الإرادة الظاهرة والباطنة
ونماذج من تطبيقاتها
فى المعاملات المالية المعاصرة

دكتور
ياسر عبدالحميد جاد الله النجار
مدرس الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون بالدقهلية
١٤٤٠هـ-٢٠١٨م

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾
[النساء: ٢٩]

ملخص البحث

الإرادة الظاهرة والباطنة ونماذج من تطبيقاتها

فى المعاملات المالية المعاصرة

الإرادة هى الأساس فى إنشاء العقود، فهى لب التصرف وجوهره، ولما كانت إرادة الإنسان أمرا باطنيا مستترا لم يكن فى الإمكان الاعتماد على هذه الإرادة، وإنما يكون الاعتماد على ما يدل عليها ويظهرها.

لذا كان لزاما إبراز الإرادة الباطنة والتعبير عنها بوسيلة ما، ومحاولة إخراجها إلى العالم الخارجى ليكون لها مظهر مادي تترتب عليه آثارها الفقهية.

والإرادة تنقسم عند الفقهاء إلى قسمين: حقيقية (باطنة)، وظاهرة.

والعقد يتحقق بوجود الإرادتين: الباطنة والظاهرة، فالأولى تعرف بالنية، والثانية تعرف بالصيغة، وكل واحدة منهما لها دورها، فالباطنة هى الأصل ووظيفتها التوجه للظاهر، والظاهرة دالة على الأولى، ووظيفتها إبراز ما فى النفس، فهى التى توجد العقد فى الخارج.

فالعلاقة بين الإرادة الظاهرة والباطنة هى علاقة ما بين القلب واللسان، فاللسان ترجمان ما فى القلب، وقد جعل اللسان على الفؤاد دليلا، بحيث تعكس العبارة التى ينطق بها اللسان عما فى داخل النية من مقاصد وغايات، وتترجمها إلى واقع عن طريق اللفظ بها، وهكذا نجد أن الشارع الحكيم جعل الإرادة الظاهرة دليلا على الإرادة الباطنة.

لعق لا يخا م حالا بع:

لأ ل: ة ام لإ تي ا اه لبا نة. لثانى: خفا لإ لبا نة

لثاا : لاشتبا فى لإ لحقيقية. ا بع: نتفا لإ ، (تعا لإ تي)

ي لبحـ ح ل فك تعا لإ تي هل لعب حينئٍ فى نعقا لعق بالإ

ا اه ، لبا نة؟ بمعنى خ : ما لحك ثب لإ ا اه تخاا

لإ لبا نة، جـ ق ينة تعا مست ه لنية، لإ تي لى بالتق ي ؟

ق كـ بعضا م لت بيقا لمالية لمعاص كنما للت بي لفقهى لمقا

مع بيا ث ختلا لإ على لعق .

Research abstract

Internal and external will and examples of their applications In contemporary financial transaction

Determination is the base of making contracts. It is the essence core of interacting. However, as the intention of a person a a hidden matter, it cant be depend on. The real consideration is to be based on clues of that intention.

For that, it is necessary to show this intention and express it in somehow. Its important to revel it to the external world so that it can be understood and so it will have legislative effects

Any contract is achieved by the two wills: internal and external wills. The first is known as intention, while the other one is known as the form. Each one of these wills has a function. The internal one is the base. Its function is to emerge to the outer world . the external will is a sign of the internal will. Its function is showing what is inside the mind. It is the one that will appear in the contract.

The relation between the internal and external intentions is similar to the connection between heart and tongue. The person's tongue is the interpreter for what is inside the heart. So that the tongue is an interpreter for the intention. What is being said is a sign for what a person intend inside himself of aims and ways of dealing. For that the all wise legislator (Allah) makes the external intention is a clue for the internal one.

Regarding to intentions, the contact is one of the following categories:

First: the two intentions match.

Second: hiding the internal will

Third : ambiguity of the real will

Forth : lack of the will (contrast between the two wills)

This research is about the idea of contrasting person's internal and external wills. What is must be taken into consideration when issuing a contract; the internal or the external will? In other words, what is the judgment if it is clear that the external

will contrasting the internal one while there is a clue of the internal will. Which of the two wills will be taken into consideration?

I have mentioned some of the contemporary applications as examples of comparative jurisprudence with a guide of effects when wills contradict.

المقـــــدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً،

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾(١)

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾(٢)

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾(٣)

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله،

أما بعد:

فقد خلق الله الإنسان وعلمه البيان، ليبين عما فى داخله عن طريق العبارات، والألفاظ التى تعكس مراده، وتترجم ما فى مكنون نفسه، فقد جعل اللسان على الفؤاد دليلا، والفقهاء يعبرون عن هذا بما يسمى: الإرادة الظاهرة، والإرادة الباطنة، فإذا توافقت الألفاظ الظاهرة عن طريق اللسان مع ما فى مكنون الإنسان وداخله فلا إشكال حينذاك، فقد عبرت الألفاظ عما فى الداخل تعبيرا صحيحا صادقا، وقد تختلف ألفاظ الإنسان الظاهرة عما يريده حقيقة فى باطنه، فإرادته الظاهرة لا تعبر تعبيرا صحيحا ولا صادقا عما فى باطنه، فقد تتوافق الإرداتان، وقد تختلفان.

وربما يدل على هذ الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والباطنة قرائن حالية محيطة بالواقعة.

وإذا اختلفت الإرداتان فإن هناك اختلافا بين الفقهاء فى أيهما تقدم على الأخرى، فبعض الفقهاء يعمل الإرادة الظاهرة ويقدمها باعتبار النظر إلى توافر أركان العقد وشروطه.

وبعضهم يقدم الإرادة الباطنة، وإن اختلفت مع الظاهرة اعتبارا للنية، والمقصد فالأمور بمقاصدها، والعبرة عندهم للمعانى، وليست للألفاظ والمبانى.

وقد احتلت هذه النظرية موقعا كبيرا فى الفقه الإسلامى، لا سيما فى فقه المعاملات، الذى تتردد بعض عقوده بين الصورية، والحقيقة، أو بين الشكلية، والواقعية.

---

(١) سورة آل عمران آية (١٠٢).
(٢) سورة النساء آية (١).
(٣) سورة الأحزاب آية (٧٠).

حيث توجد عدة عقود فى الفقه الموروث تدخل تحت تلك النظرية، مثل عقد المكره، والسكران، والهازل، والمخطىء، وبيع العينة، ونكاح المحلل، وقد فصل الفقهاء – رحمهم الله- الكلام حول هذه صحة هذه العقود من عدمها، من خلال الأدلة فى كتبهم.
وقد تولدت عقود حديثة تنطوى تحت نظرية الإرادة وتتردد بين الصورية والواقعية، وبين الإرداة الظاهرة والباطنة.
وقد حاولت فى هذا البحث أن أجمع بين النظرية والتطبيق، وبين الأصالة والمعاصرة، فاتبعت طريق التأصيل الفقهى لنظرية الإرادة الظاهرة والباطنة، ثم تلوت هذا بالتطبيق المعاصر، وقد اخترت نماذج من المعاملات المالية المعاصرة للتطبيق على نظرية الإرادة، نظرا لأهميتها فى الواقع المعاصر، وحاولت أن أبين بجلاء أثر نظرية الإرادة على تلك العقود، وأن سبب اختلاف الفقهاء حول هذه العقود كان تلك النظرية فى الاعتبار والإلغاء.

ق عن ن لبح بعن :

(لإ ا اه لبا نة نما م ة بيقاتها فى لمعاملا لمالية لمعاص)

وقد اقتضت طبيعة البحث أن أقسمه إلى مقدمة وثلاثة مباحث، وخاتمة:
أما المقدمة فبينت فيها أهمية الموضوع.
وأما المباحث فجاءت على النحو التالى:
المبحث الأول: مفهوم الإرادة الظاهرة والباطنة، وبيان أقسامها.
المبحث الثانى: موقف الفقه الإسلامى من الإرادة الظاهرة والباطنة.
المبحث الثالث: نماذج من التطبيقات المالية المعاصرة لنظرية الإرادة الظاهرة الباطنة.
خاتمة: وتتضمن أهم النتائج.

وبالله التوفيق

المبحث الأول

مفهوم الإرادة الظاهرة والباطنة، وبيان أقسامها

الإرادة هى الأساس فى إنشاء العقود، فهى الدافع وراء كل عقد، وإن لم توجد إرادة لا يوجد عقد، فهى لب التصرف وجوهره، ولما كانت إرادة الإنسان أمرا باطنيا مستترا لم يكن فى الإمكان الاعتماد على هذه الإرادة، وإنما يكون الاعتماد على ما يدل عليها ويظهرها وفى هذا المبحث نحاول تحديد مفهوم الإرادة وبيان أقسامها، وتعريف كل قسم، كما سنبين حكم توافق أو اختلاف الإرادتين، لذا فإننا سنقسم هذا المبحث كما تقضتيه طبيعة البحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول

مفهوم الإرادة، وأقسامها

يشتمل على ثلاثة فـ :

لفـ لأ ل: مفهـ لإ

لإ لغة: المشيئة، يقال: أراد يريد إرادة، والريدة الاسم من الإرادة، وأراد الشيء: أحبه وعني به. (١)

لإ فقها: استعمل الفقهاء القدامى الإرادة فى كتبهم بمعنى القصد إلى الشىء والاتجاه إليه(٢).

قال لإما لغ لى: " اعلم أن النية والإرادة والقصد: عبارات متوارده على معنى واحد، وهو حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران: علم، وعمل، العلم يقدمه؛ لأنه أصله وشرطه، والعمل يتبعه؛ لأنه ثمرته، وفرعه؛ وذلك لأن كل عمل أعني كل حركة وسكون اختياري فإنه لا يتم إلا بثلاثة أمور: علم، وإرادة، وقدرة؛ لأنه لا يريد الإنسان مالا يعلمه فلابد وأن يعلم ولا يعمل ما لم يرد فلا بد من إرادة.

معنى لإ : انبعاث القلب إلى ما يراه موافقا للغرض إما في الحال أو في المآل".(٣)

---

(١) لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن على، أبي الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى ١٩١/٣، ط/ دار صادر – بيروت، الثالثة، القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ٣٦٣، الناشر مؤسسة الرسالة، مادة (رود).

(٢) ينظر: حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين ٤/ ٥٠٧، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ) ٩٣/١، الناشر: دار الفكر.

(٣) إحياء علوم الدين، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ) ٤/ ٣٦٥، الناشر: دار المعرفة – بيروت. وقد عزا هذا التعريف للبيضاوى الإمام ابن حجر العسقلانى فى فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٣/١، ط/ دار المعرفة – بيروت.

ع فها لفقها لمعاصـ ـة لها : "قوة في النفس تمكن صاحبها من اعتماد أمر ما وتنفيذه، أو هى: توجه الرغبة لإتيان تصرف دون غيره من التصرفات وعلى وجه دون غيره من الوجوه وتستعمل بمعنى القصد".(١)

كما ع ف لإ بأنها: " القوة المولدة للعقد".(٢)

والإرادة مرتبة من مراتب القصد والإدراك، ترادف الهم، ومراتب القصد خمس كما ذكرها العلماء ونظموها فقالوا:

مراتب القصد خمس هاجس ذكروا ... فخاطر فحديث النفس فاستمعا
يليه هم فعزم كلـــــــــــــــــها رفعت .... سوى الأخير فيه الأخذ قد وقعا

فالهاجـ ه : الذي يمر على القلب ولا يمكث. والخاطر: الذي يتردد ترددا ما. وحديث النفس: ما تتكلم به. والهم: الإرادة. والعزم: التصميم.(٣)

لف لثانى: قسا لإ

"تنقسم الإرادة عند الفقهاء إلى قسمين: حقيقية (باطنة)، وظاهرة.
فأما الإرادة الحقيقية فهى الإرادة الباطنة التى لا يُطلع عليها.
وأما الإرادة الظاهرة فهى التى تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه كالتعاطى".(٤)
ومما تجدر الإشارة إليه أن لفظى الإرادة الظاهرة والباطنة لفظان مستحدثان فى الفقه، ذلك أن الفقهاء القدامى كانوا يعبرون عن الإرادة الباطنة بالنية، وعن الإرادة الظاهرة بالصيغة ولكن لا مشاحة فى الاصطلاح.(٥)
"فالإرادة هى قوام العقد وأصله ومنشأه وهى أمر خفى، لذا كان لزاما إبراز الإرادة الباطنة والتعبير عنها بوسيلة ما، ومحاولة إخراجها إلى العالم الخارجى ليكون لها مظهر مادي تترتب عليه آثارها الفقهية.
والعقد يتحقق بوجود الإرادتين: الباطنة والظاهرة، فالأولى تعرف بالنية، والثانية تعرف بالصيغة، وكل واحدة منهما لها دورها، فالباطنة هى الأصل ووظيفتها التوجه للظاهر، والظاهرة دالة على الأولى، ووظيفتها إبراز ما فى النفس، فهى التى توجد العقد فى الخارج، فتكون الإرادة الظاهرة منفردة فى ميدان البيان، ودليلا كافيا على

---

(١) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي صـ٥٣، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
(٢) موسوعة الفقه الإسلامى والقضايا المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلي، ٥ / ١٨٥، دار الفكر دمشق، الثالثة.
(٣) حاشية الطحطاوى على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحاوي الحنفي، صـ٤٣٨، ط/ المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق.
(٤) المدخل الفقهى العام، الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، ١/٤٣٥، دار القلم، دمشق.
(٥) الإرادة الظاهرة والباطنة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، د/ محمد أحمد بكر، أستاذ القانون المدنى المساعد بكلية الشريعة والقانون بأسيوط، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط ع١٩ ج١ صـ٦٨٨.

وجود الإرادة الحقيقة (الباطنة) وبناء علي تلك الإرادة الظاهرة تثبت أحكام العقد".(١)

لف لثال : تع ي كل م لإ ل اه لبا نة

لا: تع ي لإ ل اه

عرفت الإرادة الظاهرة بأنها: " الصيغة التى تعبر عن الإرادة الباطنة، أو ما يقوم مقامها كالتعاطى".(٢) وقيل هى: "التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام أو بفعل صادر عن المتعاقد المختار".(٣)

فالإرادة الظاهرة هى المعبرة عن الإرادة الباطنة الحقيقية، والدليل الكافى على وجودها فى التعامل مع العقود، دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقة، مادامت هذه الإرادة مستورة ولا يوجد دليل على نفيها.(٤)

ثانيا: تع ي لإ لبا نة

ع ف لإ لبا نة بأنها: " النية أو القصد".(٥) وقيل: هى ما تتفق عليه النية ويعزم به القلب. وعبر عنها الأستاذ الزرقا بأنها: التى لا يُطَّلع عليها.(٦)

ع ف بأنها: "قصد العقد والرغبة فى إنشائه مع الرضا بما يترتب عليه من آثار ومحلها القلب".(٧)

وبناء على ما سبق يمكن القول: "بأن الإرادة الباطنة وحدها لا تقوم مقام الأفعال والإنشاءات، فلا ينعقد عقد بمجرد النية ولو تصادق الطرفان على وجود نيتهما.

وإذا كان الفقهاء قد انتهوا إلى تصحيح بعض التعاقد فى بعض الأحوال دون لفظ فما ذلك منهم إلا بعد الاستيثاق من وجود عمل ظاهرى أو قرينة تقوم مقام اللفظ؛ كما فى بيع التعاطى، وكما فى تجدد عقد الإجارة بالسكوت إذا عقد الطرفان الإيجار كل شهر

---

(١) نظرية العقد فى القانون المدنى الأردنى بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، بشار عدنان ملكاوى، بحث منشور بمجلة علوم الشريعة والقانون كلية الحقوق الجامعة الأردنية ع٢ج٣٣ عام ٢٠٠٦م صـ٢٨٥.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامى، أ.د/ وهبة الزحيلي، ٥ / ١٨٥.

(٣) المدخل الفقهى العام ١/ ٤٣٦.

(٤) الإرادة العقدية وشوائبها فى الفقه الإسلامي، د/ أحمد يوسف صمادى، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الكويت ج ١٨ ع٥٢ صـ١٩٣.

(٥) أ.د/ وهبة الزحيلى مرجع سابق ٥/ ١٨٥، ويراجع: نظرية العقد فى الفقه الإسلامي، عز الدين محمد خوجة صـ٥١، مراجعة أ.د/ عبدالستار أبوغدة، مجموعة دلة البركة إدارة التطوير والبحوث.

(٦) مصطفى الرزقا مرجع سابق ١/٤٣٥.

(٧) الملكية ونظرية العقد، د/ أحمد فرج صـ١٥٨، نقلا عن الإرادة الظاهرة والباطنة محمد أحمد بكر صـ٦٨٨.

بأجرة معينة حيث ينعقد على شهر واحد ثم كلما دخل شهر جديد وهما ساكتان دون فسخ تجددت الإجارة بينهما.
وكذا سكوت الفتاة البكر إذا استأمرها – أى استأذنها- وليها فى عقد نكاحها، إذ يعتبر سكوتها إذنا وتوكيلا بالعقد استنادا إلى دلالة العادة والعرف؛ لأن المعتاد من أمثالها الاستحياء عن إظهار الرغبة لا عن الرفض.
أما الإرادة الظاهرة، وهى التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام أو بفعل صادر عن المتعاقد المختار، فهى العامل فى العقد دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية الباطنة، مادامت تلك الإرادة الحقيقية مستورة لا يوجد دليل ينفيها، فتبقى الإرادة الظاهرة هى المنفردة فى ميدان البيان؛ فتكون دليلا كافيا على وجود الإرادة الحقيقية، وتثبت أحكام العقد بهذه الإرادة الظاهرة التى تعتبر عندئذ هى العامل فى أصل انعقاد العقد". (١)

المطلب الثانى

التوافق والاختلاف بين الإرادة الظاهرة والباطنة

لألفا بالنسبة لى مقاص لمتكلمي نياتهم لمعانيها ثلاثة قسا :

ح ها: أن تظهر مطابقة القصد للفظ، وللظهور مراتب تنتهي إلى اليقين والقطع بمراد المتكلم بحسب الكلام في نفسه وما يقترن به من القرائن الحالية واللفظية وحال المتكلم به وغير ذلك.

لقسم لثاني: ما يظهر بأن المتكلم لم يرد معناه، وقد ينتهي هذا الظهور إلى حد اليقين بحيث لا يشك السامع فيه، وهذا القسم نوعان:

ح هما: أن لا يكون مريدا لمقتضاه ولا لغيره.

لثاني: أن يكون مريدا لمعنى يخالفه؛ فالأول كالمكره والنائم والمجنون ومن اشتد به الغضب والسكران، والثاني: كالمعرض، والملغز والمتأول.

لقسم لثال : ما هو ظاهر في معناه ويحتمل إرادة المتكلم له ويحتمل إرادته لغيره، ولا دلالة على واحد من الأمرين، واللفظ دال على المعنى الموضوع له، وقد أتى به اختيارا. فهذه أقسام الألفاظ بالنسبة إلى إرادة معانيها ومقاصد المتكلم بها.(٢)
فإذا تطابقت الإرادتان وجد العقد، وإذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها ولم يوجد ما يدل على انتفاء الإرادة الباطنة بحيث كانت مستورة فالعقد صحيح، وإذا وجدت

---

(١) مصطفى الرزقا مرجع سابق ٤٣٦/١وما بعدها، ويراجع: نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة، سامى عدنان العجورى، بحث تكميلى مقدم لنيل درجة الماجستير فى الجامعة الإسلامية بغزة كلية التربية قسم الدراسات الإسلامية صـ٣٤.
(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١ هـ) ٥١٧/٤، ط/ دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الأولى.

الإرادة الظاهرة وحدها كالتعبير الصادر من الطفل غير المميز، أو النائم، أو المجنون، لم تفد شيئا، كما أن التصرف لا يوجد بمجرد النية أو الإرادة الباطنة، فمن نوى الطلاق أو الوقف لا يصبح بمجرد نيته مطلقا أو واقفا.(١)

فلا يخلو العقد بناء على ما ذكر من حالات أربع:

الأول: توافق الإرادة الظاهرة والباطنة فإذا تطابقت الإرادتان وجد العقد وترتبت عليه آثاره ولا إشكال عند الفقهاء آنذاك لأن إرادة العقد وجدت ظاهرا وباطنا.

الثاني: خفاء الإرادة الباطنة بحيث توجد الإرادة الظاهرة وحدها ولا يوجد ما يدل على انتفاء الإرادة الباطنة، وهو ما يعبر عنه بخفاء الإرادة ويكون العقد صحيحا ولا عبرة لخفاء الإرادة؛ لأن الإرادة الظاهرة قامت مقامها بالإيجاب والقبول.

الثالث: الاشتباه في الإرادة الحقيقية (الباطنة) ويتحقق هذا عندما تكون الإرادة الحقيقية مفروضة الوجود ولا دليل على انتفائها، ولكنها مشوبة بعلة مؤثرة تجعلنا في شك من موقف العاقد في الإقدام على العقد لولا تأثر إرادته بهذا المؤثر، ووجود علة قادحة في ركنه تضعف الرابطة العقدية، وتسمى في الاصطلاح الحديث بعيوب الرضا وترجع جميع صورها إلى ثلاث حالات هي:

الإكراه،(٢) الخلابة،(٣) الغلط(٤).(٥) وليس هذا النوع محل بحثنا فلن نطيل الحديث عنه.

الرابع: انتفاء الإرادة ، (تعارض الإرادتين) ومعناه وجود الإرادة الظاهرية وحدها، وانعدام الإرادة الباطنة بحيث أن اتفاق الطرفين على العقد كان ظاهريا فقط، وتحقق

---

(١) الزحيلي موسوعة الفقه الإسلامي ٥/ ١٨٥ بتصرف، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د/ عبدالكريم زيدان صـ٣٠٠. يراجع أيضا: المدخل للفقه الإسلامي، أ.د/ محمد سلام مدكور صـ٥٥٣، ط/ دار الكتاب الحديث. الثانية ١٩٩٦م.

(٢) الإكراه هو: حمل إنسان على فعل أو على امتناع عن فعل بغير رضاه بغير حق. معجم لغة الفقهاء. معجم لغة الفقهاء صـ٨٥. وقيل هو: عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضاء. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (المتوفى: ٩٧٨هـ) صـ٩٩، المحقق: يحيى حسن مراد، الناشر: دار الكتب العلمية

(٣) الخلابة هي: الخديعة بالكذب في الثمن كأن يقول له أنا أخذتها بعشرين دينارا وأنقص لك من ذلك. الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري (المتوفى: ١٣٣٥هـ) صـ٥٠٢، الناشر: المكتبة الثقافية – بيروت.

وقيل: أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية تحمله على الرضا في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاها. المدخل الفقهي العام للزرقا ٤٥٩.

(٤) الغلط: بفتح الغين واللام مصدر غلط: الخطأ وهو: ما خالف الواقع من غير قصد وهو بمعنى الوهم وهو: يقوم في الذهن على أن الامر كذا وهو ليس كذلك. معجم لغة الفقهاء صـ٣٣٣ بتصرف يسير.

(٥) الزرقا مرجع سابق، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، أ.د/ عبدالكريم زيدان صـ٣٥٣، ط/ دار عمر بن الخطاب بالأسكندرية.

انتفاء الإرادة الحقيقية فى أصل العقد، فيكون العقد صوريا(١) أى أن فيه مظهر العقد وصورته فقط لا حقيقته وجوهره.(٢)

تتمثل صـ ية لعة عن فقهائنا لة مى[٣] فى صـ ع ية منها ما يلى:

- لهـ ل: وهو أن يراد بالشىء ما لم يوضع له، ولا ما يصلح اللفظ له استعارة، كنطق الشخص بعبارة لا يريد بها إنشاء التصرف، وإنما قصد بها الهزل أو الاستهزاء والعبث.(٤)

- لتلجئة لم ضعة هى: أن يتظاهر أو يتواطأ شخصان على إبرام عقد صورى بينهما إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية، أو بإظهار مقدار بدل أكثر من البدل الحقيقى ابتغاء الشهرة والسمعة، أو لتغطية اسم الشخص الذى يعمل لمصلحته باطنا.(٥) أى أن المواضعة إما أن تكون فى أصل العقد، أو فى مقدار البدل، أو فى الشخص.(٦)

- لخ أ ه : ما ليس للإنسان فيه قصد.(٧) وقيل: الخطأ: ضد الصواب وهو التصرف الذي لم يقصده الإنسان.(٨)

- لسكـ : وهو الشخص الذي لا يعقل مطلقا قليلا ولا كثيرا، ولا يعرف الرجل من المرأة. وقيل: هو الذي يهذي ويختلط جدّه بهزله ولا يستقرّ على شيء في جواب ولا خطاب.(٩) فالعقد الذى يصدر من السكران لا أثر له لانعدام الإرادة الحقيقية فى

---

(١) العقد الصوري: نسبة إلى الصورة وهو: إظهار تصرف قصدا وإبطان غيره، مع إرادة ذلك المبطن وهي على نوعين: صورية مطلقة: وهي صورية تتضمن افتعالا كاملا لتصرف. لا وجود له في الحقيقة. والصورية النسبية بالتستر: وهي إخفاء تصرف في صورة تصرف آخر، كإخفاء هبة في صورة بيع. رواس قلعجى معجم لغة الفقهاء صـ٢٧٨.

(٢) الزرقا مرجع سابق١/٤٤٠، الزحيلى مرجع سابق ٥/ ١٨٦.

(٣) ومحل هذا البحث هو التطبيقات المعاصرة لهذا النوع وسوف نذكر –بإذن الله تعالى- بعضا من هذه التطبيقات فى المعاملات المالية المعاصرة فى المبحث الثالث بشىء من التفصيل.

(٤) الزحيلى مرجع سابق صـ١٨٧.

(٥) القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب، صـ٣٢٨، الناشر: دار الفكر. دمشق – سورية، الطبعة: الثانية، التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي صـ٤٨، ط/ دار الكتب العلمية ، الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

(٦) الزحيلى مرجع سابق ٥/ ١٨٩.

(٧) التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ) صـ٩٩، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، الأولى ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م

(٨) معجم لغة الفقهاء صـ١٩٧. ويراجع القاموس الفقهى صـ١١٧.

(٩) موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨هـ) ١/ ٩٦١، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون - بيروت الطبعة: الأولى - ١٩٩٦م.

إنشائه، كما أن السكران ليست له إرادة حقيقية فى التصرف.(١)

-حالة لتعا لتعلي : إذا ردد المتكلم عبارات التصرفات، ولكنه لا يريد إنشاء التزام أو عقد، بل يريد غرضا آخر كالتعلم، أو التعليم، والتمثيل، فلا يترتب على عبارته أى أثر، كما إذا ردد القارىء عبارة البيع أو الشراء أو الطلاق المسطرة فى كتب الفقهاء بقصد تعلمها أو حفظها، وكذلك ترديد الممثلين عبارات التمثيل وحكاية أقوال الآخرين فلا يترتب عليها أى أثر.(٢)

- لقصد غي لمشر : إذا اتخذ العاقد عقدا مباحا وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعا، أى كان الدافع له سببا غير مشروع، وذلك مثل: بيع السلاح لأهل الفتنة، وبيع العصير لمن يتخذه خمرا، وبيع العِينة(٣)، وزواج المحلل، ونحو ذلك.

وهذا محل بحثنا وسوف نفصل الحديث عن نماذج لهذا النوع -بمشيئة الله تعالى- فى التطبيقات المعاصرة.

وهذا التقسيم الذى ذكرته للتوافق والاختلاف بين الإرداة الظاهرة والباطنة وبعض نماذجه هو تقسيم إجمالى حسن لبعض الفقهاء المعاصرين.(٤)، (٥).

---

(١) يراجع: نظرية العقد فى الفقه الإسلامى مرجع سابق صـــ٥٣، الإرادة العقدية وشوائبها فى الفقه الإسلامي، صـــ٢٠٠، المدخل للفقه الإسلامى سلام مدكور صـ٥٥٥.

(٢) الزحيلى مرجع سابق صـــ١٨٧.

(٣) بيع العينة هو: بيع الشخص السلعة إلى أجل ثم شراؤها من المشتري بأقل مما باعها به. معجم لغة الفقهاء صـــ١١٤. سمي بها لأنها إعراض عن الدين إلى العين. التعريفات للجرجانى صـ٤٨.

(٤) وهم أ.د/ مصطفى الزرقا فى كتابه المدخل الفقهى العام، وتبعه أ.د/ وهبة الزحيلى فى موسوعة الفقه الإسلامى، وتبعهم على ذلك كثير من الفقهاء المعاصرين.

(٥) وقد ذكر بعض العلماء وهو الأستاذ الدكتور عبدالكريم زيدان فى كتابه المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية صـــ٣٠٠ وما بعدها، وأ.د/ محمد سلام مدكور فى المدخل للفقه الإسلامي صـــ٥٥٣، أ.د/ محمد مصطفى شلبى فى كتابه المدخل فى الفقه الإسلامى، تعريفه وتاريخه، ومذاهبه صـــ٤٥٦، ط، الدار الجامعية.

ذكروا تقسيما آخر تفصيليا رأيت لزاما على أن أذكره هنا أيضا حتى تعم الفائدة وتكتمل المعلومة: حيث جاء فى المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ما نصه: " ولكن قد يحدث أن يصدر عن الشخص قول، أو ما يقوم مقامه، ولا يعبر هذا القول عن إرادة صحيحة يعتد بها، أو لا يطابق هذا القول الإرادة الباطنة، فهل نعتبر فى هذه الحالة القول أى العبارة، أو ما يقوم مقامها، ونحكم بنشوء العقد، أم نهدر هذه العبارة، ونعتد بالإرادة الباطنة، وعلى أساسها نحكم بنشوء العقد أو عدم نشوئه؟

للجواب على هذا السؤال لابد من بيان الحالات التى يظهر فيها عدم مطابقة العبارات للإرادة الباطنة، أو يوجد فى إحداهما خلل مع بيان حكم كل حالة على حدة:

الحالة الأولى: إذا صدرت العبارة من غير قصد للتلفظ بها كما فى عبارة النائم والمجنون والصبى غير المميز، ففى هذه الحالة لا عبرة بها، ولا ينشأ بها عقد، إذ لا إرادة لهؤلاء وإنما اعتبرت العبارة لكونها دليلا معبرا عما فى النفس، فإذا لم توجد عبارة باطنة لا تكون لها دلالتها فينتفى عملها وتهمل.

الحالة الثانية: إذا صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها من غير فهم لمعناها، كما لو لقن أعجمى عبارة باللغة العربية تفيد بالإيجاب فقال الآخر: قبلت. ففى هذه الحالة لا تكون لعبارة الأعجمى قيمة ولا تعتبر إيجابا إذ ليس ورائها إرادة تعبر عنها، فلا يعتد بها، ولا ينعقد بعا عقد ولا تصرف.
الحالة الثالثة: إذا صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها وفهم معناها، ولكن من غير قصد لإنشاء عقد بها، وإنما لغرض آخر كالحفظ والتعليم ففى هذه الحالة تهمل هذه العبارة، ولا ينعقد بها أى تصرف.=
=الحالة الرابعة: صدور العبارة خطأ، أى من غير قصد التلفظ بها، ولا إرادة معناها، إذ الخطأ هو وقوع الشىء على غير إرادة من وقع منه، كما لو أراد رجل أن يقول لزوجته: أنت عالمة، فجرى على لسانه على غير قصد منه: أنت طالقة، ففى هذه الحالة تهمل العبارة وتعبتر لغوا؛ لأن اللفظ إنما اعتبر لدلالته على قصد المتكلم وإرادته لمعناه وموجبه، فإذا انتفى هذه القصد كان الكلام لغوا لا قيمة له.
الحالة الخامسة: صدور العبارة على سبيل الهزل بمعنى أن الشخص يتكلم بالعبارة قاصدا التلفظ بها من غير إرادة إنشاء عقد بها، فالهازل يتكلم بالكلام باختياره وهو عالم بمعناه، من غير قصد لموجبه، أى من غير إرادة الحكم المترتب عليه، وقد اختلف الفقهاء فى صحة عبارة الهازل.
الحالة السادسة: صدور العبارة بالإكراه، والإكراه هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتهديدة بأذى لا يحتمله، ويقدر الحامل على إيقاعه، ويصير الغير خائفا به.
وعبارة المكره إذا ما توافرت شروط الإكراه لا قيمة لها عن جمهور الفقهاء؛ لأنها لم تصدر غن قصد صحيح وإرادة سليمة، وإنما صدرت بقصد دفع الأذى عن قائلها خلافا للأحناف.
الحالة السابعة: إذا صدرت العبارة وهى تفيد بوضعها إنشاء عقد معين، ولكن قصد بها القائل إنشاء عقد آخر، وقامت القرائن على هذا القصد ففى هذه الحالة تكون العبارة معتبرة، وينعقد بها العقد المقصود؛ لأن العبرة فى العقود للمعانى لا للألفاظ والمبانى، وعلى هذا لو قال شخص لآخر: وهبتك فرسى بمائة دينا، وقال الآخر: قبلت، كان العقد بيعا لا هبة.=
=الحالة الثامنة: إذا صدرت العبارة بقصد إنشاء العقد الذى تفيده هذه العبارة، ولكن بقصد تحقيق غرض مباح شرعا، كما لو باع عنبه لمن يعصره خمرا، أو باع السلاح لقطاع الطرق، أو المتمردين العصاة، فمن الفقهاء من غلب جانب الإرادة الظاهرة أى العبارة وقال بانعقاد العقد، إذا ما توافرت أركان العقد وشورطه، ومن الفقهاء من غلب جانب الإرادة الباطنة فأبطل العقد". أ. هـ المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية أ.د/ عبدالكريم زيدان صـ٣٠٠، بتصرف كبير، ويراجع: المدخل للفقه الإسلامى، د/ محمد سلام مدكور صـ٥٥٣، المدخل فى الفقه الإسلامى، تعريفه وتاريخه، ومذاهبه أ.د/ محمد مصطفى شلبى صـ٤٥٦.

المبحث الثانى

موقف الفقه الإسلامى من الإرادة الظاهرة والباطنة

"إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علما فإذا اجتمع القصد، والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم. هذه قاعدة الشريعة، وهي من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته، فإن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الاختيار، فلو ترتبت عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة، ورحمة الله تعالى وحكمته تأبى ذلك".(١)

فالعلاقة بين الإرادة الظاهرة والباطنة هى علاقة ما بين القلب واللسان، فاللسان ترجمان ما فى القلب، وقد جعل اللسان على الفؤاد دليلا، بحيث تعكس العبارة التى ينطق بها اللسان عما فى داخل النية من مقاصد وغايات، وتترجمها إلى واقع عن طريق اللفظ بها، وهكذا نجد أن الشارع الحكيم جعل الإرادة الظاهرة دليلا على الإرادة الباطنة.(٢)

وقد علمنا آنفا أحوال التوافق والاختلاف بين الإرادة الظاهرة والباطنة، وفى هذا المبحث سوف نفصل آراء الفقهاء حول الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والباطنة وهو ما أطلق عليه الفقهاء مصطلح انتفاء الإرادة (تعارض الإرادتين) فهل العبرة حينئذٍ فى انعقاد العقد بالإرادة الظاهرة، أم الباطنة؟ وبمعنى آخر: ما الحكم إذا ثبت أن الإرادة الظاهرة تخالف الإرادة الباطنة، ووجدت قرينة تعلن مستور هذه النية، أى الإرادتين أولى بالتقديم؟

اختلفت أنظار المذاهب الفقهية حول هذه القضية وتنوعت إلى اتجاهين، فالبعض يغلب النظرة الموضوعية، والبعض الآخر يغلب النوايا والبواعث الذاتية.

<u>لاتجا لأ ل</u>: تقديم وتغليب الإرادة الظاهرة على الباطنة فى العقود حفاظا على مبدأ استقرار المعاملات؛ لأن الإرادة الباطنة عنصر ذاتى داخلى يهدد المعاملات، سواء أدلت عليها قرائن أم لم تدل، وهو ما ذهب إليه الأحناف(٣) والشافعية،(١) والظاهرية،(٢) ومن المعاصرين الأستاذ عبدالرزاق السنهورى.(٣)

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٥٣٤/٤.

