دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	الاستصلاح وأثره في فقه المعاملات
المصدر:	مجلة معالم الدعوة الإسلامية
الناشر:	جامعة أم درمان الإسلامية - كلية الدعوة الإسلامية
المؤلف الرئيسي:	منير، عبدالمحمود بلال
المجلد/العدد:	ع8
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2015
الشهر:	ديسمبر / صفر
الصفحات:	284 - 322
رقم MD:	1067322
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	الشريعة الإسلامية، مقاصد الشريعة، فقه المعاملات، أصول الفقه، المصالح المرسلة
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/1067322

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

الاستصلاح وأثره في فقه المعاملات

د. عبد المحمود بلال منير*

مقدمة:

إن الفقه الإسلامي في جملته قائم على أساس اعتبار مصالح الناس، فكل ما هو مصلحة مطلوب وجاءت الأدلة بطلبه، وكل ما هو مضرة منهي عنه وتضافرت الأدلة على منعه، وهذا أصل مقرر مجمع عليه لدي فقهاء المسلمين، فما قال أحد منهم إن الشريعة الإسلامية جاءت بأمر ليس فيه مصلحة العباد، وما قال أحد منهم أنه يجوز شيء ضار فيما شرع بمصالح العباد في الدارين، وأن مقاصد الشريعة ليست سوي تحقيق السعادة الحقيقة لهم.(١) وإن المطلع على نصوص الشريعة الإسلامية ليجد الدلائل العديدة المتضافرة من كتاب الله تعالى، وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام، وفتاوي الصحابة رضوان الله عليهم، والقواعد الشرعية المجمع عليها- تثبت بوضوح أن الشريعة قد راعت مصالح العباد، وأنها قائمة على أساس توفير السعاد لهم.

تعريف المصلحة

معني المصلحة:

المصلحة لغة كالمنفعة وزناً ومعني، فهي مصدر الصلاح، كالمنفعة بمعني النفع.

أو هي للواحدة من المصالح، وقد صرح صاحب لسان العرب بالوجهين فقال: والمصلحة الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح.(٢)

فكل ما كان فيه سواء كان الجلب والتحصيل: كاستحصال الفوائد، واللذات، أو بالدفع والإتقاء: كاستبعاد المضار والآلام- فهو جدير بأن يسمي مصلحة.

وأما في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية فهي:

المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده. من حفظ دينهم، ونفوسهم وعقولهم

---

* أستاذ مشارك في كلية الشريعة والقانون ورئيس قسم السياسة الشرعية بجامعة أم درمان الإسلامية

ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها.

والمنفعة هي اللذة، أو ما كان وسيلة إليها، ودفع الألم، أو ما كان وسيلة إليه، وبتعبير آخر هي: اللذة تحصيلاً، أو إبقاء؟ فالمراد بالتحصيل: جلب اللذة مباشرة، والمراد بالإبقاء: الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها. (٣)

المصالح المرسلة:

وهي المصالح التي لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها، فإذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع لها حكماً. ولم تتحقق فيها علة أعتبرها الشارع لحكم من أحكامه، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم- أي إن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضرراً أو يحقق نفعاً- فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمي **"المصلحة المرسلة"** ووجه أنه مصلحة: هو أن بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر أو جلب نفع، وإنما سميت مرسلة، لأن الشارع أطلقها، فلم يقيدها باعتبار ولا إلغاء. (٤)

مجال النظر إلى المصالح في الأحكام والعمل بالمصلحة المرسلة

يقرر فقهاء المسلمين: أن الأعمال التي يكلف بها المسلم، وتأخذ أحكاما شرعية، قسمان: قسم يتصل بالعبادات، وقسم العبادات.

١) قسم العبادات:

وهي كل من شأنه تنظيم العلاقة بين الإنسان وربه، وفلما تكون له علاقة ببنى الإنسان.

ولقد قرر العلماء: أن الأصل في هذا النوع من التكاليف التعبد، فالنصوص فيع غير معللة في جملتها، أو على التحقيق: لا يلتفت الشخص في العبادات إلى البواعث والغايات التي من أجلها كانت- ويبني عليها أشباهها، فلا يفرض المكلف على نفسه عبادة لم يفرضها الشارع لاتخاذها مع ما نص عليه في الباعث المتلمس أو الحكمة المناسبة، ويستدل الشاطبي في الموافقات على هذه الأصول بأدلة ثلاثة:

الأول: الاستقراء:

فإنا وجدنا الطهارة تتعدي محل موجبها وكذلك الصلوات خصت بأفعال مخصوصة على هيئات مخصوصة عن خرجت عنها لم تكن عبادات ووجدنا الموجبات فيها تتحد مع اختلاف الموجبات، وأن الذكر المخصوص في هيئة ما مطلوب، وفي هيئة

أخري غير مطلوب، وأن طهارة الحدث مخصوصة بالماء الطهور، وإن أمكنت النظافة بغيره وأن التيمم وليست فيه نظافة حسية يقوم مقام الطهارة بالماء المطهر وهكذا سائر العبادات.

الثاني: أنه لو كان المقصود التوسعة في وجوه التعبد بما حد وما لم يحد لنصب الشارع عليه دليلاً واضحاً كما نصب التوسعة في وجوه العبادات أدلة لا يوقف معها علي المنصوص عليه دون ما شابهه وقاربه وجامعه في المعني المفهوم من الأصل المنصوص عليه، ولكان ذلك يتسع في أبواب العبادات، ولما لم نجد ذلك كذلك بل على خلافه دل على أن المقصود الوقوف عند ذلك المحدود إلا أن يتبين بنص أو إجماع معني مراد في بعض الصور فلا لوم على من اتبعه لكن ذلك قليل فليس بأصل وإنما الأصل ما عم في الباب وغلب في الموضع.

الثالث: أن وجوه التعبدات في أزمنة الفترات لم يهتد إليها العقلاء اهتداءهم لوجوه معاني العادات فقد رأيت الغالب فيهم الضلال فيها والمشي على غير طريق ومن ثم حصل التغيير فيما بقي من الشرائع المتقدمة، وهذا مما يدل دلالة واضحة على أن العقل لا يستقل لدرك معانيها ولا بوضعها فافتقرنا إلى الشريعة في ذلك. (٥)

هذا على أنه من الواجب على المسلمين بأن هذه التكلفة المتصلة بالعبادات في مصلحة إنسان، وإن لم يكن له أن يشرع - بالحكمة أو المصلحة أو البواعث- مثلها، بل عليه أن يقف عند النصوص، وما تشير إليه، وما يحمل عليها من غير تزيد.

٢) قسم العبادات:

أما القسم الثاني من التكليفات: فهو ما يتصل بمعاملة بني الإنسان ببعضهم البعض وهو ما يسمي في اصطلاح الفقهاء بالعبادات.

والأصل في هذا القسم الالتفات إلى المعاني والبواعث التي شرعت من أجلها الأحكام باتفاق الفقهاء، إذ أن التكليفات في هذه الأمور إنما كانت لتكوين مجتمع إسلامي فاضل، أساسه العدل والفضيلة، وهذا إنما يكون بتشريع كل من شأنه رعاية المصالح المتفقه مع مقاصد الشارع، ولقد أشار الشاطبي(٦) إلى هذا المعنى بقوله: "وأما الأصل في العادات الالتفات إلى الإمعان فالأمور.

أولها: الاستقراء: فإنا وجدانا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة، كالدرهم بالدرهم إلى أجل، يتمنع في المبايعة، ويجوز في القرض، وبيع

الرطب باليابس، يمتنع حيث يكون مجرد غرر وربا من غير مصلحة، ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة، ولم نجد هذا في باب العبادات مفهوما كما فهمناه في العادات، وقال تعالي: چ ڭڭۇۇۆۆ چ[٧]،وقال چ ۓۓڭڭ ں چ[٨] وفي الحديث: "لا يقضي القاضي وهو غضبان"[٩] وقال : "لا ضرر ولا ضرار"[١٠] وقال: "القاتل لا يرث ونهي عن بيع الغرر"[١٢] وقال: "كل مسكر حرام"[١٣]

وفي القرآن: چ ٹٹٹٹٹٹٹٹٹٹ ڤ ڤ چ[١٤]

إلى غير ذلك مما لا يحصي، وجميعه يشير بل يصرح باعتبار المصالح للعباد، وأن الإذن دائر معها أينما دارت، حسبما بينته مسالك العلة، فدل ذلك أن العادات مما اعتمد الشارع فيها الالتفات إلى المعاني.

والثاني: أن الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات كما تقدم تمثيله، وأكثر ما علل فيها بالمناسب الذى إذا عرض على العقول تلقته بالقبول، ففهمنا من ذلك أن الشارع.

قصد فيها إتباع المعاني، لا الوقوف مع النصوص، بخلاف باب العبادات، فإن المعلوم فيهع خلاف ذلك.

والثالث: إن الالتفات إلى المعاني قد كان معلوما في الفترات، واعتمد عليه العقلاء، حتي جرت بذلك مصالحهم، وأعملوا كلياتها على الجملة، فاطردت لهم، سواء في ذلك أهل الحكمة الفلسفية وغيرهم، إلا أنهم قصروا في جملة من التفاصيل، فجاءت الشريعة لتتم مكارم الأخلاق، فدل على أن المشروعات في هذا الباب جاءت الشريعة لتتم مكارم على أصولها المعهودات، ومن هنا أقرت هذه الشريعة جملة من الأحكام التي جرت فيها الجاهلية، كالدية، والقسامة، والاجتماع يوم العروبة- وهي الجمعة- للوعظ والتذكير، والقراض، وكسوة الكعبة، وأشباه ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محمودا، وما كان من محاسن العوائد ومكارم الأخلاق التي تقبلها العقول، وهي كثيرة. [١٥]

مجال العمل بالمصلحة المرسلة:

من خلال ما سبق من الكلام- في أقسام التكليفات- يتبين لنا أن مجال العمل بالمصالح المرسلة وبناء أحكام الشريعة على أساسها إنما هو قسم العادات، وما يتعلق بمعاملة الناس بعضهم بعضا، لأن هذا القسم من الأحكام هو مجال النظر في تشريعه غلى المصالح، وعليه فلا دخل لها فيما كان قبيل العبادات.

