العبرة في المعاملات بالغالب الشائع لا النادر
دراسة فقهية تطبيقية

إعداد:
د/ سلطان ناصر المشعل
حاصل على درجة الدكتوراة في الشريعة والباحث الشرعي بدولة الكويت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

الملخص:

الحمد لله الذي أنقذنا بفيض رحمته بنور العلم من ظلمات الجهالة، وهدانا بالاستبصار به عن الوقوع في عماية الضلالة، ونصب لنا شريعة نبينا محمد صلى الله عليه وآله وسلم وأقامها على أسس وقواعد تجلب المصالح وتدرأ المفاسد بأعلى علم وأوضح دلالة؛ والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين نبينا محمد الزكيّ الأمين، المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان وبعد...

فإن اجتماع الحلال والحرام يعد من المسائل المنتشرة في جميع أبواب الفقه على اختلافها، لا سيما في المعاملات وقد تدعو الضرورة لتغليب حكمٍ على حكم لجلب مصلحةٍ ما أو درء مفسدة. [1]

ويحاول هذا البحث الكشف عن إحدى النظريات الكبرى التي تتشكل منها المنظومة المنهجية الأصولية في الفقه الإسلامي، وهي نظرية ينضوي تحتها وينبع منها عدد كبير من المبادئ والقواعد التي وجّهت التفكير الفقهي الإسلامي؛ بل والفكر القضائي كما أنها تعطي جهازاً منهجياً واسعاً ومنسجماً لمعالجة عدد لا يحصى من القضايا

[1] هي: قاعدة مقررة في الفقه الإسلامي منذ القديم حيث وجدتْ ثناياها مبثوثة عند الإمام ابن عبد البر القرطبي المالكي (ت٤٦٣هـ) وعند العز بن عبد السلام (ت٦٦٠هـ) وعند شهاب الدين القرافي المالكي(ت٦٨٤هـ) وعند أبي إسحاق الشاطبي(ت٧٩٠هـ) وعند غيرهم.

والمسائل الفقهية والأصولية العلمية والعملية مما يواجه العقل المسلم المعاصر باعتبارها نوازل ومشكلات جديدة؛ خاصة في مجال المعاملات المالية أو بعبارة القرافي: "لأن من ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره" [١]

فالأصل في بناء الأحكام الشرعية أنها تبنى عامة على الأمور الغالبة والشائعة، فإذا كان هناك–مثلاً–عرفٌ جار تحقق فيه الذيوعُ والشهرة، أو مصلحةٌ غالبة، أو أمر ظاهر فإنه لا يؤثر في عمومه واطراده تخلفُ ذلك الأمر في بعض الأفراد أو بعض الأوقات، أو بعض الجزئيات فالأحكام الشرعية لا تبنى على الشيء النادر القليل؛ بل تبنى على أساس الغالب الشائع الكثير، وعليه فالنادرُ تابعٌ للغالب، يأخذ حكمه، وقد يُلغى النادرُ ويُعد في حكم العدم؛ عندما يكون وجوده لا يُغني شيئاً.

فإذا بني حكم شرعي على أمر غالب وشائع، فإنه يبنى عاماً للجميع، ولا يؤثر فيه تخلف بعض أفراده؛ لأن الأصل في الشريعة اعتبار الغالب؛ أما النادر فلا أثر له، فلو كان هناك فرعٌ مجهول الحكم متردّدٌ بين احتمالين أحدهما غالب كثير والآخر قليل نادر، فإنه يلحق بالكثير الغالب دون القليل النادر؛ فالاحتمالات النادرة لا يلتفت إليها في بناء الأحكام، والحكم للأعم الأغلب ما لم يدل على النادر معتبر، فيستقل بالحكم الخاص حينئذ.

والتغليب الذي نحن بصدده وسيلة فعالة لضبط الأحكام وضبط شؤون الخلق بهذه الأحكام؛ فحيثما اختلطت الأمور وحيثما التبست الأحوال، وحيثما تمازجت الأشكال وتداخلت الأنواع، وحيثما تضاربت النسب والمقادير وحيثما حصل هذا وتعذر الفرز والتمييز وإعطاء كل ذي حكم حكمه كان الحكمُ للغالب، وهكذا أصبح من قواعد الفقه (العبرة للغالب الشائع لا للنادر) [٢]، كما شاع قولهم (النادر لا حكم له) [١]، (إِنَّمَا تعْتَبر الْعَادة إِذا اطردت أَو غلبت) [٢]

---

[١]) الفروق ١/ ٣، طبع عالم الكتب القاهرة، بدون تاريخ للطبع.

[٢]) هي: القاعدة (٤١) من قواعد مجلة الأحكام العدلية قال الشيخ الزرقا شارحا لها: فَلَو بُني حكم على أَمر غَالب فَإِنَّهُ يبْنى عَاما، وَلَا يُؤثر على عُمُومه واطراده تخلف ذَلِك الْأَمر فِي بعض الْأَفْرَاد

وقد علل كثير من الفقهاء–حتى المتأخرون– الأحكام بالتغليب، ويكون الأمر مبنياً على التغليب، قال علي حيدر أفندي (١٣٥٣هـ) في شرحه لمجلة الأحكام العَدْلية: "وَلَا عِبْرَةَ لِلْمَغْلُوبِ بِمُقَابَلَةِ الْغَالِبِ فَإِنَّ أُمُورَ الشَّرْعِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْأَغْلَبِ" [٣]

ويؤيد هذا ما نقله ابن القيم عن بعض العلماء: "إذا كان أكثر مال الرجل حراماً، فلا يعجبني أن يؤكل ماله وهذا على سبيل التحريم"[٤]؛ فالتحليل يتبع الأغلب والتحريم يتبع الغالب.

أهمية البحث:

تتضح أهمية البحث من خلال النقاط التالية:

١–هذه القاعدة ضرورية لفهم فقه الأولويات والمقاصد، فهي تعمل من خلالِ أفكارٍ كليةٍ وقواعد جزئية (غالب، راجح، كثير، شائع)، فهي مهمة لتحديد المصلحة والأولوية.

٢–التأصيلُ لمعيار مهم في تحقيق مناط الأحكام حال اجتماع حكمين متعارضين في محل واحد وعدم تمايزهما.

٣–ما تدعو إليه الضرورة في بيان الحكم الفقهي لمسائل التغليب خاصة في بعض المعاملات المالية المعاصرة، فيما أفرزته الحياة المعاصرة من مسائل مختلطة ومتشابهة مما يعسر على المسلم في كثير من الأحيان أن يميز بينها، ولا سيما المسائل التي لا يمكن الوصول فيها إلى يقين مما يستدعي العمل فيها بالتغليب.

أَو فِي بعض الْأَوْقَات؛ فقد جوز الْمُتَأَخّرُونَ للدائن فِي هَذَا الزَّمن اسْتِيفَاء دينه من غير جنس حَقه، لغَلَبَة العقوق"شرح القواعد الفقهية ص٢٣٥، طبع دار القلم دمشق١٩٨٩ م.

[١]) المنثور في القواعد للزركشي، ٢٤٦/٣، طبع وزارة الأوقاف الكويتية ١٩٨٥م.

[٢]) هي: المادة (٤٠) من مجلة الأحكام العدلية، راجع القواعد الفقهية وتطبيقاتها لمحمد الزحيلي (٣٠٠/١)، طبع دار الفكر دمشق الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، وهذا يعني أن العادة كلما كانت كثيرة وغالبة وشائعة ومنتشرة كانت معتبرة شرعاً، أما إن كانت قليلة نادرة فلا حكم لها ولا اعتبار.

[٣]) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر أفندي، ٧٠٤/٤، طبع دار الجيل دمشق ١٩٩١م.

[٤]) إعلام الموقعين، ٣٢/١، طبع الكتب العلمية بيروت ١٩٩١م.

أهداف البحث:

١- بيان حقيقة التغليب عند الفقهاء، وأركانه، وشروطه، ومقتضياته.

٢- تحديد بعض المصطلحات وعلاقتها بالتغليب، كالتقريب، والترجيح، وغلبة الظن؛ والاحتياط مما ذكره الفقهاء.

٣-تحديد مدارك التغليب وقواعد الفقه المترتبة عليه، مع التأصيل للقاعدة عقلاً ونقلاً، ووضع الضوابط ورفع الإشكالات.

٤-بيان الأحكام الفقهية المبنية على التغليب في المعاملات المالية.

٥- إيضاح بعض القواعد الفقهية التي لها علاقة بالتغليب، والتي يترتب عليها كثير من الفروع الفقهية.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في الإجابة عن سؤال رئيس، ألا وهو: هل يمكن اعتبار التغليب معياراً في تحقيق المناط؟، وهل يمكن أن يكون هذا المعيار صحيحاً للترجيح؟

ويتفرع عن هذا السؤال عدد من الأسئلة الفرعية:

س١: ما مفهوم التغليب في الفقه الإسلامي؟ وما ضوابطه وما الألفاظ المقاربة له؟

س٢: ما أهم المسائل المستخرجة المنبنية في مجال المعاملات المالية على قاعدة التغليب؟ وهل يمكن استخلاص نظرية منها؟

الدراسات السابقة:

لم يعثر الباحث على أي دراسة تتناول قاعدة الأعم الأغلب وتطبيقاتها في المعاملات المالية؛ لكن توجد بعض الدراسات مست الموضوع مساً عاماً وهي:

١- نظرية التقريب والتغليب في العلوم الإسلامية، لأحمد الريسوني، وكما هو واضح اتسم البحث بالعمومية في العلوم الإسلامية كلها الحديث، والفقه، وأصول الفقه.

٢-التغليب عند الأصوليين تنظيراً وتنزيلاً، لعمر صالح عمر، وهو بحث أصولي بالأساس، منشور بمجلة جامعة الشارقة للعلوم الإنسانية ١٤٢٧هـ، حيث اعتبر التغليب أحد المخارج إذا انسد باب العلم القطعي بالأحكام الشرعية، فهو نوع من أنواع النظر للوصول إلى معرفة الحكم الشرعي، ولم يتطرق للمعاملات المالية.

٣-التغليب الفقهي، لجاسم الحديدي، بحث منشور بمجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية العدد ١ لسنة ٢٠٢٠م، وقد اهتم بالأساس بالجانب التأصيلي، وعرض لبعض النماذج التطبيقية بإيجاز.

٤-التقريب والتغليب في الإثبات الجنائي في النظام السعودي والمحكمة الجنائية الدولية، لعبد الرحمن نافع السلمي، وهي رسالة دكتوراه بأكاديمية نايف للعلوم الأمنية بالسعودية ٢٠٢٠م، ولم يتيسر للباحث الاطلاع عليها؛ لكن واضح من العنوان أنها تخص نظرية الإثبات الجنائي في النظام السعودي وليس في الفقه الإسلامي، كما أنه لا علاقة لها بالمعاملات المالية.

