جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي .

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة

المصلحة المرسلة وأثرها في المعاملات المالية

ـ نماذج مختارة ـ

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية .

تخصص: معاملات مالية معاصرة.

الطالبة: المشرف:

_ جمعة جغوبي _ د. عماد جراية.

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د.حياة عبيد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي .	رئيسا
د.عماد جراية	أستاذ محاضر(ب)	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي .	مشرفا ومقرّراً
أ.علي زواري	أستاذ متقاعد	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي .	مناقشا

السنة الجامعية: 1438 _ 1439هـ / 2017 _ 2018م.

جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي .

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة

المصلحة المرسلة وأثرها في المعاملات المالية

ـ نماذج مختارة ـ

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية .

تخصص: معاملات مالية معاصرة.

الطالبة: المشرف:

_ جمعة جغوبي _ د. عماد جراية.

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د.حياة عبيد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي .	رئيسا
د.عماد جراية	أستاذ محاضر(ب)	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي .	مشرفا ومقرّراً
أ.علي زواري	أستاذ متقاعد	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي .	مناقشا

السنة الجامعية: 1438 _ 1439هـ / 2017 _ 2018م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى أبي رحمه الله تعالى.

إلى أمي الغالية.

إلى إخوتي وأخواتي.

إلى الأساتذة الذين علموني حب العلم والمثابرة.

إلى أخواتي في الله اللاتي رافقنني طيلة مسيرتي الدراسية.

إلى كل غيور على دينه.

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع.

الشكر والعرفان

بداية أحمد الله تعالى وأشكره على منّه وتوفيقه لإنجاز هذه المذكرة، ومنحني القدرة والعافية على ذلك.

ومن باب العرفان بالفضل أتقدم بالشكر والتقدير والامتنان إلى شيخي وأستاذي فضيلة الأستاذ عماد جراية، الذي قبل الإشراف على مذكرتي هذه، ومنحني من وقته وجهده وعلمه، ولم يبخل عليّ بتوجهاته السديدة، فجزاه اللهَ عني كل خير، وجعل ذلك في ميزان حسناته يوم القيامة، وأسأل الله أن ينفع بعلمه ويرفعه به درجات.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة على ما تفضلوا به من قبول مناقشة هذه المذكرة، وما بذلوه من جهد في قراءتها.

والشكر موصول أيضا لجميع أساتذة شعبة العلوم الإسلامية على ما بذلوه ويبذلونه في رفعة الدين و ازدهار هذه الجامعة.

وكما أشكر كل من قدم لي يد العون و المساعدة من قريب أو بعيد لإتمام هذا البحث واخراجه في هذه حلّة التي أرجوا أن تحظى بالقبول.

الملخص

تناولت هذه المذكرة موضوع المصلحة المرسلة وأثرها في المعاملات المالية، انطلاقا من الاشكالية الآتية: ما هي الاثار المترتبة على المصالح المرسلة في المعاملات المالية؟.

و للإجابة على هذا التساؤل احتوى البحث على الخطة الآتية:

والتي تنقسم الى مبحثين

الأول كان مبحثا نظريا لبيان حقيقة المصلحة المرسلة و أما بالنسبة لثاني فكان مبحثا تطبيقيا يتضمن ذكر بعض المسائل في البيوع و ما شكلها من قضايا المعاملات المالية وخاصة المعاصرة منها.

وفي الاخير توصلت الدراسة الى أهم النتائج:

إن المصالح المرسلة لها أثر كبير في حفظ مصالح العباد و رفع الحرج و درء المفاسد عنهم، كما لها دور فعال في تيسير العديد من الأحكام.

Summary

This note dealt with the issue of interest sent and its impact on financial transactions, based on the following problematic: What are the implications of the interests sent in financial transaction?

To answer this question, the research contained the following plan:

Which is divided into two sections

The first was a theoretical study to show the truth of the sent interest. As for the second, it was an applied study that included mentioning some issues in the sales and the form of the issues of financial transactions, especially contemporary ones.

Finally, the study reached the most important result

The interests that are sent have a significant impact on the preservation of the interests of the worshipers and the lifting of the embarrassment and the prevention of the evils of them, and have an effective role in facilitating many of the provisions.

مقدمة

إن الحمد لله نحمده وستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهدي الله فهو المهتدي ومي بضلل فلن تجد له وليّاً مرشدا، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، و أن سيدنا محمد عبده ورسله وصفيه من خلقه وحبيبه بلّغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة وجاهد في حق الله حتى أتاه اليقين .

وصل اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحابته أجمعين.

وبعد

من الخصائص التي انفرد بها التشريع الإسلامي، خاصية الخلود والبقاء والصلاح لكل مكان وزمان، وهذه الخاصية تؤدي إلي ظهور العديد من العوامل والتي من أبرزها تنوع الأدلة الشرعية وتعددها، وهذا ما وضحه لنا الشارع الحكيم فيما يتعلق بجانب العبادات بأنها قائمة على الدليل القطعي (الكتاب والسنة) واللّذان يعتبران أصلَ وعمادَ الأدلة، وأما ما يتعلق بأمور العادات والمعاملات فلم يُفصل فيها فجاءت أحكامها مجملة ، وتُرك التفصيل فيها للمجتهدين، و بالتالي فإن إقرار هذه الأحكام يكون بحسب ما تقتضيه المصلحة، وهو الذي يمنح لشريعة الإسلامية القدرة على مواكبة العصر ومراعاة التطور، مهما كثرت النوازل وتعددت الوقائع والمسائل ويبقى ذلك في ظل الضوابط ومقاصد الشريعة.

جاءت الشريعة الإسلامية من أجل تحقيق مصالح العباد في العاجل و الآجل، والحال والمآل، بجلب المنافع وتقريب المصالح، ودرء المفاسد ودفع القبائح، حيث أن في أصولها وكلياتها وجزئياتها، مقاصد شرعية عظيمة، أنيط الحكم به، فما من حكم شرعي إلا وله غاية ومصلحة، و ما من واقعة إلا ولها حكم يناسبها، قد شُرع من أجلها وإن لم ندركه بعقولنا القاصرة، ولا يصح تجريد الحكم من غايته ومصلحته التي شرعه الله من أجل تحقيقها.

وهذا الأمر يقتضى الأخذ بمصادر أخرى تابعة للأدلة الأصلية، وعدم الوقوف على حرفية هذه الأخيرة، فإن لهذه المصادر امتدادها وآثارها في إثبات حيوية الشريعة الإسلامية في وقتنا الراهن وواقعنا المعاصر، حيث وجدت مسائل كثيرة لم يرد فيها نص خاص يُظهر حُكمها الشرعي، فبالتالي فإن الوُصول إلى الأحكام المناسبة يكون من خلال الرجوع إلى تلك المصادر الاجتهادية التبعية، فكان من جملة ما شرع ومما يعرف من الأدلة قاعدة "المصلحة المرسلة" التي يُستمد منها في إثبات الأحكام والوقائع المستجدة التي جاءت الشريعة لتحقيقها، وهي جلب المصالح والمنافع ودرء المفاسد.

ومن هنا اخترت البحث في هذا الموضوع ليكون بحثا تطبيقيا فيه بعض النماذج العلمية والواقعية والتي تعتبر من أهم المصادر التبعية وهو المصلحة أو الاستصلاح، ونظرا لشمول هذه القاعدة وتوسع دائرة الاستنباط منها فإني اقتصرت على باب المعاملات المالية طلبا للاختصار اللائق في مثل هذه البحوث، ولتوسع هذه القاعدة في عدتْ أبواب حصرتها في جانب المعاملات المالية فقط؛ وكان الاختيار لهذا المجال وذلك لأنه الإحاطة بجميع المصلحة المتعلقة بالمعاملات المالية صعُب المنال ارتئيت التطرقَ لبعض منها.

أولا: أهمية اختيار الموضوع:

إن دراسة المصالح المرسلة لها أهمية ومكانة كبيرة منها:

1. تُعد المصالح المرسلة من أهم قضايا وذلك لحاجة الناس إليها باعتبارها الأصل الذي تبنى عليه أحكام الكثير من مستجدات الحياة وتطوراتها في شتى المجالات خاصة في وقتنا الحاضر بما في ذلك الاقتصادي الاسلامي.
2. المصلحة المرسلة تعتبر من أهم مصادر التشريع التي تثبت مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل مكان وزمان، و يتطلب ذلك في بيان الأحكام

المتعلقة بالمسائل المستجدة في كل عصر وإعطائها الحكم المناسب لها، بما يتوافق حاجة الفرد ومصالحه في الحياة.

ثانيا: إشكالية الموضوع:

تعرف المصالح على انها ذات أهمية كبيرة في حياة المسلمين، وذلك نظرا لحاجة الناس إليها وخاصة في مجال المعاملات المالية، مما يستدعي الى ظهور أحكام خاصة في الجانب الاقتصادي وذلك لدفع الضرر والمشقة، حسب مقاصد الشريعة، ومن هنا نثير الإشكال الآتي:

ما حقيقة المصلحة المرسلة؟ وما هي الآثار المترتبة عليها في المعاملات المالية؟ وما مدى الحاجة إليها في ذلك؟.

- وهل هناك ضوابط للعمل بقاعد المصلحة المرسلة؟
- و ما مدى اعتماد المصالح في مجال المعاملات المالية؟

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع:

أسباب ذاتية:

1. إثراء المكتبة الجامعية بموضوع تطبيقي فيه شيء من الجدّة يعالج فيه البعض من أثر المصالح المرسلة في جانب المعاملات .
2. توافق رغبتي الشديدة في البحث في هذا الموضوع مع رغبة الأستاذ المشرف الذي شجعني على ذلك.
3. حبّي الشديد لِعلم أصول الفقه ومقاصد الشريعة دفعني إلي البحث في أصل المصلحة المرسلة باعتباره أصل يجمع بين النظري والتطبيقي .
4. شدة فضولي لمعرفة أثر المصالح المرسلة في المعاملات المالية.

