مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية
المجلد 15 العدد1 (السداسي الأول 2023م)
ص. 61- 84

(بيع ما ليس عندك) في المذهب المالكي

Selling What You Don't Own According to the Maliki School of Thought

أد/ عبد القادر جدي*
جامعة قطر، كلية الشريعة، djedikader966@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2022/10/30 تاريخ القبول: 2022/12/13 تاريخ النشر: 2023/03/30

ملخص:

تتناول هذه الدراسة موقف المذهب المالكي من مسألة بيع ما ليس عندك، فقد ورد فيها حديث في معناها ومع هذا كان للمالكية مواقف متعددة، حتى نسب إلى الامام مالك في العتبية ما يفيد الجواز، وهو إشكال قمنا بمعالجته بالعودة الى المدونات الأصلية في المذهب، ووصلنا فيه إلى أم ملكية المبيع شرط ذكرته أصول المالكية، وهي قاعدة أغلبية لها مستثنياتها، ولها توابعها من العلل والحكم المنوطة بها، لذلك ثبت عن الإمام مالك تصحيحه لصور من البيوع تخلو من ملكية المبيع السابقة على العقد بسبب قلّة الغرر فيها، أو ضمان القدرة على التسليم، وأن منع المبيع لا تعود لعدم التملّك بذاته، وإنما لأوصاف ذاتية هي خوف الاستحقاق، والعينة، وعدم القدرة على تخليص المبيع، وعدم قابلية المحلّ للتملك، وعدم إجازة الغير في بيع الفضولي.

الكلمات المفتاحية: بيع ما ليس عندك، المالكية، الملكية، الغرر.

Abstract:

This study deals with the position of the Maliki school of thought on the issue of selling what you don't have, because a hadith was mentioned there in its meaning. However, the Malikis had multiple attitudes, until Imam Malik be attributed to Imam Malik in al-Atabiyah which indicates the lawfulness, a problem we have dealt with by returning to the original records in the doctrine, and we have arrived at it.

* المؤلف المرسل

A mother of the property sold is a condition mentioned by the assets of the owners, and it is a majority rule which has its exceptions, and it has its consequences of evils and the decision entrusted to it. And that the prohibition of the sale is not due to a lack of ownership per se, but rather to subjective characteristics such as fear of maturity, sample, inability to redeem the item sold, inability of the store to own property and lack of authorization for others to sell the curious.

Keywords: selling what you do not have, malikit, ownership, uncertainty.

مقدمة:

البيع من أوسع العقود توسّلا للوصول إلى الأملاك، فهو عقد ناقل للملكية، ونقل الملكية يتطلّب شروطا وأركانا حتّى لا يختلّ العقد، أو يفقد وصفا من أوصافه الذاتية أو المنفكّة، فتسلم العيْن، أو المنفعة للمتعاقد مع ضمان عدم التعرّض لها، أو ظهور مستحقّ لها، أو مانع يحول دون القدرة على التّسليم والحيازة، وممارسة حقوق التّملّك من استهلاك، واستعمال، واستغلال. وإنّ تملّك السّلعة من قبل المشتري سالمة من كلّ قادح أو استحقاق، إنما يتأتّى من سلامة عملية البيع من مخاطر، أو احتمال تعطّل آثار العقد بالانفساخ بسبب الغرر. والغررُ من أهمّ ما قرّره الفقهاء من أسباب فساد المعاوضات، فقد ورد في السنّة النّهي عن معناه وصوره، فجاء عن النبيّ ﷺ النّهي عن الغرر، والنّهي عن صور كثيرة يندرج فيها هذا المعنى، كنهيه عن بيع الحصاة، والمنابذة، والملامسة، والثنيا، وبيع حبل الحبلة. وبذلك لا يبقى خلاف في أنّ كلّ بيع اشتمل على غرر، أو مخاطرة، أو جهالة في الحصول على الثّمن، أو المثمن، أو الأجل فقد حاز على خلل مفسد للعقد.

وقد ورد حديث "لا تبع ما ليس عندك"، متوجّها إلى البائع، ومشترطا عليه ملكيّة العين المبيعة إذا كان البيع لعيْن معينّة، ولم يُرِدْ بالحديث بيع العين الموصوفة في الذمّة المؤجّلة بعد ضبط أوصافها، وإنما بحسب مفسّريه أريد به أن يبيع العين غير المضمونة عليه، ولا الثّابتة في ذمّته، ولا المحوزة في يده، ولا المقدور على تسليمها[1]،

[1] ابن القيم، تهذيب سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ، 197/2.

الإشكالية:

مع أن الحديث صريح في النّهي عن بيع ما ليس عندك، إلا أن الإشكال هو ما ورد بخصوص نسبة قول بجواز بيع ما ليس عندك للإمام مالك في "العتبية"، فقد قال ابن العربي في القبس (وأما بيع ما ليس عندك، فهو شيء اتّفقت عليه الأمّة، وهو من باب الغرر الذي يعود إليه، إلا أني رأيت لمالك جوازه في العتبية، وقد تكلّمنا على ذلك في كتب "المسائل"، وبيّنّا كيفية خروج مسألة "مالك" على الأصل الجائز، وقلنا في بعض تأويلاتها: إنما جعله رسولا، وواسطة، ولم يجعله بائعا ولا مبتاعا)[1].

ويبدو أن ابن العربي قد حقّق في نسبة القول لمالك في المسألة، وبيّن وجه التّعارض بين ما ثبت عنه في الموطأ، والمدوّنة، وغيرها من الأصول، وبين هذا القول في العتبية، وبيّن أن لا سبيل إلى إزالة التّعارض إلاّ بالتأويل. ويبدو أنه تأوّله بعدّة صور، منها الصّورة التي ذكرها التي تجعل البائع لما لا يملك في العملية التّعاقدية، ليس بائعا وإنما هو رسول وواسطة، والتّصرّف ليس عقدا، وإنما يشبه الإنابة والمراوضة.

والسؤال هنا: هل ورد ما يفيد تصحيح بيع ما لا يملكه البائع في غير صورة السّلم عن الإمام مالك في العتبية؟ وما مدى صحّة نسبة هذه الرواية للإمام مالك؟ وهل ما ثبت عن الإمام مالك في العتبية يعارض ما ذهب إليه في الأصول الأخرى، كالموطأ والمدونة؟ وما موقف ابن رشد الجدّ شارح العتبية من توجيه، وتعليل هذه الرّواية؟

الدراسات السابقة:

1- الدراسة الأولى: "الحاجة إلى فهم بعض النصوص الشرعية في المعاملات المالية المعاصرة لا تبع ما ليس عندك"، قدمها أحمد محمد خليل الإسلامبولي[2]

وهذه الدراسة بحث صاحبها في الحديث رواية ودراية ساعيا لتحديد المعنى القريب للحديث، ومن ثمة بيان علة النهي عن بيع الانسان ما لا يملك، وكان من رأيه أن معظم الحالات التي تدخل في الحديث يدور النهي فيها على عدم القدرة على التسليم لا على ملكية العين، أما مسألة عدم الملك التي قد تفهم من لفظ ما ليس عندك فهي مظنة العجز عن التسليم، إذ يغلب على الظن أن تحقق الملك يؤدي إلى القدرة على التسليم وعدمه إلى عدمها

[1] ابن العربي، القبس، 797ت: محمد ولد عبد الكريم، ط1993، دار الغرب الإسلامي.

[2] الإسلامبولي، الحاجة الى فهم بعض النصوص الشرعية، ندوة حوار عرضها بتاريخ 1426/2/13هـ والتي يقيمها مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجدة.

والدراسة مستوعبة في عمومها لأقوال الفقهاء في بيع ما ليس عند الانسان والضوابط التي وصل اليها مرحررة، لأنه أبداها بعد تتبع الحالات المختلفة التي تدخل في ما ليس عندك.

