



مركز الدراسات في الدكتوراه: "الشريعة والقانون"
تكوين: "الفقه المالكي: الأصالة والتجديد"
مختبر: المقارنات التشريعية في قضايا القضاء والعقار والأسرة

بحث لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة

الشركة والأجل وأثرهما في أهم عقود المعاملات المالية في الفقه المالكي والتقنين المغربي

إشراف

فضيلة الأستاذ الدكتور

محمد مصوري

إعداد الباحث

عبد الله البدري

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر

لي عظيم الشرف أن أتقدم بأسمى عبارات الشكر والامتنان، وأنبل معاني التقدير والعرفان، إلى أصحاب الفضيلة السادة أعضاء اللجنة العلمية العاملة؛ لتفضلها بقبول مناقشة هذا العمل، وتحملّ عناء تهذيبه وتصويبه، وتجويده وتسديده؛ حتى يقرب من الكمال.

قال ﷺ: «مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ».⁽¹⁾

كما يسعدني أن أزجي من صنوف التقدير والإعظام أبهاها وأوفاهها، ومن ضروب الثناء والإكبار أسناها وأزكاها، إلى فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مصمودي؛ لتفضل سيادته بقبول الإشراف على هذا العمل، وتتبعه، والحرص على جودته، وما شمله بعنايته، وما جاد به عليّ من توجيهات سديدة، نهلت من معينها العذب الزلال؛ كلما كلّ النظر، وضاق الصدر، وحرّ الفكر.

كما أسدي الشكر الجزيل، لكل من زرع في كياني روح الطموح، وشاركوني الأمل، وأسهم في إخراج هذا العمل إلى الوجود.

وأرجو الله تعالى أن يهديني إلى صواب القول، وصحيح النظر، وسداد المنهج، ودقة تناول، وسعة الإحاطة. وأن يعصمني من الخطأ والزلل. والله من وراء القصد، وهو يهدي السبيل.

(1) رواه الترمذي في جامعه، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك، (برقم 1954) عن أبي هريرة رضي الله عنه وقال: «هذا حديث صحيح». (الجامع: 505/3).

بيان الرموز ونظام الإحالات

جرى في هذا البحث استعمال رموز في الكتابة والإحالة والعزو والتخريج وضحتها فيما يأتي:

- في العزو والإحالة إلى مصدر أو مرجع: ذكرتُ اسم الكتاب المشتهر به غفلاً عن اسم مؤلفه بعد أول ذكر له؛ رومًا للاختصار وعدم إثقال الهوامش وتطويلها: كالمقدمات والمعيان، إلا أن يتماثل كتابان في اسم واحد، فإنني حينئذ قيّدت اسم كل كتاب بذكر مؤلفه: كأحكام القرآن لابن العربي.

- وفي الهامش يدل الرقم الذي قبل هذه العلامة / على جزء من الكتاب، والذي بعدها يشير إلى صفحته.

- إذا ذكرتُ في الإحالة على الصفحات رقمين بينهما خط أفقي هكذا مثلاً: 10-20، فالمراد شمول الإحالة أيضاً جميع ما بين الرقمين المذكورين من أرقام متسلسلة.

- حرف الفاء أو الميم المتلو برقم هكذا مثلاً: (ف.1) أو (م.1) هو رمز إلى رقم الفصل أو المادة من القانون. وإذا سبق هذا الرقم خط مائل ورقم هكذا مثلاً: (11/1) دلّ ذلك على رقم الفقرة من النص القانون.

- (ت هـ): تاريخ وفاة العَلَم الهجري.

- ت: تحقيق.

- ط: طبعة.

- (د. ط): دون رقم الطبعة.

- (د. ت): دون تاريخ الطبعة.

- ص: صفحة.

- (هـ): هامش.

- (ظ ت ع) ظهير التحفيظ العقاري.

- (م. الأسرة) مدونة الأسرة.

- (م.ت) مدونة التأمينات.

- (م.ك) مدونة الكراء.

- (ق ل ع) قانون الالتزامات والعقود.

- (م ح ع) مدونة الحقوق العينية.

- (م. أ) مدونة الأوقاف.

- (ق ح م) قانون حماية المستهلك.

- (ق ع ف) قانون العقود الفرنسي.

مقدمة

أول: التعريف بالموضوع وأهميته

الحمد لله مصرّف الدهور، وخالق الأزمنة، ومقدّر الآجال، ومسير الأعمال، ومقرّب الآمال. وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه صلاة دائمة؛ ما بقيت الأيام والليالي، وعُرفت أخبار الأمم في العصور الخوالي.

شاءت حكمة الله تعالى أن تكون الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع، ولذلك كانت شاملة لحدود الزمن، ومنظمة لآفاق الأمم، ومستوعبة لشؤون الدنيا والآخرة. إنها منظومة تشريعية موجهة للإنسان في عبادته، وضابطة لعلاقاته ومعاملاته في شتى مناحي الحياة.

ويبقى باب المعاملات المالية من أعظم أبواب الفقه، وأجلّها قدرًا، وأهمّها شأنًا؛ لعموم الحاجة إليه والبلوى به؛ إذ لا يكاد ينفك عنها إنسان ويستغني. فقد حوى ضروبًا من المعاملات الحادثة، وألوانًا من العقود المستجدة؛ مما أبدعته العقول البشرية. وهو ما جعله يحفل بالكثير من الفروع والمسائل المستجدة التي لا تكاد تنحصر ولا تنتهى بحال.

وهو باب شروطه كثيرة ومفسداته أكثر، مما يتعيّن الاهتمام به، وبمعرفة أحكامه، قبل التلبّس به؛ لغلبة الفساد وعمومه في هذه الزمان. «والشيء إذا شرف في نظر الشرع، كثرت شروطه، وشدّد في تحصيله. فشأن العظيم ألا يحصل بالطرق السهلة»⁽¹⁾.

والمتتبع للتراث الفقهي، يدرك ذلك الاهتمام الكبير، من لدن الفقهاء المتقدمين والمتأخرين، بفقه المعاملات المالية بمختلف أشكالها، وعقودها المتنوعة، ونوازلها المتجدّدة.

وقد اشتغل أئمة المذهب بتحرير مسائل العقود التي دخلها الأجل، وقبلت إرجاء آثارها إلى الزمن المستقبل، وما صاحبها من الشروط؛ لجليل ما يترتب عليها، وأسهمت فكّرُ الأعلام منهم في بحث قضاياها إسهاماً مشكوراً، واعتنوا بها اعتناءً مبروراً.

فكان موضوع الشرط والأجل من أشكل الموضوعات، وأغمض المسائل، وأخفى الأمور، وأخطرهما في الفقه المالي. تؤدي مخالفتها وعدم احترام أحكامهما إلى فساد التعامل، أو بطلانه، وتجريد العقود من كل آثارها، وتعطيل الغاية التي شرعت من أجلها.

(1) قواعد المقري: 408 (قاعدة 853).

أهداف البحث ودوافع اختياره

يرنو مقصد البحث الأعمق إلى تحقيق مجموعة من الأهداف، يمكن إجمالها فيما يأتي:

- محاولة الإجابة على الإشكالات التي أثارها البحث، والمعلن عنها في بابها.

- التأصيل الفقهي لما استُجد من شروط وعقود آجلة، أنتجت المعاملات المعاصرة، والتي لم يتناولها الفقهاء المتقدمون بالدراسة والتحقيق بصورة مفصلة في مدوناتهم ودراساتهم، ولم تحصر مسائلها تصنيفاً، ولم تضبط قواعدها تأليفاً؛ لتأخر نشأتها وظهورها. والبحث في مدى أثرها في الغاية الأساسية التي شرعت العقود من أجلها، انطلاقاً من أصول المذهب المالكي، وقواعده، ومقاصده.

- محاولة حصر جوانب البحث؛ لسعتها، وجمع مسائلها المتشعبة، والمتناثرة في كتب الفقه وأبوابه، وإعادة تبويبها، بحيث يسهل الاستفادة منها.

- إبراز انفرادات مالك، واختيارات أصحابه، وترجيحات أهل المذهب في مجال المعاملات المالية. واستخلاص الأصول والقواعد الاجتهادية التي بُنيت عليها.

- تنزيل مسائل البحث وقضاياها على الوقائع المستجدة؛ حتى لا تبقى الأحكام معزولة عن الواقع.

- تقديم إجابات شرعية، وإيجاد حلول عملية، ورؤى معاصرة، للنوازل والوقائع المستجدة للشروط المستحدثة، والعقود الآجلة.

- تحديد موقف القانون والقضاء من مسائل البحث.

ولعل ما دعاني إلى اختياره، وتوطين النفس على الغوص في عمقه، والغور في كنهه:

- الرغبة الأكيدة في أن يكون لي نصيب من الإسهام في إثراء خزانة هذه الكلية الزاخرة بالمؤلفات الفاخرة، وإغنائها بأفكار جديدة وإضافات علمية على ما حققه من إسهامات في الحقل العلمي والمعرفي.

- العزم العارم في تحقيق أمل قديم، استشرفتة النفس منذ أمد بعيد، ألا وهو نيل شهادة الدكتوراه في الشريعة

البحوث السابقة

بعد طول بحث وفتش، لم أقف على بحث وشيخ الصلة بهذا الموضوع، لكنني ظفرت ببعض البحوث التي عالجت بعض جوانبه، وهي كالآتي:

أولاً: مفهوم الشرط وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، إشراف د. عبد الحميد العلمي، إعداد الباحث جعفر بن محمد ابن معجوز، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الآداب والعلوم الإنسانية ظهر المهرز فاس، السنة الجامعية: 2005 - 2006.

وهو بحث مؤلف على نمط الأصول، تناول فيه صاحبه مفهوم الشرط في أصول الفقه، إضافة إلى مفهومه في النظرية العامة للالتزام. وليس فيه من تطبيقات الشرط في الفقه الإسلامي؛ إلا شذرات لا تشفي الغليل.

ثانياً: نظرية الأجل في المعاملات المالية، إشراف د. الجيلاني المريني، إعداد الباحث عمر الدريسي، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الآداب والعلوم الإنسانية سايس فاس، السنة الجامعية: 2010 - 2011.

مما وقف عنده صاحبه في بحثه، أنه تناول جملة من العقود المالية المشهورة. لكنه أسهب كثيراً في تعريفات تلك العقود وأركانها وشرائطها وأقسامها، ولم يحتل حديثه عن أثر الأجل سوى حيزاً صغيراً لا يحقق المقصود. فضلاً عن خلو البحث من موقف القانون من مسائل البحث.

ثالثاً: الشروط وأثرها على العقود المالية، إشراف د. الجيلاني المريني، إعداد الباحث عبد الله أبو شكورن، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الآداب والعلوم الإنسانية سايس فاس، السنة الجامعية: 2015 - 2016.

تناول الباحث الحديث عن الشروط المشروعة الجائز ورودها على العقد، والشروط الممنوعة الواردة على العقود المالية. وقد طبعه الاختصار الشديد في العقود المدروسة، حيث اقتصر فقط على بيع المرابحة للأمر بالشراء، والإجارة المنتهية بالتملك، والبيع عن طريق الحوالة وبطاقة الائتمان. وذلك وفق المذاهب الفقهية الأربعة، مع غياب موقف القانون من مسائل البحث.

حاصل الكلام، إن تلك الجهود العلمية المبذولة؛ بالرغم من أهميتها، فإنها لم تف بالغرض، ولم تستوف المراد. وإني غير مدع في ذلك استقصاء كل ما كتب.

إشكال البحث

تتجلى قضية البحث الكبرى وفكرته المحورية في وضع مجموعة من التساؤلات الفرعية، التي توضح الإشكال الرئيس، الذي يسعى البحث إلى الإجابة عليها. وهي كالآتي:

هل اقتران العقد بالشروط المناقضة لمقتضاه، والمنافية لمقصوده، تفسد العقد وتبطله؟ وهل يجوز تصحيحها، أم أنها مانعة من الصحة؟

هل الشروط التي تؤدي إلى زيادة منفعة في العقد، أو إلى تأجيل ترتيب آثاره إلى أجل تستحق العوض؟

هل التزام ما يخالف سنة العقود شرعاً ساقط على المشهور؛ ولو تطوَّع الملتزم به بعد انعقاد العقد؟

هل تصح بيع الشروط بإسقاط الشرط، أو يفسد العقد كله؛ إذ لا يتبعض العقد الواحد؟ هل الشروط السابقة على العقود أو المتوطأة عليها أو اللاحقة بها، تلحق بها وتؤثر فيها، صحة وبطلاناً، أم أنها لغو لا أثر لها؟

هل تقرير آثار الشروط في العقود هو من إرادة الشارع؟ أم أن العاقد يملك حق إنشائها وتعديلها؟

هل للشرط أثر رجعي يمتد إلى وقت نشوء الحق، أم من وقت نشوء العقد؟ هل للأجل قيمة مالية معتبرة تجعله قابلاً للبيع، ويستحق الزيادة في العوض مقابل الإمهال؟ أم أن الأجل ليس مالاً يدخل في الذمة، ولا شيئاً يشار إليه، فيستحق العوض؟

هل العوض المعجل أعلى قيمة من العوض المؤجل، فيعوض النقص الحاصل في القيمة بزيادة الثمن بسبب أفضلية الأجل؟

هل تجوز الزيادة في الديون الثابتة في الذمة مقابل الإمهال ولأجل النساء؛ ولو اتُخذ الدين مجرد وسيلة لها؟

هل فسخ العقود الزمنية يكون بأثر رجعي، أم يقتصر أثره على إنهاؤها بالنسبة للمستقبل فحسب؟

هل المؤجل يتعجل إذا أسقط المدين الأجل؟ وهل يلزم الدائن قبوله قبل أجله؟ أم أن المؤجل لا يطالب به قبل أجله؟

هل يحل الدَّين المؤجَّل قبل حلول أجله، إذا أصاب المدينَ أمرٌ في ماله أو بدنه أو نحوهما، أم أنه لا تتفك عنه صفة التأجيل مادام أجله باقياً؟

وإذا كانت الزيادة في الدَّين المؤجَّل مقابل تأجيله سائغة شرعاً، فهل يجوز الوضع من الدَّين المؤجَّل مقابل تعجيله؟

إذا حلَّت الديون المؤجَّلة بالموت، هل يُجبر الغرماء على أخذها إذا أراد من هي عليه البراءة منها، أو أن يتركوها في الذمة إلى أجلها؟

هل تفسد التبرعات وتبطل بالشروط الفاسدة؛ كالمعاوضات، أم أنها يغتفر فيها ويتسامح؟
هل انضبطت النصوص القانونية، ومعها الاجتهادات القضائية، في مسائل الشروط والآجال لأحكام المذهب المالكي؟

منهج البحث والتحري

اقتضت طبيعة البحث اعتماد منهجية علمية مطردة لا تكاد تتخلف، تحدد طريقة جمع المادة العلمية وترتيبها وتحريرها، تقوم على المناهج والأسس الآتية:

-منهج الدراسة المصطلحية⁽¹⁾، وهو واحد من أدق مناهج تحليل الخطاب، وفقه النصوص، ودراسة المصطلح؛ وإن كان منهاً وعراً المسلك.

-المنهج الوصفي، وذلك من خلال عرض دقيق ومفصل للمسائل المراد بحثها وتقريعاتها،

-المنهج التحليلي بقسميه التفسيري والاستنباطي، اللذان يقومان على أساس تفسير النصوص، وتحليل الآراء وتعليلها.

-المنهج التوثيقي القائم على جمع النقول المتناثرة، واستقراءها من مظانها المعتبرة، وإعادة تصنيفها، وتركيبها تركيباً علمياً متناسقاً.

-المنهج المقارن القائم على المقابلة والموازنة بين الفقه والقانون والقضاء في كل مسائل البحث. وذلك لبيان أوجه الاتفاق والافتراق بينها، ولمعرفة مدى انضباط النصوص القانونية مع استنتاجها فيما لا نص فيه أو غموضه لأحكام الفقه.

-تخريج الآيات القرآنية، وأجزائها، الواردة في أثناء البحث إلى مواضعها، بحسب ورودها في المصحف الشريف؛ بذكر اسم السورة ورقم الآية.

-تخريج الأحاديث والآثار تخريجاً علمياً دقيقاً من أمهات الدواوين الحديثية الأصلية، مع اعتبار ما يأتي:

أ - إذا كان الحديث في الموطأ؛ المميز بتقدمه، وأبلغية شرطه، ولكون من أتى بعده ممن ألف في الصحيح عالية عليه، أو في الصحيحين؛ لاشتراطهما الصحة في التخريج؛ اكتفيت بالعزو إليها، أو إلى أحدها.

ب - إذا كان في غيرها، من السنن، والجوامع، والمسانيد، والمصنّفات والأجزاء؛ نصّت على أقوال الأئمة المعلّلين، والمحدثين المخرجين؛ بذكر الكتاب، والباب، ورقم الحديث. من غير إطالة ولا إسهاب؛ إلا لفائدة يقتضيهما المقام، وفق ما تقتضيه الصناعة الحديثية وأصول التخريج.

(1) منهج الدراسة المصطلحية: هو ضرب من الدرس العلمي لمصطلحات مختلف العلوم، وفق منهج خاص يهدف تبين وبيان المفاهيم التي تعبر عنها تلك المصطلحات. (نظرات في المصطلح والمنهج للشاهد البوشيخي: 15-16). أو هو: بحث في المصطلح؛ لمعرفة واقعه الدلالي من حيث مفهومه وخصائصه المكونة له، وفروعه المتولدة عنه، ضمن مجاله العلمي المدروس به. (المصطلح الأصولي عند الشاطبي، لفريد الأنصاري: 51/1). فهو منهج قائم في الدرس؛ إذ تتوفر فيه كل المقومات المشروطة في العلم. (مصطلحات نقدية وبلاغية، للشاهد البوشيخي: 2).

-ترجمة موجزة للأعلام الوارد ذكرهم في المتن عند أول ذكر، مكتفياً بذكر اسمه، ونسبه، ومكانته العلمية، وثناء العلماء عليه، وأشهر مؤلفاته، وتاريخ وفاته، باستثناء من أغنت شهرته عن التعريف به؛ معتمداً على أقدم وأشهر كتب الرجال والتراجم والطبقات.

-شرح المفردات اللغوية الغريبة، والمصطلحات الفقهية المبهمة، والألفاظ الحديثية العريضة، بالهامش حين ورودها أول مرة، وضبطها بالشكل؛ للتدقيق ودفع اللبس، مستعيناً بالمعجمات اللغوية والاصطلاحية المتخصصة وما في حكمهما.

-الحرص على نسبة القول إلى صاحبه، وعدم التصرف في النص بأي وجه من أوجه التصرف المخلة؛ كالحذف، والزيادة، والتبديل. مما يؤثر على قيمة النص المنقول، وفق أصول التوثيق والاقتباس. لأن نسبة الفائدة إلى مفيدها من الصدق في العلم وشكره.

-الحرص على التركيز والإيجاز، وتجنب الحشو والتطويل، مما لا يقره المنهج السليم، والاقتصار على ما يخدم السياق، وتحقيق المقصود ما أمكن؛ مما له صلة وشيعة بمناط البحث. -إن كانت المسألة خلافية داخل المذهب، فقد ذكرت الأقوال الموجودة في ذلك نقلاً وتخريجاً بأدلتها؛ إن وجدت. ورجحت ما بدا لي أنه الأقوى والأوفق، جانحاً إلى حسن الموازنة والتوفيق وفق قواعد الترجيح، أو التوقف عن الترجيح فيما يصعب تقريره.

-توشيح البحث بجليل القواعد وما اندرج تحتها من جميل الضوابط، التي تخدم السياق. -الاقتصار على طرف من عيون المسائل المشهورة، التي دعت إليها الحاجة واشتدت، وعمت بها البلوى وعظمت. وتحاشيت الشوارد والنوادر والغرائب.

ولولا الطول لجلبتها، لكنني اعتضت عن اجتلابها كراهة التطويل، فاستلكت منها وانتقيت ما يليق منه بغرض، وتركت ما لا تعلق له بمجال البحث وتأباه حدوده. فكان القصد في ذلك، ترك الإطالة والإكثار، مما يجده القارئ مسطوراً مبسوطاً في كتب الأصحاب؛ إذا التمسه.

-العناية بضرب الأمثلة الإيضاحية والواقعية لمسائل الدراسة، والمستلزمة من الواقع المعاصر، مما له صلة واضحة بمناط البحث.

-وفي إطار التفسير القضائي للنصوص القانونية، تتبعت جديد العمل القضائي والاجتهادات القضائية الحديثة ذات الصلة بالموضوع، استلقتها مباشرة من الجهات المصدرة لها.

وعقدت في بعض الأحيان مقارنة في الهامش بين القانون المغربي ونظيره الفرنسي، وذلك حسب ما أذنت لي به نصوص قانون العقود الفرنسي المترجمة.

-تدوين معلومات النشر الخاصة بالمصادر والمراجع كاملة في الهامش عند ذكرها لأول وهلة؛
روماً للاختصار. ثم الاكتفاء بعد ذلك بالإحالة عليها؛ بذكر اسم الكتاب المشتهر به، غَفْلاً
عن اسم مؤلفه؛ إلا أن يتمثل كتابان في اسم واحد، فإني حينئذ قيّدت اسم كل كتاب
بذكر مؤلفه.

أما المصادر والمراجع التي أوردت معلوماتها في الحاشية، ككتب التخرّيج، وكتب التراجم
والطبقات وكتب اللغة؛ فلم أدوّن معلومات النشر الخاصة بها، واكتفيت بإثبات ذلك في
الفهرس؛ توخياً لعدم إثقال الهوامش وتطويلها.

خُلصة البَحْث

لقد استقر الإطار العام لهذا البحث وبنائه التنظيمي، الذي يغطي مختلف جوانبه، على أن تألف من باب تمهيدي وبابين، انتظمت فصولاً مُعَنونة، تقاطعتها مباحث ومطالب، مُكْتَفَة بمقدمة وخاتمة. مع تصدير كل باب وفصل ومبحث بتقديم، وتذييل كل مبحث بخلاصة.

فأما المقدمة، فقد رسمت توجهات البحث الكبرى، وحددت تصوره العام، حيث شملت الحديث عن: التعريف بالموضوع وأهميته، وأهدافه ودوافع اختياره، والبحوث السابقة ذات الصلة، وإشكالاته، ومنهجيته المعتمدة، وخطته.

ومما يحسن البداية به، وتغظم الفائدة ببسطه؛ دَرَس المصطلحات المركزية والمحورية المحددة للبحث. وهو ما اقتصصت به الباب التمهيدي من هذا البحث.

ولبلوغ هذا المقصد، اقتضى المقام فيه نظم الكلام في فصلين اثنين.

اتجه النظر في الفصل الأول صوب التعريف بمصطلح الشرط، إذ انصب الدرس في مبحثه الأول على تحديد دلالة اللفظ، وجعلت المبحث الثاني منه معقوداً للحديث عن علاقاته وخصائصه. كما أفردت المبحث الثالث لتفصيل الكلام على تقسيمات اللفظ، واهتمت في المبحث الرابع ببيان آثاره، على أن كان مدار المبحث الخامس على عرض بعض قضايا اللفظ وموضوعاته العلمية.

وقد صيرتُ هذا المصير في الفصل الثاني من هذا الباب التمهيدي، حيث أفردته للتعريف بمصطلح الأجل؛ حتى يحصل بذلك نوع توازن وتناسب.

وبعدما سيقَّت هذه المقدمات الممهِّدات لدرس المصطلح، اتجه النظر صوب الباب الأول، الموسوم بـ أثر الشرط والأجل في عقود المعاوضات، حيث اقتضى المقام فيه نظم الكلام في فصلين.

انصب الدرس في الأول منهما على أثرهما في عقود البيوعات، موزعاً على أربعة مباحث، أخضعت كل عقد منها بمبضع الدرس في مطالب، حسب ما أذنت لي به مادة نصوصه.

فقد أفردت المبحث الأول لتفصيل الكلام على بياعات الشروط والآجال، وجعلت المبحث الثاني معقوداً للحديث عن عقد السلم، واهتمت في المبحث الثالث ببيان عقد المراجعة، على أن انحصر الكلام في المبحث الرابع على عقد الصرف.

وكان مدار **الفصل الثاني** على الأثر في عقود الأكرية، مقسماً على مباحث، عرضت لكل عقد في مطلب وفق ما صنعت في سابقه.

اتجه النظر في مبحثه الأول صوب عقد الإجارة، وفي المبحث الثاني انصب الدرس على عقد الجعالة، وتبيّنت في المبحث الثالث على عقد المغارسة، على أن كان مدار المبحث الرابع عقد الوديعة بأجر.

أما الباب الثاني، فقد بسطت القول فيه على أثر الشرط والأجل في عقود الشركات والتبرعات. وكان النظر فيه شبيهه بسابقه.

ففي **الفصل الأول**، والذي اختصته للحديث عن عقود الشركات، أفردت المبحث الأول منه لتفصيل الكلام على عقد الشركة، وجعلت المبحث الثاني معقوداً للحديث عن عقد القراض، واهتمت في المبحث الثالث ببيان عقد المزارعة، على أن انحصر الكلام في المبحث الرابع على عقد المساقاة.

أما **الفصل الثاني**، والذي انحصرت أصوله في عقود التبرعات، فقد أفردت المبحث الأول منه لتفصيل الكلام على عقدي الهبة والصدقة، وجعلت المبحث الثاني معقوداً للحديث عن عقد الوقف، واهتمت في المبحث الثالث ببيان عقد القرض، على أن انحصر الكلام في المبحث الرابع على عقد العُمري.

وخاتمة تبرز أهم الخلاصات العلمية التي كشف عنها البحث، وأبرز النتائج المتوصل إليها، وكذا الآفاق المستقبلية التي يفتحها.

وذيلت البحث بـ**الفهارس** الفنية التفصيلية المتعارف عليها، تعكس المحتوى، وتيسر الوصول إلى المبتغى؛ فهرس الآيات القرآنية، مرتبة حسب ترتيب السور وآياتها الوارد بالمصحف الشريف. وفهرس الأحاديث والآثار، مرتبة حسب الترتيب الأبجائي. وفهرس المنظومات والأراجيز، مقطّعة تقطيعاً عَرَضِيّاً. وفهرس القواعد الأصولية والفقهية والقانونية، مرتبة حسب حروف المعجم. وفهرس المصطلحات الحديثية والأصولية والفقهية واللغوية والقانونية، مرتبة حسب ورودها في البحث. وفهرس الأعلام المترجم لهم، مرتباً على حسب ترتيب الوفيات. وفهرس المصادر والمراجع، مرتبة على ترتيب العلوم، ومرتباً لها داخل الإطار على التسلسل الزمني بحسب تاريخ الوفيات، أو تاريخ النشر للمعاصرين؛ لرصد الحركة الفقهية عبر العصور والأزمان، وإظهار ما فيها من فوائد تاريخية وعلمية. ثم فهرس الموضوعات.

وإنني في ذلك غير قاصد التفريع، ولا مريد التفصيل، مما يطول جلبه، ويتعذر حصره. وإنما
البغيةُ التحصيلُ من المسائل ما بدا لي شائعاً مشهوراً، والغضُّ عما ظهر لي منها نادراً مهجوراً؛
كراهة الطول، وحشو ما أُشبع كلاماً واستُوفِيَ بسطاً.

والله من وراء القصد، ومنه التوفيق، وبه المستعان.

الباب التمهيدي

التعريف بمصطلحي الشرط

والأجل

مما لا جدال فيه؛ أن البحث في المصطلح، وضبط معانيه، وتحديد دلالاته، وتبيين مفاهيمه، مدخل رئيس لاستيعاب العلوم وإدراك الفنون. فإذا كانت المصطلحات مفاتيح العلوم ومدار الفنون، فإن التعاريف مفاتيح المصطلحات.

من هذا المنطلق، وقبل التوغل في صميم البحث، والانغماس في لُجَّته، وسبر أغواره، ارتأيت توطئة هذا البحث بباب تمهيدي؛ أفردته للتعريف بمصطلحي (الشرط) و(الأجل) - باعتبار أهميتهما المركزية والمحورية في البحث، والمنبثقة من صميم جوهره- وفق خطة منهجية علمية، تستمد روحها من منهج الدراسة المصطلحية، وذلك من خلال تتبع الدقيق ما أمكن لموارد اللفظ في مواطن وروده وسياقات استعماله؛ للتعرف على مأخذه ومدار مادته، وبيان المسلك اللغوي الذي عبر منه المصطلح إلى الدلالة الاصطلاحية، بالاعتماد على أقدم وأشهر المعجمات اللغوية والمعجمات الاصطلاحية المتخصصة وما في حكمهما، مرتبة ترتيباً تاريخياً حسب وفيات أصحابها؛ لرصد تطور المصطلح الدلالي، مقتصرًا على عرض أقرب المعاني اللغوية إلى الدلالة الاصطلاحية. والوقوف على حد المصطلح الفقهي، ومقارنته بالمجال القانوني. منفصلاً بتعريف صُغته، بالاختيار، أو بالتركيب؛ عبر تجميع المعاني المشتركة، واستخلاص السمات الغالبة للمفهوم.

ومن تمام التكميل والتفصيل لما سبق في مرحلة التعريف، وبهدف الاقتراب أكثر من المصطلح، وتعميق التصور حول حقيقته؛ إبراز الصفات المحددة لخصائص المصطلح، وسماته الدلالية التي تميزه عن غيره. والنظر في علاقاته بأسرته المفهومية، وما يربطه بغيره من الألفاظ المجاورة معه في السياق، مع ضبط الفروق الدقيقة التي تفصل بينها.

ويرنو هذا الباب من البحث إلى بيان تقسيمات اللفظ، وآثاره، وعرض عدد من القضايا العلمية والموضوعات العامة، المندرجة تحت المفهوم، والمستفادة من دراسته، والتي تثيرها بعض سياقاته.

ولبلوغ هذا المقصد، اقتضى المقام نظم الكلام في فصلين، تخللتهما خمسة مباحث، مكتتفة بتقديم وخلاصة.

اتجه النظر في الفصل الأول صوب التعريف بمصطلح الشرط، حيث انصب الدرس في مبحثه الأول على تحديد دلالة اللفظ، وجعلت المبحث الثاني منه معقوداً للحديث عن علاقات الشرط وخصائصه، كما أفردت المبحث الثالث لتفصيل الكلام على تقسيمات اللفظ، واهتمت في المبحث الرابع ببيان آثاره، على أن كان مدار المبحث الخامس على عرض بعض قضايا الشرط وموضوعاته العلمية. وقد صيرت هذا المصير في الفصل الثاني من هذا الفصل التمهيدي حتى يحصل بذلك نوع توازن وتناسب.

الفصل الأول

التعريف بمصطلح الشرك

إذا كان الأصل في الالتزامات التعاقدية أن تنشأ نهائياً بمجرد تحقق سببها، فإنه في بعض الحالات قد يتوقف وجودها أو زوالها على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، وهو ما يعرف بالشرط، حيث إن وجود الالتزام وتكوينه يبقى موقوفاً إلى غاية تحقق الشرط، أو أن الالتزام يولد ويستكمل عناصر وجوده، لكن بقاءه يبقى مرتبطاً بتحقق أو عدم تحقق الشرط.

فالشرط يسعى إلى تكييف إرادة المتعاقدين مع الحاجة أو الضرورة أو المصلحة التي تستدعي تعليق العقود على الشروط وربط آثارها بالمستقبل، استجابة لحقيقة نفسية ترفع التكليف عن التعاقد الذي لا تسعفه الإرادة في جعل التعامل ناجزاً.

وقبل بدء الحديث؛ أثرت أن أعلن ابتداءً أن المراد بالشرط في هذا البحث؛ هو ذلك الأمر العارض الخارجي الزائد على أصل العقد، الذي تضيفه الإرادة إلى التزام استكمل جميع عناصره التكوينية، تكون فيه مصلحة للعائد أو للغير؛ كالأجل والرهن والكفيل، فهو لا يسهم في تكوينه، بل يكون الالتزام قائماً بدونه، لأنه لا يقتضيه ولا يحتاج إليه في قيامه بذاته، بمعنى أنه لو أزيل؛ لزال دون أن يصيب الالتزام في حد ذاته بشيء، إذ يبقى دون وصف في حالته البسيطة. وليس المقصود بالشرط ما يشترطه الشارع لصحة العقد وجعل تحققه لازماً له لترتيب آثاره؛ كالأهلية والرضائية والشكلية (في العقود الشكلية)، لذلك استبعدته من دائرة البحث وأخرجته من مجاله.

وقد قام بناء هذا الباب التمهيدي من البحث على خمسة مباحث، وهي:

عقدت المبحث الأول للحديث عن دلالة الشرط، واختصت المبحث الثاني للكلام على علاقات الشرط وخصائصه، وفي المبحث الثالث تحدثت عن تقسيمات الشرط، وجعلت المبحث الرابع معقوداً للحديث عن آثار الشرط، على أن كان مدار المبحث الخامس على بحث قضايا الشرط وموضوعاته العلمية

وفيما يلي بيان مفصل لها.

المبحث الأول: دلالة الشرط

مما يحسن البداية به وتعظم الفائدة ببسطه؛ تحديد دلالة اللفظ، وهو ما اختصت به هذا المبحث. وذلك وفق ثلاثة مطالب.

فقد أفردت **المطلب الأول** لتفصيل الكلام على الدلالة المعجمية اللغوية للفظ الشرط، وذلك من خلال تتبع الدقيق ما أمكن لموارد اللفظ في مواطن وروده وسياقات استعماله، بالاعتماد على أقدم وأشهر المعجمات اللغوية المتخصصة وما في حكمها.

وجعلت المبحث الثاني معقوداً للحديث عن حد الشرط في الاصطلاح الفقهي، وهل حافظ اللفظ على دلالاته اللغوية، أم أنه اكتسب دلالة اصطلاحية جديدة؟

واهتمت في المبحث الثالث ببيان مفهوم الشرط في الاصطلاح القانوني، وهل احتفظ اللفظ في الاصطلاح القانوني بدلالاته اللغوية والاصطلاحية التي عرف بها، أم أنه ألبسه المقنن دلالة قانونية، تختلف عن دلالاته الأصلية؟

المطلب الأول: الدلالة المعجمية اللغوية للفظ الشرط

اتفقت المعجمات اللغوية على أن مادة (شرط) ذات الجذر الثلاثي بناءً صحيح⁽¹⁾، يدور في أصل وضعه اللغوي على عدة معانٍ أساسية.

ولعل أول من أشار إليها هو الخليل بن أحمد في أول معجم للعربية⁽²⁾، أثناء عرضه للمادة. غير أن معناها اللغوي الأقرب إلى المفهوم الاصطلاحي لم يحظ ببعض العناية لديه، حيث قال: «الشَّرْطُ: معروف في البيع، والفعل: شارطه فشرط له على كذا وكذا، يَشْرُطُ له»⁽³⁾.

وجاء بعده ابن دُرَيْدٍ مقتفياً أثره في عرضه للمادة، فأورد كل المعاني اللغوية المتفرعة من المادة دون أن يلتفت إلى هذا المعنى، إذ قال: «الشَّرْطُ: معروف، والجمع شروط وأشراط»⁽⁴⁾.

ثم جاء الأزهري، فنقل كلام الخليل في هذا الموضع بنصّه، غير أنه عزاه إلى اللَّيْث بن المُظَفَّر⁽⁵⁾، حيث قال: «قال اللَّيْثُ: الشَّرْطُ معروف في البيع، والفعل شارطه فشرط له»⁽⁶⁾. وهو أمر مرتبط بإنكاره نسبة كتاب العين إلى الخليل، وزعمه أنه لِلَّيْث⁽⁷⁾.

وردّدَ الجوهري كلام ابن دُرَيْدٍ، فقال: «الشَّرْطُ معروف»⁽⁸⁾، دون أن تحظى هذه الدلالة بعنايته، مع أنه أفاض في عرض كل المعاني اللغوية للمادة.

وانتفت هذه الدلالة من دلالات اللفظ عند معاصره ابن فارس في مُعْجَمِهِ (المُجَمَّل)⁽⁹⁾ و(المقاييس)⁽¹⁰⁾، وأهمّلها إهمالاً تاماً يشير إلى عدم اعتبارها.

(1) الفعل الصحيح: هو كل فعل تخلو حروفه الأصلية من أحرف العلة (الألف- الواو- الياء).

(2) إن الخليل قد وضع أول معجم للعربية، فلم يستطع أحد ممن تقدّمه أو ممّن عاصره، أن يهتدي إلى شيء من ذلك... حيث استقرى العربية استقراءً أقرب إلى ما يُدعى بالإحصاء، فقيّض له أن ينتهي إلى كتاب العين، فكان أول معجم في العربية... وهو من المعجمات الأولى في تاريخ اللغات الإنسانية (مقدمة كتاب العين، ص: 7).

(3) العين: الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت361هـ) ت. مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، (د.ط) و(د.ت)، مادة (شرط).

(4) جمهرة اللغة: أبو بكر بن دُرَيْدٍ (ت361هـ) ت. رمزي بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1987، مادة (شرط).

(5) هو اللَّيْث بن نصير بن سيار بن المُظَفَّر، من أكتب الناس في زمانه، بارعاً في الأدب، بصيراً بالشعر والغريب والنحو، أخذ عن الخليل أصول كتاب العين، روى عنه قُتَيْبَةُ بن سعيد، ولم أقف في الكتب التي ترجمت له على سنة وفاته، ولم أقف أيضاً على مؤلفاته. انظر ترجمته في إنباه الرواة: 43-42/3 رقم الترجمة (568)، وبُغْيَةُ الوُعاة: 270/2 رقم الترجمة (1959).

(6) تهذيب اللغة: أبو منصور الأزهري (ت370هـ) ت. عمر سلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001، مادة (شرط).

(7) رأى الأزهري أن كتاب العين من صنيع اللَّيْث بن المُظَفَّر، تحلّه الخليل لِيُنْفِقَهُ باسمه و يُرَغِّبَ فيه من حوله. مقدمة صاحب التهذيب: 56.

تَحَلَّلَ: نسبه إليه وهو من قبل غيره. الصَّحاح والتاج: مادة (نحل). وَنَفَّقَ: رَجَّح ورَغَّب. التاج: مادة (نفق).

(8) الصَّحاح تاج اللغة وصحاح العربية: إسماعيل الجوهري (ت393هـ) ت. أحمد عطار، دار العلم للملايين، بيروت، دمشق، ط2، 1987، مادة (شرط).

(9) مجمل اللغة: أبو الحسين بن فارس (ت395هـ) ت. زهير سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1986، مادة (شرط).

(10) مقاييس اللغة: له أيضاً، ت. عبد السلام هارون، دار الفكر، دمشق، ط2، 1979، مادة (شرط).

ويأتي ابنُ سيده ليختار توجيه دلالة اللفظ إلى معنى آخر دون أن يتَّبع سبيل من سبقوه، إذ قال: «الشَّرْطُ: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه»⁽¹⁾.

أما ابنُ منظور، فقد استقصى على عاداته معاني المادة من أمَّات⁽²⁾ اللغة التي سبقته، فجمع الأقوال، وساقها من دون تحفُّظ،⁽³⁾ ولا غرابة في ذلك؛ فقد أعلنها صراحة في مقدمة (لسانه)، حين ذكر مراجعه الكبرى قائلاً: «فليعتدَّ من ينقل عن كتابي هذا أنه ينقل من هذه الكتب الخمسة: التهذيب والصَّحاح والمُحْكَم وأمالِي ابنِ بريِّ على الصَّحاح والنهاية»⁽⁴⁾.

ثم جاء الفيروز آبادي بعده، فاحتفظ بتعريف ابنِ سيده، مستشهداً بمثل دون نسبة، حيث قال: «وفي المثل: الشرط أملك عليك أم لك»⁽⁵⁾.

والتأمل في كلامه، يجد أنه قد استمد هذا المثل من العُباب للصِّغاني⁽⁶⁾، وهو ما أبان عنه الزبيدي في أثناء شرحه على القاموس.⁽⁷⁾

خلاصة الكلام، إن المتتبع لتلك الدلالات اللغوية للفظ، يجد أن المعجميين لم يلتفتوا إليها، وكادوا يهملونها تماماً؛ لولا ما أورده ابنُ سيده، حيث اعتبر أصلها يدور على معنى: الإلزام والالتزام.

فهل حافظ اللفظ على دلالاته اللغوية، أم أنه اكتسب دلالة اصطلاحية جديدة؟

(1) المُحْكَم والمحيط الأعظم: علي بن سيده (ت458هـ) ت. عبد الستار فراج، معهد المخطوطات العربية، القاهرة، ط1، 1958، مادة (شرط).

(2) يُقال في جمع الأم من غير الأدميين أمَّات. وأما بنات آدم أمَّهات، وهذا هو الصواب. انظر التهذيب: مادة (أمم).

(3) لسان العرب: أبو الفضل بن منظور (ت711هـ)، دار صادر، بيروت، ط2، 2003، مادة (شرط).

(4) المصدر نفسه: المقدمة: 8/1.

(5) القاموس المحيط: الفيروز آبادي (ت817هـ) ت. محمد العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 2005، مادة (شرط).

(6) هو الحسن بن محمد الحسن الصِّغاني الحنفي، حامل لواء اللغة في زمانه، سمع من النُّظَّام المرغيناني، وحَدَّث عنه الشُّرف الدمياطي، وله من التصانيف: التكملة على الصَّحاح، والعُباب الزاخر وغير ذلك، توفي سنة 650هـ. بُغية الوُعاة: 519/1-521 رقم (1076).

(7) تاج العروس من جواهر القاموس: محمد الزبيدي (ت1205هـ) ت. عبد الستار فراج، مطبعة حكومة الكويت، ط2، 1965، مادة (شرط).

المطلب الثاني: حد الشرط في الاصطلاح الفقهي

إذا كان لفظ الشرط قد عرف حضوراً ضئيلاً في القرآن الكريم، إذ لم يتجاوز ذكره موضعاً واحداً ورد بصيغة الجمع في قوله ﷺ: «فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا»⁽¹⁾، فإنه قد شهد انتشاراً واسعاً في علم أصول الفقه، حيث نمت فيه دلالاته واتسعت⁽²⁾، حتى كاد يرتبط مفهومه في المعجمات الاصطلاحية باصطلاح أهل الأصول.

كما حظي المصطلح عند أغلب المُحدِّثين بعناية كبيرة، إذ أفردوا له أبواباً خاصة وعناوين واضحة، حتى لا تكاد تخلو مُصنَّفَاتُهم من حديث عنه،⁽³⁾ مما يُنبئ عن حضور قوي لهذا المصطلح في الخطاب النبوي.

لكن بالرجوع إلى التأليف الفقهية، وبالرغم من سعتها وإحاطتها بالفروع، فإنني لم أقف -بعد عميق بحث- على من أفرد المصطلح ببحث مستقل ومفصل، مع أهميته البالغة وجريانه في معظم أبواب الفقه، وإنما تعرَّض الفقهاء لشتات مسائله وأحكامه في أثناء بحثهم عن الفروع المنتشرة في الأبواب المتفرقة، مقتصرين في تعرضهم غالباً على ما اقتضته ضرورة ذلك الباب، وما يتم به الحديث عن المسألة المبحوث فيها.

وممن أبدى اهتماماً بالمصطلح؛ الراغب الأصفهاني، إذ أورد تعريفاً جاوز في الجودة حد الغاية، غير مكثف بما وُضع له اللفظ في أصله اللغوي، فقال: «الشرط: هو كل حكم معلوم متعلق بأمر يقع بوقوعه»⁽⁴⁾.

وجاء بعده الجرجاني موسعاً دلالة اللفظ الاصطلاحية، حيث قال: «الشرط تعليق شيء بشيء، بحيث إذا وُجد الأول وُجد الثاني. وقيل: الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده. وقيل: ما يتوقف ثبوت الحكم عليه»⁽⁵⁾.

ثم جاء السيوطي، فاختار صيغة أخرى للتعريف، إذ قال: «الشرط في الفقه ما يتوقف عليه صحة الشيء فقط»⁽⁶⁾.

(1) سورة محمد، جزء من الآية: 19.

(2) تناول الأصوليون مصطلح الشرط بالدرس والتحليل في مؤلفاتهم، ضمن حديثهم عن أقسام خطاب الوضع.

(3) مثلاً: أفرد البخاري في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى كتاباً سمي بكتاب الشروط، كما عَقَدَ عبد الرزاق في مُصنَّفِه باباً خصَّصه للشرط في البيع.

(4) مفردات ألفاظ القرآن: الراغب الأصفهاني (ت502هـ) ت. صفوان داودي، دار القلم دمشق، والدار الشامية بيروت، ط4، 2009 ص: 450.

(5) التعريفات: الشريف الجرجاني (ت816هـ) ت. محمد المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، (د.ط) و(د.ت)، ص: 108.

(6) مقاليد العلوم في الحدود والرسوم: جلال الدين السيوطي (ت911هـ) ت. محمد عبادة، مكتبة الآداب، القاهرة، ط1، 2004، ص: 50.

وفي سياق حديثه عن باب الشروط في البيع؛ عرّف الحجاوي الشرط بقوله: «إلزام أحد المتابعين الآخر بسبب العقد ما له منفعة، ويعتبر لترتب الحكم عليه»⁽¹⁾.

ومن التعريفات المستوعبة والوافية بالمقصود؛ تعريف الحموي، إذ قال: «الشرط: التزام أمر لم يوجد في أمر وُجد بصيغة مخصوصة»⁽²⁾.

ثم جاء التهانوي ليواصل استلاله شوارد التعريفات من الكتب النوادر في مختلف الفنون دون تحفظ، عامداً إلى إيراد المظان التي نقل منها، ومن جملتها ما جاء في قوله: «الشرط: تعليق حصول أمر على حصول أمر آخر، كذا في الصراح.

وفي كنز اللغات: الشرط: ارتباط فعل أو قول بشيء آخر... والشرط في العرف العام: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء. كذا في التلويح.

وفي اصطلاح الفقهاء والأصوليين: الشرط هو الخارج عن الشيء الموقوف عليه ذلك الشيء، غير المؤثر في وجوده»⁽³⁾.

وقد نظم محقق «الموافقات» هذا المعنى الأخير بقوله:

الشَّرْطُ مِنْ عَدَمِهِ انْعِدَامٌ ❖ وَلَيْسَ فِي وُجُودِهِ إِلْزَامٌ⁽⁴⁾

خلاصة الكلام، أنه مهما اختلفت عبارات هؤلاء وتنوعت في تحديد دلالة الشرط الاصطلاحي، فإنها لم تبتعد في مجملها عن دلالتها اللغوية التي عُرِف بها اللفظ، إذ بقيت تدور في الإطار العام الذي رسمه ابن سيده، والذي عنه تبلور المفهوم الاصطلاحي ليكتسب بُعداً مفهوماً خاصاً.

فهل احتفظ اللفظ في الاصطلاح القانوني بدلالته اللغوية والاصطلاحية التي عرف بها، أم أنه ألبسه المقنن دلالة قانونية، تختلف عن دلالاته الأصلية؟

(1) الإقناع لطالب الانتفاع: موسى الحجاوي (ت968هـ) ت. عبد الله التركي، مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية، دار هجر، الرياض، ط3، 2002، 189/2.

(2) غمز عيون البصائر: أحمد الحموي (ت1098هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985، 41/4.

(3) كُشَف اصطلاحات الفنون والعلوم: محمد التهانوي (ت1158هـ) ت. علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1، 1996، ص: 1013.

(4) الموافقات: أبو إسحاق الشاطبي (ت790هـ) ت. أبو عبيدة منصور آل سلمان، دار عقان، السعودية، ط1، 1997، 406/1، (هـ: 1).

المطلب الثالث: مفهوم الشرط في الاصطلاح القانوني

لقد أفرد المقتن بالبحث والدراسة في الفصول من 107 إلى 126 من (ق ل ع)، وعرفه ف.107 بقوله: «الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، إما وجود الالتزام أو زواله».

إن الالتزام المقرون بشرط هو التزام مجهول المصير، حيث الشك يدور حول معرفة مآل الأمر المعلق عليه وجود الالتزام أو زواله سيتحقق في المستقبل أو لا.

فالشرط بهذا المعنى وصف عارض خارجي عن أركان العقد، تضيفه الإرادة إلى التزام استجمع سائر عناصر وجوده، فيجعل مصيره منوطاً بحدوث واقعة عرضية مستقبلية.

فهو لا يسهم في تكوينه، بل يكون الالتزام قائماً بدونه، لأنه لا يقتضيه ولا يحتاج إليه في قيامه بذاته، بمعنى أنه لو أزيل؛ لزال دون أن يصيب الالتزام في حد ذاته بشيء، إذ يبقى دون وصف في حالته البسيطة.

فيخرج بذلك الشرط الذي يتطلبه القانون لصحة العقد، ويجعل تحققه لازماً له لترتيب آثاره؛ كشرط التسجيل في الرسم العقاري لانتقال الملكية العقارية المحفظة،⁽¹⁾ وشرط الرسمية أو الشكلية في انعقاد التصرفات العقارية.⁽²⁾

فمثل هذه الشروط ليست من صنع إرادة أطراف العلاقة التعاقدية، وغير مرتبطة بها، ولا يكون لهم الحق في استبعادها. وإنما هي من متطلبات القانون. لذلك استبعادها من دائرة هذا التعريف وأخرجها من مجاله.

وبذلك يكون الاصطلاح القانوني للفظ الشرط؛ وإن اختلفت العبارات، قد حافظ على دلالاته اللغوية والفقهية التي عرف بها.

(1) طبقاً لمبدأ القوة الإنشائية للرسم العقاري، فإن كل التصرفات الواقعة على عقار محفظ لا يكون لها أثر في مواجهة الغير، إلا بتقييدها بالرسم العقاري. حيث نص ف.66 من (ظ ت ع) على أنه: كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده. (2) تعد الرسمية أو شكلية الكتابة عنصراً أساسياً لقيام جميع التصرفات العقارية، حيث نصت م.4 من (م ح ع) في فقرتها الأولى على أنه: «يجب أن تحرر- تحت طائلة البطلان- جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها، وكذا الوكالات الخاصة بها، بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك».

وأيضاً لقيام عقود البيوعات العقارية وفق دلالة ف.489 من (ق ل ع) الذي نص على أن: «إذا كان المبيع عقاراً أو حقوقاً عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رسمياً وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون».

كما نص القانون رقم 44-00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز في ف.3-618، والقانون 18-00 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية في م.12، والقانون رقم 51-00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار في م.4 على ضرورة أن تحرر جميع التصرفات العقارية المتعلقة بها، بموجب محرر رسمي ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها القانون تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.

التعريف المختار

لا جرم أن وضع تعريف كلي منضبط لمصطلح (الشرط) ينتظم جميع أفرادها؛ ليس بالأمر الهين. لذلك فقد آثرت اختيار تعريف صاحب الإقناع (الحجاوي)؛ إذ يبقى التعريف الأقرب الموصوف في نظري إلى الدقة والوضوح، وهو:

«الشرط: إلزام أحد المتبايعين الآخر بسبب العقد ما له منفعة، ويعتبر لترتب الحكم عليه».

غير أنه يلحظ على هذا التعريف بعض الملاحظات.

فقد قصر التعريف أطراف العلاقة التعاقدية على (المتبايعين) فقط، مع أن العقد أعم، والبيع أخص. لذلك كان من الأفضل إحلال لفظة (العاقد) بدل (المتبايعين).

حصر صاحب التعريف الشرط في العقود الناشئة عن إرادتين، حين ذكر لفظة (الآخر)، والحال أن الشرط قد يتعلق أيضاً بالعقود الناشئة عن الإرادة المنفردة؛ كالشرط في عقود الهبة والصدقة والوقف. لذلك كان من الأفيد الاكتفاء بعبارة (العاقد) فقط دون (الآخر).

كما أن التعريف ذكر أن موضوع الالتزام هو ما فيه منفعة للمشتري، والواقع أن الشرط قد يتوخى منفعة تعود على الغير؛ كالشرط في عقود الضمان والكفالة، أو ما يعرف عند القانونيين بـ«الاشتراط لمصلحة الغير».

لذلك كان من الأجدي أن تحل (فيه) محل (ما له)، ليصبح التعريف المختار كالآتي:
الشرط: «هو إلزام العاقد بسبب العقد ما فيه منفعة، ويعتبر لترتب الحكم عليه».

المبحث الثاني: علاقات الشرط وخصائصه

إن فهم المصطلح لا يتم إلا بعد استيفاء النظر في الألفاظ المجاورة معه في السياق، والتي تدخل معه في أشكال متعددة من التعالق والائتلاف، إذ بتقابلاتها تتميز الألفاظ. والمقصد من ذلك هو ضبط الفروق الدقيقة التي تفصله عن غيره، مما له تعلق به.

كما تقتضي أصول منهج الدراسة المصطلحية، أن يتم الاقتراب أكثر من المصطلح وتدقيق النظر فيه، من خلال استحضار خصائصه وصفاته المميّزة له، وذلك لتكوين تصور شامل ودقيق يُسهّم في إيضاح مفهومه.

ولبيان هذا النمط من العلاقات والخصائص جعلت مدار هذا المبحث، وفق مطلبين:

انحصر الكلام في المطلب الأول للحديث عن علاقات الشرط، على أن كان المطلب الثاني معقوداً للحديث عن خصائصه.

المطلب الأول: علاقات الشرط

يبقى المرادفان الأبرزان لمصطلح الشرط؛ هما: الركن والسبب.

1. الركن

للفظ (ركن) في استعمال أهل اللغة إطلاقات كثيرة، منها: جانب الشيء الأقوى⁽¹⁾. قال رحمه الله: ﴿أَوْ-إِوَيْ إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾⁽²⁾، وأركان كل شيء جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها⁽³⁾، وهو ما لا وجود لذلك الشيء إلا به⁽⁴⁾.

وفي عرف أهل الفقه، فإن هذا المصطلح لم يعرف تعريفاً فقهياً دقيقاً سوى إشارات متناثرة في الأبواب الفقهية عند الحديث عن أركان العقود، يمكن إجمالها في أن الركن: هو ما يتوقف عليه وجود الالتزام، ويعتبر جزءاً من ماهيته؛ إذ لا يتصور وجود الالتزام مع الخلو عنه.

فالركن والشرط يتفقان في أن كلا منهما يتوقف عليه وجود الالتزام، وأن عدم أي منهما يستلزم عدمه، ويفترقان في أن الركن جزء من ماهية الشيء، والشرط خارج عنها؛ إذ يتصور وجود الالتزام مع الغفلة عنه، «فكل ركن شرط ولا ينعكس»⁽⁵⁾.

قال الشيخ ميارة ناظماً هذا الافتراق والاتفاق بين اللفظين:

الشَّرْطُ عَنْ مَاهِيَةٍ قَدْ خَرَجَا ❖ وَالرُّكْنُ جُزْؤُهَا بِهَا قَدْ وَلَجَا
لَكِنْ كِلَاهُمَا إِذَا مَا انْعَدَمَا ❖ انْعَدَمَتْ مَاهِيَةٌ بَيْنَهُمَا⁽⁶⁾

ومن خلال قراءة ف.2 من (ق ل ع)، يمكن إعطاء مفهوم للركن في الاصطلاح القانوني بأنه: «العنصر اللازم لصحة الالتزامات الناشئة عن الإرادة؛ حتى تكون صالحة لإنتاج الآثار المقصودة بها».

ومما يحسن الإشارة إليه أن: «الركن أولى للمحافظة عليه من الشرط»⁽⁷⁾ عند التعارض، لذلك «يغتفر في الشرط ما لا يغتفر في الركن»⁽⁸⁾. ومثله: «مراعاة الركنية أولى من مراعاة الشرطية»⁽⁹⁾، لأن «الركنية أشد مدخلاً في صحة الشيء من الشرطية الخارجة عن حقيقته»⁽¹⁰⁾.

(1) الصّحاح: مادة (ركن).

(2) سورة هود، جزء من الآية: 79.

(3) النهاية في غريب الحديث والأثر: ابن الأثير (ت606هـ) ت. علي الحلبي، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1421هـ، ص: 375.

(4) الكليات: أبو البقاء الكفوي (ت1094هـ) ت. عدنان درويش ومحمد الحصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1998، ص: 481.

(5) العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير): الرافعي (ت623هـ) ت. علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، 460/1.

(6) الرّوض المبهج بشرح بستان فكر المُنْج في تكميل المنهج لميارة (ت1072) ت. محمد اسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2010، ص: 16.

(7) بلغة السالك لأقرب المسالك: أحمد الصاوي (ت1241هـ) ت. محمد شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995، 237/1.

(8) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: ابن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، (د.ط.)، 1983، 289/2.

(9) جوابات الإمام السالحي: نور الدين السالحي (ت1332هـ) ت. عبد الستار أبو غدة، مكتبة الإمام السالحي، عُمان، (د.ط.)، 2010، 470/1.

(10) المرجع نفسه: 429/1.

كما أن الفقهاء يتساهلون في إطلاق أحد هذين اللفظين على الآخر من باب المجاز،⁽¹⁾ علاقته؛ أن الالتزام لا يوجد بدونهما، إذ «لا مُشَاحَّة في الاصطلاح»⁽²⁾ إذا ظهر المقصود وأمن اللبس.

2. السبب

السبب في العرف اللغوي استعمالات متعددة، منها: «كل شيء يُتوصل به إلى غيره»⁽³⁾، قال ﷺ: «وَأَتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا»⁽⁴⁾.

وفي عرف أهل الشرع، فإنه لم يحظ باهتمام الفقهاء المتقدمين والمتأخرين؛ باعتباره مصطلحاً أصولياً وقِسماً من أقسام خطاب الوضع.

ويبقى التعريف الأبرز في نظري للسبب هو تعريف الكفوي، حيث قال: «السبب: هو ما يكون وجود الشيء متوقفاً عليه»⁽⁵⁾.

فالسبب يشارك الشرط في أن كلاهما لا بد منهما لقيام الالتزام وإنتاج آثاره، ويختلفان في أن السبب عنصر مستمر يستوجب وجوده وقت انعقاد الالتزام، ويستمر موجوداً إلى حين تنفيذه، حيث إذا تخلف في مرحلة من مراحل التعاقد، زال الالتزام لزوال سببه، بخلاف الشرط؛ فهو أمر خارجي زائد على أصل الالتزام، تضيفه الإرادة إلى التزام استكمل عناصر تكوينه.

وللإشارة؛ فإن المُقنّن وإن كان قد أخذ بالسبب، وجعله أمراً جوهرياً في مجال التعاقد، إلا أنه لم يعمد إلى تعريفه، واكتفى بالقول بوجود توافره في العقد - باعتباره ركناً فيه - دون أن يحدد المقصود منه⁽⁶⁾، تاركاً الأمر إلى الفقه القانوني والاجتهاد القضائي.

(1) حاشية الدسوقي: 326/3.

(2) الموافقات: 411/1.

(3) الصّحاح: مادة (سبب).

(4) سورة الكهف، جزء من الآيتين: 83-84.

(5) الكليات: 504.

(6) نص ف. 62 من (ق ل ع) على أنه: «الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن. يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون».

ومن صور السبب غير المشروع، ما جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 377، الصادر بتاريخ 07 فبراير 2018، في الملف التجاري عدد 2018/3/3/328، أنه: «تعلق المعاملة ببيع الخمر، يجعل الالتزام باطلا، دون الحاجة إلى تكليف المدعي بإثبات عدم مشروعية هذا السبب».

وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة الصادر بتاريخ 27 يوليوز 1988، في الملف المدني عدد 60-87/6 أنه: «لا تقبل الدعوى الرامية إلى المطالبة بأداء دين عن بيع مشروبات كحولية، فهذا الالتزام أساسه باطل لكونه يتنافى مع الأخلاق الحميدة والنظام العام. كما أن محل الدعوى غير مشروع، لكونه ينصب على أشياء خارجة عن نطاق دائرة التعامل بحكم القانون».

«والالتزامات الباطلة لا تنتج أي أثر، ولا تقبل الإجازة، أو تنقلب إلى التزامات صحيحة بعد مرور أمد التقادم». قرار عدد 378، الصادر بتاريخ 27 يوليوز 2017، في الملف التجاري عدد 2016/1/3/390.

وفي الفقه المعاصر، فقد عرفه ابنُ معجوز بقوله: «السبب: هو الغاية المباشرة من الالتزام، والباعث الدافع إلى التعاقد»⁽¹⁾.

خلاصة الحديث، إن المتتبع لتلك المرادفات؛ يجد تداخلاً كبيراً بينها على مستوى المعاني والدلالات، وتقاطعاً مفهوماً واضحاً، وهو ما يكشف عن انتظام المصطلح المدروس لكثير من عناصر تلك المرادفات.

(1) السبب في القانون المغربي والشرعية الإسلامية: محمد ابنُ معجوز (ت 29 ربيع الثاني 1438هـ)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2005، ص: 21.

المطلب الثاني: خصائص الشرط

لعل أبرز خصائص الشرط وصفاته المميزة له؛ هي:

1. الشرط أمر مستقبلي

من أجل تحقق الشرط، فإن الأمر الذي ينطوي عليه يجب أن يكون أمراً مستقبلياً، فالأمر الماضي أو الواقع حالاً لا يصلح أن يكون شرطاً حتى ولو كان مجهولاً لأطراف التعاقد. قال القرافي: «الشرط...لا يتعلق إلا بمعدوم مستقبلي»⁽¹⁾، لأن «التنجيز إبطال للتعليق»⁽²⁾. وهو ما أكدّه السيوطي بقوله: «الشرط إنما يتعلق بالأمور المستقبلية، أما الماضية، فلا مدخل له فيها»⁽³⁾، «فالتعليق بشرط كائن تنجيز»⁽⁴⁾.

وهذا ما قرره ف.107-2 من (ق ل ع) بقوله: «والأمر الذي وقع في الماضي أو الواقع حالاً لا يصلح أن يكون شرطاً، وإن كان مجهولاً من الطرفين». فتخلف سمة الاستقبال، ينتفي معها معنى التعليق، ويعتبر الالتزام منجزاً لا معلقاً.

2. الشرط غير محقق الوقوع

من مقومات الشرط؛ أن يتم ربط آثار العقد بواقعة احتمالية، يكون تحققها متردداً بين الوجود والعدم، وهذا ما عبّر عنه ابن نجيم بقوله: «شرط صحة التعليق، كون الشرط معدوماً على خطر الوجود»⁽⁵⁾. وقال القرافي: «إن كل ما من شأنه أن يكون في العادة مشكوكاً فيه بين الناس، حسن تعليقه»⁽⁶⁾.

فإن كان الأمر محقق الوقوع، سواء كان وقت تحققه معلوماً أو غير معلوم، فلا يصلح أن يكون شرطاً لافتقاره إلى عنصر الشك والاحتمال، وهو جوهر الشرط الذي يلزمه، فلا يقوم بدونه، كأن يكون الالتزام معلقاً على وفاة شخص خلال أجل معين، أو على وفاة شخص قبله، لأن الوفاة وإن كان أمراً محتوماً، إلا أن حصوله خلال أجل معين، أو قبل شخص معين، هو أمر مشكوك فيه، وهذا ما نص عليه ف.107 (ق ل ع).

(1) أنوار البروق في أنواء الفروق: شهاب الدين القرافي (ت684هـ)، طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد السعودية، دار النوادر، الكويت، (د.ط)، 2010، 77/1، (فرق 3).

(2) المصدر نفسه: 63/1، (فرق 3).

(3) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: جلال الدين السيوطي (ت911هـ). مركز الدراسات والبحوث، مكتبة نزار الباز، مكة والرياض، ط2، 1997، 120/2.

(4) الأشباه والنظائر: ابن نجيم (ت970هـ). ت. محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، ط4، 2005، ص:436. والكليات للكفوي: 255.

(5) المصدران نفسيهما والصفحتان.

(6) الفروق: 92/1. (فرق 4).

3. الشرط أمر محتمل الوقوع

يفقد الشرط أحد مقوماته «إذا كان أمراً مستحيلاً لا يمكن تحقيقه بسبب مغاييرته لمقتضيات الطبيعة، أو بسبب تعارضه وأحكام القانون»⁽¹⁾، إذ «لا يشترط الشيء إلا مع إمكان وجوده»⁽²⁾، كما أن «من شرط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط»⁽³⁾، وهو ما عبّر عنه ابن نجيم بقوله: «التعليق بالمستحيل باطل»⁽⁴⁾.

فالاستحالة التي تحول دون قيام الشرط هي الاستحالة المادية المطلقة - لا النسبية - التي تجعل تحقق الشرط بالوسائل الموجودة في متناول الإنسان مستحيلاً⁽⁵⁾؛ كأن يعلق التزامه على فوز المنتخب المغربي لكرة القدم بكأس العالم، فإنه يؤدي حتماً إلى بطلان الالتزام الذي عُلّق عليه.

وقد تكون الاستحالة قانونية؛ كأن يكون الالتزام معلقاً على بيع عقار موقوف، لأن التصرف بالوقف أو بالأموال العامة أمر يحظره القانون حظراً مطلقاً⁽⁶⁾، مما يترتب عليه بطلان الالتزام المعلق عليه.

والعبرة في تقدير الاستحالة أن تكون قائمة وقت التعليق على الشرط، على اعتبار أن الاستحالة الطارئة لا تؤثر على صحة التعليق، فالتصرف الذي عُلّق على شرط مستحيل يبقى باطلاً حتى ولو أصبح ممكناً في وقت لاحق، وهذا ما نص عليه ف.108 من (ق ل ع).

4. الشرط أمر مشروع غير مخالف للقانون أو الأخلاق الحميدة:

الهدف الأساس من هذا العنصر هو الحيلولة دون اندفاع الأشخاص تحت تأثير الهواجس المادية إلى قبول التزامات معلقة على شروط غير مشروعة.⁽⁷⁾

-
- (1) نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: مأمون الكزبري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط2، 1972، 23/2.
 - (2) البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن التسولي (ت1258هـ) وبهامشه حلى المعاصم لفكر ابن عاصم للتاودي، دار الفكر، دمشق، (د. ط)، 1991، 481/2.
 - (3) الفروق: 75/1. (فرق 3)، وقواعد المقرري: 352 (قاعدة 685).
 - (4) الأشباه والنظائر لابن نجيم: 436، والكيلات للكفوي: 255.
 - (5) نظرية الالتزامات للكزبري: 23/2-24.
 - (6) تنص م.51 من (م. الأوقاف) على أنه: «يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه أو كسبه بالحيازة أو بالتقادم، وعدم جواز التصرف فيه إلا وفق المقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة».
 - (7) القانون المدني: عبد الرحمن الشرقاوي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط2، 2018، 22/3.

فالشرط الذي يخالف القانون هو شرط غير مشروع، ومبطل للالتزام المعلق عليه؛ كأن يعلق الشريك البيع على عدم قسمة المبيع المشاع⁽¹⁾، أو أن يشترط الدائن تملك المرهون بمجرد عدم الوفاء في أجل المتفق عليه⁽²⁾، أو كراء الدار الخاضعة لنظام الملكية المشتركة بشرط عدم الانتفاع بالأجزاء التابعة لها؛ كالمرآب⁽³⁾. فإن شرطه يقع باطلاً لمخالفته القانون.

والشرط المخالف للآداب والأخلاق الحميدة⁽⁴⁾ هو الشرط الذي يرمي إلى حمل الشخص على القيام بعمل يناهز القواعد الأخلاقية الواجب صيانتها وحمايتها؛ كشرط عدم الزواج (ف.109 من (ق ل ع)).

5. الشرط أمر غير إرادي:

قرر ف.122 (ق ل ع) بطلان الالتزام الذي عُلّق إنشاؤه على إرادة المدين، كما قرر الجزاء نفسه ف.129 منه إذا عُلّق تنفيذه على إرادة المدين، فتعلق إنشاء الالتزام أو تنفيذه على إرادة المدين يؤدي إلى بطلانه.

وفي أحد التطبيقات لهذا المقتضى، ذهبت المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء في حكم لها إلى أنه: «حيث إن القاعدة القانونية هي أنه يبطل الالتزام إذا كان منوطاً بأمر يتوقف على مشيئة المدين، كما أن الالتزام يبطل إذا كان وجوده معلقاً على محض إرادة الملتزم، وعليه لما كان العقد المبرم بين الطرفين صريحاً بأن إتمامه معلق على إرادة البائع بتسوية وضعية البقعة الأرضية مع باقي الورثة، فهو التزام باطل بقوة القانون، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج به، والباطل لا يُتمم»⁽⁵⁾.

هذه أهم الخصائص الواصفة لمصطلح الشرط، ولاشك أن التقاءها في صعيد واحد مقتض تميز المصطلح بتنوع دلالي كبير.

(1) تنص م. 27-1 من (م ح ع): «لا يجبر أحد على البقاء في الشباع، ويسوغ لكل شريك أن يطلب القسمة، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر».

(2) تنص م. 158 من (م ح ع): «لا يصبح الدائن مالكا للمرهون بمجرد عدم الوفاء في أجل المتفق عليه، وكل شرط يقضي بغير ذلك يكون باطلاً...».

(3) تنص م. 7 من ق. الملكية المشتركة على أنه: «... لا يجوز لأي مالك مشترك أن يتصرف في نصيبه المفروض أو تأجيريه أو رهنه بمعزل عن الجزء الشائع العائد له».

(4) مفهوم الآداب يتطور باستمرار، ويعود للقضاء تكييف عدم مطابقة الشرط للآداب العامة والأخلاق الحميدة تبعاً لحاجات العصر وأخلاقه، وحسب نظرة المجتمع إلى الحياة وإلى الأمور. يراجع النظرية العامة للالتزام للدكتور ادريس العبدلاوي: 455. والسبب في القانون والشرعية للعلامة ابن معجوز: 171، ونظرية الالتزامات للدكتور الكزبري: 31.

(5) حكم عدد 1326 الصادر بتاريخ 6 أبريل 2015 في الملف المدني عدد 14/1301/3406.

المبحث الثالث: تقسيمات الشرط

ذكر فقهاء المالكية تقسيمات الشروط في العقود ضمن حديثهم عن بیاعات الشروط، فقد جعلها ابنُ رشد الجد في كتاب البيوع الفاسدة من المقدمات على أربعة أقسام، ذكرتُ طرفاً من أحكامها موجزة غير مفصلة في هذا المبحث من البحث، وفق مطلبين اثنين.

وقد انحصر الكلام في هذا المبحث في أربعة مطالب.

عقدت **المطلب الأول** للحديث عن الشروط التي هي من مقتضى العقد وملائمة له، هل تلزم بالشرط وتسقط بدونه؟

واختصت **المطلب الثاني** للكلام على الشروط المنافية لمقتضاه، هل تبطل العقد؛ ولو أسقطها مشروطها؟

المطلب الأول: شرط من مقتضى العقد وملائم له

1 - شرط من مقتضى العقد:

فهو أمر لازم بالعقد وتقرير لمقتضاه، ومرتّب عنه بحكم الشرع؛ كشرط تسليم المبيع، والرجوع بدرك⁽²⁾ العيب، وردّ العوض عند انتقاص المبيع، أو ما أشبه ذلك من الشروط التي يوجبها الحكم. فهذا القسم من الشروط واضح الصحة، ولازم دون شرط، فذكره يزيده وكادة،⁽³⁾ فهو يستمد مشروعيته وقوته الإلزامية من مطلق العقد.

2 - شرط ملائم لمقتضى العقد:

هو كل أمر لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، وهو من مصلحته، أو يعود عليه بمصلحة، ولا معارض له من جهة الشرع؛ ككونه لا يؤول به البيع إلى غرر أو فساد في الثمن أو المثلن، ولا إلى أشبه ذلك من الإخلال بشرط من الشرائط المشترطة في صحة البيع؛ كشرط رهن، أو حميل، أو أجل فيما يجوز فيه، أو على الخيار، أو شرط منفعة يسيرة؛ كبيع الدار واستثناء سكنها مدة معلومة، أو بيع دابة (أو سيارة) واستثناء ركوبها مدة معلومة أو إلى مكان قريب.

فهذا القسم جائز، لازم بالشرط، ساقط بدونه⁽⁴⁾، فهو لا يستمد إلزاميته ووجوده من مطلق العقد، وإنما من إثارته من أحد المتعاقدين وقبوله من الآخر.

وقد عبّر عن هذا القسم ف.230 (ق ل ع)⁽⁵⁾، حيث سمح للمتعاقدين بإضافة شروط زائدة على أصل العقد يقرها القانون، فتصبح جزءاً من العقد، ويتوقف مصيره على الوفاء بها.

(1) المقدمات الممهّدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكّمة لأهمّات مسائلها المشكلات: ابن رشد الجد (ت520هـ) ت. سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1988، 67-64/2.

(2) الدرك: هو الكفالة برد الثمن عند استحقاق البيع. أو أن يأخذ المشتري من البائع رهناً بالثمن الذي أعطاه خوفاً من استحقاق المبيع. (التعريفات: 91).

(3) المقدمات: 67/2، والإتقان: 526/1، وشرح الخرشي: 80/5.

(4) المقدمات: 67/2، الموافقات: 438/1.

(5) نص ف. 230 على أن: «الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون».

المطلب الثاني: شرط منافع لمقتضى العقد

هو ما كان منافياً للعقد أو مؤدياً إلى جهل أو غرر في الثمن، أو ما يؤول فيه البيع إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة العقد؛ كبيع وشرط يناقض المقصود، لحديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أنه نهى عن بيع وشرط⁽¹⁾.

وحمل أهل المذهب النهي على الشرط الذي يناقض مقتضى العقد ولا يتم معه المقصود؛ كأن لا يبيع، أو لا يهب، أو لا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه، أو على الخيار إلى أمد بعيد لا يجوز الخيار إليه، أو على أنه إن باع فهو أحق بالثمن، أو ما أشبه ذلك من الشروط التي تقتضي تحجير بعض منافع الملك، أو المنع من التصرف بحسب ما أذن فيه الشرع⁽²⁾، لأنه من باب اشتراط ما يوجب الحكم خلافه⁽³⁾. فهي لا تلزم من اشترطت عليه، وتفسد كل ما قارنته وصحبته من كل عقد⁽⁴⁾.

كما حُمل النهي على الشرط الذي يعود بخلل في الثمن؛ كبيع وسلف بشرط لحديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أنه نهى عن بيع وسلف⁽⁵⁾. و«النهي يدل على فساد المنهي عنه»⁽⁶⁾.

(1) رواه الطبراني في الأوسط (رقم الحديث: 4361)، والخطابي في المعالم (كتاب البيوع، باب شرط في البيع 145/3)، والحاكم في علوم الحديث (ذكر النوع 29 ص: 393)، وعياض في الغنية (56/1) وأبو نعيم في مسند أبي حنيفة (روايته عن عمرو بن شعيب، ص: 160). كلهم من طريق محمد بن سليمان الذهلي عن عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وذكره عبد الحق في أحكامه الوسطى (277/3)، وبَيَّنَّ له الرافعي في التذنيب (ص: 556)، واستغربه النووي في المجموع (ص: 451)، وقال ابن القطان: علتة ضعف أبي حنيفة في الحديث (بيان الوهم والإيهام: 527/3، رقم 1301). نصب الراية للزليعي: 17/4، وتلخيص الحبير لابن حجر: (27/3)، والهداية للغماري: (248/7). والتبويض: ترك المؤلف فراغا في كتابه، خاليا من الكتابة، ليدخل فيه نصا معينا متى وقف عليه. والتبويض لا علاقة له بدرجة الحديث، وهو مصطلح متعلق بتأليف الكتب وتصنيفها.

(2) التفریع: 169/2، والمقدمات: 67/2، والتنبيهات: 1149، والإتقان: 525/1، والمواهب: 175/5، وشرح الخريشي: 80/5، والمنح: 51/5.

(3) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: أحمد الونشريسي (ت914هـ) ت. الصادق الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006. ص: 124. قاعدة (79). وقواعد المقرئ: 360 (قاعدة 710).

(4) أصول الفُتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك: محمد الخشني (ت361هـ) ت. محمد أبو الأجناف، الدار العربية للكتاب، تونس، ط1، 1984. ص: 376.

(5) أخرجه مالك في الموطأ بلاغا، كتاب البيوع، باب السلف وبيع العروض بعضها ببعض، (رقم الحديث 1338). قال ابن عبد البر: «هذا الحديث محفوظ من حديث عبد الله بن عمرو، وهو حديث صحيح». التمهيد: (384/24). وقال الباجي: «تلقي الأمة له بالقبول والعمل به دليل على صحة معناه، وذلك يقوم له مقام الاسناد». المنتقى: (29/5). والبلاغ: أي أنه بلغه عن النبي ﷺ. والأصل في البلاغات الضعف لانقطاع سندها، ما لم توصل بسند صحيح. وقد وصل ابن عبد البر بلاغات مالك، إلا أربعة لم يجد لها سندا، ولا رآها في غير الموطأ. فوصلها ابن الصلاح في كتابه: وصل البلاغات الأربعة في الموطأ.

(6) الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل: الباجي (ت474هـ) ت. محمد فركوس، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1996. ص: 181. ومختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل: ابن الحاجب (ت646هـ) ت. نزيه حماد، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006. ص: 100. ووردت هذه القاعدة عند ابن القصار بلفظ: «النهي إذا تجرد يقتضي فساد المنهي عنه»، عيون الأدلة: 414/1. كما وردت عند ابن الحاجب بلفظ: «المذهب أن النهي يدل على الفساد إلا بدليل»، جامع الأمهات: 347. وعند القرافي بلفظ: «إن النهي يقتضي فساد المنهي عنه، إلا ما دل الدليل على جوازه»، الذخيرة: 352/2 و184/5. ونص عليها الشيخ خليل في مختصره (ص: 175) بقوله: «وفسد منهي عنه إلا لدليل».

واختلف فيه إذا نزل، ومشهور المذهب أنه يفسخ، إلا أن يسقط ذو الشرط شرطه، فيصح⁽²⁾؛ لزوال علة الفساد ورفعها، والعلة إذا ارتفعت ارتفع حكمها⁽³⁾، إلا أن يفوت؛ فيكون فيه الأكثر من القيمة أو الثمن⁽⁴⁾.

وعلى هذه العلة اقتصر الشيخ خليل، حيث قال: «وكبيع وشرط يناقض المقصود: كأن لا يبيع... أو يخلّ بالثمن: كبيع وسلف. وصح إن حذف... كشرط رهن، وحميل، وأجل... وفيه: إن فات أكثر الثمن أو القيمة إن أسلف المشتري؛ وإلا فالعكس»⁽⁵⁾.

وهذا ما نص عليه ف. 110 من (ق ل ع) بقوله: «الشرط الذي يناقض طبيعة الفعل القانوني الذي أضيف إليه يكون باطلاً ويبطل الالتزام الذي يعلق عليه. ومع ذلك، يجوز تصحيح هذا الالتزام إذا تنازل صراحة عن التمسك بالشرط الطرف الذي وضع لصالحه».

وقد أشار المتحف إلى هذه الأقسام الثلاثة بقوله:

وَالْبَيْعُ وَالشَّرْطُ الْحَلَالُ إِنْ وَقَعَ ❖ مُؤَثَّرًا فِي ثَمَنِ مِمَّا امْتَنَعَ
وَكُلُّ مَا لَيْسَ لَهُ تَأْثِيرٌ ❖ فِي ثَمَنِ جَوَازُهُ مَأْثُورٌ
وَالشَّرْطُ إِنْ كَانَ حَرَامًا بَطُلًا ❖ بِهِ الْمَبِيعُ مُطْلَقًا إِنْ جُوعِلَا⁽⁶⁾

وهناك شرط غير صحيح، إلا أنه خفيف لم يقع عليه حصة من الثمن؛ كأن يبيع ويشترط إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع، أو لا عهدة⁽⁷⁾ عليه في عيب أو استحقاق، أو البراءة من الجائحة⁽⁸⁾، أو عدم المقاصة⁽⁹⁾. يُكره هذا البيع ابتداءً، فإن وقع صح البيع، وبطل الشرط⁽¹⁰⁾.

(1) الموافقات: 283/1

(2) المقدمات: 65/2، والبيان: 264/7، وجامع الأمهات: 349، والتوضيح: 352/5-353.

(3) شرح التلقين: المازري (ت536هـ) ت. محمد السّلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1997، 486/2. وقد أشار إلى هذه القاعدة صاحب البيان والتحصيل (163/1) بقوله: «إذا ارتفعت العلة زال الحكم بزوال العلة». وفي التوضيح (180/1) بلفظ: «إذا ارتفعت العلة ارتفع المعلول»

(4) المدونة الكبرى برواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد السعودية، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 132/9.

(5) مختصر خليل: الشيخ خليل (ت776هـ) ت. الطاهر الزاوي، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط2، 2004، ص: 176-177.

(6) تحفة الحُكّام في نُكت العقود والأحكام: ابنُ عاصم (ت829هـ) ت. محمد عبد السلام، دار الأفاق العربية، القاهرة، ط1، 2011، ص: 59. (بيت 672-673-674).

(7) العهدة: هي ضمان الثمن للمشتري إن استحق الثمن أو وُجد فيه عيب، القوانين الفقهية لابن جُزي: 449-488.

(8) الجائحة: هي كل ما لا يستطاع دفعه؛ كالجراد والبرد. فصول الأحكام للباي: 226.

(9) المقاصة: هي اقتطاع دين من دين. القوانين الفقهية: 520. وسيأتي الحديث مفصلاً عن بعض أحكامها في بابه.

(10) المقدمات: 67/2، والتنبيهات: 1149.

هذا مذهب مالك رحمه الله في تقاسيم الشروط المقترنة بالعقود. وذهب ابن شُبْرمة⁽¹⁾ إلى جواز البيع والشرط مطلقاً، عملاً بحديث جابر رضي الله عنه قال: «ابْتِاعَ مِنِّي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَعِيرًا وَشَرَطْتُ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ»⁽²⁾.

وأفتى ابن أبي ليلى⁽³⁾ ببطلان الشرط وصحة البيع، لحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَكَوْ كَانَ مِائَةً شَرْطٍ»⁽⁴⁾. د.

وقد اختلفت الأحاديث في الشروط، ومن لم يتفطن لطرق بنائها اضطرب الأمر عليه⁽⁵⁾، فعرف مالك رحمه الله الأحاديث كلها، واستعملها في مواضعها، وتأولها على وجوهها⁽⁶⁾. ويرى أصحابه أن بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها، والجمع عندهم أحسن من الترجيح⁽⁷⁾، لأن الترجيح إلغاء كلام صاحب الشرع، ولا سبيل إلى تركه مع إمكان استعماله.

وبهذا كان مذهبه أولى المذاهب، وهو بها أقوم قليلاً، وأهدى إلى الحق سبيلاً⁽⁸⁾، وأن غيره لم يمعن النظر، ولا أحسن تأويل الأثر⁽⁹⁾.

(1) هو عبد الله بن شُبْرمة، فقيه أهل الكوفة، عداؤه في التابعين، روى عن: أنس والنخعي والشعبي والحسن وغيرهم، وروى عنه: ابن المبارك والسفيانان (الثوري وابن عيينة)، ثقة في الحديث، شاعراً وفقهياً، استشهد به البخاري في الصحيح وروى له في الأدب، وروى له الباقر سوي الترمذي، مات سنة 144 هـ. انظر ترجمته في تهذيب الكمال: 76/15 (ترجمة: 3328)، وتهذيب التهذيب: 250/5 (ترجمة: 439).

(2) طرف من أثر متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسعى جاز، رقم الحديث (2718)، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم الحديث (715/109). ولفظه عن جابر رضي الله عنه «أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فأراد أن يسببه قال: ولحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه: فسار سيرا لم يسر مثله: فقال: بعنيه، فقلت: لا، ثم قال: بعنيه، فبعته وشرطت ظهره إلى المدينة». وسيبئه: أي أهمله وتركه يسير حيث شاء. انظر: العين والتهذيب والصحاح، مادة (سيب).

(3) هو عبد الرحمن بن أبي ليلى، روى عن: نافع وعطاء وغيرهما، وعنه: شعبة والثوري وابن ربيعة ووکیع وغيرهم، كوفي، تابعي، وثقه ابن حجر في التقريب، مات سنة 148 هـ. انظر ترجمته في تهذيب الكمال: 372/17 (رقم: 3943)، وتهذيب التهذيب: 301/9 (رقم: 501).

(4) رواه مالك في الموطأ، كتاب العتق والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق، رقم الحديث (17). والبخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في العقد لا تحل، رقم الحديث (2168). ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم الحديث (1504)، من حديث عائشة رضي الله عنها. قال ابن عبد البر: «وأما قوله: كل شرط ليس في كتاب الله، فمعناه: كل شرط ليس في حكم الله وقضائه من كتابه، أو سنة نبيه، فهو باطل». الاستذكار: 204/23.

(5) المعلم بفوائد مسلم للمازري، (ت536هـ) ت. محمد الشاذلي النيفر، الدار التونسية للنشر، تونس، ط2، 1988، 317/2.

(6) المقدمات: 68/2.

(7) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد الحفيد (ت595هـ) ت. محمد حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1415هـ، 310/3.

ومثلها وردت عند الشاطبي في الاعتصام: (56/2) بلفظ: «إعمال الدلالة أولى من إهمال بعضها». وفي الفتح لابن حجر (474/9) بلفظ: «الجمع أولى من الترجيح باتفاق أهل الأصول».

(8) مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: أبو الحسن الرجراجي (ت633هـ) ت. أبو الفضل الدمياطي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007، 313/6.

(9) المقدمات: 68/2، والبيان: 150/7.

وقد أشار ابنُ غازي إلى بعض هذا الاختلاف وأدلته، ناظماً هذه الأقاويل، فقال:

بَيِّعَ الشُّرُوطِ الْحَنْفِيُّ حَرَمَهُ ❖ وَجَابِرٌ سَوَّغَ لِابْنِ شُبْرُمَةَ
وَفُصِّلَتْ لِابْنِ أَبِي لَيْلَى الْأَمَةُ ❖ وَمَالِكٌ إِلَى الثَّلَاثِ قَسَمَهُ⁽¹⁾

وحاصل المذهب أن ما كان من الشروط من مقتضيات العقد أو من مصلحاته، صح فيه البيع والشرط. وما كان منافياً للعقد أو يؤدي إلى الغرر والجهل بالمبيع، فسد فيه البيع والشرط.

حاصل المذهب في تقاسيم الشروط، أن كل شرط يقتضيه العقد، ويلائم مقتضاه، ولا معارض له من جهة الشرع، كان شرطاً صحيحاً، لازم الوفاء، ومنتجاً للآثار.

وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، وهو من مصلحته، أو يعود عليه بمصلحة، ولا معارض له من جهة الشرع. فهو جائز، ولازم بالشرط، وساقط بدونه.

والشرط المناهض لمقتضى العقد، والمناقض له، والذي لا يتم معه مقصوده، فهو مبطل للعقد؛ إلا أن يسقط ذو الشرط شرطه، فيصح؛ إلا أن يفوت؛ فيكون فيه الأكثر من القيمة أو الثمن.

وهناك شرط غير صحيح، إلا أنه خفيف لم يقع عليه حصة من الثمن؛ يُكره ابتداءً. فإن وقع؛ صح العقد، وبطل الشرط.

(1) الإتنان: 529/1، وشرح الزرقاني: 160/5. والمقصود بالأمّة: بَريرة، مولاة عائشة، لها حديث عند النسائي، وروى عنها عبد الملك بن مروان وغيره. توفيت زمن خلافة يزيد بن معاوية. انظر ترجمتها في التهذيب: 403/12 (رقم 2741)، والسير: 297/2-302 (رقم 54).

المبحث الرابع: آثار الشرط

يقتضي بيان آثار الشرط التمييز بين مرحلة التعليق التي يكون فيها الشرط لا يزال قائماً؛ بحيث لم يتحدد مصيره بعد، وبين المرحلة التي يصبح فيها مآل الشرط مبنوياً فيه؛ بحيث يحصل العلم حول تحقق الشرط أو تخلفه، ثم آثار تحقق الشرط وتخلفه. وذلك في ثلاثة مطالب.

عقدت المطلب الأول للكلام على مرحلة التعليق، وهل يبقى الالتزام المعلق على شرط ناقصاً غير نافذ، ما دام الشرط المعلق عليه لم يتحقق، أم يعتبر التزاماً موجوداً ومنتجاً لآثاره حالاً؟

وجعلت **المطلب الثاني** مفرداً للحديث عن انتهاء مرحلة التعليق، وهل يصبح الحق الذي كان مهدداً بالزوال مؤكداً الوجود، أم يعتبر كأن لم ينشأ أصلاً؟

واختصت **المطلب الثالث** لبيان أثر تحقق الشرط وتخلفه. هل يعتبر قد وُجد أو قد زال في الوقت الذي تحقق فيه الشرط أو تخلف، أم في اليوم الذي نشأ فيه الالتزام؟

المطلب الأول: مرحلة التعليق

ففي مرحلة التعليق؛ يبقى الالتزام المعلق على شرط واقف ناقصاً غير نافذ ما دام الشرط المعلق عليه لم يتحقق، لذلك يكون الالتزام غير مستحق الأداء. فإذا قام المدين بالوفاء، جاز له استرداد ما دفع عملاً بالقواعد العامة في دفع غير المستحق⁽¹⁾.

كما أنه التزام غير قابل للتنفيذ الجبري، حيث لا يستطيع الدائن مطالبة المدين بالوفاء قضاءً. ومادام الالتزام معلقاً على شرط واقف، فإنه لا يطاله التقادم⁽²⁾ المسقط⁽³⁾.

وبالرغم من كون حق الدائن لم ينشأ بعد في هذه المرحلة، إلا أن الدائن يكون له بداية حق⁽⁴⁾. لذلك فإنه يكون من حقه بمقتضى ف.126 من (ق ل ع)⁽⁵⁾ اتخاذ جميع الإجراءات التحفظية للاحتفاظ بحقه مؤقتاً، فله طلب التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري وفق ما نصت عليه م.85 من (ظ ت ع)، والتعرض على مسطرة التحفيظ حسب م.24 من (ظ ت ع).

ولكون الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام موجود، قد تكتمل حياته بتحقق الشرط،⁽⁶⁾ فقد حظر ف.125 من (ق ل ع) في فقرته الأولى على الملتزم بالشرط أن يجري أي عمل من شأنه أن يمنع أو يصعب على الدائن مباشرة الحقوق التي تثبت له عند تحقق الشرط.

أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ، فيعتبر التزاماً موجوداً وينتج آثاره حالاً⁽⁷⁾؛ وإن كان معرضاً للزوال، حيث يثبت للدائن حقاً مستحق الأداء وواجب التنفيذ، ويكون المدين مجبراً على الوفاء بالتزامه⁽⁸⁾.

وله حق التصرف بحقه؛ باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية لحفظ حقه؛ على أن تكون حقوق الخلف⁽⁹⁾ معلقة كحق السلف، ومهددة مثله بالزوال؛ إذا تحقق الشرط الفاسخ⁽¹⁰⁾.

(1) نظم المقتن أحكام دفع غير المستحق في الفصول (66 - 76) من (ق ل ع).

(2) التقادم: هو مرور المدة المحددة قانوناً لممارسة الحق في رفع الدعوى الناشئة عن الالتزام، نظمت أحكامه ف. 371-392 من (ق ل ع).

(3) نظرية الالتزامات للكزبري: 48/2.

(4) القانون المدني: عبد الرحمن الشرقاوي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط2، 2018، 32/3.

(5) حيث نص على أنه: «للدائن أن يجري قبل تحقق الشرط، جميع الإجراءات التحفظية لحفظ حقه».

(6) نظرية الالتزامات للكزبري: 49/2-50.

(7) نظرية الالتزامات للكزبري: 50/2.

(8) القانون المدني للشرقاوي: 36/3، والقانون المدني لعبد الحق صافي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2007، ص: 129/2، والشرط والأجل في قانون الالتزامات والعقود المغربي لعبد الرحمان الشراي، مطبعة الأمنية، الرباط، (د. ط)، 2004، ص: 37.

(9) الخلف العام: هو من يخلف سلفه في ذمته المالية أو في جزء منها؛ كالوارث والموصى له.

والخلف الخاص: هو من يخلف سلفه في ملكية شيء معين، سواء كان منقولاً، أو عقاراً، أو حقاً شخصياً، أو عينياً، كان السلف دائئاً به

من قبل. النظرية العامة للالتزامات لعبد القادر العرعاري: 213 و216.

(10) نظرية الالتزامات للكزبري: 51/2.

المطلب الثاني: انتهاء مرحلة التعليق

إذا انتهت مرحلة التعليق، فإن مآل الالتزام يتأكد وجوده، أو يزول نهائياً؛ تبعاً لتحقيق الشرط أو تخلفه. ولكل من الحالتين آثار تترتب عليها.

ففي حالة تحقق الشرط وكان واقفاً؛ زال عنصر الاحتمال وتولّد الالتزام في الحال، وأصبح الحق الذي كان مهدّداً بالزوال مؤكداً الوجود ومستحق الأداء. وواجب التنفيذ⁽¹⁾.

وإذا هلك محل الالتزام، أو تلف، أو نقصت قيمته، وجب اتباع القواعد الواردة في ف.120 من (ق ل ع).

كما أن التصرفات التي يكون المدين قد أجزاها خلال الفترة القائمة بين نشوء الالتزام وتحقق الشرط تفسخ في الحدود التي يمكن فيها أن تضر بالدائن، مع عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة بطريقة سليمة للغير حسن النية⁽²⁾. (ف.125 - 2).

أما إذا كان الشرط فاسخاً وتحقق؛ اعتبر الالتزام كأن لم ينشأ أصلاً، وفسخ التصرف الذي كان معلقاً عليه، ووجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إجراء التصرف، لذلك ألزم ف.121 (ق ل ع) الدائن برد ما أخذه.

فإذا استحال الرد، وكانت الاستحالة لسبب يوجب مسؤولية الدائن، فإنه يلتزم بالتعويض لجبر الضرر، في إطار القواعد العامة المنظمة للمسؤولية العقدية لا المسؤولية التقصيرية⁽³⁾؛ كما لو أن مشتري العقار تركه يتهدم لإهماله العناية به.

أما إذا كانت الاستحالة لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه، فلا يلزم بالتعويض؛ كأن يتهدم البناء نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة؛ كزلزال أو فيضان. ولا يلتزم الدائن برد الثمار والزيادات التي يكون جناها قبل تحقق الشرط. وكل اشتراط من شأنه أن يحمله برد الثمار، يعتبر كأن لم يكن ولا يعمل به. (ف.121).

كما أن التصرفات التي أجزاها من يترتب على تحقق الشرط زوال حقوقه في الفترة التي تسبق تحقق الشرط، تفسخ في الحدود التي يمكن فيها أن تضر بالطرف الآخر، وذلك مع عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة بطريقة سليمة للغير حسن النية. (ف. 125/3).

(1) نظرية الالتزامات للكزبري: 59.58/2.

(2) المقصود بالشخص حسن النية: هو الشخص الذي انتقل إليه الحق مع جهله للعيوب التي ينطوي عليها السند المنشئ للحق، النظرية العامة للالتزامات للعرعري، ص: 189.

(3) المسؤولية العقدية: هي عندما يكون الضرر مترتباً عن الإخلال بالالتزام تعاقدية، أي ناشئ عن العقد. المسؤولية المدنية لعبد السلام فيغو: 27. بينما المسؤولية التقصيرية: هي عندما يكون الضرر نتيجة الإخلال بالتزامات قانونية. النظرية العامة للالتزامات للعرعري:

ومن آثار تخلف الشرط الفاسخ في هذه المرحلة؛ استقرار الالتزام الذي كان معلقاً على تحقق هذا الشرط وصيرورته باتاً، فيستمر في إنتاج آثاره، وتصبح هذه الآثار نهائية وغير قابلة للنقض. كما تغدو حقوق المتصرف إليه بآلة كذلك وثابتة على وجه قطعي.⁽²⁾ فعدم تحققه يؤدي إلى التعضيد النهائي للتصرف الشرطي⁽³⁾. وتتأيد بالتبعية جميع تصرفاته الصادرة عنه في شأن حقه خلال مرحلة التعليق.

ويترتب على تخلف الشرط الواقف؛ زوال الالتزام الذي كان معلقاً على تحققه من الوجود، لأن «انتفاء الشرط يوجب انتفاء المشروط»⁽⁴⁾، ووجوب اعتبار هذا الالتزام كأن لم يكن ومجرداً من كل أثر، لأنه «إذا بطل الأصل بطلت آثاره»⁽⁵⁾، فيصبح غير ملزم بالوفاء أصلاً، وإن كان قد وفى شيئاً؛ فمن حقه استرداد ما وفى، وتلغى بالتبعية جميع حقوق المتصرف إليه، طبقاً لقاعدة: تبعية الفرع للأصل دون العكس.⁽⁶⁾ وذلك ما لم يتفق المتعاقدان على الاحتفاظ بها⁽⁷⁾.

(1) نظرية الالتزامات للكزبري: 53/2.

(2) القانون المدني للشرقاي: 37/3.

(3) نظرية الالتزامات للكزبري: 52/2-53.

(4) الذخيرة: 174/9، والتوضيح: 296/1. ومثلها: «يلزم من عدم الشرط عدم المشروط». الذخيرة: 125/8.

(5) قواعد المفري: 302 (قاعدة 537).

(6) النظرية العامة للالتزامات للعراي: 268. وردت هذه القاعدة عند علماء القواعد بلفظ: «يسقط الفرع إذا سقط الأصل» وكذا بلفظ:

«التابع يسقط بسقوط المتبوع». الأشباه والنظائر للسيوطي: 198-199، الأشباه والنظائر لابن نجيم: 134.

(7) القانون المدني للشرقاي: 33.

المطلب الثالث: أثر تحقق الشرط وتخلفه

لقد أخذ المقنن بمبدأ الأثر الفوري لتحقيق الشرط وتخلفه، بحيث يجب اعتبار الالتزام قد وُجد أو قد زال في الوقت الذي تحقق فيه الشرط، لا في اليوم الذي نشأ فيه الالتزام.⁽¹⁾ وهو ما يستشف من مفهوم مخالفة ف.124 من (ق ل ع)⁽²⁾.

وقد خرج على هذا المبدأ استثناءان أوردهما ف.124 الموماً إليه أعلاه، وهما: إرادة المتعاقدين في استبعاد الأثر الفوري، وتجريد الشرط من هذا الأثر، وإسناد أثر العقد بمفعول رجعي ينسحب إلى يوم إبرامه. أو إذا كانت طبيعة الالتزام تأبى هذا الأثر وتستعصي عليه، وتستلزم سريانه بأثر رجعي.

فعلى عكس العقود الفورية التي تسمح بطبيعتها بتطبيق أثر الشرط بشكل رجعي عليها، فإن طبيعة العقود الزمنية لا تسمح بتطبيق هذا الأثر. ومن ثم يطبق بشأنها المبدأ المنصوص عليه في ف.124، والقاضي بعدم رجعية الأثر إلا استثناءً في حالة وجود اتفاق بين المتعاقدين.

وهكذا، فإن آثار العقود الزمنية تتسحب على المستقبل فقط دون الماضي، لأن الزمن إذا مضى انقضى ولا يعود، وما تم تنفيذه لا يمكن الرجوع فيه؛ كعقود العمل وعقود الكراء، فما أنتجه العقد الزمني من آثار يعد حقاً مكتسباً لصاحبه، ومقابل المنفعة أو الخدمة التي ترتبت في ذمة المدين.⁽³⁾

وبمقتضى ف.260 من (ق ل ع)⁽⁴⁾؛ فإن تخلف الشرط التعاقدي يجعل العقد مفسوخاً بقوة القانون، وهو مقتضى يجد سنده في الفقه، حيث ورد قاعدة عند ابن عبد البر بلفظ: «الباطل مفسوخ، لا يحتاج إلى فسخ حاكم ولا غيره»⁽⁵⁾.

(1) نظرية الالتزامات للكزبري: 54/2.

(2) نص على أن: «لتحقق الشرط أثر رجعي يعود إلى يوم الاتفاق على الالتزام، إذا ظهر من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة الالتزام أنه قصد إعطاؤه هذا الأثر».

(3) النظرية العامة للالتزامات للعراي: 270.

العقود الزمنية أو العقود المستمرة أو عقود المدة: هي التي تتطلب نوعاً من الاستمرارية لإنتاج آثارها، لأن طبيعتها تنبني على استهلاك المنافع والخدمات بطريقة متعاقبة. (المرجع نفسه: 267).

العقود الفورية: هي التي يمكن أن تنفذ الآثار المترتبة عليها في الحال، دون أن تحتاج بطبيعتها أو وفقاً للغاية منها إلى مضي زمن معين. (النظرية العامة للالتزام لإدريس العلوي العبدلاوي: 41)

(4) ينص ف. 260 على أنه: «إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزامه، وقع الفسخ بقوة القانون، بمجرد عدم الوفاء».

(5) التمهيد: 95/19. وقريب منها ما قيل: «المجمع على فساد لا يحتاج فسخه إلى الحاكم». المواهب: 255/6.

وأجوبة الويداني (ت1169هـ) ت. أبو الفضل الدمياطي، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2015، ص: 119.

وهذا استثناء من الأصل العام لنظام الفسخ المنظم في ف.259 من (ق ل ع)⁽¹⁾ الذي يفرض وجوب صدور حكم قضائي بالفسخ وعدم إمكانية وقوعه بقوة القانون، ويكون هذا الحكم كاشفاً للفسخ ومقررراً له لا منشئاً.

غير أن المقنن ربط حصول النتيجة المتمثلة في وقوع الفسخ بقوة القانون بضرورة وجود اتفاق بين المتعاقدين على إنتاج الأثر القانوني للشرط، واعتبار العقد مفسوخاً بقوة القانون.

وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار لها، حيث جاء فيه: «عملاً بمقتضيات ف. 260 من (ق ل ع)، فإنه إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته، وقع الفسخ بقوة القانون عند عدم وفاء أحدهما بالالتزام»⁽²⁾.

ومما يجدر التنبيه إليه؛ أن الشرط يعتبر قد تحقق إذا تم المشروط وفق المتفق عليه، لما عرف من الأصول «أن الشرط يقتضي ألا يقع المشروط إلا عند حضوره»⁽³⁾، إذ القاعدة أن «المعلق على شيئين لا يحصل إلا بحصول مجموعهما»⁽⁴⁾، «فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط، لأن المعلق بالشرط لا يوجد إلا عند استكمال الشرط»⁽⁵⁾؛ إذ الشرط عبارة عن جميع الأجزاء، فلا يقع جزء من المشروط بوجود جزء من الشرط»⁽⁶⁾.

ويجب إعمال الأثر نفسه إذا كان الشرط قائماً على عدم وقوع أمر داخل أجل، فالشرط يتحقق إذا انقضى الأجل المتفق عليه ولم يقع هذا الأمر. كما أن الالتزام إذا علق على أمر يقع في أجل معين، فإنه يبقى متخلفاً إذا انقضى الأجل دون وقوع الأمر؛ ولو وقع بعد ذلك، لأنه لا عبء لما يقع بعد تحقق الشرط. وهذا ما نص عليه ف.117 -1 من (ق ل ع) بقوله: «إذا علق الالتزام على شرط حصول أمر في وقت محدد، اعتبر هذا الشرط متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع الأمر».

وهو ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها الذي جاء فيه: «إذا علق الالتزام على حصول أمر في وقت محدد، فيعتبر الشرط متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع، ويعتبر الالتزام مفسوخاً إذا علق على حصول أمر في وقت محدد وانتهى الأجل دون تحقق الشرط المتفق عليه، ولم يتفق الطرفان على تمديد الأجل»⁽⁷⁾.

(1) نص ف. 259 في فقرته الأخيرة على أنه: «لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة».

(2) قرار عدد: 75، الصادر بتاريخ 26 فبراير 2013، في الملف المدني عدد: 2012/7/1/883. وقد أكدت محكمة النقض في قرارها قرار عدد:

878، الصادر بتاريخ 04 مارس 2014، في الملف المدني عدد: 2013/8/1/5082 أن: «الإبطال لا بد من تقريره بالتراضي أو بالتقاضي».

(3) الموافقات: 1/415-416.

(4) كتاب الأجوبة: ابن عثوم (كان حيا سنة 1009هـ) ت. محمد الحصيد، بيت الحكمة، تونس، ط1، 2004، 329/5، 274/10.

(5) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: الزيلعي (ت762هـ)، المطبعة الأميرية الكبرى ببلاط، مصر، ط1، 1314هـ، 271/2.

(6) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني (ت593هـ) ت. نعيم أشرف، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط1، 1417هـ، 286/3-287.

(7) قرار عدد 4793، الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 2012، في الملف المدني عدد: 2010/7/1/2308.

أما إذا لم يحدد لوقوع الأمر أجل؛ جاز أن يتحقق الشرط في أي وقت، ولا يعتبر متخلفاً إلا إذا أصبح مؤكداً أنه لن يقع؛ كما إذا علق الالتزام على عودة شخص غائب دون تحديد مدة لعودته، فإنه لا يعتبر الشرط متخلفاً إلا إذا أصبح من المؤكد أن الشخص الغائب لن يعود، وذلك بالتحقق من وفاته، وفق ما نصت عليه م.327 من (م. الأسرة).⁽¹⁾ أو أن يعلق الالتزام على شرط أن يولد له ولد ويثبت عقمه.

وقد نص على هذه الأحكام ف.117 -3 من (ق ل ع) بقوله: «وإذا لم يحدد أي أجل، أمكن أن يتحقق الشرط في أي وقت، ولا يعتبر متخلفاً إلا إذا أصبح مؤكداً أن الأمر لن يقع».

ويعتبر الشرط متحققاً ولو تخلف في الواقع، إذا كان عدم تحققه راجعاً إلى فعل المدين أو مماطلته؛ كما إذا تعهد مالك عقار لسمسار بأن يدفع له عمولة إذا نجح في بيع عقاره بثمن محدد، ووجد السمسار مشترياً بهذا الثمن، وامتنع مالك العقار عن البيع عمداً أو أهمل وماطل حتى ضاعت الصفقة، فإن الشرط يعتبر متحققاً حكماً⁽²⁾.

كما يجرد الشرط من كل أثر، ويعتبر كأن لم يتحقق رغم تحققه في الواقع إذا حصل بغش من كانت له فيه مصلحة؛ كأن يعتمد المؤمن على بضاعته إلى إحراقها⁽³⁾. أو يعتمد المؤمن على حياته إلى الانتحار، لأنه تعمد تحقيق الخطر المؤمن منه، وهو ما يستشف من مفهوم المخالفة م.17 -2 من (م ت)⁽⁴⁾. أو يقتله ذوو حقوقه م.92 -1 من (م ت).⁽⁵⁾

ولا بد في الشرط حتى يعتد به من أن تكون ثمة فائدة في تحققه، لأن انعدام الفائدة من الشرط يوجب اعتباره كأن لم يكن، قال القرافي: «إن الشرط لم يتعين العبث فيه واللغو، والتعليق على الممتنع من غرض العقلاء»⁽⁶⁾. وهذا ما نص عليه ف.111 (ق ل ع) في مطلعه بقوله: «يبطل ويعتبر كأن لم يكن الشرط الذي تتعدم فيه كل فائدة ذات بال...».

(1) حيث نصت على أنه: «يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته. أما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة...».

(2) نظرية الالتزامات للكزبري: 46/2-47.

(3) انظر: م.54 من (م ت) التي تنص على أنه: «يعتبر المؤمن ضامناً رغم أي شرط مخالف لضياح أو اختفاء الأشياء المؤمن عليها الحاصل أثناء الحريق، ماعداً إذا ثبت أن هذا الضياح أو الاختفاء ناتج عن سرقة».

(4) نصت على أن: «غير أن المؤمن لا يتحمل، رغم أي اتفاق مخالف، الخسائر والأضرار الناتجة عن خطأ متعمد أو تدليسي للمؤمن له».

(5) نصت على أنه: «يتوقف سريان مفعول عقد التأمين بالنسبة للمستفيد الذي أدين كفاعل أصلي أو كمشارك بقتل المؤمن له عمداً».

(6) الفروق: 1/79 (الفرق 3).

خلاصة الكلام، أن الالتزام المعلق على شرط واقف يبقى في مرحلة التعليق ناقصاً غير نافذ، ما دام الشرط المعلق عليه لم يتحدد مصيره بعد.

أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ، فيعتبر التزاماً موجوداً وينتج آثاره حالاً؛ وإن كان معرضاً للزوال.

وإذا انتهت مرحلة التعليق، فإن مآل الالتزام يتأكد وجوده، أو يزول نهائياً؛ تبعاً لتحقيق الشرط أو تخلفه.

ففي حالة تحقق الشرط وكان واقفاً؛ زال عنصر الاحتمال وتوَلَّد الالتزام في الحال، وأصبح الحق الذي كان مهدداً بالزوال مؤكداً الوجود.

أما إذا كان الشرط فاسخاً وتحقق؛ اعتبر الالتزام كأن لم ينشأ أصلاً، وفسخ التصرف الذي كان معلقاً عليه.

ومن آثار تخلف الشرط الفاسخ في هذه المرحلة؛ استقرار الالتزام الذي كان زواله معلقاً على تحقق هذا الشرط وصيرورته باتاً، فيستمر في إنتاج آثاره

ويترتب على تخلف الشرط الواقف؛ زوال الالتزام الذي كان معلقاً على تحققه من الوجود، ووجوب اعتبار هذا الالتزام كأن لم يكن ومجرداً من كل أثر.

وقد أخذ المقتن بمبدأ الأثر الفوري لتحقيق الشرط وتخلفه، بحيث يجب اعتبار الالتزام قد وُجد أو قد زال في الوقت الذي تحقق فيه الشرط، لا في اليوم الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى استبعاد الأثر الفوري، وتجريد الشرط من هذا الأثر، وأن يسند أثر العقد بمفعول رجعي ينسحب إلى يوم إبرامه. أو إذا كانت طبيعة الالتزام تأبى هذا الأثر وتستعصي عليه، وتستلزم سريانه بأثر رجعي.

المبحث الخامس: قضايا الشرع وموضوعاته العلمية

ومما ارتأت أهمية إثارته في هذا السياق؛ بعض القضايا العلمية التي يكتنزها المصطلح، والتي تشكل جزءاً من شخصيته، إذ كلما أثّرت كان هو الإطار الذي يجمعها. وقد عرضت لكل قضية في مطلب، وذلك وفق ثلاثة مطالب.

فقد أفردت المبحث الأول لتفصيل الكلام على أصل الشروط في المعاملات، وهل الأصل فيها الإباحة والصحة واللزوم؛ حتى يدل الدليل على خلافه؟ وهل للشروط الاتفاقية قوة إلزامية؟ وهل يمكن اعتبار جائحة كورونا بمثابة قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ الالتزام التعاقدي، أم مجرد ظرف طارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً؟

وجعلت المبحث الثاني معقوداً للحديث عن أثر الشرط السابق واللاحق في العقد، وهل الشروط المؤثرة في العقد، هي التي تكون مقترنة وممزوجة به؟ وانشصر الكلام في المبحث الثالث على حصول المترقبات، وهل ارتفاع العقد يكون من أصله، أم من حينه؟

المطلب الأول: أصل الشروط في المعاملات

من الأصول التي بنى عليها المالكية مذهبهم؛ أصل الاستصحاب⁽¹⁾، وبناءً عليه قرّروا أصلاً كلياً في المعاملات، وهو أن الأصل في الشروط في المعاملات هو الإباحة لا الحظر، ما لم يدل الدليل على خلافه، وما لم يظهر في الشرط منافاة لمقتضى العقد ومقصوده.

قال الشاطبي: «والأصل فيها - أي المعاملات - الإذن حتى يدل الدليل على خلافه»⁽²⁾

وقال القاضي عبد الوهاب: «كل بيع فالأصل فيه الجواز إلا ما تعلّق به ضرب من ضروب المنع»⁽³⁾.

وأيضاً القرافي: «إن الأصل في المنافع الإذن»⁽⁴⁾.

ولما كانت حاجات الناس ورغباتهم في التعاقد لا تنتهي عند حدود مقبولة، وكانت شروطهم نابعة من رغباتهم، فقد تدخل الشارع ليحد لهذه الشروط حدوداً يجب أن تنتهي عندها، لئلا يندفع الناس في شروطهم بدافع الأهواء، بحيث لا يجوز للإرادة أن تشتت إلا ما يحقق مقتضيات العقد، وتمنع من اشتراط كل ما يتنافى مع هذه المقتضيات أو يتعارض مع الآثار التي شرع العقد لتحقيقها.

وبما أن «الأصل في العقود اللزوم»⁽⁵⁾، فإن هذه الشروط الاتفاقية تتمتع بقوة إلزامية ما دامت متصفة بالمشروعية، ومنبثقة عن إرادة حرة غير مشوبة بعيب، واختارت الدخول في التزامات متولدة عن تلك الشروط، حيث فكّرت وقدرت، ثم أقدمت على ما فكّرت.

وهذه الإلزامية لا تستمد قوتها من مجرد الإرادة، وإنما من خطاب الشارع الذي أمر بالوفاء قال ﷺ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁶⁾.

ومثله قوله ﷺ: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾⁽⁷⁾.

(1) الاستصحاب: هو «إبقاء ما كان على ما كان لانعدام المغيّر». المفردات: 22. انظر قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» إيضاح المسالك: 165 (قاعدة 114).

(2) الموافقات: 440/1.

(3) التلقين في الفقه المالكي: القاضي عبد الوهاب (ت466هـ) ت. محمد الغاني، مكتبة نزار الباز، الرياض، (د.ط) و(د.ت)، 1/359.

(4) الذخيرة: شهاب الدين القرافي (ت684هـ) ت. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، 1/155.

(5) الفروق: 13/4، (فرق 209). والمعيار المعرب والجامع المعرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب: أبو العباس الونشريسي (ت914هـ) ت. محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الرباط، ودار الغرب الإسلامي بيروت، (د.ط)، 1981، 6/548.

(6) سورة المائدة، الآية: 1.

(7) سورة الإسراء، جزء من الآية: 34.

وفي السنة قال ﷺ «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»⁽¹⁾، وجاء في الأثر عن عمر رضي الله عنه قال: «مَقَاطِعُ الْحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ»⁽²⁾.

وهذا ما أسس لقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين»، وقد اعتمدها ف.230 من (ق ل ع)⁽³⁾، حيث أكد على مشروعية الشروط الاتفاقية وقوتها الإلزامية، وألزم العاقدين تنفيذ العقد وفقاً لشروطه التي تصبح بمثابة القواعد المنظمة له، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقض الشروط أو تعديلها إلا برضاها؛ لأن ما يسوغ للاتفاق أن يقرره يسوغ له أن ينقضه أو يعدله، أو أن يتضمن العقد شرطاً يمنح عاقيه حق العدول عنه، أو إجراء تعديل في أحكامه؛ كالتعاقد بالعربون⁽⁴⁾. أو في الحالات التي يسمح القانون فيها بذلك؛ كما في الوديعة، حيث يحق للمودع استرداد الشيء المودع متى أراد.⁽⁵⁾ أو في الوكالة؛ حيث يجوز للموكل إنهاء الوكالة متى شاء.⁽⁶⁾

كما أن المقتن قد تدخل للنيل من القوة الملزمة للعقد والحد من التعسف في استعمال الحرية التعاقدية، فأورد مجموعة من الاستثناءات منح من خلالها للقضاء سلطة تعديل الشروط التعاقدية ومراجعتها أو إلغائها، منها: تمتيع المدين بمهلة الميسرة.⁽⁷⁾ وإبطال الشروط التعسفية وإنقاص سعر الفائدة إلى الحد المعترف به قانوناً.⁽⁸⁾ وإعفاء المكتري من الكراء إذا منع من حرث الأرض أو زرعها بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة.⁽⁹⁾

(1) طرف من حديث علقه البخاري في صحيحه بصيغة الجزم مختصراً في كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة (قبل حديث رقم 2274). ورواه أبو داود مرفوعاً في سننه، كتاب الأقضية، باب في الصلح، (رقم 3594) من طريق أبي هريرة رضي الله عنه وضعفه النسائي، ووثقه ابن حبان، ورواه ابن حزم. (التلخيص الحبير 55/3). قال الحافظ: «القاعدة أن البخاري حيث يعلق بصيغة الجزم يكون صحيحاً، وحيث يعلق بصيغة التمريض يكون فيه علة». (التغليظ: 295/1).

والتعليق: هو ما حذف من مبدأ إسناده راو أو أكثر. وحكمه الرد لفقده شرط اتصال السند. وقد أورد البخاري في صحيحه كثيراً من المعلقات، إما لكون الحديث معروفاً، أو لكونه ذكره متصلاً في موضع آخر، أو روما للاختصار. وأوصل هذه المعلقات ابن حجر في (تغليظ التعليق). والتمريض: صيغة خصها المحدثون المتأخرون بالحديث الضعيف أو ما يشك في صحته. وهي عند المتقدمين لا تفيد تضعيفاً ولا تصحيحاً، وإنما غاية ما فيها النقل والحكاية والإخبار والاستدلال والاستنباط. من صيغها: زوي وذكر وخكي وغيرها.

(2) طرف من أثر أخرجه البخاري في صحيحه تعليقاً بصيغة الجزم في موضعين، الأول: في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، وصله ابن أبي شيبة في مصنفه من طريق ابن عُيَيْنَةَ (الفتح 323/5). والثاني في كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، وصله سعيد بن منصور في مسنده، من طريق ابن أبي المهاجر (الفتح 217/9). والوصل: أن يلحق بالحديث ما سقط منه من رجال السند.

(3) حيث نص على أن: «الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معاً أو في الحالات المنصوص عليها في القانون»، وهو مقتبس بنصه مع تعديل طفيف في العبارة من ف. 1102 من القانون الفرنسي الجديد، المعدل بمرسوم رقم 2016/131، بتاريخ 10 فبراير 2016. والذي جاء فيه أن: «لكل شخص الحرية في أن يتعاقد ... وأن يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يقررها القانون. ولا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام». وكذا ف. 1103 الذي نص على أن: «تنزل العقود المبرمة على الوجه القانوني منزلة القانون بالنسبة للذين أنشؤوها». وف. 1193 الذي نص على أن: «لا يجوز تعديل العقود أو نقضها إلا بالرضا المتبادل لأطرافها، أو للأسباب التي يقررها القانون».

(4) انظر: ف. 288 من (ق ل ع).

(5) انظر: ف. 794 من (ق ل ع).

(6) انظر: ف. 931 من (ق ل ع).

(7) انظر: ف. 243 من (ق ل ع).

(8) انظر: ف. 678 من (ق ل ع).

(9) انظر: ف. 709 من (ق ل ع).

وإزاء إعلان حالة الطوارئ الصحية بسبب انتشار جائحة كورونا، وبالموازاة مع فرض الحجر الصحي، قرر جلالة الملك، باعتباره الناظر الأعلى للأوقاف، بإعفاء مكثري المحلات الحبسية المخصصة للتجارة والحرف والمهن والخدمات، والسكنى ما عدا للموظفين، من أداء الواجبات الكرائية. ويسري مفعول هذا القرار طيلة فترة الحجر الصحي المعلن عنها لمواجهة تفشي الوباء.⁽¹⁾

وفي مجال منازعات الأكرية التجارية، اعتبرت المحكمة التجارية بأكادير في حكم حديث لها أن: «توقف المكثري عن أداء واجبات الكراء خلال فترة الإغلاق الكلي بسبب جائحة كوفيد 19، لا يؤدي إلى فسخ عقد الكراء؛ لانتفاء المثل بالسبب المقبول، لكن ذلك لا يعفي المكثري من أداء واجبات الكراء المدة المذكورة التي تبقى ديناً في الذمة».⁽²⁾

وإلى أبعد من ذلك، فقد قضت المحكمة التجارية بمراكش في حكم حديث أيضاً بإعفاء المكثري من أداء واجبات كراء المحلات التجارية المترتبة عن فترة الحجر الصحي بصفة كلية استناداً لأحكام ف. 652 من (ق ل ع)، حيث علّلت المحكمة حكمها بأنه: «في ظل كون الحرمان من منفعة المحل المكثري خلال فترة الحجر الصحي ناجم عن أمر الإدارة العامة، وهذا الحرمان كان كلياً وليس جزئياً، فإن المكثرية تكون محقة في الإعفاء من واجبات الكراء خلال فترة الحجر الصحي».⁽³⁾

وفي هذا الصدد، يثور التساؤل حول مدى اعتبار جائحة كورونا بمثابة قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ الالتزام التعاقدي، ومن ثم يتحرر كل طرف من التزاماته، أم أنها مجرد ظرف طارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، مما يستوجب إعادة النظر في العلاقة التعاقدية لتحقيق الموازنة بين أطرافها؟

في اعتقادي أنه يمكن وصف هذا الوباء بالقوة القاهرة⁽⁴⁾، لكونه حادثاً استثنائياً غير مألوف، وعاماً شمل كل قطاعات المجتمع، ولا يمكن توقعه أو دفعه أو درء نتائجه. ترتب على حدوثه جعل تنفيذ الالتزام التعاقدي مستحيلاً. ومن ثم يتحرر كل طرف من التزاماته، ويكون سبباً لانقضاء الالتزام وانفساخه عملاً بمقتضيات ف. 335 و 336 من (ق ل ع).⁽⁵⁾

(1) انظر بلاغ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الصادر بتاريخ 08 أبريل 2020، عدد 64.

(2) حكم عدد 1564، الصادر بتاريخ 30 نونبر 2020، في الملف عدد 2020/8219/1100.

(3) حكم عدد 2040، الصادر بتاريخ 21 دجنبر 2020، في الملف التجاري عدد 2020/16178207.

(4) القوة القاهرة عرفها ف. 269 من (ق ل ع) بأنها: «كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً». وهذه الظواهر محددة على سبيل المثال لا الحصر.

(5) نص ف. 335 على أنه: «ينقضي الالتزام إذا أنشأ ثم أصبح محله مستحيلاً، استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطئه وقبل أن يصير في حالة مطل».

ونص ف. 336 على أنه: «إذا كانت الاستحالة جزئية لم ينقض الالتزام إلا جزئياً...».

ومثال على اعتبار هذا الوفاء قوة قاهرة: الالتزام بتسليم أشياء مثلية قابلة للهلاك بسرعة، بإغلاق الحدود ومنع التنقلات والتجمعات بسبب التدابير الاحترازية المشددة لمحاصرة الوباء، يجعل من تنفيذ هذا الالتزام مستحيلاً.

كما يمكن اعتباره ظرفاً طارئاً⁽¹⁾، بحيث يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، ويهدد استمرار العقد بالشروط ذاتها بخسارة فادحة. مما يستوجب إعادة النظر في العلاقة التعاقدية لتحقيق الموازنة بين أطرافها، بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وفي حدود ما تستوجبه العدالة التعاقدية.

ومثال على اعتبار هذا الوفاء ظرفاً طارئاً، حالة المدين بإداء قرض استهلاكي، والذي توقف عن العمل بسبب حالة الطوارئ الصحية، حيث أصبح من الصعب عليه تنفيذ التزامه. وكذا المكثري لمحل تجاري، حيث أصبحت ذمته المالية مرهقة، يعجز معها عن أداء الواجبات الكرائية المستحقة، نتيجة تأثر نشاطه التجاري بشكل سلبي بسبب الحجر الصحي المفروض. وفي قرار حديث لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء قضى بأن: «الظروف التي فرضتها حالة الطوارئ الصحية لمواجهة تفشي جائحة كورونا تقوم مقام القوة القاهرة»⁽²⁾.

خلاصة الحديث، إن الأصل في الشروط في المعاملات هو الإباحة والصحة واللزم؛ ما لم يدل الدليل على خلافه، وما لم يظهر في الشرط منافاة لمقتضى العقد ومقصوده. وتتمتع هذه الشروط الاتفاقية بقوة إلزامية، استمدت قوتها من خطاب الشارع الذي أمر بالوفاء بالعهود.

ويمكن اعتبار جائحة كورونا بمثابة قوة قاهرة إذا كانت يستحيل معها تنفيذ الالتزام التعاقدية، كما يمكن اعتبارها مجرد ظرف طارئ إذا جعلت تنفيذ الالتزام مرهقاً.

(1) لم يعرف المقتن الطرف الطارئ. وقد عرفه بعض الفقه بأنه: كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يترأى تنفيذه إلى أجل، ويصبح تنفيذ المدين للالتزام كما أوجبه العقد يرهقه إرهاباً شديداً، يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في الخسائر.

انظر: نظام التعاقد ونظريته القوة القاهرة والظروف الطارئة لمحمد الكشور: 102 وما بعدها. وقد أخذ القضاء بنظرية الطرف الطارئ عندما يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد طرفيه أو كليهما، وذلك حفاظاً على التوازن العقدي. وهو ما يظهر في الإهمال القضائي المنصوص عليه في م. 149 من (ق ح م).

(2) قرار عدد 1090 الصادر بتاريخ 21 أكتوبر 2020 في الملف المدني عدد 2020/1221/858.

المطلب الثاني: أثر الشرط السابق واللاحق في العقد

إذا كان الشرط السابق لا يلحق بالعقد ولا يؤثر فيه؛ لأن «ما قبل العقد لغو»⁽¹⁾، فقد اختلف المالكية في «الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان»⁽²⁾، أي هل تعد كأنها مصاحبة لها أو شيء حادث مستقل بنفسه؟⁽³⁾

قال المازري: «إن النظر فيما عُقد بعد انبرام العقد، هل يقدر أن العقد وقع عليه وإن تأخر عنه، أو لا يضاف إلى العقد الأول ويكون له حكم نفسه؟»⁽⁴⁾. فهذه القضية فيها خلاف؛ كما هو ظاهر من هذه الصيغة الاستفهامية، وعليها فروع ومسائل كثيرة.

ومن مشهورها: الزيادة والنقصان في الثمن بعد العقد، فقد ذكر الحفيد أن الالتحاق بأصل العقد هو مذهب مالك، حيث قال: «الزيادة أو النقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع... هل يتبع حكم الثمن أم لا؟ ألحق مالك ذلك بالثمن، لقوله ﷺ: «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ»⁽⁵⁾»⁽⁶⁾.

وبنى الباجي إجازة مالك على أن ما بعد العقد يلحق بالعقد.⁽⁷⁾

ومن فروع هذه القضية أيضا: الزيادة في المُسَلَّم فيه، فقد أجازها مالك وعده كالواقع في العقد. ومنعه سحنون واعتبره هدية، فجعله مستقلاً.⁽⁸⁾

ومنها كذلك: المزيد بعد الصرف، فقد قال ابنُ الحاجب: «المزيد بعد الصرف كجزئه، وقيل: كالهبة»⁽⁹⁾.

وقال ابنُ شاس: «هل تعد الزيادة هبة محضة، أو تعد ملحقة بالأصل قولان، وهما على الخلاف في إلحاق ما بعد العقود بها أو قطعة عنها»⁽¹⁰⁾.

(1) أوجز المسالك: 111/11.

(2) إيضاح المسالك: 105 (قاعدة 58)، وقواعد المقرئ: 433 (قاعدة 920-921) وص: 453 (قاعدة 975).

(3) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: المنجور (ت995هـ) ت. محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، (د. ط) و (د. ت)، 434/1.

(4) شرح التلغين للمازري: 203/5.

(5) سورة النساء: جزء من الآية: 24.

(6) البداية: 368/3.

(7) المنتقى شرح الموطأ: أبو الوليد الباجي (ت474هـ)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، (د. ت)، 216/4. وقد أشار صاحب المعيار إلى هذه

القاعدة بقوله: «إن الملحق بالعقد يقدر واقعا فيه». المعيار: 471/6. ووردت عند الزرهوني بلفظ: «اللاحق للعقد كالواقع فيه». النوازل

الفقهية: 581/2، وفي التوضيح بلفظين: «إن اللاحق كالواقع» (452/5). و«اللاحقات للعقود تقدر واقعة فيها» (580/5).

(8) المدونة: 68/9.

(9) جامع الأمهات: ابنُ الحاجب (ت646هـ) ت. أبو عبد الله الأضرري، دار اليمامة، دمشق وبغروت، ط2، 2000، ص: 341.

(10) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: ابن شاس (ت616هـ) ت. حميد لجر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2003، 29/2.

وقد أشار الونشريسي إلى أن المالكية لم يطرُدوا هذه القاعدة في مسائل كثيرة؛ كشروط الأملاك الموظفة، والتُّنْيَا، وتسليف أحد الشريكين صاحبه بعد العقد والشروع، أو تطوعه بزيادة في العمل أو في المال أو فيهما، والطَّوع بعيوب البيع بعد العقد، وبنقد الثمن في الخيار ومسائل الجُعْل...⁽¹⁾

ومقتضى القول بأن الملحق بالعقد يعد كجزئه فساد هذه العقود، وإن كان بعض أصحاب النوازل المتأخرين قد أشار إلى عدم اللزوم فيها؛ تخريجاً على قاعدة «إسقاط الشيء قبل وجوبه»⁽¹⁾؛ كالسكتاني⁽²⁾ الذي رأى أن: «ما بعد العقد خارج عنه»⁽³⁾.

وقد نظم الزقاق هذا الخلاف بقوله:

..... ❖ هَلْ مُلْحَقُ الْعَقْدِ كَهُوَ أَوْ حَادِثٌ⁽⁴⁾

وكذلك السجلماسي⁽⁵⁾ (ت1214هـ) ناظماً بقوله:

وَالْمُلْحَقَاتُ بِالْعُقُودِ جَعَلُوا ❖ كَجَزْئِهَا عَلَى خِلَافٍ نَقَلُوا⁽⁶⁾

خلاصة الأمر، أن الراجح عند أهل المذهب، أن الشرط الواقع بعد العقد، يعد كالمقارن في الاعتبار، ويقدر أن العقد وقع عليه؛ وإن تأخر عنه؛ ما لم يكن في إلحاقه به واعتباره جزءاً منه إفساداً له. فإنه يعتبر غير ذي أثر، بل يصبح التزاماً مستقلاً، ويأخذ حكم الوعد. ولا عبرة للشرط السابق، لأنه لغو.

-
- (1) المعيار: 65/6، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب (ت954هـ): ت. عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1984، ص: 273، وأجوبة الويداني: 157، والنوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية: المهدي الوزاني (ت1342هـ) طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، 1992، 539/2.
 - (2) هو عيسى بن عبد الرحمن السكتاني، كان محققاً، نقاداً، نظاراً، بارعاً في علم الأصول والعربية والفقه، ولي القضاء بمراكش، أخذ عن المنجور والقصار وغيرهما، وأخذ عنه اليوسي والرسموكي وغيرهما، توفي سنة 1062هـ. الإعلام للسملالي: 413/9-416 (رقم 1495).
 - (3) الأجوبة الفقهية: عيسى السكتاني (ت1062هـ)، أبو الفضل الدمياطي، دار ابن حزم، لبنان، ط1، ص: 161.
 - (4) المنهج المنتخب في قواعد المذهب للزقاق: 12 (بيت 238).
 - (5) هو أبو عبد الله السجلماسي، كان أماماً، حافظاً، نظاراً في الفقه، من مصنفاته: شرحه للعمل الفاسي والعمل المطلق واليواقيت الثمينة، توفي سنة 1214هـ. الإعلام للسملالي: 155/6-161 (رقم 779).
 - (6) شرح اليواقيت الثمينة فيما انتهى لعالم المدينة في القواعد والنظائر والفرائد الفقهية: أبو عبد الله السجلماسي (ت1214هـ) ت. عبد الباقي بدوي، مكتبة الرشد، بيروت، ط1، 2004، 570/1 (قاعدة 84).

المطلب الثالث: حصول المترقبات

لقد اختلف الفقهاء من أهل المذهب في «المترقبات إذا وقعت هل يُقدّر حصولها يوم وجودها وكأنها فيما قبل كالعدم، أو يُقدّر أنها لم تنزل حاصلة من حين حصلت أسبابها التي أثمرت أحكامها واستند الحكم عليها؟ وهي قاعدة التقدير والانعطاف»⁽¹⁾.

وأصل هذه القاعدة عند ابن شاس بلفظ: «المترقبات متى يعد حصولها، أي يوم ترقبت أو يوم تحققت»⁽²⁾، فشطر القاعدة القاضي بتقدير المترقبات موجودة من حين حصول أسبابها التي استمدت منها أحكامها وإن تأخرت عليها مبني على «قاعدة تأثير الأسباب في مسبباتها، حيث إن المسببات معتبرة شرعاً بفعل الأسباب ومترتبة عليها، وهذا ينبني عليه أن المسببات ما دامت موجودة تأخذ حكم الأسباب وإن عُدّت»⁽³⁾.

وأما شطرها المقرر أن المترقبات لا يُقدّر حصولها إلا من حيث وجودها، جرياً على استصحاب الأصل، وهو أنه «لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده»⁽⁴⁾، وهي بهذا الاعتبار يجري عليها الحكم اللاحق في الزمن الماضي، أي استناد الحكم الثابت في الحال إلى وقت وجود سببه، فيعود الحكم الثابت في الماضي تبعاً لثبوته في الحاضر، وهو ما عبّر عنه بعض أئمة علم القواعد خارج المذهب بقاعدة الظهور والانكشاف⁽⁵⁾.

قال الزقاق ناظماً هذا الخلاف:

وَهَلْ يُرَاعَى مُتَرَقَّبٌ وَقَعَ ❖ يَوْمَئِذٍ أَوْ قَهَقَرَى إِذَا رَجَعَ

لِسَبَبِ الْحُكْمِ.....❖.....

وَهِيَ الَّتِي تُدْعَى بِالْإِنْعِطَافِ ❖ عَكْسُ الَّتِي تُدْعَى بِالْإِنْكَشَافِ⁽⁶⁾

(1) القواعد: أبو عبدالله المقرئ (ت759هـ). ت. محمد الدردابي، مطبعة الأمنية، الرباط، ط1، 2002، ص: 326 (قاعدة 620)، وشرح اليواقيت الثمينة: 541/1 (قاعدة 78).

(2) الجواهر: 465/2.

(3) الموافقات: 399/1.

(4) الأشباه والنظائر: السبكي (ت771هـ)، ت. عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991، 97/1 و275. والأشباه والنظائر في قواعد الفقه لابن الملقن (ت804هـ). ت. مصطفى الأزهرى، دار ابن القيم بالرياض، ودار ابن عفان بالقاهرة، ط1، 2010، 406/1. وقد أورد المنجور هذه القاعدة بصيغة الاستفهام بقوله: «إسقاط الشيء قبل وجوبه وبعد جريان سببه هل يلزم أم لا؟». شرح المنهج: 463 (قاعدة 122).

(5) قال الرافعي: «إن العقد لا ينعطف حكمه فيما مضى». العزيز شرح الوجيز (276/4). وقال الزيلعي: «حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل

لا فيما مضى». تبين الحقائق (350/4).

(6) المنهج المنتخب: 7 (بيت 121 - 122 - 123).

وَنُظِمَ الْوَلَاتِي⁽¹⁾ ذَلِكَ أَيْضًا بِقَوْلِهِ:

وَهَلْ حُصُولُ ذِي التَّوَقُّعِ أَتَى ❖ مُقَدَّرًا حِينَ الْوُقُوعِ أَوْ أَتَى
مُقَدَّرًا حِينَ حُصُولِ السَّبَبِ ❖ فِيهِ خِلَافٌ بَيْنَ أَهْلِ الْمَذْهَبِ
وَهَذِهِ تُدْعَى بِذَاتِ الْإِنْعِطَافِ ❖ عَكْسُ الَّتِي تُدْعَى بِذَاتِ الْإِنْكَشَافِ⁽²⁾

كما عُرِفَت هذه القضية عند متأخري المالكية تحت قاعدة: «هل فسخ العقد يعد نقضاً له من أصله أو من حين ردّه؟»⁽³⁾.

قال ابنُ بشير⁽⁴⁾: «وقد اختلف المذهب في الرد بالعيب هل هو نقض للبيع من أصله، أو نقض له الآن»⁽⁵⁾.

ورجَّح القرافي ارتفاع العقد من أصله لا من حينه، وأنه من باب إعطاء الموجود حكم المعدوم، أي يقدر كالمعدوم وإن كان موجوداً، فيُعطى له حكم المعدوم⁽⁶⁾.

كما نقل المواق أن أشهر قولي ابنِ القاسم أن الرد بالعيب ابتداءً بيع⁽⁷⁾.

وَنُظِمَ السَّجْلُمَاسِي هذا الخلاف بقوله:

هَلْ رَدُّ بَيْعٍ فَاسِدٍ نَقْضٌ لَهُ ❖ مِنْ أَصْلِهِ أَوْ مِنْ زَمَانٍ حَلَّهِ⁽⁸⁾

وفي نظم الولاتي:

وَالرَّدُّ لِلْمَبِيعِ بِالْعَيْبِ يُعَدُّ ❖ نَقْضًا وَقِيلَ كَأَبْتَدَاءِ بَيْعٍ وَرَدَّ⁽⁹⁾

(1) هو محمد يحيى الولاتي، الفقيه، الأصولي، له شرح على البخاري، ونظم في القواعد جمع فيه كل ما في (منهج الزقاق) بزيادة سماه (المجاز الواضح)، وشرحه وسماه (دليل الماهر الناصح)، وشرح تكميل ميارة للمنهج المذكور، وله أيضاً نيل السؤل على مرتقى الوصول، توفي سنة 1330 هـ. الإعلام للسملالي: 180/7-181 (رقم الترجمة 940).

(2) المجاز الواضح في قواعد المذهب الراجح: محمد الولاتي (ت1330 هـ) مكتبة الولاتي لإحياء التراث الإسلامي، نواكشوط، (د. ط) ص: 4. (بيت 28-83-84)

(3) المنتقى: (274/4)، والذخيرة: (85/5)، والفروق: (27/2 الفرق 56)، وقواعد المقرئ: (ص: 545 قاعدة 313)، والتوضيح: 203، وإيضاح المسالك: (ص: 147، قاعدة 98)، والمواهب: (95/5).

(4) هو إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي، كان إماماً في أصول الفقه والعربية والحديث، من العلماء المبرزين في المذهب، المترفين عن درجة التقليد إلى رتبة الاختيار والترجيح، من كتبه التنبيه، والتذهيب على التهذيب، لم يعرف تاريخ وفاته سوى أنه أكمل تأليفه للمختصر سنة 526 هـ. الديباج: 265/1 (ترجمة 8).

(5) التنبيه على مبادئ التوجيه: ابن بشير (ت526 هـ) ت. محمد بلحسان، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007، 914/1.

(6) الفروق: 161/1 (الفرق 26)، الأمنية في إدراك النية للقرافي أيضاً، ت. مساعد الفالح، مكتبة الحرمين، الرياض، ط1، 1988، ص: 218. والذخيرة: 340/5، 184/11، 416/12.

(7) شرح الزرقاني: 37/6.

(8) شرح اليواقيت الثمينة: 513 (قاعدة 73).

(9) المجاز الواضح: 5 (بيت 95).

وقد بسط القرأفي الكلام حول هذه القضية عند حديثه عن الفرق بين قاعدة رفع الوقاعات وبين قاعدة تقدير ارتفاعها، مبيناً المذهب في هذا الشأن، حيث قال: «إن رفع العقد من أصله، أي الحكم الآن بعدم دوام آثاره المترتبة عليه، فالعقد وإن كان واقعاً ولا سبيل إلى رفعه، لكن يقدّر أن الموجود منه معدوماً تقديرًا لا تحقيقاً، والتقدير لا ينافي العقد ولا يعارضه في اقتضائه، أي يعطى الآن حكم عقد لم يوجد لا أنه يُرفع بعد وجوده، أي يعطى الآن حكم المرتفع، لا يُعتقد ارتفاعه في الماضي، لأن رفع الواقع وإخراج ما اندرج في الزمن الماضي محال عقلاً، والمحال عقلاً لا يرد الشرع بوقوعه، فيتعين أن يكون هذا الارتفاع تقديرًا لا تحقيقاً، لأن قاعدة التقادير الشرعية «إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود»⁽¹⁾، وجميع آثاره المترتبة عليه في حكم العدم وإن كانت موجودة، ولا تنافي بين ثبوت الشيء حقيقة وعدمه حكماً»⁽²⁾.

حاصل الكلام، أن الراجع عند أهل المذهب، أن فسخ العقد يعد نقضاً له من أصله، لا من حينه. وأنه من باب إعطاء الموجود حكم المعدوم.

بمعنى أن للشرط أثراً رجعياً، بحيث إذا تحقق يصبح العقد نافذاً ومنتجاً لجميع آثاره، من وقت نشوء العقد، لا من وقت تحقق الشرط. وإذا تخلف زال الحق الذي كان غير كامل الوجود بأثر رجعي، يمتد إلى وقت نشوء ذلك الحق.

(1) شرح تنفتح الفصول: 60، والذخيرة: 306/5، مع بعض التقديم والتأخير. وقواعد المقرئ: 336 (قاعدة 645)، وإيضاح المسالك: 100 (قاعدة 54). واعتبر الزقاق هذه القاعدة أصلاً من أصول المالكية في نظمه قائلاً:

إِعْطَاءُ مَا وَجَدَ حُكْمَ مَا عُدِمَ ❖ أَوْ عَكْسُهُ أَصْلٌ لِذَلِكَ مَا عُلِمَ

انظر المنهج المنتخب: 13 (قاعدة 266)، وشرح اليواقيت الثمينة: 820 (قاعدة 127).

(2) الفروق: 27.26/2 (الفرق 56)، والذخيرة (86/5)، والأمنية: 204.

الفصل الثاني

التعريف بمصطلح الأجل

لما انقضى الحديث عن مصطلح الشرط في الفصل الأول، بدأت الكلام على مصطلح الأجل؛ باعتباره وصفاً عارضاً يضاف إلى عقد استوفى جميع عناصره الجوهرية، بحيث لا يقتضيه، ولا يحتاج إليه في قيامه؛ كالأجل في البيع

فإذا كانت القاعدة العامة تقضي؛ أنه بإمكان الدائن أن يقتضي حقه بمجرد نشوئه، إلا أن التزام المدين قد يكون إنشاؤه أو تنفيذه مناطاً بأمر مستقبلي مؤكد الوقوع، وهو ما يعرف بالأجل.

وأدخلت في مجال هذا البحث الأجل باعتباره عنصراً جوهرياً أصيلاً يلحق العقود الآجلة أو العقود الزمنية أو عقود المدة، بحيث يدخل في تركيبها، ولا يتصور بدونه أن تنتج آثارها؛ كالأجل في السلم والقراض، حتى يتبين أثره فيها ونتائجها التي شرعت العقود من أجلها.

كما أن الأجل في عقود المعاملات الزمنية ذات التنفيذ الممتد أو المتراخي تهدف إلى إشباع الحاجات التي لا يمكن إشباعها إلا مقترنة بأجل إشباعاً مستمراً مكرراً، حيث لا يمكن قيام هذه المعاملات إلا وفق منظور الأجل، الذي يعد عنصراً جوهرياً أساسياً أصيلاً ومقصوداً، ولا يتصور بدونه أن تنتج العقود آثارها المقصودة.

وقد قسمت هذا الفصل إلى خمسة مباحث، وفق ما صنعت في سابقه، حيث انصب الدرس في مبحثه الأول على تحديد دلالة الأجل، وجعلت المبحث الثاني منه معقوداً للحديث عن علاقات الأجل وخصائصه، كما أفردت المبحث الثالث لتفصيل الكلام على تقسيمات الأجل، واهتمت في المبحث الرابع ببيان آثاره، على أن كان مدار المبحث الخامس على عرض بعض قضايا الأجل وموضوعاته العلمية.

المبحث الأول: دلالة الأجل

لا يتم تحقق النظر إلا باستيفاء دلالة اللفظ، فتكون البداية بذكرها أحق وأصوب. وهذا ما جعلته مداراً لهذا المبحث، وذلك وفق ثلاثة مطالب.

عقدت **المطلب الأول** للحديث عن الدلالة المعجمية اللغوية للفظ الأجل.

واختصت **المطلب الثاني** للكلام على حد الأجل في الاصطلاح الفقهي، وهل احتفظت اللفظة في دلالتها الاصطلاحية بذلك المعنى اللغوي، أم أنها تخطت ذلك البعد المعجمي لتكتسب بُعداً مفهوماً جديداً؟

وفي **المطلب الثالث** تحدثت عن ماهية الأجل في الاصطلاح القانوني، وهل ألبس المقنن هذا اللفظ دلالة قانونية تختلف عن دلالاته الأصلية، أم أنه لم يأبه بتأسيس تعريف له؟

المطلب الأول: الدلالة المعجمية اللغوية للفظ الأجل

اتفق أصحاب التأليف المعجمية أن لفظ (أجل) المشتق من المادة اللغوية المكوّنة من الألف والجيم واللام أصل صحيح مهموز⁽¹⁾، يدل في مختلف تصاريفه على إطلاقات كثيرة، منها: ما أورده الخليل في أثناء عرضه للمادة، إذ قال: «الأجل: غاية الوقت في الموت ومحل الدين ونحوه، تقول: أجل هذا الشيء يأجل، فهو آجل، وهو نقيض عاجل، والأجيل: المؤجل إلى وقت»⁽²⁾

وقد استفاد ابن دُرَيْد من تعريف الخليل، وانطلق منه في بناء تعريفه، غير أنه اختار صيغة أخرى في منتهى الدقة والوجازة، حيث حاول التخلص من كل تلك الزيادات التي ربما اعتبرها غير ذات فائدة، فقال: «بلغ الشيء أجله إذا بلغ غايته»⁽³⁾.

