الصورية في العقود الشرعية

أسواق العملات أسواق النقد وأسواق رأس المال

من موضوعات منتدى الاقتصاد الإسلامي

تحرير وتعليق:د. عبدالباري مشعل

تاريخ بدء المناقشة: 4 9 2016

تاريخ قفل المناقشة: 7 9 2016

تاريخ إعداد الملف: 16 10 2016

عدد الصفحات: 11 صفحة

مقدمة:

أجرى المنتدى حوارًا لطيفًا بشأن معنى الصورية في العقود الشرعية، وقد طرحت الموضوع الأستاذة زاهرة بني عامر، وأسهم في الحوار والتعليق ثلة من أعضاء المنتدى من الخبراء. ويتضمن هذا الملف نص الحوار بعد تهذيب وتنقيح أصل الحوار بالقدر الضروري وما تبقى من أخطاء مطبعية إملائية ونحوية فهي في أصل الحوار ويتحمل تبعاتها أصحابها.

تعريف بمنتدى الاقتصاد الإسلامي:

مجموعة على برنامج التواصل WhatsApp تضم المهنيين، والاقتصاديين، والأكاديميين، والمستشارين الشرعيين، تعنى بالمناقشة العلمية الإيجابية لمختلف القضايا والتحديات التي تواجه الاقتصاد الإسلامي، واستشراف الحلول. وفي ظل وجود العديد من المجموعات المماثلة؛ فإن هذه المجموعة تركز على التحليل النقدي وإطلاع الأعضاء على المستجدات في هذا المجال. ويبلغ عدد المشاركين في المجموعتين – المنتدى العربي والإنجليزي– حوالي أربعمائة، من جميع قارات العالم.

من موضوعات منتدى الاقتصاد الإسلامي **الصورية في العقود الشرعية** **تاريخ بدء المناقشة 2016/6/22**	**تحرير وتعليق: عبدالباري مشعل** **التاريخ 16 10 2016**

مؤسس المجموعة: الشيخ خالد حسني

اللجنة الإدارية للمنتدى:

د. عبدالباري مشعل (رئيس اللجنة)

د. محمد برهان اربونا

الشيخ أشرف جمعة علي

الشيخ إبراهيم موسى تيجاني

د.محمد إيمان ساسترا

الشيخ محمد خالد حسني (مؤسس المجموعة)

الحوارات المنشورة:

1. القضايا النقاشية في معيار العملات.
2. صكوك الوقف النيوزيلاندية إسراء.
3. ضمان الأداء وإحالة الضمان في الاستصناع.
4. تصكيك ريع الوقف.
5. التعيين والقبض.
6. الاستصناع المعكوس.
7. عمليات الخزينة العملات فلسطين وأسواق النقد وأسواق رأس المال.
8. الصورية في العقود الشرعية.

ملخص الموضوع:

متى يمكننا القول ان هذا المنتج صُوريّ؟

وهل صورية او شكلية المنتجات المالية او العقود تقدح دائماً في شرعيتها؟

هذا ما يجيب عنه نص الحوار.

ويمكن جعل الحوارات في قسمين:

القسم الأول: مداخلات التسخين:

أ. عيسى الدويشان:

من صور الصورية اتخاذ المؤسسة حيل تخلصها من تبعية ضمان العين المملوكة

وأكثر ما يمكن تقع الصورية في التورق فالهدف توفير السيولة للعميل كما قد يؤدي إلى تجاوز الخطوات والإجراءات الشرعية المقررة لصحة تنفيذ المعاملة.

د. خالد السياري

يبدو من صياغة السؤال توجهها للمنتج قبل وصوله لمرحلة التطبيق.

ويدعم هذا أن بعض القرارات والأبحاث تحكم على المنتج بالصورية وهو لا زال في مرحلة التنظير.

أ. عيسى الدويشان:

صدقت أحيانا تظهر الصورية من خلال هيكلة المنتج، وأحيانا أخرى تظهر وقت التطبيق له وأخرى في بعض تطبيقاته بسبب تهاون الموظف

د.محمد بلتاجي:

صورية المنتج تكون من خروج هذا المنتج للتطبيق في الواقع العملي وفق ضوابط شرعية وعقود معتمدة واجراءات عمل ومعالجة محاسبية وفق المعايير المحاسبية ثم خلال التطبيق ينفذ وفق المنتجات التقليدية فالعقد مكتوب عليه مضاربة شرعية والحقيقة عقد قرض هذا من وجهه نظري.

