دولة الإمارات العربية المتحدة
كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدبي

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

مجلة علمية محكمة

العدد التاسع والأربعون

البريد الإلكتروني iascm@emirates.net.ae

الموقع الإلكتروني www.islamic-college.ae

49

1436هـ /2015 م

اقرأ في هذا العدد

كلمة المشرف العام: البحث العلمي في خدمة المجتمع

منهج الإمام الآلوسي في تفسير روح المعاني في توجيه الآيات المتشابهة

جهود الإمام الشافعي في جرح الرواة وتعديلهم

استثمار نتائج الامتحان في تنمية قدرات المتعلم وتوجيهها
– تراكم نتائج امتحانات الجامعة أنموذجا –

عمـوم المقتضى عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء

حكم الكفارة في القتل العمد (دراسة فقهية مقارنة)

صيغ «استثمار الوقف النقدي» في ميزان «المعايير المالية للاستثمار الوقفي»

الخطاب الحسي في شعر الأطفال – الشاعر أحمد سويلم (أنموذجا)

قصيدة (يا جارة الدم والدمار) لحميد سعيد – دراسة موسيقية

التورق المصرفي – دراسة نقدية مقاصدية

نقل الحركة في بنية الكلمة العربية – دراسة صوتية صرفية

دور المرابطين في ترسيخ المذهب المالكي بالمغرب والأندلس

السياسة التجارية الأمريكية بين النظري والتطبيقي "الدعم الحكومي الأمريكي وأزمة القطن في دول غرب أفريقيا بين عام (٢٠٠١-٢٠٠٤)"

مَجَلَّـــة
كُلِّيَّةِ الدِّراساتِ الإسلاميَّةِ والعربيَّةِ

مجلة علمية محكَّمة

نصف سنويَّة

تأسست سنة ١٩٩٠ م

العدد التاسع والأربعـــــون

رمضان ١٤٣٦ هـ - يونيو ٢٠١٥ م

المشرف العام

د. محمـد أحمد عبدالرحمن

مدير الكلية

رئيس التَّحرير

أ. د. أحمد عثمان رحماني

سكرتير التَّحرير

د. محمد أحمد الخولي

هيئة التَّحرير

أ. د. عبـدالله محمـد الجبوري — أ. د. عبـد الرحمـن بنـاني

د. غازي يوسف اليوسف — د. مجـاهـد منصـور

د. مازن حسين حريري

ردمد : ١٦٠٧-٢٠٩X

تفهرس المجلة في دليل أولريخ الدولي للدوريات تحت رقم ١٥٧٠١٦

المحتويـــــــــات

- **الافتتاحية**

رئيس التحرير..... ١٥-١٦

- **(كلمة المشرف العام: البحث العلمي في خدمة المجتمع)**

د. محمد أحمد عبد الرحمن..... ١٧-١٩

- **منهج الإمام الألوسي في تفسير روح المعاني في توجيه الآيات المتشابهة**

د. صالح بن عبد الله الشثري..... ٢٣-٦٨

- **جهود الإمام الشّافعي في جرح الرّواة وتعديلهم**

د. محمد عودة أحمد الحوري..... ٦٩-١٢٦

- **استثمار نتائج الامتحان في تنمية قدرات المتعلم وتوجيهها**

- تراكم نتائج امتحانات الجامعة أنموذجاً -

د. محمد أحمد عبد الرحمن..... ١٢٧-١٧٢

- **عموم المقتضى عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء**

د. عبدالرحمن بن غازي طه خصيفان..... ١٧٣-٢٣٠

- **حكم الكفارة في القتل العمد (دراسة فقهية مقارنة)**

د. جمال شاكر عبد الله..... ٢٣١-٢٦٠

- **صيغ «استثمار الوقف النقدي» في ميزان «المعايير المالية للاستثمار الوقفي»**

د. حسن محمد الرفاعي..... ٢٦١-٣٠٦

- **الخطاب الحسي في شعر الأطفال - الشاعر أحمد سويلم (أنموذجاً)**

د. مي محسن الحلفي..... ٣٠٧-٣٥٠

- **قصيدة (يا جارة الدم والدمار) لحميد سعيد - دراسة موسيقية**

د. فتحي أبو مراد..... ٣٥١-٤١٦

- **التورق المصرفي - دراسة نقدية مقاصدية**

د. ماهر حسين حصوة..... ٤١٧-٤٦٨

- **نقل الحركة في بنية الكلمة العربية - دراسة صوتية صرفية**

أ. م. د. محمد خالد رحال العبيدي..... ٤٦٩-٥٣٠

- **دور المرابطين في ترسيخ المذهب المالكي بالمغرب والأندلس**

د. محمد المختار ولد السعد..... ٥٣١-٥٧٠

- **U. S. Trade Policy between Theory and Practice - The Case of U. S. Subsidies and the West African Cotton Crisis (2001-2004)**

Dr. Hachemi Aboubou - Mrs. Dziri Hassina..... 5 - 47

التورق المصرفي

– دراسة نقدية مقاصدية –

د. ماهر حسين حصوة

أستاذ الفقه وأصوله المساعد جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا

كلية القانون – فرع أبو ظبي

ملخص البحث

يضع البحث منهجية للنظر في المسائل الاجتهادية بشكل عام، من خلال دراسة نقدية لمسألة التورق المصرفي، بحيث تضبط الفتوى بإطار اجتهادي يحقق مقصد الشارع من الأحكام، وتتمثل هذه المنهجية في فهم حقيقة وحكمة تحريم الربا بصورته الشمولية، ومراعاة وظيفة النقود في الواقع المعيش والتفريق بين التمويل والاستثمار، مما ينعكس على تكييف المسائل محل البحث تكييفا سليما، وأهمية فهم الواقع المصرفي باعثا وأثرا، كما وتطرق البحث إلى نقد بعض الاجتهادات التي وضعت النصوص في غير موضعها، كما دعا إلى تفعيل آلية فهم النص الجزئي في ضوء مقصده دون إغفال بقية النصوص في الموضوع الواحد، وأكدّ على أهمية مراعاة باعث المكلف من الفعل وأثره في تكييف المسألة الفقهية، وكذا الحال في النظر إلى المآل، ويبين البحث كيفية الموازنة بين القواعد العامة والأصول الكلية والأدلة الجزئية، ويناقش فلسفة الشكل والجوهر في ابتناء الأحكام الشرعية، كما وأكد البحث على أهمية التحقق من مدلولات المصطلحات عند المتقدمين قبل تقرير وتخريج آرائهم.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين وأزكى الصلوات على خير خلقه أجمعين سيدنا محمد، وعلى من سار على دربه إلى يوم الدين.

خرجت دراسات وأبحاث متعددة في قضايا التورق المصرفي، بعضها يجيزه باعتباره أداة من أدوات التمويل والاستثمار الشرعي، وبعضها يرفضه باعتباره

التفافا على الربا، وصورة من صور العينة، والتحايل الذي يغطى بلبوس شرعي، ومن خلال الدراسة لهذه الأبحاث تبين أن ثمة إشكالية في تناول مسائل القضايا المالية المستجدة لدى بعض الباحثين مما أوجد هذا التباين، والخلل في منهجية الاجتهاد وكيفية النظر في مثل هذه المسائل، فمن الباحثين من بحث المسألة من خلال النظرة الشكلية والصورية البحتة، فزعم أن التورق يضم في طياته مجموعة من العقود كل واحد بمفرده جائز، فكذلك في حال اجتماعها، ومنهم من قال: إنه عقد مستجد والأصل في المعاملات الحل، ومنهم من قاسه على التورق الفردي غير المنظم، ومنهم من قال: إنّ الحاجة للتمويل تقتضي إباحته، ومنهم من حكّم المقصد والغاية في العقود ولم ينظر إلى الصورية والشكلية، وقد تبين من خلال الدراسة أن في تلك الأبحاث مزالق وقع فيها كثير من الباحثين، تتمثل في عدم التدقيق في مصطلحات السابقين، وخلل في صحة استخراج آراء الأئمة ونسبة ما لا يصح عنهم، وعدم وضع الأدلة في موضعها، واستخراج أحكام من النص تنافي مقصد الشارع، وعدم ربط الفروع بالأصول ورد المتشابهات إلى المحكمات وخلل في فهم حقيقة الربا، والخلط بين التمويل والاستثمار، والحكم على الشئ دون تصوره من خلال فهم الواقع الذي يجري عليه التطبيق المصرفي، والمآلات التي يؤول إليها التورق بصورة كلية عامة، إلى غير ذلك من الأمور التي أحوجت إلى تحديد منهجية واضحة ترسم الطريق إلى الاجتهاد والفتوى في تلك المسائل.

أهمية ومشكلة الدراسة: تكمن أهمية الدراسة في وضع معالم منهجية عند البحث في المسائل المستجدة في القضايا المصرفية تحاول أن تقلل التباين الكبير في النتائج، وتضع أسس ومعايير في التعامل مع النصوص تختصر على الباحثين المسافة للوصول إلى الحكم الشرعي الصحيح، كما تبين الدراسة بعض الثغرات التي وقع فيها الباحثون عند دراستهم لتلك المسائل مما أدى للخروج بنتائج واستدلالات بعيدة عن مقاصد وغايات التشريع.

هدف الدراسة: تهدف الدراسة إلى رسم معالم منهجية تضبط الاجتهاد في الدراسات المصرفية، وتعالج الخلل الحاصل في التباين الكبير في تلك الدراسات، ينطلق من مقاصد الشريعة في المال والتنمية والاستثمار، وفهم الواقع المصرفي التطبيقي.

الدراسات السابقة: لم تقف الدراسة على من أفرد بحثا مستقلا يتطرق إلى المنهجية البحثية في الدراسات المصرفية، ومن أفضل الأبحاث التي تناولت قضايا منهجية في ثنايا بحثه - في صدد تناوله حكم التورق المصرفي -بحث الدكتور منذر قحف ود. عماد بركات وهو بعنوان التورق المصرفي في التطبيق المعاصر، وكذلك تطرق الدكتور سامي سويلم في معرض مناقشته للمجيزين للتورق إلى قضايا تتعلق بالمنهجية البحثية في بحثه الموسوم ب: التورق والتورق المنظم، وكذا الحال مع الدكتور علي السالوس في بحثه العينة والتورق والتورق المصرفي، والدراسة هنا جاءت لتجمع ماتفرق في نظام واحد يستند إلى التأصيل والتطبيق.

منهجية الدراسة: اتبعت الدراسة المنهج الاستنباطي والتحليلي، وقد حاولت الوقوف على ما أمكن تحصيله من الأبحاث التي كتبت عن التورق المصرفي، وقد تم تقسيم الدراسة إلى خمسة مباحث تضمنت تفريعات تتعلق بالمعلم الرئيس الذي يضبط تلك المنهجية، وقد أكثرت الدراسة من النقولات التي تدعم الفكرة التي تريد تأكيدها، سواء من كلام المتقدمين أو المتأخرين لكي يدعم تأصيل هذه المنهجية.

المبحث الأول

فهم حقيقة وطبيعة الربا بصورته الشمولية وحكمة تحريمه ووظيفة النقود في الواقع المعيش.

يشكل المبحث الأول ضابطا مهما لكل باحث بأن يعي طبيعة الربا وحكمة تحريم الله له ؛ فإذا فقه الربا استطاع أن يميز بين صور العقود والمعاملات التي يدخلها الربا من غيرها، فيعطي لكل صورة مستحدثة حكمها الصحيح، وقد بين الله أن المرابين خلطوا بين حقيقة البيع وحقيقة الربا، وذلك لتشابه الصورة الظاهرية، ولذلك بينت الدراسة في المطلب الأول التفريق بين البيع والربا، وميزت بين التمويل والاستثمار، ووضعت ضابطا للتمييز بين الربا من غيره كما ذهب إليه الاجتهاد المالكي.

عند كثير من الباحثين إشكالية في تناول مسائل التورق، حيث يغرق في التفاصيل والاعتراضات، والردود عليها، ويغفل عن أمر أساسي هو مفهوم وحقيقة الربا، وحكمة تحريمه، والبحث في هذه المسألة ينبغي أن يكون هو صلب البحث ؛لأن مفهوم الربا متى تحقق في أي صورة من الصور أخذ حكم الربا.

ومن الأبحاث التي التفتت إلى هذا الأمر بحث د. منذر قحف ود. سامي سويلم.

يقول د. منذر قحف: «إنّ حل الخلاف الفقهي حول التورق أو أي صيغة تمويلية أخرى - سواء أكانت موجودة في التطبيق المعاصر، أم يمكن أن تظهر في المستقبل - ينبغي أن يعتمد على تعريف الربا تعريفا واضحاً محدداً، جامعاً مانعاً، يأخذ بعين الاعتبار الأنشطة والممارسات المعاصرة، وينطلق من مفهوم بيّن

للتمويل وأساليبه في عالم اليوم» [1]

وقد استعرض الباحث أقوال الفقهاء في تعريف الربا، وانتهى إلى أن الربا هو الزيادة الخالية عن عوض مقابل [2]، فلو كانت زيادة يقابلها عوض لم تكن ربا، وكذلك فإن الربا خاص بالمعاوضات ولا يكون إلا مشروطا، فلو زاد أحد المتبايعيين الآخر دون شرط لم يكن ربا.

ثم قام بوضع مفهوم مالي واضح لا لبس فيه للربا في المعاملات المالية المعاصرة يتلخص بقوله: إنّ أية معاملة مالية سواء تمت من خلال وسطاء ماليين أم مباشرة بين المتعاقدين، تهدف إلى مبادلة نقد حال بنقد آجل مع زيادة هي ربا محض، بغض النظر عن الصورة التي يمكن أن يأخذها شكل العقد، أو مجموعة العقود المركبة الموصلة إلى هذه الزيادة»[3]

وهذه النتيجة مستخلصة من التفريق بين البيع والربا، وهذا المبحث ستتناوله الدراسة في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الفرق بين البيع والربا

إنّ البيع مبادلة لشيئين مختلفين، واختلاف البدلين هو الذي يسمح أن تكون المبادلة نافعة لكلا الطرفين، فكل طرف في المبادلة يبذل ما يستغني عنه ليأخذ ما يحتاج إليه، فتكون النتيجة إشباع حاجة كلا الطرفين.