أسباب موضوعية:

1. إن الجهل بمقاصد التشريع الإسلامي وسوء فهم المصطلحات الشرعية خاصة في المعاملات المالية أدى بالبعض إلى استنكار فكرة تغير الأحكام الشرعية وتقديم المصلحة على النص أحيانا وتعطيل المصالح باسم الابتداع في الدين.
2. التعرف على البعض من خصوصيات المصالح المرسلة في المعاملات المالية واستثمارها في ثنايا هذا الموضوع.
3. بيان أهمية المصالح المرسلة لدى المجتهد واهتمامه بها، و ما له من أثر في تعزيز الثقة بالفقه الإسلامي.

رابعا: أهداف الدراسة:

1. الكشف عن أحكام فقهية مستجدة وطرق استعمال وسائل مختلفة تخدم مصالح العباد والبلاد.
2. بيان أن المصلحة المرسلة هي منهج لفهم واستنباط الأحكام الشرعية على أساس مراعاة المقاصد العامة للشارع.
3. التعرف الى بعض مسائل المعاملات المالية التي كان مبناها على قاعدة المصلحة المرسلة من خلال بيان الاستدلال الصحيح لهذه القاعدة وفق حجيتها و شروطها مما يُلبي حاجة المجتمع والفرد.

خامسا: المنهج المتبع:

المنهج الاستقرائي: والذي استعملته في استقراء أقوال العلماء في المصالح المرسلة.

المنهج الوصفي التحليلي: وهو ضروري في تحليل ما تم استقراؤه من نصوص ومسائل.

المنهج المقارن: واستعملته في مواضع من بحثي وذلك لما تقتضيه الحاجة إلى المقارنة في الجانب التطبيقي.

سادسا: المنهجية المتبعة في البحث:

اعتمدت في كتابة بحثي المنهجية الآتية:

1. الحرص على الكتابة الصحيحة للآيات القرآنية وتشكيلها، بذكر السورة ورقم الآية في الهامش .
2. الحرص على تخريج وتحقيق الأحاديث التي استدل بها الفقهاء من الكتب المتخصصة؛ فأبين درجة الحديث، كما أذكر الكتاب، و الباب، ، ورقم الحديث، والجزء والصفحة.
3. حاولت بقدر الإمكان أن ألمّ بأهم الجزئيات المتصلة بموضوع البحث، وذلك من خلال الرجوع إلى كتب الفقهاء؛ لإبراز جهودهم في أثر المصلحة ا.
3. لم أتطرق في بحثي إلي ترجمة الأعلام وذلك لأني ذهبت إلى ما تفق عليه الجمهور.
4. اتبعت في توثيق مصادر البحث ومراجعه، ذكر المؤلِفْ، ثم اسم الكتاب ومعلوماته كما تقتضيه منهجية البحث العلمي وذلك للأمانة العلمية.
5. اختتمت البحث بعدة فهارس، فهرس للآيات القرآنية، وفهرس للأحاديث النبوية، وفهرس المصادر والمراجع وفهرس الموضوعات.

سابعا: الدراسات السابقة للموضوع:

إن دراسة هذا الموضوع تستدعي الاطلاع على بعض الدراسات السابقة الأخرى في هذا الموضوع، والتي عالجتْه من جوانب مغايرة ومختلفة ،وهذا ما نتج عنه تعدد الدراسات حول

المصلحة في الشريعة الإسلامية، إلا أن التطرق فيها للمصلحة المرسلة كان أمراً ثانوياً، كما أن الدراسة فيها كانت تركيز على التأصيل دون التفريع من ذلك.

الدراسة الأولى: رسالة دكتوراه، محمد سعيد رمضان البوطي المسماة ب:(ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية)، فقد كانت دراسته لضوابط المصلحة العامة في التشريع حيث جاء بحثه للمصلحة المرسلة في آخر جزء من الكتاب.

الدراسة الثانية: رسالة ماجستير بعنوان:(المصلحة المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي –مسائل السياسة الشرعية انموذجًا- ل: سمية قرين، جامعة باتنة، عام 2011م، حيث احتوت هذه إلي ثلاثة فصول، خصصت الأول لبيان المفهوم العام للمصلحة ثم المصلحة المرسلة، والثاني تطرقت فيه إلي حجية المصلحة المرسلة وضوابط العمل بها، وفي الفصل الثالث وهو التطبيقي من بحثها والذي حاولت من خلاله إبراز أهمية تطبيق هذه الضوابط على بعض القضايا المتعلقة بالسياسة الشرعية.

الدراسة الثالثة: رسالة ماجستير بعنوان:(المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي) للدكتور: أحمد بوركاب، حيث جعل فصلا لتأصيل قاعدة المصلحة المرسلة فبين مفهومها ثم علاقتها ببعض الأصول فحجتها، أما الفصل التطبيقي فقد جعله لبيان أثر المصلحة المرسلة في مرونة الفقه الإسلامي وقد اعتمد في ذلك على الترتيب التاريخي بحسب العصور.

ثامنا: خطة البحث:

نظرا لطبيعة الموضوع والأهداف المرجوة والمنهج المتبع ارتأيت أن أقسم البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: حقيقة المصلحة المرسلة، وهي في ثلاث مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالمصالح المرسلة، مع بيان حجيتها.

المطلب الثاني: شروط العمل بالمصالح المرسلة.

المطلب الثالث: أقسام المصالح المرسلة.

المبحث الثاني: نماذج مختارة في أثر المصلحة في المعاملات المالية.

المطلب الأول: أثر المصلحة في تشريع البيوع(السلم – الاستصناع).

المطلب الثاني: أثر المصلحة في تشريع بعض العقود المشاكلة للبيوع(المضاربة — الرهن).

المطلب الثالث: أثر المصلحة في تشريع عقود التبرعات(الوصية — الهبة).

الخاتمة: جاء فيها ذكر لأهم النتائج المتوصل إليها من خلال البحث.

الفهارس: ذيّل البحث بفهارس فنية من شأنها تسهيل عملية التعامل معه؛ حيث خصص الفهرس الأول منها للآيات، والثاني للأحاديث، وبعده للمصادر والمراجع، وفي الأخير يأتي فهرس للمحتويات.

تاسعا: صعوبات البحث:

كما في جميع البحوث العلمية، فقد واجهت بعض الصعوبات في إعداد هذا البحث، و منها سعة موضوع البحث ولذا فلا تكفي مذكرة محددة بثمانين صفحة الإلمام بجميع العناصر، ولذلك فقد حاولت الاختصار على أهم العناصر وليس جميعا.

وبما ان هذا جهد بشري، فهو لا يخلو من الخطأ والسقط، فربما غفلت عن بعض جوانبه، أو ضيقت واسعا جراء سوء فهم أو ضعف تأويل، أو قصرت فيه ما كان شأنه التطويل؛ لذا استرشد المناقشين لتصحيح خلل حاصل، وأطلب نصحهم لتقويم ما وجد فيه من باطل، سواء كان في شكل الموضوع أو مضمونه، وصل اللهم وسلم على نبيك المصطفى الكريم، وعلى آله وصحبه وتابعيهم أجمعين، وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول: حقيقة المصلحة المرسلة.

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالمصالح المرسلة، و حجيتها وآراء المذاهب فيها.

المطلب الثاني: شروط العمل بالمصالح المرسلة.

المطلب الثالث: أقسام المصالح المرسلة.

المبحث الأول: حقيقة المصالح المرسلة:

المطلب الأول: تعريف المصلحة المرسلة وحجيتها.

أولا: تعريف المصلحة المرسلة.

1. لغة:

والمصلحة: الصَّلحُ والمصَلحَة واحدة المصالح.

والاستصلاح: نقيض الفساد.

وأصْلَح الشيءَ بعد فساده: أقامه. وأصْلَحَ الدابة: أحسن إليها فصَلَحَتْ. وفي التهذيب: نقول أصْلَحتُ الى الدابة إذا احسنت إليها[1].

2. اصطلاحا:

المصلحة المرسلة: وهي التي لم يشهد لها أصل شرعي من النص أو اجماع لا باعتبار ولا بالإلغاء[2].

ثانيا: حجية المصالح المرسلة:

اختلف جمهور العلماء في حجية المصالح المرسلة واعتبارها دليلا شرعيا ومصدرا مستقلا، حيث يرى البعض على أنها حجة شرعية وأصل من الاصول التي يعتد بها في تشريع الأحكام، وكما يرى البعض الآخر من العلماء أن المصالح المرسلة ليس بحجة، ولا يصح أن يبنى عليها حكم من الأحكام الشرعية[3].

---

[1]- ينظر: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب (لا. ط، بيروت، دار الصادر، لا. ت)، ج2، ص517.

[2]- ينظر: أبي إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه(ج1، لا. ط)، ص27.

[3] – ينظر: محمد أحمد بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الاسلامي(ط.1، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 1423هـ. 2002م)ص201.

- **القول الأول:**

المصالح المرسلة ليست دليلا مستقلا، وهو مذهب الشافعية والحنفية. واحتجوا لقولهم بأن الشريعة راعت مصالح الناس بالنص والاجماع والقياس، فكل مصلحة لها شاهد من هذه الادلة، وأن المصلحة التي لا يشهد لها دليل شرعي ليست في الحقيقة مصلحة، وإنما هي وهم، وكما أن بناء الأحكام على حساب المصلحة يؤدي بأصحاب الأهواء وحكام السوء والفساد بأن يشرعوا ما يحقق أغراضهم وأهواءهم بحجة المصلحة

ولذا فإن حفظ مقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والاجماع والقياس وكل مصلحة لا ترجع لواحد مما سبق فهي باطلة [1].

قول الحنفية: وهم يأخذون بالاستصلاح ولا يعتبرونه دليلا شرعيا، ولكنهم ردوا العمل بها إلى أدلة اخرى كالاستحسان، حيث أنهم ذكروا من أنواعه: الاستحسان بالمصلحة، وكان هذا واضحا عندما عرفوا الاستحسان حيث قالو: هو عدول عن حكم الدليل الى العادة لمصلحة الناس[2]

قول الشافعية: لم يعد الاستصلاح دليلا مستقلا في أصوله كالإجماع والقياس، ومن أجل هذا ظن كثير من الباحثين أنه لم يأخذ به، ولم يعتبر المصالح المرسلة مستندًا في اجتهاده.

إلا أنه لا يلزم من كونه لم يعد الاستصلاح اصلا مستقلا برأسه عدم اعتباره له، واعتماده عليه، مدرجا تحت باب القياس مثلان بل ألحق: ان الشافعي رحمه الله تعالى كان يذهب في اعتماد المصالح الى مدى بعيد، ولكنه كان يسمى كل ذلك قياسا[3].

