

مرساتلجامعیه ۸۴

قَاعِدَة

الْبَرَاءَةِ بِالضَّمِّ

وَتَطْبِيقَاتِهَا فِي الْعَامَلَاتِ الْمَالِيَةِ

إِعْسَاد

الدكتور أنيس الرحمن منظور الحق

دار ابن الجوزي

هدية من وقف القدوة
للغائم والدمعة والحدوة
(وقف لله تعالى)

قاعدة

الحِجَابُ بِالضَّمِّ

وتطبيقاتها في المعاملات المالية

مكتبة دار ابن الجوزي
تحت إشراف
مؤسسة دار ابن الجوزي
بالتعاون مع

حقوق الطبع محفوظة لدار ابن الجوزي

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ

حقوق الطبع محفوظة © ١٤٢٠هـ، لا يسمح بإعادة نشر هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من الأشكال أو حفظه ونسخه في أي نظام ميكانيكي أو إلكتروني يمكن من استرجاع الكتاب أو ترجمته إلى أي لغة أخرى دون الحصول على إذن خطي مسبق من الناشر.



دار ابن الجوزي
للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية: الدمام - طريق الملك فهد - ت: ٨٤٢٨١٤٦ - ٨٤٦٧٥٩٣، ص ب: ٢٩٨٢ -
الرمز البريدي: ٣١٤٦١ - فاكس: ٨٤١٢١٠٠ - الرياض - حي الفلاح - مقابل جامعة الإمام - تليفاكس:
٢١٠٧٢٢٨ - جوال: ٠٥٠٢٨٥٧٩٨٨ - الإحصاء - ت: ٥٨٨٣١٢٢ - جلة - ت: ٦٣٤١٩٧٣ - ٦٨١٣٧٠٦ -
الخير - ت: ٨٩٩٩٣٥٦ - فاكس: ٨٩٩٩٣٥٧ - بيروت - هاتف: ٠٣/٨٦٩٦٠٠ - فاكس: ٠١/٦٤١٨٠١ -
القاهرة - ج.م.ع - محمول: ٠١٠٦٨٢٣٧٨٣ - تليفاكس: ٠٢٤٤٣٤٤٩٧٠ -
البريد الإلكتروني: aljawzi@hotmail.com - www.aljawzi.com

رسائل جامعية (١٤)

قَاعِدَة

الْحَرَامُ بِالضَّمِّ

وَرَطَبَاتُهَا فِي الْعَامَلَاتِ الْمَالِيَةِ

إعداد

الدكتور أنيس الرحمن منظور الحق

دار ابن الجوزي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

[البقرة: ٣٢]

«من يُردِ الله به خيراً يفقهه في الدين»

(مسلم: الزكاة: باب النهي عن المسألة ٧١٨/٢، ح ٩٨)

أصل هذا الكتاب رسالة علمية نال بها المؤلف
درجة الدكتوراه بتقدير إمتياز مع مرتبة
الشرف الأولى من كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر - القاهرة - عام ١٤١٩ هـ

كلمة شكر وتقدير وعرقان



﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَتِي وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾ [النمل: ١٩].

امثالاً للتوجيه الرباني أتوجه إلى ربي الذي بيده أمري، وكل توفيق منه وإليه بخالص شكري على ما أولاني به من نعم، وما أحاطني به من عناية وتوفيق. قال تعالى: ﴿لَئِنْ شُكِّرْتُمْ لَازِيدَنَّكُمْ﴾ [إبراهيم: ٧].
«من لا يشكر الناس لا يشكر الله» قاله ﷺ^(١).

ثم امثالاً لتوجيه النبي الكريم أتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرقان إلى العالمين الجليلين الفاضلين: الأستاذ الدكتور أحمد علي طه ريان، أستاذ الفقه المقارن بالكلية، والمشرف السابق على الرسالة، والأستاذ الدكتور المرسي عبد العزيز السماحي أستاذ الفقه المقارن بالكلية والمشرف الحالي على الرسالة، على تفضلهما بقبول الإشراف عليها، وعلى ما لمستهما من روح الإخلاص، وحنان الأبوة الصادق النابع من القلب الرحيم، وما بذلاه من جهود، وما قدماه من توجيهات وإرشادات علمية في إخراج هذا البحث والعمل العلمي إلى النور.

فلا يسعني إلا أن أسأل الله سبحانه أن يجعلهما ذخراً للإسلام والمسلمين، وأن يجزيهما عني وعن طلاب العلم خير ما يجازي به عباده الصالحين.
كما أتقدم بالشكر والعرقان إلى أساتذتي، وكل من أسدوا إلي من نصائح وتوجيهات في إتمام هذا البحث بهذه الصورة.

(١) أخرجه الترمذي في: السنن، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك (٣٣٩/٤ ح ١٩٥٤)، وقال: حديث حسن صحيح.

المقدمة



إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢].

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجَعَلَ لَكُمُ الرِّبَاطَ مِنْهَا وَأَن تَوَدُّوا نَفْسًا كَثِيرًا وَرِسَالَةً وَأَتَقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١].

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٥﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧٦﴾﴾ [الأحزاب: ٧٠، ٧١].

أما بعد: «فإن أصدق الحديث كتاب الله وأحسن الهدي هدي محمد ﷺ، وشرّ الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة في النار»^(١).

فهذه مقدمة أتناول فيها التعريف بالموضوع، وبيان أهميته، وسبب اختياري له، وخطة البحث، ومنهجي فيه:

أولاً: التعريف بالموضوع، وأهميته:

إن الموضوع الذي نحن بصدد دراسته هو: قاعدة: (الخارج بالضمان). أما (الخارج) فالمراد منه: كل ما يخرج من الشيء، وما يحصل منه،

(١) أخرجه النسائي في: السنن، صلاة العيدين، كيف الخطبة (٣/١٥٣)، والإمام أحمد في: المسند (٣/٣١٠) عن جابر بن عبد الله.

من نماء، وزيادة، وغلة، وفائدة، ومنفعة. فهو شامل للأعيان، والمنافع. وأما (الضمان) فالمراد منه: تحمُّل التبعة، والالتزام بتحمُّلها، سواء أكانت تلك التبعة تبعة التلف والهلاك، أم النقص، والعيب في عقود المعاملات، وأنه لا بدّ من أن يكون ناشئاً عن سبب مشروع كالمبايعة، وغيرها من العقود.

فيكون معناها: كل ما يخرج من الشيء، وما يحصل منه من الأعيان، والمنافع يكون بمقابل الضمان.

وعليه: فكل من ضمن شيئاً، يطيب له الخراج بمقابل الضمان، إذا كان ناشئاً عن السبب المشروع، سيأتي بيان ذلك بالتفصيل.

وأما أهميته: فإن الفقه بالنسبة للمسلمين هو حياتهم؛ إذ إنه يحيط بجميع جوانب حياتهم: العقائدية، والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية. وأن دراسة القواعد الفقهية جزء من دراسة الفقه؛ لأن كلاً من القواعد الكلية، والأحكام الجزئية، والفروع داخل في مدلول الفقه على وجه الحقيقة.

فكما أن الفقه قد اهتمّ به فقهاء المسلمين اهتماماً بالغاً، واعتنوا به اعتناءً عظيماً، فكذلك ظلّت القواعد الفقهية موضع الاعتبار، والعناية، ومكان الاهتمام، والاعتناء لدى كافة الفقهاء، وأفردت بالتدوين، والتأليف، وعينت بالشرح والبيان، والتعليق عليها؛ بل إن بعض الفقهاء قدّم دراسة القواعد الفقهية على دراسة الفروع إذا ضاق الوقت، ولم يتسع للجمع بينهما، فهذا إن دلّ على شيء فإنما يدل على أهميتها لدى الفقهاء.

تحقيقاً لذلك؛ نورد بعض ما وقفنا عليه من أقوال الفقهاء في هذا الصدد، ومن خلال دراستها تبرز لنا أهمية القواعد الفقهية، وتتجلّى معالمها وتتكشف جوانبها المهمة. وقد أفاض كثير من المؤلفين بالإشادة بهذا العلم، والتنويه به.

يقول القرافي^(١) (ت ٦٤٨هـ) مشيداً ومنوّهاً به:

(١) هو: أبو العباس، أحمد بن إدريس المالكي. وستأتي ترجمته بالتفصيل عند الكلام على المؤلفات في القواعد الفقهية.

«وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع، ويقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، وبرز القادح على الجذع^(١)، وحاز قصب السبق من فيها برع، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت.. احتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهى... ومن حفظ الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات. واتحد عنده - ما تناقض عند غيره - وتناسب... وحصل طلبته في أقرب الزمان...»^(٢).

ويقول تاج الدين السبكي^(٣) (ت ٧٧١هـ):

«حق على طالب التحقيق، ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور، والتصديق أن يحكم قواعد الأحكام ليرجع إليها عند الغموض، وينهض بعبء الاجتهاد أتم نهوض، ثم يؤكد بالاستكثار من حفظ الفروع، لترسخ في الذهن مثمرة عليه بفوائد غير مقطوع فضلها ولا ممنوع.

وأما استخراج القوي، وبذل المجهود في الاقتصار على حفظ الفروع من غير معرفة أصولها، ونظم الجزئيات بدون فهم مأخذها، فلا يرضاه لنفسه ذو نفس أبية، ولا حامله من أهل العلم بالكلية...

وإن تعارض الأمران، وقصر وقت طالب العلم عن الجمع بينهما - لضيق أو لغيره من آفات الزمان - فالرأي لذي الذهن الصحيح الاقتصار على حفظ القواعد، فهم المأخذ^(٤).

(١) هو من الرجال: «الشباب الحدث». راجع: المعجم الوسيط (١/١١٣)، مادة: (جذع).

(٢) راجع: الفروق (٣/١).

(٣) هو: أبو النصر، عبد الوهاب بن علي السبكي الشافعي. وستأتي ترجمته بالتفصيل عند الكلام على المؤلفات في القواعد.

(٤) راجع: الأشباه والنظائر (١/١٠، ١١).

ويقول الزركشي^(١) (ت ٧٩٤هـ):

«أما بعد: فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو: أوعى لحفظها، وأدعى لضبطها... وهذه قواعد تضبط للفقهاء أصول المذهب، وتطلعه من مأخذ الفقه على نهاية المطلب، وتنظم عقده المنشور في سلك...»^(٢).

ويقول ابن رجب^(٣) (ت ٧٩٥هـ):

«أما بعد: فهذه قواعد مهمة، وفوائد جمّة، تضبط للفقهاء أصول المذهب، وتطلعه من مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد، وتفيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد»^(٤).

ويقول السيوطي^(٥) (ت ٩١١هـ):

«اعلم أن فن الأشباه والنظائر فنّ عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر»^(٦).

فأوضحت هذه الأقوال للفقهاء، أن القواعد الفقهية ذات شأن عظيم، ومكانة عالية سامية في الفقه الإسلامي، ويقدر الإحاطة بها، يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، ويمكن إيجاز أهميتها في أمرين:

(١) هو: أبو عبد الله، محمد بن بهادر. وستأتي ترجمته بالتفصيل عند الكلام على المؤلفات في القواعد.

(٢) راجع: المنشور في القواعد (١/٦٥، ٦٦).

(٣) هو: أبو الفرج، عبد الرحمن بن شهاب. وستأتي ترجمته بالتفصيل عند الكلام على المؤلفات.

(٤) راجع: القواعد (ص ٣).

(٥) هو: أبو الفضل، جلال الدين، عبد الرحمن بن أبي بكر. وستأتي ترجمته بالتفصيل.

(٦) راجع: الأشباه والنظائر (ص ٦).

أحدهما: هي جامعة وضابطة للفروع والجزئيات الفقهية.

الثاني: هي أساس الإلحاق والتخريج، ومعرفة الأحكام للحوادث والوقائع المستجدة والطارئة.

هذا بالنسبة لأهمية القواعد الفقهية على وجه العموم.

وأما بالنسبة لقاعدة: (الخراج بالضمان) على وجه الخصوص - التي نحن بصدد دراستها والبحث فيها وتطبيقاتها في المعاملات المالية - فأهميتها المتمثلة في الأمرين السابقين غير خافية على الباحث المختص بالفقه الإسلامي.

أما بالنسبة للأمر الأول - أي: كونها جامعة وضابطة للفروع والجزئيات الفقهية - فهي تشمل فروعاً وجزئيات فقهية كثيرة - كما سنلاحظها مفصلة في الباب التطبيقي لها - فعلى سبيل الإيجاز:

أن المال أو الملك في فقه المعاملات المالية الأصل فيه أن يكون في ضمان صاحبه إذا كان في يده، وتصرف فيه، وترتب على ذلك هلاكه وتلفه، فيكون صاحب المال متحملاً لتبعية هلاكه وتلفه - وكذلك إذا كان في يد غيره على وجه الأمانة، وهلك دون تعدُّ أو تقصير في حفظه ممن هو في يده - ويكون له وحده غنمه، فالمال لا يكون غانماً إلا إذا كان غارماً. هذا بالنسبة لعقود المعاوضات المالية.

وأما عقود المشاركات فهي تقوم على تحمُّل المخاطرة، والمشاركة بالتالي في الخسارة والربح. فالمال وكذلك العمل وفقاً لمبدأ المشاركة لا يكونان غانمين إلا إذا كانا غارمين.

وأما بالنسبة للأمر الثاني - أي: كونها أساساً للإلحاق والتخريج، ومعرفة الأحكام للمسائل والوقائع المستجدة - فإن الفقهاء قد خرّجوا الأحكام منها للمسائل والحوادث الجديدة الطارئة؛ لأنها قبل أن تكون قاعدة فقهية، هي نص حديث نبوي شريف.

وإذا كان الأمر كذلك فيجب تخريج الأحكام للمعاملات الحديثة في

المصارف الإسلامية، وكذلك في المؤسسات المالية الإسلامية الأخرى تطبيقاً لهذه القاعدة.

فتبين بشكل واضح أن هذه القاعدة ذات شأن عظيم في فقه المعاملات المالية في الفقه الإسلامي على وجه العموم، لكنها مع ذلك لم تدرس إلى الآن دراسة علمية مفصلة مع تطبيقاتها في المعاملات المالية، هذا من جانب. ومن جانب آخر يلاحظ أن هذه القاعدة ترتبط بالاقتصاد الإسلامي ارتباطاً وثيقاً؛ بل ويمكن القول بأن جلّ المعاملات في البنوك والمصارف الإسلامية وكذلك المؤسسات المالية الإسلامية الأخرى ترتبط بها ارتباطاً قوياً، لذلك كان لزاماً على المؤسسين للمصارف، والمؤسسات المالية الأخرى الإسلامية، والقائمين عليها دراستها دراسة علمية مفصلة أولاً، ثم تطبيق المعاملات فيها وفقاً لهذه القاعدة.

وعلى أية حال، فهذه دراسة متواضعة للقاعدة، وتعتبر أول محاولة لدراستها دراسة مفصلة. وإن شاء الله ستبعتها بدراسة المعاملات في البنوك والمصارف الإسلامية، وكذلك في المؤسسات المالية الإسلامية الأخرى طبقاً لهذه القاعدة لكي نرى أثر تطبيقها على معاملاتنا الإسلامية.

ثانياً: الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع:

وهي تتمثل فيما يلي:

١ - رغبتني الشديدة في اختيار موضوع في الاقتصاد الإسلامي.

٢ - أهمية دراسة هذا الموضوع من جوانب مختلفة:

أحدها: أهميتها كجامعة وضابطة لكثير من الفروع والجزئيات الفقهية من أبواب مختلفة.

والثاني: أهميتها كأساس للإلحاق والتخريج، ومعرفة الأحكام للمسائل المستجدة والوقائع والحوادث الجديدة الطارئة.

الثالث: أهميتها كأساس من أسس المعاملات في الاقتصاد الإسلامي، وبالتالي ارتباطها به ارتباطاً وثيقاً وقوياً.

٣ - ميسس الحاجة إلى هذا الموضوع في حياة الناس الواقعية: فإنه مما لا شك فيه أن المعاملات المالية لها أهمية كبرى في الحياة الواقعية بالنسبة للمجتمع الإسلامي، وذلك؛ لأن الناس يحتاجون إلى تبادل الأموال، والمنافع فيما بينهم بواسطة العقود والتصرفات كل يوم؛ إذ إن الإنسان مدني الطبع يحتاج إلى تحقيق التعاون بين أفراد، وجماعاته، كما أنهم يتعاملون مع المصارف الإسلامية، والمؤسسات المالية الأخرى ذات الطابع الإسلامي.

هذا، وقاعدة: (الخراج بالضمان) تعتبر من أهم أسس المعاملات المالية؛ لذا، مسّت الحاجة إلى دراسة هذا الموضوع لمساسه بحياة الناس الواقعية.

٤ - سدّ الفراغ في مكتبة الفقه الإسلامي: بإيجاد دراسة متخصصة تبحث في مسائل الضمان والخراج بمقابله، أو الغرم والغنم بمقابله في المعاملات المالية، وتجمع شتات المسائل المنثورة في كتب الفقه الإسلامي، وبالتالي تسهل مهمة الباحثين، والقائمين على المصارف، وغيرها من المؤسسات المالية الإسلامية الذين يريدون الاطلاع والوقوف على جوانب الموضوع، أو جانب من جوانبه.

ثالثاً: خطة البحث:

قد اقتضت طبيعة الموضوع أن أقسّمه إلى تمهيد، وبابين، وخاتمة: فتكون الخطة العامة على النحو التالي:

التمهيد: حقيقة المعاملات المالية تناولته في بحثين:

المبحث الأول: حقيقة المعاملات، وتقسيمها وهو يشتمل على

مطلبين:

المطلب الأول: حقيقة المعاملات لغةً وشرعاً.

المطلب الثاني: تقسيم المعاملات.

المبحث الثاني: حقيقة المال وتقسيمه وهو يحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: حقيقة المال.

المطلب الثاني: تقسيم المال.

الباب الأول: قاعدة: (الخراج بالضمان). قسّمته إلى فصلين:
الفصل الأول: القاعدة الفقهية. وهو يشمل على ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: حقيقة القاعدة الفقهية، والألفاظ ذات الصلة بها، والفرق بينها وتقسيم القواعد وأقسامها. وفيه ثلاثة مطالب:
المطلب الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية.
المطلب الثاني: التعريف بالألفاظ ذات الصلة بالقاعدة الفقهية، والفرق بينها.

المطلب الثالث: تقسيم القواعد وأقسامها.
المبحث الثاني: الأدلة على شرعية تعديد القواعد، ومصادرها، وأهميتها، وخصائصها، وفوائدها، ومهمتها ووظيفتها التشريعية. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الأدلة على شرعية تعديد القواعد، ومصادرها.
المطلب الثاني: أهمية القواعد، وخصائصها وفوائدها.
المطلب الثالث: مهمة القواعد ووظيفتها التشريعية.
المبحث الثالث: بداية نشأة القواعد وتكوينها، ووضعها وتدوينها، والمؤلفات الشهيرة والمتداولة، ومناهج مؤلفيها في ترتيبها، ومضمونها. وهو يحوي أربعة مطالب:

المطلب الأول: بداية نشأة القواعد وتكوينها.
المطلب الثاني: وضع القواعد وتدوينها.
المطلب الثالث: المؤلفات الشهيرة، والمتداولة في القواعد الفقهية.
المطلب الرابع: مناهج المؤلفين في ترتيب القواعد، وفي مضمونها. كتبها.

الفصل الثاني: الخراج بالضمان كقاعدة فقهية. وهو يتناول مبحثين:
المبحث الأول: أصل قاعدة: الخراج بالضمان ومصدرها، وما يدل على معناها من الأدلة، ومعناها التفصيلي، والألفاظ ذات الصلة بها ومعناها

الإجمالي، وما قد يترتب على الاختلاف فيه - إن وجد - من أثر فقهي؛ أي: في الأحكام، والقاعدة ذات الصلة بها. فهو يشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أصل القاعدة: الخراج بالضمان ومصدرها، وما يدل على معناها من الأدلة، ومعناها التفصيلي، والألفاظ ذات الصلة بها.

المطلب الثاني: معنى قاعدة: الخراج بالضمان الإجمالي.

المطلب الثالث: القاعدة ذات الصلة (الغنم بالغرم).

المبحث الثاني: أسباب الضمان وما ينتقل به، وأقسام الخراج،

وأسباب استحقاقه. وهو يشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: أسباب الضمان وما ينتقل به.

المطلب الثاني: أقسام الخراج، وأسباب استحقاقه.

الباب الثاني: تطبيقات قاعدة: الخراج بالضمان في المعاملات المالية.

قسّمته إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في عقد البيع من عقود

المعوضة. وهو يحتوي على تمهيد، وخمسة مباحث:

التمهيد: التعريف بالبيع.

المبحث الأول: الخراج بالضمان في البيع الصحيح البات. وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: ضمان المبيع.

المطلب الثاني: خراج المبيع.

المبحث الثاني: الخراج بالضمان في البيع الصحيح بخيار الشرط. وهو

يشتمل على تمهيد وثلاثة مطالب:

التمهيد: التعريف بخيار الشرط وشرعيته.

المطلب الأول: أثر الخيار في ملك المبيع.

المطلب الثاني: ضمان المبيع.

المطلب الثالث: خراج المبيع.

المبحث الثالث: الخراج بالضمان في البيع الصحيح بخيار الرؤية. وهو يحتوي على تمهيد وأربعة مطالب:

التمهيد: التعريف بخيار الرؤية.

المطلب الأول: بيع الشيء قبل رؤيته، ومشروعية الخيار.

المطلب الثاني: أثر الخيار في ملك المبيع.

المطلب الثالث: ضمان المبيع.

المطلب الرابع: خراج المبيع.

المبحث الرابع: الخراج بالضمان في البيع الصحيح بخيار العيب. وفيه تمهيد، ومطلبان:

التمهيد: التعريف بخيار العيب.

المطلب الأول: ضمان المبيع.

المطلب الثاني: خراج المبيع.

المبحث الخامس: الخراج بالضمان في البيع غير الصحيح. وهو يشتمل على تمهيد، وثلاثة مطالب:

التمهيد: التعريف بالبيع الفاسد.

المطلب الأول: ملك المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه.

المطلب الثاني: ضمان المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه.

المطلب الثالث: خراج المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه.

الفصل الثاني: تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في عقود المعاوضات - ما عدا عقد البيع - وهو يحتوي على أربعة مباحث:

المبحث الأول: الخراج بالضمان في الإقالة في البيع. وفيه:

التمهيد: التعريف بالإقالة، وهل هي فسخ، أو عقد جديد، وهل الخراج

الحادث قبل الإقالة يمنع منها؟ ضمان المبيع. خراج المبيع.

المبحث الثاني: الخراج بالضمان في الإفلاس. وفيه:

التمهيد: التعريف بالإفلاس، والتفليس، والمفلس، ورجوع صاحب

المال في ماله إذا أدركه بعينه عند المفلس . ضمان المبيع في حال رجوع صاحب المال في ماله واسترداده بإفلاس المدين . خراج المبيع في حال رجوع صاحب المال في ماله واسترداده بإفلاس المدين .

المبحث الثالث: الخراج بالضمان في الشفعة . وفيه:

التمهيد: التعريف بالشفعة، ضمان المشفوع فيه، خراج المشفوع فيه .

المبحث الرابع: الخراج بالضمان في الإجارة . وفيه: تمهيد، ومطلبان:

التمهيد: التعريف بالإجارة .

المطلب الأول: ضمان المنافع المعقود عليها .

المطلب الثاني: خراج المنافع المعقود عليها .

الفصل الثالث: تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في الأموال المقبوضة

بيد الغير . وهو يتناول أربعة مباحث:

المبحث الأول: الخراج بالضمان في القرض . وهو يشمل على تمهيد،

وثلاثة مطالب:

التمهيد: التعريف بالقرض .

المطلب الأول: ملك المال المُقرَض .

المطلب الثاني: ضمان المال المقرض .

المطلب الثالث: خراج المال المقرض .

المبحث الثاني: الخراج بالضمان في الإيداع . وفيه تمهيد، ومطلبان:

التمهيد: التعريف بالإيداع، والوديعة .

المطلب الأول: ضمان العين المودعة .

المطلب الثاني: خراج العين المودعة .

المبحث الثالث: الخراج بالضمان في الرهن . وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد: التعريف بالرهن .

المطلب الأول: ضمان المرهون .

المطلب الثاني: خراج المرهون .

المبحث الرابع: الخراج بالضمان في اللقطة. وهو يحتوي على تمهيد وثلاثة مطالب:

التمهيد: التعريف باللقطة.

المطلب الأول: تملك اللقطة.

المطلب الثاني: ضمان اللقطة.

المطلب الثالث: خراج اللقطة.

الفصل الرابع: تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في شركة العقود. يشتمل هذا الفصل على تمهيد، وستة مباحث:

التمهيد: التعريف بشركة العقد، وأنواعها.

المبحث الأول: الخراج بالضمان في شركة الأموال. وفيه تمهيد، ومطلبان:

التمهيد: التعريف بشركة الأموال، وتقسيمها.

المطلب الأول: ضمان الأموال.

المطلب الثاني: خراج الأموال.

المبحث الثاني: الخراج بالضمان في شركة الأعمال. وهو يشتمل على تمهيد، ومطلبين:

التمهيد: التعريف بشركة الأعمال وشرعيتها.

المطلب الأول: ضمان الأعمال.

المطلب الثاني: خراج الأعمال.

المبحث الثالث: الخراج بالضمان في شركة الوجوه. وفيه:

التمهيد: التعريف بشركة الوجوه، وشرعيتها، ضمان المُشْتَرِي، خراج

المشتري.

المبحث الرابع: الخراج بالضمان في شركة المضاربة. وهو يتناول تمهيداً، ومطلبين:

التمهيد: التعريف بالمضاربة.

المطلب الأول: ضمان المال والعمل:

المطلب الثاني: خراج المال والعمل.

المبحث الخامس: الخراج بالضمان في شركة المساقاة. وفيه:

التمهيد: التعريف بالمساقاة، وشرعيتها، ضمان الشجر والعمل عليه، خراج الشجر والعمل عليه.

المبحث السادس: الخراج بالضمان في شركة المزارعة. وفيه:

التمهيد: التعريف بالمزارعة، وشرعيتها، ضمان الأرض والعمل عليها، خراج الأرض والعمل عليها.

الخاتمة: وهي تشتمل على:

١ - الاستثناء من القاعدة.

٢ - خلاصة أهم نتائج البحث.

٣ - الفهارس.

رابعاً: منهج البحث في معالجة الموضوع:

المنهج الذي التزمت به، وسرت عليه في معالجة الموضوع هو على النحو التالي:

١ - التركيز على معرفة ما يتعلق بالموضوع من المسائل والأحكام، وعرضها بالقدر المستطاع.

٢ - تحرير محل النزاع في كل مسألة من مسائل الموضوع، إن كان فيها خلاف، وإلا فذكر الاتفاق مع دليبه.

٣ - محاولة استقراء أقوال وآراء ومذاهب الفقهاء من الصحابة، والتابعين، وتابعيهم، والمذاهب المندثرة، والموجودة المشهورة وهي: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية، مع الترتيب الزمني، وتصنيفها حسب اتفاقهم، واختلافهم إلى أقوال، أو آراء، أو مذاهب، أو اتجاهات.

- ٤ - تحقيق الروايات، والأقوال، والمذاهب، والوجوه أو الأوجه للفقهاء، مع الإشارة إلى الأصح والصحيح، والأظهر والظاهر، والأرجح والراجح، والضعيف نقلاً عن مجتهدى الترجيح من كتب المذاهب.
- ٥ - محاولة استخراج قول أو رأي لمذهب ما في مسألة ما إذا لم نجده فيها.
- ٦ - ذكر سبب الخلاف ومنشئه فيما اختلفوا فيه من المسائل.
- ٧ - عرض الأدلة، وتوجيه الاستدلال بكل دليل من الآيات، والأحاديث، والآثار.
- ٨ - مناقشة الأدلة مناقشة علمية، وذلك ببيان ما ورد عليها من اعتراضات، ومناقشات، وما دفعت به وما أجيب عنه.
- ٩ - الترجيح مع بيان أسبابه، وذلك بدعمه بأدلة أخرى إذا استطعت إلى ذلك سبيلاً، وتفنيده أدلة غير الراجح، مع عدم التعصّب لقول، أو رأي، أو مذهب؛ لأن القصد من ورائه الحق، والحق أحق أن يتبع دون انتقاص الجانب الآخر.
- ١٠ - الاعتماد في استقراء الأقوال، والآراء، والمذاهب على الكتب المعتمدة، والموثوق بها، وتحاشي أخذ رأي لأي مذهب من كتب غيره. وأما الكتب الحديثة في الفقه الإسلامي، وأصوله فقد استخدمتها استثناساً، أو تقوية، أو لبيان رأي صاحب الكتاب، أو لبيان فكرة جديدة في مسألة من المسائل.
- ١١ - سرد بعض النصوص الفقهية أحياناً توثيقاً وتحقيقاً لتقرير حكم من الأحكام.
- ١٢ - عزو كل قول أو تعليل إلى صاحبه.
- ١٣ - تحديد الآيات القرآنية الواردة في الرسالة، وذلك بالإشارة إلى سورها، وأرقامها.
- ١٤ - تخريج الأحاديث والآثار الواردة في الرسالة تخريجاً علمياً مفصلاً، وفق

الأصول المعتمدة، والمتبعة في كتب التخريج مع بيان درجتها في ضوء أقوال المحدثين، والفقهاء، إذا كانت في غير «صحيح البخاري ومسلم»، وأما إذا كانت فيهما فقد اكتفيت بعزوها إليهما.

- ١٥ - تعريف المصطلحات الحديثية، والفقهيّة، والأصولية الواردة في الرسالة.
- ١٦ - شرح معاني الألفاظ اللغوية الغريبة الواردة في الرسالة.
- ١٧ - ترجمة الأعلام الواردة في الرسالة مع إيجازها بمقدار ما يعطي القارئ صورة عن شخصية المترجم له، ومكانته.
- ١٨ - بيان أنساب وألقاب الأعلام التي اشتهروا بها.
- ١٩ - ضبط الألفاظ، والأسماء، والأنساب، والألقاب التي بها التباس.
- ٢٠ - عمل فهارس مختلفة في نهاية الرسالة.



التمهيد

في بيان حقيقة المعاملات المالية

نتناوله في مبحثين :

المبحث الأول: حقيقة المعاملات وتقسيمها.

المبحث الثاني: حقيقة المال وتقسيمه.

المبحث الأول

حقيقة المعاملات وتقسيمها

وهو يشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: حقيقة المعاملات لغةً وشرعاً.

المطلب الثاني: تقسيم المعاملات.

* * *

المطلب الأول

حقيقة المعاملات لغةً وشرعاً

حقيقتها اللغوية:

المعاملات جمع معاملة، وهي: مصدر من قولك: عاملته، وأنا أعامله معاملة.

وهي: مشتقة من (عمل) العين، والميم، واللام، أصل واحد صحيح، هو عام في كل فعل يفعل^(١).

حقيقتها الشرعية:

قد أطلقت كلمة: (المعاملة) عند الفقهاء على حقيقتين:

إحدهما: العقد على العمل ببعض الخارج من الأرض^(٢).

الثانية: الأحكام الشرعية المتعلقة بأمر الدنيا باعتبار بقاء الشخص

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (١٤٥/٤)، مادة: (عمل).

(٢) راجع: النهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون (١٤٠٦/٣).

كالبيع، والشراء، والإجارة، ونحوها^(١). لذلك يقول الفيومي^(٢) (ت ٧٧٠هـ):
«عاملته في كلام أهل الأمصار. يراد به: التصرف من البيع،
ونحوه»^(٣).

هذا، وقد ذكر بعض العلماء والباحثين المراد منها، وحاولوا التعريف
بها، حيث قالوا:

١ - يراد بالمعاملات: «جميع العقود التي بها يتبادل الناس منافعهم»^(٤).
٢ - هي: «تبادل الأموال، والمنافع بين الناس بواسطة العقود،
والتصرفات»^(٥).

٣ - المراد بها: «التصرفات التي يقصد منها إنشاء حقوق، أو إسقاطها
بين شخصين فأكثر، سواء كانت من تصرفات الإرادة المنفردة كالطلاق،
والوقف، أو كانت من العقود ذات الطرفين كالبيع والشركة»^(٦).

٤ - هي: «مجموعة الأحكام التي يقصد بها تنظيم علائق الناس الناشئة
عن المعاملات فيما بينهم»^(٧).

٥ - هي: «الأحكام الشرعية التي تنظم العلاقة بين الناس، وتحكم
تصرفاتهم في الاقتصاد، والاجتماع، والسياسة، والحكم»^(٨).

(١) راجع: التهانوي: المرجع السابق (٣٢/١، ٣/١٠٤٦)، وسعدي أبو جيب: القاموس
الفقهي (ص ٢٦٣).

(٢) هو: أبو العباس، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المقرئ، لغوي، فقيه، اشتهر
بكتابه «المصباح المنير في غريب الشرح الكبير»، توفي سنة ٧٧٠هـ. راجع: ابن
حجر: الدرر الكامنة (١/٣٣٤)، والسيوطي: بغية الوعاة (١/٣٨٩)، وحاجي خليفة:
كشف الظنون (٢/٧١٠).

(٣) راجع: المصباح المنير (ص ١٦٣)، مادة: (عمل).

(٤) راجع: الشيخ محمد الخضري: تاريخ التشريع الإسلامي (ص ٥٤).

(٥) راجع: الشيخ أحمد أبو الفتح: كتاب المعاملات (١/٢٥).

(٦) راجع: الشيخ الزرقا: المدخل الفقهي العام (٢/٥٩١، ٥٩٢، ٨٤٧).

(٧) راجع: د. يوسف قاسم: مبادئ الفقه الإسلامي (ص ٥٠).

(٨) راجع: د. علي أحمد القليبي: مدخل الفقه الإسلامي (ص ٧١).

٦ - هي: «تصرفٌ ماليٌ بعوضٍ أو غيره ممن له حق»^(١).

هذا التعريف لأستاذنا الدكتور رمضان حافظ عبد الرحمن، وقد شرحه بقوله:

(تصرفٌ) جنس في التعريف يشمل جميع التصرفات، سواء كانت مالية، أم بدنية. وإضافة التصرف للمال أخرج التصرفات التي ليست بمال كالتصرفات البدنية، مثل: خدمة المسجد، وجهاد في سبيل الله، سواء كانت تصرفاته بنفسه، أو بتصرفه في عبده. والتقييد بـ(عوض) أدخل جميع التصرفات التي تكون في نظير مقابل، مثل: البيع، والشراء، والإجارة، والكراء، وغيرها، مما كان في مقابل عوض. وقولنا: (أو بغير عوض) ليدخل التصرفات التي ليست في نظير عوض، سواء كانت واجبة كالندور بالمال، أو متطوعاً بها مثل: الصدقة، وهبة غير الثواب، والوقف، والعمرى^(٢)، والهدايا، والتبرعات المالية. والتقييد بـ(من له حق) أخرج الصبي الغير مميز، والمجنون، فلا حق لهما في التصرف.

المطلب الثاني

تقسيم المعاملات

تبيّن مما سبق أن المعاملات هي إما: نفس العقود التي يتبادل الناس أموالهم، ومنافعهم فيما بينهم، وإما: تبادل الأموال، والمنافع فيما بينهم بواسطة العقود، فتقسيم المعاملات يعني تقسيم العقود، وهذا هو ما يعيننا هنا.

تنقسم العقود باعتبار الغاية والغرض المقصود منها إلى عدة أقسام، منها:

(١) راجع: أستاذنا الدكتور رمضان حافظ: موقف الشريعة من المرأة في الولايات والمعاملات (ص ٥٠).

(٢) مأخوذة من العمر. راجع: النووي: تحرير التنبيه (ص ٢٦٣)، وهي: «هبة شيء مدة عمر الموهوب له، أو الواهب». راجع: ابن قدامة: المغني (٦/٣٣٤، ٣٣٥)، والسيد الشريف: التعريفات (ص ٢٠٢).

القسم الأول: عقود التمليكات، وهي: ما يكون الغرض منه تمليك شيء سواء أكان عيناً كالبيع مثلاً، أم منفعة كالإجارة، والإعارة أو غير ذلك. كما أن التمليك قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض، فيتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: عقود المعاوضات، وهي: التي يكون فيها تبادل العوض من الطرفين، فيندرج فيها جميع أنواع المبادلات كالبيع، والإجارة، وغيرهما.

النوع الثاني: عقود التبرعات، وهي: التي لا يكون فيها تبادل العوض من الطرفين، بل من أحدهما فقط كالهبة، والوقف، والوصية.

القسم الثاني: عقود المشاركة، وهي: ما يقصد منه الاشتراك في نماء المال وربحه كالمفاوضة، والعنان، والوجوه، والأعمال، والقراض، والمزارعة، والمساقاة.

القسم الثالث: عقود التوثيقات، وهي: ما يقصد منه ضمان الديون لأصحابها كالكفالة والحوالة، والرهن.

القسم الرابع: عقود الحفظ، وهي: التي المقصود منها حفظ المال فقط كعقد الإيداع مثلاً^(١).



(١) راجع: الحصكفي، وابن عابدين: الدر المختار ورد المحتار (٦٦٣/٥)، والقرافي: الفروق (٢/١١٠/٧٩٩)، وابن رجب: القواعد (ص٥٧، ١١٥، ١٦٣، ١٦٦، ٢٣٣ ق٤٣، ٦٢، ٨٢، ١٠٥)، والشيخ أحمد إبراهيم: المعاملات المالية الشرعية (ص٨١/الهامش) وعلي قرعة: أحكام العقود (ص٨)، والشيخ الزرقا: المدخل الفقهي العام (١/٥٨٣ ف٣٠٤)، والشيخ مصطفى شلبي: المدخل (ص٣٧٧ - ٣٨٠)، والشيخ عيسوي: الفقه الإسلامي (ص٥١١ - ٥١٤)، ود. علي داغي؛ مبدأ الرضا (١٥٠/١، ١٥١).

المبحث الثاني

حقيقة المال وتقسيمه

وهو يشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: حقيقة المال.

المطلب الثاني: تقسيم المال.

* * *

المطلب الأول

حقيقة المال

وفيه فرعان:

الفرع الأول: التعريف بالمال لغةً وشرعاً.

الفرع الثاني: هل المنافع من المال.

* * *

الفرع الأول

التعريف بالمال لغةً وشرعاً

المال لغةً:

المال معروف: ما ملكته من كل شيء، ويذكر ويؤنث: هو المال، وهي

المال.

يقال: مال الرجل يمول ويمال مولاً ومؤولاً: إذا صار ذا مال، وكثر

ماله، فهو مال وميل - على فعل وفيعل -، والقياس: مائل. وتمول الشيء:

إذا أخذه مالاً، وموله غيره.

فقول الفقهاء: ما يتمول: أي: ما يعد مالاً في العرف^(١).

يقول ابن الأثير^(٢) (ت ٦٠٦هـ): «المال في الأصل: ما يملك من الذهب، والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان»^(٣).

فالمال إذن هو: ما يتملكه الناس عرفاً من ذهب، وفضة، وثياب، وحيوان، ونبات، وأرض، وغير ذلك.

قبل أن تنتقل إلى تعريف المال شرعاً لا بد أن ننظر في القرآن العظيم، وفي السنة المطهرة - على ما يطلق عليه فيهما.

المال في القرآن الكريم، والسنة الشريفة:

ورد لفظ: (المال) في القرآن في أكثر من ثمانين آية، وكذلك في السنة في أكثر من أن يُحصى من الأحاديث، غير أن الشارع لم يحدّد له معنى خاصاً، بل تركه لفهم العرب، ولما يتعارفه الناس فيه. ولذلك يوجد في معاجم اللغة: المال معروف، أي: ما يتعارفه الناس^(٤).

(١) راجع: الزمخشري: أساس البلاغة (ص ٤٤٠)، مادة: (مول)، والمطرزي: المغرب (ص ٤٣٦)، مادة: (مول)، وابن منظور: لسان العرب (٦/٤٣٠٠، ٤٣٠١)، مادة: (مول)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٢٢٤)، مادة: (مول)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ١٣٦٨)، مادة: (مول).

(٢) هو: مجد الدين، أبو السعادات، المبارك بن محمد، المعروف بابن الأثير، مشارك في تفسير القرآن، والنحو، واللغة، والحديث، والفقهاء. ومن آثاره: «النهاية في غريب الحديث والأثر»، و«جامع الأصول في أحاديث الرسول» وغيره، توفي سنة ٦٠٦هـ. راجع: الحموي: معجم الأدباء (١٧/٧١ - ٧٧)، وابن كثير: البداية (١٣/٥٤)، وابن العماد: شذرات الذهب (٥/٢٢).

(٣) راجع: النهاية في غريب الحديث والأثر (٤/١٠٤)، مادة: (مول).

(٤) راجع: الشيخ شلبي: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (ص ١٦٤)، والشيخ أبو سنة: علم الاقتصاد ضرورة قائمة وحقيقة واقعة (ص ٣٩٢)، بحث منشور في المؤتمر التاسع لمجمع البحوث الإسلامية.

فيما يلي بعض الآيات، والأحاديث:

أ - من الآيات:

- ١ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨].
- ٢ - قوله سبحانه: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء: ٥].
- ٣ - قوله جلّ وعلا: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْزَةً عَن قَرَابَةٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

ب - من الأحاديث:

- ١ - قوله ﷺ - في حديث أبي هريرة^(١) ﷺ -: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه، وماله، وعرضه»^(٢).
- ٢ - قوله ﷺ - في حديث أبي حرة الرقاشي^(٣) عن عمه -: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»^(٤).
- ٣ - قوله ﷺ - في حديث عبد الله بن عمرو^(٥) -: «من قتل دون ماله

(١) هو: الدوسي، الصحابي الجليل، حافظ الصحابة، اختلف في اسمه، قيل: عبد الرحمن بن صخر، مات سنة ٧ أو ٨، ٥٩هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٦٨٠ - ٦٨١).

(٢) أخرجه مسلم في: صحيحه: البر والصلة: باب تحريم ظلم المسلم (٤/١٩٨٦ ح ٣٢ - ٢٥٦٤)، وأحمد في: مسنده (٢/٢٧٧، ٣٦٠)، والبيهقي في: السنن الكبرى (٦/٩٢) و(٨/٢٥٠).

(٣) هو: حنيفة أبو حرة الرقاشي - بفتح الراء والقاف - مشهور بكنيته، ثقة. ابن حجر: التقريب (ص ١٨٤).

(٤) أخرجه الدارقطني في: السنن: البيوع (٣/٢٦ ح ٩٢)، وأحمد في: مسنده (٥/٧٢)، وأبو يعلى في: مسنده (٣/١٤٠ ح ١٥٧٠)، والبيهقي في: السنن الكبرى (٦/١٠٠، ١٨٢/٨)، وصححه الشيخ الألباني في: إرواء الغليل (٥/٢٧٩).

(٥) هو: عبد الله بن عمرو بن العاص، أحد السابقين المكثرين من الصحابة، وأحد العبادة الفقهاء، توفي سنة ٦٥هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٣١٥)، والحجوي: الفكر السامي (١/٢٤٨).

فهو شهيد»^(١).

واضح وجلي من الآيات، والأحاديث السابقة أن لفظ المال ورد فيها مطلقاً، فيصدق على كل ما يقع عليه اسم مال، وما يتعارفه الناس.

المال شرعاً:

للفقهاء عدة تعريفات للمال:

- ١ - عرّفه بعض الحنفية بأنه: «موجود يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل، والمنع»^(٢)، أو «ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة»^(٣).
- ٢ - عرّفه بعض المالكية بأنه: «ما يقع عليه اسم المال، ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه»^(٤).
- ٣ - عرّفه بعض الشافعية بأنه: «ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه وإن قُلت، وما لا يطرحه الناس، مثل الفلس، وما أشبه ذلك»^(٥).
- ٤ - عرّفه بعض الحنابلة بأنه: «ما يُباح نفعه مطلقاً، أو اقتناؤه بلا حاجة»^(٦).

ما يرد على هذه التعريفات من ملاحظات:

يرد على تعريف الحنفية:

- ١ - أن طباع الناس تختلف في ميلها إلى الأشياء اختلافاً كبيراً، قد يؤدي

(١) أخرجه البخاري في: صحيحه: المظالم: من قاتل دون ماله (١٤٧/٥ ح ٢٤٨٠)، ومسلم: في صحيحه: الإيمان: الدليل على أن من قصر... وأن من قتل دون ماله فهو شهيد (١/٢٥ ح ٢٢٦ - ١٤١)، وأبو داود في: السنن: السنة: باب في قتال اللصوص (٤/٣٣٩ ح ٤٧٨٢).

(٢) راجع: ملا خسرو: درر الحكام (٢/١٦٨).

(٣) راجع: ابن عابدين: زد المحتار (٤/٥٠١).

(٤) راجع: الشاطبي: الموافقات (٢/١٧).

(٥) راجع: السيوطي: الأشباه والنظائر (ص ٣٥٤).

(٦) راجع: القارئ، مجلة الأحكام الشرعية (ص ١١٠ / ١٨٢م).

- هذا الاختلاف في الميل إلى التناقض، فلا تصلح - والحال هذه - أن تجعل مقياساً وأساساً ومناطقاً للتمييز بين المال وغيره.
- ٢ - أن بعض الأشياء لا يميل إليها الطبع، بل يعافها، كالأدوية المزة، والسموم التي تتخذ تريباقاً لبعض الأمراض الخطيرة، مع ذلك فهي من الأموال.
- ٣ - كما أن بعض الأشياء يميل إليها الطبع، ولكن لا يمكن ادّخارها لفترة مع بقاء منفعتها كما هي لسرعة سريان الفساد إليها كالخضروات، والشمار الطازجة مع أنها من الأموال دون خلاف.
- ٤ - المباحات التي يمكن إحرازها - مثل: الطير في الهواء، والسمك في الماء، والشجر في الغابات، والصيد في الفلوات - تعد أموالاً في ذاتها قبل إحرازها، ولا يمكن ادّخارها لوقت الحاجة لعدم القدرة عليها قبل الإحراز^(١).
- ٥ - خرج بلفظ: (موجود) في التعريف الأول، و«يمكن ادّخارها» في التعريف الثاني: المنافع، مع أن إطلاق أدلة الشرع يشهد أنها قسم من المال^(٢).

يرد على تعريف المالكية:

أنه تعريف للشيء بذاته. وعليه: فهو إدخال المحدود في الحد^(٣).

يرد على تعريف الشافعية:

أنه يمكن أن توجد المالية بدون تقوّم، فهو مال في عرف مستحليّه.

يرد على تعريف الحنابلة:

أن فيه تكراراً، كما أن قوله: «بلا حاجة» غير واضح الدلالة على

المقصود؛ إذ إن المراد به: بلا ضرورة. كما يشهد به قوله: «بلا حاجة».

(١) راجع: د. سليمان: ضمان المتلفات (ص ٩٦)، ود. أحمد يوسف: المال في الشريعة (ص ١٥).

(٢) راجع: الشيخ أحمد فهمي أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص ١٣٦).

(٣) راجع: د. أحمد يوسف: المرجع السابق.

بعد هذه الملاحظات تبين أن التعريفات لم تسلم من الاعتراضات. وهذا ما يدعو إلى البحث عن تعريف المال عند الباحثين المحدثين من الفقهاء.

فقد عرّفه بعضهم بأنه:

١ - «كل ما يمكن حيازته وإحرازه، والانتفاع به في العادة»^(١).

يرد عليه: أنه لا يشمل المنافع؛ إذ مقتضاه أن المال لا يكون إلا مادة حتى يتأتى إحرازه، وحيازته، وعليه: فمنافع الأعيان؛ كسكنى المنازل، وركوب السيارات، ولبس الثياب، وغير ذلك من المنافع لا تُعدّ مالا^(٢).

٢ - «ما يُباح الانتفاع به ولو مالا مما له قيمة بين الناس»^(٣).

بعد إمعان النظر في التعريفات كلها يبدو أن أدقها وأتمها لحقيقة المال هو هذا التعريف، وقد شرّحه صاحبه شرحاً وافياً ودقيقاً يدل على تعمّقه الفقهي، فيقول:

«وتعريف المال شامل لأربعة أصناف: العين، والمنفعة، والدين، والحقوق.

فالعين: ما تمكن حيازته؛ كالدار، والحيوان.

والمنفعة: ما يستفاد من عمل الإنسان، أو استخدام الحيوان، أو العقار، أو المنقول مما لا يُحاز؛ كسكنى الدار، وزراعة الأرض، وركوب السيارة، وخياطة الثوب.

والدين: وصف قائم بذمة الإنسان كبذل القرض، والثلث المؤجل، والأجرة المؤجلة.

والحقوق المالية: ما يثبت للإنسان مقررأ على عقار كحق المرور في

(١) راجع: الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات (ص ٢٥).

(٢) راجع: الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق (ص ٢٦).

(٣) راجع: الشيخ أحمد أبو سنة: علم الاقتصاد الإسلامي ضرورة قائمة وحقيقة واقعة (ص ٣٩٢).

الطريق، وحق الشرب من مرفق معين، أو غير مقرر كحق التحجير، وحق التأليف، والصناعة.

فخرج عن التعريف أشياء ليست بمال شرعاً:
الأول: ما لا ينتفع به كالأطعمة الفاسدة، والحشرات. وذكر الشافعية صفة التبغ المعروف بالدخان لضرره الشديد بالبدن، والمال.

والثاني: ما لا يباح الانتفاع به كالميتة، والكلب العقور^(١)، والخمر، والخنزير. أما ما يباح الانتفاع به - ولو نجساً - فهو مال على القول الراجح، ككلب الصيد، والماشية، والزبل الذي يسمد الزرع، والشجر.

وخرج كذلك ما لا قيمة له أي: ما ليس له معادل مالي عند الناس لوفرتة، أو لحقارته، أو لكرامته؛ كالماء، وكسرة الخبز، والإنسان الحر. والشيء إما أن يكون منتفعاً به في الحال، والمستقبل كالشوب، والكتاب. وإما أن يكون منتفعاً به في المستقبل لا في الحال كصغار الحيوان، والشجر، وكالطير في الهواء، والسماك في الماء. وليكون التعريف شاملاً للاثنين قلنا: «وما لآ»^(٢).

يتبين مما سبق أن كون الشيء مالا منوط بتعارف الناس الانتفاع به انتفاعاً معتداً به، فمقياس المالية للشيء هو: تعارف الناس أن هذا الشيء مرغوب فيه، ومنتفع به. فالعبرة إذن بالعرف بين الناس، وما جرت به عاداتهم.

وهذا أمر يتجدد على مر العصور، واختلاف الأمكنة. فلو كان بعض الأشياء مثلاً مما لم يتعارف الناس الانتفاع به في الأصل، أو لم يكن له فائدة في القديم، فكان محقراً بين الناس، ثم عرض له ما أوجب تعارفهم الانتفاع

(١) هو: كل سبع يعقر؛ أي: يجرح. يقال: عقر الناس عقراً، من باب ضرب، فهو عقور. راجع: الفيومي: المصباح المنير (ص ١٦٠)، مادة: (عقر).

(٢) راجع: الشيخ أحمد فهمي أبو سنة: علم الاقتصاد الإسلامي ضرورة قائمة وحقيقة واقعة (ص ٣٩٢ - ٣٩٣).

به، واعتبار الفائدة له، فأصبح منتفعاً به، وله فائدة عندهم. أو أثبتت التجارب، أو الكشف العلمي أن له منافع في الطعام، أو الطب، أو الصناعة، أو الزراعة، أو الحرب، فتموّل الناس، وقابلوه بالأثمان، فحينئذ يصبح مالاً من الأموال. وكذلك الشيء قد يكون تافهاً لا ينتفع به، ولا قيمة له في مكان، وقد يكون في مكان آخر مما ينتفع به، وله قيمته^(١).

ثم إن العرف العام، والخاص في تعريف المالية سواء، وقد عبّر عنه بعض الحنفية بقولهم: «إن صفة المالية للشيء تثبت بتموّل كل الناس، أو بعضهم إياه»^(٢). وهذا؛ «لأن العرف المثبت للمالية من العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام الكلية»^(٣).

بما تثبت مالية الأشياء:

لا يعتبر الشيء مالاً وفقاً لاصطلاح الحنفية، أو تعريفهم للمال إلا إذا توفر فيه عنصران:

الأول: العينية: بأن يكون الشيء مادياً له وجود خارجي، وذلك أنه لا يمكن إحرازه، وحيازته، ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان مادياً.

الثاني: التموّل: بأن يكون الشيء مما تموله الناس، سواء تموّله كلهم، أو تموّله بعضهم دون بعض، ولو كان غير مباح.

ولا يعتبر كذلك وفقاً لاصطلاح الجمهور أو لتعريفهم للمال إلا إذا توفر فيه عنصران:

(١) راجع: الشيخ أحمد أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص ١٣٦، ١٣٧)، والشيخ عبد السميع أحمد: نظرات في أصول البيوع الممنوعة في الشريعة الإسلامية وموقف القوانين منها (ص ٣٦).

(٢) راجع: ملاخسرو: درز الحكام (٢/١٦٨)، وابن نجيم: البحر الرائق (٥/٢٧٧)، وابن عابدين: رد المحتار (٤/٥٠١).

(٣) راجع: الشيخ أحمد أبو سنة: المرجع السابق.

الأول: أن يكون الشيء له قيمة بين الناس، سواء كان عيناً، أو منفعة، مادياً أو معنوياً.

الثاني: أن يكون قد أباح الشرع الانتفاع به في حال السعة والاختيار^(١).

الفرع الثاني

هل المنافع من المال

نبدأ بتعريف المنافع قبل الحديث عن المذاهب الفقهية في كون المنافع من المال أم لا؟

أ - المنافع في اللغة:

المنافع جمع المنفعة، وهي: اسم ما انتفع به. يقال: نفعه ينفعه نفعاً ومنفعة.

والنفع: ضد الضرر، وهو: الخير^(٢).

ب - المنافع في الاصطلاح الفقهي:

تعرض بعض الفقهاء للتعريف بها، وهي:

- ١ - «الزوائد التي تحدث في العين شيئاً فشيئاً»^(٣). هذا عند الحنفية.
- ٢ - «ما لا يمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة، يمكن استيفاءه، غير جزء مما أضيف إليه»^(٤). هذا عند المالكية.
- ٣ - «الفائدة المستفادة من الأعيان عينية كانت أم عرضية»^(٥). هذا عند الشافعية.

(١) راجع: د. أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد (ص ٦ - ٩).
 (٢) راجع: ابن منظور: لسان العرب (٦/٤٥٠٧)، مادة: (نفع)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٢٣٦)، مادة: (نفع).
 (٣) راجع: السرخسي: المبسوط (١١/٧٨).
 (٤) راجع: محمد علي: تهذيب الفروق (٤/٨).
 (٥) راجع: الهيثمي: تحفة المحتاج (٧/٦١).

يلاحظ:

- ١ - أن التعريف الأول وهو: للحنفية، والتعريف الثاني وهو: للمالكية لم يشمل إلا المنافع العرضية دون العينية.
 - ٢ - أن التعريف الثالث وهو: للشافعية شمل المنافع العينية والعرضية، فإذا كان هذا الأخير قد شمل نوعي المنافع، فهو إذن يعتبر أشمل.
- هذا، وأوجزت معنى المنفعة لغةً وشرعاً هنا، وسنبيته بمزيد من التفصيل فيما بعد.

مذاهب الفقهاء في اعتبار المنافع من المال:

هل المنافع في حد ذاتها من المال؟ اختلف الفقهاء فيها على مذهبين:
المذهب الأول: أنها ليست بمال: ذهب إليه الحنفية^(١).

المذهب الثاني: أنها مال: ذهب إليه الجمهور: المالكية^(٢)،
والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥)، والزيدية^(٦)، والإمامية^(٧)،
والإباضية^(٨).

سبب الخلاف:

اختلافهم فيما ثبت به صفة المالية للشيء. وقد سبق بيان ذلك.

- (١) راجع: السرخسي: المبسوط (٧٩/١١)، والزيلعي: تبين الحقائق (٢٣٤/٥).
- (٢) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٣١٦/٢)، ومحمد علي: تهذيب الفروق (٨/٤).
- (٣) راجع: الشيرازي: المهذب (٢٢٧/١٤)، والقفال: حلية العلماء (٢١٠/٥)،
والزنجاني: تخريج الفروع على الأصول (ص ٢٢٥، ٢٢٦)، والشربيني: مغني
المحتاج (٢٨٦/٢).
- (٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٩٧/٥، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤١٣، ٤١٥)، والبهوتي: كشف
القناع (١٥٢/٣).
- (٥) راجع: ابن حزم: المحلى (٤٣٦/٦ / ١٢٦٠م).
- (٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (١٧٧/٥).
- (٧) راجع: محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (١٩/٥).
- (٨) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٤٤٣/١٣).

الأدلة

أورد أصحاب كل من المذهبين أدلة نورد منها أهمها بإيجاز فيما يلي:

أولاً: أدلة المذهب الأول:

استدل أصحابه وهم الحنفية على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

- ١ - «أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتموّل، والتموّل صيانة الشيء وأدخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض، كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التموّل»^(١).
- ٢ - «أن التقوم لا يسبق الوجود؛ فإن المعدوم لا يوصف بأنه متقوم؛ إذ المعدوم ليس بشيء، وبعد الوجود التقوم لا يسبق الإحراز، والإحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين، فكيف يكون متقوماً»^(٢).
- ٣ - «أن المال عبارة عن إحراز الشيء وأدخاره لوقت الحاجة في نوائب الدهر، وذلك لا يتحقق في المنافع، والدليل عليه: أنه يقال: فلان متمول: إذا كان له مال موجود محرز مدخر، ولا يقال: فلان متمول بالمأكول، والمشروب، وبكل ما يستعمله»^(٣).

ثانياً: أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحابه وهم الجمهور على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

- ١ - «أن المال اسم لما تميل إليه النفس، مخلوق لمصالحنا، والمنافع بهذه الصفة»^(٤).
- ٢ - «أن الأعيان إنما تصير مالاً باعتبار الانتفاع بها، وما لا ينتفع به، فليس

(١) راجع: السرخسي: المسبوط (٧٩/١١).

(٢) راجع: السرخسي: نفس المرجع السابق.

(٣) راجع: الزيلعي: تبين الحقائق (٢٣٤/٥).

(٤) راجع: الزيلعي: المرجع السابق.

بمال. فإذا لم تصر الأعيان مالا إلا باعتبارها، فكيف تنعدم المالية فيها، وهي متقومة بنفسها؛ لأن التقوم عبارة عن العزة، وهي عزيزة بنفسها عند الناس، ولهذا يبذلون الأعيان لأجلها، بل تقوم الأعيان باعتبارها، فيستحيل أن لا تكون هي متقومة^(١).

٣ - أن العقد يرد على المنافع، وتصير مضمونة به، وهذا آية كونها مالا؛ إذ لو لم تكن مالا في ذاتها لما صارت مالا بالعقد؛ لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء، بل تقرر خصائصها^(٢).

٤ - أن الشارع أجاز أن تكون المنافع صداقا، والصداق لا يكون إلا مالا؛ إذ لم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال بالنص كما في قوله سبحانه: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤] فالمنافع إذن من الأموال^(٣).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة أصحاب المذهب الأول: وهم الحنفية:

خلاصة أدلتهم: أن مالية الشيء لا تثبت إلا بتموله، وتقومه، وكل منهما لا يكون كذلك إلا بإحرازه، وادخاره لوقت الحاجة. والمنافع ليست كذلك فلا تكون من المال.

نوقش ذلك: بأنه ليس بلازم في المال، أو في مالية الشيء أن يحرز ويحاز بنفسه، بل يكفي أن يحاز بحيازة أصله ومصدره، ولا شك أن المنافع تحاز بحيازة محالها، ومصادرها؛ فإن من يحوز سيارة يمنع غيره أن ينتفع بها إلا بإذنه، وهكذا^(٤).

(١) راجع: الزيلعي: تبين الحقائق (٢٣٤/٥).

(٢) راجع: البخاري: كشف الأسرار (١٧٢/١)، والزيلعي: المرجع السابق.

(٣) راجع: البخاري: المرجع السابق؛ والزيلعي: نفس المرجع السابق.

(٤) راجع: الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية (ص ٢٧).

ثانياً: مناقشة أدلة أصحاب المذهب الثاني: وهم الجمهور:

نوقش الدليل الأول وهو: المال مخلوق لمصالحنا، والمنافع بهذه الصفة: بأن المال مخلوق لمصالحنا، هو كذلك، ولكن باعتبار صفة الإحراز سمي مالاً. والمنافع لا يتصور فيها ذلك لاستحالة بقائها^(١).

أجيب عنه: بما نوقش به أدلة أصحاب المذهب الأول.

وأما الدليل الثاني وهو: أن الأعيان إنما تصير مالاً باعتبار الانتفاع بها: فلم نجد من تعرض له بالنقاش.

نوقش الدليل الثالث وهو: المنافع بالعقد تصير مضمونة، وهذا دليل على كونها مالاً: بأنه «بالعقد يثبت للمنفعة حكم الإحراز، والتقوّم شرعاً، بخلاف القياس، وذلك باعتبار إقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة لأجل الضرورة والحاجة»^(٢).

ونوقش الدليل الرابع وهو: جواز كون المنافع مهراً وصداقاً، وهو لا يكون إلا بالمال بالنص: بأن جواز كون المنافع مهراً باتفاق الطرفين؛ لأنها تصير مالاً بالتراضي^(٣).

أجيب عنه: بأن العقد اشتمل على الرضا. والعقد لا يجعل ما ليس بمال مالاً ولا ما ليس بمتقوّم متقوّم^(٤). فكذاك الرضا والتراضي.

الراجع:

يترجّح مالية المنافع واعتبارها أموالاً لعدة أسباب:
أحدها: لقوة ما استدلّوا به من الأدلة.

الثاني: أنه يتفق مع عرف الناس وتعاملهم، وذلك؛ لأن كلمة المال لم يرد عن الشرع تحديده لمفهومها وتعيين لمعناها. وإذا كان كذلك فيترك

(١) راجع: السرخسي: المبسوط (٧٩/١١)، والزيلي: تبين الحقائق (٢٣٤/٥).

(٢) راجع: السرخسي: المرجع السابق.

(٣) راجع: الزيلي: المرجع السابق (٢٣٤/٥).

(٤) راجع: البخاري: كشف الأسرار (١٧٢/١).

تحديده وتعيينه للعرف، أو اللغة، وقد تعارف الناس على اعتبار المنافع مالا.

الثالث: أن المقصود من الأعيان: منافعها؛ لأنها لا تُراد لذواتها، بل لمنافعها. ولولاها ما تنافس الناس، وبذلوا أموالهم؛ فإن الأشياء تقاس بين الناس بمنافعها. فما لا منفعة له: لا رغبة فيه، ولا طلب له.

الرابع: أن مقياس اعتبار الشيء موجوداً، أو معدوماً هو: طبيعته الخاصة به. كما أن الأشياء تخضع أساساً في مقياس تكوينها إلى وجود زمني لها، غير أنها إذا كانت ذاتاً تقبل الوجود الحسي المستمر، وأما إذا كانت منفعة، فلا تخلو: إما أن تكون عينية - عند القائلين بها - فإنها تقبل الوجود الحسي المستمر كالذات، وإما أن تكون عرضية - وهي غير مستقلة، أو قائمة بذاتها، بل متعلقة بالذات المستفاد منها - فإنها تقبل الوجود الحسي غير المستمر؛ لأن كونها أعراضاً يلزم بوجود لها في الخارج بوجود محلها، وهو الزمن.

فالحيازة والإحراز - وبالتالي التمويل - باعتبارها أساس المال: متحقق في المنافع بتمام انقضاء زمنها؛ لأن الحيازة، والإحراز لكل شيء بحسب طبيعته^(١).

الخامس: أن الشرع لما أجاز إجارة الشيء بمقابل الأجرة في عقد الإجارة، فقد حكم بكون المنفعة موجودة مقابلة بالأجرة، وعليه فقد أثبت للإجارة أحكام المعاوضات المحضنة، وللمنفعة حكم المال^(٢).

السادس: أن الأشياء لا تسمى أموالاً إلا لاشتمالها على المنافع، ولذلك لا يصح بيعها بدونها^(٣).

(١) راجع: د. عبد المنعم محمد: التعدي على المنافع في الشريعة والقانون (ص ٤٦).

(٢) راجع: الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول (ص ٢٢٦).

(٣) راجع: الزنجاني: المرجع السابق (ص ٢٢٥).

المطلب الثاني

تقسيم المال

المال صنوف مختلفة، ولكل منها مقوماته الخاصة التي تستتبع أحكاماً خاصة، ولذلك عنى الفقهاء بها، فقسّموه عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة. نذكر منها أهمها فيما يلي:

التقسيم الأول: باعتبار إباحة الانتفاع به، وإحرازه وعدم ذلك:

قسم الحنفية المال بهذا الاعتبار إلى:

١ - مال متقوم.

٢ - مال غير متقوم.

هذا التقسيم اشتهر عند الحنفية^(١).

والتقوم عندهم ضربان:

أحدهما: عرفي، وهو: بالإحراز، فغير المحرز؛ كالصيد، والحشيش

ليس بمتقوم.

الثاني: شرعي، وهو: بإباحة الانتفاع به شرعاً^(٢).

وتقوم الشيء يثبت: بماليته، وإباحة الانتفاع به شرعاً^(٣).

فالمتقوم هو: المال المحرز المباح الانتفاع به شرعاً^(٤).

وغير المتقوم هو: المال غير المحرز، وغير مباح الانتفاع به شرعاً^(٥).

(١) راجع: الحصكفي: الدر المختار (٥٤/٥، ٥٥)، وابن عابدين: رد المحتار (٤/

٥٠١، ٥٠/٥، ٥٥)، ومجلة الأحكام العدلية (م١٢٧).

(٢) راجع: ابن عابدين: المرجع السابق (٥٥/٥).

(٣) راجع: ابن نجيم: البحر الرائق (٥/٢٧٧)، وابن عابدين: نفس المرجع السابق (٤/

٥٠١).

(٤) راجع: ابن عابدين: نفس المرجع السابق (٥/٥٠) وعرف المتقوم في مكان آخر

بأنه: «ما يمكن ادخاره مع الإباحة». راجع: (٤/٥٠١).

(٥) راجع: ابن عابدين: المرجع السابق.

وعرف بعض المحدثين من الفقهاء المتقوم بأنه: «ما حيز وجاز الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار»^(١) وغير المتقوم بأنه: «ما لم يتوفر فيه أحد الأمرين: الحيازة أو جواز الانتفاع حال السعة والاختيار»^(٢).

ويظهر من تقسيم الحنفية المال إلى متقوم وغير متقوم أنهم لم يجعلوا إباحة الانتفاع عنصراً من عناصر المالية، بل اعتبروها عنصراً من عناصر التقوم.

وأما جمهور الفقهاء فقد اعتبروا إباحة الانتفاع عنصراً من عناصر المالية، فالشيء إذا لم يكن مباح الانتفاع به شرعاً، فإنه لا يعد مالاً، ولذلك لم يظهر عندهم تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم بالمعنى الذي قصده الحنفية.

بيد أنهم إذا أطلقوا المتقوم: أرادوا به: ما له قيمة بين الناس. وغير المتقوم: ما ليس له قيمة^(٣). وذلك «أن المعتبر في التقويم إنما هو مراعاة المنفعة التي أذن الشارع بها، وما لا يؤذن فيه فلا تعتبر قيمته؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً»^(٤).

فائدة هذا التقسيم تظهر فيما يلي:

١ - الضمان عند الإتلاف:

فإذا كان المال متقوماً، واعتدى عليه شخص، فأتلفه؛ لزمه الضمان لمالكة بالمثل، إن كان مثلياً، وإلا فبالقيمة، إن لم يكن مثلياً. أما إذا كان المال غير متقوم، فهو مهدر، لا يلزمه الضمان؛ لأنه لا حرمة له، ولا عصمة، ولا حماية. هذا إذا كان لمسلم واعتدى عليه مسلم.

(١) راجع: الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية (ص ٣٠ - ٣١).

(٢) راجع: الشيخ علي الخفيف: المرجع السابق.

(٣) راجع: د. أحمد فراج: الملكية ونظرية العقد (ص ١٣ - ١٤).

(٤) راجع: شرح حدود ابن عرفة (ص ٥٠٥)، نقلاً عن المرجع السابق. ويراجع:

المقري: القواعد (١/٣٣٠ ق ١٠٩).

وأما إذا كان لغير مسلم، واعتدى عليه مسلم، فأتلفه؛ فإنه يضمن له قيمته^(١).

٢ - صحة التصرف، وعدم صحته:

فإذا كان المال متقوماً، وتصرف فيه بالبيع، والهبة، والوصية، والرهن وغير ذلك من سائر التصرفات الشرعية: صح ذلك كله.

وأما إذا كان غير متقوم، وتصرف فيه: فلم يصح ذلك التصرف^(٢).

التقسيم الثاني: باعتبار ثباته واستقراره وعدم ذلك:

قسّم الفقهاء المال بهذا الاعتبار إلى:

١ - منقول.

٢ - غير منقول. ويسمى عقاراً^(٣).

اختلف الحنفية والجمهور في المراد من المنقول، وغير المنقول هو العقار. وهذا الاختلاف له انعكاس وتأثير على تعريف كل منهما.

فذهب الحنفية إلى أن المراد بالعقار هو: ما له أصل وقرار كالضيعة^(٤)، والدار، أو كالأرض المبنية، وغير المبنية أي: المجردة^(٥).

(١) راجع: السرخسي: المبسوط (١١/١٠٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٧/١٤٧، ١٤٩)، والحصكفي: الدر المختار (٤/١٧٠، ٦/٢٠٩، ٢١٠)، وابن عابدين: رد المختار (٦/٢٠٩، ٢١٠).

(٢) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٢/٣٤)، والحصكفي: المرجع السابق (٥/٥٤، ٥٥)، وابن عابدين: المرجع السابق (٤/٥٠١، ٥/٥٠، ٥٥).

(٣) هو: بفتح العين، كل ملك ثابت له أصل كالدار، والنخل، أو هو: المنزل، والأرض، والضياع، مأخوذ من: عقر الدار - بضم العين، وفتحها - وهو أصلها. راجع: النووي: تحرير التبيين (ص ٢٢٠)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٦٠).

(٤) هي: العقار، والجمع: ضياع، مثل: كلبة. وكلاب. الفيومي: المرجع السابق (ص ١٣٩)، مادة: (ضبع).

(٥) راجع: داماد أفندي: مجمع الأنهر (٢/٤٥٨، ٤٨٠)، والحصكفي: الدر المنتقى (٢/٤٧١).

وذهب غيرهم: وهم الجمهور إلى أن المراد بالعقار هو: الأرض وما اتصل بها من بناء، وشجر^(١).

تبيّن - بناءً على ذلك - أن البناء، والشجر لا يعتبران من العقار عند الحنفية، إلا إذا كانا تابعين للأرض، فيسري عليهما حكم العقار بالتبعية في التصرف عليه، ومن العقار عند غيرهم من الفقهاء.

كما أن المنقول هو: ما عدا العقار^(٢) حسب التفسير لكل من الاتجاهين.

فيجب إذن تحديد نقطة خلاف من نقطة وفاق.

تحديد نقطة خلاف:

لا خلاف بينهم في أن الأرض هي: عقار، وكذلك لا خلاف بينهم في أن ما عدا البناء، والشجر هو: منقول.

فالاختلاف بينهم إذن هو في: البناء، والشجر، هل هما من العقار، أو من المنقول.

فذهب الحنفية إلى أنهما من المنقول. وذهب الجمهور إلى أنهما من العقار. وقد انعكس هذا الخلاف في كونهما من العقار، أو المنقول - على تعريف كل منهما -.

فالعقار وفقاً لما ذهب إليه الحنفية هو: ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر أصلاً. أو: كل ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله^(٣).

والمنقول هو: ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر^(٤). سواء بقي

(١) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢٥٤، ٣١١)، وشرح الخرشي (٦/١٦٤)، والدردير: الشرح الكبير (٣/٤٧٦)، والشرح الصغير (٥/١٢١)، والشربيني: مغني المحتاج (٢/٧١)، والبهوتي: كشف القناع (٣/٢٤٧).

(٢) راجع: الحصكفي: الدر المنتقى (٢/٤٧١)، وابن رشد: المرجع السابق، وأبا الحسن: كفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه (٢/٢٢٩)، والشربيني: المرجع السابق (٢/٢٩٦)، وحاشية قليوبي (٢/٢١٥)، والبهوتي: المرجع السابق (٣/٢٧٤، ٤/٧٧).

(٣)(٤) راجع: مجلة الأحكام العدلية (٨م، ١٢٩، ١٢٩)، ومرشد الحيران (٢م، ٣).

على هيئته، وصورته الأولى؛ كالحيوانات، والمعادن من الذهب، والفضة، والحديد، وغير ذلك، أم لم يبق على ذلك، بل تغيرت هيئته، وصورته الأولى بسبب النقل والتحويل؛ كالبناء، والشجر. هذا عند الحنفية: لما بينه

وعند غيرهم من الجمهور:

فالعقار هو: الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر.

المنقول هو: ما عدا ذلك، ويمكن تعريف كل منهما بالآتي:

العقار هو: ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته، وشكله^(١).

والمنقول هو: ما يمكن نقله وتحويله مع بقاء هيئته وشكله^(٢).

فائدة هذا التقسيم: تظهر في:

كيفية القبض، وانتقال الضمان. كما سيأتي بعضها في الباب الأول،

والثاني.

التقسيم الثالث: باعتبار تماثل أجزائه وأحاده وعدم تماثلها:

ينقسم المال بهذا الاعتبار إلى:

١ - مثلي.

٢ - قيمي.

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف المثلي والقيمي، ولكنها تتقارب في

المعنى والمفهوم، وفيما يلي تعريف كل منهما عند المذاهب الفقهية:

أولاً: المثلي: وهو:

١ - عند الحنفية: «ما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً تختلف به القيمة»^(٣) أو

«ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به»^(٤).

(١) (٢) راجع: الشيخ محمد سلام مذكور: الفقه الإسلامي (ص ١٦١). (٣) راجع: ابن عابدين: رد المحتار (١٦١/٥). (٤) راجع: مجلة الأحكام العدلية (م ١٤٥). (٥) راجع: مجلة الأحكام العدلية (م ١٤٥).

(١) (٢) راجع: الشيخ محمد سلام مذكور: الفقه الإسلامي (ص ١٦١). (٣) راجع: ابن عابدين: رد المحتار (١٦١/٥). (٤) راجع: مجلة الأحكام العدلية (م ١٤٥).

(١) (٢) راجع: الشيخ محمد سلام مذكور: الفقه الإسلامي (ص ١٦١). (٣) راجع: ابن عابدين: رد المحتار (١٦١/٥). (٤) راجع: مجلة الأحكام العدلية (م ١٤٥).

(١) (٢) راجع: الشيخ محمد سلام مذكور: الفقه الإسلامي (ص ١٦١). (٣) راجع: ابن عابدين: رد المحتار (١٦١/٥). (٤) راجع: مجلة الأحكام العدلية (م ١٤٥).

- ٢ - عند المالكية: «ما حصره كيل، أو وزن، أو عدد ولم يتفاوت أفراده مع وجوده في الأسواق»^(١).
- ٣ - عند الشافعية: «ما حصره كيل، أو وزن، ويجوز السلم فيه»^(٢).
- ٤ - عند الحنابلة: «ما يوجد له مثل في السوق دون تفاوت يعتد به»^(٣).
- ٥ - عند الزيدية: «ما تقاربت أجزاءه منفعة، وقيمة، وصورة»^(٤).
- ٦ - عند الإمامية: «المساوي الأجزاء، والمنفعة، المتقارب الصفات»^(٥).
- ومما يلاحظ من التعريفات السابقة أن أساس اعتبار المال مثلياً عنصراً:

أحدهما: التماثل بين أجزائه، وعدم التفاوت المعتد به بينهما إذا كان مكيلاً، أو موزوناً، أو مذروعاً، والتماثل بين آحاده وعدم التفاوت المعتد به بينها إذا كان معدوداً.

الثاني: وجود المثل له في الأسواق.

فإذا اختل أي منهما أصبح قيماً.

حصر الأموال المثلية:

المثلي من الأموال التي أساس تفاوت القيم بين أفراد الصنف الواحد منها، أو أجزاء الفرد الواحد إنما هو في: الكميات، والمقادير. فكلها إذن مما يخضع للمقياس في كميته لتقدير قيمته.

والكمية في كل شيء إما أن تُقاس وتُقدر بالثقل وزناً، وإما بالحجم كيلاً، وإما بالآحاد عدداً، وإما بطول المساحة ذرعاً، أو متراً، أو سواهما من المقاييس الطولية.

(١) راجع: شرح الزرقاني على مختصر خليل (١٤٣/٦).

(٢) راجع: النووي: روضة الطالبين (١٩/٥)، والمنهاج (٢٨١/٢) مع مغني المحتاج.

(٣) راجع: القارئ: مجلة الأحكام الشرعية (ص ١١٢ / ١٩٣م).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (١٧٥/٥).

(٥) راجع: الشهيد الثاني: الروضة البهية (٣٦/٧).

فتنحصر الأموال المثلية في أربعة أنواع: الموزونات، والمكيلات والمذروعات، والمعدودات المتقاربة. أما المكيلات، والموزونات من نوع واحد فهي مثلية على إطلاقها. وأما المذروعات فإنها لا تكون مثلية إلا إذا كانت أجزاؤها متساوية دون فرق يعتد به.

وأما المعدودات إذا لم تكن بين آحادها تفاوت يعتد به فإنها مثلية، وأما إذا كان بينها تفاوت في الحجم معتد به في القيمة، فإن كان العرف على بيعها بالعدد فإنها قيمية، وإن كان بالوزن فإنها تكون مثلية؛ لأن آحادها في هذه الحالة هي الوحدات القياسية الاعتبارية، وهي غير متفاوتة في الوزن^(١). هذا، ومن الجدير بالإشارة إلى أن لأعراف الناس وعاداتهم اعتباراً، ودوراً كبيراً في عدّ الأشياء من المكيلات، أو الموزونات، أو غيرهما من المقاييس. فالبر، والشعير مثلاً من المكيلات في عهد النبي ﷺ، ولكنهما اليوم من الموزونات في بعض البلدان. كما أن اللبن مثلاً يُباع في بعض البلاد بالوزن، فهو فيها من الموزونات، وفي بلاد أخرى يُباع بالكيل، فهو فيها من المكيلات. وهكذا قد يكون الشيء مكياً في وقت، أو بلد، وقد يكون موزوناً في وقت، أو بلد آخر. وأحياناً يوجد الاختلاف في البلد الواحد في السلعة الواحدة بحسب المناطق، والأقاليم، أو بحسب الوضع.

وكان هذا ملاحظاً عند الفقهاء؛ إذ يقول ابن حزم^(٢) (ت ٤٥٦هـ): «وكل ذي عقل يعرف: أن حكم المبيعات يختلف في البلاد أشد اختلاف، فما يوزن في بلدة، يُكال في أخرى، كالعسل، والزيت، والدقيق،

(١) راجع: الشيخ الزرقا: المدخل الفقهي العام (٣/١٣٤ - ١٣٥ / ف ٨٥، ٨٦).
 (٢) هو: أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الظاهري، أحد أئمة الإسلام بالأندلس، كان حافظاً، فقيهاً، مستنبطاً للأحكام من الكتاب، والسنة. ومن آثاره القيمة: إحكام الأحكام في الأصول، والمحلّى في الفروع، توفي سنة ٤٥٦هـ. راجع: الحموي: معجم الأدباء (١٢/٢٣٥ - ٢٥٧)، وابن كثير: البداية (١٢/٩١ - ٩٢)، وابن تغري بردي: النجوم الزاهرة (٥/٧٥).

والسمن، يباع الزيت والعسل ببغداد والكوفة وزناً، ولا يُباع شيء منها بالأندلس إلا كيلاً ويُباع السمن والدقيق في بعض البلاد كيلاً، ولا يُباعان عندنا إلا وزناً. واللبن يُباع (برية) كيلاً، ولا يُباع بأشبيلية وقرطبة إلا وزناً، وكذلك سائر الأشياء»^(١).

ثانياً: القيمي:

تبين من تعريف المثلي أن القيمي هو: عكسه، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: «ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة»^(٢).

وكذلك مجلة الأحكام الشرعية بأنه: «ما لا يوجد له مثل، أو يوجد مثله مع تفاوت معتد به»^(٣) هذا التعريف - كما يبدو - مأخوذ من تعريف المجلة العدلية.

وتعرض أيضاً المحدثون، والباحثون لتعريف القيمي، ولكن تعريفهم له لم يخرج عن تعريف المجلة.

تحول المثلي إلى قيمي، وبالعكس:

قد يطرأ على المثلي ما يخرج من كونه كذلك إلى قيمي، وكذلك قد يطرأ على القيمي ما يخرج من كونه كذلك إلى مثلي، فينقلب المثلي إلى قيمي، والقيمي إلى مثلي.

فائدة هذا التقسيم: أي تقسيم المال إلى مثلي وقيمي:

١ - ثبوت المثلي ديناً في الذمة^(٤): إذا ما عين المثلي بأوصافه؛ فإنه يثبت ديناً في الذمة، بخلاف القيمي؛ فإنه لا يثبت في الغالب ديناً في الذمة، ولكن يتعين بالإشارة إليه، أو ما يقوم مقامها. يقول محمد علي صاحب «تهذيب الفروق»: «الذي لا يثبت في الذم هو: المعينات المشخصات في

(١) راجع: المحلى (٧/٤٢٣/١٤٨٠م). (٢) راجع: (١٤٦م).

(٣) راجع: (١٩٤م).

(٤) راجع: ابن عابدين: رد المحتار (٥/١٦١).

الخارج، المرئية بالحس، والذي يثبت فيها هو: ما عداها^(١). وذلك إذا عيّن بوصفه. فإذا استقرض مدين من دائته مبلغاً من المال، فمحل هذا الدين هو: ذمة المدين، بحيث يستطيع الوفاء من أي مبلغ أراد، خلافاً للقيمي، حيث لا يثبت إلا بذاته؛ لأنه لا مثيل له حتى يقوم له بوفاء مثله.

٢- الضمان بالمثل في المثلي، وبالقيمة في القيمي: فإذا تعدّى شخص على مال لغيره، فأتلفه، فإن كان مثلياً، ضمن مثله، وإن كان قيمياً، ضمن قيمته^(٢).

التقسيم الرابع: باعتبار تعيّن وعدمه أو ثبوته في الذمة وعدمه:
فهو بهذا الاعتبار منقسم عند الفقهاء إلى:

١ - عين.

٢ - دين^(٣).

فالعين هي: «المال المعين المشخص الثابت في نفسه كالأموال القيمة، والأموال المثلية المعينة بالحضور، أو بالإشارة إليها، كأن تشتري القمح الموجود أمامك، أو الذي في بيت البائع»^(٤).

وعرّفتها مجلة الأحكام العدلية بأنها: «الشيء المعين المشخص»^(٥) وتبعتها مجلة الأحكام الشرعية^(٦).

والدّين هو: «المال الثابت في الذمة، أي: الذي شغلت به الذمة، سواء

(١) راجع: (١٥١/٢).

(٢) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٧/١٥٠ - ١٥١)، وابن جزي: القوانين الفقهية (ص ٢٨٢)، والنووي: المنهاج، والشربيني: مغني المحتاج (٢/٢٨٢ - ٢٨٤)، والقارئ: مجلة الأحكام الشرعية (ص ٤٣٣/م ١٣٨٨).

(٣) راجع: النووي: المجموع (٩/٢٦٥) وما بعدها، وابن رجب: القواعد (ص ٥٣/ق ٤٢).

(٤) راجع: الشيخ أحمد فهمي أبو سنة: علم الاقتصاد الإسلامي (ص ٣٩٦).

(٥) راجع: (م ١٥٩). (٦) راجع: (م ١٨٩).

أكان حالاً أم مؤجلاً كالثمن، وبدل القرض، والمسلم فيه^(١).
وعرّفته المجلة بأنه: «ما يثبت في الذمة»^(٢) وتبعثها مجلة الأحكام
الشرعية^(٣).

يستفاد من هذا التقسيم ما يأتي:

- ١ - الدّين أمر اعتباري محله: الذمة، ليس لها وجود خارجي. وأما العين فهي مال ذات وجود خارجي.
- ٢ - الدّين لا يكون محله إلا مالاً مثلياً، وأما العين فمنها: المثلي، ومنها: القيمي، والقيمي يتعلق الحق بعينه.
- ٣ - الدّين لا يكون محلاً صالحاً لحق التمليك، والمعاوضة^(٤).



(١) راجع: الشيخ أبو سنة: علم الاقتصاد الإسلامي (ص ٣٩٦).

(٢) راجع: (١٥٨م). (٣) راجع: (م ١٩٠).

(٤) راجع: الشيخ الزرقا: المدخل الفقهي العام (٣/ ١٧٢ - ١٧٤).

الباب الأول

قاعدة: الخراج بالضمان

وهو يشتمل على فصلين:

الفصل الأول: القاعدة الفقهية.

الفصل الثاني: الخراج بالضمان.

القاعدة الفقهية

المبحث الأول

القاعدة الفقهية

- نفسه في ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول: حقيقة القاعدة الفقهية، والألفاظ ذات الصلة بالقاعدة، والفرق بينها، وتقسيم القواعد وأقسامها.
- المبحث الثاني: الأدلة على تعديد القواعد ومصادرها، وأهميتها، وخصائصها، وفوائدها، ووظيفتها التشريعية.
- المبحث الثالث: بداية نشأة القواعد وتكوينها، ووضعها وتداولها، والمؤلفات الشهيرة والمتداولة فيها، ومناهج مؤلفيها في ترتيبها، وفي مضمونها.

المبحث الأول

حقيقة القاعدة الفقهية، والألفاظ ذات الصلة بالقاعدة، والفرق بينها، وتقسيم القواعد، وأقسامها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية.

المطلب الثاني: التعريف بالألفاظ ذات الصلة بالقاعدة، والفرق بينها.

المطلب الثالث: تقسيم القواعد، وأقسامها.

المطلب الأول

التعريف بالقاعدة الفقهية

وهو يتفرع إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف القاعدة الفقهية التفصيلي.

الفرع الثاني: تعريف القاعدة الفقهية الإجمالي.

* * *

الفرع الأول

تعريف القاعدة الفقهية التفصيلي

أي: من خلال تعريف كل من جزئها

والقاعدة الفقهية اسم مركب من كلمتين هما: القاعدة، والفقه، ولكل

منهما تعريف خاص به.

أولاً - تعريف القاعدة:

القاعدة في اللغة:

القاعدة فاعلة من (قعد): القاف، والعين، والذال، أصل مطرد منقاس لا يُخلف، وهو يضاوي الجلوس، وجمعها: القواعد.

فيقال: قعد الرجل يقعد قعوداً من باب دخل.

وهي: أصل الأس، والأساس، والأصل لما فوقها، والأسطوانة.

يقال: قواعد البيت، أو البناء: أساسه، وقواعد الهودج: خشبات أربع معترضات في أسفله.

قال الزّجاج^(١) (ت ٣١١هـ): «... القواعد: أساطين البناء التي تعمده. ومنه قولهم: بنى أمره على قاعدة، وقواعد، وقاعدة أمرك وأهية»^(٢).

فالقاعدة كما أطلقت على الأمور الحسية، كذلك أطلقت على الأمور المعنوية.

(١) الزجاج - بفتح الزاء، والألف بين الجيمين، والأولى مشددة - قال ابن خلكان: «كان يخرط الزجاج، ثم تركه، واشتغل بالأدب، فنسب إليه»، وهو: أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد السري بن سهل الزجاج، النحوي، كان من أهل العلم بالأدب، والدين، وصنف في معاني القرآن، وله كتاب «الاشتقاق»، توفي سنة ٣١١هـ. راجع: الحموي: معجم الأدباء (١/١٣٠ - ١٥١)، وابن خلكان: وفيات الأعيان (١/١٠٣ - ١٠٦).

(٢) راجع: الأزهرى: تهذيب اللغة (١/٢٠٢)، مادة: (قعد)، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٥/١٠٨، ١٠٩)، مادة: (قعد)، والزمخشري: أساس البلاغة (ص ٣٧٢)، مادة: (قعد)، والزنجاني: تهذيب الصحاح (١/٢٣٥)، مادة: (قعد)، والرازي: مختار الصحاح (ص ٥٧٠)، مادة: (قعد)، والنووي: تهذيب الأسماء واللغات (٢/٩٨)، مادة: (قعد)، وابن منظور: لسان العرب (٥/٣٦٨٩)، مادة: (قعد)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٩٥)، مادة: (قعد)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ٣٩٧)، مادة: (قعد)، والزبيدي: تاج العروس (٢/٤٧٣)، مادة: (قعد)، وأبا البقاء الكفوي: الكليات (٤/٤٨)، فصل: (الكاف).

القاعدة في القرآن الكريم:

وردت كلمة: القواعد في موضعين في القرآن العظيم.

١ - في قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ...﴾ [البقرة: ١٢٧].

٢ - في قوله سبحانه: ﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَنَّ اللَّهَ بَيْنَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ﴾ [النحل: ٢٦].

فالقواعد الواردة بهاتين الآيتين الكريمتين هي: جمع: قاعدة، ولها عند أصحاب غرائب القرآن، والمفسرين عدة معان:

أ - الأساس، والأصل لما فوقه. ومعناها: الثابتة. فقواعد البيت: أسسه، وقواعد الهدج: خشباته الجارية مجرى قواعد البناء^(١).
ب - السارية^(٢).

ج - الجدار أو الجدرة: فالقواعد هي: الجدر^(٣).

د - الساف^(٤): فالقواعد هي: سافات البناء؛ لأن كل ساف قاعدة للذي يبني عليه، ويوضع فوقه^(٥).

إذا ألقينا نظرة سريعة على هذه المعاني نجد أن المعنى الأول يتفق مع اللغة، وقد ذهب إليه أكثر المفسرين، وأصحاب غرائب القرآن الكريم، وكذلك المعنى الثاني. وأما المعنى الثالث، والرابع: فهما غير معروفين في

(١) راجع: الطبري: جامع البيان (٣/٥٧)، والأصفهاني: المفردات في غريب القرآن (ص٤٠٩)، مادة: (قعد)، والفراء البغوي: معالم التنزيل (١/١١٠، ٤/٨٦، ٨٧)، والزمخشري: الكشاف (١/٢٣٨)، والرازي: التفسير الكبير (٤/٦٣، ٢٠/٢٠)، والقرطبي: الجامع لأحكام القرآن (ص٥٠٥، ٣٧١٣)، والخازن: لباب التأويل في معاني التنزيل (١/١٠٩، ٤/٨٦)، وابن كثير: تفسير القرآن العظيم (١/١٧٥)، وأبا زرعة العراقي: الألفية في تفسير غريب ألفاظ القرآن (٢/٢٤٥).

(٢) راجع: ابن كثير: المرجع السابق. (٣) راجع: القرطبي: المرجع السابق.

(٤) هو: كل صف من الأجر في الحائط. راجع: المعجم الوسيط (١/٤٦٤)، مادة: (سوف).

(٥) راجع: الزمخشري: المرجع السابق.

اللغة. لذلك يقول الزمخشري^(١) (ت ٥٣٨هـ) بالنسبة للمعنى الأول: «وهي صفة غالبية»^(٢)، والقرطبي^(٣) (ت ٦٧١هـ): «والمعروف أنها الأساس»^(٤).

القاعدة في السنة المظهرة:

وردت كلمة: القواعد أيضاً على لسان الرسول ﷺ.

أ - «ألم ترى أن قومك لما بنوا الكعبة، اقتصروا على قواعد إبراهيم...»^(٥).

- «ألا - أو - أفلا تردها على قواعد إبراهيم...»^(٦).

- «ألا إن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم...»^(٧).

- «إرادة أن تستوعب الناس الطواف بالبيت كله من وراء قواعد

إبراهيم ﷺ...»^(٨).

(١) ستاتي ترجمته ص ٢٢٠.

(٢) راجع: الزمخشري: الكشاف (١/٢٣٨).

(٣) القرطبي - بضم القاف، وسكون الراء، وضم الطاء المهملة، وفي آخرها الباء الموحدة - هذه النسبة إلى قرطبة، وهي بليدة كبيرة من بلاد الغرب من الأندلس. السمعاني: الأنساب، ورقة (٤٤٧ب).

وهو: أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري، القرطبي، المالكي، كان من عباده الصالحين، صاحب: «الجامع لأحكام القرآن»، توفي سنة ٦٧١هـ. راجع: ابن فرحون: الديباج (٢/٣٠٨ - ٣٠٩)، وابن العماد: شذرات الذهب (٥/٣٣٥)، وكحالة: معجم المؤلفين (٨/٢٣٩).

(٤) راجع: الجامع لأحكام القرآن (ص ٥٠٥، ٣٧١٣).

(٥) أخرجه البخاري في: صحيحه: الحج: باب فضل مكة وبنائها (٣/٥١٣ ح ١٥٨٣)، والأنبياء: باب (٦/٤٦٩ ح ٣٣٦٨)، والتفسير: سورة (٢): باب قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَقَعُ لِإِبْرَاهِيمَ الْقَوَاعِدُ...﴾ (٨/١٩ ح ٤٤٨٤) من فتح الباري، ومسلم في: صحيحه: الحج: باب نقض الكعبة وبنائها (٢/٩٦٩ ح ٣٩٩)، والنسائي في: السنن: مناسك الحج: باب بناء الكعبة (٥/٢١٤)، ومالك في: الموطأ: الحج: باب ما جاء في بناء الكعبة (١/٣٦٣ ح ١٠٤١)، وأحمد في مسنده (٦/١١٣، ١٧٧، ٢٤٧).

(٦) جزء من الحديث السابق. (٧) جزء من الحديث السابق.

(٨) جزء من الحديث السابق عند الإمام أحمد في المسند (٦/١١٣).

- ب - «ف عند ذلك رفعوا القواعد من البيت...»^(١).
- ج - «لم يترك استلامهما إلا أنهما ليسا على قواعد البيت...»^(٢).
- د - «سأل النبي ﷺ عن سحائب^(٣) مرت، فقال: «كيف ترون قواعدها...»^(٤).

القواعد هنا جمع: قاعدة، وهي: فاعلة من: قعد قعوداً^(٥)، وهي أضيفت إلى البيت، وإلى سحائب.

وأما قواعد البيت فهي: أساسه، أو أسسه^(٦). وقواعد سحائب فيقول عنها أبو عبيد^(٧) (ت ٢٢٤هـ): «هي أصولها المعترضة في آفاق السماء، وأحسبها شبيهة بقواعد البيت»^(٨). ويقول الزمخشري (ت ٥٣٨هـ): «أراد بالقواعد: ما اعترض منها، وسفل، كقواعد البنيان»^(٩). ويقول ابن الأثير^(١٠) (ت ٦٠٦هـ): «أراد بالقواعد: ما اعترض

(١) أخرجه البخاري في: صحيحه: الأنبياء: باب يزفون: النسلان في المشي (٦/٤٥٧، ٤٥٨/ح ٣٣٦٤).

(٢) أخرجه أبو داود في: السنن: مناسك الحج: باب استلام الأركان (٢/١٨٢، ح ١٨٧٥).

(٣) هي: جمع سحابة، وهي: قطعة من السحاب، وهو: الغيم سواء أكان فيه ماء، أم لم يكن. المعجم الوسيط (١/٤١٨)، مادة: (سحب).

(٤) ذكره أبو عبيد في غريب الحديث (٣/١٠٤)، وأورده المتقي في: كنز العمال (٦/١٧٤، ح ١٥٢٤٧) وعزاه إلى العسكري، والرامهرمزي في الأمثال.

(٥) راجع: ابن الأثير: النهاية (٣/٢٦٦).

(٦) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٨/٢٠).

(٧) هو: القاسم بن سلام الهروي، البغدادي، كان فاضلاً في علمه ودينه، متفنناً في أصناف علوم الإسلام. من مؤلفاته القيمة: «غريب الحديث»، و«الأموال»، توفي سنة ٢٢٤هـ. ترجم له الخطيب في: تاريخ بغداد (١٢/٤٠٣ - ٤١٦)، والنووي في: تهذيب الأسماء واللغات (٢/٢٥٧)، والسيوطي في: بغية الوعاة (٢/٢٥٣ - ٢٥٤).

(٨) راجع: المرجع السابق.

(٩) راجع: الفائق في غريب الحديث (٣/٢١٢).

(١٠) تقدمت ترجمته. (٣/٦١١).

منها، وسفل، تشبيهاً بقواعد البناء»^(١).
فاستبان - مما سبق - أن معنى القاعدة في السنّة هو نفس المعنى في اللغة.

وهكذا تبين لنا بوضوح أن معنى القاعدة في الكتاب، والسنّة لم يختلف عن معناها في اللغة.

القاعدة في الشرع:

قبل التعريف بها في عرف أهل الشرع، لا بدّ لنا من قول: بأن كلمة (القاعدة) لها مدلول عام مجرد عن أي صفة موصوف بها، ولها مدلول خاص موصوف بصفة ما.

ومما لا شك فيه أن القاعدة بمدلولها العام تشمل: القواعد بمدلولاتها الخاصة المتصلة بالصفات المركبة منها، مثل: القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية، والقاعدة النحوية.

لذلك، فيمكن للدارس المتتبع لتعريفات القاعدة أن يلحظ أن كثيراً من العلماء أطلقوا تعريف القاعدة بمدلولها العام، وأرادوا به تعريفها بمدلولها الخاص. - كما نلاحظ ذلك عند الأصوليين، وكذلك عند الفقهاء - وسيأتي بالتفصيل.

وهذا مما قد يؤدي إلى الالتباس بين المدلولين للقاعدة، بل إنه قد أدى فعلاً إلى عدم التفريق بينهما عند كثير من الباحثين.

لذلك يجب تعريف القاعدة بمدلولها العام قبل التعريف بها بمدلولها الخاص، حتى لا يكون هناك خلط بين المدلولين، كما أنه يكون مساعداً لفهم القاعدة بمدلولها الخاص.

تجدر الإشارة إلى أننا نقصد بتعريف القاعدة هنا: تعريفها بمدلولها العام، وتعريفها عند العلماء الذين أطلقوا تعريفها، ولم يقصدوا به تعريفها

(١) راجع: النهاية (٢٦٦/٣)، والسيوطي: الدر الثبير (٢٦٦/٣) بهامش النهاية.

بمدلولها الخاص، وأما الذين أرادوا به تعريفها بمدلولها الخاص، فنتعرض لذلك عند الحديث عن مدلولها الخاص، خاصة عند الفقهاء، دون الأصوليين^(١).

نعود بعد هذا التمهيد الموجز إلى تعريف القاعدة في الشرع؛ أي: بمدلولها العام. لها عدة تعريفات نذكر منها ما يأتي:

١ - عرّفها الفيومي^(٢) (ت ٧٧٠هـ) بأنها:

«الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته»^(٣).

٢ - عرّفها السيد الشريف الجرجاني^(٤) (ت ٨١٦هـ) بأنها:

«قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها»^(٥).

٣ - عرّفها أبو البقاء الكفوي^(٦) (ت ١٠٩٤هـ) بأنها:

«قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها»^(٧).

٤ - عرّفها التهانوي^(٨) بأنها:

(١) على سبيل المثال: عرف القاعدة الأصولية بمدلولها العام التفتازاني في: التلويح (١/٢٠) بأنها: «حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرّف أحكامها منه»، والمحلّي في: شرح جمع الجوامع (٢/٢١، ٢٢) بأنها: «قضية كلية يتعرّف منها أحكام جزئياتها»، والصنعاني في: أصول الفقه المسمى إجابة السائل شرح بغية الأمل (ص ٢٥) بأنها: «قضية كلية تعرف أحكام جزئيات موضوعها».

(٢) سبقت ترجمته. (٣) راجع: المصباح المنير (ص ١٩٥).

(٤) سبقت ترجمته. (٥) راجع: التعريفات (ص ٢١٩).

(٦) هو: أيوب بن موسى الحسيني، الكفوي، ولد في كفا بالقرم، وله كتاب: «الكليات»، وتوفي في سنة ١٠٩٤هـ، وهو قاض بالقدس. راجع: البغدادي: هدية العارفين (١/٢٢٩)، وكحالة: معجم المؤلفين (٣/٣١).

(٧) راجع: الكليات (٤/٤٨) تعريفه هذا؛ هو: تعريف الجرجاني في: حاشيته على شرح القاضي عضد (١/١٩).

(٨) هو: الشيخ محمد أعلى بن علي بن حامد الحنفي، أحد رجال العلم في الهند، العمري، التهانوي، نسبة إلى قرية «تهانة»، وتاريخ وفاته غير معروف. راجع: الحسني: نزهة الخواطر (٦/٢٧٨).

«أمر كلي منطبق على جميع جزئياته عند تعرّف أحكامها منه»^(١).

هذه التعريفات تبرز لنا معنى عاماً للقاعدة باعتبار مدلولها العام كاصطلاح عام، وذلك أن هذا النوع من المدلول للفظ يعطي معنى ومفهوماً عاماً. وهذا بدوره يجعله اصطلاحاً عاماً يجرى في العلوم كافة، فإنه توجد في كل علم قواعد، فمثلاً: علم أصول الفقه، له قواعد، كالأمر للوجوب، والنهي للتحريم. وعلم النحو: له قواعد، كالفاعل مرفوع، والمفعول منصوب، والمضاف إليه مجرور. وهذا بالإضافة إلى القواعد الفقهية التي نحن بصددنا. فالقاعدة بهذا المعنى تتناول كل ما يطلق عليه قاعدة في كافة العلوم؛ إذ إن في كل علم حكماً كلياً ينطبق على جميع جزئيات موضوعه.

بعد هذا يتبين بوضوح أن كل تعريف من التعريفات السابقة تعريف عام، يشمل بعمومه كل ما يطلق عليه قاعدة، فإطلاق هذا النوع من التعريف على القاعدة الفقهية، يكون غير مانع من دخول غيرها فيها، ومن صفة التعريف أن يكون جامعاً مانعاً.

هذا، وقد أطلق الفقهاء أيضاً هذا النوع من المدلول العام على القواعد الفقهية. الأمر الذي استوجب تناول التعريف بالقاعدة بمدلولها العام أولاً، لكي يسهل بعد ذلك فهم تعريفها بمدلولها الخاص.

ثانياً: تعريف الفقه:

الفقه في اللغة:

الفقه من (فقه) الفاء، والقاف، والهاء، أصل واحد يدل على:

أ - إدراك الشيء.

ب - العلم به: وكل علم بشيء فهو فقه.

ج - الفهم له.

د - الفطنة.

(١) راجع: كشاف اصطلاحات الفنون (١١٧٦/٣).

يقال: فقه - بكسر القاف - الرجل يفقه - بفتح القاف - فقهاً، من باب
تعب، فهو فقيه: إذا فهم، وعلم.

- وفقه - فتح القاف - يفقه، من باب نصر -: إذا غلب في الفقه .
وفقه - بضم القاف - يفقه - من باب ظرف، كرم - فقاها، مثل: فقه
- بكسر القاف -، وقيل: إذا صار الفقه له سجية .

وفقهه تفتيحاً، وأفقهه: علمه، أو بيّنه، أو فهمه .

وتفقه: إذا تعاطى الفقه، أو: طلبه فتخصّص به .

وفاقه: باحثه في العلم^(١) .

هذه المعاني هي التي أوردتها معاجم اللغة، وكتبها .

ويتبين من هذا العرض لمعنى الفقه في اللغة: أن معاجم اللغة أوردت
لبيان معنى الفقه أربعة ألفاظ، وعبرت عنه بها، وهي: الإدراك، والعلم،
والفهم، والفتنة . فإذا راجعنا معاني هذه الألفاظ في اللغة نجد أن:

- لفظ: (الإدراك) هو: لحوق الشيء، والعلم به، وفهمه^(٢) .

- ولفظ: (العلم) هو: إدراك الشيء، ومعرفته^(٣) .

(١) راجع: الأزهري: تهذيب اللغة (٤٠٤/٥ - ٤٠٥)، مادة: (فقه)، والجوهري:
الصحاح (٢٢٤٣/٦)، مادة: (فقه)، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٤٤٢/٤)،
مادة: (فقه)، ومجمل اللغة (٧٠٣/٣)، مادة: (فقه)، والأصفهاني: المفردات في
غريب القرآن (ص٣٨٤)، مادة: (فقه)، والزمخشري: أساس البلاغة (ص٣٧٢)،
مادة: (فقه)، والرازي: مختار الصحاح (ص٥٣٤)، مادة: (فقه)، وابن منظور: لسان
العرب (٣٤٥٠/٥)، مادة: (فقه)، والفيومي: المصباح المنير (ص١٨٢)، مادة:
(فقه)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص١٦١٤)، مادة: (فقه) .

(٢) راجع: الفيومي: المرجع السابق (ص٧٣)، مادة: (درك)، والمعجم الوسيط (١/
٢٨١)، مادة: (درك) .

(٣) راجع ابن منظور: المرجع السابق (٣٠٨٣/٤)، مادة: (علم)، والفيومي: المرجع
السابق (ص١٦٢)، مادة: (علم)، والزبيدي: تاج العروس (١٦/٩)، مادة: (فهم)،
والمعجم الوسيط (٢/٦٢٤)، مادة: (علم) .

- لفظ: (الفهم) هو: العلم بالشيء، والمعرفة له بالقلب، وقيل: تصور المعنى من اللفظ^(١).

- لفظ: (الفطنة) هو: العلم بالشيء والفهم، وكالفهم^(٢).

فيلاحظ أن لفظ: (الفهم) يشمل: الألفاظ الثلاثة: الإدراك، والعلم، والفطنة؛ إذ الفهم يستلزم علم المعنى المفهوم، والعلم يستلزم فهم المعنى المعلوم، والفطنة هي: الفهم أو كالفهم، لذلك نجد أن بعض أهل اللغة صرحوا بأن الفقه في الأصل: الفهم، بل إنهم جميعاً أطبقوا على أن الفقه هو: الفهم مطلقاً؛ فإنهم لم يقيدوه؛ إذ لا يوجد في كتب اللغة ما يدل على تقييده، وتخصيصه، وهذا ما نعتبره بحكم الإجماع منهم على أنه اسم للفهم مطلقاً، أو أنه مطلق الفهم.

بناءً على ذلك يمكننا القول: بأن الفقه بإطلاقه في معاجم اللغة يشمل فهم الشيء سواء أكان واضحاً، أم خفياً، ودقيقاً، سواء أكان غرض المتكلم من كلامه، أم لا.

ويوجد فرق بين الفقه والفهم في أن الفقه يتعلق بالمعاني دون الأعيان، والفهم يتعلق بهما.

هذا، وقد وردت مادة (فقه) بمشتقاتها المختلفة في القرآن الكريم، وفي السنة الشريفة، وهذا ما يقتضي أن نبحث عن معناها فيهما حتى نتمكن من المقارنة بين معناه في كل من اللغة، والقرآن، والسنة.

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٤/٤٥٧)، مادة: (فهم)، والرازي: مختار الصحاح (ص٥٣٩)، مادة: (فهم)، وابن منظور: لسان العرب (٥/٣٤٨١)، مادة: (فهم)، والفيومي: المصباح المنير (ص١٨٤)، مادة: (فهم)، والزبيدي: تاج العروس (٩/١٦)، مادة: (فهم).

(٢) راجع: ابن فارس: المصباح المنير (٤/٥٠١)، مادة: (فطن)، والزنجاني: تهذيب الصحاح (٢/٨٦٦)، مادة: (فطن)، والرازي: المرجع السابق (ص٥٣٢)، مادة: (فطن)، وابن منظور: المرجع السابق (٥/٣٤٣٦)، مادة: (فطن).

الفقه في القرآن الكريم:

وردت مادة (فقه) بمشتقاتها المختلفة في القرآن الكريم^(١):

أ - لفظ: (تفقهون): ورد في قوله سبحانه: ﴿وَلَكِنْ لَا تَفْقَهُونَ تَسْيِحَهُمْ...﴾ [الإسراء: ٤٤] أي: لا تفهمون^(٢). يقول الخازن^(٣) (ت ٧٤١هـ): «أي: لا تعلمون، ولا تفهمون تسيحهم ما عدا من يسبح بلغتكم ولسانكم»^(٤).

ب - لفظ: (نفقه): جاء في قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَسْعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ...﴾ [هود: ٩١] أي: ما نفهم^(٥). يقول النسفي^(٦) (ت ٧١٠هـ): «أي: لا نفهم صحة ما تقول، وإلا فكيف لا يفهم كلامه، وهو خطيب الأنبياء»^(٧). ويقول الرازي^(٨) (ت ٦٠٦هـ): «ومنهم من قال: إنه اسم

(١) اتبعت في ترتيب مادة: (فقه) الطريقة التي اتبعها الشيخ محمد فؤاد عبد الباقي في: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم.

(٢) راجع: تفسير الجلالين (١/٢٣١).

(٣) هو: علاء الدين، أبو الحسن، علي بن محمد بن إبراهيم البغدادي، والمعروف بالخازن - كان خازن كتب خانقاه السميساطية -، مفسر، فقيه، محدث، مؤرخ. من تصانيفه: «لباب التأويل في معاني التنزيل» في التفسير، توفي سنة ٧٤١هـ. راجع: ابن حجر: الدرر الكامنة (٣/١٧١)، وابن العماد: شذرات الذهب (٦/١٣١)، وكحالة: معجم المؤلفين (٧/١٧٧).

(٤) راجع: لباب التأويل في معاني التنزيل (٣/١٦٦).

(٥) راجع: القاسمي: محاسن التأويل (٩/٣٤٨٠).

(٦) النسفي - بفتح النون، والسين المهملة، وكسر الفاء - هذه النسبة إلى (نسف) وهي من بلاد ما وراء النهر. راجع: السمعاني: الأنساب، ورقة (١٥٦٠).

وهو: أبو البركات، عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، الحنفي، صاحب التصانيف المفيدة، مثل: «مدارك التنزيل»، و«كنز الدقائق»، و«المنار في أصول الفقه»، توفي سنة ٧١٠هـ. راجع: ابن حجر: المرجع السابق (٢/٣٥٢)، وطاش كبرى زاده: مفتاح السعادة (٢/١٠٥، ١٨٨).

(٧) راجع: تفسير النسفي (٢/٢٠٢).

(٨) الرازي - بفتح الراء، والزاء المكسورة بعد الألف - هذه النسبة إلى (الري)، وهي بلدة كبيرة من بلاد الديلم بين قومس والجيل، والحقوا الزاء في هذه النسبة تخفيفاً. راجع: السمعاني: المرجع السابق، ورقة (١٢٤٣). وهو: أبو المعالي، وأبو عبد الله، =

لمطلق الفهم»^(١).

ج - لفظ: (يفقهوا): قال ﷺ: ﴿وَأَحْلَلْ عُقْدَةَ مَنْ لَسَانِي ۖ يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾ [طه: ٢٧، ٢٨] أي: يفهموا^(٢). يقول القرطبي^(٣) (ت ٦٧١هـ): «أي: يعلموا ما أقوله لهم، ويفهموه»^(٤).

د - لفظ: (يفقهون): وقد ورد ثلاثة عشر مرة في ثلاث عشرة آية. نكتفي هنا بذكر ثلاث آيات منها^(٥):

في قوله عز من قائل: ﴿قَالَ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾ [النساء: ٧٨]. أي: لا يفهمون^(٦)، أو «لا يقاربون أن يفهموا»^(٧). وفي قوله تعالى: ﴿أَنْظُرْ كَيْفَ نُصَرِّفُ الْآيَاتِ لَعَلَّهُمْ يَفْقَهُونَ﴾ [الأنعام: ٦٥] أي: يفهمون^(٨). يقول الفخر الرازي (ت ٦٠٦هـ): «... بل ظاهر الآية يدل على أنه تعالى ما صرف الآيات إلا لمن فقهه، وفهم»^(٩). وفي قوله ﷺ: ﴿قَدْ فَصَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ﴾ [الأنعام: ٩٨] أي: يفهمون^(١٠). يقول الخازن (ت ٧٤١هـ): «يعني:

= محمد بن عمر بن الحسين، القرشي، والتميمي، البكري، المعروف بالفخر الرازي، ويقال له: ابن خطيب الري أحد الفقهاء الشافعية المشاهير بالتصانيف الكبار، والصغار، والمتكلم، المفسر. ومن تصانيفه: «التفسير الكبير»، و«المحصول في أصول الفقه»، توفي بهراة سنة ٦٠٦هـ. راجع: السبكي: طبقات الشافعية (٨/ ٨١ - ٩٣)، والداودي: طبقات المفسرين (٢/ ٢١٣ - ٢١٧).

(١) راجع: التفسير الكبير (٤٩/١٨). (٢) راجع: تفسير الجلالين (٢/ ٢٠).

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) راجع: الجامع لأحكام القرآن (ص ٤٢٣٣).

(٥) الآيات الباقية هي: (١٧٩) من الأعراف، و(٦٥) من الأنفال، و(٨١، ٨٧، ١٢٧) من التوبة، و(٩٣) من الكهف، و(١٥) من الفتح، و(٣، ٧) من المنافقون.

(٦) راجع: الألوسي: روح المعاني (٦/ ٨٨).

(٧) راجع: تفسير الجلالين (١/ ٨٢).

(٨) راجع: الخازن: لباب التأويل (٢/ ٢٣)، وابن كثير: تفسير القرآن (٢/ ١٤٣)، والقاسمي: محاسن التأويل (٦/ ٢٣٥٦).

(٩) راجع: المرجع السابق (١٣/ ٢٣).

(١٠) راجع: ابن كثير: المرجع السابق (٢/ ١٥٩).

لقوم يفهمون عن الله آياته، ودلائله الدالة على توحيده؛ لأن الفقه: الفهم»^(١).

هـ - لفظ: (يفقهوه) ورد في ثلاث آيات:

في قوله سبحانه: ﴿وَجَعَلْنَا عَلَى قُلُوبِهِمْ أَكِنَّةً^(٢) أَنْ يَفْقَهُوهُ...﴾ [الأنعام: ٢٥] «أي: أن يفهموه»^(٣). وفي قوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا عَلَى قُلُوبِهِمْ أَكِنَّةً أَنْ يَفْقَهُوهُ...﴾ [الإسراء: ٤٦]. أي: «من أن يفهموا القرآن أي: فلا يفهمونه»^(٤). وفي قوله ﷻ: ﴿إِنَّا جَعَلْنَا عَلَى قُلُوبِهِمْ أَكِنَّةً أَنْ يَفْقَهُوهُ...﴾ [الكهف: ٥٧] «أي: لئلا يفهموا هذا القرآن والبيان»^(٥).

و - لفظ: (يتفقهوا): قال جلّ وعلا: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ...﴾ [التوبة: ١٢٢] «أي: يعلموا ما أنزل الله على نبيهم»^(٦).

بعد إيرادنا أقوال المفسرين في معنى الفقه - يبدو جلياً في ضوء تفسيرهم له - أن الفقه هو:

الفهم أو اسم لمطلق الفهم، والعلم. هذا هو المعنى اللغوي له، وإليه ذهب أكثر المفسرين - كما رأينا -.

يُبد أن بعض المفسرين ذهبوا إلى أن الفقه هو:

- ١ - استعمال فطنة، وتدقيق نظر^(٧)، فهو أخص من العلم والفهم^(٨).
- ٢ - معرفة أو فهم غرض المتكلم من كلامه^(٩).

(١) راجع: لباب التأويل (٣٨/٢).

(٢) هي: الأغطية، جمع كنان: الغطاء الذي يكن فيه الشيء. راجع: الأصفهاني: المفردات (ص ٤٤٢)، والقرطبي: الجامع لأحكام القرآن (ص ٢٤٠١).

(٣) راجع: القرطبي: المرجع السابق. (٤) راجع: تفسير الجلالين (١/٢٣١).

(٥) راجع: ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (٣/٩١).

(٦) راجع: ابن كثير: المرجع السابق (٢/٤٠١).

(٧) راجع: الزمخشري: الكشاف (١/٥١٩)، والرازي: التفسير الكبير (١٣/١٠٤).

(٨) راجع: الشيخ محمد رشيد رضا: تفسير المنار (٧/٦٤١).

(٩) راجع: أبا السعود: إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم (٣/٤١).

٣ - التوصل إلى علم غائب بعلم شاهد^(١)، أو معرفة باطن الشيء والوصول إلى أعماقه، أو الفهم الدقيق^(٢).

إذا أطلق الفقه عند المفسرين على أربعة معان.

الأدلة والمناقشة

أولاً - المعنى الأول: الفقه: الفهم:

ذهب إليه أكثر المفسرين - كما رأينا - ودليلهم: جميع الآيات السابقة حيث فسروا الفقه فيها بالفهم، أو العلم.

ثانياً - المعنى الثاني: الفقه: استعمال فطنة وتدقيق نظر:

ذهب إليه بعض المفسرين^(٣). واستدلوا عليه بقوله تعالى: ﴿قَدْ فَصَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ﴾ [الأنعام: ٩٨] حيث فسروا الفقه فيها بأنه: استعمال فطنة، وتدقيق نظر.

نوقش: بأنه يخالف تفسير أكثر المفسرين؛ إذ فسروه فيها بالفهم. يقول الخازن (ت ٧٤١هـ): «يعني: لقوم يفهمون عن الله آياته، ودلائله الدالة على توحيده؛ لأن الفقه: الفهم»^(٤). وسيأتي مزيد الرد عليه.

(١) راجع: الأصفهاني: المفردات (ص ٣٨٤).

(٢) راجع: الشيخ محمد رشيد رضا: تفسير المنار (٦/٦٤١)، ود. مصطفى شلبي: المدخل (ص ٣١).

(٣) الزمخشري في: الكشاف (١/٥١٩)، وتبعه الرازي في: التفسير الكبير (١٣/١٠٤)، وابن حيان في: البحر المحيط (٤/١٨٨)، والكاظمي في: حاشيته على تفسير البيضاوي (٢/٢٠٠)، وأبو السعود في: إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم (٢/١٢٢)، وصديق حسن في: فتح البيان (٣/٢٠٩)، والسيد محمد رشيد في: المرجع السابق (٧/٦٤١).

(٤) راجع: باب التأويل (٢/٣٨).

ثالثاً - المعنى الثالث: الفقه: فهم غرض المتكلم من كلامه:

ذهب إليه بعض المفسرين^(١). واستدلوا عليه:

١ - بقوله تعالى: ﴿مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا نَقُولُ﴾ [هود: ٩١]؛ إذ أضاف الفقه إلى القول^(٢).

٢ - بقوله سبحانه: ﴿فَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾ [النساء: ٧٨] حيث إن الله تعالى ذم من لا يفقه كلامه. فالفقه هو: معرفة غرض المتكلم من كلامه^(٣).

نوقش: بأن الفقه في الآية الأولى معناه: مطلق الفهم بقرينة مقام الذم^(٤). وناقش الزركشي (ت٧٩٤هـ) الاستدلال بهما بقوله: «بأنه يوصف الفهم حيث لا كلام، وبأنه لو كان كذلك لم يكن في نفي الفقه عنهم منقصة، ولا تعبير؛ لأنه غير متصور، وقد قال تعالى: ﴿لَا نَفْقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ﴾ [الإسراء: ٤٤].

ثم قال في معرض الرد على الاحتجاج بالآيتين السابقتين: «قلنا: هذا يدل على أن الفهم من الخطاب يسمى فقهاً، لا على أنه لا يسمى إلا ما كان كذلك، وقد قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لِجَهَنَّمَ كَثِيرًا مِّنَ الْجِنِّ وَالْإِنسِ لَهُمْ قُلُوبٌ لَّا يَفْقَهُونَ بِهَا﴾ [الأعراف: ١٧٩]، وهذا لا يختص بالفهم من الخطاب، بل عدم الفهم مطلقاً من الأدلة العقلية، والسمعية، وطرق الاعتبار^(٥)».

(١) ابن القيم في: أعلام الموقعين (١/٢١٩)، وأبو السعود في: إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم (٣/٤١)، والشيخ محمد رشيد رضا في: تفسير المنار (٥/٢٦٧).

(٢) راجع: الرازي: التفسير الكبير (١٨/٤٩).

(٣) راجع: ابن القيم: المرجع السابق (١/٢١٩)، وأبا السعود: المرجع السابق.

(٤) راجع: المرصفي: بغية المحتاج (ص٦).

(٥) راجع: البحر المحيط (١/٢٠).

رابعاً - المعنى الرابع: الفقه: التوصل إلى علم غائب بعلم شاهد، والنظر في باطن الشيء وأعماقه:

- ذهب إليه بعض المفسرين^(١). واستدلوا عليه بالأدلة الآتية:
- ١ - قوله تعالى: ﴿قَالَ هَؤُلَاءِ الْقَوْمَ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾ [النساء: ٧٨] أي: «لا يكادون يعلمون حقيقة ما تخبرهم به»^(٢).
 - ٢ - قوله سبحانه: ﴿قَدْ فَصَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ﴾ [الأنعام: ٩٨] أي: «يفقهون ما يُتلى عليهم. أي: يفقهون المراد منه ومرماه ويفطنون لدقائقه وخفاياه»^(٣).
 - ٣ - القياس وهو: «أن فقه وفقاً واحداً؛ فإن الإبدال بين الهمزة والهاء كثير، وفقاً البثرة: شقها، سبر غورها، فالفقه مستعمل في الحسيات، والفقه في المعنويات، والجامع بينهما النظر في أعماق الشيء وباطنه»^(٤).
- نوقش الاستدلال بالآية الأولى بوجوه:

- ١ - الفقه هو: الفهم مطلقاً، كما ذهب إليه أكثر المفسرين، وغيرهم.
- ٢ - قيل: لا يكادون يفقهون حديثاً من الأحاديث أصلاً^(٥). فيستفاد منه أن فهمهم أي حديث، ولو كان واضحاً يسمى فقهاً^(٦). فكيف يصح الاستدلال بالآية على ما ذهبوا إليه؟.
- ٣ - سلمنا بأنه كذلك، ولكن لا نسلم بأنه لا يسمى إلا ما كان كذلك؛ فإنه

(١) الأصفهاني في: المفردات في غريب القرآن (ص ٣٨٤)، والشيخ محمد رشيد رضا في: تفسير المنار (٦٤١/٧)، ود. مصطفى شلبي في: المدخل (ص ٣١).

(٢) راجع: تفسير الطبري (٥٥٧/٨).

(٣) راجع: الشيخ محمد رشيد رضا: المرجع السابق.

(٤) راجع: الشيخ رضا: نفس المرجع السابق.

(٥) راجع: أبا السعود: إرشاد العقل السليم (١/٣٦٢).

(٦) راجع: الشيخ زهير: أصول الفقه (١/٦)، ود. جلال الدين: غاية الوصول (ص ٢١).

تقييد للمطلق بما لا يتقيد به^(١)؛ إذ ليس في الآية ما يدل على تقييده بذلك.

نوقش الاستدلال بالآية الثانية بوجوه:

١ - الفقه هو: مطلق الفهم، ذهب إليه عامة المفسرين. يقول الخازن (ت ٧٤١هـ) في تفسير الآية: «يعني: لقوم يفهمون عن الله آياته، ودلائله الدالة على توحيده؛ لأن الفقه: الفهم»^(٢).

٢ - الأصل في أي لفظ: أن يكون لموضوعه اللغوي إلا ما صرفه عنه عرف الاستعمال في الشرع، ولم نجد في عرف الشرع ما يدل على صرفه عنه، والدليل على ذلك: ذهاب أكثر المفسرين إلى أن الفقه هو: الفهم، كما هو في اللغة.

٣ - حمل لفظ الفقه على مطلق الفهم هو أشمل وأكثر فائدة؛ فإنه بإطلاقه يشمل فهم الشيء سواء أكان المفهوم واضحاً أم خفياً ودقيقاً. ونوقش الدليل الثالث وهو: قياس الفقه على الفقه بوجوه:

١ - القول: «إن فقه وفقاً واحداً» غير صحيح لأمرين:

أحدهما: أن الإبدال بين الهمزة والهاء لم يثبت هنا - مع التسليم بذلك فرضاً - والدليل على ذلك قول ابن سيده^(٣) (ت ٤٥٨هـ) - بعد أن ذكر الأصل: الهاء، والقاف، والفاء -: مقلوبة (ف ق هـ)^(٤).

الثاني: جعل ابن فارس^(٥) (ت ٣٩٥هـ) (فقه) أصلاً مستقلاً، حيث قال:

(١) راجع: الزركشي: البحر المحيط (١/١٩).

(٢) راجع: لباب التأويل (٢/٣٨).

(٣) هو: أبو الحسن، علي بن إسماعيل، أو أحمد، أو محمد بن سيده، الأندلسي، الضرير، المعروف بابن سيده، عالم بالنحو، واللغة، والأشعار، وأيام العرب. من تصانيفه: «المحكم»، مات سنة ٤٥٨هـ. راجع: الحموي: معجم الأدباء (١٢/٢٣١ - ٢٣٥)، وكحالة: معجم المؤلفين (٧/٣٩).

(٤) راجع: المحكم (٤/٩٢).

(٥) هو: أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا، القزويني، المعروف بالرازي، لغوي، =

«الفاء، والقاف، والهاء أصل واحد صحيح»^(١).
 ٢ - سلمنا - تنزلاً - القول: بأنهما واحد من ناحية الاشتقاق، ولكن لا نسلم بأنهما واحد من ناحية المعنى. وذلك:

أ - أن أئمة اللغة فرّقوا بين اللفظين حيث قالوا: الفقه هو: الفهم مطلقاً - كما سبق - والفقء من (فقاً) الفاء، والقاف، والهمزة: يدل على فتح الشيء وتفتّحه.

ومنه: فقاً العين يفتحها فقاً: إذا كسرهما، أو شقها، أو بخقها، أو فضخها^(٢).

ب - أن اللفظ الواحد قد يكون له أكثر من معنى، كما أن معناه قد يختلف باختلاف الحركات، لما نعرفه من كتب اللغة.

٣ - سلمنا: بأنهما واحد من ناحية المعنى الأصلي فقط الذي تدور حوله المادة الواحدة، كما قرره أئمة الاشتقاق، وهذا لا اختلاف فيه، بل هو محل اتفاق، ولكن الذي لا نسلم به هو المعنى الذي يأتي بعد ذلك للمادة الواحدة؛ إذ الفقه أطلق فيما بعد على الفهم مطلقاً عند أهل اللغة قاطبة.

٤ - اتضح مما سبق من نقاش أن قياس (فقه) على (فقاً) قياس مع الفارق. وإذا كان كذلك، فقد ثبت بطلان قول القائل: «الجامع بينهما النظر في أعماق الشيء وباطنه».

بعد هذا كله لا يسعنا إلا أن نقرر أن الفقه في القرآن العظيم هو: مطلق الفهم، كما ذهب إليه عامة المفسرين.

= مشارك في علوم أخرى. من آثاره: «المجمل» في اللغة، و«مقاييس اللغة» وغير ذلك، مات سنة ٣٩٥هـ. راجع: الحموي: معجم الأدباء (٤/٨٠ - ٨٩)، وابن فرحون: الديباج (١/١٦٣ - ١٦٥).

(١) راجع: مقاييس اللغة (٤/٤٤٢).

(٢) أي: عورها. راجع: الأنصاري: كتاب النوادر (ص ٥١٥)، والجوهري: الصحاح (١/٦٣)، مادة: (فقاً).