أما القرض فهو مبادلة بين متماثلين، ومن الممتنع في هذه الحالة تحقيق ربح

١- قحف، منذر. وبركات عماد. التورق المصرفي في التطبيق المعاصر، بحث مقدم لمؤتمر المؤسسات المالية المعاصرة، جامعة الإمارات في مدينة العين سنة ٢٠٠٥م. منشور على شكل pdf على الرابط www. kantakji.comص١٥.

٢- انظر المرجع السابق ص١٦، وانظر سويلم، سامي.بحث التورق والتورق المنظم من كتاب أعمال وبحوث الدورة السابعة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة ٢٠٠٣، م٢/ ص٥٥١

٣- قحف، منذر. التورق المصرفي ص١٦.

لأي من الطرفين ؛ إذ أن أي زيادة لمصلحة أحدهما تمثل بالضرورة نقصا في حق الآخر ؛ لأن البدلين من جنس واحد، فإذا كان أحدهما رابحا كان الآخر خاسرا ولا بدّ.

إنّ الزيادة مقابل الأجل التي توجد في البيع تجبرها منفعة التبادل، وذلك أن المبادلات الآجلة كالبيع بأجل أو السلم تتضمن أمرين: مبادلة وتمويل، ومنفعة المبادلة من شأنها أن تجبر الزيادة التي يتضمنها التمويل وبذلك تصبح المبادلة الآجلة نافعة للطرفين، أما الزيادة في القرض فهي دين في الذمة دون منفعة اقتصادية تقابلها، ولذلك كانت محرمة.

وحكمة تحريم الربا ظاهرة حيث إنّ الربا ضد التنمية والانتاجية، فهو يكدس الثروة بأيدي من يملكها دون أن يستفيد من هذه الملكية أحد في تقديم سلع أو خدمات، ويشجع على السلبية والتضخم المالي، والربا يخرج المال من وظيفته المنوطة به من كونه أداة للتبادل، ومقياساً ومخزناً للقيمة، إلى أن يصبح بذاته محلا للتجارة فيه لا به.

يقول د. سامي سويلم: «الشرع حرم الربا، لم يحرمه على المرابي فحسب، بل حرمه على الطرفين الدائن والمدين ؛ لأن الربا نتيجة تراضيهما. ولذلك قال عليه السلام: «الآخذ والمعطي سواء» [٤] وهذا يعني أنه لا يجوز للمرابي أن يسعى للربا، كما لا يجوز للمدين أن يسعى إليه، بل يجب على كل منهما تجنبه من جهته، ولهذا سد الشرع منافذ الربا بين الطرفين، فمن جهة المرابي منع النبي من ربح ما لا يضمن، وبيع ما ليس عندك، ومن بيع الكالئ بالكالئ ؛ لأن كل واحد من هذه التصرفات يفضي إلى الربا من جهة الدائن، كما سد الشرع منافذ الربا من جهة

٤- مسلم، صحيح مسلم.باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا رقم الحديث ١٥٨٤. وأصل الحديث متفق عليه وهذا نص مسلم.

المدين بقاعدة الخراج بالضمان، والتشديد في الدين، والنهي عن العينة وذمها»[٥]

وعليه فينبغي أن يكون التمويل والمال في النظرة الشرعية خادما للنشاط الاقتصادي والمبادلات المالية النافعة، وليس العكس، كما هو الحال في الاقتصاد الربوي. وهذا يقودنا إلى أهمية التمييز بين التمويل والاستثمار.

المطلب الثاني: التمييز بين التمويل والاستثمار في النظام الاقتصادي

يقول سويلم: «إنّ مقصد الشرع من ربط التمويل بالبيوع هو أن يكون التمويل تابعا للمبادلات، أما التورق وسائر صور العينة فهي على النقيض من ذلك، تجعل المبادلات تابعة للتمويل، وهذا مع مناقضته لحكمة التشريع فهو مناقض للمنطق الاقتصادي الفعلي، والمفترض أن هذا النشاط يتم من خلال المبادلات والمعاملات المشروعة، فإذا انعكس الوضع وصار النشاط الاقتصادي خادماً للتمويل، انعكس الهدف من النشاط الاقتصادي أصلا، فبدلا من أن يكون سببا لتحقيق الرفاه والرخاء، صار مسخرا لسداد تكاليف التمويل وخدمة الديون، فيصبح التمويل نزيفاً في جسم الاقتصاد لمصلحة أصحاب المال، تماماً كما هو الحال في النظام الربوي»[٦].

يقول د. محمد الشباني: «فالسلعة التي يتعامل بها البنك هي النقد، فهو يتجر في النقد، وبالتالي فإن النقد هو السلعة بدلاً من أن تكون مقياساً لأقيام السلع فيما بينها، فأصبح سلعة بذاته، فخرج النقد عن الوظيفة التي من أجلها تم قبوله بين الناس، ولهذا فإن وحدات النقد التي تضاف إلى نفس النقد إنما تتحدد بنسبة من هذه الوحدات مربوطة بالزمن الذي يبقى في ذمة المقترض، وبالتالي فإن مكونات الربا تتمثل في ثلاثة عناصر، هي زيادة على كمية النقد المقدم، وهذه الزيادة تحدد

٥- انظر سويلم، سامي. التورق والتورق المنظم، مرجع سابق ص٥٥٦.
٦- المرجع السابق ص٥٩٢.

بالمدة، وهذه النسبة من الزيادة شرط في المعاملة، وبالتالي فأي تعامل تتوافر فيه هذه الصفات؛ فهو في حقيقته تعامل ربوي حتى لو سمّي بغير ذلك»[٧].

وبالتالي إذا فهمنا حقيقة الربا من كونه متاجرة في النقود، مما يؤدي إلى التضخم ويفقد النقد وظيفته، وجئنا إلى تنظيمات عقود التورق التي تحكم البنوك، نجدها مبنية على أساس أن النقود هي مجال عملها، فهي تتاجر في النقود وليست تتاجر بالنقود.

يقول ابن القيم عن التورق: «كان شيخنا رحمه الله- يقصد ابن تيمية -[٨] يمنع من مسألة التورق، وروجع فيها مرارا، وأنا حاضر فلم يرخص فيها، وقال: المعنى الذي لأجله حرم الربا موجود فيها بعينه، مع زيادة الكلفة بشراء السلعة وبيعها والخسارة فيها، فالشريعة لا تحرم الضرر الأدنى وتبيح ما هو أعلى منه»

وقال عن التورق: «هي شقيقة مسألة العينة، فأي فرق بين مصير السلعة إلى البائع، وبين مصيرها إلى غيره بل قد يكون عودها إلى البائع أرفق بالمشتري، وأقل كلفة عليه، وأرفق لخسارته وتعنيه، فكيف تحرمون الضرر اليسير، وتبيحون ما هو أعظم منه؟! والحقيقة في الموضوعين واحدة، وهي عشر بخمسة عشر وبينهما حريرة، [٩] رجعت في إحدى الصورتين إلى مالكها، وفي الثانية إلى غيره؟!» [١٠]

المطلب الثالث: قاعدة المدخلات والمخرجات

وضع فقهاء المالكية ضابطا يميزون به الربا من غيره، ومضمون هذه القاعدة:

٧- الشباني، محمد عبد الله. بحث التورق نافذة الربا في المعاملات المصرفية، مقال منشور في مجلة البيان على الموقع www.saaid.net

٨- ابن القيم، محمد بن أبي بكر. إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط ١٩٦٨م، ج٣/ ص٢٠١.

٩- كان الغالب في زمنهم استعمال الحرير للحصول على النقد من خلال شرائه بأجل ثم بيعه نقدا ولهذا قال ابن عباس " دراهم بدراهم وبينهما حريرة " انظر سويلم، سامي. موقف السلف من التورق بحث منشور على صيغة pdf على الموقع www.hala12.com ص٥.

١٠- المرجع السابق.

أن تقويم التعامل بين طرفي الصفقة يتم من خلال النظر في مدخلاتها ومخرجاتها ككل، دون النظر في تفاصيل ما يدور بين طرفيها. قال القرافي: «والأصل أن ينظر ما خرج من اليد وما خرج إليها، فإن جاز التعامل به صحَّ وإلا فلا، ولا تعتبر أقوالهما - أي المتبايعين - بل أفعالهما فقط، فهذا هو تلخيص الفرق بين الذرائع التي يجب سدها والذرائع التي لا يجب سدها»[١١] وقد عبروا عنها: ما خرج من اليد وعاد إليها يعد لغوا.

وممن أخذ بهذه القاعدة من الفقهاء ابن القيم، وقد طبقها على مسألة التورق حيث قال: «ويالله العجب أي فرق بين بيع مائة بمائة وعشرين درهما صريحا، وبين إدخال سلعة لم تقصد أصلا، بل دخولها كخروجها، ولهذا لا يسأل العاقد عن جنسها ولا صفتها ولا قيمتها ولا عيب فيها، ولا يبالي بذلك ألبتة، حتى لو كانت خرقة مقطعة أو أذن شاة أو عودا من حطب ادخلوه محللا للربا، ولما تفطن المحتالون أن هذه السلعة لا اعتبار بها في نفس الأمر، وأنها ليست مقصودة بوجه، وأن دخولها كخروجها، تهاونوا بها ولم يبالوا بكونها مما يتمول عادة أو مما لا يتمول، ولم يبال بعضهم بكونها مملوكة للبائع أو غير مملوكة، بل لم يبال بعضهم بكونها مما يباع أو مما لا يباع، كالمسجد والمنارة والقلعة وكل هذا وقع من أرباب الحيل، وهذا لما علموا أن المشتري لا غرض له في السلعة فقالوا: أي سلعة اتفق حضورها حصل بها التحليل، كأي تيس اتفق في باب محلل النكاح» [١٢]

يقول سويلم تعليقا على هذه القاعدة: «ومن الناحية الاقتصادية فهذه القاعدة الفقهية هي أساس منطق الكفاءة الاقتصادية ؛ لأن العبث يمثل تكلفة دون مقابل أو عائد يجبرها، فهي عبىء ينافي الكفاءة»[١٣]

١١- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، دار المعرفة، بيروت، ٣/ ٢٦٩.
١٢- ابن القيم، إعلام الموقعين ج٣/ ص١٤١.
١٣- سويلم، سامي. بحث التورق والتورق المنظم من كتاب أعمال وبحوث الدورة السابعة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة ٢٠٠٣، م٢/ ص٦٠٩.

المبحث الثاني: فهم طبيعة وحقيقة التورق الذي تجريه البنوك نظريا وعمليا

كثير من الباحثين يجري بحثه على الورق دون النزول إلى الميدان الواقعي في التعامل المصرفي، بل إنّ كثيرا من هيئات المراقبة الشرعية أو اللجان الاستشارية تحكم على العقود نظريا دون أن ترى الواقع التطبيقي التعاملي، مما يجعل هذه اللجان مطية لتمرير صيغ استثمارية وتمويلية غير شرعية تتلبس ظاهريا بعقود صورية. وتبين الدراسة في هذا المبحث تعريف التورق لغة ومن ثم اصطلاحا، والتورق المصرفي والغاية والهدف منه كما تشير إلى ذلك عقود المصارف بنصوصها ودعاياتها.

المطلب الاول: تعريف التورق لغة واصطلاحا

التورق في أصل معناه اللغوي يطلق على طلب النقود الفضية، ثم أصبح يطلق على طلب النقود بمختلف أنواعها سواء أكانت نقودا فضية أم ذهبية أم ورقية.

وكلمة التورق: تعني سعي المرء بكلفة ومشقة في الحصول على النقد ؛ وذلك لأن صيغة «تفعل» تدل على دخول المرء في الشيء بعناء وكلفة، وأنه ليس من أهله، كتحلم، وتشجع ، وتشدق، وتكلف، تصبر، تجلد...الخ وعلى ذلك فإنه لا يقال لغة للتاجر الذي يبيع سلعة بالنقد، ولا للمرء الذي يبيع شيئا من أعيان ماله نقداً لوفاء دينه، أو للتوسع ، أو غير ذلك: «متورق» ؛لانتفاء ذلك المعنى في بيعهما [١٤]

والتورق كمصطلح فقهي ظهر متأخرا عند الفقهاء، و أول من أطلقه بمعناه

١٤- انظر حماد، نزيه. في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة قراءة جديدة، دار القلم، دمشق، ط١، ٢٠٠٧، ص١٤٩، والعثماني، محمد تقي. أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية، من سلسة بحوث مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة عشر م٢ / ص٣٦٧.

المعروف به الآن هو ابن تيمية، كما ذكر د.على السالوس في بحثه.[١٥]

والتورق الفردي مضمونه يعود إلى الحصول على النقد من خلال شراء سلعة بأجل، ثم بيعها نقداً لطرف آخر غير البائع [١٦].

المطلب الثاني: تعريف التورق المصرفي

أما التورق المصرفي فهو قيام المصرف أو المؤسسة المالية بترتيب عملية التورق للعميل بحيث يبيع المصرف سلعة - وهي غالباً معدن من المعادن المتوفرة في الأسواق الدولية - على العميل بثمن آجل، ثم يوكل العميل المصرف ببيع السلعة نقداً لطرف آخر، ويسلم المصرف الثمن النقدي للعميل. [١٧]

المطلب الثالث: غاية التورق المصرفي للمصرف والعميل

يكمن الهدف والغاية في عملية التورق المصرفي بتحصيل السيولة النقدية للعميل، وقد ظهر هذا القصد جليا في إعلانتها، وقد انطلق في بداية الألفية الثانية في البنك السعودي البريطاني وبنك الجزيرة وسمي في بدايته بعملية التيسير، التورق المبارك، وتورق الخير، ومال، كما ذكر د. عبد الله السعيدي في بحثه.[١٨]

وجاءت الإعلانات تبين غاية البنك وحاجة العميل ومن الشواهد على ذلك هذه الدعايات:

- «تحقق لك هذه الصيغة الرائدة إمكانية الحصول على سيولة نقدية بسرعة فائقة، تقضي بها حاجاتك المعيشية بالطريقة التي تفضلها» تيسير.

