البيع زمن الخيار قبل القبض إن كان الخيار للمشتري وتطبيقاته في المصارف الإسلامية

د. عبدالرحمن حسن المختار
كلية القانون – جامعة الزاوية

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ به من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، وصل اللهم وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

أما بعد...

فالبيع على شرط الخيار من البيوع التي أقرتها الشريعة الغراء، جلباً للمصالح ودرءً للمفاسد، كما جاء في الحديث الصحيح: «قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم: إني أخدع في البيوع، فقال: "إذا بايعت فقل: لا خلابة" فكان الرجل يقوله»[1]، وأقَّت صلى الله عليه وسلم للخيار زمناً، كما جاء في رواية: «ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها»[2]، وذلك مراعاة للتوازن بين المتعاقدين، ورفعاً للحرج عنهما، فكان الخيار درءً للغبن عن المشتري؛ ليتسنى له النظر والاستشارة، وفي تأقيت الخيار درء للضرر عن البائع؛ لئلا يفوته رواج السوق إن ردت عليه سلعته.

المبيع في زمن الخيار إما أن يقبضه المشتري،وإما أن يطلع عليه أو أن يُصَف له وصفاً نافياً للجهالة ويبقى في يد البائع، فإذا لم يقبض المشتري المبيع، وكان الخيار له وحده، ثم وجد في المبيع صفقة مربحة، فلم يفوتها وتصرف في المبيع ببيعه قبل مضي زمن الخيار، وقبل أن يبدي رغبته في شراء المبيع أو رده، ويتحدد موضع الوريقات في هذا المضمار، وفي التطبيقات المعاصرة التي تجريها المصارف الإسلامية في عملية بيع المرابحة للآمر بالشراء، والتي يكون فيها الوعد غير ملزم، فبعد شراء المصرف السلعة، قد يعدل المشتري الآمر بالشراء عن الشراء، فتبقى السلعة في ملك المصرف، فيتحمل تبعات

ضمانها، وما يترتب عليه من مصاريف تخزين وحراسة، وتأمينات ضد مخاطر السرقة والتلف، وغيرها من المصاريف، وكذلك صعوبات تصريف السلعة، وتغير الأسعار، الأمر الذي قد يكبد المصرف خسائر كبيرة، مما جعل بعض المصارف تلجأ إلى شراء السلع بالخيار لمدة كافية من الزمن، ثم تخطر المشتري الآمر بالشراء بشرائها للسلعة، فإن أبرم العقد معها، اختارت إمضاء العقد مع البائع الأول، وإن عدل المشتري الآمر بالشراء عن إبرام العقد، اختارت الرد في زمن الخيار، وبذلك تتجنب المصارف المخاطر الناجمة عن الملك والضمان.

والتساؤل هل يجوز للمشتري في بيع خيار الشرط بيع المبيع زمن الخيار إذا كان الخيار له قبل أن يقبضه؟ ولمن يكون ربح المبيع؟

بيع المشتري المبيع في زمن الخيار قبل أن يقبضه، إن كان الخيار له؛ يتنازعه إشكالان:

- الأول: هل هذا البيع من باب بيع ما لا يملك؟ وقد نهى النبي صلى الله عليه سلم عن ذلك فقال: «لا تبع ما ليس عندك»[3].
- الثاني: هل الربح في هذا البيع من باب ربح ما لم يضمن؟ وقد نهى النبي صلى الله عليه سلم عن ذلك في قوله: «لا يحل سلف وبيع، ... ولا ربح ما لم يضمن...»[4].

ولعرض هذا الإشكال لابد من طرح تساؤلات متفرعة عنه، ليتسنى الإجابة عنها، وهي:

- من يملك المبيع زمن الخيار إن كان في قبضة البائع؟
- تبعة ضمان المبيع زمن الخيار وقبل أن يقبضه المشتري على من تقع؟
- ما حكم بيع المشتري المبيع زمن الخيار إن كان في قبضة البائع؟ وأثره على الخيار؟ وهل تسري ذات الأحكام على بيع المرابحة للآمر بالشراء في تطبيقاته المعاصرة؟

في هذه الوريقات عرض للمسألة، ومحاولة للإجابة عن هذه التساؤلات من خلال ملاحظ ثلاثة وخاتمة، الأول في ملكية المبيع زمن الخيار، والثاني في ضمان المبيع زمن الخيار، والثالث في حكم البيع وأثره على الخيار، وحوصلة لأهم النتائج يختم بها.

الملحظ الأول: في ملكية المبيع زمن الخيار

أولاً : تقرير وتأصيل النهي عن بيع ما لا يملك

بيع ملك الغير يأتي على ضربين: إما أن يكون البيع نيابة عن المالك الأصلي، وإما لمصلحته، والأول له صورتان: إما أن تكون بإذن كوكالة أو ولاية أو وصاية، أو بغير إذن كما في الفضولي.

الضرب الثاني له صورتان أيضاً : إما أن يبيعها قبل أن تدخل في ملكه بشراء أو بغيره، وإما أن يسرقها أو يغتصبها ثم يبيعها.

والذي يندرج تحت هذا البحث الصورة الأولى من الضرب الثاني، وهي أن يبيع سلعة لا يملكها، ثم يذهب فيشتريها من مالكها ويسلمها للمشتري، فيكون قد باع ما لا يملك، وقد ورد النهي عن ذلك في غير موضع منها:

- ما ورد عن حكيم بن حزام –رضي الله عنه– قال: يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق؟ فقال: «لا تبع ما ليس عندك»[5].
- عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[6].
- عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك»[7].

قوله صلى الله عليه وسلم: «ما ليس عندك»، "يقال: عنده كذا وكذا؛ أي في ملكه لأن الملك يختص بالمرء اختصاص الصفة بالموصوف؛ ... وهو المراد بقوله في الحديث: «نهى النبي –صلى الله عليه وسلم– عن بيع ما ليس عندك»، يعني في ملكك"[8]، وإلى هذا المعنى ذهب جمهور الفقهاء، فقالوا: أن "المراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ما ليس في ملكه، بدليل قصة الحديث ... : أجمعنا على أنه لو باع عيناً حاضرة غير مملوكة له لا يجوز، وإن ملكها فيما بعد"[9]، وقال ابن الهمام: "أما النهي عن بيع ما ليس عندك، فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقاً، لا ما ليس في حضرتك"[10]، وقال ابن قدامة: "ولا يجوز أن

يبيع عيناً لا يملكها ...ولا نعلم فيه مخالفاً"[11]. وقال ابن حزم : "إنما هو نهي عن بيع ما ليس في ملكك، كما في الخبر نصًا، وإلا فكل ما يملكه المرء فهو عنده، ولو أنه بالهند"[12].

ذكر ابن عبد البر أن بيع ما ليس عند الإنسان من الأصول المجتمع على تحريمها[13]، وإذا باعه شيئاً معيَّناً وليس في ملكه ثم مضى ليشتريه، أو يسلمه له : كان متردداً بين الحصول وعدمه ، فكان غرراً يشبه القِمار ، فَذُهِيَ عنه"[14].

