IUGJEPS
Vol 27, No 3, 2019, pp 261 -289

ISSN 2616-2148

مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية

تاريخ الإرسال (2018-09-18)، تاريخ قبول النشر (2018-10-09)

ظاهرية العقود عند الشافعية وأثرها في المعاملات المالية المعاصرة
- التورق المصرفي إنموذجا -

اسم الباحث الأول: أ. هناء فواز بني صخر [1] *

اسم الباحث الثاني : د. محمد محمود أبو ليل [2]

[1] اسم الجامعة والبلد (للأول) الفقه وأصوله- كلية الشريعة -الجامعة الأردنية - الاردن

* البريد الالكتروني للباحث المرسل:

E-mail address: hana.banisaker@yahoo.com

الملخص:

يتناول هذا البحث جزئية من جزئيات موضوع ظاهرية الشافعية، وهذه الجزئية هي دراسة لظاهرية العقود عند الشافعية تحديدا وأثر ذلك على المعاملات المالية المعاصرة، بأخذ صورة من صور المعاملات المشهورة في المذهب ودراستها وتخريج بعض صيغ الاستثمار المعاصرة عليها. وانتهج البحث في سبيل ذلك المنهج الاستقرائي والتحليلي التطبيقي.

وقد خلص البحث إلى أن فقهاء الشافعية لهم قواعد محدده وأصول ثابتة في التعامل مع النصوص لا يخرجون عنها إلى غيرها ما دام إلى ذلك سبيل؛ فأصل من أصول المذهب الشافعي، هو أن الآثار المترتبة على العقود تتوقف على ما تعكسه ظاهر النصوص الواردة فيها، دون محاولة البحث عن مقاصدها وآثارها وأوصافها، أو حتى النوايا التي قد تكون كامنة في صدور المتعاقدين؛ فالحكم فقط بحسب ما تدل عليه ألفاظه وما يستفاد منها في اللغة وعرف العاقدين في الخطاب، وإذا كان العقد في ألفاظه وعبارته غير مشتمل على شيء يوجب التحريم، حكم على العقد بالصحة ولم يلتفت إلى ما اتخذ ذريعة له.

كلمات مفتاحية: ظاهرية العقود، شافعية، اقتصاد معاصر .

Appearance of contracts in shafei school and it's effects in contemporary financial transactions for example: Foliation Banking Summary

Abstract:

This study addresses one part of sub subject in apparent shafeism this part is a study for the appearance of contracts in shafei school in particular and the affect it has on contemporary financial transaction by taking a sample from the popular transactions in the doctrine , examine it and conclude some formulas of contemporary investment the research will be through inductive method and applied analysis the study includes that the shafei scholars have specified rules and fixed principles in dealing with texts which they stick to when possible . One of the principles in shafei doctrine is that the effects resulting from contracts depends if what the apparent texts reflects without trying to search for intentions , effects and descriptions or even the intentions of the contractors , the rule is for the indications of the words and in plain language and what is commonly known. If the words or the sentences doesn't include anything forbidden , the contract is deemed props regardless if it's pretense.

Keywords: Appearance of contracts, shafeism, contemporary financial transactions.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، وصل اللهم وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

عند الاطلاع على المعاملات المالية المعاصرة دائماً ما كنت ألحظ عبارات متقاربة في المعنى تدور في مجملها على سؤال واحد وهو: (هل يكفي في النظر الشرعي التأكد من سلامة صورة المعاملة المالية وظاهرها فقط، أم لابد من النظر في حقيقتها وباطنها ومآلها ومقصد صاحبها ؟) .

وعند التتبع وجدت أن السؤال يمثل فريقين من الفقهاء: الأول ينظر إلى ظاهر العقود دون باطنها ويمثله الشافعية ومن وافقهم، والثاني ينظر للباطن دون الظاهر منها، ويمثله المالكية ومن وافقهم .

ومن هنا نشأت فكرة البحث، والذي تنصب مهمته الأساسية على استعراض موقف الشافعية من العقود المالية الذي يتسم بالظاهرية ، مع ذكر أهم المسائل التي بنوا عليها موقفهم هذا، وأثر ذلك في المعاملات المالية المعاصرة، ولقد استقرأت ذلك في مسائل عدة منها: بيع العينة وبيع المرابحة وبيع التورق، وجميعها قد بحثت في بحوث ومؤتمرات شتى، لكن الهدف هنا مختلف بحيث إنه يتركز على بيان كيفية الاعتماد على المذهب في تصحيح الكثير من المعاملات المصرفية التي نوى بها المتعاقد أمراً ممنوعاً مع سلامة ظاهر العقد، إذ الأصل جواز ما كان ظاهره الصحة، والحكم على العقود بمجرد الشك وتقييم النوايا أمر لا ينضبط، وفي المذهب الشافعي ما يسعف لتصحيح مثل ذلك، لذا نجد النووي – رحمه الله – يقول: " ليس من المناهي بيع العينة " (1) .

ونظراً لطبيعة البحث الذي يتسم بالاختصار وعدم التطويل وقع اختياري على صيغة مالية واحدة لعرض الفكرة والتدليل عليها، وهذه الصيغة هي: التورق المصرفي المعاصر .

أهمية البحث :

تكمن أهمية البحث على المستويين النظري والعملي؛ فعلى المستوى النظري نجد حاجة البحث العملي إلى دراسة مستقلة محصورة في المذهب الشافعي فيما يتعلق بظاهرية العقود عندهم وأثره في المعاملات المالية المعاصرة على وجه التحديد، ومن شأن هذا البحث أن يكون عوناً لطلاب العلم الباحثين في هذا المجال، خادماً للمذهب الشافعي، بالإضافة إلى ما ينبني عليه من تطبيقات وفروع فقهية .

أما الناحية العملية؛ فتكمن في تلبية حاجة الباحثين الشرعيين إلى إيضاح أصل من أصول الشافعية في تناول العقود المالية القائم على الأخذ بالصورة والشكل وترك ما عدا ذلك، للاستعانة بذلك في عملية بناء الأحكام وإيجاد الحلول لبعض صيغ التمويل الإسلامي المعاصرة من خلال هذا الأصل.

مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث فيما اشتهر عن المذهب الشافعي من اختلافه عن بقية المذاهب الأخرى في النظر إلى العقود، من حيث إن الشافعية قد نظروا إلى شكلية العقد، وقالوا إن آثار العقد تتوقف على ما تعكسه ظاهر النصوص الواردة فيها، والذي كان لابد من طرح دراسة مختصة لتجلية هذا الأمر، من خلال نصوصهم النظرية وتطبيقاتهم الفقهية، وإذ يحاول البحث الإجابة عن الأسئلة التالية :

(1) النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (3 \ 418) .

1– ما المقصود بظاهرية العقود عند الشافعية، وما الأصول التي بنى الشافعية قولهم بظاهرية العقد عليها ؟

2– ما أثر قول الشافعية بظاهرية العقود على المعاملات المالية المعاصرة؟

أهداف البحث :

يهدف البحث إلى بيان الأمور التالية:

1– بيان المقصود بظاهرية العقود عند الشافعية، وبيان أهم الأصول والمسائل التي بنى الشافعية قولهم بظاهرية العقود عليها .

2– بيان أثر قول الشافعية بظاهرة العقود على المعاملات المالية المعاصرة، وذلك من خلال تناول مسألة واحدة فقط بطريقة مفصلة يظهر من خلالها وبجلاء أثر القول بظاهرية العقود في تخريج بعض صيغ المعاملات المالية المعاصرة.

الدراسات السابقة :

لم أجد في حدود اطلاعي دراسة متخصصة مضمونها بيان ظاهرية العقود عند الشافعية وأثرها في المعاملات المالية المعاصرة، إلا أنه درس وأشير إليه في ثنايا بعض الدراسات، ومن أهمها:

1– النية والباعث في فقه العبادات والعقود والفسوخ والتروك، وهبة الزحيلي، من غير معلومات نشر، عن دار المنظومة الإلكترونية.

تناول فيه الباحث النية المشروعة والنية غير المشروعة، وأحكامها وأحوالها في مجال العبادات والمعاملات، والفسوخ والتروك، والمباحات والعادات. وكما شمل البحث تعريف النية وحكمها والقواعد المتعلقة بها، ومحلها وزمانها وكيفيتها، والشك فيها وتغييرها، واقتران عبادتين بها وشروطها ومجالها.

2– قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المدني الأردني) محمد بن حمد عبد المجيد وسرين بنت عيسى الباز، من منشورات مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية \ السعودية، 1433هـ – 2012م، العدد 55 .

تناول فيه الباحثان معنى القاعدة وبيان مقصودها وتأصيلها والصيغ التي وردت بها، كما تعرض إلى تفصيل الخلاف في الإرادتين الباطنة والظاهرة لدى كل من الفقه والقانون بناء على هذه القاعدة، كما وذكر بعض التطبيقات على القاعدة من الفقه والقانون .

3– السبب الباعث وأثره في صحة العقد أو بطلانه (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، رمضان جمعة، من منشورات مجلة كلية دار العلوم جامعة \ القاهرة، مصر، 1997 م، العدد 21 .

تناول فيه الباحث تعريف الباعث وأهميته في الحكم الشرعي سواء في العبادات أو المعاملات، وأهم ضوابط اختلاف الفقهاء في أحكام العقد من ناحية الصحة والبطلان عندما يتعلق الأمر بالباعث، ثم تطرق إلى موقف القانون المدني المصري من هذه القضية.

ومن الدراسات التي ساهمت في إثراء الجانب التطبيقي :

4– ملخص أبحاث في التورق، عز الدين محمد خوجة، مقدم إلى ندوة البركة الثانية والعشرين للاقتصاد الإسلامي \ مملكة البحرين ربيع الأخر 1423هـ الموافق 19–20 يونيو 2002م .

وهو ملخص لمجموعة من الأبحاث وقع في 12 صفحة، تناول فيه الباحث: أنواع التورق، ومشروعية كل من التورق الفردي والتورق المصرفي، كما وناقش الأدلة المعتمدة لدى كل فريق، وعرض في نهاية الملخص النتائج التي تؤول إليها عملية التورق المصرفي.

5- التورق حقيقته، أنواعه (الفقهي المعروف والمصرفي المنظم) ، هناء الحنيطي، وهو ملخص دراسة مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة \ إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.

وهي دراسة قيمية في مجالها، تناولت فيها الباحثة مفهوم التورق وحكمه عند الفقهاء، و أنواع وضوابط التورق وطريقة اجرائه في المصارف الإسلامية، بالإضافة إلى موقف العلماء المعاصرين من التورق المصرفي المنظم، وانتهت الدراسة إلى حرمة التورق المصرفي المنظم بجميع صوره لأنه في حقيقته ربا .

وستفيد دراستي من هذه الدراسات وتبني عليها، إلا أنه ستفترق عنها من حيث ضبط موضوع ظاهرية العقود عند فقهاء المذهب الشافعي تحديداً دون غيره من المذاهب، واهتمامها بأثر ظاهرية العقود في تخريج وتصحيح بعض صيغ التمويل الإسلامي .

منهجية البحث:

اعتمد البحث المنهج الاستقرائي والتحليليّ والتطبيقي، والذي يتمثل في تتبع نصوص الفقه الشافعي التي تتناول الموضوع من كتبهم الأصولية والفقهية، ومن ثم تحليلها ومحاولة استخلاص موقف الإمام الشافعي واتباع المذهب في الحكم على العقود وتخريج بعض صيغ الاستثمار المعاصرة على قولهم وموقفهم هذا.

خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مبحثين رئيسيين وقسم كل منهما إلى جملة من المطالب ، كالآتي:

المبحث الأول : ظاهرية العقود عند الشافعية. ويتضمن المطالب التالية :

المطلب الأول : الذرائع في العقود.

المطلب الثاني : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني أم للألفاظ والمباني.

المطلب الثالث : أثر النية والباعث على العقود .

المطلب الرابع : الحيل في العقود .

المطلب الخامس : الصورية في العقود .

المبحث الثاني : أثر ظاهرية العقود عند الشافعية في المعاملات المالية المعاصرة – التورق إنموذجاً – . ويتضمن المطالب التالية:

المطلب الأول : تعريف التورق وبيان الفرق بينه وبين التوريق وبيع العينة.

المطلب الثاني : حكم التورق .

المطلب الثالث : تخريج حكم التورق المصرفي المنظم على قول الشافعية بظاهرية العقود .

المبحث الأول : ظاهرية العقود عند الشافعية

من أصول المذهب الشافعي، أن الآثار المترتبة على العقود تتوقف على ما تعكسه ظاهر النصوص الواردة فيها، دون محاولة البحث عن مقاصدها وآثارها وأوصافها، أو حتى النوايا التي قد تكون كامنة في صدور المتعاقدين؛ فالحكم فقط بحسب ما تدل عليه ألفاظه وما يستفاد منها في اللغة وعرف المتعاقدين في الخطاب، وإذا كان العقد في ألفاظه وعبارته غير مشتمل على شيء يوجب التحريم، حكم على العقد بالصحة ولم يلتفت إلى ما اتخذ ذريعة له [1] .