٥-التغليب الفقهي، عمر عبد الله الشهابي، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الكويت، العدد ١١٨، ركز البحث على الجانب الأصولي فقط ومدارك التغليب ولم يتطرق لتطبيقات القاعدة في مجال المعاملات المالية، كما أنه سرد أمثلته سردا بمنتهى الإيجاز والاختصار.

كما يوجد كثير من الإشارات حول التغليب في كتب التراث والقواعد الفقهية مثل:

١-قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام.

٢- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول لجمال الدين الإسنوي.

٣- الموافقات للإمام أبي إسحاق الشاطبي المالكي.

٤- المنثور في القواعد للإمام بدر الدين الزركشي الشافعي.

٥- الفروق للإمام شهاب الدين القرافي المالكي.

٦ -المعيار المعرب للونشريسي المالكي.

منهج البحث:

استخدم الباحث المنهج الاستقرائي الذي يقوم على تتبع جزئيات مسائل التغليب في المعاملات المالية من مظانها في كتب الفقه، ومن ثم اتبعت المنهج الاستنباطي في تأصيل التغليب وبيان شروطه، ومقتضياته.

خطة البحث:

كل هذا استدعى تقسيم البحث إلى مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة.

ففي المقدمة ذكرت أهمية الموضوع، وأهدافه، وإشكالية البحث، والدراسات السابقة، والمنهج المستخدم، وخطة البحث.

المبحث الأول: ماهية التغليب، وأدلته، وضوابطه.

المبحث الثاني: مجالات التغليب، وصيغ القاعدة المذكورة في هذا الشأن.

المبحث الثالث: تطبيقات قاعدة التغليب في مجال المعاملات المالية.

ثم الخاتمة وفيها النتائج التوصيات.

المبحث الأول

ماهية التغليب، وأدلته، وضوابطه

المطلب الأول: ماهية التغليب:

يُستعمل لفظا الغلبة والندرة كثيراً في الأحكام الففقهية الفرعية، فما التغليب؟

أولاً: التغليب لغة واصطلاحاً:

التغليب لغة: يقال غلب الرجل غلبا وغلبا وغلبة، قال الله تعالى: "وهم من بعد غلبهم سيغلبون" (الروم ٣) [١]، ويقال غلب على فلان الكرم كان أكثر خصاله، والغالب: الكثير، والغلبة والأغلبية: الكثرة [٢]، والتغليب مصدر تغلّب، جاء في المعجم الوسيط: "التغليب (فِي اللُّغَة) إِيثَار أحد اللَّفْظَيْنِ على الآخر فِي الْأَحْكَام الْعَرَبيَّة إِذا كَانَ بَين مدلوليهما علقَة أَو اخْتِلَاط كَمَا فِي الْأَبَوَيْنِ الْأَب وَالأُم والمشرقين الْمشرق وَالْمغْرب؛ والعمرين أبي بكر وَعمر"[٣].

وفي الحديث: "إن رحمتي تغلبُ غضبي" [٤]، إشارة إلى سعة رحمة الله وشمولها، والأغلبُ: الأكثرُ؛ والأغلبيةُ: الكثرةُ. [٥]

---

[١]) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ت٣٩٥هـ، تحقيق عبد السلام هارون، ٣٨٨/٤، طبع دار الفكر، القاهرة الطبعة الأولى ١٩٧٩م.

[٢]) الصحاح تاج اللغة، لأبي نصر الجوهري ت٣٩٣، ١/ ١٩٥، مادة غلب، طبع دار العلم للملايين بيروت الطبعة الرابعة ١٩٨٧م.

[٣]) المعجم الوسيط وضع مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ٦٥٨/٢ مادة غلب، طبع دار الدعوة بالقاهرة بدون تاريخ.

[٤]) أخرجه البخاري في صحيحه، ٩/ ١٢٠، كتاب التفسير، حديث رقم ٧٤٠٤، ومسلم في صحيحه، ٢١٠٧/٤، كتاب التوبة، باب في سعة رحمة الله تعالى، حديث رقم ٢٧٥١.

[٥]) المعجم الوسيط، ٦٥٨/٢، مادة غلب.

التغليبُ اصطلاحاً [١]: لا يخرج المعنى الاصطلاحي في عمومه عن المعنى اللغوي؛ جاء في
التعريفات: "التغليب هو ترجيح أحد المعلومين على الآخر وإطلاقه عليهما"[٢]، وقيل: وحقيقة التغليب: إعطاء الشيء حكم غيره؛ وقيل ترجيح أحد المغلوبين على الآخر أو إطلاق لفظة
عليهما إجراء للمختلفين مجرى المتفقين"[٣]
والغالب في أكثر الأحيان والأحوال ما كان أكثر من النصف [٤]، والغالب يطلق على ما غلب على الظن وقوعه، وقد يسميه الفقهاء الظاهر، ويقابله النادر [٥]، وقد يطلق على الكثير إذا زاد على النصف غالب.

---

[١]) المراد بالغالب: ما كان احتمال حصوله أقوى من عدمه، والمحقق: ما كان حصوله ثابت الوقوع بدون احتمال، وقد سوى بينهما البعض بحيث ألحق الغالب بالمحقق، وأعطاه حكمه، والبعض الآخر لم يلحقه به ولم يعطه حكمه، والمشهور من مذهب مالك أنهما متساويان في الحكم. انظر مختصر ابن الحاجب، ص٥٩، وقواعد المقري ق: ١٧ ص٥.

[٢]) التعريفات للجرجاني ت٨١٦هـ، ص٦٣، طبع دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٣م.

[٣]) كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي مادة التغليب، ٤٨٩/١، طبع مكتبة لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٦م، وراجع البرهان في علوم القرآن للزركشي ت٧٩٤هـ، ٣٠٢/٣، طبع الحلبي الطبعة الأولى ١٩٥٧م.

[٤]) معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي، ص ٣٢٧، طبع دار النفائس دمشق، الطبعة الثانية ١٩٨٨م.

[٥]) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٦٤، طبع دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٠م، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها على اختلاف الفقهاء، لمحمد الروكي، ٥٥٥/٢، طبع مطبعة النجاح الحديثة الدار البيضاء، الطبعة الأولى ١٩٩٤م، ويطلق في عرف الفقهاء الغالب ويسمونه أيضاً بالظاهر على مفهومين بارزين يجمع بينهما معنى الكثرة، المعنى الأول: دلالة الغالب على كثرة الوقوع وندرة التخلف، مثل نجاسة سؤر ما عادته استعمال النجاسة من الحيوانات، والفرق بينه وبين المطرد، أنه يتخلف بينما لا يتخلف المطرد، المعنى الثاني: دلالة الغالب على الكثرة الكمية النسبية

والغلبة: عبارة عن مشاركة معظم أفراد الكلي في صفة من الصفات، بحيث يظن بكون ذلك من آثار الطبيعة الصادقة عليها، وأنها العلة في اتصاف المصاديق عليها.[١]

وتظهر ثمرة هذه الغلبة فيما إذا شك أحدٌ في وجود حكم أو صفة في فرد من أفراد الكلي، فإنه في هذه الحالة يحكم على الفرد المشكوك بما وجد في أغلب أفراده من الحكم أو الصفة. [٢]

والذي يبدو للباحث أن التعريف الراجح هو الأخذ بأحد الأمرين، أي بأحد الأمور وتقديمه على غيره في الاعتبار لمزية تقتضي هذا التغليب [٣]؛ لأن تقييده بكون التغليب لمزية يجعله أدق؛ ولأن تغليب أحد الأمرين على الآخر لا بد أن يكون لوصف فيه يجعله أغلب، ويرتبط بلفظ التغليب بعض المصطلحات الأخرى مثل: الشائع، والظاهر، والاطراد.

١ – الشائع لغة واصطلاحاً:

الشائع في اللغة من شاع الأمر يشيع، إذا ظهر وانتشر وذاع، والشائع المنتشر. [٤]

والشائع في الاصطلاح: الأمر المعلوم للناس الذائع بينهم وشيوع الخبر أو الأمر: انتشاره بين الناس [١]؛ أو هو الأمر الذي يصبح معلوماً للناس وذائعاً بينهم. [١]

وعلى هذا تبنى قواعد: الأقل تبع للأكثر، المغلوب كالمستهلك في مقابلة الغالب، ومعظم الشيء يقوم مقام كله، ينظر: مَعْلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية ٨/ ٤١١.

[١]) اصطلاحات الأصول، للميرزا علي المشكيني، ص ٧٨، طبع دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٨م.

[٢]) اصطلاحات الأصول، ص ٨٨.

[٣]) نظرية التقريب والتغليب في العلوم الإسلامية، لأحمد الريسوني، ص ١٣٠، طبع دار الكلمة، المنصورة، الطبعة الأولى ١٩٩٧م

[٤]) لسان العرب لابن منظور ت٧١١هـ، ١٨٨/٨، مادة شيع، طبع دار صادر بيروت، ١٤١٤هـ، المصباح المنير للفيومي ت٧٧٠هـ، ١/ ٣٢٩، مادة شيع طبع المكتبة العلمية بيروت.

٢ – الظاهر لغة واصطلاحاً:

الظاهر في اللغة البين الواضح، وظهر الشيء ظهوراً: إذا تبين وانكشف وبرز، والظاهر خلاف الباطن. [٣]

والظاهر في الاصطلاح ما دل على معنى بالوضع الأصلي أو العرفي، ويحتمل غيره احتمالاً مرجوحاً. [٤]

وقد يستعملان مترادفين؛ يقول القرافي: وإذا تعارض الأصل والغالب.." [٥]، ويقول: تعارض الأصل، والغالب فيه قولان [٦]، وقال في موضع آخر: تعارض الأصل والظاهر [٧]، وقال الزركشي(ت٧٩٤هـ): "فُصُولُ التَّعَارُضِ: تَعَارُضُ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ فِيهِ قَوْلَانِ، وَالْمُرَادُ بِالْأَصْلِ الْقَاعِدَةُ الْمُسْتَمِرَّةُ أَوْ الِاسْتِصْحَابُ؛ فتَارَةً يُعَبِّرُونَ (عَنْهُمَا) بِالْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ وَتَارَةً بِالْأَصْلِ وَالْغَالِبِ، وَكَأَنَّهُمَا بِمَعْنًى وَاحِدٍ" [٨]

---

[١]) طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، لنجم الدين النسفي ت٥٣٧ هـ، مادة شيوع، طبع مكتبة المثنى بغداد ١٣١١هـ، معجم لغة الفقهاء، رواس قلعجي، ص٢٦٨ مادة شيوع.