إذا باع المشتري المبيع زمن الخيار قبل أن يقبضه من البائع، فهل يدخل تصرفه هذا في النهي عن بيع ما ليس عنده وبيع ما لا يملك؟

الحكم على المسألة يقتضي معرفة ملكية المبيع في زمن الخيار لمن؟ أللبائع أم للمشتري؟

ثانياً: ملكية المبيع زمن الخيار.

اختلف الفقهاء في ملكية المبيع قبل قبضه زمن الخيار إن كان الخيار للمشتري، وكان لهم في المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول:

المبيع زمن الخيار يخرج من ملك البائع، ولا يدخل في ملك المشتري حتى ينقضي الخيار، وبه قال الحنفية في المذهب[15]، واستدل على ذلك بما يلي:

- أن المبيع يخرج من ملك البائع، ولا يدخل في ملك المشتري، إذا كان الخيار له؛ لأن البيع بات في حق البائع، وأما الثمن فلا يخرج عن ملك المشتري زمن الخيار؛ لأن البيع في حقه غير بات حتى يختار.
- لو دخل المبيع في ملك المشتري مع بقاء الثمن في ملكه؛ "لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع؛ لأن المعاوضة تقتضي المساواة، ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري؛ ليتروى فيقف على المصلحة، ولو ثبت الملك ... فربما يفوته النظر"[16] الذي هو مقصود الشارع من الخيار.

وأستدرك على هذا الاستدلال أنه إذا كان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه، ويقضي بخروج المبيع عن ملك البائع، فأين المساواة بين المتعاوضين؟ والتي تقتضي خروج

الثمن عن ملك المشتري أيضاً ، ولو عُمل بمقتضى هذه المساواة، فلا يجتمع بدلان في ملك رجلاً واحد، كما يفضي هذا الاستدلال إلى مخالفة الشرع؛ "لأنه لما خرج عن ملك البائع لو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى ملك مالك، ولا عهد لنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة، فيكون كالسائبة"[17] المعروفة في الجاهلية، "ولأنه يفضي إلى وجود ملك لا مالك له، وهو محال، ويفضي أيضاً إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري، أو إلى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه، وكون العقد معاوضة يأبى ذلك"[18].

يرد عليه أيضاً أنه "لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة؛ لأن استحقاقها بالملك ... لو بيعت دار بجنبها، فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية، فله أن يردها"[19] والشقص –المبيع المملوك على المشاع–.

القول الثاني:

المبيع زمن الخيار يبقى على ملك بائعه، وهو قول للحنفية والمذهب عند المالكية، ورواية عند الحنابلة[20].

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

- من الاستحسان أن "جواز هذا البيع مع أنه معدول به عن القياس؛ للحاجة إلى دفع الغبن، ولا اندفاع لهذه الحاجة إلا بامتناع ثبوت الملك للحال؛ لأن من الجائز أن يكون المشترى قريب المشتري فلو ملكه للحال لعتق عليه للحال فلا تندفع حاجته"[21].
- "أن حصول الملك يقتضي ثبوت موجبه، وموجب الملك جواز التصرف، فلما كان المشتري ممنوعا من التصرف، دل على أن الملك غير منتقل"[22].

يرد على هذه الاستدلالات العقلية، أن الخيار شرع للحاجة إلى دفع الغبن، ولكن دفع الغبن لا ينحصر في منع ثبوت الملك الذي يقتضيه العقد، فيمكن دفعه بعدم لزوم العقد وهو ما يقتضيه الخيار، فيكون له الفسخ دفعاً للغبن عن نفسه، ولا يلزم من ذلك منع انتقال الملك، وأما حصر الإشكال في العتق، وإلحاق غيره به، وقياسه عليه، فهو قياس مع الفارق؛ "لأن الشارع له إلى العتق تشوف، لا يوجد في غيره"[23] فكانت له أحكام خاصة، "وكذلك

بيع العين المؤجرة – كالدار... – عامتهم يجوزه ويملكه المشتري دون المنفعة التي للمستأجر"[24]، فيمكن للمشتري اشتراط الخيار لدرء ما يصيبه من غبن الصفقة، لا أن يمنع انتقال الملك الذي هو من لوازم العقد ومقتضياته.

من جهة أخرى فإنه لا تلازم بين منع التصرف وانتقال الملك، وإنما منع التصرف لوجود دليل خاص، وكذلك "امتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير، فلا يمنع ثبوت الملك، كالمرهون والمبيع قبل القبض"[25].

القول الثالث:

المبيع يملكه المشتري بموجب العقد، قال به الصاحبان من الحنفية ورواية عن مالك، وعند المحققين من الشافعية والحنابلة في المذهب[26].

ومما استدل به أصحاب هذا القول ما يلي:

- ما جاء في الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا»[27]، في هذا الحديث سماهما "متبايعين، فدل على حصول البيع، وموجب البيع حصول الملك"[28].
- الخيار "نوعان : خيار عقد ، وخيار عيب، فلما لم يكن خيار العيب مانعاً من حصول الملك، لم يكن خيار العقد مانعاً من حصول الملك، وأن الملك ينتقل بمقتضي العقد، وخيار الشرط لا يمنع انتقال الملك، كما لا يمنعه خيار العيب"[29].
- عندما يكون الخيار للمشتري "يخرج المبيع عن ملك البائع حتى لا يجوز له التصرف فيه؛ لأن البيع بات في حقه ... ولأن ثبوت الحكم عند وجود المستدعي هو الأصل، والامتناع بعارض، والمانع ههنا هو الخيار وأنه وجد في أحد الجانبين لا غير، فيعمل في المنع فيه لا في الجانب الآخر ألا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري، والثمن على ملك المشتري إذا كان الخيار للبائع؟ ، فدل أن البيع بات في حق من لا خيار له، فيعمل في بتات هذا الحكم الذي وضع له"[30].
- إن المبيع يخرج عن ملك البائع بموجب العقد، ويدخل في ملك المشتري لا بد كما تقدم، فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع"[31].

لكن القول بأن: "البيع بات في حق من لا خيار له ... يوجب البتات في حق الزوال لا في حق الثبوت؛ لأن الخيار من أحد الجانبين له أثر في المنع من الزوال، وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر إن كان لا يمنع الزوال ... من الوجهين"[32].

كذلك يجوز أن يخرج الشيء عن ملك الإنسان، ولا يدخل في ملك غيره كما في الأوقاف والعتق، والتركة المستغرقة بالدين تخرج من ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة[33].

مما يرد على هذا القول أن المراد بخروج الملك إلى غير مالك، يلزم منه السائبة ولا عهد به في الشرع، إنما قصد به ما كان من باب التجارة والمعاوضات، لا من باب الأوقاف، والعتق، والتركات[34].

استدرك أيضاً بأن البيع بخيار الشرط بيع غير لازم، فلا ينتقل به الملك[35]، و"الفسخ بالخيار: رفع للعقد من أصله؛ لأن الخيار يمنع اللزوم بالكلية، ولهذا يمنع من التصرف في المبيع وثمنه"[36].