يقول الإمام الشافعي جواباً على سؤال: " هذا البيع يجوز ... ولا أفسد البيع ها هنا بالنية " [2]، ويقول معقباً: " عقد البيع وعقد النكاح إذا وقعا على الصحة فالنية لا تصنع شيئاً إذ ليس معها كلام؛ فالنية إذا لم يكن معها كلام أولى أن لا تصنع شيئا يفسد به بيع، ولا نكاح " [3]. و يقول: " أنه لا يفسد عقد أبداً إلا بالعقد نفسه لا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ولا بتوهم ولا بأغلب، وكذلك كل شيء لا تفسده إلا بعقده ولا نفسد البيوع بأن يقول هذه ذريعة وهذه نية سوء ... ألا ترى أن رجلاً لو اشترى سيفاً ونوى بشرائه أن يقتل به كان الشراء حلالاً وكانت النية بالقتل غير جائزة ولم يبطل بها البيع ... فإذا دل الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الإسلام على أن العقود إنما يثبت بالظاهر عقدها ولا يفسدها نية العاقدين كانت العقود إذا عقدت في الظاهر صحيحة أولى أن لا تفسد بتوهم غير عاقدها على عاقدها " [4] .

وفي حقيقة الأمر الحديث عن ظاهرية العقود عند الشافعية يتطلب التتبع إذ إن هناك أصول ومسائل بنى الشافعية نظرتهم ومنهجهم في العقود عليها، وفي هذا المبحث بيان لهذه الأصول والمسائل .

المطلب الأول : سد الذرائع في العقود

السد لغة يأتي بمنعى المنع، والذرائع جمع ذريعة وهي الوسيلة إلى شيء [5].

والذرائع في الاصطلاح: " هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور" [6].

وسد الذرائع اصطلاحاً: " حسم ومنع مادة وسائل الفساد دفعاً لها؛ فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع" [7]

وقد قسمت الذرائع إلى أقسام منها ما هو مجمع عليه ومنها ما هو مختلف فيه :

---

(1) انظر : أبو زهرة ، الشافعي حياته و عصره و آراؤه و فقهه (ص 343 – 344 ، الفقرة : 211) .

(2) الشافعي ، الأم (4 / 121) .

(3) المرجع السابق ،(4 \ 121 ، بتصرف يسير) .

(4) المرجع السابق ، (7 / 312 – 313).

وأكثر الفقهاء يأخذون بظاهرية العقود عند تفسيرها، والإلزام بأحكامها – مثل الحنفية والظاهرية –، لكن الإمام الشافعي أكثرهم تشددا في هذا الموضوع ؛ فهو يشدد في ضرورة الأخذ بمقتضى ظاهر الألفاظ في العقود وما تدل عليه، إذ النيات في علم الله، وهذا انطلاقا من مبدأ استقرار المعاملات؛ فالسبب والباعث يختلف باختلاف الأشخاص .

ويقابلهم المالكية والحنابلة والشيعة الذين ينظرون إلى القصد والنية ؛ فيبطلون التصرفات بناء على الباعث غير المشروع .

انظر : أبو زهرة ، الشافعي حياته و عصره و آراؤه و فقهه (ص 344 – 345 ، الفقرة : 212) .

الزحيلي ، النية والباعث في فقه العبادات والعقود والفسوخ والتروك (ص 97) .

(5) قلعجي وآخرون ، معجم لغة الفقهاء (ص 214) .

(6) الزركشي ، البحر المحيط في أصول الفقه (8 \ 89) .

(7) القرافي ، أنوار البروق في أنواء الفروق (2 \ 32) .

IUG Journal of Sharia and Law Studies (Islamic University of Gaza) / CC BY 4.0

المجمع عليه قسمين :

1– مجمع على سده ومنعه وحسمه؛ كحفر الآبار في الطرق، وإلقاء السم في الطعام، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها.

2– وقسم مجمع عدم منعه، وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر فإنه لم يقل به أحد، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنى.

إلا أن البعض النادر يرى فيها إعمال الاحتياط، وهذا غلو في القول بسد الذرائع [1].

ووقع الاختلاف في القسم الثالث هل يسد أم لا ؟

3– ذريعة أو وسيلة موضوعة للمباح قصد منها التوسل إلى مفسدة كبيوع الآجال، وكمن يعقد النكاح قاصداً التحليل [2].

فذهب الإمام الشافعي وأئمة المذهب[3]، وتابعهم ابن حزم الظاهري إلى التفريق بين ظهور قصد المفسدة في العقود من عدمه، فإذا ظهر قصد الحرام والمفسدة في العقود كقصد الربا، فالعقد غير جائز بشرط الظهور، يقول الإمام الشافعي : " أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع " [4].

ويقول الإمام ابن حزم : " ومن باع سلعة بثمن مسمى حالة، أو إلى أجل مسمى قريباً أو بعيداً فله أن يبتاع تلك السلعة من الذي باعها منه بثمن مثل الذي باعها به منه، وبأكثر منه، وبأقل حالاً، وإلى أجل مسمى أقرب من الذي باعها منه إليه، أو أبعد ومثله، كل ذلك حلال لا كراهية في شيء منه، ما لم يكن ذلك عن شرط مذكور في نفس العقد، فإن كان عن شرط فهو حرام مفسوخ أبداً محكوم فيه بحكم الغصب، وهو قول الشافعي، وأبي سليمان، وأصحابهما " [5].

فالقصد القلبي لا يكفي وحده لقبول العمل، وإنما العبرة بظاهر العمل ما لم يتيقن القصد – أي أنهم يشترطون اللفظ الدال على القصد الفاسد حتى يعمل بسد الذرائع – .

وبالرجوع إلى أصل هذه المسألة يظهر أنها مبنية على مسألة أخرى هي : هل العبرة في العقود للألفاظ والمباني أم للمقاصد والمعاني ؟ ؛ فمن قال بأن العبرة في العقود بالألفاظ والمباني لم يقل بسد الذرائع، ومن قال بأن العبرة بالمقاصد والمعاني أمر بسد الذرائع المفضية إلى الحرام[6]، وبيان ذلك في المطلب التالي .

---

(1) انظر السبكي ، الأشباه والنظائر (1 \ 120) .

(2) انظر التقسيم : القرافي ، أنوار البروق في أنواء الفروق (2 \ 32). ابن القيم ، اعلام الموقعين عن رب العالمين (3 \ 109) .

(3) ويمكن القول أن أئمة المذهب على خطى إمامهم في عدم التصريح بسد الذرائع كأصل مستقل من أصولهم الثابتة المعتبرة، إلا أنهم يعملونه في تفريعاتهم الفقهية، كما أنهم قعدوا قواعد وأصول تدخل تحت مبدأ سد الذرائع مثل : (أصل جلب المصالح ودرء المفاسد واعتبار مآلات الأشياء ومالا يتم الواجب إلا به فهو واجب واعتبار الشبهات والاحتياط وإذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام وغيرها)؛ فهم وإن لم يتوسعوا به كثيرا كغيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى إلا أنهم يجعلونه دليلا آخر مع النصوص والأدلة الأخرى التي يعتمدونها .
انظر الزركشي ، البحر المحيط (8 \ 94).النووي ، المجموع شرح المهذب (10 \ 159). البرهاني ، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية (ص 676) .

(4) الشافعي ، الأم (3 \ 75) . وانظر : الشاطبي ، الموافقات (5 \ 185) .

(5) ابن حزم ، المحلى بالآثار (7 \ 548) .

(6) انظر : ابن القيم ، إعلام الموقعين (3 \ 108) .

المطلب الثاني: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني أم للألفاظ والمباني .

بمعنى آخر هل ألفاظ العقود تحول العقد إلى عقد آخر إذا قصده العاقدان، مثال الهبة بشرط العوض، هل هي بيع أم تبقى هبة ؟ وقد عبر الشافعية عن هذه القاعدة بقولهم: (الاعتبار في العقود باللفظ لا بالمعنى) [1]، وقولهم: (هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها ؟) [2] ، وقولهم : (العبرة في العقود باللفظ أو بالمعنى ؟) [3] ، وقولهم (العبرة بصيغ العقود لا بمعانيها) [4] ، فتعبير الشافعية بتلك الألفاظ جميعها يدل على أن الراجح في المذهب وما عليه الأغلبية العظمى منهم أن العبرة للفظ والصيغة؛ فالأصل في الألفاظ الظواهر فالصيغ في الأصل موضوعة لإفادة المعاني وتفهيم المراد منها عند إطلاقها فلا تترك ظواهرها، ولهذا لو استعمل لفظ الطلاق وأراد به الظهار أو عكسه تعلق باللفظ دون المنوي، ولأن اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ، ولأن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له في اللغة؛ فكما يطلق اللفظ لغة على ما وضع له فكذا ألفاظ العقود اعتبار المعاني فيها يعد عدول عن مقصود لفظها فالعقود تفسد باقترانها بشرط مفسد؛ ففسادها بتغير مقتضاها أولى [5] .

فعلى سبيل المثال من قال لآخر : (استأجرتك لتتعهد نخلي بكذا من نخلها)، هي إجارة فاسدة عند الشافعية نظراً الى اللفظ وعدم وجود شرط الإجارة، لأن الثمر المعدوم لا يصح أن يكون عوضاً في الإجارة، ومن نظر للمعنى فيها قال أنها مساقاة، ومنها كذلك من إذا قال: (خذ هذه السيارة بسيارتين)، فمن نظر إلى اللفظ قال إنها قرض فاسد نظراً إلى اللفظ، ومن نظر إلى المعنى قال إنها بيع، وعليه فقس؛ فهي تدخل في أغلب الأبواب من عقود المعاوضات، وعقود التبرعات، وعقود الشركات، وعقود التوثيقات، وحتى في العقود التي لا تتوقف على ارادتين مثل الوقف والإبراء وغيرها [6] ؛ فمتى ما ظهر القصد بقرينة أو أمارة واضحة؛ يعتبر كالشرط المقارن للعقد ويأخذ حكمه، وإن لم يكن في العقد ما يدل على النية أو القصد صراحة أو بقرينة؛ فالمعتبر اللفظ والظاهر، والعبرة حينئذ بالألفاظ والمباني لا بالمقاصد والمعاني، وعليه لا يأخذ الشافعية بمبدأ سد الذرائع في البيوع [7].

ويتفرع عن هذه المسألة مسألة أخرى تبرز النظرة الظاهرية للعقود عند المذهب، وهي مسألة : أثر النية والباعث على العقد وبيان ذلك في المطلب التالي .

المطلب الثالث: أثر النية والباعث على العقد

بالمجمل إذا لم يوجد ما يدل على النوايا – وهي الإرادة الحقيقة للمتعاقدين – فإن الفقهاء جميعاً يكتفون بالظواهر وما تدل عليه – المتمثل بالإيجاب والقبول وهي التي تعرف بالإرادة الظاهرة – في حال كان قصد المتكلم مطابقاً لظاهر اللفظ، وفي

(1) انظر : الجمل ، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل (3 \ 371) .
(2) انظر : السيوطي ، الأشباه والنظائر (ص 166) . الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (3 \ 257) .
(3) انظر : الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (2 \ 461) .
(4) انظر : المرجع السابق ، 4 \ 232 . التناري بلدا ، نهاية الزين في إرشاد المبتدئين (ص 301) .
(5) انظر : النووي ، المجموع شرح المهذب (9 \ 261 ، 172) .
(6) انظر : السيوطي ، الأشباه والنظائر (ص 166 و مابعدها) . الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (3 \ 257). عبد الحميد ، الباز ، قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني (ص 40– 49) .
(7) وهذا ما يثبته تطبيقاتهم في الفروع الفقهية الخاصة . انظر على سبيل المثال : الزركشي ، المنثور في القواعد الفقهية (3 \ 184).
وانظر أيضا : الزحيلي ، النية والباعث في فقه العبادات والعقود والفسوخ والتروك (ص 76 – 77) .

المقابل إذا وجد يقيناً ما ينفي الإرادة الظاهرة وأن المقصود من العقد ما خفي من الإرادتين فلا عبرة للإرادة الظاهرة في هذا العقد والحكم لما للنية والقصد باتفاق[1].

ولكن وقع الخلاف في حال الاشتباه في النية ولا يوجد ما يدل عليها دلالة صريحة؛ فوقع الخلاف بين الفقهاء فمنهم من غلب الظاهر – كالحنفية والشافعية – ومنهم من غلب القصد والنية – كالمالكية والحنابلة – [2]، ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في مدى الاعتداد بالنوايا والبواعث الداخلية في الحكم على العقد إلى عدة أسباب منها :

1– التفاوت في درجات العلم بالنوايا والبواعث الداخلية، وموقف الفقهاء في التعويل على أثر هذا العلم؛ فدرجات العلم تتفاوت ما بين اليقين وغلبة ظن وشك [3]. فالحنفية والشافعية لا يعتبرون من درجات العلم التي تبطل العقد إلا ما كان منصوصاً عليه في العقد [4]، وأما المالكية والحنابلة فإنهم يعتمدون في الحكم على العقد بالصحة أو البطلان العلم اليقيني وغلبة الظن – فقد اشتهر عن المالكية العمل بغلبة الظن سداً للذرائع وكذلك الحنابلة – ، وفي حالة الشك لا حكم له قضاءً لكن أمره إلى الله يحاسبه على نيته [5].

2– عند محاولة استخلاص النوايا والبواعث من القرائن المحيطة بالعقد .