مثال ذلك:

---

[1]. ينظر: محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي (ط.2، دارا لخير، دمشق، 1467هـ، 2006م، ج1)، ص255.

[2] – ينظر: محمد تحسين عطا رجب، دور المصلحة في الأحكام السياسة الشرعية في عهد الصحابة(مذكرة الماجستير، اصول الفقه من الجامعة الاسلامية، غزة، 1430هـ. 2009)ص 24.

[3]. ينظر: مصطفى ديب البُغا، اثر الادلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي .(لا. ط، دمشق، دار الامام البخاري، د.ت)، ص49.

لو شهدوا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا ففرق بينهما الحاكم، ثم رجعوا أغرمهم الحاكم صداق مثلها أن كان 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 قَلّ أو كثر، إلى ما أتلفو عليه فأجعل له قيمة[1].

القول الثاني[2]:

المصالح المرسلة دليل شرعي مستقل ومصدر من مصادر التشريع التي يرجع إليها المجتهد، وحجة تبنى عليها الاحكام دون ان تتوقف على دليل شرعي آخر، وهو مذهب المالكية والحنابلة.

واستدلوا على ذلك بأن مصالح العباد كثيرة جدا وأنها تتجدد مع تجدد الحوادث وتطور الزمان، والشرع إنما جاء لتحقيق المصالح الحقيقة في الدنيا والاخرة.

كما استدلوا على ذلك بأعمال الصحابة الذين شرعوا أحكاما كثيرة لتحقيق مصالح العباد المتجددة مع وجود دليل شرعي عليها.

قول المالكية: إن المذهب المالكي أخذ بالمصلحة واعتبرها دليلا مستقلا، غير مستند إلى ما سواه، فحيثما وجدت المصلحة أخذ بها سواء كان لها شاهد خاص بالإلغاء فإنه لا يوجد بها. وطرح المالكية أنه يؤخذ بالمصلحة ولو عارضها نصوص ظنية. وكما ان الامام مالك أنه يرى تخصيص العام بالاستصلاح[3].

من السنة:

---

[1]. ينظر: محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية(لا. ط، دمشق، مؤسسة الرسالة،1393. 1973)، ص379.

[2]- ينظر: محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي، ص255.

[3]. ينظر: سعد محمد الشاوي، نظرية الاخذ بما جرى به العمل في المغرب في اطار المذهب المالكي (ط.2، القاهرة، لا. د، 1401هـ. 1981م)، ص296.

ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه اجاز لأصحابه للاجتهاد في اطار معاني النصوص العامة عند فَقْد النص الخاص. واقراره لهم تشريع لأمته من بعده لسلوك هذا الطريق؛ ومثال ذلك.

لما أرسل المصطفى صلى الله عليه وسلم معاذ الى اليمن اختبره قائلا: ((ماذا تصنع إن تعرض عليك قضاء؟ قال: أقضى بما في كتاب الله .قال: فإن لم تجد؟ قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال: أجتهد رأيي لا آلو، فضرب رسول الله عليه وسلم على صدر معاذ وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله [1].

يدل هذا النص على أنه عليه الصلاة والسلام رضى لأصحابه أنهم يجتهدوا في استنباط الأحكام إذا عدموا النصوص الخاصة، ومعلوم أن اجتهادهم يكون في إطار ما تقتضيه القواعد الكلية ومجموع النصوص من جلب المصالح ودرء المفاسد، والاستصلاح من هذا القبيل [2] .

المطلب الثاني: شروط العمل بالمصالح المرسلة.

من أجل الحفاظ على الشريعة وحتى لا يستغلها البعض استغلالا سيئا للمصالح شخصية، فيشرعون حسب ما يردون مُدعين أن تشريعهم على المصلحة المرسلة، لذا فقد اشترط الفقهاء المعتبرون للمصلحة المرسلة شروطا نذكر أهمها :

1. أن يتحقق من بناء التشريع على المصلحة المرسلة جلب المصلحة أو درء مفسدة وذلك مثل تسجيل العقود فإنه يقلل من شهادة الزور، وتسعير السلع في الأزمات الاقتصادية فإنه

---

[1]- ينظر: عبد الرحمان بن حسين بن محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي، فتح المجيد شرح كتاب التوحيد، ت: محمد حامد الفقهي(ط. 7، القاهرة، السنة المحمدية، 1377هـ. 1957م) كتاب : الاقضية، باب، من أطاع العلماء والأمراء في تحريم ما، حديث رقم:3592وص388.

[2]- ينظر: محمد أحمد بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الاسلامي(ط. 1، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وأحياء التراث،1423هـ. 2002م)، ص211.

يكبح جماع الجشع، أما توهم التحقق لجلب منفعة أو دفع ضرر فهذا ما لا يصح أن نقول عنه إنه من المصالح المرسلة [1] .

2. أن تكون مصلحة عامة لمجموع الأمة، أو الأكثرية الغالبية، ولا عبرة للمصالح الشخصية والفردية، وذلك لأن التشريع لا يكون من أجل الافراد، وإنما يكون لتحقيق المصالح العامة [2] .

3. أن تكون معقولة في ذاتها، جرت على المناسبات المعقولة التي إذا عرضت على أهل العقول تلقتها بالقبول، وأن لا تكون في التّعبدات أو ما جرى مجراها من المقدرات [3].

4. أن لا تعارض الأحكام المبنية على المصلحة حكمًا يكون ثابتا بالنص أو الاجماع، فإن معارضته تدل على أن هذه المصلحة ملغاة من قبل المشرع لما يترتب عليها من مفاسد وبتالي يتم إبطالها[4].

5.أن تكون المصلحة التي يشرع الحكم من أجلها كلية لا جزئية، فلا بد أن تشمل أكبر عدد من الناس تجلب لهم النفع، وتدفع عنهم الضرر فلا يصح تشريع حكم بناء على مصلحة خاصة بعظيم من العظماء، بقطع النظر عن بقية الافراد [5].

---

[1]- ينظر: د عبد العزيز بن عبد العزيز بن العمار، المصلحة المرسلة وأثرها في المعاملات المالية(ط.1، الرياض، دار كنوز،1431هـ،2010م)، ص118.

[2]- ينظر: محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي، ص 256.

[3]- ينظر: د. مصطفى البغا، أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي،ص58.

[4]- ينظر: المرجع السابق، ص256.

[5]-ينظر: د عبد العزيز بن عبد العزيز العمار، المصلحة المرسلة وأثرها في المعاملات المالية،ص118.

المطلب الثالث: أقسام المصالح المرسلة.

تنقسم المصالح المرسلة الى أقسام وهي:

القسم الأول: أقسام المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها.

تنقسم باعتبار قوتها في ذاتها وذلك حسب أثرها في قوام الأمة إلى ثلاث أقسام:

أولا: المصالح الضرورية: وهي الأعمال والتصرفات التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا وصيانة مقاصد الشريعة، بحيث إذا فُقِدت أو فُقد بعضها لم تجر المصالح على استقامة، واحدة بل تنهار الحياة الإنسانية، أو تختل و تَفسُد[1] . وكما يترتب على تفويت هذه المصلحة تفويتُ شيء من الضروريات أو كلها[2] .

وتتحقق هذه المصالح بمجموع الضروريات الخمسة (حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ النسل، حفظ المال، حفظ العقل) وحفظ هذه الضروريات يكون بأمرين.

احدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قوامها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.

ثانيها: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم[3] .

فأساس الأعمال التي تعد من المصالح الضرورية أن لا تقوم تلك الأمور الخمسة ـ التي هي من أركان الحياة البشرية ـ إلا بمراعاتها[4].

---

[1] ينظر: مصطفى ديب البُغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص 69.

[2] ينظر: محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة (لا ط، لا. م، دار ابن الجوزي، د.ت)، ص 243.

[3] ـ ينظر: أبي إسحاق الشاطبي، الموافقات، ج1، ص18

[4] – ينظر: د. مصطفى ديب البُغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص30.

ثانيا: المصالح الحاجية: وهي ما يفتقَر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فاذا لم تُراع دخل على المكلفين الحرج والمشقة،

ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح الضرورية. وهي جارية في العبادات، والمعاملات، والجنايات [1].

ففي العبادات: شرعت الرخصة المخففة للمشقة المترتبة على السفر و المرض.

وفي العادات: أبيح الصيد والتمتع بالطيبات مما هو حلال مأكلا ومشربا وملبسا ومسكنا ومركبا، وما اشبه ذلك.

وفي المعاملات: شرع القرض والمساقاة والسلم والغاء التوابع في العقد على المتبوعات، كثمرة الشجر.

وفي العقوبات: شرعت القسامة وضرب الدية على العاقلة وتضمين الصناع، وما اشبه ذلك [2].

ثالثا: المصالح التحسينية: هي ما كان بها كمالُ حال الأمة في نظامها حتى تعيش آمنة مطمئنة ولها بهجةُ منظر المجتمع في مرأى بقية الأمم، حتى تكون الأمة الاسلامية مرغوبا في الاندماج فيها أو في التقرب منها [3]؛والأخذ بما يليق من المحاسن والعادات، و التجنب لأحوال المدنسات، التي تأنفها العقول الراجحات ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق[4] .

ومثالها:

فيما يتعلق بالدين: أحكام النجسات والطهارات، وستر العورة وما شابه ذلك.

---

[1]- ينظر: أبي إسحاق الشاطبي، الموفقات ج2، ص21.

[2]- ينظر: د. محمد احمد بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، ص41.

[3]-ينظر: محمد بن الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة ابن عاشور، ت: محمد الطاهر الميساوي (ط.2، الاردن، دار النفائس، 1421هـ، 2001م)، ص307.

[4]. ينظر: المرجع السابق.

وفيما يتعلق بحفظ النفس: آداب الأكل والشرب ومجانبه ما استخبث من الطعام والابتعاد عن الاسراف والتقتير.

وفيما يتعلق بحفظ المال: المنع من بيع النجاسات وفضل الماء والكلأ .

وفيما يتعلق بحفظ النسب: أحكام الكفاءة في اختيار الزوجين وآداب المعاشرة بينهما[1].