وجاء الأزهري، فاقتبس كعادته التعريف من (العين) بكل تفصيلاته، ولم يزد عليه شيئاً سوى نسبته إلى الليث، إذ قال: «قال الليث: الأجل: غاية الوقت في الموت ومحل الدين ونحوه»⁽⁴⁾.

أما الجوهري، فلم تضفر عنده هذه الدلالة اللغوية للفظ؛ إلا ببيان موجز وإشارة خفيفة لم ترتق إلى دلالة مكتملة التصور، قال: «الأجل: مدة الشيء»⁽⁵⁾.

وإذا كان الأمر كذلك عند معاصره ابن فارس في (مُجْمَله)، حيث ردّد عبارة الجوهري نفسها⁽⁶⁾، جاء بعد ذلك في (مقاييسه) ليحدّد - كعادته في التأصيل للألفاظ - مدار المادة. فبعد أن بيّن أن «الهمزة والجيم واللام يدل على خمس كلمات متباينة، لا يكاد يمكن حمل واحدة على واحدة من جهة القياس، فكل واحدة أصل في نفسها»⁽⁷⁾؛ ذكّر الأصل الأول معتمداً على تصاريف الخليل، فقال: «الأجل غاية الوقت في محل الدين وغيره، وقد صرّفه الخليل فقال: أجل هذا الشيء، وهو يأجل. والاسم: الآجل، نقيض العاجل. والأجيل: المرجأ، أي المؤخّر إلى وقت»⁽⁸⁾. ثم جاء ابن سيده، فنقل كلام الخليل مع تصرف يسير، ولم يضيف إليه سوى زيادات ثانوية لم تتناول المادة الأساسية، حيث قال: «الأجل: غاية الوقت في الموت وحلول الدين، والتأجيل: تحديد الأجل، وفي التنزيل: ﴿كَتَبْنَا مُؤَجِّلًا﴾⁽¹⁾، وأجل الشيء فهو آجل، وأجيل: تأخر»⁽²⁾.

(1) الفعل المهموز: هو كل فعل كان أحد أصوله حرف همزة، سواء أكانت في أول الفعل، أم في وسطه، أم في آخره.

(2) العين: مادة (أجل).

(3) الجهمرة: مادة (أجل).

(4) التهذيب: مادة (أجل).

(5) الصّحاح: مادة (أجل).

(6) المُجْمَل: مادة (أجل).

(7) المقاييس: مادة (أجل).

(8) نفسه: مادة (أجل).

(9) سور آل عمران، جزء من الآية: 145.

(10) المُحْكَم: مادة (أجل).

يكاد أصحاب المعاجم المتأخرون يتفقون على ما ذكر بخصوص هذه المادة اللغوية، ولا أجد لهم إضافات أو استدراكات؛ إلا ما كان من تجميع، أو إضافة شواهد، أو شروح لما ذكره المتقدمون.

فقد جمع ابنُ منظور كعادته أقوال من سبقوه، وساقها دون تخريج أو ترجيح، فأطنب وأسهب حتى كاد يأتي على جميع ما ذكر⁽³⁾.

وبعد الفيروز آبادي، إذ ضَمَّن تعريفه خلاصة ما في المُحْكَم والصَّحاح، متوسّعاً إلى حد ما في مشتقات اللفظ وتصاريفه⁽⁴⁾.

ثم جاء الزبيدي ليشرح القاموس شرحاً وافياً، مع إضافة بعض الشواهد القرآنية، ونسبة بعض النقول إلى أصحابها، جامعاً ذلك من أشتات كتب المتقدمين⁽⁵⁾.

فبعد إجمالة النظر في المعجمات اللغوية، يُلاحظ على تلك التعريفات في عمومها؛ تقارب كبير بين المعاني التي يدل عليها اللفظ، وما يظهر من التفاوت في بعض الأحيان؛ إنما هو من باب التوسع الدلالي الذي ينطوي عليه اللفظ.

فهل احتفظت اللفظة في دلالتها الاصطلاحية بذلك المعنى اللغوي، أم أنها تخطت ذلك البُعد المعجمي لتكتسب بُعداً مفهوماً جديداً؟

(1) اللسان: مادة (أجل).

(2) القاموس: مادة (أجل).

(3) التاج: مادة (أجل).

المطلب الثاني: حد الأجل في الاصطلاح الفقهي

قبل التعرّيج على تعريف الأجل في الاصطلاح الفقهي؛ يحسن إيراد إطلاقاته في القرآن الكريم والحديث الشريف؛ لتأصيله وإبراز أثرهما في تكوينه.

فقد وردت مادة (أجل) بمختلف اشتقاقاتها وتصاريحها في القرآن الكريم وروداً واسعاً، سواء من حيث الكثرة في مواضع الورد، أو من حيث التعدد والثرأ في المعاني التي استعملت فيها مادته، ومنها: الموت، قال ﷻ: ﴿وَلَسْ يُؤَخَّرَ اللَّهُ نَفْساً إِذَا جَاءَ أَجْلُهَا﴾⁽¹⁾ ونظيره في قوله ﷻ: ﴿ثُمَّ قَضَى أَجْلاً وَأَجَلٌ مُّسَمًّى عِنْدَهُ﴾⁽²⁾، وجاءت بمعنى الهلاك، كما في قوله ﷻ: ﴿وَأَنْ عَسَى أَنْ يَكُونَ قَدِ اقْتَرَبَ أَجْلُهُمْ﴾⁽³⁾، ومعنى العذاب في قوله ﷻ: ﴿إِنَّ أَجَلَ اللَّهِ إِذَا جَاءَ لَا يُؤَخَّرُ لَوْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽⁴⁾، كما جاءت بمعنى الوقت في قوله ﷻ: ﴿أَيَّامَ الْأَجَلِ فَضِيَتْ﴾⁽⁵⁾، ومعنى محل الدين في قوله ﷻ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽⁶⁾⁽⁷⁾.

وإذا كان لفظ الأجل حضوراً قوياً في القرآن؛ باعتباره مصطلحاً قرآني المآخذ، فإن موارده في الحديث تبقى نادرة، وهي على ندرتها لم تخرج دلالتها عن عرف الاستعمال القرآني.

وبالرجوع إلى التأليف الفقهية، فإنني لم أهتم - بعد طول بحث - إلى تعريف مصطلح الأجل في المفهوم الفقهي، لكن المتتبع لاستعمالات الفقهاء؛ يجد أنه قد حظي بعناية كبيرة من لدن بعض المفسرين ودارسي المفردات القرآنية، حيث أوردوا في أثناء تفاسيرهم ودراساتهم للمصطلح جملة من الدلالات.

ففي تعريف شديد الارتباط بالدلالة اللغوية المُعَبَّر عنها في المعجمات اللغوية العامة، قال العسكري: «أجل الشيء وقته، وحدّ الأجل: هو الوقت المضروب لانقضاء الأمد»⁽⁸⁾.

وهذا يقترب مما عبّر عنه الراغب، حيث قال: «الأجل: المدة المضروبة للشيء، ويقال: دَيْنُهُ مُؤَجَّلٌ، وقد أَجَلْتَهُ: جعلت له أجلاً»⁽¹⁾.

(1) سورة المنافقون، جزء من الآية: 11.

(2) سورة الأنعام، جزء من الآية: 3.

(3) سورة الأعراف، جزء من الآية: 185.

(4) سورة نوح، جزء من الآية: 4.

(5) سورة القصص، جزء من الآية: 28.

(6) سورة البقرة، جزء من الآية: 281.

(7) للتوسع في هذا الباب يراجع: الوجوه والنظائر لألفاظ كتاب الله العزيز: أبو عبد الله الدامغاني (ت478هـ)، ت.عربي عبد الواحد علي، دار

الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، ص: 54-55.

(8) الوجوه والنظائر: أبو هلال العسكري (ت400هـ) ت.محمد عثمان، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 2007، ص: 59.

(9) المفردات: 65.

وللقاضي عياض ملمح لطيف ارتأيت نقله في هذا المقام، قال: «الأجل: هو مُنتهى المدة وغاية الشيء»⁽¹⁾.

وقال ابنُ قُرْقُول⁽²⁾: قوله ﷺ في السلام على القبور: «أَتَاكُم مَّا تُوعَدُونَ غَدًا مُّوَجَّلُونَ»⁽³⁾ هو من الأجل الذي هو الغاية»⁽⁴⁾.

وقد جاء الحرالي⁽⁵⁾، فاختر صيغة أخرى للتعريف، إذ قال: «الأجلُ مشاركة انقضاء أمد الأمر، بحيث يكون منه ملجأ الذي هو مطلوبه، كأنه مشاركة فراغ المدة»⁽⁶⁾.

ومن أئمة التفسير المعاصرين: الطاهر بن عاشور، الذي حاول تعريف الأجل بما يزيده وضوحاً وبيانا، فأبدع في استخلاص تعريف دقيق له، حيث قال في سياق تفسيره لمعنى الأجل الوارد في قوله ﷺ: «يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنَتْ يَدَيَّ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى بِمَا كُتِبَ لَهُ»⁽⁷⁾، الأجل: مدة من الزمان، محدودة النهاية، مجعولة ظرفاً لعمل غير مطلوب فيه المبادرة، لرغبة تمام ذلك العمل عند انتهاء تلك المدة، أو في أثنائها»⁽⁸⁾.

خلاصة القول، إن الناظر في هذه التعريفات؛ يجد أن من وراء هذا الاختلاف الظاهر في ألفاظها تقارباً شديداً، بل وصلة تامة في جوهر المعنى، فالدالتان اللغوية والاصطلاحية تسيران في انسجام تام، جنباً إلى جنب على مستوى التصور العام، مع بعض الاختلاف الجزئي أو الشكلي أحياناً.

فهل ألبس المقنن هذا اللفظ دلالة قانونية تختلف عن دلالته الأصلية، أم أنه لم يأبه بتأسيس تعريف له؟

-
- (1) مشارق الأنوار على صحاح الآثار: القاضي عياض (ت544هـ) المكتبة العتيقة تونس، ودار التراث القاهرة، (د.ط)، 1978، 20/1.
 - (2) هو ابراهيم بن يوسف الوهراني الحمزي ابنُ قُرْقُول، سمع من ابن ورد وابن نافع وغيرهما، وروى عنهما وعن غيرهما، له كتاب الطالع على الصّاح، توفي سنة 569هـ. سير أعلام النبلاء: 520-521، رقم الترجمة (334).
 - (3) طرف من حديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الجنائز، باب ما يقال عند دخول القبور والدعاء لأهلها، رقم الحديث (974) من حديث عائشة رضي الله عنها.
 - (4) مطالع الأنوار على صحاح الآثار: ابن قُرْقُول (ت569هـ) ت. لجنة للبحث العلمي وتحقيق التراث بدار الفلاح، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 2012، 203/1.
 - (5) هو أبو الحسن الخراساني، تلقى علومه من أشهر علماء المغرب في عصره، أمثال: ابنُ الكتاني وابنُ القطان، قرأ عن ابن أبي الدنيا علم الأصول (أصول الدين وأصول الفقه) والعربية والأدب، من مؤلفاته: مفتاح الباب المقفل لفهم القرآن المنزل، توفي سنة 638هـ. عنوان الدراية: 143، رقم الترجمة (31)، والسير: 47/23، رقم الترجمة (33).
 - (6) تراث أبي الحسن الخراساني في التفسير، ت. محمادي الخياطي، مطبعة النجاح، البيضاء، ط1، 1997، ص: 402.
 - (7) سورة البقرة، جزء من الآية: 281.
 - (8) التحرير والتنوير: محمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر، تونس، (د.ط)، 1984، 99/3.

المطلب الثالث: مفهوم الأجل في الاصطلاح القانوني

لقد خص المقتن بحث الأجل وتنظيم أحكامه ضمن حديثه عن أوصاف الالتزام، باعتباره وصفاً يلحق بالالتزام بعد أن استوفى عناصر تكوينه، بغية تحديد مصيره في المستقبل، إما بنفاذه ودوام آثاره، أو بسقوطه وزوال آثاره.

وبالرغم من كثرة الفصول التي نظمت أحكام الأجل، إلا أن المقتن لم يعمد - كما صنع عند بحثه لموضوع الشرط - إلى إيراد تعريفه، مكتفياً بذكر خصائصه، مقتفياً في ذلك نظيره الفرنسي. وكان الأجدر به أن يدرج ضمن فصوله تعريفاً له؛ دفعاً لكل التباس.

فالأجل هو ذلك الأمر المستقبلي الذي تكون وظيفته هو تحديد آثار الالتزام داخل الوقت الذي يكون وصوله أمراً محتوماً، فهو يحدد اللحظة التي يمكن فيها للدائن المطالبة بتنفيذ الالتزام، أو اللحظة التي يتحلل فيها المدين من الالتزام في المستقبل.⁽¹⁾

فالأجل يشترك مع الشرط من حيث أن كلا منهما ينصب على أمر مستقبل، لكنهما يختلفان عن بعضهما اختلافاً جوهرياً، من حيث إن الشرط أمر غير محقق الوقوع، في حين أن الأجل محقق الوقوع لا محالة.⁽²⁾

التعريف المختار

يصعب اختزال مفهوم للفظ (الأجل) وتركيبه في تعريف جامع، مانع، شامل لمعانيه ومستوف لها. والذي استطعته بهذا الشأن هو: استجماع المعاني المشتركة للمصطلح واستخلاص سماته الدلالية الغالبة، ضمن ما اقترحته في تعريف جاء مسطوراً على النحو الآتي:

«الأجل هو إضافة الوفاء بالالتزام أو انقضائه إلى أمر عارض مستقبلي محقق الوقوع».

فقول التعريف: (إضافة الوفاء بالالتزام أو انقضائه) تأكيد على أن وظيفة الأجل تنحصر في تغيير آثار الالتزام، دون أن تؤثر في تكوينه وقيامه.

أما قوله: (أمر عارض مستقبلي) معناه حصر نطاقه الزمني فيما هو آت من أمور، وإقصاء لما هو فائت.

وقوله: (محقق الوقوع) حصر للأجل في الأمور المحتومة الكائنة لا محالة.

(1) القانون المدني للشرقاوي: 39/3.

(2) نظرية الالتزامات للكزبري: 54/2.

المبحث الثاني: علاقات الأجل وخصائصه

يقتضي كمال التدقيق في إيضاح المصطلح؛ النظر في علاقاته الواصلة له بغيره من الألفاظ المتقاطعة معه ضمن أسرته المفهومية المؤلفة، إذ الألفاظ بمجاوراتها ومعطوفاتها تظهر وتبين. كما يعتبر البحث في خصائص مصطلح الأجل وصفاته بحثاً في أهم سماته الدلالية المميزة له، والتي أكسبته صبغته الاصطلاحية، إذ إن التعريف لا يكتمل ولا يتم؛ إلا ببيان خصائص المعرف وصفاته، والتي تُبينها سياقات استعمالته داخل نصوصه. وقد جاء هذا المبحث مكوناً من مطلبين، عقدت الأول للحديث عن علاقات الأجل، واختصت المطلب الثاني للكلام على خصائصه.

المطلب الأول: علاقات الأجل

من الألفاظ التي تستثمر عادة لأداء معنى مصطلح (الأجل): الوقت والزمن.

1 - الوقت

يطلق الوقت في أصل اللغة: «مقدار من الزمان»⁽¹⁾، وأكثر ما يستعمل في الماضي، وقد استُعمل في المستقبل أيضاً⁽²⁾.

وفي الاصطلاح: يطلق الوقت على «نهاية الزمان المفروض للعمل، ولهذا لا يكاد يُقال إلا مقدراً»⁽³⁾، قال ﷺ: «إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْفُوتًا»⁽⁴⁾.

وقد يراد به: «ما حضر من الزمان المسمى بالحال»⁽⁵⁾.

فالوقت والأجل يتحدان في أن كلا منهما مقدار من الزمان، ويتميزان في أن الوقت حدّ مقدّر معلوم، والأجل قد يكون غير مقدّر، وغير معلوم.

2 - الزمن

استُعملت مادة (زمن) في أصلها اللغوي في معنى: «تراخي المدة»⁽⁶⁾، وقيل: «إن الزمن اسم لقليل الوقت وكثيره»⁽⁷⁾.

وقد أجمع أهل اللغة على أن الزمان من شهرين إلى ستة أشهر⁽⁸⁾، وهو عبارة عن أوقات متوالية مختلفة، وغير مختلفة⁽⁹⁾.

فإذا كان الزمن كالأجل؛ إذ يلتقيان في أن كلا منهما مقدار من الزمان، فإنه يفارقه في أن الزمن جزء من أجزاء الأجل الثابتة.

إن الناظر في تلك المرادفات، يجدها لم تتأ بدلالاتها عن مفهوم المصطلح المدروس، فهي تدور في الفضاء المفهومي العام الذي رسمه من خلال سياقات استعماله.

(1) العين، مادة: (وقت). والمحيط في اللغة: الصاحب بن عباد (ت385هـ) ت. محمد آل ياسين، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1994، 491/5.

(2) الجمهرة، مادة: (وقت).

(3) المفردات: 686، والكلية: 945.

(4) سورة النساء، جزء من الآية: 102.

(5) الكشف: 1801.

(6) الجمهرة، مادة: (زمن).

(7) الصّحاح، مادة: (زمن).

(8) الكلية: 445، والكشاف: 909.

(9) الفروق للعسكري: 270.

المطلب الثاني: خصائص الأجل

لعل أهم خصائص مصطلح (الأجل)، أنه أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، أما الخصيصتان الأخريتان اللتان يتميز بهما الشرط، وهي: وجوب كونه ممكناً غير مستحيل من جهة، وغير مخالف للقانون والأخلاق الحميدة من جهة ثانية، فلا محل لهما في الأجل لأن «الأجل ميعاد، لا يتصور إلا أن يكون ممكناً ومشروعاً، فالأجل وصف لا تطاله الإمكانية والمشروعية من عدمهما»⁽¹⁾.

1. الأجل أمر مستقبلي:

إن الأمر الذي ينطوي عليه الأجل لا بد أن يكون أمراً مستقبلاً حتى يترتب عن حلوله نفاذه. فالأمر الماضي أو الحاضر لا يصلح أن يكون أجلاً؛ ولو كان طرفاً للالتزام يجهلان وقت التعامل أن الأجل الذي يضربانه للمستقبل هو أمر قد حلّ. فلو ربط الالتزام بوفاء شخص، والحال أن ذلك الشخص قد توفي، فإن التزامه لا يكون مربوطاً بأجل، بل ينشأ التزاماً منجزاً، حال الأداء⁽²⁾.

2. الأجل أمر محقق الوقوع

من خصائص الأجل أنه أمر محقق الوقوع، لأن «الأجل كائن لا محالة، فهو من لوازم الوجود الخارجي، والإضافة إليه إضافة إلى ما قطع بوجوده»⁽³⁾، وغالباً ما يكون ميعاد وقوع الأجل معلوماً منذ نشوء الالتزام؛ كتاريخ معين، وقد يحصل أن يكون ميعاد حلوله مجهولاً عند قيام الالتزام، وهو ما يمثل له الفقهاء عادة بالموت، فالموت وإن كان أمراً لا يُعرف وقت وقوعه، إلا أن وقوعه أمر محتوم، قال ﷺ: «إِنْ مَا تُوعَدُونَ لَأَتِيَّ»⁽⁴⁾، لذلك يصلح أن يكون أجلاً.

كانت هذه أهم الخصائص التي أسهمت في توضيح المصطلح المدروس، بشكل جعلته متميزاً عن غيره من الألفاظ المجاورة معه في السياق.

(1) نظرية الالتزامات للكزبري: 65/2.

(2) المرجع نفسه: 66-67.

(3) الأشباه والنظائر للسيوطي: 327.

(4) سورة الأنعام، جزء من الآية: 135.

المبحث الثالث: تقسيمات الأجل

لمعلومية الأجل وجهالته أثر واضح في صحة العقد وبطلانه، وقد اقتضرت على تقسيم الأجل إلى قسمين اثنين، تناولت كل قسم في مطلب.

فقد انصب الدرس في الأول منهما على الأجل المعلوم والأجل المجهول، وهل يجوز التأجيل إلى أجل غير منضبط الوقوع؟ وهل يجوز تعجيل النقد لإجازة العقد؟

وكان مدار المطلب الثاني على الأجل الاتفاقي والأجل القانوني والأجل القضائي، وهل تنتهي العقود بانقضاء مدتها المتفق عليها؛ ولو استمر العاقدان في الالتزام بمضمون العقد؟ وهل يمنح المدين حسن النية الملاحق قضائياً أجلاً معتدلاً للوفاء بالتزامه؟

المطلب الأول: الأجل المعلوم والأجل المجهول

1. الأجل المعلوم

انفرد مالك دون الفقهاء بالأمصار بجواز التأجيل إلى أزمدة مخصوصة، أو مواسم معتادة؛ كالحصاد والجذاذ، وكل «ما تضبطه العادة»⁽¹⁾، حيث رآه معلوماً⁽²⁾، و«الأيام المعلومّة كالمنصوصة»⁽³⁾، وإن اختلف بأيام يسيرة... لأن البيوعات لا تخلو من غرر يسير.⁽⁴⁾

والمعتبر ميقات معظمه لا الفعل⁽⁵⁾، أي الوقت الذي يحصل فيه غالبُ ما ذُكر، «فمجهول الأجل فاسد، ومعروفه بالشخص واضح، وبالعرف كاف»⁽⁶⁾. قال مالك: «من باع إلى الحصاد أو الجذاذ فذلك جائز، لأن ذلك معروف... ويُنظر إلى حصاد البلد الذي تبايعا فيه، فيُنظر إلى عظم ذلك وكثرته، ولا يُنظر إلى أوله أو إلى آخره فيكون حلوله عند ذلك»⁽⁷⁾.

2. الأجل المجهول

لم يجز المالكية التأجيل إلى أجل غير منضبط الوقوع، لا يُعلم وقت وقوعه حقيقة أو حكماً؛ كأن يبيعه إلى ميسرة، «فما أجّل بأجل مجهول، ملغى غير معتبر»⁽⁸⁾، واعتبره ابنُ رشد الجد من الغرر الكثير المانع من صحة العقد، سواء كان في أحد العوضين أو كليهما...⁽⁹⁾.

وسئل الونشريسي عن رجل اشترى بدين إلى أن يجعل الله له سبيلاً، فأجاب بعدم الجواز⁽¹⁰⁾.

كما سئل الويداني⁽¹¹⁾ عمّن اشترى بأجل إلى أن فتح الله عليه، فأجاب: بأنه بيع فاسد لا يجوز، لأن أجله مجهول⁽¹²⁾.

فإن نزل، لم يكن للمبتاع تعجيل النقد لإجازة البيع، لأنه عقد فاسد.⁽¹³⁾

(1) المختصر الكبير لابن عبد الحكم (ت214هـ) ت. أحمد نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 2011، ص: 247.

والتنبيهات: 115، والجواهر: 753/1. وجذاذ النخل: صرامها وقطع ثمرها. المعجمات اللغوية، مادة: (جذذ).

(2) الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي (ت671هـ) ت. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2006، 428/4.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: شمس الدين الدسوقي (ت1230هـ) دار إحياء الكتب العربية، مصر، (د. ط) و (د. ت)، 205/3.

(4) أحكام القرآن لابن الفرس (ت597هـ) ت. طه بوسريح، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006، 417/1.

(5) جامع الأمهات: 372. والتوضيح في شرح المختصر الفرعي لخليل، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، ط1، 2008، 40/6.

(6) المختصر الفقهي لابن عرفة (ت803هـ) ت. حافظ محمد خير، مركز الفاروق، دبي، ط1، 2014، 351/5.

(7) المدونة: 158/9. وانظر التهذيب: 162/3.

(8) النوازل الصغرى: 200/2.

(9) المقدمات: 73/2 و76.

(10) المعيار: 248/5.

(11) لم تسعفني كتب التاريخ والتراجم بأخبار وافية عن هذا العلم، فاكتفيت بما أورده محقق أجوبته من أسطر قلائل وغير موثقة. جاء فيها:

هو إبراهيم بن علي الويداني، فقيه مالكي نوازي، من أهل سوس، اشتهر بمجموعة من الفتاوى راجت بين أصحاب النوازل، توفي سنة

1169هـ. مقدمة أجوبة الويداني، ص: 37.

(12) أجوبة الويداني: 154.

(13) التهذيب: 155/3.

المطلب الثاني: الأجل الاتفاقي والأجل القانوني والأجل القضائي

ينقسم الأجل باعتبار مصدره إلى ثلاثة أقسام:

1. الأجل الاتفاقي

يستشف من قراءة ف.127 من (ق ل ع) أن الأجل الاتفاقي هو الذي يجري تعيينه بمقتضى الاتفاق، أو أن يستنتج ضمناً من طبيعة الالتزام، أو من طريقة تنفيذه، أو من المكان المحدد لهذا التنفيذ.

وتحديد المستفيد من الأجل يعتبر أمراً ضرورياً؛ لكونه الوحيد الذي بإمكانه التنازل عنه، وفي حالة عدم الاتفاق الصريح، فإن الأجل يعتبر مقرراً لمصلحة المدين.

وهو ما نص عليه ف.135 من (ق ل ع) في مطلعته بقوله: «يفترض في الأجل أنه مشروط لصالح المدين»، وهذا المقتضى تطبيق للقاعدة العامة المنصوص عليها في ف.473 من (ق ل ع) والتي تقضي بأنه: «في حالة الشك يفسر الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم».

ومقتضى آخر اعتمده المقتن؛ مفاده أنه في عقود المدة، والتي يفترض فيها الانتهاء بانقضاء المدة المتفق عليها، فإنها لا تنتهي إذا استمر العاقدان في الالتزام بمضمون العقد، حيث يكفي هذا التصرف تعبيراً ضمناً عن إرادتهما في تمديد العقد بشروطه المتفق عليها وخلال نفس المدة؛ كما هو الحال في عقود كراء الأشياء، وهو ما جاء في مطلع ف.689 من (ق ل ع).

2. الأجل القانوني

وهو الذي يكون مصدره القانون، حيث عمد المقتن لقيام بعض التصرفات إلى تعيين أجل أدنى؛ كما هو الحال في طلب الإفراغ للاحتياج، إذ اشترطت م.49 من (م ك) أن يكون المحل المطلوب إفراغه مملوكاً للمكري منذ 18 شهراً على الأقل من تاريخ الإشعار بالإفراغ، أو أجل أقصى؛ كتحديد أجل الكراء الطويل الأمد للعقارات في أربعين سنة⁽¹⁾.

كما حدد آجالاً لممارسة بعض الحقوق؛ كحق الخيار⁽²⁾، أو لانقضائها؛ كحق الشفعة⁽³⁾.

(1) انظر: م. 121 من (م ح ع).

(2) انظر: ف. 604 من (ق ل ع).

(3) انظر: ف. 304 من (م ح ع).

وعلى إثر إعلان حالة الطوارئ الصحية بسبب انتشار جائحة كورونا، تم وقف سريان جميع الآجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة الطوارئ الصحية المعلن عنها. مع استثناء آجال الطعن بالاستئناف الخاصة بقضايا الأشخاص المتابعين في حالة اعتقال، وكذا مدد الوضع تحت الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي⁽¹⁾ إلى أن تم استئناف احتساب جميع الآجال التي كانت متوقفة؛ بدءاً من تاريخ النشر بالجريدة الرسمية (27 يوليوز 2020). مع إمكانية تدخل الحكومة لوقف سريان مفعول أي أجل من الآجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، إذا تبين لها أن استمرار سريانه يحول دون ممارسة الأشخاص المعنيين به لحقوقهم أو الوفاء بالتزاماتهم خلال هذا الأجل بسبب الإجراءات المتخذة من قبل السلطات العمومية المختصة للحد من تفشي الوباء.⁽²⁾

3 - الأجل القضائي أو الإمهال القضائي

وهو منح المدين حسن النية الملاحق قضائياً أجلاً معتدلاً للوفاء بالتزامه، وفق ما نصت عليه ف.2/243 بقوله: «يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه آجالاً معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها». كل ذلك ما لم يوجد نص يمنع ذلك؛ كالأجل المحدد لممارسة حق الخيار في البيع المعقود على شرط واقف، فهو أجل قاطع لا يمكن تمديده حسب ف.605 من (ق ل ع).

وهذا مبدأ قرره الفقه الإسلامي؛ حيث راعى مركز المدين المعسر، قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾⁽³⁾، ولحديث بُرَيْدَةَ بْنِ الْحُصَيْبِ رضي الله عنه⁽⁴⁾ عن النبي ﷺ «مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا كَانَ لَهُ بِكُلِّ يَوْمٍ صَدَقَةٌ، وَمَنْ أَنْظَرَهُ بَعْدَ حُلِّهِ كَانَ لَهُ مِثْلُهُ فِي كُلِّ يَوْمٍ صَدَقَةٌ»⁽⁵⁾.

(1) انظر م.6 من مرسوم قانون رقم 2.20.292 الصادر بتاريخ 23 مارس 2020 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها.

(2) انظر القانون رقم 42.20 بتغيير المرسوم بقانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، القاضي بتسخ أحكام المادة 6 من المرسوم بقانون المشار إليه.

(3) جزء من سورة البقرة، الآية: 279.

(4) هو بُرَيْدَةُ بْنُ الْحُصَيْبِ الْأَسْلَمِي، أسلم عام الهجرة، شهد خيبر والفتح والحديبية، له جملة أحاديث، حدث عنه: الشعبي والزهدي وطائفة، مات سنة 62 هـ. أسد الغابة: 108-109 (رقم الترجمة 397)، و السير: 469/2-470 (رقم الترجمة 91).

(5) أخرجه ابن ماجه في سننه مختصراً، كتاب الصدقات، باب إنظار المعسر، (برقم 2418). وأحمد في مسنده (مسند الأنصار) برقم (22970). والحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، (برقم 2259)، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه».

وقد أحسن المقنن صنعاً حينما اعتبرت م.149 من (ق ح م) أنه «في حالة الفصل من العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة أن يوقف تنفيذ التزامات المدين ... لا تترتب عليها فائدة طيلة المهلة القضائية». وهذا ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها والذي جاء فيه: «يحق للمدين إيقاف تنفيذ التزاماته، والاستفادة من المهلة القضائية، مع عدم ترتيب أي فائدة أثناء سريانها، في حالة حرمانه من أجره بسبب فصله عن العمل أو حالة اجتماعية متوقعة»⁽¹⁾.

التوجه نفسه سلكه الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط، حيث جاء في منطوقه: «نأمر بإيقاف التزامات الطالب المتمثلة في أداء باقي الأقساط المستحقة بموجب عقد القرض المبرم مع المطلوب في الدعوى، وذلك لمدة سنة، دون ترتيب أي فوائد خلالها»⁽²⁾.

وقد اعتبر القضاء جائحة كورونا من الظروف الاجتماعية الصعبة وغير المتوقعة، فقد جاء في حيثيات أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالقنيطرة: «حيث إن المدعي قد تأثر دخله بشكل كبير من جراء هذا الظرف الاجتماعي غير المتوقع، المتمثل في جائحة كورونا، وأن هذا الأمر سيجعل من المتعذر عليه الوفاء بالالتزامات تجاه الجهة المقرضة. كما أن استئناف النشاط العادي غير معروف المدى، بسبب استمرار الوضع الصحي المشار إليه. لذلك نأمر بإيقاف تنفيذ التزامات المدين موضوع عقد القرض، وذلك لمدة ستة أشهر من تاريخ التوقف عن أداء الأقساط الشهرية، مع عدم ترتيب الفوائد القانونية خلال هذه المدة. ويستأنف تنفيذ الالتزامات بعد انصرام المدة المذكورة بنفس الكيفيات والشروط المنصوص عليها بعقد القرض»⁽³⁾.

(1) قرار عدد 366، الصادر بتاريخ 19 يونيو 2014، في الملف التجاري عدد: 2014/3/1/520.

(2) أمر عدد 620، الصادر بتاريخ 23 ماي 2018، في الملف الاستعجالي عدد: 2018/1101/507.

ومثله الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بمكناس، عدد 150 الصادر بتاريخ 12 فبراير 2013 في الملف الاستعجالي عدد 12/8/966، والذي جاء في حيثياته: «وحيث لما كان توقف المدعي عن العمل حالة اجتماعية غير متوقعة، فإنه يتعين إيقاف التزاماته الناتجة عن عقد القرض الذي يربطه مع المدعى عليه، المتمثلة في باقي الأقساط المستحقة. وذلك إلى حين انتهاء عطالته عن العمل أو تنفيذه للحكم الناتج عن دعوى أداء التعويضات عن الفصل عن العمل المقدمة في مواجهة مشغله». وينظر أيضاً: الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء عدد 907 المؤرخ بتاريخ 15 غشت 2016 في الملف الاستعجالي عدد 2016/1101/254. والذي قضى ب: «إيقاف التزامات المدعية الناتجة عن عقد القرض المبرم مع المدعى عليها، دون ترتيب أية فوائد تأخير على حين انتهاء عطلة المدعية على ألا تتجاوز مدة الإيقاف في جميع الأحوال سنتين ابتداء من حلول أول قسط بقي بدون أداء».

وفي أمر صادر عن رئيس محكمة الاستئناف التجارية بوجدة، عدد 207، بتاريخ 15 غشت 2019، في الملف الاستعجالي عدد 2019/8101/135 جاء فيه: «حيث إن المدعية توقفت عن العمل نتيجة طردها من طرف مشغلها، وحيث لما كان توقيف المدعية عن العمل حالة اجتماعية غير متوقعة، وحيث إن المدعية بادرت إلى تقديم دعوى في مواجهة مشغلها لأجل أداء التعويضات المستحقة لها قانوناً عن الفصل من العمل، مما يقتضي الأمر بوقف التزامات المدعية المترتبة عن عقد القرض مؤقتاً، وذلك ابتداء من تاريخ توقفها عن أداء قسط القرض، إلى غاية اقتضاءها التعويضات المحكوم بها لفائدتها، على ألا تتجاوز هذه فترة الإمهال القضائي سنتين. مع وقف احتساب الفوائد طيلة الفترة المذكورة». ومثله الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بفاس عدد 184 بتاريخ 27 مارس 2019 في الملف الاستعجالي عدد 18/1101/711. والأمر الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 304 بتاريخ 14 يوليوز 2020 في الملف الاستعجالي عدد 20/1101/280.

(3) أمر عدد 532 الصادر بتاريخ 08/09/2020، في الملف الاستعجالي عدد 2020/1101/488.

وفي أمر استعجالي حديث وفريد لها، قضى رئيس المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء برفض طلب الحكم بإيقاف أداء الأقساط المترتبة عن عقد القرض، وتمتيع صاحب الطلب بالإمهال القضائي، استناداً لكونه قد طرد من العمل، لارتكابه خطأ جسيماً، وليس كونه ضحية طرد تعسفي⁽¹⁾.

جملة القول، أنه لا يجوز التأجيل إلى أجل غير منضبط الوقوع، لأنه من الغرر الكثير المانع من صحة العقد.

كما لا يجوز تعجيل النقد لإجازة العقد.

ولا تنتهي عقود المدة إذا استمر العاقدان في الالتزام بمضمون العقد، حيث يكتف هذا التصرف تعبيراً ضمنياً عن إرادتهما في تمديد العقد بشروطه المتفق عليها. منح المدين الملاحق قضائياً أجلاً معتدلاً للوفاء بالتزامه، في حالة الفصل من العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة.

(1) أمر استعجالي عدد 6118، الصادر بتاريخ 02 نونبر 2020، ملف عدد 2020/1101/3223.

المبحث الرابع: آثار الأجل وأسباب حلوله

اقتضى المقام في هذا المبحث بيان آثار الأجل في المرحلة التي تسبق حلوله؛ أي المرحلة التي يكون فيها الأجل ما زال قائماً، وبين المرحلة التي تستتبع حلوله، ثم بيان أسباب حلوله. وذلك في مطلبين.

عقدت الأول للحديث عن آثار الأجل، وهل الالتزام المقترن بأجل واقف هو التزام كامل الوجود ونافذ، أم أنه التزام مؤقت يزول حتماً بحلول الأجل؟

وأفردت المطلب الثاني للكلام على أسباب حلول الأجل، وهل يحلّ الدين المؤجل قبل حلول أجله إذا أصاب المدين أمر في ماله أو بدنه أو نحوهما، أم لا تنفك عنه صفة التأجيل مادام أجله باقياً؟

وهل يُجبر الغرماء على أخذ الديون المؤجلة إذا حلت بالموت، إذا أراد من هي عليه البراءة منها، أم لهم أن يتركوها في الذمة إلى أجلها؟

المطلب الأول: آثار الأجل

بيان آثار الأجل يقتضي التمييز بين المرحلة التي تسبق حلول الأجل؛ أي المرحلة التي يكون فيها الأجل قائماً، وبين المرحلة التي تستتبع حلوله.

1. مرحلة قبل حلول الأجل

إن الالتزام المقترن بأجل واقف هو التزام كامل الوجود، بل هو أقوى وجوداً من الالتزام المعلق على شرط واقف الذي قد ينشأ إذا تحقق الشرط، وقد يعتبر كأن لم يكن إذا تخلف، في حين أن الالتزام المقترن بأجل واقف هو التزام كامل الوجود ولكنه غير نافذ، لأن نفاذه مُرجأ بعض الوقت.

لذا كان طبيعياً أن تترتب عليه جميع الآثار المترتبة على الالتزام المعلق على شرط واقف، وهذا ما نص عليه ف.134 من (ق ل ع) بقوله: «الأجل الواقف ينتج آثار الشرط الواقف، والأجل الفاسخ ينتج آثار الشرط الفاسخ». إضافة إلى آثار مستمدة من كونه التزاماً كامل الوجود؛ كاتخاذ جميع الإجراءات التحفظية لحفظ حقوقه، وكذا طلب كفيل أو أي ضمانات أخرى، أو اللجوء إلى مسطرة الحجز التحفظي إذا كانت له مبررات معتبرة تجعله يخشى إفسار المدين أو فراره.⁽¹⁾

وإذا أدى المدين الالتزام قبل حلول أجله، لا يسوغ له استرداد ما دفعه ولو كان جاهلاً بوجود هذا الأجل.⁽²⁾

ومن أهم الآثار المترتبة أيضاً على كونه التزاماً غير نافذ؛ أنه لا تقع المقاصة بينه وبين التزام آخر مستحق الأداء، لأن المقاصة لا تكون إلا في التزامين مستحقين الأداء.⁽³⁾

ولا يسري عليه التقادم المسقط، لأن التقادم المسقط لا يتناول الالتزام إلا إذا كان مستحق الأداء، ويستثنى من ذلك إذا كان الأجل موكولاً تعيينه إلى إرادة الدائن، حيث يسرى التقادم من وقت وجود الدين لا من وقت حلول الأجل.

أما الالتزام المقترن بأجل فاسخ، فهو التزام موجود ونافذ، لكنه التزام مؤقت يزول حتماً بحلول الأجل. ويترتب على كونه حقاً مؤقتاً بطبيعته؛ أن جميع تصرفات صاحب هذا الحق تقيّد بحدوده، وتكون مؤقتة مثله، لأن المتصرف لا يستطيع أن ينقل إلى المتصرف إليه أكثر مما له، لمبدأ أن الشخص لا يستطيع أن ينقل لغيره أكثر مما يملك.

(1) انظر: ف.138 من (ق ل ع).

(2) انظر: ف.136 من (ق ل ع).

(3) انظر: ف.362 من (ق ل ع).

2. مرحلة بعد حلول الأجل

بمجرد حلول الأجل الواقف، يصبح الالتزام المقترن به قابلاً للتنفيذ، وينقلب من التزام غير نافذ إلى التزام مستحق الأداء وواجب التنفيذ، حيث يجوز للدائن أن يجبر المدين على الوفاء، كما تجوز المقاصة بين الدين الذي حلّ أجله وبين دينٍ مقابل له على الدائن مستحق الأداء، ويسري عليه التقادم المسقط يبدأ سريانه منذ حلول الأجل.

وإذا كان المقنن قد خالف سهواً نظيره الفرنسي؛ حين اعتبر ف.255 من (ق ل ع) في مطلعه أن المدين يصبح في حالة مطل بمجرد حلول الأجل المقرر في السند المنشئ للالتزام، جاء القضاء ليصلح هذا السهو غير المقصود، ويرسخ إخلاصه المطلق للقانون المدني الفرنسي، حيث أكد في العديد من القضايا أنه لا يكفي لاعتبار المدين في حالة مطل بمجرد حلول الأجل، بل لا بد أن يوجه إليه الدائن إنذاراً، فقد جاء في إحدى قرارات محكمة النقض أنه:

«في العقد الملزم للجانبين إذا حدد تنفيذه بأجل معين، فإن عدم تنفيذه من الطرفين في الأجل المتفق عليه، يعتبر ذلك تنازلاً ضمناً منهما عن الأجل، ولا يصبح أحد المتعاقدين في حالة مطل موجب للفسخ إلا بتوجيه إنذار جديد من أحدهما للآخر من أجل التنفيذ داخل أجل جديد يحدده له»⁽¹⁾.

وأكدت في قرار آخر لها أن: «ارتباط طرقي العقد معاً بأجل معين في تنفيذ التزاماتها، يجعل عدم تقيدهما بهذا الأجل تنازلاً ضمناً عنه، وبالتالي فلا يمكن لأحدهما أن يجعل الطرف الآخر في حالة مطل إلا بإنذاره»⁽²⁾.

وفي قرار مماثل لها نصت على أن: «الالتزامات المتقابلة إذا كانت محددة بأجل لكلا طرفي العقد، فإن عدم احترام الطرفين للأجل المتفق عليه يعتبر تنازلاً ضمناً منهما عنه، ولا يكون أحدهما في حالة مطل إلا إذا أنذره الآخر من أجل تنفيذ التزامه دون جدوى»⁽³⁾.

كما جاء في قرار حديث لها أن: «إذا لم يقم طرفا العقد بتنفيذ التزاماتهما داخل الأجل المتفق عليه، فإنهما يعتبران في حكم المتنازلين عن الأجل، ويتحول إلى أجل مفتوح، ولا يمكن اعتبار أي منهما في حالة مطل إلا بعد إنذاره من الطرف الآخر بأجل معين دون جدوى»⁽⁴⁾.

(1) قرار عدد 136، الصادر بتاريخ 26 مارس 2013، في الملف المدني عدد: 2012/7/1/482.

(2) قرار عدد 44، الصادر بتاريخ 12 فبراير 2013، في الملف المدني عدد: 2012/7/1/260.

(3) قرار عدد 156، الصادر بتاريخ 2 أبريل 2013، في الملف المدني عدد: 2013/7/1/2594.

(4) قرار عدد 326، الصادر بتاريخ 23 فبراير 2016، في الملف المدني عدد: 2015/21/1812.

أما إذا كان الأجل فاسخاً ، فبمجرد حلوله ينقضي الحق الذي كان مقترناً به ، وتزول آثاره ، أي جميع التصرفات التي كان قد أجراها صاحب الحق في فترة قيام حقه بشكل فوري ، أي بالنسبة للمستقبل. أما الآثار التعاقدية المترتبة في الماضي فتبقى صحيحة لا يطالها الزوال.

وينقضي الالتزام بحلول الأجل ولو كان قد انتقل إلى الخلف العام أو الخاص ، لأن انتقاله يكون قد تم بحالته ، أي بصفته حقاً أو التزاماً مقترناً بأجل معين يزول بعد انقضائه⁽¹⁾.

حاصل الكلام ، إن الالتزام المقترن بأجل واقف هو التزام كامل الوجود ، ولكنه غير نافذ ، لأن نفاذه مُرجأً بعض الوقت. وتترتب عليه جميع الآثار المترتبة على الالتزام المعلق على شرط واقف.

أما الالتزام المقترن بأجل فاسخ ، فهو التزام موجود ونافذ ، لكنه التزام مؤقت يزول حتماً بحلول الأجل.

وبمجرد حلول الأجل الواقف ، ينقلب من التزام غير نافذ إلى التزام مستحق الأداء وواجب التنفيذ.

أما إذا كان الأجل فاسخاً ، فبمجرد حلوله ينقضي الحق الذي كان مقترناً به ، وتزول آثاره بشكل فوري ، بالنسبة للمستقبل. أما الآثار التعاقدية المترتبة في الماضي فتبقى صحيحة لا يطالها الزوال.

(1) القانون المدني لعبد الحق صافي: 123.

المطلب الثاني: أسباب حلول الأجل

إذا كان الدين المؤجل يحل بانتهاء أجله، لأن الأجل وصف للدين، فإذا انتهى الموصوف انتهى الوصف، فهل يحل الدين المؤجل قبل حلول أجله إذا أصاب المدين أمر في ماله أو بدنه أو نحوهما، أم لا تتفك عنه صفة التأجيل مادام أجله باقياً؟

قال مالك: «من مات أو فلس؛ فقد حلّ دينه؛ وإن كان إلى أجل»⁽¹⁾. وهو ما عبّر عنه ابن عبد الحكم بقوله: «من مات أو فلس فقد حلّ دينه»⁽²⁾.

وقد علّل القاضي عبد الوهاب ذلك عندما قال: «تحلّ الديون المؤجلة بالفلس، لأنه معنّى يوجب تعلّق الديون التي في الذمة بأعيان الأموال؛ كالموت»⁽³⁾.

كما أن «الدين المؤجل يحلّ بموت من هو عليه، لأن الدين كان معلّقاً بالذمة، فإذا خربت لم يبق له محل يتعلق به، فوجب انتقاله إلى التركة، وذلك يقتضي حلوله»⁽⁴⁾.

وأضاف أن «الديون التي للميت أو المفلس لا تحلّ، بل تبقى إلى أجلها، لأن محالها المتعلقة بها لم تبطل ولم تغب»⁽⁵⁾.

وهو ما أكده القرافي معللاً ذلك بقوله: «مؤجل دين الميت والمفلس الذي عليهما يحلّ بالموت والفلس، وما لهما يبقى لأجله، لأن الذمة خربت. ورب الدين إنما رضي بالتأجيل مع تمكنه من المال، وقد زالت المكنة»⁽⁶⁾.

والفرق بينهما أن المفلس ذمته قد خربت بالتفليس، فلم يكن بدّ من أخذ الدين منها، لأنه متى لم تؤخذ أدى ذلك إلى إسقاطها، وليس كذلك ما كان له من دين، لأن ذمة من هو عليه لم تخرب، فلهذا افترقا»⁽⁷⁾.

وقد اختلف أهل المذهب في الديون المؤجلة إذا حلت بالموت، هل يُجبر الغرماء على أخذها إذا أراد من هي عليه البراءة منها، أو أن يتركوها في الذمة إلى أجلها؟

(1) المدونة: 86/13.

(2) المختصر الكبير: 326.

(3) الإشراف على نكّات مسائل الخلاف: القاضي عبد الوهاب (ت466هـ) ت. مشهور آل سلمان، دار ابن القيم الرياض، ودار ابن عفان القاهرة، ط1، 2008، 33/3.

(4) المصدر نفسه: 31/3-32.

(5) المعونة على مذهب عالم المدينة: له أيضاً، ت. عبد الحق حميش، المكتبة التجارية، مكة، ص: 1184.

(6) الذخيرة: 172/8.

(7) الفروق الفقهية للقاضي عبد الوهاب (ت466هـ) ت. جلال الجهاني، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 2003، ص: 92. والفروق الفقهية لأبي الفضل مسلم، ت. محمد أبو الأجنان وحمزة أبو فارس، دار الحكمة، طرابلس، ط1، 2007، ص: 110.

ذهب ابنُ أبي زَمَنِينَ إلى أنه: «تباع ديونه التي له مؤجَّلة، إلا أن يشاء الغرماء أن يتركوها إلى أجلها»⁽¹⁾، خلافاً لما حكاه المازري عن ابنِ نافع⁽²⁾ في المبسوط أنه إذا مات من هو عليه الدين المؤجل، فقال ورثته: نأتي بحميل موسر يضمن عنا الدين إلى أجله وتقسم التركة، فإنهم لا يمكنون من ذلك؛ وكأنه رأى أن حلول الدين بالموت ضربة لازم، فلا يتغير فيه بزوال علته.

وهذا مطابق لما حُكي عن ابنِ القاسم في العُتبية⁽³⁾، خلافاً لابنِ القصار الذي رأى أن التزام الورثة أداء الدين عند أجله وكانوا أملياء، أن يحكم على صاحب الدين بذلك⁽⁴⁾.

ولما كان الأجل قد شُرع رفقا للمدين وتمكيناً له من الوفاء بالدين عند حلول أجله، ورعياً لحالة العدم التي تعرض لها، فهل من حقه أن يتنازل عن أجل الدين ويسقطه، ويُجبر الدائن على قبوله قبل حلول أجله؟

قال مالك في الرجل يُعجل دينه قبل أجله، أنه يُجبر الذي له الدين على أخذه؛ وإن لم يحل أجله من قرض كان الدين أو من بيع،⁽⁵⁾ وقيد ذلك ابنُ الجلاب بقوله: «ومن أقرض رجلاً إلى أجل، فليس له مطالبة به قبل الأجل. ولو ردّه إليه المقترض قبل حلول الأجل لزمه قبوله؛ إذا ردّه إليه في المكان الذي أخذه منه فيه. وإن ردّه إليه في غير المكان الذي أخذه فيه؛ لم يلزم قبوله»⁽⁶⁾.

وقال ابنُ أبي زيد: «ومن عليه دين من بيع أو قرض مؤجل، فله أن يعجله قبل أجله»⁽⁷⁾، ومثله ابنُ عبيد الطليطلي⁽⁸⁾ بقوله: «إن أراد الذي عليه السلف أن يؤديه قبل الأجل حكم له بذلك. وإن أراد الذي له السلف أن يتقاضاه قبل الأجل لم يُحكم له بذلك»⁽⁹⁾. لأن التعجيل إذا ترتب عليه ضرر؛ فهو كنقص في صفة الدين، فلا يلزم قبوله⁽¹⁰⁾.

- (1) منتخب الأحكام: ابن أبي زَمَنِين (ت399هـ) ت. محمد حمّاد، دار الأمان، الرباط، ط1، 2009، 195/2.
 - (2) هو عبد الله بنُ نافع المعروف بالصائغ، كان صاحب مالك وأفضلهم، ومفتي أهل المدينة برأي مالك، سمع منه سحنون وكبار أصحاب مالك، له تفسير في الموطأ، توفي سنة 186هـ، ترتيب المدارك 128/3-130.
 - (3) العُتبية: سميت بذلك نسبة لمؤلفها العتبي (ت254هـ). وتسمى أيضاً المستخرجة لأنه استخرجها من الأسمعة المروية عن مالك مما ليس في المدونة، كسماع يحيى وأشهب وابن نافع وابن دينار من ابن القاسم. وقد ورد اسمها عند ابن حارث الديوان المستخرج من الأسمعة. وهو كتاب جامع للروايات المطروحة والمسائل الفقهية الشاذة، قام بشرحها ابنُ رشد الجد في البيان والتحصيل. وجمع ابنُ عات تنبيهات على المستخرجة. وعدها المتأخرون من أصول مذهب مالك. ولم يصل منها إلا قطعة صغيرة تشمل على كتاب الحج في عشرين باباً.
 - (4) شرح التلقين للمازري: 305/3.
 - (5) فتاوى قاضي الجماعة: ابن سراج (ت848هـ) ت. محمد أبو الأصفان دار ابن حزم، بيروت، ط2، 2006، ص: 167.
 - (6) المدونة: 67/13.
 - (7) التفریع: ابن الجلاب (ت378هـ) ت. حسين الدهماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1987، 140/2.
 - (8) الرسالة الفقهية لابن أبي زيد القيرواني (ت386هـ) ت. الهادي حمو ومحمد أبو الأصفان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1997، ص: 214.
 - (9) هو أبو الحسن بنُ عبيد الطليطلي من علماء القرن الرابع الهجري، كان فقيهاً عالمًا، له هذا المختصر المشهور، قال فيه بعضُ الفقهاء: من حفظه فهو فقيه قرية ولو كانت مثل مصر. روى عنه ابنُ مدراج وشكوك بنُ حبيب. توفي سنة 390هـ. المدارك: 172.171/6 (رقم 216).
 - (10) مختصر الطليطلي: ابن عبيد الطليطلي (ت390هـ) ت. محمد شريف، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2004، ص: 102.101.
- وهذا ما نص عليه ف. 866 من (ق ل ع) بقوله: «...يسوغ له (المقترض) رده (القرض) قبل الأجل، ما لم يتنافى ذلك مع مصلحة المقرض». ومثله ف. 135 من القانون نفسه بقوله: «...يجوز للمدين أن ينفذ الالتزام ولو قبل حلول أجله، إذا كان محله نقوداً ولم تكن للدائن ثمة مضرة في استيفائه...».

خلاصة القول، إن الدَّيْنَ المؤجَّل يحل قبل حلول أجله، إذا أصاب المدينَ أمرٌ في ماله أو بدنه أو نحوهما؛ لخراب ذمته.

والراجع في الديون المؤجلة إذا حلت بالموت، أن يُجبر الغرماء على أخذها إذا أراد من هي عليه البراءة منها. وقيل: إن شاء الغرماء تركوها إلى أجلها.

المبحث الخامس: قضايا الأجل وموضوعاته العلمية

رنا هذا البحث إلى إيراد بعض قضايا المصطلح التي تثيرها بعض سياقاته، وقد أخضعت كل قضية بموضع الدرس حسب ما أذنت لي به مادة نصوصه، وذلك في ثلاثة مطالب.

أفردت **المطلب الأول** لتفصيل الكلام على حصة الأجل من الثمن، فهل فهل للأجل قيمة مالية معتبرة تجعله قابلاً للبيع ويستحق حصة من الثمن مقابل الإمهال؟ أم أن الأجل ليس مالاً يدخل في الذمة، ولا شيئاً يشار إليه فيستحق العوض؟

وهل يجوز فهل يجوز الوضع من الدين المؤجل مقابل تعجيله؟

وجعلت **المطلب الثاني** معقوداً للحديث عن اختلاف العاقلين مدة الأجل ومقداره وأصله.

وانحصر الكلام في **المطلب الثالث** على سقوط الأجل بالتقادم، وهل تسقط الحقوق الثابتة في الذمم بالتقادم، أم أنها لا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء؟

المطلب الأول: حصة الأجل من الثمن

إذا كان الأصل في العقود الحلول؛ إذ الحلول هو مقتضى العقد وموجبه، فإن الأجل يمكن أن يثبت بشرع أو شرط أو عرف، فيكون العقد إلى أجله. فهل للأجل قيمة مالية معتبرة تجعله قابلاً للبيع ويستحق حصة من الثمن مقابل الإمهال؟ أم أن الأجل ليس مالاً يدخل في الذمة، ولا شيئاً يشار إليه فيستحق العوض؟

تناول متأخرو المالكية هذه المسألة في معرض حديثهم عن بيع المrabحة، وما يجب تبينه في البيع؛ إذ تواردت عباراتهم على أن للأجل حصة من الثمن، منها ما قاله ابنُ رشد الجد: «من المعلوم أن من اشترى إلى أجل يزيد في الثمن وأجل التأخير»⁽¹⁾.

وقال المازري: «إن التأجيل في ثمن المبيعات له حصة من الثمن، ومعلوم قطعاً أن من يشتري على أن يؤدي ثمنه إلى أجله يكون الثمن فيه أوفر من الثمن لو بيع على النقد»⁽²⁾، وأضاف أن «الصبر على المشتري حتى ينقضي الأجل له حصة من الثمن»⁽³⁾.

وقال ابنُ هارون⁽⁴⁾: «ما بيع بالنسيئة يستزاد في قيمته»⁽⁵⁾. كما قال عياض: «إذ المعهود الزيادة في بيع الأجل»⁽⁶⁾.

ومثلهم القرأفي بقوله: «إن الأجل له جزء من الثمن»⁽⁷⁾. وكذا ابن الحاجب، حيث قال: «إن الأجل له حصة من الثمن»⁽⁸⁾.

وقال الشاطبي: «إن النساء في أحد العوضين يقتضي الزيادة»⁽⁹⁾.

وقيّد الدسوقي ذلك بقوله: «إن للأجل حصة من الثمن إن دخلا على التأجيل ابتداءً»⁽¹⁰⁾.

وقد بنوا ذلك على صحة بيع الشيء بثمن مؤجل أكثر من سعر يومه لأجل النساء⁽¹¹⁾، وجواز الزيادة في مقدار المسلم فيه مقابل تأجيله.

(1) المقدمات: 130/2.

(2) شرح التلقين للمازري: 303/3.

(3) المصدر نفسه: 77/2.

(4) هو عبد الحق بن هارون التميمي، مدرّس للأصول والفروع، من شيوخه: أبو بكر بن عبد الرحمن وأبو عمران وغيرهما. ألف كتاب النُكت والفروق لمسائل المدونة، وتهذيب الطالب، وله استدراقات على مختصر البراذعي. توفي سنة 466 هـ. المدارك: 71/6-74، والديباج: 56/2.

(5) النكت والفروق: 21/2.

(6) التنبيهات: 1214.

(7) الذخيرة: 254/2.

(8) التوضيح: 542/5.

(9) الموافقات: 381/4.

(10) حاشية الدسوقي: 165/3.

(11) النساء: بيع الشيء بالتأخير. المفردات: 804. ووردت عند أصحاب المعجمات اللغوية بمعنى: التأخير. انظر: الصّاح والتهذيب واللسان والتاج، مادة: (نساء).

من خلال هذه النقول الفقهية؛ فقد ثبت أن للأجل حصة من الثمن، لعدم استواء النقد والنسيئة في المالية، لأن المعجل أكثر قيمة من المؤجل، وأن المال كلما زاد أجله نقصت قيمته، وهذا النقص يعوض بزيادة الثمن، وذلك لعموم قوله ﷺ: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»⁽¹⁾، وأن العام يبقى على عمومته إلى أن يرد دليل بتخصيصه،⁽²⁾ وأن الأصل في المعاملات الصحة والجواز إلا ما نص الشارع على بطلانه، كما أن ثمة نزعة نفسية فطرية تفضل إشباع رغبتها في حاضر محقق بدلا من تأجيلها لمستقبل منعدم التصور، قال ﷺ: «كَلاَّ بَلْ تُحِبُّونَ الْعَاجِلَةَ»⁽³⁾.

كل ذلك إنما يكون في مبادلة الأموال غير الربوية، التي يجوز فيها التفاضل والنساء، لأنها تجارة إذن الشارع فيها، وجعلها سبباً مشروعاً للاكتساب والاسترباح وطلب الفضل. خلافاً للقروض التي قوامها الإرفاق والإحسان بتبرع المقرض بمنافع ماله مدة القرض في الدنيا، على أن يستوفي قيمتها مع الثواب الآخروي، قال ﷺ: «مَنْ ذَا الَّذِي يُفْرِضُ اللَّهُ قَرْضاً حَسَناً فَيُضْلِعُهُ لَهُ أَضْعَافاً كَثِيرَةً»⁽⁴⁾، ولا يقبل شرعاً جعل الإقراض سبباً للاسترباح وطلب الفضل بأخذ البذل عن الأجل.

فإذا كانت الزيادة في الدين المؤجل مقابل تأجيله سائغة شرعاً، فهل يجوز الوضع من الدين المؤجل مقابل تعجيله؟

اشتهرت هذه المسألة عند الفقهاء بـ«ضع وتعجل»⁽⁵⁾، وقد اتفقت كلمة أهل المذهب على منعها سداً لذريعة⁽⁶⁾ الربا، قال مالك: «لو أخذ (المدين) بعض حقه منه على أن يترك له ما بقي قبل الأجل لم يجز هذا، لأنه وضع وتعجل، فإذا حل الأجل، فلا بأس بذلك»⁽⁷⁾.

وقال الزُّهري⁽⁸⁾: «ومن الربا: أن يكون لرجل على رجل دين، فيضع بعضه، ويتعجل بعضه»⁽⁹⁾.

(1) سورة البقرة، جزء من الآية: 274.

(2) إحكام الفصول: 383، والإشارة في معرفة الأصول: 186، وشرح تنقيح الفصول: 93.

(3) سورة القيامة، الآية: 19.

(4) سورة البقرة، جزء من الآية: 243.

(5) عرفها ابنُ جزي بقوله: «أن يكون على الرجل دين لم يحل، فيعجله بثل حلوله على أن ينقص منه». القوانين: 427.

(6) قال الباكي: «كل من قال بقطع الذرائع يذهب إلى هذا». الاستذكار: 20/266. والذرائع: «هي المسائل التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها على فعل المحظور. وسدها: حسم مادة وسائل الفساد دفعا له». إحكام الفصول: 567، وشرح تنقيح الفصول: 352.

(7) المدونة: 123/13. قال ابنُ عبد البر: «ومما لا يجوز في الدين إلى أجل: ضع وتعجل». التمهيد: 66/4.

(8) هو أبو مُصعب أحمد بنُ أبي بكر الزُّهري، أحد الثقات الأثبات، وشيخ أهل المدينة وقاضيه ومحدثهم، روى عن مالك الموطأ وغيره من قوله، وتفقه بأصحابه، المغيرة وابن دينار وغيرهما، وروى عنه الجماعة سوى النسائي بواسطة رجل (خياط)، له كتاب مختصر في قول مالك، توفي سنة 242هـ. المدارك: 3/349. 347. وتهذيب الكمال: 1/281. 278 (رقم 17)، التهذيب: 1/20 (رقم 21)، والتذكرة: 2/482. 484 رقم (497)، والسير: 11/440. 436 (رقم 100). والمقصود بالجماعة: الشيخان وأصحاب السنن الأربعة مع الإمام أحمد.

(9) مختصر أبي مُصعب الزُّهري (ت242هـ) ت. نور الدين شويد، دار الأمان، الرباط، ط1، 2018، ص: 376.

قال المقري: «لا يجوز عند مالك ضع وتعجل، وكل ما أدى إلى ذلك ممنوع». القواعد: 427 (قاعدة 905).

وقال ابن الجلاب: «ومن كان له على رجل دين إلى أجل، فلا يجوز أن يضع عنه قبل الأجل بعضه ويتعجل بعضه، ولا بأس بذلك إذا حلَّ الأجل»⁽¹⁾.

قال ابن أبي زيد: «ولا تجوز الوضعية من الدين على تعجيله»⁽²⁾.

وعَلَّ شَرَّاحُهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُ «يُؤَدِّي إِلَى سَلْفٍ جَرِ نَفْعًا، وَأَنْ مِنْ عَجَلٍ شَيْئًا قَبْلَ وَجُوبِهِ يَعِدُ مُسْلِفًا لِمَا عَجَّلَهُ، وَالْمُؤَخَّرَ لِمَا فِي الذِّمَّةِ مُسْلِفٌ، وَفَسَخَ مَا فِي الذِّمَّةِ فِي مُؤَخَّرٍ حَرَامٌ مُطْلَقًا»⁽³⁾.

وبعد أن ذكر ابن جزري تحريم الوضع لتعجيل المؤجل؛ نقل الاتفاق على الحط من دين حال مقابل تعجيله⁽⁴⁾. واستدلوا بما روي عن المقداد بن الأسود رضي الله عنه⁽⁵⁾ قال: «أَسْلَفْتُ رَجُلًا مِائَةَ دِينَارٍ، ثُمَّ خَرَجَ سَهْمِي فِي بَعْثٍ بَعَثَهُ رضي الله عنه، فَقُلْتُ لَهُ: عَجِّلْ لِي تِسْعِينَ دِينَارًا وَأَحْطُ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ، فَقَالَ: نَعَمْ. فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، فَقَالَ: أَكَلْتَ رِبًا يَا مِقْدَادُ وَأَطَعَمْتَهُ»⁽⁶⁾.

كما استدلوا بما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل فيضع عند صاحب الحق ويعجله الآخر، فكره ذلك ونهى عنه⁽⁷⁾.

خلاصة الكلام، إن للأجل حصة من الثمن في الديون دون القروض؛ إن وقع التأجيل ابتداءً؛ بل وتصح الزيادة في الديون الثابتة في الذمة مقابل الإمهال ولأجل النساء؛ ولو اتُخذ الدين مجرد وسيلة لها. لأن العوض المعجل أعلى قيمة من العوض المؤجل، فيعوض النقص الحاصل في القيمة بزيادة الثمن بسبب أفضلية الأجل.

واتفقت كلمة أهل المذهب على تحريم الوضع لتعجيل المؤجل سدًّا لذريعة الربا. لأنه يؤدي إلى سلف جر نفعًا. ولا بأس بذلك إذا حلَّ الأجل.

(1) التفريع: 169/2-170. ومثل ذلك قال ابن عبد الحكم في مختصره الكبير: 244.

(2) النوادر: 130/6، والرسالة: 213.

(3) شرح زروق (126/2)، والفواكه الدواني (147/2).

(4) القوانين الفقهية: ابن جزري (ت 741 هـ) ت. ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 2013، ص: 427-428.

(5) هو المقداد بن عمرو القضاعي، صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأحد السابقين الأولين، شهد بدرًا والمشاهد، له جماعة أحاديث، حدّث عنه علي وابن مسعود وابن عباس وجماعة، حديثه في الستة، وله حديث في الصحيحين، انفرد له مسلم بأربعة أحاديث، مات سنة 33 هـ. انظر التهذيب: 285-286 (رقم 503). والسير: 385/1 (رقم 81).

(6) طرف من حديث أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب البيوع، باب لا خير في أن يعجله بشرط أن يضع عنه (رقم 11251). وقال: إسناده ضعيف. وسبب ضعفه: أنه روي من طريق يحيى بن يعلى الأسلمي، وهو ضعيف. قال عنه ابن معين: ليس بشيء، وأبو حاتم: ضعيف، والبخاري: مضطرب الحديث. انظر: الميزان: 414/4.

(7) رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في الربا في الدين (رقم 82) قال مالك: «والأمر المكروه الذي اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل، فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب، وذلك عندنا بمنزلة الرجل الذي يؤخر دينه بعد محله عن غريمه، ويزيده الغريم في حقه، فهذا الربا بعينه، لا شك فيه». الموطأ: (673/2). قال ابن عبد البر: «قد بين مالك أن من وضع من حق له لم يحلَّ أجله يستعجله، فهو بمنزلة من أخذ حقه بعد حلول أجله، لزيادة يزدادها من غريمه للتأخير، ذلك لأن المعنى الجامع لهما هو أن يكون بإزاء الأمد الساقط والزائد بدلًا وعوضًا يزداده الذي يزيد في الأجل، ويسقط عن الذي يجعل الدين قبل محله، فهذا وإن كان أحدهما عكس الآخر، فهما مجتمعان في المعنى الذي وصفنا». الاستذكار: 260-259/20.

المطلب الثاني: اختلاف العاقدین في الأجل

للإمام المازري في أحكام هذا الاختلاف تفصيل في غاية البيان، ارتأيت نقله برمته، فقد قال: «اعلم أن اختلاف المتبايعين في الأجل لا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتفق على أن البيع وقع إلى أجل محدود، واختلفا في هذا الأجل هل تقضى أم لا؟ أو يختلفان في مقدار الأجل؟ أو يختلفان في نفيه أصلاً أو ثبوته؟

فأما القسم الأول: وهو اتفاقهما على مدة الأجل واختلافهما هل تقضى أم لا؟ فالقول فيه قول من أنكر تقضيّه، لأن الاختلاف يرجع إلى الاختلاف في زمن العقد متى كان، ولو اتفقا على زمن العقد لأنكرت العقول عليهما اختلافهما في تقضيّه، لأن الأصل أن لا معاملة بينهما فيما مضى من غيرهما، فهما باقيان على هذا الأصل مستصحبان له، حتى يثبت أنهما تعاقدتا هذا البيع في زمن معلوم، فيزول حكم استصحاب الحال، «لأن الأصل عدم الحلول»⁽¹⁾، «والعادة التأجيل»⁽²⁾.

وأما القسم الثاني: وهو أن يختلفا في مقدار الأجل مع اتفاقهما على ثبوته واشتراطه في أصل العقد. فالحكم أنهما يتحالفان إذا كانت السلعة في يد البائع؛ وإن فاتت بالقبض. ويصدق المشتري في مقدار الأجل مع حصول الفوت، وهذا لم يختلف فيه المذهب.

وأما القسم الثالث: وهو دعوى البائع انعقاد البيع على كون الثمن حالاً، ودعوى المشتري إلى أنه إلى أجل، فقد ذكر مالك: «إن كانت السلعة قائمة لم تفت تحالفاً وتراًداً، وإن كانت قد فاتت، فالقول قول المبتاع مع يمينه»⁽³⁾.

وذكر في كتاب الوكالات وكتاب الرهن: «تصديق المشتري مع الفوت إذا ادعى حداً قريباً لا يُنهم فيه. وقيل بالترقة بين بعيد الأجل وقريبه؛ فيكون القول في دعوى الأجل البعيد قول البائع، وفي دعوى القريب يتحالفان ويتفاسخان»⁽⁴⁾.

قال أبو عبيد⁽¹⁾: «إن الأصل في البيوع النقد، والأجل طارئ عليه، ومن ادعى خلاف الأصل لم يصدق... لأن العقد في الأصل بريء من الأجل؛ حتى يثبت اشتراطه فيه»⁽²⁾.

(1) الذخيرة: 322/5.

(2) التوضيح: 590/5.

(3) المدونة: 36/11.

(4) شرح التلقين للمازري: 75/2، وانظر التمهيد: 298/24، والذخيرة: 321/5، والنوادر: 419/6، وجامع الأمهات: 368، والتوضيح: 589/5.

(5) هو أبو عبيد قاسم الجبيري الطرطوشي، من أهل العلم بالحديث والفقه، سمع من قاسم بن أصبغ وغيره، وروى عنه أبو بكر بن زهر، توفي سنة 378هـ. ترجمته في المدارك: 7-5/7 (رقم 7)، والديباج: 151/2، والتكملة: 446-445/1 (رقم 809).

(6) التوسط بين مالك وابن القاسم في المسائل التي اختلفا فيها من مسائل المدونة: أبو عبيد الطرطوشي (ت378هـ). ت. أبو سفيان باحو، دار الضياء، مصر، ط1، 2005، ص: 133.

وذهب ابنُ شاس إلى أن: «الأصل فيه جارٍ مجرى الاختلاف في مقدار الثمن، إلا أنه قد اعتيد الشراء بالنقد في بعض السلع حتى صار ذلك العرف فيها، فإن ثبتت عادة في مبيع ما تصرف عن الأصل، وإلا فالرجوع إليه، ولهذا نزل بعض المتأخرين ما وقع من الاختلاف بين الأصحاب في ذلك على شهادة بعادة»⁽³⁾.

وقد أشار الشيخ خليل إلى المسألتين الأولى والثانية دون الثالثة، فالأولى بقوله: «وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالقول لمنكر التقضي»⁽⁴⁾، والثانية هي قوله: «...إن اختلفا المتبايعان في...أو قدر أجل...حلفاً وفُسَخ...وصدق مشترادعى الأشبه وحلف إن فات»⁽⁵⁾.

(1) الجواهر: 747-748.

(2) مختصر خليل: 191.

(3) المصدر نفسه: 191.

المطلب الثالث: سقوط الأجل بالتقادم

إن الحقوق متى ثبتت في الذمم واستقرت، فإنها لا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء، فلا يؤثر فيها تقادم الزمان وطول المدة، إذ الأصل بقاؤها ثابتة، فلا تزول إلا بدليل، لقول عمر رضي الله عنه في رسالته القضائية: «...فَإِنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ لَا يُبْطَلُهُ شَيْءٌ...»⁽¹⁾. قال ابن رشد الجد: «إن الحقوق إذا تقرررت لأربابها لا تسقط إلا بما يصح به إسقاطها»⁽²⁾.

وقد سئل عيسى بن دينار⁽³⁾ عن الرجل يكون له على الرجل الحق، فلا يقوم عليه حتى يموت الذي عليه الحق، فاقسم ورثته ماله وهو حاضر ينظر، ثم قام بعد بذكر الحق، قال: لا شيء له، إلا أن يكون له عذر في تركه القيام، أو يكون لهم سلطان يمتنعون به أو نحو هذا مما يعذر به، فهو على حقه أبداً وإن طال زمانه⁽⁴⁾، لقوله رضي الله عنه: «لَا يَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَإِنْ قَدَّمَ»⁽⁵⁾. وبهذا أفتى الزرهوني⁽⁶⁾ حيث قال: «إن تقادم العهد لا يبطل الدين، لكن ذلك مقيّد بأن لا تقتنر قرائن تدل على صدقه مع طول الزمان، فيعمل عليها»⁽⁷⁾.

وحكى البرزلي اختلاف أهل المذهب في أجل السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة في الذمة، فقيل: عشرون سنة، وهو قول مطرّف، وقيل: ثلاثون سنة، وهو قول مالك.

واتفقوا جميعاً على أن ذلك دلالة قاطعة لطلب الطالب، وقوله رضي الله عنه: «لَا يَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَإِنْ قَدَّمَ» معلّل بوجود الأسباب المانعة من الطلب؛ كالغيبية البعيدة، وعدم القدرة على الطلب مع الحضور حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب المانعة من الطلب، كان طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوّى بها سبب المطلوب⁽⁸⁾.

(1) طرف من أثر رواه جمع من أصحاب المصنفات الحديثية، منهم: الدارقطني في سننه في عدة مواطن، منها: كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب: كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، (رقم 439). والبيهقي في سننه الكبير في عدة مواضع، منها: كتاب أدب القاضي، باب من اجتهد ثم رأى أن اجتهاده خالف نصّاً أو إجماعاً أو ما في معناه ردّه على نفسه وعلى غيره، (رقم 20398)، وفي سننه الصغير، باب ما على القاضي في الخصوم والشهود، كتاب آداب القاضي، (رقم 4139)، كلهم من طريق سعيد بن أبي بُردة رضي الله عنه.
ورسالة عمر رضي الله عنه في القضاء رسالة جلييلة مشهورة، تلقاها العلماء بالقبول، وبنوا عليها أصول الأحكام وآداب الولاية.

(2) المقدمات: 538/1.

(3) هو عيسى بن دينار، يُكنّى أبا محمد، لم ير مالكا والتزم مذهبه من الأندلس، وكان لا يعدّ فيها أفقه منه في نظرائه، له سماع من ابن القاسم: عشرون كتاباً، وله تأليف في الفقه يسمى «الهدية»، توفي سنة 212 هـ. الديباج: 64/2، والمدارك: 105/4-109.

(4) البيان: 471/10.

(5) حديث تناقلته كتب المالكية، أورده شراح الشيخ خليل غير مُسند، كالمواهب (434/6)، والمُنح (574/8). ورواه ابن وهب في موطئه، كتاب القضاء في البيوع، برقم (328) من حديث زهير بن محمد رضي الله عنه.

(6) هو محمد العربي الزرهوني، ألّف ترجمته عبد الحّي الكتاني تأليفا سماه: إتحاف الحفيد بترجمة جده الصنديد. كان عالما مفتيا نوازليا، ولي قضاء صفرو، وأخذ عن كبار علماء فاس؛ كابن كيران الفاسي وابن عامر المعداني. من أشهر مؤلفاته: شرحه على المرشد المعين وشرحه على تحفة ابن عاصم لم يتم وشرحه على لامية الزقاق. توفي سنة 1260 هـ. الإعلام: 253/6-263 (رقم 806)، وإتحاف المطالع: 176/1.

(7) النوازل الفقهية: محمد الزرهوني (ت 1260 هـ) ت. عبد العاطي المرصي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، ط 1، 2018، 565/2.

(8) جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام المشهور بفتاوى البُرْزُلي (ت 841 هـ) ت. محمد الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 2002، 81/3.

وقد نقل الزناتي⁽¹⁾ فيمن ادعى على رجل ديناً من سلف بعد عشرين سنة، أن المدعى عليه مصدق في القضاء، إذ الغالب أن السلف لا يؤخذ في مثل هذه المدة، كالبیوعات⁽²⁾.

قال ابن هشام⁽³⁾: «إن ذكر الحق المشهود فيه لا يبطل إلا بطول الزمان؛ كثلاثين سنة وأربعين سنة، وكذلك الديون وإن كانت معروفة في الأصل إن طال زمانها»⁽⁴⁾.

وسئل العبدوسي⁽⁵⁾ عمّن له دين على رجل برسم مدة أربعين سنة، فهل يبطل الحق لتقادم عهده؟ فأجاب: طول المدة المذكورة لا يبطل الدين، ولا خلاف في ذلك. وإنما الخلاف إذا كان الدين برسم وطالت المدة جداً، وادعى المديان اقتضائه، ولم يكن هناك ما يدل على أنه لم يقضيه من مغيب أو إكراه أو إنكار... فقول: يقبل قوله مع يمينه، وقيل: لا يقبل، وهو المشهور⁽⁶⁾.

قال ابن شاس: «كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة مرفوضة غير مسموعة، لأن ذلك خلاف العادات، لأن الناس لا يسكتون على ما يجري هذا المجرى من غير عذر»⁽⁷⁾.

ونقل المازوني⁽⁸⁾ في دُرره المكنونة أن عبدالرحمن الوغليسي⁽⁹⁾ سئل عن رجل أقرض رجلاً، وبقي معه مدة من عشرين سنة ولم يسمع منه، فأجاب: هذه مدة طويلة لا يتأخر السلف إلى مثلها في غالب الناس... والحاصل من كلام أهل العلم الرجوع إلى العرف فيما لا يتأخر الدين إلى مثله من الزمان⁽¹⁰⁾.

غير أن الحقوق التي وقتها الشارع، وحدد لها آجالاً لطلبها، أو أعطى للفقهاء حق الاجتهاد في تحديدها، فإنها تفوت بانتها الآجل المحدد لطلبها؛ كحق الشفعة وحق الخيار.

- (1) هو موسى بن أبي علي الزناتي، الزموري المولد والمنشأ، نزيل مراكش، شارح الرسالة والمدونة وغيرهما، أخذ عنه ابن البنا المراكشي. توفي سنة 702هـ. انظر ترجمته في: درة الحجال: 8/3 (رقم 885)، ونيل الابتهاج: 604، (رقم 739)، والإعلام للسملالي: 299/7 (رقم 1015).
- (2) نقل الزناتي هذا الكلام عن ابن مصلين صاحب مختصر كتاب الفصول في أجوبة فقهاء القرويين. الأحكام لمسائل الأحكام، ص: 309. وانظر أيضاً: المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة: ابن فرحون (ت814هـ). ت. جلال الجهاني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2003، ص: 50.
- (3) هو أبو الوليد هشام بن عبد الله بن هشام الأزدي. له رواية عن أبي مسرة وابن بشكوال، ومن تلاميذه: ابنه عامر وابن حجة. وقد علا شأن ابن هشام حتى صار حاكم قرطبة وفتحها. قال ابن الأبار في تعريفه له: من أهل قرطبة وصاحب الأحكام بها. وكانت وفاته سنة 606هـ. التكملة لابن الأبار: 145/4-146، والوافي للصدفي: 417/3.
- (4) المفيد للحكام فيما يُعرض لهم من نوازل الأحكام: ابن هشام (ت440هـ). ت. أحمد نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، ط1، 2012، 243/2.
- (5) هو عبدالله بن محمد بن موسى العبدوسي، وُلِّي الفتيا بفاس والإمامة بجامع القرويين، ممّن أخذ عنه: ابن غازي، ووصفه بالفقيه الحافظ المحيّر، توفي سنة 849هـ. توشيح الديباج: 95-96 (رقم 97).
- (6) أجوبة العبدوسي: أبو محمد العبدوسي (ت849هـ). ت. هشام المحمّدي، دار أبي رقرق، الرباط، ط1، 2015، ص: 241.
- (7) الجواهر، ص: 1084.
- (8) هو يحيى بن أبي عمران موسى المازوني، أخذ عنه الأئمة: كابن مرزوق المفيد وقاسم العقباني وغيرهما، ألّف نوازله المشهورة المفيدة في فتاوى المتأخرين، اعتمد عليها الوثائري في معياره، توفي سنة 883هـ. نيل الابتهاج: 637 (رقم 794).
- (9) هو عبدالرحمن بن أحمد الوغليسي، عالم بجاية ومفتيها، له المقدمة المشهورة وفتاوى، أخذ عنه جماعة: كأبي الحسن بن عثمان والمشدالي، توفي سنة 786هـ. نيل الابتهاج: 248 (رقم 292).
- (10) النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، المسماة بالمعيار الجديد الجامع المُعَرَّب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب: المهدي الوزاني، ت. عمر بن عبّاد، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، ط2، 1996، 158/6.

خلاصة الكلام، إن الحقوق متى ثبتت في الذمم واستقرت، فإنها لا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء، فلا يؤثر فيها تقادم الزمان وطول المدة، إذ الأصل بقاؤها ثابتة، فلا تزول إلا بدليل. غير أن الحقوق التي وقَّتها الشارع، وحدد لها آجالاً لطلبها، فإنها تفوت بانتهاء الأجل المحدد لطلبها؛ كحق الشفعة وحق الخيار.

وخلاصة القول فيما بسطته في هذا الفصل التمهيدي من البحث؛ أن لهذين المصطلحين حضوراً قوياً ومركزياً دلت عليه كثرة نصوصهما، وغزارة ورودهما، مما يبرز عظم الموقع الذي يتبوأنه في كتب الفقه؛ لتعلقهما الكبير، وارتباطهما الوثيق بفقه المعاملات المالية. فهما مصطلحان رئيسان، لازماً للإعمال، لا ينبغي أن يتخلفا في حل القضايا المالية.

كما أنهما شديداً الاكتناز، قويا الاستيعاب لكل القضايا والإشكالات العلمية التي يختزنانها، والتي أرشدت إليها سياقات استعمالاتهما.

نجز باب هذا الباب التمهيدي من البحث، ويتلوه الباب الأول.

الباب الأول

أثر الشرك والأجل

في المعاوضات

المال قوام الحياة وعمادها الذي تنتظم به، والإنسان مستخلف في الأرض على كسبه، واستثماره، وتدييره، واستهلاكه. قال ﷺ: «وَأَنْهَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ»⁽¹⁾، وذلك وفق ضوابط شرعية، حدّدها الشارع الحكيم؛ لضبطه، وصونه من الظلم والاستغلال؛ حتى تنتظم علائق الناس، وتستقيم شؤونهم وأحوالهم.

ويبقى باب المعاوضات أعظم أبواب المعاملات المالية، وأجلّها قدرًا، وأهمّها شأنًا، إذ لا يكاد ينفك عنها إنسان ويستغني.

كما يعتبر من أهم الأسباب التي نصبها الإنسان لتملّك الأموال والثروات، لأن النفوس مجبولة على حب التملّك.

والمعاوضات جنس فقهي مستقل، وذات حقيقة فقهية خاصة تميّزت عن باقي الأبواب الفقهية، يقصد بها تلك العقود التي يكون فيها المال مقصودًا من الجانبين قصدًا مباشرًا، أي يكون المقصد المباشر منها: التملّك والتعويض. والمراد بالمال: ما يعمّ العين والمنفعة، وذلك على اعتبار أن المنافع تنزل منزلة الأموال. خلافًا للحنفية، كما هو معلوم في الفقه الإسلامي.

وتختلف المعاوضات عن الشركات، التي فيها خلط الأملاك رجاء العوض. كما تميّز عن التبرعات، التي هي نقل الأملاك بغير عوض.

والمتتبع للفقه الإسلامي عمومًا والفقه المالكي خصوصًا، يدرك ذلك الاهتمام الكبير بفقه المعاملات المالية بمختلف أشكالها، وعقودها المتنوعة، ونوازلها المتجدّدة.

وباب المعاوضات مسأله متنوعة وفروعه كثيرة، لكنني في ذلك غير قاصد التفريع، ولا مرید التفصيل، مما يطول جلبه، ويتعدّر حصره. وإنما البغية التحصيل من المسائل ما بدا لي منها شائعًا مشهورًا، والغرض عما ظهر لي منها نادرًا مهجورًا؛ كراهة الطول والإكثار، والحشو والإطناب، مما أشبع كلامًا واستوفى بسطًا في كتب الأصحاب إذا القارئ التمسّه.

لذلك اقتصر على تلك العقود التي دخلها الأجل، وقبلت إرجاء آثارها إلى الزمن المستقبل، وما صاحبها من الشروط الأكثر واقعية وراهنية.

(1) سورة الحديد، جزء من الآية: 7.

ولبلوغ هذا المقصد، اقتضى المقام في هذا الباب نظم الكلام على أثر الشرط والأجل في عقود المعاوضات، في فصلين مُعَنَّوَيْن، تقاطعتهما مباحث ومطالب.

اتجه النظر في الأول منهما على أثرهما في عقود البيوعات، موزعاً على أربعة مباحث، أخضعت كل عقد منها بمبضع الدرس في مطالب أربعة، حسب ما أذنت لي به مادة نصوصه.

وكان مدار الفصل الثاني على الأثر في عقود الأكرية، مقسماً على مباحث، عرضت لكل عقد في مطلب، وفق ما صنعت في سابقه. وذلك وفق التفصيل المعلن عنه في بابه.

الفصل الأول

اليوم

إن عقود البيوع يتعلق بها قوام العالم، لأن الله تعالى خلق الإنسان محتاجاً إلى الغذاء، مفتقراً إليه، وخلق له ما في الأرض جميعاً.

وباب البيوع مما يتعين الاهتمام به، وبمعرفة أحكامه؛ لعموم الحاجة إليه والبلوى به، إذ لا يخلو مكلف غالباً من بيع أو شراء، فيجب أن يعلم حكم الله فيه قبل التلبس به؛ لغلبة الفساد وعمومه في هذه الزمان.

وباب البيوع شروطه وكثيرة ومفسداته أكثر، لما قضى الله تعالى من أن يكون الفساد أكثر من الصلاح. «والشيء إذا شرف في نظر الشرع، كثرت شروطه، وشدّد في تحصيله. فشأن العظيم ألا يحصل بالطرق السهلة»⁽¹⁾.

وتعتبر البيوع رأس المعاوضات وأصلها، وأوضح ما تنطبق عليه حقيقتها، وأكثر أحكامها أساس لقياس بقية عقود المعاوضات عليها في الجملة، حتى سمى بعض الفقهاء تلك البقية؛ كابن جُزي بالعقود المشاكلة للبيع، فهي تقوم على نقل كل من المتابعين ملكه للآخر بعوض. وقد اشتغل أئمة المذهب بتحرير مسائلها؛ لجليل ما يترتب عليها، وتواردت على بحث قضاياها فكرُ الأعلام منهم، ووضعوا فيها من التآليف ما لا يحصيه عاد، ولا يحيط به كتاب، حتى أوضحت «أصول مالك في البيوعات أجود من أصول غيره»⁽²⁾.

ولكثرة مسائل البيوع، فقد استلكت منها وانتقيت ما يليق منه بغرض هذا البحث، وتركت ما لا تعلق له بمجاله وحدوده.

فقد أفردت المبحث الأول لتفصيل الكلام على بياعات الشروط والآجال، وجعلت المبحث الثاني معقوداً للحديث عن السلم، واهتممت في المبحث الثالث ببيان عقد المراجعة، على أن انحصر الكلام في المبحث الرابع على عقد الصرف.

(1) قواعد المقرئ: 408 (قاعدة 853).

(2) فتاوى ابن تيمية: 15/17، والقواعد النورانية: 118.

المبحث الأول: بيعات الشروط والآجال

بيوع الشروط التي يكون الفساد فيها راجعاً إلى الغرر، هل تصح بإسقاط الشرط، أو يفسد العقد كله؛ إذ لا يتبعُض العقد الواحد؟

أما بيوع الآجال، فيقصد بها تلك البيوع التي يكون ظاهرها الإباحة والصحة والجواز، ويتوصل بها إلى فعل المحظور واستباحة الربا. منعت لما غلبت فيه التهمة وقويت؛ سداً للذريعة.

واستثناءً، فقد خالفت التوازن بين مكونات البحث وأجزائه، الذي طالما حافظت عليه طيلة مراحل هذا البحث، حيث ارتأيت في هذا المبحث تناول بيوع الشروط وبيوع الآجال وما يرتبط بها من إشكالات علمية في آن واحد، وذلك وفق خمسة مطالب بدل أربعة.

فمن بيوع الشروط: بيع الثُّنيا، الذي جعلته مدار المطلب الأول. وهل يجوز انعقاد البيع على أن للبائع حق استرجاع ما باعه، متى رد الثمن؟

وإذا كان ممنوعاً، هل يتلافى بالصحة إذا أسقط مشروط الثُّنيا شرطه، ورضي المشتري بذلك؟

وما الحكم إذا نزل وفات، هل يصحّ بالقيمة، أو يردّ أبداً؟

وتناولت في المطلب الثاني الحديث عن بيع العُربان، وهل يجوز الشراء بثمن معلوم، وتقديم بعضه؛ على أنه إن تمّ البيع

كان ذلك من الثمن، وإن لم يتم البيع لم يعد إليه؟

فإن كان ممنوعاً ونزل، هل يفسخ إن لم يفت، أو يمضي بالقيمة؟

وفي المطلب الثالث تحدثت عن مسألة البيع بشرط السلف، وهل يجوز في صفقة واحدة إذا عزم مشروطه عليه، ولم يسمح بإسقاطه؟

وهل يصح البيع إن رضي مشروط السلف بترك السلف؟

وهل الفوت يصحّ البيع؟

وهل قبض السلف والغيبة عليه تمنع التخيير في إسقاط الشرط وتصحيح البيع؟

وفي البيع الآجل، هل يجوز شرط منع التفويت، وإلا حلّ الثمن أو ما بقى منه؟

أو أن يشترط على البائع أنه إن مات؛ فالثمن عليه صدقة، أو فهو في حلّ من الثمن؟

أو أن يشترط على المشتري أن ينفق على البائع حياته؟

أو البيع بشرط الانتفاع بالمبيع منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل البيع؟

فهل ذلك كله من باب الغرر والجهالة المفسدين للعقد، أم أن ذلك من باب الغرر اليسير المعفو

عنه؟

ومن بيوع الآجال: بيع العينة، حيث جعلته محور المطلب الرابع، وهل يجوز شراء سلعة بدّين

إلى أجل، ثم بيعها لبائعها بأكثر من ثمن شرائها حالاً؟ أو بيعها بدّين إلى أجل، ثم شرائها من

مشتريها بأقل من ثمن بيعها نقداً؟

واختصت المطلب الخامس للكلام على البيع الآجل، وهل تجوز الزيادة في الثمن مقابل

الأجل؟

وإن كان ممنوعاً، هل يصحّ بالقيمة؟

المطلب الأول: بيع الثُّنْيَا

من بيوع الشروط عند الفقهاء: بيع الثُّنْيَا، فقد عمّم ابنُ رشد لفظه، وجعله من جملة بيعات الشروط المنافية للبيع.

والثُّنْيَا في اللسان العربي عبارة عن الرجوع إلى ما مضى، أو عن ما مضى،⁽¹⁾ وهي اسم من الاستثناء، وثني الشيء: ردّ بعضه على بعض⁽²⁾.

قال ابنُ الأثير: «هو أن يُستثنى في عقد البيع شيء مجهول فيفسده. وقيل: هو أن يُباع شيء جزافاً، فلا يجوز أن يُستثنى منه شيء، قلّ أو كثر. وفي الحديث: «مَنْ اسْتَتْنَى فَلَهُ ثُنْيَاهُ»⁽³⁾،⁽⁴⁾.

أما بيع الثُّنْيَا في عرف الفقهاء، فقد عرفه ابنُ رشد الجدل بقوله: «هو أن يتفق بائع ومشتري عند عقد البيع على أن للبائع حق استرجاع ما باعه، بشرط ردّ الثمن المدفوع»⁽⁵⁾.

وعرفه الرجراجي بقوله: «هو أن يبيع له سلعة على أنه متى جاء بالثمن، فهو أحق بها»⁽⁶⁾.

وشرحه المتحف في نظمه قائلاً: وَالشَّرْحُ لِلثُّنْيَا رُجُوعُ مَلِكٍ مَنْ ❖ بَاعَ إِلَيْهِ عِنْدَ إِحْضَارِ الثَّمَنِ⁽⁷⁾

والبيع بشرط الثُّنْيَا غير جائز⁽⁸⁾ وقد اعتبره ابنُ عبد الغفور⁽⁹⁾ حراماً محرماً، وباباً من أبواب

الربا، ترد به البياعات.⁽¹⁰⁾ وقد روي عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن الثُّنْيَا⁽¹¹⁾.

وقال المتيطي⁽¹²⁾: «أن الثُّنْيَا لا يجوز انعقاد البيع عليها في أي شيء من الأشياء»⁽¹³⁾.

(1) المسالك: 34-35/6. وهذا الاسم خاص بالمالكية. وحقيقته واحدة في جميع المذاهب، بناءً على غالب الصور التي يذكرونها، لكن الاسم يختلف؛ فيسعى عند الشافعية بيع العهدة، وعند الحنابلة بيع الأمانة، وعند الحنفية بيع الوفاء.

(2) الصّاح: مادة (ثني)، واللسان والتاج: مادة (ثني).

(3) طرف من حديث رواه الدارقطني في سننه، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، باب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، (3920) عن معاذ بن جبل رضي الله عنه. وله شاهد في ما رواه ابنُ أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب في الرجل يعتق أمته ويستثنى ما في بطنها، (20956). والحديث في إسناده حميد بن مالك، وهو ضعيف. قال عبد الحق في أحكامه الوسطى: 188/3.

(4) النهاية: 128. وانظر المشارق: 132/1.

(5) البيان: 336/7 و407.

(6) المناهج: 294/6. والمؤلف، هو علي بن سعيد الرجراجي، صاحب مناهج التحصيل في شرح المدونة، لخص فيه ما وقع للأمة من التأويلات، معتمداً على كلام ابن رشد وعياض وتخريجات اللخمي. وكان ماهراً في العربية والأصليين. أخذ عنه كثير من أهل المشرق. الإتهاج: 316.

(7) التحفة: 66 (بيت 804). وقد نظمها الأجهوري: وَقَوْلُ بَائِعٍ مَتَى بِالثَّمَنِ ❖ أَتَيْتُ فَاَلْمَبِيعُ لِي فَبَيِّنْ بِأَثَرِهَا ثُنْيَا بِهَا الْبَيْعُ فَسَدَ ❖ إِذَا بَعُثَ وَقَعَتْ لَنْ رَشْدُ مؤلفات الكرسيفي: 165.

(8) تبصرة اللخمي: 4201، ومختصر ابن عرفة: 313/5، والهداية (شرح الحدود): 354، والقوانين: 438.

(9) هو خَلَفُ بْنُ مَسْلَمَةَ بن عبد الغفور، فقيه، حافظ، ولي قضاء بلده. روى عن ابن الهندي وابن العطار، وأخذ عنهما كتاب الوثائق من تأليفهما. وألف كتاب الاستغناء في آداب القضاء والأحكام، وكانت وفاته نحو سنة 440 هـ. المدارك: 49/8، والديباج: 351/1 (رقم 3).

(10) العقد المنظم لابن سلمون: 233، وفتاوى البرزلي: 23/3.

(11) طرف من حديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وعن المعاومة، وهو بيع السنين، (برقم 1536/85).

(12) هو علي بن عبد الله بن إبراهيم المتيطي، صاحب الوثائق المشهورة، مَهَر في كتابة الشروط، واستقل حتى لم يكن في وقته أقدر منه عليها. صاحب المتيطية، ويقصد بها: كتاب النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام. توفي سنة 570 هـ. الإتهاج: 314 (رقم 397).

(13) مخطوط مختصر المتيطية، ورقة: 108. ونقل كلامه صاحب الإتيقان: 32/2، وصاحب الوثائق المختصرة: 156.

ثم اختلف في علة المنع، فعَلَّله مالك في المدونة عنه قوله: «فيمن ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له، لم يجز ذلك، لأنه بيع وسلف»⁽¹⁾. وبه عُلَّله ابنُ القاسم، واعتلَّ سحنون وابنُ الماجشون بأنه سلف جر نفعاً.⁽²⁾

واختلف إذا نزل، هل يتلافى بالصحة إذا أسقط مشروط الثُّنيا شرطه؛ كالبيع والسلف أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أن البيع باطل والشرط باطل، وهو المشهور. واختلف إن فات. قال ابنُ عبد الغفور⁽³⁾: «إن بيع الثُّنيا فاسد ومردود أبداً، فات أو لم يفت»⁽⁴⁾.

وفي أحكام ابنِ حُدَيْرٍ⁽⁵⁾، قال أحمد بنُ خالد⁽⁶⁾: «الذي نقول به أن فسخ البيع ورده إلى مالكه صواب»⁽⁷⁾.

في حين قال ابنُ شبلون⁽⁸⁾: «يفسخ ذلك البيع ما لم يفت. فإن فات صح بالقيمة، قلَّت أو كثرت، لأنه بمنزلة البيع والسلف، حيث يكون تارة بيعاً إن لم يرد المبيع، ويكون تارة سلفاً إن رده»⁽⁹⁾. ومثله ابنُ عبد الرفيق⁽¹⁰⁾: «ولا يجوز بيع الثُّنيا، ويفسخ ما لم يفت، فتلزمه القيمة يوم قبضه»⁽¹¹⁾. ووافقه ابنُ فتوح⁽¹²⁾: «إن فوَّته المبتاع فلا حق للبائع فيه. وله إن أحضر الثمن منعه تفويته»⁽¹³⁾.

-
- (1) المدونة: 133/9. قال المقري: «يمتنع في العقود ما كان تارة بيعاً وتارة سلفاً، كما يمتنع اجتماعهما». القواعد: 428 (قاعدة 910).
 - (2) البيان: 336/7 و407/8، وتبصرة اللخمي: 4201، وفتاوى البرزلي: 22/3، والتهذيب: 504/2.
 - (3) سبقت ترجمته في ص: 98.
 - (4) العقد المنظم لابن سلمون: 233، وفتاوى البرزلي: 23/3.
 - (5) هو عمران بن حُدَيْرٍ أبو غُبَيْدة السدوسي، حدَّث عن ابنِ شقيق وأبي قلابة وعكرمة وغيرهم، وروى عنه شعبة والحمادان ووکیع وآخرون. قال ابنُ المديني: كان من أوثق شيوخ البصرة. وثَّقه ابنُ مَعِين والنسائي، وذكره ابنُ حبان في الثقات. توفي سنة 149 هـ. الديباج: 169/1، والسير: 363/6-364 (رقم 155)، والتهذيب: 125/8 (رقم 217). الحمادان: يقصد بهما عند الإطلاق إثنان من أئمة الحديث، الأول: حماد بن زيد (ت179 هـ). والثاني: حماد بن سلمة (ت167 هـ). معجم المصطلحات الحديثية: 322-323.
 - (6) هو أحمد بنُ خالد بن ميسَّر، كان فقيهاً عالماً، إليه انتهت الرئاسة بمصر بعد ابنِ المواز. روى عن مطروح ويزيد بن سعيد وغيرهما، وروى عنه الكبار: كابي مجلون وابنِ فحلون وأبي هرون وغيرهم. ألَّف كتاب: الإقرار والإنكار. توفي سنة 399 هـ. المدارك: 52/5-53، والديباج: 169/1 (رقم 37).
 - (7) فتاوى البرزلي: 42/3.
 - (8) هو عبد الخالق أبو القاسم بنُ شلبون، كان الاعتماد عليه في القيروان في الفتوى والتدريس بعد ابنِ أبي زيد. سمع من ابنِ مسرور الحجَّام، وألَّف كتاب المقصد. توفي سنة 390 هـ. وقيل: سنة 391 هـ. المدارك: 263/6، والديباج: 20/2 (رقم 1).
 - (9) المقنع لابن مغيث: 98.
 - (10) هو إبراهيم بنُ حسن بن عبد الرفيق، قاضي القضاة بتونس، كان عالماً وفتية، ونادرة زمانه. روى عن ابنِ المفضل، وسمع من ابنِ الشقر، ولقي ابنَ الحجَّام. ألَّف كتاب: مُعِين الحكَّام، نحا فيه إلى اختصار المتبعية، وله كتاب: الرد على ابنِ حزم في اعتراضه على مالك في أحاديث خرَّجها في الموطأ ولم يقل بها، وله اختصار أجوبة ابنِ رشد إلى غير ذلك من تأليفه. توفي سنة 734 هـ. الديباج: 270/1-271.
 - (11) معين الحكام على القضايا والأحكام: ابنُ عبد الرفيق (ت733 هـ). ت. محمد بنُ عياد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1989، 421/2.
 - (12) هو عبد الله بنُ فتوح البونقي، يكنى أبا محمد، كان من أهل المعرفة والعلم والحفظ والفهم. روى عن أبيه وغيره. ألَّف كتاب الوثائق المجموعة، جمع فيه أمهات كتب الوثائق وفقهها، واختصر كتاب المستخرجة وغيرها. توفي سنة 462 هـ. المدارك: 166/8، والصلة: 368/1.
 - (13) مختصر ابنِ عرفة: 315/5.

وفي سياق جوابه عن سؤال بعد أن فصل السكتاني القول في مسألة الثُّنْيَا، قال: «المعتبر في الثُّنْيَا أنه بيع فاسد، إلا أن يفوت بما تفوت به البياعات الفاسدة»⁽¹⁾.

هذا الجواب يوافق ما قاله الويداني: «بيع الثُّنْيَا بيع فاسد لا جائز على المعروف من المذهب، لكن اقتضت الضرورة جوازه بعد الوقوع، أما الإقدام عليه فهو حرام. وإذا اضطر الناس إلى ذلك، بحيث لا يتأتى منهم من يبيع إلا كذلك؛ يجوز الإقدام عليه. كما يجوز الإقدام على كثرة من المسائل وإن كان أصلها ممنوعاً للضرورة. وقد علم من مذهب مالك مراعاة المصلحة إذا كانت جلية. وهذا البيع منها»⁽²⁾.

وقد سئل أصبغ عن أمر الناس إذا اضطروا إلى ذلك في أمر لا بد لهم منه، ولا يجوز العمل إلا به، قال: «أرجو ألا يكون به بأس إذا عم، وهذا البيع تحت ذلك النمط»⁽³⁾.

والقول الثاني: أن البيع جائز إذا أسقط شرطه. وقال ابن المواز: «وذلك إذا رضي المشتري، وهو أحسن، لأن انتقالهما عن الصفة الأولى فسخ»⁽⁴⁾.

وقال المازري: «ظاهر قول مالك صحة العقد بمجرد الإسقاط وإن لم يرض المشتري». ويخير مشترطها بين الإسقاط والإمضاء، أو التمسك فيفسخ. وهذا هو الصحيح، لا قول من ذهب إلى أن الحرام يفسخ عند مالك مطلقاً وإن فات.⁽⁵⁾

وفي وثائق ابن مغيث⁽⁶⁾ إن حكم ذلك البيع قبل انقضاء أجل الثُّنْيَا محمول على حكم البيوع الصحيحة، والغلة في ذلك للبائع، لأنه بمنزلة الرهن. وهو بعد انقضاء الأجل بمنزلة البيوع الفاسدة.⁽⁷⁾

وحكم الهوزالي بعد أن أفتى بمنع التعامل بالثُّنْيَا، وأصدر منشوراً يأمر بالتبريح بمنعه في بلاد سوس برد الغلة، اعتماداً على قول سحنون وابن الماجشون؛ سداً للذريعة، وقطعاً لمادة الفساد.⁽⁸⁾

(1) الأجوبة: 173. والسكتاني قد سبقت ترجمته في ص: 54.

(2) الأجوبة: 106. والويداني قد سبقت ترجمته في ص: 70.

(3) الإتيان: 107/2.

(4) المناهج: 295/6، وتبصرة اللخي: 4202.

(5) تبصرة اللخي: 4202.

(6) هو أحمد بن مغيث، يكنى أبا جعفر. كان حافظاً أديباً، بصيراً بالفتيا والأحكام، عالماً بالحديث وعلمه، وبالفرائض والحساب واللغة والإعراب، والتفسير وعقد الشروط، وله فيها كتاب حسن سماه: المقنع. تفقه بآب زهر وابن الفخار وغيرهما، وروى عن أبي بكر بن خلف وأبي محمد بن عباس وغيرهما. توفي سنة 459 هـ. المدارك: 145/8-146، والديباج: 182/1، (رقم 58).

(7) المقنع: 98.

(8) الأجوبة: 301. والهوزالي هو محمد بن علي، الفقيه الأديب الناظم، أخذ عن المنجور وعن أبي العباس فهرسته. وله معرفة بالبيان والنحو، وله نظم رائق. توفي سنة 1118 هـ. درة الحجال: 233/2 (رقم 688)، والإعلام: 182/5-183.

وقد أشبع الخطاب الكلام على مسألة بيع الثنْيَا، وما يتعلق بها من الفروع في التأليف الذي سماه (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) ص: 233-247، فمن أحب الشفاء وتشوّف إلى مزيد؛ فليطالع هناك.

قال صاحب العمل المطلق: وَعَقْدٌ عَلَى مَنْ بَاعَ عَلَى الثُّنْيَا يَرُدُّ ❖ مَا لَمْ يَفُتْ لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَسَدَ مخطوط فتح الجليل الصمد، ورقة: 72.

واختلف في الفوت، قال ابنُ سلمون⁽¹⁾: «والفوت في المبيعات كلها الأصول وغيرها بتغير الذات، وفوت الغرض المقصود؛ كالبناء والهدم والغرس ونحو ذلك، وبالخروج عن اليد بالبيع الصحيح، وتعلق حق الغير به؛ كالرهن والإجارة. وأما حوالة الأسواق، فهي فوت في الحيوان والعروض ماعدا الأصول. فعلى ذلك مالك وأصحابه». وقال أشهب وأصبغ: «الأصول وغيرها سواء في ذلك، وحوالة الأسواق فيها فوت»⁽²⁾.

وقال ابنُ القاسم: «طول الزمان ليس بفوت، واختلاف الأسواق ليس بفوت، ويرد متى علم بذلك». وقال أصبغ: «إلا أن يطول الزمان بالدهور، مثل عشرين سنة وما فوق ذلك. فهذا لا بد أن يدخله الغير ببعض الأوجه والبلى وغيره، فرآه فوتاً وإن كانت قائمة»⁽³⁾.

وقد علّل الزرويلي⁽⁴⁾ عدم فوت الرباع بحوالة الأسواق، لأنها يبتغى منها القنية، فزيادة الأسواق ونقصانها لا تؤثر فيها. وما عداها من العروض إنما يبتغى للتجارة، فيعتبر فيها زيادة الأثمان ونقصانها⁽⁵⁾.

أما المقنن، فإنه لم يأبه بتحريم فقهاء المالكية لبيع الثنّيا، إذ اعتبره من البيوع الموصوفة التي وضع لها أحكاماً خاصة تميّزها عن باقي أنواع البيوع الأخرى، فعرفه في ف.585 من (ق ل ع) بقوله: «البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع الثنّيا، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن...».

ونص ف.586 أيضاً على أنه: «لا يسوغ أن تشترط رخصة الاسترداد لمدة تتجاوز ثلاث سنوات فإن اشترطت لمدة أطول من هذا القدر، ردت إليه».

وقد اعتبر مجمع الفقه الإسلامي هذا العقد من الربا المحرّم، حيث جاء في قرار له بشأن بيع الوفاء: «أولاً: إن حقيقة هذا البيع (قرض جر نفعاً). فهو تحايل على الربا، وهو بعدم صحته قال جمهور العلماء.

ثانياً: إن هذا العقد غير جائز شرعاً»⁽⁶⁾.

(1) هو سلمون بن علي بن عبد الله بن سلمون، يكنى أبا القاسم. من أهل غرناطة. كان عالماً بالأحكام عارفاً بالشروط، صدر وقته في ذلك، وسابق حليته إلى الرواية والمشاركة. قرأ على أبي جعفر وغيره، وأجازته الرواية ابن الغماز والدمياطي والأبرقوسي وغيرهم. ألف في الوثائق المرتبطة بالأحكام كتاباً مفيداً. توفي سنة 741 هـ. الديباج: 397/1-398 (رقم 3)، والإحاطة: 272/4.

(2) العقد المنظم: 233. وانظر: شرح التلقين للمازري: 334/2.

والعروض: هي الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، ولا تكون حيواناً ولا عقاراً.

(3) النوادر: 160/6، والبيان: 12/8، والتبصرة: 4202.

(4) هو علي بن عبد الحق الزرويلي، يكنى أبا الحسن، ويُعرف بالصُّغَيْر. أحد الأقطاب الذين تدور عليهم الفتوى بالمغرب أيام حياته. ولي القضاء بفاس. أخذ عن راشد الوليدي وأبي عمران الجوراني وغيرهما. قُيدت عنه تقاييد حسنة على تهذيب البراذعي في اختصار المدونة وعلى رسالة ابن أبي زيد القيرواني. توفي سنة 719 هـ. الديباج: 119-121، والجدوة: 472.

(5) مخطوط مختصر التقييد على تهذيب المدونة: ورقة 2.

(6) قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن بيع الوفاء، في دورة مؤتمره 7 بالسعودية من 09-14 ماي 1992، رقم: 66.

حاصل الكلام، إن بيع الثُّنيا من بيوع الشروط المحرّمة عند فقهاء المالكية، لأنه يؤول إلى بيع وسلف، أو سلف جر نفعاً.

واختلفوا إذا أسقط مشترط الثُّنيا شرطه، ومشهور المذهب بطلانه؛ ما لم يفت. فإن فات صح بالقيمة يوم قبضه؛ وإن قلّت. وقيل: إن البيع جائز إذا أسقط شرطه؛ وإن لم يرض المشتري. والفوت يكون بتغيّر الذات، أو فوات الغرض المقصود، أو بالخروج عن اليد وتعلق حق الغير بالمبيع، إلى غيرها من وجوه التفويت.

كما أن المقنن قد تجاهل أحكام الفقه المالكي في هذا الشأن؛ حينما أقدم على تنظيم أحكام هذا البيع في قانون الالتزامات والعقود.

المطلب الثاني: بيع العُربان

لقد تناول فقهاء المالكية هذا البيع ضمن حديثهم عن بياعات الشروط. والعربان عند أهل اللغة معناه: أول الشيء وعنفوانه.⁽¹⁾ وهو كل ما عُقد به البيع من الثمن.⁽²⁾ وهو أعجمي، عربته العرب، وصرّفوا منه الفعل، فقالوا: عَرَبْتُ في الشيء.⁽³⁾

وسمي بذلك، لأن فيه إعراباً لعقد البيع، أي: إصلاحاً وإزالة فساد؛ لئلا يملكه غيره باشتراؤه. ولما كان الغالب إطلاقه في البيع اقتصرُوا عليه فيه.⁽⁴⁾

وصورته عند مالك: «أن يشتري الرجل أو يتكاري ويعطيه شيئاً على أنه إن أخذ السلعة أو ركب ما تكاري، كان ذلك من الثمن. وإن ترك الابتياح أو الكراء، فما أعطاه باطل بغير شيء»⁽⁵⁾.

ثم عرّفه الفقهاء من بعده بتعريفات تكاد تكون متقاربة في اللفظ والمعنى، منها:

تعريف ابن الجلاب له بقوله: «أن يشتري الرجل السلعة بثمن ويقدم بعضه، على أنه إن اختار تمام البيع نُقِدَ تمام الثمن. وإن كره البيع ردّه ولم يرجع على البائع بما نُقِدَ من الثمن»⁽⁶⁾.

وعرّفه ابن الحاجب قائلاً: «هو أن يعطي شيئاً على أنه إن كره البيع لم يعد إليه»⁽⁷⁾.

ومثله ابن شاس: «هو أن يشتري سلعة بثمن معلوم ويُعَرِّين شيئاً، على أنه إن رضي؛ كان ذلك العربون من الثمن. وإن كره؛ لم يعد إليه»⁽⁸⁾.

وكذا ابن عبد البر بقوله: «هو أن يشتري الرجل السلعة ويعطي البائع من ثمنها بعضه، قلّ أو كثر عرباناً»⁽⁹⁾.

وقد عرّفه المقنن في ف.288 من (ق ل ع) بقوله: «العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده».

(1) اللسان والتاج: مادة (عرب)

(2) تفسير غريب الموطأ: عبد الملك بن حبيب (ت238هـ) ت. عبد الرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 2001، 370/1.

(3) الْمُعَرَّبُ للجواليقي: 232. وقد صرح أبو جعفر اللّبي بمنعها، لكونها لغة عامية في شرح الفصيح، ص: 126. وصرح بذلك الكمال الدّميري في النجم الوهاج، 100/4. وأورده عمر الخفاجي في شفاء الغليل: 212. ونقله عن الأصمعي: عياض في المشارق: 72/2. واليُفَرّني في الاقتضاب: 167/2.

(4) المصباح: 401.

(5) الموطأ: 609-610.

(6) التفرع: 168/2.

(7) جامع الأمهات: 349.

(8) الجواهر: 673.

(9) الكافي: 741.

وأهل المذهب على أنه غير جائز.⁽¹⁾ وعمدتهم ما رُوي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعُرْبَانِ»⁽²⁾.

وإنما صاروا إلى منعه، لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض.⁽³⁾ قال رحمته الله: «يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ»⁽⁴⁾ معناه: تجارة لا غرر فيها ولا مخاطرة ولا قمار، لأن التراضي بما فيه غرر أو خطر أو قمار لا يحل ولا يجوز، لأنه من الميسر الذي حرمه الله في كتابه، قال رحمته الله: «يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ»⁽⁵⁾،⁽⁶⁾.

وأصل كراهية مالك، إنما هو الخوف من الربا، وخوف سلف جر نفعاً.⁽⁷⁾ وأرجع ابن العربي مسألة العُربان إلى قاعدة أكل المال بالباطل،⁽⁸⁾ وكذا القرطبي.⁽⁹⁾

وعَلَّ ابنُ عبد البر ذلك أن فيه شرطين فاسدين. أحدهما: شرط الهبة، والثاني: شرط الرد على تقدير ألا يرضى... فإن وقع؛ فسخ، وردت السلعة إلى البائع والثلث للمشتري. فإن فاتت، كان على المشتري فيهما بالغاً ما بلغت، وله ثمنه. هذا قول مالك وأصحابه.⁽¹⁰⁾

قال عيسى بن دينار⁽¹¹⁾: «يفسخ، فإن فاتت مضت بالقيمة»⁽¹²⁾. ونحوه في الشامل ونصه: «وفسخ؛ إلا أن يفوت، فبالقيمة»⁽¹³⁾. لأن المختلف في فساد إذا فات يمضي بالثمن. والمتفق على فساد يمضي بالقيمة⁽¹⁴⁾.

(1) مختصر الزهري: 388، والتفريع: 168/2، والكافي: 741، والبداية: 313/3، والقوانين: 436.

(2) رواه مالك في الموطأ بلاغاً، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العُربان. (رقم 1) عن (الثقة) عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. قال ابن عبد البر: «لأنه كان لا يروي إلا عن ثقة، وقد تكلم الناس في الثقة عند مالك في هذا الموضع. وأشبه ما قيل فيه أنه: ابن لبيبة، لأن هذا الحديث أكثر ما يُعرف عند ابن لبيبة عن عمرو بن شعيب». التمهيد: 176/24، والاستذكار: 8/19.

(3) المقدمات: 71/2، والبداية: 313/3، والقبس: 804/1، والجواهر: 673، والكافي: 741.

(4) سورة النساء، جزء من الآية: 29.

(5) سورة المائدة، الآية: 92.

(6) المقدمات: 71/2.

(7) غريب ابن حبيب: 750/1.

(8) القبس: 804/1.

(9) الجامع: 247/6.

(10) الاستذكار: 11/19.

(11) سبقت ترجمته، ص: 88.

(12) المنتقى: 158/5.

(13) الشامل: 552.

(14) حاشية الدسوقي: 177/3.

والذي بان لي الأقرب إلى المصلحة جواز بيع العربون؛ وجبراً لضرر التحلل من الالتزامات من غير تراضي بين الطرفين، ولتعارف الناس على استحقاق العربون عند النكول عن البيع، حتى أضحي قاعدة مستقرة ومألوفة، وللحاجة إلى التأكد من إبرام الالتزامات والوفاء بها.

وتجدر الإشارة إلى أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قد أجاز بيع العربون في قرار له جاء فيه:

1 -المراد ببيع السلعة مع دفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع، على أنه إن أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن، وإن تركها، فالمبلغ للبائع.

2 -يجوز بيع العربون إذا قيّدت فترة الانتظار بزمان محدود، ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء.⁽¹⁾

وقد تناول المقتن أحكام العربون ضمن الباب المخصص لبعض وسائل ضمان تنفيذ الالتزامات، فبعدما عرّفه في ف.288 من (ق ل ع) بقوله: «العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده». اعتبر في ف.289 من القانون المذكور أن العربون جزء من الثمن، بحيث إذا نفذ العقد، فإن العربون يخصم من الثمن.

كما نص في الفصل نفسه على رد العربون إذا ألغي العقد بتراضي طرفيه.

ثم جاء ف.290 ليقرر أنه حق الاحتفاظ بالعربون وعدم رده، إلا بعد أخذ التعويض. وذلك إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ، أو إذا فسخ بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون.

حاصل الكلام، إن بيع العربون من البيوع غير الجائزة عند فقهاء المذهب؛ لما فيه من الغرر، والمخاطرة، وأكل المال بالباطل. فإن وقع، ففسخ؛ إلا أن يفوت، فتكون فيه القيمة ما بلغت.

كما أن المقتن قد اعتمده ونظم أحكامه، مخالفاً بذلك الفقه المالكي في هذا الباب.

(1) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن بيع العربون، في دورته 8 بدار السلام (عاصمة تنزانيا السابقة) من 21-27 يونيو 1993، رقم: 72.

المطلب الثالث: البيع بشرط السلف

إن النظر في هذه المسألة وإن كان قد تقدم تقريره في باب هذا البحث التمهيدي، إلا أنه اقتضى المقام هنا تعميق مزيد من البحث والنظر، ففي هذا متسع.

فقد أجمع أهل المذهب على منع البيع بشرط السلف من أحد المتبايعين في صفقة واحدة إذا عزم مشترطه عليه وشح في اقتضائه ولم يسمح بإسقاطه، واعتبروه من أبواب الربا،⁽¹⁾ بخلاف كل واحد منهما على انفراده، فإنه جائز بإجماع الأمة،⁽²⁾ فلا يمتنع على المعتمد؛ ولو أثهما عليه.⁽³⁾

وقد حكى هذا الإجماع ابنُ عبد البر بقوله: «أجمع العلماء على أن من باع بيعاً على شرط سلف يسلفه أو يستلفه، فبيعه فاسد مردود»⁽⁴⁾. وذكر الباجي إجماع الفقهاء على منعه، حيث قال: «أجمع الفقهاء على المنع من ذلك»⁽⁵⁾. ومثله ابنُ شاس قائلًا: «أجمعت الأمة على المنع من جمعهما»⁽⁶⁾. وقال ابنُ الحاجب: «أجمعت الأمة على منع بيع وسلف»⁽⁷⁾.

وأصل هذا المنع حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ.⁽⁸⁾

وقد اضطرب المذهب في تعليل هذا المنع، فأشار أبو الفرج⁽⁹⁾ إلى أن علة المنع: اعتياد كثير من الناس التحيل بهذه البياعات الجائز ظاهرها على العقد على ما لا يحلّ مما يمتنعان منه لو أظهرهما، ويفسخ عليهما. ومقتضى هذا التعليل أن المعتادين لفعل الحلال، ومن هو من أهل الدين والعدالة، بحيث لا يتهم على التحيل على الحرام، لا يمتنعون من هذه البياعات.⁽¹⁰⁾

وأشار ابنُ مَسْلَمَةَ⁽¹¹⁾ إلى أن العلة في ذلك حماية الذريعة، وإذا كانت العلة هذه؛ وجب أن يمنع من هذه البياعات من يُتهم ومن لا يُتهم.

(1) الجواهر: 682. وجاءت في التوضيح بلفظ: «اجتماع بيع وسلف ممنوع». وقال المقري: «الإجماع على امتناع اجتماع البيع والسلف في عقد واحد، وكل ما أدى إليه فهو ممنوع». القواعد: 441 (قاعدة 945). كما صاغ قاعدة سماها: «تنافي المقصودين مانع من اجتماع حكميهما». القواعد: 294 (قاعدة 512). ومثل هذه القاعدة وردت عند ابن العربي بلفظ: «كل عقدين يتضادان وضعا أو يتناقضان حكما، فإنه لا يجوز اجتماعهما». القيس: 144/6.

(2) التهذيب: 499/2.

(3) الفواكه الدواني: 144/2. وشرح ابن ناجي: 167/2.

(4) التمهيد: 385/24، والاستذكار: 141/20.

(5) المنتقى: 29/5.

(6) الجواهر: 682.

(7) جامع الأمهات: 352. وانظر: البداية: 312/2، وتبصرة اللخي: 4197، والرسالة: 213، والمعيان: 187/6، ومختصر ابن عرفة: 311/5.

(8) تقدم تخريجه في ص: 36.

(9) هو أبو الفرج بن عمرو الليثي، كان لغويا، فقيها، متقدما، ولي قضاء بغداد، صحب القاضي اسماعيل وغيره من المالكيين. روى عنه الأبهري وابن المؤمل وابن السكن وغيرهم. له كتاب الحاوي في مذهب مالك، وكتاب اللُّمَع في أصول الفقه. توفي سنة 330 هـ. وقيل: سنة 331 هـ.

المدارك: 23-22/5، والديباج: 127/2 (رقم 1).

(10) الجواهر: 672.

(11) هو محمد بن مَسْلَمَةَ بن هشام، أحد أئمة فقهاء المدينة من أصحاب مالك. روى عن مالك وتفقه عنه، وروى عنه الضحاك وغيره. له كتب فقه أخذت عنه. توفي سنة 216 هـ. المدارك: 131-132، والديباج: 156/2 (رقم 2).

وقد علّل ابنُ الحاجب هذا المنع بأنه يعود بخلل في الثمن.⁽¹⁾ وبهذا المعنى اعتلّ به ابنُ شاس،⁽²⁾ وابنُ عبد البر بقوله: «بأنه يصير الثمن بالسلف مجهولاً، والسنة المجتمع عليه أنه لا يجوز الثمن إلا معلوماً»⁽³⁾. والجد؛ لجعل العوض مقابل السلف.⁽⁴⁾ والحفيد؛ لما فيه من الانتفاع بالسلف إلى أجل، والانتفاع به مجهول.⁽⁵⁾

والمجهول في الثمن ممنوع، يفسد به البيع ولو تحقق عدم الزيادة في الثمن، لأن القاعدة: أن الحكم إذا علّل بعلّة؛ غالباً اكتُفي بغلبتها عن تتبعها في كل صورة صورة؛ إعطاءً للنادر حكم الغالب. وعبارة ابن عرفة في ذلك: «إن الحكم المُعلّل بالمظنة لا يتوقف على تحقق الحكمة»⁽⁶⁾.

ووجه المنع عند الشاطبي أن البيع يقتضي المغابنة والمكايسة، وباب السلف يقتضي المكارمة والسماح والإحسان. فإن اجتمعا، دخل السلفُ المعنى الذي في البيع، فخرج السلفُ عن أصله.⁽⁷⁾ فإذا قارن عقدَ معاوضة، وكان له حصة من العوض؛ خرج عن مقتضاه، وبطل ما قارنه.⁽⁸⁾

وإذا كان الإجماع حاصلًا على فساد البيع بشرط السلف، إلا أن مالكا في المشهور من مذهبه قال في البيع والسلف: «إذا طاع الذي اشترط السلف بترك سلفه فلم يقبضه، جاز البيع»⁽⁹⁾. وهو ما ذهب إليه ابنُ مسلمة بقوله: «من باع وشرط أنه يسلف سلفاً، كان البيع مفسوخاً، إلا أن يقول المشتري لا حاجة لي بالسلعة قبل أن يقبض، فيجوز البيع»⁽¹⁰⁾. لأن نهي الشارع كان لأمر، فإذا زال ذلك الأمر ارتفع النهي، فصار العقد موافقاً لقصد الشارع.⁽¹¹⁾

أما ابنُ عبد الحَكَم، فقال: «لا يجوز البيع وإن رضي مشترط السلف بترك السلف، لأن البيع قد وقع فاسداً في عقده، فلا بد من فسخه؛ إلا أن يفوت، فيرد السلعة ويصحح»⁽¹²⁾. والحجة أن النهي يقتضي فساد المنهي، فإذا انعقد البيع فاسداً لم يصحّحه بعدُ رفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد. كما أن رفع السبب المفسد في المحسوسات ليس يقتضي عودة الشيء إلى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود.⁽¹³⁾

(1) جامع الأمّهات: 349. وانظر: التوضيح: 353/5.

(2) الجواهر: 672.

(3) الاستذكار: 142/20.

(4) المقدمات: 66/2.

(5) البداية: 372/3.

(6) الإتيان: 525/1.

(7) الموافقات: 478/2.

(8) المنتقى: 29/5.

(9) الموطأ: 673، والمدونة: 132/9.

(10) التمهيد: 385-387/2، والاستذكار: 142/20-143. وابنُ مسلمة سبقت ترجمته في ص: 106.

(11) الموافقات: 455/2.

(12) التمهيد: 385-387/2، والاستذكار: 142/20-143.

(13) البداية: 372/3. قال ابنُ حارث: «كل بيع انعقد على فساد، لم يجز بعد ذلك؛ وإن أسقط الوجه الذي دخل من أجله الفساد». أصول الفتيا: 117.

وسبب الخلاف هل يعد المانع موهوماً، فإذا رد السلف بطل الموهوم، أو يعدّ معلوماً، فيكونان قد دخلا على الفساد، فينفسخ على كل حال؟⁽¹⁾

وعلى المشهور من تخيير المشتري في إسقاط شرطه ويصح البيع، فهل يشترط في التخيير ألا يكون قبض السلف وغاب عليه؟

قال سحنون وابن حبيب: «إنما يصح البيع في ذلك إن لم يقبض السلف وترك. فإن قبض السلعة وغاب عليه، فقد تم الربا بينهما، والبيع حينئذ حرام مفسوخ على كل حال».

ومال ابن عبد البر إلى قول مالك وصوّبه، حيث قال: «والصواب ما جاء في الموطأ، فإن ترك السلف جاز البيع، وترك غير رد، لأن الرد لا يكون إلا بعد القبض. وإذا قبض السلف، فهو كما قال سحنون، وإن كان من أصول مالك إجازة بيع وقعت فاسدة ثم أدركها الإصلاح»⁽²⁾.

وذكر أصبغ عن ابن القاسم أن الغيبة على السلف لا تمنع تخيير المشتري، فيرده إن كانت السلعة قائمة، وإن فات؛ فعلى المشتري الأكثر من الثمن أو القيمة.⁽³⁾

وإن لم يسقط لم يختلف في فساد. فإن كانت السلعة قائمة؛ ردت، وإن فاتت؛ فثلاثة أقوال: الأول: عن ابن القاسم أن عليه القيمة ما بلغت، كانت أقل من الثمن أو أكثر، كان السلف من البائع أو المبتاع.⁽⁴⁾ وهو ما اختاره اللخمي.⁽⁵⁾

الثاني: قال سحنون وابن حبيب: «إن كان مشترط السلف هو المبتاع، فعليه الأقل من القيمة أو الثمن، وإن كان مشروطه البائع، فله الأكثر من القيمة أو الثمن».⁽⁶⁾

والثالث لأصبغ، قال كذلك. إلا أنه رأى أن القيمة إذا زادت على الثمن لا يقضى للبائع بأكثر منها.⁽⁷⁾

وقد نص في المدونة على أن المعتبر في القيمة يوم القبض.⁽⁸⁾ وقال ابن الجلاب: «يوم الفوت لا يوم الحكم ولا يوم القبض».⁽⁹⁾

(1) الجواهر: 673. قال المقري: «المشهور من مذهب مالك أن منفعة المقرض في صورة اجتماع البيع والسلف موهومة. فإذا أسقط السلف

مشرطه صح البيع: لكذب الوهم. والشاذ أنها معلومة. فقد دخلا على الفساد، فيفسخ على كل حال». القواعد: 448 (قاعدة 961).

(2) التمهيد: 385/2-387، والاستذكار: 142/20-143، وانظر: الجواهر: 673، والتفريع: 169/2، وتبصرة اللخي: 4199، والمنتقى: 29/5، والتوضيح: 353/5.

(3) النوادر: 124/6 و250. والتهذيب: 144/3.

(4) المقدمات: 65/2.

(5) التبصرة: 4200.

(6) المقدمات: 66/2، والمنتقى: 29/5، والكافي: 356.

(7) الجواهر: 673.

(8) المدونة: 146/9.

(9) التفريع: 169/2.

وقال الشيخ خليل عاطفاً على المنع وملخصاً الخلاف في هذه المسألة: «كبيع وسلف وصح إن حذف... ولو غاب... وفيه إن فات أكثر الثمن أو القيمة إن أسلف المشتري، وإلا فالعكس»⁽¹⁾.
وعبر الأشياخ عن العقود التي يمنع اجتماعها مع البيع بلفظ: «جص مشنق». والقاعدة هذه حددها القرافي بقوله: «كل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد»⁽²⁾.
هذا تحصيل مذهب مالك عند أصحابه. ومالك في هذه المسألة أفقه من الجميع.⁽³⁾

خلاصة الكلام، إن أهل المذهب قد أجمعوا على منع البيع بشرط السلف من أحد المتبايعين في صفقة واحدة إذا عزم مشترطه عليه، ولم يسمح بإسقاطه. واعتبروه من أبواب الربا. واضطربوا في تعليل هذا المنع، والمشهور أنه يعود بخلل في الثمن.

غير أن مالكا في المشهور من مذهبه أنه إذا طاع الذي اشترط السلف بترك سلفه، جاز البيع، لأن نهي الشارع كان لأمر، فإذا زال ذلك الأمر ارتفع النهي، فصار العقد موافقاً لقصد الشارع. خلافاً لابن عبد الحكم الذي رأى أنه لا يجوز البيع وإن رضي مشترط السلف بترك السلف؛ إلا أن يفوت، فيرد السلعة ويصحح. لأن النهي يقتضي فساد المنهي، فإذا انعقد البيع فاسداً لم يصححه بعد رفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد.

كما اختلفوا في التخيير في إسقاط الشرط وتصحيح البيع، هل يكون قبل قبض السلف والغيبة عليه؟ والصواب إن ترك السلف، جاز البيع؛ ولو مع القبض. وأن الغيبة على السلف لا تمنع التخيير.

واتفقوا على فساده إن لم يسقط، وترد السلعة مع القيام. وإن فاتت، فثلاثة أقوال: الأول: عن ابن القاسم أن عليه القيمة ما بلغت. والثاني: قال سحنون وابن حبيب: عليه أكثر الثمن أو القيمة إن أسلف المشتري، وإلا فالعكس. والثالث لأصبغ: أن عليه القيمة ما لم تزد على الثمن.

(1) المختصر: 176-177.

(2) الفروق: 142/3 (الفرق 156). وقد فصل القرافي أسماء العقود التي لا يجوز اجتماعها مع البيع المعبر عنها بلفظ: (جص مشنق) بقوله:

«الجم للجمالة، والصاد للصرف، والميم للمساقاة، والشين للشركة، والنون للنكاح، والقاف للقراض».

ونظمها بعضهم بقوله: تَجَنَّبَ عُقُودًا سَبْعَةً فِيهَا كُلُّهَا ❖ مَدَى الدَّهْرِ عِنْدِي لَا تَجُوزُ مَعَ الْبَيْعِ

نِكَاحٌ وَقَرْضٌ أَوْ قِرَاضٌ وَشِرْكَةٌ ❖ صَرَفٌ وَجُعْلٌ وَالْمُسَاقَاةُ فِي الْمَنْعِ

ومبارة أيضاً ناظماً:

عُقُودٌ مَنَعْنَا اثْنَيْنِ مِنْهَا بِعُقُودَةٍ ❖ لِكُونِ مَعَانِيهَا مَعًا تَتَفَرَّقُ

فَجُعْلٌ وَصَرَفٌ وَالْمُسَاقَاةُ شِرْكَةٌ ❖ نِكَاحٌ قِرَاضٌ قَرْضٌ بَيْعٌ مُحَرَّقٌ

فَهَذِي عُقُودٌ سَبْعَةٌ قَدْ عَلِمْتُمَا ❖ وَيَجْمَعُهَا فِي الرَّمْزِ جِصٌّ مُشْنَقٌ

وأبيات أخرى ذكرها الدسوقي، وهي من نظم التتائي فقال:

نِكَاحٌ شِرْكَةٌ صَرَفٌ قَرْضٌ ❖ مُسَاقَاةٌ قِرَاضٌ بَيْعٌ جُعْلٌ

فَجَمْعُ اثْنَيْنِ مِنْهَا الْحَظَرُ فِيهِ ❖ وَجَمْعُ الْبَيْعِ مَعَهَا لَا يَجُزُّ

انظر: فتاوى البرزلي: 38/3. والبهجة: 17/2. وانظر ترجمة التتائي في توشيح الديباج: 171 (رقم 186).

(3) البداية: 372/3.

ومن مسائل الشروط المشهورة، أن يشترط البائع على المشتري أن لا يحدث في المبيع بيعاً ولا تفويتاً؛ حتى يقع الإنصاف من الثمن. ومتى فعل؛ حلّ عليه الثمن أو ما بقى منه.

اختلف المذهب في ذلك. فقد رُوي عن مالك أنه يجوز ذلك، لأن حكمه حكم الرهن. وقيل عن ابن القاسم أنه لا يجوز ذلك، لأنه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها، فوجب أن يمنع صحة البيع. ولذلك قال ابن المواز: «إنه جائز في الأمد القصير؛ كالיום واليومين استحساناً. فإن طال، أو إلى غير أجل، فلا خير فيه»⁽¹⁾.

وفي سماع أصبغ: «إذا باع سلعة إلى أجل وشرط أن تبقى بيده رهناً إلى الأجل، أنه لا يجوز»⁽²⁾. وقال ابن سلمون: «يفسخ البيع، لأن هذا مجهلة في الأجل؛ إلا أن يكون طوعاً بعد العقد»⁽³⁾.

وقد درجت الممارسة التعاقدية للمؤسسات البنكية بمناسبة إبرامها عقود الرهن الرسمية المتعلقة بالعقارات المحفظة أو التي في طور التحفيظ، على الاشتراط في صلب العقد مجموعة من الشروط المانعة من التصرف في العقار المرهون، أهمها: شرط منع التفويت والرهن والكراء، بحيث يمنع المدين من تفويت عقاره ورهنه وكرائه طيلة مدة عقد الرهن.

وهذه الممارسة قد رسختها محكمة النقض في كثير من القضايا، فقد جاء في أحد قراراتها أن: «منع المدين الراهن بمقتضى عقد الرهن من التصرف في العقار المرهون، لا يقتصر فقط على التصرفات الناقلة للملكية، وإنما يمتد ليشمل كافة التصرفات التي من شأنها النقص من قيمة العقار، ومن ضمنها الكراء للغير... وأن حسن نية المكتري لعقار مرهون لا يحول دون حق الدائن المرتهن في ممارسة المساطر الكفيلة بحماية مصالحه، والتي من شأنها منع إجراء كل التصرفات المحظورة قانوناً أو اتفاقاً»⁽⁴⁾.

وفي قرار لها مماثل جاء فيه: «كراء العقار المرهون رهناً رسمياً من طرف المدين الراهن بالرغم من كون بنود عقد الرهن تنص على عدم كراء العقار إلا بموافقة البنك المرتهن، يجعل من عقد الكراء باطلاً، لما في ذلك من انتقاص لضمان الراهن»⁽⁵⁾.

وفي قرار مناقض لها: «أن العقار الموهوب المثقل برهن رسمي ينتقل على حالته إلى الموهوب له. ولما كان الرهن الرسمي حقاً عينياً تبعياً، فإنه من خصائصه التتبع والأفضلية برتبته. والمحكمة لما لم تعتبره مانعاً من صحة الهبة، فإنها تكون قد ركزت قضاءها على أساس»⁽⁶⁾.

(1) البداية: 312/3، وانظر: النوادر: 156/6. والبيان: 264/7. والمفيد: 222/2.

(2) المفيد: 237/2.

(3) العقد: 195. قال ابن حارث: «إذا اشترت شيئاً من الأشياء بثمن إلى أجل، لم يجز أن يشترط البائع حبسه إلى أجل». أصول الفتا: 123.

(4) قرار عدد: 31، الصادر بتاريخ: 2014/01/16، في الملف التجاري عدد: 2012/1/3/90.

(5) قرار عدد: 561، الصادر بتاريخ: 2014/12/04، في الملف التجاري عدد: 2012/2/1/3/617.

(6) قرار عدد: 311، الصادر بتاريخ: 22 أبريل 2014، في الملف الشرعي عدد: 2013/1/2/743.

وفي اعتقادي أن هذا الشرط باطل ومنعدهم الأثر، لكونه يقيّد ممارسة حق الملكية، ويحدّ من حرية المالك في التصرف في عقاره المرهون، والتي تعتبر من النظام العام، بحيث لا يجوز الحدّ منها إلا بواسطة القانون.⁽¹⁾ كما أن هذا الشرط يتناقض مع حق الأولوية الذي يتمتع به الدائن المرتهن على باقي الدائنين المرتهنين،⁽²⁾ وكذا حق التتبع الذي يمنح له أيضاً على المالك المرهون في يد أي حائز له قصد استيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به.⁽³⁾ مما يجعل هذا الشرط عديم الجدوى؛ لعدم تضرر مصالح الدائن المرتهن ولعدم انتقاص قيمة العقار بتفويته إلى الغير، ويعتبر كأن لم يكن بحسب ف.111 (ق ل ع) الذي يبطل كل شرط تتعدهم فيه فائدة ذات بال.

كما أن المقنن قد أجاز للمتعاقدین الاتفاق على وقف نقل ملكية الشيء المبيع، بموجب شرط الاحتفاظ بالملكية، إلى حين الأداء الكامل للثمن.⁽⁴⁾

ومن الشروط أيضاً: ما سئل عنه القصري⁽⁵⁾، حيث سئل عن اشتري سلعة بثمن مؤجل، واشترط على البائع أنه إن مات؛ فالثمن عليه صدقة. فأجاب: «أنه فاسد. وترد السلعة إن كانت قائمة، أو قيمتها يوم القبض إن فاتت»⁽⁶⁾.

ومنها أيضاً: أن يبيع السلعة على أن المبتاع إن مات؛ فهو في حلّ من الثمن. قال مالك: لا أحبه. وابن القاسم: هذا حرام ويردّ، فإن فاتت؛ فعليه قيمتها يوم قبضها.

ومنها كذلك: البيع على أن ينفق المشتري على البائع حياته. قال مالك: «لا يجوز».

واعتبره أصبغ من الحرام، لأن حياته مجهولة، ويفسخ ولو لم يذكر الحياة. وأرجع عبد الوهاب سبب فساد هذا البيع للجهل بالعوض، لأن النفقة وقعت إلى جهة غير معلومة⁽⁶⁾.

(1) ينص ف.35 من الدستور على أنه: «يضمن القانون حق الملكية. ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون».

(2) انظر م.197 (م ح ع).

(3) انظر م.199 (م ح ع).

(4) انظر ف.618-21 (ق ل ع).

وللاشارة، فإن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قد قرر أنه: «لا يحق للبائع الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة». قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن البيع بالتقسيط، في دورة مؤتمره 6 بجدة، من 14-20 مارس 1990. رقم: 51.

(5) لم يوفق محقق نوازل القصري للوقوف على ترجمته، كما صرح بذلك في مقدمته. وقد يكون عذره في ذلك مقبولاً؛ إذ لم أجد له ذكراً حسب اطلاعي الواسع في دواوين التاريخ وسير الأعلام؛ سوى ما جاء في فتح الشكور، ص: 206-207، حيث جاء في ترجمته أنه: «هو محمد المختار بن عثمان القصري، كان فقيهاً، مدرّساً لمختصر الشيخ خليل، له بصيرة بالحكم والفتوى، وله نوازل نافعة ومفيدة. أخذ عن البشير بن الحاج». ولم يذكر المترجم تاريخ وفاة المترجم له، ولم يكن بحاجة إلى ذكر ذلك، لأن المترجم له كان حياً وقت الترجمة. وهو ما عبّر عنه المترجم بقوله: «وهو الآن بقيد الحياة». لكن الذي استطعت الجزم به، هو أن القصري من علماء القرن الثالث عشر، لأن المترجم له البرتلي توفي سنة 1219هـ.

(6) نوازل القصري: 49/3.

(7) النواذر: 158/6.

وقال ابنُ القاسم: «البيع فاسد يجب ردّه للجهالة والغرر البيّن، وبيع الغرر لا يجوز».

وخالفهم أشهب في ديوانه فيما نقله ابنُ هشام وابنُ لب، حيث قال أشهب: «البيع جائز، وقد يؤول على أنه أراد وجه التعمير، فما قصر عنه بموت البائع قبله، وجب على المشتري غرمه. وما زاد عليه بتأخر موت البائع إلى ما بعده سقط. وإذا وقع ذلك على سنين معلومة، فإن مات قبل ذلك بقيت عليه النفقة للورثة إلى تمام المدة».

واعتبر ابنُ هشام أن هذا الشرط غير جائز. ويفسخ البيع متى عثر على ذلك. وكان على البائع قيمة ما أنفق عليه المشتري. وإنما وجب فسخ البيع من أجل فساد ثمن المبيع، لأن النفقة وقعت على غير مدة معلومة، وذلك غرر ومخاطرة.⁽¹⁾

قال عبد الحق⁽²⁾: «وينبغي إن أنفق عليه سرفاً أن يرجع إليه بجميع ذلك، لأن الزائد على النفقة المتوسطة إنما هو لجهته، والهبة من أجل البيع جائزة».⁽³⁾

وقال ابنُ لب⁽⁴⁾: «إن الشرط هنا وجه من الإجارة مع التصريح بمدة الحياة كيف كانت».⁽⁵⁾

واختصر الشيخ خليل هذه المسألة عاطفاً على ما يفسد بقوله: «وكبيعه بالنفقة عليه حياته. ورجع بقيمة ما أنفق أو بمثله إن علم، ولو سرفاً على الأرجح. وردّ إلا أن يفوت».⁽⁶⁾

ومن الشروط التي اشتهر فيها الخلاف أيضاً: البيع بشرط الانتفاع بالمبيع، كمن باع داراً بدين وشرط البائع لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل البيع، مثل أن يشترط سكناها مدة يسيرة.

ففي العتبية عن ابنِ القاسم: لا بأس بالأشهر. ورأى مالك ذلك من باب الغرر اليسير، فأجازه في المدة القليلة؛ كالسنة، ولم يجزه في الكثيرة. وإنما كره مالك أن يستثنى سكنى الدار أكثر من السنة، لأنه رأى أن الدار يتغير بناؤها إلى هذه المدة، فلا يدري المشتري كيف ترجع إليه الدار التي اشترى. فهذا هو الأصل في هذه المسألة.⁽⁷⁾

(1) المفيد: 219/2، والنوازل: 61. وانظر: التهذيب: 37/3، والتعليقة: 173/2-174. وابنُ هشام سبقت ترجمته في ص: 89.

(2) سبقت ترجمته في ص: 83.

(3) المفيد: 219/2.

(4) هو المشاور أبو سعيد بن لب، من أكابر علماء المذهب المتأخرين ومحققهم، عليه مدار الشورى، وإليه انتهت رئاسة الفتوى في العلوم، كان عارفاً باللغة، مبرزاً في التفسير، قائماً على القراءات، مشاركاً في الأصولين (أصول الدين وأصول الفقه) والفرائض والأدب. قرأ على أبي الحسن القيجاطي وابنِ الفخار وغيرهما، وأخذ عنه أكابر الأئمة: كالشاطبي وابنِ جزي وابنِ عاصم وغيرهم، وسمع عليه البخاري وتفقه عليه. له اختيارات خارجة عن مشهور المذهب، ومن آثاره العلمية: رسالتان في الفقه (أحكام في الطهارة والصلاة). توفي سنة 782هـ. نيل الإبهاج: 357-360 (رقم 462).

(5) النوازل: 61.

(6) المختصر: 175.

(7) النوادر: 330/6، والبيان: 201/7، والبداية: 310/3.

وقد اختلف في حدّ ما يؤمن تغيير بناء الدار اختلافاً كثيراً، فلابن شهاب في المدونة إجازة ذلك العشرة أعوام، ومثله لابن القاسم في كتاب ابن المواز.

وروى عن ابن وهب أنه ينبغي أن ينظر في هذا إلى حسن البناء وتحسينه، فربّ بناء يتغيّر إلى المدة القريبة، وربّ بناء لا يتغيّر المدة الطويلة.⁽¹⁾

قال المغيرة⁽²⁾: «لا يجوز في الدار إلى عشر سنين ونحوها». وقال ابن سلمون: «إن استثنى البائع سكنى الدار، فلا يجوز فيها إلا عام فما دونه، لما يخشى من تغييرها، ودخول الضرر فيها على المبتاع»⁽³⁾. وقال ابن هشام: «ولا بأس ببيع الدار واشتراط سكنائها سنة ونحوها، ولا يكثر جدّاً»⁽⁴⁾.

