الله عليه السلام، ج3، ط2 (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1388هـ/1968م) حديث رقم 1352.

(145) سورة الأنعام / 119.

(146) سورة النساء / 29.

وأدلة الجمهور وإن كانت عامة إلا أنها تخصص بالأدلة الشرعية الدالة على حرمة الالتزام بما قد حرّمته
الشرعية، فيحرم العقد الذي فيه ربا مهما كان نوعه أو شكله، وسواء كان من العقود المنصوص عليها
في الشريعة أو كان عقداً مستحدثاً.

فيتقرر من ذلك أن الأصل في العقود الإباحة، ولا تقيد إلا بعدم ارتكاب ما نهت الشريعة عنه فيقول
الإمام الشافعي: فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزين الأمر فيما تبايعا، إلا ما
نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه
وسلم محرّم بإذنه، داخل في المعنى المنهي عنه، وما فارق ذلك أبجناه بما وصفنا من إباحة البيع في
كتاب الله تعالى (147).



(147) محمد الشافعي، الأم، تحقيق رفعت عبد المطلب، ج4، ط1. (المنصورة: دار الوفاء للطباعة، 2001م)5-

2. 5. 2. 2. حرية الاشتراط:

وبناء على اختلاف الفقهاء في حرية التعاقد، فإنهم يختلفون في حرية الاشتراط، فيرى ابن حزم أن الأصل في العقود المنع، فكل عقد لم يرد في الشرع فهو باطل، وبالتالي فكل شرط لم يرد في الشرع فهو باطل، فلا يصح من الشروط إلا سبعة شروط ورد النص عليها في الشرع (148).

أما جمهور الفقهاء فإن الأصل عندهم كما سبق، هو أن الأصل في العقود الإباحة، وبالتالي فإنهم يبيحون الاشتراط في العقود بشكل عام، إلا أنهم يختلفون في مدى الحرية التي تعطى للإنسان في هذا الباب.

ويمكن تقسيم هذا الفريق إلى وجهتين، فمنهم من يوسع في الشروط وهم الحنابلة، فيذهبون إلى التوسيع في الشروط فالأصل في الشروط الإباحة، ويشارك هذا الرأي فقهاء المالكية (149)، فيصح كل شرط فيه منفعة لأحد العاقدين أو كلاهما، كاشتراط منفعة في عقد البيع كأن يشترط سكنى الدار مدة معينة، أو أن يشترط توصيل المبيع إلى مكان معين، فهي شروط صحيحة يلزم الوفاء بها، والدليل على ذلك في حديث جابر رضي الله عنه: " أَنَّهُ كَانَ يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ لَهُ قَدْ أَعْيَا فَمَرَّ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَضْرَبَهُ فَدَعَا لَهُ فَسَارَ بِسَيْرٍ لَيْسَ يَسِيرُ مِثْلَهُ ثُمَّ قَالَ بِعْنِيهِ بِوَقِيَّةٍ قُلْتُ لَا ثُمَّ قَالَ بِعْنِيهِ بِوَقِيَّةٍ فَبَعْتُهُ فَاسْتَشْنَيْتُ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي فَلَمَّا قَدِمْنَا أَتَيْتُهُ بِالْجَمَلِ وَنَقَدْتِي ثَمَنُهُ ثُمَّ انصرفت فَأَرْسَلَ عَلِيٌّ إِتْرِي قَالَ مَا كُنْتُ لِأَخْذِ جَمَلِكَ فَخُذْ جَمَلَكَ ذَلِكَ فَهُوَ مَالُكَ " (150)، فتبين هنا أن جابر رضي الله عنه باع إلى النبي صلى الله عليه وسلم بغيراً واشترط حملانه عليه إلى أهله، وأقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك ودفع له الثمن.

فبيح هذا الفريق من الشروط:

1. ما كان في مقتضى العقد كاشتراط التسليم، والتقابض، وهذا يكلفه العقد أصلاً، وبالتالي فوجوده وعدمه سواء.
2. ما تتعلق به مصلحة لأحد العاقدين، أو لكليهما، كالأجل والخيار والرهن وغيرها فهو جائز ويلزم الوفاء به.

(148) أبو محمد علي بن حزم الأندلسي، المحلى، ج8. (بيروت: المكتب التجاري للطباعة، بدون تاريخ) 413.

(149) الخطاب شمس الدين المالكي، مواهب الجليل، ج4. (مرجع سابق) 373.

(150) صحيح البخاري، كتاب الشروط: بَابُ إِذَا اشْتَرَطَ الْبَائِعُ ظَهَرَ الدَّائِبَةُ إِلَى مَكَانٍ مُسَمًّى جَزَاءً، (2718).

3. ما ليس من مقتضى العقد، ولا من مصلحة أحد العاقدين لكنه لا ينافي مقتضى العقد، كأن يشترط منفعة للبائع، كاشتراط حمل المبيع إلى مكان معلوم، وهو جائز (151).

ولم يستثن من الروط إلا ما كان مناقضاً لمقتضى العقد، كأن يشترط عدم هبة المبيع أو بيعه، فالبائع يقتضي ملكية المبيع للمشتري ملكية كاملة، واشتراط عدم بيعه يخل بهذه الملكية، كما يستثنى من الشروط كل شرط كان مخالفاً لحكم شرعي.

أما الفريق الآخر وهم الحنفية، وهم من ضيق في الشروط بالمقارنة بالحنابلة، ويشاركهم هذا القول الشافعية (152)، فالشروط عند الحنفية ثلاثة أنواع:

1. **الشرط الصحيح:** وهو الشرط الذي يوافق مقتضى العقد، أو يؤكده، والشرط الذي جاء به الشرع، أو جرى به العرف، فاشتراط تسليم المبيع مثلاً هو من مقتضى العقد، واشتراط البائع تقديم كفيل أو رهن يؤكد مقتضى العقد، واشتراط الخيار هو شرط ورد به الشرع (153).

2. **الشرط الفاسد:** وهو الشرط الذي فيه منفعة لأحد العاقدين، لكنه ليس من مقتضى العقد ولا يؤكده، ولم يرد به نص، ولا جاء به عرف، ومثاله أن يشتري حنطة على أن يطحنها له البائع، فهو شرط فيه منفعة للمشتري (154).

3. **الشرط الباطل:** وهو الشرط الذي فيه مخالفة للشرع، كالشرط الذي فيه ضرر لأحد المتعاقدين، مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع السلعة المباعة مثلاً.

وبما أن الأصل في المعاملات الإباحة والتخفيف على الناس، فالقول بالتوسع عليهم في معاملاتهم أقرب إلى تحقيق المصالح، يقول الدكتور الزحيلي: فيؤخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية، تحقيقاً لحاجات الناس ومصالحهم، ومراعاة لما يطرأ من تطور وأعراف في إبرام العقود لأغراض مشروعة، وإلا لشلت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتسع ميدانه في العقود الشروط على نحو لم يكن معروفاً لدى الفقهاء (155).

(151) علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، ط1، ج4. (بيروت: دار احياء التراث العربي) 34.

(152) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع، ج9. (مرجع سابق) 446.

(153) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، (مرجع سابق) 172.

(154) محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، ج13 (مرجع سابق) 14-15.

(155) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج4. (مرجع سابق - طبعة 1985م) 202.

3. الفصل الثالث: الصورية " حقيقتها وشروطها وضوابطها "

3. 1. التمهيد للفصل:

خصصت هذا الفصل للحديث عن الصورية بجانبها النظري، فستتطرق في بداية الفصل عن ماهية الصورية وحقيقتها وبيان وصفها، ثم سأتكلم عن شروطها وكيفية تمييزها عن العقود الأخرى، ثم أهم الألفاظ المشابهة بالصورية وبيان أهم ما يربطهما ببعض كبيع التلجئة وبيع الوفاء والعينة والتدليس والغش والتزوير والهزل وتفصيلها وبيان حكمها، وفي نهاية البحث تطرقت لضوابط تحدد مسار العمل في هذا العقد، لأن التعامل الصوري بكل أشكاله وأنواعه لا بد أن يخضع لأحكام الشرع والقانون، ليكون العقد خالي من المفاصد ويتوافق مع مقاصد الشريعة.

3. 2. ماهية الصورية

3. 2. 1. تعريف الصورية لغة:

من الصُّورة الشكل والهيئة، وصوّر الشيء أي أظهره على شكل ما، فالصورة هي ظاهر الشيء وهيئته وشكله وصفته، وتصورت الشيء أي توهمت صورته (156).

فتكون صورة الشيء في مظهره الخارجي دون النظر لحقيقته وباطنه، ومنها أخذت الصورية.

3. 2. 2. تعريف الصورية اصطلاحاً:

أما في الاصطلاح فهناك عدة تعريفات ممكن ذكرها هنا:

اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت ستار مظهر كاذب، وذلك لسبب قام عندهما (157).

تعريف الزرقا للصورية: "إذا كان اتفاق الطرفين في العقد ظاهرياً فقط، وتحقق انتفاء الإرادة الحقيقية في أصل العقد كان العقد صورياً" (158) فتكون الإرادة في هذا العقد في ظاهره وليس في حقيقته وجوهه.

(156) لسان العرب، ابن منظور، مادة (صور) (مرجع سابق).

(157) سيد حسن البغال، المطول في شرح الصيغ القانونية للدعوى والأوراق القضائية، ج5. (السعودية: عالم

الكتب، 1996م) 86.

- أما الزحيلي فعرفها بقوله: " يكون العقد صورياً، إذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها وانعدمت الإرادة الباطنة " (159).

- اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير (160).

لم يضع الفقه الإسلامي قاعدة عامة أو تعريفاً جامعاً يضم جميع حالاته ولكن يمكن أن يعرف من خلال الإرادة المكونة للعقد من طرفي الإيجاب والقبول، أو أحدهما، " فإذا كان اتفاق الطرفين في العقد ظاهرياً فقط وتحقق انتفاء الإرادة الحقيقية في أصل العقد، كان العقد صورياً، أي أن فيه مظهر العقد وصورته فقط، لا حقيقته وجوهره " (161).

ثم جرى استعمال هذا المصطلح عند متأخري الفقهاء قريباً من الاصطلاح القانوني، ومن أمثلة ذلك: لو رد الإمام أرضاً من بيت المال لمن يستحق من أهل الفضل كعالم مثلاً، وأظهر ذلك في شكل بيع فيعبرون عن ذلك بأنه شراء صوري، غير حقيقي ويصححون ذلك على أنه إرصاد لا بيع وأصلها لبيت المال (162).

وقد مثل الشيخ الزحيلي للصورية بعدة أمثلة كلها تنعدم فيها الإرادة الباطنة، فذكر من الأمثلة (163):

1. حالة السكر والنوم والجنون وعدم التمييز والإغماء.
2. حالة عدم فهم العبارة، فمن ذكر عبارة تدل على التزام ما دون فهمه لمعناها كأن تكون بلغة لا يعرفها فلا يعد ذلك التزاماً منه.
3. حالة التعليم والتمثيل.
4. حالة الهزل أو الاستهزاء.

(158) الزرقا، المدخل الفقهي العام (356/1)، مرجع سابق.

(159) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4. (مرجع سابق) 190.

(160) أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، ط1. (الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 1997م) 11.

(161) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1. (مرجع سابق) 439.

(162) محمد أمين بن عمر ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج4. (بيروت: دار الفكر، بدون تاريخ) 394.

(163) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4. (مرجع سابق) 190 وما بعدها.

5. حالة الخطأ.

6. حالة التلجئة والمواضعة.

7. حالة الإكراه.

وعلى هذا الأساس جاء في معجم لغة الفقهاء " الصورية من صور الشيء أي إبراز له صورة - أي شكل - وهي نسبة إلى الصورة، وهي إظهار تصرف قصداً وإبطان آخر، ومع إرادة ذلك المبدن (164).

3. 2. 3. تعريف الصورية في القانون:

ذهبت آراء فقهاء القانون في تعريفهم للصورية إلى أنها عبارة عن اصطناع مظهر كاذب في إنشاء تصرف قانوني بوجهه العام وباختلاف الشكل الذي تتخذه، لذلك هي اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار كاذب، سواء كانت الصورية (165) مطلقة أو نسبية (166)، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير، فيكون المتعاقدان في مركزين قانونيين متعارضين، أحدهما ظاهر لكنه كاذب يعتقد الغير أنه هو الحقيقي، والآخر حقيقي، ولكنه خفي عن الغير، ومن هنا وجد

(164) محمد رواس قلعه جي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، ط2. (بيروت: دار النفائس، 1988م) 278، لتحميل الكتاب.

(165) الصورية المطلقة: وهي تتناول وجود العقد ذاته، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، (ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير ان العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له)، جمال صابر نعمان، مقال بعنوان الفرق بين الصورية المطلقة والصورية النسبية، تاريخ النشر 2014م

(166) الصورية النسبية: هي الصورية التي توجد فيها علاقة حقيقية بين المتعاقدين ويقوم التصرف الصوري بإخفاء جانب منها. (المصدر السابق نفسه).

لتصرف الظاهر وهو التصرف الصوري ووجد التصرف المستتر وهو التصرف الحقيقي (167)، وهو ما يسمى ورقة الضد (168).

كما عرفت على أنها: اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فتصرفها الظاهر يكون صورياً، أما تصرفها المستتر، أو ما يسمى بورقة الضد فيكون حقيقياً (169).

فالصورية وضع ظاهري يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، وهي على هذا النحو تفترض تصرف ظاهر، واتفاق مستتر، ويكون شأن الاتفاق المستتر إما محو كل أثر للتصرف الظاهر، وإما تعديل بعض أحكامه، ويتعين لتحقيق الصورية أن تتوافر على الأقل معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر، وإلا كنا بصدد اتفاق جدي سابق تعدلت أحكامه باتفاق لاحق (170).

والصورية في العقود أكثر ما تكون في العقود، ولا يمنع هذا أن تكون التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين، وذلك أن الصورية لا تنتج إلى باتفاق من شخصين يعاملان معاً، فالتنازل عن حق عيني أو الإبراء من دين أو إنهاء علاقة قانونية

(167) عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، ط5. (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1997م) 15.

(168) ورقة الضد: هي عقد مستتر مشتمل على الحقيقة التي يسعى المتعاقدون إلى إخفائها، كالعامل على محو محتوى العقد الظاهر كله أو جزء منه، انظر: أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني. (مرجع سابق) 11.

وصورتها: كأن يريد مدين تهريب شيء له من دائنه، فيبيعه بيعاً صورياً لآخر، ويأخذ عليه ورقة ضد تتضمن أن العقد صوري، وأن الشيء لا زال على ملكه، وورقة الضد هنا تمحو أثر العقد الظاهر محو كلياً، أو كما إذا تعاقد شخص مع آخر على أن يبيعه عقاراً بمبلغ 100.000 ليرة، ولمنع الجار من أخذ العقار بالشفعة يذكر في العقد أن الثمن 150.000 ليرة، ويكتب ورقة ضد بأن الثمن الحقيقي هو 100.000 ليرة، فإن ورقة الضد هنا عدلت في العقد الظاهر - وهو عقد البيع - تعديلاً جزئياً بأن خفضت الثمن من 150.000 إلى 100.000 ليرة.

(169) عرفات نواف مرداوي، الصورية في التعاقد "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير. (فلسطين: جامعة النجاح الوطنية، 2010م) 10، وانظر: أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، (مرجع سابق) 11.

(170) مرداوي، (مرجع سابق) 10، وانظر: أنور سلطان، أحكام الالتزام "الموجز في النظرية العامة للالتزام" (بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1980م) 152.

قائمة، كل هذا يتم بتصرف قانوني من جانب واحد، وقد يكون هذا التصرف صورياً إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية لا يقع، وأن الحق العيني أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائماً بالرغم من التصرف الصوري (171).

نستنتج من هذا أن المتعاقدان يلجئان إلى إخفاء حقيقة تصرف قانوني تم إبرامه بهدف الاحتيال على أحكام القانون، أو الإضرار بالدائنين، وبالتالي فقد تكون الصورية في مصلحة أي من الأطراف، فلا تكون دائماً في مصلحة البائع ولا دائماً في مصلحة المشتري بل وقد تكون في مصلحة الطرفين معاً.

3. 2. 4. التعريف المختار للصورية:

من خلال ما تم عرضه من تعريفات وتفصيلات مختلفة عند أهل الفقه والقانون ولاختلافاتهم البسيطة إلا أن أغلبهم مجمعون على أن أصل الصورية ينشأ بين طرفين بشكل ظاهري دون الرغبة في حقيقته، لذلك يمكن تعريف الصورية في العقود على أنها: إظهار العاقدین لعقد لا يريدانه، مع إخفاء العقد الذي يمثل حقيقة ما يريده العاقدان، ويكون مختلفاً عن العقد الظاهر، فيلغيه أو يغير جزءاً منه.

3. 3. الصورية توصيفها وشروطها وكيف نميزها

3. 3. 1. توصيف الصورية:

فكما ذكرنا سابقاً في تعريف العقود الصورية، فإن هذا العقد وإن كان ظاهرياً وحقيقياً ومكتوباً على الورق أمام الجهات الرسمية، إلا إنه مجرد اتفاق بين طرفي العقد على أنه غير حقيقي ووهمي إلى أجل معين أو حتى تحقق الغاية المرادة منه، وهناك أسباب كثيرة لهذا العقد منها مشروعة ومنها غير مشروعة، فالصورية في حد ذاتها لا تفيد بطلان أو صحة العمل بجزأيه الظاهر والباطن، وإنما يرجع بطلان صحة الصورية إلى الأسباب التي يسترها العاقدان بالصورية، ومثال على ذلك:

أنك تحتاج لأخذ قرض من بنك معين ويشترط ذلك البنك أن يكون لديك أرض مملوكة باسمك، لذلك في حال لم تملك تلك الأرض تلجأ إلى المبايعة الصورية، بأن تشتري الأرض شراءً صورياً أي ليس حقيقياً، وتتقدم إلى البنك على أنك مالك لتلك الأرض، فيسجل اسمك ويقبل طلبك بناءً على ذلك، وبعد حصولك على القرض المطلوب تعيد الأرض إلى مالكةا أو صاحبها الأصلي.

(171) السنهوري، نظرية الالتزام، ج2، (مصدر سابق) 1082.

وهناك صورية جزئية وليست حقيقية أي أن البيع تم بشكل صحيح ولكن المشتري ليس المسجل اسمه في الصك أو عقد المبيعة، مثال ذلك:

المشتري الحقيقي هو شركة لا يحق لها تملك العقارات مثل " البنك " فأكثر العقارات التي تملكها البنوك ليست مسجلة باسمها، فهنا يقوم البنك بتسجيل العقارات بأسماء مختلفة كتسجيلها باسم أحد أعضاء مجلس الإدارة وهي في الحقيقة ملك للبنك، ويضمن البنك حقوقه من خلال شيء يسمى "سند الضد" وهذا السند كما أوضحنا سالفاً هو اقرار ممن سجل العقار باسمه بأن هذا العقار هو ليس ملكي ولكنه ملك للبنك، ويفترض أن يكتب سند الضد بأغلب العقود الصورية إلا أنه ليس شرطاً لأن الكثير يعتمدون بالعقود الصورية على الثقة فيما بينهما، ومن الأمور المهمة التي يجب أن توثق في سند الضد هو إن كان صاحب السند قد استلم مبلغاً مقابل تسجيله للعقار باسمه حتى لا يقع نزاع فيما بعد.

3. 3. 2. شروط الصورية:

فلا تتحقق الصورية إلا إذا توافرت الشروط الآتية: (172)

1. وجود عقدان أو موقفان يتحد فيهما الطرفان والموضوع.
2. اختلاف العقدين من حيث الأركان أو الماهية أو الشروط.
3. كما يجب أن يكونا صدرا معاً في وقت واحد أي متعاصرين.
4. ويلزم أن يكون العقد الصوري ظاهراً علنياً، أما الآخر يكون مستتراً وهو العقد الحقيقي.

فلتحقيق صحة العقد الصوري لا بد من توفر الشروط الأربعة التالية:

أولاً: أن يوجد عقدان - أو موقفان - اتحد فيهما الطرفان والموضوع:

العقد الصوري كامل الأركان والشروط ينعقد صحيحاً، في حال كانت النية مستترة، ولا قرينة تدل عليها، وبشرط ألا يجلل العقد حراماً أو يجرم حلالاً، أما في حال كانت النية والقصد بدلائل معروفة أو ظاهرة، كأن يقول أحد الطرفين بأن هذا العقد صوري ظاهري، ويوافقه الطرف الآخر على ما قال عند ذلك يبطل العقد ولا تترتب عليه آثاره (173).

(172) السنهوري، نظرية الالتزام، ج2، (المصدر السابق) 1077.

(173) عدنان عبد الهادي حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي. (الجامعة الإسلامية - غزة، رسالة

ماجستير، 2006م) 61.

أما إذا ظهرت النية المستترة بقريئة الحال، كأن يبيع طرف ما سلعة بثمن إلى أجل معلوم، ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر، أو نقداً بثمن أقل، وعند حلول الأجل المحدد في العقد الأول يقوم المشتري بدفع الثمن الأول كله، ويكون الفرق بين الثمنين فائدة، أو زيادة لصاحب السلعة الذي يبيع بيعاً صورياً.

فالعقدان هنا متحدان وموضوعهما واحد وهو البيع، وهما من الناحية الشكلية عقدان صحيحان. فظهرت النية المستترة كالتصرف بأنها حيلة على الربا، واختلف الفقهاء في الحكم على هذين العقدين، كما يلي:

الرأي الأول: اعتبر أبو حنيفة هذا النوع من البيوع من البيوع فاسدة في حال خلت من طرف ثالث يتوسط بينهما، ومثال ذلك، أن يكون بين المتعاقدين متعاقد ثالث يقوم بشراء السلعة حالاً بثمن حالي وذلك ممن يريد الاقتراض، بعدما اشتراه من مالكة المقرض، وبعدها يبيعها الوسيط بينهما للمالك الأول أي المقرض، وذلك بالثمن الذي اشترى به (174)، وفرق السعر بينهما اعتبره الجمهور ربا، خلافاً لأبي حنيفة .

أما الرأي الثاني: ذهب إليه المالكية والحنابلة: حيث قالوا يكون العقد باطلاً إن دلّ الدليل على وجود قصد فاسد، سداً للذريعة (175).

والرأي الثالث: ذهب الشافعية والظاهرية: إلى أن هذا العقد الظاهر الصوري صحيح وذلك لتوافر الركن الأساسي وهو الايجاب والقبول، ويترك الله وحده يعاقب صاحبها على نيته (176).

الرأي المختار:

(174) أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض وآخرون، ج7، ط1. (بيروت، دار الكتب العلمية، 1997م) 95 وما بعدها.

(175) حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي (مرجع سابق) 62، وانظر: محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق فريد عبد العزيز الجندي، ج2. (القاهرة، دار الحديث، 2004م) 226، وانظر: عبد الله بن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ضبط عبد السلام محمد علي شاهين، ج5، ط1. (بيروت، دار الكتب العلمية، 1994م) 627.

(176) حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي (مرجع سابق) 62، انظر: يحيى بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المهذب، حققه محمد نجيب المطيعي، ج9. (السعودية، دار الارشاد، بدون تاريخ) 405، وانظر: علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري، ج7. (بيروت، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ) 363.

بعد ما ذكرنا سابقاً آراء الأئمة، أرى ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من أن العقد باطل مع وجود القرينة الدالة على فساد القصد؛ وذلك للأسباب التالية:

- قال تعالى في محكم آياته: " وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ " (177)، فوجه الدلالة هنا أن النهي يقتضي التحريم، وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل (178).

- كذلك يعتبر العقد باطلاً سداً للذرائع، لأن ما يتوصل به إلى الحرام فهو حرام، ولو بالقصد والنية.

الشرط الثاني: أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط:

فالصورية هنا تتناول نوع العقد حيث أن كلا العقدين مختلفان عن بعضهما في التكوين، والأركان والشروط، والعقد الصوري هنا يكون عقد ظاهري، أما العقد المستتر هو العقد الحقيقي، وفي حال تتبعنا العقد الصوري نجد أن الغرض أو الغاية منه هو التهرب من رسمية العقد المستتر التي لو ظهرت في شكلها الحقيقي لقلنا ببطلانه، مثل الهبة في صورة البيع، فالبيع هنا العقد الظاهر وهو عقد صوري كامل الأركان والشروط، والهبة هي العقد المستتر وهي عقد حقيقي ولو ظهر هذا القصد لبطل البيع، وغالباً ما يكون الغرض أو الغاية من الصورية في مثل هذه الحالات التهرب من رسمية العقد المستتر التي لو ظهرت في ثوبها الحقيقي، لحكمنا ببطلانه؛ كالهبة في صورة البيع، فالعقد الظاهر هو البيع، وهو عقد صوري مستوف أركانه، وشروطه، والعقد المستتر هو الهبة، وهو العقد الحقيقي، ولو ظهر هذا القصد.

ويمكننا اعتبار العقد الظاهري عقداً صورياً عندما تظهر النية المستترة، والقصد الحقيقي من التعاقد، وعند ذلك يحكم ببطلان هذا العقد الصوري بدلالة العقد المستتر (179).

الشرط الثالث: أن يكونا متعاصرين، فيصدران معاً في وقت واحد:

فالمقصود هنا هو المعاصرة الذهنية أي التي دارت في ذهن المتعاقدين، ولا تشترط المعاصرة المادية، فالمعاصرة الذهنية هي ما انصرفت إليها نية المتعاقدين في وقت صدور التصرف الظاهر، حتى وإن

(177) سورة المائدة / 2.

(178) محمد أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ج2، ط4. (بيروت، المكتب الإسلامي، 1993م) 377 وما بعدها.

(179) محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد، ط1. (مصر: دار الكتاب العربي، 1952م) 292، وانظر: حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي (مرجع سابق) 75.

صدر التصرف المستتر بعد التصرف المعلن الظاهر بوقت طويل، فملتعاقدين قد يحتالان بكتابة العقد المستتر بتاريخ أقدم من تاريخ العقد الظاهر، الذي ممكن أن يكون ليس هو العقد النافذ بين المتعاقدين ولا أثر له بينهم.

وفي حال ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد الحقيقي صحيح، ما دام استوفى شروط صحته، وأركانه بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم، كما أن العقد الظاهر في حال استوفى شروطه وأركانه فهو عقدي صحيح ما دام الحقيقي مستتراً غير ظاهر، وهو ما يطلق عليه الفقهاء "العقد الصوري". (180)

الشرط الرابع: أن يكون أحدهما ظاهراً علنياً وهو العقد الصوري، ويكون الآخر

مستتراً سرياً وهو العقد الحقيقي

فكل عقد ظاهر معلن يخفي ورائه عقد حقيقي مستتر صوري، فلا يشترط هنا إثبات أن يبيع شخص ما عقاراً يملكه لغيره بيعاً صورياً ظاهرياً معلناً، ويخفي عقده الحقيقي المثلث لتمام ملكه لعقاره، خوفاً من جور سلطان ظالم أن يعتدي على ملكه.

ومثال أن يعلن طرفان ويتظاهران لاكتسابهما شهرة ومفاخرة بين الناس بزيادة في المهر المتفق عليه مسبقاً وإعلان هذه الزيادة أمام الناس بشكل صوري وغير حقيقي.

ومثل ذلك أيضاً يبيع شخص ما داره بمبلغ معين ظاهراً ويتفق مع الطرف الآخر على إظهار ثمن غير حقيقي فيه زيادة لكي يحجم من له حق في الشفعة في طلبها لارتفاع ثمنها.

فهذه العقود التي ذكرت سابقاً وهي المعلنه أمام الناس لكن في حقيقتها ما هي إلا عقود صورية (181).

(180) السنهوري، الوسيط، ج2 (مرجع سابق) 1077، وانظر: أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي (المرجع السابق نفسه) 75.

(181) محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ط2. (مصر: دار الكتاب الحديث، 1996م) 561

3.3.3. كيف يتم تمييز العقود الصورية:

العقود الصورية تلتقي مع كثير من العقود التي ربما تتشابه ببعض جوانبها كعقود بيع التلجئة أو بيع العينة أو الرهن وغيره من البيوع، إلى أننا نستطيع تمييزها من خلال بعض الحالات الخاصة التي تميزها عن غيرها من العقود:

1. في حال صورية العقود: تتميز العقود الصورية مجملاً من وجود عقد ليس مراد لذاته، بل مضاف لتمرير غيره، ويظهر هذا من عدم جدية المتعاقدين في هذا العقد المضاف، فلا ينال حظه من التدقيق أو الاهتمام أو العناية، وعادة ما يتم توقيعه بدون عناية بمحتواه، وقد يدرك الفقيه صورية هذا العقد في عدم أهميته أو بعدم ارتباطه بالمعاملة أي دخوله متكلف لأجل أمر آخر غير معلن، يكشف وجود إرادة غير معلنة خلف هذا التصرف. (182)

2. في حال صورية الأشخاص: نجد في العقد شخصاً لا يُعنى بالمعاملات التي تتم، وقد لا يسأل عن المباع والمشتري، وفي حال نكاح التحليل تجده شخصاً غير مناسب للمرأة ابتداءً (183).

3. ومما تعرف به صورية التصرف إعمال قاعدة: اعتبار ما خرج من اليد وما دخل إليها (184)، أي النظر في محصلة المعاملة النهائي، فإذا وجد أن محصلة المعاملات والعقود التي تمت هي يد أخذت شيئاً ما بالأجل، ويد أعطت ويدفع لها بنقد إلى أجل، فإن هذه قرينة تدل على أن المقصود من كل العملية هو ما أخذته اليد لا غير.

فبهذا تعرف الصورية في التعاملات، وأنه يراد بها أمر غير ظاهرها، ونقصد هنا: إرادة التحايل على الحكم الشرعي، ولا شك أن فطنة الفقهي وسعة معرفته بموضوعات الحيل بكافة أشكالها وطرقها معينة له على تحديد الصورة من عدمها.

