

الفصل الثاني

الأصول الشرعية العامة المتعلقة بالعقد

المبحث الأول: حرية الاختيار . .

المبحث الثاني: نية العقد ومقصده .

* عقد العينة .

* حجة الشافعي في تجويز عقد العينة .

* مناقشة حجتي الشافعي وابن حزم في العينة .

* عقد التورق . .

تقديم

أتناول من خلال هذا المبحث المتعلق بالعقد أصليين على شكل مبحثين، هما
الأصل الأول: حرية الاختيار.
الأصل الثاني: نية العقد ومقصده.

المبحث الأول

حرية الاختيار

إن أول شرط في عقد المعاملات حرية اختيار العاقد ورضاه، لأن عقود
المعاوضات لا تعقد إلا بالتراضي، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَرُّرًا عَنْ رَاضٍ
مِّنْكُمْ﴾^(١).

كما يشترط في عقود التبرع طيب خاطر، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ
مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾^(٢).

وقول الرسول ﷺ: «لا يفترقن اثنان إلا عن تراض»^(٣).

واستثنى الرسول ﷺ من هذا الأصل العام: الإكراه؛ في قوله ﷺ: «رفع عن
أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(٤).

(١) النساء الآية ٢٩. (٢) النساء الآية ٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه وأبن حبان في صحيحه بهذا اللفظ (إنما البيع عن تراض) ومن طريق أبي
هريرة مرفوعا أخرجه ابو داود في كتاب البيوع بلفظ لا يفترقان اثنان إلا عن تراض وقال أبو
عيسى هذا حديث غريب.

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب الطلاق - باب طلاق المكره و الناسي أبلغ: «إن الله تجاوز عن
أمتي الخطأ والنسيان و ما استكرهوا عليه».

قال في الزوائد: إسناده ضعيف - لا تفاهم على ضعف أبي بكر الهذلي - وبلغ: «إن الله
وضع عن أمتي الخطأ والنسيان و ما استكرهوا عليه».

قال فالزوائد: سنده صحيح إن سلم من الانقطاع، و الظاهر أنه منقطع بدليل زيادة عبيد بن
نمير في الطريق الثاني و ليس ببعيد أن يكون السقط من جهة الوليد بن مسلم فإنه كان
يدلس. حديث رقم: ٢٠٤٣ و ٢٠٤٥ - ج: ١ - ص ٦٥٩.

والإكراه؛ نوعان:

١ - إكراه مادي

٢ - إكراه قانوني

* الإكراه المادي:

إن الإكراه المادي لا يقبل شرعا إلا فيما تقتضيه العدالة، كبيع القاضي أموال المدين لاستيفاء دينه.

* الإكراه القانوني:

أما الإكراه القانوني فيتمثل في الأوضاع القانونية الملزمة المخالفة للشريعة الإسلامية. وأن هذا الإكراه القانوني يتفاوت من بلد إلى بلد. فإذا كان حكم قانوني ملزما للناس في بلد ما؛ وهو مخالف لأحكام الشريعة، فإن الوضع يدخل تحت حكم الضرورة بسبب إلزامية القانون للناس، كما تنص القاعدة الفقهية: الضرورات تبيح المحظورات^(١). وإن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، وإنما قيدت بقاعدة أخرى، وهي: الضرورة تقدر بقدرها^(٢): أي يباح من المحظور مقدار ما يرفع الضرر عن المكلف، لأن الغاية من الشريعة رفع الضرر عن المكلفين، ولا ينبغي للمكلف أن يتبع هواه ويدعي المشقة والحرَج، لأن مخالفة الهوى فيها مشقة؛ لكنها معتادة متحملة، وبسببها كان التكليف بما يطاق.