2- الدراسة الثانية: "بيع الانسان ما لس عنده دراسة تأصيلية وتطبيقات معاصرة[1]"، خالد بن زيد الجبلي، وهي دراسة شاملة للحديث وصور بيع ما لا يملك قديما وبعض التطبيقات المعاصرة، ويلاحظ عليها تفسيرها للعندية بما هو أضيق مما وصلت اليه الدراسة السابقة، فقد نحى الباحث الى اعتبارها متحققة بالحيازة وبالقدرة على التسليم، فلا تكفي الملكية فقط لمنع الغرر والتنزع بين المتعاقدين، إذ قد يكون المملوك غائبا أو مغصوبا فيتعذر تسليمه وقد تجهل صفته.

ولم يزد الباحث عن غيره في تحريم صورة بيع المعين غير المملوك للغير مدرجا لها في مدلول الحديث بإطلاق من غير مناقشة أو استشكال وذكر في التعليل فقط أنها من الغرر، فهو ليس على ثقة من حصوله بل قد يحصل له وقد لا يحصل له فيكون غررا.

3- الدراسة الثالثة: (حديث لا تبع ما ليس عندك) سنده وفقهه دراسة تحليلية، القره داغي درس الحديث رواية وحكم بصحة الفاظه، وفسر العندية الواردة فيه بأنها عندية الملك والتمكين وهو راي ابن القيم وغيره، ثم قال إن معنى الحديث ينحصر في النهي عن بيع شيء معين بذاته لا يملكه ولا له قدرة على تحققه، وهي علة مركبة لو اشتغل المؤلف بطردها وتنزيلها بدقة أصولية لرتب عليها صورة بيع المعين المقدور على تخليصه حيث ينتفي الغرر ، لكنه خالف طرد العلة بجزئيها حين قرر: "فهذا الحديث أوجب أن يكون للعقد محل معين بذاته أو وصفه وأن لا يكون هناك غرر ومقامرة".

4- الدراسة الرابعة: "المسائل الفقهية والمعاصرة المتعلقة بحديث لا تبع ما ليس عندك دراسة تأصيلية"، لسارة بنت صالح بن عبد الرحمن العجيري[2]، وهي دراسة شاملة اهتمت بألفاظ الحديث ومعانيها وقواعد تفسيرها وعلاقتها بغيرها من أحاديث الباب، وحاولت أن تستعرض الصور التي ذكرها الفقهاء لها وكان عمدتها كتب شروح السنة في المقام الأول، ولما استعرضت علل النهي من كتب الفقه المختلفة قالت: (والمتأمل في علل العلماء للنهي يجد أن عدم القدرة على التسليم هي منشأ ما أثاره الفقهاء من علل[3]، ومع أنها أوردت قول ابن تيمية في معنى الحديث وأنه خاص ببيع الموصوف في الذمة إذا كان غير مقدور على تسليمه فإنها لم تتوسع في تنزيله على الصور محل الخلاف.

---

[1] خالد بن زيد الجبلي، بيع الانسان ما لس عنده دراسة تأصيلية وتطبيقات معاصرة، المجلة الفقهية السعودية، ع 16، عام 1434هـ.

[2] سارة العجيري، المسائل الفقهية والمعاصرة المتعلقة بحديث لا تبع ما ليس عندك دراسة تأصيلية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ع36، 2016.

[3] المرجع نفسه، ص29.

والملاحظ أن هذه الدراسات تشترك تقريبا في عدم تحديث آثار العلة للنهي عن بيع المعين غير المملوك فيما إذا قلنا بأنها عدم القدرة على التسليم، وهل إذا انتفت هذه العلة في صور يسهل تخليص المبيع فيها مع تعينه يتأثر الحكم بذلك، وهذا هو إشكال بحثنا وهو طرد العلة فيما ذكر في مذهب المالكية من صور تم تصحيحها في العتبية، وهو ما لم تتناوله الدراسات السابقة إذ لم تختبر طرد العلة، بل أوردت لحكم مسلما.

ولمعالجة إشكالات الدراسة تم اتباع المنهج الوصفي التحليلي، الذي اقتضى تقسيم المحاور إلى عدة مباحث، هي:

المبحث الأول: تعريف البيع ومقصد الملكية فيه

المبحث الثاني: تحرير مذهب المالكية في ملكية المبيع

المبحث الثالث: الصور الجائزة المستثناة من ملكية المبيع

المبحث الرابع : أسباب فساد بيع ما ليس عندك عند المالكية.

أولا: تعريف البيع ومقاصد الملكية فيه:

1- تعريف البيع:

للمالكية تعريف خاصّ للبيع، قصدوا به تمييزه عن غيره من وجوه المبادلات، ونقل الملكيات، كالإجارة، والنّكاح، ونحو ذلك، فقالوا: البيع هو(عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذّة، ذو مكايسة، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضّة، معيّن غير العين فيه[1])

وقالوا هذا تعريف للبيع بالمعنى الأخص الذي يخرج بقيوده جملة من العقود، فبقيد "المعاوضة" تخرج الهبة والوصيّة، وبقيد "على غير منافع" تخرج الإجارة، وبقيد "ولا متعة لذّة" يخرج النّكاح، ثم زادوا في التّعريف ألفاظا تخرج بعض البيوع؛ لانفرادها بأحكام خاصّة؛ ليتخلّص معنى البيع من صور محدّدة صحيحة[2]، فيخرج بقيد "ذو مكايسة" هبة الثواب، والتّولية، والشّركة، والإقالة، والأخذ بالشّفعة، وبقيد "أحد عوضيه غير ذهب ولا فضّة" خرج الصّرف، والمراطلة، وبقيد "معيّن غير العيْن فيه" خرج السّلَم؛ لأن غير العيْن في السّلم هو المسْلَم فيه، ومن شرطه كونه دَيْنا في الذّمّة[3]، وهكذا يكون البيع عقدا ناقلا للملكية بعوض، ويرى المالكية أن البيع عقد لازم يؤدي الى نقل آثاره بمجرد التعاقد في غير الطعام، حتى أن المشتري لا يحتاج لحيازة العقار والمنقول ليصح له إعادة البيع.

2-: تعريف الملكية أقسامها:

أ: تعريف الملكية:

عرّف القرافي الملكية بأنها: (حكم شرعي مقدّر في العين، أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالشيء، وأخذ العوض عنه من حيث هو كذلك)،[4] ولم يغفل الفقهاء المعاصرون تحرير معنى الملكية، فقد أفردت فيه أبحاث، ورسائل كثيرة، ووضعت لها نظرية خاصّة مع الحقوق المعنوية، والملكية الفكرية.

---

[1] الرصاع الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم الهداية الكافية الشافية، ت: أبو الأجفان محمد، الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1993، بيروت، 326/1.

[2] الحطاب، مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، 225/4.

[3] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 326/1، النفراوي، الفواكه الدواني، دار الكتب العلمية، ط1999، بيروت،72/2، الفقه المالكي، بن طاهر 6/5.

[4] الفروق، القرافي، وزارة الأوقاف للمملكة العربية السعودية، 209/3

والمراد بملكية الشّخص لشيء، هي:(علاقة شرعية بين الإنسان والمال تجعله مختصّا فيه اختصاصا يمنع غيره عنه، بحيث يمكنه التصرّف فيه عند تحقّق أهليته للتصرّف بكلّ الطّرق السّائغة له شرعا، وفي الحدود التي بيّنها الشرع).[1] فالملكية تعني اختصاص واستئثار الشخص بالعقار أو المنقول، وتمكنه من التصرف فيه كل التصرفات التي تقتضيها الملكية ومنها البيع، (كما أنّ اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به، أو التصرّف فيه إلا إذا وجد مسوّغ شرعي يبيح له ذلك، كولاية، أو وصاية، أو وكالة).[2]

ب: أقسام المال باعتبار الملكية:

المال ليس كلّه قابلا للتملّك، بل منه ما لا يقبل التّمليك بحال، ومنه ما لا يقبل التّمليك إلا بمسوّغ شرعي، ومنه ما يقبل التّمليك مطلقا من غير قيد، ولهذا كله أثر في عقد البيع صحة وفسادا:

- (ما لا يقبل التّمليك، ولا التملّك بحال: وهو ما خصّص للنفع العام، كالطرّق العامّة، والجسور، والحصون، فهذه الأشياء غير قابلة للتملّك؛ لتخصيصها للمنافع العامة.