أ. يوسف صديقي:

حسب التجربة الشخصية يمكن القول أن المنتج صوري إذا كان قائماً على حيلة شرعية ...

وفي المقابل يعتبر المنتج بديلاً شرعياً إذا كان قائماً على مخرج شرعي ... والله اعلم

من موضوعات منتدى الاقتصاد الإسلامي **الصورية في العقود الشرعية** **تاريخ بدء المناقشة 2016/6/22**	**تحرير وتعليق: عبدالباري مشعل** **التاريخ 16 10 2016**

القسم الثاني: مداخلات ما بعد التسخين:

٢-١.د. برهان أربونا:

أثير موضوع الصورية في عقود المؤسسات المالية الإسلامية وهي مصطلح يقابلها مصطلح التواطؤ في الفقه الإسلامي. وفي رأيي انه يمكن وضع ضوابط تظهر الصورية وأخرى تنفيها:

أما العوامل المظهرة للصورية فيمكن اختصارها في الاتي:

1 عدم قابلية محل العقد للبيع أو الملك أو التسليم والتسلم

2 تجريد العقد من أثره اللازم كاستبعاد قبض محل العقد صراحة أو ضمنا (دلالة الحال أو مقتضى الحال)

3 إرادة رجوع المبيع إلى بائعه بالشرط أو العرف ابتداء

4 قوة التهمة في إظهار الإرادة الباطنية المريدة للصورية

5 انشاء ترتيبات تعاقدية على أساس محرم من ذاته اصلا(التماثل في الصورة والحقيقة بتعامل محرم ابتداء

أما العوامل النافية للصورية وإرادة المحرم فهي على النحو الاتي:

1- تغير صفة المعقود عليه واختلاف الثمن تبعا لذلك

2 حوالة الأسواق أو تغير سعر السوق أو مرور زمن بين العقود التي تترتب عليها آثار.

3 قابلية تخريج ما يبدوا صوريا على أساس عقد شرعي

4 طروء وانشاء إرادة إجراء عقد تمليك على محل العقد السابق دون ترتيب مسبق كان يكون محل العقد السابق معروض في السوق والبائع في العقد الأول أحد المشترين

5 كون العقد الذي يظهر فيه الصورية يقصد منه اجتناب التعامل المحرم مثل الاقتراض المتبادل لتجنب دفع الفائدة صراحة ومباشرة.

6 نفي الصورية بالعرف اي عرف أهل الصنعة أو أهل السوق.

والله ولي التوفيق

٢-٢. د.عزالدين أبوزغيبة:

"ان الحديث عن الصورية في التصرفات المالية المصرفية تتشعب صوره وتكثر شوارده وأوابده ويمكن لكل منا أن يأتي بصورة منه ولا تنتهي صوره لكن يمكننا ان نضبط ذلك بقول عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لما صعد المنبر وخطب في الناس قائلا: مات رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يُبين أبوابا من الربا فذروا الربا والريبة وقوله صلى الله عليه وسلم:الإثم ما حاك في صدرك وخفت ان يطّلع عليه الناس. وجود الشبهة في التصرف كما بينها ابن العربي وعدها أصلا من أصول الامام مالك في المعاملات وبناء عليها منع مالك بُيوع الآجال واعتبر ابن تيمية أصول مالك في البيوع اجود الأصول وتبعه الامام احمد في معظمها".