ونبه الإمام الشاطبي المكلف في هذا الأمر الذي كثيرا ما تزل فيه الأقدام، حيث قال: «إن أسباب الرخص أكثر ما تكون مقدرة ومتوهمة لا محققة، فربما عدها شديدة وهي خفيفة في نفسها، فأدى ذلك إلى عدم صحة التعبد، وصار عمله ضائعا وغير مبني على أصل، وكثيرا ما يشاهد الإنسان ذلك، فقد يتوهم الإنسان الأمور صعبة وليست كذلك إلا بمحض التوهم، ولو تتبع الإنسان الوهم لرمى به في مهاو بعيدة، ولأبطل عليه أعمالا كثيرة، وهذا مطرد في العادات والعبادات وسائر التصرفات»^(٣).

هذا التنبيه من عالم المقاصد إنما قصد منه أن لا يركب المكلف هواه؛ ويقتحم المحرمات معتذرا بالضرورة التي تبيح المحرمات، وهذا كثير في زماننا.

(١) انظر: المجلة العدلية: المادة ٢١.

(٢) المجلة العدلية: المادة ٢٢.

(٣) الموافقات: ج ١/ ص ٥٠٨ - ٥٠٩.

ومن صور الإكراه القانوني : التأمين على وسائل النقل ؛ وهو التأمين التجاري بصفة خاصة ، والمستمد من بيئة غير إسلامية والمشتغل على غرر فاحش ورد فيه النهي الشرعي المقتضي منعه .

فإذا وجد المكلف نفسه في بلد لا يقبل قانونيا إلا هذا النوع من التأمين ، وهو في حاجة إليه في حياته ، فيباح له ضرورة ، حتى يجد البديل عنه ، لأن عقود الغرر تباح عند الحاجة إليها ، يقول السيوطي : «الحاجة : هي أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة ، ولكنه لا يهلك ، فالحاجة إلى عقد من العقود تكون في حالة ما إذا لم يباشر المرء ذلك العقد كان في مشقة وخرج لفوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعا»^(١) .

وقال ابن تيمية : «ومفسدة الغرر أقل من الربا ، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه»^(٢) .

وعقد التأمين لا ينطبق عليه ما ذكرنا ليكون جائزا ، وإنما حاجة المكلف إلى عقد التأمين بسبب الإكراه القانوني .

(١) الأشباه و النظائر : السيوطي : ص ٧٩ - ٨٣ - ٨٤ - ٨٥ - ٨٨ .

(٢) مجموع الفتاوى المبرى ٢٠ - ٢٤ .

المبحث الثاني

نية العاقد ومقصده

من القواعد التي تخدم هذا الأصل :

* الأمور بمقاصدها^(١).

* والعبرة في العقود المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني^(٢).

ودليل هاتين القاعدتين قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى .. الحديث»^(٣).

فإن هذا الأصل يتحكم في الباعث على التعاقد خاصة في الفقه المالكي والحنبلي. فإذا ذكر السبب؛ أي الباعث في العقد فقد دخل في دائرة التعاقد واعتد به في جميع المذاهب، أما إذا لم يذكر السبب في العقد لا صراحة ولا ضمناً؛ فإن المذهب المالكي والحنبلي يعتد به مع ذلك بشرط أن يكون معلوماً من الطرف الآخر^(٤).

ففي الفقه المالكي يقول الخطاب: «واعلم أن الأعيان على قسمين :

* القسم الأول: ما لا منفعة فيه أصلاً، فلا يصح العقد به عليه.

* القسم الثاني: ماله منفعة، وهو على ثلاثة أقسام:

الأول: ما كان جميع منافعه محرمة، وهو الذي لا منفعة فيه؛ لا يصح بيعه ولا تملكه...

الثاني: ما كان جميع منافعه محللة، فيجوز بيعه إجماعاً..

الثالث: ما فيه منافع محللة ومنافع محرمة، قال المازري: فهو المشكل على الأفهام ومزلة الأقدام. وفيه ترى العلماء مضطربين، وأنا اكشف عن سره ليهون عليك اختلافهم.

فإن كان جل المنافع والمقصود منها محللاً والمحرر تبع فواضح إلحاقه

(١) القواعد الفقهية للدكتور مصطفى الزرقا: المدخل ٢ - ٩٦٥ المجلة العدلية مادة ٢.

(٢) المصدر نفسه ٩٦٦/٢ المجلة العدلية المادة ٣.