١٥- السالوس، علي. العينة والتورق والتورق المصرفي، من كتاب أعمال وبحوث الدورة السابعة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة ٢٠٠٣، م٢ / ص٤٦٧.
١٦- انظر حماد، نزيه. في فقه المعاملات ص١٥٠
١٧- السعيدي، عبد الله. التورق كما تجريه المصارف في الوقت الحاضر، من كتاب أعمال وبحوث الدورة السابعة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة ٢٠٠٣، م٢ / ص٥٠٣.
١٨- المرجع السابق ص٥٠٢.

- «احصل في حسابك على السيولة النقدية التي تحتاجها، وانعم براحة البال مع تمويل التورق المبارك» «مال» توفير النقد بمفهوم التورق.
- لقد صمم تورق الخير ليمكنك من الحصول على سيولة نقدية، وبطريقة مجازه شرعا» تورق الخير.... الخ [١٩]

والملاحظ أن المصارف تتعامل بشراء السلع المتعلقة بالمعادن، وقد أوضح لنا د. خالد المشيقح أسباب لجوء المصارف إلى التعامل مع السلع الدولية، أو ما يسمى بالسلع النقدية وهي المعادن، وهذه الأسباب ترجع إلى ما يلي:

١- سرعة عملية البيع والشراء لتلك السلع.

٢- خلوها من الشروط النظامية التي توجد في سلع أخرى، والتخفيف من الإجراءات والتكاليف التي توجد في غير تلك السلع.

٣- كثرة العرض والطلب عليها عالميا.[٢٠]

ولنا عودة في بيان علة حرمة الأموال الربوية التي جاء الحديث ناصا عليها من البر والتمر والملح.. سواء بسواء يدا بيد، وما يدرج فيها من أموال نقدية في زماننا.

في الحقيقة، الواقع والعمل الفعلي في المصارف، ينبئنا أنه لا يوجد تبادل فعلي للسلع، وأن كل ما يجري هو بيع على الورق، والمآل الذي يصبو إليه طرفا

١٩- المرجع السابق ص٥٠٢. وانظر الضرير، الصديق محمد الامين. بحث التورق كما تجريه المصارف في الوقت الحاضر، من كتاب أعمال وبحوث الدورة السابعة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة ٢٠٠٣، م٢ / ص ٤٠٠فقد ذكر أسماء التورق التي تستخدمها البنوك مثل تيسير الاهلي = البنك الأهلي التجاري، والتورق المبارك = البنك العربي الوطني، وتورق الخير = البنك السعودي الإمريكي، ومرابحات السلع الدولية = بنك ابو ظبي الإسلامي.

٢٠- المشيقح، خالد علي. التورق المصرفي عن طريق بيع المعادن، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وأدابها، ج١٨ / ع٣. جمادى الأولى ١٤٢٥ه ص١٣٤.

التعاقد يرمي إلى مبادلة نقد بنقد إلى أجل مع زيادة، وهي عين الربا.

يقول د. علي السالوس من خلال خبرته واطلاعه المباشر على ما يحدث:

«إنّ الواقع الفعلي والتطبيقي أن الشراء هو على الورق فقط، ولا يوجد أي تجارة» ويقول:الأمر لا يعدو أن يكون قيودا، لا يقابلها شيء في الواقع العملي» (٢١)

ويبين -من واقع التجربة العملية والميدانية - أن المصارف الإسلامية منذ نشأتها، - وهذا نص كلامه -: «لا أعلم أي مصرف منها سلّم سلعة من السلع، أو تسلَّم الإيصالات الأصلية واحتفظ بها، ليبيع في الوقت المناسب، سواء هو أو وكيله، وحينما حاولت مع بعضهم أن يقوم بهذا كان الردّ: إننا لا نستطيع أن نتحمل مخاطر تغير الأسعار، ولا قدرة لنا لمجاراة البنوك والشركات العملاقة، ولذلك فإن المصارف الإسلامية يعرض عليها ثمن شرائها الحال وبيعها الآجل في وقت واحد، وتبلغ الوكيل بالموافقة على الإثنين معا، وتسلم وتستلم إيصالات المخازن باعتباره وكيلا عنه»(٢٢)

وقد بين د. المشيقح أن السلعة بالنتيجة يقتصر تداولها ورقيا بين المصرف والتاجر، ولا تجد طريقها إلى السوق الحقيقية، إلى أن يقول أنه ثبت من الواقع أن بعض السلع تم بيعها أكثر من أربعين مرة.(٢٣)

وبالنتيجة فإن ما يقوم به البنك من التورق لا يخدم الاقتصاد المحلي ؛ إذ إنها لا تحدث أي نوع من الاستثمار أو التوظيف للأموال الوطنية، ولا تعمل على تبادل أو تقليب للسلع الوطنية، بل إنها تخدم في حقيقتها المضاربات بالسلع في

٢١- السالوس، علي. العينة والتورق والتورق المصرفي ص٤٨٧.
٢٢- المصدر السابق ص٤٨٦.
٢٣- المشيقح، خالد علي، التورق المصرفي ص١٤١.

الأسواق الدولية الخارجية التي تقوم في العواصم العالمية الكبرى.[٢٤]

المبحث الثالث

وضع النصوص في موضعها وفهمها في ضوء مقصدها وحكمتها.

كثير من الباحثين استند في تسويغ التورق إلى نصوص لا تسعفه في الدلالة على ما يريد، بل منهم من استنبط من هذه النصوص ما يخالف القواعد التشريعية الكبرى.

ومن جملة ما يقع تحت هذا الضابط أهمية فهم الجزئيات في ضوء الكليات ورد الفروع إلى الأصول.

المطلب الأول: فهم الحديث في ضوء مقصده، في ظل الأصول والكليات التشريعية

وقع كثير من الباحثين في مزالق حيث وضعوا نصوصا في غير موضعها، وفهموا منها ما يناقض أصولا تشريعية وقواعد كلية، ومن الأمثلة على ذلك ما يلي.

ورد في الحديث الذي يرويه أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْبَرَ، فَجَاءَهُ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا؟ قَالَ:لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ، وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:لَا تَفْعَلْ، بِعِ الْجَمْعَ بِالدَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا» [٢٥].

٢٤- قحف، منذر التورق المصرفي في التطبيق المعاصر ص١٠.

٢٥- متفق عليه، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب: البيوع، باب: إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، رقم ٢٠٨٩. وانظر مسلم، صحيح مسلم، باب: المساقاة، باب: بيع الطعام مثلاً بمثل، رقم ١٥٩٣. والجنيب: نوع من التمر الطيب.

فقد استدل كثير من الباحثين بجواز التورق، بل وجواز استخدام المخارج بشكل عام، بهذا الحديث.

وجه الاستدلال: أن الشارع أجاز هذا المخرج للابتعاد بواسطته عن حقيقة الربا وصورتها إلى طريقة ليس فيها الربا ولا صورته، وإنما هي عقد بيع صحيح مشتمل على تحقق شروط البيع وأركانه وانتفاء أسباب بطلانه أو فساده، ولم يكن قصد الحصول على التمر الجنيب، والأخذ بالمخرج إلى ذلك مانعا من اعتبار الإجراء الذي وجه إليه رسول الله، فدل ذلك على جواز البيوع التي يتوصل بها إلى تحقيق المطالب والغايات من البيوع إذا كانت بصيغ شرعية بعيدة عن الربا وصوره، ولو كان الغرض منها الحصول على السيولة للحاجة إليها [٢٦]

قالوا: إنّ المتورق عندما اشترى السلعة بالأجل، وباعها نقدا ؛للحصول على النقد، هرب من الربا عن طريق مخرج البيع والشراء، كما أرشد النبي بلالا المازني إلى البيع ومن ثم الشراء، فأوجد له مخرجا للهروب من الربا.

هذه جملة من استدلالات بعض الباحثين لتسويغ عملية التورق المصرفي، فقد ادعوا أن النبي أرشد بلالا المازني إلى مخرج لتجنب الدخول في الربا، يتمثل في بيعه التمر -من نوعية الجمع- بالدراهم، ومن ثم شراء تمر الجنيب بالدراهم، فلجأ إلى صورة البيع، وأدخل الدراهم بينهما، مع أن المآل ينصرف إلى مبادلة نوع بنوع آخر غيره، فإذا كان ذلك جائزا بإرشاد النبي صلى الله عليه وسلم، فنقيس عليه جواز التورق بإدخال صورة البيع والشراء بالسلع من قبل من يريد الحصول على النقد كمخرج ؛خشية من الدخول في الربا.

٢٦- انظر أبحاث د. عبد الله بن منيع، بحث حكم التورق كما تجريه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر من كتاب أعمال وبحوث الدورة السابعة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة ٢٠٠٣، م٢/ ص٣٤٣، ود. محمد على القري بحث التورق كما تجريه المصارف دراسة فقهية اقتصادية، من كتاب أعمال وبحوث الدورة السابعة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة ٢٠٠٣، م٢/ ، ص ٦٤١، ونزيه حماد، في فقه المعاملات ص١٥٥ وما بعدها.

وحقيقة الأمر أن تفسير أمر النبي صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه يتناقض وحكمة تحريم الربا، بل ويتناقض مع الأصول الكلية، ويمكن لنا أن نفهم هذا الإجراء من النبي فهما أعمق وألصق بحكمة تحريم ربا الفضل والنسيئة، ووظيفة النقود في آن واحد على النحو التالي فنقول: إنّ ما أرشد إليه النبي صلى الله عليه وسلم من بيع التمر الرديء بالدراهم ومن ثم شراء التمر الطيب بالدراهم لا يعد حيلة ؛ وإنما هو نهي عن شراء التمر بالتمر متفاضلاً، وأمر ببيع كل نوع منه، وابتياعه بالدراهم وهذا الأمر عام مطلق في جميع البيوع، وهو أن يكون لكل شيء من الأشياء المختلفة ثمن تقدر به، وتقصد به الثمنية المعينة ليكون ميزانًا لتقدير سائر الأشياء به، ومعرفة نسب بعضها إلى بعض، فشراء التمر الرديء الكيل بخمسة دراهم، والجيد من نوع كذا بعشرة دراهم، يجعل لكل من النوعين ثمنًا معينًا تعرف به نسبة أحدهما إلى الآخر، فعلة النهي ترمي إلى إيجاد معيار ومقياس ومرجع لتقدير السلع يتمثل في النقد، ولذلك أمر النبي عليه الصلاة والسلام ببيع التمر الرديء بالدراهم وأن يشتري بالدراهم جنيباً، كي يكون النقد مرجعاً ومعياراً لقيمة الأشياء، وبخلاف الوسيلة التي أرشد إليها المصطفى صلى الله عليه وسلم فإن مآل ذلك إلى التضخم، وهو أن تفقد السلع قيمتها، وتصبح الأمور فوضى.

يعلق ابن عاشور[٢٧] على هذا الحديث من خلال منظومة مقاصدية، فهو ينظر إلى الحديث في إطار كليات ومقاصد الشريعة، حيث يقول: «وقد ظهر من هذا كله - أي علة منع بيع الصاع بالصاعين ولو اختلفت الجودة وعلة النهي عن اتخاذ أواني الذهب - أن من مقاصد الشريعة تكثير التعامل بالنقدين ليحصل الرواج بهما... إلى أن يقول وما أحسب نهي رسول الله عن استعمال الذهب

٢٧- أبرزت رأي ابن عاشور مفصلاً في بحث سابق لي بعنوان:من معالم الاجتهاد الفقهي عند ابن عاشور، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الكويت، العدد ٩٠، ٢٠١٢م.

والفضة ؛إلا لحكمة تعطيل رواج النقدين بكثرة الاقتناء المفضي إلى قلتها» [٢٨] ثم استدل على جملة تعليله بما رواه أبو داود في سننه عن عبد الله بن مسعود: «نهى رسول الله أن تكسر سكة المسلمين الجائزة بينهم إلا من بأس»[٢٩]

واجتهاد ابن عاشور هنا في فهم الأحاديث[٣٠]، يكمن في فهم وظيفة النقود، التي تتمثل في أنها معيار ومقياس ومخزن للقيمة ووسيلة للتداول، فإذا أصبح الثمن سلعة [٣١] فيفقد بالنتيجة وظيفة من وظائفه وهو أنه معيار ومقياس للقيمة، وإذا اتخذ للاستعمال الشخصي فقد جانباً آخر من وظيفته وهو أنه أداة للتبادل، وعليه كان النهي لأجل ذلك.

وهكذا نرى أن ابن عاشور لا يقف عند ظاهر اللفظ في الاجتهاد وإنما يبحث عن مقصده ويربط الجزئيات بالكليات، ويحمل اللفظ على مقصده الشرعي رائده في ذلك تنزه الشريعة عن التناقض والتضارب والعبث.

يقول د. منذر: «ومن العجب أن يظن البعض أن في هذا الحديث[٣٢] دليلاً على أمر الرسول بتغيير شكل أو صيغة المعاملة؛ للتحايل على حرمتها !وتحقيق مقصوده الذي هو محرم لو اتخذ شكلا معينا، ويصبح مباحا إذا ما اتخذ شكلا آخر!»