القسم الثاني: أقسام المصالح من حيث اعتبار الشارع لها.

أولا: المصالح المعتبرة: وهي التي شهد الشارع بقبولها، سواء شهد لنوعها أو جنسها، سواء كان بالنص أو الاجماع، أو معقولها[2] .وكما إن هذه المصالح حجة، لا اشكال في صحتها، ولا خلاف في اعمالها، ويرجع حاصلها إلى القياس، فإذا نص الشارع على حكم في واقعة، ودّل على المصلحة التي قصدها بهذا الحكم، و أرشد بمسلك من مسالك العلّة الظاهر التي ربط بها حكمه ـ لما في هذا الربط من تحقيق المصلحة فإن كل واقعة غير واقعةُ النص تتحقق فيها هذه العلة، يحكم فيها بحكم الشارع في واقعة النص، وهذا حكم القياس [3].

مثال ذلك:

حفظ العقل، فانه مصلحة معتبرة رتب الشارع عليها تحريم الخمر حفاظا على العقل، فيقاس عليه في تحريم كل مسكر من مشروب ومأكول.

وكما أن حفظ النفس فهو مصلحة معتبرة رتب الشارع القصاص على من أزهقها عمدا عدوانا بمحدد، فيقاس على القتل بالمحدد القتل[4].

ثانيا: المصالح الملغاة:

وهي المصلحة التي دل الدليل الشرعي والجزئي أو الكلي على إبطالها وردها، وعلى عدم التعليل بها والقياس عليها، ولو كانت في الظاهر مناسبة ومعقولة وهي المصلحة التي رفضها الشارع ولم يقصدها [1] .

---

[1] . ينظر: مصطفى ديب البُغا أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص31.

[2] – ينظر: د. يوسف أحمد محمد البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمة(لا. ط، الاردن، دار النفائس، د.ت)، ص359.

[3] . ينظر: المرجع السابق،ص32.

[4] ينظر: د. محمد احمد بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، ص31.

مثال ذلك:

1. التسوية بين الذكور والإناث في الميراث: فهي مصلحة متوهمة، وهي ملغاة [2].

بدليل قَالَ تَعَالَى:﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ ﴾[3].

2. الانتحار: فإنه قد يجلب لصاحبه مصلحة تتمثل في التخلص مما يعانيه المنتحر من ألم مرضٍ، أو ألم حرمان، أو ظلم حاكم، إلا أن الشارع لم يعتبر هذا النوع من المصالح، لأنه يفوت مصلحة أكبر منها، تتمثل في القضاء على النوع البشري من ناحية، وفي حرمان المجتمع من نفعه من ناحية أخرى خاصة إذا كان ذا مكانة علمية، بالإضافة إلى أنه لا يملك روحه حتى يزهقها ولذا نص الشارع على إلغائه[4].

وبتصريح من القران قَالَ تَعَالَى:﴿ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩ ﴾[5].

ثالثا: المصلحة المرسلة:

فهي التي لم يرد في اعتبارها أو إبطالها دليل خاص من الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس[6].

---

[1]. ينظر: د. نور الدين مختار الخامدي، المصلحة الملغاة في الشرع الاسلامي وتطبيقاتها المعاصرة (ط.1، الرياض، الرشد ناشرون، 1462هـ،2005م)، ص24.

[2]. ينظر: المرجع نفسه.

[3]-سورة [النساء: 11].

[4]-ينظر: مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص 33.

[5]- سورة [النساء:29.]

[6]- ينظر: عدنان محمد أمامة، التحديد في الفكر الاسلامي (ط.1، الرياض، دار ابن الجوزي، رجب 1424هـ)، ص314.

وتعد المصالح التي سكت الشرع عنها، فلم يقل لا افعلوها ولا اتركوها. ونحن نعرف ـ كما يقول العلماء: أن النصوص الشرعية الخاصة والمباشرة، التي تسمى الأفعال والأشياء بأسمائها وتعطيها أحكامها الصريحة، هي نصوص معدودة [1].

مثال ذلك: منع المريض مرض الموت من الزواج، وفسخ نكاحه اذا وقع.

فالزواج المريض مصلحة لا يشهد لها نص خاص بالاعتبار أو الإلغاء، ولكنها مخالفة لمقصود الشارع، لأنه بزواجه أدخل على الورثة وارثا جديدا، وهذا يضر بهم[2]

---

[1]- ينظر: محمد الامين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، محاضرات (ط.1، مكة المكرمة، دار علم الفوائد، رجب 1462هـ)، ص138.

[2]- ينظر: د. محمد احمد بوركاب، المصالح المرسلة وآثارها في مرونة الفقه، ص37.

المبحث الثاني: أثر المصالح في المعاملات المالية – نماذج مختارة –.

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: أثر المصلحة في تشريع البيوع (السلم – الاستصناع).

المطلب الثاني: أثر المصلحة في تشريع بعض العقود المشاكلة للبيوع (المضاربة – الرهن).

المطلب الثالث: أثر المصلحة في تشريع عقود التبرعات (الوصية – الهبة).

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في المعاملات المالية – نماذج مختارة–

المطلب الأول: أثر المصلحة المرسلة في تشريع البيوع (السّلم– الإستصناع).

المسألة الاولى: السّلم.

أولا – تعريف السّلم:

لغة: يقال: أسْلَمَ، وسَلَّمَ إذا أَسْلفَ وهو أن يعطي ذهباً وفضةً في سلعة معلومة إلي أمد معلوم، فكأنك قد أَسْلَمْتَ الثمن الى صاحب السّلعة وسَلَّمْتَه إليه[1].

اصطلاحا:

عرفه الفقهاء كلٌ بتعريفه واختلفوا في ذلك على النحو التالي:

عرفه الحنفية: فقالوا بأنه بيع آجل بعاجل.

عرفه الشافعية: بأنه بيع شيء موصوف في ذمة بلفظ سلم.

عرفه المالكية: فقالوا عقد معاوضة بوجب شغل ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين.

عرفه الحنابلة: السلم عقد على شيء يصح بيعه موصوف في الذمة إلى أجل[2].

ثانيا – مشروعية السلم:

اتفق الفقهاء على أن السلم مباح شرعا، لثبوته بالنص والكتاب والسنة والاجماع.

---

[1]– ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ص290.

[2]– ينظر: عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة(ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت،د1424. 2003م، ج3)، ص272-273.

من الكتاب:

قَالَ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[1].

وجه الاستدلال:

والدين شامل لكن ما يثبت في الذمة من الحقوق المالية، وليس من اللازم أن يكون نقدا، بل قد يكون مواد موصوفة في الذمة، من الأغذية كالقمح أو الشعير، أو مصنوعات محددة بالجنس والوصف، كالأقمشة، أو السيارات، أو الآليات، أو من مواد الخام كالنحاس والحديد، أغيرها[2].

من السنة:

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "ولما قدم النبيّ ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة السنتين والثلاث قال: من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن ماذا و وزن معلوم"[3].

من الاجماع:

فقد أجمع أئمة علماء المسلمين على جوازه من غير خلاف حيث قال أحد العلماء: أجمع كل من تحفظ عنه أهل العلم، على أن السّلم جائز، لأن بالناس حاجة إليه، لأن أرباب

---

[1]- سورة [البقرة:282].

[2]- ينظر: محمد سليمان الاشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (ط.1، دار النفائس، الاردن، 1418هـ. 1998)، ص183.

[3]- ينظر: محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري. تحقيق: محب الدين الخطيب، ج2(ط. 1، القاهرة، المطبعة السلفية،1400هـ)كتاب السّلم، باب السّلم في كيل معلوم، رقم الحديث 2239،ص124.

الزروع والثمار، والتجارات، يحتاجون إلى النفقة على الزرع ونحوها حتى تنضج، فجُوز لهم السلّم دفعاً للحاجة[1].

ثالثا – الحكمة من مشروعيته:

لمشروعية السلم حكمة ظاهرة، فعقد السلم مما تدعوا إليه الحاجة، فالمزارع مثلا قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه وتعهد زرعه إلى أن يدرك، ولا يجد من يقرضه ما يحتاج إليه من المال، ولذلك فهو في حاجة إلى نوع من المعاملة يتمكن بها من الحصول ما يحتاج إليه من المال، وإلا فاتت مصلحة استثمار أرضه، فمن أجل ذلك أبيح السّلم[2].

---

[1]- ينظر: محمد علي الصابوني، الفقه الشرعي الميسر في ضوء الكتاب والسنة(لا. ط، بيروت، دار العصرية، 1433هـ. 2012)، ص179.

[2]- ينظر: د. عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصلحة المرسلة وأثرها في المعاملات المالية ، ص278.

رابعا – شروط السلم:

1. أن يبين كل منهما، جنس الشيء الذي يرغب السّلم فيه، كالقطن، والصوف... ونحوها، سواء كان مكيلا، أو موزونا، أ معدوداً[1].

2. أن يُقبض الثمن في المجلس حتى لا يصبح من باب الدين بالدين المحرم[2].

3. أن يكون المسلم فيه دينا، فلا ينعقد في عين محاذرة من الغرر بيع المعين إلى أجل، أو على تخليصه من يد مالكه، ولأن لفظ السلم للدين، ولو أسلم بلفظ الشراء انعقد سلماً وعجل رأس المال [3].

4. أن يوضح النوع الذي يرغب فيه، كالتمر البرني، أو التمر الصفوي ونحو ذلك، وكما يجب على البائع أن يبين للمشتري صفته، هل هو من النوع الجيد، أو الوسط ، أو الرديء...إلخ لتزول الجهالة[4].

5. أن يكون المسلم فيه مؤجلا، لئلا يكون من بيع ما ليس عند الإنسان، وكما يكون أيضا مقدوراً على تسليمه عند المحل، لئلا يكون تارة بيعا وتارة أخر سلفا فلا يصح السلم في المنقطع لدى المحل[5].

6. أن يكون أجله معلوما محددا، وهو أن يذكر البائع وقت التسليم كأن يقول له: أسلمت المبيع بعد شهر أو غير ذلك لإزالة الجهالة، لأن جهالة النوع، والجنس، والصفة، والوقت، مفضيه إلى المنازعة، وهي مفسدة للعقد[6].

