



جامعة محمد بوضياف-المسيلة  
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية  
قسم العلوم الإسلامية



المسائل التي بناها المالكية على المصالح المرسلة  
- نماذج وتطبيقات -

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية  
تخصص: فقه مقارن وأصوله

إشراف الأستاذ:  
يامن خليل

إعداد الطالبتين:  
- كشرود مروة  
- شمار الزهرة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
		رئيسا
يامن خليل		مشرفا ومقررا
		ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021



## الإهداء

قال تعالى: {وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ}

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك.. ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك.. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك.. ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك

"الله جل جلاله"

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة ونور العالمين

"سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم"

إلى من قال عز وجل فيهما: {وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا}

إلى ملاكي في الحياة .. إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان و التقاني .. إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب.

"أمي الحبيبة"

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار .. إلى من علمني العطاء بدون انتظار .. إلى من أحمل اسمه بكل افتخار .. أرجو من الله أن يمد في عمرك لتري ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد.

"أبي الغالي على قلبي أطل الله في عمره"

إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء الذين غمروني بعطفهم وحنانهم وسديد توجيهاتهم ودعمهم المتواصل وتقاسموا معي عبء الحياة. أهدي هذا العمل المتواضع لكي أدخل على قلوبهم

شيئاً من السعادة

إلى كل أساتذتي الأفاضل من أولى المراحل الدراسية حتى هذه اللحظة

إلى رفيقات المشوار اللاتي قاسمني لحظاته رعاهم الله ووفقهم وأطل في أعمارهم

أهدي لكم جميعاً هذا العمل عربون محبة وتقدير.

## شكر وعرّفان

أشكر الله العليّ القدير الذي أنعم عليّ بنعمة العقل والدين، فقد حثنا في كتابه العزيز على شكر الناس قائلاً: { وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ }، وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم "مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ، لَا يَشْكُرُ اللَّهَ"، وقال أيضاً: "مَنْ صَنَعَ إِلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافَيْتُوهُ ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا مَا تُكَافِيُونَهُ فَادْعُوا لَهُ حَتَّى تَرَوْا أَنَّكُمْ قَدْ كَافَأْتُمُوهُ " .

وفاءً وتقديراً واعترافاً منا بالجميل نتقدم بجزيل الشكر لأولئك المخلصين الذين لم يأل جهداً في مساعدتنا في مجال البحث العلمي، وأخص بالذكر الأستاذ الفاضل: يامن خليل فجراه الله كل خير، ولا ننسى أن نتقدم بجزيل الشكر إلى الدكتور: حاتم باي، الذوايدي قوميدي الذين قاموا بتوجيهنا طيلة هذه الدراسة.

وأخيراً، نتقدم بجزيل شكرنا إلى كل من مدوا لنا يد العون والمساعدة في إخراج هذه الدراسة على أكمل وجه.



# مقدمة

الحمد لله الواحد الأحد الذي عدت له النظائر والأشباه، وخرت لربوبيته القلوب والجباه، والصلاة والسلام على نبيه ومصطفاه، الذي بعثه الله لكافة العالمين نذيرا وبشيرا، فجعله الله محجة لمن استبصر، وحجة على من تولى وأدبر، فضله بالنبوة الراسخة، وسدده بالشرعية الناسخة حتى آتاه اليقين، أما بعد:

إن من عظمة الشريعة وشمولها، أن أصول الاستدلال فيها غير متوقفة على النص بنوعيه، بل إن فيها من الأصول الاجتهادية ما يسعف المجتهد في أي عصر من العصور، على إيجاد حكم للوقائع والأحداث غير خارج عن مراد الشارع وروح الشرع. وإذا علم أن مقصود الشارع من شرع الأحكام هو النظر إلى مصلحة العباد في العاجل والآجل معا، علم بذلك أن الفتاوى والاجتهادات التي تؤول إلى تحقيق المصلحة المقصودة شرعا، أولى مما لم يتحقق فيه ذلك.

وعليه فإن مراعاة مقاصد المكلفين فيما يستجد من الوقائع، مطلوب شرعا من المجتهد في الواقعة تحقيقه، لأن تتبع أحكام الشريعة دل على ذلك، فإن للأصول المصلحية اليد الطولى في منشأ الفتوى المتعلقة بما لا نص فيه، وفقه مذهب مالك-رحمه الله-مبني على مراعاة المقاصد، اعتمادا على هذه الأصول المصلحية؛ من حيث السعي إلى تحقيقها، وفق ما تقتضيه الشريعة الإسلامية الغراء لتكون بذلك مصلحة حقيقية لا وهمية.

وممكن الخطر في إدعاء المصلحة أنه إدعاء عام، وكل يدعيه لبحثه فيما يذهب إليه ولن يذهب مجتهد قط الى حكم في مسألة لا نص فيها إلا وادعى أنه ذهب لتحقيق المصلحة.. ولكن أي المصالح يعنون؟.. إن المصلحة الإنسانية الخاصة أمر نسبي، وكل يدعيها فيما يذهب إليه؛ ومن هنا كان الخطر لكن حقيقة المصلحة هي المصلحة الشرعية التي تتمشى مع منهج الشرع في عمومها وإطلاقه، لا خاصة ولا نسبية؛ فهي التي يشهد لها الشرع الذي جاء لتحقيق مصالح جميع العباد، ومراعاة جميع الوجوه؛ لأن الشرع لا يقر مصلحة تتضمن مفسدة مساوية لها أو راجحة عليها ظهر أمرها أو خفي على باحثها؛ لأن

الشارع حكيم عليم، كما أن المصلحة الشرعية تراعي أمر الدنيا والآخرة معا، فلا تعتبر مصلحة دنيوية إذا كانت تستوجب عقوبة أخروية وفي هذا يكمن الفرق الأساسي بين المصلحة عند القانونيين الذين يقولون: حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله. وبين الأصوليين الشرعيين الذين يصدق على منهجهم أنه حيثما وجد الشرع فثم مصلحة العباد.. فإذا لم يوجد نص للشرع اجتهد العالم في المسألة،

ليرى هل هي محققة لمصلحة مما جاء الشرع لتحقيقها في العقيدة أو النفس أو المال أو العرض أو النسب.. وأنها خالية من مفسدة تضر ببعض هذه الضرورات أم لا؟

ثم إن الالتفات إلى المصلحة الخالية عن شهادة الشرع لها بالاعتبار و الإلغاء خصوصا، و الموافقة لأحد المقاصد العامة للشريعة من ضروري أو حاجي أو تحسيني، أمر لا بد منه دل عليه العقل و الشرع معا، و ذلك أن الموازنة بين الآثار المترتبة على تقويت هذه المصلحة، و المنافع المترتبة على تحققها تستدعي من الفقيه مواكبة هذه المصلحة، لانطوائها تحت أصل عام من أصول الشريعة، لأن النصوص متناهية و الوقائع غير متناهية، و من المستحيل أن يحيط المتناهي بغير المتناهي إلا بالالتفات إلى أصل المصالح المرسلة، فما كان منها محققا للنفع دافعا للضرر موافقا لروح الشريعة فلا شك في اعتباره و ما كان منها مناقضا لقانون الشرع وجب إلغاؤه. ونحن بصدد دراسة بعض المسائل التي بناها المالكية على المصالح المرسلة ونخص بالدراسة باب من أبواب الفقه وهو باب المعاملات المالية، نظرا لأهميته البالغة في الإسلام فكانت مذكرتنا موسومة بعنوان "المسائل التي بناها المالكية على المصالح المرسلة".

#### أ. أهمية موضوع البحث:

إن علماء المالكية كانت لهم البصمة المميزة في هذا العلم، خاصة عندما انتشر مذهب الإمام في الأقطار وصار مذهباً مشهوراً تحكم به عدة دول وحضارات، كعلماء أهل الأندلس وقرطبة ومصر والمغرب وغيرهم، وتطور هذا المذهب بحسب انتشاره في الأمصار وكثرة الحوادث ألزمت المجتهدين أن يجدوا لها أجوبة لغرض مصلحة الناس فإما بالمنع عنها، وهذا المنع منفعة، أو بتقريبها وهذا التقرير نفع إن وافق الشريعة، وتكمن أهمية هذا الموضوع في كيفية معالجة المسائل المستجدة بناء على أصل المصالح المرسلة.

ويمكن تلخيص أهمية هذا الموضوع في نقاط نذكر منها:

أولاً: يعتبر المذهب المالكي هو أكثر المذاهب الإسلامية انتشاراً وشيوعاً على مر العصور وافتراق الأمصار، وخاصة في منطقة المغرب العربي الكبير.

ثانياً: كونه موضوعاً أصولياً عظيم النيل، شديد التشعب والتفرع والذي تتبني عليه فروع فقهية وجزئيات كثيرة وواسعة.

ثالثاً: كون المصلحة متعددة المآخذ والمآلات وقد تكون وهمية باطلة، أو حقيقية ذات أصل شرعي، لذا وجب تقييدها وضبطها وفق شروط وضوابط شرعية.

رابعاً: في تناوله لأحد الأصول الاجتهادية التي يبني عليها المذهب المالكي، حيث تعد المصلحة المرسلّة من أهم مصادر التشريع التي تثبت مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

خامساً: تكمن أهميته أيضاً في جمعه بين الفقه وأصوله ومقاصد الشريعة، والمزاوجة بين الأصالة والمعاصرة، وكذلك بين فقه الشرع وفقه الواقع، يجعل مثل هذه المواضيع أكثر حيوية وفعالية في تطبيقها وإنزالها على أرض الواقع دون الوقوف والاكتفاء بالجانب النظري منها.

ب. أسباب اختيار موضوع البحث:

ونظراً لأهمية الموضوع وعلاقته المباشرة بالمعاملات اليومية للأفراد فيما بينهم، باعتبارها قائمة على المصلحة المحضة، والمصالح قد تكون بجلب منفعة أو درء مفسدة، ولكن ليست كل مصلحة هي مصلحة شرعية تخضع لضوابط الشريعة الإسلامية، وهذا أهم سبب دفعنا لدراسة هذا الموضوع، غير أن هناك أسباب أخرى نذكر منها:

أولاً: الرغبة الجامحة في معرفة المقاصد الشرعية للمصالح المرسلّة باعتبارها أهم الأصول التي بني عليها المذهب المالكي.

ثانياً: ربط العلوم الإسلامية ببعضها البعض، وإلحاق الجانب التطبيقي والتمثلي في مقاصد الشريعة بالجانب النظري المتمثل في أصول الفقه.

ثالثاً: الحاجة الملحة لدراسة الوقائع المستجدة، لارتباطها المباشر والوثيق بأصول الفقه ومقاصد الشريعة، وإثبات مرونتها ومواكبتها لجميع تطورات العصر.

رابعاً: محاولة إزالة اللبس الحاصل حول حقيقة المصالح المعتبرة شرعاً، والإحاطة بجميع أوصافها ومآلاتها.

ج. أهداف موضوع البحث:

لكل بحث أهدافه ولنا في هذا البحث أهداف نسعى إلى تحقيقها؛ وهي:

أولاً: الوقوف على أحكام بعض المسائل الفقهية التي لها علاقة بالمصالح المرسلّة.

ثانياً: أن أصول الإمام مالك المصلحية أكثر من أصول غيره تقريراً وتأصيلاً وعملاً.

ثالثاً: تحديد الضوابط الشرعية للمصالح حتى لا يفضي التوسع فيها إلى الإفشاء بالهوى والتشهي، لأن المسائل التي بنيت على المصالح المرسلّة تعد من الأمور التي تعم بها البلوى.

## هـ. إشكالية موضوع البحث:

المذهب المالكي أكثر المذاهب مراعاة لحكم الشريعة ومقاصدها التي تقوم على جلب المصالح ودرء المفسد، ويتجلى ذلك بوضوح في طبيعة الأصول التي قام عليها، والتي كان يبني عليها أقواله وفتاويه خاصة في الأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملات، فهو حامل لواء الأخذ بالمصلحة المرسلة وقد استرسل فيها استرسالاً، حتى أنكر عليه بعض العلماء بعض وجوه أخذه بالمصلحة وعدّوا ذلك خروجاً عن رِبْقَةِ الدين وتشريعاً بالتشهي والهوى، والإمام مالك أبعد ما يكون عن ذلك، ومن هنا يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما موقع المصلحة في الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي؟ وما مدى تأثيرها في الأحكام الشرعية للمسائل التطبيقية؟

ويندرج تحتها مجموعة من التساؤلات الجزئية:

هل أصل المصالح المرسلة دليل مستقل بذاته أو أنه يحتاج لغيره في اعتباره؟

وما هي مجالات إعمالها؟ وما معايير الترجيح بينها؟

وما الضوابط التي وضعها المالكية في الأخذ بالمصلحة المرسلة؟ وهل هي فعلاً ضابطة للاجتهاد الفرعي في إسقاط الأحكام على المسائل الواقعة؟

و: **المنهج المتبع:** لقد اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهجين:

**المنهج الاستقرائي:** فقد وظفته أكثر في الجانب النظري، وذلك بتتبع جزئيات الموضوع وربطها ببعضها البعض.

**المنهج التحليلي:** أما المنهج التحليلي فتجلى في عرض المسائل، وذلك بذكر المسألة والتفصيل فيها، ثم عرض آراء علماء المالكية فيها.

ز: **الدراسات السابقة:** نظراً لطبيعة الموضوع وأهميته فقد حظيَ بعدد من الدراسات، لكنه عُولجَ بشيء من العموم كأصل أصولي دون التخصص فيه، فضلاً عن بعض الدراسات المعاصرة التي اعتمدت المصالح المرسلة كأصل لتأصيل الأحكام الشرعية ونذكر منها:

**01/المصالح المرسلة عند المالكية،** جامعة حمه لخضر-الوادي، للباحث يزيد بوليفة، نوقشت سنة 2016-2017، لقد عالج فيها حجية المصلحة المرسلة وضوابطها، ثم عرج لبعض المسائل المعاصرة، كبراءة الاختراع، وقانون السلامة المرورية بتخريجها على أصل المصالح المرسلة، وخلص

إلى أهمية المصالح المرسله في الشريعة الإسلامية، وعلاقتها المباشرة بالقضايا المعاصرة، فكانت دراسته دراسة معاصرة محضه.

02/- المصلحة المرسله وأثرها في المعاملات المالية، جامعة حمه لخضر-الوادي، للباحثة جمعة جغوبي، للسنة الجامعية 2017-2018، والتي عالجت حقيقة المصلحة المرسله وأثرها في المعاملات، معتمدة في ذلك على المنهج الاستقرائي، والوصفي التحليلي المقارن، لتخلص إلى اعتبار المصلحة المرسله في المعاملات دون العبادات، فكانت دراستها شاملة لكل المذاهب الفقهية.

03/- المصالح المرسله وتطبيقاتها الفقهية في بعض القضايا المعاصرة، جامعة أكلي محند-البويرة، للباحثين حبيب تومي وجمال الدين طهراوي، سنة 2018-2019، فكانت الدراسة حول حقيقة المصلحة المرسله وحجيتها، مدعمين ذلك بشواهد تطبيقية في: المجال السياسي، الأسري والطبي، معتمدين على المنهج الاستقرائي، التحليلي والمقارن، فكان أهم النتائج المتوصل إليها: أن الاختلاف الفقهي حول أصل المصالح المرسله كان نظريا فقط.

وجاءت هذه الدراسة في سبيل إتمام جهود السابقين فيما يتعلق بالمصالح المرسله، غير أنها اقتصرت على جهود المالكية فيها، لاعتماد مالك على المصالح المرسله كأصل مستقل بذاته، مدعمين بشواهد تطبيقية لبعض المسائل التي بناها المالك.

### ح: الصعوبات والعوائق:

لا شك أن لكل عمل صعوبات لا بد أن تستوقفه، لاسيما في بحث أصولي فقهي، ولعل أبرز ما واجهنا في هذا البحث هو سعة الموضوع وكثرة فروعها، فهو مبعوث في مواضع متفرقة من كتب أصول المالكية ومطولاتهم الفروعية، مما عسر علينا ضبط المسائل وجمعها.

### ط: الخطة العامة لموضوع البحث:

لإزالة اللبس عن موضوع المصالح المرسله، ولتحقيق الأهداف المرجوة من البحث، اعتمدنا على خطة مكونة من مقدمة وهي عبارة عن مدخل لأصل المصالح المرسله، ومجموعة من الأهداف التي نسعى لتحقيقها من خلال الإشكالية المطروحة، ثم عرفنا المذهب المالكي وذكر أهم خصائصه التي تميز بها، ومثارات العلماء حول أخذ الإمام مالك بالمصالح المرسله في شكل مبحث تمهيدي، لنلج الفصل الأول الموسوم "بعنوان المصالح المرسله وحجيتها عند المالكية" الذي يندرج تحته ثلاثة مباحث؛ فالأول بعنوان "حقيقة المصالح المرسله وأقسامها"، أما الثاني فعني ب"حجية وضوابط المصلحة المرسله عند المالكية"، ليكون المبحث الثالث بعنوان "أسباب ومجال أعمال المصالح

المرسلة ومعايير الترجيح في ظلها"، أما الفصل الثاني فكان عبارة عن فصل تطبيقي الذي عنون بـ "شواهد تطبيقية مبنية على أصل المصالح عند المالكية"، ويحتوي على بحثين؛ الأول يتناول مسائل "الخراج والتسعير والمفلس"، أما الثاني فقد تضمن مسألتين رد المبيعات إذا وجد ببعضها عيب، وكذا ضمان المبيع قبل قبضه، لنخرج بخاتمة توجت بمجموعة من النتائج والتوصيات.

# مبخت تمهیدی



المبحث التمهيدي: مدخل للمذهب المالكي وخصائصه  
ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المذهب المالكي

المطلب الثاني: خصائص المذهب المالكي

المطلب الثالث: مشاركات العلماء حول أخذ مالك بالمصالح المرسلة.

## مدخل للمذهب المالكي وخصائصه.

اعتمد الإمام مالك على المصالح في العادات المعقولة المعنى دون العبادات، مستندا لمقاصد الشريعة الإسلامية، فكانت أحد الأصول التي بنى عليها مذهبه، غير أن بعض العلماء رد عليه هذا الأصل جملة أو تفصيلا.

## المطلب الأول: تعريف المذهب المالكي

لقد اكتسبت كلمة المذهب فضلا عن معناها اللغوي مضامين جديدة طرأت بسبب استعمالها في أغراض فقهية، فهي كلمة لها معنى لغوي شائع عند أهل اللغة ومعنى اصطلاحى اكتسب ذيوعه بسبب انتشار المذاهب الفقهية، وآخر عرفي تداولته السنة المذهب في إطار مذهبهم، وحتى تكتمل الرؤية لمذهب الإمام مالك لا بد من بيان معنى كلمة المذهب.

## الفرع الأول: المذهب لغة

ذَهَبٌ يَذْهَبُ: ذَهَابًا وَذُهُوبًا وَمَذْهَبًا.<sup>1</sup> يفتح الميم أي مر<sup>2</sup>.

ذهب فلان مذهبا حسنا، وفلان يذهب إلى قول أبي حنيفة أي يأخذ به.<sup>3</sup>

مَذْهَبٌ [مفرد]: ج مذاهب: قُصِدَ، رَأِيَ، والطريقة المتبعة ثم استعمل فيما يصار إليه الأحكام.<sup>4</sup>

**الفرع الثاني: المذهب اصطلاحا:** لا يبعد المعنى الاصطلاحى للمذهب الفقهي عن المدلول اللغوي لكلمة مذهب وقد ذكر الشيخ أحمد بن محمد الحموي أن المعنى اللغوي نقل إلى معناه في عرف الفقهاء؛ وهو: الأحكام الشرعية الاجتهادية التي هي طرائق المجتهدين يَمرون عليها بأقدام عقولهم الراجحة لتحصيل الظن بها، وإما معناه في العرف وهو ما اختص به المجتهد من الأحكام الشرعية الفرعية الاجتهادية المستفادة من الأحكام الظنية، وهذا يشمل جميع مذاهب المجتهدين.<sup>5</sup>

إن التعريف الأنسب للمذهب في العرف السائد بين الفقهاء هو:

<sup>1</sup> - جبران مسعود، الرائد، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، ط7، 1992م، ص375.

<sup>2</sup> - محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، د.ط، 2008م، ص94.

<sup>3</sup> - محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1998م، ج1، ص322.

<sup>4</sup> - عبد الرؤوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعريف، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتاب، القاهرة، ط1 1999م، ص301.

<sup>5</sup> - زين العابدين إبراهيم، غمز عيون البصائر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1985م، ج1، ص30.

اسم جامع لاجتهادات إمام من الأئمة، والأصول والقواعد التي ينطلق منها في اجتهاداته، والأوجه والتخريجات التي ينتقل منها أصحابه، واجتهادات أصحاب هذا الإمام التي بينها على أصوله وقواعده، والمعتمد في كل ما يصطلح علماءه على اعتماده.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: تعريف المذهب المالكي:

وهو ما ذهب إليه الإمام من الأحكام الاجتهادية؛ أي التي بذل وسعه في تحصيلها<sup>2</sup>، أو هو ما اختص به من الأحكام الشرعية الفروعية الاجتهادية، وما اختص به من أسباب الأحكام، والشروط، والموانع، والحجج المثبتة لها، وهذا التفسير يضيق دائرة الأقوال والآراء الفقهية التي تندرج تحت مظلة المذهب، إذ تخرج به الآراء الفقهية المعزوة إلى تلاميذ مالك<sup>3</sup>، وأضاف محمد المامي: ما ذهب إليه أتباعه فيها بناء على قواعده وأصوله، أما ما كانت أحكامه منصوصة في الكتاب والسنة فإن هذا لا يعد مذهباً له، وإنما ينسب إلى الله ورسوله.<sup>4</sup>

ومن ثم فقد حرر المتأخرون من العلماء تعريف المذهب بأن المراد بمذهبه: نقله هو وأصحابه على طريقته ونسب إليه مذهباً، لكونه يجري على قواعده وأصله الذي بنى عليه مذهبه، فمن المسلم به أن أصحاب مالك -رضي الله عنه- كابن القاسم وغيره قيدوا ما أطلق، وخصصوا ما عمم من الآثار<sup>5</sup>. ولم يظهر مصطلح المذهب إلا في القرن الرابع هجري، عندما دعت الظروف إلى هذا النوع من الالتزام بمنهاج معين في الفقه والتشريع، ولم تكن المذاهب قد استقرت على رأس المائة الثالثة رغم ما قيل من أنه في هذا التاريخ قد بطل نحو من خمسمائة مذهب وإن كانت بذرة المذاهب قد بدأت قبل هذا العصر بزمان، إذ كان أهل المدينة يعتمدون على فتاوى ابن عمر، وأهل مكة على فتاوى ابن عباس، وأهل الكوفة على فتاوى ابن مسعود، فكان هذا أول غرس لأصل التمدد بالمذاهب<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني: خصائص المذهب المالكي

يتميز المذهب المالكي بخصائص ومميزات تجعله قادراً على استيعاب التطورات ومواكبة المستجدات في مختلف مناحي الحياة ومجالاتها، ومن أبرز هذه الخصائص والمميزات ما يلي:

1- محمد بن إبراهيم السعيد، "الإلتزام بالمذهب في القضاء والفتيا والتعليم"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، أم القرى، المملكة العربية السعودية، العدد الخامس، 2020، ج7، ص522.

2- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د.م.ن، دط، د.ت.ن، ج1، ص19.

3- محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذاهب عند المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، مكة المكرمة، ط2000، ص22-23.

4- محمد المختار محمد المامي، المذهب المالكي، مركز زايد للتراث والتاريخ، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2002م، ص24.

5- محمد إبراهيم علي، المرجع نفسه، ص23.

6- عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي في الغرب، د.م.ن، ط1، 1993م، ص9.

## الفرع الأول: الخصائص الفقهية

أولاً-رحابة الصدر: يمتاز الفقه المالكي برحابة صدره وانفتاحه على غيره من المذاهب الفقهية، والشرائع السماوية السابقة بفضل قاعدة [شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ] التي اتخذها مالك أصلاً من أصوله التي بنى عليها مذهبه وانطلاقاً من إيمانه بحرية الاجتهاد ووجوبه، وأنه لا يقلد مجتهداً غيره، وأن المصيب واحد كما يراه مالك وأكثر علماء الأصول.<sup>1</sup>

## ثانياً: قابليته للتطور والتجديد:

ومنه مواكبة العصر في ظل الشريعة الإسلامية، وتحت مراقبتها وداخل إطارها الفقهي بفضل أخذه بمبادئ العادة الحسنة والمصلحة المرسلّة، وهذه الأمور تختلف حسب الزمان والمكان مما يفتح الباب على مصراعيه أمام كل باحث مقنن وفقهه مجتهد يتمتع بالأهلية الضرورية لاستنباط ما يحتاج لاستنباطه من أحكام أو اختيار ما هو الأفضل والأنسب مما هو موجود ومنصوص عليه في التراث الفقهي الإسلامي.

## ثالثاً: المرونة:

تجسدت المرونة في معالجة الكثير من القضايا الشائكة، والحالات المستعصية، والعمل على حل المشاكل الطارئة بفضل مبدأ مراعاة الخلاف الذي اتخذته مالك أصلاً من أصوله الفقهية التي بنى عليها فقهه.

## رابعاً: السماحة والتيسير في أحكامه وآراءه:

ورائده في ذلك الكتاب والسنة وما استنبط منه من قواعد أصوليه ومبادئ فقهية ساعدته على اتخاذ أيسر الحلول وأخف الأحكام وأسهلها، مثل قوله تعالى: {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ} البقرة 185، وقوله أيضاً: {لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا} البقرة 284، وقاعدة الحرج مرفوع، والمشقة تجلب التيسير، والضرر يزال، والضرورات تبيح المحظورات، والأصل في الأشياء الإباحة والطهارة، وغير ذلك من القواعد التي لها انعكاس ايجابي لمختلف أبواب الفقه.

## خامساً: الوسطية والاعتدال:

ولقد اتسم بالوسطية والاعتدال في أحكامه ومواقفه وأصوله وفروعه، لا إفراط ولا تفريط ولا غلو ولا تشديد، ولا غرابة ولا شذوذ، ولا جمود ولا تعقيد، ولا تمرد ولا تكفير، يقول بالقياس ويجيد

<sup>1</sup>-محمد التاويل، خصائص المذهب المالكي، مطبعة أنفو، برانت، دط، د.ت.ن، ص36.

الأخذ بالرخص، ويكره الأخذ بغرائب الأقوال وشواذ الأحكام يجب الإلتباع ويكره الابتداع، ويحرم استعمال الحيل للتخلص من الواجبات أو التوصل إلى المحرمات ويرفض نتائجها ويؤاخذ المحتال بنقيض قصده ويحرمه من الإستفادة من حيلته ويعاقبه على فعلته.<sup>1</sup>

سادسا: البعد المقصدي:

حيث يعتبر الفقه المالكي من أعمق المذاهب الفقهية فهما لروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها وأبعادها نظرا، واعتبارا لمآلها، وأكثرها التزاما بمراعاة حكمها وأسرارها عند استنباط الأحكام من نصوصها وتفريع الفروع عليها وخاصة فيما يتعلق بالضروريات الخمس.

سابعا: البعد الاجتماعي والمصلي:

البعد الاجتماعي والمصلي في توجهاته وأحكامه بفضل اتخاذه المصالح المرسله والعادات الحسنة أصلا من أصوله الفقهية ومصدرا من مصادره التشريعية التي بنى عليها فقهه، وأرسى عليها قواعد مذهبه واستمد منها آراءه وأحكامه إلا أن المعتبر في المصالح المرسله ما تعتبره الشريعة مصلحة لا ما يحقق رغبات الناس وأهواءهم فإن المصالح تختلف وإتباعها يؤدي إلى التضارب والتقاتل ولهذا يقول الله تعالى: {وَلَوْ أَتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ} المؤمنون: 71.

ثامنا: المنطقية والعقلية:

وكانت المنطقية والعقلية في أحكامه لا تجد فيه ما يناقض العقل السليم، أو يخالف المنطق الصحيح، أو تحيله السنن الكونية، ويرفض كل ذلك ولا يقبله، ويشترط الإمكان في كل أحكامه، ويرد ما يخالف ذلك، كما هو الشأن في ثبوت الأنساب وقبول الشهادات والدعاوي.

تاسعا: الواقعية في نوازلها:

فنوازلها وفروعه في مختلف الأبواب، موضوعاتها تتراوح بين ما هو واقع وما يمكن وقوعه نادرا وقد كان مالك -رحمه الله- إذا سئل عن شيء من ذلك يقول للسائل، سل عما يكون، ودع ما لا يكون، وربما أعرض عن السائل، فإذا ألح عليه السائل في طلب الجواب يقول له: لو سألت عما تنتفع به لأجبتك وهو في ذلك رحمه الله يأخذ بالحديث: " اللهم إني أعوذ بك من علم لا ينفع"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد التاويل، المرجع السابق، ص 49، 53.