٢٨- ابن عاشور،، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، تونس، البصائر للإنتاج العلمي، ط١.، ١٩٩٨م،، ص٣٤٥.انتقل ابن عاشور إلى القاسم المشترك الذي يجمع علة حرمة بيع الصاع بالصاعين، وعلة حرمة اتخاذ أواني الذهب، وهو تذليل رواج النقد ليكون معياراً للسلع .

٢٩- أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: البيوع ، باب: في كسر الدراهم، ٣٤٤٩. سكة المسلمين: هي الدراهم والدنانير المضروبة، يسمى كل واحد منهما سكة لأنه طبع بسكة الحديد، وسكة الحديد: هي الحديدة التي تطبع عليها الدراهم والدنانير، ومعنى الجائزة: النافقة في معاملتهم، إلا من بأس: كأن تكون زيوفاً. انظر، آبادي، محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داود، بيروت، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٩٩٥م.

٣٠- أي أحاديث بيع الصاع بالصاعين، وأحاديث النهي عن استعمال آنية الذهب والفضة، وحديث النهي عن كسر سكة المسلمين المتقدم.(التعليل لجملة الأحاديث وليس مقتصراً على النهي عن استعمال الآنية فقط)

٣١- يكون ذلك ببيع الصاع بالصاعين حيث يعتبر الثمن - الذي ينبغي أن يكون نقداً- سلعة كون الصاعين ثمناً للصاع مما يؤدي إلى التضخم والفوضى.

٣٢- يقصد بيع الجمع بالدراهم، وشراء الجنيب بالدراهم.

ثم يقول عن مقصد النبي من هذا الأمر «إنما قصد الشارع تغيير حقيقة المعاملة نفسها من معاملة مرفوضة؛ لأنها قائمة على الغبن - والغبن ربا لأنه زيادة - والجهل بحقيقة فروق أسعار النوعين من التمر - يشير إلى ذلك قوله الصاع بالصاعين والصاعين بالثلاثة - إلى معاملة قائمة على مساومة حقيقية تؤدي فيها النقود دورها في الكشف عن أسعار الأنواع المتعددة من السلعة، وفروقها الدقيقة..» [٣٣]

ثم إن مقصود المأمور في الحديث موافق للشرع، فهو مقر عليه؛ لأن مقصوده ليس النقد وإنما ذات السلعة، وبالتالي فليس مقصوده ربويا، فالشريعة لا تهدر الفوارق بين أنواع السلع الربوية، كما لا تهدر الصنعة كما هو معلوم، ولكنها لا ترضى إلا أن تقيم حكماً عدلاً في تحديد الأسعار وفروقها الدقيقة، ولذلك أرشده نبي الهدى إلى الأسلوب الشرعي لتحقيق هذا المقصد المباح...مثل إرشاده للمسيء صلاته إلى الصلاة الصحيحة؛لأن مقصد المسيء مقر عليه وهو الصلاة ! فكيف يوضع كلام نبي الهدى دليلا على تغيير شكل للوصول إلى مقصد منهي عنه؟! بل ومنهي عن مظنته أيضا، كما في البيع والسلف [٣٤]

إن ما استدل به المجيزون استدلالا بهذا الحديث مقتضى كلامهم اعتبار الشكل دون المضمون، واعتبار صورة الربا دون حقيقته، يستلزم جواز العينة بصورها المختلفة ؛ لأن صورها تختلف عن صورة الربا، فإن كانت العبرة بالصورة لزم جواز العينة مطلقا، وإن كانت العبرة بالحقيقة لزم تحريمها جملة بما فيها التورق، وليس غريبا في الحقيقة شيوع القول بجواز التورق عند المتأخرين إذا علمنا أنهم يرون أن تحريم العينة الثنائية إنما جاء على خلاف القياس، وهذا القول ناشيء من الاعتماد على صورية التعامل والاهتمام بالإجراءات على حساب جوهر المعاملة،

٣٣- قحف، منذر. التورق المصرفي في التطبيق المعاصر ص١٨.
٣٤- المرجع السابق ص١٩.

وحقيقتها، والمقصود منها، وإلا فإن القياس الصحيح يقتضي منعها وإبطالها، والقياس الصحيح لا يمكن أبدا أن يخالف الدليل الصحيح كما يقول ابن تيمية.[٣٥]

والغريب أن من يجيز التورق ينظر للصورة في حين أن صاحب المعاملة نفسه لا ينظر للصورة بل للحقيقة، وهي الحصول على نقد حاضر بأجل أكثر منه، وهذا ما جعل كثيرا من الناس يظنون أن الشريعة لا تتعامل بالحقائق بل بالرسوم والمظاهر ؛ ولذلك جنحوا إلى إنكار حكمة التشريع والمصالح التي جاءت بها ؛ لأن هذه المصالح والحكم لا تكون إلا باعتبار الحقائق والغايات، فبناء الحكم على الصورة دون الحقيقة، يجعل الناس أقل إيمانا بالشريعة، وتعظيما لها، ومن ثم أقل التزاما بأحكامها.[٣٦]

إنّ هذا الحديث ينبغي فهمه في ضوء بقية النصوص، فالذي أمر بلالاً بأن يبيع الجمع بالدراهم؛ ليشتري بها جنيبا، هو نفسه عليه السلام الذي نهى سلف وبيع ، وعن شرطين في بيع ، وعن بيعتين في بيعة، وهو الذي ذم العينة وأهلها، وهو الذي لعن الربا وشاهديه، وهو الذي ذم الحيل وحذرنا منها: فقال: «لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» [٣٧]وقال: «قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها» [٣٨]

المطلب الثاني: فقه تنزيل النصوص على الواقع المصرفي مرتبط بإدراك مقاصد التشريع وحكمته في تحريم ربا الفضل وربا النسيئة

بين النبي عليه أفضل الصلاة والتسليم في الحديث الصحيح ربا الفضل،

٣٥- سويلم، سامي، بحث التورق والتورق المنظم ص٥٧٦

٣٦- المرجع السابق ص٥٩٥.

٣٧- ابن بطة، عبيد الله بن محمد العكبري. إبطال الحيل، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط٣، ج١/ ص٤٧. وذكره الحنبلي، شمس الدين محمد بن أحمد. تنقيح تحقيق أحاديث التعليق، تحقيق أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨، ج٢/ ٥٣١.

٣٨- متفق عليه، البخاري، صحيح البخاري، كتاب: البيع ، باب: لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ، رقم ٣٢٧٣، ومسلم، صحيح مسلم، كتاب: المساقاة ، باب: تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام رقم ١٥٨٢

فيما رواه أبو سعيد الخدري: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، يدا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء»[٣٩]

وقد اشترط الشارع في هذه الأصناف -والتي تمثل في ذلك الزمان ما اصطلح عليه حديثا بالسلع النقدية بمعنى أنها رائجة، لا يستغنى عنها، تتحول بسرعة إلى نقود لكونها رائجة.- التقابض يدا بيد ؛ وذلك لأن عدم التقابض سيحدث خللا في عدم استقرار السوق، مما يقود إلى ربا النسيئة.

والبنوك الآن تتعامل في مجال التورق بالمعادن - على افتراض أن هناك شراءً وبيعا حقيقيا يتضمن القبض والتسلم والاستلام -، وتوصف المعادن بأنها سلع نقدية بمعنى أن لها أسواقا رائجة، يسهل التعامل بها، فهي كثيرة التداول، عليها طلب كثير في الأسواق، ولذلك هي قليلة الكساد بحيث يستطيع من يملك شيئا منها أن يحوله إلى نقود بسرعة كبيرة، وأن يعرف سعرها بسهولة لرواجها.

يقول د.منذر قحف: «فرض الحديث شروطا للتعامل بهذا النوع من السلع تشبه شروط التعامل بالنقدين من تقابض ومثلية. والسلع الدولية اليوم - بكل أنواعها- تتمتع بهذه الصفات... إلى أن يقول: إن ممارسة التورق بشكل منظم واستخدام الأسواق المنظمة للسلع النقدية فيه، يجعل التورق المصرفي معارضا ليس فقط لحكمة التشريع ومقاصده في تحريم ربا الديون والقروض، بل ولعلة تحريم ربا الفضل أيضاً. [٤٠]

المطلب الثالث: الاستدلال بإدخال التورق في عموم البيوع المباحة

بعض الباحثين استدل على جواز التورق بقوله تعالى: «وأحل الله البيع

٣٩- مسلم، صحيح مسلم. باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا رقم الحديث ١٥٨٤. وأصل الحديث متفق عليه وهذا نص مسلم.

٤٠- قحف، منذر. التورق المصرفي في التطبيق المعاصر ص٢٠.

وحرم الربا» (البقرة: ٢٧٥) وقالوا: إن التورق لا يعدو أن يكون شراء وبيعا، والتورق من البيوع المشمولة بالعموم.[٤١] والأصل في المعاملات الحل.

والواقع أنه لا يجوز الاستناد إلى العموميات دون سبر لغور الواقعة التي أمامنا، وتكييفها التكييف الصحيح، وهذا مسلك من يأخذ بالمتشابهات ويترك المحكمات.

يقول د. حسين حامد حسان: «وينبغي على المجتهد قبل أن يصدر حكمه بناء على نص معين أو دليل خاص، أن يبحث بقية أدلة الشرع الجزئية ومقاصد الشرع وقواعده الكلية؛ لأن هذه الأخيرة تفيد القطع والعمومات تفيد الظن، والقطع مقدم على الظن بالاتفاق» [٤٢]

يقول الشاطبي: «من اتباع المتشابهات الأخذ بالمطلقات قبل النظر في مقيداتها. وبالعمومات من غير تأمل هل لها مخصصات أم لا؟ وكذلك العكس؛ بأن يكون النص مقيدا فيطلق، أو خاصا فيعم بالرأي من غير دليل سواه.»[٤٣]

صحيح أن الأصل في المعاملات الحل، ولكن الأصل في الحيل التحريم، والقاعدة الأولى عامة، والثانية خاصة.[٤٤] والخاص يقدم على العام في حال التعارض.

مضمون هذا الاستدلال يفيد أن التورق يتكون من عقدين كل منهما حلال، فالمجموع إذن حلال؛ وهذا خطأ لأن حكم البيع المفرد يخالف البيع الذي انضم إليه عقد آخر، فالبيع مفردا مشروع، والسلف كذلك، لكن اجتماع البيع مع

٤١- انظر منيع، عبد الله، حكم التورق كما تجريه المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر ص٣٤٢.
٤٢- حسان، حسين. رأيه في التورق المصرفي في موقعه الإلكتروني. www.hussein-hamed.com
٤٣- الشاطبي. أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي. الاعتصام، تحقيق سيد إبراهيم، القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٣م. ص١٧٤.
٤٤- سويلم، سامي. بحث التورق والتورق المنظم ص٥٩.

السلف ممنوع [٤٥]، ولذلك قال ابن تيمية: «حكم الجمع يخالف التفريق»[٤٦] يقول الشاطبي: «نهى - أي الشارع - عن جمع المفترق، وتفريق المجتمع ؛خشية الصدقة، وذلك يقتضى أن للاجتماع تأثيرا ليس للانفراد، واقتضاؤه أن للانفراد حكما ليس للاجتماع» [٤٧].

ويقيس د. حسين حامد حسان اجتماع إرادة المتعاقدين في التورق على المآل- وهو الحصول على النقد مقابل الأجل - على اتحاد قصد القتلة مع أنهم جميعا لم يباشروا القتل، وبعض أعمالهم تدخل في الحراسة والمراقبة، التي هي بمفردها جائزة، فلما كان القصد منها غير جائز أخذت حكم الحرمة يقول: «والمحاربون يحدون جميعاً حد الحرابة، حتى أولئك الذين لم يشاركوا في القتل أو أخذ المال، بل كانوا لهم عيوناً أو حراساً أو الذين يصنعون الطعام، مع أن كلاً من صناعة الطعام والحراسة وحدها لا توجب عقوبة التقتيل أو الصلب أو النفي، ولكن الشارع نظر إلى هذه الأعمال كمشروع إجرامي واحد، وقد حكم علي رضي الله عنه بقتل المشتركين في القتل، وإن لم يباشر القتل إلا بعضهم.»[٤٨]

والتورق ينافي البيع ، فالتاجر يقصد الربح في بيعه وقد تعرض له الخسارة دون قصد، أما المتورق فيقصد الخسارة وقد يعرض له الربح دون قصد، فكيف يقارن أحدهما بالآخر مع تناقض مقصدهما.[٤٩]

وهذا الأمر يقودنا إلى الشكل والمضمون والأساس الذي يفرق بينهما الباعث والمقصد.

٤٥- المرجع السابق.

٤٦- ابن تيمية، أحمد. الفتاوى الكبرى، تحقيق حسنين مخلوف، دار المعرفة، بيروت، ط ١٣٨٦ه، ج٤/ ص٤١.

٤٧- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ج٣/ ص١٩٣.

٤٨- حسان، حسين حامد. تعليقه على البحوث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي في موقعه الإلكتروني .www hussein-hamed.com

٤٩- سويلم، سامي. بحث التورق والتورق المنظم ص٥٨٢.

المبحث الرابع: مراعاة الباعث وأثره في بناء الحكم الشرعي [٥٠]

يشكل الباعث والقصد في التشريع أصلا من أصول الشريعة الإسلامية، وقد تناولت الدراسة في هذا المبحث تعريف الحكم الشرعي، والباعث وخصائص الباعث، وضابط الباعث وموقف الفقهاء من الأخذ بالباعث في العقود، وصلة الباعث بالتكييف الفقهي وأثر الباعث على تحقيق مناط الحكم، وبينت أن الحيل هي أثر من آثار الباعث غير المشروع، وكثير من الأبحاث أغفلت إبراز الباعث بين المتعاقدين في مسألة التورق؛ مما أوجد ثغرة في المنهجية في تناول مثل هذه المسائل.