(182) عيسى الخلوئي، الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية، ط1. (الرياض: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، 2015م) 359 لتحميل الكتاب.

(183) (المرجع السابق نفسه) 360

(184) شهاب الدين أحمد الصنهاجي القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق: محمد سراج وآخرون، ج3، ط1. (القاهرة: دار السلام، 2001م) 1057

3. 4. الصورية وبعض الألفاظ والبيع المشابهة لها:

في هذا المبحث نخصص الحديث عن الجانب العملي للصورية، وقد اخترنا عدد من العقود من القديم والحديث لتطبيق الجانب النظري، وذلك على سبيل التمثيل لا الحصر، فالصورية تدخل في العديد من البيوع والألفاظ، وهذه الألفاظ تعتبر الأقرب لمصطلح الصورية، ونجد أن بعضاً منها يجري التعامل بها في الكثير من المؤسسات المالية وغيرها، وقد سبق للفقهاء كلام واسع فيها فمنهم من وقف عند ظاهر العقد فأجازها وذلك اعتباراً بالظاهر، ومنهم من منعها اعتباراً بحقيقتها المقصودة، وسنتناول هذه الألفاظ مع الوقوف عندها وبيان ماهيتها وحقيقتها، ومن هذه الألفاظ:

3. 4. 1. بيع التلجنة ويسمى المواضعة، وبيع الأمانة:

التلجنة لغة: على وزن تَفَعَّلَ من الإلجاء، ومعناه الإكراه، والاضطرار مطلقاً، يقال: ألجأته إليه، ولجأته أي اضطرته وأكرهته (185).

اصطلاحاً: يمكن تعريفها بعدة تعريفات من أبرزها:

- هي ما لجأ الإنسان إليه بغير اختياره اختيار إثارة (186).
- كما قال عنها النووي في شرح المهذب: هي أن يعقد العقد بين الطرفين بعد أن يتفقا على إظهار العقد وذلك لخوفهما من ظالم أو ظرف ما وبجهما ذلك الخوف لعقد هذا العقد، لكن يتفقا فيما بينهما أنه إذا أظهره فلا يكون بيعاً، ويتم العقد بينهما على ذلك. (187).
- عرفه الأحناف: كما ذكر في حاشية ابن عابدين: أنه ما ألجأ ولجأ إليه المتعاقد بغير اختياره، لخوفه من رجل سلطان ظالم، فيقول للآخر أني أظهرت أني بعت داري منك، لكن النية المبيتة هي ليست بيعاً حقيقياً وإنما تلجنة ويشهد الآخر على ذلك (188).

(185) أبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، ط1، ج11. (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2001م) 131، وانظر: جار الله محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ط1، ج1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ) 599.

(186) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج5. (بيروت: دار الكتب العلمية، 1986م) 176.

(187) يحيى بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المهذب، حققه محمد نجيب المطيعي، بدون طبعة، ج9. (السعودية، دار الارشاد، بدون تاريخ) 334.

كما ويسميه الأحناف بالمواضعة، فذكر الزرقا في كتابه المدخل الفقهي، المواضعة أن يتفق الطرفان سراً ويتواطئا على أنهما سيعقدان العقد بصورة ظاهرية فقط، وذلك حتى يوهما بذلك ودون أن يكون هذا العقد واقعاً منعقداً بينهما، لغاية خفية لهما أو لأحدهما، ويعلنان عن العقد الصوري (189).

- ويسميه الشافعية والحنابلة أيضاً: بيع الأمانة: لما فيه من ائتمان موجب العقد صاحبه على أمل أن يفني له برد سلعته، قال الأنصاري في أسنى المطالب: التلجئة بأن يبيع ماله لصديق خوف غضب أو اكراه وقد توافقا قبله على أنه يبيع له ليرده إذا أمن وهذا يسمى بيع (الأمانة) (190).

فترى مما سبق ذكره أن بالاضطرار والإلجاء والخوف هم الباعث والقصد من وراء العقد، ونجد أن كثيراً من الفقهاء وسع مفهوم عقد التلجئة، وجعله شاملاً لكل عقد لا يراد منه حقيقته بغض النظر عن باعته، وسواء قصد منه دفع ظلم أو دفع حق، وهو بهذا يشتمل على نوعين، وهما عقد تلجئة اضطراري وهو الأصل في العقد، وعقد تلجئة اختياري وهو المفهوم الواسع للعقد، ويقول في ذلك ابن تيمية: " التلجئة هو أن يتواطأ اثنان على إظهار العقد أو صفة فيه أو الإقرار ونحو ذلك وصورة من غير أن يكون له حقيقة.. ثم صار كل عقد قصد به السمعة دون الحقيقة يسمى تلجئة وإن قصد به دفع حق أو قصد به مجرد السمعة عند الناس " (191).

ويمكننا اعتبار بأن عقد التلجئة بمفهومه الاضطراري الضيق بمثابة نوع من أنواع العقود الصورية لأنه قام على اتفاق غير حقيقي دفعاً لظلم أو اكراه أو مضرة وغيره فهو أخص من العقد الصوري، أما عقد التلجئة بمفهومه الاختياري الواسع فهو يطابق العقد الصوري بالمعنى بل هو الأقرب له.

(188) محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار " حاشية ابن عابدين "، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج7، طبعة خاصة. (الرياض، دار عالم الكتب، 2003م) 542.

(189) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، (مرجع سابق) 441.

(190) زكريا بن محمد الانصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تحقيق: محمد الزهري الغمراوي، ج2، بدون طبعة. (القاهرة: المطبعة الميمنية، 1313هـ) 11.

(191) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، ج6، ط1. (بيروت: دار الكتب العلمية، 1987م) 62-63.

3. 4. 2. بيع الوفاء، ويسمى أيضاً ببيع العهدة:

3. 4. 2. 1. ماهية بيع الوفاء:

لغة: فهو ضد الغدر، وأوفى الشيء ووفاه بمعنى: أعطاه حقه وافياً، واستوفى حقه وتوفاه بمعنى: أخذ حقه وافياً، وتوفي المدة: بلغها واستكملها (192).

اصطلاحاً: يعد بيع الوفاء من البيوع الحادثة، وقد اختلف الفقهاء في تعريفه بناءً على اختلافهم في حكمه وتكليفه الفقهي، وهذا ما سيتضح بعد ذكر جملة من تعريفات الفقهاء، وذلك فيما يلي:
تعريف الحنفية: عرفه صاحب تبيين الحقائق: " أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بدين لك عليّ، على أي متى قضيتُ الدين فهو لي " (193).

وعرفه صاحب معين الحكام بأنه: " البيع الذي شُرط فيه الإقامة إذا رد البائع الثمن " (194).
فالحنفية يرون أن عقد بيع الوفاء بيعاً متنازِعاً بين أن يكون بيعاً بشرط، أو رهناً لمبيع أبو بيعاً مستقلاً فيه بعض صفات الرهن والبيع بشرط.

أما تعريف المالكية: فقد عرفه صاحب مواهب الجليل بقوله: " من ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له " (195)

وعرفه الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير بأنه: " أن يشترط البائع على المشتري أنه متى أتى له بالثمن ردّ المبيع له " (196).

فالمالكية يرون أن بيع الوفاء بيع بشرط

(192) أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، ط1. (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1422هـ)

1099، وانظر: ابن منظور، لسان العرب، ج15 (مرجع سابق) 252.

(193) الإمام عثمان الزيلعي الحنفي، تحقيق أحمد عزو عناية، ط1، ج6. (بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ) 237 .

(194) علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين مع الأحكام، بدون طبعة. (بيروت: دار الفكر، بدون تاريخ) 146.

(195) الخطاب شمس الدين المالكي، مواهب الجليل، ج6. (مرجع سابق) 242.

(196) القراني، حاشية الدسوقي، ج3 (مرجع سابق) 71.

تعريف الشافعية: هو البيع الذي يتفق فيه البائع والمشتري على بيع عين بدون قيمتها، وعلى أن البائع متى جاء بالثمن رد المشتري عليه بيعه وأخذ ثمنه، ثم يعقدان على ذلك من غير أن يشترط ذلك في صلب العقد (197).

وعرفه الشرواني في حاشية تحفة المحتاج: " بأن يقول المدين لدائنه: بعتك هذه الدار مثلاً بما لك في ذمتي من الدين، ومتى وفيت دينك عادت إلى داري " (198).

ونلاحظ مما ورد أعلاه أن البيع الأول قد يحصل بأقل من القيمة الحقيقية للسلعة، كما يلاحظ أن شرط الاسترداد قد لا يكون في صلب العقد.

تعريف الحنابلة: عرفه صاحب كشاف القناع بأنه اتفاق البائع والمشتري على أن البائع إذا أتى بالثمن أعاد إليه المشتري ملك ذلك وينتفع بالمبيع المشتري بالإجارة والسكنى ونحو ذلك (199).

فحقيقة بيع الوفاء عند الحنابلة هو رهن، فمتى أعاد البائع الثمن أعاد المشتري السلعة، والمقصود من هذا البيع هو القرض بشرط الرهن، وقد حكموا على هذا البيع بأنه قرض جر نفعاً.

التعريف الراجح:

ومما سبق نلاحظ أن الفقهاء اختلفوا في تعريف بيع الوفاء بناءً على التكييف الفقهي لهذا العقد، ووجدت أن بيع الوفاء هو البيع الذي يُشترط فيه رد السلعة عند رد الثمن، وهذا ما يعبر عنه حقيقة بيع الوفاء.

3. 4. 2. 2. صور بيع الوفاء:

1. أن يبيع الشيء بيع وفاء فينتفع به المشتري، ويرده متى ما رد البائع الثمن.

2. أن يبيع الشيء بيع وفاء ويأجره المشتري للبائع إلى ان يرد له الثمن

3. 4. 2. 3. الحكم الشرعي لبيع الوفاء:

انقسمت آراء الفقهاء في بيع الوفاء إلى ثلاثة:

(197) ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ج2، ط1. (بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ) 158.

(198) عبد الحميد الشرواني، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج4(القاهرة: مطبعة مصطفى محمد، بدون تاريخ وبدون عدد) 215/4.

(199) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4، بدون طبعة. (بيروت: دار الفكر، 1402هـ) 1380.

- **الرأي الأول:** أن بيع الوفاء فاسد مطلقاً: وهو قول جمهور المالكية (200)، والشافعية (201)، والحنابلة (202)، وبعض الحنفية (203).

استدل الجمهور القائلون بفساد بيع الوفاء بالأدلة التالي:

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: " لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ " (204).

وجه الدلالة: أن قوله عليه السلام " لا يحل سلف " فالسلف في الحديث بمعنى القرض والحديث يفيد عدم جواز الجمع بين القرض والبيع في عقد واحد لأن ذلك يؤدي إلى الربا لأنه يؤدي إلى المحاباة في الثمن من أجل القرض فيكون قرضاً جاراً لمنفعة مشروطة وهو عين الربا (205).

فلاحظ أن البائع في بيع الوفاء لم يقصد بيع العين بذاتها وإنما أراد المال، كما أن المشتري كذلك لم يقصد تملك العين وإنما أراد الانتفاع من إقراض المال، فهو قرض ربوي مستور في بيع صوري.

- **الرأي الثاني:** يقول بأن بيع الوفاء هو عقد رهن في الحقيقة، ولو عبر عنه بلفظ البيع وقال في ذلك بعض الحنفية، والمالكية (206).

واستدل أصحاب هذا الرأي بأن العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فالبائع لما شرط على المشتري أخذ المبيع عندما يحين قضاء الدين، فالمقصد هنا بمعنى الرهن لأنه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين، فيكون العقد رهناً لا بيعاً (207).

(200) الخطاب شمس الدين المالكي، مواهب الجليل، ج6. (مرجع سابق) 242

(201) الهيثمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ج2. (مرجع سابق) 158

(202) أحمد عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم، ج4، بدون طبعة.

(السعودية: توزيع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، 1426هـ)

(203) الزيلعي، تبين الحقائق، ج6 (مرجع سابق) 236

(204) سليمان بن الأشعث الأزدي " أبو داود "، سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس

عنده. (بيروت: المكتبة العصرية، بدون تاريخ) حديث رقم 3504.

(205) فتح القدير، ابن الهمام، ج5. (مرجع سابق) 2018

(206) الخطاب شمس الدين المالكي، ج6 (مرجع سابق) 243

(207) الزيلعي، تبين الحقائق، ج6 (مرجع سابق) 237، ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج7، (مرجع سابق)

الترجيح: من خلال ما تم سرده تبين لي أن لكل مذهب مجموعة من الآراء والأدلة لبيان حقيقة بيع الوفاء، حيث ذهب جمهورهم إلى بطلان بيع الوفاء وذلك لأنه يؤدي إلى منفعة المشتري بالعين مقابل غلة الثمن، وذلك يفضي إلى التحايل على الأحكام الشرعية الخاصة بتحريم الربا، مما يكفينا في هذه المسألة ما روي عن عائشة رضي الله عنها قَالَتْ: " قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ خَرَاجَ الْعَبْدِ بِضَمَانِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي ذَنْبٍ وَكَانَ اخْتَصَمُوا فِي عَبْدٍ اشْتَرَاهُ رَجُلٌ فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا وَقَدْ اسْتَعْلَهُ فَقَالَ عُرْوَةُ عَنْ عَائِشَةَ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ خَرَاجَ الْعَبْدِ بِضَمَانِهِ " (208)، ويفهم من هذا الحديث أن النبي عليه السلم جعل منافع الشيء مضمونة على المنتفع، أي أن من يضمن شيئاً إذا تلف ذلك الشيء، فيكون نفعه له في مقابلة ضمانه حال التلف، لذا لو هلك العبد قبل الرد بالعيب فإن الهلاك من ذمة المشتري، لأنه هو المالك للعبد، وكذا الحال في عقد بيع الوفاء لذا فلا وجود لشبهة الربا في هذا النوع من العقد (209) .

كذلك تكييف بيع الوفاء بكونه عقد رهن أو عقداً باطلاً في الفقه الاسلامي لا يتلاءم وحقيقة هذا العقد في كونه بيعاً صحيحاً، وأنه جائز من باب الاستحسان اعتباراً للعرف ولحاجة الناس. وبما أن بيع الوفاء قائم على التحايل فهو أقرب للربا، فإذا أراد شخصاً اقتراض قرض ربوي فيمكنه التستر تحت بيع الوفاء بأن يبيعه سلعة أو عقاراً ويقبض الثمن ويأذن له بالانتفاع بالمبيع أو تأجير له لصالحه على أنه متى ما رد إليه الثمن يسترد منه المبيع، فما هو إلا قرض ربوي والنفع هو عبارة عن أجر العقار مثلاً أو الانتفاع به مدة العقد. (210).

الترجيح:

(208) مسند الإمام أحمد، مسند عائشة ح 25745، قال شعيب الأرنؤوط إسناده ضعيف، مؤسسة الرسالة، ط1، 2001م.

(209) ميكائيل رشيد الزبياري، بيع الوفاء في الفقه الاسلامي والقانون، نسخة الكترونية، مديرية تربية محافظة دهوك، بدون تاريخ) 244 وما بعدها.

(210) حماد محمد أحمد البشير، الصورية في عقد البيع وأثرها على أحكامه الشرعية، نسخة الكترونية. (مجلة حوليات كلية الشريعة، العدد السادس، 2017م) 80 وما بعدها.

ويظهر لي في هذه المسألة هو القول بفساد بيع الوفاء وعدم صحته، وهو ما ذهب إليه أيضاً قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (211)، وذلك لعدة أمور، منها:

- التحايل للتعامل بالربا في هذا البيع ظاهر، والعبرة في العقد بالمقصد لا باللفظ.
- التعامل في هذا البيع يثير النزاعات والخصومات بين الناس لأن القيمة في بيع الوفاء تكون عادة أقل من ثمن المثل، مما يؤدي إلى جحد في شرط رد المبيع.
- قوة الأدلة بفساده.

3. 4. 3. بيع العينة:

3. 4. 3. 1. ماهية بيع العينة:

لغةً: العينة بالكسر هي السلف، واعتانَ الرجل أي اشترى الشيء بالشيء نسيئةً وبعته (عيناً بعين) أي حاضراً بحاضر (212)، والعينة بالكسر وفسرها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه إلى أجل ثم يشتريه في المجلس بثمن حال ليسلم به من الربا وقيل لهذا البيع، سمي عينة لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً أي نقداً حاضراً (213)، والعين والعينة: الربا، وعين التاجر: أخذ العينة أو أعطى بها (214).

اصطلاحاً: تفاوتت عبارات الفقهاء في تعريف العينة، وذلك بحسب الصور التي رسمت للعينة، إلا أن الفقهاء فيما يبدو متفقون في كثير من الأمور بالنسبة للعينة ويتضح ذلك من خلال تعريفاتهم لها (215).

- عرفها الحنفية: " بيع العين بثمن زائد نسيئة، لبيعها المستقرض بثمن حاضر أقل ليقضي دينه" (216)

(211) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة، قرار رقم (66/4/7)، ينظر: قرارات وتوصيات

مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ص 225.

(212) المصباح المنير، (مرجع سابق)، مادة (عين) 441.

(213) (المرجع السابق نفسه)، مادة (عين) 441.

(214) لسان العرب، " مصدر سابق " 106/13 مادة (عين) .

(215) عبد العظيم عدوان، بيع العينة وحكمه في الاسلام، مجلة الفتح. (جامعة ديالي: العراق، العدد 32،

4(2008م)

- عرفها المالكية: قال ابن عرفة في المختصر الفقهي: " وبيع العينة هو البيع المتحيل به إلى دفع عين في أكثر منها" ، (217).

- عرفها الشافعية: " بيع عين بثمن كثير مؤجل يسلمها ثم يشتريها بنقد يسير ليبقى الكثير في ذمته" (218)

- تعريف الحنابلة: لا يخرج تعريف الحنابلة عن تعريف الشافعية فهم متفقون على أنه بيع سلعة بثمن حال ثم شراؤها من قبل بائعها بثمن مؤجل أكثر مما باعها به (219).

- وعرف الفقهاء بيع العينة بتعريفات مختلفة تدور حول بيع الرجل غيره سلعة بثمن مؤجل ويسلمها إليه، ثم يشتريها البائع من المشتري بثمن عاجل أقل من ثمنها المؤجل.

وعليه لا نجد هناك خلاف بين الفقهاء في تعريف بيع العينة، ويمكن القول بأن بيع العينة هي (بيع سلعة بثمن مؤجل ثم شراؤها من المشتري بثمن مؤجل أقل مما باعها به) (220).

3. 4. 3. حقيقة بيع العينة والصورية فيه:

- أن يبيع شخص ما لآخر بيتاً على سبيل المثال بمائة ألف ليرة مؤجلة إلى شهر، ثم يبيع المشتري هذا البيت نفسه إلى بائع بتسعين ألف ليرة تدفع حالاً إلى المشتري، ثم بعد شهر يدفع المشتري المائة ألف ليرة للبائع.

- ممكن أن يتوسط البائع والمشتري طرف ثالث، أي أن يشتري العين بثمن حال من مريد الاقتراض، بعد أن اشتراها هذا من مالكة المقرض، ثم يبيعها للمالك الأول (المقرض) بالثمن الذي اشتري به المقرض ابتداءً، فيكون الفرق ربا له (221).

(216) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (مرجع سابق) ج4/ 276.

(217) محمد بن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد الخير، ج5، ط1. (دبي: مسجد ومركز الفاروق عمر بن الخطاب، 2014م) 387

(218) المصدر السابق نفسه، 106/4

(219) مصطفى بن سعد بن عبدة الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج4. (دمشق: المكتب الإسلامي، بدون تاريخ) 122، وانظر: عدوان، عبد العظيم أحمد. (بحث بيع العينة وحكمه في الإسلام) (مرجع سابق) 5.

(220) عدوان، عبد العظيم أحمد. بحث بعنوان (بيع العينة وحكمه في الإسلام) " مرجع سابق " 6.

(221) الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، (مرجع سابق) ج4/466-467.

نجد أن حقيقة بيع العينة سلف جر نفعاً، وقد صح عن ابن عباس رضي الله عنهما النهي عن قرض جر منفعة، وهو معنى نجده في العديد من الأحاديث النبوية والآثار التي تنهى عن المنافع التي يجنيها المقرض زيادة عما أقرض (222).

3. 4. 3. أركان بيع العينة أركانه وشروطه:

فيجب أن يتوفر في بيع العينة أركان البيع وشروطه فيها من عاقدين وصيغة والمبيع والتمن، فالأركان في عقود المعاوضات تنقسم عند جمهور الفقهاء إلى ثلاثة، وعند الحنفية إلى واحدة، وذلك بناءً على الاختلاف في تعريف الركن.

ويعرف جمهور الفقهاء الركن بأنه ما يتوقف عليه أساس الشيء وإن كان خارجاً عن ماهية ذلك الشيء ولم يكن جزءاً منه (223)، أما الحنفية فقد قالوا إن ركن الشيء هو مالا وجود لذلك الشيء إلا به، ويطلق على جزء من الماهية (224)، لذلك ركن العقد عند الحنفية هو الصيغة فقط وهي وحدها جزء من العقد، أما عند جمهور الفقهاء فأركان العقد هي (الصيغة والعاقدان والمعقود عليه):

1. **الصيغة:** وهي الإيجاب والقبول الدالان على الرضا بالتعاقد، ويشترط فيها (225):

أ. أن تكون من صاحب أهلية

ب. أن يكون الإيجاب والقبول واضحاً الدلالة على مراد العاقدين

ت. أن يوافق القبول الإيجاب

ث. أن يكونا متصلين

2- **العاقدان:** ولكي يستوفي العقد أركانه يجب أن توافر العاقدين، ويشترط فيه:

أ. أن يكونا أهلين لصدور البيع منهما، فيكونا عاقلين مميزين بالعين،

ب. ويشترط فيهما التعداد، فلا يصح العقد من وكيل واحد عن الجانبين.

ت. الولاية إن كانا يعقدان لغيرهما، وتكون بالشكل التالي:

(222) البيهقي، السنن الكبرى، (مرجع سابق) ج 349/5 - 350.

(223) الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، (مرجع سابق) ج 54/1.

(224) علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، (مرجع سابق) ج 119/3.

(225) محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات دراسة مقارنة، بدون طبعة. (الرياض: دار المريخ للنشر، 1987م)

- بالنيابة الاختيارية التي تثبت بالوكالة، ولا بد فيها أن يكون كل من الوكيل والموكل أهلاً لإنشاء عقود المعاوضات.

- بالنيابة الإجبارية التي تثبت بتولية الشارع وتكون لمن يلي مال المحجور عليهم من الأولياء والأوصياء الذين جعلت لهم سلطة شرعية على إبرام العقود وإنشاء التصرفات المالية لمصلحة من يولونهم (226).

3. 4. 3. 4. الصورية في بيع العينة:

كما نعلم أن بيع العينة طريق للحصول على المال لتغطية حاجة عاجلة، ويُرد هذا المال لاحقاً على أقساط متعددة لمدة زمنية يتم تحديدها بين الطرفين، فيختلف الفقهاء في الناظر إلى بيع العينة بين ناظر لحقيقة ما يؤول إليه التعامل بين الطرفين، وبين ناظر لظاهر العقد وما فيه من مفسدات، دون اعتبار لحقيقة ما يريده المتعاقدان، فحقيقة هذا البيع أن يؤخذ مالاً ثم يرد مالاً أكثر منه. وجد هذا البيع لأجل أن يكون حيلة للقرض بالربا، من خلال بيع صوري يغطي مقصد العقادين وإرادتهما للقرض، والعملية كلها للتحايل على الإقراض بالربا عن طريق البيع والشراء (227).

مثال على بيع العينة:

- أن يبيع شخص على سبيل المثال لا الحصر هاتفاً بألف ليرة إلى شهر، ثم يشتريها بخمسمئة نقداً، فنجد البيع هنا عبارة عن سلف قد جر نفعاً، ولأن الأمر يؤول إلى أن السلعة رجعت إلى صاحبها، الذي دفع خمسمائة ليأخذها عند الأجل بألف، فهذا هو السلف الذي جر نفعاً (228).

3. 4. 3. 5. حكم بيع العينة:

اتفق الفقهاء على حرمة القرض الذي يجر منفعة على المقرض في مقابل الأجل، فلا يجوز أن يقرضه بشرط أن يبيعه داراً مثلاً فيشترط في القرض بشك عام شرطان (229):

(226) الموسوعة الفقهية الكويتية، (مرجع سابق) ج 199/25.

(227) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (مرجع سابق) ج 467/4.

(228) الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، ط 1. (بيروت: مؤسسة الريان، 2002م)

(229) أحمد الأمين بالحاج، الصورية في العقود المالية " دراسة تطبيقية مقارنة " رسالة ماجستير. (الاردن، جامعة اليرموك، 2007م) 120.

1- ألا يجز نفعاً على المقرض، فلا يجوز لمن يقرض شخصاً أن يشترط هدية سواء كان ذلك صراحة أو عرفاً

2- ألا ينضم إلى السلف عقد آخر كالبيع أو الإجارة أو غيرها (230).

وبالتالي فإن هذا التعامل يخالف الشروط التي وضعتها الشريعة فهو حقيقة العينة، وكونه في صورة البيع لا يغير من حقيقته، والعبرة بالحقيقة لا بالصورة الظاهرة (231).

كما تترتب على هذا البيع مفسد عديدة تناقض مقاصد الشارع، فيحقق مفسد أراد الشارع دفعها ويدفع مصالح أراد الشرع تحقيقها من مصالح تتعلق بحياة الناس وآخرتهم.

أقوال الفقهاء بحكم بيع العينة:

- **جمهور الفقهاء:** ذهبوا إلى تحريم بيع العينة منهم الإمام مالك (232)، وأحمد (233)، وأبو حنيفة (234)، وقد ساروا بذلك على قول عدد من الصحابة، منهم أم المؤمنين عائشة، وابن عباس رضي الله عنهم أجمعين كما ينقل ابن أبي شيبة في المصنف عن ابن سيرين ومسروق ووکیع أنهم جميعاً على تحريم العينة (235)، وكرهه محمد بن الحسن من الحنفية، وقال عنه هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال اخترعه أكلة الربا (236).

دليل التحريم:

(230) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (مرجع سابق) ج4 / 727.

(231) أحمد بالحاج، الصورية في العقود المالية، (مرجع سابق) 119 وما بعدها.

(232) الخطاب شمس الدين المالكي، مواهب الجليل، ج4. (مرجع سابق) 404.

(233) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج3. (مرجع سابق) 198.

(234) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، (مرجع سابق) 198

(235) أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، مصنف ابن أبي شيبة، ج5، بدون طبعة. (القاهرة: دار الفكر العربي، بدون تاريخ) 24.

(236) رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، ج5، (مرجع سابق) 325.

- ما رواه ابن عمر أنه سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَقُولُ: " إِذَا ضَنَّ النَّاسُ بِالْذِّينَارِ وَالذَّرْهَمِ، وَاتَّبَعُوا أَذْنَابَ الْبَقْرِ، وَتَرَكُوا الْجِهَادَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَتَبَايَعُوا بِالْعَبْنِ أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ ذُّلًا فَلَمْ يَرْفَعَهُ عَنْهُمْ حَتَّى يُرَاجِعُوا دِينَهُمْ " (237).

فالعينة بيع يستحل بها صاحبه الربا، فحقيقة أن التعامل ربا لا يمكن أن تغفل بمجرد إظهار البيع بشكل صوري غير مراد حقيقة.

فقد حرم الربا لحقيقته ومفسدته لا لصورته واسمه، فإن لم يسمه المرابي ربا وسماه بيعاً، فذلك لا يغير حقيقته (238).

- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْكُسُهُمَا أَوْ الرِّبَا " (239).

فبيع العينة يبيع فيه الشخص لغيره سلعة بئمن، ويشترىها منه بئمن غيره، فهو باع واشترى فهما بيعتان، خلاصتهما أنه أعطى مالا وأخذ مالا، وعندها فله أقل المالين (أوكسهما) وهو الثمن المعجل أما إن زاد فهو ربا.

دليل الجواز:

القول بالجواز للإمام الشافعي، وأبي ويوسف، وهو مذهب الظاهرية²⁴⁰، فينقل النووي في المجموع عن الإمام الشافعي قوله: "أَنَّ مَنْ يَرِيدُ أَنْ يَبِيعَ سَلْعَةً مَعِينَةً إِلَى أَجَلٍ وَقَبْضُهَا الْمَشْتَرِي فَلَا بَأْسَ وَلَا ضَرَرَ مِنَ الَّذِي يَرِيدُ أَنْ يَشْتَرِيهَا مِنْهُ بِأَقْلٍ مِنَ الثَّمَنِ الْأَصْلِ لَهَا، لِأَنَّهَا بَيْعَةٌ غَيْرُ الْبَيْعَةِ الْأُولَى"²⁴¹.

- قوله تعالى: " وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا " (242)

(237) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير، ح 13585، 433/12، (المعجم الكبير - سليمان بن أحمد الطبراني: تحقيق حمدي عبد المجيد مكتبة ابن تيمية القاهرة دو سنة نشر).

(238) ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، (مرجع سابق) ج3/166

(239) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: باب فيمن باع بيعتين ح 3461، وقال الأرنؤوط: حديث ضعيف شاذ بهذا اللفظ، والمحفوظ عنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أنه نهي عن بيعتين في بيعه.

240 محمد أمين بالحاج، العقود الصورية، (مرجع سابق) 120 وما بعدها.

241 النووي، المجموع، ج10، (مرجع سابق) 141.

(242) سورة البقرة/ 275.