الفقه في السنّة الشريفة وفي الآثار:

كما وردت مادة: (فقه) مع بعض مشتقاتها في القرآن الكريم، كذلك وردت في السنّة الشريفة، وفي الآثار. نورد فيما يلي بعض الأحاديث والآثار المشتملة على مادة: (فقه) وبعض مشتقاتها مع بيان معناها.

فقه، يفقه، نفقه:

- أ - لفظ: (فقه): «..فذلك مثل من فقه في دين الله...»^(١) الحديث.
- ب - لفظ: (يفقه): «..فقالوا: أولوها^(٢) له حتى يفقهها...»^(٣) الحديث.
- ج - لفظ: (نفقه): «..لا نفقه ما يقول حتى دنا من رسول الله ﷺ...»^(٤) الحديث.
- د - المعنى: (فقه) روى - بضم القاف - على المعنى الشرعي^(٥) - وبكسرهما - على المعنى اللغوي. والأول هو المشهور^(٦).
- و(يفقهها) أي: يفهمها^(٧). و(لا نفقهه) - بالنون - : لا نفهم^(٨).

- (١) أخرجه البخاري في: صحيحه: كتاب العلم: باب فضل من علم وعلم (١/٢١١/١) ح ٧٩ من فتح الباري، ومسلم في: صحيحه: الفضائل: باب بيان مثل ما بعث النبي ﷺ من الهدى، والعلم (٤/١٧٨٧، ١٧٨٨/١٥ - ح ٢٢٨٢)، وأحمد في: المسند (٤/٣٩٩) عن أبي موسى.
- (٢) فسروها، واكشوفها له - كما هو تعبير الرؤيا - حتى يفهم الحق. راجع: العيني: عمدة القاري (٢٨/٢٥).
- (٣) أخرجه البخاري في: صحيحه: الاعتصام: باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ (١٣/٢٦٣/٢٦٣ ح ٧٢٨١) من فتح الباري.
- (٤) أخرجه مسلم في: صحيحه: الإيمان: باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام (١/٤٠، ٤١ ح ١١١)، ومالك في: الموطأ: قصر الصلاة في السفر: باب ما جاء مع الترخيب في الصلاة (١/١٧٥ ح ٩٤) عن طلحة بن عبيد الله.
- (٥) أي: عند الأصوليين - كما سيأتي -.
- (٦) راجع: النووي: شرح صحيح مسلم (٥/١٤٥)، ط. الشعب، وابن حجر: فتح الباري (١/٢٧٥)، والقسطلاني: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري (١/٢٠٩)، والفتني: مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار (٤/١٦٥).
- (٧) راجع: العيني: عمدة القاري (٢٨/٢٥).
- (٨) راجع: الزرقاني: شرح الموطأ (١/٣٥٧).

- فَقَّهَ يَفْقَهُ: فقَّهه يَفْقَهُهُ: فقَّهه: «إذا أراد الله ﷻ بعبد خيراً ففقهه في الدين...»^(١) الحديث.
- ب - لفظ: (يفقهه): «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين...»^(٢) الحديث.
- ج - المعنى: (فقهه) أي: فهمه، وعرفه، وبصره^(٣). و(يفقهه) أي: يفهمه^(٤).
- الفقه لغة: الفهم، وحمل الحديث هنا عليه أولى ليعم، ويشمل كل علم من علوم الدين، ويلائم تنكير (خيراً)^(٥).
- تَفَقَّهَ، يَتَفَقَّهُ: فقَّهه يَتَفَقَّهُهُ: فقَّهه: «قال عمر بن الخطاب^(٦): لا يبيع في سوقنا إلا من تفقهه في الدين»^(٧).
- ب - لفظ: (يتفقهه): «... أن رجلاً يأتونكم من أقطار الأرض يتفقهون في الدين»^(٨) الحديث.

- (١) أخرجه الإمام أحمد في: المسند (٤/٩٣، ٩٦، ٩٧) عن معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه.
- (٢) رواه البخاري في: صحيحه: العلم: باب العلم قبل القول والعمل (١/١٩٢) معلقاً، وفرض الخمس: باب قول الله تعالى: ﴿فَأَن لَّيْلَهُ حُمُومٌ وَالرَّسُولُ﴾ [الأنفال: ٤١] (٦/٢٥٠ ح ٣١١٦) من فتح الباري، ومسلم في: صحيحه: الزكاة: باب النهي عن المسألة (٢/٧١٨ ح ٩٨، ١٠٠ - ١٠٣٧).
- (٣) راجع: ابن الأثير: جامع الأصول (٩/١١٧)، والفتني: مجمع بحار الأنوار (٤/١٦٥).
- (٤) راجع: ابن حجر: فتح الباري (١/١٩٨).
- (٥) راجع: القسطلاني: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري (١/٤٦٥)، والفتني: المرجع السابق.
- (٦) هو: أمير المؤمنين، مشهور، جم المناقب، استشهد سنة ٢٣هـ. ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٤١٢).
- (٧) رواه الترمذي في: السنن: الوتر: باب ما جاء في فضل الصلاة على النبي ﷺ (٢/٣٥٧ ح ٤٨٧) وقال: هذا حديث حسن غريب.
- (٨) أخرجه الترمذي في: السنن: باب ما جاء في الاستيضاء لمن يطلب العلم (٥/٣٠ ح ٢٦٥٠).

ج - المعنى: (تفقه) أي: تعاطى الفقه^(١)، وكثر علمه^(٢). و(يتفقهون) أي: يطلبون الفقه، والفهم^(٣).

الفقه، فقه، أفقه:

أ - لفظ: (الفقه): «فيتعلمون الفقه، والعلم...»^(٤) الحديث.

ب - لفظ: (فقه، أفقه): «ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه»^(٥).

يقول ابن الأثير^(٦) (ت ٦٠٦هـ): «والفقه: الفهم، والعلم، والدراية في الأصل، واشتقاقه من الشق، والفتح، يقال: فقه الرجل - بالكسر والفتح - يفقه فقهاً: إذا فهم، وعلم. وفقه - بالضم - يفقه: إذا صار فقيهاً عالماً. وتفقه: إذا تعاطى ذلك. وفقهه الله: عرفه، وبصره. وقد جعله العرف خاصاً بعلم الشريعة، وخاصة بعلم الفروع منها»^(٧).

ويقول النووي^(٨) (ت ٦٧٦هـ): «وأما الفقه في اللغة فهو: الفهم، يقال فيه: فقه - بكسر القاف - يفقه فقهاً - بفتحها -، كفرح يفرح فرحاً، وقيل: المصدر: فقهاً - بإسكان القاف - . وأما الفقه الشرعي فقال صاحب

(١) راجع: ابن الأثير: جامع الأصول (٩/١١٦، ١١٧).

(٢) راجع: العيني: عمدة القاري (٢/٥٠).

(٣) راجع: المباركفوري: تحفة الأحوذى (٧/٤٠٩).

(٤) أخرجه الدارمي في: السنن: المقدمة: باب فضل العلم والعالم (١/١١٢ ح ٣٤٩).

(٥) رواه أبو داود في: السنن: العلم: باب فضل نشر العلم (٣/٣٢١ ح ٣٦٦٠).

والترمذي في: السنن: العلم: باب ما جاء في الحث على تبليغ السماع (٥/٣٣، ٣٤ ح ٢٦٥٦).

(٦) هو: مجد الدين، أبو السعادات، المبارك بن محمد. تقدمت ترجمته.

(٧) راجع: المرجع السابق، والنهاية (٣/٤٦٥).

(٨) النووي - نسبة إلى نوى من قرى حوران، جنوبي دمشق - وهو: يحيى بن شرف بن

مري، أبو زكريا، كان متفناً في أصناف العلوم، وقد وصل إلى رتبة اجتهاد الفتوى،

وهو الترجيح في الأقوال، وله تاليف كثيرة مهمة، توفي سنة ٦٧٦هـ. راجع:

السبكي: طبقات الشافعية (٨/٣٩٥ - ٤٠٠)، والسيوطي: طبقات الحفاظ (ص ٥١٠)،

والحجوي: الفكر السامي (٢/٣٤١).

«العين»^(١)، والهروي^(٢)، وغيرهما: يقال منه: فقه - بضم القاف -... وقال ابن دريد^(٣) - بكسرهما - كالأول^(٤).

فتبين مما سبق أن الفقه في السنّة هو: الفهم، والعلم. كما أنه اختص بعلم الشريعة، وخاصة بعلم الفروع منها، فهو بهذا لم يخرج عما ذكرته كتب اللغة.

المقارنة والموازنة

بعد بيان معنى الفقه في اللغة، وفي القرآن الكريم، والسنّة المطهّرة، لو قارنا بين معناه في اللغة من جانب، وبين معناه في القرآن والسنّة من جانب آخر - نجد أن معناه فيهما لم يخرج عما هو في اللغة. وهو: مطلق الفهم. لذلك، فيتقرر أن الفقه في اللغة، وفي القرآن والسنّة هو: الفهم مطلقاً، سواء أكان المفهوم واضحاً، أم خفياً ودقيقاً، وسواء أكان غرض المتكلم من كلامه، أم لا - إلا ما خصه العُرف الشرعي.

هذا، وقد نقل العُرف لفظ الفقه عن معناه اللغوي إلى علم الدين والشريعة، وإلى نفس الأحكام الفقهية. وهذا يستلزم بيان معناه في الشرع.

(١) اختلف الناس في مؤلف كتاب العين، ف قيل: للخليل بن أحمد الفراهيدي، النحوي، المتوفى سنة ١٧٠هـ أو ١٦٠هـ. ويقال: إنه لثيب بن نصر بن سياد الخراساني عمل خليل منه قطعة، وأكمله الليث. راجع: الحموي: معجم الأدباء (٧٢/١١ - ٧٧)، وحاجي خليفة: كشف الظنون (١٤٤١/٢ - ١٤٤٢).

(٢) الهروي - بفتح الهاء، والراء المهملة - هذه النسبة إلى بلدة «هراة» وهي إحدى بلاد خراسان. راجع: السمعاني: الأنساب، ورقة (١٥٩٠)، وهو: أبو عبيد القاسم بن سلام. سبقت ترجمته.

(٣) هو: أبو بكر، محمد بن الحسن بن دريد بن عتاهية، الأزدي، البصري، أديب، شاعر، لغوي، نحوي، نسابة. من تصانيفه: الجمهرة في اللغة، واشتقاق أسماء القبائل، وغيرهما، توفي ببغداد سنة ٣٢١هـ. راجع: الحموي: المرجع السابق (١٨/١٢٧ - ١٤١)، وابن تغري بردي: النجوم الزاهرة (٣/٢٤٠ - ٢٤١)، وابن العماد: شذرات الذهب (٢/٢٨٩ - ٢٩١)، وابن كثير: البداية (١٠/١٧٦ - ١٧٧).

(٤) راجع: شرح صحيح مسلم (٥/١٤٥)، ط. الشعب.

الفقه في الشرع:

يُراد بالفقه هنا الفقه عند الفقهاء؛ فإننا فيما نحن بصدد بحثه هو: القاعدة الفقهية، دون الأصولية. إلا أننا نبدأ بالتعريف به عند الأصوليين تمييزاً للفائدة.

أولاً - الفقه عند الأصوليين:

أحسن ما قيل في تعريفه عندهم هو: «العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسب من أدلتها التفصيلية»^(١).

ثانياً - الفقه عند الفقهاء:

يطلق الفقه عند الفقهاء على معنيين:

أحدهما: حفظ طائفة من المسائل، والأحكام، والفروع العملية الشرعية المأخوذة نصاً، أو استنباطاً، سواء أحفظت مع أدلتها، أم حفظت مجردة عنها^(٢).

الثاني: مجموعة المسائل، والأحكام، والفروع العملية المأخوذة من الشرع، سواء أكانت مأخوذة بنص من الكتاب، أو السنة، أو بالإجماع، أو بالقياس، أو بالاستنباط من النصوص، والقواعد العامة^(٣).
يقول ابن خلدون^(٤) (ت ٨٠٨هـ):

(١) راجع: البيضاوي: المنهاج (٢٨/١) مع الإبهاج.

(٢) راجع: علاء الدين الحصكفي: الدر المختار (٣٧/١)، والموسوعة في الفقه الإسلامي (١١/١، ١٢)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١٤/١، ١٥).

(٣) راجع: الجوهري: المواهب السنية (ص ٦) بهامش الأشباه والنظائر، والموسوعة في الفقه الإسلامي (١٢/١)، والزرقا: المدخل الفقهي العام (٥٥/١)، ود. محمد شلبي: المدخل في الفقه الإسلامي (ص ٣٢، ٣٣)، والموسوعة الفقهية (١٥/١)، ود. عبد الوهاب: النظريات والقواعد (ص ٥١)، ود. الزميلي: القواعد الفقهية (ص ١١).

(٤) هو: ولي الدين، أبو زيد، عبد الرحمن بن محمد بن محمد، الحضرمي، الإشبيلي الأصل، التونسي، ثم القاهري، والمعروف بابن خلدون، عالم، أديب، مؤرخ، =

«الفقه: معرفة أحكام الله تعالى في أفعال المكلفين بالوجوب^(١)، والحظر^(٢)، والندب^(٣)، والكراهة^(٤)، والإباحة^(٥). وهي متلقاة من الكتاب، والسنة، وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة. فإذا أخرجت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها: فقه»^(٦).

وهذه الأحكام المستخرجة تسمى فروعاً، واستخراجها منها تفرعاً.

الفرع الثاني

تعريف القاعدة الفقهية الإجمالي

أي: من حيث هي اسم مركب ولقب لهذا الفن

لها عدة تعريفات عند الفقهاء والباحثين، ولكن أكثرها باعتبار مدلولها

= اجتماعي، حكيم. من تأليفه: «التاريخ»، و«لباب المحصل في أصول الدين»، توفي سنة ٨٠٨هـ.

راجع: السخاوي: الضوء اللامع (٤/١٤٥ - ١٤٩)، وابن العماد: شذرات الذهب (٧/٧٦ - ٧٧)، وكحالة: معجم المؤلفين (٥/١٨٨ - ١٨٩).

(١) هو: طلب الفعل طلباً جازماً. راجع: السبكي: الإبهاج (١/٥٢). وبعبارة أوضح: «تحتم الفعل على المكلف على نحو يشعر بالعقوبة على تركه». راجع: الشيخ علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي (ص ٣٨٣).

(٢) هو: طلب الترك طلباً جازماً. راجع: السبكي: نفس المرجع السابق. وبعبارة أكثر وضوحاً: «تحتم ترك الفعل على نحو يشعر بالعقوبة على الفعل». راجع: الشيخ حسب الله: المرجع السابق (ص ٣٨٨).

(٣) هو: طلب الفعل طلباً غير جازم. راجع: السبكي: نفس المرجع السابق. أو «ترجع جانب الفعل على جانب الترك من غير إلزام». راجع: الشيخ حسب الله: نفس المرجع السابق (ص ٣٨٦).

(٤) هي: طلب الترك طلباً غير جازم. راجع: السبكي: المرجع السابق نفسه. أو: «ترجع جانب الترك على جانب الفعل من غير إلزام». راجع: الشيخ حسب الله: المرجع السابق نفسه (ص ٣٨٩).

(٥) هي: التخيير بين الفعل والترك. راجع: الشاطبي: الموافقات (١/١٤٣)، والسبكي: المرجع السابق. أو هي: «تساوي الفعل والترك، وعدم ترجيح أحدهما على الآخر». راجع: الشيخ حسب الله: المرجع السابق.

(٦) راجع: المقدمة (١/٣٥٣).

العام، دون مدلولها الخاص، أي: الفقهي. - كما سنلاحظ ذلك فيما بعد -
منها:

- ١ - تعريف السبكي^(١) (ت ٧٧١هـ) بأنها:
- «الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة، يفهم أحكامها منه»^{(٢)(٣)}.
- ٢ - تعريف ابن خطيب الدهشة^(٤) (ت ٨٣٤هـ) بأنها:
- «حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته لتتعرف أحكامها منه»^(٥).
- ٣ - تعريف الحموي^(٦) (ت ١٠٩٨هـ) بأنها:
- «حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه»^(٧).
- ٤ - تعريف الكوزلحصاري^(٨) (ت ١٢١٥هـ) بأنها:
- «حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليتعرف به أحكام الجزئيات. قيل:
هذا عند غير الفقهاء، وأما عندهم: فحكم أكثرى ينطبق على أكثر الجزئيات»^(٩).

(١) هو: عبد الوهاب بن علي. ستأتي ترجمته بالتفصيل عند الكلام على المؤلفات في القواعد.

(٢) في النسخة المحققة المقدمة لنيل درجة الدكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة «منها» والصواب «منه».

(٣) راجع: الأشباه والنظائر (١٠/١) رسالة الدكتوراه بالكلية.

(٤) هو: أبو الثناء محمود بن أحمد من الشافعية. ستأتي ترجمته بالتفصيل.

(٥) راجع: مختصر قواعد العلائي (٥/١) رسالة الدكتوراه بالكلية.

(٦) هو: شهاب الدين، أحمد بن محمد الحسني، الحموي، الحنفي، عالم مشارك في أنواع من العلوم، من تصانيفه: «كشف الرمز عن خبايا الكنز»، و«غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر»، توفي سنة ١٠٩٨هـ. راجع: البغدادي: هدية العارفين (١/١٦٤، ١٦٥)، وإيضاح المكنون (١/١٤، ٢/١٤٧)، وكحالة: معجم المؤلفين (٢/٩٣).

(٧) راجع: غمز عيون البصائر (١/٢٢).

(٨) هو: مصطفى بن محمد الكوزلحصاري، المرادي، الحنفي، فقيه أصولي، وله كتاب «منافع الدقائق في شرح مجامع الحقائق» للخادمي، توفي سنة ١٢١٥هـ. راجع: البغدادي، المرجع السابق (٢/٤٥٤ - ٤٥٥)، وكحالة: المرجع السابق (١٢/٢٨٣ - ٢٨٤).

(٩) راجع: منافع الدقائق (ص ٣٠٥).

- ٥ - تعريف مصطفى هاشم^(١) بأنها:
- «قضية كلية أو أكثرية منطبقة على الجزئيات يتعرّف منها أحكام جزئياتها»^(٢).
- ٦ - تعريف اللحجي الحضرمي^(٣) بأنها:
- «قانون»^(٤) تعرف به أحكام الحوادث التي لا نصّ عليها في كتاب، أو سنة، أو إجماع»^(٥).
- ٧ - تعريف الجوهزي^(٦) الشافعي بأنها:
- «الأمر الكلي المنطبق على جزئياته»^(٧).
- ٨ - تعريف علي حيدر^(٨):
- «الحكم الكلي أو الأكثرى الذي يُراد به معرفة حكم الجزئيات»^(٩).
- هذا، وقد عرّف القاعدة بمدلولها الخاص المحدثون من الفقهاء، والباحثون بعدة تعريفات، منها:
- ١ - تعريف الشيخ محمد أبو زهرة بأنها:
- «مجموعة من الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها،
-
- (١) هو: مصطفى هاشم بن أحمد مختار. ولم نقف على ترجمته بعد.
- (٢) راجع: إيضاح القواعد (ص ٣).
- (٣) هو: الشيخ عبد الله بن سعيد محمد عبادي اللحجي الحضرمي، السجاري، كان مدرّساً بالمدرسة الصولتية؛ إذ كتب على غلاف الكتاب: «إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية».
- (٤) القانون: الأصل، والجمع: قوانين. راجع: الفيومي: المصباح المنير (ص ١٩٨)، مادة: (قن).
- (٥) راجع: إيضاح القواعد الفقهية (ص ٧).
- (٦) هو: عبد الله بن سليمان الجوهزي الشافعي. لم نعر على ترجمته بعد.
- (٧) راجع: كتاب المواهب السنية (ص ٦) بهامش الأشباه والنظائر.
- (٨) كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز العثمانية، وأمين الفتيا، ووزير العدلية وأستاذ المجلة بمعهد الحقوق في إستانبول.
- (٩) راجع: درر الحكام (١/١٧).

- وإلى ضابط فقهي يربطها»^(١).
- ٢ - تعريف الشيخ الزرقا بأنها:
- «أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها»^(٢).
- ٣ - تعريف الشيخ محمد أنيس عبادة بأنها:
- «قضية كلية يتعرف منها أحكام الجزئيات المندرجة تحت موضوعها»^(٣).
- ٤ - تعريف الشيخ محمد حنفي بأنها:
- «القواعد الكلية أو الأكثرية التي تحكم الفروع الفقهية المتشابهة»^(٤).
- ٥ - تعريف الدكتور بدران بأنها:
- «أمر كلي ينطبق على جميع جزئيات موضوعها»^(٥).
- ٦ - تعريف الدكتور شلبي بأنها:
- «أصول ومبادئ كلية في نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها»^(٦).
- ٧ - تعريف الدكتور بكر أبو زيد بأنها:
- «كل تأصيل فقهي كلي، أو أغلبي يحوي بتفعيده قضاياها، وفروعه المتناثرة التي موضوعها هو فعل المكلف»^(٧).
- ٨ - تعريف الدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد بأنها:

(١) راجع: أصول الفقه (ص ٨).

(٢) راجع: المدخل الفقهي العام (٢/٩٤٧ ف ٥٥٦).

(٣) راجع: مدخل التشريع الإسلامي (ص ٢٠).

(٤) راجع: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (ص ٢٥٧).

(٥) راجع: الشريعة الإسلامية: تاريخها ونظرية الملكية والعقود (ص ٢٨١).

(٦) راجع: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (ص ٣٢٤) أو (ص ٥٣٨).

(٧) راجع: المذكرة الإيضاحية لمعلمة القواعد الفقهية (ص ٢٦٣٣) بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الرابع، الجزء الثالث.

«حكم أغلبي يتعرّف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة»^(١).

٩ - تعريف الباحث علي أحمد الندوي بأنها:

«حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرّف منها أحكام ما دخل تحتها»^(٢). أو
«أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا
التي تدخل تحت موضوعه»^(٣).

قبل إبداء الملاحظات حول التعريفات السابقة للقاعدة بمدلولها الخاص
- أي: الفقهي - ونقاشها - يحب علينا أن نتعرض لبيان القاعدة أو القواعد من
حيث هي هي، وليبيانها من حيث هي في الواقع العملي عند الفقهاء، أو عند
التطبيق العملي في الواقع؛ لأننا قد وجدنا أن الفقهاء اختلفوا في التعبير
عنها بكونها كلية، أو أكثرية، أو أعم من أن تكون كلية، أو أكثرية.

فالقاعدة أو القواعد من حيث هي قاعدة أو قواعد تقتضي أن تكون أعم
من أن تكون كلية، أو أغلبية. ويدل لذلك انطباقها واشتمالها بالقوة على
جميع أحكام جزئيات موضوعها، لذلك يعلّل السيد الشريف الجرجاني
(ت ٨١٦هـ) كونها كلية باشمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها، حيث
يعرفها بأنها:

«قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات
موضوعها»^(٤).

وأشار إليه أبو سعيد الخادمي^(٥) (ت ١١٦٨هـ) حيث قال: «خاتمة في
قواعد كلية أو أكثرية»^(٦)، وأوضحه الشيخ مصطفى هاشم؛ إذ قال شارحاً
لقوله: «كلية أو أكثرية»: «صفة كاشفة، صرح بها مع دخولها في حقيقة

(١) راجع: القسم الدرّاسي لكتاب القواعد (١/١٠٧).

(٢) راجع: القواعد الفقهية (ص ٤٣). (٣) راجع: المرجع السابق (ص ٤٥).

(٤) راجع: حاشيته على شرح القاضي عضد (١/١٩).

(٥) هو: محمد بن محمد من الحنفية. ستأتي ترجمته بالتفصيل في بحث المؤلفات في
القواعد.

(٦) راجع: مجامع الحقائق (ص ٣) مع إيضاح القواعد.

الموصوف للاهتمام به»^(١). واختاره الشيخ مصطفى الكوزلحصاري قائلاً: «لكن المختار كون القواعد أعم من أن تكون كلية أو أكثرية، كما أشار إليه المصنف»^(٢).

وأما القاعدة أو القواعد من حيث هي في الواقع عند الفقهاء، أو عند التطبيق العملي في الواقع: ففيها اتجاهان للفقهاء:

اتجاه يرى أن أكثر قواعد الفقه أغلبية: إليه ذهب الحموي (ت ١٠٩٨هـ)؛ إذ قال: «هي عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلي»^(٣)، والعلامة الأمير^(٤) (ت ١٢٣٢هـ) من المالكية؛ إذ قال: «إن أكثر قواعد الفقه أغلبية»^(٥).

اتجاه يرى: أنها كلية: إليه ذهب جميع من عرفوها بكونها كلية. وكذلك ذهب إليه السيوطي (ت ٩١١هـ)؛ إذ إنه يقول: «الكتاب الثاني: في قواعد كلية»^(٦). وابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)؛ فإنه يقول: «الفن الأول: القواعد الكلية»^(٧). ود. محمد الحسيني حنفي حيث يقول مستدلاً على ما ذهب إليه: والحق أنه بالنظر فيما خرج عن حكم هذه القواعد يتبين أن هناك اعتبارات اقتضت خروجه، وإعطاءه حكماً مخالفاً، أو أن علة حكمها لا توجد فيه بتمامها. والشرط لتطبيق الحكم على الجزئي أن تكون علة الحكم الكلي متحققة فيه بتمامها، وألا يكون فيه مانع يمنع من تطبيق الحكم الكلي عليه،

(١) راجع: إيضاح القواعد شرح مجامع الحقائق (ص ٣).

(٢) راجع: منافع الحقائق في شرح مجامع الدقائق (ص ٣٠٥).

(٣) راجع: غمز عيون البصائر (١/٢٢).

(٤) هو: أبو عبد الله أو أبو محمد، محمد بن محمد بن أحمد السنباوي، الشهير بالأمير، المغربي الأصل، المصري، الإمام الشهير، ذائع الصيت، مشارك في العلوم. وله التأليف منها: «المجموع وشرحه»، و«حاشية على شرح عبد الباقي»، توفي سنة ١٢٣٢هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/٢٩٧)، وفهرس الأعلام الملحق بآخر حاشية الصاوي (٦/٦٣١، ٦٣٢).

(٥) راجع: محمد علي: تهذيب الفروق (١/٣٦).

(٦) راجع: الأشباه والنظائر (ص ٤، ١١٣). (٧) راجع: الأشباه والنظائر (ص ١٩).

وبهذا النظر يتبين أن القواعد التي استنبطوها كلية وليست أكثرية^(١). ثم اختلفت وجهة نظر القائلين: بكونها أغلبية في بيان المراد بالكلية التي وردت في تعاريف الفقهاء على وجهين:

أحدهما: أن المراد بالكلية: الكلية العادية لا الحقيقية، وبعبارة أخرى: أن هذه الكلية كلية نسبية، لا شمولية. ذهب إليه الشاطبي^(٢) (ت ٧٩٠هـ)، معللاً ذلك بقوله: «لما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة، وكانت العوائد قد جرت بها سنة الله أكثرية، لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، كان من الأمر الملتفت إليه إجراء القواعد على العموم العادي لا على العموم الكلي التام الذي لا يختلف عنه جزئي ما... إلى غير ذلك من الأمور التي قد تتخلف مقتضياتها في نفس الأمر، ولكنه قليل بالنسبة إلى عدم التخلف، فاعتبرت هذه القواعد كلية عادية، لا حقيقة»^(٣).

الثاني: أن المراد بالقواعد الكلية: القواعد التي لم تدخل قاعدة منها تحت قاعدة أخرى، وإن خرج منها بعض الأفراد، ذهب إليه الحموي الحنفي^(٤).

الراجع:

إن القواعد من حيث هي قواعد أعم من أن تكون كلية، أو أكثرية وذلك لعدة اعتبارات:

- (١) راجع: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (ص ٢٦٠).
- (٢) هو: أبو إسحاق، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الغرناطي، الشهير بالشاطبي، من المحققين الأثبات، ومن أكابر المتفنين فقهاً، وأصولاً، وعربية، وغيرها. وله كتاب «الموافقات» في أصول الفقه، وكتاب «الاعتصام»، توفي سنة ٧٩٠هـ. راجع: البغدادي: إيضاح المكنون (١٢٧/٢)، والحجوي: الفكر السامي (٢٤٨/٢)، والصعدي: المجددون في الإسلام (ص ٣٠٧ - ٣١٢)، وعمر رضا كحالة: معجم المؤلفين (١١٨/١).
- (٣) راجع: الموافقات (١٦٩/٣، ١٧٠).
- (٤) راجع: غمز عيون البصائر (١/٢٢).

- ١ - إن القواعد من حيث هي قواعد، أو باعتبار حقيقتها، وطبيعتها تقتضي أن تكون أعم من أن تكون كلية، أو أغلبية؛ لأنها تشتمل بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها، سواء أكانت كلية في الواقع، أم لم تكن كذلك، بل أكثرية - كما سبق توضيح ذلك - .
- ٢ - إن ما قاله بعض الفقهاء من «أن أكثر قواعد الفقه أغلبية»، هو يدل بوضوح على أن هناك بعض القواعد عنده كلية.
- ٣ - إن إجراء القواعد على العموم العادي لا على الكلي مبني على اعتبارها أكثرية، أو أغلبية، كما ذهب إليه الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، ومن هذا حدوه. فلو سلمنا به، فكيف يمكن تسليم تسميتها بالكلية إذن؟؛ إذ بينهما تناقض صريح، من ثم كانت تسميتها بالأكثرية، أو بالأغلبية أولى، وأصح، حتى لا يضطر إلى التأويل، ومن المعلوم أن ما لا يحتاج إلى تأويل أولى إذا أمكن مما يحتاج إلى تأويل.
- ٤ - إن خروج بعض أفرادها منها قد يكون لاعتبارات خارجة عن مقتضى الكلي، وعليه، فيمكن القول: بأنها لم تكن داخلة فيها أصلاً، فخروجها لا يؤثر في حقيقتها وطبيعتها الكلية، كما هي.
- ٥ - إن قول القائل: «هي عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلي» يخالفه واقع التعريفات للقاعدة؛ إذ عرفها معظم الفقهاء الذين تعرضوا للتعريف بها: بأنها كلية.
- ٦ - إن اعتبار القاعدة أعم من أن تكون كلية، أو أغلبية، هو أشمل، وأكثر فائدة، وأقرب إلى طبيعتها من حيث هي، كما أن فيه تفادي الاعتراض من قِبَل القائل: بكونها كلية فقط، أو القائل: بكونها أغلبية فقط.

ملاحظات حول التعريفات

إن ما يرد على التعريفات من ملاحظات، يمكن أن نقسمها إلى ملاحظات جماعية بمعنى أنها تشمل أكثر من تعريف، وإلى ملاحظات فردية بمعنى أنها تنفرد بتعريف دون آخر، أو ينفرد بها تعريف دون غيره.

أولاً - ملاحظات جماعية:

- ١ - يلاحظ أن أكثر التعاريف لتلك القاعدة جاءت بمدلولها العام مع إطلاقها عليها بمدلولها الخاص أي: الفقهي. سيأتي ما يترتب على ذلك.
- ٢ - معظم تلك التعريفات غير جامعة لجميع أفراد المعرف، وذلك؛ لأن القاعدة إما اعتبرت بأنها: الأمر الكلي، أو حكم كلي، أو قضية كلية، وإما اعتبرت بأنها: حكم أكثرى، أو: قضية أغلبية، فالتعريف في أحد الاعتبارين منفرداً لم يصدق على جميع أفراد المعرف في الاعتبار الثاني؛ إذ يخرج بعض الأفراد عنه، وبالتالي لا يدخل أحدهما في الآخر.
- ٣ - أكثر التعريفات غير مائعة من دخول غير المعرف فيها من القواعد الأخرى؛ إذ ليس فيها ما يدل على اختصاصها بالقاعدة الفقهية، وتمييزها عن غيرها. فيدخل فيها كل ما يطلق عليه قاعدة في كافة العلوم كالقاعدة الأصولية، والقاعدة النحوية، وغيرها من القواعد.
- ٤ - كما أنها - ما عدا تعريف الباحث الندوي - غير مائعة أيضاً من دخول الضابط الفقهي فيها؛ لأنها كما تصدق على القاعدة الفقهية، تصدق أيضاً على الضابط الفقهي^(١)؛ إذ تلك التعريفات لم تقيّد بما يميّزها عن الضابط الفقهي.
- ٥ - ورد في تعريف السبكي (ت ٧٧١هـ)، والشيخ الجوهزي، ود. بدران لفظ: (الأمر الكلي) وهو يتناول مفهوم الكلي، كالإنسان مثلاً، وهذا ليس بمراد هنا، فيكون تعريف كل منهم غير مانع أيضاً من دخول الغير في المعرف.
- ٦ - لجلّ تعاريف الفقهاء، وبعض تعاريف المحدثين والباحثين، وردت فيها لفظة: (ينطبق) أو: (منطبق). وهي تعتبر زيادة؛ لأن معرفة أحكام

(١) سيأتي تعريف الضابط الفقهي وهو «حكم كلي منطبق على جزئيات». راجع: التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون (١/٨٨٦).

الجزئيات، وتعرفها من الأمر الكلي يقتضي ويشعر بأنه منطبق بالقوة على تلك الأحكام؛ إذ لو لم يكن كذلك، لا يمكن معرفتها منه.

٧ - تعريف الكوزلحصاري الثاني، وتعريف الجوهزي، وتعريف د. بدران:

هذه التعاريف الثلاثة ناقصة؛ لأنها مقتصرة على بيان انطباق الحكم الكلي، أو الأكثرى على أحكام الجزئيات فقط، مع أن الغرض من القواعد هو: معرفة أحكام جزئيات موضوعه منه.

٨ - لوحظ في أكثر التعريفات ورود «أحكام جزئياته أو جزئياتها» أي:

جزئيات أمر أو حكم كلي، أو أغلبي، أو جزئيات قضية كلية، أو أكثرية. وهذا ليس المراد، كما يتبادر إليه الوهم؛ لأن هذه الكلمات الثلاث ليست لها جزئيات حتى تحمل هي عليها، فضلاً عن أن تكون لها أحكام تتعرف منها، بل المراد جزئيات موضوعه، أو موضوعها^(١).

٩ - تكررت في تعريفي الكوزلحصاري، والشيخ مصطفى هاشم كلمة (الجزئيات) دون حاجة إليها.

١٠ - بعض التعريفات يكتنفها الغموض، وعدم الوضوح، ويحيط بها عدم التنقيح، والتهذيب، وينقصها عدم الدقة في التعبير، فلا تعطي صورة واضحة ودقيقة ومتكاملة.

ثانياً - ملاحظات فردية:

١ - تعريف السبكي (ت ٧٧١هـ):

فيه تناقض؛ إذ فيه: «الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة» و(الكلي) نسبة إلى كلمة (كل)، وهي: في كلام العرب معناها: الإحاطة والعموم^(٢) باعتبارها صيغة من صيغ العموم. فكيف يكون الأمر كلياً ولا تنطبق عليه كل الجزئيات، بل جزئيات كثيرة؟

(١) راجع: التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون (٣/١١٧٦).

(٢) راجع: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (ص ١٧٣٩).

- ٢ - تعريف اللحجي: يرد عليه: أ - أنه غير جامع؛ إذ يخرج منه بعض أفراد المعرف؛ فإنه لا يتناول أحكام الجزئيات المنصوص عليها في الكتاب، أو السنة، أو المجمع عليها، مع أن القاعدة الفقهية كما يتعرف منها أحكام الجزئيات غير المنصوصة، وغير المجمع عليها كذلك يتعرف منها أحكام الجزئيات المنصوص عليها أو المجمع عليها؛ فإنها مقررة لأحكام ثابتة بنص من الكتاب، أو السنة، أو بإجماع، أو باستنباط من نصوصهما.
- ب - معرفة أحكام الحوادث التي لا نصّ عليها في الكتاب، أو السنة، ولا إجماع عليها من القاعدة، ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة بما إذا كانت القاعدة مأخوذة من الكتاب، أو السنة نصّاً، أو مستفادة منهما مفهوماً، وأما ما عدا ذلك، فهي شاهد يستأنس به في إبداء رأي أولي^(١)، ولا يمكن الاعتماد عليها وحدها في استخراج حكم فقهي دون نصّ آخر خاص، أو عام يشمل بعمومه الحادثة^(٢).

تعريف الشيخ محمد أبو زهرة: يرد عليه:

- ١ - يكتفه عدم التنقيح، والتهديب.
- ٢ - القاعدة الفقهية ليست هي مجموعة الأحكام المتشابهة، بل هي ما يجمع تلك الأحكام، وهو حكم فقهي عام.
- ٣ - إن عبارة: «التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها، أو إلى ضابط فقهي يربطها» فيها الغموض الشديد، كما أن الضابط الفقهي يدخل في التعريف.

تعريف الشيخ الزرقا: يرد عليه:

- ١ - يحيط به الغموض، وينقصه التنقيح، والتهديب، بل وعدم الدقة في الصياغة.

(١) راجع: د. عبد الوهاب أبو سليمان: النظريات والقواعد (ص ٥٥).

(٢) راجع: الشيخ الزرقا: المدخل (٢/٩٤٨، ٩٤٩ ف ٥٥٨).

- ٢ - تعريف القواعد بما هو أعم منها، - أي: بأصول -، ثم شرحها بما هو أخص منها - وهي أحكام تشريعية عامة -، لذلك لو عرفها الشيخ بأنها: «أحكام تشريعية عامة» لكان أولى.
- ٣ - فيه حشو وزيادة وهي: «نصوص موجزة دستورية».
- ٤ - التعبير (في الحوادث) غير دقيق، وأين متعلقه؟
- ٥ - إلى أين يرجع ضمير التأنيث في (موضوعها)؟ إلى (أصول) أو إلى (أحكاماً).

بعد هذا يمكن القول: بأن التعريف غير واضح، وغير دقيق، فلا يعطي صورة واضحة لحقيقة القواعد. فلو عرفها الشيخ بأنها: «أحكام تشريعية عامة تتضمن أحكام الحوادث التي تدخل تحت موضوعها» لكان التعريف واضحاً.

تعريف د. بكر أبو زيد: يرد عليه:

- ١ - أنه يشتمل على زيادة وحشو.
- ٢ - يحيط به عدم الوضوح، وينقصه التهذيب، والتنقيح، ويكتفه عدم الدقة في الصياغة، فهو غير واضح الدلالة على حقيقة القاعدة، وطبيعتها، وبالتالي فلا يعطي صورة واضحة المعالم لها.

تعريف الباحث الندوي الأول: يرد عليه:

- ١ - لفظ (شرعي): نسبة إلى شرع، والشرع كما يتناول حكماً فقهياً، كذلك يتناول حكماً أصولياً، وغيره، فهو يشمل كل ما يطلق عليه حكم، سواء أكان فقهياً، أم أصولياً، أم نحوياً.
- ٢ - لفظ (قضية): اسم من قضى عليه يقضي قضاء، وقضية، وهي: حكم^(١) وعليه فتكون العبارة: «حكم شرعي في حكم أغلبي».
- ٣ - قول الباحث: «يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها» تعبير غير دقيق؛ لأن هذه العبارة فيها ما فيها؛ فإن ضمير التأنيث في كل (منها) و(تحتها)

(١) راجع: ابن منظور: لسان العرب (٥/٣٦٦٥)، مادة: (قضى).

يرجع إلى (قضية). هنا نتساءل: هل حكم شرعي يتعرّف منه أحكام ما دخل تحته، أو قضية أغلبية يتعرّف منها أحكام ما دخل تحتها؟ فإذا أُجيب عنه بالأول، فكيف يرجع الضمير إلى (قضية)، وبالتالي فكيف استعمل الباحث ضمير التأنيث؟ وإذا أُجيب عنه بالثاني، فكيف يصح تعريفها بأنها: «حكم شرعي في قضية أغلبية»، وكيف يصح جعل (حكم) جنساً في التعريف، وماذا يفيد؟

تعريفه الثاني: يرد عليه:

ما ورد على تعريف الشيخ الزرقا؛ فإنه انتقاه منه.

ويضاف إلى ذلك أنه انتقى الصياغة من تعريف الشيخ الزرقا دون أن يستوعب معناه، وما يقصده من وراء عباراته، والدليل على ذلك: أن الشيخ عرف القواعد؛ إذ يقول: «... فالقواعد الفقهية هي: أصول فقهية كلية... تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها». فقوله: «أحكاماً تشريعية عامة» يناسب قوله: «أصول فقهية كلية»؛ لأن كل أصل يتضمن حكماً تشريعياً عاماً.

وعليه: فهل صياغة الباحث الندوي التي انتقاه من تعريف الشيخ الزرقا هي صياغة دقيقة؟ وهل أصل واحد فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة؟ بعد أن أبدينا الملاحظات السابقة، القائمة على الأسس العلمية حول التعريفات - يمكننا القول: بأن تلك الملاحظات قد نالت منها نيلاً حرك جذورها، وضعف أسسها، فليس أمامنا إلا التوصل إلى تعريف للقاعدة، تتلافى، وتتفادى فيه جميع تلك الملاحظات، فما هو:

حكم فقهي عام يتعرّف منه أحكام جزئيات موضوعه من أبواب مختلفة.

شرح التعريف:

لفظ (حكم): جنس في التعريف، فهو يتناول كل حكم سواء أكان قد تضمنته القاعدة الأصولية، أو النحوية، أو غيرها، فدخلت فيه القواعد غير الفقهية: الأصولية، والنحوية، وغيرها.

- وإيراده هنا أولى وأحسن من لفظي (أمر، وقضية) وذلك:
- أ - أنه يراعى في الجنس لا في الأفراد، أي: أنه عام لم يوضع لفرد معين، أو حالة مخصوصة^(١).
- ب - أنه يفترض أو يستلزم وجود المحكوم فيه أو به وهو: الفعل الذي يتعلق به الحكم الشرعي، ووجود المحكوم عليه وهو: الإنسان المكلف بالحكم الشرعي.
- ج - أن القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، وهذا الحكم الذي تتضمنه: ينتقل إلى الجزئيات، والفروع المندرجة تحت موضوعه، فهو بهذا الاعتبار أليق، وأنسب هنا.
- وتقييده بـ(فقهية) أخرج حكماً تتضمنه القواعد غير الفقهية، فخرجت القواعد الأصولية والنحوية، وغيرهما.
- وتقييده بـ(عام) أشير به إلى أن القاعدة من طبيعتها العموم، فهي أعم من أن تكون كلية، أو أغلبية. كما أنه أخرج كل حكم ليس فيه العموم، كحكم جزئي أو شخصي، وكأحكام واردة في صورة جزئية.
- ولفظ: (يتعرف) فيه إشعار بأن الحكم الفقهي العام ينطبق، ويشتمل بالقوة على أحكام الجزئيات المندرجة تحت موضوعه؛ إذ لو لم يكن كذلك لما أمكن معرفة تلك الأحكام منه، وهذا جعلني في غنى عن إيراد لفظ: (ينطبق) في التعريف، وفيه كذلك دلالة على أن تعرف تلك الأحكام من ذلك الحكم الفقهي العام إنما يحصل عن طريق استعمال الذهن، وإعمال الفكر، وهذا من عمل الفقهاء، ولا يعرف من القاعدة بداهة.
- ولفظ: (موضوعه) فيه إشارة، وتنبيه على أن لفظ: (حكم) ليس له جزئيات تحمل عليه، فضلاً عن أن يكون لها أحكام تتعرف منه، بل أحكام جزئيات موضوعه.

(١) راجع: د. صبحي محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام (ص ١١).

ولفظ: (من أبواب مختلفة) لإخراج الضابط الفقهي؛ فإنه يتعرف منه أحكام جزئيات باب واحد فقط.

المطلب الثاني

التعريف بالألفاظ ذات الصلة بالقاعدة، والفرق بينها

وهو يتفرع إلى فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالألفاظ ذات الصلة بالقاعدة.

الفرع الثاني: الفرق بين القاعدة وبين الألفاظ ذات الصلة بها.

* * *

الفرع الأول

التعريف بالألفاظ ذات الصلة بالقاعدة

هذه الألفاظ هي: الأصل، والقانون، والضابط، والأشباه والنظائر، والنظرية. نتناول كل واحد منها بالتعريف به لغةً، واصطلاحاً.

أولاً - لفظ: (الأصل):

هو لغة من (أصل) الهمزة، والصاد، واللام: أساس الشيء وأسفله، وجمعه: أصول. وأطلق على:

أ - ما يُبنى عليه: يقال: أصّلت الشيء تأصيلاً: جعلته أصلاً ثابتاً يبني عليه. وأصل الشيء - ككرم - أصالة: صار ذا أصل. وقيل: أصل كل شيء: ما يستند وجود ذلك الشيء إليه^(١).

ب - القاعدة: يقول الراغب الأصفهاني^(٢) (ت ٥٠٢هـ): «وأصل الشيء:

(١) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (١/١٠٩)، مادة: (أصل)، وابن منظور: لسان العرب (١/٨٩)، مادة: (أصل)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٦)، مادة: (أصل)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ١٢٤٢)، مادة: (أصل).

(٢) ستاني ترجمته ص ٢١٩.

قاعده التي لو توهمت مرتفعة لارتفع بارتفاعه سائرته. لذلك قال تعالى:
﴿أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ﴾ [إبراهيم: ٢٤]^(١).

اصطلاحاً: له عدة إطلاقات منها:

- ١ - الدليل: يقال: الأصل: كل ما ثبت دليلاً في إيجاب حكم من الأحكام كقول الفقهاء: أصله كذا، أو الأصل في جوازه كذا^(٢) أي: الدليل.
- ٢ - القاعدة: كقول الكرخي^(٣) (ت ٣٠٤هـ): (الأصل): «أن ما يثبت باليقين لا يزول بالشك»^(٤).
- ٣ - المتفرع منه: كالأم بالنسبة للولد، والدابة بالنسبة للنتاج، واللبن، والصوف، والشجر بالنسبة للثمر، والأموال في التجارة بالنسبة للربح، والعبد بالنسبة لما اكتسبه من المال، وكذلك المبيع بالنسبة لما يحصل منه من نماء، وزوائد^(٥).
- ٤ - الراجع: مثل: الأصل في الكلام الحقيقة أي: الراجع عند السامع هو الحقيقة، لا المجاز^(٦).
- ٥ - استمرار الحكم السابق: مثل: الأصل في الأشياء الإباحة^(٧).

(١) راجع: المفردات في غريب القرآن (ص ١٩).

(٢) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٢/٥٧، ٦٦، ١٠٦، ١١٢)، وابن قدامة: المغني (٥/٧٠، ١١/١٦١)، والمقدسي: الشرح الكبير (٤/٣، ٣٣٨)، والزركشي: البحر المحيط (١/١٧)، والكفوي: الكليات (١/١٨٨).

(٣) هو: أبو الحسن، عبيد الله بن الحسين. ستأتي ترجمته بالتفصيل في بحث المؤلفات.

(٤) راجع: أصول الكرخي (ص ١٦١) مع تأسيس النظر.

(٥) السمناني: روضة القضاة (١/٣٨٧)، والسمرقندي: المرجع السابق (٢/١٠٠)، وابن قدامة: المرجع السابق (٢/٦٣٠، ٦٣١، ٤/٢٥٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٥/١٤٣، ١٤٦)، وابن رجب: القواعد (ص ١٥٨، ١٦٦، ١٦٧).

(٦) راجع: الزركشي: المرجع السابق، والكفوي: المرجع السابق، ومحمد أبو النور زهير: أصول الفقه (ص ٥).

(٧) راجع: الزركشي: المرجع السابق، والكفوي: المرجع السابق.

- ٦ - الغالب في الشرع^(١): مثل: الأصل: لزوم العقد ونفاذه^(٢).
- ٧ - المقيس عليه: مثل: الخمر أصل النبيذ بمعنى: الخمر: مقيس عليها، والنبيذ: مقيس^(٣).
- يقول السيد الشريف الجرجاني^(٤) (ت ٨١٦هـ): «وفي الشرع عبارة عما يُبْنَى عليه غيره، ولا يُبْنَى هو على غيره. والأصل: ما يثبت حكمه بنفسه، ويُبْنَى عليه غيره^(٥)».

ثانياً - لفظ: (القانون):

هو في اللغة:

- أ - الأصل. ب - مقياس كل شيء وطريقه. والجمع: قوانين.
- هذا، وكلمة (القانون) ليست بعربية. قال ابن سيدة (ت ٤٥٨هـ): «أراها دخيلة. قيل: رومية (يونانية) أو سريانية، أو فارسية^(٦)».
- والحقيقة أنها يونانية الأصل^(٧) دخلت إلى العربية عن طريقة السريانية. وكان استعمالها في الأصل بمعنى: المسطرة، ثم نقلت إلى القضية الكلية^(٨)، واستعملت بمعنى: القاعدة. وهي تستعمل في اللغات الأوروبية بمعنى: الشريعة الكنسية.
- في الاصطلاح: ندر استعمال كلمة (القانون) عند الفقهاء المسلمين.

(١) راجع: الزركشي: البحر المحيط (١٧/١).

(٢) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٦٦/٢).

(٣) راجع: الزركشي: المرجع السابق؛ ومحمد أبو النور زهير: المرجع السابق (ص ٦).

(٤) تقدمت ترجمته. (٥) راجع: التعريفات (ص ٤٩، ٥٠).

(٦) راجع: الرازي: مختار الصحاح (ص ٥٧٩)، مادة: (قنن)، وابن منظور: لسان العرب

(٧/٥/٣٧٥٩)، مادة: (قنن)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٩٨)، مادة: (قنن)،

والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ١٥٨٢)، مادة: (قنن)، والزبيدي: تاج العروس

(٩/٣١٥)، مادة: (قنن)، والكفوي: الكليات (٤/٦٠).

(٧) راجع: الموسوعة الإسلامية: كلمة (قانون Kanon).

(٨) راجع: الكفوي: المرجع السابق.

وإنما استعملوا مكانها كلمات: الشرع، والشريعة، والحكم الشرعي، والقاعدة، والأصل. ومع ذلك فقد أطلقها بعض الفقهاء على:

١ - قاعدة عامة ملزمة: بهذا المعنى استعملها الإمام الغزالي^(١) (ت ٥٠٥هـ)؛ إذ تكلم عن قوانين الحد^(٢).

٢ - مجموعة الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية: بهذا المعنى استعملها ابن جزي المالكي^(٣) (ت ٧٤١هـ) يقول في مقدمة كتابه «القوانين الفقهية»^(٤): «أما بعد: فهذا كتاب في قوانين الأحكام الشرعية، ومسائل الفروع الفقهية».

٣ - الأنظمة التشريعية الزمنية: بهذا المعنى استعملها ابن خلدون^(٥) (ت ٨٠٨هـ) حيث يقول: «... فوجب أن يرجع في ذلك إلى قوانين سياسية مفروضة يسلمها الكافة، وينقادون إلى أحكامها، كما كان للفرس، وغيرهم...»

(١) الغزالي - بفتح الغين المعجمة، وتشديد الزاء المعجمة، وبعد الألف لام - هذه النسبة إلى الغزال وهو اسم لمن يبيع الغزل، وقيل: إن الزاء مخففة نسبة إلى غزالة، وهي قرية من قرى طوس - وهي ناحية بخراسان - وهو خلاف المشهور. راجع: السمعاني: الأنساب، ورقة (٤٠٨)، وابن خلكان: وفيات الأعيان (٢٠٧/١). وهو: أبو حامد، محمد بن محمد الغزالي، حجة الإسلام، الشافعي، جد في طلب العلم والتحصيل، حتى برع في المذهب، والخلافات، والجدل، والمنطق والحكمة والفلسفة، وصفه شيخه إمام الحرمين بأنه: بحر يقذف، تزهد في آخر عمره، وعكف على العبادة، والتأليف، حتى وافاه الأجل سنة ٥٠٥هـ. من مؤلفاته: «المستصفى»، و«الوجيز» وغيرهما. راجع: الذهبي: سير أعلام النبلاء (٣٢٢/١٩ - ٣٤٦)، والسيكي: طبقات الشافعية (١٩١/٦ - ٢٨٩)، والحجوي: الفكر السامي (٣٣٢/٢).

(٢) راجع: المستصفى (١٢/١).

(٣) هو: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، الغرناطي، مشهور بالعلم، كان حافظاً، فقيهاً، عاكفاً على العلم، والتدليس، مشاركاً في فنون شتى. وله تأليف عديدة منها: «القوانين الفقهية»، و«تقريب الوصول إلى علم الأصول»، وغيرهما، توفي سنة ٧٤١هـ. راجع: ابن فرحون: الديباج (ص ٢٩٥ - ٢٩٦)، والشيخ مخلوف: شجرة النور الزكية (ص ٢١٣)، والحجوي: المرجع السابق (٢٤٠/٢).

(٤) راجع: (ص ٦).

(٥) تقدمت ترجمته.

فإذا كانت هذه القوانين مفروضة من العقلاء، وأكابر الدولة، وبصرائها كانت سياسة عقلية. وإذا كانت مفروضة من الله يقرها ويشرعها، كانت سياسة دينية نافعة في الحياة الدنيا، وفي الآخرة...»^(١).

٤ - القاعدة: استعمل السيد الشريف الجرجاني (ت ٨١٦هـ) القانون بمعنى القاعدة بمدلولها العام، حيث عرّف القانون بأنه: «أمر كليّ منطبق على جميع جزئياته التي يتعرّف أحكامها منه»^(٢). واستعمله الشيخ عبد الله بن سعيد اللحجي بمعناها بمدلولها الخاص أي: الفقهي؛ إذ عرّف القاعدة الفقهية بأنها: «قانون تعرف به أحكام الحوادث...»^(٣). كما سبق.

هذا، وقد كثر استعمال كلمة (القانون) في العهد العثماني للدلالة على الأحكام الصادرة من الدولة، لتفريقها عن أحكام الشرع الحنيف، المبنية على أدلته المعروفة، لا سيما إذا كان الحكم في المسألة الواحدة يختلف في القانون عما هو في الشرع. مثاله: الربا محرم شرعاً، ولكن الفائدة مباحة قانوناً^(٤).

ولا يزال استعمالها على هذا الوضع مستمراً.

ثالثاً - لفظ: (الضابط):

أ - لغة: هو مشتق من (ضبط) الضاد، والباء، والطاء، أصل صحيح. يقال: ضبط الشيء - بالفتح ضبطاً - من باب ضرب: حفظه بالحزم، أو حفظه حفظاً بليغاً. فهو ضابط أي: حازم.

ومنه قيل: ضبطت البلاد، وغيرها إذا قمت بأمرها قياماً ليس فيه نقص. ومن المجاز: فلان لا يضبط عمله: لا يقوم بما فوّض إليه. ولا يضبط قراءته: لا يحسنها. وكذلك: كتاب مضبوط: إذا أصلح خلله.

(١) راجع: المقدمة (١/١٥٠).

(٢) راجع: التعريفات (ص ٢١٩).

(٣) راجع: إيضاح القواعد الفقهية (ص ٧).

(٤) راجع: صبحي محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام (ص ١٠، ١١).

والضابطة: الماسكة، والقاعدة. جمعها: ضوابط^(١).

ب - اصطلاحاً: أطلق الضابط على القاعدة، كما أطلقت القاعدة على الضابط؛ إذ من العلماء من لم يفرّق بينهما. يقول الفيومي (ت ٧٧٠هـ): «القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط، وهي: الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته»^(٢). وتبعه غيره أيضاً^(٣). وعرفه التهانوي بأنه: «حكم كلي منطبق على جزئيات»^(٤). وهذا التعريف لا يختلف كثيراً من تعريف الفيومي (ت ٧٧٠هـ).

هذا، وقد فرّق أكثر الفقهاء بينهما، كما سيأتي تفصيله، وعليه فيمكن تعريفه بأنه:

حكم فقهي عام يتعرف منه أحكام جزئيات موضوعه من باب واحد.

رابعاً - الأشباه والنظائر:

قبل أن نبين معنى الأشباه والنظائر، نود أن نسترعي الانتباه إلى أنه قد يترأى للبعض، ويحسب أن كل ما أدرج تحت عنوان «الأشباه والنظائر» هو من قبيل القواعد الفقهية، بل وقد وقع ذلك فعلاً. يقول الشيخ عبد الله اللحجي في كتابه «إيضاح القواعد الفقهية»^(٥): «واسمه علم القواعد الفقهية وعلم الأشباه والنظائر». هذا، ومثله يدعو إلى بيان معنى الأشباه والنظائر،

(١) راجع: الجوهري: الصحاح (٣/١١٣٩)، مادة: (ضبط)، وابن فارس: مقاييس اللغة (٣/٣٨٦)، مادة: (ضبط)، والزمخشري: أساس البلاغة (ص ٢٦٥)، مادة: (ضبط)، والرازي: مختار الصحاح (ص ٤٠٠)، مادة: (ضبط)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٣٥)، مادة: (ضبط)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ٨٧٢)، مادة: (ضبط)، والزيدي: تاج العروس (٥/١٧٤، ١٧٥)، مادة: (ضبط).

(٢) راجع: المصباح المنير (ص ١٣٥)، مادة: (ضبط).

(٣) كالتابلسي، وهو عبد الغني بن إسماعيل الدمشقي. راجع: الندوي: القواعد الفقهية (ص ٤٧).

(٤) راجع: كشاف اصطلاحات الفنون (١/٨٨٦).

(٥) راجع: (ص ٧).

وتحديد مدلولها، وتعيين مفهومها في الاصطلاح الفقهي. ولكن قبل ذلك لا بد من الإشارة إلى معناها لغة.

الأشباه والنظائر لغة:

الأشباه جمع: الشبه - بالكسر، والشبه - بالتحريك -، والشبيه: المثل^(١).

والنظائر: جمع: النظرية في الكلام، والأشياء، وهي: المثل، والشبه في الأشكال، والأخلاق، والأفعال، والأموال. والنظير: المثل، أو المثل المساوي. هذا لنظير هذا أي: مساويه، وقيل: المثل في كل شيء، فلان نظيرك؛ أي: مثلك؛ لأنه إذا نظر إليهما الناظر رأهما سواء. والجمع: النظراء^(٢).

يلاحظ:

١ - أن النظائر: جمع: النظرية، ولا النظير؛ لأن جمعه: النظراء.

٢ - المثل، والشبه، والنظير بمعنى واحد في اللغة.

الأشباه والنظائر اصطلاحاً:

قبل بيان مدلول الأشباه والنظائر في الاصطلاح الفقهي يجب علينا أن نعرف: هل كل من المثل، والشبه، والنظير بمعنى واحد عند الفقهاء؟ في ضوء ذلك يمكن تحديد مدلولها عند الفقهاء.

يقول السيوطي (ت ٩١١هـ) مبيناً الفرق بينهما: «المثل أخص الثلاثة، والشبيه أعم من المثل، وأخص من النظير، والنظير أعم من الشبيه. وبيان ذلك: أن المماثلة تستلزم المشابهة وزيادة، والمشابهة لا تستلزم المماثلة، فلا يلزم أن يكون شبه الشيء مماثلاً له، والنظير قد لا يكون مشابهاً.

(١) راجع: ابن منظور: لسان العرب (٤/٢١٨٩)، مادة: (شبه)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ١٦١٠)، مادة: (شبه).

(٢) راجع: ابن منظور: المرجع السابق (٦/٤٤٦٧، ٤٤٦٨)، مادة: (نظر)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٢٣٤)، مادة: (نظر).

وحاصل هذا الفرق: أن المماثلة تقتضي المساواة من كل وجه، والمشابهة تقتضي الاشتراك في أكثر الوجوه، لا كلها، والمناظرة تكفي في بعض الوجوه ولو وجهاً واحداً. يقال: هذا نظير هذا في كذا، وإن خالفه في سائر جهاته...

وأما اللغويون فإنهم جعلوا المثل، والشبيه، والنظير بمعنى واحد^(١).

يلاحظ ما يأتي:

- ١ - أن الفقهاء يذكرون النظير باعتباره مفرداً للنظائر.
- ٢ - أن الفقهاء لم يجعلوها بمعنى واحد كما جعلها اللغويون، بل اعتبروا النظير أعم.

فاتضح أن النظير أعم من الشبه والتشبيه، وعليه فقد لا يكون متشابهاً أي: لا يشمل الشبه؛ إذ إن النظير إذا أطلق يمكن أن يراد به: الشبه، ويمكن أن يراد به ما عداه؛ فإنه لو لم يكن كذلك لا يكون هناك أي فائدة من إيراده. فما المراد بكل من الأشباه والنظائر؟ هذا ما نتعرض له فيما يلي:

وأما الأشباه فقد بين مدلولها والمراد منها الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ)؛ إذ قال: «قياس غلبة الأشباه أن يكون الفرع دائراً بين أصليين، فإن كانت المشابهة لأحدهما أقوى ألحق به»^(٢). وعبر عما قاله تاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ) بقوله: «إن قياس الأشباه هو: أن يجتذب الفرع أصلاً، ويتنازعه مأخذان، فينظر أولاهما وأكثرهما شبيهاً فيلحق به»^(٣).

فما أشار إليه الإمام الشافعي رحمته، والسبكي هو ما يتبادر إليه الذهن، كما أن فيه إشارة إلى أن الأشباه لا بد من أن يكون بينها وجه شبه قوي، بحيث لا يكون بينها فرق في الحكم يظهر عند تدقيق النظر والتأمل من قبل

(١) راجع: الحاوي للفتاوى (٢/٢٧٣).

(٢) ابن خطيب الدهشة: مختصر قواعد العلائي وكلام الإسنوي (١/٢٠٦، ٢/٥٩٣). (٧)

(٣) راجع: الندوي: القواعد الفقهية (ص ٧٣).

الفقهاء. وهذا يعني أن بينها قدرًا مشتركاً به تشترك في الحكم، وهذا يحدو بنا إلى القول: بأن الأشباه هي (القواعد والضوابط الفقهية).

وإلى ذلك يشير قول السبكي: «وإن شئت قل: ما عمّ صوراً، فإن كان المقصود من ذكره القدر المشترك الذي به اشتركت الصور في الحكم فهو: المدرك وإلا، فإن كان القصد ضبط تلك الصور بنوع من أنواع الضبط من غير نظر في مأخذها فهو الضابط، وإلا فهو القاعدة»^(١).

وأما النظائر فهي: الأشباه التي بينها وجه شبه ولكنه ضعيف، فيظهر فرق بينها في الحكم، فتختلف فيه. أو هي: النظائر المتحددة تصويراً ومعنى، المختلفة حكماً وعلّة، وتسمى بالفروق. وبه صرح السيوطي (ت ٩١١هـ) حيث قال: «إن من النظائر ما يخالف نظائره في الحكم لمدرك خاص به، وهو الفن المسمى بالفروق، الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحددة تصويراً ومعنى، المختلفة حكماً وعلّة»^(٢).

فتدخل في النظائر الفروق، وما يتلاءم معها من فنون أخرى متشابهة. هذا، وقد أشار بعض الفقهاء، منهم: الحموي الحنفي (ت ١٠٩٨هـ) إلى أن الأشباه والنظائر مترادفة للفروق؛ إذ يقول: «المراد بها - أي: الأشباه والنظائر - المسائل التي تشبه بعضها بعضاً مع اختلاف في الحكم لأمر خفية»^(٣).

فهذه العبارة واضحة الدلالة على أن المراد بالأشباه والنظائر عنده الفروق الفقهية.

فما ذهب إليه الحموي يخالف ما يحتوي عليه كتب الأشباه والنظائر، فلا يسوغ لنا أن نسايره، وذلك أننا إذا نظرنا في كتاب «الأشباه والنظائر» للسيوطي (ت ٩١١هـ)، وكتاب «الأشباه والنظائر» لابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) مثلاً - نجد أن كل واحد منهما يتناول: القواعد، والضوابط والفروق الفقهية،

(١) راجع: الأشباه والنظائر (١/١١).

(٢) راجع: الأشباه والنظائر (ص ٧).

(٣) راجع: غمز عيون البصائر (١/١٨).

والفرق، والجمع، وغير ذلك من فنون متنوعة متشابهة أخرى. فاستبان لنا بوضوح لا لبس فيه: أن الأشباه والنظائر ليست مترادفة للفرق، كما قال به الحموي، بل إنها أعم وأشمل من ذلك، فهي تعني القواعد، والضوابط، والفرق، والفرق والجمع، وغير ذلك من الفنون المتشابهة الأخرى.

بعد هذا كله لا يسعنا إلا أن نقرر أن الأشباه، والنظائر ليس المراد بها القواعد الفقهية فحسب، ولا هي الفرق فقط، بل إنها تشمل هذا وذاك، وغيرهما من الفنون، والأصناف الأخرى التي تلتقي في جانب أو أكثر. وأخيراً نود أن نشير إلى أن الفقهاء لما وجدوا فناً وأصنافاً متنوعة مختلفة متشابهة، وأرادوا أن يجمعوها تحت عنوان واحد شامل لها، ورأوا أن كلمة: (الأشباه) لا تشملها؛ إذ لا تدخل فيها إلا القواعد، والضوابط الفقهية فحسب - فهذا ما دعاهم وحدا بهم إلى إلحاق النظائر بالأشباه، وإضافتها إليها، لكي يتمكنوا من جمعها، وتأليفها تحت عنوان واحد شامل لها.

خامساً - لفظ: (النظرية):

لغة: هي مأخوذة من (نظر) النون، والطاء، والزاء، أصل صحيح، يرجع فروعه إلى معنى واحد وهو: تأمل الشيء بالعين، ومعاينته، وإبصاره، أو حسن العين، ثم يستعار ويتسع فيه.

يقال: نظره - كنصره، وسمعه - وإليه نظراً، ومنظراً: عاينه، وتأمله بعينه^(١).

واصطلاحاً: مما ينبغي الإشارة إليه أن التعبير عن موضوعات ومسائل فقهية متشابهة في الأركان، والشروط، والأحكام العامة، وجامعة لها - بالنظرية،

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٥/٤٤٤)، مادة: (نظر)، والرازي: مختار الصحاح (ص٦٩١)، مادة: (نظر)، وابن منظور: لسان العرب (٤/٤٤٦٥)، مادة: (نظر)، والفيومي: المصباح المنير (ص٢٣٤)، مادة: (نظر)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص٦٢٣)، مادة: (نظر).

هو تعبير حديث العهد بالفقه الإسلامي؛ فإن دراسة الفقه الإسلامي في نطاقها أمر مستحدث، استحدثه العلماء المحدثون الذين درسوا القانون الوضعي بجانب الفقه الإسلامي وجمعوا بينهما، واستخلصوه من خلال احتكاكهم، وتعايشهم، ومقارنتهم، وموازنتهم بين الفقه والقانون تمشياً مع نمط العصر، وتسهيلاً على الباحثين، والدارسين لموضوعات فقهية متشابهة من حيث الأركان، والشروط، والأحكام العامة المشتركة بينها في مكان واحد تحت تلك النظرية، وكذلك منعاً من التكرار من الناحية العملية.

هذا، وللنظرية عدة تعريفات عرّفها بها الباحثون:

١ - عرّفها الشيخ الزرقا بأنها: «الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي... وتحكم عناصر ذلك في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام»^(١).

٢ - عرّفها الشيخ أحمد فهمي أبو سنة بأنها: «القاعدة الكبرى التي موضوعها كلي تحته موضوعات متشابهة في الأركان، والشروط، والأحكام العامة»^(٢).

٣ - عرّفها الشيخ محمد أنيس عبادة بأنها: «مجموعة القواعد الفقهية الضابطة للفروع التي ترتبط أحكامها برباط مشترك»^(٣).

وقال أيضاً: «وقد يكون المراد بالنظرية: العلم بجملة أحكام فرعية يجمعها معنى واحد مشترك»^(٤).

٤ - عرّفها الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان بأنها: «عبارة عن موضوع فقهي يشمل مساحة فقهية كبيرة من الأبواب، والموضوعات المستقلة التي يمثل كل واحد منها وحدة حقوقية واسعة بمسائلها، وفروعها، يصل ما بين

(١) راجع: المدخل الفقهي العام (١/٢٣٥ ف٩٩).

(٢) راجع: النظرية العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية (ص٤٣، ٤٤).

(٣) راجع: القضاء في الكتاب والسنة (ص٣٨، ٣٩).

(٤) راجع: المرجع السابق.

هذه الموضوعات علاقة فقهية»^(١).

وعرفها أيضاً بأنها: «ضم موضوعات ومسائل فقهية خاضعة لأركان، وشروط، وأسباب متماثلة تصلها ببعضها علاقة فقهية قانونية، تكون منها وحدة موضوعية في دراسة مستقلة»^(٢).

تقسيم النظرية:

تنقسم النظرية إلى قسمين:

- النظرية العامة: وهي: النظرية الأساسية التي تندرج تحتها النظريات الفرعية كنظرية الحق، ونظرية العقد، ونظرية العقوبات.
- النظرية الخاصة: وهي: النظرية المتفرعة من إحدى النظريات العامة المندرجة تحتها كنظرية الفسخ، ونظرية البطلان^(٣).

الفرع الثاني

الفرق بين القاعدة الفقهية وبين الألفاظ ذات الصلة بها

وفيه عدة غصون:

الغصن الأول: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي.

الغصن الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية.

الغصن الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية.

ج الغصن الأول: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

لا شك أن بيان الفرق بينهما يقتضي اعتبار كل منهما مصطلحاً مستقلاً،

فهل هما كانا كذلك عند الفقهاء؟

فلو نظرنا في كتب القواعد الفقهية، والفروق الفقهية، نجد أن الفرق

(١) راجع: النظريات والقواعد في الفقه الإسلامي (ص ٥٢).

(٢) راجع: المرجع السابق.

(٣) راجع: الشيخ أحمد فهمي أبو سنة: النظرية العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية (ص ٤٣، ٤٤).

بينهما لم يكن موضع اعتبار لدى عامة الفقهاء الذين ألفوا فيها، حيث أطلقوا على صور متشابهة من الفروع، والجزئيات القواعد والأصول، دون النظر إلى ما إذا كانت من باب واحد، أو أبواب مختلفة، بل وأطلق بعضهم على فرع مخصوص القاعدة، وإليه أشار تاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ) بقوله: «... فإن قلت: فخرج عن القاعدة نحو قول الغزالي في «الوسيط»: قاعدة: لو تحرم بالصلاة في وقت الكراهة، ففي الانعقاد وجهان» فقد أطلق القاعدة على فرع مخصوص^(١). بل ويلاحظ أن إطلاق القاعدة على الضابط الفقهي كان أمراً ملحوظاً وشائعاً في كتبهم، كما نلاحظ ذلك في «القواعد في الفقه الإسلامي» لابن رجب الحنبلي (ت ٧٥٥هـ)، و«الاعتناء في الفرق والاستثناء» للبكري^(٢) الشافعي (ت ٨٧١هـ)، بل هذا الأخير جعل القواعد فيه هي الضوابط الفقهية. وقد صرح بعض الفقهاء^(٣) بأن القاعدة هي بمعنى الضابط.

هذا، ونورد هنا بعض الأمثلة:

- ١ - قول ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «القاعدة الأولى: أن الحالف بالله سبحانه قد بين الله حكمه بالكتاب والسنة، والإجماع»^(٤).
- ٢ - قول تاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ): «قاعدة: كل ميتة نجسة، إلا السمك، والجراد بالإجماع، والأدمي على الأصح»^(٥).
- ٣ - قول ابن رجب (ت ٧٩٥هـ): «شعر الحيوان في حكم المنفصل عنه، لا في حكم المتصل، وكذلك الظفر»^(٦).
- ٤ - قول البكري (ت ٨٧١هـ): «القاعدة الأولى: كل ماء مطلق لم يتغير فهو الطهور»^(٧).

(١) راجع: الأشباه والنظائر (١١/١).

(٢) هو: بدر الدين، محمد بن أبي بكر بن سليمان البكري. ستأتي ترجمته بالتفصيل.

(٣) كالقيومي في: المصباح المنير (ص ١٩٥)، والنايلسي في: شرح الأشباه والنظائر.

راجع الندوي: القواعد (ص ٤٧).

(٤) راجع: القواعد النورانية الفقهية (ص ١٥٨).

(٥) راجع: المرجع السابق (٢٠٠/١). (٦) راجع: القواعد (ص ٤ ق ٢).

(٧) راجع: الاعتناء في الفرق والاستثناء (٣٧/١).

هذا، ومن الملاحظ أن المصطلح في أي فن من الفنون، وأي علم من العلوم لا يمكن أن يبقى على نمط معين، وأسلوب واحد في المرحلة الأولى من حياته، بل ولا بد من أن يتغير مع مرور الأيام، وتعاقب العصور، وأن يتطور حتى ينتقل من طور إلى طور آخر، وعليه فقد يكون اصطلاح ما مثلاً عاماً في فترة من الفترات، ثم يحصل له تطور في مفهومه إلى أن يصبح أخص مما كان. وهذا لا يكون إلا بكثرة تدواله واستعماله.

ولا شك أن هذا ما جرى بالنسبة للقواعد، والضوابط، إلى أن أصبح كل منهما اصطلاحاً خاصاً شائعاً لدى أكثر الفقهاء المتأخرين. يقول تاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ) مبيناً الفرق بينهما بعد تعريف القاعدة: «ومنها ما لا يختص بباب كقولنا: «اليقين لا يرفع بالشك». ومنها ما يختص؛ كقولنا: «كل كفارة سببها معصية فهي على الفور». والغالب فيما اختص بباب، وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطاً»^(١). وأبانه السيوطي (ت ٩١١هـ) وأوضحه في الفن الثاني من كتابه «الأشباه والنظائر» في النحو: «الثاني: في الضوابط، والاستثناءات، والتقسيمات، وهو مترتب على الأبواب لاختصاص كل ضابط ببابه، وهذا أحد الفروق بين الضابط والقاعدة؛ لأن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمع فروع باب واحد...»^(٢). وتبعه ابن نجيم الحنفي^(٣) (ت ٩٧٠هـ)، وذهب إليه أبو البقاء الكفوي^(٤) (ت ١٠٩٤هـ)، والبناني^(٥) (ت ١١٩٨هـ)^(٦)، والتهانوي^(٧).

هذا، وأما على القول: باعتبار الفرق بينهما، فأنهما يلتقيان أيضاً في

الأمر التالية:

-
- (١) راجع: الأشباه والنظائر (١١/١). (٢) راجع: (٨/١).
- (٣) راجع: الأشباه والنظائر (ص ١٦٦). (٤) راجع: الكليات (٤٨/٤).
- (٥) نسبة إلى بنانة من قرى منستير بأفريقية. هو: عبد الرحمن بن جاد الله البناني، المغربي، المالكي، نزيل مصر، فقيه، أصولي، توفي سنة ١١٩٨هـ. الزركلي: الأعلام (٧٣/٤)، وكحالة: المعجم (١٣٢/٥).
- (٦) راجع: حاشيته على جمع الجوامع (٣٥٦/٢).
- (٧) راجع: كشاف اصطلاحات الفنون (٨٨٦/١).

١ - أن كلاً منهما يتضمن حكماً فقهياً.

٢ - يندرج تحت كل منهما جزئيات وفروع فقهية.

٣ - أن لكل منهما منطاً واحداً^(١).

وأما الفرق بينهما فيبرز مما يأتي:

١ - أن القاعدة الفقهية لا تختص بباب، فهي أعم وأشمل، وأوسع مجالاً، وأكثر نطاقاً من الضابط؛ فإنها تجمع فروعاً متعددة من موضوعات متشابهة في الحكم من أبواب شتى. وأما الضابط الفقهي فيختص بباب واحد، فهو إذن أضيق نطاقاً من القاعدة؛ إذ إنه يجمع فروعاً من موضوع واحد وباب واحد.

هذا الفرق بينهما هو الغالب، والأصل. يقول ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ):
«والفرق بين الضابط والقاعدة أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد، هذا هو الأصل»^(٢).

٢ - أن معظم القواعد الفقهية تختلف عنها بعض جزئيات، فهي بهذا تشمل على الاستثناءات، وذلك؛ لأنها تتناول فروعاً عديدة، وجزئيات متعددة من موضوعات مختلفة، فمن الطبيعي أن تحتل الاستثناءات وتشتمل عليها. وأما الضوابط فلا مجال فيها للاستثناءات إلا قليلاً ونادراً؛ لأنها لا تتناول إلا فروعاً من موضوع واحد فقط، لأجل ذلك ربما أطلق بعض العلماء عليها (الكليات)^(٣).

٣ - أن الضابط يقصد منه ضبط صور متشابهة بنوع من أنواع الضبط من غير نظر إلى مأخذها، بخلاف القاعدة؛ فإنها ينظر فيها إلى مأخذها^(٤).

(١) راجع: د. الوليد عبد الرحمن: القواعد الفقهية عند الحنابلة (ص ١٠٤).

(٢) راجع: الأشباه والنظائر (ص ١٦٦).

(٣) راجع: المكناسي (ت ٩١٧هـ): الكليات في الفقه، حيث أطلق «الكليات» على الضوابط الفقهية.

(٤) راجع: تاج الدين السبكي: الأشباه والنظائر (١/١١).

٤ - أن القاعدة في الأغلب متفق عليها بين المذاهب، أو أكثرها. أما الضابط فيختص بمذهب معين إلا ما ندر عمومه، بل إن منه ما يكون وجهة نظر خاصة بفتية معين في مذهب، قد يخالفه فيه فقهاء آخرون من نفس المذهب^(١).

٥ الغصن الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

إن القواعد الفقهية كانت كثيراً ما تشبه بالقواعد الأصولية قبل أن تستقل بالتدوين، وتنفرد بالتأليف، وتتميز عما سواها؛ لأنها كانت جزءاً من الفقه، وأصوله، منتشرة في مدوناتها، ومتناثرة في مؤلفاتها.

كما أن القواعد الفقهية تشبه القواعد الأصولية في أن كلاً منهما قواعد تندرج تحتها قضايا، ومسائل، وفروع جزئية، وكذلك أن الغاية من كل منهما هي معرفة الأحكام الشرعية لأفعال العباد.

وإذا كان الأمر كذلك، فربما يختلط الأمر على الباحث، فيعتبرهما متماثلتين، كأنهما أمر واحد، بل وقد التبس على المؤلفين في الماضي، وقبل أن يتبلور مفهوم القواعد الفقهية، فابن خلدون (ت ٨٠٨هـ) مثلاً، عد أصول الكرخي^(٢) (ت ٣٤٠هـ)، و«تأسيس النظر» لأبي زيد الدبوسي^(٣) (ت ٤٣٠هـ) من كتب الأصول^(٤). وكذلك وقع الالتباس على الباحثين كالشيخ أحمد أبو الفتوح، حيث تحدث عن القواعد الفقهية تحت عنوان: «طرق وضع القواعد الأصولية»^(٥).

بيد أن هناك فوارق جوهرية يلاحظها الدارس، والناظر في حقيقة كل من

(١) راجع: د. البرنوي: الوجيز (ص ٢١) نقلاً عن القواعد الفقهية عند الحنابلة (ص ١٠٥).

(٢) هو: نسبة إلى كرخ جدان، قرية بناوحي بغداد، وهو: عبيد الله بن الحسين.

(٣) هو: عبيد الله بن عمر من الحنفية. ستأتي ترجمته بالتفصيل في بحث المؤلفات.

(٤) راجع: المقدمة (١/٤٥٥).

(٥) راجع: كتاب المعاملات في الشريعة (ص ١٧).

القواعد الفقهية، والقواعد الأصولية، وخصائصهما، ووظائفهما، بها تتميز إحداهما عن الأخرى. وفيما يلي بيان لتلك الفوارق كما ذكرها العلماء:

١ - القاعدة الفقهية ناشئة عن الأحكام الشرعية والمسائل الفقهية الفرعية، بينما القواعد الأصولية ناشئة في أغلبها من الألفاظ، والقواعد، والنصوص العربية، والأحكام الشرعية^(١).

٢ - القاعدة الفقهية موضوعها: فعل المكلف، وأما القواعد الأصولية فموضوعها: الدليل أو الدليل والحكم معاً^(٢). وبعبارة أخرى: القاعدة الفقهية متعلقة بفعل المكلف، وأما القاعدة الأصولية فهي متعلقة بالدليل الشرعي^(٣).

٣ - القواعد الفقهية هي: الأحكام العامة، وأما القواعد الأصولية فهي: الأدلة العامة. يقول ابن تيمية^(٤) (ت ٧٢٨هـ): «فهي بأصول الفقه - التي هي: الأدلة العامة - أشبه منها بقواعد الفقه - التي هي: الأحكام العامة».

٤ - القواعد الفقهية: متأخرة في وجودها عن الفروع؛ لأنها جمع لأشتاتها، وربط لمعانيها. وأما القواعد الأصولية: فوجودها سابق على الفروع؛ لأنها القيود التي أخذ بها الفقيه عند الاستنباط^(٥).

٥ - القاعدة الفقهية حكم بذاتها أي: يندرج تحتها أحكام الفقه؛ فإنها عبارة عن المسائل التي يندرج تحتها أحكام الفقه نفسها. وأما القاعدة

(١) راجع: القرافي: الفروق (٢/١)، ود. عبد الوهاب: النظريات والقواعد (ص ٥٩)، ود. الزميلي: القواعد الفقهية (ص ١٣).

(٢) راجع: التفتازاني: التلويح (٢٢/١)، وملاجيون: نور الأنوار (ص ٤)، والندوي: القواعد الفقهية (ص ٦٨).

(٣) راجع: د. الوليد: القواعد الفقهية عند الحنابلة (ص ٩٦).

(٤) هو: شيخ الإسلام، أبو العباس، أحمد بن عبد الحلیم. ستأتي ترجمته في بحث المؤلفات.

(٥) راجع: مجموع الفتاوى (١٦٧/٢٩)، والقواعد النورانية الفقهية (ص ١٤٦).

الأصولية فهي دليل بذاتها أي: يندرج تحتها أنواع من الأدلة الإجمالية؛ فإنها عبارة عن المسائل التي يندرج تحتها أنواع من الأدلة الإجمالية^(١).

٦ - القاعدة الفقهية يتوقف استنتاجها على القاعدة الأصولية، وأما هي فلا تتوقف على القاعدة الفقهية^(٢).

٧ - القواعد الفقهية تستعمل في ضبط المسائل المتناظرة المنتشرة في أبواب الفقه تحت مناط واحد، وحكم واحد. بينما القواعد الأصولية تستعمل في إثبات شرعية الأحكام، وأدلتها، واستنباطها^(٣).

٨ - القواعد الفقهية تضبط الفروع^(٤)، وتربي ملكة الاستنباط، وتحمي الفقيه من الخطأ والتناقض، وتطلعه على مقاصد الشريعة. بينما القواعد الأصولية تبين المنهاج الذي يلتزمه الفقيه لاستنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية^(٥).

٩ - القواعد الفقهية: يرجع إليها الفقيه، والمفتي، والمتعلم لمعرفة الأحكام للفروع، ويستفيدونها منها. وأما القواعد الأصولية: فيرجع إليها المجتهد خاصة عند استنباط الأحكام الفقهية، ومعرفة أحكام الوقائع، والمسائل المستجدة^(٦).

١٠ - القواعد الفقهية ليست عامة مطلقة؛ إذ لبعضها استثناءات. وأما القواعد

(١) راجع: محمد أبو زهرة: الإمام مالك (ص ٢٥٧).

(٢) راجع: د. محمد مذكور: التقديم على تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (ص ٣٥)، ود. عبد الوهاب: النظريات، والقواعد (ص ٥٩)، ود. الوليد: القواعد الفقهية عند الحنابلة (ص ٩٧).

(٣) راجع: د. محمد مذكور: المرجع السابق، ود. الوليد: المرجع السابق.

(٤) راجع: د. الوليد: نفس المرجع السابق (ص ٩٨).

(٥) راجع: الشيخ محمد أبو زهرة: أصول الفقه (ص ٨)، وموسوعة الفقه الإسلامي (١/ ٩٤)، ود. الوليد: المرجع السابق.

(٦) راجع: د. الزميلي: القواعد الفقهية (ص ١٤)، ود. الوليد: المرجع السابق.

الأصولية فهي عامة شاملة؛ لأنها أدوات استنباط الأحكام من مصادرها^(١).

١١ - القواعد الفقهية ليست ثابتة، وإنما تتغير لتغير الأحكام. بينما القواعد الأصولية ثابتة لا تتغير ولا تبدل^(٢).

١٢ - القاعدة الفقهية مقررة لأحكام ثابتة في مسائلها، وأما القواعد الأصولية فهي مؤسسة لأحكام، واجتهادات جديدة^(٣). وبعبارة أخرى: القاعدة الفقهية ليست أصلاً في إثبات حكم جزئياتها، بل حكم القاعدة نفسه مستمد من حكم جزئياتها. وأما القاعدة الأصولية فهي أصل في إثبات حكم جزئياتها^(٤).

ع الغصن الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية

يرى بعض الباحثين أن القواعد الفقهية هي التي يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقهاء الإسلامي، أو النظريات الفقهية. هذا هو رأي الشيخ محمد أبو زهرة^(٥) وتبعه في ذلك بعض الباحثين منهم: أحمد أبو طاهر الخطابي^(٦)، ود. تيسير فائق أحمد^(٧).

(١) راجع: د. الصابوني: محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي (ص ٢٤٢)، ود. الزميلي: القواعد الفقهية؛ ود. الوليد: القواعد الفقهية عند الحنابلة.

(٢) راجع: د. الصابوني: المرجع السابق. وذهب صبحي محمصاني إلى أن الأحكام المعرضة للتغير والتعديل معظمها يتعلق بالجزئيات دون القواعد الكلية التي تبقى مبدئياً ثابتة واحدة في جميع البلاد ماضيها، وحاضرها، ومستقبلها. راجع: فلسفة التشريع في الإسلام (ص ١٦٤).

(٣) راجع: د. عبد الوهاب: النظريات والقواعد في الفقه الإسلامي (ص ٥٩).

(٤) راجع: عادل أحمد والشيخ علي محمد: مقدمة التحقيق لكتاب الاعتناء في الفرق والاستثناء (١/١١١).

(٥) راجع: أصول الفقه (ص ٨)، وموسوعة الفقه الإسلامي (١/٩٣ ف ٦٨).

(٦) راجع: الندوي: القواعد الفقهية (ص ٦٢، ٦٣).

(٧) راجع: مقدمة تحقيقه لكتاب المشور في القواعد (١/٣٤).

لعلّ سبب هذا الالتباس هو: أن كلاً منهما يشترك في أنه يتناول مسائل، وفروعاً، وجزئيات، وموضوعات متشابهة في الحكم من أبواب الفقه المتفرقة، إلا أنه في الحقيقة يوجد ثم فوارق جوهرية بينهما من حيث التكوين، والشمول. إليك هذه الفوارق:

١ - القاعدة الفقهية لا تحتاج في تكوينها إلى أركان، وشروط. وأما النظريات الفقهية فلا بد لها من ذلك^(١).

٢ - القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً عاماً في ذاتها، وينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها، بخلاف النظرية الفقهية^(٢).

فقاعدة: «الأمر بمقاصدها» مثلاً، تضمنت حكماً وهو: اعتبار المقاصد في الأمور. وأما نظرية المقاصد مثلاً فليست كذلك. وقاعدة: «العادة محكمة» مثلاً، تضمنت حكماً فقهياً وهو: تحكيم العادة. وأما نظرية العرف مثلاً فليست كذلك.

٣ - القاعدة الفقهية تصاغ صياغة موجزة، فهي تمتاز بإيجاز في صياغتها. وأما النظريات الفقهية فليست كذلك.

٤ - القواعد الفقهية تراعي في تخريج أحكام الفروع الحادثة، والطارئة، ويعتمد عليها الفقيه، والمفتي في معرفة الأحكام الشرعية، واستخراجها للقائع، والمسائل المستجدة، بخلاف النظريات الفقهية.

٥ - القواعد الفقهية هي أخص، وأقل شمولاً، وأضيق نطاقاً بالنسبة للنظريات الفقهية؛ فإن كل نظرية تشمل مجموعة من القواعد الفقهية. فالنظرية الفقهية أعم وأشمل، وأوسع نطاقاً من القاعدة الفقهية.

(١) راجع: الشيخ أبو سنة: النظريات العامة (ص ٤٤)، ود. أحمد عبد الله: القسم الدراسي لكتاب القواعد للمقري (١/١١٠).

(٢) راجع: الشيخ أبو سنة: المرجع السابق، ود. أحمد بن عبد الله: المرجع السابق (١/١٠٩).

المطلب الثالث

تقسيم القواعد الفقهية مع بيان اعتبار كل منها

يمكن تقسيم القواعد الفقهية باعتبارات عديدة:

- ١ - تقسيمها باعتبار أصولها، ومصادرها.
- ٢ - تقسيمها باعتبار أهميتها، وشمولها وعمومها.
- ٣ - تقسيمها باعتبارها متفقاً عليها أو مختلفاً فيها.
- ٤ - تقسيمها باعتبار ورودها بصيغة الخلاف أو عدم ورودها بها.
- ٥ - تقسيمها باعتبار أصلتها وتبعيتها، أو باعتبار تفرعها وعدم تفرعها.
- ٦ - تقسيمها باعتبار اشتغالها على المناط وعدمه.

أولاً - تقسيم القواعد الفقهية باعتبار أصولها ومصادرها:

تنقسم القواعد بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: القواعد التي هي من حيث ذاتها نصوص شرعية جرت مجرى القواعد عند الفقهاء. ويمكن تسمية تلك القواعد بالقواعد التشريعية الفقهية. من أمثلة هذا القسم:

- ١ - قاعدة: (الخراج بالضمان)^(١): هي نفس حديث نبوي شريف ونصّه^(٢).
- ٢ - قاعدة: (لا ضرر ولا ضرار)^(٣): هي نفس حديث نبوي شريف ونصّه^(٤).

(١) راجع: السيوطي: الأشباه والنظائر (ص ١٥٠ ق ١١)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ١٥١ ق ١٠).

(٢) أخرجه أبو داود في: السنن: البيوع: باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله، ثم رأى فيه عيباً (١٤٧/٣) من معالم السنن للخطابي. سيأتي تخريجه مفصلاً مع الحكم عليه.

(٣) راجع: مجلة الأحكام العدلية، مادة: (١٩).

(٤) روي من حديث عبادة بن الصامت، وعبد الله بن عباس، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وجابر بن عبد الله، وعائشة بنت أبي بكر الصديق، وثعلبة بن أبي مالك القرظي، وأبي لبابة رضي الله عنه. أما حديث عبادة: فرواه ابن ماجه في: السنن (ح ٢٣٦٢)، وأحمد في: المسند (٣٢٦/٥، ٣٢٧). قال الحافظ في الدراية (ص ٢٨٢): =

٣ - قاعدة: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)^(١): هي نفس حديث نبوي ونصه^(٢).

فهذه القواعد الثلاث التي هي نفس الأحاديث النبوية الشريفة، ونصوصها، تناولها الفقهاء باعتبارها قواعد، وجرت مجرى القواعد عندهم.

القسم الثاني: القواعد التي هي مأخوذة ومستنبطة من نصوص، وأصول شرعية، ودلالاتها. من أمثلة هذا القسم:

١ - قاعدة: (الأمور بمقاصدها)^(٣): مأخوذة من قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»^(٤).

٢ - قاعدة: (المشقة تجلب التيسير)^(٥): مأخوذة من قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] وقوله سبحانه: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

٣ - قاعدة: (الضرر يزال)^(٦): مأخوذة من قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٧).

= وفيه انقطاع. وأما حديث غيره: فقد خرجه الشيخ الألباني في: إرواء الغليل (٣/٤٠٨ - ٤١٣) بالتفصيل. وهذا الحديث حسنه أبو عمرو بن الصلاح، والنووي، والعلائي، وابن رجب، وصححه الشيخ الألباني. واحتج به الإمام مالك، ومحمد بن الحسن الشيباني، والإمام أحمد. وتقبله جماهير أهل العلم، واحتجوا به. راجع: الموطأ (٢/٨٠٥)، وأبا نعيم: الحلية (٩/٧٦)، وابن رجب: جامع العلوم والحكم (ص ٣٦٧ - ٣٧٠)، والمناوي: فيض القدير (٦/٤٣٢)، والشيخ الألباني: المرجع السابق (٣/٤١٣).

(١) راجع: مجلة الأحكام العدلية، مادة: (٧٦).

(٢) أخرجه بهذا اللفظ: البيهقي في: السنن الكبرى (١٠/٢٥٢) عن ابن عباس. وعند البخاري في: صحيحه: الرهن: باب الرهن عند اليهود وغيرهم (٥/١٧٢ ح ٢٥١٤) بلفظ: «اليمين على المدعي عليه».

(٣) راجع: السيوطي: الأشباه والنظائر (ص ٩)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٢٧).

(٤) أخرجه البخاري في: صحيحه: كتاب بدء الوحي: باب كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ (١/١٥٠ ح ١)، ومسلم في صحيحه: الإمارة: باب قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية» (٣/١٥١٥ ح ١٥٥).

(٥) راجع: السيوطي: المرجع السابق (ص ٨٤)، وابن نجيم: المرجع السابق (ص ٧٥).

(٦) راجع: السيوطي: نفس المرجع السابق (ص ٩٢)، وابن نجيم: نفس المرجع السابق (ص ٨٥).

(٧) تقدم تخريجه.

٤ - قاعدة: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد): مأخوذة من إجماع الصحابة^(١).
 القسم الثالث: القواعد التي هي مأخوذة ومستنبطة من مجموعة المسائل
 الفقهية المتشابهة، واستقراء الأحكام الفرعية التي توجد علاقة جامعة بينها.
 من أمثلة هذا القسم:

١ - القاعدة: (يغفر في البقاء ما لا يغفر في الابتداء)^(٢).

٢ - قاعدة: (التابع تابع)^(٣).

٣ - قاعدة: (الواجب لا يترك إلا لواجب)^(٤).

ثانياً - تقسيم القواعد باعتبار عمومها وشمولها:

بهذا الاعتبار تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: القواعد الأساسية التي هي أكثر عموماً وشمولاً،
 واتساعاً. لهذا تتناسب تسميتها بالقواعد العامة الأساسية الكبرى، وهي
 القواعد الخمس تعتبر أمهات القواعد، وهي:

١ - قاعدة: (الأمور بمقاصدها)^(٥).

٢ - قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)^(٦).

٣ - قاعدة: (المشقة تجلب التيسير)^(٧).

(١) راجع: أصول الكرخي (ص ١٧١)، والزركشي: المنشور في القواعد (١/٩٣)،
 والسيوطي: الأشباه والنظائر (ص ١٠٥)، والفتوحى: شرح الكوكب المنير (٤/٥٠٤).

(٢) راجع: مجلة الأحكام العدلية: مادة: (٥٥)، والشيخ الزرقا: المدخل (٢/١٠٧
 ف ٦٣٣).

(٣) راجع: السيوطي: المرجع السابق (ص ١٣٠).

(٤) راجع: السيوطي: المرجع السابق (ص ١٦٤).

(٥) راجع: نفس المرجع السابق (ص ٩).

(٦) راجع: السبكي: الأشباه والنظائر (١/١٣)، والسيوطي: نفس المرجع السابق

(ص ٥٦)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٥٦)، والفتوحى: المرجع السابق

(٤/٤٣٩).

(٧) تقدمت.

٤ - قاعدة: (الضرر يزال)^(١).

٥ - قاعدة: (العادة محكمة)^(٢).

القسم الثاني: القواعد التي هي أقل شمولاً واتساعاً من سابقتها. أمثلة لهذا القسم:

١ - قاعدة: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)^(٣).

٢ - قاعدة: (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام)^(٤).

٣ - قاعدة: (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)^(٥).

ثالثاً - تقسيم القواعد باعتبارها متفقاً عليها أو مختلفاً فيها:

فهي تنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: القواعد التي لم يرد حولها خلاف بين المذاهب الفقهية: أمثلة هذا القسم.

هي: القواعد الخمس العامة الكبرى.

القسم الثاني: القواعد التي وجد فيها خلاف.

ينقسم هذا القسم إلى نوعين:

النوع الأول: القواعد المختلف فيها بين المذاهب الفقهية.

هذا الخلاف بينهم فيها انعكس على التفريع عليها أيضاً. أمثلة لهذا

النوع من القواعد:

(١) تقدمت.

(٢) راجع السبكي: الأشباه والنظائر (١/٥٠)، والسيوطي: الأشباه والنظائر (ص٩٩)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص٩٣).

(٣) تقدمت.

(٤) راجع: السيوطي: المرجع السابق (ص١١٧)، وابن نجيم: المرجع السابق (ص١٠٩).

(٥) راجع: السيوطي: نفس المرجع السابق (ص١٣٤)، وابن نجيم: نفس المرجع السابق (ص١٢٣).

- ١ - قاعدة: (المضمونات تملك بالضمان السابق)^(١) عند الحنفية.
 - ٢ - قاعدة: (الرخص لا تُنَاط بالمعاصي)^(٢) عند الشافعية.
 - ٣ - قاعدة: (الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن له)^(٣) عند الحنابلة.
- النوع الثاني: القواعد المختلف فيها في المذهب الواحد:
ترتب على الاختلاف فيها الخلاف على التفرع عليها.
من الأمثلة لهذا النوع من القواعد:
- ١ - قاعدة: (الإذن المطلق إذا تعرى عن التهمة، والخيانة لا يختص بالعرف)، هذا عند أبي حنيفة، وعندهما: يختص^(٤).
 - ٢ - قاعدة: (العبرة بصيغ العقود أو معانيها) وقع فيها الخلاف بين أصحاب المذهب الشافعي^(٥).

رابعاً - تقسيم القواعد باعتبار أصالتها وتبعيتها، أو تفرُّعها وعدم تفرُّعها:

فهي بهذا الاعتبار تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: القواعد المستقلة الأصلية غير المتفرعة، وتسمى بالقواعد الكلية، وهي القواعد التي لم تدخل قاعدة منها تحت قاعدة أخرى. وهي: القواعد الخمس الكبرى، والقواعد التي ذكرها السيوطي (ت ٩١١هـ) في الكتاب الثاني من «الأشباه والنظائر»^(٦). وابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) في النوع الثاني من الفن الأول من «الأشباه والنظائر»^(٧).

القسم الثاني: القواعد غير المستقلة وهي المتفرعة، والتابعة للقواعد

الأخرى.

(١) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ١١٥).

(٢) راجع: السيوطي: الأشباه والنظائر (ص ١٥٣).

(٣) راجع: ابن تيمية: القواعد النورانية (ص ١٥٢، ١٥٣) وفيه تفصيل للمذاهب.

(٤) راجع: الدبوسي: المرجع السابق (ص ٣٤، ٣٥).

(٥) راجع: السيوطي: المرجع السابق (ص ١٨٣، ١٨٤).

(٦) راجع: (ص ١١٣) وما بعدها. (٧) راجع: (ص ١٠٤) وما بعدها.

وتكون تبعيتها من أحد الوجهين:

أحدهما: أن تكون متفرعة عن قاعدة أخرى أكبر منها كقاعدة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه)^(١). وقاعدة: (الأصل براءة الذمة)^(٢)؛ فإنهما متفرعتان من قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك).

الثاني: أن تكون قيماً لقاعدة أخرى كقاعدة: (الضرر لا يزال بالضرر)^(٣)؛ فإنها قيد لقاعدة: (الضرر يزال)، وكقاعدة: (الرخص لا تُناط بالمعاصي)^(٤)؛ فإنها قيد لقاعدة: (المشقة تجلب التيسير).



(١) راجع: السيوطي: الأشباه والنظائر (ص ٥٦)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٥٧)، والفتوحى: شرح الكوكب المنير (١/٣٩).

(٢) راجع: السيوطي: نفس المرجع السابق (ص ٥٩)، وابن نجيم: نفس المرجع السابق (ص ٥٩).

(٣) راجع: السيوطي: المرجع السابق (ص ٩٥)، وابن نجيم: المرجع السابق (ص ٨٧)، والفتوحى: المرجع السابق.

(٤) تقدمت.

المبحث الثاني

الأدلة على شرعية تقعيد القواعد، ومصادرها، وأهميتها، وخصائصها، وفوائدها ومهمتها، ووظيفتها التشريعية

وهو يشتمل على ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: الأدلة على شرعية تقعيد القواعد وثبوتها، ومصادرها.
المطلب الثاني: أهمية القواعد، وخصائصها، وفوائدها.
المطلب الثالث: مهمة القواعد ووظيفتها التشريعية.

* * *

المطلب الأول

الأدلة على شرعية تقعيد القواعد وثبوتها، ومصادرها

وهو يتفرع إلى فرعين:

- الفرع الأول: الأدلة على شرعية تقعيد القواعد وثبوتها.
الفرع الثاني: مصادر القواعد.

* * *

الفرع الأول

الأدلة على شرعية تقعيد القواعد وثبوتها

أولاً - من القرآن الكريم:

إن القرآن الكريم المنزل من الحكيم الخبير قد جاء بقواعد كلية، ومبادئ عامة، وأصول شرعية في بعض آياته العظيمة التي تضمنت كثيراً من الأحكام،

والمسائل، والفروع، وأحاطت بها بعبارات وجيزة في بضع كلمات، وهي تمثل قواعد عامة باعتبارها شاملة لكثير من الأحكام، والقضايا، والفروع، والجزئيات مع وجازة تعبيرها، وإيجاز صياغتها. من هذه الآيات:

أ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

ب - قوله سبحانه: ﴿وَلَكِنَّ مِثْلَ الَّذِي عَلَيْنَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ج - قوله ﷺ: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٨].

د - قوله جلّ وعلا: ﴿وَحَزْرًا سَيِّئَةً سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠].

فكل آية منها تعتبر قاعدة؛ فإنها يدخل فيها ما لا حصر له من الفروع في مجال الحقوق، والواجبات، وتنطوي تحتها مجموعة كبيرة من الأحكام الشرعية مع وجازة عبارتها.

فهذه الآيات تدل على شرعية تععيد القواعد، وثبوتها.

ثانياً - من السنة المطهرة:

إن مصادر السنة الشريفة قد جاءت فيها بعض الأحاديث المصاغة بعبارة عامة موجزة والتي ينطوي تحتها كثير من الأحكام وهو ما يعبر عنها بجوامع الكلم؛ إذ إن النبي ﷺ أنطقه الله بجوامع الكلم، وهي بمثابة قواعد كلية، ومبادئ عامة، وضوابط شرعية؛ لأنها مع وجازة تعبيرها تناول عدداً كبيراً من الفروع. يقول ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «ونبينا ﷺ بعث بجوامع الكلام، فإذا قال: كلمة جامعة، كانت عامة في كل ما يدخل في لفظها ومعناها»^(١). ويقول ابن القيم^(٢) (ت ٧٥١هـ): «فإنه ﷺ يأتي بالكلمة الجامعة، وهي قاعدة هامة،

(١) راجع: مجموع الفتاوى (٢٠٥/٣٤).

(٢) هو: أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية، وعنى بالتفسير، والحديث، والفقه، والأصول، والنحو، ولازم ابن تيمية، وأخذ عنه، وغلب عليه حبه، توفي سنة ٧٥١هـ. وترك مؤلفات قيمة منها: «إعلام الموقعين»، و«زاد المعاد» وغيرهما. راجع: ابن حجر: الدرر الكامنة (٢١/٤ - ٢٣)، وابن =

وقضية كلية تجمع أنواعاً وأفراداً...»^(١).

فكان ﷺ ينطق بالكلمات القصيرة الجامعة التي تخرج مخرج الأمثال، والحكم، وتكون بمثابة قواعد كلية، ومبادئ عامة تنطوي تحتها مجموعة من الأحكام، والمسائل والجزئيات. من هذه جوامع الكلم:

- ١ - قوله ﷺ: «كل مسكر حرام»^(٢).
- ٢ - قوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»^(٣).
- ٣ - قوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام دمه، وماله، وعرضه»^(٤).
- ٤ - قوله ﷺ: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد»^(٥).

فكل حديث من الأحاديث السابقة يعتبر قاعدة؛ فإنه - مع عبارته الوجيزة -، وصياغته الموجزة في بضع كلمات يشمل أحكاماً، وفروعاً، وجزئيات كثيرة.

= العماد: شذرات الذهب (١٦٨/٦)، والحجوي: الفكر السامي (٣٦٥/٢).

- (١) راجع: إعلام الموقعين (٣٣٣/١).
- (٢) أخرجه البخاري في: صحيحه: المغازي: باب بعث أبي موسى ومعاذ إلى اليمن (٧/٦٦٠ ح ٤٣٤٤، ٤٣٤٥) من فتح الباري، ومسلم في: صحيحه: الأشربة: باب بيان أن كل مسكر حرام (٣/١٥٨٦ ح ٧٠ - ١٧٣٣).
- (٣) أخرجه النسائي في: السنن: الطلاق: باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك (٦/١٣٤)، وابن ماجه في: السنن: العتق: باب المكاتب (٢/١٩ ح ٢٥٢١)، وأحمد في: المسند (٦/٢١٣). وهذا الحديث ورد بلفظ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله... في الصحيحين».
- (٤) سبق تخريجه.
- (٥) الحديث بهذا اللفظ أورده ابن حزم في: المحلى (٦/٤٢٧ ح ١٢٥٨م)، وابن عبد البر في: التمهيد (٢/٨٢)، والقرطبي في: تفسيره (ص٣٠٦)، وابن حجر في: فتح الباري (١٣/٢٦٢). وورد بلفظ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد». أخرجه البخاري في: صحيحه: البيوع: باب النجش (٤/٤١٦)، والاعتصام: باب إذا اجتهد العامل (١٣/٣٢٩) معلقاً، ومسلم في: صحيحه: الأقضية: باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (١٢/٢٥٧، ٢٥٨ ح ١٨ - ١٧١٨) موصولاً عن عائشة رضي الله عنها.

ففيها دلالة واضحة على ثبوت تعقيد القواعد وشرعيته.

ثالثاً - من آثار الصحابة، والتابعين:

١ - قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط»^(١).

فقوله يُعدّ قاعدة في باب الشروط.

٢ - قول علي رضي الله عنه: «من قاسم الربح فلا ضمان عليه»^(٢).

فقوله يعتبر قاعدة في عقود المشاركة.

٣ - قول شريح القاضي: «من ضمن مالا فله ربحه»^(٣).

فقوله يمثل قاعدة؛ فإنه يماثل في المعنى قاعدة: (الخراج بالضمان) التي

هي نص الحديث النبوي.

رابعاً - من المعقول:

حينما كثرت الفروع، والفتاوى، والاجتهادات بكثرة الوقائع، والنوازل، وكذلك بكثرة الفروض الفقهية، - لا سيما عند الاجتهاد الحنفي - احتاج الفقهاء إلى ضبط تلك الفروع بضابطة تجمعها، وربطها برباط يلتم شملها، وهو لا يكون إلا عن طريق تعقيد القواعد، وتأصيلها. وذلك تجنباً من التبذّر، والتنافر بين الفروع الكثيرة المتناثرة، ووقاية من الشتات، وحماية من

(١) أخرجه البخاري معلقاً في: صحيحه: الشروط: باب الشروط في المهر (٣٨٠/٥)، والنكاح: باب في النكاح (١٢٤/٩) من فتح الباري، وعبد الرزاق في: المصنف: النكاح: باب الشروط في النكاح (٢٢٨/٦، ٢٧٢)، أثر: (١٠٦٠٨، ١٠٦٠٩)، وسعيد بن منصور في: السنن: باب ما جاء في الشرط في النكاح (١٨١/٣)، ١٨٢ ح (٦٦٢، ٦٦٣)، وابن أبي شيبة في: المصنف: النكاح: باب الرجل يتزوج المرأة ويشترط دارها (١٩٩/٤)، والبيهقي في: السنن الكبرى (٢٤٩/٧) كلهم موصولاً، سكت عليه الحافظ في الفتح (١٢٤/٩)، وصححه الألباني في: الإرواء (٣٠٢/٦)، ٣٠٣، (٣٠٤).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في: المصنف: البيوع: باب ضمان المقارض إذا تعدى (٨/٢٥٣)، أثر: (١٥١١٣).

(٣) أخرجه القاضي وكيع في أخبار القضاة (٣١٩/٢).

الضياع وتسهيلاً لاستحضارها، وتيسيراً لحفظها، وكذلك تقريراً للأحكام الجزئية، واستنباطاً لها للحوادث. وكل ذلك لا يتأتى إلا بتقعيد القواعد، وتأصيل الأصول. لذلك نظر الفقهاء إلى الآيات من الكتاب الكريم، والأحاديث من السنة النبوية، وإلى الآثار من الصحابة والتابعين، فوجدوا عبارات بعض الآيات، والأحاديث، والآثار، جامعة شاملة لكثير من الأحكام، والفروع، فكانت بمثابة قواعد، وقضايا كلية، وأحكام عامة، فاعتبروها نبراساً استضاءوا به طريق تقعيد القواعد، وتأصيل الأصول، ومصباحاً استناروا به الطريق المؤدي إلى إثبات المبادئ العامة، وجعل الضوابط الكلية، لكي يتمكنوا من لَمّ شمل الفروع والجزئيات في أحكام عامة تجمعها.

الفرع الثاني

مصادر القواعد الفقهية

مصادر القواعد الفقهية متعددة ومتنوعة، وهي: الكتاب، والسنة، والآثر، والإجماع، والاجتهاد:

- ١ - الكتاب: إما نصاً، أو مأخوذاً من نصه أو نصوصه مباشرة كقاعدة: (المشقة تجلب التيسير) مصدرها قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وقوله سبحانه: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] فهي مأخوذة منهما مباشرة^(١).
- ٢ - السنة: إما نصاً كقاعدة: (الخراج بالضمان)^(٢) مصدرها: نص قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٣)، وإما مأخوذاً من نصها مباشرة

(١) راجع: السيوطي: الأشباه والنظائر (ص ٨٤)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٧٥).

(٢) راجع: السيوطي: المرجع السابق (ص ١٥٠)، وابن نجيم: المرجع السابق (ص ١٥١).

(٣) سبق تخريجه.

كقاعدة: (الأمر بمقاصدها) مصدرها: قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»^(١) فهي مأخوذة منه مباشرة^(٢).

٣ - الأثر: كقاعدة: (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة) مصدرها: قول عمر رضي الله عنه: «إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعفت»^(٣) فالقاعدة مأخوذة من قوله^(٤).

٤ - الإجماع: كقاعدة: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد) مصدرها: الإجماع؛ فإنها مأخوذة من إجماع الصحابة^(٥).

٥ - الاجتهاد: وذلك باستقراء المسائل الفقهية المختلفة المتناظرة، والأحكام الفرعية المتشابهة، المنتسبة إلى أبواب وموضوعات فقهية مختلفة، وجدت بينها علاقة فاستنبطت من مجموعها عبارة جامعة تلمّ شملها، وذلك كقاعدة: (يغتفر في البقاء، ما لا يغتفر في الابتداء)^(٦).

(١) سبق تخريجه.

(٢) راجع: السيوطي: الأشباه والنظائر (ص ٩)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٢٧).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في: المصنف: الجهاد: باب ما قالوا في عدل الوالي وقسمه قليلاً كان أو كثيراً (٣٢٤/١٢)، أثر: (١٢٩٦٠)، وعنه البيهقي في: معرفة السنن والآثار: كتاب قسم الفيء والغنيمة: باب رزق الوالي (١٦٤/٥)، أثر: (٤٠١٢)، وفي السنن الكبرى (٣٥٤/٦) واللفظ له.

(٤) راجع: السيوطي: المرجع السابق (ص ١٣٤)، وابن نجيم: المرجع السابق (ص ١٣٢).

(٥) راجع: أصول الكرخي (ص ١٧١)، والزرکشي: المنشور في القواعد (٩٣/١)، والسيوطي: نفس المرجع السابق (ص ١١٣)، وابن نجيم: نفس المرجع السابق (ص ١٠٥)، والفتوح: شرح الكوكب المنير (٥٠٤/٤).

(٦) راجع: مجلة الأحكام العدلية: مادة: (٥٥)، والشيخ الزرقا: المدخل (١٠١٧/٢) (ص ٦٣٣).

المطلب الثاني

أهمية القواعد الفقهية، وخصائصها، وفوائدها

لا يخفى على الباحث المختص بالفقه الإسلامي أن فقهاء الإسلام قد اهتموا بالفقه اهتماماً بالغاً، واعتنوا به اعتناء عظيماً. وكانت دراسة القواعد الفقهية عندهم من قبيل دراسة الفقه، أو جزء من دراسته^(١)؛ لأن كلاً من القواعد الكلية، والأحكام الجزئية تدخل في مدلول الفقه على وجه الحقيقة^(٢). لذا كانت تلك القواعد موضع الاعتبار، ومحل العناية، والاهتمام لدى الفقهاء من مذاهب شتى. كما أفردت بالتدوين، والتأليف، وعنيت بالشرح والبيان، والتعليق عليها.

بل إن بعض الفقهاء قدم دراسة القواعد الفقهية على دراسة الفروع إذا ضاق الوقت، ولم يتسع للجمع بينهما، وهذا إن دلّ على شيء إنما يدل على أهمية القواعد الفقهية.

وسنورد فيما يلي بعض ما وقفنا عليه من أقوال الفقهاء، التي من خلالها تبرز أهمية القواعد الفقهية، وتتجلى معالمها، وتتكشف جوانبها، وكذلك تتكشف خصائصها، وتتضح طبائعها وتتميز فوائدها:

يقول القرافي^(٣) (ت ٦٨٤هـ) مشيداً ومنوّهاً بها:

«وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، ويقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، وبرز القادح على الجذع، وحاز قصب السبق من فيها برع، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية

(١) راجع: الشيخ أبو زهرة: أصول الفقه (ص ٨)، ود. عبد الوهاب: النظريات والقواعد (ص ٥٩).

(٢) راجع: د. محمد مذكور: التقديم على تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (ص ٣٥).

(٣) هو: نسبة إلى القرافة: المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي. ستأتي ترجمته بالتفصيل.

دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت... احتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنتهي... ومن حفظ الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب... وحصل طلبته في أقرب الأزمان...»^(١).

ويقول تاج الدين السبكي^(٢) (ت ٧٧١هـ):

«حق على طالب التحقيق، ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق أن يحكم قواعد الأحكام ليرجع إليها عند الغموض، وينهض بعبء الاجتهاد أتم نهوض، ثم يؤكد بالاستكثار من حفظ الفروع لترسخ في الذهن ثمرة عليه بفوائد غير مقطوع فضلها ولا ممنوع.

وأما استخراج القوي، وبذل المجهود في الاقتصار على حفظ الفروع من غير معرفة أصولها، ونظم الجزئيات بدون فهم مأخذها، فلا يرضاه لنفسه ذو نفس آبية، ولا حامله من أهل العلم بالكلية»... .

وإن تعارض الأمان، وقصر وقت طالب العلم عن الجمع بينهما - لضيق أو لغيره من آفات الزمان - فالرأي لذي الذهن الصحيح الاقتصار على حفظ القواعد وفهم المأخذ»^(٣).

ويقول الزركشي^(٤) (ت ٧٩٤هـ):

«أما بعد: فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو: أوعي لحفظها، وأدعى لضبطها... وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلع من مأخذ الفقه على نهاية المطلب، وتنظم عقدة المنثور في سلك، وتستخرج له ما يدخل تحت ملك...»^(٥).

(١) راجع: الفروق (٣/١).

(٢) وهو: عبد الوهاب بن علي. وستأتي ترجمته في بحث المؤلفات في القواعد الفقهية.

(٣) راجع: الأشباه والنظائر (٩/١، ١٠).

(٤) وهو: محمد بن بهادر بن عبد الله. وستأتي ترجمته في بحث المؤلفات.

(٥) راجع: المنثور في القواعد (١/٦٥، ٦٦).

وغير ذلك كثير مما قيل في بيان أهميتها.

فأوضحت هذه الأقوال للفقهاء، وضوح الشمس أن القواعد الفقهية ذات شأن عظيم، ومكانة عالية سامية في الفقه الإسلامي. ويقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف.

وأما خصائص القواعد الفقهية، وفوائدها - بالنظر في أقوال الفقهاء السابقة، وفي تعريفاتهم للقاعدة - فهي:

أولاً - خصائص القواعد الفقهية:

- ١ - الإيجاز في التعبير، والوجازة في الصياغة، والإحكام فيها.
- ٢ - العموم والشمول في المعنى^(١).
- ٣ - الاستيعاب: بحيث تستوعب مسائل كثيرة متنوعة تنتمي إلى موضوعات شتى، وأبواب فقهية مختلفة.
- ٤ - الاستقرار والثبوت: بحيث لا تتغير^(٢) بل تبقى مبدئياً ثابتة، لا تختلف بحسب الأعصار، والأمصار، والأحوال^(٣).

ثانياً - فوائد القواعد الفقهية:

- ١ - جمع الفروع والجزئيات المتنافرة، ولمّ شعثها، بحيث تنتظم في سلك واحد، وذلك؛ لأن القاعدة تنظمها، وتسقها في خيط واحد متحد متسق.

(١) راجع: الشيخ الزرقا: المدخل (٢/٩٤٧ ف٥٥٧)، ود. عبد الوهاب: النظريات والقواعد (ص٥٤).

(٢) ذهب الدكتور الزميلي في: القواعد الفقهية (ص١٤) إلى «أن القواعد الفقهية ليست ثابتة، وإنما تتغير لتغير الأحكام المبنية على العرف، وسدّ الذرائع، والمصلحة» فما ذهب إليه الدكتور غير صحيح؛ لأن الأحكام التي تتعرض للتغير، أو تتغير، فهي الأحكام الجزئية؛ أي: الفروع فقط. وأما الأحكام العامة التي هي عبارة عن القواعد الكلية فتبقى دائماً ثابتة. راجع: د. صبحي محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام (ص١٩٤، ١٩٩)، والشيخ حسن الخطيب: الفقه المقارن (ص٤).

(٣) راجع: الشيخ الزرقا: المرجع السابق، ود. عبد الوهاب: المرجع السابق.

- ٢ - ضبط المسائل الفقهية المبعثرة لاندراجها تحت معناها الكلي العام.
- ٣ - تكوين المهارة، والملكة الفقهية لدى الباحث، من شأنها أن تجعله قادراً على تنظير المسائل، والإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل، والحوادث، والوقائع التي ليست بمسطورة، والتي لا تنقضي على مر الزمان.
- ٤ - التقريب بين الفروع الشاردة، والإبعاد عن التناقض بينها.
- ٥ - الاستغناء عن حفظ أكثر الجزئيات.
- ٦ - التسهيل على الحفظ؛ لأن الجزئيات سريعة النسيان لكثرتها وتشابهها.
- ٧ - ضبطها للفقيه أصول المذهب، وإطلاعها له من مآخذ الفقه على ما قد تغيب عنه.

٨ - الاطلاع بها على حقيقة الفقه، وأسراره.

٩ - المعاونة على ظهور مناهج الفتوى عند الفقيه.

١٠ - المعاونة على نهوض الفقيه بعبء الاجتهاد.

١١ - اتخاذها أدلة لإثبات الأحكام للمسائل.

انطلاقاً من هذه الخصائص والفوائد، وفي ضوءها يمكننا القول: بأن القواعد الفقهية ذات شأن رفيع، ولها أهمية بالغة في الفقه الإسلامي، تتجلى بها، وبأقوال الفقهاء السابقة معالمها أتم جلاء، وتتميز جوانبها النيرة بها أتم تمييز، فهي لذلك تستوجب الالتفات حولها دراسة، وفهماً، واستنباطاً، واستخراجاً. وتسترعي انتباه الباحثين إليها لدراستها، والاستفادة منها لتكوين الشخصية الفقهية المتمكنة من استنباط الحلول، والأحكام للوقائع، والحوادث المستجدة، والمسائل المعروضة الجديدة، بجانب ضبط المسائل، والفروع، والجزئيات الفقهية المتشابهة المتناثرة.

هذا مما يدعو إلى بيان مهمة القواعد الفقهية في التشريع الإسلامي ووظيفتها التشريعية من حيث الاستدلال بها من جهة، ومساعدتها على استنباط الأحكام واستخراجها منها للمسائل، والقضايا، والحوادث والوقائع المستجدة من جهة أخرى.

المطلب الثالث

مهمة القواعد الفقهية ووظيفتها التشريعية

نعني بذلك: ما مدى اعتبارها كدليل شرعي يصح الاستدلال به - كسائر أدلة الشرع الأخرى - في الحكم، أو القضاء، أو الإفتاء؟

تحرير موضع الخلاف:

إن القاعدة الفقهية لا تخلو من حيث ذاتها ومصدرها إما أن تكون نص آية أو حديث، أو معبرة عن الإجماع، أو نص أثر، وإما أن تكون مأخوذة من النص أو النصوص أو من الإجماع أو الأثر ودلالاتها العامة، وإما أن تكون مأخوذة من استقراء المسائل الفقهية، والفروع الجزئية. فالقواعد إذن ثلاثة أقسام:

القسم الأول: القاعدة التي هي نص آية، أو حديث، أو معبرة عن الإجماع.

فلا خلاف في أنها دليل كسائر أدلة الشرع؛ لأن الاستدلال بها استدلال بنص الآية والحديث، والإجماع.

القسم الثاني: القاعدة المأخوذة من النص أو النصوص من الكتاب أو السنة، أو من الإجماع، أو الأثر ودلالاتها العامة مباشرة.

اختلف العلماء من الأصوليين والفقهاء، والباحثون في كونها دليلاً من أدلة الشرع.

فذهب معظم الفقهاء إلى أنها تعتبر دليلاً يصح الاعتماد عليه؛ لأنهم يوردونها في معرض استدلالهم على المسائل الفقهية الجزئية، والقضايا الفرعية، - ستأتي بعض الأمثلة على ذلك -، وفي هذا الدليل منهم على اعتبارها دليلاً يعتمد عليه، وإليه ذهب أصحاب مجلة الأحكام العدلية^(١)، وأكثر الباحثين^(٢).

(١) راجع: المقالة الثانية من مقدمة المجلة (١٠/١) من درر الحكام.

(٢) منهم: د. عبد الوهاب في بحثه: النظريات والقواعد في الفقه الإسلامي (ص ٥٥)، =

وذهب بعض الأصوليين الفقهاء، وبعض الباحثين إلى أنها ليست دليلاً، حيث يقول ابن النجار الفتوحى^(١) (ت ٩٧٢هـ) من الحنابلة: «تشبه الأدلة، وليست بأدلة، لكن ثبت مضمونها بالدليل، وصارت يُقضى بها في جزئياتها كأنها دليل على ذلك الجزئي»^(٢).

ويقول البنانى^(٣) (ت ١١٩٨هـ) من المالكية: «خاتمة أي: في قواعد تشبه الأدلة، فناسب كونها خاتمة لبحث الأدلة»^(٤).

من الملاحظ أن قولهما بالنسبة للقواعد المأخوذة والمستمدة من الكتاب أو السنة، أو الآثار نصاً أو مفهوماً فقط. وذلك لأن القواعد التي ذكرها صاحب «جمع الجوامع» - والتي أشار إليها البنانى - وابن النجار كلها مأخوذة ومستمدة من الكتاب أو السنة أو الأثر، مثل:

- ١ - «اليقين لا يرفع بالشك»^(٥) أو «لا يرفع يقين بشك»^(٦): مأخوذة من قول النبي ﷺ: «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه: أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً»^(٧).
- ٢ - «الضرر يزال»^(٨) أو «زوال الضرر بلا ضرر»^(٩): مأخوذة من قول

= ود. جمال الدين عطية في كتابه التنظير الفقهي (ص ١٧٧)، ود. أحمد عبد الله في القسم الدراسي (١١٦/١) لكتاب القواعد للمقري، ود. الوليد بن عبد الرحمن في رسالته: القواعد الفقهية عند الحنابلة (ص ٥٧).

(١) هو: تقي الدين، أبو بكر، محمد بن أحمد بن عبد العزيز، الشهير بابن النجار، فقيه، أصولي، لغوي. من مؤلفاته: «متهى الإرادات»، و«الكوكب المنير»، و«شرحه» وغير ذلك، توفي سنة ٩٧٢هـ. راجع: الزركلي: الأعلام (٦/٢٣٣)، وعمر رضا كحالة: معجم المؤلفين (٨/٢٧٦).

(٢) راجع: شرح الكوكب المنير (٤/٤٣٩). (٣) تقدمت ترجمته.

(٤) راجع: حاشيته على شرح المحلى على جمع الجوامع (٢/٣٥٦).

(٥) راجع: شرح المحلى على جمع الجوامع (٢/٣٥٦) مع حاشية البنانى.

(٦) راجع: الفتوحى: المرجع السابق.

(٧) أخرجه مسلم في: صحيحه: الحيض: باب الدليل على أن من يقن الظهارة ثم شك في الحدث (١/٢٧٦ ح ٩٩).

(٨) راجع: المحلى: المرجع السابق.

(٩) راجع: الفتوحى: نفس المرجع السابق (٤/٤٤٢).

- النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).
- ٣ - «المشقة تجلب التيسير»^(٢): مأخوذة من قوله ﷺ: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» [الحج: ٧٨].
- ٤ - «العادة محكمة»^(٣): مأخوذة من حديث يروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه موقوفاً عليه، وهو: «ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن»^(٤).
- ٥ - «الأمور بمقاصدها»^(٥) أو «إدارة الأمور في الأحكام على قصدتها»^(٦): مأخوذة من قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»^(٧).
- هذه القواعد الخمس فقط ذكرها السبكي في «جمع الجوامع» - كما في شرح المحلي -، وابن النجار مع القاعدتين الأخيرين وهما:
- ١ - «درء المفسد أولى من جلب المصالح»^(٨).
- ٢ - «جعل المعدوم كال موجود احتياطاً»^(٩).
- فتبين بوضوح أن قولهما فيما هي مأخوذة من النصوص والأثر ودلالاتها، لا فيما هي نصوص من الكتاب أو السنة، أو معبرة عن الإجماع.
-
- (١) سبق تخريجه.
- (٢) راجع: المحلي: شرحه على جمع الجوامع (٣٤٢/٢)، والفتوحى: شرح الكوكب المنير (٤٤٥/٤).
- (٣) راجع: المحلي: المرجع السابق؛ والفتوحى: المرجع السابق (٤٤٨/٤).
- (٤) أخرجه الطيالسي في: المسند (ص ٣٣)، وأحمد في: المسند (٣٧٩/١)، والحاكم في: المستدرک (٧٨/٣)، وقال: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي. وقال العجلوني في: كشف الخفاء (١٦٨/٢): «هو موقوف حسن». ويراجع: الألباني: سلسلة الأحاديث الضعيفة (١٧/٢ ح ٥٣٣).
- (٥) راجع: المحلي: نفس المرجع السابق (٣٥٧/٢).
- (٦) راجع: الفتوحى: نفس المرجع السابق (٤٥٤/٤).
- (٧) سبق تخريجه.
- (٨) راجع: نفس المرجع السابق (٤٤٧/٤).
- (٩) راجع: المرجع السابق نفسه (٤٥٣/٤).

ويقول الباحث علي أحمد الندوي: «القاعدة باعتبارها قاعدة فقهية لا تصلح أن تكون دليلاً، اللهم إلا إذا كانت لبعض القواعد صفة أخرى، وهي... أو كونها حديثاً ثابتاً مستقلاً... فحينئذ يمكن الاستناد إليها في استنباط الحكم، وإصدار الفتوى، وإلزام القضاء بناءً عليها»^(١).

فقوله واضح أن ما عدا القاعدة التي هي حديث ثابت مستقل، لا تصلح أن تكون دليلاً.