المطلب الأول: تعريف الحكم الشرعي

الحكم الشرعي: خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين طلبا أو تخييرا أو وضعا. [٥١]

من النظرة الأولى للتعريف نجد أن الحكم يتناول الفعل دون القصد، ولكن الفعل يتشكل بناء عن إرادة وقصد، ولذلك يدخل القصد والباعث في مفهوم الحكم ويتشكل منه ضمنا.

يقول السنهوري: «على الرغم من أن الفقه الإسلامي تجاه نظرية السبب- يقصد الباعث والإرادة - ذو نزعة موضوعية بارزة، يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، أي يأخذ بمبدأ الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة،..... إلى أن قال: إلا أنه من جهة أخرى فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها، فكان ينبغي أن يكون لنظرية السبب - وهي خلقية في المقام الأول - مكان ملحوظ» [٥٢]

٥٠- هذا الضابط أخذ أكثره من بحث سابق لي بعنوان المتعلقات الأخلاقية للحكم الشرعي نموذج الزواج بنية الطلاق، نشر في مجلة إسلامية المعرفة العدد ٦٤ ربيع ٢٠١١م بالتصرف ص١٣٠ وما بعدها.

٥١- تعريف جمهور الأصوليين انظر السبكي، علي بن عبد الكافي. الإبهاج شرح المنهاج، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت ج١ / ص٤٩.

٥٢- السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار الهنا للطباعة، ط١، ١٩٥٧م، ج٤ / ص٥٣

يقصد السنهوري هنا في حديثه ما كان يجري عليه التقاضي في زمنه من الاعتداد فقط بالظاهر دون التطرق إلى الباعث، ولكنه يشير ويؤكد إلى أن النظرة الفقهية بما لها من ارتباط بالعوامل الأدبية والخلقية تقتضي أن يكون للباعث دور في الحكم الشرعي. وهذا ما يمكن أن ينطبق على ما يسمى بالحكم الدنيوي والأخروي، فقد يكون العقد صحيحا لاستكماله في الظاهر الأركان والشروط، مع حرمته لابتناءه على نية وقصد مذموم.

المطلب الثاني: تعريف الباعث

الباعث: هو القصد الدافع للمكلف إلى تحقيق غرض وغاية معينة.[٥٣]

فالباعث يعتبر روح الفعل، ومقصود وغاية المكلف من وراء العمل سواء كان قولا أو فعلاً، وعليه فالباعث يكون وراء الإرادة يوجهها لتحقيق غرض أو مصلحة، والباعث أمر نفسي خفي يختلف من شخص لآخر، وبالتالي في حالة التعاقد يكون خارجا عن نطاق التعاقد؛ لأنه ليس ركنا في التصرف داخلا في ماهيته، ولا شرطا يتوقف عليه وجود.[٥٤] وهذا يقودنا إلى خصائص الباعث.

المطلب الثالث: خصائص الباعث

يتميز الباعث أولاً: أنه ذاتي بمعنى يختلف من شخص لآخر، فصورة الفعل في الواقع الخارجي تكون متشابهة والتمايز يقع بناء على القصد والنية (الباعث) للمكلف من فعله كما بين النبي في حديث الهجرة، فمن الناس من هاجر نصرة لله ورسوله، ومنهم من هاجر لدنيا يصيبها، أو امرأة ينكحها، فبين أن

٥٣- الكيلاني، عبد الله، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات، عمان، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، د.ت ص٢٨.

٥٤- الدريني، محمد فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٧٧م، ص٢٠.

من اتجهت نيته لنصرة الله ورسوله فهو في سبيل الله [٥٥]، وبالتالي استحق المدح والأجر والثواب، ويتميز الباعث ثانياً: أنه خارج عن نطاق التعاقد ؛لأنه خفي ويصعب ضبطه، بمعنى أنه لا ينظر إلى الباعث في حالة التعاقد؛ لأنه مما يخفى على المتعاقدين ويصعب ضبطه، والكلام -حسب دراسة الباحث - متجه في حالة لم تتبدى إرادة العاقدين من العقد، أما إذا ظهرت إرادة العاقدين بما يخالف مقاصد الشارع، فيصبح للباعث دور في الحكم الفقهي، ولا أدّل على ذلك من النهي عن بيع العنب لمن سيتخذه خمرا، والنهي عن بيع العينة، وغيرها الكثير، وهذا ما تسير الدراسة لبحثه و ثالثاً أنه متغير، وهذه نتيجة لكونه أمرا نفسيا ذاتيا، فالإنسان متقلب فقد تنقلب نيته من وقت لآخر بناء على عوامل عدة [٥٦].

المطلب الرابع: مكانة الباعث في النظر الشرعي

يقول ابن القيم: «فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا، وطاعة ومعصية، ودلائل ذلك تفوق الحصر»[٥٧]

وقد أفرد الإمام الشاطبي نصف الجزء الثاني من كتابه الموافقات للبحث في مقاصد المكلف وموافقتها لمقاصد الشرع. يقول الشاطبي: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع، فإذا لم يكن موافقا، بأن قصد استعمال الحق في غير ما شرع له، كان مناقضا لقصد الشرع، والمناقضة مبطلة للعمل» [٥٨]

٥٥- انظر نص الحديث في البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب: بدء الوحي إلى الرسول، مصدر سابق، رقم الحديث ١، ج١ / ص٣، وأخرجه مسلم في كتاب الإمارة برقم ١٩٠٧.

٥٦- انظر الدريني، محمد فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٧٧م، ص٢٠٦. وكذلك أيضا الدريني، محمد فتحي، النظريات الفقهية، دمشق، منشورات جامعة دمشق، ط٤، ١٩٩٧م ص٢٣٩ بتصرف.

٥٧- ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق،. ج٣/ ص٨٤.

٥٨- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ج٤ / ص٢٠١

وقد تنبه الأستاذ الدريني لأهمية هذا النظر وفصل ذلك واستوعبه في نظريته المسماة نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث يقول في تعريف التعسف: «هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل»[٥٩]

ويقول مجليا أهمية هذه النظرة للحكم الشرعي: «ليست العبرة بصورة الفعل وهيئته الشرعية الظاهرة، بل العبرة بقصد المكلف في العمل والباعث عليه، فإن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع »[٦٠]

فاستعمال الحق في غير ما شرع له من المصلحة تعسف ؛لأنه مناقضة لقصد الشارع ومناقضة قصد الشرع باطلة بالإجماع فما أدى لذلك باطل، وعلى هذا فاستعمال الحق لمجرد قصد الإضرار، أو دون مصلحة تعود على صاحبه، أو لتحقيق أغراض تافهة أو ضئيلة لا تتناسب مع الأضرار اللاحقة بالغير من الفرد أو الجماعة، أو اتخاذ الحق ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة بالتحايل على قواعد الشريعة، كل ذلك تعسف محرم في الشرع، لمناقضته قصد الشارع في التشريع .[٦١]

المطلب الخامس: ظهور القصد في المعاملات وأثره في الحكم الشرعي

لا خلاف بين العلماء على أنه لا يجوز التذرع بأمر ظاهر الجواز لتحقيق أغراض غير مشروعة، لما في ذلك من مناقضة الشرع عينا بهدم قواعد الشريعة، غير أن الخلاف فيما يتحقق به التذرع، أو بعبارة أخرى الخلاف يكمن في المنهج الذي سلكه كل فقيه في الكشف عن الباعث غير المشروع .[٦٢]

٥٩- الدريني، محمد فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق ص٨٧.
٦٠- المرجع السابق ص٨٨.
٦١- انظر الدريني، محمد فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٧٧م، ص٢٥
٦٢- الدريني، محمد فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص١٧٩ بتصرف..

أولاً: منهج الشافعية.

ذهبوا إلى أنه لا اعتداد بالباعث غير المشروع ما دام لم يتضمنه التعبير، والتصرف صحيح بالنظر لسلامة كيانه الفني التعبيري ظاهرا، من حيث هو تصرف مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية [٦٣]

يقول الشافعي: «أَصْلُ ما أَذْهَبُ إلَيْه أَنَّ كُلَّ عَقْد كان صَحيحًا في الظَّاهر لم أُبْطلْهُ بتُهْمَة، وَلَا بعَادَة بين الْمُتَبَايعَيْن وَأَجَزْته بصحَّة الظَّاهر، وَأَكْرَهُ لَهُمَا النِّيَّةَ إذَا كانت النِّيَّةُ لو أُظْهرَتْ كانت تُفْسدُ الْبَيْعَ»[٦٤].

ثانياً: سبب عدم توسع الشافعية في الكشف عن الباعث في العقود.

الباعث على عدم الاعتداد بالباعث في المعاملات عند الشافعية، وعلى صورة أضيق نوعا ما عند الحنفية [٦٥]هو استقرار المعاملات والعقود بين الناس وتضيق دائرة النزاع بين الأطراف.[٦٦]

ثالثاً: منهج جمهور العلماء[٦٧] الأخذ بالباعث ولو لم يظهر في صلب العقد

يعتد جمهور العلماء بالباعث، ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة، فلو تبين أنه غير مشروع، ولو عن طريق القرائن أبطل الالتزام ولا يترتب عليه أثر.

٦٣- المرجع السابق ص٢١١

٦٤- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط ١٣٩٣ه، ج٣/ ص٧٤.

٦٥- هناك اختلاف بين فقهاء الحنفية بين المتقدمين منهم والمتأخرين، فالمتأخرون منهم اعتبروا القرائن للكشف عن الباعث، بينما المتقدمون لم يعتدوا بالقرائن واكتفوا فقط إذا نص عليها في العقد. انظر الكيلاني، عبد الله، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات، عمان، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، د.ت،، ص٩٦.

٦٦- المرجع السابق، ص٩٦.

٦٧- يرجع تفصيل ذلك في الدراسة المعدة من قبل د. عبدالله الكيلاني وهي بعنوان نظرية الباعث المشار إليها سابقا حيث استخلص ذلك من خلال الفروع الفقهية من مثل نكاح التحليل وبيع العينة وبيع السلاح لأهل الحرب وبيع العنب للخمار وغيرها.

يقول ابن القيم: «القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار 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»[٦٨]

ولا يحتج في نظر الحنابلة بسلامة العبارة وخلوها مما يدل على المعصية -كما في الزواج مثلا بنية الطلاق - فإن الوصول إليها بطريق الغش والخديعة وعلى وجه الخفاء قد يكون أشد نكرا، وأعظم إثما من الوصول إليها بطريق ظاهر علني، لأن الأمر المعلن قد يمكن تداركه وتلافيه والحذر منه، بخلاف الأمر الخفي [٦٩]

ويشترط الحنفية علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع الذي لم يذكر في العقد [٧٠]

المطلب السادس: ضابط الباعث

بما أن الباعث كما أسلفنا عامل نفسي ذاتي، يختلف باختلاف الأشخاص، وبما أنه خارج عن نطاق التعاقد، لا بد من ضابط له ؛حتى لا يكون سببا في حدوث بلبلة واضطراب وعدم استقرار في المعاملات،، ولذا رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه، فمنهم من اشترط أن يكون منصوصا عليه في صلب العقد، وهم الشافعية وبعض الحنفية، ومنهم من لم يشترط بل اكتفى بعلم المتعاقد الآخر، أو بوجود قرائن يفترض معها هنا العلم، وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية و الحنفية ومنهم من اكتفى بمظنة الباعث البعيدة، فلم يشترط وجود الباعث غير المشروع في كل

٦٨- ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق، ج٣/ ص٨٢.
٦٩- انظر ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق ج٣/ ص١٧٠. والدريني، محمد فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق ص١١٠.
٧٠- الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، بتصرف ص١١٠.

معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد، اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن، عملا بالاحتياط الذي يوجب اعتبار هذه الكثرة في مرتبة الأمور الظنية الغالبة، وهو رأي عند المالكية [٧١]

المطلب السابع: الباعث وصلته بالتكييف الفقهي

التكييف الفقهي: هو تحرير الوصف الشرعي أو القانوني للواقعة لبيان ما تقتضيه من حكم [٧٢]

عملية التكييف الفقهي خطوة مهمة للفقيه خلال النظر في المسألة التي يتناولها في البحث حيث يقوم بالتحليل ثم التركيب، وهذه العملية الاجتهادية تحتاج إلى دقة متناهية بحيث يقوم الفقيه بربط المسألة بالأصل الذي ترجع إليه، وهذا بدوره -أي تحرير الوصف الشرعي للواقعة- يستلزم معرفة بواعث المكلف من وراء الفعل؛ لأن كثيرا من الصور متشابهة في الإطار الخارجي وما يميزها هو باعث المكلف، ومن الأمثلة على ذلك بيع النجش[٧٣] وبيع المزايدة صورتهما واحدة، الأول محرم؛ لأن فيه معنى التغرير والتدليس والغش، حيث يهدف المبتاع في النجش أن يزيد في السلعة من باب التغرير بالمشترين وإيهامهم أن السلعة تساوي المبلغ المزاد، والثاني أي بيع المزايدة مباح لأن المبتاع يقصد الاستملاك، ولا يقصد التغرير بالمشترين، فهو صادق في قصده من تملك السلعة. وطريقة التمييز بينهما عن طريق الباعث، فيعرف النجش من خلال القصد فمن يزيد في السلعة دون قصد شرائها فعله هو حقيقة النجش، بما يتضمنه من تغرير للآخرين.

٧١- انظر الدريني، محمد فتحي، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص٢٣٩. وانظر رأي المالكية عند الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، مرجع سابق، ج٢ / ص٣٦١

٧٢- انظر حصوة، ماهر حسين. فقه الواقع وأثره في الاجتهاد، الولايات المتحدة الأمريكية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ٢٠٠٩م. ص٢٨.