وفصل الزرويلي في هذه المسألة الاعتبار بالتغيّر لا بالمدة. وتفريق أهل العلم بين الدّور والحيوان والأرضين للأمن والبعد عن المخاوف.⁽⁵⁾

فإن انهدمت الدار داخل السنة، فهل يرجع البائع على المبتاع بحصة ذلك من الثمن، لأنه رخص في البيع بما اشترط من السكنى من الثمن؟

قال سحنون عن ابن زياد⁽⁶⁾: «لا يرجع بشيء، وهي مصيبة دخلت عليهما جميعاً». وروى أصبغ عن ابن القاسم مثله⁽⁷⁾. وقال ابن عبد الرفيق⁽⁸⁾: «إلا أن يبينها المبتاع في أثناء السنة، فيكون البائع أحق بها إلى تمام السنة»⁽⁹⁾.

جملة الكلام، إن شرط منع التفويت في البيع الآجل، تحت طائلة حلول الثمن أو ما بقى منه، والاشتراط على البائع أنه إن مات؛ فالثمن عليه صدقة، أو فهو في حلّ من الثمن، والبيع على أن ينفق المشتري على البائع حياته، والبيع بشرط الانتفاع بالمبيع منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل البيع. كل ذلك من باب الغرر والجهالة المفسدين للعقد، يردّ بها البيع مع القيام وتكون فيه القيمة مع الفوات.

(1) النوادر: 334/6، والبيان: 503/7.

(2) هو المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي، كان فقيه أهل المدينة بعد مالك، قال عنه ابن عبد البر: كان مدار الفتوى في زمان مالك وبعده على المغيرة وابن دينار. سمع عن مالك وأبي الزناد وغيرهما، وروى عنه ابن بكير والدراوردي وغيرهما، خرّج عنه البخاري، ووثّقه ابن معين، وقال عنه أحمد: لأبأس به. له كتب فقه قليلة في أيدي الناس. توفي سنة 188 هـ. المدارك: 8-2/3، والديباج: 344-343/2 (رقم 163).

(3) العقد المنظم: 214 و195. وانظر: النوادر: 330/6، والبيان: 201/7، والبداية: 310/3.

(4) المفيد: 214/2 و285. وانظر: الوثائق المختصرة: 152، والمعين: 393/2.

(5) مخطوط التقييد على تهذيب المدونة: ورقة 33. والزرويلي سبقت ترجمته في ص: 101.

(6) هو علي بن زياد التونسي العبسي، من أصحاب مالك من أهل إفريقية (تونس)، كان بارعاً في الفقه، ومن نقاد أصحاب مالك. سمع من مالك والثوري والليث وغيرهم، وسمع منه سحنون وأسد بن الفرات وغيرهما. روى عن مالك الموطأ وكتب سماعه، وهو أول من أدخل الموطأ المغرب، ألّف كتاباً في البيع. توفي سنة 183 هـ. المدارك: 84-80/3، والديباج: 93-92/2.

(7) النوادر: 334/6، والبيان: 503/7.

(8) سبقت ترجمته في ص: 99.

(9) المعين: 393/2.

المطلب الرابع: بيع العينة

أورد أكثر المالكية في مصادرهم بيع العينة عقب حديثهم عن بيوع الآجال، وذكروا وجه المناسبة بينهما؛ وهو: التحيل على دفع قليل في كثير.

وأصل **العينة** من العون.⁽¹⁾ وجاءت عند أهل اللغة بمعنى: الريا والسلف.⁽²⁾ قال الأبهري⁽³⁾: «العينة من باب سلف جر نفعاً»⁽⁴⁾. واعتان الرجل إذا اشترى شيئاً نسيئاً.⁽⁵⁾

وفسرها مالك بقوله: «أن تشتري من رجل سلعة، ثم تبيعها إياه بأكثر مما ابتعتها منه»⁽⁶⁾.

وبتفسير مالك فسرها ابن عباس بقوله: «بأن يبيع الرجل من الرجل سلعته بدين إلى أجل، ثم يشتريها بأقل مما باعها نقداً»⁽⁷⁾.

وحده ابن عرفة قائلًا: «هو البيع المتحيل به إلى دفع عين في أكثر منها»⁽⁸⁾. ونحوه ذكر في مختصره.⁽⁹⁾

وعن سبب تسميتها بذلك، فقد قال عياض: «سُميت عينةً لحصول العين - وهو النقد - لبائعها، وهو قد باعها بتأخير»⁽¹⁰⁾. وقال الدردير: «سُميت بذلك لاستعانة البائع بالمشتري على تحصيل مقصده في دفع قليل ليأخذ عنه كثيراً»⁽¹¹⁾.

ورأى الدسوقي أن الأحسن أن يقال: «إنما سُميت عينةً لإعانة أهلها للمضطر على تحصيل مطلوبه على وجه التحيل بدفع قليل في كثير»⁽¹²⁾.

(1) المسالك: 109/6، والاقتضاب: 198/2.

(2) انظر: العين، والصَّحاح، والمقاييس، والمُحْكَم، واللسان، والتاج: مادة (عين).

(3) هو محمد أبو بكر الأبهري، أحد أئمة القرآن، والعارفين بوجوه القراءات، وتجويد التلاوة. جمع بين القراءات، وعلو الإسناد، والفقہ الجيد. انتشر عنه مذهب مالك في العراق. حدّث عن ابن أبي داود والبخاري وغيرهما، وتفقه عليه عدد عظيم. وخرّج له جماعة من الأئمة: كابن الجلاب وابن القصار وابن خُوَيْزَمِنْدَاد والجُبَيْري وغيرهم. له من التأليف سوى شرح المختصرين الكبير والصغير لابن عبد الحكم كُتِبَ في الاحتجاج لمذهب مالك، والرد على من خالفه: ككتاب الرد على المُزَنِي الشافعي. توفي سنة 375 هـ. المدارك: 183/6 - 192، والديباج: 206/2 - 210 (رقم 38).

(4) التعليق على الموطأ في تفسير لغاته وغوامض إعرابه ومعانيه: هشام الوقشي (ت489هـ). ت. عبد الرحمن العثيمين. مكتبة العبيكان. الرياض، ط1، 2001، 126/2.

(5) الصَّحاح، واللسان: مادة (عين).

(6) المدونة: 89/9. وانظر التهذيب: 71/3.

(7) المسالك: 109/6، والذخيرة: 20/5.

(8) الهداية (شرح الحدود): 364.

(9) المختصر: 387/5.

(10) التنبيهات: 1011، والمشارك: 107/2.

(11) حاشية الدسوقي: 88/3.

(12) المصدر نفسه والصفحة.

وقد منع المالكية العينة سداً للذريعة، واستدلوا بحديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعِيْنَةِ، وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ، وَرَضِيْتُمْ بِالزَّرْعِ، وَتَرَكْتُمْ الْجِهَادَ، سَلَطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا عَنْ دِينِكُمْ»⁽¹⁾.

وعقد لها مالك في الموطأ باباً عنونه بالعينة وما يشبهها،⁽²⁾ وأبطل كل صورها، كما تراه في كثير من النقول الفقهية، حيث اعتبرها الزهري من الربا،⁽³⁾ ومنعها عبد الوهاب لأنها ذريعة إلى الربا،⁽⁴⁾ ولم ير ابن عبد الحكم فيها خيراً،⁽⁵⁾ وابن الجلاب.⁽⁶⁾ واعتبرها الرجراجي من البيوع الفاسدة.⁽⁷⁾

وفرّعوا عليها صوراً كثيرة، يختلف حكمها باختلافها. فقد عدّها عبد الوهاب سبع صور، منع منها اثنتين، وجوّز باقيها.⁽⁸⁾ وأوصلها ابن الحاجب اثنتي عشرة صورة، منع منها ثلاثاً، وجوّز التسع البواقي.⁽⁹⁾ وصيّرها ابن جزي تسعاً، وخلص إلى أنه تجوز منها سبع، وتمنع اثنتان.⁽¹⁰⁾

ومن أوسع صور العينة؛ ما حكاه عياض عن ربيعة⁽¹¹⁾ وأبي الزناد⁽¹²⁾ أنهما قالاً: «إذا بيعت شيئاً إلى أجل، فلا تبتّعه إلى دون ذلك الأجل إلا بالثمن الذي بعته منه أو أكثر، ولا ينبغي أن تبتاعه منه إلى فوق ذلك الأجل إلا بالثمن الذي بعته منه أو أقل»⁽¹³⁾.

(1) رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في النبي عن العينة، (رقم 3462)، والبيهقي في سننه الكبير، كتاب البيوع، باب ما ورد في كراهية التبائع بالعينة، (رقم 10805)، كلاهما من طريق حنيفة بن شريح. وأحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمر (رقم 4825) من طريق ابن عيَّاش، و (رقم 5007) من طريق شهر بن حوشب. والطبراني في معجمه الكبير، (ما أسند عطاء بن أبي رباح عن ابن عمر) برقم (13583) و (13585) من طريق ابن عباس رضي الله عنهما، بلفظ: (تبايعوا). وصحّح ابن القطان في (الوهم) (295/5-296) رواية أحمد، فقال: «وهذا حديث صحيح ورجاله ثقات». وضعفه المنذري في مختصره (475/2) فقال: «في إسناده إسحاق بن أسيد لا يحتج بحديثه، وفيه أيضاً عطاء الخرساني وفيه مقال». قلت: الحديث صحيح بمجموع طرقه.

(2) الموطأ: 640 - 662.

(3) المختصر: 375 و 391.

(4) المعونة: 1004.

(5) المختصر: 253.

(6) التفرع: 163/2.

(7) المناهج: 267/6.

(8) المعونة: 1003، والإشراف: 503/2، وشرح التلخين للمازري: 321/2.

(9) جامع الأمهات: 352.

(10) القوانين: 454.

(11) هو أبو عثمان بن عبد الرحمن، المشهور بربيعة الرأي، كان حافظاً للفقهاء والحديث، صاحب الفتوى في المدينة، ومن أئمة الاجتهاد، وأوعية العلم. وثقه أحمد وجماعة. روى عن أنس وابن المسيّب وعطاء وعدة. وعنه الأوزاعي وشعبة والثوري والليث وابن المبارك وخلق سواهم. توفي سنة 136 هـ. السير: 89/6-96 (رقم 23)، والتهذيب: 258/3-259 (رقم 391).

(12) هو عبدالله بن ذكوان، الملقب بأبي الزناد، الإمام، الفقيه، الحافظ، المفتي، صالح الحديث، من علماء الإسلام. وأئمة الاجتهاد، ومن كبار التابعين، حدّث عن أنس وعروة وابن المسيّب وعدة، وحدّث عنه ابن إسحاق ومالك والليث والثوري والمغيرة وخلق سواهم. وثقه أحمد وابن معين. توفي سنة 130 هـ، وقيل: 131 هـ. السير: 445/5-451 (رقم 199)، والتهذيب: 203/5-205 (رقم 351).

(13) التنبيهات: 1110. وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي الدولي العينة تحت اسم التورق، واعتبرها جائزة شرعاً. انظر قراره رقم: 179، الصادر في دورته 19 في إمارة الشارقة بالإمارات من 26-30 أبريل 2009.

والضابط: إن تساوى الأجلان؛ فاحكم بالجواز، ولا تبالي باختلاف الثمنين. وإن تساوى الثمنان، فاحكم بالجواز، ولا تبالي باختلاف الأجلين.

وإن اختلف؛ فاعتبر ما خرج وما رجع، أي اعتبار ما خرج من اليد السابقة بالعطاء، وما عاد إليها ثانياً. فإن كان الراجع مثل ما خرج منها أو أقل؛ جاز البيع، وإلا بطل.⁽¹⁾

وقد ذهب ابنُ الحاجب إلى أن المشهور، أنه لا يتهم في ذلك إلا أهل العينة،⁽²⁾ وهو مذهب ابنِ القاسم وأشهب. والشاذ: أنه يتهم في ذلك كل واحد، وهو لما لك في الموازية.⁽³⁾

وقال أصبغ: «إن كان أحدهما من العينة، فاعمل على أنهما جميعاً من أهل العينة»⁽⁴⁾. وهذا يؤدي إلى اضطراب العلة بعدم انضباطها، وهو خلاف ما قصدت العلة لأجله.⁽⁵⁾

وأهل العينة وصفهم ابنُ شاس بقوله: «قوم علموا فساد سلف جر منفعة، وما ينخرط في سلكه من الغرر والربا، فتحيّلوا على جوازه، وأظهروا سلعا تظهر فيها صورة الحلّ، ومقصدهم التوصل إلى الحرام. وتقدم أن الأصل حماية الذرائع، وسحب أذيال التهم على سائر المتعاملين؛ متى بدت مخايلها أو خفيت، وأمکن القصد إليها من المتعاملين»⁽⁶⁾.

فإن عُثر على ذلك قبل فوات السلعة، فالمذهب على قولين:

أحدهما: تفسخ البيعتان جميعاً عند ابنِ الماجشون. وهو الصحيح في النظر عند ابنِ رشد. ودليله من جهة الأثر ما روي عن العالية⁽⁷⁾ رضي الله عنها أن عائشة رضي الله عنها قالت لامرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة: «بُئْسَ مَا شَرَيْتَ وَبُئْسَ مَا اشْتَرَيْتَ»⁽⁸⁾، لأنها عابت البيعتين جميعاً. والثاني: تفسخ البيعة الآخرة دون الأولى، وهو قول ابنِ القاسم.⁽⁹⁾

(1) التوضيح: 371/5. ووردت قاعدة بلفظ: «ما خرج من اليد وعاد إليها يعد لغوا». التوضيح: 368/5. ومثلها في البهجة: 61/2.

(2) جامع الأمهات: 352. والتوضيح: 371/5. قال المقري: «كلما كانت البيعة الأولى نقداً لم يتهم إلا أهل العينة». الكليات: 154 (كلية 311).

(3) الموازية: هي أجل كتاب ألفه المالكيون، وأصححه مسائل، وأبسطه كلاماً وأوعبه. وقد رجّحه القاسبي على سائر الأمامات المعتمدة في المذهب المالكي، لقصد صاحبه بناء الفروع على الأصول. وهو كتاب مفقود، استوعب معظم مسائله صاحب النوادر.

(4) النوادر: 85/6. والتهذيب: 492/2، والذخيرة: 17/5.

(5) قواعد المقري: 393 (قاعدة 995).

(6) الجواهر: 689، وانظر أيضاً: اللباب: 456. وورد ذلك عند القرافي قاعدة بلفظ: «أصل مالك حمل الناس على التهمة ومراعاة ما يرجع إليهم ويخرج منهم دون أموالهم». الذخيرة: 231/5.

(7) لم أجد للعالية بنت أبيغ ترجمة؛ سوى ما ذكره ابنُ سعد في الطبقات، في اللواتي لم يزوين عن رسول الله ﷺ وزوين عن أزواجه: (450/10). وكذا ابنُ حبان ذكرها في الثقات من التابعين: (289/5).

(8) طرف من أثر رواه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراكها بنقد، رقم (15629) و (15630).

والدراقطي في سننه، كتاب البيوع، باب البيوع، (رقم 211/2969). والبيهقي في السنن الكبير، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع الشيء إلى

أجل ثم يشتريه بأقل، من عدة طرق أحدها: طريق سعيد بن منصور عن أبي إسحاق عن العالية، برقم (10900) و (10901). وفي السنن

الصغير، كتاب البيوع، باب البيع بالبراءة من العيب، برقم (1242). وقد ضعفه الدراقطي (650/2) بقوله: «العالية مجهولة لا يحتج بها»،

وأعله ابنُ حزم في المحلى (550/7) بجهالة العالية، وقد ذكرها ابنُ سعد في الطبقات، وابنُ حبان في الثقات. انظر الهداية: 224/7-226.

(9) المقدمات: 53-54. وانظر أيضاً: النوادر: 85/6، والبيان: 95/7، والكافي: 672، والمناهج: 267/6، والقوانين: 454.

وسبب الخلاف: اختلافهم في تأويل الأثر، هل ذلك تكرار للفظ، أو إنما دُمَّت البيعتان جميعاً؟

فمن حمل الكلام على ظاهر، يقول: «تفسخ البيعتان جميعاً، لأن الثانية بُنيت على الأولى». ومن فهم حديث عائشة رضي الله عنها أن ذلك تكرار للفظ، وأن ذلك شك من الراوي قال: «تفسخ البيعة الثانية دون الأولى لوقوعها على الصحة، وتفسخ الثانية إذ بها توصلنا إلى الربا».⁽¹⁾

وإن عثر على ذلك بعد الفوات، فالمذهب على قولين:

الأول: تفسخ البيعتان جميعاً، فلا يكون للبائع على المبتاع إلا الثمن. وإلى هذا ذهب أبو إسحاق⁽²⁾ تأويلاً على ابن القاسم.⁽³⁾ وزاد عياض أن ذلك تأويل ابن عبدوس⁽⁴⁾ أيضاً، وذكر مثله عن ابن كنانة،⁽⁵⁾ إنما تفسخ البيعتان إذا كانت القيمة أقل من الثمن الأول.⁽⁶⁾

أما إن كانت أكثر من الثمن؛ فسخت البيعة الثانية فقط. وإلى هذا ذهب عبدالحق⁽⁷⁾ تأويلاً على ابن القاسم، وهو قول سحنون أيضاً.⁽⁸⁾

والثاني: أنه يمضي بالثمن الأول ولا يرد. وهو قول بن مسلمة⁽⁹⁾، حيث رأى أن الفسخ احتياطاً مخافة أن يكونا أبطننا فساداً، خلاف ما أظهره من الصحة إذا كانت السلعة قائمة. فإذا فاتت مضت هذه البيعة، مراعاة للخلاف في أصل جوازها.⁽¹⁰⁾

(1) المناهج: 268/6.

(2) هو إبراهيم أبو إسحاق التونسي، تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي وطبقتهما، وأخذ عنه عبد الحق وابن سعدون وجماعة من أهل إفريقية. درس الكلام والأصول على الأزد. له شروح حسنة وتعاليق متناسفة فيها على كتاب ابن المواز والمدونة. حدد وفاته مخلوف سنة 338 هـ. المدارك: 63-58/8 والديباج: 269/1 (رقم 12).

(3) المقدمات: 53/2. والبيان: 95/7.

(4) هو محمد بن إبراهيم بن عبدوس. كان حافظاً لمذهب مالك والرواة من أصحابه، صحيح الكتاب، حسن التقيد، عالماً بما اختلف فيه أهل المدينة وما اجتمعوا عليه، وهو رابع المحمدين الأربعة. ألف كتاباً سماه: المجموعة على مذهب مالك وأصحابه. وله كتب فسر فيها أصولاً من العلم: كتفسير كتاب المراجعة، وكتاب الشفعة. وله أيضاً أربعة أجزاء في شرح مسائل المدونة. توفي سنة 260 هـ. المدارك: 222-228، والسير: 64-63/13 (رقم 46). المحمّدون الأربعة هم: ابن عبد الحكم وابن المواز وابن سحنون وابن عبدوس. المدارك: 222/4.

(5) هو الفرج بن كنانة القاضي من أهل شذونة، يكنى أبا القاسم، سمع من عبد الرحمن بن القاسم وابن وهب وغيرهما، كان من أهل العلم والتقيد، ولي قضاء الجماعة، ثم خرج إلى الثغر الأقصى في هيئة القواد. توفي سنة 213 هـ. المدارك: 144/4-145، وأخبار الفقهاء والمحدثين: 295 (رقم 397)، وتاريخ علماء الأندلس: 448/1 (رقم 1028).

(6) التنبيهات: 1115.

(7) سبقت ترجمته في ص: 106.

(8) المناهج: 268/6.

(9) سبقت ترجمته في ص: 83.

(10) شرح التلقين للمازري: 331/2. قال ابن رشد: «مراعاة الخلاف أصل من أصول مالك». الفتاوى: 1158/2 والبيان: 157/4 و285/8.

خلاصة القول، إن بيع العينة من بيوع الآجال الممنوعة في أغلب صورها؛ سداً للذريعة، لتطرق التهمة في التحيل على دفع قليل في كثير.

واختلف أهل المذهب في فسخه قبل الفوات على قولين: أحدهما: تفسخ البيعتان جميعاً عند ابن الماجشون. والثاني: تفسخ البيعة الآخرة دون الأولى، وهو قول ابن القاسم.

وبعد الفوت أيضاً على قولين: الأول: تفسخ البيعتان جميعاً، فلا يكون للبائع إلا الثمن إذا كانت القيمة أقل؛ وإلا فسخت البيعة الثانية فقط. والثاني: أنه يمضي بالثمن الأول ولا يرد. وذلك للاختلاف الوارد في تأويل الأثر المحتج به.

كما أن المقنن لم ينظم أحكام هذا البيع، تاركاً أمره لمبدأ الإحالة⁽¹⁾ على الفقه المالكي المعمول به بمقتضى القواعد العامة في الميدان المدني. إلا ما ورد في م.72 من المنشور والي بنك المغرب، حيث نصت على أنه: «لا يجوز القيام بأي عملية مالية تقضي إلى ممنوع شرعاً؛ كالعينة والتورق المنظم»⁽²⁾.

(1) مبدأ الإحالة: يعتبر الفقه المالكي مصدراً تكميلياً حال غموض النص أو عدم وجوده، بإحالة صريحة من ف.1 من (م ح ع) في فقرته 2 حيث أكد على أنه: تطبق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي.

وتأخذ القاعدة الفقهية متى تم إعمالها حكم القاعدة القانونية، ويترتب عن خرقها أو سوء إعمالها تعرض الحكم للإبطال. وهو ما أكدته محكمة النقض في قرارها الذي جاء فيه: إن خرق قاعدة فقهية معمول بها، يكون بمثابة خرق قاعدة واجبة التطبيق. قرار عدد: 1226 الصادر بتاريخ: 06 يونيو 1990 في الملف المدني عدد: 1001/86

(2) منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17 صادر في 27 يناير 2017 يتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرافعة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء. وسيشار بعده باسم المنشور.

المطلب الخامس: البيع الآجل

لقد تناول أهل المذهب البيع الآجل عند حديثهم عن «النهي عن بيعتين في بيعة». وهو في عرف الفقهاء: «ما أُجِّلَ الثمن فيه».⁽¹⁾

واتفقوا على جوازه لعموم قوله ﷺ: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»⁽²⁾. وقوله ﷺ: «يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى»⁽³⁾.

ومن السنة: حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ اشْتَرَى طَعَامًا مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَى أَجَلٍ وَرَهْنَهُ دُرْعًا مِنْ حَرِيرٍ»⁽⁴⁾.

كما رُوي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَشْتَرِيَ بَعِيرًا بِبَعِيرَيْنِ إِلَى أَجَلٍ»⁽⁵⁾.

وقد جعله مالك من باب الخيار، جاء في المدونة: «أَرَأَيْتَ إِنْ قَالَ لَهُ اشْتَرِ مِنْي سَلْعَةً إِنْ شِئْتَ بِالنَّقْدِ فَبَدِينَارٍ، وَإِنْ شِئْتَ إِلَى شَهْرَيْنِ فَبَدِينَارَيْنِ. قَالَ مَالِكُ: إِنْ كَانَ هَذَا الْقَوْلُ مِنْهُ وَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ عَلَى أَحَدِهِمَا، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ. وَإِنْ كَانَ هَذَا الْقَوْلُ مِنْهُ وَالْبَيْعُ غَيْرُ لَازِمٍ لِأَحَدِهِمَا فَلَا بَأْسَ»⁽⁶⁾ ومثله ابنُ عبد الحكم لم ير به بأساً.⁽⁷⁾ وأجازه ابنُ الجلاب إن كان بالخيار في الأخذ والترك، وإلا فسخ. فإن فاتت السلعة ردَّتْ إلى قيمتها نقداً ولا يعطى أقل الثمنين إلى أقصى الأجلين.⁽⁸⁾

وبيّن ابنُ عبد البر تفسير مالك لذلك بقوله: «فإن كان البيع على أن المشتري بالخيار بين أن يأخذ وبين أن يرد ولا بيع بينهما، فذلك جائز وليس من باب بيعتين في بيعة»⁽⁹⁾.

(1) التنبهات: 1107.

(2) سورة البقرة، جزء من الآية: 274.

(3) سورة البقرة، جزء من الآية: 281.

(4) طرف من حديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة، (برقم 2068). ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة، باب الرهن وجوازه في الحضر والفسر، (برقم 1603/124). كلاهما من طريق الأسود بن يزيد، واللفظ للبخاري. قال ابنُ بَطَالٍ في شرحه لصحيح البخاري (208/6): «العلماء مجمعون على جواز البيع بالنسيئة، وحكى قول ابن عباس: البيع بالنسيئة في كتاب الله تعالى».

(5) رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرخصة فيه، (رقم 3357)، والحاكم مثله متناً وإسناداً في مستدركه، كتاب البيوع (رقم 2375)، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجه (258/3). وأحمد في مسنده (مسند المكثرين من الصحابة) مسند عبد الله بن عمرو بن العاص (رقم 6593). والبيهقي في السنن الكبير، كتاب البيوع، باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة. (برقم 10626). والدارقطني في سننه، كتاب البيوع، باب البيوع، (برقم 261/3019). كلهم من طريق عمرو بن حريش. وقد اعترض ابنُ القُطَّان على هذا الحديث في الوهم (163/5) وقال: «وهذا حديث ضعيف، مضطرب الإسناد». وقال الحافظ في التقریب (733): «عمرو بنُ حريش مجهول الحال». ومع ذلك فقد صححه الحاكم في مستدركه على شرط مسلم (258/3)، وحكى عبد الحق في أحكامه (242/3) مشهوريته، ووافقه المزي في تهذيب الكمال (583/21)، وكذا ابنُ حجر في تهذيب التهذيب (20-19/8)، ووثق عمرو بنُ حريش ابنُ حبان في ثقاته (173/5).

(6) المدونة: 151/9.

(7) المختصر: 248.

(8) التفریع: 166/2.

(9) التمهيد: 390/24، والاستذكار: 174/20، وانظر: المنتقى: 40-39/5.

واعتبر ابنُ الحاجب أن شرط المنع أن يكون الجميع لازماً لأحد المتبايعين أو لأحدهما، وإن لم يكن على اللزوم لهما أو لأحدهما؛ جاز. ووجه الفساد مع اللزوم: الغرر، إذ لا يدري البائع بما باع، ولا المشتري بما اشترى.⁽¹⁾

كما اعتبر ابنُ رشد أن علة امتناعه عند مالك: سد الذريعة الموجبة للربا... وجعلها من باب الخيار، لأنه لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين في الآخر. وهذا عند مالك هو المانع.⁽²⁾ قال الشيخ خليل عاطفاً على ما يجوز: «بييعها بإلزام بعشرة نقداً، أو أكثر إلى أجل. فإن وقع لا على الإلزام... فلا منع»⁽³⁾. قال شارحه عليش: «إن كان دون لزوم جاز».⁽⁴⁾

واعتبر الرجراجي أن الزائد سواء اختار الأقل أو الأكثر: كالهبة للبائع من المبتاع إن كان الخيار للمشتري، لأنه قد ملك السلعة بالأقل، ثم إن شاء نقد الثمن، وإن شاء دفع الأقل. فإن اختار دفع الأكثر، كان الزائد هبة منه للبائع.⁽⁵⁾ وليس للمبتاع تعجيل النقد لإجازة البيع: لأنه عقد فاسد.⁽⁶⁾

وقد جاء في قرار لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن البيع بالتقسيط، أنه لا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد أو التأجيل. فإن وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل، بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد، فهو غير جائز شرعاً.⁽⁷⁾

خلاصة الحديث، إن أهل المذهب قد اتفقوا على جواز البيع الآجل؛ لعموم الأدلة الواردة في إباحة البيع، إذ جعلوه من باب الخيار في الأخذ والترك. وكان الزائد كهبة. فإن كان على اللزوم للمتبايعين أو لأحدهما؛ لم يجز، ويفسخ. ولم يكن للمبتاع تعجيل النقد لإجازة البيع. فإن فات المبيع ردّ إلى قيمته.

(1) التوضيح: 348/5. عند شرحه قول ابن الحاجب: «... على اللزوم لهما أو لأحدهما، وإلا جاز». جامع الأمهات: 349.

(2) البداية: 299/3.

(3) المختصر: 176.

(4) المنح: 37/5.

(5) المناهج: 407/6.

(6) التهذيب: 158/3.

وقد حكى الزرويلي عن الأوزاعي: إن نزل مضى بالأول إلى الأجل. وعن ابن شبرمة أنه: يمضي بالأقل نقداً. مخطوط التقييد على تهذيب المدونة: ورقة 8.

(7) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن البيع بالتقسيط، في دورة مؤتمره 6 بجدة، من 14-20 مارس 1990. رقم: 51. وجاء فيه أيضاً: أولاً: تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً، وثمانه بالأقساط لمدة معلومة. ثالثاً: إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم.

رابعاً: يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حلّ من الأقساط، ولا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء. خامساً: يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها، عند تأخر المدين عن أداء بعضها مادام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد.

المبحث الثاني: عقد السلم

إن الشريعة الإسلامية مبنية على تحقيق مصالح العباد ورفع الحرج، وهذا ما يظهر في تشريع السلم، حيث جاء ليحقق مصلحة ويسدّ حاجة لكل من طرفيه.

وقد تناولت في المطلب الأول من هذا المبحث: حقيقة السلم، وأصل جوازه.

وفي المطلب الثاني عقدت الكلام على الأجل في السلم، وهل الأجل من شروط السلم، أم أن الحلول لا يمنع تحصيل مقصوده؟

وهل اتفق أهل المذهب على تقدير حدّ ما يجوز إليه السلم من الآجال وأبعده؟

واهتمت في المطلب الثالث بيان أجل تسليم رأس المال، وهل يجوز تقديم بعض رأس المال وتأخير بعضه؛ لجري العادة بتراخي الإقباض، أم أن تسليم جميع الثمن من شروط السلم؛ خوف الدين بالدين؟

وهل اشتراط تأخير اليسير من الثمن المدة البعيدة يفسد المبيع جميعه، أم يفسد ما يقابل التأخير فقط؟

وفي المطلب الرابع صار الحديث عن أجل وجود السلم والمطالبة به، وهل يشترط استقرار المسلم فيه ووجوده في جميع الأجل، أم لا بأس بما هو معدوم في حال العقد أو ينقطع في بعض الأجل، إذا كان مأمون الوجود عند حلول الأجل؟

وهل يجبر على قبول السلم قبل حلول الأجل، أم يكون له الخيار في قبض ذلك؟

المطلب الأول: حقيقة السَّلَم

السَّلَم عند المعجميين اسم مشتق من الدفع والتسليم.⁽¹⁾ وهو والسلف عبارتان عن معنى واحد.⁽²⁾ قال ابن حجر: «السَّلَم: السلف وزناً ومعنى».⁽³⁾

وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يكره أن يسمى السلف سَلَمًا.⁽⁴⁾ وتراجيم الموطأ تشير إلى هذا المعنى، ولم يستعمل مالك في الموطأ لفظة السَّلَم بحال، وإنما استعمل السلف، وليس في كراهية هذا منع، وإنما استحسان لذلك. وفي استعمال مالك له دليل على أنه نظر إلى قول ابن عمر رضي الله عنهما، لأن الشيء إذا عُبِّرَ بعبارتين مختلفتين؛ جاز للمتكلم استعمال أيتهما شاء. وقد استعمل مالك وأصحابه لفظة السَّلَم في كلامهم في غير هذا الموضع.⁽⁵⁾

وأما حقيقة السَّلَم الشرعية، فقد رسمها عياض بقوله: «هو ما قُدِّم فيه رأس المال، وأُخِّر فيه المشتري، وسُمي سَلَمًا لتسليمه دون عوض في الحال». أو هو: «تقديم رأس المال في مضمون موصوف إلى أجل».⁽⁶⁾ وأوجزه ابنُ راشد⁽⁷⁾ بقوله: «هو دفع عين في دين».⁽⁸⁾

وعرّفه المقنن في ف.613 (ق ل ع) بأنه: «السَّلَم عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين مبلغًا محددًا للمتعاقد الآخر، الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في أجل متفق عليه».

كما اعتبره من عقود المنتجات التشاركية، حيث نصت م.58 -هـ على أنه: «كل عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، مبلغًا محددًا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من بضاعة مضبوطة بصفات محددة في أجل».⁽⁹⁾

وقد اجتمعت الأمة على جوازه من حيث الجملة، إذ هو مما تدعو إليه الضرورة. ولأن الثمن يجوز تأخيرَه في الذمة، فيجوز المثلن قياساً عليه. ولأن الناس يحتاجون لأخذ ما ينفقونه على ثمارهم قبل طيبها، فيباح لهم البيع، ولتنمية أموالهم بشراء ما يتأخر، فيباح لهم الشراء.⁽¹⁰⁾

(1) انظر: العين، والصَّحاح، والتهذيب، والمجمل، والمقاييس، واللسان، مادة: (سلم).

(2) جامع القرطبي: 426/4. قال القرطبي: «سماه الفقهاء: بيع المحاييج». الجامع: 426/4.

(3) الفتوح: 428/4.

(4) الإكمال: 305/5، وزاد المسلم: 221/4. وقد رواه الجزولي في الكبير. انظر: المواهب: 477/6. ترجمة الجزولي في الابتهاج: 244 والجدوة: 401.

(5) التعليق: 124/2، والاقتضاب: 201/2.

(6) التنبيهات: 1028، والمشارك: 217/2. لأن: «ما لا يضبط بصفة لا يجوز السَّلَم فيه». المنتقى: 293/4.

(7) هو محمد بن عبد الله بن راشد الفقيسي، تفقه بابن الأبياري وابن العلاف، وأخذ عن محيي الدين الشَّهير بحافي رأسه. كما تفقه على القرافي فأجازه بالإمامة في أصول الفقه والفقه. كان عالماً بالعربية والأدب. له تأليف، منها: الشَّهاب الثاقب في شرح مختصر ابن الحاجب الفقيهي، والنظر البديع في اختصار التفرع، والمذهب في ضبط قواعد المذهب. توفي سنة 736 هـ. الديباج: 328/2 (147).

(8) الباب: 421.

(9) القانون رقم 12.103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها. وانظر م.54 من المنشور، وأيضاً م.55 منه التي نصت على أنه: «يشترط في المبيع موضوع عقد السلم أن يكون مطابقاً لأحكام الشريعة الإسلامية».

(10) الذخيرة: 224/5.

ومن الدليل على جواز السلم: أن الله تعالى أباح البيع لعباده، وأذن لهم فيه إذناً مطلقاً، وإباحة عامة في غير ما آية في كتابه، فقد قال ﷺ: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»⁽¹⁾ فهي عامة، يجب حملها على عمومها في كل بيع، إلا ما خصّه الدليل. وقد خص الله تعالى من ذلك على لسان نبيه ﷺ بيوعاً كثيرة؛ كبيع العُربان، وما أشبه ذلك من نواهيته، ولم ينه ﷺ عن السلم، فتبقى على أصل الإباحة الواردة في القرآن لعموم الألفاظ.⁽²⁾

ومن الدليل أيضاً على جواز السلم، قوله ﷺ: «يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى»⁽³⁾، فلم يخص ديناً من دين، بل عمّ جميع الديون. قال مالك: «فهذا يجمع الدين كله»⁽⁴⁾. وقال ابن عباس: «نزلت هذه الآية في السلم خاصة»⁽⁵⁾.

ويشهد لذلك حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَدِينَةَ وَالنَّاسُ يُسْلِفُونَ فِي التَّمْرِ الْعَامَ وَالْعَامِينَ، فَقَالَ: مَنْ سَلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»⁽⁶⁾.

والسلم رخصة مستثناة من أصل كلي يقتضي المنع مطلقاً، يدل عليه نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عندك بالأدلة الدالة على جوازه، إذ جعلوه من العام المخصوص. والسلم غير داخل في هذا النهي، إذ المراد من الحديث النهي عن بيع العين، أو ما في الذمة مما لا يقدر على تسليمه.⁽⁷⁾ قال المشدالي⁽⁸⁾ في حاشيته: «صرح في المدونة بأنه رخصة مستثنى من بيع ما ليس عندك»⁽⁹⁾.

مجمل الكلام، إن حقيقة السلم هي: ما قُدّم فيه رأس المال، وأُخّر فيه المشتري. وهو من البيوع الجائزة باتفاق أهل المذهب؛ لعموم الأدلة الواردة في إباحة البيع، وللحاجة الداعية إلى التعامل به. ورخصة مستثناة من أصل كلي يقتضي منع بيع ما ليس للإنسان مطلقاً.

(1) سورة البقرة، جزء من الآية: 274.

(2) المقدمات: 20/2-21.

(3) سورة البقرة، جزء من الآية: 281.

(4) اختصار المدونة والمختلطة لابن أبي زيد: 415/2. وتعليقة الوانوفي: 157/2.

(5) جامع القرطبي: 423/4، والمحزّر الوجيز: 378/1. واستشكل ابن عبد السلام الاستدلال بهذه الآية (بدّين) من وجهين أحدهما: «أن لفظ دَيْن نكرة في سياق الثبوت، فلا تعم. ورده بعض الشيوخ بأنه في سياق الشرطية، فهي كالنفي تعم». شرح ابن ناجي على متن الرسالة: 159/2.

(6) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم، (رقم 2239). وباب السلم في وزن معلوم (رقم 2240-2241)، وباب السلم إلى أجل معلوم. وبه قال ابن عباس وأبو سعيد والحسن والأسود (رقم 2235). ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة، باب السلم (رقم 1604-127).

(7) الموافقات: 469/1-470، وانظر شرح زروق على متن الرسالة: 759، وتعليقة الوانوفي: 155/2. وقد نصت م. 57 من المنشور على أنه: «لا يجوز أن تكون ديون المشتري أو غيره على البائع ثمناً في عقد السلم».

(8) هو محمد بن عبد الصمد المشدالي، عالم بجاية وفقهها ومفتيها، كان إماماً كبيراً مقدماً على أهل عصره في الفقه. أخذ عنه جماعة من الأئمة كأبي الربيع وابن الشاطئ. كمل تعليقه الوانوفي على البراذعي، واستدرك ما صرح فيه ابن عرفة في مختصره بعدم وجوده، وتتبع ما في البيان والتحصيل بغير مظانه وحوله لها، وحادى به ابن الحاجب. ومن تأليفه: تكملة حاشية الوانوفي على المدونة، ومختصر البيان لابن رشد، واختصار أبحاث ابن عرفة في مختصره. توفي سنة 866هـ. الابتهاج: 538-539 (رقم 654)، والتوشيح: 157-158 (رقم 172).

(9) تعليقة الوانوفي: 155/2.

المطلب الثاني: الأجل في السلم

الظاهر من مذهب مالك والمشهور عنه؛ أن الأجل من شرط السلم، «إذ لا بد فيه من الأجل حتى تنزل الأحكام الشرعية منازلها»⁽¹⁾. فالسلم الحال لا يجوز.⁽²⁾

ونقل المتيطي⁽³⁾ أن أبا تمام⁽⁴⁾ روى في كتابه عن مالك أنه أجاز السلم حالاً.⁽⁵⁾

كما خرج التونسي⁽⁶⁾ من إجازة السلم إلى اليوم واليومين؛ قولاً بجواز السلم الحال، لأن هذه المدة لا تتغير فيها الأسواق غالباً.⁽⁷⁾

وعمدة من منع السلم الحال ظاهر حديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مَنْ سَلَّمَ فِي تَمَرٍ فَلْيُسَلِّمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»⁽⁸⁾.

وقد علل القرافي اشتراط الأجل بقوله: «لأن موضوع السلم الرفق، والتأجيل يناسبه. وأن التعجيل يناه في موضوع السلم، وبه يبطل مدلول الاسم».

وقال أيضاً: «والرفق لا يحصل بالحلول، بل ينتفي البتة... والأجل يعين على تحصيل المقصود، والحلول يمنع ذلك... ويندرج في الغرر»⁽⁹⁾.

واعتبر ابن الحاجب وابن رشد إجازة السلم الحال من باب بيع ما ليس للإنسان.⁽¹⁰⁾

وقال الشيخ خليل: «وعلة اشتراط الأجل تحصيل مصلحتين: الأولى في حق البائع؛ وهي دفع القليل ليأخذ ما هو أكثر منه، والثانية في حق المشتري؛ وهي الانتفاع بالثمن»⁽¹¹⁾.

فإن جاز حالاً، بطلت هذه الحكمة، وارتفعت هذه المصلحة، ولم يكن لاستثنائه ما يبيع ما ليس عند الإنسان فائدة.⁽¹²⁾

(1) القبس: 834/2.

(2) الكافي: 692، والتفريع: 138/2، والمقنع: 113، والبداية: 390/3، والتنبيهات: 1065، والمقدمات: 28/2، والجواهر: 752، والقوانين: 451، والذخيرة: 251/5، وعيون المجالس: 1508-1509، واللباب: 422. قال المتحفي: وَشَرَطُ مَا يُسَلَّمُ فِيهِ أَنْ يُرَى ❖ مُتَصِفًا مُؤَجَّلًا مُقَدَّرًا التحفة: 77 (بيت 1019).

(3) سبقت ترجمته في ص: 98.

(4) هو أبو تمام علي بن محمد بن أحمد، كان جليد النظر، حسن الكلام، حاذقاً بالأصول. له كتاب مختصر في الخلاف سماه: نُكْتُ الأدلة، وكتاب آخر في الخلاف كبير، وكتاب في أصول الفقه. توفي سنة 378 هـ. المدارك: 76/7، والديباج: 100/2 (رقم 9).

(5) مخطوط مختصر المتيطي، ورقة: 144. وحكى كلامه صاحب التوضيح: 38/6، وكذلك ابن مغيث في المقنع: 113.

(6) سبقت ترجمته في ص: 127.

(7) التوضيح: 38/6، وانظر: البهجة: 259/2، وشرح زروق: 760، واللباب: 422.

(8) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة.

(9) الفروق: 289/3 (الفرق 200)، والذخيرة: 252/2.

(10) جامع الأمهات: 372، والمقدمات: 28-30.

(11) التوضيح: 36/6.

(12) أحكام القرطبي: 426/4.

وقد اضطربت الملكية في تقدير حدّ ما يجوز إليه السّلم من الآجال وأبعده.

فقال ابنُ القاسم عن مالك: «أنه ما حدّ في ذلك حدًّا، وأنه لا يجوز إلا إلى أجل ترتفع فيه الأسواق وتنخفض، وذلك خمسة عشر يومًا»⁽¹⁾. وهو الأحب إلى ابن أبي زيد،⁽²⁾ وحكاه ابنُ جزى،⁽³⁾ والباجي في بلفظ قريب من هذا، وقال: «وبه مضى العمل عند الشيوخ»⁽⁴⁾. وهو ما اختصره الشيخ خليل قائلًا: «وأن يؤجل بمعلوم زائد على نصف شهر»⁽⁵⁾.

أما ابنُ وهب، فقد روى عن مالك أنه إن وقع على ثلاثة أيام مضى، ولا أفسخه. وفي رواية ابن عبد الحَكَم أنه إن وقع إلى يوم واحد مضى.

وقال أصبغ: «فإن وقع إلى يومين لم يفسخ، لأنه ليس بحرام بيّن ولا مكروه بيّن». واختاره ابنُ حبيب في الواضحة، حيث كره الأجل القريب؛ كالثلاثة أيام أو الخمسة. وإن نزل لم يفسخه. وقال ابنُ المواز: «فسخه أحب إليّ. وهو ظاهر المدونة»⁽⁶⁾.

وأما حدّ أبعد آجال السّلم، قال المتيطي: «ولا حدّ لأكثر الأجل في السّلم»⁽⁷⁾. وهو ما اختاره البرزلي.⁽⁸⁾ وابنُ جزى إلا ما ينتهي إلى الغرر لطوله.⁽⁹⁾ وحده ابنُ رشد بما يجوز إليه البيع.⁽¹⁰⁾

فمن جعل الأجل شرطًا غير معلّل، اشترط معه أقل ما يطلق عليه الاسم، ومن جعله شرطًا معلّلًا باختلاف الأسواق، اشترط من الأيام ما تختلف فيه الأسواق غالبًا.⁽¹¹⁾

والمقصود من جواز السّلم إلى أجل تتغيّر في مثله الأسواق؛ الارتفاق من انتفاع البائع بتقديم المال، والمبتاع بما يرتخصه ليحصل له من تغيّر الأسواق ما يريده. فإذا ضربا أجلًا لا يوجد فيه هذا المعنى لم يحصل الرفق المقصود للذي أجزى السّلم من أجله، وكان في معنى الحال ومن بيع ما ليس عندك المنهي عنه.⁽¹²⁾

(1) المدونة: 30/9.

(2) الرسالة: 216. ولفظه (أحب) الواردة في الرسالة على الوجوب. شرح ابن ناجي: 162/2.

(3) القوانين: 451.

(4) كابن لبابة وابن وضاح، وأحمد بن خالد. المنتقى: 297/4.

(5) المختصر: 193.

(6) النوادر: 66/6.

(7) مخطوط مختصر المتيطي: ورقة 141. وقد نقلها صاحب المواهب: 500/6، والمنح: 360/5. والمتيطي سبقت ترجمته في ص: 98.

(8) الفتاوى: 59/3.

(9) القوانين: 451.

(10) المقدمات: 28-30/2.

(11) البداية: 390/3. قال المقرئ: «اختلفوا هل الدّين بالدّين شرع غير معلّل، فلا يجوز تأخير رأس مال السّلم رأسًا، أو معلّل بأنه عقد على ذمتين من غير فائدة من أحد الطرفين، فليس فيه إلا مجرد الخطار، وعلى هذا رأى في المشهور أن اليومين والثلاثة حكمهما حكم النقد».

القواعد: 431 (قاعدة 916).

(12) الجامع لابن يونس: 42/8.

وقد أجاز مالك السَّلْمَ إلى أوقات معروفة من الأزمنة لا تكاد تختلف؛ كالأجل إلى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك، والمعتبر ميعات معظمه.⁽¹⁾ لأنه رأى أن الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسير، إذ الغرر اليسير معفو عنه في الشرع.⁽²⁾

هذا تحصيل مذهب مالك في مقدار الأجل في السَّلْم.

وقد تبني المقتن القول بجواز السَّلْم غير المحدد بالأجل، حيث يستشف ذلك من خلا قراءة ف.615 من (ق ل ع) الذي نص على أنه: «إذا لم يحدد ميعاد التسليم، افترض في المتعاقدين أنهما ارتضيا الركون إلى العرف المحلي».

ونصت م.61 من المنشور على أنه: «يحدد عقد السلم ميعاد وكيفيات تسليم البضاعة موضوع العقد».

إذا لم يحدد العقد مكان التسليم، افترض في المتعاقدين أنهما ارتضيا الركون إلى مكان إبرام العقد».

كما نص مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قرار له على أنه: «يجب أن يحدد لعقد السَّلْم أجل معلوم، إما بتاريخ معين، أو بالربط بأمر مؤكد الوقوع، ولو كان ميعاد وقوعه يختلف اختلافاً يسيراً لا يؤدي للتنازع كموسم الحصاد».⁽³⁾

خلاصة القول، إن ظاهر أهل المذهب والمشهور عنه؛ أن الأجل من شروط السَّلْم، لأن موضوعه الرفق، والتأجيل يناسبه، والحلول يمنع تحصيل مقصوده.

كما اضطربوا في تقدير حدّ ما يجوز إليه أجل السَّلْم وأبعده. والذي مضى به العمل هو تأجيله بأجل زائد على نصف شهر، وحدّه ما يجوز إليه البيع.

(1) المدونة: 158/9، والنوادر: 418/2 و66/6، واللباب: 422.

(2) البداية: 390/3. وقد وردت عند ابن العربي قاعدة بلفظ: «يسير الغرر معفو عنه». القبس: 83/6. وعند الباجي بلفظ: «الغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره». المنتقى: 204/4 و218، 115/5.

(3) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن السَّلْم، في دروة مؤتمره 9 بالإمارات (أبوظبي) من 1-6 أبريل 1995. رقم: 85.

المطلب الثالث: أجل تسليم رأس المال

اضطرب أهل المذهب في مسألة نقد ثمن السلم، فقد حكى ابن سحنون⁽¹⁾ أن مالكا لم ير بأساً فيمن قدّم بعض رأس المال وآخر بعضه، إذا قبضه اليوم أو اليومين أو نحو ذلك⁽²⁾.

واعتبر ابن عرفة شرطه عدم طول تأخير⁽³⁾ وحكى ابن حارث⁽⁴⁾ الاتفاق على عدم جواز تأخير رأس المال المدة الطويلة، وجواز التأخير اليوم واليومين. وقال عبد الوهاب: «لا أكثر؛ لجري العادة بتراخي الإقباض في المجلس»⁽⁵⁾ وزاد ابن أبي زيد إلى ثلاثة أيام⁽⁶⁾. قال الشيخ خليل: «شرط السلم: قبض رأس المال كله أو تأخيره ثلاثاً ولو بشرط»⁽⁷⁾.

في حين اعتبر ابن الحاجب أن تسليم جميع الثمن من شروط السلم؛ خوف الدين بالدين⁽⁸⁾. قال ابن راشد: «وهو المعروف»⁽⁹⁾ وحمل ابن محرز⁽¹⁰⁾ كراهة ابن الحاجب على إطلاقها⁽¹¹⁾.

وعلل الباجي ذلك لكونه ذريعة إلى التعاقد على الدين بالدين، لأن عملهما إليه آ⁽¹²⁾. وقال ابن عبد السلام⁽¹³⁾: «والأقرب الفساد؛ لأنه دين». وقيل: «لا يجوز مطلقاً». وهو قول ابن الكاتب⁽¹⁴⁾، وعبد الحق⁽¹⁵⁾.⁽¹⁶⁾

(1) هو محمد بن سحنون، تفقه بأبيه، وسمع من ابن أبي حسان وغيره. كان جامعاً بين الفقه البارع والعلم بالأثر والجدل والحديث، ومعرفة اختلاف الناس والرد عن أهل الأهواء، والدّب عن مذهب أهل المدينة. من تأليفه: المسند في الحديث، وكتاب الجامع، جمع فيه فنون العلم والفقه، وكتاب السير، وكتاب الرد على أهل البدع، وألف في أحكام القرآن. توفي سنة 256 هـ. المدارك: 204/4-221.

(2) المدونة: 38/9.

(3) المختصر: 213/6.

(4) هو محمد بن حارث الخشني، كان حافظاً للفقه، متقدماً فيه، عالماً بالفتيا، حسن القياس في المسائل، عالماً بالأخبار وأسماء الرجال. تفقه بالقيروان على ابن زياد وابن اللباد وغيرهما، وسمع من غير واحد من شيوخ إفريقية (تونس). له تأليف حسنة، منها: كتاب في الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك، وكتاب الفتيا، وكتاب طبقات فقهاء المالكية. توفي سنة 361 هـ. السير: 165/16-166، والديباج: 212/2-213.

(5) المعونة: 988.

(6) الرسالة: 216.

(7) المختصر: 192. ونظم ذلك المتحف قائلا: وَجَازَ إِنْ أَخَّرَ كَالْيَوْمَيْنِ ❖ التحفة: 77 (صدر بيت 1022).

(8) جامع الأمهات: 370. وانظر: الجواهر: 750، والفروق: 289/3 (فرق 200).

(9) اللباب: 422. وابن راشد سبقت ترجمته في ص: 122.

(10) هو أبو القاسم عبد الرحمن بن محرز، كان فقيهاً نظاراً، تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران وأبي حفص. له تصانيف حسنة، منها: تعليق على المدونة سماه: التبصرة، وكتابه الكبير المسعى بالقصد والإيجاز. توفي نحو سنة 450 هـ. المدارك: 68/8، والديباج: 153/2.

(11) التوضيح: 5/6.

(12) المنتقى: 300/4.

(13) هو محمد بن عبد السلام التونسي، كان متفناً في علي الأصول والعربية وعلم الكلام وعلم البيان، عالماً بالحديث وأهلية الترجيح بين الأقوال، ولّي قضاء الجماعة بتونس، سمع من أبي العباس والبطرني وغيرهما، وتخرّج بين يديه جماعة من العلماء الأعلام؛ كابن عرفة ونظرائه. وله تقايد وشرح مختصر ابن الحاجب الفقي، توفي سنة 749 هـ. الديباج: 329/2-330. (رقم 149). التوضيح: 371/5.

(14) هو أبو القاسم عبد الرحمن بن محمد، المعروف بابن الكاتب، من فقهاء القيروان المشاهير، كان موصوفاً بالعلم والفقه والنظر، تفقه في مسائل مشتتة من المذهب، كما كان قوي المناظرة، له كتاب مشهور في الفقه. توفي سنة 408 هـ. المدارك: 252/7-253.

(15) سبقت ترجمته في ص: 83.

(16) مختصر ابن عرفة: 232/6.

ولأشهب قول ثالث وهو: «يجوز أن يتأخر اليسير لا النصف، لأن اليسير تبع، فيعطى حكم متبوعه»⁽¹⁾ وكله فاسد عند ابن القاسم، لأنه يرى الأتباع مراعاة في نفسها.⁽²⁾ وأشار سند⁽³⁾ إلى تخريج قول بإجازة تأخير الثلث مما أجازاه مالك في الموازية.⁽⁴⁾ وانتقد الشيخ خليل تعليل ابن الحاجب المنع بخوف الدين قائلًا: «إن الخوف إنما يستعمل في المتوقع لا الواقع، وإن اشترط التأخير فالمحذور واقع، والخوف مع التسليم منتفٍ. كما أن العلة غير منعكسة، لأن الدين بالدين قد ينتفي، والمنع باق فيما إذا كان رأس المال سلعة معينة وأخرت بشرط لعة أخرى، لأنه بيع معين يتأخر قبضه»⁽⁵⁾.

وأما تأخيره بالشرط زيادة على ثلاث، فمفسد للعقد. وبغير شرط، ففي الفساد به قولان: مذهب ابن أبي زمنين في العين يفسخ به السلم على كل حال، تأخر إلى الأجل أو دونه.⁽⁶⁾ وفرق أبو بكر اللؤلؤي⁽⁷⁾ بين العروض والحيوان. وقال فضل⁽⁸⁾: «لا فرق بين العرض والعين بغير شرط، حل الأجل أو لا، فهو جائز ماض»⁽⁹⁾.

وحكي عن أشهب وابن وهب أنهما قالوا: «إن تعمّد التأخير فسد، وإن تعمّده أحدهما لم يفسد»⁽¹⁰⁾ وهو ما حكاه ابن راشد عن ابن حبيب.⁽¹¹⁾ واختصر الشيخ خليل ذلك بقوله: «وفي فساد بالزيادة إن لم تكثر تردد»⁽¹²⁾؛ بناء على أن قبض الأوائل كقبض الأواخر.⁽¹³⁾

(1) التوضيح: 3/6.

(2) ومن صيغ هذه القاعدة المتنوعة: «إن الأقل يعطى حكم الأكثر». التوضيح: 182/2.

(3) هو سند بن عنان، كنيته أبو علي، كان فقها من أهل النظر مع أبي بكر الطرطوشي. روى عن أبي الطاهر وابن المشرف وغيرهما. ألف كتابا حسنا في الفقه سماه: (طراز المجالس) شرح به المدونة. توفي سنة 541هـ. الديباج: 1/399-400 (رقم 5).

(4) مختصر ابن عرفة: 233/6، والتوضيح: 3/6، وفتاوى البرزلي: 3/57-58.

(5) التوضيح: 4/6.

(6) التنبيهات: 1066. والمقدمات: 28/2، والبداية: 387/3، والذخيرة: 230/5، والكافي: 691، والقوانين: 451، والمعونة: 988، والنوادر: 308/6-309. واللباب: 421، ومختصر ابن عرفة: 233/6، والرسالة: 216، والوثائق المختصرة: 172، والجواهر: 750.

(7) هو محمد بن أحمد المعروف باللؤلؤي، سمع من أبي صالح وغيره، وعليه تفقه ابن زرب وغيره. وكان أفقه أهل زمانه وأحفظهم لمذهب مالك، وله بصر باللغة والشعر والوثائق. كما برع في علم السنن والاختلاف، وتقدم في الفتيا والشورى. توفي سنة 350هـ. وقيل: 351هـ. المدارك: 110/6-117، والديباج: 201/2-202 (رقم 33).

(8) هو فضل بن سلمة بن جرير، كان من أحفظ الناس وأعلمهم لمذهب مالك، وأوقفهم على الروايات، وأعرفهم باختلاف أصحاب مالك. له مختصر في المدونة، ومختصر الواضحة، ومختصر لكتاب ابن المواز، وكتاب جمع فيه مسائل المدونة والمستخرجة والمجموعة، وله جزء في الوثائق، حيث كان من أشغف الناس بحب المسائل، وأبصرهم بعلم الوثائق. توفي سنة 319هـ. الديباج: 2/137-138.

(9) الجواهر: 751.

(10) فتاوى البرزلي: 58/3. مختصر ابن عرفة: 232/6-233.

(11) اللباب: 422.

(12) المختصر: 192.

(13) المنج: 335/5. قال المنجور عند شرحه قول الزقاق (ص: 340): «قبض الأوائل هل هو كقبض الأواخر أو لا؟» وقد يعبر عنها ب«قبض أول متصل الأجزاء، هل هو قبض لجميعه أو لا؟». وهذه القاعدة بهذه الصيغة الاستفهامية وردت في إيضاح المسالك: 153 (قاعدة 102). وقواعد المقرئ: 323 (قاعدة 606). وجاءت في البهجة (2/154) بصيغة القطع بلفظ: «قبض الأوائل قبض للأواخر عند أشهب».

واختلف في اشتراط تأخير اليسير من الثمن المدة البعيدة، وعُثر على ذلك بعد يوم أو يومين، أبطل تراخيها وأمر بالتناجز. وإن لم يعثر على ذلك إلا بعد أيام كثيرة، فهل يفسد المبيع إلا بقدر ما تأخر أم لا؟

قال أبو بكر بن عبد الرحمن⁽¹⁾: «العقدة كلها فاسدة». ولم يفسد أبو عمران⁽²⁾ إلا قدر ما تأخر ويصح ما عداه. ورأى غيرهما الصحة في الجميع لصحة العقد أولاً⁽³⁾.

وحكى ابنُ راشد مشهورية الفساد إن تأخر الأكثر أو النصف. وإن كان الأقل، جرى على القولين في إعطاء الأتباع حكم متبوعاتها أو حكم نفسها⁽⁴⁾.

واختصر ذلك الشيخ خليل بقوله: «إلا فسد ما يقابله لا الجميع على الأحسن»⁽⁵⁾. أي عند أبي عمران وابنِ محرز⁽⁶⁾ وابنِ شعبان⁽⁷⁾.

ومنشأ الخلاف: هو خلاف في حكم ما قارب الشيء، هل يعطى حكمه أم لا؟ هل يسمى هذا التأخير ديناً؟⁽⁸⁾

ويمتنع تأخر قبض السلعة أجلاً بعيداً خشية هلاكها قبله. قال أبو الطاهر⁽⁹⁾: «إلا أن يشترط الانتفاع بالمبيع، فيجوز ما لا غرر فيه؛ كاليومين في الدابة، والشهر في الدار، وأكثر من ذلك في الأرض». قال اللخمي: «فإن أسقط الأجل، اختلف في الإمضاء». قال: «وأراه جائزاً إذا رضى، وكأنه عقد مبتدأ»⁽¹⁰⁾. هذا كله تحصيل مذهب مالك عند أكثر أصحابه.

(1) هو أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن الخولاني، شيخ فقهاء القيروان في وقته، تفقه بأبي محمد وأبي الحسن وبغيرهما، وتفقه عليه ابنُ محرز والسيوري وعبد الحق وغيرهم. حاز الذكر ورياسة الدين في المغرب. توفي سنة 432 هـ. الديباج: 177/1-178 (رقم 54).

(2) هو أبو عمران الفاسي، من أهل إفريقية (تونس)، كان من أحفظ الناس وأعلمهم، نافذاً في علم الأصول، جمع حفظ المذهب المالكي إلى حديث النبي ﷺ ومعرفة معانيه، مع معرفته بالرجال وجرحهم وتعليقهم. تفقه بالقابسي والأصيلي وغيرهما، وسمع من أبي الفوارس وأبي ذر. درس الأصول على الباقلاني. له كتاب التعليق على المدونة لم يكتمل. توفي سنة 430 هـ. المدارك: 243/7-252، والديباج: 337/2-338.

(3) التوضيح: 6/5-6، والذخيرة: 226/5.

(4) اللباب: 422. وابنُ راشد سبقت ترجمته في ص: 122. قال المنجور عند شرحه قول الزقاق:

(هَلْ حُكْمٌ مَتَّبِعٌ لَتَابِعٍ مُنْعٍ ❖ أَوْ حُكْمٌ نَفْسِهِ عَلَيْهِ مَا يَصِحُّ). هل حكم متبوع منح لتابع أم للتابع حكم نفسه؟ شرح المنجور: 354.

وهذه القاعدة وردت أيضاً في إيضاح المسالك: 101 (قاعدة 55). وقواعد المقرئ: 214 (قاعدة 294).

(5) المختصر: 192.

(6) سبقت ترجمته في ص: 127.

(7) هو أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان، يعرف بابن القرطي، كان رأس فقهاء المالكية بمصر في وقته، وأحفظهم لمذهب مالك، مع التفنن في سائر العلوم من الخبر والتاريخ والأدب. كما كان واسع الرواية، كثير الحديث، مليح التأليف، شيخ الفتوى. كتبه فيها غرائب من قول مالك، وأقوال شاذة من قوم لم يشتهروا بصحته، ليست مما رواه ثقات أصحابه واستقر من مذهبه. ألف كتاب الزاهي في الفقه، وكتاباً في أحكام القرآن، وكتاب مختصر ما ليس في المختصر. توفي سنة 355 هـ. المدارك: 274/5-275، والديباج: 194/2-195 (رقم 29).

(8) الجواهر: 750. ووردت هذه القاعدة بصيغة الجزم عند المازري بلفظ: «ما قارب الشيء حكمه حكمه». شرح التلغين: 136/1. وعند المقرئ بصيغة الاستفهام بلفظ: «ما قارب من الشيء هل يكون حكمه حكمه؟» القواعد: 403 (قاعدة 833).

(9) هو أحمد بن عمرو بن عبد الله بن السرح، يكنى أبا الطاهر، جلّ روايته عن ابن وهب، وسمع من ابن عُيَيْنَةَ وغيره، وروى عنه أبو داود، وخرّج له مسلم في صحيحه، ووثقه ابنُ أبي دليم. شرح موطأ ابن وهب. توفي سنة 250 هـ. المدارك: 173/4-174، والديباج: 166/1-167.

(10) الذخيرة: 259/5.

قد تبنى المقنن في هذه المسألة رأي ابن الحاجب ومن وافقه من أئمة المذهب، حينما نص في ف.614 من (ق ل ع) على أنه: «يجب دفع الثمن للبائع كاملاً، وبمجرد إبرام العقد».

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي الدولي أن: «الأصل تعجيل قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، ويجوز تأخيره ليومين أو ثلاثة ولو بشرط؛ على أن لا تكون مدة التأخير مساوية أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم».⁽¹⁾

خلاصة الكلام، إن فقهاء المالكية قد اضطربوا في هذه المسألة اضطراباً كبيراً، ومعروف المذهب أن تسليم جميع الثمن من شروط السلم؛ خوف الدين بالدين. وهو الذي اعتمده المقنن عند تناوله هذه المسألة.

كما اختلفوا في اشتراط تأخير اليسير من الثمن المدة البعيدة، والأحسن فساد ما يقابل التأخير لا الجميع.

(1) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن السلم، في دروة مؤتمره 9 بالإمارات (أبوظبي) من 01-06 أبريل 1995. رقم: 85.

المطلب الرابع: أجل وجود السلم والمطالبة به

اتفق أهل المذهب على أن السلم يجوز فيما هو معدوم في حال العقد أو ينقطع في بعض الأجل، إذا كان مأمون الوجود في الوقت الذي يحل فيه. إذ لا يشترط استقرار المسلم فيه من حين العقد إلى زمان التسليم.

إن ابتداء العقود أكد من استمرار آثارها، وعدم المعقود عليه عند العقد مع وجوده عند التسليم لا مدخل له في المالية البتة، بل المالية مصونة بوجود المعقود عليه عند التسليم، فهذا عدم طردي، فلا يعتبر في الابتداء ولا في الانتهاء مطلقاً.

ويتأكد المذهب بحديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مَنْ سَلَفَ فِي تَمَرٍ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»⁽¹⁾.

وهذا يدل من وجوه: أولها: إن تمر السنين معدوم. وثانيها: أنه ﷺ أطلق ولم يفرق. وثالثها: إن الوجود لو كان شرطاً لبيئته ﷺ لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع⁽²⁾.

فالعبرة: القدرة على تحصيله غالباً وقت حلوله⁽³⁾. فلا يعتبر عدمه نادراً، لأن الغالب في الشرع كالمحقق، ولا يضره الانقطاع قبله ولا بعده⁽⁴⁾.

قال ابن الجلاب: «ولا بأس بالسلم فيما ينقطع في أضعاف أجله إذا كان مأموناً عند حلول الأجل»⁽⁵⁾.

وقال القرافي: «القدرة على التسليم إنما تطلب في وقت اقتضاء العقد»⁽⁶⁾.

ومثله الباجي قائلاً: «من شرط السلم أن يكون المسلم فيه يوجد عند حلول الأجل بلا خلاف، لأن من صحة السلم التمكن من التسليم، وليس من شرطه أن يكون موجوداً حين العقد، لأنه وقت لا يستحق فيه التسليم، فلم يستحق وجود المسلم فيه»⁽⁷⁾.

واختصر ذلك الشيخ خليل بقوله: «ووجوده عند حلوله وإن انقطع قبله»⁽⁸⁾.

(1) مضى تخريجه في ص: 131.

(2) الفروق: 297/3 (فرق 200). والذخيرة: 257/5. قال المقري: «نظر مالك إلى ظاهر الأجل المقتضي لتأخير السلم وقت الحلول. فأجاز السلم في المعدوم حالة العقد إذا كان يوجد عند المحل». القواعد: 451 (قاعدة 968).

(3) جامع الأمهات: 371. واللباب: 422.

(4) التوضيح: 30/6. الجواهر: 754. ومن الصيغ المتنوعة لقاعدة: «الغالب في الشرع كالمحقق». ما جاء في المعونة (154 و844): «الغالب يجري مجرى اليقين». وفي فتاوى ابن رشد (443/1): «الحكم للغالب». وفي إيضاح المسالك: «الغالب هل هو كالمحقق أم لا؟» ص: 56 (قاعدة 1). وشرح المنجور: 110.

(5) التفرع: 138/2.

(6) الفروق: 298/3.

(7) المنتقى: 300/4. وانظر: الوثائق المختصرة: 173.

(8) المختصر: 194.

قال الصاوي: «لا يشترط وجوده في جميع الأجل، بل الشرط وجوده، أي القدرة على تحصيله عند وجود الأجل، ولو انقطع في أثناء الأجل، بل ولو انقطع في الأجل بتمامه؛ ماعدا وقت القبض»⁽¹⁾.

وقال ابن عاصم ناظماً: ❖ مِمَّا يُصَابُ غَالِبًا عِنْدَ الْأَجَلِ⁽²⁾

وقد اختلف الأصحاب في أجل المطالبة بالسلم. فلما كان الأجل في السلم من حقهما، لم يكن للمسلم ولا المسلم إليه التعجيل إلا برضاهما، وهذا هو القياس.

قال القرافي: «ولا يجبر على القبول في الأجل في السلم، لأن الأجل حق لهما»⁽³⁾.

وقال ابن عبد الرقيق⁽⁴⁾: «إذا عجل ما عليه قبل الأجل، فرب السلم بالخيار في قبض ذلك»⁽⁵⁾.

لكن استحسن جماعة من المتأخرين ما رواه عن أشهب عن مالك إنه إذا قدم المسلم إليه باليوم أو اليومين لزم المسلم قبوله.

وعلى هذا اقتصر ابن الحاجب بقوله: «الزمان، ولا يلزم قبول المسلم فيه قبله بالكثير، وباليومين يلزم»⁽⁶⁾. لأن التأخير إنما كان من حق المسلم لاختلاف الأسواق، واليومان لا تختلف فيهما الأسواق غالباً.⁽⁷⁾

وقال ابن جزي: «إذا دفع المسلم فيه قبل الأجل جاز قبوله، ولم يلزم. وألزم المتأخرون قبوله في اليوم واليومين»⁽⁸⁾.

واختصر ذلك الشيخ خليل بقوله: «وجاز قبل زمانه قبول صفته»⁽⁹⁾.

قال الصاوي عند شرحه (وجاز قبل الأجل قبوله): «لأن الأجل في السلم حق لكل منهما؛ ما لم يكن المسلم فيه نقداً، وإلا أجبر المسلم على قبوله قبل الأجل إن طلبه المسلم إليه، لأن الأجل حق لمن عليه الدين»⁽¹⁰⁾.

(1) الشرح الصغير: 276/3.

(2) التحفة: 77 (عجز بيت 1020).

(3) الذخيرة: 283/5.

(4) سبقت ترجمته في ص: 99.

(5) المعين: 454/2.

(6) جامع الأمهات: 373.

(7) التوضيح: 48/6.

(8) القوانين: 452.

(9) المختصر: 195.

(10) الشرح الصغير: 283/3.

وقد نصت م.58 من المنشور على أنه: «ولا يشترط أن تكون البضاعة موجودة ولا في ملكية البائع عند إبرام عقد السلم».

كما أكدت م.60 منه على أنه: «يجب أن يكون المبيع موضوع عقد السلم متوافراً ومتداولاً في الأسواق، وعام الوجود عند حلول أجل التسليم حتى يتمكن البائع من تسليمه للمشتري في الأجل المحدد».

خلاصة القول، إن أهل المذهب قد اتفقوا على أن السلم يجوز فيما هو معدوم في حال العقد أو ينقطع في بعض الأجل، إذا كان مأمون الوجود عند حلول الأجل. لأن العقد إذا صح وسلم من الغرر، فلا يراعى ما يطرأ عليه بعد ذلك مما لم يقصد إليه.

واختلفوا في لزوم قبول السلم قبل حلول الأجل، والقياس عدم التعجيل إلا برضى الطرفين، واستحسن المتأخرون قبوله اليوم واليومين.

المبحث الثالث: بيع المربحة

اعتبر الفقهاء بيع المربحة من البيوع التي فرض فيها على الناس الأمانة، ولم يسمح فيها بأي غش أو تدليس أو غرر، وجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتدليس؛ حتى قيل: إنه من أضييق أبواب البيوع، وأصعبها.

وقد اقتصرنا في هذا المبحث على النوع الغالب في المربحة الكثير الوقوع، الذي يزيد فيه ثمن البيع الثاني عن ثمن البيع الأول، أي عندما يرتضي الطرفان قدرًا معلومًا من الريح مضافًا إلى الثمن الأصلي.

استحسننا في **المطلب الأول**: التعريف ببيع المربحة، وأصل جوازه.

وفي **المطلب الثاني** تناولت مسألة الشراء إلى أجل والبيع بالنقد مربحة، وهل البيع الواقع على هذه الصفة بيع فاسد لا تلحقه الصحة؟

وهل يحكم لهذه المسألة بحكم الغش والخديعة، أو يحكم فيها بحكم الكذب في الثمن، أو متردد بينهما؟

وجعلنا **المطلب الثالث** معقودًا للحديث عن مسألة الوعد في المربحة، هل يجبر الواعد على الوفاء به، أو لا يقضى به إلا إن كان على سبب، ودخل الموعد بسبب الوعد في شيء؟ وإذا دخل طرفا الوعد في التزام مالي، ثم تخلف أحدهما عن تنفيذ التزامه. فهل يحق للطرف الآخر المطالبة بتعويض مالي عن الضرر الحاصل له بسبب عدم الوفاء بالوعد؟

ومن المسائل التي أثارها هذا المبحث أيضاً، مسألة الغرامات المالية في المعاملات، وما وقع فيها من اختلاف كبير بين متأخري المذهب، وهل يجوز الحكم بها، أم أنها من الربا المحرم؟

على أن كان **المطلب الرابع** مخصصاً للكلام على مسألة التصرف في المال قبل القبض، وهل يجوز التصرف في الأموال قبل قبضها بما فيها المطعومات، أم أن المنع يقتصر على المطعومات فقط دون سواها من سائر الأجناس؟

المطلب الأول: التعريف ببيع المrabحة

المrabحة في عرف أهل اللغة: مصدر من الربح، وهو الزيادة. والمrabحة من باب المفاعلة، بمعنى النماء والزيادة. يقال: بعث الشيء مrabحة واشتريته مrabحة، إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحاً، وأعطاه المال مrabحة على أن الربح بينهما⁽¹⁾.

وعند أهل الفقه، فقد تعددت تعريفاتهم لبيع المrabحة وتتنوعت، لكنها تصب في معنى واحد، ومن جملتها:

تعريف ابن رشد وهو: «أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة، ويشترط عليه ربحاً»⁽²⁾.

وعرفه ابن جزي بقوله: «هو أن يعرف صاحب السلعة بكم اشتراها، ويأخذ منه ربحاً، إما على الجملة، أو على التفصيل»⁽³⁾.

ومثله الرجراجي قائلاً: «هو أن يسمى له الثمن الذي اشترى به تلك السلعة ويربحه عليه»⁽⁴⁾.

ووافقهم ابن سلمون: «هو أن يسمى الثمن الذي اشتراه به ويعطيه فيه ربحاً يتفقان عليه»⁽⁵⁾.

وهذه تعريفات للنوع الغالب في المrabحة الكثير الوقوع، الذي يزيد فيه ثمن البيع الثاني عن ثمن البيع الأول.

وعرفه ابن عرفة بما يشتمل مساواة ثمن البيع الثاني لثمن البيع الأول، أو نقصانه عنه، فقال: «هو بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع يعقبه غير لازم مساواته له»⁽⁶⁾. فخرجت التولية⁽⁷⁾ والإقالة⁽⁸⁾، لأن الثمن فيها هو عين الأول.

وقد عرفه المقنن في م.58 - أ بقوله: «كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي منقولاً أو عقاراً محدداً وفي ملكيته، لعميله بتكلفة اقتنائه، مضاف إليها هامش ربح متفق عليهما مسبقاً»⁽⁹⁾.

(1) انظر: العين والتهذيب واللسان والتاج، مادة: (ربح).

(2) البداية: 407/3. وانظر: المقدمات: 15/2.

(3) القوانين: 443.

(4) المناهج: 7/7.

(5) الوثائق: 290.

(6) الهداية (شرح الحدود): 384.

(7) التولية: ترك المبيع لغير بائعه بثمنه. المنح: 230/5.

(8) الإقالة: ترك المبيع لبائعه بثمنه. الهداية: 379، والمنح: 230/5.

(9) من القانون رقم 12.103 المتعلق بمؤسسات الانتماء والهيئات الاعتبارية في حكمها. وانظر م.3 من المنشور.

وقد اتفق الفقهاء على صحة بيع المرابحة في الجملة، بشرائط خاصة مفصلة في المذهب.⁽¹⁾ ولم ير ابنُ الجلاب فيه بأساً،⁽²⁾ ولم يجعله ابنُ هارون من بيع ما ليس عندك، لأنهما لم يقصدا ذلك ولا أراداه،⁽³⁾ مستدلين على ذلك بعموم الأدلة التي تقضي بإباحة البيع عموماً؛ كقوله ﷺ: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»⁽⁴⁾.

قال ابنُ العربي: «باب المرابحة عويص ليس له في القرآن ولا في السنة ترجمة إلا (هذه الآية)، فافتضى هذا الإطلاق جواز كل بيع، إلا ما قام الدليل على رده»⁽⁵⁾. وكذا قوله ﷺ: «لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا بَضَلًا مِنْ رَبِّكُمْ»⁽⁶⁾.

ومن دليل السنة حديث رافع بن خديج رضي الله عنه أن النبي ﷺ سئل عن أطيّب الكسب، فقال: «عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ»⁽⁸⁾.

ومنها أيضاً حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «فَبَيْعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ الْأَصْنَافِ الرَّبَوِيَّةِ»⁽¹⁰⁾.

ففي الحديث جواز بيع الإنسان السلعة التي اشتراها برأس مالها وبأقل منه، وبأكثر. كما توارث الناس هذا البيع في سائر الأمصار من غير نكير.

-
- (1) التفریع: 180/2، ووثائق ابن سلمون: 290، والكافي: 705، والشامل: 593، ونكت ابن هارون: 47/2، وجامع الأمهات: 364.
 - (2) التفریع: 180/2.
 - (3) النكت والفروق: 47/2. وابنُ هارون سبقت ترجمته في ص: 83.
 - (4) سورة البقرة، جزء من الآية: 274.
 - (5) القبس: 846/2. ومقصوده بالترجمة: النص عليه بالتخصيص بالحل، وأما العموم فيدخل فيه لانطباق مسمى البيع عليه. ولا يضره ذلك، فالعموم دليل شرعي مفيد للحكم.
 - (6) سورة البقرة، جزء من الآية: 197. أي لا ذلك في أن تتجروا وتطلبوا الربح. المحرر الوجيز: 274/1. وابتغاء الفضل ورد في القرآن بمعنى التجارة. أحكام القرطبي: 331/3.
 - (7) هو رافع بن خديج الأنصاري صاحب النبي ﷺ شهد أحداً والمشاهد، وكان ممن يفتى بالمدينة في زمن معاوية وبعده، روى جماعة أحاديث، وروى عنه من الصحابة ابنُ عمر وابنُ لبيد وغيرهما، ومن التابعين مجاهد وعطاء والشعبي وآخرون. توفي سنة 74 هـ. الاستيعاب: 479-480 (رقم 727)، وأسد الغابة: 373-374 (رقم 1580)، والسير: 181/3-183 (رقم 34).
 - (8) رواه أحمد في مسنده، حديث رافع بن خديج (رقم 17265). وابنُ أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع (رقم 2190). والبيهقي في سننه الكبير، كتاب البيوع، باب إباحة التجارة (رقم 10495) عن أبي بردة، و(رقم 10496) عن البراء بن عازب. وفي الصغير، كتاب البيوع، باب البيوع (رقم 1854) عن ابنِ عمر. والحاكم في مستدركه (رقم 2190) عن أبي بردة، و(رقم 2191) عن ابنِ عمر. و(رقم 2192) عن رافع بن خديج عن أبيه. وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. (174/3). والطبراني في معجمه الكبير عن ابنِ رفاع (رقم 4411). وفي الأوسط، باب في من اسمه محمود (رقم 7918) عن رافع بن خديج. والبزار في مسنده، مسند رفاع بن رافع (رقم 3731)، ومسند أبي بردة بن تيار (رقم 3798).
 - (9) هو عبادة بن الصامت الأنصاري، يكنى أبا الوليد، شهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ وكان من أحب أصحابه، وممن جمع القرآن، حدث عنه من الصحابة أنس وجابر ورفاعة بن رافع، وروى عنه جماعة من التابعين. له في البخاري ومسلم مئة حديث، انفرد البخاري بحديثين، ومسلم بحديثين. توفي ببیت المقدس سنة 34 هـ، وقيل: 45 هـ. الاستيعاب: 809/2، وتهذيب الكمال: 183/14-189، والتهذيب: 111/5-112.
 - (10) طرف من حديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، (81-1587).

والبيع بالمربحة وإن كان جائزاً، لكنه خلاف الأولى. قال الدسوقي تعليقاً على عبارة الدردير: (جاز البيع حال كونه مربحة والأحب خلافه) عند شرحه لكلام الشيخ خليل: (وجاز مربحة والأحب خلاف⁽¹⁾) قال: «هو غير محبوب، لكثرة احتياج البائع فيه إلى البيان»⁽²⁾.

وبيع المربحة محتاج إلى صدق وبيان، وإلا أكل الحرام فيه بسرعة لكثرة شروطه، ونزوع النفس فيه إلى الكذب. لذا كان ابنُ عبد السلام⁽³⁾ يكره للعامة الإكثار منه، لكثرة ما يحتاج إليه البائع من البيان. ومال المازري لمنعه إن افتقر إدراك جملة أجزاء الربح لفكرة حسابية⁽⁴⁾.

لذلك اعتبر الفقهاء بيع المربحة أضيق أبواب البيوع، وأصعبها لكثرة وجوه الكذب والغش فيها، وبيع المساومة⁽⁵⁾ أحسنها وأسلمها⁽⁶⁾.

خلاصة القول، إن فقهاء المذهب قد اتفقوا على صحة بيع المربحة في الجملة، بشرائط خاصة مفصلة في المذهب؛ لعموم الأدلة التي تقضي بإباحة البيع عموماً. لكنه خلاف الأولى، والأحب خلافه؛ لكثرة احتياجه إلى البيان.

(1) المختصر: 188.

(2) حاشية الدسوقي: 159/3.

(3) سبقت ترجمته في ص: 127.

(4) التوضيح: 537/5.

(5) بيع المساومة: هو أن يتفاوض المشتري مع البائع في الثمن حتى يتفقا عليه من غير تعريف بكم اشتراها، وهذا البيع أسلم من الفساد من المربحة، وأحب إلى العلماء. القوانين: 444.

(6) التنبيهات: 1199، والذخيرة: 160/5، والشامل: 593.

وقد اعتبر مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الوفاء بالوعد والمربحة للأمر بالشراء، في دورة مؤتمره 5 بالكويت، من 10-15 دجنبر 1988، قرار رقم: 40-41: «أن بيع المربحة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز».

المطلب الثاني: الشراء إلى أجل والبيع بالنقد مرابحة

اختلف أرباب المذهب في البيع الواقع على هذه الصفة، هل هو بيع فاسد لا يلحقه الصحة، أم لا؟ على قولين قائمين من المدونة.

أولهما: أنه بيع فاسد مفسوخ مع القيام، ويرد إلى القيمة مع الفوت. وإلى هذا ذهب القابسي⁽¹⁾ ويحيى بن عمر⁽²⁾.

فإن رضي المشتري أن يأخذها بالثمن إلى ذلك الأجل، فليس له ذلك، لأن ذلك سلفاً جر نفعاً. فإن كانت فائتة، فليس للمشتري الرضى والتماسك، لأن ذلك فسخ دين في دين إن تجانس الثمن مع القيمة، وبيع الدين بالدين إن اختلف جنسهما.

واختلف القائلون بفساد هذا البيع، هل يضمن بالأقل أو بالأكثر، على قولين متأولين من المدونة:

الأول: ذهب ابن المواز إلى أن عليه الأكثر من القيمة أو الثمن.

والثاني: أن عليه الأقل من الثمن أو القيمة، لقوله في المدونة: (فليس له إلا ذلك)، أي الثمن. لأنه مذكّر والقيمة مؤنث. كما يفهم من سياق ذلك اللفظ أنه نفي يشعر بالتقليل. وعلى هذا التأويل اقتصر ابن أبي زيد، وبه قال اللوي⁽³⁾ وابن شبلون⁽⁴⁾ ومعظم الشيوخ.

والقول الثاني من أصل هذه المسألة أنه عقد تلحقه الصحة، وأن معنى قوله في المدونة: (والسلعة مردودة إلى البائع مع القيام)، أي إن شاء المشتري، وله الخيار. ويعد هذا الرضى كشراء مستأنف، ولا يلتفت إلى علة سلف جر نفعاً. لأنه من ملك الرد، فقد ملك أن يملك. وإلى هذا مال ابن القاسم وابن الكاتب⁽⁵⁾ وابن لبابة⁽⁶⁾ وأبو عمران⁽⁷⁾ وابن أبي زمنين⁽⁸⁾.

(1) هو أبو الحسن بن علي بن محمد بن خلف، المعروف بابن القابسي، من إفريقية، كان واسع الرواية، عالماً بالحديث وعلمه ورجاله، فقيهاً، أصولياً، متكلماً. عليه تفقه أبو عمران الفاسي والليبي وغيرهما، وروى عنه ابن العتاب وابن محرز وابن سمحان وغيرهم. له تأليف بديعة مفيدة، منها: المهمّد في الفقه وأحكام الديانة، وكتاب ملخص الموطأ. توفي سنة 403 هـ. المدارك: 92/7-100، والديباج: 101/2-102 (رقم 10).

(2) هو يحيى بن عمر الكناي، كان حافظاً للفروع، ضابطاً لكتبه، له شهرة بإفريقية (تونس). سمع بها من سحنون وغيره، ومن مصر من ابن بكير وغيره، وبالمدينة من أبي مصعب وطائفته، وأخذ عنه أهل القيروان وجماعة. توفي سنة 289 هـ. السير: 462/13-463 (رقم 229).

(3) سبقت ترجمته في ص: 128. حيث ورد في التنبيهات باسم اللوي (1066)، وفي التوضيح باسم اللؤلؤي (7/6).

(4) سبقت ترجمته في ص: 99.

(5) سبقت ترجمته في ص: 127.

(6) هو محمد بن يحيى بن لبابة، يلقب بالبرجون. كان أحفظ أهل زمانه للمذهب، عالماً بعقد الشروط، بصيراً بعلمها. جلّ سماعه من عمه عمر بن لبابة، وسمع من غيره. له اختيارات في الفتوى والفقه خارجة عن المذهب. وله في الفقه كتب مؤلفة، منها: المنتخبة، وكتاب الوثائق. توفي سنة 330 هـ. المدارك: 86/6-92.

(7) سبقت ترجمته في ص: 128.

(8) المناهج: 14/7-15.

وسبب الخلاف: هل يحكم لهذه المسألة بحكم الغش والخديعة، أو يحكم فيها بحكم الكذب في الثمن، أو متردد بينهما؟

فقد أطلق سحنون القول فيها، وحكم بحكم الكذب في المراجعة، ويقوم الثمن المؤجل بالنقد، ويجعل ذلك كالثمن الصحيح.⁽¹⁾

قال مالك فيمن باع سلعة بدين إلى أجل أنه لا يصلح له أن يبيعها مرابحة إلا أن يبين، وإلا كان البيع مردوداً. وإن فاتت كانت له القيمة يوم قبضها المتباع نقداً، فإن كانت القيمة أكثر مما باعها فليس له إلا ذلك، وإن قبل المشتري السلعة إلى ذلك الأجل ولا يردّها، لا خير فيه، ولا أحب ذلك.⁽²⁾

وقال ابن حبيب: «إن شاء المتباع إن لم تفت، فإن فاتت، فعليها القيمة يوم قبضها».

وقوله: فإن فاتت خير البائع، فإن أحب فله القيمة يوم القبض. وقد روى ابن زياد عن مالك في المدونة قيمتها يوم باعها، وابن القاسم يوم قبضها المتباع.

ووجه رواية ابن زياد أنه عقد عرى عن الفساد، فاعتبر فيه القيمة بيوم العقد؛ كسائر البيوع الصحيحة في الاستحقاق والرد بالعيب. وراعى ابن القاسم القيمة يوم القبض لتشبيه ذلك بالبيع الفاسد.⁽³⁾

ونقل الزرويلي عن ابن بشير أنه إن رضي المشتري بتعجيل الثمن صح البيع، كانت السلعة قائمة أم فائتة. وإن رضي البائع بالتأجيل، فإن فاتت السلعة لم يصح ذلك، لأن القيمة وجبت حالة. فإن أخره، صار فسخ دين في دين، وإن كانت قائمة، فقولان للمتأخرين.⁽⁴⁾

ورأى ابن رشد أنه يلزم من باع مرابحة أن يبين ما عقد عليه وما نقد، وإن كان اشترى بنقد أو إلى أجل أن يبين حتى يعلم المتباع من أمر السلعة ما علم منها البائع، فإن لم يفعل وكنتم، فقد اعتبره ابن رشد الجد من باب الكذب في الثمن والزيادة فيه، وجعل حكمه أن المتباع في القيام مخير بين أن يمسك بجميع الثمن، أو يرد؛ إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة فيلزمه البيع. فإن فاتت وأبى البائع أن يحط عنه الزيادة، كان للبائع القيمة؛ إلا أن تكون أكثر من الثمن الذي باع له. وقد خالف ابن القاسم في ذلك، ورده إلى حكم الكذب في القيام والفوات، لأن المعلوم أن من اشترى إلى أجل يزيد في الثمن وأجل التأخير.⁽⁵⁾

(1) المناهج: 16/7، وانظر: التنبهات: 1214-1217، والمقدمات: 130/2-131، والنوادر: 348/6-349.

(2) المدونة: 61/10-62. وكذا في الموطأ: 668.

(3) المنتقى: 50/5. وابن زياد سبقت ترجمته في ص: 113.

(4) مخطوط التقييد على تهذيب المدونة: ورقة 21. وقد نقل ذلك ابن يونس في جامعه: 398/8. والزرويلي، سبقت ترجمته في ص: 101. وابن

بشير في ص: 56.

(5) المقدمات: 131-128/2.

قال ابنُ جزي: «من اشترى سلعة إلى أجل، فلا يبيعها مرابحة حتى يبيّن، فإن فعل (فباعها مرابحة دون بيان) فسُخّ البيع، وإن رضي المشتري بذلك الثمن إلى أجل لم يجر، لأنّه سلف جر نفعا»⁽¹⁾.

ومثله ابنُ أبي زيد قائلاً: «ومن ابتاع سلعة إلى أجل، فليبيّن ذلك في المرابحة. فإن باعها بالنقد ولم يبيّن، ردت»⁽²⁾.

ووافقهما ابنُ الحاجب حيث قال: «فيذكر التأجيل»⁽³⁾. أي يجب في المرابحة عليه أنه إذا اشترى إلى أجل أن يبيّن ذلك للمشتري. لأن الأجل له حصة من الثمن.⁽⁴⁾
قال الشيخ خليل: «ووجب تبين... الأجل»⁽⁵⁾.

فالمحصل من هذه المسألة أن فقهاء المذهب اختلفوا فيها على قولين:

الأول: إن البيع فاسد إن كانت السلعة قائمة. فإن فاتت؛ ففيها الأقل من الثمن أو القيمة.
والثاني: إنها من مسائل الغش، يخيّر المبتاع إن كانت السلعة قائمة في أخذها بما اتباعها به نقداً، أو يرد. فإن فاتت؛ ففيها الأقل.

(1) القوانين: 444.

(2) اختصار المدونة والمختلطة لابن أبي زيد (ت386هـ)، ت. أحمد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، ط1، 2013، 31/3، والنوادر: 348/6-349.

(3) جامع الأمهات: 365.

(4) التوضيح: 542/5.

(5) المختصر: 188، وانظر شراحه: المواهب: 438/6، والمنح: 272/5.

المطلب الثالث: إلزامية الوعد في المراجعة

اختلف أهل المذهب في مسألة الإلزام بالوعد، هل يجب الوفاء به أم لا؟ وقد بحث الحطاب في تحريره للكلام مسائل عديدة حول الالتزام؛ ابتداءً فيمن ألزم نفسه بشيء جاهلاً أنه يلزمه، وانتهاءً بمسألة العدة كما سماها أهل المذهب، فقال: «الوفاء بالعدة مطلوب لا خلاف»⁽¹⁾.

واختلفوا في وجوب القضاء بها على أربعة أقوال، حكاهما ابن رشد الجد، ونقلها عنه غير واحد؛ كالقراي في فروقه⁽²⁾.

فالأول: الوعد كله لازم، يقضى به مطلقاً، ويجبر الواعد على الوفاء به. وهو قول لم يعزه ابن رشد، ولم أر غيره من المالكية من عزاه سوى؛ الزرويلي لعمر بن عبد العزيز وابن وهب⁽³⁾.

والثاني: القول بعدم القضاء بالوعد مطلقاً. وهو لأشهب. والقولان ضعّفهما القراي.

والثالث: يقضى بها إن كانت على سبب وإن لم يدخل الموعد بسبب العدة في شيء. وهو قول أصبغ ومالك في سماع ابن القاسم.

والرابع: يقضى بها إن كانت على سبب، ودخل الموعد بسبب العدة في شيء. أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الاخلاق. وهو قول مالك وابن القاسم وسحنون. وهذا هو المشهور من الأقوال⁽⁴⁾. قال أبو الحسن: «وهو مذهب المدونة»⁽⁵⁾. وهو الأصوب في نظري.

وقد عبّر عن ذلك القراي بقوله: «الوعد غير لازم إلا أن يدخل الموعد في خطر، أو يترتب عليه تعليق، فليزِم نفيًا للضرر، ووفاءً بالشرط. ولو لزم مطلقاً لأدى ذلك لحسم مادة الوعد بالمعروف»⁽⁶⁾. وخالفه ابن الشاط فقال: «والصحيح عندي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقاً، فيتعيّن تأويل ما يناقض ذلك، ويجمع بين الأدلة على خلاف الوجه الذي اختاره القراي»⁽⁷⁾.

(1) تحرير الكلام: 154، والمنح: 254/1. وقد عرف ابن عرفة العدة بقوله: «إخبار عن إنشاء المخبر مع وفاء في المستقبل». شرح الحدود: 650.

(2) الفروق: 20-25/4. (الفرق 214).

(3) مخطوط التقييد على تهذيب المدونة: ورقة 34. وقد صاغ ذلك ابن عرفة بقوله: «من التزم شيئاً لزمه». المختصر: 361/5. وقال أيضاً:

«الوفاء بالعدة مطلوب اتفاقاً». المختصر: 43/9. ووردت في البهجة بلفظ: «من أدخل غيره بوعده في غم لزمه». البهجة: 192/1.

(4) البيان: 347/15، والتمهيد: 206/3، والاستذكار: 349/14، والجامع: 326/6، وتحرير الكلام: 154. والزرويلي، سبقت ترجمته في ص: 101.

قال ابن عبد البر: «الوفاء بالوعد واجب وجوب سنة وكرامة». التمهيد: 206/3.

(5) مخطوط التقييد على تهذيب المدونة: ورقة 34.

(6) الذخيرة: 366/5. ومثله القرافي قائلا: «كل وعد لم يدخل الموعد في عهدة ولا علق بما يدخل في التصرف في المال، فإنه لا يقضي به؛ وإلا

قضى». الكليات: 181 (كلية 431).

(7) الفروق: 26/4. وابن الشاط: هو قاسم بن عبد الله نزيل سبتة، والشاط اسم جده وكان طوّالاً فجرى عليه هذا الاسم. كان موفور الحظ

من الفقه والأصول والفرائض والعربية والأدب. قرأ على ابن الربيع والمحاسبي وغيرهما، وأجازه ابن الغماز وابن أبي الدنيا وغيرهما. وله

تأليف منها: غنية الرائض في علم الفرائض. توفي سنة 723 هـ. الديباج: 152/2-153. وقد اعتبر مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الوفاء

بالوعد في دورة مؤتمره 5 بالكويت، من 10-15 دجنبر 1988، قرار رقم: 40-41: «أن الوعد- وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على

وجه الانفراد- يكون ملزماً للواعد ديانة: إلا لعذر، وهو ملزم قضاءً إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد».

وعمدتهم في ذلك عمومات النصوص القرآنية والحديثية التي أوجبت الوفاء وحرمت الإخلاف، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿١﴾ كَبُرَ مَفْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٢﴾﴾⁽¹⁾. ومن السنة ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ، إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا أَتَى خَانَ»⁽²⁾. وفي حديث زيد بن أسلم رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «وَأَيُّ الْمُؤْمِنِ حَقٌّ وَاجِبٌ»⁽⁴⁾. وعن ربيعة بن عبد الرحمن أنه قال: «قَدِمَ عَلَى أَبِي بَكْرٍ رضي الله عنه مَالٌ مِنَ الْبَحْرَيْنِ، فَقَالَ: مَنْ كَانَ لَهُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَيُّ أَوْ عِدَّةٌ فَلْيَأْتِنِي، فَجَاءَهُ جَابِرٌ رضي الله عنه فَحَفَنَ لَهُ ثَلَاثَ حَفَنَاتٍ»⁽⁵⁾.

فإذا دخل طرفا الوعد في التزام مالي، ثم تخلف أحدهما عن تنفيذ التزامه. فهل يحق للطرف الآخر المطالبة بتعويض مالي عن الضرر الحاصل له بسبب عدم الوفاء بالوعد على أساس المسؤولية العقدية؟

ففي عقد المراجعة للأمر بالشراء الذي تجريه البنوك التشاركية، وطبقاً (م. 11 - 2) يكون العميل ملزماً بتنفيذ وعده الأحادي بالشراء تجاه البنك، بمجرد امتلاكه للعين موضوع الوعد.

ولضمان تنفيذ وعد العميل، يمكن للبنك أن يطلب منه دفع مبلغ نقدي يسمى (هامش الجدية)⁽⁶⁾. حيث يجوز له وفق م. 13 في حالة عدم وفاء العميل بوعده بالشراء، أن يقتطع من هامش الجدية مبلغاً لا يتجاوز مقدار الضرر الفعلي المثبت الذي تحمله من جراء ذلك.

كما يمكن للعميل أن يطالب البنك بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به، إذا لم يسلمه العين في الأجل المحدد وحسب الكيفيات والمواصفات المحددة في الوعد. أو في حالة تراجعه عن إبرام عقد المراجعة. وذلك حسب م. 12 - 2 من المنشور.

- (1) سورة الصف، الآيتان: 2-3. قال ابن العربي: «ثابت في الدين لفظاً ومعنى». أحكام القرآن: 241/4.
- (2) طرف من حديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه في عدة مواضع، منها: كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، (رقم 33). ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق (رقم 59-108). قال القرافي: «فذكره في سياق الذم دليل على التحريم». الفروق: 20/4.
- (3) هو زيد بن أسلم، حدث عن ابن عمر وأبي هريرة وعائشة وجابر رضي الله عنه وغيرهم. وحدث عنه مالك والأوزاعي والسفيانان وخلق كثير. وثقه أحمد وابن سعد والنسائي وابن حبان في ثقافته. كان من أهل الفقه والعلم، كثير الحديث، عالماً بتفسير القرآن. توفي سنة 136 هـ السير: 317-316/5 (رقم 728)، والتهذيب: 397-395/3 (رقم 153).
- (4) رواه أبو داود في مراسيله، باب في الملاحم، (رقم 523)، قال أبو داود: «عِدَّتُهُ». وقال شعيب: «رجاله ثقات». وقد رواه ابن عبد البر غير مسند بقوله: (جاء في الأثر). التمهيد: 206/3، والاستذكار: 349/14. والوأي: الوعد الذي يؤثقه الرجل على نفسه، ويلزم على الوفاء به. وقيل: العقد. انظر: المنتقى: 227/3، والفروق: 20/4 (الفرق 214)، والمسالك: 140/5، والاستذكار: 349/14، والاقتضاب: 41/2.
- (5) رواه مالك في الموطأ، كتاب الجهاد، باب الدفن في قبر واحد من ضرورة، وإنقاد أبي بكر رضي الله عنه عدة رسول الله ﷺ بعد وفاة رسول الله ﷺ (رقم 50)، ومتفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع، وبه قال الحسن (رقم 2296). وفي باب إذا وهب هبة أو وعد، ثم مات قبل أن تصل إليه (رقم 2598). ومسلم في صحيحه، كتاب الفضائل، باب ما سئل رسول الله ﷺ شيئا قط فقال: لا. وكثرة عطائه (رقم 60-61)، وكلاهما عن جابر رضي الله عنه. قال ابن عبد البر: «منقطع باتفاق، رواة في الموطأ ومتصل من وجوه صحاح عن جابر». الموطأ: 471، والتمهيد: 206/3، والاستذكار: 347-348/14. وربيعه سبقت ترجمته في ص: 114.
- (6) من خلال قراءة م. 13 أعلاه، يمكن القول أن هامش الجدية: هو مبلغ يطلبه البنك لضمان جدية العميل في وعده، ولتغطية ضرر عدوله.

ومن المسائل المهمة التي ارتأت أهمية إثارته في هذا السياق، مسألة الغرامات المالية في المعاملات. وهذه المسألة قد وقع الاختلاف فيها بين متأخري المذهب اختلافاً كبيراً، حيث ذكر ابنُ رشد أن العقوبات في الأموال أمر كان في أول الإسلام، من ذلك ما روي عن النبي ﷺ في مانع الزكاة أنه قال: «إِنَّا آخِذُوهَا وَشَطْرَ مَالِهِ، عَزْمَةٌ مِنْ عَزَمَاتِ رَبِّنَا»⁽¹⁾.

كما روي عنه ﷺ «فِي حَرِيسَةِ الْجَبَلِ أَنْ فِيهَا غُرْمٌ مِثْلُهَا»⁽²⁾، وحكم به عمر رضي الله عنه، ثم نسخ ذلك كله بالإجماع على أن ذلك لا يجب، وعادت العقوبات في الأبدان⁽³⁾.

وقد حكى هذا الإجماع جماعة من أئمة المذهب؛ كابن العربي، إذ قال: «لا عقوبة في الأموال، ولكن يؤدّب لخيانتته بالإجماع»⁽⁴⁾، وكذا عياض قائلًا: «إن العقوبة لا تكون بالأموال»⁽⁵⁾، ومثلهما الدسوقي عندما قال: «ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعاً»⁽⁶⁾.

وممن وافقهم الوشيري عندما سئل عن هذه المسألة، فأجاب بأنها ممنوعة⁽⁷⁾.

وقد أشار الخطاب إلى هذه المسألة بقوله: «إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا، فله عليه كذا وكذا. فهذا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا»⁽⁸⁾.

وممن توسّط في هذه المسألة: الشاطبي بعدما ذكر الخلاف الواقع فيها، ونص على أن مذهب مالك هو جواز العقوبة في المال، وعدم جوازها به⁽⁹⁾.

ويظهر أن هذا هو رأي ابن فرحون عندما تناول هذه المسألة، بعدما أورد مجموعة من المسائل تنطوي كلها تحت العقوبة في المال، قائلًا: «التعزير بالمال قال به المالكية»⁽¹⁰⁾.

(1) طرف من حديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الزكاة، باب في زكاة السائمة، (برقم 1575). واللفظ له. والنسائي في سننه الكبرى، كتاب الزكاة، باب عقوبة مانع الزكاة، (برقم 2236). والدارمي في مسنده الجامع، كتاب الزكاة، باب ليس في عوامل الإبل صدقة، (برقم 1824). وأحمد في مسنده، في حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده (برقم 20016)، والحاكم في مستدركه، في أول كتاب الزكاة، (برقم 1466)، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». (403/2). والبيهقي في السنن الكبير، كتاب الزكاة، جماع أبواب صدقة الغنم السائمة، باب ما ورد فيمن كتبه، (برقم 7403)، وقال: «جريا على عادتهما في أن الصحابي أو التابعي إذا لم يكن له إلا راو واحد، لم يخرج حديثه في الصحيحين». (82/8). كلهم بلفظ: (وشطر إبله) كلهم من طريق بهز بن حكيم عن أبيه عن جده.

(2) قطعة من حديث رواه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه، (رقم 4390). وابن ماجه في سننه، أبواب الحدود، باب من سرق من الحرز، (رقم 2596). والنسائي في سننه الكبرى، كتاب قطع السارق، باب القطع في سرقة ما آواه المراح من المواشي (برقم 7405). وفي الصغرى، كتاب قطع السارق، باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين (برقم 4959). بالفاظ مختلفة، عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه.

والحرية: الشاة التي تُسرق في الجبل. التعليق: 254/2.

(3) البيان: 278 و 297/16.

(4) أحكام القرآن: 302/1.

(5) الإكمال: 485/4.

(6) حاشية الدسوقي: 355/4.

(7) عدة البروق: 456-457.

(8) تحرير الكلام: 176.

(9) الاعتصام: 124/2.

(10) التبصرة: 203/2.

إلى أن جاء البرزلي فأصدر فتواه المشهورة بجواز العقوبة بالمال، حيث رأى أن المصلحة الكلية في حفظ الأموال تستوجب الأخذ بالعقوبة المالية باعتبارها حلاً استثنائياً لحسم مادة الفساد.⁽¹⁾ وانتصر لفتواه بعض المالكية؛ كالقوري⁽²⁾، وابن خجّو⁽³⁾، وابن العقدة⁽⁴⁾، وخالفه كثير من معاصريه في فتواه، وخطّووه فيها، وعدّوه خارقاً للإجماع، وقالوا بحرمتها. وكان من جملتهم ابنُ الشَّمَاع⁽⁵⁾ حيث ألّف رسالة انتقده فيها وأطال النفس في إبطالها، معتبراً إياها من باب أكل الأموال بالباطل، وأنها تبديل للأحكام الشرعية.⁽⁶⁾

وهو ما اعتمده صاحب العمل الفاسي في نظمه قائلاً:

وَلَمْ تَجْزُ عُقُوبَةٌ بِالْمَالِ ❖ أَوْ فِيهِ عَنْ قَوْلٍ مِنَ الْأَقْـوَالِ
لِأَنَّهَا مَنْسُوخَةٌ إِلَّا أُمُورٌ ❖ مَا زَالَ حُكْمُهَا عَلَى السَّنِ يَدُورُ
وَالْبُرْزُلِيُّ أَخَذَ بِالْعُمُومِ ❖ وَهُوَ كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمِ
وَرَدَّهُ الْمُعَاصِرُ ابْنُ الشَّمَاعِ ❖ فَتَسْخُهَا مَضَى عَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ⁽⁷⁾

- (1) مطالع التمام ونصائح الأنام ومنجاة الخواص والعوام في رد القول بإباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام زيادة على ما شرع الله من الحدود والأحكام: للشَّمَاع (ت833هـ)، ت. عبد الخالق أحمدون، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط1، 2003، ص: 129.
- (2) هو محمد بن قاسم القوري، كان آية في التبحر في العلم والتصرف فيه، واستحضر نوازل الفقه وقضايا التواريخ، كما كان متقدماً في الحساب والفرائض وحفظ المتون وفقها. أخذ عن ابن جابر الغساني وعن جماعة. وأخذ عنه ابن غازي وزروق وغيرهما. توفي بفاس سنة 872هـ. جذوة الاقتباس: 319 (رقم 329)، والابتهاج: 548 (رقم 669)، والتوشيح: 204-202 (رقم 220).
- (3) هو أبو القاسم بن خجّو الحساني، الفقيه المفتي بالبلاد الهبطية. أخذ بمدينة فاس عن جماعة من أهلها، وكان فقيهاً نوازلياً يستظهر الفقه المالكي. توفي سنة 956هـ. جذوة الاقتباس: 111 (رقم 40)، ودرة الحجال: 286/3 (رقم 1362).
- (4) هو أبو عمران موسى بن العقدة الأغصاوي، الفقيه الفرضي الحيسوبي (الحسابي)، هو أول من أدخل شامل بهرام إلى فاس. توفي سنة 911هـ. الابتهاج: 606 (رقم 744)، ودرة الحجال: 7/3 (رقم 884)، ووفيات النوشريسي: 115. وهو غير ابن عقدة المتوفى سنة 332هـ. المترجم له في: السير: 340/15-355 (رقم 178) والميزان: 138-136/1 (رقم 548).
- (5) هو أحمد بن محمد الخزرجي، شهر بابن الشَّمَاع المراكشي، كان عالماً بعلوم جمّة؛ كأصول الدين والفقه واللغة والعربية، وإماماً في الفرائض والحساب، وعارفاً بالمنطق والهندسة والتوقيت، وأخذاً بحظ من الرواية. أخذ عن ابن البنا وابن جابر وغيرهما. توفي سنة 779هـ. الابتهاج: 105-106 (رقم 77) والإعلام للسملالي: 218-221 (رقم 193).
- (6) رسالته سمّاها: مطالع التمام ونصائح الأنام. ولهذه الفتوى مناقشات طويلة الدليل نقضاً وتأجيلاً ليس هذا موضع إرخاء الطول فيها، فلتراجع هنالك: 129-141. وانظر المسألة أيضاً بإيعاب عند العلمي في نوازل: 153/3-163.
- (7) نوازل العلمي: 210/10، لكن القاضي العميري في شرحه له بعد كلام طويل قال ناظماً:

عَلَى النَّسْخِ حَكَيْتَ الْإِجْمَاعَ ❖ مَا الْقَوْلُ فِي مُخَالَفِ ابْنِ الشَّمَاعِ؟
وَتَابَعَ الْبُرْزُلِيُّ ابْنَ الْعُقْدَةِ ❖ مَعَ ابْنِ خَجّو خِلَافاً قَدْ عَقَدَهُ
وَفِي جَوَابِ الْعَرَبِيِّ الْفَاسِيِّ ❖ كَلَامٌ قَدْ جَلَّ عَنْ الْقِيَاسِ
مِثْلُ الَّذِي لِابْنِ مِبَارَةَ الْوُدُودِ ❖ جَوَازُهُ عِنْدَ تَعَدُّرِ الْحُدُودِ
وَقَبْلَهُمْ قَالَ بِهِ ابْنُ عَرَفَةَ ❖ وَغَيْرُهُ يَعْرِفُهُ مَنْ عَرَفَهُ
وَالنَّوَوِيُّ قَالَ: هُوَ الْمُخْتَارُ ❖ أَتَى بِهِ الْحَدِيثُ وَالْأَثَارُ
وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي الْقَدِيمِ ❖ فَالْخُلْفُ جَارٍ فِي الْقَدِيمِ وَالْحَدِيثِ

انظر: مخطوط شرح العمليات: ورقة 155، والمعيار الجديد للوزاني: 211/10، وشرح الزرقاني: 201/8، وأجوبة التسولي: 162.

وفتوى البرزلي هي الأظهر والأولى بالصواب في نظري؛ لما تقتضيه المصلحة. والوعد إذا كان على سبب، لزم لحصول السبب؛ حرصاً على استقرار المعاملات المالية وضبطها، ورأياً للشقاق والخلاف، وجبراً للضرر عن الموعود الذي دخل بسبب الوعد في التزام قد لا يتحملة ولا يقدر عليه، وتقريباً لمبدأ تحميل التبعة لمن ورطه في ذلك، المأخوذ من القاعدة الشرعية: «الضرر يزال بقدر الإمكان»، ولا إزالة للضرر إلا بالتعويض.

خلاصة القول، إن أهل المذهب قد اختلفوا في مسألة الإلزام بالوعد على أربعة أقوال:

الأول: الوعد كله لازم، يقضى به مطلقاً، ويجبر الواعد على الوفاء به. وهو قول ابن شبرمة.

والثاني: القول بعدم القضاء بالوعد مطلقاً. وهو لأشهب.

والثالث: يقضى به إن كان على سبب؛ وإن لم يدخل الموعود بسببه في شيء. وهو قول أصبغ.

والرابع: يقضى به إن كان على سبب، ودخل الموعود بسببه في شيء. وهو قول مالك وابن القاسم وسحنون. وهو المشهور من الأقوال.

وإذا دخل طرفا الوعد في التزام مالي، ثم تخلف أحدهما عن تنفيذ التزامه، كان للطرف الآخر المطالبة بتعويض مالي عن الضرر الحاصل له بسبب عدم الوفاء بالوعد على أساس المسؤولية العقدية.

كما اختلف متأخرو المذهب في مسألة الغرامات المالية في المعاملات، حيث حكى جماعة من أئمة المذهب الإجماع على نسخها؛ كابن العربي وعياض. وأفتى آخرون؛ كالبرزلي بجواز العقوبة بالمال؛ للمصلحة الكلية في حفظ الأموال. وخالفه كثير من معاصريه؛ كابن الشماخ معتبراً إياها من باب أكل الأموال بالباطل.

(1) ومن قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ذات العلاقة بالموضوع أنه: «يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح.

وإذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم». انظر قراره بشأن موضوع الشرط الجزائي، في دورته 12 بالرياض، من 23-28 شتنبر 2000، رقم: 109.

كما اعتبر في قرار له بشأن الوفاء بالوعد في دورة مؤتمره 5 بالكويت، من 10-15 دجنبر 1988، رقم: 40-41: «يتحدد أثر الإلزام إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاتته من كسب مؤكّد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي».

المطلب الرابع: التصرف في المال قبل القبض

لقد أجاز المالكية التصرف في الأموال قبل قبضها، باستثناء المطعومات فقط. قال مالك: «الأمر المجمع عليه، والذي لا اختلاف فيه عندنا بالمدينة، أن من اشترى شيئاً من الطعام، فلا يبيعه حتى يقبضه». وقال أيضاً: «ولا يحل بيع الطعام قبل أن يستوفى»⁽¹⁾.

واستندوا في قصر منع المعاوضة قبل القبض على الطعام، على حديث ابن عباس رضي الله عنه «أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ طَعَامًا حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»⁽²⁾.

وأيضاً حديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ»⁽³⁾.

أما الأحاديث المطلقة أو العامة، مثل حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال رضي الله عنه: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»⁽⁵⁾. فتحمل على الأحاديث المقيّدة أو الخاصة، جرياً على قاعدة حمل المطلق على المقيّد، وقاعدة تقديم الخاص على العام عند تعارضهما⁽⁶⁾.

وهما مُدركان أبطلهما القراي، وأبقى المسألة مشكّلة، حيث قال: «تخصيص العموم بذكر بعضه باطل... لأن من شرط المخصّص أن يكون منافياً، والجزء لا يناهض الكل... والطعام هو بعض ما تناوله العموم، فلا يصح تخصيصه به. والاعتماد في تخصيص تلك الأدلة على عمل المدينة لا يستقيم»⁽⁷⁾.

(1) الموطأ: 640. وانظر: الاستذكار: 60/20.

(2) متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ما يُذكر في بيع الطعام، والخُكْرَة (رقم 2132). ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض (29-1525).

(3) متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ما يُذكر في بيع الطعام والخُكْرَة، (رقم 2133). ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض (رقم 32-1526). فالتنصيص في هذه الأحاديث يدل على أن غيره بخلافه. المجموع: 327/9.

(4) هو حكيم بن حزام، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه، كان من أشرف قريش وعقلائها ونبلائها. روى عن النبي ﷺ، وحَدَّث عنه: ابن المسيب وعروة وابن طلحة وآخرون. توفي سنة 54هـ. وقيل غير ذلك. أسد الغابة: 294 (رقم 123)، والسير: 44/3 (رقم 12)، والتهذيب: 447/2 (رقم 775).

(5) طرف من حديث رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، (رقم 3503). والترمذي في جامعه، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، (رقم 1232) و(رقم 1233)، وقال الترمذي: حديث حسن. الجامع: 515/2. والنسائي في الكبرى، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، (رقم 6162-6163). وفي الصغرى، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، (رقم 4656). وابن ماجه في سننه، أبواب التجارات، باب النبي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، (رقم 2187). وأحمد في مسنده، مسند حكيم بن حزام، (رقم 15311) و(رقم 15312) و(رقم 15313).

(6) الذخيرة: 135/5. وانظر قاعدة: «اللفظ العام إذا ورد يحمل على عموميه، إلا أن يأتي ما يخصّه». المقدمات: 61/2. ووردت عند ابن العربي بلفظ: «إذا اجتمع الخاص والعام، فإن الخاص يقدم بالإجماع». القبس: 502/5. ولفظ: «العام يرد إلى الخاص ويكون الخاص تبييناً له». القبس: 304/5. ولفظ: «اللفظ العام إذا ورد فإنه يحمل على عموميه إلى أن يأتي ما يخصّه». القبس: 10/6. ولفظ: «إن الحديث يحمل على عموميه حتى يخصص الدليل القاطع». القبس: 167/6.

(7) الفروق: 193/1.

واستثنى هؤلاء الطعام الذي يباع جُزأً،⁽¹⁾ لأن الأحاديث قيّدت المنع بالطعام الذي يستوفى، قال مالك: «وكل شيء خلا الطعام فهو جائز أن تبيعه قبل أن يستوفى إن اشتري كَيْلاً أو وزناً أو جُزأً، فهو سواء، لأن الحديث إنما جاء في الطعام وحده»⁽²⁾.

قال الزهري: «ومن ابتاع طعاماً، فلا يبيعه حتى يستوفيه ويصير في ضمانه، وإن ابتاعه جُزأً فلا بأس»⁽³⁾.

وقال ابن حبيب: «ذهب عبد العزيز بن أبي سلمة»⁽⁴⁾ إلى أن كل بيع على كيل أو وزن أو عدد من غير الطعام لا يجوز بيعه قبل قبضه؛ كالطعام. وجعل العلة الكيل والوزن، لأن جُزأً الطعام يجوز بيعه قبل قبضه»⁽⁵⁾. وأشار ابن وهب في رواية إلى تخصيصه بالربوي من الطعام.⁽⁶⁾

وذكر عن عثمان البتي⁽⁷⁾ أنه أجاز بيع كل شيء قبل قبضه، تاركاً النظر في الأحاديث الواردة في هذا الباب، وتعلق بقوله ﷺ: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»⁽⁸⁾، وقوله ﷺ: «يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ»⁽⁹⁾، فعم كل بيع، وكذلك عم كل تجارة عن تراض.

وذهب مالك إلى قصر المنع على الطعام خاصة دون سواه من سائر الأجناس، وتعلق بقوله ﷺ: «مَنْ ابْتِئَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ»⁽¹⁰⁾. ودليل الخطاب أن ماعدا الطعام، يباع قبل أن يقبض.⁽¹¹⁾

وقال: ابن المواز: «إنما هو في الطعام خاصة عند أكثر أهل المدينة»⁽¹²⁾.

(1) بيع الجزاف: هو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد. المسائل الملقوطة: 115، والاقتضاب: 184/2، والمشارك: 209/1.

(2) المدونة: 88/9.

(3) المختصر: 382.

(4) هو عبد العزيز بن سلمة بن دينار، كنيته تمام. تفقه مع مالك على ابن هرمز، سمع أباه وزيد بن أسلم ومالكاً. وكان من جملة أصحاب مالك. روى عنه ابن وهب وابن مهدي وجماعة. وكان صدوقاً ثقة إماماً في العلم، بعد مالك وشوور معه. وقال مالك فيه: إنه لفقيه. وقال ابن معين: صدوق. ووثقه غير واحد، واحتج به أرباب الصحاح. توفي سنة 186 هـ. المدارك: 12-9/3، والديباج: 24/2.

(5) الجامع لابن يونس: 118/8.

(6) الذخيرة: 134/5.

(7) هو عثمان البتي، فقيه البصرة، حدّث عن أنس والشعبي والحسن وغيرهم، وعنه شعبة والثوري وحماد بن سلمة وغيرهم. وثقه أحمد والدارقطني وابن معين وابن سعد، وقال: «له أحاديث، وكان صاحب رأي وفقه». توفي سنة 143 هـ. السير: 148-149/6 (رقم 60). و التهذيب: 154-153/7 (رقم 303).

(8) سورة البقرة، جزء من الآية: 274.

(9) سورة النساء، جزء من الآية: 29.

(10) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة.

(11) شرح التلقين: 165/2.

(12) جامع ابن يونس: 118/8.

- واستثنوا معاوضته بدون ربح؛ كالتولية⁽¹⁾ والشركة⁽²⁾، لأنهما من باب المعروف لا المتاجرة والمغالبة. قال أبو محمد صالح⁽³⁾: «كل طعام أخذ عن عوض فلا يباع قبل أن يستوفى»⁽⁴⁾.
- وقال عبد الوهاب: «وأما الطعام فلا يجوز أن يباع قبل قبضه، أو يعاوض عليه إلا أن يكون على غير وجه المعاوضة؛ كالهبة والصدقة، أو على وجه المعروف؛ كالقرض والبدل، فيجوز.
- وما ابتيع منه جُزافاً أو مُصْبَرًا⁽⁵⁾، فبيعه جائز قبل نقله إذا خلى البائع بينه وبينه؛ لحصول الاستيفاء، لأن التخلية قبض في الجُزاف. ولأن النهي فيما يستوفى من كيل أو وزن أو عدد دون الجُزاف. إذ الجُزاف بعقد البيع يدخل في ضمان المبتاع، ويستقر في ملك المشتري، فجاز بيعه؛ كالمقبوض حتى يستوفيه»⁽⁶⁾.
- وقد أشار الفقهاء إلى تردد أهل المذهب في منع بيع الطعام قبل قبضه، هل الحديث الوارد في ذلك شرع غير معلّل، أو معلّل بكون العينة يستعمل فيه؟
- حيث مال أبو الفرج⁽⁷⁾ إلى اعتبار العينة وتعليل الحديث بها، ورأى أنها إذا ارتفعت ارتفع حكمها. ولكنه شرط في هذا أن يكون البيع بالنقد. وأشار ابنُ مزين⁽⁸⁾ إلى اعتبار النقد أيضاً في هذا.
- خلاصة القول** إن أهل المذهب قد أجازوا التصرف في الأموال قبل قبضها، حيث قصرُوا المنع على الطعام خاصة دون سواه من سائر الأجناس. واستثنى هؤلاء الطعام الذي يباع جُزافاً أو مُصْبَرًا، أو أن يكون على غير وجه المعاوضة، أو يكون على وجه المعاوضة بدون ربح، أو يكون على وجه المعروف. خلافاً لعثمان البتي الذي أجاز بيع كل شيء قبل قبضه؛ لتعلقه بعموم الأدلة الواردة في إباحة البيع عموماً. والدليل على المنع أظهر.
-
- (1) بيع التولية: سبق التعريف به في ص: 134.
- (2) بيع الشركة: ترك بعض المبيع بتمنه لغير بائعه. المنح: 230/5.
- (3) هو أبو محمد صالح، شيخ العرب علماً وعملاً، وبيته بيت صلاح وجملة وعلم، توفي سنة 631 هـ. وهو من أهل فاس، يقال: إنه هو أبو محمد صالح الفارسي الهسكوري. ويقال: إنهما إثنان. الديباج: 404/1.
- (4) المسائل الملقطة: 115.
- (5) المصْبَرَة: «ما جمع من الطعام بلا كيل ووزن بعضه فوق بعض». اللسان، مادة: (صب). وقال ابنُ الأثير: «هي الطعام المجتمع كالكومة».
- (6) النهاية: 507. والجُزاف سبق التعريف به في الصفحة السابقة.
- (7) الإشراف: 480-479/2، والمعونة: 971-972، وشرح التلخيص: 163/2، وانظر: الذخيرة: 133/5، والجواهر: 721، والرسالة: 128، والتفريع: 131-132، والجامع لابن يونس: 117-118/8.
- (8) سبقت ترجمته في ص: 106.
- (9) هو يحيى بن زكريا بن مُزَيْن، روى عن ابنِ دينار والأعشى وابنِ يحيى ونظرائهم. وروى الموطأ عن مطرّف وابنِ حبيب. كان حافظاً للموطأ، فقيهاً فيه، وله حظ من علم العربية. ولي قضاء قرطبة. وله تأليف حسان، منها: تفسير الموطأ، وكتاب تسمية رجال الموطأ، وكتاب المستقصية: وهو كتاب في علل حديث الموطأ. توفي سنة 259 هـ. الاستيعاب: 1172 (رقم 1906)، والمدارك: 238/4-239، والديباج: 361/2 (رقم 14).

المبحث الرابع: عقد الصرف

يعتبر الصرف من أنواع البيوع الجائزة، وهو في متعارف الشرع اسم لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض، فيشمله الحكم والمشروعية.

ويخص هذا البيع شرطان، أحدهما: عدم النسيئة، وهو الفور. والآخر: عدم التفاضل، وهو اشتراط المثلية.

وانسجاماً مع مقصد البحث، كان النظر في هذا المبحث ينحصر في الشرط الأول دون الثاني. أي الحديث عن المناجزة، وذكر ما ينافيها، وذلك في أربعة مطالب.

اهتمت في **المطلب الأول** ببيان الأجل في الصرف، وهل التفرق قبل القبض، يفسد العقد؟

وهل حضور العوضين حين العقد لازم؟

وهل يجوز تراخي القبض في الصرف، إذا كان المتصارفان في المجلس؟

وفي **المطلب الثاني** تحدثت عن تأخير بعض أعواض الصرف، وهل يبطل الصرف كله، أم ينتقض فيما وقعت فيه النظرة، ويمضي فيما وقع فيه التناجز؟

وماذا لو رضي الذي هو له بترك ما وقع فيه التأخير؟

وإذا ظهر في الصرف من نقصان قبل التفرق وبعده، هل ينتقض الصرف كله، أو لا ينتقض منه إلا بمقدار ذلك النقص، كان قليلاً أو كثيراً؟

والمفارقة البعيدة الاختيارية قبل التقابض، وطول المجلس مع عدم المفارقة، هل يبطل الصرف؟ والتأخير اليسير هل يؤثر في بطلان الصرف أو يتجاوز عنه؟

وجعلت **المطلب الثالث** معقوداً للكلام على المقاصة في الصرف، وهل يجوز تصارف الدينين وتطارحهما قبل الحلول وبعده؟

وإذا عقد الصرف على ترك المقاصة، هل يجوز العقد ابتداءً أم لا؟

وهل يجبر على المقاصة من أباه؟

على أن كان مدار **المطلب الرابع** للحديث عن الحوالة في الصرف، وأنه لما لم يجز في الصرف إلا المناجزة الصحيحة والتقابض الفوري في المجلس قبل التفرق بالأبدان، هل تجوز فيه الحوالة؛ للافتراق قبل تمام القبض؟

المطلب الأول: الأجل في الصرف

لقد اختلف أهل العربية في معنى الصرف. وأكثرهم على أنه مأخوذ من الدفع والرد.⁽¹⁾ ومنه الصيرفي؛ لتصريفه أحد العوضين بالآخر.⁽²⁾

وعرفه أبو حاتم⁽³⁾ بأنه: «مأخوذ من صرف أحد العوضين في الآخر، وهو عام في كل معاوضة. وإنما خص في اللغة بيع النقدين بذلك تصريحاً».

وقال ابن السكيت⁽⁴⁾: «سمي الصرف صرفاً، لأنه لا يفارق أحدهما صاحبه حتى يصرف إليه عوض ما أخذ منه. وهو ما اعتبره الشاشي⁽⁵⁾ قولاً فاسداً، لأن فيه بناء اللغة على الشرع، والشرع هو المبني على اللغة».⁽⁶⁾

وقد قصر المالكية معنى الصرف على بيع النقدين عند اختلاف الجنس، حيث عرفوه بأنه: «بيع أحد النقدين بالآخر»⁽⁷⁾. أو هو: «بيع النقد بغير نوعه»⁽⁸⁾.

والأصل في الصرف حديث أبي سعيد الخدري⁽⁹⁾ ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تَشْتَفُوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا شَيْئًا غَائِبًا بِنَاجِزٍ»⁽¹⁰⁾.

(1) التعريفات: 113.

(2) العين: مادة (صرف).

(3) هو سهل بن محمد أبي حاتم السجستاني، نزيل البصرة وعالمها. كان إماماً في علوم القرآن واللغة والشعر. وكان أعلم الناس بالعروض وإخراج المعنى (المعنى من الكلام: ما عي معناه وخفي). كان كثير الرواية عن أبي زيد وأبي عبيدة والأصمعي. ذكره ابن حبان في الثقات. روى له النسائي في سننه، والبخاري في مسنده. له مصنفات كثيرة في القرآن واللغة، منها: كتاب إعراب القرآن، وكتاب القراءات، وكتاب لحن العامة. توفي سنة 255 هـ. بغية الوعاة: 607-606/1 (رقم 1287). وإنباه الرواة: 58-64 (رقم 282).

(4) هو أبو يوسف بن إسحاق، عرف بابن السكيت. وهو لقب أبيه إسحاق، لأنه كان كثير السكوت طويل الصمت. كان عالماً بالقرآن والنحو واللغة والشعر. أخذ عن الفراء والأثرم وابن الأعرابي وغيرهم. وروى عن الأصمعي وأبي عبيدة. وأخذ عنه أبو عكرمة الضبي وابن الفرج وابن عجلان وغيرهم. من كتبه: إصلاح المنطق، وكتاب الألفاظ، وكتاب في معاني الشعر، وكتاب القلب والإبدال. توفي سنة 244 هـ. طبقات النحويين واللغويين: 202-204، وبغية الوعاة: 349/2 (رقم 2159).

(5) هو أبو بكر محمد القفال الكبير الشاشي الشافعي، لقب بالقفال، لأنه حذق في صناعة الأقفال. كان فقيهاً أصولياً لغوياً، من أعلم أهل ما وراء النهر بالأصول، وأكثرهم رحلة في طلب الحديث. سمع ابن خزيمة والطبري والبعثي وطبقته. وحديث عنه ابن مئدة والسلي والحلي وغيرهم. له مصنفات كثيرة: كتاب دلائل النبوة، وكتاب محاسن الشريعة، وأخرى في أصول الفقه، وله شرح الرسالة. وعليه انتشر فقه الشافعي بما وراء النهر. توفي سنة 335 هـ. السير: 283/16 (رقم 235).

(6) المسالك: 105/6، والقبس: 823-822/1.

(7) انظر: الاقتضاب: 193/2، والإتقان: 558/1. وحاشية الدسوقي: 35/3.

(8) الباب: 438. وذلك خلافاً للجمهور، حيث عرفوه بأنه: «بيع الأثمان بعضها ببعض». انظر المبسوط للسرخسي: 14/2 (ط دار الفكر).

(9) هو أبو سعيد الخدري ﷺ، شهد الخندق وبيعة الرضوان. كان أحد الفقهاء المجتهدين والحفاظ المكثرين. حدث عن النبي ﷺ فأكثر وأطاب، وعن أبي بكر وعمر ﷺ وطائفة. وحدث عنه ابن عمر وجابر وأنس وابن المسيب وعطاء وخلق كثير. روى حنظلة عن أشياخه: أنه لم يكن أحد من أحداث أصحاب رسول الله ﷺ أعلم من أبي سعيد الخدري. روى له بقي بن مخلد في مسنده الكبير بالمكرر ألف حديث ومئة وسبعين حديثاً، وروى له البخاري ستة عشر حديثاً، وانفرد له مسلم باثنين وخمسين. مات سنة 74 هـ. السير: 68/172 (رقم 28)، والاستيعاب: 1671-1672 (رقم 2997)، وتهذيب الكمال: 294/10-300 (رقم 2224)، وتهذيب: 110-109/12 (رقم 508).

(10) طرف من حديث رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالفضة تبزاً وعينا (رقم 30). ومتفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، (رقم 2177). ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الربا، (رقم 75-1584).

والتيّر: ما كان من الذهب غير مضروب، فإذا ضرب عملة، فهو عين.

وعن زيد بن أرقم⁽¹⁾ والبراء بن عازب⁽²⁾ قالوا: «كنا تاجرين على عهد رسول الله ﷺ فسألنا رسول الله ﷺ عن الصرف. فقال: «إِنْ كَانَ يَدًا يَبْرُ فَلَأْ بَأْسٌ، وَإِنْ كَانَ نَسَاءً فَلَا يَصْلُحُ»⁽³⁾.

وباب الصرف من أضييق أبواب الربا، والتخلص من الربا على من كان عمله الصرف عسير، إلا لمن كان من أهل الورع والمعرفة بما يحل فيه ويحرم، لذلك كان الحسن⁽⁴⁾ يقول: «إن استسقيت ماءً، فسقيت من بيت صراف، فلا تشربه». وقيل لمالك: «أتكره أن يعمل الرجل بالصرف؟ قال: نعم، إلا أن يكون يتقي الله في ذلك»⁽⁵⁾. لأن الغالب على الصيارفة العمل بالربا، فيتجنب معاملته وإن لم يعلم حاله، لأنه يحمل على الغالب من أهل صناعته. وقد قيل: «إن معاملة من خالط ماله من رباً أو غيره لا يحل». والصحيح أنها مكروهة وليست بحرام⁽⁶⁾.

كما أنه مبني على غاية التضيق، حتى شرط فيه التقابض الذي لا ترد فيه ولا تأخير. بل قيل: «إنه أضييق ما يطلب فيه المناجزة»⁽⁷⁾. والمناجزة عبارة عن سرعة التقابض⁽⁸⁾.

فلا خلاف بين علماء المسلمين في أن الصرف كله لا يجوز إلا هاء وهاء قبل الافتراق. وأن التفرق قبل القبض، يفسد العقد. فحضور العوضين حين العقد لازم⁽⁹⁾. والدليل على ذلك ما ذكره مالك في موطنه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «والله لا تفارقه حتى تأخذ منه. ثم قال: قال رسول الله ﷺ: «الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِبَاٌ إِلَّا هَاءٌ وَهَاءٌ»⁽¹⁰⁾.

- (1) هو زيد بن أرقم الأنصاري الخزرجي، نزيل الكوفة، من مشاهير الصحابة. شهد غزوة مؤتة وغيرها، وله عدة أحاديث. حدث عنه طاووس وعطاء وعدة. مات بالكوفة سنة 66هـ. تهذيب الكمال: 12-9/10 (رقم 2087)، والتهذيب: 394/3 (رقم 727)، والسير: 168-165/3 (رقم 27).
- (2) هو البراء بن عازب أبو غمارة الأنصاري المدني، نزيل الكوفة، من أعيان الصحابة. روى حديثاً كثيراً، وشهد غزوات كثيرة مع النبي ﷺ. وروى أيضاً عن أبي بكر وخالد بن نيار. وحدث عنه ابن يزيد الخطمي وأبو جحيفة السوائي الصحابيَّين، وطائفة سواهما. مسنده 305 حديثاً، له في الصحيحين 22 حديثاً. توفي سنة 72، وقيل: 71هـ. السير: 194-196/3 (رقم 39).
- (3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب التجارة في البر (رقم 2061). والبر: ضرب من الثياب. الاقتضاب: 219/2 وانظر: العين والصحاح والتهذيب واللسان والتاج: مادة (بز).
- (4) هو الحسن البصري بن أبي الحسن، شيخ أهل البصرة. سيد أهل زمانه علماً وعملاً. روى عن جابر وابن عباس وابن خُصَيْن وابن بشير وخلق من الصحابة. وروى عنه ابن عون وابن دينار وابن مسكين وأممٌ سواهم. قال قتادة: كان الحسن من أعلم الناس بالحلال والحرام. توفي سنة 110هـ. السير: 588-563/4 (رقم 223).
- (5) المقدمات: 14/2.
- (6) البيان: 448/7. لأن: «توهم الربا كتحققه». الجواهر: 646. ووردت عند المقرئ في قواعده بلفظ: «توهم الربا كالعلم به». 416 (قاعدة 874). «والربا الموهوم كالربا المعلوم». 460 (قاعدة 994).
- (7) الموافقات: 480/3. قال ابن محرز: «أضييق ما تجب فيه المناجزة الصرف». عدة البروق: 402.
- (8) اللباب: 438. قال المقرئ: «انفرد الصرف عن العقود التي فيها الربا بكون صحة عقده موقوفة على سرعة القبض». القواعد: 407 (قاعدة 852). وقد نظم المتحف ذلك بقوله: وَالشَّرْطُ فِي الصَّرْفِ تَنَاجُزٌ فَقَطْ التحفة: 61 (صدر بيت 717).
- (9) التمهيد: 12/16. والمنتنق: 271-272/4. قال المقرئ: «هل يشترط حضور النقيدين في الصرف». القواعد: 415 (قاعدة 869).
- (10) طرف من حديث أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف (رقم 38). والبخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الشعير بالشعير (رقم 2174). ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (رقم 79-1586). قال ابن عبد البر: «هذا حديث مجتمتع على صحته». الاستذكار: 233/19. وقال أيضاً: «وهذا من أصح حديث يروى في الصرف. وهو دليل على أنه لا يجوز في الصرف شيء من التأخير. ولا يجوز حتى يحضر العين منهما جميعاً. وهذا أمر مجتمتع عليه». التمهيد: 5-16/6.

قال مالك: «وقال عمر رضي الله عنه: وإن استنظرك إلى أن يلج بيته، فلا تنتظره ... وإنما أراد عمر رضي الله عنه أن لا يباع الذهب والورق والطعام كله عاجلاً بآجل، فإنه لا ينبغي أن يكون في شيء من ذلك تأخير ولا نظرة؛ وإن كان من صنف واحد، أو كان مختلفة أصنافه»⁽¹⁾.

قال سحنون: «إذا افترقا من قبل تمام القبض، كانا قد فعلا خلاف ما قال النبي ﷺ».

وروي عن ابن المسيب ويحيى بن سعيد⁽²⁾ أنهما قالاً: «لا ينبغي لهما أن يفترقا حتى يبرأ كل واحد منهما من صاحبه»⁽³⁾.

وروي ابن وهب عن ربيعة⁽⁴⁾ أنه قال: «الفلوس بالفلوس لا يصلح بعض ذلك ببعض إلا هاء وهات».

وعن الليث عن يزيد بن أبي حبيب⁽⁵⁾ كان يكره صرف الفلوس بالدنانير والدراهم إلا يداً بيد.⁽⁶⁾

ولم يعتبر مالك ذلك بحرام بين، ولكنه كره التأخير فيها.⁽⁷⁾ واعتبر اللخمي ذلك حمايات ولا يفسد به الصرف.⁽⁸⁾ وحمل الباجي الكراهة على الحرمة، لأن المناجزة من شروط صحة الصرف.⁽⁹⁾

وقد اختلف المالكية في حد قبض الصرف وفي الزمان الذي يحد معناه. وجملة مذهبهم في ذلك أنه لا يجوز تراخي القبض في الصرف، سواء كانا في المجلس أو تفرقا. ومحل قول عمر رضي الله عنه عندهم: (والله لا تفارقه حتى تأخذ منه)، أن ذلك على الفور لا على التراخي.⁽¹⁰⁾ فلا يجوز في شيء من الصرف تأخير ساعة فما فوقها، ولا أن يتواري أحدهما عن صاحبه قبل التقابض.⁽¹¹⁾

(1) الموطأ: 637. وانظر: المنتقى: 273/4.

(2) هو يحيى بن سعيد، عالم المدنية في زمانه، وشيخ عالم المدينة، سمع من أنس وابن المسيب وابن شهاب وخلق سواهم. وروي عنه الزهري وشعبة ومالك والسفيانان والحمادان وخلق سواهم. صاحب حديث: الأعمال بالنيات. وثقه النسائي والعجلي وأحمد وابن معين وأبو زرعة وأبو حاتم وابن سعد. وعده الثوري من الحفاظ. توفي سنة 143 هـ. تهذيب الكمال: 346/31 - 359 (6836)، والسير: 481-468/5 (213).

(3) المدونة: 102/8.

(4) سبقت ترجمته في ص: 115.

(5) هو يزيد بن أبي حبيب، الإمام الحجة، مفتي الديار المصرية. وهو أول من أظهر العلم بمصر والكلام في المسائل والحلال والحرام. حدث عن عكرمة وعطاء وعمرو بن شعيب ونافع وخلق. وحدث عنه الليث وابن لُبيعة وحيوة بن شريح وآخرون. وهو مجمع على الاحتجاج به، ذكره ابن حبان وأبو حاتم في الثقات. وقال ابن سعد: كان ثقة كثير الحديث. توفي سنة 128 هـ. السير: 33-31/6 (رقم 10)، والتذكرة: 136/1 (رقم 125)، والتهذيب: 5/7 (رقم 10).

(6) المدونة: 104/8.

(7) التهذيب: 93/3، والتفريع: 158/2.

(8) التبصرة: 2784.

(9) المنتقى: 272/4 - 273. قال المقرئ: «عدم القبض تفاضل، فترك التقابض في مال الربا ربا». القواعد: 412 (قاعدة 861).

(10) التمهيد: 290/6.

(11) الكافي: 635، والجامع: 378/11.

قال مالك: «إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف؛ وإن لم يتفرقا، لأنه رأى أن لفظ: (إلا هاء وهاء) لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور»⁽¹⁾.

قال ابن القاسم: «لا يصح الصرف إلا يداً بيد. فإن لم ينقده ومكث عنده لم يصح. ولو انتقلا من ذلك المكان إلى موضع غيره، لم يصح تقابضهما. هذا كله قول مالك».

قال سَنَد⁽²⁾: «إذا تصارفا في مجلس وتقابضا في مجلس آخر، فالمشهور منعه على الإطلاق»⁽³⁾.

ومنع اللخمي أن يعقدا على ما تتراخى مناجزته قبل الافتراق أو بعده⁽⁴⁾.

قال ابن دحُون⁽⁵⁾: «إن الصرف يحتاج إلى دافع ومدفوع إليه، هاء وهاء»⁽⁶⁾.

خلاصة القول، إن فقهاء المالكية قد قصروا معنى الصرف على بيع أحد النقدين بالآخر. وهو أضيق ما يطلب فيه المناجزة.

ولا خلاف في أن حضور العوضين حين العقد لازم، وأن التفرق قبل القبض، يفسد العقد.

واختلفوا في حدّ قبض الصرف وفي الزمان الذي يحدّ معناه. وجملة مذهبهم في ذلك أنه لا يجوز تراخي القبض في الصرف، سواء كان المتصارفان في المجلس أو تفرقا، ولا أن يتواري أحدهما عن صاحبه قبل التقابض.

(1) البداية: 377/3.

(2) سبقَت ترجمته في ص: 128.

(3) المنع: 494/4.

(4) تبصرة اللخمي: 2783.

(5) هو عبد الله بن يحيى بن دحون، أحد الشيوخ الجلة بقرطبة، وأحد كبار أصحاب ابن المكوي. قال ابن حبان: لم يكن في أصحاب ابن المكوي أفقه منه، ولا أعرض على الفتيا، ولا أضبط للروايات، مع نصيب من الأدب والخبر. ولم يكن معه كتب إلا يسيرا من الأصول. توفي سنة 431 هـ. المدارك: 296/7 - 297 (رقم 10)، والديباج: 438/1 (رقم 17).

(6) البيان: 62/7.

المطلب الثاني: تأخير بعض أعواض الصرف

إن وجه الصرف عند مالك أن يخرج كل واحد من المتصارفين العين التي يريد بيعها من صاحبه ويتقاضيان، ثم يفترقان ولا تبعة بينهما. فعقد المتصارفين لا يخلو من ثلاثة أوجه:

الأول: إذا انعقد الصرف على التأخير ابتداءً، فالصرف فاسد اتفاقاً في المستوفى وفي المستقبى، لأن العقد وقع على نعت الفساد ولا يتلافى، بل يتلاشى.

والثاني: إذا انعقد الصرف على المناجزة، ثم وقع التأخير منهما اختياراً، انتقض الصرف فيما وقعت فيه النظرة باتفاق.

وسبب الخلاف: الصفقة إذا جمعت حلالاً وحراماً هل تبطل جميعها، أو يجوز منها الحلال ويبطل الحرام؟⁽¹⁾

والوجه الثالث: إذا انعقد الصرف على المناجزة، ثم وقع التأخير منهما اضطراراً؛ كغلط أو سرقة أو نسيان، أو ما أشبه ذلك، مضى الصرف فيما وقع فيه التناجز من ذلك باتفاق، وفيما وقع فيه التأخير إن رضي الذي هو له بتركه على اختلاف.

وسبب الخلاف: هل يعذران بهذا الأمر الغالب أو لا؟⁽²⁾

قال عبد الجبار⁽³⁾: «إن الرجل إذا صرف ديناراً بدراهم، فوجد فيهما شيئاً لا خير فيه، فأراد ردّه؛ انتقض صرفه كله».

وعطاء كان يقول في رجل اضطرب ورقاً، فقال له: اذهب فما ردوا عليك، فأنا أبدله لك، لم يجز. وقال ابن حُرَيْث⁽⁴⁾: «لو صرف رجل فقبض صرفه كله، ثم شرط أن ما كان فيها ناقصاً، كان عليه بدله، كان ذلك ربا»⁽⁵⁾.

(1) وهذا مما اضطرب فيه المذهب. قال ابنُ شهاب برد البيع كله. وقال ربيعة: «لا تجمع صفقة واحدة شيئين يكون أحدهما حلالاً والآخر حراماً. ما يدرك ينقض، وما يتفاوت فلا يدرك بعضه إلا بظلم فيترك». (المدونة: 149/10). وقال عبد الوهاب: «إذا جمعت الصفقة حلالاً وحراماً، لم يجز شيئاً منها أصلاً إذا كان المنع لحق الله. فإذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز لحق الغير، جاز منها الجائز، ووقف حق الغير على إجازته». (الإشراف: 507/2). وحكم ابنُ رشد بفسخها. (البيان: 458/7). وحكى ابنُ شاس مشهورة نقضها، والشاذ إمضاء الحلال. (الجواهر: 636). وقال ابنُ جزي: «الصفقة كلها باطلة». (القوانين: 438). ومثله عياض. (التنبيهات: 635). وفي التوضيح: «الأصح بطلان الجميع، لأنه إذا بطلت بعض الصفقة بطلت كلها». (224/5). وذكر ابنُ القصار في ذلك قولاً آخر يمضي الحلال ويبطل الحرام. قال اللخمي: «وهو أبين إذا كان الحلال نصف الصفقة فأكثر. فإن كان الحرام أكثر، فسخ جميع العقد». (التبصرة: 2769).

(2) المناهج: 14-15، والمقدمات: 15/2. والبيان: 440-441/6.

(3) هو عبد الجبار بنُ عمر الأيلي. ترجم له البخاري، وقال: ليس بالقوي. (الضعفاء الصغير: 82 و211). وقال أيضاً: عنده مناكير. (التاريخ الكبير: 108/6). وضعفه الدارقطني. (الضعفاء والمتروكون: 284). وابنُ حبان قال: «كان ردىء الحفظ ممّن يأتي بالمعضلات عن الثقات، لا يجوز الاحتجاج به إلا فيما وافق الثقات». (المجروحون: 144/2). كما ترجم له الذهبي في الميزان: 534/2 (رقم 4743).

(4) هو عمرو بنُ حُرَيْث، من بقايا أصحاب رسول الله ﷺ الذين كانوا نزلوا الكوفة، مولده قبل الهجرة، له صحبة ورواية. وروى أيضاً عن أبي بكر وابن مسعود. حدّث عنه ابنُه جعفر وابنُ سُبَيْع وابنُ سريع وآخرون. توفي سنة 85 هـ. تهذيب الكمال: 580-582/21 (رقم 4345)، والسير: 419-417/3 (رقم 70)، والتهذيب: 19/8.