ووجه الدلالة فيه أنه لفظ عام، ويشمل كل بيع ومنه بيع العينة، ولا دليل على إخراج هذا البيع من عموم الحل، ويرد على هذا بأن الآية عامة، إلا أنها خصصت وأخرج منها بيع الغرر، وبيع الميتة والخمر وغير ذلك، وقد ورد من الأدلة الكثير في منع العينة فجاز إخراجها من عموم حل البيع²⁴³

- وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْبَرَ فَجَاءَهُ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَكُلْتُ تَمْرَ خَيْبَرَ هَكَذَا قَالَ لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا تَفْعَلْ بِعِ الْجُمُعِ بِالدَّرَاهِمِ ثُمَّ ابْتِغِ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا " (244)

ودلالة الحديث كما يقول النووي في أنه لم يفصل بين أن يشتري من المشتري أو من غيره فقد أرشده صلى الله عليه وسلم إلى الخلاص من الربا بذلك وإن كان المقصود تحصيل الجنيب بالجمع²⁴⁵. صورة سقط الاحتجاج به في غيرها فلا يصح الاستدلال به على جواز الشراء ممن باع منه تلك السلعة بعينها²⁴⁶

إلا أن هذا الاستدلال قد يرد عليه بأن الحديث مطلق والمطلق لا عموم فيه. ومما سبق من أدلة لكل طرف يترجح أن العينة بيع صوري لا يراد منه البيع، وإنما حقيقته الحصول على القرض، وتبرير المنافع التي يحصل عليها البائع، فهو عقد صوري، والعبرة بحقيقة هذا التصرف لا بما يظهره، ولما له من مفسد وما فيه من تحايل واضح إلى الربا فلا بد من منع هذا التعاقد لكونه ربا حرمه الشارع.

243 عمر بن عبد العزيز المتك، الربا والمعاملات المصرفية في نظرة الشريعة الإسلامية، ط2. (السعودية: دار العاصمة، 1417هـ) 268.

(244) أخرجه البخاري في صحيحه 399/4، الحديث رقم 2201، ومسلم في 1215/3، الحديث رقم 1593

(245) النووي، المجموع، (مرجع سابق) ج10/ 145-146

(246) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الحافظ بن حجر العسقلاني، ج4، ص437

3. 4. 4. التدليس:

3. 4. 4. 1. ماهية التدليس:

- اصطلاحاً: فهو الخديعة، وهو من كتمان عيب السلعة عن المشتري، وهو من الغش (247).
- تعريفه الفقهي: هو أن يستعمل البائع وسائل يخدع بها المشتري ويدفعه للتعاقد، ولو اطلع عليها المشتري لما قبل أخذها بالعوض الذي دفعه (248).
- تعريفه القانوني: فهو قيام شخص بالتعاقد مع شخص آخر بطرق احتيالية يدفعه إلى التعاقد سواء معه أو مع الغير وإيقاعه بالغلط (249).

3. 4. 4. 2. توصيف التدليس:

ونلاحظ هنا أن التدليس يقوم على الاحتيال وتكون نية التضليل موجودة بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع وهذا من الناحية المعنوية أما من الناحية المادية فإن ما يقع من فعل مادي كالقول أو الفعل يترتب عليه وقوع شخص في الغلط فيعد من وسائل التدليس، بشرط أن تكون تلك الأفعال والأقوال كافية للتضليل، كما أنه يجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد كونه هو المؤثر فيه، فالوسائل الاحتياطية هي الدافع إلى التعاقد فلولاها لما أبرم المدلس عليه العقد، وبالرجوع للتعريف يمكن الاستناد إلى أن التدليس يفترض به أربعة شروط،⁽²⁵⁰⁾ وهي:

- 1- استعمال الوسائل أو الطرق الاحتياطية.
- 2- نية التضليل
- 3- اعتبار التدليس الدافع إلى العقد.
- 4- أن يكون التدليس صادر من المتعاقد الآخر

(247) ابن منظور، لسان العرب، (مرجع سابق)، مادة (دلس)

(248) الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، (مرجع سابق) 406

(249) الدناصوري والشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، (مرجع سابق) 80

(250) السنهوري، نظرية الالتزام، ج2، (مرجع سابق) 1077

3. 4. 3. الفرق بين الصورية والتدليس:

الفرق بين الصورية والتدليس هو أن الصورية اصطناع مظهر كاذب عند إجراء التصرف القانوني، فهي اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار مظهر كاذب لغرض ما يخفيانه عن الغير، أما التدليس فيقوم على خديعة طرف لطرف آخر، مثلاً شخص باع أرض لشخص آخر على أن في هذه الأرض بئر ماء وأقنعه بذلك، وتم العقد بينهما على هذا الشرط، وبعد العقد تبين أن الأرض ليس فيها ذلك البئر، فنقول هنا أن هذا العقد قائم على التدليس، لأن شرط وجود بئر الماء في الأرض هو من دفع المشتري للتعاقد وتبين فيما بعد عدم صحة هذا الشرط، فالتدليس يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر (251).



(251) أنظر: أحمد بالحاج، الصورية في العقود المالية، (مرجع سابق) 30 وما بعدها

3. 4. 5. الغش:

3. 4. 5. 1. ماهية الغش:

- **الغش لغة:** نقيض النصح، وهو مأخوذ من الغشش: المشرب الكدير، وغشّه يغشّه غشّاً من باب قتل: لم يحضه النصح، وأظهر له خلاف ما أضمره، وزين له غير المصلحة. والغش: الغلّ والحقد (252).

- **الغش اصطلاحاً:** عرفه ابن عرفة بقوله الغش أن يوهم وجود مفقود مقصود بوجوده في المبيع أو يكتّم وجود موجود مقصود فقده " (253)، وقال المناوي " الغش ما يخلط من الرديء بالجيد " (254).
وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله عليه السلام، مرّ على صبرة طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً، فقال: " ما هذا يا صاحب الطعام؟"، قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: " أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غشّ، فليس مني " (255).

ففي الحديث الشريف بين رسول الله صلى الله عليه وسلم حرمة الغش الحكم صراحة، فهو محرم سواء أكان بالقول أم بالفعل، وسواء أكان بكتمان العيب في المعقود عليه أو الثمن أم بالكذب والخديعة، وسواء أكان في المعاملات أو في غيرها من أمور الحياة.

- الغش قانوناً:

يراد به نقيض النصح وأحياناً أخرى يستعمل للدلالة على إظهار شيء ما على غير حقيقته بقصد تزيين المصلحة والمناورات المقرونة بسوء نية بهدف الإضرار بالغير، ويكون هذا الإضرار في مواجهة

(252) ابن منظور، لسان العرب، (مرجع سابق) مادة (غشه).

(253) القرافي، حاشية الدسوقي، ج3، (مرجع سابق) 169.

(254) عبد الرؤوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، ط1. (القاهرة: عالم الكتب، 1990م) 252.

(255) صحيح مسلم، كتاب البيوع: باب قول النبي من غشنا فليس منا، ح 102.

الاشخاص أو القانون (256)، مثلاً المدين الذي يبيع ممتلكاته كلها بهدف اخراجها من الضمان العام

(257)، للدائنين، أو اعلان افلاسه بعد أن غمرته الديون، يكون قد ارتكب غشاً في فعله هذا

3. 4. 5. 2. التفرقة بين الغش والتدليس:

ومن الضروري هنا التفرقة بين التدليس والغش، فالتدليس هو الخديعة التي توقع الشخص في وهم يدفعه إلى التعاقد وهي تصاحب تكوين العقد، في حين أن الغش هو الخديعة التي تقع عند تنفيذ العقد أي بعد تمام انعقاده وعند تنفيذه.

3. 4. 6. التزوير:

التزوير: هو تغيير الحقيقة بتحسين الشيء ووصفه بخلاف صفته، حتى يخيل إلى من سمعه أو رآه أنه بخلاف ما هو به، بقصد الغش، مما يترتب عليه ضرر وظلم (258).

ومن التعريف هنا نجد أن تغيير الحقيقة هنا تكون بابتداع أو تحريف صورة الشيء الأصلية إلى صورة جديدة مخالفة لأصله، من خلال تحسين ذلك الوصف (259).

وقد قال تعالى في كتابه الكريم: " فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ " (260)، فيتبين من خلال الآية الكريمة أن الزور من المحرمات بل إن الفقهاء عدوه من الكبائر، ذلك أن الله سبحانه وتعالى قرن بين التزوير وعبادة الأوثان التي هي من الكبائر، فانسحب حكمها على التزوير.

فالصورية تتفق مع التزوير في أنهما ينطويان على التشويه والتحريف للحقيقة، ويختلفان في أن الصورية تكون بعلم الطرفين وتحت تواطئهما واتفاقهما، أما التزوير فهو فعل طرف واحد من الطرفين ودون علم الآخر، والناحية الأخرى هي الغاية ففي الصورية تكون الغاية في التهرب من أحكام القانون أو الغش وغيره، بينما في التزوير تكون الغاية هي الغش من أحد الأطراف المتعاقدة من أجل تحقيق

(256) عيسى زهرة، الغش في العقود، رسالة ماجستير. (الجزائر: جامعة الجزائر، 2017م) 7.

(257) الضمان العام للدائنين: هو حق الدائنين الذي يخولهم اقتضاء حقوقهم من أموال المدين.

(258) سامر برهان حسن، أحكام جرائم التزوير في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، (فلسطين: جامعة النجاح الوطنية، 2010م) 11.

(259) (المرجع السابق نفسه) 11 وما بعدها.

(260) سورة الحج / 30.

مصالح شخصية، وإن الصورية ينظم أحكامها القانون المدني ولا يترتب عليها جزاء جنائي في حين أن التزوير ينظم أحكامه قانون العقوبات ويرتب على جزء جنائي (261).

3. 4. 7. الهزل:

في اللغة: هو المزح، واللعب، وهو نقيض الجد، وهو مصدر هَزَلَ يَهْزُلُ هُزْلًا (262)، قال تعالى: " وَمَا هُوَ بِأَهْزَلٍ " (263)، فالهزل على هذا الوجه هو ضد الجد، أعني المزح واللعب (264)..
وفي الاصطلاح: ألا يراد باللفظ معناه لا الحقيقي ولا المجازي (265).

وعرفه الأحناف: هو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له، ولا ما صح له اللفظ استعارة، والهزل يتكلم بصيغة العاقد مثلاً باختياره ورضاه، ولكن لا يختار ثبوته الحكم ولا يرضاه (266).
والهزل هو الذي يتكلم بالكلام من غير قصد لموجبه وإرادة الحقيقة معناه بل على وجه اللعب، ونقيضه الجاد: وهو الذي يقصد حقيقة الكلام (267).
والمالكية قالوا: الهزل أنه قصد اللعب والمزح، وأن يسبق لسانه قصد التكلم بغير لفظ، فيزل ويتكلم به (268)، كما أن عبارة الهزل لا يعتبرها المالكية منشئة للعقد، وذلك لأن الهزل يدل على قرينته على أنه لا يريد إنشاء العقد، والإرادة هي أساس العقود.

(261) عرفات مرداوي، الصورية في التعاقد، (مرجع سابق) 25 - 26، وانظر أيضاً: سامي عبد الله، نظرية

الصورية في القانون المدني " دراسة مقارنة "، بدون طبعة. (بيروت: دون ناشر، 1977م) ص 193.

(262) محمد الرازي، مختار الصحاح، مادة (هَزَلَ) (مرجع سابق) 290، وانظر: أحمد الفيومي، المصباح المنير، (مرجع سابق) 638.

(263) سورة الطارق / 14.

(264) محمد الطاهر ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج 31، بدون طبعة. (تونس: دار سحنون، بدون تاريخ) 267.

(265) محمد بن محمد " ابن أمير حاج "، التقرير والتحبير على تحرير الكمال ابن همام، ج 2، ط 2، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ) 259.

(266) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج 7، (مرجع سابق) 19.

(267) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 6 (مرجع سابق) 62 وما بعدها.

وأما بيع الهازل ونحوه من التصرفات المالية المحضة، فإنه لا يصح عند الحنفية والمالكية، والفقهاء فيه أن الهزل أتى بالقول غير ملتزم لحكمه وترتب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعقد، فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أو أبي، لأن ذلك لا يقف على اختياره وذلك أن الهازل قاصد للقول مرید له مع علمه بمعناه وموجبه وقصد اللفظ المتضمن المعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما إلا أن يعارضه قصد آخر كالمكره والمحلل فقال الشرع بإبطاهما (269).

أما الشافعية: فقالوا إن الهزل هو قصد عدم المعنى، وهو قصد اللفظ لمعناه غير أنه ليس راضياً، أي أنه يقصد اللفظ فقط دون أي حكم يترتب عليه (270).

وقيل إن عقد التلجئة نوع من أنواع الهزل، فيكون أخص من الهزل (271)، لأن الهزل قد يكون سابقاً على العقد وقد يكون مقارناً له بخلاف التلجئة التي تكون المواضعة فيها سابقة على العقد.

ويمكننا أن نقول إن العقد الصوري ومنه التلجئة يخالف عقد الهزل من جهتين:

- أن باعث عقد التلجئة هو الاضطرار لدفع مضرة، أما عقد الهزل فقد يكون باعثه الاضطرار، وقد يكون المزح واللعب وهو الغالب، فيكون بذلك أقرب لعقد التلجئة وبدوره يكون أقرب للعقد الصوري منه إلى عقد التلجئة.

- أن من شروط عقد التلجئة أن يسبقه اتفاق على أنه غير مراد حقيقة، أما عقد الهزل فلا يشترط له ذلك فقد يسبقه اتفاق مسبق من طرفي العقد وقد لا يسبقه، فعقد التلجئة أخص من عقد الهزل.

(268) محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية على الشرح الكبير، تخريج: محمد عبد الله شاهين، ج3، ط1. (بيروت: دار الكتب العالمية، 1995م) 247.

(269) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج6 (مرجع سابق) 62 وما بعدها

(270) أحمد البرلسي، حاشية على شرح المحلى على منهاج الطالبين وهو مطبوع مع شرح المحلى، ج3 بدون طبعة. (بيروت، دار الفكر، بدون تاريخ) 331

(271) علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود عمر، ج4، بدون طبعة. (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م) 497، وانظر أيضاً: حاشية ابن عابدين، ج5، (مرجع سابق) 288

3. 5. ضوابط الصورية:

إن التعامل الصوري بكل أشكاله وأنواعه لا بد أن يخضع لأحكام الشرع والقانون، لذلك لا بد من ضوابط تحدد مسار هذا العمل.

فالضابط في اللغة من الضبط بمعنى الحفظ، فضبط الشيء حفظه بالحزم، ورجل ضابط أي حازم (272)، كما يأتي الضبط بمعنى لزوم الشيء لا يفارقه في كل شيء، ويأتي بمعنى القوي على عمله (273).

فالعامل الصوري يمكن أن يكون عملاً مشروعاً أو عملاً ممنوعاً، والعقد الصوري الذي في حقيقته عمل مشروع لا يمكن منعه لمجرد كونه تعاملاً غير مباشر، والعقد الصوري الذي يهدف للتحايل على الشريعة أو القانون لا يمكن إجازته لمجرد أنه لا يظهر فيه ما يخالف مخالفة ظاهرة، وبالتالي يجب وضع ضوابط للتعامل الصوري تكفل الإباحة وعدم المخالفة، وتضبطه وتمنع ما يمكن أن يترتب عليه من مفساد وسلبات، واستناداً لما سبق بحثه يمكن أن نضع عدة ضوابط منها:

الضابط الأول: استشعار مراقبة الله:

استشعار واعتقاد رقابة الله تعالى على جميع أفعال عباده وأخذ ذلك بالاعتبار في الكف عما لا يرضاه، وهذا يتطلب قيام المحاسب بما يجب عليه أو يطلب منه دون مراعاة رقابة الناس عليه في تصرفاته، وهذه رقابة ذاتية لا يختف أثرها بين وقت وآخر وشخص وغيره سواء كان قادراً على استيفاء حقوقه أو غير قادر، قال تعالى: "إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا" (274)، وقال تعالى: "وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ" (275).

الضابط الثاني: أن الله هو مالك الملك وحده، وأنا مستخلفون في هذا الملك بالأرض:

(272) الرازي، مختار الصحاح، (مرجع سابق) (ضبط).

(273) ابن منظور، لسان العرب، (مرجع سابق) (ضبط).

(274) سورة النساء / 1.

(275) سورة البقرة / 195.

فنظرة الإنسان المسلم للمال أن هذا المال هو لله وحده، وأنه استخلفنا فيه في الأرض، فعلى الالتزام بالضوابط والأحكام التي وضعت لتيسير هذا المال، قال تعالى: "هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تَوْبُوا إِلَيْهِ ۚ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٌ مُجِيبٌ" (276)، فعلى المسلم أن يحصل على هذا المال من طريق مباح أحله مالك المال، واتباع الوسائل المشروعة للحصول علىه وتنميته، وقال تعالى: "وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ ۗ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا ۗ وَأَحْسِنَ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ ۗ وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ ۗ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ" (277)، فأصل المال لله سبحانه، وليس للعبد فيه إلا التصرف الذي يرضي الله فيثيبه على ذلك بالجنة، فمن أنفق منه في حقوق الله كان له الثواب الجزيل والأجر العظيم.

الضابط الثالث: حرية الإنسان في التعاقد:

فالإنسان في ظل الأحكام الشرعية يتمتع بحرية واسعة في التعاقد بالشكل الذي يراه مناسباً، ويحقق مصالحه من التعاقد، فله أن يلي حاجاته المختلفة بأشكال متعددة متنوعة قابلة للتعديل والتطويع بما يتناسب مع اختلاف الناس واختلاف حاجاتهم، وكل ذلك في إطار وضعته الشرعية يمنع هذه الحريات من التعدي على الغير، والتأثير على حرياتهم ومصالحهم، فالشريعة قائمة على أن الأصل في معاملات الناس الإباحة، فلم تحصر الشريعة تعاملات الناس في عقود محددة منصوص عليها، بل اكتفت بوضع ضوابط ومحددات لهذه العقود، تضمن عدم انتهاكها لما حرمته الشريعة، وتركت مجالاً واسعاً للإنسان في تحديد كيفية سير تعاقداته بالطريقة التي يراها مناسبة (278).

فالعقود قائمة على التراضي بين الناس، ويترب على هذه العقود ما يوجب المتعاقدان على نفسيهما، فشرط العقد التراضي، يقول تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا" (279).

الضابط الرابع: على الإنسان موافقة مقاصد الشريعة في أي من أعماله: (280)

(276) سورة هود/61.

(277) سورة القصص / 77.

(278) محمد أمين بالحاج، العقود الصورية، (مرجع سابق) 100.

(279) سورة النساء / 29.

(280) محمد أمين بالحاج، العقود الصورية، (مرجع سابق) 101.

أن تكون هذه العقود والتصرفات متوافقة مع مقصد الشارع من المعاملات، مما يعين على ضبط تصرفات الناس وتعاقداً، فمقاصد الشريعة كما يعرفها الدكتور أحمد الريسوني هي: "الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها" (281)

فعلى الإنسان مراعاة مقاصد الشريعة في جميع تصرفاته ومعاملاته، فالتصرف الصحيح هو ما يتوافق مع هذه المقاصد ويراعيها ويحقق غايتها، أما التصرف الباطل فهو ما يعارضها ويلغيها، ففي تطبيقها مصلحة للناس أما في مخالفتها ففيها مفسدة ومخالفة لشرع الله. ومخالفة العقود الصورية لهذه المقاصد هو خلاف لشرع الله وفيها تكون المفسد، أما موافقة هذه العقود لهذه المقاصد فيها تكون مصالح العباد والبعد عن مخالفة الله تعالى، لذلك نخلص بأن من يتعامل مع مثل هذه العقود يجب عليه مراعاة مقاصد الشريعة، وعدم مخالفتها وعدم التحايل عليها للوصول لغايات لا ترضي الله ولا رسوله.

الضابط الخامس: العبرة بالإرادة الحقيقية في التصرفات:

فالعبرة الحقيقية في العقود في النيات والمقاصد لا بالألفاظ والعبارات، كما يجب أن تكون هذه الحقيقية موافقة لمقاصد التشريع الإسلامي ولا يترتب عليها أي مخالفة شرعية، فالعبرة بالإرادة الحقيقية في التصرفات هي ما يريده العاقدان لا ما يظهره، لا ما يظهره شكلاً ويخفيانه ضمناً، فالتصرف الصوري الذي يظهر للناس يكون غير معتبر لأنه مخالف ومغاير للحقيقة، وكما قلنا فالعبرة للحقيقة لا للظاهر.

الضابط الخامس: عدم مخالفة أركان العقود وشروطها:

حتى لو كان التعامل صورياً فهذه الأركان هي من الضوابط الأساسية في التعاملات المالية، لأنها هي ما تضبط هذا العقد وتميزه عن غيره من العقود، فمهما كان العقد الحقيقي الذي يريده المتعاقدان لا بد من توافر جميع الأركان والشروط فيه وفق ما وضعتها الشريعة الإسلامية. وفي نهاية هذا الفصل نوصي المتعامل بالصورية مخافة الله، والحرص على حقوق الغير وعدم الإضرار بهم، والبعد عما حرم الله تعالى واجتناب ما نهى عنه في جميع التعاملات، وألا تتخذ هذه العقود وسيلة للتحايل على الشريعة والقانون.

(281) أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي. (الدار البيضاء:

مطبعة النجاح، 1411هـ) 7.

4. الفصل الرابع: الحيل في الفقه الإسلامي

4. 1. التمهيد للفصل:

إن مواضيع الحيل الفقهية من مواضيع الفقه التي لا تزال غامضة المعاني، مجهولة المسالك، فتظهر لنا أهمية دراسة موضوع الحيل الفقهية نظراً للجوء الفقهاء العاملين في التأسيس للمعاملات المصرفية الإسلامية لمسلك - كالحيل الفقهية - في بناء المعاملات وصيغ التمويل المختلفة، وسنلاحظ أن الفقهاء انقسموا لقسمين فمنهم من تساهل في استدعاء فقه الحيل بدعوى التسهيل والتيسير وفريق مال إلى سد باب الحيل بالكلية، وتطرق في هذا الفصل للحديث عن ماهية الحيل ونشأتها، وأسباب ظهورها، كما تناولت أنواع الحيل في الفقه الإسلامي وأدلة مشروعيتها، وفي نهاية هذا الفصل ذكرت وجه العلاقة بين الحيل والصورية وأهم ضوابطها.

4. 2. ماهية الحيل:

4. 2. 1. تعريف الحيل لغةً واصطلاحاً:

الحيلة لغةً:

الحذق وجودة النظر والقدرة على دقة التصرف (282)، وهي أيضاً الحذق في تدبير الأمور، وهو تَقْلِيْبُ الفِكر حتى يهتدي إلى المقصود، واختال طلب الحيلة (283)، والحيلة اسم من الاحتيال، والحيل والحوال جمع حيلة، كما يقال هو أحول منك أي أنه أكثر حيلة، وتحول الرجل واحتيال إذا طلب الحيلة، ومن أمثال العرب "كان ذا حيلة تحول" (284).

وقد غلب في العرف اللغوي إطلاقها على ما يكون من الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى حصول الغرض، بحيث لا يتفطن لها إلا بنوع من الذكاء فتكون وسائلها خفية وهذا الخفاء قد يكون من جهة

(282) ابن منظور، لسان العرب، ج11 (مصدر سابق) 18.

(283) الفيومي، المصباح المنير، (حول) (مصدر سابق) 157.

(284) ابن منظور، لسان العرب، ج11 (مصدر سابق) تأكد من الصفحة.

أن لها ظاهر وباطن فيقصد فاعلها بالباطن لا الظاهر، أو أن وسائلها غير معدة في الأصل لمثل هذا المقصد وإن كان ظاهرها وباطنها سواء (285).

تعريف الخيلة اصطلاحاً:

الخيلة نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب عليها بالعرف استعمالها في الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى غرضه بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفتنة، وهذا أخص من موضوعها في أصل اللغة، وسواء كان المقصود أمراً جائزاً أو محرماً، وأخص من هذا استعمالها في الغرض الممنوع شرعاً أو عقلاً أو عادة، فهذا هو الغالب عليها في عرف الناس، فإنهم يقولون " فلان من أرباب الخيل ولا تعاملوه فإنه متحيل أو متحايل "، وفيما يلي نورد تعريفات بعض الفقهاء القدماء والمعاصرون للحيل كما يأتي:

4. 2. 2. تعريف الخيل عند بعض الفقهاء القدامى: (لو رتبت التعاريف حسب

التاريخ)

- تعريف السرخسي: " أن ما يتخلَّصُ به الرَّجُل من الحرام أو يتوصَّلُ به إلى الحلال من الحي فهو حسن " (286).
- تعريف ابن القيم: " هي نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب بالعرف استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفتنة (287).
- تعريف الإمام الشاطبي: " إن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر " (288).

(285) محمد عبد الوهاب بحيري، الخيل في الشريعة الإسلامية وشرح ما ورد فيها من الآيات والأحاديث، ط1.

(مطبعة السعادة، 1984م) 17.

(286) محمد بن أحمد السرخسي، " المبسوط " ج30. (بيروت، دار المعرفة، 1993م) 210.

(287) ابي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب (ابن قيم الجوزية) ، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه

عبد الرؤوف سعد، ج3. (بيروت، دار الجليل، بدون تاريخ) 240

(288) إبراهيم بن موسى الشاطبي المالكي، " الموافقات في أصول الشريعة "، ط2، ج2. (بيروت، دار المعرفة،

1975م).

وقال: " التحيل بوجه سائغ مشروع في الظاهر أو غير سائغ، على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر، بحيث لا يسقط أو لا ينقلب إلا مع تلك الوساطة، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود، مع العلم بكونها لم تشرع له " (289).

4. 2. 3. تعريف الحيل عند بعض الفقهاء المعاصرين:

• العلامة الطاهر ابن عاشور: "هي إبراز عمل ممنوع شرعاً في صورة عمل جائز أو إبراز عمل غير معتد به شرعاً في صورة عمل معتد به لقصد تفصيلي من مؤاخذته" (290).

• الدكتور البوطي: "قصد التوصل إلى تحويل حكم لآخر بواسطة مشروعة في الأصل" (291).

فالحيلة هي اصطلاح يستعمله الفقهاء بمعنى أخص من معناها في اللغة، فهي نوع مخصوص من العمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب استعمالها عرفاً في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل به إلى حصول الغرض، بحيث لا يتفطن لها إلا بنوع من الذكاء والفتنة (292).

4. 2. 4. التعريف المختار للحيل:

كما نجد أن تعريف الحيلة يختلف عند الفقهاء باختلاف الزاوية التي نظر منها الفقيه إلى الحيلة، فالناظر في تعريف الإمام الشاطبي يجد أنه الأقرب للواقع فهو الجامع المانع لمعنى الحيلة الفقهية، فقد أتبع الشاطبي تعريفه بقوله: " فكأن التحايل مشتمل على مقدمتين، إحداها قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض في ظاهر الأمر، والأخرى جعل الأفعال المقصود بها في الشرع معان وسائل إلى قلب تلك الأحكام، كما أتبع قوله وقال أن الله تعالى أوجب أشياء وحرم أشياء، فإن أسقط المكلف ذلك الوجوب عن نفسه، أو حتى لو أباح المحرم عليه بأي وجه من وجوه التسبب، فهذا التسبب يسمى حيلة (293).

(289) (المصدر السابق نفسه) 387.

(290) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الميساوي، ط1. (القاهرة، البصائر للإنتاج العلمي، 1998م) 251.

(291) محمد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط4. (بيروت، مؤسسة الرسالة، 1982م) 294.

(292) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 18. (مرجع سابق) 328-329.

(293) إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، ط2. (بيروت، دار المعرفة، 1975م) 379.

4. 3. الحيل نشأتها وأسباب ظهورها:

4. 3. 1. نشأة الحيل:

ذكر الامام ابن تيمية رحمه الله أن أول ظهور للحيل كان في أواخر عصر التابعين وأوائل عصر من بعدهم وفي ذلك قال: الأدلة على لزوم طريقة الصحابة والتابعين لهم ومجانبة ما أحدث بعدهم مما يخالف طريقتهم من الكتاب والسنة والآثار كثيرة جداً، وإذا كان كذلك فهذه الحيل من الأمور المحدثه ومن البدع الطارئة أما الإفتاء بها وتعليمها للناس وإنفاذها في الحكم واعتقاد جوازها فأول ما حدث في الإسلام في أواخر عصر صغار التابعين بعد المائة الأولى بسنين كثيرة وليس فيها والحمد حيلة واحدة تؤثر عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل المستفيض عن الصحابة أنهم كانوا إذا سئلوا عن فعل شيء من ذلك أعظموه وزجروا عنه (294).

ونجد أن بعض العلماء والأئمة قديماً اعتنوا بموضوع الحيل، فمنهم من أفرد "الحيل" بمؤلف مستقل، ومنهم من جعله فصلاً أو باباً في أحد مؤلفاته، وعلى سبيل المثال لا الحصر: (295).

- تحدث الإمام البخاري وأفرد كتاباً في صحيحه وترجم له باسم "كتاب الحيل"
- كما أن شيخ الإسلام ابن تيمية كان له مؤلف تحت اسم "بيان الدليل على بطلان التحليل" ويعتبر من أوسع ما كتب في الحيل.
- وألف الإمام ابن القيم كتاباً أسماه "إعلام الموقعين عن رب العالمين" وتكلم بقسم كبير منه عن الحيل.