<sup>2</sup> - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب التعوذ من شر ما عمل ومن شر ما لم يعمل، رقم الحديث: 2722، صحيح مسلم، ج 8، ص 81.

## عاشرا: سلامته من البدع الضالة والبدع الباطلة:

حيث يعتبر الفقه المالكي أكثر المذاهب سنية وأشدّها اعتصاما بالسنة وأبعدها عن البدع وأشدّها محاربة لها ولأهلها ويرجع ذلك لنشأته في المدينة المنورة مهبط الوحي والرسالة ومثوى الرسول صل الله عليه وسلم وكذلك لما عرف به مالك رحمه الله في هذا الشأن فقد كان اعلم الناس بالسنة والبدعة وأشدّهم إتباعا للسنة وأبعدهم عن البدعة وأنكرهم لها ولأن أصحاب مالك والمقتدين بمذهبه من بعده كلهم فقهاء سنيون ليس فيهم من ينسب إلى البدعة أو يتهم بها.

## الحادي عشر: مراعات مآلات الأمور ونتائجها:

من خلال ما يترتب عليها من مفاتن ومصالح عاجلة أو آجلة، وعدم الوقوف مع الواقع وغض النظر عن النتائج، وذلك بفضل اتخاذ قاعدة سد الذرائع وفتحها مبدأ وأصلا من أصوله التي بني عليها فقهه ومذهبه وهي قاعدة من أنجع القواعد في محاربة الفساد الواقع والمتوقع الحاضر والمستقبل، وهي قاعدة إعطاء الوسائل حكم مقاصدها.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني: المميزات الأصولية:

وذكر السبكي في الطبقات أن أصول مذهب مالك تزيد عن الخمسمائة، ولعله يشير إلى القواعد التي استخرجت من فروع المذهبية، والتي أنهاها القرافي في فروقه إلى خمسمائة وثمانية وأربعين، وغيره أنهاها إلى الألف والمنتين كالمقري، وفرق بين القواعد الضابطة للفروع وبين أصول المذهب، فإن أصول المذهب؛ هي: مصادر الاستنباط فيه وطرائقه، أما القواعد فهي ضوابط كلية توضح المنهاج الذي انتهى إليه الاجتهاد في ذلك المذهب.<sup>2</sup>

وجمعها القرافي في: القرآن، والسنة، والإجماع، وإجماع أهل المدينة، والقياس، وقول الصحابي، والمصلحة المرسلة، والعرف، والعادات، وسد الذرائع، والاستصحاب والاستحسان. ولخصها الشاطبي في أربعة: الكتاب، السنة، الإجماع، الرأي، وتشمل السنة: عمل أهل المدينة، وقول الصحابي، لأن مفهوم السنة عند مالك يشملهما. ويشمل الرأي: المصالح المرسلة وسد الذرائع، والعادات، والاستحسان، والاستصحاب، وكلها من وجوه الرأي.<sup>3</sup> بعد أن استبانت أصول المذهب المالكي النقلية

<sup>1</sup> - محمد التاويل، المرجع السابق، ص127، 130.

<sup>2</sup> - عبد العزيز بن صالح الخليفي، الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، د.م.ن، ط1، 1993م، ص115.

<sup>3</sup> - عبد الغني الدقر، مالك بن أنس، دار القلم، دمشق، ط3، 1998م، ص155.

منها والاجتهادية تأتي الدراسة على بيان خصائص أصول المذهب الظاهرة، ومميزاتها اللائحة، وأبرز هذه الخصائص خمسة:

#### أولاً: كثرة الأصول المالكية:

من أهم الخصائص التي تسترعي انتباه نظر المجتهد، أن المذهب المالكي أكثر المذاهب المتبعة أصولاً وأوفرها أدلة، سواء في الأدلة النقلية أو الأدلة الاجتهادية، فقد تمسك المالكية بأصول لم يقل بها غيرهم، وقرروا أصولاً نفاها غيرهم تأصيلاً، وعملوا بها تفريراً، قال أبو زهرة: فكانت كثرة الأدلة من شأنها أن تعلق بذلك المذهب، لا أن تخفضه، ومن شأنها أن تجعله مرناً في التطبيق فلا تضيقه.

#### ثانياً: انفراد المالكية ببعض الأصول، واحتفائهم بأصول أخرى بكثرة الاعتماد عليها:

ومن أسباب كثرة أصول المالكية أن مذهب مالك تفرد ببعض الأصول تفرداً كاملاً، بحيث لم يشركه فيها غيره من المذاهب، واختص كذلك ببعض الأصول لكثرة اعتناؤه بها، وتفريره على مقتضاها، مع مشاركة غيره من العلماء في القول بها، حتى أن جمهرة من العلماء عزوا تفرد مذهب مالك بها ومخالفته لسائر أهل العلم فيها، وأهم هذه الأصول التي عدت من مميزات مذهب مالك هي عمل أهل المدينة، والمصلحة المرسلية، وسد الذرائع ومراعاة الخلاف، أما عمل أهل المدينة فهو من أهم الأصول النقلية التي تفرد بها الإمام مالك.

ثالثاً: علاقة أصول مالك بأصول أهل المدينة: من منهج مالك -رحمه الله- الذي تواتر عنه واشتهر به أتباعه لمن سبقه من أهل العلم واقتدائه بأهل الفضل منهم، والسير على وفق ما ساروا عليه، ووقفوا آثارهم فيما قدموه إليه<sup>1</sup>

وأهل القدوة عند مالك هم علماء المدينة النبوية التي كانت مهاجرة النبي صل الله عليه وسلم ومستقره وبها حط التنزيل واستقرت الأحكام، وكان فيها خيرة الأمة وصفوتها ثم خلفهم التابعون من خير القرون الفاضلة، ولم تكن هذه الخصيصة لغير مدينة النبي صل الله عليه وسلم.

#### رابعاً: الجمع بين أصول أهل الحديث وأصول أهل الرأي:

ومن أجل خصائص أصول مذهب مالك أنها جمعت بين أصول مدرسة أهل الأثر وأصول مدرسة أهل الرأي؛ فمنزلة الأثر عند مالك وأتباعه بالمحل الأعلى، فمالك إمام أهل الحجاز التي كانت موطن أهل الحديث ومتبوأهم، و"موطؤه" كتاب أثر وحديث، فالأثر معتمده والحديث مستنده. وأما الرأي فقد ضرب فيه مالك بحظ وافر، وأصوله شاهدة على ذلك، فإنه لم يكتف في الرأي

<sup>1</sup> - حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي بنى عليها المذهب المالكي، الوعي الإسلامي، الكويت، ط1، 2011م، ص45-46.

بالقياس، بل إنه جاوزه ليشمل الاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع، وكل هذه الأصول عنده من الاجتهاد بالرأي، وقد استرسل مالك في الأخذ بها استرسال الفهم بمقاصد الشارع، والعلم بمراميه، وإن الناظر في ذلك ليكاد يصنف مالكا في سلك مجتهدي أهل الرأي، كما صنع ابن قتيبة في كتاب "المعارف".

#### خامسا : مركزية المصلحة في الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي:

والغرة اللائحة في الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي: مركزية المصلحة فيها؛ فغالب الأصول الاجتهادية من قياس ومصلة مرسلة واستحسان وسد للذرائع ومراعاة للخلاف، هي حائمة حول المصلحة، وصادرة في منطقتها عنها؛ قال أبو زهرة في بيان هذه الخصيصة: إن أصل المصالح الذي أخذ به مالك، وسيطر على أكثر فقه الرأي عنده، حتى أصبح ذلك الأصل عنوانه، وميسمه الذي اتسم به، ولو أنك فتشت في فروع ذلك المذهب لوجدت أن المصلحة كانت هي الحكم المرضي في كل هذه الفروع؛ سواء ألبست المصلحة لبوس القياس وحملت اسمه، أم ظهرت في ثوب الاستحسان وحملت عنوانه، أم كانت مصلحة مرسلة لا تحمل غير اسمها، ولا تأخذ غير عنوانها.<sup>1</sup>

#### المطلب الثالث: مآثرات العلماء حول أخذ مالك بالمصلحة المرسلة:

تبدو أن مسألة أخذ الإمام مالك بالمصلحة مسألة خلافية بين العلماء القدامى والمحدثين في الآن نفسه. فاعتبر بعض الدارسين أن كلمة الأصوليين تكاد تجتمع على أن مالكا هو أهم القائلين بالمصالح المرسلة، بينما ادعى آخرون أنه يقول بها وحده، فعمدوا إلى تأكيد عمل مالك بالمصلحة في كتابه "الموطأ" بصفة خاصة، وقد نسب إليه بعضهم القول بها على الإطلاق، وإن خالفت عموميات النص،<sup>2</sup> كما قال الجويني في البرهان: وأفرط في القول بها حتى جرّه إلى استحلال القتل وأخذ المال لمصالح يقتضيها في غالب الظن وإن لم يجد لها مستندا<sup>3</sup>. غير أن أبو العز قال في المقترح في "حواشيه على البرهان": إن هذا القول لم يصح نقله عن مالك، هكذا قاله أصحابه، وأنكره ابن شاس أيضاً في "التحرير" على الإمام وقال: أقواله تؤخذ من كتبه وكتب أصحابه، لا من نقل

<sup>1</sup> - حاتم باي، المرجع السابق، ص 50-51.

<sup>2</sup> - محمد أحمد بوركاب، المصلحة المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423هـ-2002م، ص 119.

<sup>3</sup> - محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن كثير، دمشق-بيروت، ط4، 1432هـ-2011م، ص 792.

الناقلين، وكذلك استكره القرطبي فقال: وقد اجترأ إمام الحرمين وجازف فيما نسبه إلى مالك من الإفراط في هذا الأصل. وهذا لا يوجد في كتاب مالك، ولا في شيء من كتب أصحابه<sup>1</sup>.

أما القول بأن مالكا لا يرى الاحتجاج بالمصلحة المرسلّة إلا إذا كانت ملائمة - كما أفاده ابن الحاجب في مختصره -، فهو قول انفرد به ابن الحاجب وتبعه فيه صاحب التحرير، وهو مخالف لما عليه الجمهور -مالكية وغيرهم- من قول مالك بالتعميم، فيكون مرجوحاً بالنسبة لما رواه الجمهور، فالمعول عليه إذا في مذهب مالك القول بالمصلحة المرسلّة مادامت لم تعارض نصاً، ولا شيء غير هذا. والله أعلم<sup>2</sup>.

أما نسبة القول بها لمالك بقيد كونها ضرورية حاجية، فقد نقل عن بعض المالكية وذكره الشاطبي في الاعتصام من غير عزو لمالك، وإن كان الظاهر منه كمالكي أن يرى ما ذهب إليه مالك. وهو ما ذكره ابن قدامة من نسبة القول لمالك بهذه المصلحة الضرورية؛ ومخالفته لما اشتهر عن مالك من قوله بالمصلحة المرسلّة مطلقاً، فيكون قولاً غريباً لا يثبت أمام ما اشتهر من القول بالمصلحة بإطلاق. ورد حصره لها في الضروري:

أولاً: أنه لم ينقل عن أحد من المالكية، ولو كان لنقل عن طريقهم لأنهم أعلم بمذهبه، فيحتمل هذا القول عدم التثبت والتحقيق في النقل.

ثانياً: مخالفة نقل المالكية أنفسهم له، وهم أرباب المذهب فهم أدري بمعرفة ما فيه من القول بالمصلحة أو عدم القول بها.

ثالثاً: على أن الأمدي الذي هو أحد من نسبوا هذا القول لمالك لم يأت بنسبته على سبيل القطع والتحقيق، وإنما ذلك على سبيل الاحتمال والتجوز كما يشير لذلك قوله: ولعل النقل إن صح عنه فالأشبه أنه لم يقل بذلك في كل مصلحة بل فيما كان من المصالح الضرورية الكلية الحاصلة قطعاً.

ومنع القول بالمصالح مطلقاً لمالك، فقد شذ بها الأبهري المالكي، والأصوليون جميعهم مجمعون على قول مالك بالمصلحة وإن اختلفوا في مدى أخذه بها، فيكون قوله هذا مخالفاً لما اتفق عليه

<sup>1</sup>-بدر الدين محمد الزركشي، البحر المحيط، دار الصفوة، الكويت، ط2، 1413هـ-1992م، ج6، ص76-77.

<sup>2</sup>-زين العابدين العبد محمد النور، رأي الأصوليين في المصالح المرسلّة والاستحسان، دار البحوث الإسلامية، دبي، ط1، 1425هـ-2004م، ج1، ص273.

الجميع، كما أنه مخالف لما اشتهر عن مالك من تعلقه بهذا الأصل حتى اشتهر ذلك الأصل به، واشتهر هو بذلك الأصل، فيكاد الذي يفوه بالمصلحة المرسله أن يكون ناطقاً باسم مالك لشدة الصلة بين ذكره وذكرها - كذلك يرد ما نقل عن المالكية أنفسهم غير الأبهري من قول مالك بها تأصيلاً وتقريراً، فلا يقام لهذا القول بعد ذلك وزن يعتبر<sup>1</sup>.

ويمكن القول بأن مالك سلك الجادة المستقيمة، فلم يجعل أحكام العقل في المصالح تعدو طورها، وتجاوز موضعها فلم يجعلها معارضة للنصوص القاطعة والأحكام الإجماعية، ولم يضيق على العقل، فيحجر عليه أن يدرك المصالح إلا عن طريق النصوص، بل كان مسلكه بين ذلك قواماً، من غير إفراط ولا تفريط، فكان المذهب الخصب الثرى بالمعاني، من غير شطط ولا مجاوزة للاعتدال، وكان فيه علاج لأدواء الناس، ومرونة تجعله يتسع لأعراف الناس وأحوالهم على اختلاف منازلهم وبيئاتهم، من غير ابتداع ولا خروج.<sup>2</sup> وهذا ما أكده البغدادي في "جنة الناظر": بأن مالكا يقول: إن المجتهد إذا استقرأ موارد الشرع ومصادره أفضى نظره إلى العلم برعاية المصالح في جزئياتها وكلياتها وأن لا مصلحة إلا وهي معتبرة في جنسها، لكنه استثنى من هذه القاعدة كل مصلحة صادمها أصل من أصول الشريعة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- زين العابدين العبد محمد النور، المرجع السابق، ص 267، 273.

<sup>2</sup>- محمد أبو زهرة، مالك، دار الفكر العربي، د.م.ن، ط2، 1952، ص 431.

<sup>3</sup>- بدر الدين محمد الزركشي، المرجع السابق، ص 77.

A decorative border made of black and white scrollwork, resembling a scroll or a stylized frame, surrounding the text. The scrollwork is intricate, with various curves and flourishes.

الفصل الأول:

المصلحة المرسله وحجيتها

عند المالكية

الفصل الأول: المصلحة المرسله وحجيتها عند المالكية.

ويحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة المصلحة وأقسامها.

المبحث الثاني: حجية وضوابط المصلحة المرسله عند المالكية.

المبحث الثالث: أسباب ومجال إعمال المصلحة المرسله ومعايير الترجيح في ظلها.

تمهيد:

نتناول في هذا الفصل حقيقة المصلحة، ثم نتطرق إلى أقسامها، ونخص قسم المصلحة المرسلة بالدراسة، إبتداءً من التعريف بها، فنذكر مسمياتها وأهميتها، وبعد ذلك نعرض حجبتها وضوابطها عند المالكية، ونردف ذلك بأسباب ومجال أعمالها، ومعايير الترجيح في ظلها.

## المبحث الأول: حقيقة المصلحة وأقسامها

لم يختلف أحد من المسلمين في أن الشريعة الإسلامية قائمة على حكم ومقاصد لرعاية مصلحة الخلق واللفظ بهم، فكل حكم من الأحكام الشرعية مربوط بحكمة دعت إلى تقريره؛ وهذه الحكم هي ما يعبر عنها بالمصلحة؛ التي سنعرفها، ثم نذكر أنواعها.

### المطلب الأول: مفهوم المصلحة.

#### الفرع الأول: لغة:

المصلحة: واحدة المصالح<sup>1</sup>، مصدر الصلاح؛ نقيض الفساد<sup>2</sup>، وهي تحمل كل معاني الخير والسلام والمنفعة والإحسان<sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني: اصطلاحاً:

عرفها الغزالي؛ فقال: أما المصلحة؛ فهي في الأصل عبارة عن: جلب منفعة، أو دفع مضرة ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة، ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ولكننا نعني؛ بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع<sup>4</sup>.

وعرفها الشاطبي بقوله: وأعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله

ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق حتى يكون منع ما على الإطلاق<sup>5</sup>.

وقال ابن عاشور بأنها: وصف للفعل يحصل به الصلاح، أي النفع منه دائماً أو غالباً للجمهور والآحاد<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط8، 1462هـ - 2005م، ص22.

<sup>2</sup> - ابن منظور، لسان العرب، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1423هـ - 2003م، ج5، ص374.

<sup>3</sup> - أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ط2، د.ت.ن، ص345.

<sup>4</sup> - محمد بن محمد الغزالي، المستصفي من علم الأصول، تحقيق أحمد زكي حماد، دار الميمان، الرياض-السعودية، د.ط، د.ت.ن، ص328.

<sup>5</sup> - إبراهيم بن موسى الشاطبي، المرافقات، تعليق محمد الخضر حسين وآخرون، تحقيق أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي؛ سيد زكريا سيد الصباغ، دار الفضيلة، القاهرة، ط1، 2010م، ج2، ص25.

<sup>6</sup> - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الحبيب بن خوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، د.ط، 1425هـ - 2004م، ج3، ص200.

كما عرفها البوطي: المنفعة التي قصدها الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينهم<sup>1</sup>.

المطلب الثاني: أقسام المصلحة وعلاقة المصلحة المرسلّة ببعض المصطلحات.

الفرع الأول: أقسام المصلحة .

تنقسم المصلحة في الشريعة الإسلامية إلى عدة أقسام، بعدة اعتبارات؛ وسنقتصر في حديثنا عن أقسام المصلحة باعتبار الشارع لها، وقبل ذلك نشير إلى أن؛ جميع شرائع الدين ترجع إلى تحقيق مصالح ثلاث؛ هي:

1-درء المفاسد: وشرع لها حفظ الضروريات الخمس: الدين، النفس، المال، العرض والعقل.

2-جلب المصالح: وشرع لها ما يرفع الحرج عن الأمة في العبادات والمعاملات وغيرها، وتلك هي المعبر عنها بالحاجيات.

3-الجري على مقتضى مكارم الأخلاق ومحاسن الشيم: وشرع لها أحكام التحسينيات<sup>2</sup>.

وهذه المصالح الثلاث التي ترجع إليها شرائع الإسلام؛ منها: مشهد الشارع لها بالاعتبار، ومنها: ما شهد لها الشارع بالإلغاء، ومنها: ما سكت عنها. فالأولى: هي المصالح المعتمدة، والثانية: هي المصالح الملغاة، والثالثة: هي المصالح المرسلّة<sup>3</sup>.

قال فخر الدين الرازي: اعلم: أن المصالح بالإضافة إلى شهادة الشرع؛ ثلاثة أقسام: أحدها: ما شهد الشرع باعتباره؛ وهو: القياس<sup>4</sup>.

فالمصلحة المعتمدة شرعا هي: المصلحة الشرعية التي جاءت الأدلة الشرعية بطلبها؛ من: الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس، وذلك كالصلاة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>-محمد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، د.م.ن، د.ط، 1385هـ-1965م، ص23.

<sup>2</sup>-عبد الله بن يوسف الجديع، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان، بيروت-لبنان، ط1، 1418هـ-1997م، ص197.

<sup>3</sup>-عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، د.ط، 1432هـ-2011م، ص187.

<sup>4</sup>-فخر الدين محمد الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1412هـ-1992م، ج6، ص162.

<sup>5</sup>-محمد بن حسين الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي، السعودية، ط7، 1429هـ، ص253.

وثانيها: ما شهد الشرع ببطلانه؛ مثاله: قول بعض العلماء لبعض الملوك، لما جامع في نهار رمضان: عليك صوم شهرين متتابعين. فلما أنكر عليه- حيث لم يؤمر بإعتاق رقبة- قال: لو أمرته بذلك لسهل عليه، ولاستحقر إعتاق رقبة في قضاء شهوته.

واعلم: أن هذا باطل؛ لأنه حكم على خلاف حكم الله-تعالى- لمصلحة تخيلها الإنسان بحسب رأيه، ثم إذا عرف ذلك من جميع العلماء: لم تحصل الثقة للملوك بفتواهم، وظنوا أن كل ما يفتون به فهو تحريف من جهتهم بالرأي.

القسم الثالث: ما لم يشهد له بالاعتبار، ولا بالإبطال نص معين<sup>1</sup>.

أي؛ المصلحة المسكوت عنها، وهي: التي لم يرد في اعتبارها، ولا إبطالها دليل خاص من: الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس، ولكنها لم تخلو عن دليل عام كلي يدل عليها، فهي إذن لا تستند إلى دليل خاص معين، بل تستند إلى مقاصد الشريعة وعمومياتها، وهذه تسمى: بالمصلحة المرسله<sup>2</sup>.

الفرع الثاني: مفهوم المصلحة المرسله وأهميتها.

أولاً: مفهوم المصلحة المرسله.

قمنا بتعريف المصلحة سابقاً، والآن نمر إلى تعريف المرسله، ثم نجمع بينهما بتعريف شامل للمصلحة المرسله.

في لغة العرب كثير الرسل؛ أي: شديد التفرق في طلب المرعى. والرسل والرسله: (بكسر الراء): الرفق والتؤدة. والترسل في القراءة والترسيل واحد؛ قال: وهو التحقيق بلا عجلة. وناقه رسله: سهلة السير.

وحديث مرسل إذا كان غير متصل الإسناد؛ وجمعه: مراسيل. وأرسل الشيء: أطلقه وأهمله<sup>3</sup>. قال

تعالى: {أَلَمْ تَرَ أَنَا أَرْسَلْنَا الشَّيْطِينَ عَلَى الْكُفْرِينَ تَوْزُهُمْ أَزًّا ۝٨٣} مريم: 83.

ويستعمل علماء الأصول معنى الإرسال في المصلحة المرسله، بنفس المعنى اللغوي السابق؛ أي:

المطلقة من غير تقييد: أما في إصطلاح الفقهاء فقد عرفت كالتالي:

<sup>1</sup>-فخر الدين الرازي، المرجع السابق، ص162-163.

<sup>2</sup>-محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص253.

<sup>3</sup>-ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص141-142.

**تعريف الغزالي:** هو المناسب الذي لا يشهد له أصل معين وهو الاستدلال المرسل<sup>1</sup>.

وقال أيضا: وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع، فليس خارجا من هذه الأصول، لكنه لا يسمى قياسا، بل مصلحة مرسله<sup>2</sup>. وسيأتي الحديث عن الفرق بينهما.

**كذلك الأمدي:** عبر عنها بالمناسب؛ فقال: المناسب الذي لم يشهد له أصل من أصول الشريعة بالاعتبار بطريق من الطرق المذكورة، ولا ظهر إلغاؤه فيصوره، ويعبر عنه بالمناسب المرسل<sup>3</sup>، ويقصد بقوله: "بطريق من الطرق المذكورة"؛ الطرق التي ذكرها عند بيان أقسام المناسب، بالنظر إلى اعتباره وعدم اعتباره: فإن كان معتبرا فاعتباره إما أن يكون بنص أو إجماع أو ترتيب الحكم على وفقه في صورة نص أو إجماع<sup>4</sup>.

**وعرفها السبكي بقوله:** هي التي لم يشهد لها من الشرع بالاعتبار أصل معين وإن كانت مما تتلقاه العقول بالقبول<sup>5</sup>. وهو ما ذهب إليه الشاطبي بقوله: المصالح المرسله يرجع معناها إلى اعتبار المناسب الذي لا يشهد له أصل معين، فليس له على هذا شاهد شرعي على الخصوص، ولا كونه قياسا بحيث إذا عرض على العقول تلقته بالقبول وشرح ذلك في كتابه الموافقات<sup>6</sup>.

وللمصلحة المرسله مسميات أخرى لدى الأصوليين والفقهاء؛ منها: المناسب المرسل، الاستصلاح، الاستدلال، ويقول في ذلك البوطي: ... وهذه التعبيرات وإن كانت تبدو مترادفة لوحدة المقصود لها، إلا أن كل منها ناظر، لهذا المقصود من جهة معينة. ذلك أن كل حكم يقوم على أساس المصلحة يمكن أن ينظر إليه من ثلاثة جوانب: أحدها: جانب المصلحة المترتبة عليه، ثانيها: جانب الوصف

<sup>1</sup>- محمد بن محمد الغزالي، المستصفي، المرجع السابق، ص 588.

<sup>2</sup>- محمد بن محمد الغزالي، المرجع نفسه، ص 337.

<sup>3</sup>- علي بن محمد الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، تعليق عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعة، الرياض-السعودية، ط1، 1424هـ-2003م، ج3، ص 357.

<sup>4</sup>- علي بن محمد الأمدي، المرجع نفسه، ص 353.

<sup>5</sup>- تاج الدين أبي نصر السبكي، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تحقيق وتعليق علي محمد معوض؛ عادل أحمد عبد

الموجود، عالم الكتب، بيروت-لبنان، ط1، 1419هـ-1999م، ج4، ص 527.

<sup>6</sup>- إبراهيم بن موسى الشاطبي، الاعتصام، تحقيق حامد أحمد الطاهر، دار الغد الجديد، القاهرة، ط1، 1435هـ-2014م، ص 352.

المناسب الذي يستوجب ترتيب الحكم عليه تحقيق تلك المصلحة، ثالثها: الحكم على الوصف المناسب أو المصلحة؛ أي: المعنى المصدري. فمن نظر إلى الجانب الأول عبر بالمصلحة المرسله، ومن نظر إلى الجانب الثاني عبر بالمناسب المرسل، ومن نظر إلى الجانب الثالث عبر بالاستصلاح أو الاستدلال<sup>1</sup>.

ثانيا: أهمية المصلحة المرسله: اتفق العلماء على أن الشرع جاء لحفظ المصالح وتكميلها، ودرء المفسد وتقليلها، وأن الله- عز وجل- قد راعى في أحكامه مصالح العباد، وأن الشريعة ليست نكاية بالخلق ولا تعذيبا لهم، وإنما هي رحمة وتزكية، قال تعالى: {وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ١٠٧} الأنبياء 107، وقال: {كَمَا أَرْسَلْنَا فِيكُمْ رَسُولًا مِّنكُمْ يَتْلُوا عَلَيْكُمْ ءَايَاتِنَا وَيُزَكِّيكُمْ وَيُعَلِّمُكُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُعَلِّمُكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ ١٥١ البقرة: 151}.

وقال في صفة الرسول- صلى الله عليه وسلم-: {لَقَدْ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مِّنْ أَنْفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ حَرِيصٌ عَلَيْكُمْ بِالْمُؤْمِنِينَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ ١٢٨} التوبة 128<sup>2</sup>.

فإذا خرجنا عن نطاق الاستدلال إلى الواقع وجدنا أن رفض العمل بالمصالح المرسله في تشريع الأحكام، يجعل الشريعة جامدة لا تسير مصالح الناس المتجددة، وتقف بهم عند حدود ما نص عليه من المصالح اعتبارا أو إلغاء، وما أمكن إلحاقه بها بطريق القياس، وقد لا يتيسر ذلك الإلحاق، أو قد يترتب على العمل به إيقاع الناس في حرج، و هذا مناف لعموم الشريعة وأبديتها وجعلها رحمة للعالمين، وبعبكس ذلك نجد اعتبارها يجعل منها شريعة مرنة تسير مصالح الناس، ولا تقف بهم وسط الطريق، فتحكم على أفعالهم بما يعود عليهم بالنفع، ويدفع عنهم الضرر، وعلى ضوء المصالح يستطيع أولياء الأمور الذين وقفوا بأنفسهم على أسرار التشريع، بمعونة العلماء إصدار التشريعات في كل جديد. لو فعلنا ذلك لاستجاب الناس لتلك التشريعات عن طيب نفس، إذا علموا أن شريعة الله تقرها على وجه خاص، فلا تزال فيهم بقية من الدين. ولو أضفنا إلى ذلك العمل على نشر المزيد من

<sup>1</sup>-محمد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص329.

<sup>2</sup>-عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض-السعودية، ط1، 1426هـ-2005م، ص204.