(٣) صحيح البخاري رقم ١.

(٤) انظر تفاصيل هذا الموضوع في: مصادر الحق: للسنيهوري: ٥٢/٤.

بالثاني . . وإن كانت منافعه المقصودة منها ما هو محلل ومنها ما هو محرم ؛ أو فيه منفعة محرمة مقصودة ؛ وسائر منافعه محللة ، قال المازري : فهذا هو المشكل وينبغي أن يلحق بالممنوع . . وربما وقع في هذا النوع مسائل تشكل على العالم فيخلط المسألة بعين فكرته فيرى المنفعة المحرمة ملتبسا أمرها : هل هي مقصودة أم لا ؟ ويرى ما سواها من المنافع المقصودة محللة فيمتنع من التحريم لأجل كون المقصود من المنافع محللا ، ولا ينشط لإطلاق الإباحة لأجل الإشكال في تلك المنفعة : هل هي مقصودة أم لا ، فيقف هنا المتورع ؛ ويتساهل آخر ؛ ويقول بالكراهية للالتباس ولا يحرم ، فاحتفظ بهذا الأصل فإنه من مذهبات العلم ، ومن أتقنه علما ؛ هان عليه جميع مسائل الخلاف الواردة في هذا الباب»^(١) .

هكذا يبدو لنا أن المالكية يعتدون بالبائع وإن لم يذكر في العقد ، مثلا : فلا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة ؛ ولا بيع عصير عنب لمن يتخذه خمرا . وفي الفقه الحنبلي يقول صاحب المغني : «وهكذا الحكم في حمل ما يقصد به الحرام ؛ كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطرق»^(٢) .

ويقول ابن القيم في مقصد العاقد : «فالنية روح العمل ولبه وقوامه ، هو تابع لها ؛ يصح بصحتها ويفسد بفسادها . والنبي عليه الصلاة والسلام قد قال كلمتين كفنا وشفتا ؛ وتحتهما كنوز العلم ؛ وهو قوله : «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» ، فبين في هذه 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 ؛ ولا يعصمه من ذلك صورة البيع»^(٣) .

من هذا الباب حرم الفقهاء الحيل التي تؤدي إلى تحليل ما حرم الله قال ابن القيم رحمه الله في تعريفه الفقهي للحيلة : «فالحيلة هي نوع مخصوص من التصرف ؛ والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال ؛ ثم غلب عليها بالعرف استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه ،

بحيث لا يفتن له إلا بنوع من الذكاء والفتنة ، فهذا أخص من موضوعها في اللغة ، سواء كان المقصود أمرا جائزا أو محرما ، وأخص من هذا استعمالها في الغرض الممنوع شرعا أو عقلا أو عادة ، فهذا هو الغالب عليها في عرف الناس»^(٤)

(١) انظر : مواهب الجليل : ٣٠٨ / ٤ - ٣٠٩ .

(٢) المغني : ٢٨٤ / ٤ - ٢٨٥ .

(٣) أعلام الموقعين : ٣٩٨ / ٣ .

(٤) نفس المرجع : ٢٥٢ / ٣ .

والحيل المذمومة شرعا؛ هي التي تكون سببا في إسقاط واجب أو تحليل محرم، قال الشاطبي في ذلك: «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»^(١).

إذاً، إن أي أسلوب اتخذ لإسقاط واجب أو تحليل محرم فإنه يسمى حيلة عند الفقهاء^(٢).

أتناول على ضوء هذه المعطيات الفقهية عقدين لهما صلة بنية العاقد ومقصده، وما كان في معناه في هذا العصر، وهما:

* عقد العينة

* عقد التورق

١ - عقد العينة:

أ - تعريف العينة في اللغة.

جاء في المصباح: العينة بالكسر: السلف^(٣).

ب - وفي الاصطلاح:

أن تباع السلعة بثمن مؤجل ويشتريها البائع من المشتري نفسه بثمن معجل أقل مما باع به^(٤).