---

[1]- ينظر: محمد علي الصابوني، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، ص182.

[2]- ينظر: بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، (لا. ط، القاهرة، دار السلام، 2001م)، ص295.

[3]- ينظر: جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ص753.

[4]- ينظر: محمد علي الصابوني، الفقه الشرعي الميسر في ضوء الكتاب والسنة، ص182.

[5]- ينظر: المرجع السابق، ص754.

[6]- ينظر: المرجع السابق، ص182.

خامسا – أثر المصلحة المرسلة في السلم.

مثال: السلم الموازي[1]:

إن السلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الاسلامي وفي نشاطات المصارف الاسلامية خاصة، وذلك من حيث مرونتها واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة وكذا للنفقات الرأسمالية الاخرى.

يعتبر السلم الموازي من الصور المعاصرة التي لجأت إليها البنوك الاسلامية، وذلك لتحقيق مآرب كثير للمنتج، والشركات الإسلامية، للتاجر، والمستهلك، ويظهر ذلك في الصفقات الكبيرة.

مثال:

وهو أن يبع المصرف إلى الطرف الثالث بضاعة في الذمة من نفس الجنس المسلم فيه بكل مواصفاته، وليس من خصوص البضاعة المسلم فيها، مؤجلا، ويكون تسلم الثمن مقدما، أي – بطريقة السلم- ، وبالتالي فدور المصرف هنا دور المسلم إليه، فإذا تسلم المصرف البضاعة سلمها إلى الطرف الثالث اداء لما في ذمته .

إن المصرف عندما يبيع سلما، يكون السعر حينها أرخص من السعر الحاضر، فإن كان بسعر الصفقة الأولى، مع اتفاق الأجلين، لم يستفد المصرف شيئا، وإن كان السعر العكس حصل له على بعض الربح.

---

[1] – ينظر: محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ص 216.

وكما أن تأخر أحد الصفقتين عن الأخرى، كأن يشتري في 1كانون الثاني، ويبيع في 1نيسان من نفس العام، أمكن تحصيل ربح بدرجة معقولة.

على أنه إن لم يسلم العميل الأول البضاعة عند الأجل، فعلى المصرف تسليم ما باعه للطرف الثالث بعد تحصيله من الأسواق[1].

[1] – ينظر: محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قاضيا اقتصادية معاصر،ص218.

المسألة الثانية: عقد الاستصناع.

أولا– تعريفه لغة:

قوله: اصطنعوا أي اتخذوا صنيعا يعني طعاما تنفقونه في سبيل الله .يقال: اصطنع فلانا خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما.

واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه [1].

اصطلاحا:

تعددت التعريفات لعقد الاستصناع واخترت منها:

هو عقد مع الصانع على عمل شيء معين في الذمة، أو عقد مقاولة مع أهل الصَّنْعة على أن يعملوا شيئا، كأن يطلب المستصنع (وهو المشتري أو المستأجر)من الصانع (البائع أو العامل) بصناعة ذلك الشيء المعين بأوصاف محددة، مقابل ثمن معلوم، عملا يجري به العرف.

وتكون المواد الاولية الخام عادة من الصانع، وينعقد بالإيجاب والقبول بين المستصنع والصانع[2].

ثانيا– مشروعية عقد الاستصناع:

اختلف جمهور الفقهاء في حقيقة جواز الاستصناع بين مجيزٍ ومانعٍ، حيث ذهب فريقا من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الاستصناع قسما من أقسام السلم تُشترط فيه شروطه.

وكما ذهب جمهور الأحناق إلى جواز الاستصناع، وعلى أنه ليس سلماً ولا يجب فيه مراعاة شروط السلم، ومنها نطرح الإشكال : هل عقد الاستصناع عقد جائز أم لا؟

---

[1]– ينظر: ابن منظور، لسان العرب ، ج8، ص209.

[2] – ينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة،ص303.

القول الاول: وهو ما قال به الحنفية – ماعدا زفر- حيث أجازوا الاستصناع وأكدوا على صحته، على أنه عقد مستقل. ولا يجب فيه مراعاة أحكام السلّم.

أدلة القول:

من الكتاب:

قَالَ تَعَالَى: ﴿قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴿٩٤﴾﴾[1].

وجه الاستدلال:

والظاهر أنهم كانوا يردون منه أن يقوم بذلك من عنده لأنهم لا يعرفون كيفية بناء ذلك السّد وكما وصفهم القران قَالَ تَعَالَى: ﴿لَّا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا﴾[2].

حيث أنه هو لم ينكر هذه الصيغة، وقوله قَالَ تَعَالَى: ﴿قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ﴾[3].

ليس اعتراضا على ذلك، بل هو اقتراح لصيغة أخرى أفضل منها، ليُيَسرها عليهم، بأن يقدموا ما لديهم من إمكانيات من مواد خام ويد عاملة ويقدم هو الخبرة والعمل الفني بحيث لم يرفض القران الطريقة التي اقترحها ولا أنكرها، فإنها تكون مشروعة في ديننا[4].

من السنة:

*عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم" اصطنع خاتما من ذهب وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقى المنبر فحمد الله وأثنى عليه فقال: (إني كنت اصطنعه وإني لا ألبسه) فنبذه فنبذ الناس[5].

---

[1]- سورة [الكهف: 94].

[2]- سورة [الكهف:93].

[3]- سورة [الكهف: 95].

[4]- ينظر: محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ص228.

[5]- ينظر: صحيح البخاري، ج4، كتاب اللباس، باب من جعل فصّا لخاتم في بطن كفه، حديث رقم 5876، ص70.

وجه الاستدلال:

دل الحديث على مشروعية الاستصناع والحاجة الماسة إليه خاصة في وقتنا الحاضر الذي أصبح الحصول فيه على الكثير من السلع إنما يتم عن طريق الاستصناع[1] .

القول الثاني:

وهوما ذهب إليه بعض الفقهاء منهم المالكية وكذا الشافعية والحابلة والذين أقروا على عدم جواز عقد الاستصناع وعدم صحته إذا لم تكتمل فيه شروط السلم.

رأي المالكية:

على أن عقد الاستصناع نوع من السلم يعتبر فيه الشروط ما يعتبر في السّلم.

رأي الشافعية والحنابلة:

على أنه عقد على وجه السلم بشروطه صح وكان سلما.

أما أن يستصنع سلعة من صانع معين ومادة معينة على غير وجه السلم فلا يجوز[2].

أدلة القول:

*أن النبي صبى الله عليه وسلم" نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"[3]

والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر[4].

---

[1]- ينظر: سعد بن تركي الخثلان، فقه المعاملات المالية، ص136.

[2]- ينظر: سليمان الاشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ص225.

[3]- ينظر: محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين مع كتاب التعلقات في التلخيص الذهبي، ت: مصطفى عبد القادر عطا (ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ. 1990م)ج2، كتاب البيوع، رقم الحديث 2342، ص65.حديث صحيح.

[4]- ينظر: مالك ابن أنس، الموطأ، ت: محمد مصطفى الأعظمي(ط.1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان،1425هـ.2004م)، ج4، ص945.

وجه الاستدلال:

لأن المحزين له لا يشترطون كون الثمن معجلا وكون العقود عليه غير مؤجل، فصح تعجيل العوضين وتأجيلهما، وبيع الكالئ بالكالئ مجمع على تحريمه [1].

*أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان بقوله" لا تبع ما ليس عندك"[2].

وجه الاستدلال:

الاستصناع عقد وارد على المعدوم، لأنه يدخل في بيع ما في الذمة مما ليس هو مملوكاً له (على ما ليس عندك) ولا يقدر على تسليمه، لذا فهو ضمن النهى الوارد في الحديث[3].

---

[1] – ينظر: عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، ص119.

[2]– ينظر: أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، ت: نشار عواد معروف(ط.1، دار المغرب الإسلامي، بيروت، 1996)المجلد2و أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك، حديث رقم، 1232، ص514.حديث صحيح.

[3]– ينظر: سليمان الأشقر بحوث في فقه المعاملات ، علي محي الدين علي القره داغي، ص91.

ثالثا- شروط صحة الاستصناع:

شروط لصحة الاستصناع عند الحنفية

1. بيان الجنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته، لأنه مبيع، فلا بد من أن يكون معلوما، والعلم يحصل بذلك [1].

2. أن يكون المصنوع مما يجري فيه تعامل الناس وقد كان التعامل جاريا في المصنوعات من الحلي، والأحذية والأواني، والأمتعة. حيث أن العرف أساس مشروعيته في هذا العقد، وكما أن التعامل يختلف بحسب الأزمنة والأمكنة[2].

3. ألا يذكر فيه أجل محدد عند الحنفية، فإن ذكر أجلا انقلب إلى عقد سلم، ولزوم فيه مراعاة شروط السلم وأحكامه، ولا يترتب فيه خيار.

وقال البعض أنه لا يصير سلما، بل يبقى استصناعا، ويكون ذكر المدة للتعجيل . أما ان يضرب الأجل فيما لم يجر التعامل على الاستصناع فيه فهو سلم باتفاقهم[3]

---

[1] - ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص633.

[2] - ينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص58.

[3] - ينظر: محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ص232.

رابعا– أثر المصلحة في تصنيع العقارات:

يعتبر الاستصناع أحد صيغ التمويل الاسلامي الشّائِعة وذلك في تطوير المصانع وتنمية المجتمع وتطويره، مما استدعى استخدام لدى البنوك الاسلامية والمؤسسات التمويلية، ولهذا تعددت التطبيقات المعاصرة لهذا العقد حيث يمكن تطبيقها على كل ما دخلت فيه الصناعة ، فهي تشمل جميع الصناعات التي يقوم بصناعتها الصانع، أو الصُناع، من الطائرات والصواريخ إلى صنع الاحذية والاثواب ونحوها، وهي تمثل أيضا بناء العقارات وتصنيع المباني الجاهزة بل إن المصنوعات أسهل في تطبيق الاستصناع عليها؛ نظرا إلى أن الصانع اليوم آلية لا تختلف مصنوعاتها بعضها عن بعض، وهي قادرة على الضبط الدقيق و بدقة متناهية في حين كانت الصناعات في السابق كلها يدوية، بحيث توجد صعوبة في التحكم في الملكية[1].