- ما لا يقبل التملّك إلاّ بمسوّغ شرعي: كالأموال الموقوفة، وأملاك بيت المال، ...فالمال الموقوف لا يباع ولا يوهب إلا إذا تهدّم، أو أصبحت نفقاته أكثر من إيراده، فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله، وأملاك بيت المال لا يصحّ بيعها إلاّ برأي الحكومة؛ لضرورة أو مصلحة راجحة، كالحاجة إلى ثمنها، أو الرّغبة فيها بضعف الثمن ونحوها.)[3]

3-: مقاصد البيع:

وذلك أن ما يسوغ بيعه من الأملاك ينظر إلى مآل عقد البيع فيه، من حيث تحقق بعض الأغراض الشرعية التي تقتضيها طبيعة هذا العقد ويؤثر غيابها على صحة العقد ذاتها، كما يؤثر حضورها وتحققها على فهمنا لبعض الإشكالات الشرعية المتعلقة بالغرر والغبن والتوازن العقدي، _وللبيع مقاصد عديدة، ذكرها ابن عاشور في مقاصده وفصل غيره من الباحثين القول في أطرافها، أهمها التّمكين من الحاجات والضّرورات التي لولاها لهلك العالم، كما يقول العزّ بن عبد السلام: (وكذلك احتياج النّظراء إلى النّظر في المعاملات على المنافع والأعيان، وإباحتها بالمعاوضات وغير المعاوضات، والعواري، والإباحات كالمآكل

[1] محمد سلام مدكور، الفقه الإسلامي، 179.

[2] الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، لبنان، 546/6

[3] الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 548/6، عبد القادر جدي، هل للمركزية اعتبار لدى الشارع، مجلة الشريعة والاقتصاد، م11، ع1،2022، 87.

والمشارب، والملابس والمراكب والأدوية وغير ذلك، ولو لم يبح الشّرع فيه التّمليك بالبيع وغيره لهلك العالم؛ لأن التبرّع به نادر)[1]، فلا سبيل إلى أملاك الناس بالغصب والسرقة والكسب الحرام، وإن لهذه أثرها في الأموال المكتسبة بعد عملية البيع في ما دونه الفقهاء في بحث الاستحقاق واستغراق الذمة بالتبعات.

ومن مقاصد البيع نذكر:

أ- رواج الأموال:

باعتبار أن المال كما قال ابن عابدين ما خلق الله لمصالح الآدمي، ويجري فيه الشّحّ والظّنّة[2]، أو هو كما عرّف كلّ ما له قيمة مادّية بين الناس، وتحصل به مصالحهم ويجوز شرعا حيازته، والانتفاع به على وجه السّعة والاختيار[3]، فإن مراعاة مصالح الناس مقتضى لكون الشيء يحوز صفة المالية.

ورواج المال يعني دوران المال بين أيدي أكثر ما يمكن من الناس بوجه حقّ في شكل استهلاك أو استثمار[4]، وفي ذلك يقول تعالى: "إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها" "سورة البقرة 282" فهذه الآية نبّهت إلى أهم غرض للمال، وهو تحريكه بالتجارة، وإدارته في المنافع، (ولتحقيق مقصد الرّواج والتّداول منعت الشريعة أن يكون المال دولة بين فئة قليلة من الناس يتلقّاه الفرع عن الأصل ؛ لما فيه من لحوق الضّرر بالفقراء والمحتاجين، وإفضائه إلى الاختلال الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي، وهذا ما يحاربه الإسلام بكلّ الوسائل؛ لأنه مضادّ لمصالح الدّين ومنافع الأمة، ويهدم كيانها ومقوماتها)[5]، ولعل من آثار الرواج في عقد البيع هو حق المتعاقدين في قبض الثمن والسلعة في مجلس العقد، وإن حبس المبيع من البائع لا يكون إلا للاستيثاق من قبض الثمن في البيع غير المؤجل[6]. وغالبا ما يتيسر الرواج في المال المملوك والمحوز لصاحبه، فيأتي عقد البيع كتصرف وسيط لنقل الملكيات، أما إذا شاب المال بعض ما يعكر ملكيته عند البائع فإن العقد يتعرض للكثير من الإخلالات كما في المقصد الثاني.

---

[1] عز الدين بن عبد السلام، قواعد الإحكام في مصالح الأنام، 70/2.

[2] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، 1997، لبنان، 277/5

[3] عزالدين بن زغيبة، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية، مركز جمعة الماجد، 2001، الإمارات العربية، ص34.

[4] -ابن عاشور، مقاصد الشريعة، الشركة التونسية للنشر والتوزيع، ط1988، تونس، ص175.

[5] ابن زغيبة، مقاصد الشريعة، 259.

[6] الحطاب، مواهب الجليل، 305/4.

ب- سدّ الذريعة إلى ما يفضي للخصومة والتنازع:

منع الخصومة، أو منع ما فيه خصومة أصل متقرّر في البيع، وهو موضع اهتمام الفقهاء في مباحث الغرر، والعيب في المبيع، وله حضور في فروع المنع من بيع ما لا يملكه البائع، فالمالكية يمنعون بيع العين الغائبة إذا كانت على غير خيار ولا صفة، والبيع بغير تقليب بغية الفرز والتعيين ، و يمنعون بيع ملك الغير، والمغصوب، بسبب تلبس هاته البيوع بالخصومة، وقد قال الحطاب ناسبا إلى ابن عرفة، وهو يفسّر منع المالكية لبعض البيوع التي هي محلّ خصومة قضائية، ومازالت تتداولها الحجج والجلسات والشهود: (ولو بقي شيء من المدافع والحجج لم يجز البيع؛ لأنه بيع ما فيه خصومة، وهذا أصل فيه تنازع، وفيها من أقام بيّنة غير قاطعة في أرض فلمن هي بيده بيعها)[1]. وفسر المالكية أن أسباب المنع من هذه البيوع تعود إلى أن المشتري قد لا يمكنه تخليص البيع من يد الحائز الغاصب إلا بوساطة المحاكم فيعسر التداول وانتقال الأملاك الذي هو مقصود البيع، فقد يكون "الغاصب لا تأخذه الأحكام أو تأخذه وهو منكر، ولو عليه بينة لمنع شراء ما فيه خصومة[2]"

وذكر الحطاب فرعا يتعلق بهذا المعنى، وأن الخصومة تمنع من عقد البيع؛ لما فيها من غرر ومضرّة بالمشتري بسبب العجز عن التسليم وافتقار المالك إلى التوسل للوصول الى المكنة إلى تمكينه منه ورفع يد القاضي وإلى بيّنة أو خصام أو منازعة[3] وهو المعنى المركزي المراعى في هذه المسألة، فقال فيمن أحدث عليه الغير ضررا في ملكه، فقام ببيعه:(...ومن باع داره، وقد أحدث عليه جاره مطلعا، أو مجرى ماء، أو غيره من الضّرر ، ولو بقي شيء من المدافع والحجج لم يجز البيع؛ لأنه بيع ما فيه خصومة[4]، وقال سحنون: بيعها حينئذ غرر)[5]، ولهذا يرى بعض المالكية تجويز العقد علي المفقود دون النّقد، بشرط أن يتمكّن منه على صفة تواصفاها وعلماها عليه[6]، وهذا قريب مما ذهب إليه الحنفية في تصحيح بيع المغصوب لغير الغاصب لقدرة المغصوب منه الاستعانة بالقضاء وتسليم العين للمشتري بينما هذا يكاد ينعدم في بيع المفقود، لعدم القدرة أو ضعفها على التسليم وعدم صحة البيع مع قيام الاحتمال[7].

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، 163/5. محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط1984، بيروت، 457/4.

[2] الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتاب العربي، بيروت، 11/3.

[3] المازري، شرح التلقين، دار الغرب السلامي، لبنان، 472/2.

[4] الحطاب، مواهب الجليل، 163/5

[5] نفسه.

