اعتبار المصلحة عند فُقهاء المالكيّة في المعاملات
- التقابض نموذجاً -

ابوبكر بوهي

طالب باحث بسلك ماستر فقه المعاملات

كليّة الشريعة بأكادير المغرب

الحلقة (١)

إنّ المتأمّل في مقاصد الشريعة الإسلاميّة وما يتعلّق بها من موضوعات فقهيّة مُتناثرة في العبادات والمعاملات، يجد أنّ الدين الإسلامي مُكتمل من جميع النواحي، مُستوفياً لثلة من القضايا الفقهيّة، ومستوعباً لكل صغيرة وكبيرة حتّى وإنْ أخذت تنمو شيئا فشيئا، والتفقُّه في هذا الدين هو من بين الأولويّات، تبعاً لورود ذلك في حديثه صلّى اللّه عليه وسلّم حينما قال" **مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ**"[1] لما في ذلك من الخير العميم والجزاء الوفير، وإنّ موضوع التقابض في باب المعاملات، يُعتبر موضوعاً ذو أهميّة أساسيّة وواقعيّة، بحيث إنّ فُقهاء المالكيّة وضعوا تخريجات فقهيّة مُفيدة خدمت المعاملات الماليّة، خاصّة المعاصرة، وأقصد هنا الصيرفة الإسلاميّة التي نأمل أنْ يستفيد منها المغرب في إطار ما يُسمّى بالبنوك التشاركيّة، ولعلّ ما يميّز ذلك هو اعتماد فُقهاء المالكيّة على المقاصد واستحضارها في بناء الأحكام قصد مراعاة المصالح والنظر إلى ما يحقق الجدوى.

وبناء على ذلك كله، نرى أن المصارف الإسلاميّة وجدت مخرجاً شرعياً لبعض تعاملاتها القائمة على التقابض خاصّة الضخمة منها، والمشتملة على المخاطرة، فنرى مثلا في المرابحة للآمر بالشراء والاعتماد المستندي وغير ذلك، يقوم المصرف بقبض السلع فيها قبضا حكميا؛ أي أن البضائع تكون في ملكيّته ضمنيّاً، فما المقصود بالتقابض؟ وما هي أنواعه؟ وما وجه اعتبار المصلحة فيه؟.

تتجلّى أهميّة الموضوع في أنه دقيق وتعيشه المصرفيّة الإسلاميّة عموماً، وكذلك معاملاتنا اليوميّة، وقبض المعقود عليه في الإسلام له شروط اتّفق عليها الفُقهاء، لذا أجمل هذه الأهميّة في :

- بيان منهج فُقهاء المالكيّة في استثمار المقاصد، حيث اقتصرت على جانب المصلحة.
- إظهار إسهامات الفقه المالكي في نجاح العمل المصرفي وضمان استقرار المعاملات.
- الاقتصار على جانب المصلحة التي أخذ بها المالكية وتوسعوا فيها، باعتبارها مخرجاً شرعيّاً حاجيّاً.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لمصطلحات العنوان

[1] أخرجه البخاري، كتاب العلم باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين.ح746

في هذا المبحث إنْ شاء الله سأخصِّصه للحديث عن مُصطلحات العنوان، وذلك بالتعريف بها لغةً واصطلاحاً، وهي على التوالي الاعتبار ثمّ المصلحة والتقابض.

المطلب الأول: مفهوم اعتبار المصلحة

تعريف الاعتبار في اللغة: أصلها من فعل عبر قال ابن فارس " العين والباء والراء أصل صحيح واحد يدل على النفوذ والمضي في الشيء. يُقال: عبرت النهر عبوراً، فأما الاعتبار والعبرة فعندنا مقيسان من عبري النهر، فإذا قلت اعتبرت الشيء، فكأنك نظرت إلى الشيء فجعلت ما يعنيك عبراً لذاك: فتساويا عندك. هذا عندنا اشتقاق الاعتبار[1]، قال الله تعالى: "فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الأَبْصَارِ"[2].

قال ابن منظور " عبر الرؤيا واعتبر فلان كذا، وقيل: أخذ هذا كله من العبر" .[3] فالاعتبار في اللغة يعني العبور والنظر في الشيء ثمّ العبرة والاتِّعاظ، ولعل معنى النظر في الشيء هو الأقرب إلى المعنى الاصطلاحي.

