ضوابط العقود الحقيقية

والعقود الصورية

ورقة مقدمة إلى ندوة
مستقبل العمل المصرفي الثالثة-البنك الأهلي التجاري
في الفترة ١٤-١٥/١٢/٢٠١٠م
جدة – المملكة العربية السعودية

د. محمد علي القري

جامعة الملك عبدالعزيز (سابقاً)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم... أما بعد:

توطئة:

موضوع هذه الورقة فيه طرافة، وعندما بدأت الكتابة فيه لم أجد أحداً (مع الاعتراف بصعوبة الإحاطة بجميع المصادر) أفرد لهذا الموضوع بحثاً ضافياً أو كتاباً مستقلاً أو تناول المسألة بالشرح والتحليل والموازنة فضلاً عن إعطاء الموضوع ما يستحق من نظر وتأمل. وما كان لي ان أضيق ذرعاً بذلك إذ تلك مهمة الباحث ولكني رأيت ذكره حتى أجد ذريعة إلى استدرار عطف القارئ حتى لا يقسو في نقده على الكاتب والله ولي التوفيق.

١) المسألة محل النظر:

كثيراً ما تتهم المصرفية الإسلامية بأن لها ظاهر وباطن (وفي لفظ منتقديها ظاهر مموه وباطن مشوّه) وان الخدمات التي تقدمها هذه المصارف إلى عملائها،

وان سميت بيوعاً ومشاركات وتأجير، إلا إنها تخفي حقيقة مختلفة عن تلك الأسماء بحيث لا يكاد يوجد – في نظرهم – فرق بينها وبين المصرفية التقليدية، وان كان ثم فرق فهذا الفرق موجود، (كما يقول المدعي)، في الظاهر فقط فهو شكلي لا حقيقي. والمدار في هذه التهمة على العقود التي تبرمها المصارف الإسلامية مع عملائها هل هي عقود حقيقية أم عقود صورية؟ فاحتاج الأمر إلى نظر وتأمل ودراسة لغرض إيجاد ضوابط يتبين من خلالها الفرق بين العقود الحقيقية والصورية وان عمليات المصارف الإسلامية وعقودها حقيقية وبعيدة عن الصورية.

٢) معنى الصورية:

لكل عقد صورة (أو شكل) وله معنى (أو مضمون) فإذا كان غرض ومقصود العاقدين من الصورة وغرضهم ومقصودهم من المعنى واحد، قيل هذا عقد حقيقي لتوافق ظاهره مع باطنه. أما إذا اختلفا بحيث صار له معنى (أو مضمون) مختلف عن الصورة (أو الشكل) عندئذٍ يقال انه عقد صوري ويقصد بذلك ان ما يظهر للناس في ذلك العقد على انه بيع مثلاً مقتصر على الصورة (أو الشكل) وليس وراء تلك الصورة معنى موافقاً للشكل الظاهر وإنما يخفي معنى آخر مختلفاً عن البيع وحقيقة لا يرغب العاقدان في إظهارها للناس. ولما كان ما

يظهر للناس هو الصورة لا الحقيقة سمي العقد صورياً منسوباً إلى صورته وشكله لا إلى حقيقته على تفصيل سنأتي عليه فيما بعد.

٣) معنى الضابط:

الضبط لزوم الشيء، وفي لسان العرب: ضَبَطَ الشيء حفظه بالحزم، وفي تاج العروس: الضابط: الماسكة، وجمعه ضوابط، ورجل ضابط للأمور كثير الحفظ، والضابط حكم كلي وأساس ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه. وبين مفهوم الضابط والقاعدة شبه فكليهما "أمر كلي منطبق على جميع جزئياته حتى تعرف أحكامها منه". ومن الأصوليين من لم يفرق بين القاعدة والضابط لكن أكثرهم على ان القاعدة لا تختص بباب معين بل يجمع فروعاً من أبواب شتى مثل قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، أما الضابط فهو يجمع فروعاً من باب واحد مثل قولهم: "كل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه"، فهذا ضابط ما يسلم فيه.

٤) معنى العقد:

العقد التزام يلزم الإنسان به نفسه تجاه طرف آخر فيصبح كل منهما، بموجب الرضا المتمثل في الإيجاب والقبول ملزماً بالحقوق التي إلتزمها لصاحبه

بناء على ذلك العقد. عرفه بعض الفقهاء بأنه: "ربط اللفظ باللفظ لإيجاب حكم كربط البيع بالشراء لإيجاب الملك"، وللعقد أركان وشروط[١]، فالأركان تمثل حقيقة العقد التي إذا لم توجد لم يوجد العقد. أما الشروط فهي أمر خارج عن حقيقة العقد. لكن وجود الحكم يتوقف على الشروط كما يتوقف على الأركان.

فأركان عقد البيع على سبيل المثال هي الصيغة والعاقدان ومحل العقد فهي أجزاءه التي لا يوجد إلا بوجودها، أما تعيين البدلين وتأجيل الثمن والرهن والكفيل فإنها شروط. والعقد يوجد بوجود أركانه، إلا ان الشروط ربما غيرت طبيعته ومن ثم يتغير حكمه بناء على ذلك. فعقد المضاربة الذي اكتملت أركانه ثم شرط فيه الضمان على المضارب يتحول بسبب هذا الشرط من مضاربة إلى شيء آخر (من قراض إلى قرض).

وبيع التلجئة وهو أشهر العقود الصورية إنما تحول إلى ذلك بسبب ما شرطه البائع على المشتري ان لا يترتب على العقد انتقال الملك.

يتبين من ذلك ان المسألة التي نحن بصددها واقعة في دائرة الشروط في العقود، ذلك إن تحول العقد من حقيقي إلى صوري يرجع في غالب أحواله إلى

١ - ومن الفروق بين ركن الشيء وشرطه ان الركن جزء من حقيقة الشيء، أما الشرط فهو أمر خارج عن حقيقته، فالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء من حقيقتها والطهارة شرط في الصلاة لأنه أمر خارج عن حقيقتها مع ان الحكم يتوقف على كليهما.