الوعي الديني والخلقي، لما لجأ الناس إلى التحايل عليها، باختراع الوسائل للخروج من سلطانها، قال عمر بن عبد العزيز: "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الأمور"<sup>1</sup>.

الفرع الثالث: علاقة المصالح المرسله ببعض المصطلحات.

من خلال دراسة المصالح المرسله، يظهر أن هناك من يلحقها بالمصالح المعتره، وإذا كان الأمر كذلك، فما الفرق بينها وبين القياس، من حيث إن المصلحة أو الوصف الذي يعتمد عليه في تعديده الحكم إلى الفرع، معتبر شرعاً؟ والأمر ذاته يحصل مع الاستحسان، كذلك الحال بالنسبة للبدع، من

حيث إنها أمور مستحدثه، لم تكن موجودة زمن تشريع الأحكام ولما كان الأمر كذلك، تعين إيضاح الفرق لتتضح الصورة.

أولاً: الفرق بين المصالح المرسله والقياس: تتفق المصالح المرسله والقياس في وجهه، ويختلفان في وجوه أخرى.

1- وجه الاتفاق: يتفقان في أن كل واحد منهما محله الوقائع التي لم يرد فيها نص ولا إجماع.

2- أوجه الاختلاف:

أ- المصلحة أو العلة التي بني الحكم عليها في باب القياس لها اعتبار خاص من الشارع، بحيث يشهد لعينها دليل خاص، من كتاب أو سنة أو إجماع؛ وأما المصلحة التي بني عليها الحكم في باب المصلحة المرسله، فلها اعتبار عام من الشارع، بحيث يشهد لجنسها قاعدة كلية-قطعية أو ظنية-استخلصت من استقراء مجموع النصوص، كقاعدة "المشقة تجلب التيسير"، عامة كانت أو خاصة، وغيرها من القواعد.

ب- الوقائع التي يحكم فيها بالقياس، لها نظير في الكتاب أو السنة أو الإجماع، حتى أمكن القياس على ذلك النظير، بواسطة المصلحة- أو المصلحة المترتبة عن العلة- التي لأجلها شرع الحكم في المنصوص أو المجمع عليه؛ أما الوقائع التي يحكم فيها بالمصالح المرسله، فلا نظير لها مباشر في الكتاب أو السنة أو الإجماع.

<sup>1</sup>- محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، د.ط، د.ت.ن، ج1، ص309-310.

ج-القياس حجة في بناء الأحكام عليه، باتفاق العلماء غالبا خلافا للظاهرية؛ وأما المصالح المرسلة فقد وقع خلاف واضطراب في حجيتها وجواز التفريع عليها<sup>1</sup>.

ثانيا: الفرق بين المصالح المرسلة والاستحسان: تفتقر المصالح المرسلة عن الاستحسان، في أن الاستحسان في غالب صورته استثناء من القواعد والنصوص العامة، فهو لا يكون إلا في الوقائع التي فيها دليل يثبت حكما، فيعدل عنه المجتهد إلى حكم آخر لدليل أقوى من الدليل الأول، ولا يتحقق ذلك إلا عند تعارض دليلين في جزئية من جزئيات القاعدة أو الدليل العام، أما المصلحة المرسلة فلا استثناء فيها، بل يعمل بها فيما ليس فيه دليل، ومن ثم لا يكون لها حكم سابق، بل الحكم ما قضت به المصلحة، ولا يوجد في محلها تعارض. والاستحسان وإن كان يشترك معها، في أنه قد يكون بالمصلحة، إلا أنه يكون بطريق الاستثناء<sup>2</sup>.

ثالثا: الفرق بين المصلحة المرسلة والبدعة.

### 1-تعريف البدعة:

أ-لغة: البدع بالكسر: الأمر الذي يكون أولا. قال تعالى: **{بَدِيعُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ}** البقرة:117. والبدعة بالكسر: الحدث في الدين بعد الإكمال أو ما استحدث بعد النبي -صلى الله عليه وسلم-، من الأهواء والأعمال، وأبدع بالضم: أبطل، وبدعه تبديعا: نسبه إلى البدعة، واستبدعه: عده بديعا، وتبدع: تحول مبتدعا<sup>3</sup>.

ب/اصطلاحا: "طريقة في الدين مخترعة تضاهي الشرعية يقصد بالسلوك عليها المبالغة في التعبد لله سبحانه"، وهذا على رأي من لا يدخل العادات في معنى البدعة، وإنما يخصها بالعبادات، وأما على رأي من أحل الأعمال العادية في معنى البدعة، فيقول: البدعة طريقة في الدين مخترعة تضاهي هذا الحد، فالطريقة، والطريق والسبيل والسنن هي بمعنى واحد وهو ما رسم للسلوك عليه وإنما قيدت

<sup>1</sup>-محمد أحمد بوركاب، المصلحة المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص74-75.

<sup>2</sup>-محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص310-311.

<sup>3</sup>-مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص702.

بالدين لأنها فيه تخترع وإليه يضيفها صاحبها، وأيضا فلو كانت طريقة مخترعة في الدنيا على الخصوص لم تسم بدعة كإحداث الصنائع والبلدان التي لا عهد بها فيما تقدم<sup>1</sup>.

## 2-الفرق: يتفقان في أمر ويختلفان في أمور أخرى:

أ- وجه الاتفاق: كلاهما أمر مستحدث لم يكن موجود على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا يوجد نص خاص يشهد لعينه بالاعتبار أو الإلغاء.

### ب- أوجه الاختلاف:

-المصلحة المرسلة لا تكون إلا ملائمة لمقصود الشارع وما تفرع عنها من قواعد كلية، والبدعة السيئة على خلاف ذلك، فهي مشابهة للمرسل الملغى.

-مجال العمل بالمصالح المرسلة باب المعاملات غالبا، لمعقولية معناها، ويندر وجودها في قسم العبادات، لأنها غير معقولة المعنى غالبا، والبدعة السيئة على خلاف ذلك وهناك من لا يحسب بين المصلحة المرسلة والبدعة الحسنة فرقا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي، الاعتصام، المرجع السابق، ص34.

<sup>2</sup>-محمد أحمد بوركاب، المرجع السابق، ص82-83.

## المبحث الثاني: حجية وضوابط المصلحة المرسلة عند المالكية.

لم يختلف الأصوليون في نسبة القول إلى مالك - رحمه الله - بأنه في طليعة الأخذين بالمصلحة المرسلة، وأنه يعول عليها كثيرا في استنباط الأحكام، ويعتبرها أصلا مستقلا، غير أن هذه النسبة أخذت أشكالا مختلفة، فمنهم من قال: إنه أفرط فيها وفتح باب التشريع وخلع الربقة، ومنهم من قال: إنه يقول إن كانت ضرورية قطعية كلية، ولم يقل بها في غير ذلك، ومنهم من نفى عنه القول بها على الوجهين السابقين وأثبت أنه لا يختلف في أصل الأخذ بها عن بقية الأئمة، إلا أن له ميزة في كثرة الاعتماد عليها في الاستنباط دون غيره<sup>1</sup>. سنتعرف من خلال هذا المبحث عن المصلحة التي أخذ بها الإمام مالك - رحمه الله عليه -، وإن وضع قيود وضوابط عند إعمالها، أم لا.

## المطلب الأول: حجية المصالح المرسلة عند المالكية.

المصلحة تساير الاجتهاد المالكي في أي وجهة هو مولياها، وهي مشايعة له في كل شعب من شعاب النظر سلك؛ فالمصلحة بحق هي قطب الرّحى في المذهب المالكي. وهذه مزية منيفة تجعل هذا المذهب من أشد المذاهب في الالتفات إلى المصالح التي راعاها الشارع في أحكام<sup>2</sup>؛ وهنا ننقل جملة من أقوال العلماء في ذلك: قال القرافي: المصلحة المرسلة قال بها مالك، وجمع من العلماء<sup>3</sup>. كما أشار ابن رشد الحفيد إلى أخذ مالك بهذا الأصل؛ فقال: وقد أنكره كثير من العلماء، والظاهر من مذهب مالك القول به؛ يقصد القياس المرسل، وقال في موضع آخر: القياس المرسل، أعني المصلحي، الذي كثيرا ما يقول به مالك، وقال بأن: مالك - رحمه الله - يعتبر المصالح وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها<sup>4</sup> وهذا الأصل عزاه للمالكية جمع غفير؛ أمثال: المقرئ، ابن عاشور في كتبهم وغيرهم. ويرجع اعتبار المصلحة المرسلة عنا لإمام مالك - رحمه الله - إلى الأدلة التالية:

<sup>1</sup> - فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك، دار التدمرية، الرياض - السعودية، ط1، 1428 هـ - 2007 م، ج2، ص414.

<sup>2</sup> - حاتم باي، المرجع السابق، ص107.

<sup>3</sup> - شهاب الدين أحمد القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، ج10، ص45.

<sup>4</sup> - حاتم باي، المرجع السابق، 108-109.

1- أن مصالحنا ستتجدد ولا تتناهي، فلو لم تشرع الأحكام لما يتجدد من مصالح الناس، ولما يقتضيه تطورهم، واقتصر التشريع على المصالح التي اعتبرها الشارع فقط، لعطلت كثير من مصالح الناس في مختلف الأزمنة والأمكنة، ووقف التشريع عن مساندة تطورات الناس ومصالحهم، وهذا لا يتفق وما قصد بالتشريع من تحقيق مصالح الناس.

2- أن من استقرأ تشريع الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، يتبين أن هم شرعوا أحكاما كثيرة لتحقيق مطلق المصلحة، لا قيام شاهد بإعتبارها. فأبو بكر جمع الصحف المتفرقة التي كانت مدونا فيها القرآن، وحارب مانعي الزكاة، واستخلف عمر بن الخطاب، وعمر أمضى الطلاق ثلاثا بكلمة واحدة، ومنع سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات، ووضع الخراج، ودون الدواوين، واتخذ السجون، ووقف حد السرقة في عام المجاعة، وعثمان جمع المسلمين على مصحف واحد ونشره وجرق ما عداه، وغيرها كثير .

جميع هذه المصالح التي قصدوها بما شرعوه من الأحكام هي مصالح مرسلة، ولأنها لا دليل من الشارع على إلغائها، فما وقفوا عن التشريع لمصلحة حتى يشهد شاهد شرعي بإعتبارها، ولهذا قال القرافي: إن الصحابة عملوا أمورا لمطلق المصلحة، لا لتقدم شاهد بالاعتبار<sup>1</sup>. وقال ابن النجار: فمهما وجدنا مصلحة غلب على الظن أنها مطلوبة للشرع نعتبرها<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: ضوابط المصلحة المرسلة.

ذكر المالكية- وهم أكثر الفقهاء أخذًا بالمصالح المرسلة- شروطا لا بد من توافرها في المصلحة المرسلة، لإمكان الاستناد إليها والاعتماد عليها؛ وهذه الشروط هي:

<sup>1</sup>- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، د.ط، 1996م، ص81-82.

<sup>2</sup>- محمد بن أحمد بن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقيق محمد الزحيلي؛ نزيه حماد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.ط، د.ت.ن، ج4، ص171.

أولاً: الملاءمة؛ أي: أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع، فلا تخالف أصلاً من أصوله، ولا تنافي دليلاً من أدلة أحكامه، بل تكون من جنس المصالح التي قصد الشارع تحصيلها أو قربة منها ليست غريبة عنها.

ثانياً: أن تكون معقولة بذاتها، بحيث لو عرضت على العقول السليمة لتلقها بالقبول<sup>1</sup>.

ثالثاً: وأن حاصل المصالح يرجع إلى حفظ أمر ضروري، ورفع حرج لازم في الدين، وأيضاً مرجعها إلى حفظ الضروري من باب "ما لم يتم الواجب إلا به" فهي إذا من الوسائل لا من المقاصد، ورجوعها إلى رفع الحرج راجع إلى باب التخفيف لا إلى التشديد<sup>2</sup>.

وهذه الضوابط أو الشروط تبعدها عن مزلق الهوى ونزوات النفوس، ولكن ينبغي أن يضاف إليها شرطان آخران؛ هما: أن تكون المصلحة التي تترتب على تشريع الحكم مصلحة حقيقية لا وهمية، وأن تكون المصلحة عامة لا خاصة؛ أي: أن يوضع الحكم لمصلحة عموم الناس لا لمصلحة فرد معين أو فئة معينة، مع اللجوء إلى فقه الموازنة واعتبار المآل<sup>3</sup>.

قال ابن جزى: ضابط المصلحة المرسله أو الاستصلاح أو المناسب المرسل... الخ: كالمنفعة داخله في مقاصد الشارع، وليس لها أو لجنسها القريب شاهد شرعي بالاعتبار، أو الإلغاء، وقيل: وجود معنى يشعر بالحكم مناسب له عقلاً من غير وجود أصل متفق عليه، مع جريان التعليل المصور فيه، وقيل: وجود معنى يشعر بالحكم عقلاً، ولا يستند إلى أصل كلي، ولا جزئي<sup>4</sup>.

فالمصلحة التي جعلت أساساً بهذا الحكم الديني في الشرع الإسلامي، هي التي تتفق مع مقاصده، ومقصد الشرع الإسلامي حفظ الأمور الخمسة المتفق على وجوب حفظها؛ وهي: الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسل أو العرض، على اختلاف ترتيب، فقد اتفقت الملل على وجوب حفظها وتضافرت عليه، بل قد اتفقت العقول كلها على أن الجماعة تقوم على رعاية هذه الأمور وحفظها.

<sup>1</sup>- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، د.م.ن، ط6، د.ت.ن، ص242.

<sup>2</sup>- إبراهيم بن موسى الشاطبي، الاعتصام، مكتبة الرياض الحديثة، البطحاء-الرياض، د.ط، د.ت.ن، ج2، ص133.

<sup>3</sup>- عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص242.

<sup>4</sup>- أبو القاسم محمد ابن جزى، تقريب الأصول إلى علم الأصول، تحقيق وتعليق محمد الأمين الشنقيطي، د.د.ن، المدينة المنورة، ط2، 1423هـ-2002م، ص40.

ولقد قسم علماء الأصول الأعمال بالنسبة للمحافظة عليها إلى ثلاثة أقسام، وبنوا المطالبة على أساس ترتيبها؛ وهي: الضروريات، والحاجيات، والتحسينات<sup>1</sup>.

### المبحث الثالث: أسباب ومجال أعمال المصلحة المرسله ومعايير الترجيح في ظلها.

ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول أسباب الأخذ بالمصلحة المرسله، وفي المطلب الثاني مجال أعمال هذه المصلحة، وفي المطلب الثالث معايير الترجيح في ظلها.

**المطلب الأول: أسباب ومجال أعمال المصلحة المرسله .**

تتجلى ضرورة الأخذ بالمصلحة المرسله أكثر، عند معرفة دواعي العمل بها:

#### 1- جلب المصالح ودرء المفاسد: فالمصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المستدفة إنما تعتبر من

حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية،

أو درء مفسدها العادية، لأن الشريعة إنما جاءت لتخرج المكلفين عن دواعي أهوائهم<sup>2</sup>، قال

تعالى: **{وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَ هُم لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ}**

المؤمنون: 71.

#### 2- سد الذرائع: وأما سد الذرائع فمعناه: حسم مادة الفساد بقطع وسائله والذرائع هي الوسائل .

ومبدأ سد الذرائع سلكته الشريعة الإسلامية في الأمور الدينية والمدنية، أي في العبادات

والمعاملات على السواء<sup>3</sup>.

على أن المنظور إليه في سد الذرائع ليس هو النية السيئة من الفاعل، بل مجرد كون الفعل مما يفضي إلى النتيجة التي يابها الشارع، ولو كان الفاعل حسن النية. ولذا نهى القرآن عن سب أصنام

<sup>1</sup>- أبو زهرة، مالك، المرجع نفسه، ص400.

<sup>2</sup>- إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ص37.

<sup>3</sup>- أبو القاسم محمد ابن جزي، المرجع السابق، ص414-415.

المشركين وإن كان الذي يسبها إنما يسبها إيماناً بالله تعالى وانتصاراً له<sup>1</sup>. قال تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ الأنعام: 108.

3- تغير الزمان: وكذا المكان؛ أي: ما يكون مصلحة في زمن ما أو مكان لا يكون في آخر، لذا وجب النظر في الواقع وتقدير المصلحة على وفقه لتقديم الفتوى المناسبة، وهذا ما علمناه من سلفنا الصالح. قال ابن القيم-رحمه الله-: تغير الفتوى، واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، فالمصلحة تسير تطور البشر واختلاف حالهم<sup>2</sup>. وقال خلاف: الاستصلاح أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه، وفيه المتسع لمسايرة التشريع تطورات الناس، وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم<sup>3</sup>.

#### المطلب الثاني: مجال العمل بالمصلحة المرسله.

لقد اتفق العلماء على عدم جواز الاستصلاح فيما لا يعقل معناه، في أحكام العبادات والمقدرات، وكلما شرع محددًا واستأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدد به<sup>4</sup>. كما قال الشاطبي: الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد، دون الالتفات إلى المعاني<sup>5</sup>. بخلاف المعاملات والعادات والسياسات الشرعية، التي تصلح أن تكون مجالاً للاستصلاح، ذلك أن الأصل في العادات الالتفات إلى المعاني التي شرعت الأحكام لأجلها. إذ إن التكاليفات في هذه الأمور قصد بها تكوين مجتمع إسلامي على أساس العدل والفضيلة، وهذا يقتضي تشريع كل ما من شأنه أن يجلب مصلحة أو يدرأ مفسدة<sup>6</sup>. ولقد استدلل الإمام الشاطبي على هذا بثلاثة أدلة:

الأول: الاستقراء: فإننا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة جاز، كبيع الرطب

<sup>1</sup>-مصطفى أحمد الزرقا، الاستصلاح والمصالح المرسله، دار القلم، بيروت، ط1، 1408هـ-1988م، ص47.

<sup>2</sup>-ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1423هـ، ج1، ص41.

<sup>3</sup>-عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، دار القلم، الكويت، ط2، د.ت.ن، ص85.

<sup>4</sup>-محمد أحمد بوركاب، المرجع السابق، ص92.

<sup>5</sup>-إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ص298.

<sup>6</sup>-محمد أحمد بوركاب، المرجع السابق، ص94.

باليابس، يمتنع حيث يكون مجرد غرر وربما من غير مصلحة-وهو بيع المزبنة المنهي عنه -ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة -كالاستثناء في العرايا.-ولم نجد هذا في باب العبادات مفهوما كما فهمناه في العادات، قال تعالى: **{وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ}** البقرة:

179، وقال صلى الله عليه وسلم -: لا ضرر ولا ضرار<sup>1</sup> والأمثلة في ذلك كثيرة.

الثاني: أن الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات، وأكثر ما علل فيها بالمناسب الذي إذا عرض على العقول تلقته بالقبول، ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها إتباع المعاني، لا الوقوف على النصوص، بخلاف باب العبادات فإن المعلوم فيه خلاف ذلك، وقد توسع في هذا القسم مالك-رحمه الله-حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسله، وقال فيه بالاستحسان، ونقل عنه أنه قال: إنه تسعة أعشار العلم.

الثالث: أن الالتفات إلى المعاني قد كان معلوما في الفترات، واعتمد عليه العقلاء حتى جرت بذلك مصالحهم، وأعملوا كلياتها على الجملة فأطردت لهم، وهذا ما يظهر في تقرير وقبول الشريعة لجملة من الأحكام التي جرت في الجاهلية<sup>2</sup>.

إلى هنا يتضح موقف المسلم؛ حيث يلجأ إلى البحث والاجتهاد في قسم العادات، وإلى التسليم في قسم العبادات. وبالتأمل في هذه المجالات ومدى حاجتها إلى إعمال العقل وإيقاد الفكر، يتضح لنا جليا، أن حكمة الله اقتضت أن يفسح للعقل البشري وللإجتهاد البشري مجالات رحبة للعمل والنضج والترقي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث:2340، سنن ابن ماجه، ج4، ص27.

<sup>2</sup>- إبراهيم بن موسى لشاطبي، المرجع السابق، ص302-304.

<sup>3</sup>-أحمد الريسوني، نظرية المقاصد، المرجع السابق، ص292.

## المطلب الثالث: معايير الترجيح في ظل المصلحة المرسله.

كل تكليف في الشريعة مناط إما لدرء المفسدة، أو لجلب المصلحة، أو لهما معا؛ وهي رسالة كل الرسل كما قال الشاطبي: وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا<sup>1</sup>، ولكي تنتظم هذه المصالح والمفاسد لابد لها من قواعد؛ التي تعتبر مفتاح الوصول إلى بعض الحكم المرادة من التشريع، وميزان توزن به الأحكام الاجتهادية، وهي منضبطة عند أهل العلم، لا شطط فيها، إلا أنه قد اقتحم باب المصالح والمفاسد من ليس من أهل هذا الشأن، ولا فرسان الميدان، فجاءوا فيه بالعجائب، وقرروا الغرائب، وتوسع قوم فيه توسعا كبيرا خرج عن حد الاعتدال حتى صار مفسدة يجب درؤه وتكلم أقوام في المصالح والمفاسد بعمومات لا تظهر معالمها<sup>2</sup>، لهذا يجب ذكر المعايير التي تبين الرَّاجح من المرجوح:

هناك من العلماء من يرى أن مصالح الدنيا والآخرة لا تعرف إلا بالشرع، ولا تستقل العقول في الدنيا بإدراك مصالحها ومفاسدها على التفصيل<sup>3</sup>، قال الشاطبي تعقيبا على كلام العز بن عبد السلام إن بعض الناس قال: إن مصالح الدار الآخرة ومفاسدها لا تعرف إلا بالشرع، وأما الدنيوية فتعرف بالضرورات والتجارب والعادات والظنون المعتبرات. قال: ومن أراد أن يعرف المناسبات في المصالح والمفاسد، راجحها من مرجوحها؛ فليعرض ذلك على عقله بتقدير أن الشارع لم يرد به، ثم يبني عليه الأحكام، فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك؛ إلا التعبدات التي لم يوقف على مصالحها ومفاسدها<sup>4</sup>. إذا فميزان المصالح والمفاسد إنما هو ميزان الشريعة، إذ إن الشريعة يظهر بها العقل الصحيح المدرك للصواب، وتدل العقول على ما قصرت عن إدراكه من مصالح الأفعال ومفاسدها في الحال والمآل، وذلك للنصوص الخاصة أو العامة، أو طرق الاجتهاد التي جاءت بها الشريعة، حيث ينظر إلى المصالح والمفاسد المبنوثة في الدنيا من وجهين: من جهة وقوعها، ومن جهة تعلق الحكم الشرعي بها؛ فأما الأولى: لم يختلف العلماء في وجود أمور فيها مصلحة ومفسدة، ومصالحها أرجح من

<sup>1</sup> - إبراهيم بن موسى الشاطبي، المرجع السابق، ص 6-7.

<sup>2</sup> - سليمان بن سليم الرُّحيلي، "قواعد تعارض المصالح والمفاسد"، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد 143، ص 128.

<sup>3</sup> - سليمان بن سليم الرُّحيلي، المرجع نفسه، ص 144.

<sup>4</sup> - إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، ج 2، المرجع السابق، ص 77.

مفسدتها، وأمور فيها مصلحة ومفسدة ومفسدتها أرجح من مصلحتها. أما الأمور التي فيها مصالح محضة لا تشوبها مفسدة، أو الأمور التي فيها مفساد محضة لا تشوبها مصلحة، اختلفت أنظار العلماء في وجودها؛ حيث قالوا: في الإجمال بعدم تمحضها، وإن وجدت فإنها عزيزة نادرة<sup>1</sup>.

وقد تتزاحم المصالح فيما بينها، وحينئذ يجب معرفة خير الخيرين لتقديم أعلى المصالح؛ مع مراعاة رتبها على سلم المصلحة والمفسدة الذي اشتهر فيه التقسيم الثلاثي: الضروريات، الحاجيات والتحسينات، نوعها، مقدارها وامتدادها<sup>2</sup>، وفي هذا ضوابط يلزم مراعاتها؛ تتلخص في:

- 1/- تقدم المصلحة الضرورية ومكملاتها على المصلحة الحاجية والتحسينية.
  - 2/- تقدم المصلحة الحاجية ومكملاتها على المصلحة التحسينية، لتعلق الحاجة بها.
  - 3/- تقدم مصلحة الدين على غيرها من المصالح الضرورية، لعظم مصالح حفظ الدين، وما فيه من نيل السعادة الدنيوية والأبدية، وبحفظ الدين يتم حفظ باقي المصالح تبعاً.
  - 4/- يأتي حفظ مصلحة النفس بعد حفظ الدين، يليها حفظ النسب، ثم العقل، وأخيراً المال.
  - 5/- تقدم مصالح الواجبات على مصالح النوافل، وفي حال التزاحم يقدم أوكدهما.
  - 6/- تقدم مصلحة العبادة المتعدية على القاصرة.
  - 7/- تقدم الفضيلة المتعلقة بذات العبادة على الفضيلة المتعلقة بمكانها وزمانها<sup>3</sup>.
- كما تتزاحم المصالح قد تتزاحم المفساد، وفي هذه الحال نخضعها لميزان الترجيح لبيان الأرجح، وفقاً لضوابط الآتية:

- 1/- المفساد المفوتة للمصالح الضرورية أعلى من المفساد المفوتة للمصالح الحاجية. والتحسينية، المفساد المفوتة للمصالح الحاجية أعلى من المفساد المفوتة للمصالح التحسينية.
- 2/- المفساد المفوتة للدين أعلى من المفساد المفوتة لبقية الضروريات، والمفساد المفوتة للنفس أعلى من المفساد المفوتة لما يليها من الضروريات، والمفساد المفوتة للنسب أعلى من المفساد المفوتة

<sup>1</sup> - سليمان بن سليم الرُّحيلي، المرجع نفسه، ص 154.

<sup>2</sup> - عبد الله بن يوسف الجديع، تيسير علم أصول الفقه، ص 337-338، انظر: أحمد الريسوني، نظرية التقريب والتغليب، ص 371 وما بعدها.

<sup>3</sup> - سليمان بن سليم الرُّحيلي، المرجع السابق 174-180. انظر: ضوابط المصلحة للبوطي: ص 249 وما بعدها.

للعقل والمال، والمفاسد المفوتة للعقل أعلى من المفاسد المفوتة للمال، وحدث اختلاف بين العلماء في تقديم النسب على العقل وتأخيريه عليه.

3/- المفاسد المفوتة للواجبات أعلى من الواجبات المفوتة للنوافل، والمفاسد المفوتة لفروض الأعيان أعلى من المفاسد المفوتة لفروض الكفاية، والمفاسد المفوتة للسنن الرواتب أعلى من المفاسد المفوتة للنوافل المطلقة.

4/- المفاسد المتعدية أعلى من المفاسد القاصرة<sup>1</sup>.

أما إذا تضمن الفعل مصلحة من وجه ومفسدة من وجه، وكانت إحداها مستلزمة للأخرى، وازناً بين المصلحة والمفسدة، فإن ترجح أحد الوجهين: تحصيل المصلحة أو دفع المفسدة، فعلناه، لأن العمل بالراجح متعين.

وفي حال ازدحام المصلحة والمفسدة وجب عليه طلب معرفة الراجح من طرفيهما، فإذا تبين له الرجحان، وجب عليه إتيان الأصلح له إن غلبت المصلحة المفسدة، أما إذا كانت المفسدة أعظم من المصلحة، يقدم درء المفسدة ولا يبالي بفوات تلك المصلحة؛ أي: تكون المصلحة في ترك المنافع الصغيرة للحصول على المنفعة الكبرى، أو في ترك منفعة مؤقتة لنيل منفعة دائمة، أو في ترك منفعة مشكوك فيها لنيل منفعة محققة<sup>2</sup>.

والمصلحة كلما كان مقدارها أكبر كانت أولى بالجلب، والمفسدة كلما كان مقدارها أكبر كانت أولى بالدفع، فإذا حدث تعارض تحصيل مصلحة ودفع مفسدة، ولم يمكن جلب المصلحة ودفع المفسدة معاً، بل لا بد من إيقاع أحدهما، فهنا يحسن أن نقف عند قاعدة شاع فهمها وتطبيقها على غير وجهها؛ وهي قولهم: درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، فهذه قاعدة ليست على إطلاقها، بل هي خاصة فيما إذا تعادلت المصلحة والمفسدة، أما إذا كانت المصلحة كبيرة، والمفسدة المعارضة لها قليلة، فالمقدم هو جلب المصلحة.

<sup>1</sup> - سليمان بن سليم الرُّحَيْلي، المرجع السابق، ص 197-199.

<sup>2</sup> - أبو زهرة، مالك، المرجع السابق، ص 391.