[6] شرح التلقين، 274/2.

[7] الكاساني، البدائع، 146/5.

ج- الوضوح ونفي الغرر:

لما ألزمت الشريعة المتعاقدين بوجوب الوفاء بالعقود، واشترطت اللزوم في عقود المعاوضات، كالبيع والإجارة، عملت على حسم مادّة الفساد في العقود والمعطّلة لانتقال الأملاك، كالغرر والجهالة. ولعلّ الغرر من أعظم ما جاءت السنّة لإبطاله؛ لامتداد خطره إلى كثير من العقود، فقد نهى ﷺ عن بيع الغرر[1]، وقال مالك في الموطأ مفسرا ومبيّنا خطره: "ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته، أو أبق غلامه وثمن الشيء من ذلك خمسون دينارا ، فيقول رجل أنا آخذه منك بعشرين دينارا، فإن وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون دينارا، وإن لم يجده ذهب البائع من المبتاع بعشرين دينارا، قال مالك وفي ذلك عيب آخر إن تلك الضالة إن وجدت لم يدر أزادت أن نقصت أم حدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة"[2]

إنّ مما يستخلص مما ذكره مالك في مواضع كثيرة من موطئه، أن كل عقد معاوضة اشتمل على صفة الخطر، أو الغرر في الثمن، أو المبيع، أو الأجل هو تعاوض باطل، (إلا أن المعتبر من الغرر في العقود هو الكثير الذي يغلب عليها حتّى توصف به، أما اليسير فلا يلتفت إليه، ولا عبرة به؛ لأنه لا يكاد يخلو عقد منه)[3]، والغرر يزيد في احتمال عدم انتقال الأملاك حتى يقترب من الميسر، لكن إذا كان الغرر يسيرا فإن الشرع لا يعلق به التحريم فمطلق الاحتمال والخطر لا يناسب التحريم، بل إن وجود الغرر المعتبر مقارنا للحاجة المعتبرة يجعل الشارع ينيط الحكم بالحاجة لا بالغرر، وهنا يفسر ابن رشد سبب إباحة الخيار في العقود مع أنها تجعلها غير باتة ومحتملة النفاذ، فبقول:" والخيار في بيع في أصله غرر، وإنما جوزته السنة لحاجة الناس إلى ذلك، لأن المبتاع قد لا يخبر ما ابتاع فيحتاج إلى أن يختبره ويعلم إن كان يصلح له أم لا، وإن كان يساوي الثمن الذي ابتاعه به أم لا، وقد يحتاج في ذلك كله إلى رأي غيره، فيريد أن يستشير فيه، فجعل له الخيار رفقا به[4]"

---

[1] -مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة و البيع الذي فيه غرر، 1153/3. ومالك في الموطأ، 960/4، تحقيق الأعظمي.

[22] مالك، الموطأ، 664/2.

[3] ابن زغيبة، مقاصد الشريعة، ص287.

[4] ابن رشد، المقدمات الممهدات، تحقيق محمد حجي، ط1998، دار الغرب الإسلامي، 86/2.

4- دليل اشتراط ملكية المبيع:

المحفوظ في السنّة هو منع بيع ما ليس عندك، وقد ورد بألفاظ متقاربة:

اللفظ الأول: عن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، فأبتاع له من السّوق؟ فقال:"لا تبع ما ليس عندك[1]"، قال الترمذي: حديث حكيم بن حزام حسن، وقال_النووي: حديث حكيم صحيح، رواه أبو داود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة[2]

اللفظ الثاني: نهاني رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح[3]

اللفظ الثالث: عن عمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك[4]" قال الترمذي فيه: وهذا الحديث حسن صحيح، وقال ابن حزم: "صحيح وبه نأخذ، ولا نعلم لعمرو بن شعيب حديثا مسندا إلا هذا وحده، وآخر في الهبات"[5]

وفي تفسير الحديث ذكر ابن عبد البر أنه خاص ببيع الطعام قبل قبضه : فقال: "حمل الشافعي والثوري هذا الحديث على عمومه في كل بيع وجعله مالك ومن تابعه مجملا يفسره حديث من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه"[6]، ولعل المسألة خاصة ببيع ما تم التعاقد عليه قبل قبضه إذا لم يكن طعاما لوجود النص في الطعام عند المالكية، فيصير الحديث خاصا ببيع الطعام قبل استيفائه كيلا، لعدم تعذر تسليم غيره بعد العقد لعدم احتياجه الى هذا الاستيفاء بعد قيام التعيين مقامه وهو ما ينفي عنه الغرر والجهالة، ويجعله مضمونا على المشتري ولو قبل القبض، لذلك حمل المالكية ربح ما لم يضمن على الطعام وحده، وذكر ابن العربي أنه خاص ببيع غير المملوك وفرق بينه وبين غير المقدور على تسليمه إذ قد يكون مملوكا فقال: (وأما ربح ما لم يضمن فإنما لم يجز لأن بيعه لا يجوز لأن ما لم يضمن إما أنه لا يملك فيكون من بيع ما ليس عندك وإما لأنه غير مقدورٍ على تسليمه فيكون من باب الغرر والمخاطرة)[7]

---

[1] سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث 3486، 401/9.

[2] النووي، المجموع شرح المهذب، ت المطيعي، 311/9.

[3] سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده، رقم 1251.

[4] أخرجه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ماليس عندك، رقم 1234

[5] ابن حزم، المحلى، دار الفكر ، بيروت، 25/8.

[6] ابن عبد البر، الاستذكار، 375/6.

[7] ابن العربي، القبس 699.

ثانيا: تحرير مذهب المالكية في ملكية المبيع:

ورد في المدوّنة وغيرها من الأصول العديد من التّنزيلات الفقهية على حديث حكيم بن حزام، ففي عدة مواضع من المدونة، جاء المنع عن بيع ما ليس عندك، وجعل مدرك الحكم هو لفظ الحديث ونأخذ بعض الأمثلة؛ إذ ليس الغرض هو استقراء جميع المرويات:

- ففي مسألة مدى صحّة أن يكون المهر دارا غائبة مملوكة لصاحبها، يجهل ثمنها، قال مالك: "إن تزوج عليها فإن لم يكن دخل بها فالنكاح مفسوخ، .... فالدار التي سألت عنها من الغرر لا يدري ما يبلغ ثمنها، ولا يدري إما تباع منه أم لا فقد وقعت العقدة على الغرر ... وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وعن بيع ما ليس عندك"[1]

- وفي موضع آخر بيّن أن السّلم إلى أجل غير محدّد يفسده، فقال: "هذا بيع حرام لا يجوز أن يكون مضمونا إلى غير أجل، وهو بيع ما ليس عندك"[2]، فقد عاد السلم إلى باب التحريم لما جهل أجل التسليم لتمكن عدم التمكين من قبض المشتري له.

- وفي موضع آخر ذكرت المدونة أن العينة، وهي بيع ربوي يشتمل على معنى بيع ما ليس عندك، أن لها صورة مكروهة عندما يوجب صاحب العينة على نفسه بيع ما ليس عنده، حين يبتاعه من السوق وهو يتوقع الربح من المشتري، فيشتري بعشرة ويبيع بخمسة عشر إلى أجل، وهذا ينزل منزلة من باع عشرة بخمسة عشر على أجل[3]

والملاحظ أنّ الصّور المذكورة عن مالك في المدونة، إمّا تتعلّق بالعينة، وهي من أبواب الحيل الربوية، وإما تتعلّق بانعدام الأجل في السّلَم، وهو من أبواب الغرر، وإما تتعلق بالجهالة في مسألة الدّار الغائبة تكون مهرا، وهي تفتقد للتّحديد والضّبط في ثمنها وقيمتها.

والحاصل من هذه الفروع أن بيع ما ليس عندك لا يتعلّق بخصوصية عدم تملّك العين المبيعة، بدليل ملكية الدار الغائبة التي جعلت مهرا، بل إنّ عدم تملّك العين المبيعة لابدّ أن يكون منسجما مع مجموعة العلل والحكم المذكورة في الصّور السابقة، وهي الربا، والغرر، والجهالة التي تؤول بمفردها، أو بمجموعها إلى عدم القدرة على تسليم المبيع.