٧٣- النَّجْشَ: هُوَ أَنْ يَزِيدَ أَحَدٌ في سِلْعَة، وَلَيْسَ في نَفْسه شرَاؤُهَا، يُرِيدُ بِذَلكَ أَنْ يَنْفَعَ الْبَائِعَ وَيَضُرَّ الْمُشْتَرِيَ. انظر ابن رشد، أبو الوليدَ، بدَايةَ المجتهد وَنهايةَ المَقتصد، تنقيح خَالد العطار، بيروت ن دار الفكر للطباعة، د.ت، ١٩٩٥م، ج١ / ص٥٣٠

أما بيع المزايدة فباعث المكلف استملاك السلعة، فافترق بذلك عن النجش، وما قيل في التفرقة بين النجش والمزايدة يقال في التفرقة بين بيع الوضيعة والتورق المصرفي، فبيع الوضيعة هو من بيوع الأمانة حيث يهدف البائع إلى بيع السلعة بخسارة لأسباب كثيرة منها تقلبات السوق أو حصول الكساد، إلى غيره من الأسباب الأخرى أو حاجته الماسة إلى المال، بينما التورق المصرفي يتم عن طريق عقد المرابحة للآمر بالشراء، حيث يقوم المصرف بشراء سلعة بأمر من الواعد بالشراء (المتورق) الذي تحكمه مع المصرف لاحقاً علاقة مديونية، ثم يقوم المصرف ببيع السلعة نيابة عن المشتري، ثم يسلم النقد للمتورق، ومن حيث المآل يكون العميل (المتورق) قد شغلت ذمته بدين للمصرف يفوق المبلغ النقدي الذي تسلمه عاجلا من المصرف[٧٤]. وقد أجاز الفقهاء بيع الوضيعة، وحرم مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي عملية التورق المصرفي لأن فيه التفافا عن طرق معاملات صورية تؤول على كونها تمويلاً محضاً بزيادة ترجع على الممول وهو عين الربا [٧٥]

وبالتالي فإن التورق المصرفي هو في الحقيقة صورة من صور بيع العينة ليس أكثر، وبيع العينة ربوى لا ريبة فيه، فالحيلة والمقصد الموجود في بيع العينة وهو الحصول على نقد بنقد زائد مقابل الأجل، والتي من أجلها حرمه الشارع قد وجدت جلية في التورق المصرفي ؛بسبب وجود التواطؤ التعاقدي بين البنك والمتورق وسائر المتعاملين ممن لهم علاقة بهذا التورق.[٧٦] وهذا التواطؤ هو ما أشرنا إليه من حقيقة الباعث والقصد، مما جعل تكييف المسألة ينطبق على صورة العينة؛ لاتحاد العلة، وكون السلعة رجعت إلى طرف ثالث لا يؤثر في العلة؛ لأن

٧٤- انظر عويضة، عدنان. نظرية المخاطرة في الاقتصاد الإسلامي، فرجينيا، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ٢٠١٠م، ص٢٣٨.

٧٥- انظر، مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، في دورته السابعة عشرة، مكة المكرمة، في المدة ١٣-١٧ / ١٢ / ٢٠٠٣م.

٧٦- انظر قحف، منذر. التورق المصرفي في التطبيق المعاصر ص١٧.

هذا الثالث وصف طردي.

ولكن قد يرد أن مقصد تحصيل السيولة هو مقصد شرعي فلما الحرمة ؟ والجواب: إنّ حسن القصد لا يكفي إذا ترتب عليه محذور شرعي، وكما أنه لا يجوز للبائع أن يحتج بقصد الربح وتنمية المال على ربح ما لا يضمنه، أو بيع ما ليس عنده، فكذلك لا يجوز للمشتري أن يحتج بقصد السيولة على جواز تحصيل النقد مقابل زيادة في الذمة، فالربح والسيولة كلاهما من المقاصد المشروعة، لكن مشروعية المقصد والغاية لا تبرر الوسيلة، بل لا بد من اتباع الوسيلة المشروعة لتحقيق الغاية المشروعة، أما الوسائل المحرمة فمآلها في الحقيقة أن تفضي إلى غايات محرمة، وإن بدا مؤقتا أنها تحقق الغاية المشروعة.[٧٧]

المطلب الثامن: الحيل أثر للباعث غير المشروع

يقصد بالحيل الشرعية: تقديم عمل ظاهره الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر. فمآل العمل فيه خرم قواعد الشريعة في الواقع. فالتحيل المنهي عنه هو ما آل بالتصرف المُتحيَّل به إلى هدم أصل شرعي ذي مقصد كلي، ومناقضة مصلحة شرعية جزئية، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: «إذا ثبت هذا، فالحيل التي تقدم إبطالها وذمها، والنهي عنها، ما هدم أصلاً شرعياً، وناقض مصلحة شرعية، فإن فرضنا أن الحيلة لا تهدم أصلاً شرعياً ولا تناقض مصلحة، شهد الشرع باعتبارها، فغير داخل في النهي، ولا هي باطلة.»[٧٨]

وهذا التحيل الذي قوامه تلك العناصر هو الذي جرت أقوال العلماء في ذم أهله، والتحذير منه، وإبطاله، وهو الذي أراده الإمام البخاري رحمه الله في كتابه

٧٧- سويلم، سامي، بحث التورق والتورق المنظم ص٥٨٣.

٧٨- انظر الشاطبي، ابراهيم بن موسى. الموافقات في أصول الشريعة. تحقيق عبدالله دراز، بيروت، دار المعرفة، د.ت ج٤/ ص٢٠١.

«الحيل» من الجامع الصحيح، وأخرج فيه من الأحاديث الدالة على إبطاله.[٧٩]

وقد وضع الشاطبي مقياساً لمعرفة نوع الحيلة ومدى قبولها من رفضها حيث قال: «إذا تسبب المكلف في إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه، أو في إباحة ذلك المحرم عليه، بوجه من وجوه التسبب، حتى يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر، أو المحرم حلالا في الظاهر أيضا، فهذا التسبب يسمى حيلة وتحيلا» [٨٠]

يقول ابن القيم عن تداخل النية السيئة مع الحيلة: «فالنية روح العمل ولبه وقوامه، وهو تابع لها يصح بصحتها، ويفسد بفسادها والنبي صلى الله عليه وسلم قد قال كلمتين كفتا وشفتا، وتحتهما كنوز العلم وهما قوله: إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» فبين في الجملة الأولى: أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عمل إلا بنية، ثم بين في الجملة الثانية: أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه. وهذا يعم العبادات، والمعاملات، والأيمان والنذور، وسائر العقود والأفعال، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع ، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللا ولا يخرجه من ذلك صورة عقد النكاح ؛ لأنه قد نوى ذلك وإنما لامريء ما نوى، فالمقدمة الأولى معلومة بالوجدان، والثانية معلومة بالنص، وعلى هذا فإذا نوى بالعصر حصول الخمر، كان له ما نواه ولذلك استحق اللعنة، وإذا نوى بالفعل التحيل على ما حرمه الله ورسوله، كان له ما نواه ؛فإنه قصد المحرم وفعل مقدوره في تحصيله، ولا فرق في التحيل على المحرم بين الفعل الموضوع له، وبين الفعل الموضوع لغيره إذا جعل ذريعة له، لا في عقل ولا في شرع . ولهذا لو نهى الطبيب المريض عما يؤذيه وحماه منه، فتحيل على تناوله، عد متناولا لنفس ما نهى عنه، ولهذا

٧٩- انظر جحيش، بشير بن مولود. في الاجتهاد التنزيلي، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، كتاب الأمة، العدد ٩٣، ٢٠٠٣م، ص٨٦.

٨٠- الشاطبي، الموافقات ج٢ / ٣٧٩.

مسخ الله اليهود قردة لمّا تحيلوا على فعل ما حرمه الله، ولم يعصمهم من عقوبته إظهار الفعل المباح لما توسلوا به إلى ارتكاب محارمه، ولهذا عاقب أصحاب الجنة بأن حرمهم ثمارها لما توسلوا بجذاذها مصبحين إلى إسقاط نصيب المساكين، ولهذا لعن اليهود لما أكلوا ثمن ما حرم الله عليهم أكله، ولم يعصمهم التوصل إلى ذلك بصورة البيع، وأيضا فإن اليهود لم ينفعهم إزالة اسم الشحوم عنها بإذابتها؛ فإنها بعد الإذابة يفارقها الاسم، وتنتقل إلى اسم الودك فلما تحيلوا على استحلالها بإزالة الاسم لم ينفعهم ذلك» (٨١)

ويقول في موطن آخر: «فكيف يليق بالشريعة الكاملة التي لعنت آكل الربا وموكله وبالغت في تحريمه، وآذنت صاحبه بحرب من الله ورسوله أن تبيحه بأدنى الحيل مع استواء المفسدة» (٨٢)

المبحث الخامس: التحقق من المصطلحات عند المتقدمين وصحة تخريج آرائهم

كثير من الأبحاث في معرض استدلالها على جواز التورق المصرفي ذكرت أن التورق ذهب إلى إباحته جمهور الفقهاء، ومنهم من نسب إلى كبار الصحابة إجازتهم للتورق والعينة.

ومن الأبحاث التي أبرزت هذا الجانب وبينت خطأ من نسب إلى الأئمة قولهم بجواز التورق د. علي السالوس في بحثه، حيث ذكر ان أول من ذكر لفظ التورق بنصه ابن تيمية يقول د. علي السالوس: «لم أجد من الباحثين من ذكر لفظ التورق بمعناه المعروف في عصرنا نقلا عن أحد قبل ابن تيمية» (٨٣)

٨١- ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين ج٣/ ١٣٨.
٨٢- ابن القيم، إعلام الموقعين ج٣/ ص١٩٩.
٨٣- السالوس، علي. العينة والتورق والتورق المصرفي ص٤٦٧.

والتورق بمعناه الاصطلاحي ذكر على ألسنة متأخري الحنابلة دون غيرهم من أهل العلم.[٨٤] والغريب أن أهل اللغة، حتى الذين ألفوا في مصطلحات الفقهاء مثل الفيومي والمطرزي وغيرهما، لم يذكروا هذه الكلمة، وإنما ذكر الفيومي صورة التورق وسماها عينة.[٨٥]

وبناء على ذلك فإن صورة التورق ذكرت عند الفقهاء في كتبهم تحت باب العينة، وليست باسم التورق، إلا عند ابن تيمية وما بعده ومتأخري الحنابلة.

وبالتالي خّرج الفقهاء التورق على أنه أحد صور العينة وذلك.

١- أن البائع يبيع السلعة في كليهما نسيئة بأكثر من الثمن الحال في السوق.

٢- مقصود المشتري فيهما هو الحصول على النقد.

٣- أن كلا منهما اتخذ السلعة حيلة للوصول إلى الربا.

وقد بين د. علي السالوس خطأ ما جاء في الموسوعة الفقهية من نسبة التورق إلى المذهب الحنبلي حيث نقل عن الإمام أحمد من سماع أبي داود - صاحب السنن - عنه قلت (أي أبو داود): يقال لها عينة وإن لم ترجع إليه، قال: - أي أحمد -: نعم، وإن كان لا يريد بيع المتاع الذي يشترى منك فهو أهون، وإن كان يريد بيعه فهي العينة.[٨٦]

ومن جملة ما استعرضه وبينه د. علي السالوس أن العينة كمصطلح كانت تعتبر لفظا مشتركا فهي تطلق في أصلها على الربا الوارد في نهي النبي، وكانت تطلق على السلف (القرض) وكذلك على البيع نسيئة. وزاد د. محمد الجندي

٨٤- ذكر ذلك أغلب من كتب في التورق. مثل محمد تقي العثماني ونزيه حماد وعلي السالوس وغيرهم
٨٥- العثماني، محمد تقي. أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية. ص٣٦٨.
٨٦- انظر تفصيل ذلك في السالوس، علي. العينة والتورق والتورق المصرفي ص٤٧٧.

نقلا عن ابن رشد، أن العينة تطلق كذلك على بيع الإنسان ما لا يملك[٨٧] ولمعرفة أو ترجيح المعنى المقصود من العينة ينظر في القرائن.

وقد ذكرت معاجم اللغة وشرح غريب الحديث [٨٨]: «الزرنقة: العينة. وهي أن يشتري الشيء بأكثر من ثمنه إلى أجل» وقد ذكر هذا تفسيرا لقول ابن المبارك: «لا بأس بالزرنقة» وعلى هذا يحمل قول علي رضي الله عنه: أنه لا يدع الحج ولو تزرنق، اي اشترى الزاد إلى أجل. وقول أبي يوسف: «العينة جائزة مأجور من عمل بها»

وقد جانب مجموعة من الباحثين الصواب منهم د. نزيه حماد ود. محمد علي القري ود. محمد الجندي عندما نسب لأم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أنها تجيز التورق، بناء على أنها كانت تأخذ بالزرنقة.[٨٩]

المطلب الأول: تحقيق القول في نسبة إباحة التورق إلى فقهاء المذاهب الفقهية.

من المزالق التي وقع فيها من أجاز التورق المصرفي أنه نسب إلى جمهور الفقهاء إباحتهم للتورق، وهذه النسبة لم تكن دقيقة لعدة أسباب، منها: اعتبارهم التورق من صور العينة، وتعبيرهم بلفظ الكراهة أو عدم الاستحباب فظنوا أنهم يجيزونها مع الكراهة، ومنهم من استنبط رأي الإمام من خلال أصله الذي يعتمد

٨٧- الجندي، محمد. بحث التورق وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.alukah.net ص٢٠. وانظر ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق خالد العطار، دار الفكر، بيروت، ط ١٩٩٥م، ج٢ / ص١١٩ حيث قال: «وقد يدخل في هذا الباب إجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئا لا يملكه، وهو المسمى عينة»

٨٨- ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن، غريب الحديث، تحقيق د. عبد المعطي امين قلعجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٥، ج١ / ص٤٣٥. وكذلك الزمخشري، محمود بن عمر. الفائق في غريب الحديث. تحقيق محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم ج٢ / ص١٠٨.

