العقود الجائزة مع عدم وجود المعقود عليه

د. علي محمد علي المصباحي
استاذ الفقه وأصوله المساعد بجامعة الحديدة
ورئيس قسم القرآن وعلومه كلية التربية - زبيد

ملخص البحث:

احتوى البحث على مقدمة وفيها أهداف وسبب اختيار الموضوع ومحتوياته، وثلاثة مباحث، المبحث الأول منها تناول فيه الباحث في مطلبين الأول منهما تعريف العقود في اللغة والاصطلاح، وفي المطلب الثاني: حكم الوفاء بالعقود في الشريعة الإسلامية وأنه واجب لأنه يضبط الحقوق ويحفظها، وأن مجالاتها متنوعة منها: عقد الإيمان، وعقد النكاح، وعقدة العهد، وعقدة الشراء والبيع، وعقدة الحلف، ثم ذكر الباحث في المبحث الثاني: حكم اشتراط وجود المعقود عليه عند العقد، وحتى يتم الحكم عليها لا بد من ذكر أقسام المعدوم وبيان ما يجوز منها وما يحرم، وذلك في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني: حكم اشتراط وجود المعقود عليه عند العقد، ومشروعية بيع المعدوم، وبين فيه الباحث ما هو النوع المحرم من بيع المعدوم ومن أجازه؟ ولماذا أجازه؟ ومن منعه؟ ولماذا منعه؟ وفي المبحث الثالث: تم ذكر العقود التي استثنيت من ذلك التحريم، ولماذا استثنيت؟ وذكر مشروعيتها، وبيان ما ينطبق عليها أنها من بيوع المعدوم، وهي بيوع السلم، والاجارة، والاستصناع، والمزارعة، والمساقاة. وختم البحث بخاتمة وفيها أهم النتائج والتوصيات وأهم المصادر والمراجع التي رجع إليها الباحث.

Abstract of the research

The research consists of an introduction. The introduction is about the objectives and purpose of the research. Three sections are discussed in this research.

In the first section, the researcher presents the definition of the contracts in language and context. The researcher is also discussed the rule of contracts trustfulness in the Islamic law which is duty to control and save the rights.

There are many kinds of contracts: faith contracts, marriage contracts, selling and buying contracts and rule contracts.

In the second section, in the first part, the researcher argues the stipulation rule of the presence of the person who will own the contract. In order to be judged by the parties, the statement should be mentioned in case to be taken or not. In the second part, the researcher presents the legitimacy of nonexistent selling which the researcher shows the types of forbidden and who allows to do it and why and who forbids to do it and why.

In the third section, the researcher mentions the contracts which are expected of the forbidden and why are expected. The researcher also discusses the type of nonexistent selling.

The researcher ends this research with conclusion which shows the results and recommendations of the research and references.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه، ومن اتبع هداه إلى يوم الدين، وبعد:

فإن العقود في الشريعة الاسلامية لها مكانتها وأهميتها، وقد أمر الله تعالى عباده المؤمنين بالإيفاء بها بقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ..}[المائدة:١]، وجعل الله تعالى الإيفاء بالعهود من البر فقال سبحانه: {.. وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا..}[البقرة:١٧٧] والتعامل مع الآخرين ضرورة اجتماعية قديما وحديثاً ملازمة لنشوء المجتمعات، من أجل أن يعيش الانسان في مجتمع ويتعايش معهم ويأخذ ويعطي لتأمين احتياجاته، ويتبادل معهم. وهذه المبادلات لها صور متعددة، تخضع للاتفاقات، والتعاقدات التي تنظم حركة الحياة، وتضبط أصول التعامل، وحرية التجارة، وتبادل الأعيان والمنافع، ولا تخلو الحياة اليومية لكل فرد من إبرام عقد من العقود، مما يجعل مسيرة الحياة مترعة بالعقود.

والعقود في الشريعة الاسلامية لها اعتبارها الخاص، ولها أحكامها الخاصة، والتي تدخل في كثير من أبواب الفقه، وخاصة أبواب المعاملات، والمعاوضات، وأبواب النكاح، والطلاق وما يتعلق به من أحكام.

وقد نظم الاسلام هذه العقود بتشريعاته فأحل وحرم بعض العقود وفقاً للمصلحة العامة للإنسان وجعل التقيد بها شرعا ودينا يجب الالتزام به، ومن تلك التشريعات اشتراطه لصحة العقد وجود الشيء المعقود عليه حين العقد حتى لا يظلم ويغبن أحد الطرفين، ثم أباح بعض العقود استثناء من هذه القاعدة نظراً لحاجة الانسان وللمصلحة العامة، وسيتناول الباحث في هذا البحث هذه العقود المستثناة من هذه القاعدة.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى ما يلي:

١- إظهار أهمية العقود في الشريعة الإسلامية.

٢- بيان أن الاسلام دين فيه من الأنظمة التي تضبط حياة الانسان المتمسك بهذه الأنظمة.

٣- بيان مرونة التشريعات الاسلامية وأنها تراعي حاجة المكلف ولا تحمله العنت والمشقة.

٤- إظهار العقود المستثناة من القاعدة العامة لرفع الحرج عن الأمة.

أهمية الموضوع:

١- بيان اهتمام الشريعة بمسألة العقود الجائزة والفاسدة.

٢- بيان العقود المستثناة من القاعدة العامة وهي تحريم بيع المعدوم

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في الاجابة على أسئلة ومسائل تتردد لدى كثير من السائلين عن كيفية التصرف في عقود ينطبق عليها أنها من بيوع المعدوم المحرمة، وكيف استثنتها الشريعة مراعاة لاحتياجات الناس، ورفع الحرج عنهم، في تشريع هذه الاستثناءات.

الدراسات السابقة:

الفقه الإسلامي ثري بمسائله المختلفة وقد قام الباحثون بجهود جبارة لخدمة الفقه الإسلامي ويأتي دور هذا الموضوع ليشارك في إثراء الفقه الإسلامي وبيان مسائله، وحسب بحثي وحدود اطلاعي لم أجد من كتب في هذا الموضوع بهذه الكيفية حيث جمع العقود المستثناة من بيع المعدوم في بحث واحد.

إلا أن مسائل البحث وتفريعاته كلها موجودة في أبحاث كثيرة ومختلفة كتلك الأبحاث التي تناولت حكم بيع المعدوم، وأبحاث تناولها العلماء قديما وحديثا كمبحث السلم والاستصناع والإجارة وغيرها، وقد اهتمت بها مجمعات البحوث، ومجمعات الفقه المختلفة وكان للعلماء المعاصرين أمثال د. وهبة الزحيلي، ود. علي أحمد السالوس، ومحمد سليمان الأشقر وغيره دور مهم في إحياء هذه المواضيع المختلفة.

منهجية البحث:

اعتمد الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي حيث يذكر الباحث تصورا عن المسألة الفقهية ويذكر ما فيها من أقوال للعلماء خاصة المذاهب الأربعة وغيرهم من الأقدمين والمعاصرين ، ثم يناقشها ويذكر أدلة كل فريق، ثم يرجح ما يراه راجحاً من وجهة نظره ودراسته بناء على ما توفر له من أدلة وحجج وبراهين.

محتويات البحث:

احتوى البحث على ثلاثة مباحث وخاتمة

المبحث الأول: العقد (مفهومه، ومجالاته، وحكم الوفاء به) وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العقد في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: مجالات العقود في الشريعة الاسلامية، وحكم الوفاء بها.

المبحث الثاني: حكم اشتراط وجود المعقود عليه عند العقد ومشروعية بيع المعدوم وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أقسام المعدوم.

المطلب الثاني: حكم اشتراط وجود المعقود عليه عند العقد، ومشروعية بيع المعدوم.

المبحث الثالث: العقود المستثناة من وجود المعقود عليه عند العقد

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: عقد السلم.

المطلب الثاني: عقد الإجارة.

المطلب الثالث: عقد الاستصناع.

المطلب الرابع: عقد المساقاة.

المطلب الخامس: عقد المزارعة

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات

أهم المصادر والمراجع

المبحث الأول: العقد (مفهومه، ومجالاته، وحكم الوفاء به)

العقود في الشريعة الاسلامية لها مكانتها، ولها أحكامها الخاصة والمفصلة، وقد اهتم الاسلام بها ورتب عليها صحة وبطلان كثير من المعاملات، ولبيان ذلك قسم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول:

تعريف العقد في اللغة والاصطلاح:

العقد في لغة العرب: معناه الربط (أو الإحكام والإبرام) بين أطراف الشيء، سواء أكان ربطاً حسياً أم معنوياً، من جانب واحد، أم من جانبين، وهو أيضاً: الشد تقول عقدت الحبل إذا شددته. جاء في قواميس اللغة: عقد الحبل، أو البيع، أو العهد فانعقد. ويقال: عقد النية والعزم على شيء، وعقد اليمين، أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به. وعقد البيع والزواج والإجارة، أي ارتبط مع شخص آخر[١].وهذا المعنى اللغوي داخل في المعنى الاصطلاحي الفقهي لكلمة العقد.

وللعقد عند الفقهاء معنيان: عام وخاص.

أما المعنى العام: الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة [٢] فهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء من شخص واحد أو من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً. فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام.

وأما المعنى الخاص: الذي يراد هنا حين الكلام عن نظرية العقد فهو: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله[٣]. أو بعبارة أخرى: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل[٤]. وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء.

---

(١) لسان العرب (٢٩٦/٣)، والقاموس المحيط (٣٠٠/١)، وتاج العروس (٣٩٤/٨)، و مختار الصحاح (٢١٤/١)، وتفسير الطبري (٤٥١/٩)

(٢) انظر نظرية العقد لابن تيمية ص ١٨-٢١،٧٨. ومن هذا الرأي أبو بكر الرازي الجصاص في كتابه أحكام القرآن (٢٨٥/٣).

(٣) المادة (١٠٣، ١٠٤) من مجلة الأحكام العدلية

(٤) العناية شرح الهداية (٢٤٨/٦).

فإذا قال شخص لآخر: بعتك الكتاب، فهو الإيجاب، وقال الآخر: اشتريت، فهو القبول، ومتى ارتبط القبول بالإيجاب، وكانا صادرين من ذوي أهلية معتبرة شرعاً، ثبت أثر البيع في محله (وهو الكتاب هنا) وهو انتقال ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري.

والإيجاب أو القبول: هو الفعل الدال على الرضا بالتعاقد. والتقييد بكونه (على وجه مشروع) لإخراج الارتباط على وجه غير مشروع، كالاتفاق على قتل فلان، أو إتلاف محصوله الزراعي، أو سرقة ماله، أو الزواج بالأقارب المحارم، فكل ذلك غير مشروع لا أثر له في محل العقد. والتقييد بكونه (يثبت أثره في محله) لإخراج الارتباط بين كلامين لا أثر له، كالاتفاق على بيع كل شريك حصته من دار أو أرض لصاحبه بالحصة الأخرى المساوية لها، فهذا لا فائدة منه ولا أثر له[٥].

والعقد قانوناً يلتقي مع هذا التعريف الثاني عند الفقهاء: وهو « توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله أو إنهائه»[٦] فإنشاء الالتزام كالبيع والإجارة، ونقله كالحوالة، وتعديله كتأجيل الدين، وإنهاؤه كالإبراء من الدين، وفسخ الإجارة قبل أوانها، فالتعريفان متقاربان. وهذا التعريف وإن كان واضحاً سهلاً، إلا أن تعريف الفقهاء في نظر الشرعيين أدق؛ لأن العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين، ويكون العقد باطلاً لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً، فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل[٧].

المطلب الثاني:

مجالات العقود وحكم الوفاء بها

مجالات العقود كثيرة، وليست قاصرة على عقود محدودة، فاليمين على المستقبل تسمى عقدا، قال الله تعالى:{لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ} [المائدة:٨٩]، والحلف يسمى عقدا قال تعالى: {وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ}[النساء:٣٣] قال أبو عبيدة في قوله تعالى:{أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} قال هي العهود والأيمان، وروي عن عبد الله بن عبيدة قال: العقود ستة: عقد الإيمان، وعقد النكاح، وعقدة العهد، وعقدة الشراء والبيع، وعقدة الحلف[٨]" وهذه العقود على سبيل المثال لا الحصر وهي كثيرة كما هو معلوم.

---

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٤/ ٢٩١٧)

(٦) الوسيط للدكتور السنهوري ص ١٣٨، النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي: ص ٣٥ نقلا عن الفقه الاسلامي

(٧) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٤/ ٢٩١٧)

(٨) البحر المحيط لأبي حيان (١٥٨/٤)، وأحكام القرآن للجصاص (٢٨٤/٣).

وقال أبو بكر الجصاص: العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه؛ لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان، والعقود عقود المبايعات ونحوها، فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره في إيجابه عليه، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظرا مراعى في المستقبل من الأوقات، فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا؛ لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه، والوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقدا؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك -والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضا عقودا لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه، وكذلك العهد والأمان؛ لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور، وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك. وما لا تعلق له بمعنى في المستقبل ينتظر وقوعه وإنما هو على شيء ماض قد وقع فإنه لا يسمى عقدا[٩].

وقد روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- في قوله تعالى:{أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} أي بعقود الله فيما حرم وحلل؛ وعن الحسن قال: "يعني عقود الدين، وقيل غير ذلك من الأقوال".

والذي يظهر أن مجالات العقود تشمل كل العقود والالتزامات التي أمر بها الله فيما أحل وحرم، وكل ما ألزم الانسان نفسه به، قال الجصاص: واقتضى أيضا الوفاء بعقود البياعات، والإجارات، والنكاحات، وجميع ما يتناوله اسم العقود، فمتى اختلفنا في جواز عقده أو فساده، وفي صحة نذر ولزومه، صح الاحتجاج بقوله تعالى:{أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها ويجوز الاحتجاج به في جواز الكفالة بالنفس وبالمال وجواز تعلقها على الأخطار لأن الآية لم تفرق بين شيء منها، وقوله -صلى الله عليه وسلم- " والمسلمون عند شروطهم[١٠]"، في معنى قول الله تعالى:{أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} وهو عموم في إيجاب الوفاء بجميع ما يشترط الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصصه[١١].

وقال الطبري: "أوفوا بالعقود"، أمرٌ منه بالوفاء بكل عقد أذن فيه، فغير جائز أن يخصَّ منه شيء حتى تقوم حجة بخصوص شيء منه يجب التسليم لها[١٢].

---

(٩) أحكام القرآن للجصاص (٢٨٤/٣).

(١٠) رواه ابو داود (٣٥٩٤) (٣٠٤/٣)، والترمذي (١٣٥٢) (٦٢٦/٣) وقال حسن صحيح، وابن حبان في صحيحه (١١٩٩)، وقال الحافظ في " التغليق " (٢٨١/٣) حديث: المسلمون عند شروطهم رُوي من حديث أبي هريرة، وعمرو بن عوف، وأنس بن مالك، ورافع بن خَدِيج، وعبد الله بن عمر، وغيرهم، وكلها فيها مقال، لكن حديث أبي هريرة أمثلها، وصححه الالباني في صحيح الجامع (٦٧١٤) وصحيح ابي داود

(١١) أحكام القرآن للجصاص (٢٨٧/٣)

(١٢) تفسير الطبري (٤٥٤/٩)

ولذلك يجب الوفاء بالعقود وقد حث الاسلام على الوفاء بها، ومن ذلك قول الحق تعالى:{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...} [المائدة:١]، ومثله قوله تعالى: {وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا}[النحل:٩١] وقَوْله تَعَالَى:{وَأَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ}[البقرة:٤٠]، وعهد الله تعالى أوامره ونواهيه. وبين تعالى أن الإنسان مسؤول عن ما عاهد عليه {وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا}[الإسراء:٣٤] ورتب الأجر العظيم لمن أوفى بعهده {وَمَنْ أَوْفَى بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهُ اللَّهَ فَسَيُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا}[الفتح:١٠].

المبحث الثاني

حكم اشترط وجود المعقود عليه عند العقد ومشروعية بيع المعدوم

المعقود عليه: هو ما وقع عليه التعاقد، وظهرت فيه أحكامه وآثاره. وقد يكون عيناً مالية كالمبيع والمرهون والموهوب، وقد يكون عيناً غير مالية كالمرأة في عقد الزواج، وقد يكون منفعة كمنفعة الشيء المأجور في إجارة الأشياء من الدور والعقارات ومنفعة الشخص في إجارة الأعمال[١٣]، وليس كل شيء صالحاً ليكون معقوداً عليه، فقد يمتنع إبرام العقد على شيء شرعاً كالخمر لا تصلح أن تكون معقوداً عليها بين المسلمين، والمرأة المحرم بسب رابطة النسب أو الرضاع، لا تصلح أن تكون زوجة لقريبها[١٤]. وقد اشترط الفقهاء في المعقود عليه شروطاً منها أن يكون موجوداً عند العقد (أي لا يكون معدوماً) إلا أن ذلك الشرط ليس على إطلاقه، لأن هناك عقوداً مستثناة من ذلك الشرط، لإباحة الشريعة الاسلامية لها مراعاة للحاجة إليها، ولأن بعضها لا يترتب ضرر على عدم وجودها، بل لا بد من انعدامها، ولذلك لابد أولا من ذكر أقسامها ثم الحكم عليها، وذلك في مطلبين على ما يأتي:

المطلب الأول:

أقسام المعدوم

للمعدوم عند العقد صور مختلفة ذكرها ابن القيم[١٥]وذكر الخلاف فيها، وهي ثلاثة أقسام:

القسم الأول: معدوم موصوف في الذمة، فهذا يجوز بيعه اتفاقا، وشرط أبو حنيفة في هذا النوع أن يكون وقت العقد في الوجود من حيث الجملة، وهذا هو السلم، وسيأتي ذكره في الكلام عن السلم إن شاء الله تعالى.

القسم الثاني: معدوم تبع للموجود، وإن كان أكثر منه وهو نوعان: نوع متفق عليه ونوع مختلف فيه، فالمتفق عليه بيع الثمار بعد بدو صلاح ثمرة واحدة منها، فاتفق الناس على جواز بيع ذلك الصنف الذى بدا صلاح واحدة منه، وإن كانت بقية أجزاء الثمار معدومة وقت العقد، ولكن جاز بيعها للموجود المماثل له من كل الوجوه، وقد يكون المعدوم متصلا بالموجود، وقد يكون أعيانا أخر منفصلة عن الوجود لم تخلق بعد.