إلا أن عدم لزوم العقد لا يمنع انتقال الملك؛ لوجود سببه وهو العقد المقتضي لذلك، فكما لا يمنع خيار العيب بيع المعيب وانتقال ملكه مع بقاء خيار الفسخ للعيب، كذا الأمر مع خيار الشرط، وإنما متعلق الخيار إمضاء العقد أو فسخه[37]؛ لأن الخيار مندوحة للمتعاقدين؛ لاستدراك ما يقتضيه العقد الصحيح من لزوم يمنعه من فسخه دون الرجوع للطرف الآخر، فالخيار يقتضي عدم اللزوم وليس عدم انتقال الملك، فينتقل الملك لوجود مقتضاه وسببه وهو العقد، وإن كان غير لازم، فالخيار لا ينافي انتقال الملك[38].

من خلال عرض الأقوال وأدلتها، وما ورد عليها من مناقشات وردود، يظهر أن سبب الخلاف راجع إلى الاختلاف في طبيعة العقد المقترن بخيار الشرط، من حيث اللزوم وعدمه وأثره في ملك المبيع؛ لكون العقد يقتضي التمليك، فهل الخيار ينافي انتقال الملك؟

لعل الراجح والله أعلم قول القائلين بانتقال المبيع للمشتري بالعقد الصحيح، وأن خيار شرط لا يمنع التملك، وذلك للأسباب الآتية:

- قوة أدلتهم وردودهم عن الاعتراضات والمناقشات التي وجهت إليهم.

- الأقوال الأخرى وأدلتها لم تسلم من النقد والمناقشات.
- انتقال الملك في الثمن والمثمن يكون بوجود سببه ومقتضاه وهو العقد، وإن اقترن بشرط الخيار، فالخيار لا ينافي انتقال الملك، وإنما يمنع لزوم العقد في حق من له الخيار، ويعطيه حق الرجوع والرد في أجل محدد.

الملحظ الثاني: ضمان المبيع زمن الخيار.

أولاً: تقرير قاعدة الخراج بالضمان، والنهي عن ربح ما لا يضمن

روى عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها، أن رجلاً، ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل: يا رسول الله، قد استغل غلامي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الخراج بالضمان»[39]، وهذا الحديث أصل في أن الضمان يوجب استحقاق غلة المضمون وربحه، فقد جاء في بعض الروايات «الغلة بالضمان»[40] وعدم الضمان ينافي استحقاق الخراج والغلة، وقد أسست عليه القاعدة الفقهية التي جاء لفظها من الحديث "الخراج بالضمان"[41]، فكل "ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة؛ فهو [لمن دخل في ضمانه] عوض ما كان عليه من ضمان"[42]، "وخراج الشيء: ما حصل منه، والذي يكون منه بمقابلة الضمان ... كالكسب [والربح] والأجرة، والهبة، والصدقة، فإنه يطيب لمن كان عليه الضمان"[43]، وأما الضمان فهو: تحمل التبعة، والالتزام بتحملها، والتبعات في المعاملات كثيرة منها تبعة التلف والهلاك والنقص والتعيب والإتلاف، فمن كان عليه الضمان استحق عوضاً عن ذلك الخراج والغلة، وبمفهوم المخالفة فإن من لم يكن عليه الضمان ليس له في الخراج نصيب، ويؤيد ذلك ما جاء عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[44]، فالنهي عن ربح ما لم يضمن دليل على أن الربح هو بمقابل الضمان، وأن الضمان سبب لاستحقاق الغلة والربح، وفي مراسيل ابن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»[45]، فزيادته وربحه ونماؤه هي غنمه وتكون للراهن؛ لأن غرمه وتلفه وهلاكه وعطبه ونقصانه عليه بموجب

ضمانه له[46]، وفي هذا المعنى قول شريح القاضي: "من ضمن مالاً فله ربحه"[47]، والربح هو: زائد ثمن المبيع الذي للتجارة على ثمنه الأول، أعيناً كان الربح أم منفعة، وأما الغلة: فما تجدد من سلعة التجارة كثمر النخل المشترى للتجارة، و أما الفائدة: كزيادة ثمن السلع المدخرة والعقار[48].

بهذا يتقرر أن كل غلة أو منفعة أو ربح تخرج من المبيع فهي «للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون في مقابلة الغرم»[49].

ويثار التساؤل هنا: عن حكم بيع المشتري السلعة زمن الخيار قبل أن يقبضها، وقبل أن يبدي الرغبة في الشراء أو الرد، هل يعد داخلاً في نهي النبي صلي الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن؟

والإجابة تقتضي معرفة هل المبيع زمن الخيار من ضمان البائع أم المشتري؟

ثانياً: ضمان المبيع زمن الخيار

ضمان المبيع زمن الخيار قبل قبضه إن كان الخيار للمشتري؛ يختلف الحكم فيه باختلاف الأحوال.

الحالة الأولى: أن يتعلق بالمبيع حق توفية، فإن تعلق بالمبيع حق توفية بأن كان مكيلاً أو موزوناً فضمان تلفه من بائعه، سواء أتلف بآفة سماوية أم بفعل البائع[50]، إلا أن يتلفه المشتري فيضمنه، وهذا مما لا خلاف فيه[51]، وذلك لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه»[52].

الحالة الثانية: المبيع الذي لم يتعلق به حق توفية، ولم يقبضه المشتري، وكان الخيار له، وتلف بغير فعله، فقد اختلف الفقهاء على من تكون تبعة الضمان زمن الخيار ولهم في المسألة قولان:

القول الأول: ضمانه على بائعه، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، وكذا الحنابلة في المذهب إلا أنهم جعلوا ضمانه على بائعه إذا منع المشتري من قبضه[53].

واستدل القائلون بأن ضمان المبيع زمن الخيار على البائع بما يلي:

- ما وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه»[54]، وفي الحديث دلالة على أن النهي عن بيع الشيء قبل قبضه؛ لكونه لم يدخل في ضمان المشتري، والمنع من التصرف فيه يستلزم عدم انتقال الضمان، فلو كان داخل في ضمانه لم ينه عن بيعه، وهذا يدل على المبيع قبل القبض هو من ضمان بائعه.
- إن تَلَفَ المبيع في البيع البات قبل القبض انفسخ العقد، وكان من ضمان البائع، وسقط الثمن عن المشتري، فضمانه على بائعه، وفي عقد البيع المقترن بخيار الشرط من باب أولى؛ لأنه أضعف من العقد البات[55].
- أن البيع بخيار الشرط بيع غير لازم، فلا ينتقل به الملك وكذا الضمان[56]، و"الفسخ بالخيار: رفع للعقد من أصله، لأن الخيار يمنع اللزوم بالكلية، ولهذا يمنع من التصرف في المبيع وثمنه"[57].