[1] الإمام مالك، المدونة، 167/2.

[2] نفسه، 87/3

[3] نفسه، 173/3.

وقد لفت حديث حكيم بن حزام فقهاء المالكية من قديم إلى تخريج حالات، وصور لبيع ما ليس عندك مختلفة في الحكم، تكاد تشكّل نواة "نظرية المالكية" في أن بيع ما ليس عندك ليس سببا مطلقا للتّحريم، بل هو سبب لتحريم بعض الصّور دون بعضها الآخر.

يقول ابن رشد: "وبيع ما ليس عندك ينقسم على ثلاثة أوجه:

1- **وجه متّفق على جوازه:** وهو أن يبيع بنقد ما ليس عنده إلى أجل ترتفع فيه الأسواق وتنخفض، وهو السّلَم الذي جوّزه القرآن والسّنّة.

2- **ووجه متفق على كراهيته:** وهو أن يبيع بثمن إلى أجل ما ليس عنده نقْدا، أو إلى أجل.

3- **ووجه اختلف فيه فأجيز وكره:** وهو أن يبيع ما ليس عنده نقْدا بنقد، ووجه كراهيته: أنه كأنه اشترى منه سلعة فلان على أن يتخلصها منه، وإن كان هذا أكره؛ لأن فلانا قد لا يبيع سلعته. ومَنْ أسْلَم إليه في سلعة غير معيّنة حالّة عليه، لا يتعذّر عليه شراؤها في الأغلب من الحالات.

وفسر أشهب علة المنع بالغرر والمخاطرة، فيما إذا أعطي دنانير في سلعة إلى يومين ونحوهما، "فكأنه قيل له: خذ هذه الدنانير فاشتر بها سلعة كذا، فما زاد فلك، وما نقص فعليك، فدخلته المخاطرة، والغرر" وإذا كانت السلعة معينة وهي في يد غير البائع، فقد اختلف فيها المالكية .

"ففي السّلَم الأوّل من المدونة أن ذلك لا يجوز، وفي سماع يحيى من جامع البيوع تخفيفُ ذلك إذا كان قد قاربه في بيعها، ورجا تمام ذلك، ونحوه في سماع ابن القاسم من كتاب السّلَم والآجال إذا كانت البيعتان بالنّقد".[1]

وإذا أردنا تحليل هذا النّص، فإنّنا نقف على نواة نظر، فيه إثبات فروق بين صور بيع ما ليس عندك من حيث الحكم وعلّته حتّى أشبّه هذا البحث المشكّك في علم الأصول، وهو بحسب القرافي في النّفائس: "والمشكّك هو اللفظ الموضوع لمعنى كلّي، مختلف في محالّه بجنسه[2]، ولهذا قيل:"إن الكلّي إن تفاوتت أفراده بقلّة وكثرة، كنور الشمس والسّراج، أو تفاوتت أفراده بشدّة وضعْف، كبياض الثلج، وبياض العاج، فإن هذا مشكّك؛ لأن الناظر يشكّ فيه: هل هو من المتواطيء لوجود الكلّي في أفراده والتساوي، أو مشترك لتغاير أفراده؟"[3]

[1] ابن رشد، المقدمات، 29/2.

[2] القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، دار الكتب العلمية، لبنان، 504/2.

[3] عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، ط1999، الرياض، 144/2.

فبيع ما ليس عندك ليس صورة واحدة، بل صور متعدّدة يظهر في بعضها معنى "لا تبع ما ليس عندك" جليّا بسبب ما يلازمه من غرر وخصومة، ويخفى هذا المعنى في بعض الصّور؛ لتلاشي، أو خفّة ما يلازمه من تلك المعاني.

أمّا السّلم، فالمعنى فيه قويّ ظاهر، لكنّه أُجيز بالنّص، فارتفع المنْع عنه، ولكن المعنى لازم الفقهاء في فروع السّلم، فوضعوا له من الشروط ما يقلّل النّزاع، ويفعّل جانب المصلحة فيه، حتّى أنهم على خلاف بينهم جوّزوا بعض الفروع التي يفهم منها تصحيح بعض صور بيع ما لا يملك، وجاء ذلك عند المالكية أثناء حديثهم عن الاعتياض عن دين السّلم بقدره من القيمة في حالة بيع المسْلَم فيه قبل قبضه، واستقرار ملكه عليه، وفي حالة مبادلة المسْلِم دين السَّلم لمن هو في ذمته؛ لتعذّر تسليم المبيع عند الأجل المتفق عليه.

والصّورة الثالثة المختلف فيها نهج فيها المالكية إلى تفسير صورة بيع ما ليس عند البائع بصورة من البيوع يقْوى فيها الغرر والمخاطرة، وأخرى يقلّ فيها ذلك، وهو يدلّ على أنّ ذهن الفقيه العملي كان يقتنص الفروق ويراعيها، فلا يهملها.

فصورة أشهب التي اعتمدت المقايسة والمساواة بين صورتين: أنه إذا أعطي مبلغا ماليا في سلعة إلى أسبوع مثلا، فكأنه قيل له: خذ هذا المال فاشتر به سلعة كذا، فما زاد من ربح فهو لك، وما نقص أو خسرت فعليك.

هذه الصّورة نتيجتها ملاحظة تغيّر السّوق، وعدم استقرار الثّمن، والنّزاع الآيل إليه العاقدان بسبب التزام غير مقدّر؛ إذ لو فرضنا أن السّلعة زادت على الدينارين لأصبحنا أمام التزامين في عقد واحد لمثمن واحد: المشتري ملزم بدينارين، والبائع ملزم بتسليم ما اشتراه بثلاثة دنانير، فسيعسر عليه حينئذ تسليم السّلعة، ويصعب على الطرف الآخر تخليصها منه.

وهذا المعنى هو الذي يختفي في الصّورة الثانية:(إذا تمت إحدى البيعتين نقدا أو إلى أجل)، فحيثما صار التّعجيل بدل التأجيل، وتضاءل مآل تعدّد الالتزامات، وما يتبعه من وصف عُسْر تسليم السّلعة وصعُوبة تخليصها، صحّت المعاملة وخفّف فيها؛ لتعيين نوع البيعة وثمنها، فانتفت الجهالة والغرر، وكذلك إذا تعيّن تأجيل الثمن وتحديد مقداره، فإن البيع صحيح.

وقد وفّق ابن القيم في تفسير الحديث قريبا من هذا حينما قال: "وأما قوله: ولا تبع ما ليس عندك، فمطابق لنهيه عن بيع الغرر؛ لأنه إذا باع ما ليس عنده، فليس هو على ثقة من حصوله، بل قد يحصل له، وقد لا يحصل، فيكون غررا كبيع الآبق، والشّارد، والطّير في الهواء، وما تحمل ناقته، ونحوه"[1]

أمّا الصّورة الأولى الممنوعة فهي ممّا ذكره المالكية في بيوع الآجال، وهي بيوع غلبت فيها الشّبهة الرّبوية، وهذه الشّبهة تفوق في أثرها التّحريمي سبب الغرر، وتزيد عليها قوّة في إفساد العقود، وفي ذلك ورد في الموطأ أن مالكا بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِرَجُلٍ: ابْتَعْ لِي هَذَا الْبَعِيرَ بِنَقْدٍ حَتَّى أَبْتَاعَهُ مِنْكَ إِلَى أَجَلٍ، فَسُئِلَ عَنْ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ فَكَرِهَهُ وَنَهَى عَنْهُ)، فقد ذكر الزرقاني[2] ثلاثة أسباب مجتمعة للمنع بينها سبب ما ليس عندك، وهو ليس كلها:

- أنه من بيع ليس عند البائع، لأنه باع منه البعير قبل أن يملكه.