ففي حال لم تتضمن صيغة العقد السبب والنوايا الكامنة للشروع في هذا العقد، ولكن وجدت قرائن محيطة تدل عليها، فالفقهاء حتى في المذهب الواحد على اختلاف بينهم في الحكم على هذا العقد[6].

مثال ذلك (بيع المعاطاة)؛ فهو بيع ينعقد دون تلفظ الطرفين بالصيغة، وإنما يكتفى بالفعل الدال على الرضا؛ فذهب إلى صحته الحنفية[7]، والمالكية [8] ، والحنابلة [9]، وخالفهم الإمام الشافعي والشافعية عموماً [10] ؛ فذهبوا إلى عدم صحة هذا البيع لعدم دلالته على التعاقد؛ فالرضا أمر خفي لا دليل عليه إلا باللفظ – وهذا تقريراً لأصلهم من العبرة للألفاظ والمباني والإرادة الظاهرة دون الباطنة مهما دلت القرائن عليها –.

3– الاختلاف في حكم المشروعية، فهل المحرم الوسائل أم الغايات ؟.

---

(1) انظر ابن القيم ، إعلام الموقعين عن رب العالمين (3 \ 88 – 89) .

(2) انظر ابن القيم ، إعلام الموقعين عن رب العالمين (3 \ 89 – 90) . جمعة ، السبب الباعث وأثره في صحة العقد أو بطلانه (ص 106) .

(3) انظر المرجع السابق ، ص 110 – 114 .

(4) انظر ابن نجيم ، الأشباه والنظائر (ص 23) . الشافعي ،الأم (4 \ 120 ، باب الوصية للوارث) . الشافعي ، الأم (3 / 75 ، باب : النهي عن بيع الكراع والسلاح في الفتنة) .

(5) انظر الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (3 \ 7) . ابن جزي ، القوانيين الفقهية (ص 171) . ابن قدامه المقدسي ، المغني (4 \ 168) .

(6) انظر البجيرمي ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (3 \ 12). الزركشي ، المنثور في القواعد الفقهية (3 \ 185). جمعة ، السبب الباعث وأثره في صحة العقد أو بطلانه (ص 114 – 118) .

(7) انظر ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (5 \ 291) .

(8) انظر الحطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (4 \ 228) .

(9) انظر ابن قدامة المقدسي ، المغني (3 \ 481) .

(10) انظر النووي ، المجموع (9 \ 162 – 163) .

ولقد رجح النووي جواز بيع المعاطاة، واعتبره المختار. انظر الحصني ، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار (ص 233) .

مثال ذلك (بيع العنب لمن يعصرها خمراً)؛ فقد أجاز هذا البيع الحنفية [1]، والشافعية [2] مع الكراهة أو الحرمة، وقالوا إن المقاصد هي التي يؤاخذ بها العبد، وأما الوسائل لا يملكها الإنسان – فالعقد صحيح –، بينما ذهب المالكية [3]، والحنابلة [4]، إلى عدم صحة هذا البيع؛ لأنه ما يتوصل به إلى الحرام حرام [5] .

وسيتم تناول موقف الشافعية من النية والباعث في العقود على شقين:

الشق الأول: أثر النية والباعث في صحة العقد أو فساده عند الإمام الشافعي .

قال الإمام الشافعي: " الأحكام على الظاهر والله ولي المغيب ومن حكم على الناس بالإزكان – أي الظنون – جعل لنفسه ما حظر الله تعالى عليه ورسوله – صلى الله عليه وسلم –؛ لأن الله عز وجل إنما يولي الثواب والعقاب على المغيب؛ لأنه لا يعلمه إلا هو جل ثناؤه، وكلف العباد أن يأخذوا من العباد بالظاهر، ولو كان لأحد أن يأخذ بباطن عليه دلالة كان ذلك لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – " [6] .

ويقول أيضاً: " أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع"[7] .

ويتضح من النصوص السابقة أن العقود والتصرفات عند الإمام الشافعي لا تتأثر بالنوايا، والحكم عليها بالصحة والبطلان يتوقف فقط على الظاهر فمتى استكمل العقد جميع شروطه وأركانه على الظاهر حكم عليه بالصحة، وإذا اختل منها شيء حكم عليه بالبطلان . وفي المجموع عن الإمام الرافعي : " لأن الاعتبار عندنا بظاهر العقود، لا بما ينويه العاقدان ولهذا يصح بيع العينة ونكاح من قصد التحليل ونظائره "[8] .

الشق الثاني : أثر النية المقارنة للعقد الصحيح على الحكم على ذلك العقد عند الشافعية .

العقد الصحيح (على الظاهر) إذا اقترن بالنية التي تخالف مقصوده، اختلف فقهاء المذهب في حكمه بين الصحة مع الكراهة، وبين التحريم، وممن مال إلى الصحة مع الكراهة الإمام النووي – واعتبره مذهب الشافعية – وابن حجر والسبكي [9]. وممن مال إلى التحريم الإمام الغزالي [10].

واستدل الشافعية على صحة بناء حكم العقد على الظاهر دون الالتفات إلى القصود والنوايا بعدة أدلة منها :

1– استدلوا بقوله تعالى في حق المنافقين : ﴿ إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ ﴿١﴾ اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّهُمْ سَاءَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾ [المنافقون :1–2] .

(1) انظر السرخسي ، المبسوط (24 \ 26 ، كتاب الأشربة) .
(2) انظر الشافعي ، الأم (3 \ 75 ، باب : النهي عن بيع الكراع والسلاح في الفتنة) .
(3) انظر ابن عبد البر القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة (2 \ 677) .
(4) انظر ابن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الإمام أحمد (2 \ 12) .
(5) انظر جمعة ، السبب الباعث وأثره في صحة العقد أو بطلانه (ص 118 – 123) .
(6) الشافعي ، الأم (4 \ 120 ، باب الوصية للوارث) .
(7) المرجع السابق ، 3 / 75 ، باب : النهي عن بيع الكراع والسلاح في الفتنة .
(8) النووي ، المجموع شرح المهذب (9 \ 261) .
(9) انظر : المرجع السابق ، 9 \ 353 . ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح بخاري (12 \ 328) .
(10) انظر ، النووي : المجموع شرح المهذب (9 \ 353) .

فلم يحكم النبي – صلى الله عليه وسلم – عليهم بالكفر بناء على الظاهر بل كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقر زواجهم ويسهم لهم إذا حضروا القسمة، ويحكم لهم أحكام المسلمين جميعها، ولو كان لأحد أن يأخذ بالباطن لكان ذلك لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – [1].

2– حديث المتلاعنين، حيث أجرى النبي – صلى الله عليه وسلم– الحكم على الظاهر، وأسقط الحد لعدم وجود البينة؛ فقال – عليه الصلاة والسلام –: " لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن " [2]. وفي هذا يقول الإمام الشافعي : " لهذا كلها تبطل حكم الإزكان – أي الظنون – من الذرائع في البيوع وغيرها من حكم الإزكان فأعظم ما فيما وصفت من الحكم بالإزكان خلاف ما أمر الله عز وجل به أن يحكم بين عباده من الظاهر وما حكم به رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " [3].

3– حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة – رضي الله عنهما – : " أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم– استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم–: «أكل تمر خيبر هكذا؟»، قال: لا والله يا رسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: «لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً» " [4] . والحديث واضح الدلالة على صحة البيع مع وجود القصد الذي يخالف المقاصد التي وضع العقد لتحقيقها ابتداء .

4– استدلوا أيضاً بحديث أم سلمة – رضي الله عنها – أن رسول الله– صلى الله عليه وسلم– قال: " إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً، بقوله: فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها " [5] . والحديث واضح الدلالة على أن الحكم يكون بحسب الظاهر، وأن احتمال وجود قصد منافي لهذا الظاهر، لا يسقط الأثم عن صاحبه وأن القضاء بحسب هذا الحال لا يحل للمقضي له ما حرم الله تعالى عليه إذا علمه حراماً [6].

ويتفرع عن المسائل السابقة مسألة أخرى وهي : مسألة الحيل، وبيان ذلك في المطلب التالي .

المطلب الرابع : الحيل في العقود

الحيلة هي: " تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر" [7] .

والمطلوب ههنا في مسألة الحيل هو ما كان القصد بالحيلة الوصول إلى محرم ؛ فالحيلة إلى محرم لا تخلو من الحالات الآتية :

1– أن تكون محرمة، مثل ارتداد الزوجة حتى ينفسخ نكاحها .

---

(1) انظر : الشافعي ، الأم (4 / 120 ، باب : الوصية للوارث) .

(2) البخاري ، صحيح البخاري ، باب :{ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين} [النور: 8] (6 \ 100، ح 4747) .

(3) الشافعي ، الأم (4 / 120 ، باب : الوصية للوارث) .

(4) البخاري ، صحيح بخاري ، باب : إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه (3 \ 77 ، ح 2201) . مسلم : صحيح مسلم ، باب : بيع الطعام مثلا بمثل (3 \ 1215 ، ح 1593) .

(5) البخاري : صحيح بخاري ، باب : من أقام البينة بعد اليمين (3 \ 180 ، ح 2680) .

(6) انظر : الشافعي ، الأم (4 / 120 ، باب : الوصية للوارث) .

(7) الشاطبي ، الموافقات (5 \ 187) .

2– أن تكون مباحة في نفسها كالسفر لقطع الطريق على الناس .

وكلتا الحالتين السابقتين محرمتين [1].

3– أن تكون موضوعة للإفضاء إلى المشرع ولم توضع للإفضاء إلى المحرم، كالإقرار والبيع والنكاح والهبة ونحو ذلك، فيتخذها المتحيل سلماً وطريقاً إلى الحرام . وهنا وقع الخلاف بين المذاهب؛ فذهب الإمام الشافعي إلى جواز الاحتيال بما وضع للإفضاء إلى المشرع وجعله وسيلة إلى محرم، ونقل عنه أيضاً قوله بكراهتها في تفويت الحقوق، واختلف أصحابه في المراد بالكراهة هل هي كراهة تنزيه أم كراهة تحريم – وهو ما ذهب إليه كثير من محققي المذهب منهم الإمام الغزالي – [2] .

واستدل الشافعية – ومن وافقهم – لصحة ما ذهبوا إليه بعدة أدلة منها :

1– ما جاء في كثير من آيات القرآن الكريم تدل في مجملها على جواز التحيل، منها :

أ – قوله تعالى : ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ إِنَّا وَجَدْنَاهُ صَابِرًا نِعْمَ الْعَبْدُ إِنَّهُ أَوَّابٌ ﴾ [ص : 44].

فالله سبحانه وتعالى أرشد سيدنا أيوب – عليه السلام – إلى حيلة للخروج من يمينه؛ فنقيس عليها سائر الحيل للخروج من المضائق [3].

ب– وقوله تعالى : ﴿ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ ﴾ [النساء : 142] .

" وخداع الله لهم بأن يظهر لهم أمراً ويبطن لهم خلافه، وأرباب الحيل يظهرون أمراً يتوصلون به إلى باطن غيره " [4].

2– واستدلوا بحديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة – رضي الله عنهما – : " أن رسول– الله صلى الله عليه وسلم– استعمل رجلا على خيبر، فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أكل تمر خيبر هكذا؟»، قال: لا والله يا رسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: «لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيبا» " [5] .

---

(1) انظر : ابن القيم ، اعلام الموقعين (3 \259 – 260) . الغامدي ، الحيل الربوية وحكمها في الإسلام (ص 16) .

(2) اختلف الفقهاء في مسألة الحيل ، يقول ابن حجر الهيثمي في الزواجر من اقتراف الكبائر :" تنبيه: الحيلة في الربا وغيره قال بتحريمها الإمامان مالك وأحمد –رضي الله عنهما– وقياس الاستدلال لها بما ذكر أن يكون أخذ الربا بالحيلة كبيرة عند القائلين بتحريم الحيلة وإن وقع الخلاف في حله حينئذٍ، وذهب الشافعي وأبو حنيفة –رضي الله عنهما– إلى جواز الحيلة في الربا وغيره، واستدل أصحابنا لحلها بما صح «أن عامل خيبر جاء إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – بتمر كثير جيد فقال له أكل تمر خيبر هكذا؟ قال لا وإنما نرد الرديء ونأخذ بالصاعين منه صاعا جيدا فنهاه – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك وأعلمه أنه ربا ثم علمه الحيلة فيه وهي أنه يبيع الرديء بدراهم ويشتري بها الجيد» " .

ابن حجر الهيتمي ، الزواجر عن اقتراف الكبائر (1 \ 381) .

ويقول ابن قدامة في المغني: " فصل والحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدين وهو أن يظهر عقداً مباحاً يريد به محرماً .. وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة والشافعي ذلك كله وأشباهه جائز إذا لم يكن مشروطاً في العقد ، قال بعض أصحاب الشافعي: يكره أن يدخلا في البيع على ذلك لأن كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره أن يدخلا عليه " .

ابن قدامة المقدسي ، المغني (4 \ 43) .

انظر أيضا : ابن حجر : فتح الباري (12 \ 328 . الشرواني ، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (4\ 290) . الغامدي ، الحيل الربوية وحكمها في الإسلام (ص 17) .

(3) انظر : ابن القيم ، اعلام الموقعين (3 \149) .

(4) انظر المرجع السابق ، 3 \150.