(5) المدونة: 102/8. وانظر: جامع ابن يونس: 381/11.

فما يظهر في الصرف من نقصان قبل التفرق، فرضي النقص، أو زيادة فتركها الآخر، فذلك جائز. قاله أشهب، ورواه ابن القاسم عن مالك. لأن التناجز وجد قبل التفرق، ولو أراد أن يؤخر بقدر ذلك النقص، لم يجز.

فإن افترقا قبل أن يستوفي ذلك النقص، فالذي قاله أصبغ: «ينتقض الصرف كله، لأن العقد إذا دخل بعضه الفساد وتأخر القبض، تعدى إلى ما قبض».

وحكى ابن القاسم أنه جائز لا ينتقض منه إلا بمقدار ذلك النقص، لأن تأخر القبض بعد التزام العقد، لا يتعدى إلى جميع العقد.⁽¹⁾

وأما إن وجد النقص بعد الفراق، فرضي بما قضى وجاوز عما بقي، فالمذهب على ثلاثة أقوال، كلها قائمة من المدونة:

أحدها: أن العقد جائز ولا يفسخ، كان قليلاً أو كثيراً. وهو قول أشهب في الموازية: «ثم إذا افترقا على التصديق، ثم وجد نقصاً، ثم ترك الفضل من له الفضل، فذلك جائز». وقال مالك في العتبية والموازية: «ومن وجد نقصاً في الصرف فتجاوز، فذلك له».⁽²⁾

ومثله ابن الجلاب قائلًا: «ثم وجدها ناقصة. فإن طلب التمام، انتقض صرفه. وإن رضي بالنقصان، صح صرفه»⁽³⁾. وهو الذي اختاره ابن جزي قائلًا: «فإن رضي به، جاز الصرف. وإن رده، بطل الصرف كله»⁽⁴⁾.

والثاني: روى ابن المواز عن مالك أن ذلك لا يجوز؛ وإن قل.

والثالث: روي عنه أنه لا يجوز في الكثير. واختاره أصبغ.⁽⁵⁾

ووجه رواية الجواز أنه نقص وجد في عوض الصرف، فلا يمنع صحة العقد مع ترك المطالبة له. ووجه الفرق بين القليل والكثير، أن القليل غير مقصود، ومعلوم في الأغلب أن مثل هذا لا يطلب ولا تتبعه النفس، فكأنه لما لم يبق له إلا ما جرت العادة بتركه والتسامح به؛ قبض جميعه. وأن الكثير، فإنه مما جرت العادة بطلبه، فإنما يكون تاركاً له الآن، وقد وجد الفساد في العقد بالتفرق قبل قبضه أو تركه.⁽⁶⁾ وحكم النقص في معنى حكم الزائد.⁽⁷⁾

(1) النوادر: 374/5.

(2) المصدر نفسه: 373/5. وقد حكى ابن فرحون اختلاف الأصوليين في العقد إذا انبرم صحيحاً، هل يلحقه الفساد أم لا؟ على قولين. المسائل الملقطة: 28.

(3) التفرع: 155/2.

(4) القوانين: 424.

(5) النوادر: 374/5، والمناهج: 17/6.

(6) المنتقى: 274/4.

(7) التبصرة: 2840-2841.

واختلف في مقدار اليسير. قال في المدونة: «يجوز في الدرهم والدرهمين». ومنعه في الثالث.⁽¹⁾ وفي الموازية: «هي الثلث فيما دونه». وقال عبد الوهاب: «هي الدرهم»⁽²⁾. وقال ابن الحاجب: «والقليل ما تختلف به الموازين، وقيل: درهم في مئة»⁽³⁾.

وأما المفارقة قبل التقابض، فإن بعدت اختياراً بطلت. وهذا هو الحكم في طول المجلس؛ وإن لم يفترقا. وإن قربت؛ فالمشهور الإبطال، والتصحيح في كتاب ابن المواز.

قال الشيخ خليل عاطفاً على ما يحرم: «ومؤخر ولو قريباً»⁽⁴⁾.

وإن كانت غلبة، فقولان: الأبطال والتصحيح.⁽⁵⁾ ورجح ابن يونس عدم الفسخ وصوبه، لأن أصل البيع وقع على الصحة.⁽⁶⁾

قال ابن الحاجب: «المفارقة اختياراً تمنع المناجزة. وقيل: إلا القرية وفي الغلبة قولان»⁽⁷⁾.

وهما على الخلاف في التناجز هل هو ركن في عقد الصرف، فيبطل مع التراخي كيفما تصور، أو هو شرط، فلا يبطل مع الغلبة؟⁽⁸⁾

ومال ابن عرفة إلى ركنية التناجز لتوقف ماهية الصرف عليه، غير خارج عنها. وصرح المازري بأنه شرط في صحته. نقله عن ابن محرز.⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾ واختاره اللخمي مع القدرة عليه.⁽¹¹⁾

وفي يسير التأخير بعدما استثقل ذلك اللخمي، وقال: لا خير فيه، حماية لئلا يتذرع الناس إلى التأخير في الصرف، طرق في خفته وكراهته قولين لمالك: عزا الأول للموازية، حيث قال في كتاب ابن المواز: «وأما الشيء اليسير القريب فليس به بأس».

والثاني للمدونة، قال مالك: (لا يعجبني). وهذا كله حماية، ولا يفسد به الصرف.⁽¹²⁾

(1) الجواهر: 637.

(2) الباب: 442. وردت عند ابن رشد بلفظ: «الثلث آخر حد اليسير، وأول حد الكثير». المقدمات: 540/2 والبيان: 486/10 و203/12 و85/13 و80/14. كما وردت في شرح المنجور: 364. وزاد المقري: «كل ما دون الثلث يسير، وكل ما فوقه كثير». القواعد: 421 (قاعدة 891). وقال أيضاً: «وكل ما يذكر فيه الثلث فهو يسير». الكليات: 167 (كلية 373).

(3) جامع الأمهات: 341.

(4) المختصر: 171.

(5) الجواهر: 635.

(6) الجامع: 380/11.

(7) جامع الأمهات: 340.

(8) الجواهر: 635. قال المقري: «اختلفوا في التناجز هل هو ركن في الصرف فيبطل مع التراخي كيف اتفق، أو شرط فلا يبطل مع الغلبة». القواعد: 412 (قاعدة 860).

(9) سبقت ترجمته في ص: 125.

(10) الهداية: 399. وانظر: التهذيب: 98/3-99.

(11) التبصرة: 2776.

(12) المصدر نفسه: 2784.

وقد استخف ابنُ رشد ذلك للضرورة الداعية، إذ غالب الناس لا يميّزون النقود، ولأن التقابض قد حصل بينهما قبل ذلك، فلم يكونا بفعلهما هذا مخالفين لقوله ﷺ: «إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ»⁽¹⁾. ولو كان هذا المقدار لا يسامح فيه في الصرف؛ لوقع الناس في ذلك في حرج شديد. والاستحسان أن يغتفر في ذلك ما قرب، لأن الحاجة تمس لذلك، مع أن القرب في حكم الفور.⁽²⁾ وسبب الخلاف: التأخير اليسير هل يؤثر في بطلان الصرف أو يتجاوز عنه؟⁽³⁾

وحكى ابنُ شاس في هذه المسألة ثلاثة أقوال: الصحة مطلقاً، والإبطال مطلقاً، والتفرقة: فإن كان النقص يسيراً صح، وإن كان كثيراً بطل.⁽⁴⁾ واعتبر ابنُ الحاجب التأخير كثيراً كالمفارقة.⁽⁵⁾

ولم يأبه المقنن بالأحكام الفقهية للصرف، ولم يعر أي اعتبار لها، حينما أباح التعامل بالصرف الآجل، حيث نصت م.25-4: «إجراء عمليات الصرف سواء أكانت حلولاً أو بأجل».⁽⁶⁾

حاصل الكلام في هذه المسألة أن وجه الصرف عند أهل المذهب انعقاده على المناجزة، فإن وقع التأخير اختياراً، انتقض الصرف فيما وقعت فيه النظرة باتفاق.

وإن وقع التأخير اضطراراً، مضى الصرف فيما وقع فيه التناجز من ذلك باتفاق، وفيما وقع فيه التأخير إن رضي الذي هو له بتركه على اختلاف.

كما اختلفوا فيما يظهر في الصرف من نقصان قبل التفرق، فقد أجازوه أشهب، ورواه ابنُ القاسم عن مالك. لأن التناجز وجد قبل التفرق، ولو أراد أن يؤخر بقدر ذلك النقص، لم يجز.

فإن افترقا قبل أن يستوفي ذلك النقص، فقد قال أصبغ: ينتقض الصرف كله، لأن العقد إذا دخل بعضه الفساد وتأخر القبض، تعدى إلى ما قبض. وحكى ابنُ القاسم أنه جائز لا ينتقض منه إلا بمقدار ذلك النقص، لأن تأخر القبض بعد التزام العقد، لا يتعدى إلى جميع العقد.

وإن وجد النقص بعد الفراق، فرضي بما قضى وجاوز عما بقي، فقليل: العقد جائز ولا يفسخ، كان قليلاً أو كثيراً. وقيل: لا يجوز؛ وإن قلّ. وقيل: لا يجوز في الكثير.

وأما المفارقة قبل التقابض، فإن بعدت اختياراً بطلت. وهو الحكم في طول المجلس؛ وإن لم يفترقا. وإن قربت؛ فالمشهور الإبطال. للخلاف في ركنية التناجز وشرطيته.

(1) مضى تخريجه في ص: 151.

(2) التبصرة: 2770 و2783-2784. وانظر: التعليقة للوانوغي: 248/2، والتهذيب: 95/3. قال المقري: «التوسعة العامة عند مالك توجب الاستثناء من الأصول قياساً على ما وردت به النصوص». ص: 419 (قاعدة 884).

(3) الجواهر: 636-637، والمناهج: 25/3-26، والمقدمات: 18/2.

(4) الجواهر: 636.

(5) جامع الأمهات: 341.

(6) القانون رقم 76.03 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب.

المطلب الثالث: المقاصة في الصرف

من دلالات كلمة (مقاصّة) عند أهل اللغة: المساواة والمماثلة، ومنه القصاص، وهو معاقبة الجاني بمثل جنايته. قال الجوهري: «تقاصّ القوم، إذا تقاصّ كل واحد منهم صاحبه في حساب أو غيره»⁽¹⁾. وقال الفيومي: «قاصصته مقاصّة، إذا كان لك عليه مثل ما له عليك، فجعلت الدين في مقابلة الدين»⁽²⁾.

وعلى أساس هذا المعنى اللغوي ذهب أهل الفقه، قال ابنُ جزي: «هي اقتطاع دين من دين»⁽³⁾. قال ابنُ عرفة: «متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما»⁽⁴⁾. وعرفها الدردير بقوله: «إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروط»⁽⁵⁾. وهذا التعريف يشمل المقاصة الاتفاقية، والمقاصة التي يطلبها أحد الطرفين وإن أبى الآخر.

قال ابنُ بشير: «المقاصة متاركة وإخلاء للذمتين، ومعاوضة لإحداهما بالأخرى، وحوالة لإحداهما على الأخرى. فقد جمعت المتاركة والمعاوضة والحوالة»⁽⁶⁾.

وجاء في تعريف ابنِ سلمون أنها: «هي أن يكون لكل واحد منهما حق قبل الآخر من جنس واحد، فيذهبان إلى الاقتطاع»⁽⁷⁾.

والمقاصة مشروعة باتفاق أهل المذهب، واستدلوا بحديث ابنِ عمر رضي الله عنهما قال: «أَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَقُلْتُ: إِنِّي أَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ»⁽⁸⁾ فَأَبِيعُ بِالدَّنَانِيرِ وَأَخْذُ الدَّرَاهِمَ، وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَأَخْذُ الدَّنَانِيرِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسَعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ»⁽⁹⁾.

(1) الصّحاح: مادة (قصص). وانظر: اللسان والتاج: مادة (قصص).

(2) المصباح: مادة (قصص).

(3) القوانين: 486.

(4) الهداية: 406.

(5) حاشية الدسوقي: 227/3.

(6) هذا التعريف أورده المقري في قواعده: 460 (قاعدة 993).

(7) العقد المنظم: 309.

(8) البقيع: موضع من الأرض فيه أروم شجر من ضروب شتى. ومنه سمّي بقيع الغرقد، وهي مقبرة بالمدينة. انظر: العين والصّحاح والمقاييس، مادة: (بقيع). والتعليق: 117/1 و253، والاقتضاب: 101/1.

(9) طرف من حديث رواه أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (رقم 5559). وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب اقتضاء الذهب بالورق (رقم 3354). والترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف (رقم 1242). وقال: «والعمل على هذا عند بعض أهل العلم». الجامع: (524/2). والنسائي في سننه الصغرى، كتاب البيوع، باب أخذ الورق من الذهب والذهب من الورق، وذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر ابنِ عمر (رقم 4625). وابنُ ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب (رقم 2262). قال ابنُ عبد البر: «لم يرو هذا الحديث غير سَمَاك بنِ حرب، وهو ثقة عند قوم، وضعفه آخرون. قال ابنُ المبارك: سَمَاك بنُ حرب ضعيف الحديث». التمهيد: 14/16. قال أيضا: «في هذا الحديث دليل على جواز الصرف إذا كان أحدهما دينًا أو كانا دينًا، لأن الذمة الحاضرة: كالعين الحاضرة، وصار الطرح كالمقبوض من العين الحاضرة». التمهيد: 290/6-291.

والأصل في المقاصة أن تقع بين دينين، فلا تقع بين دين وعين لعدم المجانسة. ولا تكون إلا بحلول الدينين، فإن كانا مؤخرين أو أحدهما، فلا تجوز باتفاق.⁽¹⁾ وهذا ما نص عليه ف.361 من (ق ل ع): «لا تقع المقاصة إلا بين دينين». وأضاف ف.362 أن يكونا مستحقي الأداء.

تعد المقاصة إلى جانب الوفاء والتجديد وسيلة لانقضاء الالتزامات بما يعادل الوفاء، ما جعل لها أهمية بالغة حظيت بتقنين أحكامها، حيث عرّفها ف.357 من (ق ل ع) بقوله: «تقع المقاصة إذا كان كل من الطرفين دائئاً للآخر ومديئاً له بصفة شخصية...»

وباستقراء النصوص التي تنظم المقاصة، خاصة ف.358⁽²⁾ و363⁽³⁾ من (ق ل ع)، يتبين أن استعمال لفظ (التمسك)، يعني أن المقاصة دَفْعٌ يقوم به المدعى عليه المدين، في دعوى أداء الدين المرفوعة ضده، لرد دعوى خصمه الدائن. ومن ثم لا يجوز التقدم بها ابتداءً بواسطة دعوى.

وقد اختلف فقهاء المذهب في تصارف الدينين وتطارحهما. فمذهب مالك أنه لا بأس أن يشتري أحدهما ما عليه بما على الآخر من دين حال، ويتطارحانهما صرفاً. لأن الدين في الذمة كالمقبوض، وحلول الأجلين يقوم مقام التناجز. فلا يحتاج إلى قبض، فجاز التطارح، خلافاً لأشهب.⁽⁴⁾ قال ابن الحاجب: «وصرف الدين الحال يصح، خلافاً لأشهب».⁽⁵⁾ وقال ابن جزي: «يجوز صرف ما في الذمة إن كان حالاً».⁽⁶⁾

وإن كانت مؤجلة فالمشهور منعه؛ فراراً من الدين بالدين.⁽⁷⁾ قال ابن الحاجب: «والمؤجل: المشهور: المنع».⁽⁸⁾

وأجازه أبو إسحاق.⁽⁹⁾ وقال بعض المتأخرين: «وهو الأقيس».⁽¹⁰⁾

(1) العقد المنظم: 309، والمعيار: 73/6، وحاشية الدسوقي: 31/3.

(2) نص ف.358 من (ق ل ع) على أنه: «ليس للقاضي أن يعتد بالمقاصة، إلا إذا حصل التمسك بها صراحة ممن له الحق فيها».

(3) نص ف.363 من (ق ل ع) على أنه: «لا يسوغ التمسك بالدين الذي انقضى بالتقادم من أجل إجراء المقاصة».

(4) التمهيد: 290/6-291، والبداية: 380/3.

(5) جامع الأمهات: 341.

(6) القوانين: 424.

(7) التمهيد: 290/6-291، والبداية: 380/3. قال الوزاني: «ابتداء الدين بالدين هو أحد وجوه الفساد في الشريعة». النوازل: 26/8.

(8) جامع الأمهات: 341.

(9) هو أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق، قاضي بغداد، وصاحب التصانيف. سمع من إسماعيل بن أويس والقعني وابن حرب وغيرهم.

وروى عنه ابن صاعد والنجاد والصفار وعدد كثير. أخذ الفقه عن ابن المعدل، وصناعة الحديث عن ابن المديني. وتفقه به مالكية

العراق، شرح المذهب واحتج له. وصنف المسند، والموطأ، وأحكام القرآن، وكتاب في القراءات، ومعاني القرآن وإعرابه، والمبسوط في

الفقه ومختصره. توفي سنة 282 هـ. السير: 13/339-342 (رقم 157)، والديباج: 281-290.

(10) الجواهر: 632.

وقد فصل الرجراجي⁽¹⁾ القول في هذه المسألة تفصيلاً، ارتأيت نقله، بتصريف يسير؛ تمييزاً للفائدة. فبعدما صرح أنه: إذا عقد الصرف بشرط المقاصة، لا إشكال في الجواز قبل الحل؛ على القول بجواز صرف ما في الذمة. وأن بعد الحل، يكون الجواز هو المشهور. والمنع هو المهجور، خلافاً لما حكاه المتأخرون عن أشهب.

وسبب الخلاف هو حلول ما في الذمة، هل هو كحضوره أم لا؟⁽²⁾ قال: «إذا عقد على ترك المقاصة، فهل يجوز العقد ابتداءً أم لا؟ فالمذهب على قولين:

الأول: الجواز، وهو قول مالك.

والثاني: المنع، وهو قول ابن القاسم.

وسبب الخلاف: هل اشتراطهما ترك المقاصة مشعر بالتأخير بالدين بعد التقابض فيمنع، لأن ذلك بيع وسلف، أو غير مشعر به، وتكون له مطالبته بديناره بعد التقابض فيجوز؟

وإذا أبهم الأمر، فهل يجبر على المقاصة من أباهها أم لا؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال، كلها قائمة من المدونة.

أحدها: أنه يجبر عليها من أباهها، وهو ظاهر قول مالك.

وثانيها: أنه لا يجبر عليها، وهو ظاهر قول مالك.

وثالثها: التفصيل بين أن يكون الذي عليه الدين موسراً أو معسراً، وهو قول مالك أيضاً.

وسبب الخلاف: المقاصة هل تفتقر إلى الرضى، أو يجبر عليها من أباهها؟⁽³⁾

قال البتي⁽⁴⁾: «يأخذ بسعر يومه». وقال الأوزاعي⁽⁵⁾: «بقيمته يوم يأخذه». وابن شبرمة⁽⁶⁾ لم يجز المقاصة وإنما يأخذ ما أقرض.⁽⁷⁾

(1) سبقت ترجمته في ص: 98.

(2) المناهج: 27/6، والجواهر: 632-633.

(3) المناهج: 28/6-29. وانظر: التبصرة: 1000-1001.

(4) سبقت ترجمته في ص: 147.

(5) هو عبد الرحمن بن عمرو بن يُحْمَد الأوزاعي، من فقهاء أهل الشام وقراءهم، وأعلمهم بالسنة. كان كثير العلم والحديث والفقه. حدث عن عطاء وعمرو بن شعيب ومكحول وقتادة وخلق كثير من التابعين وغيرهم. وروى عنه الزهري وشعبة والثوري ومالك وابن المبارك وخلق كثير. توفي سنة 157 هـ. تهذيب الكمال: 307/17-316 (رقم 3918) والتهذيب: 230/6-242 (رقم 484) والسير: 107/7-134 (رقم 48).

(6) سبقت ترجمته في ص: 38.

(7) التمهيد: 290/6-291.

خلاصة الكلام إن فقهاء المذهب قد اختلفوا في تصارف الدينين وتطارحهما. فمذهب مالك جواز صرف الدين الحال. لأن الدين في الذمة كالمقبوض، وحلول الأجلين يقوم مقام التناجز، خلافاً لأشهب. وإن كانت مؤجلة، فالمشهور منعه؛ فراراً من الدين بالدين.

كما اختلفوا في عقد الصرف على ترك المقاصة، وفي جواز العقد ابتداءً على قولين:

الأول: الجواز، وهو قول مالك. والثاني: المنع، وهو قول ابن القاسم.

وإذا أبهم الأمر، اختلفوا في الإيجاب على المقاصة على من أباهها على ثلاثة أقوال قائمة من المدونة. أحدها: أنه يجبر عليها من أباهها. وثانيها: أنه لا يجبر عليها. وثالثها: التفصيل بين أن يكون الذي عليه الدين موسراً أو معسراً.

المطلب الرابع: الحوالة في الصرف

الحوالة عند أهل اللغة مأخوذة من التحوّل، وهو الانتقال. يقال: تحوّل من مكانه، إذا انتقل عنه. وحوّلته، نقلته من موضع إلى موضع.⁽¹⁾

وحقيقتها الشرعية عرّفت بتعريفات جد متقاربة المعنى والعبارة، فقد عرّفها عبد الوهاب⁽²⁾ وكذا ابن شاس⁽³⁾ بقولهما: هي: «تحوّل الحق من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى».

ومثلها ابن الحاجب قائلًا: «هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى»⁽⁴⁾.

وقريب منهم الرصاع، حيث عرّفها بأنها: «طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى»⁽⁵⁾.

ولا خلاف بين العلماء في جوازها.⁽⁶⁾ والأصل في ذلك حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَمَنْ أَتْبَعَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»⁽⁷⁾.

ومن الحجة أيضاً حديث ابن عمر رضي الله عنه قال: «أَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَقُلْتُ: إِنِّي أَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ»⁽⁸⁾، فَأَبِيعُ بِالدَّنَانِيرِ وَأَخُذُ الدَّرَاهِمَ، وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَأَخُذُ الدَّنَانِيرِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَ بِسِعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَيَبِينَكُمَا شَيْءٌ»⁽⁸⁾.

وهي مستثناة من أصول الشريعة التي قرّرت النهي عن الدين بالدين. لكن لما دعت الضرورة إلى ذلك وتضمّنت معروفاً ورفقاً؛ سامح الشرع فيها وأجيزت.⁽⁹⁾ لكن إذا خرجت عما قصد بها من الرفق والمعروف؛ منعت لارتفاع علة الجواز.⁽¹⁰⁾

(1) الاقتضاب: 144/2، والمسالك: 157/6 و163، وتفسير الموطأ لليبوني: 785/1-786.

(2) التلقين: 442/1.

(3) الجواهر: 810.

(4) جامع الأمهات: 390.

(5) الهداية (شرح الحدود): 423. وقد عرّفها المقرئ بقوله: «الحوالة تحويل دين من ذمة إلى أخرى». القواعد: 481 (قاعدة 1043).

(6) المقدمات: 403-404، والبداية: 99/4، والمناهج: 387/8.

(7) رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب جامع الدين والجول، (رقم 84). والبخاري في صحيحه، كتاب الحوالات، باب في الحوالة، (رقم 2287). ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على ملئ، (رقم 333-).

(8) قال الباجي: «فليتبع معناه: الحوالة». المنتقى: 66/5.

(8) سبق تخريجه قريباً في ص: 158.

(9) الكافي: 797، والتنبيهات: 1734، والمنتقى: 67/5.

(10) شرح التلقين للمازري: 9/3 - 14.

ولا يجوز في الصرف حوالة، ولا يصح إلا بالمناجزة الصحيحة والتقابض في مجلس واحد ووقت واحد.⁽¹⁾

قال ابن يونس: «ولما لم يجز في الصرف إلا المناجزة، لم تجز فيه حوالة؛ لافتراقهما قبل تمام القبض». قال ابن المواز: «وقال أشهب ولا ينبغي ذلك. فإن فعلا ولم يفارقه حتى قبضها المأمور، لم يفسخ. فإن افترقا، فسخ الصرف».⁽²⁾

قال ابن القاسم: «سألت مالكا عن الرجل يصرف عنه الرجل الصراف الدينار بعشرين درهماً، فيقضي منه عشرة دراهم، ويقول له ادفع العشرة الأخرى إلى هذا الرجل. قال مالك: لا يعجبني، حتى يقبضها هو منه، ثم يدفعها إلى من أحب. ألا ترى أنهما افترقا قبل أن يتم قبضهما».

وروى ابن وهب عن مخزومة⁽³⁾ عن أبيه (بُكَيْر⁽⁴⁾) قال: «سمعت ابن قسيط⁽⁵⁾ يقول واستفتني في رجل صرف ديناراً، ففضل له منه فضل، هل يتحول بفضله على آخر؟ قال: لا».

وقال بُكَيْر: «أيما رجل صرف ديناراً بدراهم فلا يتحول به».⁽⁶⁾

وقوله: (لا يعجبني) حملها أبو الحسن⁽⁷⁾ على المنع،⁽⁸⁾ واللمخي وأبو إسحاق⁽⁹⁾ على الكراهة، حيث قال مالك: «إذا عقد الرجلان صرفاً لم يكن لأحدهما أن يدخل في ذلك حوالة». وقول مالك في المدونة: (لا يعجبني، ولا أحب ذلك)، محمول على الكراهة، وليس على الوجوب.⁽¹⁰⁾

(1) المسالك: 107/6، والكافي: 635، والبداية: 377/3، والمقدمات: 14/2، والقوانين: 425.

(2) الجامع لابن يونس: 398/11.

(3) هو مخزومة بن بُكَيْر بن عبد الله بن الأشج، روى عن أبيه وعامر بن الزبير، وروى عنه حماد وابن المبارك وغيرهما. قال أحمد: ثقة ولم يسمع من أبيه شيئاً، وإنما يروي من كتاب أبيه. قال النسائي: لا بأس به، وابن أبي حاتم: صالح الحديث، والحافظ: صدوق. توفي سنة 159 هـ تهذيب الكمال: 328-324/27 (رقم 5829)، التهذيب: 70/10-71 (رقم 120).

(4) هو بُكَيْر بن عبد الله بن الأشج. روى عن أسد بن رافع وابن المسيب وأبي بردة وخلق كثير. وعنه يزيد بن أبي حبيب وعبد الله بن أبي جعفر والليث وآخرون. قال ابن وهب: «ما ذكر مالك بُكَيْراً إلا قال: كان من العلماء». وثقه أحمد والنسائي وابن معين وأبو حاتم والعجلي. وقال ابن سعد: «كان ثقة كثير الحديث». وذكره ابن حبان في الثقات في أتباع التابعين من صلحاء الناس، وقال: «كان من خيار أهل المدينة». توفي سنة 127 هـ. تهذيب الكمال: 246-242/4 (رقم 765)، والسير: 170/6-174 (رقم 80)، والتهذيب: 493-491/1 (رقم 908).

(5) هو يزيد بن عبد الله بن قسيط، الإمام الفقيه الثقة. روى عن أبي هريرة وابن عمر وابن المسيب وغيرهم. وروى عنه مالك وابن أبي ذئب والليث وآخرون. حديثه حسن في الكتب الستة. وثقه النسائي وابن حبان، وقال ابن سعد: «كان ثقة كثير الحديث، وابن عدي في الكامل: «هو صالح الروايات. وقال ابن عبد البر: «قد احتج به مالك في مواضع من الموطأ، وهو ثقة. توفي سنة 122 هـ. تهذيب الكمال: 177/32-180 (رقم 7015)، والسير: 266/5 (رقم 126)، والتهذيب: 342/11-343 (رقم 555).

(6) المدونة: 108/8.

(7) هو الزرويلي سبقت ترجمته في ص: 101.

(8) المنح: 494/4.

(9) سبقت ترجمته في ص: 117.

(10) التبصرة: 2793-2794.

حاصل الكلام أنه لا خلاف بين العلماء في جواز الحوالة، وهي مستثناة من أصول الشريعة التي قرّرت النهي عن الدّين بالدّين. سامح الشرع فيها وأجازها؛ لما تضمّنت من الرفق والمعروف. ولما لم يجر في الصرف إلا المناجزة الصحيحة والتقابض الفوري في المجلس قبل التفرق بالأبدان، لم تجز فيه حوالة؛ لافتراقهما قبل تمام القبض.

الفصل الثاني

الإجـراءات

الإجراءات أصول في نفسها، بيوع على وجوهها. وهي نوع من المعاولات، لأنها معاوضة على منافع الأعيان، والمنافع بمنزلة الأعيان؛ لجواز تملّكها. وإنما اختصت باسم، كما اختصت بعض البيوع باسم؛ كالصرف والسلم والمراوحة. فهذه العقود وإن كانت تختلف اسماً مع الإجارة، لكنها تتفق معها معنى وقصداً. والعبرة في العقود بالقصود والمعاني لا بالألفاظ والمباني كما هو مقرر عند الفقهاء والأصوليين.

وقد دعت الضرورة إليها، فلا يخفى ما بالناس من حاجة إليها؛ لما فيها من الرفق والتعاون على حصول المعاش، إذ لا غنية للإنسان عن مكان يؤويه، وليس كل أحد يقدر على توفيره، ولا يقدر كل أحد على السعي في قضاء حوائجه، ولا على تحصيلها. فإن قدر، فقد لا يحسن. ولذلك جازت لتحصيل ذلك ونحوه.

كما دعت الحاجة إلى استثمار المال عن طريق الإجارة بغية الحصول على الأجر، مع الاحتفاظ بملكية العين. فحاجة الناس إلى المنافع، كحاجتهم إلى الأعيان.

وقد أسهم المالكية في بحث الإجراءات إسهاماً مشكوراً، واعتتوا بها اعتناءً مبروراً، حيث نظموا كامل مقتضياتها، من حيث الضوابط والأحكام، فجاءت مفصلة في مواضع، ومجملّة في أخرى.

وقد تناولت في هذا الفصل جملة من العقود التي تدخل في زمرة الإجراءات، والتي لها أهميتها وراهنيتها في الواقع المعاش.

فقد اتجه النظر في مبحثه الأول صوب عقد الإجارة، وفي المبحث الثاني انصب الدرس على عقد الجعالة، وتبيّنت في المبحث الثالث على عقد المغارسة، على أن كان مدار المبحث الرابع عقد الوديعة بأجر.

المبحث الأول: عقد الإجارة

يعد عقد الإجارة من أهم العقود المالية التي حظيت بوفرة من النصوص الشرعية في كافة جوانبها، ولقيت اهتماماً بالغاً من لدن الفقهاء المتقدمين والمتأخرين.

وقد استهلكت **المطلب الأول** من هذا المبحث ببيان حقيقة الإجارة، وأصل جوازها، وهل الإجارة والكراء مترادفان؟

وهل الإجارة بيع المنافع الطارئة على الرقاب دون الرقاب، لأن المنافع هي التي تعود على العباد بالمصالح لا أنفس الذوات، أم أن المقصود منها تملك الرقاب لا المنافع، لأنها معدومة في حال العقد، فيكون ذلك غرراً ومن بيع ما لم يخلق؟

وتطرقت في **المطلب الثاني** للحديث عن الأجل في الإجارة، وهل تجوز الإجارة بدون ضرب أجل معروف لها أو ما يقوم مقامه، أم أنه لا يحصل مقصودها إلا بمعرفة مدتها؟ وهل يقوم العرف في ذلك مقام الأجل؟

وهل الإجارة من العقود اللازمة، بحيث لا يكون لأحد المتكاريين حلّ الكراء إلا أن يتراضيا، أم أن لكل واحد منهما حلّ الكراء متى شاء؟

وهل الإجارة من العقود الثابتة التي لا ينقضها موت أحد المتكاريين، فلا تنفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة، أم أنها تنتقض بالموت؟

وفي **المطلب الثالث** تناولت مسألة اجتماع البيع والإجارة، هل يجوز اجتماعهما في صفقة واحدة؟ وهل يجوز هذا البيع إذا انعقد بشرط أن الكراء محطوط عن المشتري؟

على أن كان مدار **المطلب الرابع** معقوداً للكلام على الشروط في الإجارة، وهل يجوز كراء دار، وفيها نخل، واشتراط ثمرتها؟

وهل يجوز كراء دار بسكنى دار أخرى؟

وهل يجوز كراء دار، ثم اكتراؤها إلى الغير؟

وهل يجوز كراء دار، وشرط ألا يسكن مع المكتري غيره؟

وهل يجوز اشتراط إصلاح الدار على المكتري؟

المطلب الأول: حقيقة الإجارة

لفظ الإجارة عند أهل اللغة مأخوذ من الأجر، وهو الجزاء عن العمل، قاله الخليل⁽¹⁾ وعند الجوهري: «الأجر بمعنى: الثواب»⁽²⁾. وقد فرّق بينهما العيني في شرح البخاري بقوله: «إن الثواب لغة بدلُ العين، والأجر بدلُ المنفعة، وهي تابعة للعين. والإجارة هي جزاء عمل الإنسان لصاحبه. والأجرة: الكراء». قال ابنُ فارس: «الكراء على العمل»⁽³⁾.

وأما حقيقة الإجارة الشرعية، فقد اعتبرها فقهاء المالكية معاوضة محضة، وصيروها بيعاً من البيوع، إذ أطلقوا عليها اسم البيع في أثناء تعريفاتهم لها.

فقد عرّفها عياض بأنها: «بيع منافع معلومة، بعوض معلوم»⁽⁴⁾. وعبر عن ذلك ابنُ رشد بقوله: «الكراء اشتراء المنافع»⁽⁵⁾.

كما عرّفها الكثير منهم بأنها: «بيع منفعة عين معلومة، زمناً معلوماً، بعوض معلوم»⁽⁶⁾. والإجارة مبنية على البيع، فكل ما جاز بيعه، جازت إجارته⁽⁷⁾. وتجري مجرى البيع فيما يحل ويحرم منه⁽⁸⁾، لأن منافع العين كالعين⁽⁹⁾ ولأن العين لما كان له بيعها، كان له بيع منافعها⁽¹⁰⁾.

وهي بيع المنافع الطارئة على الرقاب دون الرقاب⁽¹¹⁾، لأن العقد هو على ما في مقابلة العوض، وذلك هو المنفعة دون نفس الرقبة⁽¹²⁾. قال العلماء: «إن الرقاب -وبالجملة الذوات- لا يملكها إلا الله، وإنما المقصود في التملك شرعاً منافع الرقاب، لأن المنافع هي التي تعود على العباد بالمصالح لا أنفس الذوات»⁽¹³⁾.

(1) العين: مادة (أجر).

(2) الصّاح: مادة (أجر).

(3) المقاييس، وانظر اللسان والتاج: مادة (أجر). وفرّق بينهما العسكري بأن الأجر يكون قبل الفعل المأجور عليه، والثواب بعده. الفروق: 237.

(4) التنبيهات: 1472. قال المقرئ: «الإجارة معاوضة محضة». القواعد: 496 (قاعدة 1087).

(5) المقدمات: 211/2.

(6) اللباب: 625، والذخيرة: 371/5، والقوانين: 459، ومنظوم الدرر: 464، والمختصر: 159/8.

(7) المدونة: 152/11، وجامع الأمهات: 434، والتوضيح: 139/7، والقوانين: 462، والرسالة: 219، والذخيرة: 402/5، وقواعد المقرئ: 493 (قاعدة: 1079).

(8) التنبيهات: 1472. والجامع: 385/7. وقد صاغ ذلك المقرئ في كلياته بقوله: «كل ما يحل في البيع يحل في الإجارة، وكل ما يحرم في البيع يحرم في الإجارة». ص: 162 (كلية 350). لأن الإجازات حكمها حكم البياعات. أصول الفتيا: 146.

(9) جامع الأمهات: 434، وانظر التوضيح: 142/7. قال المقرئ: «هل المنافع تنزل منزلة الأعيان». القواعد: 444 (قاعدة 950).

(10) المعونة: 1093.

(11) الكافي: 744.

(12) الإشراف: 203/3، والتلقين: 398.

(13) الموافقات: 436/3. ونحو المذكور عند المازري: «الغرض من المتملكات الانتفاعات، وأما نفس الذوات فلا يملكها إلا الله الذي يوجد بها ويعدها. وإنما ملك الخلق الانتفاع بها». المعلم: 320/2. وقد حكى المقرئ ذلك بقوله: «انفرد الله عز وجل بملك الأعيان، فله وحده التصرف فيها بالإيجاد والإعدام. وإنما ملك عبده المنافع، وأباح لهم المعاوضة عليها». القواعد: 401 (قاعدة 827).

وقد فرّق المالكية بين الإجارة والكراء، فخصّصوا تمليك منفعة الآدمي باسم الإجارة، ومنافع الممتلكات باسم الكراء، وإن كان بعضهم يستعملها بمعنى واحد عن طريق المجاز. قال الدردير: «وهي (أي الإجارة) والكراء شيء واحد في المعنى، هو تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض. غير أنهم سمو العقد على منافع الآدمي وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة. والعقد على منافع ما لا ينقل؛ كالأرض والدور، وما ينقل من السفن والحيوان كراء»⁽¹⁾.

ولا يختلف معناها في القانون عما ذكره الفقهاء، فقد عرفها ف.627 من (ق ل ع) بأنها: «عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة في مقابل أجره محدد، يلتزم الطرف الآخر بدفعها له».

كما عرفها المقنن في م. 58 (ب) بقولها: «كل عقد يضع بموجبه بنك تشاركي، عن طريق الإيجار، منقولاً أو عقاراً محدداً وفي ملكية هذا البنك تحت تصرف عميل قصد استعمال مسموح به قانوناً»⁽²⁾.

وجواز الإجارة في الجملة مجمع عليه عند جميع فقهاء الأمصار والصدر الأول، إلا ما حكي عن ابن عُليّة⁽³⁾ والأصم⁽⁴⁾ وهؤلاء لا يعدّ أهل العلم خلافهم خلافاً عليها، فجاز ذلك كالأعيان. ولأن هذا إجماع من السلف قبل خرق هؤلاء المبتدعة⁽⁵⁾.

وشبهة من منع ذلك، أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الأعيان المحسوسة، والمنافع في الإجازات في وقت العقد معدومة، فكان ذلك غرراً ومن بيع ما لم يخلق. فأجاب ابن رشد عن ذلك بأنها وإن كانت معدومة في حال العقد، فهي مستوفاة في الغالب. والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب، أو يكون استيفاءه وعدم استيفائه على السواء⁽⁶⁾. وأجاب القرافي أيضاً على ما أورده بأن تسليم الرقاب تسليم لمنافعها، وقبض الأوائل كقبض الأواخر⁽⁷⁾.

(1) حاشية الدسوقي: 2/4. وانظر: إطلاق الغرناطي للفظين في الوثائق المختصرة: 191، وتخصيص ابن جزي لهما في القوانين: 462.

(2) القانون رقم 12.103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها. وانظر م. 16 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17.

(3) هو اسماعيل بن إبراهيم أبو إسحاق، المعروف بابن عُليّة، سمع ابن المُنكدر وابن أبي تميمه وابن عُبَيْد وابن السائب وخلقا كثيراً. وروى عنه ابن جُرَيْج وشُعْبَة وأبو خَيْثَمَة وابن المديني وابن مَعِين وخلقا كثيراً. كان فقيهاً مفتياً من أئمة الحديث. وثقه ابن معين والنسائي، وقال ابن سعد: كان ثباً حجة. وعده ابن قُتَيْبَة من الحفاظ الأربعة، وقال عنه شُعْبَة: ابن عُليّة ربحانة الفقهاء، وأحمد: وإليه المنتهى في التثبت. توفي سنة 193 هـ. التهذيب: 275/1-279 (رقم 513)، والسير: 107/9-120 (رقم 378).

(4) هو أبو بكر الأصم عبد الرحمن بن كَيْسَان، شيخ المعتزلة، من تلاميذته: ابن عُليّة. له تأليف، منها: كتاب خلق القرآن، وكتاب الحجة والرسول، وكتاب الرد على الملحدة، وكتاب الرد على المجوس، وكتاب الأسماء الحسنی، وكتاب افتراق الأمة، وأشياء عدة. توفي سنة 201 هـ. لسان الميزان: 121/5 (رقم 4673)، والسير: 402/9 (رقم 130).

(5) الإشراف: 197-196/3، والبدایة: 419/3، والجامع: 357/7-358.

(6) البدایة: 420/3.

(7) الذخيرة: 372/5. وانظر: الجامع: 357/7.

وأصل جوازها في القرآن ثابت، وذلك في آيات عديدة، منها: قوله ﷺ حاكياً عن إحدى ابنتي شعيب في قصة موسى وشعيب عليهما السلام: «عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَنِّي حَجَّجَ»⁽¹⁾، وقوله ﷺ: «فَإِنْ أَرْضَعَنْ لَكُمْ بَقَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ»⁽²⁾، وكذا قوله ﷺ: «قَالَ لَوْ شِئْتُ لَتَّخَذْتُ عَلَيْهِ أَجْرًا»⁽³⁾.

كما بين ذلك إقراره ﷺ وعمل الصحابة في غير ما موضع، من ذلك: حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «قَالَ اللَّهُ: ثَلَاثَةٌ أَنَا حَصْنُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ»⁽⁴⁾. وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «مَثَلُكُمْ وَمَثَلُ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا»⁽⁵⁾. وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»⁽⁶⁾. وروى عن عائشة رضي الله عنها قالت: «اسْتَأْجَرَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ ﷺ رَجُلًا... فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاحِلَتَيْهِمَا، وَوَعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ لَيَالٍ»⁽⁷⁾.

وحكمة مشروعيتها: التعاون ودفع الحاجات، وقد نبه الله ﷻ على ذلك بقوله: «وَرَبَعْنَا بَعْضَهُمْ بِقَوْلِ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا»⁽⁸⁾، ولأن بالناس حاجة إلى تملك المنافع وأخذ الأَعْوَاض عنها، كحاجتهم إلى تملك الأعيان.⁽⁹⁾ فهي وإن كانت على منافع لم توجد، كانت على أصل الجهالة، لأن نظير الثمن فيها غير معلوم، وإن كان قريباً من الانضباط، وإنما جازت للحاجة إلى التعاون كالشركة.⁽¹⁰⁾

-
- (1) سورة القصص، جزء من الآية: 27. قال ابن العربي: «دليل على أن الإجارة مشروعة معلومة في كل ملة، وهي من ضرورات الخليقة، ومصلحة الخلطة بين الناس». أحكام القرآن: 494/3، وجامع القرطبي: 261-260/16. «وشرع من تقدم لازم لنا ما لم يقدّم دليل على نسخه عنا». الإشراف: 224/3. ووردت قاعدة في البهجة: (238/1) بلفظ: «شرع من قبلنا شرع لنا».
- (2) سورة الطلاق، جزء من الآية: 6.
- (3) سورة الكهف، جزء من الآية: 76. قال القرطبي: «فيه دليل على صحة جواز الإجارة». الجامع: 346/13.
- (4) طرف من حديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، في باب إثم من باع حراً، (برقم 2227). وفي كتاب الإجارة، باب إثم من منع أجر الأجير، (رقم 2270).
- (5) طرف من حديث أخرجه البخاري في صحيحه، من كتاب الإجارة، باب الإجارة إلى نصف النهار، (برقم 2268).
- (6) طرف من حديث رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة، وتكون الأجرة معلومة، (برقم 11761). وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب البيوع، باب الرجل يقول بع هذا بكذا فما زاد فلك، وكيف إن باعه بدين؟ (برقم 15840) عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما. وابن أبي شعبة في مصنفه، كتاب البيوع والأفضية، باب من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره (برقم 21500). قال أبو زرعة: «الصحيح أن الحديث موقوف». نصب الراية: 132-131/4.
- (7) قطعة من حديث الهجرة، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة، أو إذا لم يوجد أهل الإسلام، وعامل النبي ﷺ يهود خيبر. (برقم 2263). وباب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام، (رقم 2264).
- (8) سورة الزخرف، جزء من الآية: 31.
- (9) اللباب: 625، والمعونة: 1087.
- (10) الموافقات: 481/3، والإتقان: 172/2.

قد تلخّص مما سبق أن الإجارة بيع للمنافع الطارئة على الرقاب دون الرقاب، لأن المنافع هي التي تعود على العباد بالمصالح لا أنفُسُ الذوات، وهي وإن كانت معدومة في حال العقد، فهي مستوفاة في الغالب، وتسليم الرقاب تسليم لمنافعها.

وجوازها في الجملة مجمع عليه عند جميع فقهاء الأمصار والصدر الأول، إلا ما حُكي عن ابنِ عُلَيَّة والأصمّ. وهو خلاف لم يعدّه أهل العلم خلافاً.

وقد فرّق المالكية بين الإجارة والكراء، فسمّوا العقد على منافع الآدمي وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة، والعقد على منافع ما لا ينقل؛ كالأرض والدُّور، وما ينقل من السفن والحيوان كراء.

المطلب الثاني: الأجل في الإجارة

لا تجوز الإجارة إلا إذا ضرب لها أجل معروف، أو ما يقوم مقام الأجل من المسافة فيما يحمل، أو توفية العمل بتمامه فيما يستعمل.⁽¹⁾ إلا أن يدخل على عرف قد علماه، فيقوم العرف في ذلك مقام التسمية.⁽²⁾ والعرف في الكراء كالشرط،⁽³⁾ لأن الإجارة من قبيل اللازم، ولا بد للآزم من غاية ونهاية. فلا يحصل مقصودها إلا بمعرفة مدتها، فصارت الجهالة فيها مفسدة لا مصلحة.⁽⁴⁾

ويقع الكراء في الدور على وجهين:

أحدهما: إذا عقد الكراء لمدة معينة معلومة، لزم المتكاريين جميعاً. فلا يكون لأحدهما حلّ الكراء إلا أن يتراضيا جميعاً. فلم يكن للمكثري أن يخرج، ولا لصاحب الدار أن يخرج قبل تمام المدة، إلا أن يتفاسخا أو يتراضيا بما يحلّ في ذلك، أو أن يشترط المكثري أن يخرج متى شاء.

والوجه الثاني: هو أن يتفقا على الكراء ويسمّياه دون أن يتواجبا على مدة يعيّنانها، فلكل واحد منهما حلّ الكراء متى شاء. فكان للمكثري أن يخرج متى شاء، وللمكثري أن يخرج متى شاء، إلا أن يقع بينهما شرط، فيحملان على شرطهما. لأن هذا حصر للمنافع المعقود عليها بمدة تقوت بفواتها، ويلزم المكثري رفع يده عند تقضيها. ويلزمه من الكراء بحسب ما سكن. قاله ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون، وهو مذهب ابن القاسم.

وروى ابن أبي أويس⁽⁵⁾ عن مالك أنه يلزمه كراء الشهر بسكنى بعضه.⁽⁶⁾

وفي هذا قال المتحف: **وَحَيْثُمَا حَلَّ الْكَرَاءُ يَدْفَعُ مَنْ ❖ قَدْ اكْتَرَى مِنْهُ بِقَدَرِ مَا سَكَنَ⁽⁷⁾**

وإلى الوجه الأول أشار أيضاً بنظمه: وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحُلَّ مَا اعْتَقَدَ ❖ كَانَ لَهُ مَا لَمْ يُحَدِّدْ بَعْدَ⁽⁸⁾

(1) المقدمات: 166/2، والتحريز: 105، والرسالة: 218، والذخيرة: 435/5، والوثائق المختصرة: 186.

(2) المقدمات: 184/2.

(3) الجامع: 44/8.

(4) المناهج: 279/7-280.

(5) هو إسماعيل بن أبي أويس، ابن عم مالك، وابن أخته، وزوج ابنته. سمع أباه، وأخاه، وخاله مالكا، وروى عنه حديثا كثيرا وفقها. روى عنه إسماعيل القاضي وابن حبيب وابن وضاح. وخرج عنه البخاري ومسلم. وكان ممن سمع العلم. روى عن ابن شهاب وابن المنكدر وغيرهما. وقد اختلف فيه، فأثنى عليه ابن حنبل وأبو داود، وضعفه ابن المديني وابن معين، لكنه وثقه مرة، ولم ير به بأسا. توفي سنة 226 هـ. وقيل: 227 هـ. المدارك: 151/3-154، والديباج: 281/1.

(6) المقدمات: 211/2-214، وجامع ابن يونس: 155/8-156، والمعونة: 1089-1090، والبيان: 43/9، والنوادر: 131/7، ومختصر ابن عرفة: 245/8، والتنبيهات: 1550، والمناهج: 395/7، والقوانين: 463، والكافي: 345، والتفريع: 183/2-184، والعقد المنظم: 313، والمعين: 495/2، والإشراف: 196/3-197، والتهذيب: 343/3.

(7) التحفة: 78 (بيت 1027).

(8) التحفة: 78 (بيت 1026).

واختصره الشيخ خليل بقوله: «ولم يلزم لهما إلا بنقد فقدره»⁽¹⁾. كما نظم المتحف الوجه الثاني قائلاً: وَلَا خُرُوجَ عَنْهُ إِلَّا بِالرَّضَا ❖ حَتَّى يُرَى أَمَدُهُ قَدْ انْقَضَى⁽²⁾

وقد جمع مالك هذين الوجهين بقوله: «إذا لم يقع الكراء على أيام بأعيانها ولا على شهور ولا على سنين بأعيانها، كان للمتكاري أن يخرج متى ما أحب. وكذلك يكون لرب الدار أن يخرج متى ما أحب. وإذا وقع الكراء على شهر بعينه، فليس لواحد منهما أن يفسخ الكراء إلا أن يتراضيا جميعاً بفسخه، لأن هذا قد وقع على شهر معلوم، فقد اشترى منه سكنى هذا الشهر أو هذه السنة بعينها»⁽³⁾.

وأوضح المقرئ ذلك في قوله: «كل كراء وقع إلى غير غاية معلومة، فإن للمكتري أن يدعه متى شاء، وللمكري أن يبطله. وله بحساب ما مر؛ ما لم يكن بينهما شرط، وبالعكس»⁽⁴⁾.

غير أن المقنن كانت له وجهة نظر مغايرة لما هو مقرر عند الفقهاء بخصوص إنهاء عقود الكراء السكنية محددة المدة، إذ بحسب منطوق م.44 من (م. الكراء) لم تعد تنتهي بانتهاء مدتها المتفق عليها، وإنما يستمر مفعولها بنفس الشروط التعاقدية - رغم كل شرط أو مقتضى قانوني مخالف - إلا بعد الإشعار بالإفراغ وتصحيحه عند الاقتضاء، طبقاً للحالات الواردة على سبيل الحصر في م.45 - 2 من (م. الكراء).⁽⁵⁾ لتأتي م.48 منهيّة الجدل بشأن مدى ورود أسباب الإفراغ على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؛ لما توحى بذلك عبارة من (قبيل).⁽⁶⁾

(1) المختصر: 246.

(2) التحفة: 78 (بيت 1024).

(3) المدونة: 155/11. وانظر: التهذيب: 476/3، وأصول الفتيا: 149.

(4) الكليات: 163 (كلية 358).

(5) حيث نصت على أنه: «يجب على المكري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء أن يوجه إشعاراً بالإفراغ إلى المكتري يستند على أسباب جديّة ومشروعة من قبيل: - استرداد المحل المكتري لسكنه الشخصي، أو لسكن زوجه، أو أصوله أو فروع المباشرين من الدرجة الأولى، أو المستفيدين - إن وجدوا - من الوصية الواجبة، أو المكفول.

- ضرورة هدم المحل المكتري وإعادة البناء، أو إدخال إصلاحات ضرورية عليه تستوجب الإفراغ. - التماطل في الأداء».

وللاشارة، فإن محكمة الاستئناف بالجديدة كان لها رأي مخالف، حينما اعتبرت أن: «التزام المكتري بعقد الكراء بإفراغها دون قيد أو شرط متى رغب المكري في ذلك، شريطة أن يمنحه أجلاً، يكون بذلك قد اعتمد على سبب جدي ومشروع لتبرير طلب الإفراغ. خاصة وأن الأسباب المشار إليها في م. 45 من قانون 67/12 جاءت على سبيل المثال وليس الحصر. كما أن التزام المكتري هذا يجعل السبب مندرجاً ضمن الأسباب المشروعة، وتضفي عليه الحماية مقتضيات ف. 230 من (ق ل ع) التي تنص على أن الاتفاقات المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئها». قرار عدد 642، الصادر بتاريخ 17 أبريل 2017، في الملف عدد 2017/1302/55. وتعليقاً مني على هذا القرار، فقد أعبت تعليقه غير المرتكز على أساس، لخرقه م. 48 من م. الكراء التي قيدت المحكمة لتصحیح الإشعار بالإفراغ بالأسباب الواردة في م. 45 من المدونة نفسها. كما أساء القرار تطبيق ف. 230 من (ق ل ع) الذي تحدث عن الاتفاقات بشكل عام، دون المنظمة بنصوص خاصة. والخاص يقيد العام.

(6) حيث نصت على أنه: «لا يمكن للمحكمة أن تصحح الإشعار بالإفراغ إلا للأسباب الواردة في المادة 45 أعلاه».

أما عقد الإجارة الذي تجرّيه البنوك التشاركية، فإنه يمكن إبرامه لمدة محددة، ويمكن للعميل فسخه قبل نهاية المدة المحددة، شريطة وفائه بالالتزامات المتفق عليها مسبقاً. انظر م. 17 و 20 من المنشور.

واختلف في أمد الإجازات ومقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع، وذلك يختلف باختلاف الأمن والخوف في تلك المدة. فأوسعها في الآجال الأرضون، ثم الديار. فيجوز كراء الأرض ثلاثين سنة وأربعين سنة، ويجوز مثل ذلك في الديار إذا كانت جديدة مأمونة البناء.⁽¹⁾ وحدّ ابنُ رشد ذلك في الديار بما لا تتغيّر إلى مثله، وذلك يختلف باختلاف إتقان بنيانها.⁽²⁾ ويكره في دور الأحباس وغيرها طول المدة جدًّا؛ خوفًا من ذهاب الناس وادعاء الاستحقاق بالسكنى.⁽³⁾

وقد نص المقتن على أن الأراضي الفلاحية يجوز كراؤها لمدة أربعين سنة، فإن أبرم لمدة أطول، ساغ لكل من المتعاقدين فسخه بعد انتهاء الأربعين سنة.⁽⁴⁾ غير أن الأملاك الوقفية غير الفلاحية تكرر لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات قابلة للتجديد.⁽⁵⁾ والفلاحية منها تكرر لمدة لا تزيد عن ست سنوات قابلة للتجديد.⁽⁶⁾

والإجارة من العقود الثابتة التي لا ينقضها موت أحد المتكاريين، وورثة كل واحد منهما يقوم مقامه. فلا تنفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة، من وجود العيب أو ذهاب العين أو تلف المنفعة أو تعذر استيفائها.⁽⁹⁾ قال ابنُ أبي زيد: «ولا ينتقض الكراء بموت الساكن»⁽¹⁰⁾.

ومن المدونة قال ابنُ شهاب: «ومن مات بعد أن أكرى داره، فليس للورثة إخراج المكثري إلا برضاه، ولكن إن شاؤوا باعوا مسكنهم، ومن استأجره فيه على حقه وشرطه في إجارته. قاله مالك في كتاب محمد. وقد قيل إنما يجوز إذا كان باقي السنين يسيرة، مثل السنة والستين وشبه ذلك. فأما إذا كانت كثيرة، فقد كرهه مالك، وقال: لا يدري المشتري كيف ترجع إليه، لأن البناء يتغير. وإن مات المكثري لزم ورثته الكراء في تركته بحصصهم»⁽¹¹⁾.

(1) التبصرة: 4978.

(2) المقدمات: 215/2.

(3) مختصر الزهري: 305، والإشراف: 224/3، والمعونة: 1106، والتلقين: 399-400، والمعين: 487/2-488.

(4) ف. 701 من (ق ل ع).

(5) م. 94 من (م. الأوقاف).

(6) م. 98 من (م. الأوقاف).

(7) المقدمات: 166/2.

(8) مختصر الزهري: 304، والتهذيب: 499/3، والمقدمات: 215/2، والكافي: 345، والتفريع: 184/2، والمعين: 495/2، والمعونة: 1096، والبداية:

437/3-438، وعيون المجالس: 1797.

(9) الرسالة: 219.

(10) المدونة: 156/11. وانظر: التهذيب: 476/3، والجامع: 162/8. وقد نظم المتحف ذلك بقوله:

وَالْمُكْثَرِيُّ إِنْ مَاتَ لَمْ يَجْنِ كِرَا ❖ وَاسْتَوْفَى الْكِرَا كَيْفَ قَدَرًا التحفة: 78. (بيت 1048).

أما المقنن، فقد قرّر مبدأ استمرار مفعول عقد الكراء في حالة وفاة أحد المتكاريين. ففي حالة وفاة المكري، يستمر مفعول عقد الكراء لصالح المكري بنفس الشروط المنصوص عليها في عقد الكراء.⁽¹⁾ وكذلك في حالة وفاة المكري، حيث أكدت محكمة النقض في قرار لها أنه: «في غياب أي مقتضى قانوني يقضي بفسخ عقود الكراء بوفاة مكترها، فإنه طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في ف.698 من (ق ل ع) تبقى العلاقة الكرائية مستمرة بين المكري وورثة المكري».⁽²⁾

غير أن مدونة الكراء قد عدّدت على سبيل الحصر الأشخاص المستفيدين من حق الامتداد القانوني لعقد الكراء السكنى -وبنفس الشروط- حيث لم تشمل جميع ورثته، بل اقتصرت على زوج المتوفى، أو فروعه أو أصوله المباشرين من الدرجة الأولى، أو المستفيد من الوصية الواجبة، أو المكفول، الذين كانوا تحت كفالته بصفة قانونية، ويعيشون معه فعلياً عند وفاته.⁽³⁾

كما مدّدت نطاق المستفيدين من استمرار مفعول الكراء ليشمل الأم الحاضنة لأطفالها في حالة طلاق الزوجين، وبنفس الشروط التعاقدية التي كانت تربط مطلقها مع المكري.⁽⁴⁾ واعتبر كل شخص يوجد بالمحلات المكترة من غير هؤلاء محتلاً بدون حق ولا سند.⁽⁵⁾

وإذا تبادى المكري في سكنى الدار بعد انتهاء مدة كرائه. فمن العتبية قال ابن القاسم: «قيل: عليه بحساب الكراء الأول. وقيل: عليه كراء المثل، وهو ما قاله ابن حبيب»، وهو الأحب إلى ابن أبي زيد.⁽⁶⁾ وزاد ابن الماجشون الأكثر من القيمة أو الوجيبة، لأنه تعدى عليه بغير أمره ولا علمه. والمحصول إن كان رب ذلك عالماً فتركه حتى سكن، فله بحساب الكراء الأول، وكأنه رضيه. وإن لم يعلم فله الأكثر.⁽⁷⁾

والإجارة من العقود اللازمة، تلزم المتكاريين بالعقد، كالبيع سواء.⁽⁸⁾ وليس لأحدهما فسخه بعد عقده، مع بقاء العين وإمكان استيفاء المنافع إلا أن يكون عيب يمنع الاستيفاء.⁽⁹⁾

(1) انظر م.4 (م. الكراء).

(2) قرار عدد 3241 الصادر بتاريخ: 2013/11/20 في الملف المدني عدد: 2011/1/1826.

(3) انظر م. 53 من (م. الكراء).

(4) انظر م. 54 من (م. الكراء).

(5) انظر م. 55 من (م. الكراء).

(6) النوادر: 148/7.

(7) البيان: 54/9، والنوادر: 140/7 - 141، والجامع: 197/8، والمعين: 495/2.

(8) المقدمات: 166/2.

(9) الإشراف: 196/3، والمعونة: 1091، الجامع: 372/7، والتهذيب: 343/3.

جملة القول إن الإجارة لا تجوز إلا إذا ضرب لها أجل معروف، أو ما يقوم مقامه، فلا يحصل مقصودها إلا بمعرفة مدتها؛ إلا أن يكون هناك عرف، فيقوم العرف في ذلك مقام الأجل. وإذا عقد الكراء لمدة معينة، لزم المتكاريين جميعاً. فلا يكون لأحدهما حلّ الكراء إلا أن يتراضيا أو يتفاسخا أو يكون هناك شرط.

وإن كان الكراء غير محدد بأجل، كان لكل واحد منهما حلّ الكراء متى شاء؛ إلا أن يقع بينهما شرط، فيحملان عليه. ويلزم من الكراء بحسب ما سكن.

أما المقنن، فلم يعتد بهذه الأحكام، واعتبر أن الكراء لا ينتهي بانتهاء مدته، وإنما يستمر مفعوله -رغم كل شرط أو مقتضى قانوني مخالف- إلا في الحالات الواردة على سبيل الحصر وهي: المثل، والاحتياج، والهدم.

والإجارة من العقود الثابتة التي لا ينقضها موت أحد المتكاريين، وورثة كل واحد منهما يقوم مقامه. فلا تنفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة، من وجود العيب أو ذهاب العين أو تلف المنفعة أو تعذر استيفائها أو غير ذلك.

أما المقنن، فقد قرّر مبدأ استمرار مفعول عقد الكراء في حالة وفاة المكري لصالح المكثري بنفس الشروط المنصوص عليها في عقد الكراء. وفي حالة وفاة المكثري، فقد حصر الأشخاص المستفيدين من حق الامتداد القانوني لعقد الكراء في زوج المتوفى، أو فروعه أو أصوله المباشرين من الدرجة الأولى، أو المستفيد من الوصية الواجبة، أو المكفول. ومدّد نطاق المستفيدين من استمرار مفعول الكراء ليشمل الأم الحاضنة لأطفالها في حالة طلاق الزوجين، وب بنفس الشروط التعاقدية التي كانت تربط مطلقها مع المكري.

وإذا تمادى المكثري في سكنى الدار بعد انتهاء مدة كرائه. قيل: عليه بحساب الكراء الأول. وقيل: عليه كراء المثل، وقيل: عليه الأكثر من القيمة أو الوجيبة.

المطلب الثالث: اجتماع البيع والإجارة

ومن هذا الباب اختلافهم في حكم اجتماع البيع والإجارة في صفقة واحدة، فقد أجازها مالك⁽¹⁾ لاتفاقهما في الأحكام.

قال ابن حبيب: «لا بأس باجتماع بيع وإجارة». وهو خلاف قول ابن القاسم وأشهب. وقول سحنون في العتبية، ونصه: «وسئل سحنون عن اجتماع البيع والإجارة، فقال: جائز في غير ذلك الشيء، أما في ذلك الشيء المبيع فلا»⁽²⁾.

وقال الجد: إن الكراء والبيع جائز أن يُجمع بينهما في صفقة واحدة⁽³⁾. وحكى اللخمي مشهوريته، وعبد الوهاب حكى فيها قولاً آخر بالمنع.

فوجه الأول: أنها بياعات كلها، فأشبهه لو كانا بيعتين أو إجاريتين. ووجه المنع: أن كثيراً من الإجازات لا تنفك من الغرر، وليس كذلك اشتراء الأشياء المعينات من الرقاب. فإذا كان ذلك وكانت الإجارة مما تدعو إليها الضرورة لم تضم إلى البيع⁽⁴⁾.

قال ابن الحاجب: «ولو جمع بين البيع والإجارة جاز»⁽⁵⁾. ولم ير ابن عرفة في اجتماعهما بأساً⁽⁶⁾. وكذا الخشني⁽⁷⁾.

كما سئل الوئشريس عن حكم اجتماع البيع والإجارة، فأجاب: «لا بأس به»⁽⁸⁾.

وعلل الزرويلي جواز اجتماع البيع والإجارة، أن كل عقد جاز على انفراده جاز أن يجتمع مع غيره؛ ما لم يكن بينهما منافرة⁽⁹⁾.

والإجارة لا تكون جائزة إلا أن يضرب لها أجل؛ وإلا كانت فاسدة.

فإذا فسدت الإجارة في الصفقة ومعها بيع؛ فسد البيع أيضاً، لأن البيع والإجارة إذا اجتمعا في صفقة واحدة، فكان أحدهما فاسداً الإجارة أو البيع فسداً جميعاً⁽¹⁰⁾.

(1) المدونة: 45/11، والبداية 433/3.

قال القنازعي: «البيع والإجارة جائز أن يجتمعا في صفقة واحدة. فإن لم يضرب لبيعه إياها أجلاً؛ لم يجز». تفسير الموطأ: 486.

وانظر التهذيب: 341/3، والجامع: 358/7.

(2) النوادر: 17-16/7، والبيان: 497-496/8.

(3) البيان: 177/12.

(4) التبصرة: 4918-4917.

(5) جامع الأمهات: 435. وانظر: التوضيح: 154/7.

(6) المختصر: 182/8.

(7) أصول الفتيا: 115. والخشني سبقت ترجمته في ص: 127.

(8) المعيار: 257/5.

(9) مخطوط التقييد على تهذيب المدونة: ورقة 80. والزرويلي سبقت ترجمته في ص: 101.

(10) المدونة: 47/11.

وقد فصل ابن عبد الرفيق القول في هذه المسألة ونقل أقوال الشيوخ فيها، فقال: «إذا اكترى داراً، ثم أراد اشتراءها من ربها، أو من أكرى داره ثم باعها من المكتري، فقد قال أبو بكر بن عبد الرحمن⁽¹⁾: هو جائز، وهو فسخ لما تقدم من الكراء.

وقال أبو عمران⁽²⁾: شراء المكتري لها جائز، ويكون ذلك فسخاً للكراء. ويكون فيه الكراء مضافاً إلى ثمن الدار، فيجعل ذلك كله ثمناً للدار»⁽³⁾.

ونقل الوائوغي في الثمن قولين: الأول أنه ما وقع به البيع دون الأجرة. والثاني: ما وقع به البيع وما يجب لبقية المدة من الكراء. ونصه: «ما نقل ابن عبد الرفيق عن أبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران نقله ابن سهل⁽⁴⁾ وابن عات⁽⁵⁾. وقد اتفقا على أن ذلك فسخ لما بقي من المدة، فقال أبو بكر: الثمن ما وقع به البيع دونه. وقال أبو عمران: الثمن ما وقع به البيع وما يجب لبقية المدة من الكراء. ورأى ابن سهل جواب أبي بكر أميل إلى الصواب»⁽⁶⁾.

وقد سئل الشارقي⁽⁷⁾ وابن دحون⁽⁸⁾ وابن الشقاق⁽⁹⁾ عن المكتري إذا ابتاعها بشرط أن الكراء عنه محطوط، فأجابوا بأن ذلك لا يجوز. قال ابن دحون: «هذا إن كان إسقاطه الكراء مشروطاً في أصل العقد، وإن وضعها البائع عنه بعد البيع جاز». وقال الشارقي: «وأجازه ابن جرج»⁽¹⁰⁾، وهو خطأ، يريد أنه ابتاع الدار والكراء عليه بالثمن الذي دفع فصار ذهباً وعرضاً بذهب، وهو بين الفساد⁽¹¹⁾.

(1) سبقت ترجمته في ص: 129.

(2) سبقت ترجمته في ص: 129.

(3) المعين: 500/2. وابن عبد الرفيق قد سبقت ترجمته في ص: 99.

(4) الإعلام: 313/1. وهو عيسى أبو الأصبع بن سهل، سمع من حاتم الطرابلسي وتفقه بابن عتاب. وأخذ عنه جماعة من فقهاء سبته منهم: إبراهيم البصري وأبو عبد الله التميمي. كان حافظاً للرأي ذاكرة للمسائل عارفاً بالنوازل بصيراً بالأحكام، له فيها كتاب حسن سماه الإعلام بنوازل الأحكام. توفي سنة 486هـ. الديباج: 71-70/2.

(5) هو أحمد بن هارون بن عات، كان من أكابر المحدثين، والحفاظ المستندين للحديث والأدب، موصوفاً بالدراية والرواية. روى عنه عالم كثير: كابي القطان وابن صاعد وابن واجب وغيرهم. فُقد في وقعة (العقاب) فلم يوجد حياً ولا ميتاً سنة 609هـ. الديباج: 234-230/1 (رقم 122)، والسير: 13-12/22 (رقم 7).

(6) التعليق: 524/2. والوائوغي هو محمد بن أحمد، كان عارفاً بالتفسير والأصلين والمنطق والعربية والفرائض والحساب والجبر والمقابلة، سمع من ابن عرفة ولازمه في الفقه وغيره، له حاشية على التهذيب للبراذعي. توفي سنة 819هـ. التوشيح: 156 (رقم 171).

(7) هو عبد الله بن موسى بن سعيد الشارقي، من أهل طليطلة، كان حسن الإدراك، جيد التلقين. حدّث عن ابن عتاب وابن أرفع رأسه وغيرهما. وحدّث عنه ابن سهل وابن المشاط وابن عفيف وجماعة سواهم. توفي سنة 456هـ. المدارك: 152-153، والصلة: 365/1 (609).

(8) سبقت ترجمته في ص: 153.

(9) هو عبد الله بن سعيد بن الشقاق، شيخ المفتين في وقته، تفقه بابن المكوي وبقرنائه. سمع من أبي محمد القلعي وغيره، وكان أحد علماء الأندلس المبرزين في الفقه والحفظ والحذف بالفتوى والشروط والفرائض والحساب، وإماماً في القراءة والتفسير، ومشاركاً في الأدب والعربية والخبر. انفرد وصاحبه ابن دحون برئاسة العلم بقرطبة. توفي سنة 426هـ. المدارك: 296-295/7، والديباج: 407/1.

(10) هو أبو المطرف عبد الرحمن بن سعيد بن جرج، تفقه بابن أبي زَمَيْنٍ وطبقته، وأخذ عن القاسبي والداودي وغيرهما، وشوور بقرطبة. قال ابن حبان: «لم يكن من المستبحرين في العلم ولا من أهل الحدق بالمسائل المالكية». توفي سنة: 339هـ. المدارك: 19-20/8.

(11) انظر: فتاوى البرزلي: 659-660، والعقد المنظم: 319. مخطوط مختصر المتيضية، ورقة: 186.

كما تناول المنشريسي هذه المسألة بتفصيل في معرض جوابه عمّن ابتاع الدار المكترة، واشترط أن الكراء عنه محطوط، حيث أجاب بأن ذلك لا يجوز.⁽¹⁾

وقال عبد الوهاب: «يجوز المؤاجرة على أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر إن بقي من مدة الإجارة ما لا يكون غرراً يخاف تغييرها في مثله، ولأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر. فكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع. ولأنه عقد على منفعة، فلم يمنع العقد على الرقبة»⁽²⁾.

واختصر ذلك الشيخ خليل عاطفاً على ما يفسد: «مع جعل لا بيع»⁽³⁾. أي لا تفسد الإجارة مع بيع في عقد واحد، لاتفاقهما في الأحكام.⁽⁴⁾

ومما ارتأيت أهمية تناوله في هذا الصدد مسألة الإجارة المنتهية بالتمليك، والتي لم يتناولها الفقهاء المتقدمون والمتأخرون بالدراسة والتحقيق بصورة مفصلة في مدوناتهم ودراساتهم؛ لتأخر نشأتها وظهورها.

وقد عرفها المقتن في م.2 من القانون رقم 51.00 بقولها: «يعتبر الإيجار المفضي إلى تملك العقار كل عقد بيع يلتزم البائع بمقتضاه تجاه المكترى المتملك بنقل ملكية عقار أو جزء منه بعد فترة الانتفاع به بعوض مقابل أداء الوجيبة، وذلك إلى حلول تاريخ حق الخيار».⁽⁵⁾

وفضلاً عن تمتع المكترى بحق الخيار في تملك العقار أو الفسخ داخل الأجل المتفق عليه،⁽⁶⁾ وحق الانتفاع من العقار بمجرد إبرام العقد،⁽⁷⁾ فإن المقتن قد أحاطه بمجموعة من الضمانات، منها: تمتع المكترى المتملك بحق الأفضلية على باقي الدائنين غير المرتهنيين عند التزامهم في استيفاء الحقوق،⁽⁸⁾ كما يحق له إجراء تقييد احتياطي إذا كان العقار محفظاً ضماناً لحقوقه.⁽⁹⁾

وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي هذه المسألة بإسهاب شديد، حيث تناول كل صورها الجائزة والممنوعة.⁽¹⁰⁾

(1) المعيار: 240/6-243.

(2) المعونة: 1106.

(3) المختصر: 241.

(4) المنح: 443/7، وحاشية الدسوقي: 8/7.

(5) قانون رقم 51.00 يتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار.

(6) انظر: م.8 و15 و21 من (م. الكراء).

(7) انظر: م.4 من (م. الكراء) في فقرتها الأخيرة.

(8) انظر: م.11 من (م. الكراء).

(9) انظر: م.5 من (م. الكراء).

(10) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك، في دورته 12 بالرياض، من 23-28 شتنبر 2000، رقم: 110.

تأسيساً على ذلك، فإن اجتماع عقدين لا تضاد بينهما لا يدخل في باب المنهي عنه. وعليه جواز اجتماع البيع والإجارة في صفقة واحدة؛ لاتحادهما في كونهما نوعين من البيوع، وهي بيع المنافع، فتكون العملية بيع المنفعة ابتداءً ثم بيع أصلها انتهاءً.

فهي كالإجارة العادية، لكنها تنتهي بتمليك العين المستأجرة بناءً على وعد سابق بتمليكها في نهاية المدة أو في أثنائها، بعد سداد جميع مستحقات الأجرة أو أقساطها. فهي تأجير عين مع وعد بتمليكها، وذلك بعقد جديد مستقل عن طريق بيع أو هبة.

وهو ما نصت عليه م.28 بقولها: «تنتقل ملكية العقار أو المنقول موضوع عقد الإجارة المنتهية بالتمليك بموجب عقد منفصل عن عقد الإجارة. ولا يجوز عقد التملك إلا بعد انتهاء عقد الإجارة»⁽¹⁾.

خلاصة الكلام إن علماء المذهب قد أجازوا اجتماع البيع والإجارة في صفقة واحدة؛ لاتفاقهما في الأحكام. ويكون فسخاً لما تقدم من الكراء، ويكون فيه الكراء مضافاً إلى ثمن الدار.

وإذا انعقد هذا البيع بشرط أن الكراء محطوط عن المشتري، فإنه لا يجوز إن كان إسقاط الكراء مشروطاً في أصل العقد. أما إن وضعها البائع عنه بعد البيع جاز. وذلك إن بقي من مدة الإجارة ما لا يكون غرراً يخاف تغييرها في مثله.

كما نظم المقتن عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، وأحاطه بمجموعة من الضمانات لصالح المكثري ضماناً لحقوقه.

(1) منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17.

المطلب الرابع: الشروط في الإجارة

من الشروط التي تناولها فقهاء المذهب بالبحث والدراسة، والتي تفرض أهميتها بشدة في الوقت الراهن: كمن اكترى داراً أو أرضاً وفيها نخل واشترط ثمرتها.

فقد قال ابنُ القاسم: «إن اكتريت داراً وفيها شجرات نخل لم تطب ثمرتها، فاشترطت ما في رؤوس النخل من الثمرة. قال مالك: إذا كان النخل تبعاً للدار وهو يسير جاز ذلك»⁽¹⁾.

قال عبد الوهاب: «من اكترى أرضاً وفيها شجرة، فاستثنى ثمرتها، جاز إن كانت قيمة ثمرتها الثلث فدون. ولا يجوز إن زاد على ذلك»⁽²⁾.

فإن لم يكن تبعاً للدار، قال: «إن كان ما في رؤوس النخل قد حلّ بيعه، فذلك جائز. وإن لم يحلّ بيعه، فلا يجوز ذلك، والكراء باطل. وكان مالك يرى إذا كانت قيمة ثمر الشجر الثلث من قيمة الكراء فأدنى أنه جائز»⁽³⁾.

وإن كانت الثمرة أكثر من الثلث لم يجز للمكتري أن يشترطها إذا كانت غير مزهية. ولو كانت الثمرة مزهية، جاز للمكتري اشتراط جميعها وإن جاوزت الثلث لجواز بيعها مفردة.⁽²⁾

وسئل أصبغ عن ذلك فأجاب: «إن كانت الثمرة تطيب قبل أن ينقضي كراء الدار أو الأرض فلا بأس أن يستثنى. وإن كانت لا تطيب إلا بعد أن يمضي أمد الكراء فلا يجوز استثنائه»⁽⁴⁾.

قال ابنُ رشد: «إنما أجز للمكتري أن يستثنى ثمر الشجر قبل طيبيها للضرورة التي تدخل عليه في دخول البائع عليه لاجتماع الثمرة، فإذا كانت لا تطيب إلا بعد انقضاء أمد الكراء ارتفعت علة الجواز، فوجب المنع»⁽⁵⁾.

ومنع اللخمي كراء الأرض واستثناء ثمره ما فيها من شجر حين سئل عن ذلك.⁽⁶⁾ واعتبر الشيخ خليل ذلك من المغتفر، فقال: «واغتفر ما في الأرض ما لم يزد على الثلث بالتقويم».⁽⁷⁾ وأشار المتحرف إلى هذه المسألة نظماً بقوله:

وَشَرَطُ مَا فِي الدُّورِ مِنْ نَوْعِ الثَّمَرِ ❖ إِذَا بَدَأَ الصَّلَاحُ فِيهِ مُعْتَبَرٌ
وَعَيْرُ بَادِي الطَّيِّبِ إِنْ قَلَّ اشْتَرَطُ ❖ حَيْثُ يَطْيَبُ قَبْلَ مَالِهِ ارْتِطَطُ⁽⁸⁾

(1) المدونة: 147/11. وذلك بناء على أن الثلث هو حد اليسير. والزائد عليه يصير مقصودا ويخرج من التبعية.

(2) التلقين: 412.

(3) المدونة: 147/11، والتهذيب: 471/3-472، والجامع: 137/8 و 140.

(4) النوادر: 140/7-141.

(5) البيان: 54/8. وانظر المناهج: 391/7-392.

(6) فتاوى اللخمي: 93.

(7) المختصر: 243.

(8) التحفة: 78 (بيت 1029-1030).

ومن الشروط أيضاً كأن يكتري الرجل الدار بسكنى دار له أخرى.

قال مالك فيمن استأجر داراً بسكنى دار له أخرى: أن ذلك جاز جائز ولا بأس به.⁽¹⁾

وقال ابنُ الحاجب: «جاز سكنى بسكنى»⁽²⁾، فكل ما جاز إجارته، جاز أجره.⁽³⁾

أما اكتراء الأرض بالأرض، فلم ير مالك في ذلك بأساً إذا كانت الأرضون مأمونة.⁽⁴⁾

ولا يجوز أن تكرر الأرض بما يزرع في أخرى، لا بجملته، ولا بجزء منه.⁽⁵⁾

والدليل أنهما منفعتان، فيجوز عقد الإجارة على كل واحدة منهما بالانفراد، فجاز العقد على إحداهما بالأخرى إذا كانا من جنسين.⁽⁶⁾

ومن الشروط كذلك كأن يكتري الرجل الدار، ثم يكرئها من غيره.

قال ابنُ القاسم: «أرأيت إن استأجرت داراً، أيكون لي أن أؤاجرها في قول مالك بأكثر مما استأجرتها به وأسكنها غيري قال: نعم».

وروى ابنُ وهب عن مالك ويونس بن يزيد⁽⁷⁾ وابن أبي ذئب⁽⁸⁾ عن ابن شهاب أنه سئل عن الرجل يستأجر الدار، ثم يؤاجرها بأفضل مما استأجرها به، فقال ابنُ شهاب: «لا بأس به».

وروى ابنُ وهب عن رجال من أهل العلم، أبي الزناد⁽⁹⁾ ونافع وعطاء مثل ذلك.⁽¹⁰⁾

وقال الزهري: «إذا اكترى داراً فله أن يسكنها بنفسه وله أن يكرئها من غيره بمثل الكراء أو أقل وأكثر»⁽¹¹⁾. لأنه ملك منافعها.⁽¹²⁾ وهذا ما اختاره ابنُ أبي زيد.⁽¹³⁾

(1) المدونة: 153/11. وانظر: التهذيب: 475/3، والجامع: 150/8، والمعين: 498/2.

(2) جامع الأمهات: 434، والتوضيح: 142/7.

(3) الذخيرة: 390/5.

(4) المدونة: 190-189/11.

(5) التبصرة: 5114.

(6) الإشراف: 219/3، والمنتقى: 149/5.

(7) هو ابنُ أبي النجاد يونس بن يزيد الأيلي، حدث عن ابن شهاب وعكرمة وجماعة، وعنه الليث ونافع والأوزاعي وخلق سواهم. قال عنه ابنُ شعبة: صالح الحديث عالم بالزهري. وثقه أحمد والعجلي والنسائي، وقال عنه ابنُ خراش: صدوق. توفي سنة 159 هـ. التهذيب: 452-450/11 (رقم 869)، والسير: 301-297/6 (رقم 169).

(8) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب، سمع عكرمة وشعبة وابن شهاب وخلقاً سواهم. وحديث عنه ابنُ المبارك وكيع وابن وهب وخلق كثير. كان من أوعية العلم، وكان والإمام مالك عالماً المدينة في زمانهما، شُبه بابن المسيب. وكان قليل الحديث، صنف موطأ فلم يخرج. وثقه أحمد. مات سنة 158 هـ. التهذيب: 307-303/9، والسير: 149-139/7.

(9) سبقت ترجمته في ص: 114.

(10) المدونة: 157/11.

(11) المختصر: 400.

(12) المعونة: 1097-1096.

(13) النوادر: 149/7.

أما المقنن، فقد منع على المكثري تولية المحل المعد للسكنى أو التخلي عنه، بدون موافقة المكري في محرر كتابي ثابت التاريخ ما لم يتم التصييص على خلاف ذلك في عقد الكراء.⁽¹⁾

واعتبر أنه لا يحق للمكري أن يعترض على التولية أو التخلي إذا ما التزم المتولي له أو المتخلى له باستعمال المحل لمزاولة نفس النشاط المهني الذي كان يزاوله بها المكثري الأصلي، أو لمزاولة نشاط مهني مماثل، شريطة أن لا يترتب عن ذلك إدخال تغييرات على المحل المكثري، أو إحداث تحملات إضافية بالنسبة للمكثري، أو تغيير طبيعة عقد الكراء.⁽²⁾

وفي حالة التولية أو التخلي بصفة غير قانونية، يعتبر المتولي أو المتخلى له محتلاً للمحل دون حق ولا سند.⁽³⁾

وقد اعتبرت المحكمة الابتدائية بصفرو في حكم لها أن: «انتقال المكثري للسكنى بمنزل جديد يملكه، وتركه المحل المكثري لوالدته، لا يعتبر تولية للكراء أو تخلياً عنه، وليس سبباً مبرراً للإفراغ، ما دام المكثري ملزم بالإنفاق على أمه طبقاً لمقتضيات مدونة الأسرة»⁽⁴⁾.

ومن الشروط: كمن اكترى بيتاً، وشرط ألا يسكن معه غيره، فتزوج.

قال ابن القاسم: «إن لم يكن في سكناهم ضرر على رب البيت لم يكن له منعه، وإن كان في سكناهم ضرر فله منعه»⁽⁵⁾.

وجعل ابن يونس شرطه هذا ساقطاً لا فائدة فيه، ويتم الكراء. والفرق بين هذا وبين من باع على أن لا يبيع ولا يهب، فيجعل البيع فاسداً، لأن هذا فقد يكون إنما شرط عليه ألا يبيع ولا يهب خوفاً أن يملك ملكه عدو له. فإن أنت أبطلت شرطه أبطلت غرضه، وما من أجله وضع من الثمن. وإن أبقيت شرطه لم يملك المبتاع ما ابتاع ملكاً تاماً فوجب فسخ بيعه. والمكثري كأنه إنما شرط عليه ألا يدخل غيره عليه ضرراً في داره، فمتى لم يدخله عليه لم تكن له حجة.⁽⁶⁾

وسئل القصري⁽⁷⁾ عن أكرى داره لغيره، واشترط ألا يسكن معه غيره، أنه لا يوفى له بشرطه.⁽⁸⁾

(1) م. 1/39 من (م. الكراء).

(2) م. 1/40 من (م. الكراء).

(3) م. 43 من (م. الكراء).

(4) حكم عدد 33، الصادر بتاريخ 10 فبراير 2014، في الملف المدني 131/1302/2013.

وقد نصت م. 203 من م. الأسرة على أن: «توزع نفقة الآباء على الأبناء عند تعدد الأولاد بحسب يسر الأولاد لا بحسب إرثهم».

(5) المدونة: 159/11، والتهذيب: 478/3.

(6) الجامع: 164/8.

(7) سبقت ترجمته في ص: 111.

(8) النوازل: 44-43/4.

ومن مسائل الشروط أيضاً: اشتراط المكري إصلاح الدار المكترة على المكثري، فقد فصل المتيطي⁽¹⁾ القول في هذه المسألة وقال: «وما احتاجت إليه الدار مرممة أو تطيين سقف، فعلى ربها. واختلف قول ابن القاسم في كنس مراحيضها، إلا أن يشترط ذلك على الساكن. وروى ابن أبي الجعد⁽²⁾ أن ذلك على ربها.

وقال في العتبية: هو على المكثري.

وبالأول قال أشهب. وفي المدونة دليل على القولين⁽³⁾.

خلاصة الكلام أن أهل المذهب قد أجازوا -بعد أن فصلوا في ذلك -كراء دار، وفيها نخل، واشترط ثمرتها؛ إذا كان النخل تبعاً للدار وهو يسير. فإن لم يكن تبعاً للدار، وقد حلّ بيعه، فذلك جائز أيضاً.

وإن كانت الثمرة أكثر من الثلث، لم يجز للمكثري أن يشترطها إذا كانت غير مزهية. أما إن كانت مزهية، جاز للمكثري اشتراط جميعها؛ وإن جاوزت الثلث؛ لجواز بيعها مفردة.

وإن كانت الشجر تطيب قبل أن ينقضي كراء الدار فلا بأس أن يستثنيها، وإلا فلا.

ويجوز كراء دار بسكنى دار أخرى، لأنهما منفعتان، فيجوز عقد الإجارة على كل واحدة منهما بالانفراد.

كما يجوز كراء دار، ثم اكتراؤها للغير بمثل الكراء أو أقل وأكثر، لأنه ملك منافعه.

أما المقنن، فقد منع على المكثري تولية الدار بدون موافقة المكري الكتابية؛ ما لم يتم التصييص في العقد على خلاف ذلك.

ولا يجوز كراء دار، وشرط ألا يسكن مع المكثري غيره؛ ما لم يكن في سكنه ضرر على رب البيت.

(1) سبقت ترجمته في ص: 98.

(2) هو سالم بن أبي الجعد، روى عن جابر وابن عباس وابن عمر وجماعة من الصحابة، وحدث عنه قتادة والأعمش وابن دينار وآخرون. كان من نبلأه الموالي وعلمائهم، وثقه ابن معين وأبو زرعة والنسائي. وقال عنه ابن سعد: كان ثقة كثير الحديث، توفي سنة 101 هـ. التهذيب: 432/3-433 (رقم 799)، والسير: 110-108/5 (رقم 44).

(3) مخطوط مختصر المتيطية، ورقة: 184.

المبحث الثاني: عقد الجعل

الأصل في الأموال عصمتها وحفظها على العباد، وتقتضي الحاجة أحياناً إلى حفظ المال بالأعمال المجهولة غير المنضبطة، وتأتي في مقدمتها: الجعالة.

فالجاعل ينقل ملك جُعله للمجْعول له مقابل تحصيل المجْعول فيه، والمجْعول له ينقل منفعته للجاعل مقابل الجعل المعلن.

ولهذا كانت الجعالة من زمرة المعاوضات، وإن كانت هناك خصائص تميّزها عن بقيّتها، منها: عدم استحقاق البدل، إلا بعد تمام العمل.

كما تناولت الجعل؛ باعتباره نوعاً من الإجارة، كما صرح بذلك غير واحد من أئمة المذهب؛ لوقوع العوض في مقابلة المنفعة.

وقد اقتضى النظر في هذا المبحث تقسيمه إلى أربعة مطالب.

بدأت **المطلب الأول** بالحديث عن ماهية الجعل وأصل جوازه، وهل هو أصل في نفسه، أم يقاس على الإجارة؛ لأخذه شبهاً منها؟

وفي **المطلب الثاني** تناولت الكلام على وقت اللزوم والجواز في الجعل، وهل الجعل عقد جائز أم لازم؟ وإن كان عقداً لازماً، هل يلزم بمجرد إبرام العقد، أم بالشروع في العمل؟

وأفردت **المطلب الثالث** للحديث عن مسألة الأجل في الجعل وشرط عدم الترك، هل من شروط صحة الجعل ألا يضرب للعمل المجْعول فيه أجل، لأن وقت إصابته غير معلوم، أم يجوز ضرب الأجل في ذلك إذا كان بشرط ترك ما شاء؟

وإن عمل الجعل في بعض الأجل، هل يأخذ جُعله كاملاً، ويسقط عنه بقية عمل الأجل، أم يكون له قدر ما انتفع به؟

على أن كان **المطلب الرابع** معقوداً للكلام على التطبيقات المعاصرة للجعالة: الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور. وهل يظل الواعد ملتزماً بوعده بالجائزة إلى غير حدّ إذا لم يباشر حقه في الرجوع عن الوعد؟ وهل هذه الأحكام جاءت موافقة لما هو منصوص عليه في الفقه المالكي؟

المطلب الأول: حقيقة الجُعل

أجمع أهل اللغة على أن الجُعل بتثليث الجيم المعجمة اسم لما يُجعل للإنسان أجرًا على فعل شيء، أو على أمر يفعله.⁽¹⁾ قال: الجرجاني: «ما يجعل للعامل على عمله»⁽²⁾.

هذا المعنى اللغوي هو الذي درج عليه الفقهاء في كل تعريفاتهم له، فقد عرفه ابنُ جزي بأنه: «الإجارة على منفعة مظنون حصولها»⁽³⁾.

وفي تعريف في غاية البيان، قال ابنُ راشد⁽⁴⁾: «هو إعطاء أجر في مقابلة عمل بشرط التمام»⁽⁵⁾. فالجُعل هو «أن يجعل الرجل للرجل جُعلًا على عمل يعمل له إن أكمل العمل، وإن لم يكمله لم يكن له شيء، وذهب عناؤه باطلاً»⁽⁶⁾.

وقد أجازته مالك وأصحابه، والأصل في جوازه قوله ﷺ: «وَلَيْسَ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ رَعِيمٌ»⁽⁷⁾.

ومن الحجة أيضاً حديث أبي قتادة⁽⁸⁾ ﷺ أن النبي ﷺ قال يوم حُنين: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَلَهُ سَلْبُهُ»⁽⁹⁾.

ومن ذلك أيضاً حديث رقية اللديغ على قطيع من الغنم بفاتحة الكتاب.⁽¹⁰⁾

(1) انظر: العين والتهذيب والصحاح والمجمل والمقاييس واللسان والتاج: مادة (جعل).

(2) التعريفات: 68.

(3) القوانين: 461.

(4) سبقت ترجمته في ص: 122.

(5) اللباب: 646.

(6) المقدمات: 175/2.

(7) سورة يوسف، جزء من الآية: 72. قال ابنُ العربي: «إن لفظ الآية نص في الجُعالة، وهي نوع من الإجارة». أحكام القرآن: 65/3.

وقال القرطبي: «وفي الآية دليل على جواز الجُعل، وقد أجاز للضرورة. ويجوز فيه من الجهالة ما لا يجوز في غيره». الجامع: 408/11.

و«شرع من قبلنا شرع لنا، إلا ما خصه الدليل بلا خلاف». القبس: 435/6 و 115/7.

(8) هو أبو قتادة بنُ النعمان الأنصاري السلمي، اسمه الحارث. فارس رسول الله ﷺ، شهد أحد وصلاح الخديبية والمشاهد كلها. حدث عنه أنس وابنُ المسيب وعطاء وأخوه من أمه أبو سعيد الخدري وآخرون. قال عنه ﷺ: «خير فرساننا أبو قتادة». له عدة أحاديث، روى له البخاري والترمذي والنسائي وابنُ ماجه. توفي سنة 23 هـ. السير: 449/2 - 456 (رقم 87)، والاستيعاب: 1274 - 1277 (رقم 2107). تهذيب الكمال: 523 - 521/23 (رقم 4851). والتهذيب: 357/8 - 358.

(9) طرف من حديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلاً فله سلبه من غير أن يخمس وحكم الإمام فيه (برقم 3142)، ومسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القاتل (برقم 41-1751). وقد كره مالك ذلك؛ لئلا تفسد نيات الناس في الجهاد، لأنه عنده حرام. المقدمات: 175/2.

(10) طرف من حديث أخرجه الشيخان: البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب الشروط في الرقية بفاتحة الكتاب، (برقم 5737) عن ابن عباس ﷺ بلفظ: «إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ». ومسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار (برقم 66 - 2201) عن أبي سعيد الخدري ﷺ بلفظ: «خُذُوا مِنْهُمْ وَاضْرِبُوا لِي بِسْمِهِمْ مَعَكُمْ». قال ابنُ عرفة بعد ذكر الحديث: «تمسك به غير واحد من أشياخ المذهب في جواز الجُعل». المختصر: 346/8.

والجعل مما كان موجوداً في معاملة الناس جاهلية وإسلاماً، فأقره النبي ﷺ ولم يتعرض لإبطاله مع علمه بذلك. ولا فرق بين ما يبتدئ إجارته شرعاً وبين ما يقر على إجارته.⁽¹⁾

وقد جوزه الشرع للرفق ودفع الحاجة،⁽²⁾ وأيضاً فإن الضرورة تدعو إلى ذلك، والضرورة مستثناة من الأصول. وقد مضى عمل المسلمين على ذلك في سائر الأمصار على قديم الأوقات والأعصار.⁽³⁾

وهو جائز في كل ما جازت فيه الإجارة، قال مالك: «كل ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة، وليس كل ما جازت فيه الإجارة يجوز فيه الجعل»⁽⁴⁾.

وهو ما عبّر عنه ابن الحاجب بقوله: «ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة، ولا ينعكس»⁽⁵⁾. وتبعه الشيخ خليل في سياق حديثه عما يجوز فيه الجعل بقوله: «في كل ما جاز فيه الإجارة بلا عكس»⁽⁶⁾.

والجعل أصل في نفسه؛ كالقراض والمساواة، لا يقاس على الإجارة، ولا تقاس الإجارة عليه؛ وإن أخذ شبهاً منها.⁽⁷⁾ فهما يتواردان مورداً متقابلاً. فمن وجوه التقابل بينهما: أن الإجارة تلزم من الطرفين، فليس لأحدهما فسخها مع التمكين من الاستيفاء، والجعالة لا تلزم من الطرفين، لأنها من قبيل الجائز لا من قبيل اللازم على مشهور المذهب.

ومن الوجوه أيضاً: أن التأقيت بأجل لا يصح في الجعالة ويصح في الإجارة، بل يجب فيها.⁽⁸⁾ ويمتنع اجتماع الجعالة والإجارة لتضاد أحكامها، ويفسدان جميعاً.⁽⁹⁾

حاصل الكلام إن الجعل هو إعطاء أجر في مقابلة عمل بشرط التمام، أجازته مالك وأصحابه في كل ما جاز فيه الإجارة؛ للضرورة والرفق ودفع الحاجة. وهو أصل في نفسه، لا يقاس على الإجارة؛ وإن أخذ شبهاً منها.

(1) المقدمات: 176/2.

(2) الباب: 646.

(3) المناهج: 272/7، والجامع: 372/7.

(4) المدونة: 99/11. وانظر: الجامع: 380/7، والنوادر: 5/7.

(5) جامع الأمهات: 443.

(6) المختصر: 249. وقد صاغها المقرئ كلبية في كلياته بقوله: «كل ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة ولا ينعكس». ص: 163 (الكلية 354).

(7) المقدمات: 176/2 والبيان: 401/15. وانظر: المناهج: 272/7 والجامع: 372/7.

(8) المناهج: 279/7. وانظر الجامع: 371/7.

(9) الذخيرة: 435/5.

المطلب الثاني: وقت اللزوم والجواز في الجعل

لا خلاف في مذهب مالك أن الجعل عقد جائز وليس بلازم.⁽¹⁾ فقد اعتبره القرافي من العقود التي لا تستلزم مصلحة مع اللزوم، حيث علل عدم اللزوم؛ لئلا يلزم ما لا تتعين مصلحته، ولئلا تجتمع الجهالة واللزوم، وهما متنافيان.⁽²⁾

كما أنه لا خلاف في المذهب أن الجعل لا يلزم المَجْعُولَ له، وله الترك متى شاء، شرع فيه أو لم يشرع، ولا يستحق شيء منه إلا بتمام العمل؛⁽³⁾ إلا أن ينتفع الجاعل بما عمل؛⁽⁴⁾ لئلا يكون أكل المال بالباطل.⁽⁵⁾

واختلف في الجاعل. فقيل: إن الجعل يلزمه بالعقد. وإلى هذا ذهب ابن حبيب في أحد قوليه، وهو ظاهر رواية عيسى⁽⁶⁾ عن ابن القاسم. وقيل: لا يلزمه حتى يشرع المَجْعُولَ له في العمل. وهي رواية علي بن زياد⁽⁷⁾ عن مالك، ورواية أشهب عنه أيضاً، ومذهب سحنون، وهو أظهر القولين عند ابن رشد.⁽⁸⁾

واختاره ابن شاس،⁽⁹⁾ وابن الجلاب،⁽¹⁰⁾ وحكى هذا الاختلاف ابن الحاجب.⁽¹¹⁾ لأنه لما كان المَجْعُولَ له لا يلزمه، وجب أن لا يلزم الجاعل؛ إلا أن يشرع المَجْعُولَ له في العمل، لئلا يبطل عليه عمله.⁽¹²⁾

(1) البداية: 447/3، والكافي: 756.

(2) وتام كلامه: «إن الأصل في العقد اللزوم. لأن العقد إنما شرع لتحقيق المقصود ودفع الحاجات، فناسب ذلك اللزوم. غير أن مع هذا الأصل انقسمت العقود إلى قسمين، منها ما يستلزم مصالحها التي شرعت لأجلها فشرعت على اللزوم؛ كالبيع، والهبة، والصدقة. فإن التصرف المقصود بالعقد يحصل عقيب العقد، وهذا القسم هو الأصل، لأن الأصل ترتب الأحكام على أسبابها. ومنها ما لا يستلزم مصلحته؛ كالجعالة. فشرعت على الجواز، لئلا تجتمع الجهالة واللزوم، وهما متنافيان». الفروق: 13/4 (فرق 209)، والذخيرة: 18/6. وقد نقله المنجور في شرح قول الزقاق: (كذا اللزوم في العقود أصل) فقال: «الأصل في العقود اللزوم، لأن الأصل ترتب الأحكام على أسبابها». ص: 566. وانظر قواعد المقرئ: 398-399 (قاعدة 822). وفي كلياته قال أيضاً: «كل عقد ترتبت مصلحته عليه بنفسه، فهو على اللزوم. وإلا فعلى الجواز ما لم يعارض تعلق حق به، وذلك كالجعالة». ص: 161 (الكلية 349). وصاغها ابن العربي قاعدة بقوله: «مبنى العقود على اللزوم». القبس: 450/6.

(3) النوادر: 5/7، والرسالة: 219، واللباب: 646، والبداية: 447/3، والهداية: 529، ومختصر ابن عرفة: 345/8.

(4) الجامع: 373/7.

(5) الذخيرة: 18/6. قال الباكي: «ما كان على وجه الجعل فلا أجر له إلا بتمامه». المنتقى: 77/6.

(6) سبقت ترجمته في ص: 88.

(7) سبقت ترجمته في ص: 113.

(8) المقدمات: 179/2. وانظر: النوادر: 6/7، والجامع: 373/7، والتهذيب: 343/3.

(9) الجواهر: 945.

(10) التفرع: 190/2.

(11) جامع الأمهات: 443.

(12) المناهج: 276/7، والمعونة: 1115، والتلقين: 405.

وقد حكى اللخمي قولاً ثالثاً في المسألة، وهو: «أن الجعل كالإجارة، يلزمهما جميعاً بالقول»⁽¹⁾.

واختصر ذلك الشيخ خليل بقوله: «ولزمت الجاعل بالشروع»⁽²⁾.

وقال المتحف ناظماً الخلاف في هذه المسألة:

الجُعلُ عقدٌ جائزٌ لا يلزمُ ❖ لكنْ به بعدَ الشُّروعِ يُحكَمُ
وليسَ يستحقُّ ممَّا يُجعلُ ❖ شيئاً سوى إذا يَتِمُّ العَمَلُ⁽³⁾

وهو ما أكدته المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء في حكم لها جاء فيه: «تنفيذ المَجْعول له الالتزام الجاعل عليه بمقتضى عقد الجعل يجعله مستحقاً لل عوض الجاعل به، نتيجة انتفاع الجاعل من عمل المَجْعول له»⁽⁴⁾.

حاصل القول في هذه المسألة أنه لا خلاف في المذهب أن الجعل عقد جائز وليس بلازم؛ لئلا تجتمع الجهالة وال لزوم، وهما متنافيان.

كما أن الجعل لا يلزم المَجْعول له، وله الترك متى شاء، شرع فيه أو لم يشرع. ولا يستحق شيء منه إلا بتمام العمل؛ إلا أن ينتفع الجاعل بما عمل.

واختلف في الجاعل. فقليل: إن الجعل يلزمه بالعقد. وقيل: لا يلزمه حتى يشرع المَجْعول له في العمل؛ لئلا يبطل عليه عمله. وهو الأظهر. وقول ثالث في المسألة، وهو: أن الجعل كالإجارة، يلزمهما جميعاً بالقول.

(1) التبصرة: 4916.

(2) المختصر: 249.

(3) التحفة: 81 (بيت 1094 - 1095).

(4) حكم عدد 121، الصادر بتاريخ: 2010/03/23، في الملف رقم: 2009/26/91.

المطلب الثالث: الأجل في الجعل وشرط عدم الترك

من شروط صحة الجعل ألا يضرب للعمل المجعول فيه أجلاً⁽¹⁾ قال مالك: «ولا يصلح الأجل في الجعل»⁽²⁾. ومثله ابن أبي زيد قال: «ولا يضرب في الجعل أجل»⁽³⁾. لأنه يخرج عن باب، لأن وقت إصابته غير معلوم، ولا يدري هل يحل الأجل قبل وجوده⁽⁴⁾.

كما أن الجعالة من قبيل الجائز دون اللازم، ولا مجال للتأقيت فيها، إذ الغرض به منتهي اللزوم، فلا لزوم ولا تأقيت. ولو ساغ التأقيت في الجعالة لأمكن دفعها قبل الفراغ من العمل، فيذهب كده باطلاً. فنظام الجعالة إذاً إنما يتقرر بإهمال المدة فيها، لأن ذلك من مصالح العقد، وما كان من مصالحه فلا يكر ببطلانه. والإجارة لا يحصل مقصودها إلا بمعرفة مدتها، فصارت الجهالة فيها مفسدة لا مصلحة⁽⁵⁾.

والجعل لا يكون مؤجلاً؛ إلا أن يكون متى شاء أن يردّه ردّه. وقد قال مالك: «ولا يجوز الجعل إلا أن يكون متى ما شاء رده»⁽⁶⁾.

قال الشيخ خليل: «بلا تقدير زمن إلا بشرط ترك متى شاء»⁽⁷⁾.

قال المتحف ناظماً:

..... ❖ وَلَا يُحَدُّ بِزَمَانٍ لَأَنَّ قِيَمَ

فإن ضرب له أجل، ولم يشترط أن يتركه متى شاء؛ لم يجز، لأن الجعل دون اشتراط الترك متى شاء لا يجوز باتفاق⁽⁸⁾. ولأنه مع عدم الشرط دخل على التمام، فقوى الغرر بسبب ذلك مع ضرب الأجل. بخلاف ما إذا شرط الترك متى شاء مع الأجل، فقد دخلا على التخيير، فحُفّف بذلك الغرر⁽¹⁰⁾.

(1) المناهج: 272/7، والمسائل الملقوطة: 116، وجامع الأمهات: 443، والبداية: 447/3، والقوانين: 462، واللباب: 647، واللمع: 260، والتحرير: 106.

(2) المدونة: 99/11. وانظر: الجامع: 380/7، والنوادر: 5/7.

(3) الرسالة: 218.

(4) الذخيرة: 9/6، والفروق: 12/4 (فرق 208)، ومختصر ابن عرفة: 369/8، والمعونة: 1114، والمفيد: 353/2.

(5) المناهج: 279/7 - 280. وانظر: الجامع: 371/7.

(6) المدونة: 99/11. وانظر التهذيب: 343/3.

(7) المختصر: 249.

(8) التحفة: 81 (عجز بيت 1096).

(9) التنبيهات: 1517.

(10) البهجة: 313/2.

واختلف إن اشترط ذلك. قال سحنون: «أنه جائز. ولا يؤقت في الجعل يوماً ولا يومين إلا أن يكون متى ما شاء أن يردده رده»⁽¹⁾.

وهو قول اعتمده ابن أبي زيد واختصره على أنه أجاز أن يؤقت في الجعل يوماً أو يومين دون شرط. وهو ما اعتبره ابن رشد خطأ صراحاً، لأن الجعل إذا سمي فيه أجلاً ولم يشترط أن يترك العمل متى شاء لم يجز باتفاق.⁽²⁾

واختلف إن عمله في نصفه، فقيل: يأخذ الجعل كاملاً، ويسقط عنه بقية عمل الأجل.⁽³⁾ قال مالك: «لأول قدر ما انتفع به الجاعل». وقال ابن كنانة⁽⁴⁾: «يرجع بقيمة عمله يوم أتمها الثاني»⁽⁵⁾.

واختلف أيضاً في الجعل الفاسد إذا وقع. فقيل: إنه يرد إلى حكم نفسه، فيكون للمجعول له جعل مثله إن كان أتم العمل، وإن لم يتمه فلا شيء له. بهذا قال ابن القاسم، واختاره اللخمي وحسنه.⁽⁶⁾

وقيل: إنه يرد إلى حكم غيره وهي الإجارة، أتم العمل أو لم يتمه. فيكون له إجارة مثله، فيما قد انتفع به الجاعل، ولا شيء له فيما لم ينتفع به الجاعل من عمله، قاله ابن المواز. وقال ابن حبيب: «رد إلى أجرة المثل». قال ابن رشد: «وقيل غير هذا، وهذا هو الصحيح فيها»⁽⁷⁾.

قال الشيخ خليل: «وفي الفاسد جعل المثل إلا بجعل مطلقاً؛ فأجرته»⁽⁸⁾.

وسبب الخلاف: اختلافهم في المستثناة من أصول فاسدة، هل يقتصر بها على الأقل الذي تدعو الضرورة إليه، أو يلحق بها ما هو مباح من أصله، فيجوز في القليل والكثير.⁽⁹⁾

(1) المدونة: 99/11.

(2) المقدمات: 177/2، والمناهج: 274/7-276.

(3) مختصر ابن عرفة: 369/8.

(4) سبقترجمته في ص: 117.

(5) الباب: 448.

(6) التبصرة: 4931.

(7) المقدمات: 182/2، وانظر الجواهر: 946، واللباب: 649، والذخيرة: 14/6، والنوادر: 7/7 و21.

(8) المختصر: 249.

(9) المناهج: 278/7. وقد وردت هذه القاعدة عند القرافي على سبيل الاستفهام بلفظ: «العقود المستثنيات من أصول إذا فسدت، هل ترد إلى صحيح نفسها، لأنه الأصل، أو إلى صحيح أصلها، لأن الشرع استثنى الصحيح من ذلك الأصل إذا كان شرعياً، والفاسد لم يستثن فيرد إلى الأصل الأول المستثنى منه؟». الذخيرة: 14/6، والفروق: 15/4 (فرق 210). ووردت عند غيره كذلك بلفظ: «كل عقد مستثنى عن أصله إذا فسد، هل يرد إلى صحيح المستثنى، أو إلى صحيح ما استثنى منه؟». انظر: الجواهر: 903، والتوضيح: 122/7 والبهجة: 223/2. وجاءت عند ابن رشد على سبيل القطع بلفظ: «كل عقد فاسد يرد إلى صحيحه لا إلى صحيح غيره». المقدمات: 14/3.

حاصل الكلام إن أهل المذهب قد اتفقوا أنه من شروط صحة الجُعل ألا يضرب للعمل المجعول فيه أجل، لأنه يخرجُه عن بابِه، لأن وقت إصابته غير معلوم. ولو ساغ التأقيت في الجُعالة لأمكن دفعها قبل الفراغ من العمل، فيذهب كدّه باطلاً. إلا بشرط ترك ما شاء وهو نوعٌ من الإجارة لوقوع العوّض في مقابلة منفعة، ويفارقها في اللزوم، وضرب الأجل، ومنع النقد فيه، وكونه لا شيء له إلا بتمام العمل واختلف في الجُعل الفاسد إذا وقع. فقيل: إنه يرد إلى حكم نفسه، فيكون للمجعول له جُعل مثله إن كان أتم العمل، وإن لم يتمّ فلا شيء له. وقيل: إنه يرد إلى حكم غيره وهي الإجارة، أتم العمل أو لم يتمّ، فيكون له إجارة مثله، فيما قد انتفع به الجاعل، ولا شيء له فيما لم ينتفع به الجاعل من عمله.

المطلب الرابع: الوعد بجائزة

من التطبيقات المعاصرة للجُعالة: الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور. فإذا كانت أغلب صور التعامل بين الأفراد تتم بالاتفاقات، وإذا كان المقنن قد قرر من حيث المبدأ عدم قدرة الإرادة على إنشاء الالتزام، حينما نص ف.14 (ق ل ع) على أن: «مجرد الوعد لا ينشئ التزاماً».

إلا أنه قد أجاز للإرادة المنفردة في بعض الأحوال الخاصة التي نص عليها ف.15 (ق ل ع)⁽¹⁾ أن تنشئ التزاماً، حيث اعتبر الإرادة المنفردة مصدراً استثنائياً أو ثانوياً للالتزام إلى جانب العقد، الذي عدّه ف.1 (ق ل ع)⁽²⁾ المصدر الأول للالتزام، وأتبعه بالتعبيرات الأخرى عن الإرادة، قاصداً بذلك الإرادة المنفردة.

إن الإرادة المنفردة سبب منشئ للالتزام، تنشئ على صاحبها التزاماً، وتنتج آثارها القانونية بذاتها من غير أن تلتقي بإرادة أخرى، ومن غير أن تتوقف تلك الآثار على تدخل إرادة أخرى.

ويعتبر الوعد بجائزة من أهم تطبيقات نظرية الإرادة المنفردة، فمتى وجه شخص وعداً إلى الجمهور بجائزة عمن يقوم بعمل معين، فإن الوعد يولد الالتزام في ذمة الواعد.

ويلزمه بمجرد صدوره عنه، ويكون من قام بالعمل بعد توجيه الوعد بجائزة مستحقاً لها، ولو قام بعمله دون علم بالجائزة. وهذا ما قضى به ف.15 (ق ل ع) في نهايته بقوله: «ولو فعل ذلك وهو جاهل الوعد، وفي هذه الحالة يلتزم الواعد من جانبه بإنجاز ما وعد به».

وإذا بدأ في العمل وأعد لذلك ما يلزمه، ثم رجع الواعد عن وعده قبل أن يتم هذا العمل، فبالرغم من أنه لا يحق له بحكم النصوص أن يطالب بالجائزة المخصصة لإتمام هذا العمل، يذهب الفقه إلى أنه يستطيع أن يطالب الواعد بتعويض عادل عما أصابه من ضرر، على أساس المسؤولية التقصيرية.⁽³⁾

وقد نص على هذه الأحكام ف.16 (ق ل ع) الذي جاء فيه أنه: «لا يجوز الرجوع في الوعد بجائزة بعد الشروع في تنفيذ العمل الموعد بالجائزة من أجله. ويفترض فيمن حدد أجلاً لإنجاز ذلك الفعل أنه تنازل عن حقه في الرجوع عن وعده إلى انتهاء ذلك الأجل».

(1) فقد نص على أن: «الوعد عن طريق الإعلانات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الإشهار بمنح جائزة لمن يعثر على شيء ضائع أو يقوم بأي عمل آخر، يعتبر مقبولا ممن يأتي بالشيء أو يقوم بالعمل».

(2) حيث نص على أنه: «تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة..».

(3) مقتبس مع بعض التقديم والتأخير والحذف والإضافة من كتاب النظرية العامة للالتزام لإدريس العبدلاوي، ط1، 2000، 29/2-38.

ولكن هل يعني عدم تحديد مدة للقيام بالعمل المطلوب، أن يظل الواعد ملتزماً بوعده بالجائزة إلى غير حدّ، إذا لم يباشر حقه في الرجوع عن الوعد؟

يرى الفقه أن التزام الواعد بالجائزة لا يظل قائماً إلا للمدة المعقولة، وهي المدة التي يبقى فيها العمل المطلوب مجدياً ومحققاً لقصد الواعد، بحيث يستحق من قام به الجائزة الموعد بها.⁽¹⁾

خلاصة القول إن الوعد يولّد الالتزام في ذمة الواعد متى وجّه شخص وعداً إلى الجمهور بجائزة عمن يقوم بعمل معيّن، ويلزمه بمجرد صدوره عنه، ويكون من قام بالعمل بعد توجيه الوعد بجائزة مستحقاً لها.

وإذا بدأ في العمل ثم رجع الواعد عن وعده قبل أن يتم هذا العمل، فإنه لا يحق أن يطالب بالجائزة المخصصة لإتمام هذا العمل إلا المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر، على أساس المسؤولية التقصيرية.

كما لا يجوز الرجوع في الوعد بجائزة بعد الشروع في تنفيذ العمل الموعد بالجائزة من أجله.

وقد جاءت هذه الأحكام في عمومها موافقة لما هو منصوص عليه في الفقه المالكي.

(1) النظرية العامة للالتزام لإدريس العبدلاوي: 39/2.

المبحث الثالث: عقد المغارسة

تعتبر المغارسة من أبرز طرق استغلال العقار واستثماره، نظراً لأهميتها في العناية بالأرض عن طريق الغرس من أجل تنميتها، بشكل يخدم مصالح العاقدين، ويعود بالنفع والنماء على الاقتصاد الوطني. فكثيراً ما تكون لمالكي الأرض صعوبات في استثمارها، سواء كان السبب راجعاً لقلة الإمكانيات المادية، أو لعدم معرفتهم بشؤون الاستثمار في القطاع الفلاحي.

وقد اعتنى الفقهاء بالمغارسة اعتناءً فائقاً، حيث أفردوا لها أبواباً خاصة ضمن حديثهم عن التفويضات العوضية، تناولوا من خلالها جميع أحكامها.

كما تنبّه المقتن إلى أهمية هذه المعاملة، حيث عمل على تنظيم بعض أحكامها في الكتاب الثاني من مدونة الحقوق العينية المخصّص لأسباب كسب الملكية.

وقد انحصر الكلام في هذا المبحث في أربعة مطالب.

عقدت **المطلب الأول** للحديث عن حقيقة المغارسة وأصل جوازها، وهل تلزم بالعقد، أو إلى أن يشرع في العمل؟

وهل تصنّف ضمن دائرة العقود المستمرة التي يكون فيها لعامل الزمن دوراً أساسياً لقيامها؟ وإذا لم يعيّن العقد تاريخاً للشروع في الغرس، هل يلزم الغارس القيام بذلك داخل أجل معيّن؟ واختصت **المطلب الثاني** للكلام على الشروط في المغارسة، وهل تجوز على جزء من الشجر أو الغلة دون الأصل؟ وما حكم ذلك إذا وقع؟

وهل يسوغ أن يشترط أحد المتغارسين لنفسه شيئاً دون الآخر؟ أو أن يشترط السلف؟ أو أن يشترط المالك على الغارس أن يكون الغرس من عنده؟

وفي **المطلب الثالث** تحدثت عن حد المغارسة، وهل يجوز تحديدها بالإطعام، أو وهل يجوز التحديد بالإطعام، أو إلى أجل من السنين دونه أو فوقه؟ وهل يجوز السكوت عن التحديد؟

وإذا غارسه إلى حدّ الإثمار، فأثمر الجل وبقي البعض، فهل القليل تبعٌ للكثير، ويكون العامل على شرطه، ويسقط عنه العمل في ذلك كله، أم لا يكون تبعاً، ويعطى حكم نفسه، فيثبت فيما ثبت، ويبطل فيما بطل؟

وما حدّ اليسير عند أهل المذهب؟

وهل يكون للعامل شيء من الأرض أو الشجر قبل بلوغ الحدّ المشترط؟

وجعلت **المطلب الرابع** معقوداً للحديث عن المغارسة في القانون، وهل يمكن للغارس تسجيل عقد المغارسة بالسجل العقاري، أو تقييده احتياطياً، قبل أجل الإطعام، وصيرورة الغارس مالكا؟

ومتى تنتقل ملكية الشجر والأرض إلى الغارس، ويكتسب صفة المالك على الشياخ بينه وبين مالك الأرض بحسب الحصة المتفق عليها، هل ببلوغ الشجر أجل الإطعام، أم بمجرد الشروع في العمل؟

وهل وفّر المقتن للغارس الحماية عن طريق تنظيمه لعقد المغارسة؟

المطلب الأول: حقيقة المغارسة

تجدر الإشارة إلى أن لفظة المغارسة لا توجد بعينها في المعجمات اللغوية، ولكن يوجد الفعل الذي اشتقت منه، فهي مفاعلة من الغرس، و«غرس الشجر يغرسه غرساً إذا أثبتته في الأرض»⁽¹⁾.

ووجه المغارسة عند مالك: «أن يدفع الرجل أرضه لمن يغرس فيها عدداً من الأشجار، فإذا استحق الثمر، كان للغارس جزء منها ومن الأرض متفق عليه»⁽²⁾.

واعتبرها البرزلي «معاملة على مؤنة الشجر والثمرة والأرض»⁽³⁾. والرصاص: «عقد على تعمير أرض بشجر بقدر معلوم»⁽⁴⁾.

أما ابن عرفة فلم يذكر حداً للمغارسة، بل ذكر صورها بقوله: «جعل وإجارة وذات شركة في الأصل»⁽⁵⁾. فبيّن أنها تارة تكون إجارة، وتارة تكون جعالة، وتارة تكون شركة في الأصول⁽⁶⁾.

وعليش الذي جعل من المغارسة عقداً على غرس شجر في أرض بعوض معلوم من غيرهما⁽⁷⁾، غير أن قوله: بعوض معلوم من غيرهما (أي الأرض والشجر) يكون قد خالف ما ذهب إليه فقهاء المذهب، وكذا م. 265 من (م ح ع) التي ألزمت أن يكون العوض من الأرض والشجر.

وقد تبني المقنن المغارسة الناقلة للملكية فقط، دون الاعتداد بالمغارسة الكرائية أو المغارسة على وجه الشركة، وإن كان الفقه قد أخذ بتلك الصور كلها ونظمها على حدة. فقد نصت م. 1/265 من (م ح ع) على أن: «المغارسة عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجراً مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام»⁽⁸⁾.

(1) اللسان والتاج: مادة (غرس).

(2) النواذر: 387/3، والبداية: 448/3، والجواهر: 947، والقوانين: 470.

(3) الفتاوى: 371/3.

(4) الهداية (شرح الحدود): 515.

(5) المختصر: 148/8.

(6) الهداية (شرح الحدود): 515.

(7) المنح: 417/7.

(8) الإطعام يتحقق في الشجر المثمر ببلوغه حد الإثمار المعتبر. وبالنسبة للشجر غير المثمر، فإن المقصود بالإطعام هو الغلة التي ينتجها. وكل ذلك حسب ما تقضي به الأعراف السائدة.

وقد جَوَّزَهَا مالك وأصحابه،⁽¹⁾ والأصل في جوازها حديث أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ: «مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَغْرِسُ غَرْسًا، أَوْ يَزْرَعُ زَرْعًا، فَيَأْكُلُ مِنْهُ طَيْرٌ أَوْ بَهِيمَةٌ إِلَّا كَانَ لَهُ بِهِ صَدَقَةٌ»⁽²⁾.

وقد شدَّ البعض في جوازها، فقد قال ابن دحون⁽³⁾: «مسائل المغارسة لا أصل لها، وفيها غرر وخطر ظاهر». وهو ما اعتبره ابن رشد مجانباً وجه الصواب، لأن المالكية إنما منعوا الغرر الكثير⁽⁴⁾.

والمغارسة سنّة على حيالها، وأصل في نفسها. أخذت بشبهه من الإجارة للزوم عقدها بمجرد العقد، ومن الجعالة لوقوف عوضها على ثبوت الغرس⁽⁵⁾.

وفي حكمها، قال الشيخ خليل: «ندب الغرس»⁽⁶⁾.

ومثله المتحف ناظماً:

الإغْتِرَاسُ جَائِزٌ لِمَنْ فَعَلَ ❖ مِمَّنْ لَهُ الْبُقْعَةُ أَوْ لَهُ الْعَمَلُ⁽⁷⁾

وهي من العقود الملزمة للجانبين، يترك العامل الغرس والعمل إن شاء. ولا يترك إذا شرع في العمل⁽⁸⁾. فكل عقد لا يتقيّد بزمان لا يلزم إلا بالشروع، كالمغارسة⁽⁹⁾.

وقد حكى الشيخ خليل الخلاف في المسألة، فقال: «وهل تلزم بالعقد، أو إلى أن يشرع في العمل؟ خلاف»⁽¹⁰⁾.

وصرح ابن رشد مشهورة لزومها بالعقد وأقره،⁽¹¹⁾ وقال ابن سلمون: «وبه العمل»⁽¹²⁾.

(1) المقدمات: 2/237، والبيان: 15/403.

(2) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحث والمزراعة، باب فضل الزرع والغرس إذا أكل منه، وقول الله تعالى: «أَقْرَبُ أَنتُمْ مَا تَحْرُثُونَ وَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ» لَوْ نَشَاءُ لَجَعَلْنَاهُ حُلَّالاً (الواقعة: 66-68) برقم (2320). ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة والمزراعة، باب فضل الغرس والزرع، برقم (12-1553).

(3) سبقت ترجمته في ص: 153.

(4) البيان: 15/402.

(5) المقدمات: 2/237، والبيان: 15/403. وانظر: الذخيرة: 6/138، والمناهج: 7/415، ومختصر ابن عرفة: 8/148، والهداية: 515.

(6) المختصر: 240.

(7) التحفة: 83 (بيت 1115).

(8) المفيد: 2/349-350.

(9) عدة البروق: 551، والمسائل الملقوطة: 70.

(10) المختصر: 240.

(11) المقدمات: 2/237.

(12) العقد: 365.

قال القرافي: «الحكم أن الأصل في العقود اللزوم ... والقسم الآخر لا يستلزم مصلحته مع اللزوم، بل مع الجواز وعدم اللزوم، منها: المغارسة، لأنها مجهولة العاقبة في نبات الشجر وجودة الأرض ومنونات الأسباب على معاناة الشجر مع طول الأيام، فقد يطلع على تعذر ذلك أو فرط بعده. فالإلزامه بالعمل ضرر من غير حصول المقصود». الفروق: 4/13 (فرق 209).

وقد نظم ابنُ غازي ما يلزم بالعقد، وما لا يلزم، وما فيه خلاف، هل يلزم به أم لا بقوله:

أَرْبَعَةٌ بِالْقَوْلِ عَقْدُهَا فِرَا⁽¹⁾ ❖ يَبْعُ نِكَاحٌ وَسِقَاءٌ وَكِرَا
لَا الْجُعْلُ وَالْقِرَاضُ وَالتَّوَكُّيلُ ❖ وَالْحُكْمُ فَالْفِعْلُ بِهَا كَفِيلُ
لَكِنَّ فِي الْغِرَاسِ وَالْمُزَارَعَةِ ❖ وَالشَّرَكَاتِ بَيْنَهُمْ مُنَازَعَةٌ⁽²⁾

كما يصنف عقد المغارسة في دائرة العقود المستمرة التي يكون فيها لعامل الزمن دوراً أساسياً لقيامها، فالتزامات الغارس تمتد طول مدة المغارسة، ما دام أن غرس الشجر وبلوغه حد الإطعام يستلزم وقتاً معيناً حسب نوعية الشجر والإمكانات المعتمدة.

فإذا لم يعيّن عقد المغارسة تاريخاً للشروع في الغرس، فقد ألزمت م.269 من (م ح ع) الغارس على أن يقوم بالتزاماته الخاصة بذلك قبل انصرام سنة من تاريخ إبرام العقد، وإلا فسخ العقد بقوة القانون.

خلاصة القول، إن وجه المغارسة عند مالك: أن يدفع الرجل أرضه لمن يغرس فيها عدداً من الأشجار، فإذا استحق الثمر، كان للغارس جزء منها ومن الأرض متفق عليه.

وقد جوّزها مالك وأصحابه، خلافاً لابن دحون الذي رأى أنه لا أصل لها، وفيها غرر وخطر ظاهر. وهي سنة على حيالها، وأصل في نفسها؛ وإن أخذت بشبهه من الإجارة.

والمغارسة من العقود الملزمة للجانبين. واختلف في لزومها هل يكون بالعقد، أو بالشروع في العمل. والمشهور الأول.

كما يصنّف عقد المغارسة ضمن دائرة العقود المستمرة التي يكون فيها لعامل الزمن دوراً أساسياً لقيامها، فإذا لم يعيّن العقد تاريخاً للشروع في الغرس، كان على الغارس القيام بذلك داخل السنة من تاريخ إبرام العقد.

وقد تبنّاها المقنن ونظّم أحكامها في مدونة الحقوق العينية.

(1) فرا معناه: قطع، والمراد به اللزوم وانقطاع التشوف للحلّ. البهجة: 310/2، والإتقان: 220/2.

(2) شرح المنجور: 577-578. وقد أحلت في شرح المنجور لفظة (يُرى) بدل (فرا) الواردة في نهاية صدر البيت الأول. فيحتمل أن يكون المعنى أن الفرق بين العقد اللازم والعقد الجائز يُعلم ويُبصر في كتب الفقه.

المطلب الثاني: الشروط في المغارسة

لقد منع فقهاء المذهب أن يشترط المتغارس أن يكون الشجر أو الغلة بينهما دون الأصل، بحيث يتغارسان على جزء منهما بانفراده دون موضعه من الأرض، إذ الرقبة تبقى لربها. فإنه يتمتع بذلك.⁽¹⁾

فالذي يجوز من ذلك أن يعطيه أرضه على أن يغرسها شجراً معلوماً من الأصول الثابتة، فما أنبت الله فيها من الشجر وتم وأثمر، فذلك بينهما بأصله وقاعته من الأرض، على ما تشارطا عليه.⁽²⁾

قال ابن بشير: «تجوز المغارسة بشرطين: أن تكون الأرض بينهما مع ما فيها؛ لئلا ينتفع العامل بالأرض مدة غير محصورة»⁽³⁾.

وقد أجاز ابن سلمون المغارسة على أن يكون الشجر بينهما مع مواضعه من الأرض، وبقيت الأرض لربها. أما إن كانت على الشجر خاصة دون مواضعها من الأرض، أو على الأرض دون الشجر، لم يجز. فإن نزل ذلك، كان للعامل أجر عمله. فإن كانت في الأرض ثمرة، فهي لصاحب الأرض، ولا يكون للعامل فيها حق.⁽⁴⁾

وقد اختصر ذلك الشيخ خليل بقوله: «وجازت...: شركة جزء معلوم في الأرض والشجر، لا في أحدهما...»⁽⁵⁾.

ومن الشروط التي لا يسوغ اشتراطها في عقد المغارسة كأن يشترط أحدهما لنفسه شيئاً دون الآخر إلّا اليسير، أو يشترط السلف.⁽⁶⁾

وإذا اشترط على الغارس أن يكون الغرس من عنده إذا كانت له قيمة، فإنه لا يجوز إلا بثلاثة شروط، وهي: تعجيل الإجارة، والشروع في العمل، وأن يكون شيء لا يتم إلا في مدة طويلة يستخلف فيها ما تعجل من الغرس في جانب ما تأخر منها.⁽⁷⁾ قال الشيخ خليل: «وصحّت كاشتراطه على العامل ما خفت مؤنته؛ كزرب، لا ما عظم من بنيان»⁽⁸⁾.

(1) المقدمات: 237/2، والذخيرة: 138/6، والمناهج: 415/7، والبيان: 403/15-404.

(2) الكافي: 762.

(3) التحرير: 108، والمقنع: 177.

(4) العقد المنظم: 370.

(5) المختصر: 240.

(6) القوانين: 470-471.

(7) التحرير: 108. وانظر: الذخيرة: 138/6-139، والمقنع: 178.

(8) المختصر: 240.

فإن وقعت المغارسة فاسدة، بحيث لم يجعل للعامل فيها جزء من الأرض، أو اشترط ما لا يجوز، فقد حكى ابنُ رشد في ذلك قولان:

«الأول: يحكم له بحكم الكراء الفاسد، وهو قول ابنِ القاسم في سماع عيسى عنه. وتكون الغلة للغارس يرد عليه ذو الأرض ما أخذ منها المكيلة إن عرفت، والقيمة إن جهلت. ويقلع غرسه؛ إلا أن يعطيه ذو الأرض قيمته مقلوعاً، وقيل: قائماً، قاله يحيى⁽¹⁾ في سماعه. وفي سماع أبي زيد⁽²⁾ وحُسين بنِ عاصم⁽³⁾: أنه من يوم أثمرت النخل.

والثاني: يحكم له بحكم الإجارة الفاسدة. ويكون للغارس على رب الأرض قيمة غرسه من يوم وضعه بالأرض مقلوعاً وأجر مثله في غرسه وقيامه عليه، وكل الغلة لرب الأرض»⁽⁴⁾.

ورأى ابنُ جزي في المغارسة الفاسدة، التي لم يجعل للعامل فيها جزء من الأرض، أن لرب الأرض الخيار بين أن يعطي المستأجر قيمة الغرس، أو يأمره بقلعه⁽⁵⁾. واختلف في حكم ذلك إذا وقع على قولين:

أحدهما: أنه يحكم لذلك بحكم الكراء الفاسد. والثاني: بحكم الإجارة الفاسدة.

وهذا الخلاف مبني على أن الغرس بعد غرسه، هل هو باق على ملك غارسه، أو على ملك رب الأرض؟ فمن علّل بأن الغرس على ملك الغارس جعله كراءً فاسداً، ومن علّل بأن الغرس على ملك رب الأرض جعله إجارة فاسدة⁽⁶⁾.

وقد أخذت بجزء الفسخ في حالة الإخلال بالشروط المحكمة الابتدائية بمراكش في حكم لها، بعد أن ثبت لها أن المغارسة فاسدة لكون الطرفين اتفقا في العقد على اقتسام الغلة فقط دون الأشجار⁽⁷⁾.

(1) هو يحيى بن يحيى بن كثير الليثي، كان فقيهاً، حسن الرأي. سمع الموطأ من مالك، ومن ابن وهب موطأه وجامعه، ومن ابن القاسم خصوص مسائله؛ تسمى بعشرة يحيى. وأخذ عنه ما لا يحصى كثرة، منهم: ابن حبيب. وتفقه به عدد كبير، منهم: العتيبي وابن مزين وابن وضاح وغيرهم. اشتهر بأنه ناشر المذهب والممكن له بالأندلس، وعليه دارت الفتيا بها بعد ابن دينار. سماه مالك: العاقل. وقال ابن لبابة: فقيه الأندلس: عيسى بن دينار، وعالمها: ابن حبيب، وعاقليها: يحيى. توفي سنة 234 هـ. المدارك: 3/379-394، والديباج: 2/352-353.

(2) أبو زيد بن أبي الغمر، كان فقيهاً مفتياً ثقة، روى عن ابن القاسم وابن حبيب كاتب مالك وابن وهب وغيرهم، رأى مالكا ولم يأخذ عنه شيئا. وروى عنه البخاري وأخرج له في صحيحه، وأبو زرعة وابن المواز وابن عامر وخلق كثير. صحح الأُسدي على ابن القاسم بعد ابن الفرات. وله كتب مؤلفة في مختصر الأُسدية، وله سماع عن ابن القاسم. توفي سنة 234 هـ. المدارك: 4/22-24، والديباج: 1/472.

(3) هو حُسين بن عاصم بن كعب الثقفي، يكنى أبا الوليد. سمع من ابن القاسم وأشهب وابن وهب ومطرف ونظرائهم. كان من الفقهاء بقرطبة. أدخل العتيبي سماعه في المستخرجة، واعتمد عليه ابن حبيب في الأُسمة. توفي فيما ذكره أصحاب التاريخ سنة 208 هـ. المدارك: 4/120-122، وأخبار الفقهاء والمحدثين: 73-74 (رقم 73)، وتاريخ علماء الأندلس: 1/169 (رقم 349).

(4) المقدمات: 2/238-240، والمناهج: 7/414-415، والجامع: 5/246-250، والبيان: 15/405-406، والنوادر: 7/392 و396-397.

(5) القوانين: 470-471.

(6) المقدمات: 2/238-240، والبيان: 15/406-407، وانظر: المناهج: 7/414-415، والجامع: 5/246-250، ومختصر ابن عرفة: 8/149.

(7) حكم عدد: 1796، الصادر بتاريخ: 2001/05/25، في الملف المدني عدد: 1824/26/2009.

خلاصة القول، إن فقهاء المذهب قد منعوا المغارسة على جزء من الشجر أو الغلة دون الأصل، بحيث تقع على جزء منهما بانفراده دون موضعه من الأرض، وتبقى الرقبة لربها.

واختلف في حكم ذلك إذا وقع على قولين: أحدهما: أنه يحكم لذلك بحكم الكراء الفاسد. والثاني: بحكم الإجارة الفاسدة، للخلاف المبني على أن الغرس بعد غرسه، هل هو باق على ملك غارسه، أو على ملك رب الأرض؟

ولا يسوغ أن يشترط أحد المتغارسين لنفسه شيئاً دون الآخر إلّا اليسير، أو أن يشترط السلف.

وإذا اشترط على الغارس أن يكون الغرس من عنده إذا كانت له قيمة، فإنه لا يجوز إلا بثلاثة شروط، وهي: تعجيل الإجارة، والشروع في العمل، وأن يكون شيء لا يتم إلا في مدة طويلة يستخلف فيها ما تعجل من الغرس في جانب ما تأخر منها.

المطلب الثالث: حد المغارسة

لا تجوز المغارسة على جزء من الأرض إلا على شروط قد حدّها أهل العلم، من ذلك: أن يكون الحدّ إلى ما دون الإطعام، وفي التحديد بالإطعام، أو إلى أجل من السنين دون الإطعام، أو سكتا عن التحديد أو الأجل قولان.

قال ابن حبيب وابن دينار⁽¹⁾ عن ابن القاسم: «ولا يجوز أن يسمّى شاباً أو قدراً يثمر الشجر قبله، لأن العامل تكون له تلك الثمرة إلى أن يبلغ الشجر الشباب الذي سمّياه، ثم يكون له نصف الشجر بأرضه، فكأنه أجر نفسه بثمر لم يبد صلاحه، وينصف الأرض وما ينبت فيها، فلذلك لم يجز».

وقالا: «ولا بأس أن يجعل ذلك إلى إثمار الشجر، وهو وقت معروف». وهو الأحب إلى ابن أبي زيد، إذ اعتبره مشهور المذهب، لأن الإثمار معروف قدره، وإنما يختلف منه الشيء اليسير، فلا يحمل الناس على الخاص، وإنما يحملون على العام. وإليه ذهب ابن حبيب في الواضحة، ومثله في كتاب ابن المواز. وله في موضع آخر أن ذلك لا يجوز، إذ قد يتأخر الإثمار ويتعجّل، فهو غرر. وقال ابن حبيب: «إن سكتا عن ذكر الحدّ جاز، ويكون إلى الكمال التام».

وروى حسين بن عاصم⁽²⁾ عن ابن القاسم في العتبية: «أن هذا فاسد حتى يبيّن حدّاً، لأنه لا يدري متى تثمر»⁽³⁾.

وقد حمل عُلّيش القول بالجواز على ما يعلم وقت إطعامه بالعادة، والقول بالمنع على ما لا يُعلم وقت إطعامه⁽⁴⁾. واعتبر ابن عبد البر المغارسة إلى الإطعام هي الجائزة الصحيحة⁽⁵⁾. وأجازها ابن سلمون إلى شباب معلوم، ما لم يكن يثمر قبله⁽⁶⁾. وحسّن المتيطي جعلها إلى الإثمار، لأنه معروف⁽⁷⁾، ومثله ابن هشام⁽⁸⁾.

واختصر ذلك الشيخ خليل بقوله: «إن اتفقا على قدر معلوم تبلغه الشجر، ولا ثمر دونه: كتحيدها بالإثمار، أو أجل لا بعده، وحملًا عليه عند السكوت»⁽⁹⁾.

(1) سبقت ترجمته في ص: 88.

(2) سبقت ترجمته في ص: 201.

(3) النوادر: 387/7-391، والمقدمات: 238/2، والبيان: 404/15 و421، والجامع: 242/5 - 422.

(4) المنح: 421/7.

(5) الكافي: 762.

(6) العقد المنظم: 366.

(7) مخطوط مختصر المتيطية: ورقة 190. وقد نقلها علّيش في المنح: 421/7. والمتيطي سبقت ترجمته في ص: 98.

(8) المفيد: 348/2. وابن هشام سبقت ترجمته في ص: 89.

(9) المختصر: 240.

كما اعتبر عُليش أن الظاهر من كلام المؤلفين في هذا الباب أن قول ابن حبيب هو المشهور، وذلك إذا جرى العرف بتحديداتها بالإثمار. أما إذا كان العرف جارياً على الوجه الفاسد، كما لو عقدت المغارسة على عمل العامل ما عاش، فلم يقل أحد بصحتها، لأن التحديد شرط في صحتها.⁽¹⁾

وأما إن كان الحد إلى فوق الإطعام فلا يجوز.⁽²⁾ قال ابن بشير: «تجوز المغارسة بشرط أن يكون الحد الذي يقسمان عند الإطعام، أو ما دونه، لا ما فوقه»⁽³⁾.

ونظم المتحف تلك الأحكام قائلاً: وَالْحَدُّ فِي خِدْمَتِهِ أَنْ يَطْعَمَا ❖ وَيَقْعَ الْقَسْمُ بِجُزْءٍ عُلْمَا⁽⁴⁾

وقد ربطت (م ح ع) أجل المغارسة بحد الإطعام، ورتبت عن عدم احترام هذا الأجل زيادة أو نقصاناً جزاء البطلان، حيث نصت في م. 266 على أنه: «لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام، كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام الإطعام. وكل شرط مخالف يعتبر باطلاً».

وإذا غارسه إلى حد الإثمار، فأثمر بعضها وبقي البعض. قال ابن القاسم وابن حبيب: «فإن كان الذي أثمر منها الجلّ، وبقي الشيء التافه اليسير، فذلك تبع لما أثمر. ويكون العامل على شرطه، ويسقط عنه العمل في ذلك كله».

وفي سماع حسين⁽⁵⁾: «القليل تبع للكثير، إلا أن يكون ما ثبت أو بطل له قدر وبال. فإن كان الأقل فلا يكون تبعاً، ويعطى حكم نفسه، فيثبت حقه فيما ثبت، ويبطل فيما بطل». وهو قول سحنون. وقيل: «إن حقه يثبت في اليسير الذي بلغ، ويبطل من اليسير الذي لم يبلغ». وهو قول أشهب في سماع أصبغ.⁽⁶⁾

وقال ابن سلمون: «فإن أثمر البعض دون البعض، فإن كان الذي أثمر أكثرها، كان الغير تبعاً، واقتسما الجميع. وإن كان الأقل، فإن كانت إلى ناحية بعينها، كانت بينهما وسقط عن العامل العمل فيها، ويعمل الباقي حتى يثمر. وإن كان مختلطاً، لزمه العمل في الجميع حتى يثمر معظمه»⁽⁷⁾. وإلى هذه الأحكام أشار الشيخ خليل بقوله: «ولا شيء للعامل فيما قلّ، إن بطل الجلّ، إلا أن يتميز بناحية، أو كان له قدر بخلاف العكس»⁽⁸⁾.

(1) المنح: 421-422/7.

(2) الجامع: 242/5، والذخيرة: 139/6، والبيان: 404/15 و422-421، والنوادر: 387/7-391، والمناهج: 414/7، والقوانين: 471، والمقدمات: 238/2، والعقد المنظم: 370، والوثائق المختصرة: 198، والمقنع: 178.

(3) التحرير: 108. وابن بشير قد سبقت ترجمته في ص: 56.

(4) التحفة: 83 (بيت 1116).

(5) سبقت ترجمته في ص: 201.

(6) مختصر ابن عرفة: 149/8-153، والجامع: 241/8-243، والذخيرة: 140/6، والنوادر: 391/7، والبيان: 404/15 و415 و432.

(7) العقد المنظم: 370.

(8) المختصر: 241.

وقد تقدم أن الثلث هو حدّ اليسير عند أهل المذهب. قال ابن رشد: «الثلث آخر حدّ اليسير، وأول حدّ الكثير»⁽¹⁾. ونصت م.270 من (م ح ع) على أنه: «إذا قلّ عدد الشجر المغروس عن ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف، فإن الغارس لا يملك الحصة المتفق عليها، ويكون لمالك الأرض الخيار في أن يستمر في العقد أو ينهيه، مع الاحتفاظ للغارس بحقه في التعويض عند الاقتضاء».

وإذا كانت المغارسة في أنواع من الثمر، فلا يجوز إلا أن يكون أمد إطعامها واحداً أو متقارباً، فإن كان بين ذلك بُعد، فالمغارسة فاسدة.⁽²⁾

قال المتيطي: «ليس للعامل شيء من أرض ولا شجر حتى يبلغ غرسه إلى ما اشترطاه، فيكون له من ذلك الجزء المتفق عليه»⁽³⁾. وقال ابن سلمون: «لا شيء للعامل حتى يبلغ الحدّ المشترط»⁽⁴⁾. واختصر ذلك الشيخ خليل بقوله: «واقسماها إن بلغ الحدّ المشترط»⁽⁵⁾.

وإليه الإشارة أيضاً بنظم المتحف:

وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ مِمَّا عَمِلَ ❖ شَيْءٌ إِلَّا مَا جَعَلَهُ أَجَلًا⁽⁶⁾

وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار له جاء فيه: «ولا شيء للعامل إلا بعد نبات الغرس وبلوغه الحدّ المشترط»⁽⁷⁾.

فإن وقعت المغارسة فاسدة، بحيث كان الغرس إلى أجل لا يثمر النخل دونه، أو من غير حدّ ولا أجل. فقد حكى ابن رشد في ذلك قولان:

«الأول: يحكم له بحكم الكراء الفاسد، لأنه كأن الغارس اكترى منه الأرض إلى أمد غير معلوم بنصف الثمرة أو بنصف الشجرة التي يغرسها لنفسه في الأرض على أن يدفعها إليه عند بلوغها إلى الحدّ الذي اشترطاه. وهو قول ابن القاسم.

والثاني: يحكم له بحكم الإجارة الفاسدة، لأنه كأن رب الأرض استأجر الغارس على أن يغرس له هذه الأرض بنصف الشجر إذا بلغت الحدّ المشترط. والخلاف مبني على ما تقدم بيانه في فساد المغارسة لعدم جواز شروطها»⁽⁸⁾.

(1) المقدمات: 540/2، والبيان: 486/10 و203/12 و85/13 و80/14. قال المقري: «الثلث عند مالك آخر حدّ اليسير وأول حدّ الكثير، فكل

ما دونه يسير، وكل ما فوقه كثير». 421 (قاعدة 891). وهي في شرح المنجور بلفظ: 367

(2) العقد المنظم: 371.

(3) مخطوط مختصر المتيطي: ورقة 190. وقد نقلها عيش في المنح: 425/7. والمتيطي سبقت ترجمته في ص: 98.

(4) العقد المنظم: 371.

(5) المختصر: 241.

(6) التحفة: 83 (بيت 1117).

(7) قرار محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) عدد 3323، الصادر بتاريخ: 2003/11/31، في الملف المدني عدد 02/6/1/1246.

(8) النواذر: 392/7 و396-397، والمقدمات: 238/2-240، والبيان: 405-406، والمناهج: 414-415، والجامع: 246/5-250.

قال ابن هشام⁽¹⁾: «وُفسخت قبل العمل. فإن فاتت بالعمل وأطعم، قسمت الأرض، والغرس بينهما على الأجزاء التي تعاملًا عليها»⁽²⁾.

واختار ابن الحاج⁽³⁾ أن للعامل أجره مثله فيما غرس⁽⁴⁾.

قال الشيخ خليل مختصراً تردّد المذهب في ذلك بقوله: «وُفسخت فاسدة بلا عمل، وإلا، فهل تمضي ويترادان الأرض والعمل إن جعل للعامل جزء؟ أو إن كان كذلك قيمة غرسه وعمله فقط؟ وإلا ففي كونه كراءً فاسداً أو إجارة فاسدة كذلك؟ قولان تردد»⁽⁵⁾.

خلاصة الكلام إن المغارسة عند أهل المذهب لا تجوز إلا أن يكون الحدّ إلى ما دون الإطعام.

ولا بأس بالتحديد بالإطعام، لأنه وقت معروف، واعتبره ابن أبي زيد مشهور المذهب. أو إلى أجل من السنين دون الإطعام، وإليه ذهب ابن حبيب وابن المواز، الذي له في موضع آخر أن ذلك لا يجوز، إذ قد يتأخّر الإثمار ويتعجّل، وهو غرر.