ويلحق بالعبادات كل ما كان في معناها مما ليس للعقل سبيل إلى إدراك المصلحة

الجزئية كل حكم منها، وذلك مثل الأمور المقدرات من الشارع كالحدود والكفارات، وفروض الإرث، وشهور العدة بعد الموت أو الطلاق، وكل ما شرع محدد مقدرا واستأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدد به.

ومن نافلة القول أن نؤكد:

إن المصلحة المرسلة إنما يلتفت إليها في المجال عندما لا يكون هناك نص من كتاب أو سنة يبين حكم الواقعة أو يشهد لها بالاعتبار، وكذلك عندما لا يكون هناك إجماع على حكمها أو قياس تلحق به.

وذلك واضح في تعريف المصلحة المرسلة، إذ هي: المصالح التي يراها المجتهد مما لا يشاهد يؤدها من أصل يقاس عليه، ولا دليل يلغيه من كتاب أو سنة.[١٦]

الاستصلاح وأدلة القائلين به، والنافين له

الأخذ بالمصلحة المرسلة هو ما يسمي في اصطلاح العلماء بـ"الاستصلاح".

والاستصلاح لغة: طلب الاصلاح، مثل الاستفسار طلب التفسير، وكما يقال في الحسيات: استصلح بدنه أو مسكنه، يقال في المعنويات: استصلح خلقه أو أدبه.

وفي القران الكريم: چ ٻ پ پ پ ڀ ڀ ڀ ڀ ٺ ٺ ٺ ٺ ٿ ٿ ٿ ٿ ٹ چ[١٧]

وأما في اصطلاح الاصوليين فهو: ترتيب الحكم الشرعي في واقعة لا نص فيها ولا إجماع، بناء على مراعاة مصلحة مرسلة.[١٨]

حجية الاستصلاح:

اتفق العملاء على أن المصلحة التي شهد لها الشرع بالاعتبار حجة، واتفقوا على أن المصلحة التي شهد لها الشرع بالإلغاء ليست بحجة.

واختلفوا في المصلحة التي لم يشهد لها الشارع بالاعتبار ولا إلغاء.

وخلاصة مذاهب العلماء في القول بالاستصلاح ترجع إلى مذهبين:

المذهب الأول: الاحتجاج بالاستصلاح دليلاً شرعياً.[١٩]

المذهب الثاني: عدم الاحتجاج بالاستصلاح ونفي كونه دليلاً شرعياً.[٢٠]

أدلة القائلين بالاستصلاح:

احتج هؤلاء بأدلة عدة منها:

١. ثبت بالاستقراء أن الله تعالى إنما بعث الرسل عليهم الصلاة والسلام لتحصيل مصالح العباد، إن أحكام الشريعة إنما شرعت لتحقيق مصالح الناس يجلب النفع لهم ودفع الضر عنهم، فإذا كانت الواقعة فيها حكم شرعي- ينص أو إجماع أو بقياس على ما فيه نص أو إجماع- يتبع فيها هذا الحكم، لأنه يحقق المصلحة، وأما إذا لم يوجد نص ولا إجماع ولا قياس عليها- وكان فيه المصلحة- غلب على الظن أنها مطلوبة للشارع، لأنه حيثما وجدت.

المصلحة الحقيقية فثم شرع الله، وتأخذ هذه الواقعة حكما شرعيا، بناء على ما يتوخي فيها من مصلحة.

قال القرافي:[٢١] لنا أن الله تعالى إنما بعث الرسل عليهم الصلاة والسلام لتحصيل مصالح العباد عملا بالاستقراء فمهما وجدنا مصلحة غلب على الظن أنها مطلوبة للشرع.[٢٢]

٢. أن أصحاب النبي صلي الله عليه وسلم عملوا أمورا كثيرة لم يتقدم لها شاهد بالاعتبار وإنما عملوها لمطلق ما فيها من المصلحة، وما وقفوا مكتفي الأيدي، تاركين الكثير مما طرأ وجد من الحوادث- بعد وفاة رسول الله صلي الله عليه وسلم- لأنه لم يشهد باعتبار ما فيها للمصلحة، مما يجلب النفع أو يدفع الضر حسبما أدركت عقولهم، واعتبروا ذلك كافياً لبناء الأحكام والتشريع، والحوادث في ذلك كثيرة ومشهورة.

قال القرافي: ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أن الصحابة رضوان الله عليهم عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار.[٢٣]

٣. أن الوقائع والحوادث الجزئية لا نهاية ولا حصر، فالبينات تتغير وتتطور، وضرورات والحاجات تطرأ، وقد تطرأ للأمة اللاحقة طوارئ لم تطرأ للأمة السابقة، وقد تستوجب البيئة مراعاة مصالح ما كانت تستوجبها البيئة من قبل، وعلى هذا: فالأحكام التي تحتاجها هذه الوقائع لا حصر لها، والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعمل محصورة متناهية، والمتناهي لا يفي بغير

المتناهي، فلابد إذن من طريق أخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية، وهذه الطريق هي النظر إلى ما في هذه الوقائع من جلب النفع ودفع الضرر، وترتيب الأحكام على ذلك استناداً إلى مقاصد الشرع على نحو كلي، وهذا هو الاستصلاح.[٢٤]

وكذلك قد يؤدي تغيير أخلاق الناس وذممهم وأحوالهم إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة، فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع بالاستصلاح لضاقت الشريعة الاسلامية عن مصالح العباد، وقصرت عن حاجاتهم، ولم تصلح لمسايرة مختلف الأماكن والأزمان والبيئات والأحوال، وهذا خلاف المعهود فيها من المرونة والشمول والاتساع.

٤. أن مجال العمل بالاستصلاح إنما هو في المعاملات، ونحوها مما هو من قبيل العادات، والأصل في هذا النوع من التكليفات الالتفات إلى المعاني والبواعث التي شرعت من أجلها الأحكام باتفاق الفقهاء.

وقد ذكر الشاطبي ثلاثة أدلة في التفات الشارع في العادات إلى المعاني التي هي المصالح المرسلة" وأما أن الاصل في العادات الالتفات إلى المعاني، فلأمور:

أولها: الاستقراء: فإنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، ةالأحكام العادية تدور معه حيثما دار...

والثاني: أن الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات...

والثالث: أن الالتفات إلى المعاني قد كان معلوما في الفترات، وأعتمد عليه العقلاء، حتي جرت بذلك مصالحهم، وأعملوا كلياتها على الجملة... [٢٥]

ولقد استدل الرازي[٢٦] في المحصول على وجوب القطع بكون الاستصلاح حجة، بقوله: إذ ثبت هذا وجب القطع بكونه حجة للمعقول والمنقول أما المعقول فلأنا إذا قطعنا بأن المصلحة الغالبة على المفسدة معتبره قطعا عند الشرع ثم غلب على ظننا أن هذا الحكم مصلحته غالبة على مفسدته تولد من هاتين المقدمتين ظن أن هذه المصلحة معتبره شرعاً والعمل بالظن واجب لقوله عليه الصلاة والسلام أقضي بالظاهر ولما ذكرنا ترجح الراجح علي المرجوح من مقتضيات العقول، وهذا يقتضي القطع.

بكونه حجة وأما المنقول فالنص والإجماع أما النص فقوله تعالى: چ وۈۇ چ.[٢٧]

أمر بالمجاوزة والاستدلال بكونه مصلحة على كونه مشروعاً مجاوزة فوجب دخوله تحت النص وأما الإجماع فهو أن من تتبع أحوال مباحثات الصحابة علم قطعا أن هذه الشرائط التي يعتبرها فقهاء الزمان في تحرير الأقيسة والشرائط المعتبرة في العلة والأصل والفرع ما كانوا بلتفتون إليها بل كانوا يراعون المصالح لعلمهم بأن المقصد من الشرائع رعاية المصالح فدل مجموع ما ذكرنا على جواز التمسك بالمصالح المرسلة.[٢٨]

والظاهر أن المراد بالجواز ليس على ظاهره، لأنه ذكر الوجوب قبل الاستدلال له بقوله: إذا ثبتها وجب القطع بكونه حجة للمعقول والمنقول" ثم ذكر ما سبق من الاستدلال.

أدلة النافين للاستصلاح:

استدلوا بأدلة منها:

١. أن الله سبحانه وتعالى لم يترك الناس سدي، من غير أن يشرع لهم ما يكفل تحقيق مصالحهم، فشرع لهم أحكاماً في كتابه وعلى لسان رسوله، وأحكاماً هدي إليها أهل الذكر.

والعلم فلم يختلفوا فيها، وأرشدهم إلى أنهم إن تنازعوا في شيء فيه حكم لله ولا لرسوله ولم يجمع أهل العلم على حكم فيه ان يردوه إلى حكم الله ورسوله بالقياس عليه أو بأي طريق من طرق رده إليه وبهذا أكمل لهم شرعه وأتم عليهم نعمته وامتن عليهم بقوله تعالى: [٢٩]

ولو كانت مصالح الناس تحتاج إلى أكثر مما شرعه ومما أرشد إلى الاهتداء به ولم يتركه لأنه سبحانه قال على سبيل الاستنكار: ﭽ ﮓﮔﮕﮖﮗ ﭼ[٣٠]

قال الشافعي:" قال الله عز وجل: ﭽ ﮓﮔﮕﮖﮗ ﭼ فلم يختلف أهل العمل بالقرآن فيما علمت أن السدي وقد أعلمه أن السدي لا يؤمر ولا ينهي ومن أفتي أو حكم بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدي وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدي ورأي أن قال أقول بما شئت وأدعي ما نزل القران بخلافه في هذا وفي السنن فخالف منهاج النبيين وعوام حكم جماعة من روي عنه من العالمين.[٣١]

٢. أن المصالح الحقيقية للناس قد راعاها إما بتشريع أحكام لها، وإما بالدلالة على اعتبارها لبناء التشريع عليها، فما لم يشرع تشريع عليه لأن الحكم عليه،

والاستصلاح هو حكم مبني على مصلحة، لم يعتبرها الشارع فهو ليس بحكم شرعي.