---

(١٣) الإجارة نوعان: إجارة المنافع: وهي أن يكون المعقود عليه منفعة كإجارة الدور والمنازل والحوانيت والأراضي، وإجارة الأعمال: وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة وحمل إلى موضع معين، وصباغة وإصلاح شيء، وتقديم خبرة كخبرة الأطباء والمهندسين.

(١٤) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٤/ ٣٠١٨)

(١٥) زاد المعاد (٨٠٨/٥)

والنوع المختلف فيه كبيع المقاثي والمباطخ إذا طابت، فهذا فيه قولان، **أحدهما: أنه يجوز بيعها جملة**، ويأخذها المشترى شيئا بعد شيء كما جرت به العادة، ويجري مجرى بيع الثمرة بعد بدو صلاحها، وهذا هو الصحيح من القولين الذى استقر عليه عمل الأمة، ولا غنى لهم عنه، ولم يأت بالمنع منه كتاب ولا سنة ولا إجماع، ولا أثر ولا قياس صحيح، وهو مذهب مالك وأهل المدينة، وأحد القولين في مذهب أحمد، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[١٦]. **والقول الثاني: لا يباع إلا لقطة** ، يعني بطنا بطناً، وإن طاب البطن الأول لأن البطن الأول وإن رئي فحل بيعه على الانفراد فما بعده من البطون لم ير، وقد يكون قليلا فاسدا، ولا يكون، وكثيرا جيدا، وقليلا معيبا، وكثيرا بعضه أكثر من بعض، فهو محرم في جميع جهاته ولا يحل البيع إلا على عين يراها صاحبها أو بيع مضمون على صاحبه بصفة يأتي بها على الصفة ولا يحل بيع ثالث، وهذا مذهب الحنفية والشافعية والقول الثاني في مذهب أحمد[١٧].

ورد ابن القيم على من منعه بقوله: والذين قالوا لا يباع إلا لقطة لا ينضبط قولهم شرعا ولا عرفا ويتعذر العمل به غالبا، وإن أمكن، ففي غاية العسر، ويؤدى إلى التنازع والاختلاف الشديد، والشريعة لا تأتى به، وهذا غير مقدور ولا مشروع، ولو ألزم الناس به، لفسدت أموالهم وتعطلت مصالحهم ثم إنه يتضمن التفريق بين متماثلين من كل الوجوه، فإن بدو الصلاح في المقاثي بمنزلة بدو الصلاح في الثمار، وتلاحق أجزائها كتلاحق أجزاء الثمار، وجعل ما لم يخلق منها تبعا لما خلق في الصورتين واحد، فالتفريق بينهما تفريق بين متماثلين، وقالوا ببيع أصلها معها تفاديا للفساد الحاصل، ورد عليهم ماهي المصلحة ببيع العروق حتى يشترط ذلك، وإذا لم يكن بيع أصول الثمار شرطا في صحة بيع الثمرة المتلاحقة كالتين والتوت وهي مقصودة، فكيف يكون بيع أصول المقاثي شرطا في صحة بيعها وهي غير مقصودة، والمقصود أن هذا المعدوم يجوز بيعه تبعا للموجود، ولا تأثير للمعدوم، وهذا كالمنافع المعقود عليها في الإجارة، فإنها معدومة، وهي مورد العقد، لأنها لا يمكن أن تحدث دفعة واحدة، والشرائع مبناها على رعاية مصالح العباد، وعدم الحجر عليهم فيما لا بد لهم منه، ولا تتم مصالحهم في معاشهم إلا به[١٨].

القسم الثالث: معدوم لا يدرى يحصل أو لا يحصل، ولا ثقة لبائعه بحصوله، بل يكون المشتري منه على خطر، فهذا الذي منع الشارع بيعه لكونه معدوما، وقيل ليس لكونه معدوما وإنما لكونه غررا، على خلاف سنذكره في المطلب الآتي.

---

(١٦) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (١٧٨/٣)، والتاج والإكليل لمختصر خليل (٤٥٢/٦)، مجموع الفتاوى (٣٩٢/٥)

(١٧) رد المحتار (حاشية بن عابدين) (٥٥٥/٤)، الأم للشافعي (٨٢/٣)، وتحفة المحتاج (٤٦١/٤)والمغني (٧٠/٤)

(١٨) زاد المعاد (٨٠٨/٥) المرجع السابق بتصرف

المطلب الثاني:

حكم اشتراط وجود المعقود عليه عند العقد

في اشتراط وجود المعقود عليه عند العقد، ومشروعية بيع الشيء المعدوم ثلاثة أقوال للعلماء:

القول الأول: عدم جواز بيع الشيء المعدوم، فلا يصح التعاقد على معدوم كبيع الزرع قبل ظهوره لاحتمال عدم نباته، ولا على ماله خطر العدم، أي احتمال عدم الوجود كبيع الحمل في بطن أمه، لاحتمال ولادته ميتاً، وكبيع اللبن في الضرع، لاحتمال عدمه بكونه انتفاخاً، وكبيع اللؤلؤ في الصدف، ولا يصح التعاقد على مستحيل الوجود في المستقبل، كالتعاقد مع طبيب على علاج مريض توفي، فإن الميت لا يصلح محلاً للعلاج، وكالتعاقد مع عامل على حصاد زرع احترق، فكل هذه العقود باطلة، وهذا مذهب جمهور العلماء الحنفية والشافعية والحنابلة[١٩]، ولا بد من وجود المعقود عليه عند العقد سواء أكان التصرف من عقود المعاوضات أم عقود التبرعات، فالتصرف بالمعدوم فيها باطل، سواء بالبيع أو الهبة أو الرهن، واستثنى هؤلاء الفقهاء من هذه القاعدة العامة في منع التصرف بالمعدوم عقود السلَم والإجارة والمساقاة والاستصناع[٢٠]مع عدم وجود المحل المعقود عليه حين إنشاء العقد، استحساناً مراعاة لحاجة الناس إليها، وتعارفهم عليها، وإقرار الشرع صحة السلم والإجارة، والمساقاة ونحوها.

واستدلوا على قولهم بمنع التصرف بالمعدوم بما يلي[٢١]:

أولاً: أن حقيقتها عقد بيع على سلعة مقدورة التملك للبائع بربح قبل أن يملك البائع السلعة ملكا حقيقيا وتستقر في ملكه.

ثانياً: لعموم الأحاديث النبوية التي نصت على نهي النبي- صلّى الله عليه وسلم- عن بيع حبَل الحبلة[٢٢] ونهيه عن بيع المضامين والملاقيح[٢٣]، وعن بيع ما ليس عند الإنسان؛

---

(١٩) انظر المبسوط (١٢٤/١٢)، وشرح فتح القدير (٧١/٧) ومجلة الأحكام العدلية المادة (٢٠٥)، والمجموع للنووي (٢٥٧/٩)، والمغني (١٥٥/٤) والسيل الجرار للشوكاني (٤٨٠/١) وذكر أن العلة فيه كونه معدوما

(٢٠) كما سيأتي في المبحث الثالث

(٢١) انظر مجلة مجمع الفقه الاسلامي (٧٣٢/٥) بحث بعنوان: المرابحة للآمر بالشراء بيع المواعدة لبكر أبو زيد

(٢٢) رواه البخاري في البيوع باب بيع الغرر وحبل الحبلة (٢٠٣٦) (٧٠/٣) و(٢١٤٣) (٨٣/٣)، ومسلم في البيوع باب: تحريم بيع حبل الحبلة (١٥١٤) (١١٥٣/٣)، قال مصطفى البغا: في تعليقه على صحيح البخاري (٢١٤٣) (٨٧/٣) قيل: المراد أن تلد الناقة ما في بطنها وتكبر وتحمل. وقيل: أن تلد ما في بطنها وهو معنى قوله تنتج الناقة، والنهي عنه يدل على عدم جواز السلم إلى أجل غير معلوم. وذكر البغا في تعليقة على حديث (٢٠٣٦)(٧٠/٣) أي أن يبيع شيئا ويجعل أجل دفع الثمن أن تلد الناقة ويكبر ولدها ويلد أو المراد بيع ما يلده حمل الناقة وهو إما بيع معدوم ومجهول وإما بيع إلى أجل مجهول وكل منهما ممنوع شرعا لما فيه من الغرر وما يؤدي إليه من المنازعة]

(٢٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر وسعيد بن المسيب (١٤١٣٧) (٢٠/٨)، وموطأ مالك (٦٣)(٦٥٤/٢) قال البيهقي: في السنن الصغرى (١٥٢٠) (٢٧١/٢) قال مالك: والمضامين ما في بطون =

لأن المبيع فيها وقت التعاقد معدوم، فعن حكيم بن حزام - رضي الله عنه- قال: قلت: يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني المبيع لما ليس عندي فأبيعه منه ثم أبتاعه من السوق، فقال: - صلى الله عليه وسلم- "لا تبع ما ليس عندك[٢٤]" فسبب الحديث نص في بيع الإنسان ما لا يملك فحكم - صلى الله عليه وسلم- بالنهي عنه. قال ابن قدامة[٢٥]"ولا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها، ليمضي ويشتريها، ويسلمها، رواية واحدة. لا نعلم فيه مخالفا"، وعلته: الغرر في القدرة على التسليم وقت العقد[٢٦].

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف، وعن ربح ما لم يضمن، وعن بيع ما ليس عندك[٢٧]".

ثالثاً: عموم الأحاديث النبوية التي نصت على نهي الإنسان عن بيع ما اشتراه ما لم يقبضه.

وقد صحت الأحاديث في هذا من حديث ابن عمر، وابن عباس وابن عمرو وزيد بن ثابت، وحكيم بن حزام، وجابر وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين.

منها حديث ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله- صلى الله عليه وسلم- قال:" من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يَسْتَوْفِيَهُ[٢٨]".

وعن ابن عمرو - رضي الله عنهما-: أن النبي صلى الله عليه وسلم:" نهى عن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما لم يقبض[٢٩]".

=

إناث الإبل والملاقيح ما في ظهور الجمال. وفسرهما الشافعي في رواية المزني بالعكس من ذلك، وفسرهما أبو عبيد كما فسرهما الشافعي. ، وانظر نصب الراية (٤/١٠) والبيان للعمراني (١٠٢/٥) وهذه البيوع كانت متعارفة في الجاهلية.

(٢٤) رواه أبو داود (٣٥٠٣) (٢٨٣/٣) ، والترمذي (١٢٣٢)(٥٢٦/٣) وقال حديث حسن وهذا لفظه، وابن ماجه (٢١٨٧) (٧٣٧/٢)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود، وصحيح ابن ماجه.

(٢٥) المغني (١٥٥/٤)

(٢٦) الغرر وأثره في العقود صـ٣١٩ نقلا عن الفقه الاسلامي

(٢٧) أخرجه أحمد برقم (٦٦٢٨) (١٧٤/٢) وهذا لفظه، وأخرجه النسائي برقم (٤٦٣١)(٢٩٥/٧)، والترمذي (١٢٣٤)(٥٢٧/٣) وقال حسن صحيح، وابن ماجه (٢١٨٨) (٧٣٧/٢) وصححه الالباني في صحيح ابن ماجه، وصحيح الترمذي، وحسنه أحمد شاكر في تحقيقه مسند أحمد(١٧٤/٢)

(٢٨) رواه البخاري في البيوع باب: الكيل على البائع والمعطي (٢١٢٦) (٢١٣٣) (٦٧/٣)، ومسلم في البيوع باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض (١٥٢٦) (١١٦٠/٣) والترمذي (١٢٩١) (٥٧٨/٣)عن ابن عباس وقال حسن صحيح، وفي الباب عن جابر وابن عمر وأبو هريرة، وقال: والعمل عليه عند أكثر أهل العلم، كرهوا بيع الطعام حتى يقبضه المشتري، وقد رخص بعض أهل العلم فيمن ابتاع شيئا مما لا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب، أن يبيعه قبل أن يستوفيه، وإنما التشديد عند أهل العلم في الطعام، وهو قول أحمد، وإسحاق.

(٢٩) سبق تخريجه في الصفحة السابقة

وقد حكى ابن المنذر، والخطابي، وابن القيم، وغيرهم: الإجماع على أن من اشترى طعاما فليس له بيعه حتى يقبضه[٣٠].

ثم حرر ابن القيم - رحمه الله تعالى- الخلاف في علة المنع من بيع ما لم يقبض، وقال: فالمأخذ الصحيح في المسألة: أن النهي معلل بعدم تمام الاستيلاء وعدم انقطاع علاقة البائع عنه، فإنه يطمع في الفسخ والامتناع عن الإقباض إذا رأى المشتري قد ربح فيه ويغره الربح وتضيق عينه منه وربما أفضى إلى التحايل على الفسخ ولو ظلما وإلى الخصام والمعاداة والواقع شاهد بهذا[٣١].

ووجه الاستدلال من هذا في مسألتنا هذه: أن النصوص إذا كانت صريحة صحيحة عن النبي- صلى الله عليه وسلم- في النهي عن بيع ما لم يقبض، وأنه على عمومه، وأن العلة عدم تمام الاستيلاء والاستقرار في ملك المشتري، فكيف يجوز للبائع أن يبيع ما لم يملك أصلا ويصافق ويربح فيه؟ فملكه تقديري لا حقيقي، واستيلاؤه عليه تقديري لا حقيقي، والمنع من هذا يكون من باب الأولى[٣٢].

وأما بيع ما يشتريه الإنسان قبل قبضه من غير الطعام من مكيل أو موزون أو عقار وغير ذلك ففيه خلاف على أقوال أربعة[٣٣]:

والذي عليه المحققون هو: أنه لا يجوز بيع شيء من المبيعات قبل قبضه بحال وهو مذهب ابن عباس، ومحمد بن الحسن، وإحدى الروايات عن أحمد. حكى ذلك ابن القيم واختاره فقال: وهذا القول هو الصحيح الذي نختاره[٣٤]اهـ.

القول الثاني: عدم اشتراط وجود المعقود عليه في كل العقود، وهو مذهب الإمام مالك[٣٥] - رحمه الله- فإن مالكاً يترخص بعض الشيء في بعض العقود، فلم يشترط هذا الشرط في

---

(٣٠) الإقناع لابن المنذر(٢٥٤/١)، معالم السنن (١٣٥/٣)، وتهذيب سنن ابي داود المطبوع على حاشية عون المعبود (٢٧٦/٩)

(٣١) تهذيب سنن ابي داود المطبوع على هامش عون المعبود (٢٨٢/٩)، وعون المعبود (٢٨٢/٩)

(٣٢) مجلة مجمع الفقه الاسلامي، بحث: المرابحة للآمر بالشراء- بيع المواعدة لبكر أبو زيد (٧٣٣/٥)

(٣٣) ذكرها ابن القيم في تهذيب سنن ابي داود المطبوع على هامش عون المعبود (٢٧٧/٩) وعون المعبود (٢٧٧/٩) والبغوي في شرح السنة (١٠٦/٨) أحدها: أنه يجوز بيعه قبل قبضه مكيلا كان أو موزونا وهذا مشهور مذهب مالك واختاره أبو ثور وبن المنذر، والثاني: أنه يجوز بيع الدور والأرض قبل قبضها وما سوى العقار فلا يجوز بيعه قبل القبض وهذا مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، والثالث: ما كان مكيلا أو موزونا فلا يصح بيعه قبل القبض سواء أكان مطعوما أم لم يكن وهذا يروى عن عثمان رضي الله عنه وهو مذهب بن المسيب والحسن والحكم وحماد والأوزاعي وإسحاق وهو المشهور من مذهب أحمد بن حنبل، والرابع: أنه لا يجوز بيع شيء من المبيعات قبل قبضه بحال وهذا مذهب بن عباس ومحمد بن الحسن والشافعي وهو إحدى الروايات عن أحمد وهذا القول هو الصحيح الذي نختاره.

(٣٤) عون المعبود (٢٧٧/٩) مرجع سابق.

(٣٥) الشرح الصغير (٣٠٥/٣)، والقوانين الفقهية ص١٧٠، والفروق للقرافي (٢/٤)، قال ابن رشد في بداية المجتهد (١١٤/٤)« ولا خلاف في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة: كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر».

المثليات، وفي عقود التبرعات؛ لأن المتبرع له لن يضار بشيء إذا لم يوجد المتبرع به ويتسلمه فعلا، ولا في عقد الرهن، فشيء يتوثق به خير من عدمه كما يقولون، ولا في مثل الخضر، والفاكهة، نعني الأشياء التي يوجد بعضها إثر بعض، فمتى ظهرت البواكير منها، جاز بيع ما لم يوجد تبعا لما وجد؛ وذلك لأن فيه ضرورة ، لأنه لا يظهر الكل دفعة، بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض، لوقع الناس في الحرج، ويجيز مالك في صفة العوض في الخلع المجهول الوجود والقدر والمعدوم[٣٦]

القول الثالث: جواز بيع المعدوم، وعدم اشتراط وجود المعقود عليه عند العقد وهو مذهب ابن تيمية وابن القيم والخطابي[٣٧]، وجعلوا علة النهي هي: الغرر لا العدم، فمنعوا أشياء مثل بيع الحَمْل في البطن دون الأم، وبيع اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم لأن فيها غرر، وأجازوا بيع المعدوم فيما عدا ذلك إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة، كبيع الدار على الهيكل أو الخريطة؛ لأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم لا في الكتاب ولا في السنة ولا في أقوال الصحابة، وإنما ثبت النهي عن الغرر، كما قرر ذلك ابن تيمية وابن القيم.

قال ابن القيم رحمه الله تعالى[٣٨]: فاتفق لفظ الحديثين[٣٩]على نهيه - صلى الله عليه وسلم- عن بيع ما ليس عنده فهذا هو المحفوظ عن لفظه - صلى الله عليه وسلم- وهو يتضمن نوعا من الغرر فإنه إذا باعه شيئا معينا وليس في ملكه، ثم مضى ليشتريه ويسلمه له كان مترددا بين الحصول وعدمه فكان غررا يشبه القمار فنهى عنه، وقد ظن بعض الناس أنه إنما نهى لكونه معدوما فقال: لا يصح بيع المعدوم، وروى في ذلك حديثا أنه- صلى الله عليه وسلم- "نهى عن بيع المعدوم[٤٠]"، وهذا الحديث لا يعرف في شيء من كتب الحديث ولا له أصل.