الدراسة والنقاش

أولاً: دراسة ما قال ابن النجار والبناني ونقاشه: وذلك بعدة وجوه:

- ١ - أنه يخالف ما ذهب إليه معظم الفقهاء من أنها تعتبر أدلة؛ لأنهم يوردونها في معرض استدلالهم على المسائل والفروع الفقهية، وذلك منهم دليل على اعتبارها أدلة يصح الاعتماد عليها.
- يقول المزني^(٢) (ت ٢٦٤هـ): «ومن استيقن الطهر، ثم شك في الحدث، أو استيقن الحدث، ثم شك في الطهر فلا يزول اليقين بالشك»^(٣).
- ويقول ابن عبد البر^(٤) (ت ٤٦٣هـ): «كل من كانت يده سالمة من النجاسة لم يضره أن يدخلها في إناء وضوئه، فإن كانت فيها نجاسة فقد مضى

(١) راجع: القواعد الفقهية (ص ٣٣١).

(٢) هو: أبو إبراهيم، إسماعيل بن يحيى المزني، فقيه، كان مجتهداً من أصحاب الشافعي. ومن آثاره: «الجامع الكبير»، و«المختصر» وغيرهما، توفي سنة ٢٦٤هـ. ترجم له: ابن خلكان في: وفيات الأعيان (١/١٩٦)، والسبكي في: طبقات الشافعية (٢/٩٣ - ١٠٩).

(٣) راجع: المختصر (ص ٤).

(٤) هو: أبو عمر، يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر النمزي المالكي، حافظ، محدث، فقيه، توفي سنة ٤٦٣هـ. وترك آثاراً قيمة منها: «التمهيد»، و«جامع بيان العلم وفضله»، و«الكافي» وغيرها. ترجم له: الذهبي في: تذكرة الحفاظ (٣/١١٢٨ - ١١٣٢)، وسير أعلام النبلاء (١٨/١٥٣ - ١٦٣)، وابن فرحون في: الديباج (٢/٣٦٧ - ٣٧٠)، والحجوي في: الفكر السامي (٢/٢١٣، ٢١٤).

في باب الماء حكم ذلك. واليد محمولة على الطهارة حتى تصح نجاستها، وكذلك سائر الأشياء الطاهرة، وكل شيء على أصله حتى يثبت فيه غير ذلك»^(١).

ويقول ابن قدامة^(٢) (ت ٦٢٠هـ): «إذا وقع في الماء مائع لا يغير الماء لموافقة صفته، فإن شك في كونه يمنع، بنى على يقين الطهورية؛ لأنها الأصل، فلا يزول عنه بالشك»^(٣).

واضح أن القاعدة التي استدلّ بها هؤلاء الفقهاء الثلاثة هي: اليقين لا يزول بالشك، وفي ذكرها من قبلهم في معرض الاستدلال بها دليل واضح على أن مثل هذه القاعدة تعتبر دليلاً يصح الاستدلال بها. وقد اعترف بذلك ابن النجار نفسه حيث قال: «وصارت يُقضى بها في جزئياتها كأنها دليل على ذلك الجزئي». بل إنه قد أطلق الدليل على مثل هذه القاعدة؛ إذ قال: «إن من أدلة الفقه أن لا يرفع يقين بشك». ومن أدلة الفقه أيضاً: «زوال الضرر بلا ضرر». ومن أدلة الفقه أيضاً قول الفقهاء: «المشقة تجلب التيسير». هكذا أطلق الأدلة على القواعد التي أوردها تحت عنوان «فوائد». وهي كلها قواعد مأخوذة من النصوص من الكتاب والسنة، والأثر.

فقد تحقق إطلاق الأدلة على القواعد التي نحن بصدددها وهو المطلوب.

٢ - أن الأدلة العقلية اعتبرت أدلة من الأدلة الشرعية مع أنها ليست نصوصاً من الكتاب والسنة، بل إنها لا تعتبر كذلك شرعاً إلا إذا استندت إلى

(١) راجع: الكافي (١/١٧١). ويراجع: أمثلة أخرى في: التمهيد (١٦١/٢٠) وما بعدها.

(٢) هو: موفق الدين، أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المقدسي الحنبلي، فقيه أصولي، من أكابر فقهاء الحنابلة. له مؤلفات قيمة منها: «المغني»، «روضة الناظر» وغيرهما، توفي سنة ٦٢٠هـ. ترجم له: الذهبي في: سير أعلام النبلاء (٢٢/١٦٥ - ١٧٣)، وابن رجب في: الذيل على طبقات الحنابلة (٢/١٣٣ - ١٤٩)، وابن العماد في: شذرات الذهب (٥/٨٨ - ٩٢).

(٣) راجع: المغني (١/٢٦).

النقل - وهو الكتاب، والسنة^(١) - وإذا كان كذلك، فيطرح السؤال نفسه: كيف لا تكون القواعد الفقهية المأخوذة من النصوص التشريعية من الكتاب، أو السنة أو من الإجماع ودلالاتها العامة مباشرة أدلة؟ مع أن الاستدلال بها نابع من الاستدلال بأصولها، كما أن دلالات النصوص الشرعية، والإجماع هي بمثابة الأدلة الشرعية.

٣ - يمكننا القول - في ضوء ما سبق -: بأن المراد بقول ابن النجار: «ليست بأدلة». أي: ليست بنصوص من الكتاب والسنة، ولكنها مأخوذة من دلالاتها العامة. ومن المعلوم أن دلالات النصوص التشريعية العامة هي بمثابة الأدلة الشرعية.

إذن يمكن القول - بعد هذه الدراسة والمناقشة -: بأن الاختلاف هنا اختلاف لفظي فقط، يدل على ذلك:

أ - قول ابن النجار (ت ٩٧٢هـ): «وصارت يُقضى بها في جزئياتها، كأنها دليل على ذلك الجزئي».

ب - إطلاقه الأدلة على القواعد المأخوذة والمستمدة من الكتاب والسنة والأثر نصاً أو دلالة ومفهوماً.

ثانياً - دراسة ما قاله الباحث الندوي ونقاشه:

استدلّ الباحث على ما قاله من أن القاعدة باعتبارها قاعدة فقهية لا تصلح أن تكون دليلاً، اللهم إلا إذا كانت حديثاً ثابتاً مستقلاً، فحينئذ يمكن الاستناد إليها في استنباط الحكم، وإصدار الفتوى، وإلزام القضاء بناءً عليها - بأقوال بعض الفقهاء - مستنبطاً منها ما يدعمه حيث يقول: «فهل يا ترى يسوغ لنا أن نجعلها دليلاً من أدلة الشرع نحتج به، ونستنبط منه الأحكام».

ثم يقول: «فيمكن أن نستمد الجواب على ذلك في ضوء النصوص

التالية:

(١) راجع: الشيخ علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي (ص ٢٣).

يقول إمام الحرمين الجويني^(١) في كتابه «الغياثي بمناسبة إيراد قاعدتي: الإباحة والبراءة»: «وغيرضي بإيرادهما تنبيه القرائح... ولست أقصد الاستدلال بهما».

وينقل الحموي عن «الفوائد الزينية» لابن نجيم: «أنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط؛ لأنها ليست كلية بل أغلبية...»^(٢).

وجاء في شرح المجلة للعلامة علي حيدر: «فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحد من هذه القواعد»^(٣). ثم يقول بعد إيراد الأقوال السابقة:

«فانطلاقاً من هذه الأقوال المذكورة يتسنى لنا القول: بأنه لا يصح الرجوع إلى هذه القواعد كأدلة قضائية وحيدة. وليس من المعقول أن يجعل ما هو جامع للفروع دليلاً من أدلة الشرع».

ثم إن معظم هذه القواعد لا تخلو عن المستثنيات، وربما كانت المسألة التي يراد حكمها من المسائل المستثناة؛ إذ لا يجوز بناء الحكم على أساس القواعد، ولا ينبغي تخريج الفروع عليها. كما أشار إلى ذلك العلامة ابن نجيم فيما ذكره الحموي نقلاً عنه.

فإنما هي شواهد يستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة»^(٤).

نتناول أقوال الفقهاء المذكورة، وما أعقبها الباحث من تعليقات انطلاقاً منها - بالدراسة والنقاش فيما يلي:

(١) هو: أبو المعالي، عبد الملك بن عبد الله الجويني، المعروف بإمام الحرمين، مفسر، أصولي، فقيه. ألف: «البرهان» في أصول الفقه، و«النهاية» في الفقه، توفي سنة ٤٧٨هـ. راجع: ابن الأثير: الكامل (٤٩/١٠، ٥٠)، وابن كثير: البداية (١٢/١٢٨، ١٢٩)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٣٣٠ - ٣٣١).

(٢) راجع: غمز عيون البصائر (١٧/١، ١٣٢).

(٣) راجع: علي حيدر: درر الحكم (١٠/١).

(٤) راجع: القواعد الفقهية (ص ٣٢٩ - ٣٣٠).

أولاً - دراسة ومناقشة أقوال الفقهاء:

لنبداً بقول إمام الحرمين الجويني (ت ٤٧٨هـ)، فإذا أجلنا النظر فيه وبحثنا عما يفيد، فلم نجد فيه ما يفيد ما ذهب إليه؛ لأن قوله: «لست أقصد الاستدلال بهما» واضح في عدم قصده الاستدلال بهما فقط. فلا يدل على نفي الاستدلال بهما، وبالتالي فليس فيه إشارة لا من قريب ولا من بعيد إلى أن القواعد لا تصلح أن تكون أدلة شرعية، فضلاً عن أن تكون فيه دلالة على ذلك. فقول إمام الحرمين ليس فيه ما يمكن الاستفادة منه ما قاله الباحث الندوي، بل ولا يمكن لأي باحث أن يفهم منه ما فهمه هو.

وأما قول ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) فيمكن أن يناقش بوجوه:

١ - حققنا - فيما تقدم - أن القواعد من حيث هي، هي أعم من أن تكون كلية، أو أغلبية، لاشتمالها بالقوة على جميع أحكام جزئيات موضوعها، سواء أكانت في الواقع كذلك أم لا.

٢ - أن الشريعة موضوعة على الأكثرية والأغلبية لا على الكلية، ألا ترى أن وضع التكليف عام، وجعل على ذلك علامة البلوغ، وهو مظنة لوجود العقل الذي هو مناط التكليف؛ لأن العقل يكون عنده في الغالب لا على العموم؛ إذ لا يطرد، ولا ينعكس كلياً على التمام لوجود من يتم عقله قبل البلوغ، ومن ينقص، وإن كان بالغاً، إلا أن الغالب الاقتران. وقد أشار إلى ذلك الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)^(١) - كما سبق -^(٢).

٣ - أن خروج بعض الجزئيات وتخلُّفها قد يكون لاعتبارات اقتضت خروجها، وتخلُّفها، وإعطاءها حكماً آخر، إما لأنها تكون خارجة عن مقتضى الكلي، فلا تكون داخلة تحته أصلاً، أو تكون داخلة لكن لم يظهر دخولها، أو تكون داخلة لكن عارضها على الخصوص ما هي به أولى^(٣).

(١) راجع: الموافقات (١/١٦٩، ١٧٠). (٢) انظر: (ص ٨٥) من الرسالة.

(٣) راجع: د. محمد حنفي: المدخل (ص ٢٦٠)، ود. محمد بن عبد الغفار: القسم الدراسي (ص ٣٠) من كتاب المجموع المذهب في قواعد المذهب.

على أن عدم اطراد القواعد الفقهية، وخروج بعض الفروع، والأحكام على حكمها لا يضر في اعتبارها قواعد؛ لأن ما تنطبق عليه أكثر مما يخرج عن حكمها^(١). لذلك فهي معتبرة ومسلمة في الكتب الفقهية^(٢). فإذا كانت كذلك فيمكن القول: بأن كون القاعدة أغلبية لا يؤثر في اعتبارها دليلاً من أدلة الشرع، فتصلح أن تكون دليلاً يستنبط منه الأحكام.

٤ - إن من تمام كلامه: «خصوصاً وهي لم تثبت عن الإمام، بل استخرجها المشائخ من كلامه»^(٣) الذي تركه الباحث الندوي، وهو يشير بوضوح إلى أن سبب عدم جواز الفتوى بما تقتضيه القواعد، والضوابط - مع كونها أغلبية - عدم ثبوتها عن الإمام خاصة.

وتمام كلامه هذا يرشدنا إلى أمرين:

أحدهما: أن القواعد التي ثبتت عن الإمام - وإن كانت أغلبية دون كلية - يجوز الفتوى بمقتضاها.

الثاني: أن القواعد التي لا يجوز الفتوى بمقتضاها هي المأخوذة من كلام الإمام عن طريقة مشائخ المذهب، ولم تثبت عن الإمام، دون المأخوذة من النصوص من الكتاب، والسنة، ومن الإجماع، ومن دلالاتها العامة.

فتبين بوضوح أن كلام ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) خاص بما إذا كانت القواعد مأخوذة عن كلام الإمام، فيتعلق بالقواعد المأخوذة من استقراء المسائل الفقهية فقط. فكيف يسوغ للباحث الندوي أن يجعله منطلقاً لما ذهب إليه من أن القاعدة المأخوذة من دلالات النصوص الشرعية، والإجماع باعتبارها قاعدة فقهية لا تصلح أن تكون دليلاً؟

(١) راجع: د. محمد حنفي: المدخل (ص ٢٥٩، ٢٦٠)، ويراجع أيضاً: الشاطبي: الموافقات (١/١٦٩، ١٧٠).

(٢) راجع: علي حيدر: درر الحكام (١/١٥)، ورسنم باز: شرح المجلة (ص ١٧).

(٣) راجع: الحموي: غمز عيون البصائر (١/١٧).

وأما ما أورده مما جاء في شرح المجلة:

فليس فيه ما يفيد ما ذهب إليه، بل يدل على خلافه، وذلك أن القواعد إذا كان لها نقل صريح أي: أصل من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع يكون للحكام أن يحكموا استناداً إليها وفقاً لما جاء في شرح المجلة.

ولا شك أن النصوص التشريعية من الكتاب، أو السنة، وكذلك الإجماع، ودالاتها العامة، المأخوذة منها القواعد، هي نقل صريح لها أي: أصلها. لذلك نجد السيوطي (ت ٩١١هـ)، وابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) مثلاً يذكران قاعدة من القواعد، ويعقبانها بقولهما مثلاً: أصلها كذا من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو الأثر.

وأما القواعد التي استنبطها الفقهاء نتيجة استقراء المسائل الفقهية فهي التي لا يحكم الحكام بمجرد الاستناد إلى واحدة منها، بل يستأنسون بها كشاهد.

هذا ما يستفاد مما جاء في شرح المجلة، وإليه ذهب أيضاً الباحثون المعاصرون. يقول د. عبد الوهاب أبو سليمان: «ليست القاعدة الفقهية دليلاً يحتج به فيما عدا القواعد المستفادة من القرآن، والسنة نصاً، أو مفهوماً، وإنما هي شاهد يستأنس به في إبداء رأي أولي، وهذا هو موقف العلماء نحوها»:

(فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد)^(١). ويقول د. أحمد بن عبد الله: «القاعدة الفقهية تعتبر دليلاً يحتج به إذا كان لها أصل من الكتاب، أو السنة... أما ما عدا ذلك من القواعد، وهي التي أسسها الفقهاء نتيجة استقراء المسائل الفقهية... ثم يقول: ... وعلى هذا سار واضعو مجلة الأحكام العدلية»^(٢). ثم نقل ما أورده الباحث من شرح المجلة.

خلاصة القول: أن كلام واضعي المجلة واضح الدلالة على اعتبار

(١) راجع: النظريات والقواعد (ص ٥٥).

(٢) راجع: القسم الدراسي (ص ١١٦، ١١٧) من كتاب القواعد للمقري.

القواعد التي لها نقل صريح، أدلة شرعية يصح الاحتجاج بها، والاحتكام إليها في استنباط الأحكام منها. فمن أين فهم الباحث ما ذهب إليه؟ فتبين بعد دراسة أقوال الفقهاء التي أوردها الباحث، ونقاشها أنها لا تصلح أن تكون أساساً ومنطلقاً لانطلاقه منه إلى ما ذهب إليه؛ إذ ليست فيها أية دلالة عليه، بل وقد دلّ ما جاء في المجلة على اعتبار القاعدة من القواعد الفقهية المستمدة من النصوص التشريعية، ودلالاتها العامة، دليلاً صالحاً للاعتماد عليه في استخراج حكم فقهي منه.

ثانياً - مناقشة ما أورده الباحث من تعليقات انطلاقاً من أقوال الفقهاء السابقة:

فقوله: «لا يصح الرجوع إلى هذه القواعد كأدلة قضائية وحيدة».

يناقش: بأنه غير صحيح؛ لأن ما أشارت إليه المجلة هو: أن القواعد التي ليس لها نقل صريح، أو أصل من الكتاب، أو السنّة، أو الإجماع هي التي لا يصح الرجوع إليها كأدلة قضائية وحيدة، وذلك؛ لأنه كما يصح الرجوع إلى أصول تلك القواعد كأدلة قضائية، كذلك يصح الرجوع إليها كأدلة قضائية، ما دامت ليست هناك نصوص شرعية تعارضها؛ فإن الرجوع إليها نابع من الرجوع إلى أصولها.

وقوله: «وليس من المعقول أن يجعل ما هو جامع، و رابط للفروع دليلاً من أدلة الشرع».

يناقش: بأنه يمكن، بل ومن المعقول أيضاً أن يجعل ما هو جامع و رابط للفروع دليلاً من أدلة الشرع؛ إذ ليس هناك مانع عقلاً من أن يكون الشيء الواحد جامعاً و رابطاً للفروع، ودليلاً شرعياً؛ لأنه لا تناقض بينهما، والدليل على ذلك قاعدة: (الأمور بمقاصدها) مثلاً، يصح أن تكون جامعة للفروع، ودليلاً من أدلة الشرع؛ فإنها تتضمن حكماً تشريعياً عاماً، يشمل ما يندرج تحته من فروع و جزئيات وأحكامها، فهي بهذا الاعتبار جامعة و رابطة لها، كما أنه يشمل ما سيكون من وقائع و حوادث، وأحكامها، فهي بهذا الاعتبار دليل

شرعي؛ لأنها مأخوذة من الحديث النبوي الشريف: «إنما الأعمال بالنيات»^(١)، ولأن كونها دليلاً شرعياً - يستخرج منه حكم فقهي - نابع من أصلها. فليست هناك استحالة عقلية بين كونها جامعة ورابطة للفروع وبين كونها دليلاً شرعياً يستدل به. هذا من جانب.

ومن جانب آخر، قد اعترف الباحث بأن القاعدة إذا كانت حديثاً ثابتاً مستقلاً، فهي دليل عنده، مثل: (الخراج بالضمان). ولا شك أن هذه القاعدة كما هي دليل شرعي، كذلك جامعة للفروع وضابطة لها في نفس الوقت. فليس هناك مانع عقلاً بين كونها جامعة ورابطة للفروع وبين كونها دليلاً، فكذلك - تأسيساً عليه - القاعدة المأخوذة من نص الكتاب، أو السنة، أو من الإجماع، ومن دلالاتها العامة؛ لأنه لا فرق بين القاعدتين من الناحية العقلية بغض النظر عن كون إحداهما الحديث النبوي الشريف، والأخرى مأخوذة من النص من الكتاب، أو السنة، أو من الإجماع، ومن دلالاتها العامة.

وقوله: «إن معظم القواعد لا تخلو عن المستثنيات، وربما كانت المسائل التي يراد حكمها من المسائل المستثناة، إذ لا يجوز بناء الحكم على أساس القواعد، ولا ينبغي تخريج الفروع عليها، كما أشار إلى ذلك العلامة ابن نجيم».

يناقش بوجوه:

١ - أن عدم خلو معظم القواعد عن المستثنيات لا يغيّر صفة العموم لها - أي: لا تختلّ عموميتها من حيث المجموع باعتبار شمولها لأكثر الفروع، والجزئيات. كما صرح بذلك أصحاب المجلة^(٢).

ومن المعلوم أن أحكام الشرع منوطة بالغالب والأكثر لا بالنوادير والشواذ التي لا يعتبرها الشارع. وقد تقدم تصريح الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) راجع: علي حيدر: درر الحكام (١/١٥)، وسليم باز: شرح المجلة (ص ١٧).

بذلك^(١). لذلك نجد الخادمي (ت ١٠٧٦هـ) من الحنفية يعتبر القاعدة قاعدة سواء أكانت كلية، أو أغلبية^(٢). فلا تغض المسائل والصور المستثناة من شأنها الاعتباري، والاستدلالي، ولا يحط خروج بعض الفروع، والجزئيات من قيمتها.

هذا، وقد اعترف بذلك أيضاً الباحث نفسه، ثم تناسى، حيث يقول: «وقد يند عن معظم القواعد بعض الفروع، وإن كان خروج تلك الفروع لا يغير صفة العموم للقواعد، ولا يحط من قيمتها»^(٣).

وفي موضع آخر: «... إن القواعد في سائر العلوم لا تخلو عن الشواذ والمستثنيات، إنما الاختلاف اختلاف نسبة التفاوت فيما بينها، ثم إن تلك المستثنيات لا تغض من شأنها»^(٤).

٢ - أن المستثنيات لها اعتبارات عديدة اقتضت خروجها، وتخريجها على قاعدة أخرى أليق بها، وإعطاءها حكماً آخر؛ لأنها إما لم تكن مندرجة تحتها أصلاً، أو كانت، لكن لم يظهر اندراجها، أو ظهر، لكن وجد مانع منه، أو معارض عارضه - كما سبق بيان ذلك -.

إذن، فاعتبار خروجها مجرد اعتبار نظري فحسب. وقد اعترف به الباحث نفسه؛ إذ يقول: «وإذا تأملنا في تلك المستثنيات أدركنا دقة أنظار الفقهاء؛ فإنهم يرون أن تلك المسائل، أو الصور المستثناة من قاعدة ما، هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى»^(٥).

٣ - أن قوله: «ربما كانت المسألة التي يُراد حكمها من المسائل المستثناة» مبني على مجرد احتمال لا يسانده دليل، فلا يمكن اعتباره؛ لأن الأصل في القاعدة شمولها لجميع الفروع والجزئيات المندرجة تحتها. فكون

(١) انظر: (ص ٨٥) من الرسالة.

(٢) راجع: مجامع الحقائق (ص ٣٠٥) مع منافع الحقائق.

(٣) راجع: القواعد الفقهية (ص ٤٣). (٤) راجع: نفس المرجع (ص ٤٤).

(٥) راجع: نفس المرجع (ص ٤٣)..

تلك المسألة التي يراد حكمها من المسائل المندرجة تحتها أكثر وأقوى احتمالاً من كونها من المسائل المستثناة.

٤ - أن النتيجة التي انتهى إليها الباحث وهي: عدم جواز بناء الحكم على أساس القواعد، - وبالتالي عدم تخريج الفروع عليها - مبنية:

أ - على ما فهمه من كلام ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، وقد سبق بطلانه.

ب - وعلى رأي مجرد خال عن أي سند شرعي.

ومما لا شك فيه أن مجرد الرأي لا يعتبره الشرع، فضلاً عن أن يكون في مقابل الرأي القوي الذي له سند شرعي.

وبالإضافة إلى كل ذلك أنه يخالف ما ذهب إليه الفقهاء قاطبة من جواز بناء الحكم على القواعد المأخوذة من النصوص الشرعية، وتخريج الفروع عليها؛ إذ يذكرونها في معرض استدلالهم على الفروع، وهو أصدق دليل على بناء الحكم على أساس مثل هذه القواعد، وتخريج الفروع عليها.

وقوله: «إنما هي شواهد يستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة».

يناقش بما يأتي:

١ - أنه على إطلاقه مخالف لما جاء في المجلة، حيث أشار أصحابها إلى أن القواعد التي لها نقل صريح يحكم حكام الشرع استناداً إليها. فيجوز بناء الحكم على أساسها، وعليه فإطلاق الشواهد على القواعد المستفادة من الكتاب، أو السنة، أو من الإجماع نصاً أو مفهوماً، باطل.

٢ - أن قوله هذا إنما ورد كنتيجة لما سبق من قوله: «لا يجوز بناء الحكم على أساس القواعد، ولا ينبغي تخريج الفروع عليها»، وقد ثبت بطلانه، فكذلك هنا، إذ ما بني على الباطل فهو باطل.

٣ - أن المسائل الفقهية المدونة - التي أشار الباحث إلى تخريج أحكام القضايا الجديدة عليها - لا تخلو إما أن تكون:

أ - منصوصاً عليها من الكتاب، أو السنة، أو معبرة عن الإجماع.

ب - أو مأخوذة ومستفادة من النصوص من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع ومن دلالاتها العامة.

ج - أو مأخوذة ومستمدة من اجتهادات الفقهاء.

نتساءل هنا: كيف يجوز عندك تخريج أحكام القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة - التي منها: المأخوذة من الأدلة الشرعية، والمأخوذة من اجتهادات الفقهاء؟ وكيف لا يجوز على القواعد الفقهية المأخوذة من نصوص الكتاب، أو السنة، أو من الإجماع - المعتبرة والمسلمة في الكتب الفقهية، كما صرح بذلك أصحاب المجلة؟ والتي من باب أولى من المسائل الفقهية المدونة.

بعد أن بيّنا ما ذهب إليه الباحث الندوي من أن القاعدة - ما عدا التي هي: نص حديث ثابت مستقل - باعتبارها قاعدة لا تصلح أن تكون دليلاً من أدلة الشرع يحتج به ويستنبط منه الأحكام، وما استدل به من أقوال الفقهاء، وما قاله انطلاقاً منها، وما أورده من تعليقات، وبعد أن ناقشنا تلك الأقوال، والتعليقات نقاشاً علمياً أميناً قائماً على الأسس العلمية المتينة، ومبنياً على الإنصاف والعدل - يبدو واضحاً وجلياً أن ما ذهب إليه الباحث غير صحيح على الإطلاق؛ إذ أنه لم يستند إلى سند شرعي ومعتبر.

القسم الثالث - القاعدة الفقهية المأخوذة من استقراء المسائل الفقهية المستفادة من اجتهادات الفقهاء:

فقد اختلف العلماء في مهمتها ووظيفتها التشريعية إلى فريقين:

١ - فريق يرى: أنها مجرد ضوابط يضبط بها المسائل الفقهية المتشابهة، وشواهد يستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة دون اعتبارها أدلة شرعية في ذاتها، وبالتالي فلا يمكن الاعتماد عليها في استخراج واستنباط حكم فقهي منها. إليه أشار ابن دقيق العيد^(١)

(١) هو: تقي الدين، أبو الفتح، محمد بن أبي الحسن علي بن أبي العطاء، القشيري، =

(ت ٧٠٢هـ)^(١)، وابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)^(٢)، وأصحاب المجلة^(٣). كما صرح به بعض الباحثين^(٤).

٢ - فريق يرى: أنها يمكن الاعتماد عليها في استخراج حكم فقهي في الحكم، والقضاء، والفتوى في حالة غياب دليل آخر^(٥).

هذا مستفاد من التطبيقات العملية للقواعد لدى العلماء: السرخسي^(٦) (ت ٤٨٣هـ)^(٧)، وقاضي خان^(٨) (ت ٥٩٢هـ)^(٩)، والعزبن عبد السلام^(١٠) (ت ٦٦٠هـ)^(١١)،

= محدث، فقيه، المعروف بابن دقيق العيد. من مؤلفاته: «إحكام الأحكام»، توفي سنة ٧٠٢هـ. راجع: الكتبي: فوات الوفيات (٢/ ٤٨٤ - ٤٩٢)، والسبكي: طبقات الشافعية (٩/ ٢٠٧ - ٢٤٩)، وابن كثير: البداية (١٤/ ٢٧)، وابن فرحون: الديباج (٢/ ٣١٨)، وابن حجر: الدرر الكامنة (٤/ ٢١٠ - ٢١٤).

- (١) راجع: ابن فرحون: المرجع السابق.
- (٢) راجع: الحموي: غمز عيون البصائر (١/ ١٧).
- (٣) راجع: علي حيدر: درر الحكام (١٠/ ١٥)، وسليم باز: شرح المجلة (ص ١٢، ١٧).
- (٤) د. عبد الوهاب في بحثه: النظريات والقواعد (ص ٥٥)، والشيخ أحمد بن عبد الله في: القسم الدراسي لكتاب «القواعد» (١/ ١١٦)، ود. الوليد في: القواعد الفقهية عند الحنابلة (ص ٦١).
- (٥) راجع: د. الوليد: المرجع السابق (ص ٢٦، ٦٣).
- (٦) هو: شمس الأئمة أبو بكر، محمد بن أحمد.
- (٧) راجع: المسوط (٣/ ١٧٨).
- (٨) هو: فخر الدين، الحسن بن منصور الأوزجندی الشهير بقاضيخان الحنفي، فقيه، أصولي، له كتاب: «الفتاوى الخانية»، و«شرح الجامع الكبير» وغيرهما، توفي سنة ٥٩٢هـ. راجع: ابن قطلوبغا: تاج التراجم (ص ٢٢)، والقرشى: الجواهر المضيئة (٢/ ٩٣).
- (٩) الفتاوى الخانية (١/ ٤٧٤، ٢/ ١١٢، ٣/ ٣٠٥).
- (١٠) هو: عز الدين، أبو محمد، عبد العزيز بن عبد السلام، الملقب بسلطان العلماء. ستأتي ترجمته.
- (١١) راجع: قواعد الأحكام (٢/ ٥١) وما بعدها.

والقرافي^(١) (ت ٦٨٤هـ)^(٢)، والشاطبي^(٣) (ت ٧٩٠هـ)^(٤)، والطوفي^(٥) (ت ٧١٠هـ)^(٦)، وابن رجب^(٧) (ت ٧٩٥هـ)^(٨)، وابن عرفة^(٩) (ت ٨٠٣هـ)^(١٠)، وعلي حيدر^(١١). وإليه ذهب بعض الباحثين المعاصرين^(١٢).

سبب الخلاف:

لو بحثنا عن سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذا القسم من القواعد نجد أنه يدور حول أمرين:

- (١) سبقت ترجمته.
- (٢) راجع: الفروق (١٠٧/٢، ١١٠، ٤٠/٤)، وشرح تنقيح الفصول (ص ٤٤١).
- (٣) تقدمت ترجمته.
- (٤) راجع: الموافقات (٢٩٨/٣، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠٤).
- (٥) هو: نجم الدين، أبو الربيع سليمان بن عبد القوي، الحنبلي، الفقيه، الأصولي، وله كتاب «مختصر الروضة» وشرحها، وغيرهما، توفي سنة ٧١٠هـ. راجع: ابن رجب: ذيل طبقات الحنابلة (٢/٣٦٦ - ٣٧٠)، وابن حجر: الدرر الكامنة (٢/٢٤٩ - ٢٥٢).
- (٦) راجع: شرح مختصر الروضة (٢/٩٥).
- (٧) هو: عبد الرحمن بن رجب. ستأتي ترجمته في بحث المؤلفات في القواعد الفقهية.
- (٨) راجع: القواعد الفقهية (ص ١، ٣).
- (٩) هو: أبو عبد الله، محمد بن محمد بن عرفة، التونسي، المالكي، لم يكن بالمغرب من يجري مجراه في التحقيق، ولا من اجتمع له من العلوم ما اجتمع له، ويعرف بابن عرفة، فقيه، أصولي. ومن تأليفه: «المبسوط»، توفي سنة ٨٠٣هـ. راجع: ابن فرحون: الديباج (٢/٣٣١ - ٣٣٣)، والسخاوي: الضوء اللامع (٩/٢٤٠ - ٢٤٢)، والسيوطي: بغية الوعاة (١/٢٢٩ وما بعدها).
- (١٠) راجع: الحطاب: مواهب الجليل (١/٣٨).
- (١١) يقول في شرح: «الطريقة لمعرفة حكم الجزئيات: قاعدة: (القديم على قدمه) الكلية مثلاً، وجزئياتها: أن طريق دار زيد قديمة، فيستخرج من القاعدة العمومية أنه ما دامت طريقة زيد قديمة، يجب أن يبقى على قدمها؛ لأن القديم يبقى على حاله القديم». هلم جزاً. درر الحكام (١/١٧).
- فيجب أن يلاحظ هنا: أن القاعدة المذكورة ليست من القواعد التي لها نقل، ومع ذلك فقد قام بتطبيقها، كما لو كانت كذلك، وفي هذا دليل واضح على أنه ذهب في شرح الطريقة المذكورة مذهباً جعل القاعدة أساساً لاستنباط الحكم واستخراجه.
- (١٢) كالدكتور محمد الحسيني حنفي في: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (ص ٢٥٧، ٢٥٨)، والدكتور جمال الدين عطية في: التنظير الفقهي (ص ٢١٠).

أولهما: هل الاستقراء دليل من أدلة الشرع، يمكن الاعتماد عليه في استخراج حكم فقهي.

الثاني: هل عدم اطراد القواعد الفقهية له تأثير في استنباط واستخراج حكم فقهي منها؟

ولكن مردهما واحد حسب تعريف السيد الشريف (ت ٨١٦هـ) للاستقراء وهو:

«الحكم على كلي لوجوده في أكثر جزئياته»^(١). وعدم اطراد القاعدة: تناولها أكثر جزئيات موضوعها دون كلها.

هذا، وقد تناولنا كون القاعدة الفقهية أغلبية وأكثرية دون كلية بالدراسة، والنقاش أكثر من موضع. أوضحنا أن الاستثناء ليس له تأثير في القاعدة من حيث كونها صالحة لأن تكون أساساً لاستنباط الحكم، واستخراجه منها.

الترجيح والاختيار:

قبل ترجيح أحد الرأيين واختياره، لا بدّ من النظر إليهما من ناحية التطبيق العملي عند الفقهاء للقواعد المأخوذة من استقراء المسائل الفقهية.

ولا شك أن من له إمام بكتب الفروع الفقهية، وآراء الفقهاء فيها - يعلم علم اليقين بأن القواعد الفقهية منشورة في ثنايا الأحكام التكليفية للتعليل والتدليل - ضمنها القواعد المأخوذة من استقراء المسائل الفقهية، واجتهادات الفقهاء - حيث إنهم يذكرون تلك القواعد في معرض تعليل الفروع بها، والاستدلال بها عليها. فيتبين من ذلك أنها تصلح أن تكون أساساً لاستخراج حكم فقهي في الحكم، والقضاء، والفتوى إذا لم يوجد دليل شرعي آخر.

بناءً على ذلك، يبدو أن هذا هو المنهج والمنحى للفقهاء بالنسبة للقواعد المأخوذة من استقراء المسائل الفقهية، ومن اجتهادات الفقهاء في جانب التطبيق العملي لها، لذلك نرى بعض الباحثين لم يجدوا بدءاً من أن يعترفوا ويصرحوا بذلك، حيث يقول د. محمد الحسيني حنفي:

(١) راجع: التعريفات (ص ٣٩).

«لئن كانوا قد نصّوا - أي: واضعوا مجلة الأحكام العدلية - على ذلك - أي: حكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح، لا يحكموا بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد - فقد جرى العمل على خلافه؛ فإن كل ما لم يرد فيه نص في المجلة، ولا نقل في المذهب الحنفي يصدر الحكم فيه تطبيقاً لتلك القواعد، وهذا أمر منطقي بعد التسليم بكونها قواعد الفقه»^(١).

وقد قام المحامي علي حيدر شارح المجلة بتطبيقها كأنها أساس لاستخراج الحكم^(٢).

لذلك يتساءل الدكتور جمال الدين عطية:

«هل يمكن القول: إن هذا هو منحى الفقهاء في تطبيق القواعد من الناحية العملية، وإن قولهم: إن القواعد - أي: التي ليس لها أصل من الكتاب، أو السنة - ليست حاکمة هو مجرد قول نظري، قصد منه صرف الهمّة عن الاجتهاد، أو عدم تشجيعه تمشياً مع روح ذلك العصر في إقفال باب الاجتهاد»^(٣).

بعد هذا كله يتسنّى لنا القول: إن رأي الفريق القائل: بأن القاعدة المأخوذة من استقراء المسائل الفقهية مجرد ضابط للمسائل الفرعية، وشاهد للاستئناس به في استخراج الحكم الفقهي دون اعتبارها دليلاً شرعياً في ذاتها - هو مجرد رأي نظري ليس له أي نصيب وحظ في جانب التطبيق العملي للقواعد.

وفي مقابل ذلك استبان بوضوح أن رأي الفريق القائل: بأنها يصح أن تكون أساساً لاستخراج الحكم الفقهي إذا لم يكن دليل شرعي آخر؛ لأنها في نهاية الأمر راجعة إلى الأدلة الشرعية - هو الراجح والمختار من الناحية العملية، إلا أنه ينبغي تقييدها بقيدين:

أحدهما: أن تكون سالمة عن المعارض لها.

الثاني: أن تكون معتبرة ومسلمة في المذاهب الاجتهادية الفقهية.

(١) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (ص ٢٥٧، ٢٥٨).

(٢) راجع: درر الحكام (١/١٧). (٣) راجع: التنظير الفقهي (ص ٢١٠).

المبحث الثالث

بداية نشأة القواعد وتكوينها وضعها وتدوينها، والمؤلفات الشهيرة والمتداولة ومناهج مؤلفيها في ترتيبها، وفي مضمون كتبها

وهو يحتوي على أربعة مطالب:

المطلب الأول: بداية نشأة القواعد وتكوينها.

المطلب الثاني: وضع القواعد وتدوينها.

المطلب الثالث: المؤلفات الشهيرة والمتداولة.

المطلب الرابع: مناهج المؤلفين في ترتيب القواعد، وفي مضمون كتبها.

* * *

المطلب الأول

بداية نشأة القواعد وتكوينها

لا يخفى على كل من يتتبع الآيات الكريمة من القرآن الحكيم، والأحاديث النبوية الشريفة من السنة المطهرة أن منها ما يتوقر فيه جميع خصائص القاعدة الفقهية، وسماتها من الإيجاز في التعبير، والإحكام والإتقان في الصياغة والتركيب، والعموم في المعنى باعتبار استيعابه للمسائل والأحكام الكثيرة وشموله للفروع، والجزئيات العديدة في بضع كلمات. وكذلك بالنسبة لآثار الصحابة، والتابعين، وما ورد من الأئمة المجتهدين من عبارات تجمع خصائص القواعد.

تقريباً لذلك نورد فيما يلي بعض الآيات، والأحاديث، حتى يتسنى لنا في ضوء ذلك إثبات ما قلناه، ثم نتبعهما ببعض آثار الصحابة، والتابعين، وبعض عبارات الأئمة المجتهدين من الفقهاء.

أولاً: من القرآن الحكيم:

- قوله سبحانه: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلْ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].
- قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ مِثْلَ الَّذِي عَلَيْكَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].
- قوله ﷺ: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].
- قوله تبارك وتعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].
- قوله جلّ وعلا: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].
- قوله تعالى: ﴿وَحَزْزُوا سِنْتَهُ سِنْتَهُ مِثْلَهَا﴾ [الشورى: ٤٠].

ثانياً: من السنة الشريفة:

- قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(١).
- قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).
- قوله ﷺ: «البيتة على المدعي، واليمين على من أنكر»^(٣).
- قوله ﷺ: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»^(٤).
- قوله ﷺ: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد»^(٥).
- قوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»^(٦).

(١) سبق تخريجه مختصراً (ص ١١٣) وسيأتي مفصلاً.

(٢) سبق تخريجه. (٣) سبق تخريجه.

(٤) هذا الحديث روي من حديث ابن عمر، وعمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، وجابر، وسعد بن أبي وقاص، وعلي، وعائشة، وخوات بن جبير، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم.

وأما حديث ابن عمر: فأخرجه الإمام أحمد في: المسند (٢/٩١، ٩٢)، والبيهقي في: السنن الكبرى (٨/٢٩٦)، وصححه الألباني في: الإرواء (٨/٤٢). وأما ما عدها فليراجع: الزيلعي: نصب الراية (٤/٣٠١ - ٣٠٥)، والشيخ الألباني: المرجع السابق (٨/٤٢ - ٤٤).

(٥) سبق تخريجه. (٦) سبق تخريجه.

- قوله ﷺ: «المسلمون أو المؤمنون على شروطهم، أو عند شروطهم إلا ما أحل حراماً، أو حرّم حلالاً»^(١).

- قوله ﷺ: «... وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم»^(٢).

فبعد هذا العرض لبعض الآيات والأحاديث يمكن للنّاظر فيها أن يلاحظ أنها موجزة في تعبيراتها، محكمة في صياغاتها، متقنة في تراكيبها، كما أنها عامة في المعاني بحيث تشمل كل ما يندرج تحتها من القضايا، والمسائل، وما ينطوي تحتها من الأحكام، والفروع، كذلك أنها تتناول من الحقوق، والواجبات ما يمكن أن يدخل تحت معانيها العامة. كل ذلك إلى جانب كونها مصادر للتشريع.

وعليه، فإن تلك الآيات العامة، والأحاديث المحيطة بجوامع الكلم المتعلقة بالأحكام العملية العامة - تحمل سمات القواعد، وصفاتها، وخصائصها، وبالتالي يمكن إجراؤها مجرى القواعد، واعتبارها بمثابة لانطباق معانيها، وتحقق مفاهيمها عليها.

وفي ضوء ما سبق يمكن القول: بأن الفترة الزمنية التي نشأت فيها، وكانت بدايتها، وحصل تكوينها الاعتباري فيها هي: عصر الوحي، والرسالة، والتشريع.

إذن، فالبذرة الأولى للقاعدة كانت في ذلك العصر من الوحي،

(١) روي من حديث أبي هريرة، وعائشة، وأنس بن مالك، وعمرو بن عوف، ورافع بن خديج، وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم.

وأما حديث أبي هريرة: فأخرجه أبو داود في: السنن: الأفضية: باب في الصلح (١٩/٤)، ٢٠ ح (٣٥٩٤)، وابن الجارود في المنتقى: أبواب القضاء في البيوع (ص ١٦١ ح ٦٣٧)، والدارقطني في: السنن: البيوع (٣/٢٧ ح ٩٦): والحاكم في: المستدرک (٢/٤٩)، والبيهقي في: السنن (٦/٧٩): وابن عدي في: الكامل (٦/٢٠٨٨)، وصححه الألباني في: إرواء الغليل (٥/١٤٢).

وأما ما عده: فليراجع: الشيخ الألباني: المرجع السابق (٥/١٤٢ - ١٤٦).

(٢) أخرجه البخاري في: صحيحه: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة: باب قول النبي ﷺ: «بعثت بجوامع الكلم» (١٣/٢٦٤).

والرسالة، والتشريع، وذلك؛ لأن الوحي ينزل إثر استفتاء، أو واقعة، أو سؤال يشمل حكمه، وما يشاركه في العلة، والمعنى. وكذلك يكون قول النبي ﷺ جواباً لسؤال، أو استفتاء، أو حادثة، يعم ذلك وما يشاركه في العلة والمعنى.

هذا، وقد أوتي الرسول ﷺ جوامع الكلم، بحيث أنطقه الله بها، كما أنه اختصر له الكلام اختصاراً، فكان ﷺ يأتي بالكلمة الجامعة، وهي تمثل قاعدة عامة، وقضية كلية تجمع مسائل وقضايا كثيرة وعديدة.

يقول ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «إن الله بعث محمداً ﷺ بجوامع الكلم، فيتكلم الكلمة الجامعة العامة التي هي قضية كلية، وقاعدة عامة تتناول أنواعاً كثيرة، وتلك الأنواع تتناول أعياناً لا تحصى، ولهذا الوجه تكون النصوص محيطة بالأحكام»^(١).

ويقول - أيضاً - تعليقاً على حديث: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»: «جمع رسول الله ﷺ بما أوتيته من جوامع الكلم كل ما غطى العقل، وأسكر، ولم يفرق بين نوع ونوع، ولا تأثير لكونه مأكولاً، ولا مشروباً»^(٢).

لقد أعطي رسول الله ﷺ جوامع الكلم، واختصر له الكلام اختصاراً^(٣)، وكان عليه الصلاة والسلام ينطق بالحكمة القصيرة التي تخرج مخرج المثل، وتكون قاعدة كلية، ومبدأ عاماً ينطوي على الأحكام الكثيرة، والمسائل المتعددة، والفروع المتكررة.

ثالثاً: من آثار الصحابة:

بعد أن عرضنا ما تقدم، ننتقل إلى الآثار المروية عن الصحابة، والتابعين، لنرى هل فيها نفس النزعة التقعيدية التي رأيناها فيما سبق، حتى يمكن لنا اعتبارها مصادر فرعية أو ثانوية لتقعيد القواعد الفقهية:

(١) راجع: مجموع الفتاوى (١٩/٢٨٠).

(٢) راجع: المرجع السابق (٢٨/٣٤١).

(٣) راجع: ابن رجب: جامع العلوم والحكم (ص ٤).

من آثار الصحابة:

- قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط»^(١).
- قول ابن مسعود^(٢) رضي الله عنه: «يحرم من الإماء ما يحرم من الحرائر إلا العدد»^(٣).
- قوله: «لا ترد الحرة من عيب»^(٤).
- قوله: «إذا جاء القتل محاً كل شيء»^(٥).
- قول ابن عباس^(٦) رضي الله عنهما: «لا تجوز الصدقة حتى تقبض»^(٧).
- قوله أيضاً: «الفريضة لا تعول»^(٨).

إذا نظرنا في هذه الآثار، وتأملناها نجد أنها تحمل نفس النزعة التقييدية التي رأيناها في الأحاديث من وجازة التعبير، وإحكام الصيغة، وعموم المعنى وشموله.

فهذه الآثار، ولا سيّما أثر عمر رضي الله عنه بمثابة قضايا كلية، وقواعد عامة

-
- (١) تقدم تخريجه.
 - (٢) هو: أبو عبد الرحمن، عبد الله بن مسعود، من كبار العلماء من الصحابة، مات سنة ٣٢هـ أو بعدها. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٣٢٣)، والشيرازي: طبقات الفقهاء (ص ٤٣، ٤٤).
 - (٣) أخرجه البيهقي في: السنن الكبرى (١٦٣/٧).
 - (٤) أخرجه ابن أبي شيبه في: المصنف: النكاح: المرأة يتزوجها الرجل وبها برص أو جذام فيدخل بها (١٧٦/٤).
 - (٥) أخرجه عبد الرزاق في: المصنف: كتاب العقول: باب الذي يأتي الحدود ثم يقتل (٢٠/١٠)، أثر: (١٨٢٢١).
 - (٦) هو: عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، ابن عم رسول الله ﷺ، دعا له رسول الله ﷺ بالفهم في القرآن، فكان يسمى البحر، والجبر لسعة علمه، وهو أحد المكثرين من الصحابة، وأحد العبادة من فقهاء الصحابة، مات سنة ٦٨هـ بالطائف. راجع: ابن حجر: المرجع السابق (ص ٣٠٩).
 - (٧) أخرجه ابن أبي شيبه في: المصنف: البيوع: باب من قل: لا تجوز صدقة حتى تقبض (٤٤/٦)، أثر: (١٧٨، ١٨٠).
 - (٨) أخرجه عبد الرزاق في: المصنف: الفرائض (٢٥٤/١٠)، أثر: (١٩٠٢٢).

يندرج تحتها المسائل، والجزئيات الكثيرة.. وفي ضوءها يمكننا القول: بأن النزعة التعويدية كانت قد توغلت في أعماقهم، واستقرت في وجدانهم. ويؤكد ذلك كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري^(١)، حيث قال فيه: «اعرف الأمثال، والأشباه، ثم قس الأمور عندك، فاعمد إلى أحبها إلى الله، وأشبهها بالحق فيما ترى»^(٢).

رابعاً: من آثار التابعين:

- قول ابن المسيب^(٣): «جراحات العبيد في أثمانهم بقدر جراحات الأحرار في ديتهم»^(٤).
- قول شريح القاضي^(٥): «من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه» أو «أجزناه عليه»^(٦).

(١) هو: عبد الله بن قيس، صحابي مشهور، وهو أحد الحكمين بصفين، مات سنة ٥٠هـ، وقيل بعدها. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٣١٨).

(٢) أخرجه الدارقطني في: السنن (٢٠٦/٤ ح ١٥)، والقاضي وكيع في: أخبار القضاة (٧٠/١، ٧١، ٢٨٣، ٢٨٤)، والخطيب في: التاريخ (٤٤٩/١٠)، والفيه والمتفه (٢٠٠/١)، والبيهقي في: السنن الكبرى (١١٥/١٠، ١٥٠، ١٥٥، ١٨٢، ١٩٧).

(٣) هو: سعيد بن المسيب بن حزن المدني، رأس علماء التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة. قال قدامة الجمحي: كان سعيد بن المسيب يفتي، وأصحاب رسول الله ﷺ أحياء. وقال ابن المدني: لا أعلم في التابعين أوسع علماً منه، توفي بعد التسعين. راجع: ابن سعد: الطبقات (٣٧٩/٢)، والشيرازي: طبقات الفقهاء (ص ٥٧، ٥٨)، وتيمور باشا: ضبط الأعلام (ص ١٤٩).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في: المصنف: كتاب العقول: باب جراحات العبد (٣/١٠)، أثر: (١٨١٤٢).

(٥) سبقت ترجمته.

(٦) أخرجه البخاري في: صحيحه: كتاب الشروط: باب ما يجوز من الاشتراط... (٥/٤١٧) معلقاً؛ ووصله سعيد بن منصور، كما قال الحافظ في: الفتح (٤١٧/٥)، وعبد الرزاق في: المصنف: البيوع: باب الشرط في الكراء (٦٠/٨٠)، أثر: (١٤٣٠)، والقاضي وكيع في: أخبار القضاة (٣٥٤/٢)، وذكره الحافظ في تعليق التعليق على صحيح البخاري (٤١٥/٣).

- قوله أيضاً: «من ضمن مالاً فله ربحه»^(١).
 - قول إبراهيم النخعي^(٢): «كل بيع فيه شرط، فالشرط باطل إلا العتاق»^(٣).
 أو «كل شرط في بيع فالباع يهدمه»^(٤).
 فهذه الآثار من التابعين، فيها جميع سمات القواعد، وأوصافها، فهي بذلك يمكن اعتبارها مبادئ عامة، وإجراؤها قواعد كلية؛ فإنها تنطوي على الفروع والجزئيات الكثيرة. فمثلاً: قول شريح الأول يعتبر قاعدة في باب الشروط الجعلية، ويشابه في المعنى قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» - أو - «على شروطهم»، وقول عمر رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط». كما أن قوله: «من ضمن مالاً فله ربحه» يمثل دستوراً، ومبدأً عاماً في المعاملات المالية، هو يماثل في المعنى قاعدة: (الخراج بالضمان) التي هي نص الحديث النبوي الشريف.

فتلك الآثار من الصحابة، والتابعين تحمل في طياتها خصائص القواعد، فهي بهذا تصلح أن تنظم في سلكها من حيث المظهر والمعنى.
 بعد هذا، فإذا انتقلنا من عصر التابعين إلى من بعدهم من الأئمة المجتهدين، لكي ننظر في عباراتهم عند التعليل، والتدليل على أحكام المسائل، والفروع، لنرى هل تتسم بصفات القواعد؟ هذا ما سنلاحظه فيما بعد.

خامساً: من آثار الأئمة المجتهدين:

- قول مالك بن أنس^(٥) (ت ١٧٩هـ): «كل ما لا يفسد الثوب، فلا يفسد

(١) أخرجه القاضي وكيع في: أخبار القضاة (٣١٩/٢).

(٢) هو: ابن يزيد بن قيس، أبو عمران، الكوفي، الفقيه، مات سنة ٩٦هـ. ابن حجر: التقريب (ص ٩٥).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في: المصنف: البيوع: باب الشرط في البيع (٥٦/٨)، أثر: (١٤٢٨٩).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في: المصنف: البيوع: باب الرجل يستأجر الدار شهراً (٧/٨٤)، أثر: (٢٤٧١).

(٥) هو: أبو عبد الله المدني، أحد أعلام الإسلام، إمام المذهب المالكي، إمام دار =

- الماء»^(١).
- قول أبي يوسف^(٢) (ت ١٨٣هـ): «ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»^(٣).
- قول محمد بن الحسن الشيباني^(٤) (ت ١٨٩هـ): «الحقوق لا يجوز فيها إلا ما يجوز في الحكم»^(٥).
- قول الشافعي^(٦) (ت ٢٠٤هـ): «الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه، وما يكون حكمه بثبوت عليه»^(٧).
- قوله أيضاً: «إذا ضاق الأمر اتسع»^(٨).
- قول أحمد بن حنبل^(٩) (ت ٢٤١هـ): «كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة،
-
- = الهجرة، صاحب الموطأ في الحديث، توفي سنة ١٧٩هـ. راجع: المصادر التي ذكرها عمر رضا في: معجم المؤلفين (١٦٨/٨).
- (١) راجع: المدونة (٦/١).
- (٢) هو: يعقوب بن إبراهيم، صاحب الإمام أبي حنيفة، كان من أصحاب الحديث، ثم غلب عليه الرأي، وأول من لقب بـ«قاضي القضاة»، وله كتاب: «الخراج»، توفي ببغداد سنة ١٨٣هـ. راجع: الذهبي: ميزان الاعتدال (٤/٤٤٧)، وابن كثير: البداية (١٨٠/١٠ - ١٨٢)، والحجوي: الفكر السامي (٤٣٣/١).
- (٣) راجع: كتاب الخراج (ص ٦٥، ٦٦) في: «فصل في فوات الأرض في الصلح والعنوة وغيرهما».
- (٤) هو: صاحب الإمام أبي حنيفة، نشر علمه، وصنّف الكتب، وهي مستند الحنفية في المذهب. منها: «الجامع الكبير»، و«الصغير»، توفي بالري سنة ١٨٩هـ. راجع: الخطيب: تاريخ بغداد (١٧٢/٢ - ١٨٢)، وابن كثير: المرجع السابق (٢٠٢/١٠ - ٢٠٣)، والحجوي: المرجع السابق (٤٣٥/١ - ٤٣٦).
- (٥) راجع: كتاب الأصل (١٦٢/٣).
- (٦) هو: أبو عبد الله، محمد بن إدريس بن العباس، المعروف بالشافعي - نسبة إلى جدّ جده - صاحب المذهبي الشافعي، صاحب «الأم»، و«الرسالة»، توفي بمصر سنة ٢٠٤هـ. راجع: المصادر التي أوردها عمر رضا في: معجم المؤلفين (٣٢/٩ - ٣٤).
- (٧) راجع: الأم (٢٣٦/٣).
- (٨) راجع: الزركشي: المنشور في القواعد (١٢٠/١، ١٢١).
- (٩) هو: أبو عبد الله، أحمد بن محمد بن حنبل، أمير المؤمنين في الحديث، إمام في =

والصدقة، والرهن»^(١).

فهذه العبارات الجامعة للفقهاء الأوائل تتجلى فيها بوضوح خصائص القواعد، وسماتها وصفاتها، فتكتسب النزعة القواعدية، وبالتالي يمكن إجراؤها كقواعد فقهية، واستخدامها كمبادئ عامة لكونها تنطوي على عدد من الفروع، والجزئيات، وأحكامها.

كما أنها تثبت أن فكرة التأصيل، ونزعة التقعيد كانت مركوزة في أعماق السلف الصالح، ومستقرة في صدورهم، وثابتة في أذهانهم، فكان الفقهاء الأوائل يتداولونها عند التعليل، والتدليل على الأحكام.

بيد أن هناك سؤالاً يطرح نفسه: لماذا لم تدوّن في بداية عصر التدوين كعلم وفن مستقل؟ كما دوّن الفقه، وأصوله على أيدي كبار الأئمة الأوائل، بل وضع كعلم قائم بذاته بعد أن قطع الفقه بمذاهبه المختلفة شوطاً بعيداً.

يمكن الإجابة عنه: بأنهم كانوا يحفظهم القوي، وضبطهم الرصين، وملكتهم الاجتهادية يستوعبون المسائل، والجزئيات الفقهية، وأحكامها، ويستحضرونها متى احتاجوا إلى ذلك، وكانوا يستنبطون أحكام القضايا، والوقائع المستجدة، والمعروضة عليهم عن طريق تتبع النصوص العامة، والخاصة من الكتاب، والسنة، وعن طريق استقراء المسائل، والجزئيات، والأحكام الفقهية فلم تكن بهم حاجة إلى التدوين. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى: أن الفقه لم يكن قد تشعبت مسائله، وتكاثرت فروعه، وجزئياته إلى الحدّ الذي وصلت إليه في عصر تدوينه، وكذلك لم تكن الوقائع، والأحداث الجديدة كثيرة الوقوع.

فبناءً على ذلك، لم تكن هناك حاجة إلى أفراد القواعد، وإبرازها إلى

= الفقه، صاحب المذهب الحنبلي، وله كتاب «المسند» في الحديث، و«فضائل الصحابة»، وغيرهما، توفي سنة ٢٤١هـ. راجع: المصادر التي ذكرها عمر رضا في: معجم المؤلفين (٩٧/٢).

(١) راجع: أبا داود: مسائل الإمام أحمد (ص ٢٠٣).

الوجود كعلم وفن مستقل وقائم بذاته، فضلاً عن الحاجة إلى التدوين أو تأليفه حينذاك.

خلاصة ما سبق في سطور:

- ١ - بداية التأصيل والتععيد هي: عصر الوحي، والرسالة، والتشريع، فالبذرة واللبنة الأولى كانت في ذلك العصر.
- ٢ - الآيات التشريعية العامة من القرآن العظيم، والأحاديث الجامعة العامة من جوامع كلم الرسول ﷺ هي مصادر أولية أصيلة لتععيد القواعد الفقهية.
- ٣ - فكرة التععيد والتأصيل كانت متوغلة في أعماق الصحابة، والتابعين كما أنها انتقلت إلى أوائل الفقهاء.
- ٤ - الآيات الوجيزة ذات المعاني العامة التشريعية والأحاديث المحيطة بجوامع الكلم، والآثار ذات الكلمات الموجزة، العامة الجامعة، وكذلك عبارات الفقهاء الأوائل ذات الدلالات العامة، مع الإيجاز في تراكيبها - عند تعليل الأحكام، والتدليل عليها - كانت سبباً أساسياً، ودافعاً وحافزاً مهماً لاستنباط القواعد الفقهية، واستخراجها، وصياغتها، وجمعها وتدوينها، بالإضافة إلى تكاثر المسائل، والفروع، والجزئيات.

﴿ المطلب الثاني ﴾

وضع القواعد وتدوينها

تبيّن مما سبق - أن البذرة الأولى لنشأة القواعد الفقهية كانت في عصر الوحي وهو عصر الرسالة، والتشريع. فحركة تععيد القواعد مسبوقه بالقرآن، والنبوة في جوامع الكلم، وكذلك أنها مسبوقه بلسان الصحابة والتابعين - رضي الله عنهم جميعاً -، كما أن معانيها كانت معروفة ومقررة لدى أئمة الفقهاء المجتهدين - رحمهم الله جميعاً -، بل إن صياغتها بدأت في عصر تدوين الفقه، ولكنها لم تفرد بالتدوين، والتأليف بشكل مستقل إلا بعد ذلك

بقرنين من الزمان تقريباً، لعدم الحاجة إليه حينذاك. كما تقدم إيضاحه. هذا، ولما جاء عصر الأئمة المجتهدين - وهو عصر تدوين الفقه - واختلفت اجتهاداتهم، وتنوّعت آراؤهم الاجتهادية بقدر ما منح الله كل واحد منهم من قدرة على الفهم، والاستنباط، والتحصيل، والتفريع - فقد ترتب على ذلك أمران:

أحدهما: أن الفقه قد تشعبت مسائله، وتنوّعت أحكامه لتنوّع أفعال المكلفين، واختلافها، وتكاثرت فروعه، وازدادت جزئياته، وتضخمت، حيث خرجت عن نطاق الاستيعاب، والسيطرة عليها، كما أنها تناظرت وتشابهت، وقد يترأى للبعض التعارض، والتناقض في ظاهرها.

الثاني: أنه قد تعددت المذاهب الفقهية، وصار مذهب كل إمام عالماً مخصوصاً عند أهله، ودوّنت أصوله، ولم يكن لهم سبيل إلى الاجتهاد المطلق، بل إنه انحصر في تخريج الأحكام من فقه المذاهب. لذلك احتاجوا إلى تنظير المسائل في الإلحاق، وتفريقها عند الاشتباه بعد الاستناد إلى الأصول المقررة عن مذهب إمامهم^(١).

فهنا جدت الحاجة إلى إيجاد ضوابط، ومعايير صحيحة وثابتة، وشاملة، ووضع مبادئ عامة، وقواعد كلية جامعة، لكي يسهل ضبطها، وحفظها، ويمكن الرجوع إليها بسهولة ويسر في مهمة البحث، والاستنباط، والتفريع، وعرض الأحكام، وكذلك في معرفة الأحكام في المسائل المعروضة، واستنباط الحلول للوقائع والحوادث المتجددة من كل تلك القواعد.

كل هذا حدا ببعض الفقهاء إلى إعادة النظر في تلك المسائل والأحكام المختلفة المتنوعة، والفروع والجزئيات المتناظرة والمتاثرة، بضبطها في سلك واحد متحد، وربطها في وحدة متماسكة.

فكان ضبطها، والربط بينها أول محاولة لوضع القواعد الفقهية مصوغة بصيغها الفقهية، وكانت هذه المحاولة الأولى في المذهب الحنفي، ولها عدة

(١) راجع: ابن خلدون: المقدمة (ص ٣٥٦)..

أسباب. يقول د. محمد سلام مذكور مبيّناً تلك الأسباب:

«لأن طبيعة فقههم، واتجاههم نحو الرأي، ووجود الفقه الافتراضي بينهم، وتوسعهم في الفروع، بناءً على ذلك - جعلهم يعملون على إيجاد قواعد كلية تحكم هذه الفروع الكثيرة المتناثرة»^(١).

فطريق الحنفية في وضع أصولهم من طريق استقراء الفروع، والجزئيات الواردة عن أئمتهم المتقدمين، مهدت السبيل إلى وضع القواعد الفقهية.

وأقدم خبر يروى حول وضع القواعد الفقهية هو: ما حكى عن أبي طاهر الدباس^(٢) الحنفي - من فقهاء القرن الرابع الهجري - من أنه رد جميع مذهب أبي حنيفة^(٣) ﷺ إلى سبع عشرة قاعدة^(٤).

ومن ثم يمكن اعتبار محاولة أبي طاهر الدباس لجمع القواعد، ووضعها بداية التدوين للقواعد الفقهية، فهو يعتبر أول من بدأ بوضعها، وتدوينها في تاريخ التشريع الإسلامي، ثم أتى بعده ابن القاص^(٥) (ت ٣٣٥هـ) من الشافعية، وألّف كتاب «التلخيص»^(٦)، وجمع فيه بعض القواعد، والضوابط، والنظائر،

(١) راجع: مناهج الاجتهاد (ص ٣٨).

(٢) هو: محمد بن محمد بن سفيان الدباس، إمام الحنفية بالعراق، موصوف بالحفظ، من القرن الرابع الهجري. راجع: القرشي: الجواهر المضئية (٣/٣٢٣).

(٣) هو: النعمان بن ثابت، الكوفي، التيمي بالولاء، صاحب المذهب الحنفي، توفي سنة ١٥٠هـ. راجع: المصادر التي أشار إليها عمر رضا في: معجم المؤلفين (١٣/١٠٤، ١٠٥).

(٤) راجع: السيوطي: الأشباه والنظائر (ص ٨)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ١٥)، (١٦).

(٥) هو: أبو العباس، أحمد بن أبي أحمد الطبري، الشافعي، المعروف بابن القاص - بصاد مهملة مشددة - هو من يتعاطى المواعظ، والقصص، فقيه، أصولي، له كتاب: «التلخيص» وغيره، توفي سنة ٣٣٥هـ. راجع: السمعاني: الأنساب، ورقة (٤٣٨ب)، والنووي: تهذيب الأسماء واللغات (٢/٢٥٢، ٢٥٣)، والذهبي: سير أعلام النبلاء (١٥/٣٧١).

(٦) راجع: السمعاني: المرجع السابق: ورقة (١٤٣٩أ).

والمستثنيات^(١). ثم جاء بعد أبي طاهر الدباس من الحنفية أبو الحسن الكرخي^(٢) (ت ٣٤٠هـ)، وسار على منهجه. فمن الممكن أن يكون أخذ القواعد التي جمعها الدباس أو اقتبس منها بعضها؛ فإنه من أقرانه، وأضاف إليها، فبلغت مجموعة القواعد التي جمعها: سبعاً وثلاثين قاعدة، وهي وصلت إلينا في شكل رسالة خاصة، فهي تعتبر أول تأليف في صورة كتاب مستقل، المسمى بأصول الكرخي. وبعده: محمد بن حارث الخُشني^(٣) (ت ٣٦٢هـ) من المالكية حيث دون كتاب «الفتيا»^(٤) وضمنه مجموعة من القواعد، والكيليات، والنظائر^(٥).

هذا بالنسبة للقرن الرابع. وأما القرن الخامس الهجري:

فقد جاء فيه أبو زيد الدبوسي^(٦) (ت ٤٣٠هـ)، وهو ممن أضاف إلى تلك المجموعة التي جمعها الكرخي، فوضع كتابه الشهير: «تأسيس النظر»^(٧) الذي اشتمل على ست وثمانين قاعدة.

وبعده لم يعثر على أي تأليف حتى القرن السادس الهجري إلا كتاب «إيضاح القواعد» لعلاء الدين أبي بكر، محمد بن أحمد السمرقندي المتوفى سنة (٥٤٠هـ)^(٨). ومن المحتمل أن يكون فيه بعض القواعد الفقهية.

هذا، وعدم العثور على المدونات والمؤلفات في تلك الحقبة من الزمن

(١) راجع: د. الوليد: القواعد الفقهية عند الحنابلة (ص ١٣٨).

(٢) ستأتي ترجمته بالتفصيل.

(٣) هو: أبو عبد الله، محمد بن حارث بن أسد الخشني، القيرواني فقيه، محدث، حافظ، مؤرخ، وله كتاب «الاتفاق والاختلاف»، و«الفتيا» وغيرهما، توفي سنة ٣٦١هـ. راجع: الحموي: معجم الأدباء (١١١/١٨)، والذهبي: سير أعلام النبلاء (١٦٥/١٦، ١٦٦)، وابن فرحون: الديباج (٢/٢١٢، ٢١٣).

(٤) راجع: المراجع السابقة.

(٥) راجع: د. الوليد: المرجع السابق.

(٦) هو: عبيد الله بن عمر. ستأتي ترجمته بالتفصيل.

(٧) مطبوع متداول.

(٨) راجع: البغدادي: هدية العارفين (٩٠/٢).

لا يعني انقطاع الجهود فيها، بل إنها ربما طويت في ذمة التاريخ أو ضاعت.

وأما القرن السابع الهجري:

فقد ظهر فيه من المؤلفين: محمد بن إبراهيم الجاجرمي^(١) الشافعي (ت ٦١٣هـ)، فألف كتاب: «القواعد في فروع الشافعية»^(٢). ثم عز الدين بن عبد السلام^(٣) الشافعي (ت ٦٦٠هـ)، وألف كتابه الشهير: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام»^(٤). ومحمد بن علي الخلاطي^(٥) (ت ٦٧٥هـ)، فوضع كتاب: «قواعد الشرع، وضوابط الأصل والفرع»^(٦). والقرافي المالكي^(٧) (ت ٦٨٤هـ)، وألف كتابه: «أنوار البروق في أنواء الفروق»^(٨) المعروف لدى العلماء بفروق القرافي.

بالموازنة والمقارنة بين ما ألف في هذا القرن، وما ألف فيما قبله نجد بروز المؤلفات إلى حد بعيد في هذا القرن، وبالتالي تقدم هذا العلم إلى الأمام فهو بهذا خطأ خطوات رائعة كبيرة، إلا أنه لم يبلغ مرحلة نضوج واختمار، ولم يصل إلى مرحلة تألق.

فإذا انتقلنا إلى القرن الثامن الهجري:

(١) الجاجرمي - بفتح الجيمين، وسكون الراء نسبة إلى جاجرم - بلدة بين نيسابور وجرحان، وهو: معين الدين، أبو حامد، محمد بن إبراهيم، فقيه، أصولي، من مؤلفاته: «الكفاية في الفقه»، و«القواعد»، توفي سنة ٦١٣هـ. راجع: الذهبي: سير أعلام النبلاء (٦٢/٢٢)، والإسنوي: طبقات الشافعية (١/٣٧٥)، وابن العماد: شذرات الذهب (٥/٥٦)، وحاجي خليفة: كشف الظنون (٢/١٣٥٩).

(٢) راجع: الإسنوي: المرجع السابق؛ وحاجي خليفة: المرجع السابق.

(٣) ستأتي ترجمته. (٤) مطبوع متداول معروف.

(٥) هو: أبو الفضل، محمد بن علي بن الحسين الخلاطي، الشافعي، محدث، فقيه، أصولي، له كتاب «قواعد الشرع»، و«ضوابط الأصل والفرع» وغيرهما، توفي سنة ٦٧٥هـ. راجع: الإسنوي، المرجع السابق (١/٥٠٤)، وحاجي خليفة: المرجع السابق (٢/١٣٥٨).

(٦) راجع: الإسنوي: نفس المرجع السابق، وحاجي خليفة: نفس المرجع السابق.

(٧) ستأتي ترجمته. (٨) مطبوع متداول.

- نلاحظ تبلور هذا العلم وبروزه أكثر فأكثر بظهور كبار المؤلفين من العلماء فيه، الذين طبق صيتهم الآفاق بسبب مؤلفاتهم الشهيرة القيّمة مثل:
- ابن الوكيل^(١) الشافعي (ت ٧١٦هـ): له كتاب: «الأشباه والنظائر»^(٢).
 - القفصي^(٣) المالكي (ت ٧٣٦هـ): له كتاب: «المذهب في ضبط قواعد المذهب»^(٤).
 - المقري^(٥) المالكي (ت ٧٥٨هـ): له كتاب: «القواعد»^(٦).
 - العلائي^(٧) الشافعي (ت ٧٦١هـ)؛ له كتاب: «المجموع المذهب في ضبط قواعد المذهب»^(٨).

- (١) هو: محمد بن عمر بن مكي، صدر الدين، أبو عبد الله بن المرحل، ويعرف بابن الوكيل، وله كتاب «الأشباه والنظائر»، وهو أول من ألف بهذا العنوان في الفقه الإسلامي، ثم اقتفى أثره من جاء بعده، وقيل: إنه أحسن الكتب فيه إلا أنه لم ينقح ولم يحرر، توفي بالقاهرة سنة ٧١٦هـ. راجع: السبكي: طبقات الشافعية (٢٥٣/٩) - (٢٥٧)، والكتبي: فوات الوفيات (٥٠٠/٢ - ٥١٣).
- (٢) راجع: السبكي: المرجع السابق (٢٥٥/٩)، وحاجي خليفة: كشف الظنون (١/١٠٠).
- (٣) هو: محمد بن عبد الله بن راشد، القفصي، البكري، الإمام أبو عبد الله، الفقيه المالكي، وله كتاب «المذهب في ضبط قواعد المذهب»، واختلف العلماء في تاريخ وفاته، قيل ٦٨٥هـ، وفي: الأعلام ٧٣٦هـ. راجع: ابن فرحون: الديباج (٣٢٨/٢)، (٣٢٩)، والبغدادي: هدية العارفين (١٣٤/٢، ١٣٥)، وإيضاح المكنون (٤٥٦/٢)، والزركلي: الأعلام (١١١/٧، ١١٢)، وكحالة: معجم المؤلفين (٢١٣/١٠).
- (٤) راجع: المراجع السابقة، وفي بعضها: «الذهب» بدل «المذهب». وقال ابن فرحون: جمع فيه جمعاً حسناً.
- (٥) هو: محمد بن محمد، التلمساني. ستأتي ترجمته بالتفصيل عند الكلام على المؤلفات في القواعد.
- (٦) مطبوع محقق. وسيأتي بيان ذلك.
- (٧) هو: أبو سعيد، خليل بن كيكلدي بن عبد الله العلائي، صلاح الدين، محدث، فقيه، أصولي، له كتاب «المجموع المذهب في ضبط قواعد المذهب»، توفي سنة ٧٦١هـ. ترجم له ابن حجر في: الدرر الكامنة (١٧٩/٢ - ١٨٢)، والدمشقي في: الرد الوافر (ص ١٦٣، ١٦٤)، وابن العماد في: شذرات الذهب (١٩٠/٦).
- (٨) راجع: البغدادي: المرجع السابق (٤٣٧/٢).

- تاج الدين^(١) السبكي الشافعي (ت ٧٧١هـ): له كتاب: «الأشباه والنظائر»^(٢).
- الإسنوي^(٣) الشافعي (ت ٧٧٢هـ): له كتاب: «الأشباه والنظائر»^(٤).
- الزركشي^(٥) الشافعي (ت ٧٩٤هـ): له كتاب: «المتثور في القواعد»^(٦).
- ابن رجب^(٧) الحنبلي (ت ٧٩٥هـ): له كتاب: «تقرير القواعد وتحريير الفوائد» المعروف بالقواعد في الفقه الإسلامي^(٨).
- علي بن عثمان الغزي^(٩) الحنفي (ت ٧٩٩هـ): له كتاب: «القواعد في الفروع»^(١٠).

بالنظر في المؤلفات السابقة يبرز:

- ١ - أن هذه المؤلفات هي أهم وأشهر ما ألف في القواعد الفقهية على الإطلاق، فهي تحمل في طياتها مادة وثروة علمية غزيرة، وضخمة من القواعد، كما أن فيها إثباتاً لها، وكذلك فيها دلالة على نضوج هذا الفن إلى حد كبير في هذا القرن - أي: الثامن الهجري - وتألقه.
- ٢ - بناءً عليه ينبغي أن يسمى هذا القرن بالعصر الذهبي لهذا الفن.
- ٣ - تفوّقت فيه عناية الشافعية واهتمامهم بهذا الفن تأليفاً، وتصنيفاً.

(١) هو: عبد الوهاب بن علي. ستأتي ترجمته بالتفصيل.

(٢) مطبوع.

(٣) الإسنوي - نسبة إلى «إسنا» - بالكسر، ثم السكون، وهي مدينة بأقصى الصعيد بمصر - وهو: جمال الدين، أبو محمد، عبد الرحيم بن الحسن، فقيه، أصولي، له كتاب: «الأشباه والنظائر»، توفي سنة ٧٧٢هـ. راجع: ابن حجر: الدرر الكامنة (٢/٤٦٣)، وابن العماد: شذرات الذهب (٦/٢٢٣).

(٤) راجع: حاجي خليفة: كشف الظنون (٢/١٩٥٠).

(٥) هو: محمد بن بهادر بن عبد الله. ستأتي ترجمته بالتفصيل.

(٦) مطبوع متداول.

(٧) هو: عبد الرحمن بن رجب. ستأتي ترجمته.

(٨) مطبوع متداول.

(٩) هو: شرف الدين، له كتاب: «الجواهر والدرر»، و«القواعد في الفروع». راجع:

البغدادي: هدية العارفين (١/٧٢٦).

(١٠) راجع: البغدادي: المرجع السابق.

- وأما القرن الذي يليه وهو القرن التاسع الهجري:
- ففيه بذلت أيضاً جهود، ومحاولات جادة ومثمرة في التأليف، فألف:
- ابن الملقن^(١) الشافعي (ت ٨٠٤هـ) كتاب: «الأشباه والنظائر»^(٢).
 - العَيْرِي^(٣) الشافعي (ت ٨٠٨هـ) كتاب: «أسنى المقاصد في تحرير القواعد»^(٤).
 - ابن الهائم^(٥) المقدسي الشافعي (ت ٨١٥هـ) كتاب: «تحرير القواعد العلائية وتمهيد المسالك الفقهية»^(٦).
 - الحصني^(٧) الشافعي (ت ٨٢٩هـ) كتاب: «القواعد»^(٨).

- (١) هو: سراج الدين، أبو حفص، عمر بن علي بن أحمد، الشهير بابن الملقن - وذلك أن والده توفي، وله من العمر سنة واحدة، فتزوجت أمه من شيخ كان يلحن القرآن بأحد الجوامع، اسمه الشيخ عيسى المغربي، فتربى في بيته، فعرف بابن الملقن، نسبة إليه - محدث، فقيه، وله مؤلفات كثيرة منها كتاب: «الأشباه والنظائر»، توفي سنة ٨٠٤هـ. راجع: السخاوي: الضوء اللامع (٦/١٠٠ - ١٠٢)، وابن العماد: شذرات الذهب (٧/٤٤، ٤٥)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٣٤٨)، والزركلي: الأعلام (٥/٥١٨).
- (٢) راجع: حاجي خليفة: كشف الظنون (١/١٠٠)، وحقق في أطروحة جامعية، مقدمة للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض. راجع: د. الوليد: القواعد الفقهية عند الحنابلة (ص ١٤١).
- (٣) هو: محمد بن محمد بن محمد، الزبيرى، الغزي، الشافعي، ويُعرف بـ«العَيْرِي»، فقيه، مشارك في علوم متعددة، من تصانيفه: كتاب: «أسنى المقاصد في تحرير القواعد»، توفي سنة ٨٠٨هـ. راجع: السخاوي: المرجع السابق (٩/٢١٨، ٢١٩)، وابن العماد: المرجع السابق (٧/٧٩)، وحاجي خليفة: المرجع السابق (١/٩٠).
- (٤) راجع: المراجع السابقة.
- (٥) هو: أحمد بن محمد بن عماد، الشهاب، أبو العباس، الشافعي، ويُعرف بابن الهائم، عالم مشارك في بعض العلوم، من مؤلفاته: كتاب: «تحرير القواعد العلائية وتمهيد المسالك الفقهية»، توفي سنة ٨١٥هـ. راجع: السخاوي: المرجع السابق (٢/١٥٧، ١٥٨)، وابن العماد: المرجع السابق (٧/١٠٩).
- (٦) راجع: البغدادي: إيضاح المكنون (١/٢٣٣) مع المرجعين السابقين.
- (٧) هو: تقي الدين، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، الشافعي، المعروف بالحصني - نسبة إلى الحصن، قرية من قرى حوران - فقيه، محدث، وجمع تأليف كثيرة منها: «قواعد الفقه»، توفي سنة ٨٢٩هـ. راجع: ابن العماد: المرجع السابق (٧/١٨٨، ١٨٩)، والشوكاني: البدر الطالع (١/١٦٦).
- (٨) حُقق في أطروحة جامعية، بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض؛ =

- البكري^(١) الشافعي (ت ٨٧١هـ) كتاب: «الاعتناء في الفرق والاستثناء»^(٢).
 - شُقير^(٣) الشافعي (ت ٨٧٦هـ) كتاب: «نظم الذخائر في الأشباه والنظائر»^(٤).
 يلاحظ من المؤلفات السابقة أن علماء القرن التاسع الهجري استمروا في التأليف، وبذلوا الجهود والمسااعي في التدوين، والتصنيف، غير أنها ظلت معتمدة على جهود السابقين؛ إذ لم تتجاوز دور التكميل، والتنسيق، والترتيب لما قام بجمعه من سبقوهم من العلماء.
 وفي القرن العاشر الهجري:

- كذلك استمرت حركة التأليف والتصنيف بين الفقهاء، حيث نشطوا في إبراز هذا العلم، وإجلالته، فقاموا بجمعه وتأليفه. من هؤلاء:
- ابن عبد الهادي^(٥) الحنبلي (ت ٩٠٩هـ): له كتاب: «القواعد الكلية والضوابط الفقهية»^(٦): وكتاب: «مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام»^(٧)، وفيه «خاتمة في القواعد الفقهية».
 - السيوطي^(٨) الشافعي (ت ٩١١هـ): له كتاب: «الأشباه والنظائر»^(٩).
 - الزقاق^(١٠) المالكي (ت ٩١٢هـ): له كتاب: «المنهج المنتخب على قواعد

= د. الوليد: المرجع السابق.

(١) هو: محمد بن أبي بكر. ستأتي ترجمته بالتفصيل.

(٢) مطبوع.

(٣) شرف الدين، عبد الرحمن بن علي بن إسحاق الخليلي، ويعرف بشُقير، مفسر، محدث، فقيه، وله كتاب: «نظم الذخائر في الأشباه والنظائر»، توفي سنة ٨٧٦هـ. راجع:

السخاوي: الضوء اللامع (٤/ ٩٥، ٩٦)، والبغدادى: هدية العارفين (١/ ٥٣٣).

(٤) راجع: المرجعين السابقين.

(٥) هو: يوسف بن الحسن بن عبد الهادي. ستأتي ترجمته.

(٦) طبع بتحقيق وتعليق جاسم بن سليمان الدوسري.

(٧) مطبوع.

(٨) هو: عبد الرحمن بن أبي بكر. ستأتي ترجمته بالتفصيل.

(٩) مطبوع متداول.

(١٠) هو: علي بن قاسم، التجيبي - نسبة لتجيب قبيلة من قبائل اليمن - المعروف بالزقاق، =

المذهب»^(١).

- الوُشْرِيسي^(٢) المالكي (ت ٩١٤هـ): له كتاب: «إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك»^(٣).
 - ابن غازي^(٤) المالكي (ت ٩١٩هـ): له كتاب: «الكلبيات»^(٥).
 - ابن نجيم^(٦) الحنفي (ت ٩٧٠هـ): له كتاب: «الأشباه والنظائر»^(٧).
- من الجدير بالإشارة إلى أن هؤلاء الفقهاء قاموا باستخلاص أهم القواعد الفقهية من كتب من سبقوهم من الفقهاء المؤلفين.
- وهكذا استمر هذا العلم والفن في التقدّم، والنمو دون توقف أو انقطاع مع مرور الأيام في القرن الذي يليه، وما بعده من قرون.
- قبل أن نتقل مما نحن فيه إلى ما يليه، لا بدّ من التأمّل، والإمعان فيما أنجزه الفقهاء من المدونات والمؤلفات في القواعد الفقهية، كي نستخلص منها ما يأتي:

١ - الفقهاء الذين ألفوا في القواعد الفقهية يمكن تقسيمهم إلى:

- = مؤلف نظم: «المنهج المنتخب إلى أصول عزيت للمذهب»، توفي سنة ٩١٢هـ. راجع: البغدادي: هدية العارفين (١/٧٤٠)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٢٦٥)، مخلوف: شجرة النور الزكية (ص ٢٧٤).
- (١) راجع: د. أحمد عبد الله: القسم الدراسي لكتاب القواعد (١/١٣١).
- (٢) نسبة إلى: ونشريس، وهي جبل بين «مليانة» و«تلمسان» من بلاد الجزائر الآن. راجع: مقدمة محقق كتاب: «إيضاح المسالك». وهو: أحمد بن يحيى. ستاتي ترجمته بالتفصيل.
- (٣) طبع مع دراسة وتحقيق: الصادق عبد الرحمن الغرياني، الناشر كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، الأولى، سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٩١م.
- (٤) هو: أبو عبد الله، محمد بن أحمد غازي العثماني الفاسي، المالكي، الشهير بابن غازي، المتوفى سنة ٩١٩هـ. ومن تأليفه: «الكلبيات». راجع: البغدادي: هدية العارفين (٢/٢٢٦)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٢٦٦)، وكحالة: معجم المؤلفين (١٦/٩).
- (٥) راجع: البغدادي: المرجع السابق.
- (٦) هو: إبراهيم بن محمد. ستاتي ترجمته. (٧) مطبوع متداول.

فريق منهم: وضعوا قواعد في بداية وضعها، ودونوها في مرحلة تدوينية أولية أخذاً واستنباطاً من النصوص العامة من الكتاب، والسنة، ومن الإجماع، ومن الآثار، ومن دلالات تلك النصوص العامة، ومن استقراء المسائل الفقهية. فريق منهم: أخذوا تلك القواعد ممن سبقوهم من الفقهاء، ووضعوا قواعد أخرى من تلك المصادر، وأضافوا إليها.

فريق منهم: أخذوها، واقتبسوها بصفة عامة ممن سبقوهم من الفقهاء مع مزيد من الضبط، والتحرير والصقل.

٢ - القواعد التي هي نصوص من الكتاب، أو السنة، وجرت مجرى القواعد على لسان الفقهاء، بقيت صياغتها على حالتها التي وردت بها على لسان الشارع. وأما ما عداها فهي مرت بمراحل عدة، حصل فيها الصقل، والتحوير، والتهديب والتنقيح في صياغتها، حتى اكتسبت صياغتها الفقهية الرصينة التي ظهرت بها فيما بعد.

المطلب الثالث

المؤلفات الشهيرة والمتداولة في القواعد الفقهية

نتناول هنا بعض ما سلف ذكره من المؤلفات المشهورة، والمتداولة بمزيد من التفصيل، ودراستها دراسة وجيزة تتضمن العناصر الأساسية التي تحتوي عليها تلك المؤلفات، لكي نستشف من خلالها قيمة كل مؤلف منها.

وأما العناصر التي نتناولها فهي:

أ - نبذة عن حياة مؤلف كل كتاب في سطور.

ب - أهميته.

ج - منهجه.

د - مأخذه.

هـ - بعض النماذج.

لا بدّ من الإشارة إلى أننا نبدأ بذكر المؤلفات حسب الترتيب الزمني

للمذاهب الفقهية مع مراعاة الترتيب الزمني لوفيات المؤلفين.

وينطوي تحت هذا المطلب أربعة فروع:

- الفرع الأول: المؤلفات الشهيرة والمتداولة في الفقه الحنفي.
- الفرع الثاني: المؤلفات الشهيرة والمتداولة في الفقه المالكي.
- الفرع الثالث: المؤلفات الشهيرة والمتداولة في الفقه الشافعي.
- الفرع الرابع: المؤلفات الشهيرة والمتداولة في الفقه الحنبلي.

* * *

الفرع الأول

المؤلفات الشهيرة والمتداولة في القواعد الفقهية في الفقه الحنفي

١ - كتاب: «أصول الكرخي»^(١):

أ - مؤلفه:

أبو الحسن، عبيد الله بن الحسين بن دلال، الشهير بأبي الحسن الكرخي، الحنفي، فقيه، أصولي، انتهت إليه رئاسة الحنفية في العراق. من مؤلفاته: هذا الكتاب، وهو رسالة اشتهرت بأصول الكرخي، ولد سنة ٢٦٠هـ، وتوفي سنة ٣٤٠هـ^(٢).

ب - أهميته:

إن هذا الكتاب رسالة موجزة صغيرة الحجم، في الأصول التي عليها مدار كتب الحنفية، وهي أول تأليف في هذا العلم، وأول مصدر من مصادر القواعد الفقهية، بل إنها اللبنة القوية في صرح هذا الفن، الذي شيد أساسه على مر العصور، وعلى مدى القرون بجهود الفقهاء، ومساعدتهم المتواصلة. وهذا يدل على اعتبارها، وأهميتها بين مصادر القواعد الفقهية، وقد شرح هذه

(١) مطبوع مع كتاب: «تأسيس النظر»، ومتداول.

(٢) راجع: الخطيب: تاريخ بغداد (١٠/٣٥٣ - ٣٥٥)، والسمعاني: الأنساب: ورقة (١٤٧٩)، والقرشي: الجواهر المضيئة (١/٣٣٧).

الرسالة وذكر أمثلتها، ونظائرها، وشواهدها نجم الدين النسفي^(١) الحنفي (ت ٥٣٧هـ).

ج - منهجه:

بدأ المؤلف كل قاعدة بكلمة: (الأصل)، وبلغ عدد الأصول تسعة وثلاثين أصلاً.

د - ما أخذ عليه:

أنه اشتمل على قواعد أصولية^(٢) إلى جانب القواعد الفقهية.

هـ - النماذج:

- ١ - (الأصل: أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك)^(٣).
- ٢ - (الأصل: أن القول قول الأمين مع اليمين من غير بيّنة)^(٤).
- ٣ - (الأصل: أنه إذا مضى بالاجتهاد، لا يفسخ باجتهاد مثله، وينسخ بالنص)^(٥).

٢ - كتاب: «تأسيس النظر»^(٦):

١ - مؤلفه:

هو أبو زيد، عبيد الله بن عمر بن عيسى القاضي الدَّبُوسِي^(٧)، الحنفي،

(١) هو: أبو حفص، عمر بن محمد، النسفي، أحد الأئمة المشهورين، وله نحو مائة مصنف، توفي سنة ٥٣٧هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (١٨٠/٢).

(٢) منها: «الأصل: أنه يفرق بين علة الحكم وحكمته؛ فإن علته موجبة، وحكمته غير موجبة»، و«الأصل: أن اللفظ إذا تعدى معنيين: أحدهما أجلى من الآخر، والآخر أخفى؛ فإن الأجلى أملك من الأخفى». راجع: (ص ١٧٢، ١٧٣)، ويراجع أيضاً: (ص ١٧٤).

(٣) راجع: (ص ١٦١). (٤) راجع: (ص ١٦٤).

(٥) راجع: (ص ١٧١).

(٦) طبع بعدة طبعات، متداول بين العلماء.

(٧) بفتح الدال المهملة، وضم الباء الموحدة، هذه النسبة إلى (الدبوسة) وهي بليدة بين =

فقيه، أصولي، ولي القضاء، وهو أول من وضع علم الخلاف، وأبرزه إلى الوجود، له عدة مؤلفات منها: «تأسيس النظر في اختلاف الأئمة»، توفي ببخارى سنة ٤٣٠هـ^(١).

ب - سبب تأليفه:

بيّن المؤلف سبب تأليفه وهو: أنه لما رأى تصعب الأمر في تحفظ مسائل الخلاف على المتفقهة، وتعسر طرق استنباطها عليهم، وقصور معرفتهم عن الاطلاع على حقيقة مأخذها، واشتباها مواضع الكلام عند التناظر فيها، فوضع كتابه هذا، ليبين مدار الخلاف بين الأئمة، فيسهل عليهم تحفظها، ويتيسر لهم سبيل الوصول إلى معرفة مأخذها، فأمكنهم قياس غيرها عليها^(٢).

ج - أهميته:

تبرز أهمية هذا الكتاب من أنه يعتبر من أحسن ما ألف في القرن الخامس الهجري في القواعد، كما أنه كتاب ثان في هذا الفن بعد رسالة الكرخي، وكذلك أول تأليف وضع في فقه الخلاف.

د - منهجه:

أن المؤلف لم يتوخ من تأليف هذا الكتاب ووضعه جمع القواعد فحسب، بل كان غرضه منه بيان مأخذ مسائل الخلاف بين الأئمة، ومدار هذا الخلاف بينهم، وما هو قائم عليه من أصول وقواعد. لذلك ذكر أصولاً يبني عليها خلافهم، لكي يبين أن خلاف كل منهم قائم على أصول. وأورد فروعاً فقهية مختلفة تفرعاً على تلك الأصول حسب اختلافها.

= بخارى وسمرقند. راجع: السمعاني: الأنساب: ورقة (١٢٢).

(١) راجع: ابن قطلوبغا: تاج التراجم (ص٣٦)، وطاش كبري زاده: مفتاح السعادة (٢/١٨٤)، وحاجي خليفة: كشف الظنون (١/٣٣٤)، وكحالة: معجم المؤلفين (٦/٩٦)، (٩٧) وفيه عبد الله.

(٢) راجع: مقدمة المؤلف (ص٩).

ورتبته على ثمانية أقسام حسب تنوع الاختلاف بين الأئمة، حسب الترتيب الآتي:

- ١ - قسم: خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن.
- ٢ - قسم: خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد بن الحسن.
- ٣ - قسم: خلاف بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف.
- ٤ - قسم: خلاف بين أبي يوسف ومحمد.
- ٥ - قسم: خلاف بين علماء الحنفية الثلاثة: محمد بن الحسن، والحسن بن زياد^(١) وبين زفر.
- ٦ - قسم: خلاف بين علماء الحنفية وبين الإمام مالك بن أنس.
- ٧ - قسم: خلاف بين علماء الحنفية الثلاثة: محمد بن الحسن، والحسن بن زياد، وزفر وبين ابن أبي ليلى.
- ٨ - قسم: خلاف بين علماء الحنفية الثلاثة وبين عبد الله الإمام محمد بن إدريس الشافعي - رحمهم الله جميعاً - .

ثم جعل المؤلف لكل قسم من هذه الأقسام الثمانية باباً، وذكر لكل باب منها أصولاً، بلغ عددها ستة وثمانين أصلاً. وأورد فيه لكل أصل ضرباً من الأمثلة والنظائر.

وأخيراً، اختتمه بقسم آخر، ذكر فيه أصولاً، اشتمل كل أصل منها على مسائل خلافية متفرقة.

ويلاحظ أن معظم القواعد قواعد مذهبية^(٢)، إلى جانب بعض القواعد الأصولية^(٣).

(١) سقط تعيين الثالث. أو زاد الناسخ كلمة (وبين).

(٢) راجع: الندوي: القواعد الفقهية (ص ١٦٦، ١٦٩).

(٣) كدلالة العموم والخصوص، وتقديم الخبر المزوي عن طريق الأحاد على القياس. راجع: (ص ٢٢، ٩٩).

هـ - النماذج:

- ١ - (الأصل عند أبي حنيفة: أن الشيء إذا غلب عليه وجوده، يجعل كالموجود حقيقة، وإن لم يوجد)^(١).
- ٢ - (الأصل عند أبي حنيفة: أنه متى عرف ثبوت الشيء من طريق الإحاطة واليقين لأي معنى كان، فهو على ذلك ما لم يتيقن بخلافه)^(٢).
- ٣ - (الأصل عند أبي حنيفة وأحمد: أن كل مملوك أغل غلة، أو وهب له هبة فالغلة، والهبة للمولى، تم الملك، أو انتقض، سواء كان في ضمان المالك أو في غير ضمانه؛ لأن الغلة مملوكة، ومالك الأصل هو مالكاها على كل حال. ومن أصل صاحبيه أن العبد إذا كان في ضمان المالك فالغلة له، تم الملك، أو انتقض، فإن كان في ضمان غيره، فملك الغلة موقوف حتى يظهر: هل يتم له الملك أم لا)^(٣).

٣ - كتاب: «الأشباه والنظائر»^(٤):

أ - مؤلفه:

هو زين الدين، إبراهيم بن محمد المصري، الشهير بابن نجيم، فقيه، أصولي، له عدة مؤلفات منها: «الأشباه والنظائر»، ولد سنة ٩٢٦هـ وتوفي سنة ٩٧٠هـ^(٥).

ب - سبب التأليف:

إن المؤلف لم ير في المذهب الحنفي كتاباً يحاكي كتاب «الأشباه والنظائر» لتاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ)، كما صرح به في مقدمة الكتاب.

(٢) راجع: (ص ١٧).

(١) راجع: (ص ١٥).

(٤) مطبوع ومتداول.

(٣) راجع: (ص ٥٢).

(٥) راجع: الغزي: الكواكب السائرة (٣/١٥٤)، وابن العماد: شذرات الذهب (٨/٣٥٨)، وحاجي خليفة: كشف الظنون (١/٩٨، ٩٩)، وكحالة: معجم المؤلفين (٤/١٩٢).

ج - أهميته:

اشتهر هذا الكتاب من بين المؤلفات في القواعد الفقهية بعنوان: «الأشباه والنظائر»، هو نظير كتاب: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (ت ٩١١هـ) في اسمه، وخصائصه، وصيته، فهو يحتل مكاناً مرموقاً، ورفيعاً بين مدونات هذا العلم، لذلك أكتب عليه من جاء بعده من فقهاء المذهب درساً، وشرحاً له، وتعليقاً عليه، وترتيباً له. وقد أوصل ذلك صاحب «كشف الظنون» إلى أربعة عشر مؤلفاً^(١)، ما بين ترتيب له، وتعليق عليه، وشرح له.

د - منهجه:

آلفه المؤلف على نمط: «الأشباه والنظائر» لتاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ)، فرتبه على سبعة فنون:

الأول: في معرفة القواعد الكلية، وصنفها إلى نوعين:

النوع الأول: القواعد التي هي أكثر عموماً وشمولاً، وهي القواعد الأساسية العامة كالأركان في المذاهب الفقهية، وهي ست قواعد عنده.

النوع الثاني: القواعد التي هي أقل اتساعاً وشمولاً من القواعد الأساسية، وهي: تسع عشرة قاعدة.

ويبلغ عدد القواعد في النوعين خمساً وعشرين قاعدة.

الثاني: في الضوابط الفقهية.

الثالث: الجمع والفرق.

الرابع: الألغاز.

الخامس: الحيل.

السادس: الفروق.

السابع: الحكايات، والمراسلات.

هذه الفنون هي مباحث ذات صلة بالفقه الإسلامي.

(١) راجع: (١/٩٨ - ١٠٠).

هذا، ومن عمل المؤلف، انتقاء القواعد، وتنسيقها تنسيقاً جديداً، وترتيبها ترتيباً دقيقاً ورائعاً، وربطها بفروع فقهية في المذهب.

هـ - ما يؤخذ عليه:

١ - يوجد بينه وبين «الأشباه والنظائر» للسيوطي (ت ٩١١هـ) تشابه كبير جداً، وفي هذا دليل على أنه استفاد منه، وقد صرح بذلك في مواضع كثيرة^(١) من كتابه، بل ذهب بعض الباحثين إلى أنه «منقول في ترتيبه ومعظم محتوياته عن كتاب السيوطي بعد أن نَقح على ما يوافق المذهب الحنفي»^(٢).

٢ - أنه أغفل في كثير من المواضع ذكر الاستثناءات تحت القواعد^(٣).

و - النماذج:

١ - قاعدة: (الأمور بمقاصدها)^(٤).

٢ - قاعدة: (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)^(٥).

٣ - قاعدة: (ما حرم أخذه حرم إعطاؤه)^(٦).

٤ - كتاب «مجامع الحقائق»^(٧) (خاتمة):

أ - مؤلفه:

هو أبو سعيد، محمد بن محمد بن مصطفى الخادمي، فقيه، أصولي، وله عدة كتب منها: «مجامع الحقائق»، ولد سنة ١١١٣هـ، وتوفي سنة ١١٧٦هـ^(٨).

(١) انظر مثلاً: (ص ١٤١، ١٤٣، ١٤٩، ١٥٢)، ففي (ص ١٤١) بعد نقل عدة صفحات

عن السبكي يقول: (انتهى كلام السبكي رحمه الله تعالى قائله الأسيوطي).

(٢) راجع: المحامي صبحي محمصاني: فلسفة التشريع في الإسلام (ص ٢٠٢).

(٣) راجع: الندوي: القواعد الفقهية (ص ١٧٥).

(٤) راجع: (ص ٢٧ ق ٢). (٥) راجع: (ص ١٢٣ ق ٥).

(٦) راجع: (ص ١٥٨ ق ١٤). (٧) طبع بالمطبعة العامرة سنة ١٢٨٨هـ.

(٨) راجع: المراغي: فتح المبين في طبقات الأصوليين (٣/١١٦)، وسركيس: معجم =

ب - أهميته:

أخذ المؤلف ما أورده ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) من القواعد، وأضاف إليها قواعد ذات شأن واعتبار في الفقه الإسلامي، كما أن معظمها مصنوعة بصياغة متقنة رصينة^(١).

ج - منهجه:

ألفه في أصول الفقه أصالة، إلا أنه ختمه بخاتمة جمع فيها أربعاً وخمسين، ومائة قاعدة، مرتبة على حروف المعجم بحسب الحرف الأول من أول كلمة من كل منها^(٢)، وبدأها بقاعدة مشهورة أساسية: (الأمور بمقاصدها).

د - ما يؤخذ عليه:

وإن كان معظم ما ورد فيه من قواعد هي قواعد فقهية، إلا أن بضع قواعد من قبيل الأصول التوجيهية^(٣) لعلماء المذهب في تعليل المسائل^(٤)، كما أن بعضها متداخل، وأولى بأن تدرج في القواعد الأصولية^{(٥)(٦)}.

هـ - النماذج:

- ١ - (إذا اجتمع المباشر والمتسبب، أضيف الحكم إلى المباشر)^(٧).
- ٢ - (الأصل إبقاء ما كان على ما كان)^(٨).

= المطبوعات (ص ٨٠٨، ٨٠٩)، وعمر رضا: معجم المؤلفين (٣٠١/١١).

(١) راجع: الزرقا: المدخل (٢/٩٥٧ ف ٥٦٥)، والندوي: القواعد الفقهية (ص ١٧٦، ١٧٨).

(٢) راجع: الزرقا: المرجع السابق (٢/٩٥٦، ٩٥٧)، وأحمد عبد الله: القسم الدراسي (١٢٦/١) للقواعد.

(٣) مثل: «بناء القوي على الضعيف فاسد». راجع: حرف الباء، رقم (٣).

(٤) راجع: الزرقا: المرجع السابق (٢/٩٥٧).

(٥) مثل: «النص على خلاف القياس يقتصر على مورده». راجع: حرف النون، رقم (١).

(٦) راجع: الندوي: المرجع السابق (ص ١٧٧). (٧) راجع: حرف الألف، رقم (٤).

(٨) راجع: حرف الألف، رقم (١٧).

٣ - (التابع لا يفرد بالحكم)^(١).

٥ - كتاب «مجلة^(٢) الأحكام العدلية»^(٣):

أ - واضعها:

هو هيئة من علماء الدولة العثمانية؛ إذ أمرت الدولة العثمانية بتأليف هيئة ولجنة من العلماء المتخصصين بالفقه الإسلامي لوضع مدونة للأحكام الشرعية عام ١٢٨٦هـ، مصوغة مسائلها في مواد متميزة على طريقة القوانين الوضعية، والمتبعة في محاكمها، فوضعت على أيديهم في عهد السلطان الغازي عبد العزيز خان العثماني^(٤)، ليعمل بها في المحاكم النظامية التي أنشئت في عهده. وقد خصصت المقالة الثانية منها في القواعد الكلية. وجرى التصديق عليها في ٢٦ شعبان سنة ١٢٩٣هـ^(٥).

ب - أهميتها:

تكمن أهميتها في اختيار القواعد، وانتقائها، ثم في تنسيقها تنسيقاً رائعاً في أوجز العبارات، حيث اشتهر ذكر القواعد، وذاع شأنها عن طريق المجلة،

(١) راجع: حرف التاء، رقم (١).

(٢) المجلة - بفتح الميم - لغة: الصحيفة فيها الحكمة، وكل كتاب. راجع: الفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ١٢٦٥)، مادة: (جل). وقال حاجي خليفة مبيناً الفرق بينها وبين الرسالة بأنها: «هي المجلة المشتملة على قليل من المسائل التي تكون من نوع. والمجلة: هي الصحيفة التي يكون فيها الحكم». كشف الظنون (١/ ٨٤٠).

وأما كون مجلة الأحكام عنواناً لمدونات وكتب الفقه الإسلامي، فهو حديث العهد، والاستعمال، بدأ منذ أن أصدرت الدولة العثمانية عام ١٢٩٣هـ كتاباً مشتملاً على المعاملات الشرعية، ومسائل الدعاوى، وأحكام القضاء بعنوان «مجلة الأحكام العدلية».

(٣) مطبوعة ومتداولة.

(٤) راجع: محمد فريد بك: تاريخ الدولة العلية العثمانية (ص ٢٩٨).

(٥) راجع: د. عبد الوهاب: النظريات والقواعد (ص ٦١)، والندوي: القواعد الفقهية (ص ١٧٨، ١٧٩).

وارتفعت مكانتها؛ إذ شرحت مع شروح المجلة المشهورة، كما أنها شرحت مفردة لأهميتها، وأصبح لها صدى في كافة المجالات الفقهية والقانونية.

ج - منهجها:

تبين مما سبق أن المجلة وضعت لبيان الأحكام الشرعية، إلا أن واضعيها خصصوا المقالة الثانية من المقدمة لبيان القواعد الكلية الفقهية، وأوردوا فيها تسعاً وتسعين قاعدة في تسع وتسعين مادة، وهي مختارة من أهم ما جمعه ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، والخادمي (ت ١١٧٦هـ)، بل إنها لم تخرج عما جمعه الخادمي، مضافاً إليها بعض قواعد أخرى^(١).

د - ما يؤخذ عليها:

- ١ - لم تصنف القواعد تصنيفاً جديداً، ولم تراع التناسب، والتناسق في عرضها، بل سردت سرداً غير مرتب، تفرقت، وتباعدت فيه القواعد المتقاربة، أو المتداخلة في المعنى، والموضوع^(٢).
- ٢ - أن بعض القواعد منها قواعد أصولية بحتة^(٣).

هـ - النماذج:

- ١ - قاعدة: (الأمور بمقاصدها)^(٤).
- ٢ - قاعدة: (إذا بطل الأصل يصار إلى البدل)^(٥).
- ٣ - قاعدة: (الغرم بالغنم)^(٦).

(١) راجع: الزرقا: المدخل (٢/٩٥٧. ٥٦٦)، ود. عبد الوهاب: النظريات والقواعد (ص ٦١)، وأحمد عبد الله: القسم الدراسي للقواعد (١/١٢٧).

(٢) راجع: الشيخ الزرقا: المرجع السابق (٢/٩٦١. ٥٦٩).

(٣) مثل: «المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيم دليل التقييد نصاً أو دلالة»، مادة: (٦٤)، «الأصل في الكلام الحقيقة»، مادة: (١٢)، «ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص»، مادة: (١٤).

(٤) راجع: مادة: (٢).

(٥) راجع: مادة: (٥٣).

(٦) راجع: مادة: (٨٧).

٦ - كتاب «الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية»^(١):

أ - مؤلفه:

هو محمود بن محمد بن نسيب بن حسين، مفتي الشام، الشهير بابن حمزة، فقيه، أصولي، مفسر، محدث، متكلم، أديب، شاعر، وله عدة مؤلفات منها: هذا المؤلف الذي نحن بصدده، ولد بدمشق سنة ١٢٣٦هـ، وتوفي في سنة ١٣٠٥هـ^(٢).

ب - أهميته:

مما يدل على أهميته أن المؤلف قام باستقصاء القواعد، والضوابط الفقهية، وتتبعها في معظم أبواب الفقه من الكتب المعتمدة في المذهب الحنفي، وجمعها، وأوضحها ببعض الأمثلة، فكان آخر، وأوسع ما جمع باسم القواعد^(٣).

ج - منهجه:

رتبه على الأبواب الفقهية، بحيث وضع عناوين فقهية بارزة حسب الترتيب الفقهي، مصدراً لكل عنوان، أو فقرة منه بكلمة (قاعدة)، أو (فائدة)، وذكر لكل قاعدة مصدرها الفقهي، وما يدخل تحتها من الفروع، وأوضحها ببعض الأمثلة^(٤).

(١) مطبوع.

(٢) راجع: البغدادي: هدية العارفين (٢/٤٢٠)، وإيضاح المكنون (١/٣٠، ٣٠٠، ٣٢٤)، والزركلي: الأعلام (٨/٦٣، ٦٤)، وعمر رضا: معجم المؤلفين (١٢/٢٠٠).

(٣) راجع: الشيخ الزرقا: المدخل (٢/٩٥٧ ف٥٦٧)، ود. عبد الوهاب: النظريات والقواعد (ص٦١).

(٤) راجع: د. عبد الوهاب: المرجع السابق، ود. الزميلي: القواعد الفقهية (ص١٩)، وأحمد عبد الله: القسم الدراسي (١/١٢٧) للقواعد، والندوي: القواعد الفقهية (ص١٨٤).

د - ما يؤخذ عليه:

أن الكتاب ليس كله قواعد فقهية، بل فيه أحكام عامة، وفروع فقهية تحت عنوان (فائدة)، كما أن كثيراً من القواعد الواردة فيه لا تحتمل مزية القواعد في سعتها وشمولها لكثير من الفروع الفقهية. وأما القواعد بمعنى الكلمة فقد قدرها بعض الباحثين بثلاثين قاعدة فحسب^(١).

هـ - النماذج:

- ١ - (إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً)^(٢).
- ٢ - (شهادة الإنسان فيما باشره مردودة بالإجماع)^(٣).
- ٣ - (الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات)^(٤).

الفرع الثاني

المؤلفات الشهيرة والمتداولة

في القواعد الفقهية في الفقه المالكي

١ - «أنوار البروق في أنواء الفروق»^(٥) الشهير بـ«الفروق»:

أ - مؤلفه:

هو أبو العباس، شهاب الدين، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الصُّنْهَاجِي^(٦)، الشهير بالقرافي^(٧)، أحد الأعلام المشهورين في المذهب المالكي، وقد انتهت إليه رئاسة الفقه في عصره، فقيه، أصولي، وله مؤلفات

(١) راجع: الندوي: القواعد الفقهية (ص ١٨٤).

(٢) راجع: (ص ٧).

(٣) راجع: (ص ١٠).

(٤) راجع: (ص ٩٨، ٩٩).

(٥) مطبوع في أربعة أجزاء، متداول.

(٦) نسبة إلى قبيلة (صنهاجة) من برابرة المغرب.

(٧) نسبة إلى (القرافة) - بفتح القاف - هي مقبرة بمصر القديمة، أو المخلة المجاورة لقبير الإمام الشافعي.

عديدة منها: هذا الكتاب، و«الذخيرة» وغيرهما، توفي سنة ٦٨٤هـ^(١).

ب - سبب تأليفه:

قد بينه المؤلف قائلاً: «وقد ألهمني الله تعالى بفضلته أن وضعت في أثناء كتاب «الذخيرة» من هذه القواعد شيئاً كثيراً مفرقاً في أبواب الفقه، كل قاعدة في بابها، وحيث تُبنى عليها فروعها، ثم أوجد الله تعالى في نفسي أن تلك القواعد لو اجتمعت في كتاب، وزيد في تلخيصها وبيانها، والكشف عن أسرارها وحكمها، لكان ذلك أظهر لبهجتها ورونتها... فوضعت هذا الكتاب للقواعد خاصة، وزدت قواعد ليست في الذخيرة»^(٢).

ج - أهميته:

مما يدل على أهميته أن هذا الكتاب لم يسبق إلى مثله، فهو جليل ذو شأن عظيم في موضوعه، ودقيق في تعبيره وتحليله، بل إنه من أجل ما كتب في الموضوع، من كتب، وأغزرها مادة، وجمع فيه من المعاني، والفوائد القيمة ما يعزّ وجودها فيما سواه، كما تجلّى فيه عمق المؤلف، وأصالة تفكيره؛ لأن فيه من التحقيقات العلمية، والجواب عما يستشكله بعض الفقهاء ما لا يوجد في غيره، لذلك نال اهتمام العلماء، وتناولوه بالبحث والتحقيق^(٣).

هذا؛ وقد أشار إلى أهميته حيث قال: «وعوائد الفضلاء وضع كتب الفروق بين الفروع، وهذا في الفروق بين القواعد، وتلخيصها، فله من الشرف على تلك الكتب شرف الأصول على الفروع»^(٤).

ذكر المؤلف أنه جمع في هذا الكتاب خمسمائة وثمانياً وأربعين

(١) راجع: ابن فرحون: الديباج (١/٢٣٦ - ٢٣٩)، وحاجي خليفة: كشف الظنون (١/١١)، ومحمد مخلوف: شجرة النور الزكية (ص١٨٨، ١٨٩)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٢٣٣)، وكحالة: معجم المؤلفين (١/١٥٨).

(٢) راجع: الفروق (٣/١).

(٣) راجع: د. عبد الوهاب: النظريات والقواعد (ص٦٢)، وأحمد عبد الله: القسم الدرسي لكتاب القواعد للمقري (١/١٢٨، ١٢٩).

(٤) راجع: الفروق (٤/١).

قاعدة، مع بيان وإيضاح كل قاعدة بما يدخل تحتها من الفروع وما يناسبها منها^(١).

د - منهجه:

استهدف المؤلف بيان الفروق بين القواعد، والفروع، وذلك بذكرها والسؤال عنها بين فرعين، أو قاعدتين. يقول مبيّنًا منهجه:

«وجعلت مبادئ المباحث في القواعد بذكر الفروق، والسؤال عنها بين فرعين، أو قاعدتين، فإن وقع السؤال عن الفرق بين الفرعين، فبيانه بذكر قاعدة، أو قاعدة يحصل بهما الفرق، وهما مقصودتان... وذكر الفرق وسيلة لتحصيلهما. وإن وقع السؤال عن الفرق بين القاعدتين، فالمقصود تحقيقهما، ويكون تحقيقهما بالسؤال عن الفرق بينهما أولى من تحقيقهما بغير ذلك؛ فإن ضم القاعدة إلى ما يشاكلها في الظاهر، ويضادها في الباطن أولى؛ لأن الضد يظهر حسنه الضد، وبضدها تتميز الأشياء»^(٢).

ولخص بعض الباحثين منهجه بما يأتي:

- ١ - استنباط الفرق بين فرعين ليستنتج منه قاعدة أخرى.
- ٢ - استنباط الفرق بين قاعدتين ليتم تحقيقهما؛ لأن تحقيقهما بالسؤال عن الفرق أولى من تحقيقهما بغير ذلك^(٣).

هـ - ما يؤخذ عليه:

- ١ - أنه احتوى على القواعد الأصولية، والنحوية إلى جانب القواعد الفقهية^(٤).

(١) راجع: الفروق (٤/١).

(٢) راجع: نفس المرجع السابق (٣/١).

(٣) راجع: د. أحمد عبد الله: القسم الدراسي لكتاب القواعد للمقري (١٢٩/١).

(٤) يدل عليه: «ترتيب فروق القرافي» للبقوري، محمد بن إبراهيم (ت ٧٠٧هـ)، حيث رتبته على النحو التالي: (١) قواعد كلية. (٢) قواعد نحوية. (٣) قواعد أصولية. راجع: د. أحمد: المرجع السابق (١٣٠/١).

- ٢ - أطلقت فيه القواعد على الضوابط، والأحكام، والمسائل الفقهية أيضاً^(١).
- ٣ - بعض القواعد غير مسلم بها، لذلك تناولها بعض العلماء بالنقد، والتعقيب، والاستدراك، كما صنع ذلك ابن الشاط^(٢) (ت ٧٢٣هـ) في كتابه: «أنوار البروق في تعقب مسائل القواعد والفروق»^(٣).
- هذه المآخذ تدل على أن مفهوم القاعدة عند المصنف كان أوسع مما حدّد في الاصطلاح عند الفقهاء. كما سبق بيانه.

و - النماذج:

- ١ - (لا يبطل عقد من العقود إلا بما ينافي مقصود العقد، دون ما لا ينافي مقصوده)^(٤). وفي موضع آخر بعبارة موجزة: (كل عقد لا يفيد مقصوده يبطل)^(٥).
- ٢ - (إن الأحكام المترتبة على العوائد تتبع العوائد، وتتغير عند تغييرها)^(٦).
- ٣ - (يلحق النادر بالغالب في الشريعة)^(٧).
- ٢ - كتاب «القواعد»^(٨):

أ - مؤلفه:

هو أبو عبد الله، محمد بن أحمد، القرشي، التلمساني، الشهير

- (١) مثل: «الفرق بين قاعدة خيار المجلس، وقاعدة خيار الشرط» (٢٦٩/٣)، ومثل: «الفرق بين قاعدة القرض وقاعدة البيع» (٢/٤).
- (٢) هو: قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط، الأنصاري، المالكي، السبتي، أبو القاسم، المعروف بابن الشاط، موصوف بالإمامة في الفقه. ومن تأليفه: «أنوار البروق في تعقب الفروق»، توفي سنة ٧٢٣هـ. راجع: البغدادي: إيضاح المكنون (٥١/١)، وهديّة العارفين (٨٢٩/١)، لقواعد والحجوي: الفكر السامي (٢٣٩/٢).
- (٣) راجع: الندوي: القواعد الفقهية (ص ١٩٤).
- (٤) راجع: الفروق (١٢/٣).
- (٥) راجع: نفس المصدر (٢٦٠/٣).
- (٦) راجع: نفس المصدر السابق (٢٩/٣).
- (٧) راجع: نفس المصدر (٩٩/٣، ١٠٢).
- (٨) طبع أول مرة في ثلاثة أجزاء مع دراسة وتحقيق د. أحمد عبد الله، الناشر جامعة أم القرى.

بالمقري^(١)، فقيه، وله عدة مؤلفات في فنون عديدة منها: كتاب: «القواعد»، توفي بفاس سنة ٧٥٨هـ، وقيل غير ذلك^(٢).

ب - أهميته:

تظهر أهميته بما قاله الونشريسي^(٣) (ت ٩١٤هـ) واصفاً إياه: «إنه كتاب غزير العلم، كثير الفوائد، لم يسبق إلى مثله، بيد أنه يفتقر إلى عالم فتاح»^(٤).

ج - منهجه:

لخص منهجه محقق الكتاب الدكتور أحمد عبد الله في السطور التالية:

- ١ - رتبته حسب أبواب الفقه (الطهارة، الصلاة، الزكاة..).
 - ٢ - يتدئ كل قاعدة مستقلة بلفظ قاعدة، وقد يدمج قاعدتين في قاعدة.
 - ٣ - يستدل للقاعدة من الكتاب، أو السنة أحياناً، إلا أنه يقتصر على محل الاستدلال مجرداً عن وجه الاستدلال.
 - ٤ - إيراد القواعد الفقهية بنوعيتها: قواعد كلية، وقواعد خلافية.
 - ٥ - التفريع على القاعدة الفقهية بصورة مختصرة جداً^(٥).
- وقد أشار المؤلف إلى منهجه مع ذكر عدد القواعد بقوله:

«قصدت إلى تمهيد ألف قاعدة ومائتي قاعدة، هي درر الأصول القريبة لأمهات مسائل الخلاف المبتذلة، والغريبة.. فلذلك شفعت كل قاعدة منها

(١) - بفتح الميم، والقاف المشددة، أو سكون القاف - هي بلدة من قرى زاب أفريقية. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/٢٥٩)، والزركلي: الأعلام (٧/٢٦٦).

(٢) راجع: ابن العماد: شذرات الذهب (٦/١٩٣)، وفيه أنه توفي سنة ٧٦١هـ، والبغدادي: إيضاح المكنون (١/٤٠٩، ٢/٢٦٦)، وهديّة العارفين (٢/١٦٠)، والحجوي: نفس المرجع السابق (٢/٢٥٩)، وفيه توفي سنة ٨٥٨هـ، والزركلي: المرجع السابق، وكحالة: معجم المؤلفين (١١/١٨١).

(٣) هو: أحمد بن يحيى. تأتي ترجمته قريباً.

(٤) راجع: الندوي: القواعد الفقهية (ص ١٩٨).

(٥) راجع: د. أحمد عبد الله: القسم الدراسي لكتاب القواعد (١/١٥٠ - ١٥٥).

بما يشاكلها من المسائل، وصفححت في جمهورها عما يحصلها من الدلائل»^(١).

وبالإضافة إلى ذلك يلاحظ أنه جمع فيه مذهب الإمام مالك وأصحابه مقارناً بمذهبي الحنفية، والشافعية في كثير من القواعد، والمسائل مع التعرض أحياناً لمذهب الحنابلة.

د - ما يؤخذ عليه:

- ١ - أن أكثر القواعد الواردة فيه هي قواعد مذهبية. وأما القواعد العامة فلا يربو عددها على مائة قاعدة، كما قدرها أحد الباحثين^(٢).
- ٢ - بعض قواعده لا يمكن اعتبارها قواعد بالمفهوم المصطلح عليه، وإنما هي فروع فقهية^(٣).
- ٣ - اشتمال الكتاب على قواعد غير فقهية^(٤).
- ٤ - إيراد بعض القواعد دون التوسع في بيانها وشرحها^(٥).

هـ - النماذج:

- ١ - قاعدة: (مراعاة المقاصد مقدمة على رعاية الوسائل أبدأ)^(٦).
- ٢ - قاعدة: (المعدوم شرعاً كالمعدوم حقيقة)^(٧).
- ٣ - قاعدة: (الخرج مرفوع)^(٨).

(١) راجع: القواعد (١/٢١٢).

(٢) راجع: الندوي: القواعد الفقهية (ص ١٩٩).

(٣) راجع: على سبيل المثال: قاعدة: (١١٤، ٢١٥)، ود. أحمد عبد الله: القسم الدراسي (١/١٧٩).

(٤) راجع: على سبيل المثال: قاعدة: (١٢٩)، ود. أحمد عبد الله: المرجع السابق (١/١٨٣).

(٥) راجع: الندوي: المرجع السابق (ص ١٩٨).

(٦) راجع: القواعد (١/٣٣٣ ق ١٠٧).

(٧) راجع: نفس المرجع (١/٣٣٠ ق ١٠٩).

(٨) راجع: نفس المرجع (٢/٤٣٢ ق ١٨٦).

٤ - قاعدة: (عناية الشرع بدرء المفسد أشد من عنايته بجلب المصالح)^(١).

٣ - كتاب «إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك»^(٢):

أ - مؤلفه:

هو أبو العباس، أحمد بن يحيى بن محمد، الونشريسي، التلمساني، ثم الفاسي، صاحب كتاب «المعيار» المشتمل على فتاوى فقهاء المغرب، والأندلس، وأفريقية، وكتاب «إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك»، وغيرهما من الكتب النافعة، توفي سنة ٩١٤هـ^(٣).

ب - أهميته:

تتمثل أهميته فيما يلي:

١ - توسّعه في ذكر المسائل، والتطبيقات تحت القاعدة التي يذكرها، لذلك

فإن الكتاب على صغر حجمه قد ضم أكثر من ألف مسألة فقهية^(٤).

٢ - جمعه خلاصة ما تفرّق في أمهات الكتب بعبارة محررة، تقع على

المراد، وتختار من الآراء ما هو معتد به.

٣ - كما أن فيه نقل فتاوى العلماء وآرائهم من مصادر تعد مفقودة^(٥).

ج - منهجه:

منهجه فيما يلي كما لخصه أحد المحققين للكتاب:

اشتمل هذا الكتاب على مائة وأربع وعشرين قاعدة^(٦). وهي ثلاثة أنواع

من القواعد:

(١) راجع: القواعد (٢/٤٣٣ ق ٢٠١).

(٢) طبع أولاً بالرباط في مطبعة فضالة المحمدية سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م تحت إشراف صندوق إحياء التراث، ثم طبع بطرابلس سنة ١٤١١هـ - ١٩٩١م كما سبق بيانه.

(٣) راجع: المقري: أزهار الرياض (٣/٦٥)، والكتاني: فهرس الفهارس (ص ١١٢٢ - ١١٢٣)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٢٦٥)، ومخلوف: شجرة النور الزكية (ص ٢٧٤)، وعمر رضا: معجم المؤلفين (٢/٢٠٥).

(٤) راجع: مقدمة المحقق (ص ٤٤). (٥) راجع: المرجع السابق.

(٦) قدرها بعض الباحثين أقل منها. راجع: د. أحمد عبد الله: القسم الدراسي لكتاب =

- ١ - قواعد عامة متفق عليها بين الفقهاء.
- ٢ - قواعد عامة غير متفق عليها بينهم.
- ٣ - قواعد خاصة مختلف فيها بينهم.

ومعظم هذه القواعد صيغت بصياغة دقيقة محكمة، كما أن أكثرها قواعد خلافية. لذلك أوردها المؤلف بصيغ استفهامية إيحاءً منه بكونها خلافية، غير متفق عليها بين المذاهب الفقهية، وكذلك هناك قواعد صيغت بصيغ خبرية، إشارة منه إلى كونها مما اتفق عليها فقهاء المذاهب. هذا، وأردف كل قاعدة بما يناسبها من الفروع الفقهية من أبواب مختلفة تصل في مجموعها إلى نحو ألفي مسألة، وصورة، جلّها خلافية، حسب الاختلاف في القواعد^(١).

د - ما يؤخذ عليه:

- ١ - جمع المؤلف القواعد دون مراعاة لترتيب معين^(٢).
- ٢ - أورد بعض القواعد بصيغ مطولة ملتوية^(٣)، خلاف ما تقتضيه طبيعة القاعدة من كونها ذات صياغة وجيزة محكمة، قليلة اللفظ، كثيرة المعنى^(٤).
- ٣ - أطلق القواعد على الضوابط الفقهية^(٥).

= القواعد (١/١٣٢)، والندوي: القواعد الفقهية (ص٢٠٤).

(١) راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/٢٦٥)، ود. أحمد عبد الله: القسم الدراسي لكتاب القواعد (ص١/١٣٢)، والندوي: القواعد الفقهية (ص٢٠٤)، والشيخ الصادق عبد الرحمن: مقدمة التحقيق (ص٤١، ٤٢).

(٢) راجع: د. أحمد عبد الله: نفس المرجع السابق (١/١٤١).

(٣) مثل قاعدة: (٣٥): «المتريقيات إذا وقعت هل يقدر حصولها يوم وجودها، وكأنها فيما قيل كالعدم، أو يقدر أنها لم تنزل حاصلة من حين حصلت أسبابها التي أثمرت أحكامها، واستند الحكم إليها» وهي قاعدة: (التقدير والانعطاف).

(٤) راجع: مقدمة التحقيق (ص٤٦).

(٥) مثل قاعدة (٩٧): «الإقالة هل هي حل للبيع الأول، أو ابتداء بيع ثان» (ص١٢٤).

هـ - النماذج:

- ١ - قاعدة: (درء المفسد مقدم على جلب المصالح)^(١).
- ٢ - قاعدة: (من استعجل الشيء قبل أوانه فإنه يعاقب بحرمانه)^(٢).
- ٣ - قاعدة: (المعاملة بنقيض المقصود الفاسد)^(٣).
- ٤ - قاعدة: (العصيان هل ينافي الترخُّص أم لا؟)^(٤).

الفرع الثالث

المؤلفات الشهيرة والمتداولة

في القواعد الفقهية في الفقه الشافعي

١ - كتاب «قواعد الأحكام في مصالح الأنام»^(٥):

أ - مؤلفه:

هو عز الدين، عبد العزيز بن عبد السلام السُّلَمي، المغربي أصلاً، الدمشقي مولداً، المصري داراً، ووفاء، الملقب بسلطان العلماء^(٦)، محدث، فقيه، أصولي، وله مؤلفات قيمة منها: «قواعد الأحكام»، والمشهور بـ«القواعد الصغرى»، ولد سنة ٧٧ أو ٥٧٨هـ، وتوفي سنة ٦٦٠هـ^(٧).

= وقاعدة (٩٨): «الرد بالعيب هل هو نقض للبيع من أصله، أو كابتداء بيع» (ص ١٢٥).

وقاعدة (٩٩): «رد البيع الفاسد هل هو نقض له من أصله، أو من حين رده» (ص ١٢٨).

(١) راجع: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك (ص ٨٢ ق ٣٧).

(٢) راجع: نفس المرجع (ص ١١٥ ق ٨٨).

(٣) راجع: نفس المرجع السابق (ص ١١٣ ق ٨٧).

(٤) راجع: نفس المرجع السابق (ص ٦٦ ق ١٢).

(٥) مطبوع ومتداول. (٦) لقبه به: ابن دقيق العيد.

(٧) راجع: الإسنوي: طبقات الشافعية (٢/١٩٧، ١٩٨ ح ٨١٣)، والسبكي: طبقات

الشافعية (٨/٢٠٩ ح ١١٨٣)، وابن هداية الله: طبقات الشافعية (ص ٢٢٢ - ٢٢٣)،

وابن العماد: شذرات الذهب (٥/٣٠١، ٣٠٢).

ب - أهميته:

مما يدل على أهميته أنه عديم النظير في موضوعه، وفريد في بابه. يقول العلائي^(١) الشافعي (ت ٧٦١هـ):

«وكتاب القواعد الذي اخترعه شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام هو الكتاب الذي لا نظير له في بابه»^(٢). ويقول صاحب «كشف الظنون»^(٣):
«وليس لأحد مثله»^(٤) فشهرته تغني عن الإطناب في بيان أهميته.

ج - منهجه:

الكتاب دراسة مستفيضة لقاعدة: (درء المفسد مقدم على جلب المصالح)، أعاد المؤلف بناء كل مسائل الفقه على هذه القاعدة، ورتب الكتاب على فصول فقهية موضوعية، يضع فيها الموضوع الفقهي عنواناً في رأس الفصل، ثم يقسم الأحكام المتعلقة به، ويفصلها تفصيلاً، وهكذا.