قال الآمدي[٣٢]: فالمصالح على ما بينا منقسمة إلى عهد من الشارع اعتبارها، وإلى ما عهد منه إلغاؤها، وهذا القسم متردد بين ذينك القسمين، وليس إلحاقه بأحدهما أولي من الآخر، فامتنع الاحتجاج به دون شاهد بالاعتبار، يعرف أنه من قبيل المعتبر دون الملغي.[٣٣]

٣. أن المصلحة المرسلة أي المطلقة عن دليل اعتبار ودليل إلغاء هي مترددة بين الاعتبار والإلغاء، ومحتملة لان تلحق بالمعتبر أو بالملغي، وفي هذا الاحتمال مجال للأهواء والشهوات والأغراض فقد يغلب على المرء هواه فيري المفسدة مصلحة، والمضرة منفعة، وقد تخفي على العقل بعض وجوه الضرر والفساد فيحكم على غير علم تام فالإنسان مهما كمل لا يأمن عليه بعض وجوه النفع والضرر، فالتشريع بناء على المصلحة المرسلة عرضة للزلل وباب التشريع بالهوي. [٣٤]

قال الزنجاني:" واحتجوا في ذلك بأن الأصل أن لا يعمل بالظن لما فيه من خطر فوات الحق إذ الإنسان قد يظن الشيء مفسدة وهو مصلحة، وقد يظنه مصلحة وهو مفسدة. [٣٥]

الاستصلاح في المذاهب الأربعة:

الاستصلاح عند المالكية:

لقد أشتهر عن الإمام مالك القول بالمصالح المرسلة حتى أضحي يذكر بها وتذكر به، ويكاد يجمع كتاب الأصول قديما وحديثا على أن فقه الإمام مالك (رضي الله عنه) يمتاز عن غيره بأنه فقه المصالح، وامتياز الفقه المالكي عن غيره ليس في أصل الأخذ بهذا الاصل بل بكثرة الرجوع إليه والبناء عليه، ولكن المصالح التي اعتمدها مالك مصالح سندها في النصوص الشرعية نفسها، أو التي لا تتعارض مع النصوص أو تنافي الأصول العامة، وليست المصالح الغريبة التي يعد القول بها عملا بالرأي وتشريعا بالهوي، وقولا بالتشهي.

وإذا رأينا بعض أتباع الإمام مالك ينفي عنه العمل بالمصالح المرسلة، فهذا النوع الأخير من المصالح يعني، لا المصالح الملائمة التي التفت الشارع إلى جنسها، وراعاها في أحكامه.[٣٦]

الاستصلاح في المذاهب الثلاثة:

بالرغم من أن كتاب الأصول يرون أن الامام مالكا وحده هو الذي يأخذ بالاستصلاح، فإن بعض العلماء ينكرون اختصاص المذهب المالكي في اعتبار الاستصلاح، ويرون أن المذاهب كلها عملت به.

يقول القرافي -رحمه الله- :" وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا، وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا أو جمعوا، أو فرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي حينئذ في جميع المذاهب.[٣٧]

وقال ابن دقيق العيد[٣٨]:" نعم، الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحا على غيره من الفقهاء في هذا النوع، ويليه أحمد بن حنبل.

ولا يكاد يخلو غيرهما عن اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال على غيرهما.[٣٩]

وقال الزركشي[٤٠]:" القسم الثالث:" إلا يعلم اعتباره ولا إلغاؤه وهو الذي يشهد له أصل معين من أصول الشريعة بالاعتبار، وهو المسمى بـ" المصلحة المرسلة"... والمشهور اختصاص المالكية بها وليس كذلك، فإن العلماء في جميع المذاهب يكتفون بمطلق المناسبة، ولا معني للمصلحة المرسلة إلا ذلك.[٤١]

والمتتبع لفقه المذاهب الثلاثة- غير المذهب المالكي- يجد ما يدل على أن المذاهب جميعها تعمل بالاستصلاح، وفيما يلي أمثلة من كتب المذاهب الثلاثة تدل على اعتمادها على الاستصلاح.

الاستصلاح في المذهب الحنفي:

يقول الشيخ عبد الوهاب في كتابه مصادر التشريع:" أم الحنفية فالمشهور في بعض الكتب أنهم لا يأخذون بالاستصلاح ولا يعتبرونه دليلاً شرعياً.

وهذا فيه نظر من عدة وجوه:

أولها: أن فقهاء العراق في مقدمة القائلين بأن أحكام الشرع مقصود بها المصالح ومبنية على علل هي مظان تلك المصالح، وهم يأخذون بمعقول النص وروحه، وكثيرا أولوا ظواهر النصوص استنادا إلى معقولها، والمصلحة المقصودة منها، فمن البعد أن الحنفية وهم زعماء فقهاء العراق لا يأخذون الاستصلاح ولا يعتبرونه دليلا شرعيا وقد كان زعيمهم إبراهيم النخعي لا يصدر إلا عن المصلحة، ولا يحتج إلا بالمصلحة وهم في مقدمة القياسيين، وعمادهم مراعاة المصلحة.

ثانيها: أنهم قالوا بالاستحسان وجعلوا من أنواع الاستحسان الذي سنده العرف والضرورة والمصلحة، وما هذا إلا إلى المناسب المرسل، وأخذا بالاستصلاح، ومن البعيد أن يأخذ بالاستحسان ويذكروا الاستصلاح، والذي استظهره أن الحنفية ممن يحتجون بالاستصلاح.[٤٢]

وإذا قلنا إن الحنفية يحتجون بالاستصلاح فهم لا يعتبرونه دليلا مستقلا، وإنما يدخل عندهم ضمن أهم الأدلة التي امتاز بها فقههم كالاستحسان والعرف كما أشار إليه الأستاذ خلاف.

والذي يدل على دخول الاستصلاح في الاستحسان: تعريف بعضهم له بأنه: العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس. وما تذكره كتب الحنفية في توجيه الاستحسان في كثير من المسائل من القول: إنهم استحسنوا ترك العمل بموجب القياس للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس، وللضرورة أثر في سقوط الخطاب.[٤٣]

ومما يدل على أن الاستحسان إنما يعني- في مقدمة ما يعنيه- القول بالاستصلاح ما قاله الإمام السرخسي في المبسوط:" كتاب الاستحسان، الشيخ الإمام الأجل الزاهد الأستاذ شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي كان شيخنا الإمام يقول: الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس وقيل: الاستحسان

طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلي فيه الخاص والعام وقيل: الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة وقيل الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر وهو أصل في الدين قال الله تعالى: چ ۓ ۓ ڭ ڭ ڭ ڭ ۇ ۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ۇٴ ۋ چ[٤٤] وقال- صلي الله عليه وسلم- خير دينكم اليسر[٤٥] وقال لعلي ومعاذ - رضي الله عنهما- حين وجههما إلى اليمين: (يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا)[٤٦] [٤٧].

وبناء على هذا فقد خرجت معظم الأحكام التي أخذ بها بعض الأئمة استصلاحا مخرج الاستحسان عند أبي حنيفة -رحمه الله تعالى-كالاستصناع وتضمين الشانع المشترك وغيرها.

وأما العرف وهو من أوسع ما اعتمد عليه الأئمة عامة، وأبو حنيفة خاصة فيما لا نص فيه، وفيما لا يعارض أصلاً من الأصول المتفق عليها، وإنما تستقر أعراف الناس وعاداتهم في التعامل به على أساس من مصالح حياتهم ومعاشهم، ولذلك فإن كثيراً من الأحكام المبنية عند أبي حنيفة أو بعض أصحابه على العرف إنما هو قائم في الوقت نفسه على الاستصلاح عند غيره. على أننا كثيرا ما نجدهم يستدلون في المسألة - أو يدعمون استدلالاتهم أحيانا - بمطلق المصلحة كما فعلوا ذلك في مسألة قتل الجماعة بالواحد، وفي منع تغريب البكر الزاني، وكذلك جعل الطلاق الواقع بالإبلاء بائناً وغير ذلك من الفروع.

أمثلة من الفقه الحنفي على عملهم بالاستصلاح:

أ- عقد الاستصناع:

قال الحنفية بصحة هذا العقد، جاء في تحفة الفقهاء:" الاستثناء هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع والقياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان جائز لتعامل الناس.[٤٨]

والناس إنما يتعارفون ما فيه مصلحتهم وما تدعو الحاجة إليه، ولذلك قصر الحنفية جواز هذا العقد على ما تعارف الناس استصناعه وجري التعامل به، لأن الأصل عدم جوازه لأنه بيع معدوم وليس بسلم لعدم وجود الأجل، وهو شرط عندهم في عقد السلم.

ب- نذر التصدق بالمال:

ذهب أبو حنيفة وأصحابه- رحمهم الله تعالى- إلا أن من قال: مالي في المساكين صدقة، يلزمه التصدق بما يملك من الأموال التي تجب فيها الزكاة، ولا يلزمه التصدق

بكل ما يملك.

من مختلف الأموال، قال في الهداية: "ومن قال مالي في المسكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة".[٤٩]

وقال في شرح فتح القدير:" الأصل فيما إذا قال مالي صدقة فقال في القياس ينصرف إلى كل مال له. وهو قول زفر. وفي الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة خاصة.[٥٠]

وذلك نظرا إلى أنه لو لم يمسك ما عدا الزكوي من أمواله لاحتاج إلى أن يسأل الناس، ولا يحسن أن يتصدق بماله ثم يسأل الناس.