تعريفه في الاصطلاح: عرّفه الجرجاني بقوله " الاعتبار: هو النظر في الحكم الثابت أنه لأي معنى ثبت، وإلحاق نظيره به وهذا عين القياس" .[4] فالفقيه ينظر في النصوص الشرعيّة، فيُعمل نظره للوصول إلى اعتبار ما يساعده في الخروج بمصلحة مُعتبرة في حكم شرعي.

تعريف المصلحة (شروطها–أنواعها): المصلحة في اللغة: مأخوذة من فعل صلح يصلح صلوحاً، والصلاح ضد الفساد، والاستصلاح نقيض الاستفساد، فالمصلحة إذن ضد المفسدة.

المصلحة في الاصطلاح: عرّفها الشاطبي بقوله " أعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه، ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانيّة والعقليّة على الإطلاق، حتّى يكون مُنعّماً على الإطلاق وهذا في مجرد الاعتياد لا يكون لأن تلك المصالح مشوبة بتكاليف ومشاق قلت أو كثرت"[5].

شروط اعتبار المصلحة:

---

[1] مقاييس اللغة لابن فارس مادة عبر.
[2] سورة الحشر، الآية 2.
[3] لسان العرب ابن منظور، مادة عبر.
[4] التعريفات، للإمام الجرجاني، ص 30. ويستعمل فقهاء المالكيّة مصطلح الاعتبار عند حديثهم عن اعتبار المآل، يقول الإمام الشاطبي " النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل ". الموافقات، الشاطبي ج 5/177.
[5] الموافقات، الشاطبي ج 2/25.

أجمل الدكتور البوطي رحمه الله هذه الشروط فسمّاها ضوابط، وعدّها في خمسة ضوابط وهي: أنْ تندرج المصلحة في مقاصد الشارع – عدم معارضتها للكتاب – عدم معارضتها للسنة– عدم معارضتها للقياس– عدم تفويتها لمصلحة أهم منها أو مساوية لها [1].

وهذه الضوابط في حقيقتها تبقى خادمة للمصلحة حتّى لا يضِلَّ المكلف عن مناط التكليف الذي شرعه الله تعالى، ومن ناحية أخرى فهذه الضوابط تجعلنا لا ننهج منهج الإمام الطوفي في تقديمه للمصلحة على النص، والله أعلم.

أقسام المصلحة:

عندما نقرأ في تقسيمات المصلحة عند الفقهاء، نجد مثلا الطاهر ابن عاشور يقسِّم المصلحة إلى ثلاثة أقسام:

الأول: باعتبار آثارها في قِوام أمر الأمة، حيث ضمَّه مصالح ضروريّة وحاجيّة وتحسينيّة.

الثاني: باعتبار تعلّق بعموم الأمّة أو جماعاتها، وأدرج فيه المصالح الكليّة والجزئيّة.

الثالث: باعتبار تحقّق الاحتياج إليها في قوام أمر الأمّة، حيث ناقش فيه المصلحة القطعيّة والظنيّة، ثمّ المصلحة الوهميّة[2].

وأضاف الدكتور حامد العالم تقسيماً رابعاً، وهو باعتبار الثبات والتغيُّر[3]، ولعلّ التقسيم الذي تحدّث عنه الدكتور حامد حسَّان ونسبه للإمام الغزالي هو الذي يعنينا أكثر[4]، والذي يضم المصلحة المرسلة[5] والملغاة[6] والمعتبرة[7]، فهذا التقسيم هو الأنسب والأليق، لأنه شمل المصالح كلها.

المطلب الثاني: مفهوم التقابض

في هذا المبحث، سأُعرف بالتقابض لغة واصطلاحا، ثم بيان شروطه وأنواعه.

---

1 ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلاميّة، محمد سعيد رمضان البوطي، ص 119-275 بتصرف، ثم أعطى أمثلة على كل ضابط، فمثلا في ضابط عدم معارضة المصلحة للكتاب، فقد ردَّ البوطي على الإمام نجم الدين الطوفي، في زعمه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه غلَّب المصلحة على النص حين أوقف حد السرقة، ثم سهم المؤلفة قلوبهم.

2 مقاصد الشريعة، الطاهر ابن عاشور. ص 87 بتصرف يسير.

3 مقاصد الشريعة العامّة، د/ حامد العالم. ص 154.

4 هذا التقسيم سمّاه حامد حسان: باعتبار الشارع للمصالح، انظر كتاب نظريّة المصلحة في الفقه الإسلامي، ص 22.