- وأورد الإمام الشاطبي قسماً من كتابه "الموافقات" وتكلم فيها عن الحيل.
- كتاب "الحيل والمخارج" للحصاف الحنفي
- كتاب "الحيل في الفقه" للقرظيني الشافعي
- كتاب "كشف النقاب عن موقع الحيل من السنة والكتاب" لمحمد عبد الوهاب بحيري، وقد استعرض فيه أدلة الحيل من الكتاب والسنة

(294) علاء أحمد محمود القضاة، الحيل الشرعية وضابط الصحيح منها والمردود (بحث الكتروني منشور على موقع

الملتقى الفقهي <http://www.feqhweb.com/vb/t9995.html> ، 2015م)

(295) محمد الفقيه، الحيل الفقهية، (بحث الكتروني منشور في موقع ملتقى أهل الحديث

<https://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=104246> ، 2017م)

• ومن الكتب الحديثة كتاب الحيل الفقهية في المعاملات المالية، لمحمد بن إبراهيم، وقد قسم الكتاب الى قسمين، يتحدث في القسم الأول عن الحيل بوجه عام، وفي القسم الثاني تحدث عن تطبيقات للحيل في باب المعاملات، ويعتبره الكثيرون أنه من أفضل البحوث المعاصرة في الحيل. ومن تأمل هذه الكتب وجدها أقرب إلى كتب الطرف والنوادر، من كتب التأصيل والتفصيل الفقهي (296). والمتتبع لموضوع الحيل يجد أنها كانت موجودة في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام

4. 3. 2. أهم أسباب ظهور الحيل:

- الخروج من الشدائد والضيق والحرج، والأمثلة عليها كثيرة والتي يأتي مقصدها بدفع ضرر محقق، ولا نزاع بمثل هذه الحيلة للتخلص من مأزق، ولكن المأزق في أن نضع حيلة للخروج من المأزق بفعلٍ محرمة، لذلك كانت وصية مفتي لتلاميذه: "إذا سالك الرجل عن مسألة فلا تكن همتك أن تخلصه، ولكن لتكن همتك أن تخلص نفسك" (297).

- قصد التيسير في المعاملات: فنرى هنا أن بعض الفقهاء يلجأ للحيل الفقهية لمحاولة التيسير على الناس، ويجب أن نتنبه هنا أن الفقيه الذي يلجأ لمثل هذا التيسير الأصل به أن يكون صاحب ملكة فقهية للقواعد الشرعية في الاستنباط والاجتهاد، لتجنب الدخول فيما يتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

- ظهور الفقه الافتراضي في الحيل، مما زاد في انتشار الحيل وتوسع مسألها ظهور الفقه الافتراضي، وإن شئت أسميته الترف الفقهي، ومنقراً في المسائل التي يوردها المهتمون بالحيل يجد أن كثيراً من الحيل هي مخارج لمواقف ومآزق نادرة الوقوع، أو قد تكون خيالية لا يتصور وقوعها، ومع وجود له قدرة وخيال خصبين دخل الفقه في طور الافتراضيات، وكانت الحيل حلولاً في نظر بعض هؤلاء لمسائل مفترضة (298).

(296) (المرجع السابق نفسه) بدون صفحة

(297) عبيد الله العقيلي ابن بطة، إبطال الحيل، تحقيق زهير الشاويش، ط2. (بيروت: المكتب الإسلامي،

1983م) 63

(298) عيسى الحلوي، الحيل الفقهية، (مرجع سابق) 34

- التنافس بين فقهاء المذاهب، وهذا أمر مشاهد في القديم والحديث وخاصة بين فقهاء مذهبي الحنفية والشافعية، ومن جملة ذلك تنافسهم في فن الحيل (299)، فقد اقتصر الافتاء والتصنيف في الحيل الفقهية ابتداء على فقهاء المذهب الحنفي، وهم من بدأ بذلك، ثم تبعهم فقهاء الشافعية، وحتى بعض فقهاء المذهب الحنبلي،

- نافسهم في ذلك وكذلك فقهاء المذهب المالكي، لكن بفتاوى متناثرة، فلم يصنف أحد من المالكية أو الحنابلة مصنفاً مستقلاً في إيراد الحيل (300).

4.4. أنواع الحيل الفقه الإسلامي:

تختلف الحيلة اختلافاً بحسب الباعث عليها، فقد يكون الباعث إبطال حق أو إحقاق باطل وهو من أخطر أنواع الحيل فينزل تحت الحيل المحرمة، وقد يكون الباعث على الحيلة إثبات حق أو دفع باطل، أو السلامة من مكروه أو من أذى وهنا تكون الحيلة مشروعة بل واجبة، وقد قسم الامام الشاطبي رحمه الله الحيل في كتاب الموافقات إلى ثلاثة أقسام، كما يأتي:

- الحيل الشرعية المباحة.
- الحيل المحرمة.
- الحيل المختلف فيها.

4.4.1. الحيلة المباحة:

وهي التصرف المشروع الذي يقصد به التوصل إلى منفعة مشروعة أو دفع ضرر واقع أو متوقع من غير أن يترتب على ذلك قلب الحكم الشرعي، كما تسمى بالمخارج لأنه يقصد بها الخروج من ضيق في المعاملات (301).

كما ذكر الشاطبي أن الحيل الجائزة هي التي لا تخدم أصلاً شرعياً، ولا تناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها؛ مثل النطق بكلمة الكفر إكراهاً، ثم قال: "إن هذا مأذون فيه؛ لكونه مصلحة دنيوية لا مفسدة فيها بإطلاق، لا في الدنيا ولا في الآخرة" (302).

(299) محمد بن إبراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، (مصر: الدار العربية للكتاب، بدون تاريخ) 49

(300) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج3 (مرجع سابق) 172

(301) آدم دكم محمد هارون: التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي، مجلة التنوير، العدد الرابع، الصادرة بتاريخ 2010/09/15م.

وكما عرفتُها الموسوعة الفقهية: هي الحيلة التي تُتخذ للتخلص من المآثم للتوصل إلى الحلال، أو إلى الحقوق، أو إلى دفع باطل، وهي الحيلة التي لا تهدم أصلاً مشروعاً ولا تناقض مصلحة شرعية (303)، ومثال ذلك: أن يُؤجر شخص داره ويخشي غيبة المستأجر أو مماطلته فيحتال لحماية حقه بأن يشترط منها كفالة فلان الغني لما يستحق على المستأجر، ويقبل الكفيل. كذلك المرأة التي تخشى أن يتزوج زوجها عليها فتشترط في العقد أنه إذا تزوج عليها فأمرها بيدها، ويعني ذلك أن التوكيل بالطلاق عُلق على شرط.

أدلة مشروعية الحيل:

لا يختلف الفقهاء على رغم ما بينهم من تباين في الحيل على أنه هناك نوعاً مشروعاً، فهو الذي ينطبق عليه الخروج من الحرام إلى الحلال أو من الضيق إلى السعة بطريقة جائزة، ومن الأدلة على مشروعية الحيل:

• أولاً: قوله سبحانه وتعالى: "إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانَ لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَلَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا" (304).

- وجه الدلالة: أي التحايل على التخلص من الكفار، فلا يقدر على حيلة ولا على نفقة ولا قوة للخروج منها، (ولا يهتدون سبيلاً) أي: لا يعرفون طريقاً إلى الخروج (305)، وهذه حيلة محمودة يثاب عليها من عملها (306).

• ثانياً: قوله تعالى: "وَأَخَذَ بِيَدِكَ ضِعْفًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُتْ" (307).

- وجه الدلالة: وهي حيلة للخروج من الحنث، حيث ذكر تفسير ابن كثير في حديثه عن هذه الآية أن سيدنا أيوب عليه السلام كان قد غضب على زوجته ووجد عليها في أمر فعلته، قيل: إنها باعت ضفيرتها بجز فأطعمته إياه فلامها على ذلك وحلف إن شفاه الله ليضربنها مائة جلدة، وقيل: لغير

(302) الشاطبي، الموافقات، ج3 (مرجع سابق) 124

(303) الموسوعة الفقهية، ج18 (مرجع سابق) 330

(304) سورة النساء / 98

(305) الحسين بن مسعود البغوي، "تفسير البغوي"، ج2، (دار طيبة للنشر والتوزيع، بدون تاريخ) 274.

(306) الموسوعة الفقهية، ج18 (مرجع سابق) 331

(307) سورة ص / 44

ذلك من الأسباب، فلما شفاه الله وعافاه ما كان جزاؤها مع هذه الخدمة التامة والرحمة والشفقة والإحسان أن تقابل بالضرب فأفتاه الله عز وجل أن يأخذ ضعفاً - وهو الشمراخ فيه مائة قضيب - فيضربها به ضربة واحدة وقد برت يمينه وخرج من حنثه ووفى بنذره (308).

• ثالثاً: عن أبي هريرة رضي الله عنهما: "أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْبَرَ فَجَاءَهُ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَكُلْتُ تَمْرَ خَيْبَرَ هَكَذَا قَالَ لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا تَفْعَلْ بَعْ الْجُمُعَ بِالْدَّرَاهِمِ ثُمَّ ابْتَعْ بِالْدَّرَاهِمِ جَنِيبًا" (309).

- وجه الدلالة: أمر النبي عليه السلام الرجل الذي أراد استبدال الجيد بالرديء بالطرق المشروعة فقد أمره أن يبيع الرديء ثم يشتري بالدرهم تماً جيداً، وهذه الوسيلة حيلة فهي لا تتخذ لذاتها إنما تتخذ لغرض آخر توقف نيله عليها، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بها مما يدل على جوازها (310). فقيس في هذه المسألة بمن أراد أن يتخلص من تمر أو أي سلعة أخرى قد تلفت أو تغيرت قيمتها مع مرور الوقت، فمن باب التحايل المشروع هو أن يبيعها بيعاً ولا يبادلها لأن المبادأة هنا من الربا كما ذكر الرسول عليه الصلاة والسلام في الحديث السابق، وللخروج من الربا إلى الحيلة الشرعية كما أمر الرسول عليه الصلاة والسلام ببيع هذه السلعة أو التمر التالف وشراء تمر صالح بقيمة المباع، وقس على ذلك.

4. 4. 2. الحيل المحرمة:

الحيل المحرمة هي كل ما يتناقض مع المصالح الشرعية، بهدم أصل شرعي، ومنها ما تم التوافق على تحريمه ومنها ما هو محل خلاف وتردد (311).

وذكر الشاطبي أن الحيل المحرمة هي التي تهدم أصلاً شرعياً وتناقض مصلحة شرعيةً مثل حيل المنافقين، وحيل المرأين، ثم قال: فإنه غير مأذون فيه؛ لكونه مفسدة أخروية بإطلاق، والمصالح والمفاسد

(308) اسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي "ابن كثير"، "تفسير القرآن العظيم" "تفسير ابن كثير"، تحقيق "سامي السلامة، ج7. (دار طيبة، 2002م) 75.

(309) صحيح البخاري، كتاب البيوع: باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، ح 2211.

(310) البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية (مرجع سابق) 317-318.

(311) الموسوعة الفقهية، ج18 (مرجع سابق) 330.

الأخرية مقدمة في الاعتبار على المصالح والمفاسد الدنيوية باتفاق؛ إذ لا يصح اعتبار مصلحة دنيوية تخل بمصالح الآخرة، فمعلوم أن ما يخل بمصالح الآخرة غير موافق لمقصود الشارع، فكان باطلاً (312). فنستنتج أنها عبارة عن حيل تستخدم للوصول إلى محرم، وتمويه الباطل بإدخال الشبه فيه، وإبطال الحقوق.

وهنا يمكن أن يكون التصرف مشروعاً من حيث الوسيلة التي يستخدمها المتعاقدان إلا أن القصد من التصرف يكون غير مشروع.

ومثال ذلك: لو أن شخصاً أراد الاقتراض من صاحب محل، فيعرض عليه صاحب المحل أن يشتري سلعة معينة بمقابل معين وفي نفس الوقت يقوم صاحب المحل بشراء السلعة من المشتري بسعر اقل من السعر الذي اشتراه به تحايلاً على الشرع من أجل الحصول على الفائدة، فإن التصرف في ظاهره هو عقد بيع مشروع إلا أنه في الحقيقة عقد قرض بالربا، وتظهر الصورية في أن العقد الحقيقي هو عقد بيع والعقد الصوري هو عقد قرض، وكذلك الحال لو أن أحمد يملك أرضاً بجوار سعد، ثم أراد سعد بيع أرضه لأجنبي، فإن أحمد له الحق في تملكها بالشفعة بسبب الجوار بشرط دفع الثمن المسمى، فإذا أقر سعد لأجنبي بأن الأرض له ويشهد على ذلك شهوداً ثم يعطي الأجنبي الثمن لسعد على سبيل الهبة فهو في ظاهرة إقرار بالملك ولكن في الحقيقة بيع، وبالتالي يعتبر ذلك من قبيل التحايل، فالتصرف الحقيقي هو البيع والتصرف الصوري هو الإقرار بالملك.

أدلة تحريم الحيل:

فالحيل المحرمة كما ذكرنا سالفاً أنها تقوم على المخادعة والتلبيس والتدليس واتخاذ الوسائل المشروعة وغير المشروعة للوصول إلى الغاية المحرمة، لذلك من الأدلة التي حرمت هذا النوع من التحايل:

• أولاً: قال تعالى: " وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ آمَنَّا بِاللَّهِ وَبِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ * يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يُخَادِعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ " (313)، وقال عز وجل: " إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ وَإِذَا قَامُوا إِلَى الصَّلَاةِ قَامُوا كُسَالًا يُرَاءُونَ النَّاسَ وَلَا يَذْكُرُونَ اللَّهَ إِلَّا قَلِيلًا " (314).

(312) الشاطبي، الموافقات، ج3 (مرجع سابق) 124

(313) سورة البقرة / 8 - 9

(314) سورة النساء / 142

- وجه الدلالة: أفلا ترى أن المنافقين أظهروا قبول الأحكام الإسلامية، وألزموا أنفسهم التدين بها، حيلةً بذلك وخديعةً لله عز وجل ولرسوله عليه الصلاة والسلام ولعباده المؤمنين، ليحافظوا على أموالهم ويحفظوا دمائهم فاستعملوا الحيلة لغير ما أراد الله عز وجل، وهذا من أفحش وأقبح الخيل (315).

• ثانياً: قال تعالى: " وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ " (316).

- وجه الدلالة: ذم الله سبحانه وتعالى اليهود على تحايلهم على الحرام، فلقد حرم على اليهود أن يعملوا في السبت شيئاً، فكان بعضهم يحفر الحفيرة، ويجعل لها نهرًا إلى البحر فإذا كان يوم السبت فتح النهر فأقبل الموج بالحيتان يضربها حتى يلقيها في الحفيرة، فإذا كان يوم الأحد جاءوا فأخذوا ما تجمع في الحفيرة من حيتان، وقالوا إنما صدناه يوم الأحد، فعرفوا بالمسخ قرده لأنهم استحلوا الحرام بالحيلة (317).

ف نجد هنا أن حيل المنافقين مقصدهم الفرار من تكاليف الدين الحنيف ومخادعة الله والذين آمنوا.
• ثالثاً: وعن جابر بن عبد الله وعن الحارث عن علي قال: " إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَعَنَ الْمُحِلَّ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ " (318).

- وجه الدلالة: والمراد من المحل هو من تزوج المرأة المطلقة ثلاثاً بقصد الطلاق، لتحل هي لزوجها الأول والمراد من المحلل له الزوج الأول، فقد توسل باللفظ الشرعي إلى ما ينافي مقصود العقد، أو إلى أمر خارج عن أحكام العقد، وهو عود المرأة إلى زوجها المطلق، وإنما لعن الله المحلل والمحلل له لما في ذلك من هتك المروءة وقلة الحمية والدلالة على خسة النفس وسقوطها، وقد شبه الرسول عليه السلام المحلل له بالتيس المستعار (319).

(315) أبي عبد الله عبيد الله بن بطة العكبري، "إبطال الخيل"، ط1. (بيروت، دار الرسالة، 1996م) 108.

(316) سورة البقرة / 65.

(317) الموسوعة الفقهية، ج18 (مرجع سابق) 334.

(318) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح: باب في التحليل ح2076، وقال الأرنؤوط: صحيح لغيره، وهذا

إسناده ضعيف، لضعف الحارث - وهو ابن عبد الله الأعور - زهير: هو ابن معاوية الجعفي، وإسماعيل: هو

ابن أبي خالد البجلي، وعامر: هو ابن شراحيل الشعبي.

(319) (هامش المرجع السابق نفسه) 221.

قول المرابي بعتك هذه السلعة بكذا كما في بيع العينة عند الجمهور على أن يستردها منه بأقل مما باعها، ولم يكن مريداً لحقيقة البيع، وليس لأحد من البائع والمشتري غرض في السلعة بوجه من الوجوه، وإنما قصد البائع عود السلعة إليه بأكثر من ذلك الثمن، وصح عن أنس وعبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنهما سئلا عن العينة، فقالا إن الله لا يخذع هذا مما حرم الله ورسوله، فسميا ذلك خداعاً (320).

وفي هذا الحديث حذر النبي عليه السلام من ارتكاب الحيل، وشببه بفعل بنو إسرائيل، فقال صلى الله عليه وسلم: " لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل " (321).

4. 4. 3. الحيل المختلف فيها:

ذكر الشاطبي أن الحيل المختلف فيها هي التي لا يتبين للشارع فيها مقصد يتفق على أنه مقصود له، ولا ظهر أنها على خلاف المصلحة التي وضعت لها الشريعة، وذكر أنها محل الإشكال، وفيها اضطربت أنظار النظار (322).

أما ابن عاشور فذكر نوعاً واحداً من أنواع الحيل المختلف فيها، وهو التحايل على أمور ليست مشتملة معان مهمة أو عظيمة مقصودة للشارع، مثل التحايل في الأيمان التي لا يتعلق بها حق للغير مثل أن يحلف ألا يلبس ثوباً، فإن البر يمينه هو الحكم الشرعي، والمقصد هو تعظيم اسم الله، فيحتال على هذا اليمين بوجه يشبه البر فيحصل مقصود الشارع من تهييب اسم الله، ثم قال: اجتهد العلماء في هذا النوع من الاحتيال فكثير الخلاف في صورته وفروعه (323).

هذه هي أقسام الحيل بالنظر إلى المقصد الذي تحققه، فذكر الشاطبي لها ثلاثة أقسام كما أسلفنا ذكرها، أما ابن عاشور فذكر خمسة أنواع فيها، كلها تعود إلى هذه الأقسام الثلاثة، فنوعان يدخلان في القسم الأول، ونوعان في القسم الثاني، ونوع في القسم الثالث.

(320) الموسوعة الفقهية، ج18 (مرجع سابق) 335

(321) أبي عبد الله عبيد الله بن بطة العكبري، " إبطال الحيل "، وحسنه الألباني في كتاب صفة الفتوى، ص28، ط1. (بيروت، دار الرسالة، 1996م) 112 رقم الحديث 56، والحديث نقله شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابه " إقامة الدليل " 33، عن المصنف بسنده، وقال هذا إسناد جيد يصحح مثله الترمذي وغيره تارة، وبحسنه تارة. (انظر هامش المرجع المذكور سابقاً) 112

(322) الشاطبي، الموافقات، ج3 (مرجع سابق) 125

(323) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية (مرجع سابق) 358 - 359

4. 5. الحيل، علاقتها مع الصورية، وضوابطها الشرعية:

4. 5. 1. وجه العلاقة بين الصورية والحيل:

حين النظر إلى ما تم ذكره من تعريفات أوضحت ماهية الصورية والتعريفات التي أوضحت ماهية الحيل نجد أن المصطلحين فيهما تقارب كبير فيما يتعلق بالمقصود النهائي، إذ إنهما يهدفان لصنع مظهر وصورة غير حقيقية لتحقيق هدف مختلف، لذلك يمكن القول بأن حقيقة الصورية والحيل متشابهة لحد كبير إلى أنه يمكننا إيجاد فرق طفيف ألا وهو اختصاص لفظ التحايل والحيلة بمعنى ضمني زائد، فالتأمل في معنى الحيلة ومفهومها يجد أنه أطلقت في العرف العام على العمل المذموم شرعاً والذي يعمل بها إنما آثم مخطئ.

والذي يظهر أن الصورية جزء من الحيل الفقهية، أو هي بعض تطبيقات الحيل الفقهية أو صورها، وليست رديفة لها، لكن هناك حياً فقهية لا علاقة لها بالصورة، مثل التحيل بجمع بعض العقود إلى بعض، فلا يوجد صورية ولكن جمعاً لعقدين للتوصل إلى ممنوع، ومما لا شك فيه أن الشريعة أتت بصيغة وصورة للتعاملات الجائزة كألفاظ عقدي النكاح والبيع وغيرها، لكن لا يصح أن يقال بأن الأمر يتوقف عند هذه الألفاظ أو الصور⁽³²⁴⁾.

فالفقهاء متفقون على أن الأحكام الشرعية أتت ولها مقاصد ومصالح تحققها، سواء علمت هذه المقاصد والمصالح أم خفيت على البعض، فالشريعة أتت ليعمل بها المكلف ظاهراً وباطناً، فتصور قبول صور الأعمال مع مناقضتها لمقاصدها التي بنيت عليها فهو أمر لا يمكن أن يتفق مع هذا المبدأ.

4. 5. 2. ضابط الحيل الشرعية:

إن سلوك الطريق المشروع هو الأسلم لتحقيق مقاصد الشريعة، ففعل ما أمر الله به واجتناب ما نهانا عنه هو من أهم المقاصد المطلوبة، وكذلك فعل الواجب وإحقاق الحق وإبطال الباطل، وعلى هذا وبالنظر إلى مقصد الحيلة الذي تهدف له يمكننا أن نحكم على مدى جواز الحيلة من عدمه من خلال قاعدة (الأمور بمقاصدها) وتدلل على اعتبارها مجموعة من الآيات والأحاديث، ومن أظهرها الحديث الصحيح المتفق عليه: حديث عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى الْمَنِيرِ قَالَ: "سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ

(324) كتاب الحيل الفقهية، (مرجع سابق) 124

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى " (325)، فالنوايا والمقاصد هي ما تبني عليها حرمة أو جواز الحيلة، فمتى كانت الحيلة فيها مصلحة لدرء مفسدة وجلب مصلحة فهي جائزة تغليباً لجانب المصلحة وتحقيقاً لمقصد الشارع، أما إن كانت مبنية على المخادعة كما ذكرنا سابقاً للوصول لغاية محرمة فهي غير جائزة وتكون بذلك حراماً.

والبحث عن الحيلة كمنخرج أو تحايل على ما نظمته الشريعة في حياة البشرية من معاملات وعقود بشتى أنواعها، ما هو إلى خداعاً لله ورسوله، فالمتحايل للأسف يخادع الله وكأنما يخادع آدمياً، فلو أنه ارتكب معصية وتاب إلى الله منها أهون من اللجوء إلى الحيلة التي تكون بظاهر الأمر حلالاً وفي باطنه اعتداء على شرع الله واقتراض لما نهى الله عنه، فالحتم لا أجد له وصف إلا أنه أقرب للجاهل بالله تعالى، فأبي إنسان يسلك طريق الحيلة ما هو إلى إنسان يحتال ليتهرب من أداء ما عليه من واجبات أو ليقترف ما نهى الله عنه.

فإذا قلنا بجواز الحيلة أو المخارج الشرعية فلا بد من ضوابط تضبطها وتحكمها حتى تؤدي دورها، وحتى لا نقع بالحيل المحرمة، ومن أهم هذه الضوابط يمكننا تلخيصها هنا من خلال ما درسناه سابقاً:

1- أن تكون الحيلة متوافقة مع مقاصد الشارع، وتحقق مصلحة مشروعة، فقد ذكر الشاطبي بهذه المناسبة كما ذكرنا سابقاً " فإن فرضنا أن الحيلة لا تخدم أصلاً شرعياً ولا تناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها فغير داخله في النهي " .

2- ترك تقرير المسائل المتعلقة بالحيل والنظر فيها للفقهاء الشرعيين، وعدم تركها لفقهاء القانون لأن الفقيه الشرعي متكيف بأخلاق الشريعة ويمكنه القياس على أسس وضوابط شرعية لا مجال للشك فيها، أما إن ترك الافتاء لرجال القانون فسندخل في دوامة المخالفات الشرعية بقصد أو بدون قصد.

3- من أهم الضوابط التي تعتبر فيها الحيلة مشروعة هي ألا تخدم أصلاً شرعياً ولا تعارض نصاً صريحاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع، ولا تسقط واجب أو تبيح محرم.

4- ألا تلحق الحيلة ضرراً بالغير أو تسقط حقاً من الحقوق الثابتة.

5- كما أن من ضوابط الحيل أن تجلب هذه الحيلة مصلحة وتدرئ مفسدة، فالمصلحة هنا راجحة.

(325) صحيح البخاري، باب بدء الوحي، حديث رقم 1.

5. الفصل الخامس: التورق نموذجاً

5. 1. التمهيد للفصل:

قال تعالى: " وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا " (326).

عُرف مصطلح التورق قديماً حيث تكلم عنه الفقهاء في الماضي بصيغ مختلفة كالعينة وبيع الآجال، إلى أن التورق في وقتنا الراهن يختلف اختلافاً كلياً عما عرفه الفقهاء قديماً، فقد نما الاقتصاد ونمت معه أساليب المعاملات المالية المعاصرة، فالتورق الفقهي الذي عرف قديماً وما يزال يستخدم في عصرنا الحالي يختلف عن التورق المصرفي الحديث في بعض جوانبه من حيث طريقة الأداء والتنفيذ، ويتفقان في الغاية والهدف الذي يقتصر على السيولة النقدية، ولذلك تناولت في هذا الفصل عدت مباحث من بينها، ماهية عقد التورق ورأي الفقهاء فيه، كما تطرقت إلى الألفاظ ذات الصلة بالتورق وكان من بينها الربا وبيع العينة وبيع المراجحة والتوريق، ثم ذكرت في المبحث الرابع الحكم الشرعي للتورق عند الفقهاء القدامى وبينت أدلة المجيزين وأدلة المانعين، وبعد ذلك بحثنا في أنواع التورق وضوابطه، كالتورق الفقهي، والتورق غير المنظم، والتورق المصرفي المنظم، والتورق العكسي.

5. 2. التعريف بالتورق:

5. 2. 1. التورق لغة:

- القرآن الكريم: الوَرِق، قال تعالى: " فَأَبْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ " (327)، فقال ابن كثير في تفسيره: (فَأَبْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ) أَيِّ فَضْتُكُمْ هذه، وذلك أنهم كانوا قد استصحبوا معهم دراهم من منازلهم لحاجتهم إليها (328)، فالتورق هو طلب الورق، أي الفضة وفي مفهومنا الحديث، طلب النقد بأشكاله المعاصرة المختلفة من ذهب أو فضة أو عملة ورقية وغيره.

(326) سورة البقرة / 275.

(327) سورة الكهف / 19.

(328) تفسير القرآن العظيم " تفسير ابن كثير "، أبي الفداء اسماعيل بن كثير، تحقيق سامي السلامة، ج5.

(الرياض: دار طيبة، 2002م) 146.

- الموسوعة الفقهية أن مصطلح " تورق " يقال تورق الحيوان أي أكل الورق، أما مصطلح الورق فقليل هي الدراهم المضروبة من الفضة (329).

- الفيروز أبادي، " أورك " أي كثر ماله ودراهمه، فيقال التجارة مورقةً للمال، أي مكثرة ومجلبه للمال (330).

- الرازي: الورق بكسر الراء تعني الدراهم المضروبة، كما يقل رَجُلٌ وَرَاقٌ هو كثير الدراهم، كما أن الورق بفتح الراء تعني المال بشكل عام كالإبل والغنم وغيرها (331).

5. 2. 2. التورق اصطلاحاً:

سلاحظ أن مصطلح التورق لم يتم ذكره بهذا المصطلح بشكل مباشر عند الكثير من الفقهاء، وتطرقوا له كصورة من صور بيع العينة أو الربا أو بيوع الآجال، والوحيد الذي ذكره بالتورق هم فقهاء الحنابلة، وفيما يلي نسرد تعريف التورق بصفته المباشرة أو الغير مباشرة عند الفقهاء القدامى والمعاصرين:

5. 2. 3. التورق عند الفقهاء القدامى:

5. 2. 1. التورق عند الحنفية:

يقول ابن الهمام الحنفي في كتاب فتح القدير: أن بعض الناس صوّر العينة بصور مختلفة في أن يجعل بين المقرض والمستقرض بينهم ثالث، فمثلاً يبيع صاحب الثوب باثني عشر من المستقرض بعد ذلك يقوم المستقرض ببيعه من الثالث بعشرة ويسلمه الثوب ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه إلى المستقرض فيقضي حاجته، وقد أدخل الثالث توسطاً واحتراز عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وقالوا عنه أنه مذموم قد اخترعه أكلة الربا " (332)، فنلاحظ هنا أن السلعة ما عادت إلى صاحبها الأول، وإن حصل ذلك فذلك يكون عين العينة.

(329) الموسوعة الفقهية، ج4، (الكويت، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، 1988م) 147.

(330) الفيروز أبادي، القاموس المحيط. (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1406هـ) 1198.

(331) مختار الصحاح، الرازي، " مرجع سابق " مادة (ورق)، ص 299.

(332) كمال الدين محمد السيواسي الحنفي " ابن همام "، فتح القدير، ج7، ط1. (بيروت: دار الكتب العلمية،

1995م) 197 - 198، وانظر: هناء محمد هلال الحنبطي، التورق حقيقته أنواعه - الفقهي المعروف

والمصري المنظم -، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، (الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة) 10.

5. 2. 3. 2. التورق عند المالكية:

أما عند المالكية فقد جاء في الشرح الصغير مصطلح (كخذ) وهو أن يقول البائع للمشتري خذ مني هذه السلعة التي قيمتها مثلاً مئة خذها بمئة وعشرون، وهذه طبعاً من رائحة الربا، لا سيما إذا طلب المشتري نفسه سلفة أو دين يقدر ب مئة مثلاً من البائع ليردها له مئة وعشرون، قال المأمور هذا ربا (333)، فنجد أن المالكية لم يذكروا التورق بمسماه الحالي، وإنما ذكره تحت بيع الآجال، التي ينتمي لها التورق، فشبّهت هذه المعاملة برائحة الربا مما دل على كراهيتها عند المالكية، وصورة التورق كانت بالزيادة في الثمن لأجل الأجل.

5. 2. 3. 3. التورق عند الشافعية:

استخدم الشافعية مصطلح - الزرنقة - للتعبير عن التورق والعينة، وذلك لأن الذي يتعامل بهما هدفه إخفاء حصوله على النقود، فقال أبو منصور الأزهري: وأما الزرنقة: فهو أن يشتري الرجل سلعة بثمن إلى أجل، ثم يبيعها من غير بائعها بالنقد (334).