د - ما يؤخذ عليه:

أن المؤلف أورد فيه المسائل الفقهية، ودمجها مع القواعد.

هـ - النماذج:

- ١ - (الأصل أن تزول الأحكام بزوال عللها)^(٥).
- ٢ - (من كلف بشيء من الطاعات فقد ر على بعضه وعجز عن بعضه فإنه يأتي بما قدر عليه، ويسقط عنه ما يعجز عنه)^(٦).
- ٣ - (كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد لزمه)^(٧).
- ٤ - (الأصل في الضمان أن يضمن المثلي بمثله، والمتقوم بقيمته، فإن تعذر

(١) هو خليل بن كيكليدي. تقدمت ترجمته.

(٢) راجع: الندوي: القواعد الفقهية (ص ٢١٤).

(٣) هو: حاجي خليفة. سبقت ترجمته. (٤) راجع: (١٣٦٠/٢).

(٥) راجع: قواعد الأحكام (٥/٢). (٦) راجع: نفس المرجع (٧/٢).

(٧) راجع: نفس المرجع (١٨٦/٢).

المثل رجع إلى القيمة جبراً للمالية^(١).

٢ - كتاب «الأشباه والنظائر»^(٢):

أ - مؤلفه:

هو تاج الدين، أبو النصر، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، الشهير بتاج الدين، محدث، فقيه، أصولي، وله مؤلفات قيمة منها: «الأشباه والنظائر»، و«جمع الجوامع» في أصول الفقه، وغيرهما، ولد سنة ٧٢٧هـ، وتوفي سنة ٧٧١هـ^(٣).

ب - أهميته:

أن هذا الكتاب يُعدّ من أحسن الكتب المؤلفة التي تناولت القواعد الفقهية، وأنفسها في هذا الفن جودة، وإحكاماً في الصياغة، ومتانة في التركيب، لذلك نوه به العلماء، وأشاد به الفقهاء، وسأروا على نهجه، وأسلوبه في التأليف كالسيوطي (ت ٩١١هـ)، وابن نجيم (ت ٩٧٠هـ).

ج - منهجه:

- رتب تاج الدين كتابه على مقدمة، وتمهيد، وثمانية أبواب، وخاتمة.
- المقدمة: في أهمية الفقه، وأنواعه، والكلام على بعض الكتب المؤلفة في فن القواعد.
- التمهيد: في التعريف بالقاعدة، وأهمية القواعد.
- الباب الأول: في القواعد الكلية الخمس.

(١) راجع: قواعد الأحكام (١٩٦/٢).

(٢) حققه د. عبد الفتاح أبو العينين في أطروحة للدكتوراه بكلية الشريعة والقانون، بالقاهرة، وقد طبع في جزأين بتحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٤١١هـ.

(٣) راجع: ابن حجر: الدرر الكامنة (٣/٣٩ - ٤١)، وابن العماد: شذرات الذهب (٢٢١/٦ - ٢٢٢).

- الباب الثاني: في القواعد العامة التي تلي القواعد الكلية الخمس في العموم والشمول.
 - الباب الثالث: في القواعد الخاصة (وهي: الضوابط الفقهية).
 - الباب الرابع: في أصول كلامية يبني عليها فروع فقهية.
 - الباب الخامس: في مسائل أصولية يتخرج عليها فروع فقهية.
 - الباب السادس: في كلمات نحوية يترتب عليها فروع فقهية.
 - الباب السابع: في المآخذ المختلف فيها بين الأئمة التي يبني على الاختلاف فيها اختلاف في الفروع الفقهية.
 - الباب الثامن: في الألغاز.
 - الخاتمة: في زوائد مهمّات، وأمور منبهات.
- هذا، ومنهجه في كل ذلك منهج متسق ورائع ودقيق، وعميق يدل على تعمق المؤلف وتبحّره.

د - النماذج:

- ١ - قاعدة: (الأمور بمقاصدها)^(١).
- ٢ - قاعدة: (اليقين لا يرفع بالشك)^(٢).
- ٣ - قاعدة: (الميسور لا يسقط بالمعسور)^(٣).
- ٤ - قاعدة: (كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة)^(٤).
- ٥ - قاعدة: (كل ميتة نجسة إلا السمك، والجراد بالإجماع، والأدمي على الأصح)^(٥).

(١) راجع: الأشباه والنظائر (١/٥٤ ق٥). (٢) راجع: نفس المصدر (١/١٣ ق١).
 (٣) راجع: نفس المصدر (١/٥٥). (٤) راجع: نفس المصدر (١/٣١٠).
 (٥) راجع: نفس المصدر (١/٢٠٠).

٣ - كتاب «المتثور في القواعد الفقهية»^(١):

أ - مؤلفه:

هو أبو عبد الله، بدر الدين، محمد بن بهادر بن عبد الله^(٢)، الزركشي^(٣)، فقيه، أصولي، محدث، مفسر، له كتب علمية منها: «المتثور في القواعد»، و«البحر المحيط» في الأصول، وغيرهما، ولد سنة ٧٤٥هـ، وتوفي سنة ٧٩٤هـ^(٤).

ب - أهميته:

تمثل أهميته في أنه أشمل وأجمع كتاب من الكتب التي ألّفت في علم القواعد الفقهية في جودته، ودقته، كما أن القواعد صيغت بعبارات موجزة، محكمة، رصينة، وربطت الفروع بها ربطاً دقيقاً ومستحكماً، وكذلك فروع المذهب حررت فيه تحريراً دقيقاً.

ج - منهجه:

- ١ - بدأه بمقدمة، بيّن فيها أهمية القواعد الفقهية، شأنها، ثم ذكر بعدها فصلاً بيّن فيه معنى الفقه، ونوّه بأنواعه المختلفة.
- ٢ - رتبّه على حروف المعجم، وذلك تجنّباً لتكرار القواعد مع كل باب لها علاقة به.
- ٣ - «إن المؤلف في كتابه هذا يذكر القاعدة، أو المسألة الفقهية التي فيها

(١) حققه د. تيسير فائق محمود في أطروحة للدكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، وطبع في ثلاثة أجزاء، الناشر وزارة الأوقاف بالكويت، ط: مؤسسة الفليج، عام ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

(٢) ذهب بعض أصحاب التراجم إلى أنه محمد بن عبد الله بن بهادر.

(٣) نسبة إلى الزركش؛ لأنه تعلم صنعة الزركش في صغره.

(٤) راجع: ابن حجر: الدرر الكامنة (١٧/٤، ٣٥٣٨/١٨)، وابن العماد: شذرات الذهب (٦/٣٣٥)، والزركلي: الأعلام (٦/٢٨٦)، وعمر رضا: معجم المؤلفين (١٢١/٩، ٢٠٥/١٠).

خلاف، ثم يذكر بعد ذلك أقوال العلماء وأدلتهم في تلك المسألة، أو القاعدة، ثم يذكر بعد ذلك التحقيق في تلك المسألة، أو القاعدة^(١) بذكر الضابط لها.

٤ - أورد بعض القواعد بصيغ الاستفهام.

د - ما يؤخذ عليه:

١ - أورد فيه بعض القواعد الأصولية^(٢).

٢ - كما أنه أطلق القواعد على الضوابط الفقهية^(٣).

٣ - أدخل فيه مباحث غير فقهية، كما ذكر فيه مسائل فرعية فقهية مستقلة^(٤).

هـ - النماذج:

١ - قاعدة: (ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها)^(٥).

٢ - قاعدة: (الضرر لا يزال بالضرر)^(٦).

٣ - قاعدة: (التابع يسقط بسقوط المتبوع)^(٧).

٤ - قاعدة: (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)^(٨).

٤ - كتاب «مختصر من قواعد العلائي^(٩) وكلام الإسنوي^(١٠)».

أ - مؤلفه:

هو نور الدين، أبو الشناء، محمود بن أحمد بن محمد الحموي،

(١) راجع: مقدمة التحقيق (١/٥٠).

(٢) مثل: «الأصل في الأشياء الإباحة، أو التحريم، أو الوقف» (١/١٧٦)، و«تعارض الحظر والإباحة يقدم الحظر» و«تعارض الواجب والمحظور يقدم الواجب» (١/٣٣٧).

(٣) مثل: «الأصابع في الصلاة لها ست حالات» (١/١٨٢).

(٤) مثل: أحكام الفسخ، والكفر، والنية، وجلسات الصلاة، والكفارة، والحجر، والحيل وغيرها. يراجع: (١/٤١، ٥٣، ٨٤، ١٠٢، ٢٨/٢، ٩٣، ٤١/٣، ٥٢، ٢٨٤، ٣١١).

(٦) راجع: (٢/٣٢١).

(٥) راجع: (٢/٣٢٠).

(٨) راجع: (١/٩٣).

(٧) راجع: (١/٢٣٥).

(١٠) تقدمت ترجمته.

(٩) تقدمت ترجمته.

الشافعي، المعروف بابن خطيب الدهشة، كان من البارعين في الفقه، والأصول، والعربية، ومن آثاره: «تحرير الحاشية في شرح الكافية»، و«مختصر قواعد العلائي» وغيرهما، ولد بحماة في حدود سنة ٧٥٠هـ، وتوفي ٨٣٤هـ^(١).

ب - عمله:

الكتاب يجمع بين قواعد أصولية وقواعد فقهية، وعمله فيه هو:

- ١ - الجمع والتنسيق بين قواعد العلائي^(٢) وكلام الإسنيوي^(٣)، مع التحرير والتقيح، والزيادة.
- ٢ - ترتيبه حسب الأبواب الفقهية التي جاءت في «المنهاج» للنووي، ثم إدراج القواعد تحتها^(٤).

ج - أهميته:

تبرز أهميته من غزارة مادته العلمية؛ فإنه بما تضمن من مواد علمية يفوق كل ما تضمنته كتب هذا الفن في الفقه الشافعي^(٥).

د - النماذج:

- ١ - قاعدة: (المشقة تجلب التيسير)^(٦).
- ٢ - قاعدة: (اليقين لا يزال بالشك)^(٧).
- ٣ - قاعدة: (إذا اجتمع حظر وإباحة غلب جانب الحظر)^(٨).

(١) راجع: السخاوي: الضوء اللامع (١٢٩/١٠، ١٣٠)، وابن العماد: شذرات الذهب (٢١٠/٧)، والشوكاني: البدر الطالع (٢٩٣/٢، ٢٩٤).

(٢) أي: في كتابه: المجموع المذهب في قواعد المذهب.

(٣) أي: في كتابه: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، والكوكب الدرّي.

(٤) راجع: مقدمة الكتاب (٣٢/١، ٦٣)، ومقدمة المحقق (ص ٤٦)، والندوي: القواعد الفقهية (ص ٢٢٤، ٢٢٥).

(٥) مقدمة المحقق (ص ٤٦).

(٦) راجع: مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنيوي (٩٥/١، ٢٧٩، ٤١٠).

(٧) راجع: نفس المصدر (١٧٦/١).

(٨) راجع: نفس المصدر (٥٧٧/٢).

٤ - قاعدة: (كل من وجب عليه شيء ففات لزمه قضاؤه تداركاً لمصلحته)^(١).

٥ - كتاب «الاعتناء»^(٢) في الفرق والاستثناء^(٣).

أ - مؤلفه:

هو بدر الدين، محمد بن أبي بكر بن سليمان البكري، الشافعي، فقيه، وله مؤلفات منها: «الاعتناء»، توفي سنة ٨٧١هـ^(٤).

ب - أهميته:

الكتاب حامل وجامع للقواعد، والضوابط الفقهية، وهو يعتبر أوسع وأحسن كتاب في بيان الضوابط الفقهية خاصة، وتحريرها تحريراً دقيقاً، وتنسيقها تنسيقاً رائعاً، هذا إن دلّ إنما يدل على أهمية الكتاب.

ج - منهجه:

بدأ المؤلف بمقدمة مختصرة تعطي تصوراً عن منهجه في كتابه، فذكر أنه لما رأى أهل العلم قد زهدوا في طلبه، وطالبه نائماً لا يفيق، وهمته دائرة، ورغبته قاصرة، فشرع في جمع هذا الكتاب مختصراً من كلام ذوي الألباب من العلماء، قليل حجمه، كثير فوائده، وضممه ستمائة قاعدة أصلية، وأخرج من كل قاعدة فوائد جليّة. يقول:

«وقد جعلته قواعد أصلية ستمائة، جمعتها كلية، وأخرجت من كل قاعدة

(١) راجع: مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي (٢/٦١٦).

(٢) في بعض النسخ من المخطوط اسم الكتاب «الاستغناء» بدلاً من «الاعتناء». ومن المحتمل أيضاً أن يكون أصل التسمية لدى المؤلف «الاعتناء» بالغين المعجمة. الندوي: القواعد (ص ٢٤٧) الهامش.

(٣) طبع في جزأين بتحقيق عادل أحمد وعلي محمد، ط. دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

(٤) راجع: السخاوي: الضوء اللامع (٧/١٦٩).

فوائد جلية - أو - «جليلة» تعكس على أصلها بقدر فهمي لها»^(١).

رتبه على الكتب حسب الترتيب الفقهي المألوف، وقسم الكتاب إلى أبواب، ويأتي في كل باب بالتعريف، والأركان، والشروط، ثم ينتهي بذكر القواعد، فيبدأ بقوله: «وفي الباب قواعد» مثلاً، ثم يذكر كل قاعدة تدرج تحته، ثم بعد ذلك يذكر المسائل المستثناة منها، وفي بعض المسائل يورد اعتراضاً، ويرد عليه، ويذكر الفرق إن كان هناك فرق.

د - ما يؤخذ عليه:

أن القواعد التي ذكرها المؤلف معظمها: ضوابط فقهية، كما أن الكتاب حوى بعض القواعد الأصولية^(٢).

هـ - النماذج:

- ١ - (كل ماء مطلق لم يتغير فهو الطهور)^(٣).
- ٢ - (كل حيوان حي طاهر إلا في المسائل)^(٤).
- ٣ - (من تيقن الطهارة وشك في الحدث عمل بيقين الطهارة، وعكسه، إلا في مسألة)^(٥).

٦ - كتاب «الأشباه والنظائر»^(٦):

أ - مؤلفه:

هو أبو الفضل، جلال الدين، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، الشافعي، الشهير بالسيوطي، صاحب المؤلفات الكثيرة، والمشارك في العلوم المختلفة، فهو مفسر، محدث، فقيه، مُكثِر في التأليف، وهو آية في الجمع والتأليف، حتى بلغ عدد المؤلفات نحو ٦٠٠ مؤلف ما بين صغير

(١) راجع: الاعتناء (٣٤/١)، والندوي: القواعد الفقهية (ص ٢٤٨).

(٢) مثل: «إذا اجتمع جانب الحظر والإباحة غلب الحظر». راجع: (١٠٣٠/٢).

(٣) راجع: نفس المصدر (٣٧/١). (٤) راجع: نفس المصدر (١٠٢/١).

(٥) راجع: نفس المصدر (٨١/١). (٦) مطبوع ومتداول.

وكبير، منها: «الأشباه والنظائر»، ولد سنة ٨٤٩هـ وتوفي سنة ٩١١هـ^(١).

ب - أهميته:

غير خاف على الدارس والمنتبع للمدونات والمؤلفات في القواعد الفقهية أن هذا الكتاب أنفس وأروع ما ألف في هذا الفن من الكتب، وأجودها، وأغزرها مادة، وأحسنها جمعاً وترتيباً، وأحكمها صياغة، وتنسيقاً، فاشتهر لذلك بين العلماء وتداولته أيديهم في كل مكان، فهو من أكثرها انتشاراً، وتداولاً؛ فإنه خلاصة جامعة، مستخلصة من المؤلفات السابقة في هذا العلم ممن سبقوه ولا سيما في المذهب الشافعي.

ج - منهجه:

رتبه على سبعة كتب وهي على النحو التالي:

- الكتاب الأول: في شرح القواعد الخمس التي ذكر الأصحاب أن جميع مسائل الفقه ترجع إليها.
- الكتاب الثاني: في قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية، وهي أربعون قاعدة.
- الكتاب الثالث: في القواعد المختلف فيها، وهي عشرون قاعدة.
- الكتاب الرابع: في أحكام يكثُر دورها، ويقبح بالفقيه جهلها.
- الكتاب الخامس: في نظائر الأبواب، مرتبة على أبواب الفقه.
- الكتاب السادس: فيما افرقت فيه الأبواب المتشابهة.
- الكتاب السابع: في نظائر شتى^(٢).

(١) راجع: السيوطي: حسن المحاضرة (١/٢٨٨ - ٢٩٤)، وابن العماد: شذرات الذهب (٨/٥١ - ٥٥)، والغزي: الكواكب السائرة (١/٢٢٦ - ٢٣٣)، والشوكاني: البدر الطالع (١/٣٢٨).

(٢) راجع: السيوطي: الأشباه والنظائر (ص ٤، ٥).

ويضاف إلى ذلك:

١ - أن المؤلف حاول أن يصدر كل قاعدة بأصلها من الآية، أو الحديث، أو الأثر، أو الإجماع، أو الاستقراء، ما استطاع إلى ذلك سبيلاً.

٢ - أنه أورد القواعد بقواعد فرعية أخرى.

٣ - أنه أورد تحتها ما يناسبها من الفروع الفقهية.

د - ما يؤخذ عليه:

أن المؤلف أطلق القواعد على الضوابط الفقهية، حيث عقد باباً كاملاً للقواعد المختلفة فيها^(١)، وهي ضوابط فقهية. نضرب أمثلة لذلك:

١ - القاعدة الأولى: (الجمعة: ظهر مقصورة، أو صلاة على حيالها)^(٢).

٢ - القاعدة السادسة: (العين المستعارة للرهن، هل المقلب فيها جانب الضمان، أو جانب العارية)^(٣).

٣ - القاعدة السابعة: (الحوالة هل هي بيع أو استيفاء)^(٤).

٤ - القاعدة التاسعة: (الإقالة هل هي فسخ أو بيع)^(٥).

يلاحظ أن هذه القواعد كلها ضوابط فقهية، مختلف فيها في المذهب.

هـ - النماذج:

١ - (الأمر بمقاصدها)^(٦).

٢ - (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)^(٧).

٣ - (الميسور لا يسقط بالمعسور)^(٨).

(٢) راجع: (ص ١٨٠).

(٤) راجع: (ص ١٨٧).

(٦) راجع: (ص ٩).

(٨) راجع: (ص ١٧٦).

(١) راجع: (ص ١٨٠ - ٢٠٣).

(٣) راجع: (ص ١٨٦).

(٥) راجع: (ص ١٩٠).

(٧) راجع: (ص ١١٣).

الفرع الرابع

المؤلفات الشهيرة والمتداولة
في القواعد الفقهية في الفقه الحنبلي١ - كتاب «القواعد النورانية الفقهية»^(١):

أ - مؤلفه:

هو شيخ الإسلام، تقي الدين، أبو العباس، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله ابن تيمية، الحراني، الشهير بابن تيمية، مشارك في علوم جمّة، وفنون نقلية وعقلية، فهو مفسّر، محدث، حافظ، فقيه، أصولي، وكان من أمهر أهل وقته في علوم الدين، وله آثار علمية قيّمة رائعة منها: «الفتاوى الكبرى»، و«العقود»، و«القواعد النورانية الفقهية»، وغير ذلك من الكتب التي لا غنى عنها للباحث في الفقه الإسلامي، ولد سنة ٦٦١هـ، وتوفي سنة ٧٢٨هـ^(٢).

ب - أهميته:

تظهر أهميته مما يفيضه المؤلف في إيراد المسائل، والفروع الفقهية وآراء الفقهاء مع أدلتهم النقلية والعقلية، وتحريرها، وتحقيقها، ثم ترجيح ما يقتضيه الدليل من النقل، والعقل، ثم إيراد القواعد، والضوابط التي تحكم تلك المسائل والفروع الفقهية.

ج - منهجه:

قد بيّن منهجه الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، وأجاد في بيانه، فيقول:

(١) مطبوع ومتداول.

(٢) راجع: الكتبي: فوات الوفيات (١/٦٢ - ٨٢)، وابن كثير: البداية (١٤/١٣٢ - ١٤١)، وابن رجب: الذيل على الطبقات (٢/٣٨٧ - ٤٠٥)، وابن ناصر الدين: الرد الوافر، وابن حجر: الدرر الكامنة (١/١٥٤ - ١٧٠)، والشوكاني: البدر الطالع (١/٦٣ - ٧٢)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٣٦٢).

«تكلم على القواعد الفقهية، وتناولها بطريقة خاصة، ذلك أنه رتب كتابه هذا على أساس الموضوعات الفقهية ابتداء بموضوعات: الطهارة، والنجاسة، وانتهاء بباب الأيمان والنذور، وذكر في كل موضوع منها القواعد والضوابط التي تحكمها، واختلاف آراء الفقهاء مع الاستدلال لكل، وما يتفرع عن ذلك من فروع فقهية»^(١).

د - ما يؤخذ عليه:

يمكن للقارئ أن يلاحظ أن الكتاب - كما يبدو - لم يوضع أصلاً في القواعد الفقهية بالمعنى المعروف، وعلى النمط المؤلف؛ لأن منهجه هو: سرد المسائل، وآراء الفقهاء مع أدلتها، والفروع الفقهية أصالة، ثم الإشارة إلى ما يربطها من الضوابط، والتنبيه على ما يحكمها من القواعد.

هـ - النماذج:

- ١ - (الفوائد التي تستحق مع بقاء أصولها تجري مجرى المنافع، وإن كانت أعياناً)^(٢) وبعبارة أخرى: (الفائدة التي تستخلف مع بقاء أصلها تجري مجرى المنفعة)^(٣).
- ٢ - (كل ما كان حراماً بدون الشرط فالشرط لا يبيحه)^(٤).
- ٣ - (الأصل في العقود رضی المتعاقدين، وموجبها هو: ما أوجباه على أنفسهما)^(٥).

٢ - كتاب «تقرير القواعد وتحريم الفوائد» المعروف بـ«القواعد»^(٦):

أ - مؤلفه:

هو زين الدين، أبو الفرج، عبد الرحمن بن شهاب بن أحمد بن رجب،

(١) راجع: كتابة البحث العلمي ومصادر الدراسات الإسلامية (ص ٤٦٩)، نقلاً من القواعد الفقهية للندوي (ص ٢٥٢).

(٢) راجع: القواعد النورانية (ص ١٠٤). (٣) راجع: نفس المصدر (ص ١٠٥).

(٤) راجع: نفس المصدر (ص ١٣٨). (٥) راجع: نفس المصدر (ص ١٤١).

(٦) مطبوع ومتداول.

البغدادي، ثم الدمشقي، المعروف بابن رجب، فقيه، محدث، وله مصنفات قيمة منها: «جامع العلوم والحكم»، و«القواعد»، وغيرهما، توفي سنة ٧٩٥هـ^(١).

ب - أهميته:

تتجلى أهميته بما أشاد فيه العلماء. يقول ابن حجر^(٢) (ت ٨٥٢هـ) في ترجمة المؤلف: «إن من بين مؤلفاته كتاب: «القواعد» وأنه أجاد فيه»^(٣). ويقول حاجي خليفة^(٤): «هو كتاب نافع من عجائب الدهر»^(٥). ويقول الشيخ الزرقا: «وهو كتاب عظيم القيمة، يحمل من الثروة الفقهية ما يجلب عن الوصف»^(٦).

فالكتاب يعدّ أشمل وأحفل كتب القواعد الفقهية في الفقه الحنبلي وأنفسها، وأنفعها، وأغزرها مادة، وأكثرها تفصيلاً واستيعاباً للفروع.

ج - منهجه:

يتبلور منهجه مما يأتي:

- ١ - أن المؤلف يورد تحت عنوان (القاعدة) موضوعاً فقهياً، ومثل هذا في مواضع كثيرة.
- ٢ - أنه يتناول تحت عنوان (القاعدة) القاعدة الخاصة بالمذهب، ومثل هذا في أماكن كثيرة ومعظم قواعده من هذا القبيل.

(١) راجع: ابن حجر: الدرر الكامنة (٢/٤٢٨ - ٤٢٩)، وابن العماد: شذرات الذهب (٦/٣٣٩)، والشوكاني: البدر الطالع (١/٣٢٨)، والزركلي: الأعلام (٤/٦٧)، وعمر رضا: معجم المؤلفين (٥/١١٨).

(٢) هو: شهاب الدين، أبو الفضل، أحمد بن علي بن محمد بن حجر الشافعي، المعروف بابن حجر، حافظ، محدث، فقيه. من مؤلفاته: «فتح الباري بشرح صحيح البخاري»، توفي سنة ٨٥٢هـ. راجع: السخاوي: الضوء اللامع (٢/٣٦ - ٤٠)، وابن العماد: المرجع السابق (٧/٢٧٠ - ٢٧٣).

(٣) راجع: المرجع السابق (٢/٣٢١).

(٤) هو: صاحب كتاب «كشف الظنون». (٥) راجع: نفس المصدر (٢/١٣٥٩).

(٦) راجع: المدخل الفقهي العام (٢/٩٥٥).

- ٣ - أنه يورد أحياناً تحت عنوان (القاعدة) القاعدة بمعناها المعروف، وعلى النمط المؤلف، وهذا قليل جداً.
- ٤ - أنه يورد أحياناً القاعدة بصيغة استفهامية للتنبيه على كونها موضع خلاف فيها.
- ٥ - أنه يذكر عقب كل قاعدة ما يندرج تحتها من المسائل، والفروع، والصور الجزئية الفقهية تفرعاً وتخريجاً عليها، ويتناولها بالإسهاب، والتفصيل مع دراسة المذهب دراسة كلية وافية.
- ٦ - يشتمل الكتاب على مائة وسبعين قاعدة حسب تقدير بعض الباحثين^(١)، وعلى مائة وست وستين قاعدة على حسب تقديري، وعلى إحدى وعشرين فائدة في الختام، تلحق بالقواعد، وهي فوائد مسائل مشتهرة فيها اختلاف في المذهب، ينبنى على الاختلاف فيها فوائد متعددة.

د - ما يؤخذ عليه:

- ١ - أن المؤلف جمع القواعد دون مراعاة لترتيب معين مؤلف لدى المؤلفين.
- ٢ - أنه أورد تحت القواعد: المسائل الفقهية^(٢).
- ٣ - كما أن أكثرها عبارات مطولة^(٣).
- ٤ - أنه ذكر تحت القواعد: الضوابط الفقهية^(٤).

هـ - النماذج:

- ١ - (من تعجل حقه، أو ما أبيع له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه)^(٥).

(١) راجع: د. أحمد عبد الله: القسم الدراسي لكتاب القواعد (١/١٣٨).

(٢) انظر على سبيل المثال: (ص ٧١ ق ٤٩) حيث تناول تقسيم القبض تحت القاعدة.

(٣) انظر على سبيل المثال: (ق ٣، ٤، ٥، ٧، ٩).

(٤) انظر على سبيل المثال: (ق ١، ٢).

(٥) راجع: (ص ٢٣٠) تحت القاعدة: (١٠٢).

- ٢ - (يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً)^(١).
- ٣ - (يقوم البدل مقام المبدل ويسد مسده، وينبي حكمه على حكم مبدله)^(٢).
- ٤ - (من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذى به ضمنه)^(٣).

٣ - كتاب «القواعد الكلية والضوابط الفقهية»^(٤):

أ - مؤلفه:

هو جمال الدين، يوسف بن حسن بن أحمد بن عبد الهادي، أبو المحاسن، وأبو عمر، ويعرف بابن المبرد، الحنبلي، ولد سنة ٨٤٠هـ. كان الغالب عليه علم الحديث، والفقه، وشارك في النحو، والتصريف، والتصوف، والتفسير، وله مؤلفات كثيرة، وغالبها أجزاء، وكانت وفاته سنة ٩٠٩هـ^(٥).

ب - أهميته:

لا تُخفى أهميته كأى كتاب في فن القواعد والضوابط التي لا يستغنى عنها طالب العلم، وتنفعه، وتسعفه على ضبط المسائل، والفروع الفقهية^(٦)، ولا سيما في الفقه الحنبلي.

ج - منهجه:

هذا الكتاب مرتب على أبواب الفقه، ويتألف من مائة قاعدة وضابط، ويشير المؤلف عقب كل منهما إلى ما يندرج تحته من الفروع الفقهية بالإيجاز دون أي تفصيل.

(١) راجع: (ص ٢٩٨ ق ١٣٣).

(٢) راجع: (ص ٣١٤ ق ١٤٣).

(٣) راجع: (ص ٣٦ ق ٢٦).

(٤) طبع بتحقيق جاسم بن سليمان، ط: دار البشائر الإسلامية، بيروت، الأولى، عام ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

(٥) راجع: الغزي: الكواكب السائرة (٣١٦/١)، وابن العماد: شذرات الذهب (٤٣/٨).

(٦) راجع: مقدمة المؤلف (ص ٤٣).

د - ما يؤخذ عليه:

أن جُلّ ما في هذا الكتاب من القواعد هي في الحقيقة ضوابط مختصة بأبواب محددة، وأما القواعد بالمعنى المصطلح عليه فهي بضع قواعد^(١).

هـ - النماذج:

- ١ - ارتكاب إحدى المفسدتين لدفع أعلاهما^(٢).
- ٢ - (من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه)^(٣).
- ٣ - (اليقين لا يزيله شيء من الثلاثة)^(٤) أي: الظن، والوهم، والشك.
- ٤ - كتاب «مغني ذوي الأفهام من الكتب الكثيرة في الأحكام»^(٥):
للمؤلف السابق. وضع المؤلف في آخر الكتاب فصلاً خاصاً للقواعد، فيقول:

«فصل في قواعد كلية يترتب عليها مسائل جزئية في جميع الفقه»^(٦). وهو يحتوي على ست وسبعين قاعدة صاغها بعبارات وجيزة متقنة مع اعتبار عموم معناها وشموله، وأورد هذه القواعد دون إيراد الفروع الفقهية المندرجة تحتها، ورتبها حسب أبواب الفقه. بيد أنها ليست كلها قواعد فقهية، بل منها ما هي قواعد أصولية، ومنها ما هي ليست هذه ولا تلك. فيمكن تقسيمها إلى:

أ - قواعد فقهية، وهي أكثر، مثل:

- ١ - (اليقين مقدم على الظن، والظن مقدم على الشك، والمظنة لا يعتبر

(١) راجع: جاسم بن سليمان: مقدمة التحقيق (ص ٨).

(٢) راجع: القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص ١٠٠ ق ٨٨).

(٣) راجع: نفس المصدر (ص ١٠٨ ق ٩٧).

(٤) راجع: نفس المصدر (ص ١٠٩ ق ٩٩).

(٥) طبع بتحقيق الشيخ عبد العزيز بن محمد آل الشيخ، ط: مطبعة السنّة المحمدية، ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م.

(٦) راجع: المؤلف: مغني ذوي الأفهام (ص ٢٤٤).

معها وجود الحقيقة^(١).

٢ - (من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه)^(٢).

٣ - (العبرة بالغالب، والنادر لا حكم له)^(٣).

٤ - (يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً)^(٤).

٥ - (من ملك الغنم كان عليه الغرم)^(٥).

ب - قواعد أصولية، مثل:

١ - (الأصل: الإباحة، والحظر مقدم)^(٦).

٢ - (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا)^(٧).

٣ - (يعمل في الأشياء باستصحاب الأصل)^(٨).

ج - قواعد لا هي من القواعد الفقهية ولا من القواعد الأصولية، مثل:

١ - (الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه)^(٩).

٢ - (الجن مكلفون، وليسوا من جنس الإنس، بل دونهم، وتكليفهم قاصر

عن تكليفهم)^(١٠).

٥ - كتاب «مجلة الأحكام الشرعية»^(١١):

مؤلفها:

هو القاضي أحمد بن عبد الله بن الشيخ محمد بشير، ولد بمكة المكرمة

سنة ١٣٠٩هـ، وتلقى علومه بها، ومن مؤلفاته: «مجلة الأحكام الشرعية» التي

(١) راجع: مغني ذوي الأفهام (ص ٢٤٤).

(٢) راجع: المؤلف: نفس المصدر.

(٣) راجع: نفس المصدر.

(٤) راجع: نفس المصدر (ص ٢٤٥).

(٥) راجع: نفس المصدر.

(٦) راجع: نفس المصدر (ص ٢٤٤).

(٧) راجع: نفس المصدر.

(٨) راجع: المصدر نفسه.

(٩) راجع: المصدر نفسه (ص ٢٤٥).

(١٠) راجع: المصدر نفسه (ص ٢٤٤).

(١١) طبعت بتحقيق د. عبد الوهاب أبو سليمان، ود. محمد إبراهيم، ط: تهامة، ١٤٠١هـ

صدرها بالقواعد الفقهية، توفي بالطائف سنة ١٣٥٩هـ^(١).

ومما دعا إلى إلحاق هذه المجلة بكتب القواعد الفقهية في الفقه الحنبلي هو: أنها تضمنت مجموعة من القواعد، لخصها، واختصرها المؤلف من كتاب «القواعد» لابن رجب (ت ٧٩٥هـ)، وأوردها كما جاءت في الأصل في مائة وستين قاعدة تحت عنوان (مادة) من غير تهذيب وتنقيح، ولا حذف، ولا إعادة تصنيف، ولم يأت تلخيصه لها على نسق واحد، بل اتخذ أساليب مختلفة، تارة باستبعاد الخلاف، والتفصيل، والاكتفاء عن ذلك بالإشارة بقوله: (فيه خلاف، أو خلاف)، وبقوله: (فيه تفصيل، أو تفصيل)، وتارة بذكر عنوان القاعدة فقط دون تعرض لذكرها.

وكذلك من الملاحظ أن القواعد في المجلة جاءت مشتملة على قواعد العبادات، والمعاملات، وغيرها، وكان الأحرى بالمؤلف أن يقصرها على القواعد المتعلقة بالكتب التي احتوت عليها المجلة، وإن كان البعض منها مشتركاً بين كافة الأبواب الفقهية^(٢).

المطلب الرابع

مناهج المؤلفين في ترتيب القواعد وفي مضمون كتبها

وهو يتفرع إلى فرعين:

الفرع الأول: مناهج المؤلفين في ترتيب القواعد.

الفرع الثاني: مناهج المؤلفين في مضمون كتب القواعد.

* * *

(١) راجع: مقدمة المحققين للمجلة (ص ٦٤ - ٦٧).

(٢) راجع: المرجع السابق (ص ٤٩، ٥٤).

الفرع الأول

مناهج المؤلفين في ترتيب القواعد

يمكن تقسيمها إلى أربعة أقسام:

الأول: الترتيب الهجائي:

هذا المنهج يعني ترتيب القواعد على حروف المعجم أي: ترتيباً ألفبائياً حسب الحرف الأول من كل قاعدة. فقاعدة: (الأمور بمقاصدها) مثلاً توضع في حرف الألف، دون النظر إلى موضوعها، ومراعاة مضمونها.

وهذا المنهج أول من ابتكره الزركشي الشافعي (ت ٧٩٤هـ)، وسلكه في كتابه «المشور في القواعد»، ويقول: «ورتبها على حروف المعجم»^(١). وتبعه أبو سعيد الخادمي الحنفي (ت ١١٧٦هـ) في كتابه «مجامع الحقائق» الذي ضمنه في ختامه القواعد الفقهية، حيث رتبها على حروف المعجم.

من فوائد هذا المنهج:

- ١ - تفادي تكرار القواعد وتجنبه: وذلك لاشتمالها على مسائل فقهية مختلفة لأبواب متعددة، مما يستدعي تكرار القواعد.
- ٢ - سهولة تناول القواعد: يقول الزركشي: «... ليسهل تناول طرازها المعلم»^(٢).

الثاني: الترتيب الموضوعي:

أي: من حيث الشمول والاتساع، ومن حيث الاتفاق والاختلاف.

هذا المنهج يعتمد على مراعاة شمولية القاعدة واتساعها، ومقدار ما يندرج تحتها من مسائل وفروع، وعلى مراعاة اتفاق العلماء على اعتبارها واختلافهم في اعتبارها.

فعلى هذا، قسّمت القواعد الفقهية إلى مجموعات ثلاث:

(١) راجع: المشور في القواعد (١/٦٧). (٢) راجع: نفس المصدر.

الأولى: القواعد الكلية التي هي أكثر اتساعاً وشمولاً للمسائل والفروع الفقهية، وهي القواعد الخمس العامة الأساسية.

الثانية: القواعد الكلية التي هي أقل اتساعاً وشمولاً للمسائل والفروع الفقهية من القواعد الخمس، وهي ما عداها؛ فإنها لا تصل في اتساعها وشمولها للمسائل والفروع إلى درجة الخمس.

الثالثة: القواعد المختلف فيها، وهي القواعد التي وردت بصيغ الخلاف، وهي ما عدا المجموعتين السابقتين، وانبنى على الاختلاف فيها اختلاف في مسائل فرعية.

هذا المنهج نهجه كثير من مؤلفي القواعد الفقهية، خصوصاً مؤلفي الأشباه والنظائر كتاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ)، وجلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ)، وابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)، وإن كان بينهم بعض الاختلاف في المجموعة الثالثة، حيث أثبتها السبكي، والسيوطي، وأسقطها ابن نجيم.

الثالث: الترتيب الفقهي:

أي: من حيث تعلق القواعد بأبواب الفقه المختلفة. يعتمد هذا المنهج على ترتيب القواعد حسب الأبواب الفقهية، حيث يذكر الباب الفقهي، وتحتة القاعدة، أو القواعد، ثم يدرج ما يرتبط بها من المسائل، وما يندرج تحتها من الفروع.

سار على هذا المنهج ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) في كتابه: «القواعد النورانية الفقهية»، والمقري المالكي (ت ٧٥٨هـ) في كتابه: «القواعد»، وابن خطيب الدهشة في كتابه: «مختصر قواعد العلائي»، والبكري الشافعي (ت ٨٧١هـ) في كتابه: «الاعتناء في الفرق والاستثناء»، وابن عبد الهادي الحنبلي (ت ٩٠٩هـ) في كتابه: «القواعد الكلية والضوابط الفقهية».

الرابع: الجمع المطلق:

دون مراعاة أي ترتيب معين من الترتيبات السابقة.

أصحاب هذا المنهج يجمعون القواعد مطلقاً دون مراعاة أي ترتيب معين، والغالب عليهم ترقيم القواعد ترقياً تسلسلياً.

سلك هذا المنهج من المؤلفين القدامى: الكرخي الحنفي (ت ٣٤٠هـ) في رسالته التي تُعرف بـ«أصول الكرخي»، والدبوسي الحنفي (ت ٤٣٠هـ) في كتابه: «تأسيس النظر»، والقرافي المالكي (ت ٦٨٤هـ) في كتابه: «الفروق»، ومن المتأخرين ابن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ) في كتابه: «القواعد»، وابن عبد الهادي الحنبلي (ت ٩٠٩هـ) في كتابه: «مغني ذوي الأفهام من الكتب الكثيرة في الأحكام».

الفرع الثاني

مناهج المؤلفين في مضمون كتب القواعد

كما اختلفت مناهج المؤلفين في ترتيب القواعد، كذلك اختلفت مناهجهم في مضمون كتب القواعد الفقهية. ويمكن تقسيم مناهجهم إلى منهجين:

الأول: دمج القواعد الفقهية مع القواعد الأصولية:

هذا ظاهر وشائع لدى المؤلفين على وجه العموم منذ بداية تأليفها؛ إذ إنه يلاحظ عند الكرخي (ت ٣٤٠هـ) في: «أصوله»^(١)، والدبوسي (ت ٤٣٠هـ) في: «تأسيس النظر»^(٢)، والقرافي (ت ٦٨٤هـ) في: «الفروق»^(٣)، والمقري

(١) انظر مثلاً: «الأصل أنه يفرق بين علة الحكم وحكمته؛ فإن علته موجبة، وحكمته غير موجبة»، و«الأصل أن التوفيقين إذا تلاقيا وتعارضوا وفي أحدهما ترك اللفظين على الحقيقة فهو أولى» (ص ١٧٢، ١٧٤).

(٢) انظر مثلاً: «الأصل عند أبي حنيفة أن ما يتناوله اللفظ من طريق العموم ليس كما يتناوله اللفظ من طريق النص والخصوص» (ص ٢٢)، و«الأصل عند علمائنا الثلاثة أن الخبر المروي عن النبي ﷺ من طريق الآحاد مقدم على القياس الصحيح» (ص ٩٩)، وكذلك: قول الصحابي (ص ١١٣).

(٣) انظر مثلاً: قاعدة: (الشرط، والمانع، والواجب المخير، واقتضاء النهي الفساد) (١/ ١١٠، ٨/٢، ٨٢).

(ت ٧٥٨هـ) في: «القواعد»^(١)، وتاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ) في: «الأشباه والنظائر»^(٢)، وابن خطيب الدهشة (ت ٨٣٤هـ) في: «مختصر قواعد العلائي»^(٣)، وابن عبد الهادي (ت ٩٠٩هـ) في: «مغني ذوي الأفهام»^(٤)، والسيوطي (ت ٩١١هـ) في: «الأشباه والنظائر»^(٥)، والونشريسي (ت ٩١٤هـ) في: «إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك»^(٦)، وابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) في: «الأشباه والنظائر»^(٧)، والخادمي (ت ١١٧٦هـ) في: «مجامع الحقائق»^(٨)، وأصحاب المجلة في: المجلة^(٩).

الثاني: دمج القواعد الفقهية مع مسائل فقهية، وموضوعات أخرى:

سلك هذا المنهج العز بن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ) في: «قواعد

- (١) انظر مثلاً: قاعدة: (٩، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٥، ١٣٤، ١٣٧، ٢٢٧، ٣٠٤) من القواعد.
- (٢) انظر: الباب الخامس: في مسائل أصولية يتخرج عليها فروع فقهية (٧٧/٢ - ٢٠٢).
- (٣) انظر مثلاً: (ص ٦، ١٣، ٢٠، ٣٥، ٤٣، ٤٤٣، ١٩٠، ٣٥٧، ٣٦٠) رسالة الدكتوراه بالكلية.
- (٤) انظر: قاعدة: (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا)، (يعمل في الأشياء باستصحاب الأصل)، و(الأصل الإباحة، والحظر مقدم). راجع: (ص ٢٤٤).
- (٥) انظر مثلاً: قاعدة: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) (ص ٥٦)، وقاعدة: (الأصل العدم) (ص ٦٣)، وقاعدة: (الأصل في الأشياء الإباحة) (ص ٦٦)، وقاعدة: (الأصل في الكلام الحقيقية) (ص ٦٩)، وقاعدة: (التأسيس أولى من التأكيد) (ص ١٥٠).
- (٦) انظر مثلاً: قاعدة (١١): (كل مجتهد في الفروع الظنية مصيب أو المصيب واحد لا بعينه) (ص ٦٣)، وقاعدة (١٦): (الأمر هل يقتضي التكرار أم لا) (ص ٧٠).
- (٧) انظر مثلاً: قاعدة: (الأصل العدم) (ص ٦٢)، وقاعدة: (هل الأصل في الأشياء الإباحة) (ص ٦٦)، وقاعدة: (الأصل في الكلام الحقيقية) (ص ٦٩)، و(الاستصحاب) (ص ٧٣).
- (٨) انظر مثلاً: قاعدة (٦): (الترجيح لا يقع بكثرة العلل) من حرف التاء، وقاعدة (١): (النص على خلاف القياس يقتصر على مورده) من حرف النون.
- (٩) انظر مثلاً: مادة: (١٣): (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) ومادة: (١٤): (لا مساع للاجتهاد في مورد النص)، ومادة: (٦١): (إذا تعدت الحقيقة يصار إلى المجاز).

الأحكام»^(١)، والقرافي (ت ٦٨٤هـ) في: «الفروق»^(٢)، وابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) في: «القواعد النورانية»^(٣)، والمقري (ت ٧٥٨هـ) في: «القواعد»^(٤)، والزرکشي (ت ٧٩٤هـ) في: «المنثور في القواعد»^(٥)، وابن رجب (ت ٧٩٥هـ) في: «القواعد»^(٦)، وابن عبد الهادي (ت ٩٠٩هـ) في: «القواعد الكلية والضوابط الفقهية»^(٧).



- (١) انظر: «فصل في بيان العدل، وفصل في الإقراع عن تساوي الحقوق»، «وفصل في بيان أقسام العبادات والمعاملات» (١/٧١، ٩٠، ٢٢٣، ٧٢/٢).
- (٢) انظر: قاعدة: (الغبية والنميمة)، (الحسد والغبطة)، (الطيرة والفأل) (٤/٢٠٩، ٢٢٤، ٢٤٠).
- (٣) انظر: «فصل في العبادات، وفصل في بيان ما أمر الله به ورسوله من إقامة الصلاة» (ص ٣، ١٨).
- (٤) انظر: القواعد: (١١٤، ٢١٥، ٢٤٨).
- (٥) انظر: أحكام الفسخ، والنية، وجلسات الصلاة، وأحكام الدين (٣/٤١، ٥٢، ٢٨٤، ١٠/٢، ١٥٨).
- (٦) انظر: أحكام القبض على العقود، وأنواع الملك، وأقسام الأيدي المستولية على مال (ص ٧١، ١٩٥، ٢٠٦).
- (٧) انظر: شروط الطهارة، وسنن الوضوء، وانقسام الغسل، وهكذا الكتاب كله، ما عدا بعض القواعد.

الفصل الثاني

الخراج بالضمان كقاعدة فقهية

وهو ينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: أصل قاعدة: الخراج بالضمان، ومصدرها، وما يدل على معناها من الأدلة، ومعناها التفصيلي، والألفاظ ذات الصلة بها، ومعناها الإجمالي، وما يترتب على الاختلاف فيه - إن وجد - من أثر فقهي أي: أثر في الأحكام، والقاعدة ذات الصلة بها ومعناها.

المبحث الثاني: أسباب الضمان وما ينتقل به، وأقسام الخراج وأسباب استحقاقه.

المبحث الأول

أصل قاعدة: الخراج بالضمان ومصدرها

وما يدل على معناها من الأدلة، ومعناها التفصيلي، والألفاظ ذات الصلة بها، ومعناها الإجمالي، وما قد يترتب على الاختلاف فيه - إن وجد - من أثر فقهي أي: أثر في الأحكام، والقاعدة ذات الصلة بها ومعناها

ونتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أصل القاعدة ومصدرها، وما يدل على معناها من الأدلة، ومعناها التفصيلي، والألفاظ ذات الصلة بها ومعناها.

المطلب الثاني: معناها الإجمالي.

المطلب الثالث: القاعدة ذات الصلة بها ومعناها.

* * *

المطلب الأول

أصل قاعدة: الخراج بالضمان ومصدرها

وما يدل على معناها من الأدلة، ومعناها التفصيلي والألفاظ ذات الصلة بها، ومعنى كل منها

نتناوله في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: أصل القاعدة ومصدرها، وما يدل على معناها من الأدلة.

الفرع الثاني: معناها التفصيلي.

الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالخراج والضمان، ومعنى كل منها.

* * *

الفرع الأول

أصل قاعدة: الخراج بالضمان ومصدرها
وما يدل على معناها من الأدلة

أولاً: أصل القاعدة ومصدرها:

(الخراج بالضمان) حديث نبوي شريف من حديث عائشة رضي الله عنها، - كما سبق -، وقد جرى مجرى القاعدة على ألسنة الفقهاء.

جاء في بعض طرق هذا الحديث سبب وروده؛ وهو: «أن رجلاً ابتاع عبداً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استعمل، أو استغل عبدي أو غلامي، فقال: «الخراج بالضمان»^(١).

هذا الحديث صححه كثير من العلماء، منهم: الترمذي^(٢) (ت ٢٧٩هـ)، وابن الجارود^(٣) (ت ٣٠٧هـ)، وابن خزيمة^(٤) (ت ٣١١هـ)، وابن حبان^(٥)

(١) أخرجه أبو داود في: السنن: البيوع: باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٣/٣٨٦ ح ٣٥١٠).

(٢) هو: أبو عيسى، محمد بن عيسى بن سورة، صاحب الجامع، أحد أئمة الحفاظ، مات سنة ٢٧٩هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٥٠٠).

(٣) هو: أبو محمد، عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري، صاحب كتاب «المتقى في السنن»، الحافظ، الناقد، مات سنة ٣٠٧هـ. راجع: الذهبي: سير أعلام النبلاء (١٤/٢٣٩ - ٢٤١)، وتذكرة الحفاظ (٣/٧٩٤، ٧٩٥).

(٤) هو: أبو بكر، محمد بن إسحاق بن خزيمة، النيسابوري، الحافظ، الثبت، صاحب الصحيح، كان يحفظ الفقهيات من حديثه كما يحفظ القارئ السورة، مات سنة ٣١١هـ. راجع: الذهبي: المرجع السابق (٢/٧٢٠ - ٧٣١)، والسيوطي: طبقات الحفاظ (ص ٣١٠، ٣١١).

(٥) هو: أبو حاتم، محمد بن حبان البستي، كان من فقهاء الدين، وحفاظ الآثار، صاحب «الصحيح»، مات سنة ٣٥٤هـ. الذهبي: المرجع السابق (٣/٩٢٠)، والعبير (٢/٩٤)، والسيوطي: المرجع السابق (ص ٣٧٤).

(ت٣٥٤هـ)، والحاكم^(١) (ت٤٠٥هـ)، وابن القطان^(٢) (ت٦٢٨هـ)، والمنذري^(٣) (ت٦٥٦هـ)، والذهبي^(٤) (ت٧٤٨هـ)، والسبكي^(٥) (ت٧٥٦هـ)، والزركشي^(٦) (ت٧٩٤هـ)، والسيوطي^(٧) (ت٩١١هـ)، وابن نجيم^(٨) (ت٩٧٠هـ)، والشوكاني^(٩) (ت١٢٥٠هـ)، والشيخ الغماري^(١٠) (ت١٣٨٠هـ)،

(١) هو: أبو عبد الله، محمد بن عبد الله بن حمدويه، النيسابوري، صاحب «المستدرک»، الحافظ، توفي سنة ٤٠٥هـ. راجع: الخطيب: تاريخ بغداد (٤٧٣/٥)، والذهبي: تذكرة الحفاظ (١٠٣٩/٣).

(٢) هو: أبو الحسن، علي بن محمد بن عبد الملك، الفاسي، الحافظ، الناقد، الشهير بابن القطان، مات سنة ٦٢٨هـ. راجع: الذهبي: المرجع السابق (١٤٠٧/٤) - (١٤٠٨)، والسيوطي: المرجع السابق (ص٤٩٤، ٤٩٥).

(٣) هو: الحافظ، شيخ الإسلام، زكي الدين، أبو محمد، عبد العظيم بن عبد القوي، المنذري، صاحب «الترغيب والترهيب»، مات سنة ٦٥٦هـ. راجع: الذهبي: نفس المرجع السابق (٤/١٤٣٦ - ١٤٣٨)، والسيوطي: طبقات الحفاظ (ص٥٠ - ٥٢).

(٤) هو: شمس الدين، أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن عثمان، الدمشقي، المشهور بالذهبي، شيخ المحدثين، قدوة الحفاظ، مؤرخ الشام، صاحب التصانيف الكثيرة المفيدة منها: «میزان الاعتدال»، و«سير أعلام النبلاء» وغيرهما، توفي سنة ٧٤٨هـ. راجع: السبكي: طبقات الشافعية (٩/١٠٠ - ١٢٣)، وابن ناصر الدين: الرد الوافر (ص٦٥ - ٧٣)، وابن حجر: الدرر (٣/٤٢٦).

(٥) هو تقي الدين، أبو الحسن، علي بن عبد الكافي بن تمام السبكي، الشافعي، عالم مشارك في الفقه، والتفسير، وغيرهما. من تصانيفه: «الابتهاج في شرح المنهاج»، «تكملة المجموع»، توفي سنة ٧٥٦هـ. راجع: ابنه: طبقات الشافعية (١٠/١٣٩ - ٣٣٨)، وابن حجر: المرجع السابق (٣/١٣٤ - ١٤٢).

(٦) هو: محمد بن بهادر. سبقت ترجمته ص١٩١.

(٧) هو: عبد الرحمن بن أبي بكر. سبقت ترجمته ص١٩٥.

(٨) هو: إبراهيم بن محمد. سبقت ترجمته ص١٧٢.

(٩) هو - نسبة إلى هجرة شوكان من بلاد خولان اليمن - : محمد بن علي بن محمد، قاضي القضاة، كان مشاركاً في شتى العلوم، وكان فقيهاً، مجتهداً، ومن نادرة القرن الثالث عشر الهجري، لم يكن مثله فيه، توفي سنة ١٢٥٠هـ. وترك آثاراً علمية قيمة منها: «فتح القدير في التفسير»، و«نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار». راجع: البدر الطالع (٢/٢١٤ - ٢٢٥)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٧٠)، والزركلي: الأعلام (٧/١٩٠ - ١٩١).

(١٠) هو: أحمد بن محمد بن الصديق الغماري، كان له الاهتمام بعلم الحديث. وله عدة =

والشيخ الألباني (٢)(١).

وحسنه أيضاً بعض العلماء، منهم: البغوي (٣) (ت ٥١٦هـ)، والذهبي (ت ٧٤٨هـ)، والشيخ الألباني مرة أخرى (٤).

فالحديث على كل حال ثابت، لا يقل عن درجة الحسن، فهو صالح لأن يكون أصلاً للقاعدة.

هذه القاعدة مشهورة ومعروفة في الفقه الإسلامي، ومهمة، وذات شأن عظيم في المعاملات المالية؛ إذ إن المعاملات الاقتصادية الإسلامية كلها

= مؤلفات منها: «الهداية في تخريج أحاديث البداية» لابن رشد الحفيد، مات بالقاهرة سنة ١٣٨٠هـ. ترجم له محمود سعيد ممدوح في إيجاز في أول كتاب: حصول التفريح بأصول التفريح (ص ٦ - ٨).

(١) هو: أبو عبد الرحمن، محمد ناصر الدين، ألباني الأصل، محدث العصر، مقيم الآن بالأردن (٥). له مؤلفات كثيرة في الحديث منها: «سلسلة الأحاديث الصحيحة»، و«الضعيفة»، و«إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل». راجع: د. عاصم القزبوطي: ترجمة موجزة لفضيلة المحدث الشيخ الألباني.

(٢) راجع: الترمذي: السنن (٣/٥٧٣)، وابن حبان: صحيحه (١١/٢٩٩) من الإحسان: والحاكم: المستدرک (٢/١٥)، والذهبي: تلخيص المستدرک (٢/١٥)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/١٩٨)، والزرکشي: المنثور في القواعد (٢/١١٩)، وابن حجر: بلوغ المرام (٢/٣٥١) مع سبل السلام، والسيوطي: الأشباه والنظائر (ص ١٥٠)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ١٥١)، والحموي: غمز عيون البصائر (١/١٨٢)، والشوکاني: السيل الجرار (٣/١١٢)، والعظيم آبادي: عون المعبود (٩/٤١٩)، والشيخ الغماري: الهداية في تخريج أحاديث البداية (٧/٣٣٧)، والشيخ الألباني: إرواء الغليل (٥/١٧٥).

(٣) البغوي: نسبة إلى «بغ» أو «بغشور» وهي بلدة من بلاد خراسان بين مرو وهراة. وهو: أبو القاسم، الحسين بن مسعود بن محمد، الملقب محيي السنة، المعروف بابن الفراء البغوي، الشافعي، محدث، فقيه، مفسر، مؤلف «المصابيح» في أحاديث الأحكام، و«شرح السنة» وغيرهما، توفي سنة ٥١٦هـ. راجع: ياقوت الحموي: معجم البلدان (١/٤٦٨)، والسبكي: طبقات الشافعية (٧/٧٥ - ٨٠)، والذهبي: تذكرة الذهبي (٤/١٢٥٧).

(٤) راجع: شرح السنة (٨/١٨٣)، وسير أعلام النبلاء (٨/١٧٧) في ترجمة مسلم بن خالد الزنجي، وإرواء الغليل (٥/١٥٨).

ترتبط بها ارتباطاً وثيقاً، بحيث لا يمكن انفكاكها وانفصامها عنها، كما ستتضح أهميتها، ومعالم تلك الأهمية، وارتباطها بالمعاملات المالية عند تطبيقها فيها في الباب الثاني.

ثانياً: ما يدل على معنى قاعدة: الخراج بالضمان من الأدلة:

يدل على معناها من الأحاديث، والآثار ما يأتي:

- ١ - حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «الخراج بالضمان»^(١).
فالقاعدة إذن، هي نفس الحديث النبوي الشريف ونصّه.
- ٢ - حديث عمرو^(٢) بن شعيب عن أبيه^(٣) عن جدّه عبد الله^(٤) بن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن». وفي لفظ: «نهى... عن ربح ما لم يضمن»^(٥).
فالنهي عن ربح ما لم يضمن دليل واضح وصریح على أن الربح لا بد من أن يكون بمقابل الضمان. هذا هو معنى القاعدة.

-
- (١) تقدم تخريجه مختصراً، وسيأتي مفصلاً.
 - (٢) هو: عمرو بن شعيب بن محمد من التابعين، مات سنة ١١٨هـ. ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٤٢٣).
 - (٣) هو: محمد بن عبد الله بن عمرو، مات بعد المائة. ابن حجر: المرجع السابق (ص ٤٨٩).
 - (٤) تقدمت ترجمته
 - (٥) أخرجه أبو داود في: السنن: البيوع: باب الرجل يبيع ما ليس عنده (٣/٣٨٤ ح ٣٥٠٤)، والترمذي في: السنن: البيوع: باب كراهية بيع ما ليس عندك (٣/٥٣٥، ٥٣٦ ح ١٢٣٤)، والنسائي في: السنن: البيوع: باب بيع ما ليس عند البائع (٧/٢٨٨)، وابن ماجه في: السنن: التجارات: باب النهي عن بيع ما ليس عندك (٢/٧٣٧، ٧٣٨ ح ٢١٨٨)، والدارمي في: السنن: البيوع: باب في النهي عن شرطين في بيع (٢/٢٥٣)، وابن الجارود في: المنتقى: باب المبيعات المنهي عنها (ص ١٥٤ ح ٦٠١)، والطيالسي في: المسند (ص ٢٩٨)، والإمام أحمد في: المسند (٢/١٧٨)، (١٧٩)، والحاكم في: المستدرک (٢/١٧)، والبيهقي في: السنن الكبرى (٥/٣٣٩، ٣٤٠). قال الترمذي: حسن صحيح، وصححه الحاكم.

٣ - حديث سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلط الرهن، الرهن من صاحبه الذي رهنته، له غنمه وعليه غرمه»^(١).

فقوله ﷺ: «له غنمه» أي: زيادته، ونماؤه، وقوله: «وعليه غرمه» أي: ذهابه وهلاكه، وعطبه، ونقصه أو نقصانه^(٢).

فهذا الحديث بمعنى الحديث الأول تماماً، فيماثله في المعنى، فهو واضح الدلالة على معنى القاعدة.

٤ - قول شريح القاضي: «من ضمن مالاً فله ربحه»^(٣).

فهذا الأثر أيضاً يماثل في المعنى الأحاديث السابقة، فيدل أيضاً على معنى القاعدة دلالة واضحة وصريحة.

الفرع الثاني

معنى قاعدة: الخراج بالضمان التفصيلي

أي: من حيث تفصيل مفرداتها

أولاً: معنى: الخراج:

نتناول معناه في اللغة، والقرآن، والسنّة النبوية الشريفة، والفقهاء.

أ - الخراج في اللغة:

الخراج، وكذلك الخرج - يضمنان، والفتح فيهما أشهر^(٤) - من (خرج): الخاء، والراء، والجيم، وهو: أصلان، فالأول: النفاذ عن الشيء، ومنه:

(١) أخرجه الإمام الشافعي في: الأم (١٦٧/٣) مرسلًا وموصولًا. سيأتي تخريجه بالتفصيل في بحث الرهن.

(٢) راجع: الإمام الشافعي: المرجع السابق (١٦٧/٣، ١٨٦)، والبيهقي: معرفة السنن والآثار (٤٣٧/٦، ٤٣٨)، والبخاري: شرح السنّة (١٨٥/٨)، وابن رشد: المقدمات (٣٦٨/٢).

(٣) هذا الأثر تقدم تخريجه.

(٤) راجع: الزبيدي: تاج العروس (٢٨/٢)، مادة: (خرج).

- خرج يخرج خروجاً^(١) - من باب دخل^(٢) - هذا الأصل هو الذي يعيننا هنا - والثاني: اختلاف لوتين. ويطلق الأول على معان عديدة منها:
- ١ - الإتاوة والضريبة، وهي: تؤخذ من أموال الناس.
 - ٢ - الغلة، وهي: ما يخرج أو يحصل من الأرض، أو الغلام، أو كل ما يحصل من ريع الأرض، وكرائها.
 - ٣ - الجزية، وهي: التي ضربت على رقاب أهل الذمة.
- ويجمع الخراج على: أخرجة؛ كزمان وأزمنة، وأخارج أيضاً. ويجمع الخرج على: أخراج^(٣).
- وفرق بعض أهل اللغة بينهما، حيث قال الزجاج^(٤) (ت ٣١١هـ): «الخرج: المصدر، والخراج: اسم لما يخرج... وعن ابن الأعرابي: الخرج على الرؤوس، والخراج على الأرضين»^(٥).

ب - الخراج في القرآن الكريم:

ورد لفظ: (الخراج) مع لفظ: (الخرج) مرة، ولفظ: (الخرج) مرتين في القرآن العظيم.

وأما لفظ: (الخراج والخرج) معاً، ففي قوله تعالى: ﴿أَمْ تَتْلُوهُمْ حَرَمًا فُخْرًا رِيكٌ خَيْرٌ﴾ [المؤمنون: ٧٢]. ولفظ: (خرجا) قرئ بألف أي: (خرجا)

- (١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٢/١٧٥)، مادة: (خرج).
- (٢) راجع: الرازي: مختار الصحاح (ص ١٩٠)، مادة: (خرج).
- (٣) راجع: الأزهرى: تهذيب اللغة (٧/٤٨ - ٤٩)، مادة: (خرج)، وابن فارس: المرجع السابق، والزمخشري: أساس البلاغة (ص ١٠٦)، مادة: (خرج)، والمطرزي: المغرب (ص ١٤١، ١٤٢)، مادة: (خرج)، والزنجاني: تهذيب الصحاح (١/١٤٤)، مادة: (خرج)، والرازي: المرجع السابق، وابن منظور: لسان العرب (٢/١١٢٥، ١١٢٦)، مادة: (خرج)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٦٤)، مادة: (خرج)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ٢٣٧)، مادة: (خرج)، والزبيدي: تاج العروس (٢/٢٨)، مادة: (خرج).
- (٤) هو: إبراهيم بن محمد النحوي. تقدمت ترجمته.
- (٥) راجع: الزبيدي: المرجع السابق.

كما أن لفظ: (خراج) قرئ بغير ألف أي: (خرج).
ومعنى: (خرجاً) أي: أجرأ، أو جعلاً، أو نفعاً، أو رزقاً. ومعنى لفظ:
﴿فَخَرَّاجُ رَبِّكَ﴾؛ أي: رزق، أو أجر، أو ثواب ربك خير^(١).
وأما لفظ: (الخرج) ففي قوله سبحانه: ﴿فَهَلْ يَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا﴾
[الكهف: ٩٤]، ولفظ: ﴿خَرْجًا﴾ قرئ: (خراجاً).

ومعنى: ﴿خَرْجًا﴾؛ أي: جعلاً، أو أجرأ عظيماً^(٢).
يقول الماوردي^(٣) (ت ٤٥٠هـ) في تفسير الآية الأولى:
«وفي قوله: ﴿أَمْ تَتْلُوهُمْ حَرْجًا﴾ وجهان: أحدهما: أجرأ. والثاني: نفعاً.
وفي قوله: ﴿فَخَرَّاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ﴾ وجهان: أحدهما: فرزق ربك في الدنيا خير
منه. والثاني: فأجر ربك في الآخرة خير منه»^(٤).
ويقول الراغب الأصفهاني^(٥) (ت ٥٠٢هـ):

«وقيل لما يخرج من الأرض، ومن وكر الحيوان، ونحو ذلك خرج

(١) راجع: الماوردي: الأحكام السلطانية (ص ١٤٦)، والقرطبي: الجامع لأحكام القرآن (ص ٤٥٣٣)، وابن كثير: تفسير القرآن العظيم (٣/٢٥٠).

(٢) راجع: القرطبي: المرجع السابق (ص ٤٠٩٨)، وابن كثير: المرجع السابق (٣/١٠٤).

(٣) الماوردي - بفتح الميم، والواو، وسكون الراء، وفي آخرها الدال المهملة - هذه النسبة إلى بيع الماورد، وعمله. وهو: أبو الحسن، علي بن محمد بن حبيب البصري، المعروف بالماوردي، الشافعي، فقيه، أصولي، مفسر، أديب، سياسي، من تصانيفه: «الحاوي الكبير»، و«الأحكام السلطانية» وغيرهما، توفي سنة ٤٥٠هـ. راجع: الخطيب: تاريخ بغداد (١٢/١٠٢ - ١٠٣)، والسمعاني: الأنساب: ورقة (٥٠٤)، والحموي: معجم الأدياء (١٥/٥٢ - ٥٥)، والسبكي: طبقات الشافعية (٥/٢٦٧ - ٢٨٥).

(٤) راجع: المرجع السابق.

(٥) هو: أبو القاسم، الحسين بن محمد بن فضل الله، أديب، لغوي، مفسر، حكيم، من آثاره: «المفردات في غريب القرآن» وغيره، توفي سنة ٥٠٢هـ. راجع: السيوطي بغية الوعاة (٢/٢٩٧)، وحاجي خليفة: كشف الظنون (١/٣٦، ١٣١)، والزركلي: الأعلام (٢/٢٧٩).

وخراج... والخرج أعم من الخراج، وجعل الخرج بإزاء الدخل، وقال تعالى: ﴿فَهَلْ يَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا﴾^(١).

ويقول الزمخشري^(٢) (ت ٥٣٨هـ):

«(خرجاً فخراج) وهو ما تخرجه إلى الإمام من زكاة أرضك، وإلى كل عامل من أجرته، وجعله. وقيل: الخرج: ما تبرّعت به، والخراج: ما لزمك أداؤه. والوجه أن الخرج أخص من الخراج، كقولك: خراج القرية، وخراج المكراة، وزيادة اللفظ لزيادة المعنى، ولذلك حسنت قراءة من قرأ: ﴿خَرْجًا فَخَرَجُ رَبِّكَ﴾ يعني: أم تسألهم على هدايتك لهم قليلاً من عطاء الخلق، فالكثير من عطاء الخالق خير»^(٣).

ويقول القرطبي^(٤) (ت ٦٧١هـ):

«والخرج والخراج واحد إلا أن اختلاف الكلام أحسن، قاله الأخفش^(٥). وقال أبو حاتم^(٦): الخرج: الجعل، والخراج: العطاء»^(٧).

على كل حال - سواء أكان كل من الخراج والخرج واحداً، أم كان أحدهما أعم، والآخر أخص - فالخراج - في ضوء ما سبق - أطلق في

(١) راجع: المفردات (ص ١٤٥).

(٢) هو: أبو القاسم، محمود بن عمر بن محمد، صاحب «الكشاف في تفسير القرآن»، توفي سنة ٥٣٨هـ. ترجم له الذهبي في: سير أعلام النبلاء (٢٠/١٥١ - ١٥٦).

(٣) راجع: الكشاف (٢/٣٦٦).

(٤) هو: محمد بن أحمد. سبقت ترجمته.

(٥) هو: أبو الحسن، سعيد بن مسعدة، المعروف بالأخفش الأوسط، البصري، نحوي، لغوي، عروضي، ومن تصانيفه: «معاني القرآن»، توفي سنة ٢١٥هـ. راجع: الحموي: معجم الأدباء (١١/٢٢٤ - ٢٣٠)، والسيوطي: بغية الوعاة (١/٥٩٠، ٥٩١).

(٦) هو محمد بن إدريس بن المنذر بن داود الحنظلي، الرازي، أحد أئمة الحفاظ، مات بالري سنة ٢٧٧هـ. ترجم له ابنه في: كتاب: الجرح والتعديل (٣/٢٠٤)، وابن حبان في الثقات (١/١٣٧)، والذهبي في: الكاشف (٣/١٦، ١٧)، وابن حجر في: تهذيب التهذيب (٩/٣١ - ٤٣)، والسيوطي في: طبقات الحفاظ (ص ٢٥٥).

(٧) راجع: الجامع لأحكام القرآن (ص ٤٥٣٣).

الاستعمال القرآني على ما يخرج من الأرض، وعلى الأجر، والجعل، والنفع، والرزق، والعطاء. كما فهمه علماء التفسير.

ج - الخراج في السنة المطهرة:

كما ورد لفظ: (الخراج والخرج) في القرآن الكريم، كذلك وردا في السنة الشريفة، نورد فيما يلي بعض الأحاديث التي ورد فيها لفظ: (الخراج)، مع بيان معناه فيها.

١ - عن رافع بن خديج^(١) قال: «نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، إذا كانت لأحد أرض أن يعطيها ببعض خراجها، أو بدرهم»^(٢).

فقوله: «بعض خراجها»؛ أي: ببعض ما يخرج منها من ثمر، أو زرع.

٢ - عن ابن عباس^(٣) أن النبي ﷺ لم ينه عنه، ولكن قال: «أن يمنح أحدكم أخاه خيراً له من أن يأخذ عليه خراجاً معلوماً»^(٤). وفي رواية: «خراجاً»^(٥).

فقوله: «خراجاً» أي: أجرة^(٦).

٣ - عن عبد الله بن الزبير^(٧) قال: «... وما ولي - أي: زبير - إمارة

(١) هو: صحابي من الأنصار من الأوس، مات سنة ٧٣ أو ٧٤هـ. ابن حجر: التقريب (ص ٣٠٤).

(٢) أخرجه الترمذي في: السنن: الأحكام: باب المزارعة (٣/٦٥٩ ح ١٣٨٤).

(٣) سبقت ترجمته.

(٤) أخرجه البخاري في: صحيحه: الحرث والمزارعة: باب (١٠) (١٨/٥ ح ٢٣٣٠) من فتح الباري: ومسلم في: صحيحه: البيوع: باب الأرض تمنح (٣/١١٨٤ ح ١٥٥٠) أو (١٠/٤٦٥ ح ١٢٠ - ١٥٥٠) من شرح النووي.

(٥) أخرجه أبو داود في: السنن: البيوع: باب المزارعة (٣/٢٥٧ ح ٣٣٨٩)، والنسائي: في السنن: المزارعة: باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث (٧/٣١)، وابن ماجه في: السنن: الرهون: باب الرخصة في المزارعة بالثلث (٢/٨٢٣ ح ٢٤٦٤)، وأحمد في: المسند (١/٢٣٤، ٢٨١، ٣٤٩).

(٦) راجع: النووي: شرح صحيح مسلم (١٠/٤٦٥).

(٧) هو: ابن الزبير بن العوام القرشي، كان أول مولود في الإسلام بالمدينة من =

قط، ولا جباية خراج، ولا شيئاً»^(١).
 ٤ - عن عائشة^(٢) رضي الله عنها قالت: «كان لأبي بكر غلام يخرج له الخراج، وكان أبو بكر يأكل من خراجه»^(٣).

يقول الطيبي^(٤) (ت ٧٤٣هـ): «يخرج له الخراج»؛ أي: يكسب له مال الخراج، وهو الضريبة على العبد بما يكسبه، فيجعل لسيدته شرطاً منه^(٥).

ويقول الكرمانى^(٦) (ت ٧٨٦هـ): «(يخرج) من التخريج؛ أي: يعطي كل يوم له خراجاً... (من خراجه) - بفتح معجمة - ما يقرره على عبده أن يؤدي إليه كل يوم...»^(٧).

ويقول ابن حجر^(٨) (ت ٨٥٢هـ): «يخرج له؛ أي: يأتيه بما يكسبه،

= المهاجرين، وولي الخلافة تسع سنين إلى أن قتل في ذي الحجة سنة ٧٣هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٣٠٣).

(١) أخرجه البخاري في: صحيحه: الخمس: باب بركة الغازي في ماله حياً وميتاً (٦/٢٦٣ ح ٣٨٤٢) من فتح الباري.

(٢) سبقت ترجمتها.

(٣) أخرجه البخاري في: صحيحه: مناقب الأنصار: باب أيام الجاهلية (٧/١٨٣ ح ٣٨٤٢) من فتح الباري.

(٤) الطيبي - بكسر الطاء - هو: الحسين بن محمد بن عبد الله، صاحب شرح المشكاة، كان آية في استخراج الدقائق من القرآن، والسنّة، توفي سنة ٧٤٣هـ. راجع: ابن حجر: الدر الكامنة (٢/١٥٦، ١٥٧)، والسيوطي: بغية الوعاة (١/٥٢٢، ٥٢٣) وفي اسمه: «الحسن»، وابن العماد: شذرات الذهب (٦/١٣٧، ١٣٨).

(٥) راجع: الفتني: مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار (٢/٢٣).

(٦) الكرمانى - نسبة إلى كرمان - بالفتح، ثم السكون، وآخره نون، وربما كسرت، والفتح أشهر بالصحة، وهي ولاية مشهورة ذات بلاد وقرى، ومدن واسعة بين فارس ومكران، وسجستان وخراسان. وهو: شمس الدين، محمد بن يوسف بن علي الكرمانى، ثم البغدادي، فقيه، أصولي، محدث مفسر، متكلم، نحوي، من تصانيفه: «الكواكب الدراري» في شرح البخاري، توفي سنة ٧٨٦هـ. راجع: الحموي: معجم البلدان (٥/٤٥٤)، وابن حجر: المرجع السابق (٥/٧٧)، والسيوطي: المرجع السابق (١/٢٧٩، ٢٨٠).

(٧) راجع: الفتني، المرجع السابق (٢/٢٣).

(٨) سبقت ترجمته.

- والخراج: ما يقرره السيد على عبده من مال يحضره له من كسبه»^(١).
- ٥ - عن عائشة رضي الله عنها قالت: «قال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»»^(٢).
يقول الخطابي^(٣) (ت ٣٨٨هـ):
- «وكل ما خرج من شيء، وحصل من نفعه فهو خراجه، فخراج الشجر: ثمرها، وخراج الحيوان: نسلها، ودرها.
- ومن هذا قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»، والخراج، والخرج أيضاً بمعنى: الأجرة، والعمالة»^(٤).
- ويقول الزمخشري^(٥) (ت ٥٣٨هـ):
- «كل ما خرج من شيء وحصل من نفعه فهو خراجه، فخراج الشجر ثمره، وخرج الحيوان: دره، ونسله»^(٦).
- فالخراج إذن هو: كل ما يخرج من شيء، وما يحصل من نفعه، فهو بهذا العموم يتناول: الأجرة، والضريبة، والجزية، والدخل، والمنفعة، والغلة، والكراء، وثمر الشجر، ودرّ الحيوان، ونسله.
- لذلك يقول الخطابي (ت ٣٨٨هـ): «معنى الخراج: الدخل، والمنفعة»^(٧)، والصنعاني^(٨) (ت ١١٨٢هـ): «والخراج هو: الغلة،
-
- (١) راجع: فتح الباري (٧/١٩٠).
- (٢) تقدم تخريجه. وسيأتي بمزيد من التفصيل.
- (٣) لعله نسبة إلى خطاب، وهو والد جده. وهو: حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب، البستي، كان محدثاً، فقيهاً، أدبياً، شاعراً. لغوياً، من تصانيفه: «غريب الحديث»، و«معالم السنن» وغيرهما، توفي سنة ٣٨٨هـ. راجع: الحموي: معجم الأدباء (٤/٢٤٦ - ٢٦٠، ١٠/٢٦٨ - ٢٧٢)، والذهبي: تذكرة الحفاظ (٣/١٠١٨ - ١٠٢٠)، والحجوي: الفكر السامي (٢/١٣٣).
- (٤) راجع: غريب الحديث (٢/٣٦٦).
- (٥) تقدمت ترجمته.
- (٦) راجع: الفائق في غريب الحديث (١/٣٦٥).
- (٧) راجع: معالم السنن (٣/١٤٧).
- (٨) هو: محمد بن إسماعيل بن صلاح، المعروف بالأمير الصنعاني، صاحب =

والكراء»^(١).

فبعد أن استعرضنا ما أطلق عليه الخراج من المعاني في اللغة، وفي القرآن، وفي السنة يمكن أن نلاحظ أن تلك المعاني متقارب بعضها من بعض، ومتجانس بعضها ببعض.

د - الخراج في الفقه:

بعد تتبع الكتب الفقهية، واستقراءها بحثاً عن معنى الخراج عند الفقهاء يمكننا القول: بأنه لم يخرج عما أطلق عليه من المعاني في اللغة، والقرآن، والسنة. كما سنبيّن ذلك عند بيان معنى: الخراج بالضمان الإجمالي.

ثانياً: معنى الضمان:

نبيّن معناه في اللغة، والقرآن الكريم، والسنة المباركة، وفي الفقه.

أ - الضمان في اللغة:

الضمان مأخوذ من (ضمن) الضاد، والميم، والنون، أصل واحد، وهو: جعل الشيء في شيء يحويه^(٢). فكل شيء أحرز في شيء فقد ضمنه^(٣). هذا باعتبار أصله الاشتقاقي.

وهو مصدر من ضمن - بالكسر - يضمن ضمناً - من باب علم - فهو ضامن، ويتعدى إلى مفعول ثانٍ بالتضعيف.

وأطلق على معانٍ:

١ - الكفالة: يقال: ضمن الشيء وبه: كفله، أو كفل به.

= «سبل السلام شرح بلوغ المرام»، توفي سنة ١١٨٢ هـ. راجع: الشوكاني: البدر (٢/ ١٣٣ - ١٣٩)، وصديق حسن: أبعاد العلوم (٣/ ١٩٠ - ١٩٣)، والبغدادي: هدية العارفين (٢/ ٣٣٨).

(١) راجع: سبل السلام (٢/ ٣٥٢).

(٢) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٣/ ٣٧٢)، مادة: (ضمن).

(٣) راجع: ابن منظور: لسان العرب (٤/ ٢٦١١)، مادة: (ضمن)، والزبيدي: تاج

العروس (٩/ ٢٦٥)، مادة: (ضمن).

- ٢ - الالتزام: يقال: ضمنت المال وبه: التزمته، وضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عني: غرمته فالتزمه^(١).
- ٣ - الاحتواء: يقال: ضمن الشيء: احتواه. وضمنت الشيء كذا: جعلته محتوياً عليه، فتضمنه أي: فاشتمل عليه واحتواه^(٢).
- ٤ - الجزم بصلاحيته الشيء وخلوه من العيب: يقال: ضمن الشيء: جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه^(٣).
- الضامن: الكفيل، أو الملتزم، أو الغارم، وجمعه: ضَمَان، وضمنة^(٤).

ب - الضمان في القرآن الكريم:

لم يرد في القرآن الكريم لفظ: (الضمان)، بل ولم ترد مادة: (ضمن).

ج - الضمان في السنة المباركة:

- وردت فيها مادة: (ضمن) ومشتقاتها. نورد فيما يلي بعض مشتقاتها.
- لفظ: (يضمن): في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه^(٥) عن جده^(٦) قال: «نهى رسول الله ﷺ... عن ربح ما لم يضمن»^(٧).

(١) راجع: الأزهري: تهذيب اللغة (٤٩/١٢)، مادة: (ضمن)، والمطرزي: المغرب (ص٢٨٥)، مادة: (ضمن)، والرازي: مختار الصحاح (ص٤٠٨)، مادة: (ضمن)، والنووي: تهذيب الأسماء واللغات (٢/١ ص١٨٣)، وتحرير التنبيه (ص٢٢٧)، (٢٢٨)، وابن منظور: لسان العرب (٤/٢٦١٠، ٢٦١١)، مادة: (ضمن)، والفيومي: المصباح المنير (ص١٣٨)، مادة: (ضمن)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص١٥٦٤)، مادة: (ضمن)، والزبيدي: تاج العروس (٩/٢٦٥)، مادة: (ضمن)، والمعجم الوسيط (١/٥٤٤)، مادة: (ضمن).

(٢) راجع: الفيومي: المرجع السابق، والمعجم الوسيط: نفس الصفحة.

(٣) راجع: المعجم الوسيط: نفس الصفحة.

(٤) راجع: نفس المرجع السابق.

(٥) هو: محمد بن عبد الله. سبقت ترجمته.

(٦) هو: عبد الله بن عمرو. تقدمت ترجمته.

(٧) سبق تخريجه.

- لفظ: (ضمن): في حديث سهل بن سعد^(١) عن رسول الله ﷺ قال: «من يضمن لي ما بين لحييه^(٢) وما بين رجله^(٣) أضمن له الجنة»^(٤).
- لفظ: (ضامن): في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن»^(٥). وفي حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الإمام ضامن، والمؤذن مؤتمن»^(٦).
- يقول ابن الأثير (ت ٦٠٦هـ): «أراد بالضمان ههنا: الحفظ والرعاية، لا ضمان الغرامة؛ لأنه يحفظ على القوم صلاتهم. وقيل: إن صلاة المقتدين به في عهده، وصحتها مقرونة بصحة صلاته، فهو كالمتكفل لهم صحة صلاتهم»^(٧).
- لفظ: (مضمون): في حديث صفوان بن أمية^(٨)، فقال: إن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغضب يا محمد؟ فقال: «لا بل

- (١) هو: الأنصاري، أبو العباس، له صحبة، مشهور، مات سنة ٨٨هـ. ابن حجر: التقريب (ص ٢٥٧).
- (٢) بفتح اللام وسكون المهملة، والثنية، هما: العظامان في جانبي الفم، والمراد بما بينهما: اللسان، وما يتأتى به النطق.. وقال الداودي: «المراد بما بين اللحيين: الفم». راجع: ابن حجر: فتح الباري (٣١٦/١١).
- (٣) المراد «بما بين الرجلين: الفرج». راجع: ابن حجر: المرجع السابق.
- (٤) أخرجه البخاري في: صحيحه: الرقاق: باب حفظ اللسان (١١/٣١٤ ح ٦٤٧٤).
- (٥) أخرجه أبو داود في: السنن: الدييات: باب فيمن تطبب بغير علم (٤/٢٧١ ح ٤٥٨٦)، والنسائي في: السنن: القسامة: باب صفة شبه العمد (٨/٤٦).
- (٦) أخرجه أبو داود في: السنن: الصلاة: باب ما يجب على المؤذن من تعاهد الوقت (١/٢٥٥ ح ٥١٧)، والترمذي في: السنن: أبواب الصلاة: باب ما جاء أن الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن (١/٤٠٢ ح ٢٠٧)، وأحمد في: المسند (٢/٢٣٢، ٢٨٤) يقول الشيخ أحمد محمد شاكر في تعليقه وشرحه على الترمذي: «وقد صحح ابن حبان الحديث من رواية أبي هريرة». راجع: (١/٤٠٦).
- (٧) راجع: النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/٢٦).
- (٨) هو: ابن أمية بن خلف، صحابي من المؤلفة، مات أيام قتل عثمان. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٢٧٦).

عارية مضمونة^(١).

- لفظ: (ضمان): في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا ضمان على مؤتمن»^(٢).

وفي حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٣).

المراد بالضمان هو: تحمل تبعة الهلاك والتلف. يقول ابن الأثير (ت ٦٠٦هـ) مبيناً معنى الحديث: «ويكون للمشتري ما استغله؛ لأن المبيع لو كان تلف في يده لكان من ضمانه»^(٤). هذا المعنى يفيد قول عبيد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «... لو نقص المال، أو هلك لضمناه»^(٥).

بعد هذا العرض يلاحظ أن لفظ: (الضمان) في السنة تناول المعاني التي وردت في اللغة، وأضافت السنة إليها معنى آخر وهو: الحفظ والرعاية.

د - الضمان في الفقه:

أطلق الضمان في الفقه الإسلامي وأريد به المعاني التالية:

١ - الكفالة^(٦):

(١) أخرجه أبو داود في: السنن: البيوع: باب تضمين العارية (٣/٤٠١ ح ٣٥٦٢).

(٢) أخرجه الدارقطني في: السنن: البيوع (٣/٤١ ح ١٦٧).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) راجع: النهاية في غريب الحديث والأثر (١/٢٨٦، ٢٨٧).

(٥) أخرجه الإمام مالك في: الموطأ، القراض: باب ما جاء في القراض (٢/٦٨٧ ح ١).

(٦) هي: من كفل يكفل كفلاً وكفولاً، وكفالة - من باب نصر، وضرب، وكرم -: ضمن. يقال: كفل المال وبه أو الرجل وبه: ضمنه، وتحمل والتزم به. راجع: ابن منظور: لسان العرب (٥/٣٩٠٦)، مادة: (كفل)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٢٠٥)، مادة: (كفل).

وعرّف الكفالة الفقه الحنفي بأنها: «ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة» أنيس الفقهاء (ص ٢٢٣)، والفقه المالكي بأنها: «شغل ذمة أخرى بالحق» الدردير: الشرح الكبير (٣/٣٢٩)، والفقه الشافعي بأنها: «التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة» الشربيني: مغني المحتاج (٢/١٩٨)، والفقه الحنبلي بأنها: =

والضمان بمعنى الكفالة لا يعيننا هنا؛ فإنه خارج عن موضوع الرسالة.

٢ - غرامة التالف، وأداؤها، أو لزوم أدائها^(١):

الضمان بهذا المعنى لا يعيننا هنا أيضاً؛ لأن ذلك عبارة عن ضمان العدوان والتعدي على الشيء الذي تلف بسببه، فهو لا يتناول ضمان العقد الذي نحن بصدده.

٣ - تحمّل التبعة، والالتزام بتحمّلها:

لا شك أن المتتبع لنصوص الفقهاء يدرك تمام الإدراك أن جُلّ الفقهاء استعملوا الضمان - فيما عدا باب الكفالة أو الضمان - بمعنى تحمّل التبعة أو الالتزام بتحمّلها، سواء أكانت تلك التبعة تبعة التلف والمهلك، أم النقص، والعيب في عقود المعاملات، ويمكننا أن نستشهد لما قلناه، ونستدل عليه بما جاء في الكتب الفقهية من نصوص وعبارات، ونستشف من خلالها ما ذهبنا إليه، لذلك نسوق فيما يلي من كتب المذاهب الفقهية المختلفة بعض النصوص والعبارات الفقهية الواردة فيها، الدالة على المدّعي.

أولاً: من الفقه الحنفي:

جاء فيه: «الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل... وإنما ملكها بالضمان؛ لأنه قبل الرد كان في ضمانه، ولو هلك، هلك من ماله»^(٢)، «لو

= «التزام ما وجب، أو يجب على غيره مع بقاءه عليه، أو ضم الإنسان ذمته إلى ذمة غيره فيما يلزمه حالاً ومالاً» القارئ: مجلة الأحكام الشرعية (ص ٣٥٤)، مادة: (١٠٦١)، ويراجع أيضاً: الإقناع (٢/١٧٥)، ومنتهى الإرادات (٢/٢٤٥، ٢٤٨).

(١) عرّف الضمان بهذا المعنى بعض الفقهاء: عرّفه الحموي (ت ١٠٩٨هـ) من الحنفية بأنه: «عبارة عن ردّ مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً» غمز عيون البصائر (٢/٢١١)، وأصحاب المجلة بأنه: «إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمه إن كان من القيميات» مادة: (٤١٦)، والقارئ بأنه: «لزوم إعطاء مثل الشيء أو قيمته» المرجع السابق، مادة: (٢١٨)، وبعض الزيدية بأنه: «عبارة عن غرامة التالف». راجع: الشوكاني: نيل الأوطار (٥/٢٩٩)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٧٩).

(٢) راجع: البغدادي: مجمع الضمانات (ص ٢٢٤).

كان المبيع شجرة فأثمرت عند المشتري، ثم ردت على البائع بسبب الاستحقاق، أو لتفرقة الصفقة مثلاً، كانت الثمرة للمشتري؛ لأنه هو المتحمل تبعه الهلاك فيما لو هلك»^(١).

ثانياً: من الفقه المالكي:

جاء فيه: «المبيع في مدة الخيار على ملك البائع، فإن تلف فمصيبتة منه، إلا إن قبضه المشتري، فمصيبتة منه...»^(٢)، «واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أن تكون خسارته - إن هلك - منه»^(٣)، «ضمان المبيع المردود بالعيب على المشتري، وغلته له؛ لأن الخراج بالضمان»^(٤).

ثالثاً: من الفقه الشافعي:

جاء فيه: «ما قبل القبض كما قبل العقد لاشتراكهما في كون المبيع فيهما مضموناً على البائع بمعنى: أنه إذا تلف، تلف من كسبه»^(٥)، «معناه - الخراج بالضمان -... فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه...»^(٦)، «فقال: الخراج بالضمان... معناه: أن فوائد المبيع للمشتري في مقابلة أنه لو تلف، كان من ضمانه»^(٧).

رابعاً: من الفقه الحنبلي:

جاء فيه: «و ضمان المبيع على المشتري إذا قبضه... فإن تلف، أو نقص، أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه؛ لأنه ملكه، وغلته له»^(٨)، «فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه؛ لأن العبد لو هلك، هلك من

(١) راجع: مجلة الأحكام العدلية، مادة: (٥٥٠).

(٢) راجع: ابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥).

(٣) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/١٨٤).

(٤) راجع: ابن جزى: المرجع السابق (ص ٢٢٩).

(٥) راجع: السبكي: تكملة المجموع (١٢/١٢٤).

(٦) راجع: الزركشي: المشور في القواعد (٢/١١٩).

(٧) راجع: الشرييني: مغني المحتاج (٢/٦٢).

(٨) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٤١).

مال المشتري، وهو معنى: قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(١).

خامساً: من الفقه الزيدي:

جاء فيه: «والفرعية فيه - أي: البيع الفاسد - قبل الفسخ للمشتري مطلقاً لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»، وهو في ضمانه أي: يتلف من ماله»^(٢)، و«معنى الخراج بالضمان: أن الخراج يكون لمن تلف عنده كان من ماله وفي ضمانه، وهو المشتري»^(٣).

سادساً: من الفقه الإمامي:

جاء فيه: «ومعنى الحديث: «الخراج بالضمان» أن ما يخرج من المبيع.. فهو للمشتري في مقابلة أنه لو تلف، كان من ضمانه»^(٤)، قال النبي ﷺ: «الخراج بالضمان» أي: لو هلك العبد في يد المشتري تحمّل تبعه هلاكه»^(٥).

سابعاً: من الفقه الإباضي:

جاء فيه: «... لمقتضى قوله ﷺ: «الخراج بالضمان» في مقابلة الضمان، فكما أنه لو تلف المبيع تلف من مال المشتري، فكذا أنه يثبت للمشتري ما استنفع به منه وما استفاد»^(٦).

هذه النصوص الفقهية كلها تقرر ما قلناه من أن الضمان - في الخراج بالضمان - استعمله الفقهاء بمعنى: تحمّل تبعه الهلاك والتلف، وكذلك النقص، والعيب، أو الالتزام بتحمّلها.

(١) راجع: ابن قدامة: المغنى (٤/٢٥٨).

(٢) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٨٢).

(٣) راجع: حاشية المتزّع المختار (٣/١٢٠).

(٤) راجع: الحلبي: تذكرة الفقهاء (٢/٣٩٣).

(٥) راجع: محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (٣/٥١).

(٦) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٤٧٩).

الفرع الثالث

الألفاظ ذات الصلة بالخراج والضمان

بتتبع الكتب الفقهية على اختلاف انتمائها الفقهي والمذهبي نلاحظ أن الفقهاء أطلقوا لفظ: (النماء، والزيادة، والفائدة، والغلة، والمنفعة، والربح، والغنم)، وأرادوا بها الخراج، والدليل على ذلك: استدلالهم على أنها تكون لمن يكون ضامناً لما تخرج وتحصل منه بـ (الخراج بالضمان). كما أن بعض الفقهاء أطلقوا لفظ: (الغرم)، وأرادوا به: الضمان. كل هذا يدعو إلى بيان معاني هذه الألفاظ ذات الصلة بهما.

أولاً: لفظ: (النماء):

أ - النماء في اللغة:

النماء في اللغة مأخوذ من (نمى) النون، والميم، والحرف المعتل، وهذا أصل واحد يدل على ارتفاع، وزيادة^(١).

يقال: نمى ينمى نمياً، نُمياً، ونماء - بالمد والفتح، والمد أكثر، من باب رمى - زاد، وكثر. وفي لغة: نما ينمو نمواً - من باب سما يسمو - فالنماء هو: الزيادة^(٢).

ب - النماء في الاصطلاح الفقهي:

لا يخرج معناه في الاستعمال الفقهي عن معناه اللغوي أي: الزيادة، كما سنوضحه فيما بعد بإيراد النصوص الفقهية، بعد بيان معنى الزيادة.

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٥/٤٧٩)، مادة: (نمى).

(٢) راجع: المطرزي: المغرب (ص٤٦٩)، مادة: (نمى)، والرازي: مختار الصحاح (ص٦٨١)، مادة: (نمى)، وابن منظور: لسان العرب (٦/٤٥٥١، ٤٥٥٢)، مادة: (نمى)، والفيومي: المصباح المنير (ص٢٣٩)، مادة: (نمى).

ثانياً: لفظ: (الزيادة):

أ - الزيادة في اللغة:

الزيادة مشتقة من (زيد) الزاء، والياء، والذال، أصل يدل على الفضل^(١).

يقال: زاد الشيء يزيد زيداً، وزيادة، فهو زائد - من باب باع - أي: ازداد، وزاده غيره. فهو لازم ومتعد إلى مفعولين.

وازداد: زاد، أخذ زيادة. واستزاد: طلب الزيادة.

فالزيادة: الفضل، والنمو خلاف النقصان^(٢).

يقول الراغب الأصفهاني^(٣) (ت ٥٠٢هـ): «الزيادة أن ينضم إلى ما عليه الشيء في نفسه شيء آخر»^(٤).

ويقول أبو البقاء الكفوي^(٥) (ت ١٠٩٤هـ): «والشيء لا يوصف بالزيادة إلا إذا كان الزائد مقدراً بمقدار معين من جنس المزيّد عليه، مثل قولك: أعطيك عشرة أمناء^(٦) من الحنطة، وزيادة»^(٧).

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٤٠/٣)، مادة: (زيد).

(٢) راجع: المطرزي: المغرب (ص ٢١٤)، مادة: (زيد)، والرازي: مختار الصحاح

(ص ٢٧٩، ٢٨٠)، مادة: (زيد)، وابن منظور: لسان العرب (٣/١٨٩٧)، مادة:

(زيد)، والفيروزآبادي: القاموس (ص ٣٦٥)، مادة: (زيد)، والزبيدي: تاج العروس

(٢/٣٦٧)، مادة: (زيد).

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) راجع: المفردات في غريب القرآن (ص ٢١٦)، مادة: (زيد).

(٥) تقدمت ترجمته.

(٦) جمع: المَناء: معيار قديم، كان يكال به، أو يوزن، وقدره إذ ذاك: رطلان بغداديان.

راجع: الفيومي: المصباح المنير (ص ٢٢٢)، مادة: (منا)، المعجم الوسيط (٢/

٨٨٩)، مادة: (منا).

والرطل البغدادي: ٤٠٨ غرام، فيساوي الرطلان: ٨١٦ غرام. د. الزحيلي الفقه

الإسلامي (١/٧٥).

(٧) راجع: الكليات (٢/٤٠٧).

ب - الزيادة في الاستعمال الفقهي:

معناها في الاستعمال الفقهي لا يختلف عن معناها اللغوي.

وقبل أن نورد بعض النصوص الفقهية على أن النماء، والزيادة لم يخرج معنى كل منهما عند الفقهاء عن معناهما عند أهل اللغة. يستحسن أن نبيّن الفرق بينهما إن كان هناك فرق بينهما.

هل الزيادة هي النماء؟:

يقول أبو الهلال العسكري^(١) (ت ٣٩٥هـ) مبيّناً الفرق بينهما: «والنماء يزيد الشيء حالاً بعد حال من نفسه، لا بإضافة إليه»^(٢).

«والفرق بينها - أي: الزيادة - وبين النماء أن قولك: نما شيء: يفيد زيادة من نفسه، وقولك: زاد: لا يفيد ذلك، ألا ترى أنه يقال: زاد مال فلان بما ورثه عن والده، ولا يقال: نما ماله بما ورثه، وإنما يقال: نمت الماشية بتناسلها. والنماء في الذهب والورق مستعار، وفي الماشية حقيقة، ومن ثم سمي الشجر، والنبات: النامي»^(٣).

بناء على هذا الفرق يكون النماء أخص مطلقاً، والزيادة أعم مطلقاً، فكل نماء زيادة، وليست كل زيادة نماء.

وهذا الفرق الذي ذهب إليه العسكري لم يشر إليه أحد من أصحاب المعاجم، هذا من جانب اللغة.

وأما الفقهاء، فيلاحظ - بعد تتبّع الكتب الفقهية - أنه مراعى عند بعضهم أحياناً دون أحيان أخرى، ودون بعضهم أحياناً أخرى. نورد فيما يلي بعض النصوص الفقهية التي لم يراع فيها ذلك الفرق.

(١) هو: الحسن بن عبد الله بن سهل، نحوي، أديب، شاعر، مفسر، صاحب «معاني الأدب، والمحاسن في تفسير القرآن»، و«الفروق في اللغة»، مات سنة ٣٩٥هـ. راجع: ياقوت الحموي: معجم الأديباء (٨/٢٦٤ - ٢٨٥).

(٢) راجع: الفروق في اللغة (ص ٩٥). (٣) راجع: نفس المصدر (ص ١٧٣).

يقول علاء الدين الحصكفي^(١) (ت ١٠٨٨هـ) من الحنفية: «ونماء الرهن؛ كالولد، واللبن، والتمر، والصوف، والوبر، والأرش، ونحو ذلك للراهن لتولده من ملكه»^(٢) فقد أطلق النماء على الأرش^(٣).

ويقول ابن رشد الجدي^(٤) (ت ٥٢٠هـ) من المالكية: «إن النماء على ضربين: نماء متميز عن الرهن، ونماء غير متميز عنه. . . وأما ما كان متميزاً عن الرهن؛ فإنه أيضاً على وجهين: أحدهما: أن يكون على خلقته وصورته، والثاني: أن لا يكون على خلقته وصورته. . . وأما ما لم يكن على خلقته وصورته؛ فإنه لا يدخل في الرهن، كان متولداً عنه؛ كثمر النخل، ولبن الغنم، وصوفها، أو غير متولد عنه ككراء الدار، وخراج الغلام»^(٥). فأطلق النماء على كراء الدار، وخراج الغلام.

ويقول الشيرازي^(٦) (ت ٤٧٦هـ) من الشافعية: «... ويقسم الربح والخسران على قدر المالين؛ لأن الربح نماء مالهما»^(٧). فقد أطلق النماء على الربح هنا وكذا في الغصب^(٨).

(١) هو: علاء الدين، محمد بن علي بن محمد الدمشقي، المعروف بالحصكفي، فقيه، أصولي، ومحدث. من آثاره: «شرح تنوير الأبصار» سماه: «الدر المختار»، توفي سنة ١٠٨٨هـ. راجع: المحبي: خلاصة الأثر (٤/٦٣ - ٦٥)، وعمر رضا: معجم المؤلفين (٥٦/١١، ٥٧).

(٢) راجع: الدر المختار (٦/٥٢١).

(٣) هو: الدية، الجمع: أروش. راجع: الفيومي: المصباح المنير (ص ٥).

(٤) هو: أبو الوليد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، القرطبي، فقيه حافظ المذهب، صاحب «المقدمات»، و«البيان والتحصيل»، توفي سنة ٥٢٠هـ. راجع: ابن فرحون: الديباج (٢/٢٤٨ - ٢٥٠)، والذهبي: تذكرة الحفاظ (٤/٦٥).

(٥) راجع: المقدمات (٢/٣٧٠، ٣٧١).

(٦) هو: أبو إسحاق، جمال الدين، إبراهيم بن علي بن يوسف، صاحب «المهذب»، و«اللمع» وغيرهما، توفي سنة ٤٧٦هـ. راجع: ابن خلكان: وفيات الأعيان (١/٦٢ - ٦٦)، والسبكي: طبقات الشافعية (٤/٢١٥، ٢٥٦).

(٧) راجع: المهذب (١٤/٧١) مع تكملة المجموع.

(٨) راجع: نفس المصدر (١٤/٢٤٨).

ويقول ابن قدامة^(١) (ت ٦٢٠هـ) من الحنابلة: «... لأن الأصل كون ربح مال كل واحد لمالكة؛ لأنه نماؤه»^(٢) فهو كذلك أطلق النماء على الربح.

ويقول ابن رجب^(٣) (ت ٧٩٥هـ) من الحنابلة: «النماء المنفصل تارة يكون متولداً من عين الذات كالولد، والطلع، والصوف، واللبن، والبيض. وتارة يكون متولداً من غيرها، واستحق بسبب العين كالمهر، والأرش»^(٤). ويقول أيضاً: «المرهون فنماؤه المنفصل كله رهن معه، سواء كان متولداً من عينه كالثمرة، والولد، أو من كسبه كالأجرة، أو بدلاً عنه كالأرش»^(٥). فيلاحظ أنه أطلق النماء على الأجرة، والمهر، والأرش.

فهذه النصوص من أقوال الفقهاء تؤكد ما قررناه من أن النماء في الاستعمال الفقهي قد أطلق على ما يزيد من نفسه وعلى ما لا يزيد من نفسه، بل بإضافة إليه.

هذا، وقد أشرنا - فيما سبق - إلى أن كلاً من النماء، والزيادة في استعمال الفقهاء لم يخرج عما هو في اللغة. توثيقاً لذلك نذكر بعض النصوص الفقهية، بالإضافة إلى ما سبق من نصوص الفقهاء.

يقول الفقه الحنفي: «... أن الزيادة في المبيع إما قبل القبض، أو بعده، وكل منهما نوعان: متصلة ومنفصلة، والمتصلة نوعان: متولدة كسمن، وجمال، وغير متولدة كغرس، وبناء، وصبغ، وخياطة...»

والمنفصلة نوعان: متولدة كالولد، والثمر، والأرش، وغير متولدة ككسب، وغلة، وهبة، وصدقة»^(٦).

ويقول الفقه المالكي: «... أن يدخل المبيع زيادة، فإن الزيادة لا تخلو من خمسة أوجه... والثاني: زيادة في حال المبيع مثل: أن يكون عبداً فيتعلم

(١) سبقت ترجمته.

(٢) راجع: المغني (١٢٩/٥).

(٣) هو: عبد الرحمن. سبقت ترجمته.

(٤) راجع: القواعد (ص ١٦٣ ق ٨٢).

(٥) راجع: المرجع السابق (ص ١٦٧ ق ٨٢).

(٦) راجع: ابن عابدين: رد المحتار (١٨/٥، ١٩).

الصناعات. والثالث: زيادة في عين المبيع بنماء حادث فيه كالدابة تسمن، أو الصغير يكبر، أو بشيء من جنسه مضاف إليه كالولد يحدث للمبيع. والرابع: زيادة من غير جنس المبيع مضاف إليه مثل: أن يشتري العبد ولا مال له، فيفيد عنده مالاً بهية، أو صدقة، أو كسب من تجارة ما لم يكن ذلك من خراجه. والخامس: ما أحدثه المشتري في المبيع من صنعة مضافة إليه كالصبغ، والخياطة»^(١).

ويقول الفقه الشافعي: «ما يحدث من عين الرهن من النماء المتميز كالشجر، والثمر، واللبن، والولد، والصوف، والشعر...»^(٢).

ويقول أيضاً: «الزيادة في المبيع ضربان: متصلة ومنفصلة. أما المتصلة؛ كالسمن، وتعلم العبد الحرفة، والقرآن، وكبر الشجر... وأما المنفصلة، كما إذا أجر المبيع، وأخذ أجرته، وكالولد، والثمرة، وكسب العبد»^(٣).

ويقول الفقه الحنبلي: «... لا يخلو المبيع من أن يكون بحاله.. أو يكون قد زاد بعد العقد، أو جعلت له فائدة، فذلك قسمان: أحدهما: أن تكون الزيادة متصلة كالسمن، والكبر، والتعلم، والحمل قبل الوضع، والثمرة قبل التأبير؛ فإنه يردّها بنمائها.. القسم الثاني: أن تكون الزيادة منفصلة، وهي نوعان: أحدهما: أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب.. وكذلك ما يوهب، أو يوصى له به.. النوع الثاني: أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد، والثمرة، واللبن...»^(٤).

يتبين بوضوح من النصوص الفقهية المتقدمة من أقوال الفقهاء في بيان الفرق بين النماء والزيادة:

١ - أن كلاً منهما في الاستعمال الفقهي لم يختلف عن المعنى اللغوي له.

(١) راجع: ابن رشد: المقدمات (١٠٢/٢، ١٠٣).

(٢) راجع: الشيرازي: المهذب (٢٢٦/١٣) مع تكملة المجموع.

(٣) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٣٧٨/٨، ٣٧٩).

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٥٨/٤، ٢٥٩).

- ٢ - أن النماء عبارة عن زيادة الشيء من نفسه. وبتعبير آخر: ما يزيد في الشيء من نفسه، أو: ما يتولد عن عين الذات كالولد، والثمرة، واللبن، والصوف، والوبر، والطلع.
- ٣ - أن النماء قد أطلق أيضاً في الاستعمال الفقهي على: ما زيد في الشيء من غير جنسه، وما أضيف إليه كالمهر، وكراء الدار، وكسب العبد، والأجرة، والريح، والأرش.
- ٤ - أن الزيادة عبارة عن نماء الشيء وما أضيف إليه من غير جنسه كالأجرة، والكسب، والريح، والهبة، والصدقة.

ثالثاً: لفظ: (الفائدة):

الفائدة في اللغة:

هي مأخوذة من (فيد) الفاء، والياء، والدال، أصل صحيح. وهي اسم فاعل من: فاد يفيد - من باب باع - فيداً، بمعنى: حصل، أتى، ثبت، كثر. يقال: فادت له فائدة أي: إذا حصلت، أو أتت. فاد المال نفسه لفلان أي: إذا ثبت له، أو كثر. ويقال أيضاً: أفدت المال أي: أعطيته غيري، وأفدته أيضاً: استفدته؛ أي: أخذته، واستفاد المال أي: اقتناه، واكتسبه. فالفائدة إذن هي: استحداث مال وخير، وما أفاد الله العبد من خير يستفيده، ويستحدثه، وما استفدت من علم، أو مال. وهي: الزيادة تحصل للإنسان، وما استفدت من طريقة مال من ذهب، أو فضة، أو مملوك، أو ماشية^(١).

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٤/٤٦٤)، مادة: (فيد)، والزمخشري: أساس البلاغة (ص ٣٥١)، مادة: (فيد)، والرازي: مختار الصحاح (ص ٥١٦)، مادة: (فيد)، وابن منظور: لسان العرب (٥/٣٤٩٥)، مادة: (فيد)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٨٥)، مادة: (فيد)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ٣٩٢، ٣٩٣)، مادة: (فيد)، والزيدي: تاج العروس (٢/٤٥٧)، مادة: (فيد).

الفائدة عند الفقهاء:

أطلقت الفائدة عند الفقهاء على ما يحصل من الشيء من نماء، وغلة، ومنفعة، تدل على هذه المعاني النصوص الفقهية التالية:

جاء في الفقه الشافعي: «وإن لم يعلم بالعيب، حتى حصلت له منها فوائد، حدثت في ملكه، أمسكها، ورد الأصل...»^(١)، «قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشتري من المبيع... القسم الثاني: أن تكون الفوائد الحاصلة أعياناً متولدة من عين المبيع كالولد، والثمرة، واللبن، والصوف...»^(٢).

وجاء في الفقه الحنبلي: «... أو يكون قد زاد بعد العقد، أو جعلت فائدة...»^(٣).

وجاء في الفقه الزيدي في خيار الرؤية: «ويجب رد الفوائد الأصلية... وأما الفرعية فللمشتري...»^(٤). وفي خيار العيب: «أما الأصلية المتصلة كالولد، والصوف، واللبن، والسمن، والكبير، وتعلم الصنعة فتدخل في الرد إجماعاً»^(٥)، «وإذا اختار الرد لم يجب عليه رد الفوائد الأصلية كالولد، والتمر، والصوف، واللبن. وأما الفوائد الفرعية؛ كالكرء، والمهر فلا يردّها»^(٦).

وجاء في الفقه الإمامي: «وفائدة الرهن للراهن»^(٧).

استبان من هذه النصوص الفقهية أن الفوائد تطلق على: الولد والتمر، والصوف، واللبن، والسمن، والكبير، والتعلم، والكرء، أو الأجرة، والكسب، والمهر، والخدمة، والاستعمال.

(١) راجع: الشيرازي: التنبيه (ص ٦٦).

(٢) راجع: السبكي: تكملة المجموع (١٢/٢٠٠، ٢٠١).

(٣) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/١٦٠).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٥٢).

(٥) راجع: ابن المرتضى: المصدر السابق (٤/٣٦٥).

(٦) راجع: السياغي: الروض النضير (٣/٣٧١، ٣٧٢).

(٧) راجع: المحقق الحلبي: المختصر النافع (ص ١٣٧).

فهي: عبارة عن نماء الشيء وزوائده، ومنافعه.

رابعاً: لفظ: (الغلة):

أ - المدلول اللغوي للغلة:

الغلة - بفتح الغين المعجمة -: كل ما يحصل من كراء دار، وأجرة غلام، وفائدة أرض من ريعها وكرائها.
أو هي: الدخل الذي يحصل من الزرع، والثمر، واللبن، والأجرة، والنتاج، ونحو ذلك. والجمع: غلات، وغلل.
يقال: أغلت الضيعة - بالالف - أي: صارت ذات غلة، وأعطتها.
وفلان يغلّ على عياله أي: يأتيهم بالغلة. واستغلّ عبده؛ أي: كلفه أن يغلّ عليه، واستغل المستغلات: أخذ غلتها^(١).

ب - المدلول الشرعي للغلة:

الغلة في الشرع هي: ما يحصل من الشيء سواء أكان متولداً عنه، أم غير متولد، وسواء أكان عيناً، أم منفعة كولد الأمة، ونتاج الماشية، وصوفها، ولبنها، وريع الأرض، وكرائها، وثمر الشجر، وكرائها، واستخدام العبد، وكسبه، وسكنى الدار، وكرائها، وركوب الدابة، وأجرتها.

نسوق بعض النصوص الفقهية هنا استشهداً بها على مدلولها الشرعي:

ورد في الفقه المالكي: «أن الغلات تنقسم إلى قسمين: أحدهما: ما لا يتولد عن المبيع، وإنما غلته بالانتفاع بعينه كالعبيد الذين يستخدمون، أو

(١) راجع: الزمخشري: أساس البلاغة (ص ٣٢٧)، مادة: (غلل)، وابن الأثير: غريب الحديث والأثر (ص ١٦٨)، مادة: (غلل)، والرازي: مختار الصحاح (ص ٤٧٩)، (٤٨٠)، مادة: (غلل)، وابن منظور: لسان العرب (٣٢٨٨/٥)، مادة: (غلل)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٧٢)، مادة: (غلل)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ١٣٤٣، ١٣٤٤)، مادة: (غلل)، والزبيدي: تاج العروس (٤٨/٨)، (٤٩)، مادة: (غلل).

يؤاجرون، والمساكن التي تسكن، أو تُكرى، وما أشبه ذلك»^(١). وفيه أيضاً: «أن الغلات تنقسم إلى ثلاثة أقسام: أحدها: غلّة متولّدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته، وهو الولد، وغلّة متولّدة عن الشيء لا على صورته، وهو مثل: الشمر، ولبن الماشية، وجبنها، وصوفها، وغلّال غير متولّدة، بل هي منافع، وهي: الأكرية، والخراجات، وما أشبه ذلك»^(٢).

وقال السبكي (ت ٧٥٦هـ) بعد أن ذكر اكتساب العبد، وسكنى الدار، وركوب الدابة: «كل ذلك أدخله الأصحاب في اسم الغلّة»^(٣).

وورد في الفقه الإباضي: «(وما انتفع به مشتر من غلّة مبيع) كثمار، وسمن، ولبن، وما يتولّد من ذلك، وحطب، وكراء منزل، ودابة، وصوف، وشعر، ووبر، وكل ما انتفع به من حمل، وركوب، وغير ذلك.. ك(نتاج) من دابة، أو أمة (سكنى) دار، أو بيت..»^(٤).

فاتضح أن الغلّة شاملة لكل ما يحصل من الشيء كان متولّداً عنه أم غير متولّد، عينا كان أم منفعة.

خامساً: لفظ: (المنفعة):

أ - معناها: لغة:

أصلها (نفع) النون، والفاء، والعين، كلمة تدل على خلاف الضر.

يقال: نفعه ينفعه نفعاً ومنفعة - من باب قطع -.

والمنفعة اسم منه، فهي: اسم ما انتفع به^(٥).

(١) راجع: ابن رشد الجد: المقدمات (١١٥/٢).

(٢) راجع: ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٣١٥/٢)، ويراجع أيضاً: ابن رشد الجد: المرجع السابق (٤٩٦/٢، ٤٩٧).

(٣) راجع: تكملة المجموع (٢٠١/١٢).

(٤) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٢٣٩/٩).

(٥) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٤٦٣/٥)، مادة: (نفع)، والرازي: مختار الصحاح (ص ٦٩٨)، مادة: (نفع)، وابن منظور: لسان العرب (٤٥٠٧/٦)، مادة: =

والنفع: ما يستعان به في الوصول إلى الخيرات، وما يتوصل به إلى الخير، فهو خير، فالنفع: خير، وضده: الضر^(١).

ب - معناها شرعاً:

سبق تعريف المنافع وهي:

- ١ - عند الحنفية: «زوائد تحدث في العين شيئاً فشيئاً»^(٢).
 - ٢ - عند المالكية: «ما لا يمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة، يمكن استيفاؤه، غير جزء مما أضيف إليه»^(٣).
 - ٣ - عند بعض الشافعية: «ما يقابل العين». ومن ثم فسرها بعضهم بأنها: «ما ملك بعقد الإجارة الصحيح»^(٤).
 - ٤ - عند بعضهم: «الفائدة المستفادة من الأعيان عينية كانت أم عرضية»^(٥).
- فالمنفعة بناءً على تعريف الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية لا تشمل إلا خدمة العبد، وسكنى الدار، وركوب الدابة، ولبس الثوب، وما أشبه ذلك وهي أعراض ليست قائمة بذاتها، بل هي متعلقة بالذات، لا تقوم إلا بها.
- وأما بناءً على التعريف الثاني للشافعية فهي كما تشمل خدمة العبد، واستعماله، وسكنى الدار، وركوب الدابة، كذلك تشمل غلة الأرض، وثمره الشجر، وأجرة العبد، والدار، وما أشبه ذلك.

= (نفع)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٢٣٦)، مادة: (نفع)، والفيروزآبادي: القاموس (ص ٩٩١)، مادة: (نفع)، والزيدي: تاج العروس (٥/٥٢٧)، مادة: (نفع).

(١) راجع: الأصفهاني: المفردات (ص ٥٠٢)، مادة: (نفع)، والفيروزآبادي: بصائر ذوي التمييز (٥/١٠٤).

(٢) راجع: السرخسي: المبسوط (٧٨/١١)، والبخاري: كشف الأسرار (١/١٧١).

(٣) راجع: محمد علي: تهذيب الفروق (٨/٤).

(٤) راجع: ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج (٧/٦١).

(٥) راجع: د. محمد عبد المنعم: التعدي على المنافع (ص ٥) وهذا التعريف مأخوذ من كلام ابن حجر الهيتمي في: تحفة المحتاج (٧/٦١).

هذا ما ذهب إليه الحنابلة^(١)، والإمامية^(٢).

ويمكن تقسيم المنافع عند هؤلاء إلى:

- ١ - منافع عرضية: وهي مقابلة للعين، وهي ليست قائمة بذاتها، وإنما هي قائمة بالعين التي تستفاد منها، مثل: الخدمة، والسكنى، والركوب.
- ٢ - منافع عينية: وهي قائمة بذاتها، مثل: الغلة، والثمرة، والأجرة، والكسب.

سادساً: لفظ: (الريح):

أ - مفهوم الريح في اللغة:

الريح مشتق من (ريح) الراء، والباء، والحاء، أصل واحد، يدل على شِفت في مبايعة^(٣). والشف: بالكسر: الزيادة. يقال: لهذا شف على هذا أي: فضل^(٤). من ذلك: ربح فلان في تجارته يربح رِبْحاً وَرَبْحاً، وَرَبَاحاً - من باب علم -: إذا استشف.

فالربح - بالكسر، والتحريك، مثل: شِبْه وشَبَه - اسم ما ربحه، وهو الشف، والنماء، والزيادة، والفضل في التجارة. وجمعه: أرباح^(٥).

يقول الراغب الأصفهاني (ت ٥٠٢هـ): «الربح: الزيادة الحاصلة في المبايعة، ثم يتجاوز به في كل ما يعود من ثمرة عمل. وينسب الربح تارة إلى

(١) راجع: المقدسي: الشرح الكبير (٤٢١/٥، ٤٣٨).

(٢) راجع: محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (١٩/٥) وفيه: «... سواء أكانت المنفعة عيناً كاللبن، والشعر، والصوف، والتمر، والولد، أو غيرها كالسكن، واللباس، والركوب...».

(٣) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٤٧٤/٢)، مادة: (ريح).

(٤) راجع: ابن فارس: نفس المصدر (١٦٩/٣)، مادة: (شف).

(٥) راجع: ابن فارس: المرجع السابق، مادة: (ربح)، والزمخشري: أساس البلاغة (ص ١٥٠)، مادة: (ربح)، وابن منظور: لسان العرب (٣/١٥٥٣)، مادة: (ربح)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٨٢)، مادة: (ربح)، والفيروزآبادي: القاموس (ص ٢٧٩)، مادة: (ربح)، والزبيدي: تاج العروس (١٤٠/٢)، مادة: (ربح).

صاحب السلعة، وتارة إلى السلعة نفسها. نحو قوله تعالى: ﴿فَمَا رِبْحَتْ يَحْتَرْتُهُمْ﴾ [البقرة: ١٦] (١).

ب - مفهوم الربح في الاصطلاح الفقهي:

فإذا نظرنا في الكتب الفقهية للمذاهب بحثاً عن تحديد مفهوم الربح في الفقه الإسلامي، نجد أن الربح في النظر الفقهي نوع من نماء المال، كما هو واضح من تقسيم نماء العين في الفقه المالكي إلى: ربح، وغلة، وفائدة (٢)، وكما أنه خاص ومرتبط بأموال التجارة وعروضها؛ لأنها معدة ومرصدة للربح. يقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ):

«فالماشية مرصدة للدار والنسل، وعروض التجارة مرصدة للربح، وكذا الأثمان» (٣).

وإذا كان كذلك فإنه لا يتحصل إلا نتيجة مبادلة مال يتقلب فيها من حال إلى حال، وهذا التقلب يتمثل في المبايعة أي: في البيع والشراء، لذلك؛ فإنه لا يتأتى إلا عن بيع السلع المعدة للتجارة، وعليه فالربح يتحصل من زيادة ثمن البيع عن ثمن الشراء.

فالربح إذن هو: ما زاد على رأس المال بالاتجار فيه، فهو: الزائد على رأس المال الحاصل بالتجارة منه.

وعرّفه الفقه المالكي بأنه: «زائد ثمن مبيع تجر على ثمنه الأول ذهباً أو فضة» (٤) أو «زائد ثمن المبيع الذي للتجارة على ثمنه الأول» (٥).
وعرّفه الفقه الشافعي بأنه: «المكتسب بحسن التصرف» (٦).

(١) راجع: المفردات في غريب القرآن (ص ١٨٥)، مادة: (ربح).

(٢) راجع: الدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١/٤٦١).

(٣) راجع: المغني (٢/٤٩١).

(٤) راجع: الدردير: المرجع السابق (١/٤٦١).

(٥) راجع: الدسوقي: المرجع السابق (١/٤٦١).

(٦) راجع: حاشية عميرة على شرح المحلى (٢/٣٠).

محترزات تعريف الفقه المالكي:

١ - قوله: (زائد) لم يقل: زيادة؛ لأن الربح في اصطلاحهم: العدد الزائد لا الزيادة.

٢ - قوله: (ثمن) احترز به من زيادة ذات المبيع كنموه في ذاته؛ فإنه لا يسمى ربحاً، بل غلّة.

٣ - قوله: (تجر) احترز به عن بيع السلع للقبينة^(١)، كما إذا اشترى سلعة للقبينة بعشرة، ثم باعها بعشرين، فالعشرة الزائدة لا تسمى ربحاً اصطلاحاً.

٤ - قوله: (ذهباً، أو فضة) أي: كون ذلك الزائد ذهباً، أو فضة، واحترز به عما لو كان الزائد عرضاً؛ فإنه لا يسمى ربحاً.

٥ - قوله: (على ثمنه الأول) احترز به عن زيادة ثمن مبيع التجارة في نفسه^(٢).

بعد هذا، يمكن القول: بأن مفهوم الربح عند الفقهاء بوجه عام لا يختلف عن مفهومه عند اللغويين.

هذا، وقد قسّم بعض الفقهاء المالكية نماء العين في عروض التجارة في باب الزكاة إلى: ربح، وغلّة، وفائدة.

فالربح هو: تعريفه السابق.

وأما الغلّة فهي: ما تجدد من سلعة التجارة قبل بيعها كغلة العبد، ونجوم الكتابة، وثمر النخل المشتري للتجارة.

وأما الفائدة فهي: التي تجددت لا عن مال كعطية، وميراث، أو عن مال غير مَرَكِي^(٣) كثمن السلعة للقبينة^(٤).

(١) هي: - بالكسر - الادخار. راجع: النووي: تحرير التنبية (ص ١٣٢).

(٢) راجع: حاشية الدسوقي (١/٤٦١).

(٣) المراد بالمزكي: ما تقرر زكاته كل سنة. راجع: الدسوقي: المرجع السابق (١/٤٦٣).

(٤) راجع: الدردير: الشرح الكبير، والدسوقي: المرجع السابق (١/٤٦١).

سابعاً: لفظ: (الغنم).

ثامناً: لفظ: (الغرم).

سيأتي معنى كل منهما عند الحديث عن قاعدة: (الغنم بالغرم).

المطلب الثاني

معنى: الخراج بالضمان الإجمالي

أي: من حيث هي قاعدة

ما قصدت من وراء ذلك هو: شرح: (الخراج بالضمان)، وبيان المراد بـ(الخراج) في مقابل (الضمان)، وهل كل ما أطلق عليه (الخراج) من الزوائد في الاستعمال الفقهي يكون بمقابل الضمان؟ وبيان المراد بـ(الضمان)، هل هو عام أي: سواء أكان مستنداً إلى سبب مشروع؛ كالملك، أم إلى سبب غير مشروع؛ كوضع اليد على ملك الغير دون إذن منه؟ وقد يبرز من خلال بيان ذلك اختلاف بين الفقهاء في مدلول كلٍّ منهما، وما يترتب عليه من أثر في الأحكام.

ولكننا سنبدأ ببيان معنى (الخراج بالضمان) كنص حديث نبوي شريف من كتب غريب الحديث، وشروح كتب السنة؛ فإن فهم القاعدة ومعناها يتوقف على فهم الحديث ومعناه؛ إذ هي نص الحديث، ثم نتبعه ببيان معنى القاعدة من كتب القواعد الفقهية وشروحها، وبعد ذلك ننتقل إلى بيان معناها عند الفقهاء من الكتب الفقهية. وأخيراً نستعرض بعض النماذج مما يترتب على الاختلاف في مدلول كل من الخراج والضمان من أثر في الأحكام.

أولاً: معنى: الخراج بالضمان كنص حديث من كتب غريب الحديث وشروح كتب السنة:

قال أبو عبيد^(١) (ت ٢٢٤هـ): معناه - والله أعلم - : الرجل يشتري

(١) هو: القاسم بن سلام الهروي. تقدمت ترجمته.

المملوك فيستغله، ثم يجد به عيباً كان عند البائع، يقضي أنه يرد العبد على البائع بالعيب، ويرجع بالثمن، فيأخذه، وتكون له الغلة طيبة، وهي الخراج. وإنما طابت له الغلّة؛ لأنه كان ضامناً للعبد، لو مات، مات من مال المشتري؛ لأنه في يده.

وهذا مفسّر في حديث لشريح^(١) في رجل اشترى من رجل غلاماً فأصاب من غلّته، ثم وجد به داء، كان عند البائع، فخاصمه إلى شريح فقال: «رد الداء بدائه، ولك الغلّة بالضمان»^(٢). قال أبو عبيد: ألا ترى أنه قد ألزمه بدائه أن يرده، هذا ليعلم أنه لو مات، كان من مال المشتري، فلهذا طابت له الغلّة.

قال: وحديث النبي ﷺ هذا أصل لكل من ضمن شيئاً أنه يطيب له الفضل إذا كان ذلك على وجه المبايعه، لا على الغصب»^(٣).

وقال الخطابي^(٤) (ت ٣٨٨هـ): «وكل ما خرج من شيء، وحصل من نفعه فهو خراجه، فخراج الشجر: ثمرها، وخراج الحيوان: نسلها ودرها. من هذا قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٥).

وقال أيضاً: «ومعنى قوله: «الخراج بالضمان»: المبيع إذا كان مما له دخل وغلّة، فإن مالك الرقبة الذي هو ضامن الأصل يملك الخراج بضمان الأصل»^(٦).

وقال البغوي^(٧) (ت ٥١٦هـ): «ومعنى الحديث: أن من اشترى شيئاً فاستغله: بأن كان عبداً فأخذ كسبه، أو داراً فسكنها، أو أجرها فأخذ غلتها،

(١) هو: شريح القاضي من كبار التابعين. سبقت ترجمته.

(٢) أخرجه البيهقي في: السنن (٣٢٢/٥).

(٣) راجع: غريب الحديث (٣٧/٣، ٣٨).

(٤) هو: حمد بن محمد. تقدمت ترجمته. (٥) راجع: المصدر السابق (٣٦٦/٢).

(٦) راجع: معالم السنن (١٤٧/٣)، ويراجع أيضاً: ابن الأثير: جامع الأصول (٨٨/٢)، ٨٩.

(٧) هو: الحسين بن مسعود. تقدمت ترجمته.

أو دابة فركبها، أو أكرأها، فأخذ الكراء، ثم وجد بها عيباً قديماً، فله أن يردها إلى بائعها، وتكون الغلّة للمشتري؛ لأن المبيع كان مضموناً عليه. فقوله: «الخراج بالضمان» أي: ملك الخراج بضمان الأصل»^(١).

وقال ابن الأثير^(٢) (ت ٦٠٦هـ): «الخراج بالضمان» يريد بالخراج ما يحصل من غلّة العين المبتاعة عبداً كان أو أمة، أو ملكاً، وذلك أن يشتريه فيستغله زماناً، ثم يعثر منه على عيب قديم لم يطلعه البائع عليه، أو لم يعرفه، فله رد العين المبيعة، وأخذ الثمن، ويكون للمشتري ما استغله؛ لأن المبيع لو كان، تلف في يده، لكان من ضمانه، ولم يكن على البائع شيء.

والباء في (بالضمان) متعلقة بمحذوف، تقديره: الخراج مستحق بالضمان أي: بسببه»^(٣). «وقيل: الباء للمقابلة، والمضاف محذوف أي: منافع المبيع بعد القبض تبقى للمشتري في مقابلة الضمان اللازم عليه بتلف المبيع»^(٤).