يناقش هذا القول بأنه بني دليله الأول على حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه»، وهذا الحديث مختلف في تصحيحه للاختلاف على أحد رواته[58]، ولو صح الحديث فإن الادعاء بأن علة النهي عن البيع قبل القبض عدم انتقال الضمان غير صحيح، بل السبب ما فهمه ابن عباس رضي الله عنهما حين قال: «ألا تراهم يتبايعون بالذهب، والطعام مُرْجأ»[59]، وقد سأل طاووس ابن عباس رضي الله عنهما: "كيف ذاك، قال: ذاك دراهم بدارهم والطعام مرجأ ... استفهم عن سبب هذا النهى؛ فأجابه بن عباس بأنه إذا باعه المشتري قبل القبض وتأخر المبيع في يد البائع فكأنه باعه دراهم بدارهم ... في رواية ... قلت لابن عباس: لِمَ قال ألا تراهم يتبايعون بالذهب والطعام مرجأ، أي فإذا اشترى طعاماً بمائة دينار مثلاً ودفعها للبائع ولم يقبض منه الطعام ثم باع الطعام لآخر بمائة وعشرين ديناراً وقبضها والطعام في يد البائع فكأنه باع مائة دينار بمائة وعشرين ديناراً "[60]، "وبيع ما ليس عندي: يحتمل معنيين: يحتمل أن بيعك... داراً مغيب عني ليس عندي حين أبيعك، فلعل الدار أن تتلف أو تنقض ولا يرضاها، وهذا يشبه بيع الغرر"[61]، فَعِلَّة النهي هي الربا أو الغرر وليست عدم انتقال الضمان المستفادة من منع التصرف، ولا

تلازم بين التصرف والضمان، والقول بأن: "جواز التصرف والضمان متلازمان طرداً وعكساً [ليس محل اتفاق] فالنزاع في ذلك مشهور"[62].

وأما الدليل الثاني وهو قياس الضمان في عقد البيع المقترن بخيار الشرط على عقد البيع البات، يرد عليه أن انتقال الضمان في عقد البيع البات قبل القبض محل خلاف بين الفقهاء، والقياس يكون بقياس مختلف فيه على متفق عليه، وليس على مختلف فيه أيضاً [63].

أما الدليل الثالث والذي أسس على عدم لزوم العقد المقترن بخيار الشرط، فإن عدم اللزوم لا يمنع انتقال الملك؛ لوجود سببه وهو العقد المقتضي لذلك، فكما لا يمنع خيار العيب بيع المعيب وانتقال ملكه مع بقاء خيار الفسخ للعيب، كذا الأمر مع خيار الشرط، وإنما متعلق الخيار إمضاء العقد أو فسخه[64].

القول الثاني: ضمانه من المشتري، وإلى هذا ذهب الحنفية في قول إن كان المبيع عقاراً دون غيره[65]، وفي رواية عن مالك[66]، وقول للشافعية[67]، وهو المذهب عند الحنابلة إذا لم يمنع البائع المشتري من قبض المبيع[68].

واستدل القائلون بأن ضمان المبيع زمن الخيار على المشتري حتى ولو لم يقبضه بما يلي:

- قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع»[69] "إن وجوب البيع يقتضي دخوله في ملك المشتري وخروجه من ملك البائع، وإذا قد دخل في ملك المشتري صار له غنمه وعليه غرمه، كسائر أمواله فيتلف من ماله، ولم يأت دليل يدل على أنه لا بد من القبض، وأنه لا يدخل في ملكه إلا به، ولم ترد الأدلة إلا في نهي البائع عن أن يبيع ما لم يكن في قبضته وما ليس عنده، ... كما صرحت بذلك الأحاديث الثابتة في الصحيحين وغيرهما"[70].
- أثر ابن عمر رضي الله عنهما: «ما أدركت الصفقة حياً مجموعاً فهو من المبتاع»[71]،

وفي بعض الروايات «فهو من مال المشتري»[72] وهذا الأثر يدل على أن "أن الصفقة إذا أدركت شيئاً حياً ، فهلك بعد ذلك عند البائع فهو من ضمان المشتري"[73].

- المبيع المعين الذي لا يتعلق به حق توفيه، يكون من ضمان المشتري بعد قبضه، فيكون من ضمانه قبل قبضه، كالميراث مضموناً على من ورثه وإن تلف قبل قبضه[74]، و"على ذلك أن المبيع إذا كان معيناً دخل في ضمان المشتري بمجرد العقد ولو لم يقبض"[75].

نوقشت أدلتهم بأن تسليم المبيع من التزامات البائع، فإذا تعذر بتلف المبيع ينفسخ العقد كالذي فيه حق توفيه فيكون من ضمان البائع.

وأجيب أن "التخلية بين المشتري وبين ما باعه البائع، هي غاية ما يجب على البائع؛ لعدم ورود دليل يدل على أنه يجب عليه زيادة على ذلك، فإذا تلف المبيع بعد ذلك، تلف من مال المشتري؛ لأن البائع قد أخرجه عن ملكه، وفعل ما يجب عليه من تخليته للمشتري، وعلى المشتري إذا أراد أن يبيعه أن ينقله ... فالحاصل أن التخلية قبض، باعتبار سقوط الضمان على البائع، ولا يكون قبضاً يجوز للمشتري التصرف في المبيع بعدها إلا مع النقل"[76].

القياس على الميراث قياس مع الفارق؛ لأن "بيع الميراث قبل قبضه جائز لعلتين: إحداهما أن تلفه قبل القبض لا يبطل بسبب ملكه وهو الميراث، وتلف المبيع قبل قبضه يبطل سبب ملكه وهو البيع، والعلة الثانية أنه مضمون عليه إن تلف قبل قبضه، وليس مضمون على غيره"[77].

وأجيب: بأنه لم يأت دليل من قبل الشرع على أن القبض شرط لانتقال الضمان[78]، وإنما اشترط القبض في الصرف لورود النص منعاً للربا.

الترجيح:

من خلال الأدلة والمناقشات يظهر أن محل النزاع يرجع إلى سبب انتقال الضمان؛ أينتقل بالعقد أم بالقبض؟

لعل القول بأن العقد هو سبب انتقال الملك والضمان أولى بالاعتبار، فيكون المبيع قبل قبضه من ضمان المشتري إذا لم يُمنع من قبضه وذلك لما يلي:

- القول بأن المبيع قبل القبض من ضمان البائع بعد أن مكّن البائع المشتري من القبض، فيه ظلم للبائع، وهذا الرأي يعتمد التلازم بين جواز التصرف وانتقال الضمان، الذي يفضي إلى التلازم بين القبض وانتقال الضمان(79).
- إن انتقال الملك والضمان للمشتري والثمن للبائع؛ من مقتضيات العقد الصحيح، وغاية ما يجب على البائع هو تمكين المشتري من قبض المبيع بالتخلية، فإذا تلف المبيع بعد ذلك فهو من ضمان المشتري، ولم يرد دليل صريح من الكتاب أو السنة يجعل القبض شرطاً لانتقال الضمان، وإنما اشترط القبض لإباحة التصرف في المبيع إن كان طعاماً، وعلى خلاف في غير الطعام(80).
- قوة أدلة القائلين بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشتري وأجوبتهم على الاعتراضات التي وردت عليها، وأما أدلة القول الآخر فلم تسلم من ردود ومناقشات جعلتها لا تنهض للاحتجاج.