والترجيح بين المصالح والمفاسد بعضها على بعض بناء على النص الشرعي، غير منحصر فيما اختلفت أحكامه منها، كترجيح الواجب على المندوب....، بل يشمل حتى المصالح والمفاسد ذات الحكم الواحد<sup>1</sup>.

وكل من المصالح والمفاسد تتصل بباب المقاصد، فتتضح العلاقة بين مقاصد الشريعة والمصالح والمفاسد بمعرفة معنى مقاصد الشريعة؛ التي يعبر عنها بأنها : الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها<sup>2</sup>، ومقصد الشريعة من التشريع حفظ نظام العالم، وضبط تصرف الناس فيه على وجه يعصم من التفساد والتهاكك، وذلك إنما يكون بتحصيل المصالح واجتناب المفاسد على حسب ما يتحقق به معنى المصلحة والمفسدة، ورعاية المقاصد عبارة حاوية للإبقاء، ودفع القواطع، ولتحصيل على سبيل الابتداء، وقد يعبر عن تحصيل المقاصد بجلب المنفعة، ويعبر عن إبقاء المقاصد بدفع المضرة، فالمقاصد الشرعية مندرجة في هذا الأصل العظيم، بل هي أعلاه وذروة سنامه<sup>3</sup>.

فمن خلال الإحاطة بأحكام الشريعة ومقاصدها، ومن خلال الخبرة بأحوال الأمة ومتطلباتها ومن خلال النظر والتقدير العقلي، يتم تعيين المصالح المرسله، ووضعها في مراتبها اللانثقة بها. من أجل هذا كان لابد لاعتبار المصلحة في التشريع من تقييدها بضوابط تحدد معناها الكلي من ناحية وتربطها بالأدلة التفصيلية للأحكام من ناحية أخرى، حتى يتم التطابق بذلك بين الكلي وجزئياته<sup>4</sup>.

هذه المعايير وغيرها يجب أخذها بعين الاعتبار عند الترجيح والتغليب، والتقديم والتأخير للمصالح .إلى هنا يمكن القول كخلاصة لما سبق بأن المصلحة المرسله الذي سكت الشارع عنها، والمحتج بها لدى المالكية وفق شروط ومعايير محددة، تجعل منها موافقة لمقاصد الشريعة وتعاليم الدين، والله أعلى وأعلم.

1- احمد الريسوني، نظرية المقاصد، المرجع السابق، 371-372.  
2- علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، د.م.ن، 5، 1993، ص7.  
3- سليمان بن سليم الرحيلي، المرجع السابق، ص153.  
4- محمد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص116.

بعد هذه الجولة والسياحة في شاطئ العلم والبحث النظري، نستعد لركوب بحر العمل، سائلين راجين المولى أن يجنبنا أمواج الزلل، وعواصف الخطأ، ورعد الرياء، وبرق السمعة، وهذا البحر هو بعض التطبيقات للمصلحة المرسله، وذلك في الفصل القادم إن شاء الله تعالى<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>-محمد زركوط، المصلحة المرسله ضوابطها وبعض تطبيقاتها المعاصرة، د.د.ن، د.م.ن، د.ط، د.ت.ن، ص 66.

A decorative border made of black and white line art, featuring intricate scrollwork, floral motifs, and a central horizontal band with a scalloped edge. The border frames the central text.

الفصل الثاني:

شواهد تطبيقية مبنية

على أصل المصالح

المرسلة عند المالكية

الفصل الثاني: شواهد تطبيقية مبنية على أصل المصالح عند المالكية

ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول: مسائل في الضريبة والتسعير والمفلس

المبحث الثاني: مسائل في ضمان المبيع والرد بالعيب

### المبحث الأول: مسائل في الضريبة والتسعير والمفلس

لما كان المال أحد الكليات الخمس التي وجب الحفاظ عليها، ولما كان الظلم ظلمات في الدنيا والآخرة، كان لزاما على الأفراد مراعاة هذين الأصلين، اللذين هما مستند كل الأحكام الشرعية المعاملاتية، فإن زاغوا عنه، وجب على ولي الأمر حفظ الحقوق العامة، بتشريع الأحكام من ذوي الاختصاص للحد من مثل هذه التجاوزات.

### المطلب الأول: توظيف الضرائب على الرعية-الخارج-

ونتناول فيه ثلاثة فروع: ابتداء بصورة المسألة، فالأحكام المتعلقة بالخارج، ليبين الفرع الثالث وجه بنائه على المصلحة المرسله.

**الفرع الأول: صورة المسألة:** فمما لا شك فيه أن نظام الزكاة في الإسلام أهم نظام مالي يؤدي إلى خلق توازن بين طبقات المجتمع، حيث يجعل المال دولة بين الجميع، فيصبحوا كجسد واحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى، والزكاة هي الركن الأساسي والقاعدة العامة للعلاقات المالية بين المسلمين، لكنها ليست كل النظام المالي الإسلامي ولا الحق الوحيد في المال، وإنما يوجد في المال حقوق مالية أخرى كحقوق النفقة، والكفارات ونحوها، بل إن فيه حقا غير الزكاة، ولاسيما عند الشدائد والأزمات. حيث أعطى الإسلام الحق لولي الأمر في فرض حق آخر غير الزكاة عند الحاجة وبضوابط شرعية؛ وهذا الحق هو توظيف الضرائب على الرعية<sup>1</sup>، أو ما يعرف بالخارج.

فلنعرف الخارج والضريبة ليتضح المراد منهما

#### 1- مفهوم الخارج:

<sup>1</sup>- علي محيي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المعاصرة، شركة دار البشائر الإسلامية، بيروت-لبنان، ط1، 1431هـ-2010م، ج5، ص7.

أ- لغة: الخراج والخزج؛ ما يحصل من غلة الأرض، ولذلك أطلق على الجزية<sup>1</sup>.

ويقال: ضربت عليه خراجا إذا جعلته وظيفة، والاسم الضريبة، والجمع ضرائب<sup>2</sup>.

ب- اصطلاحا:

وجاء في معجم لغة الفقهاء:

ما تأخذه الدولة من الضرائب على الأرض المفتوحة عنوة، أو الأرض التي صالح أهلها عليها؛ والخراج على نوعين:

خراج وظيفة: الضريبة المقطوعة المفروضة على الأرض.

خراج مقاسمة: الضريبة المأخوذة من إنتاج الأرض بنسبة معينة<sup>3</sup>.

2- الضريبة:

أ- لغة: بفتح فكسر مؤنث ضريب، ج ضرائب.

ب- اصطلاحا: ما تفرضه الدولة على الأموال والأشخاص من غير الفرائض الشرعية

المسماة<sup>4</sup>.

وعليه توظيف الضرائب على الرعية هو: فرض الدولة على الأشخاص أصحاب الأموال مبلغا معيناً لصالح فئة معينة، وفق مراسيم وشروط مضبوطة نتعرف عليها لاحقا.

مثال هذا الوصف افتقار الدولة إلى تكثير الجند لصد الثغور وحماية الملك المتسع الأقطار، وقد خلا بيت المال بسبب صرف ما فيه إلى المصالح المشروعة؛ فهذا الوصف مناسب في نظر المجتهد لأن يفرض الإمام على الأغنياء ما يصلح حال الدولة ولا يضير بمصالحهم. وواضح أنه لم يثبت شرعا اعتبار هذا الوصف لهذا الحكم، لا بالنص ولا بالإجماع على عليته، ولا بجريان حكم شرعي على

<sup>1</sup>- الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص166.

<sup>2</sup>- الفيومي، المرجع نفسه، ص359.

<sup>3</sup>- محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت-لبنان، ط1، 1416هـ-1996م، ص172.

<sup>4</sup>- محمد رواس قلعجي، المرجع نفسه، ص255.

وفقه<sup>1</sup>، وإنما لم ينقل مثل هذا عن الأولين؛ لاتساع مال بيت المال في زمانهم بخلاف زماننا، فإن القضية فيه أخرى، ووجه المصلحة هنا ظاهر، فإنه لو لم يفعل الإمام ذلك النظام، بطلت شوكة الإمام المسؤول عن رعيته؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ: الْإِمَامُ رَاعٍ وَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ...."<sup>2</sup>، وصارت ديار المسلمين عرضة لاستيلاء الكفار.<sup>3</sup>

**الفرع الثاني: حكم الخراج:** يجوز للدولة الإسلامية فرض ضرائب عادلة معقولة على القادرين؛ بحيث يستطيعون دفعها بسهولة، من باب الصدقات العامة التي يجوز للدولة إيجابها عند الضرورة أو الحاجة العامة، وهذا رأي جماعة من الفقهاء.

واستندوا في جواز فرض الضرائب<sup>4</sup> إلى الحديث النبوي الشريف: [إِنَّ فِي الْمَالِ حَقًّا سِوَا الزَّكَاةِ]<sup>5</sup>، ونقل عن علي-رضي الله عنه-قوله: [إن الله تعالى فرض على الأغنياء في أموالهم بقدر ما يكفي فقراهم، فإن جاعوا، أو عروا وجهدوا فبمنع الأغنياء، وحق على الله تعالى أن يحاسبهم يوم القيامة ويعذبهم عليه].

كذلك نقل عن عمر، وابن عمر وعدد كبير من الصحابة أن في المال حقا سوى الزكاة، ولا سيما لدفع الفقر والحاجة، حيث قال: [وصح عن أبي عبيدة وثلاثمائة من الصحابة-رضي الله عنهم-أن زادهم فَنِي، فأمرهم أبو عبيدة، فجمعوا أزوادهم في مزودتين، وجعل يقوتهم إياها على السواء.

<sup>1</sup>-محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص224-225.

<sup>2</sup>-أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، رقم الحديث: 893، صحيح البخاري، ج2، ص5.

<sup>3</sup>-إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي، الاعتصام، تحقيق سليم بن العيد الهالبي، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1412هـ-1992م، ج1، ص619.

<sup>4</sup>-علي محيي الدين القره داغي، المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، شركة دار البشائر الإسلامية، بيروت-لبنان، ط1، 1431هـ-2010م، ج2، ص690.

<sup>5</sup>-أخرجه الترمذي في سننه، كتاب أبواب الزكاة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء أن في المال حقا سوى الزكاة، رقم الحديث: 660، سنن الترمذي، ج2، ص40.

فهذا اجماع مقطوع به من الصحابة لا مخالف لهم منهم. وصح عن الشعبي، ومجاهد، وطاووس وغيرهم كلهم يقول: في المال حق سوى الزكاة...<sup>1</sup>

وأدلتهم على هذا الجواز؛ هي:

1/ أن التضامن الاجتماعي فريضة تدل عليه النصوص الكثيرة من الكتاب والسنة. ومثاله: ما حكاه القرآن وأقره في قصة ذي القرنين حول عرض الشعب الخراج والضريبة الزائدة لحماية الأمة، فقال تعالى: { قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ۚ } الكهف: 94.

2/ أن مصارف الزكاة محدودة ونفقات الدولة كثيرة، فالزكاة لها مقدارها الخاص، ومصاريفها الخاصة فلا تخط ببقية أموال الدولة، بينما الدول تحتاج إلى أموال كثيرة للدفاع والحرب، والبحوث العلمية والتقدم التكنولوجي، ولتحقيق مجتمع العدالة والتعاون والتضامن والتكافل، ولا سيما في عصرنا الحاضر الذي نضرب فيه مورد الغنائم والفيء.

3/ إن قواعد الشريعة كقاعدة: "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"، وقاعدة: "رعاية المصالح ودرء المفساد"، وقاعدة: "الغرم بالغنم"، تدل بوضوح على ضرورة وجود الدولة القوية، وأن قوتها لا تتحقق بدون أموال كافية كما أن الفرد يستفيد من وجود الدولة وقوتها وهيبتها، فلا بد أن يكون له مقابل.<sup>2</sup> يقول القاضي ابن العربي: وعلى الملك فرض أن يقوم بحماية الخلق فيحفظ بيضتهم، وسد فرجتهم، وإصلاح ثغرهم من أموالهم التي تفيء عليهم، حتى لو أكلتها الحقوق، وأنفدتها المؤن، واستوفتها العوارض، لكان عليهم جبر ذلك من أموالهم، وعليه حسن النظر لهم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- علي محيي الدين القره داغي، مقدمات في المال والملكية والعقد، شركة دار البشائر الإسلامية، بيروت-لبنان، ط1، 1431هـ-2010م، ج3، ص199-200.

<sup>2</sup>- علي محيي الدين القره داغي، بحوث في فقه قضايا الزكاة المعاصرة، شركة دار البشائر الإسلامية، بيروت-لبنان، ط1، 1431هـ-2010م، ج8، ص55.

<sup>3</sup>- محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن، تعليق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط3، 1424هـ-2003م، ج3، ص243.

وقد أكد فقهاؤنا هذا الأصل ؛ منهم أبو عمرو بن منظور الأندلسي، الذي نقل فتواه الإمام الونشريسي، حيث قال: وسئل: القاضي أبو عمرو بن منظور<sup>1</sup> عن الوظائف الموظفة على الأرضين بجزيرة الأندلس المسماة بالمعونة كانت موضوعة في القديم على نسبة الدراهم السبعينية بل على الستينية وظفت عليها لتقويم بها مصالح الوطن، ووظف أيضا على الكسب في ذلك العهد بنسبة درهم ونصف للرأس من الغنم، ثم إن السكة تبدلت ونقضت على ما في علمكم، ثم ظهر الآن المعيار الحق، وهي السكة الجديدة، فهل يؤخذون بها إذا ظهر ما كان قد لزمهم في قديم الأزمان بعد أن تحطَّ عنهم الأفعال وما لزمهم من الملازم الثقال وما أحدث بعد تلك الأعصار؟ بينوا لنا ما الحكم في ذلك مأجورين مثابين بفضل الله.

فأجاب: الحمد لله تعالى، والصلاة والسلام على رسول الله، الجواب -وبالله التوفيق- أن الأصل ألا يطالب المسلمون بمغرم غير واجبة، وإنما يطالبون بالزكاة، وما أجبه القرآن والسنة كالفداء والركاز وإرث من يرثه بيت المال، وهكذا ما أمكن به حمى الوطن، وما يحتاج إليه من آلة حرب وعدة فيوزع على الناس ما يحتاج إليه من ذلك، وعند ذلك يقال: يخرج هذا الحكم ويستتبط من قوله تعالى: { قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا } ٩٤. الكهف: 2.94

وهناك فتوى شبه جماعية في مذهب الإمام مالك؛ حيث جمع الأمير تاشفين- 500/410 هجرية العلماء والقضاة في المغرب وبينهم أبو الوليد الباجي، وعرض عليهم حاجة الدولة إلى أصول إضافية من أجل تجهيز الجيوش ومدافعة الأعداء، وعدم وجود المال الكافي في بيت المال، فأجازوا له أن يأخذ من أموال المسلمين ما يفي بذلك بشروط.

<sup>1</sup>- هو: الإمام العلامة الفقيه محمد بن محمد-مكرر أربع مرات-ابن منظور الأندلسي الغرناطي قاضي الجماعة بها، فارس البراعة، أخذ عن أبيه القاضي أبي بكر وابن السراج وغيرهما، ونقل عنه: عصره المواق، وأخذ عنه: الخطيب أبو القاسم الفهري الأندلسي، له فتاوى بين دفتي المعيار، وكان حيا سنة 887هـ، وفي تلك الحدود مات عن سن عالية، انظر: نيل الابتهاج ص558، توشيح الديباج: 269.

<sup>2</sup>- أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط، د.ط، 1401هـ-1981م، ج5، ص32-33.

وكان الشيخ أبو إسحاق الشاطبي-رحمه الله-ممن يرى رأي من يجيز ضرب الخراج على الناس عند ضعفهم وحاجتهم لضعف بيت المال عن القيام بمصالح الناس، كمثل ما وقع لابن الشيخ المالقي في كتابه الورع له حين تكلم على إرادة الملوك وذكر أسباب نيلها، فعد منها ما يكون جائزا في حال دون حال، قال: وهو توظيف الخراج على المسلمين، وهو من المصالح المرسلة ولا شك عندنا في جوازه، وظهور مصلحته في زماننا الآن لكثرة الحاجة إلى ما يأخذه العدو من المسلمين سوى ما يحتاج إليه جماعة المسلمين من ذلك وضعف بيت المال الآن عن ذلك. قال: فهذا مما يقطع بجوازه لكن يبقى نظر آخر، وهو في قدر ما يحتاج إلى أخذه من ذلك فهذا لا يعرفه إلا الولي ومن يباشره من خدامه وخاصته فتعيين القدر المحتاج من عمل الولي.<sup>1</sup>

وهذا ما ذهب إليه الشاطبي وابن العربي وغيرهم.

هذه الأمثلة وغيرها تدل على جواز فرض الضرائب.

**الفرع الثالث: شروطه:** ومع التأكيد على أن الأصل هو عدم إباحة فرض الضرائب، قال الرسول- صلى الله عليه وسلم-: "لَيْسَ عَلَى مُسْلِمٍ جَزِيَّةٌ"، وقال أيضا: "لَا يَدْخُلُ الْجَنَّةَ صَاحِبُ مَكْسٍ"، والاستثناء هو جوازها للضرورة، والحاجة الملحة، فلا بد أن يكون هذا الاستثناء في إطار الشروط والضوابط الآتية: يذكرها ابن العربي في ثلاثة شروط:

الأول: ألا يستأثر بشيء عليهم.

الثاني: أن يبدأ بأهل الحاجة منهم.

الثالث: أن يسوي في العطاء بينهم على مقدار منازلهم.<sup>2</sup>

وقد أضاف بعض العلماء مجموعة من الضوابط والشروط عليها؛ وهي:

1/ الحاجة الحقيقية إلى المال، بأن لا توجد موارد كافية لدى الدولة، فلو كان في بيت المال ما يقوم به لم يجز، لذا يجب أن يتفقد هذا في كل وقت، حتى إذا انتفت الحاجة أزيلت الضريبة، وبعبارة أخرى: أن يكون فرضا مؤقتا مقيدا بالحاجة الواقعة أو المنتظرة.

<sup>1</sup> - أحمد بن يحيى الونشريسي، ج11، المرجع السابق، ص131. وقد حدث مثل ذلك في أيام قطز بمصر حينما أراد التجهيز لقتال

التتار، وتكرر هذا الموقف للإمام النووي مع الظاهر ببيرس.

<sup>2</sup> - محمد بن عبد الله بن العربي، المرجع السابق، ص243.

2/ أن تكون الضريبة على من كان قادرا من غير ضرر ولا إجحاف، والتصرف فيها بحسب المصلحة والحاجة الملحة مع تطبيق العدل.

3/ موافقة أهل الشورى على فرض الضرائب؛ أي: لا ينفرد الحاكم بالحكم، وإنما يستعين بأهل الاختصاص.

4/ عدم احتساب هذه الضرائب من الزكاة، لأن مصارفهما مختلفة.

5/ أن تكون موافقة للشرع وقواعده أولا، وبما أن سند جواز التوظيف الضريبي هو قاعدة المصالح، فيجب مراعاة المصلحة المعتبرة عند فرض الضرائب، في ضوء النظام المالي الإسلامي، والاهتداء بالقواعد الشرعية العامة ومقاصد الشريعة.<sup>1</sup>

#### الفرع الرابع: وجه البناء على المصلحة المرسله:

إذا جزم ولي الأمر وعزم على رفع الظلمات وأخذ على أيدي الآخذين ورفع ما أحدث في هذه الأزمان الفارطة القريبة مما لا خفاء بظلمه ولا ريب في جوره وسلك بالمأخوذ على الشروط التي ذكرناها حتى يعلم أنهم لا يطالبون إلا بما جرت به العوائد وسلك بهم مسلك العدل في الحكم ولا يزال يتفقد رعيته وولاته حتى يسيروا على نهج قويم، فله أن يوزع من المال على النسبة المشروعة، أو ما يراه صوابا ولا إجحافا فيه.<sup>2</sup>

فكان وجه بناء مسألة" توظيف الضرائب على الرعية "المصلحة المرسله.

لتظهر أن الضريبة؛ هي: أحد مصادر التمويل ووسيلة فعالة تمكن الدولة من التدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية وتوجيه النشاط الاقتصادي لوجهة معينة.<sup>3</sup>

فمتى تعينت الحاجة إلى فرض الضرائب كان لولي الأمر السلطة في ذلك وفق ضوابط وشروط كما بينا سالفًا، لتحقيق المصالح العامة في كل آن وحين.

ولعلنا نختم بما ختم به الإمام الونشريسي؛ حيث نقل كلاما للإمام الغزالي؛ حيث قال:

<sup>1</sup>-انظر: علي محيي الدين القره داغي، المرجع السابق، ج 8 ص 59-60، أحمد بن يحيى الونشريسي، ج 11، المرجع السابق، ص 128.

<sup>2</sup>- أحمد بن يحيى الونشريسي، المرجع نفسه، ج 5، ص 33-34.

<sup>3</sup>- علي محيي الدين القره داغي، بحوث في فقه قضايا الزكاة المعاصرة، المرجع السابق، ص 23.

إن الكلام الشافي للغليل، هو أن السائل إن أنكر وجه المصلحة أبديناه وأريناه، وقلنا إن لم يفعل الإمام ذلك، تبدد الجند، وانحل النظام، وبطلت شوكة الإمام، وسقطت أبهة الإسلام، وتعرضت الديار لهجوم الكفار، واستيلائهم، ولو ترك الأمر كذلك، فلا ينقضي إلا قدر يسير، وتصير أموال المسلمين طعمة للكفار وأجسامهم ذرية للرماح، وهدفا للنبال، ويثور بين الخلق بين التواثب والتغالب، ما يضيع به الأموال وتتعطل معها النفوس وتنتهك فيها الحرم. ونظام كل ذلك شوكة الإمام بعزته...<sup>1</sup> وشرط جواز ذلك كله يرجع إلى: عدالة إمام، وإيقاع التصرف في أخذ المال، وإعطائه على الوجه المشروع.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: التسعير حالة الضرورة

وتتدرج تحته مجموعة من الفروع أولها مفهوم التسعير وكيفيته، لنتعرف على صورته بدراسة أحكام كل قسم على حدا؛ لنستخلص وجه بنائه على أصل المصالح المرسلة. الفرع الأول: صورة المسألة: يُعرف في عرف السوق حدوث تغيرات دائمة بأوضاعه لأسباب وظروف معينة، لكن قانونه يفرض خضوع الجميع له، والأصل أنه لا يسعر على أحد ماله، ولا يكره على بيع سلعته ممن لا يريد، ولا بما لا يريد، إلا أن يتبين في ذلك ضرر داخل على العامة وصاحبه في غنى عنه، فيجتهد السلطان في ذلك ولا يحل له ظلم أحد<sup>3</sup>، لأن الرضا في العقود أساس انعقادها والإجبار إنما يكون استثناء للمصلحة العامة، فهل لولي الأمر سلطة التدخل بوضع سعر محدد يفرض عليهم، أم لا؟.

#### 1- مفهوم التسعير:

<sup>1</sup> - أحمد بن يحيى الوثيرسي، المرجع السابق، ج11، ص134. انظر: المستصفي: 334، شفاء الغليل: 234-245 للغزالي.

<sup>2</sup> - إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي، الاعتصام، المرجع السابق، ص620.

<sup>3</sup> - يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أحمد ولد ماديك، مكتبة الرياض، السعودية، ط1، 1398هـ-1978م، ج2، ص730.

أ- لغة: سعرت الشيء تسعيراً؛ أي: جعلت له سعراً معلوماً ينتهي إليه يقال له سعر إذا زادت قيمته، وليس له سعر إذا أفرط رخصه، والجمع أسعار مثل حمل وأحمال<sup>1</sup>. والتسعير تقدير السعر وتحديده.

ب- اصطلاحاً: عرفه ابن عرفة؛ بأنه: تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرًا للمبيع بدرهم معلوم<sup>2</sup>.

أو هو: تقدير السلطان أو نائبه للناس سعراً، ويجبرهم على التبائع به، أي بما قدره<sup>3</sup>؛ أو يأمر من ولي أمر المسلمين بوضع ثمن محدد للسلع التي يراد بيعها بحيث لا يظلم المالك ولا يرهق المشتري<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: صور التسعير وأحكامه

إن المتتبع لكتب الفقهاء في هذه المسألة لا يجد أنه ذكروا للتسعير صوراً متعددة، وقد يختلف الحكم باختلاف الصورة، وهذه الصور تتمثل فيما يلي:

- 1- التسعير ابتداءً-أي بدون سبب.
- 2- التسعير على من باع بأقل من سعر السوق أو أكثر.
- 3- التسعير على المحتكر أو بيع المنافع أو السلع التي يحتاجها الناس بثمن المثل.
- 4- حصر البيع والشراء على جهة معينة.

أ- الصورة الأولى: التسعير ابتداءً-أي من دون سبب:-

وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز.

<sup>1</sup>- محمد بن أحمد الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص 277.

<sup>2</sup>- محمد الأنصاري الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط 1، 1993م، ص 356.

<sup>3</sup>- مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، دمشق، ط 2، 1415هـ-1944م، ج 3، ص 62.

<sup>4</sup>- محمد علي فركوس، مختارات من نصوص حديثية في فقه المعاملات المالية، دار الموقع، الجزائر العاصمة، ط 2، 1432هـ-2011م، ص 126.

فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباحه الله لهم، فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل، فهو جائز، بل واجب<sup>1</sup>.  
فأما القسم الأول، فمثل ما روى أنس قال: غلا السعر على عهد النبي -صلى الله عليه وسلم- فقالوا: يا رسول الله، لو سعرت لنا؟ فقال: **{إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الرَّازِقُ، الْبَاسِطُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ}**<sup>2</sup>.

فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم، وقد ارتفع السعر -إما لقله الشيء، وإما لكثرة الخلق- فهذا إلى الله، فالزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق<sup>3</sup>، وذلك بأن يحد لأهل السوق سعر لبيعوا عليه، فلا يتجاوزونه، فهذا منع منه مالك، وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله، وأرخص فيه سعيد بن المسيب وربيعه بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الأنصاري.

وروى أشهب عن مالك في العُتْبِيَّة<sup>4</sup> في صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن ثلث رطل ولحم الإبل نصف رطل وإلا خرجوا من السوق، قال: إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم، فلا بأس به، ولكن أخاف أن يقوموا من السوق<sup>5</sup>.

وجه القول الأول الحديث: **{إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الرَّازِقُ، الْبَاسِطُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ}**<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد بن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، دار علم الفوائد، جدة، ط1، 1428م، ص638.

<sup>2</sup> - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب في التسعير، رقم الحديث: 3451، سنن أبي داود، ج3، ص441.

<sup>3</sup> - محمد بن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص639.

<sup>4</sup> - العُتْبِيَّة تسمى بذلك نسبة لمؤلفها محمد العُتْبِي بن أحمد عبد العزيز الأموي [ت245هـ]، وتسمى أيضا المُسْتَخْرَجَة، سميت بذلك لأنه استخرجها من الأسمعة التي رويت عن الإمام مالك بواسطة تلاميذه، وقد سماها ابن حارث "الديوان المُسْتَخْرَج من الأسمعة".

<sup>5</sup> - سليمان بن خلف الباجي، المنتقى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1420هـ-1999م، ج6، ص351.

<sup>6</sup> - تم تخريجه.

ومن جهة المعنى أن إجبار الناس على بيع أموالهم بغير ما تطيب به أنفسهم ظلم لهم مناف لملكها لهم.

ووجه قول أشهب ما يجب من النظر في مصالح العامة والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم، وليس يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحده الإمام على حسب ما يرى من المصلح للبائع والمبتاع، ولا يمنع البائع ربحاً ولا يسوغ له منه ما يضر بالناس<sup>1</sup>.

وأما الثاني، فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها، مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهذا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، فالتسعير هاهنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به.<sup>2</sup>

الأحكام التفصيلية؛ وتشمل:

1/- كيفية التسعير: قال ابن حبيب: ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ويحضر غيره استظهاراً على صدقهم، فيسألهم كيف يشترون، وكيف يبيعون فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعمامة سداد حتى يرضوا به. وقال: ولا يجبرون على التسعير، ولكن عن رضا، وعلى هذا أجازه من أجازه.

2/- المسعر عليهم: أما من يسعر عليهم على هذا القول، فهم أهل الأسواق، وأما الجالب فلا يسعر عليه شيء إلا أن ما يجلبه على ضربين، أصل القوت، وهو القمح أو الشعير فهذا لا يسعر عليه برضاه ولا بغير رضاه، وليبيع كيف شاء وأمكنه إذا اتفقوا، قاله ابن حبيب.