(5) البخاري ، صحيح بخاري ، باب : إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه (3 \ 77 ، ح 2201) . مسلم ، صحيح مسلم ، باب : بيع الطعام مثلا بمثل (3 \ 1215 ، ح 1593) .

فالنبي – صلى الله عليه وسلم– أرشد عامله إلى الحيلة المانعة من الربا ببيع الرديء من التمر بالدراهم ثم يشتري بها الجيد منه – توسط عقد آخر بينهما – ؛ فدل ذلك على عدم كراهة هذه الحيلة فضلا عن حرمتها [1].

3– واستدلوا أيضاً بفعل السلف الصالح؛ فقد كان محمد بن سيرين إذا اقتضاه بعض غرمائه وليس عنده ما يعطيه قال: أعطيك في أحد اليومين إن شاء الله، يريد بذلك يومي الدنيا والآخرة، وسأل رجل عن المروزي وهو في دار أحمد بن حنبل، فكره الخروج إليه، فوضع أحمد إصبعه في كفه، فقال: ليس المروزي هاهنا، وما يصنع المروزي هاهنا؟ وحضر سفيان الثوري مجلساً، فلما أراد النهوض منعوه، فحلف أنه يعود، ثم خرج وترك نعله كالناسي لها، فلما خرج عاد وأخذها وانصرف، وغيرها الكثير من قصص السلف الصالح [2].

5– واستدلوا بالمعقول؛ فقالوا إن الشارع الحكيم قد جعل العقود وسائل وطرقاً إلى إسقاط الحدود والمأثم، ولهذا لو وطئ الإنسان امرأة أجنبية عنه من غير عقد ولا شبهة لزمه الحد، فإذا عقد عليها عقد النكاح ثم وطئها لم يلزمه الحد، وكان العقد حيلة على إسقاط الحد، وعقد التبايع حيلة لحصول الانتفاع بملك الغير، وكذا سائر العقود حيلة على التوصل إلى ما لا يباح إلا بها [3] .

فكما تم الإشارة سابقاً أن اختلاف الفقهاء في الحيل يعود في الحقيقة إلى اختلافهم في العقود، هل يعتد فيها بالنية والقصد أو بالظاهر من الإيجاب والقول؟؛ فمن اعتبر الاعتداد بالنيات والقصود قال بإبطال الحيل، ومن اعتبر الظواهر والمباني من الايجاب والقبول وصيغة قال بجواز الحيل – وعليه صححت الكثير من العقود والتصرفات بناء عليه – .

كما ويتفرع عن مسألة القول بالحيل مسألة أخرى اعتبرها البعض المرادف العصري للقول بالحيل وهي: مسألة الصورية في العقود، وبيان ذلك في المطلب التالي .

المطلب الخامس : الصورية في العقود

الصورية مشتقة من الصورة وتجمع على صور، وهي في اللغة تعني الهيئة والشكل [4] . وفكرة الصورية في العقود في الفقه الإسلامي لا يجد المتتبع لها باب مستقل، وإنما هي عبارة عن مسائل جزئية وصور فقهية متناثرة في أبواب مختلفة في ثنايا الكتب الفقهية، مثل أبواب البيوع في بعض الأنواع المختلفة مثل بيع التلجئة [5]، وبيع الهازل [6]، وفي باب النكاح في

(1) انظر الشرواني ، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (4\ 290) . ابن القيم ، اعلام الموقعين (3 \150) . الغامدي ، الحيل الربوية وحكمها في الإسلام (ص 17) .

(2) انظر ابن القيم ، اعلام الموقعين (3 \150 – 151) .

(3) انظر المرجع السابق ، 3 \151 . ولمزيد من التفصيل راجع ما بعدها من صفحات .

(4) انظر : الفيروز آبادي ، القاموس المحيط (ص 427) . قلعجي وآخرون : معجم لغة الفقهاء (ص 278) .

(5) بيع التلجئة من بيوع الأمانة عند الشافعية وصورته كما ذكر الإمام النووي : " أن يتفقا على أن يظهرا العقد إما للخوف من ظالم ونحوه وإما لغير ذلك ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعاً ثم يعقد البيع فإذا عقداه انعقد عندنا ولا أثر للاتفاق السابق " .
النووي ، المجموع شرح المهذب (9 \ 334) .
ومما يرتبط ببيع التلجئة (المواضعة) وهو أن يتفق المتعاقدان ويتواطأ سرا على خلاف ما سيعلنان وله صور منها :
المواضعة في أصل العقد ، والمواضعة في البدل ، والمواضعة في الشخص .
انظر : القصار ، الصورية وأحكامها في الشريعة والقانون (ص 328– 330) .

(6) الهزل وهو أن لا يراد باللفظ معناه لا الحقيقي ولا المجازي، وهو ضد الجد .
التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح (2 \ 372) .

حكم نكاح المحلل وأكثر ما توجد في باب الحيل – ويرى البعض أن المعنى المرادف للصورية هو الحيل بجامع القصد بينهما – [1].

وفي الصورية يختلف الظاهر مع الباطن بعلم من الطرفين وقصد منهما، وفي غالب الأحيان يكون ما يقصدانه مكتوباً بينهما بحيث قد يمحو كل أثر للاتفاق الظاهر أو يعدل بعض أحكامه، ولا يخفى القصد الحقيقي إلا عن من يراد له عدم العلم بهذا القصد – كالجهات القانونية – [2]، وكما علم مما سبق إذا ظهر القصد في العقد وكتب فإن المذهب الشافعي يبطل العقد بناء عليه.

وفي نهاية هذا المبحث لابد من بيان أن المذهب الشافعي لا يجيز إضمار نية المحرم؛ فهو يفرق بين صحة العقد وبين نية العاقد – فإن نوى ما هو محرم أثم وصح العقد – فيقول الإمام الشافعي في ذلك : " أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع " [3] . ويقول ابن حجر: " والتحقيق أنه لا يلزم من الإثم في العقد بطلانه في ظاهر الحكم فالشافعية يجوزون العقود على ظاهرها ويقولون مع ذلك إن من عمل الحيل بالمكر والخديعة يأثم في الباطن " [4] . فالظاهر الذي يقول به الشافعية المقصود به هو أن الشريعة تناط في أحكامها إلى أمور منضبطة مضطردة مستقيمة معروفة، لا تحتاج في تعريفها واستنباطها إلى حدس وتخمين وظن.

المبحث الثاني : أثر ظاهرية العقود عند الشافعية في المعاملات المالية المعاصرة – التورق المصرفي إنموذجا – .

يعتبر التورق من المسائل القديمة الحديثة؛ فقد برز في معاملات كثير من التجار للحصول على مكاسب مالية بأقل المخاطر والأضرار، كما وبرز في معاملات المصارف المالية المعاصرة تحت مسميات عديدة وبصور مختلفة، منها التورق المصرفي المنظم الذي أخذ أشكالاً عدة في المصارف المالية المعاصرة ؛ فمن هذه الأشكال :

1- أن يكون المصرف هو مالك السلعة – أي البائع – ، بحيث يقوم بتوفير السيولة النقدية للمحتاجين إليه من الأفراد والشركات والمؤسسات من خلال أداة التورق تحت مسمى عقد بيع بالتقسيط وبيع المرابحة [5] .

2- جذب المال للمصارف كبديل للودائع الآجلة التي تمنح عليها فوائد وفق ما يطلق عليه الصيغة الإسلامية للتعامل، وذلك بأن يكون البائع هو المودع الذي يرغب في إيداع أمواله في المصرف وأخذ أرباح عليها، واستخدام صيغة التورق لأخذ الربح على المال المودع لأجل ، وهو ما يسمى بالتورق العكسي [6] .

وبيع الهازل على الأصح في المذهب الشافعي ينعقد ويترتب عليه أثاره اعتباراً باللفظ دون المعنى .
وانظر أيضا النووي ، المجموع شرح المهذب (9 \ 173 ، 9 \ 334) .
(1) انظر : القصار ، الصورية وأحكامها في الشريعة والقانون (ص 321 – 322) .
(2) انظر : بالحاج ، أحمد الأمين : الصورية في العقود المالية (ص 65) .
(3) الشافعي ، الأم (3 / 75 ، باب : النهي عن بيع الكراع والسلاح في الفتنة) .
(4) ابن حجر ، فتح الباري (12 \ 337 ، باب : ما ينهى من الخداع) .
(5) انظر : الحنيطي : التورق حقيقته ، أنواعه (ص 20) .
(6) انظر : المرجع السابق (ص 20) .

3– ومما يدخل أيضاً تحت أشكال التورق المصرفي المنظم ما تقوم به بعض المصارف المالية من بيع صكوك أعيان للجمهور بثمن محدد ثم استئجارها منهم مع اشتراط بيعها ثانية للبائع الأول (الجهة المصدرة) بسعر شرائها، إما تقسيطاً أو دفعة واحدة، مع تكسب حملة الصكوك من الأجرة ما بين الشرائين [1].

4– ما تقوم به المصارف من أخذ توقيع العميل مسبقاً على تفويض المصرف بإجراء تورق لحسابه في كل مرة ينكشف حسابه سواء في بطاقة الإئتمان أو في الحساب الجاري، والقيام بعملية التورق لتحقيق زيادة نقدية للمصرف الإسلامي على حسابه المنكشف [2].

وغيرها من الأشكال التي تقع تحت مسمى التورق المصرفي المنظم، ولا أهمية في هذا المقام للحديث عن التورق المصرفي من حيث صوره وكيفية إجرائه في المصارف ونتائجه ، بقدر أهمية كيفية تخريجه على المذهب الشافعي – تحديداً أثر ظاهرية المذهب في تخريج الحكم .

المطلب الأول: تعريف التورق وبيان الفرق بينه وبين التوريق وبيع العينة

يلاحظ أن هناك لبساً بين مفهوم التورق والتوريق سواء من ناحية اللفظ أو المعنى عند البعض، كما ويلاحظ أن هناك لبس أيضاً بين التورق والعينة؛ فالبعض يرى أنهما مسميان لمسمى واحد، والبعض الآخر يرى أن بينهما عموم وخصوص مطلق؛ فجاء هذا المطلب لبيان القول في هذه المسميات الثلاثة وبيان الفرق بين التورق والتوريق من جهة، وبين التورق والعينة من جهة أخرى.

أولا : التورق

التورق لغة من (الوَرق) وهي الدّراهم المضروبة، وكذلك الرقةُ بالتخفيف، ورَجُلٌ (وَرّاق) أي كثير الدّراهِمَ، و(الوَرَقُ) بفتح الراء المَالُ من دَرَاهِمَ وإبل، والمُسْتَورِقُ : الذي يطلب الوَرِقَ[3]. ولم يذكر التورق في الاصطلاح الفقهي عند كثير من الفقهاء [4]، وإن ذكر يكون في صورة من صور بيع العينة [5] ، أو البيوع المنهي عنها، أو الربا [6] ؛ ولكن دون إطلاق أية تسمية خاصة عليها.

(1) انظر : بوهرواة ، التورق المصرفي (ص 6) .
(2) انظر : بوهرواة ، التورق المصرفي (ص 6) .
(3) انظر : الرازي ، مختار الصحاح (ص 336) .
(4) فلم يعرف التورق بهذا الاسم إلا عند فقهاء الحنابلة ، يقول البهوتي : " .. ومن احتاج لنقد فاشترى ما يساوي ألفاً بأكثر ليتوسع بثمنه فلا بأس نصاً ويسمى التورق " . البهوتي ، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات (2 \ 26) .
(5) كما هو الحال عند الحنفية . يقول ابن الهمام: " ومن صور العينة .. أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطاً يشتريه لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه وهو ألف حالة فيدفعها إلى المستقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول " – وإنما جعل التوسط من ثالث، احترازاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن –.
ابن الهمام ، فتح القدير (7 \ 212) .
ويقول ابن عابدين في حاشيته – عند حديثه عن بيع العينة – : " يأتي إلى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر منه الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة فيبيعه هو في السوق بعشرة فيحصل له العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر إلى أجل". ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار (5 \ 325) .
(6) كما هو الحال عند المالكية ؛ فلم يذكر المالكية التورق بمسماه الحالي ، وإنما ذكروه ضمن بيوع الآجال .

ومن المهم الاشارة إلى ما قاله الشافعية في هذا المقام ؛ فقد ذكروا التورق في مسألة العينة والاستدلال على جوازها، حيث قاسوا بيع السلعة لبائعها الأول على بيعها لغيره، وبيع السلعة التي اشتراها لأجل إلى غير بائعها الأول[1]، ويسمى لديهم بالزرنقة [2] – وهو التورق الفردي المعروف – . إلا أنه لم يعرف بالحد إلا حديثا؛ فعرفه مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بأنه : " شراء سلعة في حوزة البائع وملكه بثمن مؤجل، ثم يبيع المشتري بنقد لغير البائع للحصول على النقد (الورق) " [3]. فالتورق إذن: هو شراء المستورق سلعة ليبيعها إلى غير بائعها الأول للحصول على النقد.

ثانيا : التوريق

التوريق لغة : مصدر؛ ورّق الشجر: أخرج ورقه، ورَقَ فلان أي: هيّأ ورق الكتابة وكتب فيه، والوَرَق – بفتح الراء – من الشجر: معروف، وورق الشباب نَضْرَتُهُ، وجلود رقاق يكتب فيها، والوَرَق هو الكاغد، جمعه أوراق، ووحدته ورقة [4].