[1] – ينظر: على محي الدين علي القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة،ص157.

المطلب الثاني: أثر المصلحة في تشريع بعض العقود المشاكلة للبيوع (المضاربة– الرهن).

المسألة الأولى: المضاربة.

أولا– تعريف لغة:

يقال للعامل: ضاربٌ، لأنه هو الذي يضرب في الأرض.

قال: وجائز أن يكون كل واحد من رب المال ومن العمال يسمى مُضارباً، لأن كل واحد منهما يُضارِبُ صاحبه وكذلك المقَارض. يقال: المضاربُ صاحب المال والذي يأخذ المال؛ كلاهما مُضاربٌ هذا يضاربُه و ذاك يُضاربه[1] .

اصطلاحا:

عقد على المشاركة في الإتجار بين مالك لرأس المال، وعامل يقوم بالاستثمار بما لديه من الخبرة، ويوزع الربح بينهما في نهاية كل صفقة بحسب النسبة المتفق عليها، أما الخسارة إذا وقعت فيتحملها رب المال وحده، ويخسر المضارب جهده أو عمله. أي إن رأس المال من طرف، والإدارة والتصرف فيه من طرف آخر[2] .

ثانيا– مشروعيتها:

اتفق أئمة المذاهب على جواز المضاربة بأدلة من القران والسنة.

من الكتاب:

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾[3].

---

[1]– ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص544.

[2]– ينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص438.

[3]– سورة [المزمل: 20].

قَالَ تَعَالَى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾[1].

من السنة:

عن ابن عباس رضي الله عنه قال: كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه ألا يسلك به بحراً ولا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة فإن فعل فهو ضامن، فرفع شرطه إلى رسول الله فأجازه [2].

أجمع المسلمون من عهد الصحابة ومن بعدهم على مشروعية المضاربة، وكانوا يتعاملون بها، ولم ينكر عليهم أحد، وذلك لحاجة الناس إليها، ورفع الضرر والحرج عنهم، وجلب المصلحة والنفع لهم. وقد بدأت المصارف الإسلامية نشاطها الناجح بالمضاربة أيضا [3].

ثالثا– الحكمة من مشروعية المضاربة:

إن المضاربة عقد فيه مصلحة ضرورية لناس، فكلما عظمت فائدة المضاربة كلما كان طلبها مؤكدا وكما قد يترتب عليها استثمار المال وتكون منفعة للفقير، بل قد يتأكد إذا كانت الحاجة ماسة كما إذا كان فيها تقليل العاطلين وتنشيط حركة التجارة ورواجها بين الأمة وبالتالي ينتفع المالك باستثمار ماله وينتفع الفقير العاطل بالجد والعمل، وبذلك تحقق للمجتمع عيشة راضية يستعين بعض افراده ببعض [4].

---

[1]– سورة [البقرة 198].

[2] – ينظر: أبو القاسم بن أحمد الطبري، المعجم الأواسط، ت: أبو معاذ طارق بن عوض الله (لا. ط، القاهرة، دار الحرمين، 1415هـ. 1995م)ج.1، ص359.

[3] – ينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص106.

[4] – ينظر: عبد الرحمان الجيزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ص46.

رابعا– أنواع المضاربة:

1**مضاربة مطلقة:** هي أن يدفع شخص مالا إلى آخر من دون تقيد بقيد أو هي أن يدفع المال مضاربة من غير العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله[1] .

2.**مضاربة مقيدة:** فهي المقترنة ببعض القيود، بأن يدفع البنك مالا إلى شخص آخر، على أن يعمل به في بضاعة معينة، أو في بلدة معينة، أو في سوق معينة، أو في وقت معين، أو لا يتعامل إلا مع شخص معين وعلى هذا يجوز أن يشترط رب المال على المضارب ألا يتجر إلافي سلع تحقق في عرف السوق حداً معينا من الربح[2].

خامسا– أثر المصلحة المرسلة في المضاربة:

إن عقد المضاربة من عقود الإرفاق و التيسير على العباد، حيث أن لها دور بارز في استثمار المال بالطرق المشروعة، سواء أكان المستوى الفردي أم على شكل شركات استثمار جماعي.

تعد المضاربة من أهم طرق الاستثمار المال قديما وحديثا، وقد كثرت الحاجة إليها وبرزت أكثر على أنها افضل طرق الاستثمار، حديثا بعد ظهور المؤسسات المالية الاسلامية المعاصرة.

وكما ان هذه الأخيرة تحتاج إلى المضاربة للاستثمار الجماعي المنشود، لأن الحياة قائمة على اساس الاقتصاد.

وتعد المضاربة وسيلة من الوسائل التي يستطيع بها الفرد أن يتوصل إلى الربح الحلال عن طريق استغلال أمواله وفق نهج قويم بعيدا عن الاحتكار والغش والخداع، وبالمضاربة يتم تشغيل الأيادي العاطلة، و أيضا تعد عامل من عوامل القضاء على البطالة والتسول [3].

---

[1] – ينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية، ص107.

[2]– ينظر: المرجع نفسه.

[3] – ينظر: عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصالح المرسلة واثرها في المعاملات المالية، ص396.

ميزة المضاربة في الحياة الاقتصادية أنها تعاون رأس المال وخبرة العمل في التنمية، وحصول المال على الربح العادل الذي يتكافا مع الدور الفعلي الذي أدّاه ماله في التنمية الاقتصادية، وبيها يتم تشجع المسلمين على إيداع اموالهم لدى المؤسسات، واستثمارها بدلا من الاكتناز المحرم [1].

[1] – ينظر: عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصالح المرسلة وأثرها في المعاملات المالية، ص397.

المسألة الثانية: الرهن.

أولا– تعريف لغةً:

رهن: الرّهنُ: ما وضع عند الإنسان مما ينوب ما اخذ منه.

يقال: رَهَنْتُ فلاناً دارا رَهْنًا و ارْتَهَنه إذا أخذه رهناً[1].

اصطلاحا:

تعددت تعريفات الفقهاء لرهن ونختار من بينها تعريفا واحداً

وهو جعل الشيء محبوسا بحيث، يمكن استفاؤه من الرهن كالديون[2] .

ثانيا– مشروعيته:

جواز الرهن مثلما جوز البيع وذلك فقد ثبت بالكتاب والسنة والاجماع

من الكتاب:

:قَالَ تَعَالَى:﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[3].

وجه الاستدلال:

إن الله تعالى أمر من يتعاقد مع غيره ولم يجد كتابا يوثق له فليرهن شيئا يعطيه لمن له الدين، كي يطمئن الدائن على ماله، ويحفظ المدين لما استدان به خوفا على ضياع ماله المرهون[4].

---

[1]– ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص188.

[2] – ينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص107.

[3]– سورة [البقرة: 283].

[4] – ينظر: عبد الرحمان الجيزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ص286.

من السنه:

*حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "اشترى من يهودي طعاما ورهن درعه"[1] .

وجه الاستدلال:

أن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه من أجل التافه اليسير الذي تقتضيه ضرورة القوت، ما ذاك إلا لأن نفسه الكريمة تأبى أن يكنز شيئا من المال و لو يسيرا، وبتالي فإن الرهن عند اليهود دلالة على جواز معاملة أهل الكتاب [2] .

من الإجماع:

أجمع العلماء على مشروعية الرهن ولم يُختلف في جوازه ولا مشروعية أحد، ولذلك الحاجة الناس إليه، وتيسير التعامل بينهم، وتوثيق دين الدائن [3].

---

[1]- ينظر: صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب من رهن درعه، ج2، حديث رقم 2509،ص210- ينظر:

[2] - ينظر: عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، ص287.

[3]- ينظر: - ينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص82.

ثالثا– شروط الرهن:

1. أن يكون الرهن مما يصح بيعه في الجملة، لأن الذي لا يصح بيعه لا فائدة من رهنه، لأن الفائدة من الرهن أنه إذا تعذر توفية الحق من الراهن فإن المرتهن يتمكن من بيع الرهن ويستوفي حقة من هذه الوثيقة [1].
2. أن يكون الراهن والمرتهن ممن تحققت فيها أهلية البيع فلا يصح عقد الرهن من مجنون وصبي وغير مميز [2].
3. أن يكون الراهن مالكًا للعن المرهونة، أو مأذونا له في رهنها أو التصرف فيها، فلا يرهن سيارة غيره إلا إذا أذن له، وإن لم يأذن صار من قبيل التصرف الفضولي؛ فينفذ بالإجازة إن أجاز نفذ وإن لم يجز لم ينفذ.
4. أن يكون الرهن معلوما صفة وقدرا ونوعا، لأنه عقد مالي فاشترط العلم به، ولأنه جعل وثيقة بحق ولا يحصل التوفيق بدون معرفته [3].

---

[1]– ينظر:د. خالد بن علي بن محمد المشقيح، المختصر في المعاملات المالية (ط.2، الرياض، مكتبة الرشد،1434هـ. 2013)، ص105.

[2] – ينظر: عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ص287.

[3]– ينظر: المرجع السابق، ص106.

رابعا– أثر المصلحة المرسلة في الرهن:

مثال: انتفاع المرتهن بالرهن.

قوله صلى الله علية وسلم" لا يحل مال أمرئ مسلم ألا بطيب نفسه"[1].

وجه الدلالة:

أن الراهن قد طابت نفسه بالسماح للمرتهن بالانتفاع.

- وبالتالي لا يمكن للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إلا بإذن الراهن فإذا أذن له جاز له ان يفعل ما أذن له فيه.

وكما يقاس انتفاع المرتهن على انتفاع الغير، فكما يجوز للأجنبي الانتفاع بمال الغير بإذنه بالاتفاق، يجوز للمرتهن الانتفاع بإذن الراهن (المالك)، وكأنه وهبا له، وهذا هو الأقرب الى سماحة الإسلام ونبل مقصده، وحضه على التعاون والبر، حتى لا يكون استغلال حاجات الناس لأكل أموالهم بالباطل[2]

---

[1] – ينظر: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني ابو بكر البيهقي، سنن الكبرى للبيهقي، ت: محمد عبد القادر عطا، ج. 6(ط. 3، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424هـ.2003م)باب من غصب لوحا فأدخله في سفينة او بنى، رقم الحديث: 11545،ص166.