[٢]) قاله شارح المجلة عند قاعدة (الْعِبْرَةُ لِلْغَالِبِ الشَّائِعِ لَا لِلنَّادِرِ)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، لعلي حيدر ت١٣٥٣هـ، ٥٠/١، طبع دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٠م.

[٣]) لسان العرب لابن منظور، ٥٢٣/٤، مادة ظهر.

[٤]) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لشمس الدين الأصفهاني ت ٧٤٩هـ، ٤٣١/٢، طبع دار المدني الرياض، الطبعة الأولى ١٩٨٦م.

[٥]) الفروق للقرافي المالكي، ١١٩/٤.

[٦]) الفروق ٤/ ١٢٠، وراجع الموافقات للشاطبي، ١/ ٢٩٢.

[٧]) الفروق للقرافي ٣٩/٢، وشرح تنقيح الفصول للقرافي، تحقيق ناصر الغامدي، ٥٢٢/٢، طبع كلية الشريعة بجامعة أم القرى ٢٠٠٠م.

[٨]) المنثور في القواعد، ٣١١/١، طبع وزراة الوقاف الكويتية، الطبعة الثانية ١٩٨٥م.

٣ – الاطراد لغة واصطلاحاً:

الاطراد في اللغة يقال اطرد الأمر اطراداً: تبع بعضه بعضاً، واطرد الحد: تتابعت أفراده وجرت مجرى واحداً، كجري الأنهار. [١]

وفي الاصطلاح عرف بأنه: وجود الحكم لوجود العلة، وهو التلازم في الثبوت، وعدم تخلف الحكم عند وجود العلة. [٢]

الفرق بين الغالب والمطرد والشائع، أن المطرد كما سبق لا يتخلف، والغلبة كثرة العدد وزيادته، والشائع المستفيض المشهور، فكلها معان وإن أفادت الرجحان، إلا أن دلالاتها مختلفة.

ثانياً: النادر:

جعل كثير من الفقهاء أثناء صياغتهم لقواعد التغليب النادر قسيماً للتغليب ومضاداً له (الغالب لا يترك للنادر [٣]–الأغلب أصل في أمور الدين والدنيا والنادر لا يراعى [٤]– لا تعلل الأحكام بما يندر [٥] –ما وقع نادراً فليس بأصل يبنى عليه في شيء [٦]– النادر ملحق بالغالب في الشرع [٧] وهكذا؛ والنادر لغة: هو القليل والشاذ يقال: ندر

---

[١]) مختار الصحاح للرازي ت٦٦٦هـ، ص١٨٩، مادة طرد، طبع المكتبة العصرية بيروت، الطبعة الخامسة ١٩٩٩ م، المصباح المنير للفيومي، ٣٧٠/٢ مادة طرد.

[٢]) الحدود في الأصول، لأبي الوليد الباجي ت٤٧٤ هـ، طبع، ص٧٤، طبع دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م.

[٣]) الذخيرة للقرافي، ١٧٧/١، طبع دار الغرب بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

[٤]) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ت ٤٦٣هـ، ١٤٧/١، طبع مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الثانية ١٩٨٠ م.

[٥]) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، لأبي الوليد الباجي، ٢٤١/٤، طبع مطبعة السعادة القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٣٢ هـ.

[٦]) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر، ١٩٣/٢، طبع وزارة الأوقاف المغربية، الطبعة الأولى ١٣٨٧هـ.

[٧]) الذخيرة للقرافي، ١٢٦/٤، وقال: يلحق النادرُ بالغالبِ، الذخيرة، ٢٣٢/٨، ٧٣/١٠.

الكلام أي ما شذ وخرج من الجمهور، ونوادر الكلام: ما شذ، وأندر غيره أسقطه، وأندر: أتى بالنادر من قولٍ أو فعلٍ. [١]

وفي الاصطلاح: ما قل وجوده وإن لم يخالف القياس [٢]، فإن خالفه فهو الشاذ، فإذا قيل هذا نادر أي قل مثيله ونظيره، وشاذ ليس له مثيل ولا نظير.

الشاذ لغة واصطلاحا:

الشاذ لغة من شذ يشذ شذوذاً أي انفرد عن غيره، والشاذ المنفرد أو الخارج عن الجماعة، أو ما خالف القاعدة أو القياس، وشذ شذوذ ندر وانفرد عن الجمهور. [٣]

وفي الاصطلاح: الشاذ ما يكون مخالفاً للقياس من غير نظر إلى قلة وجوده وكثرته، ومنه ما هو مقبول ومنه ما هو مردود. [٤]

والفرق بين النادر والشاذ: أن النادر ما قل وجوده سواء أخالف القياس أم لم يخالفه، والشاذ ما خالف القياس سواء قل وجوده أم كثر. [٥]

المطلب الثاني: أدلة قاعدة التغليب

يقرر الفقهاء أنه من استقراء النصوص الشرعية تبين أن الشارع يلحق الصورة النادرة بالغالب يقول القرافي: "اعلم أن الأصل اعتبار الغالب، وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة كما يقدم الغالب في طهارة المياه وعقود المسلمين، ويقصر في السفر، ويفطر

---

[١]) مختار الصحاح للرازي، ص ٣٠٧، مادة ندر، تاج العروس لمرتضى الزبيدى ت١٢٠٥هـ، ١٩٣/١٤، مادة ندر طبع دار الهداية القاهرة بدون تاريخ، ومن القواعد التي ذكرت في هذا: "الحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر"، بداية المجتهد، ١٤٢/٤.

[٢]) التعريفات للجرجاني، ص٢٣٩.

[٣]) تاج العروس لمرتضى الزبيدي، ٩/ ٤٢٤، مادة شذذ، مختار الصحاح للرازي، مادة شذذ.

[٤]) التعريفات للجرجاني، ١/ ١٢٤.

[٥]) الكليات، لأبي البقاء الكفوي ت١٠٩٤هـ، ص٥٢٨، طبع مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٩٩٨م، التعريفات للجرجاني، ١/ ١٢٤.

بناء على غالب الحال، وهو المشقة، ويمنع شهادة الأعداء والخصوم لأن الغالب منهم الحيْف، وهو كثير في الشريعة لا يحصى كثرة" [1]

ويقول الرازي معبراً عن وجهة نظر الجمهور عند ذكر دليل القائلين بقياس الطرد في مسالك العلة: "استقراء الشرع يدل على أن النادر في كل باب ملحق بالغالب" [2]

وقد يستأنس لقاعدة التغليب ببعض الأدلة:

١- من القرآن قوله تعالى:"فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ "(البقرة١٨٢)، يؤخذ من الآية أن الذي يتوقع ويغلب على ظنه أن موصياً مُقدم على ظلم ورثته بوصية ظالمة سيئة القصد، فيجب عليه أن يبادر إلى إصلاح هذا الفساد ومنع هذا الظلم من النفاذ" [3]

٢- قوله تعالى:"وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ۚ" (البقرة٢٨٢)، وجه الدلالة: أن الآية دليل على اعتبار الغالب في الأحكام، حيث إن المشرع سبحانه قد جعل شهادة المرأتين مقابل شهادة الرجل، وذلك لأن النسيان صفة غالبة في النساء فقوله (أن تضل) أي أن تنسى كما ذكر ابن عطية وغيره. [4]

---

[1]) الفروق للقرافي، ١٠٤/٤.

[2]) المحصول للرازي، ٢٢١/٥، طبع مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثالثة ١٩٩٧م، وهنا أنبه إلى أن القواعد الفقهية–سواء ما تعلق منها بقاعدة التغليب أو غيرها–تصح بالاستقراء التام والناقص، وأغلبها إنما ثبتت بالاستقراء الناقص، إذ هي قواعد أغلبية، والكلية فيها نادرة.

[3]) الجامع لأحكام القرآن، ٢٧١/٢، طبع دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية ١٩٦٤م، أحكام القرآن لابن العربي المالكي ت٥٤٣هـ، ١٠٥/١، طبع دار الكتب العلمية بيروت ٢٠٠٣م.

[4]) المحرر الوجيز، ٣٨٢/١، طبع دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٣/ ٣٩٧.

٣-حديث: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر" [١]، فقد جعل النبي -صلى الله عليه وسلم- الاجتهاد في الأمور الدينية مشروعاً مع إمكان الخطأ ورتب الأجر على ذلك وهذا هو الاجتهاد الظني، وأساسه تغليب الظنون المستفادة من بعض الأمارات لما في ذلك من تحصيل مصالح الناس.[٢]

٤-الضرورة والبداهة: عندما يتعذر الحصول على اليقين نلجأ إلى الأخذ بالأدلة الظنية، التي ترجح وتقوي قولاً أو فعلاً معيناً، حتى لا نعطل الأحكام، فالضرورة الواقعية والبداهة العقلية تدفعان إلى الأخذ بالغالب وتشيران إلى أنه الصواب الممكن [٣]، وبذلك يسقط الإثم عن المجتهدين حالة الخطأ في الاجتهاد ويكتفى منهم بالظن الغالب.

المطلب الثالث: ضوابط قاعدة التغليب

هناك بعض الضوابط والقيود تحمي العمل بالتغليب من الزيغ والانحراف منها:

١-أن يستند التغليب إلى دليل معتبر؛ وذلك بأن يكون العمل بالظن بُني على سندٍ صحيح ودليل معتبر، فليس كل ظن جائزاً، ولا كل تغليب مقبولاً، فلا يصح ظن ولا يقبل اجتهاد إلا بدليل معتبر مقبول، لذا وجدنا في تعريف الظن بأنه أغلب الاحتمالين؛ ولكن لا يجوز اتباعه إلا بدليل. [٤]

---

[١] أخرجه البخاري في صحيحه، ١٠٨/٩، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب، حديث رقم ٧٣٥٢.

[٢]) راجع الموافقات للشاطبي المالكي، ٦٦/٥، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٣١٠/١١.

[٣]) نظرية التقريب والتغليب في العلوم الإسلامية، أحمد الريسوني، ص١٦٠.