تضمينه شروطاً تؤدي إلى هذه الصورية. كما ان الحكم على هذه العقود نجده في مباحث الشروط في كتب الفقه.

٥) لماذا يعمد الناس إلى الصورية في العقود:

ليست العقود الصورية أمراً مستحدثاً وإنما قد عرفها الناس منذ القديم وورد الحديث عنها في كتب الفقه الموروث. فلماذا يعمد الناس إلى الصورية في العقود؟

غرض العاقدين دائماً وأبداً هو المعنى والحقيقة وليس الشكل والصورة لأن الأخير ما هو إلا وسيلة للتوصل إلى حقيقة يرغب العاقدان في التوصل إليها ولا يخدم العقد أي غرض إذا كان شكلاً بلا حقيقة، فالعقد الصوري والحقيقي لكليهما معنى ومضمون لكن الخلل إنما دخل الصوري لأن المعنى المقصود خفي غير ظاهر للناس.

وما تظهر للناس (أي لغير العاقدين) هو الصورة (لكن غرض العاقدين إنما يكون في المعنى لا الصورة)، و يفترض الآخرون ان المعنى المقصود لا يختلف عن الصورة الظاهرة.

فإذا أقدم عاقدان على هذه الصورية أي الدخول في عقد يظهر للناس بشكل وصورة مختلفة عن حقيقته فلا بد ان لهما في هذا الإقدام غرض وحاجة وجدا ان في إظهار الحقيقة للناس خطراً أو ضرراً عليهما أو على أحدهما أو فعلاه جهلاً بما يجب عليهما. ومن أمثلة ما ذكرنا (أي سبب إقدام الناس على العقود الصورية) ما يلي:

٥-١-ان يستخدم العاقدان صورة العقد مفرغاً من معناه لحماية أحدهما من تهديد ظالم أو سلطان لا يقدر عليه يريد ان يستولي على داره مثلاً وهو يعلم ان هذا الظالم لا يتعرض لتلك الدار لو ان مالكها كان من ذوي المكانة أو السطوة أو الحظوة عند ذلك الظالم فيقوم هذا المتعرض للخطر بالدخول في عقد صوري مع طرف يتمتع بمثل تلك المكانة والوجاهة يبيع (في الظاهر) داره منه ولكنه ليس بيعاً حقيقياً فالغرض منه ليس نقل الملك وإنما الحماية من ذلك الظالم.

فإذا زال الخطر أُظهرت الحقيقة وألغيت الصورة التي لا حقيقة لها. ويسمى هذا البيع في كتب الفقه بيع التلجئة، كأن البائع بيعاً صورياً يقول لصاحبه: ألجئ إليك داري أي أجعلك ظهراً لأتمكن بجاهك من صيانة ملكي. وقد اختلف في حكمه كما سيأتي تفصيله.

٥-٢-الأصل ان يكون غرض الطرفين من الدخول في العقد غرض واحد ففي عقد البيع مثلاً يريد المشتري امتلاك السلعة وغرض البائع امتلاك الثمن فالتقت الرغبتان بحيث صار عقد البيع طريقهما إلى تحقيقها. ولكن لو اختلفت الأغراض بحيث لا يمكن اجتماعها فلا سبيل للوصول للمقصود إلا بالصورية بحق احد الأطراف فيكون العقد حقيقياً لأحدهما وصورياً للآخر لاختلاف المعنى المقصود والحقيقة المبتغاة من قبل كل واحد منهما إذ لا يتحقق توافق كليهما مع اختلاف المقاصد. فالصورية راجعة إلى اختلاف قصد العاقد عن ظاهر العقد وشكله. ولا يلزم لصحة العقود ان تكون القصود متماثلة في العقود بين أطرافها فلا يقال ان اختلاف القصد مظنة الفساد لأن مقصود العاقدين أمر يختص بكل واحد منهما.

مثال: لو شهد إنسان بحرية عبد ثم اشتراه من سيده فالشراء صوري بحقه ولكنه بيع حقيقي بحق مالك العبد الذي لا يقر بحريته، والقصد الحقيقي من جانب المشتري المقر بحريته ليس الشراء بل الافتداء لأن اعترافه بحرية العبد يوجب بطلان الشراء[١].

١ - إعانة الطالبين، ج٣، ص٢٢٧.

٥-٣- إذا أراد أحد الطرفين أو كليهما ارتكاب ممنوع كانت الصورية وسيلة إلى التوصل إلى ما يريدان وذلك بإظهار شكل للعقد ليس عليه اعتراض. وقد تكون الرغبة في إظهار العقد بالشكل الموافق للنظام العام أو القانون أو الحكم الشرعي (بحسب الحال) راجع إلى:

٥-٣-١- ومنها الرغبة في الحصول على الحماية القانونية إذا كان العقد الموافق للنظام العام يحقق الغرض ويحظى بالتنفيذ من قبل الجهات الرسمية في حال وقوع الخلاف بين الطرفين بينما ان العقد الحقيقي لا يحظى بمثل ذلك مثله ان يحتاج إلى الرهن ولا سبيل إلى التوثيق لامتناع جهات التوثيق عن تسجيل الرهون لصالح البنوك فيبرم البنك مع عميله المدين له عقد بيع يشتري بموجبه البنك العقار محل الرهن فينتقل إليه الملك صورياً حتى إذا وقع الخلاف بينهما أو مطل المدين في تسديد ما عليه استطاع البنك التنفيذ على الرهن ببيعه باعتباره مالكاً له.