5. 2. 3. 4. التورق عند الحنابلة:

حيث ذكر البهوتي في دقائق أولي النهى مصطلح التورق عندما قال إن من يحتاج إلى نقد ليتوسع به فاشترى ما يساوي سعره مئة بأكثر من ذلك أي بمئة وعشرون مثلاً فلا بأس بذلك ويسمى التورق. (335)

والحنابلة هم أصحاب هذا المصطلح بجدارة، وعند معظم الفقهاء ذكروها ضمن بيع العينة أو البيع بثمن مؤجل وغيره.

(333) أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقبط سيدي أحمد الدردير، ج3، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م) 78 .

(334) أبي منصور الأزهري، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ط1. (الكويت: المطبعة العصرية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، 1979م) 216 / محمد عثمان شبير، التورق الفقهي وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي، (بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، 2009م) 6.

(335) البهوتي منصور بن يوسف بن ادريس، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنهي، ج2. بيروت: عالم الكتب، 1996م) 26.

5. 2. 4. التورق عند الفقهاء المعاصرين:

- **مجمع الفقه الإسلامي الدولي:** هو شراء شخص (المستورق) سلعة بثمن مؤجل من أجل أن يبيعها نقداً بثمن أقل غالباً إلى غير من اشترت منه بقصد الحصول على النقد. (336)
- **تعريف هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI):** فقد عرفت الهيئة التورق أنه شراء سلعة ما بالمساومة أو المراجعة وبثمن آجل، وبيعها لطرف غير من اشترت منه للحصول على النقد حالاً (337).
- **تعريف الدكتور الزحيلي:** ميزناه لشموله ودقة معانيه فذكر أن التورق هو شراء شخص لسلعة معينة ولأجل معين، ثم يقوم ببيعها نقداً وفي الحال لطرف ثالث غير البائع الأول، وبسعر أقل مما اشتراها به، وذلك للحصول على النقود (338).

5. 2. 5. تعقيب الباحث:

نستنتج مما سبق أن التورق يعتمد على أن المستورق أي الشخص الذي هو بحاجة إلى نقد ولا يجد من يقرضه قد التجأ إلى شراء سلعة وتملكها بثمن آجل من البائع، وبعدها يقوم ببيع هذه السلعة إلى طرف ثالث غير الذي اشتراها منه أولاً، لكن على أن لا يكون في هذه العملية صورية أو حتى تواطؤ بين الأطراف الثلاث (المستورق والبائع والمشتري) كمن يشتري من بائع سيارة ثمنها 50 ألف ليرة مثلاً يسدها على 12 شهراً ويتملك هذه السيارة، ومن ثم يقوم ببيعها لشخص غير البائع ب 40 ألف ليرة، أي بثمن أقل مما اشتراها فيه، وذلك لحاجته الماسة إلى النقد أي الورق بشكل حالي، ونرى هنا أن عملية التورق هنا تمت بين ثلاث أطراف ليس بينهم أي اتفاق مسبق أو تواطؤ، لأنه لو وجد ذلك لكان البيع هنا بيع عينه، وهذا ما يطلق عليه التورق الفردي الذي أباحه الفقهاء وستناوله فيما بعد.

(336) ورد هذا التعريف في قرار المجمع رقم: 179 (5/19) بتاريخ 30/ابريل/2009م، قرارات الدورة التاسعة

عشر، (قرار بشأن التورق، حقيقته أنواعه)، ارجع الموقع الالكتروني للمجمع .

(337) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)، المعايير الشرعية المعتمدة سنة

2017م، البحرين، نسخة الكترونية، رقم 30، ص 767 .

(338) وهبة مصطفى الزحيلي، بحث التورق حقيقته أنواعه - الفقهي المعروف والمصرفي المنظم، (قدم هذا

البحث للمجمع الفقهي الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر، في إمارة الشارقة، المنعقد عام 2009م)

5. 3. الألفاظ ذات الصلة بالتورق وأهم الفروقات بينهما:

5. 3. 1. التورق والربا:

تطرقنا سابقاً للربا في فصل الصورية فهي الزيادة التي تنتج عن مبادلة الأصناف الربوية، كما أنها خالية عن العوض المشروع، وتكون مشروطة في العقد في حال تجانس الأصناف أو عدم تجانسها، ففي حال التجانس كمن يبادل خمسين جرام ذهب بأربعين فالزيادة هنا ربا، وأيضا في حال مبادلة خمسين جرام ذهب بخمسين جرام ذهب نسيئة أي إلى أجل فهو أيضاً ربا، وذلك أن الزيادة هنا تحققت، لكن في حال كان أحد السلعتين أو الصنفين في تلك المبادلة مؤجلاً كمن يبادل خمسين جرام ذهب بخمسة جرام فضة نسيئة، فالزيادة الربوية هنا محققة (339).

أما التورق فتكون المبادلة لصنف غير ربوي، كالعروض بالنقود، ولعدم ظهور الزيادة الربوية فيه فلاختلاف في البدلين هنا جائز، أما في الربا فنرى أن المبادلة الربوية تكون بين متماثلين كما ذكر الدكتور شبير في مثال "الذهب بالذهب" سابقاً، أو بين صنفين مختلفين من الأصناف الربوية مثل الذهب بالفضة النسيئة، فبمجرد التفاضل في البدلين تظهر الزيادة الربوية، أو في حال عدم القبض لأحدهما في مكان العقد.

كما نرى أن جمهور الفقهاء عندهم الزيادة في بيع التورق جائزة ذلك أن عامل الزمن في البيوع لها قيمة اقتصادية، لكن ما لا يجوز عند الجمهور هو الزيادة في الديون لأجل الأجل لأنه لا قيمة لها (340).

5. 3. 2. التورق وبيع العينة:

وبالرجوع للفصل الثالث في باب تعريف بيع العينة من هذا البحث نلاحظ هنا أن بيع العينة فيه طرفان

فالطرف الأول وهو البائع يكون مشترياً للسلعة نفسها بأقل، والطرف الثاني وهو المشتري ويكون مشترياً للسلعة بأكثر ولأجل محدد.

والتورق نلاحظ أنه يوجد به ثلاث أطراف، الطرف الأول وهو البائع فيبيع السلعة للمشتري وهو الطرف الثاني، ثم يبيع الطرف الثاني السلعة لطرف ثالث غير البائع بسعر أقل مما اشتراها به.

(339) محمد عثمان شبير، التورق الفقهي وتطبيقاته المصرفية المعاصرة، (مرجع سابق) 8.

(340) (المرجع السابق نفسه) 12.

ف نجد أن أصل العلاقة بين التورق والعينة قائمة على التباين وهذا عند بعض فقهاء الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، فقد فرقوا بينهما من حيث: عودة السلعة المبيعة إلى البائع الأول أو عدم رجوعها، ففي حالة عادت إليه بسعر أقل اعتبروها عينة، أما إذا قام ببيعها لشخص آخر طبعاً دون تواطؤ بينهما اعتبروها تورقاً⁽³⁴¹⁾، وقال البهوتي في ذلك: أن الصلة الوحيدة في التورق والعينة هي تحصيل النقد فيهما فلا صلة إلا في ذلك، وهما يبعان متباينان، فالعينة لا بد من رجوع السلعة إلى البائع الأول بخلاف التورق الذي ليس فيه رجوع العين إلى البائع الأول، وإنما تصرف المشتري فيما ملكه كيفما يشاء⁽³⁴²⁾.

ولأن بيع العينة اعتبره الفقهاء ذريعة للربا فمنعوه ولم يجيزوه سداً للذرائع، فأى فعل أو عمل يستخدم للوصول إلى الحرام فهو حرام أيضاً⁽³⁴³⁾.

5. 3. 3. التورق وبيع المراجعة:

المراجعة هي إحدى بيوع الأمانة التي تناولتها كتب الفقه خاصة من حيث التطبيق المصرفي المعاصر لها، وهي بصورتها المألوفة، أن يلجأ إلى المصرف عميل يحتاج إلى شراء سلعة ولا يتوفر لديه ثمنها، فيحدد للمصرف مواصفاتها، ويطلب منه أن يشتريها نقداً وبييعها له بثمن مؤجل، ويكون على أقساط حيث تتحدد كلفة شراء المصرف لها، وهامش ربحه⁽³⁴⁴⁾. كشخص يريد شراء سيارة لكنه لا يملك ثمنها، فيوفر البنك للعميل السيارة وبييعها له بثمن آجل وبهامش ربح إضافي، فيتملك العميل تلك السلعة وهي الغاية المطلوبة.

بينما التورق فإن نية تملك السلعة غير واردة "للمتورق" وإنما الغاية هي حاجته للمال عاجلاً، فيشتري السلعة بثمن آجل، وبييعها بسعر أقل من سعر شراءها لتسريع حصوله على المال، فعملية التورق ترتبط ارتباط وثيق بالمراجعة سوى أن نية التملك في التورق غير متوفرة، كما أن التورق كمصطلح لدى

(341) (المرجع السابق نفسه) 10.

(342) البهوتي، كشاف القناع، (مرجع سابق) ج3/186، وانظر أيضاً: كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، ج7 (مرجع سابق) 211.

(343) إبراهيم فاضل الدبو، التورق حقيقته أنواعه "الفقهي المعروف والمصرفي المنظم"، بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر، إمارة الشارقة، 2009م.

(344) عبد الله بن سلمان المنيع، بحث التأصيل الفقهي للتورق في ضوء الاحتياجات التمويلية المعاصرة، مجلة البحوث الإسلامية، عدد 72، 1425هـ.

بعض البنوك هو عملية مراجعة معكوسة فيقوم العميل بشراء سلعة من البنك بأجل، ويعيد بيعها مباشرة للحصول على النقد لطرف ثالث، ليتخلص بذلك من القروض الربوية (345).

5. 4. حكم التورق عند الفقهاء القدامى:

التورق عبارة عن بيع من البيوع المختلفة، التي اختلف في جوازها الفقهاء بين مجيز ومكروه، وبما أن الشريعة السمحاء جاءت لرفع الحرج عن الناس وتيسير أمورهم ضمن أصول وثوابت أمرنا الله بها، وقال تعالى: " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ " (346)، فالمعاملات في الإسلام بنيت على أساس مراعات العلل والمصالح فيها، وإن الشرع جاء لتسهيل أمور الناس وعدم التعصب فيها، فقد أباح كافة المعاملات إلا ما كان مخالفاً لشرعه القويم وفيه ظلم للآخرين وهو أساس تحريم الربا، فما بني على غش واحتكار نعتبه ظلم قام الإسلام القويم بتحريمه لينشر العدل بين البشر وخشية النزاع والعداوة بينهم وهذا أيضاً هو سبب تحريم الغرر والميسر والقمار، فالمنع في هذه الأمور مفهوم ومعلل وإذا فهمت العلة فالحكم يوجد معها وجوداً أو عدماً (347)، وجاءت آراء فقهاء المذاهب الأربعة بالتورق الفقهي على النحو التالي:

5. 4. 1. عند الحنفية:

إذا تتبعنا كتب الحنفية، فلن نجد ذكراً للتورق بهذا الاسم، وإنما ورد كصورة من صور العينة، إلا أنه قد يتبادر للذهن أن حكم تحريم العينة يشمل بيع التورق، وذلك لأن الحنفية يجرمون العينة ويذكرون أن التورق صورة عنه، فالتورق جائز مشروع في مذهب الحنفية خلافاً للعينة، ويؤكد ذلك:

● ذكر ابن الهمام بعد أن فرق بين العينة والتورق في الحكم وبين أن لا كراهة فيه إذا رفض التاجر الإقراض، ويقول: " ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم، فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته، ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرج الدافع إن فعلت صورة يعود فيها إليه هو أو

(345) أحمد الأمين بالحاج، الصورية في العقود المالية " دراسة تطبيقية مقارنة "، (رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، عام 2007م) 215.

(346) سورة البقرة / 185.

(347) سعد عبد محمد، التورق المصرفي وآثاره الاقتصادية، (بغداد: مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد 37، 2013م) 54.

بعضه، كعود الثوب أو الحرير في الصُّورة الأولى، وكعود العشرة في صورة إقراض الخمسة عشر، فمكروه، وإلا فلا كراهة إلا خلاف الأولى على بعض الاحتمالات، كأن يحتاج المديونُ فيأبى المسؤول أن يقرض، بل يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر إلى أجل فيشتره المديون، ويبيعه في السُّوق بعشرة حالَّة، ولا بأس في هذا، فإن الأجلَ قابله قسط من الثمن، والقَرْضُ غير واجب عليه دائماً، بل هو مندوب" (348).

✓ قول الزيلعي في معرض كلامه عن العينة وشروط فسادها: وشرطنا أن يكون الشراء من مشتريه أو من وارثه، لأنه لو باعه المشتري من رجل أو وهبهُ لرجل أو أوصى لرجل، ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل يجوز، لأنَّ اختلاف سبب الملك كاختلاف العين (349).

وعلى ذلك فنصوص الحنفية في مدوناتهم المعتمدة صريحة في جواز التورق، لأنَّ الربح فيه لا يحصل للبائع الأول، فقد نصوا على صورته وأجازوه وإن لم يسموه تورقاً، وهو المقصود، بل إنها صريحة أيضاً في أنَّ من باع سلعةً بثمن مؤجَّل، فباعها المشتري من شخص ثالث، ثم اشتراها البائع الأول من الشخص الثالث بثمن معجَّل أقلَّ مما باعها به قبل نقد الثمن من المشتري الأول، ولا يخفى أن جواز هذه الصورة مبني على جواز التورق في مذهبهم (350).

5. 4. 2. عند المالكية:

الذي يظهر لنا بأن نصوص فقهاء المالكية يرون كراهة التورق، كما يلي:

● وقد كان المالكية يكرهون التورق بقيود، فإذا اشترى شخص سلعة ما على أن يدفع بعض ثمنها ويؤخر بعضه لأجل، فإذا كان قد اشتراها ليبيعهما كلها لحاجته لنقدها، فلا خير فيه، وهذا ما قاله مالك (351).

ويلاحظ هنا أن الكراهة فيما مضى من النص السابق قد قيدت بفعل المشتري نفسه إذا كان يريد أن يبيع السلعة وليس لينتفع بها، إضافةً إلى استعجال بعض الثمن، وتأخير بعضه، فتلك القرائن كتعجيل

(348) شرح فتح القدير، ج 7 (مرجع سابق) 213

(349) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4، (مرجع سابق) 64.

(350) نزيه حماد، فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ط 1. (دمشق: دار القلم، 2007م) 157.

(351) (المرجع السابق نفسه) 106، وانظر: رياض بن راشد آل رشود، كتاب التورق المصري، كتاب الكتروني، ص 96.

بعض الثمن، وتأخير بعضه، تدل على أن الهدف والغاية من عملية التورق ما هي إلا تحصيل نقد حاضر مقابل زيادة في ذمّة المتورق، وإنما اتخذ البيع ستاراً لذلك (352).

• كما ذكر سحنون في المدونة الكبرى: " ولقد سألت مالكا عن الرجل يبيع السلعة بمئة دينار إلى أجل، فإذا وجب البيع بينهما، قال المبتاع للبائع: بعها لي من رجل بنقد، فإني لا أبصر البيع؟ قال: لا خير فيه ونهى عنه، وقلت: فإن سأل المشتري البائع أن يبيعها له بنقد فباعها له بنقد بأكثر مما اشتراها به المشتري؟ قال: هذا جائز لأنه لو اشتراها هو لنفسه بأكثر من عشرة دنانير جاز، فكل شيء يجوز للبائع أن يشتريه لنفسه فهو جائز أن يشتريه لغيره إذا وكله " (353)، وكما ذكرنا سابقاً في تعريف التورق عند المالكية فإن الزيادة في ثمن السلعة لأجل الأجل مكروهة وهو منهي عنه.

5. 4. 3. عند الشافعية:

لم أجد للشافعية أي حديث عن بيع التورق لا بشكل صورة من صور العينة كالحنفية والمالكية ولا مستقلاً كما ذكره الحنابلة، وعند الرجوع لموقفهم من العقود عامة وموقفهم من بيع العينة خاصة، نستطيع أن نقيس موقفهم من عقد التورق، فكان موقفهم من العقود بأن العبرة في العقود بالظاهر، ولا تأثير لنية المتعاقدين على العقد، فيقول: لا يفسد عقدٌ أبداً إلا بالعقد نفسه، لا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره، ولا بتوهم، ولا بأغلب، وكذلك كل شيء لا نفسه إلا بعقده، ولا يفسد البيوع بقول هذه نسيئة سيئة أو ذريعة (354)، فإذا قسنا هذا الموقف على عقد التورق، فيظهر لنا جواز بيع التورق من غير كراهة (355).

كما أن الشافعي ذكر في كتاب الأم: في حال اشترى شخص من شخص آخر سلعة معينة وتم قبضها وكان ثمنها مؤجلاً فلا بأس بأن يبتاعها ممن اشتراها منه أو من غيره وذلك بثمن أقل أو أكثر مما اشتراها به أو بدين (356)، فيتبين لنا أن الإمام الشافعي قد بنى رأيه على هذه المعاملة بصحتها

(352) رياض بن راشد آل رشود، كتاب التورق المصري، (المرجع السابق نفسه) 96

(353) سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي، ج3، ط1 (بيروت: دار

الكتب العلمية، 1994م) 167-168

(354) الشافعي، الأم، (مرجع سابق) 297/7-298

(355) رياض بن راشد آل رشود، كتاب التورق المصري، (المرجع السابق نفسه) 98

(356) الشافعي، الأم، ج3، (مرجع سابق) 79

وسلامتها حتى يظهر القصد، فهو يرى أن المتعامل بها غير متبطن على الربا، لذلك فهو لا يرى في التورق بأساً وحتى لو عادت السلعة لبائعها الأول (357).

5. 4. 4. عند الحنابلة:

كما ذكرنا سابقاً في التعريف أن أكثر ما ظهر التورق بمسماه عند الحنابلة كمسألة مستقلة، وقد ورد عند الحنابلة أكثر من رأي في بيع التورق، فبعضهم يرى الجواز، والبعض يرى التحريم، كما أن الإمام أحمد - رحمه الله - روي عنه ثلاث روايات في بيع التورق وجاءت بالجواز، والكراهة والتحريم (358)، وذكرنا مقولة المرداوي عندما قال: لو احتاج شخص إلى نقد فاشترى ما يساوي مائة بمائة وخمسين فلا بأس، نص عليه، وهو المذهب وعليه الأصحاب وهي مسألة التورق (359).

(357) محمد مختار السلامي، التورق والتورق المصري، الاقتصاد الإسلامي، (مجلة محكمة، مجلد 24، العدد 274، سنة 1425هـ-2004م) 22

(358) وللإستفادة أكثر أضع هنا أوجه الجمع بين هذه الروايات كما ذكرها فضيلة الدكتور سامي السويلم، في بحثه التورق والتورق المنظم، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلام، مكة، سنة 2003م) 8 كما يلي:

روي عن أحمد: كراهة التورق، ومعلوم أن الكراهة عند المتقدمين تفيد التحريم غالباً، تورقاً منهم عن إطلاق القول بالتحريم، يقول ابن القيم: "وقد غلط كثير من المتأخرين من أتباع الأئمة على أئمتهم بسبب ذلك، حيث تورق الأئمة عن إطلاق لفظ التحريم، وأطلقوا لفظ الكراهة، فنفي المتأخرون التحريم عما أطلق عليه الأئمة الكراهة، ثم سهل عليهم لفظ الكراهة. . . فحمله بعضهم على التنزيه، وتجاوز به آخرون إلى كراهة ترك الأولى، فحصل بسببه غلط عظيم على الشريعة، وعلى الأئمة" إعلام الموقعين (مرجع سابق) (1/39).

والتورق حيلة بلا ريب، وإنما وقع الخلاف: هل هو حيلة جائزة أم ممنوعة، فتكون رواية التحريم مبنية على قوله بمنع الحيل التي يعد التورق من صورها، بينما يمكن حمل رواية الجواز على حالة الضرورة، حينما يضطر الشخص إلى نقود، ولا يجد من يقرضه فيضطر إلى اللجوء لعملية التورق، وبذلك يزول الاختلاف بين تلك الروايات، والجمع مقدّم على الترجيح، وأما ترجيح رواية الجواز فهو إهمال لرواية التحريم من جهة، ولأصل مذهب أحمد بن حنبل من جهة أخرى.

وبهذا يزول الاختلاف بين روايتي الكراهة والتحريم، إذ المراد بالكراهة عند الإمام أحمد هو التحريم، فيبقى وجه الجمع بين روايتي التحريم والجواز، وبيان هذا كالتالي: نص الإمام أحمد في رواية على تحريم التورق، ومعلوم من أصول مذهب أحمد أنه يمنع الحيل كلها كما قال ابن قدامة: "قد ثبت من مذهب أحمد أن الحيل كلها باطلة" المغني (مرجع سابق) (4/74).

(359) المرداوي، الإنصاف، (مرجع سابق) ج4/343

والحنابلة مذهبههم مذهب الشافعية في رواية (360)، ورُوي عن إمامهم أحمد بن حنبل منعه، ويرى تحريمه ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية (361).

5. 5. ملخص حكم الفقهاء القدامى:

ونلاحظ مما سبق ذكره أن الفقهاء اختلفوا في حكم التورق على ثلاثة أقوال:

5. 5. 1. من قال بالجواز:

نقل عن إياس بن معاوية أنه رخص في التورق (362)، وذكر أبو منصور الأزهري أنه جائز عند جميع الفقهاء، ثم قال: روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تأخذ من معاوية عطاءها عشرة آلاف درهم، وتأخذ الزرنقة مع ذلك، وهي العينة الجائزة (363)، كما أنه حكى عن ابن المبارك أنه قال: " لا بأس بالزرنقة" (364).

إن صنيع شيخ الإسلام ابن تيمية يدل على أن الخلاف في الكراهية، وليس في الحرمة، حيث يقول: " إذا كان مقصود المشتري الدراهم وغرضه أن يشتري السلعة إلى أجل ليبيعها ويأخذ ثمنها فهذه تسمى " مسألة التورق "، لأن غرضه الورق لا السلعة، وقد اختلف العلماء في كراهيته، فكرهه عمر بن عبد العزيز وطائفة من أهل المدينة.. ورخص فيه آخرون، والأقوى كراهيته " (365).

أما المالكية فمع تشددهم في مسائل القصد نجدهم يصرحون بمنع بيع العينة، وليس التورق، ويقول القراني: " إنا إنما نمنع أن يكون العقد الثاني من البائع الأول " (366)، وقال الدسوقي في بيان بيوع

(360) الشافعي، الأم، ج3، (مرجع سابق) 78، ابن عابدين، رد المختار، ج7، (مرجع سابق) 655
(361) المرادوي، الإنصاف (مرجع سابق) ج4/243، محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، ج4. (بيروت: دار الفكر، 1989م) 375

(362) ابن القيم، تهذيب السنن، ط1، ج3. (بيروت: دار الكتب العلمية، 2001م) 56
(363) الأزهري، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، (وزارة الأوقاف بالكويت، 1399هـ) 216
(364) ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج2. (مصر: مصطفى البابي الحلبي، 1357هـ) 301
(365) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج29، (مصدر سابق) 302
(366) القراني، الفروق، ج3، (مرجع سابق) 268

الآجال المكروهة: " أن يكون البائع ثانياً هو المشتري أولاً، أو من تنزل منزلته، والبائع أولاً هو المشتري ثانياً، أو من تنزل منزلته " (367).

ولم ينص المالكية صراحة على حكم مسألة التورق، ولم يذكروا صورتها المعروفة على التحديد في مدوناتهم، غير أن نصوصهم المتكاثرة في مسألة (بيوع الآجال) تفيد جوازه، حيث إنها قيدت الحظر والتحریم، أو شرطت لثبوته أن يكون البائع الأول هو المبتاع (368).

5. 5. 2. من قال بالتحريم:

وهو مذهب ابن تيمية، وابن القيم بناءً على أنه مثل العينة، كما قيل أنه للإمام أحمد في إحدى روايته، ونسب تحريمه للحنابلة في رواية (369).

فقد قال ابن القيم: أن المرابين يعتمدون ثلاثة أقسام، ومن أخفها التورق، فالقسم الأول إن أعاد السلعة إلى بائعها فهي عينة، والقسم الثاني إن باعها لغيره فهو التورق، والقسم الثالث إن رجعت إلى ثالث يدخل بين العينة والتورق وهو محلل الربا (370).

وبهذا يتبين أن المتورق (العميل) إذا باعها لشخص ثالث ليس له علاقة بالعقدين، فقد خرج عن التورق المحرم حتى في نظر ابن القيم رحمه الله، وهذا النوع داخل ضمن ما سمّيته: (التورق المنضبط)، ومن جانب آخر، فإن ابن القيم قد كشف بهذا النص ما نسميه اليوم بالتورق المنظم، وهو النوع الثالث الذي تنظم فيه العلاقات بين البائع - في الظاهر - والمشتري المتورق من خلال إدخال طرف ثالث بالتواطؤ، وهو (محلل الربا) حيث يعيد العين المشتراة في الظاهر إلى البائع الأول وهو المقرض، وهذا النوع يجري في بعض المعاملات اليوم إن لم يكن في أكثرها، في المعادن والسلع الدولية، حيث يشتريها نقداً البنك الوسيط، أو الوكيل، نيابة عن البنك الإسلامي من صاحب السلعة، ثم يشتريها أصالة بثمن آجل، ثم ماذا يفعل بهذه السلعة أو المعادن، فبييعها أو يعيدها إلى صاحبها (371).

(367) القراني، حاشية الدسوقي، ج3 (مرجع سابق) 77

(368) نزيه حامد، فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، (مرجع سابق) 153

(369) المرادوي، الأنصاف (مرجع سابق) ج4/243

(370) القرة داغي، التورق المصرفي، (مرجع سابق) 29، وانظر: شرح سنن أبي داود، لابن قيم الجوزية، تحقيق

أحمد شاكر، ج5. (المدينة المنورة: دار المعرفة، بدون تاريخ) 108

(371) علي محيي الدين القرة داغي، التورق المصرفي " بين التورق المنضبط والتورق المنظم "، ط1. (بيروت: دار

البشائر، 2011م) 29-30

وقال ابن القيم أيضاً: " وعن أحمد روايتان، وأشار في رواية إلى أنه مضطر، وكان شيخنا - أي ابن تيمية رحمه الله - يمنع مسألة التورق، وروجع فيه مراراً وأنا حاضر فلم يرخّص فيها، وقال: المعنى الذي لأجله حرّم الربا موجود فيه بعينه، مع زيادة التكلفة بشراء السلعة، وبيعها، والخسارة فيها، فالشريعة لا تحرم الضرر الأدنى وتبيح ما هو أعلى منه!" (372).

5. 5. 3. من قال بالكراهية:

في رواية عن عمر بن عبد العزيز قد قال: أن التورق - أخية - (373) فهو أصل الربا (374). وقد قال فضيلة الشيخ تقي العثماني: " أما ما يسمى بالتورق عند الحنابلة، فلم يكرهه أحد من أئمة الحنفية، وأجازاه ابن الهمام، والعيني، وابن نجيم، وصاحب النهر، والشرنبلالي، وأبو سعود، وارتضاه ابن عابدين - رحمهم الله - وهو الذي يظهر من قول قاضي خان حيث إنه لم يذكر التورق في جملة الحيل التي يلجأ إليها الناس فراراً من الربا، وقصر قول الكراهة المنسوب إلى الإمام محمد على الصور التي فيها السلعة إلى البائع " (375).

5. 5. 4. أقوال المجامع والمؤسسات الفقهية المعاصرة عن التورق بشكله الفقهي:

استبقنا الحكم على التورق الفقهي هنا وذكرنا أقوال بعض المجامع والمؤسسات الفقهية المعاصرة وذلك لربطه بأقوال وآراء الفقهاء القدامى التي أجازت بيع التورق الفردي، الذي هو نوع من أنواع التورق، وسنستفيض فيما بعد بشرحه وتفصيله، وحلّصت آراء المجامع كما يلي:

5. 5. 5. هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية:

الهيئة لها عدة أبحاث مطولة ومؤتمرات عقدتها ضمت العديد من الفقهاء والعلماء الذين أفتوا بجواز التورق الفقهي، وذكر ذلك في مجموعة أبحاث نشرتها الهيئة، وقالت إن صور التورق الجائز هي أن يحتاج إنسان لنقود لحاجة أضرت به أو لتوسع في تجارة أو لقضاء حاجة ما، فيشتري سلعة لأجل

(372) ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، ج3. (مرجع سابق) 22

(373) الأخية: هو الحبل الذي يربط به الحيوان، واستعير هنا لمعنى أن التورق مرتبط بحكم الربا في التحريم، انظر:

ابن تيمية، كتاب بيان الدليل على بطلان التحليل، ط1. (بيروت: المكتب الإسلامي، 1998م) 79

(374) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج29 (مرجع سابق) 236.

(375) تقي العثماني، أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر

الإسلامي (الدورة 19) 9

بأكثر من سعرها حالاً، ويبيعها بعد قبضها لغير من اشتراها منه، فهذا لا ربا فيه، وهي ليست يبعثان في بيعة واحدة وهي جائزة. (376)

5. 5. 6. لجنة المعايير الشرعية (الأيوبي): (377)

أقرت لجنة المعايير الشرعية بجواز التورق وذلك ضمن ضوابطه شرعية، ذكرت اللجنة أنه - يمكن أن يكون المتورق هو العميل، وذلك بشرائه السلعة (محل التورق) من المؤسسة، ثم يبيعها لغيرها لتحصيل السيولة -

ومن أهم القرارات والضوابط الشرعية للتورق الفردي لخصها فضيلة الدكتور محمد عثمان شبير، أحببت أن أنقلها كما هي مع تعديل في صياغتها: (378).