[٤]) المستصفى للغزالي، ٢٥٤/١، من الضوابط التي وضعها العلماء ١-التحقق من ثبوت الغلبة، فدعوى الغلبة لا تُسلّم إلا بعد ثبوتها فقد تكون متوهمة والتحقق إنما يتم بالاستقراء. ٢- ألا يكون الغالب مُلغَي فهناك غلبات ألغاها الشرع ولم يلتفت إليها يقول القرافي: "ينبغي لمن قصد إثبات حكم الغالب دون النادر أن ينظر هل ذلك الغالب مما ألغاه الشرع أم لا، وحينئذ يعتمد عليه، وأما مطلق الغالب كيف كان في جميع صوره فخلاف الإجماع"، الفروق، ١٠٧/٤، ٣-أن يكون الفرع بين النادر والغالب من جنس الغالب وهذا يحتاج إلى تأمل قوي وجودة فكر، فإن ذلك يعرف أحياناً بالحس، وأحياناً بدلالة السياق والقرائن أو غير ذلك يقول القرافي مبيناً كيفية الإلحاق بالجنس:

فإذا كانت غلبة الظن غير مستندة إلى دليل فلا كلام في عدم اعتباره مطلقاً، فلو غلب ظن الغاصب حل العين المغصوبة له بناء على احتمال جعل المالك إياه في حل منها، وكما لو ظفر إنسان بمال الغير فأخذه بناء على احتمال أن مالكه أباحه لمن يأخذه، فإنه يكون ضامناً لا تعتبر غلبة الظن هذه مهما قويت؛ لأنها غير مستندة إلى دليل لأنه من مجرد التوهم لا عبرة بالتوهم، وهي قاعدة أساسية عند الفقهاء وغيرهم. [١]

وقد ذم الحق سبحانه الظنِّ المجرد عن الدليل حيث قال: "إن يتبعون إلا الظن وإن هم إلا يخرصون" (الأنعام: ١١٦)، وهناك تفصيل يرجع إليه في موطنه. [٢]

٢-أن تكون المسألة المراد بحثها أو جريان التغليب والحكم فيها من الظنيات وليست من القطعيات، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز العمل بالظن والتغليب فيما يجب فيه القطع كأصول العقيدة، والعقليات، يقول القرطبي تعليقاً على الآيات السابقة: "الحق" هنا اليقين، أي ليس الظن كاليقين، وفي هذه الآية دليل على أنه لا يكتفى بالظن في العقائد" [٣]

كما أن الظن لا يعتبر في الأمور العقلية كما أوضحه الشاطبي وغيره، إذ الظن لا يقبل في العقليات أثناء حديثه عن كون أصول الفقه قطعية، لأن الظن يتعلق

"الطريق المحصل لذلك أن يكثر من حفظ فتاوى المتقدمين المقتدى بهم من العلماء في ذلك وينظر ما وقع له هل هو من جنس ما أفتوا فيه.. فيلحقه بعد إمعان النظر وجودة الفكر بما هو من جنسه فإن أشكل عليه الأمر أو وقعت المشابهة بين أصلين مختلفين أو لم تكن له أهلية النظر في ذلك لقصوره وجب عليه التوفيق، ولا يفتي بشيء"، الفروق، ١٣٣/٤، ٤- ألا يُعارض الإلحاق بالغالب ما هو أقوى منه، راجع القواعد والضوابط الفقهية عند ابن دقيق العيد، ياسر علي القحطاني، ص٢٢٠ وما بعدها، رسالة ماجستير غير منشورة بجامعة أم القرى ١٤٣٠هـ.

[١]) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٩٠/١، شرح القواعد الفقهية للزرقا، ص ٨١.

[٢]) شرح تنقيح الفصول للقرافي، ٢٢١/٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ١٠٤/١٧.

[٣]) الجامع لأحكام القرآن، ٣٤٣/٨.

بالجزئيات، إذ لو جاز تعلق الظن بكليات الشريعة لجاز تعلقه بأصل الشريعة، لأن الكلي الأول، وذلك غير جائز عادة. [١]

٣- أن يتعذر أو يتعسر اليقين والضبط التام، فالأصل هو تحري اليقين التام بالأحكام؛ لأن جواز العمل بالظن كان للترخيص والتيسير على الناس، عند عجزهم وضعفهم عن اليقين؛ وذلك لأن الغالب في الظن الإصابة، والخطأ فيه نادر، والغالب لا يترك للنادر. [٢]

مثال يوضح هذا الضابط، استقبال القبلة شرط لصحة الصلاة، فلو كان الشخصُ مسافراً ولا مسجد هناك ولا مرشد، فله أن يتحرى القبلة ثم يعمل بغلبة ظنه وتخمينه، أما إذا كان في القرى والأمصار التي يوجد بها من ساكنيها من المسلمين من يمكنه أن يرشده فلا مجال للتحري، بل الواجب عليه السؤال والتأكد من اتجاه القبلة يقيناً، أو استعمال آلات ووسائل علمية مضبوطة تدله على اتجاه القبلة.

---

[١]) الموافقات، ١٩/١.

[٢]) الذخيرة للقرافي، ١٧٧/١، ضوء الشموع شرح المجموع، لمحمد الأمير المالكي، ٣٨٣/٣.

المبحث الثاني
مجالات التغليب وصيغ القاعدة

المطلب الأول: مجالات التغليب

يرسم لنا علم القواعد الفقهية–أو الأشباه والنظائر–بجانب علم أصول الفقه منهجاً من مناهج البحث العلمي يلتزمه المجتهد في اجتهاداته، وقانوناً عاصماً لذهن الفقيه من الخطأ في الاستدلال على الأحكام؛ وقد اهتم العلماء بالحديث عما يندرج تحت التغليب من أصول وقواعد مثل: الظن، وغلبته، والاحتياط، والخروج من الخلاف، وسد الذرائع، والموازنة بين المصالح والمفاسد، والترجيح، والاستقراء، وتحكيم العادة، وعوارض الأهلية، والدلالات، وهاك عرض بعضها بما يقتضيه المقام، وإلا فالأمر يحتاج لمساحة أكبر:

الظن: قد يطلق على اليقين والشك، جاء في تفسير الطبري: "إن العرب قد تسمي اليقين ظناً"، والشك ظنا" [١]، وقد أقام الشرع الظن مقام العلم في أكثر الأحكام، لأن الغالب صدق الظنون عند قيام أسبابها وندرة كذبها، وهي قاعدة مقررة عند الفقهاء، يقول القرافي: "وقد أقام الشرع الظن مقامه لتعذره في كثير من الصور وغلبة صدق الظنون وندرة كذبها والمصلحة الغالبة لا تترك للمفسدة النادرة" [٢]

وقال المقري: "المعتبر في الأسباب والبراءة وكل ما تترتب عليه الأحكام العلم، ولكن لما كان العلم قد يتعذر أو يتعسر في كثير مما ذكر اكتفي فيه بالظن لقربه منه حتى إنه سمي باسمه في قوله تعالى: "فإن علمتموهن مؤمنات" (الممتحنة: ١٠)" [٣]

وإذا زاد بعض الزيادة فظن صاحبه بعض ما تقتضيه تلك الأمارات سمي ذلك غلبة الظن، وبما أن الظن عبارة عن أغلب الاحتمالين اندرج تحت قاعدة التغليب.

---

[١]) جامع البيان، لمحمد بن جرير الطبري، ١٧/١، تحقيق أحمد شاكر، طبع مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.

[٢]) الذخيرة، ١٢٤/٢.

[٣]) القواعد للمقري، ١٢١/٢.

ثانياً الاحتياط: فإذا كان الاحتياطُ أخذاً بأوثق الأمور وأحزمها، فإنه لا معنى للتغليب إلا هذا، ومن هنا يمكن اندراج الاحتياط في أصل التغليب؛ يقول الشاطبي: "والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم" [١]، ولو قلنا بنفي الاحتياط لكانت الشريعة اسماً بلا مسمى.

ثالثاً: مراعاة الخلاف: وهو أصل معتبر، وهذا ما قرره الونشريسي المالكي حكاية عن القباب المالكي [٢]: "مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب–يقصد المالكي–وهو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه، فيقول ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل والآخر راعى ما لهذا الدليل من القوة التي لم يسقط اعتبارها في نظره جملة. [٣]

رابعاً: الترجيح: وهو اصطلاحاً يعني: تغليب بعض الأمارات على بعض في سبيل الظن [٤]، أو هو اقتران أحد الصالحين للدلالة على المطلوب مع تعارضهما لما يوجب العمل به وإهمال الآخر [٥]، وهو أصل التردد بين محذورين.

فإذا ثبت أصل الترجيح فلا سبيل إلى استعماله في مسالك القطع، وما يفضي إلى القطع لا ترجيح فيه، فإنه ليس بعد العلم بيان ولا ترجيح، وإنما الترجيحات تغليبات لطرق الظنون ولا معنى لجريانها في القطعيات، فإن المرجح أغلب في الترجيح. [٦]

---

[١]) الموافقات، ٨٥/٣.

[٢]) أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن الجذامي الفاسي، أبو العباس الشهير بالقباب: فقيه مالكي، قاض. مولده ووفاته بفاس. ولي الفتوى بها، ت٧٧٨هـ، الأعلام للزركلي، ١٩٧/١.

[٣]) المعيار المعرب للونشريسي، ٦/ ٣٨٨.

[٤]) البرهان في أصول الفقه لأبي المعالي الجويني، ٧٤١/٢.

[٥]) شرح تنقيح الفصول للقرافي، تحقيق ناصر الغامدي، ٤٠٢/٢، الإحكام في أصول الأحكام للأمدي ت٦٣١هـ، طبع المكتب الإسلامي دمشق، الطبعة الأولى ١٩٩٠ م.

[٦]

المطلب الثاني: صيغ قاعدة التغليب

تمكن الباحث من حصر أكثر من أربعين صيغة؛ بعض هذه الصيغ أقرب إلى الترادف، والبعض الآخر توضح خلافاً في صياغة القاعدة، وبعضها تبرز مدلولات ودقائق ونكات فقهية لها بُعدها الفقهي:

-العبرة للغالب الشائع لا للنادر؛ وهو نص المادة (٤١) من مجلة الأحكام العدلية.

-الأصل إلحاق الفرد بالأعم الأغلب دون النادر. [١]

-الأصل حمل النادر على حكم الغالب. [٢]

-الأصل اعتبار الغالب، وتقديمه على النادر. [٣]

-الإلحاق بالغالب دون النادر. [٤]

-الأحكام الشرعية واردة على الغالب لا على النادر. [٥]

-الأغلب أصل في أمور الدين والدنيا والنادر لا يراعى. [٦]

- لا تعلل الأحكام بما يندر. [٧]

-إعطاء النادر حكم الغالب [٨]

---

[١]) شرح تنقيح الفصول للقرافي، ١٢٦/٢، مواهب الجليل للحطاب، ١٦٨/١.

[٢]) المنتقى شرح الموطأ للباجي، ١/ ٩٣، القواعد الفقهية الكلية الخمس الكبرى وبعض تطبيقاتها على مجتمعنا المعاصر محمد بن مسعود الهذلي، ص ٩٦ وما بعدها.

[٣]) الفروق للقرافي، ١٠٤/٤، ١١١، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، محمد بن علي بن حسين المالكي مفتي مكة ت١٣٦٧، ١٧٠/٤، مطبوع بهامش الفروق للقرافي.