وأما جالب الزيت والسمن واللحم والبقول والفواكه وما أشبه ذلك مما يشتريه أهل السوق للبيع على أيديهم، فهذا أيضاً لا يسعر على الجالب، ولا يقصد بالتسعير، ولكنه إذا استقر أمر أهل السوق على سعر قيل له إما أن تلحق به، وإما تخرج عنه.

3/- المبيعات التي تسعر: قال ابن حبيب: وهذا في ماعدا القطن والبر، ويجب أن يختص التسعير بالمكيل والموزون، وأما غيره فلا يمكن تسعيره لعدم التماثل فيه،<sup>3</sup> غير أن تخصيص التسعير بالمكيل

<sup>1</sup> - سليمان بن خلف الباجي، المرجع السابق، ص 351.

<sup>2</sup> - محمد بن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 639.

<sup>3</sup> - سليمان بن خلف الباجي، المرجع نفسه، ص 352.

والموزون لا يمكن إسقاطه على واقعنا الذي يفرض استخدام وسائل مستحدثة، يتم التلاعب في أسعارها دون مراعاة الحاجة الملحة لها، فوجب التسعير عليها بناءً على المصلحة العامة، مثل الأجهزة الإلكترونية.

### ب- الصورة الثانية: التسعير على من باع بأقل من سعر السوق أو أكثر:

وهو أن تضع سعرا منخفضا أو رخيصا على سلعتك أو السلع فيكون سعره أقل من السعر الوسطي الذي يشتهر به في السوق، وكذلك هو الحال في الزيادة على سعر السوق. وسئل مالك عن صاحب السوق يريد أن يسعر على الناس السوق، فيقول لهم إما بعتم بكذا وكذا بسعر يسميه لهم وإما قمتم، قال: لا خير في هذا. قيل له: إنه يأتي الرجل يكون طعامه ليس بالجيد، وقد بدل سعرا فيقول لغيره: إما بعتم مثله وإما رفعتم، قال: لا خير في ذلك، ولكن لو أن رجلا أراد بذلك فساد السوق فحط عن سعر الناس لرأيت أن يقال له: إما لحقت بسعر الناس وإلا رفعت، فأما أن يقول للناس كلهم فليس ذلك بالصواب، وذكر حديث عمر بن عبد العزيز في أهل إيلة حين حط سعرهم لمنع البحر أن كتب في ذلك أن خل بينهم وبين ذلك، فإنما السعر بيد الله.<sup>1</sup>

وعلى قول مالك قال الباجي: الذي يؤمر به من حط عنه أن يلحق به هو السعر الذي عليه جمهور الناس، فإذا انفرد منهم الواحد والعدد اليسير بحط السعر أمروا باللحاق بسعر الناس، أو ترك البيع، فإن زاد في السعر واحد أو عدد يسير لم يؤمر الجمهور باللحاق بسعره؛ لأن المراعى حال الجمهور، وبه تقوم المبيعات.<sup>2</sup>

واختلف في تأويل كلامه هذا. فقال البغداديون: مراده بقوله من حط من السعر: أغلى في السعر. قال: وقال بعض المصريين، مراده بقوله: من حط من السعر؛ أي أرخص فيه. وهذا قد يسبق إلى فهم سامع هذا اللفظ أن المراد بقوله: حط؛ أي أرخص؛ كما قاله المصريون لكن ما قاله البغداديون: فإنه يتصور في كثير من البلاد.<sup>3</sup> فيأمر بالتسعير عليهم للحاق بسعر السوق دون

<sup>11</sup>- أبو الوليد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط1، 1405هـ-1975م، ج9، ص13.

<sup>2</sup>- محمد بن القيم الجوزية، الطرق السابق، ص665.

<sup>3</sup>- محمد بن علي المازري، شرح التلقين، تحقيق محمد المختار الإسلامي، د.م.ن، د.ط، د.ت.ن، ج2، ص1014.

الجلاب فإنه لا يسعر عليهم ، حيث قال محمد بن رشد: أما الجلاب فلا اختلاف في أنه لا يسعر عليهم شيء مما جلبوه للبيع، وإنما يقال لمن شذ منهم فحط من السعر أو باع بأعلى مما يبيع به عامتهم: إما أن تبيع بما يبيع به العامة وإما أن ترفع من السوق،<sup>1</sup> ويروى أن عمر بن الخطاب مرّ بحاطب ابن أبي بلتعة وهو يبيع زيبيا له بالسوق فقال له عمر بن الخطاب: إما أن تزيد في السعر وإما أن تُرفع من سوقنا.<sup>2</sup>

وأما أهل الحوانيت والأسواق الذين يشترون من الجلاب وغيرهم جملا ويبيعون ذلك على أيديهم مقطعا مثل اللحم والإدم والفواكه، فقيل: إنهم كالجلاب لا يسعر عليهم شيء من بيعاتهم. وإن على صاحب السوق الموكل على مصلحته أن يعرف بما يشترون فيجعل لهم من الربح ما يشبه وينهاهم أن يزيدوا على ذلك، ويتفقد السوق أبدا، فيمنعهم من الزيادة على الربح الذي جعل لهم كيف ما تقلب السعر من زيادة أو نقصان، فمن خالف أمره عاقبه بما يراه من الأدب وبالإخراج من السوق إن كان معتادا لذلك مستتراً به.<sup>3</sup>

### الأحكام التفصيلية:

وفيه ثلاثة أحكام؛ وهي:

**1/- في تبيان السعر الذي يُأمر من حط عنه أن يلحق به:** والذي يختص به في ذلك من السعر هو الذي عليه جمهور الناس، فإذا انفرد عنهم الواحد أو العدد اليسير بحط السعر أمر من حطه باللاحق بسعر الناس أو ترك البيع، فإن زاد في السعر واحد أو عدد يسير لم يؤمر الجمهور باللاحق بسعره، أو الامتناع من البيع، لأن من باع به من الزيادة ليس بالسعر المتفق عليه ولا بما تقام به المبيعات، وإنما يراعى في ذلك حال الجمهور، ومعظم الناس. وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يقام الناس لخمسة.

<sup>1</sup> - أبو الوليد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص314.

<sup>2</sup> - مالك بن أنس، الموطأ، المكتبة الوقفية، القاهرة-مصر، ط5، 2012م، ج2، ص335.

<sup>3</sup> - أبو الوليد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص314.

2/- في تبيان من يختص به من البائعين: لا خلاف في أن ذلك حكم أهل السوق والباعة فيه، وأما الجالب، ففي كتاب محمد: لا يمنع الجالب أن يبيع في السوق دون بيع الناس، وقال ابن حبيب: لا يبيعون ما عدا القمح والشعير إلا بمثل سعر الناس، وإلا رفعوا كأهل الأسواق.

3/- فيما يختص به ذلك من المبيعات: أما ما يختص به ذلك من المبيعات، فقال ابن حبيب: إن ذلك في المكيل والموزون، مأكولا كان أو غير مأكول، دون غيره من المبيعات التي لا تكال ولا توزن.

ووجه ذلك أن المكيل والموزون مما يرجع إلى المثل، فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر، وغير المكيل والموزون لا يرجع فيه إلى المثل، وإنما يرجع فيه إلى القيمة، ويكثر اختلاف الأغراض في أعيانه، فلما لم يكن متماثلا لم يصح أن يحمل الناس فيه على سعر واحد، وهذا إذا كان المكيل والموزون متساويا في الجودة، فإذا اختلف صنفه لم يؤمر من باع الجيد أن يبيعه بمثل سعر ما هو دون ذلك؛ لأن الجودة لها حصة من الثمن كالمقدار.<sup>1</sup>

ج- الصورة الثالثة: التسعير على المحتكر أو بيع المنافع أو السلع التي يحتاجها الناس بثمن المثل:

وذلك بحبس الطعام أو كل ما يضر الناس أو يعسر عليهم وقت الحاجة الماسة حين تكون قليلة أو نادرة حتى يرتفع ثمنه ويعرضه للبيع، فالحكرة إذا أضرت بأهل البلد ممنوعة في كل ما بهم حاجة إليه وضرورة إلى شرائه وكثرته، سواء كان طعاما أو ثيابا أو أي شيء كان من أنواع الأموال،<sup>2</sup> وفيه قال مالك: إذا قل الطعام في السوق، واحتاج الناس إليه فمن اشترى منه شيئا للحكرة فهو مضر للمسلمين معتد في فعله ذلك، فمن فعله، فليخرجه للسوق، وليبيعه من أهل السوق بما ابتاعه، ولا يزدد فيه، وأما إذا كثر الطعام في الأسواق، وباروا، استغنى المسلمون عنه، فلا بأس حينئذ بالابتياح للحكرة، وجميع الأشياء في ذلك كالطعام.<sup>3</sup> ومستنده في ذلك، لما بلغه أن عمر بن الخطاب قال: لا حكرة في سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهب إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا

<sup>1</sup> - سليمان بن خلف الباجي، المرجع السابق، ص 349-351.

<sup>2</sup> - عبد الوهاب البغدادي، المعونة، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.ط، د.ت، ج 1، ص 1035.

<sup>3</sup> - يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الاستذكار، دار قتيبة، دمشق-بيروت، ط 1، 1414هـ، 1993م، ج 20، ص 74.

فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله، وليمسك كيف شاء الله؛ ولما بلغه أيضا: أن عثمان بن عفان كان ينهى عن الحكرة.<sup>1</sup> وإذا كان الطعام بيد محتكره بشرائه من سوق المسلمين، ورأى الإمام من المصلحة للناس أن يأمرهم ببيعه بثمن يحده لهم ولا يتعدوه، فهذا مما اختلف الناس فيه، وأكثر العلماء على النهي عنه.

وذهب ابن المسيب ويحيى وربيعه إلى تمكين الإمام من هذا إذا رآه من المصلحة.

وقد سئل عن الإمام يقول للجزارين: بيعوا لحم الضأن رطلا بدرهم، الإبل نصف رطل بدرهم، إن هذا لا بأس به. ولكن يخاف أن يقوموا. فأشار إلى جواز التسعير في هذه الرواية من ناحية الفقه، ولكن وقف فيها إلى جواز التسعير من ناحية المصلحة، لأن لا أحد من العلماء يبيح للإمام أن يحجر على الناس أموالهم تحجيرا لا مصلحة فيه للجمهور.

وإنما يقع الاضطراب فيما فيه مصلحة. فمن يلتفت إلى القضاء بالمصالح أباح التسعير، ومن يلتفت إلى مضرة أصحاب الأموال في أن يحجر عليهم في أموالهم الثمن الذي يختارونه منع من التسعير. فصار الأمر ينحصر إلى أنه متى كان التحجير لا يتضمن مصلحة فإنه يمنع منه، ومتى كانت المصلحة لا تقابلها مضرة ولا مفسدة لأحد فإنه يجوز للإمام فعله.<sup>2</sup>

### الأحكام التفصيلية:

الاحتكار هو الادخار للمبيع، وطلب الربح بتقلب الأسواق، فأما الادخار للقوت، فليس من

باب الاحتكار وفيه ثلاث أحكام:

أولا: بيان الوقت الذي يمنع فيه الادخار: إن لذلك حالتين، إحداها حالة الضرورة والضيق، فهذا حال يمنع فيه الاحتكار ولا خلاف في ذلك، والثانية حال كثرة وسعة ففيه خلاف، فالذي رواه ابن القاسم عن مالك أنه لا يمنع فيها احتكار شيء من الأشياء.

<sup>1</sup>- مالك بن أنس، الموطأ، ص335.

<sup>2</sup>- محمد التميمي المازري، شرح الثقلين، المرجع السابق، ص1011-1012.

وقال مالك: ومما يعيبه من مضى ويرون ظلماً منع التجر إذا لم يكن مضراً بالناس ولا بأسواقهم. وروى ابن حبيب عن مالك، أن احتكار الطعام يمنع في كل وقت. فأما غير الطعام فلا يمنع احتكاره إلا في وقت الضرورة دون وقت السعة.

ووجه ما رواه ابن القاسم أن يمنع في وقت السعة منع أهل الاحتكار منفعة لا مضرة على غيرهم في إباحتها، ولا منفعة لهم في منعها، وذلك غير جائز كما لا يجوز أن يمنعوا الشرب من الدجلة.

ثانياً: ما يمنع من احتكاره: فالذي رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك أن الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع ما يحتاج إليه في ذلك سواء، فيمنع من احتكاره ما أضر ذلك بالناس. ووجه ذلك أن هذا ما تدعو الحاجة إليه لمصالح الناس فوجب أن يمنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام.

ثالثاً: بيان ما يمنع من الاحتكار: أما ما يمنع من الاحتكار، فإن الناس في ذلك على ضربين: ضرب صار إليه بزراعته أو جلابه، فهذا لا يمنع من احتكاره، ولا من استدامة إمساكه ما شاء، ويمسك إذا شاء بالمدينة وغيرها. وضرب من صار إليه الطعام بابتياح بالبلد، فإن المنع به في وقتين، أحدهما: أن يبتاعه في وقت الضرورة، والثاني أن يبتاعه في وقت سعة وجواز الشراء، ثم تلحق الناس شدة ضرورة إلى الطعام، ففي كتاب ابن المواز قيل لمالك: فإذا كان الغلاء الشديد وعند الناس طعام مخزون أبيع عليهم؟ قال: ما سمعته. وقال في موضع آخر فإذا كان في البلد طعام مخزون واحتيج إليه للغلاء، فلا بأس أن يأمر الإمام بإخراجه إلى السوق فيباع. وإن احتكر شيئاً من ذلك من لا يجوز له احتكاره، يتوب ويخرجه إلى السوق ويبيعه من أهل الحاجة إليه، بمثل ما اشتراه به فلا يزيد فيه شيئاً، فإن أبا من ذلك يخرج من يده إلى أهل السوق يشتركون فيه بالثمن، فإن لم يعلم ثمنه فبسعره يوم احتكاره<sup>1</sup>.

#### د- الصورة الرابعة: حصر البيع والشراء على جهة معينة:

ومن ذلك: أن يلزم الناس ألا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلاّ لأناس معروفين، فلا تباع تلك السلع إلا لهم، ثم يبيعونها هم بما يريدون، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب، فهذا من البغي في الأرض والفساد، والظلم الذي يحبس به قطر السماء، وهؤلاء يجب التسعير عليهم، وألا يبيعوا إلا

<sup>1</sup> - أبو الوليد سليمان الباجي، المرجع السابق، ص 347-348.

بقيمة المثل، ولا يشتروا إلا بقيمة المثل، بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء، فلو سوغ لهم أن يبيعوا بما شاءوا أو يشتروا بما شاءوا كان ذلك ظلماً للناس ظلماً للبائعين الذين يريدون بيع تلك السلع، وظلماً للمشتريين منهم. فالتسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع، وحقيقته إلزامهم بالعدل، ومنعهم من الظلم، وهذا كما أنه يجوز الإكراه على البيع بغير حق، فيجوز أو يجب الإكراه عليه بحق، مثل بيع المال لقضاء الدين الواجب، والنفقة الواجبة، ومثل البيع للمضطر إلى طعام أو لباس، ومثل الغراس والبناء في ملك الغير، فإن لرب الأرض أن يأخذ بقيمة المثل، وكل من وجب عليه شيء من الطعام واللباس والرقيق والمركوب-لحج أو كفارة أو نفقة-فمتى وجده بثمن المثل وجب عليه شراؤه، وأجبر على ذلك، ولم يكن له أن يتمتع حتى يبذل له مجاناً، أو بدون ثمن المثل.<sup>1</sup>

**الفرع الثالث: وجه البناء على المصلحة المرسله:** ووجه ذلك أن بالتسعير يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشتريين، بحيث يجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم، ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه، أدى ذلك إلى فساد الأسعار وإخفاء الأوقات وإتلاف أموال الناس.<sup>2</sup> وأكثر ما ينظر فيه صاحب أحكام السوق إذا رأى شططا كما فعل عمر-رضي الله عنه-وكذلك إذا رأى فسادا في السلعة ودخول ضرر ببقائها يحكم بما يرفع الضرر على المسلمين ومن خالف أمره عوقب بما يراه من الأدب والإخراج من السوق إن كان البائع معتادا بذلك مستترا به مما يكون فيه ضرر،<sup>3</sup> لذلك وجب بناء خطة مدروسة من ذوي الخبرة والاختصاص، تقوم على أساس الموازنة بين مصلحة البائع والمشتري دون إفراط ولا تفريط حتى لا يؤدي إلى ظهور ما يعرف بالسوق السوداء؛ حيث تباع السلع بأثمان غالية وذلك يعود بالضرر البالغ على المستهلك<sup>4</sup>، وهو الذي من أجله كان التسعير مع مراعاة عدم ديمومة هذا التسعير لما فيه من الظلم والجور.

<sup>1</sup>- محمد بن القيم الجوزية، الطرق المرجع السابق، ص640-642.

<sup>2</sup>- أبو الوليد سليمان الباجي، المرجع السابق، ص352.

<sup>3</sup>- أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المغرب والجامع المغرب، ج5، المرجع السابق، ص85.

<sup>4</sup>- محمد سليمان الأشقر، ماجد محمد أبو رحية، وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1418هـ-1998هـ، ج1، ص386.

المطلب الثالث: التفليس

ونستهله بصورة المسألة، وثم نخرج على مجموعة من الأحكام التي تتعلق بالمفلس والتي تنطوي تحت أحكام الحجر والدين، لنستخرج وجه بنائها على أصل المصالح المرسله وتفصيله كالآتي:

**الفرع الأول: صورة المسألة:** المدين المفلس هو من لديه مال، إلا أن الدين أحاط بماله؛ أي يزيد على ماله، والتدين جائز بالاتفاق لقوله تعالى: **{يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ}** البقرة:282، وقال: **{مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ}** النساء:11، فدل ذلك على جواز التداين، وذلك إذا تداين في غير سرف ولا فساد، وهو يرى أن ذمته تقي بما يدان. وقد استعاذ رسول الله صلى الله عليه وسلم من الدين فقال: **"اللهم إني أعوذ بك من المأثم والمغرم"**<sup>1</sup>، وقال عمر بن الخطاب: إياكم والدين فإن أوله هم وآخره حَرَبٌ؛ وحرب بفتح الحاء والراء<sup>2</sup>.

1-تعريف الفُلْس:

أ- لغة: مفرد جمع أفلس وفُلوس، وبأئعه: فَلَاس، ومن أفلس: لم يبق له مال، كأنما صارت دراهمه فُلوسا، أو صار بحيث يقال: ليس معه فُلْس، وفلَسَه القاضي تغليسا: حكم بإفلاسه<sup>3</sup>. وجمع المفلس مفاليس، وحقيقته: الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر<sup>4</sup>.

ب- اصطلاحا: الفلْس عدم المال، والتفليس خلع الرجل من ماله لغرمائه، والمفلس المحكوم عليه بحكم الفلْس، والمفلس الذي لا مال له ؛ وروي عن النبي أنه قال: **"أتدرون من المفلس؟ قالوا: المفلسُ فِينَا من لا دراهم له ولا متاع، قال: "إن المفلسُ من أمتي يأتي يوم القيامة بصلاة وصيام وزكاة ويأتي قد شتم هذا ، وقذف هذا، وأكل مال هذا، وسفك دم هذا،**

<sup>1</sup>-أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض وأداء الديون، باب من استعاذ من الدين، رقم الحديث:2397، صحيح البخاري، ج3، ص117.

<sup>2</sup>-محمد بن محمد الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تعليق محمد يحيى بن محمد الأمين الشنقيطي، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ج5، ط1، 1431هـ-2010م، ص403-404.

<sup>3</sup>-مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق ص563.

<sup>4</sup>-أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص481.

وضرب هذا؛ فيعطى هذا من حسناته وهذا من حسناته فإن فئيت حسناته قبل أن يقضى ما عليه؛ أُخِذَ من خطاياهم وطرحت عليه، ثم طرح في النار" <sup>1</sup> وروي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: "أصيب رجل في عهد رسول الله في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لغرمائه خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك" <sup>2</sup> وهو معاذ بن جبل، فلم يزد صلى الله عليه وسلم غرماءه على أن خلع لهم ماله ولم يأمر ببيعه ولا حبسه، وعلى هذا فقهاء الأمصار: أن المفلس لا يؤاجر في الدين ولا يحبس فيه، لقول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ {البقرة: 280}. <sup>3</sup>

2- الفرق بين الإفلاس والتفليس: أن الإفلاس يكون بفعل المدين نفسه، فيحتمل من الديون ما يزيد على أمواله، وأما التفليس فهو حكم القاضي عليه بأنه مفلس، فالأول سبب للثاني. ولما كان من آثار التفليس الحجر على المدين في أمواله، أدرجه الفقهاء في باب الحجر، لأن الحجر قد يكون لحظ المحجور عليه، كالصبي والمجنون، أو السفية، وقد يكون لحظ غيره كالمفلس <sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: شروط وحالات التفليس:

أولاً: شروط التفليس: يشترط للحجر على المفلس عند القائلين به ثلاثة شروط، ذكرها الدسوقي في حاشيته؛ وهي: أن يطلب الغرماء تفليسه كلهم أو بعضهم، وأن يكون الدين الذي عليه وطلب التفليس لأجله حالاً، وأن يكون ذلك في الحال يزيد على ما بيد المدين من المال أو كان ما بيد المدين يزيد عن الدين الحال ولكن تلك الزيادة لا تفي بالدين المؤجل <sup>5</sup>، وهي كالاتي:

<sup>1</sup>-أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، رقم الحديث: 2581، صحيح مسلم، ج8، ص18.

<sup>2</sup>أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، رقم الحديث: 1556، صحيح مسلم، ج5، ص29.

<sup>3</sup>-محمد بن أحمد بن الرشد، المقدمات الممهديات، تحقيق سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط1، 1408هـ-1982م، ج2، ص315-316.

<sup>4</sup>-يوسف بن عبد الله الشُّبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، دار الميمان، السعودية، د.ط. د.ت.ن، ج1، ص504.

<sup>5</sup>-شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، دم.ن، د.ط. د.ت.ن، ج3، ص264.

**الشرط الأول:** أن يطلب الغرماء أو بعضهم الحجر عليه؛ فلو طالبوا بديونهم ولم يطلبوا الحجر، لم يحجر عليه؛ ويرى الشافعية -خلافًا للمالكية والحنابلة- جواز الحجر على المدين بطلبه أو طلب وكيله ولو لم يطلب الغرماء بذلك. قالوا: لأن له غرضًا ظاهرًا في ذلك، وهو صرف ماله إلى ديونه.

**الشرط الثاني:** أن يكون الدين الذي يطالب به المدين حالًا، فلا حجر بالدين المؤجل؛ لأنه لا يطالب به في الحال، ولو طوّل به لم يلزمه الأداء.

**الشرط الثالث:** أن تكون الديون على المفلس أكثر من ماله، فلا يفلس بدين مساو لماله. ويرى المالكية أنه إذا كان مال المدين يزيد على دينه الحال ولكن تلك الزيادة لا تقي بالدين المؤجل فيفلس، إلا إن كان يرجى من تتميته لتلك الزيادة وفاء المؤجل<sup>1</sup>.

**ثانياً: حالات التفليس:** والحاصل أن المدين له ثلاثة أحوال:

**الحالة الأولى:** إحاطة الدين بماله قبل التفليس فلا يجوز له في هذه الحالة إتلاف شيء من ماله بغير عوض فيما لا يلزمه، فلا يجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق ولا حبس ولا إقرار بدين لمن يتهم عليه، وإذا فعل شيئاً من ذلك كان للغرماء إبطاله، ويجوز تصرفه إذا كان ذلك التصرف مالياً، فكان للغريم منع من أحاط الدين بماله.

**الحالة الثانية:** قيام الغرماء عليه فيسجنونه أو يقومون عليه، فيستتر منهم فلا يجدونه فيحولون بينه وبين ماله، ويمنعونه من التبرعات والتصرفات المالية بالبيع والشراء والأخذ والعطاء ولو بغير محاباة، ولهم قسم ماله بالمحاصة.

**الحالة الثالثة:** حكم الحاكم بخلع ماله للغرماء لعجزه عن قضاء ما لزمه، ويترتب على هذه الحالة أيضاً منعه من التبرعات والتصرفات المالية، وقسم ماله بين الغرماء، وحلول ما كان مؤجلاً من الدين والحجر عليه بسبب طلبه بدين حل عليه أعم من أن يكون ذلك الحجر من قيام الغرماء أو من حكم الحاكم بخلع ماله، والحالة الثانية تسمى فلساً بالمعنى الأعم، والثالثة تسمى فلساً بالمعنى الأخص، والأعمية والأخصية باعتبار التحقق؛ لأن حكم الحاكم بخلع المال إنما يكون بعد قيام الغرماء، فكلمة وجد الأخص وجد الأعم ولا عكس، إذ قد يقوم الغرماء على المدين من غير أن يرقوا الأمر للحاكم،

<sup>1</sup> -يوسف بن عبد الله السبيلي، المرجع السابق، ص 506-507.

أما إذا بلغ الحاكم جاز له أن يفلسه خلافا لعطاء القائل: أنه لا يجوز التفليس لأن فيه هتكا لحرمة المديان وإذلالا له.<sup>1</sup>

**الفرع الثالث: أحكام التفليس:** وتتعلق بالمدين نفسه أو ماله

**أولاً:** ما يجوز من إقرار المفلس وأفعاله قبل التفليس وبعده مما لا يجوز من ذلك: فأما قبل التفليس فلا يجوز له إتلاف شيء من ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة أو صدقة أو عتق أو ما أشبه ذلك. فقول "لا يلزمه" تحرزاً من نفقته على آباءه وأبنائه في الحد الذي يلزمه ذلك لهم، لأنه إتلاف مال بغير عوض وهو يجوز له لأنه يلزمه، فقد دخل معه الغرماء على ذلك، وتحرزاً أيضاً من نفقته على نفسه؛ لأن الإنفاق على نفسه بالقصد والسداد واجب عليه لإبقاء رmqه، ولا يجوز له في شيء من ذلك السرف، لأنه إتلاف مال على غير عوض فيما لا يلزمه ولا يجب عليه، وسبب إضافة "مما لم تجر العادة بفعله" إتلافه المال فيما جرت العادة بفعله؛ وهو جائز له كالكسوة يعطيها السائل والتضحية والنفقة في العيد من غير سرف وما أشبه ذلك.

وأما بعد التفليس، فلا يجوز له في ماله بيع ولا شراء ولا أخذ ولا إعطاء؛ ولا يجوز إقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد، واختلف في إقراره بمال معين مثل أن يقول هذا المال بيدي لفلان ووديعة أو قراض، وما أشبه ذلك على ثلاثة أقوال:

**أحدها:** أن إقراره بذلك جائز؛ وهو قول مالك في سماع عيسى من كتاب المديان.

**والثاني:** أن إقراره بذلك لا يجوز؛ وهو قول ابن القاسم في كتاب الوصايا الثاني من المدونة، وقول مالك في سماع ابن القاسم، وفي سماع أشهب، وقال: يقال له أفسدت أمانتك ولعلك أن تخص هذا أو تدانيه ليرد عليك.

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ص263.

والثالث: أنه إن كان على أصل القراض والوديعة بينة صدق أن هذا هو ذلك المال، وإن لم يكن على أصل ذلك المال بنية لم يصدق وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم<sup>1</sup>.

أما في ما يخص معرفة ما يكون الغريم أحق به من الغرماء في الموت والفلس، أو في الفلس دون الموت، مما لا يكون أحق به في شيء من ذلك و يحاص الغرماء، فتحصيله أن الأشياء المباعة بالدين تنقسم في التفليس على ثلاثة أقسام: عرض يتعين، وعين اختلف هل يتعين أو لا يتعين، وعمل لا يتعين، فأما العرض فإن كان في يد بائعه لم يسلمه حتى فلس المشتري، فهو أحق به في الموت والفلس جميعاً؛ لأنه كالرهن بيده، وهذا مما لا خلاف فيه، وإن كان قد دفعه إلى المشتري ثم فلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء في الفلس دون الموت عند مالك-رحمه الله- وجميع أصحابه على ما وردت به السنة الثابتة عن النبي-صلى الله عليه وسلم- من قوله: "أيا رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء"<sup>2</sup>، وله أن يترك سلعته و يحاص الغرماء، وإن أراد أخذ سلعته، فللغرماء أن يفتكوها منه بالثمن، قال ابن الماجشون: من مال الغريم أو من أموالهم، وقال ابن كنانة: ليس لهم أن يدفعوا إليه الثمن من أموالهم، وإنما لهم أن يبدوه به من مال الغريم، المفلس وقال أشهب: ليس لهم أن يأخذوها إلا أن يزيدوا على الثمن زيادة يحطونها عن المفلس من دينهم<sup>3</sup>.