وقال الخطابي رحمه الله تعالى[٤١] قوله: " لا تبع ما ليس عندك[٤٢]"يريد بيع العين دون بيع الصفة ألا ترى أنه أجاز السلم إلى الآجال، وهو بيع ما ليس عند البائع في الحال، وإنما نهى عن بيع ما ليس عند البائع من قبل الغرر، وذلك مثل أن يبيعه عبده الآبق، أو جَمَلَهُ الشارد ويدخل في ذلك: كل شيء ليس بمضمون عليه، مثل أن يشتري سلعة فيبيعها قبل أن يقبضها.

([٣٦]) بداية المجتهد (٩٠/٣)
([٣٧]) معالم السنن (١٤٠/٣)، ومجموع الفتاوي (٥٤٣/٢٠)، وزاد المعاد (٨٠٨/٥)، وإعلام الموقعين (٢٧/٢)
([٣٨]) زاد المعاد (٨٠٨/٥)، واعلام الموقعين لابن القيم (٢٧/٢)
([٣٩]) يشير الى حديث حكيم بن حزام" لا تبع ما ليس عندك" ، وحديث عبد الله بن عمرو " لا يحل بيع وسلف....ولا بيع ما ليس عندك" وقد سبق تخريجهما في الصفحات السابقة
([٤٠]) الحديث ليس له أصل في كتب الحديث ولعل راويه يقصد حديث حكيم بن حزام وعبد الله بن عمرو السابقين
([٤١]) معالم السنن للخطابي (١٤٠/٣)
([٤٢]) سبق تخريجه من حديث حكيم بن حزام وعبد الله بن عمرو

وابن تيمية له توجيهان في هذه المسألة:

التوجيه الأول: فيرى أن المعدوم بصفة عامة يصح أن يكون موضوعا للعقد بمختلف أنواعه، أي: بلا فرق بين عقود المعاوضات، والتبرعات، وإذا حدث أنَّ شيئاً ما لم يصلح أن يكون محلا لعقد من العقود، فالعلة ما يصحبه من الغرر والجهالة المفضيان عادة للمنازعة، لا أنه معدوم، وفي هذا يقول بأنه ليس في كتاب الله، ولا سنة رسوله، ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة، فليست العلة في المنع الوجود أو العدم، بل في الصحيح عن النبي- صلى الله عليه وسلم- أنه:« نهى عن بيع الغرر[٤٣]» والغرر: ما لا يقدر على تسليمه، سواء أكان موجودا أم معدوما، كالعبد الآبق، والبعير الشارد، ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه، بل قد يحصل وربما لا يحصل، وهو غرر لا يجوز بيعه، وإن كان موجودا، فإن موجب البيع تسليم المبيع والبائع عاجز عنه، والمشتري إنما يشتريه مقامرة، فإن أمكنه أخذه كان المشتري قد قمر البائع، وإن لم يمكنه أخذه، كان البائع قد قمر المشتري، وهكذا المعدوم الذي هو غرر، نهى عن بيعه؛ لكونه غررا لا لكونه معدوما، كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان، أو ما يحمل هذا البستان، فقد يحمل، وربما لا يحمل، وإذا حمل فالمحمول لا يعرف قدره ولا صفته، فهذا من القمار والميسر الذي نهى الله عنه، ومثل هذا إكراء دواب لا يقدر على تسليمها، أو عقار لا يملك تسليمه، بل قد يحصل وربما لا يحصل.

التوجيه الثاني: أن الشارع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع فإنه ثبت عنه من غير وجه { أنه نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها[٤٤]} { ونهى عن بيع الحب حتى يشتد[٤٥] } وهذا من أصح الحديث وهو في الصحيح عن غير واحد من الصحابة قد فرق بين ظهور الصلاح وعدم ظهوره فأحل أحدهما وحرم الآخر. ومعلوم أنه قبل ظهور الصلاح لو اشتراه بشرط القطع كما يشتري الحصرم[٤٦] ليقطع حصرما جاز بالاتفاق وإنما نهى عنه إذا بيع على أنه باق؛ فيدل ذلك على أنه جوزه بعد ظهور الصلاح أن يبيعه على البقاء إلى كمال الصلاح وهذا مذهب جمهور العلماء[٤٧] كمالك والشافعي وأحمد

([٤٣]) رواه مسلم كتاب البيوع باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر (١٥١٣) (١١٥٣/٣)

([٤٤]) رواه البخاري في البيوع باب: بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه من حديث ابن عمر(٢١٨٣)(٧٥/٣) و(٢١٩٩)(٧٧/٣)، ومسلم كتاب البيوع باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح (١٥٣٤) (١١٦٦/٣) واللفظ له

([٤٥]) رواه أحمد (١٣٣١٤) (٣٧/٢١) وقال شعيب الأرنؤوط في تعليقه عليه: صحيح على شرط مسلم، وابو داود (٣٣٧١)(٢٥٣/٣) والترمذي (١٢٢٨) (٥٢٢/٣) وقال: حديث حسن غريب، وابن ماجه (٢٢١٧) (٧٤٧/٢) وصححه الألباني في صحيح أبي داود، من حديث أنس

([٤٦]) الحصرم هو: الثَّمر قبل النضج وحشف كل شَيْء وَيُقَال رجل حصرم بخيل قَلِيل الْخَيْر، وقال الأزهري: الحصرم: حب العنب إذا صلب. المعجم الوسيط (١٧٩/١) باب الحاء، وتاج العروس (٤٩٥/٣١)باب: ح ص ر م.

([٤٧]) إرشاد السالك (٨٤/١)، وبداية المجتهد (١٦٩/٣)، ومغني المحتاج (٤٩٦/٢)، والمغني (٦٤/٤)

وغيرهم. ومن جوز بيعه في الموضعين بشرط القطع؛ ونهى عنه بشرط التبقية أو مطلقا: لم يكن عنده لظهور الصلاح فائدة ولم يفرق بين ما نهى عنه النبي - صلى الله عليه وسلم- وما أذن فيه.

ورد على من قال: أن موجب العقد التسليم عقيبه ولا يجوز التأخير. بأن هذا ليس موجب العقد: إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه المتعاقدان على أنفسهما، وكلاهما منتف، فلا الشارع أوجب أن يكون كل بيع مستحق التسليم عقب العقد ولا العاقدان التزما ذلك، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه كما إذا باع معينا بدين حال، وتارة يشترطان: تأخير تسليم الثمن كما في السلم؛ وكذلك في الأعيان، وقد يكون للبائع مقصود صحيح في تأخير التسليم كما كان لجابر حين باع بعيره من النبي -صلى الله عليه وسلم- واستثنى ظهره إلى المدينة[٤٨].

والخلاصة: إن من منع البيع في هذه الصور أراد الاحتياط في أخذ مال الغير، ومن أجاز البيع أراد التيسير على الناس ومراعاة الأعراف[٤٩].

الراجح: عدم جواز بيع المعدوم، وهو مذهب الجمهور، والعلة هي الغرر، لصراحة الأحاديث الواردة في ذلك، وما ذهب إليه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، فيحمل على مالا غرر فيه، ودعت الحاجة إليه تيسيراً على الناس ومراعاة للحاجات التي راعاها الشارع الحكيم، ويجب عند إجازة ما يمكن إجازته منها أن يراعى فيه شروط السلم لأن عقد السلم كما سيأتي يجوز استحساناً للضرورة لا قياساً، ولذلك لا يجوز التوسع فيه أو الترخص في الشروط الواجب اعتبارها في الثمن مع الترخص للحاجة والضرورة في شروط البيع، وأما إن كان بيعا عاديا، على رأي ابن تيمية وابن القيم فيجوز قياساً وليس استحساناً، ويكون في ذلك سعة فيما يتصل بجواز تأجيله، أو تأجيل بعضه إلى أجل معلوم. ونحو هذا مما يشترط في الثمن على خلاف الحال في السلم، وتفصيل هذا يبحث في شروط السلم.

تكييف هذا العقد هل هو عقد سلم أو بيع عادي

قد يقول قائل فما الفرق بين رأي الجمهور ورأي ابن تيمية والنتيجة واحدة، على كلا القولين، يعني أن المعقود عليه ليس موجوداً عند التعاقد، والعقد صحيح من ناحية موضوعه، فهل يكون صحيحاً على أنه سلم كما يرى جمهور الفقهاء؟ أو على أنه بيع عادي كما يرى ابن تيمية وابن القيم؟

والفرق بين تكييف هذا العقد على هذا النحو أو ذاك كبير؛ لأنه إن كان عقد سلم، فيجوز استحسانا للضرورة لا قياساً، ووجب اعتبار شروط السلم فيه من ناحية الموضوع والثمن معا، ولا يجوز التوسع، أو الترخص في الشروط الواجب اعتبارها في الثمن مع

([٤٨]) مجموع الفتاوى (٢٠/٥٤٣-٥٤٥) وما قبلها
([٤٩]) الفقه الإسلامي وأدلته (٤/٣٠٢٣)

الترخص للضرورة في شروط المبيع، وإن كان بيعا عاديا، كان في ذلك سعة لنا فيما يتصل بجواز تأجيله، أو تأجيل بعضه إلى أجل معلوم، بشرط عدم مخالفتها لنص الشرع ومقاصده ونحو هذا مما يشترط في الثمن على خلاف الحال في السلم، على أن هذا الإجمال لا يغني عن شيء من التفصيل، وبخاصة في عقد السلم[٥٠].وعليه فلا يجوز شرعاً بيع التركة المستقبلة، فلا يجوز للوارث بيع حصته من تركة مورثه وهو على قيد الحياة. ويجوز قانوناً لا شرعاً بيع المؤلف مؤلفه قبل إتمامه، وبيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت بثمن مقدر، وبيع النتاج الذي لم يولد، ويمكن تصحيح هذه العقود على رأي ابن تيمية الذي يجيز العقد على الشيء الذي يمكن وجوده في المستقبل إذا امتنع الغرر[٥١].

المبحث الثالث:

العقود المستثناة من وجود المعقود عليه عند العقد

وفيه خمسة مطالب

لم يكن الإسلام في ماضيه وحاضره ومستقبله قيداً ثقيلاً على الناس في ممارسة حرياتهم الاقتصادية ومعاملاتهم وعقودهم، وإنما كان دائماً متجاوباً مع مصالح الناس في تشريعه وتجويزه كل ما كان محققاً لحاجاتهم، ومصالحهم المشروعة القائمة على الحق والعدل والتعادل في الأداءات المتقابلة في المبادلات أو المعاوضات، ومظهر هذا التجاوب واضح في أصول الاستنباط ومصادر الاجتهاد، وفي التطبيق الفعلي وواقع الاجتهاد الذي يمارسه المجتهدون في نطاق الفقه: وهو استنباط أحكام الحوادث والقضايا العملية من الأدلة التفصيلية، كلاً على حدة.

ومن أبرز الأمثلة على هذا الاتجاه الواقعي: مشروعية بعض العقود المتكررة في الحياة العملية على سبيل الاستثناء من النصوص أو القواعد العامة، كعقد السلم أو السلف، وعقد الاستصناع، تيسيراً على الناس في تحقيق حوائجهم، وتلبية لمطالبهم المشروعة دون حرج ولا إعنات ولا إرهاق، لأن (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) و(المشقة تجلب التيسير) والإسلام دين اليسر لا العسر، وبناء على ذلك سيناقش الباحث هذه العقود، وسيوضح مدى تيسير الإسلام لحاجات الناس في تحقيق حوائجهم، وتلبية مطالبهم من دون حرج ولا مشقة ولا إرهاق، وما الحكمة من استثنائها في شريعتنا الغراء.

---

(٥٠) انظر مجلة البحوث الإسلامية بحث من إعداد اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء العدد: (٦٧/٤٨) بتصرف

(٥١) الفقه الاسلامي للزحيلي (٣٠٢٣/٤) مرجع سابق

المطلب الأول:

عقد السلم

الأصل في أي عقد حتى يتم صحيحاً، ويكون كاملاً أن تتوفر فيه جميع أركانه من الإيجاب والقبول[٥٢]، ووجود المعقود، والمعقود عليه[٥٣]، وإلا سيكون العقد باطلاً أو ناقصاً، ووجود المعقود عليه من الشروط المعتبرة ليكون العقد صحيحاً ومعتبراً شرعاً، عند الجمهور، لأن المعدوم لا يصح أن يكون محلا للتعاقد، إذ من غير المعقول أن يتعلق حكم العقد وآثاره بشيء معدوم، خلافا لما ذهب إليه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ما دام لا يؤدي إلى الغرر والجهالة في الثمن اللذين يؤديان عادة إلى النزاع بين المتعاقدين[٥٤].

إلا أن هناك عقوداً مستثناه من هذه القاعدة العامة، وتكون صحيحة، فينعقد العقد ويكون صحيحاً مع عدم وجود المعقود عليه استحساناً لا قياساً للحاجة إليها، ومن هذه العقود عقد السلم والإجارة والاستصناع والمساقاة ونحوها، وسيناقشها الباحث مبتدئا بعقد السلم.

تعريف السلم:

في اللغة: قال أهل اللغة: يقال السلم والسلف، وأسلم وسلم، وأسلف وسلف، ويكون السلف أيضا قرضا، ويقال استسلف ويشترك السلم والقرض في أن كلا منهما إثبات مال في الذمة بمبذول الحال، وسمي سلماً لتسليم رأس المال في المجلس وسمي سلفاً لتقديم رأس المال. ويلاحظ أن السلم والسلف بمعنى واحد في لغة العرب، والسلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق[٥٥]. وسمي سلما لتسليم رأس المال في المجلس، وسلفا لتقديم رأس المال[٥٦].

وفي الاصطلاح[٥٧]**:** السلم أو السلف: بيع آجل بعاجل، أو بيع شيء موصوف في الذمة، أي أنه يتقدم فيه رأس المال، ويتأخر المثمن لأجل، كما يفعل الزراع مع التجار في بيعهم

---

(٥٢) هو ركن العقد فقط عند الحنفية. انظر شرح فتح القدير (٢٤٨/٦)، البدائع (٤٧/١١)، رد المحتار لابن عابدين(٥٠٤/٤).

(٥٣) أركان العقد عند الجمهور: العاقد والمعقود عليه والصيغة، ويقصد بالصيغة الإيجاب والقبول. الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي (٢/٣)، ومطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى لمصطفى السيوطي(٤/٣)، والقوانين الفقهية: ص١٦٣، ومغني المحتاج (٣٢٣/٢). والخلاف بين الحنفية والجمهور اصطلاح لا تنبني عليه نتيجة، لأن بقية العناصر من معقود ومعقود عليه هي لوازم لا بد منها، فلن يكون إيجاب وقبول من دون وجود عاقدين، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط. انظر الفقه الاسلامي وأدلته للزحيلي (٢٩٣٠/٤)

(٥٤) وقد سبق ذكر الخلاف في ذلك في المبحث الثاني

(٥٥) تهذيب اللغة للهروي (٢٩٩/١٢)، ولسان العرب (١٥٩/٩) باب: الفاء فصل السين

(٥٦) مغني المحتاج (٣/٣)

(٥٧) المبسوط (١٢٤/١٢)، وشرح فتح القدير(٧١/٧)، البدائع (٣٣٩/١١)، ورد المحتار(٢٠٩/٥)، والشرح الكبير (١٩٥/٣)، وبداية المجتهد (٢١٧/٣)،

=

المحصولات الزراعية قبل الحصاد وبعبارة أخرى: هو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، وعرفه المالكية بأنه بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل، وعرفه الشافعية والحنابلة بقولهم: هو عقد على موصوف بذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس عقد.

مشروعية عقد السلم:

عرف العرب عقد السلم قبل الإسلام: وهو شراء الشيء الذي لم يوجد بعد بثمن عاجل حال، وفي شرعيته تيسير للناس في معاملاتهم، ومن ثم نجد الرسول - صلى الله عليه وسلم- حين « نهى عن بيع المعدوم » لما فيه من الغرر، والمخاطرة، وقد كانت العرب تتعامل به وبخاصة أهل يثرب، استثنى بيع السلم لأن في منعه حرج لا ضرورة له وتضييق على الناس. وإنما سمي هذا العقد به لكونه معجلا على وقته، فإن أوان البيع ما بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد، وإنما يقبل السلم في العادة فيما ليس بموجود في ملكه فلكون العقد معجلا على وقته سمي سلماً وسلفاً والقياس يأبى جوازه؛ لأنه بيع المعدوم وبيع ما هو موجود غير مملوك للعاقد باطل فبيع المعدوم أولى بالبطلان، ولكن ترك العمل بالقياس لثبوته بالكتاب والسنة والاجماع، فأما الكتاب: فقوله تعالى:{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ} [البقرة:٢٨٢] قال ابن عباس: أشهد أن السلم المؤجل في كتاب الله - تعالى - أنزل فيه أطول آية وتلا هذه الآية، وأما السنة: فقد روى إماما المحدثين البخاري ومسلم، عن ابن عباس- رضي الله عنهما- قال: « قدم النبي -صلى الله عليه وسلم- المدينة وهم يسلفون بالتمر، السنتين والثلاث فقال: " من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم[٥٨]».

وأما الإجماع فقال ابن المنذر[٥٩]: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز، ولأن بالناس حاجة إليه؛ لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم أو على الزروع ونحوها حتى تنضج، فجوز لهم السلم دفعاً للحاجة ليرتفقوا، ويرتفق المسلم بالاسترخاص.

=

ومغني المحتاج (٣/٣)، والمغني (٢٠٧/٤). وكشاف القناع (٢٨٨/٣)، وغاية المنتهى (٢٠٨/٣). وارجع إلى الفقه الاسلامي لبحث السلم (٣٦٠٣/٥).

(٥٨) أخرجه البخاري كتاب: السلم باب: السلم في وزن معلوم (٢٢٤٠) (٨٥/٣)، ومسلم كتاب: المساقاة باب: السلم (١٦٠٤) (١٢٢٦/٣).

(٥٩) انظر المراجع السابقة، وقد نقل الاجماع ابن المنذر كما نقلها عنه ابن قدامة في المغني (٢٠٧/٤) ونقل الاجماع أيضاً ابن رشد في بداية المجتهد (٢١٧/٣)، والشربيني في مغني المحتاج (٣/٣)، والشوكاني في نيل الأوطار(٣٤٣/٥) وشرح السنة (١٧٢/٨)، وانظر مجلة البحوث الإسلامية (٤٨/ ٦٨)

مسألة: هل السلم من بيع المعدوم

اتفق العلماء على جواز السلم كما سبق، واختلفوا هل هو من بيع المعدوم أم لا؟ على قولين:

القول الأول: الأصل أن بيع السلم من بيع المعدوم؛ وهو جائز على خلاف القياس، وهذا مذهب الجمهور كما سبق[٦٠]لأن المثمن في البيع أحد عوضي العقد، فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن.