الملحظ الثالث: حكم بيع المبيع زمن الخيار وأثره على خياره وتطبيقاته في المصارف الإسلامية

أولاً: بيع المشتري المبيع زمن الخيار وأثره على الخيار:

إذا باع المشتري السلعة زمن الخيار وكان الخيار له وحده؛ فهل يصح بيعه؟ وما أثر ذلك على خياره؟

المسألة محل خلاف وللفقهاء فيها قولان:

الأول: لا يجوز للمشتري أن يبيع المبيع زمن الخيار إن كان الخيار له وحده، إلا أن يصرح بإمضاء البيع، وإلى هذا ذهب المالكية، والشافعية في وجه، والحنابلة في قول(81).

وقالوا إن باع المشتري المبيع زمن الخيار قبل أن يصرح بالاختيار أو الفسخ، فلا يعد بيعه اختياراً ضمناً، وإنما هو تصرف فيما لا يملك، وربح فيما لم يضمن، ولذلك "يحرم البيع حتى يختار لنهيه عليه السلام عن بيع ما لم يضمن فإذا أراد البيع أشهد على الاختيار"(82)،

"ولو باع السلعة في مدة الخيار فقد روى ... عن مالك لا ينبغي أن يبيع حتى يختار"[83]، وعلل الإمام مالك المنع فقال: "أرى أن ربح ما لم يضمن: بيع الطعام قبل أن يستوفى، وبيع كل ما ابتاع المرء بالخيار شهراً، أو شهرين، أو أقل، أو أكثر من ذلك، وكل ما ضمانه من البائع"[84]، فإن باعه المشتري، فربحه للبائع؛ لأنه باع ما لا يملك، وربح فيما لم يضمن، وبعد تصرفه من باب بيع الفضولي، يتوقف على إجازة مالكه –بائعه الأول–[85]، و"إذا باع قبل أن يختار؛ فالربح للبائع الأول، إلا أن يدعي البيع بعد الاختيار ... لأن المشتري باع بيع فضولي"[86]،وبيع المشتري لا يعد رضاً ضمناً ولا اختياراً لإمضاء العقد، "...فليس بيعه اختياراً ولرب السلعة أن يجيز فيأخذ الثمن أو يرد البيع، ... وإن قال بعته بعد الرضا صدق مع يمينه، وإن قال بعته قبل أن أرضى فالربح للبائع منه، ... ولا يكون البيع رضا، وجه ذلك أنه قد تعلق حق البائع منه بالربح الذي باع به فيقول إنه لي؛ لأنك بعت قبل الرضا فالربح لي"[87]، وهذه أقوال المالكية في المسألة، وأما الشافعية فقالوا أن عَوْضَ المشتري السلعة "على البيع، والإذن في البيع والتوكيل فيه، والرهن والهبة، إذا لم يتصل بهما قبض في جميع هذا؛ وجهان، ... أصحهما: أنها ليست فسخاً ولا إجازة"[88]، والحكم عند الحنابلة على "تصرف المشتري: أنه موقوف إن فسخه البائع بطل، وإن لم يفسخ صح لعدم المبطل له"[89].

القول الثاني: يجوز للمشتري بيع المبيع في زمن الخيار، ولو كان البيع بربح، وإلى هذا ذهب الحنفية في المذهب، والشافعية والحنابلة في قول[90].

فقالوا: "إذا كان الخيار للمشتري ... فعرضه على البيع يبطل خياره؛ لأن عرض المشتري المبيع على البيع ... يصير مختاراً للملك، ولا يكون ذلك إلا بإبطال الخيار، فيبطل بطريق الدلالة"[91]، فيسقط خيار المشتري "إن عرضها للبيع؛ لأنه إنما يعرضها على البيع ليبيعها، والبيع تصرف منه بحكم الملك، ولا يكون ذلك إلا بعد إسقاط الخيار، ورضاه يقرر ملكه فيها"[92]، فيكون تصرفه فيما يملك، لذا " فإنْ تَصَرَّفَ المشتري في المبيع ببيع أو هبة أو نحوها، كوقف، والخيار له وحده ... نفذ تصرفه وسقط خياره؛ لأن ذلك دليل رضاه وإمضائه للبيع"[93]، ومن باب أولى إن باعه ولو كان البيع فاسداً، أو عرضه على الرهن،

أو غيره من التصرفات، أو وهبه، فلم يقبل الموهوب له، بطل خياره؛ لأن ذلك يدل على الرضا به"[94]، وهذ التصرفات من المشتري فيها دلالة على "اختيار للإجازة؛ لأن نفاذ هذه التصرفات مختصة بالملك، فيكون الإقدام عليها دليل قصد ... الإجازة"[95]، فإن باع المشتري المبيع زمن الخيار "بربح، فالربح للمبتاع؛ لأنه وجب عليه حين عرضه"[96]، فوقع تصرفه على محل قد ملكه ودخل في ضمانه، فكان له غنمه، كما عليه غرمه.

الخلاصة:

أن القول الأول في المسألة قائم على أصل قائليه في أن المبيع زمن الخيار لا يخرج عن ملك بائعه، ولا يخرج من ضمانه، فكان المشتري فضولياً عندهم؛ لتصرفه فيما لا يملك، وليس له ربح لأنه لا يضمن، والربح يكون للبائع الأول؛ لأنه المالك للمبيع والضامن له.

القول الثاني أيضاً قائم على أصول أصحابه في انتقال الملك بموجب العقد للمشتري، وأن ضمانه عليه، ولما تصرف في المبيع وقع تصرفه على ما يملك، فكان له الربح لأنه ضامن، فكل قول بنى حكمه على ما أصَّله في ثبوت الملك والضمان في المسألة، كما تقرر في الملحظين السابقين[97].

ثانياً: البيع زمن الخيار في المرابحة للآمر الشراء عند المصارف الإسلامية

يثور التساؤل من قبل بعض المصارف الإسلامية حول بيع المرابحة للآمر بالشراء، هل يجوز للمصرف أن يشتري السلعة بالخيار لزمن معلوم، فإن أشتراها الآمر بالشراء، أتم العقد مع البائع الأول، وإلا فسخ العقد بموجب الخيار؟

هذا التساؤل أجاب عنه المعيار الشرعي (للأيوفي) رقم (8) الخاص بالمرابحة في فقرته (2/3/5) والذي ينص على أنه: "يجوز أن تشتري المؤسسة السلعة مع اشتراط حق الخيار لها خلال مدة معلومة، فإذا لم يشتر العميل السلعة أمكنها رد السلعة إلى البائع ضمن تلك المدة بموجب خيار الشرط لمقرر شرعاً، ولا يسقط الخيار بين المؤسسة والبائع الأصلي بعرض المؤسسة السلعة على العميل، بل بالبيع الفعلي إليه، ويستحسن أن ينص في خيار الشرط، أن عرض السلعة للبيع لا يسقط الخيار"[98].