لا بدّ لنا من أن نتوقف على ما استفاد مما سبق:

١ - الخراج هو: كل ما خرج من الشيء، وما حصل من نفعه. فهو شامل للعين والمنفعة.

٢ - الضمان هنا هو: الضمان الناشئ عن سبب مشروع كالمبايعة، وقد صرح به أبو عبيد (ت ٢٢٤هـ)؛ إذ قال: «على وجه المبايعة، لا على الغصب». وكذلك غيرها من العقود الأخرى قياساً عليها، كما أشار إليه الترمذي (ت ٢٧٩هـ)؛ إذ قال: «ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان»^(٥).

(١) راجع: شرح السنّة (١٦٣/٨، ١٦٤).

(٢) هو: المبارك بن محمد. تقدمت ترجمته.

(٣) راجع: النهاية (١/٢٨٦، ٢٨٧)، ويراجع أيضاً: الفتني: مجمع بحار الأنوار (٢/٢٣).

(٤) راجع: المباركفوري: تحفة الأحوذى (٤/٥٠٧).

(٥) راجع: الجامع الصحيح (٣/٥٧٤).

٣ - كل ما يخرج من الشيء، وما يحصل من نفعه يكون بمقابل الضمان، إذا كان ناشئاً عن سبب مشروع كالعقد.

وأما إذا كان ناشئاً عن سبب غير مشروع كالغصب مثلاً، فلا يكون في مقابلته شيء من الخراج، بل يكون لمن له الملك، دون من عليه ضمانه.

بهذا فهمه الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز^(١) (ت ١٠١هـ)، وبه قضى؛ إذ قال معمر^(٢): «أخبرني رجل من أهل الجزيرة أنه تكلم عمر بن عبد العزيز في جارية غصب عليها، قال: «فردّها علي ونماءها»^(٣). وبه قضى أيضاً شريح القاضي (ت ٧٨هـ): «عن رجل يقال له: حجاج عن شريح في رجل غصب عبداً فاستغله قال: «يرد الغلّة»^(٤). لذلك قال أبو عبيد (ت ٢٢٤هـ): «... إذا كان ذلك على وجه المبايع لا على الغصب».

٤ - هذا الحديث أصل لكل من ضمن شيئاً أنه يطيب له الفضل إذا كان الضمان ناشئاً عن سبب مشروع كالمبايع، وغيرها من العقود الأخرى.

ثانياً: شرح: الخراج بالضمان كقاعدة فقهية من الكتب التي تتناول شرح القواعد الفقهية:

قال الزركشي^(٥) (ت ٧٩٤هـ): «ومعناه: ما خرج من الشيء من عين، أو منفعة، وغلّة، فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك؛ فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلّة له، ليكون الغنم في مقابلة الغرم»^(٦).

(١) هو: أمير المؤمنين، أمه أم عاصم، بنت عاصم بن عمر بن الخطاب، عدّ مع الخلفاء الراشدين، مات في رجب سنة ١٠١هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٤١٥).

(٢) هو: ابن راشد الأزدي، أبو عروة البصري، نزيل اليمن، ثقة فاضل، مات سنة ١٥٤هـ. راجع: ابن حجر: المرجع السابق (ص ٥٤١).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في: المصنف (١٧٨/٨)، أثر: (١٤٧٨١).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في: المصنف (٣٢٤/٦)، أثر: (١٢٢٥).

(٥) هو: محمد بن بهادر بن عبد الله. سبقت ترجمته.

(٦) راجع: المثور في القواعد (١١٩/٢).

وقال السيوطي^(١) (ت ٩١١هـ): «قال أبو عبيد: الخراج في هذا الحديث غلة العبد يشتره الرجل فيستغله زماناً، ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع، فيرده، ويأخذ جميع الثمن، ويفوز بغلته كلها؛ لأنه كان في ضمانه، ولو هلك، هلك من ماله»^(٢).

وتبعه ابن نجيم^(٣) (ت ٩٧٠هـ) فيما ذكره، وأضاف إليه مما في «الفائق»^(٤): «كل ما خرج من شيء، فهو خراجه، فخراج الشجر: ثمره، وخراج الحيوان: دره ونسله»^(٥).

وقال علي حيدر^(٦): «والخراج هو: الذي يخرج من ملك الإنسان أي: ما ينتج منه من النتاج، وما يتغل من الغلات كلبن الحيوان، ونتاجه، وبدل إجارة العقار، وغلل الأرضين، وما إليها من الأشياء.. ويفهم منها أنه من يضمن شيئاً لو تلف: ينتفع به في مقابلة الضمان، مثلاً لورود المشتري حيواناً بخيار العيب، وكان قد استعمله مدة لا تلزمه أجرته؛ لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله.

يعني: أن من يضمن شيئاً إذا تلف، يكون نفع ذلك الشيء له في مقابلة ضمانه حال التلف. ومنه أخذ قولهم: الغرم بالغنم»^(٧).

وقال الشيخ أحمد الزرقا: (الخراج) الحاصل من الشيء إذا كان منفصلاً عنه، غير متولد منه ككسب العبد، وسكنى الدار، وأجرة الدابة بالضمان) أي: بمقابلة دخوله في ضمان من سلم له خراجه، فما لم يدخل في ضمانه لم يسلم له خراجه.

وخراج الشيء: ما حصل منه، والذي يكون منه بمقابلة الضمان ما كان منفصلاً غير متولد كالكسب، والأجرة، والهبة، والصدقة؛ فإنه يطيب لمن كان

(١) هو: عبد الرحمن بن أبي بكر. تقدمت ترجمته.

(٢) راجع: الأشباه والنظائر (ص ١٥١). (٣) تقدمت ترجمته.

(٤) راجع: (٣٦٥/١) للزمخشري. (٥) راجع: الأشباه والنظائر (ص ١٥٠).

(٦) هو: صاحب شرح المجلة. (٧) راجع: درر الحكام (١/٨٨).

عليه الضمان»^(١).

وقال الشيخ مصطفى الزرقا: «خراج الشيء هو: الغلّة التي تحصل منه كمنافع الشيء وأجرة الدابة.

ومعناه: أن استحقاق الخراج سببه تحمل الضمان أي: تحمّل تبعة الهلاك، فمنافع الشيء وغلّته يستحقها من يكون هو المتحمّل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك، فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمّل الخسارة»^(٢).

ثم قال: «والخراج المقصود بهذا الحكم فيما يظهر هو: ما كان غير متولّد، وذلك: كالمنافع، والأجرة، على أن يكون أيضاً مستنداً إلى حالة مشروعة كالشراء وفقاً لما يدل عليه مورد الحديث»^(٣).

فلو نظرنا فيما أوردناه من الشروح للقاعدة، نلاحظ ما يأتي:

١ - جاء شرح القاعدة ومعناها عند الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، والسيوطي (ت ٩١١هـ)، وابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، وعلي حيدر مراعاة لمعنى الحديث ومتفقاً مع معناه عند أصحاب كتب الأحاديث، وغرائبها، وشروحها.

بينما جاء شرحها عند الشيخ أحمد الزرقا، وابنه مصطفى الزرقا مراعاة لفروع المذهب الحنفي دون مراعاة معنى الحديث الذي هو نفس القاعدة.

٢ - خراج الشيء: ما يخرج من الشيء، وما يحصل منه سواء أكان عيناً أم منفعة. هذا عند غير الشيخ مصطفى الزرقا، وأما عنده فهو: الغلّة التي تحصل من الشيء كمنافع الشيء، وأجرة الدابة فقط.

٣ - الضمان هنا ضمان خاص أي: الضمان الناشئ عن السبب المشروع كالملك، فقصده به ضمان الملك.

٤ - ما الذي يكون من خراج الشيء في مقابل الضمان؟

فذهب الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، والسيوطي (ت ٩١١هـ)، وابن نجيم

(١) راجع: شرح القواعد الفقهية (ص ٣٦١).

(٢) راجع: المدخل الفقهي العام (٢/١٠٣٣ ق ٢٣).

(٣) راجع: نفس المرجع السابق (٢/١٠٣٤).

(ت ٩٧٠هـ)، وعلي حيدر صاحب «درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية» إلى أن: كل ما يخرج من الشيء، وما يحصل منه يكون بمقابل الضمان إذا كان مستنداً إلى حالة مشروعة، وناشئاً عن سبب مشروع كالمملك. وهذا ما ذهب إليه أيضاً أصحاب غرائب الأحاديث، وشُرّاحها.

وذهب الشيخ أحمد الزرقا، وابنه مصطفى الزرقا إلى أن الذي يكون منه بمقابل الضمان: ما كان منفصلاً غير متولّد منه كالكسب، والأجرة، والهبة، والصدقة.

وأما ما كان متولّداً منه كولد الدابة، ولبنها، وصوفها، وثمره الشجر، فقد صرح مصطفى الزرقا بأنه يكون تابعاً للملك دون النظر إلى الضمان وعدمه. وعلّل ذلك بقوله: «لأن من أسباب الملكية التولّد من المملوك».

يمكننا أن نناقش الشيخ أحمد الزرقا وابنه الأستاذ مصطفى الزرقا فيما ذهبا إليه من التفريق بين المتولّد من الشيء وغير المتولّد منه؛ إذ جعلنا الأخير بمقابل الضمان فقط، بما يأتي:

- ١ - أنهما لم يستندا - فيما ذهبا إليه - إلى دليل يمكن الاعتماد عليه، فهو مجرد رأي ليس له سند من الأدلة الشرعية.
- ٢ - لم يفرّق أحد بينهما ممن تناول حديث: «الخراج بالضمان» بالشرح والتفسير، فانفردهما بالتفريق يعتبر شاذاً.
- ٣ - وأما ما ذهب إليه الشيخ مصطفى الزرقا من كون المتولّد تابعاً للملك دون النظر إلى الضمان وعدمه، فهو عجيب منه؛ إذ هو محاولة التهرب من الاعتراف من قبله بكونه بمقابل الضمان، غير أنه لم يفلح في ذلك؛ فإن الملك لا يخلو: إما أن يكون في ضمان المالك، وإما أن يكون في ضمان غيره، وأما إذا كان في ضمان المالك، فقد اجتمع الملك مع الضمان، فيكون المتولّد من الخراج بمقابل الضمان في الملك أيضاً في هذه الحالة، وعليه، فقد ثبت أن المتولّد منه يكون بمقابل الضمان. وأما إذا كان في ضمان غير المالك، فيكون المتولّد من الخراج بمقابل الملك دون الضمان؛ لأن سببه هو التعدي، وهو سبب غير مشروع،

فيعتبر الضمان جزائياً، فكيف يكون بمقابله؟ بل لا يجوز أن يكون بمقابله الخراج مطلقاً، حتى لا يكون التعدي سبباً للكسب.

ثالثاً: معنى: الخراج بالضمان في المذاهب الفقهية:

نحاول هنا بيان معناها الإجمالي، ومدلولها في كل مذهب على حدة، وذلك عن طريق إيراد بعض النصوص الفقهية لكل مذهب، ودراستها، وتحليلها، ثم بعد ذلك المقارنة والموازنة بينها.

١ - المذهب الحنفي:

جاء في «المبسوط» للسرخسي^(١) (ت ٤٩٠هـ): «... وأما الزيادة المنفصلة فهي نوعان: عين غير متولدة من الأصل كالكسب والغلة فلا تمنع الرد بالعيب، ولكن الزيادة تسلم للمشتري، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الخراج بالضمان»^(٢).

وجاء في «بدائع الصنائع» للكاساني^(٣) (ت ٥٨٧هـ): «والأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان.. وأما بالضمان فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب، يستحق جميع الربح، ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بالضمان، بقول النبي عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان». فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له»^(٤).

وجاء في «مجمع الضمانات» للبغدادي^(٥): «الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل لا تمنع الرد بالعيب كالكسب، والغلة، وتسلم للمشتري، ولا يضر حصولها له مجاناً؛ لأنها لم تكن جزءاً من المبيع فلم يملكها

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) راجع: (١٣/١٠٤).

(٣) هو: أبو بكر بن مسعود بن أحمد، الملقب بملك العلماء. من مؤلفاته: «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»، توفي سنة ٥٨٧هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/١٨٢).

(٤) راجع: (٦٢/٦).

(٥) هو: أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي. لم نجد ترجمته بعد.

بالثمن، وإنما ملكها بالضمان؛ لأنه قبل الرد كان في ضمانه، ولو هلك هلك من ماله، وبمثله يطيب الربح لحديث: «الخراج بالضمان»^(١).

في ضوء هذه النصوص الفقهية من المذهب الحنفي يلاحظ ما يأتي:

١ - الضمان هو: الضمان العام أي: سواء أكان ناشئاً عن سبب مشروع كالملك، أم كان ناشئاً عن سبب غير مشروع؛ كالتعدي، كما صرح به الكاساني (ت ٥٨٧هـ).

٢ - الذي يكون من الخراج بمقابل الضمان هو: الزيادة المنفصلة غير المتولدة كالكسب، والغلة، وكذلك الربح.

هذا بالإضافة إلى ما سبق في شرح القاعدة من كتب القواعد الفقهية وشروحها.

٢ - المذهب المالكي:

١ - خيار الشرط:

جاء في «الذخيرة» للقرافي^(٢) (ت ٦٨٤هـ): «الغلة أيام الخيار للبائع بالضمان»^(٣).

وجاء في «حاشية الدسوقي»^(٤) (ت ١٢٣٠هـ): «والمالك للبائع أي: الملك للمبيع بخيار في زمنه للبائع، وهذا هو المعتمد... وقيل: إن الملك للمشتري... لكن ملكه غير تام لاحتمال رده، ولذلك كان ضمان المبيع من البائع على القولين اتفاقاً. فثمرة الخلاف في الغلة الحاصلة في زمن الخيار، وما ألحق بها فقط، فهي للبائع على الأول، وللمشتري على الثاني، إلا أن

(١) راجع: (ص ٢٢٤).

(٢) راجع: (٥/٤٤٠).

(٤) هو: محمد بن أحمد بن عرفة، فقيه مالكي من علماء العربية، والفقه، من أهل سوق بمصر، تعلّم ودرّس بالأزهر، كان محقق عصره. وله: «حاشية على الشرح الكبير» للدردير، توفي سنة ١٢٣٠هـ. راجع: البقلي: المختار من تاريخ الجبرتي (١/ ٩٢٨)، والبغدادي: هدية العارفين (٢/٣٥٧)، ومخلوف: شجرة النور الزكية (ص ٣٦١).

كون الغلّة للمشتري على القول الثاني مخالف لقاعدة: (الخراج بالضمان) (ومن له الغنم عليه الغرم)؛ فإن الغنم هنا للمشتري والغرم أي: الضمان على البائع^(١).

ب - خيار العيب:

جاء في «الذخيرة»: «الزوائد الحادثة في يد المشتري لا يمنع الرد بالعيب كالسمن، وولادة الأمة، ومهرها، ونتاج الماشية، واللبن، والصوف، وخراج العبد، وثمر النخل، والشجر، يكون له ذلك مجاناً، إلا الولد، والسمن يردها مع الأصل.

... لما جاء في أبي داود أن رجلاً اشترى عبداً، فاستغله ما شاء الله، ثم وجد به عيباً فرده، فقال: يا رسول الله! أنه استغلّ غلامي، فقال ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٢).

ثم قال القرافي: «... لا نسلم أن الولد يسمّى خراجاً، بل هو كالعضو يتبع الأبوين في العقود»^(٣).

وجاء في «حاشية الدسوقي» (ت ١٢٣٠هـ): «... (بخلاف الولد) أي: لأمة، أو لإبل، أو بقرة، أو غنم، أو نحوها. (وقوله: فيرد مع أمه) أي: لأنه ليس بغلّة خلافاً للسيوري^(٤)، حيث جعل الولد غلّة»^(٥).

ج - البيع الفاسد:

جاء في «جواهر الإكليل»: «... ومفهوم الضمان أن ملك الفاسد لا ينتقل بقبضه، بل لا بدّ من فواته... يعني: إذا قلنا: بانتقال ضمان المبيع

(٢) راجع: (٥/٧٥، ٧٦).

(١) راجع: (٣/١٠٣).

(٣) راجع: (٥/٧٦).

(٤) هو: أبو القاسم، عبد الخالق بن عبد الوارث التميمي، المعروف بالسيوري، كان من الحفاظ المعدودين، وقد خالف الإمام مالك في بعض المسائل اجتهاداً منه، توفي سنة ٤٦٠هـ. راجع: ابن فرحون: الديباج (٢/٢٢)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٢١٢).

(٥) راجع: (٣/١٣٨).

فاسداً بقبضه، فملكه لا ينتقل به، بل لا بدّ من ضميمة فواته... وإن قبض المشتري فاسداً المبيع، ردّ أي المبيع لبائعه بعد قبضه، فلا يرده غلته؛ لأن ضمانه منه، والخراج بالضمان»^(١).

د - الغصب:

جاء في «المقدمات الممهّدات»: «وأما ما كان متولّداً عنه على غير خلقة وهيته، فاختلفوا فيه على قولين:

أحدهما: أن ذلك للغاصب بالضمان، لا يلزمه ردّه على ظاهر قول النبي ﷺ: «الغلة بالضمان»^(٢).

لو تناولنا هذه النصوص بالدراسة لتوصلنا إلى:

١ - أن الزوائد الحادثة من المبيع - ما عدا الولد - تسمى خراجاً أو غلّة بالاتفاق في المذهب. وأما الولد فلا يسمى خراجاً عند أكثر المالكية، وأما بعضهم فجعله غلّة.

٢ - المراد بالضمان في المذهب هو: الضمان العام أي: سواء أكان ضمان الملك كالمبيع بيد البائع في خيار الشرط، وبيد المشتري في خيار العيب؛ فإن ضمانه عليهما ضمان الملك؛ لأنه في ملكهما، فيكون خراجه بمقابل ضمان الملك - أم كان ضمان غير الملك - أي: وضع اليد على ملك الغير كالمبيع بيد المشتري في البيع الفاسد، والمغصوب بيد الغاصب؛ فإن ضمانهما عليهما ضمان وضع اليد على ملك الغير؛ لأن ملك المبيع في البيع الفاسد باق للبائع، وملك المغصوب للمغصوب منه، فيكون خراجهما لهما بمقابل ضمان اليد لا الملك.

٣ - جعل فقهاء المذهب الخراج أو الغلة - ما عدا الولد، والصوف التام - بمقابل الضمان بالاتفاق، وأما الولد، والصوف التام فجعلهما أكثر

(١) راجع: (٢٧/٢).

(٢) راجع: (٤٩٧/٢)، ويراجع أيضاً: ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٣١٦/٢).

الفقهاء تابعين للأصل، واعتبر بعضهم - كالسيوري - الولد غلّة، فيكون بمقابل الضمان عنده.
هذا، وقد اضطربت أقوال الفقهاء في تطبيق القاعدة في الغصب اضطراباً شديداً^(١).

٣ - المذهب الشافعي:

جاء في «الحاوي» للماوردي^(٢) (ت ٤٥٠هـ): «والخراج اسم لما خرج من الشيء من عين، ومنفعة»^(٣).

وجاء في «الشامل» للصباغ^(٤) (ت ٤٧٧هـ): «والخراج اسم للغلّة، والفائدة التي تحصل من جهة المبيع...»

وقوله: «الخراج بالضمان» معناه: يكون الخراج لمن لو تلف، كان من ماله، وإذا كان في يد المشتري، فيكون تلفه من ماله.

والعلة في حصول الخراج له: أن ملكه له، فكانت غلّته له، ويخالف الغاصب؛ فإن الضمان عليه، وليس الخراج له؛ لأنه غير مالك للعين، وإنما ملكها للمغصوب منه^(٥).

وفي «فتح العزيز» للرافعي^(٦) (ت ٦٢٣هـ): «ومعنى الخبر: أن ما يخرج

(١) راجع: ابن رشد الجدل: المقدمات (٢/٤٩٦، ٤٩٧)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢/١١٥).

(٢) هو: أبو الحسن، علي بن محمد. تقدمت ترجمته.

(٣) راجع: (٥/٢٤٥).

(٤) هو: أبو نصر، عبد السيد بن محمد، المعروف بابن الصباغ، انتهت إليه رئاسة الشافعية ببغداد. وله عدة مؤلفات منها: «الشامل» وهو من أجود كتب الشافعية، وأصحها نقلاً، وأثبتها دلالة، توفي سنة ٤٧٧هـ. راجع: السبكي: طبقات الشافعية (٥/١٢٢ - ١٣٤)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٣٣٠).

(٥) راجع: (ص٣٧٩).

(٦) هو: نسبة إلى رافعان، بلدة من بلاد قزوين، أو جدّ من أجداده، وهو: أبو القاسم، عبد الكريم بن محمد القزويني، الرافعي. وله تأليف مفيدة مثل: «فتح العزيز شرح الوجيز» للغزالي، وهو عند الشافعية لا مثل له، وصل درجة الاجتهاد، توفي سنة =

من المبيع من فائدة، وغلة، فهو للمشتري في مقابلة أنه لو تلف، كان من ضمانه^(١).

وفي «تكملة المجموع» للسبكي^(٢) (ت ٧٥٦هـ): «... وقولنا: الخراج بالضمان» معناه: أن الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه. فلما كان المبيع يتلف من ملك المشتري؛ لأن الضمان انتقل إليه بالقبض - كان الخراج له - ولا يدخل على هذا ضمان المغضوب على الغاصب؛ لأنه ليس له، وإنما هو ملك المغضوب منه، مضمون على الغاصب. والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضموناً على المالك، وهو أن يكون تلفه من ماله، فإذا كان تلفه من ماله كان خراجه له معاً.

لم يقل: الخراج بالضمان مطلقاً، وإنما قالت عائشة رضي الله عنها: «قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان». وفي ذلك الموضع كان الشيء ملكاً له، وقد حصل في ضمانه. وكل موضع يكون ملكاً والضمان منه تكون الغلة له... وهذا المعنى من كون المراد أن الخراج تابع للملك، والضمان هو المعتمد^(٣).

هذه النصوص الفقهية واضحة الدلالة على ما نحن بصدد تحقيقه من بيان معنى (الخراج بالضمان)، والمراد منه، وما الذي يكون من الخراج بمقابل الضمان. فهي تدل على:

- ١ - أن الخراج اسم لما خرج من الشيء من عين، وغلة، وفائدة، ومنفعة، فهو اسم شامل للعين والمنفعة.
- ٢ - أن الضمان هنا هو: ضمان الملك؛ إذ هو معتبر به، فيكون الخراج معللاً بالضمان عن الملك، وهو الضمان في الملك، فالخراج يكون

= ٦٢٣هـ. راجع: الكتبي: فوات الوفيات (٢/٨٠٧)، والسبكي: طبقات الشافعية (٨/ ٢٨١ - ٢٩٣)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٣٣٨).

(١) راجع: (٣٧٩/٨). (٢) تقدمت ترجمته.

(٣) راجع: (١٩٩/١٢).

تابعاً للضمان، إذا كان في الملك، أو كان ناشئاً عنه، وأما إذا كان سببه التعدي فلا يكون بمقابله شيء من الخراج، بل يكون تابعاً للملك.

٣ - أن معنى (الخراج بالضمان): الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه، فكل موضع يكون الشيء ملكاً لإنسان، ويتلف من ماله يكون خراجه له.

٤ - كل ما يخرج من الشيء عن عين ومنفعة يكون بمقابل الضمان إذا كان ناشئاً عن سبب مشروع كالملك أو العمل.

٥ - يخرج من القاعدة خراج كل من المبيع قبل قبضه، والمغصوب؛ إذ لو تلف تحت ذي اليد ضمنه، وليس له خراجه؛ فإن وجوب الضمان على ذي اليد، فيما ذكر ليس لكونه ملكه، بل لوضع يده على ملك غيره بطريق مضمن^(١).

٤ - المذهب الحنبلي:

جاء في «المغني» لابن قدامة^(٢) (ت ٦٢٠هـ): «وما يحصل من غلات المبيع، ونمائه المنفصل في مدة الخيار فهو للمشتري... ولنا قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»... وهذا من ضمان المشتري، فيجب خراجه له»^(٣).

وفيه أيضاً: «... وقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان» يدل على أن النماء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه»^(٤).

وفيه أيضاً: «... أحدهما للمشتري لكون الضمان عليه».

وفيه أيضاً: «أحدهما: أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب، وهو معنى قوله: أو استغلّها يعني أخذ غلتها، وهي منافعها الحاصلة من جهتها كالخدمة، والأجرة، والكسب، وكذلك ما يوهب، أو يوصى له به،

(١) راجع: الشريبي: مغني المحتاج (٢/٦٢).

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) راجع: (٤/٣٧، ٣٩)، ويراجع أيضاً: المقدسي: الشرح الكبير (٤/٢٨٠).

(٤) راجع: (٤/٥٠٧)، ويراجع أيضاً: المقدسي: المرجع السابق (٤/٥١٨).

فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه؛ لأن العبد لو هلك، هلك من مال المشتري، وهو معنى قوله **عبدك**: «الخراج بالضمان»^(١).

وجاء في «أعلام الموقعين» لابن القيم (ت ٧٥٢هـ): «الخراج اسم للغلة مثل: كسب العبد، وأجرة الدابة، ونحو ذلك، وأما الولد، واللبن فلا يسمى خراجاً»^(٢).

وفي «كشاف القناع» للبهوتي^(٣) (ت ١٠٥١هـ): «وإن زاد والمغصوب بيد الغاصب، أو غيره لزمه ردّه بزيادته، متصلة كانت كالسمن، وتعلم صنعة، أو منفصلة كالولد، والكسب؛ لأنه نماء المغصوب، وهو لمالكه، فلزمه ردّه كالأصل»^(٤).

بدراسة هذه النصوص الفقهية من المذهب الحنبلي يتبين ما يأتي:

١ - الخراج هو: النماء، والغلة، والكسب، والخدمة، والأجرة، والهبة، والوصية، فهو شامل للعين والمنفعة. وهذا عند عامة فقهاء المذهب.

وذهب ابن القيم (ت ٧٥١هـ) إلى أن الخراج هو: الغلة فقط مثل: كسب العبد، وأجرة الدابة، وأما الولد، واللبن، فلا يتناولهما الخراج عنده.

٢ - المراد بالضمان هو: الضمان الناشئ عن السبب المشروع كالملك - كما في البيع، وغيره من المعاملات - وكالمال، والعمل - كما في الشركات. سيأتي في أسباب الخراج، كما صرح به المذهب، ولأنه لم يجعل

(١) راجع: (٢٥٨/٤)، ويراجع أيضاً: المقدسي: نفس المرجع السابق (٩٧/٤).

(٢) راجع: (٣٩/٢).

(٣) هو: نسبة إلى «بهوت» في غربية مصر، وهو: منصور بن يونس، صلاح الدين، البهوتي، شيخ الحنابلة بمصر وخاتمة علمائهم بها، هو ممن انتهى إليه الإفتاء، والتدريس. وله مؤلفات مهمة، مثل: «كشف القناع عن متن الإقناع»، و«شرح منتهى الإرادات»، توفي سنة ١٠٥١هـ. راجع: المحببي: خلاصة الأثر (٤/٤٢٦)، والبغدادي: هدية العارفين (٢/٤٧٦)، وإيضاح المكنون (١/٦٠٧)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٣٦٩).

(٤) راجع: (٨٧/٤).

خراج المغصوب لمن عليه ضمانه، وهو الغاصب بل اعتبره ملكاً للمغصوب منه؛ لأنه نماء المغصوب، وهو لملكه، وهو المغصوب منه، وكذلك في البيع الفاسد^(١).

٣ - كل ما يخرج من الشيء من عين ومنفعة يكون بمقابل الضمان إذا كان ناشئاً عن سبب مشروع كالمالك. وأما إذا كان ناشئاً عن سبب غير مشروع كالتعدي، فلا يكون شيء منه في مقابل ذلك الضمان. هذا عند فقهاء المذهب، ما عدا ابن القيم؛ إذ عنده الولد، واللبن لا يتناولهما الخراج، فلا يكونان بمقابل الضمان.

٥ - المذهب الزيدي:

جاء في «البحر الزخار» لابن المرتضى^(٢) (ت ٨٤٠هـ): «... الخراج اسم للكراء، ونحوه لا غيره»^(٣).

وفيه في البيع اللازم: (م ط هب)^(٤) وإذا استعمل البائع المبيع قبل التسليم لزمته الأجرة للمشتري؛ إذ قد ملكه بالعقد، فكذا منافعه. (الوافي لهب ي)^(٥) لا؛ إذ (الخراج بالضمان)... قلت: ليس على عمومه، وإلا لزم في الغاصب، سلمنا، فعارض بقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ الخبر»^(٦)، وإذا يسقط الإثم، ولا قائل به، فحمل على أن المراد حيث فسخ البيع بعد

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٣١١/٤).

(٢) هو: الإمام المهدي، أحمد بن يحيى بن المرتضى، عالم مشارك في كثير من العلوم. من مؤلفاته: «الأزهار»، و«البحر الزخار» في الفقه الزيدي، توفي سنة ٨٤٠هـ. راجع: الشوكاني: البدر الطالع (١/١٢٢ - ١٢٦)، وكحالة: معجم المؤلفين (٢/٢٠٦)، ومقدمة البحر الزخار (١/١٥).

(٣) راجع: (٣٥٢/٤).

(٤) (م) المؤيد بالله (ت ٤١١هـ)، (ط) أبو طالب (ت ٤٢٤هـ)، (هب) المذهب على ما حصله السادة من الزيدية. راجع: مقدمة البحر الزخار (١/٣٤، ٣٥).

(٥) (الوافي) الكتاب في الفقه، (لهب) قول للمذهب، (ي) الإمام يحيى (ت ٧٤٩هـ). المرجع السابق (٢/ض).

(٦) سبق تخريجه.

استغلال المشتري، وتخصيصاً بالقياس، وهو جائز^(١). وفيه في خيار العيب: «أما الأصلية^(٢) أي: الفوائد الأصلية المتصلة كالولد، والصوف، واللبن، والسمن، والكبر، وتعلم الصنعة فتدخل في الرد إجمالاً؛ إذ هي بعضه^(٣). وأما الفرعية^(٤) فللمشتري لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان» (ي) ولم يجعل الخراج بالضمان في الغصب لضعف يد الغاصب؛ إذ ليس بمالك بخلاف المشتري، ومن ثمة ورد الخبر فيه^(٥). وفيه في البيع الفاسد: «الفرعية فيه قبل الفسخ للمشتري مطلقاً لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان» وهو في ضمانه أي: يتلف من ماله، فاستحق منافعه بدلاً عن الضمان... والأصلية أمانة، وهي نماء ملك من استقر له^(٦).

وجاء في «الروض النضير» للسياعي^(٧) (ت ١٢٢١هـ) في خيار العيب: «... الخراج إنما يطلق على الإتاوة كما في «القاموس»، وهي فرعية، ولا يرد عليه أن الأصلية ترد ولو كان الفسخ بغير حكم: لكونها ليست بخراج؛ لأن استحقاق المشتري إياها من جهة أخرى، وهي أنها حادثة في ملكه، والفسخ بالتراضي نقل جديد للملك^(٨).

(١) راجع: (٣٧٠/٤).

(٢) ضابط الأصلية: ما له جرم أي: ما له جزء من المبيع؛ كالولد، والصوف، واللبن، والتمر، ونحو ذلك. راجع: الهامش على المنتزع المختار (٩١/٣).

(٣) العترة: وهم القاسمية، والناصرية.

(٤) ضابط الفرعية: ما لا جرم له كسكنى الدار، وكذلك يراد بها: الكراء، والكسب، والأجرة. راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٧٠/٤)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٩١/٣) الهامش، والسياعي: الروض النضير (٢٧٢/٣).

(٥) راجع: (٣٦٥/٤). (٦) راجع: (٣٨٢/٤).

(٧) هو: الحسين بن أحمد بن الحسين السياعي، الحمي، والصنعاني، فقيه، أديب. من تصانيفه: «الروض النضير شرح المجموع الفقهي الكبير»، توفي سنة ١٢٢١هـ. راجع: الشوكاني: البدر الطالع (١/٢١٤، ٢١٥)، وعمر رضا: معجم المؤلفين (٣/٣٠٨، ٣٠٩).

(٨) راجع: (٢٧٢/٣).

وفيه في الغصب: «من استعان مملوكاً لغيره ضمن. يحتمل أن الضمان لما فوته من منافعه بالخدمة، والعمل... والواجب في مثل ذلك على الغاصب كراء المثل. قال المؤيد بالله^(١): والذي يقتضيه مذهبنا أن الغاصب يدفع إلى المغصوب منه كراء المثل... واختاره المؤيد بالله لنفسه، وخرجه على أصل الهادي^(٢) عليه السلام، وهو قول الإمام يحيى^(٣): «أنه يكون الكراء للغاصب في مقابل ضمان المنفعة، وكذا سائر الفوائد الفرعية لحديث: «الخراج بالضمان»^(٤).

- هذه النصوص من الفقه الزيدي تفيد ما يأتي:
- ١- الخراج يطلق على الكراء، والإتاوة، والمهر، والمنافع، وهي تسمى بالفوائد الفرعية.
 - ٢- المراد بالضمان: الضمان الناشئ عن السبب المشروع كالمملك تخصيصاً بالقياس، وهو جائز؛ فإنه أحد الأدلة الشرعية^(٥)، وهو المذهب، وعليه أكثر الفقهاء. وذهب بعضهم إلى أن المراد به: الضمان العام أي: سواء أكان ناشئاً عن السبب المشروع أم لا، كالتعدي، كما في الغصب أخذاً بعموم اللفظ، وهذا أيضاً قول للمذهب.

- (١) هو: أحمد بن الحسين بن هارون الحسيني الأملي، بويغ له بالخلافة سنة ٣٨٠هـ. وله مؤلفات منها: «شرح التجريد»، و«كتاب الإفادة»، توفي سنة ٤١١هـ أو ٤٢١هـ. راجع: العاملي: أعيان الشيعة (٣٠٥/٨)، وعمر رضا: معجم المؤلفين (٢٠٩/١).
- (٢) هو: يحيى بن الحسين بن القاسم الرسي، بويغ له بالإمامة سنة ٢٨٨هـ، وخوطب بأمير المؤمنين ولقب بالهادي إلى الحق، وكان مجتهداً في الأحكام الشرعية. وله مصنفات منها: «الأحكام»، توفي بصعدة سنة ٢٩٨هـ. راجع: الفكر السامي (٢/٦٨)، والأعلام (١٧١/٩، ١٧٢)، وكحالة: المرجع السابق (١٩١/١٣).
- (٣) هو: يحيى بن حمزة بن علي الحسيني، والموسوي، صاحب المؤلفات الكثيرة، منها: «الانتصار» و«العمدة في الفقه»، توفي سنة ٧٠٥هـ أو ٧٤٥هـ. راجع: الشوكاني: المرجع السابق (٣٣١/٢ - ٣٣٣)، والزركلي: المرجع السابق (١٧٤/٩)، وعمر رضا: المرجع السابق (١٩٥/١٣).
- (٤) راجع: (٤٠٤/٣).
- (٥) راجع: القبلي: المنار في المختار من جواهر البحر الزخار (٤٦/٢).

٣ - الفوائد الفرعية تكون بمقابل الضمان إذا كان الضمان ناشئاً عن سبب مشروع، أو كان مستنداً إلى حالة مشروعة كالمملك، أو العمل، هذا بناء على المذهب، وما ذهب إليه أكثر الفقهاء، وأما بناء على قول للمذهب، وعلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء في المذهب، فإنها تكون بمقابل الضمان مطلقاً.

٤ - الفوائد الأصلية تكون تابعة للملك، فتكون للمالك.

٦ - المذهب الإمامي:

جاء في «تذكرة الفقهاء» للحلي^(١) (ت ٧٢٦هـ): «ومعنى الحديث: «الخراج بالضمان»: أن ما يخرج من المبيع من فائدة، وغلة، فهو للمشتري في مقابلة أنه لو تلف كان من ضمانه، بخلاف الغاصب؛ لأن المشتري مالك للعين، والغاصب غير مالك»^(٢).

وجاء في «مفتاح الكرامة» للعامللي^(٣) (ت ٢٦ أو ١٢٢٧هـ) في العقد الفاسد: «ويرجع به وبزوائد متصلة؛ كالسمن، ومنفصلة كالولد، وبمنافعه المستوفاة وغيرها... والمخالف ابن حمزة»^(٤). وقال في «التنقيح»: «وأما منافعه فهي مضمونة مع التفويت خلافاً لابن حمزة، محتجاً بأن الخراج

(١) هو: الحسن أو الحسين بن يوسف بن علي، جمال الدين، المعروف بالعلامة الحلي، كان آية في الذكاء، عالم مشارك في التفسير، والفقه، والأصول، ومعرفة الرجال، والكلام، والمنطق، وغير ذلك، توفي سنة ٧٢٦هـ. وله تصانيف كثيرة منها: «تذكرة الفقهاء»، و«منهاج الاستقامة في إثبات الإمامة»، انتدب في الرد عليه شيخ الإسلام ابن تيمية. راجع: ابن كثير: البداية (١٤/١٢٥)، وابن حجر: لسان الميزان (٢/٣١٧، ٣١٨)، والدرر الكامنة (٢/١٣٥، ١٥٥ - ١٥٩)، وابن تغري بردي: النجوم الزاهرة (٩/٢٦٧).

(٢) راجع: (ج ٧/ق ٣/ص ٣٩٣).

(٣) هو: محمد جواد بن محمد الحسيني، العامللي، النجفي، فقيه أصولي، توفي سنة ٢٦ أو ١٢٢٧هـ. ومن آثاره: «مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة». راجع: سركيس: معجم المطبوعات (ص ١٢٦٥)، وكخالة: معجم المؤلفين (٩/١٦٥، ١٦٦).

(٤) لم نثر على ترجمته بعد.

بالضمان، ونقض بالغايب مع ضمانه قطعاً^(١). وفيه في خيار العيب: «وإن حصل من المبيع نماء قبل القبض كان ذلك للبائع إذا أراد الرد بالعيب؛ لأن ضمانه على البائع لظاهر الخبر يعني قوله **«الخراج بالضمان»**، ولكنه في مقام آخر جعل النماء تابعاً للملك، قال: كل هذا له؛ لأنه ملكه، فله فائدته، وعليه مؤنته^(٢).

وجاء في «فقه الإمام جعفر» للباحث محمد جواد مغنية: «أنه - الخراج بالضمان - خاص فيما إذا كان الضمان بسبب مشروع، ويدل على ذلك مورد الحديث... إلى أن الأخذ بعموم الحديث يستدعي أن تكون منافع المغصوب للغايب؛ لأنه ضامن للعين المغصوبة، فيكون خراجها لها، ولا قائل بذلك^(٣).

وفيه أيضاً: «القاعدة الثانية، وأصلها حديث نبوي مشهور أيضاً وهي **«الخراج بالضمان»** أي: أن من له ثمرة الشيء ونتيجته، فعليه ضمانه وخسارته، فاستحقاق الثمرة في مقابلة الخسارة^(٤). وفيه أيضاً في خيار الشرط: «أما حديث: **«الخراج بالضمان»** فلا يطرد في كل مورد، بل يختص العمل به فيما إذا كان التلف بعد القبض مع عدم الخيار للمشتري^(٥).

هذه هي بعض النصوص من الفقه الإمامي، يستفاد منها ما يأتي:

- ١ - الخراج هو: كل ما يخرج من الشيء من فائدة، وغلة، وما يحصل منه من منفعة.
- ٢ - الضمان هو: الضمان الخاص أي: الضمان الناشئ عن السبب المشروع كالمملك. ويدل على ذلك مورد الحديث. وعليه حملة أكثر فقهاء المذهب.

(٢) راجع: (٤/٦٦٣).

(٤) راجع: (٣/٢٠٣).

(١) راجع: (٤/١٦٩).

(٣) راجع: (٣/٢٥١).

(٥) راجع: (٣/٢٣٢).

وحمله بعضهم على ظاهر عمومته، إلا أن الأخذ بعمومه يستدعي أن تكون منافع المغضوب للغاصب؛ لأنه ضامن للمعين المغضوب، فيكون خراجها له، ولا قائل بذلك.

٣ - الخراج بالضمان يختص بالعمل به - في خيار الشرط - فيما إذا كان التلف بعد القبض مع خيار الشرط، به انفرد الإمامية.

٤ - كل ما يخرج من الشيء من فائدة، وغلة، وما يحصل منه من منفعة يكون بمقابل الضمان إذا كان بسبب مشروع كالمالك مثلاً، أو العمل - كما في المضاربة - كما سيأتي بيانه في أسباب الخراج. هذا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء في المذهب.

وأما إذا كان بسبب غير مشروع كوضع اليد على ملك الغير، ومثل يد البائع على المبيع قبل القبض، إذا هلك، أو فسخ بالعيب بعد حصول الخراج منه، فلا يكون بمقابلة شيء منه. هذا عند عامة الفقهاء؛ فإن عموم الضمان غير معتبر لمورد الحديث، ولأنه يترتب عليه أن يكون خراج المغضوب للغاصب، ولا قائل به في المذهب، بل يكون للمغضوب منه بالاتفاق.

وأما عند بعضهم فيكون بمقابلة الخراج، أخذاً بعموم اللفظ دون النظر إلى مورد الحديث.

٧ - المذهب الإباضي:

جاء في كتاب «النيل وشفاء العليل» للثميني ضياء الدين^(١) (ت ١٢٢٣هـ): «.. لا حادث، أو متلف كخدمة... لموجب: (الخراج بالضمان) على المختار، وقيل: يرد الكل...»^(٢).

(١) هو: عبد العزيز بن إبراهيم الثميني، ضياء الدين، فقيه، محدث، متكلم، من الإباضية بالجزائر. ومن تصانيفه: «كتاب النيل وشفاء العليل» وهو عمدة المذهب الإباضي، توفي سنة ١٢٢٣هـ. راجع: الزركلي: الأعلام (٤/١٣٥، ١٣٦)، وكحالة: معجم المؤلفين (٥/٢٣٩).

(٢) راجع: (٨/٤٧٨، ٤٧٩).

وجاء في «شرح» لأطفيش^(١) (ت ١٣٣٢هـ): «... وعلل قوله: لا حادث، أو متلف بقوله لموجب... أي: لمقتضى قوله ﷺ: «الخراج» وهو ما يخرج من فائدة من المبيع «بالضمان» في مقابلة الضمان.. فكما أنه لو تلف المبيع، تلف من مال المشتري، فكذا أنه يثبت للمشتري ما استنفع به منه، وما استفاد. وقيل: يرد الكل من غلة ونماء...»^(٢).

وفيه أيضاً: «(الخراج بالضمان) أعني ما يخرج من غلة الأشياء، فكما يكون للمشتري غلة المبيع ونماؤه، فعليه ضمانه، والمراد بالغلة: ما يترتب على الشيء مطلقاً، فتشمل الفائدة التي تظهر في الشيء بعد العقد»^(٣).

وفيه في بيع الانفساخ: «وإن قلت: صح الحديث أن الخراج بالضمان، فما وجه من حكم برد الغلة، والخدمة؟ قلت: لعلّه حمل الحديث على الرد بالعيب، وصرّح به الوراني^(٤)، وقال: (أل) فيه للعهد، وبعدم الرد قال بعض أصحابنا، ومالك للحديث حملاً على عمومه»^(٥).

وجاء في كتاب «الإيضاح» للشماخي^(٦): «وإذا ردّ المشتري بالعيب؛ فإنه لا يرد ما نما من ذلك، ولا ما أكل من غلته، ولا جميع ما استخدمه... والدليل على هذا ما روي من طريق عائشة ؓ أنها قال ﷺ: «الخراج بالضمان» وهو في قولهم: ما خرج من غلة الأموال، والعيبد... لأن البيع صحيح، والغلة بالضمان لهذا الخبر...»^(٧).

وجاء في «حاشية النفوسي»^(٨) عليه: «فمعنى الحديث: أن ما يخرج من

(١) هو: محمد بن يوسف بن عيسى، الحفصي العدوي، الجزائري، مفسر، محدث، فقيه، إياضي المذهب، مجتهد، سياسي. ومن تصانيفه: «شرح كتاب النيل» وغيره، توفي سنة ١٣٣٢هـ. راجع: الزركلي: الأعلام (٨/٣٢، ٣٣)، وكحالة: معجم المؤلفين (١٢/١٣٣).

(٢) راجع: (٨/٤٧٨، ٤٧٩).

(٣) راجع: (٨/٥١٥).

(٤) لم أقف على ترجمته بعد.

(٥) لم أقف على ترجمته بعد.

(٦) لم أقف على ترجمته بعد.

(٧) راجع: (٣/٢٤٩، ٢٥٠).

(٨) لم أعثر على ترجمته بعد.

المبيع من فائدة، وغلة يكون للمشتري في مقابلة أنه لو تلف، لكان في ضمانه^(١).

وجاء في شرح كتاب «النيل» لأطفيش في المضاربة: «فحديث: «الخراج بالضمان» على من ليس متعدياً»^(٢)، وقيل: «الخراج بالضمان ولو في المتعدي»^(٣).

في ضوء هذه النصوص من الفقه الإباضي يتبين ما يأتي:

- ١ - الخراج: ما يخرج من الشيء من نماء وغلة وفائدة، ومنفعة.
- ٢ - الضمان: الضمان الناشئ عن السبب المشروع كالملك تخصيصاً بمورد الحديث، وهو الراجح، وقيل: الضمان مطلقاً، سواء أكان ناشئاً عن السبب المشروع أم كان ناشئاً عن السبب غير المشروع كالتعدي، حملاً للحديث على عمومه.

- ٣ - كل ما يخرج من الشيء من نماء، وغلة، وفائدة، ومنفعة يكون بمقابل الضمان حسب الاختلاف في تخصيص عمومه، أم عدم تخصيصه.

المقارنة والمناقشة

بعد أن درسنا النصوص الفقهية لكل مذهب على حدة حول معنى: (الخراج بالضمان)، وما تفيدته - نحاول المقارنة والموازنة بين ما ذهب إليه فقهاء تلك المذاهب على ضوء تلك النصوص.

أولاً: الخراج:

وقع اختلاف يسير بين فقهاء المذاهب حول معنى: (الخراج)، وما أريد به. فذهب معظم الفقهاء من جميع المذاهب إلى أن الخراج هو: كل ما خرج من الشيء، وما حصل منه من نماء، وغلة، وفائدة، ومنفعة، فهو شامل للأعيان، والمنافع.

(٢) راجع: (١٠/٣٣٤، ٣٥٠).

(١) راجع: (٣/٢٥٠).

(٣) راجع: (١٠/٣٥١).

وذهب بعض الفقهاء: كالقرافي (ت ٦٨٤هـ) من المالكية بالنسبة للولد، وابن القيم (ت ٧٥١هـ) من الحنابلة بالنسبة للولد، واللبن، والزيدية بالنسبة للفوائد الأصلية، والشيخ مصطفى الزرقا بالنسبة للزوائد المنفصلة المتولدة كولد الدابة، ولبنها وصوفها، وثمر الشجر، إلى أن كل ذلك لا يتناوله (الخراج) فلا يسمى خراجاً.

فما ذهب إليه الفقهاء من المذاهب يتفق وما شرحه به أصحاب غريب الحديث - كما سبق بالتفصيل -. يقول الخطابي (ت ٣٨٨هـ): «كل ما خرج من شيء وحصل من نفعه، فهو خراجه، فخراج الشجر: ثمرها، وخراج الحيوان: نسلها ودرّها.

ومن هذا قوله ﷺ: «الخراج بالضممان» والخراج، والخرج أيضاً بمعنى: الأجرة، والعمالة»^(١).

ويقول الزمخشري (ت ٥٣٨هـ): «كل ما خرج من شيء وحصل من نفعه، فهو خراجه، فخراج الشجر: ثمره، وخراج الحيوان: نسله، ودرّ»^(٢).

وعليه، فما ذهب إليه بعض الفقهاء يخالف وما شرحه به أصحاب غريب الحديث، والأولى بالقبول ما ذهب إليه أصحاب غريب الحديث. هذا إجمالاً. وأما تفصيلاً: فما قاله القرافي من أن الولد لا يسمى خراجاً، معللاً بأنه كالعضو يتبع الأبوين في العقود^(٣).

يناقش بوجهين:

أحدهما: أن تبعية الولد للأبوين لتعذر الفصل بينهما، لأنه لا يتناوله الخراج.

الثاني: أن حديث: «الخراج بالضممان» ورد في رواية بلفظ: (الغلة بالضممان) والغلة أطلقت على الولد في غلال المغصوب - في المذهب - يقول ابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ):

(١) راجع: غريب الحديث (٢/٣٦٦). (٢) راجع: الفائق (١/٣٦٥).

(٣) راجع: الذخيرة (٥/٧٦).

(٧٧٥) «أن الغلغل تنقسم على ثلاثة أقسام: أحدها: غلّة متولّدة عن الشيء المخصّوب على هيئته، وخلقتها، وهو الولد»^(١).
 فكما تتناول الغلّة، فكذلك يتناول الخراج؛ لأنها بمعناها؛ إذ رواية الحديث مرة بلفظ: (الخراج) ومرة بلفظ: (الغلّة) دليل على ذلك.
 وأما ما قاله ابن القيم (ت ٧٥١هـ) من أن الولد، واللبن لا يتناولهما الخراج.
 فيناقش: بأنه يخالف ما ذهب إليه فقهاء المذهب. يقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ):

«وقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان» يدل على أن النماء، والغلّة للمشتري لكون الضمان عليه»^(٢).

فلاستدلال على كون النماء - وهو يشمل الولد، واللبن - للمشتري بـ(الخراج بالضمان) دليل على أن الولد، واللبن يتناولهما الخراج، وإلا فلا يصح الاستدلال به على كونه له. لذلك يقول القرافي (ت ٦٨٤هـ): «احتج ش - الشافعي - وابن حنبل على رد الولد بأن (الخراج بالضمان)، والولد خراج»^(٣).

وأما ما ذهب إليه الزيدية من أن الفوائد الأصلية كالولد، والصوف، واللبن، والتمر، ونحو ذلك ليست بخراج، بل إنه عبارة: عن الفوائد الفرعية المتمثلة في الكراء، والإتاوة، والكسب، والمنافع فقط.

فيناقش: بأنه لا يتفق وما شرحه به أصحاب غرائب الأحاديث من أنه: كل ما يخرج من الشيء من عين أو منفعة، وكذلك يخالف ما ذهب إليه أكثر فقهاء المذاهب الفقهية، فلا اعتبار بما ذهبوا إليه.

وأما ما قاله الشيخ مصطفى الزرقا من أن (الخراج) هو: الغلّة، وهي: المنافع، والأجرة.

(٢) راجع: المغني (٤/٥٠٧).

(١) راجع: المقدمات (٢/٤٩٦).

(٣) راجع: الذخيرة (٥/٧٦).

فيناقش: بأنه يخالف ما ذهب إليه الفقيه الحنفي ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) في «الأشباه والنظائر» نقلاً من «الفائق» - كما سبق^(١) -، ووافقه الحموي^(٢) (ت ١٠٨٩هـ) في شرحه عليه^(٣)، وما قاله صاحب «درر الحكام شرح مجلة الحكام» - فيما سبق^(٤) - وما ذهب إليه أبوه الشيخ أحمد الرزقا؛ إذ قال: «خراج الشيء: ما حصل منه» سواء أكان متولداً منه أم غير متولد، وسواء أكان منفصلاً عنه أم غير منفصل. والدليل على ذلك قوله عقبه: «والذي يكون منه بمقابلة الضمان: ما كان منفصلاً غير متولد...»^(٥). كما أنه يخالف لنصوص الفقهاء، لذلك نجد أحد الباحثين المعاصرين من الحنفية يقول: «... حصر قاعدة: (الخراج بالضمان) في الغلات، والمنافع دون الأعيان المتولدة من الشيء مع أنه لا فارق بينهما بداهة، بل هو مخالف صراحة لنصوص الفقهاء»^(٦).

خلاصة القول: بأن الخراج هو: كل ما يخرج من الشيء، وما يحصل منه من أعيان ومنافع.

ثانياً: الضمان:

بعد دراسة النصوص الفقهية السابقة للمذاهب تبين أن الفقهاء اختلفوا في تحديد المراد بـ(الضمان) على رأيين:

أحدهما: الضمان هنا هو: الضمان الخاص أي: الناشئ عن السبب المشروع كالعقد. ذهب إليه المالكية في قول، والشافعية، والحنابلة، وأكثر الزيدية، وهو المذهب، والإمامية، والإباضية، وهو الراجح عندهم.

الثاني: الضمان هو: الضمان العام أي: سواء أكان ناشئاً عن السبب

(١) انظر: (ص ٢٣٩) من الرسالة.

(٢) هو: أحمد بن محمد. تقدمت ترجمته.

(٣) راجع: غمز عيون البصائر (١/١٨٢). (٤) انظر: (ص ٢٣٩) من الرسالة.

(٥) راجع: شرح القواعد (ص ٣٦١).

(٦) راجع: د. الزحيلي: نظرية الضمان (ص ٢١٥) من الهامش.

المشروع كالعقد، أم كان ناشئاً عن السبب غير المشروع كوضع اليد على ملك الغير دون إذن منه.

ذهب إليه الحنفية، والمالكية، وبعض الزيدية، وهو قول للمذهب، وبعض الإمامية.

منشأ الخلاف:

نشأ الاختلاف بينهم بسبب اختلافهم في لفظ: (الضمان) في حديث: «الخراج بالضمان». وذلك أن لفظ: (الضمان) عام، وورد في سبب خاص، واللفظ العام إذا ورد في سبب خاص هل يحمل عليه، ويختص به؟ لأنه نص في محل السبب، فلم يتناول غيره، أو يحمل على عمومه؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما تقرر في الأصول.

الدليل

تبين مما سبق أن دليل كل من الرايين هو الحديث: «الخراج بالضمان»، غير أن أصحاب الرأي الأول قالوا: إن الحديث ورد في بعض طرقه ذكر السبب:

«أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استغلّ غلامي، فقال: «الخراج بالضمان». وفي رواية: قالت عائشة رضي الله عنها: قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان»^(١).

وفي هذا الموضوع كان المبيع ملكاً للبايع، وفي ضمانه، فقد حصل الخراج في الضمان الناشئ عن السبب المشروع، وهو الملك هنا، فيكون الخراج بمقابل الضمان الناشئ عن السبب المشروع، لا مطلق الضمان.

نوقش: بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب^(٢).

(١) تقدم تخريجه، وسيأتي المزيد بالتفصيل.

(٢) راجع: السبكي: تكملة المجموع (١٢/١٩٩).

أجيب عنه: بأن حمل الحديث على عمومه يترتب عليه أكل مال الغير دون الحق، وذلك إذا كان الضمان ناشئاً عن السبب غير المشروع كالتعدي، كما في الغصب، فهو إذن معارض بقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم» الخبر^(١)؛ فإنه يدل على تحريم أكل مال المسلم دون الحق، فكذا ما يستفاد منه^(٢).

وأما أصحاب الرأي الثاني الذين نظروا إلى ظاهر لفظ الحديث، لا إلى السبب الذي ورد فيه، فقالوا: إن ظاهر عمومه، ومقتضاه: تبعية الخراج للضمان مطلقاً؛ فإن العبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص السبب.

نوقش بوجوه:

أحدها: أن اللفظ العام إذا ورد في سبب خاص صار نصاً في محل السبب، فلم يتناول غيره^(٣).

الثاني: أن القرائن قامت على قصر ظاهر العموم على سببه للاتفاق على أن ظاهر عمومه مهجور لقيام الأدلة القاطعة بتحريم أكل مال المسلم دون الحق، فكذا ما يستفاد منه^(٤).

الثالث: ليس عمومه إلا بالنسبة إلى ما ورد فيه - وما في معناه -، لا بالنسبة إلى ما هو ضد لذلك^(٥).

الراجع:

إن الضمان في (الخراج بالضمان) هو: الضمان الخاص أي: الناشئ عن السبب المشروع، وذلك لعدة اعتبارات:

١- سبب ورود الحديث: اللفظ العام إذا ورد في سبب خاص، هو

(١) الخبر سبق تخريجه.

(٢) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٧٠)، والسياعي: الروض النضير (٣/٤٠٤).

(٣) راجع: الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول (ص٣٥٩، ٣٦٠).

(٤) راجع: السياعي: المرجع السابق.

(٥) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/٣٥٢).

نص في محل السبب، فلم يتناول غيره فيكون مخصصاً بمحل السبب. توضيح ذلك في خصوص: (الخراج بالضمان):

أن لفظ: (الضمان) عام ورد في سبب خاص، وهو الملك؛ فإن المبيع كان ملكاً لمن قضى له بالخراج، وهو المشتري، وفي ضمانه، فيكون عمومه مخصصاً بمحل السبب، لكونه نصاً فيه، وهو الملك، وعليه، فالضمان هنا هو: الضمان الناشئ عن السبب المشروع كالملك مثلاً.

٢ - هذا ما فهمته السيدة عائشة رضي الله عنها؛ إذ قالت: «قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان»، وأخذ به عروة^(١)، ورجع إليه الخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز^(٢) من قضائه بعد أن أخبره عروة به عنها^(٣).

٣ - به فسره شريح القاضي في «رجل اشترى من رجل غلاماً، فأصاب من غلته، ثم وجد به داء، كان عند البائع، فخاصمه إلى شريح، فقال: «رد الداء بدائه، ولك الغلّة بالضمان»^(٤).

قال أبو عبيد (ت ٢٢٤هـ): «ألا ترى أنه قد ألزمه بدائه أن يرده هذا ليعلم أنه لو مات، كان من مال المشتري، فلهذا طابت له الغلّة»^(٥).

وعن شريح أيضاً في «رجل غضب عبداً، فاستغله، قال: «يرد الغلّة»^(٦).

فردّه الغلّة على المغصوب منه دليل على عدم الاعتبار بعموم لفظ:

(الضمان) إذا كان سببه التعدي والعدوان، كما في الغصب.

(١) هو: ابن الزبير بن العوام الأسدي، تفقه على خالته السيدة عائشة رضي الله عنها، ثقة، فقيه مشهور، أجمع على جلّالته، توفي سنة ٩٤هـ. على الصحيح. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٣٨٩)، والحجوي: الفكر السامي (١/٢٩٣).

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) أخرجه البيهقي في: السنن (٥/٣٢١).

(٤) أخرجه أبو عبيد في: غريب الحديث (٣/٣٧)، والبيهقي: في السنن (٥/٣١٢).

(٥) راجع: المرجع السابق.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في: المصنف: البيوع والأقضية: الرجل يشتري العبد (٦/

٣٢٢)، أثر: (١٢١٧).

٤ - وبه فسره أيضاً إياس بن معاوية^(١) في الاستحقاق: «عن ابن عون^(٢) أن رجلاً اشترى عبداً، فاستغله، ثم جاء رجل، فادعاه، فخاصمه إلى إياس بن معاوية فاستحقه، فقاضى له بالعبد وبغلتته، وقضى للرجل على صاحبه الذي اشتراه منه بمثل العبد، وبمثل غلته. قال: فذكرت ذلك لمحمد بن سيرين^(٣)، فقال: هو فهم»^(٤).

٥ - وبه فسره - أيضاً - أبو عبيد (ت ٢٢٤هـ)، وقال مشيراً إلى عموم الحكم: «وحدّث النبي ﷺ هذا أصل لكل من ضمن شيئاً أنه يطيب له الفضل، إذا كان ذلك على وجه المبايعة، لا على الغصب»^(٥).

فقوله: «إذا كان ذلك على وجه المبايعة، لا على الغصب» فيه دلالة صريحة على أن الضمان الذي يكون بمقابلة الخراج، لا بدّ من أن يكون مستنداً إلى سبب مشروع كالمبايعة، لا إلى سبب غير مشروع كالغصب.

٦ - حمل الحديث على ظاهره وهو العموم أخذاً بعموم اللفظ يؤدي - فيما إذا كان الضمان ناشئاً عن السبب غير المشروع - إلى مخالفته لتصوص من الكتاب، والسنة، منها:

١ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

٢ - قوله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»^(٦).

(١) هو: ابن معاوية بن قرة، المزني، أبو وائلة البصري، القاضي، المشهور بالذكاء، ثقة، مات سنة ١٢٢هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ١١٧).

(٢) هو: عبد الله بن عون بن أرطبان، أبو عون، البصري، فقيه، ثقة، فاضل، مات سنة ١٥٠هـ على الصحيح. راجع: ابن حجر: المرجع السابق (ص ٣١٧، ٦٩٧).

(٣) هو: أبو بكر، ابن أبي عمرة البصري، أحد الفقهاء من أهل البصرة المشهورين بالورع، كان ثقة كثير العلم، مات سنة ١١٠هـ. ابن حجر: المرجع السابق (ص ٤٨٣)، والحجوي: الفكر السامي (١/٢٩٩، ٣٠٠).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في: المصنف: البيوع والأقضية: الرجل يشتري العبد (٦/٣٢٣)، أثر: (١٢١٨).

(٥) راجع: غريب الحديث (٣/٣٨).

(٦) هو قطعة من حديث جابر الطويل في حجة النبي ﷺ. أخرجه مسلم في: الصحيح: كتاب الحج: باب حجة النبي ﷺ (٢/٨٨٩ ح ١٤٧ - ١٢١٨).

- ٣ - قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(١).
- ٤ - قوله ﷺ: «ليس بعرق ظالم حق»^(٢).
- هذه النصوص تدل دلالة قاطعة على تحريم أكل مال المسلم دون إذن منه، فكذا ما يستفاد منه.
- وكذلك يؤدي إلى أن يكون ذريعة لأهل الظلم والفساد إلى الوثوب على ما شاءوا من أموال العباد^(٣).
- فتبين بوضوح أن عموم الحديث مخصص أيضاً بأدلة أخرى غير السبب الذي ورد فيه الحديث.
- ٧ - مما لا خلاف فيه أن الحديث وارد في عين مقبوضة بإذن الشرع، فكيف يصح إلحاق العين المقبوضة بغير إذن الشرع بها؟
- ٨ - ليس عمومه إلا بالنسبة إلى ما ورد فيه - «لذلك قضية السبب داخله في العموم قطعاً»^(٤) - لا بالنسبة إلى ما هو ضد لذلك^(٥).
- ٩ - إليه ذهب معظم الفقهاء من شتى المذاهب الفقهية.
- بعد هذا كله لا يسعنا إلا أن نأخذ بعين الاعتبار هذه الأسباب، والاعتبارات، وبالتالي لا يمكننا إلا القول: بأن الضمان في (الخراج بالضمان) هو الضمان الناشئ عن السبب المشروع. وعليه، فيكون الخراج معللاً بالضمان الناشئ عن السبب المشروع. يقول الإمام الشافعي
-
- (١) سبق تخريجه.
- (٢) أخرجه أبو داود في: السنن: الخراج: باب في إحياء الموات (٣/٢٤٠ ح ٣٠٧٣)، وعنه البيهقي في: السنن الكبرى (٦/١٤٢)، والترمذي في: السنن: الأحكام: باب ما ذكر في إحياء الأموات (٣/٦٥٣ ح ١٣٧٨) عن سعيد بن زيد، وقال: «حديث حسن غريب». وقواه الحافظ في: فتح الباري (٥/٤٢)، وصححه الشيخ الألباني في: إرواء الغليل (٥/٣٥٣)، وذكر له طرقاً أخرى.
- (٣) راجع: السياغي: الروض النضير (٣/٣٠٤).
- (٤) راجع: شرح الزركشي على مختصر الخرقفي (٣/٥٧٧).
- (٥) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/٣٥٢).

(ت ٢٠٤هـ): «وإنما تملك الغلّة بالضمان في الملك الصحيح؛ لأن الغلّة بالضمان في الملك حدثت من شيء، المالك كان يملكه لا غيره»^(١).

ثالثاً: ما الذي يكون بمقابل الضمان؟:

سبق أن ناقشنا القائلين: بأن الولد، واللبن، والزوائد المنفصلة المتولدة أو الفوائد الأصلية ليست بخراج، وأثبتنا أنها يتناولها لفظ: (الخراج). وعليه، فقد قررنا أن (الخراج) هو: كل ما خرج من الشيء، وما حصل منه من نماء، وغلّة، وفائدة، ومنفعة.

وكذلك ناقشنا القائلين: بأن (الضمان) هو: الضمان العام، أي: سواء أكان ناشئاً عن السبب المشروع، كالعقد، أم كان ناشئاً عن السبب غير المشروع، كالتعدي. وحققنا أن الضمان هنا هو: الضمان الناشئ عن السبب المشروع، كالعقد.

تأسيساً على ذلك قررنا:

كل ما يخرج من الشيء، وما يحصل منه من نماء، وغلّة، وفائدة، ومنفعة يكون بمقابل الضمان، إذا كان ذلك ناشئاً عن السبب المشروع، كالمالك، أو العمل كما في الشركات مثلاً.

﴿ المطلب الثالث ﴾

القاعدة ذات الصلة: الغنم بالغرم

أولاً: معناها التفصيلي أي: من حيث تفصيل مفرداتها:

أ - معنى الغنم لغةً وشرعاً:

الغنم عند أهل اللغة:

الغنم من (غنم) الغين، والنون، والميم، أصل صحيح واحد يدل على

- إفادة شيء لم يملك من قبل^(١). وأطلق على:
- ١ - الفوز بالشيء بلا مشقة: يقال: غنم الشيء - بالكسر - غنماً - بالضم، والفتح، والتحريك -: فاز به.
 - ٢ - الغنيمة: يقال: غنمت الشيء: أصبته غنيمة.
 - ٣ - الفيء.
 - ٤ - كل شيء مظفور به.
- ويقال: الغنم - بالضم -: الاسم، و- بالفتح -: المصدر^(٢).
- الغنم عند أهل الشرع:
- عبر عنه الفقهاء بالنماء، والزيادة، والولد، والدر، والغلة، والأجرة، وسائر المنافع.
- هذه المعاني وردت في شرح الحديث: «... الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»^(٣).

يقول الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ): «وغنمه: سلامته وزيادته»^(٤). ويقول الخطابي (ت ٣٨٨هـ): «وفي قوله: «له غنمه» دليل على أنه يملك من غنمه، وهو: دره، وولده، وسائر منافعه»^(٥). ويقول الباجي^(٦) (ت ٤٩٤هـ): «معناه

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٤/٣٩٧)، مادة: (غنم).
 (٢) راجع: ابن منظور: لسان العرب (٥/٣٣٠٧)، مادة: (غنم)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٧٣)، مادة: (غنم)، والزبيدي: تاج العروس (٩/٧)، مادة: (غنم)، والكفوي: الكليات (٣/٢٩٦، ٣٠٦)، مادة: (غنم).
 (٣) أخرجه الإمام الشافعي في: الأم (٣/١٦٧). وسيأتي تخريجه بالتفصيل.
 (٤) راجع: الأم (٣/١٦٧، ١٨٦).
 (٥) راجع: معالم السنن (٣/١٦٣).
 (٦) الباجي - يفتح الموحدة، ويعد الألف جيم - هذه النسبة إلى «باجة»، وهي مدينة بالأندلس. وهو: أبو الوليد، سليمان بن خلف بن سعد، المالكي، فقيه، أصولي، محدث، مفسر، ولي القضاء. وله تصانيف كثيرة منها: «إحكام الفصول إلى أحكام الأصول»، و«المنتقى شرح الموطأ» وغيرهما، توفي بالمرية سنة ٤٩٤هـ. راجع: ابن خلكان: وفيات الأعيان (٦/١٩٣ - ١٩٦)، وابن فرحون: الديباج (١/٣٧٧ - ٣٨٥)، =

عند مالك، وأصحابه: له غلته، وخراج ظهره، وأجرة عمله^(١). ويقول ابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ): «غنمه: نماؤه، وزيادته»^(٢). ويقول ابن الأثير (ت ٦٠٦هـ): «غنمه: زيادته، ونماؤه، وفاضل قيمته»^(٣). ويقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ): «النماء غنم»^(٤).

ب - الغرم لغةً وشرعاً:

الغرم عند أهل اللغة:

الغرم من (غرم) الغين، والراء، والميم أصل صحيح يدل على ملازمة. ومن ذلك: الغريم سمي غريماً للزومه وإلحاحه^(٥).

وهو: ما يلزم أداءه. يقال: غرمت الدية، أو الدين، وغير ذلك أغرم - من باب تعب - غرمًا ومغرمًا: أدبته غرمًا، وغرم في تجارته: مثل خسر، خلاف ربح، وغرم أي: ضمن. والمصدر: الغرم - بالضم -^(٦).

ويقول الراغب الأصفهاني (ت ٥٠٢هـ): «الغرم: ما ينوب الإنسان في ماله من ضرر بغير جنابة منه، أو خيانة»^(٧). ويقول المطرزي^(٨) (ت ٦١٦هـ): «الغرم: أن يلتزم الإنسان ما ليس عليه»^(٩).

- = والحجوي: الفكر السامي (٢/٢١٦، ٢١٧)، وكحالة: معجم المؤلفين (٤/٤٦١).
- (١) راجع: المنتقى (٥/٢٤٠). (٢) راجع: المقدمات (٢/٣٦٣، ٣٦٨).
- (٣) راجع: النهاية (٣/١٧٣). (٤) راجع: المغني (٤/٤٧١).
- (٥) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٤/٤١٩)، مادة: (غرم).
- (٦) راجع: النسفي: طلبة الطلبة (ص ٢٨٧)، والرازي: مختار الصحاح (ص ٤٩٨)، مادة: (غرم)، وابن منظور: لسان العرب (٥/٣٢٤٧)، مادة: (غرم)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٦٩)، مادة: (غرم).
- (٧) راجع: المفردات (ص ٣٦٠)، مادة: (غرم).
- (٨) - بضم الميم، وفتح الطاء المهملة، وتشديد الراء المهملة وكسرها، بعدها زاء معجمة - هذه النسبة إلى من يطرز الثياب، ويرقمها. وهو: أبو الفتح، ناصر بن أبي المكارم عبد السيد بن علي، المطرزي، من أهل الخوارزم، الحنفي، الفقيه، النحوي، الأديب. وله عدة تصانيف منها: «المغرب»، توفي سنة ٦١٠ أو ٦١٦هـ.
- راجع: مقدمة المصحح لكتاب «المغرب» (ص ٦ - ١٤).
- (٩) راجع: المغرب (ص ٣٣٩).

الغرم عند أهل الشرع:

أطلق على معان:

١ - العطب، والتلف، والذهاب.

٢ - النقص، أو النقصان.

يقول الشافعي (ت ٢٠٤هـ): «... وغرمه: عطبه ونقصه»^(١)، وابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ): «... وغرمه: تلفه ونقصانه»^(٢). وفي موضع آخر: «... وغرمه: نقصانه وذهابه»^(٣)، والدسوقي (ت ١٢٣٠هـ): «والغرم أي: الضمان»^(٤).

٣ - النفقة والمؤنة: يقول القدوري^(٥) الحنفي (ت ٤٢٨هـ): «فأما قوله: «عليه غرمه» بمعنى... وعليه غرمه من النفقة والمؤنة»^(٦)، والباجي المالكي (ت ٤٩٤هـ): «... وعليه غرمه أي: نفقته»^(٧).

٤ - الدين: يقول الجصاص الحنفي^(٨) (ت ٣٧٠هـ): «وعليه غرمه: يعني

(١) راجع: الأم (٣/١٦٧، ٣٦٨).

(٢) راجع: نفس المصدر (٢/٣٦٨).

(٣) راجع: حاشيته على الشرح الكبير (٣/١٠٣).

(٥) القدوري - بضم القاف، والذال المهملة، وسكون الواو، وبعدها راء مهملة - نسبة إلى القدور التي هي جمع قدر. هكذا ذكره السمعاني في الأنساب، ورقة (١٤٤٥). ولم يعرف سبب نسبته إليها. قيل: هو نسبة إلى بيع القدور، أو إلى عملها، وقيل: اسم قرية، وفيه نظر. طاش كبرى زاده: مفتاح السعادة (٢/٢٨١). وهو: أبو الحسين، أحمد بن محمد بن أحمد البغدادي الحنفي، المعروف بالقدوري، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، توفي ببغداد سنة ٤٢٨هـ. من تصانيفه: «مختصر القدوري»، و«التجريد» وغيرهما. راجع: ابن خلكان: وفيات الأعيان (١/١٦٦ - ١٦٧)، وابن قطلوبغا: تاج التراجم (ص ٧) مع المرجعين السابقين.

(٦) راجع: التجريد (ص ٢٧٦٩). (٧) راجع: المتقى (٥/٢٤٠).

(٨) هذه النسبة إلى العمل بالجص. راجع: السمعاني: الأنساب (ق ١٣١). وهو: أبو بكر، أحمد بن علي الرازي، المعروف بالجصاص، فقيه، مجتهد، تفرقه على أبي الحسن الكرخي، وانتهت إليه رئاسة الحنفية، توفي ببغداد سنة ٣٧٠هـ. من آثاره: «أحكام القرآن»، و«شرح الجامع الكبير»، وغير ذلك. راجع: ابن الجوزي: المنتظم =

دينه الذي به الرهن»^(١).

ثانياً: معناها الإجمالي أي: من حيث هي قاعدة:

الغنم بالغرم أي: مقابل به، فكما أن المالك يختص بالغنم، ولا يشاركه فيه أحد، فكذلك يتحمل الغرم، ولا يتحمل معه أحد. وهذا معنى قولهم: الغرم مجبور بالغنم^(٢). ونقل الزبيدي^(٣) (ت ١٢٠٥هـ) عن جماعة في معنى (الخراج بالضمان) قولهم: «الباء للمقابلة، والمضاف محذوف، والتقدير: بقاء الخراج في مقابلة الضمان أي: منافع المبيع بعد القبض تبقى للمشتري في مقابلة الضمان اللازم عليه بتلف المبيع، وهو المراد بقولهم: الغنم بالغرم. ولذلك قالوا: إنه من قبيله»^(٤). ونجد عند الفقهاء استعمال (الغنم بالغرم) بنفس معنى (الخراج بالضمان).

يقول البابر تي^(٥) (ت ٧٨٦هـ) من الحنفية: «ولو لم يكن - أي: العمل - مضموناً عليه لما استحق الأجر؛ لأن الغرم بإزاء الغنم»^(٦)، وعلي حيدر صاحب «درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية»: «الغنم بالغنم... أي: أن

= (٢٧٧/١٤ - ٢٧٨)، وابن قطلوبغا: تاج التراجم (ص ٦).

(١) راجع: أحكام القرآن (١/٧٢٢).

(٢) راجع: الفيومي: المصباح المنير (ص ١٧٣)، والكفوي: الكليات (٣/٣٠٦)، وابن عابدين: رد المحتار (٤/٢٧٠).

(٣) الزبيدي نسبة إلى «زبيد» - بفتح الزاء، وكسر الباء، والبدال غير المنقوطة - وهي بلدة من بلاد اليمن. راجع: السمعاني: الأنساب: ورقة (١٢٧١). وهو: أبو الفيض، محمد بن محمد بن محمد الحسيني، مشارك في عدة علوم. وله تصانيف كثيرة منها: «تاج العروس»، وتوفي بالطاعون بمصر سنة ١٢٠٥هـ. الزركلي: الأعلام (٧/٢٩٧ - ٢٩٨)، وكحالة: معجم المؤلفين (١١/٢٨٢).

(٤) راجع: تاج العروس (٢/٣١).

(٥) البابر تي - نسبة إلى «بابر تبا» قرية بنواحي بغداد - وهو: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين، فقيه، كان محققاً. من آثاره: «العناية شرح الهداية»، توفي سنة ٧٨٦هـ.

راجع: ابن حجر: الدرر الكامنة (٤/٢٥٠)، وكحالة: المرجع السابق (١١/٢٩٨).

(٦) راجع: العناية (٥/٤٠٧).

من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره، مثلاً أحد الشركاء في المال يلزمه من الخسارة بنسبة ماله من المال المشترك، كما يأخذ من الربح»^(١).

ويقول الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ) من المالكية: «... إلا أن كون الغلة للمشتري على القول الثاني مخالف لقاعدة: (الخراج بالضمان): و«من له الغنم عليه الغرم»؛ فإن الغنم هنا للمشتري، والغرم أي: الضمان على البائع»^(٢).

ويقول الزركشي (ت ٧٩٤هـ) من الشافعية: «... فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغنم في مقابلة الغرم»^(٣).

ويقول ابن عبد الهادي (ت ٩٠٩هـ) من الحنابلة: «من ملك الغنم كان عليه الغرم»^(٤).

ويقول ابن المرتضى (ت ٨٤٠هـ) من الزيدية: «والخسر مع الفساد على المالك؛ إذ له غنمه فعليه غرمه»^(٥).

ويقول الباحث محمد جواد مغنية من الإمامية: «شركة المفاوضة وهي: أن يلتزم كل منهما للآخر بأن الذي يحصل له من غنم يكون شركة بين الاثنين... وأن ما يلزم من غرم يكون عليهما معاً»^(٦).

من نصوص الفقهاء هذه يتبلور بوضوح أن قاعدة: (الغنم بالغرم) هي نفس قاعدة: (الخراج بالضمان) معنى ودلالة. لذلك نجد الشيخ شاء ولي الله^(٧) (ت ١١٧٦هـ) الدهلوي يقول في كتابه الشهير «حجة الله

(١) راجع: درر الحكام (١/٩٠).

(٢) راجع: حاشيته على الشرح الكبير (٣/١٠٣).

(٣) راجع: المثور في القواعد (١/١١٩).

(٤) راجع: مغني ذوي الأفهام (ص ٢٤٥). (٥) راجع: البحر الزخار (٥/٨٩).

(٦) رجع: فقه الإمام جعفر (٤/١٠٥).

(٧) هو: أبو عبد العزيز، أحمد بن عبد الرحيم بن وجيه الدين، المعروف بشاه ولي الله الدهلوي، أحد المجتهدين في القرن الثاني عشر، مشارك في عدة علوم. وله مؤلفات عديدة منها: كتاب «حجة الله البالغة في علم أسرار الشريعة وفلسفة التشريع الإسلامي» - الذي يشهد لمؤلفه بأنه أحد عمالقة الفكر الإسلامي، والعلوم العقلية -، =

البالغة»^(١): «ومن القواعد المبنية عليها كثير من الأحكام أن (الغنم بالغرم)، وأصله: ما قضى النبي ﷺ أن «الخراج بالضمان».



= «المستوى شرح موطأ مالك»، و«الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف» وغير ذلك من الكتب القيمة، توفي سنة ١١٧٦هـ وقيل سنة ١١٨٠هـ، وقيل سنة ١١٧٤هـ. راجع: البيهقي: هدية العارفين (١/١٧٧)، والصعيد: المجددون في الإسلام (ص ٤٤٣ - ٤٤٤)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٣٥٤)، وعمر رضا كحالة: معجم المؤلفين (٢٧٢/١).

(١) راجع: (٢/٣٠٨).

المبحث الثاني

أسباب الضمان وما ينتقل به، وأقسام الخراج وأسباب استحقاقه

وهو يشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: أسباب الضمان وما ينتقل به.

المطلب الثاني: أقسام الخراج وأسباب استحقاقه.

* * *

المطلب الأول

أسباب الضمان وما ينتقل به

وهو يتفرع إلى فرعين:

الفرع الأول: أسباب الضمان.

الفرع الثاني: ما ينتقل به الضمان.

* * *

الفرع الأول

أسباب الضمان

بعد دراسة النصوص الفقهية يتضح لنا أن الفقهاء تعرضوا لبيان أسباب الضمان قصداً مرة، وأشاروا إليها مرة أخرى، غير أن آراءهم لم تتفق على تحديد أسبابه، كما أن مناهجهم ومناحيهم اختلفت في بيانها.

يقول الكاساني (ت ٥٨٧هـ) من الحنفية: «... لأن الضمان في الشرع

إنما يجب بالالتزام، أو الإلتلاف»^(١).

ويقول القرافي (ت ٦٨٤هـ) من المالكية: «إن أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة لا رابع لها، أحدها: العدوان كالقتل، والإحراق... وثانيها: التسبب للإلتلاف كحفر الآبار في طريقة الحيوان... وثالثها: وضع اليد التي ليست بمؤتمنة... وتبقى من الأيدي الموجبة للضمان قبض بغير عدوان، بل بإذن المالك كقبض المبيع، أو بقاء يد البائع؛ فإنه من ضمان البائع قبل القبض، ومن ضمان المشتري بعد القبض مع عدم العدوان...»^(٢). وفي مكان آخر: «أسباب الضمان ثلاثة، فمتى وجد واحد منها وجب الضمان، ومتى لم يوجد واحد منها لم يجب الضمان، أحدها: التفويت مباشرة كإحراق الثوب، ونحو ذلك. وثانيها: التسبب للإلتلاف كحفر بئر... وثالثها: وضع اليد غير المؤتمنة، فيندرج في غير المؤتمنة يد الغاصب. والبائع يضمن المبيع الذي يتعلق به حق توفية قبل القبض؛ فإن ضمان المبيع الذي هذا شأنه منه؛ لأن يده غير مؤتمنة»^(٣).

ويقول السيوطي (ت ٩١١هـ) من الشافعية: «أسباب الضمان أربعة: أحدها: العقد... الثاني: اليد... الثالث: الإلتلاف... الرابع: الحيلولة»^(٤). ويقول ابن رجب (ت ٧٩٥هـ) من الحنابلة: «أسباب الضمان ثلاثة: عقد، ويد، وإلتلاف»^(٥).

نستخلص مما ذكره هؤلاء الفقهاء من أسباب أن الأسباب الرئيسية المتفق عليها هي: العقد، ووضع اليد، والإلتلاف مباشرة، أو تسبباً، إلا أن هذا الأخير لا يعنينا هنا، لذلك نتناول كلاً من العقد، ووضع اليد فقط بالدراسة مع الإيجاز الشديد.

(١) راجع: بدائع الصنائع (٦/٢٨٣).

(٢) راجع: الفروق (٢/٢٠٦، ٢٠٧ ق ١١١)، ويراجع أيضاً: محمد علي: تهذيب الفروق (٢/٢٠٣، ٢٠٤).

(٣) راجع: نفس المصدر السابق (٤/٢٧ ق ٢١٧).

(٤) راجع: الأشباه والنظائر (ص ٣٩٠). (٥) راجع: القواعد (ص ٢٠٤ ق ٨٩).

أولاً: العقد:

أ- تعريف العقد:

العقد في اللغة من (عقد) العين، والقاف، والذال أصل واحد يدل على شدّ، وشدّة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها. فهو في أصل اشتقاقه: نقيض الجل، وهو: الشد، والربط، والجمع بين أطراف الشيء.

فالعقد - بفتح فسكون - مصدر عقد الجبل، والبيع، والعهد يعقده عقداً، - من باب ضرب - أي: شده. ثم استعمل اسماً فجمع على عقود. ثم أطلق على معان منها: اللزوم: يقال: عقد على الشيء: لزمه. وعقد النكاح، والبيع: وجوبهما^(١).

العقد في الاستعمال الفقهي: العقد عند الفقهاء له إطلاقان: إطلاق عام، يُراد به المعنى العام، وإطلاق خاص يُراد به المعنى الخاص. فالعقد بمعناه العام هو: ربط إرادة بفعل شيء أو تركه. بعبارة أخرى: ربط إرادة بالتزام شيء، سواء أكانت الإرادة منفردة كاليمين، والنذر، أم كانت في مقابل إرادة أخرى كالبيع، والإجارة، ونحوهما، وسواء أكان الالتزام التزاماً دينياً كأداء الفرائض، والواجبات، وترك المحرمات، والمنهيات، أم كان التزاماً دنيوياً كالمعاملات الشرعية من التصرفات، والعقود^(٢).

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٤/٨٦)، مادة: (عقد)، والراغب الأصفهاني في: المفردات (ص ٣٤١)، مادة: (عقد)، والنووي: تهذيب الأسماء واللغات (٣/٢٨)، مادة: (عقد)، وابن منظور: لسان العرب (٤/٣٠٣٠ - ٣٠٣٣)، مادة: (عقد).

(٢) حيث أطلق الفقهاء العقد على اليمين، والنذر، والطلاق، والعتق، والولاء، والطاعة، والصلاة، والحج، والعمرة، وغير ذلك من الفرائض، والواجبات، والمحرمات، كما أطلقوه على البيع، والإجارة، وعلى المعاهدات التي تتم بين المسلمين وغيرهم. راجع: الجصاص: أحكام القرآن (٢/٢٩٦) وفيه الإمام أبو حنيفة أطلق العقد على اليمين، وابن الهمام: فتح القدير (٣/٩٨، ٩٩، ١٠٠، ٤٥٥/٥)، =

وأما العقد بمعناه الخاص فهو: ربط الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامها على التزام بشيء. وهذا المعنى هو الشائع والغالب عند الفقهاء في إطلاقاتهم، وعباراتهم، كما أنه هو الذي يكون سبباً للضمان^(١).

ب - سببية العقد للضمان، وأصل مشروعيته له:

فكون العقد سبباً للضمان مما لا خلاف فيه بين الفقهاء؛ لأن له أحكاماً، سواء أكانت أصلية، أم فرعية، تقتضيها طبيعته. غير أنه لم يشرع أصلاً لإفادة الضمان، بل شرع لحكم آخر، وهو ثبوت الملك وانتقاله، ولكن الضمان يترتب عليه كآثر لازم لحكمه المشروع له، فالعقد سبب للضمان، ولكنه غير مباشر؛ لأن الضمان لا ينتقل إلا تبعاً لانتقال الملك. وإذا كان الأمر كذلك، فهل ينتقل بالعقد، كما ينتقل به الملك؟ أو هو يتوقف على شيء آخر، وهو القبض، بالإضافة إلى العقد. وهذا ما يستوجب بيان: ما ينتقل به الضمان: بالعقد، أو بالقبض؟ وقد اختلف الفقهاء فيه اختلافاً شديداً، لذلك أضفنا إلى أسباب الضمان: ما ينتقل به الضمان. وستناوله في الفرع الثاني.

وأما أصل مشروعية العقد كسبب من أسباب الضمان، فمن القرآن

الكريم:

= وابن قاضي سماوة: جامع الفصولين (٢/٢)، والنووي: قواعد وضوابط: ورقة (٩١)، والزرکشي: المنثور في القواعد (٣٩٧/٢)، والأنصاري: شرح التحرير (٢/٣)، وابن تيمية: العقود (ص ١٥، ١٦، ١٨، ٢١، ٣٣، ٦٦، ٧٩، ٨٣)، وابن رجب: القواعد (ص ٥٠ ق ٣٩)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٢١١، ٢١٧، ٢٥٩).
 (١) راجع: الإمام الشافعي: أحكام القرآن (٢/٦٦)، والآلوسي: روح البيان (٦/٤٨)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/١٣٦)، والبابرتي: العناية (٦/٢٤٨)، وابن الهمام: المرجع السابق (٣/١٠٠)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٣٣٦)، والدردير: الشرح الصغير (٤/١٣٤) وما بعدها، وحاشية الدسوقي (٣/٥)، والنووي: المجموع (٩/١٧٥)، والسيوطي: الأشباه والنظائر (ص ٣٠٠، ٣١٨)، والأنصاري: المرجع السابق (٢/٤، ٥)، وابن قدامة: المغني (٤/١٣٢)، وابن رجب: المرجع السابق (ص ٧٤ ق ٥١)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٢٩٧)، وضياء الدين وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٧/٨).

قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. قال الزَّجَّاجُ^(١) (ت ٣١٠هـ): «المعنى: أوفوا بعقد الله عليكم، وبعقدكم بعضكم على بعض»^(٢). ففي الآية دلالة على مشروعية العقد، والعقد له أحكام، منها: الضمان. فثبوت العقد دليل على ثبوت الضمان، فثبت كونه سبباً للضمان.

ومن السنّة: قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»^(٣). ولا شك أن كل شرط شرطه إنسان على نفسه أو على غيره في شيء يفعله في المستقبل، فهو عقد، بذلك يشهد عرف العرب، ولغتهم^(٤). وعليه، فالمسلمون ملتزمون بالوفاء بشروطهم، وعقودهم، والوفاء بالعقود يترتب عليه أحكام لها، منها: الضمان، فدل على مشروعية العقد سبباً للضمان.

وكذلك قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»؛ لأنه ورد في العقد المشروع؛ إذ كان الملك لمن جعل الشارع الخراج له بمقابل ضمانه له، فيكون الضمان إذن ضمان العقد، فدل على كون العقد سبباً للضمان.

ثانياً: اليد (وضع اليد):

أ - تعريف وضع اليد:

اليد في اللغة: أصلها: يَدَى على وزن فَعَلَ - ساكنة العين -؛ لأن جمعها: أيدي، ولأن قولهم: يديت إليه يداً، فحذفت الياء تخفيفاً.
فهي: اسم على حرفين، وما كان من الأسماء على حرفين، فقد حذف منه حرف، فلا يرد إلا في التصغير، أو التثنية، أو الجمع.
وجمعها: أيدي، أو يُدَي، أو يَدَي، مثل: فلس، وأفلس، وفلوس.

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) راجع: محمد صديق حسن خان: فتح البيان في مقاصد القرآن (٢/٤٢٥).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) راجع: الباحث: الشروط الفاسدة المقترنة بعقد البيع وآثارها (ص ٦٥) رسالة الماجستير.

ولليد معنى حقيقي^(١)، وكذلك لها معنى مجازي^(٢)، ولكننا نكتفي ببيان المعنى الحقيقي لها.

فمعناها الحقيقي هو: الجارحة. وهذا المعنى الأصلي الحقيقي هو المتفق عليه بين أهل اللغة، ولكنهم اختلفوا في تحديدها على معان:

١ - الكف، أو من أطراف الأصابع إلى الكف.

٢ - من أطراف الأصابع إلى المنكب^(٣).

اليَدُ فِي الْغُرْفِ الْفَقْهِي:

لم يتعرض عامة الفقهاء لتعريف (اليَدِ)، وإن كانوا قد ذكروها، واستعملوها في مواطن مختلفة من أبواب الفقه. فلو استقرنا، وتقصينا استعمالهم لليد في عباراتهم - فنجد أنهم تارة يستعملونها بمعناها الحقيقي، وتارة أخرى يطلقونها، ويريدون بها: وضعها على الشيء، سواء أكان ذلك الوضع بصفة دائمة، أم مؤقتة، على سبيل الأمانة، أم على جهة التعدي، بإذن من الشارع، أو المالك، أم بغير إذن من أحدهما، بحق أم بغير حق، وسواء أكان بنية التملك أم لا، بحق أم بغير حق.

هذا، وبعد أن تتبعنا الكتب الفقهية بحثاً عن تعريف اليَدِ، وجدنا

(١) هو: استعمال اللفظ فيما وضع له من معنى. راجع: السبكي: الإبهام (٧١/١)، والجرجاني: التعريفات (ص١٢٢)، والشيخ حسب الله: أصول التشريع الإسلامي (ص٢٩١).

(٢) هو: استعمال اللفظ في غير ما وضع له من معنى لقريئة أو علاقة ومناسبة بينهما. راجع: السبكي: المرجع السابق (٢٧٣/١)، والجرجاني: المرجع السابق (ص٢٥٥)، والشيخ علي حسب الله: المرجع السابق.

(٣) راجع: الجوهري: الصحاح (٢٥٣٩/٦)، مادة: (يدي)، والأصفهاني: المفردات في غريب القرآن (ص٥٠)، مادة: (يدي)، والرازي: مختار الصحاح (ص٧٤١)، مادة: (يدي)، وابن منظور: لسان العرب (٦/٤٩٥٠، ٤٩٥١)، مادة: (يدي)، والفيومي: المصباح المنير (ص٢٦)، مادة: (يدي)، والفيروزآبادي: القاموس (ص١٧٣٦)، مادة: (يدي)، والزبيدي: تاج العروس (٤١٧/١٠، ٤١٨)، مادة: (يدي).

صاحب «تهذيب الفروق»^(١) من المالكية تعرض لتعريفها بأنها: «عبارة عن الحيازة»^(٢).

وهذا التعريف - كما هو ظاهر - غير واضح، ولكي يكون واضحاً، يجب تعريف (الحيازة) أولاً، وفي ضوءه يمكن تعريف (اليد) بعبارة أوضح وأشمل.

يقول الدردير^(٣) (ت ١٢٠١هـ) من المالكية: «الحيازة: وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه»^(٤).

فتبين بوضوح أن (اليد) أريد بها وضعها على الشيء، والاستيلاء عليه، فيمكن تعريف اليد بأنها: «عبارة عن حيازة الشيء والاستيلاء عليه».

ب - سببية اليد للضمان وأساس شرعيته بها:

لقد أفاضت نصوص الفقهاء في أسباب الضمان باعتبار (اليد) أو (وضع اليد) سبباً من أسباب الضمان - كما رأينا فيما تقدم -، وذلك؛ لأن اليد أو وضع اليد على المال يترتب على ذلك حكم فقهي في كثير من أبواب الفقه كالضمان وعدمه، وفقاً لنوع اليد؛ فإنها قد تكون عن ولاية شرعية، وقد تكون اعتداءً، وإذا كانت عن ولاية شرعية، ولم تكن لمصلحة صاحبها، أو لم يدل دليل على ضمانها، فتعتبر يداً مؤتمنة، وأما إذا كانت اعتداءً، أو عن ولاية شرعية، ودلّ دليل على ضمانها، فتعتبر يداً غير مؤتمنة.

وأما أساس شرعية الضمان بوضع اليد فهو:

١ - قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٥).

(١) هو: محمد علي بن الحسين تقدمت ترجمته.

(٢) زاجع: تهذيب الفروق (ص ٤/١٣٠ ق ٢٣٦) بهامش الفروق.

(٣) هو: أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، شيخ الإسلام بمصر، وشيخ مشائخها، إمام في العلوم العقلية والنقلية. وله: «الشرح الصغير، الكبير»، مات سنة ١٢٠١هـ. راجع الحجوي: الفكر السامي (٢/٢٩٣).

(٤) راجع: الشرح الصغير (٥/٧٠٠)، والشرح الكبير (٤/٢٣٣).

(٥) أخرجه أبو داود في: السنن: البيوع: باب في تضمين العارية (٣/٤٠٠ ح ٣٥٦١)، =

يقول الصنعاني^(١) (ت ١١٨٦هـ): «والحديث دليل على وجوب رد ما قبضه المرء، وهو ملك لغيره، ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكة، أو من يقوم مقامه لقوله: «حتى تؤديه»، ولا تتحقق التأدية إلا بذلك، وهو عام في الغصب، والوديعة، والعارية. وذكره في باب العارية لشموله لها، وربما يفهم منه أنها مضمونة على المستعير»^(٢).

ويقول الشوكاني^(٣) (ت ١٢٥٠هـ): «وهو صالح للاحتجاج به على التضمين؛ لأن المأخوذ إذا كان على اليد الآخذة حتى ترده، فالمراد أنه في ضمانها، كما يشعر لفظ: (على) من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ»^(٤).

٢ - قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٥).

فالضمان بعمومه - عند الفائلين به - يتناول ضمان يد، كما يتناول ضمان عقد، وكذلك اليد يندرج تحتها يد البائع قبل القبض، ويد المشتري بعده.

ج - تقسيم اليد:

تبيّن من الدراسة السابقة أن اليد ليست سبباً للضمان في كل الأحوال؛ لأنها قد تكون عن ولاية شرعية، أو بإقرار الشارع، ففي هذه الحال هي يد أمانة. وقد تكون معتدية، أو بإقرار الشارع، غير أنه دلّ دليل منه على ضمانها، ففي هذه الحال هي يد ضمان.

= والترمذي في: السنن: البيوع: باب ما جاء أن العارية مؤداة (٣/٥٥٧ ح ١٢٦٦)، وابن ماجه في: السنن: الأحكام: باب العارية (٢/٨٠٢ ح ٢٤٠٠)، والحاكم في: المستدرک (٢/٤٧) عن الحسن، عن سمره به. قال الترمذي: «حديث حسن صحيح». وقال الحاكم: «صحيح الإسناد على شرط البخاري».

وتعقبه الشيخ تقي الدين، فقال: وليس كما قال، بل هو على شرط الترمذي. كما في نصب الراية (٤/١٦٧)، وضعفه الشيخ الألباني في: الإرواء (٥/٣٤٨، ٣٤٩)، لأن الحسن مدلس، ولم يصرح بالتحديث، بل عنعنه.

(١) وهو: صاحب سبل السلام. وقد تقدمت ترجمته.

(٢) راجع: سبل السلام (٣/٩٦).

(٣) سبقت ترجمته.

(٤) راجع: نيل الأوطار (٥/٢٩٨).

(٥) سبق تخريجه.

تأسيساً على ذلك: يمكن تقسيم اليد من حيث ترتب الضمان عليها وعدم ترتبه إلى قسمين:

القسم الأول: اليد المؤتمنة أو يد الأمانة.

القسم الثاني: اليد غير المؤتمنة أو يد الضمان.

فاليد المؤتمنة أو يد الأمانة هي: «ما حازت المال للغير، وكانت عن ولاية شرعية، ولم تكن لمصلحة صاحبها، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها». كما عرّفها بعض الفقهاء بأنها: «ما كانت عن ولاية شرعية، ولم تكن لمصلحة صاحبها خاصة»^(١) «ولم يدل دليل على ضمان صاحبها»^(٢).

تبلور من التعريف أن اليد لا تكون يد أمانة إلا إذا كانت عن ولاية شرعية، وهي معنى: إقرار الشارع بمشروعية اليد على المال، ولم يترتب عليها أي ضمان، كما أن الولاية الشرعية هذه تشمل عقداً، وإذناً من الشارع، كذلك تتناول عرفاً، فاليد تستند في كونها يد أمانة إلى عقد، أو إذن من الشارع، أو عرف.

فاليد لكل من الوديعة في الوديعة، والمضارب في المضاربة، والعامل في المساقاة، والمزارعة، والشريك في الشركة، والمستأجر في الإجارة، والوصي على أموال اليتيم في الوصية، والوكيل بالقبض، وغير ذلك يد أمانة، استناداً إلى عقد من العقود.

كما أن يد الملتقط على اللقطة بنية التعريف بها، وكذلك يد الحاكم على أموال الغائب يد أمانة استناداً إلى إذن من الشارع.

وأما يد المنقذ لمال الغير من التلف، ونحوه، فهي يد أمانة اعتباراً بالعرف.

(١) راجع: البهوتي: كشف القناع (٢/٣٣٦).

(٢) راجع: الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي (ص ١٠٣).

حكم اليد المؤتمنة، أو يد الأمانة:

من الجدير بالإشارة إلى أن اليد لا يتوجه إليها خطاب الشارع، فكان موجهاً بالضرورة إلى صاحبها وواضعها. وإذا كانت اليد في الصور السابقة تعتبر يد أمانة، فصاحبها وواضعها بالتالي يعتبر أميناً على الأموال التي تحت يده، والأمين لا يضمن ما تحت يده من أموال إذا تلفت دون تعدُّ منه عليها، أو تقصير في حفظها، وأما إذا تعدى عليها، أو قصر في حفظها فهو ضامن لها؛ لأن يده تحولت من يد الأمانة إلى يد الضمان.

وأما اليد غير المؤتمنة أو يد الضمان على ضوء تعريف اليد المؤتمنة أو يد الأمانة فهي: «ما حازت المال اعتداءً أو عن ولاية شرعية، وكانت لمصلحة صاحبها خاصة، أو دلّ دليل على ضمان صاحبها».

فاتضح من التعريف أن كون اليد يد الضمان يستند إلى عنصرين أساسيين:

أحدهما: الاعتداء أو التعدي؛ فإن اليد إذا اعتدت أو تعدّت على مال الغير فأخذته دون إذن منه كالغاصب الذي يضع يده على مال للغير، فيأخذه، أو يحول بينه وبين مالكه، فيمنعه من الانتفاع به، فهي يد الضمان.

الثاني: الولاية الشرعية وهي: تعني إقرار الشارع بمشروعية اليد على المال مع الحكم بترتيب الضمان عليها.

فتحقق أن اليد على الشيء عن ولاية شرعية قد تكون يد أمانة، وقد تكون يد ضمان؛ لأن الولاية الشرعية قد يقترن بها حكم الشارع بتضمينها، وقد لا يكون كذلك، أو قد تكون لمصلحة صاحبها، وقد لا تكون كذلك.

حكم يد الضمان:

هو ترتب الضمان عليها إذا تلف ما تحتها من أموال، فصاحبها يضمن كل ما يتلف تحت يده من الأموال مطلقاً بأي سبب تلف.

الفرق بين ضمان العقد و ضمان اليد:

يقول السيوطي (ت ٩١١هـ):

«إن ضمان العقد مرده: ما اتفق عليه المتعاقدان، أو بدله. و ضمان اليد مرده: المثل، أو القيمة»^(١). هذا إذا كانت اليد تعدياً، دون ولاية شرعية، وأما إذا كانت عنها، فمرد الضمان هنا: ما اتفق عليه العاقدان.

الفرع الثاني

ما ينتقل به الضمان

هل يتوقف الضمان على القبض؟ وما هي حقيقته؟

سبقت الإشارة إلى أن العقد لم يشرع أصلاً لإفادة الضمان، ولكنه يلزم ما شرع له - وهو الملك - كآثر لازم له، فهو إذن يكون تابعاً للملك، لكن هل ينتقل بالعقد مباشرة كالملك - أي: كما ينتقل به -؟ أو يتوقف على شيء آخر هو: القبض؟ وقد اختلف فيه الفقهاء اختلافاً شديداً، وهذا ما أوجب علينا أن نضيف إلى أسباب الضمان: ما ينتقل به.

ولا بد من الإشارة أيضاً إلى أن العقد الموجب للضمان هل هو: مطلق العقد أي: ربط الإيجاب بالقبول على التزام شيء أو هو: مقتضى العقد، وهذا يعني: التخلية بين الشيء المعقود عليه وبين من ثبت له ملكه، هذا عند القائلين بكون العقد موجباً للضمان.

وكذلك لا خلاف بين الفقهاء في أن القبض ينتقل به الضمان، ولكنهم اختلفوا في كفيته الموجبة لانتقال الضمان.

وقبل بيان اختلاف الفقهاء فيما ينتقل به الضمان، يجب التعريف بالقبض وبيان كفيته. وأما العقد فقد سبق تعريفه.

(١) راجع: الأشباه والنظائر (ص ٣٩٠).

أولاً: حقيقة القبض:

القبض في اللغة:

من (قبض) القاف، والباء، والضاد أصل واحد صحيح، يدل على شيء مأخوذ، وتجمع في شيء.

وهو مصدر قبضه يقبضه قبضاً - من باب ضرب - وهو يتناول عدة معان

منها:

- ١ - الأخذ: يقال: قبض الشيء أي: أخذه.
 - ٢ - تناول: يقال: قبض الشيء أي: تناوله بجميع الكف، أو تناوله بيده ملامسة.
 - ٣ - الإمساك، والضم، والانحناء: يقال: قبض على شيء بيده أي: أمسكه، أو ضم عليه أصابعه. وقبض على الشيء، أو به أي: انحنى عليه بجميع كفه.
 - ٤ - الجمع: يقال: قبض اليد على الشيء أي: جمعها بعد تناوله.
- هذا؛ ويستعار القبض لتحصيل الشيء، وإن لم يكن فيه مراعاة الكف، كقولك: قبضت الدار من فلان أي: حزتها. يقول ابن الأعرابي: القبض: قبولك المتاع وإن لم تحوله. والقبض: تحويلك المتاع إلى حيزك. ويقال: صار الشيء في قبضي أي: في ملكي. ويقال: قبضه المال تقيضاً: أعطاه إياه^(١).

القبض في الاصطلاح الفقهي:

بعد البحث عن تعريف القبض عند الفقهاء نلاحظ أن كثيراً منهم لم يعتنوا بوضع تعريف للقبض، واكتفوا ببيان كلفيته، وأنواعه؛ إذ مستنده

(١) راجع: الأزهرى: تهذيب اللغة (٨/٣٤٩، ٣٥١)، مادة: (قبض)، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٥/٥٠)، مادة: (قبض)، والأصفهاني: المفردات (ص٣٩١)، مادة: (قبض)، والرازي: مختار الصحاح (ص٥١٩)، مادة: (قبض)، وابن منظور: لسان العرب (٥/٣٥١٢، ٣٥١٣)، مادة: (قبض)، والفيومي: المصباح (ص١٨٦)، مادة: (قبض)، والفيروزآبادي: القاموس (ص٨٤٠)، مادة: (قبض).

ومرجعه: العرف والعادة، وذلك يتغير، ويختلف بتغير، واختلاف الزمان، والمكان. هذا من جانب.

ومن جانب آخر نلاحظ أن بعض الفقهاء قد وضعوا تعريفاً له، إلا أنهم اختلفوا في تحديد مفهومه لاختلافهم في كفيته، ولتغير العرف، واختلاف العادة بحسب الزمان، والمكان. نذكر فيما يلي التعريفات التي وقفت عليها عند الفقهاء والباحثين:

- ١ - عرفه الكاساني (ت ٥٨٧هـ) من الحنفية بأنه: «التمكين، والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة»^(١).
- ٢ - عرفه القرافي (ت ٦٨٤هـ) بأنه: «الاستيلاء إما بإذن الشرع وحده، أو بإذن غير الشرع، أو بغير إذن الشرع»^(٢). وعرفه التسولي^(٣) (ت ١٢٥٨هـ) بأنه: «وضع اليد على الشيء المحوز»^(٤).
- ٣ - عرفه ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) من الظاهرية بقوله: «وقبضه - أي: الشيء - هو: أن يطلق يده - المبتاع - عليه بألا يحال عليه»^(٥).
- ٤ - عرفه المحقق الحلبي^(٦) (ت ٦٧٦هـ) من الإمامية بأنه: «التخلية مطلقاً»^(٧).

(١) راجع: بدائع الصنائع (٥/١٤٨). (٢) راجع: الذخيرة (٥/١٢٠، ١٢١).

(٣) هو: أبو الحسن، علي بن عبد السلام، التسولي، قاضي فاس، حافظ المذهب، حامل لوائه، له: «شرح التحفة»، وغيره من المؤلفات، مات سنة ١٢٥٨هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/٢٩٩).

(٤) راجع: البهجة (١/١٦٨). (٥) راجع: المحلى (٧/٤٧٢، ١٥٠٨م).

(٦) الحلبي: لعله نسبة إلى «الحلة» - بالكسر، ثم التشديد - وهي علم لعدة مواضع. وأشهرها: حلة بني فريد: مدينة كبيرة بين الكوفة وبغداد. راجع: البلاذري: معجم البلدان، مادة: (حلة). وهو: أبو القاسم، نجم الدين، جعفر بن الحسن بن يحيى، المعروف بالمحقق الحلبي، عالم فقيه، أصولي. من تصانيفه: «شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام»، توفي سنة ٦٧٦هـ. راجع: البغدادي: إيضاح المكنون (٢/٤٣، ٥٠٧، ٦٩٥)، وعمر رضا كحالة: معجم المؤلفين (٣/١٣٧).

(٧) راجع: المختصر النافع (ص ١٢٤).

- ٥ - عرّفه الأبياني^(١) ومحمد سلامة^(٢) شارحاً «مرشد الحيران» بأنه: «عبارة عن كون الشيء المقبوض في حيز القابض»^(٣).
- ٦ - عرّفه الدكتور نزيه كمال حماد بأنه: «حيازة الشيء، والتمكن منه، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد، أو لم يكن»^(٤).
- ٧ - عرّفه الدكتور علي داغي بأنه: «التخلية بين العاقد والمعقود عليه على وجه يتمكن من التسليم بلا مانع ولا حائل حسب العرف»^(٥).
- ٨ - عرّفه الدكتور محمد رضا العاني بأنه: «حيازة الشيء حقيقة، أو حكماً»^(٦).

يلاحظ:

- ١ - أن تعريف كل من الكاساني (ت٥٨٧هـ)، والقرافي (ت٦٨٤هـ)، وابن حزم (ت٤٥٦هـ)، والمحقق الحلبي (ت٦٧٦هـ)، والدكتور داغي لا يتناول إلا القبض الحكمي فقط، وهو: التخلية، دون القبض الحقيقي وهو: الأخذ بأطراف الأصابع.

- (١) هو محمد زيد الأبياني، فقيه، تعلم بالأزهر، ثم بدار العلوم، وعيّن مدرساً للشريعة الإسلامية بكلية الحقوق. من تصانيفه: «شرح مرشد الحيران في المعاملات» بالاشتراك مع الشيخ سلامة، توفي بالقاهرة سنة ١٣٥٤هـ. راجع: الزركلي: الأعلام (٦/٣٦٧)، وكحالة: معجم المؤلفين (١٠/١٢).
- (٢) هو: فقيه، تلقى العلم بالأزهر، وتخرج بدار العلوم، ودرس بكلية الحقوق، توفي بالقاهرة سنة ١٣٤٧هـ. من آثاره: «شرح مرشد الحيران»، و«شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية» لقدري باشا بالاشتراك مع الشيخ الأبياني. راجع: الزركلي وكحالة: المرجعين السابقين (٧/١٧)، (١٠/٤٣).
- (٣) راجع: شرح مرشد الحيران (١/٥٨).
- (٤) راجع: أحكام القبض في العقود في الفقه الإسلامي (ص٢٥)، والقبض الحقيقي، والحكمي: قواعده وتطبيقاته من الفقه الإسلامي (ص٧١) بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الأول، عام ١٤١٠هـ، جده.
- (٥) راجع: القبض: صورته، وبخاصة المستجدة منها وأحكامها (ص٥٧٣) بحث منشور في المجلة السابقة.
- (٦) راجع: القبض: أنواعه، وأحكامه في الفقه الإسلامي (ص٤٩٥) بحث منشور في نفس المجلة السابقة.

- ٢ - أن تعريف كل من التسولي (ت١٢٥٨هـ)، وشارحي «مرشد الحيران»: الأيباني وسلامه لا يشمل إلا القبض الحقيقي فقط دون الحكمي.
- ٣ - أن تعريف الدكتور العاني يعتبر أحسن التعريفات وأشملها؛ إذ إنه يشمل كلاً من النوعين: الحقيقي والحكمي.

ثانياً: أقسام القبض:

قسّم الفقهاء القبض بعدة اعتبارات:

التقسيم الأول: باعتبار الإذن من المستحق وعدمه، أو باعتبار الصحة وعدمها: وذلك أن القبض إما أن يكون بإذن المستحق، وإما أن يكون بإذن غيره، وإما أن يكون بغير إذن من أحد، فينقسم إذن إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: قبض بإذن المستحق كقبض المبيع.

القسم الثاني: قبض بإذن غيره، وهو لا يخلو من أن يكون بإذن الشرع، أو العرف، فهو يتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: قبض بإذن الشرع كقبض اللقطة، ومال اللقيط.

النوع الثاني: قبض بإذن العرف كقبض مال الغير لإنقاذه من التلف.

القسم الثالث: قبض بغير إذن من أحد كقبض الغاصب للمغصوب^(١).

التقسيم الثاني: باعتبار ترتّب الضمان عليه وعدم ترتّبه:

فقد قسّم الفقهاء القبض بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: قبض يترتب عليه الضمان، يسمّى قبض الضمان، وهو ما يكون فيه القابض مسؤولاً عن المقبوض كقبض المبيع من قبّل المشتري، وقبض المغصوب من قبّل الغاصب أو غيرهما.

القسم الثاني: قبض لا يترتب عليه الضمان إلا بالتعدي، أو التقصير،

(١) راجع: العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام (٢/٨٣ - ٨٤)، والقرافي: شرح تنقيح النصول (ص٤٥٥ - ٥٦)، وابن رجب: القواعد (ص٥٥ ق٤٣).

يسمى قبض الأمانة، وهو ما يكون فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي، أو التقصير كقبض الوديعة من قبل المودع، وغيرها من عقود الأمانات^(١).

التقسيم الثالث: باعتبار كيفية القبض:

فهو بهذا الاعتبار يمكن تقسيمه إلى قسمين^(٢):

القسم الأول: قبض حقيقي أو حسي كأخذ الشيء باليد ملامسة، ووضعها عليه.

القسم الثاني: قبض حكمي أو معنوي كالتخلية بين المعقود عليه وبين العاقد، وتمكينه منه^(٣).

اختلف الفقهاء في الفقه الحنفي في التخلية: هل هي قبض تام في سائر الأموال أم لا^(٤)؟

ثالثاً: صفة القبض وكيفيته:

لا شك أن لمعرفة كيفية القبض وصفته أهمية كبرى؛ لما لها من علاقة قوية بانتقال ضمان المعقود عليه من أحد الطرفين إلى الآخر، وجواز التصرف فيه.

هذا، وأن ما يُراد قبضه من الأشياء لا يخرج من أن يكون: إما منقولاً أو غير منقول. ثم إن كيفية القبض، وصفته تختلف بحسب اختلاف طبيعة الأشياء نفسها، وطبيعة المعاملات فيها، وبحسب اختلاف أعراف الناس، وحالاتهم، وبيئاتهم المتباينة، لذلك وقع اختلاف بين الفقهاء في صفة

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (١٤٨/٥)، والفتاوى البزازية (٤/٤٩٥)، والبغدادي: مجمع الضمانات (ص ٢١٧).

(٢) هذا التقسيم أخذناه من كيفية القبض التي لوحظت في تعريفات الفقهاء للقبض.

(٣) راجع: الكاساني: المرجع السابق (٥/٢٤٤، ٦/١٤١)، وابن رجب: القواعد (ص ٥٥ ق ٤٣).

(٤) راجع: الكاساني: نفس المرجع السابق.

القبض، وكيفيته، واعتبارها قبضاً ينشأ عنه الضمان. وما يعيننا هنا هو: بيان كيفية القبض من حيث ترتب الضمان عليها.

قبل أن نخوض في بيان تلك الكيفية، يجدر بنا أن نشير إلى حقيقة تعتبر هامة، يجب على الباحث في الموضوع معرفتها، وهي: منشأ اختلاف الفقهاء، وسببه فيما بينهم في كيفية القبض.

هو في الواقع إنما يرجع إلى اختلاف العُرف والعادة فيما يكون قبضاً للأشياء؛ إذ من المعلوم في الفقه الإسلامي أن كل ما ورد في الشرع مطلقاً، ولم يرد فيه، ولا في اللغة ما يقيد - يرجع في تقييده، وتحديد مفهومه إلى العرف والعادة. توثيقاً لذلك نورد بعض نصوص الفقهاء ذوي الاتجاهات الاجتهادية المختلفة؛ لأننا نجد في أغلب الكتب الفقهية تعليل كيفية القبض بالعرف والعادة، والرجوع فيها إلى ذلك.

يقول الكاساني (ت ٥٨٧هـ) من الحنفية: «معنى القبض هو: التمكن، والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة»^(١).

ويقول ابن شاس^(٢) (ت ٦١٠هـ) من المالكية: «حكم القبض انتقال الضمان إلى المشتري، وصورته: تحكم فيه العادة»^(٣).

ويقول الماوردي (ت ٤٥٠هـ): «وما أطلقه الشرع، ولم يكن محدوداً في اللغة، كان الرجوع في حده إلى العُرف؛ كالقبض في المبيعات»^(٤)، والشيرازي (ت ٤٧٦هـ): «إن القبض ورد به الشرع، وأطلقه، فيحمل على العُرف»^(٥)، والغزالي (ت ٥٠٥هـ): «أما صورة القبض فيحكم فيه

(١) راجع: بدائع الصنائع (١٤٨/٥).

(٢) هو: أبو محمد، عبد الله بن نجيم بن شاس، الجذامي، السعدي الفقيه الشهير، صاحب «الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة» هو كتاب من أحسن ما صنّف المالكية، توفي مجاهداً في دمياط سنة ٦١٠هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/٢٣٠).

(٣) راجع: المواق: التاج والإكليل (٤/٤٧٧).

(٤) راجع: الحاوي الكبير (٥/٤٤).

(٥) راجع: المهذب (٩/٢٧٥) مع المجموع.

بالعادة^(١)، والبغوي (ت ٥١٦هـ): «قبض كل شيء على حسب ما يليق به، والمرجع فيه إلى العادة»^(٢)، والرافعي (ت ٦٢٣هـ): «إن الرجوع فيما يكون قبضاً إلى العادة»^(٣)، والخطيب الشرييني^(٤) (ت ٩٧٣هـ): «... لأن الشرع أطلق القبض، وأناط به أحكاماً ولم يبينه، ولا له حدّ في اللغة، فرجع فيه إلى العرف»^(٥). هؤلاء من الشافعية.

ويقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ): «... فإن لم يكن له في الشرع حدّ كان المرجع فيه إلى العرف كالقبض، والإحراز، والتفرق»^(٦) «ولأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف؛ كالأحراز، والتفرق»^(٧)، وابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «وما لم يكن له حدّ في اللغة، ولا في الشرع: فالمرجع فيه إلى عرف الناس...»^(٨).

ويقول العاملي (ت ٢٦ أو ١٢٢٧هـ) من الإمامية: «وفي المفاتيح: أن الرجوع في القبض إلى العرف، وجعل القولين أعني التخلية مطلقاً، والتفصيل في مقابلة العرف. وأنت خبير بأنه لا ريب في الرجوع في أمثال ذلك إلى العرف؛ إذ لا شرع، لكن العرف لما كان مختلفاً، غير ظاهر في المنقول وغيره، والمكيل وغيره مثلاً، اختلفوا في ذلك وزعم كلٌّ أن العرف معه»^(٩).

هذه النصوص وغيرها للفقهاء في ذلك كثيرة، وهي في مجموعها تشير إلى حصول الإجماع أو شبهه على أن القبض مرجعه ومزده: العرف والعادة.

(١) راجع: الوجيز (٤٤١/٨) مع فتح العزيز.

(٢) راجع: تهذيب الأحكام (ص ٣١١). (٣) راجع: فتح العزيز (٤٤٢/٨).

(٤) هو: شمس الدين، محمد بن أحمد أو محمد، الشرييني، الشافعي، المعروف بالخطيب الشرييني، فقيه، أجمع أهل مصر على صلاحه، ووصفوه بالعلم والعمل. من تصانيفه: «مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج» للنووي، وغيره من الكتب، توفي سنة ٩٧٧هـ. راجع: ابن العماد: شذرات الذهب (٣٨٤/٨)، والبغدادي: هدية العارفين (٢/٢٥٠)، وعمر رضا: معجم المؤلفين (٨/٢٦٩).

(٥) راجع: مغني المحتاج (٧١/٢). (٦) راجع: المغني (١٤٨/٤).

(٧) راجع: نفس المصدر (٤/٢٣٨). (٨) راجع: الفتاوى (١٦/٢٩).

(٩) راجع: مفتاح الكرامة (٤/٧٠٥).

ولكن العرف لما كان مختلفاً وغير ظاهر في المنقول وغيره، وفي المكيل وغيره مثلاً اختلفوا في ذلك، وزعم كل أن العرف معه - كما لاحظته العملي - فهنا ظهر نزاع.

تحرير محل النزاع:

قبل البدء في بيان كيفية القبض لا بد من الإشارة إلى ما هو الأصل فيه، وكذلك من بيان موضع اتفاق من موضع اختلاف بين الفقهاء فيما يكون به القبض، وذلك لاختلاف طبيعة ما يُراد قبضه.

إن ما يتبادر من القبض عند إطلاقه إلى الذهن هو: الأخذ باليد. وهذا هو القبض الحقيقي والتام والكامل في تعبير الفقهاء؛ لأنه الأصل فيه، وهذا فيما يحتمل ذلك، وأما فيما لا يحتمل، فيقام مقامه القبض غير الحقيقي أو غير الأصلي، وهو: الحكمي من التخلية، أو النقل، أو الكيل، أو الوزن، أو العدّ، أو الذرع. هنا وقع خلاف فيما يحصل به القبض. والدليل على أن الأخذ باليد هو الأصل في القبض قول الكاساني (ت ٥٨٧هـ) في معرض بيان وجه قول الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ): «إن الأصل في القبض هو: الأخذ بالبراجم^(١)؛ لأنه القبض حقيقة، إلا فيما لا يحتمل الأخذ بالبراجم، أقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل، وفيما لا يحتمل أقيم التخلية مقامه^(٢)، وقول النجفي^(٣) (ت ١٢٦٦هـ) من الإمامية: «.. بل المتبادر منه عرفاً عند الإطلاق هو القبض باليد، وبه صرح جماعة من أهل اللغة...»^(٤).

هذا، وما يُراد قبضه لا يخلو من أن يكون مما ينقل أو لا ينقل، فإذا كان مما لا ينقل كالعقار مثلاً، فقد اتفقت المذاهب الفقهية قاطبة على أن ما يقام مقام القبض هو: التخلية، وأما إذا كان مما ينقل، فقد اختلفت اختلافاً شديداً فيما يقام مقامه من التخلية، أو النقل، أو الكيل، أو الوزن، أو العدّ، وغير ذلك.

(١) جمع: البُرْجُمَة: مفصل الإصبع. راجع: المعجم الوسيط (١/٤٧)، مادة: (برجم).

(٢) راجع: بدائع الصنائع (٥/٢٤٤). (٣) تقدمت ترجمته.

(٤) راجع: جواهر الكلام (٢٣/١٥٤).

تأسيساً على ما ذكر، فقد استبان أن ما يحصل به قبض غير المنقول موضع وفاق بين الفقهاء، وما يحصل به قبض المنقول موضع خلاف بينهم.

أولاً: موضع الوفاق: قبض غير المنقول:

فقد عرّف غير المنقول بأنه: «ما لا يمكن نقله من مكان إلى آخر كالدور، والأرض، مما يسمى بالعقار»^(١) على أن البناء والشجر هل هما من غير المنقول؟ اختلف الفقهاء في ذلك^(٢).

واتفقت المذاهب الفقهية: الحنفي^(٣)، والمالكي^(٤)، والشافعي^(٥)، والحنبلي^(٦)، والظاهر^(٧)، والزيدي^(٨)، والإمامي^(٩)، والإباضي^(١٠) على أن

- (١) راجع: مجلة الأحكام العدلية، مادة: (١٢٩).
- (٢) ذهب الحنفية إلى أنهما من المنقول إن لم يكونا تبعاً للأرض، أما إذا كانا تابعين لها، فيسري عليهما حكم غير المنقول بالتبعية. راجع: ابن عابدين: رد المحتار (٣٦١/٤)، (٢١٧/٦)، ومجلة الأحكام العدلية، مادة: (١٠١٩، ١٠٢٠)، ورستم باز: شرح مجلة الأحكام العدلية (ص ٥٦٩، ٥٧٠). وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية إلى أنهما من غير المنقول مطلقاً. راجع: الدردير: الشرح الصغير (٢٦٤/٤)، والأنصاري: فتح الوهاب (١٧٦/١)، والشربيني: مغني المحتاج (٧١/٢)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (١٩٢/٢)، والعاملي: مفتاح الكرامة (١٥١/٥).
- (٣) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٢٤٤/٥)، وفتاوى قاضيخان (٢٥٦/٢، ٢٥٧)، والحصكفي: الدر المختار (٥٦١/٤)، والمجلة، مادة: (٢٦٣)، وباز: شرح المجلة (ص ١٣٧)، وقدري باشا: مرشد الحيران، مادة: (٤٣٥).
- (٤) راجع: المواق: التاج والإكليل (٤٧٧/٤)، والحطاب: مواهب الجليل (٤٧٧/٤)، وشرح الزرقاني (١٥٩/٥)، وشرح الخرشي (٦٨/٤)، وحاشية العدوي عليه (٦٨/٤).
- (٥) راجع: الماوردي: الحاوي (٢٢٦/٥، ٢٢٧)، وابن الصباغ: الشامل (ص ٣٤٢)، والغزالي: الوجيز (٤٤١/٨) مع فتح العزيز، والقفال: حلية العلماء (٨٢/٤).
- (٦) راجع: القاضي: المسائل الفقهية (٣٢٧/١)، وابن هبيرة: الإفصاح (٣٤٤/١)، وابن قدامة: الكافي (٢٩/٢)، والمرداوي: الإنصاف (٤١٧/٤).
- (٧) راجع: ابن حزم: المحلى (٣٦٥/٦ م ١٢١٢).
- (٨) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٦٩/٤)، وابن مفتاح: المتترع المختار (٤٨/٣).
- (٩) راجع: المحقق الحلبي: شرائع الإسلام (١٤٨/٢٣) مع جواهر الكلام، والمختصر النافع (ص ١٢٤)، والجبعي العاملي: اللعة (٥٢٢/٣).
- (١٠) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (٦٣/٨)، وحاشية القسبي على كتاب الإيضاح (٣٧/٣).

قبض غير المنقول يكون بالتخلية، والتمكين من القبض بلا حائل، ولا مانع.

ثانياً: موضع الخلاف: قبض المنقول

عرّف المنقول بأنه: ما يمكن نقله من محل إلى آخر^(١). وهو يشمل النقود، والعروض، والحيوانات، والمكيلات، والموزونات، والمعدودات، والمذروعات.

ولا شك أن الأشياء تختلف في أنفسها حسب اختلاف طبائعها، وعليه فتختلف كيفية قبض المنقول منها حسب اختلافها، واختلاف عادات الناس فيها. يقول الخطابي (ت ٣٨٨هـ): «القبوض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في أنفسها، وحسب اختلاف عادات الناس فيها»^(٢).

هذا، فالمنقول إما أن يكون مما فيه حق توفية أي: مما يقدر بكيل، أو وزن، أو عدّ، أو ذرع كالمكيل، والموزون، والمعدود، والمذروع، وإما أن يكون مما ليس فيه حق توفية.

فأما ما فيه حق التوفية فهو: إما أن يكون قد بيع بالتقدير أي: بالكيل، أو الوزن، أو العد، أو الذرع، وإما أن يكون قد بيع جزافاً^(٣).

وأما ما ليس فيه حق التوفية: فهو إما أن يكون من الأثمان، والجواهر، والحلي، وما إليها، وإما أن يكون ما عدا ذلك من العروض، والمتاع، والدواب.

فتحصل إذن في المنقول أربع حالات. نحاول بيان كيفية قبض كل منها على حدة، لاختلاف الفقهاء فيها.

(١) راجع: مجلة الأحكام العدلية، مادة: (١٢٨).

(٢) راجع: معالم السنن (٣/١٣٦).

(٣) هو - بكسر الجيم، وضمها، وفتحها -، وأصله: الجهل بالشيء، وهو عند الفقهاء: بيع الشيء بالخرص بلا كيل ولا وزن. راجع: النووي: تحرير التنبيه (ص ٢١٥)، والمغراوي: غرر المقالة (ص ٢١١).

الحالة الأولى: أن يكون المنقول مما فيه حق التوفية، وبيع بالتقدير:
اختلف الفقهاء في كيفية قبضه أي: فيما يحصل به القبض الموجب لنقل
الضمان على آراء:

١ - ذهب الحنفية^(١)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية^(٢)، والظاهرية^(٣)،
والزيدية^(٤)، والإمامية في قول^(٥) إلى أن قبضه يحصل بالتخلية، كما
يحصل بالتناول باليد.

٢ - ذهب المالكية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨)، والإمامية في قول^(٩)،
والإباضية^(١٠) إلى أن قبضه يكون باستيفائه بما يقدر به من كيل، أو
وزن، أو غيرهما من المعيار الشرعي للتقدير.

واشترط الشافعية مع ذلك النقل لتمام القبض، والإباضية التخلية بعد
الكيل، والوزن، والعدّ.