٥-٣-٢- وربما كان مرد اللجؤ إلى الصورية الرغبة في تجنب المحرم والتوصل إلى ما يريدان بطريقة ظاهرها الإباحة مطمئنين إلى ان مقصدهما شريف لا غبار عليه ألا وهو تجنب الحرام. مثال ذلك ان يحتاج

أحدهما إلى النقود وهو لا يجد من يقرضه دون استرباح وهذا من الربا المجمع على تحريمه فيبيع بيته إلى آخر مع اشتراط انه متى رد إليه الثمن رد المشتري إليه المبيع فما على المشتري عندئذٍ (بعد دفع الثمن للبائع) إلا الانتفاع بذلك البيت بالسكن أو التأجير إلى الآخرين مدة انتفاع البائع بالثمن. فإذا رد إليه الثمن رد المشتري إليه بيته واسترد ما أعطاه من ثمن، وهو ما يسمى ببيع الوفاء أو العهدة أو الأمانة ...إلخ.

٤-٥- ربما يكون غرض الطرفين أو أحدهما التغرير بالآخرين فيدخلان في عقدهما الصوري بنية سيئة في الغالب مثال ذلك ان يبيعه فرساً بألف درهم حقيقة ثم يقولان للناس ان الثمن كان ألفي درهم فالثمن في السر ألف وفي العلانية ألفان وذلك سمعة حتى يظن الناس ان الفرس ثمين فإذا باعه ذلك المشتري إلى طرف ثالث سهل عليه ان يزيد في الثمن عن القيمة. فهذا العقد وان كان حقيقياً من ناحية انه ينتج أثراً مماثلاً للبيع الحقيقي وهو نقل الملك، لكن الصورية دخلته في الثمن.

٥-٥- الجهل بأحكام العقود، فلا يستبعد ان يقع الناس في الصورية دون قصد إنما بسبب الجهل بأحكام العقود.

٦) العلاقة بين الاحتيال والعقود الصورية:

المعنى اللغوي للحيلة هو تدبير الأمور والقدرة على الوصول إلى المقصود. هذا هو المعنى الأصلي وهو معنى حسن غير مستقبح، ولكن غلب في عرف استعمال الكلمة معنى خاص هو: سلوك الطرق الخفية للتوصل إلى الغرض بحيث لا ينتبه إليه إلا من كان ذا ذكاء وفطنة، وبشكل أخص استعمال تلك الطرق في التوصل إلى غرض ممنوع شرعاً أو نظاماً أو حتى عادة وعرفاً من خلال صيغ ظاهرها يختلف عن باطنها. وغالب قصد أصحاب الحيل تفويت حقوق الآخرين أو أكل أموالهم بالباطل. القاسم المشترك بين مسألتنا وهي العقود الصورية وبين مسألة الاحتيال هي ان الحيلة تقتضي في الغالب التوصل إلى غرض ممنوع من حيث المعنى من خلال شكل جائز وصوره مباحة. فتكون الصورية مطية التوصل إلى الغرض الممنوع.

فالعقد الصوري يمكن ان يكون وسيلة للاحتيال الممنوع إذا استخدم للتوصل إلى غرض محرم أو التوسل إلى أكل أموال الناس بالباطل، كما يمكن ان

يكون وسيلة للتوصل إلى أمر مشروع وغرض مباح إذا استخدم وسيلة إلى مثل ذلك[1].

٧) التوتر بين الشكل والمضمون في النصوص القانونية:

النص القانوني، سواء كان قانون الشريعة أو سواه، هو عبارة عن ألفاظ تعبر عن مراد الشارع. والفقه الشرعي وكذا الفقه القانوني ما هو إلا جهد منظم لمعرفة وفهم مراد الشارع. تتجاذب هذا الجهد للفهم قوتان الأولى تدعوا إلى التمسك باللفظ والثانية ترى ان المقصود هو المعنى ولذلك تدعوا إلى الغوص إلى الحقيقة وعدم التعويل على اللفظ فقط.

وهذه مشكلة منهجية معروفة واجهها أصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم وهو عليه السلام بين ظهرانيهم. فقد روى البخاري عن ابن عمر ان رسول الله ﷺ لما انصرف من الأحزاب قال: "لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة فأدرك بعضهم العصر في الطريق فقال بعضهم لا نصلي حتى نأتيها وقال بعضهم بل نصلي لم يرد منا ذلك فذكر ذلك للنبي ﷺ فلم يعنف واحد منهم".

١- والاحتيال محرم لا يجوز إذا كان الغرض منه إسقاط واجب شرعي مثل ان يهب ماله صورياً فراراً من الزكاة.

قال ابن بطال في شرحه على البخاري: "لم يؤثم أحد الفريقين لا الذين صلوا قبل وصولهم إلى بني قريظة لأن معنى ذلك كان عندهم ما لم يخشوا فوات وقتها وكذلك لم يؤثم أيضاً الذين لم يصلوا حتى فاتهم وقتها إلى ان صاروا إلى بني قريظة لأن معنى أمره ﷺ كان عندهم لا يصلوها إلا في بني قريظة وان فاتهم وقتها فعذر كل واحد منهم لهذه العلة".

ونقل ابن حجر في فتح الباري عن القرطبي قوله: "تخوف ناس فوت الصلاة فصلوا وتمسك آخرون بظاهر الأمر فلم يصلوا فما عنف أحداً منهم من أجل الاجتهاد المسوغ والمقصد الصالح"[1].

ولم يزل الفقهاء يتأثرون في فهمهم للنصوص واستنباطهم للأحكام بما ذكرنا من وجود التوتر بين اللفظ والمعنى في فهم للنص. ومع اتفاق جميعهم على ان اللفظ والمعني مكونان لا يستغني أي واحد منهما عن الآخر إلا ان الوزن الذي يعطيه الفقيه لكل مكون متأثر بمنهج النظر الذي ينتمي إليه. فالذين يقولون بسد الذرائع كالمالكية والحنابلة لا يعولون كثيراً على اللفظ وإنما يعطون الوزن الأكبر للمعنى، أما الشافعية فلا يتجاهلون أهمية المعنى وإنما تجدهم يعولون كثيراً على اللفظ أي الظاهر فلا يرون حاجة إلى الغوص إلى الباطن. لأن الباطن متصل بالنوايا والنوايا لا يعلم بها إلا الله.