ج- تغريب الزاني البكر:

ذهب الحنفية إلى أنه لا تغريب على البكر، ومما استدلوا به لقولهم هذا: أن في التغريب فتح باب الزنا، لانعدام الاستحياء من العشيرة، ولأنها قد تحتاج إلي المأكل والمشرب والملبس فتتخذ زناها مكسبه، وهذا الاستدلال منهم التفات إلى المصلحة واعتبار لها، قال في الهداية: "ولأن في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبه وهو من أقبح وجوه الزنا".[٥١]

الاستصلاح في فقه المذهب الشافعي:

لم يعد الشافعي -رحمه الله تعالى- الاستصلاح دليلاً مستقلاً في أصوله كالإجماع والقياس، ومن أجل هذا ظن كثير من الباحثين أنه لم يأخذ به، ولم يعتبر الصالح المرسلة مستندا في اجتهاده.

إلا أنه لم يلزم من كونه لم يعد الاستصلاح أصلاً من أصول مذهبه عدم اعتباره واعتماده عليه، بل الحق أن الشافعي- رحمه الله تعالي- كان يذهب في اعتماد المصالح المرسلة إلى مدى بعيد ولكنه كان يسمي كل ذلك قياساً، إذ القياس في مفهومه هو: مطلق الاجتهاد وفق أدلة الشريعة ومقاصدها.

وفي بيان هذه الحقيقة يقول -رحمه الله- في كتابه الرسالة:" وقد يمتنع بعض أهل العلم من أن يسمي هذا قياسا ويقول: هذا معني ما أحل الله، وحرم، وحمد، وذم، لأنه داخل في جملته، فهو بعينه، ولا قياس على غيره.

ويقول مثل هذا القول في غير هذا، مما كان يحتمل أن يشبه بما أحتمل أن يكون فيه شبهاً من معنيين مختلفين فصرفه على أن يقيسه على أحدهما دون الأخر.

ويقول غيرهم من أهل العلم ماعدا النص من الكتاب أو السنة فكان في معناه فهو قياس والله أعلم. (٥٢)

ويقول في مكان آخر: "فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شيء، وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس". (٥٣)

وقد نقل إمام الحرمين في كتابه البرهان عن الشافعي اعتماده على المصالح المرسلة فقال: "المعروف من مذهب الشافعي التمسك بالمعنى، وإن لم يستند إلى أصل على شرط قربة من معاني الأصول الثابتة. (٥٤)

ثم بين مستنده في ذلك في ختام كلامه: "ومن تتبع كلام الشافعي لم يره متعلقاً بأصل ينوط الأحكام بالمعاني المرسلة فإن عدمها التفت إلى الأصول مشبهاً كدأبه إذ قال: طهارتان فكيف يتفرقان". (٥٥)

وقال الزنجاني(٥٦) تخريج الفروع على الأصول: "ذهب الشافعي –رضي الله عنه- إلى التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع وإن لم تكن مستندة إلى الجزيئات الخاصة المعنية جائز. (٥٧)

وذكر أمثلة على هذا، ثم قال: وأحتج في ذلك بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها وكذلك أحكام الوقائع لا حصر لها، والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي فلا بد من إذا من طريق آخر يتوصل بها الى إثبات الاحكام الجزئية وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي وإن لم يستند إلى أصل جزئي. (٥٨)

قال الرازي في المحصول –بعد ذكره أنواع المصالح ودلائل اعتبار-: فدل مجموع ما ذكرنا على جواز التمسك بالمصالح المرسلة. (٥٩)

أمثلة تطبيقية لاعتماد الشافعي -رحمه الله تعالى- في اجتهاده على الاستصلاح:

أ- ما جاء في الأم:" قال الشافعي- رحمه الله تعالى- الرجوع عن الشهادات ضربان فإذا شهد الشاهدان، أو الشهود على رجل بشيء يتلف من بدنه، أو ينال ذلك منه

بشهادتنا فهي كالجناية عليه ما كان فيه من ذلك قصاص خير بين أن يقتص، أو يأخذ العقل وما لم يكن فيه من ذلك قصاص أخذ فيه العقل وعزروا دون الحد".[٦٠]

فقول الشافعي هذا لا يعتمد على دلالة نص من كتاب أو سنة، إذ ليس في شيء منهما- مما يدل على شريعة القصاص- ما يدل أن الشهود يقتص منهم إذا رجعوا عن شهاداتهم بعد أن نيل من المشهود عليه بسببها، وإنما هو استصلاح يعتد ما تقتضيه مصلحة حقن الدماء وصونها من غائلة المكر والاحقاد، وهو ملائم لشريعة القصاص، وإن كان الشافعي يسميه قياسا ولا يسميه استصلاحا.

ومثله ما جاء عن الشافعي في الأم أيضا:" قال الشافعي- رحمه الله تعالى- : ولو شهدوا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا ففرق بينهما الحاكم، ثم رجعوا أغرمهم الحاكم صداق مثلها إن كان دخل بها، وإن لم يكن دخل بها، وإن لم يكن دخل بها غرمهم نصف صداق مثلها لأنهم حرموها عليه ولم يكن لها قيمة إلا مهر مثلها ولا ألتفت إلى ما أعطاها قل، أو كثر إنما ألتفت إلى ما أتلفوا عليه فأجعل له قيمته.[٦١]

ب- ما ذكره الزنجاني بعد تقريره تمسك الشافعي بالمصالح المرسلة إلى كلي الشرع حيث يقول: وقتل الجماعة بالواحد من هذا القبيل عند الشافعي رض فإنه عدوان وحيف في صورته من حيث إن الله تعالى قيد الجزاء بالمثل فقال: چ وۇۇىىيې چ[٦٢]ثم أعدل أهل الإجماع عن الأصل المتفق عليه لحكمة كلية ومصلحة معقولة، وذاك أن المماثلة لو روعيت ههنا الأمر لأفضي الأمر إلى سفك الدماء المفضي إلى الفناء إذ الغالب وقوع القتل بصفة الشركة فإن الواحد غالباً فعند ذلك يصير الحيف في هذا القتل عدلا عند ملاحظة العدل المتوقع منه والعدل فيه جور عند النظر إلى الجور المتوقع منه فقلنا بوجوب القتل دفعا لأعظم الظلمين بأيسرهما، وهذه مصلحة لم يشهد أصل معين في الشرع ولا دل عليها نص كتاب ولا سنة.

بل هي مستندة إلى كلي وهو حفظ قانونه في حقن الدماء مبالغة في حسم مواد القتل واستبقاء جنس الأنس.[٦٣]

وقال أيضا: فتفرع عن هذا الأصل أن القتل بالمثقل يوجب القصاص عند الشافعي فإنه باب لو فتح لأتخذ طريقاً إلى سفك الدماء وقد رأينا الشرع قتل الألف بواحد حسماً لمواد القتل.[٦٤]

وقال:" ولهذه الحكمة وجب القصاص على المكره المتسبب في القتل فجعل الشافعي رض قتل الجماعة بالواحد أصلا ثم ألحق به المثقل ثم ألحق المكره على القتل ثم تدرج من الإكراه إلى شهود القصاص كل ذلك مبالغة في حقن الدماء.(٦٥)

الأستصلاح في المذهب الحنبلي:

على الرغم من أن أتباع الإمام أحمد – رحمه الله – لم ينصوا على أسم المصالح المرسلة في جملة ما نصوا عليه من أصوله التي أعتمد عليها في اجتهاداته، بل صرحوا بإنكارها وسبب عدم ذكرها في أصول إجتهاده أنه لم يكن يعد الاستصلاح أصلا خاصا بل كان يعتبره معني من معاني القياس.

ومما يدل على أخذ أحمد وأصحابه بالاستصلاح ما نقله ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين حيث يقول: وهذه نبذة يسيرة من كلام الإمام أحمد- رحمه الله- في السياسة الشرعية في رواية المروزري وابن منصور: والمخنث ينفي، لأنه لا يقع منه إلا الفساد والتعرض له، وللإمام نفيه إلى بلد يأمن فساد أهله، وإن خاف به عليهم حبسه.

وقال في رواية حنبل، فيمن شرب خمرا في نهار رمضان، أو أتي شيئا نحو هذا: أقيم الحد عليه وغلظ عليه مثل الذي يقتل في الحرم دية وثلث.

وقال في رواية حرب: إذا أتت المرأة تعاقبان وتؤدبان.

ونص الإمام أحمد- رضي الله عنه –فيمن طعن على الصحابة أنه قد وجب على السلطان عقوبة، وليس للسلطان أن يعفو عنه، بل يعاقبه ويستتيبه، فإن تاب، وإلا أعاد العقوبة.

وصرح أصحابنا في أن النساء إذا خيف عليهن المساحقة حرم خلوة بعضهن ببعض.

وصرحوا بأن من أسلم وتحته أختان فإنه يجبر على اختيار احداهما، فأن أبي ضرب حتى يختار.

قالوا: وهكذا كل من وجب عليه حق فامتنع من أدانة، فإنه يضرب حتى يؤديه.(٦٦)

هذه بعض النقول من فقه المذاهب الأربعة وأصولها تبين لنا مدي اعتماد الجميع على الاستصلاح على وجه الجمال الإجمال، وإن كانوا يختلفون في مدي الاعتماد عليه أو اعتماده على وجه الاستقلال أحياناً، أو على سبيل الاستئناس أحياناً أخري.

أثر الاختلاف في الاستصلاح في فقه المعاملات

كان لاختلاف أصول المذاهب الأربعة أثر كبير في فقه المعاملات، ويظهر ذلك اختلاف الأئمة في أحكام المسائل الفقهية، وقد يظهر في طريق الوصول إلى الأحكام تساوت الأحكام والنتيجة.

والإمام الذي اعتمد على أصل معين واعتبره دليلاً مستقلاً نظر المسائل الفقهية من

وجهة نظر ذلك الأصل، بل قد يفسر ويؤول النصوص من منظور هذا الأصل، وفيما يلي نذكر بعضا من تلك المسائل الفقهية في المعاملات، على سبيل المثال لا الحصر.

المسألة الأولي: ضمان المبيع قبل القبض:

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

مذهب الإمام مالك:

نظر الإمام مالك -رحمه الله تعالى- في هذه المسألة من منظور الاستصلاح فذهب إلى التفريق بين ما يجب فيه على البائع حق التوفية، وبين ما هو حاضر وما هو غائب.