- (١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٤٤، ٢٤٥)، والفتاوى الهندية (٣/١٦).
(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٨)، ومجد الدين: المحرر (١/٣٢٣).
(٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٣٦٥ م ١٢١٢، ٧/٤٧٢ م ١٥٠٨).
(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٦٩)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/٤٨).
(٥) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٢٣/١٤٨) مع جواهر الكلام، والمختصر النافع
(ص ١٢٤)، والشهيد الثاني: الروضة البهية (٣/٥٢٣، ٥٢٤)، والنجفي: جواهر
الكلام (٢٣/١٤٨، ١٤٩).
(٦) راجع: الدردير: الشرح الصغير (٤/٢٦٤).
(٧) راجع: الماوردي: الحاوي (٥/٢٢٧)، وابن الصباغ: الشامل (ص ٣٤٢)، والغزالي:
الوجيز (٨/٤٤١)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ٣١١)، والعز بن عبد السلام:
قواعد الأحكام (٢/٨٤)، والنووي: المنهاج (٢/٣٧) مع مغني المحتاج.
(٨) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق، والكافي (٢/٢٩)، ومجد الدين: المرجع
السابق، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/١٩٠)، وكشاف القناع (٣/٢٤٦).
(٩) راجع: المحقق الحلبي: المرجع السابق، والشهيد الأول: اللمعة دمشقية (٣/٥٢٣).
(١٠) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل، وأطفيش: شرحه (٨/٦٤)، وحاشية القسبي على
كتاب الإيضاح (٣/٣٧).

- ٣ - ذهب بعض الشافعية^(١)، وبعض الإمامية^(٢) إلى أن قبضه يحصل - ولو ناقصاً - بالنقل، وهو يكفي في نقل الضمان.
- ٤ - ذهب بعض الإمامية إلى أن قبضه يكون بالأخذ باليد والقبض بها^(٣).

الحالة الثانية: أن يكون المنقول مما فيه حق التوفية، وبيع جزافاً:

- اختلف الفقهاء في كيفية قبضه الذي يوجب انتقال الضمان على قولين:
- ١ - أنه يحصل بالتخلية إضافة إلى حصوله بالتناول باليد: به قال الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والإمام أحمد في رواية^(٦)، والظاهرية^(٧)، والزيدية^(٨)، والإمامية في قول^(٩)، والإباضية^(١٠).
- ٢ - أنه يحصل بالنقل، ولا تكفي التخلية: به قال الشافعية^(١١)، والحنابلة^(١٢)، والإمامية^(١٣).

- (١) كالماوردي، راجع: الحاوي (٥/٢٢٧).
- (٢) راجع: الشهيد الأول: اللعة الدمشقية (٣/٥٢٢)، والشهيد الثاني: الروضة البهية (٣/٥٢٢، ٥٢٣)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/٧٠٠) وما بعدها، والنجفي: جواهر الكلام (٢٣/١٤٩).
- (٣) راجع: العاملي: المرجع السابق (٤/٧٠٤).
- (٤) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٤٤).
- (٥) راجع: المواق: التاج والإكليل (٤/٤٧٧) مع مواهب الجليل.
- (٦) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٨)، والكافي (٢/٢٩)، ومجد الدين: المحرر (١/٣٢٣).
- (٧) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٣٦٥ م ١٢١٢، ٤٧٢/٧، ١٥٠٨).
- (٨) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٦٩)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣/٤٨).
- (٩) هذا بناء على قول المحقق الحلبي: «القبض: التخلية مطلقاً». راجع: شرائع الإسلام (٢٣/١٤٨) مع جواهر الكلام، والمختصر النافع (ص ١٢٤).
- (١٠) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (٨/٦٤).
- (١١) راجع: الماوردي: المرجع السابق، وابن الصباغ: الشامل (ص ٣٤٢)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ٣١١).
- (١٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٨)، والكافي (٢/٢٩)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/١٩٠)، وكشاف القناع (٣/٢٤٦).
- (١٣) راجع: العاملي: المرجع السابق (٤/٧٠٤)، والنجفي: المرجع السابق (٢٣/١٤٩).

الحالة الثالثة: أن يكون المنقول مما ليس فيه حق التوفية، ويتناول باليد كالأثمان، والجواهر، والحلي، وما إلى ذلك.

بِم يحصل القبض الذي يكون موجِباً لنقل الضمان؟ ذهب الفقهاء إلى اتجاهين:

أحدهما: أنه كما يحصل بالتناول باليد، يحصل كذلك بالتخلية، وهي تكفي في نقل الضمان إلى المشتري: ذهب إليه الحنفية^(١)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية^(٢)، والظاهرية^(٣)، والزيدية^(٤)، والإمامية في قول^(٥)، وبعض الإباضية^(٦).

الثاني: أنه يكون بالتناول باليد فقط: ذهب إليه المالكية^(٧)، والشافعية^(٨)، والحنابلة^(٩)، وبعض الإمامية^(١٠)، وبعض الإباضية^(١١).

- (١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٤٤).
- (٢) راجع: ابن قدامة: المغنى (٤/٢٣٨)، والكافي (٢/٢٩)، ومجد الدين: المحرر (١/٣٢٣).
- (٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٣٦٥، ٧/٢٧٢، ٤٧٢م ١٤٢٢، ١٥٠٨).
- (٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٦٩)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/٤٨).
- (٥) هذا القول مأخوذ من إطلاق القول: «القبض: التخلية مطلقاً». راجع: المحقق الحلبي: شرائع الإسلام (٢٣/١٤٨) مع جواهر الكلام، والمختصر النافع (ص ١٢٤).
- (٦) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٦٤).
- (٧) راجع: القرافي: الذخيرة (١/١٦٠)، وشرح تنقيح الفصول (ص ٤٥٥).
- (٨) راجع: الشيرازي: التنبيه (ص ٦٢)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ٣١١)، والعز بن عبد السلام: قواعد الأحكام (٢/٨٤)، والنووي: المجموع (٩/٢٧٦)، والشربيني: مغني المحتاج (٢/٧٢).
- (٩) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق قبل الأخير (٤/٢٣٨)، ومجد الدين: المرجع السابق. والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/١٩٢)، وكشاف القناع (٣/٢٤٧)، والقارئ: مجلة الأحكام الشرعية: مادة: (٣٣٣).
- (١٠) راجع: المحقق الحلبي: المرجع السابق، والحلي: الجامع للشرائع (ص ٢٤٨)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/٧٠٤، ٧٠٥)، والنجفي: جواهر الكلام (٢٣/١٤٨).
- (١١) راجع: أطفيش: المرجع السابق (٨/٦٤).

الحالة الرابعة: أن يكون المنقول مما ليس فيه حق التوفية، وينقل في العادة كالعروض، والمتاع، والدواب.

اختلف الفقهاء فيما يكون به قبضه الناقل للضمان على عدة آراء:

أحدها: أنه يكون بالتخلية، فهي تكفي فيه لنقل الضمان: ذهب إليه الحنفية^(١)، وهو قول حكاة الخراسانيون من الشافعية، أو وجه لهم^(٢)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية^(٣)، والظاهرية^(٤)، والزيدية^(٥)، وهو قول للإمامية^(٦)، والإباضية^(٧).

الثاني: أنه يكون بالنقل، فلا تكفي التخلية: ذهب إليه الشافعية في الأصح، وهو المذهب، والمشهور^(٨)، والحنابلة^(٩)، والإمامية في قول^(١٠).
الثالث: أنه يرجع إلى العرف والعادة: ذهب إليه المالكية^(١١).

- (١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٤٤، ٢٥٠).
- (٢) راجع: الغزالي: الوجيز (٨/٤٤١)، والقفال: حلية العلماء (٤/٨٢)، والرافعي: فتح العزيز (٨/٢٤٤)، والعز بن عبد السلام: قواعد الأحكام (٢/٤٨)، والنووي: المجموع (٩/٢٧٦)، والروضة (٣/٥١٥).
- (٣) راجع: القاضي: المسائل الفقهية (١/٣٢٧)، وابن هبيرة: الإفصاح (١/٣٤٤)، وابن قدامة: الكافي (٢/٢٩)، ومجد الدين: المحرر (١/٣٢٣).
- (٤) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٤٧٢م ١٥٠٨).
- (٥) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٦٩)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣/٤٨).
- (٦) راجع: المحقق الحلبي: شرائع الإسلام (٢٣/١٤٨) مع جواهر الكلام، والمختصر النافع (ص ١٢٤).
- (٧) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٦٣).
- (٨) راجع: الماوردي: الحاوي (٥/٢٢٧)، والشيرازي: النكت (ق ١٣٧أ)، والتنبيه (ص ٦٢)، والمهذب (٩/٢٧٥)، وابن الصباغ: الشامل (ص ٣٤٢)، والغزالي: المرجع السابق، والعز بن عبد السلام: المرجع السابق (٢/٨٤، ١٧٩)، والنووي: نفس المرجع الأخير.
- (٩) راجع: المراجع السابقة للمذهب.
- (١٠) راجع: المحقق الحلبي: قواعد الأحكام (٤/٦٩٩)، والحلي: الجامع للشرائع (ص ٢٤٨)، والشهيد الأول: اللمعة (٣/٥٢٢).
- (١١) راجع: مختصر خليل (٤/٤٧٧) مع مواهب الجليل، والمواق: التاج والإكليل =

الرابع: أنه يكون بالأخذ باليد، والقبض بها واستقلالها عليه سواء نقله أم لا: ذهب إليه بعض الإمامية في قول^(١)، والإباضية في قول ضعيف^(٢).

اتضح - بما تقدم - أن كيفية القبض يرتبط بها انتقال الضمان، على أن فائدة بيان كيفية القبض، وصفته - من حيث انتقال الضمان وعدمه - تظهر فيما فيه القبض شرط لانتقال الضمان. وأما فيما ليس فيه شرط لانتقاله؛ لأنه ينتقل بمجرد تمام العقد، فليس له فائدة. هذا حسب اختلاف الفقهاء فيما فيه شرط، وفيما ليس فيه شرط، كما أنه حسب المراد بتمام العقد أي: بتمام لفظي الإيجاب والقبول. وأما إذا كان المراد به ما يقتضيه العقد من التخلية بين العاقد وبين المعقود عليه على وجه يتمكن من التصرف فيه بلا مانع حسي - ذهب إليه بعض الفقهاء، كما سيأتي - فلها فائدة؛ لأن التخلية أحد نوعي القبض.

شروط التخلية:

وهي: «أن يخلي البائع - مثلاً - بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن من التصرف فيه»^(٣).

هذا، «ومتى وجدت التخلية على الوجه المذكور... صار المشتري قابضاً، وإن لم يقبضه حقيقة؛ لأن تمكنه من القبض بإذن البائع مع عدم المانع والحائل قائم مقام القبض الحقيقي، فلو هلك المبيع، هلك على المشتري لدخوله في ضمانه»^(٤).

= (٤/٤٧٧)، والحطاب: مواهب الجليل (٤/٤٧٧)، وشرح الزرقاني (٥/١٥٩)، وشرح الخرشي (٤/٦٨).

(١) راجع: المحقق الحلبي: قواعد الأحكام (٤/٦٩٩)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/٧٠٤، ٧٠٥)، والنجفي: جواهر الكلام (٢٣/١٤٩).

(٢) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٦٥).

(٣) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٤٤).

(٤) راجع: الأناسي: شرح المجلة (٢/١٩٢) نقلاً عن بحث في «القبض الحقيقي والحكمي» للدكتور نزيه حماد، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (ص٧٢٤)، العدد: السادس، الجزء الأول، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

لقد اشترط الفقهاء لاعتبار التخلية قبضاً يترتب عليه انتقال الضمان - عدة شروط: منها ما يعتبر في العقد، ومنها ما يعتبر في العاقد، ومنها ما يعتبر في المعقود عليه، كما أن منها ما هو معتبر عند عامة الفقهاء، ومنها ما هو معتبر عند بعضهم دون البعض. بيانها فيما يلي:

- ١ - أن تكون في عقد صحيح: فلو كان العقد فاسداً لم تكن التخلية فيه قبضاً، بل لا بد من نقل المنقول، والتصرف في غيره: صرح به الزيدية^(١)، وعند الحنفية فيه روايتان والصحيح: قبض^(٢).
- ٢ - أن تكون في عقد غير موقوف: فلو كان العقد موقوفاً، فلا بد من إجازة المالك لقبض المشتري المبيع بالتخلية: اعتبره الزيدية^(٣).
- ٣ - الإذن بالقبض: - وهو لا يختص بلفظ، بل كل ما يدل عليه كاف فيه - مع التخلية؛ إذ قد لا تكتفي باللفظ الصريح مع وجود المانع: أشار إليه الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥)، والإمامية^(٦).
- ٤ - أن يحضر العاقدان عند المبيع، أو المشتري، وإن لم يحضر البائع، ليتأتى إثبات اليد عليه: هذا الشرط ذكره الشافعية في وجه صحيح، لكن الأصح أنه لا يشترط حضورهما^(٧).
- ٥ - أن تكون واقعة في مبيع غير معيب، فلو كان المبيع معيباً لم تكن التخلية كافية، بل لا بد من أن ينقله المشتري: صرح به الزيدية^(٨).

(١) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٧٠)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/٤٨).

(٢) راجع: فتاوى قاضيخان (٢/٢٥٧).

(٣) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق، وابن مفتاح: المرجع السابق.

(٤) راجع: قاضيخان: المرجع السابق (٢/٢٥٨)، وابن عابدين: رد المحتار (٤/٥٦٢).

(٥) راجع: حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٤/٤١١).

(٦) راجع: العاملية: مفتاح الكرامة (٤/٦٩٨).

(٧) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٨/٤٤٣)، والشربيني: مغني المحتاج (٢/٧٢).

(٨) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق، وابن مفتاح: المرجع السابق.

- ٦ - أن لا تكون في بيع ناقص أي: مسلم بعضه: هذا عند الزيدية^(١).
- ٧ - أن يكون المبيع أمانة في يد المشتري: فلا يصح قبضه بالتخلية، بل لا بد من تحديد قبض بعد العقد بنقل، أو تصرف: اعتبره الزيدية^(٢)، وهو أيضاً مراعى عند الحنفية^(٣).
- ٨ - أن يكون المبيع حاضراً، أو قريباً من العاقدين: هذا عند أبي يوسف (ت ١٨٣هـ)، ومحمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ) وهو في ظاهر الرواية^(٤)، وهو الصحيح، بخلاف الإمام أبي حنيفة (ت ١٥٠هـ)^(٥).
- وعبر عند الزيدية: بأن يكون المبيع مقبوض الثمن، أو في حكمه أي: حكم المقبوض، نحو أن يكون حاضراً، فمتى كان كذلك صح قبضه بالتخلية، وإلا فلا^(٦).
- ٩ - أن تكون التخلية بلا مانع حسي، أو شرعي من أخذ المبيع في الحال، أو من نفعه أي: أن يكون مفرزاً، غير مشغول بحق غيره: هذا عند عامة الفقهاء^(٧).

- (١) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٧٠)، وابن مفتح: المنتزح المختار (٣/٤٨).
- (٢) راجع: نفس المصدرين.
- (٣) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٢/٤٣)، والفتاوى الهندية (٣/٢٣)، وباز: شرح المجلة (ص ١٤٢).
- (٤) يطلق ظاهر الرواية على ستة كتب للإمام محمد بن الحسن، وهي: المبسوط أو الأصل، والجامع الصغير، والجامع الكبير، والزيادات، والسير الصغير، والسير الكبير. راجع: ابن عابدين: رد المحتار (١/٦٩).
- (٥) راجع: قاضيخان: الفتاوى (٢/٢٥٧).
- (٦) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق، وابن مفتح: المرجع السابق.
- (٧) راجع: من الحنفية: قاضيخان: المرجع السابق (٢/٢٥٨)، والحصكفي: الدر المختار، وابن عابدين: المرجع السابق (٤/٥٦٢). ومن الشافعية: الشربيني: مغني المحتاج (٢/٧١)، والرملی: نهاية المحتاج (٤/٩٣). ومن الحنابلة: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٨)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٤٧١). ومن الظاهرية: ابن حزم: المحلى (٧/٤٧٢م ١٥٠٨م). ومن الزيدية: ابن المرتضى: المرجع السابق، وابن =

مذاهب الفقهاء فيما ينتقل به الضمان

سبق أن أشرنا إلى أن الضمان ليس حكماً أصلياً للعقد، بل هو أثر لازم لحكمه الأصلي وهو الملك. وعليه، فإذا تم العقد، وانتقل الملك، هل ينتقل به الضمان معه، أو يتوقف على القبض، أو من المعقود عليه ما ينتقل بالعقد مع الملك، ومنه ما لا ينتقل به، بل بالقبض؟

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الضمان ينتقل بالقبض. وأما بالعقد فهو موضع خلاف بينهم.

هذا، وأن المعقود عليه: منه ما ينتقل ضمانه بالعقد عند بعضهم، وعند بعض آخر لا ينتقل به، وذلك؛ فإن الفقهاء من بعض المذاهب الفقهية فرّقوا بين ما فيه حق التوفية - مع التفريق أيضاً بين ما بيع منه بالتقدير، وبين ما بيع منه جزافاً - وبين ما ليس فيه حق التوفية، كذلك فرّق بعضهم بين ما كان حاضراً وبين ما كان غائباً.

وعليه، فالمعقود عليه: إما أن يكون مما فيه حق التوفية - وهو بيع بالتقدير أو جزافاً - وإما أن يكون مما ليس فيه حق التوفية، كل منهما إما أن يكون حاضراً، أو غائباً. فيمكن تصنيف ذلك كله إلى قسمين:

القسم الأول: المعقود عليه مما فيه حق التوفية، وبيع بالتقدير بالمعيار الشرعي، أو مما ليس فيه حق التوفية، ولكنه كان غائباً حالة العقد، هذا غير العقار عند المالكية.

اختلف الفقهاء فيه على اتجاهين:

الأول: ضمانه لا ينتقل إلا بالقبض: ذهب إليه جمهور الفقهاء:

= مفتاح: المرجع السابق. ومن الإمامية: الشهيد الأول: اللعة الدمشقية (٣/٥٢٤)،
والعالملي: مفتاح الكرامة (٤/٦٩٨).

الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والزيدية^(٥)، والإمامية^(٦)، والإباضية^(٧).

الثاني: ضمانه ينتقل بتمام العقد الصحيح: ذهب إليه أبو ثور^(٨) (ت ٢٤٠هـ)^(٩)، والظاهرية^(١٠)، والشوكاني^(١١) (ت ١٢٥٠هـ)^(١٢)، وهو مقتضى: «القاعدة القائلة بحصول الملك بمجرد العقد، المستلزمة لكون التلف من

(١) راجع: السمناني: روضة القضاة (١/٣٥٤، ٣٩٣)، والسمرقندي: تحفة الفقهاء (٢/٤١)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٣٨، ٢٤٠، ٢٤١)، والفتاوى البزازية (٤/٥٠٠)، وابن الشحنة: لسان الحكام (ص ٣٥٦).

(٢) راجع: الباجي: المنتقى (٤/٢٥٠)، وابن رشد: بداية المجتهد (٢/١٣٩)، والقرافي: الذخيرة (٥/١٢٠، ١٢١)، والمواق: التاج والإكليل (٤/٤٧٧، ٤٧٨)، وشرح الزرقاني (٥/١٥٨، ١٦٠)، وشرح الخرشبي (٤/٦٧، ٦٩)، والنفراوي: الفواكه الدواني (٢/٩٥).

(٣) راجع: الشيرازي: التنبيه (ص ٦٢)، والغزالي: الوجيز (٨/٣٩٧)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ٢٨٢)، والرافعي: فتح العزيز (٨/٣٩٧، ٣٩٨)، والنووي: الروضة (٣/٤٩٩)، والمنهاج (٢/٦٥).

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٥)، ومجد الدين: المحزر (١/٣٢٢)، وابن رجب: القواعد (ص ٥٥ ق ٤٣)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/١٨٨، ١٨٩).

(٥) راجع: ابن المرتضى: مختصر الأزهار (٣/١٢٦)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣/١٣٣، ١٣٢).

(٦) راجع: المحقق الحلبي: شرائع الإسلام (٢٣/١٥٧) مع جواهر الكلام؛ والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/٥٩٦، ٧١٢)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٣/٢٤٩).

(٧) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٨٢)، وأطفيش: شرح كتاب النبيل (٨/٥١٤، ٥١٧).

(٨) هو: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، كان أحد الفقهاء الأعلام، والأئمة المجتهدين، وأحد أعيان المحدثين، توفي ببغداد سنة ٢٤٠هـ. راجع: النووي: تهذيب الأسماء واللغات (٢/٢٠٠، ٢٠١)، وابن خلكان: وفيات الأعيان (١/٥٦، ٥٧)، والسبكي: طبقات الشافعية (٢/٧٤).

(٩) راجع: البغوي: المرجع السابق، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/١٢٥).

(١٠) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٢٧١) أو (٨/٣٧٩) م ١٤٢٠م.

(١١) سبقت ترجمته. (١٢) راجع: السيل الجرار (٣/١٢٦).

المشتري^(١) في الفقه الإمامي، والإباضية في قول - فيما كان غائباً مما ليس فيه حق التوفية -^(٢).

القسم الثاني: المعقود عليه مما ليس فيه حق التوفية وكان حاضراً، أو مما فيه حق التوفية ولكنه بيع جزافاً، أو كان متعيناً.

بِمَ ينتقل ضمانه؟ بالعقد، أو بالقبض: فيه أيضاً اتجاهان للفقهاء:

الأول: لا ينتقل ضمانه إلا بالقبض: ذهب إليه الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، ونحوه قول إسحاق^(٥) (ت ٢٣٨هـ)، وظاهر كلام الخرقى^(٦) (ت ٣٣٤هـ) - فيما فيه حق

(١) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٥٩٦/٤).

(٢) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٥١٤/٨، ٥١٧).

(٣) راجع: مختصر الطحاوي (ص ٧٨)، والسمناني: روضة القضاة (١/٣٥٤، ٣٩٢، ٣٩٣)، والسمرقندي: تحفة الفقهاء (٤١/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٣٨، ٢٤٠، ٢٤١)، وابن الشحنة: لسان الحكام (ص ٣٥٦).

(٤) راجع: الشيرازي: التنبيه (ص ٦٢)، والغزالي: الوجيز (٨/٣٩٧)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ٢٨٢)، والرافعي: فتح العزيز (٨/٣٩٧، ٣٩٨)، والنووي: الروضة (٣/٤٩٩)، والمنهاج (٢/٦٥).

(٥) هو: أبو يعقوب، إسحاق بن إبراهيم بن مخلد، المعروف بابن زَاهُوَيْه - بفتح الراء وبعد الألف هاء ساكنة، ثم واو مفتوحة، وبعدها ياء مشاة من تحتها ساكنة. وقيل فيه أيضاً: (زَاهُوَيْه) - بفتح الراء وضم الهاء، وسكون الواو، وفتح الياء - وهو لقب أبيه، وإنما لقب بذلك؛ لأنه ولد في طريقة مكة، والطريقة بالفارسية (راه) و(ويه) معناه: وجد، فكانه وجد في الطريقة. جمع بين الحديث والفقه، والورع. قال الإمام أحمد: إسحاق عندنا إمام من أئمة المسلمين، وما عبر الجسر أفقه من إسحاق، وله مسند مشهور، توفي بنيسابور سنة ٢٣٨هـ. راجع: ابن حبان: كتاب الثقات (٨/١١٥) - (١١٦)، والسمعاني: الأنساب: ورقة (٢٤٦، ب)، وابن خلكان: وفيات الأعيان (٢/١٣٠ - ١٣٤)، وابن حجر: تهذيب التهذيب (١/٢١٦ - ٢١٩).

(٦) الخرقى - بكسر الخاء المعجمة، وفتح الراء، وبعدها القاف - هذه النسبة إلى بيع الخرق، والثياب. وهو: أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله، الخرقى، البغدادي، الحنبلي، صاحب «المختصر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل»، كان فقيهاً صالحاً، شديد الورع، توفي بدمشق سنة ٣٣٤هـ. راجع: الخطيب: تاريخ بغداد (١١/٢٣٤ - ٢٣٥)، والسمعاني: المرجع السابق: ورقة (١٩٥، ب)، وابن كثير: البداية (١٨/٢١٤).

التوفية وكان متعيناً^(١)، -، والزيدية^(٢)، والإمامية^(٣)، والإباضية في قول^(٤).

الثاني: ينتقل ضمانه بتمام العقد الصحيح: ذهب إليه ابن عمر (ت ٧٣هـ)^(٥)، وبعض المشائخ من الحنفية في العقار فقط^(٦)، والمالكية^(٧)، وأبو ثور (ت ٢٤٠هـ) من الشافعية^(٨)، والحنابلة - فيما ليس فيه حق التوفية^(٩)، -، والقاضي^(١٠) (ت ٤٥٨هـ)، وأصحابه أيضاً - فيما فيه حق التوفية، وكان متعيناً، أو بيع جزافاً^(١١)، -، والظاهرية^(١٢)، وهو اختيار^(١٣)

- (١) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٥).
- (٢) راجع: ابن المرتضى: مختصر الأزهار (٣/١٢٦) مع السيل الجرار، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/١٣٢، ١٣٣).
- (٣) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٢٣/١٥٧)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/٥٩٦، ٧١٢)، ومغنية: فقه الإمام جعفر (٣/٢٤٩).
- (٤) راجع: أطفيش: شرح كتاب النبيل (٨/٥١٤، ٥١٧).
- (٥) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٤/٤١٣).
- (٦) راجع: ابن الشحنة: لسان الحكام (ص ٣٥٦).
- (٧) راجع: الباجي: المنتقى (٤/٢٥١، ٢٨٣)، وابن رشد: بداية المجتهد (٢/١٨٤)، وشرح الزرقاني (٥/١٥٩)، والدردير: الشرح الكبير (٣/١٤٦)، والشرح الصغير (٤/٢٥٩).
- (٨) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ٢٨٢)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/١٢٥).
- (٩) راجع: ابن هبيرة: الإفصاح (١/٣٤٣)، وابن قدامة: المرجع السابق (٤/٢٣٧)، ومجد الدين: المحرر (١/٣٢٢)، وابن رجب: القواعد (ص ٥٥، ٥٦ ق ٤٣)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/١٨٩).
- (١٠) هو: أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد البغدادي، المعروف في زمانه بابن الفراء، ثم اشتهر بعد ذلك بالقاضي، كان عالماً ثقة، فقيهاً فاضلاً، وانتهت إليه رئاسة مذهب الحنابلة في عصره، عنه انتشر مذهبهم. وله تصانيف كثيرة منها: «المسائل الفقهية»، توفي ببغداد سنة ٤٥٨هـ. راجع: الخطيب: تاريخ بغداد (٢/٢٥٦)، والذهبي: سير أعلام النبلاء (١٨/٨٩ - ٩١)، وابن العماد: الشذرات (٣/٣٠٦ - ٣٠٧).
- (١١) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٤/٢٣٥).
- (١٢) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٢٧١ م ١٤٢٢).
- (١٣) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٤/٤١٢، ٤١٣).

الإمام البخاري^(١) (ت ٢٥٦هـ) صاحب «الصحیح»، والشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)^(٢).
 وقيد الحنابلة، والإباضية انتقال الضمان بتمام العقد بالألا يكون هناك
 مانع يمنع من قبض المعقود عليه.
 هذا، ومن الملاحظ:

أن المالكية، والحنابلة، والإباضية فرّقوا بين ما فيه حق التوفية، وبيع
 بالتقدير، أو جزافاً، وبين ما ليس فيه حق التوفية. وكذلك بين ما كان حاضراً
 وبين ما كان غائباً في انتقال الضمان وعدمه. وأساس هذا التفريق هو:
 الاستحسان^(٣).

بينما غيرهم من الفقهاء لم يفرّقوا بينهما.

سبب الخلاف:

هو: هل القبض شرط في العقد، أو حكم فيه، والعقد لازم دون
 القبض؟ فمن جعله شرطاً فيه، قال: لا ينتقل الضمان إلّا به، ومن جعله
 حكماً فيه، قال: ينتقل الضمان بالعقد، أو بتمام العقد^(٤).

الأدلة

رأينا فيما سبق أن ما يراد قبضه من الأشياء قسّم إلى قسمين، وفي كلّ
 قسم منهما اتجاهاً للفقهاء: اتجاه قائل: بأن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض،

(١) هو: أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، الجعفي، أمير المؤمنين
 في حديث سيد المرسلين، الحافظ، الحجة، فقيه هذه الأمة كما قاله شيخه الإمام
 أحمد بن حنبل، وألف: «الجامع الصحيح» الذي لا يحتاج في التنويه به إلى الزيادة
 على أكثر من ذكر اسمه الذي هو أعظم مواد الفقه، الحاوي لنفائس دقائقه، وبديع
 فلسفته، وبارع استنباطه، وأغزر موارده تفریباً وتأصيلًا، توفي سنة ٢٥٦هـ. راجع:
 الحجوي: الفكر السامي (٢/٨٠)، وأضف إليه ما ذكره كحالة في: معجم المؤلفين
 (٥٣/٩) من المصادر والمراجع.

(٢) راجع: السيل الجرار (٣/١٢٦).

(٣) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٥١٥).

(٤) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/١٨٤)، وابن حجر: فتح الباري (٣/٤١٣)،
 وأطفيش: المرجع السابق.

واتجاه آخر قائل: بأنه ينتقل بتمام العقد الصحيح. نورد فيما يلي أدلة كل من الاتجاهين بإيجاز؛ لأننا سنوردها بالتفصيل عندما ندرس ضمان المبيع قبل القبض.

أولاً: أدلة الاتجاه القائل: بأن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض:

استدل أصحابه بالسنة، والمعقول:

أما السنة: فمنها ما يأتي:

١ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه». وفي رواية: «حتى يقبضه» بدل «يستوفيه»^(١).

وجه الاستدلال به: الحديث نصّ على النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، ففيه دلالة على أن ضمانه لم ينتقل إلى من اشتراه؛ إذ لو انتقل إليه لجاز له التصرف فيه بالبيع^(٢)، فثبت أن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض. و«ألحق بالطعام كل ما فيه حق توفية»^(٣).

٢ - حديث: «نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض، وبيع ما لم يضمن»^(٤).

(١) حديث متفق عليه: أخرجه البخاري في: صحيحه: البيوع: باب بيع الطعام قبل أن يقبض (٤/٤٠٩ ح ٢١٣٦) من فتح الباري، ومسلم في: صحيحه: البيوع: باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١٠/٤٢٦، ٤٢٧ ح ٣٢، ٣٦ - ١٥٢٦) من شرح النووي له.

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٦).

(٣) راجع: ابن حجر: المرجع السابق (٤/٤١٠).

(٤) هكذا أورده بعض الفقهاء، وهو بمعنى حديث عتاب بن أسيد الذي سيأتي فيما بعد. كما أن الجزء الأول منه بمعنى حديث حكيم بن حزام، وهو أيضاً سيأتي فيما بعد. وأما الجزء الثاني وهو: «النهي عن بيع ما لم يضمن» فهو جزء من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص: أخرجه أبو داود في: السنن: البيوع: باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٩/٤٠٢، ٤٠٣ ح ٣٤٨٧) من عون المعبود، والترمذي في: السنن: البيوع: باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (٣/٥٢٦، ٥٢٧ ح ١٢٣٤)، وابن ماجه في: السنن: التجارات: باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن بيع ما لم يضمن (٢/٧٣٧، ٧٣٨ ح ٢١٨٨)، والدارمي في: السنن: باب في النهي عن شرطين في بيع =

وجه الدلالة من الحديث: المراد بـ«بيع ما لم يضمن»، «بيع ما بيع قبل القبض»^(١). والحديث نص على النهي عن بيع ما لم يقبض، وكذا عن ربحه، فدلّ على أن المبيع لا ينتقل ضمانه إلى المشتري إلا بعد القبض^(٢).

وأما المعقول: فبوجهين:

أحدهما: أن تسليم المبيع واجب على البائع؛ لأنه من تنمة البيع، ولأن المبيع في يده، فإذا تعذر بتلفه انفسخ العقد^(٣)، فلم ينتقل ضمانه إلى المشتري قبل التسليم والقبض.

الثاني: أن المبتاع ممنوع من تسليم ما فيه حق توفية، لا يستطيع الانتفاع به إلا بعد التوفية؛ كالذي في الذمة^(٤). فكما أن ما في الذمة لا ينتقل ضمانه إلا بعد التسليم، كذلك ما فيه حق التوفية، لا ينتقل ضمانه إلا بعد التوفية.

ثانياً: أدلة الاتجاه القائل: بأن الضمان ينتقل بتمام العقد الصحيح:

استدل أصحابه بالسنة، والأثر، والمعقول:

أما السنة: فيما يأتي:

١ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا تباع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما

= (٢/٢٥٣)، وابن الجارود في: المنتقى: المبيعات المنهي عنها من الفرر وغيره (ص ١٥٤ ح ٦٠١)، والحاكم في: المستدرک (١٧/٢). قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»، وقال الحاكم: «هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح». ووافقه الذهبي في: مختصر المستدرک (١٧/٢).

(١) راجع: البهوتي: كشف القناع (٣/٢٤٢).

(٢) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٨١)، وأطفيش: شرح كتاب النبيل (٨/٥١٥).

(٣) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٣١٣)، وابن قدامة: المغني (٤/٣٣٨)، والقرافي: الذخيرة (٥/١٢٢).

(٤) راجع: الباجي: المنتقى (٤/٢٥٠).

الأخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع^(١).

وجه الدلالة منه: «أنه يدل على أنه إذا حصل التفرق من مجلس العقد، فقد وجب البيع. ومعلوم أن وجوب البيع يقتضي دخول المبيع في ملك المشتري، وخروجه من ملك البائع، وإذا دخل في ملك المشتري، صار له غنمه - عند عامة الفقهاء - وعليه غرمه كسائر أمواله^(٢). فثبت أن الضمان ينتقل بتمام العقد الصحيح، دون توقُّفه على القبض.

٢ - حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٣).

وجه الدلالة منه: يدل الحديث على أن الخراج بمقابل الضمان. وقد اتفق عليه الفقهاء على أن خراج المبيع الحاصل قبل القبض يكون للمشتري. وعليه فيكون ضمانه عليه؛ إذ لو لم يكن كذلك لكان خراجه للبائع، وليس كذلك اتفاقاً^(٤). فثبت أن الضمان ينتقل قبل القبض بتمام العقد إذا كان صحيحاً.

وأما الأثر:

فبقول ابن عمر رضي الله عنهما: «مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من المبتاع». وفي لفظ: «من مال المشتري»^(٥).

(١) حديث متفق عليه: أخرجه البخاري في: صحيحه: البيوع: باب إذا خيّر أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع (٤/٣٠٩ ح ٢١١٢) من فتح الباري، ومسلم في: صحيحه: البيوع: باب ثبوت خيار المجلس (١٠/٤٣١ ح ٤٤ - ١٥٣١) من شرح النووي.

(٢) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/١٢٦).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٢٠١)، وابن قدامة: المغني (٤/٢٣٨)، والقرافي: الذخيرة (٥/١٢٢)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٨١)، وأطفيش: شرح كتاب النبل (٨/٥١٥).

(٥) أخرجه البخاري في: صحيحه: البيوع: باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع، أو مات قبل أن يقبضه (٤/٤١٢) تعليقاً مجزوماً به، ووصله الطحاوي في: =

وجه الدلالة: قول الصحابي: «مضت السنة» يقتضي سنة النبي ﷺ^(١). ومعنى قوله: «ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً»؛ أي: ما كان عند العقد موجوداً وغير منفصل^(٢). وهو يدل على أن الصفقة إذا أدركت شيئاً حياً، فهلك بعد ذلك عند البائع، فهو من ضمان المشتري^(٣). فكونه من ضمانه دليل على أن ضمانه قد انتقل إليه قبل القبض بتمام العقد.

وأما المعقول: فبالآتي:

- ١ - أن تلف العوض العين في عقد معاوضة يكون ممن صار إليه بنفس العقد، أصل ذلك عقد النكاح^(٤).
- ٢ - «أن تلف ما قد صار في ملك مالك لا يتلف إلا من ملكه»^(٥). فثبت أن الضمان قد انتقل إلى المالك بنفس العقد قبل القبض.

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة الاتجاه القائل: بأن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض:

نوقش الدليل الأول من السنة وهو: حديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه بوجهين:

= شرح معاني الآثار: البيوع: باب خيار البيعتين حتى يتفرقا (١٦/٤)، والدارقطني في: السنن: البيوع (٥٣/٣)، ٥٤ ح ٢١٥ عن الزهري، عن حمزة بن عبد الله بن عمر عن أبيه به. وأورده ابن أبي حاتم في: العلل (١/٣٩٤ ح ١١٨٢) من طريق حاتم بن إسماعيل عن الأوزاعي، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، عن النبي ﷺ به، وقال: «قال أبي: هذا خطأ، إنما هو الزهري عن حمزة بن عبد الله، عن أبيه». وصحح إسناده الشيخ الألباني في: إرواء الغليل (٥/١٧٣)، إذ قال: «إسناده صحيح على شرط الشيخين».

- (١) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٦).
- (٢) راجع: الطحاوي: شرح معاني الآثار (١٦/٤)، وابن حجر: فتح الباري (٤/٤١٣).
- (٣) راجع: الطحاوي: المرجع السابق، وابن حجر: المرجع السابق.
- (٤) راجع: الباجي: المتقى (٤/٢٥١).
- (٥) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/١٢٦).

أحدهما: أن ما يدل عليه الحديث هو: عدم جواز التصرف في الطعام المبيع بالبيع قبل قبضه واستيفائه فقط، فليس فيه إذن ما يدل على أنه لا بد من القبض لانتقال الضمان فلا ينتقل إلا به^(١).

الثاني: أن الاستدلال به على المدعي مبني على القول: بأن جواز التصرف، وانتقال الضمان متلازمان طرداً وعكساً^(٢)، فكما لا يجوز بيع الطعام قبل استيفائه، كذلك لا ينتقل ضمانه قبل ذلك. والنزاع في ذلك مشهور كما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)^(٣). - وستناوله بالدراسة فيما بعد - فهو استدلال بالمختلف فيه على المختلف فيه، فلا يصلح للاستدلال به على المدعي.

ونوقش الدليل الثاني من السنة وهو: حديث النهي عن بيع ما لم يقبض، وربح ما لم يضمن. بوجهين أيضاً:

أحدهما: أنه يدل على النهي عن بيع الشيء قبل قبضه، وكذا عن ربحه قبل أن يضمن فقط، فلم يأت فيه ما يدل على أن القبض لا بد منه في انتقال الضمان، وإنه شرط فيه، فلا ينتقل إلا به، لذلك يقول الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ): «ثم نمنع ثانياً كون القبض شرطاً»^(٤).

الثاني: أن الاستدلال به على أن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض أيضاً مبني على القول: بتلازم جواز التصرف، وانتقال الضمان طرداً وعكساً، وهو ليس كذلك، بل الخلاف فيه مشهور. - كما سبقت الإشارة إليه - فلا ينهض للاستدلال به على المدعي.

ونوقش الدليل الأول من المعقول وهو: تسليم المبيع واجب على البائع...:

- (١) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (١٧/٣، ١٢٦، ١٢٧).
- (٢) الطرد هو: التلازم في الثبوت. والعكس هو: التلازم في الانتفاء كقولنا: ما يلزم بالنذر يلزم بالشروع كالحج، وعكسه: ما لم يلزم بالنذر لم يلزم بالشروع. راجع: الجرجاني: التعريفات (ص ١٨٣، ١٨٩).
- (٣) في: الفتاوى (٣٩٨/٢٩).
- (٤) راجع: المرجع السابق (١٢٧/٣).

بأن التسليم يتناول: التسليم الحسي وهو: الإقباض والتقبض، والقبض باليد، والتسليم الحكمي، أو المعنوي وهو: التمكين من القبض، والتمكن منه، والتخلية بين المعقود عليه وبين من انتقل ملكه إليه بالعقد. فلو أراد التسليم الحسي فليس في وسع البائع؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقباض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء، وهذا لا يجوز^(١)، ولو أراد التسليم الحكمي، فهذا مسلّم به؛ إذ التمكين من القبض، والتخلية هي غاية ما يجب على البائع لعدم ورود دليل يدل على أنه يجب عليه زيادة على ذلك^(٢).

ونوقش الدليل الثاني من المعقول وهو: المبتاع ممنوع من تسليم ما فيه حق توفية، ولا يستطيع الانتفاع به كالذي في الذمة:

بأن قياس ما فيه حق توفية على الذي في الذمة قياس مع الفارق، وذلك؛ لأن الذي في الذمة غير متعين، كما أنه بيد المدين لمصلحة نفسه بإذن الدائن، فليس له الانتفاع به، كما ليس له تسليمه، وليس كذلك بالنسبة لما فيه حق توفية، كما أن البائع لم يمنع المشتري من القبض. وبالإضافة إلى ذلك أن عدم مقدرة المبتاع على الانتفاع به ليس من قبيل البائع، بل سببه: عدم تميّزه عن غيره.

ثانياً: مناقشة أدلة الاتجاه القائل: بأن الضمان ينتقل بتمام العقد الصحيح:

أما الدليل الأول من السنة وهو: حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «إذا تبايعا الرجلان...» فلم نجد من تعرض له بالنقاش.

وأما الدليل الثاني منها وهو: قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان».

فنوقش: «بأن (أل) في (الخراج) للعهد، وهو خراج ما رد بعيب،

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٤٤).

(٢) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/٥٥).

والمردود بعيب هو مقبوض للمشتري»^(١).

أجيب عنه: «بأن العبرة بعموم اللفظ، و(أل) غير متعينة للعهد، بل يمكن للجنس، والحقيقة، وبأنه لا يلزم من الرد بعيب أن يكون مقبوضاً لجواز أن يظهر عيب قبل قبض بإقرار البائع، أو المشاهدة، أو بشهادة»^(٢).

وأما الدليل من الأثر وهو: قول ابن عمر: «مضت السنّة أن ما أدركته...».

فلم نجد من تعرض له بالنقاش.

وأما الدليل من المعقول وهو: تلف العوض المتعين في عقد المعاوضة يكون ممن صار إليه بنفس العقد، أصل ذلك: عقد النكاح: فنوقش:
بأن الصداق في النكاح إذا كان متعيناً، هل ينتقل ضمانه بالعقد أو بالقبض مختلف فيه بين الفقهاء^(٣)، فهو قياس المختلف فيه على المختلف فيه، فلا يصلح للاستدلال به.

وأما الدليل الثاني منه وهو: تلف الملك من مالكة:

فلم نجد من تعرض له بالنقاش.

الراجع:

قبل أن نرّجح أحد الاتجاهين حسبما يقتضيه الدليل - كما هو المنهج المتبع في الفقه المقارن - يجب أن نتناول أولاً أمرين مهمين بالدراسة، يتوقف عليهما فهم الترجيح؛ لأن لهما صلة مباشرة به.

أحدهما: القبض، وتمام العقد الناقل للضمان:

بماذا يحصل القبض الناقل للضمان فيما لا ينتقل ضمانه إلا به عند

(١) راجع: أطفيش: شرح كتاب النييل (٥٠٥/٨).

(٢) راجع: نفس المصدر السابق.

(٣) راجع: البغدادي: مجمع الضمانات (ص٣٤٧)، وابن جزي: القواعد الفقهية (ص١٧٦)، والخطيب: مغني المحتاج (٣/٢٢١)، والبهوتي: الروض المربع (ص٣٧٨)، وكشاف القناع (١٤١/٥).

القائلين: بأن الضمان لا ينتقل إلا به؟ وما المراد بتمام العقد الناقل للضمان فيما ينتقل ضمانه به عند القائلين: بأن الضمان ينتقل به قبل القبض؟

الثاني: التلازم بين التصرف والضمان طرداً وعكساً:

هل جواز التصرف وانتقال الضمان متلازمان طرداً وعكساً؟ توضيح ذلك أن القائلين: بأن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض استدلوا عليه من السنة بأحاديث النهي عن بيع الشيء قبل قبضه؛ إذ لم يأت دليل يدل نصاً على ما ذهبوا إليه من عدم انتقال الضمان إلا بالقبض، غير أن صحة استدلالهم بها على ذلك مبنية على التلازم بين جواز التصرف وانتقال الضمان طرداً وعكساً؛ إذ لو لم يكن كذلك لما صح الاستدلال بها.

أولاً: بماذا يحصل القبض الناقل للضمان؟ وما المراد بتمام العقد الناقل للضمان؟

أ - بماذا يحصل القبض الناقل للضمان؟ فيه اتجاهان للفقهاء القائلين: بأن الضمان لا ينتقل إلا به:

الأول: أنه يحصل بالتخلية أي: تكفي التخلية بنقل الضمان: . . . وهي: «أن يخلي البائع - مثلاً - بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من القبض، والتصرف فيه»^(١): ذهب إليه الحنفية مطلقاً^(٢)، وهو التحقيق في المذهب المالكي؛ إذ تمكين المشتري من القبض، ثم تركه اختياراً يوجب ضمانه^(٣)، وهو وجه للشافعية فيما بيع دون اعتبار التقدير مما ينقل^(٤)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية مع التمييز^(٥)، - وهو

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٤٤).

(٢) راجع: الكاساني: المرجع السابق.

(٣) راجع: القرافي: الذخيرة (٥/١٢١).

(٤) راجع: الرافي: فتح العزيز (٨/٤٤٤).

(٥) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٨).

اختيار ابن رجب (ت ٧٩٥هـ)^(١)، -، والزيدية مطلقاً^(٢)، والإمامية مطلقاً في رأي راجح^(٣)، والإباضية في قول راجح فيما ليس فيه حق التوفية^(٤).

الثاني: أنه يحصل بالاستيفاء فيما يستوفي، وبالتناول باليد فيما يتناول بها، وبالتنقل فيما ينقل أي: لا تكفي التخلية: ذهب إليه المالكية - فيما لا يضمن بمجرد تمام العقد، وهو مما فيه حق التوفية^(٥)، والشافعية مطلقاً^(٦)، والحنابلة^(٧)، والإمامية في رأي مرجوح^(٨) والإباضية - فيما فيه حق التوفية -، وهو قول ضعيف فيما ليس فيه حق التوفية^(٩).

ب - ما المراد بتمام العقد الناقل للضمان؟ فيه أيضاً اتجاهان للفقهاء القائلين: بأن الضمان ينتقل به:

الأول: أن تمام العقد يعني حصول التمكّن من القبض؛ لأن مقتضاه: تمكين المشتري من قبض المبيع في عقد البيع مثلاً، وذلك لا يتأتى إلا بالتخلية بينهما على وجه يتمكن المشتري من قبضه دون أي عائق أو مانع يمنع منه: به صرح ابن رجب (ت ٧٩٥هـ) من الحنابلة، وهو ظاهر المذهب^(١٠)، وابن حزم (ت ٤٥٦هـ)^(١١)، والشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)^(١٢).

- (١) راجع: القواعد (ص ٥٥ ق ٤٣).
- (٢) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٦٩)، ابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/٤٨).
- (٣) راجع: الحلبي: القواعد (٤/٦٩٦) مع مفتاح الكرامة، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/٦٩٦).
- (٤) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٥١٤).
- (٥) راجع: الباجي: المنتقى (٤/٢٥٠).
- (٦) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٨/٤٤٤، ٤٤٩).
- (٧) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٨).
- (٨) راجع: العاملي: المرجع السابق.
- (٩) راجع: أطفيش: المرجع السابق (٨/٥١٤، ٥١٦).
- (١٠) راجع: المرجع السابق (ص ٥٥، ٧٤ ق ٤٣، ٥١).
- (١١) راجع: المحلى (٧/٢٧١، ٢٧٢ م ١٤٢٢).
- (١٢) راجع: السيل الجرار (٣/٥٥).

الثاني: أن تمام العقد هو: مجرد تمام اللفظ من الإيجاب والقبول دون مراعاة التمكن من قبض المعقود عليه، والتخلية بينه وبين من انتقل ملكه إليه: ذهب إليه الباجي^(١) (ت ٤٩٤هـ) من المالكية، وابن عقيل^(٢) (ت ٥١٣هـ) من الحنابلة، وهو بمثابة القبض عندهما^(٣).

هذا، وبعضهم لم يبينوا المراد منه.

فالناقل للضمان حسب اختلاف الفقهاء فيما يحصل به القبض، وفي المراد بتمام العقد هو:

١ - الاستيفاء فيما يستوفي، والتناول باليد فيما يتناول بها، والنقل فيما ينقل: هذا عند بعض الفقهاء.

٢ - التمكن من قبض المعقود عليه، والتخلية بينه وبين من انتقل ملكه إليه بالعقد: هذا عند بعض الفقهاء.

٣ - مجرد تمام اللفظ من الإيجاب والقبول، سواء حصل التمكن من القبض أم لم يحصل، ولكنه خاص بما إذا كان المعقود عليه متعيناً متميزاً، أو مما ليس فيه حق التوفية، أو فيه ذلك، ولكنه بيع جزافاً؛ لأن تمام اللفظ هو القبض في هذه الحال، وأما التخلية بين البيع وبين المشتري مثلاً فليست من باب التوفية، وإنما هي من باب تركه منع ذي الحق من حقه: هذا عند بعض الفقهاء.

أصبحت ثلاثة آراء في الناقل للضمان.

يَبْدُ أنه يمكن أن نلاحظ:

(١) راجع: المنتقى (٤/٢٨٣).

(٢) هو: أبو الوفاء، علي بن عقيل بن محمد الطفري، شيخ الحنابلة في وقته ببغداد، حسن المناظرة، سريع الخاطر. له مصنفات منها: كتاب «الفنون»، توفي سنة ٥١٣هـ. ترجم له الذهبي في: سير أعلام النبلاء (١٩/٤٤٣ - ٤٥١)، وابن كثير في: البداية والنهاية (٢/١٨٤)، وابن العماد في: شذرات الذهب (٤/٣٥)، والحجوي في: الفكر السامي (٢/٣٥٩).

(٣) راجع: ابن رجب: القواعد (ص ٥٦ ق ٤٣).

أ - أن الاختلاف بين الفقهاء القائلين: بحصول القبض الناقل للضمان بالتخلية فيما لا ينتقل ضمانه إلا به، ممن قالوا: بأن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض وبين الفقهاء القائلين: بحصول التمكّن من القبض بتمام العقد فيما ينتقل ضمانه به ممن قالوا: بأن الضمان ينتقل بتمام العقد قبل القبض - اختلاف لفظي؛ لأن التخلية بين المعقود عليه وبين من انتقل ملكه إليه برفع الحائل بينهما - يترتب عليها تمكّنه من قبضه.

ب - أن الاختلاف بين الفقهاء القائلين: بأن تمام العقد يعني: التمكّن من القبض، وبين القائلين: بأن تمام العقد يعني: مجرد تمام اللفظ من الإيجاب والقبول، سواء حصل التمكّن من القبض حسب مقتضى العقد - هذا هو الأصل - أم لم يحصل بسبب طراً بعد العقد، منع منه - اختلاف لفظي -؛ لأن المعقود عليه إذا كان متعيناً متميزاً بالعقد، وتم صحيحاً بالإيجاب والقبول، فقد حصل التمكّن من قبض المعقود عليه بمقتضى العقد الصحيح الناقل للملك؛ إذ هذا هو الأصل فيه، وأما إذا طراً بعد العقد ما يمنع من التمكّن من القبض، سواء كان من طرف البائع، أو الأجنبي، فلا تأثير له في انتقال الضمان؛ لأنه حصل بعد العقد وصحته، كما أنه يعتبر تعدياً لا يمنع من انتقال الضمان بالعقد.

فتبيّن أن الاختلاف بين الفقهاء انحصر في رأيين أو اتجاهين:

أحدهما: أن الضمان لا ينتقل إلا بالاستيفاء فيما يستوفي، وبالتناول باليد فيما يتناول بها وبالتنقل فيما ينقل، ولا تكفي التخلية لانتقال الضمان.
الثاني: أنه ينتقل بالتمكّن من القبض.

ثانياً: التلازم بين التصرف والضمان طرداً وعكساً: هل جواز التصرف وانتقال الضمان متلازمان طرداً وعكساً؟

أشرنا فيما سبق أن الاستدلال بأحاديث النهي عن بيع الشيء قبل قبضه على أن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض، يستلزم التلازم بينهما، فهل هما يا ترى كذلك؟ نحاول الإجابة عنه، وتوضيحه في إيجاز بأقوال الفقهاء في بعض المسائل:

١ - المبيع إذا كان مما له مثل:

ذهب الحنفية فيما له مثل، وباعه البائع مكايلة، أو موازنة في المكيل، والموزون، وختلّى بينه وبين من اشتراه برفع الحائل بينهما - إلى أن المبيع يخرج من ضمان البائع، ويدخل في ضمان المشتري، حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل، والوزن، يهلك على المشتري - وإلى أنه لا يجوز للمشتري بيعه، والانتفاع به قبل الكيل، والوزن^(١)، وإليه ذهب أيضاً الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية^(٢)، وهو الصحيح عند ابن رجب (ت ٧٩٥هـ)^(٣)، والزيدية^(٤)، والإمامية^(٥).

٢ - المبيع إذا كان مما ينقل:

ذهب الشافعية في وجه إلى أن التخلية في المنقول كافية لنقل الضمان إلى المشتري، غير كافية للتسلط على التصرف^(٦).
فانتقل ضمان المبيع عند هؤلاء الفقهاء في المسألتين بالتخلية، مع أن التصرف فيه لم يجز بهما عندهم.

٣ - بيع الدين ممن هو في ذمته:

ذهب جمهور الفقهاء: الحنفية^(٧)، والمالكية^(٨)، والشافعية^(٩)،

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٤٤).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٨)، إذ فيه: «قد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى: أن القبض في كل شيء بالتخلية».

(٣) راجع: القواعد (ص ٥٥ ق ٤٣).

(٤) راجع: ابن مفتاح: المتترع المختار (٣/٤٨).

(٥) راجع: العامل: مفتاح الكرامة (٤/٦٩٦، ٦٩٧).

(٦) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٨/٤٤٤).

(٧) راجع: الكاساني: المرجع السابق (٥/١٤٨).

(٨) راجع: ابن الجلاب: التفریع (٢/١٦١)، وابن جزى: القوانین الفقهية (ص ٢٣٢).

(٩) راجع: المحلى: شرح المنهاج (٢/٢١٥)، والشربيني: مغني المحتاج (٢/٧١)، وحاشية قلوبوي (٢/٢١٤).

والحنابلة^(١) إلى أن بيع الدَّين ممن هو في ذمته جائز، مع أنه ليس مضموناً على المالك .

فاستبان بوضوح بأقوال الفقهاء في المسائل المذكورة أن القول: بالتلازم بين جواز التصرف وانتقال الضمان طرداً وعكساً لا يمكن اعتباره كقول مسلم به ومتفق عليه، بل على العكس النزاع فيه مشهور على حد تعبير بعض الفقهاء المحققين^(٢)، بل وأن التحقيق في ضوء أقوال الفقهاء السابقة في تلك المسائل هو: عدم التلازم بينهما، وبه صرح ابن عقيل (ت ٥١٣هـ)^(٣)، وحققه ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)^(٤)، وابن رجب (ت ٧٩٥هـ)^(٥) من الحنابلة .

ويدل على ذلك ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما، حيث روى الحكمين أي: انتقال الضمان، وعدم جواز التصرف في المبيع قبل نقله؛ إذ قال: «مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المشتري» أو «المبتاع»^(٦). و«كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى نقله من مكانه»^(٧).

بعد بيان المراد من القبض، وتمام العقد، وبعد التحقيق في التلازم بين جواز التصرف وانتقال الضمان طرداً وعكساً. نعود إلى بيان الراجح.

- (١) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٤٣)، وابن تيمية: مجموع الفتاوى (٢٩/٤٠١)، وابن رجب: القواعد (ص ٧٩ ق ٥٢).
- (٢) صرح به ابن تيمية في: المرجع السابق (٢٩/٣٩٨) حيث قال: «فالنزاع في ذلك مشهور».
- (٣) راجع: ابن رجب: المرجع السابق.
- (٤) راجع: المرجع السابق (٢٩/٣٩٨) وما بعدها.
- (٥) راجع: المرجع السابق (ص ٧٨) وما بعدها.
- (٦) تقدم تخريجه.
- (٧) أخرجه مسلم في: صحيحه: البيوع: باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١٠/٤٢٦ ح ٣٤ - ١٥٢٧) من شرح النووي، وأبو داود في: السنن: البيوع: باب بيع الطعام قبل أن يستوفي (٣/٧٦١، ٧٦٢ ح ٣٤٩٤)، والنسائي في: السنن: البيوع: باب بيع ما يشتري من الطعام جزافاً قبل أن ينقل من مكانه (٧/٢٨٧)، وابن الجارود في: المنتقى (ص ١٥٥ ح ٦٠٧)، وأحمد في: المسند (٢/١٤٢) عن نافع، عن ابن عمر به.

فبعد عرض الأدلة لكل من الاتجاهين في كل من القسمين، وما ورد عليها من مناقشات، وما أوجب عنها إذا أمكن ذلك: يتبين لنا أن الراجح هو الاتجاه القائل: بأن الضمان ينتقل بتمام العقد، وذلك لعدة اعتبارات:

الأول: لم يأت دليل من الكتاب، ولا من السنة يدل على أنه لا بد من القبض لانتقال الضمان.

الثاني: تبين مما سبق أن التحقيق: لا تلازم بين جواز التصرف وانتقال الضمان طرداً وعكساً، وإذا كان كذلك، فلا استدلال بأحاديث النهي عن بيع الشيء قبل قبضه على عدم انتقال الضمان إلا بالقبض - المبني على التلازم - بينهما طرداً وعكساً - غير صحيح؛ فإنه بني على ما لم يثبت - هو التلازم - وعليه؛ فلا تصلح تلك الأحاديث أن تكون حجة تنهض للاستدلال بها على أن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض.

الثالث: أن العقد إذا تم مستجمعاً لأركانه وشروطه، وصح: ترتب عليه انتقال الملك شرعاً لوجوب العقد من قبل الشرع - هذا هو الأصل المتفق عليه بين الفقهاء - ومقتضاه: تمكّن من انتقال الملك إليه من قبضه شرعاً؛ لأن الشارع أوجب انتقال الملك إليه، وعليه؛ فقد مكّنه من قبضه لعدم وجود مانع من جانبه - يمنع من تمكّنه منه -.

هذا، وأما إذا حدث ما منعه من قبضه، فهو حادث بعد تمام العقد، كذلك هو تعدّد، وعليه، فلو هلك، يكون الضمان ناشئاً عن التعدي - وهو السبب غير المشروع - دون العقد، فلا يكون له تأثير في انتقال الضمان، وكيف يكون؟ وقد حدث بعد تمام العقد، ووجوب البيع من جانب الشرع، قال عليه السلام: «... فقد وجب البيع» في حديث ابن عمر رضي الله عنهما - فيما سبق - ومعلوم أن وجوب البيع من قبل الشارع يقتضي دخول المبيع في ملك المشتري، وخروجه من ملك البائع، وإذا خرج من ملكه بالعقد، فكيف يكون من ضمانه بالعقد إذا منع المشتري من قبضه بعد وجوب البيع شرعاً، بل بالتعدي، وهو السبب غير المشروع. وضمّانه به لا يؤثر فيما أوجب العقد شرعاً من انتقال الضمان تبعاً لانتقال الملك.

الرابع: تحقق أنه يتحصل التمكُّن من القبض بتمام العقد من قبَل الشارع، وعليه فيجب على البائع بعد تمام العقد مثلاً أن يرفع يده عن المبيع فوراً؛ لأن بقاءها عليه يعتبر تعدياً على ملك الغير. يقول العاملي (ت ١٢٢٦هـ) من الإمامية: «وإنما تجب عليه التخلية وهي: رفع يده عنه، والإذن له في القبض، مع عدم المانع بحيث يسهل عليه قبضه بسرعة عرفاً، فكانت هي المعتبرة في سقوط الضمان عن البائع مطلقاً، وذلك هو الذي ينبغي أن يعقل، ولا ينبغي أن يكون محل نزاع»^(١).

فوجب التخلية على البائع ليس لأنها لا ينتقل الضمان إلّا بها؛ إذ إنها ليست من باب الاستيفاء في شيء، بل من باب تركه منع ذي الحق من حقه^(٢)، ولأنها لو لم تكن كذلك من قبله يكون تعدياً على ملك الغير، فيكون ضامناً له إذا تلف، لا لكونه ملكه، بل لوضع يده على ملك غيره بطريق مضمن^(٣).

خامساً: الاستيفاء - وهو الكيل في المكيل، والوزن في الموزون، والعد في المعدود، والذرع في المذروع - وسيلة لتعيين المعقود عليه، ومعرفته، وليس من معنى القبض والتسليم في شيء^(٤)؛ لأن المبيع مثلاً قد يستوفيه البائع بالكيل بأن يكيّله، ولا يقبضه للمشتري، بل يحبسه عنده لينقده الثمن مثلاً^(٥)، وكذلك المكيل إذا قبض جزافاً ينتقل الضمان فيه إلى المشتري قبل الكيل^(٦).

فإذا كان البائع قد وجب عليه تعيين المبيع إذا كان مبهماً، ورفع يده عنه، وهو لا يحصل إلا بالاستيفاء، فقد وجب الاستيفاء عليه، لا لأنه ينتقل به الضمان، بل لأن ما وجب عليه لا يحصل إلّا به.

(١) راجع: مفتاح الكرامة (٤/٦٩٦).

(٢) راجع: الباجي: المنتقى (٤/٢٨٣).

(٣) راجع: الشربيني: مغني المحتاج (٢/٦٢).

(٤) راجع: محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (٣/٢٤٧).

(٥) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٤/٤١١).

(٦) راجع: ابن رجب: القواعد (ص ٧٩ ق ٥٢).

السادس: الإقباض، والتقبيض، ووضع اليد، والقبض بها، والنقل فعل اختياري للمشتري دون البائع، فلا معنى لإيجابه على البائع؛ إذ لا يجب عليه على الظاهر أن يأخذ بيد المشتري، ويضعها على المبيع^(١).

المطلب الثاني

أقسام الخراج وأسباب استحقاقه

وهو يحتوي على فرعين:

الفرع الأول: أقسام الخراج.

الفرع الثاني: أسباب استحقاق الخراج.

* * *

الفرع الأول

أقسام الخراج

لو تتبعنا الكتب الفقهية للمذاهب بحثاً عن تقسيم (الخراج) لوجدنا أنهم لم يتعرضوا لتقسيمه، ولكنهم تعرضوا لتقسيم الزوائد والغلات، والفوائد. وقد أوضحنا - فيما سبق - أن هذه الألفاظ ذات الصلة بالخراج؛ إذ كل ما يخرج من الشيء وما يحصل منه من نماء، وزيادة، وغلة، وفائدة، ومنفعة فهو خراجه. وعليه، فتقسيم تلك الألفاظ يعني تقسيم الخراج لشموله وتناوله لها. ومن الملاحظ أن تقسيمها إلى أقسام هو: بسبب اختلاف الحكم فيها. هذا، ومن الممكن تقسيم الخراج بناء على تقسيم الزوائد، والغلات، والفوائد.

فنبداً بتقسيم الخراج، ثم نتبعه تقسيم الفقهاء لتلك الألفاظ.

أولاً: تقسيم الخراج:

يمكن تقسيم الخراج عدة تقسيمات باعتبارات عدة:

(١) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٤/٦٩٦).

التقسيم الأول: باعتبار اتصاله بالشيء وانفصاله عنه:

فخراج الشيء إما أن يكون متصلاً به، وإما أن يكون منفصلاً عنه. فهو قسمان:

القسم الأول: ما كان متصلاً به: وهو لا يخلو من أن يكون متولداً من عينه، أو غير متولد من عينه، فهو نوعان:

النوع الأول: ما كان متصلاً به متولداً من عينه كالسمن، والكبر.

النوع الثاني: ما كان متصلاً به غير متولد من عينه كالبناء، والغرس، والصبغ، والخياطة.

القسم الثاني: ما كان منفصلاً عنه: وهو لا يخلو من أن يكون متولداً من عينه أو غير متولد من عينه. فهو نوعان:

النوع الأول: ما كان منفصلاً عنه متولداً من عينه كالولد، والثمرة، واللبن، والصوف.

النوع الثاني: ما كان منفصلاً عنه غير متولد من عينه كالكسب، والمهر، والهبة، والصدقة. وهذا التقسيم بناء على تقسيم الزوائد للفقهاء.

التقسيم الثاني: باعتبار كون الخراج أصلياً أو فرعياً:

فالخراج بهذا الاعتبار ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: ما كان أصلياً كالولد، واللبن، والصوف، والثمرة، والسمن، والكبر.

القسم الثاني: ما كان فرعياً كالكرء، والكسب، والمهر، والأجرة، وسكنى الدار، وكل منهما يتنوع إلى متصل، ومنفصل.

وهذا التقسيم بناء على تقسيم الفوائد في المذهب الزيدي.

التقسيم الثالث: باعتبار تولد الخراج عن الشيء وعدم تولده عنه:

فهو بهذا الاعتبار ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: ما كان متولداً عنه: وهو إما على هيئته وخلقته، وإما على غير هيئته وخلقته. فهو نوعان:

النوع الأول: ما كان متولداً عنه على هيئته وخلقته كالولد.

النوع الثاني: ما كان متولداً عنه على غير هيئته وخلقته كثمر النخل، ولبن الماشية، وصوفها، وما أشبه ذلك.

القسم الثاني: ما كان غير متولد عنه كالكرء، والكسب، والمنفعة. هذا التقسيم بناء على تقسيم غلات المغصوب في الفقه المالكي.

ثانياً: تقسيم الزوائد، والفوائد، والغلات للفقهاء:

إن استعمال الزوائد وتقسيمها أكثر شيوعاً في الكتب الفقهية على اختلاف انتمائها المذهبي، وكذلك الفوائد في المذهب الزيدي، وأما تقسيم الغلات فهو في المذهب المالكي.

هذا، ونذكر هذه التقسيمات اتباعاً للفقهاء، وتقريباً لفهم القارئ إلى ما في الكتب الفقهية الأصيلة من تقسيم الزوائد، والفوائد، والغلات.

١ - تقسيم الزوائد:

إذا زاد الشيء: فالزيادة لها عدة تقسيمات. نكتفي بذكر القسمين منها:

التقسيم الأول: الزيادة إما أن تكون متصلة به، وإما أن تكون منفصلة

عنه. فهي قسمان:

القسم الأول: الزيادة المتصلة به: إما متولدة منه، وإما غير متولدة. فهي

نوعان:

النوع الأول: الزيادة المتصلة به المتولدة منه كالسمن، والكبر، والتعلم،

والحمل.

النوع الثاني: الزيادة المتصلة به غير المتولدة منه كالبناء، والغرس،

والصبيغ، والخياطة.

القسم الثاني: الزيادة المنفصلة عنه: وهي أيضاً إما متولدة منه، وإما

غير متولدة. فهي نوعان.

النوع الأول: الزيادة المنفصلة عنه المتولدة منه كالولد، واللبن،

والصوف، والثمرة.

النوع الثاني: الزيادة المنفصلة عنه غير المتولدة منه كالكسب، والهبة، والصدقة، والكرء، والمهر^(١).

هذا وقد قسّم بعض الفقهاء من الشافعية الزيادة إلى زيادة متميزة، وغير متميزة^(٢) بدل متصلة ومنفصلة.

التقسيم الثاني: إذا كان الشيء المبيع قد زاد: لا يخلو أن تكون الزيادة في المبيع زيادة القيمة دون الجسم، أو زيادة في عين المبيع. فهي قسمان:

القسم الأول: الزيادة في القيمة دون العين كالزيادة في النفاذ، والمعرفة، والفصاحة.

القسم الثاني: الزيادة في عين المبيع. وهي على نوعين:

النوع الأول: أن يكون فيه نماء كالذابة المهزولة تسمن.

النوع الثاني: أن يكون معنى مضافاً.

وهو لا يخلو من أن يكون نماءً خارجاً منه، أو صفة ثابتة فيه، فإن كان نماءً خارجاً منه فعلى وجهين:

أحدهما: أن يكون من جنس المبيع كالولد.

الثاني: أن يكون من غير جنسه كثمرة الشجر، وصوف الغنم، وألبانها، وغلة العبيد.

وإن كان صفة ثابتة فيه فهو كالصبيغ، والخياطة، والقصارة، والرقم في الثوب مما لا يمكن فصله من المبيع إلاّ بفساد^(٣).

هناك تقسيمات أخرى للزوائد نكتفي بهذين التقسيمين.

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٢٨٤/٥)، والعيّني: البناية (١٥٣/٧)، والرافعي: فتح العزيز (٣٧٨/٨)، وابن قدامة: المغني (٢٥٨/٤، ٢٥٩)، والحلي: تذكرة الفقهاء (٣٩٢/٧).

(٢) راجع: الشيرازي: المهذب (٣١٢/١٣) مع تكملة المجموع.

(٣) راجع: الباجي: المنتقى (١٩٨/٤، ١٩٩).

٢ - تقسيم الفوائد:

إذا حصلت من الشيء فوائد: فهي إما أن تكون أصلية، وإما أن تكون فرعية. فهي تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الفوائد الأصلية: وضابطها: ما له جرم، أي: جزء من الشيء كالولد، واللبن، والصوف، والشمرة، والسمن، والكبر.

القسم الثاني: الفوائد الفرعية: ضابطها: ما لا جرم له من الشيء كالكرء، والكسب، وسكنى الدار، والمهر.

هذا التقسيم اشتهر عند الزيدية^(١).

٣ - تقسيم الغلات:

إذا حصلت من الشيء غلال: فهي إما أن تكون متولدة منه، وإما أن تكون غير متولدة منه، والمتولدة منه إما أن تكون على هيئته وخلقته، وإما أن تكون على غير هيئته وخلقته، فهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: غلة متولدة عن الشيء على نوعه وهيئته وخلقته كالولد.

القسم الثاني: غلة متولدة عنه على غير صورته وهيئته وخلقته كالثمر، ولبن الماشية وصوفها، وما أشبه ذلك.

القسم الثالث: غلة غير متولدة عن الشيء كالكرء، والكسب، وما أشبه ذلك. هذا التقسيم عند المالكية في الغصب بالنسبة لغلات المغصوب^(٢).

(١) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٥٠، ٣٥٢، ٣٦٥، ٣٧٦، ٣٧٨، ٣٨٢)، وابن مفتاح: المنتزع المختار والحاشية عليه (٣/٩١، ٩٢)، والسياعي: الروض النضير (٣/٢٧٢، ٤٠٤).

(٢) راجع: ابن رشد الجد: المقدمات (٢/٤٩٦، ٤٩٧)، وابن رشد: بداية المجتهد (٢/٣١٥، ٣١٦).

الفرع الثاني

أسباب استحقاق الخراج

بعد استقراء عقود المعاوضات، والشركات، وتبعتها في الكتب الفقهية ذات الاتجاهات المختلفة - نجد أن الخراج عند الفقهاء يستحق إما بالملك، أو المال، وإما بالعمل، وإما بالضمان. واستعملوا في عقود المعاوضات: الملك، والضمان، وفي عقود الشركات: المال، والعمل، والضمان. توثيقاً لذلك نسرد بعض النصوص الفقهية:

أولاً: من عقود المعاوضات:

أ - في البيع الصحيح البات:

يقول الدبوسي^(١) (ت ٤٣٠هـ) الحنفي: «... لأن الغلة مملوكة، ومالك الأصل هو مالكها على كل حال»^(٢)، والنجفي^(٣) (ت ١٢٦٦هـ) من الإمامية: «وكيف كان فالنماء بعد العقد وقبل التسليم للمشتري... لأنه نماء ملكه»^(٤).

ب - في البيع بخيار العيب:

يقول ابن عبد البر^(٥) (ت ٤٦٣هـ) من المالكية: «وما استغل المبتاع من غلة، أو خراج من المعيب، ثم رده، فهو له، ليس عليه رد شيء؛ لأن الغلة والخراج بالضمان»^(٦).

ويقول ابن الصباغ^(٧) (ت ٤٧٧هـ) من الشافعية: «والعلة في حصول

(١) تقدمت ترجمته. (٢) راجع: تأسيس النظر (ص ٥٢).

(٣) هو: محمد حسن بن باقر بن عبد الرحيم النجفي، فقيه، أصولي. من تصانيفه: «جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام»، توفي سنة ١٢٦٦هـ. راجع: البغدادي: إيضاح المكنون (٣٧٨/١) وفيه مات سنة ١٢٦٨هـ، والعاملي: أعيان الشيعة (٥/٤٤) - (٧)، وكحالة: معجم المؤلفين (١٨٤/٩).

(٤) راجع: جواهر الكلام (٨٤/٢٣). (٥) تقدمت ترجمته.

(٦) راجع: الكافي (ص ٧١١). (٧) تقدمت ترجمته.

الخراج له - أي: المشتري - أن ملكه - أي: المبيع - له، فكانت غلته له^(١). ويقول ابن قدامة^(٢) (ت ٦٢٠هـ) من الحنابلة: «... أحدهما: أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب، وهو معنى قوله: «استغلها» يعني: أخذ غلتها، وهي منافعها الحاصلة من جهتها كالخدمة، والأجرة، والكسب، وكذلك ما يوهب، ويوصى له به، فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه؛ لأن العبد لو هلك، هلك من مال المشتري»^(٣).

ويقول ابن حزم^(٤) (ت ٤٥٦هـ) من الظاهرية: «ومن رد بعيب، وقد اغتال الولد، واللبن، والتمر، والخراج، وغير ذلك، فله الرد، ولا يرد شيئاً من كل ذلك؛ لأنه حدث في ماله، وفي ملكه»^(٥).

ويقول العاملي^(٦) (ت ١٢٢٦هـ) من الإمامية: «... جعل النماء تابعاً للملك، قال: كل هذا له؛ لأنه ملكه، فله فائدته... أن الفسخ يقتضي رفع العقد من حينه، فالنماء المتجدد بين العقد والفسخ للمشتري؛ لأن الخراج بالضمان»^(٧).

ثانياً: من عقود الشركات:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الربح في المضاربة يكون لرب المال بمقابل ماله، وللعامل بمقابل عمله، وفي شركة الأموال يكون للشركاء بمقابل أموالهم، وفي شركة التقبل يكون لهم بمقابل ضمان ما تقبلوا من الأعمال عند القائلين بجوازها.

فاستحقاق الخراج في الشركات إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان. وقد صرح بهذه الأسباب الثلاثة الفقهاء.

يقول الكاساني^(٨) (ت ٥٨٧هـ) من الحنفية: «والأصل أن الربح إنما

(١) راجع: الشامل (ص ٣٣٩).

(٢) راجع: المغني (٤/٢٥٨).

(٣) راجع: المحلى (٧/٥٨٧ م ١٥٩١).

(٤) راجع: مفتاح الكرامة (٤/٦٦٣).

(٥) تقدمت ترجمته.

(٦) تقدمت ترجمته.

(٧) تقدمت ترجمته.

(٨) تقدمت ترجمته.

يستحق عندنا إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان. أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر؛ لأن الربح نماء رأس المال، فيكون لمالكه، ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة، وأما بالعمل؛ فإن المضارب يستحق الربح بعمله، فكذا الشريك. وأما بالضمان؛ فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح، ويكون ذلك بمقابل الضمان... فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل: أن من قال لغيره: تصرف في ملكك على أن لي بعض ربحه لم يجز، ولا يستحق شيئاً من الربح؛ لأنه لا مال، ولا عمل، ولا ضمان^(١).

ويقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ): «والأجنبي لا يستحق شيئاً؛ لأنه إنما يستحق الربح بمال، أو عمل، وليس هذا واحد منهما»^(٢). ويقول أيضاً: «أن الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الأبدان»^(٣).

ويقول السياغي^(٤) (ت ١٢٢١هـ) من الزيدية: «... لأن الربح يجب أن يقابل المال، أو العمل، فإذا شرط ربحاً لا يقابل مالاً، ولا عملاً، كان له حكم الربا»^(٥).

تحقق في ضوء أقوال الفقهاء أن أسباب استحقاق الخراج ثلاثة، هي: الملك أو المال، والعمل، والضمان، فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق. هذا، ويثور سؤال هنا، ويفرض نفسه: هل كل واحد منها سبب مستقل بنفسه لاستحقاق الخراج؟ أو كل واحد من المال، والعمل يحتاج إلى الضمان، أي: لا بد من أن يكون في ضمان صاحبه. والضمان يحتاج إلى واحد منهما، أي: لا بد من أن يكون ناشئاً عن أحدهما. ولكن الإجابة عن ذلك تتطلب تحرير موضع الخلاف من موضع الوفاق.

(١) راجع: بدائع الصنائع (٦/٦٢)، ويراجع أيضاً: المرغيناني: الهداية (٦/٨٧٧) مع البناية.

(٢) راجع: المغني (٥/١٤٦).

(٣) راجع: نفس المصدر (٥/١١٤).

(٤) هو: الحسين بن أحمد. تقدمت ترجمته.

(٥) راجع: الروض النضير (٣/٣٦٦).

تحريين موضع الخلاف:

يتبين لمن يتتبع الكتب الفقهية أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المال والعمل إذا كان كل منهما في ضمان صاحبه، وأن الضمان إذا كان ناشئاً عن الملك، أو العمل - سبب لاستحقاق الخراج -. وكذلك لا خلاف بينهم في أن العمل إذا كان في ضمان غير صاحبه فهو ليس بسبب لاستحقاقه.

وإنما الخلاف بينهم في أن المال إذا كان في ضمان غير مالكة، وأن الضمان إذا كان ناشئاً عن غير الملك هل يكون سبباً لاستحقاق الخراج؟ فنقطة الخلاف: المال لشخص، واليد لشخص آخر، فأى منهما يكون سبباً لاستحقاق الخراج؟

إن الضمان إذا كان ناشئاً عن غير الملك أي: عن السبب غير المشروع كوضع اليد على ملك الغير، فإنه لا يكون سبباً لاستحقاق الخراج؛ لأن المراد بالضمان في (الخراج بالضمان) الضمان الخاص أي: ضمان الملك أو العمل، وهما سيان مشروعان. هذا عند جمهور الفقهاء، وعليه، فيكون المال سبباً مستقلاً لاستحقاق الخراج في هذه الحالة عندهم.

وأما عند غيرهم من الفقهاء - والحال هذه - فإن الضمان - دون المال - يكون سبباً مستقلاً لاستحقاق الخراج؛ فإنه يستحق به ولو كان ناشئاً عن السبب غير المشروع كوضع اليد على ملك الغير تعدياً؛ لأن المراد بالضمان في (الخراج بالضمان) عندهم هو: الضمان العام أي: سواء أكان ناشئاً عن الملك أو العمل، أم كان ناشئاً عن غيرهما كالتعدي^(١).

ولقد صرح الكاساني (ت ٥٧٨هـ) من الحنفية بما يدل على ذلك؛ إذ قال بعد ذكر أسباب استحقاق الخراج الثلاثة: «وأما بالضمان، فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح، ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بضمان بقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان». فإذا كان ضمانه عليه كان

(١) راجع: المراد بالضمان في (الخراج بالضمان) عند الفقهاء في بحث: «معنى الخراج بالضمان» الإجمالي.

خراجه له، والدليل عليه: أن صانعاً تقبَّل عملاً بأجر، ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك، طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، ثبت أن كل واحد منها سبب صالح لاستحقاق الربح^(١).

فما ذهب إليه الكاساني يناقش بما يأتي:

١ - قوله: «يستحق جميع الربح» يخالفه فيه جمهور الفقهاء:

يقول القرافي^(٢) (ت ٥٨٤هـ) من المالكية: «... وإن أخذه على أن لا يتجر إلا في البز، فتجر في غيره، فخرس، ضمن، أو ربح فعلى القراض؛ لأنه لا يجوز الربح بتعديده»^(٣). ويقول أيضاً: «قال اللخمي^(٤): إذا تجر في القراض لنفسه، ضمن الخسارة والتلف لتعديده، والربح على القراض، إن كان التجر في وقت الإذن؛ لأن تعديده لا يملك الربح، وإلا فله لتمحض الغصب»^(٥).

ويقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) من الحنابلة: «إذا تعدى المضارب، وفعل ما ليس له فعله، أو اشترى شيئاً نهى عن شرائه فهو ضامن للمال...»

... ومتى اشترى ما لم يؤذن فيه، فربح فيه، فالربح لرب المال نص عليه أحمد، وبه قال أبو قلابة^(٦)،

(١) راجع: بدائع الصنائع (٦/٦٢).

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) راجع: الذخيرة (٦/٧٥).

(٤) اللخمي - بفتح اللام المشددة، وسكون الخاء المعجمة - هذه النسبة إلى لخم وجدام، قبيلتان من اليمن. راجع: السمعاني: الأنساب: ورقة (١٤٩٥).

وهو: أبو الحسن، علي بن محمد الربيعي، والمعروف باللخمي، وإنما هو ابن بنت اللخمي، كان متفناً في علوم الأدب، والحديث، والفقه، حسن الفهم، جيد الفقه والنظر، وهو أحد الأئمة الأربعة المعتمدة ترجيحاتهم في مختصر خليل، وله تعليق على المدونة، اشتهر بالتبصرة، وله اختيارات خالف فيها من تقدمه، توفي سنة ٤٧٨هـ. راجع: ابن فرحون: الديباج (٢/١٠٤، ١٠٥)، والحجوي: الفكر السامي (٢/٧٩).

(٥) راجع: نفس المصدر السابق (٦/٧٩).

(٦) أبو قلابة - بكسر القاف - هو: عبد الله بن زيد البصري، أحد الأئمة والأعلام من =

ونافع^(١) وقال إياس بن معاوية^(٢)، ومالك^(٣): الربح على ما شرطاه؛ لأنه نوع تعدد، فلا يمنع كون الربح بينهما على ما شرطاه^(٤).

ويقول ابن المرتضى^(٥) (ت ٨٤٠هـ) من الزيدية: «وإذا خالف العامل ما شرط في الحفظ، ضمن إجماعاً؛ إذ صار كالغاصب. (فرع) والربح على ما شرطاً؛ إذ لا خلل في العقد^(٦).

ويقول الشهيد الثاني^(٧) (ت ٩٦٦هـ) من الإمامية: «... فإن خالف ما عين له، ضمن المال، لكن لو ربح، كان بينهما بمقتضى الشرط^(٨). ويقول أيضاً: «ولو تجاوز ما حد له المالك من الزمان، والمكان، والصنف، ضمن، والربح على الشرط^(٩).

ويقول أطفيش^(١٠) (ت ١٣٣٢هـ) من الإباضية: «(وصحح الضمان)، ضمان رأس المال على المضارب إن تلف هو، أو بعضه بتجر، أو خسارة (إن حجر عليه بلد) أو زمان، (أو جنس فخالف)، وإن سلم، فالربح على ما عقد عليه القراض بينهما^(١١).

= التابعين، ومن الفقهاء ذوي الألباب، مات بالشام سنة ١٠٤هـ. راجع: الخزرجي: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٥٨/٢).

(١) هو: أبو عبد الله، المدني، مولى عبد الله بن عمر، كان من أعلام فقهاء المدينة، وهو أحد رجال السلسلة الذهبية التي قال البخاري فيها: أصح الأسانيد: مالك عن نافع عن ابن عمر، مات سنة ١٢٠هـ. راجع: الخزرجي: المرجع السابق (٨٩/٣)، والحجوي: الفكر السامي (٣٠٥/١).

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) راجع: المغني (١٦٥/٥).

(٥) راجع: البحر الزخار (٨٥/٥).

(٦) هو: زين الدين بن علي بن أحمد، العاملي، الشامي، الجبعي، والمعروف بابن الحاجة، الشهير بالشهيد الثاني، فقيه، أصولي، استشهد سنة ٩٦٦ أو ٩٦٥هـ. راجع: البغدادي: إيضاح المكنون (١١١/١)، وعمر رضا: معجم المؤلفين (٤/١٩٣)، وعلى غلاف الكتاب ١٠٦٢هـ.

(٧) راجع: الروضة البهية (٢١٣/٤).

(٨) راجع: المرجع السابق (٢١٨/٤).

(٩) تقدمت ترجمته.

(١٠) راجع: شرح كتاب النيل (٣٢٥/١٠).

فأبانت هذه النصوص الفقهية من مختلف المذاهب أن المال في المضاربة إذا صار مضموناً على العامل بسبب تعديه عليه؛ فإن الربح الحاصل منه يكون:

- إما لرب المال؛ لأنه نماء ملكه: إليه ذهب بعض الفقهاء من التابعين، وغيرهم.
 - وإما بينهما على حسب الشرط في العقد؛ إذ لا خلل فيه: إليه ذهب جمهور الفقهاء من التابعين، ومن الأئمة، وأصحابهم.
- وعليه، فما ذهب إليه الكاساني (ت ٥٨٧هـ) هو مخالف لما ذهب إليه أغلبية الفقهاء.

٢ - قوله: «ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان» فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له» هذا استدلال بعموم الحديث.

وهو نوقش بعدة وجوه:

- أحدها: اللفظ العام إذا ورد في سبب خاص، اختص به عند الشافعي^(١) (ت ٢٠٤هـ)، وإليه ذهب الإمام مالك^(٢) (ت ١٧٩هـ)، وأبو ثور^(٣) (ت ٢٤٠هـ)، والمزني^(٤) (ت ٢٦٤هـ)، والقفال الشاشي^(٥) (ت ٣٦٥هـ)، وأبو بكر الدقاق^(٦) (ت ٣٩٢هـ) من الشافعية.

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) تقدمت ترجمته.

(٥) القفال - بفتح القاف، وتشديد الفاء - نسبة إلى عمل الأفعال. والشاشي نسبة إلى الشاش وهي مدينة وراء نهر سجون - وهي من ثغور الترك - وهو: أبو بكر، محمد بن علي بن إسماعيل، أحد الأئمة في التفسير، والحديث، والفقه، واللغة، وإمام عصره بما وراء النهر، عنه انتشر فقه الشافعي هناك، وأول من صنّف الجدل الحسن بين الفقهاء، وله كتاب في أصول الفقه، توفي سنة ٣٦٥هـ. راجع: السمعاني: الأنساب: ورقة (٣٢٥، ٤٦٠)،؛ والسبكي: طبقات الشافعية (٣/ ٢٠٠ - ٢٢٢).

(٦) الدقاق - بفتح الدال المهملة، والألف بين القافين، والأولى مشددة - هذه النسبة إلى الدقيق وعمله، وبيعه. راجع: السمعاني: المرجع السابق: ورقة (٢٢٨). وهو: محمد بن محمد بن جعفر، ويعرف بابن الدقاق، فقيه، أصولي، وله كتاب في =

وذلك لأن اللفظ تناول محل السبب على وجه فكان نصاً في حقه إجماعاً، وكون اللفظ نصاً في محل السبب دليل على أنه لم يتناول غيره؛ إذ لو تناول غيره، لتناوله على وجه الظهور، حتى يجوز تخصيصه، وإخراجه بالدليل المخصص، ولو تناول غيره على وجه الظهور، وجب أن لا يتناول محل السبب على وجه النص؛ لأن اللفظ العام إذا كان مستغرقاً متناولاً مسميات، لا يكون متناولاً للبعض على سبيل الظهور، والبعض على وجه النص؛ لأن نسبة اللفظ العام إلى جميع المسميات نسبة واحدة^(١).

وعليه، فيكون عموم اللفظ في الحديث مخصوصاً بما ورد فيه عندهم، كما أن إفادة اللفظ العام العموم مطلقاً ليست متفقاً عليها.

الثاني: «ليس عمومها إلا بالنسبة لما ورد فيه، ولا بالنسبة إلى ما هو ضد لذلك»^(٢).

الثالث: أنه مخصص أيضاً بأدلة أخرى غير السبب الذي ورد فيه الحديث، وهي:

- ١ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].
- ٢ - قوله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام...»^(٣).
- ٣ - قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»^(٤).
- ٤ - قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»^(٥).

فلو لم يكن كذلك لترتبت عليه أمور فاسدة منها:

- ١ - مخالفته لهذه النصوص من الكتاب، والسنة التي تحرم أكل أموال الناس بالباطل، وبالتالي تأديته إلى إمكان التوصل إلى أكل أموال الناس بالباطل.

= الأصول، توفي سنة ٣٩٢هـ. راجع: الشيرازي: طبقات الفقهاء (ص ١١٨)، وابن

تغري: النجوم الزاهرة (٤/٢٠٦)، وكحالة: معجم المؤلفين (١١/٢٠٣).

(١) راجع: الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول (ص ٣٥٩، ٣٦٠).

(٢) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/٣٥٢).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

٢ - تأديته إلى أن يكون ذريعة للمعتدي، ولأهل الظلم والفساد إلى التعدي على ما شاءوا من أموال العباد.

الرابع: «يحتمل أن الألف واللام فيه معاقبة للضمير، أي: خراجه بضمانه... لكنه مع ذلك يلحق به سواء من باب القياس لعدم الفارق، فيتحد الحاصل، وإن اختلفت الطرق»^(١).

٣ - قوله: «والدليل عليه: أن صانعاً تقبل عملاً بأجر، ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك، طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، فثبت أن كل واحد منها سبب صالح لاستحقاق الربح».

يناقش بوجوه:

أحدها: الدليل: القياس، وهو قياس مع الفارق؛ لأن المقيس عليه: الضمان الناشئ عن السبب المشروع، وأما المقيس فهو: الضمان الناشئ عن السبب غير المشروع، فإن العامل أمين، فلا يكون المال مضموناً عليه إلا إذا تعدى عليه، أو قصر في حفظه، فكيف يُقاس الضمان الناشئ عن السبب غير المشروع على الضمان الناشئ عن السبب المشروع؟

الثاني: إذا ثبت فساد القياس، وبالتالي فساد الدليل، فلم يثبت أن كل واحد منها سبب مستقل صالح لاستحقاق الخراج.

الثالث: كيف يكون الضمان الناشئ عن السبب غير المشروع - وهو التعدي - الذي لا يقره الشارع سبباً للكسب؟ وهو ينافي قواعد الشريعة، ومقاصدها.

فتحقق أن الضمان لا يكون سبباً مستقلاً بنفسه لاستحقاق الخراج، بل يحتاج إلى المال أو العمل، أي: لا بدّ من أن يكون مقترناً بأحدهما وناشئاً عنه.



(١) راجع: القبلي: المنار في المختار من جواهر البحر الزخار (٤٦/٢).

الباب الثاني

تطبيقات قاعدة: الخراج بالضمان في المعاملات المالية

يمكن تقسيم هذا الباب إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: تطبيق القاعدة في عقد البيع من عقود المعاوضة.

الفصل الثاني: تطبيق القاعدة في بقية عقود المعاوضة.

الفصل الثالث: تطبيق القاعدة في الأموال المقبوضة بيد الغير.

الفصل الرابع: تطبيق القاعدة في شركة العقود.

الفصل الأول

تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في عقد البيع من عقود المعاوضة

وهو يشتمل على تمهيد، وعدة مباحث:

وذلك: أن البيع لا يخلو: من أن يكون صحيحاً - والبيع الصحيح إما أن يكون لازماً أي: باتاً، وإما أن يكون غير لازم أي: على الخيار، والخيار إما أن يكون خيار مجلس، أو شرط، أو رؤية، أو عيب - وإما أن يكون غير صحيح، وعليه فتناوله في خمسة مباحث. التمهيد: التعريف بالبيع لغةً وشرعاً.

المبحث الأول: الخراج بالضمان في البيع الصحيح البات.

المبحث الثاني: الخراج بالضمان في البيع الصحيح غير البات بخيار الشرط.

المبحث الثالث: الخراج بالضمان في البيع الصحيح غير البات بخيار الرؤية.

المبحث الرابع: الخراج بالضمان في البيع الصحيح غير البات بخيار العيب.

المبحث الخامس: الخراج بالضمان في البيع غير الصحيح.

هذا، وقد اكتفينا هنا بذكر الخراج بالضمان في البيع الصحيح بخيار الشرط دون خيار المجلس، وذلك؛ لأنه في البيع بخيار المجلس لا يختلف عنه في البيع بخيار الشرط عند القائلين بمشروعتيهما.

التمهيد تعريف البيع لغةً وشرعاً

أولاً: البيع لغة:

البيع مشتق من (بيع) الباء، والياء، والعين أصل واحد، وهو: مصدر باع الشيء يبيعه بيعاً - من باب ضرب - : ضد الشراء، والأصل فيه: مبادلة شيء بشيء أي: أخذ شيء وإعطاء شيء آخر، كما أن أحدهما يطلق على الآخر.

يقول الراغب الأصفهاني^(١) (ت ٥٠٢هـ): «البيع: إعطاء المثلن، وأخذ المثلن، والشراء: إعطاء المثلن، وأخذ المثلن، ويقال للبيع: الشراء، وللشراء: البيع، وذلك بحسب ما يتصور من المثلن، والمثلن»^(٢).

فهو من الأضداد، وقد يطلق أحدهما ويُراد به الآخر.

يقول أبو عبيد^(٣) (ت ٢٢٤هـ): «البيع من حروف الأضداد، وفي كلام العرب يقال: باع فلان: إذا اشترى وباع من غيره»^(٤).

ويقول النووي^(٥) (ت ٦٧٦هـ): «فهو من الأضداد على اصطلاح اللغويين، ومن المشترك^(٦) على اصطلاح الأصوليين»^(٧).

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) راجع: المفردات في غريب القرآن (ص ٦٧).

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) راجع: ابن منظور: لسان العرب (١/٤٠١)، مادة: (بيع).

(٥) تقدمت ترجمته.

(٦) هو: «اللفظ الواحد الدال على معنيين مختلفين أو أكثر على السواء». راجع:

السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج (١/٢٤٨).

(٧) راجع: المجموع (٩/١٤٩).

وأكثر الاستعمال: باع الشيء: إذا أخرجه عن ملكه بعوض، أو زال الملك فيه بالمعاوضة، واشترى: إذا أدخله فيه، أو تملكه بها.

وذكر الحطاب^(١) (ت ٩٥٤هـ) من المالكية: «أن لغة قريش استعمال (باع): إذا أخرج - أي: أخرج الشيء عن ملكه بعوض - و(اشترى): إذا أدخل - أي: أدخله في ملكه - وهو أفصح، وعلى ذلك اصطلاح العلماء تقريباً للفهم»^(٢).

ويطلق على كل واحد من المتعاقدين، أنه بائع، ولكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة. وجمعه: باعة.

وابتاع الشيء: اشتراه، وأباعه: عرضه للبيع^(٣).

ثانياً: البيع شرعاً:

له عند أهل الشرع من الفقهاء تعريفان:

أحدهما: تعريفه بالمعنى الأعم.

الثاني: تعريفه بالمعنى الأخص.

(١) هو: أبو عبد الله، محمد بن عبد الرحمن، أو محمد، المعروف بالحطاب الرعيني، المغربي الأصل، فقيه، أصولي، توفي سنة ٩٥٤هـ. وله كتب منها: «مواهب الجليل» شرح على مختصر الجليل. راجع: حاجي خليفة: كشف الظنون (١٦٢٨/٢)، والبغدادي: إيضاح المكنون (١٨٣/١)، وهديّة العارفين (٢٤٢/٢)، ومحمد مخلوف: شجرة النور الزكية (ص ٢٧٠)، والحجوي: الفكر السامي (٢٧٠/٢).

(٢) راجع: مواهب الجليل (٢٢١/٤، ٢٢٢).

(٣) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٣٢٧/١)، مادة: (بيع)، والأصفهاني: المفردات (ص ٦٧)، مادة: (بيع)، والمنطري: المغرب (ص ٥٦)، مادة: (بيع)، والرازي: مختار الصحاح (ص ٨٥)، مادة: (بيع)، والنووي: تحرير التنبيه (ص ١٩٦)، وابن منظور: لسان العرب (٤٠١/١)، مادة: (بيع)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٢٧)، مادة: (بيع)، والفيروزآبادي: القاموس (ص ٩١١)، مادة: (بيع)، والزبيدي: تاج العروس (٢٨٤/٥)، مادة: (بيع)، والقونوي: أنيس الفقهاء (ص ١٩٩).

تعريف البيع بالمعنى الأعم:

- ١ - عرّفه الحنفية بأنه: «مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب»^(١).
- ٢ - عرّفه المالكية بأنه: «عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة»^(٢).
- ٣ - عرّفه الشافعية بأنه: «مقابلة المال بالمال أو نحوه تملكاً»^(٣) أو: «مقابلة مال بمال على وجه مخصوص»^(٤).
- ٤ - عرّفه الحنابلة بأنه: «مبادلة المال بالمال تملكاً وتملكاً»^(٥).
- ٥ - عرّفه الزيدية بأنه: «نقل ملك بعوض على الوجه المأذون فيه»^(٦).
- ٦ - عرّفه الإمامية بأنه: «مبادلة مال بمال»^(٧) أو: «الإيجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم»^(٨).
- ٧ - عرّفه الإباضية بأنه: «إخراج الشيء من ملك على بدل له قيمة يتعوض عليه»^(٩).

تعريف البيع بالمعنى الأخص:

- ١ - عرّفه الحنفية بأنه: «مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي على وجه التراضي»^(١٠).

(١) راجع: البابرقي: العناية (٤٥٥/٥).

(٢) راجع: الدردير: الشرح الكبير (٢/٣).

(٣) راجع: النووي: المجموع (١٤٩/٩)، وروضة الطالبين (٣٣٩/٣).

(٤) راجع: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٢/٢).

(٥) راجع: ابن قدامة: المغني (٣/٤).

(٦) راجع: السياغي: الروض النضير (٢٠٥/٣).

(٧) راجع: محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (٢٢/٣).

(٨) راجع: الشهيد الأول: اللمعة الدمشقية (٢٢١/٣).

(٩) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل وشفاء العليل (٨/٨، ٩).

(١٠) هذا التعريف مأخوذ مما ذكره ابن عابدين في: رد المحتار (٤/٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣).

من تعريف البيع. راجع: مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الأعظم (ق١/ ٣٩).

- ٢ - عرّفه المالكية بأنه: «عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة، ذو مكايسة^(١)، أحد عوضيه غير ذهب، ولا فضة، معين غير العين فيه»^(٢).
- ٣ - عرّفه الشافعية بأنه: «عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين، أو منفعة على التأييد، لا على وجه القرية»^(٣).
- ٤ - عرّفه الحنابلة بأنه: «مبادلة مال ولو في الذمة، أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأييد، غير ربا، وقرض»^(٤).
- ٥ - عرّفه الزيدية بأنه: «عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين على التأييد»^(٥).

ملاحظات على التعريف:

أولاً: ملاحظات على التعريف بالمعنى الأعم:

يمكننا أن نلاحظ عليه ما يأتي:

- ١ - أن إطلاق لفظ: (مبادلة) في تعريف الحنفية، والحنابلة، والإمامية، ولفظ: (مقابلة) في تعريف الشافعية، ولفظ: (نقل) في تعريف الزيدية، ولفظ: (إخراج) في تعريف الإباضية، ليس فيها دلالة على ما يقصد من التعريف؛ فإنه لم يتعرض لكونها في عقد^(٦).
- ٢ - أن بعض التعاريف لم تشر إلى أن ذلك العقد يقتضي انتقال الملك^(٧).
- ٣ - أنها كذلك لم تتضمن دخول المنفعة في حد البيع؛ كبيع حق الممر، فخرج تملك المنفعة^(٨).

(١) أي: صاحب مغالبة ومشاححة. راجع: حاشية الدسوقي (٢/٣).

(٢) راجع: الدردير: الشرح الكبير (٢/٣).

(٣) راجع: حاشية قليوبي (١٥٢/٢) مع حاشية عميرة.

(٤) راجع: البهوتي: كشاف القناع (١٤٦/٣).

(٥) راجع: السياغي: الروض النضير (٢٠٥/٣).

(٦) راجع: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٣/٢).

(٧) راجع: الخطيب: المرجع السابق.

(٨) راجع: الخطيب: نفس المرجع السابق (٣/٢)، وحاشية البجيرمي (٢٧٦/٣)،

وحاشية الشرفاوي (٢/٢).

٤ - أن تعريف الملكية غير مانع؛ إذ يدخل فيه هبة الثواب، والصرف^(١)، والمراطلة^(٢) والسلم^{(٣)(٤)}.

ثانياً: ملاحظات على التعريف بالمعنى الأخص:

يلاحظ عليه ما يأتي:

١ - أن إطلاق لفظ: (مبادلة) في تعريفي الحنفية، والحنبلة ليس فيه ما يدل على المقصود من التعريف؛ إذ إنه لا يفيد كونها في عقد، ولا أن ذلك يقتضي انتقال الملك.

٢ - أن تعريفي الشافعية، والزيدية يدخل في كل منهما ما ليس منه، كالمصارفة، والمراطلة، والسلم، والهبة بشرط العوض.

بعد هذه الملاحظات يبدو أن الأولى بالاختيار هو: تعريف الملكية بالمعنى الأخص، فنتناوله بالشرح.

شرح التعريف:

لفظ: (عقد) جنس في التعريف، يشمل سائر العقود، كهبة الثواب، والصرف، أو المصارفة، والسلم، وغير ذلك من العقود، بالإضافة إلى البيع. وتقييده ب(معاوضة) خرج به التبرعات، كالهبة لثواب الآخرة، والصدقة؛ إذ لا معاوضة فيهما. وتقييده ب(على غير منافع) خرج به الكراء، والإجارة؛ لأنهما عقد على المنافع. وتقييده ب(ولا متعة لذة) خرج به النكاح؛ فإنه عقد معاوضة على متعة التلذذ. وتقييده ب(ذو مكايسة) خرج به هبة الثواب؛ لأنها مبنية على المكارمة. وتقييده ب(أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة) خرج به الصرف، والمراطلة؛ لأن العوضين معاً ذهب، أو فضة، أو مجتمع منهما. وتقييده

(١) هو: «بيع النقد بنقد مغاير لنوعه». راجع: حاشية الدسوقي (٢/٣).

(٢) هو: «بيع النقد من نوعه». راجع: الدسوقي: المرجع السابق.

(٣) هو: «بيع موصوف في الذمة مؤجل بثمن معجل». راجع: القارئ: مجلة الأحكام الشرعية (ص١٠٩)، مادة: (١٧٤).

(٤) راجع: الدردير: الشرح الكبير (٢/٣).

بـ(معين غير العين فيه) خرج به السلم؛ لأن غير العين في السلم لا يكون معيناً، بل يكون في الذمة. والمراد بالعين هنا: الذهب، أو الفضة، وهما رأس مال السلم^(١).



(١) راجع: الخطاب: مواهب الجليل (٤/٢٢٥)، وحاشية الدسوقي (٣/٢)، والتسولي: البهجة في شرح التحفة (٢/٣).

المبحث الأول

الخراج بالضمان في البيع الصحيح البات

وهو يحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: ضمان المبيع.

المطلب الثاني: خراج المبيع.

* * *

المطلب الأول

ضمان المبيع

تقدم أن المبيع إما أن يكون مما فيه حق التوفية، وهو كذلك إما بيع بالتقدير، أو جزافاً، وإما أن يكون مما ليس فيه حق التوفية، وهو كذلك إما أن يكون حاضراً، أو غائباً.

فالمبيع إذا هلك لا يخلو: إما أن يهلك بأفة سماوية، أو بفعل البائع، أو المشتري، أو المبيع، أو بفعل أجنبي.

وبما أن أسباب الهلاك ليس لها تأثير على انتقال الضمان، إلا نادراً، فلذلك لا يمكننا أن نذكر كل سبب على حدة، إلا إذا كان له تأثير على انتقال الضمان، فنشير إليه في حينه.

تحرير محل النزاع:

إن المبيع إذا هلك أو تلف بعد تمام العقد، فهو لا يخلو: أن يهلك أو يتلف قبل قبض المشتري له من يد البائع، أو بعد قبضه له: فإذا كان هلاكه أو تلفه بعد القبض، فهو من ضمان المشتري، بمعنى أن تكون تبعه هلاكه وتلفه

عليه من ماله، وهذا مما اتفق الفقهاء عليه. يقول ابن رشد الحفيد^(١)
(ت ٥٩٥هـ):

«لا خلاف بين المسلمين: أنه من ضمان المشتري بعد القبض» وقد
اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري^(٢).

وأما إذا كان هلاكه، وتلفه قبل القبض، فهو من ضمان من؟ البائع، أو
المشتري. فهذا موضع خلاف بينهم.

إذن هنا موضع اتفاق وهو: هلاك المبيع وتلفه بعد القبض، حيث
يكون ضمانه من المشتري بلا خلاف، وموضع خلاف وهو: هلاك المبيع
وتلفه قبل القبض، حيث اختلف الفقهاء في ضمانه على من يكون؟ البائع،
أو المشتري.

أولاً: موضع الاتفاق: هلاك المبيع وتلفه بعد القبض:

اتفق الفقهاء قاطبة: الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)،

(١) هو: محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، ويعرف بابن رشد الحفيد، أبو الوليد، عالم
حكيم، مشارك في الفقه، والطب، والمنطق وغير ذلك، توفي بمراكش سنة ٥٩٥هـ.
من تصانيفه: «بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه». راجع: عمر رضا كحالة:
معجم المؤلفين (٣١٣/٨).

(٢) راجع: بداية المجتهد (١٨٤/٢، ١٨٥).

(٣) راجع: مختصر الطحاوي (ص ٧٨)، والكاساني: بدائع الصنائع (٢٣٩/٥، ٢٤١)،
والفتاوى البزازية (٤/٥٠٠، ٥٠١)، ومجلة الأحكام العدلية، مادة (٢٩٤).

(٤) راجع: ابن رشد: المرجع السابق، والقرافي: الذخيرة (١٢١/٥)، وابن جزري:
القوانين الفقهية (ص ٢١٣)، والمواق: التاج والإكليل (٤/٤٧٧)، والنفراوي: الفواكه
الدواني (٢/٨٤، ٨٥، ٩٥)، وحاشية الدسوقي (٣/١٤٤، ١٥١).

(٥) راجع: الشيرازي: التنبيه (ص ٦٢)، والغزالي: الوجيز (٨/٣٩٧) مع فتح العزيز؛
والرافعي: فتح العزيز (٨/٣٩٧)، والنووي: روضة الطالبين (٣/٣٩٩).

(٦) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٥ - ٢٣٨)، وابن رجب: القواعد (ص ٥٥، ٦٦،
٧٤ ق ٤٣، ٥١)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٤٦٤، ٤٦٦)، والبهوتي: شرح منتهى
الإرادات (٢/١٨٨، ١٨٩)، وكشاف القناع (٣/٢٤٢).

والظاهرية^(١)، والزيدية^(٢)، والإمامية^(٣)، والإباضية^(٤)، على أن المبيع إذا هلك بعد قبض المشتري له، تكون تبعة هلاكه عليه؛ لأن البيع تقرر بقبض المبيع^(٥)، فأصبح بعد القبض في ضمان المشتري.

والهالك بأي سبب كان لا تأثير له على الضمان، إلا إذا كان بفعل البائع، حيث أتلّف المبيع في يد المشتري، وكان قبضه له بغير إذنه، والثلث حال غير منقود، فالبائع صار مسترداً بالإتلاف، فيكون من ضمانه، هذا عند الحنفية^(٦)، والشافعية، وهو المعتمد، والظاهر عندهم^(٧).

وأما عند غيرهم من الفقهاء فلم نقف على رأي لهم في كتب المذاهب الفقهية بعد.

ثانياً: موضع الخلاف وهو: هلاك المبيع وتلفه قبل القبض:

يمكن تصنيف اختلاف الفقهاء فيما إذا هلك المبيع، وتلف قبل قبض المشتري له، إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن ضمان المبيع من البائع، معناه: ينفسخ البيع، ويسقط الثمن عن المشتري^(٨)؛ فإن العقد يقتضي الضمان بالثلث^(٩)، فتكون تبعة

(١) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٢٧١، ٢٧٢ م ١٤٢٢).

(٢) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٦٩)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣/١٣٣).

(٣) راجع: الحلبي: القواعد (٤/٧١٢) مع مفتاح الكرامة، والعاملي مفتاح الكرامة (٤/٧١٢)، ومحمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (٣/٢٤٩).

(٤) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (٨/٥١٤)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٨٠).

(٥) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٣٩).

(٦) راجع: الكاساني: المرجع السابق، وابن البزاز: الفتاوى (٤/٥٠٠).

(٧) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٨/٤٠٤)، والخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٢/٦٧).

(٨) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٢/٤١)، والرافعي: المرجع السابق (٨/٣٩٨).

(٩) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٧).

الهلاك والتلف على البائع من ماله، ذهب إلى ذلك: الحنفية مطلقاً^(١)، والمالكية - فيما فيه حق التوفية وبيع بالتقدير، وكذلك فيما ليس فيه حق التوفية، ولكنه كان غائباً^(٢) -، والشافعية مطلقاً^(٣)، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، ونحوه قول إسحاق^(٤) (ت ٢٣٨هـ)، وهو ظاهر كلام الخرقى^(٥) (ت ٣٣٤هـ) - فيما فيه حق التوفية، سواء كان متعيناً أم غير متعين^(٦) -، والزيدية^(٧)، والإمامية^(٨)، كلاهما مطلقاً، والإباضية - في المكيل والموزون إذا بيع بالكيل والوزن، وفيما ليس فيه حق التوفية - في قول^(٩).

هذا إذا كان هلاك المبيع وتلفه بأفة سماوية، أو بفعل البائع، أو المبيع،

- (١) راجع: مختصر الطحاوي (ص ٧٨)، والسمرقندي: تحفة الفقهاء (٤١/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٢٣٨/٥، ٢٤٠)، والفتاوى البزازية (٥٠٠/٤)، وابن الشحنة: لسان الحكام (ص ٣٥٦).
- (٢) راجع: الباجي: المنتقى (٤/٢٥٠، ٢٥١)، وابن رشد: بداية المجتهد (١٣٩/٢)، والقرافي: الذخيرة (١٢١/٥)، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢١٣)، والمواق: التاج والإكليل (٤/٤٧٧، ٤٧٨)، وشرح الزرقاني (١٥٨/٥، ١٦٠)، وشرح الخرشى (٤/٦٧، ٦٩)، والنراوي: الفواكه الدواني (٢/٩٥).
- (٣) راجع: الشيرازي: التنبيه (ص ٦٢)، والغزالي: الوجيز (٨/٣٩٧)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ٢٨٢)، والرافعي: فتح العزيز (٨/٣٩٧، ٣٩٨)، والنووي: الروضة (٣/٤٩٩)، والمنهاج (٢/٦٥) مع مغني المحتاج.
- (٤) هو: ابن راهويه. تقدمت ترجمته.
- (٥) هو: أبو القاسم، عمر بن الحسين، الحنبلي. سبقت ترجمته.
- (٦) راجع: مختصر الخرقى (ص ٨٥)، وابن قدامة: المغني (٤/٢٣٥)، ومجد الدين: المحرر (ص ٣٢٢)، وابن رجب: القواعد (ص ٥٥، ٧٤، ٧٦ ق ٤٣، ٥١)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٤٦٤)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/١٨٨، ١٨٩).
- (٧) راجع: ابن المرتضى: مختصر الأزهار (٣/١٢٦) مع السيل الجرار، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/١٣٢، ١٣٣).
- (٨) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٢٣/١٥٧) مع جواهر الكلام، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/٧١٢)، ومحمد مغنية: فقه الإمام جعفر (٣/٢٤٩).
- (٩) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٨٢)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٥١٤، ٥١٦، ٥١٧).

أو الأجنبي. وأما إذا كان بفعل المشتري فيكون ضمانه عليه من ماله^(١).
الاتجاه الثاني: أن ضمان المبيع من المشتري أي: تبعة هلاك المبيع وتلفه تكون عليه من ماله. ذهب إليه: بعض المشايخ من الحنفية في العقار فقط^(٢)، والمالكية - فيما ليس فيه حق التوفية، وكان حاضراً معيناً، وكذلك فيما فيه ذلك الحق، ولكنه بيع جزافاً^(٣)، - وأبو ثور^(٤) (ت ٢٤٠هـ) من الشافعية^(٥)، والحنابلة - فيما ليس فيه حق التوفية، وفيما فيه حق التوفية ولكنه بيع جزافاً^(٦)، - والظاهرية مطلقاً^(٧)، والإباضية - فيما فيه حق التوفية وبيع جزافاً، وفيما ليس فيه حق التوفية في قول، وهو راجح^(٨)، - وهو اختيار الإمام البخاري^(٩) (ت ٢٥٦هـ)^(١٠)، والشوكاني^(١١) (ت ١٢٥٠هـ)^(١٢).

سبب الخلاف:

هو: هل القبض شرط في العقد، أو هو حكم فيه، والعقد لازم دون

- (١) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٤١/٢)، والدردير: الشرح الصغير (٢٦٩/٤)، والرافعي: فتح العزيز (٣٩٩/٨)، وابن قدامة: المغني (٢٣٦/٤).
- (٢) راجع: ابن الشحنة: لسان الحكام (ص ٣٥٦).
- (٣) راجع: الباجي: المنتقى (٢٥١/٤، ٢٨٣)، وابن رشد: بداية المجتهد (١٨٤/٢)، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢١٣)، وشرح الزرقاني (١٥٩/٥)، والدردير: المرجع السابق (٢٥٩/٤)، والشرح الكبير (١٤٦/٣).
- (٤) تقدمت ترجمته.
- (٥) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ٢٨٢)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/١٢٥).
- (٦) راجع: ابن هبيرة: الإفصاح (٣٤٣/١)، وابن قدامة: المرجع السابق (٢٣٥/٤) - (٢٣٧)، ومجد الدين: المحرر (ص ٣٢٢)، وابن رجب: القواعد (ص ٥٥، ٧٤ ق ٤٣، ٥١)، والمرداوي: الإنصاف (٤٦٦/٤)، والبهوتي: شرح منتهى الإيرادات (٢/١٨٩).
- (٧) راجع: ابن حزم: المحلى (٢٧١/٧، ٢٧٢ م ١٤٢٢).
- (٨) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٥١٤/٨، ٥١٦، ٥١٧).
- (٩) تقدمت ترجمته.
- (١٠) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٤١٢/٤، ٤١٣).
- (١١) سبقت ترجمته.
- (١٢) راجع: السيل الجرار (١٢٦/٣).

القبض؟ فمن قال: القبض شرط فيه، فيكون عنده ضمان المبيع إذا هلك أو تلف قبل القبض من البائع؛ لأن الضمان لا ينتقل منه إلى المشتري حتى يقبضه، ومن قال: القبض حكم فيه، فيكون عنده ضمانه من المشتري؛ فإنه يدخل في ضمانه إثر تمام العقد^(١).

الأدلة

أولاً: أدلة الاتجاه الأول:

استدل أصحاب الاتجاه الأول على ما ذهبوا إليه من أن الضمان قبل القبض من البائع بالسنة، والمعقول:

أ - السنة: منها:

١ - حديث ابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه». وفي رواية: «حتى يقبضه»^(٢).

وجه الدلالة: لو دخل الطعام قبل القبض في ضمان المشتري، جاز له بيعه، والتصرف فيه كما هو الحال بعد القبض^(٣)، ولكن لم يجز له ذلك، فلم يدخل في ضمانه، فيكون من ضمان البائع، «والحق بالطعام كل ما فيه حق توفية»^(٤).

٢ - حديث عتّاب بن أسيد^(٥) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعته إلى مكة قال

(١) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (١٨٤/٢)، وابن حجر: فتح الباري (٤١٣/٤)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (٥١٥/٨).

(٢) متفق عليه. سبق تخريجه عن ابن عمر. وأما عن ابن عباس فأخرجه البخاري: البيوع: باب بيع الطعام قبل أن يقبض (٤٠٩/٤ ح ٢١٣٥)، ومسلم: البيوع: باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (٤٢٤/١٠ ح ١٥٢٥).

(٣) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٣٦/٤).

(٤) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٤١٠/٤).

(٥) عتّاب - بفتح العين، وتشديد التاء المفتوحة، وباء موحدة - ابن أسيد - بفتح الهمزة، وكسر السين - الأموي، أبو عبد الرحمن، أسلم يوم الفتح، ولي للنبي صلى الله عليه وسلم مكة، =

له: «انهم عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا»^(١).

٣ - حديث حكيم بن حزام^(٢) قال: قلت: يا رسول الله! إنني رجل اشتري بيوعاً، فما يحل منها وما يحرم، فقال يا ابن أخي: «إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه»^(٣).

= مات يوم مات أبو بكر الصديق. راجع: ابن عبد البر: الاستيعاب (٣/١٠٢٣ - ١٠٢٤)، وابن الأثير: أسد الغابة (٣/٣٥٨ - ٣٥٩)، والخزرجي: خلاصة تذهيب تذهيب الكمال (٢/٢٠٨)، وابن حجر: تقريب التهذيب (ص٣٨٠).

(١) أخرجه محمد بن الحسن في الآثار: كتاب التجارة: الشرط في البيع (ص١٦١ ح٧٣٠)، والحسن بن زياد في مسنده، ومن طريقه أبو عبد الله بن خسرو البلخي في مسنده، والحافظ طلحة بن محمد في مسنده عن أبي حنيفة عن يحيى بن عامر، عن رجل، عن عتاب بن أسيد به. وفي بعض طرقه: «عن عبيد الله بن عبد الواحد» مكان «رجل» ذكرها الخوارزمي في جامع المسانيد (٧/٢، ٨).

وأخرجه الحافظ طلحة بن محمد في مسنده عن أبي حنيفة، عن يحيى بن عبد الله بن موهب التيمي القرشي الكوفي، عن عامر الشعبي، عن عتاب بن أسيد أن رسول الله ﷺ أمره «أن ينهى قومه عن بيع ما لم يقبض... وعن ربح ما لم يضمن». وأوردها الخوارزمي في: جامع المسانيد (٦/٢، ٧).

يقول الشيخ الغماري في: الهداية في تخريج أحاديث البداية (٧/٣٥٢): «فهذا اضطراب من أبي حنيفة في سند هذا الحديث، وهو ضعيف عند أهل الحديث».

(٢) حكيم بن حزام - بكسر المهملة - بن خويلد الأسدي، أبو خالد، ابن أخي خديجة زوج النبي ﷺ، ولد في جوف الكعبة قبل قدوم الفيل بثلاث عشرة سنة، توفي بالمدينة سنة ٥٤هـ. راجع: ابن عبد البر: الاستيعاب (١/٣٦٢)، والخزرجي: خلاصة تذهيب الكمال (١/٢٤٨).

(٣) أخرجه ابن حبان في: صحيحه: البيوع: ذكر الخبر الدال على أن كل شيء بيع سوى الطعام حكمه حكم الطعام (١١/٣٥٨ ح٤٩٨٣)، وابن الجارود في: المتقى: باب المبيعات المنهي عنها من الغرور وغيره (ص١٥٤ ح٦٠٢)، والدارقطني في: السنن: البيوع (٣/٨، ٩ ح٢٥، ٢٦، ٢٧)، وعبد الرزاق في: المصنف: البيوع: باب النهي عن بيع الطعام حتى يستوفي (٨/٣٩ ح١٤٢١٤)، والطيالسي في: المسند (ص١٨٧)، وأحمد في: المسند (٣/٤٠٢)، والطحاوي في: شرح معاني الآثار (٤/٤١)، والبيهقي في: السنن الكبرى (٥/٣١٣)، وفي: معرفة السنن والآثار: البيوع: باب الطعام قبل أن يستوفي (٤/٣٤٩) وحسن إسناده، وسيأتي المزيد أثناء المناقشة.

٤ - حديث زيد بن ثابت^(١): «أن رسول الله ﷺ نهى أن تُباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»^(٢).

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: النهي عن بيع الشيء قبل قبضه دليل على أنه غير داخل في ضمان المشتري؛ إذ لو كان قد دخل في ضمانه، لجاز بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض، ولكنه لم يجر، فدلّت هذه الأحاديث على أن المبيع قبل القبض يكون من ضمان البائع.

ب - المعقول: منه:

١ - «إن المبتاع ممنوع من تسليمه - أي: ما فيه حق توفية - لا يستطيع

(١) هو: كاتب الوحي، وأحد نجباء الأنصار، شهد بيعة الرضوان، وقرأ على النبي ﷺ، وجمع القرآن في عهد الصديق، توفي سنة ٤٥ أو ٤٨ هـ وقيل غير ذلك. راجع: ابن عبد البر: الاستيعاب (٢/٥٣٧ - ٥٤٠)، وابن الأثير الجزري: أسد الغابة (٢/٢٢١ - ٢٢٣)، والخزرجي: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (١/٣٥٠).

(٢) أخرجه أبو داود في: السنن: الإجارة: باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي (٩/٣٩٤، ٣٩٥ ح ٣٤٨٢) من عون المعبود، والدارقطني في: السنن: البيوع (٣/١٣ ح ١٣٦)، وأحمد في: المسند (٥/١٩١)، وابن حبان في: صحيحه: البيوع: باب ذكر الخبر المصرح بأن حكم الطعام وغيره من الأشياء المبيعة فيه سواء (١١/٣٦٠ ح ٤٩٨٤) من الإحسان، والطبراني في المعجم الكبير (٥/١١٣، ١١٤ ح ٤٧٨٢، ٤٧٨٣)، والبيهقي في السنن (٥/٣١٤)، والحاكم في: المستدرک (٢/٤٠) وصححه، وسكت عنه الذهبي. ويقول النووي (ت ٦٧٦هـ) في المجموع (٩/٢٧١): «رواه أبو داود بإسناد صحيح إلا أنه من رواية محمد بن إسحاق بن يسار عن أبي الزناد، وابن إسحاق مختلف في الاحتجاج به، وهو مدلس، وقد قال: «عن أبي الزناد» - أي: رواه بالنعنة - والمدلس إذا قال: «عن» لا يحتج به، لكن لم يضعف أبو داود هذا الحديث، وقد سبق أن ما لم يضعفه فهو حجة عنده، فعله اعتضد عنده أو ثبت عنده بسماع ابن إسحاق له عن أبي الزناد». قلت: لعله لم يطلع على رواية الإمام أحمد في مسنده، وابن حبان في صحيحه، فقد صرح فيهما ابن إسحاق بالتحديث. ومن المعلوم أن المدلس إذا صرح بالتحديث فقد ارتفعت شبهة التدليس عنه، وبالتالي يصح الاحتجاج به، لذلك نجد صاحب التنقيح يقول: «سنده جيد؛ فإن ابن إسحاق صرح فيه بالتحديث». راجع: الزيلعي: نصب الراية (٤/٣٢) نقلاً عنه، والعظيم آبادي: التعليق المغني على الدارقطني (٣/١٣).

الانتفاع به إلا بعد التوفية كالذي في الذمة»^(١).

٢ - إنه - قبض المبيع - قبض مستحق بعد البيع، - أو - بالبيع، فإذا تلف وتعذر وجب أن يفسخ العقد، كالقبض في الصرف، وكذلك العين المستأجرة إذا تلفت قبل انقضاء المدة، فإنها تكون من ضمان المؤجر، كذلك ههنا^(٢).

٣ - إن التسليم واجب على البائع؛ لأنه في يده، فإذا تعذر بتلفه انفسخ العقد، كالمكيل، والموزون، والمعدود^(٣)، فيكون ضمان المبيع منه.

ثانياً: أدلة الاتجاه الثاني:

استدل أصحاب الاتجاه الثاني على ما ذهبوا إليه من أن الضمان قبل القبض من المشتري - بالسنة، والأثر، والمعقول:

أ - السنة: منها:

١ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع»^(٤).

وجه الدلالة منه: يقول الشوكاني^(٥) (ت ١٢٥٠هـ): «إن النبي ﷺ قد أخبرنا بأنه إذا حصل التفرق من مجلس العقد، فقد وجب البيع، ومعلوم أن وجوب البيع يقتضي دخوله في ملك المشتري، وخروجه من ملك البائع، وإذا دخل في ملك المشتري صار له غنمه، وعليه غرمه، كسائر أمواله، فيتلف من ماله»^(٦).

(١) راجع: الباجي: المتقى (٤/٢٥٠).

(٢) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٢٠١)، والرافعي: فتح العزيز (٨/٣٩٨).

(٣) راجع: ابن الصباغ: المرجع السابق (ص ٣١٣)، وابن قدامة: المغني (٤/٣٣٨).

(٤) الحديث سبق ترجمته. (٥) تقدمت ترجمته.

(٦) راجع: السيل الجرار (٣/١٢٦).

- ٢ - حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»^(١).
وجه الدلالة منه: الخراج هو: ما يخرج من غلة الأشياء ونمائها، فكما يكون للمشتري غلة المبيع ونماؤه - قبل القبض - فعليه ضمانه، فلو كان ذلك مضموناً على البائع، لكان خراجه له، وليس كذلك اتفاقاً^(٢).
- ٣ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه». وفي رواية: «حتى يقبضه»^(٣).
وجه الدلالة منه: تخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له؛ إذ يدل بمفهومه على أن ما عدا الطعام يخالفه في ذلك، وهو إباحة بيع ما سواه قبل قبضه، وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه، وأما ما سواه بمقتضى مفهومه المخالف فيدخل في ضمانه بمجرد تمام العقد قبل القبض^(٤).

ب - الأثر: هو:

- قول ابن عمر رضي الله عنهما: «مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من المبتاع». وفي لفظ: «من مال المبتاع». وفي لفظ: «من مال المشتري»^(٥).
- وجه الدلالة منه: معنى قوله: «ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً»؛ أي: «ما كان عند العقد موجوداً وغير منفصل»^(٦)، وهو يدل على «أن الصفقة إذا أدركت شيئاً حياً، فهلك بعد ذلك عند البائع فهو من ضمان المشتري»^(٧).

(١) الحديث سبق تخريجه بالتفصيل.

(٢) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٢٠١)، وابن قدامة: المغني (٤/٢٣٨)، والقرافي: الذخيرة (٥/١٢٢)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٨١)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٥١٥).

(٣) الحديث سبق تخريجه.

(٤) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٤/٢٣٦، ٢٣٩).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) راجع: الطحاوي: شرح معاني الآثار (٤/١٦)، وابن حجر: فتح الباري (٤/٤١٣).

(٧) راجع: الطحاوي: المرجع السابق، وابن حجر: المرجع السابق.

هذا هو سنة النبي ﷺ؛ إذ إن «قول الصحابي: «مضت السنة» تقتضي سنة النبي ﷺ»^(١).

ج - المعقول: منه:

- ١ - «أن هذا عقد معاوضة، فكان تلف العوض العين فيه ممن صار إليه بنفس العقد، أصل ذلك: عقد النكاح»^(٢).
- ٢ - «أن المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية، فكان من مال المشتري كغير المكيل والموزون»^(٣).
- ٣ - «أن المبيع - الذي ليس فيه حق توفية - لا يتعلق به حق توفية، وهو من ضمان المشتري بعد قبضه، فكان من ضمانه قبله كالميراث»^(٤)؛ فإنه مضمون على من ورثه وإن تلف قبل قبضه، وليس بمضمون على غيره»^(٥).
- ٤ - «أن تلف ما قد صار في ملك مالك لا يتلف إلا من ملكه، وتضمن غير المالك ظلم له»^(٦).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة الاتجاه الأول القائل: بأن المبيع قبل القبض من ضمان البائع:

أ - نقاش الأدلة من السنة:

نوقش الدليل الأول منها: وهو: حديث النهي عن بيع الطعام قبض قبضه: بوجوه:

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٣٦/٤).

(٢) راجع: الباجي: المنتقى (٢٥١/٤). راجع: ابن قدامة: المرجع السابق.

(٣) راجع: ابن قدامة: نفس المرجع السابق (٢٣٨/٤).

(٤) راجع: الماوردي: الحاوي (٢٢٩/٥).

(٦) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (١٢٦/٣).

أحدهما: ليس فيه إلا النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، فليس فيه ما يفيد كون المبيع قبل القبض من ضمان البائع^(١).