قال ابن تيمية في علاقة بيع العينة بمقصد العاقد: «إذا كان قصد الطالب أخذ دراهم بأكثر منها إلى أجل؛ والمعطي يقصد إعطائه ذلك، فهذا ربا لا ريب في تحريمه؛ وإن تحيلا على ذلك بأي طريق كان، فإن الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، فإن هذين قد قصدا الربا الذي أنزل الله في تحريمه القرآن»^(٥).

(١) الموافقات: ١٠٧/٣.

(٢) انظر: مجلة البيان: س ١٨ ع ١٩٥ ذو القعدة ١٤٢٤ يناير ٢٠٠٤، في مقال تحت عنوان:

التورق نافذة الربا في المعاملات المصرفية: د. محمد بن عبد الله الشيباني.

(٣) المصباح للفيومي مادة ع. ي. ت.

(٤) انظر: المغني ٤/٤٥. وبداية المجتهد: ٥٢٢/٤. و مجموع الفتاوى: ٢٩/ص.

ومجلة المسلم المعاصر السنة ١٠ العدد ٣٨ ١٤٠٤هـ في مقال.

تحت عنوان: الأعمال المصرفية في إطار إسلامي: د. جمال عطية.

(٥) مجموع الفتاوى: ٢٩/٤٣٩ - ٤٤٠.

ويقول ابن قدامة المقدسي^(١) : «من باع سلعة بثمن مؤجل ؛ ثم اشتراها بأقل منه نقدا ؛ لم يجز، روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي، وأجازه الشافعي لأنه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها؛ فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها»^(٢).

ويقول ابن رشد الحفيد : «و ذلك أنه من باع شيئا إلى أجل ثم اشتراه : فإذا أن يشتره إلى ذلك الأجل بعينه ؛ أو قبله ؛ أو بعده ، وفي كل واحد من هذه الثلاثة : إما أن يشتره بمثل الثمن الذي باعه به ؛ وإما بأقل ؛ وإما بأكثر ؛ يختلف من ذلك اثنين ؛ وهو أن يشترها قبل الأجل نقدا بأقل من الثمن ؛ أو إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن ، فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز . . وقال الشافعي وداود وأبو ثور : يجوز .

فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول ، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنائير في أكثر منها إلى أجل ؛ وهو الربا المنهي عنه ؛ فزورا لذلك هذه الصورة ليتوصلا بها إلى الحرام ، مثل أن يقول قائل لآخر : أسلفني عشرة دنائير إلى شهر وأرد إليك عشرين دينارا ، فيقول : هذا لا يجوز ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين إلى شهر ثم أشتريه منك بعشرة نقدا . وأما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها ؛ لأنه إن أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الأجل لم يتهم ، وكذلك إن اشتراها بأقل من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل»^(٣).

ومن الحجة لمن رأى هذا الرأي : حديث أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية عن عائشة رضي الله عنها : أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إني بعت من زيد عبدا إلى العطاء بثمانمائة ، فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة ، فقالت عائشة : بثمنا شريت وبثمنا اشتريت ، أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب . قال : أرأيت إن تركت وأخذت الستمائة دينار ، قالت : نعم «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف»^(٤).

(١) عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي أبو الفرج شمس الدين فقيه من أعيان الحنابلة ، ولد بدمشق سنة ٥٩٧ هـ وبها توفي سنة ٦٨٢ هـ ، له : الشرح الكبير للمقنع (الاعلام ج : ٣ ص : ٣٢٩).

(٢) المغني : ٤ / ص ٤٥.

(٣) بداية المجتهد : ٤ / ٥٢٢.

(٤) أخرجه أحمد في المسند كما في نصب الراية للزيلعي : ١٦ / ٤ ، و عبد الرزاق : ٨ / ١٨٤ -

فجمهور الفقهاء يحرم بيع العينة لكونه صورة لمعاملة ربوية؛ باعتبار القصد في العقد؛ ويضيف شيخ الإسلام توضيحا لهذه الصورة بقوله: «إن الأصل في هذا الباب أن الشراء ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يشتري السلعة من يقصد الانتفاع بها كالأكل والشرب واللباس والركوب والسكنى ونحو ذلك، فهذا هو البيع الذي أحله الله.