وقد جاءت الشريعة الإسلامية بجواز هذا النوع من البيوع كما سبق مع أنه كان معروفا في الجاهلية، لما فيه من تحقيق مصلحة اقتصادية، ترخيصاً للناس، وتيسيراً عليهم. إلا أنها اشترطت شروطا للحكم بجوازه[٦١].

القول الثاني: وذهب ابن تيمية وتبعه تلميذه ابن القيم إلى أن السلم أصل بذاته، وأنه موافق للقياس وليس مخالفا له، وأن بيع المعدوم منهي عنه لكونه غرراً وليس لكونه معدوماً على خلاف القياس، قال ابن تيمية[٦٢]: فقولهم هذا من جنس ما رووا عن النبي - صلى الله عليه وسلم- أنه قال: {لا تبع ما ليس عندك} وأرخص في السلم" وهذا لم يرو في الحديث وإنما هو من كلام بعض الفقهاء وذلك أنهم قالوا: السلم بيع الإنسان ما ليس عنده فيكون مخالفا للقياس، ونهي النبي- صلى الله عليه وسلم- حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده: إما أن يراد به بيع عين معينة فيكون قد باع مال الغير قبل أن يشتريه وفيه نظر. وإما أن يراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة وهذا أشبه؛ فيكون قد ضمن له شيئا لا يدري هل يحصل أو لا يحصل؟ وهذا في السلم الحال إذا لم يكن عنده ما يوفيه والمناسبة فيه ظاهرة. فأما السلم المؤجل فإنه دين من الديون وهو كالابتياع بثمن مؤجل فأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الذمة وكون العوض الآخر مؤجلا في الذمة؟ وقد قال تعالى:{إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ } (البقرة:٢٨٢)، ثم قال فإباحة هذا على وفق القياس لا على خلافه. وقال ابن القيم[٦٣]: وقد ظن طائفة أن بيع السلم مخصوص من النهي عن بيع ما ليس عنده، وليس هو كما ظنوه، فإن السلم يرد على أمر مضمون في الذمة، ثابت فيها، مقدور على تسليمه عند محله، ولا غرر في ذلك، ولا خطر، بل هو جعل المال في ذمة المسلم إليه، يجب عليه أداؤه عند محله، فهو يشبه تأجيل

---

(٦٠) المبسوط (١٢٤/١٢)، وشرح فتح القدير(٧١/٧)، وبدائع الصنائع (٣٣٩/١١)، ورد المحتار(حاشية بن عابدين)(٢٠٩/٥)، والشرح الكبير (١٩٥/٣)، وبداية المجتهد (٢١٧/٣)، ومغني المحتاج (٣/٣)، والمغني (٢٠٧/٤). وكشاف القناع (٢٨٩/٣)، ومطالب أولي النهى شرح: غاية المنتهى (٢٠٨/٣). وارجع إلى الفقه الاسلامي وأدلته لبحث السلم (٣٦٠٣/٥).

(٦١) يتم ذكر هذه الشروط في مظانها من كتب الفقه المختلفة كالمبسوط والمجموع والمغني وغيرها من كتب الفقه

(٦٢) مجموع الفتاوى (٥٢٩/٢٠)

(٦٣) زاد المعاد في هدي خير العباد (٨١٠/٥) وما بعدها.

الثمن في ذمة المشتري، فهذا شغل لذمة المشتري بالثمن المضمون، وهذا شغل لذمة البائع بالمبيع المضمون، فهذا لون، وبيع ما ليس عنده لون.

وذكر كلاما لشيخه خلاصته: بعد أن ذكر أقوالاً في المراد بقوله - صلى الله عليه وسلم- لحكيم بن حزام " لا تبع ما ليس عندك[٦٤]"

فقال: ومما يبين أن هذا مراد النبي - صلى الله عليه وسلم-: أن السائل إنما سأله عن بيع شيء مطلق في الذمة كما تقدم، لكن إذا لم يجز بيع ذلك، فبيع المعين الذي لم يملكه أولى بالمنع، وإذا كان إنما سأله عن بيع شيء في الذمة، فإنما سأله عن بيعه حالا، فإنه قال: أبيعه، ثم أذهب فأبتاعه، فقال له: "لا تبع ما ليس عندك"، فلو كان السلف الحال لا يجوز مطلقا، لقال له ابتداء: لا تبع هذا سواء كان عنده أو ليس عنده، فإن صاحب هذا القول يقول: بيع ما في الذمة حالا لا يجوز، ولو كان عنده ما يسلمه، بل إذا كان عنده، فإنه لا يبيع إلا معينا لا يبيع شيئا في الذمة، فلما لم ينه النبي -صلى الله عليه وسلم- عن ذلك مطلقا، بل قال: "لا تبع ما ليس عندك"، علم أنه صلى الله عليه وسلم فرق بين ما هو عنده ويملكه ويقدر على تسليمه، وما ليس كذلك، وإن كان كلاهما في الذمة.

ثم قال: ومن تدبر هذا تبين له أن هذا القول هو الصواب، فإن قيل: إن بيع المؤجل جائز للضرورة وهو بيع المفاليس، لأن البائع احتاج أن يبيع إلى أجل، وليس عنده ما يبيعه الآن، فأما الحال، فيمكنه أن يحضر المبيع فيراه، فلا حاجة إلى بيع موصوف في الذمة، أو بيع عين غائبة موصوفة لا يبيع شيئا مطلقا؟ قيل: لا نسلم أن السلم على خلاف الأصل، بل تأجيل المبيع كتأجيل الثمن، كلاهما من مصالح العالم.

وقال بعض الحنفية مثل قول ابن تيمية وابن القيم نقل ذلك ابن الهمام[٦٥] ورد عليه بأن التسوية بين السلم وبين البيع بثمن آجل مردودة، لأن المقصود الأصلي من البيع هو

([٦٤]) سبق تخريجه والأقوال هي: **القول الأول:** لا تبع ما ليس عندك من الأعيان، ونقل هذا التفسير عن الشافعي، فإنه يجوز السلم الحال، وقد لا يكون عند المسلم إليه ما باعه، فحمله على بيع الأعيان، ليكون بيع ما في الذمة غير داخل تحته سواء كان حالا أو مؤجلا.

القول الثاني: قالوا: الحديث على عمومه يقتضي النهي عن بيع ما في الذمة إذا لم يكن عنده، وهو يتناول النهي عن السلم إذا لم يكن عنده، لكن جاءت الأحاديث بجواز السلم المؤجل، فبقي هذا في السلم الحال وهذا قول أحمد وطائفة.

القول الثالث: وهو الأظهر: إن الحديث لم يرد به النهي عن السلم المؤجل، ولا الحال مطلقا، وإنما أريد به أن يبيع ما في الذمة مما ليس هو مملوكا له، ولا يقدر على تسليمه، ويربح فيه قبل أن يملكه، ويضمنه، ويقدر على تسليمه، فهو نهي عن السلم الحالي إذا لم يكن عند المستلف ما باعه، فليزم ذمته بشيء حال، ويربح فيه، وليس هو قادرا على إعطائه، وإذا ذهب يشتريه، فقد يحصل وقد لا يحصل، فهو من نوع الغرر والمخاطرة، وإذا كان السلم حالا، وجب عليه تسليمه في الحال، وليس بقادر على ذلك، ويربح فيه على أن يملكه ويضمنه، وربما أحاله على الذي ابتاع منه، فلا يكون قد عمل شيئا، بل أكل المال بالباطل، وعلى هذا فإذا كان السلم الحال والمسلم إليه قادرا على الإعطاء، فهو جائز، وهو كما قال الشافعي إذا جاز المؤجل، فالحال أولى بالجواز.

([٦٥]) شرح فتح القدير (٨٦/٧)

المبيع، والمبيع في السلم هو الموصوف في الذمة وهو معدوم حين البيع، أما في البيع بثمن آجل فالمبيع موجود فافترقا.

ولا يخفى أن الخلاف ليس له فائدة علمية كما ذكر الأشقر في بحثه[٦٦] لأن الطرفان متفقان على أن السلف مباح وجائز لا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف في هل هو مخالف للقياس أم غير مخالف.

صورة بيع السلم:

وصورته مثلاً: أن يأتي الرجل لصاحب البستان أو صاحب الأرض الزراعية، يكون صاحب الأرض الزراعية يريد أن يزرعها بالشعير وليس عنده مال يشتري به البذور، وليس عنده مال يستأجر من أجل حرث الأرض أو يأخذ العمال ليقوموا عليها فيحتاج إلى المال، فيأتيه من يريد الشعير أو يريد ما تنتجه أرضه من سائر المزروعات من الحبوب ونحوها فيقول له: خذ هذا المبلغ في مقابل مائة صاع أو ثلاثة مائة صاع من كذا وكذا، الثلاثة المائة صاع من الشعير غير موجودة أثناء العقد، ولذلك جمهور العلماء على أن هذا البيع "بيع السلم" في الأصل مستثنى من نهي النبي- صلى الله عليه وسلم -عن بيع المعدوم، وهو الذي ثبتت به السنة عن رسول الله- صلى الله عليه وسلم- في حديث حكيم بن حزام- رضي الله عنه- أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال له: "لا تبع ما ليس عندك[٦٧]" وهو أثناء التعاقد ليس موجودا، فأجازت الشريعة هذا النوع من العقود رفقا بالناس، ورحمة بالعباد، ووجه الرفق في ذلك: أن صاحب المزرعة يستفيد بإحياء أرضه وحصول النتاج له والنفع فيه ظاهر، وصاحب المال يستفيد أيضاً، وتكون فائدته أن العادة جرت أن تعجيل الثمن وتأخير المثمن سيجعل الحظ للمشتري؛ لأن مائة صاع من تمر السكري مثلاً لو قلت لشخص: خذ هذه ألف ريال أسلفها لك بمائة صاع من تمر السكري في أول رمضان تحضر لي مائة صاع من تمر السكري، قال قبلت فمائة صاع في أول رمضان قيمتها ألفان؛ وحينئذ لما يعجل المبلغ ستصبح القيمة أقل، فينتفع المشتري بتخفيف الثمن عليه وينتفع البائع بكونه حصل له الرفق من أخذ هذا المال وزراعة أرضه والقيام على حرثه وتبارك الله أحكم الحاكمين يقص الحق وهو خير الفاصلين، فوسع الله على البائع وعلى المشتري[٦٨].

---

(٦٦) انظر بحث عقد السلم ومدى استفادة البنوك الاسلامية منه لمحمد سليمان الأشقر والمنشور ضمن كتاب بحوث في قضايا اقتصادية معاصرة (١٨٦/١)

(٦٧) سبق تخريجه في المبحث الثاني

(٦٨) انظر دروس عمدة الفقه للشنقيطي (٤٣٨/٥)، والفقه الاسلامي (٣٦٠٣/٥) والمراجع السابقة في تعريف السلم بتصرف

عقد البيع الجائز له صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون ناجزاً، بمعنى أن كل من البائع والمشتري ينجزا ما عندهما من السلعة والثمن، فيقول بعتك سيارتي هذه بعشرة آلاف تدفعها الآن نقدا فيعطيه السيارة ويعطيه الآخر عشرة آلاف ريال.

والصورة الثانية: أن يعجل أحدهما ويؤخر الآخر، أي يؤخر أحد الاثنين: إما أن يؤخر البائع فيقول له المشتري: أعطيك ألف ريال في مقابل مائة صاع من التمر أو الشعير أو غير ذلك من الثمار في أول رمضان، والعكس إما أن يقدم السلعة ويؤخر الثمن فيقول له: بعتك سيارتي هذه بعشرة آلاف ريال بالتقسيط على أربع سنوات؛ فحينئذ إما أن ينجزا وإما أن يؤخر أحدهما.

أما لو أخّر الاثنان على أن البائع يؤخر المثمن والمشتري يؤخر الثمن، **وهذه صورة ثالثة،** فهذا لا يجوز بالإجماع؛ لأنه بيع الدين بالدين والشريعة لا تجيز هذا النوع من البيوع، وقد ورد في الحديث: " نهى رسول الله- صلى الله عليه وسلم- عن بيع الكالئ بالكالئ[٦٩]" وهو الدين بالدين، والإجماع[٧٠] منعقد على تحريم هذا النوع فبقيت ثلاث صور، إذا نجز كل واحد من الطرفين فقال بعتك سيارتي بعشرة آلاف نقدا فكل منهما سيحرص على أن يكون الغبن في الطرف الثاني، فالسيارة إذا كانت قيمتها عشرة آلاف سيقول البائع بعتك السيارة بأحد عشر، وإذا كانت القيمة عشرة آلاف سيقول المشتري أشتريها بتسعة آلاف وخمسمائة، كل واحد يريد أن يكون له حظ في هذا البيع، هذا إذا كان ناجزا من الطرفين، أما إذا كان نسيئة من أحدهما مثلاً قال له: هذه عشرة آلاف في مقابل تمر أو شعير سلفاً فحينئذ يكون الحظ للمشتري أن القيمة أقل، والعكس بالعكس، فإذا قال له بعتك سيارتي بالتقسيط فإنها بالنقد غالبا تكون أقل قيمة، هذا حاصل الصور، فأجازت الشريعة الإسلامية تعجيل الثمن وتأخير المثمن في بيع السلم رفقا بالعباد، وهذا النوع من البيوع - كما قلنا- مستثنى من الأصل لأنه بيع المعدوم، لورود الدليل على ذلك كما سبق[٧١].

([٦٩]) رواه البيهقي في الصغرى (١٤٦٣) (٢٤٧/٢) والدارقطني (٣٠٦٠) (٤٠/٤)، والحاكم (٢٣٤٢) (٦٥/٢) من طريق عبد العزيز الدراوردي عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي، ومن طريق ذؤيب بن عمامة عن حمزة بن عبد الواحد عن موسى بن عقبة.. وسكت عنها الحاكم، وتعقبه الذهبي بأن ذؤيبا واهي وضعف البيهقي الطريقين. قال ابن حجر في التلخيص (٧٠/٣) (١٢٠٥) فوهم (أي الحاكم) فإن راويه موسى بن عبيدة الربذي لا موسى بن عقبة، ونقل عن أحمد بن حنبل قوله: لا تحل عندي الرواية عنه ولا أعرف هذا الحديث عن غيره، وقال أيضا (أحمد بن حنبل) ليس في هذا حديث يصح لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين، وقال الشافعي أهل الحديث يوهنون هذا الحديث وقد جزم الدارقطني في العلل بأن موسى بن عبيدة تفرد به فهذا يدل على أن الوهم في قوله موسى بن عقبة من غيره. وضعفه الألباني في ضعيف الجامع (٦٠٦١)

([٧١]) دروس عمدة الفقه للشنقيطي (٤٣٨/٥) بتصرف

حاجة الناس إلى بيوع السلم

يحتاج إلى بيوع السلم أصحاب القدرات الانتاجية من الزراع والصناع وغيرهم، وذلك عندما يحتاجون إلى المال فيبيعون منتجاتهم مقدما، ويحصلون على المال ليعيشون ولينفقوا على منتجاتهم، وإن لم يمكنهم التسليم من منتجاتهم فيسلمون من منتجات غيرهم لأن المسلم فيه وهو المبيع لا يشترط فيه كونه من انتاجهم وإنما هو شيء موصوف في الذمة فيستفيد البائعون فائدتين وهي الحصول على المال، وتسهيل التسويق، ويستفيد المشترون من رخص الثمن، لأنهم التزموا أخذ المنتجات وفي ذلك مخاطرة، فقد ترخص الأسعار، لقلة الطلب وكذلك هم مضطرون للبحث عن تصريف ما اشتروه إن لم يكونوا قد اشتروه لحاجتهم، وبهذا يظهر أن السلم وسيلة فعالة للجمع بين عنصرين من عناصر العملية الانتاجية وهما المال والعمل بطريقة متراضاة في تقسيم الأرباح، وبهذا ينشط العمل التجاري ويستفيد المجتمع وتحصل الفائدة المرجوة[٧٢].

المطلب الثاني:

عقد الإجارة

من العقود الملموسة والتي تكثر في حياتنا اليومية عقد الاجارة، فنرى البناء والصانع والعامل وحتى الموظف في مجال التعليم والصحة وفي سائر الوظائف كلهم يأخذون أجرهم بعد اكتمال أعمالهم، ولا مشكلة في ذلك والحياة قائمة في كثير من الأحيان على تبادل المنافع وأخذ الأجرة على ما يقومون به من أعمال، فما حكم أخذ الأجرة وهل هو مستثنى من بيع المعدوم؟

تعريف الإجارة:

الإجارة في اللغة : مشتقة من الأجر ، والأجر في اللغة له معنيان: الكراء والأجرة على العمل، والجبر، والمعنى الجامع بينهما أن أجرة العامل كأنها شيء يجبر به حاله فيما لحقه من كد فيما عمله[٧٣].

ومعناه الشرعي مأخوذ من معناه اللغوي، ولذا قال الحنفية: الإجارة[٧٤]: عقد على المنافع بعوض[٧٥]، وعرف الشافعية الإجارة فقالوا: هو عقد على منفعة مقصودة معلومة مباحة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم. ومحترزات قيود التعريف هي أنه خرج بقولهم:

([٧٢]) انظر بحث عقد السلم ومدى استفادة البنوك الاسلامية منه لمحمد سليمان الأشقر(١٨٦/١) بتصرف

([٧٣]) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٦٢/١)

([٧٤]) قال الدكتور وهبة الزحيلي: وقد آثرت لفظ الإيجار على لفظ الإجارة لأن الإجارة اسم للأجرة: وهي ما أعطيت من كراء الأجير، وهي ليست مصدراً لفعل «أجر» إذ لم تسمع مصدراً قط، ومن المعروف أن مصدر الفعل الثلاثي سماعي لا قياس فيه. وإذا استعملنا لفظ الإجارة أحياناً فهو مجاراة للاصطلاح الشائع. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٥/ ٣٨٠٣).

([٧٥]) شرح فتح القدير(١٩٦/٣)، والبدائع (٣٠٦/٩)، وتبيين الحقائق (١٠٥/٥)، حاشية ابن عابدين (٣/٦).

«منفعة»: العين، فالعقد عليها بيع أو هبة، وبقولهم: «مقصودة»: المنفعة التافهة كاستئجار بياع على كلمة لا تتعب، وبقولهم: «معلومة»: المضاربة والجعالة على عمل مجهول. وأما قيد «قابلة للبذل والإباحة» فهو لإخراج منفعة البُضع، فإن العقد عليها لا يسمى إجارة، والقيد الأخير(أي بعوض) لإخراج هبة المنافع والوصية بها والشركة والإعارة [٧٦].