الثاني: الاستدلال به على المدعي وهو كون المبيع قبل قبضه من ضمان البائع، مبني على أن النهي عن بيع الشيء قبل قبضه سببه: عدم انتقال ضمانه، أو على أن جواز التصرف وانتقال الضمان متلازمان طرداً، وعكساً؛ أي: حيث يجوز التصرف: ينتقل الضمان، وحيث لا يجوز التصرف: لا ينتقل، وهنا لم يجر بيع الطعام قبل قبضه، فلم ينتقل ضمانه، فيكون من ضمان البائع. وقد أشار ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) إلى أن النزاع فيه مشهور^(٢)، فهو إذن استدلال بالمختلف فيه على المختلف فيه، فلا يصلح له.

الثالث: لا نسلم بأن النهي عن بيع الشيء قبل قبضه سببه: عدم انتقال الضمان؛ إذ عدم جواز التصرف يستلزم عدم انتقال الضمان، بل سببه: تأديته إلى الربا، وهذا ما فهمه ابن عباس رضي الله عنهما، حيث أجاب عن سبب النهي قائلاً: «ألا تراهم يتبايعون بالذهب، والطعام مُرجأ»^(٣). «أي: فإذا اشترى طعاماً بمائة دينار مثلاً، ودفعها للبائع، ولم يقبض منه الطعام، ثم باع الطعام لآخر بمائة وعشرين ديناراً»^(٤). فهذا عين الربا المنهي عنه.

الرابع: بيع الطعام قبل أن يقبض، معناه: بيع ما ليس عندك، هكذا فهمه أمير المؤمنين في الحديث البخاري، حيث بوّب: بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك، وذكر تحته حديثي النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، ولم يذكر في حديثي الباب بيع ما ليس عندك، فكأنه استنبطه من النهي عن

(١) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/١٧، ١٢٦، ١٢٧).

(٢) راجع: مجموع الفتاوى (٢٩/٣٩٨).

(٣) أي: مؤخر. راجع النووي: شرح صحيح مسلم (١٠/٤٢٥)، وابن حجر: فتح الباري (٤/٤٠٩).

(٤) أخرجه مسلم في: صحيحه: البيوع: باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١٠/٤٢٥ ح ٣١ - ١٥٢٥) من شرح النووي.

(٥) راجع: ابن حجر: المرجع السابق (٤/٤١٠).

البيع قبل القبض. وبيع ما ليس عندك سبب النهي عنه: الغرر؛ لأنه يشبه بيع الغرر لاحتمال أن يتلف، أو لا يرضاه المشتري^(١).

فتبين أن النهي عن بيع الطعام قبل القبض سببه: إما الربا، وإما الغرر، فليس لأن الضمان لم ينتقل قبل القبض، فيكون من ضمان البائع.

ونوقش الدليل الثاني من السنة: وهو حديث عتّاب بن أسيد: «انهم عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمّنوا» من جهة السند: بأن فيه اضطراباً كما قاله الشيخ الغماري^(٢).

ومن جهة الدلالة بما نوقش به حديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.

ونوقش الدليل الثالث منها: وهو: حديث حكيم بن حزام: «... إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه» من جهة السند والدلالة أيضاً:

وأما من جهة السند: ففيه عبد الله بن عصمة الجشمي. قال أبو حاتم^(٣) (ت ٢٧٧هـ): «هذا الخبر مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام، ليس فيه ذكر عبد الله بن عصمة، وهذا خبر غريب»^(٤).

وقال عنه ابن حزم (ت ٤٥٦هـ): «متروك»^(٥)، وقال أبو عمر، ابن عبد البر^(٦) (ت ٤٦٣هـ): «ما أعلم لعبد الله بن عصمة جرحة، إلا أن من لم يرو عنه إلا رجل واحد، فهو مجهول عندهم»^(٧)، وعبد الحق^(٨) (ت ٥٨٢هـ):

(١) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٤/٤١٠).

(٢) راجع: الهداية في تخريج أحاديث البداية (٧/٣٥٢).

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) راجع: صحيح ابن حبان (١١/٣٦٠) من الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان.

(٥) راجع: المحلى (٧/٤٧٣م ١٥٠٨). (٦) تقدمت ترجمته.

(٧) راجع: الاستذكار (١٩/٢٦٤)، والعبارة: «إلا أن من... لعل الصواب: «إلا أنه...».

(٨) هو: أبو محمد، عبد الحق بن عبد العزيز بن عبد الله الأزدي، الإشبيلي، ويعرف بابن الخراط، كان فقيهاً، حافظاً، عالماً بالحديث، وعلله، ورجاله، زاهداً، عابداً، ناسكاً، ملازماً للسنة، توفي سنة ٥٨٢هـ. من تصانيفه الكثيرة: الأحكام الصغرى، والكبرى، والوسطى في أحاديث أصل الفقه. راجع ابن فرحون: الديباج المذهب =

«ضعيف جداً»^(١)، وتبعه ابن القطان^(٢) (ت ٦٢٨هـ)^(٣)، وقال ابن التركماني^(٤) (ت ٧٤٥هـ) رداً على تحسين البيهقي^(٥) (ت ٤٥٨هـ) للإسناد: «كيف يكون حسناً، وابن عصمة متروك، كذا قال صاحب «المحلى»، وفي «الأحكام» لعبد الحق ضعيف»^(٦).

الإجابة:

أما قول أبي حاتم (ت ٢٧٧هـ) فهو غير صحيح، وذلك:

- ١ - أن الذين ذكروا بين يوسف بن ماهك وبين حكيم بن حزام عبد الله بن عصمة - وهم أكثر - هو الصحيح. يقول صاحب «التنقيح»^(٧):
- «والصحيح أن بين يوسف وحكيم فيه عبد الله بن عصمة، وهو الجُشَمي حجازي»^(٨).

= (٢/٥٩ - ٦١)، وفيه توفي ٥٨١هـ، والحجوي: الفكر السامي (٢/٢٦٦ - ٢٢٧).

- (١) راجع: الزيلعي: نصب الراية (٤/٣٢). (٢) تقدمت ترجمته.
- (٣) راجع: الزيلعي: المرجع السابق (٤/٣٣).
- (٤) هو: علي بن عثمان المارديني، علاء الدين، الشهير بابن التركماني، ذو التصانيف الكثيرة في الفقه الحنفي، والأصول، والحديث، وغير ذلك، توفي بمصر سنة ٧٥٠هـ. الحجوي: الفكر السامي (٢/١٨٤).
- (٥) هو: أبو بكر، أحمد بن الحسن بن علي، الفقيه الشافعي. قال فيه إمام الحرمين: ما من شافعي إلا وللشافعي عليه مئة إلا البيهقي فإن له على الشافعي مئة لتصانيفه في نصرته مذهبه، توفي بنيسابور سنة ٤٥٨هـ. من تصانيفه الكثيرة: «السنن الكبرى»، و«معرفة السنن والآثار»، وغيرهما. راجع: ابن خلكان: وفيات الأعيان (١/١٦٠ - ١٦٢)، والسبكي: طبقات الشافعية (٤/٨ - ١٦).
- (٦) راجع: الجوهر النقي (٥/٣١٣).
- (٧) هو: شمس الدين، أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن عبد الهادي، المقدسي، الحنبلي، أحد الأذكياء، والجبل الراسخ، فقيه، أصولي، محدث، حافظ، مفسر، لغوي، نحوي، عارف بالرجال، توفي سنة ٧٤٤هـ. من آثاره الكثيرة: «تنقيح التحقيق» لابن الجوزي، و«الأحكام»، و«المحرر»، وغير ذلك يزيد على سبعين مصنفاً. راجع: ابن حجر: الدرر الكامنة (٣/٤٢١ - ٤٢٢)، والسيوطي: بغية الوعاة (١/٢٩ - ٣٠)، وابن العماد: شذرات الذهب (٦/١٤١).
- (٨) راجع: الزيلعي: المرجع السابق.

٢ - أن من لم يذكر بين يوسف وحكيم عبد الله بن عصمة؛ كقاسم بن أصبغ^(١) (ت ٣٤٠هـ) يحتمل أنه أسقطه من السند، أو سقط. يقول ابن القطان (ت ٦٢٨هـ): «وأنا أخاف أن يكون سقط من الإسناد ابن عصمة، ورواية الدارقطني^(٢) تبين ذلك»^(٣). بل وجزم الشيخ أحمد الغماري بذلك، حيث يقول: «فأسقط من السند عبد الله بن عصمة، وإنما وقع الإسقاط من الإسناد جزماً بدليل رواية ابن الجارود^(٤) والدارقطني وغيرهما كالبيهقي»^(٥).

فتبين بوضوح أن الخبر مشهور عن يوسف بن ماهك، عن عبد الله بن عصمة، عن حكيم بن حزام به.

وأما قول ابن حزم (ت ٤٥٦هـ):

فإنه مردود عليه، بأن ابن عصمة من رجال الصحيحين^(٦)، ووثقه ابن

(١) هو: أبو محمد، قاسم بن أصبغ بن محمد القرطبي، الشهير بالبياني نسبة إلى «بيانة» من عمل قرطبة، كان ثبناً صادقاً مأموناً من أئمة المالكية. وله مصنفات منها: «المصنف» في الحديث، و«أحكام القرآن» وغيرهما، توفي سنة ٣٤٠ هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (١٠٩/٢).

(٢) الدارقطني: - بفتح الدال، بعدها الألف، ثم الراء، والقاف المضمومة، والطاء المهملة الساكنة، وفي آخرها النون - هذه النسبة إلى دار القطن، وهي كانت محلة ببغداد. وهو: علي بن عمر بن أحمد البغدادي، الدارقطني، أبو الحسن، محدث، حافظ، فقيه، توفي ببغداد سنة ٣٨٥ هـ. ومن تصانيفه: «السنن»، و«المختلف والمؤتلف»، و«المعرفة بمذاهب الفقهاء». راجع: السمعاني: الأنساب (ق ٢١٧ ب)، والذهبي: تذكرة الحفاظ (٣/٩٩١ - ٩٩٥)، وسير أعلام النبلاء (١٦/٤٤٩ - ٤٦٠).

(٣) راجع: الزيلعي: نصب الراية (٤/٣٢). وأما رواية الدارقطني التي أشار إليها فهي أن يوسف بن ماهك حدث أن عبد الله بن عصمة حدثه أن حكيم بن حزام حدثه به. راجع: السنن (٣/٨ ح ٢٥).

(٤) تقدمت ترجمته. وأما الرواية التي أشار إليها فهي رواية يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام. راجع: المتقى (ص ١٥٤ ح ٦٠٢).

(٥) راجع: الهداية في تخريج أحاديث البداية (٧/٢٣٤).

(٦) راجع: ابن حجر: تهذيب التهذيب (٥/٣٢٢).

حبان^(١) (ت ٣٥٤هـ)، وابن خلفون^(٢) (ت ٦٣٦هـ)، وقال الحافظ ابن حجر (ت ٨٥٢هـ): «مقبول»^(٣).

وأما قول أبي عمر، ابن عبد البر (ت ٤٦٣هـ):

فهو أيضاً مردود: بأن ابن عصمة من رجال الصحيحين، وروى عنه ثلاثة: عطاء بن أبي رباح، ويوسف بن ماهك، وصفوان بن مؤهب، واحتج به النسائي^(٤)، وذكره ابن حبان في «الثقات»^(٥)، فكيف يكون مجهولاً، لذلك فقد استغربه الشيخ أحمد الغماري^(٦).

هذا؛ وإن سلمنا - تنزلاً - بأنه مجهول - من رواية ثلاثة عنه - فإنه لا يضره؛ لأنه ثقة عند ابن حبان، وابن خلفون - كما سبق - لذلك يقول ابن عبد البر (ت ٤٦٣هـ) بعد قوله السابق: «إلا أنني أقول: إن كان معروفاً بالثقة، والأمانة، والعدالة، فلا يضره إذا لم يرو عنه إلا واحداً»^(٧).

(١) هو: أبو حاتم، محمد بن حبان البستي. سبقت ترجمته.

(٢) هو: الحافظ محمد بن إسماعيل بن محمد بن خلفون، الأزدي، الأندلسي، الأوني، أبو بكر، محدث، عارف بالرجال، توفي سنة ٦٣٦هـ. ومن آثاره: «المنتقى في رجال الحديث»، و«المفهم في شيوخ البخاري، ومسلم». راجع: الذهبي: تذكرة الحفاظ (١٤٠٠/٤).

(٣) راجع: البخاري: التاريخ الكبير (١٥٨/٥)، وابن أبي حاتم: الجرح والتعديل (٢/٢ ص ١٢٦)، وابن حبان: كتاب الثقات (٢٧/٥)، وابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٣١٤).

(٤) النسائي: - بفتح النون، والسين المهملة، ويعدها همزة - نسبة إلى نساء، وهي بلدة أو مدينة بخراسان. وهو: أحمد بن شعيب بن علي، أبو عبد الرحمن، محدث، حافظ، توفي بمكة سنة ٣٠٣هـ. ومن تصانيفه: «السنن الكبرى»، و«الصغرى»، و«الضعفاء والمتروكين». راجع: السمعاني: الأنساب (ق ٥٥٩ب)، وابن خلكان: وفيات الأعيان (١٦٣/١ - ١٦٦)، والذهبي: المرجع السابق (٦٩٨/٢ - ٧٠١).

(٥) راجع: المزي: تحفة الأشراف (٧٦/٣، ٧٩)، وابن حجر: تهذيب التهذيب (٥/٣٢٢)، وتلخيص الحبير (٥/٣)، والشيخ أحمد الغماري: الهداية في تخريج أحاديث البداية (٢٣٢/٧، ٢٣٣).

(٦) راجع: المرجع السابق.

(٧) راجع: الاستذكار (١٦٤/١٩).

وأما قول عبد الحق (ت ٥٨٢هـ)، ومن تبعه كابن القطان (ت ٦٢٨هـ):
فقد أجاب عنه صاحب «التنقيح» بقوله: «وكلاهما مخطئ في ذلك، وقد
اشبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي، أو غيره، ممن يسمى عبد الله بن
عصمة»^(١).

وأما من جهة الدلالة:

فيناقش بما نوقش به حديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه. فيراجع
هناك.

وأما الدليل الرابع من السنة: وهو: حديث زيد بن ثابت: «نهى أن تُباع
السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم».

فيناقش أيضاً: بما نوقش به حديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.
يجدر بنا أن نلاحظ أن للأحاديث التي استدلت بها أصحاب الاتجاه
الأول دلالة واحدة وهي: النهي عن بيع الشيء قبل قبضه. فما يناقش به
أحدها يناقش به الآخر من جهة الدلالة.

ب - نقاش الأدلة من المعقول:

نوقش الدليل الأول منه: وهو: المبتاع ممنوع من تسليمه، لا يستطيع
الانتفاع به كالذي في الذمة:

بأن قياس ما فيه حق توفية على الذي في الذمة قياس مع الفارق؛ فإن
الذي في الذمة غير متعين مطلقاً، كما أنه بيد المدين لمصلحة نفسه بإذن
الدائن، وأما ما فيه حق توفية فهو متعين في الجملة لكونه معقوداً عليه، وإن
لم يتميز عن غيره، كما أن البائع لم يمنع المشتري من القبض، بالإضافة إلى
ذلك أن عدم مقدرة المشتري على الانتفاع به ليس من قبل البائع، بل سببه:
عدم تمييزه عن غيره مما ليس معقوداً عليه.

ونوقش الدليل الثاني منه: وهو: قبض المبيع قبض مستحق، فإذا تلف

(١) راجع: الزيلعي: نصب الراية (٤/٣٣).

وجب أن يفسخ العقد، كالقبض في الصرف، وكذلك العين المستأجرة إذا تلفت قبل انقضاء المدة فإنها تكون من ضمان المؤجر، كذلك ههنا: بعدة وجوه:

أحدها: أنه قياس مع الفارق، وذلك: أن القبض في عقد الصرف شرط لتمام العقد^(١) وهو متفق عليه^(٢) لقوله ﷺ: «... يداً بيد...»^(٣) وذلك تجنباً من شبهة الربا، لذلك لو تأخر التقابض عن المجلس بطل العقد، وليس كذلك بالنسبة لعقد البيع، بل القبض هنا أثر من آثاره، فلا يتوقف عليه تمام العقد، فلو تأخر التقابض لا يترتب عليه بطلان العقد؛ لأنه يجوز للمتعاقدين اشتراط تأخير تسليم البديلين، وتأجيل العوضين أو أحدهما إما في الثمن، وإما في المثلن^(٤).

الثاني: أن القبض هل شرط في البيع، أو حكم من أحكامه، مختلف فيه بين الفقهاء، فهو استدلال بالمختلف فيه على المختلف فيه، فلا يصلح للاحتجاج به.

الثالث: أن القبض المستحق إما أن يُراد به القبض الحكمي وهو: التخلية بين المبيع وبين المشتري، وهي ألا يحول البائع بينهما، وإما أن يُراد به القبض الحقيقي وهو التناول باليد.

فإن أُريد به القبض الحكمي فهو حاصل قبل التلف؛ لأن مقتضى العقد تسليم المبيع عقيبه بلا فصل، وهو يحصل بالتخلية بينه وبين المشتري، وهي أقصى ما يجب على البائع. يقول الكاساني (ت ٥٧٨هـ): «إن البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل؛ لأنه عقد معاوضة، تملك بتمليك، وتسليم

(١) راجع: البهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/٢٠١).

(٢) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٤/٤٤٨).

(٣) أخرجه مسلم في: صحيحه: المساقاة: باب الصرف (١١/١٦، ١٧ ح ٨١ - ١٥٨٧، ٨٢ - ١٥٨٤) مع شرح النووي عن عبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما.

(٤) راجع: ابن القيم: أعلام الموقعين (٢/٢٩).

بتسليم، فالقول بتأخير التسليم يغير مقتضى العقد^(١). وهذا ما ذهب إليه أيضاً القائلون بكون التلف من المشتري قبل القبض؛ فإن العقد بعد تمامه أوجب على البائع أن يخلي بين المبيع وبين من انتقل ملكه إليه، بالألا يحول بينهما، وبه يحصل تمكّن المشتري من قبضه، سواء قبضه بالفعل أم لا، وعليه فيكون من ضمانه إذا تلف لا من ضمان البائع؛ لأنه فعل ما وجب عليه.

هذا، فإن لم تحصل التخلية بينهما من قبّل البائع عقيب العقد بلا فصل، ثم حصل التلف والهلاك، فيكون ضمانه على البائع، ولكنه ضمان التعدي على ملك الغير، فيكون ضامناً بسبب التعدي دون العقد، وهذا خارج عما نحن فيه.

وإن أريد به القبض الحقيقي فهو متعذر؛ لأنه فعل اختياري للقبض وهو المشتري، وليس على البائع الإقباض، بل وليس في وسعه إلا التخلية، ورفع الموانع^(٢)، وذلك حاصل، فيكون التلف إذن من المشتري دون البائع وهو المطلوب.

الرابع: أن قياس المبيع على العين المستأجرة هو قياس غير صحيح، بل فاسد؛ لأن المعقود عليه في الإجارة: المنافع دون الأعيان، وهذا قول أكثر أهل العلم وهم جمهور الفقهاء^(٣)، وذلك:

أ - لأن المعقود عليه في الأصل هو: المستوفي بالعقد، وذلك هو: المنافع دون الأعيان.

ب - ولأن الأجر في مقابل المنفعة - لهذا تضمن دون العين -، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه، وإنما أضيف العقد إلى العين؛ لأنها محل المنفعة ومنشؤها^(٤).

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (١٦٦/٥).

(٢) راجع: الكاساني: المرجع السابق (٢٤٤/٥).

(٣) راجع: السمناني: روضة القضاة (٤٧٣/١)، وابن جزري: القوانين الفقهية (ص ٢٣٦)، والخطيب: مغني المحتاج (٣٣٣/٢)، وابن قدامة: المغني (٧/٦).

(٤) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٧/٦، ٨).

ج - ولأن العين لا تملك بالإجارة كما تملك بالبيع .

د - ولو كانت العين هي: المعقود عليها، لامتنع رهن العين المستأجرة^(١) .

ونوقش الدليل الثالث من المعقول: وهو: التسليم واجب على البائع؛ لأن المبيع في يده، فإذا تعذر بتلفه انفسخ العقد، كالمكيل، والموزون: بوجهين:

أحدهما: أن التسليم يتناول التسليم الحسي وهو: الإقباض باليد، والتسليم المعنوي وهو: التخلية بين المبيع وبين من انتقل ملكه إليه وهو المشتري، فلو أراد به التسليم الحسي، فهو ليس في وسع البائع؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقباض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء، وهذا لا يجوز^(٢)، كما أنه ليس من مقتضى العقد، ولو أراد به التسليم المعنوي فهذا مسلم به؛ لأنه مقتضى العقد؛ إذ «التخلية هي غاية ما يجب على البائع لعدم ورود دليل يدل على أنه يجب عليه زيادة على ذلك، فإذا تلف المبيع بعد ذلك تلف من مال المشتري؛ لأن البائع أخرجه من ملكه، وفعل ما يجب عليه من تخليته للمشتري»^(٣) .

الثاني: أن القياس على المكيل، والموزون، والمعدود قياس على المختلف فيه - فهو غير صحيح - .

ثانياً: مناقشة أدلة الاتجاه الثاني القائل: بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشتري:

أ - نقاش الأدلة من السنة:

أما الدليل الأول منها: وهو: حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً... فقد وجب البيع»:

(١) راجع: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٢/٣٣٣).

(٢) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٤٤).

(٣) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/٥٥).

فلم نجد من تعرض له من أصحاب الاتجاه الأول القائلين بكون المبيع قبل القبض من ضمان البائع - بالنقاش - .

وأما الدليل الثاني منها: هو: حديث عائشة رضي الله عنها: «الخراج بالضمان»: فقد نوقش بوجهين:

أحدهما: أن (أل) في الخراج «للعهد، وهو خراج ما ردّ بعيب، والمردود بعيب هو مقبوض للمشتري»^(١).

أجيب عنه: بوجهين:

أ - أن العبرة بعموم اللفظ، و(أل) غير متعينة للعهد، بل يمكن أن تكون للجنس أو للحقيقة.

ب - أنه لا يلزم من الردّ بعيب أن يكون مقبوضاً، لجواز أن يظهر عيب قبل القبض بإقرار البائع، أو للمشاهدة، أو بشهادة^(٢).

الثاني: أنه لا حجة في الخبر؛ لأنه لم يقل: الضمان بالخراج، وإنما قال: «الخراج بالضمان»^(٣).

أجيب عنه: بوجهين:

أ - أن الذين استدلوا به، لم يجعلوا الخراج علةً للضمان، بل جعلوا الضمان علةً للخراج، غير أن الضمان كان مختلفاً فيه على من عليه، فاحتاجوا إلى تحديد الضمان على من عليه، لأجل ذلك قالوا: إن من له الخراج - وهو المشتري هنا - فعليه الضمان. يقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ): «وقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان» يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان، لكونه جعل الضمان علةً لوجوب الخراج له، فلو كان ضمانه على البائع لكان خراجه له لوجود علة»^(٤).

(١) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٥١٥/٨).

(٢) راجع: أطفيش: المرجع السابق.

(٣) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٢٠١).

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٦٣/٤).

ب - أن قولهم: فلو كان ذلك مضموناً على البائع لكان خراجه له، وليس كذلك اتفاقاً. دليل واضح على أنهم لم يجعلوا الخراج علة للضمان، بل جعلوا الضمان علة للخراج كما سبق في وجه دلالة الحديث.

وأما الدليل الثالث من السنة: وهو: حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» فقد نوقش وجه الدلالة منه - وهو أن النهي خاص بالطعام -:

بأنه يخالف ما ذهب إليه ابن عباس رضي الله عنهما - وهو زاوي الحديث أيضاً - إذ قال لما سأل عن سبب النهي -: «ألا تراهم يتبايعون الذهب، والطعام مرجاً»^(١). أي: فإذا اشتري طعاماً بمائة دينار مثلاً، ودفعها للبائع ولم يقبض منه الطعام، ثم باع الطعام لآخر بمائة وعشرين ديناراً، وقبضها، والطعام في يد البائع، فكأنه باع مائة دينار بمائة وعشرين ديناراً»^(٢). بعد هذا التفسير يقول ابن حجر (ت ٨٥٢هـ): «وعلى هذا التفسير لا يختص النهي بالطعام»، ولذلك قال ابن عباس: «لا أحسب كل شيء إلا مثله» وهذا من تفقهه^(٣)، وهو أعلم وأعرف بما يدل عليه؛ لأنه أيضاً راويه. ويؤيده حديث حكيم بن حزام؛ فإنه يشمل بعمومه غير الطعام، كذلك حديث زيد بن ثابت، فهو مصرح بالنهي في السلع^(٤).

ب - نقاش الدليل من الأثر:

لم نجد من تعرض له بالنقاش.

ج - نقاش الأدلة من المعقول:

أما الدليل الأول منه: وهو: البيع عقد معاوضة، فكان تلف العوض العين ممن صار إليه بنفس العقد، أصل ذلك: عقد النكاح: فنوقش:

(١) سبق تخريج هذا الأثر.

(٢) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٤/٤١٠).

(٣) راجع: ابن حجر: المرجع السابق.

(٤) راجع: ابن حجر: المرجع السابق، والشوكاني: نيل الأوطار (٥/١٥٩).

بأن قياس عقد البيع على عقد النكاح هو قياس المختلف فيه على المختلف فيه؛ لأن الصداق إذا كان عيناً، فتلفت قبل القبض في يد الزوج، اختلف الفقهاء في ضمانها على من يكون^(١)؟ فلا ينهض للاحتجاج به، ولا يصلح له.

وأما الدليل الثاني منه: وهو: المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية، فكان من مال المشتري، كغير المكيل والموزون.

والدليل الثالث منه: وهو: المبيع - الذي ليس فيه حق توفية - لا يتعلق به حق توفية، وهو من ضمان المشتري بعد قبضه، فكان من ضمانه قبله، كالميراث: فنوقش كل منهما بما يأتي:

١ - أن التسليم واجب على البائع؛ لأن المبيع في يده فإذا تعذر بتلفه، انفسخ العقد، كالموزون، والمعدود، والمكيل^(٢). فيكون من ضمان البائع. أوجب عنه بما سبق، يراجع هناك^(٣).

٢ - أن القياس على الميراث قياس مع الفارق؛ فإن «الميراث لا يراعى فيه القبض، وههنا يراعى القبض، ألا ترى أنه يراعى في الدراهم والدنانير بخلاف الميراث فيهما»^(٤).

أوجب عنه: بأنه لم يأت دليل من قبل الشرع يدل على أنه لا بدّ من القبض هنا لانتقال الضمان، كانتقال الملك، وعليه فقوله: ههنا يراعى القبض غير صحيح.

وأما الدنانير والدراهم فيراعى فيهما القبض لورود نص شرعي وهو قوله ﷺ: «... يداً بيد...»، وليس كذلك بالنسبة لغيرهما، ولأن عدم مراعاته يؤدي إلى الربا، لا لأن الضمان لا يتنقل إلّا به.

(١) راجع: البغدادي: مجمع الضمانات (ص ٣٤٧)، وابن جزري: القوانين الفقهية (ص ١٧٦)، والشربيني: مغني المحتاج (٣/ ٢٢١)، والبهوتي: الروض المربع (ص ٣٧٨)، وكشاف القناع (١٤١/٥).

(٢) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٣١٣). (٣) انظر: (ص ٣٧٣) من الرسالة.

(٤) راجع: ابن الصباغ: المرجع السابق (ص ٢٠١).

الترجيح:

قبل أن ندخل في ترجيح أحد الاتجاهين، يجب علينا أن نشير إلى أن الترجيح هنا يرتبط تمام الارتباط بالترجيح فيما ينتقل به الضمان: القبض أو العقد؟ وأسبابه هناك هي نفس الأسباب هنا مع بعض التغيير، إلا أننا هنا سنحاول تلخيص تلك الأسباب مع بعض التغييرات.

بالنظر في أدلة كل من الاتجاهين، وما ورد عليها من مناقشات، وما أجيب عنها متى تمكنا من ذلك - يبدو أن الأولى بالترجيح هو: أن المبيع قبل القبض من ضمان المشتري بمقتضى العقد، هذا ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني وذلك لعدة أسباب آتية:

١ - أن أدلة أصحاب الاتجاه الأول القائلين: بأن المبيع قبل القبض من ضمان البائع لم تسلم من النقاش، وذلك:

أ - أن الأدلة من السنة وهي أحاديث النهي عن بيع الشيء قبل قبضه كلها ليست نصاً على المدعي، فالاستدلال بها على كون المبيع قبل القبض من ضمان البائع مبني على ثبوت التلازم بين جواز التصرف وانتقال الضمان طرداً وعكساً، وقد حققنا - في الترجيح فيما ينتقل به ضمان المبيع؟ - أنه لا تلازم في ضوء ما سقنا من أقوال الفقهاء، وبه صرح ابن عقيل (ت ٥١٣هـ)، وهو تحقيق ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، وابن رجب (ت ٧٩٥هـ) كلهم من الحنابلة^(١).

وإذا كان ذلك كذلك، فالاستدلال بها غير صحيح، فلا تصلح أن تكون حجة تنهض للاحتجاج بها على كون المبيع قبل قبضه من ضمان البائع.

ب - أن الأدلة من المعقول هي الأقيسة مع الفوارق، فهي لا تصلح أيضاً أن تقوم حجة للاستدلال بها.

٢ - أنه لم يأت دليل صريح من قبل الشرع لا من القرآن، ولا من السنة يدل على أنه لا بد من القبض لانتقال الضمان، كانتقال الملك.

(١) انظر: (ص ٣١٧ - ٣١٨).

٣ - أن البيع متى تم مستوفياً لأركانه وشروطه: صح ووجب، وترتب عليه: ثبوت الملك للمشتري في المبيع، وانتقاله إليه للحال شرعاً، أي: أن الشارع هو الذي تولى هذه المهمة، وأثبت ملكية المبيع للمشتري، وانتقالها إليه وجوباً لوجوب البيع من قبله. هذا هو الأصل الذي يدل عليه قوله ﷺ - في حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن فرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع»^(١).

وإذا كان المبيع قد انتقل ملكه بعد وجوب البيع إلى من ملكه وهو المشتري من قبل الشرع، فقد انتقل ضمانه إليه أيضاً تبعاً لانتقال ملكه إليه شرعاً؛ لأن الشارع متى أثبت ملك المبيع للمشتري، وانتقاله إليه، فقد مكّنه من قبضه شرعاً؛ لأنه ملك له. وعليه، فقد تمكن المشتري من قبض ملكه من جانب الشارع لعدم وجود مانع من قبله يمنع من تمكّنه منه.

٤ - متى وجب البيع: خرج المبيع من ملك البائع، ودخل في ملك المشتري وأصبح ملكاً له شرعاً بمقتضى عقد البيع، لذا وجب على البائع تسليمه عقيبه بلا فصل برفع يده عنه، وتخليته لملكه وهو المشتري؛ لأن إبقائه يده عليه دون إذن من مالكة يعتبر تعدياً على ملك الغير. يقول العاملي (ت ٢٦ أو ١٢٢٧هـ): «... وإنما تجب عليه التخلية، وهي رفع يده عنه، والإذن له في القبض مع عدم المانع، بحيث يسهل عليه قبضه بسرعة عرفاً، فكانت هي المعتبرة في سقوط الضمان عن البائع مطلقاً، وذلك هو الذي ينبغي أن يعقل، ولا ينبغي أن يكون محل نزاع»^(٢).

ويقول الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ): «هذه التخلية بين المشتري وبين ما باعه البائع منه هي غاية ما يجب على البائع لعدم ورود دليل يدل على أنه يجب عليه زيادة على ذلك، فإذا تلف المبيع بعد ذلك تلف من مال المشتري؛ لأن البائع قد أخرجه عن ملكه، وفعل ما يجب عليه من تخليته

(٢) راجع: مفتاح الكرامة (٤/٦٩٦).

(١) تقدم تخريجه.

للمشتري»^(١).

هذا، ويجب التنبيه إلى أن وجوب التخلية على البائع - أي: رفع يده عن المبيع - ليس لأنه لا ينتقل ضمانه إلا بالتخلية، بل لأنه بيده ملك للغير، فلو لم تكن التخلية من قبله، يكون ضامناً له إذا هلك، لا لكونه ملكه، بل لوضع يده على ملك غيره بطريق مضمن^(٢).

٥ - أن البائع إذا لم يرفع يده عن المبيع بعد تمام البيع ووجوبه مباشرة، وبالتالي ترتب عليه منع المشتري من التمكن من قبضه - يعتبر متعدياً على ملك الغير، وعليه، فلو تلف، يكون ضامانه عليه ضمان تعد - أي: ناشئاً عن التعدي وهو السبب غير المشروع - دون عقد، فلا يكون له تأثير في انتقال الضمان، وكيف يكون؟ وقد حدث بعد تمام العقد ووجوبه من قبل الشرع، قال ﷺ: «... فقد وجب البيع...» - كما سبق.. ومعلوم أن وجوب البيع من جانب الشرع يوجب دخول المبيع في ملك المشتري، وخروجه من ملك البائع، وإذا خرج من ملكه بالمبيع، فكيف يكون من ضمانه بالمبيع، وقد منع مالكة من قبض ملكه بعد وجوب البيع شرعاً، بل بالتعدي، وهو السبب غير المشروع، وضمانه به لا يؤثر فيما أوجب العقد شرعاً من انتقال الضمان تبعاً لانتقال الملك.

ومن الجدير بالإشارة إلى كون المبيع من ضمان البائع في حالة ما إذا لم يرفع يده عنه: نسبه: التعدي، وهو السبب غير المشروع. فهو خارج عما نحن بصددده وهو: ضمان المبيع بالعقد.

٦ - أن الإقباض، والتقبض، ووضع اليد، والقبض بها، والنقل هو: فعل اختياري للقابض وهو المشتري دون البائع؛ إذ ليس في وسعه ذلك، فلا معنى لإيجابه عليه؛ إذ لا يجب عليه - على الظاهر - أن يأخذ بيد المشتري ويضعها على المبيع^(٣).

(١) راجع: السيل الجرار (٥٥/٣).

(٢) راجع: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٦٢/٢).

(٣) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٢٤٤/٥)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٦٩٦/٤).

المطلب الثاني

خراج المبيع

ما ينبغي أن نلاحظه هنا هو: أن الفقهاء من المذاهب المختلفة كما عونا بيان ضمان المبيع على من يكون إذا هلك، وفصلوه، ووسعوا في تفصيله، وعرضه بصورة أوفى، لم يفعلوا كذلك بالنسبة للخراج لمن يكون في تلك الحال، بل إن أكثر المذاهب لم تتعرض لبيانه، مكتفية ببيان الضمان فحسب. وهذا يتطلب فهم ما تعلل به تلك المذاهب الخراج من الملك والضمان، لكي يتسنى لنا تحديد أقوالها، واتجاهاتها في الخراج.

تحرير محل النزاع:

إن ما يحصل من المبيع وله بعد العقد من الخراج: إما أن يكون قد حصل قبل القبض - والبيع في هذه الحالة لا يخلو من أن يكون، قد تم، أو انفسخ - وإما أن يكون قد حصل بعد القبض.

فالخراج الحاصل من المبيع أو له قبل القبض - والبيع قد تم - وكذلك الحاصل بعده يكون للمشتري باتفاق الفقهاء، فهذا إذن موضع اتفاق بينهم. وأما الخراج الحاصل قبل القبض، والبيع قد انفسخ بسبب هلاك المبيع وتلفه قبل القبض، فقد اختلف فيه الفقهاء لمن يكون؟ فهذا إذن موضع خلاف بينهم.

أولاً: موضع الاتفاق:

فقد اتفقت المذاهب الفقهية على أن الخراج الحاصل من المبيع وله قبل القبض - والبيع قد تم - يكون للمشتري^(١)؛ إذ قد ملكه بالعقد، فكذا

(١) يقول السبكي (ت٥٦٧هـ): «أن مقتضى قوله: «الخراج بالضمان» تبعية الخراج للضمان، فينبغي أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع، تم العقد، أو انفسخ، والأول لم يقل به أحد». راجع: تكملة المجموع (٢٠٧/١٢). وعليه، فيكون الخراج للمشتري بالاتفاق. راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص٥٢)، وابن نجيم: الأشباه =

خراجه، ومنافعه^(١).

وكذلك اتفقت على أن الخراج الحاصل بعد القبض يكون له. وهذا الاتفاق مبناه: اتفاق المذاهب الفقهية على كون الضمان عليه في تلك الحالة، وعليه، فيكون الخراج له؛ لأنه حصل في ملكه وفي ضمانه، والخراج بالضمان.

ثانياً: موضع الخلاف:

الخراج الحاصل من المبيع وله قبل القبض، وقد فسخ البيع بسبب هلاكه.

فقد وقع فيه اختلاف بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: الخراج يكون للمشتري: به قال الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)^(٢)، والمالكية - فيما ينتقل الضمان بالعقد^(٣) -، والشافعية في أصح

= والنظائر (ص ١٥١)، والفتاوى الهندية (٣/٣٤)، والبغدادي: مجمع الضمانات (ص ٢١٩)، ومجلة الأحكام العدلية، مادة: (٢٣٦)، والقرافي: الذخيرة (٥/١٢٢)، وابن رشد: بداية المجتهد (٢/١٨٤)، والزرکشي: المنشور في القواعد (٢/١١٩)، والبهوتي: كشاف القناع (٣/٢٠٧، ٢٠٩)، وشرح منتهى الإرادات (٢/١٨٧)، وابن حزم: المحلى (٧/٢٧١، ٥٨٧، ٥٩٦ م ١٤٢٢، ١٥٩١)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٧٠)، والنجفي: جواهر الكلام (٢٣/٨٤، ١٦٠).

(١) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق.
(٢) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٣)، والفتاوى الهندية (٣/٣٤)، والبغدادي: المرجع السابق، ومجلة الأحكام العدلية، نفس المادة السابقة، وعلي حيدر: درر الحكام (١/٢١٥).

(٣) راجع: ابن رشد: المرجع السابق (٧/٣٥١) مع الهداية، والقرافي: المرجع السابق. وأن الضمان في البيع الصحيح اللازم ينتقل بنفس العقد قبل القبض فيما ليس فيه حق توفية، وكان حاضراً، وفيما فيه حق توفية ولكنه بيع جزافاً، وعليه، فيكون الخراج للمشتري، عملاً بعموم القاعدة: (الخراج بالضمان)، (ومن له الغنم عليه الغرم) إذ إنهم أطلقوها على عمومها. راجع: حاشية الدسوقي (٣/١٠٣)، وحاشية الصاوي (٤/١٩٣) مع الشرح الصغير، وانظر: بحث ضمان المبيع في البيع الصحيح البات.

الوجهين^(١)، والحنابلة^(٢)، والظاهرية^(٣)، والإمامية^(٤)، والإباضية - فيما ينتقل ضمانه بالعقد، أي: يكون ضمانه على المشتري -^(٥).

القول الثاني: الخراج يكون للبائع: به قال صاحب الإمام أبي حنيفة: أبو يوسف (ت ١٨٣هـ)، ومحمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ)^(٦)، والمالكية - فيما ضمانه على البائع وهو ما فيه حق توفية، ويبيع بالكيل، أو الوزن، أو العد، أو الذرع^(٧) -؛ والشافعية في وجهه في مقابل

(١) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ٣٥٨)، والرافعي: فتح العزيز (٣٩٩/٨)، والنووي: روضة الطالبين (٣/٣٩٩)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/٢٠٧).

(٢) راجع: البهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/١٧٠)، وكشاف القناع (٣/٢٤٤)، والقارئ: مجلة الأحكام الشرعية (ص ١٤١)، مادة: (٣٠٤).

(٣) لم يصرح المذهب الظاهري بأن الخراج لمن يكون؟ ولكن ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) صرح بأن: «كل بيع صح وتم، فهلك المبيع إثر تمام البيع، فمصيبتة من المبتاع» و«كل ما حدث في ملك المشتري - من الولد، واللبن، والثمرة، والخراج وغير ذلك - فإنه له». راجع: المحلى (٨/٣٧٩). وعليه، فيكون الخراج للمشتري؛ لأنه حدث في ملكه مع كونه من ضمانه. وفي هذا تطبيق للقاعدة: (الخراج بالضمان).

(٤) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٢٣/١٦٠).

(٥) إن الإباضية لم يتعرضوا لبيان الخراج، ولكنهم ذكروا أن ما ليس فيه حق توفية، وكذلك ما فيه حق توفية ولكنه يبيع جزافاً يكون ضمانه قبل القبض من المشتري - كما سبق - وعليه، فيكون الخراج للمشتري في مقابل الضمان في الملك تطبيقاً للقاعدة: (الخراج بالضمان). راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢)، وضيء الدين: كتاب النيل، وأطفيش: شرحه (٨/٦٤، ٥١٤، ٥١٦).

(٦) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٣).

(٧) تطبيقاً لقاعدة: (الخراج بالضمان) وقاعدة: (من له الغنم عليه الغرم)، حيث إن الغرم الذي هو الضمان على البائع فيما فيه حق توفية ويبيع بالتقدير، فيكون الخراج له، وذلك فإن فقهاء المذهب حملوا القاعدة على عمومها. يقول العلامة الدردير (ت ١٢٠هـ) في الشرح الكبير (٣/٧١) في البيع الفاسد: «ولا غلة تصحبه في ردّه، بل يفوز بها المشتري؛ لأنه كان في ضمانه، والغلة بالضمان» وما يلاحظ هنا أن المبيع في حالة ردّه باق على ملك بائعه؛ لأن ملكه في البيع الفاسد في المذهب لا ينتقل إلا بالقبض، والفوات، والرد دليل على أنه لم يفت، مع ذلك يفوز بالغلة المشتري، حملاً للقاعدة على عمومها. وهذا التعميم فيها جعلهم يطلقون في خيار الشرط على أحد القولين: بأن الخراج للمشتري، أنه مخالف لقاعدة: =

الأصح^(١)، والزيدية^(٢)، والإمامية في احتمال ضعيف^(٣)، واختاره الباحث محمد جواد مغنية صاحب فقه الإمام جعفر^(٤)، والإباضية - فيما ضمانه على البائع وهو: ما فيه حق توفية عندهم -^(٥).

منشأ الخلاف بين الفقهاء:

بعد تتبّع أدلة الفقهاء، والنظر فيها - يبدو جلياً أن منشأ الخلاف بينهم يرجع إلى أمرين:

أحدهما: اختلافهم في تعميم قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»، وذلك أن العام إذا خرج على سبب هل يقصر على سببه، أم يحمل على عمومه؟ وفيه خلاف مشهور بين الفقهاء.

فمن قصر الحكم على سببه^(٦)، أي: جعل الخراج بضمان الملك قال: الخراج يكون للمشتري؛ لأنه مالك لأصله، وذلك أنه ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك، وجعل الخراج لمن هو مالك، إذا تلف تلف على ملكه، وهو المشتري^(٧). وأما كون «الضمان على ذي اليد، وهو البائع هنا فليس لكونه ملكه، بل لوضع يده على ملك غيره بطريق مضمن»^(٨) وذلك أن المبيع بعد

= (الخراج بالضمان). راجع: حاشية الدسوقي (١٠٣/٣).

(١) راجع: تهذيب الأحكام (ص ٣٥٨)، والرافعي: فتح العزيز (٣٩٩/٨)، والنووي: الروضة (٣/٣٩٩)، والسبكي: تكملة المجموع (٢٠٧/١٢) وفيه: «... لم يقل به إلا على وجه ضعيف في بعض الصور».

(٢) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٧٠/٤)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣/١٣٤).

(٣) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٨٤/٢٣).

(٤) راجع: فقه الإمام جعفر (٢٥٢/٣).

(٥) أخذاً بعموم حديث: «الخراج بالضمان» وظاهره، كما أخذوا بظاهره في قول. انظر: (ص ٢٦٦).

(٦) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢١٦).

(٧) راجع: الزركشي: المنشور في القواعد (١٢٠/٢)، والسيوطي: الأشباه والنظائر (ص ١٥١).

(٨) راجع: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٦٢/٣).

تمام البيع خرج من ملك البائع، ودخل في ملك المشتري، وصار ملكاً له شرعاً، وعليه، فقد وجب على البائع رفع يده عنه وتخليته للمشتري فوراً عقب البيع بلا فصل، فإذا لم يحصل، كان ضامناً له ضمان تعدد - إذا هلك - لبقاء يده على ملك غيره دون إذن منه.

ومن عممه قال: الخراج يكون للبائع؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب؛ ولأن العلة التي ذكرها الشارع: الضمان، فيجب أن يدور الحكم معها وجوداً وعدمًا^(١)، دون مراعاة السبب.

الثاني: اختلافهم في فسخ العقد هل يكون من حينه، أو من أصله؟ إذا تلف المبيع قبل القبض، وفسخ العقد.

فمن رأى أنه يكون من حينه، قال: إن الخراج يكون للمشتري.

ومن رأى أنه يكون من أصله، قال: إنه يكون للبائع.

الأدلة

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من أن الخراج يكون للمشتري بما يأتي:

١ - أن الغلة مملوكة، ومالك الأصل هو مالكةا على كل حال^(٢). وبعبارة أوضح: أن ملك المبيع حصل للمشتري بالعقد، فما حدث له بعد العقد من خراج، حدث في ملكه، وما حدث في ملك المشتري من خراج، يكون له؛ لأنه من التوابع لملكه^(٣).

٢ - أن الفسخ يرفع العقد من حينه، لا من أصله؛ لأن العقد لا ينعطف

(١) راجع: السبكي: تكملة المجموع (٢٠٧/١٢).

(٢) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢).

(٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٥٨٧/٧، ٥٩٦ م ١٥٩١)، والنجفي: جواهر الكلام (١٦٠/٢٣).

حكمه على ما مضى، فكذلك الفسخ^(١).

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من أن الخراج يكون للبائع بالآتي:

- ١ - قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٢).
- وجه الدلالة منه: مقتضاه: تبعية الخراج للضمان، والمبيع قبل القبض من ضمان البائع، فيكون خراجه له؛ لأن الخراج بالضمان^(٣).
- ٢ - أن المبيع إذا كان في ضمان غير مالكة، وحصل له غلة، فملكها موقوف حتى يظهر: هل يتم له الملك أم لا؟ فإذا انتقض البيع بسبب هلاك المبيع قبل القبض، ظهر أن الملك لم يتم، فتكون الغلة للبائع حينئذ^(٤).
- ٣ - أن الفسخ يرفع العقد من أصله؛ لأن العقد ضعيف بعد، فإذا فسخ، فكأنه لا عقد^(٥).
- ٤ - أن المبيع إذا تلف قبل التسليم انفسخ العقد، وتلف من مال البائع؛ لأنه لم ينفذ ملك المشتري فيه، فيملكه البائع، والتاج، والغلة^(٦).
- ٥ - أن القدرة على التسليم شرط لصحة العقد، والمفروض عدمها، فيكون باطلاً من أصله، فيكون الخراج للبائع^(٧).

(١) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٨/٣٧٥). (٢) تقدم تخريجه.

(٣) راجع: السبكي: تكملة المجموع (١٢/٢٠٧).

(٤) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢، ٥٣).

(٥) راجع: الرافعي: المرجع السابق.

(٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٧٠)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣/

١٣٣، ١٣٥).

(٧) راجع: محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (٣/٢٥٢).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة القول الأول:

نوقش الدليل الأول: وهو: الخراج مملوك ومالك الأصل هو مالكة، وهو المشتري:

بأن كون الخراج للمشتري مخالف لقاعدة: (الخراج الضمان)، و(من له الغنم عليه الغرم)، فإن الضمان والغرم على البائع^(١).

أجيب عنه: بأن قاعدة: (الخراج بالضمان) نص الحديث عن رسول الله ﷺ، «وأن محل الحكم الذي ورد فيه النص إنما كان بعد القبض إذا حصل فسخ.. فيكون الخراج معلاً بالضمان في الملك، وذلك مفقود في البائع فيما قبل القبض».

رد عليه: «المحل لا تأثير له، والعلة التي ذكرها الشارع الضمان، فيجب أن يدور الحكم معها وجوداً وعدمًا، فكون الخراج قبل القبض للمشتري فيه نقض للعلة في جانب البائع، ووجود الحكم بدونها في جانب المشتري».

أجيب عنه: بما «قال الغزالي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: ذكر هذه العلة فيما بعد القبض لقطع استبعاد السائل كون الخراج للمشتري، وقبل القبض معلل بعلة أخرى، وهو أن الزوائد حدثت في ملكه، والحكم قد يعلل بعلتين، يعني فاقترصر النبي ﷺ على التعليل بالضمان لكونه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه؛ فإن الغنم في مقابلة الغرم، وإن كانت العلة الأخرى وهي الملك حاصلة، ولكن نفس البائع تنقاد للأولى أكثر. والله أعلم»^(٢).

نوقش الدليل الثاني: وهو: الفسخ رفع للعقد من حينه:

بأن الفسخ رفع للعقد من أصله لا من حينه؛ لأن العقد ضعيف بعد،

(١) راجع: حاشية الدسوقي (١٠٣/٣)، وحاشية الصاوي (١٩٢/٤).

(٢) راجع: السبكي: تكلمة المجموع (٢٠٧/١٢، ٢٠٨).

فإذا فسخ فكأنه لا عقد^(١).

أجيب عنه: بأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى، فكذلك الفسخ^(٢).

ثانياً: مناقشة أدلة القول الثاني:

نوقش الدليل الأول: وهو حديث: «الخراج بالضمان»:

بأنه لو كان الخراج في مقابلة الضمان مطلقاً، لكانت الزوائد الحاصلة قبل القبض للبائع إذا تم العقد، ولم يقل به أحد^(٣)، فتبين أن الضمان هنا معتبر بالملك؛ لأن المراد به الضمان المعهود في الخبر^(٤)، المأخوذ منه تلك القاعدة.

هذا بالإضافة إلى ما سبق من الإجابة عما نوقش به الدليل الأول للقول الأول.

ونوقش الدليل الثاني: وهو: ملك الغلة موقوف:

بأن هذا الدليل مبناه: أن القبض من تنمة البيع، وهو ليس كذلك. يقول القرافي (ت ٦٨٥هـ): «إنا نمنع أن القبض من تنمة البيع، بل البيع تم، ومن آثاره: استحقاق القبض»^(٥).

ونوقش الدليل الثالث: وهو: الفسخ يرفع العقد من أصله.. بالآتي:

١ - أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله؛ لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى فكذلك الفسخ، وبديل أنه لا تسقط به الشفعة، ولو انفسخ من الأصل لسقطت، ولأنه لو باع عبداً لجارية، فأعتق الجارية،

(١) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٢٣٧٥/٨)، والسبكي: تكملة المجموع (٢٠٢/١٢).

(٢) راجع: الرافعي: المرجع السابق.

(٣) راجع: السبكي: المرجع السابق (٢٠٧/١٢)، والزرکشي: المنشور في القواعد (٢/

١١٩)، والسيوطي: الأشباه والنظائر (ص ١٥١).

(٤) راجع: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٦٢/٢).

(٥) راجع: الذخيرة (١٢٢/٥).

ثم رد العبد بالعيب لم يبطل العتق به، ولو كان فسخاً من الأصل لبطل»^(١).

٢ - «أن الفسخ من الأصل هل معناه: تبين عدم الملك - فهذا هو المتبادر إلى الفهم - لا بمعنى: أنا نتبين أن العقد لم يوجد؛ فإن العقد موجود حساً، بل بمعنى: أنه يتبين ارتفاع أثره، وأن الملك لم يحصل. وهذا بهذا التأويل في نهاية الإشكال؛ فإن السبب الرافع للعقد هو الفسخ، فكيف يتقدم المسبب على سببه؟ - و - يلزم أن يكون العقد الصحيح قد وجد مستجمعاً لشرائطه ولم يترتب أثره عليه»^(٢).

ونوقش الدليل الرابع: وهو: أن المبيع إذا تلف قبل التسليم، انفسخ البيع وتلف من مال البائع؛ لأنه لم ينفذ ملك المشتري فيه، فيملكه البائع والتناج والغلة:

بأن مبناه: أن نفوذ ملك المشتري في المبيع يتوقف على القبض، فإذا تلف قبل القبض لم ينفذ ملكه فيه، فتلف من مال البائع، وعليه، فيكون له ما حصل من نتاج وغلة تبعاً للملك: وهو يخالف ما ثبت شرعاً وهو: ثبوت ملك المبيع للمشتري وانتقاله إليه بمجرد تمام البيع، وذلك أن البيع إذا تم مستوفياً لأركانه وشرائطه صح وترتب عليه ثبوت ملك المبيع للمشتري، وانتقاله إليه شرعاً، أي: أن الشارع أثبت ملكية المبيع للمشتري، وانتقالها إليه. يدل على ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا تباع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع»^(٣). ووجوب البيع يقتضي دخول المبيع في ملك المشتري وخروجه من ملك البائع^(٤)، فكيف يقال: إن ملك المشتري لم ينفذ في المبيع إذا تلف قبل التسليم؟

(١) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٨/٣٧٥)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/٢٠٢).

(٢) راجع: السبكي: المرجع السابق (١٢/٢٠٦).

(٣) الحديث سبق تخريجه.

(٤) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/١٢٦).

وأما الدليل الخامس: وهو: القدرة على التسليم شرط لصحة العقد، والمفروض عدمها - لأن المبيع تلف قبل تسليمه - فيكون باطلاً من أصله: فقبل أن نبدأ بمناقشته، لا بد من أن نمهد لذلك بما يأتي:

أن الشارع يوجب البيع متى تم مستوفياً لأركانه، وشرائطه، ومعنى وجوبه: هو دخول المبيع في ملك المشتري، وخروجه من ملك البائع، فمتى خرج عن ملكه، وجب عليه تسليمه بعده بلا فصل، فالتسليم أثر من تمام البيع وصحته، ووجوبه.

وعليه، فيظهر الفرق بين القدرة على التسليم وبين التسليم نفسه أن القدرة عليه هي شرط لصحة العقد لا لصحة التسليم، فلا يكون اعتبارها إلا عند العقد، وأما التسليم فهو أثر من تمام العقد وصحته، لذلك فهو لا يجب إلا بعد تمام العقد وصحته، وعليه، فيجب أن تكون القدرة على التسليم قبله عند العقد لا بعده عند التسليم.

بعد هذا التمهيد الموجز نعود إلى مناقشة الدليل، فهو مبني على مقدمتين ونتيجة مترتبة عليهما.

فأما المقدمة الأولى وهي: القدرة على التسليم شرط لصحة العقد: فصحتها مبنية على اعتبارها عند التسليم - كما أوضح ذلك المستدل به عند بيان الشروط^(١) - وهذا الاعتبار غير صحيح بوجوه:

أحدها: أن اعتبار القدرة عند التسليم يناقض كونها شرطاً لصحة العقد؛ لما بينهما من الفرق - كما سبق -؛ فإن التسليم أثر من آثار العقد، وحكم من أحكامه، لذلك فهو لا يجب إلا بعد العقد. وأما القدرة على التسليم فهي شرط معتبر لصحة العقد لا لصحة التسليم، فيجب اعتبارها عند العقد، لا عند تسليم المعقود عليه.

الثاني: أن المبيع لو كان مقدوراً على تسليمه حين العقد، مع استيفائه لشرائطه المعتبرة: صح وترتب عليه ثبوت الملك في العوضين لكل من

(١) راجع: محمد جواد: فقه الإمام جعفر (٣/١٢٥).

العاقدين باتفاق الفقهاء. ففي هذا دليل على أن القدرة على التسليم معتبرة عند العقد، لا عند التسليم؛ إذ لو كان اعتبارها عند التسليم لما ترتب عليه أثر.

الثالث: أنه إذا كان غير مقدور على تسليمه حين العقد، يجب أن يكون العقد صحيحاً عند المستدل بالدليل المذكور، ولا يكون كذلك عند الفقهاء؛ لأن القدرة معتبرة عند العقد عندهم. هذا وكيف تكون القدرة معتبرة عند التسليم، ولا تكون كذلك عند العقد عنده؟.

الرابع: أن التسليم يختلف من بيع إلى بيع؛ إذ البيع قد يكون مطلقاً مجرداً عن الشرط بتأخير تسليم العوضين، وقد يكون مقيداً، ومقترناً به، ففي أيهما يعتبر التسليم؟

وأما المقدمة الثانية وهي: المفروض عدمها أي: عدم القدرة على التسليم بعد هلاك المبيع وتلفه قبل التسليم:

فهي مسلمة، ولكنها لا تفيد كون العقد باطلاً من أصله.

وأما النتيجة وهي: فيكون باطلاً من أصله: فهي غير صحيحة؛ لأنها بنيت على اعتبار القدرة على التسليم عند التسليم لا عند العقد، وقد ثبت بطلانه، فيكون العقد باطلاً من حينه لا من أصله.

القول الراجح

بعد استعراض القولين للفقهاء، وأدلتهما، وما ورد عليها من مناقشات، واعتراضات، وما أجيب عنها - متى استطعنا إلى ذلك - يبدو أن الأولى بالترجيح والاختيار هو: القول القائل: بأن الخراج الحاصل من المبيع وله قبل القبض يكون للمشتري - فيما إذا فسخ البيع - وذلك لعدة اعتبارات:

١ - أن أدلة القول القائل: بكون الخراج للبائع: قد أورد عليها اعتراضات أضعفت صلاحيتها للاستدلال بها، ونوقشت بما جعلها غير صالحة للاحتجاج بها. وأما أدلة القول القائل: بكون الخراج للمشتري: فقد استطاعت استيعاب ما نالته من مناقشات، والإجابة عنها، فهي بالتالي بقيت صالحة للاستدلال بها.

٢ - تحقق فيما سبق: أن البيع متى تم مستوفياً ومستجمعاً لأركانه وشرائطه صح ووجب - أي: انتقل ملك المبيع إلى المشتري شرعاً، وعليه، فقد انتقل ضمانه إليه أيضاً تبعاً لانتقال ملكه إليه من قبل الشرع بمقتضى وجوب البيع؛ لأن الشارع متى أثبت ملك المبيع للمشتري وانتقاله إليه، فقد مكّنه من قبضه شرعاً؛ لأنه خصّه به دون غيره، فصار ملكاً له، وعليه، فقد تمكن من قبض ملكه من جانب الشرع لعدم وجود مانع من قبله يمنع من تمكّنه منه.

وأما رفع البائع يده عن المبيع، وتخليته للمشتري، فليس ذلك؛ لأن المبيع لا ينتقل ضمانه إلّا به، بل؛ لأن وضع يده عليه وضعها على ملك الغير دون إذن منه، فوجب عليه رفعها عنه، وتخليته لملكه وهو المشتري. يقول الباجي (ت ٤٩٤هـ) المالكي: «وأما التخلية بينه وبين المبتاع فليست من باب التوفية، وإنما هي من باب تركه منع ذي الحق من حقه»^(١).

فبناء على ما تقدم يكون الخراج للمشتري بمقابل ضمانه للمبيع بمقتضى وجوب البيع شرعاً.

٣ - متى وجب البيع: خرج المبيع من ملك البائع، ودخل في ملك المشتري شرعاً بمقتضى وجوب البيع، وعليه، فقد وجب على البائع رفع يده عنه وتخليته لملكه وهو المشتري بعده بلا فصل، فإذا لم يرفع يده عنه، واستمر وضع يده عليه دون إذن من مالكة - اعتبر واضعاً يده على ملك الغير، ومتعدياً عليه، فإذا تلف - والحال هذه - يكون ضمانه عليه ضمان تعد - أي: ناشئاً عن تعد، وهو سبب غير مشروع، فيكون الضمان جزائياً بسبب غير مشروع، فكيف يكون بمقابله الخراج للبائع؟

٤ - تبين مما سبق أن الفسخ رفع للعقد من حينه، فيكون المبيع في ملك المشتري إذا فسخ البيع بتلف المبيع وهلاكه قبل تسليمه - كما يكون في ملكه إذا تم - وإذا كان كذلك، فما يحصل للمبيع من خراج يحصل في ملك

(١) راجع: المتقى (٤/٢٨٣).

المشتري، فيكون له؛ لأنه خراج ملكه، وعليه، فكونه للبائع يترتب عليه أكل مال الغير دون إذن منه، وهو حرام وباطل عملاً بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وبقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^(١)، فقد علق أكل مال الغير بطيب النفس، وهو مفقود هنا، فلا يستساغ للبائع أكل الخراج.



المبحث الثاني

الخراج بالضمان في البيع الصحيح بخيار الشرط

قبل أن نتناول الموضوع بالدراسة ينبغي أن نمهد لذلك بتعريف خيار الشرط، وشرعيته، هذا من جانب. ومن جانب آخر إن الفقهاء اختلفوا في أثر الخيار في ملك المبيع، ومن المعلوم أن ضمان المبيع وخراجه يرتبطان بملكه ارتباطاً وثيقاً ومتيناً، لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، لذلك يجب قبل دراسة ضمان المبيع وخراجه دراسة أثر الخيار في ملك المبيع؛ إذ الاختلاف في انتقال ملكه زمن الخيار يترتب عليه الاختلاف في ضمان المبيع وخراجه.

فندرس هذا المبحث في تمهيد، وثلاثة مطالب:

التمهيد: التعريف بخيار الشرط، وشرعيته.

المطلب الأول: أثر الخيار في ملك المبيع.

المطلب الثاني: ضمان المبيع.

المطلب الثالث: خراج المبيع.

التمهيد

التعريف بخيار الشرط، ومشروعيته

أولاً: تعريف خيار الشرط:

١ - تعريفه التفصيلي: أي: من حيث تفصيل مفرداته:

ف(خيار الشرط) مركب إضافي - صار علماً في اصطلاح الفقهاء على العقد المشروط فيه الخيار لأحد الطرفين أو لهما - فهو من إضافة الشيء إلى سببه؛ لأن الشرط سبب للخيار، والعلم بالمركب يتوقف على العلم بالمفردات أولاً.

وعليه، فلنبداً لزاماً بالتعريف بمفرداته أولاً، ثم نتبعه التعريف بالمركب. - أي: تعريفه الإجمالي كعلم في الاصطلاح الفقهي.

فلفظ: (خيار) في اللغة: اسم من الاختيار، وهو: طلب خير الأمرين. والاختيار: الانتقاء، والاصطفاء، يقال: اختاره: انتقاه، واصطفاه، واختار الشيء على غيره: فضله عليه.

ويقال: هو بالخيار: يختار ما يشاء، وأنت بالخيار. - أي: اختر ما شئت^(١).

وهو في الشرع: طلب خير الأمرين من إمضاء العقد، أو فسخه^(٢).

(١) راجع: المطرزي: المغرب (ص١٥٧)، مادة: (خير)، وابن منظور: لسان العرب (١٢٩٩/٢، ١٣٠٠)، مادة: (خير)، والفيومي: المصباح المنير (ص٧١)، مادة: (خير)، والمعجم الوسيط (٢٦٤/١)، مادة: (خير).

(٢) راجع: ابن الأثير: النهاية (٢/٢٩١)، وابن حجر: فتح الباري (٤/٣٨٢)، =

وذلك؛ لأن الأصل في عقد البيع: اللزوم - أي: أن وضعه يقتضيه؛ إذ القصد منه نقل الملك، وحل التصرف مع الأمن من نقض صاحبه له، وهما فرعا للزوم، إلا أن الشرع أثبت فيه الخيار رفقاً بالمتعاقدين رخصة، فهو طارئ عليه، وعارض له^(١).

ولفظ: (الشرط) - بسكون الراء - في اللغة: إلزام الشيء، والتزامه في البيع، ونحوه. والجمع: شروط^(٢).
والخيار ينقسم إلى قسمين:

- ١ - قسم لا يثبت إلا بشرط العاقد كخيار الشرط.
- ٢ - قسم يثبت بشرع الشارع كخيار المجلس - عند القائلين بمشروعيته وجوازه -، وخيار الرؤية، وخيار العيب.

ب - تعريفه الإجمالي:

- أي: من حيث هو مركب وعلم في الاصطلاح الفقهي، فهو:
- ١ - عند الفقه الحنبلي: «أن يشترط في العقد خيار مدة معلومة»^(٣) أو: أن يشترط المتعاقدان، أو أحدهما الخيار في العقد أو بعده لهما، أو لأحدهما إلى مدة معلومة^(٤).
 - ٢ - عند الفقه الإمامي: «أن يشترط أحد المتعاقدين، أو كلاهما الخيار في فسخ العقد، أو إمضائه أمداً معيناً»^(٥).

= والشربيني: مغني المحتاج (٤٣/٢)، والهيتمي: تحفة المحتاج (٥٧٦/٥)، وحاشية الشرقاوي (٤٠/٢)، والبهوتي: كشف القناع (٢٠٢/٣).
(١) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٦٦/٢)، والحطاب: مواهب الجليل (٤٠٩/٤)، والشربيني: المرجع السابق، والهيتمي: المرجع السابق، والشرقاوي: المرجع السابق.

(٢) راجع: الفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ٨٦٩)، مادة: (شرط).

(٣) راجع: المقدسي: الشرح الكبير (٧٣/٤).

(٤) راجع: ابن النجار: منتهى الإرادات (٣٥٧/١)، والشيخ مرعي بن يوسف: دليل الطالب (ص ١٣٣)، والشيخ عثمان بن أحمد: هداية الراغب (ص ٣١٨).

(٥) راجع: محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (١٦١/٣).

ثانياً: مشروعية خيار الشرط:

فقد وقع اختلاف بين أهل العلم في مشروعية خيار الشرط. وهذا ما يستدعي أن أشير إلى آرائهم فيها بإيجاز، مكتفياً بعرضها دون التعرض لأدلتهم على ما ذهبوا إليه، وذلك؛ لأن بيان ضمان المبيع وخراجه في البيع بخيار الشرط مبني على شرعية خيار الشرط، وجوازه، وبالتالي لا يكون ذلك إلا عند القائلين بمشروعيته وجوازه.

فاختلفوا على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب عامة الفقهاء: ابن أبي ليلى^(١) (ت ١٤٨هـ)^(٢)، والإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)، وأصحابه^(٣)، والأوزاعي^(٤) (ت ١٥٧هـ)^(٥)، وعبيد الله بن الحسن العنبري^(٦) (ت ١٦٨هـ)، والحسن بن صالح بن حي^(٧)

(١) هو: أبو عبد الرحمن، محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري، قاضي الكوفة مدة ثلاثة وثلاثين سنة، أحد الأعلام كان فقيهاً، صاحب سنة، جازر الحديث، توفي سنة ١٤٨هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٤٩٣)، والحجوي: الفكر السامي (٤١٣/١ - ٤١٤).

(٢) راجع: أبا يوسف: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص ١٧)، وابن حزم: المحلى (٧/٢٦٤ م ١٤٢١).

(٣) راجع: أبا يوسف: المرجع السابق، و متن القدوري (ص ٣٤)، والسمرقندي: تحفة الفقهاء (٢/٦٥).

(٤) الأوزاعي: نسبة إلى بني أوزاع بن مرشد - بطن في اليمن -؛ لأنه كان قد سكن فيهم، فنسب إليهم. وهو: الإمام، أبو عمرو، عبد الرحمن بن عمر بن محمد الأوزاعي، إمام أهل الشام في زمنه بلا مدافعة، ولا مخالفة، وهو من أئمة المذاهب المدونة، وعلى مذهبه كان أهل الأندلس أولاً، لكثرة الداخلين إليها من الشام، وما غلب عليها مذهب الإمام مالك إلا بعد المائتين زمن بني أمية، وانعقد الإجماع على جلالته، وإمامته، وعلو مرتبته، وكمال فضيلته. ولد ببعلبك سنة ٨٨هـ، وتوفي ببيروت سنة ١٥٧هـ. راجع: الحجوي: المرجع السابق (١/٣٦٦ - ٣٦٧).

(٥) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢٠٧).

(٦) هو: فقيه البصرة، وقاضيتها، ثقة، توفي سنة ١٦٨هـ. راجع: الحجوي: المرجع السابق (١/٤٢٠).

(٧) هو: أبو عبد الله، الهمداني - بسكون الميم - الثوري، الكوفي، الفقيه، أحد الأعلام =

(ت ١٦٩هـ)، والليث بن سعد^(١) (ت ١٧٥هـ)^(٢)، والإمام مالك (ت ١٧٩هـ) وأصحابه^(٣)، والإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) وأصحابه^(٤)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) وأصحابه^(٥)، والزيدية^(٦)، والإمامية^(٧)، والإباضية^(٨) إلى مشروعية خيار الشرط وجوازه.

المذهب الثاني: ذهب ابن شُبْرَمَةَ^(٩) (ت ١٤٤هـ)، وسفيان الثوري^(١٠) (ت ١٦١هـ) - فيما إذا كان الخيار للبايع - وطائفة من أهل الظاهر منهم ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) إلى عدم مشروعية خيار الشرط^(١١).

- = الكبار، وهو من معاصري أبي حنيفة في الفقه، والفتيا، توفي سنة ١٦٩هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (١/٤٢٠).
- (١) هو: الإمام، أبو الحرث، الليث بن سعد الفهمي، عالم مصر، وإمامها، وفقهها. قال الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، وابن بكير (ت ٢٣١هـ): هو أفقه من مالك إلا أنه ضيعه أصحابه. كان سرياً جواداً، توفي سنة ١٧٥هـ. راجع: الحجوي: نفس المرجع السابق (١/٣٦٩ - ٣٧٠).
- (٢) راجع: ابن حزم: المحلي (٧/٢٦٤م/١٤٢١).
- (٣) راجع: ابن الجلاب: التفريع (٢/١٧١)، وابن رشد: المقدمات (٢/٨٥)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢/٢٠٧).
- (٤) راجع: البغوي: شرح السنة (٨/٤٨)، وزكريا الأنصاري: شرح التحرير، وحاشية الشرقاوي عليه (٢/٤٠).
- (٥) راجع: المقدسي: الشرح الكبير (٤/٧٣).
- (٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٤٧).
- (٧) راجع: الحلبي: المختصر النافع (ص ١٤٥).
- (٨) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (٩/٢٤٦).
- (٩) هو: عبد الله بن شبرمة - بضم الشين، والراء - الكوفي، قاضياً، أحد الأعلام، كان فقيهاً، عاقلاً، عفيفاً، ثقة، شاعراً، حسن الخلق، جواداً، مات سنة ١٤٤هـ. راجع: الحجوي: المرجع السابق (١/٤١١).
- (١٠) الثوري: نسبة إلى ثور - بفتح المثناة - بن عبد مناة بن أد بن طابخة بن إلياس بن مضر، وهو: سفيان بن سعيد بن مسروق، أحد الأئمة الأعلام، إمام العراق، من أتباع التابعين، توفي بالبصرة سنة ١٦١هـ. راجع: ابن سعد: طبقاته (٦/٣٧١ - ٣٧٤)، والذهبي: المشته (ص ٩٨)، والحجوي: المرجع السابق نفسه (١/٣٦٨).
- (١١) راجع: ابن حزم: المرجع السابق (ص ٢٦٠، ٢٦٤م/١٤٢٠)، والسمرقندي: تحفة =

المطلب الأول

أثر خيار الشرط في ملك المبيع

اختلف الفقهاء في أثر الخيار في ملك المبيع. هذا من جانب.

ومن جانب آخر، اختلف الحكم فيما إذا كان الخيار للمتعاقدين من الحكم فيما إذا كان لأحدهما دون الآخر عند بعضهم، وهذا ما يقتضي بيان كل منهما على حدة.

أولاً: خيار الشرط إذا كان للمتعاقدين:

اختلفت أقوال الفقهاء في أثر الخيار في ملك المبيع في هذه الحالة على النحو التالي:

القول الأول: ملك المبيع باق للبائع لم يزل عنه، ولم ينتقل إلى المشتري: به قال الحنفية^(١)، والمالكية، وهو المعتمد عندهم^(٢)، وهو قول للشافعية^(٣)، والرواية الثانية عن الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)^(٤)، وبه قال الزيدية^(٥)،

= الفقهاء (٦٦/٢)، وابن رشد: بداية المجتهد (٢٠٧/٢) نسب إلى ابن شبرمة، والثوري القول: بعدم جواز خيار الشرط مطلقاً، وابن حجر: فتح الباري (٣٨٣/٤).

(١) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٧٦/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٦٤، ٢٦٥)، وفتاوي قاضيخان (١٧٨/٢) بهامش الفتاوى الهندية، ودامادا أفندي: مجمع الأنهر (٢٧/٢)، والحصكفي: الدر المنتقى (٢٥/٢) بهامش مجمع الأنهر.

(٢) راجع: الباجي: المنتقى (٥٨/٥)، وابن رشد: المقدمات (٩٢/٢)، وابن جزري: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥)، ومختصر خليل (١٢١/٥) مع شرح الزرقاني، وحاشية الدسوقي (١٠٣/٣).

(٣) راجع: الماوردي: الحاوي (٤٧/٥)، والشيرازي: المهذب (٢١١/٩)، وابن الصباغ: الشامل (ص ٩٤)، والرافعي: فتح العزيز (٣١٦/٨)، والشربيني: مغني المحتاج (٤٤/٢)، والرملی: نهاية المحتاج (٥/٤) وهو مرجوح عندهما.

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٩/٤)، والكافي (٤٨/٢)، وابن رجب: القواعد (ص ٣٧٧)، والمرداوي: الإنصاف (٣٧٩/٤).

(٥) راجع: ابن مفتاح: المنتزع المختار (١٠٢/٣، ١٠٣).

وهو قول ضعيف للإمامية^(١)، وبه قال الإباضية^(٢).

القول الثاني: إن ملك المبيع موقوف مراعى: فإذا تمّ العقد تبين أن المبيع ملكه المشتري بنفس العقد، وإذا فسخ تبين أنه لم يملكه، بل هو باق على ملك البائع: هو قول للشافعية، وهو الأصح والأظهر^(٣).

القول الثالث: إن ملكه للمشتري انتقل إليه بالعقد: هذا قول ضعيف للمالكية^(٤)، وقول للشافعية^(٥)، وهو الأصح والأظهر عند بعضهم^(٦). وهو أظهر الروايتين وأشهرهما، وأصحهما عن الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، وهو المذهب، وبه قال أصحابه^(٧)، وهو المشهور عند الإمامية^(٨).

القول الرابع: إن ملكه يخرج عن البائع ولا يدخل إلى المشتري: حكاه بعض الحنابلة، وهو ضعيف^(٩).

- (١) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٧٨/٢٣) مع جواهر الكلام.
- (٢) هذا مستفاد من قول أطفيش: «والمعتمد عندنا أن الخيار إذا كان للبائع أو لهما وتلف في يده بطل البيع، وإن كان لهما وتلف من يد المشتري، فعليه قيمته». راجع: شرح كتاب النيل وشفاء العليل (٢٨١/٩).
- (٣) راجع: الماوردي: الحاوي الكبير (٤٧/٥)، والشيرازي: المهذب (٢١١/٩)، وابن الصباغ: الشامل (ص ٩٤)، والقفال: حلية العلماء (٣٧/٤)، والبعوي: تهذيب الأحكام (ص ١٣٦)، والنووي: المنهاج (٤٨/٢) مع مغني المحتاج للشربيني.
- (٤) راجع: شرح الزرقاني (١٢١/٥)، وشرح الخرشي (٣٠/٤)، وحاشية الدسوقي (٣/١٠٣)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (١٩٢/٤)، وعليش: شرح منح الجليل (٦٢٣/٢).
- (٥) راجع: المراجع السابقة.
- (٦) راجع: الماوردي: المرجع السابق، والرافعي: فتح العزيز (٣١٧/٨).
- (٧) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٨/٤، ٢٩)، وابن رجب: القواعد (ص ٣٧٧)، والمرداوي: الإنصاف (٣٧٨/٤)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (١٧٠/٢)، وكشاف القناع (٥٠٢/٣، ٥٠٣)، والشيخ إبراهيم: منار السبيل (٣١٧/١، ٣٢٣).
- (٨) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٧٨/٢٣)، والمختصر النافع (ص ١٢٢)، وقواعد الأحكام (٥٩٢/٤) مع مفتاح الكرامة، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٤٠٢/٧)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٥٩٢/٤)، والنجفي: جواهر الكلام (٧٨/٢٣، ٧٩).
- (٩) راجع: ابن رجب: المرجع السابق، والمرداوي: المرجع السابق (٣٧٩/٤).

منشأ الخلاف:

بعد النظر في الأدلة يبدو أن منشأه هو:

- ١ - أن العقد مع الخيار غير لازم، فهل له تأثير في ملك المبيع؟
- ٢ - أن تمام البيع لا يكون إلا بالتراضي، فهل يتم الرضا مع الخيار؟
- ٣ - أن العقد يثبت الملك، فهل الخيار يمنعه وينفيه؟

الأدلة

أولاً: أدلة القول الأول: القائل: المبيع باق على ملك البائع:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه بالسنة، والمعقول:
وأما السنة:

فبحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «كل بيعين فلا بيع بينهما حتى يتفرقا...»^(١).

وجه الدلالة: «فنفى البيع قبل الافتراق، فدلّ على أن الملك يحصل بالافتراق»^(٢).

وأما المعقول: فبالآتي:

١ - «أن جواز هذا البيع - مع أنه معدول به عن القياس - للحاجة إلى دفع الغبن، ولا اندفاع لهذه الحاجة إلا بامتناع ثبوت الملك للحال، من الجائز أن يكون المشتري قريب المشتري، فلو ملكه للحال لعتق عليه للحال، فلا يندفع حاجته»^(٣).

٢ - أن تمام البيع لا يكون إلا بالتراضي، لكون الرضا داخلاً في حقيقته الشرعية، ولا يتم الرضا مع الخيار؛ لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه،

(١) أخرجه البخاري في: صحيحه: البيوع: باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع (٣٩١/٤ ح ٢١٣).

(٢) راجع: الماوردي: الحاوي الكبير (٤٨/٥).

(٣) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٢٦٤/٥).

فلم يتم السبب الذي هو البيع في حق البائع؛ لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا، فلا يوجب حكمه في حقه، فلا يخرج المبيع عن ملكه، فلهذا يملك البائع التصرف فيه دون المشتري وإن قبضه بإذن البائع^(١).

٣ - أنه إيجاب غير لازم - أي: لا يلزم البائع مع سلامة المعقود عليه، فلم ينتقل به الملك كعقد الهبة^(٢).

٤ - «أن حصول الملك يقتضي ثبوت موجبه، وموجب الملك جواز التصرف، فلما كان المشتري ممنوعاً من التصرف دلّ على أن الملك غير منتقل»^(٣).

ثانياً: أدلة القول الثاني: القائل: ملك المبيع موقوف مراعى:

استدل أصحابه من المعقول بالآتي:

١ - «أن البيع سبب الزوال إلا أن شرط الخيار يشعر بأنه لم يرض بعد بالزوال جزماً، فوجب أن يتربص ويتنظر عاقبة الأمر»^(٤).

٢ - «أن سبب زوال الملك وهو البيع قد وجد، فلا يمكن القطع بأن الملك للبائع، وحق الاعتراض للبائع ثابت فلا يقطع بالملك للمشتري، فقلنا: بالوقف»^(٥).

٣ - «أن العقد يثبت الملك، والخيار ينفي الملك، وأمره متردد بين أن يغلب حكم العقد في إثبات الملك بقطع الخيار عن تراض، وبين أن يغلب حكم الخيار في نفي الملك بالفسخ قبل تقضي الخيار، فصار كالقبض

(١) راجع: الزيلعي: تبين الحقائق (١٦/٤)، والبابرتي: العناية (٥٠٣/٥) بهامش فتح

القدير، والعيني: البناية (٨٣/٧)، وابن الهمام: فتح القدير (٥٠٣/٥، ٥٠٤).

(٢) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٩٥)، والبايجي: الممتقى (٥٩/٥).

(٣) راجع: الماوردي: الحاوي الكبير (٤٨/٥).

(٤) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٣١٧/٨).

(٥) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٣٦).

الذي يقتضيه العقد، ويقف تصحيحه عليه، فإن أقبضه بان صحة العقد، وإن تلف بان فساد العقد، فكذا يجب أن يكون حال الخيار، فإن تقضى عن تراض، بان صحة العقد وانتقال الملك، وإن تقضى عن فسخ، بان بطلان العقد، وأن الملك لم ينتقل به»^(١).

ثالثاً: أدلة القول الثالث: القائل: المبيع يملكه المشتري بنفس العقد:

استدل أصحابه بالسنة، والمعقول:

أ - من السنة: بالآتي:

١ - حديث ابن عمر: أن النبي ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا...»^(٢).

وجه الدلالة منه: فسامهما متبايعين، فدلّ على حصول البيع، وموجب البيع حصول الملك^(٣).

٢ - حديث ابن عمر: قال النبي ﷺ: «من باع عبداً وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع»^(٤).

٣ - حديث ابن عمر: قال النبي ﷺ: «من باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(٥).

وجه الدلالة منهما: يقول ابن قدامة: «فجعله - أي: كلاً من المال والثمرة - للمبتاع بمجرد اشتراطه، وهو عام في كل البيع»^(٦).

(١) راجع: الماوردي: الحاوي الكبير (٤٨/٥).

(٢) أخرجه البخاري في: صحيحه: البيوع: باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (٤/٣٨٥ ح ٢١١١).

(٣) راجع: الماوردي: المرجع السابق (٤٧/٥).

(٤) أخرجه مسلم في: صحيحه: البيوع: باب من باع نخلاً عليها تمر (١٠/٤٤٧ ح ٧٧ - ١٥٤٣) مع شرحه النووي.

(٥) أخرجه البخاري في: صحيحه: المساقاة: باب الرجل يكون له ممر (٥/٦٠ ح ٣٣٧٩) بلفظ: (ابتاع).

(٦) راجع: المغني (٤/٣١، ٣٢).

ب - من المعقول: بالآتي:

- ١ - أنه بيع قد تم صحيحاً بالإيجاب والقبول، فنقل الملك عقيبه، كالذي لا خيار له^(١)، فإن ثبوت الخيار فيه لا يمنع الملك؛ كخيار العيب^(٢)؛ إذ إن الخيار نوعان: خيار عقد، وخيار عيب، فلما لم يكن خيار العيب مانعاً من حصول الملك، لم يكن خيار العقد مانعاً من حصول الملك^(٣).
- ٢ - أنه عقد معاوضة يقتضي التملك، ويوجب الملك، فملك فيه، وانتقل الملك بنفس العقد كالنكاح^(٤)، ولأن البيع تملك بدليل قوله: ملكتك، فيثبت به الملك كسائر البيع يحققه: أن التملك يدل على نقل الملك إلى المشتري، ويقتضيه لفظه، والشرع قد اعتبره، وقضى بصحته، فيجب أن يعتبره فيما يقتضيه، ويدل عليه لفظه^(٥).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة أصحاب القول الأول: القائلين: بأن المبيع باق على ملك البائع:

نوقش دليلهم من السنة: وهو: حديث ابن عمر: «كل بيعين فلا بيع بينهما حتى يتفرقا»: بأنه ليس فيه نفي للبيع قبل الافتراق، بل فيه نفي للزوم فقط، وبه شرحه الإمام النووي (ت ٦٧٦هـ) حيث قال في معنى قوله ﷺ: «.. لا بيع بينهما»: «أي: ليس بينهما بيع لازم»^(٦)، وعدم اللزوم ونفيه لا يستلزم

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٢/٤).

(٢) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٣٥)، والرافعي: فتح العزيز (٣١٦/٨)، وابن قدامة: نفس المرجع السابق (٣٣/٤).

(٣) راجع: المارودي: الحاوي الكبير (٤٧/٥).

(٤) راجع: الشيرازي: المهذب (٢١١/٩)، وابن الصباغ: الشامل (ص ٩٥)، والحلي: تذكرة الفقهاء (٤٠٢/٧).

(٥) راجع: ابن قدامة: نفس المرجع السابق (٣٢/٤ - ٣٣).

(٦) راجع: شرح صحيح مسلم (٤٣٢/١٠).

عدم الملك ونفيه في المعاوضات، كما لو كان معيباً^(١).
ونوقش الدليل الأول من المعقول: وهو: خيار الشرط شرع للحاجة إلى دفع الغبن، ولا اندفاع لها إلا بامتناع ثبوت الملك - بوجوه:

أحدها: أن الخيار شرع للحاجة إلى دفع الغبن مسلّم به، ولكن الذي لا يمكن التسليم به هو: لا اندفاع لهذه الحاجة إلا بامتناع ثبوت الملك للحال، وذلك؛ لأن دفع الغبن، واندفاعه يمكن بعدم لزوم البيع - كما في الخيارات -؛ فإنه في هذه الحال يكون لكل من العاقدين حق في فسخ العقد متى شاء قبل انقضاء الخيار لدفع الغبن، وعليه، فلا حاجة إلى امتناع ثبوت الملك.

الثاني: أن العتق له وضع خاص عند الشارع، فلا يصح إلحاق غيره به؛ «لأن الشارع له إلى العتق تشوُّف، لا يوجد في غيره، لذلك أوجب فيه السراية مع ما فيه من إخراج ملك الشريك بغير اختياره، وإذا كان مبناه على التغليب والسراية، والنفوذ في ملك الغير لم يلحق به غيره»^(٢).

الثالث: أن احتمال العتق ضئيل، ومن المعلوم أن الحكم الشرعي يبنى على الأكثرية، لا على النوادر، والاحتمالات.

ونوقش الدليل الثاني منه: وهو: تمام البيع لا يكون إلا بالتراضي، ولا يتم الرضا مع الخيار؛ لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه...:

بأن القول: ولا يتم الرضا مع الخيار، غير مسلّم به؛ لأنه لا يلزم من ثبوت الخيار انتفاء الرضا؛ إذ لو كان الأمر كذلك لفسد العقد^(٣).

ونوقش الدليل الثالث منه: وهو: أنه إيجاب غير لازم، فلا يلزم البائع، فلم ينتقل به؛ كعقد الهبة:

بأن قياس البيع بالخيار على عقد الهبة قياس مع الفارق؛ إذ الفرق بينهما

(١) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٩٥)، والحلي: تذكرة الفقهاء (٤٠٢/٧).

(٢) راجع: ابن تيمية: مجموع الفتاوى (١٦٩/٢٩).

(٣) راجع: د. علي مرعي: خيار الشرط في الفقه الإسلامي (ص ٥٧) بحث منشور في مجلة الكلية.

ظاهر، فإن عقد الهبة ليس بعقد معاوضة، وإنما هو: تبرع محض، وعدم اللزوم لا يمنع الملك في المعاوضات، كما لو كان معيماً^(١).

ونوقش الدليل الرابع منه: وهو: حصول الملك يقتضي جواز التصرف، فلما كان المشتري ممنوعاً من التصرف، دلّ على أن الملك لم ينتقل:

بأن «امتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير، فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون، والمبيع قبل القبض»^(٢).

ثانياً: مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني: القائلين: بأن ملك المبيع موقوف مراعى:

نوقش الدليل الأول: وهو البيع سبب الزوال، والخيار يشعر بأن البائع لم يرض بالزوال جزماً، فوجب الانتظار...:

بأن البيع سبب زوال الملك مسلّم به، ولكن القول: بأن الخيار يشعر بعدم الرضا بالزوال جزماً - غير مسلّم به، وذلك: أنه بيع قد تم صحيحاً بالإيجاب والقبول، ومقتضاه: ترتب الحكم عليه، وهو انتقال كل من المبيع، والضمن إلى العاقدين، فثبوت الخيار فيه لا يمنع تأثير العقد، وترتب أحكامه عليه - منها الملك - كخيار العيب بل يمنع اللزوم فحسب.

ونوقش الدليل الثاني: وهو: سبب زوال الملك وجد، فلا يمكن القطع بأن الملك للبائع، وحق الاعتراض للبائع ثابت، فلا يقطع بالملك للمشتري، فثبت الوقف:

بأن حق الاعتراض ثبت للبائع من جهة أن البيع غير لازم في حقه، لا أن ملك المبيع باق له، فلا تساوي بين حقه وحق المشتري، بل يرجح حق المشتري؛ لأن عقد البيع قد اعتبره الشارع لإفادة الملك^(٣).

(١) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٩٥).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٤/٤).

(٣) راجع: أ.د. علي مرعي: خيار الشرط في الفقه الإسلامي (ص ٥٨) العدد: السادس من مجلة الكلية.

ونوقش الدليل الثالث: وهو: العقد يثبت الملك، والخيار ينفيه، وأمره متردد بين أن يغلب حكم العقد في إثبات الملك... وبين أن يغلب حكم الخيار في نفي الملك...:

بأن القول: الخيار ينفي الملك، غير مسلّم به؛ لأن التسليم به يؤدي إلى أمرين باطلين:

أحدهما: التناقض: وهو إثبات الملك ونفيه في وقت واحد.

الثاني: وجود البيع كعدمه مع استيفائه جميع أركانه وشروطه.

وعليه، فقد ثبت بطلان القول: الخيار ينفي الملك، وإذا كان كذلك فلم يثبت ما بني عليه وهو أمره متردد بين أن يغلب حكم العقد وبين أن يغلب حكم الخيار.

ثالثاً: مناقشة أدلة أصحاب القول الثالث: القائلين: بأن المبيع يملكه المشتري بنفس العقد:

نوقش الاستدلال من الدليل الثاني والثالث من السنّة: «من باع عبداً وله ماله، فماله للبائع إلا أن يشترطه». «ومن باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»:

بأن دلالة الحديثين على ملك المشتري للمال، والثمرة ثبت بطريق المفهوم المخالف. وهذا محل خلاف بين الفقهاء، ولو سلّم أن المفهوم المخالف حجة، فالحديثان محمولان على البيع البات جمعاً بين الأدلة.

يجاب عن هذا: بأنه لو سلّم ما ذكر، فإن الحديثان يدلان على المدعي من وجه آخر وهو أن الرسول ﷺ أخبر عن ملكية المشتري للمال والثمرة بالشرط، سواء كان هناك خيار أو لا، والشرط بمنزلة العقد بجامع الإلزام والالتزام في كل^(١).

(١) راجع: أ.د. علي مرعي: خيار الشرط في الفقه الإسلامي (ص ٥٧).

ثانياً: خيار الشرط إذا كان لأحد المتعاقدين: إما للبائع أو للمشتري:

١ - إذا كان للبائع:

اختلف الفقهاء فيما إذا كان الخيار للبائع على قولين:

القول الأول: المبيع يبقى في ملك البائع: به قال الحنفية^(١)، والمالكية في قول وهو المعتمد عليه في المذهب^(٢)، والشافعية^(٣) وهو الرواية الثانية عن الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)^(٤)، والزيدية^(٥)، والإمامية في قول^(٦)، والإباضية^(٧).

القول الثاني: المبيع يملكه المشتري بنفس العقد: به قال المالكية في قول ضعيف^(٨)، والحنابلة، وهو أظهر الروايتين وأشهرهما وأصحهما عن الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، وهو المذهب، وهو الصحيح^(٩)، وهو قول مشهور عند الإمامية^(١٠).

-
- (١) راجع: المرغيناني: الهداية (٨٣/٧) مع البناية، والموصلي: الاختيار لتعليل المختار (١٣/٢، ١٤)، والزيلعي: تبيين الحقائق (١٦/٤)، والبايرتي: العناية (٥٠٣/٥)، والعيني: البناية (٨٣/٧)، وابن الهمام: فتح القدير (٥٠٣/٥، ٥٠٤)، وابن نجيم: البحر الرائق (٩٠/٦).
- (٢) راجع: الباجي: المنتقى (٥٨/٥)، وابن رشد: المقدمات (٩٢/٢)، وابن جزري: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥)، ومختصر خليل (١٢١/٥) مع شرح الزرقاني.
- (٣) راجع: الغزالي: الوجيز (٣١٥/٨) مع فتح العزيز، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٣٦)، والرافعي: فتح العزيز (٣١٧/٨)، والنووي: المجموع (٢١٣/٩).
- (٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٩/٤، ٤٠)، وابن رجب: القواعد (ص ٣٧٧)، والمرداوي: الإنصاف (٣٧٩/٤).
- (٥) راجع: ابن مفتاح: المنتزح المختار (١٠٢/٣، ١٠٣).
- (٦) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٧٨/٢٣).
- (٧) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٢٧٩/٩).
- (٨) راجع: شرح الزرقاني (١٢١/٥)، وشرح الخرشي (٣٠/٤)، وحاشية الدسوقي (٣/١٠٣)، وحاشية الصاوي (١٩٢/٤)، وعليش: شرح منح الجليل (٦٢٣/٢).
- (٩) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٢٨/٤، ٢٩)، وابن رجب: المرجع السابق، والبهوتي: كشاف القناع (٢٠٥/٣، ٥٠٦).
- (١٠) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٧٨/٢٣) مع جواهر الكلام، والمختصر النافع (ص ١٢٢)، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٤٠٢/٧)، والنجفي: المرجع السابق.

سبب الخلاف:

لا يخرج سبب الخلاف هنا عما سبق فيما إذا كان الخيار للمتعاقدين.

الأدلة

أولاً: أدلة أصحاب القول الأول:

استدلوا بنفس الأدلة التي استدلّ بها أصحاب القول الأول - على بقاء ملك المبيع للبائع - فيما إذا كان الخيار للمتعاقدين. فتراجع هناك.

ثانياً: أدلة أصحاب القول الثاني:

استدلّوا بنفس الأدلة التي استدلّ بها أصحاب القول الثالث القائلين، بانتقال الملك إلى المشتري بنفس العقد، فيما إذا كان الخيار للمتعاقدين. فتراجع هناك.

مناقشة الأدلة

هي نفس المناقشات هناك فتراجع هناك.

ب - إذا كان الخيار للمشتري:

اختلف الفقهاء في أثر الخيار في ملك المبيع في هذه الحالة على ثلاثة

أقوال:

القول الأول: المبيع يملكه المشتري بنفس العقد، فينتقل إليه: به قال

أبو يوسف (ت ١٨٣هـ)، ومحمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ)، والطحاوي (ت ٣٢١هـ) من الحنفية^(١)، وهو رواية ضعيفة عن الإمام مالك (ت ١٧٩هـ)،

(١) راجع: مختصر الطحاوي (ص ٧٥) حيث قال: «وإن مات في يد المشتري ما له فيه الخيار كان عليه ضمان ثمنه لبائعه». فكون ضمان الثمن على المشتري دليل على أن المبيع دخل عنده في ملكه، و متن القدوري (ص ٣٤)، والدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٣)، والسمرقندي: تحفة الفقهاء (٧٧/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٦٥).

وهو قول ابن كنانة^(١) (ت ١٨٦هـ) من أصحابه^(٢)، والمحققون من الشافعية^(٣)، والحنابلة، وهو أصح الروايتين عن الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، وهو المذهب، وهو الصحيح^(٤)، والزيدية^(٥)، والإمامية في قول مشهور^(٦)، والإباضية^(٧).

القول الثاني: المبيع يخرج من ملك البائع، ولكنه لا يدخل في ملك المشتري إلى أن ينقضي الخيار: به قال الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)، والحنفية عامة، وهو الراجح عندهم^(٨)، وبعض الإمامية^(٩).

القول الثالث: المبيع يبقى على ملك البائع إلى أن ينقضي الخيار: به

(١) هو: عثمان بن عيسى بن كنانة من فقهاء المدينة، أخذ العلم عن الإمام مالك، وكان ملازماً لمجلسه، وغلبه الرأي، توفي بمكة حاجاً سنة ١٨٦هـ وقيل: سنة ١٨٥هـ. راجع: القاضي عياض: ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مالك (١/ ٢٩٢) وما بعدها.

(٢) راجع: ابن رشد: المقدمات (٩٢/٢) حيث قال: «وقد روي عن مالك أن الضمان من المشتري فيما بيع على الخيار، إن كان الخيار له» فكون الضمان على المشتري دليل على أن الملك انتقل إليه. وشرح الزرقاني (١٢١/٥)، وشرح الخرشبي (٤/ ٣٠)، وحاشية الدسوقي (١٠٣/٣)، وحاشية الصاوي (١٩٢/٤).

(٣) راجع: الغزالي: الوجيز (٣١٥/٨) مع فتح العزيز، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٣٦)، والرافعي: فتح العزيز (٣١٧/٨)، والنووي: المجموع (٢١٣/٩)، والروضة (٤٤٨/٣)، والمنهاج (٤٨/٢) مع مغني المحتاج.

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٨/٤، ٢٩)، وابن رجب: القواعد (ص ٣٧٧)، والمرداوي: الإنصاف (٣٧٨/٤).

(٥) راجع: ابن مفتاح: المنتزح المختار (١٠٢/٣).

(٦) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٧٨/٢٣) مع جواهر الكلام، والمختصر النافع (ص ١٢٢)، والنجفي: جواهر الكلام (٧٨/٢٣، ٧٩)، ومحمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر الصادق (٢٣٠/٣).

(٧) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (٢٧٨/٩) حيث قال: «(فإن) تلف (بيد) مشتر وقد شرطه، ضمن ثمنه» فكون المشتري ضامناً للثمن دليل على أن المبيع دخل في ملكه.

(٨) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٧٧/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٢٦٥/٥)، وفتاوى قاضيخان (١٧٨/٢) بهامش الفتاوى الهندية.

(٩) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٥٩٢/٤).

قال المالكية وهو المعتمد^(١)، والإمام أحمد في الرواية الثانية عنه^(٢)، والإمامية في قول^(٣).

سبب الخلاف:

هو هنا لا يخرج عما سبق فيما إذا كان الخيار للمتعاقدين فيراجع هناك.

الأدلة

أولاً: أدلة أصحاب القول الأول: القائلين بانتقال الملك بنفس العقد:

استدلوا هنا بما استدلل به أصحاب القول الثالث فيما إذا كان الخيار للمتعاقدين من الأدلة على أن الملك ينتقل إلى المشتري. فتراجع هناك مع مناقشتها.

وأضافوا إليها:

- ١ - «أن ثبوت الحكم عند وجود المستدعي هو الأصل، والامتناع بعارض، والمانع ههنا هو الخيار، وأنه وجد في أحد الجانبين لا غير، فيعمل في المنع فيه لا في جانب الآخر، ألا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري، والضمن عن ملك المشتري إذا كان الخيار للبائع، فدلّ أن البيع بات في حق من لا خيار له، فيعمل في بات هذا الحكم الذي وضع له»^(٤).
- ٢ - «أن المبيع لما خرج عن ملك البائع وجب أن يدخل في ملك المشتري، فلو لم يدخل في ملكه يكون زائلاً لا إلى مالك، ولا عهد لنا به في الشرع»^(٥).

(١) راجع: الباجي: المنتقى (٥٨/٥)، وابن رشد: المقدمات (٩٢/٢)، وابن جزري: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٩/٤)، وابن رجب: القواعد (ص ٣٧٧)، والمرداوي: الإنصاف (٣٧٩/٤).

(٣) راجع: الحلبي: المختصر النافع (ص ١٢٢)، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٧/٤٠٢)، والعاملي: المرجع السابق، والنجفي: جواهر الكلام (٧٩/٢٣).

(٤) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٦٥).

(٥) راجع: المرغيناني: الهداية (٧/٨٥)، والموصلي: الاختيار لتعليل المختار (٢/١٤).

ثانياً: أدلة أصحاب القول الثاني القائلين: بخروج المبيع عن ملك البائع، وعدم دخوله في ملك المشتري إلى أن ينقضي الخيار - بما يأتي:

١ - «أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه، فلو قلنا: بأنه يدخل المبيع في ملكه، لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع؛ لأن المعاوضة تقتضي المساواة، ودخوله في ملكه ينفىها»^(١).

٢ - «أن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى، فيقف على المصلحة، ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره: بأن كان قريبه، فيفوت النظر»^(٢).

ثالثاً: أدلة أصحاب القول الثالث القائلين: ببقاء المبيع في ملك البائع إلى أن ينقضي الخيار:

استدلوا بما استدلّ به أصحاب القول الأول فيما إذا كان الخيار للمتعاقدين من الأدلة، على بقاء الملك للبائع. فتراجع هناك.

مناقشة الأدلة

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

نوقش الدليل الأول:

بأن القول: البيع بات في حق من لا خيار له، فهو «يوجب البتات في حق الزوال، لا في حق الثبوت؛ لأن الخيار من أحد الجانبين له أثر في المنع من الزوال، وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر، إن كان لا يمنع الزوال من الوجهين»^(٣).

أجيب عنه: بما سبق من أن الخيار ليس له أثر في المنع من زوال الملك، وإذا كان كذلك، فلم يمنع الثبوت من الجانب الآخر.

(١) راجع: المرغيناني: الهداية (٧/٨٥)، والموصلي: الاختيار لتعليل المختار (٢/١٤).

(٢) راجع: المرغيناني: المرجع السابق.

(٣) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٦٥).

ونوقش الدليل الثاني:

بأنه يجوز أن يخرج الشيء عن ملك إنسان، ولا يدخل في ملك غيره، كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم، ولا يدخلون في ملك أحد عند الشراء للكعبة. وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت، وتزول عنه، ولا تدخل في ملك الورثة^(١).

أجيب عنه: بأن المراد من القول: «ولا عهد لنا به في الشرع» أي: في باب التجارة والمعاوضة، وبالتالي الكلام هنا في التجارة والمعاوضة، وما ذكر من عبيد الكعبة ليس من هذا الباب، بل من باب الأوقاف، فهو ملحق بتوابع الأوقاف من المنقولات. والحكم في الأوقاف كذلك. وكذا ما ذكر من التركة المستغرقة بالدين ليس من هذا الباب. هذا من جانب^(٢).

ومن جانب آخر في القول: «تخرج عن ملك الميت وتزول عنه» نظر، ومنع؛ «إذ التركة هي مبقاة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه، وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه»^(٣).

ثانياً: مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني القائلين: بخروج المبيع من ملك البائع، وعدم دخوله في ملك المشتري إلى أن ينقضي الخيار:

نوقش الدليل الأول: وهو: أنه لما لم يخرج الثمن عن ملك المشتري... بوجوه:

١ - لو سلم بأن الثمن لم يخرج عن ملك المشتري، إذا كان الخيار له في المذهب الحنفي بالاتفاق، فإنه غير مسلم به عند الآخرين، حيث ذهب

(١) راجع: الزيلعي: تبين الحقائق (١٦/٤)، والخوارزمي: الكفاية (٥٠٦/٥)، والعيني: البناية (٨٦/٧).

(٢) راجع: الخوارزمي: نفس المرجع السابق (٥٠٥/٥، ٥٠٦)، والبابرتي: العناية (٥/٥٠٥)، وابن الهمام: فتح القدير (٥٠٥/٥)، وابن نجيم: البحر الرائق (١٤/٦).

(٣) راجع: الخوارزمي: المرجع السابق، وحاشية الشلبي على تبين الحقائق (١٦/٤).

الفقهاء القائلون: بأن المبيع يخرج عن ملك البائع ويدخل في ملك المشتري إذا كان الخيار له - إلى أن الثمن أيضاً يخرج عن ملك المشتري ويدخل في ملك البائع. فلا اجتماع عندهم بين البديلين.

٢ - لو لم يثبت الملك للمشتري فلم يستحق به الشفعة؛ لأن استحقاقها بالملك - ولذا لا تثبت بحق السكنى - لكنه يستحقها إذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق^(١).

أجيب عنه: بأنه إنما يستحقها؛ لأنه صار أحق بها تصرفاً، لا لأنه ملكها، كالعبد المأذون يستحقها إذا بيعت دار بجوارها بهذا المعنى^(٢).

رد عليه: بأن حاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك، أو ما في معناه، وهذا تكلف لا يحتاج إليه^(٣)، بل هو باطل؛ لأن استحقاق الشفعة إنما هو بالملك فقط. وأما الاستدلال على المنع بالقياس، وهو العبد المأذون وهذا فاسد في غاية الفساد، فإنه نائب عن مولاه، وقائم مقامه، فتصرفه هو عين تصرف مولاه، واستحقاقه للشفعة هو عين استحقاق مولاه بها، فاستحقاق الشفعة من قبل العبد المأذون إنما هو بالملك فقط دون غيره.

ثالثاً: مناقشة أدلة أصحاب القول الثالث القائلين: ببقاء الملك للبائع إلى أن ينقضي الخيار:

أدلتهم هي نفس أدلة القول الأول فيما إذا كان الخيار للمتعاقدين. فمناقشتها هناك مناقشتها هنا.

(١) راجع: العيني: البناية (٨٦/٧)، وابن الهمام: فتح القدير (٥٠٥/٥)، وابن نجيم: البحر الرائق (١٤/٦).

(٢) راجع: الخوارزمي: الكفاية (٥٠٥/٥، ٥٠٦)، والبايرتي: العناية (٥٠٥/٥)، وابن الهمام: المرجع السابق، وابن نجيم: المرجع السابق (١٤/٦)، وحاشية الشلبي على تبين الحقائق (١٦/٤).

(٣) راجع: ابن الهمام: المرجع السابق.

الترجيح:

بعد أن استعرضنا أقوال الفقهاء في أثر الخيار في ملك المبيع، وأدلتهم وما أورد عليها من اعتراضات ومناقشات، وما أوجب عنها - يتبين لنا أن الأولى بالترجيح والاختيار هو: القول القائل: بأن المبيع يملكه المشتري وينتقل إليه بنفس العقد في كلتا الحالتين - أي: سواء أكان الخيار للمتعاقدين، أم لأحدهما دون الآخر. وذلك لعدة اعتبارات:

١ - أن أدلة ما عدا القول القائل: بانتقال ملك المبيع من البائع إلى المشتري، لم تسلّم من مناقشات، وبالتالي لم تبقى صالحة للاحتجاج بها. وأما أدلته فبقيت صالحة للاحتجاج بها.

٢ - أن اسم البيع ينطبق على البيع بالخيار لعموم قوله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. وقوله تعالى: ﴿... إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. فما من شك أن المعاملة مع الخيار هي بيع وتجارة عن تراض، وعليه، ينتقل المبيع إلى من اشترى بالخيار^(١).

٣ - أن العقد متى تم صحيحاً بالإيجاب والقبول أثره وترتب عليه جميع أحكامه منها: انتقال المثلن إلى المشتري، والمثلن إلى البائع؛ «لأن المقصود للمتعاقدين، والذي وقع التراضي عليه بينهما - انتقال كل من المثلن والمثلن حال العقد. فهذه المعاملة إما صحيحة كذلك عند الشارع، ويثبت المطلوب، أو باطلة من أصلها، لا إنها صحيحة على غير ما قصداه وتراضيا عليه، وإثبات الخيار منهما أو من الشارع - إن لم يؤكد ذلك - لا ينافيه، فالمقتضي للملك حينئذ موجود، والمانع منه مفقود^(٢).

(١) راجع: محمد جواد: فقه الإمام جعفر (٣/٢٣١).

(٢) راجع: محمد جواد: المرجع السابق.

المطلب الثاني

ضمان المبيع

إذا هلك المبيع في زمن الخيار:

لا يخلو المبيع: إما أن يكون مما يتعلق به حق توفية - أي: أن يكون مكيلاً، أو موزوناً، أو معدوداً، أو مذكوعاً -، وإما أن يكون مما لا يتعلق به حق توفية.

وكذلك لا يخلو الهلاك: إما أن يكون قبل القبض، أو بعده.

أولاً: ضمان المبيع قبل القبض في زمن الخيار:

إن المبيع إذا كان مما يتعلق به حق التوفية، وتلف قبل القبض فلا خلاف بين الفقهاء في أن ضمانه من البائع. يقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ): «لا أعلم في هذا خلافاً إلا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه»^(١). وأما إذا كان مما لا يتعلق به حق التوفية، فهو مما اختلف الفقهاء في ضمانه، ممن يكون: البائع أو المشتري؟

١ - موضع الخلاف: تلف المبيع الذي فيه حق التوفية في زمن الخيار:

فقد اتفق الفقهاء قاطبة على أن المبيع الذي فيه حق التوفية وهلك قبل القبض، وكان بأفة سماوية، أو باستهلاك البائع أو فعله، أو المبيع نفسه: ضمانه من البائع^(٢).

(١) راجع: المغني (٤/١٤).

(٢) راجع: السرخسي: المبسوط (٤٨/١٣)، والسمرقندي: تحفة الفقهاء (٧٣/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٧٢)، والمرغيناني: الهداية (٧/٨٤) مع البناية، والفتاوى البزازية (٤/٥٠٠)، وعلي حيدر: درر الحكام (١/٢٧٥) من الحنفية، وابن الجلاب: التفريع (٢/١٧١، ١٧٢)، والبايجي: المنتقى (٥/٥٩)، وابن رشد الجدل: المقدمات (٢/٩٢)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢/٢٠٨)، والقرافي: الذخيرة (٥/١٣٠)، وابن جزي: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥)، والدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/١٠٣، ١٠٤)، والشرح الصغير (٤/١٩٢) من المالكية، =

٢ - موضع الاختلاف: تلف المبيع الذي لا يتعلق به حق التوفية في زمن الخيار: لا يخلو الخيار: إما أن يكون لأحدهما فقط دون الآخر، أو لهما معاً، أو لغيرهما الأجنبي الثالث.

كما أن التلف لا يخلو: إما أن يكون بأفة سماوية، أو باستهلاك البائع، أو فعله، أو المشتري، أو المبيع نفسه.

١ - الخيار للبائع:

إذا تلف المبيع بفعل المشتري: فقد اتفق الفقهاء على أن ضمانه منه^(١).
وأما إذا تلفه بأفة سماوية، أو باستهلاك البائع، وفعله، أو المبيع نفسه فقد اختلف الفقهاء في ضمانه على رأيين:

الرأي الأول: ضمانه من البائع: ذهب إليه: الإمام الأوزاعي (ت ١٥٧هـ)^(٢)، والحنفية^(٣)، والإمام الليث (ت ١٧٥هـ)^(٤)،

= وابن الصباغ: الشامل (ص ١٢٣)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٦)، والرافعي: فتح العزيز (٨/٣٢٠)، والنووي: روضة الطالبين (٣/٤٥١)، والمجموع (٩/٢٢٠) من الشافعية، وابن قدامة: المغني (٤/٤١)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٣٨٩)، والبهوتي: كشف القناع (٣/٢٠٩) من الحنابلة، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/١٠٢، ١٠٣) من الزيدية، والمحقق الحلبي: شرائع الإسلام (٢٣/٨٣) مع جواهر الكلام، وقواعد الأحكام (٤/٥٩٦) مع مفتاح الكرامة، والمختصر النافع (ص ١٢٢)، والحلي: الجامع للشرائع (ص ٢٤٧)، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٧/٤٠٩، ٤١٨، ٤١٩)، والشهيد الأول والثاني: اللمعة والروضة البهية (٣/٥٢٥) من الإمامية، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٩/٢٧٩)، والشماخي: كتاب الإيضاح (١٠/٤٧٩).

(١) راجع: الفتاوى البزازية (٤/٥٠٠)، والدردير: الشرح الصغير (٤/١٩٣)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٦)، والنووي: الروضة (٣/٤٥٢)، وابن قدامة: المرجع السابق، والمرداوي: المرجع السابق، والشهيد الثاني: المرجع السابق (٣/٥٢٦)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/٥٩٩)، وأطفيش: المرجع السابق (٩/٢٧٨).

(٢) راجع: ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢/٢٠٨).

(٣) راجع: السرخسي: المبسوط (١٣/٤٨)، والسمرقندي: تحفة الفقهاء (٢/٧٣)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٧٢)، والمرغيناني: الهداية (٧/٨٤) مع البناية، والفتاوى البزازية (٤/٥٠٠)، وعلي حيدر: شرح المجلة (١/٢٧٥).

(٤) راجع: ابن رشد: المرجع السابق.

والمالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية^(٣)، والحنابلة - إذا منع البائع المشتري من قبضه^(٤) - والزيدية^(٥)، والإمامية^(٦)، والإباضية^(٧).

الرأي الثاني: ضمانه من المشتري: ذهب إليه: الحنابلة^(٨)، والإمامية - إذا كان عدم قبضه لامتناع منه: أو يرضاه منه بالبقاء في يد البائع بعد تمكنه منه وعرضه عليه^(٩)، - والإباضية في قول^(١٠).

ب - الخيار للمشتري:

إذا تلف المبيع قبل القبض بفعل المشتري، والخيار له، فقد اتفق الفقهاء على أن ضمانه منه^(١١).

- (١) راجع: ابن الجلاب: التفریح (١٧١/٢، ١٧٢)، والباجي: المتتقى (٥٩/٥)، وابن رشد: المقدمات (٩٢/٢)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢٠٨/٢)، والقرافي: الذخيرة (١٣٠/٥)، وابن جزي: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥)، والدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١٠٣/٣، ١٠٤)، والشرح الصغير (١٩٣/٤).
- (٢) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ١٢٣)، والبغوي: تهذيب الأحكام؛ والرافعي: فتح العزيز (٣٢٠/٨)، والنووي: الروضة (٤٥١/٣)، والمجموع (٢٢٠/٩).
- (٣) بناء على أن المبيع لا ينتقل ملكه في مدة الخيار.
- (٤) راجع: ابن قدامة: المغني (١٤/٤)، والمرداوي: الإنصاف (٣٨٩/٤)، والبهوتي: كشف القناع (٢٠٩/٣).
- (٥) راجع: ابن مفتاح: المتزج المختار (١٠٢/٣، ١٠٣).
- (٦) راجع: المحقق الحلبي: شرائع الإسلام (٨٣/٢٣) مع جواهر الكلام، والمختصر النافع (ص ١٢٢)، والحلي: الجامع للشرائع (ص ٢٤٧)، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٤٠٩/٧، ٤١٨، ٤١٩)، والشهيد الأول والثاني: اللمعة والروضة البهية (٣/٥٢٥)، ومغنية: فقه الإمام جعفر (٢٠٣/٣، ٢٠٥).
- (٧) راجع: ضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٢٧٩/٩)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٤٧٩/٣).
- (٨) راجع: المراجع السابقة للمذهب.
- (٩) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٨٣/٢٣).
- (١٠) راجع: المراجع السابقة للمذهب.
- (١١) راجع: الفتاوى البزازية (٥٠٠/٤)، والدردير: المرجع السابق، والبغوي: تهذيب =

وأما إذا تلف بأفة سماوية، أو باستهلاك البائع وفعله، أو المبيع نفسه، فقد اختلف فيه الفقهاء على رأيين:

الرأي الأول: ضمانه من البائع: ذهب إليه: الإمام الأوزاعي (ت ١٥٧هـ)^(١)، والحنفية^(٢)، والإمام الليث بن سعد (ت ١٧٥هـ)^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، والحنابلة - إذا منع البائع المشتري من قبضه^(٦) -، والزيدية^(٧)، والإمامية^(٨)، والإباضية^(٩).

= الأحكام (ص ١٤٦)، والنووي: روضة الطالبين (٤٥٢/٣)، وابن قدامة: المرجع السابق، والمرداوي: المرجع السابق، والشهيد الثاني: المرجع السابق (٥٢٦/٣)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٥٩٧/٤، ٥٩٩)، وأطفيش: المرجع السابق (٢٧٨/٩).

(١) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢٠٨/٢).

(٢) راجع: السرخسي: المبسوط (٤٨/١٣)، والسمرقندي: تحفة الفقهاء (٧٣/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٢٧٢/٥)، والمرغيناني: الهداية (٨٤/٧)، والفتاوى البزازية (٥٠٠/٤)، وعلي حيدر: درر الحكام (٢٧٥/١).

(٣) راجع: ابن رشد: المرجع السابق.

(٤) راجع: ابن الجلاب: التفرغ (١٧١/٢، ١٧٢)، والبايجي: المنتقى (٥٩/٥)، وابن رشد: المقدمات (٩٢/٢)، وابن رشد الحفيد: المرجع السابق، والقرافي: الذخيرة (١٣٠/٥)، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ١٣٥)، والدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١٠٣/٣، ١٠٤)، والشرح الصغير (١٩٢/٤، ١٩٣)، وعليش: شرح منح الجليل (٦٢٣/٢).

(٥) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ١٢٣)، والبعثي: المرجع السابق، والرافعي: فتح العزيز (٣٢٠/٨)، والنووي: المرجع السابق، والمجموع (٢٢٠/٩) ط. التضامن.

(٦) راجع: ابن قدامة: المغني (٨٤/٤)، والمرداوي: الإنصاف (٣٨٩/٤)، والبهوتي: كشف القناع (٢٠٩/٣).

(٧) راجع: ابن مفتاح: المتنوع المختار (١٠٢/٣، ١٠٣).

(٨) راجع: المحقق الحلبي: شرائع الإسلام (٨٣/٢٣) مع جواهر الكلام، وقواعد الأحكام (٥٩٦/٤) مع مفتاح الكرامة، والمختصر النافع (ص ١٢٢)، والحلي: الجامع للشرائع (ص ٢٤٧)، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٤٠٩/٧، ٤١٨، ٤١٩)، والشهيد الأول والثاني: اللعة والروضة البهية (٥٢٥/٣)، ومغنية: فقه الإمام جعفر (٢٠٣/٣ - ٢٠٥).

(٩) راجع: ضياء الدين وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٢٧٩/٩)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٤٧٩/٣).

الرأي الثاني: ضمانه من المشتري: ذهب إليه: الإمام مالك (ت ١٧٩هـ) في رواية ضعيفة، وهو قول ابن كنانة^(١) (ت ١٨٦هـ)^(٢)، والحنابلة^(٣)، والإمامية - إذا كان عدم قبضه لامتناع منه، أو برضا منه بالبقاء في يد البائع بعد تمكينه منه وعرضه عليه^(٤)، - والإباضية في قول^(٥).

ج - خيار للبائع والمشتري معاً:

إذا تلف المبيع قبل القبض بأفة سماوية، أو بفعل البائع أو المشتري، أو المبيع نفسه، فلا يختلف حكمه عن المبيع التالف في خيار البائع، وكذلك في خيار المشتري. فراجع هناك.

الخيار للأجنبي:

كذلك هنا لا يختلف الحكم عما سبق، لذلك لا داعي لذكره هنا تجنباً للتكرار.

ثانياً: ضمان المبيع بعد القبض في زمن الخيار:

الخيار إما للبائع، أو للمشتري، وفي كل منهما وقع اختلاف بين الفقهاء.

أ - الخيار للبائع:

إذا كان الخيار للبائع، وهلك المبيع بيد المشتري، ففيه رأيان لهم: الرأي الأول: ضمانه من البائع: ذهب إليه الحنفية^(٦)، والمالكية وهو

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢٠٨).

(٣) راجع: ضياء الدين وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٩/٢٧٩)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٤٧٩).

(٤) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٢٣/٨٣).

(٥) راجع: ضياء الدين وأطفيش: المرجع السابق، والشماخي: المرجع السابق.

(٦) راجع: مختصر الطحاوي (ص ٧٥)، ومتن القدوري (ص ٣٤)، والسمرقندي: تحفة الفقهاء (٢/٧٣)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٧٢)، والمرغيناني: الهداية (٧/٨٣) مع البناية.

المذهب^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة في قول - بناء على رواية عن الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) أن المبيع لا ينتقل ملكه عن البائع حتى ينقضي الخيار - وهو خلاف المذهب^(٣)، والزيدية^(٤)، والإباضية^(٥).

الرأي الثاني: ضمانه من المشتري: ذهب إليه المالكية - إذا كان مما يغاب عليه ولم تقم على تلفه بيّنة^(٦) -، والحنابلة وهو المذهب^(٧)، والإمامية^(٨).

ب - الخيار للمشتري:

وأما إذا كان الخيار للمشتري، وتلف في يده، ففيه أيضاً رأيان للفقهاء:

الرأي الأول: ضمانه من المشتري: ذهب إليه جمهور الفقهاء: ابن أبي ليلى (ت ١٤٤هـ)، والإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)^(٩)، وأصحابه^(١٠)، والإمام

(١) المذهب: أن الضمان لا ينتقل في بيع الخيار بالقبض، كان صحيحاً أو فاسداً، وعليه، فالضمان من البائع مطلقاً. راجع: ابن رشد: المقدمات (٩٢/٢)، وحاشية الدسوقي (٩٥/٣).

(٢) راجع: الماوردي: الحاوي (٦٤/٥)، وابن الصباغ: الشامل (ص ١٢٣)، والقفال: حلية العلماء (٥١/٤)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٦)، والرافعي: فتح العزيز (٣٢٠/٨)، وتقرير الشيخ عوض (٢٦٢/١) بهامش الإقناع.

(٣) راجع: القاضي: المسائل الفقهية (٣١٣/١، ٣١٤)، وابن هبيرة: الإفصاح (١/٣٢٢)، وابن رجب: القواعد (ص ٣٧٧ ف ٤)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٣٨٠).

(٤) راجع: ابن مفتح: المتنزح المختار (١٠٢/٣، ١٠٣).

(٥) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل؛ وأطفيش: شرحه (٢٧٩/٩)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٣٧٨).

(٦) راجع: ابن رشد الجد: المرجع السابق، والقرافي: الذخيرة (١٣٠/٥)، وابن جزري: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥).

(٧) راجع: ابن قدامة: المغني (١٤/٤، ٤١)، والمرداوي: المرجع السابق (٤/٣٨٠)، ٣٨٩، والبهوتي: كشف القناع (٣/٢٠٦).

(٨) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٨٥/٢٣)، والقواعد (٥٩٧/٤)، وابن سعيد: الجامع للشرائع (ص ٢٤٧)، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٤١٩/٧)، والشهيد الأول: اللمعة (٥٢٥/٣) مع الروضة.

(٩) راجع: أبا يوسف: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص ١٧).

(١٠) راجع: مختصر الطحاوي (ص ٧٥)، ومتن القدوري (ص ٣٤)، والسمرقندي: =

مالك (ت ١٧٩هـ) في رواية ضعيفة، وهو قول ابن كنانة (ت ١٨٦هـ)^(١)،
والمالكية - فيما إذا كان مما يغاب عليه، ولم تقم بينة على تلفه^(٢) -،
والشافعية في أصح القولين^(٣)، والحنابلة وهو المذهب^(٤)، والزيدية^(٥)،
والإباضية في قول صحيح^(٦).

الرأي الثاني: ضمانه من البائع: ذهب إليه: زفر^(٧) (ت ١٥٨هـ) من
الحنفية^(٨)، والمالكية - فيما لا يغاب عليه^(٩) -، والشافعية في قول آخر^(١٠)،

= تحفة الفقهاء (٧٤/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٢٧٢/٥)، والمرغيناني: الهداية
(٨٦/٧) مع البناية.

- (١) راجع: ابن رشد: المقدمات (٩٢/٢).
- (٢) راجع: ابن رشد: المرجع السابق، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥).
- (٣) راجع: الماوردي: الحاوي (٦٥/٥)، وابن الصباغ: الشامل (ص ١٢٣)، والقفال:
حلية العلماء (٥٢/٤)، والبعوي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٦)، والرافعي: فتح العزيز
(٣٢٠/٨)، والنووي: المجموع (٢٢٠/٩)، وتقرير الشيخ عوض (٢٦٢/١) بهامش
الإقناع.
- (٤) راجع: ابن قدامة: المغني (١٤/٤، ٤١)، والمرداوي: الإنصاف (٣٨٠/٤، ٣٨٩)،
والبهوتي: كشف القناع (٢٠٦/٣).
- (٥) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٥٠/٤)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/
١٠٢، ١٠٣).
- (٦) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٤٧٨/٣)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل
وشرحه (٢٧٨/٩).
- (٧) زفر - بضم الزاء، وفتح الفاء، وبعدها راء - هو: ابن الهذيل - مصغر بذال معجمة -
ابن قيس الكوفي العبدي، كان من أكثر أصحاب أبي حنيفة أخذاً بالقياس، توفي سنة
١٥٨هـ. راجع: ابن قطلوبغا: تاج التراجم (ص ٢٨)، والحبوي: الفكر السامي (١/
٤٣٧).
- (٨) راجع: العيني: البناية في شرح الهداية (٨٦/٧).
- (٩) راجع: ابن الجلاب: التفرغ (١٧٢/٢)، وابن رشد: المرجع السابق، وابن جزى:
المرجع السابق، وحاشية الدسوقي (٩٥/٣، ١٠٤).
- (١٠) راجع: الماوردي: المرجع السابق، وابن الصباغ: المرجع السابق، والقفال: المرجع
السابق، والبعوي: المرجع السابق، والرافعي: المرجع السابق، والنووي: المرجع
السابق، وتقرير الشيخ عوض.

والإمامية^(١)، والإباضية في قول ضعيف^(٢).

سبب الخلاف:

هو آيل إلى:

١ - «هل الخيار مشروط لإيقاع الفسخ في البيع، أو لتتميم البيع، فإذا قلنا: لفسخ البيع، فقد خرج من ضمان البائع، وإن قلنا: لتتميمه، فهو من ضمانه»^(٣).

٢ - لمن ملك المبيع في زمن الخيار؟ فمن قال: إنه للبائع قال: الضمان منه، ومن قال: إنه للمشتري. اختلفوا في انتقال الضمان، بماذا ينتقل بالعقد، أو بالقبض؟ كما سبق.

الأدلة

أولاً: الاستدلال على ضمان المبيع قبل القبض في زمن الخيار:

أ - أدلة الرأي الأول:

استدل أصحاب الرأي الأول على ما ذهبوا إليه من أن المبيع في مدة الخيار من ضمان البائع بالآتي:

١ - أنه لو تلف في يد البائع بعد لزوم العقد - أي: في البيع البات - انفسخ، وسقط الثمن عن المشتري، وكان من ضمان البائع، كذلك قبله - أي: فإذا كان فيه خيار الشرط أولى -؛ لأنه أضعف منه^(٤).

(١) راجع: المحقق الحلبي: شرائع الإسلام (٨٥/٢٣) مع جواهر الكلام، والقواعد (٤/٥٩٧) مع مفتاح الكرامة، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٤١٩/٧)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٥٩٨/٤) وما بعدها.

(٢) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٤٧٩/٣)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (٢٨٠/٩).

(٣) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢٠٩/٢).

(٤) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ١٢٣)، والكاساني: بدائع الصنائع (٢٧٢/٥)، وابن قدامة: المغني (١٤/٤)، والعيني: البناية (٨٤/٧).

٢ - أن البيع بخيار الشرط عقد غير لازم، فلم ينتقل الملك عن البائع^(١)، وعليه، فلم ينتقل الضمان منه، فيكون ضمان المبيع منه.

ب - دليل الرأي الثاني:

ما استدلّ به أصحاب الرأي الثاني على كون المبيع في مدة الخيار قبل القبض من ضمان المشتري، هو القياس، وهو: تشبيه البيع بالخيار بالبيع اللّازم، وعليه، فالأدلة على كون المبيع في البيع اللّازم من ضمان المشتري، يمكن أن يستدل بها هنا^(٢). فيراجع هناك^(٣).

المناقشة

أولاً: نقاش أدلة الرأي الأول:

نوقش الدليل الأول:

بأن المبيع إذا تلف قبل قبضه في البيع اللّازم اختلف الفقهاء في ضمانه؟ ممن يكون، من البائع أو المشتري؟ - كما رأينا فيما سبق - فهو إذن مختلف فيه. ومعلوم أن قياس المختلف فيه على المختلف فيه غير صالح للاستدلال به.

ونوقش الدليل الثاني: بوجهين:

أحدهما: أن يكون البيع بالخيار عقداً غير لازم لا ينافي الملك، ولا يمنع نقله في المعاوضات كبيع المعيب، فلا يمنع انتقاله؛ لأنه إنما يبني على سببه الناقل له، وهو البيع، وذلك لا يختلف بإمضائه، وفسخه^(٤).

الثاني: أن الغرض بالخيار: الاستدراك - أي: استدراك ما سبترتب على

(١) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢٠٩).

(٢) راجع: ابن رشد: المرجع السابق، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٤٧٩).

(٣) انظر: (ص ٣٦٢ - ٣٦٤).