- تضمّنه بَيْعَتَيْنِ: بَيْعَةَ النَّقْدِ وَبَيْعَةَ الْأَجَلِ،

- وَسَلَّفَ بِزِيَادَةٍ، كَأَنَّهُ أَسْلَفَهُ مَا نَقَدَهُ بِالثَّمَنِ الْمُؤَجَّلِ، وَهَذَا كُلُّهُ يَمْنَعُ الْجَوَازَ، وَالْعِينَةُ فِيهَا أَظْهَرُ فالمرابي يدخل هذه السلعة حتى يستر القرض الربوي المشروط فيه الزيادة، ملبسا الربا في صورة البيع، وهو في الحقيقة دفع عشرة نقدا ليأخذها عند الأجل خمسة عشر.[3]

[1] ابن القيم، زاد المعاد، تحقيق شعيب وعبد القادر الأرناؤوط، ط2009، مؤسسة الرسالة، بيروت. 1282، وانظر: عبد القادر جدي، الجوانب القانونية الوضعية في المعايير الشرعية، م10، ع2، 2021، ص57.

[2] الزرقاني، شرح الموطأ، 466/3.

[3] القرافي، الفروق، 152/2.المواق، التاج والإكليل، 388/4.

ثالثا: الصّور الجائزة المستثناة من اشتراط ملكية المبيع:

ذكر ابن العربي في النص السابق تفسيره لما نقل من تجويز مالك لبيع ما ليس عندك، وأن طلب المشتري من البائع قبل تملكه للمبيع إنما وقع على أنه وسيط[1] لتحصيل السلعة فإذا حصلها استأنف كلاهما العقد، ويبدو أن صورة المسألة التي تحدّث عنها ابن العربي تفسيرا لقول مالك هي: (إذا جاء الرجل فقال للآخر: اشتر لي، أو اشتر سلعة بكذا، أو بما اشتريتها وبعها منّي بكذا)[2]، وهذه من مسائل العِينَة التي يدخلها التّحايل إلى الرّبا، فضلا عن أنها بيع ما ليس عندك، ولا يمكن التّشويش بها على صحّة الأصل الذي قرّرناه، بل هي تثبته وتقوّيه؛ لذلك قصر ابن عبد البر ضابط بيع ما لا يملك على مسألتين فقال: " وكذلك حملُوا النَّهي عن بَيعْ ما ليسَ عِندكَ، على الطَّعام وحدَهُ، إلّا ما كان من العِينة"[3].

وبتتبّع ما ورد عن المالكية أمكننا العثور على عديد الصّور الجائزة من بيع ما ليس عند بائعه

الصورة الأولى: وهي من صور العِينة التي حكم ابن رشد بجوازها، مع أنها من بيع ما لا يملك، إلاّ أنّ الغرر وصل بها إلى حدّ الكراهة لا الفسخ، وهي ما حصلت فيها مواعدة بالرّبح والشراء ممّن ليست عنده السّلعة، تلميحا لا تصريحا.

ومثاله أن يقول من يريد السّلعة لمن ليست عنده: اشترها ولا يكون إلاّ خيرا، أو اشترها وأنا أربحك فيها، أو أنا أشتريها منك، ولا يذكر له الثمن، ولا مقدار الربح، ولا يساومه، فالبيع على هذا النّحو كرهه مالك، وقال: "كراهته لا تصل إلى حدّ فسخ البيع، وإذا وقع مضى[4]"، - ونقل الحطاب[5] في شرحه لخليل قولا لابن حبيب بصحّة البيع لمن كان ليس عنده المبيع في صورة من صور العينة: (وكره خذ بمائة ما بثمانين، أو اشترها، ويومئ لتربيحه ولم يفسخ).

[1] ابن العربي، القبس 797/1.

[2] ابن العربي، عارضة الأحوذي، 239/5

[3] ابن عبد البر، الاستذكار، 428/8.

[4] ابن رشد، المقدمات، 54/2.

[5] الحطاب، مواهب الجليل، 393/4.

قال في الشرح: "هذا هو الوجه المكروه، قال في كتاب السلم والآجال من البيان: فقال:(والمكروه أن يقول أعندك كذا وكذا تبيعه مني بدين؟. فيقول: لا، فيقول: ابتع ذلك وأنا أبتاعه منك بدين وأربحك فيه، فيشتري ذلك ثم يبيعه منه على ما تواعدا عليه"[1]، وهذا بالنظر إلى إعمال الوعد بالبيع وضعف الشبهة الربوية مادامت المراوضة على الربح لم تحصل، إذ تركيز المرابي دائما على نسبة الفائدة التي ينبغي أن تتجرد عن المخاطرة وتوصف بأنها مضمونة.،

الصورة الثانية: هي أن يقول: اشتر لي سلعة كذا بعشرة نقدا، وأنا ابتاعها منك باثني عشر إلى أجل، فهو أيضا لا يجوز، قال ابن رشد: "اختلف فيه إذا وقع على قولين، أحدهما: أن السلعة لازمة للآمر باثني عشر إلى أجل؛ لأن المأمور كان ضامنا لها لو تلفت في يده قبل أن يبيعها من الآمر، ويستحبّ له أن يتورّع، فلا يأخذ منه إلاّ ما نقد فيها، وهو قول ابن القاسم... وروايته عن مالك، والثاني: أن البيع يفسخ وتردّ السلعة إلى المأمور... كما يفعل بالبيع الحرام؛ لأنه باعه إيّاها قبل أن تجب له، فيدخله بيع ما ليس عندك"[2].

وذكر الحطاب صورة أخرى قريبة منها، هي:(وإن قال له: اشتر سلعة كذا لنفسك، أو قال: اشتر ولم يقل لي ولا لنفسك كما تقدم عن المقدمات والبيان بعشرة نقدا، وأنا آخذها منك، أو أشتريها منك أو أبتاعها منك باثني عشر لأجل، قال في المقدمات: فهذا لا يجوز إلا أنه مختلف فيه إذا وقع على قولين: أحدهما أن السلعة لازمة للآمر باثني عشر؛ لأن المأمور كان ضامنا لها ولو تلفت في يده قبل أن يبيعها من الآمر)[3].

ومناط النظر في هذه الصور هو ان القول المصحح لها في المذهب تجاوز مناط أنها من بيع ما ليس عندك، إلى ما هو أقوى من الاعتبارات كضمان البائع للسلعة بعد شرائها، وأن هذا الانتقال للضمان سببه وعد الآمر بالشراء، فبيع ما ليس عندك لا يصلح لتعليل القول الأول الذي أوجب فسخ العقد ورد السلعة الى المأمور، لأنه باعها قبل أن تجب له، متغافلا عن أن البيع في مرحلته الثانية تم بعد شراء السلعة ودخولها في الضمان، وفرق بين فسخه أولا قبل انتقال السلعة وبين فسخه ثانيا بعد انتقال السلعة والضمان، واختلاف الأحوال يؤذن باختلاف الأحكام.

[1] الحطاب، مواهب الجليل، 393/4.

[2] ابن رشد، المقدمات، 55/2، البيان، 86/7.

[3] الحطاب، مواهب الجليل، 400/4

الصورة الثالثة: وهي صورة يوضّحها ابن رشد، وفيها أن الرجل يبيع عبدا لغيره، فيطلب منه شراءه، ويظهر سبب قدرته على تخليصه من سيّده بأنه أعطاه عطاء يرجّح عدم ردّه للبيع بالثمن الذي قدّره، يقول ابن رشد[1]: (وسألته عن الرجل يسوم الرجل بسلعة ليست له، فيقول اشتر منّي هذا العبد، عبد فلان بستين دينارا، فإني قد أعطيته عطاء، وأنا أرجو أن يمضيه لي، فيقول: نعم، قد أخذته بستين دينارا، فيرجع البائع إلى سيّد العبد فيشتريه منه بخمسين نقدا، ويمضيه للآخر بستّين دينارا نقدا على السّوم الأول، فقال: أكره هذا ولا أحبّه، وإن وقع أمضيته إن كانت البيعتان جميعا بالنّقد، وانتقدا".