**ثانياً: الحجر على المدين المفلس:** والمدين المفلس هو من عليه الديون بقدر ما عنده من الأموال أو زادت عليها، حيث يحجر عليه عند جمهور الفقهاء، بحكم القاضي عندما يطلب الدائنون الحجر عليه، وحينئذ يمنع من كل تصرف مالي يضر بدائنيه، فلا تنفذ تبرعاته المنجزة كالهبة والصدقة الواجبة والمندوبة، ثم تباع جميع أمواله لتوزع على دائنيه قسمة الغرماء، ثم بعد ذلك يفك الحجر عليه بحكم القاضي<sup>4</sup>، ويتعلق به أحكام أربعة: أحدها: تعلق حق غرمائه من سأل الحجر وغيره بماله

<sup>1</sup>- محمد بن أحمد بن الرشد، المقدمات الممهيات، ص323-325.

<sup>2</sup>- مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص347.

<sup>3</sup>- محمد بن أحمد بن الرشد، المقدمات الممهيات، المرجع نفسه، ص334.

<sup>4</sup>- علي محيي الدين القره داغي، حقبة الدكتور علي القره داغي الاقتصادية، ج4، المرجع السابق، ص308.

الموجود والحادث بنحو إرث، لأنه يباع في ديونهم ، فتعلقت حقوقهم به كالرهن فلا يصح أن يقر به المفلس عليهم - أي الغرماء - ولو كان إقراره بزيادة أو كان المفلس قصاراً أو حائكاً أقر بما في يده من المتاع لأربابه لم يقبل إقراره عليهم ؛ لأنه متهم ، بل يكون ما أقر به عليه - أي المفلس - يتبع به بعد فك الحجر عنه مؤاخذاً له بإقراره كراهن أقر بأن الرهن لزيد مثلاً ، فلا يقبل إقراره ، بل يباع بدينه حيث جاز بيع الرهن ، ويتبع به لزيد مؤاخذاً له بإقراره .

ولا يصح أن يتصرف مفلس في ماله بغير تدبير وقياسه - أي التدبير الوصية - لأنه لا تأثير بذلك إلا بعد الموت وخروجه من الثالث ، ولأن المدبر يصح بيعه، ولا يعتق إلا إذا خرج من الثالث بعد وفاء الديون، ولا يصح أن يبيعه المفلس ماله لغرمائه كلهم أو بعضهم بكل الدين؛ لأنه ممنوع من التصرف فيه ، فلم يصح بيعه، كما لو باعه بأقل من الدين ، ولأن الحاكم لم يحجر عليه إلا لمنعه من التصرف - والقول بصحة البيع يبطله - وهذا بخلاف بيع الراهن الرهن للمرتهن ؛ لأنه لا نظر للحاكم فيه ، بخلاف مال المفلس لاحتمال غريم ، وعليه فلو تصرف في استيفاء دين أو المسامحة فيه ونحوه بإذن الغرماء لم يصح، ويصح من مفلس تصرف غير مستأنف، كإمضاء خيار وفسخ لعيب فيما اشتراه قبل الحجر ؛ لأنه إتمام لتصرف سابق على حجره<sup>1</sup>.

ولما كان المال عصب الحياة أمر الله عز وجل بحفظه وجعل من وسائل ذلك الحجر على من لا يحسن التصرف في ماله، أو في تصرفه إضرار بحق الغير كالمفلس الذي أثقلته الديون فشرع الله الحجر حفظاً لأموال هؤلاء، ورعاية لمصلحة المحجور عليه بحفظ ماله وحقوقه، ودفعاً للضرر عن الآخرين، وحفظاً لحقوقهم.

**ثالثاً: ضمان المال المحجر عليه:** وحكم ضمان المال المحجر عليه؛ فيه قال أشهب: مصيبته من الغريم المفلس عيناً كان أو عرضاً حتى يقضي إياه الغرماء ورواه عن مالك، وقال ابن الماجشون: مصيبته من الغرماء إذا احتجبه السلطان عيناً كان أو عرضاً، ورواه عن مالك. وقال ابن القاسم ورواه عن مالك إن كان عيناً فمصيبته من الغرماء معناه إن كانت ديونهم عيناً، وإن كانت عروضاً فمصيبته في الغريم المفلس. معناه إذا كانت ديونهم عيناً أو عرضاً مخالفة لها، وأما إن كانت ديونهم

<sup>1</sup> - مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المرجع السابق، ص374-375.

لها فمصيبتها منهم، لأنهم يتحاصون فيها ولا يحتاجون إلى بيعها، فتحصيل مذهبه إن ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم، لأنه إنما يباع على ملكه وما لا يحتاج إلى بيعه، فضمانه من الغرماء، وقال أصبغ المصيبة في الموت من الغرماء وفي التقليل من الغريم المفلس<sup>1</sup>.

رابعاً: إذا أفلس الحر لا يؤاجر: ديون الحر تتعلق بذمته، ولا صلة لها برقبته، فلا يجوز لأحد أن يسترق المدين كما كان سائداً في الجاهلية؛ لأن الإسلام ألغى ومنع قطعياً استرقاق الحر بسبب إحاطة الديون بماله، أما مؤاجرته لتسديد ما عليه من ديون لا تقي بها ذمته، فهو محل خلاف بين العلماء، ومذهب الإمام مالك -رحمه الله تعالى-، أن الحر إذا أفلس لا يؤاجر، لإجماع أهل بلده على ذلك، قال مالك: الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أن الحر إذا أفلس لا يؤاجر، ومضى أصحاب مالك على هذا، فلا يكلف عندهم المفلس الذي أحاطت الديون بماله أن يكتسب، ولو كان ذا صنعة. وقد استدلو بما يلي: قول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ۗ﴾ البقرة: 280. <sup>2</sup> ووجه الدلالة في الآية على منع تأجير الحر إذا أفلس، أن الأمر فيها بالانظار إلى الميسرة، عند إفسار المدين يمنع التصرف في رقبته ببيع أو تأجير ونحوهما، فلا سبيل للدائن أو غيره على رقبته، فصح أن الآية دليل على منع مؤاجرة الحر المفلس<sup>3</sup>.

#### خامساً: حبس المدين إذا ادعى الفلاس :

اتفق الأئمة الأربعة على أن المدين إذا ادعى الفلاس، وأنه لا مال له. وصدقه الغرماء، أو قامت البينة على ذلك. أنه يجب إنظاره ولا يحبس. وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ البقرة: 280.

<sup>1</sup> - محمد بن أحمد بن الرشد، المقدمات الممهديات، المرجع نفسه، ص 325-326.

<sup>2</sup> - سحنون بن سعيد التتوخي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1415هـ-1994م، ج4، ص60.

<sup>3</sup> - محمد المدني بوساق، المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة، دار البحوث والدراسات الإسلامية، دبي، ط1، 1421هـ-2000م، ص 789-790.

وأما إذا لم يصدقه الغرماء في أنه لا مال له ولم تقم بينة على ذلك فإنهم أيضاً اتفقوا على أنه يحبس حتى يتبين صدقه، فإذا شهدت البينة بإعساره خلى سبيله. وإن اختلفوا في ملازمة غرمائه له وعدمها.

يقول ابن رشد: وأما إذا أقر الخصم؛ فإن كان المدعى فيه عينا فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه، وأما إذا كان مالاً في الذمة فإنه يكلف المقر غرمه، فإن ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك حتى يتبين عدمه، إما يطول السجن أو بالبينة إن كان متهماً، فإذا لاح عسره خلى سبيله، ويقول أيضاً: وكلهم مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفس، ولم يعلم صدقه، أنه يحبس حتى يتبين صدقه، أو يقر له بذلك صاحب الدين، فإذا كان ذلك خلى سبيله<sup>1</sup>.

وإذا اتهم الحاكم المديان أنه غيب مالا، أمر بحبسه لقول مالك: لا يحبس الحر ولا العبد في الدين، ولكن يستبرئ أمره، فإن اتهم أنه خبا مالا أو غيبه، حبسه، وإن لم يجد له شيئاً ولم يخبئ شيئاً لم يحبسه وخبى سبيله، إلا أن يحبسه قدر ما يتلوم من اختباره ومعرفة ماله وعليه أن يأخذ عليه حميلاً، فإن كانت له أموال قد غيبها يحبسه أبداً حتى يأتي بماله، أما الحبس في الدين فقال فيه مالك: إذا تبين للقاضي الألداد من الغريم حبسه<sup>2</sup>.

**الديون التي يحاص بها والديون التي لا يحاص بها على مذهب مالك:** فإنها تنقسم أولاً إلى قسمين أحدهما: أن تكون واجبة عن عوض. والثاني: أن تكون واجبة من غير عوض؛ فأما الواجبة عن عوض: فإنها تنقسم إلى عوض مقبوض، وإلى عوض غير مقبوض؛ وإن كانت عن عوض مقبوض سواء كانت مالا، أو أرش جنائية: فلا خلاف في المذهب أن محاصة الغرماء بها واجبة، وأما ما كان عن عوض غير مقبوض: فإن ذلك ينقسم إلى خمسة أقسام؛ أحدها: ألا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة. والثاني: أن لا يمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع ما يستوفى فيه، مثل أن يكتري الرجل الدار بالنقد، أو يكون العرف فيه النقد، ففلس المكتري قبل أن

<sup>1</sup> - مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص 116-118.

<sup>2</sup> - سحنون بن سعيد التتوخي، المرجع السابق، ص 59.

يسكن، أو بعد ما سكن بعض السكنى، وقبل أن يدفع الكراء. والثالث: أن يكون دفع العوض يمكنه ويلزمه ك رأس مال السلم إذا أفلس المسلم إليه قبل دفع رأس المال

والرابع: أن يمكنه دفع العوض ولا يلزمه، مثل السلعة إذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها إليه البائع. والخامس: أن لا يكون إليه تعجيل دفع العوض، مثل أن يسلم الرجل إلى الرجل دنانير في عروض إلى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال، وقبل أن يحل أجل السلم.

1 - فأما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة في ذلك إلا في مهور الزوجات إذا فلس الزوج قبل الدخول.

2 - وأما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفى منه، مثل المكتري يفلس قبل دفع الكراء؛ فقليل: للمكري المحاصة بجميع الثمن وتسليم الدار للغرماء، وقيل: ليس له إلا المحاصة بالسكن ويأخذ داره، وإن كان لم يسكن فليس له إلا أخذ داره.

3 - وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو إذا كان العوض عينا: فقليل: يحاص به الغرماء في الواجب له بالعوض، ويدفعه، فقليل: هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض .

4 - وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه: فهو بالخيار بين المحاصة، والإمساك، وذلك هو إذا كان العوض عينا.

5 - وأما إذا لم يكن إليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم، وقبل أن يدفع رأس المال، وقبل أن يحل أجل السلم: فإن رضي المسلم إليه أن يعجل العروض، ويحاصص الغرماء برأس مال السلم ، فذلك جائز إن رضي بذلك الغرماء ، فإن أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيها وجد للغريم من مال ، وفي العروض التي عليه إذا حلت لأنها من مال المفلس ، وإن شاءوا أن يبيعوها بالنقد ، و يتحاصوا فيها كان ذلك لهم .

وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض: فإن ما كان منها غير واجب بالشرع، بل بالالتزام كالهبات، والصدقات فلا محاصة فيها، أما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والأبناء، ففيها قولان:

أحدهما: أن المحاصة لا تجب بها، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنها تجب بها إذا لزم بحكم من السلطان وهو قول أشهب.

وأما معرفة وجه التحاص: فإن الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء، وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة إذ كان لا يقتضي في الديون إلا ما هو من جنس الدين إلا أن يتقوا من ذلك على شيء يجوز.

واختلفوا إذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء: ممن مصيبته؟ فقال أشهب: مصيبته من المفلس. وقال ابن الماجشون: مصيبته من الغرماء إذا وقفه السلطان. وقال ابن القاسم: ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم: لأنه إنما يباع على ملكه، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء، مثل أن يكون المال عينا والدين عينا. كلهم روى قوله عن مالك. وفرق أصبغ بين الموت والفلس، فقال: المصيبة في الموت من الغرماء، وفي الفلس من المفلس. وأما المفلس الذي لا مال له أصلاً: فإن فقهاء الأمصار مجمعون على أن عدم له تأثير في إسقاط الدين إلى وقت ميسرته، إلا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز: أن لهم أن يؤجروه. وكلهم مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفلس، ولم يعلم صدقه أنه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين، فإذا كان ذلك خلي سبيله.

وإنما صار الكل إلى القول بالحبس في الديون، وإن كان لم يأت في ذلك أثر صحيح لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض، وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة، وهو الذي يسمى بالقياس المرسل. وقد روي أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً في تهمة<sup>1</sup>.

وقد سئل عيش في مدين لجماعة فقام أحدهم وشدد عليه الطلب حتى أخذ أمتعته فيما له قبله فهل لبقيتهم مطالبة المدين إن كان عنده ما يباع على المفلس وإن كان لا يفي بما لهم عليه ولا يحاصون ذلك الرجل فيما أخذه، أو يحاصونه فيه وفيما عند المدين إن كان، وهل إن لم يكن عند المدين شيء يقضي لبقيتهم بمحاصته فيه قهراً عليه وهل إذا كان تحت يده رهن يفوز بما أخذه ولا رجوع لبقية الغرماء عليه وينتظرون يسر المدين أم كيف الحال أفيدوا الجواب. فأجبت بما نصه:

<sup>1</sup> - محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص291-293.

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله إذا أخذ القائم أولاً جميع ما بيد المدين، أو أكثر ولم يبق له إلا اليسير الذي لا يعامله الناس عليه فلباقي أصحاب الدين رد جميع ما أخذه الأول ويتحاصون فيه جميعاً بنسبة ديونهم وفيما بقي بيده إن كان أحب الأول أو كره، ولهم تغليس مدينهم إن كان مجموع ما أخذه الأول وما أبقاه أقل من مجموع ديونهم، وأما طلب ديونهم من غير تغليس فهو لهم ولو كان ما بيده أضعاف ديونهم بشرط الحلول وإن كان تحت يد الأول رهن فاز به لا بما أخذه من الأمتعة بمعنى أنه يقدم في وفاء دينه من ثمن ذلك الرهن والزائد إن كان يتحاص فيه باقيهم، قال في المختص: للغريم منع من أحاط الدين بماله من إعطاء غيره كل ما بيده. قال الخرخشي: معنى أحاط زاد أو ساوى . والمعنى أن المديان إذا أعطى كل ما بيده لبعض الغرماء فإن للباقي أن يمنعوه من ذلك ويردوا فعله جميعاً ولو كان الأجل قد حل ومثل الكل ما إذا بقي بيده فضلة لا يعامله الناس عليها، وفي المجموع: ومن أحاط الدين بماله ولو ساوى على الأظهر منع إعطاؤه بعض الغرماء ما لا يعامل بعده ككل ما بيده، ثم قال: وفسل الحاكم إن طلب ذلك غريم وحل الدين وأحاط بماله ولم يأت بحميل مال ومطل<sup>1</sup>.

**الفرع الرابع: وجه البناء على المصلحة المرسله:** فالمصلحة التي تعود على المدين المفلس من تعجيل بيع ماله للوفاء بحقوق الغرماء من وجهين، الأول: عدم إطالة مدة الحجر عليه، لما في استمرار الحجر عليه من التضيق عليه في تصرفاته المالية، الثاني: تحقيق قضاء دينه الواجب عليه رده لإبراء ذمته. ثم إن الحجر على المدين المفلس يحقق مصالح شرعية للمحجور عليه وللغرماء، مع ما فيه من التضيق على المحجور عليه لمنعه من التصرف في المال، وفك الحجر عن المدين المفلس بقسمة ماله وبحكم الحاكم عقب المبادرة ببيع مال المحجور عليه لإفلاسه يتم تقسيم عوائد البيع على الغرماء لإنهاء حالة منعه من التصرفات المالية، ويجب على المدين الموسر وفاء دينه الحال، فإن كان معسراً أمهل إلى وقت اليسار، وإن كان موسراً مماطلا حبسه الحاكم، فلي الواجد

<sup>1</sup> - محمد بن أحمد بن محمد عيش، فتاوى ابن عيش، دار المعرفة، د.م.ن، د.ط، د.ت.ن، ص554.

ظلم، يحل عرضه وعقوبته. فيشرع حبس المدين الموسر المماطل تأديباً له، ليسارع في وفاء ما عليه من الدين الحال، أما المعسر فله حق الإنظار، والعفو خير وأحسن.

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "مطل الغني ظلم، ومن أتبع على مليّ فليتبّع"<sup>1</sup>.

والظاهر أن عمدة القول بالحبس، إنما هو النظر إلى المصلحة، حتى لا تضيع على الناس حقوقهم، ويتوصل بعضهم إلى أكل أموال الناس بالباطل بمجرد إعلان الفس وادعاء العدم، فالقول بالحبس ينبه مثل هؤلاء لأن يضعوا في حسابهم مغبة هذه الفتوى، ويتصوروا ظلمة السجن وقساوته، فينجزروا عما قد يكونون عزموا عليه من الإثم . فيكون القول بالحبس حفظاً وصيانة للأموال عن الضياع، وذلك مصلحة يلتفت إليها في النظر الفقهي.

قال ابن رشد: وإنما صار الكل إلى القول بالحبس في الديون، لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض: وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة، وهو الذي يسمى بالقياس المرسل؛ والقياس المرسل هو المصلحة المرسله في اصطلاح الأصوليين<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحوالات، باب إذا أحال على ملي فليس له رد، رقم الحديث: 2288، صحيح البخاري، ج3، ص94.

<sup>2</sup>- مصطفى ديب البغا، المرجع السابق، ص118.

## المبحث الثاني: مسائل في الرد بالعيب وضمان المبيع قبل قبضه

البيوع من العقود اللازمة على الطرفين، ووجه لزومها الحفاظ على حقوق المتعاقدين، لكن قد يطرأ عليها طارئ مما يفقدها خاصية اللزوم، كالعيوب مثلا، فشرعت أحكاما تضمن حقوق البائع والمشتري معا، وقد تصل حد الضمان وتفصيلها كالآتي:

**المطلب الأول: رد المبيعات إذا وجد ببعضها عيب:** ويتضمن صورة المسألة ومجموعة من الأحكام التفصيلية التي تدرج تحت حكم خيار العيب، ثم وجه بنائها على أصل المصالح المرسلة، فيكون تفصيلها كالآتي:

**الفرع الأول: صورة المسألة:** الرد بالعيب لقب لتمكن المبتاع من رد مبيعه على بائعه لنقصه عن حالة بيع عليها غير قلة الكمية قبل ضمانه مبتاعه. فيدخل حادث النقص في العايب والمواضعة وقبل الاستيفاء وبت الخيار لا الرد لأنه لاستحقاق الأكثر. وعبر عنه ابن الحاجب بخيار النقيصة، وحالة المبيع المعتبر نقصها إما شرطا أو عرفا، فشرط ما لا ينقص ولا غرض فيه بوجه لغو، وهو الخيار الذي يثبت للمشتري رد المبيع لوجود عيب فيها لم يخبره به البائع، أو لم يعلم به البائع لكنه تبين أنه موجود في المبيع قبل البيع<sup>1</sup>. وأصل وجود الرد بالعيب قوله تعالى: **{إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً** **عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ} النساء: 83.** وقول رسول-صلى الله عليه وسلم-المروي عن أبي هريرة-رضي الله عنه:- **"مَنْ اشْتَرَى شَاءَ مُصْرَاءَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ لَا سَمْرَاءَ"**<sup>2</sup>، ولما كان القائم بالعيب لا يخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد أو يقوم في عقد لا يوجب ذلك، ثم إذا قام في عقد يوجب الرد، فلا يخلو أيضا أن يقوم بعيب يوجب حكما أو لا يوجبه، ثم إن قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع أيضا في كونه قد حدث فيه تغير بعد البيع أو لا يكون، فإن كان لم يحدث فما حكمه؟ وإن كان حدث فيه فكم أصناف التغييرات وما حكمها؟<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-أبو القاسم بن أحمد البرزلي، فتاوى البرزلي، تحقيق محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2002م، ج3، ص255.

<sup>2</sup>-أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، رقم الحديث:1524، صحيح مسلم، ج5، ص6.

<sup>3</sup>-محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1415هـ، ج3، ص335.

الفرع الثاني: الموانع المبطله لخيار العيب: وهو كالآتي:

أولاً: ما يبطل الرد مطلقاً؛ وهو أربعة:

أولاً: البراءة: ومعنى البراءة التزام المشتري للبائع في عقد البيع ألا يطالب بشيء من سبب عيوب المبيع التي لم يعلم بها، كانت قديمة أو مشكوكا فيها، أو هي ترك القيام بعيب قديم فيها. واختلف الناس في اشتراط البراءة من عيوب المبيع، هل ينفع شرطه أم لا؟ فذهب مالك إلى أن شرط البراءة من عيوب المبيع لا تنفع البائع، ولا يبرأ إلا مما أعلم المشتري دون ما لم يعلم، فإن باع سلعة على أنها ليس بها عيب وإن ظهر بها لم ترد إليه، ما لم يعمل بهذا الشرط، وللمشتري الرد بما وجده فيها من العيب القديم، ولا تنفع البراءة منه إلا في الرقيق خاصة، إذا تبرأ بئعه من عيب لم يعلمه وطالت إقامته عنده، فإن هذا الشرط ينفعه، لأنه قد يكتم عيبه كراهة في المشتري أو البائع، بخلاف غيره فلا تخفى أحواله، فلا تنفع فيه البراءة.

وحجة هذا القول أنه خيار فسخ فلا يجوز إسقاطه بالشرط، كاشتراطه إسقاط خيار الرؤية في بيع الغائب، ولأن البيع بشرط البراءة في غير الرقيق مما لا تخفى أحواله يقتضي الجهل بعاقبة المبيع فيخالطه الغرر، وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، واستثنى مالك بيع السلطان في الدين وفي المغنم وغيره، وبيع الورثة إذا ذكروا أنه ميراث، فإن ذلك كله بيع براءة وإن لم يذكروا البراءة، فليس للمشتري في ذلك رد بعيب قديم إذا لم يعلم به البائع، وهذا إذا كان المشتري يعلم أنه ميراث أو سلطان، وإلا فهو مخير بين أن يرد أو يحبس.

وأما استثناء بيع السلطان والورثة لتنفيذ الوصايا وأداء الديون، وكون بيع السلطان براءة فلدواعي الضرورة إلى ذلك، لتحصيل المصالح من تنفيذ الوصايا ووفاء الديون؛ فلولا البراءة لم تستقر المصالح، ولذلك لا يضمنهم الشرع ما أتلفوه بالخطأ في الأحكام من مال أو نفس لئلا ينفر الناس من ولاية الأحكام لعظيم الضرر<sup>1</sup>.

أما العيب اليسير فقال فيه ابن القاسم: بأنه كل عيب محقر لا يؤثر في الثمن، كالحمي والرمد، وقد خالفه سحنون في الحمى، حيث يرى أنها ليست من العيوب اليسيرة التي يعفى عنها.

<sup>1</sup> - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، دار الهدى، الجزائر، د.ن، 2000، ص 180-181.

وأشار بعض المشايخ، إلى أن مراد ابن القاسم: الحمى التي يقرب زوالها، كما خالفه ابن كنانة في الرمد إلى التوقف عن الرد بالمبيع، حتى ينكشف حال المرض، ومرجع الاختلاف في كل ذلك، من كون العيب الحادث يبطل الغرض المقصود، فيمنع من الرد ويوجب قيمة العيب أو لا يبطل الغرض المقصود، فيثبت الخيار بين الرد وغرامة قيمة العيب الحادث، أو التمسك وأخذ قيمة العيب القديم<sup>1</sup>.

ثانياً: فوات المعقود عليه حساً: كهلاك أو ضياع، أو حكماً بالعقد كحبس أو هبة وصدقة قبل إطلاعه على العيب، لأن الرد بالعيب فرع وجود العين، وحيث لا عين لا رد، كما لو تصدق بالمبيع أو وهبه لغير ثواب، فإن ذلك فوت فلا يرد لتعلق حق الغير به ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب فيما إذا خرج من يده بلا عوض، فيقوم المبيع المعيب سالماً من عيبه بعشرة مثلاً، ومعيباً بثمانية مثلاً، ويؤخذ للمشتري من الثمن الذي وقع به البيع نسبة نقص ما بين القيمتين، فنسبة الثمانية إلى عشرة في المثال المذكور أربعة أخماس، فقد نقصت قيمته معيباً الخمس، فيرجع المشتري على البائع بخمس الثمن، فإذا كان الثمن مائة رجع إليه بعشرين.

وإن تعلق بالمبيع حق لغير مشتريه مع بقاء الملك، كما لو أجره أو رهنه أو أعاره ثم اطلع فيه على عيب وهو بيد المستأجر أو المرتهن أو المستعير، فيوقف لخلاصه من ذلك، ويرده لبائعه إن لم يحصل له تغير في تلك المدة، فإن تغير جرى على أقسام التغيير من القليل والمتوسط والمفيت للمقصود، وقد قيل: إن قرب الأجل في الإجارة أو الرهن أخر إلى انقضائه، وإن لم يقرب الأجل ففوت.

ولو باع المشتري المعيب ثم ادعي بعد البيع وجود عيب به لم يكن له حق المطالبة، لأنه لو ثبت العيب وهو عند المشتري لم يوجب عليه شيئاً، فلو رجع إليه بشراء أو ميراث أو هبة أو صدقة أو بيع أو فساد عقد أو فلس لمشتريه الثاني أو غير ذلك، فله الرد على البائع إن لم يتغير<sup>2</sup>

<sup>1</sup>-محمد بن علي المازري، شرح التلقين، المرجع السابق، ص619.

<sup>2</sup>-أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، المرجع السابق، ص182.

إذا وجدت العيوب، فإن لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشتري فلا يخلو أن يكون في عقار أو عروض أو في حيوان ، فإن كان في حيوان فلا خلاف أن المشتري مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسه ولا شيء له وأما إن كان عقارا ، فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول : إن كان العيب يسيرا لم يجب الرد ، ووجبت قيمة العيب وهو الأرض وإن كان كثيرا وجب الرد.

وأما العروض فالمشهور في المذهب: أنها ليست في هذا الحكم بمنزلة الأصول، وقد قيل : إنها بمنزلة الأصول في المذهب ، وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق ، وكان يقول : إنه لا فرق في هذا المعنى بين الأصول والعروض ، وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الأصول ، فيفرق في ذلك أيضا في العروض ، والأصل أن كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد<sup>1</sup>.

ثالثا: ظهور ما يدل على الرضا بالعيب من قول أو فعل أو سكوت: وهو التقصير عند الاطلاع، ومكث من غير عذر، فيبطل الرد والأرش إن كان البائع حاضرا، فإن كان غائبا أشهد شاهدين باختيار الرد، فإن عجز حضر عند القاضي وأعلمه، فيكتب للبائع إن قربت غيبته، وإن بعدت تلوم له، أي يتربص رجاء قدومه، وإن لم يرج قدومه قضى عليه إن أثبت المشتري الشراء على بيع الإسلام وعهده. والرضا بالعيب قد يكون صريحا، كأن يصدر منه قول يدل على ذلك، نحو رضيت بالعيب، أو أمضيت العقد، أو التزمت به، وما أشبه ذلك.

وخلاصة القول أن استعمال المبيع أو استغلاله إن حصل قبل الاطلاع على العيب فلا يمنع الرد مطلقا وإن حصل بعد الاطلاع عليه وقبل زمان الخصام منع الرد لدلالته على الرضا، وإن حصل في زمنه، فإن كان ينقص الأصل كركوب واستخدام ولبس ثوب وإجارة ورهن ونحوها دل على الرضا فيمنع الرد، وإن لم ينقص الأصل كسكنى دار أو إسكانها للغير وقراءة في المصحف وحلب الماشية فلا يدل على الرضا.

<sup>1</sup> - محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 344.

إن المشتري إذا اطّلع على العيب وسكت ثم طلب رد المبيع، فإن كان سكوته لعذر سفر أو غيره أوجب لذلك مع اليمين بأنه لم يرض، وإن طلب الرد قبل مضي يوم أوجب لذلك من غير يمين، وإن طلب الرد بعد أكثر من يومين فلا يجاب ولو مع اليمين. إن خيار الرد بالعيب يجب على الفور بمجرد ظهور العيب، فتأخير الرد من دون عذر أكثر من يومين مسقط لحقه في الرد، لأنه يعتبر تراخياً فيسقط الخيار، إذ هو كالتصرف في المبيع، وهذا مذهب مالك والشافعي، إلا أن الشافعية فوضوا تقدير الفورية إلى العرف ولم يحددوا باليوم واليومين كما فعل المالكية، فما تعارفه الناس تراخياً في الرد يسقط الخيار، وما لم يتعارفوه كذلك فوراً غير مسقط له، وهذا حسن، لأن ما شرعه الشارع دون أن يبين كيفيته فسبيله الرجوع إلى العرف. وحجة مالك والشافعي في أن الخيار على الفور، أن تأخير الرد مع إمكانه يدل على الرضا فأسقط خياره، فأشبهه التصرف في المبيع، ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فأشبهه خيار الشفعة<sup>1</sup>.