١ - فتح الباري، ج١، ص١٨٢.

صلة الموضوع بمسألة العقود الصورية والحقيقية:

للعقود الصورية شكل وصورة ولها مضمون ومعنى والصورة هي اللفظ والمعنى هو مقصود العاقدين.

ولذلك من الخطأ ان يقال ان المنهج الصحيح هو ذلك الذي يرجح المعنى لأن المعنى هو المقصود ويضرب صفحاً عن اللفظ كما ان من الخطأ ان يقال ان المنهج الصحيح هو ذلك الذي يتمسك باللفظ ولا يأبه بما وراء ذلك بحجة ان الخروج عن اللفظ اجتهاد غير مسوغ. ان المنهج الصحيح هو الموازنة والمعادلة بين اللفظ والمعنى وذلك بفهم المعنى المقصود والتأكد انه يأخذ الوعاء اللفظي المناسب له الذي يعكس حقيقته. والنظر في هذه العقود يكون كما قال السرخسي رحمه الله في المبسوط: ".. فيكون ابتداءه معتبر بلفظه وانتهاءه معتبر بمعناه كالهبة في المرض فإن ظاهره تمليك المال بطريق التبرع ومعناه معنى الوصية فيعتبر ابتداء بلفظه حتى يبطل بعدم القبض"[1].

لقد عني الفقهاء كثيراً بمسألة الموازنة بين الشكل والمضمون (بين اللفظ والمعنى) وان لم يسموها بهذا الاسم. ويظهر ذلك جلياً في مناقشتهم لمسائل ذات علاقة بالموضوع تكشف منهجهم في إعطاء كل عنصر من العنصرين ما يراه

١ - السرخسي، المبسوط، ج١٤، ص٣٧٣.

الفقيه الوزن المناسب الموافق لمراد الشارع كما فهموه، وفي نفس الوقت يُظهر اختلاف المنهج في ترجيح أحد الجانبين على الآخر.

٨) قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني:

نصت المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية التي استهلها المؤلفون بمجموعة من القواعد الفقهية، نصت على هذه القاعدة وتمامها: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني لذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء".

وقد اشتهر هذا النص بين المشتغلين بفقه المعاملات بحكم ما كان للمجلة من مكانة علمية عالية إذ كانت في يوم من الأيام القانون المدني في المجتمعات الإسلامية تحت لواء الدولة العثمانية، أضف إلى ذلك حسن سبك العبارة وصياغتها الجميلة.

مسألة هل العبرة في العقود للفظ أو للمعنى ليست جديدة بل ذكرها الفقهاء قديماً. قال السيوطي رحمه الله: "هل العبرة بصيغ العقود أو معانيها؟ خلاف والترجيح مختلف في الفروع ومع ذلك لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل

الثمن الأول فهو إقالة بلفظ البيع[١]، وقال السرخسي رحمه الله في المبسوط: "... في العقود يعتبر المقصود وعليه ينبني الحكم ألا ترى انه لو قال اشتريت منك كراً من حنطة صفتها كذا بهذا الثوب وبين شرائط السلم يكون سلماً وان لم يذكر لفظ السلم ولو وهب ابنته من رجل كان نكاحاً ولو وهب امرأته من نفسها كان طلاقاً ولو وهب عبده من نفسه كان عتقاً .. فاللفظ واحد ثم اختلف العقد لاختلاف المقصود"[٢]. وفي المنثور في القواعد للزركشي: "العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها أي هل النظر إلى ما وضع له اللفظ بطريق الحقيقة أو إلى ما يدل عليه (بطريقة) التضمن؟"[٣].

وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم: "الاعتبار للمعنى لا للألفاظ صرحوا بذلك منها الكفالة فهي بشرط براءة الأصيل حواله ... "[٤].

ومثل هذا كثير في كتب الفقه والأصول.

ولكن ما معنى ان نقول: العبرة في العقود للحقائق والمعاني لا للألفاظ والمباني؟ الذي يظهر لنا ان هذه القاعدة تتعلق بأمرين:

١ - الموسوعة الكويتية.
٢ - السرخسي، المبسوط، ج١، ص٣٧٣.
٣ - القواعد الفقهية، ج٢، ص٤٤١.
٤ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج ، ص .

الأول: الحالات التي يستخدم العاقدان فيها لفظاً لا يعبر عن معنى العقد، فالعبرة عندئذٍ للمعنى وليس للفظ. أي ينعقد بينهما العقد الآخر الذي لم يسمَّه العاقدان ظاهراً وإنما قصدا معناه. وقد عبر أحمد الزرقا رحمه الله في شرح القواعد الفقهية عن هذه المسألة فقال: "والمراد بالمقاصد والمعاني ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر"، وضرب لذلك أمثلة فقال: "انعقاد الكفالة بلفظ الحوالة وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة إذا اشترط فيها براءة المديون من المطالبة أو عدم براءته"[١]. وهذا ظاهر أيضاً في المثال الذي ضمنه مؤلفوا مجلة الأحكام العدلية نص القاعدة.

ولمزيد من الإيضاح إذا أبرم العاقدان عقداً سمياه بيعاً ثم ظهر من القرائن اللفظية ان ما أبرما هو في حقيقته سلم فان حكم السلم هو الذي يجري على العقد لأن العبرة إنما هي بالمعنى والقصد وليس اللفظ والمبنى.