فالتوريق من ناحية اللغة مشتقة من الوَرَق(بتفح الراء) الذى يكتب عليه وليس كما يقول البعض من الورِق (بكسر الراء) أي الفضة والتي منها التورق ، وذلك لأن مبتكري التوريق ومستخدميه لم يدر في ذهنهم ولم يقصدوا هذا الاشتقاق وإنما قصدوا التوريق من الأوراق المالية وخاصة سندات الدين؛ ولذا فإن الترجمة هي التوريق، من الأوراق المالية بشكل عام، وبشكل خاص السندات، ولذا يطلق عليه مصطلح التسنيد أي أن التسمية تعبر عن ما تؤول إليه العملية من تحويل قيمة الأصول أو الموجودات المطلوب توريقها إلى أوراق مالية (سندات) وبيعها للجمهور لتمثل وثيقة إثبات ملكية شائعة في الأصل المطلوب توريقه [5].

والتوريق في الاصطلاح الاقتصادي، مختلف تماماً عن معانيه اللغوية، حيث يقصد به: أداة قانونية اقتصادية تمويلية حديثة لتنمية الأسواق المالية في الاقتصاد الوضعي . فيعرف بأنه : " أداة مالية جديدة لتمويل الديون إلى أوراق مالية من خلال قيام مؤسسة مالية بحشد مجموعة من الديون المتجانسة، والمضمونة كأصول، ووضعها في صورة دين واحد معزز ائتمانياً، وموزع على شكل أوراق مالية متساوية القيمة، قابلة للتداول تقليلاً للمخاطر، وضماناً للتدفق المستمر للسيولة النقدية للبنك " [6].

فالتوريق غير التورق؛ ويظهر الفرق بينهما أن التوريق جعل الديون مدونة في صكوك أو سندات، وجعلها قابلة للتداول بالطرق التجارية، بينما التورق هو: لجوء شخص بحاجة ماسة إلى نقد ولا يجد من يقرضه إلى شراء سلعة في حوزة البائع

قال الشيخ الدردير في كتابه الشرح الصغير : " قوله: (كخذ) : أي كقول بائع لمشتر: خذ مني (بمائة ما) أي سلعة (بثمانين) قيمة؛ لما فيه من رائحة الربا ولا سيما إذا قال له المشتري: سلفني ثمانين وأرد لك عنها مائة فقال المأمور: هذا ربا، بل خذ مني بمائة إلخ " .
الصاوي ، بلغة السالك لاقرب المسالك (3 \ 131) .

(1) انظر : الماوردي ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (5 \ 288) . الرافعي ، فتح العزيز بشرح الوجيز (8 \ 232).

(2) الزرنقة وهي أن يبيع الرجل شيئا بأكثر من ثمنه سلفا.
انظر : الزمخشري، الفائق في غريب الحديث (2 \ 108) .

(3) مجمع الفقه الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي ، القرار الخامس ، الدورة الخامسة عشرة – 11 رجب 1419هـ .

(4) القرة داغي ، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة (ص 2) .
انظر أيضا المعنى اللغوي : ابن منظور ، لسان العرب (10 / 374 ، مادة ورق) .

(5) محمد عبد الحليم عمر ، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة و تداولها (ص 2– 3) .

(6) القرة داغي ، الصكوك الإسلامية (التوريق) و تطبيقاتها المعاصرة (ص 2) .

وملكها بثمن مؤجل، ثم يبيع السلعة على شخص آخر غير الذي اشتراها منه ، بثمن أقل مما اشتراه – أو أكثر وهو نادراً–، ودون أن يكون هناك تواطؤ بين الأطراف الثلاثة – وهو موضوع البحث هنا – .

ثالثا : الفرق بين التورق والعينة

العينة – بكسر العين – : السلف، يقال تعين فلان من فلان عينة – أي استلف واشترى بالنسيئة –، ويقال عين التاجر: أي أخذ بالعينة أو أعطى بها، وهي مشتقة من عين الميزان، وهي زيادته – لأن العينة لابد أن تجر زيادة – [1]. وقيل سميت بالعينة لإعانة أهلها للمضطر على تحصيل مطلوبه على وجه التحليل – وقيل التَّحَيُّل – بدفع قليل في كثير [2].

وعند الشافعية تعرف العينة: " وهو أن يبيع شيئاً من غيره بثمن مؤجل ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبضه للثمن بأقل من ذلك نقداً، وكذا يجوز أن يبيع بثمن نقداً ويشتري بأكثر منه إلى أجل، سواء قبض الثمن الأول أو لم يقبضه " [3]. فبيع العينة إذن أن يبيع الرجل سلعة لرجل آخر بثمن مؤجل، ثم يشتريها منه بعقد آخر بثمن أقل نقداً – فالعينة قرض بصورة بيع.

وعليه تتفق العينة مع التورق الفردي في أن الغرض هو الحصول على النقود، فالمشتري لا يريد المبيع لذاته وليس بحاجة إليه وإنما هو واسطة للحصول على المال، وكما ويتفقان بأن كل منهما يحتوي على الأجل بين المشتري والبائع وكلا منهما اتخذ حيلة أو مخرجاً لتفادي الوقوع في الإقراض الربوي [4]، ويختلفان من حيث :

1– بيع العينة ينحصر بين طرفين – وفي بعض الحالات النادرة يكون بين ثلاثة – ؛ فالسلعة ترد إلى البائع نفسه، بينما بيع التورق بين ثلاثة أطراف دائماً؛ فتوجد سلعة حقيقية وبيع حقيقي، وتنتقل السلعة بالفعل إلى المستورق، ويبيعها هو إلى المشتري الطرف الثالث [5] . يقول ابن القيم في التفريق بينهما: " إن أعاد السلعة إلى بائعها فهي العينة، وإن باعها لغيره فهو التورق " [6].

2– الحصول على النقود هي جل الاهتمام في بيع التورق أما في بيع العينة فحصول الزيادة لصاحب السلعة في العينة هو الأساس، وما العينة إلا للتحايل على الربا[7] .

3– صاحب السلعة في التورق ليست له أي علاقة بالسلعة بعد بيعها لوجود طرف ثاني وثالث في الصفقة، أما في بيع العينة فالبائع لا يخسر سلعته بل ترد إليه؛ لأن البيع الذي تم كان صورياً، والدليل على ذلك أن المشتري الثاني هو البائع الأول في العينة، ولكنه مختلف في التورق [8] . وقد أشار الإمام ابن تيمية لهذا المعنى فيقول : " بلغني أن من الباعة من قد أعد بزا

(1) انظر : القزويني ، معجم مقاييس اللغة (4 \ 204). الرازي ، مختار الصحاح (ص 223). ابن منظور ، لسان العرب (13 \ 306).
(2) انظر : الصاوي، بلغة السالك لاقرب المسالك (3 \ 128) . الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (3 \ 88 ، فصل حكم بيع العينة) .
(3) الرافعي ، فتح العزيز بشرح الوجيز (8 \ 231 ، كتاب البيع) . وبنفس اللفظ عرفه النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (\ 418).
(4) انظر : ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى (6 \ 45). إبراهيم ، العينة والتورق في الفقه الإسلامي (ص 153) . متولي ، التورق المصرفي ونطاق إعماله من منظور الفقه الإسلامي (ص 1419) .
(5) انظر :البنا ، التورق المنظم كما تجريه المصارف الإسلامية ونوافذها في أوربا (9 ص) . إبراهيم : العينة والتورق في الفقه الإسلامي (ص 154) .
(6) ابن القيم ، إعلام الموقعين (3 \ 134 – 135) .
(7) انظر :البنا ، التورق المنظم كما تجريه المصارف الإسلامية ونوافذها في أوربا (ص9) .
(8) انظر :المرجع السابق (9 ، 13) .

لتحليل الربا، فإذا جاء الرجل إلى من يريد أن يأخذ منه ألفا بألف ومائتين ذهبا إلى ذلك المحلل فاشترى ذلك المعطي منه ذلك البز، ثم يعيده للآخر، ثم يبيعه الآخذ إلى صاحبه، وقد عرف الرجل بذلك بحيث إن البز الذي يحلل به الربا لا يكاد يبيعه البيع ألبتة " (1).

المطلب الثاني: حكم التورق .

يفرق هنا بين صورتين على النحو التالي :

الأولى: التورق الفردي أو الفقهي.

الثانية: التورق المصرفي – وهو الصيغة المعاصرة للتورق الفردي –، وسيتم تناول التورق الفردي بما يخدم الموضوع مع بيان حقيقة التورق المصرفي والفرق بينه وبين التورق الفردي، ومن ثم تخريج حكم التورق المصرفي بناء على أصول الشافعية القاضية بأن الحكم على العقود يناط بما ظهر منها فقط دون الباطن في مطلب مستقل .

أولا : التورق الفردي – الفقهي – :

هو ما تم تعريفه سابقاً بأنه عبارة عن شراء سلعة في حوزة البائع وملكه بثمن مؤجل، ثم يبيعها المشتري بنقد لغير البائع للحصول على النقد . والفقهاء في الحكم على هذه الصورة من صور البيوع مذاهب، حتى داخل المذهب وقع خلاف بين المتقدمين والمتأخرين منهم في الحكم على هذه الصورة، ويمكن حصر الخلاف بين الفقهاء في ثلاثة آراء بيانها كالتالي :

1– ذهب بعض فقهاء الحنفية كالإمام أبي يوسف (2)، والإمام الشافعي، وبعض الشافعية (3).

وهو ما عليه المذهب عند الحنابلة (4)، والظاهرية (5)، والمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي(6)، وفتوى هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية (7)، إلى جواز التورق.

---

(1) ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى (6 \ 137) .

(2) قال أبو يوسف – رحمه الله – " لا يكره هذا البيع لأنه فعله كثير من الصحابة – رضي الله عنهم – وحمدوا ذلك ولم يعدوه من الربا "
ملا خسرو ، درر الحكام شرح غرر الأحكام (2 \ 304) .

(3) جاء في الأم : " إذا اشترى الرجل من الرجل السلعة فقبضها وكان الثمن إلى أجل فلا بأس أن يبتاعها من الذي اشتراها منه ومن غيره بنقد أقل أو أكثر مما اشتراها به أو بدين " .
الشافعي ، الأم (3 \ 79) .
ومن الأصول المقررة عند المذهب الشافعي أنها لا ترى اتهام المسلم المتعامل بمعاملة يمكن أن تكون بطن الربا، ويبنيها على السلامة حتى يظهر القصد، فإنه تبعاً لذلك لا يرى في التورق بأساً ولو عادت السلعة إلى بائعها الأول .
انظر : السلامي ، التورق والتورق المصرفي (ص 22) .

(4) قال الإمام المرداوي : " لو احتاج إلى نقد، فاشترى ما يساوي مائة بمائة وخمسين. فلا بأس. نص عليه. وهو المذهب. وعليه الأصحاب. وهي مسألة التورق "
المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (4 \ 337) .
وانظر أيضاً : العاصمي ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع (4 \ 388) .

(5) الظاهرية أجازوا بيع العينة ، ما لم يشترط في العقد ، وإذ أجازوا بيع العينة فيكون التورق أولى بالجواز .
انظر : ابن حزم ، المحلى بالآثار (7 \ 548) .

(6) قرارات مجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ، القرار الخامس في الدورة الخامسة عشرة عام 1419هـ 1998 م (ص 322– 323).

(7) أبحاث هيئة كبار العلماء، قرار رقم : 3 \ 11 – تاريخ 1397/10/16هـ (4 \ 427 – 431).

2– وذهب البعض الآخر من الحنفية كمحمد بن الحسن الشيباني [1]، وبعض الشافعية [2]، والمالكية [3]، والحنابلة في قول [4]، إلى أنه مكروه .

3– وذهب الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه [5]، وابن تيمية [6]، وابن القيم [7]، إلى القول بالتحريم .

ثانيا: التورق المصرفي

سمي بالمصرفي لانتساب هذه المعاملة إلى المصارف؛ ويقصد به : طلب الأفراد للنقود السائلة من خلال إعطاء أمر للبنك لشراء سلع مطروحة في الأسواق العالمية أو المحلية، ثم بيعها للعميل بسعر آجل، ثم يوكل العميل البنك ليبيعها نيابة عنه بسعر حال لشخص ثالث [8].

صورة التورق المصرفي:

أن يحتاج شخص لمبلغ معين؛ فيشتري من المصرف سلعة بالتقسيط، ومن ثم يقوم بتوكل المصرف ببيعها في السوق نقداً، أو يوكل البائع الأول الذي باع السلعة إلى المصرف بأن يبيعها لصالح العميل ويقبض ثمنها ويسلمه إليه .

ويتميز التورق المصرفي عن التورق الفردي بما يلي [9] :

1– في التورق الفردي تبدأ العملية وتنتهي بصورة شبه عفوية ومن دون ترتيبات مسبقة أو إجراءات مقننة، كما أنها تتم في خضم عمليات البيع والشراء التي تقع في الأسواق حتى لا تكاد تعرف بضاعة المتورق من باقي ما يقع من مبادلات في الأسواق. أما التورق المصرفي المنظم، فهو مؤسسي منظم إذ إن له إجراءات مقننة وموظفين متخصصين وصيغاً نمطية ومنظومات تعاقدية، وله إجراءاته ووثائقه التي تتكرر في عملياته بشكل يجعل التورق ذاته نشاطاً شبه مستقل عن الأنشطة التجارية المعتادة، وله السلعة التي استوفت شرائط السيولة بوجود أسواق جاهزة للتبادل وباعة ومشترين متفرغين لهذا العمل .