**حكم التصرف المضطر إليه في المعيب:** وإن تصرف مضطراً مثل أن يشتري دابة معيبة ولم يظهر على عيبها إلا بعد أن يسافر بها، فلما علم عيبها لم يرض وأراد ردها ولم يجد بدا من ركوبها أو حمل متاعه عليها فعل ذلك مضطراً ففيها روايتان إحداهما: أن ذلك مسقط لرده، والأخرى: أنه لا يسقطه.

فوجه الأولى أنه تصرف مع العلم بالعيب كالتصرف مع الاختيار، ولأن ضرورته لا تمنع سقوط ردها إذا تعلق بذلك حق غيره لأنه إنما تصرف لحظ نفسه، ووجه الثانية أن المضطر في حكم المكره ولو تصرف مكرها لم يسقط خياره، فكذلك مع الاضطرار.

**إذا بذل البائع الأرش على ألا يرد:** وإذا بذل البائع الأرش على ألا يرد فلا يلزم المشتري إلا برضاه لقوله صلى الله عليه وسلم: "فهو بخير النظيرين"<sup>2</sup>، فأثبت له الخيار وذلك ينفي الإيجاب على أحدهما، ولأنه يقول: إنما بذلت الثمن لتحصل لي سلعة سليمة كما أن البائع دخل علي أن له كل الثمن<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، ص 183-184.

<sup>2</sup> - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب حكم بيع المُضَرَّة، رقم الحديث: 1524، صحيح مسلم، ج 5، ص 6.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب البغدادي، المعونة، المرجع السابق، ص 1051، 1053.

أما إذا فات المبيع المعيب ببيع المشتري له، فإنه إن باعه عالماً بعيبه، فلا خفاء بكون ذلك رضا منه بالعيب وإسقاطاً لحقه في القيام به. وأما إن باعه، وهو لم يطلع على العيب، فإن المذهب في هذا على روايات.

أحدها ما روي عن مالك من كون المشتري لا مقال له إذا باع. وإلى هذا ذهب ابن القاسم واعتل بأن المشتري إن كان علم بالعيب قبل أن يبيع، فقد رضي به، وإن كان لم يعلم، فإنه لم يحط من أجله من الثمن فإذا لم يلحقه ضرر من ناحية العيب في الغبن لأنها خرجت من يده، ولا في الثمن لأنه لم يبخر، لأجل العيب منه شيء سقط مقاله، وهذا اختيار ابن المواز أيضاً. وقال بعضهم: "إنما العلة في ذلك كون المشتري لم ييأس من الرد لجواز أن يرجع المبيع إليه فيرده على بائعه".

وروي عن مالك أن المشتري يعتبر ما حصل في يده من الثمن، فإن كان الذي حصل له مثل الثمن الذي دفع فأكثر، فلا مقال له، لأنه لم يبيع وقضينا له بالرد، لم يكن له سوى الرجوع بالثمن. والذي يقضى له بالرجوع به قد حصل في يديه. فكأنه رد بالعيب وارتجع الثمن.

وتردد بعض المتأخرين في النظر في هذا، لأجل أن ابن القاسم إنما منع من اشتري معيباً، ثم باعه قبل أن يعلم بالعيب، من القيام بالعيب، لكونه لم يلحقه ضرر من أجل هذا العيب، ولا بخس في الثمن لأجله شيئاً على حسب ما قدمنا بيانه. ومقتضى هذا ألا يمكن من الرد إذا اشتراه لأن هذا ملك مستأنف والبيع الأول باق على حاله لم يلحقه فيه ضرر لأجل العيب<sup>1</sup>.

رابعاً: ذهاب العيب عند المشتري قبل الحكم برده: سواء زال قبل القيام به فيسقط القيام، أو بعده وقبل الحكم بالرد، فإذا اشترى حيواناً مريضاً بمرض خفي عليه حين التعاقد ثم اطلع عليه بعد القبض، لكنه شفي من هذا المرض قبل طلب الفسخ وقبل أن يقضي به، سقط حقه في الفسخ، كما لو ظهر كونه أعرج فزال عرجه، لأن الموجب للخيار هو فوات السلامة المعدمة للرضا، وبعد زوال المرض عادت السلامة فيعود معها الرضا، إلا أن يحتمل عود العيب بعد زواله، حيث قال أهل المعرفة يمكن عوده، فله الرد في هذه الحالة ولو وقع الشراء حال زواله. والضابط أن العيب إن كان الغالب عوده أو أشكل أمره رد المبيع استصحاباً لحالته السابقة، ويعتمد في ذلك على أهل المعرفة.

<sup>1</sup> - محمد بن علي المازري، شرح التلقين، المرجع السابق، ص 637، 642.

ثانيا: ما يمنع من رد المبيع على وجه دون وجه: وهو تغير المبيع بحدوث عيب جديد به عند المشتري، والتغير ثلاثة أضرب:

**الضرب الأول:** تغير بعيب يفيت المقصود من العين التي بيعت فيمنع الرد، لأنه في هذه الحالة تصبح كالمعدومة، إذ المقصود من الأعيان منافعها، وذلك كتقطيع قماش تقطيعا غير معتاد، وكبر صغير لأن صغير الحيوان يراد للحمه، وبكبره يزول ذلك المقصود منه، وكهرم حيوان أضعف القوى بعد الشيبوبة، أو أضعف المنفعة المقصودة منه، كما إذا كان الحيوان المبيع مقصودا للحمل عليه فعجز عن ذلك، أو ضعف بسبب هرمه، فهذا وأمثاله مفيت للخيار، فيمنع الرد بالعيب القديم، فيتعين للمشتري أرش العيب على البائع، وهذا ما لم يهلك المبيع عند المشتري بسبب عيب التدليس، وإلا فيرجع بجميع الثمن، بل ولو لم يحدث في المبيع عيب مفوت وهلك بسبب التدليس فله الرجوع بجميع الثمن.

**الضرب الثاني:** تغير بعيب قليل جدا بحيث لا يؤثر نقصا في الثمن، كوعك، وخفيف حمى، ورمد، وصداع، وكقطع قماش معتاد للمشتري أو معتاد للبلد الذي يتجر بها، وقس على هذا نظائره. فهذا كالعدم، فلا خيار للمشتري في التماسك وأخذ أرش العيب القديم أو الرد ودفع أرش العيب الحادث، بل إنما له التمسك بالمبيع ولا شيء له، أو يرد ولا شيء عليه، وذلك لأنه إنما كان له التمسك وأخذ أرش العيب القديم لخسارته بغرم أرش العيب الحادث إذا رد، فحيث سقط عنه حكم العيب الحادث انتفت العلة، فلا شيء له عند التمسك به.

**الضرب الثالث:** تغير بعيب له بال ولكن لا يخل بالمقصود، فيخير المشتري بين التمسك به وأخذ أرش العيب القديم، أو الرد على البائع ودفع قيمة العيب الحادث، وإنما خير المشتري دون البائع لأن الملك له. وطريق معرفة الأرش التقويم ثلاث مرات: يقوم المبيع أولا صحيحا بعشرة مثلا، ثم يقوم بكل من العيبين بقطع النظر عن الآخر، فيقوم ثانيا بالعيب القديم بقطع النظر عن الحادث بثمانية مثلا، فقد نقص الخمس عن قيمته سالماً، ثم يقوم ثالثا بالحادث بقطع النظر عن القديم بثمانية مثلا،

فقد نقص الخمس أيضاً، ثم يقال للمشتري: إما أن تتمسك بالمبيع وترجع على البائع بخمس الثمن، أو ترده وتترك له خمس الثمن، وقس النظائر عليه.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: أحكام في رد المعيب من المبيعات:

إذا اشترى المشتري أنواعاً من المبيعات في صفقة واحدة، فوجد أحدها معيباً، فهل يرجع بالجميع، أو يرد الذي وجد فيه العيب خاصة؟

اتفق العلماء فيما إذا كان قد سمي مال كل واحد من تلك المبيعات من القيمة، على أنه يرد المبيع المعيب بعينه فقط. وكذلك فيما إذا كان أحد المبيعين أو المبيعات تتصل منفعتة بالآخر أو ينقصه التفريق، فالإتفاق أيضاً على أنه يرد الجميع، أو يمسك الجميع ويأخذ الأرش.

واختلفوا فيما إذا كان أحد المبيعات لا تتصل منفعتة بغيره ولا ينقص بالتفريق، ولم يسم في العقد مال كل واحد من المبيعات من القيمة؟

فذهب مالك -رحمه الله تعالى- إلى أنه: إن كان المعيب وجه الصفقة، وهو المقصود بالشراء رد الجميع، وإن لم يكن كذلك رده بقيمته من الثمن. قال ابن رشد: وفرق مالك فقال: ينظر في المعيب، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع، وإن لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته.<sup>2</sup> ثم قال: الأمر عندنا فيمن ابتاع رقيقاً في صفقة واحدة فوجد في ذلك الرقيق عبداً مسروقاً أو وجد بعبد منهم عيباً فإنه ينظر فيما وجد مسروقاً أو وجد به عيباً فإن كان هو وجه ذلك الرقيق أو أكثره ثمناً أو من أجله اشترى وهو الذي فيه الفضل فيما يرى الناسكان ذلك البيع مردوداً كله وإن كان الذي وجد مسروقاً أو وجد به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه ليس هو وجه ذلك الرقيق ولا من أجله اشترى ولا فيه الفضل فيما يرى الناس رد ذلك الذي وجد به العيب أو وجد مسروقاً بعينه بقدر قيمته من الثمن الذي اشترى به أولئك الرقيق<sup>3</sup>. وواضح أن ذكر الرقيق هنا تمثيل وليس بتخصيص.

<sup>1</sup> - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، ص 188.

<sup>2</sup> - مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار الإمام البخاري، دمشق، د.ط، د.ت.ن، ص 67-69.

<sup>3</sup> - مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص 319.

حجة مالك -رحمه الله تعالى- في هذه المسألة المصلحة المرسله، قال ابن رشد : وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه ، لأنه رأى أن ذلك المعيب إذا لم يكن مقصودا في المبيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به أراده المشتري أو البائع، وأما عندما يكون مقصوداً أو جل المبيع فيعظم الضرر في ذلك.<sup>1</sup>

#### الفرع الرابع: وجه البناء على المصلحة المرسله:

البيع من العقود اللازمة للطرفين القائمة على أساس الرضى، وخيار العيب وجه من وجوه اثبات حق فسخ العقد بعد لزومه جرأ العيب الذي قد يلحق المبيع قبل القبض أو بعده، وذلك لرفع الضرر الذي قد يلحق بطرفي المعاملة لو لم يفسخ، وخاصة المشتري لأنه رضى بالمبادلة بطريق البيع، والبيع يقتضي سلامة المبيع من العيب، ووصف السلامة يفوت بوجود العيب، فعند فواته يتخير لأن الرضى داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتقي الرضى فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فجاء خيار العيب بناء على المصلحة المرسله.

**وخلاصة القول:** إذا ثبت أن العيب لا يفسد العقد وإنه يوجب الخيار للمشتري في أن يرد ويرجع بالثمن، أو يمسك ولا شيء له ما دام المبيع قائماً بحاله لم يفت ولم يتغير لحديث المصراة السابق، ولأن المشتري إنما بذل الثمن ليحصل له المبيع سليماً، فإذا أصابه معيباً فلم يرض ببذل الثمن في معيب ، فكان له رده ، وإن اختار رد البيع والرجوع بالثمن ، فذلك له إن اختار إمساكه والرجوع بأرش العيب حتى يحصل السلعة ببعض الثمن فليس ذلك له إلا برضى البائع.<sup>2</sup>

#### المطلب الثالث: ضمان المبيع قبل القبض

ويندرج تحته أربعة فروع نستهلها بصورة المسألة، ثم نتدرج في دراسة المبيعات التي يجب القبض فيها كشرط لإلزام الضمان ومن خلالها نتطرق إلى أهم الأحكام التفصيلية التي تضبطها، وفقاً لأصل المصالح المرسله.

<sup>1</sup>-مصطفى ديب البغا، المرجع السابق، ص70.

<sup>2</sup>-عبد الوهاب البغدادي، المعونة، المرجع السابق، ص1051.

الفرع الأول: صورة المسألة: القبض أو الحوز؛ والحيازة عند المالكية تكون بالتخلية أحيانا وبوضع اليد على الشيء أحيانا، وعليه تكون التخلية حوزا حقيقيا حسيا أو حكما، فهو يختلف باختلاف المبيع، فالقبض في المثليات: المكيل بالكيل، وفي الموزون بالوزن، وفي المعدود بالعدد، أي باستيفاء ما كيل أو وزن أو عد.

والقبض في العقار بالتخلية وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر، أي: يخلي البائع بينه وبين المشتري ويمكنه التصرف فيه بتسليم المفتاح.

فسر ابن راشد التخلية بتفريغه من أمتعة البائع، والأكثر على أنه يكتفي بالتسليم وإن لم يحصل الإخلاء، إلا في دار السكني فلا بد من إخلائها من الشواغل، وفي دار السكني بالإخلاء لمتاعه منها ولا يكفي مجرد التخلية، والقبض في غير المثلي والعقار ما يعد في العرف قبضا، كاختبار الثوب وإعطائه رسن الدابة". فبعض المبيعات تكون التخلية فيها قبضا وبعضها لا تكون فيها قبضا كالثمار التي بيعت بعد بدو صلاحها على التبقية .

تسليم البيع يكون بالإقباض فيما فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود، وفي غيره ليس فيه حق التوفية كالحيوان والعقار يكون بالتخلية بينه وبين المشتري متمكنا منه<sup>1</sup>.

اتفق الأئمة على أن المشتري إذا قبض المبيع دخل في ضمانه، واختلفوا في ضمانه قبل القبض: هل هو من ضمان البائع أو من ضمان المشتري؟ .

وذهب مالك -رحمه الله تعالى- إلى التفريق: بين ما يجب فيه على البائع حق توفيه، وما لا يجب فيه حق توفية ، وبين ما هو حاضر، وما هو غائب . قال ابن رشد: وأما مالك فله في ذلك تفصيل ، وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب على أقسام :

بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل أو عدد. وبيع ليس فيه حق توفية، وهذا الجراف، أو مالا يوزن ولا يكال ولا يعده. فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض، وأما ما ليس فيه حق توفية: وهو حاضر، فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه، وأما المبيع الغائب، فعن مالك فيه ثلاث روايات: أشهرها أن الضمان من البائع إلا

<sup>1</sup> - عبد القادر داودي، قبض المبيع، أقيت على طلبة ماستر 1 فقه مقارن وأصوله، د.ت.ن، جامعة وهران 1، ص3-4.

أن يشترطه على المشتري، أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع، الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء ، كالحیوان والمأكولات، وبين ما هو مأمون البقاء<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: فيما يشترط فيه القبض من المبيعات:**

وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته، وأما الطعام الربوي فلا خلاف أن القبض شرط في بيعه. وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان: إحداهما: المنع وهي الأشهر لقوله صلى الله عليه وسلم: "من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه"<sup>2</sup>، إلا أنه اشترط مع الطعم الكيل والوزن. والرواية الأخرى: الجواز.

وأما من اعتبر الكيل والوزن ، فلاتفاقهم أن المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمنفي الاستقادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط .

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر، فإن العقود تنقسم أولا إلى قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات . والذي يكون بمعاوضة ينقسم إلى ثلاثة أقسام :  
أولها: يختص بقصد المعاينة والمكايسة ، وهي البيوع والإجازات ،والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره .

**والثاني:** لا يختص بقصد المغابنة ، وإنما يكون على جهة الرفق وهو القرض .

**والثالث:** فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعا؛ أي؛ على قصد المغابنة ، وعلى قصد الرفق ، كالشركة والإقالة والتولية. وتحصيل أقوال العلماء في هذه الأقسام.

أما ما كان بيعا وبعوض، فلا خلاف في اشتراط القبض فيه ، وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض، وأما ما كان خالصا للرفق ؛ أي : القرض ، فلا خلاف أيضا أن القبض ليس شرطا في بيعه ، أي : أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه .

<sup>1</sup> - مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص 63.

<sup>2</sup> -أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، رقم الحديث: 2136، صحيح البخاري، ج3، ص68.

أما مالك اشترط القبض في جميع المعاوضاتأنها في معنى البيع المنهي عنه وإنما من ذلك التولية والإقالة والشركة. للأثر والمعنى؛ أما الأثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله قال : "من ابتاع طعاما فلا تبعه حتى يستوفيه"<sup>1</sup>، إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة . وأما من طريق المعنى فإن هذه إنما يراد بها الرفق لا المغابنة إذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: أحكام ضمان المبيع:

**1- في وقت ضمان المبيعات:** أي الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع ، أنى تكون خسارتها إن هلك منه. فلما كفي ذلك تفصيل ، وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام : بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل وعدد . وبيع ليس فيه حق توفية ، وهو الجراف أو ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد ؛ فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض، وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه، وأما المبيع الغائب ، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : أشهرها : الضمان من البائع إلا أن يشترطه المبتاع، والثانية : أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع، والثالثة : الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات ، وبين ما هو مأمون البقاء . والخلاف في هذه المسألة مبني: هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال : القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبر في هذا المعنى ، كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ، ومن قال : هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع وقد انعقد ولزم، قال : العقد يدخل في ضمان المشتري ، وتفريق مالك بين الغائب والحاضر والذي فيه حق توفية ، والذي ليس فيه حق توفية : استحسان ، ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل<sup>3</sup> .

<sup>1</sup>-تم تخريجه سابقا.

<sup>2</sup>- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص277.

<sup>3</sup>- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع نفسه، ص354.

2- الضمان يكون بمجرد القبض أم يلزم بالعقد: والقبض في عقد البيع له حكمان:

الأول: أنه أثر من آثار العقد الصحيح الذي يتوجب به نقل الملكية ونقل الضمان فالبيع يتحقق بمجرد الإيجاب والقبول، وينتج عنه وجوب تسليم المبيع بالقبض.

الثاني: القبض من تمام العقد وكمالها في بعض العقود الربوية كالصرف وبيع الطعام بالطعام ورأس مال السلم فإذا تخلف القبض بطل العقد<sup>1</sup>.

و يترتب على العقد الصحيح نقل ملكية العوضين، وانتقال ضمان المبيع للمشتري ووجوب التسليم بقبض ونحوه والإجبار عليه، ولا شك أن كلا المتبايعين يجب عليه تسليم العوض، قال القاضي أبو محمد: وكل مبيع هلك قبل قبضه فهو من المشتري إذا كان متعيناً متميزاً، وإن كان مما يجب فيه حق توفية، فهو من البائع، ما حكم الضمان قبل القبض في البيع الصحيح؟ وما حكمه في البيع الفاسد؟

3- حكم الضمان قبل القبض: إن المبيع إذا هلك قبل القبض، وهو متعين متميز، ليس فيه

توفية بكيل أو وزن، وذلك كالثياب والحيوان، فإن العلماء مختلفون في ذلك .

فمن مالك أنه إنما يتعلق الضمان بالعقد ولا يقف تعلقه على حصول القبض بعد العقد، والذي يتحقق أن البائع إن أمكن المشتري من قبض المبيع الذي ذكرناه فتركه عند البائع اختياراً منه، أن الضمان يسقط عن البائع بالتمكن، ويقدر بقاء المبيع في يديه، بعد تمكين المشتري من قبضه ، كقبض المشتري له ثم رده على البائع على جهة الوديعة عنده .ومن المتأخرين من يحكي عن المذهب الاختلاف في الضمان مطلقاً، ولو كان البائع لم يمنع المشتري من القبض، والبعض يشير إلى الاختلاف في هذا أيضاً لأنه يعلل اختلاف قول مالك في المحتبسة بالثمن، هل ضمانها من البائع أو من المشتري؟ إلى اختلاف في البيع ما هو؟ هل هو العقد فيضمن المشتري المبيع بمجرد العقد؟ أو هو التقابض فلا يضمن المشتري إلا بعد حصوله؟ وهذا الاعتلال منه يشير إلى وقف الضمان على حصول القبض، وإن أمكن البائع المشتري من قبض المبيع إلا أن يريد حصول القبض

<sup>1</sup> - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص8.

حساً ووجوداً أو التمكين منه، ويرى التمكين منه قبضاً، فيصح هذا النقل عن المذهب، على أن الاعتلال في نفسه ليس بالواضح. ويبعد أن يعتقد أحد من أهل المذهب أن حقيقة البيع هو التقابض عن تعاوض.

ويستدل أصحاب مالك بأن مجرد القبض من غير تقدم عقد لا تأثير له في إثبات الضمان في كل الممتلكات؛ أي: على صفة وقع القبض. وإنما يتعلق به حكم الضمان المتفق عليه إذا تقدمه عقد وجب القبض عنه. فإذا اجتمع الوصفان العقد ثم القبض، حصل الضمان باتفاق. وإذا فقد الوصفان، لم يتصور الضمان باتفاق. فإذا وجد أحدهما، فإن كان هو القبض بمجرد، لم يؤثر في الضمان في كونه كالعدم إذا لم يتقدمه عقد، وإذا وقع العقد بمجرد كان أولى بالتأثير في نقل الضمان لكونه لم يتفق على عدم تأثيره، وأيضاً فإنه يناسب الضمان، ألا ترى أن البائع لا يحل له منع المشتري من المبيع إذا دفع إليه الثمن، بل يجبر على دفع المبيع إليه، فلولا أن العقد بمجرد نقل الملك ما جبر البائع على تسليم المبيع إليه<sup>1</sup>.

#### 4- عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه:

يختلف حكم بيع المبيع قبل القبض باختلاف الشيء المبيع بين عقار ومنقول، فمن العلماء من منع بيع كل مبيع قبل القبض عقاراً كان أم منقولاً، ومنهم من منعه في جميع المنقول، وخص الإمام مالك -رحمه الله- المنع بالطعام فلم يجز بيعه قبل قبضه، وأجازه فيما سوى ذلك، لأن أهل المدينة مجمعون على عدم جواز بيع الطعام قبل استيفائه. قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه، أنه من اشترى طعاماً، براً أو شعيراً، أو سلتاً، أو ذرة، أو دخناً، أو شيئاً من الحبوب القطنية، أو شيئاً مما يشبه القطنية مما يجب فيه الزكاة، أو شيئاً من الأدم كلها، والزيت، والسمن، والعسل، والخل، والجبن، والشيرق، واللين، وما أشبه ذلك من الأدم، فإن المبتاع لا يبيع شيئاً من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه. قال الباجي: وهذا كما قال: إن ما ذكر من المققات لا اختلاف في أنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه، وأن ذلك مجمع عليه، والحكمة من منع بيع الطعام قبل استيفائه غير خافية، فمع خوف التعامل بالعينة فيه، فللشارع غرض آخر كظهوره للفقراء، أو تقوية قلوب الناس، لا سيما

<sup>1</sup> - محمد بن علي المازري، شرح التلقين، المرجع السابق، ص 783-787.

في زمن الشدة والمسغبة، وكثرة المنتفعين بقبضه قبل البيع من كيال، وحمال، فلو أبيح بيعه قبل قبضه لاحتكره أرباب الأموال بينهم، فلا تحصل تلك المنافع، وقال بعض المالكية: النهي عنه تعدي، ولو صح لم يمنع حصول تلك المنافع الظاهرة وغيرها مما يخفى عن إدراكنا، والقبض عند مالك يكون في المكيل والموزون دون الجزاف؛ لأن المراد من القبض الاستيفاء، والاستيفاء لا يكون إلا بالكيل والوزن، وعليه فإن ما بيع من الطعام جزافاً لا يحتاج إلى كيل، فلم يبق فيه إلا التخلية، وبها يستوفى.

### 5- أدلة منع بيع الطعام قبل قبضه:

جاء من حديث ابن عمر، وابن عباس -رضي الله عنهم- أن رسول الله صل الله عليه وسلم: "نهى أن يبيع الرجل طعاماً حتى يستوفيه"، وفي رواية: "حتى يقبضه"، وفي رواية ثالثة: "حتى يكتاله"، وفي رواية عند النسائي: "نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه" وهذا الحديث من أصح ما ثبت عن النبي صل الله عليه وسلم، وفيه التصريح بالنهي عن بيع الطعام قبل قبضه في جميع طرقه، والنهي يقتضي التحريم بحقيقته، فدل دلالة قطعية على أن من اشترى طعاماً فلا يجوز له أن يبيعه حتى يقبضه<sup>1</sup>.

هل يدخل المبيع في ضمان المشتري في بيع الفضولي أم لا؟: ظاهر كلام ابن رشد أنه يدخل في ضمانه، فإنه قال فيمن اغتصب عبداً وباعه وأعتقه المشتري ثم استحقه سيده أنه إن أجاز البيع نقد عتق المشتري فيه؛ لأن البيع كله لم يزل جائزاً من يوم وقوعه، وإن لم يجزه وأخذ عبده انتقض العتق<sup>2</sup>.

هل ضمان العقار يكون على المشتري أم على البائع؟: سائر المبيعات التي ليس القبض من شروط صحة بيعها، كالعبيد والعروض وغيرها مما يكال أو يوزن إذا كانت متعينة ومتميزة ليس فيها حق توفية، ف ضمانها من المشتري قبل القبض، لأن الملك لا يخلو أن يكون استقر بنفس البائع الذي

<sup>1</sup> - محمد المدني بوساق، المسائل التي بناها المالكية على عمل أهل المدينة، المرجع السابق، ص 722-727.

<sup>2</sup> - محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، المرجع السابق، ص 64.

هو الإيجاب والقبول المطلق، أو معنى زائد عليه وهو القبض، والقبض فرع على الملك وتابع له<sup>1</sup>، وأما في العقار ذكر خليل في مختصره: والنقد فيه ومع الشرط في العقار وضمنه المشتري وفي غيره إن قرب كاليومين، وضمنه بائع إلا لشرط أو منازعة وقبضه المشتري وحرم في نقد وطعام وربما فضل ونساء، وضمنه المشتري؛ يعني أن ضمان العقار من المشتري، سواء بشرط النقد أو بغير شرط النقد، وظاهر كلام ابن عبد السلام والشيخ خليل أن قولي مالك جاريان فيه والذي في كتاب الغرر من المدونة أنه في ضمان المبتاع على كلا القولين، قال ابن القاسم: وما ثبت هلاكه من السلع الغائبة بعد الصفقة وقد كان يوم الصفقة على ما وصف المبتاع، أو على ما كان رأى فهي من البائع إلا أن يشترط أنهما من المبتاع، وهو آخر قولي مالك، وكان مالك يقول إنها من المبتاع إلا أن يشترط أنها من البائع حتى يقبضها ثم رجع إلى هذا، والنقص والنماء كالهلاك في القولين، وهذا في كل سلعة غائبة بعيدة الغيبة أو قريبة الغيبة خلاف الدور والأرضين والعقار فإنها من المبتاع من يوم العقد في القولين وإن بعدت، وجاز النقد في غير العقار بشرط إن قرب؛ يريد أيضاً ووصفه غير بائعه كما قال ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع.

وضمنه من البائع؛ أي وضمن غير العقار من البائع، سواء بيع بشرط النقد أولاً، وقال ابن عرفة: الدور والأصول من المبتاع على كل حال أنه كذلك ولو شرطه على البائع. وقال في معين الحكام: أجاز في المدونة اشتراط نقل هذا الضمان بأن يشترط البائع على المشتري في أصل العقد وإن وقع العقد بغير شرط<sup>2</sup>.

**ضمان الغائب:** وقد اختلف أيضاً في مذهب ابن القاسم ها هنا هل هو مبني على قولي مالك جميعاً في ضمان الغائب، وهل هو من البائع أو من المشتري، إنما بني على القول بأن ضمان السلعة الغائبة من مشتريها؟ فذهب ابن المواز: إلى أن ذلك مستمر على قولي مالك جميعاً في ضمان الغائب، وذهب سحنون: إلى أن هذا إنما يستمر على أحد قولي مالك في ضمان السلعة الغائبة من مشتريها، والقول بأن ضمانها من مشتريها اتضح كون الدين مستقراً في ذمته، وإذا صار مستقراً في

<sup>1</sup> عبد الوهاب بن علي بن نصر، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط1، 1420هـ-1999م، ج1، ص553.