فالحقائق والمعاني المذكورة في هذه القاعدة مستمدة من القرائن اللفظية كما ذكر أحمد الزرقا رحمه الله ولذلك إذا وجد العقد خالياً من القرائن اللفظية التي تصرفه عن معناه الظاهر أصبح معناه ومبناه متوافقين, وقد أخطأ مترجم مجلة الأحكام العدلية إلى اللغة الإنجليزية إذ استخدم كلمة النية (Intention) مقابلاً انجليزيا لكلمة الحقائق والمعاني... مثل هذا القول لا وجه له وليس هو

١ - أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ٥٥.

المستفاد من القاعدة. وفي هذا رد على الذين نسمعهم يقولون "التورق لا يجوز إذ ان غرض المتورق هو الحصول على النقد ثم يستشهدون بالقاعدة العبرة في العقود بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني معتبرين إلى قصد النقود هو الحقيقة على افتراض ان قصد الحصول على النقد غير جائز.

والأمر **الثاني**: تشوف الفقهاء رحمهم الله إلى تصحيح العقود ما أمكن ذلك ولهذا كانت هذه القاعدة (أي العبرة في العقود ...) هي واحدة من أدوات تحقيق هذا الغرض فإذا أبرم طرفان عقد الكفالة بشرط براءة الأصيل فهل نقول انه عقد فاسد لمخالفته شرط الكفالة أم نصححه بالقول ان اللفظ كفالة لكن المعنى هو الحوالة، والحوالة جائزة ولذلك يصح ويكون حوالة. الأولى تصحيح تصرفات الناس وعقودهم ما وجدنا إلى ذلك سبيلا، ولذلك نجد السيوطي رحمه الله بعد ان ذكر مثالاً على ترجيح المعنى على اللفظ بقوله: "لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول فهو إقالة بلفظ البيع" أضاف: "ولو اعتبرنا اللفظ لم يصح لأنه بيع فاسد وقع على المبيع قبل القبض" يعني انه اعتبر المعنى طلباً لتصحيح العقد ولو اعتمد على اللفظ فقط لم يصح. وكذا محررو مجلة الأحكام العدلية فإن قولهم يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء إنما هو تصحيح لعقد لو اعتمدنا على ألفاظ عاقديه لجاء فاسداً.

٩) قاعدة "العبرة في العقود ..." ليست مطردة:

رأينا ان قاعدة "العبرة في العقود" مختصة بالقرائن اللفظية فحسب، ونضيف ان هذه القاعدة ليست مطردة حتى في ذلك بل هي منتقضة في مواضع كثيرة، إذ العبرة في بعض العقود للفظ فحسب

خذ على سبيل المثال: لو دفع إلى غيره مالاً ربوياً بمثله دون ان يتقابضا فسموَّه بيعاً كان من الربا المحرم ولو سموَّه قرضاً كان من أعمال البر والخير والحقيقة والمعنى واحد في كليهما من حيث ان احدهما يقبض دراهم ثم يعطي مثلها بعد العقد. فاشتركا فيه واختلفا في الحكم بناء على اللفظ. فإذا قيل بل المعنى مختلف فإن في الأول معنى المعاوضة وفي الثاني معنى الإرفاق والقربة، يرد على ذلك لو كان غرضه الإرفاق والقربة فعقد مع صاحبه العقد بلفظ صرف مؤجل لم يكن جائزاً فدل على ان العبرة باللفظ.

ومن ذلك أيضاً ما ورد في الحديث عن رسول الله ﷺ: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق"، يعني ان التلفظ بلفظ النكاح أو الطلاق أو العتاق يترتب عليه الوقوع اعتماداً على اللفظ بصرف النظر عن المعنى الذي كان يقصده القائل.

وقد قسم الزركشي رحمه الله في المنثور المسألة إلى أربعة أقسام: (الأول) ما يعتبر فيه اللفظ قطعاً كالنكاح .. (الثاني) ما يعتبر فيه اللفظ في الأصح فمنها لو قال أسلمت إليك هذا الثوب في (هذا) العبد فليس بسلم قطعاً لانتفاء الدينية ولا بيعاً في الأظهر (لإخلال) اللفظ فإن السلم يقتضي الدينية والدينية مع التعين يتناقضان ... إلخ كلامه"[1].

نخلص من ذلك إلى ان قاعدة العبرة في العقود لها علاقة بموضوع الصورية وهي الحالات التي لا تدل القرائن اللفظية على المعنى المقصود من قبل العاقدين. فيختلف اللفظ عن المعنى والظاهر عن الباطن فإن كان الاختلاف أمراً مقصوداً كان صورياً وان كان المقصود هو المعنى انعقد العقد على أساس المعنى لا اللفظ.

١٠) هل للعقود جانب تعبدي:

هل للعقود جانب تعبدي بحيث يكون خاطئاً من أقدم على عقد يعرف ان باطنه يختلف عن ظاهره.

التعبدي لغة المنسوب إلى التعبد، وتعبد الله العبد بالطاعة يعني طلب منه العبادة والتعبديات في اصطلاح الفقهاء تطلق على أمرين: أعمال العبادة

١ - الزركشي، المنثور، ج٢، ص٢٤١.

كالصلاة والصيام والثاني الأحكام الشرعية التي لا يظهر للعباد في تشريعها حكمة غير مجرد الطاعة والتعبد أي التكليف بها لاختبار عبودية العبد وطاعته[1].