- يجب أن تكون السلعة المباعة غير العملة الورقية والذهب والفضة.
- كما يجب أن تكون السلعة مميزة ومعينة عن موجودات البائع الأخرى.
- الأصل بالشراء أن يكون حقيقياً وليس صورياً، كما يفضل أن تتم العملية بالعملة بالسلع المحلية.
- القبض للسلعة يجب أن يكون حقيقياً، أو حكماً بالتمكن فعلاً من القبض الحقيقي.
- كما أن بيع السلعة والذي هو محل التورق يجب أن يكون لغير البائع الذي اشترت منه بالأجل وبأقل مما اشتراها به.
- كما يجب عدم الربط بين عقد شراء السلعة بالأجل وعقد بيعها بثمن حال، بأي طريقة ممكن أن تسلب المشتري حقه في قبض السلعة، سواء كان الربط بالنص في المستندات، أو بالعرف.

(376) أبحاث هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية، ط3، ج4، (الرياض: طبع ونشر الرئاسة العامة

للبحوث العلمية والافتاء، 2011م) قرار رقم (11/3) تاريخ (1397/10/16هـ) 427 - 431.

(377) المعايير الشرعية (مرجع سابق) ص 768، وانظر: محمد شبير، التورق الفقهي وتطبيقاته، (مرجع سابق)

(378) (شبير، المرجع السابق نفسه) 22

5. 5. 7. المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث: (379)

وبعد نقاش المجلس موضوع (التورق) الذي تجرّبه بعض المصارف الإسلامية، قرر تبني رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي (والذي ذكرناه آنفاً)، حيث وضع معيار التواطؤ أو الترتيب في المعاملة حداً فاصلاً لتعريف التورق المنظم، سواء أكان التواطؤ ضمنياً أم صريحاً، أم صار عرفاً وعادة ممارسة، واعتبر وجود التواطؤ يجعل المعاملة رباً محضاً.

وقد دعي المجلس هيئات الرقابة في المؤسسات المالية الإسلامية في أوروبا وخارجها إلى العمل على تطبيق هذه القرارات لأهميتها في وضع الصورة الصحيحة للممارسات المالية الإسلامية، وخصوصاً في هذا الوقت الذي تتطلع فيه السلطات والدوائر المالية في الدول الأوروبية إلى المصرفية الإسلامية وتسعى إلى تفهم أغراضها ومضامينها وإمكان تطبيقها في البلدان الأوروبية.

5. 5. 8. رأي الباحث:

بعد ذكر آراء الفقهاء القدامى والمعاصرين لحكم التورق الفقهي أو الفردي، أرى حجج جمهور الفقهاء المجيزين للتورق الفقهي صحيحة وقوية، بخلاف أدلة المانعين فإنها ضعيفة وواهية ولا يصح الركون إليها والاعتماد عليها، وإن سعي أربابها لتخريج كراهية التورق الفقهي على قاعدة سد الذرائع ليس إلا غلو وتنطع مذموم، فأرى أن التعامل به جائز شرعاً وذلك لأن الأجل والحال لم يدخل في ملك البائع الأول، وإنما هو خسارة يتحملها البائع المستورق، كما أنه بعيد كل البعد عن الربا، فلا يوجد به رباً لا قصداً ولا صورة، لأن الحاجة داعية إلى ذلك لقضاء دين، أو سدّ ضائقة ما، ولأن المتورق قد تمكن من تملك السلعة وسعى في بيعها فهذا يدل على أن هذه المعاملة تدخل ضمن عقود المراجعة، كما أن الخسارة للحصول على النقد أمر جائز شرعاً، كما "بييع الوضعية" الذي يقابل بيع المراجعة، وفيما يلي نأتي لذكر أنواع التورق المختلفة وضوابطه:

(379) انظر موقع المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، - <https://www.e-cfr.org/%D8%AD%D9%83%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%82/>

تركيا، 8-12 رجب 1430هـ، الموافق لـ 30 حزيران (يونيو) - 4 تموز (يوليو) 2009م، قرار 84

(19/2)

5. 6. أنواع التورق وضوابطه:

أولاً: التورق الفقهي (الفردى)

ثانياً: التورق المنظم

ثالثاً: التورق المصرفى المنظم

رابعاً: التورق المعاكس

وسنأتى هنا للتعريف بكل نوع من هذه الأنواع وبيان حكمها وصفاتها، والفرقة بينها، كما يلي:

5. 6. 1. التورق الفقهي (الفردى):

5. 6. 1. 1. التعريف:

هو الذى تحدث عنه الفقهاء قديماً، وقد بيناه وعرفناه سابقاً، والحكم الذى سبق وذكرناه فهو شامل له أيضاً، وقد سمي بالتورق الفقهي نسبةً لكتب الفقه القديمة، أما مسمى التورق الفردى فذلك نسبة إلى أن الذى يمارس هذا التورق هم الأفراد.

وعرفه مجمع الفقه الإسلامى الدولى كما ذكرنا سابقاً بأن يشتري العميل أو المستورق سلعة معينة بثمن مؤجل وذلك لبيعها نقداً وبثمن أقل، ويجب أن يكون غير من اشتريت منه، والهدف من هذه العملية هي حصوله على النقد حالاً.

كما عرفه الزحيلي وذكرنا هذا التعريف سابقاً أيضاً بأن يشتري شخص سلعة نسيئة (لأجل) أين أن يتم تسديد سعر السلعة على فترات متباعدة، ثم يقوم ببيعها لغير البائع نقداً في الحال، وبأقل مما اشترىها به للحصول على المال.

5. 6. 1. 2. الأسماء التى تطلق على التورق الفقهي:

مصطلح التورق لم يكن دارجاً في الحقبة الماضية، فكان هناك مصطلحات وألفاظ تفيد معنى التورق، ونذكر منها: الزرنقة، والوعدة، الدينة، الكسر، ونبيها كالأتي:

5. 6. 1. 2. 1. الزرنقة:

تعريف الزرنقة لغةً: هي من كلمة زَرَنْق ولها ثلاثة معاني:

أولاً: (الإخفاء) فنقول تزرنق في الثياب أي ارتداها وتستر بها، في اللغة مأخوذة من زرنق.

ثانياً: (الاستقاء) وهي آلة يستقى بها من البئر.

ثالثاً: (رَزْنَةٌ) وهي كلمة فارسية بمعنى لا يوجد ذهب، فيطلب الذهب بالعينه. (380).

تعريف الزرنقة اصطلاحاً: درج هذا المصطلح على العينة والتورق، فذكر الزمخشري في غريب الحديث: الزرنقة أن يشتري الشخص سلعة ما بأكثر من ثمنها إلى أجل، ثم يبيعه من البائع أو غيره بأقل من الثمن الذي اشتراها به (381)، وبما أن من يتعامل بما هدفه إخفاء الحصول على النقد لهذا السبب أطلقت الزرنقة على كل من العينة والتورق، كما أطلق الشافعية مصطلح الزرنقة على التورق خاصة، فقال الأزهري في غريب ألفاظ الشافعي: أن الزرنقة هي أن يشتري الشخص سلعة معينة بثمن آجل، ثم يبيعه من غير بائعها نقداً (382).

5. 6. 1. 2. الوعدة:

الوعدة لغةً: هي من الوعد، اللغة من الوعد، وهو الإخبار عن فعل المرء أمراً في المستقبل يتعلق بالغير، سواء كان هذا الإخبار خيراً أم شراً (383).

كما أنها كانت مشهورة في عرف الناس في بعض مناطق دولة السعودية، فكان الرجل يشتري سلعة ما كالسكر أو الأرز أو الدقيق وغيره من البائع بالأجل، فيعيد بيع هذه السلع إلى تاجر آخر وذلك للحصول على النقد حالاً، وكانت هذه المعاملة تجرى على أعين العلماء والمشايخ هناك وتم استفتائهم بهذه القضية، فكان منهم الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رحمه الله وأجازها في المشهور من المذهب، ويعود سبب تسمية التورق بهذا الاسم حينها، إلى أن المدين يخبر الدائن أنه موعود بشراء سلعة إلى أجل، وسيبيعهما ليحصل على النقود المحتاج إليها لسداد الدين، فيقول للدائن: سأخذ وعدة وسأبيعهما على كل حال (384)

(380) محمود بن عمر الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، تحقيق علي البجاوي ومحمد إبراهيم، ج2، ط2.

(حلب، عيسى البايي الحلبي، 1971م) 108

(381) (المرجع السابق نفسه) 393، الفائق في غريب الحديث للزمخشري، ج2، (مرجع سابق) 108

(382) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، للأزهري، ص 216

(383) حسين بن محمد الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، بدون ط، (القاهرة: مطبعة مصطفى الحلبي،

1961م). 526

(384) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف، ص 11

5. 6. 1. 2. 3. الدينه:

الدينه لغه مأخوذه من داينت فلاناً: إذا عاملته ديناً، فيقال: دان الرجل، يدين ديناً، إذا استقرض أو اشترى سلعة لأجل (385).

والدينه في عرف بعض الناس مثل السعوديه تطلق على التورق أيضاً، حيث كانوا يشترون السلع: كالأرز من التجار بالأجل، ويعيدون بيعه نقداً إلى تجار آخرين في سبيل الحصول على النقود، وقد استفتي فيها الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف رحمه الله، فأجاب بجوازها بهذا الاسم إلى أن ثمن السلعة فيه يبقى ديناً في ذمه المشتري الأول (386).

5. 6. 1. 2. 4. الكسر:

معنى الكسر لغه: يقال كسر الشيء أي حطمه وفرق بين أجزاءه (387)، وقد درج هذا المصطلح في عرف بعض مناطق دولة السودان، فكانوا يشترون السلع من قمح وشعير وغيره من التجار بالأجل، ويقوموا بإعادة بيعها إلى تجار آخرين بسعر أقل مما اشتروه فيه، بهدف الحصول على السيولة النقدية، فهذا ما يسمى بالتورق (388).

وأما سبب تسمية هذه المعامله بهذا الاسم فيرجع ذلك إلى أن هذا الفعل يجعل المتورق يخسر بالسلعة لتأمين السيولة (فيكسر).

فنخلص هنا أن استخدام هذه الألفاظ (الزرنقه، والوعده، الدينه، الكسر) كانت تفيد نفس معنى التورق الذي يجري في زماننا لكننا نعتبره تورق فردي وليس منظم، لهذا السبب لم نجد أن فقهاء الشريعه منعه أو صدر أي فتوى تحرمه، مع اختلاف المسميات والألفاظ إلى أنه كان يهدف إلى حصول المتورق على السيولة النقدية حالاً مع خسارته في بيع ما اشتراه بسعر أقل.

5. 6. 1. 3. أطراف عقد التورق الفردي:

-الطرف الأول: طالب التورق (المستورق) ويأتي كمشتري أول وبائع ثاني.

-الطرف الثاني: البائع الأول، وهو بائع السلعة للطرف الأول بأجل.

(385) (المرجع السابق نفسه) 11، وانظر: الفيومي، المصباح المنير، 1/279

(386) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، ص1

(387) المعجم الوسيط، 2/787

(388) موسى آدم عيسى، بحث تطبيقات التورق، مؤتمر المؤسسات المصرفية، 2/462

-الطرف الثالث: المشتري الثاني، وعن طريقه تتحول السلعة بأجل إلى ورق.

5. 6. 1. 4. القصد والغاية من عقد التورق الفردي:

نلاحظ هنا أن نية المتورق بالنسبة للأفراد هي التوسع في الحصول على السيولة النقدية، عن طريق تحقيق ثمن نقدي في يده ليحل به مشكلاته، كأن يدفع ديوناً حلت عليه، ووجب الوفاء بها أو يحل بها بعض مشاكله الاجتماعية كتزويج أو نفقة أولاد أو علاج أو تعليم وما إلى ذلك. إن من أهم الأسباب التي جعلت المصارف الإسلامية بالتعامل في عمليات التورق كان من أجل التحرر من قيود الميزانية العمومية، حيث اقتضت القواعد المحاسبية والمالية مراعاة مبدأ كفاية رأس المال، وتبدير مخصصات لمقابلة الديون المشكوك فيها، وهو ما عرقل الأنشطة التمويلية التي يقوم بها المصرف وبشكل عام ويبطئ بالضرورة من دورة رأس المال ويقلل بالتبعية من ربحية المصرف، فكانت معاملة التورق هي البديل المناسب في هذه الحالة، فهي تسمح بتدوير جزء من الأصول السائلة، عن تورق أصوله غير السائلة والضامنة لديونه لدى الغير، وذلك لن يحتم زيادة في الجزء المخصص للمخاطر في ميزانية المصرف، وبمعنى آخر لن يكون هناك حاجة لمخصصات مناظرة في الميزانية⁽³⁸⁹⁾.

5. 6. 1. 5. حكم التورق الفقهي (الفردي):

بعد عرض أدلة التورق بجوازها أو تحريمها أو كراهيتها، وبعد الاطلاع على عدة أبحاث ومن أهمها بحث الدكتور وهبة الزحيلي "التورق حقيقته وأنواعه"⁽³⁹⁰⁾، فأرجح رأيه الذي قال بمشروعية التورق في صورته البدائية أو العادية، ومن قاعدة التيسير ولا التعسير وفي سبيل تحقيق مصالح الناس، ودفع الحرج عنهم، فلا تحايل على الربا على أن تكون هذه المعاملة للضرورة أو لحاجة ملحة فقط، ولأن الأصل في الأشياء الإباحة، دون الضرر للغير لتحقيق هذا الأصل، وألا تعارض هذه الضرورة ما شرعه الله تعالى، وليس فيها أي تحايل على الشريعة لتحقيق غاية غير شرعية فأرى أنها جائزة شرعاً، كما نؤكد هنا عما نقل عن علي وعائشة رضي الله عنهما جواز الأخذ بالزرنقة، وكما ذكرنا سالفاً عن جواز التورق، وبشرط أن لا تباع السلعة بأقل مما اشتراها به على بائعها الأول.

(389) إبراهيم فاضل الدبو، التورق " حقيقته وأنواعه (مرجع سابق) 4

(390) وهبة الزحيلي، بحث التورق حقيقته وأنواعه - الفقهي المعروف والمصري المنظم (مرجع سابق) 8 - 10

5. 6. 1. 6. شروط التورق الفقهي:

ومما سبق نجد أن أكثر الفقهاء أجازوا معاملة التورق بصورته الفردية أو الفقهية، فنستخلص هذه

الشروط بالنسبة للبنوك والتي هي الجهة الأكثر تعاملًا لهذا النوع من البيوع⁽³⁹¹⁾، ومنها:

أولاً: يقوم البنك أولاً بشراء السلعة وتملكها ويقبضها وذلك قبل بيعها للعميل.

ثانياً: بعد شراء العميل السلعة من البنك وتملكها وقبضها قبضاً معتبراً شرعاً.

ثالثاً: بيع العميل السلعة لطرف ثالث غير البائع الأول أو الثاني تفادياً لوقوعها في بيع العينة المحرم

شرعاً، أن يبيع العميل السلعة لجهة لم تكن طرفاً في تحويلها له سواء كان الممول الأول أو الثاني لئلا

يقع في العينة المحرمة شرعاً.

رابعاً: يمكن للعميل أن يوكل البنك في بيع السلعة بالنيابة عنه، لكن بشرط لجهة ليست طرفاً في

الصفقة، أيضاً ألا يشترط البنك على العميل أن يكون البيع مشروطاً بتوكيل البنك في البيع، بل يجب

أن تكون الوكالة مستقلة عن البيع وأن تكون بعقد منفصل عن العقد الأول.

5. 6. 1. 7. ضوابط عقد التورق الفردي:

• **العقد الأول:** شراء المتورق (الذي يريد السيولة) البضاعة أو العقار في صفقة تتوافر فيها أركان

البيع وشروطه، فهذا لا خلاف في جوازه⁽³⁹²⁾.

• **العقد الثاني:** قيام المتورق ببيع ما اشتراه إلى شخص آخر (غير البائع) آجلاً أو عاجلاً، بأقل أو

أكثر من الثمن الذي اشتراه به⁽³⁹³⁾.

وبشرط وجود العقدين منفصلين ودون تفاهم أو تواطؤ بين الأطراف.

5. 6. 1. 8. هل يوجد صورة في عقد التورق الفقهي:

ذكرنا سابقاً أن عقد التورق إذا تم واستلم المتورق البضاعة بعقد البيع الأول، ثم تصرف بها إما

باستعمالها أو بإعادة بيعها بنفسه لجهة أخرى غير البائع الأول الذي أخذ منه البضاعة (الذي اشتراها

(391) وقد استعنت بوضع هذه الشروط من بحث الدكتور إبراهيم الدبو تحت عنوان التورق حقيقته وأنواعه الذي

قدمه لمؤتمر المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة، وللاستزادة أكثر راجع:

إبراهيم فاضل الدبو، التورق " حقيقته وأنواعه - (مرجع سابق) ص 5.

(392) علي محيي الدين القرعة داغي، التورق المصرفي (مرجع سابق) 243

(393) (المرجع السابق نفسه) 243

منه)، أو لم يكن البائع الأول وسيط في البيع الثاني لحصول المتورق على النقد، فألى هنا فالمعاملة هي بالتورق الفقهي وهي جائزة وسليمة.

ومن علامات الصورية في عقد البيع - التورق - هي انعدام حقيقة إرادة البيع عند المتورق، لكن في التورق الفقهي فالمشتري أو المتورق حريص جداً على أن يتأكد من السلعة ويقبضها لأنه سيعيد بيعها لأنه لا يريد أن يخسر بسبب عيب في السلعة، بعكس التورق المصرفي المنظم أو بيع العينة ففيهما تواطؤ على شراء البائع الأول للسلعة مرة أخرى.

5. 6. 2. التورق المصرفي غير المنظم:

ويعتبر من التورق الفقهي غير أن الاختلاف في المصطلح وإجراءات العقد الأول فقط كما سنذكر أدناه، ولهذا السبب فلن نتوسع في هذا النوع من أنواع التورق وسنكتفي بذكر تكوين العقود فيه. فهو يتكون من ثلاثة عقود، وذلك لأن المصرف الإسلامي لا يملك السلعة في البداية، ثم يقوم بشرائها قبل البيع:

العقد الأول: شراء المصرف سلعة حقيقية موجودة بعد الأمر بالشراء والوعد به من قبل العميل.

العقد الثاني: بيع المصرف السلعة - بعد قبضها - إلى العميل عن طريق المراجعة للأمر بالشراء، أو المساومة، وقيامه بتسليم المبيع إلى العميل الآخر.

العقد الثالث: بيع العميل السلعة لطرف ثالث غير المصرف والبائع الأول، فهذا النوع مثل النوع الأول ما عدا وجود عقد آخر، وهو العقد الأول، وهذا ليس بمؤثر، لأنه في السابق أيضاً كان المتوقع أن البائع للمتورق هو أيضاً اشترى السلعة من طرف آخر.

فبالتالي يدخل هذا التورق في التورق الفردي، أو التورق المنضبط حسب تسميتنا، بل إن هذه الصفة بالنسبة للمصرف مراجعة للأمر بالشراء، وليس له علاقة بنيته سواءً ظهرت أو لم تظهر (394).

5. 6. 3. التورق المصرفي المنظم:

من يتأمل التّعاملات المالية المعاصرة، فإنه يجد التّورق قد انتشر انتشاراً هائلاً لدى جميع المصارف، وانتشاره جاء نتيجةً للتطوير المستمرّ لعمليات التّورق، فقد عملت المصارف على تطوير وسائل وأدوات تخفض من التكاليف التي تفرضها إجراءات التّورق، لكي ترفع من مستوى الرّبحية، والكفاءة

(394) (المرجع السابق نفسه) 244

لتحقيق مصلحة المتورق والبائع (395)، وتمثل هذا التطور في سعي البائع في بيع السلعة نيابةً عن المشتري بثمان نقدي حاضر، بحيث لا يتكبد المشتري مصاريف القبض، والحيازة، والنقل، والتسويق، وهذا بجانب تحقيقه لمصلحة المتورق، فهو أيضاً يحقق مصلحة البائع؛ لأنه بذلك يكسب شريحة أكبر من الراغبين في التمويل، ويستطيع تحقيق أرباح أفضل (396)، فنجد أن وصفه بالمنظم جاء من كون الإجراءات التي تتبع لحصول العميل في نهاية العملية على النقد، تتم بخطوات متتالية منسجمة يقوم بها المصرف بالنيابة أو الوكالة عن العميل.

5. 6. 3. 1. تعريفه:

عرفه **المجمع الفقهي الإسلامي الدولي**: قيام المصرف بعمل نمطي، فيتم فيه ترتيب بيع سلعة - ليست من الذهب أو الفضة - من خلال أسواق السلع العالمية أو غيرها، على المستورق بثمان آجل، على أن يلتزم المصرف إما بشرط في العقد أو بحكم العرف والعادة، بأن ينوب عنه في بيعها على مشتر آخر بثمان حاضر، وتسليم ثمنها للمستورق (397).

فالتورق المنظم الذي تقوم به المصارف الإسلامية يتولى فيها المصرف القيام بتوفير سلعة بناء على طلب العميل، أو قد يقترحها المصرف على العميل، ثم يتولى بيعها كوكيل عن العميل، ثم يحول قيمتها لحساب العميل، وكل هذا يتم بواسطة توقيع أوراق طلب الشراء بالمراجحة، وأوراق توكيل للمصرف بالبيع، ويظهر في صورة التورق المنظم أن العميل لا يجوز شيئاً ولا يرى السلعة، بل من الممكن ألا يعرف ما هي أصلاً، فالمقصد هنا من هذه العملية ليست السلعة بقدر حاجته للنقد حالاً. أما تسميته بالتورق المصرفي فهو تمييزٌ لهذه العملية عن التورق الفردي أو الفقهي، ولأن المصارف هي من تقوم بتنفيذ هذه الصيغة.

5. 6. 3. 2. الفرق بين التورق المنظم والتورق الفردي:

• **في التورق الفردي** هذه العملية تبدأ بشكل شبه عفوي ومن دون ترتيبات مسبقة، فتتم ضمن عمليات متنوعة من بيع وشراء في الأسواق فلا تكاد تعرف بضاعة المتورق من باقي البضائع، أما

(395) رياض بن راشد آل رشود، كتاب التورق المصرفي، (مرجع سابق) 118

(396) سامي السويلم، التورق والتورق المنظم (مرجع سابق) 39

(397) انظر القرار الثاني في الدورة السابعة عشرة لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي، انظر: مجلة المجمع الفقهي

الإسلامي، ال عدد 20، رابطة العالمي الإسلامي، مكة المكرمة، ص 414

التورق المصرفي المنظم، فمن اسمه يتبين أنه منظم بشكل مؤسسي فله إجراءات مرتبة ومقننة وموظفين متخصصين، وصيغ عقود معينة ونمطية، كما أن العقود تتكرر إجراءاتها في عمليات مشابهة بشكل يجعل التورق نشاطاً شبه مستقل عن الأنشطة التجارية المعتادة (398).

• في التورق المصرفي المنظم يتوسط البائع في بيع السلعة بنقد لمصلحة المتورق، أما في التورق الفردي فالبايع لا علاقة له بالمشتري النهائي (399).

• التورق المصرفي المنظم حيث يتفق البائع فيه مع المشتري النهائي لشراء سلعة معينة، ويكون هذا الاتفاق من خلال التزام المشتري الآخر بالشراء، تخبياً لتذبذب الأسعار، أما التورق الفردي فيختلف هنا عن المصرفي المنظم أنه لا يوجد في عملية الشراء أي اتفاق فتتم العملية بشكل عفوي (400).

• في التورق الفردي يكون عدد أطراف العقد ثلاثة هم البائع والمشتري وهو المتورق والمشتري النهائي للسلعة، ويكون العقدان هنا منفصلان، وفي التورق المصرفي يكون عدد أطراف العقد أربعة هم المصرف والعميل المتورق والبائع الأول للسلعة والمشتري النهائي، وهنا المصرف لا يملك السلعة ابتداءً بل يشتريها بعد طلب العميل ذلك، ويبيعها له بنقد مؤجل، وبعدها ينوب عنه في بيعها مرة أخرى لطرف رابع وذلك بثمن أقل مما اشتراها به، ونلاحظ هنا وجود ثلاث عقود منفصلة عن بعضها البعض.

5. 6. 3. إجراءات التورق المصرفي المنظم: (401)

1- يتم الاتفاق أولاً على قبول المصرف تمويل العميل لشراء سلعة ما، وفي الحقيقة فإنه يتم التفاهم مبدئياً على قبول المصرف للتمويل النقدي وليس السلعة، بل إن الملاحظ أن إعلانات المصارف عن هذه المعاملة تتحدث عن التمويل النقدي ولا تتحدث عن بيع سلع فالتسويق لهذه الصيغة يتحدث مباشرة عن الحصول على النقد (402).

(398) هناء محمد هلال، التورق حقيقته وأنواعه، (مرجع سابق) ص 21،

(399) سامي سويلم، التورق والتورق المنظم - دراسة تأصيلية، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي - مكة المكرمة، أغسطس/2003م، ص40

(400) (المرجع السابق نفسه) 40

(401) عيسى الحلوي، الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية (مرجع سابق) 411

(402) عبد الله بن محمد السعيد، التورق كما تجرته المصارف في الوقت الحاضر، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2، ص 522

- 2- يتم التفاهم على نوع السلعة، وغالباً ما يقترحها المصرف وقد تكون السلعة من بورصات المعادن العالمية أو ما شابه ذلك، ويظهر هنا صعوبة أن يشتري العميل ويبيع من تلقاء نفسه.
- 3- يتم التفاهم على كيفية السداد، وهنا تنتهي المرحلة الأولى التي يمكن أن تسمى تورقاً إن صحت العقود والإجراءات.
- 4- يوكل العميل المصرف في أن يبيع السلعة له لجهة أخرى، وغالباً تتم عملية الشراء والبيع بدون تدخل العميل، لما ذكرنا من كونها سلعاً تتداول في بورصات عالمية.
- 5- يحصل المصرف على قيمة البيع ويجول القيمة لحساب العميل
- 6- تنتهي المعاملة بأن ترتب في ذمة العميل دين للمصرف لأجل معين.
- وسنلاحظ أن عملية التورق الفردي أو البسيط قد انتهت عند الفقرة رقم 3، وبدأت بعدها عملية التورق المصرفي من الفقرة 4. (403).

ويوجد بعض المصارف من يختصر المعاملة في الخطوات التالية: (404).

- 1- طلب شراء لسلعة بطلب العميل، حسب نموذج مُعد مسبقاً.
- 2- عقد بيع بالتقسيط من المصرف للعميل، ويوقع من العميل والمصرف، ويشتمل على الشروط والأقساط.

3- عقد توكيل من العميل للمصرف بالبيع نيابة عنه للسلعة وبهذا يتحصل العميل على النقد (405).

5. 6. 3. 4. أساليب عقد التورق الجارية في المصارف:

هناك عدة طرق للتورق أن يسلكها لتحقيق هذه العملية، ويجب أن تكون ضمن قواعد وشروط معينة لتكون مشروعة ومحقة للغاية التي ستتم لأجله، ومن أهم هذه الأساليب:

(403) علي السالوسي، العينة والتورق والتورق المصرفي، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، التي عقدت في الفترة ما بين 13-18/ديسمبر/2003م، المجلد الثاني، ص15

(404) عيسى الخلوئي، الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية (مرجع سابق) 412

(405) عبد الله السعيد، التورق كما تجرّه المصارف في الوقت الحاضر (مرجع سابق) 523

1- استبدال الدين: يسمح هذا الأسلوب بتحقيق عملية التورق من خلال استبدال الالتزامات الاصلية والحقوق، لكن بشرط موافقة الأطراف ذات الصلة بالعقد جميعها، وذلك بتحويل الدين كلياً أو جزئياً إلى ورقة سالبة (406).

2- التنازل عن الأصول لمصلحة الدائنين أو المقرضين: حيث يستخدم هذا الأسلوب أكثر شيء في تورق الذمم التي تنشأ عن بيع الأصول أو إيجارها مثل عقدي البيع والإيجار، فتم دفع الأقساط إلى الممول الأصلي الذي يحولها بدوره إلى مشتري الذمم المدنية، أو يسدها بشكل حوالات مالية متفق عليها عند التعاقد على التورق، وفي المقابل يسترد المبلغ من المؤجرين (407).

3- المشاركة الجزئية: وتكون المشاركة من قبل الدائن الأصلي إلى مصرف متخصص بشراء الذمم وتحويلها، فلا يتحمل بائع الدين بعدها أي مسؤولية إذا عجز المدين عن التسديد لذا يجب على مشتري الدين التأكد من أهلية المدين وجدارته الائتمانية، ويلاحظ أن هناك طرقاً عديدة لحماية هذا المشتري تتراوح بين حصوله على ضمانات عقارية وحقوق إدارة الدين كوصي عليها (408).

5. 3. 6. 5. دلالات الفقهاء السابقين من التورق المنظم:

بطبيعة الحال لن نجد قولاً صريحاً من الفقهاء السابقين حول هذا المصطلح العصري والذي لم يكن سائداً في زمانهم، ومع ذلك نجد دلالات في بعض النصوص الفقهية تدل وبشكل واضح على رأيهم من هذه المعاملة أو هذا البيع والذي يقوم على تواطؤ واضح من خلال قيام الممول بتنظيم العقود مسبقاً، وترتيبها لدرجة أن كل هذه المعاملة وبكل تفاصيلها تنتهي خلال دقائق معدودة. فقد روى عبد الرزاق بسند صحيح الأزدي قال للحسن أبي أبيع الحرير، فتشترى مني المرأة والأعرابي، فيقولون لي بعد أن يشتروا الحرير أن أبيعهم لغيرهم لأني أعلم بالسوق منهم، فقال الحسن له: لا تبعه ولا تشتريه ولا ترشده إلا أن ترشدهم إلى السوق (409).

(406) إبراهيم فاضل الدبوي، التورق " حقيقته وأنواعه - الفقه المعرف والمصري المنظم "، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، إمارة الشارقة، 2009م، ص4.

(407) أحمد محمد لطفي، التورق وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، ط1. (مصر، المنصورة: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2013م) 98.