2– في التورق الفردي البائع لا علاقة له ببيع السلعة مطلقاً، ولا علاقة له بالمشتري النهائي. أما التورق المصرفي المنظم فإن البائع يتوسط في بيع السلعة بنقد لمصلحة المستورق، ففي التورق الفردي يكون العميل بالخيار بين أن يحتفظ بالسلعة أو يبيعها

(1) قال محمد بن الحسن – رحمه الله – : " هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله – صلى الله عليه وسلم " . ملا خسرو ، درر الحكام شرح غرر الأحكام (2 \ 305) .

(2) رغم أنهم راعوا في فتاواهم أصول مذهبهم ــ فإنهم آثروا في هذه المسألة التفصيل في الفتوى حسب نية المتعاقدين – فإن كل ما جاء في قول فقهاء الشافعية بالنسبة لبيع العينة، وهو الجواز مع الكراهة، مع تحريم ذلك في حالة ثبوت شرط صريح يربط بين العقدين، يمكن أن ينطبق على بيع التورق الفردي اتباعاً لما تفرضه أصول المذهب، وكذا من منطلق قياس الأولى، حيث يتم انتقال السلعة بين ثلاثة أفراد بدلاً من فردين كما في حالة عقد العينة.

انظر : الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (3 \ 477) . الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (2 \ 395) . فهمي ، التورق الفردي والتورق المصرفي المنظم (ص 6 – 8) .

(3) جاء في المدونة : " قال: ولقد سألت مالكاً عن الرجل يبيع السلعة بمائة 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 " . مالك ، المدونة (3 \ 168) .

(4) انظر : المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (4 \ 337) .

(5) انظر : المرجع السابق ، 4 \ 337 .

(6) انظر : ابن تيمية ، كتاب بيان الدليل على بطلان التحليل (ص 79 ، باب : بيان صور للبيع المحرمة في الحكم وإن تعددت وتنوعت) .

(7) انظر : ابن القيم ، إعلام الموقعين عن رب العالمين (3 \ 135) .

(8) انظر : فهمي ، التورق الفردي والتورق المصرفي المنظم (ص 3) .

(9) الحنيطي ، التورق حقيقته ، أنواعه (ص 19) .

بنفسه في السوق؛ لأنه قبضها قبضاً يتمكن به من التصرف فيها بما يشاء. بينما في التورق المصرفي المنظم العميل لا يقبض السلعة ثم يبيعها بنفسه إذ لا يملك إلا خيار واحد وهو أن يوكل المصرف ببيعها.

3- أن الثمن في التورق الفردي يقبضه المستورق من المشتري النهائي مباشرة دون أي تدخل من البائع . أما التورق المصرفي فيستلم المستورق النقد من البائع نفسه، الذي صار مديناً له بالثمن الآجل.

4- في التورق الفردي قد لا يعلم البائع أصلاً هدف المشتري. أما في التورق المصرفي فهناك تفاهم مسبق بين الطرفين على أن الشراء بأجل ابتداء إنما هدفه الوصول للنقد من خلال البيع الحال اللاحق.

5- في التورق الفردي عدد الأطراف ثلاثة البائع والمشتري (المستورق) والمشتري النهائي للسلعة ووجود عقدين منفصلين . أما في التورق المصرفي فإن عدد الأطراف أربعة المصرف والعميل طالب التورق والبائع الأول للسلعة والمشتري النهائي للسلعة؛ فالمصرف لا يملك السلعة ابتداء، وإنما يشتريها بناء على طلب العميل (المستورق)، ثم يبيعها له بثمن مؤجل، ثم ينوب عنه في بيعها مرة ثانية لطرف رابع بثمن نقدي أقل من ثمن الشراء، فهناك ثلاثة عقود منفصلة .

وقد تم التوسع باستخدام صيغة التورق من قبل العديد من المصارف المالية المعاصرة ، حيث يوفر لها وسيلة جذب للعمل، وتحقيق الربح بأيسر الطرق ونسبة المخاطرة فيه منعدمة [1].

المطلب الثالث : تخريج حكم التورق المصرفي على قول الشافعية بظاهرية العقود .

إن الأساس الذي بنيت عليه أدلة الفقهاء القائلين بجواز التورق المصرفي[2] ، والقائلين بعدم جوازه [1] ، بالمجمل تدور حول : (هل العقود مبنية على ألفاظها ومبانيها أم على مقاصدها ومعانيها، وهل الحيل جائزة كمخرج شرعي أم لا ؟) ؛ فيجب التفريق في الحكم على مسألة التورق هل هو مبني على الفعل الظاهر أو على النيّة؟.

---

(1) انظر : البنا ، التورق المنظم كما تجريه المصارف الإسلامية ونوافذها في أوربا (ص 3) .

(2) انقسم الفقهاء المعاصرون إلى فريقين :

الفريق الأول القائلون بالجواز وهم : الدكتور محمد تقي العثماني في بحثه (أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية المقدم ضمن بحوث المعدة للدورة السابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في الفترة من 19- 23 شوال 1424هـ، الموافق 13- 17 كانون الأول 2003) ، والدكتور حسن علي الشاذلي في بحثه (التورق حقيقته وحكمه والفرق بينه وبين العينة والتوريق) ، والدكتور إبراهيم أحمد عثمان في بحثه (التورق حقيقته – أنواعه الفقهي المعروف والمصرفي المنظم –) ، والشيخ عبدالله بن سليمان المنيع في بحثه (التأصيل الفقهي للتوّرق في ضوء الاحتياجات التمويلية المعاصرة المقدم في مؤتمر "دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية" من 26- 28 صفر 1423هـ الموافق 7- 2002/5/9) وبحث آخر (حكم التورق كما تجريه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر مقدم ضمن البحوث المعدة للدورة السابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في الفترة من 19- 23 شوال 1424هـ، الموافق 13- 17 كانون الأول 2003م) ، وغيرهم .

واستدلوا بعدة أدلة منها :

1- إن التورق يدخل في عموم قوله تعالى :{وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} (البقرة: 275) فالآية أحلت البيوع بكافة صورها إلا ما جاء الدليل على تحريمه، والتورق من عموم البيوع التي أحلها الله، ولم يرد دليل صريح على تحريمه.

2 – ما روي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خيبر هكذا؟ فقال: لا والله يا رسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فلا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا" ، ووجه دلالتهم بهذا الحديث أن الشيء قد يكون محرما لعدم اتفاق صورته مع صيغته الشرعية، فإذا استطعنا أن نخرجه إلى صيغة شرعية مقبولة أصبح مباحا، والتورق صيغة بيع صحيح مشتمل على شروطه وأركانه ومنتفية عنه أسباب الفساد والبطلان، وغايته الحصول على السيولة النقدية ليتجنب الناس الوقوع في الربا.

فمن منع التورق نظر إلى مآلات الأفعال والقصد من العقد، وإن كل فعل يفعله الإنسان من تصرفات وعقود يتضمن باعث والدافع يدفعه إلى الفعل، ومآل يؤدي إليه الفعل، لذلك من المهم أن ننظر إلى مسألة التورق من أربعة جوانب :

1- النظر إلى الباعث وإلى نية المتعاقد التي ينطلق منها الشخص إلى الفعل (مرعاة مقاصد المكلفين) .

استندت البنوك الإسلامية في ممارستها لعقود التورق بجميع أشكالها مع عملائها، أو في أي عقود أخرى تقوم بها من جنس البيع للآمر للشراء كالمرابحة، والمشاركة، المتناقصة، والاستصناع ... ، إلى قول الإمام الشافعي بجواز ما يقوم به بعض الأفراد من بيع سلعة ما لأحد الأشخاص بسعر آجل، ثم يشتريها منه بسعر حال (أقل)، دون النظر إلى النية الكامنة في صدر كل من طرفي العقد.

فاستدل المجيزون للتورق بأن الأصل في العقود هو تحقيق صورته الشرعية وأن الاحتمالات الواردة لنية العاقد لا أثر لها، وأن الذي يعتد به هو صيغة العقود وصورتها، وليس النيات والقصود. ويؤكد المجيزون أن الشيء قد يكون حراماً لعدم تحقق صورته الشرعية، وأنه يتحول إلى الحلال إذا غيرت صورته المحرمة مع أن المقصد الأساسي واحد [2].

3- إن الأصل في المعاملات الحل إلا ما قام الدليل على منعه، ولا يعلم حجة شرعية تمنع هذه المعاملة ، وعليه فالذي يقول بالجواز غير مطالب بالدليل، وإنما الذي يطالب بالدليل من يمنع بيع التورق، لأنه خروج عن الأصل.

وغيرها من الأدلة التي تراجع في مظانها .

(1) الفريق الثاني القائلون بعدم الجواز وهم : الدكتورة هناء محمد الحنيطي في بحثها (التورق حقيقته ، أنواعه الفقهي المعروف والمصرفي المنظم ، وأصل البحث أطروحة دكتوراة وهي دراسة متخصصة مهمة في هذا الباب) ، والدكتور علي أحمد السالوس في بحثه (التورق حقيقته وأنواعه ، حيث بين أن التورق المصرفي ربا صريح محرم) ، والدكتور محمد عثمان شبير في بحثه (التورق الفقهي وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي) ، والدكتور وهبة مصطفى الزحيلي في بحثه (التورق حقيقته، أنواعه (الفقهي المعروف والمصرفي المنظم) ، والدكتور عبدالعزيز الخياط في بحثه (التورق حقيقته وأنواعه الفقهي المعروف والمصرفي المنظم) ، والدكتور سامي بن إبراهيم السويلم في بحثه (التورق والتورق المنظم ، مقدم ضمن البحوث المعدة للدورة السابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في الفترة من 19- 23 شوال 1424هـ، الموافق 13- 17 كانون الأول 2003م) ، والمجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة ، في الفترة من 19-1424/10/23هـ الذي يوافقه : 13-2003/12/17م ، وغيرهم .

واستدلوا بعدة أدلة منها :

1- إن التورق المصرفي يصطدم وقاعدة الأمور بمقاصدها، كون المقصود من تكرار البيع في التورق هو مجرد الحصول على نقد حال مقابل نقد آجل مع الزيادة.

2- إن التورق المصرفي ذريعة إلى الرّبا، والذّريعة معتبرة في الشّرع، بدليل منع القاتل من الإرث، وإن التورق المصرفي يؤول إلى ما يؤول إليها الربا بصرف النظر عن صورة العقد، فالتورق يؤول إلى مبادلة نقد آجل بنقد حال مع زيادة، وهو في معنى الربا المحرم.

3- إن عملية التورق المصرفي هي صورة من صور بيع العينة، وبيع العينة بيع ربوي، والجمهور على تحريم العينة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم قال: « إذا ضنّ النّاس بالدّينار والدّرهم، وتبايعوا بالعينة، واتّبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل اللّه، أنزل اللّه بهم بلاءً، فلا يرفعه حتّى يراجعوا دينهم »، وفي رواية: « إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزّرع، وتركتم الجهاد، سلّط اللّه عليكم ذلّاً، لا ينزعه حتّى ترجعوا إلى دينكم»1. والحيلة الموجود في بيع العينة التي من أجلها حرمه الشارع قد وجدت جلية في التورق المصرفي بسبب وجود التواطؤ التعاقدي بين البنك الإسلامي والمتورق، وهو تواطؤ على النقد الحال بنقد آجل أكثر منه.

4- إن السلع التي يتم تداولها في التورق المصرفي إما أنها مجرد عقود على أوراق جاهزة، وأن صور الشهادات مجرد صور ترسل إلى هنا وهناك، تكون غالبا في حوزة السمسار، وإما أنها سلع موجودة في المخازن تكون غير صالحة تجرى عليها عمليات المرابحة المتكررة، وإما أنها موجودة في المخازن غير أنها موجودة فقط لإجراء عمليات المرابحة.

وغيرها من الأدلة التي تراجع في مظانها .

(2) خوجه، ، ملخص أبحاث في التورق ، (ص 8-9) .

واستدلوا بالحديث الوارد في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة – رضي الله عنهما –: " أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صلى الله عليه وسلم– اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْبَرَ، فَجَاءَهُمْ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ، فَقَالَ رَسُولَ اللَّهِ – صلى الله عليه وسلم–: أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا؟ قَالَ: لا والله يا رسول الله إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ، وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثة، فَقَالَ: لَا تَفْعَلْ، بِعْ الْجَمْعَ بِالدَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا " [1] . ووجه الدلالة من الحديث هو جواز البيوع التي يتوصل بها إلى تحقيق المطالب والغايات إذا كانت بصيغ معتبرة بعيدة عن صيغ الربا ولو كان الغرض منه الحصول على السيولة للحاجة إليها [2] . فالذي يعتد به إذن هو صيغة العقود وصورتها، وليس النيات والمقصود .

أما المانعون للتورق فإنهم يعتمدون على قاعدة الأمور بمقاصدها وأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وأن الأعمال بالنيات؛ فمن نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا، ولا يعصمه من حرمة الربا صورة البيع [3].