ثانيها: أن يشتريها من يقصد أن يتجر فيها إما في ذلك البلد وأما في غيره، فهذه هي التجارة التي أباحها الله.

ثالثها: أن يكون مقصوده لا هذا ولا هذا؛ بل مقصوده دراهم لحاجته إليها؛ وقد تعذر عليه أن يستسلف قرضا أو سلما؛ فيشتري سلعة ويأخذ ثمنها، وقيل لابن عباس: رجل باع حريرة إلى أجل ثم ابتاعها بأقل من ذلك، فقال: دراهم بدراهم دخلت بينهما حريرة، وسئل أنس بن مالك عن نحو ذلك فقال: مما حرمه الله ورسوله^(١).

أما حجة الشافعي في تجويزه بيع العينة فقوله: «وأصل ما ذهب إليه من ذهب في بيوع الآجال؛ أنهم رَوَوْا عن عالية بنت أنفع أنها سمعت عائشة أو سمعت امرأة أبي السفر تروي عن عائشة أن امرأة سألتها عن بيع باعته من زيد بن أرقم بكذا وكذا إلى العطاء ثم اشترته منه بأقل من ذلك نقدا، فقالت عائشة بئس ما اشتريت وبئس ما

١٨٥ رقم ١٤٨١٢.

والدارقطني ٣ - ٥٢ كتاب البيوع حديث ٢١١ - ٢١٢.

هذا الحديث رواه البيهقي والدارقطني وذكره الشافعي وأعله بالجهالة بحال امرأة أبي اسحاق، وقال لو ثبت فإنما عابت عليها بيعا إلى العطاء، لأنه أجل غير معلوم.

ثم قال ولا يثبت مثل هذا عن عائشة وزيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حالاً. قال البيهقي: رواه يونس بن اسحاق عن أمه العالية بنت أنفع وأنها دخلت على عائشة مع أم محمد.

وقال غيره: هذا الحديث حسن، ويحتج بمثله لأنه قد رواه عن العالية ثقتان ثبتان: أبو اسحاق زوجها ويونس ابنها، ولم يعلم فيها جرح، والجهالة ترتفع عن الراوي بمثل ذلك؛ ثم إن هذا ضبطت فيه القصة، ومن دخل معها على عائشة، وقد صدقها زوجها وابنها وهما من هما، فالحديث محفوظ.

انظر عون المعبود مع سلعان ابن القيم ٩/ ٢٦٢ - ٢٦٣.

وذهب إلى حديث العالية: الثوري والأوزاعي في الجوهر النقي: ٥/ ٣٣٠.

(١) مجموع الفتاوى: ٢٩/ ٤٤١ - ٤٤٢.

تبعث أخبري زيد بن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده مع رسول الله إلى أن يتوب»^(١).

ثم علق الشافعي على هذا الخبر بقوله : «قد تكون عائشة لو كان هذا ثابتا عنها عابت عليها بيعا إلى العطاء لأنه أجل غير معلوم، وهذا مما لا نجيزه إلا أنها عابت عليها ما اشترت منه بنقد وقد باعته إلى أجل، ولو اختلف بعض أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام في شيء فقال بعضهم فيه شيئا وقال بعضهم بخلافه، كان أصل ما نذهب إليه أنا نأخذ بقول الذي معه القياس، والذي معه القياس زيد بن أرقم، وجملة هذا أنا لا نثبت مثله على عائشة مع أن زيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالا ولا يباع مثله فلو أن رجلا باع شيئا أو ابتاعه نراه نحن محرما وهو يراه حلالا لم نزد أن الله يحبط من عمله شيئا»^(٢).

وملخص مدرك الشافعي في تجويزه بيع العينة في ما يلي :

أن خبر عائشة رضي الله عنها لم يثبت عنده وعلى فرض صحة الخبر أن عائشة عابت على زيد البيع إلى العطاء لأنه أجل غير معلوم.