5 عرّف الإمام القرافي المصلحة المُرسلة بقوله " وما لم يشهد له باعتبار ولا بإلغاء وهو المصلحة المُرسلة، وهي عند مالك رحمه الله حجة " . شرح تنقيح الفصول، ج 1/446. ونظم ابن أبي كف الولاتي قائلا : **وبالمصلحة عنيت المرسله *** له احتجاج حفظته النقلهْ**. شرح هذا البيت المختار الشنقيطي قائلا " وهي حجة عند مالك، ومعنى احتجاجه أنه يأمر بجلبها ويقيس عليها ". إيصال السالك في أصول الإمام مالك، ص 54. وقال علال الفاسي " إذن فيبقى مناط المصلحة المُرسلة هو ما لم يرد فيه نص برعاية المصلحة أو إلغاؤها " مقاصد الشريعة ومكارمها، ص 147.

6 المصلحة المُلغاة " أي التي نهى الشارع العباد عن جلبها لأنفسهم " إيصال السالك في أصول الإمام مالك، ص 53.

7 أما المعتبرة فعرفها صاحب إيصال السالك بقوله " أي التي أمر الشارع العباد بجلبها لأنفسهم " ص 53.

تعريفه – أركانه وشروطه: التقابض لغةً: قال ابن فارس" (قبض) القاف والباء والضاد أصل واحد صحيح يدل على شيء مأخوذ، وتجمع في شيء.تقول: قبضت الشيء من المال وغيره قبضاً، وأمّا القبض الذي هو الإسراع، فمن هذا أيضاً، لأنه إذا أسرع جمع نفسه وأطرافه.[1] قال الله تعالى" أَوَلَمْ يَرَوْا إِلَى الطَّيْرِ فَوْقَهُمْ صَافَّاتٍ وَيَقْبِضْنَ مَا يُمْسِكُهُنَّ"[2].

قال الفيومي" قبضت قبضة من تمر بفتح القاف، والضم لغة، وقبض عليه بيده، ضمَّ عليه أصابعه، وقبضه الله أماته "[3]، ومن أسماء الله تعالى القابض؛ أي أنه بقبض الرزق كما بقبض الروح، قال تعالى "**وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ**"[4].

من خلال تتبُّع معنى التقابض في مصادر اللغة نجده يعني الضَمُّ وأحيانا التسليم والحيازة والإماتة، وبناء على هذه المعاني اختلف الفقهاء في كيفيّة القبض، واستعمل المالكيّة معنى الحيازة والتسليم.

تعريفه في الاصطلاح: عرّف الإمام القرافي القبض بقوله " القبض الاستيلاء، إما بإذن الشرع وحده كاللقطة، أو بإذن غير الشرع كقبض المبيع بإذن البائع والمبتاع"، [5] أما معنى التسليم فقد مثَّل له الإمام ابن جزي، [6] كما عقد صاحب العاصميّة باب سماه فصلا سماه " حكم الحوز" . [7]

ومن باب الوفاء في العقود، فالتقابض يمكِّن من انتقال ملكيّة المبيع إلى المشتري، عملا بقوله تعالى "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**"[8].

قال الإمام الطاهر ابن عاشور " والأمر بالإيفاء بالعقود يدلُّ على وجوب ذلك، فتعينّ أنّ إيفاء العاقد بعقده حق عليه، فلذلك يقضى به عليه، لأنّ العقود شرعت لسد حاجات الأمة فهي من قسم المناسب الحاجي، فيكون

---

1 مقاييس اللغة، لابن فارس مادة قبض.
2 سورة الملك، الآية 19.
3 المصباح المنير، الفيومي مادة قبض.
4 سورة البقرة، الآية 245.
5 الذخيرة. للإمام شهاب الدين القرافي، ج5/120.
6 جاء في القوانين الفقهيّة " يجب على المشتري تسليم الثمن، وعلى البائع تسليم المثمون" ص 181.
7 يقول ابن عاصم في تحفته **" وحوز حاضر لغائب إذا *** كانا شريكين بها قد أنفذا "** . البهجة في شرح التحفة، للتسولي. ج 2/476.
8 سورة المائدة، الآية 1.

إتمامها حاجيّاً لأن مُكمّل كل قسم من أقسام المناسب الثلاثة يلحق بمكمِّله: إنْ ضرورياً، أو حاجياً، أو تحسيناً"[1].