[2] – ينظر: عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصالح المرسلة واثرها في المعاملات المالية،ص352.

المطلب الثالث: أثر المصلحة في تشريع عقود التبرعات(الهبة– الوصية).

المسألة الأولى: الهبة.

أولا – تعريف الهبة لغة:

العطية الخاليةُ عن الأعْواض والأغراض، فإذا كثرت سميّ صاحبها وَهابًا [1].

اصطلاحا: تعددت التعريفات للهبة ومن بينها نختار واحداً:

أنها عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعا[2] .

ثانيا – مشروعية الهبة:

من الكتاب:

قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ۝٤﴾[3]

من السنة:

عن سهل رضي الله عنه: "أن امرأة جات النبي عليه الصلاة وسلام ببردة منسوجة فيها حاشيتها. أتدرون ما البردة؟ قالوا: الشملة، قال: نعم، قالت: نسجتها بيدي، فجئت لأكسوها، فأخذها النبي صلي الله عليه وسلم محتاجا إليها فخرج إلينا وإنها إزارة، فحسّنها فلانٌ، فقال: أكسينها ما أحسنها، قال القوم: ما أحسنتَ، لبيها النبي صلى الله عليه وسلم

---

[1]– ينظر: ابن منظور، لسان العرب،ج1، ص803.

[2]– ينظر:د. عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصلحة المرسلة وأثرها في المعاملات المالية، ص497.

[3]– سورة [النساء: 04].

محتاجا إليها ثم سألته وعلمت أنّه لا يَرُدُّ، قال: إني والله ما سألتها لألبسها، إنما سألته لتكون كفني، قال سهل: فكانت كفنه" [1].

وجه الاستدلال:

أن هذه البردة وهبت الى النبي صلى الله عليه وسلم تم هو وهبها الى رجل آخر[2] .

من الاجماع:

أجمع أهل العلم على جواز الهبة، وذلك على أن الرجل إذا وهب لرجل داراً، أو أرضاً، أو عبداً على غير عوض بطيب من النفس المعطي، وقبل الموهب له ذلك، وقبضه بدفع من الواهب ذلك إليهن وأجازه؛ أن الهبة تامة [3].

ثالثا– الحكمة من مشروعية الهبة:

شرعت الهبة لما فيها من تأليف القلوب، وتوثيق المحبة بين الناس، خاصة إذا كانت على قريب، أو جار ، أو ذي عداوة، فقد تحصل الخصومات، ويقع التنافر، وتنقطع صلة الأرحام، فشرع الله الهبة والهدية لتصفية القلوب، وإزالة كل ما يسبب الفرقة بين الناس، ويطهر النفوس من رذيلة البخل والشح والطمع، وتحصيل الأجر والثواب لمن فعلها ابتغاء وجه الله.

---

[1]– ينظر: صحيح البخاري،ج1، كتاب الجنائز، باب من استعد الكفن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، فلم ينكر عليه، حديث رقم1277، ص994.

[2]– ينظر: عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، ص210.

[3] – ينظر: د خالد بن علي بن محمد المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا (ط. 1، قطر، الإدارة العامة للأوقاف، 1434هـ. 20013م)ج4، ص37.

رابعا – أركان الهبة:

الواهب: أن يكون أهلا لتبرع، وهو من كان رشيدا طائعا، فمن أكره على الهبة، فلا تصح هبته، ولا تصح ممن ليس أهلا للتبرع، وهو الصبي ،المجنون ، والسكران، والمحجور عليه لسفه.

الموهوب: أن يكون مملوكا للواهب، منتفعا به شرعا، فلا يجوز هبة الغاصب ما اغتصبه ولا تجوز هبة الخمر، ولا الميتة والدم لأنه لا تجوز تمليكها، ولا الانتفاع بها شرعا.

الموهوب له: وهوما كان أهلا للتملك، سواء كان موجودا كفلان، أو سيوجد، كالمساجد والمستشفيات...، وتجوز الهبة لغير المسلم [1].

الصيغة: هي الايجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض [2].

خامسا – أثر المصلحة المرسلة في الهبة:

تختلف الهبيات بين الناس لكل طريقته في ذلك، إلا ان أثرها كبير لما فيها من رفع للحرج و دفع للضرر وهذا لمراعاة مصلحة الفرد، ومن بين هذه الهبات هناك هبات عضوية أباحها الشرع مراعاة بصالح العباد والحاجة إليها.

فإن نقل عضو من جسم إنسان حيّ وزرعه في جسم إنسان آخر أو حتى من إنسان ميت إلى حي ، مضطر إليه وهذا لإنقاذ حياته أو استعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية، وهو عمل لا يتنافى مع الكراهة الانسانية بالنسبة للمأخوذ منه، كما أن فيه مصلحة كبيرة وإعانة خيرة للمزروع فيه.

فإن انقاذ هذه النفس، هو هدف مشروع ومصلحة مقررة شرعا، ومعتد بها، فضلا عن ان رعاية مصلحة الحي في امتداد حياته، أولى من رعاية مصلحة الميت في عدم مساس بجسمه[3].

---

[1] – ينظر: الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ص248.

[2] – ينظر: جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج1،ص978.

[3] – ينظر: عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز بن العمار، المصالح المرسلة وأثرها في المعاملات المالية،ص519.

المسألة الثانية: الوصية

أولا – تعريفها لغة:

يقال: وصَىّ بين الوَصاية . والوصية: ما أوصيت به، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت[1].

اصطلاحا: تعددت التعاريف للوصية ومن بينها

بأنها الأمر بالتصرف بعد الموت، أو التبرع بالمال بعده[2].

ثانيا – مشروعيتها:

من الكتاب:

قَالَ تَعَالَى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[3].

وجه الاستدلال:

أن الله سبحانه وتعالى قرن الوصية بالدين الواجب الأداء فدل ذلك على جوازها بالمعنى الأعم، وقُدمتْ الوصية على الدين للاهتمام بشأنها، لكونها افضل أو لأنها حظ الفقير غالبا[4].

من السنة:

عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي منه بيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند "[5] .

---

[1] – ينظر: ابن منظور، لسان العرب،ج15، ص394.

[2]. – ينظر: د. خالد بن علي بن محمد المقشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات و الوصية،ج6، ص56.

[3]– سورة [النساء: 11].

[4] – ينظر: عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصلحة المرسلة وأثرها في المعاملات المالية، ص528.

[5] – ينظر: عبد الرحمان الجيزيري، الفقه على المذاهب الأربعة،ج3، ص278

وجه الاستدلال:

ليس من الحزم والراي السديد أن يمر على الانسان زمن يملك فيه مالا يوصي به ولا يكتب وصيته فليس المراد خصوص الليلتين بل حث على المبادرة بكتابة الوصيتين [1].

الاجماع:

أن الأمة من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد، فيكون لك إجماعا من الامة على مشروعية الوصية [2].

ثالثا – الحكمة من مشروعية الوصية:

اقتضت حكمة الله في تشريعها مراعاة مصالح العباد، فلم يشرع شيئا إلا وفيه جلب مصلحة لهم، أو دفع مفسدة، ومن ذلك شرعت الوصية، لِحكم جليلة، ومقاصد سامية، وأهداف نبيلة تجمع بين مصالح العباد في الدنيا ورجاء الثواب في الاخرة.

وكما أنه لطف الله بعباده أن أباح لهم من أموالهم عند خروجهم من الدنيا ما يتزودون منها لآخرتهم [3].

رابعا – أركان الوصية:

الموصى:

وشرطه أن يكون حراً مميزا، مالكا لما يوصي به، فلا تصح وصية العبد لأن ماله لسيده، ولأن المجنون والصبي الذي لا يميز مسلوب العبارة، وفاقدة لأهلية التصرف لعدم التكليف.

---

[1] – ينظر: المرجع السابق، ص529.

[2] – ينظر: عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصلحة المرسلة وأثرها في المعاملات المالية، ص528.

[3] – ينظر: د. خالد بن علي بن محمد المقشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا،ج6، ص65.

الموصى له:

أن يكون ممن يصح تملكه لما أوصى له به [1]، وهي تصح لكل من يتصور له الملك.

الموصى به:

وتصح الوصية لكل مقصود يقبل النقل، ولا يشترط كونه موجوداً أو عينا، بل تصح الوصية بالحمل وبثمرة الشجر والمنفعة، ولا كونه معلوما أو مقدورا عليه، وكما أنها لا تصح بما لا يجوز تملكه كالخمر [2].

الصيغة:

وتكون بلفظ على الإيصاء صراحة، كأوصيت، أو باي لفظ تفهم من إرادة الوصية، كأعطوا الشيء الفلاني لفلان بعد موتي، ويكون الايجاب أيضا بالكتابة او الاشارة المفهمة ولو لقادرٍ على النطق[3].

خامسا – أثر المصلحة المرسلة في الوصية:

مثال: الوصية الواجبة.

هذه الوصية ليست وصية الة كما انها ليست ميراثا على الحقيقة، ولكنها أشباه من الميراث مع بعض خصائص الوصية تجمعت فخرج منها ما يسمى في عرف القانون الوصية الواجبة.

اتخذت الوصية الواجبة صفة الوجوب لكونها تنفذ قضائيا لا دينيا، أي أن القاضي هو الذي يوجبها في مال المتوفي للفئات التي نص القانون على إعطائهم هذه الوصية سواء أوصى لهم الميت أو لم يوصي، سواء رضي الورثة أو لم يرضوا[4].

---

[1] – ينظر: د. عبد الرحمان الغرياني، مدونه الفقه المالكي (ط.1، بيروت، مؤسسة الريان، 1423هـ. 2002م)ج1،ص276.

[2] – ينظر: جلال الدين عبد الله بن نجم الدين بن شاس، عقد الجوار الثمينة،ص1219.

[3]– ينظر: المرج السابق،ص278.

[4] – ينظر: عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصالح المرسلة واثرها في المعاملات المالية،ص534.

شرع هذا النوع من الوصية لصنف معين من الأقارب حرموا من الميراث لوجود من يحجبهم عن ذلك.