(408) محمد دفيش الجميلي، بيع التورق وحكمه في الفقه الإسلامي، (مرجع سابق) 122

وفي رواية أخرى عن زريق بن سلمى قال: سألت الحسن عن بيع الحرير لنفسه، فقال: بع واتفق الله، وإذا بعته فلا تدل عليه أحداً ولا تكون منه في شيء⁽⁴¹⁰⁾، فنلاحظ مما سبق على منع تدخل البائع (الممول) في البيعة الثانية التي تتم من المتورق.

وقد حمل بعض الباحثين كلام الإمام محمد الشيباني على التورق المنظم الذي يصبح البائع الأول وكيلاً عن المتورق⁽⁴¹¹⁾، وأن المذهب على ذلك بدليل ما جاء في بعض كتب الحنفية المعتمدة: لو وكل رجلاً يبيع عبده بألف درهم، فباعه، ثم أراد الوكيل أن يشتري العبد بأقل مما باع لنفسه، أو لغيره بأمره، قبل نقد الثمن لم يَجُزَّ⁽⁴¹²⁾، ومن المعلوم أن ما ذكره هؤلاء الفقهاء موجود في التورق المنظم، وبالتالي فهو غير جائز في نظر هؤلاء، ومن جانب آخر فإذا جمعنا كل ما في التورق المنظم من الوكالة المنظمة في الصفقة، والوكالة مع الشراء للنفس، ومن مشاكل المعادن والسلع الدولية من حيث عدم تحقيق القبض، وبقاء المشتري في المخزن نفسه دون حركة، أو عودته إلى المالك الأصلي، فلا أعتقد أن أحداً من المذاهب الفقهية المعتبرة يميز هذه المنظومة⁽⁴¹³⁾.

5. 6. 3. 6. رأي بعض علماء الأمة المعاصرين للتورق المصرفي المنظم:

سنجد أن القلة القليلة من العلماء المعاصرين من يميز التعامل بالتورق المصرفي المنظم، لأنه عقد يعميل إلى الصورية أكثر من كونه عقد حقيقي، لذلك أذكر هنا أهم العلماء الذين بحثوا واستقصوا عن هذه المعاملة وكان لهم العديد من الأبحاث فيها، ومنهم:

• الدكتور وهبة الزحيلي: "التورق المصرفي المنظم تجرؤً على اقتحام الحرام، ولا ضرورة فيه، وإنما هو حيلة للربا" (414).

(409) حافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعائي، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ج8. (بيروت،

المكتب الإسلامي، بدون تاريخ) 295 / الحديث رقم 15274، 15275

(410) (المصدر السابق نفسه) حديث رقم 15275

(411) سالم السويلم، بحث التورق والتورق المنظم، (مرجع سابق) 15

(412) القرة داغي، التورق المنضبط والتورق المنظم، (مرجع سابق) 88

(413) (المرجع السابق نفسه)

(414) مجلة الاقتصاد الإسلامي، الصادرة عن بنك دبي الإسلامي، العدد الخاص بالتورق المنظم، ص 16، وانظر:

وهبة الزحيلي، التورق حقيقته أنواعه (مرجع سابق) 15

• الدكتور عبد الرحمن يسري: أهداف المصارف الإسلامية ليست فقط تحقيق الأرباح، وإنما توظيف الموارد المالية بوسائل مشروعة لخدمة الأهداف الاقتصادية الشرعية ... إن التورق المصرفي يقوم بدور مضاد للعقود الشرعية مثل المضاربة والمشاركة.. (415)

• الدكتور حسين حامد حسان: " توصلت إلى أن التورق المصرفي المنظم حرام بأدلة قطعية، وأرجعته إلى عدة أصول كلية شرعية " ويقول: " التورق المصرفي يدخل تحت الذرائع المجمع على سدها لأنها تؤدي إلى المفسدة قطعاً " (416).

• الدكتور عبد الحميد البعلي: " التورق المصرفي المنظم غير جائز " (417).

• الدكتور محمد عثمان شبير: "المعنى الذي لأجله حُرِّم الربا موجود بعينه في التورق المنظم" (418).

• كما أن هناك عدداً لا بأس به من الباحثين والخبراء الذين يرون حرمة التورق المصرفي المنظم (419)، لا يسعني هنا ذكر آرائهم، وسأكتفي بذكر أسمائهم، فمنهم:

الدكتور أحمد الحداد، الدكتور إبراهيم فاضل الدبو، الدكتور عبد الحليم عمر، الدكتور شوقي دنيا، والدكتور يوسف إبراهيم، والدكتور حسين شحاته، والدكتور عمر هاشم، والدكتور محمد رأفت عثمان، والدكتور سامي السويلم، وغيرهم.

5. 6. 3. 7. آراء بعض المجمع والهيئات الشرعية:

5. 6. 3. 7. 1. رأي الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات

المالية: (420)

ناقشت الهيئة ومقرها في السودان حكم التعامل بالتورق بصفة عامة والتورق بصفة خاصة وذكرت الهيئة أن التورق يأتي على نوعين الأول (التورق البسيط) والذي هو نفس التورق الفقهي أو العادي،

(415) (المصدر السابق نفسه) ص 28، وانظر: علي القرة داغي، التورق المصرفي، (مرجع سابق) 237

(416) (مرجع سابق) ص 28، وانظر: القرة داغي، التورق المنضبط والتورق المنظم، (مرجع سابق) 237

(417) (المصدر السابق نفسه) ص 28، وانظر: علي القرة داغي، التورق المصرفي، (مرجع سابق) 237

(418) (المصدر السابق نفسه) ص 28، وانظر: القرة داغي، التورق المنضبط والتورق المنظم، (مرجع سابق) 239

(419) القرة داغي، التورق المنضبط والتورق المنظم، (مرجع سابق) 239

(420) الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات المالية في السودان، فتوى شرعة من الهيئة في اجتماع

رقم (2017/23م) بتاريخ 25/ شوال 1438هـ الموافق 19/ يوليو 2017م

<http://www.hssb.gov.sd/ar/content/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%82-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%B8%D9%85>

والنوع الثاني التورق المصرفي المنظم، وعرفت الهيئة النوعين كما وضحنا سالفاً تعريفهما، أما نص الفتوى في التعامل مع هذا البيع جاء كما يلي:

فبعد تداول الهيئة والنقاش المستفيض للموضوع بمختلف جوانبه خلصت الهيئة (421)، إلى أن التورق المنظم لا يجوز التعامل به، وذلك لعدة أسباب، نذكرها باختصار:

السبب الأول: أن التورق المصرفي صورة من صور التحايل على الربا، لأن هذا العقد يرتب تحصيل نقد حال بأكثر منه في الذمة وهو الربا. وقد سئل الإمام مالك - رحمه الله - عن الرجل يبيع السلعة بمائة دينار إلى أجل فإذا وجب البيع بينهما قال المبتاع للبائع: بعها لي من رجل بنقد فأني لا أحسن البيع. قال: "لا خير فيه" ونهى عنه.

السبب الثاني: عملية التورق المصرفي المنظم يقوم على تواطؤ أطرافه، لتحصيل نقود حاضرة بأكثر منه.

السبب الثالث: وجود تلازم وترايط وثيق بين عقود البيع والشراء في هذه العملية، فيكون البيع الأول بأجل، والبيع الثاني بنقد حال أقل منه، ويضاف الشرط هنا بشكل ضمني، فيجعل العقد يتكون من بيعتين في بيعة واحدة فتكون البيعة الأولى بأجل والبيعة الثانية بنقد حال أقل منه. ووقع على هذه الفتوى كل من الدكتور أحمد علي عبد الله بصفته الأمين العام للهيئة، والبروفيسور عبد الله الزبير عبد الله بصفته رئيس الهيئة.

5. 6. 3. 7. 2. رأي المجمع الفقهي الإسلامي بشأن التورق المصرفي: (422)

تبين للمجلس أن التورق بأنواعه المختلفة هو شكل من أشكال التورق الذي تقدمه المصارف الإسلامية من خلال القيام بمعاملات نمطية يتم من خلالها ترتيب بيع السلعة - على ألا تكون هذه السلع من الذهب أو الفضة - من أسواق السلع العالمية أو غيرها، على المستورق بثمن آجل، كما ويلتزم المصرف - إما بشرط في العقد أو بحكم العرف والعادة - بأن ينوب عنه في بيعها على مشتر آخر بثمن حاضر، وتسليم ثمنها للمستورق.

فبعد النظر والدراسة قرر المجلس بعدم جواز التورق الذي سبق توصيفه لعدة أمور، كما يلي:

(421) (المرجع السابق نفسه)

(422) مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في

الفترة من 19-23/10/1424هـ الذي يوافق: 13-17/12/2003م

1. أن التزام البائع وقيامه في عقد التورق بالوكالة ببيع السلعة لمشتري آخر أو يرتب من يشتريها يجعلها أقرب لبيع العينة الممنوعة شرعاً، وحتى لو كان الالتزام مشروط أو بحكم العرف والعادة.

2. النتيجة من المعاملة تتمحور حول حصول المستورق على التمويل الذي يحتاجه نقداً وزيادة من المصرف في معاملات البيع والشراء وهي على الغالب صورية في معظم أحوالها، كما أن البنك يحصل على أرباحه لما تقدم من تمويل.

فالتورق المصرفي المنظم بصوره المختلفة يميلُ قُرباً إلى بيع العينة، كما أن ما يجريه المصرف من معاملات وعقود للأسف ليست حقيقية، بل إن طابعها يأخذ طابعاً صورياً في معظم أحواله، لهذا السبب دعي المجمع المصارف بتجنب مثل هذه المعاملات المحرمة، امتثالاً لأمر الله تعالى، كما أوصى المصارف بأن تتقي الله في استخدام تلك المعاملات، وبذل جهدها في أن تكون تلك العقود هي عقود حقيقية ومشروعة.

5. 6. 3. 8. مسؤولية أطراف العقد وأهم الأخطاء التي تعترى بيع التورق المصرفي:

وحمايةً للعملية المصرفية من الانحراف، وحمايةً للعملاء والتجار وطالبي التمويل من الوقوع في الربا، ودفعاً للشبهات التي تثار حول التجارب المصرفية، نضع أهم الأخطاء التي يمكن أن يقع بها أطراف بيع التورق المصرفي، وهي كالاتي:

• **مسؤولية المحاسبين والمندوبين في المصارف الإسلامية:** عدم التزام المحاسبين في المصرف الإسلامي من تنفيذ عمليات المراجعة والتي تنحصر أكثرها بالقبض الحقيقي للمبيع، والاكتفاء بتنفيذ الصفقة على الفاتورة، أو بالكشف على جزء من المبيع ودون التأكد من مواصفاته التي سبق للعميل بيانها للمصرف (423).

• **مسؤولية التجار وأصحاب رؤوس الأموال:** تنحصر مسؤوليتهم في تواطؤهم مع العميل - طالب التمويل - بإجراء العملية صورياً من ناحية، ومن ناحية أخرى تساهل بعضهم بعدم وصف المبيع وصفاً ينافي عنه الجهالة من حيث الكم والتمن، مما يؤدي بالتالي إلى التخاصم بينه وبين العميل.

(423) محمود فهد مهيدات، بحث الحيل الربوية في المؤسسات المصرفية الإسلامية - توصيفاً وتصويماً - دائرة

الإفتاء العام الأردنية، بدون تاريخ " بحث الكتروني " ص 3

• **مسؤولية طالبي التمويل:** تتمثل مسؤوليتهم بتساهلهم في إجراءات التنفيذ من حيث عدم إلزامهم مندوب البنك أو المؤسسة بالقبض الشرعي من جهة، ومن جهة أخرى قبوله التوكل عن المندوب باستلام البضاعة لنفسه عن البنك (424).

5. 6. 3. 9. حقيقة صورية عقد التورق المصرفي المنظم:

إن التورق المصرفي وبشكله الحالي فهو أشبه إلى حد كبير ببيع العينة الذي بحثناه سابقاً، لأن البنك عندما يكون وكيلاً للمشتري في بيع السلعة التي باعها، فيدل ذلك على عدم إرادة السلعة، وأن الغاية من التعامل المراد هو الحصول على النقود، وبما أن العميل يأخذ من البنك مالاً ويرده له بعد أجل، فلا بد من أن تتوافر في هذه المعاملة ضوابط ومن أهمها أن يتوافر فيها شروط وأركان القرض وأولها عدم الزيادة في النقد بزيادة الأجل.

فكما نعلم أن التورق وبشكله العام لا يراد منه السلعة، وإنما الحصول على النقود وهذا يدل على أن البنوك تطرح هذه المعاملات على أنها معاملات وعمليات تمويل شخصي أي أنها ليست عملية بيع، فنجد أن هذه البنوك تسوق إلى عمليات التورق بكافة أشكالها بمسميات أشبه ما تكون بلوحات إعلانية تسويقية لهذه الصيغة ك (تيسير، التورق المبارك، تورق الخير، وغيره من المسميات التجميلية) فتؤول حقيقة التورق المصرفي إلى أنه قرض جر نفعاً على المقرض، فهو تمويل، ووجود السلعة إنما هو وجود صوري لا حقيقة له، ولا يتم فيه قبض حقيقي للمبيع، ويشترى العميل سلعة لا يريدها، وإنما يريد المال، فيبيع البنك العميل ويعينه على البيع مرة أخرى، فيحصل العميل على التمويل ويحصل البنك على الربح.

وهذا أشبه ببيع العينة الذي رجح منعه وتحريمه، أو أنه صورة من صوره، فهو حيلة للوصول إلى الربا، ومحاولة تزيين الربا ووضعه في صورة مشروعة كبيع المراجعة.

بينما في التورق الفقهي والذي أجازاه الفقهاء كما ذكرنا سابقاً، فهو مختلف عما طرحناه في الفقرة أعلاه من أن الرجل المتورق والذي اشترى السلعة من البنك بأجل، يبيعها لطرف ثالث بعد أن يستلمها، فكان هذا البيع لإعانة هذا المتورق للحصول على حاجاته الضرورية أو لفك ضائقة معينة، أما في المصرفي إنما هو مال بمال، وإذا لم يكن المصرف هو من اشترى السلعة إلا أنه يتولى بيعها

(424) (المرجع السابق نفسه) ص 3

لحساب العميل الذي اشترى منه نفسه السلعة، فهذه العملية جعلت البيع صورة من صور العينة التي حرمها الفقهاء.

ولكون البنك ليس هو المشتري الفعلي للسلعة من العميل، لا يجعل ذلك تعاملهما خارجاً عن العينة، فهي أن يبيع سلعة بثمن مؤجل ثم يشتريها من بأقل من الثمن حالاً (425).

ولأن البنك يعتبر وكياً عن العميل في البيع الثاني فلا يلغي أثره في شراء السلعة من العميل، لأن العميل والمصرف كان بينهما عقود مكتوبة أو عرفاً بأن البنك سيقوم هو بعملية التصرف في السلعة التي يبيعها للعميل، فهنا يتمكن البنك من أن يقوم بعمل هذه العقود الصورية والشكلية بدون وجود سلعة أصلاً، لأن العميل كما قلنا لا يهمله السلعة بقدر ما يهمله المال، فيشتري العميل السلعة ليبيعها المصرف ورد مالها لمحفظة العميل وباتفاق مسبق بينهما، فلا فرق بين ذلك البيع وبيع العينة، والتي هي عبارة عن اتفاق على شراء سلعة وبيعها لبائعها الأول، والتي حرمت لكونها حيلة صورية للحصول على القرض، وتحليل المنافع التي يحصل عليها المقرض، فالحالتين يكون فيهما بيع مؤجل وبيع حاضر بين طرفين، الطرف الثاني يشتري فعلياً في العينة، ويكون وكياً في التورق.

وبما أن السلعة في التورق غير مراد وليست هي المقصد، إلا أنه يحقق توافر السيولة النقدية للتورق، وهي جائزة شرعاً، بالإضافة أن الإنسان حر في بيع ما يملك ما لم يترتب عليه أي محذور، بينما البنك في التورق المصرفي إنما يدخل في تيسير عملية التورق فقط لتنمية أمواله فهو يحتاج أن يحقق عوائد على رأسماله، فشرائه للسلعة نقداً ثم بيعها بالأجل، إنما هو لتغطية مقصد البنك في الحصول على الربح في مقابل مبلغ أقل يدفعه للعميل.

فالتورق المصرفي حقيقته تخالف واقعه وظاهره، والعبرة بالحقيقة لا بالظاهر، لذلك أرى أن التورق المصرفي يعتبر تعامللاً صورياً، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي، فاعتبر أن التورق المصرفي من المعاملات الصورية التي تؤول إلى كونها تمويلاً محضاً وبربح يرجع إلى الممول نفسه (426).

ومن الناحية التطبيقية لعقد التورق المصرفي نجد أنه يعتمد اعتماداً كلياً على البيع الصوري للمعادن، والذي يترتب عليه آثار اقتصادية كبيرة، فضلاً عن عدم تحقيق المقصد الرئيسي من عملية البيع،

(425) عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، تحقيق زهير الشاويش، ج2، ط5. (المكتب الإسلامي، 1988م)

(426) مجمع الفقه الإسلامي (مرجع سابق) القرار الثاني، الدورة السابعة عشر، 2004، الموقع الإلكتروني

<http://www.iifa-aifi.org/2847.html>

فمنظومة البيع لم تحقق أي هدف من أهدافها المقاصدية الشرعية، فنجد أن المعمل يعتمد على تلك السلعة فقط ولا ينتج شيء جديد ولا عمل جديد، كما نجد أن السلعة بقيت مكانها لسنوات فلا سيارة حمل نقلتها من مكانها، فنجد أن العملية تتركز على استبدال مال بمال مع زيادة عليه تترتب بذمة المستورق.

وفي هذا الصدد يذكر الدكتور علي محيي الدين القرة داغي في كتابه " التورق المصرفي " حول ما يتعلق بالصورية المتبعة في بعض المؤسسات المالية الإسلامية، وعدم وجود عمليات بيع حقيقية، كما نقلت عنه جريدة الشرق الأوسط في لقاء مطول قال فيه: أنه وقف شخصياً على الأسواق الدولية التي تدعي البنوك الإسلامية أنها تجري معاملاتها عن طريقها، ووجد أخطاء كبيرة وبضائع واقفة في مكانها منذ سنوات ويتم بيعها وشراءها عشرات المرات وهي متجمدة في مكانها، وبين أنه زار هذه المستودعات كثيراً وبطريقة مفاجئة، وتأكد لديه أنها لا تمارس البيع الحقيقي، وتتعامل مع البنوك الإسلامية في بلدانها عن طريق أوراق لعمليات بيع صورية فقط، الأمر الذي منع منه البنوك التي يعمل فيها بالتعامل بالسلع الدولية، ما لم يتم البيع الحقيقي (427).

5. 6. 4. التورق العكسي (المراجعة العكسية):

لم يقف التورق المصرفي عند عملاء المصارف الإسلامية، بل توسع الأمر ليشمل المصرف نفسه، فأصبح المصرف هو نفسه يقوم مقام المستورق وذلك لجذب ودائع العملاء، وتحقيق مكاسب وأرباح للمودعين (428).

5. 6. 4. 1. تعريف التورق العكسي:

عرفه المجمع الفقهي الإسلامي الدولي: بأنه نفس صورة التورق المنظم لكن يكون الممول هو العميل والمستورق هو المؤسسة. (429).

إذن يتبين لنا في هذا العقد وكما هو مبين من تسميته بالعكسي فتكون الشركة أو المؤسسة المالية أو المصرف هو المستورق، وليس الأفراد.

(427) جريدة الشرق الأوسط التي تصدر في لندن بتاريخ 2010/01/07م

(428) محمد عثمان شبير، التورق الفقهي وتطبيقاته، (مرجع سابق) 30

(429) مجمع الفقه الإسلامي (مرجع سابق) التورق العكسي، الموقع الإلكتروني <http://www.iifa-aifi.org/2847.html>

5. 6. 4. 2. الصورة الشائعة لهذا المنتج:

يقوم العميل وهو المودع نفسه بتوكيل المصرف في شراء سلعة معينة، ويسلم العميل الثمن حالاً للمصرف،

بعدها يشتري المصرف السلعة نفسها من العميل بدوره الوكيل عنه بثمن يكون مؤجلاً وبهامش أرباح يتم الاتفاق عليها مع العميل.

ولتقريب الصورة أكثر، يعطي العميل المصرف مبلغ معين من المال ك 50.000 ليرة، ويقوم بتوكيل المصرف في شراء سلعة معينة بالمبلغ، وبدوره يشتري المصرف تلك السلعة من الأسواق المحلية أو الدولية، وبعدها يبيع المصرف السلعة لنفسه بثمن مؤجل وذلك بصفته الوكيل ببيع تلك السلعة، ويتم الاتفاق مسبقاً على هامش ربح بين الطرفين فقد يصل إلى 55.000 ليرة.

5. 6. 4. 3. الغاية من التورق العكسي:

قامت المصارف الإسلامية ومن باب المنافسة للبنوك التجارية، بخلق هذا التعامل لجذب المودعين من خلال إغرائهم بزيادة الفوائد على ودائعهم أو بجوائز مغرية، وكانت أهم الغايات والأهداف لهذه المعاملة هي:

● تم استحداث هذه الصيغة كبديل للفوائد الربوية التي تعطيها البنوك التجارية الربوية لعملائها مقابل إيداعهم لدى المصرف.

● تحقيق ربح للمودعين بطريقة التورق العكسي.

● توفير سيولة حقيقية للمؤسسة المالية والمصرفية.

● تمكين المودع من زيادة في وديعته الاستثمارية.

● خلق بيئة استثمارية في المصرف الإسلامي من خلال المتاجرة بالسلع الدولية، فيشتري البنك سلعة دولية لحساب العميل، ويبيعها لنفسه بالآجل مرابحة، وبعدها يقوم المصرف ببيعها مرة أخرى لأحد عملاء المصرف أو للشركة التي اشترى منها السلعة، والمصرف يأخذ الفوائد من خلال فروق الأسعار في تلك العملية.

5. 6. 4. 4. إجراءات التورق العكسي:

إجراءات التورق العكسي أقرب ما تكون للتورق المصرفي ولكن مع تبادل الأماكن والأدوار بين العميل والمصرف، وتتم هذه العملية بالشكل التالي:

1. يقوم العملي بإيداع مبلغ معين من المال لدى المصرف الإسلامي.
2. يوقع العميل على عقد التوكيل للمصرف وهذا العقد يخول المصرف بشراء السلعة للعميل نيابةً عنه، فيشتري السلعة من طرف ثالث.
3. يتم التوقيع على عقد مبايعة بين العميل والمصرف، يخول أيضاً المصرف ببيع السلعة لنفسه أي للمصرف، ويكون هذا البيع بأجل محدود وقيمة أكبر، كما أن العميل يحصل على ربح مؤجل على رأس ماله.
4. يعيد المصرف بيع السلعة لجهات أخرى ويحصل من خلال ذلك البيع على المال والسيولة.
5. 6. 4. 5. الفرق بين التورق العكسي وبين التورق الفقهي، والمصرفي المنظم:

5. 6. 4. 5. 1. التورق العكسي والتورق الفقهي:

يختلف الباحثون المعاصرون بتحديد العلاقة بين التورق العكسي والفقهي، فقال بعضهم أنها علاقة توافق وأنها لا يختلفان عن بعضهما، وأن التورق العكسي هو نفسه التورق الفقهي⁽⁴³⁰⁾، بينما رأى فريق آخر من المعاصرين أن العلاقة بينهما علاقة اختلاف وتباين، بينما يتفقان في الغاية وهي الحصول على النقود حالاً، عن طرق شراء سلعة آجلة الثمن، إلى أنهما يختلفان من عدة جوانب:

- فالتورق الفقهي يجمع بين عقدين منفصلين عن بعضهما البعض، فالعميل هنا يشتري السلعة وتكون مستوفية لأركان البيع بالآجل، وبعد أن يملكها، نعمل على العقد الثاني وهو بيع تلك السلعة لطرف ثالث بثمن حالاً، لكن العملية في التورق العكسي ترتبط مع بعضها البعض، أي أن البنك يعطي العميل وعد ملزم بشراء السلعة بهامش ربح معين ومتفق عليه وإلى أجل معين كذلك، وهذا الاتفاق يعتبره الكثير من العلماء أنه تواطؤ كما ذكرنا سابقاً فيكون قريباً من بيع العينة، وتتم عملية البيع والشراء في هذه المعاملة من خلال التوقيع على أوراق تنتقل السلعة بموجبها للطرف الثاني، ويدخل في ذمة المصرف ديون للعميل.

(430) قال بهذا الرأي الشيخ عبد الله المنيع، وصالح محمد الخضير في رسالة الدكتوراة بعنوان: "التورق وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية"، جامعة ملايا الماليزية، ص 48، وانظر: محمد عثمان شبير، التورق الفقهي وتطبيقاته، (مرجع سابق) 32

• يكون المصرف وكيلاً عن العميل في التورق العكسي وذلك بشراء السلعة المتفق عليها وبالمبلغ المتوفر في حسابه، فنجد عقد الوكالة يميز هذا البيع عن التورق الفقهي، فالبائع في التورق الفقهي لا علاقة له ببيع السلعة مطلقاً.

• قبض السلعة وامتلاكها وحيازتها هي من أهم شروط بيع التورق، بينهما لا نجد هذا في المعاكس حيث أن قبض السلعة هنا لا تتحقق لا من قبل العميل ولا المصرف، فكله على ورق أي أن السلعة تنتقل ملكيتها بين الأطراف المتعاقدة بشكل وهمي وصوري، ومن الممكن أن تبقى في المخازن عشرات السنين ويتم بيعها وشراءها آلاف المرات من خلال العقود الصورية.

5. 6. 4. 5. 2. التورق العكسي والتورق المصرفي المنظم:

فالعلاقة بينهما في تباين واختلاف كما ذكر ذلك المجمع الفقهي وكثير من العلماء، فمن الأمور التي يتفق عليها البيعان:

- يتضمنان عدة عقود مرتبطة مع بعضها البعض كبيع العينة تقريباً.
- لا يوجد قبض للسلعة هنا، بل عقود صورية.
- نجد أنهما يتفقان بوجود عقد الوكالة في كلٍ منهما من قبل المصرف للعميل.
- كذلك نجد أن السلعة في هذين البيعين لا تدور دورتها الطبيعية حيث أنها قد ترجع إلى الشركة التي باعته نفسها أي أنها لا تتحرك ولا تنتقل من مكانها لمدة طويلة كما ذكرنا سابقاً وهذا أيضاً يضعها ضمن بيع العينة.

ونجدهما يتفقان على الآتي:

- يعتبران مصدرراً للسيولة في المصرف، أي أنهما يستقطبان العملاء والمودعين
- نجد أيضاً أن المصرفي المنظم يشتري ويبيع نيابة عن العميل، وفي العكسي يبيع لنفسه من خلال الوكالة.
- العميل في التورق المصرفي هو المدين، ويدفع الأقساط الآجلة بموعدها، لكن في التورق العكسي نجد أن العميل يأخذ صفة الدائن، ويستطيع كذلك أن يطالب بتعجيل تسديد الديون من المصرف.
- في التورق المنظم لا يضمن المصرف للعميل شيء، بينما في التورق العكسي فالمصرف يكفل ويضمن للعميل كل من الربح ورأس المال.

5. 6. 4. 6. الحكم الشرعي للتورق العكسي:

• وقد أقر مجمع الفقه الإسلامي⁽⁴³¹⁾، بعدم جواز التورقان (المنظم والعكسي) وذلك لأن فيهما تواطؤاً بين الممول والمستورق صراحة أو ضمناً أو عرفاً تحايلاً لتحصيل النقد الحاضر بأكثر منه في الذمة وهو ربا.

بينما أفتى مجلس المجمع الحكم الشرعي للتورق الفقهي بالإباحة، أي أنه لم يحرم التورق جملة، كما لم يحرم أصله، ولم يحرم التورق المنظم والعكسي إلى لفقدانهما للشروط التي بها تصير حلالاً، وقد راعى المجمع عند الحكم بالتحريم توفر الشروط الشرعية في هذه المعاملة فقال: ان التورق يكون جائزاً إذا كان مستوفياً لشروطه وأركانه الصحيحة.

ومن أهم الأسباب التي بنى عليها المجمع حكمه على التورق العكسي:

- أن هذه المعاملة مماثلة لمسألة العينة المحرمة شرعاً، من جهة كون السلعة المبيعة ليست مقصودة لذاتها، فتأخذ حكمها خصوصاً أن المصرف يلتزم للعميل بشراء هذه السلعة منه.
- أن هذه المعاملة تدخل في مفهوم (التورق المنظم)، وقد سبق للمجمع أن قرر تحريم التورق المنظم بقراره الثاني في دورته السابعة عشرة، وما علل به منع التورق المصرفي من علة يوجد في هذه المعاملة.
- أن هذه المعاملة تنافي الهدف من التمويل الإسلامي القائم على ربط التمويل بالنشاط الحقيقي، بما يعزز النمو والرخاء الاقتصادي.

• ندوة البركة الثامنة والعشرون للاقتصاد الإسلامي⁽⁴³²⁾

صدرت فتوى ندوة البركة (2/28) وجاء فيها ما يلي: أن الأصل في البنوك الإسلامية هو تطبيق المضاربة والمشاركة ونحوهما كعقود مؤصلة في الفقه الإسلامي، والمضاربة وهي من أفضل العلاقات بين البنوك، والمتتبع لعقود المراجعة في أن يكون البنك هو البائع - أي المراجعة المعكوسة - فلا يجوز أن يكون المشتري هو البائع أي لا يجوز قلب هذه العلاقة في المراجعة المعكوسة.

وقال الشيخ القرة داغي في كتابه التورق المصرفي أن هذا المنتج يتكون من بعض العقود المجتمعة التي لو انفردت لما قلنا بتحريمها، فيتضمن عقد المراجعة العكسية عقد التورق المصرفي المنتظم، والشراء للنفس.