(٢) الإرادة الظاهرة والباطنة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، د/ محمد أحمد بكر، ع١٩ ج١ صـ٧٠٣.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني ٢٧٧/٧،الناشر دار الكتاب العربي، حاشية رد المختار على الدر المختار ابن عابدين ٤ / ٥٠٧، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر، المدخل محمد سلام مدكور مرجع سابق صـ٥٥٨ الملكية ونظرية العقد لأبى زهرة صـ٢٢٤.

لاتجا لثانى: تغليب الإرادة الباطنة على الظاهرة عند تعارضهما، متى كان الطرف الآخر عالما بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه العلم به، من خلال الظروف والقرائن المحيطة بالعقد، وهو ما ذهب إليه المالكية(٤) والحنابلة،(٥) والشيعة(٦) ومن المعاصرين د/ عبدالكريم زيدان(٧) الدكتور صبحى محمصانى.(٨)

سب لخلا بي لفقها

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء فى ترجيح إحدى الإرادتين على الأخرى إلى ثلاثة أمور:

لأ ل: اختلافهم فى الأخذ بنظرية السبب(٩) أو الباعث(١٠) من عدمه، فمن رأى أن السبب الذى يدعو إلى التعاقد لابد أن يكون مشروعا فإن لم يكن مشروعا لم

---

(١) الأم الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى (المتوفى: ٢٠٤هـ) ٣/ ٧٥، الناشر: دار المعرفة – بيروت، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ) ٢/ ٤١، ط/ دار الكتاب الإسلامي.

(٢) المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) ٩/ ٤٢٢، ط/ دار الفكر – بيروت.

(٣) الوسيط فى شرح القانون المدنى، عبدالرزاق أحمد السنهورى، ١ / ١٨٠، ط/ دار إحياء التراث العربى، بيروت لبنان.

(٤) الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ) ٣/ ٥٧٢، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط/ دار ابن عفان، الأولى، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد بن محمد، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ) ٣/ ٢٠، الناشر: دار المعارف.

(٥) إعلام الموقعين لابن القيم ٤/ ٥٣٤، المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) ٤/ ١٦٨، ط/ مكتبة القاهرة.

(٦) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني ٦/ ٢٢٠، ط/ مكتبة اليمن، شرح النيل وشفاء العليل، محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش ١٣/ ٢٧٤، ط/ مكتبة الإرشاد.

(٧) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د/ عبدالكريم زيدان صـ٣٠٥.

(٨) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د/ صبحى المحمصانى، صـ٢٨٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢: ١٩٧٢م.

(٩) السبب هو: الوصف الذي يناط به الحكم الشرعي، بحيث يوجد الحكم بوجوده، ويتخلف. بانعدامه. معجم لغة الفقهاء صـ٣١٩، قال الدكتور وهبة الزحيلى: "السبب فى الفقه الإسلامي هو: المقصد الأصلى للعقد، أى أن السبب هو مجموع الآثار المتولدة، فإن كانت هذه الآثار سليمة ذات محل مشروع كان العقد صحيحا، وإلا كان باطلا، وهذه الآثار هى التى دفعت العاقد إلى التعاقد. موسوعة الفقه الإسلامى، أ.د/ وهبة الزحيلى ٥/ ١٨٠.

(١٠) الفرق بين السبب والباعث أن السبب هو الغرض والدافع والمباشر الذى التزم المدين من أجله، والباعث هو ما قبل ذلك من الدوافع. موسوعة الفقه الإسلامى، أ.د/ وهبة الزحيلى ٥/ ١٨٠.

يصح العقد، قال بتقديم الإرادة الباطنة، ومن رأى أن السبب لا تأثير له على العقد إلا إذا كان مصرحا به فى صيغة التعاقد قال بتقديم الإرادة الظاهرة.(١)

لثاني: اختلافهم فى الأساس الذى يقوم عليه الإظهار، فالذين يأخذون بالإرادة الباطنة يرون أن الإظهار ليس سوى وسيلة للكشف عن الإرادة الباطنة فقالوا بتقديمها، أما الذين قالوا بالإرادة الظاهرة فهم يرون أن إظهار الإرادة بالعبارة أو ما يقوم مقامها هو عنصر مقوم وجزء جوهرى ذو قيمة خاصة لابد من اعتباره، وبناء عليه قالوا بتقديم الإرادة الظاهرة. (٢)

لثاا : اختلافهم فى معنى الرضا، والاختيار، وهل هما متغايران، أم متلازمان، وبمعنى آخر هل الرضا والاختيار بمعنى واحد أم مختلفان؟، فمن رأى أنهما متمايزان قال بتقديم الإرادة الباطنة،(٣) ومن رأى أنهما بمعنى واحد قال بتقديم الإردة الظاهرة.(٤)

لأ ل ـ ـة

لة لاتجا لأ ل

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من تغليب الإرادة الظاهرة على الباطنة بعدة أدلة من القرآن، والسنة، والمعقول

لا: لتهـ ـ لة

---

(١) موسوعة الفقه الإسلامى، أ.د/ وهبة الزحيلى ٥/ ١٨٢.

(٢) الملكية ونظرية العقد، الشيخ الإمام محمد أبوزهرة صـ٤٥٦، الإرادة الظاهرة والباطنة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، د/ محمد أحمد بكر، ع١٩ ج١ صـ٧٢٠.

(٣) وهو ما ذهب إليه فقهاء الأحناف، وهم يفرقون بين ثلاثة مصطلحات:

الأول: الإرادة هى مجرد اعتزام الفعل والاتجاه إليه، أو: توجه الرغبة لإتيان تصرف دون غيره من التصرفات وعلى وجه دون غيره من الوجوه.

الثانى الاختيار ترجيحُ الشيء وتخصيصُه وتقديمه على غيره وهو أخصُ من الإرادة.

الثالث: الرضا فهو الرغبة فى الفعل والارتياح إليه. فالإرادة أعم هذه الأحوال، والاختيار أخص من الإرادة، والرضا مرتبة أخص من الاختيار.

التعريفات الفقهية صـ٢٠، معجم لغة الفقهاء صـ٥٣.

فمن دخل الجندية مثلا فى زماننا طائعا عندما جاء دوره فى نظام إجبارى لا يقبل فيه من الرعايا المكلفين بدل مالى عنها، فهو مريد لهذا الدخول غير مختار فيه.

فإذا كان البدل المالى مقبولا منه عنها، فرجح أن يدفعها دونها وهو كاره فهو فى دفعه مريد ومختار، لكنه فاسد الاختيار. فإن تطوع فى دخول الجندية فى نظام غير إجباري فهو مريد مختار راض. ينظر: المدخل الفقهى العام مصطفى الزرقا ١/ ٤٥٢.

(٤) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية، الشيخ محمد أبو زهرة، صـ٢٢١ وما بعدها، ط/ دار الفكر العربى.

١-ة له تعالى: ﴿وَلَآ أَقُولُ لَكُمْ عِندِى خَزَآئِنُ ٱللَّهِ وَلَآ أَعْلَمُ ٱلْغَيْبَ وَلَآ أَقُولُ إِنِّى مَلَكٌ وَلَآ أَقُولُ لِلَّذِينَ تَزْدَرِىٓ أَعْيُنُكُمْ لَن يُؤْتِيَهُمُ ٱللَّهُ خَيْرًا ۖ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا فِىٓ أَنفُسِهِمْ ۖ إِنِّىٓ إِذًا لَّمِنَ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾[١]

جه ل لالة: قد رتب الله تعالى الحكم فى الآية على ظاهر إيمانهم، ورَدَّ علم ما في أنفسهم إلى العالم بالسرائر تعالى المنفرد بعلم ذات الصدور وعلم ما في النفوس من علم الغيب، فدل على تغليب الإرادة الظاهرة إذ لا وصول إلى الباطنة.[٢]

٢-ة له تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾[٣]

جه ل لالة: في الآية نهى عن اتباع ما لا تعلم ولا يعنيك. فلا تقل: رأيت وأنت لم تر، وسمعت: وأنت لم تسمع، وعلمت: وأنت لم تعلم، والمعنى لا تتبع الحدس والظنون، وكلها متقاربة. وأصل القفو البهت والقذف بالباطل.(٤) فلم يجعل لنا علمًا بالنيَّات والمقاصد تتعلق الأحكام الدنيوية بها.

٣-ة له تعالى: ﴿قَالَتِ ٱلْأَعْرَابُ ءَامَنَّا ۖ قُل لَّمْ تُؤْمِنُوا۟ وَلَٰكِن قُولُوٓا۟ أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ ٱلْإِيمَٰنُ فِى قُلُوبِكُمْ﴾[٥]

جه ل لالة: حيث أعلم الله نبيه -صلى الله عليه وسلم- أنه لا يعلم صدقهم بالإسلام إلا اللَّه؛ ثم أطْلَعَ اللَّهُ رسوله على قوم يُظهرون الإسلام ويُسِرُّون غيره، فلم يجعل له أن يحكم عليهم بخلاف حكم الإسلام، ولم يجعل له أن يقضي عليهم في الدنيا بخلاف ما أظهروا؛ فأمر بقبول ما أظهروا.(٦)

<u>لمناقشة:</u>

نوقشت الآيات الكريمات السابقة بأنه إذا كان يؤخذ منها بناء الأحكام على الظاهر، فإن ذلك مرهون بعدم معرفة الباطن، أما في حالة الوقوف على النية الحقيقية فإنه يتعين الأخذ بها.(٧) حيث قال ابن القيم: " إذا ظهر قصد المتكلم لمعنى الكلام أو لم يظهر قصد يخالف كلامه وجب حمل كلامه على ظاهره، والأدلة التي ذكرها الشافعي

---

(١) سورة هود الآية ٣١.
(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٥٠٦/٤.
(٣) سورة الإسراء من الآية ٣٦.
(٤) تفسير القرطبى ١٠/ ٢٥٩، ط/ دار الكتب المصرية – القاهرة، الثانية.
(٥) سورة الحجرات من الآية ١٤.
(٦) الأم للشافعى ٢٩٥/٧، إعلام الموقعين لابن القيم ٥٠٧/٤.
(٧) الإرادة الظاهرة والباطنة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، د/ محمد أحمد بكر، ع١٩ ج١ صـ٧١٦.

-رضي الله عنه- وأضعافها كلها إنما تدل على ذلك، وهذا حق لا ينازع فيه عالم، والنزاع إنما هو في غيره".(١)

ثانيا: لتهم لسنة:

١- عن أبي هريرة -رضى الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- (أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قال لا إله إلا الله فقد عصم منى ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله).(٢)

وجه الدلالة: قوله: وحسابه على الله أي: فيما يسرون به من الكفر والمعاصي، والمعنى: إنا نحكم عليهم بالإيمان، ونؤاخذهم بحقوق الإسلام، بحسب ما يقتضيه ظاهر حالهم، والله سبحانه يتولى حسابهم، فيثيب المخلص، ويعاقب المنافق، ويجازي المسر بفسقه أو يعفو عنه.(٣)

٢- حديث ابن عباس فى اللعان وقول النبي صلى الله عليه وسلم فى المرأة: (لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن).(٤)

وجه الدلالة: لو شاء الله لأطلعه -صلى الله عليه وسلم- على باطن أمر الخصمين، فحكم بيقين نفسه، من غير حاجة إلى شهادة ويمين، ولكن لما أمر الله تعالى أمته باتباعه، والاقتداء بأقواله وأفعاله وأحكامه، أجرى له - صلى الله عليه وسلم - حكمهم في عدم الاطلاع على باطن الأمور؛ ليكون حكم الأمة في ذلك حكمه، فأجرى الله تعالى أحكامه على الظاهر الذي يستوي هو وغيره فيه؛ ليصح الاقتداء به، وتطيب نفوس العباد للانقياد للأحكام الظاهرة من غير نظر إلى الباطن.(٥)

لمناقشة: هذا الحديث ظاهره أنه يقع منه -صلى الله عليه وسلم- حكم في الظاهر مخالف للباطن، وقد اتفق الأصوليون على أنه -صلى الله عليه وسلم- لا يقر على خطأ في الأحكام.(٦)

وجه: لا تعارض بين الحديث وقاعدة الأصوليين؛ لأن مرادهم أنه لا يقر على خطأ فيما حكم فيه باجتهاده، ولهذا اختلفوا: هل يجوز أن يقع منه - صلى الله عليه وسلم

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٤/٥٢٠.

(٢) أخرجه البخارى ٢/١٣١ح ١٣٩٩، ك/ الزكاة، ب/ وجوب الزكاة، ومسلم ١/ ٣٨ ح١٣٣، ك/ الإيمان، ب/ الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله.

(٣) تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة، القاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي (ت ٦٨٥هـ) ١/٤٦، ط/ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.

(٤) صحيح البخارى ٦/ ١٢٦ح ٤٧٤٧، ك/ التفسير، ب/ {ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين}.

(٥) العدة في شرح العمدة في أحاديث الأحكام، علي بن إبراهيم بن داود بن سلمان بن سليمان، أبو الحسن، علاء الدين ابن العطار (المتوفى: ٧٢٤ هـ) ٣/ ١٥٥٩، ط/ دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الأولى.

(٦) العدة في شرح العمدة ٣/١٥٥٩.

- خطأ فيه؟ فالأكثرون على جوازه، لكن قالوا: لا يقر على إمضائه، بل يُعْلِمه الله - عَزَّ وَجَلَّ- به، فيتداركه، ومنهم من منع وقوعه.
وأما الذي في الحديث، فالمراد به الحكم بغير الاجتهاد بطريق البينة، واليمين إذا وقع فيه ما يخالف باطنه ظاهره، أو عكسه؛ فإن ذلك لا يسمى الحكم به خطأ، بل هو صحيح بناء على ما استقر به التكليف.(١)

٣-عن أم سلمة قالت: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (إنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو مما أسمع منه فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النار).(٢)

وجه الدلالة: حيث أخبر النبي -صلى اللَّه عليه وسلم- أنه يحكم بالظاهر وإن كان في نفس الأمر لا يَحلُّ للمحكوم له ما حكم له به، وفي هذا كله دلالة على إلغاء المقاصد والنيات في العقود، وإبطال سد الذرائع، واتِّباع ظواهر عقود الناس وألفاظهم.(٣)

المناقشة: نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه محمول على أن الأحكام محمولة على الظاهر ما لم يقم دليل على أن ما أبطنوه خلاف ما أظهروه، وإلا كان الحكم بناء على الباطن لا على الظاهر.

٤- عن ركانة بن عبد يزيد أنه طلق امرأته البتة فأتى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال: ما أردت؟ قال: واحدة. قال: آلله.؟ قال: آلله. قال: هو على ما أردت).(٤)

وجه الدلالة: قال الشافعي: وفي ذلك وغيره دليل على أن حراما على الحاكم أن يقضي أبدا على أحد من عباد الله إلا بأحسن ما يظهر، وإن احتمل ما يظهر غير أحسنه وكانت عليه دلالة على ما يخالف أحسنه. قال ابن القيم: فمن حكم على الناس بخلاف ما ظهر عليهم استدلالا على أن ما أظهروا خلاف ما أبطنوا بدلالة منهم أو غير دلالة لم يسلم عندي من خلاف التنزيل والسنة.(٥)

المناقشة: نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه من أعظم الأدلة على صحة هذه القاعدة، وأن الاعتبار في العقود بنيات أصحابها ومقاصدهم وإن خالفت ظواهر ألفاظهم؛ فإن لفظ البتة يقتضي أنها قد بانت منه، وانقطع التواصل الذي كان بينهما

---

(١) المرجع السابق.
(٢) صحيح البخارى٣/٢٣٥ح٢٦٧٩، ك/الشهادات، ب/ من أقام البينة بعد اليمين، مسلم٥/١٢٨ ح٤٥٧٠، ك/الأقضية، ب/ الحكم بالظاهر واللحن بالحجة.
(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٤/٥١٣.
(٤) أبوداود ٢/٢٣١ح ٢٢١٠، ك/الطلاق، ب/ فى البتة، وأبويعلى فى مسنده ٣/١٠٨ح ١٥٣٨، وأحمد فى المسند، والبيهقى فى السنن ٧/٣٣٩ح ١٥٣٨١، وصححه الحاكم فى المستدرك ووافقه الذهبى ٢/ ٢١٨.
(٥) الأم ٧/ ٢٩٧.

بالنكاح، وأنه لم يبق له عليها رجعة، بل بانت منه البتة كما يدل عليه لفظ البتة لغة وعرفا، ومع هذا فردها عليه، وقبل قوله أنها واحدة مع مخالفة الظاهر اعتمادا على قصده ونيته، فلولا اعتبار القصود في العقود لما نفعه قصده الذي يخالف ظاهر لفظه مخالفة ظاهرة بينة؛ فهذا الحديث أصل لهذه القاعدة، وقد قبل منه في الحكم، ودينه فيما بينه وبين الله، فلم يقض عليه بما أظهر من لفظه لما أخبره بأن نيته وقصده كان خلاف ذلك.(١)

ثالثا: لتهم لمعقول

١- مضت أحكام رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فيما بين العباد من الحدود وجميع الحقوق، على الظاهر حيث علم أمته أن جميع الأحكام على ما يظهرون، والله يدين بالسرائر. وإذا كانت الأحكام كلها كذلك، فالعقود كلها لا يؤخذ إلا بما تنطق به عبارتها من غير نظر إلى النيات خيرة أو غير خيرة. (٢)

٢- دل الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الإسلام على أن العقود إنما تثبت بظاهر عقدها لا تفسدها نية العاقدين كانت العقود إذا عقدت في الظاهر صحيحة، ولا تفسد بتوهم غير عاقدها على عاقدها، ولا سيما إذا كان توهما ضعيفا.(٣)

لمناقشة:

ناقش ابن القيم هذه الأدلة: " بأن هذا محمول على ما إذا ظهر قصد المتكلم لمعنى الكلام أو لم يظهر قصد يخالف كلامه وجب حمل كلامه على ظاهره، والأدلة التي ذكرها الشافعي -رضي الله عنه- وأضعافها كلها إنما تدل على ذلك، وهذا حق لا ينازع فيه عالم، وإنما النزاع في الحمل على الظاهر حكما بعد ظهور مراد المتكلم والفاعل بخلاف ما أظهره؛ فهذا هو الذي وقع فيه النزاع.(٤)

لقه لاتجا لثانى

أصحاب الاتجاه الثانى ذهبوا إلى تغليب الإرادة الباطنة عند تعارض الإرادتين، وقد استدلوا على مذهبهم من القرآن، والسنة، والمعقول

لا: لتهم لقه

١ - قه له تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ (٥) قه له تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ (١) قه له: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ (٢)

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٤/ ٥٤٣.
(٢) الملكية ونظرية العقد أبوزهرة صـــ٢٤٣.
(٣) الأم للشافعى ٧/ ٢٩٦، ٢٩٨.
(٤) أعلام الموقعين مرجع سابق ٤/ ٥١٩.
(٥) سورة البقرة من الآية ٢٢٨.

جه ا لالة: الآية الكريمة الأولى فى حق الأزواج إذا طلقوا أزواجهم طلاقا رجعيا وهى نص في أن الرجعة إنما ملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح دون من قصد الضرار. وقوله تعالى في الخلع بين تعالى من خلاله أن الخلع المأذون فيه، والنكاح المأذون فيه إنما يباح إذا ظنا أن يقيما حدود الل، فالآيات دليل على اعتبار القصد في العقد وتعلقه به، وعدم صحة العقد لعد صحة القصد.(٣)

لمناقشة: نوقش الاستدلال بهذه الآيات بأنه لا سبيل إلى معرفة قصده من الإصلاح أو الإضرار؛ لأنه أمر خفى لا يطلع عليه أحد، فالرجعة صحيحة سواء أراد إصلاحا، أم ضرارا، لكن يتعلق الإثم عند إرادة الضرار بالآخرة.

قال لة بى: " الرجل مندوب إلى المراجعة، ولكن إذا قصد الإصلاح بإصلاح حاله معها، وإزالة الوحشة بينهما، فأما إذا قصد الإضرار وتطويل العدة والقطع بها عن الخلاص من ربقة النكاح فمحرم، ثم من فعل ذلك فالرجعة صحيحة، وإن ارتكب النهي وظلم نفسه"(٤) ولما كان هذا أمرا باطنا جعل الله تعالى الثلاث علما عليه، ولو تحققنا نحن ذلك المقصد منه لطلقنا عليه."(٥)

٢-ة له تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ﴾(٦)

جه ا لالة: قدم الله الوصية في الآية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرار؛ فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها.

لمناقشة: يمكن مناقشة الاستدلال بهذه الآية الكريمة بأن الضرار في الوصية تصحبه قرائن تدل عليه، وإلا لما علمنا به وهذا خارج عن محل النزاع.

قال في روح المعانى: " المفهوم من الآية أن الإيصاء والإقرار بالدين لقصد الإضرار لا يستحق التنفيذ وهو كذلك إلا أن إثبات القصد مشكل إلا أن يعلم ذلك بإقراره، والظاهر أن قصد الإضرار لا القربة بالوصية بالثلث فما دونه لا يمنع من التنفيذ".(٧)

---

(١) سورة البقرة من الآية ٢٣٠.
(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣١.
(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٥٠٠/٤ بتصرف، ويراجع: أحكام القرآن، لابن العربي ١/ ٢٧٠، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.
(٤) تفسير القرطبى ١٢٣/٣.
(٥) أحكام القرآن لابن العربى ٢٥٦/١.
(٦) سورة النساء من الآية ١٢.
(٧) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: ١٢٧٠هـ) ٤٤١/٢، المحقق: علي عبد الباري عطية، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الأولى.

ثانيا: لتهـ ـ لسنة

١- عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال سمعت -رسول الله صلى الله عليه و سلم- يقول: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه).(١)

جه ل لالة: هذا حديث عظيمُ الشأن، عليه مدار الأعمال الظاهرة والباطنة، فيدل على أنَّ أوَّل واجباتِ المُكلَّف القصْد إلى النَّظر المُوصِل؛ لمَعرفة الله تعالى، فالقصْد سابقٌ دائمًا.(٢) وهذا يعنى أن الإسلام يأخذ بالإرادة الباطنة لا الظاهرة.(٣)

لمناقشة: نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأن التقدير لا عمل إلا بالنية فليس المراد نفى ذات العمل؛ لأنه قد يوجد بغير نية بل المراد نفى أحكامها كالصحة والكمال، وقد اختلف العلماء في المنفى فقيل: الصحة، وقيل: الكمال. وعلى القول بأن المنفى هو الكمال فيكون العقد ولو خالطته نية فاسدة، أو إرادة باطنة سيئة صحيحا مع انتفاء الثواب والأجر.(٤)

٢- عن جابر ، قال: سمعت -رسول الله صلى الله عليه وسلم- يقول: (صيد البر لكم حلال، ما لم تصيدوه أو يصاد لكم).(٥)

وجه الدلالة: الحديث حرم على المحرم الأكل مما صاده الحلال إذا كان قد صاده لأجله، فانظر كيف أثر القصد في التحريم؟ ولم يرفعه ظاهر الفعل.(٦)

لمناقشة: ذ ق لحد ـ بأنه ضعيـ لإسنا معل ل بالانق ا .(٧)

---

(١) أخرجه البخارى ٣/١ح١، ك/ بدء الوحى، ب/ كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، ومسلم ٤٨/٦ح ٥٠٣٦، ك/ الإمارة ب/ قوله -صلى الله عليه وسلم- « إنما الأعمال بالنية ». وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال.

(٢) اللامع الصبيح بشرح الجامع الصحيح، شمس الدين البرْماوي، (المتوفى: ٨٣١ هـ) ١م١٧، تحقيق ودراسة: لجنة مختصة من المحققين بإشراف نور الدين طالب،الناشر: دار النوادر، سوريا الأولى، ويراجع أيضا: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د/ عبدالكريم زيدان صـ٣٠٥.

(٣) الإرادة الظاهرة والباطنة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، د/ محمد أحمد بكر، ع١٩ ج١ صـ٧١٤.

(٤) فتح البارى لابن حجر ١٣/١، الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري، للكوراني الشافعي ثم الحنفي المتوفى ٨٩٣ هـ ٣١/١، المحقق: الشيخ أحمد عزو، ط/ دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، الأولى.

(٥) أخرجه النسائى ٨٣/٤ح ٣٧٩٦، ك/ الحج، ب/ إذا أشار المحرم إلى الصيد فقتله الحلال، وأبوداود ١٠٩/٢ح ١٨٥٣، ك/ الحج ب/ لحم الصيد للمحرم، وأحمد فى المسند ٣٦٢/٣ح ١٤٩٣٧، والحديث مختلف فى صحته وضعفه يراجع لذلك: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ٢٧٤/٥.

(٦) إعلام الموقعين لابن القيم ٥٠٣/٤.

(٧) قال الترمذى عقب إخراجه لهذا الحديث ٣/ ٢٠٣: " والمطلب لا نعرف له سماعا عن جابر" يراجع: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ٢٨١/٣.

٣- عن أبي حميد الساعدي قال: استعمل رسول الله -صلى الله عليه و سلم- رجلا على صدقات بني سليم يدعى ابن اللتبية فلما جاء حاسبه، قال: هذا مالكم وهذا هدية. فقال رسول الله -صلى الله عليه و سلم-: (فهلا جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك إن كنت صادقا). ثم خطبنا فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: (أما بعد فإني أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله فيأتي فيقول: هذا مالكم، وهذا هدية أهديت لي أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته).(١)

وجه الدلالة: قال د/ عبدالكريم زيدان: ففى الحديث أكبر الدلالة على اعتبار دلالة الحال على النية المستترة، والباعث الخفى، ولو لم يدل عليه لفظ العقد.(٢)

ثالثا: من المعقول

ذكر ابن القيم لهذا المذهب عدة أدلة من المعقول يمكن تلخيصها فيما يلى:

١- اعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ؛ فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره، واعتبارا لما قد يسوغ إلغاؤه، وكيف يقدم اعتبار اللفظ الذي قد ظهر كل الظهور أن المراد خلافه؟ بل قد يقطع بذلك على المعنى الذي قد ظهر بل قد يتيقن أنه المراد.

٢- من تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه، ولم يكفر من قال من شدة فرحه براحلته بعد يأسه منها: (اللهم أنت عبدي وأنا ربك) (٣) فكيف يعتبر الألفاظ التي يقطع بأن مراد قائلها خلافها؟

٣- إذا كان القول والفعل الواحد يوجب الملك لمالكين مختلفين عند تغير النية ثبت أن للنية تأثيرا في العقود والتصرفات، ومن ذلك أنه لو قضى عن غيره دينا أو أنفق عليه نفقة واجبة أو نحو ذلك ينوي التبرع والهبة لم يملك الرجوع بالبدل، وإن لم ينو فله الرجوع إن كان بإذنه اتفاقا.(٤)

٤- قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات؛ فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشئ حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا، وطاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة.

٥- تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته، بل أبلغ من ذلك، وهي أنها تؤثر في الفعل

---

(١) أخرجه البخارى ٦/ح ٦٥٧٨، ك/ الحيل، ب/ احتيال العامل ليهدى له.
(٢) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د/ عبدالكريم زيدان صـ٣٠٥.
(٣) صحيح مسلم ٨/ ٩٣ح ٧١٣٦، ك/التوبة، ب/ فى الحض على التوبة والفرح بها.
(٤) إعلام الموقعين لابن القيم ٤/٤٩٨ وما بعدها.

الذي ليس بعقد تحليلا وتحريما فيصير حلالا تارة وحراما تارة باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحا تارة وفاسدا تارة باختلافها.(١)

لة ل لمختا لجمع بي لم هبي

جنح بعض الفقهاء إلى التوفيق والجمع بين الاتجاهين السابقين، وذهبوا مذهبا وسطا بين المذهبين المذكورين حيث يرى البعض أن الفقه الإسلامى يغلب جانب الإرادة الظاهرة ما لم تكن هناك قرينة أو دلالة حال تدل على خلاف ذلك، ويغلب جانب الإرادة الباطنة متى وجدت القرينة التى تدل على تلك الإرادة الباطنة، وهو ما تدل عليه بعض الفروع الفقهية لدى الأحناف،(٢) ورجحه من المعاصرين د/ محمد سلام مدكور،(٣) د/ محمد وحيد سوار،(٤) د/ مصطفى الجمال، ود/عبدالمجيد الحكيم.(٥)

يقول الدكتور محمد سلام مدكور: " أما الأحناف فهم وإن كانوا يرون الاتجاه ناحية الإرادة الظاهرة عند انعدام القرينة، ويرتبون الحكم على العبارة الصادرة، والقول بغير ذلك يترتب عليه ضياع حقوق الناس إذ يدعى كل شخص يريد التخلص مما التزم به أنه لم يقصد الالتزام، وإنما صدر منه خطأ أو نسيانا، إلا أنه إذا كانت هناك قرينة قوية تدل على الإرادة الباطنة فإنهم كما تفيد النقول عنهم مختلفون: فمنهم من قال إن العقد ينعقد فاسدا، ومنهم من قال إن القصد إلى العبارة منعدم مع الخطأ، وأبطل عقد المخطىء"(٦)

وما قرره الدكتور مدكور عن الأحناف رده الشيخ محمد أبوزهرة حيث قال: " تفيد الفروع المختلفة في مذهب أبى حنيفة وأصحابه –رضى الله عنهم- أن هذا المذهب يميل في جملته إلى طريقة الشافعى، وهى الأخذ بظاهر عبارات العقود، من غير تحر وتتبع للنيات الخفية، والإرادات المستكنة، سواء أدلت عليها قرائن أم لم

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٤/٥٢٠. يراجع: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د/ عبدالكريم زيدان صـ٣٠٤، المدخل للفقه الإسلامى، أ.د/ محمد سلام مدكور صـ٥٥٦ وما بعدها.

(٢) الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَان، لابن نجيم، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، الملكية ونظرية العقد، أبوزهرة صـ٢٤٦، ٢٤٨، المدخل للفقه الإسلامى، أ.د/ محمد سلام مدكور صـ٥٥٦، ٥٥٩، ٥٦٥، ٥٦٨، ويراجع: حاشية رد المختار على الدر المختار ابن عابدين ٤ / ٥٠٨، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي ٣/ ٩٤، الناشر دار المعرفة.

(٣) محمد سلام مدكور مرجع سابق صـ٥٥٦، ٥٧٥.

(٤) مشار إليه فى محمد سلام مدكور هامش من ص٥٥٦ حيث قال مدكور: " ولقد عرض الدكتور محمد وحيد سوار إلى الآراء التى تناولت موقف الفقه الإسلامى من نظريتى الإرادة الظاهرة والباطنة، ثم خلص أخيرا بما يتفق مع ما ذكرناه." أ.هـ

(٥) مصادر الالتزام، د/ مصطفى محمد الجمال، صـ٥٥، ط/ دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، الكافى فى شرح القانون المدنى الأردنى، د/ عبدالمجيد الحكيم صـ٧٩، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، ط١: ١٩٩٣م.

(٦) المدخل للفقه الإسلامى، أ.د/ محمد سلام مدكور صـ٥٥٧ وما بعدها بتصرف.

تدل...والخلاصة أن المذهب الحنفى فيما نعلم تتجه فروعه إلى المنهج الذى يتمسك بلفظية العقود، لا بالنيات والدوافع."(١)
ثم خلص الدكتور مدكور بعد ما قرره عن الأحناف إلى قوله: " وأخيرا فالفقه الإسلامى وإن كان ينحاز إلى جانب نظرية الإرادة الظاهرة، فإنه في الواقع يتجه ناحية الإرادة الباطنة ويأخذ بها كثيرا، وإن كان مدى هذا الاتجاه الأخير يظهر بوضوح في الفقه الحنبلى والمالكى اللذين يتجهان إلى مبدأ سلطان الإرادة، والرضائية في العقود، ويظهر أقل وضوحا في الفقه الحنفى، ثم لا يكاد يبين في الفقه الشافعى."(٢)
ويقول د/ عبدالمجيد الحكيم: " إنَّ الفقه الإسلامي في انعقاد العقد وإنشاءه أخذ بالإرادة الظاهرة، وفي تفسير العقد أخذ بالإرادة الباطنة عندما أوجبوا البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين."(٣)
وبناء على ما سبق قد تحتاج بعض المسائل للحكم فيها بالإرادة الظاهرة، وفي هذه المسائل يتمسك الفقه بقاعدة:(الأصل في الكلام الحقيقة).(٤)
وعلى العكس من ذلك، فقد تظهر حاجة للأخذ بالإرادة الباطنة، وذلك عند تعذر إعمال الإرادة الظاهرة، فيصار إلى تجاوز المعنى الحرفي بالبحث عن النية والمقصد، والتى تعبر عن النية الحقيقية للمتعاقدين، وهنا يتمسك الفقه بقاعدة:(العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)(٥) التي مؤداها أنه إذا تعذر إعمال التعبير عن الإرادة يصار للبحث عن الإرادة الحقيقية أي الباطنة، وقد يُلجأ للإثنتين معا في سبيل العدل، فيكون التعويل على الإرادة الظاهرة عند توافقها مع الإرادة الباطنة، أو كانت مغايرة لها لكن لم تقم القرائن لهذه الإرادة الخفية، ويعول على الباطنة إذا قامت عليها القرائن، أو دلت عليها الدلائل، فلكل مقام مقال، وهذا اتجاه وسط بين الاتجاهين.

ثالثا: الخلاف الفقهي:

وقد اختلف أصحاب الاتجاهين السابقين في كثير من الفروع الفقهية بناء على اختلافهم في تغليب إحدى الإرادتين على الأخرى كما في بيع العينة، وبيع العنب لمن يعصره خمرا، وبيع السلاح في الفتنة، وزواج المحلل، فمن غلب جانب الإرادة الظاهرة قال بصحة هذه العقود اعتبارا بالأركان الأساسية من إيجاب وقبول وأهلية

---

(١) الملكية ونظرية العقد ٢٤٦ : ٢٥٠، بتصرف.
(٢) المدخل للفقه الإسلامى، أ.د/ محمد سلام مدكور صـ٥٧٥.
(٣) الكافي في شرح القانون المدني الأردني، عبدالمجيد الحكيم صـ١٥٠.
(٤) الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ) صـ٦٣، ط/ دار الكتب العلمية، الأولى، الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) صـ٥٩، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، ط/ دار الكتب العلمية،الأولى.
(٥) مُوْسُوعَة القواعِدُ الفِقْهِيَّة، محمد صدقي بن أحمد الغزي ٣٧٨/٧، ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الأولى.

المحل لحكم العقد؛ ولأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد، ولا عبرة للسبب أو الباعث في إبطال العقد، أى أن العقد صحيح في الظاهر دون بحث في النية أو القصد غير المشروع.

ومن غلب جانب الإرادة الباطنة واعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقد بشرط أن يكون ذلك معلوما للطرف الآخر، أو كانت الظروف تحتم علمه فقد أبطل هذه العقود، أما عدم صحة بيع العينة؛ فلأنه اتخذ البيع حيلة لتحليل التعامل بالربا، ولم يكن الغرض الحق هو البيع والشراء.

وأما عدم صحة بيع العنب للخمار وبيع السلاح في الفتنة ونحوهما فلأنه إعانة على الحرام، أو عقد على شىء لمعصية الله به فلا يصح. وأما فساد زواج المحلل فلأنه يتنافى مع أغراض الزواج السامية، وهو أنه عقد مؤبد قصد به تكوين أسرة دائمة، وهذا اتخذ لتحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول في وضع مؤقت فهو حيلة لرفع تحريم مؤبد، وهو قصد غير مشروع. (١)

هذا وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في كثير من القضايا الفقهية المعاصرة بناء على اختلاف فقهاء المذاهب الفقهية في تغليب إحدى الإرادتين على الأخرى وهو ما سوف نخصص المبحث التالى، لنذكر فيه بعضا من هذه القضايا كتطبيق معاصر لهذه النظرية والاختلاف حولها.

---

(١) وهبة الزحيلى موسوعة الفقه الإسلامى ٥ / ١٨٢ : ١٨٤، أبو زهرة الملكية ونظرية العقد صـ٢٤٧.