ربما يجد هذا المعيار مستنده في بعض الفتاوى عند المتقدمين من فقهاء الحنفية وغيرهم، في "رجل أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم، وأخبره أنه إن فعل، اشتراها الآمر منه بألف ومائة، فخاف المأمور إن اشتراها أن يبدو للآمر [في] شرائها؟ قال: يشتري الدار على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيها، ويقبضها ثم يأتيه الآمر فيقول له قد أخذتها منك بألف ومائة، فيقول المأمور هي لك بذلك، –وقوله "يقبضها" على أصل محمد، رحمه الله، فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، رحمهما الله، لا حاجة إلى هذا الشرط لجواز التصرف في العقار قبل القبض عندهما، والمشتري بشرط الخيار يتمكن من التصرف في المشتري بالاتفاق، وإن اختلفوا أنه هل ملكه مع شرط الخيار أم لا، فإنما قال: الآمر يبدأ فيقول: أخذتها منك بألف ومائة لأن المأمور لو بدأ فقال بعتها منك، ربما لا يرغب في شرائها ويسقط خيار المأمور بذلك، فكان الاحتياط في أن يبدأ الآمر، حتى إذا قال المأمور: هي لك بذلك تم البيع بينهما، وإن لم يرغب الآمر في شرائها، تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار، فيندفع الضرر عنه بذلك"[(99)]، وفي فتوى أخرى عند الحنابلة في "رجل قال لغيره: " اشتر هذه الدار – أو هذه السلعة من فلان – بكذا وكذا، وأنا أربحك فيها كذا وكذا " فخاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يريدها، ولا يتمكن من الرد، فالحيلة أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر، ثم يقول للآمر: قد اشتريتها بما ذكرت، فإن أخذها منه، وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار، فإن لم يشترها الآمر إلا بالخيار، فالحيلة أن يشترط له خياراً أنقص من مدة الخيار التي اشترطها هو على البائع؛ ليتسع له زمن الرد إن ردت عليه"[(100)].

ظاهر هذه الفتاوى ينصرف إلى البيع الحال للآمر بالشراء، وتحتمل أيضاً البيع المؤجل، وهو ما ذهب إليه معيار الأيوفي المذكور، إلا أنه يجب الاحتياط في بيع المرابحة للآمر بالشراء والذي يكون فيه الثمن مؤجلاً عادة، وذلك بمراعاة الشروط التي تنفي عنه الصورية؛ لئلا يؤول إلى قرض بأجل مع الزيادة[(101)].

ويحسن أن تضاف إلى معيار (الأيوفي) المذكور عبارة: (وأن بيع المشتري للمبيع يعد اختياراً وإمضاءً للعقد) لأن بعض الفقهاء يرون أن المبيع في زمن الخيار لا يخرج عن ملك بائعه، وإنَّ بيع المشتري له لا يعد اختياراً، مالم يصرح الأخير بالاختيار وامضاء العقد،

فيحسن ذكره في الشروط.

الخاتمة:

تحتوي الخاتمة عل حوصلة لأهم النتائج والتوصيات

أولاً : حوصلة لأهم النتائج التي توصل إليها البحث

- قاعدة الخراج بالضمان، والنهي عن بيع ما لا يملك، من الأصول الشرعية التي تضافرت الأدلة على إقرارهما.
- اختلاف الفقهاء في من يملك المبيع زمن الخيار راجع لاختلافهم في طبيعة العقد المقترن بخيار الشرط من حيث اللزوم من عدمه وأثره في تملك المبيع.
- اختلاف الفقهاء في من يضمن المبيع زمن الخيار يرجع لاختلافهم في سبب انتقال الملك بالعقد أم بالقبض.
- الخلاف في حكم بيع المشتري المبيع زمن الخيار، راجع للاختلاف في من يملك المبيع ومن يضمنه زمن الخيار.
- يحسن أن يضاف إلى معيار (الأيوفي) عبارة: "وأن بيع المشتري للمبيع يعد اختياراً وإمضاءً للعقد) للخروج من الخلاف الفقهي.

ثانياً : التوصيات

- وجوب الاحتياط عند اقتران عقد شراء المصرف من التاجر بخيار الشرط، في بيع المرابحة للآمر بالشراء، ومراعاة الشروط التي تنفي عنه الصورية؛ لئلا يؤول إلى قرض ربوي.
- وقوع بعض المصارف في المخالفات الشرعية راجع للنقص في الكفاءات المهنية الشرعية لدى بعض المصارف، وعدم استيعاب بعض الموظفين والتجار لحقيقة الاشتراطات الشرعية للمعاملة، الأمر الذي يتطلب مزيد من الدورات التدريبية المتخصصة في الرقابة الشرعية لكل الموظفين الذين يباشرون هذه المعاملة، وتعميم منشورات على التجار والعملاء تبين الشروط والمحاذير الشرعية في المعاملات التي يباشرونها مع المصرف.

والله أعلم...

الهوامش:

1) متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، كتاب البيوع، باب ما ينهى عن إضاعة المال. 120/3، (2407). وأخرجه مسلم في صحيحه، عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع. 1165/3، (1533).
2) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله، 441/3، 442. أختلف في تصحيح الحديث عند المتقدمين للاختلاف على ابن إسحاق، وصححه الألباني من المتأخرين. ينظر نصب الراية لأحاديث الهداية، لجمال الدين أبو محمد الزيلعي ت:762هـ، ت: محمد العوامة، مؤسسة الريان، بيروت–لبنان، ط: الأولى، 1418هـ–1997م. 7/4. وسلسلة الأحاديث الصحيحة لناصر الدين الألباني ت: 1420هـ، مكتبة المعارف، الرياض–السعودية، 1416هـ–1996م. 881/6.
3) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، 283/3، (3503). والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك. 526/3، (1232). وصححه الألباني في الإرواء 132/5.
4) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك. 526/3، (1234) وقال حسن صحيح.
5) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، 283/3، (3503). والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك. 526/3، (1232). وصححه الألباني في الإرواء 132/5.
6) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك. 526/3، (1234) وقال حسن صحيح.
7) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، 285/2.

(2190). وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود، 393/6، 394.

8) أحكام القرآن للقاضي أبو بكر محمد بن عبدالله بن العربي المعافري الأشبيلي، ت:543هـ، ت: علي محمد البجاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة–مصر، ط:الثالثة، 1392هـ=1972م. 198/3.

9) تبيين الحقائق شرح كنز الدقايق لفخر الدين عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، ت: 743هـ، المطبعة الأميرية، بولاق، القاهرة–مصر، ط: الأولى، 1313هـ. 4 24، 25.

10) فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبدالواحد بن الهمام، ت: 861هـ، دار الفكر، بيروت لبنان. 6/ 336.

11) المغني لأبي محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي ت:620هـ، مكتبة القاهرة، القاهرة–مصر، 1388هـ–1968م. 145/4.

12) المحلى بالآثار لأبي محمد على بن حزم الأندلسي الظاهري، ت: 456هـ، دار الفكر، بيروت–لبنان. 475/7.

13) ينظر التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لأبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، ت: 463هـ، ت: مصطفى العلوي ومحمد البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، الرباط–المغرب، 1387 هـ، 216/14، وفتح القدير لابن الهمام 336/6.

14) زاد المعاد في هدي خير العباد لشمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ت:751، مؤسسة الرسالة، بيروت–لبنان، ط: السابعة والعشرون، 1415هـ1994م. 716/5.