(431) انظر: الموقع الإلكتروني للمجمع الفقهي الإسلامي <http://www.iifa-aifi.org/2847.html>

(432) مجموعة البركة المصرفية، ندوة البركة الثامنة والعشرون للاقتصاد الإسلامي، فندق هيلتون، جدة: 16-

17/سبتمبر/2007م، ص 41 وما بعدها <http://iqraa.co/books/images/pdf/58c53bebbace0.pdf>

وكان رأي الدكتور أحمد السالوس في بحث التورق حقيقته وأنواعه حيث قال إن التكييف الشرعي لهذا المنتج البديل لا يختلف كثيراً عن الوديعة لأجل وذلك من حيث ضمان أصل المال مع ضمان الزيادة مقابل الزمن، لذلك هو عقد قرض ربوي. (433)

وعليه فالمراجعة العكسية بتطبيقاتها المعاصرة، لسيت صيغة من صيغ الاستثمار أو التمويل، وأراها أقرب لصيغة التورق المنظم فأرى منعها وعدم الجواز بالتعامل بها، والله أعلم.

5. 6. 4. 7. هل يوجد صورية أو حيلة في هذه المعاملة:

فالصورية في هذه المعاملة واضحة جداً، حيث أن العميل لا يوجد احتمال لأن يخسر في عميلة التورق، والربح أو الفائدة مضمونة له، وللعودة بحقيقة هذه المعاملة نجد أن المال خرج من يد العميل ويعود له بفائدة، مع ضمان أيضاً عدم الخسارة.

ويظهر مما سبق أنها حيلة محرمة، كما أنها لا تختلف عن التورق المصرفي والذي بينا أن التعامل به غير جائز، فيأخذ حكم التورق المصرفي لأنه لن تتغير شكلية هذه المعاملة حتى لو صار المصرف مكان العميل.

وبالرجوع لقرار المجمع الفقهي الذي ذكر سابقاً فقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي بعدم جواز هذه المعاملة، وأنها مماثلة لمسألة العينة المحرمة شرعاً.

(433) علي السالوس، التورق حقيقته وأنواعه، ص 33

أهم النتائج:

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات، الحمد لله الذي أنعم علينا بفضله، اللهم اجعل صالح أعمالنا خواتمها، اللهم إنا نسألك خير المسألة وخير الدعاء وخير النجاح وخير العلم وخير العمل، وخير الحياة وخير الممات، وثبتنا وثقل موازيننا وارفع درجاتنا وتقبل منا يا كريم، وفيما يلي أهم النتائج التي وصل إليها الباحث، وهي كما يلي:

1. عُرف مصطلح التورق قديماً، حيث تكلم عنه الفقهاء في الماضي بصيغ مختلفة كالعينة وبيع الآجال، إلى أن التورق في وقتنا الراهن يختلف اختلافاً كلياً عما عرفه الفقهاء قديماً، فقد نما الاقتصاد ونمت معه أساليب المعاملات المالية المعاصرة، فالتورق الفقهي الذي عُرف قديماً وما يزال يستخدم في عصرنا الحالي يختلف عن التورق المصرفي الحديث في بعض جوانبه من حيث طريقة الأداء والتنفيذ، ويتفقان في الغاية والهدف الذي يقتصر على السيولة النقدية.
2. تختلف الحيلة اختلافاً بحسب الباعث عليها، فقد يكون الباعث إبطال حق أو إحقاق باطل وهو من أخطر أنواع الحيل فينزل تحت الحيل المحرمة، وقد يكون الباعث على الحيلة إثبات حق أو دفع باطل، أو السلامة من مكروه أو من أذى وهنا تكون الحيلة مشروعة بل واجبة
3. تأكد لنا بعد استعراض الأدلة النقلية والعقلية التي وردت بالبحث بخصوص التورق المصرفي المنظم أو العكسي الذي تُجره بعض المؤسسات المالية الإسلامية لا يجوز شرعاً؛ لأنه يقترب من صيغة بيع العينة الممنوع شرعاً، ولأن البيع فيه ليس حقيقياً، وإنما هو وهمي أو صوري، ولا يتم فيه قبض حقيقي للمبيع، إذ أن نية الطرفين معلنة ومبينة بين كل منهما من بداية التعاقد حتى نهايته، على اتخاذ عقود البيع والشراء كوسيلة لتوفير التمويل الائتماني سواء لعملاء البنوك (التورق المباشر)، أو للبنوك نفسها (التورق العكسي)، في صورة نقدية سائلة محضنة، في مقابل دفع مبالغ زائدة، وهذا هو عين الربا.
4. يترجح لنا توافق التورق المصرفي المنظم والعكسي مع العينة واتحاد العلة فيهما، وظهور الباعث الفاسد، إضافة إلى ما للتورق المصرفي من مآلات فاسدة منها التشكك في الهوية الإسلامية للمصارف ومدى التزامها بالأحكام الشرعية.

5. صيغ التورق المنظم في المصارف الإسلامية هي صيغ ثبت مخالفتها لجوانبها النظرية، وأنها قائمة على عقود شكلية صورية غير حقيقية.
6. الآثار الاقتصادية التي يتركها وراءه التورق المنظم ليست بعيدة عن الربا من حيث ارتفاع المديونية، وكثرة الأغراض الاستهلاكية وسوء توزيع الثروة بين الناس.

أهم التوصيات:

بعد هذا العرض للتورق المصرفي من خلال بيان حقيقة التورق وتطبيقاته المصرفية، وحكمه الشرعي، يوصي الباحث بما يأتي:

1. إخضاع أي منتج مالي جديد للدراسة والبحث قبل البدء باستخدامه.
2. يوصي الباحث المؤسسات المالية الإسلامية والباحثين لديها أن يقوموا بتأصيل المعاملات المالية المستقلة، والتراث الإسلامي مليء بالمعاملات المالية المباحة، والتي لو طبقت في أرض الواقع لخلصت العالم من آثار الربا الوخيمة ولأسست نظاماً قوياً متكاملًا متماسكاً يستطيع النهوض بنفسه من غير تبعية للبنوك التجارية.
3. تطوير آلية اعتماد لأي منتج جديد بحيث يتم التوافق عليه من قبل مجالس ومجامع مختصة.
4. التريث في إصدار الأحكام على ما يستجد من أفكار ومنتجات مالية حتى يتم عرضه على دوائر أوسع.
5. انضباط الهيئات الشرعية بما يتم التوافق عليه من قبل المجالس والفقهاء، وعدم شذوذها وفق تخرجات فقهية متكلفة.
6. تطوير المنتجات المالية الإسلامية بما يتوافق ويتلاءم مع النظام الاقتصادي الإسلامي.
7. مراجعة المؤسسات المالية الإسلامية لعمليات التمويل وخدماتها المصرفية وضبطها ضبطاً محكماً بما يتوافق مع أحكام الشرع.
8. أوصي المتعامل بالصورية بتقوى الله تعالى، وأن يحرص على مقاصد الشريعة ويتعد عمّا حرم الله، وأن يجتنب ما نهى عنه في جميع تعاملاتهم، وألا يتخذ العقود الصورية وسيلة لمخالفة الشريعة، وأن يحرص على الحلال من المال.

9. أوصي بتشريع القوانين التي تمنع التحايل بطريق الصورية، لحماية الناس من الاستغلال والغش.
10. أوصي المصارف الإسلامية بمراعاة ضوابط الصورية فيما تجرّه من عقود، والالتزام بأحكام وشروط العقود التي نص عليها الفقهاء وهيئات الرقابة الشرعية.
11. أوصي بتفعيل الرقابة الشرعية على صيغ التورق التي تعقدتها المؤسسات والمصارف الإسلامية، حفاظاً من الوقوع بأي محذور شرعي.
12. أوصي بتفعيل الرقابة على المصطلحات الدعائية المضللة التي تستخدمها المصارف الإسلامية للإعلان عن صيغ التورق المختلفة مثل (التورق المبارك، تورق الخير، تيسير الأهلي أو احصل على ما تريد من النقود بطريقة ميسرة حلال)
13. أوصي العميل في حال اضطر للتورق، أن يعتمد على التورق الفقهي ويتعد عن التورق المصري العكسي أو المنظم.
14. أوصي الخبراء والعلماء والباحثين بمزيد من الدراسة لواقع الأسواق المالية والاطلاع على دقائق العمليات وتفصيلها.
15. تفعيل الرقابة الشرعية على العمليات التي تجري داخل الأسواق المالية بصدق وأمانة.

وفي ختام هذا البحث أحمد الله كثيراً على ما أنجزت، فإن أصبت فبتوفيق من الله عز وجل وإن أخطأت أو قصرت أو نسيت فمن نفسي ومن الشيطان، وما التوفيق إلا من عند الله.
ربنا آتانا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المراجع والمصادر

القران الكريم

آبادي، محمد شمس الحق العظيم. *عون المعبود شرح سنن أبي داوود*، كتاب البيوع، بدون طبعة. بيروت: دار الفكر للطباعة والتوزيع، 1995م.

إبراهيم، محمد. *الحيل الفقهية في المعاملات المالية*، مصر، الدار العربية للكتاب، بدون تاريخ.

ابن الأثير، مجد الدين المبارك بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، بدون طبعة، مصر، مصطفى البابي الحلبي، 1357هـ.

الأزدي، سليمان بن الأشعث " أبو داوود "، *سنن أبي داوود*، كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، بيروت، المكتبة العصرية، بدون تاريخ.

الأزهري، أبي منصور محمد بن أحمد. *تهديب اللغة*، تحقيق: محمد عوض مرعب، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 2001م.

الأزهري، أبي منصور محمد بن أحمد. *الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي*، ط1، الكويت، المطبعة العصرية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، 1979م.

الأصبحي، مالك بن أنس. *المدة الكبرى*، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994م.

الأصفهاني، حسين بن محمد. *المفردات في غريب القرآن*، بدون طبعة، القاهرة، مطبعة مصطفى الحلبي، 1961م.

الألوسي، السيد محمود. *روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني*، بدون طبعة. بيروت: دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ.

ابن أمير حاج، شمس الدين محمد بن محمد. *التقرير والتحبير على تحرير الكمال ابن همام*، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ.

الأنصاري، زكريا بن محمد. *أسنى المطالب في شرح روض الطالب*، تحقيق: محمد الزهري الغمراوي، بدون طبعة، القاهرة، المطبعة الميمنية، 1313هـ.

الأنصاري، زكريا. *متن التحرير*، تحقيق: طه الزيني، ط1، السعودية "مكة": مكتبة النهضة الحديثة، 1953م.

البارقي، محمد بن محمد. *العناية شرح الهداية بهامش شرف فتح القدير*. بدون طبعة، بيروت، دار إحياء التراث، 1340هـ.

بالحاج، أحمد الأمين. *الصورية في العقود المالية "دراسة تطبيقية مقارنة"*، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، عام 2007م.

بحيري، محمد عبد الوهاب. *الحيل في الشريعة الإسلامية وشرح ما ورد فيها من الآيات والأحاديث*، ط1، مطبعة السعادة، 1984م.

البخاري، علاء الدين عبد العزيز أحمد بن محمد. *كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي*، تحقيق: عبد الله محمود عمر، بدون طبعة، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997م.

البخاري. محمد بن إسماعيل، "صحيح البخاري"، بدون طبعة، دمشق، دار ابن كثير، 1993م.

البرلسي، أحمد. *حاشية على شرح المحلى على منهاج الطالبين وهو مطبوع مع شرح المحلى*، بدون طبعة، بيروت، دار الفكر، بدون تاريخ.

البعال، سيد حسن. *المطول في شرح الصيغ القانونية للدعوى والأوراق القضائية*، بدون طبعة، القاهرة، عالم الكتب، 1996م.

- البعوي، الحسين بن مسعود، "تفسير البعوي"، بدون طبعة، الرياض، دار طيبة للنشر، بدون تاريخ.
- البهوتي، منصور بن يوسف بن إدريس. شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنهجي، بيروت، عالم الكتب، 1996م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس. كشاف القناع عن متن الإقناع، بدون طبعة، بيروت، دار الفكر، 1402هـ.
- البوطي، محمد رمضان. ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط4، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1982م.
- البيهقي، أحمد بن حسن بن علي بن موسى. سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة، بدون طبعة، مكتبة دار الباز، 1994م.
- الترمذي، محمد بن عيسى. الجامع الصحيح - سنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاکر وآخرون، ط2 مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1968م.
- التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر. شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، بدون تاريخ.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، كتاب بيان الدليل على بطلان التحليل، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، ط1، بيروت، المكتب الإسلامي، 1998م.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، مجموع الفتاوى الكبرى، تحقيق، مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، (2011م) (ط1، الرياض، مكتبة العبيكان، 1997م).
- جستنيه، حنان بنت محمد حسين. أقسام العقود في الفقه الإسلامي "رسالة ماجستير". جامعة أم القرى، السعودية: كلية الشريعة، 1998م.

الخصاص، أحمد بن علي. أحكام القرآن، مراجعة صدقي جميل، ط1. بيروت: دار الفكر، 2001م.

الجميل، محمد دفيش محمود. بيع التورق وحكمه في الفقه الإسلامي - صورة من البيوع المستحدثة، مجلة كلية الامام الأعظم.

الجوزية، أبو عبد الله بن أبي بكر ابن قيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، 1987م) (تحقيق: طه عبد الرؤوف، بيروت، دار الجيل، بدون تاريخ).
ابن حزم، علي بن أحمد الأندلسي. المحلى بالآثار، (بدون طبعة، بيروت، المكتب التجاري للطباعة والنشر، بدون تاريخ) (تحقيق د. عبد الغفار سليمان البنداري، بدون طبعة، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ).

حسان، عدنان عبد الهادي. أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية - غزة، 2006م.

حسن، سامر برهان. أحكام جرائم التزوير في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، فلسطين، جامعة النجاح الوطنية، 2010م.

حسين، أحمد فراج. الملكية ونظرية العقد، بدون طبعة، الإسكندرية، الدار الجامعية، 1985م

الخطاب، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن المالكي. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، بدون طبعة، دار الفكر (ط1/1992م) (ط3/1995م).

ابن حنبل، أحمد بن محمد. مسند الإمام أحمد، بدون طبعة، بيروت، دار احياء التراث العربي، 1993م.

- الحنيطي، هناء محمد هلال. *التورق حقيقته أنواعه - الفقهي المعروف والمصرفي المنظم*، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، 2009م.
- حيدر، علي. *دور الأحكام شرح مجلة الأحكام*، طبعة خاصة، الرياض، دار عالم الكتب، 2003م.
- الخرشي، محمد أبو عبد الله. *شرح الخرشي على مختصر خليل*، تحقيق علي العدوي، ط2، مصر، المطبعة الأميرية، 1317هـ.
- الجزاعلة، شمس الدين قاسم. *نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني*، بدون طبعة، الأردن، اربد، دار الكتاب الثقافي، 2005م.
- الخلوي، عيسى. *الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية*، ط1، الرياض، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، 2015م.
- الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن. *سنن الدارقطني*، تحقيق: عبد الله هاشم يماني، بدون طبعة، بيروت، دار المعرفة، 1966م.
- الدبو، إبراهيم فاضل. *التورق حقيقته أنواعه " الفقهي المعروف والمصرفي المنظم "*، بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر، إمارة الشارقة، 2009م.
- الدريني، السيد نشأت إبراهيم. *التراضي في عقود المبادلات المالية*، ط1، جدة، دار الشروق، 1992م.
- الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة. *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، تخريج: محمد عبد الله شاهين، ط1، بيروت، دار الكتب العالمية، 1995م.
- الديناصري، عز الدين، عبد الحميد الشواربي. *الصورية في ضوء الفقه والقضاء*، ط5، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1997م.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. *مختار الصحاح*، طبعة 2، مدققة كاملة التدقيق. بيروت، مكتبة لبنان، بدون تاريخ.

الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم العزيز. *شرح الوجيز*، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م.

ابن رجب الحنبلي، الحافظ زين الدين. *القواعد الفقهية*، بدون طبعة، بيروت: دار الكتب العلمية، بدون تاريخ.

الرحبياني، مصطفى بن سعد بن عبدة، *مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى*، بدون طبعة، دمشق، المكتب الإسلامي، بدون تاريخ.

آل رشود، رياض بن راشد. *كتاب التورق المصرفي*، بدون طبعة، بدون تاريخ.

زاهد، عبد الأمير كاظم. *نظرية العقد في الفقه الإسلامي*، العراق: جامعة الكوفة، نسخة الكترونية.

الزحيلي، وهبة مصطفى. *الفقه الاسلامي وأدلته "النظريات الفقهية والعقود"*، (ط2/1985م) (ط3/1989م). دمشق: دار الفكر للطباعة والنشر.

الزحيلي، وهبة مصطفى، *بحث التورق حقيقته أنواعه - الفقه المعروف والمصرفي المنظم*، (قدم هذا البحث للمجمع الفقهي الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر، في إمارة الشارقة، المنعقد عام 2009م).

الزرقا، مصطفى أحمد. *المدخل الفقهي العام* "إخراج جديد بتطوير في الترتيب والتبويب وزيادات"، ط2. دمشق: دار القلم، 2004م.

الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي. *المنثور في القواعد الفقهية*، ط2، الكويت: دار الكويت للصحافة، 1985م.

- زغلول، أحمد. *شرح القانون المدني*، بدون طبعة، مصر، دار الثقافة ودار المعارف، 1980م
- الزنجشيري، جار الله محمود بن عمر. *أساس البلاغة*، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419هـ.
- الزنجشيري، جار الله محمود بن عمر. *الفائق في غريب الحديث*، تحقيق: علي البجاوي ومحمد إبراهيم، ط2، حلب، عيسى البابي الحلبي، 1971م.
- أبو زهرة، محمد. *الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية*، بدون طبعة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1996م.
- زهرة، عيسى. *الغش في العقود*، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة الجزائر، 2017م.
- الزبياري، ميكائيل رشيد. *بيع الوفاء في الفقه الإسلامي والقانون*، مديرية تربية محافظة دهوك، بدون تاريخ.
- الزبليعي، فخر الدين عثمان بن علي. *تبين الحقائق شرح كنز الدقائق*، ط1، مصر، الطبعة الأميرية، بولاق، 1313هـ.
- السالوس، علي أحمد. *التورق حقيقته وأنواعه*، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.
- السالوس، علي أحمد. *العينة والتورق المصرفي*، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، التي عقدت في الفترة ما بين 13-18/ديسمبر/2003م.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل. *المبسوط*، بيروت، دار المعرفة، 1993م.
- سعد، محمد. *التورق المصرفي وآثاره الاقتصادية*، بغداد، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد 37، 2013م.

السعيدى، عبد الله بن محمد. *التورق كما تجرته المصارف في الوقت الحاضر*، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، بدون طبعة وبدون تاريخ.

السلامي، محمد مختار. *التورق والتورق المصرفي*، مجلة الاقتصاد الإسلامي، مجلة محكمة، مجلد 24، العدد 274، سنة 1425هـ-2004م.

السلطان، عبد الله بن عبد الرحمن. *الصورية في أصل العقود المالية*، (نسخة الكترونية) (انظر هنا).

سلطان، أنور. *أحكام الالتزام "الموجز في النظرية العامة للالتزام"*، بدون طبعة، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1980م.

سلطان، أنور. *مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"*، ط1، عمان، دار الثقافة، 2007م.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد. *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "نظرية الالتزام"*، بدون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968م).

السنهوري، عبد الرزاق أحمد. *مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي*، ط1، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1998م.

السويلم، سامي. *التورق والتورق المنظم*، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي - مكة المكرمة سنة 2003م.

الشاطبي، إبراهيم بن موسى المالكي، *الموافقات في أصول الشريعة*، ط2، بيروت، دار المعرفة، 1975م.

الشافعي، محمد بن إدريس، *كتاب الأم*، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، ط1. المنصورة: دار الوفاء للطباعة والنشر، 1422هـ/2001م.

شبير، محمد عثمان. *التورق الفقهي وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي*، (بحث مقدم

لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، 2009م (انظر هنا).

شحاته، حسن. *المصارف الإسلامية بين الفكر والتطبيق*، ط1، دار النشر للجامعات، القاهرة، 2009م.

الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب. *مغني المحتاج*، ط1. بيروت: دار المعرفة، 1997م.

الشنقيطي، محمد مصطفى أبوه. *دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة*، ط2. المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم، 2001م.

شهاب الدين أحمد القرافي. *الدخيرة*، تحقيق: محمد الحجى، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994م.

شواط، الحسين وعبد الحق حمش. *فقه العقود المالية*، ط1، عمان، دار البيارق للطباعة والنشر والتوزيع، 2001م.

الصاوي، أحمد. *بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقبط سيدي أحمد الدردير*، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995م.

الصنعاني، حافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام. *المصنف*، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، بدون طبعة، بيروت، المكتب الإسلامي، بدون تاريخ.

الظاهري، أبي محمد علي حزم. *الإحكام في أصول الأحكام*، بدون طبعة، مصر، مكتبة دار عاطف، بدون تاريخ.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر. *حاشية رد المختار على الدر المختار*، بدون طبعة، بيروت، دار الفكر، بدون تاريخ، تحقيق عادل أحمد وعلي محمد معوض، طبعة خاصة، الرياض، دار عالم الكتب، 2003م).

ابن عاشور، محمد الطاهر. *التحوير والتنوير*، بدون طبعة، تونس، الدار التونسية للنشر، بدون تاريخ.
ابن عاشور، محمد الطاهر. *مقاصد الشريعة الإسلامية*، تحقيق: محمد الميساوي، ط1، القاهرة، البصائر للإنتاج العلمي، 1998م.

عبد الباقي، عبد الفتاح. *نظرية العقد والإرادة المنفردة "دراسة معمقة بالفقه الإسلامي"*، بدون طبعة، مصر، مطبعة النهضة، 1984م.

عبد البر، محمد زكي. *التصرفات والوقائع الشرعية*، ط1، الكويت، دار القلم، 1982م
العثماني، محمد تقي. *أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية*، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي (الدورة 19).

عدوان، عبد العظيم أحمد. *بحث بعنوان "بيع العينة وحكمه في الإسلام"*، مجلة الفتح، 2008م، العدد 32، كلية القانون: جامعة ديالى.

العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر. *فتح الباري بشرح صحيح البخاري*، بدون طبعة، القاهرة، دار الريان للتراث، 1986م.

العكبري، أبي عبد الله عبيد الله بن بطة. *إبطال الحيل*، ط1، بيروت، دار الرسالة، 1996م.
العمروسي، أنور. *الصورية وورقة الضد في القانون المدني*، ط1، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 1997م.

فتيان، فريد. *التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني*، بدون طبعة، لندن، دار واسط للنشر والتوزيع، 1985م.

الفضل، منذر. *النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"*، ط3، عمان، مكتبة دار الثقافة، 1995م.

فودة، عبد الحميد علي. *مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي*. أطروحة دكتوراة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1996م.

الفيروز آبادي، محمد بين يعقوب. *القاموس المحيط*، بدون طبعة، بيروت: دار الفكر، 1978م، ونسخة، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1406هـ.

ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي. *المغني*، ط1، بيروت، دار الفكر، 1985م، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994م.

القرافي، شهاب الدين أحمد الصنهاجي. *أنوار البروق في أنواع الفروق*، تحقيق: محمد سراج وآخرون، ط1، القاهرة، دار السلام، 2001م وطبعة 2003م.

القرة داغي، علي محيي الدين. *التورق المصرفي " بين التورق المنضبط والتورق المنظم "*، ط1، بيروت، دار البشائر، 2011م.

القرة داغي، علي محيي الدين. *مبدأ الرضا في العقود - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني*، ط2، بيروت، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، 2002م.

القرطبي، محمد بن أحمد بن رشد. *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1412هـ/1992م، تحقيق فريد عبد العزيز الجندي، ط1، القاهرة، دار الحديث، 2004م.

قلعه جي، محمد رواس وحامد صادق قنبي. معجم لغة الفقهاء، ط2، بيروت، دار النفائس،

1988

القيرواني، عبد الله بن عبد الرحمن. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات تحقيق: عبد الله الترغي ومحمد الدباغ، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1999م.

ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، شرح سنن أبي داود. تحقيق أحمد شاكر، بدون طبعة، المدينة المنورة، دار المعرفة، بدون تاريخ.

ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، تهذيب السنن، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2001م.

الكاساني، علاء الدين بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (تحقيق علي محمد معوض وآخرون، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997م) (ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1986م).

ابن كثير، اسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي. " تفسير القرآن العظيم " " تفسير ابن كثير "، تحقيق " سامي السلامة، الرياض، دار طيبة، 2002م.

لطفي، أحمد محمد. التورق وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، ط1، مصر، المنصورة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2013م.

أبو الليل، ابراهيم الدسوقي. " نظرية الالتزام - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، ط1، الكويت، شركة مطابع الوزن العالمية، 1995م.

المباركفوري، محمد بن عبد الرحمن. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ.

محمد، عباس حسن. *العقد في الفقه الاسلامي " دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً*

عن تفوق التشريع الإسلامي "، ط1، بدون دار بحث الكتروني، 1993م.

مدكور، محمد سلام، *المدخل للفقه الإسلامي*، ط2، مصر، دار الكتاب الحديث، 1996م.

المرداوي، علي بن سليمان بن أحمد. *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف*، تحقيق محمد حامد

الفتحي، ط1، بيروت، دار احياء التراث العربي، بدون تاريخ.

مرداوي، عرفات نواف. *الصورية في التعاقد " دراسة مقارنة "*، رسالة ماجستير، فلسطين، جامعة

النجاح الوطنية، 2010م.

المصري، ابن نجيب. *غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر*، شرح: أحمد بن محمد الحنفي

الحموي، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، 1985م.

المصري، رفيق. *الحيل الفقهية بين البوطي وابن قيم الجوزية*، بحث الكتروني.

المقدسي، محمد بن مفلح. *الفروع*، بدون طبعة، بيروت: دار الفكر، 1989م.

المقدسي، عبد الله بن قدامة. *الكافي في فقه ابن حنبل*، تحقيق زهير الشاويش، ط5، المكتب

الإسلامي، 1988م.

المقري، أحمد بن محمد بن علي الفيومي. *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير*، المحقق: عبد العظيم

الشناوي، ط2. القاهرة: دار المعارف، نسخة الكترونية.

المناعي، عبد الرؤوف. *التوقيف على مهمات التعاريف*، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، ط1،

القاهرة، عالم الكتب، 1990م.

ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم. *لسان العرب*، ط1. بيروت: دار صادر، 1300هـ.

المنيع، عبد الله بن سلمان. *التأصيل الفقهي للتورق في ضوء الاحتياجات التمويلية المعاصرة*، مجلة البحوث الإسلامية، عدد 72، 1425هـ.

مهيدات، محمود فهد. *بحث الحيل الربوية في المؤسسات المصرفية الإسلامية - توصيفاً وتصويماً* - دائرة الإفتاء العام الأردنية، بدون تاريخ " بحث الكتروني " .

موسى، محمد يوسف. *الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي*، بدون طبعة، القاهرة دار الفكر العربي، 1987م، ط1، مصر، دار الكتاب العربي، 1952م.

النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف. *المجموع شرح المهذب*، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، بدون طبعة، السعودية، دار الإرشاد، بدون تاريخ.

النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف. *شرح النووي على مسلم، كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة*. بدون طبعة، دمشق، دار الخير، 1996م.

النيسابوري، أبي الحسين. *صحيح مسلم*، ط2، الرياض، دار الحضارة للنشر والتوزيع، 2015م.

هارون، آدم دكم محمد. *التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي*، مجلة التنوير، العدد الرابع، الصادرة بتاريخ 2010/09/15م.

ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد. *شرح فتح القدير*، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، 2003م، ط2، بيروت، دار المعرفة، 2000م.

الهيثمي، ابن حجر. *الفتاوى الفقهية الكبرى*، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1417هـ.

هيئات ومؤسسات وروابط:

أسرة جمعية المجلة. مجلة الأحكام العدلية، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 1304هـ

بنك دبي الإسلامي، *مجلة الاقتصاد الإسلامي*، العدد الخاص بالتورق المنظم.

رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة. *مجلة المجمع الفقهي الإسلامي*، القرار الثاني في الدورة

السابعة عشرة لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 20.

هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، *مجموعة أبحاث*، ط3، الرياض، طبع ونشر الرئاسة

العامة للبحوث العلمية والافتاء، 2011م.

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)، *المعايير الشرعية المعتمدة*،

البحرين، نسخة الكترونية، 2017م

وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية. الموسوعة الفقهية، (ط1، الكويت، 1988م) (ط1، مصر،

دار الصفوة، 1994م).

مجموعة البركة المصرفية، أبحاث ندوة البركة الثامنة والعشرون للاقتصاد الإسلامي، فندق هيلتون –

جدة – 16-17/سبتمبر/2007م <http://iqraa.co/books/images/pdf/58c53bebbace0.pdf>

منظمة التعاون الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الموقع الالكتروني (<http://www.iifa.org>)

[.aifi.org](http://www.aifi.org)

الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات المالية في السودان، اجتماع رقم

(2017/23م) بتاريخ 25/ شوال 1438هـ الموافق 19/ يوليو

2017م (<http://www.hssb.gov.sd>).

المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، قرارات الدورة التاسعة عشرة، إستانبول – تركيا، 8-12

رجب 1430هـ، الموافق لـ 30 حزيران (يونيو) – 4 تموز (يوليو) 2009م، قرار 84 (19/2)

[.https://www.e-cfr.org/](https://www.e-cfr.org/)

جريدة الشرق الأوسط التي تصدر في لندن بتاريخ 2010/01/07م.

موقع منتدى العلماء، بحث في المضاربة وتكييفها الفقهي، للأستاذ حسن عبد الغني أبو غدة

منشور بتاريخ 2015/12/03م، الموقع الإلكتروني (<https://www.msf-online.com/>).

جمال صابر نعمان، مقال بعنوان الفرق بين الصورية المطلقة والصورية النسبية، تاريخ النشر

2014م.

الموقع الإلكتروني للمجمع الفقهي الإسلامي: (<http://www.iifa-aifi.org/2847.html>).