ثم إن بيع العينة اشتمل على عقدين منفصلين وأن التفاوت بين الثمنين في العقدين لا أثر له وإن كانت وسيلة إلى ما يقصد من الربا وهو الفضل لم تكن وسيلة إلى عين الربا الذي هو مقابلة الدينارين مباشرة كما أن النكاح وسيلة إلى ما يقصد بالزنا وهو التلذذ بالوطء لا إلى نفس الزنا الذي هو التلذذ على وجه غير مشروع^(٣).

وذهب ابن حزم مذهب الشافعي في تجويز بيع العينة قال : «ومن باع سلعة بثمان مسمى حالة، أو إلى أجل مسمى قريبا أو بعيدا فله أن يبتاع تلك السلعة من الذي باعها منه بثمان مثل الذي باعها به منه وبأكثر منه وبأقل منه حلالا لا كراهية في شيء منه، ما لم يكن ذلك عن شرط مذكور في نفس العقد، فإن كان عن شرط فهو حرام مفسوخ أبدا محكوم فيه بحكم الغصب وهو قول الشافعي وأبي سليمان وأصحابهما»^(٤).

وإلى ضعف حديث الباب يستند المحققون في قولهم بتحريم بيع العينة وهو الحديث المذكور سابقا وهناك حديث آخر يحرم بيع العينة عن ابن عمر عن النبي ﷺ : «إذا ضن الناس بالدنيا والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر وتركوا

(١) سبق تخريجها في الصفحة السابقة.

(٢) الأم : ٧٨/٣.

(٣) انظر : الموافقات : ٣٨٠/١.

(٤) المحلى : ٥٤٨/٧.

الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بلاء فلا يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم»^(١).

مناقشة حجتي الشافعي وابن حزم رحمهما الله :

إن حديث العالية الذي سبق ذكره في البيع بالأجل، الذي قالت فيه عائشة رضي الله عنها: «بئس ما شريت وبئس ما بعث أبلغي زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب»، قال فيه الشافعي وابن حزم إنه حديث ضعيف تم تحقيقه بأنه حديث صحيح لعل تخريجكم في الهامش. والهامش لا يحال عليه إلا إذا ذكرا التحقيق في قلب الصحيفة كما يقتضي منهج البحث، إضافة إلى حديث عبد الله بن عمر سالف الذكر.

بقي بين أيدينا تحرير اختلاف عائشة مع زيد وقضية إحباط العمل بسبب الإصرار على هذا البيع الذي هو بيع العينة. يقول ابن القيم في تخريج ذلك: «ولو لا أن عند أم المؤمنين رضي الله عنها، علما من رسول الله ﷺ لا تستريب فيه ولا تشك بتحريم مشكلة العينة، لما أقدمت على الحكم بإبطال جهاد رجل من الصحابة باجتهادها، لاسيما إن كانت قصدت أن العمل يبطل بالردة واستحلال الربا ردة، ولكن عذر زيد أنه لم يعلم أن هذا محرم كما عذر ابن عباس بإباحته بيع الدرهم بالدرهمين، وإن لم يكن قصدهما هذا، بل قصدت أن هذا من الكبائر التي يقاوم إثمها ثواب الجهاد ويصير بمنزلة من عمل حسنة وسيئة بقدرها، وأيضا أن الصحابة كعائشة وابن عباس وأنس، أفتوا بتحريم مسألة العينة وغلظوا فيها هذا التغليظ في أوقات ووقائع مختلفة، فلم يجئ عن واحد من الصحابة ولا التابعين الرخصة في ذلك، فيكون إجماعا. فإن قيل فزيد بن أرقم قد خالف عائشة ومن ذكرتم، فغاية الأمر أنها مثل ذات قولين للصحابة وهي مما يسوغ فيه الاجتهاد: قيل لم يقل زيد قط عن هذا حلال ولا أفتى به يوما ما ومذهب الرجل لا يؤخذ من فعله إذ لعله فعله

وأشار الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة رقم ١١ وانظر أيضا نيل الأوطار: ٢٠٦/٥ السنن ٣١٦/٥ الخلاصة أن الحديث صحيح بمجموع طرقه وأشار إلى هذا ابن القيم في التهذيب وأخرجه أبو داود في السنن كتاب البيوع باب النهي عن العينة رقم ٣٤٦٢ رجاله ثقات.