وقال المالكية: الإيجار: تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض[٧٧]. وبمثل ذلك قال الحنابلة[٧٨].

مشروعية الإجارة:

الأصل في جواز الإجارة الكتاب والسنة، والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى:{فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق: ٦] وَقَالَ تَعَالَى:{قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ}[القصص: ٢٦] {قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ}[القصص: ٢٧] وقال الله تعالى:{فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا}[الكهف: ٧٧]. وهذا يدل على جواز أخذ الأجر على إقامته[٧٩].

وأما السنة فثبت من حديث عائشة رضي الله عنهما «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأبا بكر، استأجرا رجلا من بني الديل هاديا خريتا[٨٠]». وروى البخاري، عن أبي هريرة - رضي الله عنه - «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة؛ رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره[٨١]». والأخبار في هذا كثيرة.

وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة[٨٢].

---

(٧٦) مغني المحتاج (٤٣٨/٣) والإجارة عند الشافعية نوعان: إجارة واردة على عين أي على منفعة مرتبطة بعين كإجارة العقار، أو إجارة دابة أو شخص معينين، ويلاحظ أن إجارة العقار لا تكون إلا من إجارة العين، لأنه لا يثبت في الذمة. وإجارة واردة على ذمة كاستئجار دابة موصوفة لحمل مثلاً، أو كأن يلزم ذمة شخص عملاً معيناً كخياطة أو بناء أو غير ذلك. (مغني المحتاج ٤٤٠/٣)

(٧٧) الشرح الكبير للدردير(٢/٤)، الفروق للقرافي(٢/٤)

(٧٨) المغني (٣٢١/٥)، وكشاف القناع (٥٤٦/٣)

(٧٩) المغني (٣٢١/٥)

(٨٠) رواه البخاري كتاب الإجارة باب استئجار المشركين للضرورة (٢٢٦٣) (٨٨/٣) وكتاب مناقب الأنصار باب: الهجرة (٣٩٠٥) (٥٨/٥)

(٨١) رواه البخاري كتاب الإجارة باب: إثم من منع أجر الأجير(٢٢٧٠) (٩٠/٣).

(٨٢) نقل الاجماع الشافعي في الأم (٣٠/٤)، والكاساني في بدائع الصنائع (٣٠٨/٩)، وابن رشد في بداية المجتهد (٥/٤)، وابن قدامة في المغني (٣٢١/٥) وغيرهم .

هل الإجارة من بيع المعدوم:

الإجارة جائزة كما سبق بنص الكتاب والسنة والاجماع، لكن هل هي من بيع المعدوم؟ هناك ثلاثة أقوال للعلماء:

القول الأول: أنها من بيع المعدوم، وأنها غير جائزة، والقياس عدم الجواز، وهو مذهب أبو بكر الأصم، وإسماعيل بن عُلَية، والحسن البصري، والقاشاني، والنهرواني، وابن كيسان، وذلك لأن الإجارة بيع المنفعة، والمنافع حال انعقاد العقد معدومة القبض، ثم تستوفى شيئاً فشيئاً مع الزمن، والمعدوم لا يحتمل البيع، ولا يجوز إضافة البيع إلى شيء في المستقبل، ولأنها غرر[٨٣].

القول الثاني: أنها من بيع المعدوم لكنها جائزة ومستثناة من بيع المعدوم للأدلة من الكتاب والسنة والاجماع، ولحاجة الناس إليها، وهذا هو مذهب جمهور العلماء[٨٤]، وردوا على من عدها غير جائزة، بناء على الأصل، وخالفوا الإجماع بما يلي:

قال ابن قدامة: بأن هذا غلط (يعني مخالفة المانعين)وأن مخالفتهم لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار، وسار في الأمصار، والعبرة أيضا دالة عليها؛ فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان، وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر، ولا يمكن كل أحد عمل ذلك، ولا يجد متطوعا به، فلا بد من الإجارة لذلك، بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقا للرزق، حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع. وما ذكره من الغرر، لا يلتفت إليه، مع ما ذكرنا من الحاجة، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها، لأنها تتلف بمضي الساعات، فلا بد من العقد عليها قبل وجودها، كالسلم في الأعيان[٨٥].

ورد عليهم ابن رشد: بأن المنافع، وإن كانت معدومة في حال العقد، فهي مستوفاة في الغالب، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى في الغالب، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء[٨٦].

وذكر الكاساني في بدائع الصنائع بعد ذكر أدلة الجواز وعدم الاعتداد بقول من خالف الإجماع، وأن القياس متروك بتلك الأدلة والإجماع، لأن الله تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد، وحاجتهم إلى الإجارة ماسة؛ لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم

(٨٣) بدائع الصنائع (٣٠٦/٩)، وبداية المجتهد (٥/٤) والمغني (٣٢١/٥)، ومجموع الفتاوى (٥٣١/٢٠)
(٨٤) سبق نقل الاجماع على جوازها كما ذكر الشافعي، وابن قدامة والكاساني وابن رشد.
(٨٥) المغني (٣٢٢/٥)
(٨٦) بداية المجتهد (٦/٤)

الثمن، ولا بالهبة، والإعارة؛ لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج إلى الإجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه، وتحقيقه أن الشرع شرع لكل حاجة عقدا يختص بها فشرع لتمليك العين بعوض عقدا وهو البيع، وشرع لتمليكها بغير عوض عقدا وهو الهبة، وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الإعارة، فلو لم يشرع الإجارة مع امتساس الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع[٨٧].

القول الثالث: الإجارة ليست من بيع المعدوم وهو مذهب ابن تيمية[٨٨] وذكر كلاما طويلاً في الرد على من قال أن الاجارة على خلاف القياس وأنها من بيع المعدوم، لأن المنافع معدومة حين العقد وبيع المعدوم لا يجوز، وهذا بناء على مذهبه في حكم بيع المعدوم، وأن النهي بسبب الغرر، وليس لكونه معدوما[٨٩] وذكر أن الإجارة بيع من بيوع المعاوضات العامة، وليست من البيوع الخاصة الذي يفهم من لفظ البيع عند الاطلاق، لأن ذلك إنما ينعقد على أعيان معينة أو مضمونة في الذمة؛ وذكر إن من ادعى أن المعاوضة العامة لا تكون على معدوم دعوى مجردة بل دعوى كاذبة، فإن الشارع جوز المعاوضة العامة على المعدوم، ورد على من قال إن بيع المنافع لا يكون إلا على موجود قياساً على أن بيع الأعيان لا يكون إلا على موجود بأنه قياس في غاية الفساد فإن من شرط القياس أن يمكن إثبات حكم الأصل في الفرع وهو هنا متعذر؛ لأن المنافع لا يمكن أن يعقد عليها في حال وجودها فلا يتصور أن تباع المنافع في حال وجودها كما تباع الأعيان في حال وجودها، والشارع أمر الإنسان أن يؤخر العقد على الأعيان التي لم تخلق إلى أن تخلق فنهى عن بيع السنين، وبيع حبل الحبلة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه؛ وعن بيع الحب حتى يشتد، ونهى عن بيع المضامين والملاقيح، وعن المجر وهو الحمل؛ وهذا كله نهي عن بيع حيوان قبل أن يخلق؛ وعن بيع حب وثمر قبل أن يخلق وأمر بتأخير بيعه إلى أن يخلق.

وهذا التفصيل وهو: منع بيعه في الحال وإجازته في حال يمتنع مثله في المنافع فإنه لا يمكن أن تباع إلا هكذا فما بقي حكم الأصل مساويا لحكم الفرع.

ومن أصول الشرع أنه " إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم أرجحهما " فهو إنما نهى عن بيع الغرر لما فيه من المخاطرة التي تضر بأحدهما وفي المنع مما يحتاجون إليه من البيع ضرر أعظم من ذلك فلا يمنعهم من الضرر اليسير بوقوعهم في الضرر الكثير.

ورد على من اشترط القبض في المنافع بأن ذلك الأصل ضعيف_وهو: أن موجب العقد استحقاق التسليم عقبه، والشرع لم يدل على هذا الأصل؛ بل القبض في الأعيان والمنافع

---

(٨٧) بدائع الصنائع (٣٠٩/٩)
(٨٨) مجموع الفتاوى (٥٣١/٢٠- ٥٥٠)
(٨٩) سبق ذكره في مسألة بيع المعدوم في المبحث الثاني

كالقبض في الدين تارة يكون موجب العقد قبضه عقبه بحسب الإمكان، وتارة يكون موجب العقد تأخير التسليم لمصلحة من المصالح. وعلى هذا فالنبي - صلى الله عليه وسلم- جوز بيع الثمر بعد بدو الصلاح مستحق الإبقاء إلى كمال الصلاح وعلى البائع السقي والخدمة إلى كمال الصلاح، ويدخل في هذا ما هو معدوم لم يخلق، وهذا إذا قبض كان بمنزلة قبض العين المؤجرة فقبضه يبيح له التصرف فيه في أظهر قولي العلماء، وقبضه لا يوجب انتقال الضمان إليه بل إذا تلف الثمر بعد بدو صلاحه كان من ضمان البائع وقد ثبت في صحيح مسلم عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: « لو بعت من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟ [٩٠]» وليس مع المنازع دليل شرعي يدل على أن كل قبض جوز التصرف ينقل الضمان وما لم يجوز التصرف لم ينقل الضمان؛ بل قبض العين المؤجرة يجوز التصرف ولا ينقل الضمان. ومن هذا الباب بيع المقاثي؛ فإن من العلماء من لم يجوز بيعها إلا لقطة لقطة لأنه بيع معدوم وجعلوا هذا من بيع الثمر قبل بدو صلاحه.

ولعل الراجح مما سبق هو أن الاجارة في الأصل من بيع المعدوم، وأنها على خلاف القياس، لكنها مستثناة من ذلك الأصل للأدلة عليها، من الكتاب والسنة وإجماع المسلمين على جوازها للحاجة الماسة إليها، وما ذهب إليه ابن تيمية هو بناء على مذهبه في اعتبار بيع المعدوم جائز إذا سلم من الغرر والله أعلم.

المطلب الثالث:

الاستصناع

يعد عقد الاستصناع من أهم العقود المالية في الحياة الاقتصادية تداولا وانتشارا لارتباطه المباشر بالاحتياجات اليومية للأفراد والجماعات، وترجع أهمية هذا العقد وأثره في المعاملات المالية في الماضي والحاضر باختصار إلى تيسير شؤون الحياة على الناس، لتحصيل أرزاقهم، وتحقيق مصالحهم، وتمويل بعضهم بعضا، واستثمار أموالهم وتنميتها فيما يعود عليهم وعلى مصالحهم كلها بالنفع[٩١].

تمهيد:

تعريف الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: طلب الصِنعة، والاصطناع مثله والصِنعة: عمل الصانع في صنعته أي حرفته، ومنه حديث ابن عمر أن النبي - صلى الله عليه وسلم- " اصطنع خاتماً من

([٩٠]) رواه مسلم في كتاب البيوع باب: وضع الجوائح رقم (١٥٥٤) (١١٩٠/٣) من حديث جابر بن عبد الله

([٩١]) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٥/ ٣٦٤٢)

ذهب كان يجعل فصه في باطن كفه إذا لبسه، فصنع الناس، ثم رمى به[٩٢]" ومعنى اصطنع خاتماً أي أمر أن يصنع له[٩٣]. والصناعة حرفة الصانع وعمله: الصنعة والصُّنع، وهو عمل يحتاج إلى دقة وحذق ومهارة[٩٤].

الاستصناع في اصطلاح الفقهاء:

اختلف الفقهاء في تعريف الاستصناع فأدخله الجمهور ضمن السلم، أما الأحناف فعدوه عقدا مستقلاً ، لكنهم اختلفوا في تعريفه، ومرجع ذلك إلى إدخال بعض القيود أو إخراجها ومن تلك التعريفات:

الاستصناع هو: طلب العمل من الصانع في شيء مخصوص على وجه مخصوص[٩٥]. أو هو: عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة[٩٦]، أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع، وتكون العين أو مادة الصنعة والعمل من الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع، فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً. وبعض الفقهاء يقول: إن المعقود عليه هو العمل فقط، لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل. ولذلك اختلف فقهاء الحنفية في تخريج الاستصناع، أهو عقد أم وعد؟ وإذا كان عقدا فهل هو بيعاً أم إجارة؟ وإذا كان بيعاً، فهل المبيع هو العين المصنوعة أو العمل الذي قام به الصانع؟ **على ثلاثة أقوال[٩٧]:**

القول الأول: فقال الحاكم الشهيد المروزي والصفَّار ومحمد بن سَلَمة وصاحب المنثور: الاستصناع مواعدة[٩٨]، وإنما ينعقد بيعاً بالتعاطي عند الفراغ من العمل، ولهذا كان

([٩٢]) رواه البخاري في كتاب اللباس باب: من جعل فص الخاتم في بطن كفه (٥٨٧٦) (١٥٧/٧) و(٦٦٥١) (١٣٣/٨)، ومسلم كتاب: اللباس والزينة باب: طرح خاتم الذهب (٢٠٩١)(١٦٥٥/٣).

([٩٣]) مختار الصحاح (١٧٩/١) باب الصاد ص ن ع ، والقاموس المحيط (٧٣٩/١) فصل الصاد، ولسان العرب (٢٠٩/٨) فصل الصاد

([٩٤]) لسان العرب لابن منظور (٢٠٩/٨) فصل الصاد المهملة ، ومختار الصحاح للرازي (١٧٩/١) باب الصاد ص ن ع

([٩٥]) رد المحتار لابن عابدين (٢٢٣/٥).

([٩٦]) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم (١٢٤).

([٩٧]) المبسوط (١٣٩/١٢)، وبدائع الصنائع (٤٩٨/٩) وما بعدها، وحاشية ابن عابدين (٢٢٤/٥) وما بعدها، وشرح فتح القدير (١١٥/٧)

([٩٨]) نقل هذا القول الكاساني في بدائع الصنائع (٤٩٨/٩)، وابن عابدين (٢٢٤/٥) وهو اختيار السالوس من المعاصرين. انظر موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الاسلامي تأليف: علي السالوس صـــ٨٣٤، وقد أطال في الرد على جمهور الحنفية الذين جعلوه بيعاً ومعاقدة، لأنه بيع معدوم وقت التعاقد، وهذا منهي عنه، وعليه فالقياس عدم جوازه، وأجازوه استحساناً للإجماع الثابت بالتعامل حسب قولهم، ورد على استدلالهم بالأحاديث "لا تجتمع امتي على ضلالة" وحديث "ما رآه المسلمون حسناً" بأنهما ليسا بحجة في ما استدلوا بهما وشكك في تصحيحهما، وذكر أنه ليس هناك إجماع على جواز الاستصناع الذي قال به جمهور الحنفية استحسانا ومن منع أكثر ممن أجازه ، واستدلالهم بالحاجة له فيرفع بالسلم في الصناعات والاجارة والمواعدة، وأن الاستصناع في بعض حالاته يدخل في بيع الكالئ بالكالئ المجمع على منعه حيث لا يتم تسليم ثمن ولا مبيع وقت التعاقد، ولذلك يمكن إجازته على اعتباره وعد وليس عقد بيع مع النظر فيما =

للصانع ألا يعمل ولا يجبر عليه، بخلاف السلم، وللمستصنع ألا يقبل ما يؤتى به، ويرجع عنه، ولا تلزم المعاملة.

القول الثاني: أن الاستصناع عقد بيع وليس مجرد وعد، لكنهم اختلفوا فقال بعضهم[٩٩]هو: عقد على بيع عين موصوف في الذمة يثبت فيها خيار الرؤية عند التسليم للمشتري، وأما البائع فلا خيار له، أي هو بيع للعين المصنوعة، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، أي أنه بيع لعمل الصانع لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل، وهو ما ذهب إليه أبو سعيد البرادعي، ورجحه الكاساني[١٠٠].

القول الثالث: أن الاستصناع عقد إجارة ابتداء، بيع انتهاء قبل التسليم لا بعده وهذا ما صححه في الفتاوى الهندية[١٠١].

واستدلوا بما يلي: استدلوا على أنه بيعٌ وليس وعداً ما ذكره محمد بن الحسن -رحمه الله- في الاستصناع القياس والاستحسان، وهما لا يجريان في المواعدة، وجوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه تعامل، ولو كان مواعدة جاز في الكل، وسماه شراء فقال: إذا رآه المستصنع فهو بالخيار، لأنه اشترى ما لم يره، ولأن الصانع يملك الدراهم بقبضها، ولو كان العقد مواعدة لم يملكها. وإثبات الخيار لكل من العاقدين لا يدل على أنه غير بيع، بدليل أنه في بيع المقايضة لو لم ير كل من العاقدين عين الآخر أي مبيعه، كان لكل منهما الخيار. وثبوت خيار الرؤية للمستصنع من خصائص البيوع، فدل على أن جوازه جواز البياعات، لا جواز العدات.

ويترتب على كونه بيعاً أنه يجبر الصانع على عمله، ولا يرجع الآمر المستصنع عنه، ولو كان عِدَة لما لزم.

وحجة من قال إنه إجارة ابتداء بيع انتهاء، فقد نظروا إلى أن التعاقد كان على عمل لم يوجد بعد، فإذا وجد وتم التسليم انعقد بيعاً فغلبوا جانب العمل[١٠٢].

ومن ذهب إلى أن المعقود عليه هو العين المستصنعة دون العمل، حجته أنه لو جاء الصانع بالمطلوب بما يوافق الأوصاف المشروطة ورضي به المستصنع، جاز العقد، سواء أكان من صنعة غيره أم من صنعته قبل العقد، ولو كان المبيع العمل نفسه لما صح ذلك. قال الكاساني: ولو كان شرط العمل من العقد نفسه، لما جاز؛ لأن الشرط يقع على

=

يترتب على هذا الوعد. انظر بحث الاستصناع للسالوس في كتابه موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة من صـــ ٨٣١- ٨٣٤

(٩٩) الخلاف بين فقهاء الحنفية كما نقله الكاساني

(١٠٠) بدائع الصنائع (٤٩٨/٩)

(١٠١) الفتاوى الهندية (٢٠٧/٣)

(١٠٢) الدر المختار ورد المحتار (حاشية ابن عابدين) (٢٢٤/٥)

عمل في المستقبل لا في الماضي، والصحيح الذي رجحه الكاساني: القول بأن المعقود عليه هو المبيع الذي شرط فيه العمل؛ لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل، لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سَلَماً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل. وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع، فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما[١٠٣].