من فاضل القول ان نذكر ان على الإنسان ان يلتزم بأشكال العقود وصورها وان لا يستخدم هذه الأشكال إلا للمعاني المعتادة فإذا أقدم على عقد صوري له معنى مخالف لظاهره وشكله هل يقال إنه قد اقترف مأثماً أم انه أوقع نفسه بحيث لا يجد من الجهة القضائية الحماية لحقوقه؟. بمعنى آخر لو انه طلب إلى مدينه رهناً فقدم عقاراً مملوكاً له غير انه لا يستطيع توثيق الرهن بالتسجيل فما كان منه إلا ان باعه عليه بيعاً صورياً فأصبح الدائن مالكاً للعقار أمام الناس بحيث يمكنه بيعه لاقتضاء دينه فالظاهر هو البيع والباطن هو الرهن. فهل يكون آثماً بفعله هذا؟ أم انه مخالف للقانون يستحق عقوبة دنيوية غاية ما فيها ضياع حقوقه دون ان يلحقه المأثم في آخرته.

إذا توصل إلى الكفالة في عقد شكله وظاهره الحوالة فلا يمكن ان يقال انه آثم بفعله ذلك لأن كليهما جائز مباح غاية ما في ذلك الإفضاء إلى النزاع أو ضياع حقوقه. أما إذا عقد عقداً ظاهره الحل والإباحة لكنه يفضي إلى ممنوع فهو آثم بارتكابه المحرم.

---

١ - من ذلك: قال في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج١١، ص٥٧: "والصحيح عند أهل المذهب ان النهي عن بيع الطعام قبل قبضه تعبدي" وفي تحفة المحتاج، ج١٦، ص٤٥٨" (باب الربا) ... وتحريمه تعبدي" وقال في تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج٣، ص٢٠، (وأول نصاب الإبل) ... وهذا العدد تعبدي لا يسأل عن حكمته".

١١) النية وأثرها على العقود:

النية لغة القصد وعزم القلب عرفها الجمهور بأنها: عقد القلب على إيجاد الفعل جزماً وعرفها الشافعية بأنها: قصد الشيء مقترناً بفعله. فالنية مرتبطة بالعمل. ان الغرض الذي من أجله شرعت النية هو تمييز العبادات عن العادات وتمييز رتب العبادات بعضها من بعض. ولذلك قالوا لا تشترط النية في العبادة التي لا تكون عادة أو لا تلتبس بغيرها كقراءة القرآن والأذكار.

ورب قائل ان الفرق بين العقود الصورية والحقيقية هو القد والنية، ولكن النية محلها القلب فهل يكون لها تأثير على العقود التي تجري بين الناس، بحيث يقال ان على الإنسان ان يستبطن نية معينة عند الدخول في أي عقد من العقود؟

قد ورد في الحديث الصحيح قول المصطفى ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرؤٍ ما نوى" (الحديث).

إذا نوى الإنسان بالتزامه بأركان العقد وشرائط صحته كما بينته الأحكام الشرعية الانقياد بالطاعة لله عز فإنه مثاب على هذه النية، قال الشاطبي رحمه

الله في الموافقات: "وأما الأعمال العادية .. فلا تكون عبادات ولا معتبرات في الثواب إلا مع قصد الامتثال .."[1].

كما ان من أظهر الالتزام والحرص على الالتزام بشرائط صحة العقود وأحكامها الشرعية ولكن قصده ونيته السمعة والرياء إذ لا يأبه في مكنون صدره بأي من تلك الأحكام فهو آثم لا محالة.

ولكن هل يفسد العقد أو يبطل أو ينفسخ لمجرد النية؟ النية محلها القلب ولا يعلم بالنوايا إلا عالم السرائر عز وجل وهو يحاسب عليها في يوم المعاد ولذلك لا سبيل إلى إفساد العقود أو إبطالها بمجرد الدعوى بأن نية الطرف الآخر كانت غير موافقة لمقصود الشرع وإنما المعول على الظاهر من قول أو عمل أو قرائن أخرى ترجح مثل ما ذكر. وهنا يختلف النظر الفقهي من ناحية الاعتماد على الظاهر في معرفة الباطن. فمن كان منهجه سد الذرائع اعتبر المقاصد فما كثر قصده سدت الذريعة إليه حتى لو كان لو قل قصده لم يمنع. هذا ما كان من أمر النية إذا بقي محلها القلب. أما إذا ترتب عليها فعل أو قول فإن صحة العقد وإمضاءه من قبل الجهات القضائية يكون محل نظر.

قال ابن تيمية رحمه الله: "النية في الجملة تنقسم إلى مؤثر في العقد إلى غير مؤثر ... إذا كانت منافية لموجب العقد أو لمقتضى الشرع كانت مؤثرة وإذا لم

١ - الشاطبي، الموافقات، ج٣، ص١٩.

تكن منافية لم تؤثر فمن نوى بالشري القنية أو التجارة لم يخرج بهذه النية عن مقتضى البيع بخلاف من أوجب ذلك بالشرط على المشتري أما من قصد ان يقصد ليفسخ لا لغرض في المعقود عليه أو قصد منفعة محرمة بالمقصود عليه فهذا قصد ما ينافي العقد والشرع .. وقد تؤثر النية حيث لا يؤثر الشرط فإنه لو قصد التدليس على المشتري أو المستنكح أو المنكوحة كان ذلك حراماً مثبتاً لخيار الفسخ أو مبطلاً للعقد ولو شرط ذلك لكان العقد صحيحاً فظهر ان القصد يؤثر حيث لا يؤثر الشرط كما ان الشرط يؤثر حيث لا يؤثر القصد"[1].

والفقهاء في هذه المسألة على قولين، ممن كان من أصوله سد الذرائع صحح العقود وأفسدها على القصود.

قال ابن القيم رحمه الله في إعلام الموقعين: "فصل وقوله: ولا تفسد العقود بأن يقال هذه ذريعة وهذه نية سؤ إلى آخره، فإشارة منه إلى قاعدتين إحداهما ان لا اعتبار بالذرائع ولا يراعى سدها والثانية ان القصود غير معتبرة في العقود والقاعدة المتقدمة ان الشرط المتقدم لا يؤثر وإنما التأثير للشرط الواقع في صلب العقد وهذه القواعد متلازمة فمن سد الذرائع اعتبر المقاصد وقال يؤثر الشرط متقدماً ومقارناً ومن لم يسد الذرائع لم يعتبر المقاصد ولا الشروط المتقدمة .."[2].

١ - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج٩، ص٤٣٣.
٢ - ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٣، ص٣٤٢.

العقود الصورية في القانون الفرنسي:

يفرق القانون الفرنسي – ثم سارت على ذلك أكثر القوانين العربية – بين العقد الظاهر وهو العقد الصوري والعقد المستتر وهو العقد الحقيقي ويطلق على هذا الأخير في التشريع المصري "ورقة الضد" ولتحقق الصورية لا يد من وجود عقدين يعقدان في نفس الوقت ويختلفان من حيث الأركان والشروط أحدهما ظاهر للناس وهو العقد الصوري والآخر سري أو مستور وهو العقد الحقيقي، وهذه تسمى عندهم الصورية الجزئية أو النسبية، أما الصورية المطلقة فهي إنشاء عقد واحد (وليس عقدين) يظهر للناس ولكن ليس له وجود في الحقيقة.

والغرض المقصود من قبل العاقدين في الصورية النسبية هو تعديل عنصر من عناصر العقد الظاهر بإنشاء العقد الباطن، ومن هذا الباب يسمى العقد الباطن "ورقة الضد". فإذا كان التعديل المقصود من إنشاء العقد الباطن غير مخالف للقانون.

دعوى الصورية لاقتطاع زكاة غير مستحقة:

جمهور أهل العلم على ان الزكاة واجبة في الدين الثابت في ذمة مدين مقر به باذل له على تفصيل ولذلك كانت جهات جمع الزكاة تحصل من المكلفين زكاة

الديون المتوجبة لهم في ذمم الغير إذا استوفت هذه الشروط وحال عليها الحول.

أو الإيرادات عن الأصول المؤجرة فقد اتجه النظر الفقهي المتمثل في قرارات المجامع الفقهية وسواها على ان يزكي زكاة النقود، يعني تضم الأجرة إلى الوعاء الزكوي بعقد قبضها وتزكى إذا حال عليها الحول أما الأثل فلا زكاة عليه. ثم ظهر ما يسمى بالإيجار مع الوعد بالبيع. وهذا العقد بالنسبة لأربابه المتعاملين به عقد إجارة تجب الزكاة بالنسبة للمؤجر على الأجرة إذا حال عليها الحول. أما الجهات تحصيل الزكاة فهي تصم هذا العقد بالصورية وانه ليس إلا عقد بيع بالتقسيط، وما الإيجارات إلا أقساط دين في ذمة المستأجر فتعامله معاملة الديون، ولو تأملنا العلاقة بين الطرفين في عقد الإجارة مع الوعد بالبيع لرأينا إنها علاقة مؤجر بمستأجر يشهد لذلك ما يترتب على هلاك الأصل، وتحمل المؤجر الصيانة الأساسية واستحقاقه الأجرة مقابل استهلاك المنفعة.

ضوابط العقود الصورية

الضابط الأول: مقتضى العقد:

تصور الفقهاء ان لكل عقد معنى (مضمون أو مقتضى) هو المقصود من العلاقة التعاقدية ويجب ان يتوافق اللفظ المستخدم من قبل العاقدين لإبرام العقد مع ذلك المعنى، وهذا المعنى لا يحتاج ان يشترطه أحد العاقدين على صاحبه لأنه هو المقتضى وهو عندهم مراد الشارع، فإذا قال بعت وقال الآخر اشتريت فلا يحتاج أحدهما ان يشترط تملكه للمبيع لأن هذا هو المقتضى فإن شرطه لم يكن ذلك إلا زيادة إيضاح وتوكيد. وأما الشروط في العقود فهي معانٍ إضافية إذا جاءت في العقد موافقة لمقتضاه فهي صحيحة وان خالفته كانت ممنوعة لأن كل ما يؤدي إلى تفويت المعنى المقصود في العقد يؤثر على المقتضى فلا يكون موجوداً بالصورة التي تصور الفقهاء إنها مراد الشارع[١]. ومن جهة أخرى فإن المقتضى مهم في فض النزاع في حال وقوعه لأن الحاكم الشرعي يقضي عند الاختلاف بين الطرفين بموجب مقتضى العقد[٢].

وليست مقتضيات العقود مما ورد النص عليه في كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ وإنما صاغها الفقهاء بناء على قواعد عامة معتمدة على الأعراف

١ - قال في البحر الرائق، ج٦، ص٩٦، مقتضى العقد هو: "ما يطلبه العقد بمقتضى الشرع من غير شرط".
٢ - قال في فتح الجليل، ج١٠، ص١٨٧: ".. إلا ما يقتضيه العقد فيقضى به ولو لم يشترط ويتأكد بالشرط.

والعادات ومستمدة من قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)، لأن الأمر بالوفاء كما قال القرافي رحمه الله يتعين ان يكون أمراً بمقتضياتها[1]، أي بمعانٍ قابلة لأن تكون محلاً للوفاء وقوله عليه الصلاة والسلام: "المؤمنون عند شروطهم"، والمتأمل في كلام الفقهاء في مقتضيات العقود يلحظ ان تحديد مقتضى كل عقد وسيلة للتأكد من وجود ثمرة لكل علاقة تعاقدية يمكن بناء عليها الحكم بين المتعاقدين في حال النزاع فاحتاج الأمر إلى وجود معنى متفق عليه للفظ المستخدم في المعاقدة.