وهذا مناقض لقصد الشارع من عقود البيع التي شرعت لتلبية حاجة المشتري إلى السلعة – للاستهلاك أو للاتجار – فإذا قصد العاقدان بها ما شرعت لأجله كانت صحيحة، وإذا خالف قصد المتورق قصد الشارع في تشريع العقد بطل قصد المتورق وصح قصد الشارع وكان العقد باطلاً [4]؛ وذلك لأن النية معلنة بين الطرفين تماماً، والقصد واضح منذ بداية التعاقد.

كما أن من يجيز التورق ينظر للصورة في حين أن صاحب المعاملة نفسه لا ينظر للصورة بل للحقيقة، وهي الحصول على نقد حاضر بمؤجل أكثر منه، ويقول الإمام ابن القيم في هذا الشأن: " وأما النية والقصد: فالأجنبي المشاهد لهما يقطع بأنه لا غرض لهما في السلعة وإنما القصد الأول مائة بمائة وعشرين فضلاً عن علم المتعاقدين ونيتهما. لذلك يتواطأ كثير منهم على ذلك قبل العقد، ثم يحضران تلك السلعة محللاً لما حرم الله " [5]، فلا العميل يريد إقحام نفسه في امتلاك سلعة أيا كان نوعها، لأنه قد لا يستطيع بيعها أو التصرف فيها بعد ذلك، ولا البنك له مصلحة من الاحتفاظ بتلك السلع لأي فترة من الفترات، سواء قصرت أم طالت، لأنه قد يعرض نفسه لمخاطر أزمات السيولة.

وهذا التوسيط الوهمي للتجارة في السلع، ذمه العلماء قديماً على اختلاف مذاهبهم، وأطلقوا على الفئة التي تمارسه من أجل التكسب من ورائه (أهل التهمة أو أهل العينة)، حتى أنهم فرقوا بالحكم بينهم وبين التجار العاديين [6]. وهذا ما جعل كثيراً من الناس يظنون أن الشريعة لا تتعامل بالحقائق بل بالرسوم والمظاهر، ولذلك جنحوا إلى إنكار حكمة التشريع والمصالح التي جاء بها، لأن هذه المصالح والحكم لا تكون إلا باعتبار الحقائق والغايات؛ فبناء الحكم على الصورة دون الحقيقة يجعل الناس أقل إيماناً بالشريعة وتعظيماً لها، ومن ثم أقل التزاماً بأحكامها، وأن مقصد الشرع من ربط التمويل بالبيوع هو أن يكون

(1) البخاري : صحيح بخاري ، باب : إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه (3 \ 77 ، ح 2201).

(2) انظر : المنيع ، التأصيل الفقهي للتورّق في ضوء الاحتياجات التمويلية المعاصرة ، قدم في مؤتمر "دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية" من 26– 28 صفر 1423هـ الموافق 7–2002/5/9.

(3) خوجه، عز الدين محمد، ملخص أبحاث في التورق ، (ص 8–9) .

(4) انظر : حامد ، تعليق على بحوث التورق، قدم في مؤتمر "دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية" من 26– 28 صفر 1423هـ – الموافق 7–9 /2002/5م.

قال فيه بحرمة التورّق الفردي والمؤسسي المنظم لمنافاته لمقاصد الشريعة العامة ومبادئها الكلية، مرجحا في تحريم الفردي قول ابن تيمية وابن القيم.

(5) ابن القيم ، تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته (9 \ 243) .

(6) انظر : الحصفكي ، الدر المختار (5 \ 325) . الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (3 \ 88) . ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (3 \ 160) . السبكي ، تكملة المجموع (10 \ 162) . ابن قدامة ، المغني (4 \ 133) .

التمويل تابعاً للمبادلات، أما التورق فهو على النقيض من ذلك، بحيث يجعل المبادلات تابعة للتمويل؛ فإذ العبرة في العقود بحقائقها لا بألفاظها [1] .

2- النظر إلى وجود التواطؤ [2] والتحايل على ارتكاب المحرم.

وهذا يقتضي طرح سؤال هنا هو: هل في التورق المصرفي من التواطؤ ما يؤدي إلى الفساد ؟ . ومثل هذا السؤال يؤدي إلى سؤال آخر وهو هل للتورق المصرفي باطن يختلف عن ظاهره ؟ .

فمن نظر إلى ظاهره ورأى أنه بيع كسائر البيوع، رأى الجواز فيه ولا أثر للتواطأ فيه – من حيث الحرمة، أما من حيث الإلزام فهذا التواطؤ يعتبر وعداً ملزماً لجميع الأطراف؛ فهو يعتبر من قبيل الشرط المقدم على العقد الواجب الوفاء به–؛ فإن أكثر عمليات الشراء تنتهي بالبيع مرات ومرات؛ فالتطبيق الصحيح للتورق المصرفي يتطلب انفصال أجزائه عن بعضها بعضاً وعدم اشتراط بعضها في بعض؛ فإذا اشترى العميل من البنك سلعة بالأجل فهو بالخيار إن شاء باعها ليحصل على النقد، وإذا رغب الاحتفاظ بملكيتها أو قبضها أو توكيل طرف آخر غير البنك فيجب أن يكون كل ذلك متاحاً له، وكل ذلك يدل على أن التواطؤ الذي هو اشتراط عقد في عقد أو إظهار عقد على غير حقيقته غير موجود في التورق المصرفي، في التطبيق الصحيح له .

كما أن التورق لا يكون حيلة إلا إذا نوى فيه التوصل إلى ممنوع، وعليه يرى المجيز أن المستورق لا يريد الحرام ولا يقصد ارتكاب الحرام والدخول في الربا عن طريق الحيلة؛ بل على العكس نيته ومقصده هو اجتناب الحرام والتخلص من الربا – فهو يترك القرض بزيادة ويتجنبه ولو أراده لما احتاج إلى حيلة إليه – [3]، يقول ابن تيمية : " وأصل هذا الباب – أي الحيل – : أن الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى. فإن كان قد نوى ما أحله الله فلا بأس وإن نوى ما حرم الله وتوصل إليه بحيلة فإن له ما نوى " [4] .

ومن نظر إلى الباطن وجد أن التورق المصرفي مع أن ظاهره البيع فإن حقيقته أنه من العينة الممنوعة أو أنه قرض بزيادة؛ فهو ممنوع شرعاً؛ فالمانعون للتورق يرون أن التواطؤ والتحايل على الربا واضح في صيغة التورق المصرفي [5].

3- النظر إلى مآلات الأفعال – نتيجة العمل وثمرته– .

---

(1) انظر : السويلم ، التورق والتورق المنظم (ص 23، 33) . فهمي ، التورق الفردي والتورق المصرفي المنظم (ص 23) .

(2) التواطؤ والمواطأة اتفاق الرغبتين على أمر واحد ، يقال واطأه على الأمر مواطأة : أي وافقه ، وتواطأنا عليه : توافقنا ، وفلان يواطئ اسمه اسمي : أي يوافق ، وتواطؤوا عليه: توافقوا. ومنها قوله تعالى: { لِّيُوَاطِواْ عِدَّةَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ } [التوبة : 37] .

ومنها حديث ابن عمر – رضي الله عنهما – أن رجالاً من أصحاب النبي أروا ليلة القدر في المنام في السبع الأواخر، فقال رسول الله : " إني أرى رؤياكم قد تواطأت في السبع الأواخر، فمن كان متحريها فليتحرها في السبع الأواخر " [البخاري : صحيح البخاري ، باب : التماس ليلة القدر في السبع الأواخر (3 \ 46 ، ح 2015)] .

والتواطؤ في المعاقدات هو الاتفاق على إبرام (غير عقد) أو (عقدين فأكثر) في اتفاقية واحدة، وهي وإن كانت عقوداً مستقلة عن بعضها بعضاً عند الدخول فيها، إلا أن غرض الطرفين من المعاملة لا يتحقق إلا باجتماع هذه العقود في منظومة واحدة .

انظر : ابن منظور ، لسان العرب (1 \ 199) . القري ، التورق كما تجريه المصارف الإسلامية (ص 9) .

(3) انظر : القري ، التورق كما تجريه المصارف الإسلامية (ص 6 ، 10 – 11) . حماد ، التورق حكمه وتطبيقاته المعاصرة (ص 21) .

(4) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى (29 \ 447) .

(5) انظر : القري ،التورق كما تجريه المصارف الإسلامية (ص 10 – 11) . خوجه ، ملخص أبحاث في التورق .

اعتمد المانعون للتورق المصرفي على أصل اعتبار مآلات الأفعال، وهو من الأصول التي التقت عليها كلمة الفقهاء في الجملة؛ فالأفعال والتصرفات بموجب هذا الأصل تأخذ حكماً يتفق مع ما تنتهي إليه في جملتها بقطع النظر عن نية الفاعل وقصده، ويحكم على تلك الأفعال بالصحة أو التحريم بحسب نتيجة وثمرة هذه الأفعال وما تؤول إليه [1].

بينما يرى المجيز أن مآل التعامل بالتورق سيترتب عليه مزيد من الارتباط بين القطاع المالي (أي المختص بالمعاملات النقدية والتمويل وهو اختصاص البنوك) والقطاع الحقيقي (أي المختص بتحمل مخاطر الاستثمار وإنتاج السلع والخدمات لغرض الربح) في الاقتصاد [2].

4- النظر إلى قاعدة سد الذرائع .

يتضح أثر سد الذرائع على التورق المصرفي في أقوال المانعين والمجيزين له ؛ فالمانعون بنوا حكمهم على قاعدة سد الذرائع من خلال تتبع خطوات إجراء معاملة التورق، حيث يقوم في الحقيقة على منح تمويل نقدي للعميل بالزيادة نظير الأجل تحت ذريعة التورق وهذا هو عين الربا، في حين نظر المجيزون من زاوية أخرى تتمثل في المصلحة المتيقنة من هذه المعاملة؛ فالتورق بديلاً شرعياً للقرض الربوي، كما أنه يحقق مصالح أخرى لا تقل أهمية عن تفادي التعامل الربوي في المعاملات المالية مثل تحريك عجلة الاستثمار، فهي من الذرائع التي وضعت للتوصل إلى المباح، لكن تعارضت فيها المفاسد والمصالح إلا أن المصالح أرجح [3].

إلا ان المتأمل بأقوال السابقين وأرائهم وعلى وجه الخصوص منهم الإمام الشافعي في بيوع العينة وما شابهها من أن ظهور القصد من المتعاقدين للتحايل على الربا، ووجود الشرط في العقد – بحيث يرتبط البيع الثاني بالعقد الأول (إن اشتريت اشتريت) –، يبطل العقد ويخرجه من دائرة الحل إلى الحرمة، فالقول بأن العبرة للظواهر في العقد ليس على إطلاقه وإنما محكوم بضوابط وشروط يجب مراعاتها، وإلا فالأصل العبرة بالعقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والشكر له على التوفيق إلى الطاعات، وبعد :

خلص هذا البحث في مسألة ظاهرية العقود عند الشافعية وأثرها في المعاملات المالية المعاصرة إلى النتائج التالية :

أولاً: المقصود بظاهرية العقود عند الشافعية هو أن أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالعقود المالية تناط إلى أمور ظاهرة منضبطة مستقيمة معروفة، لا تحتاج في معرفتها أو استنباطها إلى الحدس والتخمين والظن .

ثانياً : الشافعية في العقود ينظرون إلى هيكلية العقد الخارجية؛ فمتى استوفى العقد جميع أركانه وشروطه حكم على العقد بالصحة، دون النظر إلى نية المتعاقدين ومآل العقد ومقاصده .

ثالثاً : استند الشافعية على عدة أصول ومسائل أدت إلى قولهم بظاهرية العقود المالية، وهذه الأصول والمسائل هي :

أ- عدم تفعيل باب سد الذرائع في العقود المالية؛ فأصل من أصول الشافعية عدم الأخذ بسد الذرائع في الوسائل التي أصلها مباح قصد التوسل بها إلى مفسدة .

(1) انظر : خوجه ، ملخص أبحاث في التورق .

(2) انظر : القري ، التورق كما تجريه المصارف الإسلامية (ص 26) .

(3) انظر : فرج ، قاعدة سد الذرائع وأثرها في المعاملات المصرفية وتطبيقاتها المعاصرة (ص 201 – 202) .

ب– العبرة في العقود للألفاظ والمباني لا للمقاصد والمعاني، قاعدة فقهية وأصل من أصول الشافعية؛ فلا تترك ظواهر العقود إلى معانيها ومقاصدها ، مالم يكن ذلك مصرح به في العقد .

ج– لا أثر للنية والبواعث على العقود ما لم يصرح بها في العقد؛ فلا تترك الإرادة الظاهرة إلى الإرادة الباطنة لمجرد الشك والظن؛ فالعلم بالنوايا أمر خفي لا يعلمه إلا الله تعالى .

د– كما استند الشافعية إلى أصل آخر أو مسألة أخرى وهي مسألة الحيل في العقود؛ فمتى كانت الحيل موضوعة للإفضاء إلى المشروع دون محرم، ذهب الشافعية إلى جوازها، وعند محققي المذهب الجواز مع الكراهة .