٢-٣ أ) . د.عبدالباري مشعل: مداخلة قصيرة في الصورية: شكرا فضيلة الدكتور عزالدين بن زغيبة على إثرائكم لموضوع الصورية، وأعتقد أن هذا الموضوع فعال جدا على صعيد المصرفية الإسلامية، خاصة في ظل دعوى عريضة من الناقدين بصورية المعاملات التمويلية في المصارف كالمرابحة والإجارة والتورق إلخ بحيث تبدو في ظاهرها مشروعة ولكن في باطنها تضاهي القرض الربوي ... هذا ما يقوله الناقدون ومقلدوهم ومتابعوهم... الصورية لها معان وصور لا تنتهي كلها تؤول إلى أن "الإيجاب والقبول بين العاقدين لم يتم على مقصود العقد (مقتضى العقد) وإنما لأمر آخر". وبعبارة أخرى "انصراف الإرادة الباطنة إلى غير مقصود العقد أو مقتضاه الشرعي". ومن ذلك بيع التلجئة/الإكراه، التواطؤ على صورة البيع دون حقيقته كإفراغ العقار باسم البنك على سبيل الرهن وليس البيع، أو تسجيل عقار مملوك للزوج باسم الزوجة تهربًا من الدائنين مثلاً. ومن التواطؤ بيوع العينة والوفاء والاستغلال. ومن دواعي الصورية البراءة من العيوب في الإجارة مطلقًا والاستصناع، وضمان الواعد مخاطر هلاك البضاعة المعدة للمرابحة، وضمان المضارب رأس مال المضاربة بتعهد منفصل عن عقد المضاربة، أو تعهده بشراء أصول المضاربة بقيمتها الاسمية خلال مدة المضاربة أو في نهايتها، بحيث يكون حق رب المال فقط في القيمة لا في الأصل، وكل هذا من تطبيقات الصكوك. وفي هذا السياق يمكن استدعاء المزيد من دواعي الصورية وتطبيقاتها، لعل هذه الأفكار الأولية أوضحت ضابط الصورية المقترح وهو "انصراف الإرادة الباطنة وهي الإرادة الحقيقية المعول عليها في تحقق الرضا إلى غير مقصود العقد أو مقتضاه"، والشروط التفصيلية والخطابات الجانبية تنبئ عن تلك الإرادة الخفية.

٢-٣ ب) الأستاذ خالد إبراهيم

عزيزي الدكتور عبد الباري

لقد عبرت بدقة عما يحدث من صورية على صعيد المصرفية الاسلامية إلا إنه على خلاف الأفراد فإن الإرادة الباطنة في المؤسسات المالية يمكن معرفتها بل و إثباتها و لكن ليس بالوسائل الشرعية المتعارف عليها و لكن عن طريق أدوات أخرى تحتاج كل من الهيئات الشرعية و الرقابية الشرعية من الإلمام بها للوقوف على صورية المعاملات و منها:

١- المعالجات المحاسبية للمعاملات الاسلامية و ضرورة عكسها لما تم النص عليه في العقود الشرعية

٢- ضرورة وجود أكواد في الأنظمة الآلية للمؤسسات المالية بالنسبة للمنتجات الاسلامية تميزها عن المنتجات التقليدية

٣- ضرورة وجود آلية تفصيلية مكتوبة (إجراءات) تظهر ما تقوم به المؤسسة على مستوى كل موظف في التنفيذ و ليس آلية وصفية

٤- ضرورة وجود مثال رقمي للمعاملة او للمنتج يظهر كيفية تنفيذه في مراحله المختلفة و ليس الاعتماد على تصور التنفيذ بناء على ما يقدم للهيئات الشرعية .

٢-٣ ج). د.عبدالباري مشعل

تمامًا أستاذ خالد ابراهيم وما ذكرت بكل تأكيد من القرائن التي يجب أن ينطر إليها عند النظر في مدى تحقق الصورية في المنتج.

٢-٤. م. محمود أبوسويلم:

وهذا الامر يقودنا الى السؤال هل النوايا معتبره في العقود وخصوصا عندما يتم التطبيق على غير المسلمين او في بلاد غير الاسلاميه؟

٢-٥ د. .عبدالباري مشعل:

النوايا هي الإرادة الباطنة، وهي الإرادة الحقيقية التي يعول عليها في التحقق من الرضا "إنما البيع عن تراض" وهو ركن العقد عند الحنفية ومن أركان العقد عند غيرهم، ولكن لما كانت هذه الإرادة خفية فإن يستدل عليها بالإرادة الظاهرة، وهي ما يجري من عقود مكتوبة أو غير مكتوبة، وقال الفقهاء هنا: الأصل أن توافق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فيعتد بالظاهرة؛ ما لم تدل القرائن الظاهرة على خلاف ذلك، وما ذكرناه من أمثلة من القرائن الظاهرة التي دلت على عدم تحقق الإرادة الباطنة. [راجع المدخل للشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله في نظرية الرضا وتوابعها]. وما يهمنا هنا تحقق مقتضى العقد، أو الغرض الرئيس منه.