المبحث الثالث

نماذج من التطبيقات المالية المعاصرة لنظرية الإرادة الظاهرة الباطنة

التطبيقات المعاصرة هى ثمرة هذا البحث، حيث يتضح لنا أن اختلاف الفقهاء المعاصرين حول بعض القضايا كان تأصيله وسببه هو خلافهم حول نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة، ومدى تغليب إحدى النظريتين على الأخرى، وسوف نحاول في هذا المبحث ذكر بعض من هذه القضايا محاولين بيان المقصدية أو الصورية في بناء العقد وإنشائه، مبينين أثر الإرادة الظاهرة والباطنة في تلك القضايا المعاصرة.

المطلب الأول

الإجارة المنتهية بالتمليك وأثر نظرية الإرادة عليها

الإجارة المنتهية بالتمليك من المعاملات المالية المعاصرة والتى تعد إحدى طرق التمويل المصرفية الحديثة والهامة، والتى تعتمد عليها كثير من البنوك والمصارف في تعاملاتها حيث حققت مصلحة كل من المؤجر والمستأجر، وكانت أداة ناجحة من أدوات الاستثمار قصيرة الأجل.

يقول د/ منذر قحف: " ينبغي ألا يغيب عن بالنا أن الإجارة المنتهية بالتمليك هي عقد تمويلي يقصد منه تقديم بديل للتمويل القائم على أساس القرض الربوي، وهو ظاهرة أثارتها على المستوى الشرعي البنوك الإسلامية في سعيها لتنويع البدائل عن الربا من عقود يستربح فيها بالمال بما يتوافق مع أحكام الشريعة الغراء، وهو أيضاً عقد لم يتم اختراعه من قبل الخبراء المسلمين كما هو الشأن بالنسبة للمرابحة، وإنما عرفته الأمم الغربية التي لم تعن به كبديل للربا، لذلك يمكن أن نجد في بعض صوره ظواهر ربوية أو مخالفات شرعية أخرى جاءت بحكم استعارته من الغرب، مما يجعله بحاجة إلى التنقية والتصفية الشرعيتين.

ولكننا بنفس الوقت ينبغي ألا نندفع وراء التعريفات والتقسيمات الغربية لأنواعه، لأن هذه التعريفات ليست معياراً شرعياً عندنا، وإن كانت مفيدة في التعرف على خصائص كل صورة من صوره". أ.هـ(١)

لف لأ ل: تع يفها خ تها لعملية ف ئ ها

عرفتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية بأنها: " إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة، أو في أثنائها بإحدى الطرق المبينة في المعيار".(٢)

---

(١) الإجارة المنتهية بالتمليك، وصكوك الأعيان المؤجرة، د/ منذر قحف، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ع١٢/ ٢٢٨.

(٢) المعايير الشرعية هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية صـ١٢٧.

وعرفت الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي الإجارة المنتهية بالتمليك بأنها: "عقد على انتفاع المستأجر بمحل العقد بأجرة محددة موزعة على مدة معلومة على أن ينتهي العقد بملك المستأجر للمحل."(١)
وعرفها د/ وهبة الزحيلى بأنها: " تمليك منفعة بعض الأعيان كالدور والمعدات مدة معينة من الزمن، بأجرة معلومة تزيد عادة عن أجرة المثل، على أن يملك المؤجر العين المؤجرة للمستأجر، بناء على وعد سابق بتمليكها في نهاية المدة أو أثنائها، بعد سداد جميع مستحقات الأجرة أو أقساطها، وذلك بعقد جديد."(٢)
كما عرفها أحد الباحثين بأنها: "عقد بين طرفين يؤجر فيه أحدهما لآخر سلعة معينة مقابل أجرة معينة يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة ، تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد".(٣)
ولعل تعريف هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية هو أجمع هذه التعريفات وأشملها لمعنى الإجارة المنتهية بالتمليك.

بنا على ه لتع يفا لم ك غي ها فق ك لفقها ع خصائ

ممي للإجا لمنتهية بالتملي يمك جمال همها فيما يلى:

١-المصرف لا يقتنى الموجودات والأصول، وإنما يشتريها استجابة لطلب العميل (المستأجر.
٢-الإجارة المنتهية بالتمليك تشتمل على عقدين مستقلين: عقد إجارة يستمر طوال المدة المتفق عليها، عقد تمليك للعين المؤجرة في نهاية المدة، إما بثمن حقيقى أو رمزى، وإما بالهبة.(٤)
٣-تتطلب الإجارة المنتهية بالتمليك أن يكون مجمل ما يدفعه المستأجر للمؤجر من أقساط يساوى قيمة العين المؤجرة في نهاية المدة ويزيد عليها بحيث يتحقق للمؤجر عائدا مناسبا زيادة على رأس ماله.
٢-يتحمل المستأجر جزءا من النفقات المتعلقة باستعمال الأصل كالصيانة التشغيلية، والدورية، أما الصيانة الأساسية للأصل والتى يتوقف عليها بقاء المنفعة فتقع على المؤجر.
٣-يتحمل المؤجر خلال فترة الإجارة أقساط التأمين والضرائب لأنه لا يزال المالك الأصلى للعين.

---

(١) الإجارة المنتهية بالتمليك وصكوك الأعيان المؤجرة، إعداد الدكتور منذر قحف، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ١٢ /٢٣١.
(٢) المعاملات المالية المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلى صـ٣٩٤، ط/ دار الفكر المعاصر بيروت.
(٣) الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي لخالد الحافي صـ٦٠، جامعة الملك سعود كلية الدراسات العليا بحث ماجستير.
(٤) المعاملات المالية المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلى صـ٣٩٥.

٤-عقد الإجارة المنتهي بالتمليك عقد لازم لا يملك أحد العاقدين فسخه إلا بموافقة الطرف الآخر.
٥-يستهدف هذا العقد تمليك العين المستأجرة للمستأجر عند انتهاء مدة العقد، وسداد كامل المستحقات الإيجارية.(١)

لخ لعملية للإجا لمنتهية بالتمل

لخ لأ لى: يتفق العميل مع المؤسسة المالية، وهذه الاتفاق ينجز على نوعين:
١) أن تكون المؤسسة المالية مالكة للعين المرغوب فيها، كما إذا كانت تملك سيارات أو مساكن، يريد العميل أن يعقد عليها عقد إجارة منتهية بالتمليك.
٢) أن تكون المؤسسة لا تملك العين، فتقوم بشراء ما يرغب فيه العميل، ثم تعقد معه عقد إيجار منته بالتمليك.

لخ لثانية: تملك المؤسسة المالية الإسلامية للعين المرغوب في استئجارها.
حيث توكل المؤسسة الإسلامية العميل الراغب في الاستئجار للقيام بجميع الإجراءات في حدود سقف معين من الثمن، وبذلك يتكفل العميل باختيار النوع والمواصفات الفنية مما يحقق له غرضه، باعتبار أن المؤسسة ليست لها خبرة فيما يرغب فيه العميل، ومن جهة أخرى لا ترغب بحال من الأحوال في تملك تلكم المعدات. وما سعت لتملكها إلا لأن العميل طلب منها استئجارها استئجاراً منتهياً بالتمليك، فالبنك الإسلامي للتنمية ليس له خبرة مثلاً في الأجهزة الباهظة الثمن للتنقيب عن النفط، وفوارق الأثمان والمواصفات مختلفة اختلافاً كبيراً والدولة الراغبة في استئجارها لها خبراؤها ومهندسوها الذين يعلمون طبيعة طبقات الأرض حسب الدراسات الفنية التي قاموا بها، وهم يعلمون جيداً ما يتلاءم معها وما لا يتلاءم، فنفياً لكل خطر في رضا العميل، يوكل البنك العميل (الدولة مثلاً) بشراء تلكم الأجهزة باسم البنك، ويتحمل الوكيل مسؤولية التقصير أو التهاون في أداء ما وكل عليه نوعاً ومطابقة للمواصفات المطلوبة.

لخ لثالثة: إيجار المعدات بعد تسلمها من الوكيل إن كانت هناك وكالة.
بعد أن يتملك البنك المعدات ملكاً تاماً، وذلك بتولي الوكيل قبضها نيابة عنه وباسم البنك، يعقد البنك مع العميل عقد إيجار للمعدات أو العين، يحدد في هذا العقد ثمن الإيجار عن كل فترة زمنية، كما تحدد مدة الإيجار، وفي أغلب الأحوال يكون ما سيقبضه البنك من المستأجر مساوياً للثمن الذي دفعه البنك ومضافاً إليه الأرباح

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامى الدولى مجلة المجمع ١٢/ ٤٦٠، الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك وفق المعيار المحاسبى الإسلامى رقم٨ بالمقارنة مع المعيار المحاسبى الدولى رقم ١٧، دراسة تطبيقية فى المصارف الإسلامية صـ٣٠.

التي تم الاتفاق عليها في المراوضة السابقة بينه وبين العميل، والتي على أساسها وكل البنك العميل بإتمام صفقة الشراء.(١)

ف ئ مقاصد عقد الإجارة المنتهية بالتمليك :

"للإجارة المنتهية بالتمليك فوائد ومقاصد قد لا تتحقق بغيرها من العقود القريبة منها مثل البيع، أو حتى البيع بالتقسيط، وذلك لأن البيع بجميع صوره يقتضي نقل ملكية المبيع إلى المشتري، في حين أن البنك -مثلاً- قد لا يريد ذلك حفاظاً على حقه في العين المؤجرة بحيث إذا لم يتمكن المستأجر من دفع الإجارة، فإن ملكيتها لم تنتقل إلى أحد، وحقه محفوظ، إضافة إلى أن البنك يريد أن يكون له مرونة في زيادة أرباحه ولاسيما في مثل العقود الطويلة الأجل، أو أن المتعامل معه يخاف على هبوط الأرباح عن معيار معين فيعطي له عقد الإجارة المنتهية بالتمليك مرونة لا تتوافر في البيع بالتقسيط الذي يقسط الثمن على فترات محددة لا يجوز له أن يزيد شيئاً، أو ينقص، إضافة إلى أمور أخرى تعود إلى الضمانات ونقل الملكية.

ومن جانب آخر فقد تشتري بعض الشركات سيارات -مثلاً- للأجرة ثم تتعاقد مع السائقين بأجور شهرية لها، مع وعد بأنه بعد عشرة سنوات -مثلاً- تهبها لهم، أو تبيعها لهم بسعر رمزي، فالشركة تستفيد من الأجرة والسائق يستفيد مرتين: مرة من خلال ما يوفره للإنفاق على نفسه وعلى أسرته، ومرة أخرى حيث تعود إليه ملكية السيارة، وحينئذٍ يحافظ عليها أكثر مما لو كان أجيراً، وهكذا الأمر في الدور والمساكن، في حين أن المستأجر ليس لديه المال الكافي للشراء، وبذلك تتحقق أهداف اجتماعية وتنمية اقتصادية جيدة، فالإيجار المنتهي بالتمليك يفيد صغار الموظفين، وقليلي الدخول والمرتبات حيث لا يمكنهم شراء الدور، أو الشقق بسبب عدم الوفر، فيلجأون إلى الإيجار المنتهي بالتمليك الذي يحافظ أيضاً على حقوق البنوك أو الشركات، كما يفيد أصحاب المصانع والشركات الذين ليس لديهم السيولة الكافية، فيكون الأمثل للطرفين، هو الإيجار المنتهي بالتمليك".(٢)

لف لثاني: صو لإجا لمنتهية بالتمليـ :

تدور صور الإجارة المنتهية بالتمليك حول ما اتفق عليه المتعاقدان، وما أراداه من هذا التعاقد، ومن خلال النظر إلى صيغ عقود الإجارة المنتهية بالتمليك التى تطبق في البنوك، والشركات يتضح أن صور الإجارة المنتهية بالتمليك كثيرة وأهمها ما يلى:

---

(١) بحث الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير، الشيخ محمد المختار السلامي، مفتي الجمهورية التونسية سابقاً منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ١٢/ ٢٢٠، المعاملات المالية المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلى صـ٤٠٨.

(٢) الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة، (الإجارة المنتهية بالتمليك)، دراسة فقهية مقارنة، أ. د. علي محيي الدين، مجلة المجمع الفقهى الدولى ١٢/ ٣٢٧.

الصورة الأولى: (الإيجار المقترن بالبيع) حيث يتم الإيجار بين الطرفين، ثم يلحق هذا العقد بوعد ببيع العين المستأجرة مقابل مبلغ (حقيقي، أو رمزي) يدفعه المستأجر في نهاية المدة بعد سداد جميع الأقساط الإيجارية المتفق عليها.

الصورة الثانية: (الإيجار المقترن بالهبة) بأن يتعاقد الطرفان على تأجير العين (الدار، السفينة، أو نحوهما) ويلحق به وعد بالهبة في عقد منفصل، أي أن المؤجر يهبها للمستأجر بعد انتهاء زمن محدد يدفع فيه جميع الأقساط الإيجارية المستحقة.

الصورة الثالثة: (الإيجار المنتهى بالبيع المعلق على شرط سداد جميع الأقساط) بأن يتضمن صلب العقد الإجارة والبيع سواء كان الثمن رمزياً أم حقيقياً، وذلك بأن يصاغ على عقد البيع معلقاً على شرط سداد جميع الأقساط الإيجارية المتفق على سدادها خلال المدة المعينة.

الصورة الرابعة: (الإيجار المقترن بشرط تملك العين في أى وقت) أن يصاغ العقد على أساس عقد الإجارة، ولكن يكون للمستأجر الحق في تملك العين المؤجرة في أي وقت يشاء على أن يتم البيع في وقته، بعقد جديد تراعى فيه قيمة العين المؤجرة، أو حسب الاتفاق في وقته.

الصورة الخامسة: (الإيجار المنتهى بالتخيير) بأن يصاغ العقد على أساس الإجارة كما في الصورة الخامسة، ولكن يعطى حق الخيار للمستأجر في ثلاثة أمور:
١-شراء العين المؤجرة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة.
٢-مد مدة الإجارة لفترة أو لفترات أخرى.
٣-إعادة العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإجارة إلى صاحبها، ولا مانع من أن يعطى له حق إنهاء عقد الإجارة.

الصورة السادسة: أن يقوم شخص أو (مؤسسة) ببيع الدار، أو الطائرة، أو الباخرة للبنك، ثم بعد الشراء يقوم البنك بتأجيرها للبائع الأول مع وعد بالبيع، أو الهبة.
وهذه الصورة لا تختلف عن الأولى والثانية إلا في شيء واحد، وهو أن المستأجر هنا كان هو البائع للعين المؤجرة في حين أن المستأجر في الصور السابقة لم يكن له علاقة بها.(١)

---

(١) يراجع لهذه الصور: بحث أ. د/ علي محيي الدين، مرجع سابق ١٢/ ٣٢٩، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة فى الفقه الإسلامي، محمد يوسف عارف الحاج محمد، صـ٧٤، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، بحص مقدم استكمالا بمتطلبات درجة الماجستير، الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي لخالد الحافي صـ٦٦ وما بعدها، مقاصد الشريعة وأثرها فى العقود، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك نموذجا، يوسف آدم البدنى صـ٨.

لف لثال : لحك لفقهى للإجا لمنتهية بالتمل

اختلف الفقهاء المعاصرون حول الحكم الشرعى للإجارة المنتهية بالتمليك إجمالا(١) وكان خلافهم على قولين:

لق ل لأ ل: جواز التعاقد بالإجارة المنتهية بالتمليك إذا روعيت الضوابط الشرعية(٢) لهذا النوع من الإجارة وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين منهم: د/ علي محيي الدين،(٣) ود/ وهبة الزحيلى،(٤) والشيخ محمد المختار السلامى مفتى تونس،(٥) ود/ حسن علي الشاذلي،(٦) والشيخ/ محمد على التسخيرى،(٧) ود/ شوقى دنيا(٨)، وأيد هذا قرار المجمع الفقهى الدولى.(٩)،

---

(١) أعنى بالحكم الإجمالى: الحكم العام للصور التى ذكرها الفقهاء، وليس بإفراد كل صورة على حدة، حيث إن الفقهاء عند دراستهم لهذه القضية أفردوا كل صورة بالدراسة وذكروا حكم كل صورة مفردة وما يتعلق بها من أحكام، ولكن لأن الإجارة المنتهية بالتمليك ذكرتها فى البحث على سبيل التطبيق كنموذج فلست بحاجة إلى إفراد حكم كل صورة، وإنما أذكر الحكم الإجمالى للصور، ومن خلالها سوف أوضح التطبيق على نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة.

(٢) من هذه الضوابط ما يلى:

١-وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زماناً بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

٢-أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.

٣-أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ من تعد المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

٤-إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.

٥-يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين.

٦-تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة.

٧-تحديد مبلغ كل قسط من أقساط الأجرة.

يراجع لهذه الضوابط: قرار المجمع الفقهى الدولى مجلة المجمع ١٢ / ٤٦٠.

(٣) بحث أ. د/ علي محيي الدين، مرجع سابق ١٢/ ٣٢٩.

(٤) المعاملات المالية المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلى صـ٣٩٦.

(٥) الإيجار المنتهي بالتمليك، وصكوك التأجير، الشيخ محمد المختار السلامي مفتي الجمهورية التونسية سابقاً، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ٢٢٥/١٢.

(٦) الإيجار المنتهي بالتمليك، أ.د/ حسن علي الشاذلي، أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى ع٥/ ٢١١٥.

(٧) الإيجار المنتهي بالتمليك، وصكوك التأجير، الشيخ محمد علي التسخيري بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ٢٧٤/١٢.

(٨) الإجارة المنتهية بالتمليك، دراسة اقتصادية وفقهية، إعداد الدكتور شوقي أحمد دنيا، أستاذ الاقتصاد - جامعة الأزهر بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ٣٩٦/١٢.

(٩) مجلة المجمع الفقهى الدولى ٤٦٠/١٢.

والمجلس الشرعى لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية،(١) والندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتى،(٢) والمجلس الأوربى للإفتاء والبحوث.(٣)

القول الثانى: حرمة هذا النوع من التعاقد مطلقا وهو ما ذهبت إليه هئية كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية،(٤) والشيخ حامد بن عبدالله العلى، والشيخ محمد بن محمد المختار الشنقيطى، ود/ أحمد الحجى الكردى،(٥) د/ عبد الله محمد عبد الله.(٦)

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في المسألة إلى نظرة الفقهاء إلى حقيقة هذا العقد وهل هى إجارة فعلية أم بيع في ثوب إجارة؟ فمن غلب جانب الإرادة الظاهرة قال بجوازه، ومن غلب جانب الإرادة الباطنة قال بمنعه. يقول الدكتور على محى الدين: " فهذا العقد وإن كان قد صيغ بصياغة الإيجار وشروطه لكن مقصود العاقدين هو التملك والتمليك، فالمؤجر لا يريد أن يحتفظ بالعين المؤجرة إلا لفترة زمنية محددة يسترجع فيه ثمنها مع الأرباح، والمستأجر لا يريد الإجارة لذاتها وإنما يريد تملكها ولكن بما أنه لا يمتلك السيولة الكافية أو لأي سبب آخر يختار الإجارة المنتهية بالتمليك، وحتى هذه النية ليست مما يمكن الاستدلال عليها بل تدل عليها الظروف المحيطة بالعقد، ونوعية أقساط الإجارة - حيث تكون أكثر من الأجرة العادية - وبيع العين المستأجرة الذي يتم بثمن رمزي في الغالب لا يمثل قيمتها السوقية".(٧)

---

(١) المعايير الشرعية هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، المعيار الشرعى رقم ٩، صـ١١١.

(٢) منشور بمجلة المجمع الفقهى ع٥/ ٢١٨٣.

(٣) عقود التمويل المستجدة فى الصارف الإسلامية، دراسة تأصيلية تطبيقية، حامد حسن محمد على ميرة، المعهد العالى للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود رسالة دكتوراه صـ٢٢٧.

(٤) بيان اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في دورته الثانية والخمسين المنعقدة في الرياض ابتداء من تاريخ ١٤٢٠/١٠/٢٩ هـ.

(٥) يراجع لأقوال هؤلاء العلماء: الملاحق التى ذكرها الباحث محمد يوسف عارف الحاج محمد فى بحثه: عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة فى الفقه الإسلامي، صـ٢٣٤ وما بعدها.

(٦) التأجير المنتهي بالتمليك، والصور المشروعة فيه، د/عبد الله محمد عبد الله، منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ع٥/ ٢١٠٦.

(٧) بحث أ. د/ علي محيي الدين، مرجع سابق ١٢/ ٣٣٨، بحث، د/عبد الله محمد عبد الله، منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ع٥/ ٢١٠٠، ٢١٠٦.

لأ ل ـ ـة:

لة لم ه لأ ل:

استدل أصحاب المذهب الأول على قولهم بعدة أدلة من المعقول يمكن إجمالها فيما يلى:

١-هذه الإجارة ليست مشتملة على بيع وإجارة في آن واحد، وإنما هى قائمة على أساس عقدين منفصلين، يستقل كل منهما عن الآخر وهما:

لأ ل: عقد الإجار، سواء كانت الأجرة عادية كأجرة المثل، أم أكثر من ذلك؛ وذلك لأن الإجارة بيع المنفعة، والمتعاقدان حران في إبرام العقد بالتراضى بأى عوض.

لثانى: البيع، أو الهبة في نهاية مدة الإجارة، أو في أثنائها، عملا بوعد سابق ملزم غير مقترن بعقد الإجارة، ولا مانع شرعا من اتفاق جديد على معقود عليه بعد انتهاء مدة العقد الأول.

والعقد الأول يقتصر حكمه على تملك المستأجر المنفعة، والأجرة مقابل المنفعة، ويطبق عليه أحكام الإجارة.

والعقد الثانى يترتب عليه انتقال ملكية العين المؤجرة بعد تصفية آثار العقد الأول بانتهاء مدة الإجارة، أو حتى في أثنائها بوعد مجرد؛ لأن الإجارة يجوز إضافتها إلى المستقبل، أما البيع فأثره ناجز فلا يجوز إضافته لوقت في المستقبل.

والعقد الجديد إما بعوض وهو البيع بثمن رمزى أو حقيقى، عملا بمبدأ حرية التعاقد، وإما بغير عوض: كالهبة، وكل إنسان غير محجور عليه له أهلية التصرف بماله كما يشاء، وكل من هذين العقدين عقد جديد مستقل عن الإجارة ويتم بعد انتهاء الإجارة.

٢- لعمل بقاء : "الأصل فى العقود الصحة والإباحة حتى يقوم الدليل على التحريم والحظر" وهو قول جمهور الفقهاء من الأحناف،(١) والمالكية،(٢) والشافعية،(٣)

---

(١) تبيين الحقائق ٨٧/٤، أحكام القرآن للجصاص ٢٨٦/٢ حيث قال: " فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساده وفي صحة نذر ولزومه صح الاحتجاج بقوله تعالى: {أوفوا بالعقود} لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها".

(٢) الموافقات للشاطبى حيث قال: " والقاعدة المستمرة في أمثال هذا التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن؛ إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات؛ فكذلك ما يتعلق بها من الشروط، وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه. والله أعلم. الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى : ٧٩٠هـ) ٤٤٠/١، المحقق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان الناشر : دار ابن عفان، الأولى.

(٣) تحفة المحتاج حيث قال الهيتمى ٤٨٣/٤: " لأن الظاهر في العقود الصحة".

والحنابلة.(١)
والأصل فى الشروط الإباحة المطلقة وهو رأى متأخرى الحنابلة.(٢) مالم يكن الشرط مصادما نصا شرعيا بسبب وجود الربا أو الغرر مثلا، أو كان منافيا قواعد الشرع ومقاصده، أو منافيا مقتضى العقد.
٣-إن وجود وعد بين عاقدى الإجارة المنتهية بالتمليك ببيع العين المؤجرة مستقبلا قبل الإجارة أو فى أثنائها، لا يمس كيان الإجارة ولا البيع،(٣) لاستقلال كل منهما عن الآخر، ولا يكون أحدهما سببا للوقوع فى الربا أو الغرر، إذ ليس ذلك من عقود العينة، ولا يشتمل على غرر أو جهالة للعلم بجميع مقومات العقد.(٤)
لمناقشة: القول بوجود وعد ببيع العين عند انتهاء الأقساط لا يكفى؛ لأن الوعد غير ملزم عند جمهور الفقهاء.(٥)
جـ : بأن الوعد لازم عند بعض الفقهاء منهم ابن شبرمة وبعض المالكية الذين يقولون بأن الوعد كله لازم، ومنها القول المشهور الذى عزاه الإمام القرافي إلى مالك، وابن القاسم، وسحنون حيث يقولون: بأن الوعد ملزم قضاء وديانة إذا كان مرتبطاً بسبب، ودخل الموعود في السبب، قال سحنون: "الذي يلزم من الوعد قوله: اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به، أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو اشتر سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنك أخلفته بوعدك في ذلك، أما مجرد الوعد فلا يلزم به،

---

(١) شرح منتهى الإرادات ٥٦/٢ حيث قال: " لأن الأصل في العقود الصحة"، وقال ابن القيم فى إعلام الموقعين صـ٢٢٥: " وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح". وقال ابن تيمية فى مجموع الفتاوى ١٢٦/٢٩: " الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك: الحظر؛ إلا ما ورد الشرع بإجازته. فهذا قول أهل الظاهر...وهؤلاء الفرق الثلاث يخالفون أهل الظاهر ويتوسعون في الشروط أكثر منهم؛ لقولهم بالقياس والمعاني وآثار الصحابة ولما يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر. بتصرف.
(٢) إعلام الموقعين صـ٢٢٥.
(٣) جاء فى حاشية ابن عابدين ٥/ ٨٤: " وفي جامع الفصولين أيضا لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العقد جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد إذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازما لحاجة الناس تبايعا بلا ذكر شرطا الوفاء ثم شرطاه يكون بيع الوفاء إذ الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد عند أبي حنيفة ثم رمز أنه يلتحق عنده لا عندهما وأن الصحيح أنه لا يشترط لالتحاقه مجلس العقد ا ه
وبه أفتى في الخيرية وقال فقد صرح علماؤنا بأنهما لو ذكرا الشرط البيع بلا شرط ثم ذكرا على وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد". ا هـ
قلت فهذا أيضا مبني على خلاف ما مر تصحيحه والظاهر أنهما قولان مصححان
(٤) الشيخ محمد المختار السلامي ، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ٢٢١/١٢.
(٥) يراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية ٧٤/٤٤.

بل الوفاء به من مكارم الأخلاق.."ثم قال القرافي: "بذلك قضى عمر بن عبد العزيز " (١)

٤-أجاز المالكية(٢) والشافعية،(٣) وبعض الحنابلة(٤) اجتماع الإجارة مع البيع فى صفقة واحدة، سواء كانت الإجارة فى نفس المبيع كشراء شخص ثوبا بدراهم معلومة على أن يخيطه البائع، أو شرائه جلدا على أن يخرزه، أو كانت الإجارة فى غير المبيع كشراء شخص ثوبا بدراهم معلومة على أن ينسج له آخر.(٥)

وهذا وإن كان عقدا بشرط، لكنه فى الواقع عقدان فى عقد، والنهي إنما ورد فيهما إذا اتخذ أحدهما سبيلا أو جسرا للربا أو انتفاع أحد العاقدين منفعة زائدة لا يقابلها شيء للعاقد الآخر.(٦)

لة لم ه لثانى:

ستـ ل صحا لم ه لثانى على حـ مة ه لـ ـم لتعاق بأ لة همها:

---

(١) الفروق: ٢٤/٤ : ٢٥؛ ويراجع: فتح العلي المالك: ٢٥٤/١، وتحرير الكلام للحطاب، ص ١٥٣؛ والبيان والتحصيل: ١٨/٨؛ وفتح الباري: ٢٩٠/٥؛ وشرح العيني على البخاري: ٢٥٨/١؛ والمحلى لابن حزم: ٣٧٧/٨؛ ويراجع لمزيد من التفصيل: مبدأ الرضا في العقود: ١٠٣٢/٢؛ وبحث د. نزيه حماد: الوفاء بالوعد، المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجده، العدد الخامس: ٨٢٥/٢.

(٢) المدونة، مالك بن أنس بن مالك ٤٧٢/٣، ط/ دار الكتب العلمية، الأولى.

(٣) قال فى مغنى المحتاج ٤١/٢: " ولو جمع في صفقة مختلفي الحكم كإجارة وبيع كأن يقول أجرتك داري شهرا وبعتك ثوبي هذا بدينار أو إجارة وسلم كأن يقول أجرتك داري شهرا أو بعتك صاع قمح في ذمتي سلما بكذا صحا في الأظهر ويوزع المسمى على قيمتهما أي قيمة المؤجر من حيث الأجرة وقيمة المبيع أو المسلم فيه". ا. هـ

(٤) قال ابن القيم فى إعلام الموقعين ٣١٠/٥، وهو يتكلم عن عقد اجتمع فيه البيع والأجرة: "فإن قيل: لكن في العقد على هذا الوجه محذوران:

أحدهما: تضمنه للجمع بين البيع والإجارة. والثاني: أن مورد عقد الإجارة يذهب عينه أو بعضه بالإشعال. قيل: لا محذور في الجمع بين عقدين كل منهما جائز بمفرده كما لو باعه سلعة وأجره داره شهراً بمائة درهم، وأما ذهاب أجزاء المستأجر بالانتفاع فإنما لم يجز، لأنه لم يتعوض عنه المؤجر، وعقد الإجارة يقتضي رد العين بعد الانتفاع، أما هذا العقد فهو عقد بيع يقتضي ضمان المتلف بثمنه الذي قدر له وأجره وانتفاعه بالعين قبل الإتلاف، فالأجرة في مقابلة انتفاعه بها مدة بقائها، والثمن في مقابلة ما أذهب منها، فدعونا من تقليد آراء الرجال، ما الذي حرم هذا؟ وأين هو من كتاب الله وسنة رسوله، وأقوال الصحابة أو القياس الصحيح ".

(٥) الشرح الكبير للدردير، ٥/٤، تحقيق محمد عليش، ط/ دار الفكر، المختصر الفقهي لابن عرفة، ٢٧٠/٦، المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، ط/ مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الأولى.

(٦) المعاملات المالية المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلى صـ٣٩٧، المعايير الشرعية هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية المعيار رقم ٩صـ١١٧، ١٢٦.

١-اشتمال هذا العقد على الغرر المنهى عنه فى حديث أبى هريرة قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر).(١)

جه ل الة: دل هذا الحديث على تحريم بيع الغرر والإجارة المنتهية بالتمليك غرر فيكون منهيا عنها.

لمناقشة: بأنه يحتمل أن يكون الغرر هو الخطر ويحتمل أن يكون من الغِرَّة أي الغفلة فلا يكون حجة مع الاحتمال.(٢)

أو يقال: بأن الغرر يتسامح فيه إما لحقارته أو للمشقة في تمييزه وتعيينه فمن الأول بيع أساس الدار والدابة التي في ضرعها اللبن والحامل، ومن الثاني الجبة المحشوة والشرب من السقاء، وما اختلف العلماء فيه مبنى على اختلافهم في كونه حقيرا أو يشق تمييزه أو تعيينه فيكون الغرر فيه كالمعدوم فيصح البيع وبالعكس.(٣)

٥-إن هذا العقد يدخل فى النهى عن بيعتين فى بيعة وقد ورد النهى عن بيعتين فى بيعة فقد روى أبو هُرَيْرَةَ –رضى الله عنه- قالَ قالَ النَّبىُّ -صلى الله عليه وسلم- : (مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِى بَيْعَةٍ فله أوكسهما أو الربا).(٤)

وجه الدلالة: الإجارة المنتهية بالتمليك منهى عنها؛ لأنها تتضمن وجود عقدين فى عقد أو بيعتين فى بيعة حيث تشتمل على إجارة وبيع فتكون داخلة فى الربا المذموم فى الحديث.

لمناقشة: ن ق لحد ي م جهي :

لأ ل: بأنه خارج عن محل النزاع حيث لا يدخل عقد الإجارة في الموضوع؛ لأن النهي عن البيع، والسلف، أو عن البيعتين، فلا يشمل الإجارة والبيع.

لثاني: التفسير الراجح لهذا الحديث هو ما ذكره راوي الحديث نفسه، وهو ابن مسعود رضي الله عنه حيث ثبت أنه قال: "لا تصلح الصفقتان في الصفقة: أن يقول هو بالنسيئة بكذا وكذا، وبالنقد بكذا وكذا" ، وهذا التفسير أيضاً مروي عن سفيان الثوري، وسماك.(٥)

٣- إنه عقد جامع بين عقدين على عين واحدة غير مستقر على أحدهما وهما مختلفان في الحكم متنافيان فيه. فالبيع يوجب انتقال العين بمنافعها إلى المشتري، وحينئذ لا يصح عقد الإجارة على المبيع؛ لأنه ملك للمشتري، والإجارة توجب انتقال

---

(١) صحيح مسلم ٣/٥ح٣٨٨١، ك/ البيوع، ب/ بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر.
(٢) بدائع الصنائع ١٦٣/٥.
(٣) المجموع ٢٨/١٣ فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٥٧/٤.
(٤) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب البيوع ، باب فيمن باع بيعتين فى بيعة ٢٠٩/٣ حديث رقم ٣٤٦٣ والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب البيوع ، باب النهى عن بيعتين فى بيعة ٣٤٣/٥ حديث رقم ١١١٩٦ والحاكم في المستدرك وقال: صحيح على شرط مسلم ٥٢/٢ حديث رقم ٢٢٩٢.
(٥) يراجع: سنن الترمذى ٥٢٥/٣.

منافع العين فقط إلى المستأجر. والمبيع مضمون على المشتري بعينه ومنافعه، فتلفه عليه عينا ومنفعة، فلا يرجع بشيء منهما على البائع والعين المستأجرة من ضمان مؤجرها، فتلفها عليه عينا ومنفعة، إلا أن يحصل من المستأجر تعد أو تفريط.

لمناقشة: نوقش هذا الدليل من وجهين:

لأ ل: إن ضابط المنع فى العقود المختلفة أن يكون هذا الاجتماع داخلا تحت نهى شرعى خاص، أو كان وسيلة إلى الربا، أو إلى ما هو منهى عنه، أو حصل من هذا الاجتماع تنافر وتناقض بين مقتضيات وآثار العقود المجتمعة وهذا غير موجود فيما نحن بصدده.(١) وقد تقدم أن كثيرا من الفقهاء أجازوا الجمع بين الإجارة والبيع.

لثانى: هذا الذى ذكرتموه إنما ينطبق في صورة واحدة بحيث يذكر في الإجارة المنتهية البيع والإجارة معاً، وفي حين أن معظم صور الإجارة المنتهية بالتمليك لا يذكر في نفس العقد إلا الإجارة فقط.(٢)

٤- إن الأجرة تقدر سنويا أو شهريا بمقدار مقسط يستوفى به قيمة المعقود عليه، يعده البائع أجرة من أجل أن يتوثق بحقه حيث لا يمكن للمشتري بيعه.

مثال ذلك: إذا كانت قيمة العين التي وقع عليها العقد خمسين ألف جنيها وأجرتها شهريا ألف جنيه حسب المعتاد جعلت الأجرة ألفين، وهي في الحقيقة قسط من الثمن حتى تبلغ القيمة المقدرة، فإن أعسر بالقسط الأخير مثلا سحبت منه العين باعتبار أنها مؤجرة ولا يرد عليه ما أخذ منه بناء على أنه استوفى المنفعة . ولا يخفى ما في هذا من الظلم والإلجاء إلى الاستدانة لإيفاء القسط الأخير.

لمناقشة: الأجرة وإن كانت أكثر من أجرة المثل التى تم الاتفاق عليها بين الطرفين، أو بعبارة أخرى: أن التراضي قد تحقق، وقد قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ (٣)

وأما بخصوص عدم الوفاء بالأجرة وسحب العين منه فقد قال ابن القيم رحمه الله: " "وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد يدعو إليه الضرورة، أو الحاجة، أو المصلحة فلا يستغنى عنه المكلف، وههنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع الذي بعث به رسوله صلى الله عليه وسلم.

ح هما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائناً ما كان.

---

(١) عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة فى الفقه الإسلامي، صـ١٨٩.

(٢) بحث أ. د/ علي محيي الدين، مرجع سابق ١٢/ ٣٤٠.

(٣) سورة النساء من الآية ٢٩.

والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه -وهو ما يجوز تركه وفعله، بدون الشرط - فهو لازم بالشرط".(١)

0- إن هذا العقد وأمثاله أدى إلى تساهل الفقراء في الديون حتى أصبحت ذمم كثير منهم مشغولة منهكة، وربما يؤدي إلى إفلاس بعض الدائنين لضياع حقوقهم في ذمم الفقراء.

لمناقشة: نوقش هذا الدليل بأن الأمر على خلاف ذلك فإن هذا العقد يوفر للفقراء إمكانية الاستفادة من أعيان لم يكونوا يملكون دفع أثمانها بالبيع؛ لأنهم فقراء، ولا حتى عن طريق البيع بالتقسيط؛ وذلك لأن الأقساط فى البيع بالتقسيط تكون أكبر من الأقساط فى الإجارة المنتهية بالتمليك.(٢)

لقول لمختا

وبعد عرض المذهبين بأدلتهما ومناقشة ما أمكن مناقشته من الأدلة فإنى أختار ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين أصحاب المذهب الأول والذين ذهبوا إلى جواز الإجارة المنتهية بالتمليك مع ضرورة الأخذ بالضوابط التى أشاروا إليها لتفادى المحظورات الشرعية؛ ولأن فى هذا الاختيار تنشيطا لأداة من أدوات التمويل التى تقوم عليها المؤسسات المالية، كما أنه يفيد الأفراد والدول والمؤسسات التى تعجز عن شراء حاجاتها عن طريق البيع، وما اخترته هو ما ذهب إليه المجمع الفقهى الدولى، والندوة الفقهية لبيت التمويل الكويتى، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، والمجلس الأوربى للإفتاء والبحوث كما أشرت إلى ذلك آنفا.

لقول الثاني: شرعية الإجارة المنتهية بالتمليك

يظهر بوضوح أثر نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، فإن الفقهاء المعاصرين لم يغفلوا عن هذه النظرية أثناء دراستهم لهذه القضية المعاصرة، بل كانت نظرية الإرادة أساسا لاختلافهم وحكمهم، من خلال محاولة تغليب إحدى النظريتين على الأخرى، وهل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها أم للمقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها؟

فمن خلال أقوال المجيزين يظهر أثر نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة في الحكم على الإجارة المنتهية بالتمليك في جملة الضوابط التى قالوا بضرورة الالتزام بها في إجراء المعاملة حتى لا يكون المراد بها عقد بيع في الأساس، ويلبس العقد ثوب الإجارة،

---

(١) إعلام الموقعين ٥/ ٣٧٣، ٣٧٩.

(٢) عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة فى الفقه الإسلامي، صـ١٩١.

فإذا اعتمدنا على القصد فيعتبر العقد من حيث القصد والمآل عقد بيع؛ وحينئذٍ تطبق عليه أحكام البيع، وإذا اعتمدنا على الألفاظ فيعتبر العقد عقد إجارة فتطبق عليه أحكام الإجارة. حتى لا تلتبس آثار كل عقد بالآخر لأن الآثار مختلفة.

ومن خلال أقوال المانعين يظهر أثر نظرية الإرادة الظاهرة الباطنة على قولهم حيث بنى المانعون قولهم على تغليب المقصود من العقد وعدم الالتفات إلى الظاهر، وأن الظاهر أنه بيع سمي إيجارًا لئلا تترتب عليه آثار البيع، فمن جهة البائع هو يحتفظ بملكيته، ومن جهة المشتري فهو لا يستطيع التصرف، فكأنه إيجار بهذا المعنى لتلبية مطلب البائع، إلا أنه بيع من حيث أن الأقساط إذا وفى بها نشأت عن الوفاء بها نقل الملكية بأثر رجعي، وهو من آثار البيع وليس من آثار الإجارة نقل ملكية الذات فهذا العقد بهذه الخصائص هو عقد غرر ومجازفة.(١)

فالفقهاء الذين ذهبوا إلى الحرمة غلبوا جانب الإرادة الباطنة مع تحقق القرائن المحيطة بالعقد والتى جعلتهم يدركون أن الإجارة غير مرادة ابتداء وأن المراد هو البيع انتهاء، وأن العقد ينبغى أن يصحح من حيث صيغته وأركانه، وأن تترتب عليه آثار البيع.

أما الذين ذهبوا إلى الجواز فقد وافقوهم في تغليب الإرادة الباطنة على الظاهرة لكنهم اختلفوا معهم في تحقيق المناط(٢) في عقد الإجارة المنتهى بالتمليك.

وسوف أسوق هنا باختصار ما يبين أن المعاصرين لم يغفلوا نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة عند دراستهم للإجارة المنتهية بالتمليك وفى تكييفها الفقهى.

يقول د/على محى الدين(٣): " أليس هذا العقد داخلاً في العناية بالألفاظ والعبارات؟ وبعبارة أخرى: ما علاقته بقاعدة: العبرة في العقود بالقصود والمعاني لا بالألفاظ والمباني؟ وهل الغالب في الفقه الإسلامي العناية بالدلالات وما يفهم من العبارة أو بظاهر الألفاظ؟

---

(١) يقول أ.د/ حسن على الشاذلى: " إن إرادة المتعاقدين متجهة- دون ما شك- إلى بيع هذه السلعة وليس إجارتها، وقد دفع إلى ذلك خوف البائع (المؤجر) من عدم الحصول على ضمان السلعة إذا كان الثمن مؤجلًا أو منجمًا لأي سبب كان ... لأن البيع يترتب عليه نقل الملكية إلى المشتري (المستأجر) حال، ورغبة المشتري- الذي لا توجد لديه إمكانات شرائها بالنقد- في الحصول على هذه السلعة والانتفاع بها، (أو عدم تجميد أمواله في سلعة واحدة كي يتمكن من تحريك أمواله في مجالات متعددة ...) مع عدم حاجة البائع غالبًا إلى اقتناء هذه السلعة، إذ هو إنما يلبي حاجة المشتري (المستأجر) بالضوابط والقيود التي وضعاها والصياغة التي صاغها بها العقد. الإيجار المنتهى بالتمليك مرجع سابق ٥/ ٢١٣٤.

(٢) تحقيق المناط هو: النظر والاجتهاد في معرفة وجود العلة في آحاد الصور بعد معرفتها بنص أو إجماع أو استنباط. أوبعبارة أخرى: " بيان أن الحكم في الأصل معلل بكذا، ثم من بيان وجود ذلك المعنى في الفرع" شرح التلويح على التوضيح للتفتازانى ١٥٤/٢، مكتبة صبيح بمصر، نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافى ٣٠٨٥/٧ تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الأولى.

(٣) بحث أ. د/ علي محيي الدين ، مرجع سابق ١٢/ ٣٣٧.

نقول: إن المقصود بالقاعدة هو أنه ينظر في العقود إلى المعنى العام المفهوم من الجملة، ولا يقتصر النظر على كلمة واحدة منها، وإلى المقصد العام منها لكن هذه القاعدة بهذا المعنى لا تنطبق على موضوع الإجارة المنتهية بالتمليك، إذ إن عقدها لا يذكر فيها ألفاظ البيع، وإنما يذكر منفصلاً ومستقلاً عن العقد الوعد بالبيع، أو حتى العقد كملحق، ولكن الذي تنطبق على الإجارة المنتهية بالتمليك هو مدى رعاية القصود والنيات أم رعاية الألفاظ والعبارات، فهذا العقد وإن كان قد صيغ بصياغة الإيجار وشروطه لكن مقصود العاقدين هو التملك والتمليك، فالمؤجر لا يريد أن يحتفظ بالعين المؤجرة إلا لفترة زمنية محددة يسترجع فيه ثمنها مع الأرباح، والمستأجر لا يريد الإجارة لذاتها وإنما يريد تملكها ولكن بما أنه لا يمتلك السيولة الكافية أو لأي سبب آخر يختار الإجارة المنتهية بالتمليك، وحتى هذه النية ليست مما يمكن الاستدلال عليها بل تدل عليها الظروف المحيطة بالعقد، ونوعية أقساط الإجارة - حيث تكون أكثر من الأجرة العادية - وبيع العين المستأجرة الذي يتم بثمن رمزي في الغالب لا يمثل قيمتها السوقية.

فقد ثار خلاف بين الفقهاء حول تغليب النيات والقصود على الألفاظ والعبارات ودلالاتها."

ثم ساق خلال الفقهاء حول تغليب النيات والقصود على الألفاظ والعبارات ودلالاتها، ثم قال:

"لكن علاقة هذه القاعدة بالإجارة المنتهية بالتمليك يمكن أن تكون محل نظر من حيث إن النية في بيع العينة نية سيئة، يراد من خلالها الوصول إلى الربا، أما القصد وراء الإجارة المنتهية بالتمليك فهو البيع وهو مشروع كالإجارة، -إذن- لا يبقى حرج في هذا المجال، وذلك قد يقال إن في ذلك حيلة لأن العلماء قالوا في باب الحيل إنما تكون محرمة إذا كانت وسيلة إلى محرم، أو إلى التخلص عن مقتضيات نص شرعي، أما إذا كانت الغاية مشروعة، والوسيلة مشروعة فإن ذلك جائز...

ولكن إذا اعتمدنا على القصد فيعتبر العقد من حيث القصد والمآل عقد بيع وحينئذٍ تطبق عليه أحكام البيع، كما هو الحال في القانون، وإذا اعتمدنا على الألفاظ فيعتبر العقد عقد إجارة فتطبق عليه أحكام الإجارة، غير أنه مما يجدر التنبيه عليه أن الفقه الإسلامي يشترط بجانب القصد الصيغة الدالة على العقد، فإذا لم توجد فلا يمكن أن يتحقق العقد لعدم توافر أركانه الأساسية، ومن هنا فلا يعتبر ما ذكرناه عقد بيع تطبق عليه أحكامه. هذا والله أعلم." أ.هـ

ويقول د/ محمد جبر الألفى(١): " القاعدة الفقهية التي يمكن تكييف صور هذا العقد على أساسها أن (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني) بمعنى أن ينبغي استقراء ملابسات التعاقد للوصول إلى النية المشتركة لطرفيه، فإذا كشفت هذه النية عن عقد بيع بالتقسيط عد العقد بيعاً ولو سماه المتعاقدان إجارة.

---

(١) الإيجار المنتهي بالتمليك، وصكوك التأجير، الدكتور محمد جبر الألفي، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ع١٢/ ٤٠٣.

ويقول د/ عبدالله محمد عبدالله(١): " التأجير المنتهي بالتمليك من وجهة النظر الأولى: وهي هل العبرة في العقود بظواهرها أم بمعانيها. هذه القاعدة بحثها فقهاء الأحناف في الأشباه والنظائر لابن نجيم. وأخذت بها مجلة الأحكام العدلية. وبحثها الإمامان النووي والسيوطي الشافعي في المجموع والأشباه والنظائر وغيرهما وبحثها من أئمة الحنابلة ابن رجب في القواعد وابن القيم في إعلام الموقعين. واختلفت آراؤهم، فمنهم من غلب جانب اللفظ على المعنى، فيأخذ بظاهر اللفظ تاركًا المعنى، وقصد المتعاقدين، ومنهم من غلب جانب المعنى وقصد المتعاقدين على ظواهر الألفاظ ومع هذا، فإنهم لا يهملون جانب اللفظ متى أمكن الجمع بينه وبين المعنى."

تبين من خلال هذه النصوص أن نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة كانت حاضرة وبقوة في أقلام الفقهاء المعاصرين وأذهانهم، واعتباراتهم عند بناء الحكم الفقهى للإجارة المنتهية بالتمليك، وقد رعوها ولم يهملوها فكانت لها أكبر الأثر في اختلافهم.

بالله لا في

المطلب الثانى

المشاركة المتناقصة، وأثر نظرية الإرادة عليها

من أدوات التمويل قصيرة الأجل في المصارف والبنوك ما يسمى بالمشاركة المتناقصة، أو المشاركة المنتهية بالتمليك.

وقد "جاءت نشأة هذا العقد ليكون أداة تمويلية قائمة على استبعاد التمويل بالفائدة وذلك في إطار البنوك الإسلامية ... ولكن طبيعته تسمح بقيامه خارج هذا الإطار إذا كان المراد في العملية الاستثمارية أن تؤول إلى خروج أحد الشركاء أولا فأول وبالتدريج من الشركة بعد أن قام بدور رئيس في تمويل بناء أو إنشاء المشروع الذي قامت من أجله الشركة.

وقد تفتق الذهن الفقهي المعاصر عن استخدام واسع لهذه الصيغة في آفاق تمويلية عديدة ... مما جعل لهذا العقد الجديد في مجمل علاقاته وروابطه والأصيل في مكوناته وحقائقه دورا هاما وأهمية خاصة في الاقتصاد الإسلامي المعاصر.

فالشركة أساسه، والتراضي عنوانه، فهو إبراز لثروات الفقه الإسلامي الواسعة، ودليل بيِّن على إمكانية استحداث مزيد من العقود الجديدة، وبنائها على القواعد الثابتة والراسخة في الفقه الإسلامي بهدف تلبية الحاجات المستجدة في المجتمع المعاصر".(٢)

---

(١) بحث، د/عبد الله محمد عبد الله، منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ع٥/ ٢٠٩٩.

(٢) المشاركة المتناقصة، طبيعتها وضوابطها الخاصة، الدكتور عبد السلام العبادي، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ع١٣/ ٩٤١.

فما حقيقة المشاركة المتناقصة، وما أحكامها؟ هذا ما سنتعرف عليه في الفروع التالية:

لف لأ ل حقيقة لمشا كة لمتناقصة، خصائصها، ف ئ ها، خ تها لعملية تع ي لمشا كة لمتناقصة

ع ف لمشا كة لمتناقصة بع تع يفا منها:

-تعريف د/ نزيه حماد بأنها: " هي اتفاق طرفين على إحداث (إنشاء) شركة ملك بينهما في مشروع أو عقار أو منشأة صناعية أو غير ذلك، على أن تنتهي بانتقال حصة أحد الشريكين (الممول) إلى الآخر تدريجيا بعقود بيع مستقلة متعاقبة".(١)

-وقد عرفها بعض الفقهاء المعاصرين بأنها: "شركة يعطي المصرف فيها الحق للشريك في الحلول محله في الملكية، دفعة واحدة، أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها".(٢)

- تعريف البنك الإسلامي الأردني الصادر سنة ١٩٧٨م، حيث عرفه بقوله في المادة الثانية: المشاركة المتناقصة: "دخول البنك بصفة شريك ممول- كليا أو جزئيا- في مشروع ذي دخل متوقع، وذلك على أساس الاتفاق مع الشريك الآخر بحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلا مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي أو أي قدر منه يتفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصا لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل".(٣)

-أو هي كما عرفتها الموسوعة الإسلامية: "مشاركة يعطي البنك فيها الحق للشريك في الحلول محله في الملكية دفعة واحدة، أو على دفعات، وفق ما تقتضيه الشروط المتفق عليها، أو طبيعة العملية على أساس إجراء ترتيب منظم لتجنيب جزء من الدخل قسط لسداد قيمة حصة البنك".(٤)

-وقيل هى: "شركة يعطي أحد الشركاء الحق للشريك الآخر في الحلول محله في ملكية نصيبه دفعة واحدة أو على دفعات، وذلك بتجنيب جزء من الدخل لسداد أصل حصة الشريك مع حصة من صافي الدخل، حسبما يتفقان عليه".(٥)

---

(١) المشاركة المتناقصة وأحكامها، في ضوء ضوابط العقود المستجدة، الدكتور نزيه كمال حماد، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ع١٣/ ٩٢٨.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة، د/ محمد عثمان شبير، صـ٣٣٩، ط/ دار النفائس.

(٣) عبدالسلام العبادى مرجع سابق ١٣/ ٩٤١.

(٤) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، للدكتور سامي حسن حمود، ص ٧٤، نقلا عن: المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، الأستاذ الدكتور عجيل جاسم النشمي بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ع١٣/ ٩٦٤.

(٥) عجيل جاسم النشمي مرجع سابق، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ع١٣/ ٩٦٤.

- وعرفها المجمع الفقهى الدولى بأنها: "معاملة جديدة تتضمن شركة بين طرفين في مشروع ذي دخل يتعهد فيها أحدهما بشراء حصة الطرف الآخر تدريجاً سواء كان الشراء من حصة الطرف المشتري في الدخل أم من موارد أخرى".(١)

مناقشة لتعريفا

لم تخل التعريفات السابقة من بعض المآخذ والمناقشات ومن تلك المآخذ أن بعضها:
- غير جامع وغير مانع بحيث لا يكشف حقيقة هذه المشاركة، وفكرتها الأساسية، والغرض الذي تهدف إليه، باعتبارها لونا من الأساليب الجديدة التي استحدثتها المصارف الإسلامية لاستثمار أموالها.
-تقييد أحد أطراف هذه المعاملة في أغلب التعريفات بأنه المصرف أو البنك، مما يوهم عدم جوازها أو وجودها عمليا من غير أن يكون البنك طرفا فيها. ولعل السبب في ذلك هو أن بداية نشأة هذه المعاملة كان عن طريق المصارف الإسلامية.
-أن بعضها قيد المعاملة بين طرفين ولا مانع في الواقع العملى من أن تكون المشاركة المتناقصة بين أكثر من طرفين. (٢)

لتعريف المختار :

ولعل أقرب هذه التعريفات وأجمعها وأولاها هو تعريف المجمع الفقهى الدولى، بعد تعديل طفيف عليه حيث يكون هكذا: " " شركة بين طرفين أو أكثر في مشروع ذي دخل يتعهد فيه أحد الأطراف بشراء حصة البقية تدريجاً أو دفعة واحدة سواء كان الشراء من حصة الطرف المشتري في الدخل أم من موارد أخرى".

خصائص المشاركة المتناقصة :

من جملة التعريفات السابقة يمكن استخلاص عدة خصائص لهذا النوع من التعاقد من بينها أنها:
١-شركة مؤقتة في عقار أو نحوه مما يدر ربحا، يتفق فيها ابتداء على خروج أحد الشركاء، وغالبا ما يكون هو الممول بالمال كله أو جزء منه بطريقة يسترد فيها الممول أصل رأس ماله مع ربحه دفعة واحدة، أو تدريجيا وهذا الأخير هو المقصود المعتاد من هذه المشاركة.

---

(١) موقع مجمع الفقهى الدولى على الانترنت الدورة الخامسة عشرة: http://www.iifa-aifi.org/٢١٤٦.html.

(٢) يراجع لمناقشة التعريفات: نزيه حماد، مجلة المجمع الفقهى ع١٣/ ٩٢٨، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة، البنك الإسلامى الأردنى نموذجا، إعداد الباحث/ نور الدين عبدالكريم الكواملة صـ٢٢ وما بعدها، الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا، الشركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها فى المصارف الإسلامية، صلاح سعيد عبدالله المرزوقى،صـ٣٦، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، المواطأة على إبرام العقود= =المالية المتعددة فى عقد واحد وتطبيقاتها المعاصرة، نارد على فليونة صـ١٣٢، كلية الشريعة والقانون جامعة غزة.

٢-شركة مع وعد من الطرفين، وعد من الممول بأن يتنازل عن حصته أو بمعنى أصح بيع حصته لشريكه، ووعد من الشريك الآخر أن يشترى حصة شريكه وفق الشروط التي يتفقان عليها.(١)

٣-في حال أسهم الشريكان في رأس المال مهما كان مقدار حصة كل منهما، فإن العقد يعتبر من عقود الشركة، وتنطبق عليها أحكام الشركة، وفي حال قدم أحدهما المال، وقدم الآخر العمل، فيعتبر العقد من عقود المضاربة؟ بحيث إذا لم يوجد ربح فلا شيء للمضارب، والخسارة على رب المال وحده، ويخسر المضارب جهده فقط، وعند وجود الربح يقسم بينهما بحسب الاتفاق، إلا أن هذا العقد سريعًا ما يتحول من عقد مضاربة إلى عقد شركة، ذلك أن أحدهما قد التزم ببيع حصته من الشركة إما دفعة واحدة، أو على شكل أقساط، فإذا دفع العامل جزءًا من نصيب شريكه نقص نصيب رب المال، وامتلك العامل حصة في رأس المال، فانتقل العقد من مضاربة إلى مشاركة.

٤-من خلال ممارسات المصارف الإسلامية فإن البيع يتم بالقيمة الاسمية، وليس بالقيمة السوقية.

٥- تجمع المشاركة المتناقصة عقودًا مركبة، فهي عقد يجمع بين الشركة، والوعد الملزم بالبيع، والبيع بعد ذلك، وأحيانًا يضاف إلى هذه عقد الإجارة، كما لو رغب أحد الشركاء أن يؤجر نصيبه للآخر لتصبح منفعة العين كلها تحت يده، بعضها باعتباره مالكاً لجزء من العين، وبعضها باعتباره مستأجرًا لنصيب شريكه فيها، وقد يكون التأجير لطرف ثالث أجنبي عن الشركاء، ويقتسمان الأجرة بحسب الشرط المتفق عليه.

٦-في حالة وقوع تلف أو خسارة في محل الشركة المتناقصة قبل انتهائها فإن الخسارة تكون على الطرفين بحسب حصة كل واحد منهما.(٢)

<u>م ي ا ف ئ لمشا ك ة لمتناقصة:</u>

المشاركة المتناقصة من أدوات الاستثمار الحديثة، تسعى المؤسسات المالية الإسلامية إلى تطبيقها نظرا لما تحققه من الغايات والفوائد مما لا يتحقق في الشركات المعهودة، مع تضمنها لغاية الشركات عامة من توفير رؤوس الأموال وتوزيع المخاطرة، ويمكن إجمال بعض المزايا كالتالى:

١- بديل عن القرض الربوى: الغرض من صيغة المشاركة المتناقصة أن تكون بديلا عن القرض الربوي، حيث يقدم المصرف الائتمان لعملائه على غير أساس الفائدة.

٢- تحقق للمصرف أرباحا دورية على مدار السنة، وبالنسبة للشريك: تشجعه على الاستثمار الحلال والتملك للمشروع، وتحقق طموحاته المتمثلة في انفراده بتملك

---

(١) عجيل جاسم النشمي مرجع سابق، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ع١٣/ ٩٦٤.

(٢) المعاملات المالِية أصالة ومعاصرة، أبو عمر دُبْيَان بن محمد الدُّبْيَان ١٤١/١٥، ط/ مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، الثانية.

العقار أو المنشأة أو المشروع على المدى المتوسط، وذلك بتخارج المصرف تدريجيا من الشركة.(١)
٣- المؤسسة المالية الإسلامية قد لا ترغب الاستمرار في المشاركة لئلا تجمد رأس مال مدة طويلة، فعقد المشاركة المتناقصة يحقق لها غايتها في الربح بالإضافة إلى استرداد رأس المال في فترة قد لا تكون بحاجة إلى رأس المال المشارك.(٢)
٤-المشاركة المتناقصة تبعد شبهة الربا عن مجال الاستثمار، وتحقق هدفا رئيسا للاستثمار في حدود وضوابط الشريعة الإسلامية.
٥-تزيد المشاركة المتناقصة من جانب الطلب والإقبال على أسلوب الاستثمار، وذلك برفع المصرف العبء عن المستثمر بالقيام بالتمويل، كما أنها توفر ميزة التنويع في مجال الاستثمار بدلا عن المداينات والقروض.
٦-تلعب دورا فعالا في التنمية المحلية، حيث يوفر المصرف الدعم المادى للحرفيين، وأصحاب الصناعات البسيطة، فإن هذا يعمل على زيادة الدخل، ويؤدى إلى اعتماد المجتمعات المحلية على القدرات الذاتية، ويرفع العبء عن الحكومات.(٣)

لخ لعملية للمشا كة لمتناقصة

لخ لتي يتبعها لمص لإسلامي في عملية لمشا كة لمتناقصة:

لخ لأ لى: يتقدم العميل للمصرف الإسلامي بطلب المشاركة في مشروع استثماري مشاركة متناقصة، مع تقديمه الوثائق والمستندات اللازمة. وقد يكون المصرف قد أعد نماذج طلبات يملؤها العميل ويوقع عليها كطلب من قبله.

لخ لثانية: يقوم المصرف بدراسة الطلب والتحقق من المرفقات والمستندات والجدوى الاقتصادية للمشروع.

لخ لثالثة: يقدم المصرف العملية إذا كانت له الرغبة في المشاركة فيها إلى هيئة الرقابة الشرعية للتحقق من توافر شرائطها الشرعية والموافقة عليها.

لخ ل بعة: إذا تمت الموافقة على المشاركة، تتبع الخطوات التالية:

أ- يحدد قيمة التمويل الذي يقدمه المصرف وكيفية الدفع وشروطه.
ب- تحديد الضمانات المطلوبة كرهن الأرض أو وضع القيود لمنع التصرف فيها.
جـ- إبرام العقد والتوقيع عليه من الأطراف.
د- فتح حساب خاص بالشركة.
هـ- توزيع الأرباح بحسب الاتفاق، أما الخسارة فبقدر رأس المال.

---

(١) المشاركة المتناقصة، طبيعتها وضوابطها الخاصة، الدكتور عبد السلام العبادي بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى ع١٣/ ٩٤٥.
(٢) عجيل جاسم النشمي مرجع سابق، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ع١٣/ ٩٧١.
(٣) المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة، البنك الإسلامى الأردنى نموذجا، صـ٣٥.

لخ لخامسة: يتعهد المصرف بالتنازل عن حصته في المشروع للشريك كليا أو جزئيا، عن طريق إحدى الصور التالية:

أ- أن يتفق الطرفان على أن يحل الشريك محل المصرف بعد نهاية عقد الشركة، بحيث يكون لهما الحرية الكاملة في ذلك.

ب- أن يتفق الطرفان على أن يقسم الربح ثلاثة أقسام بنسب متفق عليها، ونسبة للمصرف كعائد تمويل، ونسبة للشريك الآخر كعائد لما دفعه وما يقوم به من عمل، ونسبة لسداد تمويل المصرف.

جـ في هذه الصورة يتفق الطرفان على تقسيم رأس المال إلى حصص أو أسهم لكل منها قيمة معينة ويحصل كل منهم على نصيبه من الأرباح، وللشريك شراء ما يستطيع من أسهم المصرف كل عام بحيث تتناقص أسهم المصرف وحصصه، في

حين أن أسهم الشريك تزيد إلى أن يتملك جميع أسهم المصرف ملكية كاملة.(١)

الفرع الثاني: صور المشاركة المتناقصة

توجد صور وتطبيقات متعددة للشركة المتناقصة في الواقع العملي، ولعل أكثرها انتشارا تلك التي يتم بموجبها اتفاق الطرفين على تنازل المصرف عن حصته تدريجيا للشريك (العميل) مقابل سداده ثمنها دوريا من العائد الذي يؤول إليه أو من أية موارد خارجية أخرى وذلك خلال فترة مناسبة يتفق عليها، وعند انتهاء عملية السداد يتم انتقال ملكية حصة البنك كاملة إلى ذلك العميل (الشريك).

وقد بحث المتخصصون موضوع المشاركات المتناقصة، وانتهوا إلى أن هذا الأسلوب يمكن أن يكون على إحدى الصور التالية:

صور المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك:

الصورة الأولى: المشاركة المتناقصة بتمويل مشروع قائم:

وذلك بأن يقدم العميل للمؤسسة المالية الإسلامية، أعيانا يعجز عن تشغيلها، كمن يملك مصنعا لا يستطيع شراء معداته، فتدخل المؤسسة شريكة معه بقيمة المعدات، فتأخذ حصتها من الربح، وحصة لتسديد مساهمتها في رأس المال. ويتفقان على أن تبيع المؤسسة حصتها دفعة واحدة أو على دفعات، فتناقص ملكيتها لصالح الشريك حتى يتم له الملك بسداد كامل الحصة.

الصورة الثانية: المشاركة المتناقصة مع الاستصناع:

وذلك بأن يقدم العميل أرضا ويطلب من المؤسسة المالية الإسلامية بناءها بعقد الاستصناع، ويدفع الشريك جانبا من التكاليف، فإن احتفظ صاحب الأرض بملكيتها لنفسه، ويوزع الإيراد بين المؤسسة وبين الشريك بالنسب المتفق عليها، ولصاحب الأرض في هذه الحالة أن يدفع للمؤسسة ثمن حصته في المباني، إما دفعة واحدة، أو مقسطة، ولا يحق للمؤسسة أن تحصل على أية ميزة بسبب ارتفاع الأثمان.

وإذا رأى الشريك إدخال الأرض بقيمتها في المعاملة، فيكون حينئذ شريكا للمؤسسة في المباني والأرض، وله نصيب من ارتفاع الأثمان، ويكون صاحب الأرض مخيرا بين أن يبيع أو أن يشتري بسعر السوق.(٢)

---

(١) يراجع لهذه الخطوات: عجيل جاسم النشمي مرجع سابق، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ع١٣/ ٩٩٤، المعاملات المالية المعاصرة شبير صـ٣٤٠، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة، البنك الإسلامى الأردنى نموذجا، صـ٣٢، المشاركة المنتهية بالتمليك كما يجريها بيت التمويل الأمريكى (لا ربا) دراسة نقدية فى ظل المعايير الشرعية، د/ أحمد الصويعى شلبيك صـ٣٦٩.

(٢) يراجع: أدوات الاستثمار الإسلامى، د/ عز الدين خوجة، صـ١٠٨، طبعة دلة البركة ، السعودية، الطبعة الأولى.

الصورة الثالثة: المشاركة المتناقصة بطريقة التمويل المصرفي المجمع المشترك:

فتشترك المؤسسات المالية الإسلامية فيما بينها أو مع غيرها في إنشاء أو تمويل مشروع، ويتم الاتفاق فيه ابتداء على تخارج مؤسسة أو أكثر، لصالح شريك أو أكثر، وتوزع حصص الأرباح حسب الاتفاق بطريقة المشاركة المتناقصة السابقة.

الصورة الرابعة: المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك مع الإجارة:

بأن يتم التعاقد بين المؤسسة المالية الإسلامية، والشريك على إقامة مشروع، مع وعد من الشريك باستئجار العين لمدة محددة، وبأجرة المثل، فتكون صفته في هذه الحال شريكا ومستأجرا، وتوزع الأرباح حينئذ وفق طريقة المشاركة المتناقصة السابقة وحسب اتفاقهما.

الصورة الخامسة: المشاركة المتناقصة بالتمويل المشترك:

تتفق المؤسسة المالية الإسلامية مع متعاملها على المشاركة في التمويل الكلي أو الجزئي لمشروع ذي دخل متوقع، وذلك على أساس اتفاق المؤسسة مع الشريك الآخر لحصول المؤسسة على حصة نسبية من صافي الدخل المحقق فعلا مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي من الإيراد أو أي قدر منه يتفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصا لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل.

الصورة السادسة: المشاركة المتناقصة بالمشاركة بطريقة الأسهم:

يحدد نصيب كل من المؤسسة وشريكها في الشركة في صورة أسهم تمثل مجموع قيمة الشيء موضوع المشاركة يحصل كل من الشريكين على نصيبه من الإيراد المتحقق من المشروع.

وللشريك إذا شاء أن يقتني من هذه الأسهم المملوكة للمؤسسة عددا معينا كل سنة، بحيث تكون الأسهم الموجودة بحيازة المؤسسة متناقصة إلى أن يتم تمليك شريك المؤسسة الأسهم بكاملها، فتصبح له الملكية المنفردة للعقار دون شريك آخر.

الصورة السابعة: المشاركة المتناقصة بطريق المضاربة:

بأن يدفع المصرف الإسلامى كامل رأس المال لمشروع معين، ويقدم الشريك العمل، والربح بينهما مع وعد من المؤسسة بتمليك المشروع بطريقة المشاركة المتناقصة، فهذه صورة (مضاربة منتهية بالتمليك).(١)

---

(١) يراجع لهذه الصور: عجيل جاسم النشمي مرجع سابق، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ع١٣/ ٩٨٤، ٩٩٢، : أدوات الاستثمار الإسلامى، د/ عز الدين خوجة، صـ١٠٨،= =التعقيب والمناقشات مجلة المجمع الفقهى الدولى ١٣ /١٠١٤ وما بعدها، الشركة المتناقصة، عبدالله بن فيصل بن أحمد الفيصل القاضى بالمحكمة العامة بشقراء بحث منشور بمجلة العدل ع٦٠ السنة ١٥، شوال ١٤٣٤هـ، صـ١٩٠، العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها، الدكتور نزيه كماد حماد بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ١٠/ ٩٤٧.

لف لثال : لحك لفقهى للمشا كة لمتناقصة

اختلف الفقهاء حول مشروعية المشاركة المتناقصة وكان خلافهم على قولين:

لف ل لأ ل: مشروعية المشاركة المتناقصة مع مراعاة الضوابط الشرعية لمثل هذا النوع من المشاركات،(١) وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين منهم: د/ وهبة الزحيلى،(٢) د/ نزيه حماد،(٣) د/ حسن على الشاذلى،(٤) عبدالسلام العبادى،(٥) د/ عجيل جاسم النشمى،(٦) د/ عبدالستار أبوغدة،(٧)

---

(١) وهذه الضوابط نص عليها قرار مجمع الفقه الدولى حيث جاء فيه ما نصه:
" المشاركة المتناقصة مشروعة إذا التُزم فيها بالأحكام العامة للشركات، وروعيت فيها الضوابط الآتية:
أ- عدم التعهد بشراء أحد الطرفين حصة الطرف الآخر بمثل قيمة الحصة عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه، بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع ، أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع.
ب- عدم اشتراط تحمّل أحد الطرفين مصروفات التأمين أو الصيانة وسائر المصروفات، بل تحمّل على وعاء المشاركة بقدر الحصص.
ج- تحديد أرباح أطراف المشاركة بنسب شائعة، ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح أو نسبة من مبلغ المساهمة.
د- الفصل بين العقود والالتزامات المتعلقة بالمشاركة.
هـ- منع النص على حق أحد الطرفين في استرداد ما قدمه من مساهمة (تمويل). والله أعلم
يراجع: بحث نزيه حماد منشور بمجلة المجمع ٩٩٣/١٣، الشركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها فى المصارف الإسلامية، صلاح سعيد عبدالله المرزوقى،صـــ٨٥، الشركة المتناقصة، عبدالله بن فيصل بن أحمد الفيصل بحث منشور بمجلة العدل ع٦٠ السنة ١٥، شوال ١٤٣٤هـ، صـــ١٩٦.
وقد اشترط مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي ثلاثة شروط لهذه المشاركة وهي:
١- ألا تكون المشاركة المتناقصة مجرد عملية تمويل بقرض، فلا بد من إيجاد الإرادة الفعلية للمشاركة، وتقاسم الربح بحسب الاتفاق، وأن يتحمل جميع الأطراف الخسارة.
٢- أن يمتلك المصرف (البنك) حصته في المشاركة ملكا تاما، وأن يتمتع بحقه الكامل في الإدارة والتصرف، وفي حالة توكيل الشريك بالعمل؛ يحق للبنك مراقبة الأداء ومتابعته.=
=٣- ألا يتضمن عقد المشاركة المتناقصة شرطا يقضي بأن يرد الشريك إلى البنك كامل حصته في رأس المال، بالإضافة إلى ما يخصه من أرباح، لما في ذلك من شبهة الربا.
المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الوحيلى صـــ٤٣٦، مناقشات المجمع ع١٠١٣/١٣، ١٠١٨، المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير صـــ٣٤٢.
(٢) المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلى صـــ٤٣٦.
(٣) نزيه كماد حماد مرجع سابق بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ١٣/ ٩٣٤.
(٤) المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، الأستاذ الدكتور حسن علي الشاذلي، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ١٣/ ٨٧٥.
(٥) عبدالسلام العبادى مرجع سابق ١٣/ ٩٤٧.
(٦) عجيل جاسم النشمي بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى ع١٣/ ٩٩١.
(٧) مناقشات أعضاء مجمع الفقه الدولى منشورة بمجلة المجمع ع١٣/ ١٠٣٢.