قال ابن رشد[٦٧]: وأما مالك فله في 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 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: فعن مالك في ذلك ثلاث روايات:

أشهرها: أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على 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 مضمون البقاء.(٦٨)

عمدة الإمام مالك:

وعمدة الإمام مالك في هذا الرأي الاستصلاح، قال ابن رشد:" وتفريق مالك بين الغائب والحاضر؛ والذي فيه حق توفية، والذي ليس فيه حق توفية استحسان، ومعني الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة، والعدل.(٦٩)

مذهب أبي حنيفة والشافعي:

وأما وأبو حنيفة والشافعي فلم يريا في هذه المسألة من منظور المصالح المرسلة.

فقد ذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن المبيع لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه، فإن أصابه شيء قبل القبض كان من ضمان البائع.

قال ابن قدامة: "وقال أبو حنيفة كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع إلا العقار، وقال الشافعي كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري.(٧٠)

قال النووي في المنهاج: "المبيع قبل قبضه من ضمان البائع فإن تلف انفسخ البيع وسقط الثمن.(٧١)

وقال الشافعي في الأم: "وإن تقابضا وهلكت السلعة في يد المشتري قبل التفرق أو الخيار فهو ضامن لقيمتها بالغا ما بلغ كان أقل أو أكثر من ثمنها؛ لأن البيع لم يتم فيها.

(قال الشافعي): وإن هلكت في يد البائع قبل قبض المشتري لها وقبل التفرق أو بعده انفسخ البيع بينهما ولا تكون من ضمان المشتري حتى يقبضها.(٧٢)

قال صحاب شرح فتح القدير: وما يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه.(٧٣)

عمدة الحنفية والشافعية:

واحتج الحنفية والشافعية في ذلك بالسنة والقياس والمعقول:

فمن السنة:

١- حديث حكيم بن حزام أن النبي صلي الله عليه وسلم قال:" لا تتبع ما لم تقبضه"[٧٤][٧٥]

٢- حديث بن زيد بن ثابت أن النبي صلي الله عليه وسلم نهي أن أتباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم.[٧٦]

٣- حديث" من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه"، قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله.[٧٧]

٤- حديث عتاب أسيد أن رسول الله عليه وسلم لما بعثه إلى مكة، قال له:" أنهم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا".[٧٨]

قال الشافعي:" أن من باع ما لم يقبض فقد دخل في المعني الذي يروي بعض الناس" عن النبي- صلي الله عليه وسلم- أنه قال لعتاب بن أسيد حيث وجهه إلى أهل مكة انههم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا" (قال الشافعي): هذا بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن".[٧٩]

ومن القياس: قال الشافعي:" وهذا القياس على حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه: (نهى عن بيع الطعام حتى يقبض).[٨٠][٨١]

ومن المعقول: قال الشربيني: ولضعف الملك قبل القبض بدليل انفساخ العقد بالتلف قبله. [٨٢]

مذهب الإمام أحمد بن حنبل:

ذهب الإمام أحمد بن حنبل- رحمه الله تعالى- إلى أن المبيع إذا كان طعاماً لا يدخل ضمان المشتري إلا بعد القبض وأما غير الطعام فإنه يدخل في ضمان المشتري وإن لم يقبضه.

قال الخرقي:" وإذا وقع للبيع على مكيل، أو موزون، أو معدود، فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع، وما عدا فلا يحتاج فيه إلى قبض، فإذا تلف فهو من مال المشتري"[٨٣] والمراد بالمكيل والموزون والمعدود هنا الطعام، وما عداه غير الطعام.

قال ابن قدامة:" ونقل عن أحمد، أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه، سواء كان مكيلا، أو موزونا، أو لم يكن. وهذا يقضتي أن الطعام خاصة لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه، فإن الترمذي روي عن أحمد، أنه أرخص في بيع ما لا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه، وقال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن قوله: نهي عن ربح ما لم يضمن. قال: هذا في الطعام، وما أشبهه من مأكول أو مشروب، فلا يبيعه حتى يقبضه، قال ابن عبد البر: الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام.[٨٤]

حجة الحنابلة:

استدلوا بعدة أدلة منها:

١- أن النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن بيع الطعام قبل قبضه، فمفهومه إباحة بيع ما سواء قبل قبضه.

٢- عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أنه قال: (رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة، يضربون على عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم، أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم). [٨٥] وهذا نص في بيع المعين.

٣- عموم قوله عليه السلام:" من أبتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه".[٨٦]

٤- حديث ابن عمر قال: كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلي الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه.[٨٧]

٥- واستدلوا بالإجماع كما نقله ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من أشتري طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه.[٨٨]

قال ابن قدامة: "وتخصيص النبي- صلي الله عليه وسلم- الطعام بالنهي عن بيعة قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له".

واستدل في ضمان المشتري في غير الطعام: بقوله صلى الله عليه وسلم: (الخراج بالضمان).[٨٩] وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضماه عليه.[٩٠]

ويبدو لي أن الخلاف بين رأي الحنفية والشافعية، ورأي الحنابلة يعود إلى تخصيص الطعام بالذكر، وهل يدل ذلك على عدم تجاوز الحكم إلى غير الطعام فيكون الحكم في الطعام وحده، أم يدل على عكسه فيكون الحكم في الطعام وما سواه، فالحنابلة يرون أن الحكم خاص في الطعام، والحنفية والشافعية يرون أن الحكم في الطعام وفي غيره.

المسألة الثانية: ضمان الرهن في يد المرتهن:

اتفق الائمة على أن الرهن إذا هلك بتعدي المرتهن فهو ضامن له، واختلفوا في الرهن يهلك المرهن- فهو أمانة في يده، وما كان لا يعلم هلاكه إلا بقوله فهو ضامن له.

مذهب الإمام مالك:

ذهب مالك- رحمه الله تعالى- إن الرهن- إذا كان مما يعرف هلاكه من غير قول المرتهن- فهو أمانة في يده، وما كان لا يعلم هلاكه إلا بقوله فهو ضامن له.

قال ابن رشد:" وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان، والعقار مما لا يخفي هلاكه، وبين ما يغاب عليه من العروض، فقالوا: هو ضامن فيما يغاب عليه، ومؤتمن فيما لا يغاب عليه، وممن قال بهذا القول مالك".[٩١]

عمدة مالك- رحمه الله تعالى:

عمدة الإمام مالك في هذه المسألة النظر المصلحي، ووجه المصلحة، أن التهمة تلحق فيما لا يعلم هلاكه، فيكون مضمونا، ولا تلحق فيما يعلم هلاكه فيكون أمانة.

قال ابن رشد:" وأما تفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان، ومعني ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه.[٩٢]

وقد ذكر ابن رشد في أكثر من موضع من كتابه أن المراد بالاستحسان عند مالك هو العمل بالقياس المرسل، وهو ما يسمي بالمصالح المرسلة.

مذهب أبو حنيفة:

ذهب أبو حنيفة وأصحابه -رحمهم الله تعالى- إلى أن الرهن في يد المرتهن مضمون عليه بالأقل من قيمته ومن الدين.

قال في بداية المبتدي: "وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه ولا يصح الرهن إلا بالأقل من قيمته ومن الدين.[٩٣]

عمدة الحنفية في ذلك:

من السنة: قول النبي صلي الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده: (ذهب حقك)[٩٤] وحقه الدين، فيكون ذاهبا بذهاب الرهن وهلاكه، وهذا يدل على أنه مضمون عليه.

وقوله صلي الله عليه وسلم: (إذا عمي الرهن فهو بما فيه) معناه على ما قالوا: إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك، فقال الراهن: لا أدري كم كان قيمته، وقال المرتهن ذلك أيضا، يكون الرهن بما فيه، أي يذهب الدين مقابل الرهن.

وإجماع الصحابة والتابعين- رضي الله عنهم- على أن الرهن مضمون، مع اختلافهم في كيفيته، فالقول بالأمانة خرق له، والمراد بقوله صلي الله عليه وسلم: (لا يغلق الرهن)[٩٥] على ما قالوا الأحتباس الكلي والتمكن بأن يصير مملوكاً له، كذا ذكر الكرخي عن السلف.

ومن المعقول:

أن الثابت للمرتهن بد الاستيفاء، وهو ملك اليد والحبس، ولأن الرهن ينبئ عن الحبس الدائم، قال الله تعالى: چ ﭘ ﭘ ﭘ ﭘ ﭙ چ[٩٦] وقال قائلهم: وفارقك برهن لا فكاك له يوم الوداع، فأمسي الرهن قد غلقا".

والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء.

ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء، وهو أن تكون موصلة إليه، وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون عاجزا عن الانتفاع به، فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره، وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك، فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربا، بخلاف حالة القيام، لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر.

ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه؛ لأنه لا يتصور، والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته، وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن؛ لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان، وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة، وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة.

فالحاصل: أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع.(٩٧)

مذهب الإمام الشافعي وأحمد بن حنبل:

ذهب الشافعي وأحمد- رحمهما الله تعالى- إلى أن الرهن أمانة في يد المرتهن، والقول قوله مع يمينه، أنه ما فرط وما جني عليه، فإذا هلك من غير تفريط ولا جناية فهو من الراهن.

قال في الأم: فإذا رهن الرجل الرجل فقبضه المرتهن فهلك في يد الرهن في يدي القابض فلا ضمان عليه والحق ثابت كما كان قبل الرهن (قال الشافعي):لا يضمن المرتهن، ولا الموضوع على يديه الرهن من الرهن شيئا إلا فيما يضمنان فيه الوديعة والأمانات من التعدي فإن تعديا فيه فهما ضامنان، وما لم يتعديا فالرهن بمنزلة الأمانة. (٩٨)

وقال ابن قدامة:" أما إذا تعدي المرتهن في الرهن، أو في فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف، فإنه يضمن. لا نعلم في وجوب الضمان عليه خلافا؛ ولأنه أمانة في يده، فلزمه إذا تلف بتعديه أو تفريطه، كالوديعة. وأما إن تلف من غير تعد منه ولا تفريط، فلا ضمان عليه، وهو من مال الراهن. (٩٩)

عمدة الشافعية والحنابلة:

الأثر: عن أن المسيب أن رسول صلي الله عليه وسلم قال: (لا يغلق الرهن، الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمة)(١٠٠) ووصله أن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلي الله عليه وسلم مثله، أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة.