ويلاحظ أن التعريفات كلها من كتب الحنفية، وذلك لأن الحنفية يعتبرون الاستصناع عقدا قائماً بذاته بينما الجمهور المالكية[١٠٤] والشافعية[١٠٥] والحنابلة[١٠٦] يعتبرونه جزءاً من السلم[١٠٧].

وذهب الدكتور الزحيلي: إلى أنه ليس بيعاً لأنه بيع معدوم، ولا إجارة، وليس مواعدة ملزمة من الطرفين، وإنما هو مشروع استحسان على الراجح، وأنه بيع للعين المصنوعة لا لعمل الصانع، ويجمع بين صفتين: صفة بيع السلم، لوروده على مبيع غير موجود وقت التعاقد، وصفة البيع العادي لأنه لا يجب تعجيل الثمن خلافا للسلم، لاشتماله على عمل مع بيع المواد فأشبه الإجارة، وفي الإجارة يجوز تأجيل الأجرة[١٠٨].

الراجح: ما ذهب إليه الزحيلي أنه مشروع استحسان أقرب الأقوال في خلاف الفقهاء، وهو بيع للعين المصنوعة في بعض الحالات، وبيع لعمل الصانع في بعض الحالات والتعاملات الأخرى التي تحصل اليوم، وكل التصورات من أنه إجارة أو مواعدة أو بيع أو سلم ينطبق على صور من صور التعاملات ولا ينطبق على صور وتعاملات أخرى، وعليه فإفراده بتسمية جديدة مستقلة هو الأنسب استحساناً، لأنه ليس وعداً، وليس بيعاً، وليس إجارة، وليس سلماً، في كل الأحوال، وإن كان له شبه بالبيع، وبالإجارة، وبالسلم، فيشبه السلم لأنه عقد على موصوف في الذمة، ويشبه البيع من أجل أن الصانع يقدم المواد من عنده مقابل العوض، ويشبه الإجارة من حيث أن العمل جزء من المعقود عليه، وهذا ما ذهب إليه الزحيلي، ومحمد سليمان الأشقر، ونقل ترجيحه عن مجمع الفقه

---

(١٠٣) شرح فتح القدير (١١٥/٧)، البدائع (٤٩٨/٩)، الدر المختار ورد المحتار(٢٢٣/٥) والفقه الاسلامي (٣٦٤٣/٥)

(١٠٤) المدونة (٦٨/٣)، ومواهب الجليل للحطاب (٥٣٩/٤)، والشرح الصغير وحاشية الصاوي(٢٨٧/٣)

(١٠٥) الأم للشافعي (١٣١/٣)، المهذب (٧٣/٢) وما بعدها وتحفة المحتاج (١٩/٥)، (٢٩/٥) وما بعدها

(١٠٦) الفروع لابن مفلح (١٤٧/٦)، والمغني (٢٠٨/٤) و(٢١٥/٤)، والانصاف للمرداوي (٣٠٠/٤)، ومطالب أولي النهى (٢١٠/٣)

(١٠٧) نقل السالوس في موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة ص٨١٩ - ٨٢٦ مجموعة من النقولات عن كل مذهب

(١٠٨) المعاملات المالية المعاصرة (بحوث وفتاوى وحلول) للزحيلي (ص٣٠٣)، وأشار إلى هذا المعنى في الفقه الاسلامي (٣٠٩٤/٤)

الاسلامي[١٠٩]، وتعريفه كما يلي: : طلب إنسان من آخر شيئاً لم يصنع بعد، ليصنع له طبق مواصفات محددة بمواد من عند الصانع، مقابل عوض محدد ويقبل الصانع ذلك[١١٠].

أدلة مشروعيته:

الأدلة على مشروعية الاستصناع:

١- قول الله تعالى:{قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا (٩٤) قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا}[الكهف:٩٤وما بعدها].

قال ابن عباس: خرجا أي أجرا[١١١].

قال الدكتور محمد سليمان الأشقر: فهذا إرشاد قرآني يعلم منه صحة الاستصناع شرعاً، ولم تر أحدا من أهل العلم تنبه إلى الاستدلال بهذه الآيات. والاستدلال به مبني على أصل وهو: أن كل فعل أو أمر أو نهي صدر عن أحد وذكر في القرآن فهو حق، إلا إذا نبه القرآن على بطلانه، لأن الله سمى كتابه فرقاناً وهدى وتبياناً لكل شيء، فلا يناسبه أن يذكر عن أحد من الناس ما هو باطل منكر ثم يسكت عن التنبيه على بطلانه، فإن ذلك يفهم منه رضاه به.

واستندنا في ذلك إلى الشاطبي حيث قال:« ومن أمثلة هذا القسم جميع ما حكي عن المتقدمين في الأمم السابقة مما كان حقاً، لحكايته عن الأنبياء، والأولياء، ومنه قصة ذي القرنين وقصة الخضر مع موسى عليه السلام».

وفي هذه القصة ذكر الله تعالى أنهم طلبوا من ذي القرنين أن يصنع لهم السد مقابل مال يعطونه إياه، والظاهر أنهم كانوا يريدون منه أن يعمله بمواد من عنده لأنهم لم يكونوا يعرفون مم يصنع، لأنهم{ قَوْمًا لا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلا} وهو لم ينكر هذه الصيغة، وقوله: {مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ} ليس اعتراضاً على ذلك، بل هو اقتراح لصيغة أخرى أفضل منها، ليسرها عليهم، بأن يقدموا ما لديهم من إمكانيات " قطع حديدية- نحاس- أيد عاملة " ويقدم هو الخبرة التكنولوجية، والعمل الفني.

وحيث لم يرفض القرآن الطريقة التي اقترحوها ولا أنكرها، فإنها تكون مشروعة في ديننا، بناء على الأصل المذكور سابقاً[١١٢].

---

(١٠٩) بحث الاستصناع للأشقر المنشور في بحوث فقهية في قضايا فقهية معاصرة لمحمد سليمان الأشقر وآخرون (٢٢٢/١)، والمرجع السابق للزحيلي

(١١٠) المعاملات المالية المعاصرة المرجع السابق ص٣٠٣، وكذلك الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٣٦٤٠/٥)

(١١١) جامع البيان للطبري (١١٢/١٨)

٢- ومنها الحديث المتقدم في استصناع النبي - صلى الله عليه وسلم- خاتماً[١١٣].

٣- ومنها أيضاً حديث صنع منبر النبي- صلى الله عليه وسلم- وفيه احتمال أن يكون التعاقد على سبيل الإجارة أو التبرع لمصلحة المسجد.

٤- ومنها التعامل دون نكير من أحد من أهل العلم في المباني والأحذية والأثاث وغيرها كثير، والتعامل دليل الحاجة العامة، فينبغي جوازه، عملاً بالمصلحة المرسلة.

وأيضاً هذا يتضمن الإجماع عليه عملياً، وإن أنكرته بعض المذاهب في دراساتها الفقهية، فلا يكاد يخلو أحد من أهل العلم وغيرهم من أن يكون تعاقد بطريق الاستصناع على عمل شيء مما يحتاجه من أثاث وغيره[١١٤].

وهذا نوع من الإجماع غريب تنبه إليه الحنفية، فإن المخالف فيه بقوله موافق بفعله[١١٥].

العلاقة بين السلم والاستصناع[١١٦]:

العلاقة بين السلم والاستصناع تظهر في حالتين: التطابق والاختلاف

أما التطابق فكون السلم والاستصناع بيع لشيء معدوم أجيز للحاجة إليه، وتعامل الناس به، إلا أن الباعث على السلم شدة حاجة البائع إلى نقود ينفقها على نفسه وأهله أو إنتاجه الزراعي وغيره، والاستصناع عقد تجاري والباعث عليه حاجة المستصنع أي المشتري.

وأما الاختلاف فبينهما فروق أربعة:

١- المبيع في السلم دين يثبت في الذمة، والمبيع في الاستصناع عين أي الشيء المعين المشخص بذاته، أي أن السلم يكون في شيء غير موجود في الحال، ويوجد في المستقبل بغير تصنيع، والاستصناع يجري فيما يحتاج لتصنيع.

٢- يشترط في السلم عند الجمهور غير الشافعية كونه مؤجلاً إلى أجل معلوم، ولا يصح السلم الحال، ولا يجوز عند أبي حنيفة اشتمال الاستصناع على الأجل، وإلا انقلب سلماً. وأجاز الصاحبان تأجيله عملا بالعرف السائد.

٣- السلم عقد لازم لا يجوز فسخه بإرادة أحد العاقدين، والاستصناع غير لازم يجوز لأي واحد من الطرفين فسخه في ظاهر الرواية، وذهب أبو يوسف إلى أنه عقد لازم إذا رأى

=

(١١٢) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لمحمد سليمان الأشقر وآخرون بحث (عقد الاستصناع- للأشقر) (٢٢٨/١)

(١١٣) سبق تخريجه قبل صفحتين

(١١٤) المرجع السابق نقلا عن بحث مصطفى الزرقا في الاستصناع ص١٩

(١١٥) بحث عقد الاستصناع للأشقر (٢٢٩/١) المرجع السابق

(١١٦) المعاملات المالية المعاصرة (بحوث وفتاوى وحلول) للزحيلي ص٣٠٤

المستصنع الشيء المصنوع ولا خيار له، وبه أخذت المجلة[١١٧]، وهو الراجح فعلاً، دفعا للضرر عن الصانع[١١٨].ولا خيار للصانع بل يجبر على العمل، وعن أبي حنيفة أن له الخيار وهو المختار كما في الفتاوى الهندية[١١٩].

٤- الفارق الجوهري بين السلم والاستصناع: هو اشتراط قبض كامل الثمن في السلم في مجلس العقد، ولا يشترط قبضه في الاستصناع، ويصح فيه عملا بمذهب الحنابلة دفع العربون، وهاتان الميزتان تعطيان الاستصناع مرونة عملية تيسر للناس قضاء حوائجهم واعتمادهم عليه. أهـ

بماذا ينعقد عقد الاستصناع؟

وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع، ويقال للمشتري: مستصنع، وللبائع: صانع، وللشيء: مصنوع، كاتفاق شخصين على صنع أحذية أو آنية أو ثياب أو أثاث منزلي ونحو ذلك[١٢٠].

وهو عقد يشبه السلم (بيع آجل بعاجل) لأنه بيع لمعدوم، وأن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع، ولكنه يفترق عنه من حيث إنه لا يجب فيه تعجيل الثمن (رأس المال) ولا بيان مدة الصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق.

ويشبه الإجارة أيضاً، لكنه يفترق عنها من حيث إن العمل جزء من المعقود عليه يعني أن الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله[١٢١]

حكم الاستصناع، وهل هو من بيع المعدوم؟

اتفق أهل المذاهب الأربعة على جوازه[١٢٢] إذا توفرت فيه شروط السلم[١٢٣]، ويرى فقهاء الحنفية[١٢٤] أن مقتضى القياس يأبى جواز الاستصناع؛ لأنه بيع المعدوم كالسلم

([١١٧]) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم (٣٩٢)

([١١٨]) رجحه الزحيلي في فقه المعاملات المالية (٣٠٧) مرجع سابق، ونقل الأشقر في بحثه ترجيحه عن مصطفى الزرقا ود. علي محيي الدين القره داغي، ورجحه هو إذا حدث ضرر جسيم للصانع وأما الصناعات العادية وما لا ضرر فيه على الصانع فخيار الرؤية تبقى حقا للمستصنع انظر بحث عقد الاستصناع للأشقر (٢٣٦/١) مرجع سابق ، وأخذ بذلك أيضا مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة من ٧- ١٢ ذي القعدة١٤١٢هـ الموافق ٤-٩مايو١٩٩٢م

([١١٩]) الفتاوى الهندية (٢٠٧/٣)

([١٢٠]) البدائع (٩/ ٤٩٨)، شرح فتح القدير(١١٤/٧)، الفتاوى الهندية (٢٠٨/٣)، حاشية رد المختار(بن عابدين) على الدر المختار (٥/ ٢٢٤) عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء: ص ١٢٢.

([١٢١]) بحث عقد الاستصناع للأشقر (٢٢٦/١) مرجع سابق

([١٢٢]) اتفق الجميع على جوازه، لكن الجمهور على جوازه قياساً، والحنفية على جوازه استحساناً فكان جوازه كالإجماع كما سيأتي توضيحه.

([١٢٣]) بدائع الصنائع (٤٩٨/٩)، وشرح فتح القدير (١١٥/٧)، ومواهب الجليل (٥٣٨/٤)، والشرح الصغير وحاشية الصاوي(٢٨٧/٣)، والأم للشافعي (١٣١/٣)، والمهذب (٢٩٧/١)، والمغني (٢٠٨/٤) والفروع (١٤٧/٦)، والانصاف للمرداوي (٣٠٠/٤)

وبيع المعدوم لا يجوز، لنهي النبي - صلّى الله عليه وسلم- عن بيع ما ليس عند الإنسان[١٢٥]"، فلا يصح بيعاً؛ لأنه بيع معدوم، بل هو أبعد جوازا من السلم؛ لأن المسلم فيه تحتمله الذمة؛ لأنه دين حقيقة، والمستصنَع عين توجد في الثاني، والأعيان لا تحتملها الذمة فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس عن السلم، ولا يمكن جعله إجارة، لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز، كما لو قال رجل لآخر: احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا، بكذا، أو اصبغ ثوبك أحمر بكذا، لا يصح. وهذا قول زفر ومالك والشافعي وأحمد[١٢٦]، لكن يصح الاستصناع عندهم على أساس عقد السلم، ويشترط فيه ما يشترط في السلم، ويجوز الاستصناع عند الأحناف[١٢٧] استحساناً لتعامل الناس وتعارفهم عليه في سائر الأعصار من غير نكير، فكان إجماعاً من غير إنكار من أحد، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله- صلّى الله عليه وسلم- «لا تجتمع أمتي على ضلالة[١٢٨]». وقال ابن مسعود: « ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا؛ فهو عند الله قبيح[١٢٩]». والقياس يترك بالإجماع ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر، من غير بيان المدة، ومقدار الماء الذي يستعمل، وفي قطعه الشارب للسقاء، من غير بيان قدر المشروب، وفي شراء البقل، وهذه المحقرات كذا هذا؛ ولأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف، أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعا؛ فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز؛ لوقع الناس في الحرج وقد خرج الجواب عن قوله: إنه معدوم؛ لأنه ألحق بالموجود لمساس الحاجة إليه، كالمسلم فيه: فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق؛ ولأن فيه معنى عقدين جائزين، - وهو السلم

=

(١٢٤) المبسوط (١٢/١٣٨)، البدائع (٥٠٠/٩) و (١١/ ٣٧٦)، شرح فتح القدير(١١٤/٧).

(١٢٥) سبق تخريجه في المطلب الثاني من المبحث الثاني ص٨

(١٢٦) شرح فتح القدير (١١٤/٧) ، ومراجع المذاهب السابقة

(١٢٧)البدائع (٩/ ٤٩٨)، شرح فتح القدير(١١٤/٧)، الفتاوى الهندية (٢٠٨/٣)، حاشية رد المختار (بن عابدين) (٥/ ٢٢٤)

(١٢٨) رواه أحمد في مسنده (٢٧٢٦٧) (٣٩٦/٦) والطبراني في الكبير(٢١٧١)(٢٨٠/٢) وابن أبي خيثمة عن أبي بصرة الغفاري مرفوعاً بلفظ «سألت ربي ألا تجتمع أمتي على ضلالة فأعطانيها» ورواه ابن ماجه عن أنس مرفوعاً بلفظ «إن أمتي لا تجتمع على ضلالة»(٣٩٥٠) (١٣٠٣/٢) وله روايات كثيرة. مجمع الزوائد (١٧٧/١) ،(٢١٨/٥)، المقاصد الحسنة للسخاوي: ص٤٦٠. وذكره السيوطي في الجامع الصغير (١٨١٨) وقال حديث حسن وصححه الشيخ الألباني في الجامع الصغير (١٨٤٤)

(١٢٩) رواه أحمد(٣٦٠٠)(٣٧٩/١) وقال شعيب الأرنؤوط موقوف على ابن مسعود واسناده حسن ورواه البزار(١٨١٦) والطبراني في الكبير(٨٥٨٢) ورجاله ثقات. نصب الراية (١٣٣/٤)، مجمع الزوائد (١٧٧/٤)، المقاصد الحسنة ص٣٦٧ وضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة وقال ليس له أصل مرفوع وإنما موقوف على ابن مسعود (١٧/٢)

والإجارة - ؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين؛ كان جائزا[١٣٠].

وقال صاحب الهداية: في جوازه استحساناً: للإجماع لثابت بالتعامل، وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم[١٣١].

وقد رجح القرضاوي جواز بيع الاستصناع مع أنه بيع معدوم، ونقل عمن أجازه نظراً لحاجة الناس إليه، وجريان العمل به، وقلة النزاع فيه[١٣٢].

والاستحسان هو عمدة الأحناف كما سبق في إجازة الاستصناع، والمقصود بالاستحسان هنا هو: استثناء جزئية من حكم كلي بدليل، والدليل قد يكون من السنة أو للإجماع أو للضرورة، والشرع نهى عن بيع المعدوم والتعاقد عليه، والاستصناع الذي يراه جمهور الحنفية بيعاً ومعاقدة يعد من المعدوم وقت التعاقد فأجازوه استحساناً للإجماع الثابت بالتعامل بحسب قولهم[١٣٣].

وقد قرر مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة من ٧- ١٢ ذي القعدة١٤١٢هـ الموافق ٤-٩مايو١٩٩٢م ما يلي:

١- أن عقد الاستصناع - هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة- ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

٢- يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ- بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة.

ب- أن يحدد فيه الأجل.

٣- يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه أقساطاً معلومة لآجال محددة.

٤- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، مالم تكن هناك ظروف قاهرة

وأوصى مؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الاسلامية المنعقد في الجامعة الأردنية من ٢١-٢٣ ذو القعدة ١٤١٤هـ ، باعتبار عقد السلم والاستصناع من العقود المشروعة النافعة، ويوصي المؤتمر المصارف الاسلامية والمؤسسات المالية الإسلامية

---

(١٣٠) بدائع الصنائع (٥٠٠/٩)
(١٣١) الهداية شرح البداية للمرغناني (٧٧/٣)
(١٣٢) بيع المرابحة للقرضاوي ص١٨
(١٣٣) موسوعة القضايا الفقهية للسالوس صـ٨٣١ وهو يشير إلى الاجماع الذي نقله صاحب الهداية المرجع السابق وغيره من الحنفية

بإحياء هذين العقدين في التمويل لما يترتب عليهما من مصالح كبيرة في تنشيط التجارة والصناعة والزراعة، لكن بالشروط والمحاذير التي نبه عليها العلماء[١٣٤].