وهذا لتفادي تلك الحالة التي كثرت منها الشكوى، وهي حالة الأحفاد الذين يموت أبوهم أو أمهم في حياة الجدّ والجدة، وهو ما ينتج عنها الحاجة والضعف الذي يصيب هذه الفئة من الأبناء(الذين يتوفى والدهم قبل أبيه) وهذ ما دفع القانون إلى تشريع الوصية الواجبة[1].

[1] – ينظر: المرجع نفسه، ص539.

وفي الأخير أحمد الله ان وفقني لإتمام هذا البحث المتواضع والذي أستخلص منه أهم النتائج التي توصلت إليها ومردفا لها بعدد من التوصيات التي رأيت من شأنها زيادة خدمة الموضوع:

أولا– أهم النتائج:

1. أن الشريعة الإسلامية جاءت لحماية مصالح العباد ورفع الحرج عنهم.
2. أن تكون المصلحة معقولة في ذاتها بحث لو عُرضت على العقل تلقاها بالقبول.
3. إن المصلحة تجلب المنفعة للفرد والمجتمع وتدرء عنه المضرة والمفسدة.
4. إن المصلحة المرسلة لها اعتبار في الأحكام معقولة المعنى كالمعاملات، أما العبادات فلا اعتبار للمصلحة المرسلة فيها بعكس المعاملات.
5. عالجت المصالح المرسلة العديد من القضايا لدى المسلمين في مجالات مختلفة.
6. بالمصالح لُبيتت العديد من حاجات الناس خاصة في جانب المعاملات المالية خاصة المتداولة في السوق.
7. ترخيص و إباحة العديد من الاحكام المتعلقة بجانب المعاملات المالية لما فيها من حاجة الفرد و المجتمع .

ثانيا– التوصيات:

- تشجيع الدولة الاسلامية، البنوك والشركات على القيام بالمعاملات المالية الصحيحة.
- عمل الدول الإسلامية على تحرير الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة.
- أن تزيد الدولة الاسلامية من اهتمامها بالمعاملات المالية أكثر خاصة من الناحية تطبيق الأحكام الشرعية.
- الاعتماد على التعاملات المالية الاسلامية لتفادي كل احتكار وربا وغيرها مما يؤدي الى الخسارة في الاقتصاد الاسلامي.

وصل اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

قائمة المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية:

الآية أو شطرها. السورة ورقمها	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة		
قَالَ تَعَالَى: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾	198	41
قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾	282	29
قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾	283	44
سورة النساء		
قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ۝٤ ﴾	04	48
قَالَ تَعَالَى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾	11	25
قَالَ تَعَالَى: ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾	11	51
قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾	29	25
سورة الكهف		
قَالَ تَعَالَى: ﴿ قَالُوا۟ يَـٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ۝٩٤	94	35
قَالَ تَعَالَى: ﴿ لَّا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا ۝٩٣ ﴾	93	35
قَالَ تَعَالَى: ﴿ قَالَ مَا مَكَّنِّى فِيهِ رَبِّى خَيْرٌ ﴾	95	35
سورة المزمل		
قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾	20	40

فهرس الأحاديث النبوية:

طرف الحديث	الصفحة
ماذا تصنع إن تعرض عليك قضاء؟ قال: أقضى بما في الكتاب الله .قال: ...	19
ولما قدم النبيّ ﷺالمدينة وهم يسلفون في الثمار السنة السنتين والثلاث...	29
اصطنع خاتما من ذهب وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه...	33
نهى عن بيع الكالئ بالكالئ	34
لا تبع ما ليس عندك	35
كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه ...	38
اشترى من يهودي طعاما ورهن درعه	41
لا يحل مال امرىء مسلم غلا بطيب نفسه	47
أن امرأة جات النبي عليه الصلاة وسلام ببردة منسوجة فيها حاشيتها...	43
ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي منه بيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند .	46

قائمة المصادر والمراجع:

أولا– القران الكريم: رواية حفص

ثانيا– كتب السنة النبوية.

1. البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل ت256هـ، الجامع الصحيح، تحقيق: محب الدين الخطيب،ط1، القاهرة، المطبعة السلفية، 1400هـ.
2. الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، ط1، بيروت، دار المغرب الإسلامي، 1996.
3. التميمي، عبد الرحمان بن حسين بن محمد بن عبد الوهاب بن سليمان، فتح المجيد شرح كتاب التوحيد، تحقيق: محمد حامد الفقهي، ط7، القاهرة، السنة المحمدية، 1377هـ، 1957م.
4. مالك ابن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، ط1،مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، 1425هـ. 2004م.
5. النيسابوري، محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفي عبد القادر عطا، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ.1990.

ثالثا– الفقه العامة:

1. الزحيلي، محمد مصطفى، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي،ط.2، دارا لخير، دمشق، 1467هـ، 2006م.
2. الغرياني، عبد الرحمان الصادق الغرياني، مدونه الفقه المالكي،ط.1، بيروت، مؤسسة الريان، 1423هـ. 2002م.

3. المشقيح، خالد بن علي بن محمد، المختصر في المعاملات المالية ،ط.2، الرياض، مكتبة الرشد،1434هـ. 2013.

4. الهندي، صفي الدين محمد بن عبد الرحمان الأرموي الهندي، نهاية أصول في دراية الاصول، نهاية الوصول في دراية الاصول، لا. ط، مكة المكرمة، المكتبة التجارية، 745هـ.

5. أمامة، عدنان محمد ، التجديد في الفكر الاسلامي،ط.1، الرياض، دار ابن الجوزي، رجب 1424هـ.

6. بن العمار، عبد العزيز بن عبد العزيز، المصلحة المرسلة وأثرها في المعاملات المالية،ط.1، الرياض، دار كنوز،1431هـ،2010م.

7. بن عاشور، محمد بن الطاهر ، مقاصد الشريعة ابن عاشور، ت: محمد الطاهر الميساوي، ط.2، الاردن، دار النفائس، 1421هـ، 2001م.

8. بوركاب، محمد أحمد ، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الاسلامي، ط. 1، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وأحياء التراث،1423هـ. 2002م.

9. الخامدي، نور الدين مختار، المصلحة الملغاة في الشرع الاسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، ط.1، الرياض، الرشد ناشرون، 1462هـ،2005م.

10. الأشقر، محمد سليمان، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة،ط.1، دار النفائس، الاردن، 1418هـ. 1998.

11. الشنقيطي، محمد الامين بن محمد المختار الجكني ، محاضرات، ط.1، مكة المكرمة، دار علم الفوائد، رجب 1462هـ.

12. البدوي، يوسف احمد محمد ، مقاصد الشريعة عند ابن تيمة، لا. ط، الاردن، دار النفائس، د.ت.

13. البُغا، مصطفى ديب ، اثر الادلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي ،لا. ط، دمشق، دار الامام البخاري، د.ت.

14. البوطي، محمد سعيد رمضان ، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية، لا. ط، دمشق، مؤسسة الرسالة،1393. 1973.

15. الجزيري، عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الاربعة،ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت،ه1424. 2003م.

16. الجيزاني، محمد بن حسين بن حسن، معالم اصول الفقه عند اهل السنة والجماعة لا ط، لا. م، دار ابن الجوزي، د.ت.

17. الشاوي، سعد محمد، نظرية الاخذ بما جرى به العمل في المغرب في اطار المذهب المالكي ط.2، القاهرة، لا. د، 1401ه. 1981م.

18. الصابوني، محمد علي، الفقه الشرعي الميسر في ضوء الكتاب والسنة، لا. ط، بيروت، دار العصرية، 1433ه. 2012.

19. الشاطبي، ابي اسحاق ، الموافقات في أصول الفقه، لا. ط، د. م، د.ت.

20. بن طاهر، عبد الله بن عمر بن حسين، العقود المضافة إلى مثلها، ط.1، دار كنوز اشبيليا، الرياض، 1434ه. 2013م.

21. المشيقح، خالد بن علي بن محمد، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ج4، لا. د، قطر، 1434ه. 2013م.

22. بن ساش، جلال الدين عبد الله بن نجم، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ت:حميد بن محمد أحمد،ج.1، لا. ط، فاس دار المغرب الإسلامي، لا. ت .

23. الزحيلي، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، ط.1، دار الفكر، دمشق، 1423ه. 2002.

24. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وادلته، ج4، ط.2، دار الفكر، دمشق، 1405هـ. 1985م.

25. بن العمار، عبد العزيز بن عبد العزيز، المصلحة وأثرها في المعاملات المالية(ط.1، دار كنوز اشبيليا، الرياض، 1431هـ. 2010م).

26. الجيزاني، محمد بن حسين بن حسن، معالم اصول الفقه أهل السنة و الجماعة، ط.1، دار ابن الجوزي، جدة، 1416هـ. 1996م.

رابعا: كتب اللغة والمعاجم:

- ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن كرم، لسان العرب، لا. ط، بيروت، دار صادر، د. ت.

خامسا: البحوث الرسائل الجامعية:

- رجب، محمد تحسين عطا ، دور المصلحة المرسلة في احكام السياسة الشرعية في عهد الصحابة(مذكرة الماجستير، اصول الفقه من الجامعة الاسلامية،غزة،1430هـ.2009م) 24.

فهرس الموضوعات:

الموضوع	الصفحة
إهداء.	-
شكر وعرفان.	-
ملخص البحث باللغة العربية .	-
ملخص البحث باللغة الإنجليزية.	-
المقدمة.	أ
المبحث الأول: حقيقة المصلحة المرسلة.	15
المطلب الأول: تعريف المصلحة المرسلة وحجيتها.	16
المطلب الثاني: شروط العمل بالمصلحة المرسلة.	20
المطلب الثالث: أقسام المصلحة المرسلة .	22
المبحث الثاني: أثر المصالح المرسلة في المعاملات المالية – نماذج مختارة –.	27
المطلب الأول: أثر المصلحة في تشريع البيوع (السلم - الاستصناع).	28
المطلب الثاني: أثر المصلحة في تشريع بعض العقود المشاكلة للبيوع(المضاربة – الرهن).	40
المطلب الثالث: أثر المصلحة في تشريع عقود التبرعات (الوصية – الهبة).	48
الخاتمة.	55
الفهارس العامة .	56
فهرس الآيات القرآنية.	57
فهرس الأحاديث النبوية.	58
قائمة المصادر والمراجع.	59
فهرس الموضوعات.	65