عقد المساقاة
في الفقه المالكي والتشريع المغربي

الباحث رشيد أوغريس
المغرب

مقدمة

الحمد لله على إحسانه، والشكر له على توفيقه وامتنانه، وأشهد أن لا إله إلا الله تعظيما لشأنه، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله الداعي إلى رضوانه، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وإخوانه.

أما بعد؛

لا يخلو أي مجتمع من وجود أشخاص ذوي قدرات مالية معطلة أو مجمدة؛ لا يحسنون استثمارها ولا يفقهون كيفية إدارتها وتنميتها. وفي الوقت نفسه نجد أن هذا المجتمع يزخر بطاقات عاطلة، تتسم بالدربة والحنكة وتمتلك خبرات وكفاءات تحتاج من يمولها ويقدم لها يد العون من أجل المساهمة في تحريك عجلة الاقتصاد وتنميته وفق مبدأ رابح- رابح (WIN-WIN).

ولهذا الغرض، أوجدت الشريعة الإسلامية عددا من العقود والصيغ التمويلية التي من شأنها أن تساهم في تحقيق هذه الأهداف والوصول إلى هذه الغايات. ومن هذه العقود نجد عقد المساقاة؛ وهو من العقود القديمة التي لجأ إليها الناس من أجل سد حاجاتهم. فما هو هذا العقد؟ وما مدى مشروعيته؟ وما مدى حضوره في التشريعات الحديثة، وبالأخص في التشريع المغربي؟

هذا ما سأتناوله من خلال هذا البحث، والذي قسمته إلى مطلبين وفق الخطة التالية:

- المطلب الأول: تعريف المساقاة وحكمها الشرعي
  - الفقرة الأولى: تعريف المساقاة
  - الفقرة الثانية: الحكم الشرعي لعقد المساقاة
- المطلب الثاني: عقد المساقاة في التشريعات الحديثة
  - الفقرة الأولى: عقد المساقاة في بعض التشريعات العربية
  - الفقرة الثانية: عقد المساقاة في التشريع المغربي

المطلب الأول: تعريف المساقاة وحكمها الشرعي

خلال هذا المطلب سأتناول التعريف بالمساقاة لغة واصطلاحا، مع بيان حكمها الشرعي.

الفقرة الأولى: تعريف المساقاة

- المساقاة لغة: السين والقاف والحرف المعتل أصل واحد، وهو إشراب الشيء الماء وما أشبهه .تقول :سقيته بيدي أسقيه سقيا، وأسقيته، إذا جعلت له سقيا .والسقي :المصدر، وكم سقي أرضك، أي حظها من الشرب[1]
- قال القرافي: هي مشتقة من السقي لأن غالب عملها يكون فيما يسقى بالدواليب والدلاء[2].
- وصيغة المفاعلة، كما هو معلوم، من صيغ الاشتقاق التي تفيد المشاركة.
- واصطلاحا:
- عرفها المالكية بأن أن يدفع الرجل كرمه أو حائط نخله أو شجر تينه أو زيتونه أو سائر مثمر شجره لمن يكفيه القيام بما يحتاج إليه من السقي والعمل على أن ما أطعم الله من ثمرتها فبينهما نصفين أو على جزء معلوم من الثمرة.[3]
- وسميت مساقاة ليس لاقتصارها على السقي فقط وإنما لغلبة السقي على باقي الأعمال الأخرى قال ابن عبد البر:" وعلى المُساقي العامل في المساقاة تلقيح النخل والآبار والسقي والحفظ والجذاذ وعليه في الكرم الزبر والحفر والتنقية والسد والحفظ والقطاف وكذلك عليه في كل ثمرة ما تحتاج إليه من العمل المعهود حسب جري العادة في البلد."[4]
- وبالرجوع إلى تعريفات باقي المذاهب، نجد تقاربا في مفهوم المساقاة رغم اختلافهم في الألفاظ التي تدل عليها، إلا أنهم مجمعون على أن المساقاة هي دفع صاحب أرض شجرا لعامل من أجل سقيه والعناية به حتى يبلغ نضجه، فتكون الغلة بينهما حسب ما اتفقا عليه ابتداء.