المطلب الرابع:

المساقاة

أولاً: تعريف المساقاة:

المساقاة لغة: مفاعلة من السقي. وتسمى عند أهل المدينة المعاملة: مفاعلة من العمل. ويفضل اسم المساقاة لما فيها من السقي غالباً[١٣٥].

وشرعاً: هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمرة بينهما. أو هي عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج. وبعبارة أخرى: هي دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره. وهي عند الشافعية: أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب فقط، ليتعهده بالسقي والتربية على أن الثمرة لهما[١٣٦].

الملاحظ أن التعريف الاصطلاحي لا يكاد يخرج عن التعريف اللغوي والتعريف منضبط لا يكاد يختلف فيه العلماء إلا اختلاف الشافعية في تحديد المساقاة بأنها في شجر النخل والعنب فقط.

ثانياً: مشروعيتها:

اختلف العلماء في مشروعيتها:

القول الأول: المساقاة غير جائزة عند أبي حنيفة وزفر[١٣٧]وهي كالمزارعة حكماً وخلافاً وشروطاً ممكنة فيها، فالمساقاة بجزء من الثمر باطلة عندهما، لأنها استئجار ببعض الخارج، وهو منهي عنه لحديث جابر رضي الله عنه، قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف، فقال النبي - صلّى الله عليه وسلم-:« من كانت له أرض، فليزرعها أو ليمنحها، فإن لم يفعل، فليمسك أرضه[١٣٨]» وزاد مسلم « ولا يؤجرها إياه » ولحديث رافع بن خديج في النهي عنها، وسيأتي ذكره في المزارعة.

---

(١٣٤) نقلا عن بحث الاستصناع للأشقر (٢٤٧/١) المنشور في بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لمحمد سليمان الأشقر وآخرون (٢٢٨/١)

(١٣٥) لسان العرب جزء ل- فصل العين المهملة (٤٧٦/١١) ، ومختار الصحاح باب: السين س ق ى (١٥٠/١)

(١٣٦) تبيين الحقائق (٢٨٤/٥)، البدائع (٢٤/١٤)، الدر المختار وحاشية رد المحتار(٣٨٥/٦)، حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٥٣٩/٣)، والقوانين الفقهية: ص ٢٧٩، مغني المحتاج (٤٢١/٣)، والمغني (٢٩٠/٥) وكشاف القناع (٥٣٢/٣)

(١٣٧) بدائع الصنائع (٢٤/١٤)، تبيين الحقائق (٢٨٤/٥) حاشية رد المحتار(بن عابدين)(٣٨٥/٦)

(١٣٨) البخاري كتاب المزارعة باب: ما كان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يواسي بعضهم بعضا (٢٣٤٠) (١٠٧/٣) و(٢٦٣٢) ومسلم في البيوع باب: كراء الأرض رقم (١٥٣٦) (١١٧٧/٣). من حديث =

القول الثاني: المساقاة جائزة وهو قول جمهور العلماء مالك والشافعي وأحمد وصاحبا أبي حنيفة[١٣٩]، استدلالاً بمعاملة النبي - صلّى الله عليه وسلم- أهل خيبر، روي عن ابن عمر: « أن رسول الله - صلّى الله عليه وسلم- عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع[١٤٠]» ولحاجة الناس إليها؛ لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها، أو لا يتفرغ له، ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار، فيحتاج الأول للعامل، ويحتاج العامل للعمل.

إلا أن الشافعية والمالكية أجازوها بشروط[١٤١]، والشافعية متفقين على جوازها في النخل والعنب، واختلفوا فيما عدا ذلك، واختلف قول الشافعي في المساقاة على الثمرة الظاهرة فقال في الأم تجوز لأنه إذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر فلأن تجوز على الثمرة الموجودة وهي من الغرر أبعد أولى، وقال في البويطي لا تجوز لأن المساقاة عقد على غرر وإنما أجيز على الثمرة المعدومة للحاجة إلى استخراجها بالعمل فإذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة فلم تجز[١٤٢].

والفتوى عند الحنفية على قول الصاحبين، لعمل النبي - صلّى الله عليه وسلم- وأزواجه والخلفاء الراشدين وأهل المدينة، وإجماع الصحابة على إباحة المساقاة[١٤٣]. قال ابن جُزَي المالكي: وهي جائزة مستثناة من أصلين ممنوعين، وهما الإجارة المجهولة، وبيع ما لم يخلق[١٤٤]، وقال ابن تيمية: واما المضاربة والمساقاة والمزارعة فليس فيها شيء من الميسر بل هو من أقوم العدل[١٤٥].

وهو الراجح: لإجماع الصحابة على إباحتها، ولقوة أدلة المجيزين، وهي مستثناه من بيع المعدوم كبيع مالم يخلق، والاجارة المجهولة كما ذكر ابن جزي المالكي.

=
جابر وأبي هريرة (ليمنحها) ليعطيها بدون أجرة] قال ابن قدامة: وأما حديث رافع بن خديج فمتفق عليه لكنه حديث مضطرب جداً (المغني:٣٨٣/٥-٣٨٥).

(١٣٩) بدائع الصنائع (٢٤/١٤)، تبيين الحقائق (٢٨٤/٥) حاشية رد المحتار(٣٨٥/٦)، حاشية الدسوقي والشرح الكبير(٥٣٩/٣)، المهذب للشيرازي (٢٣٧/٢) ومغني المحتاج (٤٢١/٣)، والمغني (٢٩١/٥) وكشاف القناع (٥٣٣/٣)

(١٤٠) البخاري كتاب المغازي باب: معاملة النبي- صلى الله عليه وسلم - أهل خيبر (٤٢٤٨)(١٤٠/٥) و(٣١٥٢)، ومسلم كتاب المساقاة باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١٥٥١) (١١٨٦/٣).

(١٤١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٥٣٩/٣)، ومغني المحتاج (٤٢١/٣) والمهذب (٢٣٧/٢)

(١٤٢) المهذب للشيرازي (٢٣٧/٢)

(١٤٣) نقل الاجماع على عمل الصحابة بها وعدم المخالفة عن أحد النووي في المجموع (٤٠٠/١٤) وفي شرحه على مسلم (٢١٠/١٠) والمغني (٢٩١/٥) وغيرهم

(١٤٤) القوانين الفقهية: ص ٢٧٩، وبداية المجتهد(٢٨/٤)

(١٤٥) الفتاوى (٥١٠/٢٠)

المطلب الخامس:

المزارعة

تعريف المزارعة:

المزارعة لغة: مفاعلة من الزرع: وهو الإنبات[١٤٦].

وشرعاً: عقد على الزرع ببعض الخارج[١٤٧]. وعرفها المالكية: بأنها الشركة في الزرع[١٤٨]. وعرفها الحنابلة بأنها: دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها، والزرع بينهما[١٤٩].

وتسمى أيضاً المخابرة (من الخَبار: وهي الأرض اللينة)، والمحاقلة، ويسميها أهل العراق: القَراح. ووصف الشافعية[١٥٠] المخابرة بأنها: عمل الأرض ببعض ما يخرج منها كالثلث والربع وغير ذلك من الأجزاء المعلومة، والبذر من العامل. والمزارعة: هي المخابرة، ولكن البذر فيها يكون من المالك.

والخلاصة: المزارعة عقد استثمار أرض زراعية بين صاحب الأرض، وآخر يعمل في استثمارها، على أن يكون المحصول مشتركاً بينهما بالحصص التي يتفقان عليها[١٥١].

ثانياً: مشروعيتها:

اختلف الفقهاء في جوازها على قولين:

القول الأول: لم يجز أبو حنيفة والشافعي وزفر المزارعة، وقالا: هي فاسدة، وبعبارة أخرى: المزارعة بالثلث والربع في رأيهما باطلة، وتجوز بالذهب والفضة والطعام وغيرها[١٥٢]. وروي كراهتها أيضاً عن عكرمة، ومجاهد، والنخعي، وهو قول للشافعية أيضاً، وعن الحسن وطاووس بعدم جواز كراء الأرض لا بالذهب والفضة ولا بشيء مما يخرج منها[١٥٣]، وإنما تجوز عند الشافعية فقط تبعاً للمساقاة للحاجة، فلو كان بين النخل بياض صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل بشرط اتحاد العامل، وعسر إفراد النخل بالسقي، والبياض بالعمارة: وهي الزراعة لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها.

---

(١٤٦) بدائع الصنائع (٤٨٥/١٣)، حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٢٧٤/٦)

(١٤٧) بدائع الصنائع (٤٨٥/١٣)، تبيين الحقائق (٢٧٨/٥)، الدر المختار (٢٧٤/٦)

(١٤٨) الشرح الكبير(٣٧٢/٣)، والقوانين الفقهية: ص٢٨٠.

(١٤٩) المغني (٣٠٩/٥)، كشاف القناع (٥٣٢/٣).

(١٥٠) مغني المحتاج (٤٢٣/٣) وما بعدها، وشرح النووي على مسلم (١٩٣/١٠)

(١٥١) الفقه الاسلامي للزحيلي (٤٦٨٣/٦)

(١٥٢) المبسوط (١١/٢٣)، وبدائع الصنائع (٤٨٧/١٣)، وشرح النووي على مسلم (١٩٨/١٠)، والحاوي الكبير(٤٥١/٧) وتقييدهم بالثلث والربع باعتبار العادة في ذلك، ولتقرير محل النزاع، إذ لو لم يعين المقدار فسدت اتفاقاً.

(١٥٣) شرح النووي على مسلم (١٩٩/١٠) المرجع السابق

والأصح أنه يشترط: ألا يفصل العاقدان بين العقدين وإنما يؤتى بهما على الاتصال، وألا يقدم المزارعة على المساقاة، لأنها تابعة، والتابع لا يقدم على متبوعه. ولا تجوز المخابرة عند الشافعية تبعاً للمساقاة، لعدم ورود مشروعيتها[١٥٤]. ودليل أبي حنيفة وزفر والشافعي على عدم مشروعية المزارعة أن النبي- صلّى الله عليه وسلم- « نهى عن المخابرة، فقيل: ما المخابرة قال: المزارعة بالثلث والربع»[١٥٥]: فالمخابرة هي المزارعة. وأجر المزارع يكون مما تخرجه الأرض فهو استئجار ببعض ما يخرج من عمله، وهو إما معدوم لعدم وجوده عند العقد، أو مجهول لجهالة مقدار ما تخرجه الأرض، وقد لا تخرج شيئاً، وكل من الجهالة وانعدام محل العقد مفسد عقد الإجارة، ولما رواه رافع بن خديج أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- « نهى عن كراء المزارع[١٥٦]» ولحديث جابر في النهي عن كراء الأرض[١٥٧]، وإطلاق النهي عن كراء الأرض هو حجة الحسن وطاووس.

وأما معاملة النبي- صلّى الله عليه وسلم- أهل خيبر- كما سيأتي فكان خراج مقاسمة[١٥٨] كثلث أو ربع غلة الأرض، بطريق المن والصلح، وهو جائز، وحملوا حديث خيبر على الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع عن التناقض، وذلك لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أقرهم على ما كانوا عليه، وذلك فيه تجهيل للمدة، وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف[١٥٩].

القول الثاني: قال كثير من فقهاء الشافعية بمشروعية المزارعة استقلالاً، وتجوز بالذهب والفضة وبما يخرج من الأرض، وهو الراجح عند الشافعية وهو قول شريح والخطابي وابن خزيمة وغيرهم من محققي الشافعية كما حكاه النووي، بدليل معاملة النبي - صلّى الله عليه وسلم- أهل خيبر، واعتبروا المخابرة في معنى المزارعة[١٦٠].

([١٥٤]) مغني المحتاج (٤٢٣/٣)، المجموع للنووي (٤١٧/١٤)، والمهذب (٢٤٢/٢)

([١٥٥]) أخرجه البخاري كتاب المساقاة باب : الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط .. (٢٣٨١)(١١٥/٣)، ومسلم كتاب البيوع باب: النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة (١٥٣٦) (١١٧٥/٣)، عن جابر بن عبد الله، وأخرجه أيضاً عن ابن عمر: أن رافع بن خديج روى أن رسول الله - صلّى الله عليه وسلم- نهى عنه " (١٥٤٧) (١١٧٩/٣)، وروى مسلم أيضاً عن ثابت بن الضحاك: « أن رسول الله صلّى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة» رقم (١٥٤٩) (١١٨٣/٣) وروى أبو داود والنسائي وأحمد والبخاري حديث رافع بالنهي عن كراء الأرض.

([١٥٦]) رواه البخاري كتاب المزارعة باب: ما كان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يواسي بعضهم بعضاً ... (٢٣٤٤)(١٠٨/٣) ومسلم في البيوع باب كراء الأرض (١٥٤٧)(١١٨٠/٣).

([١٥٧]) رواه مسلم في البيوع باب: كراء الأرض (١٥٣٦) (١١٧٦/٣)

([١٥٨]) الخراج نوعان: خراج وظيفة: وهو فرض جزء مقطوع معلوم سنوياً على جزء معلوم من مساحة الأرض المفتوحة. وخراج مقاسمة: وهو فرض مقدار نسبة محددة من غلة الأرض كالنصف مثلاً. المبسوط (٢/٢٣) تبيين الحقائق(٢٧٨/٥).

([١٥٩]) المبسوط (٣/٢٣)البدائع (٤٨٧/١٣)، وتبيين الحقائق (٢٧٨/٥) المرجع السابق

([١٦٠]) الحاوي الكبير (٤٥٠/٧)، وشرح النووي على مسلم (١٩٨/١٠)

وبه قال: صاحبا أبي حنيفة (أبو يوسف ومحمد)، ومالك وأحمد وداود الظاهري، وهو رأي جمهور الفقهاء[١٦١] وهو المعمول به عند الحنفية[١٦٢]، وهو عمل أهل المدينة كما نقل نقل البخاري[١٦٣] عن أبي جعفر، وزارع عمر، وعلي، وابن عباس، وسعد بن مالك، وابن مسعود، وبه قال الزهري، وعمر بن عبد العزيز، والقاسم، وعروة، وآل أبي بكر، وآل علي، وابن سيرين، وسعيد بن المسيب، وعبد من الرحمن بن الأسود، وموسى بن طلحة، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد ابن الحسن، وحجة من قال أن المزارعة جائزة، أن النبي - صلّى الله عليه وسلم- عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع[١٦٤]، وقياسا على المساقاة، وعلى المضاربة التي اتفق أهل العلم على جوازها، ولحاجة الناس إليها[١٦٥]. وكان هذا العمل المتأخر ناسخا للنهي المتقدم عن إعطاء الأرض ببعض ما يخرج منها؛ لأن النهي عن ذلك قد صح[١٦٦].

وردوا على حديث جابر وابن عمر ورافع بن خديج بما جاء عن ابن عباس أن النبي - صلى الله عليه وسلم- لم ينه عنه، ولكن قال: أن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليه خرجا معلوما[١٦٧].فأخبر ابْن عَبَّاس، أن المراد منه ليس هُوَ تحريمَ المزارعة، إنما أراد أن يتمانحوا أراضيهم، وأن يُرفق بعضهم بعضًا يدل عليه حديث جابر" من كانت له أرض، فليزرعها، أو ليمنحها أخاه[١٦٨]"[١٦٩].

ولما روى عروة بن الزبير عن زيد بن ثابت قال: يغفر الله لرافع بن خديج أنا والله أعلم بالحديث منه، إنما أتى رجلان قد اقتتلا، فقال عليه الصلاة والسلام: "إن كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع" ، فسمع رافع قوله: "لا تكروا المزارع[١٧٠]".

([١٦١]) المبسوط (٣/٢٣) بدائع الصنائع (٤٨٧/١٣)، وتبيين الحقائق(٢٧٨/٥)، والشرح الكبير (٣٧٢/٣)، والمغني (٣١٢/٥) والمحلى (٤٤/٧)

([١٦٢]) المبسوط (١٧/٢٣) والدر المختار وحاشية بن عابدين (٢٧٥/٦) ونقلوا أن الإمام أبو حنيفة فرَّع في المزارعة لعلمه أن الناس لن يأخذوا بقوله فذكر تفريعات على افتراض جوازها عنده. المبسوط (١٩/٢٣)

([١٦٣]) البخاري (١٠٤/٣)

([١٦٤]) متفق عليه وسبق تخريجه في المساقاة ص٢٤

([١٦٥]) المبسوط (١٧/٢٣)، وشرح السنة للبغوي (٢٥٣/٨)

([١٦٦]) المحلى بالآثار لابن حزم (٤٨/٧)

([١٦٧]) رواه البخاري في المزارعة باب.. (٢٣٣٠) (١٠٥/٣) و(٢٣٤٢)، ومسلم في البيوع باب: الأرض تمنح (١٥٥٠) (١١٨٤/٣)

([١٦٨]) متفق عليه وسبق تخريجه في المساقاة ص٢٤

([١٦٩]) شرح السنة للبغوي رقم (٥١٦) (٨/ ٢٥٦)

([١٧٠]) رواه أبو داود في البيوع باب: في المزارعة (١٢٥/٢) (٣٣٩٠)، وابن ماجه في الرهن باب: ما يكره من المزارعة (٢٤٦١) (٨٢٢/٢)، والنسائي في المزارعة باب الأحاديث المختلفة.. في النهي عن كراء الأرض (٣٩٢٧) (٥٠/٧) وحسنه الزيلعي في نصب الراية (١٨١/٤) وضعفه الألباني في ضعيف ابي داود وابن ما جه والنسائي.

وحملت أحاديث النهي أيضاً: أنهم كانوا يكرون بما يخرج على الأربعاء، وهو جوانب الأنهار، وما على الماذيانات[١٧١] وذلك يفسد العقد، وحملت أيضاً على أنه محمول على التنزيه[١٧٢] ولهذا قال - صلى الله عليه وسلم-: "لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليها أجرا".