إسناد الحديث الذي صححه ابن القطان معلول، والحافظ في بلوغ المرام رقم: ٨٦١، قال وتعقب ابن حجر في التلخيص الكبير: كتاب البيوع ص ٢٣٩، ابن القطان بقوله: وعندي أنه حديث صحيح ورجاله ثقات.

(١) أخرجه أحمد بهذا اللفظ في المسند: ٢٨٢، و أبو أمية الرسوسي في مسند ابن عمر رقم ٢٢.

ناسيا أو ذا علة أو غير متأمل ولا ناظرا أو متأولاً أو ذنباً يستغفر الله منه ويتوب؛ أو يصر عليه وله حسنات تقاومه فلا يؤثر؛ قال بعض السلف: العلم على الراوين يعني: أن يقول رأيت فلانا يفعل كذا وكذا إذ لعله قد فعله ساهياً: وقال إياس بن معاوية: لا تنظر إلى عمل الفقيه ولكن سلّه يصدقك. ولم يذكر عن زيد أنه أقام على هذه المسألة بعد إنكار عائشة وكثيراً ما يفعل الرجل الكثير التي مع ذهول كما في ضمنه من مفسدة فإذا نبه انتبه وإذا كان الفعل محتملاً لهذه الوجوه وغيرها لم يجز أن يقدم على الحكم ولم يجز أن يقال مذهب زيد بن أرقم جواز العينة لاسيما وأم ولده قد دخلت على عائشة تستفتيها فأفتتها بأخذ رأس مالها وهذا كله يدل على أنهما لم يكونا جازمين بصحة العقد وجوازه وأنه مما أباحه الله ورسوله^(١).

وعلق الشوكاني^(٢) على هذه المشكلة بقوله: «إنها حيلة ومنكر وخديعة لله، فمن أسهل الحيل على من أراد فعله أن يعطيه مثلاً ألفاً درهم باسم القرض، ويبيعه فرقه تباوه بخمسمائة درهم وقوله ﷺ إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى^(٣)».

خلاصة القول: إن المقصود بالعينة حينما يكون المبيع بذاته في العقدين مع اتحاد طرفي المعاملتين.

والرأي المختار عندي: أنه حرام لكونها صورة لمعاملة ربوية بأسلوب التحايل لتحليل ما حرم الله عز وجل وأن قصد العاقد لا بد أن يعتبر في العقود لحديث: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...» وأن الأمور بمقاصدها.

وأما ما ذهب إليه المجوزون كالإمام الشافعي وأصحابه فهو أقرب إلى الصناعة الفقهية دون اعتبار الباعث على العقد، وأن النصوص الحديثية التي تحرم هذه المعاملة صحيحة بمجموع طرقها كما تبين في تخريجها.

إن بعض شركات التمويل تمارس في تمويلها بعض المشاريع عن طريق العينة.

صورة بعض النوازل المعاصرة التي تمارس فيها العينة:

الصورة الأولى: إن بعض شركات التمويل تتخذ أسلوب العينة في استثمار أموالها مع زبائنها، يأتي شخص ما إلى شركة التمويل، وهو يملك منزلاً (فيلاً) مثلاً

(١) نيل الأوطار: للشوكاني: ٢٠٧/٥.

(٢) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ولد سنة ١١٧٣هـ، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء، ت: ١٢٥٠هـ: نيل الأوطار - الاعلام ج: ٦ ص: ٢٩٨.

(٣) أعلام الموقعين: ١٤٧/٣ - ١٤٨.

وبيع هذا المنزل لشركة التمويل المقصودة بضمن معين، ثم تقوم الشركة بتأجير هذا المنزل لصاحبه الذي باعه للشركة مدة معينة بأقساط تتضمن أرباحاً وتزيد عن ثمن المنزل الذي اشترته به الشركة، وبعد المدة المحددة يرجع المنزل إلى صاحبه عن طريق التأجير المتعهد بالتملك.