الفقرة الثانية: الحكم الشرعي لعقد المساقاة

يمكن إجمال حكم المساقاة في قولين بين مانع ومجيز:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء بما فيهم المالكية إلى أن عقد المساقاة عقد جائز؛ قال ابن رشد الحفيد:" أما جوازها: فعليه جمهور العلماء مالك، والشافعي، والثوري، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة، وأحمد، وداود."[5]

- ومستندهم في ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال :"**أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر اليهود، أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها.**"[6] ويعملوها جاءت من المعاملة ويقصد أهل المدينة بها المساقاة.[7]
- وكذلك الحديث المرسل لسعيد بن المسيب، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر :"**أقركم فيها، ما أقركم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم**"[8]

- ومما اعتمده المجيزون للمساقاة أنها عقد من باب **الرخص** التي من شأنها التخفيف عن الناس وسد حاجاتهم؛ قال ابن رشد الجد:" المساقاة مستثناة من الأصول الممنوعة لضرورة الناس إلى ذلك وحاجتهم إليه، إذ لا يمكن للناس عمل حوائطهم بأيديهم، ولا بيع الثمرة قبل بدو صلاحها للاستئجار من ثمنها على ذلك – إن لم يكن لهم مال، فلهذه العلة رخص في المساقاة."[9]
- والمقصود بالأصول التي استثنيت منها المساقاة ما ذكره ابن جزي بقوله:" وهي جائزة مستثناة من أصلين ممنوعين، وهما الإجارة المجهولة، وبيع ما لم يُخلَق."[10]
- وهذا يعني أن المساقاة تنافي أصولا شرعية؛ أي أنها تتحقق بها جهالة أجرة العامل، ويحصل بها الغرر، وهي من باب بيع الثمار قبل وجودها، وكذلك هي بمنزلة كراء الأرض بجزء مما يخرج منها.
- وبذلك تم اعتبارها رخصة قال ابن العربي:" اعلموا وفقكم الله أن عقد المساقاة في الشريعة **رخصة** من الله مستثناة من الإجارة المجهولة العمل للحاجة."[11]
- وخلاصة القول إن معتمدهم هو كون هذه المعاملة جُوّزت على **خلاف القياس**؛ فالقياس يقتضي المنع لأنها بمثابة استئجار على أجر معدوم ومجهول. وهذا مما رد عليه ابن تيمية بقوله:" فمن رأى شيئا من الشريعة مخالفا للقياس فإنما هو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه ليس مخالفا للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر."[12]
- وهناك من يرى أن المساقاة معاملة أصيلة وقائمة بذاتها وهي **أصل يجوز القياس عليه**، وهو قول في مذهب الحنابلة، واختاره ابن تيمية وابن القيم. وهذا ما ذهب إليه من قبل ابن قدامة في أن المساقاة "عقد على العمل في المال ببعض نمائه. فهي كالمضاربة... فإنه يعمل في المال بنمائه، وهو معدوم مجهول."[13] والمراد هنا أن المساقاة من عقود المشاركات، لا من عقود المعاوضات. فالبعض قد يملك شجرا لكن لا يحسن، أو لا يستطيع تعهده بالسقي والاعتناء به، فيلجأ لمن له الدربة والحنكة في استصلاحه وتنميته.
- **القول الثاني**: أنّها غير جائزة, وهو قول أبي حنيفة وزفر.
- قال ابن عبد البر:" وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز المزارعة ولا المساقاة بوجه من الوجوه وادعوا أن المساقاة منسوخة بالنهي عن المزابنة وأن المزارعة منسوخة بالنهي عن الإجارة المجهولة وكراء الأرض ببعض ما تخرج ونحو هذا."[14]
- ومستندهم حديث رافع بن خديج رضي الله عنه حيث جاء فيه "**من كانت له أرض فليزرعها، أو ليزرعها أخاه، ولا يكارها بثلث، ولا ربع، ولا بطعام مسمى.**"[15]
- رغم أن هذا الحديث ورد في المزارعة، غير أن النهي هنا من باب عدم جواز كراء الأرض بما يخرج منها؛ وهذا متحقق في المساقاة.
- كما استدلوا بحديث: «**نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الغرر**»[16]
- والغرر جلي في المساقاة باعتبار تحقق ظهور الثمار من عدمه، وكذلك قلتها من كثرتها؛ مما يكون معه إبطال هذا العقد أولى.