ود/ محمد عثمان شبير،(١) وآخرون، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامى الدولى.(٢)

لقـ ل لثانى: حرمة المشاركة المتناقصة، وعدم جواز التعاقد والتعامل بها، وهو ما ذهب إليه د/ على السالوس، الشيخ/ حسين كامل، الشيخ عبداللطيف آل محمود.(٣)

سبـ لخلا :

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء المعاصرين في حكم هذه المعاملة إلى الاختلاف في تغليب إحدى الإرادتين على الأخرى فمن غلب الإرادة الباطنة على الظاهرة، ورأى أن المشاركة المتناقصة مجرد ستار يختفى وراءها عملية تمويل بقرض ربوى، وأن المصرف ليس لديه نية حقيقة في الدخول في التعاقد، ولا البقاء في المشروع بقرينة بيع حصته إلى الشريك الآخر من بداية التعاقد قال بعدم جوازها، ومن غلب الإرادة الظاهرة على الباطنة، ورأى أن العقد قد اكتملت أركانه، وشروطه، وخلا من المحاذير الشرعية، وروعيت فيه الضوابط المذكورة قال بصحته وجوازه.(٤)

لأ لـ ـة

لقـ لقـ ل لأ ل: استدل القائلون بالجواز على ماذهبوا إليه بما يلى:

١-الأدلة العامة على جواز الشركة ومنها قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾(٥) وقـ له تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾(٦) وقوله صلى الله عليه وسلم: (يقول الله عز وجل: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خان خرجت من بينهما).(٧)

وجه الدلالة: دلت هذه الأدلة على مشروعية الشركة، والمشاركة المتناقصة نوع من الشركة في الجملة فكانت مشروعة.

---

(١) المعاملات المالية المعاصرة، د/ محمد عثمان شبير، صـ٣٤١.

(٢) موقع مجمع الفقهى الدولى على الانترنت الدورة الخامسة عشرة، قرار رقم ١٣٦ (١٥/٢) : http://www.iifa-aifi.org/٢١٤٦.html.

(٣) تراجع أقوالهم فى مناقشات وتعقيبات مجمع الفقهى الدولى بشأن المشاركة المتناقصة مجلة المجمع ع١٣/ ١٠٢٦، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ويراجع أيضا: المعاملات المالية المعاصرة أصالة ومعاصرة ١٥/ ١٣٥.

(٤) مما يدل على هذا ويؤكده أن كثيرا من الباحثين اشترطوا من بين الضوابط التى يجوز بها هذا العقد: ألا تكون مجرد عملية تمويل بقرض. وألا يكون هذا العقد مجرد حيلة للتوصل إلى محرم. يراجع: المشاركة المنتهية بالتمليك كما يجريها بيت التمويل الأمريكى (لا ربا) دراسة نقدية فى ظل المعايير الشرعية، د/ أحمد الصويعى شلبيك صـ٣٤٩.

(٥) سورة النساء من الآية (١٢).

(٦) سورة ص من الآية (٢٤).

(٧) أبوداود ٣/٢٦٤ح ٣٣٨٥، ك/ البيوع، ب/ باب فى الشركة، والحاكم فى المستدرك ٢/٦٠ح ٢٣٢٢ وقال: صحيح ووافقه الذهبى.

٢-هذه الشركة تعتبر من شركة العنان(١)، اقترن بها شرط صحيح بالوعد بالبيع أو الإجارة وهذا غير مناف لمقتضى العقد، ولا مناف للشرع، ولم يرد في شأنه نص خاص يمنعه، أو يصادم قاعدة عامة قطعية؛ لأن الشريك حر التصرف في نصيبه، ولا يوجد في الشرع ما يمنع من تمليك الشريك حصته في المستقبل لشريكه سواء كان ذلك دفعة واحدة أو على دفعات؛ لأن الشركة عقد غير لازم، فله في أي وقت الخروج من الشركة.

<u>لمناقشة</u>: نوقش هذا الدليل بـــأن: هناك فرقا واضحا بين أن تكون النية مبيتة من البداية للتخارج، ومرتب لها، ومنصوص عليها كشرط أساسي داخل العقد نفسه، وبين أن يعن لأحد الشركاء التخارج بعد بداية النشاط لوقوع أحداث جديدة لم يكن يتوقعها من قبل، فلا شك أن كلا الشريكين في عقد الشركة يحق لهما إبداء الرغبة في التخارج في أي وقت شاءا بعد بداية التعاقد، أما أن ينص على هذا التخارج، وعلى بيع حصة أحد الشريكين للشريك الآخر بنفس القيمة الاسمية كشرط مسبق داخل العقد نفسه، أو في إقرار أو في وعد ملزم مصاحب للعقد من البداية فهذا ضمان واضح من الشريك المشتري للشريك المتخارج، وهو ما يأباه عقد الشركة باتفاق العلماء في كل عصر ومصر.

٣-الأصل في المعاملات الصحة والإباحة، وكون الشركة تجمع بين عقود مختلفة كالشركة والبيع، والإجارة فلا يوجد ما يمنع من اجتماع هذه العقود في عقد واحد سواء أكانت هذه العقود متفقة الأحكام أم مختلفة الأحكام، طالما استوفى كل عقد منها أركانه وشرائطه الشرعية، وسواء أكانت هذه العقود من العقود الجائزة أم من العقود اللازمة أم منهما معًا، وإنما الممنوع من اجتماع هذه العقود إذا كان الشرع قد نهى عن هذا الاجتماع، أو كان في اجتماعها توصل إلى ما هو محرم شرعًا، وهذا لا يوجد في عقد الشركة المتناقصة، فلم يمنع الشرع من اجتماع البيع والشركة والإجارة.(٢)

٤-أهميتها، وحاجة المستثمرين إليها سواء على مستوى المصرف أم الفرد، حيث تعد أحد أدوات الاستثمار الهامة في العصر الحاضر، يتجنب بها المستثمر الربا، وتحقق له كثير من الغايات والفوائد التى قد لا تتحقق في الشركات المعهودة، أضف إلى ذلك ضمانها توفير رؤوس الأموال، وتحمل المخاطرة- وتوزيع الخسائر. ومن المعلوم أن من أسس الشريعة الإسلامية رفع الحرج.(٣)

---

(١) شركة العنان معناها: أن يعقد اثنان، أو أكثر الشركة بينهما، وكان مالهما الذي أدخلاه في الشركة مما يصلح أن يكون رأس مال للشركة، ولم يشترطا المساواة التامة في رأس المال أو= =الربح. فتكون الشركة شركة عنان. مجلة الأحكام العدلية صـ٢٦٢، ويراجع: القاموس الفقهي لغة واصطلاحا الدكتور سعدي أبو حبيب ٢٦٣، ط/: دار الفكر. دمشق.

(٢) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة للشيخ ذبيان بن محمد ١٥ /١٦١، المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلى صـ٤٣٦، المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير صـــ٣٤١.

(٣) المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة، مرجع سابق صـــ٧٣.

لة لة ل لثانى:

استدل القائلون بعدم مشروعية المشاركة المتناقصة بجملة أدلة منها ما يلى:

١-قياس المشاركة المتناقصة على بيع الوفاء(١)، بجامع البيع باشتراط عودة الملك لصاحبه فكما أن بيع الوفاء محرم، فالمشاركة المتناقصة مثله.

يقول د/ على السالوس: " هذا أسوأ من بيع الوفاء. يعني أن لم يكن هو صورة من بيع الوفاء فهو أسوأ من بيع الوفاء، لأن الآخر ملتزم بمبلغ يدفعه، إنما في بيع الوفاء إن لم يرد العين فلا يدفع شيئا".(٢)

ويقول الشيخ محمَّد المختار السلامي "المشاركة المتناقصة أردت أن أقارنها بعقود أخرى معروفة في الفقه الإسلامي فوجدت أقرب العقود إليها هو بيع الوفاء، فإن بيع الوفاء أن يبيع على اشتراط أن يعود الملك إلى صاحبه"(٣)

لمناقشة: المشترى في بيع الوفاء له صفة المالك وغير المالك، فهو مالك بمقتضى العقد، وغير مالك بمقتضى الشرط الذى يلزمه برد المبيع إلى المدين عند سداد الدين، وهو شرط يتنافى مع مقتضى العقد.(٤)

إضافة فإن البائع في بيع الوفاء لم يقصد البيع حقيقة ولم تتوجه إرادته إليه، بخلاف المشاركة المتناقصة فقد توجه القصد إلى حقيقة الاستثمار ويتحمل كل طرف الربح والخسارة.(٥)

٢- أن الشركة المتناقصة هي في حقيقتها قرض بفائدة مستتر باسم الشركة؛ لأنه من الواضح أن البنك وعميله لا يريدان في واقع الأمر مشاركة بعضهما البعض، فالنية مبيتة فيه من البداية على أن يبدأ تخارج البنك من التعامل فور الانتهاء من قيام المشروع وتنتهي عملية المشاركة بأكملها بين الطرفين بمجرد حصول كل منهما على الغرض الأصلي المنشئ لهذا التعامل، وهو القرض بالنسبة للعميل، والعائد من هذا القرض (مع استرداد أصله) بالنسبة للبنك، يقول د السالوس: " وأنا نظرت إلى العقدين فوجدت أن المسألة تمول وليست شركة متناقصة".(٦) ويقول الشيخ عبداللطيف آل محمود: " فإن مثل هذه المعاملة تتراءى أنها غير صحيحة؛ لأنها تصبح حيلة لجدولة الدين".(٧)

---

(١) بيع الوفاء معناه: أن يبيع السلعة للمشتري بالذي له عليه من الدين على أنه متى قضاه الدين عادت إليه السلعة. معجم لغة الفقهاء صـ١١٥، القاموس الفقهى صـ٣٨٤.

(٢) مجلة مجمع الفقه الدولى ١٣/ ١٠٣٦.

(٣) مجلة مجمع الفقه الدولى ١٣/ ١٠٢٢.

(٤) وهبة الزحيلى مرجع سابق صـ٤٣٧.

(٥) الصور المعاصرة لبيع الوفاء، دراسة فقهية، ياسر الخضيرى صـ٣٥.

(٦) مجلة مجمع الفقه الدولى ١٣/ ١٠٣٦.

(٧) المرجع السابق ١٣/ ١٠٣٥.

٣-عقد المشاركة المتناقصة هو أحد صور بيع العينة التي نهى عنها الفقهاء، وذلك للنص الصريح في عقد البيع على أن يعيد المشتري بيع الأصل الذي اشتراه إلى نفس البائع المالك الأصلي يقول الشيخ حسين كامل: " فللأسف الشديد لا أرى في عرض المشاركة المتناقصة المطروح للمناقشة إلا كونه مثالا لأحد نماذج بيوع العينة التي نهى الفقهاء عنها".(١)

لمناقشة: نوقش هذا الدليل بأن العينة فيها بيعان أحدهما حال، والآخر مؤجل، وهذه المشاركة المتناقصة ليس فيها عقد بيع، وإنما فيها عقد مشاركة، ثم يحصل البيع بعدئذ، وهو يحصل أيضًا بالقيمة السوقية، أما بيع العينة فإن هناك زيادة في البيع المؤجل عن البيع الحال، وهي التي يوجد بها عنصر الفائدة، وكون أحد الطرفين يريد الحصول على الربح فأي مانع في الشرع من ذلك؟ إذا كان يريد الحصول على الربح، والآخر يريد الحصول على الملكية الكاملة بالتدريج، فليس هناك ما يمنع هذه الرغبات إذا كانت وفق أحكام الشريعة وعقودها وضوابطها.(٢)

ويستبعد فضيلة الشيخ علي محيى الدين شبه العينة، قائلًا: ليس هناك علاقة بين موضوع الشركة المتناقصة وبيع العينة، فبيع العينة بين طرفين، وهذا بين عدة أطراف، وبيع العينة في نفس الوقت، وهذا بعد وقت طويل، وبيع العينة لا بد أن يكون السعر لم يتغير، وهنا في الغالب تتغير الأسعار، فلذلك لا تتوافر في عقد الشركة المتناقصة صور بيع العينة، فينبغي أن تستبعد هذه الشبهة.(٣)

٤- اشتراط أحد الشريكين على الشريك الآخر في العقد نفسه من البداية شراء حصته منه يعني اشتراط ضمان هذه الحصة في رأس المال بقيمتها الاسمية ولو لم يتعد أو يفرط، وفي هذا يقول الدكتور حسين كامل فهمي: "إذا أراد أحد الشركاء التخارج من الشركة فهو يبيع حصته الشائعة التي امتلكها إما للغير، وإما إلى باقي الشركاء المستثمرين في الشركة، وهذا كله جائز في حالة ما إذا تم التخارج وبيع الحصة دون شرط مسبق، فعلى سبيل المثال يقول ابن قدامة رحمه الله: "وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز".(٤)

أما إذا اشترط أحد الشريكين على الشريك الآخر في العقد نفسه من البداية شراء حصته منه فكأنه اشترط ضمان هذه الحصة في رأس المال بقيمتها الاسمية دون تعد، فيفسد العقد عند من يقول: إن الشرط الفاسد يفسد الشركة، ويفسد الشرط عند من يقول بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد"(٥)

---

(١) مناقشات مجلة المجمع الفقهى الدولى ١٣/ ١٠٢٦.
(٢) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة للشيخ ذبيان بن محمد ١٥ /١٥٨.
(٣) مناقشات مجلة المجمع الفقهى الدولى ١٣/ ١٠٤٣.
(٤) المغنى لابن قدامة ٥/ ٤٣.
(٥) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة للشيخ ذبيان بن محمد ١٥ /١٥٤.

لمناقشة: نوقش هذا الدليل بأن الضوابط التى وضعها الفقهاء المجيزون قد صانت العقد من مثل هذه الشروط الفاسدة فإذا طبقت تلك الضوابط كان العقد صحيحا.

جاء في قرار المجمع الفقهى الدولى ما نصه: " المشاركة المتناقصة مشروعة إذا التُزم فيها بالأحكام العامة للشركات، وروعيت فيها الضوابط الآتية:

أ-عدم التعهد بشراء أحد الطرفين حصة الطرف الآخر بمثل قيمة الحصة عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه، بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع ، أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع".(١)

٥-المشاركة المتناقصة فيها إضافة البيع إلى المستقبل، وقد ذهب جمهور الفقهاء(٢) إلى عدم جواز إضافة عقد البيع إلى زمن مستقبل؛ لأنها تمليك، وقد أمكن تنجيزها للحال، فلا حاجة إلى الإضافة، بخلاف الإجارة وما شاكلها، لأنه لا يمكن تمليكها للحال، لأن المنفعة تتجدد، ساعة فساعة، على حسب وجود المنفعة وحدوثها.(٣)

وبناء عليه فإن المشاركة المتناقصة لا تجوز، أصلها عدم جواز البيع المضاف إلى المستقبل.

لمناقشة: يمكن مناقشة هذا الدليل بأن الحنابلة في الرواية الثانية(٤) لهم وهو قول

---

(١) موقع مجمع الفقهى الدولى على الانترنت الدورة الخامسة عشرة، قرار رقم ١٣٦ (١٥/٢) : http://www.iifa-aifi.org/٢١٤٦.html.

(٢) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان محمد قدري باشا (المتوفى: ١٣٠٦هـ) صـ٤٢، ط/ المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الثانية، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: ١٠٩٩هـ) ٨/٥، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الأولى، كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة (المتوفى: ٧١٠هـ) ٧٢/٩، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، ط/ دار الكتب العلمية، الأولى، الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) ١٢/٢، ط/ دار الكتب العلمية، الأولى.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعى ١٤٨/٥.

(٤) جاء فى الفروع ٤٧/٤: " (لو قال: بعتك إن جئتني بكذا، أو رضي زيد، فلا يصحان، وعنه صحة عقده، وحكي عنه صحتهما). وجاء في كتاب العقود لابن تيمية صـ٢٢٧: (وذكرنا عن أحمد نفسه جواز تعليق البيع بشرط، ولم أجد عنه، ولا عن قدماء أصحابه نصا بخلاف ذلك، بل ذكر مَنْ ذكر من المتأخرين: أن هذا لا يجوز كما ذكر ذلك أصحاب الشافعي، واحتجت الطائفتان على ذلك بأن هذا غرر ... ثم أخذ يفند أدلة المانعين) . نقلا عن بحث د/ حسن على الشاذلى بمجلة مجمع الفقه الدولى ٨٩٤/١٣.

عند الحنفية(١) صححوا البيع المعلق على شرط، ومعلوم لنا أنه إذا كان العقد المعلق على شرط صحيحا، بناء على هذا ، والتعليق إنما يكون على أمر محتمل الوقوع، فإنه إذا أضيف العقد إلى أمر محقق الوقوع، وهو الزمن المستقبل، فإنه يكون صحيحا من باب أولى.(٢)

لق ل لمختا

وبعد عرض المذهبين بأدلتهما ومناقشة ما أمكن مناقشته من الأدلة فإنى أختار ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين أصحاب المذهب الأول والذين ذهبوا إلى جواز المشاركة المنتهية بالتمليك (المشاركة المتناقصة) مع ضرورة الالتزام بالضوابط التى اشترطوها للجواز لتفادى المحظورات الشرعية، وذلك للأسباب التالية:

١- إن فى هذا الاختيار تنشيطا لأداة من أدوات التمويل التى تقوم عليها المؤسسات المالية مما يفيد الاستثمار، وينعكس على الإنتاج، ومن خلاله تدور عجلة التنمية.

٢- كما أنه يفيد الأفراد والدول والمؤسسات التى تعجز عن شراء حاجاتها عن طريق البيع.

٣-فيه رفع للحرج عن الأمة فى معاملاتها المالية، ورفع الحرج أساس من أسس الشريعة الغراء.

لف لثال : ث ن ية لإ ل اه لبا نة على عق لمشا كة لمتناقصة

يظهر بوضوح أثر نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة على عقد المشاركة المتناقصة، فإن الفقهاء المعاصرين لم يغفلوا عن هذه النظرية أثناء دراستهم لهذه القضية المعاصرة، بل كانت نظرية الإرادة أساسا لاختلافهم وحكمهم، من خلال محاولة تغليب إحدى النظريتين على الأخرى، وهل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها، أم للمقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها؟

فمن خلال أقوال المجيزين يظهر أثر نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة في الحكم على المشاركة المتناقصة في جملة الضوابط التى قالوا بضرورة الالتزام بها في إجراء

---

(١) جاء في الفتاوى الهندية ١٤٢/٣: (فإن كان الأجل معلوما جاز البيع وإن كان مجهولا فسد البيع ومن جملة الآجال المجهولة البيع إلى النيروز والمهرجان وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى مسألة النيروز والمهرجان في الجامع الصغير وأجاب بالفساد مطلقا والصحيح من الجواب في هذه المسألة أنهما إذا لم يبينا نيروز المجوس أو نيروز السلطان فالعقد فاسد وإذا بينا أحدهما وكان يعرفان وقته لا يفسد العقد هكذا في المحيط). قال د/ حسن الشاذلى: "ومعلوم أن النيروز هو عيد الربيع عند الفرس، وموعده في مارس من كل عام، فهل إذا باعه هذه السلعة عند قدوم هذا الزمن المعلوم يجوز البيع؟ . قال الفقيه أبو الليث: إن البيع جائز، فإذا جاز البيع إلى النيروز فإن حملنا ذلك على البيع لا على الثمن، فإن البيع المضاف إلى زمن مستقبل معلوم لكلا المتعاقدين كأول شهر كذا أو أول سنة كذا يكون بيعا صحيحا بناء على هذا الاحتمال، لأنه معلوم لكلا المتعاقدين، أما إن حملناه على تأجيل الثمن فإنه لا يفيدنا جديدا في هذا الصدد، لأن تأجيل الثمن جائز بالاتفاق. مجلة مجمع الفقه الدولى ع١٣/ ٨٩٠.

(٢) المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، الأستاذ الدكتور/ حسن علي الشاذلي، مجلة مجمع ٨٩٤/١٣.

المعاملة حتى لا يكون المراد بها عقد تمويل ربوى، ويلبس العقد ثوب المشاركة، فتصير ذريعة إلى الربا.
ومن خلال أقوال المانعين يظهر أثر نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة على قولهم حيث بنى المانعون قولهم على تغليب المقصود من العقد وعدم الالتفات إلى الظاهر، والتخوف من أن البنك لا ينوى المشاركة الحقيقة بدليل اشتراط خروجه منذ بداية التعاقد، فكأنه مجرد تمويل بقرض ربوى، ولكنه مقنع بثوب المشاركة.
فالفقهاء الذين ذهبوا إلى الحرمة غلبوا جانب الإرادة الباطنة مع تحقق القرائن المحيطة بالعقد والتى جعلتهم يدركون أن الشركة غير مرادة ابتداء وأن المراد هو التمويل انتهاء.
أما الذين ذهبوا إلى الجواز فقد نظروا إلى الظاهر مع اكتمال الأركان والشروط التى تشترط في كل عقد. إضافة إلى أن البنك يتحمل في الخسائر بنسبة حصته، مما يزيل عن العقد شبهة الشكلية أو الصورية.
وسوف أسوق هنا باختصار ما يبين أن المعاصرين لم يغفلوا نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة عند دراستهم للمشاركة المتناقصة وعند بناء الحكم الفقهى لها.
-قال د/ نزيه حماد وهو يتحدث عن شروط المشاركة: " ثالثا: اشتراك الممول والعميل في ضمان (غرم) الخسارة في حال وقوعها بحسب حصصهم في الملك، كيلا تكون هذه العملية التمويلية حيلة للقرض الربوي، حيث لا بد فيها من وجود الإرادة الحقيقية للمشاركة من الطرفين، وأن يتحملا جميع ضروب الخسارة والتلف والنقصان مقابل استحقاقهم للأرباح والعوائد إن تحقق شيء من ذلك خلال فترة المشاركة".(١)
-وقال د/ عبدالسلام العبادى: " وقد أكدت المؤتمرات المصرفية التي تبنت هذا العقد على أنه لا يصح أن تكون المشاركة المتناقصة مجرد تمويل من البنك، فلا بد أن تكون المشاركة حقيقية، وأن يتحمل جميع الأطراف الربح والخسارة، كما أكدت على ضرورة أن يمتلك البنك حصة في المشاركة ملكا تاما وأن يتمتع بحقه في الإدارة والتصرف، وأنه في حال توكيل الشريك الآخر بذلك فإن للبنك حق مراقبة الأداء ومتابعة المشروع."(٢)
-وقال الشيخ حسين كامل: " فمن الواضح إذن أن هذا العنوان ينطوي على معان تتناقض تماما مع مقتضى العقد ومقصده الأصلي، كما أشار إليه الفقهاء من كونه عقدا بين المشاركين لتحقيق الربح. وهذا المقصد لا يتحقق في أغلب الحالات إلا بافتراض الاستدامة والاستمرار في المشاركة. فكما أن الشركة تعني اشتراك طرفي التعاقد في رأس المال؛ فإنها تعني أيضا اشتراكها في العمل لتحقيق الربح، وهذا يتناقض مع الهدف من العقد الذي أمامنا، إذ إن النية مبيتة واضحة فيه من البداية على أن يبدأ تخارج البنك من التعامل فور شرائه للأصل من البائع الأول، ثم تنتهي عملية المشاركة بأكملها من الطرفين بمجرد حصول كل منهما على الغرض الأصلي

---

(١) المشاركة المتناقصة نزيه حماد، مرجع سابق، ١٣/ ٩٣٥.
(٢) عبدالسلام العبادى، مرجع سابق، مجلة المجمع ٩٤٧/١٣.

المنشئ لهذا التعامل وهو التمويل أو القرض بالنسبة للعميل المستثمر.. وفي واقع الأمر إذا أجزنا عقد المشاركة المتناقصة فكأنما نتغاضى تماما عن بعض الثوابت التي تعارف عليها الفقهاء والتي من أهمها:

لا: أن العبرة في أي نوع من أنواع المعاملات والعقود المبرمة بين الناس بصفة عامة تتوقف من حيث القبول أو الرفض من وجهة نظر الشريعة على ما تتضمنه من معان ومقاصد، وليس على ما تحمله من أسماء ومباني ".(١)

-وجاء في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: " مستند القول بأنه يجب أن تطبق على المشاركة المتناقصة الأحكام العامة للشركات، وبخاصة أحكام شركة العنان هو: وقاية هذه الشركة الجديدة من أن تكون مجرد تمويل بقرض يلتزم العميل بسداده مع عوائد الشركة"(٢)

وبناء على هذه النصوص يتبين لنا أن نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة كان لها تأثيرها في عقد المشاركة المتناقصة بين المجيزين والمانعين، وأنها كانت أساسا للحكم الفقهى، وسببا للخلاف بينهم فمن غلب جانب الإرادة الظاهرة قال بجواز العقد، ومن غلب الإرادة الباطنة بقرائنها قال بحرمة هذا النوع من التعاقد. وبالله التوفيق

المطلب الثالث

التورق[٣] المصرفى، وأثر نظرية الإرادة عليه

"بدأت البنوك الإسلامية خلال السنوات الماضية في التوسع بطريقة طردية في استغلال أسلوب التورق في إطار مؤسسي متكامل، وذلك لاستخدامه كأساس شرعي لنماذج جديدة ومتنوعة من الأدوات المصرفية، بما يتيح لعملائها مزيدا من الخدمات، ويحقق للبنوك نفسها فرصا جديدة لمضاعفة الربح. فضلا عن رغبتها في استخدام أسلوب أكثر واقعية لتحقيق أهداف السياسة النقدية للدولة التي تتبعها. وقد ظهرت تلك النماذج على مراحل متتابعة، بدأت بأسلوب التورق في جانب الأصول لترتيب مديونيات نقدية على عملائها سواء بصفة مباشرة، أو في شكل بيع للديون التي تتراكم على عملائها من جراء استخدام بطاقات الائتمان المصرفية التي تصدرها تلك البنوك وتربط العمل بها بأسلوب التورق المباشر.

ثم استمرت البنوك في مسارها هذا باستخدام التورق في جانب الخصوم لترتب ديونا (قروضا) نقدية على نفسها ولصالح عملائها، بما يمكنها في النهاية من استخدام

---

(١) مناقشات مجمع الفقه الدولى بتصرف ١٣/ ١٠٢٦، ١٠٢٧.

(٢) المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية صـ١٧٩.

(٣) الوَرِقُ فتح الواو وكسر الراء: الدراهم المضروبة، والورقُ: المال من دراهم وإبل وغير ذلك وقال ابن سيده: الوَرَقُ المال من الإبل والغنم. لسان العرب لابن منظور ٣٤٧/١٠، الصحاح للجوهرى ٤/ ١٥٦٤، المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده ٥٥٦/٦.

أرصدة تلك القروض لصالحها في أغراض استثمارية مختلفة، مع تحقيق بعض المكاسب المادية من ذلك، سيتم التعرض لها بعد ذلك."(١)

تجـ لإشا لى لة ينقس لى ثلاثة قسا :

١- لة لبسيـ لة هـ : الذى يكون بين الأفراد ومعناه: أن يشتري الرجل السلعة بثمن مؤجل، ثم يبيعها إلى آخر بثمن أقل مما اشتراها به، وسميت بمسألة التورق لأن المقصود منها الورق (النقد) لا البيع.(٢)
والفرق بين الورق وبين العينة، أن العينة: أن يبيع سلعة نسيئة، ثم يشتريها البائع نفسه بثمن حال أقل منه. أما التورق فالمشتري فيه ليس البائع نفسه، وإنما يبيع فيه المشتري الأول السلعة إلى طرف ثالث لا علاقة له بالبائع الأول. فالعينة ترجع فيها السلعة إلى البائع الأول، والتورق ليس فيه رجوع السلعة إلى البائع الأول، وإنما هو تصرف المشتري فيما ملكه ببيعه في السوق بثمن حال ليحصل على نقد.(٣)

٢- لة لمنـ ه : أن يتولى البائع ترتيب الحصول على النقد للمتورق، بأن يبيعه سلعة بأجل ثم يبيعها نيابة عنه نقداً ويقبض الثمن من المشتري ويسلمه للمتورق.(٤)

٣- لة لمصـ فى: وسمي بالمصرفي لانتساب هذه المعاملة إلى المصارف وكثيراً ما يستخدم هذا المصطلح ردفاً للتورق المنظم. ولكن يمكن التمييز بينهما بأن التورق المصرفي هو تورق منظم يسبقه مرابحة للآمر بالشراء، حيث الآمر بالشراء هو المتورق. والسبب أن المصارف لا تملك سلعا ابتداء.(٥)
والنوع الأخير هو الذى سنتحدث عنه بشىء من التفصيل في السطور التالية حيث له ارتباط وثيق، وعلاقة وطيدة بنظرية الإرادة، وسوف ينتظم حديثنا عن التورق المصرفى المنظم الذى تجريه المصارف، والبنوك، في الفروع التالية:

---

(١) يراجع: التورق الفردي والتورق المصرفي(المنظم)، د. حسين كامل فهمي، صـ١٧، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامى الدولى فى دورته التاسعة عشرة المقامة بالشارقة.
(٢) معجم لغة الفقهاء صـ١١٤، ١٥٠، التعريفات للجرجانى صـ٤٨.
(٣) أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية، أ.د/ محمد تقي العثماني صـ٢.
(٤) منتجات التورق المصرفية، الدكتور سامي بن إبراهيم السويلم صـ١٣.
(٥) التورق حقيقته ، أنواعه (الفقهي المعروف والمصرفي المنظم) صـ١٧، الدكتور هناء محمد هلال الحنيطي.

لف لأ ل: تع ي لت لمص في، خ ته لعملية، ف ئ ، ه يا ،

تع ي لت لمص في

ع لت لمص في بتعا ي متع منها:

- ع بأنه: " الحصول على النقد عن طريق شراء سلعة مخصوصة من مكان مخصوص بثمن آجل من البنك وتوكيل البنك في بيعها لحساب العميل."(١)

- ع بأنه: " أن يقوم المصرف الإسلامي بالاتفاق مع شخص ممن يحتاجون إلى النقد على أن يبيعه سلعة إلى أجل بثمن أعلى من سعر يومها، ثم يوكل المشتري المصرف الإسلامي ليبيع له السلعة بثمن نقدي أقل عادة من الثمن المؤجل الذي اشترى به السلعة ليحصل المتورق بذلك على الثمن النقدي، وتبقى ذمته مشغولة للمصرف بالثمن الأكثر لهذه المعاملة."(٢)

- قيل ه : "قيام المصرف بعمل نمطي يتم فيه ترتيب بيع سلعة "ليست من الذهب أو الفضة" من أسواق السلع العالمية أو غيرها، على المستورق بثمن آجل، على أن يلتزم المصرف - إما بشرط في العقد أو بحكم العرف والعادة - بأن ينوب عنه في بيعها على مشتر آخر بثمن حاضر، وتسليم ثمنها للمستورق."(٣)

ويتبين من خلال التعريفات المتقدمة أن صورة هذه المعاملة: أن يذهب العميل إلى المصرف الإسلامي، ويقول: أنا أريد نقوداً عن طريق التورق، فيشتري المصرف له سلعاً، ثم يبيعها له بالأجل، ثم يطلب المصرف من العميل أن يوكله في بيع تلك السلع، وبعد أيام يجد العميل ثمن هذه السلع في حسابه. ويثبت في ذمة العميل الثمن المؤجل لتلك السلع.

لخ لعملية للت لمص في

تتم عملية التورق المصرفي المنظم لدى هذه المصارف وفق الإجراءات التالية :

١-يتقدم العميل للمصرف الإسلامي بطلب تمويل بأسلوب التورق المصرفي المنظم.

٢-يعرض المصرف قائمة بأسعار السلع؛ ليحدد العميل نوع السلعة والثمن والأجل.

٣-يطلب المصرف من العميل وعداً بالشراء، وتوكيله ببيع السلعة المشتراة.

٤-يقوم المصرف بشراء السلعة من السوق الدولية أو المحلية.

٥-بموجب الوعد يقوم المصرف ببيع السلعة للعميل بأسلوب المرابحة، وتقسيط الثمن.

---

(١) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ذبيان بن محمد ٤٧٧/١١.

(٢) التورق الفقهي، وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي، أ.د/ محمد عثمان شبير صـ٢٢.

(٣) هذا تعريف مجمع الفقه الإسلامى التابع لرابطة العالم الإسلامى فى دورته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من ١٩-١٤٢٤/١٠/٢٣ هـ الذي يوافقه: ١٣-٢٠٠٣/١٢/١٧ م.

٦-بموجب الوكالة يقوم المصرف ببيع السلعة بسعر الحال (النقد) لحساب العميل، ويودع ثمنها في حساب العميل لدى المصرف.
٧-يستوفي المصرف أقساط بيع المرابحة من العميل حسب الاتفاق.(١)

م خلال ه لخ يمكننا ستخلا لآتي:

١-المصرف لا يشتري السلعة إلا بعد طلب العميل، وهذا لا يخرجه عن كونه تورقاً عندهم لتميزه بالميزتين اللاحقتين.
٢-المصرف يرتب تنظيما مع البائع والمشتري، وذلك قبل عقد البيع.
٣-المصرف يقوم ببيع السلعة التي اشتراها منه عميله، نيابة عنه. وهذه أظهر ما يميز التورق المنظم.(٢)
٤-عدم الجدية أو الواقعية في بيع السلعة، وإنما يستخدم البيع حيلة لتغطية المقصود الحقيقي وهو الحصول على دراهم في الحال، ليسدِّد بدلاً عنها دراهم أكثر في المستقبل.
٥-التورق يشتمل على عدة صفقات كل صفقة منفصلة عن أختها.
٦-قد يكون المشتري النهائي للسلعة هو البائع الأصلي الذي اشتريت منه السلعة فيتم التورق حينئذ عبر ثلاثة أطراف. وقد يكون المشتري غير البائع الأصلي فيتم التورق عبر أربعة أطراف.
فالتورق المصرفي المنظم سمي بهذا الأسم لأنه ينظم التعامل المستقبلي مع البائع والمشتري من خلال الاتفاق على إجراءات، وأحكام معينة.(٣)

<u>ف ئ لت لمص فى، م يا :</u>

للتورق فوائد، ومزايا تميزه عن غيره من أدوات التمويل المتعارف عليها (مضاربة واستصناع . . . الخ) يمكن إيجازها بما يلي:
١-التورق منتج من منتجات المصرفية الإسلامية يلبي حاجات العديد من العملاء في الحصول على ائتمان بدون فائدة ربوية، أي أنه بديل شرعي عن عقد القرض الربوي عند من أجازه.
٢-يقلل من خسارة العديد من العملاء الذين كانوا يتحايلون على صيغة المرابحة لأجل كوسيلة للحصول على النقد، حيث كانوا يشترون السلع مرابحة لأجل بثمن

---

(١) التورق، حقيقته وأنواعه، أ.د/ عبد العزيز الخياط صـ٦، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامى الدولى فى دورته التاسعة عشرة المقامة بالشارقة، التورق، حقيقته، أنواعه، د/ أحمد بن عبد العزيز الحداد صـ٥.
(٢) التورق كما تجريه المصارف فى الوقت الحاضر، التورق المصرفى المنظم، دراسة تصويرية فقهية، د/ عبدالله محمد حسن السعيدى، منشور ضمن أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهى الإسلامى بمكة المكرمة ٢/٥٠٤.
(٣) التورق حقيقته، أنواعه أ.د/ وهبة مصطفى الزحيلي، صـ٦، التورق الفقهى د/ محمد عثمان شبير مرجع سابق صـ٢٣، التورق حقيقته – أنواعه، د/ إبراهيم أحمد عثمان صـ٣٦.