٨٩- انظر نسبته تلك حماد، نزيه. في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ص١٥٠. وانظر القري، محمد علي. التورق كما تجريه المصارف دراسة اقتصادية فقهية ص ٦٣٦. وانظر الجندي، محمد. بحث التورق وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص٢٠

على المعاملة الظاهرة دون اعتبار القصد، ما لم يظهر من خلال المعاملة أو القرائن، فاعتبر صحة العقد دليلا على الجواز، مع أن العقد قد يكون صحيحا من حيث الظاهر، ويأثم صاحبه من حيث الباطن، ومنهم من لم يحرر محل النزاع، فخلط الحابل بالنابل فيما يتعلق بالتورق الفردي، وجعله أصلا للقياس؛ لتسويغ التورق المصرفي.[٩٠]

من الأبحاث التي التفتت إلى هذا الجانب وتحري نسبة الأراء إلى الإئمة إضافة إلى بحث د. علي السالوس د. حسين كامل فهمي، وبحث د. سامي سويلم في بحثه «موقف السلف من التورق».

تحرير محل النزاع في التورق.

تتفق المذاهب الأربعة بدون استثناء على أنه إذا ثبت وجود تحايل معلن عنه بين طرفي العقد، أو شرط صريح منصوص عليه في أحد العقدين، أو في كليهما للربط بينهما، فإن ذلك يبطل العقد أو يفسده لما يترتب عليه من وقوع الربا.[٩١]

وقد بين ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله أن الْأَئِمَّةَ جميعا، وعلى رأسهم الإمام الشافعي، لا يمكن أن يرتضي تسويغ ما لا تقره الشريعة من قصد المتعاقدين فيما لو ظهر وبان الحكم عليه بالبطلان.

يقول ابن تيمية: «نعم الشافعي رضي الله عنه يجري العقود على ظاهر الأمر بها، من غير سؤال العاقد عن مقصوده، كما يجري أمر من ظهرت زندقته ثم أظهر التوبة على ظاهر قبول التوبة منه، من غير استدلال على باطنه، وكما يجري كنايات القذف، وكنايات الطلاق على ما يقول المتكلم أنه مقصوده، من غير اعتبار بدلالة

٩٠- انظر المرجع السابق.

٩١- فهمي، حسين كامل. التورق الفردي والتورق المصرفي، بحث قدم للمؤتمر التاسع عشر لمجمع الفقه الإسلامي، الشارقة، دولة الإمارات. منشور على الموقع الإلكتروني www.islamfeqh.com على صيغة ،وورد ص٩.

الحال، وربما أخذ من كلامه عدم تأثير العقد في الظاهر بما يسبقه من المواطأة وعدم فساده بما يقارنه من النيات على خلافه عنه في هذين الأصلين، أما أن الشافعي رضي الله عنه أو من هو دونه، يأمر الناس بالكذب والخداع بما لا حقيقة له، وبشيء يتيقن بأن باطنه خلاف ظاهره، فما ينبغي أن يحكي هذا عن مثل هؤلاء؛ فإن هذا ليس في كتبهم وإنما غايته أن يؤخذ من قاعدتهم، فرب قاعدة لو علم صاحبها ما تفضي إليه، لم يقلها فمن رعاية حق الأئمة أن لا يحكي هذا عنهم» [٩٢].

قال ابن القيم في فصل المتأخرون هم الذين أحدثوا الحيل ونسبوها إلى الأئمة: «والمتأخرون أحدثوا حيلا لم يصح القول بها عن أحد من الْأَئِمَّة، ونسبوها إلى الْأَئِمَّة، وهم مخطئون في نسبتها إليهم، ولهم مع الْأَئِمَّة موقف بين يدى الله، ومن عرف سيرة الشافعي وفضله ومكانه من الإسلام، علم أنه لم يكن معروفا بفعل الحيل، ولا بالدلالة عليها، ولا كان يشير على مسلم بها، وأكثر الحيل التي ذكرها المتأخرون المنتسبون إلى مذهبه من تصرفاتهم تلقوها عن المشرقيين، وأدخلوها في مذهبه، وإن كان رحمه الله تعالى يجري العقود على ظاهرها، ولا ينظر إلى قصد العاقد ونيته....فحاشاه ثم حاشاه أن يأمر الناس بالكذب والخداع والمكر والاحتيال وما لا حقيقة له، بل ما يتيقن أن باطنه خلاف ظاهره. ولا يظن بمن دون الشافعي من أهل العلم والدين أنه يأمر أو يبيح ذلك، فالفرق اذن واضح بين أن لا يعتبر القصد في العقد ويجريه على ظاهره، وبين أن يسوغ عقدا، قد علم بناؤه على المكر و الخداع وقد علم أن باطنه خلاف ظاهره، فو الله ما سوغ الشافعي ولا إمام من الْأَئِمَّة هذا العقد قط، ومن نسب ذلك اليهم فهم خصماؤه عند الله، فالذي سوغه الْأَئِمَّةُ، هو بمنزلة الحاكم يجري الأحكام على ظاهر عدالة الشهود، وإن كانوا في الباطن شهود زور، والذي سوغه أصحاب الحيل، بمنزلة الحاكم

٩٢- ابن تيمية، احمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، تحقيق حسنين مخلوف، دار المعرفة، بيروت، ط ١٣٨٦، ج٦/ ص٩٢.

يعلم أنهم في الباطن شهود زور كذبة، وأن ما شهدوا به لا حقيقة له، ثم يحكم بظاهر عدالتهم، وهكذا في مسألة العينة، إنما جوز الشافعي أن يبيع السلعة ممن اشتراها منه جريا على ظاهر عقود المسلمين وسلامتها من المكر والخداع، ولو قيل: للشافعي إنّ المتعاقدين قد تواطئا على ألف بألف ومائتين وتراوضا على ذلك، وجعلا السلعة محللا للربا لما أجاز ذلك، وأنكره غاية الإنكار» [٩٣]

رأي الحنفية في التورق.

بين د. سويلم في بحثه أن كتب ظاهر الرواية عند الحنفية -وهي الكتب المعتمدة عندهم -تشير إلى عدم جواز التورق، فقد نقل عن محمد بن الحسن الشيباني في الجامع الصغير والأصل «ولو باعه لرجل لم يكن ينبغي له أن يشتريه بأقل من ذلك قبل أن ينقد لنفسه ولا لغيره، ولا ينبغي للذي باعه أن يشتريه أيضاً بأقل من ذلك لنفسه ولا لغيره؛ لأنه هو البائع» وقد ذكر ابن عابدين نقلا عن محمد بن الحسن أنه كره هذا النوع من البيوع وقوله: «قال محمد: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم أخترعه أكلة الربا»[٩٤]

رأي المالكية في التورق.

قال ابن جزىء في القوانين الفقهية: «في بيع العينة وهو أن يظهرا فعل ما يجوز ليتوصلا به إلى ما لا يجوز ؛فيمنع للتهمة سدا للذرائع خلافا لهما وهي ثلاثة أقسام (الأول) أن يقول رجل لآخر: اشتر لي سلعة بكذا وأربحك فيها كذا، مثل أن يقول اشترها بعشرة وأعطيك فيها خمسة عشر إلى أجل، فإن هذا يؤول إلى الربا ؛ لأن مذهب مالك أن ينظر ما خرج عن اليد ودخل به ويلغي الوسائط،

٩٣- ابن القيم، إعلام الموقعين ج٣/ ص٣١٨.

٩٤- ابن عابدين، محمد امين. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين) تحقيق عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ط ٢٠٠٣م، ج٧/ ص٥٤٢. انظر كذلك أبحاث سويلم، سامي. موقف السلف من التورق ص٧. وفهمي، حسين، التورق الفردي والتورق المصرفي ص٢٠.

فكأن هذا الرجل أعطى لأحد عشرة دنانير، وأخذ منه خمسة عشر دينارا إلى أجل، والسلعة واسطة ملغاة» [٩٥]

جاء في المدونة أن ابن القاسم سأل الإمام مالكا فقال: «سَأَلْتُ مَالِكًا عَنْ الرَّجُلِ يَبِيعُ السِّلْعَةَ بِمِائَةِ دِينَارٍ إلَى أَجَلٍ، فَإِذَا وَجَبَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا قَالَ الْمُبْتَاعُ لِلْبَائِعِ : بِعْهَا لِي مِنْ رَجُلٍ بِنَقْدٍ؛ فَإِنِّي لَا أُبْصِرُ الْبَيْعَ ، قَالَ: لَا خَيْرَ فِيهِ وَنَهَى عَنْهُ.»[٩٦]

والمالكية في الجملة -من خلال جملة نصوصهم - يفرقون بين إذا كانت المعاملة من أهل العينة فيحرمونها، ويجيزونها إذا كانت من غير أهل العينة.[٩٧]

رأي الشافعية في التورق.

قال الخطيب الشربيني عن البيع المكروه: «وأما المكروه فكبيع دور مكة، والبيع ممن أكثر ماله حرام، أو فيه حرام ولم يتحقق أن المأخوذ من الحرام وإلا فحرام، وبيع المصحف -قيل وثمنه يقابل الدفتين ؛لأن كلام الله لا يباع، وقيل إنه بدل أجرة نسخه، حكاهما الرافعي عن الصيمري- وبيع العينة...» [٩٨]

فقد اعتبر الشربيني بيع العينة من جملة البيع المكروه.

رأي الحنابلة في التورق.

سئل الإمام أحمد عن الرجل يعد الشيء ليبيعه نسيئة إلى أجل ؟ فقال: «إذا

٩٥- ابن جزيء، أبي القاسم محمد بن احمد، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق محمد بن سيدي محمد مولاي، ص٤٢٢.

٩٦- مالك، مالك بن انس، المدونة،. دار صادر، بيروت. ج٩/ ١٢٥

٩٧- سويلم، سامي. العينة والتورق والتورق المنظم ص٦٠٦.وقد عن عليش في منح الجليل نصوصا في هذا الباب.

٩٨- الشربيني، محمد الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، دار الفكر، بيروت، ج٢/ ص٣٩. وكما قدمنا فعند المتقدمين التورق هو صورة من صور العينة. وقد ذكر سويلم في بحثه نقولا عن النووي في المجموع وابن حجر الهيتمي في تحفة المحتاج وغيرها. انظر سويلم، سامي. موقف السلف من التورق ص٧وما بعدها.

أعده أن يبيعه بنسيئة، ولا يبيعه بنقد فلا يعجبني ؛ لأنه عينه حنيئذ » [٩٩]

والكراهة هنا تفيد التحريم ؛ لأنه علل ذلك بأنها عينة، والعينة مذمومة شرعا. يقول سويلم معللا رأي الإمام أحمد: «وسبب ذلك - والله اعلم - من لا يبيع إلا بنسيئة يكون في الغالب مرجعا للمحتاجين للنقد فيشترون منه نسيئة ؛ لكي يبيعوا نقدا بأقل، فتكون المعاملة نقدا بنقد»[١٠٠]

هذا وقد وردت عدة روايات عن الإمام أحمد فقد نص في رواية: لا بأس به، ونص على التحريم في رواية أخرى، فيمكن حمل رواية التحريم على ما كان من أهل العينة، ويحمل ما ورد في الجواز على ما لم يكن كذلك، ويكون هذا موافقا لما نقل عن الإمام مالك رحمه الله من التفريق بين أهل العينة وغيرهم في مسائل التورق.[١٠١]

المطلب الثاني: إطلاق لفظ الكراهة على المحرم عند المتقدمين

قد يطلق لفظ الكراهة على المحرم عند المتقدمين فينبغي التأكد من مدلول الكراهة عند الإطلاق من خلال القرائن، والذي حملهم على التعبير بلفظ الكراهة التحوط والورع.

يقول ابن القيم: «وقد غلط كثير من المتأخرين من أتباع الأئمة على أئمتهم بسبب ذلك، حيث تورع الأئمة عن إطلاق لفظ التحريم، وأطلقوا لفظ الكراهة، فنفى المتأخرون التحريم عما أطلق عليه الأئمة الكراهة، ثم سهل عليهم لفظ الكراهة، وخفت مؤنته عليهم، فحمله بعضهم على التنزيه، وتجاوز به آخرون إلى كراهة ترك الأولى، وهذا كثير جدا في تصرفاتهم فحصل بسببه غلط عظيم على

٩٩- صالح، ابن أبي الفضل صالح. مسائل الإمام احمد بن حنبل، الدار العلمية، الهند، ط١٩٨٨م ج٢ / ص٢٥٩، رقم المسألة ٨٦٥.

١٠٠- سويلم، سامي. العينة والتورق والتورق المنظم ص٦٠٦.

١٠١- المرجع السابق.

الشريعة وعلى الأئمة» [١٠٢]

وأختم من أقوال الفقهاء بتلخيص ابن القيم بقوله: «وهذا المضطر إن أعاد السلعة إلى بائعها فهي العينة، وإن باعها لغيره فهو التورق، وإن رجعت إلى ثالث يدخل بينهما فهو محلل الربا، والأقسام الثلاثة يعتمدها المرابون وأخفها التورق، وقد كرهه عمر بن عبد العزيز، وقال: هو آخية الربا» [١٠٣]

ومن خلال الدراسة يتضح أن جمهور الأئمة يمنعون التورق، ويجعلونه من باب النهي عن العينة، ونسبة التحليل إليهم جانبها الصواب. [١٠٤]

١٠٢- ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين ج١/ ص٤٠.

١٠٣- المرجع السابق ج٣/ ص٢٠١، وآخية الربا: هو تشبيه من عمر بأن التورق بمثابة الحبل الموثق إلى وتد تربط به الدابة، فالدابة لا يمكن لها الفكاك من هذا الرباط، وكذلك التورق هو مربوط بالربا.