- ذهب الإمام أبو حنيفة إلى القول ببطلان المساقاة، معتبرا هذه الأخيرة مخالفة للأصول لأنها إجارة بثمر لم يخلق، أو إجارة بثمرة مجهولة، وفي ذلك يتحقق الغرر، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر. فقد يحصل النماء وقد لا يحصل وبذلك يتحقق الغرر. قال الإمام النووي في شرحه لحديث ابن عمر[17]: " وقال أبو حنيفة: لا يجوز، وتأول هذه الأحاديث على أن خيبر فتحت عنوة، وكان أهلها عبيدا لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فما أخذه فهو له، وما تركه فهو له"[18].
- من خلال استقراء أقوال الفقهاء في عقد المساقاة، يبدو لي والله أعلم أنه عقد جائز لما ورد فيه من أحاديث، وما وقع عليه من عمل. وأميل لمستند من اعتبره عقدا أصيلا، قائما بذاته، وأنه من عقود المشاركات التي تجوز فيها جهالة الأجر؛ فهو من عقود المخاطرة التي تحتمل الربح والخسارة، حيث يتحمل طرفا مخاطر العقد وفق قاعدة الغنم بالغرم.

المطلب الثاني: عقد المساقاة في التشريعات الحديثة

خلال هذا المطلب سأتناول عقد المساقاة من خلال التشريعات القانونية لبعض الدول الإسلامية السودان وتونس والأردن نموذجا. بالإضافة إلى التشريع المغربي.

الفقرة الأولى: عقد المساقاة في بعض التشريعات العربية

لقد نظمت العديد من تشريعات الدول الإسلامية عقد المساقاة؛ لما له من أهمية في تطوير المجال الزراعي وحاجة الناس إليه. ومن أبرز هذه الدول نجد:

- **السودان**

نظم المشرع السوداني أحكام عقد المساقاة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984، وتناولها في المواد من337 إلى 347. حيث عرفها على النحو التالي: المساقاة عقد شركة على استغلال الأشجار بين صاحبها وآخر يقوم على تربيتها واصلاحها بحصة معلومة من ثمرها، والمراد بالشجرة هنا كل نبات تبقى اصوله في الأرض أكثر من سنة.[19]

- **تونس**

نظم المشرع التونسي عقد المساقاة من خلال مجلة العقود والالتزامات في المواد من 1395 إلى 1415؛ حيث عرفها بقوله:" المساقاة عقد تكليف شخص لآخر بتعاطي ما يلزم لخدمة شجر قد بلغ الإطعام أو زرع قد ظهر إلى وقت اقتطاف الغلة أو جمع الصابة بجزء معين من ثمره والمباشر للخدمة يسمى العامل."[20]

والملاحظ أن التعريف الذي اعتمده المشرع التونسي يتماشى مع ما ذهب إليه الفقه المالكي في تعريفه للمساقاة، وكذلك ما تقع عليه من شجر أو زرع نبت واستقل وهو مذهب مالك بشرط شدة الضرورة. كما كيفها على أنها عقد شركة فلاحية على عمل.

- **الأردن**

نظم المشرع الأردني أحكام المساقاة من خلال قانونه المدني في المواد من 736 إلى 746، حيث عرفها في المادة 736-1:

أن المساقاة هي عقد شركة على استغلال الأشجار والكروم بين صاحبها وآخر يقوم على تربيتها وإصلاحها بحصة معلومة من ثمرها. وفي الفقرة الثانية من نفس المادة جاء:" والمراد بالشجر هنا كل نبات تبقى أصوله في الأرض أكثر من سنة." [21]

وتوضيحا لهذه المادة، جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن مصدر هذه المادة هو المذهب الحنفي."[22]

الفقرة الثانية: عقد المساقاة في التشريع المغربي

على عكس التشريعات السابقة، لم ينظم المشرع المغربي عقد المساقاة في قانون الالتزامات والعقود، وهذا لا يمنع من كونه يمتاز بجميع الصفات التي يجب توفرها في العقود لا سيما العقود المسماة.

وبهذا يكون عقد المساقاة عقدا مسمى لكونه كثير التداول؛ فقد تم التعامل به منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بالإضافة إلى تقنينه في كثير من التشريعات والقوانين العربية والإسلامية باسم عقد المساقاة. ضف إلى ذلك كونه من العقود الرضائية؛ التي لا تتم إلا بالتراضي بين أطراف العقد. إلى جانب كونه ملزما للمتعاقدين، علاوة على على اعتباره من العقود الزمنية.

وبالرغم من عدم التنصيص عليه في التشريعات المغربية إلا أنه يخضع بالضرورة للنظرية العامة للعقد؛ فهي الشريعة العامة لجميع العقود، وبالتالي يمكن الرجوع إليها في حال وقوع خصام بين طرفي العقد أو في فض الإشكالات والمنازعات التي تطرأ أثناء تنفيذ عقد المساقاة.