وقال ابن حزم: ولا يحل في زرع الأرض إلا أحد ثلاثة أوجه -: إما أن يزرعها المرء بآلته وأعوانه وبذره وحيوانه. وإما أن يبيح لغيره زرعها ولا يأخذ منه شيئا، فإن اشتركا في الآلة والحيوان، والبذر، والأعوان دون أن يأخذ منه للأرض كراء فحسن. وإما أن يعطي أرضه لمن يزرعها ببذره وحيوانه وأعوانه وآلته بجزء ويكون لصاحب الأرض مما يخرج الله تعالى منها مسمى، إما نصف، وإما ثلث، أو ربع، أو نحو ذلك أكثر أو أقل، ولا يشترط على صاحب الأرض ألبتة شيء من كل ذلك، ويكون الباقي للزارع قل ما أصاب أو كثر فإن لم يصب شيئا فلا شيء له، ولا شيء عليه، فهذه الوجوه جائزة، فمن أبى فليمسك أرضه[١٧٣].

وقد جمع الطحاوي أيضاً بين الروايات بعد سياقه لها فقال" ففي هذا ما قد دل أن المعاملة كانت على بعض ما يخرج من الأرض مما يدخله ما يفسدها من استئثار رب الأرض لطائفة من أرضه يكون له ما يخرج منها مما يزرعه فيها معاملة ، ويكون له مع ذلك طائفة من التبن الذي يكون من الحنطة الخارجة من الأرض وذلك يفسد المزارعة ، فكان النهي الذي كان من رسول الله- صلى الله عليه وسلم - عن المزارعة هو للفساد الذي دخلها لا أنها في نفسها إذا زال عنها ذلك الفساد فاسدة. وقد روي مثل ذلك عن سعد بن أبي وقاص وجابر بن عبد الله أن النهي كان لذلك المعنى[١٧٤]" ، وجاء عن ابن تيمية وابن القيم[١٧٥] قولهم: الأصل في العقود جميعها هو العدل، وحرم الربا والميسر بسبب الظلم ولأنه أكل أموال الناس بالباطل، وما حرمه من عقود المعاملات فلأن فيه من الربا أو الميسر، وأما المضاربة والمساقاة والمزارعة فليس فيها شيء من الميسر بل هو من أقوم العدل.

---

(١٧١) الماذيانات: جمع ماذيان وهو النهر الكبير هي مسايل المياه وقيل ما ينبت على حافتى مسيل الماء وقيل ما ينبت حول السواقي، وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الأرض وهى لفظة معربة ليست عربية. لسان العرب (٤٠٣/١٣) فصل الميم، والمغرب في ترتيب المعرب (٤٣٨/١)والنهاية في غريب الحديث والأثر(٣١٣/٤) باب مرء، وشرح النووي على مسلم (١٩٨/١٠)

(١٧٢) شرح النووي على مسلم (١٩٩/١٠) ونصب الراية للزيلعي (١٨١/٤)

(١٧٣) إشارة إلى حديث جابر الذي سبق ذكره في المساقاة وفيه «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن أبى فليمسك أرضه» المحلى (٤٤/٧)

(١٧٤) مشكل الآثار للطحاوي (١٠٨/٧)

(١٧٥) الفتاوى (٥١٠/٢٠) وإعلام الموقعين لابن القيم (٧/٢)

ولأنها عقد شركة بين المال والعمل، فتجوز كالمضاربة، لدفع الحاجة، فصاحب المال قد لا يحسن الزراعة، والعامل يتقنها، فيتحقق بتعاونهما الخير والإنتاج والاستثمار[١٧٦].

الراجح: أن المزارعة جائزة، لثبوت معاملة النبي- صلّى الله عليه وسلم- أهل خيبر، وسار عليه أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ومن بعدهم، وسبق أن هذا هو قول جماهير العلماء وعليه عمل الخلفاء الراشدون، وزوجات النبي- صلى الله عليه وسلم- وفقهاء الصحابة، وهم أعلم بحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم- فكان هذا إجماعاً[١٧٧] قال ابن قدامة: لأنه لم ينقل عن أحد من الصحابة إنكاره، ونقل ابو جعفر عن كل بيت من أهل المدينة العمل به فيعد إجماعاً، واستمر العمل على ذلك، والقياس يقتضيه لأن الأرض عين تنمى بالعمل فيها، فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها، كالأثمان في المضاربة، والنخل في المساقاة،، ولأن الحاجة داعية إلى المزارعة؛ لأن أصحاب الأرض قد لا يقدرون على زرعها، والعمل عليها، والأكرة يحتاجون إلى الزرع، ولا أرض لهم، فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة[١٧٨].

ولأن المزارعة تشبه الشركة والإجارة، فهي مشاركة في الناتج بين صاحب الأرض والمزارع بنسبة متفق عليها كالنصف أو الثلث للمزارع. وهي كالإجارة عن طريق المشاركة في استغلال الأرض، والأجرة فيها حصة معينة من المحصول. لكنها تتميز عن الشركة بأن نصيب المالك فيها حصة من نفس المحصول الناتج من الأرض، وليس من صافي الأرباح. وتتميز عن إيجار الأرض الزراعية بأن تكون الأجرة جزءاً من محصول الأرض المؤجرة كالربع أو الثلث أو النصف، فإن كانت الأجرة مقداراً معيناً من المحصول كطن قمح أو أرز، فلا يكون العقد مزارعة، ولكنه إيجار عادي للأرض[١٧٩]، وأما أحاديث رافع فهي مضطربة جدا، مختلفة اختلافا كثيرا. يوجب ترك العمل بها لو انفردت، فكيف يقدم على مثل حديث متفق عليه؟ ومتواتر العمل به وهو حديث معاملة النبي- صلى الله عليه وسلم - لأهل خيبر، قال الإمام أحمد: حديث رافع ألوان. وقال أيضا: حديث رافع ضروب. وقال ابن المنذر: قد جاءت الأخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهي كان لتلك العلل[١٨٠]، وأيضاً تخالف الإجماع الذي حصل على العمل به من الصحابة ومن بعدهم[١٨١].

---

(١٧٦) المبسوط (١٧/٢٣)، والفقه الاسلامي وأدلته (٤٦٨٥/٦)

(١٧٧) نقل البخاري أنه لا يوجد بيت في المدينة إلا ويزرعون بالثلث والربع، والنووي في شرحه على مسلم (٢١٠/١٠)، وابن قدامة في المغني (٣١٢/٥)، وكشاف القناع (٥٣٣/٣)

(١٧٨) المغني (٣١٢/٥) مرجع سابق

(١٧٩) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٤٦٨٥/٦)

(١٨٠) ذكرت التعليلات أثناء ذكر حجة أصحاب القول الثاني المجيزين للمزارعة

(١٨١) المغني (٣١٢/٥)مرجع سابق

الخاتمة: وفيها النتائج والتوصيات.

النتائج:

١- العقود في الشريعة الاسلامية مضبوطة ودقيقة وتراعي احتياجات الناس

٢- الشريعة الاسلامية فيها من الشمولية والمرونة ما يجعلها تعالج كل مستجدات الأحكام الشرعية

٣- هناك بيوع ومعاملات الأصل فيها التحريم وإنما أبيحت مراعاة لحاجة الناس إليها كالسلم والاستصناع.

٤- لا بد من نشر الوعي الشرعي حتى لا نقع في الحرام فنعصي الله بجهل لا نعذر عليه

التوصيات:

١- طباعة البحوث التي تعنى بإظهار دقة التشريع الإسلامي والاهتمام بها، لأن لها دور في إظهار مرونة التشريع الاسلامي.

٢- أوصي الباحثين بالغوص في مقاصد الشريعة الإسلامية لأن لها دور مهم في فهم الفقه الإسلامي

٣- نشر الوعي الشرعي بين الناس عن طريق التعليم بشتى الوسائل المتاحة حتى نعبد الله على بصيرة فنفوز برضى الله عز وجل.

المصادر والمراجع:

١. أحكام القرآن المؤلف: أحمد بن علي المكني بأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي، الناشر : دار احياء التراث العربى ـ بيروت ـ ١٤٠٥هـ

٢. الاختيارات الفقهية (مطبوع ضمن الفتاوى الكبرى المجلد الرابع) تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى : ٧٢٨هـ)تحقيق: علي بن محمد البعلى الدمشقي دار المعرفة، بيروت، لبنان ط: ١٣٩٧هـ/١٩٧٨م

٣. إرواء الغليل : محمد ناصر الدين الألباني : المكتب الاسلامي – بيروت ط:٢ - ١٤٠٥-١٩٨٥م.

٤. إعلام الموقعين المؤلف : محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ابن القيم الجوزية الناشر : دار الجيل ـ بيروت ، ١٩٧٣

٥. الاقناع: تأليف: ابو بكر محمد ابن المنذر النيسابوري ت:٣١٩هـ، تحقيق: عبد الله بن عبد العزيز الجبرين،ط١: ١٤٠٨هـ

٦. الأم ، تأليف: محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، دار النشر: دار المعرفة - بيروت - ١٣٩٣هـ، الطبعة: الثانية.

٧. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن ، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد حامد الفقي ط: ٢

٨. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف: زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار النشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: الثانية.

٩. البحر المحيط في التفسير المؤلف: أبو حيان محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان أثير الدين الأندلسي (المتوفى: ٧٤٥هـ) المحقق: صدقي محمد جميل ، الناشر: دار الفكر - بيروت

١٠. بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لمحمد سليمان الأشقر وآخرون ط: الاولى ١٩٩٨م دار النفائس

١١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد : دار الفكر - بيروت.

١٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: علاء الدين الكاساني، دار النشر: دار الكتاب العربي - بيروت - ١٩٨٢، الطبعة: الثانية

١٣. البيان في مذهب الإمام الشافعي ، المؤلف: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ) تحقيق: قاسم محمد النوري : دار

المنهاج - جدة الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.

١٤. بيع المرابحة للدكتور: يوسف القرضاوي

١٥. التاج والإكليل لمختصر خليل ، المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ) الناشر: دار الكتب العلمية /ط الأولى ١٤١٦ه- ١٩٩٥م

١٦. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي.، دار النشر: دار الكتب الإسلامي. - القاهرة. - ١٣١٣هـ.

١٧. جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تأليف: محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر، دار النشر: مؤسسة الرسالة: الطبعة - الأولى / ٢٠٠٠م- ١٤٢٠هـ

١٨. الجامع الصحيح المختصر، تأليف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، دار النشر: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي.

١٩. الجامع الصحيح سنن الترمذي، تأليف: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - بدون تاريخ، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون.

٢٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: محمد عرفه الدسوقي، نشر: دار الفكر - بيروت، تحقيق: محمد عليش

٢١. حاشية الصاوي على الشرح الصغير(بلغة السالك وهو شرح الدردير لكتابه: أقرب المسالك لمذهب الامام مالك) تاليف: احمد بن محمد الصاوي، ت: ١٢٤١هـ دار المعارف. بدون طبعة

٢٢. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، تأليف: ابن عابدين، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر- بيروت ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٢٣. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني ، المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ) تحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان- ط:١ ١٩٩٩م.

٢٤. الدر المختار تأليف: محمد علاء الدين الحصكفي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان.

٢٥. زاد المعاد المؤلف : محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى : ٧٥١هـ) مؤسسة الرسالة ط: ٢٧ عام ١٩٤٩م

٢٦. سنن ابن ماجه، تأليف: محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، دار النشر: دار الفكر - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

٢٧. سنن أبي داود المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السِّجِسْتاني المتوفى: ٢٧٥هـ تحقيق محمد محيي الدين، المكتبة العصرية - بيروت

٢٨. سنن البيهقي الصغرى، تأليف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، دار النشر: جامعة الدراسات الاسلامية، كراتشي- باكستان ط:الأولى ١٤١٠هـ تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي

٢٩. سنن الترمذي المؤلف: محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ) تحقيق أحمد شاكر، شركة ومطبعة مصطفى الحلبي ١٣٩٥م ط: الثانية

٣٠. سنن الدارقطني، المؤلف: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ) حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز، مؤسسة الرسالة ط: الأولى ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٤م

٣١. السنن الكبرى، تأليف: أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١ - ١٩٩١، الطبعة: الأولى، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن.

٣٢. شرح السنة، تأليف: الحسين بن مسعود البغوي، دار النشر: المكتب الإسلامي - دمشق _ بيروت - ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، الطبعة: الثانية، تحقيق: شعيب الأرناؤوط - محمد زهير الشاويش

٣٣. الشرح الكبير، تأليف: سيدي أحمد الدردير أبو البركات، دار النشر: دار الفكر - بيروت، تحقيق: محمد عليش.

٣٤. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تأليف: محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، الطبعة: الثانية، تحقيق: شعيب الأرنؤوط.

٣٥. صحيح مسلم بشرح النووي، تأليف: أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٣٩٢، الطبعة: الطبعة الثانية.

٣٦. صحيح وضعيف الجامع الصغير- تأليف: محمد ناصر الدين الألباني مصدر الكتاب : برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية

٣٧. العناية شرح الهداية لمحمد البابرتي، ت:٧٨٦هـ وهو شرح لكتاب الهداية

للمرغياني (المتوفى ٥٩٣ هـ) دار ابن كثير بدون طبعة ولا تاريخ.

٣٨. عون المعبود شرح سنن أبي داود محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، الصديقي، العظيم آبادي (المتوفى: ١٣٢٩هـ) دار الكتب العلمية - بيروت ط الثانية: ١٤١٥هـ وبهامشه تهذيب سنن أبي داود لابن القيم

٣٩. الفتاوى الهندية تأليف: لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر ط:الثانية ١٣١٠هـ

٤٠. فتح الباري شرح صحيح البخاري، تأليف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار النشر: دار المعرفة - بيروت، تحقيق: محب الدين الخطيب.

٤١. الفروع تأليف: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ) مؤسسة الرسالة ط: الأولى ١٤٢٤- ٢٠٠٣م، تحقيق. عبد الله التركي

٤٢. الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها، تأليف: أ.د. وَهْبَة الزُّحَيْلِيّ: دار الفكر - سوريَّة - دمشق- الطبعة : الرَّابعة

٤٣. القوانين الفقهية، تأليف: أبي القاسم محمد بن أحمد ابن جزيّ : دار الحديث- القاهرة- تحقيق: عبد الله المنشاوي ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

٤٤. كشاف القناع عن متن الإقناع تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (المتوفى : ١٠٥١هـ) ط: دار الكتب العلمية

٤٥. لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار النشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الأولى.

٤٦. المبسوط تأليف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) : دار المعرفة – بيروت

٤٧. مجلة الأحكام العدلية تأليف: لجنة من علماء وفقهاء في الدولة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد كازاخانة

٤٨. مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - معها ملحق بتراجم الأعلام والأمكنة، المؤلف : الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد

٤٩. مجلة مجمع الفقه الاسلامي (٧٣٣/٥) بحث: المرابحة للآمر بالشراء بيع المواعدة لبكر أبوزيد

٥٠. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تأليف: علي بن أبي بكر الهيثمي، دار النشر: دار

الريان للتراث، دار الكتاب العربي- القاهرة ، بيروت- ١٤٠٧ه

٥١. مجموع الفتاوى المؤلف : تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى : ٧٢٨هـ) دار الوفاء ط: الثالثة ٢٠٠٥م

٥٢. المجموع شرح المهذب، تأليف: محيي الدين بن زكريا النووي، دار النشر: دار الفكر - بيروت - ١٩٩٧م.

٥٣. المحلى بالآثار: تأليف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت بدون طبعه

٥٤. مختار الصحاح، تأليف: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، دار النشر: مكتبة لبنان ناشرون - بيروت - ١٤١٥ - ١٩٩٥، الطبعة: طبعة جديدة، تحقيق: محمود خاطر.

٥٥. المدونة الكبرى، تأليف: مالك بن أنس، دار النشر: دار الكتب العلمية – ط: الأولى ١٤١٥-١٩٩٤م

٥٦. المستدرك على الصحيحين، تأليف: محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، الطبعة: الأولى، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.

٥٧. مسند الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني: مؤسسة الرسالة تحقيق: شعيب الأرنؤوط ٢٠٠١م- ١٤٢١هـ

٥٨. مصنف عبد الرزاق: لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ت:٢١١هـ، المكتب الاسلامي بيروت، ط:٢- ١٤٠٣هـ

٥٩. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المؤلف: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ) الناشر: المكتب الاسلامي، ط٢، ١٩٩٤م.

٦٠. معالم السنن أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (المتوفى: ٣٨٨هـ) المطبعة العلمية -حلب الطبعة: الأولى ١٩٣٢م

٦١. المعاملات المالية المعاصرة (بحوث وفتاوى وحلول) للدكتور: وهبة الزحيلي دار الفكر ٢٠٠٠م

٦٢. معجم مقاييس اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار النشر: دار الجيل - بيروت - لبنان - ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، الطبعة: الثانية، تحقيق: عبد السلام محمد هارون.

٦٣. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تأليف: محمد الخطيب الشربيني،

دار النشر: دار الفكر – بيروت

٦٤. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تأليف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار النشر: مكتبة القاهرة - ١٩٦٨- ١٣٨٨هـ ، الطبعة: بدون طبعة

٦٥. المهذب في فقه الإمام الشافعي، تأليف: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي : دار الفكر – بيروت

٦٦. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ) دار الفكر، ط: الثالثة ١٩٩٢-١٤١٢هـ

٦٧. الموسوعة الفقهية صادر عن : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت ، الطبعة : (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ه ط:٢ ، دار السلاسل – الكويت الأجزاء ٢٤ - ٣٨ : الطبعة الأولى ، مطابع دار الصفوة – مصر الأجزاء ٣٩ - ٤٥ : الطبعة الثانية ، طبع الوزارة

٦٨. موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة لـ علي أحمد السالوس- ط: مكتبة دار القرآن ط: السابعة

٦٩. موطأ مالك المؤلف: مالك بن أنس ت: ١٧٩هـ تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي مكتبة إحياء التراث العربي - بيروت- ١٩٨٥م- ١٤٠٦هـ

٧٠. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، المؤلف : جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى : ٧٦٢هـ) المحقق : محمد عوامة ، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت -لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة – السعودية ط: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م

٧١. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار المؤلف : محمد بن علي بن محمد الشوكاني: إدارة الطباعة المنيرية. سنة الطبع : ١٤٠٥ هـ تحقيق : محمد الصادق قمحاوي

٧٢. الهداية شرح بداية المبتدي المؤلف : أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني ، ت ٥٩٣ هـ دار النشر: المكتبة الاسلامية من دون سنة طبع