٢-٦ أ). د. برهان أربونا

ومن ضوابط الصورية أن لا يكون حاجة او ضرورة للتصرف الموسوم بالصورية ، بذلك يخرج بيع التلجئة والإكراه من الصورية. ومن ذلك الفتاوى الشرعية التي تذهب إلى التعامل بالمثل من تبادل الودائع لتفادي دفع الربا مع الوديعة لدى البنك الربوي فيه نوع تعاون. فالملطوب في مجال التواطؤ تأصيل مبدأ يضبط للمرء الأوصاف والأدوات التي يمكن أعمالها للحكم على التصرفات العقدية المعتمدة على النية والقصد الباطن. أما الحديث عن الصورية من جهة الورع فلا يضبط للناس أحكاما ولا يشفي الغليل. فكان السؤال المهم هو: ما هي الأدوات التي تظهر القصد الباطن إلى مخالفة مقتضى العقد أو تأخر أثره. وبذلك نعرف نية المتعاقدين ورغبتهم لتحصيل مقصدهما المخالف للمقصد الشرعي من جواز تصرف أو عقد ما. وحيثما افتقد الأدوات المظهرة للمقصد الباطن إلى الحقيقة وجب اعتبار الظاهر. وقد أعجبني قول ابن السلام " أكثر العلماء لا يقول بسد الذرائع ولا سيما في البيع. وقد علمت ان المنع في البيع والسلف إنما نشأ عن اشتراط السلف نصا (قلت هذا ضابط) ، وبياعات الأجل لا نص فيها باشتراط أن البائع يشتري السلعة التي باع (قلت هذا تأكيد لضابط الاشتراط) وإنما هو أمر يتهمان عليه ويستند في تلك التهمة إلى العادة" ثم قال : وهب أن تلك العدة (العادة) وجدت في قوم في المائة الثالثة بالمدينة أو الحجاز فلم قلتم انها وجدت بالعراق والمغرب في المائة(قلت هذا قيد مهم للناقدين بالعموميات. كل قطر بحسبه) السابعة ثم قال : وانا أتوقف في الفتيا في هذا الباب وفيما أشبه من الأبواب المستندة إلى العادة بما في الكتب (قلت هذه دعوة إلى الاجتهاد) لأن الذي في الكتب من المسائل لها مئون من السنين وتلك العوائد التي هي

شرط في تلك الأحكام لا يعلم حصولها الآن والشك في الشرط شك في المشروط". قلت ابن عبد السلام من فقهاء المالكية لم يعجبه كثيرا كثرة ما ورد في كتب المالكية من عدم جواز بعض البيوع لأنها ممارسة من قبل أهل العينة. فيقولون أن كان من أهل العينة لا يجوز وان لم يكن من أهل العينة جاز.

ورجوعا إلى موضوع الصورية بينت سابقا ما يمكن الاعتماد عليه في هذا الباب. فمثلا تجريد العقد من قبض السلعة محل صراحة أو ضمنا يختلف مقتضى العقد لأن البيع يوجب التسليم والتسلم دون أي تقييد للملكية إلا من باب الرهن. وعليه فإن تجريد العقد من قبض صراحة أو ضمنا هو دلالة واضحة على قصد المتعاقدين الباطن للحصول على نقد مقابل وزيادة لأن قبض المبيع حقيقة أو حكما من تمام البيع الذي أثره الملك. ومتى اتفق الأطراف على إسقاطه عرف انهم لم يقصدوا البيع الحلال. ومن أمثلة ذلك في الصيرفة الإسلامية ما يلاحظ من التأكيد صراحة في بعض عقود بيع السلع الدولية من أن المتعاقدين دخلا في العقد دون الرغبة في تسليم وتسلم السلعة وأنما تتم المقاصة.

٢-٦ ب). د. محمد قراط

الظاهر ان الصورية تكمن في العلاقة بين مقاصد المكلفين وآثار العقود.

٢-٧. د. زاهرة بني عامر:

هل يمكننا اعتبار التماثل او التقارب في انواع المخاطرة ودرجاتها المتعلقة بالمنتج التمويلي الاسلامي مع نظيره التقليدي شكلاً من اشكال الصورية؟

د.عبدالباري مشعل:

في الجملة لا. وفي التفصيل: لأن كل أنواع المخاطر موجودة في التمويلين عدا مخاطر الملكية والحيازة فهي خاصة في التمويل الإسلامي وهي محور انتفاء الصورية في الجملة.