رابعاً : فرق بين صحة العقد وبين نية العاقد؛ فمن نوى ما هو محرم أثم وصح عقده على الظاهر .

خامساً : قول الشافعية بظاهرية العقود له أثر واضح في تصحيح الكثير من المعاملات المالية المصرفية المعاصرة التي نوى بها المتعاقد أمراً ممنوعاً مع سلامة ظاهر العقد، إذ الأصل جواز ما كان ظاهره الصحة، وهذا ما تم اثباته عند تخريج حكم التورق المصرفي المنظم على قول الشافعية وأصولهم في إثبات ظاهرية العقود .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

المصادر والمراجع :

1- إبراهيم ، عبدالتواب سيد محمد (2010م). العينة والتورق في الفقه الإسلامي . *مجلة مركز صالح عبدالله كامل للاقتصاد الإسلامي* ،مصر ، *14* (42) .

2- بالحاج ، أحمد الأمين (2007م). *الصورية في العقود المالية دراسة تطبيقية مقارنة* (رسالة ماجستير غير منشورة) ، جامعة اليروك – اربد، الاردن .

3- البخاري ، محمد بن إسماعيل (1422ه) . *الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه المسمى : صحيح البخاري* . تحقيق : محمد زهير بن ناصر الناصر . ط1 .(د. م). دار طوق النجاة.

4- البرهاني ، محمد هشام (1985م). *سد الذرائع في الشريعة الإسلامية* . ط1 . دمشق. دار الفكر .

4- البهوتي، منصور بن أدريس (1993م). *دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات* . ط1 . (د. م). عالم الكتب .

5- بوهرواة ، سعيد (د . ت) . *التورق المصرفي (دراسة تحليلية نقدية للآراء الفقهية)* .بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في الدورة التاسعة عشرة – إمارة الشارقة ، دولة الإمارات العربية المتحدة .

6- البنا ، محمد عبد اللطيف محمود (2009م) . *التورق المنظم كما تجريه المصارف الإسلامية ونوافذها في أوربا (دراسة فقهية مقارنة)* . بحث مقدم للدورة التاسعة عشرة للمجلس ــ اسطنبول .

7- التفتازاني ، سعد الدين مسعود بن عمر (د . ت) . *شرح التلويح على التوضيح* . (د . ط). (د . م) . مكتبة صبيح بمصر .

8- التناري بلدا ، محمد بن عمر نووي الجاوي البنتني إقليما (د. ت). *نهاية الزين في إرشاد المبتدئين*. ط1 . بيروت: دار الفكر .

9- ابن تيمية ، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام (1987م) . *الفتاوى الكبرى* . ط1 . (د . م) . دار الكتب العلمية .

10- ابن تيمية ، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام (1988م). *كتاب بيان الدّليل على بطلان التحليل* . تحقيق : حمدي السلفي . (د. ط) . (د . م) . المكتب الإسلامي .

11- حامد ، حسين (2002م) . *تعليق على بحوث التورق*. قدم في مؤتمر "دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية " .

12- ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي (1379هـ) . *فتح الباري شرح صحيح البخاري* . (د .ط) . بيروت : دار المعرفة .

13- ابن حجر الهيتمي ، أحمد بن محمد بن علي (1987م). *الزواجر عن اقتراف الكبائر* . ط1 . (د. م) . دار الفكر .

14- ابن حزم ، علي بن أحمد الظاهري(د . ت) . *المحلى بالآثار* . (د. ط) . بيروت : دار الفكر .

15- الحصفكي ، علاء الدين(1992م). *الدر المختار* مطبوع مع رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين . ط2 . بيروت : دار الفكر .

16- الحطاب ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي (1992 م) . *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*. ط3 . (د.م). دار الفكر .

17- الحنيطي ، هناء (د. ت). *التورق حقيقته ، أنواعه (الفقهي المعروف والمصرفي المنظم)* . ملخص دراسة مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة – إمارة الشارقة ، دولة الإمارات العربية المتحدة .

18- ابن جزي الكلبي ، محمد بن أحمد بن محمد (د.ت). *القوانين الفقهية* . (د. ط) . (د. ن) .

19- جمعة ، رمضان (1997م) . السبب الباعث وأثره في صحة العقد أو بطلانه (دراسة فقهية قانونية مقارنة) . *مجلة كلية دار العلوم* . جامعة القاهرة ، مصر .

20- الجمل ، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي(د. ت). *فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل* . (د. ط) . (د.م) . دار الفكر.

21- خوجه، عز الدين محمد(2002م) . ملخص أبحاث في التورق، مقدم إلى ندوة البركة الثانية والعشرين للاقتصاد الإسلامي . مملكة البحرين . من 8-9 ربيع الأخر 1423هـ .

22- الدسوقي ، محمد بن احمد بن عرفة (د. ت) . *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير* .(د. ط) .(ط . م) . دار الفكر.

23- الرازي ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (1999م). *مختار الصحاح* . تحقيق : يوسف الشيخ محمد . ط5 . بيروت : المكتبة العصرية – الدار النموذجية .

24- الرافعي ، عبد الكريم بن محمد(د. ت). *فتح العزيز بشرح الوجيز* .(د. ط). (د. م) .دار الفكر .

25- ابن رشد القرطبي ، محمد بن أحمد بن محمد (2004م). بداية المجتهد ونهاية المقتصد . (د. ط) . القاهرة : دار الحديث .

26- الرملي ، محمد بن أبي العباس أحمد(1984م). *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج* . ط أخيرة . بيروت : دار الفكر.

27- الزحيلي ، وهبة . *النية والباعث في فقه العبادات والعقود والفسوخ والتروك* . من غير معلومات نشر . عن دار المنظومة الإلكترونية .

28- الزركشي ، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله (1994م). *البحر المحيط في أصول الفقه* . ط1 . (د. م). دار الكتبي.

29- الزمخشري، محمد بن عمر(د. ت) . *الفائق في غريب الحديث*. تحقيق : علي محمد البجاوي – محمد أبو الفضل إبراهيم . ط2 . لبنان : دار المعرفة .

30- أبو زهرة ،محمد (1978م) . *الشافعي حياته وعصره* . ط2 . (د.م) . دار الفكر العربي .

31- السبكي ، تقي الدين (د. ت). *تكملة المجموع* . (د.ط) . (د. م). دار الفكر .

32- السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب (1991م) .*الأشباه والنظائر* . ط1 . (د. م) . دار الكتب العلمية .

33- السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل (1993م). *المبسوط* . (د.ط) . بيروت : دار المعرفة .

34- السويلم ، سامي بن إبراهيم (2003 م) . *التورق والتورق المنظم* . بحث مقدم إلى مجمع الفقه الاسلامي، مكة المكرمة، جمادي الثانية 1424هـ .

35- السلامي ، محمد مختار(2004م) . التورق والتورق المصرفي . *مجلة الاقتصاد الإسلامي* . 24 (274) .

36- السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر(1990م). *الأشباه والنظائر* . ط1 . (د. م) . دار الكتب العلمية .

37- الشاطبي ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (1997م). *الموافقات* . تحقيق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان . ط1 . (د.م) . دار ابن عفان.

38- الشافعي ، محمد بن إدريس (1990م). *الأم* . (د. ط) . بيروت : دار المعرفة .

39- الشربيني ، محمد بن أحمد الخطيب(1994م). *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج* . ط1 . (د. م) .دار الكتب العلمية.

40- الشرواني ،عبد الحميد(1983م). *حاشية الشرواني* ، مطبوع مع تحفة المحتاج في شرح المنهاج . (د. ط). مصر : المكتبة التجارية الكبرى .

41- الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي (د. ت). *بلغة السالك لاقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدَّردير* ، المعروف (بحاشية الصاوي على الشرح الصغير) .(د. ط). (د. م) . دار المعارف.

42- ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (1992م). *رد المحتار على الدر المختار* . ط2 . بيروت : دار الفكر.

43- ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر (1980م) . *الكافي في فقه أهل المدينة* . تحقيق : محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني . ط2 . السعودية : مكتبة الرياض الحديثة .

44- عبد الحميد ، محمد بن حمد \ الباز ، سرين بنت عيسى (2012م). قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المدني الأردني . *مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية* ، السعودية .

45- الغامدي ، عبد العزيز بن علي (1983م). الحيل الربوية وحكمها في الإسلام . *مجلة البنوك الإسلامية* ، مصر . (العدد 29).

46- فرج ، صلاح الدين طلب سلامه (2015م). قاعدة سد الذرائع وأثرها في المعاملات المصرفية وتطبيقاتها المعاصرة ،المشاركة المتناقصة والتورق المصرفي أنموذجاً . *مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ، شئون البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية ، غزة ، فلسطين* . 23 (2).

47- فهمي ، حسين كامل . *التورق الفردي والتورق المصرفي المنظم* . بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في الدورة التاسعة عشرة – إمارة الشارقة ، دولة الإمارات العربية المتحدة .

48- الفيروز آبادي ، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (2005م). *القاموس المحيط*. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة . ط8 . بيروت : مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر .

49- ابن قدامة المقدسي ، عبدالله بن أحمد بن محمد (1968م). *المغني* . (د. ط) . القاهرة : مكتبة القاهرة.

50- ابن قدامة المقدسي ، عبدالله بن أحمد بن محمد (1994م). *الكافي في فقه الإمام أحمد* . ط1 . (د. م) . دار الكتب العلمية.

51- القرافي ، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (د. ت) . أنوار البروق في أنواء الفروق . (د. ط) . (د. م) . عالم الكتب .

52- القرة داغي ،علي محي الدين. *الصكوك الإسلامية (التوريق) و تطبيقاتها المعاصرة (دراسة فقهية اقتصادية تطبيقية)* . منظمة المؤتمر الإسلامي ، مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 19 .

53- القري ، محمد العلي . التورق كما تجريه المصارف الإسلامية (دراسة فقهية اقتصادية) . *منشورات مجلة البحوث الفقهية المعاصرة* .

54- القزويني ، أحمد بن فارس بن زكرياء (1979م). معجم *مقاييس اللغة* . تحقيق : عبد السلام محمد هارون . (د. ط) . (د. م) . دار الفكر.

55- القصار ، عبدالعزيز خليفه (2003م). الصورية وأحكامها في الشريعة والقانون (تأصيل وتنظير وتطبيق) . *مجلة البحوث القانونية والاقتصادية* ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة . (العدد 33) .

56- قلعجي ، محمد رواس (1988م). معجم *لغة الفقهاء* . ط2 . (د.م) . دار النفائس للطباعة والنشر.

57- ابن القيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين(1991م) . *اعلام الموقعين عن رب العالمين* . تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم . ط1 . بيروت : دار الكتب العلمية.

58- ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (1415هـ). *تهذيب سنن أبي داود وايضاح علله ومشكلاته* ، مطبوع مع عون المعبود شرح سنن أبي داود لمحمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر العظيم آبادي . ط2 . بيروت : دار الكتب العلمية.

59- الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي(1999م) . *الحاوي الكبير* . تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود .ط1 . بيروت : دار الكتب العلمية،.

60- مالك، مالك بن أنس(1994م). *المدونة* . ط1 . (د .م) . دار الكتب العلمية.

61- متولي ، محمد عبد الحميد السيد (2007م). التورق المصرفي ونطاق إعماله من منظور الفقه الإسلامي .*المجلة العلمية لكلية أصول الدين والدعوة ، الزقازيق ، مصر* . العدد 19 .

62- محمد عبد الحليم عمر . *الصكوك الإسلامية (التوريق) و تطبيقاتها المعاصرة و تداولها*. منظمة المؤتمر الإسلامي ، مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 19 .

63- المرداوي ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (د. ت) . *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف* . (د. ط) . (د. م) . دار إحياء التراث العربي .

64- مسلم ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (د. ت). *المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، المسمى صحيح مسلم* . تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي . (د. ط). بيروت : دار إحياء التراث العربي .

65- ملا خسرو ، محمد بن فرامرز بن علي (د. ت) . *درر الحكام شرح غرر الأحكام* .(د. ط) . (د. م). دار إحياء الكتب العربية .

66- ابن منظور ، محمد بن مكرم (د. ت). *لسان العرب* . ط1 . بيروت : دار صادر .

67- المنيع ، عبد الله بن سليمان (2002م). *التأصيل الفقهي للتوّرق في ضوء الاحتياجات التمويلية المعاصرة* . قدم في مؤتمر "دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية" من 26- 28 صفر 1423هـ .

68- ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (1999م) . *الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان* . ط1 . بيروت : دار الكتب العلمية .

69- النووي ، يحيى بن شرف (د. ت). *روضة الطالبين وعمدة المفتين* . تحقيق: زهير الشاويش .(د. ط) . بيروت \ دمشق : المكتب الإسلامي .

70- النووي ، يحيى بن شرف (د. ت) . *المجموع شرح المهذب* . (د.ط) . (د. م). دار الفكر .

71- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (د. ت). *فتح القدير* . (د. ط) . (د. م) . دار الفكر .

72- مجمع الفقه الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي – القرار الخامس ، الدورة الخامسة عشرة – 11 رجب 1419هـ .

73- أبحاث هيئة كبار العلماء – 4 \ 427 – 431 ، قرار رقم : 3 \ 11 – تاريخ 1397/10/16هـ .