وإن سكّ المتغارسان عن التحديد أو الأجل قولان. ذهب ابن حبيب إلى أنه يكون إلى الكمال التام. ورأى ابن القاسم أن هذا فاسد حتى يبيّن حدّاً، لأنه لا يدري متى تثمر.

وأما إن كان الحدّ إلى فوق الإطعام فلا يجوز.

وقد ربطت (م ح ع) أجل المغارسة بحدّ الإطعام، بحيث لا يجوز اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام، أو يتجاوز تمامه.

وإذا كانت المغارسة إلى حدّ الإثمار، فأثمر الجل وبقي البعض. رأى ابن القاسم وابن حبيب أن ذلك تبع لما أثمر. ويكون العامل على شرطه، ويسقط عنه العمل في ذلك كله. وذهب سحنون إلى القول أنه إن كان ما ثبت أو بطل له قدر وبال. فإن الأقل لا يكون تبعاً، ويعطى حكم نفسه، فيثبت حقه فيما ثبت، ويبطل فيما بطل. ورأى أشهب أن حقه يثبت في اليسير الذي بلغ، ويبطل من اليسير الذي لم يبلغ.

وإن وقعت المغارسة فاسدة، كأن يكون الغرس إلى أجل لا يثمر النخل دونه، أو من غير حدّ ولا أجل، كان الحكم وفق ما تقدم بيانه في فساد المغارسة لعدم جواز شروطها.

(1) سبقت ترجمته في ص: 89.

(2) المفيد: 348/2.

(3) هو أبو عبد الله محمد بن محمد العبدري المعروف بابن الحاج المغربي الفاسي، كان فقيهاً عارفاً بمذهب مالك، سمع بالمغرب من بعض شيوخه، وقدم القاهرة وسمع بها الحديث وحديث بها، صنّف كتاباً سماه المدخل إلى تنمية الأعمال بتحسين النيات، وكتاب التنبيه على كثير من البدع المحدثّة، توفي سنة 737 هـ. الديباج: 322/2. (رقم 136).

(4) الفتاوى: 457.

(5) المختصر: 241.

المطلب الرابع: المغارسة في القانون

لكي يحافظ الفارس على حقه العيني الذي يصبح مالكا له بعد تمام المغارسة، لأنه قد يتم تحفيظ العقار من قبل مالكه قبل تمام المغارسة، فيواجه الفارس بمبدأ التطهير⁽¹⁾ بالنسبة لحقه، أو يتم تفويته إلى مالك جديد. فهل يمكن للفارس تسجيل عقد المغارسة بالسجل العقاري أو تقييده احتياطياً⁽²⁾ قبل أجل الإطعام، وصيرورته مالكا؟

فإذا كان العقار موضوع المغارسة محفظاً، فإنه لا يمكن تسجيله بالسجل العقاري قبل إتمام الفارس لعمله، لأنه لم يكتسب بعد الحق العيني⁽³⁾ الذي يخوله ذلك، أي ما زالت علاقته بالمالك علاقة شخصية، لأن العقود الممكن تسجيلها هي العقود المنشئة لحق عيني أصلي.

(1) مبدأ التطهير: معناه تطهير العقار بتحفيظه من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به قبل التحفيظ، إذ يصبح ما هو مدون بالرسم العقاري هو عنوان الحقيقة. فتحفيظه يكسبه حجية مطلقة وقوة ثبوتية لا يمكن المساس بها، إذ تشكل نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية الكائنة على العقار. ويمنع إقامة أي دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ. ولا يبقى للمتضرر إلا المطالبة بالتعويض، بعد إثبات التدليس. انظر ف. 62 و 64 من (ظ ت ع). ويرد على هذه القاعدة استثناء أوردتها م. 2 من (م ح ع)، بحيث إذا تبين أن الأمر يتعلق بتدليس أو تزوير، فيمكن التشطيط عليه حتى لو تعلق الأمر بتقييد حسن النية. لأن ثبوت زورية العقد سند التملك الذي انبنى عليه التحفيظ يجعله منعداً غير منتج لأي أثر. لأن الباطل لا يصححه التقييد بالرسم العقاري، وما بني على باطل باطل.

كما اعتبرت محكمة النقض في قرار لها أن: مشتري عقار محفظ خلفا خاصا وليس من الأغيار. ومن ثم يكون غير مشمول بقاعدة التطهير. حيث جاء في حيثياته: «ينتج عن عقد البيع التزام يقع على كاهل البائع بنقل ملكية المبيع خلفه الخاص المشتري بغض النظر عن مقتضيات ف. 83 و 84 من (ظ ت ع). وبذلك فهو غير مشمول بقاعدة التطهير التي لا تتعلق الحقوق الشخصية بتحفيظه تجاه المشتري باعتباره خلفا خاصا له، إذ يبقى ملزما بنقل ملكية العقار المذكور إليه حتى بعد التحفيظ».

قرار عدد 40 الصادر بتاريخ 03 يناير 2012 في الملف المدني عدد 2010/7/1/3870.

ثم توالى قرارات مناقضة جعلت من قاعدة التطهير قاعدة عامة ومطلقة وأمرة، يسري أثرها حتى على الخلف الخاص، ولا مجال معها لإعمال أي استثناء. كالقرار عدد 8/440 الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 2014 في الملف المدني عدد 2014/8/1/1881. والقرار عدد 8/447 الصادر بتاريخ 21 يوليوز 2015 في الملف المدني عدد 2015/1/8/849. والقرار عدد 8/464 الصادر بتاريخ 19 شتمبر 2019 في الملف المدني عدد 2016/8/1/7063.

إلى أن جاء القرار الحديث لمحكمة النقض بجميع غرفها، الذي قضى بعدم إمكانية مواجهة الخلف الخاص بقاعدة التطهير، حيث جاء فيه: «إن البائع باعتباره سلفا للمشتري منه، فإنه لا يعد غيرا بالنسبة لهذا الأخير. وليس له أن يواجهه بعدم إشهار بيعه أثناء سريان مسطرة التحفيظ. وأنه ترتباً على ذلك، فإن البنية المتعلقة بعقار في طور التحفيظ يسري في حق البائع ويلزمه، ويمكن تقييده في اسم المشتري في الرسم العقاري. وأن المحكمة المطعون في قرارها لما لم تراعى ذلك، جاء قرارها فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه، وهو ما عرضه للنقض والإبطال».

قرار عدد 2/189 الصادر بتاريخ 30 يونيو 2020 في الملف المدني عدد 2018/2/1/226.

كما لا يمكن الاحتجاج بالتطهير الناتج عن تحفيظ العقار تجاه الأملالك الجبسية. انظر ص: 329-330 من هذا البحث.

(2) التقييد الاحتياطي: هو إجراء يقوم به صاحب حق شخصي منصب على عقار، تعذر عليه تسجيله في السجلات العقارية لسبب من الأسباب، ليضمن لنفسه هذه الإمكانية في المستقبل، عند زوال المانع بتاريخ التقييد المذكور. في انتظار تمكن المستفيد منه من التقييد النهائي، بعد استكمال قانونية العقد موضوع التقييد، أو انقضاءه بأحد الأسباب المحددة قانوناً. فيتم التشطيط عليه. وكل ذلك بأثر رجعي ينسحب إلى تاريخ تضمين التقييد الاحتياطي. انظر التحفيظ العقاري والحقوق العينية للكزبري: 126/1. وكذا ف. 85 من (ظ ت ع).

(3) الحق العيني: هو سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء مادي معين بالذات، تخوله القيام بأعمال معينة تتصل بهذا الشيء تحقيقاً لمصلحة له. للتوسع انظر: المواد 8-10 من (م ح ع)، ونظرية العقد للعبدلاوي: 9-17، ونظرية الحق له أيضاً: 45/2-49، والتحفيظ العقاري والحقوق العينية للكزبري: 1/138، والحقوق العينية لابن معجوز: 21-22.

أما بالنسبة للتقييد الاحتياطي، فإنه يكون من حق الغارس أن يتقدم بطلبه للاحتفاظ بحقه مؤقتاً. فإذا أتم عمله، تحوّل حقه الشخصي⁽¹⁾ إلى حق عيني، ويتم تسجيله بالسجل العقاري بالترتبة نفسها التي كانت له في تاريخ التقييد الاحتياطي. وإن أخفق في إتمام عمله، شطب على التقييد الاحتياطي. وذلك لأن نطاق التقييدات الاحتياطية غير محصور في الحقوق العينية المترتبة على العقار المحفظ، بل تشمل الحقوق الشخصية أيضاً، لورود لفظة (حق) في ف.85 (ظ ت ح)⁽²⁾ بصيغة نكرة. فهو نص عام يشمل كل حق كيفما كان، عينياً أو شخصياً، فإنه يكون قابلاً للتقييد الاحتياطي.

كما أن ورود ف.85 المذكور في القسم المخصّص لإشهار الحقوق العينية العقارية المقامة على العقارات المحفظة وفي تسجيلها في السجلات العقارية، لا يمكن اعتباره مقيّداً أو مخصّصاً للحق العيني دون الحق الشخصي في إمكانية التقييد.

أما إذا كان العقار في طور التحفيظ، فقد خوّل ف.84 (ظ ت ح)⁽³⁾ للغارس إمكانية تقييد هذا الحق، حتى يكون حجة فيما بينه وبين المالك، وكذا بين الغير إذا تم تفويته، فإنه يفوت مثقلاً بحقه.

وإذا كان حق الكراء الذي تتجاوز مدته ثلاث سنوات، وهو من الحقوق الشخصية الخاضعة للإشهار طبقاً ف.65 (ظ ت ح)⁽⁴⁾، يمكن المكري من إيداع عقد كرائه وتحويله إلى تعرض طبقاً ف.84 (ظ ت ح)، فإنه من الأولى تطبيقه على حق الغارس، الذي يعتبر أقوى من حق المكري؛ لقوة احتمال صيرورته حقاً عينياً.

وببلوغ الشجر أجل الإطعام تنتقل ملكية الشجر والأرض إلى الغارس، ويكتسب حقه العيني، وتصير الأرض والشجر ملكاً شائعاً بين مالك الأرض والغارس بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها في عقد المغارسة. وذلك بعد الإشهاد عليه في محرر رسمي أو خبرة قضائية وفق ما نصت عليه م.267 من (م ح ع).

(1) الحق الشخصي: هو سلطة مقررة قانوناً لشخص تجاه شخص آخر، تخوّل للأول (وهو الدائن) أن يجبر الثاني (وهو المدين) على إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به. انظر: نظرية العقد للعبدلاوي: 9-17، ونظرية الحق له أيضاً: 45/2-49، والتحفيظ العقاري والحقوق العينية للكزبري: 138/1.

(2) ينص ف.85 على أنه: «يمكن لكل من يدعي حقاً على عقار محفظ أن يطلب تقييده احتياطياً للاحتفاظ به مؤقتاً».

(3) ف.84: «إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار، أمكن لصاحبه من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك، ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات».

(4) انظر ف.65 من (ظ ت ح).

فيكون للغارس ممارسة حق الشفعة⁽¹⁾ إذا باع مالك الأرض حصته، كما يكون له حق طلب القسمة الرضائية أو القضائية للخروج من حالة الشيع⁽²⁾، حيث يستقل كل واحد منهما بحصته من الأرض والشجر. ومن ثم تتحقق لكل واحد ملكية مفرزة.

وهذا التوجه قد أقره القضاء قبل صدور (م ح ع)، حيث أكدت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في قرار لها جاء فيه: «يكتسب الغارس صفة المالك متى بلغ الغرس حد الإطعام، أو انقضى الأجل الذي حدد للغرس.... ويكون له عند اكتسابه صفة المالك ممارسة حق الشفعة في حالة بيع حصة شريكه من الأرض والشجر».⁽³⁾

خلاصة الكلام أنه إذا كان العقار موضوع المغارسة محفظاً، فإنه لا يمكن تسجيله بالسجل العقاري قبل إتمام الغارس لعمله، لأنه لم يكتسب صفة المالك بعد.

ويكون من حق الغارس أن يتقدم بطلب التقييد الاحتياطي للاحتفاظ بحقه مؤقتاً. فإذا أتم عمله، تحول حقه الشخصي إلى حق عيني، ويتم تسجيله بالسجل العقاري. وإن أخفق في إتمام عمله، شطب على التقييد الاحتياطي.

أما إذا كان العقار في طور التحفيظ، فإنه يمكن للغارس تقييد هذا الحق بسجل التعرضات؛ حتى يكون حجة فيما بينه وبين المالك، وكذا بين الغير إذا تم تفويته. وبذلك يكون المقنن قد حاول أن يوفر للغارس نوعاً من الحماية عن طريق تنظيمه لهذه المقتضيات القانونية.

وببلوغ الشجر أجل الإطعام تنتقل ملكية الشجر والأرض إلى الغارس، ويكتسب الغارس صفة المالك على الشيع بينه وبين مالك الأرض بحسب الحصة المتفق عليها، وذلك بعد الإشهاد عليه في محرر رسمي أو خبرة قضائية.

وبالرغم من أن (م ح ع) قد حاولت قدر الإمكان استيعاب ما أفرزته الممارسة التعاقدية المبنية على الأعراف السائدة، إلا أنها لم تفصل في أحكام المغارسة، ولم تتعرض لكثير من مسائلها. غير أنه بمقتضى مادة الإحالة التي نصت عليها في (م.1)، فإنه يمكن تنزيل أحكام الفقه المالك على ما يقارن عقد المغارسة من شروط وآجال.

(1) الشفعة عرفتها م. 292 من (م ح ع) بقولها: «الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصروفات العقد اللازمة والمصروفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء».

(2) الشيع: ثبوت الحق في كل جزئيات الشيء. الملكية الشائعة هي ملكية مشتركة بين عدة أشخاص على شيء يكون فيها لكل من الشركاء حصة معلومة القدر في كل جزء من أجزاء الشيء المشترك، دون أن تكون هذه الحصة مفرزة عن سواها من الحصة. وعلى هذا ورد في ف. 690 من (ق ل ع) أنه: «إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشيوع فإنه يوجد في حالة قانونية تسمى الشيوع أو شبه الشركة». وانظر الحقوق العينية لابن معجوز: 121، والتحفيظ العقاري والحقوق العينية للكزبري: 15/2.

(3) قرار عدد 3323 الصادر بتاريخ: 2003/11/31، في الملف المدني عدد 02/6/1/1246.

المبحث الرابع: عقد الوديعة بأجر

من مقاصد الشرع صون الأموال على الناس، وحفظها أحد الضروريات التي تضافرت الشرائع على اعتبارها وصيانتها.

فإذا كانت الوديعة في أصل الشرع من عقود التبرعات، التي تقوم على أساس الرفق والمعونة؛ خلافاً للمعاوضات، إذ لا تستوجب بدلاً عن الحفظ، بحيث يكون متبرعاً بحفظ مال من استودعه إياه، واثمنه على صونه.

غير أنه إذا وجد اتفاق بين طرفيها على أخذ الأجر مقابل الحفظ؛ كانت وديعة بأجر، وخرجت بذلك من نطاق عقود التبرعات إلى نطاق عقود المعاوضات، وبذلك تكون قد أخذت حكم الإجازات، واعتبر الوديع فيها أجيراً.

والوديعة بهذا الوصف هي موضوع هذا البحث. واقتضى المقام تناولتها في أربعة مطالب.

أفردت **المطلب الأول** للحديث عن حقيقة الوديعة، وأصل جوازها.

وعقدت **المطلب الثاني** للكلام على شرط الضمان، وهل الوديعة أمانة أم مضمونة؟

وإذا أودع الوديع وديعته بشرط ضمانها، هل يلزم شرطه، أم أنه يخرجها عن حقيقتها، ويخالف ما يوجب حكمها فلا يعتبر؟

وإذا تطوَّع المودع بالتزام الضمان بعد انعقاد العقد، هل يلزمه ذلك أم لا؟

وهل تنفسخ الوديعة بمجرد التعدي، فتزول لزوال الائتمان، أم أنها تعود إذا زال التعدي؟

وفي **المطلب الثالث** تطرقت لمسألة الأجل في الوديعة، وهل الوديعة عقد جائز من الجانبين، بحيث يحق لكل واحد منهما فسخه متى شاء، أم أنه من العقود اللازمة، بحيث لا يكون لأحدهما التحلل منه، دون توقّف على رضى الآخر أو قبوله؟

وإذا كانت الوديعة بأجر، هل تكون لازمة؛ لصيرورتها إجارة على الحفظ، واعتبار الوديع فيها أجيراً، أم يكون لأحدهما فسخها بإرادته المنفردة قبل تمام المدة؛ كسائر الإجازات؟ على أن كان مدار **المطلب الرابع** على شرط أخذ الأجر، وهل يجوز اشتراط أخذ الأجر على حفظ الوديعة؟

وهل يجوز اشتراط أخذه على موضع شغلها؟

وهل إن أخذ الأجر في الوديعة يغيّر شيئاً من أحكام الأمانة أو الضمان فيها؟

المطلب الأول: حقيقة الوديعة بأجر

لمادة (و د ع) في الاستعمال اللغوي إطلاقات متعددة. قال ابن فارس: «الواو والذال والعين، أصل واحد يدل على الترك والتخلية»⁽¹⁾. وهي من استودع. وأنشد الصغاني⁽²⁾:

وَمَا الْمَالُ وَالْأَهْلُونَ إِلَّا وَدِيعَةٌ ❖ وَلَا بُدَّ يَوْمًا أَنْ تُرَدَّ الْوَدَائِعُ.

وودع الشيء: صانه. قال الكسائي⁽³⁾: «يقال أودعته مالاً، أي دفعته إليه يكون وديعة عنده، أو أخذته منه وديعة». وأودعته: قبلت وديعته. واستودعته وديعة، إذا استحفظته إياها. وهو من الأضداد.⁽⁴⁾ لكن الفعل في الدفع أشهر.⁽⁵⁾ وجعل ابن عرفة الوديعة في اللغة بمعنى الأمانة، واعتبرهما مرادفين.⁽⁶⁾

وفي عرف الفقهاء، فقد استعملت بمعنى: الاستئابة في حفظ المال، قاله ابن الحاجب،⁽⁷⁾ ومثله ابن شاس،⁽⁸⁾ وتابعهما ابن جزي.⁽⁹⁾ واعتبرها الشيخ خليل توكيلاً بحفظ مال.⁽¹⁰⁾

وعرّفها ف.781 من (ق ل ع) بقوله: «الوديعة عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئاً منقولاً إلى شخص يلتزم بحفظه وبرده بعينه».

وقد استدلل العلماء على جواز الوديعة بقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا»⁽¹¹⁾، قال ابن العربي: «لو فرضناها نزلت في سبب، فهي عامة بقولها، شاملة بنظمها لكل أمانة. وهي أعداد كثيرة، من أمهاتها في الأحكام: الوديعة»⁽¹²⁾.

كما استدلوا بقوله ﷺ: «قُلُوبُ الَّذِينَ آمَنُوا آمَنَتْ»⁽¹³⁾، وكذا قوله ﷺ: «يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ»⁽¹⁴⁾.

(1) المقاييس: مادة (ودع).

(2) سبقترجمته في ص: 22.

(3) هو علي بن حمزة المعروف بالكسائي، إمام الكوفيين في النحو واللغة، وأحد القراء السبعة المشهورين، سمع من ابن أرقم وابن عياش وابن غبينة وغيرهم، وروى عنه الفراء وابن سلام وجماعة. صنف كتاب معاني القرآن وكتاب الآثار في القراءات وكتاب مختصر النحو. توفي سنة 180 هـ. الانباه: 247-256/2 (رقم 456)، والبغية: 165-162/2 (رقم 1701).

(4) يقصد بالأضداد في اصطلاح اللغويين: الكلمات التي تؤدي إلى معنيين متضادين بلفظ واحد.

(5) انظر: العين والتهديب والصّحاح والمجمل والمصباح واللسان والتاج: مادة (ودع).

(6) المختصر: 186/7، والهداية (شرح الحدود): 448.

(7) جامع الأمهات: 404.

(8) الجواهر: 850.

(9) القوانين: 615.

(10) المختصر: 223.

(11) سورة النساء، جزء من الآية: 57.

(12) أحكام القرآن: 571/1. وانظر جامع القرطبي: 425/6.

(13) سورة البقرة، جزء من الآية: 282.

(14) سورة الأنفال، الآية: 27.

ودليل مشروعيتهما من السنة: حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنِ اسْتَأْمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»⁽¹⁾. وأداء الأمانات من علامات الإيمان وعمل المؤمنين، والخيانة من علامة النفاق وعمل الفساق.⁽²⁾

وروي أنه: «كَانَتْ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَدَائِعُ تَرْكُهَا عِنْدَ أُمِّ أَيْمَنَ⁽³⁾ لَمَّا هَاجَرَ، وَأَمَرَ عَلِيًّا أَنْ يُؤَدِّيَهَا لِأَرْبَابِهَا»⁽⁴⁾.

وظاهر المذهب أن الإيداع مندوب إليه، لمن علم من نفسه الأمانة، ولم يكن المال يخاف عليه. وقد يعرض له الوجوب؛ كالخوف على المال عند ربّه من ظالم. فيكون حينئذ صونه فرضاً على الكفاية.⁽⁵⁾

وزهب ابنُ شعبان⁽⁶⁾ إلى أن الإيداع غير واجب، حيث قال: «من سئل قبول الوديعة، ليس عليه قبولها وإن لم يوجد غيره». حكاه ابنُ رشد، وزاد: «لأن الله تعالى أمره بالأداء، ولم يأمره بالقبول. أما إذا لم يجد من يستودع سواه، فيلزمه القبول قياساً على من دُعي إلى الشهادة»⁽⁷⁾. وأضاف ابنُ عرفة: «ما لم يتعيّن عليه قبولها بهلاكها إن لم يقبلها، مع قدرته على حفظها»⁽⁸⁾. ويعرض له التحريم؛ كالمال المغصوب يحرم قبوله، لأن إمساكه إعانة على عدم ردّه لمالكه.⁽⁹⁾

والغرض المقصود أساساً من هذا العقد، هو إسداء النفع للمودع، وتقديم العون له بحفظ أعيانه مدة من الزمن.

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، (رقم 3535). والترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي للمسلم أن يدفع إلى الذمي الخمر يبيعها له، (رقم 1264). وقال: «حسن غريب». (542/2). والحاكم في مستدركه، كتاب البيوع، (برقم 2331). وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه». (239/3). والبيهقي في السنن الكبير، كتاب الدعوات والبيّنات، باب أخذ الرجل حقه ممن يمنعه إياه، (رقم 21342). وفي الصغير، كتاب الفرائض، باب أداء الأمانة فيما أوصى إليه أو دفع إليه، (رقم 2339). والدارمي في مسنده الجامع، كتاب البيوع، باب في أداء الامانة واجتناب الخيانة، (رقم 2799). والطبراني في الأوسط، باب الرأى، باب من اسمه رجاء (رقم 3595).

(2) المقدمات: 456/2، والمناهج: 228/9.

(3) هي أم أيمن خادمة رسول الله ﷺ وحاضنته، وهي أم أسامة بن زيد، ورثها من أبيه ثم أعتقها، من المهاجرات الأولى، اسمها برجة. روي أن النبي ﷺ كان يقول لها: يا أمّهُ، ويقول: هذه بقية أهل بيتي. لها في مسند بقي خمسة أحاديث. اختلف في وفاتها، قال الواقدي: ماتت في خلافة عثمان. الاستيعاب: 1793-1795 (رقم 3252)، والسير: 223/2-227 (رقم 24).

(4) الخبر وإن كان شائعاً في كتب الفقه، إلا أنه غير موجود في المصادر الحديثية؛ إلا في سنن البيهقي الكبير، فقد رواه في كتاب الوديعة، باب ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات، (رقم 12823) عن عبد الرحمن بن عُويم بن ساعدة. وجاء في سيرة ابن هشام بلاغا عند ذكره حديث الخروج إلى الهجرة، (من كان يعلم بهجرة الرسول ﷺ) أن ابنَ إسحاق رواه بإسناد قوي. وزاد: «وليس بمكة أحد عنده شيء يخاف عليه إلا وضعه عنده، لما يعلم صدقه وأمانته». السيرة: 485.

(5) الذخيرة: 138/9.

(6) سبقت ترجمته في ص: 129.

(7) المقدمات: 465/2.

(8) المختصر: 190/7. وقد حكى قول ابن شعبان بعد ابن عرفة الخطاب في المواهب: 269/7 و294، وغلّيش في المنح: 5/7.

(9) فتاوى البرزلي: 259/5، وكفاية الطالب الرباني للمنوفي: 252/2، والتبصرة: 5977.

خلاصة القول، إن الوديعة هي استئابة أو توكيل في حفظ المال، استدل العلماء على جوازها بعموم الأدلة التي تأمر بأداء الأمانات.

وظاهر المذهب أن الوديعة مندوب إليها، وقد يعرض لها الوجوب؛ خلافاً لابن شعبان، الذي ذهب إلى أنها غير واجبة على من سئل قبولها، وإن لم يوجد غيره.

كما يعرض له التحريم؛ كالمال المغصوب.

والغرض المقصود أساساً منها، هو إسداء النفع، وتقديم العون.

المطلب الثاني: شرط الضمان

من جلّ المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار في الوديعة، أنهم اتفقوا على أنها أمانة لا مضمونة، إلا ما حُكي عن عمر رضي الله عنه. قال المالكيون: والدليل على أنها أمانة، أن الله تعالى أمر بردّ الأمانات، ولم يأمر بالإشهاد.⁽¹⁾

فالوديعة أمانة في يد الوديع، لا تضمن بغير تعدّيه⁽²⁾ أو تفريطه،⁽³⁾ سواء كانت بأجر أو بدونه، حيث إن أخذ الأجرة في الوديعة لا يغيّر شيئاً من أحكام الأمانة أو الضمان فيها.

قال ابن القاسم: «ولا يضمن المودع ما أودعه؛ إلا أن يتعدّى فيه»⁽⁴⁾. ومثله ابن الجلاب قائلاً: «وليس على المودع عنده ضمان الوديعة إلا أن يتعدّى»⁽⁵⁾. واعتبر اللخمي الودائع أمانات، ومصيبتها من أربابها؛ إلا ما قام الدليل على تصرف المودع فيها.⁽⁶⁾

وسئل أبو القاسم بن خجّو⁽⁷⁾ عن رجل أودع وديعة عند رجل آخر ممّن لا تهمة فيه، فهلكت، فهل عليه غرم؟ فأجاب: لا ضمان على الأمين إن لم يتعدّد أو يفرط.⁽⁸⁾

وقد تبني المقتن هذه الأحكام حينما نص في ف.806 من (ق ل ع) على أنه: «يضمن المودع عنده هلاك الشيء أو تعييبه الحاصل بفعله أو بإهماله.... وهو يسأل أيضاً عن عدم اتخاذ الاحتياطات التي يشترطها العقد».

كما يضمن المودع عنده الهلاك أو الضرر الناتج من أي سبب كان يمكنه التحرز منه عندما يأخذ أجراً عن حفظ الوديعة، وفق ما نص عليه ف.807.

(1) البداية: 125/4. وقد روي أن علياً وابن مسعود قالاً: «لَيْسَ عَلَى مُؤْتَمَنِ ضَمَانٍ». رواه البيهقي في السنن الكبير، كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن، (رقم 12825).

(2) التعدي: ما اعتبر شرعاً أو عادة تجاوزاً لما ينبغي للوديع الاقتصار عليه. عزّفه ابن عرفة بقوله: «التصرف في شيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه». الهداية: 351. والمعتدي يفارق الغاصب: لأن المعتدي جنى على بعض السلعة، والغاصب أخذها. جامع الأمهات: 415.

(3) التفريط: ما يعدّ في عرف الناس تهوؤاً في الحفظ والصون لا يفعله العاقل بماله. وقد صاغ ذلك قاعدة صاحب البيهجة بقوله: «التفريط أن يفعل ما لا يفعله الناس». البيهجة: 286/2.

(4) الجامع: 365/9.

(5) التفريع: 269/2. وقد وردت قاعدة عند ابن رشد بلفظ: «المؤتمن لا ضمان عليه». البيان: 135/8. وعند القرافي بلفظ: «الأصل في الوديعة عدم الضمان». الفروق 185/4، وعند ابن عبد البر بلفظ: «لا ضمان على المودع». الكافي: 802.

(6) التبصرة: 6000.

(7) سبقت ترجمته في ص: 144.

(8) نوازل العلوي: 381/2. لأن «الأصل عصمة الأموال وحفظها على أربابها». الذخيرة: 204/13. فالقول بعدم وجوب الضمان مرجعه إلى القاعدة القائلة بأن «كل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه». المبدع لبن مفلح: 10/5. فالأمانات لا تنقلب مضمونة بالشرط. فكل ما كان أمانة أو مضموناً لا يزول عن حكمه بالشرط.

وإذا أودعها بشرط الضمان، فالمذهب على أنه لا يضمن. وبالجمله، فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعة؛ إلا أن يتعدى.⁽¹⁾ واعتبر ابنُ حارث هذا الشرط باطلاً ولا يلزم.⁽²⁾ قال الشيخ خليل عطفاً على ما يحرم: «ولا إن شرط عليه الضمان».⁽³⁾

وقد علّل الفقهاء ذلك بأن هذا الشرط منافٍ لمقتضى العقد ومفوّت لموجبه، فلا يعتبر. قال الزرقاني: «الإيداع أمانة، والأصل فيه عدم الضمان عند التلف إلا التفريط. فشرط ضمانها يخرجها عن حقيقتها، ويخالف ما يوجبه الحكم».⁽⁴⁾

كما نبّه عبد الوهاب على هذا التعليل، بعد أن حكى حصول الاتفاق على أن الوديعة غير مضمونة، فذكر أن علّة الضمان والتّبرية تستتبّط من أن الوديعة ملك صاحبها، فكان ضمانها منه، كما أن الوديعة لا منفعة فيها على قابضها على حال، فلهذا لم يضمن.⁽⁵⁾

وهذا ما نص عليه ف.806 من (ق ل ع) حينما حدد موجبات الضمان، فاعتبر أن كل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر.

وكذا ف.809 الذي جاء فيه: «يكون باطلاً كل اتفاق من شأنه أن يحمل المودع عنده تبعة الحادث الفجائي أو القوة القاهرة».

وقد استثنى بعض أهل المذهب من القول بالمنع ما إذا تطوع المرء بالتزام الضمان بعد انعقاد العقد. فقد سئل الشعبي⁽⁶⁾ عن التزام الضمان فيما سنته ألا ضمان فيه، مثل أن يأخذ الوديعة على الضمان، فأجاب: «من التزم الضمان في شيء سنته ألا ضمان عليه، أن الضمان لا يلزمه؛ ما لم يتبرع بالضمان وطاع به بعد تمام العقد».⁽⁷⁾

وقال الونشريسي: «نص الفقهاء على أن التزام ما يخالف سنة العقود شرعاً من ضمان أو عدمه ساقط على المشهور؛ كالوديعة على الضمان. وحمل ابنُ زرب⁽⁸⁾ ما قالوه على ما إذا كان الالتزام عند العقد حتى يكون ذلك على الوجه المناقض للشرع، فيجب حينئذ أن يبقى الحكم تابعاً للمشروع، حيث قال: فلو تبرع بالضمان وطاع به بعد تمام العقد؛ لجاز ذلك».⁽⁹⁾

(1) البداية: 126/4.

(2) أصول الفتيا: 377. وابنُ حارث سبقت ترجمته في ص: 127.

(3) المختصر: 223.

(4) الزرقاني: 209/6، والمواهب: 278/7، والمنح: 17/7، والخرشي: 112/6، وحاشية الدسوقي: 422/3-423.

(5) شرح المازري: 1129/3-1130.

(6) هو عبد الرحمن بن قاسم الشعبي، يكنى أبا المطرف، من أهل مالقا. روى عن ابن أبي الربيع وقاسم المأموني وأبي الطاهر بن حمزة وغيرهم. كان فقيهاً ذاكرةً للمسائل وشووراً في بلده في الأحكام. من تأليفه: كتاب الأحكام. توفي سنة 497هـ. الصلاة: 329، وفهرس ابن عطية: 96.

(7) الأحكام: 226.

(8) هو ابنُ زرب بن يزيد بن مسلمة، من أهل الأندلس، عني بالرأي فتقدم فيه، وكان من أحفظ أهل زمانه لمسائل مذهب مالك، وأفقههم به، وكان بصيراً بالعربية والحساب، ومستبصراً في المسائل، وحافظاً للأصول، وحاذقاً بالفتوى. سمع من ابن أصبغ وابن أبي حليم وطبقتهما. ألّف كتاب الخصال المشهور في الفقه على مذهب مالك. توفي سنة 317هـ. المدارك: 114/7-118، والديباج: 230/2-231 (رقم 57).

(9) إيضاح المسالك: 125.

وإذا قبل الوديعة، فإنه يكون مأموراً بحفظها وحياطتها بما يحفظ به ماله.⁽¹⁾

وهذا ما نص عليه ف.791 من (ق ل ع): «على المودع عنده أن يسهر على حفظ الوديعة بنفس العناية التي يبذلها في المحافظة على أموال نفسه...».

أما إذا ضاعت بما شق الاحتراز منه، فلا ضمان فيه.⁽²⁾

وهل تنفسخ الوديعة بمجرد التعدي، فتزول لزوال الائتمان، لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي، فلا تعود، أم أنها تعود إذا زال التعدي؟

قال القرافي: «الأصل في الحكم انتفاؤه لانتفاء علته، وقد زال التعدي، فيزول الضمان».⁽³⁾

وقال ابن جزي: «وإذا عاد إلى الوفاق ومعاودة الحفظ للمالك، برئ من الضمان وبقي مستمراً».⁽⁴⁾

فمتى وجدت الأمانة، فالإسناد موجود لوجود علته.

حاصل القول، أن الوديعة مبناهما على الأمانة، ولا ضمان على مؤتمن؛ ولو اشترطه الوديعة؛ ما لم يحصل موجب للضمان من تعدٍّ أو تفريط، لأن اشتراط الضمان على الأمين باطل، وجعل ما أصله أمانة مضموناً بالشرط لا يصح.

كما أن شرط ضمانها يخرجها عن حقيقتها، ويخالف ما يوجبها حكمها، فلا يعتبر؛ ما لم يتطوع المودع بالتزام الضمان بعد انعقاد العقد، فإنه يجوز.

(1) الإشراف: 148/9، والمعونة: 1204، والمقدمات: 466/2.

(2) المواهب: 158/1.

(3) الذخيرة: 172/9. لأن «العلة إذا زالت هل يزول الحكم بزوالها أم لا؟» إيضاح المسالك: 59 (قاعدة 6)، وشرح المنهج المنتخب: 120. وقال القرافي في موضع آخر: «الأمانة لا تعود بعد الخيانة». الذخيرة: 173/9.

(4) القوانين: 616. وقد نظم المتحف موجبات الضمان قائلًا:

وَيَضْمَنُ الْمُدْعَى مَعَ ظُهُورِ ❖ مَخَايِلِ التَّضْيِيعِ وَالتَّقْصِيرِ

التحفة: 92 (بيت 1289).

وانظر موجبات ضمان الوديعة في: جامع الأمهات: 404، والجواهر: 850، والذخيرة: 161/9، والكافي: 801.

المطلب الثالث: الأجل في الوديعة بأجر

الأصل في الإيداع أنه عقد جائز من الجانبين، فلكل واحد منهما حق فسخه والتحلل منه متى شاء، دون توقف على رضى الآخر أو قبوله.⁽¹⁾

وعلى ذلك، فمتى أراد المودع استرداد وديعته، لزم الوديع ردّها إليه، ومتى أراد الوديع ردّها لصاحبها لزمه أخذها منه، لعموم قوله ﷺ: «لَنْ أَلَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا أَلَا مَنَنْتِ إِلَى أَهْلِهَا»⁽²⁾.

قال ابن جزي: «لكل واحد منهما حلّها متى شاء»⁽³⁾.

وقال الشيخ خليل: «ولكل تركها»⁽⁴⁾.

غير أنه إذا كانت الوديعة بأجر، بحيث لم يكن الوديع متبرعاً بالحفظ، فقد ذهب أهل المذهب إلى لزوم عقد الوديعة لصيرورته إجارة على الحفظ، واعتبار الوديع فيه أجيراً. وبذلك لا يكون لأحد من الطرفين أن يفسخه بإرادته المنفردة قبل تمام المدة؛ كسائر الإجازات.

ويحصل رد الوديعة برفع اليد، والتخلية بينها وبين صاحبها، على وجه يجعله متمكناً من رقبته دون مانع.

وقد تناول المقتن هذه الأحكام حينما أكد على أنه لا يجوز للمودع عنده أن يجبر المودع على استرداد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه، ما لم تدعه إلى ذلك مبررات خطيرة.

ولكن يجب عليه أن يرد الوديعة للمودع بمجرد أن يطلب هذا منه ردّها ولو كان الاتفاق قد حدد أجلاً معيناً لرد الوديعة.⁽⁵⁾

كما اعتبر المودع عنده مماطلا في رد الوديعة بمجرد تأخره في القيام به بعد طلب المودع منه ذلك، ما لم تكن له مبررات مشروعية للتأخير.⁽⁶⁾

وأعطى للمستودع الحق في رد الوديعة في أي وقت شاء إذا لم يحدد لرد الوديعة أجل، بشرط ألا يحصل منه ذلك الرد في وقت غير لائق، وبشرط أن يمنح المودع أجلاً كافياً لاسترداد وديعته أو لاتخاذ ما تقتضيه الظروف من إجراءات.⁽⁷⁾

(1) القوانين: 615.

(2) سورة النساء، جزء من الآية: 58.

(3) القوانين: 615.

(4) المختصر: 224. وانظر: المواهب: 294/7، والمنع: 45/7، وشرح الزرقاني: 223/6، وشرح الخرشى: 119/6.

(5) انظر: ف. 794 من (ق ل ع).

(6) انظر: ف. 795 من (ق ل ع).

(7) انظر: ف. 794 من (ق ل ع).

خلاصة القول، إذا كانت الوديعة بأجر، فإنها تكون لازمة؛ لصيرورتها إجارة على الحفظ، واعتبار الوديع فيها أجيراً. وبذلك لا يكون لأحد من طرفيها أن يفسخه بإرادته المنفردة قبل تمام المدة؛ كسائر الإجازات.

ويحصل رد الوديعة برفع اليد، والتخلية بينها وبين صاحبها؛ على وجه يجعله متمكناً من رقبته دون مانع.

وقد تناول المقنن هذه الأحكام في معرض حديثه عن الوديعة المأجورة.

المطلب الرابع: شرط أخذ الأجر

اتفق أهل المذهب على عدم جواز اشتراط أخذ أجره حفظ الوديعة؛ بخلاف أجره موضعها. قال ابنُ شعبان⁽¹⁾: «من قبل الوديعة، ثم طلب الأجر عليها، فلا عوض له. وإن كان لها موضع تشغله من دار القابل، وطلب مثل أجر الموضع المشغول، وجب له بذلك».

وأجر الحمل في الإيداع والإقلاع على ربها. وإن احتاجت إلى غلق أو قفل، فعلى ربها. وقيد ابنُ عبد السلام⁽²⁾ وجوب أجره الحمل بكون طالبا ممن تقتضي حاله ذلك، وعدم أجره حفظها بقبضه.

ورأى ابنُ عرفة أن الأظهر نفي الأجر بينهما، لاقتضاء لفظ الإيداع نفيه عرفاً، ودفعها دون لفظ الإيداع، والأظهر فيه ما ذكره ابنُ شعبان⁽³⁾.

ومثله ابنُ شاس قائلاً: «إذا طلب المودع عند الردّ أجراً على حفظ الوديعة لم يكن له، لأن الأمانة إحسان لله تعالى، كالصدقة؛ إلا أن يكون ممن يشغل منزله، فيطلب أجره منزله الذي كانت فيه، فذلك له. لأن الأصل عدم انتقال ملكه عن الأعيان والمنافع إلا بعوض. وإن احتاجت إلى غلق أو قفل فعلى صاحبها، لأن الأصل عصمة ماله»⁽⁴⁾.

وقال ابنُ رشد: «ولا أجر للمودع على حفظ الوديعة، فإن كانت مما يشغل منزله، فطلب أجر الموضع الذي كانت فيه، فذلك له»⁽⁵⁾.

وقريب منه ابنُ جزي حيث قال: «إذا طلب المودع أجره على حفظ الوديعة لم يكن له، إلا أن تكون مما يشغل منزله، فله كراؤه. وإن احتاجت إلى غلق أو قفل، فذلك على ربها»⁽⁶⁾.

واختصر ذلك ابنُ الحاجب بقوله: «وله أجره موضعها دون حفظها»⁽⁷⁾.

وقال الشيخ خليل عطفاً على ما ليس للمودع: «ولا أجر حفظها بخلاف محلها»⁽⁸⁾. قال شارحه عُلَيْش: «أما أجره الحفظ فقد اطردت العادة بإطراحها، وأن المودع لا يطلب أجرته، وبهذا أسقطت. ولأن الحفظ من نوع الجاه، فلا يؤخذ عليه أجره»⁽⁹⁾.

(1) سبقت ترجمته في ص: 129.

(2) سبقت ترجمته في ص: 127.

(3) مختصر ابن عرفة: 222/7-223. وقد نقل قول ابن شعبان كذلك الخطاب في المواهب: 294/7.

(4) الجواهر: 855.

(5) المقدمات: 468/2.

(6) القوانين: 617.

(7) جامع الأمهات: 405.

(8) المختصر: 224.

(9) المنح: 45/7.

وقد أشار المقتن إلى هذه الأحكام حينما اعتبر أن الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر، ومع ذلك يستحق المودع عنده أجراً إذا كان قد اشترطه صراحة، أو إذا ظهر من ظروف الحال وعرف المكان أن المتعاقدين قد قصدا ضمناً منح المودع عنده أجراً معيناً.⁽²⁾

كما ألزم المودع أن يدفع للمودع عنده المصروفات الضرورية التي أنفقها في حفظ الوديعة، وأن يدفع له الأجر المتفق عليه، أو الذي يحدده العرف إن اقتضى الحال ذلك. وعلى المودع أن يعرض المودع عنده عن الأضرار التي يكون الشيء المودع قد سببها له.⁽³⁾

على أنه إذا انقضى عقد الوديعة قبل الأجل المحدد له، لم يستحق المودع عنده الأجر المتفق عليه؛ إلا بنسبة الوقت الذي بقي الشيء خلاله في حفظه، ما لم يتفق على غير ذلك.⁽⁴⁾

خلاصة القول، إن أهل المذهب قد اتفقوا على عدم جواز اشتراط أخذ الأجر على حفظ الوديعة؛ لأن أخذ الأجر عليها ليس من سنتها؛ لأنها أمانة، والأمانة إحسان لله تعالى. وأيضاً لخروجها بأخذ الأجر عليها عن اسمها؛ بخلاف أجر موضعها.

وإن احتاجت إلى غلق أو قفل؛ فعلى صاحبها، لأن الأصل عصمة ماله.

وقد أشار المقتن إلى هذه الأحكام؛ حينما اعتبر أن المودع عنده مستحقاً للأجر إذا كان قد اشترطه، أو كان هناك عرف يقضي ذلك.

كما ألزم المودع أن يدفع للمودع عنده المصروفات الضرورية التي أنفقها في حفظ الوديعة.

لقد تم ما تعلق به الغرض في هذا الباب الأول من البحث وانتجز، وخلص إلى إثبات الأثر الواضح والبيّن للشرط والأجل في عقود المعاوضات المالية، حيث أكد فصله ذلك، وما تخلّلهما من مباحث ومطالب.

وإذ تأكد ذلك، فهل يكون للشرط والأجل الأثر نفسه في عقود الشركات وعقود التبرعات؟

هذا هو موضوع الباب الثاني. فإليكم النظر فيه.

(1) انظر: ف. 790 من (ق ل ع).

(2) انظر: ف. 814 من (ق ل ع).

(3) انظر: ف. 816 من (ق ل ع).

الباب الثاني

أثر الشرك والإجل

في الشرعيات والتبرعات

الفصل الأول

الشركات

تقوم الشركات على أساس الاشتراك في رقاب الأموال، أو ما يخرج من العمل على الإشاعة؛ رجاء العوض

ففضلاً عن عقد الشركة، يعتبر عقد القراض من جنس الشركات، ويسري عليه حكمها؛ لاتفاقهما في الغاية، وهي الحصول على الربح واقتسامه حسب الاتفاق.

كما تنطبق على المزارعة حقيقة الشركات وأحكامها، إذ هي معاقدة على الزرع بين صاحبه والزراع، فيقسم الحاصل بينهما بالحصص المتفق عليهما وقت العقد.

وقد تحدث ابنُ أبي زيد عن المزارعة ضمن أحكام الشركات، وأدخلها فيها. حيث سماها الشركة في الزرع... ولظهور أحكام الشركات في المزارعة.

والمساقاة أيضاً من جنس الشركات، لانطباق حقيقتها وأحكامها عليها، إذ هي معاقدة على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره، وهذه شركة بين رأس المال العيني والعمل مقابل اقتسام المنتج.

فالمزارعة والمساقاة أصلان مخالفان للبيوع والإجازات، لعدم العلم بقدر الأجرة.

وقد أفردت المبحث الأول لتفصيل الكلام على عقد الشركة، وجعلت المبحث الثاني معقوداً للحديث عن عقد القراض، واهتمت في المبحث الثالث ببيان عقد المزارعة، على أن انحصر الكلام في المبحث الرابع على عقد المساقاة.

المبحث الأول: عقد الشركة

يعتبر عقد الشركة من العقود المالية التي حظيت باهتمام بالغ من لدن الفقهاء، المتقدمين والمتأخرين، من خلال بسطه في مصنفاتهم والتكلم عليه والاحتجاج له؛ لإسهامه في استثمار الأموال وتحقيق الربح.

وكان القصد في هذا المبحث؛ التكلم على شركة الأموال دون غيرها من أنواعها، وما يجوز منها من الشروط، وما لا يجوز، على مذهب مالك؛ إذ بُنيت مسائل هذا البحث عليه.

واقترض النظر في **المطلب الأول** التعريف بعقد الشركة، وبيان حكمها، وأصل جوازها، وهل هي من العقود الجائزة التي تسمح لكل واحد من المتشاركين الانفصال عن شريكه متى ما أراد؟

وهل تنعقد باللفظ، أم بالخلط، أم لا تنعقد إلا بالعمل؟

وهل الشركة من العقود الموروثة، أم أنها تنتهي بموت أحد الشركاء؟

وفي **المطلب الثاني** ذكرت من مسائل الشروط ما اشتهر؛ على ما قصدته في هذا البحث. ومن ذلك مسألة الشركة بمالين متفاضلين على الاستواء في الربح والوضيعة، أو الشركة بمالين متماثلين على التفاضل في الربح والوضيعة هل تفسد؟

وماذا لو تبرع أحدهما على الآخر بزيادة في الربح بعد العقد؟

وهل يجوز اجتماع شركة وسلف؛ وإن كلن السلف على وجه الصلة والمعروف؟

وهل خلط المالين من تمام الشركة؟

وتناولت في **المطلب الثالث** مسألة الأجل في الشركة، وهل يجوز تأجيلها وتحديدتها بأجل؟

وإذا أجلت، هل تفسد وتفسخ، أو يبطل الشرط ويصح العقد؟

وهل تجوز الشركة على المدائنة بإذن شريكه؟

وكان **المطلب الرابع** معقوداً للحديث عن المشاركة المتناقصة، باعتبارها صيغة من الصيغ الاستثمارية والتمويلية التشاركية، وهل انضبطت مسائلها المجسدة في المنشور المنظم لها للأحكام العامة للشركة في الفقه المالكي؟

المطلب الأول: التعريف بالشركة

الشركة عند أهل اللغة معناها: الاختلاط والامتزاج. قال الخليل: «هو مخالطة الشريكين، يقال: شركه في الأمر، إذا أدخله معه فيه. وأشرك فلاناً في البيع، إذا أدخله مع نفسه فيه. واشترك الأمر: التبس».⁽¹⁾ وقال الجوهري: «شاركت فلاناً؛ صرت شريكاً له».⁽²⁾ أما ابن فارس فقد قال: «هو أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما. والشركة والشركة سواء. والجمع: شركاء وأشراك».⁽³⁾

وحقيقة الفقهية: أن يملك أحدهما الآخر نصف عرضه، وتحصل أيديهما على جميع المال.⁽⁴⁾ ورسمها ابن الحاجب بقوله: «الشركة: إذن في التصرف لهما مع أنفسهما».⁽⁵⁾ وهو التعريف الذي أورده الشيخ خليل في مختصره قائلاً: «الشركة إذن في التصرف لهما مع أنفسهما».⁽⁶⁾

أما المقنن، فقد عرفها في ف.982 من (ق ل ع) بنصه: «الشركة عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا، لتكون مشتركة بينهم، بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها».

والشركة جائزة على الجملة عند جميع الأمة،⁽⁷⁾ والأصل في جوازها قوله ﷺ: «بَابَعْتُكُمْ أَحَدَكُمْ بِوَرَفِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ»⁽⁸⁾. قال ابن خُوَيْزَمَنْدَادٍ⁽⁹⁾: «تضمنت هذه الآية جواز الشركة».⁽¹⁰⁾

كما تجد الشركة دليل مشروعيتها فيما رُوي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ، مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا».⁽¹¹⁾

(1) العين: مادة (شرك).

(2) الصحاح: مادة (شرك).

(3) المقاييس: مادة (شرك). وانظر أيضاً: التهذيب واللسان والتاج، المادة نفسها.

(4) الإشراف: 66/3.

(5) جامع الأمهات: 393.

(6) المختصر: 212.

(7) المقدمات: 35/3.

(8) سورة الكهف، جزء من الآية: 19.

(9) هو أبو بكر بن خُوَيْزَمَنْدَادٍ، تفقه بالأبهرى، وسمع الحديث، له كتاب كبير في الخلاف، وكتاب في أصول الفقه، وفي أحكام القرآن، وعنده شواذ عن مالك، وله اختيارات وتأويلات على المذهب خالف فيها المذهب في الفقه والأصول، ولم يعرج عليها حذاق المذهب، توفي سنة 390 هـ. المدارك: 77-78/7، والديباج: 229/2 (رقم 65).

(10) جامع القرطبي: 239/13.

(11) رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الشركة، (رقم 3383). والحاكم في مستدركه، كتاب البيوع (برقم 2357). والدارقطني في سننه، كتاب البيوع (رقم 139/2897). والبيهقي في السنن الكبير، كتاب الشركة، باب الأمانة في الشركة وترك الخيانة، (رقم 11424). وفي سننه الصغير، كتاب البيوع، باب الشركة، (رقم 2103). قال ابن حجر في التلخيص (109/3): «صححه الحاكم وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان وقد ذكره ابن حبان في الثقات، لكن أعله الدارقطني بالإرسال، فلم يذكر فيه أبا هريرة. وقال: إنه الصواب».

وأيضاً ما رُوي عن سليمان بن أبي مسلم⁽¹⁾ أنه قال: «سألت أبا المنهال⁽²⁾ عن الصرف يداً بيد، فقال: «اشترَيْتُ أَنَا وَشَرِيكَ لِي شَيْئاً يَدَا بِيَدٍ وَنَسِيئَةً»⁽³⁾.

ومنها أيضاً ما رُوي عن زهرة بن مَعْبِد⁽⁴⁾ أنه «كان يخرج به جده عبدالله بن هشام⁽⁴⁾ إلى السوق، فيشتري الطعام، فيلقاه ابنُ عمر وابنُ الزبير، فيقولان له: «أَشْرِكْنَا مَعَكَ، فَإِنَّ النَّبِيَّ قَدْ دَعَا لَكَ بِالْبَرَكَةِ، فيشركهم»⁽⁵⁾.

ولا يكون الرجل شريكاً للرجل؛ إلا إذا شاركه في رقاب الأموال على الإشاعة. وأما إن لم يشاركه في رقاب الأموال، فليس شريك، وإنما هو خليط. فكل شريك خليط، وليس كل خليط شريكاً. والخلطة أعم من الشركة، قال الله ﷻ في الخليط: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾⁽⁶⁾. وقال ﷻ في الشركة في عين المال على الإشاعة: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَّجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ مُتَشَكِّسُونَ وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ هَلْ يَسْتَوِيَانِ مَثَلًا لِّلْحَمْدِ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ﴾⁽⁷⁾.⁽⁸⁾

قال القرطبي: «إطلاق الخلطاء على الشركاء فيه بُعد. وقد اختلف العلماء في صفة الخلطاء، وأكثرهم هو أن يأتي حل واحد بغنمه فيجمعها راع واحد»⁽⁹⁾.

والشركة مبناهما على المعروف والتعاون على إقامة المعاش للشريكين.⁽¹⁰⁾ وهي رخصة في بابها الذي تختص به.⁽¹¹⁾

ولا ينبغي للحافظ لدينه أن يشارك إلا أهل الدين والأمانة، لا مشاركة من يُتهم في دينه ومعاملته، ممن يعمل بالربا والخيانة والتخليط في التجارة. قاله ابنُ حبيب.⁽¹²⁾

(1) هو سليمان بن أبي مسلم الأحول، روى عن طاوس وعطاء ومجاهد وخلق سواهم، وروى عنه ابنُ عُيَيْنَةَ وشعبة وابنُ ذَكْوَانَ وغيرهم. وثقه أحمد وابنُ مَعِين والعجلي وأبو حاتم والنسائي. وذكره ابنُ حبان في الثقات. وروى له الجماعة. لم أقف على تاريخ وفاته. تهذيب الكمال: 63-62/12 (رقم 2563)، والتهذيب: 218/4.

(2) هو أبو المنهال سَيَّار بنُ سلامة، روى عن الحسن البصري وشهر بن حوشب وصفوان بن محرز. وغيرهم. وروى عنه حماد بن سلمة وشعبة بن جَحَّاج وسُور العنبري وغيرهم. وثقه ابنُ مَعِين والنسائي. وقال أبو حاتم: صدوق صالح الحديث. روى له الجماعة. توفي سنة 129 هـ. تهذيب الكمال: 310-308/12 (رقم 2667)، والتهذيب: 291-290/4 (رقم 498).

(3) طرف من حديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب الاشتراك في الذهب والفضة وما يكون فيه الصرف (برقم 2497 و2498).

(4) هو زهرة بن مَعْبِد أبو عقيل. حدث عن ابنِ عمر وابنِ المسيَّب وغيرهما. وثقه النسائي. وقال أبو حاتم: مستقيم الحديث لا بأس به. روى له الجماعة سوى مسلم. توفي سنة 127 هـ. تهذيب الكمال: 399/9 (رقم 2008)، والتهذيب: 341/3 (رقم 634)، والسير: 147/6 (رقم 58).

(5) طرف من حديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب الشركة في الطعام وغيره، (برقم 2502).

(6) سورة ص، جزء من الآية: 23.

(7) سورة الزمر، جزء من الآية: 28.

(8) المقدمات: 33/3.

(9) الجامع: 172/18.

(10) الموافقات: 481/3.

(11) التنبيهات: 1567-1566.

(12) النوادر: 349/7، والذخيرة: 20/8.

والشركة للريح والكسب ابتغاء الارتفاق؛ ثلاثة ضروب: شركة الأموال، وشركة الأبدان، وشركة الوجوه؛ وهي شركة الذمم.

شركة الأموال، وهي موضوع هذا المبحث من البحث، فعلى نوعين: مفاوضة وعنان.

فأما **شركة المفاوضة**، فهي إطلاق كل واحد من الشريكين لصاحبه التصرف والنظر في كل ما يرجع إلى التجارة. ويلزمه كل ما يعمل به شريكه. ويستويان في جميع ما يستفيدان، فلا يصيب أحدهما شيئاً؛ إلا كان صاحبه شريكاً له فيه.⁽¹⁾ فكأن كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه، ثم وكلّ واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده.⁽²⁾ فكل واحد متصرف لنفسه ولصاحبه بإذنه.⁽³⁾ وهي عند مالك وأصحابه جائزة.

وأما **شركة العنان**، فهي أن يخرج كل واحد من الشريكين مالاً ويخلطاه. ويكون العمل عليهما بحسب رؤوس أموالهما، والريح بينهما على مثل ذلك. ولا يستبدّ أحدهما بالتصرف دون الآخر. وهي جائزة بإجماع من أهل العلم.⁽⁴⁾

والشركة من العقود الجائزة غير اللازمة، إذ لكل واحد من المتشاركين الانفصال عن شريكه متى ما أراد. ولذلك لم تكن إلا على التكافؤ والاعتدال.

واختلف بماذا تتعقد به، فقيل: تتعقد باللفظ؛ كسائر العقود والمعاوضات؛ وإن بقي ما أخرجه كل واحد منهما بيده، وهو مذهب ابن القاسم. وقيل: لا تتعقد إلا بالخلط، وهو مذهب سحنون. وقيل: لا تتعقد إلا بالعمل، وهو الذي اختاره الجد.⁽⁵⁾

وقد تبنى ف. 987 من (ق ل ع) مذهب ابن القاسم، حينما نص على أنه: «تعقد الشركة بتراضي أطرافها على إنشائها».

(1) الجواهر: 822، والقوانين: 474. وقد نظم أحكامها ف. 1018 من (ق ل ع).

قال صاحب العمل المطلق: **وَالْمَذْهَبُ الْمَعْرُوفُ أَنَّ كُلَّ مَا لَزِمَ فِي الْمَالِ شَرِيكًا لَزِمَا صَاحِبُهُ وَذَلِكَ مَخْصُوصٌ بِمَا لَزِمَ مِنْ أَحْكَامِ شَرِكَيْهِمَا** مخطوط فتح الجليل الصمد، ورقة: 132.

(2) البداية: 11/4.

(3) الجواهر: 820. قال الشيخ خليل: «وكلّ وكيل». المختصر: 212.

(4) الجواهر: 822، والقوانين: 474. وقد نظم أحكامها ف. 1020 من (ق ل ع).

وأما الضريان الآخران من الشركة، فهما:

- شركة الأبدان، فقد أجازها مالك وأصحابه في الصنائع والأعمال؛ إذا اتفقت أو تقاربت، واجتمعت. قال الشيخ خليل: «وجازت بالعمل؛ إن اتحد، أو تلازم، وتساويا فيه، أو تقاربا، وحصل التعاون؛ وإن بمكانين». المختصر: 214.

وقال المتحف: **وَحَيْثُمَا يَشْتَرِكَانِ فِي الْعَمَلِ فَشَرْطُهُ اتِّحَادُ شُغْلٍ وَمَحَلٍّ** التحفة: 84 (بيت 1142).

للتوسع في هذا الأمر ينظر: التبصرة: 4796، والتفريع: 206/2، والجواهر: 821، والمعونة: 1144/2، والمناهج: 7/8، والبداية: 12/4.

- شركة الوجوه؛ أو شركة الذمم، وصفتها: أن يتجر الشريكان بوجوههما بغير مال ولا صنعة، حتى إذا اشتريا شيئاً؛ كان في ذمتها. فإذا باعاه، اقتسما ربحه. وهي باطلة؛ لأن كل واحد منهما يصير بائعاً لنصف ما يشتري الآخر ونصف ربحه. وذلك غرر ومخاطرة، وذمة بذمة، وذمين بدّين. قال المتحف: **وَقَسْرُهَا إِنْ وَقَعَتْ عَلَى الذِّمِّ وَيَقْسِمَانِ الرَّيْحَ حُكْمٌ مُلْتَزِمٌ** التحفة: 84 (بيت 1141).

انظر: المدونة: 40/12، والكافي: 783، والمقدمات: 36/3، والمعونة: 11433، والتنبيهات: 1566، والتبصرة: 4792، والجواهر: 821.

(5) المقدمات: 552/2 و 41/3، والبيان: 7/12، والذخيرة: 105/6. وقد حصر أبو عمران في نظائره العقود الجائزة، وما عدّ منها الشركة. ص: 77.

والشركة من العقود غير موروثة، قال ابنُ القاسم: «إذا مات أحد الشريكين، لم يكن للباقي منهما أن يحدث في المال الباقي، ولا في السلع، قليلاً ولا كثيراً؛ إلا برضى الورثة. لأن الشركة حين مات أحدهما، انقطعت فيما بينهما، وصار نصيب الميت للورثة».⁽¹⁾

وهو ما اعتلّ به القرافي،⁽²⁾ ومثله ابنُ الحاجب قائلًا: «وينقطع التصرف بموت أحدهما».⁽³⁾

وهذا ما نص عليه ف.1051 من (ق ل ع)، حيث جاء فيه: تنتهي الشركة: «رابعاً: بموت أحد الشركاء...»

غير أنه إذا وقع الاتفاق على أن الشركة، عند موت أحد الشركاء تستمر مع ورثته، جاز ذلك. ويتحمل ورثة الشريك بنفس الالتزامات التي يتحمل بها مورثهم. وهو ما يستشف من خلال قراءة ف.1062 من القانون نفسه.

ولا يكون لهذا الشرط أثر، إذ كان الوارث ناقص الأهلية. وفق منطوق ما نص ف.1058 من القانون أعلاه.

وحاصل الكلام، إن الشركة هي اشتراك على سبيل الاتجار، القائم على التكافؤ والاعتدال، يكون فيه الربح نسبة معلومة، والخسارة على حسب رأس المال. والشركة جائزة؛ لما فيها من معاني التعاون على الكسب.

وهي من العقود الجائزة، إذ لكل واحد من المتشاركين الانفصال عن شريكه متى ما أراد. واختلف بماذا تتعقد به، فقليل: باللفظ، وهو مذهب ابنِ القاسم، وهو الذي اعتمده (ق ل ع). وقليل: لا تتعقد إلا بالخلط. وقليل: لا تتعقد إلا بالعمل.

والشركة من العقود غير موروثة، تنتهي بموت أحد الشركاء. وهو ما نص عليه (ق ل ع).

(1) المدونة: 84/12.

(2) الذخيرة: 65/8.

(3) جامع الأمهات: 394. وانظر التوضيح: 356/6.

المطلب الثاني: الشروط في الشركة

من المسائل المشهورة في هذا الباب: «مسألة الشركة بمالين متفاضلين على الاستواء في الربح والوضيعة. فقد قال ابنُ القاسم: وجه العمل في شركة الأموال؛ أن يكون الربح والوضيعة بقدر المال والعمل. فلا يحلّ أن يفضل أحدهما صاحبه على مقدار ماله، أو عمله؛ وإلا كانت إجارة مجهولة. واعتبرها عند مالك فاسدة؛ إن عملاً على ذلك. وكان الربح والوضيعة بينهما على قدر رؤوس أموالهما، لأن السنة في الشركة؛ ألا تجوز إلا على التكافؤ والاعتدال في الأموال والأعمال»⁽¹⁾.

قال ابنُ عبد البر: «ولا يجوز أن يكون المال من الشريكين متفاضلاً والربح متماثلاً، لأن أصل الشركة التساوي في رؤوس الأموال والأعمال والوضيعة والربح. فإن اختلفت مقادير رؤوس أموال الشريكين، كان الربح والوضيعة على قدر رأس مال كل واحد منهما»⁽²⁾.

وقال ابنُ أبي زيد: «وتجوز الشركة؛ على أن يكون الربح بينهما بقدر ما أخرج كل واحد منهما... ولا يجوز أن يختلف رأس المال ويستويا في الربح»⁽³⁾.

ومن نوازل مازونة،⁽⁴⁾ فقد سئل أبو الفضل العقباني⁽⁵⁾ عن هذه المسألة، فكان من جوابه: «أن الشركة على الاستواء في الربح، مع اختلاف في قدر رأس المال فاسدة. والواجب في هذا أن يقسم الربح بينهما على قدر أموالهما، ومن له فضل عمل على الآخر، رجع عليه بأجرة المثل في العمل الذي كان يلزمه»⁽⁶⁾.

وسئل السكتاني⁽⁷⁾ عن رجلين عقدا الشركة بينهما، على أن أحدهما دفع المال ثلاثة أرباع، والآخر الربع. وعند الربح؛ بينهما مناصفة. فأجاب: «أن الشركة على الوجه الموصوف فاسدة لا يقرآن عليها، ويجب قسم الربح على ما أخرج كل واحد من المال، أو بنسبته، والزيادة في العمل كذلك؛ إلا أن يتبرع من زاد بالزيادة، فلا يرجع»⁽⁸⁾.

(1) المدونة: 41/12، والنوادر: 317/7، والجامع: 256/5.

(2) الكافي: 780-781.

(3) الرسالة: 219-220.

(4) سبقت ترجمته في ص: 89.

(5) هو قاسم بن سعيد بن محمد العقباني، كان عارفاً بالقواعد والمباني، عالماً بفن المعقول والمنقول، متحداً في علم اللسان والبيان. أخذ عن والده أبي عثمان وغيره، وأخذ عنه ابنُ مرزوق والونشريسي وغيرهما. حصل العلوم ووصل درجة الاجتهاد. له اختيارات خارجة عن المذهب، نازعه في كثير منها عصره ابنُ مرزوق. توفي سنة 854 هـ. الكفاية: 11-10/2 (قم 401)، والابتهاج: 365-366 (رقم 471).

(6) النوازل الفقهية للزرهوني: 645/2.

(7) سبقت ترجمته في ص: 54.

(8) الأجوبة: 312.

وفي مقابل هذه المسألة، الشركة بالمالين بالسوية، يفضل أحدهما صاحبه في الربح. فإنها لا تجوز عند مالك.⁽¹⁾

قال ابن الجلاب: «ولا يجوز أن يكون مال الشريكين متماثلاً والربح متفاضلاً، ولا أن يكون المال متفاضلاً، والربح متماثلاً، وإنما الربح على قدر المال».⁽²⁾

وجمع عبد الوهاب هاتين المسألتين بقوله: «الربح في الشركة يتقسّم على قدر رأس المال أو العمل. فإن تفاضلا في رأس المال وشرط التساوي في الربح، أو تساويا في رأس المال وشرط التفاضل في الربح؛ لم تصح. لأنهما عقدا شركة في مال أو عمل بينهما، فوجب أن يقسّم الربح بينهما على مقداره. لأن اشتراط الزيادة؛ استتجار من مشروطها للآخر بفضل ربح ماله، وذلك غرر».⁽³⁾

واعتبر ابن رشد أن فضل أحدهما على الآخر في قيمة ما يخرج غرر، لأنه إنما سمح بذلك رجاء بقاءه على الشركة معه، وذلك لا يلزم.⁽⁴⁾

وعلل ابن شاس فساد هذه الشركة بأنها من باب الخطار والقمار.⁽⁵⁾ واعتبر القرافي ربح الزائد في أحد المالين، من باب أكل المال بالباطل.⁽⁶⁾

أما الرجراجي، فقد اعتبر أن الربح في الشركة بالمال يتوزّع على قدر مالية كل واحد منهما، وعليه يكون العمل. فإن تفاضلا في المال على شريطة تشطير الربح، أو تماثلا في رأس المال على أن يتفاضلا في الربح؛ لم يجز... فالاشتراط على غير سبيل الاشتراك غير جائز. ويجب توزيع النماء المستفاد من متخذ الاشتراك على قدر المالية.⁽⁷⁾

وقال المتيطي⁽⁸⁾: «إن تساويا في المال والعمل، على أن يكون لأحدهما فضل من الربح؛ لم يجز. ويقسمان الربح والوضيعة على قدر أموالهما».⁽⁹⁾

قال الشيخ خليل في هذه المسألة: «والربح والخسر بقدر المالين، وتفسد بشرط التفاوت».⁽¹⁰⁾

(1) المدونة: 62/12.

(2) التفرع: 205/2.

(3) الإشراف: 74-73/3.

(4) البداية: 9/4.

(5) الجواهر: 822. والمعين: 531/2.

(6) الذخيرة: 30/8. لأن «أصل الشركة التكافؤ والتساوي». البيان: 383/15، والذخيرة: 34/8.

(7) المناهج: 10-7/8. والرجراجي سبقت ترجمته في ص: 98.

(8) سبقت ترجمته في ص: 98.

(9) مخطوط مختصر المتيطية: ورقة 190. ونقلها صاحب البهجة: 346/2.

(10) المختصر: 213.

وأما لو تبرع أحدهما بعد العقد؛ فجائز من غير شرط.⁽¹⁾ حيث اعتبر الشيخ خليل أن زيادة أحدهما على الآخر في الربح أو العمل، إنما تفسد إذا وقع اشتراط ذلك في عقدة الشركة.

أما لو تبرع أحدهما للآخر بعده؛ فلا محذور، لأنه محض هبة لا ترد لأجل الشركة.⁽²⁾

فإن وقعت على التفاضل بين الأرباح ورؤوس الأموال؛ سقط الشرط وفسد العقد، وكان الربح والخسران على قدر رؤوس الأموال.⁽³⁾

وقد تناول المقتن هذه المسألة، معتمداً ما نص عليه أهل المذهب، حيث جاء في ف.1033 من (ق ل ع) أن: «نصيب كل شريك في الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته في رأس المال. إذا لم يحدد نصيب الشريك إلا في الأرباح، طبقت نفس النسبة في تحمله بالخسائر. وإذا لم يحدد نصيبه إلا في الخسائر، طبقت النسبة على نصيبه في الأرباح وعند الشك، يفترض أن أنصباة الشركاء متساوية».

واعتبر ف.1034 من القانون المذكور أن كل شرط من شأنه أن يمنح أحد الشركاء نصيباً في الأرباح أو في الخسائر أكبر من النصيب الذي يتناسب مع حصته في رأس المال، يكون باطلاً وبمطلاً لعقد الشركة نفسه.

كما أنه إذا تضمن العقد منح أحد الشركاء كل الربح، كانت الشركة باطلة، واعتبر متضمناً تبرعاً ممن تنازل عن نصيبه في الربح.

ويبطل أيضاً الشرط الذي من شأنه إعفاء أحد الشركاء من كل مساهمة في تحمل الخسائر، ولكن لا يترتب عليه بطلان العقد. وذلك وفق ما نص عليه ف.1035 من (ق ل ع).

وجاء في م.31 من المنشور أنه: «توزع الأرباح ويتم تحمل الخسائر بين الشركاء، حسب حصصهم في رأس مال الشركة؛ ما لم يتفق على خلاف ذلك فيما يخص توزيع الأرباح لمصلحة الشركة».

وحسب م.36 منه أنه توزع الأرباح بين الشركاء على أساس الربح المحقق، وليس في شكل مبلغ محدد مسبقاً أو نسبة من رأس مال المشاركة.

(1) جامع الأمهات: 394.

(2) التوضيح: 354/6.

(3) البداية: 9/4.

ومما لا يجوز أيضاً، اجتماع شركة وسلف؛ إلا أن يكون السلف على وجه الصلة والمعروف، من غير أن يكون للمسلّف حاجة ولا مرفق يجرّه إلى نفسه بذلك.⁽¹⁾

قال مالك في رجلين اشتركا في مال لهما لا يستويان فيه، ثم دعاه أن يسلفه حتى يستويا في الشركة أنه: «إذا كان ذلك على غير شرط عند المشاركة، ولا لحاجة من المسلّف الذي أسلفه، ولا على شيء؛ إلا الرفق، فلا بأس به.» وقال ابن رشد: «إذا كان ذلك شرطاً في أصل الشركة، فلا يجوز؛ من أجل أنه إذا كان ذلك شرطاً في أصلها، فقد تبين أن المسلّف قصد نفسه، فكان ذلك سلفاً.»⁽²⁾

ومن الشروط التي اختلف فيها أهل المذهب، أن يشترط أحد الشريكين أن يكون المال على يديه دون صاحبه. فقد أجاز مالك وابن القاسم ذلك، ورآها شركة صحيحة.⁽³⁾ وهو القول الذي لم يربّه ابن الجلاب بأساً،⁽⁴⁾ وهو الذي حسّنه اللخمي.⁽⁵⁾

ومن كتاب ابن المواز: «إذا اشتركا بالتساوي على أن يكون المال بيد أحدهما، لم يجز.»⁽⁶⁾ وهو الذي اختاره عبد الوهاب، وعلّله بأن الشركة تقتضي تساويهما في الاشتراك بالمال. فإذا انفرد أحدهما بثبوت يده عليه لم توجد حقيقة الشركة، لأن الشركة لا تحصل على مال لم تثبت أيديهما عليه، وإنما شرطنا خلطهما حتى لا يتميزا بحيث ينالهما أيديهما بالتصرف.⁽⁷⁾ وتبعه القرافي، معتبراً أن الشركة تقتضي السلطنة على ملك الشريك بسبب الشيعاء والخلط.⁽⁸⁾

واختلف هل من شرطها أن يخلط المالين؟ والراجح ما ذهب إليه سحنون، حيث اعتبر أن الشركة لا تتعقد إلا بخلط المالين؛⁽⁹⁾ حتى يصيرا شيئاً واحداً لا يتميز، فغاية المناجزة الخلط.⁽¹⁰⁾ واعتبر عبد الوهاب⁽¹¹⁾ وابن شاس⁽¹²⁾ وابن الحاجب⁽¹³⁾ خلط المالين أمر لا بد منه. وعدّ ابن عبد الرفيّع خلط المالين من تمام الشركة.⁽¹⁴⁾

(1) المقنع: 164.

(2) البيان: 6/12.

(3) المدونة: 62/12.

(4) التفرع: 205/2.

(5) التبصرة: 4776.

(6) النوادر: 320/7.

(7) المعونة: 1144-1145، والإشراف: 68/3.

(8) الذخيرة: 127/6. لأن «الشركاء أمناء بعضهم على بعض». الكافي: 784.

(9) المدونة: 67/12.

(10) التبصرة: 4784، والذخيرة: 23/8.

(11) المعونة: 1144/2.

(12) الجواهر: 821.

(13) جامع الأمهات: 393.

(14) المعين: 531/2. وابن عبد الرفيّع سبقت ترجمته في ص: 99.

وإذا أراد المتشاركان الافتراق بعد ما قد عملا. فأما الصحيحة، فعلى قدر رؤوس أموالهما على ما قوماً به سلعتيهما واشتركا. وأما الشركة الفاسدة فيردان إلى ما يبلغ رأس مال كل منهما مما بلغت سلعتاهما في البيع.⁽¹⁾

خلاصة الكلام، إن الشركة بمالين متفاضلين على الاستواء في الربح والوضيعة، أو بمالين متماثلين على التفاضل في الربح والوضيعة لا تجوز، لأن الأصل أن الربح والوضيعة بقدر المال والعمل. فالاشتراط على غير سبيل الاشتراك غير جائز، والاشتراك يكون على قدر المالية.

ويجوز إذا تبرع أحدهما على الآخر بزيادة في الربح بعد العقد من غير شرط، لأنه محض هبة. فإن وقعت على التفاضل بين الأرباح ورؤوس الأموال؛ سقط الشرط وفسد العقد، وكان الربح والخسران على قدر رؤوس الأموال.

ولا يجوز اجتماع شركة وسلف؛ إلا أن يكون السلف على وجه الصلة والمعروف وأجاز مالك وابن القاسم أن يشترط أحد الشريكين أن يكون المال على يديه دون صاحبه. ومنعه ابن المواز، لأن الشركة تقتضي السلطنة على مال الشركة.

واختلف هل من شرطها خلط المالين؟ والراجع أن خلط المالين من تمام الشركة.

(1) المدونة: 57/12.

المطلب الثالث: الأجل في الشركة

ذهب أهل المذهب إلى أنه لا يجوز تأجيل الشركة وتحديد أجلها بأجل، طال أو قرب.⁽¹⁾

قال المتيطي⁽²⁾: «والشركة لا تكون إلى أجل. ولكل منهما أن يقاسم شريكه فيما بينهما من ناض وعروض متى شاء».⁽³⁾

وقد نظم المتحف هذه المسألة قائلاً:

شَرِكَةٌ فِي مَالٍ أَوْ فِي عَمَلٍ ❖ أَوْ فِيهِمَا تَجُوزُ لَهَا لِأَجَلٍ⁽⁴⁾

وتردد بعض المالكية فيها إذا أجلت، هل تفسد وتفسخ، أو يبطل الشرط ويصح العقد؟ والذي استظهره التسولي أن الشرط يبطل، ولا يلزم البقاء إلى الأجل المضروب، ولكل منهما الفسخ متى شاء.⁽⁵⁾

غير أن المقنن قد أجاز عقد الشركة لمدة محددة أو غير محددة. وإذا عقدت بقصد إجراء عمل يستغرق تنفيذه مدة معينة، اعتبرت أنها قد أبرمت لكل المدة التي يستمر خلالها إنجاز هذا العمل. وهو ما نص عليه ف.993 من (ق ل ع).

وتنتهي هذه الشركة بانقضاء المدة المحددة لها أو حصول ما يقتضي فسخها من شرط أو غيره؛ ما لم يكن قد وقع الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثته. حسب ف.1051.

وإذا استمر الشركاء، برغم انقضاء المدة المتفق عليها أو تنفيذ الغرض الذي انعقدت الشركة من أجله، في مباشرة العمليات التي كانت محلاً للشركة، فإن الشركة تمتد ضمناً والامتداد الضمني يعتبر حاصلاً لسنة فسخة. وفق منطوق ف.1054.

وقد دأب العمل القضائي على جواز حل الشركة قبل انقضاء الأجل المقرر لها، إذا وجد ما من شأنه أن يهدد وجودها وسيرها العادي. فقد قضت محكمة النقض في قرار لها على أنه: «يحق لكل شريك أن يطالب قضائياً بحل الشركة ولو قبل انقضاء المدة المقررة لها إذا وجدت لذلك أسباب مشروعة ومعتبرة. ومن الأسباب القانونية التي تجيز ذلك، ما يعد تطبيقاً للقواعد العامة في نظام تنفيذ العقود وفسخها، كالإخلال بالالتزامات الناشئة بمقتضى العقد، والخلافات الخطيرة الحاصلة بين الشركاء، مما يهدد وجود الشركة وسيرها العادي».⁽⁶⁾

(1) حاشية الرهوني: 38/6.

(2) سبقت ترجمته في ص: 98.

(3) مخطوط مختصر المتيطي: ورقة 194. نقلها صاحب الإتيان: 251/2، والبهجة: 396/2.

(4) التحفة: 84 (بيت 1140).

(5) البهجة: 397/2.

(6) قرار عدد 637، الصادر بتاريخ 12 مارس 2002، في الملف المدني عدد 12/2001/2071.

ولا تجوز الشركة إن اشتركا بمال قليل على أن يتدائنا؛ إلا أن يجتمعا في شراء سلعة معينة، حاضرة أو غائبة، فيبتاعاها بدين.⁽¹⁾

ولا يجوز لأحد الشريكين أن يشتري بثمن مؤجل.

فإن فعل، وكان ذلك بإذن شريكه، ففي كتاب ابن المواز: «وما اشترى أحد المتفاوضين بالدين، لزم شريكه. وما استدان أحدهما أو أسلف أو باع بدين، لزم شريكه، إذا أذن له بذلك.⁽²⁾ لأن كل واحد متصرف لنفسه ولصاحبه بإذنه.⁽³⁾

وإن كان ذلك بغير إذن شريكه، كان الشريك بالخيار بين القبول أو الرد.⁽⁴⁾ لأن حقوق العقد، إنما تعود على العاقد لا على غيره، والحكم يثبت لمن باشر سببه.⁽⁵⁾

وقد أجاز المقتن الشركة على الدين، وهو ما يستشف من ف. 997 من (ق ل ع)، حيث جاء فيه: «إذا تضمنت حصة الشريك في رأس مال الشركة ديناً أو عدة ديون له على الغير، فإن ذمته لا تبرأ إلا من وقت استيفاء الشركة المبلغ الذي قدم لها الدين في مقابله».

غير أن م. 34 من المنشور المنظم للشركة المتناقصة نصت على أنه: «لا يجوز أن تكون الديون حصة في رأس مال المشاركة».

حاصل الكلام، أن أهل المذهب قد ذهبوا إلى عدم جواز تأجيل الشركة وتحديدتها بأجل. فإذا أجلت، فإن الشرط يبطل، ولا يلزم البقاء إلى الأجل المضروب، ويكون لكل واحد من الشريكين الفسخ متى شاء.

وقد أجاز المقتن الشركة لمدة محددة، تنتهي بانقضائها.

ولا تجوز الشركة على المدائنة؛ إلا بإذن شريكه. فإن كان ذلك بغير إذنه، كان الشريك بالخيار بين القبول أو الرد.

(1) التهذيب: 546/3، والجامع: 255/5.

(2) النوادر: 328/7.

(3) الجواهر: 820. قال الشيخ خليل: «وكلٌ وكيل». المختصر: 212.

(4) التبصرة: 4844.

(5) المبسوط: 206/10 و59/12.

المطلب الرابع: المشاركة المتناقصة

تعتبر المشاركة المتناقصة أو المشاركة المنتهية بالتمليك من الصيغ الاستثمارية والتمويلية المستحدثة في المالية الإسلامية، ابتكرتها البنوك التشاركية لتكون بديلاً شرعياً للتعامل الربوي، خاصة في المشروعات العقارية والتجارية.

تكمن أهميتها في استثمار الأموال وتحصيل الأرباح، ولمصلحة طرفيها فيها، حيث يستثمر البنك السيولة المتوفرة لديه، والعميل يجد التمويل لمشروعه دون اللجوء إلى القروض الربوية.

وقد أفرد لها المقتن أحكاماً خاصة بها. فبعد أن عرّف المشاركة في م.58 (ج) بأنها: «كل عقد يكون الغرض منه مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق ربح. يشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهمتهم وفي الأرباح حسب نسب محددة مسبقاً بينهم»⁽¹⁾. اعتبرت المادة نفسها، وكذا م.40 من المنشور أن المشاركة يمكن أن تأخذ شكل مشاركة متناقصة،⁽²⁾ حيث ينسحب البنك تدريجياً من المشروع وفق بنود العقد. ويلتزم بموجب وعد أحادي بتفويت أنصبته إلى الشريك أو الشركاء في الآجال ووفق الكيفية المحددين. وذلك بخلاف المشاركة الثابتة، حيث يبقى الأطراف شركاء إلى حين انقضاء الرابط بينهم.

فشركة المتناقصة هي شركة بين البنك والعميل في مشروع ذي ربح متوقع، يتعهد فيها البنك للعميل الشريك في الحق في الحلول محله في ملكية المشروع، بشكل تدريجي حسب الشروط المتفق عليها، وذلك بموجب وعد ملزم، مستقل ومنفصل بعد نهاية الشركة، ببيع حصته له بعد استيفاء قيمتها.

ويكون البنك شريكاً حقيقياً، ومتملكاً حصته في المشاركة ملكاً تاماً، وعلى مبدأ المشاركة في صافي الأرباح المحققة، وتحمل الخسائر إن وجدت، بقدر حصته في رأس المال. ويتمتع البنك بحقه الكامل في الإدارة والتصرف. وفي حالة توكيل الشريك بالعمل، يحق له مراقبة الأداء ومتابعته.

ويكون المقصد الرئيس من انعقاد هذه المشاركة، هو تمكين العميل من ملكية المشروع ملكية تامة، واسترداد مجمل مساهماته، مع حصته من الأرباح المتفق عليها. وذلك عكس المشاركة الثابتة التي يكون الغرض منها هو الاستمرار فيها والبقاء حتى نهايتها وتصفيتها.

(1) القانون رقم 12.103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها. وانظر م.31 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17.

(2) جاءت كلمة المتناقصة لتدل على أن البنك تنقص حصته تدريجياً ببيعها لشريكه.

والمشاركة المتناقصة تبدأ بشركة عنان، مضاف إليها وعد ملزم من البنك ببيع حصته لشريكه، وتنتهي بعقد بيع مستقل. والجمع بين هذه العقود لا يتعارض مع أصول الشريعة وغاياتها، وليس فيه ما يخالف نصا شرعيا ولا يناقض قاعدة كلية عامة.⁽¹⁾

وقد ذهب جمهور الباحثين المعاصرين في الفقه المصري المعاصر إلى القول بجواز هذه المشاركة شرعاً، ووضعوا لها ضوابط شرعية، لتتقيتها من كل ما يشوبها من شبهات قد تخرجها من دائرة الشرعية. من تلك الضوابط ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في قراره بشأن المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية.⁽²⁾

وهي لا تعد من قبيل بيع الثيا، لأن المشتري في بيع الثيا له صفة المالك بمقتضى العقد، وغير المالك بمقتضى الشرط الذي يلزمه برد المبيع عند استرداد الثمن. كما أن الشرط في الثيا ملزم للمشتري، أما في المشاركة فإنه مجرد وعد ملزم من البنك ببيع حصته للشريك بعد استيفاء القيمة، ويكون للطرف الآخر الخيار في إبرام البيع. وبذلك تكون قد زالت شبهة بيع الثيا عن صيغة المشاركة المتناقصة.

خلاصة القول، أن المشاركة المتناقصة شركة في مشروع ذي دخل، يتعهد فيها البنك بشراء حصة الطرف الآخر تدريجياً. تختص بوجود وعد ملزم من أحد الطرفين فقط، بأن يملك حصة الطرف الآخر؛ على أن يكون للطرف الآخر الخيار، وذلك بإبرام عقود بيع عند تملك كل جزء من الحصة. وقد انضبطت في عمومها لأحكام الشركة في الفقه المالكي.

(1) وقد أسلفت تفصيل القرافي أسماء العقود التي لا يجوز اجتماعها مع البيع؛ لتضاد أحكامها؛ كالبيع والشركة، لأن الشركة مخالفة للأصول، والبيع على وفق الأصول. ونظمها المتحف بقوله:

وَجُمِعَ بَيْعٌ مَعَ شَرِكَةٍ وَمَعَ ❖ صَرَفٍ وَجُعِلَ وَنِكَاحٍ أَمْتَنُ

وَمَعَ مُسَاقَاةٍ وَمَعَ قِرَاضٍ ❖ وَأَشْهَبُ الْجَوَازُ عَنْهُ مَاضِ التَّحْفَةِ: 59 (بيت 675-676).

فمنع اجتماع البيع والشركة لا يؤخذ على إطلاقه، وإنما يمكن حمله على منع اجتماعهما في صفقة واحدة. قياساً على إجازة اجتماع البيع والإجارة. أما اجتماعهما في عقدين منفصلين، فلا مانع شرعاً من ذلك، إذ ليس في اجتماعهما تعارض حقيقي من حيث الأثر، لأن آثار كل منهما لا تناقض الآخر. فالعبرة ليست باختلاف أحكام العقود، ولكن العبرة بتناقض الآثار الناجمة عن الاجتماع. وذلك ما لم يترتب على هذا الاجتماع محظورات شرعية.

(2) قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، المنعقد في دورته 15 بمسقط (سلطنة عُمان) 6-11 مارس 2004، رقم: 136 (2/15) جاء فيه:

5- المشاركة المتناقصة مشروعة إذا التزم فيها بالأحكام العامة للشركات، وروعت فيها الضوابط الآتية:

- أ- عدم التعهد بشراء أحد الطرفين حصة الطرف الآخر بمثل قيمة الحصة عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه، بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع، أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع.
- ب- عدم اشتراط تحمّل أحد الطرفين مصروفات التأمين أو الصيانة وسائر المصروفات بل تحمّل على وعاء المشاركة بقدر الحصص.
- ت- تحديد أرباح أطراف المشاركة بنسب شائعة، ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح أو نسبة من مبلغ المساهمة.
- ث- الفصل بين العقود والالتزامات المتعلقة بالمشاركة.
- ج- منع النص على حق أحد الطرفين في استرداد ما قدمه من مساهمة (تمويل).

المبحث الثاني: عقد القراض

يكتسي القراض أهمية بالغة، ويشغل حيِّزاً مهماً في المعاملات المالية، حيث استأثر باهتمام معتبر من لدن الفقهاء المتقدمين والمتأخرين، نظراً لآثاره البيّنة في العقود، ولإسهامه الكبير في تحقيق التكامل بين المال والعمل، والتوازن بين العناصر الإنتاجية، لتحقيق التنمية الاقتصادية. لأن تنمية المال تكون بالعمل لا بالمال، لأن المال عقيم، لا يُولّد بالمال، بل بالعمل.

ويصنّف القراض ضمن زمرة الشركات، باعتباره نوعاً من أنواع شركات الأموال، يقدم أحد الطرفين المال، والآخر العمل، على أن يتم اقتسام الربح بحسب المتفق عليه. والخسارة إن وجدت يتحملها رب المال؛ إلا في حالات التفريط والتعدي. مع طبيعته القانونية التي جازمت بكونه شركة له ضوابطه الخاصة به، مما جعله منفرداً وباباً مخصوصاً خارجاً عن البيوع والإجازات.

وقد انحصر الكلام في هذا المبحث في أربعة مطالب.

فأما **المطلب الأول**، فقد تتوّل حقيقة القراض، وحكمه، وأصل جوازه. وهل اللزوم من موجبات عقد القراض، أم أن لكل واحد من المتقارضين الخيار في الترك؛ ولو شرع في العمل وشغل المال؟

وهل يفسخ القراض بموت أحد المتقارضين، أم أنه ينزل ورثته كل واحد منهما مقام مورثه؟

عقدت **المطلب الثاني** للحديث عن مسألة الشروط، وهل يجوز اقتران القراض بشروط تزيد في مجهلة الربح، أو في الغرر الذي فيه؛ كاشتراط أحد المتقارضين لنفسه زيادة من الربح، خالصة له، ينفرد بها دون صاحبه؟ وهل يصح العقد؛ إن أبطل الشرط الفاسد مشروطه؟

وهل يجوز اشتراط رب المال على العامل خصوص التصرف، وضمن الخسارة والتلف؟ وماذا لو تبرع بالضمن وطاع به بعد تمام العقد؟

وهل يجوز اشتراط أحد المتقارضين زكاة الربح على صاحبه في حصته من الربح؟

وهل يجوز اشتراط أحدهما على الآخر في أصل القراض السلف؟ وماذا لو تطوّع أحدهما بالسلف من غير شرط؟

وهل يجوز اشتراط رب المال أن يعين العامل بنفسه، أو أن يجعل معه ابنه ليبصره التجارة؟

واختصت **المطلب الثالث** للكلام على مسألة الأجل، وهل تحديد القراض بزمان وتضييقه بالتأقيت، تحجير يخلّ بحكمته ويجعله فاسداً؟
وهل يجوز القراض بالدين؛ وإن لم يقبض؟
وأفردت **المطلب الرابع** لقراءة في المنشور المنظم لعقد المضاربة، وهل احترام بشأنها أحكام الفقه المالكي؟

المطلب الأول: التعريف بالقراض

القراض في اللغة مشتق من القرض، سمي بذلك؛ لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها بقطعة من الربح.⁽¹⁾ وهذا اسمه عند أهل المدينة، والعراقيون يسمونه مضاربة؛⁽²⁾ أخذاً من قوله ﷺ: «إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ»⁽³⁾، وكذا قوله ﷺ: «وَأَخْرُوجُوا يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ»⁽⁴⁾.

وأما حقيقته الفقهية، فقد عرّف بتعريفات متعددة، جد متقاربة لفظاً ومعنى، تكاد تدور في مجملها على ما أورده الزهري، حيث قال: «وجه القراض أن يأخذ الرجل المال من الرجل يعمل فيه بجزء من الربح يتراضيان عليه».⁽⁵⁾

وقال ابن عرفة في حده: «هو تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه».⁽⁶⁾ واعتبره ابن الحاجب «إجارة على التجرة في المال بجزء من ربحه».⁽⁷⁾ واختصره الشيخ خليل بقوله: «توكيل على تجر... بجزء من ربحه».⁽⁸⁾

وقريب من هذه التعريفات، قول الناظم:

إِعْطَاءُ مَالٍ مَنْ بِهِ يُتَاجَرُ ❖ لِيَسْتَفِيدَ دَافِعٌ وَتَاجِرٌ⁽⁹⁾

ولا خلاف في جواز القراض بين الأمة في الجملة،⁽¹⁰⁾ وهو سنة معمول بها. ومما يحتج به في جوازه: عمل عمر رضي الله عنه مع ابنه عبد الله وعبيد الله رضي الله عنهما في المال الذي دفع إليها أبو موسى الأشعري رضي الله عنه بالكوفة.⁽¹¹⁾ وهو أول قراض عمل به في الإسلام. وقال ابن شعبان⁽¹²⁾: «أول قراض عمل به في الإسلام قراض يعقوب مولى الحرقة مع عثمان رضي الله عنه».⁽¹³⁾

(1) الصحاح والتهذيب والمقاييس واللسان والتاج: مادة (قرض).

(2) المقدمات: 5/3، والكافي: 771، والتنبيهات: 1586.

(3) سورة النساء، جزء من الآية: 100.

(4) سورة المزمل، جزء من الآية: 18. وتسميته بالقراض هي الصحيحة في اللغة، بدليل قول الصحابة لعمر بن الخطاب رضي الله عنه في قصة ابنه عبد

الله وعبيد الله رضي الله عنهما: «لو جعلته قراضاً». والصحابة هم أهل اللسان وأرباب البيان. الاستذكار: 119/21.

(5) مختصر الزهري: 285. وانظر: المقدمات: 8/3، والتفريع: 193/2، والقوانين: 472، والمعونة: 1119، والكافي: 771، والتلخيص: 406.

(6) الهداية (شرح الحدود): 500.

(7) جامع الأمهات: 423.

(8) المختصر: 235.

(9) التحفة: 85 (بيت 1150).

(10) المقدمات: 548/2 و6/3، والجامع: 76/9، والمعونة: 1119.

(11) قصة عمر رضي الله عنه في الموطأ: 687-688. وانظر المنتقى: 151/6.

(12) سبقت ترجمته في ص: 129.

(13) المقنع: 166.

فعن العلاء بن عبد الرحمن⁽¹⁾، عن أبيه⁽²⁾، عن جده⁽³⁾، أن عثمان رضي الله عنه أعطاه مالاً قراضاً يعمل فيه؛ على أن الربح بينهما⁽⁴⁾.

والقراض أصل في نفسه، وباب منفرد بحكمه، ورخصة مستثناة من أصول ممنوعة، وهي: الغرر والإجارة المجهولة والسلف بمنفعة⁽⁵⁾. لأن الضرورة داعية إليه؛ لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتتميتها بالتجارة فيها. وليس كل امرئ يقدر على ذلك بنفسه، فاضطر فيه إلى استئابة غيره، ولعله لا يجد من يعمل له فيه بإجارة. فرخص فيه لهذه الضرورة، واستخرج بسبب هذه العلة من الأصول الممنوعة⁽⁶⁾. فلا يجوز منه؛ إلا بقدر ما جوزه الشرع وردت به الرخصة وجرت به سنته، ويكون ما عداه ممنوعاً بالأصل⁽⁷⁾.

وقال مالك: «لا أحب مقارضة من لا يعرف الحلال والحرام». وقال ربيعة⁽⁸⁾: «لا ينبغي له أن يقارض رجلاً يستحل في دينه أكل الحرام»⁽⁹⁾.

ولا تصلح المقارضة عند مالك؛ إلا في العين من الذهب أو الورق⁽¹⁰⁾. لأنها أصول الأثمان وقيم المتلفات، ولا يدخل أسواقها تغيير. فأما ما يدخله تغيير الأسواق؛ كالعروض والطعام والحيوان، فلا يجوز القراض به؛ خلافاً لما يحكى عن ابن أبي ليلى⁽¹¹⁾ والأوزاعي⁽¹²⁾ من إجازة ذلك كله. وابن القاسم حمل المنع على الكراهة، وقال: «إن نزل؛ أمضيته»⁽¹³⁾.

(1) هو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الجُرقي، مولى الحرقة. حدث عن أنس بن مالك وشعبة والسفيان وأخرون. وثقه أحمد، وقال: لم أسمع أحداً يذكره بسوء. وقال النسائي: ليس به بأس. وقال أبو حاتم: صالح الحديث. روى عنه الثقات، وذكره ابن حبان في الثقات. توفي سنة 138 هـ تهذيب الكمال: 524-520/22 (رقم 4577)، والتهذيب: 187-186/8 (رقم 335) والسير: 187-186/6 (رقم 86).

(2) هو عبد الرحمن بن يعقوب الجُرقي، والد العلاء. روى عن ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنه وغيرهم، وروى عنه ابنه العلاء وسالم أبو النضر وعمر بن حفص وغيرهم. ذكره ابن حبان في الثقات. وقال النسائي: ليس به بأس. وقال العجلي: ثقة تابعي. تهذيب الكمال: 18/18-19 (رقم 3997) والتهذيب: 301/6 (رقم 584).

(3) هو يعقوب المدني، مولى الحرقة، جد العلاء بن عبد الرحمن. روى عن خذيفة بن اليمان وعمر بن الخطاب، وروى عنه ابنه عبد الرحمن بن يعقوب والوليد بن أبي الوليد. تهذيب الكمال: 376/32 (رقم 7109)، والتهذيب: 399/11 (رقم 670).

(4) الموطأ: 688. وانظر المنتقى: 151/6.

(5) التنبيهات: 1586، والمناهج: 27/8، والمنتقى: 151/6، والقوانين: 472، والبداية: 449/3، والتلقين: 407، والكافي: 771، والمقدمات: 7/3.

(6) المقدمات: 548/2 و6/3، والجامع: 76/9، والمعونة: 1119.

(7) المقدمات: 16/3، والمناهج: 29/8، والإشراف: 173/3، والاستذكار: 153/21.

وقد اضطرب الشاطبي في هذه المسألة، حيث جَوَز القراض لغير عذر ولا عجز، واعتبر أن شرعيته لا تسمى رخصة؛ وإن كانت مستثناة من أصل ممنوع، وإنما أدخلها تحت أصل الحاجيات الكليات. وهي لا تسمى عند العلماء باسم الرخصة. (الموافقات: 467/3). وفي موضع ثان اعتبر شرعيته ابتداء رخصة مما هو توسعة. (الموافقات: 516/1). وفي موطن ثالث اعتبره رخصة؛ لجهالة الأجرة. (الموافقات: 75/2).

(8) سبقت ترجمته في ص: 115.

(9) المدونة: 107/12، والجامع: 99/9، والمقدمات: 17/3.

وقد أجاز ابن القاسم معاملة من خالط ماله الحرام، والغالب عليه الحلال للضرورة. وأباه ابن وهب. نوازل ابن بشتغير: 438.

(10) الموطأ: 689، والمنتقى: 156/6، والاستذكار: 136/21، والمدونة: 86/12، والجامع: 76/9، والتنبيهات: 1587.

(11) سبقت ترجمته في ص: 38.

(12) سبقت ترجمته في ص: 160.

(13) الإشراف: 161/3، والاستذكار: 136/21، والتبصرة: 5225، والمعونة: 1120، والمنتقى: 156/6، والمقدمات: 16/3، والمعونة: 1120.

والقراض من العقود الجائزة غير اللازمة بالعقد ولا بالقبض. فكل واحد من المتقارضين بالخيار في الترك؛ ما لم يشرع في العمل وشغل المال. فإذا شرع، لم يكن لأحدهما تركه؛ إلا برضاء الآخر؛ لتعلق حق كل واحد منهما به.⁽¹⁾

قال ابن القاسم: «ولرب المال رد المال؛ ما لم يعمل به».⁽²⁾ واختصر ذلك ابن الحاجب بقوله: «ولكل منهما فسخه قبل العمل، ويلزم بعده».⁽³⁾ ومثله الشيخ خليل قائلًا: «ولكل فسخه قبل عمله».⁽⁴⁾

ونظم ذلك المتحف قائلًا:

مِمَّا يُفَادُ فِيهِ جُزْءٌ يُعْلَمُ ❖ هُوَ الْقَرَاضُ وَيَفْعَلُ يَلْزَمُ⁽⁵⁾

وعلل القرافي الجواز وعدم اللزوم في القراض، أن حصول الربح فيه مجهول، فقد يتصل به أن السلع متعذرة أو لا يحصل فيها ربح...ولا يحصل مقصود العقد الذي هو الربح.⁽⁶⁾

ولا يفسخ القراض بموت أحد المتقارضين. فإن مات رب المال، فالعامل على قراضه بحال ما كان؛ إن أراد الورثة ذلك. وإن مات العامل، كان لورثته القيام به إن كانوا أمناء، أو يأتوا بأمين. وإن عجزوا؛ أسلموه، ولا مقال لربه.⁽⁷⁾

قال ابن الحاجب مختصرًا ذلك: «فلو مات العامل؛ فلورثته الإتمام».⁽⁸⁾ وكذا الشيخ خليل: «وإن مات؛ فلورثته الأمين أن يكمله؛ وإلا أتى بأمين».⁽⁹⁾

قال المتحف:

وَعِنْدَمَا مَاتَ وَلَّا أَمِينٌ فِي ❖ وَرَائِهِ وَلَّا أَتَوْا بِالْخَلْفِ
رُدَّ إِلَى صَاحِبِهِ الْمَالُ وَلَا ❖ شَيْءٌ مِنَ الرِّيحِ لِمَنْ قَدْ عَمِلَ⁽¹⁰⁾

(1) المعونة: 1127، والتلقين: 407، والمقدمات: 552/2 و17/3، والبيان: 408/12، والجامع: 126/9، والتبصرة: 5243، والتفريع: 193/2،

والمناهج: 28/8، والكافي: 774، والذخيرة: 105/6، والبداية: 456/3. وقد جعل أبو عمران القراض من العقود الجائزة. النظائر: 77.

(2) الجواهر: 909.

(3) جامع الأمهات: 427.

(4) المختصر: 238.

(5) التحفة: 85 (بيت 1151).

(6) الفروق: 13/4 (فرق 209). وفي هذا الصدد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن القراض، المنعقد في دورته 13 بالكويت من

22-27 دجنبر 2001 رقم: 123. في فقرته الخامسة: «الأصل أن المضاربة عقد غير لازم، ويحق لأي من الطرفين فسخه. وهنالك حالتان لا

يثبت فيهما حق الفسخ، وهما: إذا شرع المضارب في العمل، حيث تصبح المضاربة لازمة إلى حين التنضيق الحقيقي أو الحكمي. وإذا

تعهد رب المال أو المضارب بعدم الفسخ خلال مدة معينة، فينبغي الوفاء؛ لما في الإخلال من عرقلة مسيرة الاستثمار خلال تلك المدة».

(7) المدونة: 130/12 وانظر: الجامع: 127/9، والتلقين: 409، والمعونة: 1126-1127، والكافي: 774-775، والقوانين: 473، والتفريع: 196/2.

(8) جامع الأمهات: 427.

(9) المختصر: 238.

(10) التحفة: 85 (بيت 1158-1159).

خلاصة الحديث، إن القراض عقد يقدم أحد طرفيه المال، والآخر العمل، على أن يتم اقتسام الربح بحسب المتفق عليه. والخسارة إن وجدت يتحملها رب المال؛ إلا في حالات التفريط والتعدي. ولا خلاف بين الأمة في جوازه، وأصله في ذلك إجماع العلماء على أنه سنة معمول بها. وهو رخصة مستثناة من الغرر والإجارة المجهولة والسلف بمنفعة، لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتتميتها بالتجارة فيها، إذ ليس كل من يتقن التجارة له مال، وليس كل من له مال يحسن التجارة.

اللزوم ليس من موجبات عقد القراض، فكل واحد من المتقارضين بالخيار في الترك؛ ما لم يشرع في العمل وشغل المال.

ولا يفسخ بموت أحد المتقارضين. فإن مات رب المال، فالعامل على قراضه؛ إن أراد الورثة ذلك. وإن مات العامل، كان لورثته القيام به إن كانوا أمناء.

المطلب الثاني: الشروط في القراض

أجمع أهل المذهب بالجملة على عدم جواز اقتران القراض بشروط تزيد في مجهلة الربح، أو في الغرر الذي فيه؛ وإن كانوا قد اختلفوا في بعض مسائلها.

فمن مشهورات مسائلهم في هذا الباب: اشتراط أحد المتقارضين لنفسه زيادة من الربح، خالصة له، ينفرد بها دون صاحبه.

فقد ذكر مالك أنه لا ينبغي للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة يزدادها. وعَلَّ ذلك أنه إذا دخل القراض شيء من ذلك، صار إجارة. ولا تصلح الإجارة إلا بشيء ثابت معلوم.⁽¹⁾ وقال أيضاً: «ولا يشترط في ربحه خاصة مضمونا لأحدهما دون صاحبه».⁽²⁾

قال عبد العزيز بن أبي سلمة: «ولا ينبغي لأحد أن يقارض أحداً مالاً على كذا وكذا من الربح، وزيادة كذا وكذا من الورق والذهب بشيء مسمى، أو غير ذلك من الزيادات».⁽³⁾

وقد اعتبر الزهري ذلك مخالفاً لسنة القراض. وهو لا يجوز إلا بأجر معلوم على عمل معلوم.⁽⁴⁾ ولم يجز عبد الوهاب أن يشترط أحدهما منفعة يستبد بها على الآخر، واعتبر أن القراض عقد ضيق لا يحتمل الشروط؛ لانفراده عن الأصول، وتجويزه للضرورة. فلا يجوز منه؛ إلا قدر ما ورد الشرع به فقط. فمتى زيد عليه ما يخرج عن باب رخصته؛ بطل.⁽⁵⁾

فإن نزل ذلك، فروى يحيى عن ابن نافع أنه إن أبطل الشرط الفاسد مشروطه؛ صح العقد، وتماديا عليه. ووجه ذلك؛ أنه قد أسقط ما أدخل الفساد في العقد، في وقت يجوز له تركه وابتدأه. فكان ذلك بمنزلة أن فسح العقد الفاسد، واستأنف عقداً صحيحاً.⁽⁶⁾ فإن أبى إبطالها؛ رد إلى أجرة المثل. والمال وربحه ووضيعة لربه والضمان عليه.⁽⁷⁾

وقد اختصر الشيخ خليل ذلك بقوله: «والربح والخسر بقدر المالين، وتفسد بشرط التفاوت».⁽⁸⁾

ونظم المتحرف هذه الأحكام قائلاً: وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ شَيْءٍ يُنْفَرَدُ ❖ بِهِ مِنَ الرَّبْحِ وَإِنْ يَقَعَ يُرَدُّ⁽⁹⁾

(1) الموطأ: 691. وانظر: المنتقى: 160/6-161، والاستذكار: 144-146/21.

(2) المدونة: 110/12. وقد حكى ابن عبد البر إجماع أهل المذهب على هذه المسألة، لأن الأصل في القراض ألا يجوز إلا على نصيب معلوم.

الاستذكار: 143/21، والكافي: 775. روى عبد الرزاق في مصنفه عن علي رضي الله عنه أنه قال: «الوضعية على رب المال، والربح على ما اصطالحوا عليه». كتاب البيوع، باب نفقة المضارب ووضيعة، (برقم 15909).

(3) المدونة: 87/12-88. وعبد العزيز بن أبي سلمة سبقت ترجمته في ص: 147.

(4) مختصر الزهري: 287.

(5) المعونة: 1124، والتلقين: 408.

(6) المنتقى: 161/6. ويحيى سبقت ترجمته في ص: 201. وابن نافع في ص: 80.

(7) المدونة: 109/12. وانظر: الجامع: 103/9، والتهذيب: 527/3، والنوادر: 249/7، والبيان: 153/12. التنبيهات: 1591.

(8) المختصر: 213.

(9) التحفة: 85 (بيت 1154).

ومن جملة ما لا يجوز من الشروط، اشتراط رب المال على العامل خصوص التصرف، كأن أن يقصره على تجارة بعينها، أو يحجر عليه السلع كلها، ويطلق يده في سلعة واحدة بعينها. فإنه لا يجوز؛ إلا أن تكون مأمونة الوجود لا تتخلف.⁽¹⁾

واعتبر ابن رشد أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض، فيعظم الضرر بذلك.⁽²⁾ وابن جزي تحجيراً على العامل.⁽³⁾

كما اعتبر عبد الوهاب القراض على اشتراء نوع مخصوص، مما لا يعم وجوده؛ فاسداً.⁽⁴⁾ وعلل ابن عبد البر فساد قصر العامل على ما لا يوجد إلا نادراً، أنه يحول بينه وبين التصرف.⁽⁵⁾

وذكر الباجي أن قصر القراض على السلعة قد تعدم في وقت من الاوقات أو تتعذر التجارة بها لقلتها في بعض الازمان فاسداً. واعتل أن هذا اشتراط ما ينال في عقد القراض، لأن المقصود منه هو النماء والربح.

فاذا ثبت ذلك، فإنه يفسد. فإن عثر عليه قبل أن يبتاع بالمال شيئاً، فسخ. وإن عثر عليه بعد أن ابتاع بالجميع، كان فسخه المنع من استئناف العمل به في المستقبل.⁽⁶⁾

أما لو اشترط على العامل أن لا يتجر بسلعة معينة، فذلك جائز، وله شرطه. لأنه قد أبقى له من السلع ما لا يعدم التجارة. ولم يجز للعامل شراؤها. فإن فعل؛ فرب المال بالخيار بين إجازة شرائه، وبين تضمينه الثمن الذي اشتراها به. وقيل: «رد المال إلى مثله؛ إن عمل».⁽⁷⁾

وفي ذلك كله قال مالك: «من اشترط على من قارض أن لا يشتري سلعة باسمها، فلا بأس بذلك. ومن اشترط على من قارض أن لا يشتري إلا سلعة كذا وكذا، فإن ذلك مكروه؛ إلا أن تكون السلعة كثيرة موجودة، فلا بأس بذلك».⁽⁸⁾

قال الشيخ خليل عاطفاً على ما لا يصح اشتراطه: «أو ما يقل وجوده».⁽⁹⁾

(1) مختصر الزمري: 287، والتبصرة: 5280، والتفريع: 195/2.

(2) البداية: 453/3.

(3) القوانين: 473.

(4) الإشراف: 168/3.

(5) الاستذكار: 142/21.

(6) المنتقى: 159/6.

(7) الكافي: 774، والتفريع: 195/2.

(8) الموطأ: 690، والمنتقى: 159/6، والاستذكار: 142/21، والمدونة: 116/12، والجامع: 112/9.

(9) المختصر: 235.

ومن مسائل الشروط أيضاً، اشتراط رب المال على العامل ضمان الخسارة والتلف. فقد قال مالك: «لا يجوز القراض، وهو فاسد. معتبراً أن شرط الضمان في القراض باطل».⁽¹⁾ وقال ربيعة: «ولا يحل قراض على ضمان»⁽²⁾؛ وذلك ما لم يتعدّ، أو يكون منه تفريط؛⁽³⁾ كأن يخالف ما أمر به، أو يفعل ما نهى عنه،⁽⁴⁾ أو يشارك في المال أحداً دون إذن، ويتلف المال في يد الشريك،⁽⁵⁾ أو أن يبيع بدين بغير إذن؛ لأنه بالنسيئة قد أخرج المال عن يده وجعله في ذمة غيره.⁽⁶⁾

وقد حكى ابن عبد البر إجماع العلماء على أن المقارض مؤتمن، لا ضمان عليه فيما يتلفه من المال، من غير جنائية منه فيه ولا استهلاك له ولا تضييع. هذه سبيل الأمانة وسبيل الأمناء.⁽⁷⁾

وعلل عبد الوهاب فساد، بأن موضوعه على الأمانة، فإذا شرط فيها الضمان، فقد عقد على خلاف موضوعه، فوجب أن يفسد. ولأن القراض موضوع على التساوي، فإذا شرط الضمان، فذلك زيادة لا يقتضيها العقد، فوجب فساد.⁽⁸⁾ وبمثله اعتلّ الأبهري.⁽⁹⁾

فإذا دفع القراض على الضمان، وجب فسخه؛ ما لم يفت. فإن فات؛ بطل الشرط، وردّ فيما قد مضى منه؛ مما لا بد منه في تحصيل رأس المال على هيئته إلى قراض المثل؛ على ما روي عن مالك في رد جميع القراض الفاسد إلى قراض المثل.⁽¹⁰⁾

وفي هذا قال المتحرف: وَالنَّقْدُ وَالْحُضُورُ وَالْتَعْيِينُ ❖ مِنْ شَرْطِهِ وَيُمْنَعُ التَّضْمِينُ⁽¹¹⁾

غير أن ابن زرب حمل ما قاله أهل المذهب في هذه المسألة على ما إذا كان الالتزام بالضمان عند العقد حتى يكون ذلك على الوجه المناقض للشرع، فيجب حينئذ أن يبقى الحكم تابِعاً للمشروع، حيث قال: «فلو تبرع بالضمان وطاع به بعد تمام العقد؛ لجاز ذلك. كما إذا التزم قابض مال القراض الضمان طائعاً بعد أن شرع في العمل، فإنه يلزمه».⁽¹²⁾

(1) الموطأ: 692 والمدونة: 109/12.

(2) المدونة: 109/12. وربيعه سبقت ترجمته في ص: 115.

(3) التلقين: 408، والمفدمات: 8/3.

(4) المدونة: 116-118/12، والنوادر: 281/7. «لأن كل من خالف ما أمر به أو نهى عنه أو تعدّى، فإنه يضمن». شرح المنجور: 545.

(5) مختصر الزهري: 285، والبداية: 449/3، والقوانين: 473، والنوادر: 251/7، والبيان: 354/12، والمفيد: 308/1.

(6) المدونة: 116/12، والجواهر: 904، والكافي: 775، والذخيرة: 70/6. وقال أيضاً الشيخ خليل في موجبات الضمان: «وضمن إن خالف».

المختصر: 236. وقد أكد على هذه المسألة قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن القراض، المنعقد في دورته 13 بالكويت من 22-27 دجنبر

2001 رقم: 123 في الفقرة 12: «المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف؛ إلا بالتعدي أو التقصير، بما يشمل مخالفة

الشروط..».

(7) الاستذكار: 124/21.

(8) الإشراف: 188/3. وقال أيضاً: «العقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله: وجب بطلانه». المعونة: 1122.

(9) الجامع: 105/9. قال القرافي: «كل واحد وكيل عن شريكه الآخر في مال الشركة، والوكيل أمين لا ضمان عليه». الذخيرة: 66/8.

(10) المدونة: 109/12. التبصرة: 5275. «فكل قراض فاسد متى اطلع عليه: فحكمه الفسخ، عمل العامل أو لم يعمل». أصول الفتيا: 154.

(11) التحفة: 85 (بيت 1152). وقال الشيخ خليل عاطفاً على ما يبطل في القراض: «أو ضُمن». المختصر: 235.

(12) إيضاح المسالك: 125. ومثله الشعبي قائلًا: «يجب الضمان في مال القراض إذا طاع قابضه بال التزام الضمان». الأحكام: 226.

ومن هذا الباب اختلافهم في مسألة اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح بعد حضرة المال وقسمته.

فقد قال مالك: «لا يصلح ذلك، لأن رب المال إذا اشترط ذلك، فقد اشترط لنفسه فضلاً من الربح ثابتاً فيما سقط عنه من حصة الزكاة التي تصيبه من حصته».⁽¹⁾

وأجاز ذلك ابنُ القاسم، ولم ير أشهب به بأساً.⁽²⁾ لأنه يرجع إلى جزء معلوم النسبة؛ وإن لم يكن معلوم القدر، لأن الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى.

واختلفوا في اشتراط العامل زكاة الربح على رب المال. فقد قال ابنُ القاسم: «جائز أن يشترط أحدهما على صاحبه أن يكون عليه زكاة الربح، لأنه يرجع إلى نصيب معروف».⁽³⁾

وهو الذي اختاره عبد الوهاب، معتلاً أن ذلك جزء معلوم مستثنى من جزء رب المال.⁽⁴⁾

وحصل الجد في هذه المسألة أربعة أقوال:

أحدها: أن ذلك جائز لكل واحد منهما على صاحبه، وهو قول ابنِ القاسم في المدونة.

والثاني: أن ذلك لا يجوز لواحد منهما على صاحبه، وهو قول مالك في أصل الأسدية.⁽⁵⁾

والثالث: أنه يجوز لرب المال أن يشترط ذلك على العامل، ولا يجوز للعامل أن يشترطه على رب المال، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه.

والرابع: أنه يجوز أن يشترط ذلك العامل على رب المال، ولا يجوز أن يشترطه رب المال على العامل. وهذا القول ليس بمنصوص عليه. واعتبر أن القول الثاني هو أظهر الأقوال، للغرر البين في باقيها، والتي اعتبرها استحسان ليست بجارية على أصل ولا قياس.⁽⁶⁾

وأشار ابنُ الحاجب إلى هذه المسألة بقوله: «ولو شرط زكاة الربح على أحدهما؛ جاز، لأنه يرجع إلى جزء معلوم».⁽⁷⁾

(1) الموطأ: 692، والمنتقى: 163/6، والاستذكار: 149/21.

(2) النوادر: 266/7.

(3) المدونة: 98/12.

(4) المعونة: 1129، والتلقين: 409.

(5) كتاب الأسدية في فقه المالكية هي عبارة عن مسائل لأبي حنيفة أراد أسد بنُ الفرات لما رجع من العراق أن يعرف رأي مالك فيها، فأجابه ابنُ القاسم إلى ما طلب بنص قول مالك، أو بالقياس على قوله، أو باجتهاد منه. وقال فيما شك فيه: أحسب وأظن. وليس للأسدية ذكر الآن. وأسد بنُ الفرات بن سنان لزم علي بن زياد وتفقه به، وسمع من مال الموطأ وغيره، وكتب عن هُشيم وابن أبي زائدة وابن عواش وغيرهم. وأخذ عنه أبو يوسف موطأ مالك وكان يقول: إنما المدونة من العلم بمنزلة أم القرآن من القرآن. توفي سنة 213 هـ الديباج: 305-306.

(6) المقدمات: 11-8/3، والبيان: 348/12 و351 و353 و400 و406-407، والبداية: 454/3، والمنتقى: 163/6.

(7) جامع الأمهات: 424. وانظر التوضيح: 47/7.

ومما لا يجوز من الشروط، اشتراط أحد المتقارضين على الآخر في أصل القراض سلفاً يسلفه إياه. فقد اعتبر مالك ذلك مما ينهى عنه أهل العلم.⁽¹⁾ لأن ذلك زيادة ازدادها في القراض ليست من الربح؛ فلم يصح ذلك.⁽²⁾

فإن نزل؛ فالقراض فاسد، قال مالك: «فللعامل أجر مثله وجميع الربح لرب المال»⁽³⁾ إلا أن يسقط الشرط قبل العمل.⁽⁴⁾ وأما إن تطوَّع أحدهما بالسلف من غير شرط، فلا بأس.⁽⁵⁾

وسئل الجد عن إقراض أحد الشريكين للآخر للزيادة في رأس مال الشركة، فأجاب: «إن كان ذلك على وجه الصلة والمعروف دون سبب؛ إلا إرادة الرفق به، فذلك جائز».⁽⁶⁾

ومما لا يجوز من الشروط أيضاً، اشتراط رب المال أن يعين العامل بنفسه. فقد اعتبر عبد العزيز بن أبي سلمة ذلك بمنزلة الدراهم تزيده إياها، مع ما يسمى لك من الربح.⁽⁷⁾

فإن عمل معه بغير شرط، فهو ممنوع في الكثير دون اليسير. لأن الكثير مقصود في نفسه. وأما اليسير، فالتهمة ليست فيه بقوة، لأنه مما لا يكاد يفعله الإنسان أو يعين به من يعرفه من غير عوض.⁽⁸⁾ قال الأبهري⁽⁹⁾: «وكان رب المال لم يَأْتَمَنه على المال حين لم يفرد».⁽¹⁰⁾

فإن وقع؛ فسخ في العمل الكثير، ويرد العامل إلى أجر مثله. وقال ابن المواز: «لا يفسخ به القراض؛ وإن كثر؛ حتى يكون بشرط».⁽¹¹⁾

وقد أشار الشيخ خليل إلى ما لا يجوز اشتراطه في القراض بقوله: «كاشتراط يده، أو مراجعته، أو أميناً عليه».⁽¹²⁾

كما لا يجوز في القراض أن يجعل معه رب المال ابنه ليبيصره التجارة. قال ابن أبي زمنين: «لا خير فيه، لأنه نفع ازداد لرب المال في تبصرة ولده».⁽¹³⁾

(1) الموطأ: 698، والمنتقى: 176/6، والاستذكار: 176/21.

(2) المنتقى: 176/6.

(3) المدونة: 109/12، والجامع: 103/9، والتهذيب: 528/3، والمنتقى: 176/6، والتفريع: 195/2.

(4) النوادر: 247/7، والجامع: 101/9، والذخيرة: 71/6، والتبصرة: 5272.

(5) الاستذكار: 177/21.

(6) مسائل ابن رشد: 831/1.

(7) المدونة: 88-87/12. وعبد العزيز بن أبي سلمة سبقت ترجمته في ص: 147.

(8) الموطأ: 691، والمنتقى: 151/6، والاستذكار: 128/21.

(9) سبقت ترجمته في ص: 114.

(10) الموطأ: 691، والمنتقى: 151/6، والاستذكار: 128/21، والجامع: 104/9.

(11) النوادر: 247/7.

(12) المختصر: 235.

(13) التهذيب: 530/3، والجامع: 105/9، والمفيد: 308/1.

خلاصة القول، أنه لا يجوز اقتران القراض بشروط تزيد في مجهلة الربح، أو في الغرر الذي فيه، لأن اشتراط ما يوجب الجهالة والغرر يمنع موجب العقد، فلا ينعقد؛ إذ العقد شرع لإثبات موجهه؛ كاستخلاص أحد المتقارضين لنفسه شيئاً خاصاً، يستأثر به غير جزئه من الربح.

فإن نزل ذلك، وأبطل الشرط الفاسد مشروطه؛ صح العقد، لأنه قد أسقط ما أدخل الفساد في العقد، في وقت يجوز له تركه وابتدأه. فكان ذلك بمنزلة أن فسّخ العقد الفاسد، واستأنف عقداً صحيحاً.

ومن جملة ما لا يجوز من الشروط، اشتراط رب المال على العامل خصوص التصرف، لأن ذلك من باب التضيق والتجوير على المقارض.

فإن عثر عليه قبل أن يبتاع بالمال شيئاً، فسّخ. وإن عثر عليه بعد أن ابتاع بالجميع، كان فسّخه المنع من استئناف العمل به في المستقبل.

كما لا يجوز اشتراط رب المال على العامل ضمان الخسارة والتلف؛ ما لم يتعدّ، أو يكون منه تفريط، لأن في اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض.

فإذا دفع القراض على الضمان، وجب فسّخه؛ ما لم يفت. فإن فات؛ بطل الشرط، وردّ فيما قد مضى منه إلى قراض المثل. ويجوز إذا تبرع بالضمان وطاع به بعد تمام العقد.

واختلف في مسألة اشتراط أحد المتقارضين زكاة الربح على صاحبه في حصته من الربح. فقال مالك: لا يصلح ذلك. وأجازه ابن القاسم وأشهب، لأنه يرجع إلى نصيب معروف.

ولا يجوز اشتراط أحد المتقارضين على الآخر في أصل القراض سلفاً يسلفه إياه، لأن ذلك زيادة ازدادها في القراض ليست من الربح.

فإن نزل؛ فللعامل أجر مثله وجميع الربح لرب المال؛ إلا أن يسقط الشرط قبل العمل.

وأما إن تطوّع أحدهما بالسلف من غير شرط، فلا بأس.

ولا يجوز اشتراط رب المال أن يعين العامل بنفسه. لأنها زيادة مع ما يسمى من الربح.

فإن عمل معه بغير شرط، فهو ممنوع في الكثير دون اليسير. ولا يفسخ عند ابن المواز؛ وإن كثر؛ حتى يكون بشرط.

كما لا يجوز في القراض أن يجعل معه رب المال ابنه ليبصره التجارة. فكل قراض في أصله زيادة لا يحل.

المطلب الثالث: الأجل في القراض

اتفق أئمة المذهب على عدم جواز تأقيت القراض بأجل لا يفسخ قبله، وإذا انقضى الأجل انفسخ العقد.⁽¹⁾ فقد قال مالك: «لا يجوز للذي يأخذ المال قراضاً أن يشترط أن يعمل فيه سنين لا يُنزع منه. ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط أنك لا تردده إلى سنين، لأجل سميّانه، لأن القراض لا يكون إلى أجل».⁽²⁾

وذكر الليث⁽³⁾ أن ربيعة⁽⁴⁾ كان يقول في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً ليتجر فيه سنة، ثم يتحاسبان، فيكون الربح بينهما، قال: «لا يحل أن يضرب للمقارض أجلاً».⁽⁵⁾

وقال ابنُ البر: «أما القراض إلى أجل، فلا يجوز عند الجميع، لا إلى سنة، ولا إلى سنين معلومة، ولا إلى أجل من الآجال».⁽⁶⁾ ومثله قال ابنُ شاس.⁽⁷⁾

وجعل ابنُ الحاجب من شروط العمل في القراض أن يكون تجارة غير مضيقة بالتأقيت.⁽⁸⁾

وعلل عبد الوهاب ذلك بأن القراض من العقود غير اللازمة. فيجب أن يكون ما أخرجه إلى اللزوم باطلاً، لأنه خلاف مقتضاه، ويخرجه عن بابه. وتوقيته يقتضي اللزوم، فوجب فسادَه.⁽⁹⁾

واعتلّ القرافي بأن تأجيله يبطل حكمته، وأن أرباح القراض منوطة بالأسواق، وهي غير منضبطة في مدة معينة.⁽¹⁰⁾ والباجي معللاً بأن التوقيت يمنع المتعاقدين من فسخه متى شاء.⁽¹¹⁾

وقال الأبهري⁽¹²⁾: «حكم القراض أن يكون إلى غير أجل، لأنه ليس بعقد لازم. كل واحد منهما لو شاء تركه جاز له ذلك إذا كان المال ناضاً»⁽¹³⁾. فإذا اشترط الأجل؛ فكأنه قد منع نفسه من تركه، وذلك غير جائز.⁽¹⁴⁾

(1) القوانين: 472، والجامع: 90/9، والكافي: 774، والتلقين: 407، والبداية: 454، والتفريع: 194/2.

(2) الموطأ: 691-692. وانظر المنتقى: 162/6، والاستذكار: 147/21.

(3) هو الليث بن سعد أبو الحارث، عالم الديار المصرية. سمع عطاء وابن شهاب وخلقاً كثيراً. وروى عنه ابن وهب وأشهب وخلائق. كان كثير العلم صحيح الحديث، يحسن النحو ويحفظ الشعر. وثقه ابن المديني والنسائي، وقال ابن وهب: لولا مالك والليث لضلّ الناس. وكل ما كان في كتب مالك: وأخبرني من أرى من أهل العلم: فهو الليث. توفي سنة 175 هـ. السير: 136/8 (رقم 12)، والتذكرة: 224/1 (رقم 210).

(4) سبقت ترجمته في ص: 115.

(5) المدونة: 110/12.

(6) الاستذكار: 148/21.

(7) الجواهر: 900.

(8) جامع الأمهات: 423، والتوضيح: 40-39/7.

(9) الإشراف: 179/3، والمعونة: 1123.

(10) الذخيرة: 98/6 و106.

(11) المنتقى: 162/6.

(12) سبقت ترجمته في ص: 114.

(13) الناض: نض المال، إذا تحوّل نقداً بعد أن كان متاعاً. النهاية: 622.

(14) الجامع: 106/9.

ومتى وقع العقد على ذلك؛ كان فاسداً. ويفسخ؛ ما لم يشرع العامل في الشراء بالمال. فإن كان ذلك؛ مضى، وردَّ إلى قراض مثله.⁽¹⁾ لوجوب رد كل أصل فاسد إلى حكم صحيح.⁽²⁾ وفي المسألة قول آخر ذهب إليه ابنُ نافع، وهو أنهما يمضيان على قراضهما، ويسقط الأجل؛ تخريجاً على الاختلاف في بيع وشرط، والقول بسقوط الشرط وصحة البيع.⁽³⁾ وفي هذا قال المتحف:

وَلَا يَسُوغُ جَعْلُهُ إِلَى أَجَلٍ ❖ وَفَسْخُهُ مُسْتَوْجِبٌ إِذَا نَزَلَ⁽⁴⁾

ومما لا يجوز أيضاً، القراض بالدين؛ كأن يقارض رجل رجلاً بدين له عليه، أو على غيره. قال مالك في الموطأ في رجل أسلف رجلاً مالاً، ثم سألته الذي تسلف المال أن يقره عنده قراضاً: «لا أحب ذلك؛ حتى يقبض ماله منه، ثم يدفعه إليه قراضاً إن شاء، أو يمسه».⁽⁵⁾

وقال أيضاً في المال إذا كان ديناً على رجل، فقال له رب المال: «اعمل بالدين الذي لي عليك قراضاً»، قال: «لا يجوز هذا؛ إلا أن يقبض دينه، ثم يعطيه بعد ما يقبضه». فإن قلت له: «اقتض ديني الذي لي على فلان، واعمل به قراضاً». قال ابنُ القاسم: «لا يجوز هذا عند مالك».⁽⁶⁾ واعتبر اللخمي عدم جواز القراض بالدين ابتداءً؛ خيفة أن يكون المتقارضان قد أظهرتا ذلك، وأبطلنا أن يأتيه بربح من ذمته، فيكون فسخ دين في دين.⁽⁷⁾

واختصر ذلك ابنُ الحاجب بقوله: «ولا يجوز بدين ولو أحضره؛ ما لم يقبضه، ويستمر ديناً، خلافاً لأشهب».⁽⁸⁾ وتبعه في ذلك الشيخ خليل قائلًا: «لا بدين عليه واستمر؛ ما لم يقبض».⁽⁹⁾ فإن نزل؛ فليس له إلا رأس ماله. قاله ابنُ القاسم. وروي عن أشهب أنه إن نزل؛ مضى.⁽¹⁰⁾ وقال الشيخ خليل عاطفاً على ما يبطل في القراض: «أو أجل ... أو بدين».⁽¹¹⁾

(1) المدونة: 109/12، والجامع: 81/9، والاستذكار: 148/21، والمفيد: 308/1، والكافي: 774، والإشراف: 178/3.

(2) الجامع: 106/9.

(3) المدونة: 109/12، والجامع: 81/9.

(4) التحفة: 85 (بيت 1153).

وقد أكد على هذه المسألة مجمع الفقه الإسلامي بشأن القراض، المنعقد في دورته 13 بالكويت من 22-27 دجنبر 2001 في قراره رقم: 123، في فقرته 6 على أنه: «لا مانع شرعا من توقيت المضاربة باتفاق الطرفين، بحيث تنتهي مدتها دون اللجوء إلى طلب الفسخ من أحدهما، ويقتصر أثر التوقيت على المنع من الدخول في عمليات جديدة بعد الوقت المحدد، ولا يحول ذلك دون تصفية العمليات القائمة».

(5) الموطأ: 699، والمنتقى: 176/6، والاستذكار: 179/21.

(6) المدونة: 88/12. وانظر: الجامع: 78/9، والقوانين: 472، والتفريع: 198/2.

(7) التبصرة: 5229.

(8) جامع الأمهات: 423، والتوضيح: 36/7.

(9) المختصر: 235.

(10) النواذر: 245/7، والجواهر: 900.

(11) المختصر: 235.

خلاصة الحديث، إن تحديد القراض بزمان وتضييقه بالتأقيت، والمنع من التصرف بعده، تحجير يخلّ بحكمته، ويخالف مقتضاه، ويخرجه عن بابه، ويجعله فاسداً. لأن القراض لا يستحق فيه شيء إلا بتمام العمل.

كما أن أرباح القراض منوطة بالأسواق، وهي غير منضبطة في مدة معينة. ومتى وقع العقد على ذلك فسخ؛ ما لم يشرع العامل في الشراء بالمال. فإن كان ذلك؛ مضى، وردّ إلى قراض مثله. لوجوب رد كل أصل فاسد إلى حكم صحيح. وفي المسألة قول آخر وهو أنهما يمضيان على قراضهما، ويسقط الأجل؛ تخريجاً على الاختلاف في بيع وشرط، والقول بسقوط الشرط وصحة البيع. ومما لا يجوز القراض بالدين؛ إلا أن يقبضه، ويحصل في يديه. خيفة أن يكون المتقارضان قد أظهرنا ذلك، وأبطلنا أن يأتيه بريح من ذمته، فيكون فسخ دين في دين. فإن نزل؛ فليس له إلا رأس ماله. وقيل: إن نزل؛ مضى.

المطلب الرابع: المضاربة التشاركية

يعد عقد المضاربة من المنتجات الاستثمارية والتمويلية التي اعتمدتها البنوك التشاركية، المستمدة من التراث الفقهي، والمنظمة بمقتضى القانون رقم 12.103، والمفصل أحكامها بمقتضى منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17، بعدما أبدت اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رأيها بالمطابقة بخصوصها لأحكام الشريعة ومقاصدها، وأنه ليس فيها ما يخالف ذلك، استناداً للأدلة الشرعية، والاجتهادات الفقهية المعبرة.⁽¹⁾

وهذه المضاربة تقوم في جوهرها على تعدد وتلاقي أصحاب المال وأصحاب الخبرة، يقدم الأول ماله والثاني خبرته بغرض تحقيق الربح واقتسامه بنسب متفق عليها.

فبالإضافة إلى الشروط العامة للعقود، فإن هناك شروطاً خاصة ترتبط بعقد المضاربة، تطرق الإطار القانوني المنظم لها إلى أهمها دون استغراق جميعها، كما نظمها الفقه. منها ما يتعلق برأس المال والربح والخسارة، ومنها ما يتعلق بعمل المضاربة وتنفيذه. لذلك عقدت هذا المطلب لدراسة بعض جوانبها، والتدقيق في مدى مطابقتها للأحكام العامة للمضاربة في المذهب.

فقد أجازت م.58 من القانون رقم 12.103 وكذا م.42 من المنشور أن يكون رأس المال نقداً أو عيناً أو هما معاً، متجاهلة بذلك تحديد مشهور المذهب المضاربة في النقود فقط، وعدم جوازها في العروض مطلقاً؛ للغرر بتغير الأسواق وعدم استقرار قيمتها عند المفاصلة.⁽²⁾ قال مالك: «لا يصلح القراض في شيء من العروض والسلع».⁽³⁾

وفي اعتقادي أن الأقرب إلى المصلحة ورفع الحرج، هو ما اعتمده المقنن حينما أباح أن يكون رأس مال المضاربة من العروض، واشترط أن تكون محددة القيمة وقت التعاقد. وفق ما نصت عليه م.45 من المنشور بقولها: «يلزم تعيين حصص أرباب المال وتحديداتها. وإذا كانت الحصص عينية وجب تحديد قيمتها في عقد المضاربة». وهو ما لا يدع مجالاً لأي غرر أو جهالة. لأن تقويم العروض وقت العقد، ومعرفة قيمتها الحقيقية يزيل الغرر والجهالة.

(1) رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية (رقم 1) الصادر بتاريخ 10 دجنبر 2016 الصادر بشأن مشروع منشور والي بنك المغرب المتعلق بتحديد المواصفات التقنية الخاصة بمنتجات التمويل التشاركي وكيفية تقديمها إلى العملاء. وقد عرفها مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم: 123 (5/13) بأنها: «1- المضاربة المشتركة هي المضاربة التي يعهد فيها مستثمرون عديدون -معا أو بالتعاقب- إلى شخص طبيعى أو معنوي باستثمار أموالهم».

(2) الذخيرة: 30/6.

(3) الموطأ: 689، والمدونة: 86/12. وقال الجدي: ولا يجوز القراض بشيء من العروض. المقدمات: 16/3، وأيضاً ابن أبي زيد قال: القراض جائز بالدنانير والدراهم، ولا يجوز بالعروض. الرسالة: 220. كما أن هذه المسألة يمكن اعتبار مبنائها على الاجتهاد والخلاف، حيث جَوَّز المذهب الحنبلي في رواية المضاربة بالعروض، وتُجعل قيمتها وقت العقد رأس المال. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع. فقال: جائز. المغني لابن قدامة (ط. القاهرة): 13/5. كما أفاد بعض فقهاء المالكية بجواز المضاربة بغير النقد بشرطين: التعامل به في بلد العمل، وعدم وجود المسكوك. وإن وقع شيء من ذلك مع فقد الشرطين أو أحدهما، مضى بالعمل. الفواكه الدواني: 200/2. وحكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا يرد ولا ينقض. الفروق: 114/2.

وقد اشترط أيضاً أن لا يكون رأس مال المضاربة ديناً في ذمة المضارب بالعمل في انسجام تام مع ما قرره أهل المذهب. وهو ما أشارت إليه م.46 من المنشور بنصها: «لا يجوز أن تكون حصة رب المال ديناً على المضارب أو غيره». أي أن يكون رأس مال المضاربة عيناً حاضرة عند التعاقد، لا معلقاً على مال غائب في الذمة؛ لعل أن ما في الذمة لا يتحوّل ويعود أمانة.⁽¹⁾

واستوجبت م.42 من المنشور أن يكون الربح معلوماً مسبقاً ابتداءً عند التعاقد، لأن الجهالة في رأس المال تكون نتيجة جهالة في الربح. وأن يكون مشتركاً بين الأطراف لا أن ينفرد به أحدهما دون الآخر. حيث نصت على أنه: «يتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق بين الأطراف». وأن يكون كذلك نسبة شائعة من الأرباح المحققة، لا أن يحدد بمقدار مسبق عند التعاقد.

وهو ما أشارت إليه م.47 من المنشور بقولها: «توزيع الأرباح بين الأطراف على أساس الربح المحقق، وليس في شكل مبلغ محدد مسبقاً أو نسبة من رأس مال المضاربة». وذلك في انضباط تام لما نص عليه أهل المذهب، كما تقدمت الإشارة إليه في مطلب الشروط من هذا المبحث.⁽²⁾

كما أخذ المقتن في م.58 (د) من القانون رقم 12.103 وكذا م.42 من المنشور بما ذهب إليه المذهب من أن الخسارة يتحملها رب المال وحده، إلا في حالات الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب. حيث فصلت بذلك الحالات التي تتحقق فيها مسؤولية المضارب بالعمل وتحمله الخسارة التي تلحق برأس المال...ويتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالات الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب.⁽³⁾

وأجازت م.48 من المنشور للأطراف إمكانية بعد إبرام العقد الاتفاق على تخصيص ما زاد من الأرباح المحققة عن سقف محدد لطرف معين أو عدة أطراف. وهو ما أقره أهل المذهب، إذ سئل ابنُ القاسم عن المتقارضين يشترطان عند معاملتهما ثلث الربح للمساكين، فأجاز ذلك.⁽⁴⁾

وفيما يخص توزيع الأرباح لمصلحة الشركة، سمحت م.49 من المنشور للأطراف الاتفاق على توزيع الأرباح وتحمل الخسائر على خلاف الحصص في رأس مال شركة المضاربة.⁽⁵⁾

(1) البداية: 452/3.

(2) انظر ص: 243.

(3) جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي: «12- المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير، بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها».

(4) المدونة: 91/12.

(5) جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي: «10- لا مانع شرعاً من وضع معدل متوقع للربح، والنص على أنه إذا زاد الربح المتحقق عن تلك النسبة يستحق المضارب جزءاً من تلك الزيادة».

ولا يجوز لرب المال التدخل في إدارة نشاط المضاربة، حيث يتحمل المضارب بالعمل المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع. وهو ما نصت عليه صراحة م.51 من المنشور بقولها: «لا يجوز للمؤسسة أن تباشر تسيير أعمال المضاربة». وهو ما قرره أهل المذهب كما تقدم بيانه قريباً.⁽¹⁾

كما أجازت م.53 من المنشور انقضاء المضاربة بانتهاء مدة العقد. وهو ما يستشف من إلزامها النص بكيفية صريحة في العقد على مدة المضاربة وكيفيات مراجعتها باتفاق الأطراف إن اقتضى الحال. مخالفة بذلك اتفاق أئمة المذهب على عدم جواز تأقيت المضاربة بأجل لا تفسخ قبله، وإذا انقضى الأجل انفسخت، كما مضى بيانه.⁽²⁾

خلاصة القول، إن المشاركة المتناقصة، شركة في مشروع ذي دخل، يتعهد فيها البنك بشراء حصة الطرف الآخر تدريجياً، بموجب وعد ملزم من البنك؛ على أن يكون للطرف الآخر الخيار. وذلك بإبرام عقود بيع عند تملك كل جزء من الحصة.

كما أن المنشور المنظم لعقد المضاربة قد احترم بشأنها أحكام الفقه المالكي على العموم في جل أحكامها؛ إلا ما ندر

(1) انظر ص: 248 من هذا البحث.

وقد جاء في قرار المجمع الفقه الإسلامي: «8- ... لا مانع شرعاً من تأليف لجنة متطوعة تختار منهم لحماية تلك الحقوق، ومراقبة تنفيذ شروط المضاربة المتفق عليها دون أن تتدخل في قراراته الاستثمارية إلا عن طريق المشورة غير الملزمة للمضارب».

(2) انظر ص: 250-251 من هذا البحث.

(3) جاء في قرار المجمع الفقه الإسلامي: «6- لا مانع شرعاً من توقيت المضاربة باتفاق الطرفين، بحيث تنتهي بانتهاء مدتها دون اللجوء إلى طلب الفسخ من أحدهما. ويقتصر أثر التوقيت على من الدخول في عمليات جديدة بعد الوقت المحدد ولا يحول ذلك دون تصفية العمليات القائمة».

(4) للتوسع في هذا الموضوع يراجع: البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته: عبد الله التناقي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2018، ص: 178-183، والبنوك الإسلامية في ضوء المستجدات التنظيمية للمنتجات التمويلية بالمغرب: جواد مريد، مطبعة المتقي، المحمدية، ط1، 2012، ص: 17، وقانون البنوك التشاركية في المغرب: علي نجم، مطبعة الأمنية، الرباط، ط1، 2017، ص: 32-41.

المبحث الثالث: عقد المزارعة وكراء الأرض

تعتبر المزارعة من أعظم الأسباب وأكثرها أجراً ، لأن فيها منفعة للزراع ولغيره. وقد كان أبو محمد بن أبي جمرة⁽¹⁾ يقول: «عليكم بالزراعة، فإنها تحصل الأجور الكثيرة».⁽²⁾ وقد قال بعض العلماء: أطيب الكسب الزراعة. وهذا صحيح، لأن الزراعة يتوقف عليها المجتمع في كل وقت وباستمرار.

وقد أقحمت هذا المبحث في فصل الشركات وفق ما أتى به كثير من أهل المذهب؛ كالرجراجي والحفيد ، وما اعتبره مالك وجميع أصحابه من أن العامل في المزارعة شريك.⁽³⁾ ففي **مطلبه الأول** تبين حقيقة عقد المزارعة وحكمها، وهل تلزم بالعقد، أم بالعمل، أم بابتداء العمل؟

وأما **المطلب الثاني**، فقد اقتضى الإشارة إلى مذهب مالك في كراء الأرض، وما يجوز أن تكرى به، وما اختلف فيه أصحابه من ذلك.

وفي **المطلب الثالث**، تناولت مسألة الشروط في المزارعة، هل يجوز اشتراط السلف في أصلها، أم أنها تفسد باشتراطه فيها؟ وإذا تطوع بالسلف بعد صحة العقد من غير شرط ولا عادة، فهل تلزم المزارعة بذلك؟

وهل يجوز اشتراط الأرض من عند أحدهما والبذر من عند الآخر؟

وهل تفسد المزارعة إن عقدت على التساوي، ثم تبرع أحدهما على صاحبه بعد العقد، من غير شرط ولا عادة؟

وهل يجوز اشتراط على العامل الحصاد والدرس؟

وآثرت في **المطلب الرابع** الحديث عن مسألة المزارعة إلى أجل؟

وإن كانت إلى أجل غير معيّن، فهل يكون لكل واحد من المتزارعين الانحلال متى شاء؛ ولو زرع؟

(1) هو أبو محمد بن أبي جمرة، المقرئ المشهور، مؤلف مختصر البخاري وشرحه بهجة النفوس. أخذ عنه صاحب المدخل ونقل عنه كثيراً في كتابه. توفي سنة 699هـ. الابتهاج: 216 برقم 235.

(2) زهرة البستان ونزهة الأذهان: ابن مالك الغرناطي (القرن 5 هـ) ت. محمد المشهداني، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، ط1، 2005، ص: 17.

(3) البيان: 412/12.

المطلب الأول: حقيقة المزارعة

لغة مأخوذة من الزرع، وهو كل ماما استتبت بالبذر. ويسمى الشيء المزروع: زريعة. والمزارعة: علاج ما تتبته الأرض⁽¹⁾

وقد اكتفى أهل المذهب في تعريفهم لعقد المزارعة بأنها نوع من الاشتراك في الزرع ببعض الخارج. حيث اعتبرها ابن جزي شركة في الزرع⁽²⁾ وعرفها ابن عبد البر بقوله: «هي إعطاء الأرض على النصف والثلث والرابع»⁽³⁾.

أما ابن عرفة فقد حدّها بقوله: «هي شركة في الزرع، وإن شئت قلت في الحرث»⁽⁴⁾. والعبارتان من أهل المذهب. وصفتها: «أن يتكافئا في العمل والمؤنة والأرض والبذر. فإن كان البذر من عند أحدهما والأرض من عند الآخر، فلا يجوز؛ كان العمل عليهما أو على أحدهما. فالتساوي مطلوب في الشركة على الزرع»⁽⁵⁾.

والأصل في مشروعيتها، قوله ﷺ: «أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ ﴿٦٦﴾ ءَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ»⁽⁶⁾، وقوله ﷺ: «أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا نَسُوقُ الْمَاءَ إِلَى الْأَرْضِ الْجُرُزِ فَنُخْرِجُ بِهِ زَرْعًا تَأْكُلُ مِنْهُ أَنْعَامُهُمْ وَأَنْفُسُهُمْ أَفَلَا يُبْصِرُونَ ﴿٦٧﴾»⁽⁷⁾.