15) ينظر تحفة الفقهاء للسمرقندي 77/2. وبدائع الصنائع للكاساني 265/5.

16) الهداية في شرح البداية لبرهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، ت:593هـ، ت: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان. 30/3.

وضرب مثلا لذلك من اشترى أحد أقاربه، فأنه يعتق عليه بغير اختياره، فتفوت بذلك الحكمة من الخيار.

17) فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبدالواحد بن الهمام، ت: 861هـ، دار الفكر، بيروت لبنان. 307/6.

18) المغني لابن قدامة 489/3.

19) فتح القدير لابن الهمام 307/6، 308.

20) ينظر بدائع الصنائع للكاساني 264/5. والمقدمات والممهدات لابن رشد 92/2. والمنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد سليمان بن خلف التجيبي القرطبي الباجي، ت: 474هـ، مطبعة السعادة، القاهرة–مصر، ط: الأولى 1332هـ. 58/5. والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 103/3. والمغني لابن قدامة 488/3. وتقرير القواعد لابن رجب 377. والإنصاف للمرداوي 379/4.

21) بدائع الصنائع للكاساني 264/5.

22) الحاوي الكبير للماوردي 84/5.

23) مجموع الفتاوى لابن تيمية 169/29.

24) مجموع الفتاوى لابن تيمية 173/29.

25) المغني لابن قدامة 489/3.

26) ينظر شرح مختصر الطحاوي لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، ت:370هـ، ت: عصمت الله عنايت الله وآخرون، دار البشائر، ط:الأولى، 1431هـ–2010م. 14/3. وتحفة الفقهاء للسمرقندي 77/2. وبدائع الصنائع للكاساني 265/5. والبناية شرح الهداية للعيني 60/8. المقدمات والممهدات لابن رشد 92/2. والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 103/3. وفتح العزيز بشرح الوجيز، لعبدالكريم بن محمد الرافعي القزويني، ت: 623 هـ، دار الفكر. 315/8. والمجموع للنووي 213/9. وروضة الطالبين للنووي 450/3، والمغني لابن قدامة

488/3. وتقرير القواعد لابن رجب 377. والإنصاف للمرداوي 378/4.

27) أخرجه البخاري في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، 64/3، (2111).

28) الحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، ت: 450هـ، دار الفكر، بيروت–لبنان، ت: علىٰ معوض وأخر، ط: الأولى 1419هـ–1999م. 83/5.

29) الحاوي الكبير للماوردي 83/5.

30) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، ت:587هـ، دار الكتب العلمية، ط: الثانية، 1406هـ–1986م. 265/5.

31) الهداية شرح بداية للمرغيناني. 30/3.

32) بدائع الصنائع للكاساني 265/5.

33) ينظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم، ت: 970هـ، ومعه تكملة البحر الرائق للطوري القادري، ت: 1138هـ، وبحاشيته منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي دمشق–سوريا. 14/6. تبيين الحقائق شرح كنز الدقايق لفخر الدين عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، ت: 743هـ، المطبعة الأميرية، بولاق، القاهرة–مصر، ط: الأولى، 1313هـ. 16/4.

34) ينظر البحر الرائق لابن نجيم 14/6.

35) ينظر بداية المجتهد لابن رشد 170/2.

36) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، ت: 885هـ، دار إحياء التراث العربي، ط: الثانية. 482/4.

37) ينظر المغني لابن قدامة 487/3.

38) ينظر المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، لأبي عمر ديبان بن محمد الديبان، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض–السعودية، ط: الثانية، 1432هـ. 118/6.

39) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد

به عياً . رقم (3519) 204/3. وأخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله. وقال: هذا حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم 573/3. (1285).

40) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى عن عروة عن عائشة رضي الله عنها. 322/5. والحاكم في مستدركه، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. 14/2، (2177).

41) القواعد لأبي عبدالله محمد بن أحمد المقري ت 759هـ، ت: محمد الدردابي، دار الأمان، الرباط – المغرب، ط: الأولى، 2012م.

42) الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبدالوهاب بن تقي الدين السبكي، ت: 771هـ، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط: الأولى، 1411هـ–1991م. 41/2.

43) شرح القواعد الفقهية لأحمد بن محمد الزرقا، ت: مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق–سوريا، ط: الثانية، 1409هـ–1989م. 429.

44) أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع والإجارات، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده رقم (3504)، 283/3. والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك (1234) 526/2.

45) أخرجه الشافعي في مسنده مرسلا عن ابن المسيب، كتاب الرهن 148. والبزار في مسنده مرفوعاً عن أبي هريرة رضي الله عنه، 189/14. وحسنه الدارقطني. ينظر أرواء الغليل 239/5.

46) ينظر شرح السنة لأبي محمد الحسين الفراء البغوي: 516هـ، ت: شعيب الأرناؤوط ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق–سوريا، ط: الثانية، 1403هـ–1983م. 185/8.

47) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (في المضارِب إذا خالف فربِح)، المصنف لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، ت:235هـ، ت:سعد الشثري، كنوز أشبيليا،

الرياض–السعودية، ط: الأولى، 1436هـ–2015م. 495/11.

48) ينظر الشرح الكبير للدردير، وحاشية الدسوقي 461/1، 462.

49) المنثور في القواعد الفقهية لبدر الدين أبي عبدالله محمد بن بهادر الزركشي، ت: 794هـ، وزارة الأوقاف الكويتية، ط: الثانية، 1405هـ–1985م. 119/2.

50) ينظر المبسوط للسرخسي 48/13. وبدائع الصنائع للكاساني 239/5. والتفريع لابن الجلاب 116/2، 117. والمنتقى للباجي 250/4، 59/5. وروضة الطالبين لمحيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ت: 676هـ، ت: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت–دمشق=عمان، ط: الثالثة، 1412هـ–1991م. 453/3. والمجموع للنووي 219/9، 220. والمغني لابن قدامة 486/3. وكشاف القناع لمنصور بن يونس البهوتي، ت: 1051هـ، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط: الأولى. 209/3.

51) جاء في المغني: (ولا أعلم في هذا خلافاً، إلا أن يتلفه المشتري، فيكون من ضمانه). المغني لأبي محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي ت:620هـ، مكتبة القاهرة، القاهرة–مصر، 1388هـ–1968م. 486/3.

52) متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه، عن ابن عمر رضي الله عنهما، كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي، 67/3. (2126). ومسلم في صحيحه، عن ابن عباس رضي الله عنهما، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض. 1159/3. (1525).

53) ينظر المبسوط للسرخسي 48/13. وتحفة الفقهاء لعلاء الدين أبي بكر محمد بن أحمد السمرقندي، ت: 540هـ، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط: الثانية، 14141994م. 73/2. وبدائع الصنائع للكاساني 272/5، 283. والتفريع لابن الجلاب 116/2. والمنتقى للباجي 251/4. 59/5. والمقدمات لابن رشد 92/2. وبداية المجتهد 170/2. والذخيرة للقرافي 130/5. والشرح الكبير للدردير وحاشية

الدسوقي 103/3. وروضة الطالبين للنووي 450/3. والمجموع للنووي 220/9. والمغني لابن قدامة 486/3. والإنصاف للمرداوي 389/4.