قال محمد بن رشد معلّقا : "كره هذا البيع ابتداء، لما فيه من معنى بيع ما ليس عندك، وربح ما لم يضمن؛ إذ باع ما لم يتم له شراؤه بعد، وأجاز ذلك إذا وقع، لما كان ذلك بعد أن قرب الأمر بينه وبين صاحب السلعة بالمراوضة التي كانت بينهما فيها؛ ولأن معنى قوله:" قد أخذته بستين"، أي: قد أخذته بها إن أمضاه لك صاحبه، وتم شراؤك فيه؛ ولو اشتراه منه بستين شراء ناجزا على أن تحصله له من صاحبه مما قدر عليه، لم يجز، ولكان بيعا فاسدا[2]".

وقد وقع في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من كتاب السّلم والآجال، تخفيف ذلك ابتداء، وفي رسم تسلف منه اختلاف قول مالك فيه، وهذا كله إذا كانت البيعتان جميعا بالنقد، وأما إذا كانت إحداهما إلى أجل، فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز،).

واضح من كلام ابن رشد تجويز معاملة بيع ما لا يملك إذا كانت المراوضة قريبة من البيع، وانظر إلى ابن رشد وهو يعلّل الجواز بالقرْب الذي يحصل به التّنْجيز. والتخليص للعين المبيعة فيما يشبه ضمان عدم التعرّض في القوانين المدنية، وتأمّل في هذا التّعليل البديع: (ولأن معنى قوله: قد أخذته بستّين، أي: قد أخذته بها إن أمضاه لك صاحبه، وتم شراؤك فيه؛ ولو اشتراه منه بستّين شراء ناجزا على أن تحصله له من صاحبه مما قدر عليه، لم يجز، ولكان بيعا فاسدا)، فكأنّ ابن رشد صحّح المعاملة؛ لمدركين:

الأول: هو القرب؛ إذ التأجيل مظنّة صعوبة التّخليص بسبب تبدّل الأسعار، وحوالة السوق، وتكثر أسباب النزاع.

[1] ابن رشد، البيان والتحصيل، 467/7.

[2] نفسه.

والمدرك الثاني: هو اعتباره أنّ في المعاملة شرطا خفيّا ملزما على قاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، وهو الشّراء بشرط تحصيله بالبيع، وبغير هذا الشّرط الضّمني تفسد المعاملة، وهكذا أمكن التغلّب على الغرر واحتمال المخاطرة بعدم التحصيل للعين المبيعة بهذا التوافق العرفي الضّمني.

الصورة الرابعة: الشراء من دائم العمل مؤجّل بثمن مؤجّل: وهي مسألة ذكرها المالكية في باب السّلم في حالة ما إذا تم تأجيل الثمن، والسلعة المؤجّلة تكون من دائم العمل، كالخبّاز والبنّاء والنجّار وغيرهم، ومع أن الصّورة لا تجوز سلَما؛ لأنها باتت بتأخير الثمن بيعا لا سلَما، والمبيع فيها لا يملكه البائع، وليس عنده إلا أنها جازت استحسانا، وبسبب جريان العرف المدني بها، ونص الدردير: جاز "الشراء من دائم العمل) حقيقة أو حكما ،ككون البائع من أهل حرفة ذلك الشيء؛ لتيسره عنده فأشبه المعقود عليه المعيّن في الصورتين، والشراء إما لجملة يأخذها مفرّقة على أيام، كقنطار بكذا كل يوم رطلين، أو يعقد معه على أن يشتري منه كل يوم عددا معينا، وليس لأحدهما الفسخ في الأولى دون الثانية، (كالخباز) والجزار بنقد وبغيره، فلا يشترط تعجيل رأس المال، ولا تأجيل المثمن، بل يشترط الشروع في الأخذ حقيقة أو حكما، فأجازوا التأخير لنصف شهر ،كما أشار لذلك بقوله (وهو بيع)[1]

وذكرت المسالة في المعيار نسب القول فيها للعتبية: عن مالك عن سالم بن عبد الله قال: "كنا نبتاع اللحم من الجزّارين بسعر معلوم، نأخذ كل يوم رطلين أو ثلاثة، يشترط أن يدفع ذلك الثمن إلى العطاء، قال مالك: لا أرى به بأسا إذا كان العطاء معروفا"[2].

فقد سمّيت بيعة المدينة وهي لا تدخلها أحكام السّلم، وعند ابن أبي زمنين جوّزت استحسانا[3]؛ لذا قال في مواهب الجليل نقلا عن المدونة[4] (وقد كان الناس يتبايعون اللحم بسعر معلوم، يأخذ كلّ ما يباع في الأسواق، ولا يكون إلا بأمر معلوم يسمّي كل ما يأخذ كل يوم، وكان العطاء يومئذ مأمونا، ولم يروه دَينا بدَين واستخفوه... وليس ذلك محض سلَم، ولذلك جاز تأخير رأس المال إليه فيه، ولا شراء شيء بعينه حقيقة)

[1] الدردير، الشرح الكبير، 216/3.

[2] الونشريسي، المعيار المعرب، 586/4، وانظر: ابن رشد، البيان والتحصيل، 207/17.

[3] المرجع السابق

[4] الحطاب، مواهب الجليل، 538/4.

الصورة الخامسة: الاعتياض عن دَيْن السّلَم، سواء ببيعه قبل قبضه، أو بمبادلة المسلِم دَين السّلَم لمن هو في ذمّته أو غيره، وهي عند المالكية من باب بيع ما ليس عندك، وتصحّ في صور عديدة في مبادلة المبيع بمبيع آخر غير الذي تمّ التعاقد عليه[1].

وعلّة منع هذه الصّورة عند الشافعية عدم استقرار الملك الذي هو شرط البيع، ثم هل تجويز هاته الصور مخالف للإجماع المنقول، فقد نقل الإجماع على بطلان بيع ما يملكه البائع غير واحد من أهل العلم، فذكر ابن عبد البر أن منع بيع ما ليس عند الإنسان من الأصول المجمع عليها[2]، وقال ابن قدامة: " ولا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها، ليمضي ويشتريها ويسلمها، رواية واحدة، وهو قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفا"[3]، فالرد بأن تجويز بعض الصور لعدم تحقق علة الغرر فيها لا يعد نقضا للإجماع، بل الإجماع محفوظ في باقي الصور التي يتحقق الغرر وعدم القدرة على تخليص السلعة وتسليمها بلا خصومة للمشتري.

رابعا: أسباب فساد بيع ما ليس عندك عند المالكية:

بالنظر في الفروع الفقهية السّابقة، والصّور المستثناة الصّحيحة، أو المختلف في صحّتها، وباستحضار مجموع العلل التي تم ذكرها أثناء التّحليل، يمكننا أن نستخلص مجموعة من الأسباب لاحظها المالكية في عقود البيع تؤول به إلى الاختلال، وتفسّر النهي عن بيع ما ليس عندك، كقاعدة لها مصاديق محدّدة وتخرج عنها أخرى إذا ما تخلفت هذه الأسباب:

1-خشية الاستحقاق: والاستحقاق هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله[4]، فإذا بيعت السلعة وتم العقد وقام البائع بتسليمها، ثم ظهر مستحقّ لها، كمالك أو وارث أو منتفع بوقف، بطل البيع؛ لأنه وقع على غير مملوك، قال في نهاية المطلب: "فهو بمثابة ما لو اشترى الرجل من رجل شيئاً، ووفّى الثمن، وغاب البائع، ثم استُحِقّت العين المبيعة، وأُخذت، فللمشتري أن يقيم البيّنة على الغائب بقبض الثمن، ولا حاجة به إلى فرض الجحود؛ فإن إقدامه على بيع ما لا يملك كافٍ في معنى الجحود"[5]

---

[1] ابن رشد، بداية المجتهد، 206/2.

[2] ابن عبد البر، التمهيد، 216/14

[3] ابن قدامة، المغني، 296/4

[4] الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، 143/6

[5] الجويني، نهاية المظلب، 502/18.