<sup>2</sup> محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، المرجع السابق، ص96-97.

ذمته منع من أن يأخذ عنه سلعة غائبة. وأما القول بأن ضمان السلعة الغائبة من بائعها حتى يقبضها مشتريها سالمة لم يتضح كون الثمن استقر في الذمة لما يجوز من الطوارئ على السلعة الغائبة الموجبة لحل العقد. فأما كونها موجودة حين العقد فهما معتقدان الوجود، والمشتري مصدق في ذلك فكأنهما دخلا على أن الثمن مقدر في الذمة لكن ما يطرأ عليها أمر مجوز لا أمان لهما منه، فحسن الالتفات فيه إلى حكم الضمان<sup>1</sup>.

6- حبس المبيع رهنا بالثمن: وفيه يقول مالك: إن للبائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن.

قال ابن رشد المشهور عند ابن القاسم أن السلعة المحبوسة بالثمن رهن به، تكون مصيبتها من المشتري بينة بتلفها، وإن لم تقم بينة لم يصدق البائع في ذلك ولزمه غرم قيمتها. وعبارة الخريفي: والمعنى أن السلعة المحبوسة لإتيان المشتري بثمنها الحالي، أو المحبوسة لأجل أن يشهد البائع على تسليم المبيع للمبتاع، أو على أن الثمن حال في ذمته ولم يقبضه منه، أو مؤجل فإن ضمان ذلك على بائعه، ويضمنه ضمان الرهان، فيفرق فيه بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، فما لا يغاب عليه لا ضمان عليه إلا أن يقيم بينة أنه تلف بغير سببه فإنه لا يظهر كذبه، وما يغاب عليه هو في ضمانه إلا أن يقيم بينة أنه تلف بغير سببه فإنه لا ضمان عليه حينئذ.

قال رحمه الله: وتلفه قبل قبضه منه، فإن قبضه وتركه عنده فهو وديعة، والمعنى إذا تلف المبيع قبل أن يقبضه المشتري فضمانه على البائع، وإن قبضه المشتري وتركه وديعة عند البائع فحكمه حكم الوديعة فيصدق بلا يمين في تلفه إلا أن يتهم فيستحلف، وإلا ضمن كما يضمن بالتعدي، وإن لم يقبضه المشتري أصلا فضمانه على البائع كما تقدم سواء مما كان فيه حق التوفية أو غيره بشرط أن يكون بيعا صحيحا بتا، وسواء أتلّفه البائع عمدا أم لا حبسه للثمن أو لا، أما إن قبضه المشتري فالضمان عليه إن كان لازما. قال العلامة الدرير على أقرب المسالك: وانتقل الضمان إلى المشتري بالعقد الصحيح اللازم إلا فيما فيه حق توفية من مكيل أو موزون أو معدود فعلى البائع بقبضه، واستمر بمعياره ولو تولاه المشتري والأجرة عليه، بخلاف القرض فعلى المقترض، وإلا المحبوسة

<sup>1</sup> - محمد بن علي المازري، شرح التلقين، المرجع السابق، ص 915.

للثمن أو الغائب فبالقبض كالفاسد، وإلا المواضعة فبرؤية الدم، وإلا الثمار فلأمن من المجاعة، وإلا عهدة الثلاث فبإنهائها. وكل بيع فاسد فضمانه من البائع فإن قبضه المبتاع فضمانه من المبتاع من يوم قبضه، فإن حال سوقه أو تغير ببدنه فعليه قيمته يوم قبضه<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع: وجه البناء على المصلحة المرسله

لا يقف شيء من التصرفات على القبض إلا البيع فيمتنع في بيع الطعام على قبضه فيما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد إلا في غير المعلومة كالقرض والبدل، وانتقال ملكية المبيع إلى المشتري يقتضي إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وفاء بالعقد، لأن الملك لا يثبت لعينه؛ وإنما هو وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك، ولا يتهياً الانتفاع به إلا بالتسليم، فكان إيجاب الملك في المبيع للمشتري إيجاباً لتسليمه له ضرورة، وأهم آثار القبض في العقود هو انتقال ضمان المقبوض إلى القابض وتسلطه على التصرف فيه، ووجوب بذل عوضه للمقبوض منه، وهذا الضمان هو تحمله لتبعة الهلاك أو النقصان أو التعيب الذي يطرأ على المقبوض في عقود الضمان، وذلك حفاظاً على أموال الناس من الضياع والهلاك فكانت المصالح أهم المقاصد التي يراعيها الشارع في هذا الباب.

<sup>1</sup> - أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، دار الفكر، د.م.ن، ط2، د.ت.ن، ج2، ص223-224.



خاتمة

إن أهم ما يستخلص من هذا البحث أن المذهب المالكي أكثر المذاهب مراعاة لحكم الشريعة ومقاصدها، يتجلى ذلك بوضوح في طبيعة الأصول التي يقوم عليها، والتي تلخصت في "قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد" التي عليها مدار مقاصد الشريعة الإسلامية، فهذا هو أساس الرأي عنده مهما تعددت ضروبه واختلفت أسماؤه، وإن أخص ما امتاز به فقه مالك هو رعاية المصلحة واعتبارها فكانت عمدة الاجتهاد عنده، واتخذها أصلاً مستقلاً للاستنباط بنى عليها أحكامه وفق ضوابط ومعايير شرعية مستنبطة من القرآن والسنة، وذلك في أبواب المعاملات دون العبادات، ويتجلى ذلك في المسائل التطبيقية المرتكزة على هذا الأصل، ويمكن تلخيص أهم النتائج التي خلصنا إليها من خلال بحثنا هذا؛ فيما يلي:

- 01- المصالح المرسلة أهم وسائل الاجتهاد لمعرفة أحكام القضايا المستجدة دون إفراط ولا تفريط.
- 02- إن أصل المصالح المرسلة هو أصل مقاصدي أكثر منه أصولي، لارتباطها الوثيق بالمقاصد والمصالح عموماً، وهو ما يؤكد العلاقة الوطيدة بين أصول الفقه ومقاصد الشريعة.
- 03- اعتبر المالكية المصلحة المرسلة أصل مستقل بذاته تبنى عليه الأحكام الاجتهادية الأصولية الفقهية.
- 04- استرسال مالك في الأخذ بأصل المصالح استرسال معتبر شرعاً، مستنده في ذلك المقاصد الشرعية.
- 05- إن المصلحة المرسلة لا تؤخذ إلا إذا قيدت بضوابط الشرع حتى تحفظ من تحريف الحاقدين وتأويل الجاهلين.
- 06- توزن المصالح بمعايير الترجيح المعتمدة شرعاً عند التزاحم فيما بينها أو تفاوتها، كذا الأمر عند تصادم المصالح والمفاسد.
- 07- حصر الإمام مالك مجال أعمال المصالح المرسلة في المعاملات دون العبادات.
- 08- المصالح المرسلة أحسن الأصول في مسايرة طبيعة التطور الحاصل في الحياة، وأجودها في النظر إلى مصالح الناس تحصيلاً لها، ورفعاً للحرج المتوقع أو الواقع بالخلق مما يكفل لهذه الشريعة

الخالدة الصلوحية للتشريع في كل زمان ومكان، من غير أن تخرج بالناس عن سماحة الإسلام ويسره.

ومما يستفاد من هذا البحث أن الإمام مالك لم ينص صراحة على أصل المصالح المرسلّة، وإنما استنبطها تلاميذه وأتباعه من خلال فروع الفقهية التي بناها على هذا الأصل، وقد ساهموا في ترسيخه وضبطه وفق ما يخدم مصالح الناس في الحال والمآل.

فهرس السور والآيات

رقم الصفحة	رقم الآية	السورة والآية
25	البقرة 117	{بَدِيعَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ}
23	البقرة 151	{كَمَا أَرْسَلْنَا فِيكُمْ رَسُولًا مِّنكُمْ يَتْلُوا عَلَيْكُمْ آيَاتِنَا وَيُزَكِّيكُمْ وَيُعَلِّمُكُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُعَلِّمُكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ}
32	البقرة 179	{وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ}
ط	البقرة 185	{يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ}
63-58	البقرة 280	{وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُتَعَلِّمُونَ}
56	البقرة 282	{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ
ط	البقرة 284	{لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا
56	النساء 11	{مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ}
69	النساء 83	{إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ}
31	الأنعام 108	{وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدُوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ}
23	التوبة 128	{لَقَدْ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مِّنْ أَنْفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ حَرِيصٌ عَلَيْكُمْ بِالْمُؤْمِنِينَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ}
44-43	الكهف 94	{قَالُوا يٰذَا الْقَرْنَيْنِ إِنْ يَا جُوجَ وَمَاجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا}
21	مريم 83	{أَلَمْ تَرَ أَنَا أَرْسَلْنَا الشَّيْطِينَ عَلَى الْكٰفِرِينَ تَوْرَهُمْ آزًا}
23	الأنبياء 107	{وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعٰلَمِينَ}
31	المؤمنون 71	{وَلَوْ أَتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ}
ي	المؤمنون 71	{وَلَوْ أَتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ}

## فهرس الأحاديث

رقم الصفحة	الحديث
ي	"اللهم إني أعوذ بك من علم لا ينفع"
32	"لا ضرر ولا ضرار"
42	"كُلُّكُمْ رَاعٍ وَ كُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ: الْإِمَامُ رَاعٍ وَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ"
42	"إِنَّ فِي الْمَالِ حَقًّا سِوَى الزَّكَاةِ"
45	"لَيْسَ عَلَى مُسْلِمٍ جَزِيَّةٌ"
45	"لَا يَدْخُلُ الْجَنَّةَ صَاحِبُ مَكِيسٍ"
49	"إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمَسْعُورُ الْقَابِضُ الرَّازِقُ، الْبَاسِطُ، وَإِنِّي لِأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ"
57	"اللهم إني أعوذ بك من المأثم والمغرم"
57	"أتدرون من المفلس؟ قالوا: المفلس فينا من لا دراهم له ولا متاع، قال: "إن المفلس من أمتي يأتي يوم القيامة بصلاة وصيام وزكاة ويأتي قد شتم هذا، وقذف هذا، وأكل مال هذا، وسفك دم هذا، وضرب هذا؛ فيعطى هذا من حسناته وهذا من حسناته فإن فنيت حسناته قبل أن يقضى ما عليه؛ أُخِذَ مِنْ خَطَايَاهُمْ وَطُرِحَتْ عَلَيْهِ، ثُمَّ طُرِحَ فِي النَّارِ"
57	"أصيب رجل في عهد رسول الله في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لغرمائه خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"
67	"مطل الغني ظلم، ومن أتبع على مليّ فليتبّع"
69	"مَنْ اشْتَرَى شَاءَ مُصْرَاءَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ لَا سَمْرَاءَ"
73	"فهو بخير النظرين"
79	"من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه"
82	"نهى أن يبيع أحد طعاما اشتراه بكيل حتى يستوفيه"

A decorative border made of black and white line art, featuring intricate scrollwork, floral motifs, and a central scroll-like element. The border frames the central text.

# قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: السنة النبوية.

ثالثاً: الكتب:

- 1- إبراهيم بن موسى الشاطبي، المرافقات، تعليق محمد الخضر حسين وآخرون، تحقيق أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي؛ سيد زكريا سيد الصباح، دار الفضيلة، القاهرة، ط1، 2010م، ج2.
- 2- إبراهيم بن موسى الشاطبي، الاعتصام، تحقيق حامد أحمد الطاهر، دار الغد الجديد، القاهرة، ط1، 1435هـ-2014م.
- 3- إبراهيم بن موسى الشاطبي، الاعتصام، تحقيق سليم بن العيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1412هـ-1992م، ج1.
- 4- إبراهيم بن موسى الشاطبي، الاعتصام، مكتبة الرياض الحديثة، البطحاء-الرياض، د.ط، د.ت.ن، ج2.
- 5- ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1423هـ، ج1.
- 6- ابن منظور، لسان العرب، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1423هـ-2003م، ج5.
- 7- أبو القاسم محمد ابن جزي، تقريب الأصول إلى علم الأصول، تحقيق وتعليق محمد الأمين الشنقيطي، د.د.ن، المدينة المنورة، ط2، 1423هـ-2002م.
- 8- أبو الوليد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط1، 1405هـ-1975م، ج9.
- 9- أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، دار الفكر، د.م.ن، ط2، د.ت.ن، ج2.

- 10- أبو عبد الله محمد بن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، دار علم الفوائد، جدة، ط1، 1428م.
- 11- أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط1، 1420هـ-1999م، ج1.
- 12- أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، دار الهدى، الجزائر، دن، 2000.
- 13- أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، تحقيق عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ط2، د.ت.ن.
- 14- أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط، د.ط، 1401هـ-1981م، ج5-ج11.
- 15- ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث: 2340، سنن ابن ماجه، ج4.
- 16- البخاري، كتاب الاستقراض وأداء الديون، باب من استعاذ من الدين، رقم الحديث: 2397، صحيح البخاري، ج3.
- 17- البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، رقم الحديث: 2136، صحيح البخاري، ج3.
- 18- البخاري، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، رقم الحديث: 893، صحيح البخاري، ج2.
- 19- البخاري، كتاب الحوالات، باب إذا أحال على ملي فليس له رد، رقم الحديث: 2288، صحيح البخاري، ج3.
- 20- الترمذي، كتاب أبواب الزكاة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء أن في المال حقا سوى الزكاة، رقم الحديث: 660، سنن الترمذي، ج2.
- 21- مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، رقم الحديث: 2581، صحيح مسلم، ج8.

- 22- مسلم في ، كتاب البيوع، باب حكم بيع المُصَّراة، رقم الحديث:1524، صحيح مسلم، ج5.
- 23- مسلم في ، كتاب البيوع، باب حكم بيع المُصَّراة، رقم الحديث:1524، صحيح مسلم، ج5.
- 24- مسلم في ، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، رقم الحديث: 1556، صحيح مسلم، 5.
- 25- بدر الدين محمد الزركشي، البحر المحيط، دار الصفوة، الكويت، ط2، 1413هـ-1992م، ج6.
- 26- تاج الدين أبي نصر السبكي، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تحقيق وتعليق علي محمد معوض؛ عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب، بيروت-لبنان، ط1، 1419هـ-1999م، ج4.
- 27- جبران مسعود، الرائد، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، ط7، 1992م.
- 28- حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي يبني عليها المذهب المالكي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1432هـ-2011م.
- 29- الريسوني371-372.
- 30- زين العابدين العبد محمد النور، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان، دار البحوث الإسلامية، دبي، ط1، 1425هـ-2004م، ج1.
- 31- سحنون بن سعيد التتوخي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1415هـ-1994م، ج4.
- 32- سليمان بن خلف الباجي، المنتقى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1420هـ-1999م، ج6.
- 33- سليمان بن سليم الله الرُّحيلي، "قواعد تعارض المصالح والمفاسد"، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد143.
- 34- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، دم.ن، د.ط، د.ت.ن، ج1.


- 35- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د.م.ن، د.ط، د.ت.ن، ج3.
- 36- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، ج10.
- 37- عبد الرؤوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعريف، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتاب، القاهرة، ط1 1999م.
- 38- عبد العزيز بن صالح الخليفي، الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، د.م.ن، ط1، 1993م.
- 39- عبد الغني الدقر، مالك بن أنس، دار القلم، دمشق، ط3، 1998م.
- 40- عبد القادر داودي، قبض المبيع، أقيت على طلبة ماستر 1 فقه مقارن وأصوله، د.ت.ن، جامعة وهران 1.
- 41- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، د.ط، 1432هـ-2011م.
- 42- عبد الله بن يوسف الجديع، تيسير علم أصول الفقه، ص337-338، أحمد الريسوني، نظرية التقريب والتغليب.
- 43- عبد الله بن يوسف الجديع، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان، بيروت-لبنان، ط1، 1418هـ-1997م.
- 44- عبد الوهاب البغدادي، المعونة، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.ط، د.ت.ن، ج1.
- 45- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، د.ط، 1996م.
- 46- عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، دار القلم، الكويت، ط2، د.ت.ن.
- 47- علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، د.م.ن، ط5، 1993.

- 48- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، الرياض-السعودية، ط1، 1424هـ-2003م، ج3.
- 49- علي محيي الدين القره داغي، المدخل إلى الاقتصاد الإسلامي، شركة دار البشائر الإسلامية، بيروت-لبنان، ط1، 1431هـ-2010م.
- 50- عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي في الغرب، د.م.ن، ط1، 1993م.
- 51- عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض-السعودية، ط1، 1426هـ-2005م.
- 52- فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك، دار التدمرية، الرياض-السعودية، ط1، 1428هـ-2007م، ج2.
- 53- فخر الدين محمد الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1412هـ-1992م، ج2.
- 54- مالك بن أنس، الموطأ، المكتبة الوقفية، القاهرة-مصر، ط5، 2012م، ج2.
- 55- مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط8، 1462هـ-2005م.
- 56- مجد الدين محمد الفيروز آبادي، القاموس المحيط.
- 57- محمد ابراهيم علي، اصطلاح المذاهب عند المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، مكة المكرمة، ط2000، 1م.
- 58- محمد أبو زهرة، مالك، دار الفكر العربي، د.م.ن، ط2، 1952.
- 59- محمد أحمد بوركاب، المصلحة المرسله وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423هـ-2002م.
- 60- محمد الأنصاري الرّصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط1، 1993م.
- 61- محمد التاويل، خصائص المذهب المالكي، مطبعة أنفو، برانت، د.ط، د.ت.ن.

- 62- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الحبيب بن خوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، د.ط، 1425هـ-2004م، ج3.
- 63- محمد المختار محمد المامي، المذهب المالكي، مركز زايد للتراث والتاريخ، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2002م.
- 64- محمد المدني بوساق، المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة، دار البحوث والدراسات الإسلامية، دبي، ط1، 1421هـ-2000م.
- 65- محمد بن إبراهيم السعيد، "الإلتزام بالمذهب في القضاء والفتيا والتعليم"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، أم القرى، المملكة العربية السعودية، العدد الخامس، 2020، ج7.
- 66- محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، لبنان، د.ط، 2008م.
- 67- محمد بن أحمد بن الرشد، المقدمات الممهديات، تحقيق سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط1، 1408هـ-1982م، ج2.
- 68- محمد بن أحمد بن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقيق محمد الزحيلي؛ نزيه حماد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.ط، د.ت.ن، ج4.
- 69- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1415هـ، ج3.
- 70- محمد بن أحمد بن محمد عlish، فتاوى ابن عlish، دار المعرفة، د.م.ن، د.ط، د.ت.ن.
- 71- محمد بن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، دار علم الفوائد، جدة، ط1، 1428م، ص638.
- 72- محمد بن حسين الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي، السعودية، ط7، 1429هـ.
- 73- محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن، تعليق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط3، 1424هـ-2003م، ج3.

- 74- محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن كثير، دمشق-بيروت، ط4، 1432هـ-2011م.
- 75- محمد بن علي بن عمر المازري، شرح التلقين، تحقيق محمد المختار السلامي، د.م.ن، د.ط، د.ت.ن، ج2.
- 76- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تعليق محمد يحيى بن محمد الأمين الشنقيطي، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ج5، ط1، 1431هـ-2010م.
- 77- محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق أحمد زكي حماد، دار الميمان، الرياض-السعودية، د.ط، د.ت.ن.
- 78- محمد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، د.م.ن، د.ط، 1385هـ-1965م.
- 79- محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت-لبنان، ط1، 1416هـ-1996م.
- 80- محمد زركوط، المصلحة المرسله ضوابطها وبعض تطبيقاتها المعاصرة، د.د.ن، د.م.ن، د.ط، د.ت.ن.
- 81- محمد سليمان الأشقر، ماجد محمد أبو رخية، وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1418هـ-1998هـ، ج1.
- 82- محمد علي فركوس، مختارات من نصوص حديثية في فقه المعاملات المالية، دار الموقع، الجزائر العاصمة، ط2، 1432هـ-2011م.
- 83- محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، د.ط، د.ت.ن، ج1.
- 84- محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1998م، ج1.

- 85- مصطفى أحمد الزرقا، الاستصلاح والمصالح المرسلّة، دار القلم، بيروت، ط1، 1408هـ-1988م.
- 86- مصطفى السيوطي الرّحبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، دمشق، ط2، 1415هـ-1944م، ج3.
- 87- مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار الإمام البخاري، دمشق، د.ط، د.ت.ن.
- 88- يوسف بن عبد الله السُّبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، دار الميمان، السعودية، د.ط، د.ت.ن، ج1.
- 89- يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الاستذكار، دار قتيبة، دمشق-بيروت، ط1، 1414هـ، 1993م، ج20.
- 90- يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أحمد ولد ماديك، مكتبة الرياض، السعودية، ط1، 1398هـ-1978م، ج2.

A decorative border made of black and white line art, featuring intricate scrollwork, floral motifs, and a central scroll-like element at the bottom. The border frames the central text.

# فهرس المحتويات

## فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
أ	مقدمة
17	الفصل الأول: المذهب المالكي وخصائصه
19	المبحث الأول: حقيقة المصلحة وأقسامها
19	المطلب الأول: مفهوم المصلحة
19	الفرع الأول: لغة
19	الفرع الثاني: اصطلاحا
20	المطلب الثاني: أقسام المصلحة وعلاقة المصلحة المرسله ببعض المصطلحات.
20	الفرع الأول: أقسام المصلحة.
20	1- دره المفاسد
20	2- جلب المصالح
20	3- الجري على مقتضى مكارم الأخلاق ومحاسن الشيم:
21	الفرع الثاني: مفهوم المصلحة المرسله وأهميتها.
21	أولا: مفهوم المصلحة المرسله
23	ثانيا: أهمية المصلحة المرسله
24	الفرع الثالث: علاقة المصالح المرسله ببعض المصطلحات.
24	أولا: الفرق بين المصالح المرسله والقياس
24	1- وجه الاتفاق
24	2- أوجه الاختلاف
25	ثانيا: الفرق بين المصالح المرسله والاستحسان:
25	ثالثا: الفرق بين المصلحة المرسله والبدعة
25	1- تعريف البدعة

25	أ-لغة
25	ب-اصطلاحا
26	2-الفرق: يتفقان في أمر ويختلفان في أمور أخرى
26	أ-وجه الاتفاق
26	ب-أوجه الاختلاف
27	المبحث الثاني: حجية ضوابط المصلحة المرسلة عند المالكية.
27	المطلب الأول: حجية المصالح المرسلة عند المالكية.
29	المطلب الثاني: ضوابط المصلحة المرسلة.
31	المبحث الثالث: أسباب ومجال إعمال المصلحة المرسلة ومعايير الترجيح في ظلها.
31	المطلب الأول: أسباب ومجال إعمال المصلحة المرسلة.
31	1- جلب المصالح ودرء المفاسد
31	2-سد الذرائع
32	المطلب الثاني: مجال العمل بالمصلحة المرسلة.
33	المطلب الثالث: معايير الترجيح في ظل المصلحة المرسلة.
39	الفصل الثاني: شواهد تطبيقية مبنية على أصل المصالح عند المالكية
40	المبحث الأول: مسائل في الضريبة والتسعير والمفلس
40	المطلب الأول: توظيف الضرائب على الرعية-الخراج-
40	الفرع الأول: صورة المسألة
40	1- مفهوم الخراج:
40	أ-لغة:
41	ب- اصطلاحا

41	2-الضريبة
41	أ- لغة
41	ب- اصطلاحا
42	الفرع الثاني: حكم الخراج
45	الفرع الثالث: شروطه
46	الفرع الرابع: وجه البناء على المصلحة المرسله:
47	المطلب الثاني: التسعير حالة الضرورة
47	الفرع الأول: صورة المسألة:
47	1- مفهوم التسعير
47	أ- لغة
48	ب- اصطلاحا
48	الفرع الثاني: صور التسعير وأحكامه
48	أ- الصورة الأولى: التسعير ابتداءً-أي من دون سبب-
50	ب- الصورة الثانية: التسعير على من باع بأقل من سعر السوق أو أكثر
53	ج-الصورة الثالثة: التسعير على المحتكر أو بيع المنافع أو السلع التي يحتاجها الناس بثمن المثل
55	د-الصورة الرابعة: حصر البيع والشراء على جهة معينة
56	الفرع الثالث: وجه البناء على المصلحة المرسله
56	المطلب الثالث: التفليس
56	الفرع الأول: صورة المسألة
57	1-تعريف الفلُس

57	أ- لغة
57	ب- اصطلاحا
58	2- الفرق بين الإفلاس والتفليس
58	الفرع الثاني: شروط وحالات التفليس
58	أولا: شروط التفليس
59	ثانيا: حالات التفليس
60	الفرع الثالث: أحكام التفليس
60	أولا: ما يجوز من إقرار المفلس وأفعاله قبل التفليس وبعده مما لا يجوز من ذلك
61	ثانيا: الحجر على المدين المفلس
62	ثالثا: ضمان المال المحجر عليه
62	رابعا: إذا أفلس الحر لا يؤاجر
63	خامسا: حبس المدين إذا ادعى الفلاس
67	الفرع الرابع: وجه البناء على المصلحة المرسله:
69	المبحث الثاني: مسائل في الرد بالعيب وضمن المبيع قبل قبضه
69	المطلب الأول: رد المبيعات إذا وجد ببعضها عيب
69	الفرع الأول: صورة المسألة
70	الفرع الثاني: الموانع المبطله لخيار العيب
70	أولا: البراءة
71	ثانيا: فوات المعقود عليه حسا
72	ثالثا: ظهور ما يدل على الرضا بالعيب من قول أو فعل أو سكوت
74	رابعا: ذهاب العيب عند المشتري قبل الحكم برده
76	الفرع الثالث: أحكام في رد المعيب من المبيعات
77	الفرع الرابع: وجه البناء على المصلحة المرسله
77	المطلب الثالث: ضمان المبيع قبل القبض

77	الفرع الأول: صورة المسألة
78	الفرع الثاني: فيما يشترط فيه القبض من المبيعات
80	الفرع الثالث: أحكام ضمان المبيع
80	1- في وقت ضمان المبيعات
80	2- الضمان يكون بمجرد القبض أم يلزم بالعقد
81	3- حكم الضمان قبل القبض
82	4- عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه
82	5- أدلة منع بيع الطعام قبل قبضه
84	6- حبس المبيع رهنا بالثمن:
85	الفرع الرابع: وجه البناء على المصلحة المرسله
88	خاتمة
89	فهرس سور وآيات القرآن الكريم
90	فهرس الأحاديث النبوية
92	قائمة المصادر والمراجع
101	فهرس الموضوعات
106	ملخص البحث

## ملخص البحث:

المصلحة المرسله هي من أهم الأصول التي تميز بها المذهب المالكي، وهي بمثابة تطبيق لروح الشريعة ومقاصدها وليست خروجاً عنها ولا انفلاتاً منها، فجاءت مذكرتنا الموسومة بعنوان " المسائل التي بناها المالكية على أصل المصالح المرسله " للإسهاب فيها من خلال طرح الإشكالية التالية: ما موقع المصلحة في الأصول الاجتهادية في المذهب المالكي؟ وما مدى تأثيرها في الأحكام الشرعية للمسائل التطبيقية؟

وتهدف هذه الدراسة إلى إبراز القيمة التشريعية لأصل المصالح المرسله عند المالكية، وقد جاءت في مبحث تمهيدي بعنوان "مدخل للمذهب المالكي و خصائصه" ,ومن ثم الفصل الأول المتمثل في "المصلحة المرسله و حجيتها عند المالكية " , ليكون الفصل الثاني بعنوان " شواهد تطبيقية مبنية على أصل المصالح المرسله عند المالكية " , لنختم بمجموعة من النتائج التي خلص إليها البحث .

الكلمات المفتاحية: المذهب المالكي، المصالح المرسله، المقاصد الشرعية.

## **Summary**

The transmitted interest is one of the most important the Malikis transmitted ", so that the second chapter is entitled "Applied evidence based on the origin of the interests by the Malikis", to conclude with a set of results that concluded her search.

assets that distinguishes the Maliki school of thought, and it serves as an application

In the spirit of Islamic law (sharia) and its purposes, and not a deviate from it or escape.

Our tagged note came to dwell on it through this title

"The issues that the Malikis built on the origin of the transmitted interests"

Asking the following problem: What is the position of interest in the jurisprudential principles in the Maliki school of thought?

What extent of their impact on the legal provisions of applied issues?

This study aims to highlight the legislative value of the origin of the interests transmitted in theMalikisSchool.

It came in an introductory topic entitled "An Introduction to the Maliki School and its Characteristics", and then the first chapter represented in "The transmitted interest and its authenticity with Keywords: the Maliki school of thought, the transmitted interests, the legitimate purposes