شروط التقابض:

عندما وضع الفقهاء شروط المعقود عليه، فإنهم يقفون عند شرط مهم وهو القدرة على التسليم،[2] والتي تتقاطع تماماً مع شروط القبض، التي تحدث عنها الزرقا وغيره إثر شرحهم لقاعدة " لا يتِّم التبرع إلا بالقبض"، وبناء على ذلك فإن شروط القبض هي:

- أنْ يكون بإذن المالك صريحاً.
- أنْ يكون المقبوض غير مشغول وقت القبض بغيره، وإنْ كان شاغلا يصح.
- أنْ لا يكون المقبوض متصلا بغيره اتصال الأجزاء.
- أنْ يكون المقبوض محلاً للقبض.
- أنْ يكون القابض أهلاً للقبض.
- أنْ يكون هناك ولاية لمن يقبض بطريق النيابة[3].

فهذه الشروط وإنْ كانت في حقيقتها تنطبق بشكل كبير على الهبة، إلا أنّه لا يوجد ما يمنع من اعتبارها في باب المعاوضات، والله أعلم.

أنواع التقابض:

ذكر الفقهاء أنواع القبض أو التقابض، حيث قسَّموه إلى قبض حقيقي وقبض حكمي، ولبيان ذلك نوضح كل نوع بشيء من الاقتضاب.

القبض الحقيقي: نقصد بالقبض الحقيقي أن يأخذ المشتري المبيع حسًّا من دون مانع لكن بشرط التوفية، للحديث الذي " نهى النبي صلى الله عليه وسلّم عن بيع الطعام قبل أن يستوفى "[4].

---

[1] التحرير والتنوير، المسمى «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد» للإمام الطاهر ابن عاشور، الجزء 6/75.

[2] اشترط الفقهاء هذا الشرط احترازا من الغرر الذي يجب تجنبه، جاء في المدونة " قال ابن وهب، قال يونس، قال ابن شهاب في بيع الشاة الضالة والبعير الشارد قبل أن يتواريا والآبق وغيره، قال: لا يصلح بيع الغرر، وكان ربيعة يكره بيع الغيب" المدونة الكبرى، للإمام مالك. ج 4/211. يقول ابن شاس " فلا يصح بيع الطير في الهواء والسمك في البحر والبعير الشارد، والآبق والمغصوب". عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج 3/338.

[3] شرح القواعد الفقهية، محمد الزرقا. ص 299-300 بتصرف.

[4] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع باب من سلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره. رقم 11156.

يقول الإمام ابن شاس عن هذا النوع من القبض، إثر حديثه عن شروط المعقود عليه،حيث قال " واعتبار هذا الشرط لإمكان التسليم حسّاً، واعتبار الشرط الأوّل يرجع إلى إمكان التسليم شرعاً لما فيه من إتلاف المال"[1].

القبض الحكمي: القبض الحكمي يشهد العرف باعتباره، إذ لم يرد في كيفية نفاذه، قال الإمام التسولي في الحبس "يشترط قبول المحبس عليه حقيقة أو حكما كما لو قبضه وصار يتصرف فيه "[2].

كذلك التخلية التي تُعَد قبضاً حكمياً، قال الشيخ خليل " وقبض العقار بالتخلية وغيره بالعرف" قال الإمام الحطاب " أي وقبض غير العقار ممّا ليس فيه حق توفية بالعرف"[3] وأضاف الإمام الدسوقي قائلاً " أي تمكينه من التصرف بتسليم المفاتيح"[4].

من خلال سرد أقوال فُقهاء المالكيّة في أنواع القبض، فإنهم بيَّنوا كيفيّة قبض المبيع قبضاً حقيقيّاً، ثم حكَّموا العرف في القبض الحكمي، وبهذا نكون قدْ أنهينا الحديث عن الجانب النظري لمصطلحات عنوان البحث، لننتقل إلى تطبيقات المصلحة في التقابض التي يخص جانب المعاملات.

---

[1] عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس ج3/340. قال ابن البر " أما ما ابتعت من الطعام على الكيل فلا يجوز لك بيعه حتى تكتاله وتستوفيه، وكذلك ما ابتعت منه وزنا أو عددا ". الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ابن عبد البر. ج 2/661.

[2] البهجة في شرح التحفة. الإمام التسولي، ج 2/425.

[3] مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للإمام أبو عبد الله الحطاب، ج 6/413.

[4] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للإمام شمس الدين عرفة الدسوقي، ج 3/145.