عالٍ، ويبيعونها نقداً بثمن منخفض لأن مقصدهم الأساس هو الحصول على النقد وليس السلعة لاستخدامه في أغراض أخرى مثل سداد ديون مستحقة.
٣-المساهمة في تمويل بعض الخدمات التي لا تصلح لها صيغة المرابحة مثل: سداد الأجور والمصروفات وسداد المديونيات ونحو ذلك.
٤-يعتبر التورق أداة من أدوات التمويل قصير الأجل الذي يناسب المؤسسات المالية الإسلامية.
٥-تخفيض نسبة الخسارة التي تحيق بالعميل عند إعادة بيع السلعة التي اشتراها من المصرف .
٦-السرعة في إنجاز المعاملة مقارنة بالصيغ الأخرى.
٧-إن التورق المصرفي يفتح مجالاً للمصارف الإسلامية لتمويل بعض المشاريع ذات الخطورة العالية التي لا ترغب المصارف بالدخول فيها.
٨- استثمار المصرف الإسلامي ما لديه من سيولة فائضة في السلع الدولية عن طريق المتاجرة بهذه السلع، حيث يقوم المصرف بشراء السلعة من شركة في السوق الدولية بوسائل الاتصال الحديثة، ومن ثم بيعها للمتورق بالأجل مساومة أو مرابحة، بأكثر من سعر يومها، ثم يبيعها المصرف نيابة عن المالك (العميل)، وقد يبيعها للشركة التي اشترى منها السلعة. ويستفيد المصرف من فرق السعرين. (١)

لفـ لثانى: لفـ بيـ لتـ لمصـ فى معاملا صلة به

لغصـ لأ ل: لفـ بيـ لتـ لمصـ فى، لفـ لبسيـ

هناك فروق هامة بين التورق المصرفى والفردى يمكن تلخيصها فيما يلى:
١-توسط البائع في بيع السلعة بنقد لمصلحة المتورق، في حين أن البائع في التورق الفردي لا علاقة له ببيع السلعة مطلقاً، ولا علاقة له بالمشتري النهائي.
٢-استلام المتورق للنقد من البائع بعدما صار مديناً له بالثمن الآجل، في حين أن الثمن في التورق الفردي يقبضه المتورق من المشتري النهائي مباشرة دون أي تدخل من البائع.
٣-التفاهم والتواطؤ المسبق بين الطرفين على أن الشراء بأجل ابتداء إنما هدفه الوصول للنقد من خلال البيع النقدي اللاحق، ولا يلزم حصول التواطؤ في التورق الفردي، بل قد يوجد وقد لا يوجد.
٤-أطراف عملية التورق الفردى ثلاثة أطراف ، والمصرفي أربعة أطراف بإضافة المشتري الثاني.
٥-عقد الوكالة: في التورق الفردى لا يوجد توكيل للبائع ، بينما في المصرفي يؤدي عقد الوكالة دورا هاما في إتمام عملية التورق.

---

(١) التورق حقيقته ، أنواعه، د/ هناء محمد هلال الحنيطي صـــ٣٣، التورق الفقهي، وتطبيقاته المصرفية محمد عثمان شبير مرجع سابق صـ٢٢.

٦-حيازة السلعة في التورق الفقهي، السلعة مملوكة ابتداء للبائع وفي حوزته، وفي المصرفي قد يقوم المصرف بحيازة السلعة تنفيذا لرغبة وطلب العميل أو تكون مملوكة للمصرف ابتداء.(١)

لغصن لثاني: لف يي لت لت ي

يخلط البعض بين مصطلحي التورق والتوريق، أما التورق فتقدم الحديث عن تعريفه وما يخصه، أما التوريق فيعرف بأنه: "أداة مالية مستحدثة تفيد قيام مؤسسة مالية بحشد مجموعة من الديون المتجانسة والمضمونة كأصول ووضعها فى صورة دين واحد معزز ائتمانياً ثم عرضه على الجمهور من خلال منشأة متخصصه للاكتتاب فى شكل أوراق مالية قابلة للتداول تقليلاً للمخاطر وضماناً للتدفق المالى المستمر للسيولة النقدية للبنك".

ع فه خ بف لهـ : "التوريق اصطلاح يستعمل عندما يتم تحويل أصول مالية غير سائلة مثل القروض والأصول الأخرى غير السائلة إلى أوراق مالية (أسهم أو سندات) قابلة للتداول فى أسواق رأس المال، وهى أوراق تستند إلى ضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات نقدية متوقعة".(٢)

"أطلق علماء الاقتصاد (التوريق) على عملية تجميع القروض والمستحقات المالية المتجانسة (غير السائلة: الديون) والمضمونة بأصول والمدرة لدخل، وجعلها في صورة دين واحد ثم بيعها إلى مؤسسة ذات غرض وحيد لتقوم هذه المؤسسة بإعادة بيعها للمستثمرين على شكل أوراق مالية في صورة أسهم أو صكوك أو سندات مغطاة ومضمونة في سوق الأوراق المالية. " فالمؤسسة المالية "، التي تقوم ببيع هذه الحقوق المالية غير القابلة للتداول، (الديون) بثمن أقل من قيمتها لمنشأة متخصصة ذات غرض خاص أطلق عليها اسم شركة التوريق التي تهدف إلى إصدار أوراق مالية جديدة في مقابل أن تكون هذه الحقوق المالية قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية.

وسميت هذه العملية توريقا لأن بها يتحول الدين المجمع لدى المؤسسة المالية إلي أوراق مالية (سندات) وبدلا من وجود دائن واحد، وهو المؤسسة المالية، تتوزع

---

(١) التورق المصرفى، رياض بن راشد بن عبدالله آل رشود صـ١٢٦، إصدار وزارة الأوقاف والشؤن الإسلامية بدولة قطر، الأولى ٢٠١٣م، التورق الفقهى كما تجريه المصارف الإسلامية، د/ معن سعود أبوبكر، منشور بمجلة الشريعة والقانون، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ع٥٧/ صـ٣١٢، لسنة ٢٠١٤م، المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلى ١١٩.

(٢) التوريق، وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، أ.د/ محمد عبد الحليم عمر صـ٧، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامى الدولى فى دورته التاسعة عشرة فى موضوع الصكوك الإسلامية.

الدائنية على العديد من حملة السندات، ويصبح ملاك السندات مالكين للأصول المورقة بدلا من المؤسسة، كل حسب عدد ما يملكه منها". (١)
ومن خلال ما سبق يتبين أن بين التورق والتوريق عموما وخصوصا
- فيفترقان بفارق أساسى، وهو أن التورق من بيع السلعة بثمن - أما التوريق أو التصكيك أو التسنيد فهو من بيع الديون فى غالب صوره، وقد يكون فى توريق الأعيان بتوريق ثمنها علي المستثمرين.
-ويجتمعان في أن القصد من التورق والتوريق هو الحصول على النقد، ففى التورق يقوم الشخص ببيع السلعة التى اشتراها بثمن آجل، إلى شخص ثالث بثمن نقدى، أقل من الثمن الآجل الذى تعلق بذمته، وفى التوريق يتم بيع الدين لغير من هو عليه بغرض الحصول على النقد.

لف لثال : صو لت لمص في

التورق كما تجريه المصارف له صور متعددة أهمها:

لص لأ لى: أن يحتاج شخص لمبلغ نقدي فيتقدم بطلب تورق لمصرف إسلامي راغبا فيه ،فيقوم البنك بشراء سلعة معينة لنفسه،وقد تكون موجودة في خزائنه،وقد يستلمها تسليما حكميا من خلال تحرير مستندات الشراء باسمه، ثم يبيعها للعميل بالأجل (أو على أقساط) ، ويوكل العميل البنك في بيعها نقدا لشخص آخر، فيبيعها ويسلم العميل المبلغ الذي باع به السلعة ، ويبقى على العميل أن يسدد للمصرف ثمن السلعة على أقساط ،أو عند حلول الأجل ويجوز للمصرف أن يورد ثمنها في حساب العميل.

لص لثانية: أن يعقد البنك مع (صانع أو مورد لسلعة ما) اتفاقا يتيح للبنك الشراء منه كلما يحتاج إلى إجراء عملية تورق، كما يعقد البنك اتفاقية موازية مع تاجر متخصص في توزيع هذه السلعة، وحينما يحضر عميل لطلب تورق يقوم البنك بإرسال إشعار للمورد بكمية السلعة المطلوبة ويسدد له ثمنها، وبذلك يصبح مشتريا للسلعة ثم يبرم عقد البيع لهذه السلعة مع العميل بثمن مؤجل أكبر من ثمن شراء البنك لها؛ ويوكله العميل لبيعها للموزع بسعر نقدي أقل مما اشتراها به من المورد، ويسلم البنك المبلغ النقدي للعميل ،وبالتالي يكون العميل اشترى السلعة من البنك بثمن مؤجل، وباعها البنك نيابة عنه إلى الموزع بثمن نقدي أقل من الثمن الذي اشتراها به.

لص لثالثة: وهى أن يكون لدى عميل مبلغ مدخر فى البنك فيوكل العميل البنك في شراء سلعة نقداً باسم العميل فيشتريها له ويقبضها، ثم يوكل البنك في بيعها بثمن مؤجل أعلى من ثمن الشراء ، وبذلك يحصل العميل على مبلغه إضافة إلي

---

(١) التورق، حقيقته، وحكمه، والفرق بينه وبين العينة، والتوريق، أ.د/ حسن علي الشاذلي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامى الدولى فى دورته التاسعة عشرة صـــ٣٥، التورق وهبة الزحيلى مرجع سابق صـ٣.

الزيادة التي جاءت نتيجة البيع بثمن مؤجل، ويحصل البنك على عمولة مقابل إدارة العملية.(١)

لف ل بع: لحك لفقهى للت لمص فى

ختل لفقها لمعاصر ح ل حك لت لمص فى كا خلافهم على ق لي :

لق ل لأ ل: حرمة التورق المصرفى، وعدم جواز التعامل به، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين منهم: د/ عبدالله بن محمد بن حسن السعيدى، د/ علي السالوس، د/ سامى السويلم، د/ الصديق محمد الأمين الضرير، د/ رفيق يونس المصري، د/ وهبة الزحيلى، والمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، وآخرون.(٢)

لق ل لثانى: جواز التورق المصرفى، بشرط الالتزام ببعض الضوابط الشرعية،(٣) وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين منهم: الشيخ عبدالله بن سليمان المنيع، د/ محمد عبد الغفار الشريف، د/ موسى آدم عيسى، د/ علي محى الدين، د/ محمد

---

(١) التورق، أ.د/ حسن علي الشاذلي صـــ٤٩، التورق المصرفي، دراسة تحليلية نقدية للآراء الفقهية، د/ سعيد بوهراوة، صـــ٥، التورق المصرفى وآثاره الاقتصادية السلبية، د/ افتخار محمد مناحى الرفيعى، الجامعة العراقية، كلية الإدارة والاقتصاد بحث منشور بمجلة كلية الشريعة العدد الثالث صـ٣١١.

(٢) يراجع لهذه الأقوال: التورق كما تجريه المصارف فى الوقت الحاضر د/ عبدالله محمد حسن السعيدى، منشور ضمن أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهى الإسلامى بمكة المكرمة ٥٠٤/٢، التورق، حقيقته وأنواعه، أ.د. علي أحمد السالوس صـ٢٢ بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامى الدولى الدورة التاسعة عشرة، منتجات التورق المصرفية، الدكتور سامي بن إبراهيم السويلم صـــ٢٢، حكم التورق كما تجريه المصارف فى الوقت الحاضر، د/ الصديق محمد الأمين الضرير، ضمن أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهى الإسلامى بمكة المكرمة ٤١٦/٢، قرارات مجمع الفقه الإسلامى التابع لرابطة العالم الإسلامى فى موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د/ على أحمد السالوس، صـ٧٤٣، وقرار مجمع الفقه الدولى رقم ١٧٩ (١٩/٥) في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ ، الموافق ٢٦ – ٣٠ نيسان= =(إبريل) ٢٠٠٩م، التورق حقيقته، أنواعه، د/ هناء محمد هلال الحنيطي صـــ٣٤، فقه المعاملات المالية المعاصرة، د/ وهبة الزحيلى ١٢٦.

(٣) وتلك الضوابط هى: ١-أن تكون تلك السلعة مملوكة للمؤسسة المالية ومتعينة لها بموجب الوثائق المعينة لها قبل بيعهما للعميل. ٢- ألا يبيع المشتري السلعة على المصرف وإلا كان من بيع العينة المحرمة. ٣- أن يكون المعدن المباع حالاً، فإن كان مؤجلًا بثمن مؤجل فهو بيع الدين بالدين ابتداء، وهو محرم بالإجماع. ٤- ألا يكون المعدن ذهبًا أو فضة؛ لأن علة الربا في النقود هي غلبة الثمنية، فلا يصح بيعهما بالنقود مع التأجيل. وهذا الشرط متحقق. ٥- أن يكون المبيع معلومًا إما بالمشاهدة. فقه المعاملات المالية المعاصرة،

د/ وهبة الزحيلى ١٢٦، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة للشيخ ذبيان بن محمد ٥٠٣/١١، المعايير الشرعية صـ٤١٢.

تقي العثماني، د/ محمد علي القري، وهيئة كبار العلماء في السعودية، هئية المحاسبة والمراقبة للمؤسسات المالية الإسلامية.(١)

سبب الخلاف

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء في مسألة التورق المصرفى أساسا إلى نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة، فمن رأى أن التورق المصرفى مجرد حيلة للتوصل إلى النقد والسلعة فيه غير مرادة، فقد أعمل حينئذ الإرادة الباطنة والتى دلت عليها القرائن المحيطة بالعقد، فقال ببطلان التورق المصرفى المنظم، ومن رأى أن الإرادة الباطنة لا أثر لها، ويكفى وجود الإرادة الظاهرة، مع قيام أركان العقد وشروطه (التورق المصرفى) وتحققها، قال بجوازه.(٢)

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول على تحريم التورق المصرفى بجملة أدلة من السنة والأثر، والمعقول:

أولا: من السنة

١- حديث ابن عمر رضي الله عنه عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم).(٣)

---

(١) يراجع لهذه الأقوال: حكم التورق كما تجريه المصارف فى الوقت الحاضر، د/ عبدالله بن سليمان المنيع منشور ضمن أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهى الإسلامى بمكة المكرمة ٣٥٠/٢، أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية، د/ محمد تقى العثمانى، منشور ضمن أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهى الإسلامى بمكة المكرمة ٢/ ٣٨٣، التورق كما تجريه المصارف، دراسة فقهية اقتصادية، د/ محمد العلى القرى، منشور ضمن أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهى الإسلامى بمكة المكرمة ٦٤٣/٢، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش ١٦١/١٣، التورق حقيقته، أنواعه، د/ هناء محمد هلال الحنيطي صـــ٢٦، المعايير الشرعية صـ٤١٢.

(٢) وتأكيدا لهذا يقول عز الدين الخوجة فى بحثه ملخص أبحاث فى التورق صـ٤: "ولذلك من المهم حتى نتمكن من عرض أوجه الاستدلال المختلفة لدى المجيزين والمانعين للتورق، أن ننظر إلى هذه المسألة المتعلقة بالوسائل والذرائع من ثلاثة جوانب:

-الجانب الأول: النظر إلى الباعث وإلى نية المتعاقد التي ينطلق منها الشخص إلى الفعل (مراعاة مقاصد المكلفين).

-الجانب الثاني: النظر إلى وجود التواطؤ والتحايل على ارتكاب المحرم.

-الجانب الثالث: النظر إلى مآلات الأفعال المجردة أي إلى نتيجة العمل وثمرته من غير الالتفات إلى البواعث والنيات". أ.هـ

(٣) أخرجه أبوداود فى السنن ٢٩١/٣،ح ٣٤٦٤، ك/ الإجارة، ب/ فى النهى عن العينة ، البيهقى فى السنن الكبرى ٣١٦/٥، والبزار فى مسنده ٢٠٥/١٢، قال الإمام أحمد: وهذا حديث صحيح. نصب الراية ١١١/٩.

وجه الاستدلال: أن العينة في الحديث نص عام في كل معاملة يراد بها الحصول على العين وهو النقد مقابل ثمن في الذمة أكثر منه. وهذا يشمل العينة الثنائية والثلاثية والتورق. والحديث ذكر في معرض الذم، وهذا يستلزم ذم التورق شرعاً، وذلك لشمول العينة لمعنى التورق(١) لغة وشرعاً.(٢)

٢- عن عبد الله بن عمرو، قال: (نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن).(٣)

وجه الدلالة: في الحديث النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، وحقيقة التورق المصرفي إنما هو بيع مستندي في سوق البورصة، لسلع لم يتم استلامها، ولا تملُّكها، وإنما هي بيوعات آجلة يتم المضاربة فيها، فيصدق عليه أنه بيع ما ليس عند البائع.

كما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق عن الربح فيما لم يضمن. وهذه المعادن يربح فيها البنك، وهي لم تدخل ضمانه؛ لأنها في حقيقتها بيوع آجلة، لم يتم تملكها، ولا قبضها القبض الشرعي، ولا وجود لهذه السلع حقيقة إلا على الحاسب الآلي.(٤)

٣- إن التورق من بيع المضطر.(٥)

وجه الدلالة: يقول ابن القيم: " . . . وهذا المضطر إن أعاد السلعة إلى بائعها فهي العينة، وإن باعها لغيره فهو التورق، وإن رجعت إلى ثالث يدخل بينهما فهو مُحَلل الربا، والأقسام الثلاثة يعتمدها المرابون، وأخفها التورق، وقد كرهه عمر بن عبد العزيز،وقال: هو أخيَّة الربا، وعن أحمد فيه روايتان، وأشار في رواية الكراهَة إلى

---

(١) هناك تشابه بين العينة والتورق من وجوه أهمها:
١ - أن قصد المشتري في الحالتين واحد هو الحصول على النقود حتى لو كان ذلك بكلفة وخسارة.
٢ - البائع هو مصدر السيولة للمشتري في الحالتين. فالنقد يحصل عن طريقه وبواسطته.
٣ - لا يوجد فرق بين المصرف وبين البائع في العينة، لأن الطرفين ضامنان لتصريف السلعة.
٤ - العينة والتورق كلاهما فيه بيعتان.
٥ - العينة والتورق كلاهما فيه بيعة مؤجلة وأخرى معجلة.
٦ - العينة والتورق كلاهما فيه سلعة وسيطة لاغية غير مقصودة حقيقية، تقبض ثم تعاد، وربما لا يتم تقابضها بالمرة، وقد لا تتحرك من أرضها. وقد لا يكون لها وجود أصلاً (سلعة افتراضية).
٧ -حاجة العميل في كل منهما إلى المال. باعتباره جهة عجز مالي.
التورق حقيقته، أنواعه، د/ هناء محمد هلال الحنيطي صـــ٣٩.

(٢) التورق حقيقته – أنواعه، د/ إبراهيم أحمد عثمان صـ١٤، مرجع سابق.

(٣) أخرجه النسائى ٦٧/٦،ح ٦١٨٢، ك/ البيوع، ب/ بيع ما ليس عند البائع، وأبوداود ٣٠٣/٣ح ٣٥٠٦، ك/ الإجارة، ب/ فى الرجل يبيع ما ليس عنده، والترمذى ٥٣٥/٣،ح ١٢٣٤ ك/ البيوع، ب/ ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٤) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة،٤٨٢/١١.

(٥) حديث النهى عن بيع المضطر أخرجه: أبوداود ٢٦٣/٣ح ٣٣٨٤، ك/ البيوع، ب/ فى بيع المضطر، والبيهقى فى سننه ١٧/٦ح ١١٤٠٤، والحديث ضعيف الإسناد، يراجع: سلسلة الأحاديث الضعيفة للألبانى ٩٤/٥.

أنه مضطر، وهذا من فقهه رضي الله عنه، قال: فإن هذا لا يدخل فيه إلا مضطر، وكان شيخنا يمنع من مسألة التورق وروجع فيها بعينه مع زيادة الكلفة بشراء السلعة وبيعها والخسارة فيها، فالشريعة لا تحرم الضرر الأدنى وتبيح ما هو أعلى منه".(١)

لمناقشة: الاستدلال بالحديث استدلال في غير محله، حيث إن حقيقة التورق ظهور الرغبة من صاحبها في الحصول على نقد يغطي به حاجته إليه سواء أكانت الحاجة مما تقتضيها مصلحته في الاكتساب أم مما تقتضيها حاجته أو غير ذلك وهذا لا يعد اضطراراً إلى الحصول على النقد. وإنما هي الرغبة في الحصول عليه لتغطية الحاجة به، والرغبة حاجة وليست ضرورة"(٢)

٤- عن أبي هريرة قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا.)(٣)

وجه الدلالة: أن التورق المصرفي قد اشتمل على بيعتين في بيعة، أحدهما نسيئة، والأخرى نقد، في صفقة واحدة، والمبيع واحد، بل إن التورق المصرفي لا يقوم على بيعتين في بيعة، بل على جملة من العقود، مرتبطة ببعضها.(٤)

لمناقشة: إن استدلالهم بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة غير مسلم، لأن تفسيرات الفقهاء لمعنى الحديث تباينت، فقد فسرها الشافعي بتفسيرين الأول: هو أن يقول البائع: أبيعك هذه السلعة بعشرة نقداً أو بعشرين نسيئة، ويعقدان العقد من غير تحديد لأحد الثمنين، والثاني: أن يقول البائع : أبيعك هذه السلعة بمائة

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٨٦/٥.

(٢) حكم التورق كما تجريه المصارف فى الوقت الحاضر، د/ عبدالله بن سليمان المنيع ٢/ ٣٤٧.

(٣) أخرجه: أبوداود ٢٩٠/٣ح ٣٤٦٣، ك/ الإجارة، ب/ فيمن باع بيعتين فى بيعة، والترمذى ٥٣٣/٣ح ١٢٣١، ك/ البيوع، ب/ ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة،وقال: حسن صحيح، والحاكم فى المستدرك ٥٢/٢، وقال: صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه، ووافقه الذهبى،

(٤) وهذه العقود هى: الأول: اتفاق بين البنك وبين شركتين أحدهما بائعة، وأخرى مشترية، وهذه الاتفاقات تحصل قبل عقد البيع على العميل المتورق، وقبل توكيل البنك في البيع، والإلزام بهذه الاتفاقات يجعلها عقودًا على ديون لم توجد بعد، فهي من قبيل بيع الدين بالدين المتفق على منعه، وفي أقل الأحوال أن تكون من باب الإلزام بالوعد على البيع، والوعد على الشراء، وهو محرم لدى الأئمة الأربعة كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

الثاني: عقد بيع بين البنك وبين الشركة البائعة عليه تنفيذًا للاتفاق السابق، وهذه الصفقة يدخلها ما يدخلها من الإلزام بالوعد؛ لأن كلًّا من الشركة البائعة والبنك ضامن للآخر بإتمام العقد.

الثالث: عقد بيع بين البنك وبين المستورق.

الرابع: عقد وكالة بين البنك وبين العميل، ولولا هذه الوكالة لما قبل العميل بالشراء منه بأجل ابتداء.

الخامس: عقد بيع بين البنك بصفته وكيلًا عن المستورق وبين الشركة المشترية تنفيذًا لاتفاق سابق بين البنك وبين الشركة المشترية، وهذا الشراء يدخله ما يدخله من الإلزام بالوعد لأن كلًّا من المشتري النهائي والبنك ضامن للآخر بإتمام العقد، وكيف يسوغ للبنك قبل توكيله أن يجري مواعدة ملزمة بينه وبين المشتري. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة،٤٨٦/١١.

مثلا على أن تبيعني دارك بكذا وكذا أي إذا وجب لك عندي وجب لي عندك، كما فسر ببيع العينة، وفسر بالبيع بالتقسيط مع زيادة الثمن، وهو ما يضعف الاستدلال به مع وجود هذه الاحتمالات.(١)

ثانيا: لتهـ ـم لآثا

١-ما ورد عن ابن عباس -رضى الله عنهما- قال: إذا استقمت(٢) بنقد وبعت بنقد فلا بأس به وإذا استقمت بنقد فبعت بنسيئة فلا، إنما ذلك ورق بورق.(٣)

وجه الدلالة: قال ابن تيمية: " ومعنى كلامه إذا استقمت؛ إذا قومت. يعني: إذا قومت السلعة بنقد وابتعتها إلى أجل فإنما مقصودك دراهم بدراهم هكذا " التورق " يقوم السلعة في الحال ثم يشتريها إلى أجل بأكثر من ذلك. وقد يقول لصاحبه: أريد أن تعطيني ألف درهم فكم تربح؟ فيقول: مائتين أو نحو ذلك. أو يقول: عندي هذا المال يساوي ألف درهم أو يحضران من يقومه بألف درهم ثم يبيعه بأكثر منه إلى أجل فهذا مما نهي عنه".(٤)

٢- عبد الملك داود بن أبي عاصم أن أخته قالت له : إني أريد أن تشتري متاعا عينة، فاطلبه لي، قال: قلت: فإن عندي طعاما، فبعتها طعاما بذهب إلى أجل، واستوفته، فقالت: انظر لي من يبتاعه مني، قلت: أنا أبيعه لك، قال: فبعته لها، فوقع في نفسي من ذلك شيء، فسألت سعيد بن المسيب، فقال: انظر أن لا تكون أنت صاحبه، قال: قلت: فإني صاحبه، قال : فذلك الربا محضا، فخذ رأس مالك، واردد إليها الفضل.(٥)

جه ل لالة: هـ لأث يتضم ع ـم ل لالا لمهمة:

-إن هذه المعاملة التي تمت بين داود وأخته كانت من التورق المنظم؛ لأن داود هو الذي باع السلعة بأجل ثم تولى بيعها نقدا نيابة عن أخته لطرف ثالث. ويدل على أن البيع النقدي كان لطرف ثالث أمور أهمها:

- التصريح بأنها (أمَرتْه أن يبيعه)، وهذا صريح أنه نائب عنها في البيع، لا أنه هو المشتري .

- قوله: (أنا أبيعه لك). وهذا معناه أنه يبيع نيابة عنها، لا أنه يشتري منها، وهذا معروف عند السلف، إذا قال: أبيعه لك، أي أبيعه لمصلحتك نيابة عنك.

---

(١) يراجع لهذه المعانى: سنن الترمذى ٣/٥٢٥ح ١٢٣١، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفورى (المتوفى: ١٣٥٣هـ)٤/ ٣٨٧، ط/ دار الكتب العلمية – بيروت.

(٢) قال أبو عبيد قوله: إذا استقمت يعني قوَّمت وهذا كلام أهل مكة يقولون اسَتَقمْتُ المَتاع أي قوَّمْته وهما بمعنى. ا.هـ لسان العرب ١٢/ ٤٩٦.

(٣) أخرجه عبدالرزاق فى المصنف ٨/٢٣٦ح ١٥٠٢٨.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٤٤٣.

(٥) أخرجه عبدالرزاق فى المصنف ٨/٢٩٤ح ١٥٢٧٣.

- قولها: (أنظرلي من يبتاعه مني)، وهذا يدل على أنها طلبت البحث عن المشتري بعد شرائها من أخيها بأجل، ولو كان المقصود أن يشتريها هو نفسه لما كان هناك حاجة للبحث عن مشتر.
- إن عبد الرزاق ذكر هذا الأثر في باب آخر خلاف أبواب العينة الثنائية فهذه المعاملة من باب التورق المنظم وليست من العينة الثنائية التي ترجع فيها السلعة للبائع.
-إن فتوى سعيد بن المسيب كانت بتحريم هذه المعاملة لأنها ربا، بل وصفها بأنها (الربا محضاً)، وأن داود ليس له من أخته إلا رأسماله الذي يعادل الثمن النقدي، وتبطل الزيادة فوق ذلك.(١)
٣- عن أبي كعب قال: قلت للحسن: إني أبيع الحرير فتبتاع مني المرأة، والأعرابي يقولون: بعه لنا فأنت أعلم بالسوق. فقال الحسن: لا تبعه ولا تشتره ولا ترشده إلا أن ترشده إلى السوق.(٢)

وجه الدلالة: جواب الحسن صريح في منع البائع بأجل من أن يتدخل بأي صورة من الصور لتحصيل النقد للمشتري، وهذا يقتضي منع توسط البائع بأجل لمن يريد النقد حتى لو كان بمجرد الدلالة على من يشتريه نقداً، وهذا صريح في منعه للتورق المنظم.(٣)

ثالثا: الوجه المعقول:

١- التورق حيلة ووسيلة من وسائل الربا، وبيان ذلك: أن واقع هذه المعاملة يقوم على منح تمويل نقدي بزيادة لما سمي بالمستورق فيها من المصرف في معاملات البيع والشراء التي تجري منه، والتي هي صورية في معظم أحوالها. هدف البنك من إجرائها أن تعود عليه بزيادة على ما قدم من تمويل. وهذه المعاملة غير التورق الحقيقي المعروف عند الفقهاء.(٤)
يقول ابن تيمية: "فإن الله حرم أخذ دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل لما في ذلك من ضرر المحتاج وأكل ماله بالباطل، وهذا المعنى موجود في هذه الصورة، وإنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى، وإنما الذي أباحه الله البيع والتجارة، وهو أن يكون المشتري غرضه أن يتجر فيها، فأما إذا كان مقصده مجرد الدراهم بدراهم أكثر منها فهذا لا خير فيه".(٥)

---

(١) موقف السلف من التورق المنظم، د/ سامى السويلم صـ٣.
(٢) المرجع السابق ٨/٢٩٥ح ١٥٢٧٤.
(٣) موقف السلف من التورق المنظم، د/ سامى السويلم صـ٥.
(٤) محمد عثمان شبير، مرجع سابق صـ٢٧.
(٥) مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس بن تيمية الحراني ٤٩/ ٤٣٤، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية.

لمناقشة: لو أردنا أن نطبق حال من احتاج إلى نقد وسلك في سبيل تحصيله مسالك الحصول عليه من بيوع المرابحة أو المشاركة المتناقصة، أو بيوع السلم، أو غير ذلك من وسائل الحصول على الاستزادة من النقود مما هو جائز شرعاً لقلنا بمنع ذلك؛ لأن قصده الحصول على النقد بواسطة شراء السلع ثم بيعها. وهذا لا يقول به أحد، ثم إن تطبيق مسألة التورق على مسألة: درهم بدرهمين وبينهما حريرة تطبيق مع الفارق ذلك أن الحريرة لا تساوي قيمتها الدرهم الزائد وإنما جيء بها للتحليل، أما التورق فالراغب في النقد يشتري سلعة بثمن مؤجل هو مثل الذي تباع به على آخر بيعاً مؤجلاً، ثم إن مشتريها يبيعها في السوق بثمن مثلها حَالاً فظهر بهذا الفرق بين المسألتين.(١)

٢- الأمور بمقاصدها، والعبرة في العقود للمقاصد، والمعاني لا للألفاظ والمباني، وبموجب ذلك فإن العمل والتصرف الصحيح لا يقع إلا بالنية، والعامل ليس له إلا ما نواه، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا، ولا يعصمه من حرمة الربا صورة البيع.(٢)

لمناقشة:

إن ذلك لا تأثير له على صحة المعاملة إذ إن التورق كسائر العقود الأخرى المطلوب فيه تحقق صورته الشرعية، أما نية العاقد فلا أثر لها فالنوايا لا يعلمها إلا الله عز وجل. فيحرم البيع إذا لم تتحقق الصورة الشرعية ويجوز بتحققها.(٣)

٣-بيع التورق المقصود منه شراء دراهم بدراهم والسلعة واسطة بينهما، حيث إن غرض طرفي التعامل الحصول على نقد بنقد مؤجل والسلعة واسطة بين النقدين وهو منطبق على قول بعض أهل العلم: درهم بدرهمين بينهما حريرة.(٤)

لمناقشة: ليس ذلك موجبا لتحريمها ولا لكراهتها؛ لأن مقصود التجار غالبا في المعاملات هو تحصيل نقود أكثر بنقود أقل والسلع المبيعة هي الواسطة في ذلك، وإنما يمنع مثل هذا العقد إذا كان البيع والشراء من شخص واحد كمسألة العينة. فإن ذلك يتخذ حيلة على الربا.(٥)

٤- مسألة التورق فيها كلفة وخسارة للمحتاج للنقد، وجه ذلك كما يقول ابن القيم: " قالوا بجواز مسألة التورق، وهي شقيقة مسألة العينة، فأي فرق بين مصير السلعة إلى البائع وبين مصيرها إلى غيره؟ بل قد يكون عَوْدُها إلى البائع أرْفَقَ بالمشتري وأقل كلفة عليه وأرفع لخسارته وتعينه. فكيف تُحرمون الضرر اليسير وتبيحون ما

---

(١) حكم التورق كما تجريه المصارف فى الوقت الحاضر، د/ عبدالله بن سليمان المنيع ٢/ ٣٤٨.
(٢) ملخص أبحاث فى التورق عز الدين الخوجة صـ٤.
(٣) التورق حقيقته، أنواعه، الدكتور هناء محمد هلال الحنيطي صـ٤٧.
(٤) حكم التورق كما تجريه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، عبدالله بن سليمان المنيع مرجع سابق، ص ٣٤٩.
(٥) مجموع فتاوى العلامة عبد العزيز بن باز رحمه الله، ١٩/ ٥٠، أشرف على جمعه وطبعه: محمد بن سعد الشويعر.

هو أعظم منه، والحقيقة في الموضعين واحدة وهي عشرة بخمسة عشر وبينهما حريرة رجعت في إحدى الصورتين إلى مالكها وفي الثانية إلى غيره"(١). فالمستورق يبيع السلعة بسعر التكلفة أو أقل.

٥- هناك أمور أخرى ينبغي أن يحرم التورق لأجلها منها:

-إن المشتري ليس قصده السلعة وإنما قصده النقد.

-النظر إلى مآلات الأفعال حيث إن: استعمال التورق يؤدي إلى صورية البيوع، والنظر إلى المآلات معتبر.

-التورق يعد من المتشابه فيجب تركه استبراء للدين وسداً للذريعة.(٢)

٦- أصبحت سياسة التمويل التي تنتهجها البنوك الإسلامية، ومنها عملية التورق المصرفي من أعظم الأسباب التي أدت أن إلى انحراف هذه البنوك عن الغايات التي من أجلها قامت هذه المصارف، حيث لم تعد هناك فوارق كبيرة بين البنوك الربوية وبين المصارف الإسلامية حيث اكتفت البنوك الإسلامية بهذه الصيغ التمويلية الاستهلاكية عن صيغ الاستثمارات الأخرى، ذات الفائدة الاجتماعية، والجدوى الاقتصادية: كالسلم، والمشاركة الأمر الذي أوقعها في بعض المحاذير الشرعية، كبيع السلع قبل تملكها، والتصرف فيها قبل قبضها، والإلزام بالوعد، وإحداث صيغ تمويلية عليها إشكالات كثيرة كالتورق المصرفي.(٣)

لة صحا لة ل لثانى:

استدل أصحاب القول الثانى القائلون بجواز التورق المصرفى بأدلة من الكتاب، والسنة، والمعقول.

لا: لتهـ ـ لكتا

١-ة له تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾(٤)

جه ل لالة: أن الله تعالى أحل جميع صور البيع إلا ما دل دليل على تحريمه، حيث جاءت الآية الكريمة بلفظ العموم في كلمة البيع - وأحل الله البيع - والعموم في ذلك مستفاد من الألف واللام الدالة على استغراق جميع أنواع البيع إلا ما دل الدليل على تخصيصه من العموم أو كراهته. والتورق من البيوع المشمولة بالعموم في الحل فيبقى على أصل الإباحة والحل، وأنه نوع من البيوع المباحة بنص الآية الكريمة.(٥)

---

(١) إعلام الموقعين ٥/ ١٣٠.

(٢) التورق حقيقته – أنواعه، د/ إبراهيم أحمد عثمان صـ١٥.

(٣) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ٤٩٤/١١.

(٤) سورة البقرة من الآية (٢٧٥).

(٥) حكم التورق كما تجريه المصارف فى الوقت الحاضر، د/ عبدالله بن سليمان المنيع ٢/ ٣٤٢.