[٤]) الفروق للقرافي، ٢٠٣/٣، ٢٣٠.

[٥]) إدرار الشروق على أنوار الفروق، وهو حاشية الشيخ قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط ت٧٢٣هـ على فروق للقرافي ومطبوع بهامشه، ٢٧١/٤، ٢٩٩.

[٦]) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر، ١/ ١٤٧.

[٧]) المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي، ٢٤١/٤.

[٨]) منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن أحمد عليش ت ١٢٩٩هـ، ١٢٧/٩، طبع دار الفكر بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٩ م.

-الصورة النادرة لا تُراعى. [١]

-النادر لا حكم له. [٢]

- النادر لا يلزم. [٣]

-الصورة النادرة لا يلتفت إليها. [٤]

-النادر له حكم الغالب. [٥]

-الحكم للأغلب. [٦]

-وصيغت: الحكم للغالب. [٧]

-الاعتبار بالأغلب. [٨]

وهناك صيغ أخرى للقاعدة بعضها أعم منها وبعضها يخصصها، وما أشرت فيه للكفاية، وإنما أردت أن أبين مدى تغلغل هذه القاعدة في كتب الفقه المختلفة وفي معظم الأبواب إن لم يكن كلها.

---

[١]) مواهب الجليل للحطاب، ١١٥/٥.

[٢]) الموافقات للشاطبي، ٣/ ٢١٢، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي عليه، ٩٦/٣، ضوء الشموع شرح المجموع محمد الأمير، ١٩٨/٣.

[٣]) الذخيرة للقرافي، ٢٤٣/٥.

[٤]) التنبيه على مبادئ التوجيه لابن بشير التنوخي المهدوي، ٢٥٤/١، وفي معناها: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد، ٣٤٤/١.

[٥]) ضوء الشموع شرح المجموع محمد الأمير، ١/ ٢٠٠.

[٦]) الذخيرة للقرافي، ٣ /١٣، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب للشيخ خليل، ٢٣٠/٥، ضوء الشموع شرح المجموع محمد الأمير، ٢٣٠/١.

[٧]) الموافقات، ٣٧٣/٢، شرح مختصر خليل للخرشي، ١٥٣/٢، ضوء الشموع، ٣/ ٢٣.

[٨]) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر، ٢٤ /١٧٠، شرح مختصر خليل للخرشي، ٢/ ٢٢٩، وراجع في بيان هذه القواعد وتصنيفها، قواعد الغلبة والندرة عزيزة الشهري، ص٢٠، منشور بمجلة البحوث والدراسات الشرعية السعودية، العدد ٤٦ لسنة ٢٠١٥م.

المبحث الثالث

تطبيقات قاعدة التغليب في مجال المعاملات المالية

أعرض لبعض الفروع في مجال المعاملات المالية التراثية والمعاصرة في مطلبين:

المطلب الأول: بعض المسائل التراثية

المسألة الأولى: التغليب في الصفقة المشتملة على حلال وحرام.

الصفقة لغة واصطلاحا:

الصفقة في اللغة هي المرة من الصفق، وهو الضرب الذي يسمع له صوت، ومنه الحديث: "من بايع إماماً فأعطاه صفقة يده وثمرة قلبه فليطعه إن استطاع" [١]، وتطلق الصفقة في الاصطلاح على البيع وغيره من العقود. [٢]

أما تفريق الصفقة يعني اختلافها صحتها بالنسبة لشيء، وفسادها بالنسبة لآخر ابتداء أو دواماً [٣]، وقيل إن تفريق الصفقة يعني: أن يجمع بين ما يجوز بيعه، وبين ما لا يجوز بيعه صفقة واحدة بثمن واحد [٤]، ويعتبر تفريق الصفقة من القواعد التي تندرج تحت قاعدة إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام. [٥]

وقد اختلف الفقهاء في التغليب بين الحلال والحرام في الصفقة الواحدة إذا جمعت الحلال والحرام أو بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز كالجمع بين ميتة ومذكاة، أو خل وخمر ونحو ذلك من البيوع على أربعة أقوال:

---

[١]) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، ١٤٧٢/٣، باب الأمر بالوفاء بالبيعة، حديث رقم ١٨٤٤.

[٢]) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة لزكريا الأنصاري، ص٧٤، طبعة دار الفكر بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ، التعريفات للجرجاني، ص ١٣٣.

[٣]) القاموس الفقهي سعدي أبو حبيب، ص٢١٣، طبعة دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية ١٩٨٨م.

[٤]) الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس، ٦٨١/٢.

[٥]) وهي من القواعد المعتبرة عند المالكية؛ الذخيرة للقرافي، ٣٨٥/١، ولفظها عنده: متى تعارض المحرم والواجب قدم الحرام ترجيحاً لدرء المفاسد على تحصيل المصالح، وتغليباً لجانب الأصل، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي، ٢ /٧٠١.

١-تغليب الحرام على الحلال فيبطل العقد في الجميع سواء أمكن التمييز أم لا، وسواء فصّل الثمن أم لم يُفصّل وبه قال المالكية [١] وأبو حنيفة والشافعي في قول، ورواية عن أحمد [٢]؛ ولعل أبرز أدلتهم حديث ابن مسعود: "ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرام على الحلال" [٣]، ووجه الدلالة أن الحديث بين أنه إذا اجتمع الحرام والحلال في شيء غلب الحرام الحلال، وهنا جمع بين الحلال والحرام في صفقة واحدة، مثل أن يبيع خلاً وخمراً، أو شاةً وخنزيراً، فيبطل البيع تغليباً للحرام على الحلال. [٤]

٢-القول الثاني إذا سمى لكل واحد منهما ثمناً معلوماً، مثل أن يقول اشتريتهما بألف درهم كل واحد منهما خمسمائة جاز في الحلال وفسد في الحرام وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني [٥]، وهو قول عند المالكية. [٦]

٣- القول الثالث: إن الصفقة إذا اشتملت على حرام وحلال وأمكن تمييز الحلال من الحرام، فإن البيع يصح في الحلال ويبطل في الحرام، وإليه ذهب الشافعية في الأصح، والأرجح عند الحنابلة. [٧]

---

[١]) يقول ابن شاس: "وإذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، وكان الحرام مما لا يقبل البيع كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو حر ونحو ذلك فالصفقة كلها باطلة"، عقد الجواهر الثمينة، ٦٨١/٢.

[٢]) المنتقى شرح الموطأ للباجي، ٢٤٠/٦، التاج والإكليل للمواق، ٢٧٥/٤، المغني لابن قدامة، ٦١٣/٥.

[٣]) رواه البيهقي في السنن الكبرى، ٢٧٥/٧، باب الزنا لا يحرم الحلال، حديث رقم ١٣٩٦٩، وحكم عليه ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية بالضعف، ٢٥٤/٢.

[٤]) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس، ٦٨١/٢.

[٥]) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ت٥٩٣هـ، ١٩٣/٨، العناية شرح الهداية لأكمل الدين البابرتي ت٧٨٦هـ، ٤١٥/٦.

[٦]) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس، ٦٨١/٢.

[٧]) المجموع شرح المهذب للنووي مع تكملة السبكي والمطيعي، ١٠/ ٤١٠، كشاف القناع لمنصور البهوتي، ١٧٨/٣.

٤-التفصيل في الصفقة المشتملة على الحلال والحرام، فقالوا إذا لم يعلم العاقدان أو أحدهما بالحرمة صح البيع، هذا إذا كان الحلال هو وجه الصفقة أي أكثرها وغالبها- لاحظ فكرة التغليب- أما إذا كان الحرام هو وجه الصفقة (وهو مصطلح يعبر به المالكية عن الغالب) أي غالبها أي أكثرها بطل في الجميع، أما إذا كان كلاهما عالماً بالحرمة بطل العقد في الجميع وهذا قول عند المالكية. [١]

والذي يميل إليه الباحث هو الرأي الأول -القول المشهور عند المالكية ومعهم الجمهور، لأن الصفقة اشتملت على الحلال والحرام فيغلب جانب التحريم لوجود نص في هذا المعنى، وهو وإن كان ضعيفاً إلا أن القاعدة معمول بها، وكذا معارضة المانع للمُقتضَى وهو حرمة أحد المبيعين في الصفقة الواحدة؛ ويظهر وجه التغليب في الصفقة المشتملة على حلال وحرام أن القول بالبطلان مراعاة للتحريم والاحتياط في المعاملات، لأنها صفقة اشتملت على الأمرين فيغلب الحرام.

المسألة الثانية: المُغلب في عقد المزارعة هل هو معنى الإجارة أو الشركة؟، المزارعة عقد يحقق لوناً من ألوان التعاون في ظل الشريعة الإسلامية والمتتبع لكتب السادة المالكية يجد أنهم مختلفون مع الجمهور في أي المعنيين المغلب في المزارعة [٢]، فالمعنى المغلب عند المالكية هو معنى الشركة فيجرون فيها شروط الشركة، والمعنى المغلب عند الجمهور هو معنى الإجارة فيجرون فيها شروط الإجارة، وجاء بيان الوجهين عند المالكية أثناء تعريفهم للمزراعة: المزارعة

شركة في الحرث وبالثاني عبر اللخمي وغيره عبر بالأول (أي شركة في الزرع) (قلت) أصلها لغة معلوم وشرعاً ردها إلى نوعٍ من الشركة. وقد تقدم حدُّ الشركة وأنها خاصة وعامة وأنها تدخل في حد الأعمية باعتبار عوض العمل وفي الأخصية

---

[١]) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤/ ٢٣.

[٢]) المزراعة أن يدفع صاحب الأرض أرضه للغير لزراعتها مقابل جزء منها أو تسليم الأرض إلى غير ليعمل عليها بشرط جزء لم يخرج، معجم مقاليد العلوم للسيوطي، ص ٥٥، طبعة مكتبة الآداب القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٤م.