2-عدم تقرر الملك على الشّيء أو الغرر: بمعنى أن لا يكون محل العقد قابلا للتملّك، قال ابن رشد في مسائله: ونهى النبي ﷺ عن بيع ما لا يملك يحتمل أن يكون أراد به: ما لا يتقرر للبائع عليه ملك كالحر، وأم الولد، ومال غيره، وما أشبه ذلك.

فإن كان النبي ﷺ أراد ذلك فلا يصحّ الاحتجاج به في بيع الشيء المغصوب المنتزل عليه، ويحتمل أن يكون أراد به مالا يملكه في تلك الحال ’لا أن ملكه باق عليه في الحقيقة، كبيع الشيء المغصوب، وهو في يد الغاصب الممتنع به، وبيع العبد، والجمل الشارد، وما أشبه ذلك.

وإن كان أراد ذلك، فالمعنى في نهيه عنه ما يدخله من الغرر؛ إذ لا يعلم البائع ولا المبتاع متى تزول يد الغاصب، ولا متى يرجع العبد الآبق، ويؤخذ الجمل الشارد[1]

3- عدم القدرة على تخليص المبيع أو الجهالة: قال ابن رشد في البيان[2]: "وإذا تم العمل في هذه المسألة تقرر الملك في الجعل للجاعل، ووجب للمجعول له، فلما كان لا يجب الجعل على الجاعل إلا بعد تقرّر الملك له فيه، وجب أن يجوز؛ لعدم التخليص الذي هو العلّة في أنه لا يجوز للرجل بيع ما لا يملك، ولقد أجاز في رسم المكاتب، من سماع يحيى، من كتاب جامع البيوع أن بيع ما لم يملك بعد إذا كان قد أعطى صاحبه فيه ثمنا وقارب أن يشتريه منه، فكيف بهذ"

وقال: "ولو كان الجعل في الخصومة حلالا، لم يجز له أن يجعل جعله ما لا يملك ففيه نظر؛ لأنه إنما لم يجز للرجل أن يبيع ما لا يملك، أو يستأجر به؛ لأنه إذا فعل ذلك فقد باعه أو استأجر به على أن يتخلّصه للمبتاع، أو للأجير من ربه، وذلك غرر بيّن؛ إذ لا يدري بما يتخلّصه به، ولعلّه لا يقدر على أن يتخلّصه، فيرد إلى المبتاع ماله إن كان قد نقده، فيكون مرة بيعا ومرة سلفا؛ والجعل لا ينقد فيه، ولا يستحق إلا بتمام العمل"[3]

4-عدم إجازة الغير له: وهو بيع الفضولي، يصحّ موقوفا على إجازة المالك، فإن لم يجزه المالك وقع باطلا على الطرفين البائع والمشتري، وقد يدخل في هذه الصورة بيع المفقود على ما تواصفا عليه ولم يأت على الصفة ولم يجزه المشتري، أو بيع الثمار قبل بدو صلاحها بشرط صلاحها على رأي بعض الفقهاء، فعدم التصحيح اللاحق للعقد لسبب معتبر يؤدي

[1] مسائل ابن رشد، 201/1.

[2] ابن رشد، البيان والتحصيل، 493/8.

[3] نفسه.

الى نقل الملكية وتداول العين المبيعة، مع أن العقد بالصور المذكورة مشوب بغرر كثير عند المالكية بخلاف غيرهم الذين صححوه اعتمادا على المآل الذي قد يختفي فيه الغرر ويسلم من المفسدات.

5- العينة: ولذلك قال ابن عبد البر: وكذلك حملُوا النَّهي عن بَيعْ ما ليسَ عِندكَ، على الطَّعام وحدَهُ، إلّا ما كان من العِينة[1]، وهي أن يبيع شيئا بثمن مؤجّل، ثم يشتريه بأقلّ منه نقدا، والعينة حيلة للتوصل إلى الربا، وتفادي حرمته بالدخول في العقد الربوي صراحة، يقول الشاطبي مبينا مآل العينة من حيث النظر المقاصدي:(فإن عقد على سلعة أولا بعشرة إلى أجل ظاهر الجواز من جهة ما يتسبب عن البيع من المصالح على الجملة، فإذا جعل مآل ذلك البيع مؤديا إلى بيع خمسة نقدا بعشرة إلى أجل، فقد صار مآل هذا العمل إلى أن باع صاحب السلعة من مشتريها خمسة نقدا بعشرة إلى أجل، والسلعة لغو لا معنى لها في العمل، لأن المصالح التي لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شيء)[2]، ويوضح ابن عبد البر سرّ كون العينة من بيع ما ليس عندك بقوله:(بيع العينة: ..من باب بيع ما ليس عندك، ..أن يطلب رجل من آخر سلعة ليبيعها منه بنسيئة، وهو يعلم أنها ليست عنده، ويقول له: اشترها من مالكها هذا بعشرة، وهي علي باثني عشر أو بخمسة عشر إلى أجل كذا فهذا لا يجوز)[3].

[1] ابن عبد البر، الاستذكار، 428/8.

[2] الشاطبي، الموافقات، 113/4.

[3] ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 672/2.

الخاتمة:

في ختام هذه الجولة البحثية وصلنا إلى النتائج الآتية:

-إن البيع عقد يفيد نقل الملكية للمشتري، لذلك وضع الفقه من الشروط التي تحقق هذا المقصد ما يسهل أيلولة العين المبيعة إلى المشتري من غير مخاطرة أو احتمال أو خصومة.

- ملكية المبيع شرط ذكرته أصول المالكية، وهي قاعدة أغلبية لها مستثنياتها، ولها توابعها من العلل والحكم المنوطة بها والتي تم إثباتها في البحث.

- ثبت عن الإمام مالك ما يفيد تصحيحه أو إمضاءه بعد الوقوع لصور من البيوع تخلو من ملكية المبيع السابقة على العقد بسبب قلّة الغرر فيها، أو ضمان القدرة على التسليم.

- أسباب منع المبيع قبل تملّكه لا تعود لعدم التملّك بذاته، وإنما تعود لأوصاف ذاتية هي خوف الاستحقاق، والعينة، وعدم القدرة على تخليص المبيع، وعدم قابلية المحلّ للتملك، وعدم إجازة الغير في بيع الفضولي.

قائمة المصادر والمراجع:

1. ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالم، ت: محمد ولد عبد الكريم، ط1993، دار الغرب الإسلامي.
2. ابن العربي،عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، ت: جمال المرعشلي، ط1997، دار الكتب العلمية.
3. ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، ت: شعيب الأرناؤوط، عبد القادر الأرناؤوط، ط2009، مؤسسة الرسالة، بيروت.
4. ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت.
5. ابن رشد، البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي، ط1988، دار الغرب الإسلامي.
6. ابن رشد، المقدمات الممهدات، تحقيق محمد حجي، 1998، دار الغرب الإسلامي.
7. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، 1995، لبنان
8. ابن رشد، مسائل أبي الوليد بن رشد، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، دار الجيل، 1993.
9. ابن عاشور، مقاصد الشريعة، دار النفائس، 2004، بيروت
10. ابن عبد البر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، دار الكتب العلمية، 1993.
11. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، 2009، لبنان
12. الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت
13. الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتاب العربي
14. الزرقاني، شرح الموطأ، دار الفكر
15. سنن أبي داود، دار الفكر، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد
16. سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، لبنان.
17. صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
18. عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، ط1999، الرياض.
19. عز الدين بن عبد السلام، قواعد الإحكام في مصالح الأنام، تحقيق نزيه حماد، وعثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، 2000م.
20. عزالدين بن زغيبة، مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، 2001، الامارات العربية.
21. القرافي، الفروق، وزارة الأوقاف للمملكة العربية السعودية، 2010.
22. القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، دار الكتب العلمية، لبنان
23. مالك، المدونة، دار صادر
24. مالك، الموطأ، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت
25. محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر خليل، دار الفكر، ط1984
26. النفراوي، الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، 1997، لبنان
27. النووي، المجموع شرح المهذب، ت المطيعي، دار الفكر
28. الونشريسي، المعيار المعرب، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، 1981.
29. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، لبنان.