د. **برهان** أربونا:

لا أعتقد ذلك لأن المخاطرة وصف توجد في جميع أنواع المعاملات.

د. بشر موفق:

قد يكون انعدامها..

اما التماثل فلا يظهر فيه حرج في ذاته..

د. محمد فرحان:

رأي: الصورية هنا لا تكون بعدم وجود المخاطرة؛ بل بعدم التوزيع العادل لدرجة المخاطرة؛ بمعنى أدق الإخلال بالميزان الشرعي الغنم بالغرم والخراج بالضمان.

٢-٨ أ) أ.يوسف صديقي

بين الصورة والحقيقة

لعله من المناسب أن نستعير العنوان من الشيخ أبي الحسن الندوي في هذا النقاش...

فمن أجل التفريق بين المنتجات الصورية عن المنتجات الحقيقية المقدمة حالياً في مجال الصيرفة الاسلامية، اقترح أن يتم توسيع نطاق الحديث عن المنتجات ليشمل منتجات الخزينة والاستثمار وأسواق المال... وبعدها يمكن لنا أن نقارن بين أغراض الأصلية للمنتجات للتفريق بين المنتجات الصورية عن الحقيقية...

فمثلاً تمويل السيارات والبضائع والعقارات (في الأفراد والشركات) بأشكالها ومختلف صيغها تعتبر منتجات حقيقية كونها تلبي غرض مقر به ومعترف في فقه المعاملات الاسلامي وهو *تملك الأصل* ... وكذلك في صيغ البطاقات والتمويل الشخص يعتبر الغرض منها *توفير سيولة لغرض شرعي* ...

ولكن إذا نظرنا إلى منتجات استثمارية شرعية رائجة في السوق لوجدنا أغراض الكثير منها غريبة على فقه المعاملات، فمثلاً الغرض التمويلي من منتج الخيارات (Islamic Option) هو الاسترباح على الالتزام والطرف الآخر يخاطر ببيع السلعة في تاريخ لاحق.

والغرض من منتج Profit Rate Swap هو تلافي مخاطرة العائد المتغير أو الثابت حتى تصبح الإجارة كالمرابحة وتصبح الإجارة كالمرابحة!

والغرض من منتج Int'l Murabaha هو توفير السيولة لجهة ربوية لمدة يوم أو يومين والتي تواجه عجز في توفير مبالغ تسهيلات غير متوقعة ...

كذلك في منتج Islamic Credit Default Swap الغرض هو الاسترباح من تخلف أحد الجهات السيادية أو البنكية عن السداد مع العلم أن هذه الجهات لا علاقة لها بأطراف المنتج ...

مع العلم أن مثل هذه الصيغ قد باتت منتجات قائمة ودائمة وليست مجرد حلول مرحلية مؤقتة ...

لعل النظر إلى الغرض التمويلي لهذه المنتجات يساعدنا على التفريق بين المنتج الصوري والحقيقي، وإن كان التنفيذ العملي (Micro Processing) قد تم وفق خطوات شرعية ... والله اعلم.

٢-٨-ب) د.برهان أربونا

اعتقد ان الأمثلة المذكورة لا تتعلق بالصورية وإنما هي أمثلة لمخالفة مبدأ شرعي مثل مبدأ الغرر والتعاون على الإثم والربا. هذه لا تدخل في موضوع الصورية أو التواطؤ بمعناه الشرعي لا بمعناه الإجرائي.

٢-٨ ج). د.محمد قراط

الصورية دوما متعلقة بقضية حملية اي يوجد عقدان واحد منهما هو المراد ظاهرا ولكن النتيجة متعلقة بالعقد المقابل .والعكس صحي

٢-٨ د) د.عبدالباري مشعل

شكرًا شيخ يوسف...

عندما تكون هذه المنتجات مجازة فَلَن يكُون من السهل التسليم باعتراضاتكم لان هذه المنتجات ليست رائجة في كل الدول على سبيل المثال الكويت والسعودية، وليس كذلك في كل البنوك الإسلامية. ولو

أردنا التعليق فإننا نحتاج لتصور كل منتج على حدة والنظر في مدى صحة الاعتراض. ولذا أقترح عرض هذه المنتجات لاحقا ومناقشتها هنا (الأوبش الإسلامي، السواب في معدل الربح، المرابحة الدولية، إسلامك كردت سواب).

وبهذا انتهى الحوار، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. والحمدلله رب العالمين.