قال الشافعي:" وبهذا نأخذ وفيه دليل على أن جميع ما كان رهنا غير مضمون على المرتهن : لأن رسول الله صلي الله عليه وسلم- إذ قال: (الرهن من صاحبه الذي رهنه فمن كان منه شيء فضمانه منه لا من غيره) ثم زاد فأكد له فقال: (له غنمه وعليه

غرمه) وغنمه سلامته وزيادته وغرمه عطبه ونقصه فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانة من مالكه لا من مرتهنه. (١٠١)

القياس: وذلك أن الضمان إنما يكون بما تعدي الحابس بحبسه كالغصب أو بالمخاطرة بالمال كالمضارب بماله، والمرتهن غير متعد بحبسه، ولا مخاطر بارتهانه، والرهن ليس بهذا المعني، وإنما هو وثيقة عند المرتهن، وإنما هو وثيقة عند المرتهن، فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين وكالكفيل والشاهد.

يقول الإمام الشافعي: ولو لم يكن في الرهن خبر يتبع ما جاز في القياس إلا أن يكون غير مضمون؛ لأن صاحبه دفعه غير مغلوب عليه وسلط المرتهن على حبسه، ولم يكن له، إخراجه من يديه حتى يوفيه حقه فلا وجه لأن يضمن من قبل أنه إنما يضمن ما تعدي الحابس بحبسه من غصب أو بيع عليه تسليمه فلا يسلمه أو عارية ملك الانتفاع بها دون مالكها فيضمنها كما يضمن السلف والرهن ليس في شيء من هذه المعاني.(١٠٢)

ويقول:" وإذا لم يخص رسول الله صلي الله عليه وسلم رهنا دون رهن فلا يجوز أن يكون من الرهن مضمون، ومن غير مضمون؛ لأن الأشياء لا تعدو أن تكون أمانة أو في حكمها فما ظهر هلاكه وخفي من الأمانة سواء أو مضمونة فما ظهر هلاكه وخفي عن المضمون سواء.(١٠٣)

المسألة الثالثة: تضمين الصناع:

لا خلاف بين الأئمة في أن الأجير الخاص ليس بضامن لما هلك في يده مما استؤجر عليه، إلا أن يتعدى، فإذا تعدي فلا خلاف- أيضا- أن ضامن لما جئت منه.

جاء في بداية المجتهد:" فأما بالتعدي: فيجب على المكري باتفاق... ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده استؤجر عليه إلا يتعدى.(١٠٤)

واختلفوا في الأجير المشترك- وهو ما يسمونه بالصانع- هل يضمن ما ادعي هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليه ولو لم يتعد، أو أنه لا يضمن إلا بالتعدي كالأجير الخاص؟

مذهب مالك وأحمد:

ذهب مالك وأحمد- رحمهما الله تعالى- إلى أنه ضامن مطلقا.

قال في بداية المجتهد:" وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم، فإنهم اختلفوا في ذلك، فقال مالك، وابن أبي ليلي، وأبو يوسف: يضمنون ما هلك عندهم".[١٠٥]

قال الخرقي:" وما حدث في السلعة من يد الصانع ضمن.[١٠٦]

قال ابن قدامة: الأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقي، وهو ضامن لما جنت يده، فالحانك إذا أفسد حياكته ضامن لها لما أفسد. نص أحمد على هذه المسألة، في رواية ابن منصور.[١٠٧]

عمدة مالك وأحمد:

أما مالك- رحمه الله تعالى- فعمدته في هذا العمل بالمصلحة المرسلة، قال ابن رشد:" ومن ضمنه فلا دليل إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة.[١٠٨]

ووجه هذه المصلحة أنهم لو لم يضمنوا لاستهانوا بالمحافظة على أمتعة الناس وأمواله، وفي الناس حاجة شديدة إليهم، فكانت المصلحة في تضمينهم لحافظوا على ما تحت أيديهم.

وأما أحمد بالرغم من أنه يري ما يراه مالك، إلا أنه اختلف معه في الدليل فإنه احتج بعمل الصحابي، جاء في المغني:" ولنا ما روي جعفر بن محمد، عن أبيه عن على أنه كان يضمن الصباغ و الصواغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك وروي الشافعي، في" مسنده"، بإسناده عن على؟، أنه كان يضمن الأجواء، ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا.... ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه... والدليل على أن عمله مضمون عليه، أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله، لم يكن له أجر فيما عمل فيه، وكان ذهاب عمله من ضمانه.[١٠٩]

مذهب أبي حنيفة والشافعي:

ذهب أبو حنيفة والشافعي- رحمهما الله تعالى- إلى أنه لا يضمن إلا بالتعدي.

جاء في الأم: قال الربيع الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيته أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جئت أيديهم ولم يكن يبوح بذلك خوفا من الصناع".[١١٠]

وقال في بداية المبتدي: "الأجراء على الضربين: أجير مشترك وأجير، فالمشترك من لا يستحق الأجر حتى يعمل كالصباغ والقصار، والمتاع أمانة في يده، فإن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة.(١١١)

عمدة الحنفية والشافعية:

أما أبو حنيفة فعمدته ما ذكره صاحب الهداية:" ولأبي حنيفة- رحمه الله- أن العين أمانة في يده؛ لأن القبض حصل بإذنه، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه، ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب، والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصوداً ولهذا لا يقابله الأجر، بخلاف المودع يأجر؛ لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر".(١١٢)

قال ابن رشد:" وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصانع بالمودع عنده".(١١٣)

وقال الشافعي في الأم: الأجراء كلهم سواء، فإذا تلف في أيديهم شيء من غير جنايتهم فلا يجوز أن يقال فيه إلا واحد من قولين أحدهما أن يكون كل من أخذ إكراه على شيء كان له ضامنا يؤديه على السلامة، أو يضمنه، أو ما نقصه ومن قال هذا القول فينبغي أن يكون من حجته أن يقول: الأمين هو من دفعت إليه راضيا بأمانته لا معطي أجرا على شيء مما دفعت إليه وإعطائي هذا الأجر تفريق بينه وبين الأمين الذي أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل، أو يقول قائل: لا ضمان على أجير بحال من قبل أنه إنما يضمن من تعدي فأخذ ما ليس له، أو أخذ الشيء على منفعة له فيه إما بتسلط على إتلافه كما يأخذ سلفا فيكون مالا من ماله فيكون إن شاء ينفقه ويرد مثله.

وإما مستعير سلط على الانتفاع بما أعير فيضمن؛ لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه لا لمنفعة صاحبه فيه، وهذان معا نقص على المسلف أو غير زيادة له والصانع والأجير من كان ليس في هذا المعني فلا يضمن بحال إلا ما جئت يده كما يضمن المودع ما جئت يده".(١١٤)

وإذا ثبت هذا أنه لا ضمان على الأجراء فلا فرق بين أجير وأجير إلا بدليل ولا دليل على الفرق، قال الشافعي:" وليس بهذا سنة علمتها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبي- صلي الله عليه وسلم- وقد روي فيه شيء عن عمر وعلي- رضي الله عنهما- ليس يثبت عند أهل الحديث عنهما ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الإجراء من كانوا فيضمن أجير الرجل وحده والأجير المشترك والأجير على الرعية وحم المتاع والأجير على الشيء يصنعه لأن عمر- رضي الله عنه- إن كان

ضمن الصناع فليس في تضمينه لهم معني إلا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجرا على ما ضمنوا فكل من أخذ أجرا فهو من معناهم وإن كان علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ضمن القصار والصابغ فكذلك كل صانع وكل من اخذ أجرا وقد يقال للراعي صناعته الرعية وللحمال صناعته الحمل للناس ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قلت أولا من التضمين أو ترك التضمين".[١١٥]

ال الشافعي- رحمه الله تعالى: وثابت عن عطاء بن أبي رباح أنه قال لا ضمان على صانع ولا على أجير فأما ما جنت أيدي الأجراء والصناع فلا مسألة فيه وهم ضامنون كما يضمن المستودع ما جنت يده، والجناية لا تبطل عن أحد، وكذلك لو تعدوا ضمنوا (قال الربيع) الذي يذهب إلى الشافعي فيما رأيته أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم، ولم يكن يبوح بذلك خوفاً من الصناع.[١١٦]

خاتمة البحث

تناولت في هذا البحث دليل الاستصلاح، ومن خلال دراسة هذا الموضوع خلصت إلى جملة من النتائج وهي:

١- أن الشريعة الإسلامية تقوم على أساس مراعاة مصالح العباد في المعاش والمعاد وأنها تدعو إلى ما مصلحته خالصة أو راجحة، وتمنع ما مفسدته خاصة أو راجحة.

٢- المصالح المرسلة هي التي لم يقم الدليل الخاص على اعتبارها ولا على إلغائها ويتحقق بها المحافظة على مقاصد الشارع.

٣- مجال العمل بالمصالح المرسلة هو جانب العبادات المتصلة بالتعامل بين بني الإنسان في سائر تصرفاتهم.

٤- على الرغم من ذكر علماء الأصول للخلاف في اعتبار المصالح المرسلة إلا أن الواقع الفقهي، والسلوك الاجتهادي لفقهاء المذاهب يؤكد اعتبار المصالح المرسلة في الجملة عند التطبيق الفقهي لديهم وإن اختلفوا في التسمية، وإنما يختلفون في مقدار الاعتماد والاعتبار للمصالح المرسلة ما بين مستقل ومستكثر، والشواهد الفقهية، وكيف أثرت في توجيه الرأي الفقهي وترجيحه لدي الفقهاء.