ومن أهم أسباب عناية الفقهاء بموضوع المقتضى هو ضبط الشروط في العقود. فالشروط كما قال عمر بن الخطاب ﷺ هي مقاطع الحقوق، ولذلك تتغير حقيقة العقد باختلاف الشروط فيه عن العقود الأخرى. فيكون المقتضى ضابطاً لتلك الشروط وبناء عليه قسموا الشروط إلى قسمين، قسم موافق للمقتضى فهو مقبول (لا يمنع منه إلا ما ورد النص بمنعه كاشتراط الولاء لغير من اعتق)، وقسم مناقض (أو معارض) للمقتضى فهو ممنوع. فصار مقتضى العقد هو ضابط ما يجوز وما لا يجوز من الشروط في العقود. والشروط في العقد ومقتضاه تكمل بعضها بعضاً لأنها تؤدي بمجملها إلى تشكيل ثمرة العقد وآثاره المبتغاه من العاقدين. ولذلك نجد ان من توسع في مسألة الشروط جعل

١ - القرافي، أنوار البروق، ج٦، ص٢٨٣.

ذلك على حساب المقتضى، ومن جعل المقتضى واسعاً فضفاضاً لم يعد يرى حاجة للتوسع في قبول الشروط فالذين قالوا لا نمنع من الشروط إلا ما ورد النص بمنعه نجدهم يقولون إنما مقتضى العقد هو ما تراضى عليه طرفاه، ونم توسع في مسألة المقتضى فجعل لكل عقد غرض محدد ومقتضى خاصاً به ضيق في الشروط لأن التوسع فيها لا يكون إلا على حساب ذلك التوسع في المقتضى.

مسألة الشروط فلا يمنع منها إلا ما ورد النص بمنعه[١] فالمقتضى عنده ليس أكثر مما تراضى عليه العاقدان، أما من ضيق في مسألة الشروط فترتب على ذلك ان توسع في مفهوم مقتضى العقد حتى صار واسعاً فضفاضاً يجعل أكثر الشروط مخالفة لمقتضى العقد[٢].

يمكن القول ان العقد إذا تعورف فيه على مقتضى محدداً كان كل شرط يؤدي إلى فوات المقتضى على خطر تحويل العقد إلى عقد صوري من ناحية انه

---

١ - وهذا منهج ابن تيميه وابن القيم وذكر انه موافق لمنهج الإمام أحمد وهو ان الأصل في جميع الشروط الحل والإباحة إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وقال ابن القيم رحمه الله: "فكل ما لم يبين الله ورسوله تحريمه من العقود والشروط فلا يجوز تحريمهما فإن الله سبحانه وتعالى قد فصل لنا ما حرم علينا ..".

٢ - ومنها قول المنتقى شرح الموطأ ج٣ ص٤١١، "(مسألة) فإن ادعى أحدهما إطلاق العقد وادعى الثاني اشتراط موضع غير موضع السلم فالقول قول مدعي إطلاق العقد لأن الثاني ادعى خلاف مقتضى العقد فلم يثبت ذلك إلا ببينة"، وقوله في منح الجليل ".. لو شرط ان لا يكون [الجنين في بطن أنثى حامل] رهناً لم يجز لمناقضته لمقتضى العقد .."(ج١١ ص٢٨٩)، وفي حاشية العدوى "ولو شرط المرتهن نفي الضمان فيما يغاب عليه .. قال ابن القاسم الشرط باطل لأنه شرطاً يناقض مقتضى العقد وقال أشهب الشرط لازم وصوبه اللخمي.." (ج٦، ص٤١٦)، وقول ابن قدامه في المغني: "الشروط الفاسدة في الشركة والمضاربة .. أحدها ما ينافي مقتضى العقد مثل ان يشترط لزوم المضاربة" (المغني ج٥، ص١٢٦)، وفي المزارعة ".. ليزرعها حنطة ولا يزرع غيرها فذكر القاضي ان الشرط باطل لأنه ينافي مقتضى العقد.." (ج١١ ص٤٦٠)، وقال: "وان شرط الخيار في الوقف ... وبما انه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح" (ج١٢، ص١٩١)، وقوله: "وان شرط [في المسابقة] ان لا يرمي بهذا القوس ... فهذه شروط فاسدة لأنها تناقض مقتضى العقد" (ج٢٢، ص٣٧)، وقوله: "فإن شرط عليه في الكتابة انه لا يسافر قال القاضي الشرط باطل لأنه ينافي مقتضى العقد" (ج٢٤، ص٢٢٦)، وفي المبسوط: "وكذلك لو استأجر دابة بعشرة دراهم إلى بغداد على انه ان بلغ قرية كذا ثم بدا له ان يرجع فله الأجر كاملاً فهذا فاسد ... لأن الشرط يخالف مقتضى العقد" (ج١٨، ص٤٢٦).

يظهر للناس شكلاً مخالفاً لمعناه، ولا يمكن القول ان العقد لا أثر له بل انه له أثر ولكنه أثر مختلف عما ينم به شكله وتشي به صورته. وضابط المقتضى ضابط يتعلق بالقضاء.

الضابط الثاني:

إذا كان العقد بحيث لو وقع الخلاف بين المتعاقدين لم ينظر الحاكم الشرعي إلا إلى ظاهره كان العقد صورياً. فهذا بيع التلجئة إذا اختلف المتبايعان فادعى أحدهما التلجئة وأنكر الآخر وزعم ان البيع بيع رغبة فالقول قول منكر التلجئة لأن الظاهر مشاهد له.

وقد وصف بعض القانونين عقد الإجارة مع الوعد بالبيع انه "بيع مستور بالإيجار" وليست تلك حقيقته في التطبيق الصحيح ولكن وجدنا جهات جمع الزكاة تتبنى مثل هذا الرأي كي تقتطع من شركات التمويل بالإجارة الزكاة كما لو كانت بيعاً بالتقسيط. لا نعرف ان محكمة شرعية نظرت في مثل هذا العقد ولكن لو وقع مثل ذلك وذهب المحكمة هذا المذهب، فإن عقد الإجارة مع الوعد بالبيع سيأخذ مكانه ضمن العقود الصورية.