54) أخرجه ابن حبان في صحيحه عن حكيم بن حزام رضي الله عنه، كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه، في ذكر الخبر الدال على أن كل شيء بيع سوى الطعام حكمه حكم الطعام. 358/11 (4983). والبيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب البيوع باب الطعام قبل أن يستوفى 108/8 (11299). والحديث مختلف في تصحيحه ينظر نصب الراية للزيلعي 32/4، 33.

55) ينظر بدائع الصنائع للكاساني 272/5. والمغني لابن قدامة 486/3.

56) ينظر بداية المجتهد لابن رشد 170/2.

57) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، ت: 885هـ، دار إحياء التراث العربي، ط: الثانية. 482/4.

58) سبق تخريجه، والحديث مختلف في تصحيحه للاختلاف على عبدالله بن عصمة أحد رواته بين كونه مجهولاً، أو متروكاً، أو ضعيف جداً، أو ثقة، ينظر نصب الراية للزيلعي 32/4، 33.

59) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض 1160/3. (1525).

60) فتح الباري شرح صحيح البخاري لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة بيروت –لبنان، 1379م. 349/4، 350.

61) الأوسط من السنن والإجماع والاختلاف لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ت:319هـ، ت: مجموعة دار الفلاح، ط: الأولى، 1430هـ–2009م. 52/10.

62) مجموع الفتاوى لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم بن تيمية، ت: 728هـ، ت:عبدالرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد، المدينة–السعودية، 1416هـ–1995م.

.398/29

63) ينظر مجموع الفتاوى لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم بن تيمية، ت: 728هـ، ت: عبدالرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد، المدينة–السعودية، 1416هـ–1995م. 398/29.

64) وقد سبق بحث هذا في ملكية المبيع زمن الخيار، وينظر المغني لابن قدامة 487/3.

65) ينظر المبسوط للسرخسي ط دار المعرفة 9/13. ولسان الحكام في معرفة الأحكام، للسان الدين أبو الوليد أحمد ابن الشحنة، ت:882هـ، البابي الحلبي، القاهرة–مصر، ط: الثانية، 1393هـ–1973م. 356، وبدائع الصنائع للكاساني 273/5.

66) ينظر بداية المجتهد لابن رشد 170/2. والمنتقى للباجي 251/4، 283.

67) ينظر تكملة المجموع للسبكي 125/12.

68) ينظر المغني لابن قدامة 486/3. والإنصاف للمرداوي 389/4، 466.

69) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما، كتاب: البيوع، باب: إذا خير أحدهما صاحبه بين البيع فقد (2112) 46/3. فقد وجب البيع. ومسلم في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما، كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس (1531) 1163/3.

70) السيل الجرار للشوكاني 537.

71) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعاً أو دابة، فوضعه عند البائع. 69/3.

72) فتح الباري لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: محمد عبدالباقي، ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت–لبنان، 1379م. 352/4.

73) شرح معاني الأثار للطحاوي 16/4.

74) ينظر المغني لابن قدامة 487/3. والحاوي الكبير لأبي الحسن علىٰ بن محمد

الماوردي، ت:450هـ، ت: علي معوض، وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط: الأولى، 1419هـ–1999م. 229/5.

75) فتح الباري لابن حجر 352/4.

76) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لمحمد بن علي الشوكاني، ت: 1250هـ، دار ابن حزم، ط: الأولى. 500.

77) الحاوي للماوردي 229/5.

78) ينظر السيل الجرار للشوكاني 537.

79) وهو محل خلاف سبق ذكره.

80) ينظر السيل الجرار للشوكاني 500، 537.

81) ينظر الذخيرة للقرافي 52/5. وحاشية الخرشي 117/5. والمجموع للنووي 202/9. الكافي في فقه أحمد لابن قدامة 29/2.

82) الذخيرة للقرافي 52/5.

83) المنتقى للباجي. 58/5.

84) الاستذكار لأبي عمر يوسف بن عبدالبر، ت: 463هـ، ت: عبدالمعطي قلعجي، دار قتيبة، دمشق–سوريا، ط: الأولى، 1414هـ–1993م. 263/19.

85) ولا يعود بشيء على البائع، كما هو متقرر في أحكام الفضولي عند الفقهاء.

86) الذخيرة للقرافي 52/5.

87) المنتقى للباجي. 58/5.

88) المجموع للنووي 202/9.

89) الكافي في فقه أحمد لابن قدامة 29/2.

90) ينظر المخارج في الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني، ت: 189هـ، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة–مصر، 1419هـ–1999م. ص:133. المبسوط للسرخسي 44/13. وبدائع الصنائع للكاساني 269/5. وفتح القدير لابن الهمام 313/6.

وشرح السنة للبغوي 43/8، 44. والحاوي الكبير 50/5 وما بعدها. وتحفة المحتاج في شرح المنهاج مع حاشية الشرواني والعبادي، لأحمد بن محمد بن حجر اليتمي، المكتبة التجارية للبابي الحلبي، الاهرة–مصر. 1357هـ–1963م. 350/4. والمغني لابن قدامة 487/3، 488. وإعلام الموقعين لشمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد ابن قيم الجوزية، ت: 751هـ، ت: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط: الأولى، 1411هـ – 1991م. 23/4.

91)

92) المبسوط للسرخسي 44/13.

93) كشاف القناع للبهوني 208/3.

94) المغني لابن قدامة 478/3.

95) تحفة الفقهاء للسمرقندي 67/2.

96) المغني لابن قدامة 478/3.

97) لا مجال للترجيح؛ لأن المسألة قائمة على التأصيل السابق لمسألتي الملك والضمان زمن الخيار، وقد فصل القول في المسألتين في الملحظين السابقين، وتم عرض كل قول وأدلته في المسألة، ومناقشتها والترجيح فيما بينها، فلا داعي للتكرار.

98) المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية التي حتى صفر 1439هـ–2017م. الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة– البحرين، المعيار الشرعي رقم (8) المرابحة. 206.

99) المخارج في الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني. 133.

100) إعلام الموقعين لابن القيم 23/4.

101) اقتران خيار الشرط بعقد البيع الأول في عقود بيع المرابحة للآمر بالشراء

الذي تجريه المصارف الإسلامية، مع وجود شروطها وضوابطها مدونة في نظم عمل المصارف، إلا أن الإشكال في التطبيق، ما لم توضع آلية عملية تضبط عدم الوقوع في المخالفات الشرعية، فإن هذا العقد قد يؤول إلى قرض ربوي، وذلك لأسباب كثيرة لعل من أهمها نقص الكفاءات المهنية الشرعية لدى بعض المصارف، وعدم استيعاب بعض الموظفين والتجار لحقيقة الاشتراطات الشرعية للمعاملة، الأمر الذي يتطلب مزيد من الدورات التدريبية المتخصصة في الرقابة الشرعية لكل الموظفين الذين يباشرون هذه المعاملة.