٥- ظهر لنا تأثير اعتبار المصالح المرسلة في الفروع الفقهية، وكيف أثرت في توجيه الرأي الفقهي وترجيحه لدي الفقهاء.

وهذا ظاهر كما في المسائل التي ذكرتها تبيانا لتأثير الاستصلاح في اختلاف الفقهاء في الفروع الفقهية، وهي ضمان المبيع قبل القبض، وضمان الرهن في يد المرتهن، وتضمين الصناع.

والحمد لله أولاً وأخراً

المراجع:

١- أصول السرخسي: محمد بن أحمد بن سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المؤيد- الرياض.

٢- إعلام الموقعين: ابن قيم الجوزية، دار الجيل- بيروت.

٣- الإحكام في أصول الأحكام: لأبي الحسن سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي، دار الكتاب العربي- بيروت.

٤- الاعتصام: إبراهيم موسي بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، دار الكتاب العربي- بيروت.

٥- الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين: خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي الدمشقي، الناشر دار العلم للملايين- بيروت، ط ١٤: ١٩٩٢م.

٦- الأم: لأبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي، دار المعرفة- بيروت.

٧- البحر المحيط في أصول الفقه: لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، دار الكتبي- القاهرة، ط: ١٤٢٤هـ-٢٠٠٥م.

٨- البرهان في أصول الفقه: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني الملقب بإمام الحرمين، دار الوفاء- المنصورة.

٩- الرسالة: محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: أحمد شاكر، الناشر: مكتبة الحلبي، مصر، ط١: ١٣٥٨هـ/١٩٤٠م.

١٠-الشافعي: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي- القاهرة.

١١- المبسوط: محمد بن أحمد بن سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة- بيروت، تاريخ النشر:١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.

١٢-المجموع شرح المهذب: محي الدين بن شرف النووي، تحقيق محمود مطرحي، دار الفكر- بيروت، ط١: ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.

١٣-المجموع شرح المهذب: محي الدين يحي بن شرف النووي، دار الفكر- بيروت.

١٤-المحصول: لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط٣: ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

١٥-المستصفي: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط١: ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

١٦-المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر- بيروت، ط١: ١٤٠٥هـ.

١٧-الموافقات: إبراهيم بن موسي بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، دار إحياء التراث العربي- مصر.

١٨-الهداية في شرح بداية المبتدي: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المكتبة الإسلامية- بيروت.

١٩-بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشيد القرطبي أبو الوليد، دار الفكر- بيروت.

٢٠-تحفة الفقهاء: محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمر قندي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط٢: ١٤١٤ه-١٩٩٤م.

٢١-تخريج الفروع علي الأصول: محمود بن أحمد بن محمود شهاب الدين الزنجاني، تحقيق: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٢: ١٣٩٨هـ.

٢٢-تذكرة الحفاظ: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، دار إحياء التراث العربي- بيروت لبنان.

٢٣-تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١: ١٤١٩هـ-١٩٨٩م.

٢٤-روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد قدامة المقدسي، تحقيق د. عبد العزيز السعيد، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية- السعودية.

٢٥-سير أعلام النبلاء: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط ٣: ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.

٢٦-شرح العضد على مختصر المنتهي للإيجي، دار الكتب العلمية- بيروت.

٢٧-شرح المحلي على جمع الجوامع: تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، مطبوع مع تشنيف المسامع تحقيق: أبي عمرو الحسبي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١: ١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م.

٢٨-شرح تنقيح الفصول: شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي، دار الفكر- بيروت.

٢٩-شرح فتح القدير: محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر- بيروت.

٣٠-صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، تعليق: د. مصطفي ديب مصطفي ديب البغا، دار طوق النجاة، ط١: ١٤٢٢هـ.

٣١-صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري: تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي- بيروت.

٣٢-ضوابط المصلحة المرسلة: البوطي، المكتبة الاموية- دمشق.

٣٣-طبقات الشافعية: للإمام أبي بكر بم أحمد بن محمد ابن قاضي شهبة الدمشقي، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب- بيروت، ط ١: ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.

٣٤-كشف الأسرار شرح أصول البزودي: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، تحقيق: عبد الله محمد عمر، دار الكتب العلمية- بيروت، ط ١: ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

٣٥-كشف الأسرار: للنسفي، دار الكتب العلمية.

٣٦-لسان العرب: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري، دار صادر- بيروت، ط ٣: ١٤١٤هـ.

٣٧-متن الخرقي على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني: أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي، دار الصحابة للتراث، ط: ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

٣٨-متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، تحقيق: حامد إبراهيم كرسون، محمد عبد الوهاب بحيري، مطبعة محمد علي صبيح- القاهرة، ط١: ١٣٥٥هـ.

٣٩-مصادر التشريع فيما لا نص فيه: عبد الوهاب خلاف، دار القلم- الكويت.

٤٠-مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر – بيروت.

٤١-منهاج الطالبين وعمدة المفتين: يحي بن شرف النووي أبو زكريا، دار المعرفة- بيروت.

٤٢-نصب الراية لأحاديث: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، دار المعرفة – بيروت.

٤٣-نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي: د. حسين حامد حسان- دار المتنبي- القاهرة، ١٩٨١م.

٤٤-نهاية السول شرح منهاج الوصول: عبد الرحيم بن الحسن بن علي الأسنوي الشافعي، تحقيق: د. شعبان محمد إسماعيل، دار أبن حزم- لبنان، بيروت، ط ١: ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م.

الهوامش:

(١) قال الشاطبي: إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا. الموافقات ٦/٢

(٢) لسان العرب ٥١٧/٢

(٣) المحصول للرازي ٤٣٢/١

(٤) المستصفى ص١٧٤، الاعتصام ص ٣٧٣، المحصول ٢٢٠/٦.

(٥) الموافقات ٣٠٠/٢-٣٠٢.

(٦) إبراهيم بن موسي بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطي: أصولي حافظ. من أهل غرناطة. كان من أئمة المالكية. من كتبه (الموافقات في أصول الفقه، والاعتصام، توفي سنة ٧٩٠هـ. أنظر: الأعلام الزركلي ٧٥/١.

(٧) سورة البقرة: ١٧٩.

(٨) سورة البقرة: ١٨٨.

(٩) أخرجه البخاري في الصحيح، رقم الحديث ٦٧٣٩، (٢٦١٦/٦)، ومسلم في الصحيح رقم الحديث ١٧١٧، (١٣٤٢/٣)

(١٠) أخرجه الحاكم في المستدرك علي الصحيحين، رم الحديث ٢٣٤٥، (٦٦/٢).

(١١) أخرجه الترمذي في السنن، رقم الحديث ٢١٠٩ (٤٢٥)، وقال: هذا حديث لا يصح لا يعرف إلا من هذا الوجه وإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة قد تركه بعض أهل العلم منهم أحمد بن حنبل والعمل على هذا عند أهل العلم أن القاتل لا يرث كان القتل عمدا أو خطأ وقال بعضهم: إذا كان القتل خطأ فإنه يرث وهو قول مالك.

(١٢) أخرجه مسلم في الصحيح، رقم الحديث ١٥١٣، (١١٥٣/٣).

(١٣) أخرجه البخاري في الصحي، رقم الحديث ٥٧٧٣،(٢٢٦٩/٥)، ومسلم في صحيحه، رقم الحديث ٩٧٧، (١٥٨٥/٣).

(١٤) سورة المائدة: ٩١.

(١٥) الموافقات ٣٠٥/٢-٣٠٧.

(١٦) أنظر: الاعتصام للشاطبي ص٣٨٦-٣٩٠، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف، ص ٨٩، ضوابط المصلحة المرسلة للبوطي ص ٢١٦، المكتبة الاموية- دمشق.

(١٧) سورة البقرة: ٢٢٠.

(١٨) ضوابط المصلحة للبوطي ص٣٥٦، مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص٨٥.

(١٩) انظر: روضة الناظر وجنة الناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط٢: ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، (٤٨٠/١).

(٢٠) المرجع السابق.

(٢١) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي من علماء المالكية وكان مع تبحره في عدة فنون، من البارعين في عمل التماثيل المتحركة في الآلات الفلكية وغيرها، توفي سنة ٦٨٤ه. انظر الاعلام الزركلي، ٩٤/١.

(٢٢) شرح تنقيح الفصول ص٣٥١

(٢٣) المرجع السابق ص٣٥١

(٢٤) وهو التمسك بالمصالح المستندة ألي اوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي وان لم يستند إلي اصل جزئي

(٢٥) الموافقات ٣٠٦/٢-٣٠٧.

(٢٦) محمد بن عمر بن الحسين التيمي الرازي الشافعي المعروف بالفخر الرازي مفسر متكلم فقيه أصولي ولد سنة ٥٤٤ه وتوفي سنة ٦٠٦ من آثاره: مفاتيح الغيب والمحصول" أنظر: سير أعلام النبلاء ٥٠٠/٢١، وفيات الاعيان ٢٤٨/٤.

(٢٧) سورة الحشر: ٢

(٢٨) المحصول ٢٢٥/٦

(٢٩) سورة المائدة: ٣.

(٣٠) سورة القيامة: ٣٦.

(٣١) الأم الشافعي ٢٩٨/٧.

(٣٢) علي بن أبي علي بن محمد بن سالم سيف الدين الآمدي شيخ المتكلمين في زمانه ومصنف الأحكام، بآمد بعد الخمسين وخمسمائة بيسير ورحل إلى بغداد وقرأ بها القراءات، وقرأ الهداية على مذهب الامام أحمد ثم تحول شافعيا. انظر: طبقات الشافعية لابي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر ابن قاشي شهبة تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب- بيروت، الطبعة الاولي: ١٤٠٧ه

(٣٣) الأحكام في أصول الأحكام الآمدي ١٦٨/٤

(٣٤) انظر: مصادر التشريع الاسلامي فيما لا نص فيه ص ٩٣-٩٥.