ومن السنة ما روي عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَغْرِسُ غَرْسًا، أَوْ يَزْرَعُ زَرْعًا فَيَأْكُلُ مِنْهُ طَيْرٌ أَوْ إِنْسَانٌ أَوْ بَهِيمَةٌ، إِلَّا كَانَ لَهُ بِهِ صَدَقَةٌ»⁽⁸⁾. وأثر أبي هريرة رضي الله عنه الذي قال فيه: «لَا يَقُولَنَّ أَحَدُكُمْ زَرَعْتُ، وَلَيَقُلَّ حَرَثْتُ، فَإِنَّ الزَّارِعَ هُوَ اللَّهُ»⁽⁹⁾.

(1) الجمهرة، والتوقيف: مادة (زرع).

(2) القوانين: 470

(3) الاستذكار: 257/21، والتمهيد: 43/3.

(4) الهداية (شرح الحدود): 390.

(5) التفرع: 304/2، والمعونة: 1141.

(6) سورة الواقعة، الآية: 66-67.

(7) سورة السجدة: الآية: 27. قال القرطبي في تفسيره قوله ﷺ: «كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلٍ» (سورة البقرة، جزء من الآية: 260): «في هذه

الآية دليل على أن اتخاذ الزرع من أعلى الحرف المتخذة للمكاسب وبشغل بها العمال. ولهذا ضرب الله بها المثل». الجامع: 321/4-322.

(8) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحرث والمزارعة، باب فضل الزرع والغرس إذا أكل منه وقول الله تعالى: «أَفَرَأَيْتُمْ مَا

تَحْرُثُونَ ءَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ لَوْ نَشَاءُ لَجَعَلْنَاهُ حُطَمًا» سورة الواقعة، الآية: 66-68. (برقم 2320). ومسلم في صحيحه، كتاب

المساقاة والمزارعة، باب فضل الغرس والزرع، (برقم 1553).

(9) رواه البيهقي في السنن الكبير، كتاب المزارعة، باب ما يستحب من حفظ المنطق في الزرع (برقم 11866). والطبراني في الأوسط: 80/8 (برقم

8024). والبزار في مسنده: 308/17، (برقم 10064). قال الحافظ في الفتح (4/5): رجاله ثقات.

والمشهور جوازها،⁽¹⁾ قاله ابن أبي ليلى⁽²⁾، والثوري⁽³⁾، الأوزاعي⁽⁴⁾ والحسن بن حي⁽⁵⁾.⁽⁶⁾ ولأنه عقد شركة بين المال والعمل، فيجوز؛ لدفع الحاجة. لأن صاحب المال قد لا يحسن الزراعة، والعامل يتقن ذلك.⁽⁷⁾

واختلف في شركة الزرع هل تلزم بالعقد، أم بالعمل، أم بابتداء العمل؟

فقد رأى ابن الماجشون وسحنون أن المزارعة تلزم بالعقد، وهو قول ابن القاسم.⁽⁸⁾ وأجاب ابن زرب⁽⁹⁾ بأنها تلزم بالعقد، حكاه الونشريسي.⁽¹⁰⁾ ومثله قال المتيطي⁽¹¹⁾: «الشركة لازمة بالعقد؛ كالكرء والبيع».⁽¹²⁾ في حين حكى ابن حارث⁽¹³⁾ الاتفاق على انعقادها بابتداء العمل.⁽¹⁴⁾

وإنما وقع هذا الاختلاف في المزارعة، لأنها شركة وإجارة، كل واحدة منهما مفضية للأخرى بكليتهما. فاختلف أيهما يُغلب، فمن غلب الشركة لم يرها بالعقد لازمة. ومن غلب الإجارة ألزمها بالعقد. والقياس على القول بتغليب الإجارة وإلزام المزارعة بالعقد.

وفي المسألة قول ثالث جرى به العمل بقرطبة، ألا تلزم المزارعة بالقول؛ حتى يشرعاً في العمل. وهو قول يُروى عن ابن كنانة⁽¹⁵⁾ وليس بقياس، وإنما هو استحسان.⁽¹⁶⁾ وهو الذي اختصره الشيخ خليل، فقال: «لكل فسخ المزارعة؛ إن لم يُبذر».⁽¹⁷⁾

(1) جامع الأمهات: 432.

(2) سبقت ترجمته في ص: 38.

(3) هو سفيان بن سعيد الثوري، عدد شيوخه ست مائة شيخ منهم: ربيعة وابن شبرمة وعطاء وغيرهم، وأما الرواة عنه أكثر من عشرين ألفاً. من قدماء مشيخته: أبو حنيفة والأوزاعي وشعبة وأمم سواهم. صنف كتاب الجامع. قال عنه شعبة: أمير المؤمنين في الحديث. وابن عيينة: ما رأيت رجلاً أعلم بالحلال والحرام منه. مات سنة 161 هـ. التهذيب: 111/4-115 (رقم 199)، والسير: 229/7-279 (رقم 82).

(4) سبقت ترجمته في ص: 160.

(5) هو الحسن بن صالح بن حي، كان من أئمة الاجتهاد. روى عن ابن كُثَيْل وابن الأَقدَر وابن حرب وغيرهم، وروى عنه ابن المبارك ووكيع وأبو نُعيم وخلق سواهم. وكان مأموناً مستقيماً الحديث، وثَّقه أبو زرعة وأبو حاتم والنسائي. توفي سنة 169 هـ. السير: 371-361/7 (رقم 134).

(6) الاستذكار: 210-209/21.

(7) فتاوى البرزلي: 403/3.

(8) البيان: 395/15، والمقدمات: 42/3.

(9) سبقت ترجمته في ص: 215.

(10) المعيار: 143/8. وقال: «المزارعة كالإجارة في قول، وكالشركة في قول آخر».

(11) سبقت ترجمته في ص: 98.

(12) مختصر ابن عرفة: 122/8، وفتاوى البرزلي: 405/3، والمواهب: 154/7.

(13) سبقت ترجمته في ص: 127.

(14) المواهب: 153/7، والمعين: 508/2.

(15) سبقت ترجمته في ص: 117.

(16) البيان: 396/15، والمقدمات: 43-42/3.

(17) المختصر: 215.

وقد نظم المتحف هذا الخلاف قائلاً :

وَالْتُزِمَتْ بِالْعَقْدِ كَالْإِجَارَةِ ❖ وَقِيلَ بَلْ بِالْبَدْءِ لِلْعِمَارَةِ⁽¹⁾

ومثله صاحب العمل المطلق قائلاً :

وَمُتَشَارِكَا الْمَزَارَعَةِ مَا ❖ لَمْ يَشْرَعَا عَقْدُهُمَا مَا لَزِمَا⁽²⁾

الحاصل إن المزارعة عقد استثمار أرض بين صاحب الأرض وآخر، يعملان على استثمارها بالتساوي؛ على أن يكون المحصول مشتركاً بينهما بالحصص المتفق عليها. والمشهور جوازها؛ لدفع الحاجة.

واختلف أهل المذهب في المزارعة هل تلزم بالعقد، أم بالعمل، أم بابتداء العمل؟ والاستحسان ألا تلزم حتى يُشرع في العمل.

(1) التحفة: 83 (بيت 1124).

(2) مخطوط فتح الجليل الصمد، ورقة: 134.

المطلب الثاني: كراء الأرض

إن مسألة كراء الأرض مسألة عويصة، لها صور وغوائل، اختلف أهل العلم في جوازها، وفيما يجوز أن تكري به اختلافًا كبيراً؛ لتعارض ظواهر الأحاديث والآثار الواردة في ذلك، واضطرابها فيها اضطراباً كبيراً.

فقد ذهب فرقة إلى عدم جواز ذلك، منهم: مكحول⁽¹⁾ وعطاء⁽²⁾ ومجاهد⁽³⁾ وطاووس⁽⁴⁾، لأنها إذا استؤجرت وحرثها المستأجر وأصلحها، لعله أن يحرق زرعها، فيردها وقد زادت، وانتفع رب الأرض، ولم ينتفع المستأجر. فمن هنا لم يجز لأحد أن يستأجرها.⁽⁵⁾

وعمدتهم ما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيُزْرِعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ، وَلَا يُكْرِهَا».⁽⁶⁾ وما روي عن رافع بن خديج⁽⁷⁾ أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ.⁽⁸⁾

وروي هذا عن رافع ابن عمر رضي الله عنه، وأخذ بعمومه. وكان ابن عمر قبل يكري أرضه فترك ذلك. وهذا بناءً على رأي أنه لا يخصص العموم بقول الراوي.⁽⁹⁾ وعن أبي جبير⁽¹⁰⁾ أن رافع بن خديج كان يقول: «منعنا رسول الله أن نكري المحاقل».⁽¹¹⁾

ومالوا إلى ظاهر هذا الحديث الذي يقتضي النهي عن كرائها بكل حال، وحملوا النهي على العموم، وأطرحوا ما خالف ظاهره. وهذا يبعد في النظر، لأن الخاص يقضي على العام.⁽¹²⁾

(1) هو مكحول الدمشقي، عالم أهل الشام، حدث عن سعيد بن المسيب، وجبير بن نفير، وطاووس وغيرهم. وحدث عنه الزهري وربيعة وحجاج بن أرطاة وغيرهم. قال أبو حاتم: ما بالشام أحد أفقه من مكحول. توفي سنة 112 هـ. وقيل غير ذلك. السير: 155/5، (رقم 57).

(2) سبقت ترجمته في ص: ...

(3) هو مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكي، شيخ القراء والمفسرين. روى عن ابن عباس، وعنه أخذ القرآن والتفسير والفقه. وحدث عنه عكرمة وطاووس وعطاء وغيرهم. قال الثوري: خذوا التفسير من أربعة: مجاهد سعيد بن جبير وعكرمة والضحاك. وثقه ابن معين وطائفة. توفي سنة 102 هـ. السير: 449/4، (رقم 175).

(4) هو طاووس بن كيسان، عالم اليمن، كان من أبناء الفرس الذين جهّهم كسرى لأخذ اليمن له. سعي طاووساً، لأنه كان طاووس القراء. سمع من زيد وعائشة وأبي هريرة وابن عباس، وهو معدود في كبراء أصحابه، وخلق كثير. وروى عنه عطاء ومجاهد وابن معين وأبو زرعة. توفي سنة 106 هـ. تهذيب الكمال: 374-357/13 (رقم 2958)، والتهذيب: 10-8/5، والسير: 49-38/5 (رقم 13).

(5) الموطأ: 751.

(6) طرف من حديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الحرث والمزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمر (برقم 2340). ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، (برقم 92-1536). واللفظ له.

(7) سبقت ترجمته في ص: 136.

(8) رواه مالك في الموطأ، كتاب كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض، (رقم 1). ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق. (رقم 115-1547).

(9) البداية: 422/3، والتمهيد: 47-32/3، والاستذكار: 250-249/21.

(10) هو بُجَيْرُ بْنُ أَبِي بُجَيْرٍ الْحِجَازِيُّ، روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص. قال ابن معين: لم أسمع أحداً يحدث عنه غير اسماعيل بن أمية. روى له أبو داود حديثاً واحداً. الاستيعاب: 148 (رقم 162)، وتهذيب الكمال: 11-9/4 (رقم 638)، وأسد الغابة: 100 (رقم 364).

(11) الاستذكار: 251/21، والتمهيد: 36/3.

(12) النوادر: 388/7، والمقدمات: 227-226/2.

وذهبت طائفة إلى أنه لا يجوز كراؤها إلا بالدرهم والدنانير فقط. وهو مذهب ربيعة⁽¹⁾ وابن المسيب. واحتجوا بحديث رافع بن خديج رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّمَا يَزْرَعُ ثَلَاثَةٌ، رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَيَزْرَعُهَا، وَرَجُلٌ مُنِحَ أَرْضًا فَهُوَ يَزْرَعُ مَا مُنِحَ، وَرَجُلٌ اكْتَرَى بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ»⁽²⁾.

وقالوا: «لا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث؛ لما فيه من البيان والتوفيق، والأحاديث الأخر مطلقة وهذا مقيد، ومن الواجب حمل المطلق على المقيد»⁽³⁾.

قال حنظلة⁽⁴⁾: «سألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق، فقال: لا بأس به»⁽⁵⁾.

وقال الزهري: «سألت ابن المسيب عن كراء الأرض بالذهب والورق؟ فقال: لا بأس به».

وعنه أيضاً، أنه سأل سالمًا⁽⁶⁾ عن كراء المزارع، فقال: «لا بأس بها بالذهب والورق. فقال له:

أرأيت حديث رافع بن خديج؟ فقال: أكثر رافع على نفسه، ولو كان لي مزرعة أكريتها»⁽⁷⁾.

وقد تكارى عبد الرحمن بن عوف أرضاً، فلم تزل في يديه بكراء حتى مات. قال ابنه: «فما

كنت أراها إلا لنا، من طول ما مكثت في يديه، حتى ذكرها لنا عند موته، فأمرنا بقضاء شيء كان من كرائها، ذهب أو ورق».

وروى هشام بن عروة⁽⁸⁾ عن أبيه، أنه كان يكرى أرضه بالذهب والورق⁽⁹⁾.

(1) سبقت ترجمته في ص: 115.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب التشديد في ذلك، (برقم 3400). والنسائي في سننه الصغرى، كتاب الثالث من الشروط، فيه المزارعة والوثائق، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النبي عن كراء الأرض بالثلث والرابع، واختلاف ألفاظ الناقلين للخبر، (برقم 3924). وابن ماجه في سننه، كتاب الرهن، باب المزارعة بالثلث والرابع، (رقم 2449). والبيهقي في سننه الكبير، كتاب المزارعة، باب بيان المنهي عنه، وأنه مقصور على كراء الأرض ببعض ما يخرج منها دون غيره مما يجوز أن يكون عوضاً في البيوع، (برقم 11835).

(3) التمهيد: 38/3، والاستذكار: 253/21.

(4) هو حنظلة بن قيس الزرقى الأنصاري، روى عن أبي حنيفة وأبي حنيفة وغيرهما، وروى عنه إسحاق بن راهويه وهشام بن عمار ومحمد بن عباد وخلق كثير. ذكره ابن حبان في الثقات. وقال أبو حاتم: صدوق. روى له البخاري في الأدب حديثاً واحداً. لم أقف على تاريخ وفاته. تهذيب الكمال: 7/452-453 (رقم 1564)، والتهذيب: 63/3 (رقم 113).

(5) الموطأ: 711.

(6) هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب، مفتي المدينة. حدث عن أبي هريرة وابن المسيب وأبي لبابة ورافع بن خديج وغيرهم. وروى عنه ابن دينار والزهري ونافع وخلق سواهم. إسناده حسن حال، وثقه العجلي، وقال ابن سعد: كان ثقة، كثير الحديث، عالياً من الرجال. وذكره ابن المبارك من فقهاء أهل المدينة السبعة. وقال أحمد وابن راهويه: أصح الأسانيد: الزهري عن سالم عن أبيه. توفي سنة 106 هـ. تهذيب الكمال: 10/145-154 (رقم 2149)، والتهذيب: 3/436-438 (رقم 807)، والسير: 4/457-467 (رقم 176).

(7) الموطأ: 711، والتمهيد: 34/3.

(8) هو هشام بن عروة بن الزبير بن العوام. من فقهاء المدينة. ومن أعلم الناس بحديث عائشة رضي الله عنها. سمع من أبيه وعمه ابن الزبير وزوجته أسماء وأخيه عبد الله، وطائفة من كبار التابعين منهم: عمرو بن شعيب وابن القاسم وابن شهاب وأبو الزناد وغيرهم. وحدث عنه شعبة ومالك والثوري وخلق كثير. قال ابن أسعد: كان ثقة ثبتاً كثير الحديث حجة. وأبو حاتم: ثقة إمام في الحديث. تهذيب الكمال: 20/11-25 (رقم 3905)، التهذيب: 11/48-51 (رقم 89)، والسير: 6/34-47 (رقم 12).

(9) الموطأ: 712، والتمهيد: 35/3.

وقال قوم: «يجوز كراء الأرض بكل شيء، ما عدا ما ينبت فيها، كان طعاماً أو غيره». وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه. أما بالطعام؛ فحجته حجة من لم يجز كرائها بالطعام. وأما عمدتهم على منع كرائها بما ينبت فيها؛ فهو ما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ الْمُخَابَرَةِ. (1)، (2)

قال ابنُ كنانة⁽³⁾: «لا تكرر الأرض بشيء إذا أعيد فيها نبت، ولا بأس أن تكرر بغير ذلك من جميع الأشياء كلها».

قال ابنُ دينار⁽⁴⁾: «يجوز اكتراؤها بكل شيء معلوم، إلا بما يعود فيها فينبت».

وقال سحنون: «لا يجوز كراء الأرض بالطعام ولا بشيء تنبته من غيره».⁽⁵⁾

واعتبر ابنُ شاس المنع هو مشهور المذهب.⁽⁶⁾

قال ابنُ دينار: «فمن أكرها على أحد هذه الثلاثة أقاويل، أجزت كراءها ولن أفسخه. وأما على مذهب الليث (وهو صاحب القول الأخير في هذه المسألة) إن وقع فسخته، وإن فات أوجبت عليه كراء مثلها بالدراهم». وروي عنه ضد هذا، والأول أثبت عنه. وشدد سحنون في كرائها بالجزء مما يخرج منها، وقال: «إن من فعل ذلك فهي جرحة»، يريد إن كان عالماً أنه لا يجوز، إما لأنه مذهبه، أو اتبع فيه غيره ممن قلده من العلماء. وأضاف: «ولا يؤكل طعامه، ولا يشتري منه من ذلك الطعام الذي أخذ في كرائها. وإذا نزل، فإنما لربها كراؤها بالدراهم».⁽⁷⁾

وعليه درج الناظم أيضاً، فقال:

وَالْأَرْضُ لَا تُكْرَى بِجُزْءٍ تُخْرِجُهُ ❖ وَالْفَسْخُ مَعَ كِرَاءٍ مِثْلٍ مَخْرَجُهُ
وَلَا بِمَا تُنْبِتُهُ غَيْرَ الْخَشَبِ ❖ مِنْ غَيْرِ مَزْرُوعٍ بِهَا أَوْ الْقَصَبِ⁽⁸⁾

(1) قطعة من حديث متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل، وقال النبي ﷺ: من باع نخلاً بعد أن تؤبّر فثمرتها للبائع، وللبائع الممر والسقي حتى يرفع، وكذلك رب العرية. (برقم 2381). ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب النبي عن المحاقلة والمزابنة، وعن المخابرة، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وعن بيع المعاومة وهو بيع السنين. (برقم 8-1536). وتماه: «نبى النبي ﷺ عن المخابرة والمحاقلة وعن المزابنة وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، وأن لا تباع إلا بالدنانير والدراهم، إلا العرايا». واللفظ للبخاري. والمحاقلة: اكتراء الأرض بالحنطة وما كان في معناها. والمزابنة: اشتراء التمر بالتمر في رؤوس النخل. والمخابرة: هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها. انظر الموطأ: 625، والنوادر: 153/7، والمعونة: 1140 والمنتقى: 132/5، والاستذكار: 254/21.

(2) البداية: 425/3.

(3) سبقت ترجمته في ص: 117.

(4) سبقت ترجمته في ص: 88.

(5) النوادر: 351-352/9.

(6) الجواهر: 923.

(7) النوادر: 351-352/7. وانظر: الجامع: 236-229/8، والجواهر: 923-924، والتفريع: 305/2، والذخيرة: 391-392/5، والكافي: 759-760.

(8) التحفة: 78 (بيت 1034-1035). وبهذا التقرير ينتفي ما يقال أن الفسخ لا يجامع كراء المثل كما هو ظاهره، إذ كراء المثل إنما يجب مع الفوات لا مع الفسخ كما يقتضيه كلامه، إذ الفسخ إنما يجب قبل الفوات. البيهجة: 270/2، والإتقان: 180/2.

وقال فريق: «يجوز كراء الأرض بكل شيء ما خلا الطعام». وممن قال بهذا القول من المتقدمين: سالم بن عبد الله⁽¹⁾ واحتجوا بحديث رافع بن خديج رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيُزْرِعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ وَلَا يُكْرِهَهَا بِثُلْثٍ وَلَا رُبْعٍ وَلَا طَعَامٍ مُسَمًّى»⁽²⁾. فدلّل هذا إجازة كرائها بما عدا الطعام من الأثمان المعلومة.⁽³⁾

قال ابن نافع⁽⁴⁾ وابن حبيب: «ولا بأس أن تُكْتَرَى بجميع الأشياء كلها، ما عدا الحنطة وأخواتها».⁽⁵⁾ وقال ابن مزين⁽⁶⁾: «إنه من قول مالك، وبه قال يحيى بن يحيى⁽⁷⁾، وبه أقول».⁽⁸⁾

وقد أجاز عبد الوهاب كراء الأرض للزراع بما عدا الطعام، واعتبر أن كل ما جاز بيعه، جازت الإجارة به. ولم يجز كرائها بالطعام كله، كان مما تنبته الأرض أو مما لا تنبته.⁽⁹⁾ قال الشيخ خليل عاطفاً على المنع ما نصه: «وكراء الأرض بطعام أو بما تنبته؛ إلا كخشب».⁽¹⁰⁾

وذهب آخرون إلى جواز كراء الأرض بالذهب والورق والطعام كله وسائر العروض إذا كان معلوماً. وقالوا: «لأنه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم، فجاز قياساً على إجارة سائر المنافع؛ ما لم يكن مجهولاً أو غرراً».⁽¹¹⁾ وبه قال الليث،⁽¹²⁾ وابن أبي ليلى.⁽¹³⁾

وعمدتهم حديث ابن عمر رضي الله عنه الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى يهود خيبر الأرض والنخل على أن يعملوها ويزرعوها على شطر ما يخرج منها.⁽¹⁴⁾ وقالوا: «هذا الحديث أولى من أحاديث رافع، لأنها مضطربة المتون. وإن صحّت؛ حملناها على الكراهة لا على الحظر».⁽¹⁵⁾

(1) سبقت ترجمته في ص: 261.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب التشديد في ذلك، (برقم 3395). والنسائي في سننه الصغرى، كتاب الثالث من الشروط، فيه المزارعة والوثائق، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والرابع، واختلاف ألفاظ الناقلين للخبر، (برقم 3931). وابن ماجه في سننه، كتاب الرهون، باب استكراء الأرض بالطعام، (برقم 2465). والراوي سبقت ترجمته في ص: 135.

(3) التمهيد 34/3 و39، والبداية: 421/3.

(4) سبقت ترجمته في ص: 80.

(5) التبصرة: 5117.

(6) سبقت ترجمته في ص: 147.

(7) سبقت ترجمته في ص: 201.

(8) النوادر: 153/7.

(9) الإشراف: 193/3، والمعونة: 1139، والتلقين: 412.

(10) المختصر: 241.

(11) الاستذكار: 254/21، والتمهيد: 40/3.

(12) سبقت ترجمته في ص: 250.

(13) سبقت ترجمته في ص: 38.

(14) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشرط ونحوه (برقم 2328). وباب إذا لم يشترط السنين في المزارعة، (برقم 2329). ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، (برقم 1551).

(15) البداية: 423/3-426، والتمهيد: 33/3، والتبصرة: 5115-5116.

وقد فصل المتيطي القول في هذه المسألة ونقل أقوال الشيوخ فيها. انظر: مخطوط مختصر المتيطية، ورقة: 187.

وقد اختار الجد القول الثالث معللاً ومعتزلاً، حيث قال: «فلما كان النبات الذي يخرج من الأرض وينبت فيها ليس بمقدرة آدمي، ولا لزراعه فيه عمل ولا كسب، وإنما الله تعالى هو الذي يخرج من الأرض وينبته فيها، وينقله بقدرته من حال إلى حال؛ حتى يصير إلى حد الانتفاع به؛ رحمة منه تعالى بعباده. لذلك لم يجز كراء الأرض بشيء مما يخرج منها؛ وإن لم يؤكل، ولا بشيء من الطعام؛ وإن لم يخرج منها؛ لما يدخله الطعام بالطعام إلى أجل. وجاز بما سوى ذلك»⁽¹⁾.

وإعطاؤه ﷺ يهود خيبر الأرض على أن يزرعوها على شطر ما يخرج منها، مُعارض في الظاهر لنهيهِ ﷺ عن المزارعة. وقد اختلف أهل العلم في اللفظ العام المستقل بنفسه الوارد على سبب، هل يقصر على سببه، أو يحمل على عمومته؟ على قولين، الأصح منهما عند أهل النظر أن يحمل على عمومته ولا يقصر على سببه. لأن الحجة إنما هي في قول صاحب الشرع وليس في السبب، ولأن السبب لو انفرد لم تكن فيه حجة، ولو انفرد لفظ النبي ﷺ لوجب به الحجة. وأما نهيه ﷺ عن كراء المزارع، فالأصح فيه أن يقصر على سببه، ولا يحمل على عمومته. وقد قال جماعة من أهل العلم: إن اللفظ العام إذا خصّ منه شيء عاد مجملاً، وسقط الاحتجاج بعمومه، فإنه يؤيد قصر النهي على سببه. وقد حكى الأبهري⁽²⁾ أن مذهب مالك أن يقصر اللفظ العام الوارد على سببه، ولا يحمل على عمومته.

واعتبر أيضاً أن ما ذهب إليه مالك في كراء الأرض أصح أقاويل أهل العلم في ذلك، لأنه استعمل الأحاديث المروية عن النبي ﷺ في هذا الباب ولم يحمل شيئاً منها على التعارض، بل جعل بعضها مركبة على بعض ومبيّنة لها، ولم يطرح شيئاً منها. واستعمال الآثار عند أهل العلم أولى من طرحها ما أمكن ذلك ووجد السبيل إليه⁽³⁾.

وقد تبنى المقنن هذا القول، إذ نظّم عقود الكراء الفلاحية، وأجاز كرائها بكل ما يصلح أن يكون ثمنًا، وهو ما استُشف من ف.700 من (ق ل ع) حينما أخضع أحكامها للقواعد العامة.

جملة الأمر، فقد اختلف أهل المذهب في مسألة جواز كراء الأرض، وما يجوز أن تكرر به اختلافًا كبيرًا، وتحصل فيها خمسة أقوال ذكرها أهل العلم، تمسك كل فريق بجملة من الأحاديث، بين مانع مطلقًا، ومقيّد للمنع على ما تثبت الأرض من طعام وغيره، وآخر على الطعام فقط، ومقتصر على الدراهم والدنانير، ومجيز مطلقًا. وهو ما اعتمده المقنن.

والقول بجواز كراء الأرض بكل شيء يجوز أن يكون ثمنًا هو الذي أميل إليه؛ لقوة دليله، ولما فيه من التيسير ورفع الحرج.

(1) المقدمات: 222-221/2.

(2) سبقت ترجمته في ص: 114.

(3) المقدمات: 227/2-228.

المطلب الثالث: الشروط في المزارعة

من مشهورات المسائل في هذا الباب، مسألة اشتراط السلف في المزارعة. فقد ذهب أهل المذهب إلى أنه يمنع في المزارعة اشتراط السلف، لأنها تفسد باشتراطه فيها. فقد حكى الشيبيني⁽¹⁾ عن الرمّاح⁽²⁾ أن ما يقع من شرط السلف في أصل العقد، فلا خلاف في منعه، لأن السلف ما قارن عقداً إلا أفسده.⁽³⁾

وقال المتيطي⁽⁴⁾: «وإن تزارعا بشرط السلف من أحدهما لم يجز. فإن نزل، فقال: ابن حبيب: الزرع بينهما لتعادلهما، ويقضي برد المسلف ناجزاً. وذكر ابن سحنون⁽⁵⁾ عن أبيه أن الزرع للعامل إن كان هو المسلف وعليه كراء الأرض».⁽⁶⁾

واختلف إن كانت الشركة في الزرع على غير سلف، ثم تطوّع به بعد صحة العقد من غير شرط ولا عادة جرياً عليها. فقد أجازة سحنون، ومنعه ابن القاسم؛ لعدم لزوم المزارعة بالعقد.⁽⁷⁾ وإذا فسدت بذلك، وجب في مذهب ابن القاسم أن يكون الزرع بينهما على ما اشترطاه من الأجزاء، ويتعادلان فيما أخرجاه، فمن كان له منهما فضل على صاحبه رجع به عليه. وسحنون يبطل السلف لبقاء يد المسلف عليه، ويجعل الزرع كله للعامل الذي جعل البذر، ويكون عليه لصاحب الأرض كراء المثل فيها، على أصله في أن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر في قول ابن القاسم في رواية.⁽⁸⁾

ولم ير الجد في ذلك بأساً، لعدم لزوم المزارعة بالعقد، ولأن القياس على القول بأنها لا تلزم بالعقد؛ ألا يجوز السلف بعد العقد، كما لا يجوز في العقد.

وقد قال بعض أهل النظر: إن المزارعة تلزم بالعقد خلاف رواية أصبغ، إذ لو لم تلزم بالعقد عنده؛ لما جاز السلف قبل العقد ولا بعده؛ ما لم يعمل.⁽⁹⁾

(1) هو عبد الله الشيبيني البلوي القيرواني. قرأ على أبي الحسن العوانتي، وعليه كان اعتماده، وعلى المناوي والقلال والهسكوري. وتخرّج عليه البرزلي وابن ناجي، الذي أكثر من النقل عنه في شروحه على الرسالة والمدونة. عكف على التدريس نحواً 35 سنة. توفي سنة 782 هـ الابتهاج: 224-225 (رقم 249)، وفهرست الرصاع: 76-77.

(2) هو أبو عبد الله محمد القيسي، المعروف بالرمّاح، فقيه القيروان المتأخر. أدرك طبقة ابن زيتون أخذ عنه وغيره، وعنه أخذ العيبولي والقلال والعواني وغيرهم. درس العلم نحواً من ستين عاماً بجامع القيروان. توفي في وباء عام 749 هـ الوفيات: 116، والابتهاج: 180 (رقم 185).

(3) فتاوى البرزلي: 408/3. قال الونشريسي: «الشركة المتضمنة للسلف فاسدة». المعيار: 141/8.

(4) سبقت ترجمته في ص: 98.

(5) سبقت ترجمته في ص: 127.

(6) مخطوط مختصر المتيطية: ورقة 192.

(7) جامع ابن يونس: 313/5، وفتاوى البرزلي: 408/3.

(8) البيان: 386/15.

(9) المصدر نفسه: 387/15.

ومن الشروط التي اختلف فيها مالك وأصحابه: اشتراط الأرض من عند أحدهما والبذر من عند الآخر. فقد جعل ابن القاسم التكافؤ معتبراً، ولم يعتد بالتفاضل، حيث قال: «ولا تصلح الشركة في الزرع عند مالك؛ إلا أن يكون البذر بينهما، ويتكافأ فيما بعد ذلك من العمل. وكره أن يكون البذر من عند أحدهما، والأرض من عند الآخر، لأن هذا يصير كراء الأرض بالطعام».⁽¹⁾

أما ابن حبيب فقد اعتبر التفاضل، وقيده بأن لا يتفاحش بما يُتغابن بمثله، فقال: «وجه العمل في المزارعة بين الرجلين أن يعتدلاً فيما أخرجاً من الزريعة، وجميع ما يحتاجان إليه. فإن اشترط التفاضل، فلا يصلح. ويفسخ؛ ما لم يفت بالعمل. فإن فات؛ حملاً على التعادل، وكان الزرع بينهما على ما تعاملًا». هكذا قال ابن الماجشون، وبه قال ابن أبي زيد. وأضاف ابن حبيب: «وإذا اعتدلاً في الزريعة، فلا بأس أن يخرج أحدهما الأرض، والآخر العمل كله، كان كراء الأرض مكافئاً لذلك، أو غير مكافئ؛ ما لم يتفاحش ذلك جداً».⁽²⁾

ولم يعتبر سحنون وابن دينار التكافؤ، والتفاضل اليسير عندهما سائغ. فإذا اعتدلاً في البذر والأرض، وتفاضلاً في العمل، فإن كان تفاضلاً كثيراً له بال، فالشركة تفسد، والزرع بينهما، وليترادآن في أجر العمل. وإن كان تفاضلاً بيئاً يسيراً، لم تفسد الشركة.⁽³⁾ لأن التافه اليسير في حكم العدم.⁽⁴⁾

وما روي عن مالك وابن القاسم من عدم جواز الشركة إلا بالاعتدال في ذلك كله، لأن سنة الشركة التساوي. فإذا خرجت عن ذلك، خرجت عن حد ما أرخص فيه منها، وصارت إجارة فاسدة.⁽⁵⁾

وقد نظم المتحف هذه الأحكام بقوله:

إِنْ عَمِلَ الْعَامِلُ فِي الْمَزَارَعَةِ ❖ وَالْأَرْضُ مِنْ ثَانٍ فَلَا مُمَانَعَةَ
إِنْ أَخْرَجَا الْبَذْرَ عَلَى نِسْبَةٍ مَا ❖ قَدْ جَعَلَاهُ جُزْءً بَيْنَهُمَا⁽⁶⁾

وإن عقدت المزارعة على التساوي، وتبرع أحدهما على صاحبه بعد العقد، من غير شرط ولا عادة، لم تفسد؛ وإن كثرت؛ لتقدم الصحة.⁽⁷⁾

(1) المدونة: 53/12، والتهذيب: 552/3، والجامع: 266/5، والمناهج: 18/8. قال الوئشيري: «لا تجوز المزارعة إلا على الاعتدال». المعيار: 161/8.

(2) النوادر: 354/7، والرسالة: 221، والمناهج: 18/8، والكافي: 763.

(3) النوادر: 353/7، وانظر الجامع: 267/5.

(4) الذخيرة: 127/6.

(5) النوادر: 353/7، وانظر الجامع: 268/5، والمناهج: 18/8، والجواهر: 920، والبيان: 386-387، والتنبيهات: 1578.

(6) التحفة: 83 (بيت 1121-1122).

(7) الذخيرة: 127/6، وجامع الأمهات: 432، ومختصر ابن عرفة: 135/8.

واختلف الشيوخ في المزارعة إذا شُرط فيها على العامل الحصاد والدرس، فقال سحنون: «لا يجوز في شرط العمل بين المتزارعين شرط الحصاد والدراس، إذ لا يدري هل يتم، ولا كيف يكون؟»⁽¹⁾ ولأنه يقل ويكثر.⁽²⁾ وبه قال عبد الرحمن بن بقي⁽³⁾ وابن أبي زيد، وابن حارث.⁽⁴⁾ وقال ابن مغيث⁽⁵⁾: «وبهذا القول مضى العمل. وإن كان من العامل على الطوع كان أحسن».⁽⁶⁾ وحكى الشعبي⁽⁸⁾ عن يحيى⁽⁹⁾ أنه قال: «على العامل جميع عمله كله إن اشترط ذلك عليه، وإن لم يشترطه فليس عليه إلا الحرث فقط».⁽⁷⁾

وركن المتيطي⁽¹⁰⁾ إلى العرف السائد بالبلد في جعل الحصاد والدراس والتصفية على العامل، وكان ذلك كله مع جميع العمل مساوياً لكراء الأرض.⁽¹¹⁾

وقد نظم المتحف هذه المسألة بقوله:

وَالدَّرْسُ وَالتُّقْلَةُ مَهْمَا اشْتَرِطَا ❖ مَعَ عَمَلٍ كَانَ عَلَى مَا شَرِطَا⁽¹²⁾

وبالجملة، فإن المزارعة تفسد باشتراط السلف فيها، وإذا تطوَّع به بعد صحة العقد من غير شرط ولا عادة، فإنها تلزم بذلك.

كما أنه لا يجوز اشتراط الأرض من عند أحدهما والبذر من عند الآخر؛ إلا على التكافؤ. وإن عقدت على التساوي، ثم تبرع أحد المتزارعين على صاحبه بعد العقد، من غير شرط ولا عادة، فإنها لا تفسد بذلك.

واختلف في جواز اشتراط على العامل الحصاد والدرس، والذي عليه العمل عدم الجواز.

(1) النوادر: 375/7.

(2) المختصر: 132/8.

(3) هو عبد الرحمن بن أحمد بن بقي بن مخلد، من أهل قرطبة. سمع من أبيه وابن لبابة وابن أصبغ وغيرهم. وسمع منه الناس كثيراً. كان فصيح اللسان، بليغ المنطق، ضابطاً لما كتب، ثقة فيما روى. توفي سنة 366 هـ. تاريخ علماء الأندلس: 1/352-353 (رقم 796)، والبغية: 467/1 (رقم 997).

(4) سبقت ترجمته في ص: 127.

(5) سبقت ترجمته في ص: 100.

(6) المقنع: 176.

(7) الأحكام: 326.

(8) سبقت ترجمته في ص: 215.

(9) سبقت ترجمته في ص: 201.

(10) سبقت ترجمته في ص: 98.

(11) مخطوط مختصر المتيطية: ورقة 191. وقد نقلها صاحب المواهب: 153/7.

(12) التحفة: 83. (بيت 1125)

المطلب الرابع: الأجل في المزارعة

إذا كانت المزارعة إلى أجل، فإن كان الأجل معيّنًا، فلا إشكال في لزوم الكراء. وإن لم يعيّن المتزارعان الأجل، فلكل واحد منهما الانحلال متى شاء؛ ما لم يزرع. فإن زرع لزمهما الكراء لما سميّاه من المدة، ثم لهما الانحلال بعد ذلك.⁽¹⁾

وإذا ثبت ذلك، فإنما يلزم من الكراء ما مضى. وللمكتري أن يخرج متى شاء، ولصاحب الأرض أن يخرج متى شاء. رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية، لأن عدم التقدير في الكراء ينافي اللزوم، لأنه لو لزم لتأبد، وذلك منافٍ للكراء. ولا يلزم منه إلا وجيبة واحدة في المشهور من المذهب.⁽²⁾

قال ابن القاسم: «من اكترى أرضًا، فحصد زرعه قبل تمام السنة. فأما أرض الماطر، فحدّ السنة فيها الحصاد، ويقضى بذلك فيها».

وأما ذات السقي التي تُكرى على أمد الشهور والسنين، فللمكتري العمل إلى تمام سنته. فإن تمت وله فيها زرع أخضر، فليس لرب الأرض قلعه، وعليه تركه إلى تمامه، وله فيما بقي كراء مثلها على حساب ما أكرى منه. وصرح سحنون على حساب ما أكرى، وأبقى كراء المثل.⁽³⁾

وإذا استعذرت الأرض أو جلّها في إبان الزراعة، سقط الكراء عن المكتري. وإذا استعذر أقلها، لزمه ما بقي منها.⁽⁴⁾

وقد سئل ابن زرب⁽⁵⁾ عن عقد للمزارعة لأعوام، ثم أراد أحدهما حلّ العقد قبل أن يشرعا في العمل، فأجاب بأن ذلك له، وإن شرعا في العمل لم يكن له ذلك. وكذلك إن مرّت منها سنة، ثم أراد أحدهما الخروج، بعد أن عمل العامل سنة، لم يكن له ذلك. لأن المزارعة انعقدت في أعوام، وقد لزمه بعمل السنة عمل الباقي.⁽⁶⁾

وعلى كراء المثل اقتصر الشيخ خليل، حيث قال: «فإن تمت وله زرع أخضر، فكراء مثل الزائد».⁽⁷⁾

(1) الجامع: 240/8، والتهذيب: 504/3. وهو الذي اختاره الشعبي في أحكامه: 333.

(2) المنتقى: 144/5.

(3) التهذيب: 505/3.

(4) المعين: 505/2.

(5) سبقت ترجمته في ص: 215.

(6) الفتاوى: 129. وقد نقل هذه الفتوى أيضا الشعبي في أحكامه: 330، والونشريسي في معياره: 159-158/8.

(7) المختصر: 208.

وقال المتحف في ذلك:

وَتُكْتَرَى الْأَرْضُ لِمُدَّةٍ تُحَدُّ ❖ مِنْ سَنَةٍ وَالْعَشْرُ مُنْتَهَى الْأَمَدِ⁽¹⁾

وَجَائِزُ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِالسَّنَةِ ❖ وَالشَّهْرُ فِي زِرَاعَةٍ مُعَيَّنٌ⁽²⁾

وحكم المزارعة الفاسدة: الفسخ؛ إن عثر عليها قبل الفوات بالعمل، فإن فاتت به؛ اختلف حكمها باختلاف صورها⁽³⁾

خلاصة القول، أن المزارعة تكون إلى أجل؛ ما لم يطل. ويكون لكل واحد من المتزارعين الانحلال متى شاء؛ ولو زرع.

وإن عقدت لأعوام، لزممت لعام فقط.

(1) التحفة: 78 (بيت 1037).

(2) التحفة: 78 (بيت 1041).

(3) الجواهر: 922 القوانين: 470.

المبحث الرابع: عقد المساقاة

تعتبر الأرض مصدراً للثروة، وعاملاً أساسياً في الإنتاج. والمساقاة من أهم طرق استغلالها وزراعتها، شرعت إرفاقاً بالناس وتيسيراً لأموالهم. لأن العقود إنما شرعت لحوائج الناس وحاجتهم.

ففي مطلبه الأول تبين حقيقة عقد المساقاة وحكمها، وهل تلزم بالعقد، أم بالعمل، أم بابتداء العمل؟

وهل تجوز؛ وإن كان رب الثمر قادراً على عمله بنفسه أو بالاستئجار عليه؟

وهل تجوز في ثمر قد بدا صلاحه؟

وهل يكون لأحد المتساقين الترك بعد العقد؛ وإن لم يعمل، أم حتى يتم أجلها؟

وهل تنتقض بموت أحد المتساقين؟

وأما **المطلب الثاني**، فقد اقتضى الكلام على الشروط في المساقاة، وهل يجوز أن يشترط

أحد المتساقين لنفسه شيئاً خالصاً له، من الثمرة أو غيرها دون الآخر؟

وهل يجوز أن يشترط العامل أن تكون المؤونة وجميع الكلف والنفقة فيما تحتاج إليه الثمرة

على رب المال؟

وهل يجوز أن يشترط رب المال على المساقى عمل ما تبقى منفعته بعد انقضائها؛ ولو يسيراً؟

وهل يجوز اشتراط أحدهما الزكاة على الآخر؟

وهل يجوز اشتراط العامل معونة رب المال؟

وفي **المطلب الثالث**، تناولت مسألة الأجل في المساقاة، وهل تجوز المساقاة إلى أجل؟ وهل

تستكمل إذا انقضى الأجل قبل طيب الثمرة وقبل جدادها؟

وآثرت في **المطلب الرابع** بسط الكلام على تأصيل مسألة الخماس، التي أشكل حكمها

على كثير من الفقهاء، قصد تحرير محل الخلاف فيها، ورفع الالتباس عنها.

المطلب الأول: التعريف بالمساقاة

المساقاة في الوضع العربي اسم مشتق من السقي، «لأن السقي معظم عمل الحوائط وأصل منفعتها، وغالبه يكون فيما يسقى»⁽¹⁾ وعرفها الجوهري بأنها: «استعمال رجل رجلاً في نخل أو كرم يقوم بإصلاحهما، ليكون له سهم معلوم من غلتهما»⁽²⁾ وأرجع ابن فارس أصلها إلى إشراب الشيء الماء وما أشبهه⁽³⁾.

وهذا قريب من حقيقتها الفقهية، فقد عرفها ابن جزي بقوله هي: «أن يدفع رجل شجرة لمن يخدمها، وتكون الغلة بينهما»⁽⁴⁾ وأوجز الجدل تعريفها بأنها: «عمل الحائط على جزء من ثمرته»⁽⁵⁾ وحدها ابن عرفة بقوله: «هي عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته»⁽⁶⁾.

والمساقاة في الزرع سنة مشهورة، الأصل فيها مساقاته ﷺ يهود خيبر، فقال لهم: «أَقْرِكُمْ مَا أَقْرَكُمُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى أَنْ الثَّمَرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ». قال: «فَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ»⁽⁷⁾ فَيَخْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ. ثُمَّ يَقُولُ: إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ، وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي. فَكَانُوا يَأْخُذُونَهُ»⁽⁸⁾.

والمساقاة أصل في نفسها، وعقد على حياله، منفرد بأحكام تختص به⁽⁹⁾ وهي رخصة مستثناة من أصليين ممنوعين، وهما: الإجارة المجهولة، وبيع ما لم يخلق⁽¹⁰⁾ فكان فعله ﷺ مع يهود خيبر مخصصاً لما نهى عنه. لأن ذلك عموم، ومُساقاته ﷺ لهم خصوص. والخاص يحمل على التفسير العام والتخصيص له والبيان للمراد به⁽¹¹⁾.

وقد أجيّزت لضرورة الناس إلى ذلك وحاجاتهم إليه،⁽¹²⁾ فقد يعجز المالك عن تعهّد حائطه والقيام عليه بالسقي والتنقية؛ فجازت المساقاة. وهذا موجود في سائر الأصول⁽¹³⁾.

(1) المقدمات: 547/2، والمناهج: 335/7، والذخيرة: 93/6، والتنبيهات: 1448.

(2) الصحاح: مادة (سقى).

(3) المقاييس: مادة (سقى).

(4) القوانين: 467.

(5) المقدمات: 547/2.

(6) الهداية (شرح الحدود): 508.

(7) هو عبد الله بن رواحة الأنصاري، شهد المشاهد كلها إلا الفتح وما بعده، قُتل يوم مؤتة وهو أحد الأمراء بها، وكان من كتّاب الأنصار، استخلفه النبي ﷺ على المدينة في غزوة بدر، وبعثه خارصاً على خيبر، له عن النبي ﷺ وعن بلال ﷺ، وحديث عنه أنس وعطاء وعكرمة والنعمان وسواهم. توفي سنة 8 هـ. تهذيب الكمال: 508-506/14 (رقم 3268)، والسير: 242-230/1 (رقم 37).

(8) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب المساقاة، باب ما جاء في المساقاة، (برقم 1) من حديث سعيد بن المسيّب ﷺ. قال ابن عبد البر: «أرسله جميع رواه الموطأ وأكثر أصحاب ابن شهاب». الموطأ: 703. وانظر التمهيد: 444/6، والاستذكار: 195/21.

والخرص: هو أن يقدّر ما على النخل من الرطب تمراً. المنتقى: 118/5.

(9) المقدمات: 552/2، وانظر التنبيهات: 1448، والمناهج: 335/7.

(10) القوانين: 467.

(11) المقدمات: 548/2.

(12) المصدر نفسه: 552/2.

(13) الإشراف: 186/3، وجامع ابن يونس: 6/5.

والمساقاة جائزة عند مالك وجميع أصحابه في كل ذي أصل ثابت من الشجر؛ مما لا يخلف، لأن بيع ذلك جائز.⁽¹⁾ ولا تجوز؛ إلا أن يعجز صاحبه عن سقيه. قال ابن دينار: «يجوز إذا عجز ربه عن عمله، قبل أن يحلّ بيعه».⁽²⁾ ومثله ابن أبي زيد بقوله: «الزرع إذا عجز عنه زراعته، تجوز المساقاة عليه».⁽³⁾ وكذا ابن الجلاب،⁽⁴⁾ وابن جزي.⁽⁵⁾ واعتبر ابن الحاجب ذلك أشهر الأقوال.⁽⁶⁾

في حين اعتبر الشاطبي أن شرعية الرخص جزئية، يقتصر فيها على موضع الحاجة. وذلك بخلاف المساقاة؛ حيث شَبَّها بالرخصة، دون أن يعتبرها رخصة في حقيقة هذا الاصطلاح؛ وإن كانت مستثناة من أصل ممنوع، لأنها مشروعة؛ وإن زال العذر. فيجوز للإنسان أن يساقى حائطه؛ وإن كان قادراً على عمله بنفسه أو بالاستئجار عليه.⁽⁷⁾

ونظم المتحف هذا الخلاف قائلاً: ❖ قِيلَ مَعَ الْعَجْزِ وَقِيلَ مُطْلَقاً⁽⁸⁾

وعلى الأول اقتصر الشيخ خليل، إذ قال: «إن عجز ربه وخيف».⁽⁹⁾

وقد حكى ابن عبد البر الإجماع على أنه لا تجوز المساقاة في ثمر قد بدا صلاحه، لأنه يجوز بيعه أو الإجارة عليه.⁽¹⁰⁾ وذكر عبد الوهاب الاختلاف بعد ظهوره، قال ابن القاسم: «لا تجوز المساقاة على ثمرة بعد ظهورها، لأنه لا ضرورة إلى مساقاتها؛ لجواز بيعها والإجارة عليها». ورؤي عن سحنون أنه قال: لا بأس بذلك، لأن الضرورة إلى سقيها وتعهدها باقية، فكانت كالتي لم يبد صلاحها».⁽¹¹⁾ وتبنى ابن أبي زيد هذا القول، وعلله بأنه يصير حينئذ كالأصل المرتجى ثمرته.⁽¹²⁾

وهو ما اختاره المتحف في نظمه قائلاً: وَالزَّرْعُ لَمْ يَبْيَسْ وَقَدْ تَحَقَّقَا ❖⁽¹³⁾

وعلى الأول اقتصر الشيخ خليل، إذ قال عاطفاً على ما يصح: «وبرز ولم يبد صلاحه».⁽¹⁴⁾

-
- (1) المدونة: 22/12. قال المتحف عاطفاً على ما يمتنع: وَمَا يَحِلُّ بَيْعُهُ مِنَ الثَّمَرِ ❖ التحفة: 82 (صدر بيت 1101)
 - (2) التلقين: 410، والمعونة: 1132، والتنبيهات: 1450.
 - (3) الرسالة: 220.
 - (4) التفرع: 201/2.
 - (5) القوانين: 468.
 - (6) جامع الأمهات: 429.
 - (7) الموافقات: 467/1. ربما يكون الشاطبي قد اضطرب في ذلك، حينما اعتبر المساقاة في موضع آخر رخصة؛ لجهالة الأجرة. الموافقات: 75/2.
 - (8) التحفة: 82 (عجز بيت 1098).
 - (9) المختصر: 239.
 - (10) المنتقى: 130/5. لأن «مساقاة ما حل بيعه من الثمار إجارة». الموطأ: 707.
 - (11) المعونة: 1137، والاستذكار: 230/21، والقوانين: 467، والذخيرة: 98/6، والتهذيب: 422/3، والجامع: 27/5، والجواهر: 914، والكافي: 769.
 - (12) الرسالة: 220.
 - (13) التحفة: 82 (صدر بيت 1098).
 - (14) المختصر: 239.

وعقد المساقاة عند مالك من العقود اللازمة بالعقد،⁽¹⁾ ليس لأحد من المتعاقدين تركه بعد عقده؛ وإن لم يعمل؛ إلا برضا الآخر، حتى يتم أجلها. لأنه إجارة في خدمة عين قائمة؛ كسائر الإجازات بخلاف القراض.⁽²⁾ قال ابنُ راشد⁽³⁾: «حكمها الجواز ابتداءً، وللزوم إذا وقعت».⁽⁴⁾ وحكى ابنُ سلمون⁽⁵⁾ مشهورية هذا القول، وقال: «وبه العمل».⁽⁶⁾

وهو ما اختاره المتحف، فقال:

إِنَّ الْمَسَاقَاةَ عَلَى الْمُخْتَارِ ❖ لِأَزْمَةٍ بِالْعَقْدِ فِي الشَّجَارِ⁽⁷⁾

كما لا تنتقض المساقاة بموت أحد المتساقين، فإذا مات أحدهما؛ كان وراثته مكانه.⁽⁸⁾ لأن في انفساخ العقد بموت رب الشجر إضرار بالعامل، وإبطال لما كان مستحقاً له بالعقد.

حاصل القول، إن المساقاة معاملة على خدمة الشجر على جزء من الثمر مقدر معلوم. وهي رخصة مستثناة من الإجارة المجهولة وبيع ما لم يخلق، أجيّزت لضرورة الناس وحاجاتهم إليها.

ويجوز مساقاة الزرع إذا نبت، ولم يبلغ حدّ البيع، وعجز عنه صاحبه على الأشهر في المذهب. وهي من العقود اللازمة بالعقد، ليس لأحد من المتعاقدين تركه بعد عقده؛ وإن لم يعمل؛ إلا برضى الآخر، حتى يتم أجلها.

كما أنها لا تنتقض بموت أحد المتساقين، وإذا مات أحدهما؛ تنزّل الوارث منزلة مورثه. أمل المقنن، فإنه لم يتعرض لتتظلم هذا العقد على الرغم من أهميته.

(1) نظائر أبي عمران: 76، والتبصرة: 4722، والكافي: 767، والتفريع: 202/2، والنوادر: 309/7.

(2) المنتقى: 134/5، والمعونة: 1134، والبداية: 474/3، والتفريع: 202/2، والمعين: 347/2، وجامع الأمهات: 429.

(3) سبقت ترجمته في ص: 122.

(4) الباب: 611.

(5) سبقت ترجمته في ص: 158.

(6) العقد المنظم: 365.

(7) التحفة: 82 (صدر بيت 1097).

قال صاحب العمل المطلق:

وَلَا زِمَ عَقْدُ الْمَسَاقَاةِ وَلَوْ ❖ لَمْ يَعْمَلِ الْعَامِلُ هَكَذَا رَوَوْا مخطوط فتح الجليل الصمد، ورقة: 137.

(8) المدونة 17/12، والمنتقى: 135/5، والرسالة: 221، والتهذيب: 419/3.

المطلب الثاني: الشروط في المساقاة

من المسائل التي تمنع في المساقاة أن يشترط أحدهما لنفسه شيئاً خالصاً له من الثمرة أو غيرها دون الآخر؛ إلّا اليسير المغتفر. وذلك كأن يشترط لنفسه مكيلة معلومة من الثمر، ثم ما بقي بعد ذلك، فبينهما على ما تراضيا عليه من الأجزاء. قال مالك: «إذا دخلت الزيادة في المساقاة صارت إجارة، وما دخلته الإجارة، فإنه لا يصلح. ولا ينبغي أن تقع الإجارة بأمر غرر، لا يدرى أيكون أم لا يكون، أو يقل أو يكثر»⁽¹⁾.

فإن عمل على هذا، فقد قال ابن القاسم: «العامل أجير، وله أجر مثله، أخرجت النخل شيئاً أو لم تخرجه. وما أخرجت النخل من شيء، فهو لرب الحائط. لأن ذلك زيادة ازدادها»⁽²⁾.

وذكر ابن عبد البر أنه لا خلاف بين مجيزي المساقاة عدم جواز الزيادة من واحد منهما على جزئه المعلوم، لأنه يعود الجزء مجهولاً. ولا يجوز أن تكون المعاملة على جزء مجهول⁽³⁾.

وعلل الباجي ذلك أن عقد المساقاة مبني على أن للثمره فيه عوض عن العمل، ولا يجوز أن يكون للثمره عوض غير العمل، وما ازداد على ذلك لا يجوز. لأن ازدياد صاحب الحائط من العمل شيئاً؛ يخرجه إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، ولا يجوز أن يقارن المساقاة ببيع. وازدياد العامل من صاحب الحائط يخرجه إلى أن يقارن عقد المساقاة عقد إجارة. وذلك غير جائز؛ لتنافيها. ولو جازت الإجارة في الأشجار؛ لما جازت فيها المساقاة⁽⁴⁾.

واعتبر عبد الوهاب أن اشتراط الزيادة في المساقاة لأحدهما على الآخر خروجاً عن الأصول، والواجب الاقتصار بها على ما ورد الشرع⁽⁵⁾.

واختصر الشيخ خليل هذه المسألة عاطفاً على ما يفسد بقوله: «ولا زيادة لأحدهما»⁽⁶⁾.

ونظم المتحف هذه الأحكام بقوله:

وَحَيْثُمَا اشْتَرَطَ رَبُّ الْأَرْضِ ❖ فَائِدَةُ فَالْفَسْخُ أَمْرٌ مَقْضِيٌّ⁽⁷⁾

وَلَا اخْتِصَاصِهِ بِكَيْلٍ أَوْ عَدَدٍ ❖ أَوْ نَحْلَةٍ مِمَّا عَلَيْهِ قَدْ عَقِدَ⁽⁸⁾

(1) المدونة: 9/12، والذخيرة: 103/6، والنوادر: 352/9، والتبصرة: 4714، والقوانين: 469.

(2) الاستذكار: 228/21، والكافي: 768، والتنبيهات: 1450، والبيان: 153/12، والبداية: 472/3، والتفريع: 203/2.

(3) الاستذكار: 229/21.

(4) المنتقى: 135/5-136. مع بعض التقديم والتأخير.

(5) المعونة: 1138.

(6) المختصر: 239.

(7) التحفة: 82 (بيت 1106).

(8) التحفة: 82 (بيت 1109).

ومن الشروط التي لا تجوز في المساقاة أيضاً، أن يشترط العامل أن تكون المؤونة وجميع النفقة على رب المال. ذلك أن وجه المساقاة المعروف عند مالك: «أن يدفع الرجل حائطه إلى من يعمل فيه، على أن يكون العمل والكلف والنفقة فيما تحتاج إليه الثمرة، كالبذر والسقي والعلاج كله، وجميع المؤن على العامل، وما يتعلق بمصلحة الثمر، ومما لا يبقى بعد انصراف العامل. لأن الجزء إنما يستحقه العامل بعمله الذي يصلح به الثمرة، ولا يجوز أن يكون على رب المال منها شيء. فإن اشترط ذلك على رب المال، كان ذلك غير جائز، لأن ذلك زيادة يزدادها العامل، ولأن النبي ﷺ لما ساقى أهل خيبر لم يلزم لهم مؤنة، بل أنفقوا من أموالهم»⁽¹⁾.

ومما لا يجوز من الشروط في المساقاة عند مالك أيضاً، أن يشترط رب المال على المساقى عمل ما تبقى منفعته بعد انقضائها؛ مما له قدر وبال؛ كبناء حائط، أو تزييب نخل، أو حفر بئر، أو إنشاء غرس، أو ما أشبه ذلك. فإن وقعت، فقد جعله أجيراً⁽²⁾.

فكل ما يبقى بعد انصرافها لا يجوز، ولا يلزمه اشتراطه. لأن كل هذا زيادة مشترطة على العامل ينفرد بها رب المال، وذلك غير جائز. ولأنه يخرج المساقاة عن بابها ويلحقها بالإجارة المجهولة، وبيع الثمار قبل أن يبدؤ صلاحها. والمساقاة عقد خارج عن الأصول، فلا يجوز منه؛ إلا قدر ما جوزه الشرع، وما زاد على ذلك كان ممنوعاً بالأصل⁽³⁾.

وقال ابن أبي زيد: «ولا يشترط عليه عملاً غير عمل المساقاة، ولا عمل شيء ينشئه في الحائط؛ إلا ما لا بال له»⁽⁴⁾. وقال التونسي: «عليه كل ما فيه نفع للثمره ولا يبقى نفعه، أو يبقى ما لا قدر له. وأما ما تبقى منفعته فلا يلزمه»⁽⁵⁾.

واغتفر اشتراط ما خفت مؤنته⁽⁶⁾، مما لا تعظم نفقته وتتأبد لرب الحائط منفعته؛ كإصلاح الجدار، وخم العين⁽⁷⁾، وسرو الشرب⁽⁸⁾، وسد الخطار⁽⁹⁾، وما أشبه ذلك. قال ابن المواز: «إن كان العمل يسيراً؛ أجزت المساقاة وأبطلت الشرط. وإن كان كثيراً؛ لم يجز»⁽¹⁰⁾.

(1) الموطأ: 704. وانظر: المعونة: 1132، والتلقين: 411، والتنبيهات: 1450، والتهذيب: 413/3، والجامع: 18/5.

(2) المدونة: 11/12.

(3) المعونة: 1133، والمقدمات: 558-556/2، والبيان: 153/12، والجواهر: 918-919، والبدایة: 475-476/3، والمناهج: 335-337/7.

(4) الرسالة: 220.

(5) الذخيرة: 102/6، والتونسي قد سبقت ترجمته في ص: 127.

(6) النوادر: 352/9، والبصرة: 4703، والتفريع: 203/2، والكافي: 767، والمقدمات: 555/2، والبيان: 141/12، والتهذيب: 414/3.

(7) خم العين: كنسها وتنقيتها. المدونة: 11/12، والمنتقى: 126/5، والاستذكار: 222/21، والذخيرة: 101-102/6.

(8) سرو الشرب: تنقية الحياض التي تكون حول الشجر، وتحصين حروفها، وجري الماء إليها. المدونة: 11/12، والنوادر: 307/7.

(9) سد الخطار: هو تحصين الجذور وتزريبها. القوانين: 468، والنوادر: 307/7، والجامع: 11/5، والتهذيب: 414/3، والمنتقى: 127/5. قال ابن

بشير: من السير المغتفر: «اشتراط على المساقى العمل اليسير». الذخيرة: 24/8 وقد اختصر ابن الحاجب ذلك عاطفاً على ما يجب

القيام به بقوله: «القيام بما تفتقر إليه الثمرة». المختصر: 430. ومثله الشيخ خليل مختصراً: «ولزم عاملها ما يفتقر له عرفاً». المختصر:

239. ونظم المتحرف ذلك عاطفاً على ما لا يصح: وَلَا اشْتَرَاطَ عَمَلٍ كَثِيرٍ ❖ يَبْقَى لَهُ كَمِثْلِ حَفْرِ بَيْرٍ التحفة: 82 (صدر بيت 1108).

ومن المسائل المشهورة أيضاً في هذا الباب، اشتراط أحدهما الزكاة على الآخر. فقد سئل ابن القاسم عن ذلك، فأجاب: «أما إن اشترطه رب الحائط على العامل، فلا بأس به، لأنه إنما ساقاه على جزء معلوم، فلا غرر فيه. وإن اشترطه العامل على رب الحائط، فلا بأس بذلك أيضاً، ويبدأ بالزكاة فتخرج، ثم يكون ما بقي بينهما على شرطهما»⁽¹⁾.

قال ابن الجلاب: «ولا بأس أن يشترط كل واحد منهما الزكاة على صاحبه في حصته دونه، لأن ذلك جزء معلوم»⁽²⁾ وأجازها عبد الوهاب بقوله: «واشتراط أحدهما الزكاة على الآخر جائز»⁽³⁾ وكذا ابن الحاجب مختصراً بقوله: «واشتراط جزء الزكاة جائز»⁽⁴⁾.

وقد حكى ابن عبد الرفيع كراهة مالك اشتراط الزكاة على رب المال⁽⁵⁾ وحسن المتيطي القول الأول⁽⁶⁾. وهو الأحب إلى الباجي⁽⁷⁾.

فإن لم تجب الزكاة لنقصانها عن النصاب، وقد اشترطها أحدهما على صاحبه، فقليل: «يلغى الشرط، وتكون الثمرة بينهما على ما دخلا عليه». وقيل: «إن جزء الزكاة لمشترطه؛ وإن لم تجب»⁽⁸⁾. قال القرافي: «لا تجب الزكاة إلا على من في نصيبه نصاب»⁽⁹⁾. قال اللقاني⁽¹⁰⁾: «وهذا القول هو المعتمد»⁽¹¹⁾ وهو ما اختصره الشيخ خليل بقوله: «وهو للمشترط، وإن لم يجب»⁽¹²⁾.

(1) المدونة: 12/12. وانظر: البيان: 161/12 و411، وجامع ابن يونس: 17/5، والتهذيب: 415/3، والبداية: 475/3.

(2) التفرع: 203/2.

(3) التلقين: 411.

(4) التوضيح: 107/7.

(5) المعين: 547/2-548. وابن عبد الرفيع سبقت ترجمته في ص: 99.

(6) مخطوط مختصر المتيطي: ورقة 180. والمتيطي سبقت ترجمته في ص: 98.

(7) المنتقى: 127/5.

(8) التبصرة: 4718.

(9) الذخيرة: 115/6.

(10) هو محمد بن حسن ناصر الدين اللقاني. أخذ عن العجي وغيره، وهو آخر من انتهت إليه رئاسة العلم بمصر، واستفتي في العلوم العقلية والنقلية. لم يؤلف شيئاً إلا ما كتب على الطرر على نسخة التوضيح. توفي سنة 873 هـ. الإتهاج: 561-590 (رقم 725)، والتوشيح: 186-189 (رقم 191).

(11) البهجة: 312/2.

(12) المختصر: 239.

نصاب زكاة النخل والثمار خمسة أوسق، لما رواه مالك غير مسند في الموطأ، كتاب الزكاة، باب ما لا زكاة فيه من الثمار، (رقم 36) أن رسول الله ﷺ قال: «لَيْسَ فِيْمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ مِنَ الثَّمَرِ صَدَقَةٌ». ومسندنا عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه في المدونة: (101/9).

وَالْوَسْقُ: 60 صاعاً. الاقتضاب: 276/1.

ومقدارها، فقد قال مالك: «العشر إن كان مما تسقي السماء والعيون والأنهار. وإن كان مما تسقي السواني؛ ففيه نصف العشر». المدونة: (99/2). لما روي عن يسر بن سعيد رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «فِيْمَا سَقَتِ السَّمَاءُ وَالْعَيُونُ وَالْبُغْلُ الْعَشْرُ. وَفِيْمَا سَقَى الْبُغْلُ نِصْفُ الْعَشْرِ». رواه مالك في الموطأ، كتاب الزكاة، باب زكاة مما يخرص من ثمار النخل والأعنان (رقم 33).

وَالْبُغْلُ: قال الأصمعي: ما شرب بعروقه من الأرض، لا من سقي سماء ولا غيرها، يريد يستحلب من رطوبة الثرى ونداها. الاقتضاب: 310/1-311. والنَّضْجُ: هي السقي بالسواني والدوالي، وهي الخطارات. الاقتضاب: 312/1.

واختلف إذا اشترط العامل معونة ربّ المال، فمنع ذلك ابنُ القاسم، ورأى أن يرد إلى مساقاة مثله، لأن العمل والنفقة والمؤنة كلها على العامل.⁽¹⁾ عزاه عياض إلى كتاب ابنِ المرباط⁽²⁾، وابنِ عتاب⁽³⁾ الذي قال: «وهذه رواية ابنِ وضاح⁽⁴⁾». ⁽⁵⁾

وأجاز سحنون ذلك إذا كان الحائط كبيراً.⁽⁶⁾ واختار اللخمي الأول وحسنه.⁽⁷⁾

وهو ما اختصره ابنُ الحاجب بقوله: «ولا يجوز مشاركة ربه، ولا اشتراط عمله». ⁽⁸⁾ ومثله الشيخ خليل عاطفاً على ما تنفسخ به المساقاة قائلاً: «لا مشاركة ربه». ⁽⁹⁾

حاصل الكلام، أنه يمنع في المساقاة اشتراط أحدهما لنفسه شيئاً خالصاً له من الثمرة أو غيرها دون الآخر؛ إلّا اليسير المغتفر؛ لما في ذلك من الزيادة.

كما يمنع أن يشترط العامل أن تكون المؤونة وجميع الكلف والنفقة، فيما تحتاج إليه الثمرة على رب المال.

ويجوز أن يشترط أحدهما الزكاة على الآخر في حصته، لأن ذلك جزء معلوم.

ولا يجوز أيضاً أن يشترط رب المال على المساقى عمل ما تبقى منفعته بعد انقضائها؛ مما له قدر وبال؛ لأنه يخرج المساقاة عن بابها ويلحقها بالإجارة المجهولة، وببيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. فإن كان العمل يسيراً؛ جازت المساقاة وبطل الشرط.

ويجوز اشتراط أحدهما الزكاة على الآخر. ويُلغى الشرط إن نقصت عن النصاب.

واختلف إذا اشترط العامل معونة ربّ المال. فمنع ذلك ابنُ القاسم، لأن العمل على العامل. وأجاز سحنون ذلك إذا كان الحائط كبيراً.

(1) المدونة: 10/12، والتنبيهات: 1450، والبيان: 157/12-158، والنوادر: 312/7، والجواهر: 915، والذخيرة: 97/6.

(2) هو أبو عبد الله بنُ خلف المعروف بابنِ المرباط، كان من أهل الفقه والفتوى. سمع أبا القاسم المهلب، وأجازه أبو عمر الطلمنكي. وله في شرح البخاري كتاب كبير حسن، رحل الناس إليه وسمعوا منه، منهم: أبو عبد الله التميمي وأبو علي الحافظ وغيرهما. توفي بالمدينة بعد 480هـ. المدارك: 184/8 والديباج: 240/12 (رقم 66).

(3) هو محمد أبو عبد الله بنُ عتاب. أحد العلماء الأثبات، كان ممتن عني بالحديث، وتقدم في المعرفة بالأحكام وعقد الشروط وعملها. تفقّه بابنِ الفخار وابنِ الأصبغ وابنِ بشير وغيرهم، وروى عن القنازعي وابنِ رشيقي وابنِ وافد وغيرهم، تفقّه به الأندلسيون وسمعوا منه كثيراً؛ كابنِ سهل وابنِ حمدين وابنِ رزق وغيرهم. توفي سنة 462هـ. المدارك: 131/8-134، والديباج: 241/2-242 (رقم 68).

(4) هو محمد بنُ وضاح بنِ بزيع، روى عن محمد بنِ خالد وابنِ حبيب وزونان وغيرهم، وتفقّه بسحنون وشيوخ المالكية. لقي ابنُ حنبل وابنِ معين وابنِ المديني وغيرهم. وبه وبقي بن مَخلد صارت الأندلس دار الحديث. ذكره أبو عمرو المقرئ في القراء، وأخذ عنه ابنُ لبابة وابنُ الأعشى وابنُ الزرّاد وابنُ الجزار وغيرهم. وكان عالماً بالحديث بصيراً به، متكلماً على علله، ألّف كتاب العباد وكتاب القطعان، ورسالة السنة. توفي سنة 286هـ. وقيل: 287هـ. المدارك: 435/4-440، والديباج: 179/2-181 (رقم 18).

(5) التنبيهات: 1459.

(6) النوادر: 304/7، والتنبيهات: 1460.

(7) التبصرة: 4700.

(8) جامع الأمهات: 430. وانظر التوضيح: 113/7.

(9) المختصر: 239.

المطلب الثالث: الأجل في المساقاة

اختلف أهل المذهب في هذه المسألة، فقد أجاز مالك المساقاة إلى أجل؛ ما لم تطل المدة جداً، حيث قال: «المساقاة السنين جائزة؛ ما لم يكثُر جداً». ولم ير ابنُ القاسم في ذلك بأساً.⁽¹⁾ ومن العتبية قال سحنون: «ومنتهى المساقاة في التمر جداده».⁽²⁾

وقد اختار ابنُ الحاجب قول مالك بقوله: «وتجوز إلى سنين والأخيرة بالجداد؛ ما لم تكثُر جداً».⁽³⁾ ومثله الشيخ خليل قائلًا: «وأُقتت بالجداد».⁽⁴⁾

وقال ابنُ عبد البر: «ليس في قول رسول الله ﷺ ليهود خيبر: (أُقِرُّكُمْ مَا أُقِرَّكُمْ اللَّهُ)⁽⁵⁾ دليل على أن المساقاة تجوز إلى أجل مجهول، أو إلى غير أجل. وقد أحكمت الشريعة معاني الإجازات وسائر المعاملات. وجمهور العلماء بالمدينة وغيرها المجيزون للمساقاة، لا تجوز عندهم إلا إلى سنين معلومة، أو أعوام معدودة. إلا أنهم يكرهونها فيما طال من السنين».⁽⁶⁾

وأما الوقت المشترط في جواز عقد المساقاة، فقد قال سحنون: «لا بأس بذلك بعد بدوّ الصلاح؛ لأنه إذا جازت قبل أن يخلق الثمر، فهي بعد بدوّ الصلاح أجوز».

ومنعها بعد بدوّ الصلاح، وعمدته أن مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر، ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية إلى المساقاة، إذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت. وقالوا: «إنما هي إجارة إن وقعت» وأما الوقت المحدد لمدتها، فإنه لا يجوز أن يكون مجهولًا، غير مؤقتة؛ لما يدخل في ذلك من الغرر، قياسًا على الإجارة. وانقضاء السنين فيها هو بالجد لا بالأهلة.⁽⁷⁾ فإن ساقاه السنين واشترط أحدهما على صاحبه الخروج قبل الجذاذ أو بعده؛ ردّ في ذلك إلى مساقاة مثله.⁽⁸⁾

(1) المدونة: 12/12، والاستذكار: 236/21، والجامع: 17/5، والتهذيب: 415/3، والنوادر: 352/9، والقوانين: 467، والجواهر: 916، والتنبيهات: 1449.

(2) النوادر: 305/9.

(3) جامع الأمهات: 430. وانظر التوضيح: 114/7.

(4) المختصر: 239.

(5) مضى تخريجه في ص: 271.

(6) الاستذكار: 207/21، والتمهيد: 464/6.

(7) البداية: 473/3-474، والمقدمات: 553/2.

(8) البيان: 157/12.

وقد نظم بعضهم إلى ما يرد إليه العامل في المساقاة الفاسدة، فقال:

وَأَجْرُهُ مِثْلُ فِي الْمُسَاقَاةِ عَيْنَتْ ♦ سِوَى خَمْسَةِ قَدْ خَالَفَ الشَّرْعَ حُكْمُهَا
مُسَاقَاةُ أَبَانٍ بِهِ وَصَلَاخُهَا ♦ وَجَزَانٍ فِي عَامَيْنِ شَرْطُ يَعْمُهَا
وَإِنْ شَرْطَ الْمُسَاقِي عَلَى مَالِكٍ لَهُ ♦ مُسَاعَدَةً وَالْبَيْعُ مَعَهَا يَضُمُّهَا

الفروق: 15/4 (فرق 211)، ونظائر أبي عمران: 124.

وقد اختلف في أجل المساقاة إن لم يذكروا وقتاً معلوماً، فقالت طائفة منهم: أبو ثور، ذلك سنة واحدة. وهو يشبه مذهب ابن الماجشون فيمن اكترى داراً مشاهرة، أنه يلزمه شهر واحد. وهو ما حسنه ابن عبد البر.⁽¹⁾

والمساقاة تلزم في عام واحد، لأنه لا يمكن أن تتبعض. وكذلك كلما شرع العامل في عام، لزم العقد في ذلك العام. وكذلك المتساقيان بالخيار فيما بعد، لكل واحد منهما ترك ذلك؛ ما لم يشرع العامل في عمل سنته، فتلزمه تلك السنة.⁽²⁾ ومن ساقى رجلاً ثلاث سنين، فليس لأحدهما المتاركة حتى ينقضي الأجل. لأن المساقاة تلزم بالعقد؛ وإن لم يعمل. وليس لأحدهما الترك؛ إلا أن يتتاركا جميعاً.⁽³⁾

وإذا كانت المساقاة إلى أجل، فإن انقضى الأجل قبل طيب الثمرة وقبل جدادها لم تخرج من يديه حتى يتم جداده، وحتى يستكمل المساقاة فيه، لأنه حق قد وجب عليه له.⁽⁴⁾ وأما إن كان القصد التماضي بالعمل إلى آخر شهور السنة وإن جدت الثمرة؛ لم يجز. وكان العامل في السنتين: الأولى على مساقاة مثله. وفي العام الآخر من حين تجد الثمرة إلى آخر ذلك العام، على إجارة المثل.⁽⁵⁾

وإن أخذ شجراً معاملة، وهي تطعم في السنة مرتين، ولم يسم الأجل، فهي عند ابن القاسم إلى الجذاذ الأول، حتى يشترط الثاني.⁽⁶⁾

وعلل القرافي ذلك بأن الحقوق تنقطع عنه، ويقع الاستيفاء. فلا يبقى شيء من خدمة الثمرة فيما بعد ذلك يستحق لثمره العام المقبل، ولا يلزم إلا بعقد مستأنف. فغاية المساقاة إلى الجداد وما تجدد من المدة.⁽⁷⁾

والصواب في المساقاة أن تؤرخ بالشهور العجمية⁽⁸⁾ التي فيها الجذاذ. فإن أرخت بالعربية، فانقضت قبل الجذاذ، تماضى العامل إلى الجذاذ. ويستحب أن تكون المساقاة من سنة إلى أربع، فإن طالت السنون جداً؛ فسخت.⁽⁹⁾

(1) الاستذكار: 227/21-228.

(2) المنتقى: 119/5.

(3) المدونة: 13/12، والتهذيب: 416/3، والجامع: 18/5، والمنتقى: 134/5.

(4) الكافي: 768.

(5) التبصرة: 4716 و4720. وانظر النكت: 110/2، والجواهر: 916.

(6) المعين: 344/2.

(7) الذخيرة: 106/6.

(8) الشهور العجمية يقصد بها السنة الشمسية الفلاحية، والتي أول شهورها يناير وآخرها دجنبر. وهي مقابلة للسنة العربية القمرية الهجرية. وقد أسهب عمر الكرسيفي في معرفة بدايتها وما يوافقها من السنة القمرية في رسالة ضمن مؤلفاته الفقهية (ص: 425). وهو ما أخذ به المقنن في ف. 701 من (ق ل ع) مستعملاً عبارة الغريغوري. وعلل الزرويلي التأريخ بالشهور العجمية بقوله: «لأن السنين بالعربي تنتقل». مخطوط التقييد على تهذيب المدونة: ورقة 109.

(9) المعين: 549/2.

خلاصة الكلام، إن المساقاة تجوز إلى أجل، وتكره فيما طال من السنين. ولا يكون لأحد المتساقين المتاركة حتى ينقضي الأجل.

فإن انقضى الأجل قبل طيب الثمرة وقبل جدادها؛ لم تخرج من يديه حتى يتم جداده، ويستكمل المساقاة فيه. لأنه حق قد وجب.

ولا يجوز أن يكون القصد التماضي بالعمل إلى آخر شهور السنة؛ وإن جدّت الثمرة.

المطلب الرابع: مسألة الخمّاس

لقد جرى العمل بمسألة الخمّاس عند جمهور الفلاحين بالبلاد منذ قرون خلت، وعلى إثر إشكال حكمها على كثير من الفقهاء؛ انقسموا في شأنها بين مجيز وممانع.

فقد سئل الجد عن رجلين اشتركا في الزرع على أن جعل أحدهما الأرض والبذر والبقر، والثاني في العمل، ويكون الربع للعامل، والثلاثة أرباع لصاحبه. فأجاب بأنه: «إن عقداه بلفظ الشركة جازت، وإن عقداها بلفظ الإجارة لم تجز. وأن لم يسمّيا في عقدهما شركة ولا إجارة، وإنما قال له: أدفع لك أرضي وبذري وبقري، وتتولى أنت العمل، ويكون لك ربع الزرع أو خمسه أو جزء من أجزائه يسمّيانه. فحمله ابن القاسم على الإجارة ولم يجزه، وإليه ذهب ابن حبيب. وحمله سحنون على الشركة فأجازه».⁽¹⁾

وقال اللخمي: «إذا كان من عند صاحب الأرض البذر والبقر، ومن عند الآخر العمل؛ على أن له الثلث، فهو جائز». وقال ابن المواز في مثل هذا: «هو فاسد». وقال ابن حبيب: «إن نزل ذلك، كان الزرع لصاحب الأرض والبذر، وللآخر أجرة عمله».⁽²⁾

وشرط ابن يونس أن يكون عمله مكافئاً لما يخرج به رب الزرع. واعتبر أن القياس والأهدى للصواب أن يكون يكونا سواء.⁽³⁾

ومدح ابن البراء⁽⁴⁾ فتوى ابن رشد، وحملها أبو الفضل⁽⁵⁾ على مسألة الخمّاس، وسلمها ابن عبد السلام⁽⁶⁾ وقال: «وهذه مسألة الخمّاس التي أجاب عنها ابن رشد».⁽⁷⁾

وكان الرّمّاح⁽⁸⁾ يفتي بأنه عذر يبيح الشركة على الوجه المذكور. وتبعه مفتياً في ذلك الشيببي⁽⁹⁾.⁽¹⁰⁾

(1) الفتاوى: 1011-1012. قال الونشريسي: «الخمّاس شريك في نظر سحنون، وأجير في نظر ابن القاسم». المعيار: 151/8.

(2) التبصرة: 4814. مع بعض الاختصار.

(3) الجامع: 269/5 و313.

(4) هو أبو القاسم بن عبد العزيز بن البراء، أخذ عن الهمداني والسلفي وغيرهما، وعنه ابن الجبار وغيره. تولى قضاء الجماعة، وكان مسند الرواية، ورئيس المحدثين وعالم إفريقية في زمانه. ذكره ابن الزبير الأصغر في مشيخته. توفي سنة 677هـ. درة الحجال: 272/3 (رقم 1326).

(5) هو أبو الفضل راشد بن أبي راشد الوليدي. أخذ عن صالح الهسكوري وغيره، وأخذ عنه الزرويلي والجزولي وغيرهما. صاحب كتاب الحلال والحرام وله أجوبة وطرر على المدونة. توفي بفاس سنة 675هـ. الابتهاج: 179-180 (رقم 184)، والجذوة: 196-197 (رقم 156).

(6) سبقت ترجمته في ص: 127.

(7) التوضيح: 129-130، والمعيار: 152/8.

(8) سبقت ترجمته في ص: 261.

(9) سبقت ترجمته في ص: 265.

(10) شرح الرسالة لابن ناجي: 197/2-198، وشرح زروق: 790، والفواكه الدواني: 129/2.

وسئل الوغليسي عن خدمة الخمّاس، فأجاب بالجواز إذا كانت العادة بذلك مستمرة، واشتركا على ذلك.⁽¹⁾

كما سئل الداودي⁽²⁾ عن رواية ابن سحنون عن أبيه في الأجير يحبس الزرع بالربع أو بالخمس، أيجوز ذلك؟ أو بجزء دون أن يبذر شيئاً مع صاحبه، هل الشركة ماضية أم لا؟ فأجاب: «الصواب ما قاله، وهو رأيي، وبه أقول».⁽³⁾

وسئل القابسي عن رجلين، أخرج أحدهما الزريعة والدواب، على أن يكون له أربعة أخماس الزرع، وأخرج الآخر يده خاصة على أن له خمس الزرع. فأجاب: «لكل واحد من الزرع ما شرط».⁽⁴⁾

وقد حكم المكناسي⁽⁵⁾ فيمن أعطى جنانه لمن يذكره بجزء مما يخرج من التين التي تثبت فيه وتنضج بالفسخ. وألزم رب الجنان بأجرة العامل في عمله.⁽⁶⁾

وقد أجازها ابن سراج⁽⁷⁾ قياساً على المزارعة وإن كانت رخصة، والقياس على الرخص مختلف فيه.⁽⁸⁾

(1) المعيار: 154/8. والوغليسي سبقت ترجمته في ص: 89.

(2) هو أحمد بن نصر الداودي، من أئمة المالكية بالمغرب، كان له حظ من اللسان والحديث والنظر. ألف كتاب التّامي في شرح الموطأ، والواحي في الفقه، والأموال، حمل عنه البوني وابن أبي زيد وغيرهما. توفي سنة 402 هـ. المدارك: 104-102/7، والديباج: 166-165/1 (رقم 1).

(3) المعيار: 189/5. وابن سحنون سبقت ترجمته في ص: 127.

(4) المصدر نفسه: 158/8. والقابسي سبقت ترجمته في ص: 138.

(5) هو محمد بن عبد الله بن القاضي المكناسي، قاضي الجماعة بفاس ومفتيها. وكان فقيهاً فرضياً حسابياً. أخذ عن القوري وابن علال وغيرهما، ومن أخذ عنه: الونشريسي وغيره. من تأليفه: مجاس القضاة والحكام في الأحكام، والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام. توفي سنة 917 هـ. السلسلة: 92-91/2 (رقم 496).

(6) المجالس: 853. وفي مسألة قريبة من الخماسة، فقد سئل ابن سراج عن كراء السفينة بالجزء، فأجاب: بأنه يجوز إعطاء السفينة بالجزء؛ نصفاً أو ثلثاً أو غير ذلك من الأجزاء؛ للضرورة الداعية لذلك، لأن مذهب مالك مراعاة المصلحة إذا كانت كلية حاجية. الفتاوى: 192.

(7) هو محمد بن سراج، مفتي غرناطة وقاضي الجماعة بها. أخذ عن ابن لب وابن علاق وغيرهما، وعنه جماعة كابن فتوح والمواق وغيرهما. له تأليف منها: شرحه الكبير على مختصر خليل، وله فتاوى كثيرة ذكر جملة وافرة منها في المعيار. مات سنة 848 هـ. الابتهاج: 526 (رقم 629).

(8) الفتاوى: 192. وقد اختلف أهل المذهب في مسألة القياس على الرخص وما استثنى جوازه في الشرع على قولين: الجواز والمنع. وعزا ابن القصار هذا المذهب لبعض المالكية. خلافاً لأكثرهم، فقال: «الرخص لا يجوز القياس عليها عند كثير من أصحابنا، ويجوز عند بعضهم إذا عُرف معناها». (عيون الأدلة: 1313). وهذا اختيار الباجي، حيث قال: «الصواب أن ينظر إلى علة ذلك الحكم الذي علق عليها في الشرع، فإن كانت علته واقفة فُصر الحكم على موضعها، وإن كانت متعددة عدّاه وأثبت الحكم المعلق بها حيث وجدت». (المنتقى: 225-224/4). وبه قال المقرئ في القواعد: 418 (قاعدة 879). وجزم بهذا ابن عاشور: فقال: «القياس على الرخص هو صريح مذهب مالك، وشرطه تحقق وجود سبب الرخصة». (حاشية التوضيح والتصحيح: 190/2). ومن مثي على مطلق المنع من أهل المذهب ابن العربي بقوله: «الرخص لا يتعدى بها محالها». (القبس: 326). وابن جزى قائلاً: «ولا يجوز القياس على الرخص». (التقريب: 350). وكذا الشاطبي فقال: «إذا صار المكلف في كل مسألة عنت له يتبع رخص المذاهب، وكل قول وافق فيها هواه، فقد خلع ربة التقوى، وتمادى في متابعة الهوى، ونقض ما أبرمه الشارع، وآخر ما قدمه». (الموافقات: 123/3). واعتبر القرافي حجة المنع: أن الرخص مخالفة للدليل، فالقول بالقياس عليها يؤدي إلى كثرة مخالفة الدليل. وحجة الجواز: أن الدليل إنما يخالفه صاحب الشرع لمصلحة تزيد على مصلحة ذلك الدليل عملاً بالاستقراء، وتقديم الأرجح هو شأن صاحب الشرع وهو مقتضى الدليل. (شرح التنقيح: 324).

وعلى جوازها للضرورة درج صاحب العمليات قائلاً: وَأُجْرَةُ الْخَمَّاسِ أَمْرٌ مُشْكَلٌ ♦ وَلِلضَّرُورَةِ بِهَا تَسَاهُلٌ حَكَاهُ صَاحِبُ الْبَهْجَةِ: 321/2 و339. وقال صاحب العمل المطلق: وَرَخَّصُوا فِي شَرِكَةِ الْخَمَّاسِ ♦ بِالْقَبْزِ وَأَن لَّا ضَظْطَرَّ لِلنَّاسِ مَخْطُوطُ فَتَحِ الْجَلِيلِ الصَّمَدِ، ورقة: 135.

ومن الممانعين لهذه المسألة، ابنُ عرفة الذي جعلها فاسدة، لأنه اعتبر الخمّاس قد آجر نفسه بجهول ما يكون بعد الخروج. وصرح أن هذه ليست هي مسألة سحنون وابنِ المواز. وأنها مباينة لجواب ابنِ رشد، لأن حكم الإجارة وجوب كون فائدتها معلومة القدر لمستحقها.⁽¹⁾

ونقل الأبي⁽²⁾ بعض كلام ابنِ عرفة وسلّمه قائلاً: «مسألة الخمّاس ليست هي التي تكلم عليها ابنُ رشد؛ وإن كان ظاهرها كذلك».⁽³⁾

وسئل ابنُ شعيب⁽⁴⁾ عن مسألة الخمّاس في الزرع بجزء معين ممّا يخرج منه، هل يجوز؟ فأجاب بأنه لا يجوز، فكما لا بيع للزرع قبل أن يخلق، فكذلك لا تجوز الإجارة به. ولأن الشركة تستدعي الاشتراك في الأصول، التي هي مستند الأرباح والفوائد. ولا يُنتهز عذر في إباحته لتعذر من يدخل على غير هذا.⁽⁵⁾

كما سئل القوّري⁽⁶⁾ عن مسألة الخمّاس، فأجاب بعدم الجواز، لكونه آجر نفسه بشيء مجهول؛ إلا إذا كان بمعنى الشركة، وتكون قيمة عمله بقدر الجزء الذي له، ويكون له عليه من جميع ما يتعلق بالشركة بقدر جزئه، فذلك جائز.⁽⁷⁾ وبه مضى العمل عند الشيوخ.⁽⁸⁾

وتبع القلشاني⁽⁹⁾ في (تحرير المقالة) ابنَ عرفة وسلّم كلامه ولم يقل فيها بالتحريم، حيث قال: «شاع العمل في مسألة الخمّاس على وجه بعيد من الصواب، ولم تزل شديدة الالتباس».⁽¹⁰⁾

(1) شرح الحدود: 514.

(2) هو محمد بنُ خلفه الوشثاني، شهر ب الأبي. إمام المحققين الجامع بين حقيقي المنقول والمعقول. أخذ عن ابنِ عرفة ولازمه وكان من أعيان أصحابه ومحققهم، وأخذ عنه جماعة من الأئمة كالقلشاني وابنِ ناجي والثعالبي وغيرهم. له إكمال الإكمال في شرح مسلم، جمع فيه بين المازري وعياض والقرطبي والنووي، مع زيادات مفيدة من كلام شيخه ابنِ عرفة وغيره، وله شرح المدونة أيضاً. وصفه ابنُ حجر في المثبته بالأصولي عالم المغرب بالمعقول. توفي سنة 827هـ. الابتهاج: 487-488 (رقم 598)، والتوشيح: 189 (رقم 192).

(3) إكمال الإكمال: 221/4.

(4) هو محمد بنُ شعيب الهسكوري، كان من أهل العلم والعمل، متفناً في العلوم: كالفقه والأصول (أصول الدّين وأصول الفقه) والتصوّف، محصّلاً لمذهب مالك. أخذ عن ابنِ البقال وأبي بشكوال وغيرهما، وانتفع به أئمة، منهم: ابنُ راشد وابنُ أبي مطر. توفي سنة 631هـ. الديباج: 404/1 والابتهاج: 381-382 (رقم 501).

(5) فتاوى البرزلي: 406/3، والمختصر لابنِ عرفة: 129/8، والمعيّار: 149/8، شفاء الغليل: 802، والمنح: 351/6، وشرح ابنِ ناجي: 198/2.

(6) سبقت ترجمته في ص: 144.

(7) البرزلي: 408/3، والمعيّار: 150/8.

(8) المقنع: 173. الشيوخ: كمحمد بنُ يحيى وأحمد بنُ خالد وعبيد الله بنُ يحيى وقاسم بنُ محمد.

(9) هو أحمد بنُ محمد بنِ عبد الله القلشاني، فقيه تونس وعالمها وقاضيا. أخذ عن الغبريني ووالده أبي عبد الله، وأدرك ابنُ عرفة وحضر عنده، وأخذ عنه القلصادي وقال عنه: لم أر أعرف منه بمذهب مالك ولا من يستحضر الأحكام والنوازل مثله. له تأليف في المذهب معتبرة، كشرح المدونة ومختصر ابنِ الحاجب والرسالة. توفي سنة 863هـ. الابتهاج: 116-117 (رقم 101)، درة الحجال: 81-82 (رقم 111).

(10) انظر رفع الالتباس في شركة الخماس لابنِ رجال (ت1140هـ) ت. رشيد قبّاط، دار الأمان، الرباط، ط1، 2012، ص: 138. وقد قال القرافي: «وهذا مبني على قاعدة: متى اختص نوع بأصل أجري عليه من غير خلاف، ومتى دار بين أصليين أو أصول وقع الخلاف فيه بتغليب بعض العلماء بعض الأصول، وغيره يغلب أصلاً آخر. فالعامل شريك على أحد القولين، أو أعطي حكم الشريك، وذلك كاف؛ لأن الحكم هو المعتبر»، الذخيرة: 25-26/3.

واختلف متأخرو المجيزين للخماسة فيما يشترطه الخماس من أكل وثوب ونحوهما. فأفتى القباب⁽¹⁾ بالمنع، والعبدوسي⁽²⁾ بالجواز، وأفتى ابنُ علال⁽³⁾ بأنه يمكن إجراؤها على إعانة الغارس⁽⁴⁾.

وقد حكى الشيبيني⁽⁵⁾ عن الرمّاح⁽⁶⁾ أنه إذا استبدّ الخماس بشيء زائد غير داخل في الشركة، مثل الطعام نحوه، أن في المسألة قولين بالجواز والمنع، هل يشترط فيها الاعتدال أم لا؟ وأنه أباح ذلك ورخصه وعمل به، واشتهر العمل به⁽⁷⁾.

ولا يجوز للخمّاس أن يشترط الزرع سلفاً أو بيعاً، لأن هذا سلف جر منفعة، إلا إذا لم يجد خمّاساً إلا بشرط السلف، وعلى صاحب الزرع ضرر في ترك الحرث. فيجوز له ذلك للضرورة⁽⁸⁾. وسئل ابنُ لبابة⁽⁹⁾ عن الذي يشترط على الخمّاس ألا يحصد رب الأرض معه ولا يدرس، وأن يكون العمل كله عليه. فأجاب: «هذا مذهب ابن دينار، وعليه نعتقد وبه نعتمد. وكان مذهب مالك: لا يجوز، لأنه غرر وجهل»⁽¹⁰⁾.

ووظيفة الخمّاس يحرق وينقي ويرفع الأغمار⁽¹¹⁾ ويحصد ويدرس وينقل السنبل إلى الأندر⁽¹²⁾. وإن شرط عليه غير ذلك، فلا يجوز. وجرت العادة في البادية يشترط عليه القيام بالبقر والاحتشاش⁽¹³⁾ وعمل الحطب واستيقائه الماء إن احتاج إليه، وهذا يفسدها. وإن شرط هو مع ذلك عولته⁽¹⁴⁾ عليهم، فهي شركة وإجارة خارجة عن الشركة، فتجري على ما تقدم⁽¹⁵⁾.

(1) هو أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن القباب. من أكابر علماء المذهب حفظاً وتحقيقاً. أخذ عن السطّي والفشتالي وغيرهما، وعنه الشاطبي والرجاجي وغيرهما. ونقل عنه البرزلي في ديوانه والونشريسي في معياره. تولى الفتيا بفاس، له فتاوى مشهورة وشرح حسن على قواعد عياض وشرح بيوع ابن جماعة. ومن تأليفه اختصار أحكام النظر لابن القطان توفي بفاس سنة 779 هـ. الإتهاج: 102-104 (رقم 70)، والجذوة: 123-124 (رقم 56).

(2) سبقت ترجمته في ص: 89.

(3) هو عيسى بن علال المصمودي، شيخ الجماعة فقيه فاس وقاضيهما. أخذ عن الرجاجي والعبدوسي وغيرهما، وأخذ عنه القوري والأستاذ الصغير وجماعة. له استدراكات على مختصر ابن عرفة. مات قريباً من 823 هـ. الإتهاج: 298 (رقم 367)، والجذوة: 502 (رقم 574).

(4) المعيار: 151/8.

(5) سبقت ترجمته في ص: 265.

(6) سبقت ترجمته في ص: 261.

(7) فتاوى البرزلي: 407/3، والمعيار: 149/8.

(8) المعيار: 151-152. مع اختلاف يسير وزيادات طفيفة.

(9) سبقت ترجمته في ص: 138.

(10) المعيار: 154/8.

(11) الأغمار: مصطلح معروف عند المغاربة، يطلق على تلك الحزم من السنابل التي يجمعها الحصاد.

(12) الأندر: ويسمى أيضاً البيدر. وهو موضع تبييس الثمار والزرع. اللسان والتاج، مادة: (ندر).

(13) الاحتشاش: من الحشيش، وهو الكلاً. ويطلق أيضاً على المنجل الذي يُحش به، أي يُقطع به. التهذيب، مادة: (حش).

(14) العولة: كفاية المعيشة والإنفاق. انظر: اللسان والتاج، مادة: (عول).

(15) فتاوى البرزلي: 407/3، والمعيار: 151/8.

وقد تبين أن مسألة ابن رشد هي مسألة الخمّاس ومسألة سحنون وابن المواز أيضاً، وأن عمل الخمّاس في الغالب يقرب من شرط ابن يونس وهو أن يكون عمله مكافئاً لما يخرج به رب الزرع. والقرب كاف.

والبناء على القول بالجواز والسلامة من الإثم في هذه المسألة ظاهر؛ للضرورة والحاجة الأكيدة إليها ومراعاة المصالح، وما يؤدي تركها إلى حقوق الحرج بالناس. فالحرثة سبب بقاء النسل والذات الآدمية؛ مع ما في مباشرتها من المشاق التي لا تكاد تطاق، وهي في البوادي تقوم مقام المتاجر، بل جل الخلق هي اكتسابهم وبها حياة دوابهم وأنعامهم. وليس كل الناس يحسن الحرث، ويقدر على شدائده ومشاق الزرع وكلفه العظيمة.

كما أن الخمّاس يحافظ على الزرع أكثر من رب الزرع؛ لكثرة احتياجه له. لذلك انكب الناس على الخماسة وتركوا الإجارة.

وقد حكى الونشريسي عن ابن لب قوله: «أن ما ارتكبه الناس وتقدم في عرفهم وجرى به عملهم، ينبغي أن يلتزم له وجه شرعي ما أمكن على خلاف أو وفاق. إذ لا يلزم ارتباط العمل بمذهب معين ولا بمشهور من قول قائل»⁽¹⁾.

(1) البهجة: 321/2.

الفصل الثاني

التبرعات

أعلت الشريعة من شأن التبرعات بمختلف أصنافها، وأولتها العناية، إرشاداً، وترغيباً، وتنظيماً، وتشريعاً؛ لما فيها من سد الحاجيات، وتزكية النفس وتطهيرها من داء البخل، واستجلاب المحبة. ولا أدل على ذلك الثروة الفقهية الضخمة التي تناولتها، ومدونات الوقائع التي حوت قضاياها ومسائلها.

ولا تقلّ التصرفات التبرعية أهمية عن التصرفات العوضية، إذ تعتبر ذات خطورة بالغة، لأنها تضحية بالمال دون مقابل، عكس حقائق التبرعات القائمة على التكسب والتربح. لذلك شدّد في ضبطها؛ حماية لطرفيها والأغيار؛ كالورثة والدائنين.

فقد أفردت المبحث الأول لتفصيل الكلام على الهبة والصدقة، وجعلت المبحث الثاني معقوداً للحديث عن الوقف، واهتممت في المبحث الثالث ببيان عقد القرض، على أن انحصر الكلام في المبحث الرابع على عقد العُمري.

المبحث الأول: عقد الهبة والصدقة

لقد قصدت في هذا البحث: الهبة يُراد بها وجه الله تعالى، ويُبتغى عليها الثواب منه، دون هبة الثواب. لأن الهبة بشرط العوض، حكمها حكم البيوع، يُصنع فيها وفي العوض ما يُصنع بالبيع. (المدونة: 129/15). وقد شُرعت الهبة والصدقة للمودة والمحبة، وتزكية للنفس وتطهيرها من البخل.

وقد اقتضى النظر في هذا المبحث نظم الكلام في أربعة مطالب.

تبَيَّنَ في **المطلب الأول** حقيقة عقدي الهبة والصدقة وحكمهما وأصل جوازهما، وهل تتعقدان ويلزمان بالقول، أم لا يتمان إلا بالقبض؟

وإن وقع التراخي في القبض حتى فُوت، هل يسقط الحق في ذلك؟

وأما **المطلب الثاني**، فقد اختصصته للحديث عن مسألة الشروط، وهل يجوز اشتراط تخصيص بعض الولد ببعض المال أو بجميعة؟

وهل يجوز اشتراط الاعتصار في الصدقة وارتجاعها؟

وإذا زال الاعتصار يوماً، فهل يعود بزوال سببه، أم إذا أنه إذا زال فلا يعود؟

وهل يجوز اشتراط عدم الاعتصار في الهبة، وهل يكون شرطه ملزماً؟

وهل يجوز اشتراط عدم التفويت ببيع أو هبة؟

وهل تجوز الصدقة على أن يكون المتصدق أحق بها بثمنها إن بيعت؟

وهل تجوز الصدقة؛ على أن يُنفق على المتصدق حياته؟

وهل يجوز التصدق على أن لا يرث من ميراث المتصدق شيئاً؟

وفي **المطلب الثالث**، اهتممت فيه ببيان مسألة الأجل، وهل تجوز الصدقة بمال إلى أجل، أو تعليقها على موت المتصدق؟

وهل تجوز الصدقة بشرط عدم الحوز مدة من الزمن؟

وهل تبطل الصدقة إذا حازها المتصدق عليه مدة من الزمن، ثم رجع إليها المتصدق؟

وهل تجوز هبة الدين المؤجل؟

وهل يجوز هبة الأصل دون الثمرة، أو الثمرة دون الأصل سنين معلومة؟

وفي المطلب الرابع، كان الحديث معقوداً على مسألة حوز الهبة والصدقة في القانون، وهل
ينعقدان بالإيجاب والقبول فقط، أم لا بد من شرط الحوز؟
وهل تغني الحيازة القانونية عن الحيازة الفعلية قبل حصول المانع؟
وما هي الجهة المخوّل لها قانوناً تحرير عقدي الهبة والصدقة؟

المطلب الأول: التعريف بالهبة والصدقة

وهبت مالاً أهبه له هبة أعطيته بلا عوض. قال ابن منظور: «الهبة العطية الخالية عن الأعواض والأغراض. فإذا كثرت، سمي صاحبها وهّاباً»⁽¹⁾.

فقد عرفهما اللخمي فقال: «نقل الملك بغير عوض والصدقة ما أريد به وجه الله، والهبة ما أريد به وجه المعطى»⁽²⁾.

وحدّهما ابن عرفة بقوله: «الهبة تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض، والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطى»⁽³⁾. واختصرهما الشيخ خليل قائلًا: «الهبة تمليك بلا عوض، ولثواب الآخرة صدقة»⁽⁴⁾.

وعرفت م. 273 من (م ح ع) الهبة بأنها: «تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض». والصدقة في م. 290 من المدونة نفسها بأنها: «تمليك بغير عوض ملك، ويقصد بها وجه الله تعالى».

وقد أجمع أهل العلم على جواز الهبة والصدقة، وثبتت حكمهما في الشرع⁽⁵⁾ والأصل في ذلك قوله ﷺ: «لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَيْهِمْ إِلَّا مَن أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا»⁽⁶⁾ وأيضًا قوله ﷺ: «مَنْ ذَا الَّذِي يُفْرِضُ اللَّهُ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضْلِعُهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَفِيضُ وَيَنْصُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ»⁽⁷⁾ قال القرطبي: «إن هذه الآية نزلت في أبي الدحداح»⁽⁸⁾ تصدّق بحديقة له، فأعطاه الله في الجنة ألف ألف حديقة»⁽⁹⁾.

ومن السنة حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لَوْ دُعِيتُ إِلَى ذِرَاعٍ أَوْ كِرَاعٍ لَأَجَبْتُ، وَلَوْ أَهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ أَوْ كِرَاعٌ لَقَبِلْتُ»⁽¹⁰⁾.

(1) اللسان، مادة: (وهب).

(2) التبصرة: 3438.

(3) الحدود: 552.

(4) المختصر: 253.

(5) التبصرة: 3483. قال ابن رشد: «كل ما جاز بيعه جازت هبته. وما لا فلا». البداية: 162/4. و«الصدقة كالهبة في جميع الأحكام». المواهب: 15/8، والمنح: 186/8.

(6) سورة النساء، الآية: 113.

(7) سورة البقرة، الآية: 243.

(8) هو أبو الدحداح الأنصاري، قال ابن عبد البر: لم أقف على اسمه ولا نسبه أكثر من أنه من الأنصار قال ابن عبد البر: لم أقف على اسمه ولا نسبه أكثر من أنه من الأنصار حليف لهم. وقال البيهقي: أبو الدحداح الأنصاري، ولم يزد. وقيل اسمه: ثابت. قال عنه ﷺ: كم من غدق رباح لأبي الدحداح في الجنة. جرح بأحد، فقيل: مات بها، وقيل: مات بعد ذلك بمدة سنة 6هـ. وهو الراجح. الاستيعاب: 1645-1646 (رقم 2939)، والإصابة: 1662-1663 (رقم 9906). وقد ذكر هذه القصة القرطبي في جامعته عند تفسيره الآية: 245 من سورة البقرة.

(9) الجامع: 222-220/4.

(10) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب القليل من الهبة، (برقم 2568).

ورُوي أيضاً عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ، وَلَا يَقْبَلُ اللَّهُ إِلَّا طَيِّبًا، كَانَ إِنَّمَا يَضَعُهَا فِي كَفِّ الرَّحْمَنِ، يُرَبِّهَا لَهُ كَمَا يُرَبِّي أَحَدَكُمْ فَلَوْهٗ أَوْ فَصِيلَهُ، حَتَّى تَكُونَ مِثْلَ الْجَبَلِ»⁽¹⁾.

وكان النبي ﷺ يهب ويقبل الهبة، فقد رُوي عن عائشة رضي الله عنها أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا⁽²⁾.

ولا خلاف في مذهب مالك وجميع أصحابه أن العقود التي تنتقل بها الأملاك بغير عوض؛ كالهبة والصدقة، تتعقد وتلزم بالقول، ولا تتم إلا بالقبض⁽³⁾. إلا ما حكاه أبو تمام⁽⁴⁾ أن الصدقة تتم بالقول ولا تفتقر إلى حيازة⁽⁵⁾.

فقد روى ابن وهب أن أبا بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم قالوا: «لا تجوز صدقة حتى تقبض». وقال شريح⁽⁶⁾ ومسروق⁽⁷⁾: «لا تجوز صدقة إلا مقبوضة»⁽⁸⁾.

وقال ابن المواز: «لا يتم حبس ولا صدقة ولا عُمرى ولا سكنى ولا غيرها من العطايا والنحل والهبات التي على غير وجه البيع؛ إلا بالحوز البين، الذي يعرف وينظر إليه في صحة المعطي»⁽⁹⁾. واختصر ذلك ابن الحاجب بقوله: «وشرط استقرارها (أي الهبة) لا لزومها الحوز؛ كالصدقة، إلا في صدقة أب على صغير، وعلى ذلك علماء المدينة»⁽¹⁰⁾.

(1) حديث مجمع على صحته، أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الصدقة، باب الترغيب في الصدقة، (برقم 1) عن أبي الحباب سعيد بن يسار. والبخاري في صحيحه، كتاب التوحيد، باب قوله تعالى: «تَعْرِجُ الْمَلَائِكَةُ وَالرُّوحُ إِلَيْهِ» (برقم 7430). ومسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيتها (برقم 1014-36)، وكلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه. والفلو: هو المهر، لأنه يُفلى عن أمه، أي: يعزل عنها. الاقتضاب: 533/2 والفصيل: ولد الناقة الذي دخل في السنة الثانية، وفُصل عن أمه. الاقتضاب: 290/1.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب المكافأة في الهبة، (برقم 2585).

(3) المقدمات: 408-409/2، والمناهج: 361/9، والتفريع: 311/2، والتلقين: 501، والمعونة: 1607، والبداية: 162/4.

(4) سبقت ترجمته في ص: 124.

(5) التوضيح: 329/7.

(6) هو شريح بن الحارث بن قيس القاضي. أسلم في حياة النبي ﷺ. حدث عن النبي ﷺ عمر وعلي رضي الله عنهما وغيرهما، وحدث عنه النخعي والشعبي وابن سيرين وغيرهم. وثقه ابن معين وأحمد، وقال العجلي: تابعي ثقة. قال علي رضي الله عنه هو أقصى العرب. توفي سنة 78هـ. تهذيب الكمال: 445-435/12 (رقم 2725)، والتهذيب: 326/4-326/4 (رقم 564)، والسير: 106-100/4 (رقم 32).

(7) هو مسروق بن الأجدع بن مالك، يقال إنه سُرق وهو صغير، ثم وُجد فسُبي مسروقاً. حدث عن جمع من الصحابة رضي الله عنهم. وعنه الشعبي والنخعي ومكحول وآخرون. عداة في كبار التابعين وفي المخضرمين الذين أسلموا في حياة النبي ﷺ. كان مسروق أعلم بالفتوى من شريح. وثقه ابن معين والعجلي، وابن سعد قال: له أحاديث صالحة. توفي سنة 62هـ. تهذيب الكمال: 451/27، والتهذيب: 108/10، والسير: 63/4.

(8) المدونة: 108/15.

(9) النوادر: 125/12، والجامع: 313/6، والجواهر: 979. قال ميارة عند شرحه قول الزقاق: (وَمَا بِغَيْرِ عَوْضٍ يَنْتَقِلُ ❖ فَحَوْزُهُ حَتْمًا بِهِ يَكْتَمِلُ): وَعَقْدُ الْمَعْرُوفِ كُلُّ افْتَقَرٍ ❖ إِلَى الْحَيَازَةِ وَبَعْدَهَا يُقَرَّرُ. تكميل المنهج: 260. وقال الونشريسي: «وكل ملك انتقل بغير عوض، فلا بد من حيازته». عدة البروق: 581، وأن «الالتزام إذا لم يكن على وجه المعاوضة، فلا يتم إلا بالحيازة». تحرير الكلام: 69، وفتح العلي: 218/1.

(10) جامع الأمهات: 454، والتوضيح: 330/7. وعلماء المدينة قال عنهم سحنون: السبعة هم: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وخارجة بن زيد، وعبيد الله بن عبد الله، وسليمان بن يسار، وأبو بكر بن عبد الرحمن. المدونة: 116/12.

فالقبض شرط في التمام والاستقرار، لا في الصحة وال لزوم⁽¹⁾ وإنما كانت الحيابة من شرط تمام الهبة والصدقة، لأنهما لو أجزا دون حيابة، لكان ذلك ذريعة إلى أن ينتفع الإنسان بماله طول حياته ثم يخرج عن ورثته بعد موته، وذلك ممنوع⁽²⁾.

وعمدتهم ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ كَانَ نُحْلَهَا جَادًّا عَشْرِينَ وَسَقًّا مِنْ مَالِهِ بِالْعَابَةِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ قَالَ: وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ. وَإِنِّي نُحْلُكَ جَادًّا عَشْرِينَ وَسَقًّا، فَلَوْ كُنْتُ جَدِّتِيهِ وَاحْتَرْتِيهِ كَانَ لَكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ»⁽³⁾.

وما روى مالك عن عمر رضي الله عنه أيضاً أنه قال: «مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُّونَ أَبْنَاءَهُمْ نُحْلًا، ثُمَّ يُمَسِّكُونَهَا. فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ، قَالَ: مَالِي بِيَدِي، لَمْ أُعْطِهِ أَحَدًا. وَإِنْ مَاتَ هُوَ، قَالَ: هُوَ لِابْنِي، قَدْ كُنْتُ أُعْطِيْتُهُ إِيَّاهُ. مَنْ نَحَلَ نَحْلَةً، فَلَمْ يَحْزُهَا الَّذِي نُحْلَهَا، حَتَّى يَكُونَ إِنْ مَاتَ لَوَرَّثَتْهُ، فَهِيَ بَاطِلٌ»⁽⁴⁾.

واتفاق الخلفاء على وجوب الحيابة حجة⁽⁵⁾ فإن تراخى المعطى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس المعطى؛ سقط حقه⁽⁶⁾.

قال ابن أبي زيد: «ومن وهب هبة، فلم يحزها الموهوب له حتى مرض الوهاب أو أفلس فليس له حينئذ قبضها»⁽⁷⁾.

قال المتحف ناظماً: وَمَنْ يَصِيحُ قَبْضُهُ وَمَا قَبْضُ ❖ مُعْطَاهُ مُطْلَقًا لِتَقْرِيطِ عَرْضِ
يَبْطُلُ حَقُّهُ بِلَا خِلَافٍ ❖ إِنْ فَاتَهُ فِي ذَلِكَ التَّلَافِي⁽⁸⁾

كما أن عدم حوز العطية خلال حياة المعطى، لا أثر له في صحة العطية، إذ أن له أن يحوزه بغير إذنه، أو أن يجبره على الحوز والإخلاء ما دام المعطى حياً.

واختصر ذلك ابن الحاجب: «ويجبر عليه»⁽⁹⁾ ومثله الشيخ خليل قائلًا: «وأجبر عليه»⁽¹⁰⁾.

(1) الجواهر: 979.

(2) المقدمات: 410/2.

(3) طرف من حديث أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل، (برقم 40).

(4) الموطأ: 753.

(5) المقدمات: 412/2، والبداية: 163/4، والمنتقى: 104/6.

(6) الجواهر: 980، والنوادر: 126/12، والجامع: 313/6، والتهذيب: 337/4، والمنتقى: 101/6.

(7) الرسالة: 230.

(8) التحفة: 88 (بيت 1206-1207).

(9) جامع الأمهات: 455، والتوضيح: 131/7.

(10) المختصر: 254. وقال المتحف في نظمه: ❖ وَجَبَرَهُ مِنْهَا أَبَاهُ مُتَضَخِّجٌ التحفة: 87 (عجز بيت 1195).

وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: «المتصدق ملزم بنقل المتصدق به إلى المتصدق عليه. وإلا أجبر على ذلك».⁽¹⁾

وفي قرار آخر لها جاء فيه: «من المقرر فقها أن العطية تكون لازمة بالقبول، وللمعطي له أن يحوزها بغير إذن المعطي. كما أن له أن يجبره على ذلك قبل حصول المانع. ولذلك فإن المنازعة في الحوز من عدمه والمعطي على قيد الحياة، تبقى متجاوزة وبدون تأثير».⁽²⁾

خلاصة الكلام، إن الهبة تمليك بغير عوض لوجه المعطي، والصدقة لوجه الله. وقد أجمع أهل العلم على جوازهما، وثبتت حكمهما في الشرع.

ولا خلاف في مذهب مالك وجميع أصحابه أن العقود التي تنتقل بها الأملاك بغير عوض؛ كالهبة والصدقة، تتعقد وتلزم بالقول، ولا تتم إلا بالقبض.

فالقَبْض شرط في التمام والاستقرار، لا في الصحة واللزوم.

فإن وقع التراخي في القبض حتى فُوتَ بمرض أو إفلاس المعطي؛ فقد سقط الحق في ذلك.

(1) قرار عدد: 177، الصادر بتاريخ 06 أبريل 2010، في الملف الشرعي عدد: 09/1/2/236.

(2) قرار عدد: 311، الصادر بتاريخ 22 أبريل 2014، في الملف الشرعي عدد: 2013/1/2/743.

المطلب الثاني: الشروط في الهبة والصدقة

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب، مسألة اشتراط تخصيص بعض الولد ببعض المال أو بجميعه. فقد سئل مالك عن ذلك، فأجاز تفضيل بعض الولد في العطية ببعض المال، دون جميعه.⁽¹⁾

وقال في الرجل يكون له الولد، فيبهر بعضهم، فيريد أن يعطيه عطية من ماله دون غيره؛ لا بأس بذلك.⁽²⁾

قال ابن القاسم: «من تصدق بماله كله على بعض ولده؛ أكرهه. فإن فعل وحيزت عليه؛ لم ترد». وبه قال أصبغ وابن المواز.

وقال سحنون: «إذا تصدق بجل ماله واستبقى اليسير، ولم يكن فيما أبقي منه ما يكفيه؛ ردت صدقته. فإن كان مما أبقي ما يكفيه، لم يرد».⁽³⁾

والأصل في هذه المسألة حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه⁽⁴⁾ قال: «إِنَّ أَبَاهُ بِشِيرًا أَتَى بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ، فَقَالَ: إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غُلَامًا كَانَ لِي. فَقَالَ رضي الله عنه: أَكُلْ وَلَدَكَ نَحْلَتُهُ مِثْلَ هَذَا؟ فَقَالَ: لَا. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: فَارْتَجِعْهُ».⁽⁵⁾

فحمل مالك الأمر بالارتجاع في الحديث على الوجوب، وتأولاه على أنه لم يكن له مال غيره. وحمله ابن القاسم على العموم فيمن خص بعض بنيه ببعض ماله أو بجميعه، وتأولاه على الندب. وهو الأظهر عند ابن رشد، لأنه رضي الله عنه لم يقل: إن ذلك لا يجوز، وإنما أمره بالارتجاع لما كره له تفضيل بعض الولد على بعض؛ مخافة أن يكون ذلك سبباً إلى العقوق من حرمة عطيته.

وأما إذا أعطى بعض ولده دون بعض ماله؛ وأن كان جله، وأبقى لنفسه بعضه، فلا اختلاف في المذهب أن ذلك جائز، إلا أنه مكروه؛ لما جاء من الأمر بين أن يعدل الرجل بين ولده في العطية.⁽⁶⁾

(1) البداية: 160/4.

(2) المنتقى: 94/6.

(3) النوادر: 209/12.

(4) هو النعمان بن بشير بن سعد، صاحب رسول الله ﷺ، سمع منه رضي الله عنه ومن عمر وعائشة. وعدّ من الصحابة الصبيان باتفاق. وحديث عنه الشعبي وسماك بن حرب وأبو قلابة وعدة. قال عنه سماك: من أخطب ما سمعت. مسنده 114 حديثاً، اتفق له البخاري ومسلم على 5، انفرد له الأول بحديث، والثاني بأربعة. توفي سنة 64 هـ تهذيب الكمال: 411-412/29 (رقم 66).

(5) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز النحل (برقم 39). والبخاري في صحيحه في عدة مواضع منها: كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب الهبة للولد، (برقم 2586)، وفي باب الإشهاد في الهبة، (برقم 2587)، وفي كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، (برقم 2650). ومسلم في صحيحه، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، (برقم 1623).

(6) البيان: 369/13. وانظر: التبصرة: 3461، والمعونة: 1617، والذخيرة: 288/6.

وإلى هذا ذهب عبد الوهاب فجوّز أن يعطيه بعض ماله، وكره أن يعطي بعض ولده جميع ماله؛ لئلا يؤدي ذلك إلى العداوة والبغضاء. فإن وقع ذلك نفذ؛ وإن كان مكروهاً.⁽¹⁾

ولم ير ابن الجلاب بأساً أن يهب الرجل لبعض ولده دون بعض جزءاً من ماله، وكره أن يهب له ماله كله؛ إلا أن يكون ماله يسيراً.⁽²⁾

وقال ابن عبد البر: «يكره له أن يحرم الإناث ويعطي الذكور. فإن فعل؛ جاز فعله، لأنه ماله يفعل فيه في صحته ما أحب».⁽³⁾

وسئل ابن الحاج عن ذلك، فأجاب: «بأن الوالد إذا وهب بعض ماله؛ وإن كان الجل، لبعض أولاده دون بعض أو تصدّق لا إثم عليه، لأنه جائز ماض لا يرد».⁽⁴⁾

أما ابن جزى فقد كره هبة جميع ماله لبعض ولده دون بعض، أو تفضيل بعضهم على بعض في الهبة. وأجازه إن وقع.⁽⁵⁾

وحمل عياض حديث النعمان رضي الله عنه على الكراهة، وعلل ذلك؛ أنه رضي الله عنه فهم منه الفرار بماله عن بعض ولده، فخرج عن طريق المعروف إلى طريق الضرر.⁽⁶⁾

وهو ما قضت به محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: «إن تفضيل الأولاد في العطية حتى وإن ثبت بدليل؛ ليس بمحرّم، وإنما فيه كراهة. وأنه إذا وقع؛ مضى ونفذ في حالة صحة المعطي، وعدم إحاطة الدّين بماله. والمحكمة لما ثبت لها أن عقد الهبة المطعون فيه قد أنجز في حالة صحة المعطي وتمام إدراكه، وتمت حيازتها حيازة قانونية بتقييدها بالرسم العقاري قبل حصول المانع، وردّت دعوى إبطال الهبة، تكون بذلك قد طبقت القانون والفقهاء المالكي المعمول به».⁽⁷⁾

والأولى للمعطي العدل بين ولده في العطية. وتُوزع في صفة العدل، فمال ابن القصار إلى التسوية بين الذكر والأنثى. واستحسن ابن شعبان⁽⁸⁾ التفضيل على نسبة الموارث.⁽⁹⁾

أما العطية الأجنبي، فقد رأى مالك أنه لا بأس بأن يتصدّق المرء بماله كله في صحته على الأجنبي⁽¹⁰⁾ وقد سئل ابن زرب عن ذلك، فأجاب: «بأنه لم أسمع بأحد كره ذلك».⁽¹¹⁾

(1) التلقين: 551.

(2) التفرع: 315/2.

(3) الكافي: 1016-1017.

(4) الفتاوى: 460.

(5) القوانين: 604.

(6) المعلم: 351-349/2، والإكمال: 359-348/5.

(7) قرار عدد: 351، الصادر بتاريخ 06 ماي 2014، في الملف المدني عدد: 13/1/2/551.

(8) سبقت ترجمته في ص: 129.

(9) التبصرة: 3462، والبيان: 371-369/13، التلقين: 551، والمعونة: 1616، والإشراف: 259-258/3، والقوانين: 604، والكافي: 1017.

(10) النوادر: 209/12، التفرع: 315/2، والمعين: 744/2.

(11) الفتاوى: 150. وابن زرب سبقت ترجمته في ص: 215.

ومن تلك المسائل المشهورة أيضاً: مسألة اشتراط الاعتصار⁽¹⁾ في الصدقة والهبه.

فأما الصدقة، فقد حكى ابنُ عبد البر الإجماع على أنها لا رجوع فيها للمتصدق بها⁽²⁾ بوجه، لأنه أخرجها عن ملكه على وجه القرية إلى الله وابتغاء وجهه، وما كان لله فلا يتصرف فيه.⁽³⁾

ومن أقوال السلف ما رُوي عن أبي غطفان⁽⁴⁾ أن عمر رضي الله عنه قال: «الصدقة لا يرتد فيها صاحبها».⁽⁵⁾ وكتب عمر بن عبد العزيز إلى أيوب بن شرحبيل⁽⁶⁾ أن الصدقة عزمة بته لا رجوع فيها ولا مثوية.⁽⁷⁾ وقال مالك: «الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أن كل من تصدق على ابنه بصدقة؛ فليس له أن يعتصر شيئاً من ذلك».⁽⁸⁾

وقال ريعة⁽⁹⁾ وأبو الزناد⁽¹⁰⁾: «لا يعتصر الرجل صدقته على ابنه؛ وإن عقه».⁽¹¹⁾ واعتبر فضل⁽¹²⁾ أن سنة الصدقة عدم الرجوع.⁽¹³⁾

وقال ابنُ الحاجب: «ما يقصد به التقرب إلى الله من صلة رحم أو لفقر أو يتيم أو نحوه، فلا اعتصار فيه لأب ولا لأم ولا لغيرهما، لأنه صدقة».⁽¹⁴⁾

ومن فتاوى المعاصرين، فقد سئل الغازي الحسيني رحمته الله عن رجل تصدق بصدقة، ثم أراد الرجوع فيها، فأجاب بأنه لا رجوع له، لأن الصدقة لا اعتصار فيها.⁽¹⁵⁾

(1) الاعتصار: هو ارتجاع المعطي عطيته دون عوض. انظر: الحدود: 559، والاقتضاب: 270/2، والتنبيهات: 2000، والنهاية: 620، والبداية: 168/4. وعرفته م. 283 من (م ح ع) بقولها: «يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته».

(2) الاستذكار: 312/22. قال الباغي: «ما كان من العطية على وجه القرية، فلا اعتصار فيه». المنتقى: 116/6.

(3) المعونة: 1613، والتفريع: 312/2، والكافي: 1008، والجواهر: 986، والقوانين: 605، والمعين: 744/2.

(4) هو أبو غطفان بن طريف المري. روى عن أبي هريرة وابن عباس وأبي رافع وغيرهم، وروى عنه اسماعيل بن أمية وداود بن الحصين وأبو سلمان بن عبد الرحمن وغيرهم. لزم عثمان وكتب له. ذكره ابن سعد في الطبقة الثانية من أهل المدينة، ووثقه النسائي في الكنى، وذكره ابن حبان في الثقات. وروى له مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه. الطبقات: 175/7 (رقم 1549)، وتهذيب الكمال: 178/34 (رقم 7565).

(5) المدونة: 108/15، والمنتقى: 110/6.

(6) هو أيوب بن شرحبيل الأصبحي، عامل عمر بن عبد العزيز. روى عن عمر بن عبد العزيز، وروى عنه عبد الرحمن بن مهران والشاميون. ذكره ابن حبان في الثقات (61/7). ولم أقف على تاريخ وفاته. الجرح والتعديل: 179/2 (رقم 893)، والثقات: 61/6، والتاريخ الكبير: 417/1-418 (رقم 1335).

(7) المدونة: 137/15. عزمة بته: قرينة ماضية، لا رجوع فيها ولا ارتداد. التنبيهات: 2002. ومثوية: إعادة الشيء ورده. اللسان مادة: (ثني).

(8) الموطأ: 755.

(9) سبقت ترجمته في ص: 115.

(10) سبقت ترجمته في ص: 115.

(11) المدونة: 137/15.

(12) سبقت ترجمته في ص: 128.

(13) التوضيح: 354/7.

(14) جامع الأمهات: 457.

(15) الأجوبة المرضية عن النوازل الوقتية: الغازي الحسيني (ت 1365هـ) ت. عبد السلام اجميلي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، ط 1، 2017، ص: 312. وقد نظم المتحف ذلك بقوله: وَكُلُّ مَا يَجْرِي بِلَفْظِ الصَّدَقَةِ ❖ فَالاعتصارُ أَبَدًا لَنْ يُلْحَقَهُ التحفة: 88 (بيت 1211).

وقال صاحب العمل المطلق: وَلَيْسَ فِي صَدَقَةٍ أَوْ هِبَةٍ ❖ ذَكَرَ فِيهَا أَنَّهَا لِصَلَاةٍ

أَوْ أَنَّهَا لِلَّهِ أَوْ مَا أَشْبَهَا ❖ ذَاكَ اعتصارٌ عِنْدَ مَنْ تَنَبَّهَ مَخْطُوطَ فَتْحِ الْجَلِيلِ الصمد، ورقة: 229.

والأصل في ذلك، حديث أسلم أبي زيد⁽¹⁾ رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إِنَّ الْعَائِدَ فِي صَدَقَتِهِ، كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»⁽²⁾.

غير أن عياضاً حكى تخريج بعض الشيوخ من إجازة مالك في العتبية أكل ما تصدق به على ابنه الصغير؛ جواز الاعتصار في الصدقة. فقال: «الصدقة إذا شرط فيها الاعتصار، فله شرطه»⁽³⁾. وقال ابن الهندي⁽⁴⁾: «إن شرط الاعتصار، فله ذلك»⁽⁵⁾.

وقال عُليش: «إن تصدق عليه بشرط الاعتصار إن شاء، فله ذلك»⁽⁶⁾.

وعن أحمد بن سعيد⁽⁷⁾: «تعتصر الصدقة إذا اشترط المتصدق في نفس صدقته على ابنه»⁽⁸⁾.

وسئل عبد الرحمن الحائك⁽⁹⁾ عن اعتصار الصدقة، فأجاب: «إنه لا سبيل إليه؛ إلا بشرطه»⁽¹⁰⁾.

وقد منعت (م ح ع) اعتصار الصدقة ولو بشرط، وهو ما يستشف من م. 291-1، حيث نصت على أنه: «لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقاً».

وجاء في أحد قرارات محكمة النقض أن: «الصدقة لا اعتصار فيها للأب والأم مطلقاً؛ ولو عقهما ولدهما. والمحكمة لما ألغت الحكم الابتدائي الذي قال بغير ذلك، وقضت برفض طلب الاعتصار المنصب على العطية المنصب فيها، فقد طبقت قواعد الفقه التي هي بمثابة قانون تطبيقاً سليماً، وعللت قرارها كافياً»⁽¹¹⁾.

(1) هو أسلم أبو زيد، مولى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أدرك زمن النبي ﷺ. حدث عن أبي بكر وعمر وعثمان ومعاذ رضي الله عنهم وطائفة. وحدث عنه ابنه زيد ونافع مولى ابن عمر ومسلم بن جندب وآخرون. قال العجلي وأبو زرعة: مدني ثقة من كبار التابعين. توفي سنة... هـ التهذيب: 266/1 (رقم 501)، والسير: 100-98/4 (رقم 31).

(2) طرف من حديث أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الزكاة، باب اشتراء الصدقة والعود فيها، (برقم 49). والبخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، (برقم 2623). ومسلم في صحيحه، كتاب الهبات، باب كراهية شراء الإنسان ما تصدق به ممن تُصَبِّق عليه، (برقم 1620-2). كلهم عن زيد بن أسلم عن أبيه. واللفظ لمالك.

(3) التنبيهات: 2000. وانظر المقدمات: 414-413/2، والمناهج: 393-389/9. وقد أجاز الشعبي للأب وحده أن يأكل مما تصدق به أو وهب على وجه الصلة أو على وجه الثواب، دون غيره من الناس، كان الابن صغيراً أو كبيراً. الأحكام: 151.

(4) هو أحمد بن إبراهيم الهمداني، المعروف بابن الهندي. أخذ عن أبي إبراهيم وطبقته، وسمع من ابن أبي حليم. كان واحد عصره في علم الشروط، ولا نظير له، وله في ذلك كتاب مفيد جامع، عليه اعتماد المؤثقين والحكام والمفتين بالأندلس والمغرب، اختصره جماعة، منهم: القنازعي. توفي سنة 399 هـ. المدارك: 147-146/7، والديباج: 173-172/1.

(5) التوضيح: 354/7، والمعين: 745/2.

(6) المنح: 207/8. لأن الاعتصار لا يكون في الصدقات إلا بشرط. المنح: 207/8.

(7) هو أحمد بن سعيد بن بشتغير اللورقي، سمع ابن وردون وابن المرباط وابن سعدون وغيرهم. له سماع كثير واعتناء قديم. وكان واسع الرواية كثير الأخذ، ثقة في روايته عالياً في إسناده. توفي سنة 516 هـ. الغنية: 68-69 (رقم 31)، والصلة: 78/2.

(8) فتاوى البرزلي: 497/5.

(9) هو عبد الرحمن بن محمد الحايك. من نحاة المالكية وأدبائهم، قاضي تطوان ودفينها. أخذ عن التاودي وبناني وجسوس وغيرهم، وعنه الرهوني والمأمون وغيرهما. له تأليف، منها: كتاب النوازل، وحاشية على المواق على المختصر، وحاشية على وثائق ابن سلمون، وإعراب مختصر خليل. توفي سنة 1237 هـ. إتحاف المطالع: 130، ومختصر تاريخ تطوان: 310.

(10) النوازل الصغرى: 215/4.

(11) قرار عدد 854، الصادر بتاريخ 24 دجنبر 2019، في الملف المدني عدد: 2018/1/2/761.

- وإذا ثبت منع الرجوع في الصدقة، فكذلك الانتفاع بها. لذلك كره للمتصدق شراؤها واستهانتها، لأنه ضرب من العود فيها.⁽¹⁾ فقال مالك: «وأكره للرجل شراء صدقته».⁽²⁾
- وقال ابن المواز: «وكل من تصدق بأصل شيء، فبطله وقطع منه ملكه؛ لم يجر له أن يرجع إليه باختيار من شراء أو غيره؛ وإن تداولته أملاك وموارث».⁽³⁾
- وقال ابن نافع⁽⁴⁾: «أكره أن ينتفع بصدقته أو بشيء منها، على ولده كانت أو أجنبي».⁽⁵⁾
- والأصل في ذلك قوله عليه السلام لعمر عليه السلام في الفرس الذي تصدق به، ثم رآه يباع، فأراد أن يشتريه: «لَا تَشْتَرِهِ، وَإِنْ أَعْطَاكَهُ بِدَرَاهِمٍ وَاحِدَةٍ».⁽⁶⁾
- واعتبر ابن عرفة أن التعليل يدل على ذم الفاعل؛ بتشبيهه بالكلب العائد في قبئه، والذم على الفعل يدل على منعه.⁽⁷⁾ وحمل ذلك الداودي على التحريم.⁽⁸⁾
- فإن مات المتصدق عليه، فورثها المتصدق، جاز له تملكها والتصرف فيها، لأن ذلك ليس برجوع فيها، ولا يتهم بأنه احتال فيه. لأن الميراث يدخل في ملكه بغير صنعه.⁽⁹⁾
- ففي بلاغات مالك أَنَّ رَجُلًا أَنْصَارِيًّا تَصَدَّقَ عَلَى أَبَوَيْهِ بِصَدَقَةٍ، فَهَلَكَ. فَوَرِثَ ابْنُهُمَا الْمَالَ، وَهُوَ نَحْلٌ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «قَدْ أُجِرَتْ فِي صَدَقَتِكَ، وَخُذْهَا بِمِيرَاثِكَ».⁽¹⁰⁾
- قال ابن الحاجب: «ولا ينبغي له أن يملكها بوجه؛ إلا بميراث، ولا يأكل من ثمرها ولا يركبها».⁽¹¹⁾ ومثله الشيخ خليل قائلًا: «وكره تملك صدقة بغير ميراث، ولا يركبها، أو يأكل من غلتها».⁽¹²⁾ ونظم المتحف ذلك قائلًا: وَلَا رُجُوعَ بَعْدُ لِلْمَصَدَّقِ ❖ وَمِلْكُهَا بِغَيْرِ إِرْثٍ أَتَقِي⁽¹³⁾
- وهو ما نصت م. 291 - 2 من (م ح ع) بقولها: «لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالإرث».
- (1) المعونة: 1614-1616، والتلقين: 551، والكافي: 1008، والجواهر: 986، والقوانين: 605، والبداية: 169/4-170.
- (2) المدونة: 99/2.
- (3) النوادر: 195/12.
- (4) سبقت ترجمته في ص: 80.
- (5) التبصرة: 3478.
- (6) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، (برقم 2623). ومسلم في صحيحه، كتاب الهبات، باب كراهية شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه، (برقم 1620). ورواه مالك في الموطأ، كتاب الزكاة، باب اشتراء الصدقة والعود فيها، (برقم 49)، عن زيد بن أسلم عن أبيه.
- (7) المختصر: 31/9. وقد تعقب المازري شيخه اللخمي، الذي حمل النهي على الكراهة قائلًا: «ولبعد اللخمي عن ذكر قواعد أصول الفقه قال هذا». شرح التلقين: 1145/3.
- (8) التوضيح: 355/7، والداودي سبقت ترجمته في ص: 282.
- (9) التفرع: 312/2، والمعونة: 1616.
- (10) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب صدقة العي عن الميت، (برقم 45). قال ابن عبد البر: «هذا الحديث في رجوع الصدقة بالميراث». التمهيد: 406/24، والاستذكار: 355/22.
- (11) جامع الأمهات: 457، والتوضيح: 355-356/7.
- (12) المختصر: 255.
- (13) التحفة: 87 (بيت 1192).

وأما الهبة، فقد أجاز مالك للوالد اعتصار ما وهبه لولده؛ ولو بدون شرط؛ ما لم يستحدث ديناً، أو يتزوج، أو تتغير الهبة عن حالها.

وكتب عمر بن عبد العزيز أن الوالد يعتصر ما وهب لابنه؛ ما لم يداين الناس أو ينكح أو يموت ابنه، فتقع فيه الموارث.

وكان سليمان بن يسار⁽¹⁾ يقول: «يعتصر الوالد من ولده؛ ما دام حياً، وما رأى عطيته بعينها، وما لم يستهلكها».⁽²⁾

والأصل في ذلك، ما رواه ابن عمر وابن عباس مرفوعاً أن النبي ﷺ قال: «لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَهَبَ هِبَةً، ثُمَّ يَعُودُ فِيهَا إِلَا الْوَالِدَ».⁽³⁾

وللأم أيضاً أن تعتصر ما وهبت ولدها الكبير، والصغير ما دام الأب حياً. فإن مات؛ فلا عصرة لها، لأن الهبة لليتم؛ كالصدقة.⁽⁴⁾

قال ابن الحاجب: «فلا رجوع إلا للأب والأم».⁽⁵⁾ ومثله الشيخ خليل مختصراً بقوله: «وللأب اعتصارها من ولده؛ كأم فقط، وهبت ذا أب».⁽⁶⁾ وقال المتحف ناظماً:

الاعْتَصَارُ جَازَ فِيمَا يَهَبُ ❖ أَوْلَادُهُ قَصْدَ الْمَحَبَّةِ الْأَبُ

وَالْأُمُّ مَا حَيُّ أَبٌ تَعْتَصِرُ ❖ وَحَيْثُ جَازَ الْاعْتَصَارُ يُذَكَّرُ⁽⁷⁾

وقد قررت (م ح ع) حق الاعتصار للأب والأم فقط دون غيرهما، إلا أنها قد أجازت للأم أن تعتصر ما وهبت لولدها؛ ولو صغيراً يتيماً. وهو ما يستشف من م. 283 - 1.

(1) هو سليمان بن يسار، حدث عن أبي هريرة وابن عباس وجابر وابن عمر وعدد من الصحابة، وعنه أخوه عطاء والزهرى وابن دينار وخلق سواهم. كان من فقهاء المدينة وعلمائهم ممن يرضى وينتفى إلى أقوالهم. وكان كثير الحديث، وثقه ابن معين وابن سعد وأبو زرعة. توفي سنة 107 هـ السير: 444-447/4 (رقم 173).

(2) المدونة: 137/15، والموطأ: 755. وإن كان الرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق. البداية: 169/4.

(3) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة، (برقم 3539). والترمذي في جامعه، كتاب الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة، (برقم 2132). وقال: حديث حسن صحيح. والنسائي في سننه الكبرى، كتاب الهبة، باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك، (برقم 6485). وفي الصغرى (برقم 3716). وابن ماجه سننه، كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، (برقم 2377). كلهم من طريق طاووس عن ابن عمر وابن عباس. وقال الحاكم: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي، وصححه ابن حبان. الدراية: 184/2.

(4) البداية: 168/4، والقوانين: 605، والتبصرة: 3532، والمعين: 762/2.

(5) جامع الأمهات: 456، والتوضيح: 349/7.

(6) المختصر: 255.

(7) التحفة: 88 (بيت 1208-1209). لأن الأصل في الهبة نفي الرجوع، والوالد مخصوص وعنده الرجوع. قواعد المقرئ: 499 (قاعدة 1098).

وإذا زال الاعتصار يوماً، فهل يعود بزوال سببه، أم إذا أنه إذا زال فلا يعود؟ فقد أفتى مالك أن العصرة لا ترجع بزوال ما امتنعت له؛ إلا في المرض، فإنها ترجع بزواله. وبه قال المغيرة⁽¹⁾ وابن دينار⁽²⁾ وابن حبيب، ومطرف محتجاً بأن المرض لم يحدثه الولد، والدَّين والنكاح بسببه⁽³⁾.

واستثنى ابن دينار زواج الولد الذكر، ورأى أنه لا يقطع الاعتصار؛ لقدرته على الخروج مما دخل فيه. بخلاف الأنثى، فنكاحها يقطع العصرة؛ لدخولها فيما مخرجه بيد الزوج⁽⁴⁾.

وهذا وجه لم يعد مقبولاً، وليس له ما يبرره، إذ الزوج هو الذي أصبح غير قادر على الخروج مما دخل فيه؛ إلا بغرم شديد، فأشبهه ما لو تداين.

وقال ابن القاسم وأصبغ: «إذا امتنع الاعتصار بمرض أحدهما أو بنكاح الولد أو بدَّين، ثم زال المرض والدَّين والعصمة بموت أو طلاق، فقد انقطع الاعتصار. وإذا زالت العصرة يوماً، فلا تعود بزوال سببها»⁽⁵⁾.

واعتبر الجد أن القول الأول هو الأظهر، لأن الاعتصار إنما امتنع في المرض مخافة الموت. فإذا زال المرض؛ ارتفعت العلة بزواله⁽⁶⁾.

وقال الشيخ خليل عاطفاً على ما يمنع الاعتصار: «أو مرض، واتصل بموته»⁽⁷⁾.

وهو ما نصت عليه م. 285 - 3 بقولها: «إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً مخوفاً يخشى معه الموت، فإذا زال المرض عاد الحق في الاعتصار».

وقد نظم المتحف موانع الاعتصار قائلاً:

وَلَا اِعْتِصَارَ مَعَ مَوْتٍ أَوْ مَرَضٍ ❖ لَهُ أَوْ النِّكَاحِ أَوْ دَيْنٍ عَرَضُ
وَفَقَرُ مَوْهُوبٍ لَهُ مَا كَانَا ❖ لِمَنْعِ اِلْعِصَارِ قَدْ أَبَانَا⁽⁸⁾

ومثله صاحب العمل المطلق ناظماً:

وَلَا يَعُودُ اِلْعِصَارُ الْمُتَتَّبِعِ ❖ لِمَرَضٍ وَلَوْ بِقُرْبٍ يَرْتَفِعُ⁽⁹⁾

(1) سبقت ترجمته في ص: 113.

(2) سبقت ترجمته في ص: 88.

(3) التلقين: 552، والتفريع: 313/2، والجواهر: 984، والتبصرة: 3524، والذخيرة: 265/6، والتهذيب: 355/4، والجامع: 346/6.

قال الباجي: «الاعتصار إذا زال بسبب، لم يعد بزواله». المنتقى: 118/6.

(4) المعين: 762/2.

(5) النوادر: 189-191/12.

(6) البيان: 471-474/15.

(7) المختصر: 254.

(8) التحفة: 88 (بيت 1212-1213).

(9) مخطوط فتح الجليل الصمد، ورقة: 229. وقد حصرت م. 285 من (م ح ع) موانع الاعتصار في الهبة. فليطالعها القاصد هناك.

ولا يجوز للواهب أن يعتصر ما وهب، إلا إذا أشهد بالاعتصار، وتم التصييص عليه في عقد الهبة، وقبل ذلك الموهوب له. وهو ما نصت عليه م.284 من (م ح ع).

فإذا سكت عن ذلك، أو اشترط عدم الاعتصار، فإن حقه يسقط.⁽¹⁾ وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار لها، جاء فيه: «من الثابت في الفقه المالكي أن لا اعتصار لأحد الأبوين إذا اشترط عدم الرجوع في الهبة. والمحكمة لما اعتبرت الهبة صحيحة استناداً إلى عقد الهبة الذي تضمن أنها هبة تامة لا رجعة فيها، تكون قد جعلت لما قضت به أساساً وعللت قرارها تعليلاً كافياً».⁽²⁾

وقضت في قرار مماثل أن: «اشتراط الواهب عدم الرجوع في الهبة، يجعله ملزماً بما اشترط، ولا يجوز له الرجوع فيها. والمحكمة لما قضت باعتصار الهبة رغم تضمين شرط عدم الرجوع في العقد، لم تجعل لما قضت به أساساً وعرضت قضائها للنقض».⁽³⁾

ونصت م.287 من (م ح ع) على أنه: «يترتب على الاعتصار في الهبة، فسخ عقد الهبة، ورد الملك الموهوب إلى الواهب».

ومن الشروط المختلف فيها بين أهل المذهب: كمن وهب شيئاً أو تصدّق به، واشترط ألا يبيع ولا يهب. فقد أجاز مالك اشتراط ذلك في الصغير والسفيه إلى البلوغ والرشد. أما إن اشترط ذلك؛ وإن كبر أو حسنت حاله، فإن ذلك لا يجوز.⁽⁴⁾

وقال ابن القاسم: «لا يجوز ذلك؛ إلا أن يبطل الشرط. فإن نزلت؛ مضت على شرطه ولم ترد».

وفي رواية ابن وهب عن مالك في سماع سحنون، أن الشرط باطل، والهبة جائزة.⁽⁵⁾

وذهب سحنون وابن دينار ومطرف وأشهب إلى القول أن الشرط عامل، والهبة ماضية لازمة، فتكون الصدقة بمنزلة الحبس.⁽⁶⁾ وهو الذي اختاره الجد⁽⁷⁾ واللخمي أيضاً.⁽⁸⁾

وهذا أظهر الأقوال وأولاهها بالصواب في نظري. لأنه ليس ببيع، ولأن الرجل له أن يفعل في ماله ما شاء؛ ما لم يرد ما يخالفه.

(1) تحرير الكلام: 127.

(2) قرار عدد 539، الصادر بتاريخ 08 يوليوز 2014، في الملف المدني عدد: 13/1/2/225.

(3) قرار عدد 150، الصادر بتاريخ 25 فبراير 2014، في الملف المدني عدد: 13/1/2/161.

(4) المدونة: 131/15.

(5) النوادر: 216/12، والجامع: 337/6، والتبصرة: 3516.

(6) النوادر: 217/12.

(7) البيان: 442-440/15.

(8) التبصرة: 3516.