١٠٤- انظر مزيدا من آراء الفقهاء عند السالوس، علي. العينة والتورق والتورق المصرفي ص٤٨٣.

الخاتمة

خلصت الدراسة بعد تناولها لجملة من أدلة المجيزين للتورق المصرفي إلى أهمية الاجتهاد المقاصدي عند استنباط الأحكام من النصوص، ووضعت ضوابط تعين إلى الوصول إلى مقصود الشارع من النصوص، ومن ثم الوصول إلى الحكم الشرعي الصحيح في المسائل المصرفية ومنها حكم التورق المصرفي، وهذه الضوابط تتمثل بفهم طبيعة الربا والغاية والمقصد من تحريمه بصورته الشمولية، ومراعاة وظيفة النقود في الواقع المعيش والتفريق بين التمويل والاستثمار، مما ينعكس على تكييف المسائل محل البحث تكييفا سليما، وأهمية فهم الواقع المصرفي باعثا وأثرا، كما وتطرقت الدراسة إلى نقد بعض الاجتهادات التي وضعت النصوص في غير موضعها، كما دعت الدراسة إلى تفعيل آلية فهم النص الجزئي في ضوء مقصده دون إغفال بقية النصوص في الموضوع الواحد، وأكدت على أهمية مراعاة باعث المكلف من الفعل والكشف عنه مما له دور كبير في تكييف المسألة الفقهية، وكذا الحال في النظر إلى المآل، وتبينّ الدراسة كيفية الموازنة بين القواعد العامة والأصول الكلية والأدلة الجزئية، وتناقش فلسفة الشكل والجوهر في ابتناء الأحكام الشرعية، كما أكدت على أهمية التحقق من مدلولات المصطلحات عند المتقدمين قبل تقرير وتخريج آرائهم.

إنّ بناء المنهجية البحثية في المسائل المصرفية بحاجة إلى المزيد من البحث والتأصيل، وهذه الدراسة تفتح الباب لمزيد من البحوث والإسهامات في بناء هذه المنهجية وضبطها وتأصيلها، فهي من الأهمية بمكان لتدارك التباين والتخبط في المسائل المصرفية في واقعنا المعيش، وإن كان لي من توصية من خلال هذه الدراسة فقد وجدت حقلا طيبا في هذا الباب عند شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم في بناء المنهجية في المعاملات المالية عموما لعل القادم من الأيام يتيح من

يشمر عن ساعديه، ويستثمر في هذا الحقل، فينتج لنا ثمرا طيبا نافعا، حلوا مذاقه، سائغا للباحثين.

أما ما يتعلق بواقعنا المصرفي فإن كان لي من توصية وتوجيه فأقول: إنّ البنوك الإسلامية بما تحمله من اسم ينبغي لها ان تضطلع بدورها المنوط فيها، والأمل المنشود منها في تحقيق تنمية حقيقية تقوم على المشاركة والمضاربة والاستثمار، وتستغل طاقات أبناء المجتمع في فتح مشاريع تنموية تساهم في بناء المجتمع، ولا ينبغي لها أن تتقوقع على محاكاة أساليب البنوك التقليدية، وأن تبقى رهينة لمخاوف الاستثمار؛ فتختلق عقودا تشكل بمجموعها ضمانا للمخاطرة الاستثمارية، فترتد وتنتكس فتحاكي أساليب التمويل الربوية بمسميات استثمارية، تفتقد لأدنى مقومات الاستثمار من تشغيل وتنمية حقيقية، وعلى العلماء وهيئات الرقابة الشرعية أن يضطلعوا بدورهم في تقديم بدائل وصيغ استثمارية مستمدة من عدالة تشريعنا، لا أن يكونوا جسرا لعبور وتمرير صيغ ربوية تتخرج على أنها صيغ استثمارية شرعية.

وأختم هنا بقول د. محمد تقي العثماني عن نهج البنوك الإسلامية الحديث إذ يقول:

إنّ الطريق الأمثل للتمويلات التجارية في الشريعة الغراء هو التمويل على أساس الشركة والمضاربة، فهو الذي يضمن التوزيع العادل للثروة فيما بين أبناء الشعب، ويوجه فيضان المال من الأثرياء الكبار إلى العامة من الناس، فالتوسع في عمليات المرابحة والتورق وأمثالها، وخاصة إذا كان تقويم هذه العمليات على أساس المؤشر الربوي يضيق المجال لعمليات الشركة والمضاربة، ويشجع العقلية الربوية التي تهدف إلى الاسترباح دون تحمل أي خطر، ولا تحدث أي تغيير جدري

في النظام الرأسمالي السائد اليوم»[١٠٥].

وها هو د. أحمد النجار رائد فكرة المصارف الإسلامية وصاحب كتاب حركة البنوك الإسلامية حقائق الأصل وأوهام الصورة يقول -كما جاء في جريدة صوت الكويت تاريخ ١٦ / ٤ / ١٩٩٢م-»إنّ الممارسة العملية الآن لم تحقق الهدف من إنشاء البنوك الإسلامية، ولم تقربنا للغاية، وهناك شك في إمكان تعديل مسارها..... إنّ المؤسسات المالية الإسلامية لم تأخذ من المنظومة المالية الإسلامية سوى عنصر واحد هو عاطفة الجماهير الإسلامية.

١٠٥- العثماني، محمد تقي. أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية ص٣٨٣.

فهرس المراجع

- آبادي، محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داود، بيروت، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٩٩٥م.
- ابن أبي الفضل صالح. مسائل الإمام احمد بن حنبل، الدار العلمية، الهند، ط١٩٨٨م.
- ابن القيم، محمد بن ابي بكر. إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الازهرية، القاهرة، ط ١٩٦٨م،
- ابن بطة، عبيد الله بن محمد العكبري. إبطال الحيل، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط٣.
- ابن تيمية، احمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، تحقيق حسنين مخلوف، دار المعرفة، بيروت، ط ١٣٨٦.
- ابن جزىء، أبي القاسم محمد بن احمد، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق محمد بن سيدي محمد مولاي.
- ابن رشد، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح خالد العطار، بيروت، دار الفكر للطباعة، د.ت، ١٩٩٥م،
- ابن عابدين، محمد امين. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين) تحقيق عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ط ٢٠٠٣م.
- ابن عاشور،، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، تونس، البصائر للإنتاج العلمي، ط١.، ١٩٩٨م.

- أعمال وبحوث الدورة السابعة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة ٢٠٠٣، م٢، ومنشور على الرابط iid-alraid.de
- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق وترتيب مصطفى البغا، بيروت، دار ابن كثير، د.ت.
- جحيش، بشير بن مولود. في الاجتهاد التنزيلي، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، كتاب الأمة، العدد ٩٣، ٢٠٠٣م.
- الجندي، محمد. التورق وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.alukah.net.
- الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن، غريب الحديث، تحقيق د. عبد المعطي امين قلعجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١.
- حسان، حسين حامد. تعليقه على البحوث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي في موقعه الإلكتروني www.hussein-hamed.com.
- حصوة، ماهر. المتعلقات الأخلاقية للحكم الشرعي نموذج الزواج بنية الطلاق، مجلة إسلامية المعرفة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الأردن، العدد ٦٤ ربيع ٢٠١١م.
- حصوة، ماهر. من معالم الاجتهاد الفقهي عند ابن عاشور، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، العدد ٩٠، ٢٠١٢م، (٥٣٥-٥٧٥).
- حصوة، ماهر حسين. فقه الواقع وأثره في الاجتهاد، الولايات المتحدة الأمريكية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ٢٠٠٩م.

- حماد، نزيه. في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة قراءة جديدة، دار القلم، دمشق، ط١، ٢٠٠٧.
- الحنبلي، شمس الدين محمد بن أحمد. تنقيح تحقيق أحاديث التعليق، تحقيق أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨.
- الدريني، محمد فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٧٧م.
- الدريني، محمد فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٧٧م.
- الدريني، محمد فتحي، النظريات الفقهية، دمشق، منشورات جامعة دمشق، ط٤، ١٩٩٧م.
- الزمخشري، محمود بن عمر. الفائق في غريب الحديث. تحقيق محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم،
- السبكي، علي بن عبد الكافي. الإبهاج شرح المنهاج، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت ج١ / ص٤٩.
- السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار الهنا للطباعة، ط١، ١٩٥٧م
- سويلم، سامي. موقف السلف من التورق، بحث منشور على صيغة pdf على الموقع www.hala12.com.
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.

- الشاطبي. أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي. الاعتصام، تحقيق سيد إبراهيم، القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٣م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط ١٣٩٣ه.
- الشباني، محمد عبد الله. بحث التورق نافذة الربا في المعاملات المصرفية، مقال منشور في مجلة البيان على الموقع www.saaid.net
- الشربيني، محمد الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، دار الفكر، بيروت.
- عويضة، عدنان. نظرية المخاطرة في الاقتصاد الإسلامي، فرجينيا، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ٢٠١٠م، ص٢٣٨.
- فهمي، حسين كامل. التورق الفردي والتورق المصرفي، بحث قدم للمؤتمر التاسع عشر لمجمع الفقه الإسلامي، الشارقة، دولة الإمارات. منشور على الموقع الإلكتروني www.islamfeqh.com على صيغة وورد.
- قحف، منذر. وبركات عماد. التورق المصرفي في التطبيق المعاصر، بحث مقدم لمؤتمر المؤسسات المالية المعاصرة، جامعة الإمارات في مدينة العين سنة ٢٠٠٥م. منشور على شكل pdf على الرابط www.kantakji.com.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، دار المعرفة، بيروت.
- الكيلاني، عبد الله، نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات، عمان، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، د.ت.
- مالك، مالك بن انس، المدونة،. دار صادر، بيروت.
- مسلم، ابن الحجاج. صحيح مسلم، تحقيق وترتيب محمد فؤاد عبد الباقي،

بيروت، دار الجيل، د.ت،

- المشيقح، خالد علي. التورق المصرفي عن طريق بيع المعادن، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وأدابها، ج١٨ / ع٣. جمادى الأولى ١٤٢٥هـ.

Abstract

The Tawarruq in Banking
An Islamic Empirical Critical Study

Dr. Maher Haswa

The study aims at establishing a methodology to rethink the Islamic jurisprudential issues including the Tawarruq in banking, so it adjusts the Fatwa with a jurisprudential framework that can achieve the purpose of Islamic Law. This methodology lies in the understanding of fact and wisdom of the prohibition of usury (riba) in its comprehensiveness, taking into consideration the function of money in the reality of life and the distinction between finance and investment, which reflected in the correct adaptation of issues under discussion and the importance of understanding the banking reality as a motive and effect.

Also, the study criticizes jurisprudence that put texts inappropriately, calls for activating the mechanism to understand the partial text in the light of its purpose without losing sight of the rest of the texts in the same subject, stresses the importance of taking into account the emitter-designate of the act and detects it because of its significant role in adapting jurisprudential issues in the case of looking at the money, shows how the balance between general rules and total assets and partial evidence, discusses the philosophy of form and substance in constructing the Islamic legal provisions, and emphasizes the importance of verification of the meanings of the terms of the ancient Muslim scholars before deciding and investigating views.

UNITED ARAB EMIRATES - DUBAI
COLLEGE OF ISLAMIC & ARABIC STUDIES

ACADEMIC REFEREED JOURNAL OF

COLLEGE OF ISLAMIC & ARABIC STUDIES

GENERAL SUPERVISION
Dr. Mohammed Ahmed Abdul Rahman
Vice Chancellor of the College

EDITOR'S IN-CHIEF
Prof. Ahmed Othman Rahmani

EDITOR'S SECRETARY
Dr. Mohammed Ahmed Al-Khooli

EDITORIAL BOARD

Prof. Abdullah Mohammed Aljuburi **Prof. Abdul Rahman Binani**
Dr. Ghazi Yousef Al-Yousef **Dr. Mujahed Mansour**
Dr. Mazin Hussein Hariri

ISSUE NO. 49
Ramadan 1436H - June 2015CE

ISSN 1607- 209X

This Journal is listed in the ***"Ulrich's International Periodicals Directory"***
under record No. 157016

e-mail: iascm@emirates.net.ae

UNITED ARAB EMIRATES-DUBAI

COLLEGE OF ISLAMIC & ARABIC STUDIES

College of Islamic & Arabic Studies Magazine

An Academic Refereed Journal

49

Issue No. 49

E Mail iascm@emirates.net.ae

Website www.islamic-college.ae

Read In This Issue

The Speech of the Vice-chancellor: Scientific in the Service of the Society

Al-Alusi's Approach in Interpreting Ruh al-Maani (Exegesis of the Quran) in Directing Similar Qur'anic Verses

The Efforts of Imam Al Shafi'ee in Criticizing the Narrators and Correcting them

How to Invest the Exams Result in Developing Abilities and Directing the Educational Process Piling University Exams Result (An Example)

The Generalization of Almoqtodha and its Impact in the Scholars' Disagreement

The Judgment of Penance in Premeditated Murder - A Study on Comparative Jurisprudence

Forms of Investment in Fund Endowment - A Study on Investing Financial Standards for Endowment Property

"Sensuous Discourse in Children: Poetry Poet Ahmad Sweilem as a Model"

Al-Tadweer" in the Poetry of Hameed Saeed - Poem: Ya Jaarat Al-Dam Wa Al-Damar Musical Study

The Tawarruq in Banking - An Islamic Empirical Critical Study

Relocating the Case Mark in the Forming of the Arabic Word (Morphological and Phonetical Study)

The Role of the Al Moravids (Al-Murabteen) in Establishing the (Maliki School) in Morocco and Al-Andalus

U. S. Trade Policy between Theory and Practice - The Case of U. S. Subsidies and the West African Cotton Crisis (2001-2004)

م 2015/ هـ1436