ومن محاسن المشرع المغربي، أنه لم يترك الباب موصدا أمام باقي العقود التي لم يتم التنصيص عليها في قوانينه، بل ترك المجال مفتوحا أمام كل المستجدات والتطورات في مجال الالتزامات التي يمكن أن تحدث. وآليته في ذلك وضعه مبدأ الإحالة إلى الراجح والمشهور من الفقه المالكي في العديد من قوانينه؛ وهو ما من شأنه تدارك النقص التشريعي الحاصل.

وهذا ما أقرته مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها: ".... فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي."[23]

وكذلك في مدونة الأوقاف والتي جاءت فيها: "كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف."[24]

بالإضافة إلى المادة 400 من مدونة الأسرة والتي نصت على ما يلي: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف."

ومن هذا المنطلق يمكن القول إنه من الممكن اللجوء إلى إبرام عقد المساقاة في المغرب سواء وفق النظرية العامة للعقد والراجح والمشهور من الفقه المالكي.

خاتمة

يتميز الفقه الإسلامي عامة والمالكي خاصة بمرونته وقدرته على استيعاب كل المستجدات والنوازل التي تطرأ في حياة الناس، سواء في جانب العبادات أو المعاملات. فهو ذلك الحبل المتين الذي يتمسك به كل مسلم؛ حيث فيه يجد ضالته وبه يحقق مآربه، وعليه يعتمد في إدراك أحكام تصرفاته التعبدية أو تعاملاته المالية. ومن المعاملات التي أسالت كثيرا من المداد لدى الفقهاء المتقدين والمتأخرين، نجد عقد المساقاة. حيث خلصت في هذه الورقات أنه من عقود المشاركات مجهولة الأجر على غرار عقدي المضاربة والمزارعة، وهو من العقود التي أجازها جمهور الفقهاء كل على حسب علته؛ بين من رآه رخصة على خلاف القياس ومن اعتبره عقدا مستقلا، قائما بذاته يجوز القياس عليه.

كما خلصت إلى أن المشرع المغربي لم يقم بالتنصيص عليه في تشريعاته وقوانينه، إنما هو يخضع للنظرية العامة للعقد باعتباره عقد كامل الأركان والشروط. كما جعل المشرع المغربي باب الاجتهاد القانوني مفتوحا على مصراعيه، وذلك بوضعه مبدا الإحالة على الراجح والمشهور في الفقه المالكي فيما لا نص فيه.

الهوامش:

1 مقاييس اللغة لابن فارس الجزء الثالث ص 84.

2 كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافي الجزء السادس ص 93.

3 كتاب الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر الجزء الثاني ص 766.

4 المرجع السابق ص 767.

5 كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد الجزء الرابع ص 28.

6 صحيح البخاري باب مشاركة الذمي والمشركين في المزارعة ص 140.

7 المدونة الجزء الثالث باب المساقاة التي لا تجوز ص 568؛ قلت: أرأيت إن أخذت نخلا **معاملة**، على أن أبني حول النخل حائطا، أو أزرب حول النخل زربا، أو أخرق في النخل مجرى للعين، أو أحفر في النخل بئرا؟ قال: لا تجوز هذه المساقاة عند مالك.

8 موطأ الإمام مالك رواية يحي بن يحي الليثي باب ما جاء في المساقاة ص 703.

9 المقدمات الممهدات لابن رشد الجد الجزء الثاني كتاب المساقاة ص 552.

10 القوانين الفقهية لابن جزي الجزء الثالث ص 523.

11 القبس في شرح موطأ مالك بن أنس لأبي بكر بن العربي كتاب المساقاة ص 361.

12 مجموع الفتاوي لابن تيمية الجزء 20 ص 505.

13 المغني لابن قدامة الجزء الخامس ص 291.

14 الاستذكار لابن عبد البر الجزء السابع باب ما جاء في المساقاة ص 42.

15 مسند الإمام أحمد مسند الشاميين رقم 15739 إسناده صحيح، رجاله ثقات رجال الشيخين.

16 صحيح مسلم رقم 1513 حديث صحيح.

17 حدثنا أحمد بن حنبل وزهير بن حرب واللفظ لزهير قالا حدثنا يحيى وهو القطان عن عبيد الله أخبرني نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع.

18 شرح النووي على مسلم الجزء العاشر باب فضل إنظار المعسر ص 161.

19 المادة 337 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984.

20 الفصل 1395 من مجلة العقود والالتزامات التونسية.

21 المادة 736 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

22 المادة 468 من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني.

23 المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية المغربية.

24 المادة 169 من مدونة الأوقاف المغربية.