باعتبار العمل، وأشار الشيخ – رحمه الله – إلى أن التعبير بلفظ المزارعة فيه خلاف وذلك ظاهر، ويظهر في سبب الخلاف ما ورد من النهي "لا يقل أحدكم زرعت وليقل حرثت" والقرآن يشهد لهذا وفي كونه نسب الحراثة للآدميين والزراعة للخالق، (فإن قلت) قال ابن رشد– رحمه الله– بأن الزراعة اشتملت على حقيقة الشركة وعلى حقيقة الإجارة فكيف قال الشيخ شركة في الحرث؟ فهلا قال شركة وإجارة في الحرث كما قاله في المغارسة في قوله: جعل وإجارة وذات شركة في الأصل (قلتُ): وإن قلنا فيها الأمران لكن غلب عليها أحدهما فرأى الشيخ – رحمه الله – أنه غلب عليها حكم الشركة والإجارة تبع لها فلذا قال شركة في الحرث ويدل على ذلك أن مذهب ابن القاسم أنها لا تلزم بالقول؛ وذلك يدل على تغليب الشركة؛ وقال سحنون تلزم بالقول وذلك يدل على تغليب الإجارة (فإن قلت) لئن صح جوابك بهذا فهلا قال الشيخ على رأي كذا وعلى رأي كذا فيقول شركة على رأي أو إجارة على رأي مراعيا في القولين ما الغالب فيهما؟ (قلت) لا يخلو من مسامحة ووقع لابن يونس– رحمه الله – أنه قال أراهم أنهم جعلوا إذا لم يخرج العامل إلا عمل يده أنه أجير وإن كافأ عمله ما أخرج صاحبه وإن أخرج العامل شيئا من المال بقرا أو شيئا من زريعة ولو قل وكافأ ذلك وعمل يده ما أخرج الآخر فإنهما شريكان قال: والقياس أنهما سواء ولكن هم أهدى إلى الصواب قال الشيخ – رحمه الله – تقرير كون ما قالوه هو الصواب: إن حقيقة الشركة مُباينةٌ لحقيقة الإجارة لأن حقيقة الشركة عدم انفراد أحدهما بإخراج المال والآخر بإخراج العمل والإجارة على عكس ذلك؛ وحكم الشركة أن فائدتها يجب أن تكون معلومة لمستحقها بطريق نسبة الشيء إليه كالنصف لا بمعرفة القدر وزنا أو عددا؛ وحكم الإجارة أن فائدتها يجب أن تكون معلومة لمستحقها بعكس ذلك" [١]

[١]) شرح حدود ابن عرفة للراصاع المالكي ت٨٩٤هـ، ص ٣٩١، طبعة المكتبة العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٧ م.

فالجمهور ينظرون إلى المزارعة على أنها إجارة ابتداء شركة انتهاء: "أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة، وانعقادها إجارة إنما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنه استئجار ببعض الخارج" [١]

أما المالكية فيرون ضرورة تطبيق شروط الشركة وأحكامها على المزارعة، لأنها نوع من الشركات ابتداء وانتهاء: "ولما كانت شركة المزارعة قسما من الشركة ناسب أن يعقبها لها؛ وإنما أفردها بترجمة لمزيد أحكام وشروط تخصها وإلا فحقها أن تدرج في الشركة" [٢]

فهذا النص يدل على أن المزارعة عند المالكية قسم من أقسام الشركة، ومع ذلك فإنهم لا يعتبرونها شركة محضة مجردة عن الإجارة، بل فعلوا لك تغليباً، حتى إنهم قد كرروا في كتبهم نصوصاً تدل على أن المزارعة دائرة بين الشركة والإجارة، إلا أن معنى الشركة فيها أغلب، لذا

تجري عليها أحكام الشركة؛ ومن ذلك قولهم:

الْمُزَارَعَةُ: الْمَشْهُورُ جَوَازُهَا وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِكَا فِي الدَّوَابِّ وَالآلَةِ دائرة بين الشركة والإجارة فلهذا وقع الاختلاف في لزومها بالعقد فقيل: تلزم به تغليباً للإجارة...وقيل: لا تلزم تغليباً للشركة" [٣]، وقولهم أيضاً:" وإنما وقع هذا الاختلاف في المزارعة لأنها شركة وإجارة كل واحدة منهما مقتضية للأخرى بكليتها لا فضل فيها عنها، فاختلف أيهما تغلب، فمن غلب الشركة لم يرها لازمة بالعقد ولم يجزها إلا على التكافؤ والاعتدال، إلا أن يتطاول أحدهما على صاحبه بما لا فضل لكرائه؛ ومن غلب الإجارة ألزمها بالعقد" [٤]

---

[١]) العناية شرح الهداية للبابرتي، ٩/ ٤٦٧.

[٢]) شرح الخرشي على مختصر خليل، ٦٣/٦، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٤٩٢/٣.

[٣]) التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب للشيخ خليل، ١٢٤/٧.

[٤]) منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عليش، ٣٣٦/٦.

ونقل عن بعض المالكية قوله:" الأقرب عندي أنها شركة حقيقية إلا أنها مركبة من شركة الأموال [١] والأعمال" [٢]

فكل هذه النصوص تفيد أن المعنى المغلب في عقد المزارعة عند المالكية هو معنى الشركة، وعليه فالمتأمل فيما سبق يستطيع القول بأن جميع الفقهاء يرون شبها للمزارعة بالشركة وبالإجارة أي أن فيها المعنيين؛ إلا أن بعضهم يرى أن الطابع الغالب على المزارعة هو طابع الإجارة وهم الجمهور، فاشترطوا فيها شروط الإجارة من العلم بالمدة، والأجرة، والمنفعة ...إلخ.

بينما يرى المالكية أن الطابع الغالب على المزارعة هو طابع الشركة فذكروها في باب الشركات، كما ذكروا لها شروطاً وصوراً تختلف تماماً عن الشرروط والصور التي ذكرها الجمهور.

المسألة الثالثة: التغليب في التعامل بالنقد المغشوش: يعتبر غش النقد بمعنى خلطه بغيره نوع تغيير لقيمة العملة سواء أكان غشاً للدنانير أم للدراهم، وقد يكون من فعل الأفراد أو الدولة وتختلف نسبة الغش فيه بالنسبة للذهب أو الفضة أو غشهما بمعدن آخر من غير جنسهما.

ويبدو أن غش الدراهم والدنانير وغيرهما كالفلوس كان متقدما في العهد فيروي البلاذري بسنده عن الحسن البصري قال: كان الناس وهم أهل كفر قَدْ عرفوا موضع هَذَا الدرهم منَ الناس فجودوه وأخلصوه، فلما صار إليكم غششتموه وأفسدتموه، ولقد كان عُمَر بْن الخطاب قَالَ: هممتُ أن أجعل الدراهم من جلود الإبل فقيل له إذا لا بعير! فأمسك" [٣]

---

[١]) شركة الأموال هي ما تسمى بشركة المفاوضة وهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما، وشركة العنان هي أن يشترك اثنان في نوع من التجارات في البُر أو الطعام، أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران كفالة، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر، ٩٦٥/٢، مواهب الجليل للحطاب، ٥/ ١٣٤.

[٢]) منح الجليل للشيخ عليش، ٦/ ٣٣٦.

[٣]) فتوح البلدان للبلاذري، ٤٥٢/١، طبعة مكتبة هلال بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٨م.

ولقد شاعت أنواع كثيرة من النقد المغشوش وما تكاد ناحية ولا بلدة إلا ويشيع فيها نوع منها، فكان منها ما يسمى بالنبهرجة [١] وهي ما كان مقدار الفضة منها أقل وغشها أكثر، لذا كان بعض التجار يردها وبعضهم وهو المتساهل يقبلها.

ومنها ما يطلق عليه زيوف [٢] وهي المغشوشة غشاً يتجوز في قبوله التجار، وكان بيت المال يردها؛ ومنها الستوقة [٣]، وهي المغشوشة غشاً زائداً، وغيرها.

وقد اختلف الفقهاء في التعامل بالنقد المغشوش على أربعة أقوال كلها مبنية على الغلبة:

١- القول الأول للحنفية ووجه عند الشافعية لا يخلو حال الذهب والفضة من أحوال ثلاثة: أ-أن تكون الغلبة للذهب والفضة؛ فحكمهما حكم الذهب والفضة الخالصين، فلا يجوز بيعهما بالذهب والفضة إلا سواء وبسواء لا يجوز بيع بعضهما ببعض إلا مثلا بمثل.

ب- أن تكون الغلبة للغش فهما في حكم العروض اعتباراً بالغالب أيضاً فيصح بيعه بالخالص إن كان الخالص أكثر من المغشوش ويجوز التعامل بهما عدداً: يقول الزيلعي: والتبايع، والاستقراض بما يروج عدداً، أو وزناً، أو بهما)؛ لأن المعتبر فيما لا نص فيه العادة، وهذا؛ لأنها لما كان الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادات الناس كما يعتبر في الفلوس العادة في المعاملة بها حتى إذا كانت تروج بالوزن فبالوزن، وإن كانت تروج بالعدد تعتبر بالعدد، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما" [٤]، كل ذلك بناء على الغالب الشائع.

والأصل عند الحنفية هو الاعتبار للغالب وإلحاق المغلوب بالعدم إلا أنهم لم يغفلوا عن مسار المصلحة وعموم البلوى فضلاً عن اعتبار العادة والعرف، حيث لا تعارض

---

[١]) منح الجليل لعليش ٤٥٣/٦، التنبيهات للقاضي عياض اليحصبي، ١٤٢٨/٣.

[٢]) شرح التلقين للمازري، ٢/ ١١٢١، جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر التتائي، ١٩٩/٤.

[٣]) البيان والتحصيل لابن رشد الجد، ٣٠/٧، التاج والإكليل للمواق، ١٧٩/٦.

[٤]) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ١٤١/٤.

مع النص، ج–أن يكون الخالص من الذهب والفضة مثل المغشوش أو أقل منه أو لا يدري فلا يصح البيع لوجود الربا في الأولين ولاحتماله في الثالث وللشبهة في الربا حكم الحقيقة، فاعتبر الحنفية المتساوي مغالب الخالص في المبايعة والاستقراض، وعليه فلا يجوز عندهم البيع بها، وكل كلامهم مبني

على فكرة الغالب، لأنه المعتبر في الشرع والنادر والقليل ملحق بالعدم.

٢– القول الثاني ذهب إليه المالكية [١] وهو جواز بيع النقد المغشوش كدنانير فيها فضة أو نحاس أو دراهم فيها نحاس بمغشوش مثله مراطلة [٢] ومبادلة ولو لم يتساو غشهما، كما يجوز بيع نقد مغشوش بخالص من الغش على القول الراجح من كلام المدونة [٣]، وذهب ابن رشد الجد في الأظهر إلى خلافه أي المنع؛ ومبنى الخلاف في المغشوش الذي لا يجري بين الناس ولا يغلب التعامل به، ويؤخذ من كلامهم جواز بيع المغشوش بصنفه الخالص إذا كان يغلب التعامل به بين الناس. [٤]

والقولان الآخران للشافعية والحنابلة على تفصيل عندهم حسب نوعية المادة المستخدمة في الغش، هل هي مستهلكة أم لا؟ على تفصيل كبير في الحالات ليس هنا مكان بسطه. [٥]

والقول الراجح هو أن العبرة بالغالب، فالغالب في النقد هو الذهب والفضة والمغلوب أو القليل النادر غير مؤثر فوجوده كالعدم.