(٣٥) تخريج الفروع على الأصول ص ٣٢٤

(٣٦) انظر: نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي ص٥٠
(٣٧) انظر: شرح تنقيح الفصول ص ١٧١
(٣٨) تقي الدين ابو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري المنفلوطي ابن دقيق الامام الفقيه الحافظ المحدث العلامة المجتهد شيخ الاسلام كان من اذكياء زمانه واسع العلم مديما للسهر مكبا على الاشتغال بالعلم، ساكناً وقوراً ورعاً إمام أهل زمانه حافظا متقنا، له من المصنفات: أحكام الأحكام، والإلمام بأحاديث الأحكام وغيرهما، توفي سنة ٧٠٢هـ. انظر : تذكرة الحفاظ ١٤٨١/٤، الأعلام للزركلي ٢٨٣/٦.
(٣٩) أنظر: البحر المحيط ٧٧/٦
(٤٠) محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله بدر الدين، عالم بفقه الشافعية والأصول، له تصانيف كثيرة في عدة فنون، منها: البحر المحيط في أصول الفقه، والمنثور في القواعد الفقهية، وغيرهما توفي سنة ٧٩٤هـ. أنظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٦٧/٣ الأعلام الزركلي ٦٠/٦.
(٤١) انظر: البحر المحيط ٢١٥/٥.
(٤٢) مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص ٨٩.
(٤٣) انظر: كشف الاسرار للبخاري ٨/٣، العضد ص ٣٧٢.
(٤٤) سورة البقرة: ١٨٥.
(٤٥) لم أقف عليه في كتب الحديث المشهورة.
(٤٦) أخرجه البخاري في صحيحه رقم الحديث ٤٣٤١،(١٦١/٥) ومسلم في صحيحه، رقم الحديث ١٧٣٣،(١٣٥٩/٣).
(٤٧) المبسوط للسرخسي ١٤٥/١٠.
(٤٨) تحفة الفقهاء محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان ط٢: ١٤١٤ه- ١٩٩٤م،(٣٦٢/٢-٣٦٣).
(٤٩) الهداية شرح البداية ١١٣/٣
(٥٠) شرح فتح القدير ١٧٨/٣.
(٥١) الهداية شرح البداية ٩٩/٢.
(٥٢) الرسالة ص ٥١٥-٥١٦.
(٥٣) المرجع السابق ص٥٠٥
(٥٤) البرهان في أصول الفقه ٧٢٢/٢-٧٢٤.

(٥٥) المرجع السابق
(٥٦) محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الزنجاني: لغوي، من فقهاء الشافعية. من أهل زنجان، ولد سنة ٥٧٣ه- وتوفي سنة ٦٥٦هـ. أنظر: الأعلام للزركلي ١٦١/٧.
(٥٧) تخريج الفروع على الأصول ص ٣٢٠-٣٢٢.
(٥٨) المرجع السابق
(٥٩) المحصول ٢٢٥/٦.
(٦٠) الأم الشافعي ٥٥/٧.
(٦١) المرجع السابق
(٦٢) سورة النحل: ١٣٦.
(٦٣) تخريج الفروع على الأصول ص ٣٢١-٣٢٢
(٦٤) المرجع السابق ص ٣٢٤-٣٢٥
(٦٥) المرجع السابق ص٣٢٥.
(٦٦) إعلام الموقعين ٣٧٧/٤-٣٧٨
(٦٧) محمد بن احمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد من أهل قرطبة، وقاضي الجماعة، درس الفقه والاصول وعلم الكلام، ولم ينشا بالأندلس مثله كمالا وعلما وفضلا ولد في سنة ٥٠٢هـ، وتوفي سنة ٥٨٦ه. انظر: الديباج المذهب ص٢٨٤-٢٨٥.
(٦٨) بداية المجتهد ونهاية المقتصد محمد بن احمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، دار الفكر- بيروت، (١٣٩/٢-١٤٠)
(٦٩) المرجع السابق ص١٤٠/٢.
(٧٠) المغني في فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر- بيروت، ط١: ١٤٠٥ه،(٨٩/٤).
(٧١) منهاج الطالبين وعمدة المفتين، يحي بن شرف النووي أبو زكريا، دار المعرفة – بيروت، (٤٩/١).
(٧٢) الأم، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، دار المعرفة- بيروت، ط٢: ١٣٩٣هـ، (٥/٣).
(٧٣) شرح فتح القدير محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر- بيروت،(٢٩٦/٦).

(٧٤) أخرجه النسائي في السنن الصغرى رقم الحديث ٤٦٠٣، (٢٨٦/٧)، وأحمد في المسند برقم ١٥٣١٦،(٣٢/٢٤).

(٧٥) أنظر: المجموع شرح المهذب، محي الدين بن شرف النووي، تحقيق محمود مطرحي، دار الفكر- بيروت: ط ١: ١٤١٧هـ-١٩٩٦م(٢٥٩/٩).

(٧٦) عن ابن عمر، قال: ابتعت زيتا في السوق، فلما استوجبته لنفسي، لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت، فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حيث تحوزه إلى رحلك (فإن رسول الله صلي الله عليه وسلم نهي أن تباع السلع حيث تبتاع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم) سنن أبو داؤود، رقم الحديث، رقم الحديث ٣٤٩٩، (٢٨٢/٣).

(٧٧) أخرجه البخاري في صحيحه، رقم الحديث ٢١٢٦، (٦٧/٣)، ومسلم في صحيحه، رقم الحديث ١٥٢٥، (١١٥٩/٣-١١٦٠).

(٧٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، رقم الحديث ١٠٦٨٢،(٥١١/٥) قال تفرد بن يحي ابن صالح الأيلي وهو منكر بهذا الإسناد.

(٧٩) انظر: الأم الشافعي ٧٠/٣.

(٨٠) أخرجه البخاري في الصحيح، رقم الحديث ٢١٣٥، (٦٨/٣).

(٨١) الأم الشافعي ٧٠/٣، المجموع للنووي ٢٥٩/٩.

(٨٢) مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر – بيروت،(٦٨/٢).

(٨٣) مختصر الخرقي متن الخرقي على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني لأبي القاسم عمر بن الحسين ابن عبد الله الخرقي، الناشر: دار الصحابة للتراث، ط: ١٤١٣هـ-١٩٩٣م،(ص٦٦).

(٨٤) المغني لأبن قدامة ٨٧/٤-٨٩.

(٨٥) أخرجه البخاري في صحيحه، رقم الحديث ٢١٣١،(٦٨/٣). تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، ط١: ١٤٢٢ه.

(٨٦) سبق تخريجه ص

(٨٧) أخرجه مسلم في صحيحه، رقم الحديث ١٥٢٧،(١١٦١/٣)

(٨٨) ذكره ابن قدامة في المغني ٨٣/٤

(٨٩) أصله أن رجلا اشتري غلاما في زمن رسول الله صلي الله عليه وسلم فكان عنده ما شاء الله ثم رده عيب وجده فقضي رسول الله صلي الله عليه وسلم بالعيب فقال المقضي عليه قد استغله فقال: رسول الله صلي الله عليه وسلم" الخراج بالضمان" الشافعي وأحمد وأصحاب السنن والحاكم من طريق عروة عن عائشة مطولا ومختصرا وصححه ابن القطان. انظر: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير أحمد ابن علي بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية- بيروت، ط ١: ١٤١٩هـ-١٩٨٩م،(٥٤/٣).

(٩٠) أنظر: المغني ٨٧/٤-٩٠.

(٩١) بداية المجتهد ٢٠٨/٢.

(٩٢) المرجع السابق ٢٠٩/٢.

(٩٣) متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، تحقيق: حامد إبراهيم كرسون، محمد عبد الوهاب بحيري، مطبعة محمد علي صبيح- القاهرة، ط ١: ١٣٥٥هـ، (ص٢٣٠).

(٩٤) قال الزيلعي: أخرجه أبو داوود في مراسيله عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه في أثناء البيوع، قال عبد الحق في إحكامه هو مرسل وضعيف، قال ابن القطان في كتابه: ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف كثير الغلط، وإن كان صدوقا. انتهي. انظر: نصب الراية ٣٢١/٤.

(٩٥) أخرجه ابن ماجة في السنن رقم الحديث ٢٤٤١، (٨١٦/٢).

(٩٦) سورة القيامة: ٣٨

(٩٧) الهداية في شرح بداية المبتدئ على بن أبي بكر عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المكتبة الإسلامية- بيروت،(١٢٧/٤).

(٩٨) الأم للشافعي ١٦٧/٣.

(٩٩) المغني ٢٥٧/٤.

(١٠٠) قال الحاكم: هذا حديث صحيح، أعلى الإسناد على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، لاختلاف فيه علي أصحاب الزهري، وقد تابع زياد بن سعد علي هذه الرواية مالك بن أن، وانب أبي ذئب وسليمان بن أبي داوود الحراني، ومحمد بن الوليد الزبيدي، ومعمر بن راشد، ثم أخرج أحاديثهم، ورواه الدار قطني في سننه وثال: هذا إسناد حسن متصل. أنظر: نصب الراية ٣٢٠/٤.

(١٠١) الأم ١٦٧/٣.

(١٠٢) المرجع السابق
(١٠٣) المرجع السابق
(١٠٤) بداية المجتهد ١٧٤/٢-١٧٥.
(١٠٥) المرجع السابق
(١٠٦) متن الخرقي على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني ص ٨٠.
(١٠٧) المغني ٣٠٥/٥.
(١٠٨) بداية المجتهد ١٧٥/٢.
(١٠٩) المغني ٣٠٥/٥.
(١١٠) الأم ٩٧/٧.
(١١١) بداية المبتدئ، ص ١٩٠.
(١١٢) الهداية في شرح البداية ٢٤٤/٣.
(١١٣) بداية المجتهد ١٧٥/٢.
(١١٤) الأم ٣٧/٤-٣٨.
(١١٥) المرجع السابق.
الأم ٩٧/٧.