هذه العملية عملية قرض بالربا في صورة البيع والكراء، إذ هو دراهم بدراهم وبينهما منزل كما قال عبد الله بن عباس رضي الله عنهما؛ لأن العملية كلها من أولها إلى آخرها لا يقصد فيها بيع ولا كراء وإنما يقصد بهذا حيلة للحصول على المال.

الصورة الثانية: أن بعض الأشخاص يحتاجون إلى أموال ولا يجدون من يقرضهم فيعمدون إلى الشركة التي تبيع الأثاث مثلاً كالثلاجات أو السيارات، فيشتري ثلاجة بضمن ٨٠٠٠ درهم مثلاً بالأجل ويبيعها للشركة نفسها بخمسة آلاف درهم ويأخذها حالاً، فتكون النتيجة أن الشركة باعت ٥٠٠٠ درهم ب ٨٠٠٠ درهم إلى أجل وبينهما ثلاجة كما قال عبد الله درهم بدرهم بينهما حريرة..

٢ - عقد التورق:

* تعريف التورق:

يعرف مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التورق بما يلي: كراء سلعة في حوزة البائع وملكه بضمن مؤجل ثم يبيعها المشتري بنقد لغير البائع للحصول على العقد^(١).

* الفرق بين العينة والتورق:

إن العينة أن تباع السلعة بضمن مؤجل ويشتريها البائع من المشتري بضمن معجل أقل مما باع به، أي اتحاد طرفي المعاملتين.

التورق أن تباع السلعة بضمن مؤجل ويبيعها المشتري لغير البائع بضمن معجل أقل مما اشترى به.

إذاً: في العينة ترجع السلعة إلى البائع وفي التورق لا ترجع إلى البائع وإنما لغيره.

ويشتركان في القصد وهو الحصول على المال والسلعة بين العمليتين. وأما إذا انتقلت هذه السلعة إلى ثالث يدخل بينهما فهو محلل الربا وهذه الأقسام الثلاثة

(١) مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة ١١.

يعتمدها المرابون في تنمية أموالهم وأخف هذه الأقسام التورق لذلك ذكره عمر بن عبد العزيز وقال: هو أخية الربا. وقال ابن القيم: «وكان شيخنا رحمه الله ابن تيمية يمنع من مسئلة 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 الغرر الأدنى وتبيح ما هو أعلى منه^(١).

إن علة تحريم العينة، الذريعة إلى الربا لذلك قال الفقهاء: إذا باع السلعة للبائع الأول بمثل الثمن الذي اشترى به أو أكثر جاز لأنه لا يكون ذريعة إلى الربا، وإن نقصت السلعة أو وقع فيها تغيير جاز له بيعها لصاحبها الأول بأقل لنقص المبيع لا للتوسل إلى الربا^(٢).

وأختار جوازها بالشرط الذي اشترط المجمع الفقهي الذي هو: أن يبيع السلعة لغير البائع. وإن اختل الشرط المذكور تدخل في حكم العينة الذي هو التحريم.

* حكم التورق:

إن المجمع الفقهي الإسلامي المذكور سابقا يجوز بيع التورق بشرط هو: أن تكون السلعة في حوزة البائع وحيازتها بعينها لدى البائع قبل البيع مع عدم شرائه لها مرة أخرى بأي أسلوب^(٣).

(١) أعلام الموقعين: ١٤٩/٣.

(٢) انظر المغني مع الشرح الكبير ٤٥/٤ وانظر أيضا مجموع الفتاوى ٤٤٢/٢٩ التورق نافذة الربا في المعاملات المصرفية للدكتور محمد بن عبد الله الشيباني.

(٣) انظر: مجلة البيان س ١٨ ذو القعدة ١٤٢٤ يناير ٢٠٠٤ مقال تحت عنوان التورق نافذة الربا في المعاملات المصرفية للدكتور محمد بن عبد الله الشيباني.