---

[١]) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه، ٦٧/٤، مواهب الجليل للحطاب، ٣٣٥/٤.

[٢]) المراطلة بيع الذهب بالذهب وزنا فإن كان بالعدد فإنه يسمى مبادلة، شرح حدود ابن عرفة للرصاع، ٢٤٥، بلغة السالك، ٤/ ٣٥.

[٣]) المدونة، ٢٤٤/٨.

[٤]) البيان والتحصيل لابن رشد، ٥/٧، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ٦٨/٤.

[٥]) انظر: المجموع للنووي مع تكميلتيه، ٦٣/٧، الحاوي للفتاوي للسيوطي، ص ١١٨، المغني لابن قدامة، ٤٥٠/٥.

٢-أن يتعذر طبع النقد إذا لم يخالطه خلط من جوهر آخر كنحاس أو غيره، ولأنه في بعض البلاد ضربت الفضة خالصة فتشققت فجعل في كل ألف درهم مثقال من ذهب فانصلحت. [١]

ويظهر وجه العمل بالتغليب أن في القول به في مسألة التعامل بالنقد المغشوش مراعاة لرفع الحرج والمشقة في التعامل بين الناس؛ ولأن النقود لا تخلو من قليل غش الذي هو من ضروريات الصنعة فكانت العبرة للغلبة في التعامل وعدمه.

المسألة الرابعة: التغليب في معاملة حائز المال الحلال المختلط بالحرام، وقد اختلف الفقهاء-حتى داخل المذهب المالكي-في معاملة حائز المال الحلال المختلط بالحرام هل تجوز معاملته بيعاً وشراء وقبول دعوته وهديته أم لا؟ وذلك على أربعة أقوال:

الأول: ذهب ابن القاسم من المالكية إلى اعتبار الغالب، فإذا غلب الحلال الحرام جاز معاملته، أما إذا غلب الحرام الحلال فيحرم معاملته؛ فالمال الحرام إذا اختلط بالحلال فإن حكمه حكم الغالب منهما، جاء في الشرح الكبير: "اعلم أن من أكثر ماله حلال وأقله حرام المعتمد جواز معاملته ومداينته والأكل من ماله كما قال ابن القاسم خلافاً لأصبغ القائل بحرمة ذلك، وأما من أكثر ماله حرام والقليل منه حلال فمذهب ابن القاسم كراهة معاملته ومداينته والأكل من ماله وهو المعتمد خلافاً لأصبغ المحرم لذلك، وأما من كان كل ماله حرام وهو المراد بمستغرق الذمة فهذا تمنع معاملته ومداينته ويمنع من التصرف المالي وغيره خلافاً لمن قال إنه مثل من أحاط الدين بماله فيمنع من التبرعات لا من التصرف المالي وسبيل ماله إذا لم يمكن رده لأربابه سبيل الصدقة على الفقراء ليس إلا، وقيل يصرف في جميع منافع المسلمين كبناء القناطر وسد الثغور.." [٢]، وهذا هو قول الحنفية ورواية عن أحمد؛ بنوه أيضاً على الغالب من ماله عملاً بالتغليب: "إِذَا كَانَ غَالِبُ مَالِ الْمُهْدِي حَلَالًا، فَلَا بَأْسَ بِقَبُولِ

---

[١]) تكملة المجموع لابن السكبي، ١١/ ٢٠٦.

[٢]) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدشوقي عليه، ٢٧٧/٣، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣٦٧/٣.

هَدِيَّتِهِ، وَأَكْلِ مَالِهِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّهُ مِنْ حَرَامٍ، وَإِنْ كَانَ غَالِبُ مَالِهِ الْحَرَامَ لَا يَقْبَلُهَا، وَلَا يَأْكُلُ إِلَّا إِذَا قَالَ: إِنَّهُ حَلَالٌ وَرِثَهُ أَوْ اسْتَقْرَضَهُ" [١]

وعند الحنابلة: "إذا اختلط مال حرام بحلال وكان الحرام أغلب فهل يجوز التناول منه أم لا؟ على وجهين لأن الأصل في الأعيان الإباحة والغالب ههنا الحرام كما قال أحمد في رواية حرب إذا كان أكثر ماله النهب والربا ونحو ذلك؛ فكأنه ينبغي له أن يتنزه عنه إلا أن يكون شيئا يسيرا امرأتك لا يعرف" [٢]

وأدلة هذا القول تكاد تكون منحصرة في قاعدتي التغليب حيث إن الشرع اعتبر الغالب والظاهر، فإذا كان الحرام أغلب يحرم لأن الأصل في الأعيان الإباحة والغالب هاهنا الحرام. [٣]

وقاعدة إقامة الأكثر مقام الكل–وهي من قواعد التغليب كذلك–فإذا كان الأكثر حراماً حرم التعامل، وإذا كان الأكثر حلالاً جاز التعامل لأن معظم الشيء يقوم مقامه. [٤]

القول الثاني: كراهة معاملته وإليه ذهب بعض المالكية: "وأما من أكثر ماله حرام والقليل منه حلال، فمذهب ابن القاسم كراهة معاملته ومداينته والأكل من ماله وهو المعتمد" [٥]، وذكروا أيضاً: "وأما إذا كان الغالب على ماله الحرام فمنع أصحابنا من معاملته وقبول هبته، على وجه

---

[١]) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظار لشهاب الدين الحموي ت١٠٩٨هـ، ٣٤٤/١، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٥ م.

[٢]) القواعد لابن رجب الحنبلي ت٧٩٥ هـ، ص ٣٤٦، طبعة الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٨م، ويدخل تحت هذا الفرع شراء أسهم أو سندات الشركات التي غالب أموالها حلال.

[٣]) الذخيرة للقرافي، ٣١٧/١٣، القواعد لابن رجب، ص٧١٣.

[٤]) الإنصاف في معرفة الرجح من الخلاف لعلاء الدين المرداوي ت٨٨٥هـ، ٣٢٢/٨، طبعة الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م.

[٥]) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدشوقي عليه، ٢٧٧/٣، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣٦٧/٣.

الكراهة" [1]

ودليلهم الأساس حديث: "الحلالُ بينٌ، والحرام بينٌ، وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ... الحديث" [2]

القول الثالث: يحرم معاملته من كان في ماله حلال وحرام مختلط تحريماً مطلقاً غلب الحرام أو لم يغلب، ولا تقبل هديته ولا هبته، وهو قول أصبغ من المالكية: "واختلف إذا لم يفعل ذلك، في جواز معاملته وقبول هديته، وأكل طعامه فأجاز ابن القاسم معاملته، وأبَى–أي منع– ذلك ابن وهب، وحرمه أصبغ، وقبول هديته وأكل طعامه محمول على ذلك" [3]، وقد رفض المالكية قول ابن وهب وأصبغ بناء على قاعدة التغليب قال القرافي: "وقول أصبغ تشدد فإن قاعدة الشرع اعتبار الغالب" [4]

القول الرابع: جواز معاملة من كان في ماله حلال وحرام مختلط مطلقاً قل الحرام أو كثر وسواء أكان الحرام غالباً أم كان الحلال هو الغالب وهو قول الشوكاني. [5]

---

[1]) المقدمات الممهدات لابن رشد الجد، ٤٢٢/٣، طبعة دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى١٩٨٨م.

[2]) أخرجه البخاري في صحيحه، ٢٠/١، باب من استبرأ لدينه، حديث رقم ٥٢، وراجع الموافقات للشاطبي، ١١٦/٥، والبيان والتحصيل لابن رشد الجد، ٨١/٨.

[3]) مسائل أبي الوليد ابن رشد الجد، ٥٥٥/١، طبعة دار الآفاق الجديدة المغرب، الطبعة الثانية ١١٩٩٣م.

[4]) الذخيرة للقرافي، ١٣/ ٣١٧.

[5]) نيل الأوطار للشوكاني، ٢٥٠/٥، طبعة دار الحديث القاهرة بدون تاريخ، والشوكاني من أنصار نظرية التغليب وقواعدها شائعة جداً عنده، فمثلاً يقول في باب الشفعة: "شرعية الشفعة إنما هي لدفع الضرر، وهو إنما يحصل في الأغلب مع المخالطة في الشيء المملوك أو في طريقه، ولا ضرر على جار لم يشارك في أصل ولا طريق إلا نادراً، واعتبار هذا النادر يستلزم ثبوت الشفعة للجار مع عدم الملاصقة؛ لأن حصول الضرر له قد يقع في نادر الحالات كحجب الشمس والاطلاع على العورات ونحوهما من الروائح الكريهة التي يتأذى بها ورفع الأصوات وسماع بعض المنكرات، ولا قائل بثبوت الشفعة لمن كان كذلك، والضرر النادر غير معتبر؛ لأن الشارع علق الأحكام بالأمور الغالبة"، نيل الأوطار، ٣٩٨/٥.

والذي يميل إليه الباحث هو قول المالكية باعتبار الأغلب، لأن الشرع الشريف كما يقول القرافي بحق: " فإن قاعدة الشرع اعتبار الغالب" [١]

المطلب الثاني: بعض المسائل المعاصرة

١-اختلاف العاقدين في جنس الثمن الذي وقع به البيع؛ فإذا قال البائع بعته بدينار، أو بجنيه أو بدولار مثلاً وذكر المشتري عملة أخرى؛ أو قال المشتري بل بثوب؛ فهل يؤخذ بقول البائع أم المشتري؟ فذهب عامة الفقهاء إلى أنه لو كانت لأحدهما بينة يعول عليها قضي لمن أقام البينة، لأنه أيد دعواه بها، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى، لأن البينات شرعت للإثبات. [٢]

أما إذا لم يكون لأحدهما بينة، فقد اتفق الفقهاء على أنهما يتحالفان ويفسخ العقد للحديث (واليمين على من أنكر)، لأن كلاً منهما مدعي.

وقد أظهر ابن فرحون ارتباط هذه المسألة بقاعدة التغليب في القضاء بقول المدعي لرجحانه بالعوائد وقرائن الأحوال أو غير ذلك: "لو ادعى البائع أنه باع بالدراهم، وقال المشتري بل بسلعة فالقول قول البائع لقوة قرينة صدقه؛ لأن الدراهم هي الأثمان وبها يقع البيع" [٣]؛ فهنا رجح بالتغليب، لأن الغالب والشائع بين الناس أنهم يبيعون بالنقد لا بالسلع كما يرجع للعملة المحلية دينار، جنيه، ليرة ... لكل بلد حصل فيه التبايع ولا يجاوزها إلى غيرها بناء على الغالب.