- واختلف أيضاً فيمن تصدّق بشيء وقال: إن بعثتها، فأنا أحق بها بالثمن الذي بيع به. فقد قال مالك: «الصدقة جائزة والشرط لازم، لأنه ليس ببيع. واعتبرها ابن القاسم صدقة فاسدة».⁽¹⁾
- ومن نوازل الشروط في الصدقة، فقد سئل الويداني عن رجل تصدّق بجميع ماله لأولاده الذكور، وشرط عليهم تجهيز الأخوات، بلا قيد ولا تنصيص على مقدار الجهاز. فأجاب: «إن هذه الصدقة باطلة بهذا الشرط ولو حيزت، لجهل قدر الجهاز».⁽²⁾
- ومن نوازل السكتاني سؤال وجوابه في امرأة تصدّقت على ابنها؛ على أن ينفق عليها حياتها، بأن هذه الصدقة لا تجوز، لأنها من نوع المعاوضة الفاسدة.⁽³⁾
- وهكذا ذكر ابن هلال⁽⁴⁾ في نوازله في امرأة تصدّقت على ابن اختها بجميع مالها؛ على أن ينفق عليها ويؤويها، الصدقة فاسدة؛ إلا إن قصدت بذلك مكرمة ابن أختها.⁽⁵⁾
- وفي نوازل عياض وولده محمد سؤال عمن وهب لينفق عليه حياتهن وجوابه: «أن العطية مردودة، ويرجع بما أنفق».⁽⁶⁾
- ومن تصدّق على ابنه الكبير بصدقة على أن لا يرث من ميراثه شيئاً، قال مطرف وابن الماجشون: «فإن شرط ذلك في أصل الصدقة، فالصدقة باطلة. وإن استثنى ذلك بعد يوم أو يومين، فالصدقة ماضية، والشرط باطل». واختلفا في الولد الصغير، فقال ابن الماجشون: «الصدقة ماضية؛ كان الشرط في أصل الصدقة أو بعدها. وقال مطرف: الشرط باطل؛ كان في أصلها، أو بعدها».⁽⁷⁾
- والراجع بطلان الصدقة إذا كان الشرط في أصل العقد، لأنها معاوضة مجهولة.
- وسئل الجد عمّ وهب لابنته هبة وشرط أنها إن توفيت وكان لها ولد حيّ يوم موتها، فمرجع الهبة إليه، تكون له مالاً وملكاً. فإن لم يكن ولدها حيّاً يوم موتها والواهب حيّاً؛ رجعت الهبة إليه. وإن لم يكن حيّاً؛ فالهبة حينئذ موروثة عن الموهوب لها كسائر مالها. فأجاب: «إن شرط الواهب لا يصح ولا ينفذ، لأنه شرط غير جائز. فإن كان الواهب حيّاً قيل له: إما أن تبطل الهبة وتسقط الشرط، وإما أن تأخذ هبتك. وإن كان قد مات، صحت الهبة، وبطل الشرط».⁽⁸⁾
-
- (1) تحرير الكلام: 400.
- (2) الأجوبة: 272. والويداني قد سبقت ترجمته في ص: 70.
- (3) الأجوبة: 271. والسكتاني قد سبقت ترجمته في ص: 54.
- (4) هو إبراهيم بن هلال السجلماسي، أخذ عن القوري وابن أمّلال وغيرهما. له نوازل في الفقه المالكي، وله شرح على مختصر خليل وشرح البخاري في أربعة أسفار. كانت بينه وبين ابن غازي صعبة. توفي سنة 903 هـ. الجذوة: 97-99 (رقم 19)، ودرّة الحجال: 169-199 (رقم 273).
- (5) النوازل الهلالية: 269. وقد ذكر مثل هذه النازلة الشعبي في أحكامه: 145.
- (6) مذاهب الحكماء في نوازل الأحكام: 219.
- (7) النواذر: 12/219، والبيان: 13/467، والمعيان: 8/588، والمعين: 2/746.
- (8) الفتاوى: 1063-1064، والمسائل: 934-935.

خلاصة الحديث، أن مالكا قد أجاز تفضيل بعض الولد في العطية ببعض المال، دون جميعه. وكره ابن القاسم التصديق بجميع المال على بعض الولد. فإن وقع؛ مضى ونفذ. والأولى العدل بين الأولاد في العطية.

ولا بأس بالتصدق بكل المال في الصحة على الأجنبي.

وعمد المذهب عدم جواز ارتجاع الصدقة بوجه؛ وإن تداولتها أملاك وموارث، إلا بالميراث.

كما يجوز الاعتصار في الصدقة إذا شرط فيها ذلك.

ويجوز للوالد اعتصار ما وهبه لولده؛ ولو بدون شرط؛ ما لم يحدث مانع. ولألم أن تعتصر ما وهبت ولدها الكبير، والصغير ما دام الأب حياً. وأجاز المقنن ولو صغيراً يتيماً. وذلك بعد الإشهاد بالاعتصار، والتتصيص عليه في عقد الهبة، وقبول الموهوب له. فإذا سكت عن ذلك، أو اشترط عدم الاعتصار، يجعله ملزماً بما اشترط.

وإذا زال الاعتصار يوماً، فإنه لا ترجع بزوال ما امتنعت له عند مالك؛ إلا في المرض. فإذا زال؛ ارتفعت العلة بزواله. وعند ابن القاسم وأصبغ، إذا زالت العصرة يوماً، فلا تعود بزوال سببها.

وأجاز مالك الهبة والصدقة بشرط عدم التفويت ببيع أو هبة في الصغير والسفيه إلى البلوغ والرشد. ولم يجز ابن القاسم ذلك؛ إلا أن يبطل الشرط. فإن نزلت؛ مضت على شرطه، ولم ترد. وقيل: إن الشرط باطل، والهبة جائزة. وقيل: إن الشرط عامل، والهبة ماضية لازمة.

واختلف فيمن تصدق بشيء وشرط أنه أحق به إن باعه بالثمن الذي بيع به، عند مالك الصدقة جائزة والشرط لازم، واعتبرها ابن القاسم صدقة فاسدة.

ولا تجوز الصدقة؛ على أن ينفق عليه حياته، لأنها من نوع المعاوضة الفاسدة.

ومن تصدق على أن لا يرث من ميراثه شيئاً، فالراجح بطلان الصدقة إذا كان الشرط في أصل العقد، لأنها معاوضة مجهولة.

المطلب الثالث: الأجل في الهبة والصدقة

من مسائل الأجل المشهورة في هذا الباب، مسألة من تصدّق بمال إلى مدة، أو قال: ما عشت، أو مت. فقد قال ابنُ القاسم فيمن تصدّق على زوجته، بجزء من ماله إلى عشر سنين؛ إلا أن تموت قبله، فلا شيء لها. فذلك كما قال: «إن بقي الزوج إلى الأجل. وإن مات قبله، فلا شيء لها.

وإن حلّ الأجل والزوج مريض، ومات من مرضه، فلا شيء لها من ثلث ولا غيره. وليس كمن تصدّق في المرض، لأن أصل هذا في الصحة.

قال مطرف: ولو قال صحيح جزء من مالي صدقة على فلان؛ عشت أو مت، فهي له في حياته إن قام عليه. وإن مات الواهب قبل أن يوعده به، فهي في ثلثه. وإن مات المعطى؛ فورثته بمثابته.

وأما إن قال: هي صدقة عليه بعد عشر سنين، فإن أتت العشر سنين والمعطى يومئذ حيًّا، أخذ المعطى عطيته. وإن مات المعطى فورثته بمثابته، وإن مات المعطى قبل الأجل، فلا شيء للمعطى ولا لورثته⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة الاستئناف بالرباط في أحد قراراتها أن: «تعلق الصدقة على موت المتصدّق، فإنها تكون وصية؛ لاشتراط حيازة المتصدّق عليه قبل وفاة المتصدّق»⁽²⁾.

وفي قرار حديث لمحكمة النقض، اعتبر أن: «تضمن عقد الهبة شرط حيازة العقار بعد وفاة الواهب يبقى دون تأثير، ما دامت الحيازة القانونية بتسجيل العقار الموهوب بالسجلات العقارية قد تحقق في حياة الواهب وقبل حصول مانع الموت. والمحكمة المطعون في قرارها لما قضت ببطلان الهبة، فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا، وخرقت م. 274 من (م ح ع)، وعرضت قرارها للنقض»⁽³⁾.

ومن وهب رجلاً هبة؛ على أن لا يخرج من ملكه عشر سنين، ثم هو له بعد ذلك بتلاً⁽⁴⁾، فقد قال مطرف وابنُ الماجشون: «إن كان لذلك وجه؛ كأن يكون المعطى سفيهاً، فأراد إبقاءه عليه، أو فقيراً، فأراد إبقاءه عنده لعلته، فذلك جائز. وإن لم يكن لشيء من هذا، فأرى أيضاً أن يجوز ذلك كله على ما قال»⁽⁵⁾.

(1) النواذر: 224-225/12. ولأن قبض العطايا شرط لنفاذها. أصول الفتيا: 249.

(2) قرار عدد 387، الصادر بتاريخ 21 أبريل 1987، في الملف المدني عدد 6/86-673.

(3) قرار عدد 164، الصادر بتاريخ 16 فبراير 2016، في الملف المدني عدد 2015/2/2/46.

(4) صدقة بتلة: بئنة من صاحبها، منقطعة عنه، أي قطع ملكه عنها بالكلية. فلا سبيل له عليها. انظر: الصحاح، مادة: (بتل). ومنه قيل لمريم

العدراء: البتول، أي: المقطوعة عن الرجال. انظر: جامع القرطبي: 333/21.

(5) النواذر: 219/12.

وقد تقدم أن الحوز شرط في تمام الهبة والصدقة، فإذا حاز المتصدق عليه بالدار صدقته سنة أو أكثر، ثم رجع إليها المتصدق مختفياً أو ضعيفاً، فمات. فقد قال مطرف وابن الماجشون: «الصدقة تامة؛ ولو كان ذلك بعد الحيازة بيوم. وما كان على غير هذا المعنى، فسكن فيها حتى مات، فذلك يبطل الصدقة؛ ولو تقدمت حيازة المعطى فيها الزمن الطويل».

وأما إن سكنها المعطى باكتراء أو إرفاق أو إعمار أو منحة أو بأي وجه حتى مات، وكان المعطى قد حازها سنة. فقد ذهب ابن القاسم وأصبغ إلى أن ذلك لا يبطلها، وهي نافذة.⁽¹⁾ وقال ابن حبيب: «الصدقة باطلة، إذا مات فيها بعد الطول، لأن هذه ليست حيازة».⁽²⁾

وإذا رجع إليها بعد الحوز بمدة قريبة، فقد حكى الأستاذ الطرطوشي⁽³⁾ اتفاق علماء أهل المدينة على بطلانها.⁽⁴⁾

وقد اختصر ابن الحاجب هذه الأحكام بقوله: «ولو حازها، ثم أجرها أو أرفق بها الواهب، فرجع إليها عن قرب؛ بطلت باتفاق. فإن كان بعد سنة فقولان ... ولو رجع مختفياً أو ضعيفاً، فمرض، فمات؛ لم تبطل؛ ولو كان عن قرب».⁽⁵⁾

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض في أحد قراراتها، حيث جاء فيه: «يشترط لصحة عقد الصدقة متى تعلقت بدار سكنى المتصدق، ثبوت الحيازة بموجبها، وإخلاء المتصدق لدار سكناه سنة. فإن عاد لمسكنه بصفة غير عارضة، ولو بكراء قبل العام، بطلت الصدقة».⁽⁷⁾

وفي قرار مماثل لها أكدت على أنه: «إذا كان موضوع العطية هو دار سكنى المعطى، فإنه لا يكفي الإشهاد بالعطية، ومعاينة البينة لحيازتها من قبل المعطى له وإخلاء المعطى لها من شواغله، بل لا تكون صحيحة؛ إلا إذا كان إخلاؤه لها وخروجه منها، عاماً كاملاً من تاريخ المعاينة. فإن بقي فيها، أو عاد لها قبل ذلك؛ بطلت».⁽⁸⁾

(1) النوادر: 127/12، والجامع: 315/6.

(2) الذخيرة: 254/6.

(3) هو أبو بكر بن محمد الطرطوشي. كان يعرف بابن رندقه. وطرطوشة هي آخر حد المسلمين من شمالي الأندلس. تقدم في الفقه مذهباً وخلافاً. أخذ عن الباجي مسائل الخلاف. سمع الدامغاني والحميدي وعدة. وحدث عنه ابن العربي وآخرون. له كتاب سراج الملوك، وتعليقة في الخلاف وأشياء. توفي سنة 520 هـ. السير: 490/19 (رقم 285)، والديباج: 244/2 (رقم 43). علماء المدينة سبق التعريف بهم في ص: 291.

(4) الجواهر: 981، والذخيرة: 254/6، والمنتقى: 97-96/6.

(5) جامع الأمهات: 455. وانظر التوضيح: 337/7. ومثله الشيخ خليل مختصراً: «ولا إن رجعت إليه بعده بقرب، بأن أجرها، أو أرفق بها؛ بخلاف سنة، أو رجع، مختفياً أو ضعيفاً، فمات». المختصر: 254.

(6) قرار عدد 92، الصادر بتاريخ 05 فبراير 2013، في الملف المدني عدد: 11/1/2/762.

(7) قرار عدد 334، الصادر بتاريخ 17 يونيو 2014، في الملف المدني عدد: 13/1/1/5321.

وفي مسألة في غاية الأهمية وهي: عودة الواهب إلى سكنى العقار الموهوب إذا كان محفظاً داخل العام، هل تبطل الهبة بذلك، أم أن تحفيظه يمنع من ذلك؟ وقد قلت معتقداً غير جازم أنه: وفي غياب نص قانوني صريح في هذه المسألة، وأمام إيراد (م ح ع) حالات بطلان عقد الهبة ابتداءً وعلى سبيل المثال لا الحصر، وإعمالاً لمبدأ الإحالة على الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي المنصوص عليه في م. 1 من (م ح ع)، فإن عودة الواهب إلى سكنى العقار الموهوب المحفظ داخل العام يبطل عقد الهبة، والصدقة كالهبة.

- ومن المسائل المشهورة أيضاً عند أهل المذهب مسألة هبة الدين المؤجل. فمن وهب لرجل ديناً له عليه، فقد قال ابن القاسم: «إذا قال: قد قبلت، فذلك جائز له. وهذا قبض، لأن الدين عليه».
- وإن وهب له ديناً على غيره، فقد قال مالك: «إذا أشهد له، وجمع بينه وبين غريمه، ودفع إليه ذكر الحق، فهو قد قبض».⁽¹⁾ لأن هبة الدين من غير من هو عليه لا يجوز؛ إلا إذا سلّطه على قبضه وجعله نائباً عن نفسه فيه، لأن القبض شرط تمام الهبة واستقرارها. بخلاف الهبة لمن عليه، لأن الدين في ذمته، وذمته في قبضه.⁽²⁾
- ومن تلك المسائل المشهورة أيضاً عند أهل المذهب، هبة الأصل دون الثمرة، أو الثمرة دون الأصل سنين معلومة.
- فإن وهب الأصل، واستثنى ثمره عشر سنين معلومة، فالهبة صحيحة، والثمره للواهب؛ كالبيع. وحوز الموهوب له؛ قبض النخل. والسقي والعلاج في مال الواهب، ويكون الموهوب له هو المتولي لذلك، إما بنفسه، أو بأجير يستأجره.
- ولو كان الواهب هو المتولي للسقي والعلاج؛ حتى مات، أو فلس، أو مرض، أو لحقه دين؛ بطلت الهبة، سواء كان فيها الثمرة في حين الهبة أم لا.⁽³⁾
- قال الشيخ خليل عاطفاً على ما يجوز: «كهبة نخل واستثناء ثمرتها سنين، والسقي على الموهوب له».⁽⁴⁾
- وإن وهب الثمرة دون الأصل في عام أو أعوام، فإن ذلك جائز من غير اعتبار بحال الثمرة إن كانت موجودة في حين الهبة أو غير موجودة، لأن هبة الفرر والمعدوم الذي يصح وجوده جائزة، وحوزها أن يقبض الأصول ويحوزها، ويمنع الواهب من التصرف فيها.⁽⁵⁾
- قال مالك: «يجوز أن يهب الرجل ثمر نخله عشرين سنة، إذا حاز الموهوب له النخل أو حيزت له». وقال ابن القاسم فيمن وهب نخلاً واشترط ثمرها عشر سنين، فإن سلم النخل يسقى بماء الموهوب له؛ لم يصح، لأنه لا يدري هل يسلم النخل إلى ذلك الأجل أم لا. وتجوز الهبة إذا كان السقي على ربها. ولو طلب أخذ النخل، فقد قال محمد: لم يكن له ذلك.⁽⁶⁾
- (1) المدونة: 126/15. قال ابن الحاجب: «وتصح هبة الدين». جامع الأمهات: 454. ومثله الشيخ خليل عاطفاً على ما يصح في الهبة: «وديناً، وهو إبراء». المختصر: 253.
- (2) لأن «الدين في الذمة بمنزلة المقبوض». التمهيد: 291/6، ولأن «ما في الذمة كالعين الحاضرة». البيان: 46/7، والتمهيد: 290/6 و291/8/16. ما لم يكن حضور المال شرطاً في التصرف، كالصرف والسلم، حيث يشترط القبض العيني. الاستذكار: 8/7.
- (3) المناهج: 371/9، والذخيرة: 261/6، والمنتقى: 95/6.
- (4) المختصر: 255.
- (5) المناهج: 371/9، والذخيرة: 261/6، والمنتقى: 95/6. قال ابن رشد: «ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود. وبالجمله كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الفرر». البداية: 162/4.
- (6) التبصرة: 3478.

وهو ما قضت به محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: «يصح التبرع بالرقبة والاحتفاظ بالثمار لمدة معينة أو لوفاة المتصدق»⁽¹⁾.

وأما إن لم يبتل الأصل، وإنما تصدق بالغلة عمراً أو أجلاً، فقد قال ابن المواز: «له شراء ذلك». قاله مالك وأصحابه؛ إلا عبد الملك. واحتج بالنهي عن الرجوع في الصدقة.⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى أن الأصل أن جميع التصرفات العوضية من المريض مرض الموت⁽³⁾ نافذة؛ ما دام تام العقل والتمييز؛ ولو بلغت خطورة المرض ما بلغت؛ ما لم تكن تصرفاته مشوبة بالمحاباة أو بالتوليغ.⁽⁴⁾

وتكون تصرفات المريض مرض الموت المبنية على التبرع في حدود الثلث؛ كالوصية، إن كانت لغير وارث، وإلا توقفت على إجازة الورثة. فإن أجازوها، فهي ابتداء عطية تفتقر للحوز.⁽⁵⁾ وهذا ما نصت عليه م. 280 من (م ح ع) على أنه: «تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية». فعلةً تقييد تصرف المريض مرض الموت التبرعية ترجع إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض وحق الدائن في استيفاء دينه.

(1) قرار عدد: 200، الصادر بتاريخ 13 مارس 2012، في الملف الشرعي عدد: 10/1/2/675.

(2) النواذر: 196/12، والذخيرة: 260/6-261.

(3) مرض الموت عرفه التسولي بأنه هو «المرض المخوف الذي حكم أهل الطب بكثرة الموت به». (البهجة: 453/2) واختصره الشيخ خليل بقوله: «حكم الطب بكثرة الموت منه». (المختصر: 173). ولم يعرفه المقنن؛ وإن كان قد تحدث عنه في ف. 54 و 344 و 345 و 479 من (ق ل ع) وم. 303 من (م. الأسرة) تاركاً أمر تقديره إلى القضاء، حيث جاء في أحد قرارات محكمة النقض أن: «مرض الموت الموجب لرد تصرفات المصاب به يشترط فيه أن يكون مخوفاً، يعجز فيه المريض عن القيام بشؤونه، ويستمر إلى حين الوفاة». (قرار عدد 26 الصادر بتاريخ 22 يناير 2013 في الملف المدني عدد 2011/7/1/1701).

وفي قرار آخر لها جاء فيه أن: «مرض الموت هو أن يكون المرض مخوفاً، أي من الأمراض الخطيرة التي لا يرجى منها أي شفاء من الناحية الطبية، وتؤدي بصاحبها غالباً إلى الوفاة». (قرار عدد 155 الصادر بتاريخ 02 أبريل 2013 في الملف المدني عدد 2011/7/1/1729). واعتبرت في قرار آخر لها أن: «إقدام الهالك المتصدق على إبرام عقد الصدقة، أثناء إصابته بمرض السرطان المنتشر في جميع جسمه، يعدم إرادته، ويجعل صدقته قابلة للإبطال». (قرار عدد 180 الصادر بتاريخ 05 مارس 2013 في الملف المدني عدد 2011/1/2/530).

وفي اعتقادي أن مرض كوفيد 19 يدخل في صميم مرض الموت، وتنطبق عليه شروطه، لحكم الأطباء ومنظمة الصحة العالمية بأنه مرض قاتل فتاك، يصيب البنية الجسمانية للمرء ويشل تحركاته. ويصيب جهازه التنفسي ويفقده مناعته. كما يؤثر على الخلايا العصبية. وينتاب الموبوء بهذا المرض شعور باقتراب الموت؛ وإن كان الشفاء منه وارداً. وما دامت الإرادة معيبة بمرض يؤثر على قوة الإدراك والتمييز، فإن العقد يكون مشوباً بهذا العيب، ويكون من السائغ إبطاله لمجرد هذا السبب.

وقد استقر العمل القضائي على أن يكون استمرار المرض واتصاله بالوفاة داخل السنة، عملاً بتقدير الفقه لذلك بالأشهر اليسيرة. حيث أكدت محكمة النقض ذلك في أحد قراراتها جاء فيه: «لا يشترط في مرض الموت المعدم للإرادة أن يكون مقعداً صاحبه عن قضاء حوائجه، بل يكفي أن يجمع الطب على أن تحقق الشفاء مستبعد، وأن المرض ينتهي عادة بالوفاة، وأنه يمكن إبطال التصرفات بسبب مرض الموت إذا وقعت الوفاة قبل انتهاء سنة من إبرام العقد بسبب المرض». (قرار عدد 5431 الصادر بتاريخ 04 دجنبر 2012 في الملف المدني عدد 2012/2/1/403). فإذا زاد المرض عن سنة من العقد، لم يعد مخوفاً. ويصير المريض في حكم الصحيح.

(4) المحاباة هي البيع بأقل من القيمة بكثير لقصد نفع المشتري، أو الشراء بأكثر لقصد نفع البائع. فإن لم يُقصد نفع من ذكر، بل وقع للجعل بقدر الثمن، فهو الغبن.

وأما التوليغ فهو العطية في صورة البيع لإسقاط كلفة الحوز أو لغير ذلك من الأغراض. البهجة: 535/2، والإتقان: 432/2. وهو الصورية. ويثبت بالإقرار والإشهاد، كما يثبت بالفرائض القوية جداً. ويترتب على ثبوته فسخ العقد. فالبيع للزوجة التي هي مظنة للميل والإيثار، وعدم حيازتها للمبيع في حياة زوجها البائع، وعدم معاينة شهود البيع لدفع الثمن يعتبر توليغاً. قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) عدد 1007 الصادر بتاريخ 30 ماي 1995 في الملف العقاري عدد 91/5576. (5) البهجة: 453/2.

خلافاً للتصرفات العوضية المبنية على حالات المرض والحالات الأخرى المشابهة طبقاً لمقتضيات ف. 54 من (ق ل ع)، فإن دعوى الإبطال لا يجوز التمسك بها إلا من طرف الشخص المتعاقد نفسه، ولا تنتقل إلى ورثته من بعد مماته.⁽¹⁾ وذلك كالدفع بالأمية والعمى.⁽²⁾

خلاصة القول، إن الصدقة لا تجوز بمال إلى أجل؛ إن مات المتصدق قبل حلول الأجل.

ويكون تعليق الصدقة على موت المتصدق وصية.

كما تجوز الصدقة بشرط عدم الحوز مدة من الزمن؛ إن كان لذلك وجه.

وإذا حاز المتصدق عليه بالدار صدقته سنة أو أكثر، ثم رجع إليها المتصدق مخفياً أو ضعيفاً، فمات. فقيل: لم تبطل؛ ولو كان عن قرب.

وأما إن سكنها باكتراء أو إرفاق أو إعمار أو منحة أو بأي وجه، حتى مات، وكان المتصدق عليه قد حازها سنة. فقيل: إن ذلك لا يبطلها، وهي نافذة.

كما تجوز هبة الدين المؤجل لمن هو عليه، ويعتبر قبوله قبض. ولا تجوز من غير من هو عليه؛ إلا إذا سلّطه على قبضه وجعله نائباً عن نفسه فيه.

وتجوز هبة الأصل، دون الثمرة سنين معلومة. وكذا هبة الثمرة دون الأصل؛ وإن كانت الثمرة غير موجودة حين الهبة.

(1) انظر قرار محكمة النقض عدد 310، الصادر بتاريخ 17 يناير 2012، في الملف المدني عدد 2010/2/1/1423.

(2) جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 404، الصادر بتاريخ 22 يوليوز 2014، في الملف المدني عدد 2013/7/1/3747 أنه: «إذا كان الأعمى في حكم الأمي من حيث كونه في وضعية تمنعه معرفة مضمون الوثيقة، فإن دعوى الإبطال بسبب العمى حق شخصي - كالدفع بالأمية - مرتبط بالمعاقلة وحده، ولا يحق لغيره أن يتمسك به».

المطلب الرابع: حوز الهبة والصدقة في القانون

إذا كان المقنن قد ساير الفقه، حين اعتبر الحوز شرط تمام في عقدي الهبة والصدقة، قبل حصول المانع. وهو ما يتضح من م.247 -1 التي نصت على أن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول، ولا يوجد ضمنها ما يفيد ضرورة توفر شرط الحوز في انعقادها. كما حددت م.275 من المدونة نفسها شروط صحة الهبة على سبيل الحصر، بأن يكون الواهب كامل الأهلية، مالكاً للعقار الموهوب وقت الهبة. والصدقة مثل الهبة في الأحكام؛ إلا في الاعتصار والارتجاع.

غير أن القضاء قد أكد في العديد من القضايا، أن الحوز شرط صحة في الهبة والصدقة، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض أنه: «حيازة المتصدق للمتصدق به شرط أساسي لصحة الصدقة، وأن هذه الحيازة يجب أن تتمثل في إخلاء المتصدق للسكنى منه، ومن أمتعه. كما قال المتحف: وإن يكن موضع سكناه يهب ❖ فإن الإخلاء له حكم و جب»⁽¹⁾.

وفي قرار آخر لها أكدت على أنه: «لئن كانت الصدقة تتعقد بالإيجاب والقبول، فإنها لا تصح إلا بالحوز الفعلي أو القانوني في حياة المتصدق وصحته وكمال أهليته وعدم إحاطه الدين بماله»⁽²⁾.

وإذا كانت الحيازة شرطاً في صحة التبرعات، وكان الأصل في الحوز معاينة محرري العقد حوز العين وإخلائها من شواغل المتبرع وحوائجه، لأن معاينة البينة هي الأصل، فإنه من المقرر قانوناً وقضاً أن تقييد العقار المتبرع به بالسجلات العقارية في حياة المتبرع وقبل حصول المانع يعتبر حيازة قانونية، تغني عن الإشهاد بمعاينة الحيازة الفعلية وإثباتها.

عملية التقييد في الرسم العقاري تعتبر نقلاً للملكية والحيازة من ذمة المعطي ويده إلى المعطى له، وتمكينه من التصرف دون منازع. وهو ما يحقق غاية الفقه من الحيازة، لأن علة الحوز، وهي سد الذريعة ومنع التحايل، تتحقق مع قواعد التحفيظ. وهذا ما نصت عليه م.274 -3 بقولها: «يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظاً أو في طور التحفيظ. فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه».

وقد سبق للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) أن أكد ذلك في أحد قراراته، حيث جاء فيه: «إن تسجيل عقد الهبة بالرسم العقاري قيد حياة الواهب، يعد حيازة قانونية تغني عن إشهاد العدلين بمعاينة الحوز»⁽³⁾.

(1) قرار عدد: 343، الصادر بتاريخ 19 أبريل 2016، في الملف المدني عدد: 15/2/971

(2) قرار عدد: 106، الصادر بتاريخ 11 فبراير 2014، في الملف الشرعي عدد: 2013/1/2/282

(3) قرار عدد: 163، الصادر بتاريخ 12 أبريل 2011، في الملف الشرعي عدد: 9/1/2/584

إن عدم التسجيل بالرسم العقاري في حياة المعطي، لا أثر له في صحة الهبة، ولا يؤدي إلى بطلانها، وإنما تكون صحيحة ومنتجة لأثارها؛ ولو تراخى تقييدها إلى ما بعد وفاة المعطي، ما دامت الحيابة المادية ثابتة. وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض في قرار لها على أنه: «إن الهبة تصح بتسجيلها بالرسم العقاري؛ ولو احتفظ الواهب بمنفعة العقار موضوع الهبة لنفسه»⁽¹⁾.

وفي قرار آخر لها جاء فيه: «إن تحقق الحيابة الفعلية قبل حصول المانع يجزئ؛ ولو تأخر تقييدها بالرسم العقاري»⁽²⁾. وذلك لأن إشهار الحقوق عمل اختياري، يمكن القيام به في أي وقت، وغير محدد بأمَد، ولا يطاله التقادم، استناداً على ف.65 من (ظ ت ع) مكرر الذي نص صراحة على أن المعنيين بالأمر يمكنهم تقييد حقوقهم متى شاءوا، دون ذكر أي أجل لسقوط الحق المذكور.

وإثبات الحوز ليس قاصراً على معاينة محرري العقد له، وإنما يمكن إثباته بكل وسائل الإثبات الأخرى، بما فيها القرائن؛ كقبض الكراء ورفع الدعاوى على المكترين وأداء الضرائب عن العقار موضوع العطية. لقول صاحب العمل المطلق:

وَعَنْ مُعَايَنَةِ حَوْزٍ يَكْفِي ❖ عَقْدُ كِرَاءٍ وَنَحْوِهِ فِي الْوَقْفِ⁽³⁾

وقد أوضحت محكمة النقض في أحد قراراتها معنى الحوز الفعلي للعقار موضوع الصدقة، حيث جاء فيه: «إن الحوز الفعلي المعتبر في التبرع، هو وضع اليد على الشيء المتبرع به، أو الانتفاع به، أو التصرف فيه قبل حدوث المانع»⁽⁴⁾.

غير أن الإشهاد بمعاينة الحوز، لا يمكن أن يناهض بلفيف مستنده المخالطة والمجاورة وشدة الاطلاع لنفي هذا الحوز، لأن الشهادة المثبتة للحوز مقدمة على الشهادة النافية له. ولأن الأولى موجبة لحق ومثمرة لحكم، والثانية نافية له. والثابت مقدم على النافي؛ لعدم تكافئهما، لأنه علم ما لم يعلمه الآخر. قال الزقاق: «وَمُنِّيَتْ أَوْلَى مِنَ الَّذِي نَفَى»⁽⁵⁾.

(1) قرار عدد: 200، الصادر بتاريخ 13 مارس 2012، في الملف الشرعي عدد: 10/6/2/675.

(2) قرار عدد: 318، الصادر بتاريخ 16 أبريل 2013، في الملف الشرعي عدد: 11/1/2/304.

(3) مخطوط فتح الجليل الصمد، ورقة: 211.

(4) قرار عدد: 106، الصادر بتاريخ 11 فبراير 2014، في الملف الشرعي عدد: 2013/1/2/282.

قال ميارة: «الحوز هو وضع اليد على الشيء المحاز». الإتيان: 322/2.

(5) شرح المنهج المنتخب للمنصور: 531 والفروق: 236/4. لأن المثبت عنده زيادة علم ليست عند النافي، ومن عرف الشيء وعلمه حجة على ما لم يعلمه، ولأن عدم العلم بالشيء لا يكون حجة تدفع به الحجة الغائبة التي علمت. فالحيابة الثابتة لا يبطلها إلا الناقل المحقق. وهذه القاعدة تجد أساسها في الميدان المدني. أما قواعد الإثبات الجنائي، فلا تقبل هذه الأرجحية، حيث تطبق حرية تقدير أدلة الإثبات وتكوين الاقتناع الوجداني للقاضي. ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة أعلى درجة؛ إلا في جانب التعليل وتبيان كيفية استخلاص قناعته. وهو ما نصت م 286 (ق م ج) على أنه: «يحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم...» الأمر الذي أكدته قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) في أحد قراراته، حيث جاء فيه: «قاعدة وجوب تقديم شهادة الإثبات على شهادة النفي تجد سنداً في المجال المدني، أما في المجال الجنائي؛ فالمبدأ هو حرية القاضي في تكوين قناعته، والحكم وفق اقتناعه الصميم». قرار عدد: 80 الصادر بتاريخ 09 يناير 2005 في الملف المدني عدد: 04/23297.

ويعد سلوك مسطرة التحفيظ بمثابة الجدة في طلب الحوز، الذي يعد حوزاً. فقد جاء في قرار لمحكمة النقض أنه: «من الثابت فقهاً وقضاً أن الجد في طلب الحيازة والحرص عليها بمثابة حوز الهبة. والمحكمة لما ثبت لها أن الموهوب له أجرى قيد حياة الواهب تقييداً احتياطياً على العقار، واعتبرته بذلك جاداً في طلب الحيازة، وفي حكم الحائز قانوناً. وقضت بناءً على ذلك باستحقاق الموهوب له لموضوع هبته، وإلزام ورثة الواهب بتطهير العقار الموهوب مما هو مثقل به خلفاً لالتزام موروثهم، بذلك تكون قد عللت قرارها تعليلاً كافياً وسليماً، وركزته على أساس⁽¹⁾».

واعتبرت أيضاً في قرار آخر لها: «أن التصريح بضياع نظير الرسم العقاري بمثابة الجدة في طلب الحوز، حيث جاء فيه: إن المحكمة لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي برفض طلب إبطال الهبة، وقد علل قضاءه أن الموهوب لها كانت جادة في طلب حيازة الشيء الموهوب وتقييده بالرسم العقاري بمساعدة الواهبة قبل وفاتها، وذلك من خلال التصريح بضياع نظير الرسم العقاري، فإنها قد عللت قرارها تعليلاً كافياً⁽²⁾».

وتجدر الإشارة إلى أن صلاحية تحرير عقدي الهبة والصدقة منوطة بالموثق والعدل دون المحامي، بحكم أن م.274-2 من (م ح ع) جاء فيها: «يجب تحت طائلة البطلان، أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي». واستثنت المحرر العرفي الثابت التاريخ، المحرر من قبل محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، وجعله باطلاً إذا انصب على عقدي الهبة والصدقة.

وقد أوضحت محكمة النقض هذه المسألة في قرار لها جاء فيه: «إنه وبمقتضى م.274، فإن عقد الهبة يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم في محرر رسمي، وأنه استناداً لمفهوم المخالفة المستفاد من م.4 في نفس المدونة، فإن عقد الهبة المبرم من طرف محام مقبول لدى محكمة النقض ليس محرراً رسمياً، وإنما هو مجرد محرر ثابت التاريخ، وبالتالي فإنه واقع تحت طائلة البطلان المذكور، مما يجعل قرار المحافظ برفض تقييده بالرسم العقاري معطلاً في إطار السلطة المخولة له بمقتضى ف.74 من (ظ ت ع) الذي أوجب عليه التحقق من أن الوثائق المدلى بها أمامه تجيز له التقييد⁽³⁾».

(1) قرار عدد: 603، الصادر بتاريخ 09 شتمبر 2014، في الملف الشرعي عدد: 13/12/10.

(2) قرار عدد: 94، الصادر بتاريخ 26 يناير 2016، في الملف الشرعي عدد: 13/12/10.

(3) قرار عدد: 579، الصادر بتاريخ 16 دجنبر 2014، في الملف المدني عدد: 2015/2/2/379.

جماع القول، أن الهبة والصدقة في (م ح ع) تتعقد بالإيجاب والقبول، قد أكد القضاء أن الحوز شرط أساسي لصحة الصدقة.

ويعتبر تسجيل الهبة والصدقة بالرسم العقاري في حياة المتصدق حيازة قانونية، ويغني عن معاينة الحيازة الفعلية.

كما أن الحيازة الفعلية قبل حصول المانع تجعل العطية صحيحة ومنتجة لآثارها؛ ولو تراخى تقييدها إلى ما بعد وفاة المعطي.

والجدُّ في طلب الحوز، يقوم مقامه.

المبحث الثاني: عقد الوقف

يعد الوقف من مبتكرات هذه الأمة واصطلاحاتها الجليلة، فقد شرع لتكثير الأجر وعموم النفع وإدراك الخير، فهو لا يُعرف له نظير في الجاهلية وغيرها.

وهو من أفضل الصدقات، وأجل الأعمال، وأعظم القربات. لأن الأصول تبقى ثابتة، ونفعها تستفيد منه الأمة.

إن تمليك العطايا عموماً يقبل من الشروط على المملك ما لا يقبل مثله في المعاضات، بعلّة أن المملك لم يعط عوضاً من ماله في مقابلة ما أخذه، فهو منتفع بما صار إليه على كل حال. فالواقف لما أخرج الشيء المملوك عن ملكه، وملّكه للموقوف عليه تمليكاً مشروطاً بشروط، لم تحصل مضرة للموقوف عليه؛ إذ هو مستفيد بمال لم يكن من قبل ماله. وقد انحصر الكلام في هذا المبحث في أربعة مطالب.

تتوّل **المطلب الأول** حقيقة الوقف وحكمه وأصل جوازه، وهل ينتج آثاره بمجرد انعقاده، أم يبطل بتأخير القبض؟ وهل للمحبس الرجوع فيه، وهل يلزمه الإقباض إن امتنع؟

هل تبقى العين الموقوفة على ملك صاحبها، أم تنتقل إلى الموقوف عليه وتنفك عن صاحبها؟ وفي **المطلب الثاني**، انصب الدرس على مسألة الشروط، وهل شرائط الواقف السائغة، يلزم متابعتها قدر الإمكان، أم يجوز مخالفتها لمصلحة الوقف؟

وهل يبطل الوقف بالشروط الفاسدة، أم يبطل الشرط ويلزم الوقف؟ وهل ينفذ التحبيس بشرط تفضيل بعض الولد، أو إخراج البنات منه إذا وقع، أو يفسخ؟ وهل ينقض الوقف وينحل، إذا شرط أن من تزوج من بنات الواقف، فلا حق لها؟ وهل يجوز الوقف على الولد، وشرط بيعه عند الحاجة؟

هل يجوز بيع الوقف إذا انقطعت منفعته، أو كانت غلته لا تفي بصائره. وهل يجوز أن يشترط على المحبس عليه إصلاح الحبس عليه؟ وهل يمضي الوقف إن وقع ذلك، ويبطل الشرط؟

وهل يجوز جعل مرجع الحبس إلى وارث المحبس، أو على أن النظر له؟

وفي المطلب الثالث، عقدت الحديث عن مسألة الأجل، وهل يجوز الحبس مع إبقاء الشيء الموقوف في يد صاحبه وعدم إخراجه إلى أجل وفاته؟

وهل يجوز تحبيس الأملاك، واستثناء استغلال بعضها مدة حيات المحبّس، ويلحقه بعد موته بالحبس؟

وهل يجوز الحبس في صحة المحبّس، ووقف نفاذه لما بعد موته؟

وهل يبطل الحبس إن عاد المحبّس إلى سكنى حبسه قبل مرور العام، ومات قبل أن ينتقل عنه وتُصحح حيازته؟

وكان مدار المطلب الرابع على مسألة الوقف في القانون، وهل عدم تسجيل الوقف بالرسم العقاري يمكن أن يؤثر في صحة موضوعه، أو يحد من آثاره في نقل الحق للمحبّس عليه؟

وهل الأملاك الوقفية وحقوق الارتفاق المقررة لها يمكن اكتسابها بالحيازة؟

وهل يمكن مواجهة الأملاك الوقفية بقاعدة الأثر التطهيري الناجم عن مسطرة التحفيظ العقاري؟

المطلب الأول: التعريف بالوقف

الوقف عند أهل اللغة، هو كل شيء وقفه صاحبه وقفاً محرّماً، لا يباع ولا يورث ولا يوهب، يترك أصله ويجعل ثمرة في سبيل الله. والجمع: أوقاف. ويقال: وقفت الشيء، ولا يقال فيه: أوقفته؛ إلا على لغة رديئة.⁽¹⁾

والحبس والوقف في اللغة لفظان مترادفان، ومعناهما واحد، لا يفترقان في وجه من الوجوه؛ وإن كان الأول غالب استعمال أهل المذهب، والثاني عبّر به بعض الفقهاء؛ كابن الحاجب. والوقف عندهم أقوى في التحبّيس.⁽²⁾ قال ابن هشام: «لفظ الحبس أضعف من لفظ الوقف».⁽³⁾

أما حقيقته الفقهية، فقد عرفه ابن عبد البر بقوله: «هو أن يتصدّق الإنسان المالك لأمره بما شاء من عقاره؛ لتجري غلات ذلك وخُراجه ومنافعه في السبيل الذي سبّلها فيه؛ مما يقرب إلى الله عز وجل. ويكون الأصل موقوفاً لا يباع ولا يوهب ولا يورث أبداً؛ ما بقي شيء منه».⁽⁴⁾

وحده ابن عرفة بأنه: «إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازماً بقاؤه في ملك معطيه؛ ولو تقديرًا».⁽⁵⁾ وعرفه البرزلي قائلاً: «إعطاء منافع على سبيل التأبيد».⁽⁶⁾

وعرفته م.1 من (م. الأوقاف) بنصها: «الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة».

وقد ذهب مالك وجميع أصحابه وأكثر أهل العلم إلى إجازة الوقف. والأصل في ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر رضي الله عنه جاء إلى النبي ﷺ فقال: «إني أصبت أرضاً بخيبر، وهي من أنفس مال أصبت. وإني أريد أن أتصدّق به، فقال رسول الله ﷺ: «حَبْسِ الْأَصْلِ وَسَبْلِ الثَّمَرَةِ». وكتب عمر به شرطه: هذا ما تصدّق به عمر بن الخطاب صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، للفقراء وللغرباء والقريب وفي الرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل».⁽⁷⁾

ويقال إنه أول ما تُصدّق به في الإسلام. قال ابن حبيب: «ويقال له ثَمَع».⁽⁸⁾

(1) انظر: الجمهرة والمهذب والصحاح والمجمل واللسان والتاج: مادة (وقف).

(2) المقدمات: 419/3، والتنبيهات: 1967. وهو الذي اختاره المقنن في مدونة الأوقاف.

(3) المفيد: 443/1، وابن هشام سبقت ترجمته في ص: 89.

(4) الكافي: 10/2.

(5) عقبه الهداية (شرح الحدود): 539.

(6) الفتاوى: 316/5.

(7) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، (برقم 2737). ومسلم في صحيحه، كتاب الوصية،

باب الوقف (رقم 1632). وقد اعتبر الباجي هذا الحديث دليلاً على مشروعية الحبس. المنتقى: 122/6.

(8) النوادر: 5/12 والمنتقى: 121/6، والأقضية لأن فرج: 111. ثَمَع: هي أرض تلقاء المدينة المنورة، امتلكها عمر. فتح الباري: 400/5.

قال: القرظي⁽¹⁾: «قد أوقف النبي ﷺ قبل ذلك سبع حوائط حبسها مخيريق⁽²⁾ يضعها حيث أراه الله، وذلك لاثنتين وثلاثين شهراً من الهجرة. وصدقة عمر ﷺ سبع سنين من الهجرة». قال ابنُ زُرارة⁽³⁾: «وما أعلم أحداً من المهاجرين والأنصار من الصحابة، إلا وقد أوقف من ماله حبساً»⁽⁴⁾.

ولم يشد عن ذلك إلا شريح⁽⁵⁾، واحتج بما روي عن ابنِ عباس ﷺ أن النبي ﷺ أنه قال: «لَا حُبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ»⁽⁶⁾. وما روي أيضاً عنه أن النبي ﷺ قال: «لَا حُبْسَ بَعْدَ سُورَةِ النَّسَاءِ»⁽⁷⁾.

وحكمه أنه مندوب إليه. ويصح ويلزم في الحال إذا أنجزه، ولم يضيفه إلى ما يستقبل من موته أو غير ذلك، من غير افتقار إلى حكم حاكم به. ولا يبطل؛ وإن لم يقارنه القبض؛ ما لم يمت المحبَس عليه⁽⁸⁾.

ويلزم المحبَس إقباضه للمحبَس عليه، ويُجبر عليه إن امتنع⁽⁹⁾. وهذا ما نصت عليه م.38 من (م. الأوقاف) بقولها: «ينتج الوقف آثاره بين الطرفين بمجرد انعقاد العقد المتعلق به والإشهاد عليه».

وليس للمحبَس الرجوع فيه. قال ابنُ الجلاب: «ومن حبس حبساً، لم يجز له الرجوع فيه»⁽¹⁰⁾. وهو ما أكدت عليه م.37 من القانون أعلاه بقولها: «لا يجوز للواقف الرجوع في الوقف».

(1) هو محمد بن كعب القرظي، من حلفاء الأوس. حدّث عن أبي هريرة وابن عباس وجابر وابن عمر وطائفة، وروى عنه ابنُ عجلان وابنُ كليب وغيرهما. كان من أوعية العلم وأئمة التفسير، وكان يرسل كثيراً ويروي عن من لم يلقيهم. وثقه ابنُ المديني وأبو زرعة، وقال ابنُ سعد: كان ثقة عالماً كثير الحديث، وزاد العجلي: مدني تابعي عالماً بالقرآن. توفي سنة 180 هـ، وقيل غير ذلك. تهذيب الكمال: 347-340/2 (رقم 5573)، والتهذيب: 420/9 (رقم 688)، والسير: 8-5/5 (رقم 23).

(2) هو مخيريق النضري الإسرائيلي، من بني النضير. ذكر الواقدي أنه أسلم واستشهد بأخذ، أوصى بأمواله للنبي ﷺ وهي سبعة حوائط جعلها للنبي ﷺ. وقد قال عنه ﷺ: مخيريق سابق اليهود، وسلمان سابق فارس، وبلال سابق الحبشة. الإصابة: 1382 (رقم 803).

(3) هو محمد بن سعد بن زُرارة. روى عن أبي أمامة الباهلي وغيره، وحدّث عنه الأعرج وابنُ كعب وجماعة. وثقه ابنُ سعد وابنُ حبان وغيرهما، وروى له النسائي حديثاً واحداً. ولي إمرة المدينة لعمر بن عبد العزيز. توفي سنة 412 هـ. تهذيب الكمال: 255-254/25 (رقم 5236)، والتهذيب: 298/9 (رقم 494)، والسير: 387/5 (رقم 175).

(4) النوادر: 6-5/12، والجامع: 291/6.

(5) سبقت ترجمته في ص: 291.

(6) رواه الدارقطني في سننه، كتاب الفرائض، (برقم 3992). وابنُ أبي شيبه في مصنفه موقوفاً على علي ﷺ في كتاب البيوع والأقضية، باب في الرجل يجعل الشيء حبساً في سبيل الله، (برقم 21312). ولفظه: «لَا حُبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ إِلَّا فِي كُرَاعٍ أَوْ سِلَاحٍ».

(7) رواه البيهقي في سننه الكبير، كتاب الوقف، باب من قال: لا حبس عن فرائض الله عز وجل، (برقم 12028 و12029 و12030). قال: وهذا اللفظ إنما يعرف من قول شريح القاضي. والدارقطني في سننه، كتاب الفرائض، (برقم 3 و4)، وقال: لم يسنده غيرُ ابنِ لهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان. السنن: 908-909/3.

وقد قيل لمالك ما قاله شريح، فقال: «يرحم الله شريحاً، لو درى ما صنع أصحاب رسول الله ﷺ ههنا ما قاله». وبذلك احتج على أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، حتى اضطره إلى ترك مذهب صاحبه، والقول بمذهب مالك. انظر الإشراف: 247-245/3، والمعونة: 1591-1592، والمقدمات: 418-417/3، والنوادر: 6/12، والمنتقى: 122/6.

(8) الإشراف: 245/3، والتلقين: 548/1، والمعونة: 1591، والجواهر: 972. خلافاً لإبطاله، فإنه لا يكون إلا بحكم حاكم. المعيار: 2111/7.

(9) التفرع: 307/2. خلافاً لابن عرفة الذي قال: «وشرط الحبس حوزة، كالعطية». شرح الحدود: 544.

(10) المقدمات: 419/3، والكافي: 10/2.

أما ملك العين المحبسة، فإنها تبقى على ملك صاحبها ولا تتفك عنه؛ وإن كانت مسلوقة المنفعة والتصرف. وهي خارجة من رأس المال؛ إن كان التحبيس في الصحة. فإن كان في المرض، فهي من الثلث.⁽¹⁾

خلاصة الكلام، إن الوقف عند مالك وجميع أصحابه وأكثر أهل العلم جائز، وهو سنة قائمة عمل بها النبي ﷺ والمسلمون من بعده.

والوقف ينتج آثاره بمجرد انعقاده، ولا يبطل بتأخير القبض؛ ما لم يمت المحبس عليه.

وليس للمحبس الرجوع فيه، ويلزمه الإقباض ويجبر إن امتنع.

وتبقى العين الموقوفة على ملك صاحبها، ولا تتفك عنه.

(1) الجواهر: 972. لأن الوقف لا يملك.

المطلب الثاني: الشروط في الوقف

تناول هذا المطلب أثر جملة من الشروط المشترطة في الوقف، لأن كل ما اشترطه الواقف في وقفه، لابد من اتباعه إذا كان جائزاً؛ لما علم أن شرط الواقف؛ كنص الشارع في وجوب الوفاء والاتباع، لقول خليل: «واتبع شرطه؛ إن جاز».⁽¹⁾ قال الحطاب: «مفهوم قول خليل: (واتبع شرطه إن جاز) أن شرط ما لا يجوز لا يتبع. وهذا إذا شرط شيئاً متفقاً على منعه».⁽²⁾ قال ابن الحاجب: «ومهما شرط الواقف ما يجوز له اتباع».⁽³⁾ لأن شرطه إنما يتبع مع الإمكان.⁽⁴⁾ وقال ابن الجلاب: «ومن حبس حبساً على وجه صحيح لزمه إخراجه في الوجه الذي جعله فيه».⁽⁵⁾ وهو ما نصت عليه م.34 من (م. الأوقاف) بقولها: «يجب التقيد بشروط الواقف والوفاء بها إذا كانت مشروعة وقابلة للتنفيذ، فإذا اقترن الوقف بشرط غير مشروع أو استحالة تنفيذه، صح الوقف وبطل الشرط».

ونصت م.35 على أنه: «إذا كانت ألفاظ عقد الوقف صريحة، وجب التقيد بها، وإذا كانت غامضة، تعين البحث عن قصد الواقف. ويمكن الاستعانة في ذلك بالعرف وبظروف الحال». وقد أكد المجلس الأعلى في قرار له على أن: «رسم التحبيس الذي تحترم ألفاظ المحبس فيه؛ يتحتم الأخذ بها كاملة من غير تأويل أو استنباط أو دلالة إشارة لما هو مسكوت عنه فيه».⁽⁶⁾

وفي أحد قراراتها، قضت محكمة الاستئناف بوجدة، بعدم التقيد بألفاظ الواقف؛ وإن كانت صريحة، ما دام ذلك يحقق مقاصده من الوقف ويتوافق مع أغراضه، حيث جاء فيه: «لما كانت الجهة الحائزة للشيء المحبس قد شيدت في القطعة محل التحبيس مسجداً ومجموعة من الدكاكين محاطة به، يخصص مدخول ريعها لعمارة المسجد وإصلاحه، وهو أمر ظل في إطار ابتغاء وجه الله، الشيء الذي توجهت إليه إرادة المحبس كما يتجلى من رسم التحبيس. فإنها بذلك تكون قد احترمت إرادة المحبس وهدفه من التحبيس. ويكون ما نعه ورثة المحبس من بطلان الحبس لعدم احترام إرادة المحبس لكونه قد حدد في رسم التحبيس إرادته الممثلة في تخصيص الأرض المحبسة مقبرة للمسلمين، وأن وزارة الأوقاف الحائزة للعقار المحبس تلتزم بالتخصيص المذكور غير مبني على أساس».⁽⁷⁾

(1) المختصر: 252. قال صاحب العمليات: وَرُوعِيَ الْمُقْصُودُ فِي الْأَحْبَاسِ ❖ لَا اللَّفْظُ فِي عَمَلِ أَهْلِ فَاسَ مخطوط شرح العمل الفاسي: ورقة 1. ولأن الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها. والقول بأن شرط الواقف كنص الشارع، إنما هو في لزوم العمل به إذا لم يخالف الشرع، لا أنه كنص الشارع في وجوب الاتباع وتأنييم من أخل بشيء منه. وأن يحقق مصلحة، لأن الوقف لغير مصلحة عبث. الذخيرة: 330/6. ولأن كل تصرف قاصر عن تحصيل المصلحة لا يشرع، ويبطل إن وقع. غدة البروق: 234.

(2) جامع الأمهات: 450.

(3) التوضيح: 300/7.

(4) التفرع: 307/2. ونظم ذلك المتحف بقوله: وَكُلُّ مَا يَشْتَرِطُ الْمُحْبِسُ ❖ مِنْ سَائِغٍ شَرَعًا عَلَيْهِ الْحَبْسُ التحفة: 86 (بيت 1169).

(5) (محكمة النقض حالياً) قرار عدد 1659، الصادر بتاريخ 01 يونيو 2005، في الملف المدني عدد 03/1/1/3805.

(6) قرار عدد 1516، الصادر بتاريخ 26 نونبر 2007، في الملف العقاري عدد 2007/1248.

ومن مشهورات المسائل في هذا الباب، مسألة التحبيس عن بعض الولد دون بعض، وإخراج البنات منه. فقد وقع في المذهب اضطراب في هذه المسألة، هل ينفذ هذا الحبس إذا وقع، أو يفسخ على الإطلاق، أو يفسخ شرط ألا يموت ولا يحاز عنه؟

فقد نهى عليه السلام عائشة عن إخراج البنات من الحبس، وأغلظت فيه، وقالت: «ما مثل ذلك، إلا مثل ما قال الله في أهل الكفر: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِهِمْ إِلَّا نَجَسٌ خَالِصٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَرْوَاجِنَا﴾»⁽¹⁾ قال ابن حبيب: «وقول مالك وأصحابه: إن الذكر والأنثى في الحبس سواء؛ إلا أن يقع شرط»⁽³⁾.

وقد كره مالك إخراج البنات من الحبس. واعتبر ذلك من عمل الجاهلية، وهو أشرف في الكراهة من هبة الرجل لبعض ولده. ورأى وجه الشأن⁽⁴⁾ فيه أن ينقض، ويدخل فيه البنات؛ ما لم يفت. فإذا فات؛ مضى على شرطه⁽⁵⁾.

قال ابن القاسم: «إن فات مضى؛ وإلا فليجعله مسجلاً»⁽⁶⁾.⁽⁷⁾ لأن الكراهة تقتضي الإمضاء بعد الوقوع⁽⁸⁾. واعتبر ابن عبد السلام⁽⁹⁾ أن المراد بالكراهة التحريم، ويدل عليه تعليقه ذلك، بأنه من عمل الجاهلية. وقال ابن شعبان⁽¹⁰⁾: «من أخرج البنات؛ بطل وقفه»⁽¹¹⁾.

وذكر أبو بكر بن حزم⁽¹²⁾ أن عمر بن عبد العزيز مات، وهو يريد أن يرد صدقات الناس التي أخرجوا منها النساء⁽¹³⁾.

(1) سورة الأنعام، جزء من الآية: 140.

(2) المدونة: 106/15، والنوادر: 7/12. وحكى الباكي ذلك، وذكر وجه الكراهة؛ لما فيه من شبه فعل أهل الكفر. المنتقى: 123/6.

(3) النوادر: 35/12، والجواهر: 977.

(4) الشأن: أي عمل الصحابة. التوضيح: 288/7.

وأطلق الزروبي الشأن على العادة وعلى وجه الصواب. مخطوط التقييد على تهذيب المدونة: ورقة 109.

(5) النوادر: 9-8/12 و55-58، والمقدمات: 431/3، والبيان: 204-206 و258-260 و226 و244، والكافي: 1013 و1017، والتبصرة: 3463، والذخيرة: 304/6، والجامع: 302-303/6، والمنتقى: 123/6، واللباب: 662، والمعين: 731/2.

(6) مسجلاً أي: مطلقاً وعاماً للبنين والبنات. يقال أسجلت الشيء إذا أمكنت من الانتفاع به من غير قيد. التوضيح: 288/7.

(7) جامع الأمهات: 449.

(8) التوضيح: 288/7. قال ابن عرفة: «المكروه إذا وقع أمضي ولم يفسخ». المختصر: 451/8.

(9) سبقت ترجمته في ص: 127.

(10) سبقت ترجمته في ص: 129.

(11) التوضيح: 288/7.

(12) هو أبو بكر بن محمد بن حزم، أمير المدينة وقاضها، وأحد الأئمة الأثبات. كان أعلم أهل زمانه بالقضاء. روى عن عباد بن تميم وسلمان الأغر وطائفة، وحدث عنه ابنه والأوزاعي وآخرون. قال مالك: لم يكن على المدينة أمير أنصاري سواه. ذكره ابن حبان في الثقات، وعداده في صغار التابعين. توفي سنة 120 هـ تهذيب الكمال: 143-137/33 (رقم 7254)، والتهذيب: 40-38/12 (رقم 154)، السير: 314-313/5 (رقم 150).

(13) المدونة: 106/15، والتبصرة: 3460، والمختصر: 452/8.

وسئل ابنُ القاسم بنِ سالم⁽¹⁾ عن مسألة التحبّيس عن بعض الولد دون بعض، فأجاب: «أن تخصيص بعض البنين بحبس أو غيره من العطايا وإفرادهم بها دون بعض، هي مسألة لم يختلف قول مالك في جوازها ونفوذها بعد وقوعها. وبهذا وقعت الفتيا وجرى العمل، وهو الذي أتقده في المسألة وأفتي به، وقوفاً مع المشهور، وعملاً بما تضمنته أحاديث الباب من الأمر والنهي على النذب والكراهة؛ وجمعاً بين الأحاديث وإعمالاً بجمعها»⁽²⁾.

وقد شهر غير واحد من المحققين إبطال حبس أخرجت منه البنات. وهو صريح رأي الشيخ خليل في مختصره، حيث قال عاطفاً على ما يبطل: «أو بنيه دون بناته»⁽³⁾.

وذكر ابنُ هلال في نوازل: «وأما قول خليل في باب الحبس: (على بنيه دون بناته) فاعتماد منه على قول مالك في كتاب ابنِ المواز والعتبية ومذهب المدونة الكراهة فإن نزل؛ مضى. وكان بعض من لقيناه؛ ممن له اعتناء بذلك المختصر يتبعه في ذلك، ويفتي ببطلان الحبس على الذكور وحدهم؛ تقليداً لما اعتمده، وذلك خلاف ما عليه العمل»⁽⁴⁾.

ومن حبس داراً له على ولده، وشرط أن من تزوج من بناته، فلا حق لها؛ إلا أن تردّها رادة. فقد سئل مالك عن ذلك، هل ينقض ذلك وينحل الحبس؟ فقال: «لا أرى ذلك جائزاً، وإنه من أمر الجاهلية، وليس على هذا توضع الصدقات لله، وما يراد به وجهه».

وكره ابنُ القاسم ذلك. ورأى فسخه، وإدخال فيه الإناث؛ إن كان المحبس حياً ولم يحز الحبس. وإن كان قد حيز أو مات فهو فوت، وهو على ما جعله عليه⁽⁵⁾.

قال ابنُ رشد: «ظاهر قول مالك أن الحبس لا يجوز، ويفسخ على كل حال؛ وإن مات المحبس بعد أن حيز عنه الحبس. خلاف ابنِ القاسم الذي رأى أنه يمضي إذا فات، ولا ينقض»⁽⁶⁾. فإن تزوجت منهن واحدة، رجع حظها على من بقي معها من إخوتها في الحبس؛ حتى تتأيم عن الزوج؛ بموت أو فراق، فترجع على حقها فيما يستقبل، وسواء قال المحبس إلا أن تردّها رادة أو سكت عن ذلك. وقيل إنه يسقط حقها بالتزويج فيما يستقبل أبداً؛ إلا أن يقول: إلا أن تردّها رادة. وقال ابنُ الماجشون: «إن عيّنهن في التحبّيس، وقال من تزوّج منهن فلا حق لها؛ سقط حق من تزوّج منهن بالتزويج، ولم يعد إليها أبداً؛ إلا أن يقول: فإن تأيّم، فهي على حقها في الحبس»⁽⁷⁾.

(1) لم أوفق في الوقوف على ترجمته.

(2) أجوبة العبدوسي: 353-358، والمعيان: 281/7-284. قال صاحب العمليات الفاسية:

وَحَبَسَ عَلَى الْبَيْنِ لَا الْبَنَاتُ ❖ بِصَحَّةٍ وَعَدَمُ الْبُطْلَانِ أَت. مخطوط شرح العمل الفاسي: ورقة 3. ونقلها صاحب النوازل الكبرى: 479/8.

(3) المختصر: 251. وانظر المنح: 118-120، والمواهب: 635-636/7.

(4) الدر النثير: 760/2. وابنُ هلال سبقت ترجمته في ص: 303.

(5) النوادر: 55/12.

(6) البيان: 258/12.

(7) النوادر: 58/12. والأيم: هي المرأة التي مات زوجها أو طلقها. وقد استعملت أيضا فيمن لا زوج لها بكرا أو ثيبا. الاقتضاب: 96/2.

وهذا ما مشى عليه المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) في قرار له، حيث جاء فيه: «إن ألفاظ المحبس وقف، فلا يجوز تجاوزها. لهذا تكون المحكمة قد تجنبت الصواب؛ لما قضت برد دعوى الطاعنين لعدم إدخالهم أخواتهم كمُدَّعيات، دون أن تناقش دفعهم من أن المحبس اشترط لاستفادتهن من المال المحبس أن يتأمن، وأن الشرط لم يتحقق»⁽¹⁾.

غير أن الوقار⁽²⁾ كان له رأي مخالف لهذه المسألة، حيث قال في مختصره: «وجائز أن يحبس على الذكور دون الإناث، وعلى الإناث دون الذكور، وأن يساوي فيه بين الإناث والذكور، وجائز أن يقطع البنات بعد التزويج، وما شرط فيه من شرط مضى على شرطه»⁽³⁾.

والخلاف في هذه المسألة ليس منظوراً فيه إلى التعليل بمخالفة الفرائض، بل مبني على الخلاف في تفضيل بعض الأولاد على بعض في العطية. وهي مسألة ذات خلاف من أصلها، خلافاً مستنداً لحديث النعمان بن بشير رضي الله عنه. وهذا ما سبق لي ترجيحه؛ لقوة دليله، ولغلبة اتهام فاعله؛ بأنه تذرّع به إلى تغيير أحكام الموارث.

وقد اعتبرت م. 14 - 1 من (م. الأوقاف) في هذه المسألة الوقف صحيحاً والشرط باطلاً، حيث نصت على أنه: «وفي حالة الوقف على الذكور من أولاد الواقف دون الإناث أو العكس، أو على بعض أولاده دون البعض، اعتبر الوقف صحيحاً لهم جميعاً، والشرط باطلاً».

ومن مسائل الشروط أيضاً، من حبس على ولده، وشرط إن احتاجوا باعوا، فقد قال ابن المواز: «ذلك جائز، فمن احتاج منهم، فله بيع حظه، لأن سنة الحبس عدم الرجوع. وإذا اشترط المحبس بيعه؛ كان له شرطه»⁽⁴⁾.

وحكى الونشريسي أن مالكا سئل عمّن حبس على ولده حبساً، وشرط لهم إن احتاجوا باعوا، فلحقهم دين، أن لأصحاب الدين بيع الحبس من أجل ما شرطه من البيع عند حاجتهم⁽⁵⁾. وقد نظم ذلك المتحف عاطفاً على ما يسوغ اشتراطه بقوله:

..... ❖ وَيَبِيعُ حَظُّ مَنْ يَفْقَرُ ابْتُلِيَ⁽⁶⁾

(1) قرار عدد 293، الصادر بتاريخ 21 فبراير 1989، في الملف الشرعي عدد 86/6977.

(2) هو أبو بكر بن أبي يحيى الوقار. كان حافظاً للمذهب، ألف كتاب السنة ومختصرين في الفقه. تفقه بآب وهب وابن عبد الحكم وأصبغ وأشهب وغيرهم، وروى عنه إسحاق بن إبراهيم ومحمد بن مسلم وغيرهما. كان يغلو في مالك ويتعصب له على أبي حنيفة. عدّه الشيرازي في صفار الأخذيين عن مالك. توفي سنة 250 هـ المداك: 36-38، والديباج: 18/2 (رقم 12).

(3) الجواهر: 964-965.

(4) النوادر: 23/12، والتوضيح: 354/7.

(5) المعيار: 421/7.

(6) التحفة: 86 (عجز بيت 1170).

وقد ألزم ابن عبد الرقيق المحبس عليه إثبات حاجته واليمين على ذلك، إلا أن يشترط المحبس أنه مصدق من غير إثبات. المعين: 725/2.

وجعل الكرسيفي⁽¹⁾ الأحباس على قسمين: قسم لا يجوز بيعه أصلاً؛ ولو دثر وخرب ما حوله، واحتاج الموقوف عليه. وهو ما إذا اشترط الواقف عدم البيع. وقسم بجواز بيعه ابتداءً، ولم يذنب بائعه ولا مشتريه. وهو ما إذا شرط المحبس في تحبيسه بلفظ صريح أو عرف قام مقامه، أن من احتاج إلى بيعه من المحبس عليهم باعه.⁽²⁾

ومسألة بيع الحبس، اختلف فيها أهل المذهب. فقد قال ابن رشد: «مذهب المدونة أن الربيع المحبس لا يباع، بأن خشي عليه الخراب.» قال مالك: «ما جعل في سبيل الله لا يباع. وجلّ الأحباس قد خربت، فلا شيء أدل على سنتها منها. ألا ترى أنه لو كان البيع يجوز فيها لما أغلفه من مضى من صدر هذه الأمة، ولكن بقاؤه خراباً دليل على أن بيعه غير مستقيم.»⁽³⁾

وابن الماجشون يرى ألا يباع وقف؛ وإن ذهب منفعتة؛ إلا أن يكون بشرط. وروي عن ربيعة⁽⁴⁾ إجازته بيع الربيع المحبس إذا خرب، ليعوض به آخر.⁽⁵⁾

قال ابن الجلاب: «ومن حبس عقاراً فخرّب؛ لم يجز له بيعه.»⁽⁶⁾ ومثله ابن أبي زيد بقوله: «ولا يباع الحبس وإن خرب... لأن بقاء أحباس السلف دائرة، دليل على منع بيعها وميراثها.»⁽⁷⁾

ومن فتاوى القابسي، فقد سئل عن رجل حبس عليه شيء، هل له أن يبيعه؟ فأجاب: لا. فإن فعل؛ رد بيعه إن كان موجوداً. فإن لم يوجد، ابتاع بثمنه مثله يقوم مقامه.⁽⁸⁾

وأجاز الوزاني بيع بعض الوقف لإصلاح جلّه إذا تخرّب وافترق إلى الإصلاح، لأنه إذا لم يُبع بعضه للإصلاح، يؤدي إلى فساد جملة وانقطاع منفعتة كلية.⁽⁹⁾

كما سئل ابن علال⁽¹⁰⁾ عن جنان لا تقي غلته بخدمته، فأجاب: «بأن يباع ويعوّض بثمنه ما هو أغبط للحبس.»⁽¹¹⁾

(1) هو عمر بن عبد العزيز الكرسيفي السوسي، من أشهر فقهاء المغرب في القرن 13 هـ. كتب العديد من التأليف والرسائل والتقايد في مسائل فقهية دقيقة، سافر في ذلك على مذهب مالك. وذكر الجشتي أنه من المحققين في فنون العلم؛ فقها ونحوا ولغة وحساباً وتفسيراً وحديثاً وبياناً ومنطقاً وتصنيفاً. وله قصائد وأجوبة وفتاوى. وكان حيسوبياً فرضياً. تخرّج على شيوخ سوس ودرعة وسجلماسة؛ خاصة الهلالي، وفاس؛ أمثال الحضضي صاحب الطبقات. توفي بالوفاة سنة 1214 هـ. المعسول للمختار السوسي: 78-80.

(2) المؤلفات الفقهية الكاملة: عمر الكرسيفي، ت. عمر أفا، مطبعة فضالة، المحمدية، ط1، 2006، ص: 206-207.

(3) المدونة: 100/15.

(4) سبقت ترجمته في ص: 115.

(5) البيان: 204/12، والقوانين: 611، والمنتقى: 130/6، وجامع الأمهات: 452، والتوضيح: 311/7.

(6) التفرع: 310/2.

(7) الرسالة: 230، والنوادر: 7/12. قال الشعبي: «الحبس ممنوع من البيع والميراث.» الأحكام: 93.

(8) الفتاوى: 616.

(9) النوازل الكبرى: 395/8-396.

(10) سبقت ترجمته في ص: 284.

(11) قال المكناسي: «وبه جرت الفتيا.» المجالس: 758.

أما المجلس الأعلى، فقد تضاربت قراراته في هذه المسألة، حيث أكد في قرار له أن: «الحبس لا يمكن تفويته ولا قسمته قسمة بنية، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة الحبس، الذي هو تمليك المنافع وليس تمليك الثروات، وذلك احتراماً لإرادة المحبّس. وإذا وقع البيع أو القسمة، فيفسخان حالاً، كما هو معلوم شرعاً».⁽¹⁾

وجاء في قرار مناقض لسابقه أنه: «قد جرى العمل القضائي بجواز المعاوضة في العين المحبّسة؛ متى توافرت شروطها. ومنها أن تصبح خراباً، لا تغل ولا يرجى عودتها إلى حالتها».⁽²⁾ ومن تلك المسائل أيضاً، أن يحبس الرجل الدار، ويشترط على المحبّس عليه إصلاحها عليه. فقال ابن القاسم: «لم يصلح ذلك ابتداءً، واعتبر ذلك كراءً وليس بحبس».⁽³⁾

واختلف إذا نزل. فقال: مرمتها من غلتها، وأجاز الحبس، وأسقط الشرط. قال ابن المواز: «يرد الحبس ما لم يقبض، ولو اشترط أن يرمّ ما اشترى منها بقدر كرائها جاز».⁽⁴⁾

ومثله ابن أبي زيد قال: «ولو شرط رم ما يسترم منها من أموالهم، بقدر كرائها، جاز ذلك».⁽⁵⁾ وكذا ابن شاس: «ولو شرط الواقف للدار أن إصلاح ما رث على الموقوف عليه، لم يجز ذلك ابتداءً ولكن إن وقع ذلك مضى الوقف، وبطل الشرط، والمرمة من الغلة».⁽⁶⁾

واختصر ذلك ابن الحاجب بقوله: «ولو شرط الواقف إصلاحها عليه لم يقبل».⁽⁷⁾ ومعنى قول المؤلف (لم يقبل): أن يمضي الحبس، ويسقط الشرط.⁽⁸⁾

وقال المتيطي: «إن شرط المحبّس أن إصلاحه من مال المحبّس عليه، فشرطه ساقط، وإصلاحه من غلته».⁽⁹⁾

وذكره الشيخ خليل في مبطلات الحبس قائلاً: «لا بشرط إصلاحه على مستحقه... إلا من غلتها على الأصح».⁽¹⁰⁾

(1) (محكمة النقض حالياً)، قرار عدد 155، الصادر بتاريخ 02 دجنبر 2009، في الملف الشرعي عدد 07/253.

(2) قرار عدد 1276، الصادر بتاريخ 22 مارس 2011، في الملف الشرعي عدد 09/1/1/4349.

(3) المدونة: 104/15-105.

(4) التبصرة: 3445، والجامع: 301-299.

(5) النوادر: 102/12.

(6) الجواهر: 974. الرث: هو ردئ المتاع والبالى من كل شيء، وكذا أسقاط البيت. الصحاح والمجمل والمقاييس واللسان والتاج، مادة، (رث).

(7) جامع الأمهات: 452.

(8) التوضيح: 312/7.

(9) مخطوط مختصر المتيطي: ورقة 244. وقد نقلها ابن عرفة في مختصره: 492/8.

والمتيطي سبقت ترجمته في ص: 98.

(10) المختصر: 252.

ومن المسائل، من جعل مرجع الحبس إلى وارثه، أو قال إلى من شئت، فقال ابنُ القاسم ومطرف: «لا يجوز ذلك للوارث، لا من الثلث، ولا من رأس المال؛ إلا أن يشاء الورثة».⁽¹⁾

وسئل الشيخان أبو عمران⁽²⁾ وأبو بكر بن عبد الرحمن⁽³⁾ عمن حبس حبساً، وشرط إرجاعه إلى بنته إن افتقرت إليه، فأجاب أبو بكر بن عبد الرحمن: «أن هذه وصية لوارث، ويدخل سائر الورثة معها في تلك السكنى». وأجاب أبو عمران: «أن شرطه في تصديقها جائز، لأنه ماله، شرطه فيه ما أحب، والناس عند شروطهم في أموالهم وفيما أعطوه».⁽⁴⁾

ومن تلك المسائل أيضاً، من حبس عقاراً، وشرط أنه يلي حبسه بنفسه. فقد أجازهُ المدنيون⁽⁵⁾ عن مالك، إذا كانت ولاية صحيحة للوجه المحبس عليه، لا يعلم أنه أراد بها الانتفاع حياته.

وروى عنه المصريون⁽⁶⁾ أن الربيع لا ينفذ حبسها ولا يتم حوزها حتى يتولاها غير من حبسها.⁽⁷⁾ وهو ما ذكره الشيخ خليل في مبدلات الحبس قائلاً: «أو على أن النظر له».⁽⁸⁾

وهذا ما نصت عليه م.32 من (م. الأوقاف) بقولها: «يبطل الوقف إذا احتفظ الواقف لنفسه بتدبير الأموال التي وقفها إلى غاية حدوث المانع ما لم يكن نائباً شرعياً للموقوف عليه».

جملة الكلام، إن شرائط الواقف السائغة، يلزم متابعتها قدر الإمكان، ولا يجوز مخالفتها؛ إلا لمصلحة الوقف.

وإذا اقترن الوقف بشرط فاسد، صح الوقف وبطل الشرط.

وفي مسألة التحبيس عن بعض الولد دون بعض لم يختلف قول مالك في جوازها ونفوذها بعد وقوعها. وكره إخراج البنات من الحبس. ورأى أن ينقض، ويدخل فيه البنات؛ ما لم يفت. فإذا فات؛ مضى على شرطه. وقيل: من أخرج البنات؛ بطل وقفه.

ولا يجوز للمحبس أن يشترط أن من تزوج من بناته، فلا حق لها. ويفسخ في ظاهر قول مالك على كل حال؛ وإن مات المحبس بعد أن حيز عنه الحبس. خلاف مذهب ابن القاسم الذي رأى أنه يمضي إذا فات ولا ينقض. واعتبرت مدونة الأوقاف الوقف صحيحاً والشرط باطلاً.

(1) النوادر: 69/12.

(2) سبقت ترجمته في ص: 129.

(3) سبقت ترجمته في ص: 129.

(4) المعيار: 421-420/7.

(5) المدنيون: يشار بهم إلى ابن كنانة وابن الماجشون ومطرف وابن مسلمة ونظراؤهم.

(6) المصريون: ويقصد بهم: ابن القاسم وأشهب وابن وهب وأصبغ وابن عبد الحكم وأقرانهم.

(7) الكافي: 1017، والجواهر: 973، وجامع الأمهات: 452، والتوضيح: 310/7.

(8) المختصر: 251، والمواهب: 637/7، والمنح: 124/8.

ويجوز التحبيس على الولد، بشرط إن احتاج باع. ويجوز بيع الوقف إذا انقطعت أو كانت غلته لا تفي بصائره.

أما الحبس بشرط إصلاحه على المحبّس عليه، لم يجزه ابنُ القاسم ابتداءً. وإن وقع أمضاه، وأبطل الشرط، والمرمة من الغلة. وردّه ابنُ المواز؛ ما لم يقبض.

ولا يجوز الحبس بشرط مرجعه إلى وارث المحبّس؛ إلا أن يشاء الورثة.

واختلف فيمن حبّس عقاراً على أن النظر له. فأجازّه المدنيون عن مالك، إذا لم يعلم أنه أراد بها الانتفاع حياته. وروى عنه المصريون المنع حتى يتولّى النظر غير محبّسها.

المطلب الثالث: الأجل في الوقف

من مشهورات المسائل في هذا الباب، إبقاء الشيء الموقوف في يد صاحبه وعدم إخراجه إلى أجل وفاته. فقد قال ابنُ القاسم في الرجل يحبس حائطه في الصحة، فلا يخرجها من يديه حتى يموت، أنه لا يجوز؛ إلا أن يخرجها من يديه قبل أن يموت، أو يوصى بإنفاذها في مرضه؛ فتكون من الثلث. وهو قول مالك.⁽¹⁾

وقال ابنُ كنانة: «ومن حبس داراً، فانتفع ببعضه حتى مات، فلا يدخل في الحبس ما انتفع به منه، والباقي نافذ إن حيز عنه».⁽²⁾

وشرط الوقف خروجه عن يد الواقف، وتركه الانتفاع به قبل فلسه وموته ومرض موته؛ وإلا بطل،⁽³⁾ وقال الشيخ خليل عاطفاً على المبطلات: «أو لم يحزه... قبل فلسه وموته ومرضه».⁽⁴⁾

ومثله المتحف ناظماً: وَالْحَوْزُ شَرْطُ صِحَّةِ التَّحْيِيسِ ❖ قَبْلَ حُدُوثِ مَوْتٍ أَوْ تَفْلِيسٍ⁽⁵⁾

وسئل ابنُ الحاج عمن حبس جميع أملاكه، واستثنى استغلال بعضها مدة حياته، فإذا مات لحق ذلك بالحبس. فأجاب: «بأنه يصح؛ إذا كان استغلاله ثلث ذلك فأقل. وإن كان أكثر من الثلث؛ بطل الجميع؛ إن كان الحبس على صغار ولده، وكان هو الحائز. وأما إن قبضه منه الكبار؛ فيصح لهم ما قبضوه واستغلوه؛ وإن كان المستثنى أكثر من الثلث. أما إن استثنى ثلث الغلة، ينتفع به مدة حياته، ويلحق بالحبس بعد وفاته؛ فذلك جائز».⁽⁶⁾

وأجاب الوزاني عن هذه المسألة بأن المستثنى عن الحبس هو داخل فيه، فلم يبق شك في بطلان الحبس بتمامه، لكون المستثنى أكثر من الثلث.⁽⁷⁾

وهو ما دأب عليه المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) في عدة قرارات، منها: «من المقرر فقها؛ أن من حبس في صحته، وقال ينفذ بعد الموت، فإن ذلك يكون في الثلث إذا كان المحبس عليه غير وارث. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه تكون قد صادفت الصواب عندما حوّلت الالتزام من حبس إلى وصية، وذلك بترتيبها خروج الحبس المعقود من لدن المحبس، الذي وقف نفاذه إلى ما بعد مماته، مخرج الوصية، ويحصره في حدود الثلث».⁽⁸⁾

(1) المدونة: 108/15.

(2) النوادر: 114/12. وابنُ كنانة سبقت ترجمته في ص: 117.

(3) المعونة: 1600، والجواهر: 966، والتفريع: 308/2، والقوانين: 610، والمقدمات: 419/3، والجامع: 289/6.

(4) المختصر: 251.

(5) التحفة: 86 (بيت 1174).

(6) الفتاوى: 424. وابنُ الحاج سبقت ترجمته في ص: 205.

(7) النوازل الكبرى: 409/8.

(8) قرار عدد 2794، الصادر بتاريخ 15 يوليوز 2009، في الملف الشرعي عدد 08/2730.

وفي قرار آخر، قضت محكمة النقض أن: «التحبس إذا لم ينجزه الحبس قيد حياته؛ بأن أوقفه لما بعد وفاته، يخرج مخرج الوصية لغير الوارث، والتي تجوز أيضا للوارث، شريطة إجازة باقي الورثة. ولا يعد التحبس قابلا للإبطال لعدم حصول الحوز من الحبس عليه قبل حصول المانع، ما دام الحبس هو الذي منع الحوز بإرادته؛ بأن جعل حبسه لا يخرج إلا بعد وفاته، ويأخذ تصرفه هذا حكم الوصية»⁽¹⁾.

ومن تلك المسائل أيضاً، أجل إخلاء الوقف من شواغل الحبس وحوائجه. فقد قال المتيطي: «ولا يسكن الدور المحبسة؛ حتى يخليها من نفسه عاماً أو أكثر. فإن عاد إلى سكناها قبل مرور العام أو شغلها بمتاعه، ومات قبل أن ينتقل عنها وتصح حيازتها؛ بطلت الحباسة فيها، ورجعت ميراثاً. وإن عاد إلى سكناها والانتفاع بها، بعد مرور العام؛ نفذ الحبس. وإن مات فيها؛ لم يوهن ذلك الحبس إذا كان رجوعه إليها بالكراء وأشهد على ذلك»⁽²⁾. هذا هو القول المشهور المعمول به. فالمتيطي لم يفرق بين المحجور وغيره في عدم البطلان بعودة الحبس للسكنى بعد عام؛ خلافاً لابن رشد، الذي رأى أن القول بحياسة العام في المالكين أمورهم. وأما الصغار، فمتى سكن أو عمر؛ ولو بعد عام؛ بطل⁽³⁾.

قال الشيخ خليل عاطفاً على ما يبطل: «أو عاد لسكنى مسكنه قبل عام»⁽⁴⁾.

وقد نظم هذا حمدون المزوار⁽⁵⁾ فقال:

رُجُوعٌ وَأَقِفٌ لِمَا قَدْ وَقَفَا ❖ بَعْدَ مُضِيِّ سَنَةٍ قَدْ خَفَّفَ

عَلَى صَبِيٍّ أَوْ ذِي رُشْدٍ ❖ وَاعْتَرِضَتْ طَرِيقَةُ ابْنِ رُشْدٍ⁽⁶⁾

ومثله المتحف ناظماً هذه الأحكام بقوله:

وَمَنْ يُحْبَسُ دَارَ سُكْنَاهُ فَلَا ❖ يَصِحُّ إِلَّا أَنْ يُعَايِنَ الْخَلَا

وَنَافِذُ تَحْبِيسٍ مَا قَدْ سَكَنَهُ ❖ بِمَا كَالَاكْتِرَاءِ مِنْ بَعْدِ السَّنَةِ

إِنْ كَانَ مَا حُبْسَ لِلْكَبَارِ ❖ وَمِثْلُ ذَلِكَ فِي الْهَبَاتِ جَارِي⁽⁷⁾

(1) قرار عدد 909، الصادر بتاريخ 11 فبراير 2012، في الملف المدني عدد 09/3/1/695.

(2) مخطوط مختصر المتيطية: ورقة 242. والمتيطي سبقت ترجمته في ص: 98.

(3) نقل هذا الكلام صاحب الإقتان: 276-277.

(4) المختصر: 251، والمواهب: 637/7، والمنح: 124/8.

(5) هو أبو العباس حمدون المزوار ابن الحاج، من مشاهير علماء فاس وفضلائها. قرأ على أئمة فاس: كابين عاشر وابن عمران وغيرهما، وأخذ

عنه جماعة من أعيان العلماء؛ كابين الحاج وبُردلة. كان من أهل البراعة في الفنون والمهرة من العلوم تملأ من المعقولات، فبلغ فيها الغاية.

وله باع في التفسير والفقه وغيرهما، كما كان دقيق النظر في الأبحاث مرجوعاً إليه في المشكلات. توفي سنة 1084 هـ. الصفوة: 297-298 (رقم

22)، وسلوة الأنفاس: 96-97 (رقم 952).

(6) المنح: 152/8، والإقتان: 276-277.

(7) التحفة: 86 (بيت 1166-1168).

ومن حبس داراً وهو في بعضها وحيز الباقي. فقال ابن القاسم وأشهب: «إن سكن أكثرها، بطل الجميع. وإن سكن اليسير منها، وهو الثلث فدون، نفذ الحبس في جميعها». وخالفهما عبد الملك، فقال: «إذا كان حوز غيره ما لم يسكن بطل ما سكن، وجاز ما لم يسكن مما قد حيز، سواء سكن القليل أو الكثير».⁽¹⁾

فوجه القول بأنه لا يبطل إذا كان سكناً يسيراً، هو أن ذلك لا تهمة فيه أن يكون أراد الانتفاع بماله حياته، وصرفه عن ورثته بعد موته. ولأن سكناه في الغالب لمراعاته وحفظه والنظر في مصالحه.

ووجه القول بأنه ينفذ ما لم يسكن ويبطل ما سكن، لأن ما سكن لم يحز عليه، فلم ينفذ حبسه عليه، وما لم يسكنه؛ فقد حيز عليه؛ فزالته التهمة فيه، فوجب نفوذ الحبس فيه. ووجه منع الجميع، أن الحبس إذا كان واحداً؛ بطل جميعه ببطالان بعضه، لأن حكمه واحد غير متبعض.⁽²⁾

خلاصة الأمر، أنه لا يجوز الحبس مع إبقاء الشيء الموقوف في يد صاحبه، وعدم إخراجه إلى أجل وفاته.

ويصح تحبيس جميع الأملاك، واستثناء استغلال بعضها مدة حياة الواقف، ويلحقه بعد موته بالحبس؛ إذا كان استغلاله الثلث فأقل. وإن كان أكثر من الثلث؛ بطل الجميع؛ إن كان الحبس على صغار الولد، وكان هو الحائز. ويصح ما قبضه الكبار؛ وإن كان المستثنى أكثر من الثلث.

ويخرج الحبس في صحة المحبس، ووقف نفاذه لما بعد موته مخرج الوصية لغير الوارث، ويتوقف على إجازة الورثة إن كان لوارث.

وإن عاد المحبس إلى سكنى حبسه قبل مرور العام، ومات قبل أن ينتقل عنه وتصح حيازته؛ بطلت الحباسة فيه، ورجعت ميراثاً. وإن كان العود بعد مرور العام؛ نفذ. ورأى ابن رشد أن القول بحيازة العام في المالكين أمورهم. وأما الصغار، فمتى سكن أو عمر؛ ولو بعد عام؛ بطل. ومن حبس داراً وهو في بعضها وحيز الباقي. فإن ما حيز لزم دون الباقي، وإن كان كثيراً لزم الجميع.

(1) النوادر: 118-114/12، والجامع: 306-303/6، والكافي: 1018، والجواهر: 982، والتفريع: 311/2.

(2) المعونة: 1605.

المطلب الرابع: الوقف في القانون

تعتبر الأملاك الوقفية من الحقوق المستثناة من التقييد في السجلات العقارية. ذلك أن عدم تسجيل الوقف بالرسم العقاري لا يمكن أن يؤثر في صحة موضوعه، أو يحد من آثاره في نقل الحق للمحبس عليه.

وقد أكد المجلس الأعلى في أحد قراراته على هذه المسألة، حيث جاء فيه: «إن المحكمة التي رفضت تسجيل عقد التحبيس في الرسم العقاري للعقار المحبس، بعله أنه لم يسجل في حياة المحبس، وبذلك يفقد أهم أركانه. في حين أنه كان على المحكمة أن تناقش النازلة وفق قواعد الفقه الإسلامي، التي تقرر أن عقد التحبيس متى استوفى شروطه المعتبرة فقها وتوثيقا؛ كان صحيحا ووجوده ثابتا، ويسجل في الرسم العقاري؛ ولو عارض فيه ورثة المحبس».⁽¹⁾

وتجدر الإشارة إلى مسألة بالغة الأهمية، وهي أن الأملاك الوقفية العامة وحقوق الارتفاق المقررة لخدمة العقارات الوقفية لا يمكن اكتسابها بالحيازة مهما طال أمدها وفق صريح م. 261-2 من (م ح ع) أنه: لا تكتسب بالحيازة الأملاك المحبسة.

وتجد هذه القاعدة المستثناة من الأصل سندها في الفقه الإسلامي، وهي أنه لا حيازة على الحبس وإن طالت. فمتى قامت الحجة على الوقف، فإنه ينتزع ممن هو تحت يده مهما طالت مدة حيازته، لتعلق حق الحبس بحق الله تعالى وحق الغائب. وهو ما قرره محكمة الاستئناف بطنجة في أحد قراراتها جاء فيه: «ادعاء المستأنف للحيازة الطويلة الأمد يبقى غير منتج، على اعتبار أن الأملاك الحبسية لا تكتسب بالحيازة الطويلة الأمد ولو استغرقت كل شروطها».⁽²⁾

كما أنه لا يمكن مواجهة الأملاك الوقفية بقاعدة الأثر الإنشائي للتقييد العقاري متى ثبت أن العقار محبس. حيث تنص م. 54 من (م. الأوقاف) على أن: «...الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ، شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين.

وإذا ثبت أن العقار المذكور موقوف وقفا عاما بناء على الحكم الصادر بذلك والحائز لقوة الشيء المقضي به، فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق، ويقيّد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في اسم الأوقاف العامة».⁽³⁾

(1) (محكمة النقض حاليا) قرار عدد 579، الصادر بتاريخ 13 فبراير 2002، في الملف المدني عدد 95/4054.

(2) قرار عدد 485، الصادر بتاريخ 22 ماي 2008، في الملف الشرعي عدد 07/8/36.

(3) والاستثناء هنا محصور في الأوقاف العامة والأوقاف المشتركة التي تخضع لنفس الأحكام المطبقة على الأموال الموقوفة وفقا عاما طبقا ل م. 129 من (م. الأوقاف). أما الوقف المعقب، فهو لا يشكل استثناء من المبدأ المذكور، ولا يمكن التمسك به للتشطيب على الحق العيني المقيد بالرسم العقاري على ضوء عملية التحفيظ.

والقضاء بدوره قد تبنى مبدأ عدم مواجهة الأوقاف بالأثر التطهيري الناجم عن مسطرة التحفيظ العقاري، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) أن: «الحبس لا يظهر بالتحفيظ، فيمكن للجهة المحبّس عليها أن ترفع الدعوى بشأن الحبس؛ ولو كان في طور التحفيظ؛ بل حتى لو حصل تحفيظه، لأن ثبوت حبسه يبطل تحفيظه».⁽¹⁾

وفي قرار آخر لمحكمة الاستئناف بطنجة جاء فيه: «لا يمكن الاحتجاج بالتطهير الناتج عن تحفيظ العقار تجاه حقوق محبّسة».⁽²⁾

وبذلك يكون المقتن قد أوكل للملك الوقفي حماية خاصة، حينما اعتبر أن عدم تسجيل رسم التحبّيس بالرسم العقاري لا ينال من صحته، ما دامت الحيازة المادية ثابتة.

كما أن الأملاك الوقفية لا يمكن اكتسابها بالحيازة؛ مهما طال أمدها. وجعل حجية قاعدة التطهير الناجمة عن تأسيس الرسم العقاري نسبية في مواجهته.

(1) قرار عدد 688، الصادر بتاريخ 20 فبراير 2008، في الملف المدني عدد 06/2162.

(2) قرار عدد 363، الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 1983، في الملف المدني عدد 2/82-358.

المبحث الثالث: عقد القرض

يعد القرض من باب المعروف والإرفاق والإحسان، شُرِعَ للتعاون بين الناس وتفريج كرب المحتاجين، لا يطلب من ورائه؛ إلا الثواب الجزيل. فإذا ابتُغي من ورائه نفعاً، فقد خرج بذلك عن موضوعه. لأن المنفعة فضل لا يقابله عوض.

وقد انحصرت أصول هذا المبحث في أربعة مطالب.

رام **المطلب الأول** بيان حقيقة عقد القرض وحكمه وأصل جوازه، وهل كل ما جاز بيعه جاز قرضه؟

أما **المطلب الثاني**، فقد تغيّاً تفصيل مسائل الشروط، وهل يبطل القرض المقترن بالشروط الفاسد، أم أن القرض يصح ويلغى الشرط؟

وهل كل زيادة في سلف أو منفعة ينتفع بها المقرض هي ربا؟

وهل تجوز هدية الغريم؟ وهل يلحق بالهدية مبايعته؟

وهل يجوز اشتراط القضاء في غير بلد القرض؟

وهل يجوز السلف بشرط الحوالة؟

وبسطت القول في **المطلب الثالث** على مسألة الأجل، وهل يجوز للمقرض المطالبة بالقرض وتعجيله قبل الأجل؟

وهل يجوز إجبار المقرض على أخذ الدّين عند تعجيله قبل أجله، أو أنه مخير بين قبوله قبل أجله، أو رده إلى حلول الأجل؟

وهل يجبر الدائن على قبول بعض القرض دون كله؟

على أن كان **المطلب الرابع** معقوداً للكلام على الفوائد البنكية في القرض، وهل تدخل المعاملات البنكية في دائرة مبدأ تحريم التعامل بالفائدة المنصوص عليه في ف.870 من (ق ل ع)؟ وهل يفترض اشتراط الفائدة مقدماً في المعاملات التجارية، أو إذا كان أحد أطراف المعاملة شخص معنوي؟

وهل يمكن أن يتحمل المقرض تعويضاً في حالتي التسديد المبكر أو التوقف عن الأداء؟

وهل الحكم بالفوائد القانونية يغني عن الحكم بالتعويض نتيجة التأخير في التنفيذ؟

وهل يمكن للبنك الجمع بين الفوائد القانونية وبين التعويض عن الضرر، إذا كانت الفوائد القانونية لا تكفي وحدها لتغطية كامل الضرر؟

المطلب الأول: التعريف بالقرض

أصل القرض عند أهل اللغة من القطع، كأن الإنسان يقطع قطعة من ماله للمقترض. والقرض هو ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه. وكل أمر يتجازى به الناس فيما بينهم، فهو من القروض.⁽¹⁾ وقد قيل سمي السلف قرضاً، لأن الله تعالى يجازي عليه بثوابه. وهذا معترض، لأن هذا الاسم كان معروفاً في الجاهلية وهم لا يطلبون من الله جزاءً، ولا يعترف أكثرهم بمعاد.⁽²⁾ أما حقيقته الفقهية، فهي معلومة للعامة؛ فضلاً عن الفقهاء.⁽³⁾ وقد عرفه ابن شاس بقوله: «هو دفع المال على جهة القرية لينتفع به آخذه، ثم يتخير في رد مثله أو عينه ما كان على صفته».⁽⁴⁾ وعرفه ف.856 من (ق ل ع) بقوله: «عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال وأشياء منقولة أخرى، لاستعمالها، بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة».⁽⁵⁾ وأصل القرض من الكتاب، قوله ﷺ: «مَنْ ذَا الَّذِي يُفْرِضُ اللَّهُ قَرْضاً حَسَناً فَيُضْلِعُهُ لَهُ؛ أَضْعَافاً كَثِيراً وَاللَّهُ يَفِيضُ وَيَبْضُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ»⁽⁶⁾، وقوله ﷺ: «مَنْ ذَا الَّذِي يُفْرِضُ اللَّهُ قَرْضاً حَسَناً فَيُضْلِعُهُ لَهُ وَلَهُ أَجْرٌ كَرِيمٌ»⁽⁷⁾، وكذا قوله ﷺ: «إِنْ تُفْرِضُوا اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً يُضْلِعُهُ لَكُمْ وَيَغْفِرَ لَكُمْ وَاللَّهُ شَكُورٌ حَلِيمٌ»⁽⁸⁾.

ودليله من السنة ما روي عن أبي رافع⁽⁹⁾ مولى رسول الله ﷺ أنه قال: «اسْتَسْلَفَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَكْرًا، فَجَاءَتْهُ إِبِلٌ مِنَ الصَّدَقَةِ. قَالَ أَبُو رَافِعٍ: فَأَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَةً».⁽¹⁰⁾ وكذلك حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ».⁽¹¹⁾

(1) الصحاح والتهذيب والمقاييس واللسان: مادة (قرض).

(2) التنبيهات: 1585-1586.

(3) التوضيح: 62/6.

(4) الجواهر: 758.

(5) يلحظ أن المقتن قد جعل القرض عارية استهلاك، والواقع أنه لا صلة بينهما، لأن جوهر كل منهما وحقيقته فهي مختلفة. فالقرض يرد على العين، والعارية ترد على المنفعة؛ وإن كان يجمعهما أنهما من عقود التبرعات.

(6) سورة البقرة، الآية: 243.

(7) سورة الحديد، الآية: 11.

(8) سورة التغابن، الآية: 17.

(9) سبقت ترجمته في ص: 136.

(10) طرف من حديث أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما يجوز من السلف، (برقم 89). ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه، وخيركم أحسنكم قضاء، (برقم 1600). قال ابن عبد البر: «هذا حديث مسند جيد، وهو حجة وملجأ لمن قال به».

الاستذكار: 51/21.

(11) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب كل معروف صدقة، (برقم 6021). وأورده ابن عبد البر في التمهيد غير مسند. (208/3).

والقرض فعل معروف وجائز في سائر الممتلكات اللواتي يجوز بيعهن.⁽¹⁾ قال ابن عبد البر: «كل ما جاز بيعه، جاز قرضه»،⁽²⁾ لأن فيه خير وبر، قاله ابن فتحون⁽³⁾. لذلك يستخف فيه ما لا يستخف فيما خرج على وجه البيع والمكايسة.⁽⁴⁾

قال المتحف:

الْقَرْضُ جَائِزٌ وَفِعْلٌ جَارٍ ❖ فِي كُلِّ شَيْءٍ مَا عَدَا الْجَوَارِي⁽⁵⁾

وذلك بشرط ألا يجبر منفعة للمقرض، لأجل مصلحة المعروف للعباد. فإذا اشترط منفعة؛ فليس معروفاً. قال اللخمي: «والسلف الجائز ما أريد به المعروف من المتسلف. وإلا خرجت عن المعروف وصارت معاوضة وغرراً».⁽⁶⁾ لذلك اشترط تمحض المنفعة للأخذ، وبشرط ألا ينضم إليه عقد آخر؛ كالبيع وغيره.⁽⁷⁾

وأصله: الندب، وقد يجب عند الضرورة. وهو أعظم المعروف يقبله الأحرار الممتنعون من تحمل المن. وقد قال بعض السلف: «كان أحدا لا يعد لنفسه مالاً، ثم ذهب ذلك وبقي الإيثار، ثم ذهب ذلك وبقي القرض».⁽⁸⁾

والقرض؛ وإن كان في أصله ربا، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، لكنه أبيع؛ لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على أصل المنع؛ لكان في ذلك ضيق على المكلفين.⁽⁹⁾ وهو ليس برخصة، لأنه مشروع؛ وإن زال العذر. فيجوز للإنسان أن يقترض؛ وإن لم يكن به حاجة إلى الاقتراض.⁽¹⁰⁾

والحاصل أن القرض فعل معروف وجائز في كل ما جاز بيعه، بشرط ألا يجبر منفعة للمقرض، وألا ينضم إليه عقد آخر. وأصله: الندب، وقد يجب عند الضرورة.

(1) المعونة: 998، والتبصرة: 2932، والقوانين: 481.

(2) التمهيد: 66/4. وقد نص ف. 859 من (ق ل ع) على أنه: «يصح أن يرد القرض على:

- الأشياء المنقولة، كالحيوانات والملابس والأثاث.

- الأشياء التي تستهلك بالاستعمال، كالأطعمة والنقود».

(3) هو خلف بن سليمان بن فتحون، يكنى أبا القاسم، كان فقيهاً، وأديباً، وشاعراً. روى عن الباجي وابن مفلح وغيرهما. له كتاب في الشروط، سماه كتاب التمهيد للحكام في بيان العقود والأحكام، غير كامل التأليف. توفي سنة 505 هـ. الصلة: 242/1 (395).

(4) التبصرة: 2879. لأن مبنى القرض على الرفق، وما بني على الرفق جاز فيه المسامحة ما لم يجز في غيره.

(5) التحفة: 93، (بيت 1305).

(6) التبصرة: 4844.

(7) الجواهر: 759، والقوانين: 481.

(8) الذخيرة: 295/5.

(9) الموافقات: 194/5-195. قال المقرئ: «شُرّع السلف للمعروف، ولذلك استثنى من الربا، ترجيحاً لمصلحة الإحسان على مصلحة انتقاء الربا؛ إذ من عادة الشرع تقديم أعظم المصلحتين على أدناها. فإذا جر نفعا بطلت مصلحة الإحسان بالمكايسة، فبقيت مفسدة الربا

سائلة عن المعارض فيما فيه الربا، وخالف الجميع مقصود الشرع في المشروعية، فبطل مطلقاً». القواعد: 446 (قاعدة 955).

(10) الموافقات: 468/1 و83/2.

المطلب الثاني: الشروط في القرض

من مشهورات مسائل الشروط في القروض عند أهل المذهب، اشتراط الزيادة في السلف. فقد قال مالك: «لا بأس أن يقبض من أسلف شيئاً أفضل مما أسفله؛ إذا لم يكن ذلك على شرط منهما أو عادة. فإن كان ذلك على شرط أو وأي؛ فذلك مكروه ولا خير فيه»⁽¹⁾.

واحتج بما روي عن أبي رافع رضي الله عنه أنه قال: «استسلف رسول الله ﷺ بكرة، فجاءته إبل من الصدقة. قال أبو رافع: فأمرني رسول الله ﷺ أن أقضي الرجل بكره، فقلت: لم أجد في الإبل إلّا جملاً خياراً رباعياً»، فقال رسول الله ﷺ: «أعطه إياه، فإن خيار الناس أحسنهم قضاء»⁽²⁾.

وقد حكى ابن عبد البر إجماع أهل المذهب على ذلك، فقال: «لا أعلم خلافاً فيمن اشترط الزيادة في السلف؛ أنه رباً حرام لا يحلّ أكله. فإن أعطى المقرض للمقرض أفضل مما أقرضه، فإنه يطيب له أخذه منه، لأنه ﷺ أتى على من أحسن القضاء، وأطلق ذلك ولم يقيده بصفة»⁽³⁾.

وعن مجاهد⁽⁴⁾، أنه قال: «استسلف ابن عمر رضي الله عنه من رجل دراهم، ثم قضاها دراهم خيراً منها. فقال الرجل: يا أبا عبد الرحمن، هذه خير من دراهمي التي أسلفتك. فقال ابن عمر رضي الله عنه: قد علمت، ولكن نفسي بذلك طيبة»⁽⁵⁾.

وبلغ مالكا أن رجلاً أتى ابن عمر رضي الله عنه، فقال: «يا أبا عبد الرحمن، إني أسلفت رجلاً سلفاً، واشترطت عليه أفضل مما أسلفته. فقال ابن عمر: فذلك الربا».

وعن نافع، أنه سمع ابن عمر يقول: «من أسلف سلفاً، فلا يشترط إلا قضاء». وقال ابن مسعود رضي الله عنه: «من أسلف سلفاً، فلا يشترط أفضل منه. وإن كانت قبضة من علف؛ فهو ربا»⁽⁶⁾. ولم يجز ابن القاسم أن يأخذ في القرض زيادة العدد؛ إلا مثل رجحان الميزان⁽⁷⁾. وقال ابن أبي زيد: «ولا يجوز سلف يجز منفعة»⁽⁸⁾.

(1) الموطأ: 681. والوأي: الوعد.

(2) مضي تخريجه في ص: 332. والبكر: الدنيء، والخيار والرباع من الخيل والإبل: ما ألقى رباعيته. الذخيرة: 286/5.

(3) التمهيد: 68/4، والاستذكار: 49/21.

(4) سبقت ترجمته في ص: 260.

(5) رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما يجوز من السلف، (برقم 90).

(6) الموطأ: 682، والمدينة: 133/9-134.

(7) النوادر: 366/5. وانظر: الكافي: 728، والمقدمات: 31/5، والرسالة: 213.

(8) الرسالة: 213. وقال ابن الحاجب مختصراً: «وشروطه: ألا يجز منفعة للمقرض». جامع الأمهات: 374. ومثله الشيخ خليل عاطفاً على ما يحرم في القرض: «أو جر منفعة». المختصر: 196. ونظم المتحف ذلك بقوله: وَشَرْطُهُ أَنْ لَا يَجُزَّ مَنْفَعَةٌ ❖ وَحَاكِمُ بِذَلِكَ كُلِّ مَنْعَةٍ التحفة: 93، (بيت 1306). وقال المقرئ: «شرط القرض أن لا يجز منفعة للمقرض». القواعد: 426 (قاعدة 904).

وقد اعتبر حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 1343، بتاريخ 09 ماي 2005، في الملف المدني عدد 04/2/444 أن: «الممارسة العرفية برهن المنازل من السلف الجار نفعاً. ويترتب عليه بطلان الالتزام». لأن الرهن يقبض لتوثيق الدين لا للانتفاع به، إلا أن يشترط.

ومن المسائل المشهورة في هذا الباب، أكل هدية الغريم، واختلاف السلف والخلف فيها.

فمن مجيزي أكل هدية المديان، عبيد الله بن الحسن⁽¹⁾ الذي لم ير بأساً في ذلك. ورؤي عن ابن عمر رضي الله عنه، أنه كان له صديق يسلفه، وكان ابن عمر رضي الله عنه يهدي له.

ومن المانعين لذلك، ما رؤي عن أبي بن كعب وعبد الله بن سلام⁽²⁾، أنهما كرها أكل هدية الغريم. وقال مالك: «لا يصلح ذلك». ومثله الليث⁽³⁾ كارهاً قبول هدية الغريم.

وقال أنس رضي الله عنه: «إذا أقرضت رجلاً قرضاً، فلا تتركب دابته، ولا تقبل هديته؛ إلا أن يكون قد جرت بينك وبينه قبل ذلك مخالطة»⁽⁴⁾.

وهذا القول هو الذي اختاره ابن الحاجب، حيث قال: «وهديته لا تجوز؛ ما لم يكن مثلها قبل، أو حدث موجب»⁽⁵⁾. ومثله الشيخ خليل مختصراً: «وحرّم هديته؛ إن لم يتقدم مثلها»⁽⁶⁾.

وهذا هو الأحوط في اعتقادي، لأن هدية المديان لصاحب الدين، ذريعة إلى التأخير بزيادة؛ ما لم يكن بينهما اتصال واختلاط، يُعلم منه أن هديته ليس لأجل الدين.

فإذا وقعت الهدية على الوجه الممنوع؛ ردت مع القيام. فإن فاتت؛ فكالبيع الفاسد⁽⁷⁾. لأنها تصرف محرم؛ لتوقع تأخير القرض. والقرض للمنفعة حرام. وهل يلحق بالهدية مبايعته؟

حكى اللخمي قولين: الجواز والكراهة. وأشار إلى تنزيل الخلاف على حالين: فإن استوفى الثمن، أو كانت الزيادة يسيرة؛ مما يتغابن الناس بمثله؛ جاز. وإن كثر الغبن؛ لم يجز⁽⁸⁾.

وقد نص ف. 870 من (ق ل ع) على هذه المسألة بقوله: «اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه، سواء جاء صريحاً، أو اتخذ شكل هدية، أو أي نفع آخر للمقرض، أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطاً له».

(1) هو عبيد الله بن الحسن بن حصّين بن أبي الجر. روى عن خالد الحذاء وداود بن أبي هند وسعيد الجزي. وروى عنه إسماعيل بن سويد وخالد بن الحارث ورافع بن دحية. قال عنه النسائي: فقيه بصري ثقة. وذكره ابن حبان في الثقات وقال: من سادات أهل البصرة فقهياً وعلماً. وقال ابن سعد: كان ثقة محموداً عاقلاً من الرجال. روى له مسلم حديثاً. مات سنة 168 هـ. تهذيب الكمال: 28-23/19 (رقم 3627)، والتهذيب: 7/7-8 (رقم 12).

(2) هو عبد الله بن سلام أبو الحارث الإسرائيلي، حليف الأنصار، أسلم عند قدوم النبي المدينة، وكان من خواص أصحابه، المشهود له بالجنة. شهد مع عمر فتح بيت المقدس والجابية وكذا نهاوند. وذكره ابن سعد في الطبقة الثالثة ممن شهد الخندق. روى عن النبي، وحدث عنه أبو هريرة وأنس وأبو بريدة وآخرون. روى له الجماعة. توفي بالمدينة سنة 43 هـ. تهذيب الكمال: 75-74/15 (رقم 3327)، والتهذيب: 249/5 (رقم 437)، والسير: 426-413/2 (رقم 84).

(3) سبقت ترجمته في ص: 250.

(4) المدونة: 139/9، والاستذكار: 50/21. مع بعض التقديم والتأخير.

(5) جامع الأمهات: 374، والتوضيح: 66/6.

(6) المختصر: 196، المواهب: 529/6، والمنح: 403/5.

(7) جامع الأمهات: 374، والجواهر: 760، والذخيرة: 294/5، والكافي: 728، والبيان: 295/7 433/2.

(8) الجواهر: 760.

ومن تلك المسائل أيضاً، اشتراط القضاء في غير بلد القرض. فالدنانير والدرهم يتسلفها الرجل ببلد؛ على أن يوفيه إياه ببلد آخر. فقد قال ابن شهاب: «لا يصلح ذلك. وإن كان على غير شرط، فلا بأس به». وكان ربيعة⁽¹⁾ وابن هرمز⁽²⁾ ويحيى بن سعيد⁽³⁾ وعطاء وعراك بن مالك⁽⁴⁾ وابن أبي جعفر⁽⁵⁾ كلهم يكرهه.

وقال مالك: «إن كان ذلك من الرجل المسلف على وجه المعروف والرفق بصاحبه، ولم يكن إنما أسلفها ليضمن له، فلا أرى به بأساً؛ إذا ضرب لذلك أجلاً».⁽⁶⁾

فإن لم يشترط للقضاء موضعاً. فإنه يلزم المقرض القضاء في الموضع الذي اقترض فيه. ولو لقيه في غير البلد الذي اقترضه فيه، فطالبه بالقضاء؛ لم يلزمه ذلك.⁽⁷⁾

أما ما له حمل ومؤونة؛ كالطعام، يُقرض ببلد ليقضيه بغيره؛ لم يجز؛ إلا أن يقوم دليل على أن المقرض أراد منفعة المستقرض وحده.

عن مالك، أنه بلغه أن عمر قال في رجل أسلف رجلاً طعاماً؛ على أن يعطيه إياه في بلد آخر. فكره ذلك عمر، وقال: «فأين الحمل؟» يعني حملانه.⁽⁸⁾

وقال مالك أيضاً في الحاج يسلف السويق⁽⁹⁾ والكعك يحتاج إليه، ويقول: «أوفيكه في موضع كذا ببلد آخر»، أنه لا خير فيه. ولكن يتسلف، ولا يشترط.⁽¹⁰⁾ وقال سحنون في الحمديسية⁽¹¹⁾: «لا بأس بذلك للحاج ونحوه للضرورة. ولولا الشرط؛ لم يسلفه».⁽¹²⁾

(1) سبقت ترجمته في ص: 115.

(2) هو أبو بكر عبدالله بن يزيد بن هرمز الأصم، المدني الفقيه أحد الأعلام، عداده في التابعين. جالسه مالك كثيراً وأخذ عنه، وكان قليل الفتيا شديد التحفظ. بصيراً بالكلام. روى عن أبي هريرة وابن عباس، وروى عنه الزهري وجماعة. وثقه ابن معين وأبو زرعة. وقال أبو حاتم: ليس بقوي، يكتب حديثه. مات سنة 148 هـ. الميزان: 440/4 (رقم 9760)، والسير: 380-379/6 (رقم 159).

(3) سبقت ترجمته في ص: 152.

(4) هو عراك بن مالك الغفاري المدني، أحد العلماء العاملين. روى عن أبي هريرة وابن عمر وزينب وعائشة وطائفة، وحديث عنه يزيد بن أبي حبيب وكثير بن الأشج وجعفر بن ربيعة وعدة. وثقه أبو حاتم وغيره. لم يكن كثير الرواية. وثقه أبو حاتم وأبو زرعة، وقال عنه العجلي: ثقة من خيار التابعين. لعله توفي في سنة 104 هـ أو قبلها. تهذيب الكمال: 549-545/19 (رقم 3893)، والتهذيب: 174-172/7 (رقم 339)، والسير: 64-63/5 (رقم 21).

(5) هو أبو بكر عبيد الله بن أبي جعفر المصري. حدث عن الشعبي وعطاء وابن هرمز وطائفة. وعنه الليث وابن لهيعة وحيوة بن شريح وآخرون. وثقه أبو حاتم والنسائي، وابن سعد وقال: كان فقيهاً في زمانه. روى له الجماعة، وله حديث ثابت في الصحيحين. توفي سنة 136 هـ. تهذيب الكمال: 22-18/19 (رقم 3625)، والتهذيب: 6-5/7 (رقم 10)، والسير: 10-8/6 (رقم 4).

(6) المدونة: 135-134/9 و140. وانظر المنتقى: 97/5، والتهذيب: 145/3.

(7) التفریع: 139/2، والكافي: 727، والمعونة: 1000.

(8) الموطأ: 681.

(9) المدونة: 134/9. السويق: دقيق القمح المقلو أو الشعير أو الذرة أو غيرها. التوقيف: 200.

(10) هو حمديس بن إبراهيم بن أبي محرز، فقيه ثقة من أهل إفريقية، التزم مذهب مالك ولم يره. سمع من ابن عبدوس وابن عبد الحکم وغيرهما، وروى عنه مؤمل بن يحيى. له في الفقه كتاب مشهور في اختصار المدونة. توفي سنة 299 هـ. المدارك: 384/4، والديباج: 342/1.

(11) التبصرة: 4206.

وهو ما حسنّه اللّخمي، لأن المقرض لا منفعة له في ذلك. لأن القرض يحتاجه في البلد الذي يصل إليه، ولا يسلف ذلك ليقضيه في المناهل التي قبضه فيها. ولأن ذلك مما يضر المقرض، ولا منفعة له في هذا الشرط.⁽¹⁾

قال ابن عبد البر: «هذا بين، لأنه قد اشترط عليه فيما أسلفه زيادة ينتفع بها، وهي مؤنة حملة. وكل زيادة من عين أو منفعة، يشترطها المسلف على المستسلف، فهي ربا، لا خلاف في ذلك».⁽²⁾

فإن نزل، فقد أجاز عياض السلف، وضرب له أجلاً بقدر المسير إلى ذلك البلد.⁽³⁾ وقد نص ف.868 من (ق ل ع) على هذه المسألة بقوله: «على المقرض أن يرد الأشياء المقرضة في نفس مكان انعقاد القرض؛ ما لم يتفق على غير ذلك».

ومن المسائل أيضاً، فقد سئل الونشريسي عمّن أسلف بشرط الحوالة. فأجاب: «بأنه لا يجوز، مثل أن يسلفه دراهم على أن يحيله بها على غريمه، لأن الحوالة بيع من البيوع، فصار قد باع له تلك الدراهم بالدراهم التي على الغريم، فصارت دراهم بدراهم إلى أجل».⁽⁴⁾

فإن وقع السلف فاسداً؛ فسخ. لأن القرض لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد، وإذا اقترن به؛ فسد القرض والشرط معاً. ووجب الرد إن كان المقرض قائماً. وإن فات؛ وجب ضمانه بالقيمة أو بالمثل في ذوات الأمثال. وبالمثل فقط على قول أبي القاسم بن محرز.⁽⁵⁾⁽⁶⁾ وهو الذي الراجع عندي، لأن الأصل ردّ مثل ما اقترض، وأن الديون تُقضى بأمثالها.

(1) التبصرة: 4206. وتعرف هذه المسألة بالسفتجة: بفتح السين وضمها، لفظة أعجمية معناها: الكتاب الذي يرسله المقرض لوكيله ببلد، ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه ببلده. واحتمل الدسوقي أنها مثال لما جر منفعة. (حاشية الدسوقي: 226-225/3). قال الشيخ خليل عاطفاً على ما يحرم: «كسفتجة؛ إلا أن يعمّ الخوف». (المختصر: 196). فالسفاتج تدفع في بلد، وتقضى في غيره؛ فينتفع المقرض بالسلامة من غرر الطريق. ففي المدونة روايتان، والأشهر منهما؛ المنع. قال ابن الحاجب: السفاتج ممتنعة على المشهور. جامع الأمهات: 374. وروى أبو الفرج الجواز. الجواهر: 759، والمعونة: 999، والتفريع: 139/2، والكافي: 729.

(2) الاستذكار: 54/21، والكافي: 728.

وقد علّل الونشريسي الفرق بين النقود وبين العروض والأطعمة، أن النقود وإن اختلفت البلدان فسعرها واحد على غالب أحوالها. وإن نقصت يسيراً، فإن الشارع لم تكثرت له. والعروض والأطعمة يختلف سعرها باختلاف البلدان. عدة البروق: 423.

(3) التنبيهات: 1141.

(4) المعيار: 130/6.

(5) هو أبو القاسم بن محرز المقرئ القيرواني. تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران وغيرهما. كان فقهما نظاراً، ابتلي بالجذام بآخر عمره. له تصانيف حسنة منها: تعليق على المدونة سماه التبصرة، وكتابه الشهير المسعى بالقصد والإيجاز. توفي في نحو 450 هـ. الديباج: 153/2.

(6) القوانين: 482.

خلاصة الكلام، إن كل زيادة في سلف أو منفعة ينتفع بها المقرض فهي ربا. وتجوز عند مالك إذا لم تكن على شرط أو عادة. فتكون نوعُ شكرٍ من المقرض وحسن قضاء للقرض.

وكذلك إذا حصلت المنفعة للمقرض أيضاً، بأن قضى القرض أقل من قيمته، ورضي المقرض بذلك، فهي تجاوز من المقرض وتمايم إحسان منه.

ولا تجوز هدية الغريم؛ ما لم يتقدم مثلها. فإن وقعت؛ ردت مع القيام. وإن فاتت؛ فكالبيع الفاسد.

وتجوز مبايعة المديان إن استوفى الثمن، أو كانت الزيادة يسيرة؛ مما يتغابن الناس بمثله. وإن كثر الغبن؛ لم تجز.

كما يجوز اشتراط القضاء في غير بلد القرض؛ إن كان على غير شرط، وكان على وجه المعروف والرفق، وضرب لذلك أجل.

يلزم المقرض القضاء في موضع القرض.

ولا يجوز قرض ما له حمل ومؤنة ببلد، ويشترط الوفاء بغيره؛ إلا أن يقوم دليل على أن المقرض أراد منفعة المستقرض وحده. فإن نزل، جاز إذا ضرب له أجل بقدر المسير إلى ذلك البلد.

ولا يجوز السلف بشرط الحوالة.

ولا يصح اقتران القرض بالشرط الفاسد، فإذا اقترن به؛ فسد القرض والشرط معاً. ووجب الرد؛ إن كان المقرض قائماً. وإن فات؛ وجب ضمانه بالقيمة، أو بالمثل في ذوات الأمثال، لأن الديون تُقضى بأمثالها.

المطلب الثالث: الأجل في القرض

من مشهورات مسائل الأجل في هذا الباب، مسألة المطالبة بالقرض وتعجيله قبل الأجل. فقد انفرد مالك دون سائر العلماء باشتراط الأجل في القرض.⁽¹⁾

والسلف كله حال؛ إلا ما ذكر فيه الأجل، فهو إلى أجله.⁽²⁾ وليس للمقرض المطالبة به قبل الأجل. ولو رده إليه المقرض قبل الأجل؛ لزمه قبوله، عرضاً كان أو عيناً؛ إذا رده إليه في المكان الذي أخذه فيه منه. وإن رده في غير المكان الذي أخذه فيه؛ لم يلزم ربه قبوله؛ إن كان عرضاً. فإن كان رضي بذلك؛ جاز.⁽³⁾

وقد علل الوشريسسي إجبار الدائن على أخذ الدين عند تعجيله قبل أجله، أن الأجل حق للمقرض دون المقرض. فإذا قدّم ذلك قبل الأجل، فقد رضي بإسقاط حقه، فلزم رب المال أخذه؛ لأنه لا حق له في الأجل.⁽⁴⁾

ومن أسلف رجلاً، وشرط عليه زيادة، وكان قرضه مؤجلاً؛ كان له أن يبطل القرض جملة؛ لتعذر استيفائه للشرط الذي شرطه، ويعجل قبض ماله. والأفضل له أن يسقط الشرط، ويبقيه على أجله دون شرط. وإن كان غير مؤجل؛ كان له أن يأخذ ماله، ويبطل شرطه.⁽⁵⁾

أما ابن يونس، فقد جعل الدائن مخيراً بين قبول دينه قبل أجله، أو رده إلى حلول الأجل.⁽⁶⁾

وقد اختلف إذا أراد المدين دفع بعض ما عليه من القرض، وقال الدائن: لا أقبل إلا المال كله. فإن كان المدين موسراً، فقد روى ابن المواز أنه يجبر على أخذ ما جاء به المدين. وقال ابن القاسم: «لا يجبر». وقال أشهب: «إن كان الذي عليه الحق موسراً، لم يُجبر الدائن على أخذ بعض المال، وإن كان معسراً أُجبر، وأنظر المطلوب بما بقي عليه». وقاله أصبغ.⁽⁷⁾ قال الخضراوي⁽⁸⁾ في وثائقه: «لا يُجبر؛ إلا أن يعسر».⁽⁹⁾

(1) الذخيرة: 295/5.

(2) الكافي: 727. وقد قال المقري: «اختلف المالكية في القرض على المساكنة، هل يقتضي الحلول أو التأجيل. وهو خلاف في مقتضى عوائد، والأصل الحلول، والتأجيل هو المشهور؛ لأن المنفعة فيه». القواعد: 427 (قاعدة 907).

(3) المدونة: 67/12. وانظر: المنتقى: 96/5، والتهذيب: 629/3، والتفريع: 140/2-141، والمعونة: 1000، والرسالة: 214.

(4) خلافاً للأجل في السلم، فهو حق للجميع، المسلم والمسلم إليه. لأن المنفعة للجميع. فإذا اختار أحدهما إسقاط حقه، لم يلزم الآخر إسقاط حقه. عدة البروق: 421.

(5) المنتقى: 98/5.

(6) الجامع: 508/5.

(7) البيان: 347/15.

(8) هو محمد بن يحيى بن هشام الخضراوي، يعرف بابن البرذعي. كان إماماً في صناعة العربية بصيراً بها. روى عن ابن خروف والرتدي وغيرهما، وأخذ القراءات عن أبيه، وأخذ عنه الشلوبين. من تصانيفه: المسائل النخب والإفصاح بفوائد الإيضاح، وله نظم ونثر وتصرف في الأدب وتقاييد مفيدة في فنون شتى. مات سنة 646 هـ. البُغية: 298-297/1 (رقم 499)، والتكملة: 150-151 (رقم 386).

(9) التوضيح: 67/6.

وقد نظم المتحف هذه الأحكام بقوله:

وَلَيْسَ بِاللَّازِمِ أَنْ يُرَدَّ ❖ قَبْلَ انْقِضَاءِ أَجَلٍ قَدْ حَدَّ
وَأِنْ رَأَى مُسَلِّفٌ تَعْجِيلَهُ ❖ أُلْزِمَ مَنْ سَلَفَهُ قَبُولَهُ⁽¹⁾

وقد نص ف.866 من (ق ل ع) على أنه: «لا يسوغ إجبار المقرض على رد ما هو ملتزم به قبل الأجل المحدد بمقتضى العقد أو العرف. ويسوغ له رده قبل حلول الأجل؛ ما لم يتناف ذلك مع مصلحة المقرض».

كما نص ف.867 من (ق ل ع) على أنه: «إذا لم يحدد لدفع القرض أجل، وجب على المقرض الوفاء عند طلب المقرض».

إذا اشترط أن المقرض يرد القدر الذي اقترضه عندما يمكنه ذلك، أو من أول مال يستطيع التصرف فيه، فإن المحكمة تحدد، وفقا لظروف الحال ميعادا معقولا للرد».

خلاصة الكلام، إن مالكا قد أجاز اشتراط الأجل في القرض. والأصل في السلف الحلول؛ إلا ما ذكر فيه الأجل، فهو إلى أجله.

وليس للمقرض المطالبة بالقرض قبل الأجل. ولو رده إليه المقرض قبل الأجل؛ لزمه قبوله؛ إذا رده إليه في مكان القرض.

ويُجبر الدائن على أخذ الدين عند تعجيله قبل أجله، لأن الأجل حق للمقرض دون المقرض. وإن شرط عليه زيادة، وكان القرض مؤجلا؛ يبطل القرض؛ إلا أن يسقط الشرط، ويبقيه على أجله دون شرط. وإن كان غير مؤجل؛ كان له أن يأخذ ماله، ويبطل شرطه. وجعل ابن يونس الدائن مخيرا بين قبول دينه قبل أجله، أو رده إلى حلول الأجل.

وإذا أراد المدين دفع بعض ما عليه من القرض، ولم يقبل الدائن إلا المال كله. أجبره ابن المواز على أخذ ما جاء به المدين إن كان موسرا، ولم يجبره ابن القاسم. وأما المعسر؛ فيجبر اتفاقا.

(1) التحفة: 93، (بيت 1307-1308).

المطلب الرابع: الفوائد البنكية في القرض

تناول المقتن الحديث عن أحكام القرض بفائدة في (ق ل ع)، حيث نص ف.870 منه صراحة على أن اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل، ومبطل للعقد الذي يتضمنه. مستمداً أصوله من الفقه الإسلامي الذي يعتبر القرض بفائدة من الربا المحرم.

ثم توالى قرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) لتعلن صراحة أن: «الفائدة المحرمة بين المسلمين بمقتضى ف.870 من (ق ل ع) هي الفائدة الاتفاقية المترتبة عن القرض. أما الفائدة التأخيرية فتعتبر تعويضاً، ولا يطالها المنع الوارد في ف. المذكور».⁽¹⁾

وفي قرار آخر له جاء فيه: «إن الفوائد المحظورة بين المسلمين هي الواردة في اتفاق أبرمه الأطراف. أما تلك التي تحكم بها المحكمة، فهي فوائد تأخيرية، وهي بمثابة تعويض عن التأخير في التنفيذ».⁽²⁾

وإذا كان ف.870 قد تبنى مبدأ تحريم التعامل بالفائدة بين المسلمين، فإن بعض التوجهات القضائية جعلت من ف.871- الذي استثنى التجار من المنع، واعتبر أن أطراف العلاقة إذا كانوا تجاراً، فإنه يفترض اشتراط الفائدة مقدماً في معاملاتهم- أساساً لتقاضي البنوك فوائد عن القروض الممنوحة، بدعوى أن البنك بصفته تاجراً يخرج من نطاق التحريم المقرر في ف.870.

ففي قراره استند المجلس الأعلى على صفة التاجر ليقرر جواز اشتراط الفائدة بين المتعاقدين، جاء فيه: «الفوائد البنكية عن المبالغ الممنوحة يُفترض اشتراطها طبقاً لمقتضيات ف.871».⁽³⁾

وذهب في قرار آخر له إلى أبعد من ذلك، إذ لم يعتمد على الصفة التجارية لكلا الطرفين أو بعضهما ليقرر جواز اشتراط الفائدة بين شخص معنوي وشخص طبيعي مسلم، بل إنه مباشرة اعتمد على نظرية الشخص المعنوي، حيث ورد في تعليقه لقراره على أنه: «حيث لئن كانت الفوائد الاتفاقية محرمة بين المسلمين حسب صريح ف.870 والحال أن الطالب مسلم، فإن المطلوب في النقض شخصية اعتبارية مجردة من أي انتماء ديني. ومن ثم، فالفوائد المشروطة لا ينطبق عليها ف. المذكور».⁽⁴⁾

والأكثر من ذلك، قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرار لها: «المستقر عليه فقها وقضاء أن عقود القرض البنكية والتسهيلات المالية التي تمنحها البنوك لزمائها، تعتبر أعمالاً تجارية؛ مهما كانت صفة المقترض، وأياً كان الغرض الذي خصصت له».⁽⁵⁾

(1) قرار عدد 704، الصادر بتاريخ 13 مارس 1991، في الملف المدني عدد 89/1056.

(2) قرار عدد 842، الصادر بتاريخ 15 مارس 2006، في الملف المدني عدد 04/3886.

(3) قرار عدد 1147، الصادر بتاريخ 18 يونيو 1982، في الملف المدني عدد 80/1289.

(4) قرار عدد 327 الصادر بتاريخ 04 أبريل 1990 في الملف التجاري عدد 85/3898.

(5) قرار عدد 1283، الصادر بتاريخ 06 مارس 2012، في الملف عدد 13/2012/521.

ومع صدور مدونة التجارة (القانون رقم 95.15)، وجدت الفوائد البنكية أساسها القانوني والتنظيمي بموجب م.495 منها، حيث أخرجت المعاملات البنكية من دائرة القاعدة المقررة في ف.870 من (ق ل ع)، وذلك عندما نصت على أن: «الفوائد تسري بقوة القانون لفائدة البنك».

فإذا كانت الفائدة القانونية والفائدة الاتفاقية (أو التأخيرية) مستحقة بمجرد تأخر المدين عن الوفاء بالدين داخل الأجل؛ وإن لم يفت الدائن ربح متوقع؛ لجبر الضرر المفترض الناتج عن مجرد التأخير في الأداء، فهل يمكن للبنك الجمع بين الفوائد القانونية والفوائد الاتفاقية وبين التعويض عن الضرر المنصوص عليه في ف.263 من (ق ل ع) المنظم لأحكام مطل المدين.

أعتقد أنه لا يوجد ما يمنع المحكمة من الاستجابة لطلب البنك التعويض عن الضرر نتيجة تأخر المدين في الأداء، بعد إثبات ذلك الضرر، متى ثبت لها أن الفوائد القانونية الممنوحة لا تكفي وحدها لتغطية كامل الضرر الحاصل للبنك في الإطار المنصوص عليه في ف.264.

أما إذا كانت تلك الفوائد كافية لجبر الضرر، فإنه من غير المبرر الحكم بالتعويض، لأن الضرر الناتج عن التأخير واحد، والضرر الواحد لا يُجبر مرتين.⁽¹⁾

وفي هذه المسألة فقد صدرت عدة قرارات قضائية متناقضة، بين مؤيد للجمع ورافض له. فمن القرارات المؤيدة ما ذهب إليه المجلس الأعلى سابقاً (محكمة النقض حالياً) بقوله: «حيث إنه إن كانت غرامة التأخير تعتبر هي الاتفاق مقدماً بين الطرفين ضمن شروط العقد على تقدير التعويض المستحق للمتعاقد إذا تأخر خصمه في تنفيذ التزامه، فإن الفوائد القانونية تعد تعويضاً قانونياً عن تأخر المدين بالوفاء بالدين. وهذا يفيد وجود اختلاف بينهما يبرر الحكم بهما معاً. والمحكمة التي رفضت الحكم بالفوائد بعلّة أنه لا يمكن للمتضرر أن يستفيد من التعويض عن التأخير في التنفيذ مرتين، الأولى على شكل غرامات، والثانية على شكل فوائد قانونية، بالرغم من التفصيل المذكور، تكون قد عللت قرارها تعليلًا خاطئاً مما يتعين نقضه بخصوص ما قضى به من رفض الحكم بالفوائد القانونية».⁽²⁾

وميزت المحكمة التجارية بالدار البيضاء بين الفوائد القانونية والتعويض في حكم لها جاء فيه: «حيث إن التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه لا يجبر إلا في شكل فائدة قانونية أو اتفاقية. والتعويض عن الضرر يبقى الدائن محققاً فيه، شريطة تحديد ماهية الضرر ونوعه وحجمه. وفي غياب ذلك (أي إثبات الضرر)، فإنه يتعين رفض الطلب».⁽³⁾

(1) قال القرافي: «لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد، فإنه يؤدي إلى أكل المال بالباطل». الفروق: 2/3 (فرق 114).

جاء في قرار محكمة النقض عدد 3/25، الصادر بتاريخ 11 مارس 2015، في الملف التجاري عدد 2012/1/3/1123 أن: «الضرر لا يعوض إلا مرة واحدة».

(2) قرار عدد 379، الصادر بتاريخ 36 مارس 2003، في الملف التجاري عدد 06/654.

(3) حكم عدد 1238، الصادر بتاريخ 09 فبراير 2010، ملف عدد 09/7993.

ومن القرارات القضائية المؤيدة لإمكانية الجمع بين الفائدة القانونية والتعويض قرار المجلس الأعلى الذي جاء فيه: «تعتبر الفوائد القانونية بمثابة جزاء على التأخير في الوفاء بالتزام تعاقدى، وأن الحكم بالتعويض نتيجة التأخير في التنفيذ يغني عن الحكم بالفوائد القانونية، ما دام هذا التعويض يستغرق الفوائد المطلوبة».⁽¹⁾

ومن ذلك أيضاً ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرار لها جاء فيه: «إن الاستجابة لطلب الفوائد القانونية يجعل المطالبة بفوائد التأخير والغرامة العقدية لا أساس لها، ما دامت الفوائد تؤدي إلى تعويض المتضرر عن التأخير في الوفاء بالالتزام».⁽²⁾

وهو ما قضت به المحكمة التجارية بوجدة في حكم لها جاء فيه: «الأصل أن الضرر الواحد لا يمكن تعويضه إلا مرة واحدة، كما أن طلب التعويض عن التماطل ليس له ما يبرره، طالما أن الحكم بالفوائد القانونية كاف لجبر الضرر اللاحق بالمدعية من جراء عدم الأداء حين حلول أجل الاستحقاق».⁽³⁾

وذهبت المحكمة التجارية بالدار البيضاء في أحد أحكامها إلى أن: «الفوائد القانونية تعتبر بمثابة فوائد تأخيرية تؤدي عن المبالغ المالية المستحقة والحالة الأجل والغير المؤداة في وقتها، وهي تقوم مقام التعويض عن التماطل الناتج عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه».⁽⁴⁾

التوجه نفسه اعتمده القضاء الإداري، حيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية بالرباط أن: «وضع المشرع لجزاء قانوني خاص مترتب عن التأخير في أداء المبالغ المالية يتمثل في فوائد التأخير، يجعل من كل جزاء آخر غير مقبول. لأن القواعد العامة تأبى فرض أكثر من جزاء واحد على ذات المحل».⁽⁵⁾

وبقي الأمر في تناقض على مستوى العمل القضائي إلى أن جاء قانون حماية المستهلك، ليحسم أمر الجمع بين الفوائد القانونية والأشكال الأخرى للتعويض، منتصراً للاتجاه القاضي بعدم جواز الجمع بينهما، بنصه في م.134 على أنه: «لا يمكن أن يتحمل المقترض أي تعويض أو أي تكلفة غير تلك المنصوص عليها في م.132 و133 في حالتي التسديد المبكر أو التوقف عن الأداء».

(1) قرار عدد 539، الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 2005، في الملف الإداري عدد 04/3886.

(2) قرار عدد 252، الصادر بتاريخ 12 فبراير 2009، في الملف التجاري عدد 06/654.

(3) حكم عدد 384، الصادر بتاريخ 17 شتمبر 2002، في الملف عدد 4/02/382.

(4) حكم عدد 215، الصادر بتاريخ 21 فبراير 2007، في الملف عدد 06/1/3/396.

(5) حكم عدد 787، الصادر بتاريخ 28 فبراير 2013، في الملف عدد 07/2073.

وبالرجوع إلى م.132 و133 تجد أنهما قد حددتا الحد الأقصى لسعر الفائدة القانونية والاتفاقية المسموح به قانوناً والذي لا يمكن تجاوزه، وهو ما يساوي 2 % من رأس المال المتبقي.⁽¹⁾

وألفت م.103 كل الشروط التعسفية التي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي أو استغلال حاجة وضعف المستهلك.

وفي حكم لها، اعتبرت محكمة الاستئناف التجارية بفاس أن الحكم الابتدائي المطعون فيه مصادف للصواب عندما لم يساير البنك في شرطه بتعديل سعر الفائدة وقت ما شاء وبدون حاجة إلى موافقة المقرض أو حتى إخباره، مما اعتبره تعسفياً وصرح بإلغائه. واعتبرت أن كل اقتطاع قام به البنك استناداً إلى تعديل سعر الفائدة يعتبر باطلاً. وقضت بتعويض المدعي بمبلغ 20 ألف درهم لجبر الأضرار المادية والمعنوية المباشرة والعالقة جراء فقدان المدعي لرصيده وتذبذب نظامية تسديد القرض، ودخوله في نزاعات قضائية بسبب تعسف المؤسسة البنكية.⁽²⁾

خلاصة الأمر، إن الفائدة المحظورة قانوناً في القرض هي الفائدة الاتفاقية. أما الفائدة التأخيرية فتعتبر تعويضاً.

كما أن المعاملات البنكية خارجة من دائرة مبدأ تحريم التعامل بالفائدة بين المسلمين المنصوص عليه في ف.870 من (ق ل ع).

ويفترض اشتراط الفائدة مقدماً في المعاملات التجارية.

كما أجاز القضاء اشتراط الفائدة إذا كان أحد أطراف المعاملة شخص معنوي.

ولا يمكن أن يتحمل المقرض أي تعويض في حالتي التسديد المبكر أو التوقف عن الأداء.

والحكم بالفوائد القانونية يغني عن الحكم بالتعويض نتيجة التأخير في التنفيذ، لأن الضرر الواحد لا يُجبر مرتين.

كما يمكن للبنك الجمع بين الفوائد القانونية وبين التعويض عن الضرر، متى ثبت أن الفوائد القانونية لا تكفي وحدها لتغطية كامل الضرر.

(1) نصت م.132 من (ق ح م) على أنه: 2- إذا كان عقد القرض يتضمن شرطاً يخول للمقرض في حالة التسديد المبكر، الحق في المطالبة بتعويض عن الفوائد غير الحال أجلها، فإن هذا التعويض لا يمكن أن يتجاوز ما يساوي 2 % من رأس المال المتبقي.

كما نصت م.133 أيضاً على أنه: 2- إذا اضطّر المقرض لطلب فسخ العقد، جاز له أن يطالب المتوقف عن الأداء بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقي المستحق بإضافة الفوائد الحال أجلها وغير المؤداة، وتترتب عن المبالغ المتبقية إلى تاريخ التسديد الفعلي فوائد عن التأخير على ألا يتجاوز سعرها الأقصى 2 % من رأس المال المتبقي المستحق.

(2) انظر: قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس عدد 1878، الصادر 01 أكتوبر 2015، في الملف عدد 2014/5/245.

المبحث الرابع: عقد العُمرى

لقد مرّت كتب الفقه المالكي على أحكام العُمرى باختصار شديد، بل إن من الفقهاء مَنْ لم يفردوها بالبحث والدراسة أصلاً؛ كابن الجلاب والرجراجي. ومنهم من أشار إليها إشارة عابرة؛ كاللخمي.

وقد استحسنّت النظر في هذا المبحث وفق أربعة مطالب.

التمست في **المطلب الأول** التعريف بعقد العُمرى وحكمها وأصل جوازها، وهل تكون منصبة على منفعة العقار دون رقبته؟

وأفردت **المطلب الثاني** للحديث عن الشروط، وهل يجوز للمعمر جعل مرجع العُمرى بعد انقضائها لمن شاء؛ ولو لوارث؟

وهل يُبطل العُمرى عدم خروجها من يد المعمر، واتصل ذلك بموته؟

وهل يجوز شرط اعتصار العُمرى؟

وهل يجوز للمُعمر بيع العُمرى، أم لا يجوز له أن يخرجها عن ملكه حتى تتصرف إليه على شرطها.

واختصت **المطلب الثالث** للكلام على الأجل، وهل العُمرى المحددة بمدة تكون منقضية بموت المعمر قبل انقضائها، أم تبقى سارية إلى حين انقضاء المدة المقررة لها؟

وهل موت المعمر مؤثر في العُمرى، أم يُبقيها قائمة على حالها؟

على أن كان مدار **المطلب الرابع** معقوداً لمسألة حوز العُمرى في القانون، وهل الحوز المتطلب فقهاً وقانوناً هو شرط في صحة العُمرى، أم أنه شرط لانعقادها؟

وهل تشترط المعاينة في إثبات الحوز؟ وهل تغني الحيازة القانونية عن الحيازة المادية؟

وهل الحوز المادي للعُمرى المنصبة على عقار محفظ يجعلها قائمة؛ وإن لم يتم تسجيلها بالرسم العقاري؟

المطلب الأول: التعريف بالعمري

العمري في الوضع العربي مأخوذة من عمر الإنسان، لأنه يسوّغه هذه العطية والمنفعة بها مدة عمر أحدهما. ⁽¹⁾ فسُمِّيَتْ عُمْرِي؛ لتعلقها بالعمر. قال لبيد ⁽²⁾: وَمَا الْمَالُ إِلَّا مُعْمَرَاتٌ وَدَائِعٌ ⁽³⁾

وفي معناها قال ثعلب ⁽⁴⁾: «هي أن يدفع الرجل إلى أخيه داراً، فيقول: هذه لك عمرك أو عمري، أيما مات، دُفعت الدار إلى أهله». ⁽⁵⁾

وقال ابن الأعرابي: ⁽⁶⁾ «لم يختلف العرب في العمري أنها على ملك أربابها، ومنافعها لمن جعلت له. لأن تملك الرقاب متى اشترط فيه التأقيت؛ فسد؛ كالبيع». ⁽⁷⁾

ولم يختلف مفهومها الاصطلاحي كثيراً عن معناها اللغوي للعمري، حيث عرّفها عبد الوهاب بقوله: «هي تملك المعمر منفعة العين دون رقبته، مدة عمره». ⁽⁸⁾

وقال الباجي: «هي هبة منافع الملك، عمر الموهوب له، أو مدة عمره وعمر عقبه». ⁽⁹⁾

وحدها ابن عرفة قائلاً: «والعمري تملك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء». ⁽¹⁰⁾ واختصرها ابن الحاجب بقوله: «هي هبة المنفعة حياته». ⁽¹¹⁾

والعمري جائزة، تملك عند مالك وأصحابه بلفظها المنافع دون الرقاب. ⁽¹²⁾

(1) التنبيهات: 2001.

(2) هو لبيد بن ربيعة العامري. كان من فحول شعراء الجاهلية وفرسانهم، أدرك الإسلام وحسن إسلامه، وكان من المؤلفة قلوبهم. أقام بالكوفة إلى أن مات بها في أول خلافة عثمان رضي الله عنه. قال له عمر رضي الله عنه: أنشدني من شعرك، فقال: ما كنت لأقول شعراً بعد أن علمني الله سورة البقرة وآل عمران. وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أصدق كلمة قالها الشاعر كلمة لبيد: أَلَا كُلُّ شَيْءٍ مَا خَلَا اللَّهَ بَاطِلٌ». أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب ما يجوز من الشعر والرّجز والحداء وما يكره منه، (رقم 6147). توفي سنة 41 هـ. أسد الغابة: 1054-1052 (رقم 4529)، والطبقات: 192-193/6 (رقم 1182)، و8/155 (رقم 2703)، وطبقات الشعراء لابن سلام: 56-57.

(3) عجز بيت، وصدره: وَمَا الْبَرُّ إِلَّا مُضْمَرَاتٌ مِنَ التَّقَى الصّاح، مادة: (عمر).

(4) هو أحمد بن يحيى أبو العباس ثعلب. إمام الكوفيين في النحو واللغة، كان مشهوراً بالحفظ والمعرفة بالغريب ورواية الشعر القديم. سمع من الجُمحي والأثرم والقواريري وخلق، وروى عنه الأخفش ونفطويه والزاهد وجمه. ذكره الداني في طبقات القراء. من تصانيفه: كتاب المصون في النحو، وكتاب اختلاف النحويين، وكتاب الوقف والابتداء. توفي سنة 291 هـ. البغية: 1-396/398 (رقم 787)، والانباء: 1-173-186 (رقم 86).

(5) اللسان والتاج: مادة (عمر).

(6) هو محمد بن زياد المعروف بابن الأعرابي، كان ناسباً نحويًا، عالماً بالشعر واللغة، كثير الحفظ، كثير السماع رواية لأشعار القبائل. لم يكن في الكوفيين أشبه برواية البصريين منه. من تصانيفه: كتاب اللفاظ، وكتاب معاني الشعر، وكتاب تفسير الأمثال. توفي سنة 231 هـ. البغية: 1-105/106 (رقم 174)، والانباء: 3-128/137 (رقم 645).

(7) الذخيرة: 217/6.

(8) التلحقين: 1-549، والإشراف: 3-256، والمعونة: 1605.

(9) المنتقى: 6-119.

(10) الهداية (شرح الحدود): 550. قال الرصاع: قوله: «تمليك المنفعة، أخرج به عطاء الذات». المصدر نفسه.

(11) جامع الأمهات: 454. وعرفها المتحف بقوله: هِبَةُ غِلَّةِ الْأَصُولِ الْعُمَرِيَّةُ التحفة: 89 (صدر بيت 1217).

(12) التلحقين: 1-549، والإشراف: 3-256، والمعونة: 1605، والقوانين: 612، والذخيرة: 6-216. قال الشيخ خليل: «وجازت العمري؛ كأعمرتك، أو وارثك. لا الرقي؛ كذوي دارين، قالاً: إن متّ قبلي، فهما لي، وإلا: فلك». المختصر: 255.

وصفتها: «أن يقول رجل لرجل: أعمرتك هذه الدار حياتك أو عمرك أو مدة بقائك أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التي يفهم منها تمليكك المنافع عمره دون رقبة الشيء؛ ما دام المعطى حياً. فإن مات عادت الرقبة إلى المالك إن كان حياً، أو إلى ورثته إن كان ميتاً ميراثاً؛ كسائر تركاته»⁽¹⁾.

قال ابنُ القاسم في الرجل يعمر الرجل داره حياته: «هذا جائز عند مالك، وترجع بعد موته إلى الذي أعمارها أو إلى ورثته»⁽²⁾.