لمناقشة: الاستدلال بالآية غير مسلم؛ لأنه استدلال بالعام، والعام عند الجمهور ظني الدلالة على أفراده،(١) فالآية عامة في حل البيع دخلها التخصيص بدلالة أن كل بيع ليس حلالا، فهناك بيوع منهى عنها كبيع الخمر والخنزير، وبيع وسلف، ويلحق بهذه البيوع المنهى عنها بيع التورق لاشتماله على حيلة ربوية.(٢)

٢- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ (٣)

وجه الدلالة: دلت الآية على أن المَتاجرة مشروعة إذا كانت عن تراض من البائع والمشتري، فالذي يشتري ليبيع بعد ذلك لم يرتكب أمراً منهياً عنه، وكل صفقة تجارية من البائع هي أصلها دراهم تحولت إلى سلعة، ثم إن صاحبها يبيعها فتتحول إلى دراهم أكثر من الأولى. وهو من ربح التجار الحلال.(٤)

لمناقشة: هذا الاستدلال يعكس الغفلة عن طبيعة النشاط الاقتصادي الذي يهدف إليه كل من التاجر والمتورق، فالتاجر يقصد من الشراء والبيع الربح، أي أن يكون ثمن البيع أعلى من ثمن الشراء، وهذه حقيقة التجارة، لكن المتورق يقصد العكس بالضبط، فهو يشتري بثمن آجل مرتفع ليبيع بثمن نقدي أقل، أي أن المتورق هدفه الخسارة. فكيف يقارن بالتاجر الذي يهدف للربح؟ والتاجر يبيع ليربح، سواء أكان الثمن حاضراً أم مؤجلاً، فلا يقال إن هدفه النقد، بل هدفه الربح، أما المتورق فهو يبيع ليحصل على النقد الحاضر، ولو عرض عليه ثمن مؤجل أعلى من الثمن الذي اشترى به السلعة لرفض بيعها به؛ لأنه يبحث عن السيولة وليس الربح، ولا يمكن الحصول على السيولة إلا بتكلفة تعادل خسارته في بيع السلعة.(٥)
وإنما الذي أباحه الله البيع والتجارة، وهو أن يكون المشتري غرضه أن يتجر فيها، فأما إذا كان مقصده مجرد الدراهم بدراهم أكثر منها فهذه لا خير فيه".(٦)

٣- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ (٧)

---

(١) التورق المصرفي، دراسة تحليلية نقدية للآراء الفقهية، د/ سعيد أبوهراوة صـ١٧.
(٢) موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د/ على أحمد السالوس، صـ٦١٠.
(٣) سورة النساء من الآية (٢٩).
(٤) التورق والتورق المصرفي، محمد مختار السلامى، مجلة محكمة، مجلد (٢٤) العدد ٢٧٤ ، محرم- ١٤٢٥هـ،مارس- ٢٠٠٤، ص ٢١.
(٥) منتجات التورق المصرفية، الدكتور سامي بن إبراهيم السويلم صـ٨.
(٦) مجموع الفتاوى لابن تيمية، ٤٩/ ٤٣٤.
(٧) سورة البقرة من الآية (٢٨٢).

جه ا لالة: التورق بيع دخله التأجيل، وقد تم بأركانه وشروطه، فهو داخل في عموم ما أحل الله من البيع والمداينة، وليس في ذلك أي حيلة على الربا.(١)

لمناقشة: العملية ليست من المداينة بشيء، فالبائع هو مصدر السيولة للمشتري، فالنقد يحصل عن طريقه وبواسطته، ولولاه لما وجدت العملية، والمشتري إنما يقبل على التورق لعلمه بأن البائع سيدبر له السيولة والنقد الحاضر لاحقاً، ولو علم المشتري أن البائع لن يوفر له النقد لما رضي بالشراء ابتداء. فحاصل العملية إذن أن المصرف يقول للعميل: أوفر لك مائة نقداً مقابل أن تكون مديناً لي بمائة وعشرين مؤجلة، وهذا هو الربا، فالبائع وظيفته توفير النقد للمدين مقابل دين بزيادة في ذمته، فحقيقة العملية هي نقد حاضر بمؤجل أكثر منه. لذلك فهي ليست من المعاملة الداخلة في المداينة.(٢)

ثانيا: لتهم لسنة

١- عن أبي هريرة رضي الله عنهما: (أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب(٣)، 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(٤) بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا).(٥)

وجه الدلالة: أجاز الحديث هذا المخرج للابتعاد بواسطته عن حقيقة الربا وصورته، وإلى صيغة ليس فيها قصد الربا، ولا صورته، هي عقد بيع صحيح مشتمل على تحقيق شروط البيع وأركانه، منتفية عنه موانع بطلانه أو فساده، ولم يكن قصد الحصول على التمر الجنيب، والأخذ بالمخرج إلى ذلك مانعاً من اعتبار الإجراء الذي وجه إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فدل ذلك على جواز البيوع التي يتوصل بها إلى تحقيق المطالب والغايات من البيوع إذا كانت بصيغ شرعية معتبرة بعيدة عن صيغ الربا وصوره، لو كان الغرض منها الحصول على السيولة للحاجة إليها.(٦)

لمناقشة: من المعلوم أن السلعة في التورق غير مقصودة ألبتة، وإنما دخلت لتحليل أخذ نقود عاجلة بنقود آجلة أكثر، ولا يتصور أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- يأمر بالحيل، ويعلم أمته الحيل ببيع غير مقصود؛ لأن قصد النبي –صلى الله عليه

---

(١) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ٤٦٣/١١.
(٢) التورق حقيقته ، أنواعه، د/ هناء محمد هلال الحنيطي صـــ٥٣.
(٣) تمر جَنِيب: نوع من أجود التمور بالحجاز. شرح المصابيح لابن ملك ٤٠٧/٣.
(٤) الجَمْعَ: نوع من التمر الرديء. شرح المصابيح لابن ملك ٤٠٧/٣.
(٥) البخارى ٧٦٧/٢ح ٢٠٨٩، ك/ البيوع، ب/ إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، ومسلم ٤٧/٥ح ٤١٦٦، ك/ المساقاة، ب/ بيع الطعام مثلا بمثل.
(٦) حكم التورق كما تجريه المصارف فى الوقت الحاضر، د/ عبدالله بن سليمان المنيع ٢/ ٣٤٣.

وسلم- من هذا التوجيه تغيير حقيقة المعاملة لا شكلها، ولا يعقل أن يراعي النبي - صلى الله عليه وسلم- شكل المعاملة مع غياب حقيقتها. فالحديث توجيه واضح للصحابي إلى تغيير حقيقة المعاملة نفسها من معاملة مرفوضة قائمة على الغبن إلى معاملة قائمة على مساواة حقيقية تؤدي فيها النقود دورها في الكشف عن الأنواع المتعددة من السلعة وفروقها الدقيقة.(١)

ثالثا: لتهـ لمعقل

١- القاعدة الفقهية تقرر "أن الاصل في العقود والمعاملات الحل والإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها"(٢)

يقول ابن القيم: "الأصل في العبادات البطلان، حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة، حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم . . . فإن الحلال ما أحله الله والحرام ماحرمه، وما سكت عنه فهو عفو. فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها، فإنه سكت عنها رحمة منه من غير نسيان وإهمال، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه".(٣) ومما يدخل في ذلك بيوع التورق وهذا يعني أن القائل بجواز التورق لا يطالب بدليل على قوله؛ لأن الأصل معه، وإنما المطالب بالدليل من يقول بحرمة التورق، حيث إنه يقول بخلاف الأصل، فعليه الدليل على تخصيص عموم الجواز بالتحريم.(٤)

لمناقشة: لا ريب أن الأصل في الأشياء الحل، لكن هذا الأصل يقابله أن الأصل في الحيل التحريم، وهو أصل شهدت له نصوص متضافرة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة. وهذه القاعدة أخص من قاعدة الأصل في المعاملات الحل، لأنها تتناول الحيل دون غيرها. ومعلوم أنه إذا تعارض العام والخاص قدم الخاص لأنه إعمال للدليلين معاً . ولا نزاع في أن التورق حيلة للحصول على النقد، وإنما النزاع هل هو حيلة جائزة أو ممنوعة. وإذا كان الأصل في الحيل التحريم، فالتورق محرم حتى يثبت الدليل على خلاف ذلك. فالتورق له صلة بالربا والعينة والحيل الربوية، فصار الأصل فيه هو المنع، وليس الإباحة.(٥)

---

(١) موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د/ على أحمد السالوس، صـ٦١٢، دراسة تحليلية نقدية للآراء الفقهية، د/ سعيد بوهراوة، صـ١٧.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ١٠٧، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، أبو مُحمَّدٍ القحْطانيُّ صـ٧٥، اعتنى بإخراجها: متعب بن مسعود الجعيد، ط/ دار الصميعي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية

(٣) إعلام الموقعين مرجع سابق ٣/ ١٠٨.

(٤) التورق حقيقته ، أنواعه، د/ هناء محمد هلال الحنيطي صـ٣١.

(٥) التورق، والتورق المنظم، دراسة تأصيلية، د سامى السويلم ، منشور ضمن بحوث التورق المقدمة لمجمع الفقه التابع لرابطة العالم الإسلامى ٢/٥٩٧.

٢- مسيس الحاجة إلى هذه المعاملة، فإن المسلم قد تشتد حاجته إلى النقد، ولا يجد من يقرضه بدون ربا، وهذه المعاملة ليس فيها مفسدة الربا، وفعل البائع جائز، والمشتري يشتري منه السلعة، وفعل المشتري جائز؛ لأنه اشترى سلعة من مالكها، ومن ملك عيناً ملك التصرف فيها، ومنه البيع، فالقياس صحة فعله.(١)

لمناقشة: الحاجة لا تكفي لاستباحة المحرم. ورفع الحرج من أصول التشريع بلا ريب، لكن رفع الحرج يستلزم سد أبواب الربا؛ لأن الربا من أعظم مصادر الحرج والمشقة والعنت. ثم إن المضطر يباح له ما لا يباح لغيره. لكن هذه الإباحة تقدر بقدرها عند الضرورة، فالضرورة لا تحتاج إلى نص خاص لإباحتها، أما المحتاج فإنه لا يصل إلى مرتبة المضطر، لذلك يجب التفريق بين الضرورة والحاجة من حيث كون الحاجة لا تبيح الحرام.(٢)

لقول المختار:

بعد عرض المذهبين بأدلتهما، ومناقشة ما أمكن من الأدلة الواردة، فإن القول بتحريم التورق المصرفى يبدو أنه أقوى دليلا، وأهدى سبيلا، فعند النظر إلى المقصد والغاية من أداة التورق نجد أنها تتاجر في النقود وليست تتاجر بالنقود، والأمور بمقاصدها، والقصود في العقود معتبرة، وقد دلت القرائن على صورية العقد، وعدم الحاجة الحقيقة للسلعة، وعدم تداولها وانتقالها من يد إلى يد، مما يترتب عليه جهالة الضامن إذا هلكت السلعة، وإنما يظهر أن المقصد الحقيقى الحصول على النقد، وهذا يقوى وجهة نظر القائلين بالمنع. والله أعلم

أثر نظرية النية والباطنة على التورق المصرفى

يظهر أثر نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة على التورق المصرفى المنظم بجلاء حيث يلاحظ أن الأساس الذي بنيت عليه أدلة كل فريق هو هل العقود مبنية على ألفاظها ومبانيها أم على مقاصدها ومعانيها؟ فيجب التفريق في الحكم على مسألة التورق هل هو مبني على الفعل الظاهر أو على النيّة.؟

إن من منع التورق نظر إلى مآلات الأفعال والقصد من العقد، إن كل فعل يفعله الإنسان من تصرفات وعقود يتضمن أساساً ناحية الباعث الدافع إلى الفعل، وناحية المآل الذي يؤدي إليه الفعل، لذلك من المهم أن ننظر إلى مسألة التورق من جانبين:

الجانب الأول: النظر إلى الباعث وإلى نية المتعاقد التي ينطلق منها الشخص إلى الفعل (مراعاة مقاصد المكلفين).

فالمجيزون للتورق استندوا إلى أن 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 حراما لعدم

---

(١) مجموع فتاوى العلامة عبد العزيز بن باز رحمه الله ١٩/ ٥٠.
(٢) التورق، والتورق المنظم، دراسة تأصيلية، د سامى السويلم ، ٥٩٨/٢.

تحقق صورته الشرعية. وأنه يتحول إلى الحلال إذا غيرت صورته المحرمة مع أن المقصد الأساسي واحد.
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.
الجانب الثاني: النظر إلى وجود التواطؤ والتحايل على ارتكاب المحرم. أو بمعنى آخر النظر إلى الباعث ونية المتعاقد.
إن النية والقصد مقابل اللفظ والصيغة في العقود من المسائل التي اتجه الفقه الإسلامي فيها إلى اتجاهين كما تقدم في الجانب النظرى، ولكن ينحصر هذا الخلاف بين المذاهب فيما إذا لم يظهر بالدليل أن المتعاقدين قصدا بذلك التعاقد التوسل إلى الربا، أما إذا ظهر قصدهما ذلك بالدليل فلا خلاف بين الأئمة في أنه ممنوع؛ لأنه لا يعقل أن يقول إمام من هؤلاء بجواز التحايل على ارتكاب المحرم. ومن هنا يمكن القول بأنه حتى أولئك الذين يأخذون بالألفاظ والمباني والصيغ دون المقاصد والمعاني، فإنهم يمنعون التعاقد في حالة ظهور التواطؤ والتحايل المكشوف مما يحول التورق وكذلك بيوع العينة إلى بيوع محرمة عندهم أيضاً. فالمانعون للتورق يرون أن التواطؤ والتحايل على الربا واضح في صيغة التورق المصرفي.(١)
وسوف أسوق هنا باختصار ما يبين أن المعاصرين لم يغفلوا نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة عند دراستهم للتورق المصرفى عند بناء الحكم الفقهى له.
-جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامى التابع لرابطة العالم الإسلامى في حيثيات عدم جواز التورق المصرفى ما نصه: " إن واقع هذه المعاملة يقوم على منح تمويل نقدي بزيادة لما سمي بالمستورق فيها من المصرف في معاملات البيع والشراء التي تجري منه والتي هي صورية في معظم أحوالها، هدف البنك من إجرائها أن تعود عليه بزيادة على ما قدم من تمويل".(٢)
-كما جاء في قرار مجمع الفقه الدولى: " لا يجوز التورقان (المنظم و العكسي(٣)) وذلك لأن فيهما تواطؤاً بين الممول والمستورق، صراحة أو ضمناً أو عرفاً، تحايلاً لتحصيل النقد الحاضر بأكثر منه في الذمة وهو ربا.(٤)

---

(١) التورق حقيقته ، أنواعه، د/ هناء محمد هلال الحنيطي صـــ٥٧.
(٢) قرارات مجمع الفقه الإسلامى التابع لرابطة العالم الإسلامى فى موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د/ على أحمد السالوس، صـ٧٤٣.
(٣) التورق العكسي: هو صورة التورق المنظم نفسها مع كون المستورق هو المؤسسة والممول هو العميل. يراجع: التورق ، حقيقته ، أنواعه، أ.د/ إبراهيم فاضل الدبو صـ٧.
(٤) قرار مجمع الفقه الدولى رقم ١٧٩ (١٩/٥) في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ ، الموافق ٢٦ ــ ٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م.

- قال د/ أحمد عبدالعزيز الحداد: " ولهذا كله نستطيع أن نقول: إن التورق المنظم لا يصح شرعا لما يلي:
إن العقد ظاهره الاحتيال على الربا من أول أمره، فالعميل لا يقبض من البنك إلا نقوداً، وسيرد إليه تلك النقود بعد أجل بزيادة، فحقيقته قرض من البنك للعميل بفائدة، والسلعة المسماة في العقد إنما جيء بها حيلة لإضفاء الشرعية على العقد، ولهذا فإن العميل لا يسأل عن السلعة ولا يماكس في ثمنها بل ولا يعلم حقيقتها؛ لأنها غير مقصودة أصلاً، وإنما المقصود من المعاملة هو النقود، ويقتصر دور العميل على التوقيع على أوراق يُزعم فيها أنه ملك سلعة ثم بيعت لصالحه ثم أودع ثمنها في حسابه".(١)
-قالت د/ هناء الحنيطى: " ولما كانت النية أمراً باطناً فمن المقرر في أصول الفقه أنه إذا خفي الاستدلال على الباطن فالعبرة بالظاهر؛ لأن الظاهر دليل الباطن ويعول على القرائن الظاهرة؛ لأنها تدل على الإرادة الباطنية، وعليه فإذا كانت هناك قرينة يستدل بها على نية البيع والشراء فالنية بالقرينة، وكذلك إذا كانت هناك قرينة يستدل بها على عدم نية البيع والشراء، فإن عدم النية يثبت بهذه القرينة. وفي عمليات التورق نجد أن السلعة محل العقد لا تهم العميل في أي شيء فهو أصلاً لا يريد شراء سلعة ولا بيع سلعة ولكن يحتاج إلى تمويل ولن يحصل عليه إلا بكلفة زائدة ... فعقد البيع مجرد وسيلة للحصول على مال نقدي بمقابل أجل زائد، إذن فهذه قرينة تدل على عدم قصد البيع والشراء وعدم قصد آثار العقد والغاية إذا اتضحت إماراتها وشواهدها تفسد التصرف".(٢)
ومن هنا يظهر أثر نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة في عقد التورق المصرفى المنظم وأن تأثيره لدى الفقهاء المعاصرين عند بناء الحكم الفقهى واضح، بل إنه كان سببا رئيسا الخلاف الفقهى الوارد كما تقدم، وأنه كان عمدة أدلة المذهب القائل بالتحريم. وبالله التوفيق

المطلب الرابع

اتفاقية إعادة الشراء، وأثر نظرية الإرادة عليها

تعد اتفاقية إعادة الشراء إحدى وسائل ضخ السيولة النقدية في الجهاز المصرفى، وعادة ما تتم عمليات إعادة الشراء باستخدام الأوراق المالية الحكومية المحلية أي إنها كالقروض المكفولة أو المضمونة بضمانة أصول محلية.
وتوفر اتفاقيات إعادة الشراء للبنوك التجارية وسيلة للحصول على مصادر أموال ذات آجال أطول من يوم واحد وبأسعار فائدة أعلى من سعر الإقراض ليوم واحد وبهذا فإن سعر فائدة المصرف على عمليات إعادة الشراء هو سعر مرجعي تأشيري

---

(١) التورق، حقيقته، أنواعه، د/ أحمد بن عبد العزيز الحداد صـــ٩، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامى الدولى فى دورته التاسعة عشرة المقامة بالشارقة.
(٢) التورق حقيقته ، أنواعه، د/ هناء محمد هلال الحنيطي صـــ٥١.

يساعد على توجيه أو تحديد اتجاه أسعار فائدة الاقتراض بين البنوك لآجال أطول من يوم واحد.

المطلب الأول: تعريف اتفاقية إعادة الشراء، خصائصها لعملية، صورها

تسمى اتفاقية إعادة الشراء أيضا بالريبو، والريبو العكسى، وقد عرفتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بأنها: " اتفاق بين طرفين ببيع أصول مالية قابلة للتسييل بثمن حال ثم شرائها من المشترى في تاريخ لاحق بثمن أعلى بما لا يترتب عليه آثار البيع غالبا".(١)

-عرفت اتفاقية إعادة الشراء أيضا بأنها: " بيع أوراق مالية أو أصول قابلة للتسييل بسعر محدد، مع التعهد بشرائها من المشترى في تاريخ محدد وسعر محدد يذكر في الاتفاقية"(٢)

- ويمكن تعريفها كذلك بأنها: "اتفاقية بين طرفين يحتاج أولهما إلى مال بصفة مؤقتة، ولديه أوراق مالية فيقوم ببيعها إلى من لديه فائض فى الأموال على أن يقوم بإعادة شرائها بسعر أعلى من سعر البيع فى موعد متفق عليه".

وقد تكون عملية الريبو لمدة ليلة واحدة، وهذه أكثر شيوعاً من عمليات الريبو التى تستمر لمدة أطول من ذلك. (٣)

ويختار العاقد صفته في العقد بحسب غرضه؛ فإن كان يرغب في الحصول على السيولة فيكون هو البائع وتسمى الاتفاقية من جهته (إعادة الشراء) وإن كان يرغب في استثمار السيولة فيكون هو المشترى وتسمى الاتفاقية من جهته (عكس إعادة الشراء)

وعلى هذا فيمكن تعريف معكوس اتفاقية إعادة الشراء (الريبو العكسى) بأنها: "شراء أوراق مالية أو أصول قابلة للتسييل بسعر محدد، مع التعهد ببيعها على من اشتريت منه في تاريخ محدد وسعر محدد يذكر في الاتفاقية"(٤)

ويتضح من التعريفات السابقة ما يلى:

(١) إن اتفاقية إعادة الشراء لا تخرج عن كونها قرضا بضمان أوراق مالية.

(٢) لا يترتب على الاتفاقية انتقال حيازة الأوراق المالية إلى الطرف الثانى، وإن كان ينص فى الاتفاقية على رهنها له، بل وقد يتفق على رهن غيرها معها أيضاً.

---

(١) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية النص الكامل صـ١٣٦٦.

(٢) أدوات إدارة مخاطر السيولة وبدائل اتفاقية إعادة الشراء فى المؤسسات المالية الإسلامية، د/ يوسف بن عبدالله الشبيلى صـ٤.

(٣) أسواق الأوراق المالية، (البورصة) في ميزان الفقه الإسلامي، دكتور/ عصام أبو النصر أستاذ المحاسبة – جامعة الأزهر صـ٤٣.

(٤) د/ يوسف الشبيلى المرجع السابق صـ٤.

(٣) إن الفرق بين قيمة اتفاقية البيع وقيمة اتفاقية إعادة الشراء لا يخرج عن كونه فائدة.(١)

إن منتج إعادة الشراء وإعادة الشراء العكسي من أدوات إدارة السيولة في خزائن البنوك، يهدف إلى تنظيم السيولة، بحيث لا يكون هناك نقص أو فائض في السيولة لدى البنوك في نهاية يوم العمل، فالمصارف تراجع حساباتها نهاية كل يوم عمل للتأكد من وضعها المالي وللنظر في مستوى السيولة هل هو أعلى من الحد المطلوب نظاماً أم أقل، فإن وجد المصرف أن لديه عجزاً أو نقصاً في السيولة نهاية اليوم عن المتطلب النظامي فإنه يجري عملية إعادة شراء مع البنك المركزي للحصول على سيولة كافية لتغطية النقص في السيولة، وإن وجد أن لديه فائضاً في السيولة فإنه يجري عملية إعادة شراء عكسية لتخفيف الفائض في السيولة إلى الحد المطلوب منه نظاماً.

وعليه فإن المقصود بمنتج إعادة الشراء وإعادة الشراء العكسي هنا ما يتم بين خزائن البنوك والبنوك المركزية، علماً أن هذا المنتج يمكن أن نجده مطبقاً بين البنوك وبين المؤسسات وبين الأفراد أيضاً.

- لخ لعملية لاتفاقية عا لش

تتلخ لخ لعملية لاتفاقية عا لش على لنح لتالى:

لا: منتج عا لش :

لخ لأ لى: في نهاية يوم العمل، إذا وجد البنك أن لديه عجزاً في السيولة، فإنه يبيع سندات دين يملكها على البنك المركزي طلباً للسيولة. علماً أن السندات التي يبيعها البنوك هنا هي سندات دين حكومية كان البنك قد اشتراها بداية السنة أو قبل فترة من البنك المركزي، ويحق للبنك أن يبيع نسبة محددة من هذه السندات (٨٠% مثلاً) لغرض توفير في السيولة في منتج إعادة الشراء.

لخ لثانية: في يوم العمل التالي، يعيد البنك شراء السندات التي باعها على البنك المركزي بثمن أعلى يعكس سعر الفائدة على المبلغ الذي حصل عليه من البنك المركزي. وإذا لم يعد البنك شراء السندات لسبب من الأسباب (وهذا نادر الحدوث)، فإن البنك المركزي يبيع السندات في السوق للحصول على المبلغ المطلوب، كما يمكن للبنك المركزي أن يطالب البنك بدفع غرامات تأخير عن الفائدة غير المدفوعة.

ثانيا: منتج عا لش لعكسي:

لخ لأ لى: في نهاية يوم العمل، إذا وجد المصرف أن لديه فائضاً من السيولة، فإنه يشتري بهذا الفائض سندات دين من البنك المركزي.

---

(١) أسواق الأوراق المالية، دكتور/ عصام أبو النصر صـــ٤٣.

لخ لثانية: في يوم العمل التالي يعيد البنك المركزي شراء السندات بثمن أعلى يعكس سعر الفائدة على المبلغ الذي حصل عليه البنك المركزي من البنك.(١)

-صـ تفاقية عا لش :

ك ل سا لتم يلية تفاقية عا لش لها ثلا صـ ، هي:

لصـ لأ لى: أن يبيع المقرض على المقترض أوراقاً مالية مقابل سعر معين، ووقت معين، على أن يبيع المقترض نفس الأوراق المالية على المقرض في وقت لاحق، وبسعر متفق عليه عند بداية العملية، إذا قام المقترض بسداد القرض.

لصـ لثانية: أن يبيع المقرض على المقترض أوراقاً مالية مقابل سعر معين، ووقت معين، على أن يبيع المقترض نفس الأوراق المالية على المقرض في وقت لاحق بسعر أعلى من سعر الشراء، ويطلق على الفرق بين سعري البيع والشراء (الريبو) يقول الدكتور رايس حدة: (أما تكلفة الاقتراض في صورة اتفاقيات إعادة الشراء، فإن المقترض إما أن يدفع سعر الفائدة السائد في سوق ما بين البنوك، وذلك في حالة بيع وشراء الأوراق المالية بالسعر نفسه، أما إذا تم البيع بسعر معين، وتمت إعادة الشراء بسعر أعلى، فإن الفرق بين السعرين يعتبر بمثابة سعر الفائدة الذي يتقاضاه المقرض على أمواله المقرضة، ويسمى الريبو).

لصـ لثالثة: أن يبيع طرف على آخر أوراقاً مالية مقابل سعر معين، ووقت معين، على أن يبيع نفس الأوراق المالية على البائع مرة أخرى في وقت لاحق، وبسعر متفق عليه عند بداية العملية.(٢)

لف لثاني: لحكـ لفقهي لاتفاقية عا لش

يختلف الحكم الفقهى لهذه العملية تبعا لاختلاف التكييف الفقهى لها، لذا سوف نعرض للتكييفات الفقهية لاتفاقية إعادة الشراء حتى يمكن الحكم عليها.

اختلف الفقهاء المعاصرون حول التكييف الفقهى لهذه الاتفاقية وكان اختلافهم على النحو التالى:

لا: تكيي تفاقية عا لش على نها م بيع ل فا [٣]

بيع الوفاء معناه: أن يبيع السلعة للمشتري بالذي له عليه من الدين على أنه متى

---

(١) منتجات الخزينة الإسلامية، هياكلها وأحكامها وضوابطها، دراسة وصفية فقهية تطبيقية إعداد/ محمد فتح الدين بيانوني، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في الفقه، كلية العلوم الإسلامية، ماليزيا صـ٨٦.

(٢) تقويم معالجة تعثر المؤسسات المالية الإسلامية باتفاقية إعادة الشراء في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، إعداد د.محمد عود الفزيع، مدير إدارة الرقابة الشرعية، شركة الامتياز للاستثمار صـ١٠.

(٣) رجح هذا التكييف: د/ د.محمد عود الفزيع، د/ ياسر بن إبراهيم الخضيرى فى بحثه الصور المعاصرة لبيع الوفاء صـ٤٠.

قضاه الدين عادت إليه السلعة.(١)
وسوف نبين هنا حكم بيع الوفاء لدى الفقهاء، ثم نحاول جاهدين بيان صحة هذا التكييف من عدمه.

ختلف الفقهاء في حكم بيع الوفاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه بيع فاسد، ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من متقدمي الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة.(٢)

حجتهم على ذلك:

١-إن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري يخالف مقتضى البيع وحكمه، وهو ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام، وفي هذا الشرط منفعة للبائع ولم يرد دليل معين يدل على جوازه فيكون شرطًا فاسدًا يفسد البيع باشتراطه فيه.

٢-إن البيع على هذا الوجه لا يقصد منه حقيقة البيع بشرط الوفاء، وإنما يقصد من ورائه الوصول إلى الربا المحرم وهو إعطاء الحال إلى أجل ومنفعة البيع هي الربح، والربا باطل في جميع حالاته.(٣)

القول الثاني: أن بيع الوفاء جائز، ذهب إلى ذلك بعض المتأخرين من الحنفية.(٤)

حجتهم على ذلك: أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس وتعاملوا به لحاجتهم إليه فرارًا من الربا فيكون صحيحًا لا يفسد البيع باشتراطه فيه وإن كان مخالفًا للقواعد؛ لأن القواعد تترك بالتعامل كما في الاستصناع.(٥)

القول الثالث: أن بيع الوفاء رهن وليس ببيع، فيثبت له جميع أحكام الرهن وآثاره، ذهب إلى ذلك نجم الدين النسفى، والسيد الإمام أبو شجاع والإمام علي السغدي والإمام القاضي الحسن الماتريدي من الحنفية.(٦)

---

(١) معجم لغة الفقهاء صـ١١٥، القاموس الفقهى صـ٣٨٤.
(٢) العناية شرح الهداية ٢٣٦/٩، المختصر الفقهى لابن عرفة ٣١٣/٥، التبصرة للخمى ٩/ ٤٢٠١، الفتاوى الكبرى الفقهية، ابن حجر الهيتمي ١٥٧/٢، تحفة المحتاج ٢٩٦/٤، كشاف القناع ١٤٩/٣.
(٣) بيع الوفاء، الشيخ خليل محيي الدين الميس، منشور بمجلة مجمع الفقه الدولى ١١٤٧/٧.
(٤) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا صـ٧٣، الدر المختار للحصكفى صـ٤٥٠،
(٥) بيع الوفاء، د. عبد الله محمد عبد الله منشور بمجلة مجمع الفقه الدولى ١٣٩٣/٧، بيع الوفاء وحكمه، فضيلة الشيخ الشريف محمد عبد القادر، منشور بمجلة مجمع الفقه الدولى ١٤٢٠/٧.
(٦) درر الحكام شرح غرر الأحكام، منلا أو المولى - خسرو ٢٠٧/٢، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٣/٥، حاشية ابن عابدين ٢/ ٢٦١.

حجتهم على ذلك:

قالوا لما شرط عليه أخذه عند قضاء الدين أتى بمعنى الرهن؛ لأنه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين، والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وبالعكس كفالة، والاستصناع عند ضرب الأجل سلما، فإذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به وأي شيء أكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين، ولو استأجره البائع لا يلزمه أجرته كالرهن إذا استأجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن.(١)

المقارنة بين اتفاقية إعادة الشراء وبيع الوفاء

لو حاولنا المقارنة بين اتفاقية إعادة الشراء وبين بيع الوفاء، لوجدنا تقارباً كبيراً بينهما، وذلك لأن كلا من بيع الوفاء، واتفاقية إعادة الشراء يتفقان في التالي:

١-تشترك كل من اتفاقية إعادة الشراء وبيع الوفاء في تحقق المواعدة بين طرفي العقد، إلا أن المواعدة في اتفاقية إعادة الشراء مواعدة ملزمة، أما بيع الوفاء فإن المواعدة فيه غير ملزمة، بدليل جواز فسخه، قال فى درر الحكام: "بيع الوفاء ليس بعقد لازم، حتى إن للبائع أن يسلم الثمن للمشتري، ويسترد منه المبيع، ولو بعد مضي بعض المدة المضروبة، ويجبر المشتري على قبول الثمن ورد المبيع؛ لأن المنفعة في هذه المدة حق للبائع، وللبائع إسقاط حقه، ولا يجوز له استرداد المبيع بدون رد الثمن"(٢).

٢-يشبه بيع الوفاء اتفاقية إعادة الشراء في عدم نقل ملكية المبيع إلى المشتري؛ إذ المبيع في بيع الوفاء يبقى في ضمان البائع، ولا يباح للمشتري الانتفاع به، ولا الأكل، إلا إن أباحه المالك (البائع)، كما أنه لا يجوز له بيعه، وفي حال تعثر البائع (المدين) عن السداد، فإنه لا يقوم ببيعه مباشرة، بل يطلب من الدائن بيع الأصل، أو يرفع أمره للقاضي ليبيعه له، وهذا ما جعل بعض متأخري الحنفية يعتبرونه صورة من الرهن، بناءً على أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، واتفاقية إعادة الشراء لا ينقل المبيع فيها من دفاتر البائع إلى المشتري.

٣-إن كلًّا من بيع الوفاء واتفاقية إعادة الشراء يمكنان الطرف المقابل للمالك من ملكية منفعة العين، فالمشتري في بيع الوفاء ضمن دينه على البائع، وأما اتفاقية إعادة الشراء فإن المشتري استغل الأوراق المالية لمنفعة مقصودة له.(٣)

---

(١) تبيين الحقائق ١٨٣/٥ ويراجع: بيع الوفاء، فضيلة الشيخ المفتي محمد العثماني، رئيس الجامعة لدار العلوم كراتشي والمفتي بها، منشور بمجلة مجمع الفقه الدولى ١٤٣٣/٧.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٤٣١/١.

(٣) تقويم معالجة تعثر المؤسسات المالية الإسلامية باتفاقية إعادة الشراء في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، إعداد د/ محمد عود الفزيع، صـــ١٢.

جه لاختلا بي تفاقية عا لش ، بيع ل فا

مع كونهما يتفقان فى أمور إلا أنه عند إمعان النظر نجد أن بين اتفاقية إعادة الشراء وبيع الوفاء اختلافا فيما يلى:

١-المشترى فى بيع الوفاء يسترجع الثمن دون زيادة، بينما فى اتفاقية إعادة الشراء يسترد المشترى ثمن الأوراق المالية بزيادة فى كل الأحوال.

٢-اتفاقية إعادة الشراء يمكن تطبيقها فى أى أصل من الأصول المالية، بخلاف بيع الوفاء الذى يصح فى العقار فقط عند من يقول بحوازه.(١)

ثانيا: تكيي تفاقية عا لش على نها م بيع لعينة

وبيع العينة معناه: بيع الشخص السلعة إلى أجل ثم شراؤها من المشتري بأقل مما باعها به.(٢) سمي بها لأنها إعراض عن الدين إلى العين.(٣) وقيل لهذا البيع عينة؛ لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عينا أي نقدا حاضرا.

وقيل: سميت بذلك لاستعانة البائع بالمشتري على تحصيل مقصده من دفع قليل ليأخذ عنه كثيرًا.(٤)

ق ختلا لفقها فى حك بيع لعينة على ق لي :

لق ل لأ ل: حرمة هذا النوع من التعامل وهو مذهب الحنفية، والمالكية والحنابلة.(٥)

حتج بـ ـ ـ :

١-حديث ابن عمر رضي الله عنه عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم)(٦)

جه ل لالة: فى لحـ ي لعينة لتبايع بها، ق ل ه على ح متها.(٧)

لمناقشة: نوقش الحديث بأن دلالته على التحريم غير واضحة؛ لأن العينة قرنت بالأخذ بأذناب البقر، والاشتغال بالزرع، وهذه غير محرمة، وتوعده على ذلك بالذل لا يدل على التحريم.

---

(١) الصور المعاصرة لبيع الوفاء، دراسة فقهية، ياسر الخضيرى صـ٤٠.
(٢) معجم لغة الفقهاء صـ١١٤.
(٣) التعريفات للجرجانى صـ٤٨.
(٤) شرح الزُّرقاني على مختصر خليل ٥/ ١٩٢.
(٥) البناية شرح الهداية ٤٦٢/٨، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف ١٢٩/٣، الكافي في فقه الإمام أحمد ١٦/٢.
(٦) تقدم تخريجه صـ .
(٧) المغنى لابن قدامة ١٢٧/٤.

وجه : أن الاشتغال بالمباح عن الواجب يجعل المباح محرماً، والحديث يعتبر من دلائل نبوته عليه الصلاة والسلام، حيث ربط الذل بترك الجهاد، فهو لم يذم الاشتغال بالأرض مطلقاً، وإنما ذم الاشتغال بالزرع إذا شغل عن واجب، وهذا محل وفاق، يقول الشوكاني: "وقد حمل هذا على الاشتغال بالزرع في زمن يتعين فيه الجهاد"(١) وعلى التسليم بأنه قرن بما ليس بمحرم، فإن هذا لا يدل على أن العينة ليست حراماً؛ لأن دلالة الاقتران دلالة ضعيفة.(٢)

٢- عَنْ أبى هُرَيْرَةَ قالَ: قالَ النَّبىُّ -صلى الله عليه وسلم- : (مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِى بَيْعَةٍ فله أوكسهما أو الربا)(٣)

وجه الدلالة:

من معانى النهى عن بيعتين في بيعة: أن يقول أبيعكها بمائة إلى سنة، على أن أشتريها منك بثمانين حالة، وهذا معنى الحديث الذي لا معنى له غيره، فإنه إما أن يأخذ الثمن الزائد فيربي، أو الثمن الأول فيكون هو أوكسهما، وهو مطابق لصفقتين في صفقة فإنه قد جمع صفقتي النقد والنسيئة في صفقة واحدة، ومبيع واحد، وهو قصد بيع دراهم عاجلة بدراهم مؤجلة أكثر منها؛ ولا يستحق إلا رأس ماله، وهو أوكس الصفقتين فإن أبي إلا الأكثر، كان قد أخذ الربا.(٤)

٣-إنه حيلة يتوصل بها إلى الربا، فكأنه باع دراهم مؤجلة بدراهم حالة مع التفاضل، وجعل السلعة حيلة فقط.