٢-قرر كثير من المعاصرين أن السندات التي تصدرها الحكومات لسد عجز ميزانيتها أو لتوسيع الاستثمارات القومية لا تجوز، لأنها من الربا المحرم لاشتراط فائدة محددة سلفاً ولعدم وجود الغنم بالغرم [٤]، لكن تم اقتراح بديل لها وهي صكوك المضاربة حيث تضخ عن طريقها أموال جمع كبير من الناس في وعاء واحد تديره مؤسسة مالية

---

[١]) الذخيرة للقرافي، ١٣/ ٣١٧.

[٢]) تبيين الحقائق للزيلعي، ٣٠٤/٤.

[٣]) تبصرة الحكام، ٣٨٤/١.

[٤]) الوسائل المتاحة للمصارف الإسلامية في الأسواق المالية أحمد علي عبد الله، مجلة اتحاد المصارف، مجلد٩ عدد ٩٧، ص ١٣٢.

بصفة كونها مضاربة لجميع أرباب الأموال وتكون مرتبطة بالفرص الاستثمارية وليس برغبة البنك أو الأفراد في المضاربة. [١]

وإذا صار مال القراض أو المضاربة موجودات مختلطة–وهو المراد في هذا الفرع– من النقود والديون والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه –ولا يكون هذا من باب بيع الديون –إذا كان الغالب من الموجودات أعياناً ومنافع، أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية للتصرف في الديون والنقود. [٢]

فكل نوع من أنواع الموجودات له حكم خاص به بناء على الغالب؛ فإذا تمحض لرأس مال المضاربة بمعنى إذا كان مال المقارضة المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد فتطبق عليه أحكام الصرف، من حيث التساوي في المقدار والقبض في المجلس... إلخ؛ وإذا أصبح مال القراض ديوناً فتطبق عليه أحكام تداول الديون؛ للآثار المانعة من بيع الدين بالدين ..إلخ[٣]؛ أما إذا اختلطت هذه الموجودات وهو المقصود بالقاعدة هنا فأساس الحكم هو قاعدة الاعتبار بالأعم الأغلب دون النادر.

٣–إذا قال الموكل للوكيل بع هذه السيارة أو هذا التمر بألف دينار نساء، فباعه الوكيل بألف دينار حالاً، صح فعل الوكيل؛ حتى لو تضرر الموكل من حيث الحفظ لكونها عطلة لدى البنوك أو ضرورة سفر... إلخ؛ لأن الوكيل زاد الموكل خيراً وهذا

---

[١]) المضاربة المشتركة في المؤسسات الإسلامية محمد تقي العثماني، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٣/ ١٠٥٥.

[٢]) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٤/ ٣ / ص ٢١٦٢ بتصرف يسير.

[٣]) راجع في تفصيل مسألة بيع الدين بالدين: الحاوي الكبير للماوردي، ٤٠٧/٥، طبعة الكتب العلمية بيروت ١٩٩٩م، نهاية المطلب للجويني، ١٩٥/٥، طبعة الكتب العلمية ٢٠٠٧ م.

الغالب، لأن الناس تحتاج السيولة النقدية أكثر، لذا فالعبرة بهذا الغالب وهو المعتمد عند الشافعية والحنابلة. [١]

٤-في كثير من المعاملات المالية والتعاقدات المعاصرة أحياناً يوجد بعض الغرر القليل حتى في الشراء على النموذج-الكتالوج-أو شراء بعض السيارات أو الشقق السكنية -غرر في بعض تشطيبات الحمامات أو المطبخ أو النوافذ إلخ مما لا يؤثر على بنية الشقة وجودتها أو جودة السيارة فيغتفر هذا الغرر القليل، لأن من اشترى سيارة أو شقة إلخ فالغالب فيها السلامة، لأن العلة من تحريم الغرر ما يترتب عليه من عدم الرضا، والخصام والنزاع بين المسليمن، فإذا كان الغرر يسيراً فاحتمال قوع الخلاف نادر فيكون الحكم على الأغلب دون الاحتمتال النادر. [٢]

٥-يجوز اشتراط الحصاد في كثير من الزراعات المعاصرة-والتي تحتاج إلى آلات حصاد معينة-على العامل في عقد المزارعة أو على صاحب الأرض، حتى ولو كان استجئار هذه المعدات أو حتى عمال جني المحصول أو الثمار غير معلومة؛ لأن الزرع يكون على العادة فلن تحدث مثلاً طفرة ويكثر المحصول جداً فتزيد مدة الحصاد أو تغلو الأسعار جدا فتزيد التكلفة -للمعدات أو العمالة-لأن الغالب أن الزرع يكون على العادة وكذا تكلفة الحصاد، وتخلف ذلك في بعض الأوقات نادر والنادر لا حكم له. [٣]

---

[١]) الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين عبد الرحمن بن محمد المقدسي ت٦٨٢هـ، ٥/ ٢٢٨، طبعة الكتاب العربي بيروت بدون تاريخ، وراجع التغليب الفقهي لعمر الشهابي، ص ٣٢٧، منشور بمجلة الشريعة الكويت العدد ١١٨.

[٢]) قواعد الغلبة والندرة عزيزة الشهري، ص ٥٢.

[٣]) البهجة شرح تحفة الحكام أبو الحسن التُّسوليّ ت١٢٥٨هـ، ٢/ ٢٣٧، طبعة الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى١٩٩٨م، قواعد الغلبة والندرة عزيزة الشهري، ص٥٥.

الخاتمة

وتشمل أهم النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج توصل البحث إلى مجموعة من النتائج أهمها:

١-قاعدة العبرة للغالب الشائع لا للنادر من القواعد الكلية؛ حيث اتُفقَ عليها بين فقهاء المذاهب المختلفة واستدلوا بها في كتبهم، وصاغوها بألفاظ كثيرة وعبارات متعددة مما يدل على أهميتها.

٢-اعتبار الغالب وتحكيمه أصل عام في التشريع الإسلامي كله وليس في المعاملات المالية فسحب، يضبط المسائل ويحسمها ويجعلها واضحة ليس للفقيه والمجتهد فحسب بل للمبتدئ.

٣-تعتبر هذه القاعدة من قواعد التيسير ورفع الحرج عن الناس وخاصة في عصرنا الحاضر وفي مجال الأسواق المالية (البورصة)، حيث يعسر جداً خلوص كثير من المعاملات من شبهة أو غرر أو ضرر أو اختلاط ما يحل بما يحرم، فتكون العبرة والأخذ للغالب الشائع لا للنادر.

ثانياً التوصيات:

١- ضرورة التوسع في بحث الفروع والجزئيات المتعلقة بهذه القاعدة خصوصاً في مجال المعاملات المالية المعاصرة وأسواق رأس المال.

٢- ضرورة ربط هذه القاعدة بقاعدة العادة محكمة وبيان مدى التداخل أو الارتباط أو التقاطع بينهما في التيسير على الناس في الفتاوى المعاصرة مقروناً بعادة كل قوم وعوائد بيئتهم.

٣-اهتمام الباحثين بالتأصيل والتقعيد الفقهي وتضمين المؤلفات في القواعد الفقهية التطبيقات الواقعية والمستجدة والتي تعطي حيوية وثراء للقواعد باعتبارها ضوابط لكثير من الفروع الفقهية.

فهرس المراجع

- إحكام الفصول في أحكام الأصول لأبي الوليد الباجي المالكي ت ٤٧٤هـ، تحقيق عبد المجيد التركي، طبعة دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.
- الأشباه والنظائر للسيوطي ت٩١١هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت' الطبعة الأولى ١٩٩٠م.
- الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي عبد الوهاب المالكي ت ٤٢٢هـ، تحقيق الحبيب ابن طاهر، طبعة دار ابن حزم بيروت الطبعة الأولى ١٩٩٩م.
-إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك لأبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي ت ٩١٤هـ، تخقيق أحمد بوطاهر الخطابي، طبعة صندوق إحياء التراث الإسلامي الرباط، الطبعة الأولى ١٩٨٠ م.
-بداية المجتمهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي ت ٥٩٥هـ، طبعة دار الحديث القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٤م.
-البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة لأبي الوليد رشد الجد ت ٥٢٠هـ، تحقيق محمد حجي، طبعة دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية ١٩٨٨م.
- التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله المواق المالكي ت ٨٩٧هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٤م.
- التغليب الفقهي، لجاسم الحديدي، بحث منشور بمجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية العدد ١ لسنة ٢٠٢٠م.
- التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس لابن الجلاب ت ٣٧٨هـ، تحقيق سيد حسن كسروي، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.
-التلقين في الفقه المالكي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي ت٤٢٢هـ، تحقيق محمد بو خبزة التطواني، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٤م.

– التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ضياء الدين الجندي المالكي المصري ت٧٧٦هـ، تحقيق أحمد بن عبد الكريم؛ طبعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م.

–حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي ت ١٢٣٠هـ، طبعة دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية ١٩٩٢م.

– درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر أفندي، طبعة دار الجيل دمشق ١٩٩١م.

– الذخيرة لشهاب الدين القرافي ت ٦٨٤هـ، طبعة دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

– شرح تنقيح الفصول لشهاب الدين القرافي ت ٦٨٤هـ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، طبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٧٣.

– شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن محمد الزرقا ت ١٣٥٧هـ، طبعة دار القلم دمشق، الطبعة الثانية ١٩٨٩م.

–الفروق أو (أنوار البروق في أنواء الفروق) لشهاب الدين القرافي ت ٦٨٤هـ، تحقيق محمد سراج، وعلي جمعة، طبعة دار السلام القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م.

– قواعدالأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام الشافعي ت٦٦٠هـ، طبع مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٩٠م.

–الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر القرطبي المالكي ت ٤٦٣هـ، طبعة مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الثانية ١٩٨٠ م.

– المدخل لأبي عبد الله محمد بن محمد العبدري الشهير بابن الحاج ت ٧٣٧هـ، طبعة دار التراث القاهرة بدون تاريخ.

–المدونة مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، طبعة دار الكتب العلمية؛ الطبعة الأولى،١٩٩٤م.

-المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، أبو العباس أحمد ابن يحي الونشريسي ت٩١٤هـ، نشر وزارة الأوقاف المغربية، الطبعة الأولى ١٩٨١م.

-مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول للشريف التلمساني المالكي، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، طبعة مكتبة الخانجي القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٦٢م.

-المنثور في القواعد الفقهية لبدر الدين الزركشي الشافعي ت ٧٩٤هـ، طبعة وزراة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية ١٩٨٥م.

-الموافقات لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي المالكي ت٧٩٠ هـ، طبعة دار ابن عفان الرياض، الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

-مواهب الجليل في شرح مختصر خليل شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الشهير بالحطاب ت ٩٥٤م، طبعة دار الفكر دمشق، الطبعة الثالثة ١٩٩٢م.