وقال ابنُ الحاجب: «إذا مات رجعت للواهب أو لورثته؛ كوقوف غير مؤبد»⁽³⁾. ومثله قال الشيخ خليل: «ورجعت للمعمر، أو وارثه»⁽⁴⁾.

وقد روي عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمُرِي لَهُ وَلِعَقْبِهِ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا. لَا تَرْجِعْ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا أَبَدًا، لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ»⁽⁵⁾.

فحديث جابر رضي الله عنه مخالف لشرط المعمر. وقد غلب مالك الشرط على الحديث، ولم يأخذ بظاهر الحديث. قال الجد: «هذا هو مذهب مالك وجميع أصحابه، أن العُمري ترجع إلى الذي أعمارها بعد موت المعمر؛ إن لم تكن معقبة، وبعد انقراض العقب؛ إن كانت معقبة. ولم يأخذ مالك في العُمري بحديثه الذي رواه في موطنه عن جابر رضي الله عنه، وذهب في ذلك إلى ما رواه عن القاسم بن محمد⁽⁶⁾ أنه قال: (ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم، وفيما أعطوا). فقال: «معنى الحديث، أن العُمري لا ترجع إلى الذي أعطاه؛ حتى ينقرض العقب. فوجب أن تكون لهم بنص الحديث، وترجع بعد انقراضهم إلى المعمر بالتأويل الصحيح»⁽⁷⁾. وروى ابنُ فتوح⁽⁸⁾ عن ابنِ الهندي⁽⁹⁾ أنه قال آخذاً بظاهر قول مالك في الموطأ: «إنما ترجع للمعمر أو لورثته إن كانت غير معقبة. فإن كانت معقبة؛ خرجت من العُمري، ولحقت بالأحباس»⁽¹⁰⁾.

(1) المعونة: 1606، والجواهر: 978.

(2) المدونة: 91/15. وانظر النوادر: 20/12، والإشراف: 206/3، والبيان: 208/12 و245، والجامع: 371/6، الكافي: 1022، والبداية: 166/3.

(3) جامع الأمهات: 454.

(4) المختصر: 255، والمواهب: 21/8، والمنج: 201/8.

جاء في نظم العمل المطلق: وَتَرْجِعُ الْعُمَرَى لِلْمَالِكِ الْمُعْمَرِ ❖ أَوْ وَارِثِهِ عِنْدَ مَوْتِ الْمُعْمَرِ مخطوط فتح الجليل الصمد، ورقة: 229.

(5) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في العُمري، (برقم 43). ومسلم في صحيحه، كتاب الهبات، باب العُمري، (برقم 1625). والبخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب ما قيل في العُمري والرقبي، (برقم 2625) بلفظ: «قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالْعُمَرَى إِنَّهَا لَمِنْ وَهَبَتْ لَهُ».

(6) هو القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق. من خيار التابعين وأحد الفقهاء السبعة. روى عن ابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وطائفة، وحديث عنه الشعبي والزهري وخلق كثير. قال ابنُ المديني: له مائتا حديث. وقال عنه ابنُ عُيينة: كان من أعلم الناس بحديث عائشة. وتوفي العجلي. توفي سنة 106 هـ تهذيب الكمال: 427/23-436 (رقم 4719)، والتهذيب: 333-335/8 (رقم 601)، والسير: 53-60 (رقم 18).

(7) البيان: 206-207.

(8) سبقت ترجمته في ص: 99.

(9) سبقت ترجمته في ص: 297.

(10) مختصر ابن عرفة: 511/8.

واعتبر ابنُ عاتٍ⁽¹⁾ ذلك خلاف قول مالك وأصحابه، أن العمرى معقبة أو غير معقبة، لا تلحق بالأحباس، بل تكون ملكاً للمعمر أو لوارثه. ولم يحك المتيطي⁽²⁾ عن المذهب غير ما حكاه ابنُ فتوح وابنُ الهندي.⁽³⁾

وقد عرفتُها م. 105 من (م ح ع) بقولها: «العُمرى حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بغير عوض، يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة».

صفوة القول، إن العُمرى تعتبر من الحقوق العينية العقارية التبرعية المؤقتة، نظمها المقنن في (م ح ع) بعد أن كانت تسري عليها أحكام ف المالكى، ومقتضيات (ق ل ع)؛ باعتباره الشريعة العامة للعقود.

وتكون منصبة على منفعة العقار دون رقبته، مدة من الزمن، قد يكون عمر أحد طرفيها ظرفاً لها، أو تكون محددة بمدة معينة تتقضي حتماً بانقضائها.

(1) سبقَت ترجمته في ص: 178.

(2) سبقَت ترجمته في ص: 98.

(3) مخطوط مختصر المتيطية: ورقة 247. ونقل ذلك ابنُ عرفة في مختصره: 511/8.

المطلب الثاني: الشروط في العُمري

من مشهورات المسائل في هذا الباب، من أعمار بنته أملاكاً، والبنت علمت، وأدخل غلتها في مصالحه، واتصلت عمارته بذلك إلى موته.

فقد سئل الويداني⁽¹⁾ عن تلك العُمري هل تبطل أم لا؟ فأجاب: «العُمري على تلك الحال صحيحة، لا يبطلها عدم خروجها من يد المَعمر، وللبنت أخذ غلة تلك الأملاك من تركة والدها؛ إذا ثبت أنه أنفقها في مصالحه».⁽²⁾

وفي نوازل ابن الحاج⁽³⁾: «العُمري نافذة للبنت، لا يوهنها ما ثبت من استغلال العُمري لنفسه وأداها الغلة في مصالحه، ولها أن تأخذ من تركة المَعمر ما اغتله من ذلك».⁽⁴⁾

ومن المسائل كذلك، إذا أعمار الموهوب له الواهب داراً كان قد وهبها له، ثم أراد الرجوع في الإعمار، بعد أشهر يسيرة لا تكون مثلها حياة؛ لئلا تبطل له الهبة.

فقد سأل ابنُ دحون⁽⁵⁾ ابنَ زرب⁽⁶⁾ عن ذلك، فأجاب بعد أن أطرق فيها حيناً: «إن كان الموهوب له ممن يرى أنه يعلم أن العُمري إبطال للهبة، فقد لزمه ما صنع وبطلت الهبة. وإن كان ممن يرى أنه لا يعلم ذلك؛ انفسخت العُمري، ورجع الموهوب له إلى الدار، وقبضها من الواهب».⁽⁷⁾

ومن الشروط، مَنْ أعمار رجلاً حياته، وشرط في العُمري أنه إن مات المَعمر رجعت إل المَعمر، وإن مات هو؛ بقيت للمَعمر حياته، وحازها المَعمر في صحة المَعمر.

فقال ابنُ سهل⁽⁸⁾: «الشرط جائز، وكذلك سُنّة العُمري، شرط ذلك أو لم يشترط».⁽⁹⁾

واعتبر ابنُ رشد أن هذا ليس بشرط يحيل العُمري عن حكمها وسبيلها، وإنما هو بيان لحكمها. والمَعمر لا يملك إذا أعمارهما؛ إلا المرجع بعد وفاة المَعمر، وهو مجهول، إذ لا يدري متى يموت.⁽¹⁰⁾

(1) سبقت ترجمته في ص: 70.

(2) الأجوبة: 265.

(3) سبقت ترجمته في ص: 205.

(4) النوازل: 125/2.

(5) سبقت ترجمته في ص: 153.

(6) سبقت ترجمته في ص: 215.

(7) الإعلام لابن سهل: 685.

(8) سبقت ترجمته في ص: 178.

(9) الإعلام: 699-700، وانظر فتاوى البرزلي: 345، وأحكام الشعي: 140.

(10) البيان: 246-245/12.

ومن تلك المسائل أيضاً، شرط اعتصار العُمري. فقد سئل ابنُ القاسم عن العُمري إذا فعلها الرجل بابنه، أيجوز له أن يعتصره، كما يجوز له في الهبة، أم يجعله بمنزلة الصدقة؟ فجوّز ذلك. وقال مالك: «ليس له أن يعتصر في الصدقة وحدها».⁽¹⁾

كما اختلف المختصرون في ذلك، فقد قال ابنُ أبي زمنين: «الذي يدل عليه لفظ الكتاب، أنها لا تعتصر». واعتبر عياض ظاهره، أن فيه الاعتصار، خلاف ما ظهر منه لابن أبي زمنين، وعلى جواز اعتصار العُمري اختصرها عبد الوهاب.⁽²⁾

وأمام غياب نص قانوني يسمح أو يمنع ذلك، وإعمالاً لمبدأ الإحالة على المذهب المالكي، فإنه يجوز شرط الاعتصار في العُمري، ويترتب عن ممارسته إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، لأن اعتصار العُمري يجردها من كل أثر.

وليس للمعطى أن يبيعها، أو يحولها عن حالها. فإن مات المعطى أولاً، رجعت إلى المعطى؛ كالعُمري. وهي كالوصية تكون من الثلث. قاله أصبغ.⁽³⁾

واعتبر الزهري اشتراء العُمري من المخاطرة، لأنه لا يدرى أيهما يموت قبل، المعمر أو الذي أعمارها.⁽⁴⁾

قال ابنُ عبد البر: «ولا يجوز للمُعمر أن يبيع ما أعمار، ولا أن يخرج عن ملكه حتى تتصرف إليه على شرطه عند موت المُعمر أو عند انقضاء السنين المذكورة لها».⁽⁵⁾

وقال ابنُ عبد الرقيق⁽⁶⁾: «يجوز للمُعمر أو ورثته أن يبتاعوا من المُعمر عمراه وإن كانت حياة المُعمر مجهولة، لأنها من المعروف»⁽⁷⁾.

وقد فصل المتيطي القول في هذه المسألة، حيث قال: «يجوز للمُعمر أن يبتاع من المُعمر عمراه وإن كانت حياته مجهولة، لأن غرضه استخلاص الرقبة... ولا يجوز لغير المُعمر شراءها، لأن ذلك إجارة مجهولة. ويجوز للمُعمر أن يبتاع جزءاً منها.

فإن كانت العُمري معقبة على مجهول من يأتي، فلا يجوز لأحد شراءها، لأنها بمعنى الحبس».⁽⁸⁾

(1) المدونة: 136/15.

(2) التنبهات: 2001.

(3) النوادر: 217/12، والجامع: 339/6.

(4) المختصر: 383.

(5) الكافي: 1022.

(6) سبقت ترجمته في ص: 99.

(7) المعين: 742/2.

(8) مخطوط مختصر المتيطي: ورقة 247. والمتيطي سبقت ترجمته في ص: 98.

وقال الجزيري⁽¹⁾: «يجوز للمعمر شراء عُمره، ولا يجوز ذلك لغيره. ويجوز لورثة المعمر شراؤها من المعمر كما كان ذلك لأبيهم»⁽²⁾.

ونظم ذلك المتحف بقوله: وَبَيْعُهَا مُسَوِّغٌ لِلْمُعْمَرِ ❖ مِنْ مُعْمَرٍ أَوْ وَارِثٍ لِلْمُعْمَرِ⁽³⁾

وهذا ما تبنته م. 107 من (م ح ع) حينما نصت على أنه: «يجب على المعطى له أن يعمر العقار موضوع الحق، بأن يقيم فيه بنفسه أو يأخذ غلته. ولا يجوز نقل هذا الحق إلا للمعطي أو لوارثه». والحاصل أن العمرى تكون للمُعمر حياته، عاش المُعمر أو مات قبل ذلك.

فإذا مات المُعمر رجعت للمعمر؛ إن كان حياً، أو إلى ورثته؛ إن كان ميتاً. وذلك إن كانت غير معقبة. فإن كانت معقبة؛ خرجت من العمرى، ولحقت بالأحياس. والعمرى لا يبطلها عدم خروجها من يد المُعمر، ولا يوهنها استغلالها من قبله، واتصل ذلك بموته.

ويجوز أن يشترط في العمرى، أنه إن مات المُعمر رجعت إل المعمر، وإن مات هو؛ بقيت للمُعمر حياته.

واختلف في شرط الاعتصار. فقليل: تعتصر. وقيل: لا تعتصر.

ولا يجوز للمُعمر أن يبيع ما أَعمر، ولا أن يخرجه عن ملكه أو يحوِّله عن حاله، حتى ينصرف إليه على شرطه عند موت المُعمر، أو عند انقضاء السنين المذكورة لها. ويجوز للمعمر أو وارثه دون غيرهما شراء عُمره.

(1) التحفة: 89 (بيت 1219). وفهم منه أنه لا يجوز بيعها من غير المعمر أو وارثه، وهو كذلك فيما إذا كانت حياة المعمر، لأنها حينئذ إجارة مجهولة. البهجة: 472/2.

(2) هو علي بن يحيى بن القاسم الصنهاجي الجزيري. نزل الجزيرة الخضراء فنسب إليها، ودرس بها الفقه وعلم الشروط وولي قضائها. سمع من القباي وغيره. وله في الشروط مختصر مفيد سماه المقصد المأمود في تلخيص العقود، وكثر استعمال الناس له لجودته ودلالته على معرفته. توفي سنة 585هـ. الابتهاج: 316 (رقم 401)، والتكملة: 408/3 (رقم 2855).

(3) الإتقان: 316/2.

المطلب الثالث: الأجل في العُمري

جعل اللخمي العُمري ثلاثة أقسام: مقيّدة بأجل أو حياة المعمر أو المعمر، ومطلقة، ومعقّبة.⁽¹⁾ فإن كانت مقيّدة بأجل، فقال: أعمرتك هذه الدار سنة أو حياتك أو حياتي، كانت على ما أعطى. فإذا انقضى ذلك الأمد رجعت إلى المعطي، لأن هذه هبة منافع.

وقد روى مالك عن نافع، أن ابنَ عمر رضي الله عنه ورث من حفصة بنت عمر دارها. قال: «وكانت حفصة قد أسكنت بنتَ زيد بن الخطاب ما عاشت، فلما توفيت بنتُ زيد قبض ابنُ عمر رضي الله عنه المسكن، ورأى أنه له».⁽²⁾

ومثل ذلك قال ابنُ القاسم في الرجل يعمر الرجل داره حياته، أن ذلك جائز عند مالك، وترجع بعد موته إلى الذي أعمارها، أو إلى ورثته.⁽³⁾

وقال ابنُ أبي زيد: «ومن أعمار رجلاً حياته داراً، رجعت بعد موت الساكن ملكاً لربها».⁽⁴⁾

إن تعليق الملك بوقت معين، يقتضي تمليك المنافع دون الرقبة، لأن تعليق الملك لوقت ينتهي إليه، يمنع ملك الرقبة،⁽⁵⁾ ولأن تمليك الرقبة لا يصح؛ إلا على التأبيد دون اشتراط العمر.⁽⁶⁾

ونظم المتحف ذلك بقوله: طُولُ حَيَاةٍ مُعْمَرٍ أَوْ مُدَّةٌ ❖ مَعْلُومَةٌ كَالْعَامِ أَوْ مَا بَعْدَهُ⁽⁷⁾

وأجاز ابنُ فتوح⁽⁸⁾ والمتيطي⁽⁹⁾ للمعمر جعل مرجع العُمري بعد مدتها بتلاً⁽¹⁰⁾ لمن شاء؛ ولو لوارث.⁽¹¹⁾ وهو ما ذهب إليه محكمة النقض في أحد قراراتها؛ حيث جاء فيه: «إن اشتراط المعمر في رسم العُمري بأنه أعمار العقار لمكفولاته إعمار إسكان واستغلال طيلة حياتهن، فإذا توفين كلهن؛ يرجع ذلك كله حبساً يصرف على الطلبة الذين يدرسون بالمسجد، يجعل هذا الحبس غير معلق على أي شرط واقف، ما دام أن مسألة الوفاة هي أمر محتم. ومن ثم، فلا فائدة من مناقشة مسألة التشطيب عن العُمري».⁽¹²⁾

(1) التبصرة: 6044.

(2) الموطأ: 756. وانظر المنتقى: 134/6، والاستذكار: 320/22.

(3) المدونة: 91/15. وانظر: التهذيب: 370/4، والنوادر: 20/12 والجامع: 371/6.

(4) الرسالة: 230. والمعتبر في الوارث، هو يوم الموت لا يوم المرجع. البيهجة: 472/2.

(5) المنتقى: 120/6.

(6) المعونة: 1606، والإشراف: 256/3-257.

(7) التحفة: 89 (بيت 1218).

(8) سبقت ترجمته في ص: 99.

(9) سبقت ترجمته في ص: 98.

(10) البتل: سبق التعريف به في ص: 304.

(11) مخطوط مختصر المتيطية: ورقة 247. نقل ذلك ابنُ عرفة في مختصره: 512/8. والمتيطي سبقت ترجمته في ص: 98.

(12) قرار عدد 178، الصادر بتاريخ 01 أبريل 2014، في الملف المدني عدد 13/1/1/5256.

وإن أطلق ولم يقيد ، كان محمله على عمر المعطى؛ حتى يقول عمري أو حياتي.
وإن أعقبها ، فقال: أعمرتكها أنت وعقبك ، لم ترجع إليه؛ إلا أن ينقرض العقب.
قال يحيى⁽¹⁾: سمعت مالكا يقول: «وعلى ذلك الأمر عندنا ، أن العمرى ترجع إلى الذي
أعمرها؛ إذا لم يقل: هي لك ولعقبك»⁽²⁾.

وبيّن مالك بقوله: «إن الأمر عندنا على ذلك» ، أن الحكم جار عند علماء المدينة.⁽³⁾
وقد روى ابن القاسم عن مالك قال: «من أعمر رجلاً عُمرى له ولعقبه ، رجعت إلى صاحبها؛ إن
كان حياً ، أو إلى ورثته يوم مات؛ إن كان ميتاً»⁽⁴⁾.

أما العُمري المحددة بمدة من الزمن ، فيموت المعمر قبل انقضاء المدة. فهل بموت المعمر تنقضي
العُمري وترجع للمعمر ، أم أنها تبقى قائمة لورثة المعمر إلى حين انقضاء المدة؟
قال ابن العطار⁽⁵⁾: «إذا توفى المعمر ، فسُنّة العُمري أن ترجع بعد موت المعمر إلى ورثة المعمر (إن
كان ميتاً) وأهل الإحاطة بوراثته وقت موته»⁽⁶⁾.

فقد سئل الجد عن مرجع حظ من مات في العُمري المشتركة ، فأجاب: «بأنه إن كان المعمر
حياً صدّق في زعمه أنه أراد أن يرجع إليه حظ من مات منهما ، لا إلى صاحبه حتى يموتا جميعاً.
وإن ادعى الباقي منهما عليه أنه نص في إعمارهِ على أن الدار تبقى على الآخر موتاً منهما
لزمتهما اليمين.

ولو كان قد مات ، فلم يدر ما أراد ، تخرّج ذلك على الاختلاف في الحبس على معيّنين فيموت
بعضهم ، هل يرجع حظه على المحبّس ، أو إلى من يبقى منهم ، حتى يموتوا كلهم»⁽⁷⁾.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بطنجة في قرار لها جاء فيه: «وقوع العُمري في الدار
للمعمرتين طيلة حياتهما يكسب لهما منفعة العين المعمرة قيد حياتهما معا على الشيع بينهما ،
وهذا لا يعني أن منفعة الدار هي للمعمرتين معا ، وبوفاة إحداهما تصير المنفعة المتبقية للباقية
منهما على قيد الحياة. فلا تورث العُمري ، لأن المعمر لم يجعلها كذلك ليتبع شرطه فيها»⁽⁸⁾.

(1) سبقت ترجمته في ص: 201.

(2) الموطأ: 756 . وانظر المنتقى: 133/6.

(3) المنتقى: 133/6. وعلماء المدينة سبق التعريف بهم في ص: 291.

(4) المصدر نفسه: 119/6.

(5) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد ، المعروف بابن العطار ، كان متفنيا في علوم الإسلام ، ربانيا في الفقه ، حاذقا بالشروط ، وأمل في كتابا
عليه المعول ، عارفا بالنحو واللسان. توفي سنة 399 هـ. المدارك: 158-148/7 و الديباج: 231/2 (رقم 58).

(6) وذلك بخلاف الحبس يرجع إلى أولى الناس بالمحبس يوم يرجع. أحكام الشعبي: 219.

(7) المسائل: 1074-1075.

(8) قرار عدد 103 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2002 في الملف الشرعي عدد 1305/2000/800.

لم تتعرض (م ح ع) لهذه المسألة. لكن إعمالاً لمبدأ الإحالة على (ق ل ع) المنصوص عليه في م.1 منها، فإن العمرى المحددة بمدة لا تكون منقضية بموت المعمر قبل انقضائها، بل تبقى سارية إلى حين انقضاء المدة المقررة لها. ويكون المعمر ملزماً أو وارثه بردها إلى المعمر أو وارثه بالحالة التي كانت عليها وقت التعاقد.

أما موت المعمر، فإنه غير مؤثر في العمرى، بل يُبقيها قائمة على حالها، لأن شخصه ليس محل اعتبار فيها. ولا يكون لورثته مطالبة المعمر بإرجاع العقار موضوع العمرى.

كما أنه ليس هناك أي مقتضى قانوني ينهي حق العمرى بمجرد موت المعمر، لذلك تبقى قائمة إلى حين انتهاء مدتها المتفق عليها.

صفوة القول، أنه يجوز للمعمر جعل مرجع العمرى بعد مدتها بتلاً لمن شاء؛ ولو لوارث.

وتحمل العمرى المطلقة على عمر المعطى.

كما أن تحقق واقعة وفاة المعمر يجعل العمرى منتهية؛ ما لم تكن محددة بمدة، فإنها تنتهي بانتهائها.

العمرى المحددة بمدة لا تكون منقضية بموت المعمر قبل انقضائها، بل تبقى سارية إلى حين انقضاء المدة المقررة لها.

المطلب الرابع: الحوز في العُمري

إن نصوص أئمة المذهب الدالة على اشتراط الحوز في التبرعات وافرة، لا تكاد تحصى، ولا يأتي عليها العد ولا تُستقصى.

فإذا انعقد الإشهاد على الحيابة في العُمري من غير تصريح بمعاينتها، فهل يكفي ذلك في إثبات الحيابة، أم لا بد من الإشهاد بالمعاينة؟

لقد تضافرت نصوص أئمة المذهب على اعتبار المعاينة في حوز غير الأب لمن يليه، وقد اقتصرنا على بعضها؛ إذ لا حاجة إلى التطويل بكثرة النقول.

فقد قال ابنُ المواز: «لا يتم حبس ولا صدقة ولا عُمري ولا سكنى ولا غيرها من العطايا والنحل والهبات التي على غير وجه البيع؛ إلا بالحوز البيّن، الذي يعرف وينظر إليه في صحة المعطي»⁽¹⁾.

وقال ابنُ البر: «وتحتاج العُمري إلى القبض. فإن مات ربها قبل أن يقبضها المُعمر؛ بطلت؛ إلا أن يقول في مرضه انفذوها له، فتكون في ثلثه وصية»⁽²⁾.

ومثله ابنُ سلمون قائلاً: «لا بد في العُمري من الحيابة كالهبة سواء، وإلا لم تصح. وذلك بالشهادة على المعاينة، ولا يجزئ فيها الإقرار. قال ابنُ أبي زمنين: لا بد من معاينة البينة التخلي والقبض»⁽³⁾.

وقال المتيطي: «والحيابة شرط فيها كالهبة والصدقة؛ إلا أن تكون لمن يجوز للمعمر القبض له؛ كالابن الصغير أو السفية»⁽⁴⁾.

وهو ما ذهب إليه ابنُ عبد الرفيق بقوله: «لا تجوز العُمري إلا بالحوز»⁽⁵⁾.

ففي جواب لأبي يحيى التلمساني⁽⁶⁾ عن هذه المسألة من العُمري قال فيها ما معناه: «إن العُمري باطلة؛ لخلو الوثيقة من الشرط المعتبر، وهو معاينة بينة الحوز»⁽⁷⁾.

(1) النوادر: 125/12، والجامع: 313/6، والجواهر: 979.

(2) الكافي: 1022.

(3) العقد المنظم: 459 و489. وابنُ سلمون سبقت ترجمته في ص: 158.

(4) مخطوط مختصر المتيطية: ورقة 247. نقل ذلك صاحب الإنتقان: 315-316/2. والمتيطي سبقت ترجمته في ص: 98.

(5) المعين: 741/2. وابنُ عبد الرفيق سبقت ترجمته في ص: 99.

(6) هو أبو يحيى بن أبي عبد الله التلمساني. أخذ عن علماء كبار أمثال عز الدين بن عبد السلام. وصفه معاصره ابنُ خلدون بالإمام العالم الفذ وبفارس المعقول والمنقول وصاحب الفروع والأصول. ترك آثاراً كثيرة تدل على مكانته العلمية، منها: كتاب مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول. توفي بتلمسان سنة 771هـ. درة الحجال: 269/2.

(7) المعيار: 322-321/7، نقلها صاحب النوازل الكبرى: 557-556/8.

وأجاب أبو سالم اليزناسني⁽¹⁾ عن المسألة بنصه: «لا خلاف في بطلان كل عطية تفتقر إلى الحوز، ولا تحمل هذه العُمرى على الصحة ولو طال زمانها. لأنه إذا علم أصل العطية، فلا ينتفع فيها بطول الزمان، لأن الحيابة لا تعمل إلا فيما جُهل أصله، وهذا أمر متفق عليه»⁽²⁾.
وحوز العُمرى يكون بحوز أصلها، لأن المنفعة تحاز بحوز أصولها⁽³⁾. ولا يضرها الجهل بمدة الحياة، لأن الغرر إنما يمنع في المعاوضات لا في التبرعات.

قال المتحف ناظماً:

..... ❖ بِحَوِزِ الْأَصْلِ حَوِزُهَا اسْتَقَرَّ⁽⁴⁾

غير أن (م ح ع) قد خالفت ما سار عليه الفقه من ضرورة معاينة الحوز، مخففة من قوة قاعدة معاينة الحوز بخصوص العُمرى، حيث لم تشترط معاينة الحوز لصحتها. فقد نصت م. 106 على أنه: 1 -تتعقد العُمرى بالإيجاب والقبول.

2 -لا تشترط معاينة الحوز لصحة عقد العُمرى.

وهو الأمر الذي كان قد أكدته المجلس الأعلى في أحد قراراته، حيث جاء فيه: «عدم تضمين رسم العُمرى معاينة العدلين الحيابة لا ينفي وجودها، فبإمكان مدعيها إثباتها بالبينة أو غيرها؛ كعقد كراء. إذ إنه من المقرر فقها أنه يكفي في معاينة الحوز عقد كراء ونحوه»⁽⁵⁾.

وإذا تحقق الحوز الفعلي للعُمرى المنصبة على عقار محفظ، فهل يجعلها قائمة وناظفة في مواجهة أطرافها والغير؛ وإن لم يتم تسجيلها بالرسم العقاري؟ هل الحيابة المادية تغني عن الحيابة القانونية؟

ذهبت محكمة النقض في أحد قراراتها إلى أنه: «ما دام حق العُمرى حقاً عينياً وارداً على منفعة عقار محفظ، فإنه لا يكون له وجود ولا يحتج به في مواجهة الغير؛ إلا عن طريق تسجيله بالرسم العقاري»⁽⁶⁾.

(1) هو أبو سالم إبراهيم بن محمد اليزناسني، قاضي الجماعة بفاس. أحد أعيان تلامذة أبي الحسن الصغير. كان بارعا في الفقه نظارا. أثنى عليه ابن مرزوق بقوله: إنه من مفاخر قطره. له فتاوى كثيرة ناظر فيها وحقق. مات سنة 794 هـ. الابهج: 53 (رقم 18) والجذوة: 86 (رقم 6).

(2) مخطوط وشي المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم لليزناسني، ورقة: 122. وقد نقل ذلك صاحب المعيار: 326/7-327.

(3) البهجة: 471/2. لأن الحيابة لا تنفع فيما علم أصله وتحقق مدخله.

(4) التحفة: 89 (عجز بيت 1217).

(5) (محكمة النقض حاليا) قرار عدد 296، الصادر بتاريخ 31 ماي 2011، في الملف الشرعي عدد 09/1/2/695.

(6) قرار عدد 107، الصادر بتاريخ 12 فبراير 2013، في الملف المدني عدد 11/1/2/504.

خلاصة الكلام، إن العمرى تقتقر إلى الحوز؛ كالهبة سواء، باعتبارها من التصرفات غير العوضية، قبل قيام مانع من الموانع الشرعية، إلا أن تكون لمن يجوز للمعمر القبض له؛ وإلا لم تصح؛ ولو طال زمانها.

وحوز العمرى يكون بحوز أصلها، ولا يضرها الجهل بمدة الحياة، لأن الغرر إنما يمنع في المعاوضات لا في التبرعات.

كما أن (م ح ع) لم تشترط معاينة الحوز لصحة العمرى، مكتفية بانعقادها بالإيجاب والقبول.

والعمرى الواردة على منفعة عقار محفظ، لا يكون لها وجود؛ إلا بعد تسجيلها بالرسم العقاري.

والحيازة المادية تغني عن الحيازة القانونية.

كمل هذا الباب من هذا البحث. وبكماله كملت جميع مسأله الملقوطة من الكتب المبسوطة.

خاتمة

خاتمة

انتظم الكلام في خاتمة هذا البحث في مسالك ثلاثة. فأما الأول، فقد اختص لإبراز أهم الخلاصات العلمية التي كشف عنها البحث. والثاني لإبراز النتائج المتوصل إليها. والثالث للآفاق المستقبلية التي يفتحها البحث.

فمن أهم الخلاصات العلمية التي كشف عنها البحث:

- الشرط هو ذلك الأمر العارض الخارجي الزائد على أصل العقد، تضيفه الإرادة إلى التزام استكمل جميع عناصره التكوينية. فهو لا يسهم في تكوينه، بحيث لو أزيل؛ لزال دون أن يصيب الالتزام في حد ذاته بشيء، إذ يبقى دون وصف في حالته البسيطة.

- حاصل المذهب في تقاسيم الشروط وأثرها في العقود، أن كل شرط يقتضيه العقد، ويلائم مقتضاه، ولا معارض له من جهة الشرع، كان شرطاً صحيحاً، لازم الوفاء، ومنتجاً للآثار.

- كل شرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، وهو من مصلحته، أو يعود عليه بمصلحة، ولا معارض له من جهة الشرع. فهو جائز، ولازم بالشرط، وساقط بدونه.

- كل شرط منافعٍ لمقتضى العقد، ومناقض له، ولا يتم معه مقصوده، فهو مبطل العقد؛ إلا أن يسقط ذو الشرط شرطه، فيصح؛ لزوال علة الفساد ورفعها. والعلة إذا ارتفعت ارتفع حكمها، إلا أن يفوت؛ فيكون فيه الأكثر من القيمة أو الثمن.

- الشروط التي تؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد، أو اشتراط ما لا غرض فيه ولا مالية، ويخالف مقصد الشارع، فإنها تسقط ويصح العقد. لأن فساد الشرط لم يتغلغل في صلب العقد، ولم يمنع التعاقد من مباشرة حق جوهري منصوص بالعقد.

- هناك شرط غير صحيح، إلا أنه خفيف لم يقع عليه حصة من الثمن؛ يُكره ابتداءً. فإن وقع؛ صح العقد، وبطل الشرط.

- التزام ما يخالف سنة العقود شرعاً ساقط على المشهور؛ ما لم يتطوع الملتزم به بعد انعقاد العقد، فإنه يجوز.

- اعتبار جائحة كورونا بمثابة قوة قاهرة، لكونها حادثاً استثنائياً عاماً، ولا يمكن توقعه أو دفعه أو درء نتائجه. ويستحيل معها تنفيذ الالتزام التعاقدي. ومن ثم يتحرر كل طرف من التزاماته.

كما يمكن اعتبارها ظرفاً طارئاً، تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، وتهدد استمرار العقد بالشروط ذاتها بخسارة فادحة. مما يستوجب إعادة النظر في العلاقة التعاقدية لتحقيق الموازنة

بين أطرافها، بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وفي حدود ما تستوجبه العدالة التعاقدية.

-الشروط المؤثرة في العقد، هي التي تكون مقترنة وممزوجة به. ولا عبرة للشرط السابق، لأنه لغو. وأما ما عُقد بعد انبرام العقد، فإنه يقدر أن العقد وقع عليه؛ وإن تأخر عنه.

-ارتفاع العقد يكون من أصله لا من حينه، من باب إعطاء الموجود حكم المعدوم. بمعنى أن للشرط أثر رجعي، بحيث إذا تحقق يصبح العقد نافذاً ومنتجاً لجميع آثاره، من وقت نشوء العقد، لا من وقت تحقق الشرط. وإذا تخلف زال الحق الذي كان غير كامل الوجود بأثر رجعي، يمتد إلى وقت نشوء ذلك الحق.

-أخذ المقنن بمبدأ الأثر الفوري لتحقيق الشرط وتخلفه، بحيث يجب اعتبار الالتزام قد وُجد أو قد زال في الوقت الذي تحقق فيه الشرط، لا في اليوم الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى استبعاد الأثر الفوري، وتجريد الشرط من هذا الأثر، وأن يسندا أثر العقد بمفعول رجعي ينسحب إلى يوم إبرامه. أو إذا كانت طبيعة الالتزام تأبى هذا الأثر وتستعصي عليه، وتستلزم سريانه بأثر رجعي.

-في مرحلة التعليق التي يكون فيها الشرط لا يزال قائماً؛ بحيث لم يتحدد مصيره بعد، يبقى الالتزام المعلق على شرط واقف ناقصاً غير نافذ، ما دام الشرط المعلق عليه لم يتحقق. أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ، فيعتبر التزاماً موجوداً وينتج آثاره حالاً؛ وإن كان معرضاً للزوال.

-عند انتهاء مرحلة التعليق، فإن مآل الالتزام يتأكد وجوده، أو يزول نهائياً؛ تبعاً لتحقيق الشرط أو تخلفه.

ففي حالة تحقق الشرط وكان واقفاً؛ زال عنصر الاحتمال وتولّد الالتزام في الحال، وأصبح الحق الذي كان مهدداً بالزوال مؤكداً الوجود.

أما إذا كان الشرط فاسخاً وتحقق؛ اعتبر الالتزام كأن لم ينشأ أصلاً، وفسخ التصرف الذي كان معلقاً عليه.

-من آثار تخلف الشرط الفاسخ في هذه المرحلة؛ استقرار الالتزام الذي كان زواله معلقاً على تحقق هذا الشرط وصيرورته باتاً، فيستمر في إنتاج آثاره

ويترتب على تخلف الشرط الواقف؛ زوال الالتزام الذي كان معلقاً على تحقيقه من الوجود، ووجوب اعتبار هذا الالتزام كأن لم يكن ومجرداً من كل أثر.

- الأصل في الشروط في المعاملات هو الإباحة والصحة واللزوم؛ ما لم يدل الدليل على خلافه، وما لم يظهر في الشرط منافاة لمقتضى العقد ومقصوده.
- وتتمتع هذه الشروط الاتفاقية بقوة إلزامية، استمدت قوتها من خطاب الشارع الذي أمر بالوفاء بالعهود.
- الأجل وصف عارض، يضاف إلى عقد قد استوفى جميع عناصره الجوهرية، بحيث لا يقتضيه، ولا يحتاج إليه في قيامه.
- كما أن الأجل يعتبر عنصراً جوهرياً أساسياً أصيلاً ومقصوداً، يلحق العقود الآجلة أو العقود الزمنية أو عقود المدة، بحيث يدخل في تركيبتها، ولا يتصور بدونه أن تنتج آثارها المقصودة.
- المؤجل يتعجل إذا أسقط المدين الأجل، ويلزم الدائن قبوله قبل أجله.
- الأجل في المعاوضات يقتضي جزءاً من العوض، ويمتنع أخذ الأبدال عن الآجال في القروض.
- عدم جواز التأجيل إلى أجل غير منضبط الوقوع، لأنه من الغرر الكثير المانع من صحة العقد.
- عقود المدة لا تنتهي إذا استمر العاقدان في الالتزام بمضمون العقد، حيث يكتف هذا التصرف تعبيراً ضمناً عن إرادتهما في تمديد العقد بشروطه المتفق عليها.
- منح المدين الملاحق قضائياً أجلاً معتدلاً للوفاء بالتزامه، في حالة الفصل من العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة.
- الالتزام المقترن بأجل واقف هو التزام كامل الوجود، ولكنه غير نافذ، لأن نفاذه مُرجأ بعض الوقت. وتترتب عليه جميع الآثار المترتبة على الالتزام المعلق على شرط واقف.
- أما الالتزام المقترن بأجل فاسخ، فهو التزام موجود ونافذ، لكنه التزام مؤقت يزول حتماً بحلول الأجل.
- وبمجرد حلول الأجل الواقف، ينقلب من التزام غير نافذ إلى التزام مستحق الأداء وواجب التنفيذ.
- أما إذا كان الأجل فاسخاً، فبمجرد حلوله ينقضي الحق الذي كان مقترناً به، وتزول آثاره بشكل فوري، بالنسبة للمستقبل. أما الآثار التعاقدية المترتبة في الماضي فتبقى صحيحة لا يطالها الزوال.
- يحل الدين المؤجل قبل حلول أجله، إذا أصاب المدين أمرٌ في ماله أو بدنه أو نحوهما؛ لخراب ذمته.

- الراجع في الديون المؤجلة إذا حلت بالموت، أن يجبر الغرماء على أخذها إذا أراد من هي عليه البراءة منها. وقيل: إن شاء الغرماء تركوها إلى أجلها
- اتفاق كلمة أهل المذهب على تحريم الوضع لتعجيل المؤجل سداً لذريعة الربا. لأنه يؤدي إلى سلف جر نفعاً. ولا بأس بذلك إذا حلّ الأجل.
- الحقوق متى ثبتت في الذمم واستقرت، فإنها لا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء، فلا يؤثر فيها تقادم الزمان وطول المدة، إذ الأصل بقاؤها ثابتة، فلا تزول إلا بدليل.
- غير أن الحقوق التي وقّتها الشارع، وحدد لها آجالاً لطلبها، فإنها تفوت بانتهاء الأجل المحدد لطلبها؛ كحق الشفعة وحق الخيار.
- حضور قوي ومركزي لمصطلحي الشرط والأجل، دلت عليه كثرة نصوصهما، وغزارة ورودهما، مما يبرز عظم الموقع الذي يتبوأنه في كتب الفقه؛ لتعلقهما الكبير، وارتباطهما الوثيق بفقه المعاملات المالية. فهما مصطلحان رئيسان، لازماً للإعمال، لا ينبغي أن يتخلفا في كل القضايا المالية.
- كما أنهما شديداً الاكتناز، قويا الاستيعاب لكل القضايا والإشكالات العلمية التي يخترنانهما، والتي أرشدت إليها سياقات استعمالتهما.
- لا خلاف في مذهب مالك وجميع أصحابه أن العقود التي تنتقل بها الأملاك بغير عوض، تتعقد وتلزم بالقول، ولا تتم إلا بالقبض. فالقبض شرط في التمام والاستقرار، لا في الصحة وال لزوم.
- في العقود الجائزة لكل واحد من المتعاقدين فسخها، وتنتقض بالموت. أما ما لزم من العقود، فإنه يكون لكل واحد من الطرفين الفسخ متى شاء، ولا يبطل بالموت.
- اشتراط معلومية العوض لصحة العقد، لأن جهالة العوض تفوت مقصود العقد.
- يغتفر في التبرعات ويتسامح فيها، ما لا يغتفر في المعاوضات ويتسامح، لأن مبنى التبرعات على المساهلة. فلو شرط في التبرعات ما يشترط في المعاوضات؛ لفاتت مصالح هذه التصرفات ومقاصدها.

كما قاد البحث في هذا الموضوع إلى تسجيل مجموعة من النتائج، من جملتها:

- عدم إجماع مالك وأصحابه وأهل المذهب عموماً أمرهم على قول واحد، بل اختلفوا في كثير من الأحيان اختلافاً كبيراً. وهو اختلاف رحمة، وليس حاصلاً من سوء فهم، أو سوء تقدير.

- الفقه المالكي كنز لا تتقضي نفائسه، وبحر لا ينضب معينه. لما يتسم به من سعة أصوله، وشمولية قواعده، وقابليته للتطور والإبداع والتجديد والانفتاح، وقدرته على مجابهة الواقع، والإجابة عن مشكلات العصر، بروح لا تهاب ما يُلقى به. فهو لم يجمد يوماً، أو توقف عن السير مع الزمان والحياة. كيف لا، وأحكامه منبثقة من أصول عاصمة.

- كل أبواب الفقه لها أصل من الكتاب والسنة؛ سوى القراض، فهو إجماع من الصحابة.

- تضارب العمل القضائي في كثير من القضايا، بين مختلف درجات المحاكم، بل حتى داخل المحكمة الواحدة أحياناً. فبات توحيد العمل القضائي أمراً محتوماً؛ للإسهام في إرساء النص القانوني وسلامة تطبيقه، وتطويره؛ لتتسجم مع الواقع المعاش.

- عند استجماع العقد أوصافه كاملة؛ لزمّت أحكامه، وترتبت آثاره، وحصلت مقاصده، وتحققت غاياته ونتائجه التي شرع من أجلها.

وإن تخلف فيه وصف؛ انقلبت أحكامه، وزالت آثاره بأثر رجعي، ويعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

- عدم تقنين كثير من العقود؛ بالرغم من أهميتها؛ كالمزارعة والمساواة. وعجز النصوص القانونية عن استيعاب مسائل كثير من العقود المنظمة، مكتفية بمبدأ الإحالة على المذهب المالكي، ومستتجدة بالقضاء، محاولة منها لسد الفراغ والقصور.

- عدم انضباط كثير من النصوص القانونية في عمومها لأحكام الفقه، بل فضلت اقتفاء أثر القانون الفرنسي، الذي أغرم به المقنن منذ أن فكّر في تقنين نصوصه؛ وإن كان غير محتاج أن يأخذ أصوله من ينابيع الغرب، الذي بدوره استقى أصول قوانينه من التراث الفقهي الإسلامي.

فبالفقه تنضبط النصوص القانونية؛ إن أريد لها أن تكون هادية للتي هي أقوم. فلا مناص من أن نولي وجوهنا شطر الفقه، فهي نتيجة لازمة حتمية لا مفر منها، وأمر واقع ما له من دافع. وسيظل ثمر العطاء؛ بالرغم ما يقذف به من كل جانب.

أما الآفاق العلمية التي يفتحها هذا البحث، فإن بعض جوانبه لا زالت تحتاج إلى مزيد من تعميق البحث، وتدقيق النظر. وتصلح أن تكون محل دراسات وبحوث مستقبلية، جادة ومثمرة. فعسى أن تنفتح به بصائر الباحثين إلى مدارك أسمى، وتشتد به سواعدهم لأبعد مرمى.

فهذا العمل، هو بداية مجتهد ونهاية مقتصد. وحاجة فقه المعاملات المالية إلى إدانة البحوث والدراسات وتتابعها، تبقى أكيدة؛ حتى تستوعب كل ما يُستجد من أقضية ونوازل.

هذا ما فتح الله تعالى به عليّ، ويسّر لي رؤيته، ووسعته قدرتي، وبلغه جهدي، وانتهى إليه سعبي. فعسى أن أكون قد قاربت البُغية، وأصبت من النجح والتوفيق، ولِزام الصواب، ما تراح له النفس، ويغتبط الضمير. وأن يحقق النفع المرجوّ، والأثر المأمول، وأن يحظى بالتوفيق والقبول.

وأبوء بما طغى به القلم، وزاغ عنه البصر، وقصر عنه الفهم، وغفل عنه الخاطر. فلا أحد يدّعي العصمة من الزلل، التي لا يُعزى منها عمل. فالعصمة شبر من المحال، والكمال مرتقى بعيد الأمل. ولقليل لا يُخزى صاحبه، خير من كثير يفضحه.

وختاماً أقول ما قاله الناظم:

يَا مَنْ غَدَا نَاطِرًا فِي مَا جَمَعْتُ ❖ وَمَنْ أَضْحَى يُرَدُّ فِيمَا قُلْتُ النَّظَرَا

نَاشِدْتُكَ اللَّهُ إِنْ عَايَنْتَ لِي خَطَأً ❖ فَاسْتُرْ عَلَيَّ فَخَيْرُ النَّاسِ مَنْ سَتَرَ

(أقاويل الثقات: 42-43).

والله من وراء القصد، ومنه التوفيق، وبه المستعان.

الفهارس العامة

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

ثانياً: فهرس الأحاديث والآثار

ثالثاً: فهرس المنظومات والأراجيز

رابعاً: فهرس القواعد والضوابط

خامساً: فهرس الألفاظ المشروحة

سادساً: فهرس الأعلام المترجم لهم

سابعاً: القرآن الكريم وفهرس المصادر والمراجع

ثامناً: فهرس الموضوعات

أول: فهرس الآيات القرآنية (*)

الآية أو جزؤها رقمها الصفحة

سورة البقرة

136	197	﴿أَنسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا بِضَلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾
84	243	﴿مَنْ ذَا الَّذِي يَفْرِضُ اللَّهُ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضْعِفُهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً﴾
257	260	﴿كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ﴾
84	274	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾
72	279	﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾
63	281	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ﴾
211	282	﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي ءِؤْتِمِنَ ءَمْنَتَهُ﴾

سورة آل عمران

61	145	﴿كِتَابًا مُّوجِزًا﴾
----	-----	----------------------

سورة النساء

5	24	﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَايَنتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيقَةِ﴾
104	29	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾
211	57	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا ءَلَا مَنَنْتَ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾
240	100	﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾
67	102	﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْفُوتًا ﴿٢٣٨﴾﴾
290	113	﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾

(*) مرتبة حسب ورود سورها في المصحف وأرقامها فيها.

الآية أو جزؤها	رقمها	الصفحة
سورة المائدة		
﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ءَاوَهُوْا بِالْعُقُودِ﴾	1	49
﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْحِمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ﴾	92	104
سورة الأنعام		
﴿ثُمَّ فَضَيْتِ أَجَلَآ وَأَجَلَ مُّسَمًّى عِنْدَهُ﴾	3	63
﴿إِن مَّا تُوْعَدُونَ ءَلَاتٍ﴾	135	68
سورة الأعراف		
﴿وَأَنْ عَبَسَ أَنْ يَّكُونَ قَدِ افْتَرَبَ أَجْلُهُمْ﴾	185	63
سورة الأنفال		
﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَنَتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾	27	211
﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ إِلَّا نَعْلَمُ خَالِصَةً لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا﴾	140	319
سورة هود		
﴿أَوْ-اِوتِ إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾	79	28
سورة يوسف		
﴿وَلَمْسَ جَاءَ بِهِ جِمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾	72	186
سورة الإسراء		
﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾	34	49

سورة الكهف

225	19	﴿قَابَعْنُوا أَحَدَكُمْ بِوَرَفِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾
170	76	﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتُ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾
29	83-84	﴿وَأَتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا ﴿٨٣﴾ فَاتَّبَعَ سَبَبًا﴾

سورة القصص

170	27	﴿عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ﴾
63	28	﴿أَيُّمَا الْأَجْلَيْنِ فَضَيْتُ﴾

سورة السجدة

257	27	﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا نَسُوقُ الْمَاءَ إِلَى الْأَرْضِ الْجُرُزِ فَنُخْرِجُ بِهِ زَرْعًا﴾
-----	----	--

سورة ص

226	23	﴿وَلَا كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾
-----	----	---

سورة الزمر

226	28	﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَّجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ مُتَشَكِّسُونَ وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾
-----	----	--

سورة الزخرف

170	31	﴿وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سَخِرِيًّا﴾
-----	----	---

سورة محمد

23	19	﴿بَقْدَ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾
----	----	-----------------------------

سورة الواقعة

257	66	﴿أَقْرَأْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ ﴿٦٦﴾ ءَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ ﴿٦٧﴾﴾
-----	----	---

الآية أو جزؤها	رقمها	الصفحة
سورة الحديد		
﴿وَأَنِهِفُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾	7	92
﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُفْرِضُ اللَّهُ فَرَضًا حَسَنًا يُضْلِعُ بِهِ لَهْ وَلَهُ أَجْرٌ كَرِيمٌ﴾	11	332
سورة الصف		
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿١﴾﴾	2	142
﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٢﴾﴾	3	142
سورة المنافقون		
﴿وَلَنْ يُؤَخِّرَ اللَّهُ نَفْسًا إِذَا جَاءَ أَجَلُهَا﴾	11	63
سورة التغابن		
﴿إِنْ تُفْرِضُوا اللَّهُ فَرَضًا حَسَنًا يُضْلِعُ بِهِ لَكُمْ وَيَغْيِرَ لَكُمْ﴾	17	332
سورة الملاق		
﴿إِنِ أَرْضُكُمْ بَقَاؤُهُمْ أَجُورُهُمْ﴾	6	170
سورة نوح		
﴿إِنَّ أَجَلَ اللَّهِ إِذَا جَاءَ لَا يُؤَخَّرُ لَوْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١﴾﴾	4	63
سورة المزمل		
﴿وَأَخْرَوْا يُضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾	18	240
سورة القيامة		
﴿كَلَّا بَلْ تُحِبُّونَ الْعَاجِلَةَ ﴿١﴾﴾	19	84

ثانياً: فهرس الأحاديث والآثار

فهرس الأحاديث

طرف الحديث	الراوي	المحدث	رقم الحديث	الصفحة
أَتَاكُمْ مَا تُوْعَدُونَ غَدًا مُّوَجَّلُونَ	عائشة	مسلم	974	64
أَدَّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنِ انْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ	أبو هريرة	أبو داود	3535	212
إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعِينَةِ	ابن عمر	"	3462	115
أُقِرُّكُمْ مَا أَقْرَكُمُ اللَّهُ عَلَى أَنَّ الثَّمَرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ	ابن المسيب	مالك	1	271
أَكَلْتُ رَبَا يَا مِقْدَادَ وَأَطْعَمْتَهُ	المقداد	البيهقي	10914	85
أَكَلَّ وَلَدِكَ نَحْلَتُهُ مِثْلَ هَذَا؟	النعمان	مالك والشيخان	2586	294
أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَشْتَرِيَ بَعِيرًا	ابن عمرو	أبو داود	3357	119
إِنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً	أبو رافع	مالك ومسلم	1600	334
إِنَّ الْعَائِدَ فِي صَدَقَتِهِ، كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ	أسلم أبو زيد	مالك والشيخان	2623	297
إِنْ كَانَ يَدًا بِيَدٍ فَلَا بَأْسَ، وَإِنْ كَانَ نَسَاءً فَلَا يَصْلُحُ	ابن الأرقم	البخاري	2061	151
إِنَّا آخِذُوهَا وَشَطَرُ مَالِهِ عَزْمَةٌ مِنْ عَزَمَاتِ رَبِّنَا	بهر بن حكيم	أبو داود	1575	143
أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ، مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ	أبو هريرة	"	3383	225
إِنَّمَا يَزْرَعُ ثَلَاثَةَ، رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَيَزْرَعُهُ	رافع	"	3400	261
آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثُ	أبو هريرة	الشيخان	33	142
أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمُرِي لَهُ وَلِعَقِبِهِ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا	جابر	مالك ومسلم	1625	347
حَبَسِ الْأَصْلَ وَسَبَلَ الثَّمَرَ	عمر	الشيخان	2737	531
الذَّهَبُ بِالْوَرَقِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ	"	مالك والشيخان	38	151
رقية اللديغ على قطع من الغنم بفاتحة الكتاب	ابن عباس	الشيخان	5737	186
اشْتَرَى النَّبِيُّ ﷺ طَعَامًا مِنْ يَهُودِي إِلَى أَجَلٍ	عائشة	"	2068	119
عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ	رافع	أحمد	17265	135
فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ الْأَصْنَافِ الرِّبَوِيَّةِ	عبادة	مسلم	1587	136

طُرف الحديث	الراوي	المحدث	رقم الحديث	الصفحة
فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ وَالْعُيُونُ وَالْبَعْلُ الْعُشْرُ	بسر بن سعيد	مالك	33	276
قَالَ اللَّهُ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ	أبو هريرة	البخاري	2227	170
قَدْ أُجِرْتَ فِي صَدَقَتِكَ، وَخُذَهَا بِمِيرَاثِكَ	مالك	بالاغا	45	298
كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ	عائشة	مالك والشيخان	2168	38
كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ	جابر	البخاري	6021	332
لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسَعْرِ يَوْمِهَا	ابن عمر	أحمد	5559	158
لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ	حكيم بن حزام	أبو داود	3503	146
لَا حُبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ	ابن عباس	الدارقطني	3992	316
لَا حُبْسَ بَعْدَ سُورَةِ النَّسَاءِ	"	البيهقي	12028	316
لَا تَشْتَرِهِ وَإِنْ أَعْطَاكَهُ بِدِرْهَمٍ وَاحِدٍ	عمر	مالك والشيخان	2623	298
لَا يَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَإِنْ قَدَّمَ	زهير بن محمد	ابن وهب	328	88
لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَهَبَ هَبَةً، ثُمَّ يَعُودُ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ	ابن عمر	أبو داود	3539	299
لَا يَزْرَعُ مُسْلِمٌ زَرْعًا وَلَا يَغْرِسُ غَرْسًا	جابر	البيهقي	11866	267
لَوْ دُعِيَتْ إِلَى ذِرَاعٍ أَوْ كِرَاعٍ لَأَجَبْتُ	أبو هريرة	البخاري	2568	290
لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ مِنَ الثَّمَرِ صَدَقَةٌ	غير مسند	مالك	36	276
مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَغْرِسُ غَرْسًا، أَوْ يَزْرَعُ زَرْعًا	أنس	الشيخان	2320	198
مِثْلُكُمْ وَمِثْلُ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى	ابن عمر	البخاري	2268	170
الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ	أبو هريرة	"	92/3	50
مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَمَنْ اتَّبَعَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ	"	مالك والشيخان	84	162
مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا كَانَ لَهُ بِكُلِّ يَوْمٍ صَدَقَةٌ	بُرَيْدَةُ	ابن ماجه	2418	72
مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ	ابن عمر	الشيخان	2133	146
مَنْ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ	أبو هريرة	مالك والشيخان	7430	291
مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ	"	البيهقي	11761	170
مَنْ اسْتَثْنَى فَلَهُ تَنْيَاهُ	معاذ	الدارقطني	96/3920	98
مَنْ سَلَفَ فِي تَمَرٍ	ابن عباس	الشيخان	2239	123

طرف الحديث	الراوي	المحدث	رقم الحديث	الصفحة
مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَلَهُ سَلْبُهُ	أبو قتادة	الشيخان	3142	186
مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيُزْرِعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ، وَلَا يُكْرِهَا	جابر	"	2340	260
مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيُزْرِعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ				
وَلَا يُكْرِهَا بِثُلُثٍ وَلَا رُبْعٍ وَلَا طَعَامٍ مُسَمًّى	رافع	أبو داود	3395	263
مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ	أبو هريرة	الترمذي	1954	2
نَهَى ﷺ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ طَعَامًا حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ	ابن عباس	"	2132	143
نَهَى ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ	ابن عمرو	مالك	1338	36
نَهَى ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ	"	الطبراني	4361	36
نَهَى ﷺ عَنْ بَيْعِ الْعُرْبَانِ	"	مالك	1	104
نَهَى ﷺ عَنْ الثُّنْيَا	جابر	مسلم	1536/85	98
نَهَى ﷺ عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ	رافع	مالك ومسلم	1547	260
نَهَى ﷺ عَنِ الْمُخَابَرَةِ	جابر	الشيخان	2381	262
وَأَيُّ الْمُؤْمِنِ حَقٌّ وَاجِبٌ	زيد بن أسلم	أبو داود	523	143
وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ	أبو هريرة	مالك والشيخان	30	150

طرف الحديث	الراوي	المحدث	رقم الحديث	الصفحة
أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَشْتَرِيَ بَعِيرًا بِبَعِيرَيْنِ إِلَى أَجَلِ	ابن عمر	أبو داود	3357	119
بِئْسَ مَا شَرَيْتَ وَبِئْسَ مَا اشْتَرَيْتَ	العالية	عبد الرزاق	15629	116
ابْتِاعَ مِنِّي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَعِيرًا وَشَرَطْتُ ظَهْرَهُ	جابر	الشيخان	2718	38
حَرِيسَةَ الْجَبَلِ أَنْ فِيهَا غُرْمٌ مِثْلُهَا	ابن عمرو	أبو داود	4390	143
سئل عن الرجل يكون له الدين	ابن عمر	مالك	82	85
اسْتَأْجَرَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ ﷺ رَجُلًا	عائشة	البخاري	2263	170
اسْتَسْلَفَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَكْرًا	أبو رافع	مالك ومسلم	1600	332
فَإِنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ لَا يُبْطِلُهُ شَيْءٌ	عمر	الدارقطني	439	88
فَلَوْ كُنْتُ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَرْتِيهِ كَانَ لَكَ	عائشة	مالك	40	293
كَانَ ﷺ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُغِيبُ عَلَيْهَا	"	البخاري	2585	290
كَانَتْ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَدَائِعَ	ابن عويم	البيهقي	12823	211
لَيْسَ عَلَى مُؤْتَمَنِ ضَمَانٌ	علي وابن مسعود	"	12825	213
لَا يَقُولَنَّ أَحَدُكُمْ زَرَعْتُ، وَلْيَقُلْ حَرَنْتُ	أبو هريرة	"	11866	257
مَقَاطِعُ الْحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ	عمر	البخاري	—	50
مَنْ كَانَ لَهُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَيُّ أَوْ عِدَّةٌ فَلْيَأْتِنِي	ربيعة	مالك والشيخان	2296	142

ثالثاً: فهرس المنصومات والأراجيز

صدر البيت أو عجزه	القافية	الوزن/البحر	الناظم/الراجز	الصفحة
الشَّرْطُ عَنْ مَاهِيَةٍ قَدْ خَرَجَا	وَلَجَا	الكامل	ميارة	28
لَكِنْ كِلَاهُمَا إِذَا مَا انْعَدَمَا	بَيْهَمَا	"	"	
بَيْعُ الشُّرُوطِ الْحَنْفِيُّ حَرَمَهُ	شُبْرُومَهُ	الرمل	ابن غازي	39
وَفُصِّلَتْ لِابْنِ أَبِي لَيْلَى الْأَمَهُ	قَسَمَهُ	"	"	
هَلْ مُلْحَقُ الْعَقْدِ كَهَوٍ أَوْ حَادِثٍ (عَجَز)	حَادِثٍ	المتدارك	الزقاق	54
وَالْمُلْحَقَاتُ بِالْعُقُودِ جَعَلُوا	نَقَلُوا	الكامل	السجلماسي	
وَهَلْ يُرَاعَى مُتَرَقَّبٌ وَقَعٌ	رَجَع	"	الزقاق	55
وَهِيَ الَّتِي تُدْعَى بِالْإِنْعِطَافِ	بِالْإِنْكِشَافِ	"	"	
وَهَلْ حُصُولُ ذِي التَّوَقُّعِ أَتَى (عَجَز)	أَتَى	الرجز	الولائي	56
مُقَدَّرًا حِينَ حُصُولِ السَّبَبِ	الْمُدْهَبِ	"	"	
وَهَذِهِ تُدْعَى بِذَاتِ الْإِنْعِطَافِ	الْإِنْكِشَافِ	"	"	
هَلْ رُدُّ بَيْعٍ فَاسِدٍ نَقْضٌ لَّهُ	حَلَهُ	الكامل	السجلماسي	56
وَالرُّدُّ لِلْمَبِيعِ بِالْعَيْبِ يُعَدُّ	وَرَدُّ	الرجز	الولائي	56
الشَّرْطُ مِنْ عَدَمِهِ انْعِدَامٌ	إِلْزَامٌ	السريع	مشهور	24
وَالْبَيْعُ وَالشَّرْطُ الْحَلَالُ إِنْ وَقَعَ	امْتَنَعَ	الكامل	ابن عاصم	37
وَكُلُّ مَا لَيْسَ لَهُ تَأْثِيرٌ	مَأْثُورٌ	"	"	
وَالشَّرْطُ إِنْ كَانَ حَرَامًا بَطْلاً	جُعِلَا	"	"	
إِعْطَاءٌ مَا وَجِدَ حُكْمٌ مَا عُدِمَ	عُلِمَ	المنسرح	الزقاق	57
وَقَوْلُ بَائِعٍ مَتَى بِالثَّمَنِ	فَبَيَّنَ	الكامل	الأجهوري	98
بِأَنَّهَا ثُنْيَا بِهَا الْبَيْعُ فَسَدَ	رَشَدَ	"	"	
وَالشَّرْحُ لِلثَّنْيَا رُجُوعٌ مِلْكٍ مَنِ	الثَّمَنُ	الكامل	ابن عاصم	98
وَعَقْدٌ عَلَى مَنْ بَاعَ عَلَى الثَّنْيَا يُرَدُّ	فَسَدَ	السريع	السجلماسي	100

صدر البيت أو عجزه	القافية	الوزن/البحر	الناظم/الراجز	الصفحة
تَجَنَّبَ عُقُودًا سَبْعَةً فِيهَا كُلُّهَا	البَيْعِ	الطويل	ابنُ عاصم	108
نِكَاحٌ وَقَرْضٌ أَوْ قِرَاضٌ وَشِرْكَةٌ	الْمَنَعِ	"	"	
عُقُودٌ مَنَعْنَا اثْنَيْنِ مِنْهَا بِعُقُودَةٍ	تَتَفَرَّقُ	الطويل	ميّارة	107
فَجُعِلَ وَصَرَفٌ وَالْمُسَاقَاةُ شِرْكَةٌ	مُحَقِّقٌ	"	"	
فَهَذِي عُقُودٌ سَبْعَةٌ قَدْ عَلِمْتَهَا	مُشْتَقٌّ	"	"	
نِكَاحٌ شِرْكَةٌ صَرَفٌ قَرْضٌ	جُعِلَ	الرجز	التتائي	107
فَجَمْعُ اثْنَيْنِ مِنْهَا الْحَظَرُ فِيهِ	يَجِلُّ	"	"	
وَشَرَطُ مَا يُسَلَمُ فِيهِ أَنْ يُرَى	مُقَدَّرًا	المنسرح	ابنُ عاصم	124
وَجَارَ إِنْ أَخَّرَ كَالْيَوْمَيْنِ	الْعَيْنِ	"	"	127
مِمَّا يُصَابُ غَالِبًا عِنْدَ الْأَجَلِ (عجز)	الْأَجَلِ	"	"	132
وَلَمْ تَجْزِ عُقُوبَةٌ بِالْمُـ	الْأَقْوَالِ	الرجز	العميري	144
لِأَنَّهَا مَنْسُوخَةٌ إِلَّا أُمُـ	يَدُورُ	"	"	
وَالْبُرْزُلِيُّ أَخَذَ بِالْعُمُـ	الْقَدِيمِ	"	"	
وَرَدَّهُ الْمُعَاصِرُ ابْنُ الشَّمَّـ	الْإِجْمَاعِ	"	"	
عَلَى النَّسْخِ حَكَيْتَ الْإِجْمَـ	الشَّمَاعِ	"	"	
وَتَابَعَ الْبُرْزُلِيُّ ابْنَ الْعُقُـ	عَقْدَهُ	"	"	
وَفِي جَوَابِ الْعَرَبِيِّ الْفَاسِـ	الْقِيَّاسِ	"	"	
مِثْلُ الَّذِي لِابْنِ مِيَّارَةَ الْـ	الْحُدُودِ	"	"	
وَقَبْلَهُمْ قَالَ بِهِ ابْنُ عَرَفَـ	عَرَفَهُ	"	"	
وَالنَّوَوِيُّ قَالَ: هُوَ الْمُخْتَـ	الْأَثَارُ	"	"	
وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي الْقَدِـ	الْحَدِيثِ	"	"	
وَالشَّرْطُ فِي الصَّرْفِ تَنَاجُزٌ فَقَطُ	يَشْتَرِطُ	الرجز	ابنُ عاصم	151
هَلْ حُكْمٌ مَتَّبِعٌ لِتَابِعٍ مُنْـ	يَصِحُّ	"	الزقاق	128
وَحَيْثُمَا حَلَّ الْكِرَا يَدْفَعُ مَنـ	سَكَنُ	الرمّل	ابنُ عاصم	172

صدر البيت أو عجزه	القافية	الوزن/البحر	الناظم/الراجز	الصفحة
وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحُلَّ مَا أَنْعَقَ—د	بَعْدَد	الكامل	ابن عاصم	172
وَلَا خُرُوجَ عَنْهُ إِلَّا بِالرِّضَا—ا	انْقَضَى	"	"	173
وَالْمُكْتَرِي إِنْ مَاتَ لَمْ يَحِنْ كِرَا	قُدِرَا	"	"	174
وَشَرِطُ مَا فِي الدُّورِ مِنْ نَوْعِ النَّمْرِ	مُعْتَبَرُ	الكامل	ابن عاصم	181
وَعِزُّ بَادِي الطَّيِّبِ إِنْ قَلَّ اشْتَرِطُ	ارْتَبِطُ	"	"	"
الْجُعْلُ عَقْدٌ جَائِزٌ لَا يَلْزَمُ	يُحْكَمُ	السريع	"	189
وَلَيْسَ يَسْتَحِقُّ مِمَّا يُجْعَلُ	الْعَمَلُ	"	"	"
وَلَا يُحَدُّ بِزَمَانٍ لِإِثْقَاقِ (عجز)	لَائِقِ	"	"	190
الْإِغْتِرَاسُ جَائِزٌ لِمَنْ فَعَلَ—ل	الْعَمَلُ	الرجز	"	198
أَرْبَعَةُ بِالْقَوْلِ عَقْدُهَا فِرَا	وَكِرَا	"	ابن غازي	199
لَا الْجُعْلُ وَالْقِرَاضُ وَالتَّوَكُّيْلُ	كَفِيلُ	"	"	"
لَكِنَّ فِي الْغِرَاسِ وَالْمُزَارَعَةِ	مُنَازَعَةُ	"	"	"
وَالْحَدُّ فِي خِدْمَتِهِ أَنْ يَطْعَمَا	عُلَمَا	الرجز	ابن عاصم	204
وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ مِمَّا عَمِلَا—لَا	أَجَلَا	"	"	205
وَمَا الْمَالُ وَالْأَهْلُونَ إِلَّا وَدِيعَةً	الْوَدَائِعُ	"	"	211
وَيَضُمُّنَ الْمُودِعُ مَعَ ظُهُورِ—و	التَّقْصِيرِ	السريع	"	216
وَحَيْثُمَا يَشْتَرِكَانِ فِي الْعَمَلِ—ل	مَحَلُ	"	"	227
وَفَسْخُهَا إِنْ وَقَعَتْ عَلَى الدَّامِ	مُلْتَزِمُ	الكامل	"	"
وَالْمَذْهَبُ الْمَعْرُوفُ أَنَّ كُلَّ مَا	لَزِمَا	الرجز	السجلماسي	"
صَاحِبُهُ وَذَلِكَ مَخْصُوصٌ بِمَا	شِرْكَيْهِمَا	"	"	"
وَالْمَذْهَبُ الْمَعْرُوفُ أَنَّ كُلَّ مَا	لَزِمَا	"	"	228
صَاحِبُهُ وَذَلِكَ مَخْصُوصٌ بِمَا	شِرْكَيْهِمَا	"	"	"
شَرِكَةٌ فِي مَالٍ أَوْ فِي عَمَلٍ—ل	لِأَجَلِ	الكامل	ابن عاصم	234
وَجَمْعُ بَيْعٍ مَعَ شَرِكَةٍ وَمَمْعُ	امْتَنَعَ	"	"	237
وَمَعَ مَسَاقَاةٍ وَمَعَ قِرَاضِ—ر	مَاضِ	"	"	"

صدر البيت أو عجزه	القافية	الوزن/البحر	الناظم/الراجز	الصفحة
إِعْطَاءُ مَالٍ مَنْ بِهِ يُتَاجَرُ	تَاجِرٌ	الكامل	ابن عاصم	240
مِمَّا يُفَادُ فِيهِ جُزْءٌ يُعْلَمُ	يَلَزَمُ	"	"	242
وَعِنْدَمَا مَاتَ وَلَا أَمِينَ فِي	بِالْخَلْفِ	"	"	242
رَدٍّ إِلَى صَاحِبِهِ الْمَالُ وَلَا	عَمَلًا	"	"	
وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ شَيْءٍ يُنْفَرْدُ	يُرَدُّ	"	"	244
وَالنَّقْدُ وَالْحُضُورُ وَالتَّغْيِينُ	التَّضْمِينُ	"	"	246
وَلَا يَسُوعُ جَعَلُهُ إِلَى أَجَلٍ	نَزَلَ	"	"	255
وَمُتَّشَارِكَا الْمَزَارَعَةِ مَـ	لَزِمَا	السريع	السجلماسي	258
وَالزُّمْتُ بِالْعَقْدِ كَالْإِجَارَةِ	لِلْعِمَارَةِ	"	ابن عاصم	258
وَالْأَرْضُ لَا تُكْرَى بِجُزْءٍ تُخْرِجُهُ	مَخْرَجُهُ	"	"	262
وَلَا بِمَا تُنْبِتُهُ غَيْرَ الْخَشَبِ	الْقَصَبِ	"	"	
إِنْ عَمِلَ الْعَامِلُ فِي الْمَزَارَعَةِ	مُمَانَعَهُ	الرجز	"	266
إِنْ أَخْرَجَا الْبَذَرَ عَلَى نِسْبَةِ مَا	بَيْنَهُمَا	"	"	
وَالدَّرْسُ وَالنُّقْلَةُ مَهْمَا اشْتَرِطَا	شُرِطَا	"	"	267
وَتُكْتَرَى الْأَرْضُ لِمَدَّةٍ تُحَدُّ	الْأَمَدُ	الكامل	"	269
وَجَائِزُ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِالسَّنَةِ	مُعَيَّنَتُهُ	"	"	
وَالزَّرْعُ لَمْ يَبْسَ وَقَدْ تَحَقَّقَا	مُطْلَقًا	"	"	
قِيلَ مَعَ الْعَجْزِ وَقِيلَ مُطْلَقًا (عجز)	مُطْلَقًا	الرجز	"	272
وَمَا يَحِلُّ بَيْعُهُ مِنَ الثَّمَرِ	الصَّغَرِ	"	"	
إِنَّ الْمُسَاقَاةَ عَلَى الْمُخْتَارِ	الْأَشْجَارِ	السريع	"	273
وَلَا زِمَ عَقْدُ الْمُسَاقَاةِ وَلَوْ	رَوَّوَا	الرجز	السجلماسي	
وَحَيْثُمَا اشْتَرَطَ رَبُّ الْأَرْضِ	مَقْضِي	السريع	ابن عاصم	274
وَلَا اخْتِصَاصِهِ بِكَيْلٍ أَوْ عَدَدٍ	عَقْدُ	"	"	
وَلَا زِمَ عَقْدُ الْمُسَاقَاةِ وَلَوْ	رَوَّوَا	الكامل	السجلماسي	274
وَلَا اشْتِرَاطَ عَمَلٍ كَثِيرٍ	بِيرٍ	الرجز	ابن عاصم	275

صدر البيت أو عجزه	القافية	الوزن/البحر	الناظم/الراجز	الصفحة
وَأَجْرُهُ مِثْلُ فِي الْمَسَاقَاةِ عِيْنَتْ	حُكْمُهَا	الرجز	ابنُ عاصم	278
مُسَاقَاةً أَبَانَ بِهِ وَصَلَاخُهَا	يَعْمُهَا	"	"	
وَأِنْ شَرَطَ الْمُسَاقِي عَلَى مَالِكٍ لَهُ	يَضُمُّهَا	"	"	
وَأَجْرُهُ الْخَمَاسِ أَمْرٌ مُشْكَلٌ	تَسَاهَلُ	"	"	282
وَمَا بَغِيرِ عَوْضٍ يَنْتَقِلُ	يَكْتَمِلُ	"	"	
وَأَجْرُهُ الْخَمَاسِ أَمْرٌ مُشْكَلٌ	تَسَاهَلُ	"	السجلماسي	
وَرَخَّصُوا فِي شَرِكَةِ الْخَمَّاسِ	النَّاسِ	"	"	
وَعَقَدُ الْمَعْرُوفِ كُلُّ افْتَقِرَ	يُقَرَّرُ	"	ابنُ عاصم	291
وَمَنْ يَصِحُّ قَبْضُهُ وَمَا قَبْضُ	عَرَضُ	"	"	
يَبْطُلُ حَقُّهُ بِلا خِـلَافٍ	التَّلَافِي	"	"	292
وَجَبْرُهُ مَهْمَا أَبَاهُ مُتَضَخٌّ (عجز)	مُتَضَخٌّ	"	"	
وَكُلُّ مَا يَجْرِي بِلَفْظِ الصَّدَقَةِ	يَلْحَقُهُ	الكامل	"	296
وَلَيْسَ فِي صَدَقَةٍ أَوْ هِبَةٍ	لِصِلَةٍ	الرجز	السجلماسي	
أَوْ أَنَّهَا لِلَّهِ أَوْ مَا أَشْهَرَا	تَنْهَى	"	"	
وَلَا رُجُوعَ بَعْدُ لِلْمَصَدِّقِ	اتَّقِي	الرجز	ابنُ عاصم	298
الاعْتِصَارُ جَازَ فِيمَا يَهْبُ	الْأَبُ	الرمز	"	299
وَالْأُمُّ مَا حَيَّ أَبٌ تَعْتَصِرُ	يُذَكِّرُ	"	"	
وَلَا اعْتِصَارَ مَعَ مَوْتٍ أَوْ مَرَضٍ	عَرَضُ	"	"	300
وَفَقْرٌ مُؤْهَبٌ لَهُ مَا كَانَا	أَبَانَا	"	"	
وَلَا يَعُودُ الْإِعْصَارُ الْمُتَنَبِّعِ	يَرْتَفِعِ	الكامل	السجلماسي	301
وَمُتَبِّتٌ أَوَّلَى مِنَ الَّذِي نَفْسِي	عَرَفَا	الرجز	الزقاق	310
وَعَنْ مُعَايِنَةِ حَوْزٍ يَكْفِي	الْوَقْفِ	المنسرح	السجلماسي	310
وَرُوعِي الْمُقْصُودُ فِي الْأَحْبَاسِ	فَاسِ	"	"	317
وَكُلُّ مَا يَشْتَرِطُ الْمُحِبِّ سِ	الْحُبْسُ	الكامل	ابنُ عاصم	318
وَحُبْسٌ عَلَى الْبَيْنِ لَا الْبَنَاتِ	آت	"	"	320

صدر البيت أو عجزه	القافية	الوزن/البحر	الناظم/الراجز	الصفحة
وَبَيْعٍ حَظٍّ مَنْ بَفَقْرِ ابْتُلِي (عجز)	ابْتُلي	الكامل	ابنُ عاصم	321
وَالْحَوْزُ شَرْطُ صِحَّةِ التَّخْيِيسِ	تَفْلِيسِ	"	"	326
رُجُوعٌ وَاقِفٍ لِمَا قَدْ وَقَفَـ	خَفَفَ	السريع	"	327
عَلَى صَبِيٍّ أَوْ ذِي رُشْدٍ (عجز)	رُشْدٍ	"	"	
وَمَنْ يُحْبِسَ دَارَ سُكْنَاهُ فَـ	الْخَلَا	"	"	
وَنَافِذُ تَخْيِيسٍ مَا قَدْ سَكَنَهُ	السَّنَه	الكامل	"	
إِنْ كَانَ مَا حُبِسَ لِلْكَـ	جَارِي	"	"	
الْقَرْصُ جَائِزٌ وَفِعْلٌ جـ	الْجَوَارِي	الرجز	"	333
وَشَرْطُهُ أَنْ لَا يَجُرَّ مَنْفَعَتُهُ	مَنْعَهُ	"	"	334
وَلَيْسَ بِاللَّازِمِ أَنْ يُـ	حَدَا	"	"	340
وَأِنْ رَأَى مُسَلَفٌ تَعْجِيَالَهُ	قَبُولَهُ	الكامل	"	
وَمَا الْبِرُّ إِلَّا مُضْمَرَاتُ مِنَ التَّقَى	ودائع	"	"	346
هَبَةُ غِلَّةِ الْأُصُولِ الْعُمـ	اسْتَقَرَّا	السريع	"	
وَتَرْجِعُ الْعُمَرَى لِمَلِكِ الْمُعْمـ	المُعْمَرِ	الرجز	السجلماسي	350
وَبَيْعُهَا مُسَوِّغٌ لِلْمُعْمـ	لِلْمُعْمَرِ	السريع	ابنُ عاصم	350
طُولُ حَيَاةٍ مُعْمَرٍ أَوْ مُـ	بَعْدَهُ	"	"	352
بِحَوْزِ الْأَصْلِ حَوْزُهَا اسْتَقَرَّا (عجز)	اسْتَقَرَّا	"	"	356

رابعاً: فهرس القواعد الأصولية والفقهية والضوابط

الصفحة

نص القاعدة

حرف الألف

- الإبطال لا بد من تقريره بالتراضي أو بالتقاضي 45
- الأجل له جزء من الثمن 83
- الأجل له حصة من الثمن 83
- الإجارة معاوضة محضة 168
- الإجازات حكمها حكم البياعات 168
- الإجماع على امتناع اجتماع البيع والسلف في عقد واحد، وكل ما أدى إليه فهو ممنوع 106
- إذا بطل الأصل بطلت آثاره 43
- إذا اجتمع الخاص والعام، فإن الخاص يقدم بالإجماع 146
- إذا ارتفعت العلة زال الحكم بزوال العلة 37
- إذا ارتفعت العلة ارتفع المعلول 37
- أصل الشركة التساوي 230
- الأصل في المعاملات الإذن حتى يدل الدليل على خلافه 49
- الأصل في المعاملات الصحة والجواز إلا ما نص الشارع على بطلانه 84
- الأصل في العقود اللزوم 49
- الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها 318
- الأصل في المنافع الإذن 49
- الأصل في العقود الحلول 83
- الأصل عدم الحلول 86
- الأصل بقاء ما كان على ما كان 49
- الأصل في الوديعة عدم الضمان 213
- الأصل في الهبة نفى الرجوع، والوالد مخصص وعنده الرجوع 299
- الأصل عصمة الأموال وحفظها على أربابها 213

116	أصل مالك حمل الناس على التهمة ومراعاة ما يرجع إليهم ويخرج منهم دون أموالهم
95	أصول مالك في البيوعات أجود من أصول غيره
57	إعطاء الموجود حكم المعدوم والمعدوم حكم الموجود
38	إعمال الدلالة أولى من إهمال بعضها
55	إسقاط الشيء قبل وجوبه وبعد جريان سببه هل يلزم أم لا؟
128	الأقل يعطى حكم الأكثر
215	الأمانة لا تعود بعد الخيانة
70	الأيام المعلومة كالمنصوصة

حرف الباء

44	الباطل مفسوخ، لا يحتاج إلى فسخ حاكم ولا غيره
----	--

حرف التاء

131	تأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع
266	التافه اليسير في حكم العدم
31	التعليق بشرط كائن تنجيز
32	التعليق بالمستحيل باطل
31	التنجيز إبطال للتعليق
43	التابع يسقط بسقوط المتبوع
106	تنافي المقصودين مانع من اجتماع حكميهما
151	توهم الربا كتحقيقه
151	توهم الربا كالعلم به
157	التوسعة العامة عند مالك توجب الاستثناء من الأصول قياسا على ما وردت به النصوص
213	التفريط أن يفعل ما لا يفعله الناس

حرف الثاء

310	الثابت مقدم على النافي؛ لعدم تكافئهما
156	الثالث آخر حدّ اليسير، وأول حدّ الكثير

حرف الجيم

- اجتماع بيع وسلف ممنوع..... 106
- الجمع أولى من الترجيح باتفاق أهل الأصول..... 38

حرف الحاء

- الحبس ممنوع من البيع والميراث..... 322
- الحكم إذا عُلِّلَ بعلة؛ غالبًا اكتُفي بغلبتها عن تتبعها في كل صورة صورة؛ إعطاءً للنادر حكم
الغالب..... 107
- الحكم المُعَلَّل بالمظنة لا يتوقف على تحقق الحكمة..... 107
- حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى..... 55
- الحكم للغالب..... 131
- حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا يرد ولا ينقض..... 253
- حمل المطلق على المقيد، وقاعدة تقديم الخاص على العام عند تعارضهما..... 146
- حقوق العقد، إنما تعود على العاقد لا على غيره، والحكم يثبت لمن باشر سببه..... 235

حرف الخاء

- الخاص يقضي على العام..... 260

حرف الدال

- الدَّين في الذمة كالمقبوض..... 159
- الدَّين في الذمة بمنزلة المقبوض..... 306

حرف الراء

- الربا الموهوم كالربا المعلوم..... 151
- الركن أولى للمحافظة عليه من الشرط..... 28

حرف الشين

- شرع من تقدم لازم لنا، ما لم يقدّم دليل على نسخه عنا..... 170
- شرع من قبلنا شرع لنا، إلا ما خصه الدليل بلا خلاف..... 186

232.....	الشركة تقتضي السلطنة على ملك الشريك بسبب الشياخ والخلط
232	الشركاء أمناء بعضهم على بعض
318	شرط الواقف؛ كنص الشارع في وجوب الوفاء والاتّباع
334.....	شرط القرض أن لا يجز منفعة للمقرض
45.....	الشرط يقتضي ألا يقع المشروط إلا عند حضوره
122.....	الشيء اذا عبّر بعبارتين مختلفتين؛ جاز للمتكلّم استعمال أيتهما شاء

حرف الصاد

290	الصدقة كالهبة في جميع الأحكام
-----------	-------------------------------

حرف العين

297.....	الاعتصار لا يكون في الصدقات إلا بشرط
300.....	الاعتصار إذا زال بسبب، لم يعد بزواله
86.....	العادة التأجيل
37.....	العلة إذا ارتفعت ارتفع حكمها
84.....	العام يبقى على عمومته إلى أن يرد دليل بتخصيصه
55	العقد لا ينعطف حكمه فيما مضى
246	العقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله؛ وجب بطلانه

حرف الغين

131	الغالب في الشرع كالمحقق
131	الغالب يجري مجرى اليقين
131	الغالب في الشرع كالمحقق
126	الغرر اليسير معفو عنه في الشرع
126	الغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره
35	الغرر إنما يمنع في المعاوضات لا في التبرعات

حرف القاف

- 128.....قبض الأوائل كقبض الأواخر.
- 128.....قبض أول متصل الأجزاء، هل هو قبض لجميعه أو لا؟
- 204.....القليل تَبَعٌ للكثير.

حرف الكاف

- 107.....كل بيع انعقد على فساد، لم يجز بعد ذلك؛ وإن أسقط الوجه الذي دخل من أجله الفساد.
- 318.....كل تصرف قاصر عن تحصيل المصلحة لا يشرع، ويبطل إن وقع.
- 28.....كل ركن شرط ولا ينعكس.
- 106.....كل عقدين يتضادان وضعاً أو يتناقضان حكماً، فإنه لا يجوز اجتماعهما.
- 191.....كل عقد مستثنى عن أصله إذا فسد، هل يرد إلى صحيح المستثنى، أو إلى صحيح ما استثنى منه؟
- 191.....كل عقد فاسد يرد إلى صحيحه لا إلى صحيح غيره.
- 198.....كل عقد لا يتقيّد بزمان لا يلزم إلا بالشروع.
- 168.....كل ما جاز بيعه، جازت إجارته.
- 168.....كل ما يحل في البيع يحل في الإجارة، وكل ما يحرم في البيع يحرم في الإجارة.
- 182.....كل ما جاز إجارته، جاز أجره.
- 187.....كل ما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة ولا ينعكس.
- 156.....كل ما دون الثلث يسير، وكل ما فوقه كثير.
- 214.....كل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه.
- 290.....كل ما جاز بيعه جازت هبته. وما لا؛ فلا.
- 31.....كل ما من شأنه أن يكون في العادة مشكوكاً فيه بين الناس، حُسِّنَ تعليقه.
- 292.....كل ملك انتقل بغير عوض، فلا بد من حيازته.
- 246.....كل قراض فاسد متى اطلع عليه؛ فحكمه الفسخ، عمل العامل أو لم يعمل.

حرف اللام

- 291.....الالتزام إذا لم يكن على وجه المعاوضة، فلا يتم إلا بالحيازة.
- 264.....اللفظ العام المستقل بنفسه الوارد على سبب يحمل على عمومته ولا يقصر على سببه.
- 264.....اللفظ العام إذا خصّ منه شيء عاد مجملاً، وسقط الاحتجاج بعمومه.

146	اللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومته، إلا أن يأتي ما يخصّصه
29	لا مُشاحّة في الاصطلاح إذا ظهر المقصود وأمن اللبس
214	لا ضمان على المودّع
55	لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده
32	لا يشترط الشيء إلا مع إمكان وجوده
260	لا يخصّص العموم بقول الراوي

حرف الميم

53	ما قبل العقد لغو
54	ما بعد العقد خارج عنه
70	ما أجلّ بأجل مجهول، ملغى غير معتبر
116	ما خرج من اليد وعاد إليها يعد لغوا
254	ما في الذمة لا يتحوّل ويعود أمانة
129	ما قارب الشيء حكمه حكمه
188	ما كان على وجه الجعل فلا أجر له إلا بتمامه
297	ما كان من العطية على وجه القرية، فلا اعتصار فيه
254	ما في الذمة لا يتحوّل إلى أمانة
306	ما في الذمة كالعين الحاضرة
214	المؤتمن لا ضمان عليه
85	المؤخّر لما في الذمة مُسلف
	المترقّبات إذا وقعت هل يُقدّر حصولها يوم وجودها وكأنها فيما قبل كالعدم، أو يُقدّر أنها لم تزل
55	حاصلة من حين حصلت أسبابها التي أثمرت أحكامها، واستند الحكم عليهما؟
55	المترقّبات متى يعد حصولها، أيوم ترقبت أو يوم تحققت؟
44	المجمع على فساد لا يحتاج فسخه إلى الحاكم
272	مساقاة ما حل بيعه من الثمار إجارة
45	المشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط
32	من شرط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط

85	من عَجَل شيئاً قبل وجوبه يعد مُسَلِّفًا لما عَجَله
141	من أدخل غيره بوعده في غرم لزمه
141	من التزم شيئاً لزمه
28	مراعاة الركنية أولى من مراعاة الشرطية
117	مراعاة الخلاف أصل من أصول مالك
53	الملحق بالعقد يعد واقعاً فيه
53	الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان؟
168	منافع العين كالعين
168	المنافع تنزل منزلة الأعيان
45	المعلق بالشرط لا يوجد إلا عند استكمال الشرط
45	المعلق على شيئين لا يحصل إلا بحصول مجموعهما
258	المزارعة كالإجارة في قول، وكالشركة في قول آخر
356	المنفعة تحاز بحوز أصوله

حرف النون

83	النِّسَاء في أحد العوضين يقتضي الزيادة
36	المنهي إذا تجرد يقتضي فساد المنهي عنه
36	المنهي يقتضي فساد المنهي عنه، إلا ما دل الدليل على جوازه

حرف الهاء

56	هل فسخ العقد يعد نقضاً له من أصله أو من حين ردّه؟
129	هل حكم متبوع منح لتابع أم للتابع حكم نفسه؟
43	انتفاء الشرط يوجب انتفاء المشروط

حرف الواو

141	الوفاء بالعِدّة مطلوب اتفاق
318	الوقف لغير مصلحة عبثٌ

حرف الياء

- 28..... يغتفر في الشرط ما لا يغتفر في الركن
- 126 اليسير تبع، فيعطى حكم متبوعه
- 126 يسير الغرر معفو عنه
- 43..... يسقط الفرع إذا سقط الأصل
- 43 يلزم من عدم الشرط عدم المشروط
- 99..... يمتنع في العقود ما كان تارة بيعاً وتارة سلفاً، كما يمتنع اجتماعهما

القواعد القانونية

- 50 العقد شريعة المتعاقدين
- 76..... لا يستطيع الشخص أن ينقل لغيره أكثر مما يملك
- 342 الضرر لا يعرض إلا مرة واحدة

خامساً: فهرس الألفاظ المشروحة

<u>الألفاظ الحديثة</u>	<u>الصفحة</u>
التبويض.....	36
الوصل.....	50
البلاغ.....	36
التعليق.....	50
صيغة الجزم.....	50
صيغة التمرىض.....	50
الجماعة.....	84
الحَمَّادان.....	99
السفیانان.....	38
البقیع.....	158

<u>الألفاظ الفقهية</u>	<u>الصفحة</u>
الدرك.....	35
العُدة.....	37
الجائحة.....	37
المقاصة.....	37
الجزاذ.....	70
العتبة.....	80
النَّساء.....	83
ضع وتعجل.....	84
الذريعة.....	84
العروض.....	101
المحمَّدون الأربعة.....	117
الجزاذ.....	70
إفريقية.....	113
الموازنة.....	116
الإقالة.....	135
الترجمة.....	136
المساومة.....	137
العِدَّة.....	141

<u>الألفاظ الفقهية</u>	<u>الصفحة</u>
الوأي	142
الحريسة	143
هامش الجدية	143
بيع الجزاف	147
بيع التولية	148
بيع الشركة	148
الصُّبْرَة	148
التَّبَر	150
البُرُّ	151
الإطعام	197
فرا	199
التعدي	214
التفريط	214
الأسدية	247
الناض	250
المخابرة	262
المحاولة	262
المزابنة	262
الخرص	271
خم العين	275
سرو الشرب	275
سد الخطار	275
المتيطية	276
الوُسُق	276
البَعْل	276
النَّضْج	276
الشهور العجمية	279
الأعمار	284
الأندر	284
الاحتياش	284
العولة	284

علماء المدينة	291
وَفِي الْكِبَارِ الْفُقَهَاءُ السَّيِّعَةُ ❖ خَارِجَةُ الْقَاسِمِ، ثُمَّ عُرْوَةُ ثُمَّ سُلَيْمَانُ، عَبْدُ اللَّهِ ❖ سَعِيدُ السَّائِعِ دُوْا شَتَبَاهُ إِمَّا أَبُو سَلَمَةَ أَوْ سَالِمٌ ❖ أَوْ قَابُو بَكْرٍ خِلَافَ قَائِمٍ	ألفية العراقي: 167 (بيت 824-825-826)
الفلو	291
الفصيل	291
عزمة بته	296
مثنوية	296
الاعتصار	296
بتلة	304
المحابة	307
التوليج	307
ثَمَغ	315
الشأن	319
المسجل	319
الأيم	320
المدنيون	324
المصريون	324
البكر	334
الوأي	334
الخيار والرباع من الخيل والإبل	334
السويق	335
السفتجة	337

الألفاظ الأصولية

الاستصحاب	49
سد الذرائع	84

الألفاظ اللغوية

نَحَل	21
نَقَّق	21
أَمَات	22
سَيَّب	38

الصفحة

الألفاظ اللغوية

21.....	الفعل الصحيح
61.....	الفعل المهموز
113.....	إفريقية
211.....	الأضداد
150.....	المعمى

الألفاظ القانونية

33.....	الآداب العامة
41.....	التقادم
41.....	الخلف العام
41.....	الخلف الخاص
42.....	حسن النية
42.....	المسؤولية العقدية
42.....	المسؤولية التقصيرية
44.....	العقود الزمنية
44.....	العقود الفورية
51.....	القوة القاهرة
51.....	الظرف الطارئ
172.....	مبدأ الإحالة
207.....	مبدأ التطهير
207.....	التقييد الاحتياطي
207.....	الحق العيني
208.....	الحق الشخصي
209.....	الشفعة
209.....	الشياع
236.....	المشاركة المتناقصة

سأذكرها: فهرس الأعلام المترجم لهم⁽¹⁾

الصفحة	اسم العَلَم وتاريخ وفاته
290	أبو الدَّحْداح (ت6هـ)
271	عبد الله بن رُوَاحَة (ت8هـ)
39	بَريرة (ت؟؟هـ)
186	أبو قتادة (ت23هـ)
55	المقداد بن الأسود (ت33هـ)
136	عبادة بن الصامت (ت34هـ)
346	لبيد (ت41هـ)
335	عبد الله بن سلام (ت43هـ)
146	حكيم بن حزام (ت54هـ)
291	مسروق (ت62هـ)
294	النعمان بن بشير (ت64هـ)
151	زيد بن أرقم (ت66هـ)
151	البراء بن عازب (ت72هـ)
150	أبو سعيد الخدري (ت74هـ)
136	رافع بن خديج (ت74هـ)
211	أم أيمن (ماتت في خلافة عثمان)
316	مُخِيرِق (ت؟؟هـ)
297	أبو غطفان بن طَريف المُري (ت؟؟هـ)
296	أيوب بن شرحبيل (ت؟؟هـ)
297	أسلم أبو زيد (ت؟؟هـ)
226	عبد الله بن هشام (ت؟؟هـ)

(1) لا يشمل هذا الفهرس؛ سوى الأعلام المترجم لهم، مرتبة ترتيبا تاريخيا، مع ذكر رقم الصفحة التي وردت فيها ترجمته، وسقط (ابن) و(أبو) و(ال) و(همزة الوصل) من الاعتبار.

116	(ت؟؟؟هـ).....	العالية بنت أيفع
261	(ت؟؟؟هـ).....	هشام بن عروة
241	(ت؟؟؟هـ).....	عبد الرحمن بن يعقوب
241	(ت؟؟؟هـ).....	يعقوب المدني
261	(ت؟؟؟هـ).....	حنظلة
154	(ت؟؟؟هـ).....	عبد الجبار
260	(ت؟؟؟هـ).....	بُجَيْر
226	(ت؟؟؟هـ).....	سليمان بن أبي مسلم
291	(ت78هـ).....	شُريح
157	(ت85هـ).....	ابن حُرَيْث
184	(ت101هـ).....	ابن أبي الجعد
260	(ت102هـ).....	مجاهد
336	(ت104هـ).....	عراك بن مالك
261	(ت106هـ).....	سالم
260	(ت106هـ).....	طاووس
347	(ت106هـ).....	القاسم بن محمد
299	(ت107هـ).....	سليمان بن يسار
157	(ت110هـ).....	الحسن البصري
260	(ت112هـ).....	مكحول
21	(ت؟؟؟هـ).....	اللَّيْث بن الْمُظَفَّر
319	(ت120هـ).....	أبو بكر بن محمد بن حزم
163	(ت122هـ).....	ابن قُسَيْط
163	(ت127هـ).....	بُكَيْر
226	(ت127هـ).....	زهرة بن مَعْبِد
152	(ت128هـ).....	يزيد بن أبي حبيب

226.....	أبو المنهال (ت129هـ)
115	أبو الزناد (ت130هـ)
115.....	ربيعه (ت136هـ)
336.....	عُبَيْد الله بنُ أبي جعفر (ت136هـ)
241.....	العلاء بنُ عبد الرحمن (ت138هـ)
152	يحيى بنُ سعيد (ت143هـ)
147.....	عثمان البتي (ت143هـ)
38.....	ابنُ شُبْرُمَة (ت144هـ)
38.....	ابنُ أبي ليلى (ت148هـ)
336	ابنُ هرمز (ت148هـ)
99	ابنُ حُدَيْر (ت149هـ)
160	الأوزاعي (ت157هـ)
182.....	ابنُ أبي ذئب (ت158هـ)
163	مخرمة (ت159هـ)
182	يونس بنُ يزيد (ت159هـ)
258	الثوري (ت161هـ)
335	عُبَيْد الله بنُ الحسن (ت168هـ)
258.....	ابنُ حيّ (ت169هـ)
249	الليث بنُ سعد (ت175هـ)
316	القرظي (ت180هـ)
113	علي بنُ زياد (ت183هـ)
147	عبد العزيز بنُ سلمة (ت186هـ)
80.....	ابنُ نافع (ت186هـ)
113	المغيرة بنُ عبد الرحمن (ت188هـ)
169	ابنُ عُلية (ت193هـ)

الأصم (ت201هـ).....	169
حُسَيْن بنُ عاصم (ت208هـ).....	201
عيسى بنُ دينار (ت212هـ).....	88
ابنُ كنانة (ت213هـ).....	117
محمد بنُ مَسْلَمَة (ت216هـ).....	106
ابنُ أبي أويس (ت226هـ).....	172
ابنُ الأعرابي (ت231هـ).....	346
أبو زيد بنُ أبي الغمر (ت234هـ).....	201
يحيى بنُ يحيى (ت234هـ).....	201
ابنُ السكّيت (ت244هـ).....	150
أبا الطاهر (ت250هـ).....	129
الوقار (ت250هـ).....	321
أبو حاتم السجستاني (ت255هـ).....	150
ابنُ سحنون (ت256هـ).....	127
ابنُ مُزَيْن (ت259هـ).....	147
ابنُ عبدوس (ت260هـ).....	117
إسماعيل بنُ إسحاق (ت282هـ).....	159
ابنُ وضاح (ت286هـ).....	277
يحيى بنُ عمر (ت289هـ).....	138
ثعلب (ت291هـ).....	346
حمديس (ت299هـ).....	336
ابنُ زرب (ت317هـ).....	215
فضل بنُ سلمة (ت319هـ).....	128
أبو الفرج (ت330هـ).....	106
ابنُ لبابة (ت330هـ).....	138

150.....	الشاشي (ت335هـ)
117.....	أبو إسحاق (ت338هـ)
128.....	اللؤلؤي (اللوبي) (ت350هـ)
129.....	ابن شعبان (ت355هـ)
127.....	ابن حارث الخشني (ت361هـ)
267.....	عبد الرحمن بن أحمد بن بقي (ت366هـ)
114.....	الأبهري (ت375هـ)
124.....	أبو تمام (ت378هـ)
86.....	أبو عبّيد الجُبيري (ت378هـ)
225.....	ابن خُوَيز منداد (ت390هـ)
99.....	ابن شلبون (ت390هـ)
80.....	أبو عبّيد الطليطلي (ت390هـ)
297.....	ابن الهندي (ت399هـ)
178.....	ابن جرج (ت399هـ)
99.....	أحمد بن خالد (ت399هـ)
282.....	الداودي (ت402هـ)
138.....	ابن القابسي (ت403هـ)
127.....	ابن الكاتب (ت408هـ)
316.....	ابن زُرارة (ت412هـ)
178.....	ابن الشقاق (ت426هـ)
129.....	أبو عمران (ت430هـ)
153.....	ابن دحون (ت431هـ)
129.....	أبو بكر بن عبد الرحمن (ت432هـ)
98.....	ابن عبد الغفور (ت440هـ)
127.....	ابن محرز (ت450هـ)

178.....	الشارقي (ت456هـ)
100	ابنُ مغيث (ت459هـ)
99	ابنُ فتوح (ت462هـ)
277.....	ابنُ عتاب (ت462هـ)
83	عبد الحق بنُ هارون (ت466هـ)
277	ابنُ المرابط (ت480هـ)
178.....	ابنُ سهل (ت486هـ)
215	الشعبي (ت497هـ)
333.....	ابنُ فتحون (ت505هـ)
297.....	ابنُ بشتغير (ت516هـ)
305.....	أبو بكر الطرطوشي (ت520هـ)
56.....	ابنُ بشير (أكمل تأليفه للمختصر سنة 526هـ)
128.....	سند بنُ عنان (ت541هـ)
64.....	ابنُ قُرقول (ت569هـ)
98	المتيطي (ت570هـ)
350	الجزيري (ت585هـ)
89.....	ابنُ هشام (ت606هـ)
178.....	ابنُ عات (ت609هـ)
147.....	أبو محمد صالح (ت631هـ)
283.....	ابنُ شُعيب الهسكوري (ت631هـ)
64.....	الحرالي (ت638هـ)
339	الخضراوي (ت646هـ)
22.....	الصِّغاني (ت650هـ)
281.....	أبو الفضل (ت675هـ)
281	ابنُ البراء (ت677هـ)

256	ابن أبي جمرة (ت699هـ)
98	الرجراجي (القرن 7هـ)
89	الزناتي (ت702هـ)
101	الزرويلي (ت719هـ)
141	ابن الشاط (ت723هـ)
99	ابن عبد الرفيع (ت734هـ)
122	ابن راشد (ت736هـ)
206	ابن الحاج (ت737هـ)
122	الجزولي (ت741هـ)
127	ابن عبد السلام التونسي (ت749هـ)
262	الرمّاح (ت749هـ)
158	ابن سلمون (ت767هـ)
355	ابن أبي عبد الله التلمساني (ت771هـ)
144	ابن الشمّاع (ت779هـ)
284	القباب (ت779هـ)
265	الشبيبي (ت782هـ)
112	ابن لب (ت782هـ)
89	الوغيلسي (ت786هـ)
356	اليزناسني (ت794هـ)
89	الوائوغي (ت819هـ)
284	ابن علاّ (ت823هـ)
283	الأبيّ (ت827هـ)
282	ابن سراج (ت848هـ)
89	العبدوسي (ت849هـ)
229	محمد العقباني (ت854هـ)

283.....	القلشاني (ت863هـ)
123	المشدالي (ت866هـ)
144.....	القُوري (ت872هـ)
276	اللقاني (ت873هـ)
89.....	المازوني (ت883هـ)
302	ابن هلال (ت903هـ)
144.....	ابن العقدة (ت911هـ)
282.....	المكناسي (ت917هـ)
144.....	ابن خَجّو (ت956هـ)
54	السكتاني (ت1062هـ)
327	حمدون المزوار (ت1084هـ)
100.....	الهوزالي (ت1118هـ)
70	الويداني (ت1169هـ)
54.....	أبو عبد الله السجلماسي (ت1214هـ)
322	الكرسيقي (ت1214هـ)
111.....	القصري (كان حيًّا سنة 1219هـ)
297.....	عبد الرحمن الحايك (ت1237هـ)
88.....	الزرهوتي (ت1260هـ)
56.....	الولاتي (ت1330هـ)

ثامنًا: القرآن الكريم فهرس المصادر والمراجع⁽¹⁾

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

مصادر الحديث النبوي

- 1- الموطأ للإمام مالك بن أنس (ت179هـ) ت. محمد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د. ط)، 1985.
- 2- الموطأ، كتاب القضاء في البيوع: عبد الله بن وهب (ت197هـ) ت. ميكلوش موراني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2004.
- 3- المصنّف لعبد الرزاق (ت211هـ) ت. مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، بيروت، ط1، 2015.
- 4- المصنّف لابن أبي شَيْبَةَ (ت235هـ) ت. أسامة بن إبراهيم، الفاروق الحديثة، القاهرة، ط1، 2008.
- 5- مسند أحمد بن حنبل (ت241هـ) ت. شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001.
- 6- صحيح البخاري (ت256هـ) دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط1، 2002.
- 7- صحيح مسلم المسمى المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ للإمام مسلم (ت261هـ) ت. أبو قتيبة الفاريابي، دار طيبة، الرياض، ط1، 2006.
- 8- السنن لابن ماجه (ت273هـ) ت. شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2009.
- 9- سنن أبي داود (ت275هـ) ت. شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، دمشق، طبعة خاصة، 2009.
- 10- المراسيل، له أيضا، ت. شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1988.
- 11- الجامع الكبير للترمذي (ت279هـ) ت. بشار معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996.
- 12- البحر الزخار المعروف بمسند البزار (ت292هـ) ت. محفوظ الرحمن، مكتبة العلوم والحكم بالمدينة المنورة، ومؤسسة علوم القرآن، بيروت، ط1، 1988.
- 13- السنن الكبرى للنسائي (ت303هـ) ت. حسن شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001.
- 14- السنن الصغير: له أيضا، ت. عبد المعطي قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، ط1، 1989.
- 15- المعجم الأوسط للطبراني (ت360هـ) ت. طارق بن عوض الله وعبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، (د. ط)، 1995.
- 16- المعجم الكبير، له أيضًا، ت. حمدي السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1994.
- 17- المعجم الأوسط، له أيضًا، ت. طارق بن عوض الله وعبد المحسن بن إبراهيم، دار الحرمين، القاهرة، (د. ط)، 1995.
- 18- سنن الدارقطني (ت385هـ) ت. عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار المعرفة، بيروت، ط1، 2001.

(1) مرتبة ترتيبًا تاريخيًا حسب وفاة مؤلفها أو تاريخ النشر للمعاصرين، مقدمًا اسم الكتاب على اسم مؤلفه، إذ الكتاب هو المقصود بالمعرفة، واسم مؤلفه مجرد وصف من أوصافه.

- 19-المستدرك على الصحيحين للحاكم (ت405هـ) ت. مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، بيروت، ط1، 2014.
- 20-مسند أبي حنيفة: أبو نعيم الأصبهاني (ت430هـ) ت. نظر الفاريابي، مكتبة الكوثر، الرياض، ط1، 1994.
- 21-السنن الكبرى للبيهقي (ت458هـ) ت. مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، دار هجر، القاهرة، ط1، 2011.

كتب التفسير

- 22-أحكام القرآن لابن العربي (ت543هـ) ت. محمد عبد القادر عطا، دار الفكر، بيروت، (د.ط) و(د.ت).
- 23-المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز: ابن عطية (ت546هـ) ت. عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2001.
- 24-أحكام القرآن لابن الفرس (ت597هـ) ت. طه بوسريح، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006.
- 25-الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة و آي الفرقان: القرطبي (ت671هـ) ت. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2006.
- 26-تراث أبي الحسن الخراساني (ت638هـ) في التفسير، ت. محمادي الخياطي، مطبعة النجاح، البيضاء، ط1، 1997.
- 27-التحرير والتنوير: محمد الطاهر بن عاشور (ت1393هـ)، الدار التونسية للنشر، تونس، (د. ط)، 1984.

كتب شروح الحديث وتخريجه

- 28-تفسير غريب الموطأ: ابن حبيب (ت238هـ) ت. عبد الرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 2001.
- 29-المجروحون من المحدثين لابن حبان (ت354هـ) ت. حمدي السلفي دار الصميعي الرياض، ط1 2000
- 30-الضعفاء والمتروكون للدراقطني (ت385هـ) ت. موفى بن عبد القادر، مكتبة المعارف، الرياض ط1، 1984.
- 31-معالم السنن: الخطابي (ت388هـ) ت. محمد الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1933.
- 32-معرفة علوم الحديث وكمية أجناسه: الحاكم (ت405هـ) ت. أحمد السلوم، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2003.
- 33-شرح صحيح البخاري لابن بطال (ت449هـ) ت. أبو تميم إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 2003.
- 34-المحلى بالآثار: ابن حزم (ت456هـ) ت. عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (د. ت).
- 35-التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: ابن عبد البر (ت463هـ) ت. مصطفى العلوي ومحمد البكري، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، ط2، 1467.
- 36-المنتقى شرح الموطأ: الباجي (ت474هـ)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، (د. ت).

- 37- التعليق على الموطأ في تفسير لغاته وغوامض إعرابه ومعانيه: هشام الوقّشي (ت489هـ) ت. عبد الرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 2001.
- 38- المُعَلِّم بفوائد مسلم للمازري (ت536هـ) ت. محمد النيفر، الدار التونسية للنشر، تونس، ط2، 1987.
- 39- المسالك في شرح موطأ مالك: أبو بكر بن العربي (ت543هـ) ت. محمد السليمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2007.
- 40- إكمال المُعَلِّم بفوائد مسلم للقاضي عياض، ت. يحيى إسماعيل، دار الوفاء، مصر، ط1، 1998.
- 41- الغنية للقاضي عياض (ت544هـ) ت. ماهر جرّار، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1982.
- 42- مشارق الأنوار على صحاح الآثار: له أيضاً، المكتبة العتيقة تونس، ودار التراث القاهرة. (د.ط) و (د.ت).
- 43- مطالع الأنوار على صحاح الآثار: ابنُ قُرقول (ت569هـ) ت. لجنة للبحث العملي وتحقيق التراث بدار الفلاح، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 2012.
- 44- الأحكام الوسطى من حديث النبي ﷺ: عبد الحق الإشبيلي (ت582هـ) ت. حمدي السلفي وصبحي السامرائي، مكتبة الرشد، الرياض، (د. ط)، 1995.
- 45- التذنيب في الفروع على الوجيز للغزالي: الرافعي (ت624هـ) ت. أحمد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004.
- 46- الاقتضاب في غريب الموطأ وإعرابه على الأبواب: محمد اليُفْرَني (ت625هـ) ت. عبد الرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 2001.
- 47- بيان الوهم والإيهام الواقعيين في كتاب الأحكام: ابنُ القطان (ت628هـ) ت. الحسين آيت سعيد، دار طيبة، الرياض، ط1، 1997.
- 48- الضعفاء الصّغير البخاري (ت652هـ) ت. محمود زايد، دار المعرفة بيروت، ط1، 1986.
- 49- التاريخ الكبير، له أيضاً، ت. هاشم الندوي، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، (د ط) و (د ت).
- 50- مختصر سنن أبي داود للمنذري (ت656هـ) ت. محمد حلاق، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 2010.
- 51- المجموع شرح المذهب للشيرازي: النووي (ت676هـ) ت. محمد المطيعي، مكتبة الرشد، جدة، (د. ط) و (د. ت).
- 52- نصب الراية لأحاديث البداية: الزّليعي (ت762هـ) ت. محمد عوّامة، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 1997.
- 53- زوائد ابن ماجه على الكتب الخمسة: البوصيري (ت840هـ) ت. محمد مختار حسين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1993.
- 54- فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ابنُ حجر (ت852هـ) ت. محمد عبد الباقي، المكتبة السلفية، تونس، ط1، (د. ت).
- 55- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: له أيضاً، ت. أبو عاصم بن قطب، مؤسسة قرطبة، مصر، ط1، 1995.
- 56- تغليق التعليق على صحيح البخاري: له أيضاً، ت. سعيد القزقي، المكتب الإسلامي بيروت، ودار عمار عُمان، ط1، 1405هـ.

- 57- الهداية في تخریج أحاديث البداية: ابنُ الصديق الغُماري (ت1380هـ) ت. محمد سمارة، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1987.
- 58- ألفية العراقي المسماة بالتبصرة والتذكرة في علوم الحديث: الحافظ العراقي (ت806هـ) ت. العربي الفرياطي، مكتبة دار المنهاج، الرياض ط2، 1428هـ.
- 59- معجم المصطلحات الحديثية: سيد الغوري، دار ابن كثير، بيروت، ط1، 2007.

كتب الأصول

- 60- مقدمة في أصول الفقه لابن القصار (ت397هـ) ت. مصطفى مخدوم، دار المعلمة، الرياض، ط1، 1999.
- 61- إحكام الفصول في أحكام الأصول: الباحي (ت474هـ) ت. عبد الله الجبوري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1989.
- 62- فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والأحكام: له أيضا، ت. محمد أبو الأجفان، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2002.
- 63- الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل: له أيضا، ت. محمد فركوس، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1996.
- 64- مختصر منتهى السؤل والأمل في علَمي الأصول والجدل: ابنُ الحاجب (ت646هـ) ت. نذير حمادو، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006.
- 65- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: شهاب الدين القرافي (ت684هـ) ت. مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، (د. ط)، 2004.

كتب الفقه المالكي

- 66- المدونة الكبرى برواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد السعودية، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1323هـ.
- 67- المختصر الكبير لابن عبد الحكم (ت214هـ) ت. أحمد نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 2011.
- 68- كتاب الربا: ابنُ حبيب (ت239هـ) ت. نزيه حماد، مركز الماجد للثقافة والتراث، دبي، ط1، 2012.
- 69- مختصر أبي مُصعب الزُّهري (ت242هـ)، ت. نور الدين شوبد، دار الأمان، الرباط، ط1، 2018.
- 70- التفریع: ابنُ الجَلَّاب (ت378هـ) ت. حسين الدَّهْماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1887.
- 71- التوسُّط بين مالك وابن القاسم في المسائل التي اختلفا فيها من مسائل المدونة: أبو عبيد الجُبَيْري (ت378هـ) ت. أبو سفيان باحو، دار الضياء، مصر، ط1، 2005.
- 72- الرسالة الفقهية: ابنُ أبي زيد القيرواني (مالك الصغير) (ت386هـ) مع غرر المقالة للمغراوي، ت. الهادي حمو ومحمد أبو الأجفان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1997.

- 73- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات: له أيضا، ت. عبدالله الترقي ومحمد الدباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999.
- 74- اختصار المدونة والمختلطة له أيضا، ت. أحمد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، ط1، 2013.
- 75- عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار: ابنُ القصار (ت386هـ) ت. عبد الحميد السعودي، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1، 2006.
- 76- الجامع لمسائل المدونة والمختلطة لابنِ يونس (ت451هـ) ت. أبو الفضل الدمياطي، كتاب ناشرون، بيروت، ط1، 2012.
- 77- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار: ابنُ عبد البر (ت463هـ) ت. عبد المعطي قلعي، دار قتيبة، دمشق وبيروت، ودار الوغى، حلب والقاهرة، ط1، 1993.
- 78- الكافي في فقه أهل المدينة، له أيضا، ت. محمد أحمد، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط1، 1978.
- 79- الإشراف على نُكْتِ مسائل الخلاف: القاضي عبد الوهاب (ت466هـ) ت. مشهور آل سلمان، دار ابن القيم الرياض، ودار ابن عفان القاهرة، ط1، 2008.
- 80- المعونة على مذهب عالم المدينة: له أيضا، ت. عبد الحق حميش، المكتبة التجارية، مكة، (د.ط) و(د.ت).
- 81- التلقين في الفقه المالكي: له أيضا، ت. محمد الغاني، مكتبة نزار الباز، الرياض، (د.ط) و(د.ت).
- 82- التبصرة: أبو الحسن اللخمي (ت478هـ) ت. أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 2011.
- 83- المقدمات الممهّدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المُحكّمت لأمهات مسائلها المشكلات: ابنُ رشد الجد (ت520هـ) ت. سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1988.
- 84- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة: له أيضا، ت. محمد حجي وأحمد الشرقاوي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988.
- 85- التنبيه على مبادئ التوجيه: ابنُ بشير (ت526هـ) ت. محمد بلحسان، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007.
- 86- شرح التلقين للمازري (ت536هـ) ت. محمد السّلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1997.
- 87- التنبيهات المستنبطة على الكتب المدوّنة والمختلطة: القاضي عياض (ت544هـ) ت. محمد الوثيق وعبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2011.
- 88- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابنُ رشد الحفيد (ت595هـ) ت. محمد حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1415هـ.

- 89- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدنية: ابنُ شاس (ت616هـ) ت. حميد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2003.
- 90- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: أبو الحسن الرجراجي (ت633هـ) ت. أبو الفضل الدميّاطي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007.
- 91- جامع الأمهات: ابنُ الحاجب (ت646هـ) ت. أبو عبد الله الأخضر، دار الإمامة، دمشق وبيروت، ط2، 2000.
- 92- الذخيرة: شهاب الدين القرافي (ت684هـ) ت. محمد حيّ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994.
- 93- منظوم الدرر لابن الفخار (ت723هـ) ت. طارق طاطمي ورشيد قباط، دار الأمان للتوزيع والنشر، الرباط، ط1، 2013.
- 94- لباب اللباب لابن راشد (ت736هـ) ت. الحبيب بن طاهر ومحمد المدني، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 2007.
- 95- القوانين الفقهية: ابنُ جزّي (ت741هـ) ت. ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2013.
- 96- مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك: الشيخ خليل (ت776هـ) ت. أحمد نصر، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأخيرة، 1981.
- 97- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، له أيضا، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، ط1، 2008.
- 98- شرح مسائل ابن جماعة التونسي في البيوع: أحمد القَبّاب (ت778هـ) ت. علي بورويبة، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007.
- 99- المختصر الفقهي: ابنُ عرفة (ت803هـ) ت. حافظ محمد خير، مركز الفاروق، دبي، ط1، 2014.
- 100- تحفة الحكّام في نُكّت العقود والأحكام: أبو بكر بنُ عاصم (ت829هـ) ت. محمد عبد السلام، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 2011.
- 101- تعليقة الوانوغّي على تهذيب المدونة: محمد الوانوغّي (ت819هـ) ت. أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، 2014.
- 102- مطالع التمام ونصائح الأنام ومنجاة الخواص والعوام في رد القول بإباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام زيادة على ما شرع الله من الحدود والأحكام: للشّماع (ت833هـ)، ت. عبد الخالق أحمدون، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط1.
- 103- شرح ابن ناجي على متن الرسالة (ت837هـ) ت. أحمد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2007.
- 104- شرح حدود ابن عرفة للرصاع (ت894هـ) ت. محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993 مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: الحطّاب (ت954هـ) ت. زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003.
- 105- تحرير الكلام في مسائل الالتزام: له أيضا، ت. عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1984.

- 106- شرح زروق مع شرح ابن ناجي على متن الرسالة (ت899هـ)، دار الفكر، بيروت، (د، ط)، 1982.
- 107- الإتيقان والإحكام شرح تحفة الحكّام: ميارة الفاسي (ت1072هـ) ت. محمد سالم، دار الحديث، القاهرة، (د. ط)، 2011.
- 108- شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل: الزرقاني (ت1099هـ) ومعه الفتح الرباني للعلامة البناي، ت. عبد السلام أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2002.
- 109- شرح الخُرشي على مختصر خليل: الخُرشي (ت1101هـ) وبهامشه حاشية العدوي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، ط2، 1317هـ.
- 110- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد النفراوي (ت1126هـ) ت. عبد الوارث علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997.
- 111- رفع الالتباس في شركة الخماس: ابنُ رجال المعداني (ت1140هـ) ت. رشيد قبّاط، دار الأمان، الرباط، ط1، 2012.
- 112- الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير (ت1201هـ)، وبهامشه حاشية الصاوي، ت. مصطفى وصفي، دار المعارف، القاهرة، (د ط) و (د ت).
- 113- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: الدسوقي (ت1230هـ) وبهامشه تقارير محمد عlish، دار إحياء الكتب العربية، مصر، (د. ط) و (د. ت).
- 114- بُلغة السالك لأقرب المسالك: الصاوي (ت1241هـ)، ت. محمد شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995.
- 115- البهجة في شرح التحفة للتسولي (ت1258هـ) وبهامشه حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للتاودي، دار الفكر، دمشق، (د. ط)، 1991.
- 116- منح الجليل على مختصر خليل: محمد عlish (ت1299هـ)، دار الفكر، بيروت، ط1، 1984.
- 117- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: له أيضا، دار المعرفة، بيروت، (د ط) و (د. ت).

كتب النوازل والفتاوى والأجوبة

- 118- منتخب الأحكام: ابنُ أبي زَمَنين (ت399هـ) ت. محمد حمّاد، دار الأمان، الرباط، ط1، 2009.
- 119- عيون المجالس: القاضي عبد الوهاب (ت422هـ) ت. امباي بنُ كيباكاه، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2000.
- 120- الفتاوى للخمّي (ت478هـ) ت. حميد لحمر، دار المعرفة، الدار البيضاء، ط1، (د. ت).
- 121- الأحكام: أبو المطرّف الشعبي (ت497هـ) ت. الصادق الحلوي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1992.
- 122- المُقنّع في علم الشروط: أحمد بنُ مغيث (ت459هـ) ت. ضحى الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000.
- 123- الإعلام بنوازل الأحكام المعروف بالأحكام الكبرى: ابنُ سهل (ت486هـ) ت. نورة التويجري، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1995.

- 124- الأجوبة لابن ورد (ت540هـ) ت. محمد بوخبزة وبدر العمراني، منشورات مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرباط، ط1، 2009.
- 125- الوثائق المختصرة لأبي إسحاق الغرناطي (ت579هـ) ت. إبراهيم السهلي، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط1، 2011.
- 126- زهرة البستان ونزهة الأذهان: ابن مالك الغرناطي (القرن 5 هـ) ت. محمد المشهداني، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، ط1، 2005.
- 127- المفيد للحكام فيما يُعرض لهم من نوازل الأحكام: ابن هشام (ت606هـ) ت. أحمد نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، ط1، 2012.
- 128- الإحكام لمسائل الأحكام: الزناتي (ت702هـ) ت. أحمد إيد موسى، دار الكلمة، القاهرة، ط1، 2017.
- 129- معين الحكام على القضايا والأحكام: ابن عبد الرقيق التونسي (ت733هـ) ت. محمد بن عياد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1989.
- 130- المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة: ابن فرحون (ت814هـ) ت. جلال الجهاني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2003.
- 131- فتاوى البُرزلي المسماة جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام المشهور: الفقيه البرزلي (ت841هـ) ت. محمد الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2002.
- 132- فتاوى قاضي الجماعة: ابن سراج (ت848هـ) ت. محمد أبو الأجفان، دار ابن حزم، بيروت، ط2، 2006.
- 133- الأجوبة: أبو محمد العبدوسي (ت849هـ) ت. هشام المحمدي، دار أبي رقرق، الرباط، ط1، 2015.
- 134- المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب: الونشريسي (ت914هـ)، ت. محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الرباط، ودار الغرب الإسلامي بيروت، (د.ط)، 1981.
- 135- مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام: المكناسي (ت917هـ) ت. نعيم الكثيري، مركز جمعة الماجد، دبي، ط1، 2002.
- 136- الأجوبة لابن عظم (كان حيا سنة 1009هـ) ت. محمد الحصيلة، بيت الحكمة، تونس، ط1، 2004.
- 137- الأجوبة الفقهية: السكتاني (ت1062هـ) ت. أبو الفضل الدمياطي، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2011.
- 138- أجوبة الويداني (ت1169هـ) ت. أبو الفضل الدمياطي، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2015.
- 139- النوازل الفقهية: الزرهوني (ت1260هـ) ت. عبد العاطي المرصي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، ط1، 2018.
- 140- النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، المسماة بالمعيار الجديد الجامع المغرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب: المهدي الوزاني (ت1342هـ) ت. عمر بن عبّاد، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، 1996.
- 141- النوازل الصغرى: المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية: له أيضا، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، 1992.

كتب الفقه غير المالكي

- 142- المبسوط للسرخسي (ت483هـ) دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، 1993.
- 143- الهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني (ت593هـ) ت. نعيم أشرف، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط1، 1417هـ.
- 144- العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير): الرافعي (ت623هـ)، ت. علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997.
- 145- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: الزيلعي (ت762هـ)، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، مصر، ط1، 1314هـ.
- 146- تحفة المحتاج في شرح المنهاج: ابن حجر الهيتمي (ت963هـ)، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، (د.ط)، 1983.
- 147- جوابات السالمي (ت1332هـ) ت. عبد الستار أبو غدة، مكتبة السالمي، عُمان، (د.ط)، 2010.

كتب القواعد والفروق والنظائر الفقهية

- 148- أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك: ابن حارث الخشني (ت361هـ) ت. محمد أبو الأجفان، الدار العربية للكتاب، تونس، ط1، 1984.
- 149- الوجوه والنظائر: أبو هلال العسكري (ت400هـ) ت. محمد عثمان، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة.
- 150- الفروق اللغوية: له أيضا، ت. محمد سليم، دار العلم والثقافة، القاهرة، (د.ط) و(د.ت).
- 151- الفروق الفقهية للقاضي عبد الوهاب (ت466هـ) ت. جلال الجهاني، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 2003.
- 152- النُكْت والفروق لمسائل المدونة والمختلطة: عبد الحق بن هارون (ت466هـ) ت. أبو الفضل الدمياطي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2009.
- 153- الفروق الفقهية لأبي الفضل مسلم (ت القرن 5 هـ)، ت. محمد أبو الأجفان وحمزة أبو فارس، دار الحكمة، طرابلس، ط1، (د.ت).
- 154- الوجوه والنظائر لألفاظ كتاب الله العزيز: أبو عبدالله الدامغاني (ت478هـ)، ت. عربي عبد الواحد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط) و(د.ت).
- 155- النظائر في الفقه عن مذهب الإمام مالك: ابن الصّوّاف (ت489هـ) ت. رشيد المدور، مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي، القنيطرة، ط1، 2014.
- 156- أنوار البروق في أنواء الفروق: شهاب الدين القرافي (ت684هـ)، طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد السعودية، دار النوادر، الكويت، (د.ط) و(د.ت).
- 157- الأُمنية في إدراك النية: له أيضا، ت. مساعد الفالح، مكتبة الحرمين، الرياض، ط1، 1988.
- 158- قواعد الفقه للمقري (ت759هـ) محمد الدردابي، دار الأمان، الرباط، ط1، 2012.

- 159- الأشباه والنظائر للسبكي (ت771هـ)، ت. عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991.
- 160- الموافقات: أبو إسحاق الشاطبي (ت790هـ) ت. أبو عبيدة منصور آل سلمان، دار عفان، السعودية، ط1، 1997.
- 161- الاعتصام: له أيضا، ت. أبو عبيدة مشهور، الدار الأثرية، عمّان، ط2، 2007.
- 162- الأشباه والنظائر في قواعد الفقه لابن الملقّن (ت804هـ) ت. مصطفى الأزهرى، دار ابن القيم بالرياض، ودار ابن عفان بالقاهرة، ط1، 2010.
- 163- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: جلال الدين السيوطي (ت911هـ)، مكتبة نزار الباز، مكة والرياض، ط2، 1997.
- 164- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: أحمد الونشريسي (ت914هـ) ت. الصادق الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006.
- 165- الأشباه والنظائر لابن نجيم (ت970هـ)، ت. محمد مطيع، دار الفكر، دمشق، (د.ط)، 1999.
- 166- شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: المنجور (ت995هـ) ت. محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، (د.ط) و(د.ت).
- 167- شرح اليواقيت الثمينة فيما انتهى لعالم المدينة في القواعد والنظائر والفرائد الفقهية: أبو عبد الله السجلماسي (ت1057هـ) ت. عبد الباقي بدوي، مكتبة الرشد، بيروت، ط1.
- 168- الرّوض المُبهر بشرح بُستان فِكْر المُهَيّج في تكميل المنهج: ميارة الفاسي (ت1072هـ) ت. محمد اسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2010.
- 169- المجاز الواضح في معرفة قواعد المذهب الراجح: محمد الولاتي (ت1330هـ) مكتبة الولاتي لإحياء التراث الإسلامي، نواكشوط، (د.ط) و(د.ت).

مصادر اللسان العربي

- 170- العين: الخليل الفراهيدي (ت170هـ) ت. مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، (د.ط) و(د.ت).
- 171- جمهرة اللغة: ابن دُرَيْدٍ (ت361هـ) ت. رمزي بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1987.
- 172- تهذيب اللغة: الأزهرى (ت370هـ) دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001.
- 173- المحيط في اللغة: صاحب بُنْ عَبَّاد (ت385هـ) ت. محمد ياسين، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1994.
- 174- الصّحاح تاج اللغة وصحاح العربية: إسماعيل الجوهري (ت393هـ) ت. أحمد عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1987.
- 175- مجمل اللغة: ابنُ فارس (ت395هـ) ت. زهير سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1986.
- 176- مقاييس اللغة: له أيضا، ت. عبد السلام هارون، دار الفكر، ط2، 1979.
- 177- المُحْكَم والمحيط الأعظم: ابنُ سَيِّدَه (ت458هـ) ت. عبد الحميد الهنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000.

- 178- مفردات ألفاظ القرآن: الراغب الأصفهاني (ت502هـ) ت. صفوان داوودي، دار القلم دمشق، والدار الشامية بيروت، ط4، 2009.
- 179- المُعَرَّب من الكلام الأعجمي على حروف المعجم: الجواليقي (ت540هـ) ت. أحمد شاكر، مطبعة دار الكتب، مصر، ط2، 1969.
- 180- شرح الفصيح: ابن هشام (ت577هـ) ت. مهدي جاسم، دار الكتب والوثائق، بغداد، ط1، 1988.
- 181- النهاية في غريب الحديث والأثر: ابن الأثير (ت606هـ) دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1421هـ.
- 182- لسان العرب: أبو الفضل بن منظور (ت711هـ) دار صادر، بيروت، ط3، 2003.
- 183- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد الفيومي (ت770هـ) ت. عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ط2، (د.ت.).
- 184- النجم الوهاج في شرح المنهاج: الدميري (ت808هـ) ت. محمد عزقول، دار المنهاج، بيروت، ط1، 2004.
- 185- التعريفات: السيد الجرجاني (ت816هـ) ت. محمد المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، (د.ط) و(د.ت.).
- 186- القاموس المحيط: الفيروز آبادي (ت817هـ)، ت. محمد العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 2005.
- 187- مقاليد العلوم في الحدود والرسوم: السيوطي (ت911هـ) ت. محمد عبادة، مكتبة الآداب، القاهرة، ط1، 2004.
- 188- الإقناع لطالب الانتفاع: الحجّاي (ت968هـ) ت. عبد الله التركي، مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية، دار هجر، الرياض، ط3، 2002.
- 189- التوقيف على مهمات التعارف: المناوي (ت1031هـ) ت. عبد الحميد حمدان، دار عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1990.
- 190- شفاء الغليل فيما في لغة العرب من الدّخيل: الخفاجي (ت1069هـ)، ت. محمد كشّاش، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998.
- 191- الكليات: الكفوي (ت1094هـ) ت. عدنان درويش، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1998.
- 192- غمز عيون البصائر: الحموي (ت1098هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985.
- 193- كُشَّاف اصطلاحات الفنون والعلوم: التهانوي (ت1158هـ) ت. علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1، 1996.
- 194- تاج العروس من جواهر القاموس: محمد الزبيدي (ت1205هـ)، ت. عبد الستار فراج، مطبعة حكومة الكويت، ط2، 1965.

كتب التراجم والطبقات

- 195- الطبقات الكبير لابن سعد (ت230هـ) ت. علي عمر، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط1، 2001.
- 196- أخبار الفقهاء والمحدثين: الخشني (ت361هـ) ت. ماريا لويسا ولويس مولينا، المجلس الأعلى للأبحاث العلمية، معهد التعاون مع العالم العربي، مدريد، 1991، (د.ط.).

- 197- تاريخ علماء الأندلس: ابنُ الفرضي (ت403هـ) ت. بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1، 2008.
- 198- الاستيعاب في معرفة الأصحاب: ابنُ عبد البر (ت463هـ) ت. محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط1، 1992.
- 199- الفهرست لابن النديم (ت438هـ) ت. إبراهيم رمضان، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1997.
- 200- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك: القاضي عياض (ت544هـ) ت. عبد القادر الصحراوي، طبعة وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، ط2، 1983.
- 201- الغنية، له أيضا. ت. علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 2003.
- 202- الصلة في تاريخ أئمة الأندلس وعلمائهم ومحدثيهم وفقهائهم وأدبائهم لابن بشكّوال (ت578هـ) ت. بشار معروف، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1، 2010.
- 203- إنباه الرواة على أنباه النحاة: القفطي (ت624هـ) ت. محمد أبو الفضل، دار الفكر العربي القاهرة، مؤسسة الكتب الثقافية بيروت، ط1، 1986.
- 204- التكملة لكتاب الصلة لابن الأبار (ت658هـ) ت. بشار معروف، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1، 2011.
- 205- عنوان الدراية فيمن عُرف من العلماء في المائة السابعة ببجاية: أبو العباس الغُبَريني (ت714هـ) ت. عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط2، 1979.
- 206- العقد المنظم فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام: ابن سلون الكناني (ت741هـ) ت. محمد الشاغول، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 2011.
- 207- تهذيب الكمال في أسماء الرجال: المزيّ (ت742هـ) ت. بشار معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1988.
- 208- سير أعلام النبلاء للذهبي (ت748هـ) ت. بشار معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1982.
- 209- تذكرة الحفاظ، له أيضا، ت. عبد الرحمن المعلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1374هـ.
- 210- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، له أيضا، ت. علي البجاوي، دار المعرفة، بيروت، (د ط) و(د.ت).
- 211- الإحاطة في أخبار غرناطة: لسان الدين ابن الخطيب (ت776هـ) ت. دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ.
- 212- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: ابنُ فرحون (ت799هـ) ت. محمد الأحمد، دار التراث، القاهرة، (د.ت).
- 213- تهذيب التهذيب: ابنُ حجر العسقلاني (ت852هـ) دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط).
- 214- تقريب التهذيب، له أيضا، ت. أبو الاشبال شاغف، دار العاصمة، الرياض، (د.ط) (د.ت).
- 215- لسان الميزان، له أيضا، ت. عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 2002.
- 216- الإصابة في تمييز الصحابة، له أيضا، ت. عبد الله التركي، ط1، 2008.

- 217- بُغية الوعاة في طبقات اللغويين: جلال الدين السيوطي (ت911هـ) ت. محمد أبو الفضل، مطبعة عيسى الباجي الحلبي، القاهرة، ط1، 1964.
- 218- توشيح الديباج وحلية الابتهاج: بدر الدين القرافي (ت1008هـ) ت. علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 2004. (وهو غير القرافي صاحب الفروق والذخيرة).
- 219- ذيل وفيات الأعيان المسى دُرّة الحجال في أسماء الرجال لابن القاضي (ت1025هـ) ت. محمد الأحمد، دار التراث، القاهرة، ط1، 1971.
- 220- نيل الابتهاج بتطريز الديباج: أحمد التنبكي (ت1036هـ) ت. عبد الحميد الهرامة، دار الكاتب، طرابلس، ط2، 2000.
- 221- الإعلام بمن حلّ مراكش وأغمات من الأعلام: السملالي (ت1378هـ) ت. عبدالوهاب بن منصور، المطبعة الأميرية، الرباط، ط2، 1993.
- 222- فتح الشكور في معرفة أعيان علماء التّكرور لمؤلفه أبي عبد الله البرتلي (ت1219هـ) ت. محمد الكتاني ومحمد حجّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1981.
- 223- إتحاف المطالع بوفيات أعلام القرن الثالث عشر والرابع: ابنُ سودة (ت1400هـ) ت. محمد حجّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1997.
- 224- مختصر تاريخ تطوان: محمد داوود، المطبعة الهندية، تطوان، ط1، 1973.

المخطوطات

- 225- مخطوط اختصار النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، المشهور بمختصر المتيضية، لمختصره ابن هارون (ت750هـ)، نسخة مصورة من مكتبة جامعة الملك سعود.
- 226- مخطوط التقييد على تهذيب المدونة، لمؤلفه أبي الحسن الصُّغَيْر الزرويلي (ت719هـ)، السفر الخامس، نسخة مصورة من مكتبة الدكتور محمد بن التركي.
- 227- مخطوط وشي المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم، لصاحبه اليزناسني (ت794هـ)، نسخة مصورة من مكتبة جامعة الملك سعود.
- 228- مخطوط شرح العمل الفاسي، لشارحه محمد بن أبي القاسم السجلماسي (ت1214هـ)، نسخة مصورة من مكتبة جامعة الملك سعود.
- 229- مخطوط فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد. له أيضا، نسخة مصورة من مكتبة جامعة الملك سعود.

كتب الفقه المعاصر

- 230- السبب في القانون المغربي والشريعة الإسلامية: محمد ابنُ معجوز (ت1438هـ)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2005.
- 231- الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي: له أيضا، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1990.

- 232- نظرات في المصطلح والمنهج: الشاهد البوشيخي، مطبعة أنفو، فاس، ط3، 2004.
- 233- مصطلحات نقدية وبلاغية في كتاب البيان والتبيين للجاحظ: له أيضا، دار القلم، الكويت، ط2، 1995.
- 234- المصطلح الأصولي عند الشاطبي: فريد الأنصاري، معهد الدراسات المصطلحية، فاس، ط1، 2004.

الكتب القانونية

- 235- نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: مأمون الكزبري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط2، 1972.
- 236- التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي. له أيضا، شركة الهلال العربية، الرباط، ط2، 1987.
- 237- شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام (نظرية العقد): إدريس العلوي العبدلاوي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1996.
- 238- نظرية الحق، له أيضا، مطابع قدموس، الجديدة، ط1، 1972.
- 239- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي: عبد القادر العرعاري، مطبعة فضالة، المحمدية، ط1، 1995.
- 240- القانون المدني: عبد الرحمن الشرقاوي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط2، 2018.
- 241- الشرط والأجل في قانون الالتزامات والعقود المغربي: عبد الرحمن الشراي، مطبعة الأمانة، الرباط، (د.ط)، 2004.
- 242- القانون المدني: عبد الحق صافي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2007.
- 243- المسؤولية المدنية: عبد السلام فيغو، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط1، 2007.
- 244- نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة: محمد الكشور، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1993.
- 245- البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته: عبد الله التناي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2018.
- 246- البنوك الإسلامية في ضوء المستجدات التنظيمية للمنتجات التمويلية بالمغرب: جواد مريد، مطبعة المتقي، المحمدية، ط1، 2012.
- 247- قانون البنوك التشاركية في المغرب: علي نجم، مطبعة الأمانة، الرباط، ط1، 2017.

النصوص القانونية

- 248- قانون الالتزامات والعقود.
- 249- مدونة الحقوق العينية. (قانون رقم 39.08).
- 250- مدونة الأوقاف.

- 251- ظهير التحفيظ العقاري.
- 252- القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني.
- 253- حماية المستهلك. (قانون رقم 31.08).
- 254- قانون الملكية المشتركة رقم 18.00.
- 255- مدونة الأسرة (قانون رقم 70.03).
- 256- مدونة التأمينات.
- 257- القانون رقم 76.03 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب.
- 258- القانون العقود الفرنسي الجديد، المعدل بمرسوم رقم 2016/131، بتاريخ 10 فبراير 2016. (المواد 1100 إلى 1231-7).

ثامنا: فهرس الموضوعات

2	كلمة شكر
3	بيان الرموز ونظام الإحالات
4	مقدمة
16	الباب التمهيدي: التعريف بمصطلحي الشرط والأجل
18	الفصل الأول: التعريف بمصطلح الشرط
20	المبحث الأول: دلالة الشرط
21	المطلب الأول: الدلالة المعجمية اللغوية لفظ الشرط
23	المطلب الثاني: حد الشرط في الاصطلاح الفقهي
25	المطلب الثالث: مفهوم الشرط في الاصطلاح القانوني
27	المبحث الثاني: علاقات الشرط وخصائصه
28	المطلب الأول: علاقات الشرط
31	المطلب الثاني: خصائص الشرط
34	المبحث الثالث: تقسيمات الشرط
35	المطلب الأول: شرط من مقتضى العقد وملأئم له
36	المطلب الثاني: شرط مناف لمقتضى العقد
40	المبحث الرابع: آثار الشرط
41	المطلب الأول: مرحلة التعليق
42	المطلب الثاني: بعد انتهاء مرحلة التعليق
44	المطلب الثالث: أثر تحقق الشرط وتخلفه

48.....	المبحث الخامس: قضايا الشرط وموضوعاته العلمية
49.....	المطلب الأول: أصل الشروط في المعاملات
53.....	المطلب الثاني: أثر الشرط السابق واللاحق في العقد
53.....	المطلب الثالث: حصول المترقيات
58.....	الفصل الثاني: التعريف بمصطلح الأجل
60.....	المبحث الأول: دلالة الأجل
61.....	المطلب الأول: الدلالة المعجمية اللغوية للفظ الأجل
63.....	المطلب الثاني: حد الأجل في الاصطلاح الفقهي
65.....	المطلب الثالث: مفهوم الأجل في الاصطلاح القانوني
66.....	المبحث الثاني: علاقات الأجل وخصائصه
67.....	المطلب الأول: علاقات الأجل
68.....	المطلب الثاني : خصائص الأجل
69.....	المبحث الثالث: تقسيمات الأجل
70.....	المطلب الأول: المعلوم والمجهول
71.....	المطلب الثاني: الأجل الاتفاقي والقانوني والقضائي
75.....	المبحث الرابع: آثار الأجل وأسباب حلوله
76.....	المطلب الأول: آثار الأجل
79.....	المطلب الثاني: أسباب حلول الأجل
82.....	المبحث الخامس: قضايا الأجل وموضوعاته العلمية
83.....	المطلب الأول: حصة الأجل من الثمن
86.....	المطلب الثاني: اختلاف العاقدین في الأجل
88.....	المطلب الثالث: سقوط الأجل بالتقادم

91.....	الباب الأول: أثر الشرط والأجل في المعاوضات
94.....	الفصل الأول: البيع
96.....	المبحث الأول: بيعات الشروط والآجال
98.....	المطلب الأول: بيع الثُّبَيَّا
103.....	المطلب الثاني: بيع العُرَيَّان
106.....	المطلب الثالث: البيع بشرط السلف
114.....	المطلب الرابع: بيع العينة
119.....	المطلب الخامس: البيع الآجل
121.....	المبحث الثاني: عقد السَّلَم
122.....	المطلب الأول: حقيقة السَّلَم
124.....	المطلب الثاني: الأجل في السَّلَم
127.....	المطلب الثالث: أجل تسليم رأس المال
131.....	المطلب الرابع: أجل وجود السَّلَم والمطالبة به
134.....	المبحث الثالث: بيع المربحة
135.....	المطلب الأول: التعريف ببيع المربحة
138.....	المطلب الثاني: الشراء إلى أجل والبيع بالنقد مربحة
141.....	المطلب الثالث: إلزامية الوعد في المربحة
146.....	المطلب الرابع: التصرف في المال قبل القبض
149.....	المبحث الرابع: عقد الصرف
150.....	المطلب الأول: الأجل في الصرف
154.....	المطلب الثاني: تأخير بعض أعواض الصرف
158.....	المطلب الثالث: المقاصة في الصرف
162.....	المطلب الرابع: الحوالة في الصرف

165.....	الفصل الثاني: الإجازات
167.....	المبحث الأول: عقد الإجارة
168.....	المطلب الأول: حقيقة الإجارة
172.....	المطلب الثاني: الأجل في الإجارة
177.....	المطلب الثالث: اجتماع البيع والإجارة
181.....	المطلب الرابع: الشروط في الإجارة
185.....	المبحث الثاني: عقد الجُعل
186.....	المطلب الأول: حقيقة الجُعل
188.....	المطلب الثاني: وقت اللزوم والجواز في الجُعل
190.....	المطلب الثالث: الأجل في الجُعل وشرط عدم الترك
193.....	المطلب الرابع: الوعد بجائزة
195.....	المبحث الثالث: عقد المغارسة
197.....	المطلب الأول: حقيقة المغارسة
200.....	المطلب الثاني: الشروط في المغارسة
203.....	المطلب الثالث: حد المغارسة
207.....	المطلب الرابع: المغارسة في القانون
210.....	المبحث الرابع: عقد الوديعة بأجر
202.....	المطلب الأول: حقيقة الوديعة بأجر
214.....	المطلب الثاني: شرط الضمان
217.....	المطلب الثالث: الأجل في الوديعة بأجر
219.....	المطلب الرابع: شرط أخذ الأجر

221.....	الباب الثاني: أثر الشرع والأجل في الشركات والتبرعات
222.....	الفصل الأول: الشركات
224.....	المبحث الأول: عقد الشركة
225.....	المطلب الأول: حقيقة الشركة
229.....	المطلب الثاني: الشروط في الشركة
234.....	المطلب الثالث: الأجل في الشركة
236.....	المطلب الرابع: المشاركة المتناقصة
238.....	المبحث الثاني: عقد القراض
240.....	المطلب الأول: التعريف بالقراض
244.....	المطلب الثاني: الشروط في القراض
249.....	المطلب الثالث: الأجل في القراض
253.....	المطلب الرابع: المضاربة التشاركية
256.....	المبحث الثالث: عقد المزارعة وكراء الأرض
257.....	المطلب الأول: حقيقة المزارعة
260.....	المطلب الثاني: كراء الأرض
265.....	المطلب الثالث: الشروط في المزارعة
268.....	المطلب الرابع: الأجل في المزارعة
270.....	المبحث الرابع: عقد المساقاة
271.....	المطلب الأول: التعريف بالمساقاة
274.....	المطلب الثاني: الشروط في المساقاة
278.....	المطلب الثالث: الأجل في المساقاة
281.....	المطلب الرابع: مسألة الخماس

286.....	الفصل الثاني: التبرعات
288.....	المبحث الأول: عقد الهبة والصدقة
290.....	المطلب الأول: التعريف بالهبة والصدقة
294.....	المطلب الثاني: الشروط في الهبة والصدقة
304.....	المطلب الثالث: الأجل في الهبة والصدقة
309.....	المطلب الرابع: حوز الهبة والصدقة في القانون
313.....	المبحث الثاني: عقد القرض
315.....	المطلب الأول: التعريف بالقرض
318.....	المطلب الثاني: الشروط في القرض
326.....	المطلب الثالث: الأجل في القرض
329.....	المطلب الرابع: الفوائد البنكية في القرض
331.....	المبحث الثالث: عقد الوقف
332.....	المطلب الأول: التعريف بالوقف
334.....	المطلب الثاني: الشروط في الوقف
339.....	المطلب الثالث: الأجل في الوقف
341.....	المطلب الرابع: الوقف في القانون
345.....	المبحث الرابع: عقد العُمرى
346.....	المطلب الأول: التعريف بالعُمرى
349.....	المطلب الثاني: الشروط في العُمرى
352.....	المطلب الثالث: الأجل في العُمرى
355.....	المطلب الرابع: الحوز في العُمرى
358.....	خاتمة

365.....	الفهارس العامة
366.....	أولا: فهرس الآيات القرآنية
370.....	ثانيا: فهرس الأحاديث والآثار
374.....	ثالثا: فهرس المنظومات والأراجيز
380.....	رابعا: فهرس القواعد والضوابط
388.....	خامسا: فهرس الألفاظ المشروحة
392.....	سادسا: فهرس الأعلام
400.....	سابعا: القرآن الكريم وفهرس المصادر والمراجع
414.....	ثامنا: فهرس الموضوعات