٤-بأنه سلف جر نفعا ووجه الربا فيه أن الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه، فإذا أعاد إليه عين ماله بالصفة التي خرج عن ملكه، وصار بعض الثمن قصاصا ببعض، بقي له عليه فضل بلا عوض، فكان ذلك ربح ما لم يضمن، وهو حرام بالنص.(٥)

القول الثانى: جواز هذا النوع من التعامل، وهو ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية، والشافعية، وابن حزم الظاهرى.(٦)

حجتهم : استدلوا بنفس الأدلة التى استدل بها من أجاز التورق وقد تقدمت.(٧)

واستندوا إلى أدلة أخرى إضافة إلى ما تقدم منها:

١- الاتفاق على أن من باع السلعة التي اشتراها ممن اشتراها منه بعد مدة، فالبيع صحيح، فلا فرق بين التعجيل في ذلك والتأجيل، فدل على أن المعتبر في ذلك وجود

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ٢٤٦/٥.
(٢) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ٤٠٣/١١.
(٣) تقدم تخريجه صـــ
(٤) عون المعبود ومعها حاشية ابن القيم ٤/ ٢٤٧.
(٥) تبيين الحقائق للزيلعى ٥٤/٤، مواهب الجليل ٤٠٤/٤، الملخص الفقهى ١٥/٢.
(٦) رد المحتار على الدر المختار ٥/ ٣٢٥، بحر المذهب للروياني ٥٧٤/٤، العزيز شرح الوجيز ٤/ ١٣٥، المحلى لابن حزم ٥١/٩.
(٧) صـــ من البحث.

الشرط في أصل العقد وعدمه، فإن تشارطا على ذلك في نفس العقد فهو باطل وإن لم يتشارطا لم يبطل.

ـ ق : بأن شراءه إياها بعد مدة يبعد التهمة بأن المقصود مبادلة ربوي بمثله مع التفاضل، والدراهم حيلة.

٢-إذا جاز بيع السلعة على من باعها بعد قبض الثمن بالإجماع، جاز ذلك قبل قبض الثمن بالقياس عليه. (١)

ـ ق ـ ه : بأن هذا قياس فاسد الاعتبار؛ لأنه في مقابلة النص، ولأننا منعنا ذلك قبل قبض الثمن لوجود شبهة الربا، بخلاف ما إذا قبض الثمن.(٢)

لمقا نة بي تفاقية عا لش بيع لعينة

اتفاقية إعادة الشراء تشبه عكس مسألة بيع العينة، إذ إن البائع يبيع الأصول المالية ثم يشتريها بأكثر منه نسيئة، ولذا ذهب بعض المعاصرين إلى تخريجها على أساس بيع العينة.

لك عن لتأمل ي ه بينهما و قا م جهي :

١-إن محل الخلاف بين أهل العلم فى بيع العينة فيما لم يكن هناك اتفاق أو شرط بين المتعاقدين على الدخول فى العقد الثانى، وإنما كان ذلك اتفاقا بدون مواطأة، أما إذا وجد اتفاق سابق أو شرط فلا خلاف بين الفقهاء فى التحريم قال ابن رشد: " وأما إذا قال: أشتري منك هذا الثوب نقدا بكذا على أن تبيعه مني إلى أجل، فهو عندهم لا يجوز بإجماع"(٣) وفى اتفاقية إعادة الشراء يوجد اتفاق مسبق فى العقد على الدخول فى العقد الثانى بل والإلزام به.

٢-إن العقد الثانى فى بيع العينة التسليم فيه حال، والثمن مؤجل، ومعنى هذا أنه عند إبرام العقد الثانى تعود السلعة إلى ملكية الأول ويبقى الثمن دينا فى ذمة الآخر، بينما فى اتفاقية إعاة الشراء هناك مواعدة على إبرام العقد الثانى، وعند إبرامه تعود ملكية الأصول المالية للأول ويطالب الثانى بالثمن فى حينه، إى إن تسليم الثمن والمثمن متزامن فى وقت واحد، فالمؤجل حقيقة هو العقد كله بعوضيه وليس الثمن فقط.(٤)

---

(١) العزيز شرح الوجيز ٤/ ١٣٧، روضة الطالبين ٤١٩/٣.

(٢) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ٤٢٩/١١.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٧٣/٣، ط/ دار الحديث.

(٤) أدوات إدارة مخاطر السيولة وبدائل اتفاقية إعادة الشراء فى المؤسسات المالية الإسلامية، د/ يوسف بن عبدالله الشبيلى صـ٩.

م هنا يـ هـ لة بيـ تفاقية عا لش بيـ بيع لعينة.

ثالثا: تكيي تفاقية عا لش على نها ق بفائ مع ه لأص ل لمالية

يع لة بأنه: " فع مال فاقا لم ينتفع به يـ بـ له له".[1]

ل ه ه : "" توثيق دين بعين، أي: حبس شئ مالي ضمانا لحق على الغير"(٢)

وقيل هو: "حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين".(٣)

قال ابن حزم: "واتفقوا أن القرض فعل خير وأنه إلى أجل محدود وحالا في الذمة جائز، واتفقوا على وجوب رد مثل الشيء المستقرض، واتفقوا أن اشتراط رد أفضل أو أكثر مما استقرض لا يحل"(٤)

ستند م كيي تفاقية عا لش على نها ق بفائ [5] لى لأ لة لتالية:

١-الأصول المالية لا تنتقل ملكيتها من قائمة المركز المالى للبائع، كما لا تظهر في المركز المالى للمشتري وفقا للمعايير المحاسبية الدولية.

٢-نماء هذه الأصول فترة سريان الاتفاقية من نصيب البائع، فأى توزيعات على تلك الأصول في هذه الفترة ما بين البيع واسترداد الأصول هى من نصيب البائع وليس المشترى، وكذا لو ارتفعت قيمتها خلال الفترة، فيلزم المشترى أن يعيد بيعها بالسعر المتفق عليه، ولا يلتفت إلى ارتفاع القيمة.

٣-ضمان هذه الأصول فترة سريان الاتفاقية على البائع، فلو نقصت قيمتها عن السعر المتفق عليه فيجب على البائع أن يعيد شرائها بالسعر المتفق عليه بصرف النظر عن النقص في القيمة، ويجب عليه كذلك أن يزيد من قيمة الأصول المرهونة لتوثقة الدين.

٤-لايملك الممشترى (المقرض) التصرف في الأصول المالية المشتراة بأى شكل من الأشكال، عدا استخدامها في الغرض من الاتفاقية وهو كونها توثقة للدين الذى في ذمة البائع (المقترض).

٥-النظرة القانونية لهذه العملية تؤكد أنها قرض وليست بيعا حقيقيا، فبالرجوع إلى العديد من المصادر القانونية نجد أنها تسمى البائع (مقترضا) والمشترى (مقرضا) والأوراق المالية رهنا، أو ضمانا.

لذا فإن اتفاقية إعادة الشراء توصف في الأوساط المالية بأنها عملية اقتراض، فالبائع يقترض من المشترى، بينما عملية معكوس اتفاقية إعادة الشراء توصف

---

(١) منتهى الإرادات ٣٩٧/٢.

(٢) معجم لغة الفقهاء لقلعجى صـ٢٢٧.

(٣) أنيس الفقهاء الرومي الحنفي صـ١٠٧.

(٤) مراتب الإجامع لابن حزم صـ٩٤.

(٥) ذهب إلى ذلك القائمون على هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية المعروفة باسم (أيوفى) فى المعايير الشرعية صـ١٣٦٧، وأيد هذا الدكتور يوسف الشبيلى فى بحثه أدوات إدارة مخاطر السيولة صـ١١.

بأنها إيداع، أى أن المشترى يودع النقود لدى البائع ويأخذ عليها فوائد كالودائع البنكية تماما.(١)
والمختار من هذه التكييفات هو التكييف الأخير نظرا لقوة أدلته، واستقامته مع الواقع العملى للاتفاقية، وبناء على ذلك تصبح هذه الاتفاقية محرمة شرعا. لله

عا

لف لخام : ث ن ية لإ ل اه لبا نة على تفاقية عا لش

نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة كان لها أثر كبير في بناء الحكم الفقهى لهذه الاتفاقية بل كانت سببا رئيسا لتحريم تلك المعاملة، بناء على أن الظاهر أنه بيع لتلك الأصول، وفى باطن الأمر اتضح أنها قرض بفائدة فقد جاء في التعليل الفقهى لتحريم اتفاقية إعادة الشراء لدى علماء هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية ما نصه: " مستند تكييف اتفاقية إعادة الشراء التقليدية على أنها قرض بفائدة هو أن العبرة في العقود بحقائقها لا بمسمياتها، فحقيقة المعاملة أنها قرض من مشترى الأصول المالية لبائعها مع رهن هذه الأصول لصالح المشترى (المقرض) ذلك أن عملية البيع فيها ليست حقيقية ولا يترتب عليها أى أثر من آثار البيع، وإنما الغرض منها التوثقة فقط".(٢)

تم والحمد لله

(١) أدوات إدارة مخاطر السيولة وبدائل اتفاقية إعادة الشراء فى المؤسسات المالية الإسلامية، د/ يوسف بن عبدالله الشبيلى صـ١١، المعايير الشرعية صـ١٣٨٨.
(٢) المعايير الشرعية صـ١٣٨٨.

أهم النتائج:

يمكن إجمال أهم النتائج التى توصلت إليها من خلال البحث فيما يلى:

١-تنقسم الإرادة عند الفقهاء إلى قسمين: حقيقية (باطنة)، وظاهرة.

٢-الإرادة الحقيقية فهى الإرادة الباطنة التى لا يُطّلع عليها. وأما الإرادة الظاهرة فهى التى تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه كالتعاطى.

٣-لفظ الإرادة الظاهرة والباطنة لفظان مستحدثان فى الفقه، ذلك أن الفقهاء القدامى كانوا يعبرون عن الإرادة الباطنة بالنية، وعن الإرادة الظاهرة بالصيغة.

٤-لا يخلو عقد من العقود من أن يكون حالة من حالات أربع: الأول: تطابق الإرداتين الظاهرة والباطنة. الثانى: خفاء الإرادة الباطنة. الثالث: الاشتباه فى الإرادة الحقيقية. الرابع: انتفاء الإرادة، (تعارض الإرادتين).

٥-اختلفت أنظار المذاهب الفقهية حول نظرية الإرادة وتنوعت إلى اتجاهين، فالبعض يغلب النظرة الموضوعية، (الإرادة الظاهرة) والبعض الآخر يغلب النوايا والبواعث الذاتية، (الإرداة الباطنة).

٦-من غلب جانب الإرادة الظاهرة قال بصحة العقود التى تنتفى فيها الإرادة الباطنة اعتبارا بالأركان الأساسية من إيجاب وقبول وأهلية المحل لحكم العقد، فلا عبرة للسبب أو الباعث في إبطال العقد، أى أن العقد صحيح في الظاهر دون بحث في النية أو القصد غير المشروع.

٧-ومن غلب جانب الإرادة الباطنة واعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقد بشرط أن يكون ذلك معلوما للطرف الآخر، أو كانت الظروف تحتم علمه فقد أبطل هذه العقود.

٨-الإجارة المنتهية بالتمليك إحدى التطبيقات المعاصرة لنظرية الإرداة الظاهرة والباطنة، وقد تبين من خلال بحثها أن نظرية الإرادة كان لها أثر كبير فى القول بصحة هذه المعاملة من عدمه.

٩-المشاركة المتناقصة من أدوات الاستثمار الحديثة التى اختلف الفقهاء المعاصرون فى حكمها بناء على اختلافهم فى الأخذ بنظرية الإرادة، وتقديم إحداهما على الأخرى. فمن غلب الإرادة الباطنة على الظاهرة، ورأى أن المشاركة المتناقصة مجرد ستار يختفى وراءها عملية تمويل بقرض ربوى، وأن المصرف ليس لديه نية حقيقية في الدخول في التعاقد، ولا البقاء في المشروع بقرينة بيع حصته إلى الشريك الآخر من بداية التعاقد قال بعدم جوازها، ومن غلب الإرادة الظاهرة على الباطنة، ورأى أن العقد قد اكتملت أركانه، وشروطه، وخلا من المحاذير الشرعية، وروعيت فيه الضوابط المذكورة قال بصحته وجوازه.

١٠-يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء في مسألة التورق المصرفى إلى نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة، فمن رأى أن التورق المصرفى مجرد حيلة للتوصل إلى النقد والسلعة فيه غير مرادة، فقد أعمل حينئذ الإرادة الباطنة والتى دلت عليها القرائن المحيطة بالعقد، فقال ببطلان التورق المصرفى المنظم، ومن رأى أن الإرادة الباطنة

لا أثر لها، ويكفى وجود الإرادة الظاهرة، مع قيام أركان العقد وشروطه (التورق المصرفى) وتحققها، قال بجوازه.

١١-اختلف الفقهاء المعاصرون حول صحة التعامل باتفاقية إعادة الشراء، واختلفوا فى تكييفها الفقهى فقيل: إنها من بيوع الوفاء، وقيل: بيع عينة، وقيل: قرض بفائدة مع رهن الأصول المالية وهو المختار، وبناء على هذا فقد حرمه الفقهاء إعمالا لنظرية الإرداة الباطنة وأن البيع فيها غير مراد ولا حقيقى.

١٢-يجب تدريب العاملين في البنوك والمصارف الإسلامية على التطبيق الصحيح لصيغ الاستثمار المعاصرة والحديثة.

هذا وبالله التوفيق

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

لمصا لم جع

لا: كت لتفسي

١-أحكام القرآن لأحمد بن على الرازى الجصاص ت ٣٧٠هـ ط/ دار الفكر بيروت.
٢-أحكام القرءان لأبى بكر محمد بن عبد الله بن العربى ت ٥٤٣هـ دار المنار – مصر تحقيق د/ محمد بكر إسماعيل، ط/ الأولى.
٣-تفسير القرءان العظيم المعروف بتفسير ابن كثير لأبى الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير ت ٧٧٤هـ ط/ دار والى الإسلامية تحقيق طه عبد الرؤوف سعد الطبعة الأولى.
٤- تفسير المنار لمحمد رشيد رضا ط/ الهيئة المصرية العامة للكتاب.
٥-الجامع لأحكام القرءان لأبى عبدالله محمد بن أحمد القرطبى ت ٦٧١هـ ط دار الشعب- القاهرة.
٦- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني للعلامة أبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي ت ١٢٧٠هـ الناشر دار إحياء التراث العربي. – بيروت.

ثانياً: كتب الحديث وعلومه:

١- تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة، القاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي (ت ٦٨٥هـ)، ط/ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.
٢-سنن ابن ماجه لأبى عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه ت ٢٧٥هـ ط/ در الفكر بيروت تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى.
٣-سنن أبى داود لسليمان بن الأشعث السجستانى ت ٢٧٥هـ ط/ دار الفكر تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد.
٤-سنن الترمذى لأبى عيسى محمد بن عيسى الترمذى ت ٢٧٩هـ ط/ دارإحياء التراث العربى، بيروت، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون.
٥-سنن النسائى (المجتبى) لأبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائى ت ٣٠٣هـ ط مكتب المطبوعات حلب الطبعة الثانية تحقيق عبد الفتاح أبوغدة.
٦- شرح صحيح البخارى لابن بطال أبى الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: ٤٤٩هـ) تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٧-صحيح ابن حبان لأبى حاتم محمد بن حبان البستى ت ٣٥٤هـ ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية تحقيق شعيب الأرناؤوط.
٨-صحيح ابن خزيمة لأبى بكر محمد ابن إسحاق بن خزيمة ت ٣١١هـ ط/ المكتب الإسلامى، بيروت، تحقيق د/ محمد مصطفى الأعظمى.
٩-صحيح البخارى لأبى عبد الله محمد بن إبراهيم بن إسماعيل البخارى ت ٢٥٦هـ ط/ دار ابن كثير اليمامة، بيروت، الطبعة الثالثة، تحقيق د/ مصطفى ديب البغا.

١٠-صحيح مسلم لأبى الحسين مسلم بن الحجاج النيسابورى ت ٢٦١هـ ط/ دار إحياء التراث العربى، بيروت، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى.
١١- العدة في شرح العمدة في أحاديث الأحكام، علي بن إبراهيم بن داود بن سلمان بن سليمان، أبو الحسن، علاء الدين ابن العطار (المتوفى: ٧٢٤ هـ)، ط/ دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الأولى.
١٢-فتح البارى بشرح صحيح البخارى للحافظ أبى الفضل أحمد بن حجر العسقلانى ت ٨٥٢ هـ ط/ دار المعرفة بيروت، تحقيق محب الدين الخطيب.
١٣- الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري، للكوراني الشافعي ثم الحنفي المتوفى ٨٩٣ هـ، المحقق: الشيخ أحمد عزو، ط/ دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، الأولى.
١٤- اللامع الصبيح بشرح الجامع الصحيح، شمس الدين البِرْماوي، (المتوفى: ٨٣١ هـ) تحقيق ودراسة: لجنة مختصة من المحققين بإشراف نور الدين طالب،الناشر: دار النوادر، سوريا الأولى.
١٥-المستدرك على الصحيحين لأبى عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابورى ت ٤٠٥هـ ط/ دار الكتب العلمية الطبعة الأولى تحقيق مصطفى عبد القادر عطا.
١٦-مسند أحمد للإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيبانى ت ٢٤١هـ ط/ مؤسسة قرطبة.
١٧-الموطأ للإمام مالك بن أنس ت ١٧٩هـ ط/ دار إحياء التراث العربى مصر تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى.
١٨-نيل الأوطار لمحمد بن على الشوكانى ت ٢٥٥هـ ط/ دار الحديث الطبعة الرابعة تحقيق عصام الدين الصبابطى.
ثالثاً: كتب قواعد وأصول الفقه:
(أ): كتب أصول الفقه
١- إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول محمد بن علي بن محمد الشوكاني (المتوفى : ١٢٥٠هـ) المحقق : الشيخ أحمد عزو عناية ، دمشق -الناشر : دار الكتاب العربي.
٢-أصول السرخسى لأبى بكر محمد بن أحمد السرخسى ت ٤٩٠هـ ط/ دار المعرفة بيروت.
٣-البحر المحيط لبدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشى ط/ دار الكتب.
٤-البرهان فى أصول الفقه لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجوينى ت ٤٧٨هـ ط/ دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط الرابعة تحقيق/ عبد العظيم محمود الديب.
٥-التقرير والتحبير فى شرح التحرير لمحمد بن محمد بن أمير حاج ط/ دار الكتب العلمية.
٦-التمهيد فى أصول الفقه للإمام عبد الرحيم الإسنوى ت ٧٧٢هـ ط/ مؤسسة الرسالة.
٧-المختصر فى أصول الفقه لأبى الحسن على بن محمد البعلى ط/ جامعة الملك عبد العزيز مكة المكرمة – تحقيق: محمد مظهر بقا.

٨- الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ) ٣/ ٥٧٢، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط/ دار ابن عفان، الأولى، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد بن محمد، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ) ، الناشر: دار المعارف.
(ب): كتب القواعد الفقهية
١-أنور البروق فى أنواع الفروق لأحمد بن إدريس القرافى ت ٦٨٤ هـ ط /عالم الكتب بيروت.
٢-الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، ط/ دار الكتب العلمية، الأولى.
٣- الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ).
٤- الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، لابن نجيم، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات
ط/ دار الكتب العلمية.
٥- المنثور في القواعد الفقهية أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ) الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م
٦- مُوْسُوعَة القواعِدُ الفِقْهِيَّة، محمد صدقي بن أحمد الغزي ٣٧٨/٧، ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الأولى.
رابعاً: كتب الفقه:
(أ)مراجع: الفقه الحنفى:
١-البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين إبراهيم بن نجيم ت ٩٧٠هـ. ط/ دار الكتاب الإسلامي.
٢-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبى بكر مسعود بمن أحمد الكاسانى. ط/ دار الكتب العلمية.
٣-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن على الزيلعى ط/ دار الكتاب الإسلامي.
٤-تحفه الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى ت ٥٣٩ هـ. ط/ دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى.
٥-الجوهرة النيرة لأى بكر محمد بن على العبادى. ط/ المطبعة الخيرية.
٦-درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلاخسرو. ط/ دار إحياء الكتب العربية.
٧-رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين المعروف بابن عابدين. ط/ دار الكتب العلمية.
٨-العناية شرح الهداية لمحمد بن محمود البابرتى. ط/ دار الفكر.
٩-فتح القدير للإمام كمال الدين عبد الواحد بن الهمام. ط/ دار الفكر.
١٠-المبسوط لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني. ط/ إدارة القرآن والعلوم كراتشى تحقيق أبو الوفا الأفغانى.

١١- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان محمد قدري باشا (المتوفى: ١٣٠٦هـ)، ط/ المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الثانية.
(ب)مراجع: الفقه المالكي:
١-بداية المجتهد لأبي الوليد أحمد بن محمد بن رشد الحفيد ت ٥٩٥ هـ دار إحيار التراث العربي.
٢-البيان والتحصيل لأبي الوليد أحمد بن محمد بن رشد الجد ت ٥٢٠ هـ ط/ دار الغرب الإسلامى الطبعة الأولي تحقيق/ أحمد الشرقاوى.
٣-الثمر الدانى شرح رسالة القيرواني للإمام صالح عبد السميع الأبي الأزهرى. ط/ المكتبة الثقافية.
٤-حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير للإمام محمد بن عرفة الدسوقي. ط/ دار إحياء الكتب العربية.
٥-حاشية الصاوى على الشرح الصغير للإمام أبي العباس أحمد الصاوى. ط/ دار المعارف.
٦-الذخيرة للإمام أحمد بن إدريس القرافي ط دار الغرب بيروت تحقيق محمد حجي.
٧-شرح مختصر خليل للإمام محمد بين عبد الله الخرشي ط/ دار الفكر.
٨-الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير ط/ دار الفكر تحقيق محمد عليش.
٩-الفواكه الدوانى للإمام أحمد بن غنيم النفراوى ت ١١٢٥هـ ط/ دار الفكر.
١٠-القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزء الغرناطي ت ٧٤١ هـ بدون طبعة.
(ج)مراجع الفقه الشافعى:
١-أسنى المطالب شرح روض الطالب للعلامة زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ط/ دار الكتاب الإسلامى.
٢-إعانة الطالبين للإمام أبي بكر الدمياطى ط/ دار الفكر بيروت.
٣-الإقناع للإمام الخطيب الشربيني ط/ دار الفكر بيروت تحقيق مكتب البحوث والدراسات.
٤-الأم لأبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ت ٢٠٤ هـ ط/ دار المعرفة.
٥-تحفة المحتاج في شرح المنهاج للإمام أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ط/ دار إحياء التراث العربي.
٦-حاشية البجيرمى على الخطيب لسليمان بن محمد البجيرمى ط/ دار الفكر.
٧-حاشية البجيرمى على المنهج لسليمان بن محمد البجيرمى ط/ دار الفكر.
٨-حاشية الجمل للإمام سليمان بن منصور الجمل ط/ دار الفكر.
٩-حاشية الطحطحاوى على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحاوي الحنفي سنة الوفاة ١٢٣١هـ ط/المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق
١٠-حاشية قليوبى وعميرة للإمام أحمد بن سلامة القليوبى وأحمد البرلسى عميرة ط/ دار إحياء الكتب العربية.
١١- كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة (المتوفى: ٧١٠هـ) المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، ط/ دار الكتب العلمية، الأولى.

(د)مراجع الفقه الحنبلي:
١-الإنصاف للإمام على بن سليمان بن أحمد المرداوى ت ٨٨٥هـ ط/ دار إحياء التراث العربي.
٢-الروض المربع للإمام منصور بن يوسف البهوتى ت ١٠٥١ هـ ط/ مكتبة الرياض الحديثة ١٣٩٠هـ.
٣- زاد المستقنع لموسى بن أحمد بن سالم المقدسى ت٦٩٠هـ. ط/ مكتبة النهضة الحديثة مكة المكرمة.
٤-شرح منتهى الإرادات للعلامة منصور بن يونس البهوتي ت ١٠٥١ هـ ط/ عالم الكتب.
٥-الكافى في فقه ابن حنبل لأبي محمد بن قدامة المقدسى، ط/ دار الكتب العلمية، الأولى.
٦-كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي ت ١٠٥١ هـ ط/ دار الكتب العلمية.
٧-الفروع للإمام محمد بن مفلح بن محمد المقدسى ت ٧٦٢ هـ ط عالم الكتب.
٨-المبدع للإمام أبي اسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح ت ٨٨٤هـ ط/ الكتب الإسلامى.
٩- مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس بن تيمية الحراني، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية.
١٠- مجموع فتاوى العلامة عبد العزيز بن باز رحمه الله، أشرف على جمعه وطبعه: محمد بن سعد الشويعر.
١١-المغني للإمام ابن قدامة المقدسي. ط دار إحياء التراث الإسلامي.
١٢-مطالب أولي النهى فى شرح غاية المنتهي للإمام مصطفي بن سعد الرحياني ت ١١٤٣ هـ ط/ المكتب الإسلامي.
(هـ) مراجع الفقه الظاهرى:
١- المحلي للإمام أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى الظاهري ت ٤٥٦ هـ ط/ دار التراث القاهرة، تحقيق أحمد محمد شاكر.
(د) مراجع الفقه الشيعى:
١-البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني ط/ مكتبة اليمن، شرح النيل.
٢-شفاء العليل، محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، ط/ مكتبة الإرشاد.
خامساً: كتب اللغة والمصطلحات:
١-أبجد العلوم لصديق بن حسن القنوجى. طبعة دار الكتب العلمية.
٢-أساس البلاغة لأبى القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله ط\ دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى. تحقيق: محمد باسل عيون السود.

٣-أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (المتوفى: ٩٧٨هـ)، المحقق: يحيى حسن مراد، الناشر: دار الكتب العلمية.
٤- التعاريف للمناوى. ط/ دار الفكر المعاصر . الطبعة الأولى
٥-التعريفات للإمام على بن محمد الجرجانى ت ٨١٦ هـ ط/ دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٥هـ الطبعة الأولي تحقيق إبراهيم الإبياري.
٦-شرح حدود ابن عرفة للإمام محمد بن قاسم الرصاع ط المكتبة العلمية.
٧-الصحاح فى اللغة لإسماعيل بن حماد الجوهري ، ط\ دار العلم للملايين- بيروت.الرابعة- يناير ١٩٩٠.
٨-القاموس الفقهى د. سعدى أبوجيب ط/ دار الفكر دمشق.
٩-القاموس المحيط للفيروز أبادي ط مؤسسة الرسالة بيروت.
١٠-لسان العرب للإمام محمد بن مكرم بن منظور ت ٧١١ هـ ط/ دار صادر بيروت الأولي.
١١-مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي ت ٧٢١ هـ ط/ مكتبة لبنان ناشرون بيروت.
١٢- معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
١٣- موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨هـ) تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون – بيروت الطبعة: الأولى - ١٩٩٦م.
سادساً: كتب وبحوث فقهية معاصرة متخصصة:
١-الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي لخالد الحافي، جامعة الملك سعود كلية الدراسات العليا بحث ماجستير.
٢-الإجارة المنتهية بالتمليك، وصكوك الأعيان المؤجرة، د/ منذر قحف، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى ع١٢.
٣-الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك وفق المعيار المحاسبى الإسلامى رقم٨ بالمقارنة مع المعيار المحاسبى الدولى رقم ١٧، دراسة تطبيقية فى المصارف الإسلامية.
٤-الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة، (الإجارة المنتهية بالتمليك)، دراسة فقهية مقارنة، أ. د. علي محيي الدين ، مجلة المجمع الفقهى الدولى.
٥-الإجارة المنتهية بالتمليك، دراسة اقتصادية وفقهية، إعداد الدكتور شوقي أحمد دنيا، أستاذ الاقتصاد - جامعة الأزهر بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى.
٦-إحياء علوم الدين، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ) الناشر: دار المعرفة – بيروت.
٧-أدوات إدارة مخاطر السيولة وبدائل اتفاقية إعادة الشراء فى المؤسسات المالية الإسلامية، د/ يوسف بن عبدالله الشبيلى.

٨-أدوات الاستثمار الإسلامى، د/ عز الدين خوجة، طبعة دلة البركة ، السعودية، الطبعة الأولى.
٩-الإرادة الظاهرة والباطنة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، د/ محمد أحمد بكر، أستاذ القانون المدنى المساعد بكلية الشريعة والقانون بأسيوط، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط ع١٩ ج١.
١٠-الإرادة العقدية وشوائبها فى الفقه الإسلامي، د/ أحمد يوسف صمادى، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الكويت ج ١٨ ع٥٢.
١١- أسواق الأوراق المالية، (البورصة) في ميزان الفقه الإسلامي، دكتور/ عصام أبو النصر أستاذ المحاسبة – جامعة الأزهر.
١٢- إعلام الموقعين عن رب العالمين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١ هـ)، ط/ دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الأولى.
١٣-الإيجار المنتهي بالتمليك، أ.د/ حسن علي الشاذلي، أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن
كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى ع٥.
١٤- الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير، الشيخ محمد المختار السلامي، مفتي الجمهورية التونسية سابقاً منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى.
١٥-الإيجار المنتهي بالتمليك، وصكوك التأجير، الشيخ محمد علي التسخيري بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الدولى.
١٦- تقويم معالجة تعثر المؤسسات المالية الإسلامية باتفاقية إعادة الشراء في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، إعداد د.محمد عود الفزيع، مدير إدارة الرقابة الشرعية، شركة الامتياز للاستثمار.
١٧- التورق حقيقته ، أنواعه (الفقهي المعروف والمصرفي المنظم)، الدكتور هناء محمد هلال الحنيطي.
١٨- التورق الفردي والتورق المصرفي(المنظم)، د. حسين كامل فهمي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامى الدولى فى دورته التاسعة عشرة المقامة بالشارقة.
١٩- التورق الفقهى كما تجريه المصارف الإسلامية، د/ معن سعود أبوبكر، منشور بمجلة الشريعة والقانون، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ع٥٧ لسنة ٢٠١٤م
٢٠-التورق كما تجريه المصارف فى الوقت الحاضر، التورق المصرفى المنظم، دراسة تصويرية فقهية، د/ عبدالله محمد حسن السعيدى، منشور ضمن أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهى الإسلامى بمكة المكرمة.
٢١-التورق المصرفى، رياض بن راشد بن عبدالله آل رشود، إصدار وزارة الأوقاف والشؤن الإسلامية بدولة قطر، الأولى ٢٠١٣م.
٢٢-التورق المصرفى وآثاره الاقتصادية السلبية، د/ افتخار محمد مناحى الرفيعى، الجامعة العراقية، كلية الإدارة والاقتصاد بحث منشور بمجلة كلية الشريعة العدد الثالث.

٢٣-التوريق، وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، أ.د/ محمد عبد الحليم عمر، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامى الدولى فى دورته التاسعة عشرة فى موضوع الصكوك الإسلامية.
٢٤-التورق والتورق المصرفي، محمد مختار السلامى، مجلة محكمة، مجلد (٢٤) العدد ٢٧٤ ، محرم- ١٤٢٥هـ،مارس- ٢٠٠٤ه.
٢٥-التورق، والتورق المنظم، دراسة تأصيلية، د سامى السويلم ، منشور ضمن بحوث التورق المقدمة لمجمع الفقه التابع لرابطة العالم الإسلامى.
٢٦-الشركة المتناقصة، عبدالله بن فيصل بن أحمد الفيصل القاضى بالمحكمة العامة بشقراء بحث منشور بمجلة العدل ع٦٠ السنة ١٥، شوال ١٤٣٤ه.
٢٧-الشركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها فى المصارف الإسلامية، صلاح سعيد عبدالله المرزوقى، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك.
٢٨-عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، محمد يوسف عارف الحاج محمد، صـ٧٤، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا.
٢٩-عقود التمويل المستجدة فى الصارف الإسلامية، دراسة تأصيلية تطبيقية، حامد حسن محمد على ميرة، المعهد العالى للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود رسالة دكتوراه.
٣٠-الكافى فى شرح القانون المدنى الأردنى، د/ عبدالمجيد الحكيم الشركة الجديدة للطباعة، عمان، ط١: ١٩٩٣م.
-المدخل الفقهى العام، الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق.
٣١-المدخل فى الفقه الإسلامى، تعريفه وتاريخه، ومذاهبه، محمد مصطفى شلبى، ط، الدار الجامعية.
٣٢-المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، أ.د/ عبدالكريم زيدان، ط/ دار عمر بن الخطاب بالأسكندرية.
٣٣-المدخل للفقه الإسلامى، أ.د/ محمد سلام مدكور صـ٥٥٣، ط/ دار الكتاب الحديث. الثانية ١٩٩٦م.
٣٤-المشاركة المتناقصة، طبيعتها وضوابطها الخاصة، الدكتور عبد السلام العبادي، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى.
٣٥-المشاركة المتناقصة وأحكامها، في ضوء ضوابط العقود المستجدة، الدكتور نزيه كمال حماد، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامى.
٣٦-المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة، البنك الإسلامى الأردنى نموذجا، إعداد الباحث/ نور الدين عبدالكريم الكواملة وما بعدها، الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا.
٣٧-المشاركة المنتهية بالتمليك كما يجريها بيت التمويل الأمريكى (لا ربا) دراسة نقدية فى ظل المعايير الشرعية، د/ أحمد الصويعى شلبيك.

٣٨-مصادر الالتزام، د/ مصطفى محمد الجمال، ط/ دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية.
٣٩-المُعَامَلَاتُ المَالِيَّةُ أصَالَة وَمُعَاصَرَة، أبو عمر دُبْيَان بن محمد الدُّبْيَان، ط/ مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، الثانية.
٤٠-المعاملات المالية المعاصرة، أ.د/ محمد عثمان شبير، ط/ دار النفائس.
٤١-المعاملات المالية المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلى ط/ دار الفكر المعاصر بيروت.
٤٢-المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية(أيوفى). بدون طبعة.
٤٣-مقاصد الشريعة وأثرها فى العقود، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك نموذجا، يوسف آدم البدنى.
٤٤-الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية، الشيخ محمد أبو زهرة، ط/ دار الفكر العربى.
٤٥-منتجات الخزينة الإسلامية، هياكلها وأحكامها وضوابطها، دراسة وصفية فقهية تطبيقية، إعداد/ محمد فتح الدين بيانوني، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في الفقه، كلية العلوم الإسلامية، ماليزيا.
٤٦-المواطأة على إبرام العقود المالية المتعددة فى عقد واحد وتطبيقاتها المعاصرة، نادر على فليونة، كلية الشريعة والقانون جامعة غزة.
٤٧-موسوعة الفقه الإسلامى، والقضايا المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلي، دار الفكر دمشق، الثالثة.
٤٨-موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، د/ على أحمد السالوس، ط/ مؤسسة دار الريان، دار الثقافة، مكتبة الترمذى، الطيعة الحادية عشرة ٢٠٠٢م.
٤٩-النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د/ صبحى المحمصانى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢: ١٩٧٢م.
٥٠-نظرية العقد فى الفقه الإسلامي، عز الدين محمد خوجة، مراجعة أ.د/ عبدالستار أبوغدة، مجموعة دلة البركة إدارة التطوير والبحوث.
٥١-نظرية العقد فى القانون المدنى الأردنى بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، بشار عدنان ملكاوى، بحث منشور بمجلة علوم الشريعة والقانون كلية الحقوق الجامعة الأردنية ع٢ج٣٣ عام ٢٠٠٦م.
٥٢-نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة، سامى عدنان العجورى، بحث تكميلى مقدم لنيل درجة الماجستير فى الجامعة الإسلامية بغزة كلية التربية قسم الدراسات الإسلامية.
٥٣-الوسيط فى شرح القانون المدنى، عبدالرزاق أحمد السنهورى، ط/ دار إحياء التراث العربى، بيروت لبنان.

خ ع نا لحم لله لعالمي