(٤) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٩٥)، وابن قدامة: المغني (٤/٣٣، ٣٤، ٣٥، ٣٦).

انعقاد العقد صحيحاً - من لزومه، أي: عدم جواز فسخه من أحد الطرفين دون الرضا، والموافقة من الطرف الآخر -، فهو إذن يمنع اللزوم لا الملك؛ فإن المقتضى والناقل له - وهو العقد - موجود؛ لأنه السبب الشرعي لنقل الملك، والمانع مفقود؛ إذ ليس إلا ثبوت الخيار، وهو غير مناف للملك^(١).

ثانياً: نقاش دليل الرأي الثاني:

نوقش ما استدلّ به أصحاب الرأي الثاني من القياس، وهو تشبيه البيع بالخيار بالبيع اللازم:

أنه «ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق»^(٢).

ثانياً: الاستدلال على ضمان المبيع بعد القبض في زمن الخيار:

١ - الاستدلال على ضمان المبيع بعد القبض إذا كان الخيار للبائع وحده:

١ - دليل الرأي الأول:

استدل أصحاب الرأي الأول على ما ذهبوا إليه من أن الضمان من البائع:

بأن المبيع لم يكن قد انتقل عن ملك البائع^(٣)؛ لأن كون الخيار له إبقاء للمبيع على ملكه^(٤)، فلم ينتقل ضمانه منه.

٢ - دليل الرأي الثاني:

استدل أصحاب الرأي الثاني على ما ذهبوا إليه من أن الضمان من المشتري:

بأن المبيع ملكه، وغلته له، فكان من ضمانه، كما بعد انقضاء الخيار^(٥).

(١) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٤/٥٩٢، ٥٩٤).

(٢) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢٠٩).

(٣) راجع: ابن رشد: المرجع السابق.

(٤) راجع: ابن مفتاح: المتزاع المختار (٣/١٠٣)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٤٧٨).

(٥) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٤١)، والمقدسي: الشرح الكبير (٤/٨٠).

المناقشة

نوقش دليل الرأي الأول:

بأن المبيع لم ينتقل عن ملك البائع غير صحيح؛ فإن السبب المقتضي للملك، والناقل له وهو البيع موجود ومتحقق؛ لأنه السبب الشرعي لنقل الملك، والمانع مفقود؛ إذ ليس إلا ثبوت الخيار، وهو غير مناف للملك؛ لأن الغرض من الخيار: الاستدراك، وهو لا ينافيه^(١).
وأما دليل الرأي الثاني فلا يقبل النقاش.

ب - الاستدلال على ضمان المبيع بعد القبض إذا كان الخيار للمشتري وحده:

١ - دليل الرأي الأول:

استدل أصحابه على كون المبيع من ضمان المشتري بالآتي:

- أ - «أن المشتري ملكه بالعقد، فإذا قبضه، فقد تقرر عليه الثمن، فإذا هلك يهلك مضموناً بالثمن، كما كان في البيع البات»^(٢).
- ب - «أن المبيع ملكه، وغلته له، فكان من ضمانه، كما بعد انقضاء الخيار»^(٣).

٢ - دليل الرأي الثاني:

استدل أصحابه على كون المبيع من ضمان البائع:

- بأن البيع لم يتم^(٤)؛ لأنه هلك قبل إبرام العقد، كما لو تلف قبل القبض^(٥)، فهو باق على ملك البائع ما لم ينجزم ويتم، فلا ضمان على المشتري^(٦).

(١) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٤/٥٩٢، ٥٩٤)، والنجفي: جواهر الكلام (٢٣/٧٩).

(٢) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٧٢).

(٣) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٤١)، والمقدسي: الشرح الكبير (٤/٨٠).

(٤) راجع: الماوردي: الحاوي (٥/٦٤).

(٥) راجع: البيهقي: تهذيب الأحكام (ص١٤٦).

(٦) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٩/٢٨٠).

المناقشة

نوقش دليل الرأي الأول:

بأن الملك لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار، فإذا تلف قبل انقضائه تلف وهو في ملك البائع^(١)، فعليه الضمان دون المشتري.

أجيب عنه: بل أن انتقال الملك إنما ينبنى على سببه المقتضي والناقل له وهو البيع، وهو موجود ومتحقق^(٢). وأما انقضاء الخيار فهو ليس من المقتضي والموجب للملك^(٣) ولا شرطاً فيه؛ إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله.

ونوقش دليل الرأي الثاني: بوجهين:

أحدهما: أن القول: إن البيع في زمن الخيار لم يتم - غير صحيح -، بل تم؛ لأنه بيع قد تم صحيحاً بالإيجاب والقبول^(٤). وإذا كان كذلك، فقد رتب عليه الشارع أثره من ثبوت الملك، وانتقاله، وذلك؛ فإن البيع شرع لإفادة الملك، فيستتبع أثره بمقتضى وقوعه صحيحاً.

الثاني: أن الخيار شرع استدراكاً لما يترتب على تمام البيع صحيحاً من لزومه، فيمنع لزومه، لا ملكه، فثبوت الخيار فيه لا ينافيه، ولا يمنع انتقاله. والدليل عليه: أن انقضاء الخيار لا يوجب الملك، فلم يثبت أن ملك المبيع في مدة الخيار قبل انقضائه باق على ملك البائع، وعليه؛ فلم يثبت المدعي، وهو: أن الضمان لم ينتقل إلى المشتري، فيكون من ضمان البائع.

الراجع:

قبل أن نبين ما هو الراجع، يجب علينا أن ننظر فيما شرع لأجله خيار الشرط، هل شرع لكي يمنع من لزوم البيع، أو نقل ملك المبيع؟

(١) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ١٢٣)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٤٧٩).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٣٥).

(٣) راجع: الشيرازي: المهذب (٩/٢١٢) مع المجموع.

(٤) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٣٥)، والرافعي: فتح العزيز (٨/٣١٦).

نستبين ذلك بما يأتي:

- ١ - أن البيع بخيار الشرط ينطبق عليه اسم البيع لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله سبحانه: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]، «وما من شك أن المعاملة مع الخيار هي بيع، وتجارة عن تراض»^(١).
- ٢ - إذا كان البيع بالخيار بيع، والبيع متى تم مستوفياً جميع ما اعتبره الشارع من أركان وشروط لتحقق وجوده صح، ورتب عليه الشارع أثره، وجميع أحكامه، منها: ثبوت ملك المعقود عليه لمن اشتراه وانتقاله إليه، وثبوت ملك الثمن لمن باعه، لقوله ﷺ فيما رواه ابن عمر رضي الله عنهما: «إذا تباع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يختير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع»^(٢). يقول الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ): «ومعلوم أن وجوب البيع يقتضي دخوله - أي: المبيع - في ملك المشتري وخروجه من ملك البائع»^(٣).
- ٣ - أن البيع مع الخيار قد تم بالإيجاب والقبول، فهو بيع صحيح، فيرتب عليه أثره شرعاً؛ إذ صحته عبارة عن ترتب الأثر عليه، وإلا لبطل الخيار لترتبه على العقد، ولكنه لم يبطل، فعدم بطلانه دليل على صحة العقد، فيكون صحيحاً، فيتبعه غايته وهو الملك^(٤).
- ٤ - تبين أن السبب المقتضي للملك، والناقل له - وهو العقد - موجود ومتحقق؛ لأنه السبب الشرعي لنقل الملك هنا، والمانع مفقود؛ إذ لا يوجد ما يمنع من نقله، وأما ثبوت الخيار فالغرض منه: الاستدراك، وهو لا ينافيه^(٥).

(١) راجع: محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (٣/٢٣١).

(٢) الحديث متفق عليه. سبق تخريجه. (٣) راجع: السيل الجرار (٣/١٢٦).

(٤) راجع: العامل: مفتاح الكرامة (٤/٥٩٤).

(٥) راجع: العامل: المرجع السابق (٤/٥٩٢، ٥٩٤).

- ٥ - «أن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقبيه فيما إذا لم يفسخ، فوجب أن يثبت، وإن فسخ كبيع المعيب»^(١).
- ٦ - أن العقد لو لم يكن سبباً للملك وانتقال الملك لم يكن سبباً مع انقضاء الخيار، وإمضائه؛ إذ لا مدخل لكل منهما حالة الانفراد عن العقد، فلا مدخل له حالة الانضمام عملاً بالاستصحاب^(٢).
- ٧ - أن البيع بالخيار قبل انقضائه بيع قطعاً، فهو يدل على حصول الملك قبله، وإنما يجب ويلزم بعده^(٣).

تبيين - في ضوء ما سبق - أن خيار الشرط إنما شرع للاستدراك - أي: لاستدراك ما يترتب على انعقاد البيع، وصحته من لزومه - فهو يمنع لزوم البيع فقط، وعدم لزومه لا يمنع الملك في المعاوضات كما في بيع المعيب؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي التمليك، فثبوت الخيار إذن لا ينافي الملك، ولا يمنع انتقاله، فينتقل بنفس العقد - دون الحاجة إلى انقضاء الخيار - كما في البيع البات.

بناءً على ذلك فقد تحقق: أن البيع بالخيار، والبيع البات لا فرق بينهما من ناحية ثبوت ملك المبيع للمشتري، وانتقاله إليه بنفس العقد.

فإذا تحقق أن الملك في البيع بالخيار ينتقل إلى المشتري بنفس العقد دون توقُّفه على انقضاء الخيار، أو إمضاء من له الخيار، فهل ينتقل الضمان أيضاً تبعاً لانتقال الملك، فيكون من ضمان من انتقل الملك إليه وهو المشتري؟ فالجواب: نعم. وأما الأسباب فقد أوردنا عدة أسباب على ذلك في ضمان المبيع في البيع البات اللازم، فلا داعي لإعادتها هنا تجنُّباً من التكرار. فتراجع تلك الأسباب هناك.

هذا، وقد رجح الأستاذ الدكتور علي أحمد مرعي انتقال ملك المبيع،

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٧/٤).

(٢) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٥٩٣/٤).

(٣) راجع: العاملي: المرجع السابق.

وزمانه بنفس العقد في البيع بالخيار، إذ قال: «والراجح أن الملك ينتقل إلى المشتري بالعقد الصحيح، سواء كان العقد في البت، أو الخيار؛ لأن البيع من عقود المعاوضات، فيترتب عليه أثره بمجرد العقد قياساً على النكاح»^(١). هذا في انتقال الملك، وأما في انتقال الضمان فقد قال: «... لأن المبيع دخل في ملك المشتري بمقتضى العقد الصحيح، فيكون الضمان من المشتري قبض المبيع أولاً قياساً على المملوك بطريق الإرث»^(٢).

المطلب الثالث

خراج المبيع

إذا حصل الخراج من المبيع أوله في زمن الخيار، فهو إما أن يحصل قبل القبض أو بعده، والخيار في هذه الحالة إما للبائع أو للمشتري، والبيع إما أن يكون قد تم، أو فسخ، إضافة إلى ذلك: لمن ملك المبيع في مدة الخيار للبائع أو للمشتري أو موقوف؟

والخراج مع هذا كله إما أن يكون متصلاً بالمبيع، أو منفصلاً عنه. هذا، والمذاهب الفقهية لا تخرج من أن تجعل الخراج إما للبائع، أو للمشتري.

أولاً: الخراج المتصل بالمبيع:

إذا كان الخراج متصلاً بالمبيع كالسمن ونحوه، فقد ذهب الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة - على ظاهر المذهب^(٥) - والزيدية^(٦)،

(١) راجع: مجلة الشريعة والقانون. العدد: التاسع لعام ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م (ص ٦٠).

(٢) راجع: نفس المرجع السابق (ص ٦٤).

(٣) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٣٠٢/٥، ٣٠٣).

(٤) راجع: الباجي: المنتقى (٥٧/٥).

(٥) راجع: ابن قدامة: المغني (٤٠/٤)، وابن رجب: القواعد (ص ١٥٧ ق ٨١).

(٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٥٠/٤)، ومختصر الأزهار (١٠٩/٣)، وابن

مفتاح: المتزاع المختار (١٠٣/٣).

والإمامية^(١)، والإباضية^(٢) إلى أنه تابع له: إن فسخ العقد فيكون للبائع، وإن تم، فيكون للمشتري.

وذهب الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في المنصوص عنه إلى أنه ليس بتابع للمبيع - إذا فسخ البيع - بل يكون للمشتري، وهو اختيار ابن عقيل (ت ٥١٣هـ)، والشيخ تقي الدين (ت ٧٢٨هـ)^(٣).

ثانياً: الخراج المنفصل عن المبيع:

إذا حصل الخراج في زمن الخيار، والبيع بعد حصوله إما أن يكون قد تم، أو فسخ.

أ - إذا حصل الخراج المنفصل والبيع قد تم: فلن يكون الخراج: للبائع أو للمشتري؟

اختلف فيه الفقهاء على مذهبين:

المذهب الأول: يكون للمشتري: ذهب إليه: الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)، والإمام أبو يوسف (ت ١٨٣هـ)، والإمام محمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ) - إذا كان الخيار له، وحدث بيده، وكذا إذا كان الخيار للبائع عندهما^(٤) - وابن نجيم

(١) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٤/٥٩٦).

(٢) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٩/٢٧٧).

(٣) راجع: ابن رجب: القواعد (ص ١٥٧، ١٥٨).

(٤) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢، ٥٣)، وفتاوى قاضيخان (٢/١٨٧)، والبغدادي: مجمع الضمانات (ص ٢٤١) وفيه: «وإن كان الخيار للمشتري فالكسب بعد القبض للمشتري تم البيع أو انتقض بالإجماع» فقوله: «بالإجماع» غير صحيح، بل هو قول الصاحبين، وأما الإمام فهو كذلك إذا تم البيع فقط. وأما إذا انتقض، فيكون للبائع؛ لأن المبيع عنده خرج من ملك البائع، ولكنه لم يدخل في ملك المشتري. وعليه، فملك الخراج يكون موقوفاً، فإذا تم صار للمشتري، وأما إذا انتقض، فصار للبائع. يقول الدبوسي: «قال أبو حنيفة في المشتري إذا كان بالخيار، وقد قبض المشتري الجارية، فأغلت غلة في يد المشتري، فملك الغلة موقوف؛ لأن الأصل عنده: أنه خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري، وعندهما... قد تم للمشتري، فإذا أغل في ملكه، أو في ضمانه كانت الغلة له». راجع: المرجع السابق.

(ت ٩٧٠هـ) من الحنفية^(١)، والمالكية - بالنسبة للولد، والصوف التام فقط وهو المعتمد في المذهب^(٢)، والشافعية^(٣) في قول^(٤)، والحنابلة^(٥)،

(١) راجع: الأشباه والنظائر (ص ٣٤٧).

(٢) راجع: ابن الجلاب: التفریح (١٧٢/٢)، والباجي: المنتقى (٥٧/٥)، والقرافي: الذخيرة (٤٤/٥، ٤٥)، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥)، والدردير: الشرح الصغير (١٩٣/٤)، وحاشية الدسوقي (١٠٤/٣).

(٣) اختلفت الطرق في المذهب في تبعية الخراج على النحو التالي:

أ - جعله تابعاً للملك: سلك هذا المنهج بعض الشافعية، ولا سيما الأقدمين منهم، حيث قالوا: إن البيع لا يخلو: إما يكون قد تم، أو فسخ، فإن تم، فإن قلنا: الملك للمشتري، أو موقوف، فيكون الخراج له، وإن قلنا: إنه للبائع، فوجهان، قال الجمهور: إنه للبائع. قال أبو علي الطبري (ت ٣٥٠هـ): إنه للمشتري. وأشار إلى ضعفه الجلال المحلي (ت ٨٦٤هـ) حيث عبّر عنه بـ«قيل».

وإن فسخ، فإن قلنا: الملك للبائع، أو موقوف، فيكون الخراج له. وإن قلنا: هو للمشتري، فوجهان: أحدهما: أنه له. وقال ابن إسحاق (ت ٣٦٢هـ): إنه للبائع. وأشار إلى ضعفه أيضاً المحلي بتعبيره عنه بصيغة التمريض. غير أنه عندي تعبير غير دقيق؛ لأن تعبير «أصح» ينبئ عن صحة مقابله، ويشعر بأن ما يقابله صحيح، فكيف يعبر عنه بـ«قيل» لذلك نجد النووي (ت ٦٧٦هـ) لاحظ هذا الفرق؛ إذ قال: قال أبو علي، وإسحاق. راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٤)، والرافعي: فتح العزيز (٣١٧/٨)، والنووي: روضة الطالبين (٤٤٩/٣)، والجلال المحلي: شرح المنهاج (١٩٥/٢) بهامش مغني المحتاج.

ب - جعله - في حالة الفسخ مع جعل ملكية المبيع للمشتري - تابعاً للفسخ من حينه، أو من أصله. نهج هذا المنهج صاحب التتمة المتولي (ت ٤٧٨هـ)، إذ قال: «إن قلنا: بالأول، فهو للمشتري، وإن قلنا: بالثاني، فهو للبائع. راجع: الرافعي: المرجع السابق.

ج - جعله تابعاً للخيار - أي: لمن انفرد به من الطرفين. وأما إذا كان لهما معاً، فهو تابع للمبيع: اختاره الشيخ القليوبي (ت ١٠٦٩هـ). فهو يقول: «إن الزوائد للبائع إن كان الخيار له وحده - وإن تم البيع للمشتري - وإنها للمشتري إن كان الخيار له وحده - وإن فسخ البيع، وعاد المبيع للبائع - وإنها تابعة للمبيع إن كان الخيار لهما».

راجع: حاشيته (١٩٥/٢) مع حاشية عميرة.

من الملاحظ أن الخراج لم يخرج من كونه تابعاً للملك في تلك الطرق.

(٤) راجع: المراجع السابقة للمذهب.

(٥) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٧/٤، ٣٨)، والمقدسي: الشرح الكبير (٨٠/٤)، وابن =

والزيدية^(١)، والإمامية على المختار والمشهور^(٢)، والإباضية^(٣).

المذهب الثاني: يكون للبائع: ذهب إليه: الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ) - إذا كان الخيار له^(٤)، - والمالكية - فيما عدا الولد، والصوف التام وهو المذهب، وأشهب^(٥) (ت ٢٠٤هـ) في الولد أيضاً^(٦)، والشافعية في قول^(٧)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية^(٨)، والإمامية في قول^(٩)، والشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)^(١٠).

- = رجب: القواعد (ص ٣٧٧)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٣٨٠، ٣٨٢)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/١٧٠، ١٧١)، وكشاف القناع (٣/٢٠٧، ٢٠٨).
- (١) قالوا: يكون الخراج لمن استقر له الملك، وإذا تم البيع ولزم فقد استقر للمشتري الملك، فيكون له. راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٠٥)، ومختصر الأزهار (٣/١٠٩)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣/١٠٣).
- (٢) راجع: المحقق الحلبي: المختصر النافع (ص ١٢١)، وقواعد الأحكام (٤/٥٩٥)، وشرائع الإسلام (٢٣/٨٢) مع جواهر الكلام، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٧/٤٠٣)، والنجفي: جواهر الكلام (٢٣/٨٢، ٨٣).
- (٣) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٤٧٨)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٥/٢٧٧).
- (٤) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢، ٥٣)، والبغدادى: مجمع الضمانات (ص ٢١٩).
- (٥) هو: أبو عمرو، ابن عبد العزيز بن داود، القيسي العامري، الفقيه المصري، صاحب الإمام مالك، وأحد الأعلام، كان فقيهاً حسن الرأي، توفي سنة ٢٠٤هـ، بعد وفاة الشافعي بقليل. راجع: الحجوي: الفكر السامي (١/٤٤٦ - ٤٤٧).
- (٦) راجع: القرافي: الذخيرة (٥/٤٣، ٤٤)، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥)، ومختصر خليل (٢/٣٧) مع جواهر الإكليل، والدردير: الشرح الكبير (٣/٩٥، ١٠٣، ١٠٤)، والشرح الصغير (٤/١٩٢)، وحاشية الدسوقي (٣/٩٥، ١٠٣)، وحاشية الصاوي (٤/١٩٢)، والآبي الأزهرى: جواهر الإكليل (٢/٣٧).
- (٧) راجع: البيهقي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٤)، والرافعي: فتح العزيز (٨/٣١٧)، والنووي: روضة الطالبين (٣/٤٤٩)، والجلال: شرح المنهاج (٢/١٩٥) بهامش قليوبي وعميرة.
- (٨) راجع: المرادوي: المرجع السابق.
- (٩) راجع: النجفي: المرجع السابق (٢٣/٨٢).
- (١٠) راجع: السيل الجرار (٣/١٠٩).

ب - إذا حصل الخراج المنفصل والبيع قد فسخ، فلمن يكون؟ للبايع أو المشتري:

اختلف فيه الفقهاء أيضاً على مذهبين:

المذهب الأول: يكون للمشتري: ذهب إليه: أبو يوسف (ت ١٨٣هـ)،
ومحمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ) - إذا كان الخيار له وحدث الخراج بيده^(١) -،
والشافعية في قول^(٢)، والحنابلة^(٣)، والإمامية على المختار والمشهور^(٤).

المذهب الثاني: يكون للبايع: ذهب إليه: الإمام أبو حنيفة
(ت ١٥٠هـ)، وأبو يوسف (ت ١٨٣هـ)، ومحمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ)،
وقاضيخان (ت ٥٩٢هـ)، وابن نجيم^(٥) (ت ٩٧٠هـ)، والمالكية مطلقاً

(١) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢، ٥٣)، وفتاوى قاضيخان (١٨٧/٢)،
والبغدادي: مجمع الضمانات (ص ٢٤١).

(٢) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٤)، والرافعي: فتح العزيز (٣١٧/٨)،
والنووي: روضة الطالبين (٤٤٩/٣)، والجلال: شرح المنهاج (١٩٥/٢) بهامش
قليوبي وعميرة.

(٣) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٧/٤، ٣٨)، والمقدسي: الشرح الكبير (٨٠/٤)، وابن
رجب: القواعد (ص ٣٧٧)، والمرداوي: الإنصاف (٣٨٠/٤، ٣٨٢)، والبهوتي:
كشاف القناع (٢٠٧/٣، ٢٠٨)، وشرح منتهى الإرادات (١٧٠/٢، ١٧١).

(٤) راجع: المحقق الحلبي: المختصر النافع (ص ١٢١)، وقواعد الأحكام (٥٩٥/٤)،
وشرائع الإسلام (٨٢/٢٣) مع جواهر الكلام، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٧/
٤٠٣).

(٥) راجع: الدبوسي: المرجع السابق، وقاضيخان: المرجع السابق (١٨٦/٢، ١٨٩)،
وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٣٤٧)، وفي مجمع الضمانات للبغدادي (ص ٢١٩):
«والأصل عنده: أن الزيادة في البيع مع خيار الشرط موقوفة: إن تم فللمشتري، وإن
فسخ فللبايع، هذا إذا حدثت الزيادة قبل القبض». هذا الأصل الذي أشار إليه
البغدادي يخالف ما ذكره الدبوسي من الأصل عنده؛ إذ قال: «الأصل عند أبي
حنيفة... أن كل مملوك أغلّ غلة، أو وهب له هبة، فالغلة للمولى، تم الملك، أو
انتقض، سواء كان في ضمان المالك، أو في غير ضمانه؛ لأن الغلة مملوكة، ومالك
الأصل هو مالكها على كل حال». وفي ضوء هذا الأصل إذا كان الخيار للبايع يكون
الخراج له مطلقاً - أي: سواء حصل في ضمانه، أو في ضمان غيره، سواء تم
الملك، أو انتقض، لذلك بعد إيراد الأصل ذكر تفرعاً عليه عنده: «قال أبو حنيفة في =

بالاتفاق^(١)، والشافعية في قول^(٢)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية، والقاضي (ت ٤٥٨هـ)، وابن عقيل (ت ٥١٣هـ) من الحنابلة^(٣)، والزيدية^(٤)، والإمامية في قول^(٥)، والإباضية^(٦)، والشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)^(٧).

منشأ الخلاف:

بعد تتبع تعليقات الفقهاء للخراج في خيار الشرط يظهر أن منشأه لا يعدو:

- ١ - هل للخيار تأثير في ملك المبيع وانتقاله، وبالتالي في ضمانه؟
- ٢ - هل الخراج جزء من المبيع، أو ملكه موقوف، يكون لمن يستقر له الملك؟
- ٣ - هل الفسخ رفع للعقد من حينه، أو من أصله - إذا فسخ البيع - هذا بناء على أن الخيار ليس له تأثير في الملك.

= رجل يبيع العبد على أن البائع بالخيار فقبض المشتري العبد، فأغلّ في يده غلة، تم البيع، أو انتقض، فالبائع أحق بالغلة؛ لأن العبد لم يخرج عن تملكه راجع: المرجع السابق.

(١) راجع: القرافي: الذخيرة (٤٣/٥، ٤٤)، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥)، ومختصر خليل (٣٧/٢) مع جواهر الإكليل، والدردير: الشرح الكبير (٩٥/٣، ١٠٣، ١٠٤)، والشرح الصغير (١٩٢/٣)، وحاشية الدسوقي (٩٥/٣، ١٠٣)، وحاشية الصاوي (١٩٢/٤)، والآبي الأزهرى: جواهر الإكليل (٣٧/٢).

(٢) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٤)، والرافعي: فتح العزيز (٣١٧/٨)، والنووي: روضة الطالبين (٤٤٩/٣)، والمحلى: شرح المنهاج (١٩٥/٢) بهامش حاشيتي قلوبى وعميرة.

(٣) بناء على أن الفسخ رفع للعقد من أصله. راجع: ابن قدامة: المغني (٤٠/٤)، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٨ ق ٨٢)، والمرداوي: الإنصاف (٣٨٠/٤، ٣٨٢).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٥٠/٤)، ومختصر الأزهار (١٠٩/٣)، وابن مفتح: المنتزح المختار (١٠٣/٣).

(٥) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٨٢/٢٣).

(٦) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٤٧٨/٣)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٢٧٦/٩، ٢٧٧).

(٧) راجع: السيل الجرار (١٠٩/٣).

الأدلة

أولاً: الأدلة على ما إذا حصل الخراج في زمن الخيار، وتم البيع:

أدلة المذهب الأول:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من أن الخراج يكون للمشتري - بالسنة والمعقول -.

أ - أما السنة:

فبقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»^(١).

وجه الدلالة: المبيع ملكه المشتري بالبيع الصحيح؛ إذ البيع بخيار الشرط بيع صحيح، فانتقل ملكه إليه، فيكون من ضمانه، فيجب أن يكون خراجه له^(٢).

ب - أما المعقول فيما يأتي:

١ - الملك ينتقل بالبيع؛ لأن البيع بالخيار بيع صحيح، فنقل الملك عقيبه، كالذي لا خيار له - فيجب أن يكون نماؤه له، كما بعد انقضاء الخيار^(٣). أو أنه ينتقل في بعض الحالات خاصة - كما إذا تم البيع مطلقاً، أو إذا كان الخيار للمشتري وحده مثلاً -، فيكون الخراج له مطلقاً، أو إذا حدث في يده^(٤).

٢ - الخراج كالجزم من المبيع، من استقر له الملك - كالمشتري إذا تم البيع له - يكون له^(٥).

(١) سبق تخريجه.

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٨/٤)، ٣٢، ٣٩، ٤٠، (٤١)، والمقدسي: الشرح الكبير (٨٠/٤) مع المغني.

(٣) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق.

(٤) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢، ٥٣).

(٥) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٥٠/٤)، وابن مفتح: المنتزح المختار (٣/١٠٣).

٣ - ملك الخراج موقوف - بناءً على أن ملك المبيع زمن الخيار موقوف عند بعض الفقهاء - فإذا تم الملك للمشتري، يكون الخراج له^(١).

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من أن الخراج يكون للبائع: بأن ملك المبيع باق للبائع استصحاباً للحال؛ لأنه لا ينتقل في مدة الخيار إلى المشتري مطلقاً، أو في بعض الحالات خاصة - كما إذا كان الخيار للبائع -، فلم يدخل في ضمانه إذا كان في يد البائع، فيكون الخراج له؛ إذ إنه حدث في ملكه، أو فيه وفي ضمانه^(٢).

ثانياً: الأدلة على ما إذا حصل الخراج في زمن الخيار، وفسخ البيع:

أدلة المذهب الأول:

استدل أصحابه بما استدل به أصحاب المذهب الأول فيما إذا تم البيع من السنة، ومن المعقول - الدليل الأول منه فقط - فيراجع هناك.

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحابه بما استدل به أصحاب المذهب الثاني - فيما إذا تم البيع - من الدليل العقلي، وبما يأتي:

١ - الخراج كالجُزء من المبيع، فمن استقر له الملك؛ كالبائع إذا فسخ البيع، يكون له الخراج^(٣).

(١) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢، ٥٣)، وفتاوى قاضيخان (١٨٦/٢)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٣٤٧).

(٢) راجع: الدبوسي: المرجع السابق، وابن جزري: القوانين الفقهية (ص ٢٣٥)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٤)، والرافعي: فتح العزيز (٣١٧/٨)، وابن قدامة: المغني (٤/٤٠)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/١٠٢، ١٠٣)، والشوكاني: السيل الجرار (٣/١٠٩).

(٣) راجع: ابن مرتضى: البحر الزخار (٤/٣٥٠)، وابن مفتاح: المرجع السابق.

- ٢ - الفسخ رفع للعقد من أصله، فإذا فسخ البيع، يكون الخراج للبائع^(١).
- ٣ - ملك الخراج موقوف - بناء على أن ملك المبيع زمن الخيار موقوف عند بعض الفقهاء - فإذا فسخ البيع، يكون الخراج للبائع^(٢).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة الأدلة على ما إذا حصل الخراج زمن الخيار وتم البيع:

مناقشة أئمة المذهب الأول:

نوقش وجه الدلالة من الحديث: «الخراج بالضمان»:

«بأن المبيع لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالعقد الصحيح اللازم، أما إن كان في العقد خيار؛ فإن المبيع يبقى على ملك البائع؛ لأن الملك لا يتقل إلا بالرضا، وثبوت الخيار ينافيه»^(٣).

أجيب عنه بوجوه:

١ - أن حصر دخول المبيع في ضمان المشتري بالعقد الصحيح اللازم غير صحيح، بل إنه يدخل أيضاً بالعقد الصحيح غير اللازم بعد قبضه، إذا كان الخيار للمشتري وحده عند أبي يوسف (ت ١٨٣هـ)، ومحمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ)^(٤)، وهو قول للشافعية^(٥)، ووافقهما الزيدية^(٦)، كما أنه يدخل في ضمانه عند الحنابلة بعد قبضه مطلقاً، وقبله إذا كان مما ليس فيه حق

(١) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٣١٧/٨)، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٨ ق ٨٢).

(٢) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢، ٥٣)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٣٤٧)، والرافعي: نفس المرجع السابق.

(٣) راجع: أ. د. علي مرعي: خيار الشرط في الفقه الإسلامي (ص ٤٥) بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، العدد: التاسع لعام ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

(٤) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٣).

(٥) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ١٢٣).

(٦) راجع: ابن مفتاح: المنتزعة المختار (١٠٢/٣، ١٠٣).

التوفية^(١)، وعند الإمامية إذا كان الخيار للبائع أو لهما^(٢)، وعند الإباضية إذا كان الخيار للمشتري وقبض المبيع^(٣).

٢ - أن القول: «أما إن كان في العقد خيار؛ فإن المبيع يبقى على ملك البائع» غير مسلم به، وذلك أن البيع متى تم مستوفياً ومستجمعاً لشرائطه ترتب عليه أثره، ونشأ عنه حكمه شرعاً دون حاجة إلى عمل من أحد من العاقدين لإثباته؛ إذ هو في الأصل بجعل من الشارع، ومن عمله، وحكمه، وليس نتيجة لإرادة المتعاقدين، وإنما تأثير إرادتهما في إنشاء العقد وتكوينه فقط، وأما ترتيب حكمه، وإنشاء أثره فهو منوط بإرادة الشارع فقط دون غيره، فهو الذي يرتب متى أنشأ العاقدان العقد، وكوناه، وينقله إلى المشتري، فالناقل هو الشارع؛ لأنه يتولى هذه المهمة دون العاقد.

تأسيساً عليه، فكما ليس لأحد من المتعاقدين أن ينشئ ذلك الحكم، كذلك ليس له أن يمنع من ترتبه، وبالتالي فليس للخيار أن يمنع من ثبوت الملك، وانتقاله؛ إذ ليس من سلطته المخولة إليه، ولا من وظيفته التي شرع لأجلها؛ فإنه شرع لاستدراك ما سيجري على تمام العقد وانعقاده صحيحاً من لزومه.

٣ - أن التعليل: «لأن الملك لا ينقل إلا بالرضا» مسلم به، وهو موجود هنا، ومعتبر عنه بالإيجاب والقبول، ولكن الذي غير مسلم به هو قوله: «وثبوت الخيار ينافيه»، بل لا ينافيه، وإن لم يؤكد^(٤).

٤ - «أن الأصل وقوع المسبب عقب سببه، ولا شك أن العقد سبب الملك، فمتى وقع صحيحاً ترتب عليه أثره، وهو ثبوت الملك، وإلا تخلف المسبب عن سببه»^(٥).

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (١٤/٤).

(٢) راجع: المحقق الحلبي: القواعد (٥٩٧/٤) مع مفتاح الكرامة.

(٣) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٤٧٨/٣).

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٣/٤)، والنجفي: جواهر الكلام (٧٩/٢٣).

(٥) راجع: أ.د. علي مرعي: خيار الشرط في الفقه الإسلامي (ص ٤٥).

ونوقش الدليل الأول من المعقول: وهو: ملك المبيع ينتقل بالبيع، فيكون خراجه لمن انتقل إليه وهو المشتري:

بأن البيع لا يتم إلا بالرضا، والرضا لا يتم مع ثبوت الخيار فيه؛ لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملك المبيع، وإذا كان الأمر كذلك، بقي المبيع على ملك بائعه^(١)، وعليه، فيكون الخراج له؛ لأنه المالك حين حصوله.

أجيب عنه بوجوه:

أحدهما: أن البيع لا يتم إلا بالرضا مسلّم به، غير أن الرضا لا يتم مع ثبوت الخيار غير مسلّم به، بل غير صحيح، وذلك أن الرضا أمر خفي يتعلق بالقلب، فاقتضت الضرورة وجود معيار مادي يدل عليه، ويعبر عنه، وهو صيغة العقد، وهي: كل ما يصلح قرينة على توفّر رضا كل من العاقدين، ويدل عليه من قول - متمثل في إيجاب وقبول - أو فعل.

ولا شك أن البيع بالخيار تم بالإيجاب والقبول، وهما معبران عن إرادتهما، ورضاهما بتمام البيع، وعليه، فقد تم الرضا مع الخيار، ولذلك أطبق الفقهاء القائلون بمشروعية خيار الشرط، على أن البيع مع الخيار بيع صحيح، فيترتب عليه أثره؛ لأن الصحة عبارة عن ترتب الأثر، وإلا لبطل الخيار لترتبه على العقد، فيكون صحيحاً، فيتبعه غايته هو الملك^(٢).

الثاني: أن ثبوت الخيار لا يلزم منه انتفاء الرضا؛ إذ لو كان كذلك لفسد العقد^(٣)، ولم يقل به أحد من الفقهاء.

الثالث: لو كان الأمر كما ذكر، لوجب استثناء العقد إذا اختار لزوم البيع، ولم يقل أحد ممن ذهب إلى مشروعية خيار الشرط بالاستثناء^(٤).

(١) راجع: الزيعلي: تبين الحقائق (١٦/٤)، والبابرتي: العناية (٥٠٣/٥)، والعيني: البناء (٨٣/٧)، وابن الهمام: فتح القدير (٥٠٣/٥، ٥٠٤).

(٢) راجع: العامل: مفتاح الكرامة (٥٩٤/٤).

(٣) راجع: د. علي مرعي: بحوث في البيع (ص ٢٢٣)، وخيار الشرط في الفقه الإسلامي (ص ٥٧).

(٤) راجع: د. علي مرعي: المرجع السابق (ص ٤٥).

ونوقش الدليل الثاني، والثالث من المعقول: وهما: يكون الخراج لمن يستقر له الملك، فإذا تم البيع فقد استقرّ له الملك، فيكون الخراج له: هذا الدليل الثاني. والثالث: ملك الخراج موقوف، فإذا تم البيع، يكون للمشتري: بأن المبيع في ملك البائع؛ لأن العقد إنما ينقل الملك بالرضا من الطرفين، ولم يحصل الرضا حتى يحصل الإمضاء، فلا ينتقل الملك^(١).

يجاب عنه: بما سبق، وهو:

- ١ - أن الرضا قد حصل بمجرد صدور الإيجاب والقبول من الطرفين، وهما يعبران عن رضاهما بتمام البيع.
- ٢ - لو لم يكن الرضا قد حصل قبل إمضاء البيع، لفسد العقد، وبالتالي لما صح البيع إذا أمضاه من له الخيار، بل يوجب استئناف العقد، وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء.

مناقشة دليل المذهب الثاني:

نوقش دليل أصحابه: وهو: ملك المبيع باق للبائع؛ لأنه لا ينتقل في زمن الخيار، فيكون خراجه له:

بأن البيع بالخيار عقد معاوضة - تم صحيحاً بالإيجاب والقبول - يوجب الملك، فانتقل الملك فيه بنفس العقد، كالنكاح^(٢)، وعليه، فيكون الخراج للمشتري لا للبائع.

ثانياً: مناقشة الأدلة على ما إذا حصل الخراج زمن الخيار، وفسخ البيع:

مناقشة أدلة المذهب الأول:

أدلة أصحابه هي نفس أدلة أصحاب المذهب الأول فيما إذا تم البيع. فتراجع مناقشتها هناك.

(١) راجع: القرافي: الذخيرة (٣١/٥).

(٢) راجع: الشيرازي: المهذب (٢١١/٩) مع المجموع، واليغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٣٥).

مناقشة أدلة المذهب الثاني:

نوقش الدليل الأول: وهو: الخراج كالجزم من المبيع، فيكون لمن استقر له الملك، والبائع استقر له الملك لفسخ البيع فيكون له: بأنه مبني على أن ملك المبيع موقوف، وهو غير صحيح؛ لأن العقد متى تم مستوفياً لأركانه وشروطه، صح وترتب عليه أثره شرعاً - أي: أوجب الشارع أثره فوراً -، فكيف يكون موقوفاً؟ فإذا لم يثبت وقفه، لم يثبت ما بني عليه.

ونوقش الدليل الثاني: وهو الفسخ رفع للعقد من أصله، فيكون الخراج للبائع - بوجوه:

١ - «أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله؛ لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى، فكذلك الفسخ»^(١).

٢ - أن الفسخ هو السبب الراجع للعقد - أي: لأثره - وارتفاع أثره هو المسبب، فلو كان الفسخ رفعاً للعقد من أصله، للزم تقدم المسبب على سببه^(٢)، وهو باطل.

أجيب عنه: بأنه بطريق التبيين^(٣)، أي: أن الفسخ مبين ومظهر لارتفاع أثر العقد، لا أنه منشئ له.

رد عليه: بأنه يلزم أن يكون العقد قد وجد مستجمعاً لشروطه، ولم يترتب عليه أثره^(٤)، وهذا باطل؛ لأن المسبب لا يتخلف عن سببه شرعاً.

٣ - أن العقد قد تم بالإيجاب والقبول صحيحاً - والدليل عليه: ورود الفسخ عليه؛ إذ لو لم يكن كذلك لما ورد عليه - فترتب عليه أثره شرعاً، وعليه، فإذا فسخ، يكون أثر الفسخ فيما يستقبل، لا في الأحكام الماضية^(٥)؛

(١) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٣١٧/٨)، والسبكي: تكملة المجموع (٢٠٢/١٢).

(٢) راجع: السبكي: المرجع السابق (٢٠٦/١٢).

(٣) راجع: السبكي: نفس المرجع السابق.

(٤) راجع: السبكي: نفس المرجع السابق.

(٥) راجع: ابن نجيم: البحر الرائق (٦٠/٦).

لأن الآثار الناشئة عن العقد من وقت انعقاده صحيحاً إلى حين فسخه هي واقعة، والواقع لا يقبل الرفع^(١).

ونوقش الدليل الثالث: وهو: ملك الخراج موقوف، فإذا فسخ البيع، يكون للبائع:

بأنه بني على اعتبار أن ملك المبيع موقوف، وقد ثبت بطلانه فيما سبق بما يكفي.

المختار

بالنظر في أدلة المذهبين فيما إذا حصل الخراج وتم البيع أو فسخ - يتجلى لنا أن الخراج فيهما يدور مع ملك المبيع، فمن رأى أن ملكه باق للبائع ذهب إلى أن خراجه له، ومن رأى أن ملكه انتقل إلى المشتري، ذهب إلى أن خراجه له.

هذا، وقد أثبتنا في الترجيح - في ضمان المبيع - أن ثبوت خيار الشرط ليس له تأثير على الملك، فلا ينافيه؛ إذ إن الملك ينتقل إلى المشتري عقيب البيع متى تم صحيحاً بالإيجاب والقبول، وعليه، فقد رجحنا أن المبيع من ضمان المشتري، وذلك لعدة اعتبارات وأسباب هناك.

بناءً على ذلك، فالأولى بالاختيار هو أن الخراج للمشتري، وذلك لنفس اعتبارات وأسباب، ونضيف إليها ما يأتي

١ - أن الشارع شرع العقود أسباباً إلى حصول أحكام مقصودة، كالبيع مثلاً شرعه سبباً لملك الأموال بطريقة المعاوضة.

وعليه، فمتى تم العقد مستوفياً ومستجمعاً لشرائطه المعتمدة لتحقق وجوده الشرعي، ترتب عليه أثره، ونشأ عنه حكمه شرعاً دون حاجة إلى عمل من أحد من المتعاقدين لإثباته؛ إذ هو في الأصل يجعل من الشارع، وعمله، وإرادته، وليس نتيجة لإرادة العاقدين، وإنما تأثير إرادتهما في تكوين العقد

(١) راجع: د. علي مرعي: بحوث في البيع (١/٣١٨، ٣١٩).

وإنشائه فقط. وأما ترتيب الحكم عليه، وإنشاء الأثر عنه، فهو منوط بإرادة الشارع وعمله، وموقوف على حكمه وأمره دون غيره، فهو الذي يرتبه متى أنشأ المتعاقدان سببه - وهو العقد فقط - دون العاقد؛ إذ ليس من سلطته المخولة إليه من قبله.

توثيقاً لما قلناه نقتبس من أقوال بعض العلماء:

يقول الشاطبي^(١) (ت ٧٩٠هـ): «إن الذي للمكلف تعاطي الأسباب، وإنما المسيبات من فعل الله وحكمه، لا كسب فيه للمكلف...»^(٢).

ويقول ابن تيمية^(٣) (ت ٧٢٨هـ): «إن الله سبحانه شرع العقود أسباباً إلى حصول أحكام مقصودة، فشرع البيع سبباً لملك الأموال بطريق المعاوضة، والهبة سبباً لملك المال تبرعاً، والنكاح سبباً لملك البضع، والخلع سبباً لحصول اليئونة...»^(٤).

ويقول في موضع آخر: «إن الأحكام الثابتة بأفعالنا، كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه متاً، لم يثبتته ابتداءً، كما أثبت إيجاب الواجبات، وتحريم المحرمات المبتدأة»^(٥).

ويقول ابن القيم^(٦) (ت ٧٥١هـ): «... وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا...»^(٧).

ويقول أيضاً: «ترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد»^(٨).

وإذا كان الأمر كذلك، وشرط أحد العاقدين أو كلاهما الخيار في

(١) تقدمت ترجمته. (٢) راجع: الموافقات (١/١٩٠).

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) راجع: مجموعة الفتاوى (٣/٢١٤)، دار المنار.

(٥) راجع: المرجع السابق (٢٩/١٥٣) ترتيب النجدي، والقواعد التورانية (ص ١٤٠).

(٦) سبقت ترجمته.

(٧) راجع: أعلام الموقعين (١/٣٤٨، ٣٤٩).

(٨) راجع: المرجع السابق (٣/١٢٤).

البيع، فهل للخيار أن يمنع من ترتب حكمه، وأثره عليه؟ كلا، ليس له ذلك؛ إذ ليس من سلطته المخولة إليه شرعاً، ولا من وظيفته التي شرع لأجلها؛ فإنه شرع لاستدراك ما يترتب على تمام العقد وانعقاده صحيحاً من لزومه، وعدم لزوم البيع هو صفة الخيار - كما صرح به عامة الفقهاء -، ولأن العاقد كما ليس له أن ينشئ أثر العقد، ويرتب حكمه عليه، كذلك ليس له أن يمنع من ذلك، وعليه، فليس للخيار أن يمنع من ثبوت الملك للمشتري، وانتقاله إليه؛ لأن تأثيره في عدم لزوم البيع فقط، وعدم لزومه لا يمنع الملك في المعاوضات - كما صرح به ابن الصباغ^(١) (ت ٤٧٧هـ) من الشافعية، وابن قدامة^(٢) (ت ٦٢٠هـ) من الحنابلة، وغيرهما من فقهاء المذاهب -؛ فإن الخيار يعني حق إمضاء البيع وفسخه لمن له الخيار، فإذا أمضاه، ولم يفسخه، لزم، وثبت الملك للمشتري بالاتفاق، فلو لم يكن ثابتاً بالعقد لما ثبت بالإمضاء؛ إذ إنه لا يوجب الملك^(٣) حالة الانفراد عن العقد، فكذلك حالة الانضمام، وأما إذا فسخه، فالفسخ ليس بمانع؛ فإن المنع لا يتقدم المانع^(٤).

٢ - هل الخيار يلزم منه انتفاء الرضا؟ لا شك أن الأساس في العقد الرضا، وهو أمر خفي يتعلق بالقلب، لا يمكن الوقوف عليه، لذلك اقتضت الضرورة وجود معيار مادي يعبر عنه، ويدل عليه، وهو في اصطلاح الفقهاء: الصيغة. وهي: كل ما يصلح قرينة على توفّر رضا كل من المتعاقدين، ويدل عليه من قول - كإيجاب وقبول - أو فعل - كإشارة وتعاط -.

وعليه، فإذا تم البيع مع الخيار بالإيجاب والقبول المعبرين عن إرادتهما، ورضاهما بتمام البيع - فقد وجد الرضا، وتم مع الخيار، لذلك أطبق الفقهاء القائلون بشرعية الخيار - على أنه بيع صحيح، فيترتب عليه أثره؛

(٢) راجع: المغني (٣٣/٤).

(١) راجع: الشامل (ص ٩٥).

(٣) راجع: النووي: المجموع (٢١٢/٩).

(٤) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٣٦/٤).

لأن الصحة عبارة عن ترتب الأثر، وإلا لبطل الخيار لترتبه على العقد، فيكون صحيحاً، فيتبعه غايته، وهو الملك^(١).

تبين أن ثبوت الخيار لا يلزم منه انتفاء الرضا؛ إذ لو كان كذلك لوجب فساد العقد، واستثنافه إذا اختار من له الخيار - لزوم البيع -، وهذا لم يقل به أحد ممن ذهب إلى مشروعية خيار الشرط.

وهذا هو اختيار الأستاذ الدكتور علي أحمد مرعي^(٢).



(١) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٤/٥٩٤).

(٢) راجع: بحوث في البيع (١/٢٢٣، ٢٢٥)، وخيار الشرط في الفقه الإسلامي (ص٤٦، ٤٧) بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون.

المبحث الثالث

الخراج بالضمان في البيع الصحيح بخيار الرؤية

قبل أن ندرس الموضوع دراسة مستفيضة، يجب علينا أن نمهده بتعريف خيار الرؤية أولاً، لكي ندخل في الموضوع على علم بأمره. هذا من جانب.

ومن جانب آخر: أن خيار الرؤية لا يثبت إلا فيما بيع من الأعيان قبل رؤيته، فهل بيع الشيء قبل رؤيته صحيح؟ يجب بيان حكمه أولاً؛ إذ ثبوت الخيار ومشروعيته مرتبة على صحة العقد؛ لأن ثبوته فرع عن صحته..

ومن جانب ثالث: متى تثبت شرعية الخيار، هل له من أثر في ملك المبيع، وبالتالي في تحمل تبعة هلاكه، وفيما يحصل منه من الخراج؟

وعليه، فنتناول هذا المبحث في تمهيد، وأربعة مطالب:

التمهيد: التعريف بخيار الرؤية.

المطلب الأول: بيع الشيء قبل رؤيته، ومشروعية الخيار.

المطلب الثاني: أثر الخيار في ملك المبيع.

المطلب الثالث: ضمان المبيع.

المطلب الرابع: خراج المبيع.

التمهيد

التعريف بخيار الرؤية

أولاً: تعريفه التفصيلي: أي: من حيث تفصيل مفرداته:

(خيار الرؤية) مركب إضافي، من إضافة المسبب إلى السبب^(١)، أي: الخيار الذي يثبت بسبب الرؤية.

أما لفظ: (خيار) فتقدم معناه في اللغة^(٢).

وأما لفظ: (الرؤية) فهو في اللغة:

مشتق من (رأى) الرءاء، والهمزة، والياء، أصل يدل على نظر، وإبصار بعين، أو بصيرة.

فالرؤية: النظر والإبصار بالعين، أو البصيرة والقلب بمعنى العلم.

فهي إذن: إدراك المرئي إما بحاسة البصر، أو البصيرة والقلب.

وهي مصدر من رأى يرى رأياً، رؤية، راءة، يقال: رأيت الشيء: أبصرته بحاسة البصر، ورؤية العين: معاينتها للشيء، وتتعدى إلى مفعول واحد؛ لأنه من أفعال الحواس، وتحذف الهمزة من مستقبله، يقال: يرى، ترى، ونرى.

وجمع الرؤية: رؤى، مثل مدية، ومدى^(٣).

(١) وما قيل: من إضافة الشيء إلى شرطه غير ظاهر؛ لأن له الرد. راجع: الحصكفي: الدر المنتقى (٢/٣٤).

(٢) انظر: (ص٣٩٤).

(٣) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٢/٤٧٢)، مادة: (رأى)، والأصفهاني: المفردات (ص٢٠٨، ٢٠٩)، مادة: (رأى)، والرازي: مختار الصحاح (ص٢٤٧)، =

وفي الشرع:

يراد بالرؤية عند الفقهاء: العلم بحقيقة المبيع، والمقصود الأصلي منه، وليس المقصود بها الإبصار فقط؛ لأن العلم بالشيء يكون باستعمال إدراك ذلك الشيء، فالرؤية هنا من عموم المجاز، وليست مستعملة في معناها الحقيقي، فهي صارت من أفراد المعنى المجازي.

وعليه، فما عرف من البيع بشمه كالمسك، أو بلمسه كالثوب، أو بذوقه كالمأكول، فكرؤيته بحصول العلم بحقيقة المبيع، والمقصود منه^(١).

ثانياً: تعريفه الإجمالي: أي: من حيث هو مركب، وعلم في اصطلاح الفقهاء:

هو: ثبوت حق الخيار للعاقدين إمضاء العقد وفسخه فيما لم يره، إذا رآه. أو هو: إعطاء العاقد الحق في طلب خير الأمرين من إمضاء العقد، أو فسخه فيما لم يره إذا رآه.

وعليه، فيكون لمن لم ير المبيع الخيار بين إمضاء البيع، أو فسخه عند رؤيته له.

المطلب الأول

بيع الشيء قبل رؤيته، ومشروعية خيار الرؤية

مما لا خلاف فيه أن خيار الرؤية لا يتحقق إلا فيما بيع من الأعيان قبل رؤيته. وإذا كان كذلك، فهل بيع الشيء قبل رؤيته جائز، وصحيح؟ يجب بيان حكمه؛ لأن ثبوت خيار الرؤية، ومشروعيته تتوقف على الحكم بصحة العقد وجوازه؛ إذ ثبوت الخيار فرع عن صحة العقد.

= مادة: (رأي)، وابن منظور: لسان العرب (٣/١٥٣٧)، مادة: (رأي)، والفيومي: المصباح المنير (ص٩٤)، مادة: (رأي).

(١) راجع: ابن نجيم: البحر الرائق (٦/٢٨، ٢٩)، وابن عابدين: رد المحتار (٤/٥٩٣)، وابن مفلح: الفروع (٤/٢١)، والبهوتي: كشاف القناع (٣/١٦٥).

هذا، وما يعيننا هنا هو عرض آراء الفقهاء ومذاهبهم فيه فقط، وأما الأدلة عليها فهي لا تعيننا؛ لأننا لسنا بصدد ترجيح أحد الآراء والمذاهب، وبالتالي لسنا بحاجة إلى سرد الأدلة عليها، بل أكثر ما نحتاج إليه هو بيان موقف الفقهاء منه فقط؛ فإن من حكم بجوازه وصحته، أثبت الخيار، ومن حكم بعدم جوازه وصحته، لم يثبت عنده الخيار.

بناء عليه، فإذا بيع الشيء قبل رؤيته، سواء أكان غائباً، أم حاضراً، ولكن العاقد لم يره، وسواء أكان قد وصف له، أم لم يوصف، اختلف الفقهاء في حكمه على مذاهب، نجملها في ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يصح بيعه مطلقاً أي: سواء أكان الشيء قد وصف لمن اشتراه، أم لم يوصف: ذهب إليه: جمهور العلماء من الصحابة: كعثمان بن عفان^(١) (ت ٣٥هـ)، وطلحة بن عبيد الله^(٢) (ت ٣٦هـ)، وجبير بن مطعم^(٣) (ت ٥٩هـ) رضي الله عنه^(٤)، والتابعين: كإبراهيم النخعي^(٥) (ت ٩٦هـ)، والشعبي^(٦) (ت ١٠٣هـ)، والحسن البصري^(٧) (ت ١١٠هـ)،

- (١) هو: أمير المؤمنين، ذو النورين، أحد الخلفاء الأربعة، والعشرة المبشرة، استشهد سنة ٣٥هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٣٨٥).
- (٢) هو: أحد العشرة، استشهد يوم الجمل سنة ٣٦هـ. راجع: المرجع السابق (ص ٢٨٢).
- (٣) هو: صحابي، عارف بالأنساب، مات سنة ٨ أو ٥٩هـ. راجع نفس المرجع السابق (ص ١٣٨).
- (٤) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٢١٦ م ١٤١١)، والبيهقي: السنن الكبرى (٥/٢٦٨)، ومعرفة السنن والآثار (٤/٢٧٣)، والنوي: المجموع (٩/٣٠١).
- (٥) تقدمت ترجمته.
- (٦) هو: أبو عمرو، عامر بن شراحيل، الشعبي، الحميري. قال أبو مجلز: ما رأيت فيهم أفقه من الشعبي، وكان فقهه مؤسساً على الآثار، لا على الرأي، مات سنة ١٠٣هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (١/٢٩٥).
- (٧) هو: ابن أبي الحسن سيار أو يسار البصري، مولى زيد بن ثابت، أو أم سلمة رضي الله عنها، وقد جمع بعض العلماء فتاويه في سبعة أسفار ضخمة، وكانوا يرون أن ما ظهر عليه من غزارة العلم ببركة رضاعه من ثدي أم سلمة رضي الله عنها، مات سنة ١١٠هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (١/٢٩٩).

ومكحول^(١) (ت ١١٣هـ)، وزيد بن علي^(٢) (ت ١٢٢هـ)^(٣). ومن فقهاء المذاهب: الحنفية^(٤)، والمالكية في وجه أو قول - على شرط خيار المشتري بالرؤية للمبيع -^(٥)، وهو قول للإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) في القديم، وبه قال ابن المنذر^(٦) (ت ٣١٨هـ)، وصححه هو، والرؤياني^(٧) (ت ٥٠٢هـ)،

(١) هو: ابن أبي مسلم شهاب بن شادل، الدمشقي. قال أبو حاتم: ما أعلم بالشام أفقه منه، توفي سنة ١١٣هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٥٤٥)، والحجوي: الفكر السامي (٣٠٠/١، ٣٠١).

(٢) هو: ابن علي زين العابدين بن الحسين بن علي، وهو الذي ينسب إليه الزيدية، خرج في خلافة هشام بن عبد الملك، فقتل بالكوفة سنة ١٢٢هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٢٢٤)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٢/ش) من المقدمة، والحجوي: نفس المرجع السابق (٦٨/٢).

(٣) راجع: ابن أبي شيبعة: المصنف (٥/٦، ٦، ٧)، وابن حزم: المحلى (٧/٢٢٠)، وابن المرتضى: المرجع السابق (٤/٣٢٤)، والسياعي: الروض النضير (٣/٢٥٩).

(٤) راجع: متن القدوري (ص ٣٥)، والسرخسي: المبسوط (١٣/٦٨)، والسمرقندي: تحفة الفقهاء (٢/٨١)، والمرغيناني: الهداية (٧/١٠٦) مع البناية، والموصلي: المختار، والاختيار (٢/١٥).

(٥) راجع: ابن رشد: المقدمات (٢/٨٢)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢/١٥٤)، والدردير: الشرح الكبير (٣/٢٥، ٢٦) وقد أنكر هذا القول عبد الوهاب - كما نسب إليه ابن رشد الحفيد - قائلاً: هو مخالف لأصولنا. فأشار إلى الرد عليه الدردير بقوله: «ولو بلا وصف لنوعه» أو جنسه، لكن على شرط خيار المشتري بالرؤية للمبيع».

(٦) هو: أبو بكر، محمد بن إبراهيم بن المنذر، النيسابوري، كان محدثاً، فقيهاً مجتهداً لا يقلد أحداً، مع ذلك هو معدود من أصحاب الشافعي. يقول النووي: «ولا يلتزم التقيد في الاختيار بمذهب أحد بعينه، ولا يتعصب لأحد، ولا على عادة أهل الخلاف، بل يدور مع ظهور الدليل، ودلالة السنة الصحيحة، ويقول بها مع من كانت، ومع هذا فهو عند أصحابنا معدود من أصحاب الشافعي، وله مصنفات لم يصنف مثلها قط. يقول الذهبي: «... وصاحب الكتب التي لم يصنف مثلها». وأكثر العلماء على أنه توفي سنة ٣١٨هـ. راجع: النووي: تهذيب الأسماء (٢/١٩٦، ١٩٧)، والذهبي: تذكرة الحفاظ (٣/٧٨٢، ٧٨٣)، والسبكي: طبقات الشافعية (٣/١٠٢ - ١٠٨).

(٧) الروياني - بضم الراء، وسكون الواو، وفتح الياء المنقوطة من تحتها، وفي آخرها =

والبغوي^(١) (ت ٥١٦هـ)^(٢)، والإمام أحمد في رواية، وهو اختيار ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)^(٣)، والعترة^(٤) من الزيدية^(٥)، والإباضية في قول، - بشرط أن يجعل للمشتري الخيار إذا رآه -^(٦).

المذهب الثاني: لا يصح إلا إذا وصف: ذهب إليه: محمد بن سيرين^(٧) (ت ١١٠هـ)، وأيوب السختياني^(٨) (ت ١٣١هـ)، والأوزاعي^(٩) (ت ١٥٧هـ)،

= النون - هذه النسبة إلى رويان، وهي بلدة بناوحي طبرستان. وهو: أبو المحاسن، عبد الواحد بن إسماعيل، كان من رؤوس الأئمة والأفاضل، يضرب به المثل في الحفظ، ويحكى عنه أنه قال: لو احترقت كتب الشافعي، لأمليتها من حفطي، قتله الملاحدة ببلد أمل، سنة ٢٥٠هـ. راجع: السمعاني: الأنساب (ق ٢٦٣ب)، والحجوي: الفكر السامي (٣٣٢/٢).

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) راجع: الرافعي: فتح العزيز (١٤٦/٨)، والنوي: المجموع (٢٩٠/٩، ٣٩١).

(٣) راجع: ابن قدامة: المغني (٧٧/٤)، وابن تيمية: العقود (ص ٢٢٥)، وابن مفلح: الفروع (٢٢/٤)، والمرداوي: الإنصاف (٢٩٥/٤، ٢٩٦).

(٤) هم القاسمية، والناصرية. وأما القاسمية فهم: أتباع الإمام القاسم بن إبراهيم الرسي، الحسيني، الفقيه، الشاعر، المتوفى سنة ٢٤٤هـ. راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٢/ش) من المقدمة، والحجوي: المرجع السابق (٦٩/٢)، وكحالة: معجم المؤلفين (٩١/٨). وأما الناصرية فهم: أتباع الحسن بن علي بن الحسن، الإمام الناصر الكبير، الأطروش، العالم المشارك، المتوفى سنة ٣٠٤هـ. راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق (٢/ص) من المقدمة، والحجوي: المرجع السابق، وكحالة: المرجع السابق (٢٥٢/٣).

(٥) راجع: ابن المرتضى: نفس المرجع السابق (٣٢٤/٤)، والسياعي: الروض النضير (٢٥٩/٣).

(٦) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٢٣٦/٨).

(٧) تقدمت ترجمته.

(٨) هو: أبو بكر، ابن أبي تيمية: كيسان - بفتح الكاف - السختياني - نسبة إلى السختيان - بفتح المهملة وكسرهما، بعدها معجمة ساكنة، ثم مشناة تحنانية، هو عمل الجلد، البصري، الفقيه، أحد الأئمة الأعلام، سيد الفقهاء، توفي سنة ١٣١هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ١١٧)، والحجوي: المرجع السابق (٤٠٨/١).

(٩) تقدمت ترجمته.

والشوري^(١) (ت ١٦٦هـ)، وعبيد الله بن الحسن العنبري^(٢) (ت ١٦٨هـ)، وإسحاق^(٣) (ت ٢٣٨هـ)^(٤)، والمالكية في قول^(٥)، والشافعية في قول^(٦)، والحنابلة في أصح الروايتين، وهو المذهب^(٧)، والظاهرية^(٨).

المذهب الثالث: لا يصح مطلقاً: أي: سواء وصف المبيع للعاقدة أم لم يوصف له: ذهب إليه: الحكم^(٩) (ت ١١٣هـ)، وحاماد^(١٠) (ت ١٢٠هـ)^(١١)، والإمام الشافعي في الجديد وهو أصح القولين، وأظهرهما، وصحح بطلانه أكثر الشافعية، وعليه فتوى الجمهور^(١٢)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) سبقت ترجمته.

(٣) هو: ابن راهويه. تقدمت ترجمته.

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٧٧/٤)، والنووي: المجموع (٣٠١/٩)، ونسبه النووي - نقلاً من ابن المنذر - إلى الشعبي، والحسن، والنخعي، وهو يخالف ما رواه عنهم ابن أبي شيبة في المصنف: إذ جاء فيه عن الشعبي فيمن اشترى شيئاً لم ينظر إليه، كائناً ما كان، قال: «هو بالخيار، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك». ومثله عن مكحول، والحسن، وإبراهيم. راجع: (٥/٦، ٦، ٧)، فكون المشتري بالخيار فيه دليل على جواز بيع الشيء قبل رؤيته مطلقاً؛ إذ لم يقيد بكونه موصوفاً بصفة ما، لذلك نجد ابن المرتضى صاحب البحر الزخار، والسياعي صاحب الروض النضير من الزيدية قد نسبا إليهم جواز البيع مطلقاً. كما سبق.

(٥) راجع: ابن الجلاب: التفرغ (١٧٠/٢)، وابن رشد: المقدمات (٧٧/٢، ٨٢)، وابن رشد: بداية المجتهد (١٥٤/٢).

(٦) راجع: الشيرازي: التنبيه (ص ٦٣)، والقفال: حلية العلماء (٨٥/٤، ٨٦)، والشربيني: مغني المحتاج (١٨/٢).

(٧) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٧٧/٤، ٨٤)، وابن مفلح: الفروع (٢٢/٤)، والمرداوي: الإنصاف (٢٩٧/٤).

(٨) راجع: ابن حزم: المحلى (٢١٤/٧، ٢٢١، ٢٢٢ م ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣).

(٩) هو: ابن عتية - بالمشاة، ثم الموحدة مصغراً - الكوفي، ثقة، ثبت، فقيه، مات سنة ١١٣هـ، أو بعدها، من التابعين. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ١٧٥).

(١٠) هو: ابن أبي سليمان: مسلم الأشعري، أبو إسماعيل، الكوفي، فقيه، مات سنة ١٢٠هـ أو قبلها. راجع: ابن حجر: المرجع السابق (ص ١٧٨).

(١١) راجع: ابن حزم: المرجع السابق. والنووي: المرجع السابق.

(١٢) راجع: الشيرازي: المرجع السابق، والمهذب (٢٩٠/٩، ٣٠١)، والرافعي: فتح العزيز (١٤٦/٨).

رواية^(١) وبعض الإباضية^(٢).

مشروعية خيار الرؤية وثبوته:

اتضح من دراسة مذاهب الفقهاء في بيع الشيء قبل رؤيته أن من الفقهاء من ذهب إلى أنه غير صحيح مطلقاً، أو إذا بيع بلا وصف لمن اشتراه، فعند هؤلاء لا مجال لبحث خيار الرؤية، وأثره؛ لأنه فرع عن صحة البيع، فإذا لم يصح، لم يثبت خيار الرؤية فيه عندهم. ومنهم من ذهب إلى أنه صحيح مطلقاً، أو إذا بيع على الوصف، فعند هؤلاء يثبت خيار الرؤية فيه، وعليه، فيكون دراسة ما نحن بصدده من ضمان المبيع، وخراجه في البيع بخيار الرؤية عند الفقهاء القائلين بشرعية الخيار وثبوته فقط.

ولما كان بحث ضمان المبيع وخراجه يترتب على ملكه، ويرتبط به ارتباطاً مباشراً، ومؤثراً إذا اعتبار، بحيث لا ينفك كل منهما عنه، اقتضى أن نبحث عن أثر خيار الرؤية في ملك المبيع، قبل أن نبحث عن أثره في ضمانه، وخراجه.

المطلب الثاني

أثر خيار الرؤية في ملك المبيع

يمكن للقارئ لكتب المذاهب الفقهية، ولدارسها أن يلاحظ أن الفقهاء عامة لم يتعرضوا لبيان أثر خيار الرؤية في ملك المبيع، لعل سببه يرجع إلى أن خيار الرؤية ليس له أثر في ملك المبيع، كخيار العيب بجامع أن العقد في كل منهما مستقر. هذا من جانب.

ومن جانب آخر، أن الخيار هنا ثبت شرعاً، لا شرطاً كخيار العيب، فليس له أي تأثير في تمام العقد، وانعقاده، وصحته، وبالتالي في ترتب

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٧٧، ٨٤)، وابن مفلح: الفروع (٤/٢١)،
والمرادوي: الإنصاف (٤/٢٩٧)، والبهوتي: كشاف القناع (٣/١٦٥).

(٢) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/١١٤).

الحكم عليه؛ لأن العقد متى تم بالإيجاب والقبول، أثر أثره، وترتب عليه حكمه - أي: انتقل ملك المبيع إلى المشتري، وملك الثمن إلى البائع.

هذا، وبالإمعان في الكتب الفقهية للمذاهب، والتتبع للمطان فيها يمكننا القول: إن ملك المبيع ينتقل إلى المشتري بالعقد عند الفقهاء عامة، ما عدا قول للشافعية، وعليه، فيمكن أن نعتبر فيه قولين:

القول الأول: إن المبيع في البيع بخيار الرؤية ينتقل ملكه إلى المشتري بالعقد دون توقُّفه على رؤيته، ولزوم البيع: ذهب إليه: الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية في وجهه، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة^(٣)

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٩٢)، والموصلي: الاختيار (٢/١٦)، وابن عابدين: رد المحتار (٤/٥٩٢).

(٢) لم يصرح فقهاء المذهب بأن المبيع بعد العقد وقبل الرؤية ينتقل إلى المشتري، ولكنه يستفاد من عدة وجوه:

أ - المعتمد في المذهب: العقار ضمانه من المشتري بمجرد العقد، وأما غيره فضمانه من البائع إلا بالشرط من المشتري على البائع في العقار، أو من البائع على المشتري في غيره. وهذا قبل القبض، وأما بعده فضمانه من المشتري دون خلاف. فكون الضمان قبل القبض من المشتري في العقار، وفي غيره بالشرط، وكذلك بعد القبض مطلقاً دليل واضح على أن الملك ينتقل إلى المشتري قبل الرؤية؛ لأن انتقال الضمان فرع عن انتقال الملك. راجع: ابن الجلاب: التفرغ (٢/١٧٠)، والبايجي: المنتقى (٥/٢٨٧)، وابن رشد: المقدمات (٢/٧٩)، والدردير: الشرح الكبير (٣/٢٨).

ب - يقول ابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ): «يجوز لمشتري السلعة الغائبة أن يبيعها قبل القبض من غير الذي اشتراها بما شاء... وأما إن باعها منه بخلاف الثمن الذي اشتراها به مما يجوز بيعها به فذلك جائز». راجع: المرجع السابق (٢/٧٩، ٨٠). فجواز بيع السلعة الغائبة للمشتري قبل قبضها يدل دلالة واضحة على أن ملكها قبل الرؤية قد انتقل إليه، وإلا لم يجز بيعها.

ج - ثم يقول ابن رشد بعد ذلك: «فمعنى الكلام، والمراد به أن الصفقة إذا وقعت، فعلم بعد وقوعها أن الثوب كان قائماً في حين وقوعها، صحت، علم انتقال الملك بها من المشتري إلى البائع». راجع: المرجع السابق (٢/٨٠).

فانتقال الملك من المشتري إلى البائع دليل على أن المشتري قد ملكه بالعقد.

(٣) هو: الحسن بن الحسين بن أبي هريرة، القاضي، الإمام الجليل، كان أحد شيوخ =

(ت ٣٤٥هـ) (١)، والحنابلة (٢)، والظاهرية (٣)، والزيدية (٤)، والإمامية (٥)،
والإباضية (٦).

= الشافعيين ببغداد، توفي سنة ٣٤٥هـ. وله «شرح مختصر المزني». راجع: الحجوي:
الفكر السامي (١٣١/٢).

(١) بناء على أن العقد تام بالبذل والقبول، فانتقل الملك إلى المشتري. راجع:
الماوردي: الحاوي (٢٢/٥)، والنووي: المجموع (٢٩٩/٩).

(٢) لأن البيع بخيار الرؤية بيع صحيح، فنقل الملك عقيبه كالذي لا خيار له، ولأن ثبوت
الخيار لا ينافي الملك في المذهب، لذلك ينتقل الملك في خيار الشرط، ففي خيار
الرؤية من باب أولى. راجع: ابن قدامة: المغني (٢٨/٤، ٣٢، ٣٣)، والمقدسي:
الشرح الكبير (٧٩/٤).

(٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٢١٨/٧ م ١٤١١) وفيه: «لأن بيع الغائب إذا وصف عن
رؤية، وخبرة، ومعرفة، وقد صح ملكه لما اشترى...».

(٤) أنهم لم يذكروا أن الملك ينتقل بالعقد قبل الرؤية، ولكنه يستفاد من كلام أهل
المذهب لعدة أسباب:

أ - العقد مع خيار الرؤية عقد مستقر، فينتقل الملك كالذي لا خيار فيه. راجع: ابن
المرتضى: البحر الزخار (٣٥٢/٤).

ب - المشتري إذا انفرد بخيار الشرط ملك المبيع، فأولى أن يملكه مع خيار الرؤية؛
لأن الخيار ثبت له شرعاً، لا شرطاً. راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق (٤/
٣٤٩)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (١٠٢/٣).

ج - المذهب أن الفوائد الفرعية للمشتري في حالة فسخ البيع ورد المبيع. راجع: ابن
مفتاح: المرجع السابق (٩١/٣) فكونها له دليل على أن ملك المبيع قد انتقل إليه
بالعقد، فهي حصلت في ملكه.

د - أنهم عللوا رد الفوائد الأصلية إلى البائع بأنها كجزء من المبيع، أو بعضه.
راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق. ولم يعللوا بأنها نماء ملكه، فثبت أن ملك
المبيع قبل رده كان للمشتري.

(٥) لأن وجود الخيار - أي خيار لا يمنع من التملك، وانتقال المعقود عليه إلى المشتري
في المذهب؛ لأن العقد متى تم بالإيجاب والقبول ترتب عليه جميع أحكامه. راجع:
محمد جواد: فقه الإمام جعفر (٢٣٠/٣).

(٦) هذا بناء على أن الخيار للمشتري، وقد ثبت له شرعاً. ولا شرطاً، فليس هنا ما يمنع
من انتقال المعقود عليه إليه، ما دام العقد قد تم بالإيجاب والقبول. راجع:
الشماعي: كتاب الإيضاح (١١٤/٣)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه
(٢٣٥/٨، ٢٣٦).

القول الثاني: إن المبيع في البيع بخيار الرؤية لا ينتقل ملكه إلى المشتري قبل رؤيته: ذهب إليه الشافعية في وجه، وهو قول أبي إسحاق المروزي^(١) (ت ٣٦٢هـ)^(٢).

منشأ الخلاف:

هل العقد تام، أو غير تام؟ فمن رأى أن العقد قبل الرؤية تام؛ لأن الإيجاب والقبول صدرا من المتعاقدين قبل الرؤية، وعليه، فقد تم العقد، قال: انتقل الملك؛ إذ مقتضى تمام العقد انتقال الملك. ومن رأى أن العقد قبل الرؤية غير تام؛ لأن تمامه يكون بالرضا به، وقبل الرؤية لا يحصل الرضا به، قال: لم ينتقل الملك؛ لأن مقتضى عدم تمام العقد هو عدم انتقال الملك^(٣).

الأدلة ومناقشتها

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل أصحابه على أن المبيع قبل الرؤية ينتقل ملكه إلى المشتري بالآتي:

أ - أن ركن البيع صدر مطلقاً عن شرط^(٤): أي: أن الإيجاب والقبول صدرا من المتعاقدين من غير تقييد بشرط خيار، وإذا كان كذلك، فقد حصل الرضا بالعقد، وعليه؛ فقد تم بالبذل والقبول، وصح قبل الرؤية، فترتب عليه حكمه؛ إذ تمام العقد وصحته عبارة عن ترتب الحكم عليه - هو انتقال الملك.

(١) هو: إبراهيم بن أحمد، كان إمام عصره في العراق، وفي آخر عمره ارتحل إلى مصر، توفي سنة ٣٤٠هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (١/١٣٠).

(٢) بناء على القول: بأن العقد ليس بتمام قبل الرؤية. راجع: الماوردي: الحاوي (٥/٢٢).

(٣) راجع: الماوردي: المرجع السابق، والنووي: المجموع (٩/٢٩٩).

(٤) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٩٢).

ب - أن البيع مع خيار الرؤية بيع صحيح، فانتقل الملك عقبيه، كالذي لا خيار فيه بجامع صحة العقد في كل منهما^(١).

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل أصحابه على أن المبيع قبل الرؤية لا ينتقل ملكه بالآتي:

أ - «أن العقد ليس بتام قبل الرؤية؛ لأن تمام العقد يكون بالرضا به، وقبل الرؤية لا يحصل الرضا به، فلم يكن العقد تاماً»^(٢) فلم ينتقل الملك.

نوقش: بأن الإيجاب والقبول صدرا من المتعاقدين، وهما تعبير عن رضاهما بالعقد، وعليه، فقد حصل الرضا به قبل الرؤية، وإذا كان كذلك، فقد تم العقد بالإيجاب والقبول^(٣) قبل الرؤية، وترتيباً عليه فقد انتقل الملك.

ب - «أن العقد غير تام، والملك به لا ينتقل؛ لأن احتمال الفسخ قائم، فالعقد مع هذا غير مستقر، والملك إنما يترتب على العقد المستقر»^(٤).

نوقش بوجهين:

أحدهما: لا يمكننا أن نسلم بأن العقد غير تام، بل هو تام لما سبق.

الثاني: لا أثر لاستقرار في ترتب الحكم، والدليل عليه أن بيع المعيب، وعقد العارية المطلقة عن الوقت غير مستقرين لإمكان فسخهما، ومع ذلك يترتب عليهما الحكم، وإنما أثره يظهر في إمكان رفع العقد وفسخه فقط.

الراجع:

هو ما قال به جمهور الفقهاء من انتقال الملك لقوة ما استدلوا به من الأدلة، ولأن الأصل والأساس في العقد رضا المتعاقدين، هذا مما لا خلاف

(١) هذا الدليل مأخوذ من خيار الشرط. راجع: ابن قدامة (٣٢/٤).

(٢) راجع: الماوردي: الحاوي (٢٢/٥)، والنووي: المجموع (٢٩٩/٩).

(٣) راجع: الماوردي: المرجع السابق.

(٤) راجع: أ.د. عبد العزيز عزام: الخيار (ص ٢٣٢).

فيه بين الفقهاء، والرضا أمر خفي يتعلق بالقلب، لا يمكن الاطلاع عليه إلا بما يدل عليه من الأمور المادية، لذلك اقتضت الحاجة والضرورة إلى وجود معيار مادي يعبر عنه، ويدل عليه، وهو في الاصطلاح الفقهي: الصيغة، وهي: كل ما يفيد رضا المتعاقدين، ويدل عليه من قول - كإيجاب وقبول - أو فعل؛ كتعاط، وكتابة، ومراسلة، وإشارة.

ومما لا شك فيه أن العقد في خيار الرؤية حصل بالإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين قبل الرؤية، وعليه، فقد وجد قبل الرؤية، وإذا وجد الرضا، فقد تمّ العقد. وتامه اقتضى انتقال الملك، وهو المطلوب، فهو الراجع.

المطلب الثالث

ضمان المبيع

إن المبيع بعد تمام العقد، وقبل الرؤية، أو بعدها وقبل أن يرضى المشتري - إذا هلك -، فهو في هذه الحال إما أن يكون في يد البائع، أو في يد المشتري.

أولاً: ضمان المبيع قبل القبض:

إذا تلف المبيع بعد تمام العقد وقبل القبض في يد البائع، فقد اختلف الفقهاء في ضمانه على قولين:

القول الأول: ضمانه من البائع: أي: يفسخ العقد، ويسقط الثمن من المشتري: به قال الحنفية^(١). والمالكية - إذا كان غير دور وعقار، أو كان كذلك، ولكن المشتري شرط ضمانه على البائع، أو بيع مذارعة عند

(١) حكم البيع بخيار الرؤية حكم البيع الذي لا خيار فيه؛ لأن خيار الرؤية لا يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، وعليه، فلو هلك قبل التسليم يكون ضمانه على البائع. راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٢/٣٩، ٤١)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٣٨، ٢٩٢، ٢٩٨).

بعض^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والزيدية^(٤)، والإمامية^(٥)، والإباضية في قول^(٦).

القول الثاني: ضمانه من المشتري: أي: من ماله: به قال المالكية - إذا كان دوراً وعقاراً ولو ببيع مزارعة على المعتمد، أو كان غير عقار، وشرط البائع ضمانه على المشتري^(٧)، - وأبو سليمان^(٨) (ت ٢٧٠هـ)، وابن

(١) راجع: ابن الجلاب: التفرغ (١٧٠/٢)، والبايجي: المنتقى (٢٨٧/٥)، وابن رشد: المقدمات (٧٩/٢، ٨٠، ٨٢)، وشرح الزرقاني (٤٠/٥)، وحاشية البناني (٤٠/٥)، والدردير: الشرح الكبير (٢٨/٣)، والشرح الصغير (٥٤/٤، ٥٥)، وعليش: شرح منح الجليل (٥٠٥/٥، ٥٠٦)، والآبي الأزهري: جواهر الإكليل (١٠/٢).

(٢) إن المبيع إذا تلف في يد البائع بعد لزوم العقد كان مضموناً عليه، ففي خيار الرؤية أولى. راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ١٢٣)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٠٤، ١٤٦، ٢٨٣)، والرافعي: فتح العزيز (٣٩٧/٨، ٣٩٨)، والنووي: الروضة (٤٩٩/٣).

(٣) راجع: ابن قدامة: المغني (٨٧/٤، ٢٣٨)، والمقدسي: الشرح الكبير (١٢٥/٤)، والمرداوي: الإنصاف (٤٦٢/٤).

(٤) حققنا - في المطلب السابق - أن المبيع في البيع بخيار الرؤية ينتقل إلى المشتري بالعقد في المذهب، فيكون إذن حكمه حكم البيع في البيع اللازم إذا تلف قبل القبض، وهو ضمانه من البائع، فيكون ضمانه منه هنا من باب أولى. راجع: ابن مفتاح: المنتزح المختار (١٣٢/٣، ١٣٣).

(٥) ثبت في المذهب أن وجود الخيار - أي: خيار - لا يمنع من انتقال ملك المعقود عليه إلى المشتري. وعليه، فيكون حكم المبيع هنا هو نفس حكم المبيع في البيع البات، وهو ضمانه من البائع قبل القبض، وذلك لأنه كان كذلك في البيع اللازم، ففي خيار الرؤية أولى لعدم لزوم العقد هنا. راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (١٥٧/٢٣) مع جواهر الكلام، والعاملي: مفتاح الكرامة (٧١٢/٤).

(٦) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٥١٤/٨، ٥١٧).

(٧) راجع: الزرقاني: المرجع السابق، وحاشية البناني (٤٠/٥)، والدردير: المرجعين السابقين.

(٨) هو: داود بن علي بن خلف، الأصبهاني الأصل، البغدادي الدار، المشهور بـداود الظاهري، نسبة إلى ظاهر الكتاب والسنة لتمسكه به، أحد أئمة المسلمين، كان جبلاً من جبال العلم والدين، وقد دوت كتبه، وكثرت أتباعه في بغداد، وفي بلاد فارس: شيراز وما والاها إلى ناحية العراق، وفي بلاد المغرب يعني الأندلس، يقال لهم: =

حزم^(١) (ت ٤٥٦هـ)^(٢)، والإباضية في قول^(٣).

ثانياً: ضمان المبيع بعد القبض:

إذا هلك المبيع بعد القبض في يد المشتري، فقد اختلف الفقهاء فيه أيضاً على قولين:

القول الأول: ضمانه من المشتري: به قال الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية في وجه^(٦)، والحنابلة^(٧)، والظاهرية^(٨)، والزيدية^(٩)، والإمامية^(١٠)، والإباضية^(١١).

= الظاهرية، توفي ببغداد سنة ٢٧٠هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/٢٦ - ٤٠).
(١) تقدمت ترجمته.

(٢) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٢٧١، ٢٧٢ م ١٤٢٢).

(٣) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٥١٤، ٥١٧).

(٤) راجع: السرخسي: المبسوط (١٣/١٦٧)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٦٦)، وفتاوى قاضيخان (٢/١٨٠)، والفتاوى الهندية (٣/٦٠)، والبغدادي: مجمع الضمانات (ص ٢٢٠).

(٥) راجع: ابن الجلاب: التفريع (٢/١٧٠)، وابن رشد: المقدمات (٢/٧٩، ٨٢)، وعليش: شرح منح الجليل (٢/٥٠٢).

(٦) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٠٤، ١٤٦)، والرافعي: فتح العزيز (٨/١٥٩، ٣٢٠)، والنووي: المجموع (٩/٢٩٥).

(٧) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٨)، والمقدسي: الشرح الكبير (٤/١٢٥)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٤٦٢).

(٨) راجع: ابن حزم: المرجع السابق.

(٩) يدل عليه: كون الفوائد الفرعية الحادثة بعد القبض للمشتري في حالة الفسخ ورد المبيع إلى البائع؛ لأنها تكون بمقابل الضمان، ولأن حكم المبيع هنا هو نفس حكم المبيع في البيع اللازم. راجع: ابن مفتاح: المتترع المختار (٣/٩١، ١٣٣).

(١٠) بناء على القاعدة عندهم القائلة: «إن التلف إنما يكون من مال المالك» أو القائلة: «بحصول الملك بمجرد العقد، المستلزمة لكون التلف من المشتري»، ولأن حكم

المبيع هنا هو نفس حكم المبيع في البيع اللازم. راجع: العامل: مفتاح الكرامة (٤/٥٩٦، ٥٩٩)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٣/٢٤٩).

(١١) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٢٧٨).

القول الثاني: ضمانه من البائع: به قال الشافعية في وجه^(١).

سبب الخلاف:

بالنظر في أقوال الفقهاء، والإمعان فيها، وفيما استدلوا به من الأدلة على ما ذهبوا إليه في ملك المبيع وضمانه. يبدو لي أن الخلاف مبني على:

١ - هل العقد قبل الرؤية تام، أو غير تام؟ فمن قال: إنه غير تام، كان ضمان المبيع عنده من البائع؛ لأن الملك باق له، ولم ينتقل قبل الرؤية إلى المشتري.

ومن قال: إنه تام^(٢) اختلفوا فيما بينهم في:

٢ - هل القبض شرط من شروط العقد وحكم من أحكامه؟ فمن قال: إنه شرط من شروط تمام العقد، كان ضمان المبيع من البائع حتى يقبضه المشتري، ومن قال: إنه حكم من أحكامه، والعقد قد انعقد ولزم قبل الرؤية، كان ضمانه من المشتري^(٣).

الأدلة

أولاً: الاستدلال على ضمان المبيع قبل القبض:

١ - أدلة القول الأول:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من كون الضمان من البائع بالسنة، والمعقول:

أما السنة:

فبحديث عتاب بن أسيد أن رسول الله ﷺ لما بعته إلى مكة قال له: «انهم عن بيع ما لم يقبضوا، وبيع ما لم يضموا»^(٤).

(١) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٠٤، ١٤٦)، والرافعي: فتح العزيز (٨/

١٥٩، ٣٢٠)، والنووي: المجموع (٩/٢٩٥)، والروضة (٣/٣٧٥).

(٢) راجع: الماوردي: الحاوي (٥/٢٢)، والنووي: المرجع السابق.

(٣) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/١٨٤)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٥١٥).

(٤) تقدم تخريجه.

وجه الاستدلال به: أنه يدل على أن المبيع قبل القبض من ضمان البائع؛ لأن النهي عن بيعه ما لم يقبضه المشتري، دليل على أنه لم يدخل في ضمانه؛ إذ لو دخل، لجاز له بيعه^(١).

وأما المعقول:

فإن المبيع قبل الرؤية مما يتعلق به حق توفية، فجرى مجرى المكيل، والموزون^(٢)، وعليه؛ فإن على البائع توفية المشتري ما اشتراه، فلما لم يوفه، لم يستحق عليه العوض، والتلف منه؛ لأنه لم يحصل بيد المشتري^(٣).

ب - أدلة القول الثاني:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من كون الضمان من المشتري بالسنة، والمعقول.

أما السنة:

فبحديث «الخراج بالضمان»^(٤).

وجه الاستدلال به: أن ملك المبيع، وخراجه قبل القبض للمشتري، فيجب أن يكون ضمانه عليه كذلك^(٥)، ليكون الضمان ممن له الخراج.

وأما المعقول: فبالآتي:

أ - «أن الأصل - في المبيع - السلامة مع كونه متميزاً عن ملك البائع، لا يتعلق به حق توفية - وإذا كان كذلك - فكان ضمانه من المشتري»^(٦).

ب - أن البيع بخيار الرؤية بيع صحيح وتام، وكل بيع صح وتم - بالإيجاب والقبول - فهلك إثر تمام البيع، ف ضمانه من المشتري^(٧)، فكذلك هنا.

(١) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٢٨١/٣)، وأطفيش شرح كتاب النيل (٥١٥/٨).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٣٨/٤).

(٣) راجع: الباجي: المتقى (٢٨٧/٤). (٤) تقدم تخريجه.

(٥) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (١٨٤/٢)، وابن قدامة: المرجع السابق (٣٩/٤، ٤١).

(٦) راجع: الباجي: المرجع السابق.

(٧) راجع: ابن حزم: المحلى (٢٧١/٧، ٢٧٢ م ١٤٢٢).

ثانياً: الاستدلال على ضمان المبيع بعد القبض:

أ - أدلة القول الأول:

تقدم أن المبيع بخيار الرؤية ينتقل ملكه بالعقد باتفاق الفقهاء، ما عدا قول للشافعية، وعليه، فيكون حكمه حكم المبيع في البيع اللازم. ورأينا - فيما سبق - أنه بعد القبض من ضمان المشتري باتفاق الفقهاء قاطبة. يقول ابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ): «ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض»^(١). ويقول أيضاً: «وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري»^(٢)، لذلك ذكر الفقهاء من أحكام القبض: انتقال الضمان إلى المشتري، وذلك؛ لأن الأدلة الدالة على كون المبيع من ضمان البائع قبل القبض، هي نفسها تدل على كونه من ضمان المشتري بعد القبض. وكذلك الأدلة الدالة على كونه من ضمان المشتري قبل القبض عند القائلين به، فهي تدل على كونه من ضمانه بعد القبض من باب أولى. ويضاف إلى كل ذلك: قياسه على ما قبضه المشتري، وبه عيب، فتلغ، يكون من ضمانه^(٣)، فكذا هنا. كما لا يوجد نص من نصوص الشرع، ولا أصل من أصوله يدل على كونه من ضمان البائع بعد القبض.

لأجل هذا كله لم يتعرض الفقهاء لذكر الأدلة على كون المبيع بعد القبض من ضمان المشتري؛ لأنه مما لم يختلف فيه الفقهاء قط. وأما أحد الوجهين للشافعية فهو ضعيف عند المحققين منهم.

ب - دليل القول الثاني:

استدل أصحابه على كون المبيع من ضمان البائع بعد القبض، بالآتي:

١ - أنه هلك قبل تمام العقد فلم ينتقل الملك، فيكون من ضمان البائع^(٤).

(١) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/١٨٤).

(٢) راجع: المرجع السابق (٢/١٨٤، ١٨٥).

(٣) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٦).

(٤) راجع: الماوردي: الحاوي (٥/٢٢).

٢ - أنه هلك قبل إبرام العقد، فهو كما لو تلف قبل القبض^(١)، فيكون من ضمان البائع.

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة الاستدلال على ضمان المبيع قبل القبض:

أ - نقاش أدلة القول الأول:

نوقش الدليل من السنة وهو: حديث عتاب بن أسيد بناحيتين: السند، والدلالة.

فأما من ناحية السند، ففيه اضطراب. كما سبق بالتفصيل.

وأما من ناحية الدلالة، فبوجهين:

أحدهما: الحديث ليس فيه إلا النهي عن البيع قبل القبض^(٢)، فليس فيه النص على المدعي.

الثاني: النهي عن بيع المبيع قبل قبضه لا يلزم منه أنه لم يدخل في ضمان المشتري؛ لأن سببه: أن ذلك قد يؤدي إلى معنى الربا؛ لأن المبيع إذا باعه المشتري قبل أن يقبضه بأكثر مما اشتراه به، فكأنه باع شيئاً بشيء من جنسه متفاضلاً، كما لو اشترى سلعة بعشرين جنيهاً، وباعها قبل أن يقبضها بثلاثين جنيهاً، فكأنه اشترى بعشرين ثلاثين جنيهاً، وهي أكثر من عشرين، فكأنه اشترى شيئاً بشيء من جنسه متفاضلاً^(٣).

ونوقش الدليل من المعقول وهو: المبيع بخيار الرؤية مما يتعلق به حق

توفية فعلى البائع توفية المشتري ما اشتراه...

بأن ما على البائع هو: التخلية بين المبيع وبين مشتريه فقط، دون

غيرها، وهي أقصى ما يجب عليه. يقول الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ): «هذه التخلية

(١) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٦).

(٢) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/١٧، ١٢٦).

(٣) راجع: الشوكاني: نيل الأوطار (٥/١٦٠).

بين المشتري وبين ما باعه البائع منه، هي غاية ما يجب على البائع لعدم ورود دليل يدل على أنه يجب عليه زيادة على ذلك»^(١).

وأما التوفية كالكيل في المكيل، والوزن في الموزون، والعد في المعدود، والذرع في المذروع فإنها وسيلة لتعيين المبيع، ومعرفته، وليست من معنى القبض والتسليم في شيء^(٢).

ب - نقاش أدلة القول الثاني:

نوقش الدليل من السنة وهو: (الخراج بالضمان) بوجهين:

أحدهما: أن (أل) في (الخراج) للعهد، وهو خراج ما ردّ بعيب، والمردود بعيب هو مقبوض للمشتري^(٣)، فلا دلالة فيه إذن على المدعي، وهو: كون المبيع من ضمان المشتري قبل القبض.

أجيب عنه: بالآتي:

١ - أن العبرة بعموم اللفظ، و(أل) غير متعينة، للعهد، بل يمكن أن تكون للجنس والحقيقة.

٢ - لا يلزم من الرد بعيب أن يكون مقبوضاً، لجواز أن يظهر عيب قبل قبض، وذلك بإقرار البائع، أو بشهادة شاهد^(٤).

الثاني: لا حجة فيه؛ لأنه لم يقل: «الضمان بالخراج» أي: أن من له الخراج، فعليه الضمان، وإنما قال: «الخراج بالضمان»^(٥).

الإجابة عنه:

بأننا لا نسلم بأن الخبر لا حجة فيه مع القول: «الخراج بالضمان»؛ فإنه يدل على أن من عليه الضمان فله الخراج، فالضمان علة له، وعليه؛ فلو كان

(١) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/٥٥).

(٢) راجع: محمد جواد: فقه الإمام جعفر (٣/٢٤٧).

(٣) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٥١٥).

(٤) راجع: أطفيش: المرجع السابق.

(٥) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٢٠١).

الضمان على البائع، لكان الخراج له لوجود علته^(١)، ولم يقل به الفقهاء، فثبت أن الضمان على المشتري، كما أن الخراج له.

ثانياً: مناقشة الاستدلال على ضمان المبيع بعد القبض:

نقاش ما استدل به أصحاب القول الثاني من الأدلة:

نوقش الدليل الأول وهو: المبيع هلك قبل تمام العقد، فلم ينتقل الملك، فيكون من ضمان البائع:

بأننا لا نسلم بأنه هلك قبل تمام العقد، بل بعد تمامه؛ لأن الإيجاب والقبول صدرا من العاقدين، معبرين عن رضاها بالعقد، إذن فقد حصل الرضا به قبل هلاكه، وإذا كان الأمر كذلك، فقد تم العقد بالإيجاب والقبول قبل الهلاك، فانتقل الملك، وعليه، فإذا تلف بعد القبض، يكون من ضمان المشتري، لا من ضمان البائع.

ونوقش الدليل الثاني وهو: المبيع هلك قبل إبرام العقد، فهو كما لو تلف قبل القبض، فيكون من ضمان البائع، بوجهين:

١- لا أثر لإبرام العقد، واستقراره في انتقال الضمان، كما أنه ليس له أثر في ترتب الحكم؛ لأن انتقال الضمان بعد القبض لا يتوقف على استقرار العقد؛ إذ لو كان كذلك، لترتب عليه أن لا ينتقل ضمان المبيع في خيار العيب بعد القبض أيضاً؛ لأن العقد غير مستقر لإمكان فسخه، ومع ذلك لو قبضه، فتلف يكون من ضمان المشتري.

٢- أن قياس هلاك المبيع بعد القبض على تلفه قبل القبض هو قياس مع الفارق. والفارق هو: قبل القبض؛ إذ كيف يقاس ما هلك بعد القبض على ما هلك قبله؟ مع أن القبض يترتب عليه انتقال الضمان، وأما قبل القبض فمن ضمان البائع عند المستدل به.

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٦٣).

اختيار الراجح

بعد أن استعرضنا أقوال الفقهاء في ضمان المبيع قبل القبض وبعده، وأدلتهم عليها، وما ورد عليها من مناقشات، وما أجيب عنها: يبدو أن الأولى بالاختيار أن المبيع من ضمان المشتري، وذلك:

١ - أن كون المبيع بعد القبض من ضمان المشتري، هو شبه متفق عليه بين الفقهاء، وبهذا الاعتبار يترجح بنفسه لقوته الذاتية. وأما ما ذهب إليه الشافعية في وجه من كون المبيع من ضمان البائع، فهو ضعيف لا يعتد به، ولا اعتبار له.

٢ - وأما كون المبيع قبل القبض من ضمان المشتري أيضاً؛ فلأن الأدلة التي ساقها القائلون: بأن المبيع قبل القبض من ضمان البائع - أورد عليها من مناقشات - جعلتها لا تصلح أن تكون حجة، يصح الاحتجاج بها، ولما ذكرناه من أسباب واعتبارات عديدة لهذا الاختيار - فيما سبق -، فراجع هناك^(١) تجنباً من التكرار.

هذا، وكما لم يأت نص، ولا دليل من الكتاب، ولا من السنة على أن القبض لا بد منه في انتقال الملك، كذلك لم يأت نص، ولا دليل منهما على أنه لا بد منه في انتقال الضمان، ولكن عكس ذلك ورد في السنة يدل على أن الضمان ينتقل بمجرد تمام العقد، ووجوبه، كحديث ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا تباع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكان جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع»^(٢). فقد أثبت هذا الحديث أنه إذا حصل التفرق في المجلس بعد التبايع، فقد وجب البيع - أي: لزم، ووجوب البيع يقتضي دخول المبيع في ملك المشتري، وخروجه من ملك البائع، وإذا دخل في ملك المشتري، صار له غنمه، وعليه غرمه، كسائر أمواله، فيتلف من ماله؛ لأن تلف ما قد صار في ملك مالك لا

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(١) انظر: (ص ٣٧٧) من الرسالة.

يتلف إلا من ملكه، ولم يأت دليل على أنه لا بد له من القبض، وأنه شرط له^(١).

وهذا ما يؤكد أثر راوي الحديث؛ إذ قال: «من السنة: أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع»^(٢)، فقوله: من السنة - أي: سنة النبي ﷺ؛ لأن قول الصحابي من السنة، أو مضت السنة يقتضي سنة النبي ﷺ^(٣)، فهو يشبه الحديث المرفوع - أي: في حكمه، وهو يدل على أن الصفقة إذا أدركت شيئاً موجوداً غير منفصل عند العقد، فهلك بعد ذلك عند البائع، فهو من ضمان المشتري، فكونه من ضمانه دليل واضح على أن الضمان انتقل قبل القبض بتمام العقد^(٤). وهو المطلوب.

المطلب الرابع

خراج المبيع

إن البيع قد يحدث منه بعد العقد وقبل رؤيته، أو بعدها وقبل أن يرضى به المشتري - نماء، ويحصل له كسب، وإذا كان كذلك، فهو لا يخلو: إما قبل القبض، أو بعده، والبيع قد تم، أو فسخ، فلمن يكون الخراج؟ ولكننا قبل أن نبيّن ذلك، من الاستحسان أن نقسم الخراج تسهيلاً لسرد أقوال الفقهاء، وتقريباً بينها - إلى قسمين:

قسم: الخراج الحاصل قبل القبض - والبيع قد تم - والحاصل بعده مطلقاً.

قسم: الخراج الحاصل قبل القبض - والبيع قد فسخ -.

(١) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/١٢٦، ١٢٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٢٣٦).

(٤) راجع: الطحاوي: شرح معاني الآثار (٤/١٦)، وابن حجر: فتح الباري (٤/٤١٣).

القسم الأول: خراج المبيع الحاصل قبل القبض - والبيع قد تم - والحاصل بعده مطلقاً:

كاد يجمع الفقهاء: - الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)، وأبو يوسف (ت ١٨٣هـ)، ومحمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ)^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥)، والزيدية^(٦)،

(١) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢)، والبغدادي: مجمع الضمانات (ص ٢١٩، ٢٤١).
(٢) لم يصرح المذهب بذلك، لكنه عملاً بقاعدة: (الخراج بالضمان) في العقار مطلقاً، وفي غيره فيما حصل بعد القبض؛ لأنه حصل في ضمان المشتري، وفيما حصل قبل القبض، والبيع تم - قياساً على البيع البات -؛ إذ إن الخراج يكون للمشتري اتفاقاً. راجع: القرافي: الذخيرة (١٢٢/٥) وفيه: «فلو كان مضموناً على البائع لكان خراجه له، وليس كذلك اتفاقاً».

(٣) لم يبين المذهب الخراج لمن يكون؟ إلا أنه في المذهب يعلل قبل القبض بالملك، وبعده بالضمان والملك جميعاً. راجع: السبكي: تكملة المجموع (٢٠٨/١٢)، والزرکشي: المنثور في القواعد (١٢٠/٢)، والسيوطي: الأشباه والنظائر (ص ١٥٠) فبناء عليه يكون للمشتري؛ لأنه حصل في ملكه قبل القبض، وبعده في ملكه وضمانه جميعاً.

(٤) لم يذكر فقهاء المذهب: الخراج لمن يكون؟ غير أنه في المذهب معلل بالملك والضمان معاً -، كما إذا حصل في يد المشتري، أو في يد البائع، وكان المبيع مما لا يتعلق به حق توفية -، وبالمملك فقط - كما إذا حصل في يد البائع، وكان المبيع مما يتعلق به حق توفية. يقول ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «إن الخراج بالضمان إنما هو فيما اتفق ملكاً ويداً، وأما إذا كان الملك لشخص، واليد الآخر، فقد يكون الخراج للمالك». راجع: مجموع الفتاوى (٤٠١/٢٩).

(٥) لم يصرح المذهب الظاهري بكون الخراج للمشتري، ولكن ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) ذكر أصليين مهمين: أحدهما: كل بيع صح وتم، فهلك المبيع إثر تمام البيع، فضمانه من المشتري. والثاني: كل ما حدث في ملك المشتري من نماء، وزيادة، وكسب، فإنه له. والمبيع الغائب - إذا وصف - صح ملكه للمشتري، فيكون الخراج له. راجع: المحلى (٢١٨/٧، ٢٧١، ٥٨٧، ٥٩٦، ١٤١١م، ١٤٢٢، ١٥٩١).

(٦) إن الفوائد الحاصلة قبل القبض وبعده - والبيع تم - تكون للمشتري؛ لأن الملك استقر به، كما صرح بذلك المذهب في خيار الشرط، فمن باب أولى هنا؛ فإن العقد هنا مستقر، بخلافه هناك. وأما الحاصلة بعد القبض - والبيع قد فسخ - فتكون الفرعية منها للمشتري على الصحيح من المذهب. راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٥٢/٤)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٩١/٣).

والإمامية^(١)، والإباضية^(٢) - على أن الخراج الحاصل قبل القبض - والبيع تم -، وكذلك الحاصل بعد القبض مطلقاً يكون للمشتري.

ذهب الشافعية في وجه^(٣)، والزيدية - في الفوائد الأصلية الحاصلة بعد القبض، والبيع فسخ - وكذلك بعضهم - في الفرعية أيضاً^(٤) - إلى أنه يكون للبائع -.

القسم الثاني: خراج المبيع الحاصل قبل القبض، والبيع قد فسخ:

ذهب الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)^(٥)، والمالكية - إذا كان المبيع عقاراً^(٦) -، والشافعية في وجه^(٧)، والحنابلة^(٨)،

(١) لم يصرح المذهب بكون الخراج للمشتري، غير أنه معلل فيه: بالملك مرة، وبالضمان مرة أخرى وعلى كل، فهو للمشتري. أما الحاصل قبل القبض، فلأنه حصل في ملكه - والبيع تم - وأما الحاصل بعده فتطبيقاً لقاعدة: (الخراج بالضمان)، لأنه حصل في ضمانه مع كون الملك له. راجع: العاملية: مفتاح الكرامة (٤/٦٦٣).

(٢) لم نقف على حكم الخراج في المذهب، إلا أنه يكون للمشتري، أما ما حصل قبل القبض؛ فلأنه حصل في ملكه - والبيع تم - وأما ما حصل بعد القبض، فعملاً بموجب القاعدة: (الخراج بالضمان)، لأنه حصل في ضمانه مع الملك له. راجع: ضياء الدين وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٤٧٩/٨، ٥٢٣، ٥٣٥).

(٣) هذا بناء على أن العقد قبل الرؤية غير تام في وجه، فلم ينتقل الملك، فيكون الخراج للبائع؛ لأنه حصل في ملكه. راجع: الماوردي: الحاوي (٥/٢٢).

(٤) راجع: المرجعين السابقين للمذهب.

(٥) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٣)، والبغدادي: مجمع الضمانات (ص ٢٤١).

(٦) لأن الضمان في العقار ينتقل بمجرد تمام العقد إلى المشتري - كما تقدم بيانه - فيكون الخراج له بمقابل الضمان.

(٧) بناء على كون العقد تاماً في وجه، وعلى كون الخراج قبل القبض معللاً بالملك في المذهب كما سبق.

(٨) إن الأصل عندهم - كما تقدم - أن الخراج كما يتبع الملك والضمان معاً، يتبع الملك وحدة كذلك، فعليه يكون الخراج للمشتري؛ إذ إن ملك المبيع له حين حصوله، فحصل في ملكه، وإن كان ضمانه من البائع، كالذي فيه حق التوفية، وتلف قبل =

والظاهرية^(١)، والزيدية على مقتضى كلام أهل المذهب - بالنسبة للفوائد الفرعية فقط^(٢)، - والإمامية^(٣) إلى أن الخراج يكون للمشتري.

وذهب أبو يوسف (ت ١٨٣هـ)، ومحمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ)^(٤)، والمالكية - في غير العقار^(٥)، - والشافعية في وجه^(٦)، والزيدية - بالنسبة للفوائد الأصلية - على الصحيح من المذهب، وبعضهم مطلقاً^(٧)، والشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)^(٨)، وصاحب فقه الإمام جعفر من الإمامية^(٩)، والإباضية^(١٠)، إلى أنه يكون للبائع.

= القبض في البيع البات، وبخيار الشرط. راجع: ابن قدامة: المغني (٣٩/٤) وما بعدها، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (١٧٠/٢، ١٨٧)، والقارئ: مجلة الأحكام الشرعية (ص ١٤١ م ٣٠٤م).

- (١) انظر: (ص ٤٧٠) هامش (٥).
- (٢) راجع: ابن مفتاح: المنتزع المختار (٩١/٣) من الهامش.
- (٣) بناء على تبعية الخراج للملك. يقول العامل: «يظهر منهم في باب أحكام التسليم إطباقهم على تبعيته للملك». راجع: مفتاح الكرامة (٤/٦٦٣).
- (٤) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٣)، والبغدادي: مجمع الضمانات (ص ٢٤١).
- (٥) لأن ما عدا العقار من ضمان البائع قبل القبض على الراجح، فيكون الخراج له أخذاً بعموم القاعدة: (الخراج بالضمان) كما هم أخذوا بعمومها - كما رأينا فيما سبق - انظر: (ص ٤٥٩).
- (٦) بناء على كون العقد غير تام في وجهه، فلم ينتقل الملك، بل بقي على ملك البائع، فيكون الخراج له؛ لأنه حصل في ملكه، انظر: أثر خيار الرؤية في ملك المبيع.
- (٧) هذا ما قاله فيما حصل من الخراج بعد القبض، وفسخ العقد، فبيما حصل قبل القبض، والعقد فسخ من باب أولى. راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٥٢)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٩١/٣). والمراد من بعضهم: المنصور بالله: عبد الله بن حمزة بن سليمان، توفي سنة ٦١٤هـ، والقاضي زيد بن محمد الجيلي، علامة الزيدية. راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق (٢/ض) من المقدمة.
- (٨) راجع: السيل الجرار (٣/١٠٦). (٩) راجع: فقه الإمام جعفر (٣/٢٥٢).
- (١٠) أخذاً بعموم وظاهر القاعدة: (الخراج بالضمان)؛ لأن المبيع قبل القبض من ضمان البائع فيكون الخراج له بمقابل الضمان، كما هو ظاهر القاعدة، كما أخذوا به في بيع الانفساخ. راجع: ضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٨/٤٧٩، ٥٢٣، ٥٣٥)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٥٠، ٢٩٧، ٢٩٨).

سبب الخلاف:

يرجع إلى اختلاف الفقهاء في تعليل الخراج، فإن منهم من علّله بالضمان مطلقاً - أي: سواء أكان في الملك، أم في غيره -، ومنهم من علّله بالملك، أو به وبالضمان معاً.

الأدلة

لا يخفى على دارس لملك المبيع، وضمانه في البيع بخيار الرؤية - في الكتب الفقهية - أن الفقهاء على وجه العموم لم يتعرضوا لبيانها. وما دام الأمر كذلك، فلا يتصور بدهشة تعرضهم لبيان الأدلة عليهما؛ لأن عرضها فرع عن بيانها أولاً، بيد أننا سنحاول جمع وترتيب كل ما يصلح أن يكون دليلاً يصح الاستدلال به، ومع ما قد نجده من الأدلة عند بعض الفقهاء الذين تعرضوا لبيانها.

أولاً: الاستدلال على القسم الأول: الخراج الحاصل قبل القبض - والبيع تم -، والحاصل بعده مطلقاً:

أ - استدلال القائلين: بأن الخراج للمشتري بالآتي:

١ - قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»^(١).

وجه الاستدلال به: المبيع من ضمان المشتري؛ لأنه دخل في ضمانه بالعقد الصحيح، فيجب أن يكون خراجه له^(٢).

٢ - البيع مع خيار الرؤية بيع صحيح، فنقل الملك عقيبه إلى المشتري، فوجب أن يكون خراجه له^(٣)، إذ إنه مملوك، ومالك الأصل هو مالكة على كل حال^(٤).

(١) سبق تخريجه.

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٩/٤).

(٣) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٤٠/٤).

(٤) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢).

ب - استدلال القائلين: بأن الخراج للبائع بالآتي:

أن العقد ليس بتام قبل الرؤية؛ لأن تمامه يكون بالرضا، وقبل الرؤية لا يحصل الرضا^(١)، فيكون الملك باقياً للبائع، وعليه، فيكون الخراج له.

ثانياً: الاستدلال على القسم الثاني: الخراج الحاصل قبل القبض - والبيع قد فسخ :-

أ - استدلال القائلين: بكون الخراج للمشتري بالآتي:

١ - البيع مع خيار الرؤية صحيح، والخيار لا يمنع من انتقال المعقود عليه إلى المشتري، فيكون المبيع مملوكاً له، وما يتولد عنه يكون مملوكاً، ومالك الأصل هو مالكة على كل حال^(٢)؛ فيكون للمشتري.

ب - استدلال القائلين: بكون الخراج للبائع بالآتي:

١ - أن المبيع إذا كان في ضمان غير المالك، وأغلّ غلّة، فملك الغلّة موقوف، حتى يظهر: هل يتم له الملك، أم لا، فإذا انتقض البيع، ظهر أنه لم يتم، فتكون الغلّة للبائع^(٣).

٢ - ملك المبيع باقٍ للبائع - لكون العقد قبل الرؤية غير تام^(٤) -، فيكون الخراج له.

٣ - الرد قد كشف أن المبيع باقٍ على ملك البائع، وخراجه تابع لأصله^(٥).

٤ - القدرة على التسليم شرط لصحة العقد، والمفروض عدمها، فيكون العقد باطلاً من أصله^(٦)، فيكون الخراج الحاصل من المبيع للبائع.

(١) راجع: الماوردي: الحاوي (٢٢/٥)، والنووي: المجموع (٢٩٩/٩).

(٢) راجع: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢).

(٣) راجع: الدبوسي: نفس المرجع السابق (ص ٥٢، ٥٣).

(٤) راجع: الماوردي: المرجع السابق، والنووي: المرجع السابق.

(٥) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (٣/١٠٦).

(٦) راجع: محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (٣/٢٥٢).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة الاستدلال على القسم الأول:

نوقش دليل القائلين: بكون الخراج للبائع - وهو: «العقد قبل الرؤية غير تام؛ لأن تمامه يكون بالرضا، وقبل الرؤية لا يحصل الرضا...» - :
بأن العقد قد تم قبل الرؤية بالإيجاب والقبول^(١)، فأصل الرضا قد حصل بتوافق المتعاقدين على العقد^(٢)، فانتقل الملك، وعليه، فيكون الخراج لمن انتقل إليه الملك، وهو المشتري.

ثانياً: مناقشة الاستدلال على القسم الثاني:

نوقش دليل القائلين: بكون الخراج للمشتري، وهو: المبيع مملوك للمشتري، وما نتج عنه من خراج يكون مملوكاً له:
بأن الرد قد كشف أن المشتري لم يملك المبيع، بل هو باق على ملك البائع، وفوائده تابعة لأصله^(٣).
أجيب عنه: بل إنه ملكه لحصول سبب الملك، وهو: العقد^(٤)، وسيأتي مزيد.

وأما أدلة القائلين: بكون الخراج للبائع:

فنوقش الدليل الأول منها وهو: المبيع إذا كان في ضمان غير المالك، وأغلّ غلّة، فملك الغلّة موقوف حتى يظهر: هل يتم له الملك أم لا، فإذا انتقض البيع... بوجهين:

أحدهما: أن فيه تناقضاً، وذلك أن المبيع مملوك لمالكة - وهو

(١) راجع: الماوردي: الحاوي (٢٢/٥).

(٢) راجع: أ. د. علي أحمد مرعي: بحوث في البيع (ص ٢٤٥).

(٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٤٩، ٣٥٠)، والشوكاني: السيل الجرار (١٠٦/٣).

(٤) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق.

المشتري - كما أقرّ به المستدل، ثم إذا انتقض البيع، وفسخ ظهر - كما زعم - أن الملك لم يتم للمشتري بل بقي على ملك البائع. فبين كون المبيع مملوكاً لمالكة، وبين عدم تمام الملك للمشتري، وبقائه على ملك البائع تناقض بيّن. هذا من جانب.

ومن جانب آخر: أن المبيع إذا كان مملوكاً للمشتري، وأغلّ غلّة قبل فسخ البيع، فكيف يكون ملك الغلّة موقوفاً، مع أنها حصلت في ملك المالك.

الثاني: سلمنا بأنه ليس فيه تناقض، ولكن القول بأن المبيع إذا انتقض، ظهر أن الملك لم يتم، وبالتالي فهو باق على ملك البائع، يترتب عليه:

- أ - تقدم المسبب على سببه؛ لأن السبب المظهر والكاشف عن عدم تمام الملك للمشتري هو: انتقاض العقد، والمسبب هو: عدم تمام الملك بمعنى ارتفاع أثر العقد من أصله، فكيف يتقدم المسبب على سببه؟
- ب - التخلف: أي: تخلف المسبب عن سببه، وذلك أن العقد - وهو سبب الملك - متى وقع صحيحاً يترتب عليه أثره، وهو: ثبوت الملك للمشتري وانتقاله إليه، - وهو المسبب - وإلا ينتج عنه التخلف؛ أي: تخلف المسبب عن سببه، وهو باطل.

ونوقش الدليل الثاني وهو: المبيع باق على ملك البائع - لكون العقد قبل الرؤية غير تام - فيكون الخراج له بوجهين:

أحدهما: أنه مبني على اعتبار العقد غير تام، وكونه غير تام مبني على أن الرضا لا يحصل قبل الرؤية، وهذا ما لا نسلم به؛ لأن صدور الإيجاب والقبول من طرفي العقد، دليل واضح وصريح على أن الرضا قد حصل قبل الرؤية؛ إذ الرضا أمر خفي يرتبط بالقلب، فلا يمكن الوقوف والاطلاع عليه، إلا بما يدل عليه من معيار مادي حسي، وهذا المعيار المادي الحسي في الاصطلاح الفقهي: الإيجاب والقبول، فهما إذن تعبير عن رضاهما، فقد ثبت الرضا قبل الرؤية، وعليه فقد بطل القول: بكون العقد غير تام، إذ بُني على عدم حصول الرضا قبلها، وقد ثبت حصوله قبلها، وبالتالي ثبت أن العقد تام،

وإذا كان كذلك، فقد ثبت الملك للمشتري، فيكون له الخراج تبعاً له .

الثاني: أن صحة العقد لا تتوقف على الرؤية^(١)، والدليل عليه قول الفقهاء قاطبة: بصحة البيع قبل الرؤية. وكونه صحيحاً يقتضي صدور الإيجاب والقبول من المتعاقدين، وهما عبارة عن تراضيهما على إنشاء العقد، فإذا صدرا بإرادتهما، ونشأ عنه العقد، وتم؛ لأن عملهما قد تم، وليس عليهما عمل غير ذلك، وإذا تم العقد، فقد أوجب الشرع حكمه، وهو: انتقال الملك إلى المشتري. وما يحدث منه بعد ذلك من نماء وزيادة، وكسب يكون له تبعاً للملك.

ونوقش الدليل الثالث وهو: الرد قد كشف أن المبيع باق على ملك البائع، وفوائده تابعة لأصله بوجهين:

أحدهما: أن الرد هو الكشف عن عدم حصول الملك - أي: أن الملك لم يحصل -، وهو بهذا الاعتبار في نهاية الإشكال؛ فإن السبب الكاشف عن عدم انتقال الملك هو الرد، فكيف يتقدم المسبب، وهو عدم حصول الملك من حين العقد على السبب؟

الثاني: لو سلمناه - تنزلاً - فإنه يلزم أن يكون العقد قد وجد مستجمعاً لأركانه، وشروطه ولم يترتب عليه أثره، كأن وجوده كعدمه.

نوقش الدليل الرابع وهو: القدرة على التسليم شرط لصحة العقد، والمفروض عدمها - أي: عدم القدرة على التسليم؛ إذ هلك قبل القبض - فيكون باطلاً من أصله . . .

بما سبق مفصلاً. فيراجع هناك^(٢)، ويضاف إلى ذلك:

- ١ - أن القول: . . . فيكون العقد باطلاً من أصله . . . يفيد أن العقد لم يكن، وهو بهذا في غاية الفساد؛ إذ إنه موجود حساً . . .
- ٢ - وإن سلمنا أنه لا يفيد ذلك، بل ارتفاع أثره، وأن الملك لم يحصل،

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٧٨). (٢) انظر: (ص ٣٦٣).

فهو أيضاً بهذا الاعتبار في نهاية الإشكال؛ لأن السبب هو عدم القدرة على التسليم حين النفاذ والاستحقاق، والمسبب هو ارتفاع أثر العقد من أصله، فكيف يتقدم المسبب على سببه.

٣ - يترتب على التسليم بذلك أن العقد وقع مستوفياً بجميع أركانه وشرائطه ولم يترتب عليه أثره، فوجوده كعدمه، وهو باطل.

المختار

سبق أننا قسمنا الخراج إلى قسمين: الحاصل قبل القبض بيد البائع، والبيع تم، وبعده مطلقاً. والحاصل قبله، والبيع فسخ.

أما المختار في القسم الأول فهو: كونه للمشتري، وعليه جمهور الفقهاء، وأما كونه للبائع فهو وجه للشافعية - بناء على اعتبار العقد قبل الرؤية غير تام - وقد ثبت بطلانه، وأكثر الزيدية في الفوائد الأصلية فقط الحاصلة بعد القبض بيد المشتري، والبيع فسخ ورد المبيع، وبعضهم في الفوائد مطلقاً، بناءً على اعتبارها جزءاً من المبيع، فهو في غاية الفساد؛ إذ كونها للبائع لا يوجد له أي أساس في الشرع؛ فإن الخراج في الشرع لم يعلل إلا بالملك مرة، وبه وبالضمان معاً مرة أخرى، وأما تعليله بكونه جزءاً من المبيع فليس له أي أساس شرعي؛ لأنه كان وقت العقد معدوماً، فلم يكن مما وقع العقد عليه، لذا لم يكن في مقابله ثمن، فكيف يكون جزءاً منه. هذا من جانب.

ومن جانب آخر، يخالف القاعدة: (الخراج بالضمان) - التي نحن بصدد تطبيقها -؛ لأن الفوائد حصلت في ضمان المشتري مع كون الملك له.

وأما المختار في القسم الثاني فهو: كون الخراج للمشتري أيضاً

لأمرين:

١ - أن أدلة القائلين: بكون الخراج للبائع، وجهت إليه مناقشات علمية قوية جعلتها غير صالحة للاحتجاج بها.

٢ - أن ملك المبيع في البيع بخيار الرؤية ينتقل - عند عامة الفقهاء - إلى المشتري قبل الرؤية - حسبما سبق - وعليه فإذا حصلت له الفوائد، فإنها

حصلت في ملك المالك. ومن الأصول عند كثير من الفقهاء: أنها تكون تابعة للملك. يقول الدبوسي الحنفي (ت ٤٣٠هـ): «الأصل عند أبي حنيفة وأحمد: أن كل مملوك أغلّ غلّة، أو وهب له هبة فالغلة، والهبة للمولى، ثم الملك، أو انتقض، سواء كان في ضمان المالك، أو في ضمان غيره»^(١). ويقول العاملي الإمامي (ت ١٢٢٦هـ): «ويظهر منهم في باب أحكام التسليم إطباقهم على تبعيته - أي: النماء - للملك»^(٢). ويقول النجفي الإمامي (ت ١٢٦٦هـ): «لا خلاف بناء على حصول الملك بالعقد - في أنه إذا حصل للمبيع نماء... كان ذلك للمشتري؛ لأنه من التوابع لملكه»^(٣). هذا ما يقرره حديث ابن عمر رضي الله عنهما المرفوع: «إذا تباع الرجلان... فقد وجب البيع»^(٤) - أي: لزم -، ومقتضى وجوبه: دخول المبيع في ملك المشتري، وإذا دخل في ملكه، صار له غنمه كسائر أمواله.

تبيّن أن الخراج تابع للملك، ومعلّل به عند عامة الفقهاء، وإذا كان كذلك فهل يختلف عن تعليقه بالضمان. وبتعبير آخر: هل تعليل الخراج بالملك يشمل تعليقه بالضمان. هذا ما نريد بيانه، لكي نوضح أن الملك ليس منفصلاً عن الضمان، وبالتالي تعليقه بالملك هو نفس تعليقه بالضمان. لذلك نحتاج إلى البحث عن مقتضى الملك.

مقتضى الملك: أن يكون ضمانه من مالكة - كما له التصرف فيه كيف يشاء - وهو يسمى بضمان الملك، وهذا هو الأصل في الملك.

تأسيساً عليه: فيكون ملك المبيع من ضمان مالكة وهو المشتري، وذلك أن البيع إذا وجب، ودخل في ملك المشتري بمقتضى وجوبه شرعاً، ومقتضى ملكه له: ضمانه منه، كما يدل عليه حديث ابن عمر رضي الله عنهما السابق. يقول الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) مبيناً معنى وجوب البيع: «أن وجوب البيع يقتضي دخوله في ملك المشتري، وخروجه من ملك البائع، وإذا دخل في ملك

(١) راجع: تأسيس النظر (ص ٥٢).

(٢) راجع: مفتاح الكرامة (٤/٦٦٣).

(٣) راجع: جواهر الكلام (٢٣/١٦٠).

(٤) تقدم تخريجه.

المشتري، صار له غنمه، وعليه غرمه، كسائر أمواله، فيتلف من ماله»^(١).

هذا الأصل الذي أوضحه الشوكاني في ضوء الحديث، بيّنه ابن حزم (ت ٤٥٦هـ)، وصاغه بكلمة (كل) الدالة على الشمول والعموم الذي طبيعته هو، وما على شاكلته، وما في معناه من القواعد والكليات - ومفهوم الكل يقرب من مفهوم الأصل -؛ إذ يقول: «كل بيع صح وتم، فهلك إثر تمام البيع، فمصيبيته من المبتاع»^(٢). وعبر عنه بعض فقهاء الإمامية بالقاعدة. يقول العاملي (ت ١٢٢٦هـ): «القاعدة القائلة: إن التلف إنما يكون من مال المالك، على القول المشهور من أن المبيع يمتلك بنفس العقد»^(٣).

إذاً تحقق أن الملك: ضمانه من مالكة، وعليه، فقد تحقق أن المراد من الملك في تعليل الفقهاء للخراج بالملك: الملك المقتضى كونه من ضمان مالكة، أو الملك المقترن بضمان مالكة أصلاً.

بناءً على هذا التحقيق يمكننا أن نقول: بأن تعليل الخراج بالملك يشمل تعليله بالضمان - أي: المقترن بالملك، أو في الملك - حسبما سبق -؛ إذن تعليل الفقهاء للخراج بالملك لا يختلف عن تعليلهم له بالضمان، بل هو هو. وإذا كان كذلك، فهو لا يختلف عن تعليل الشارع للخراج بالضمان في الحديث النبوي الشريف الذي جعله الفقهاء قاعدة فقهية - كما سبق بيان ذلك بالتفصيل -.

وقبل أن ننهي ما نحن فيه، يمكن القارئ أن يتساءل: إذا كان الملك من ضمان مالكة، فلماذا قال الفقهاء: يكون المبيع قبل القبض من ضمان البائع - مطلقاً أو مقيداً - مع انتقال الملك بمجرد تمام العقد إلى المشتري. وقبل أن نجيب عنه، لنا الحق أيضاً أن نسأله: هل هؤلاء الفقهاء جعلوا بمقابله الخراج؟ كلا، إذن ما هي نوعية الضمان على البائع قبل القبض.

ولأجل الإجابة عنه نحتاج إلى بيان مقتضى العقد بعد تمامه بالنسبة

(١) راجع: السيل الجرار (٣/١٢٦).

(٢) راجع: المحلى (٧/٢٧١م ١٤٢٢).

(٣) راجع: مفتاح الكرامة (٤/٥٩٩).

لتسليم المعقود عليه. يقول الكاساني (ت ٥٥٨٧هـ) عنه: «إن البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل؛ لأنه عقد معاوضة: تملك بتمليك، وتسليم بتسليم، فالقول: بتأخير التسليم يغير مقتضى العقد»^(١). هذا هو مقتضى العقد، ولكن يثور سؤال آخر: لماذا يوجب فوراً؟ الجواب عنه واضح: أن العقد متى تم صحيحاً انتقل ملك المبيع إلى المشتري شرعاً - أي: أوجب الشرع انتقاله إليه، فإذا صار ملكاً له، وجب على البائع فوراً دون تأخير تسليمه إليه - أي: رفع يده عنه. فإذا لم يرفع يده عنه وتلف تحت يده، ضمنه، ولكن ليس لكونه ملكه، بل لوضع يده على ملك غيره دون إذن منه. فضمانه إذن ضمان اليد على ملك للغير دون إذن منه، لا ضمان الملك، لذلك لم يجعل الفقهاء بمقابله الخراج؛ لأن الضمان ضمان تعد فلا يسوغ أن يكون بمقابله الخراج، أو يعلل به. والله أعلم.



(١) راجع: بدائع الصنائع (١٦٦/٥).

المبحث الرابع

الخراج بالضمان في البيع الصحيح بخيار العيب

يشتمل على تمهيد ومطلبين:

- التمهيد: التعريف بخيار العيب.
- المطلب الأول: ضمان المبيع.
- المطلب الثاني: خراج المبيع.

التمهيد

التعريف بخيار العيب

إن (خيار العيب) مركب، والعلم بالمركب يتوقف على العلم بالمفرد أولاً، وعليه، فيجب تعريفه التفصيلي - أي: من حيث تفصيل مفرداته - أولاً، ثم يليه تعريفه الإجمالي - أي: من حيث هو علم - ثانياً.

أولاً: تعريف خيار العيب التفصيلي - أي: من حيث تفصيل مفرداته -:

إن (خيار العيب) مركب إضافي - أي: مركب من مضاف ومضاف إليه -، والإضافة فيه من قبيل إضافة الشيء - المسبب - إلى سببه - أي: الخيار الذي يثبت بسبب العيب^(١) -، وإذا كان كذلك، فعلياً أن نبدأ لزوماً بتعريف الخيار، ويليه تعريف العيب.

فلفظ: (خيار) - كما سبق معناه - وهو: «طلب خير الأمرين عند أهل اللغة»، و«طلب خير الأمرين من إمضاء العقد، وفسخه» عند أهل الشرع. وأما لفظ: (العيب) فله تعريفان: تعريف عند اللغويين، وتعريف آخر عند الفقهاء.

أ - تعريفه في اللغة:

هو مشتق من (عيب) العين، والياء، والباء، أصل صحيح، وهو: مصدر من عاب يعيب عيباً عاباً - من باب باع، أو سار -، ومعناه: الوضمة، والأمر الذي يصير به الشيء مقراً للنقص.

(١) راجع: البابرتي: العناية (٢/٦)، وابن الهمام: فتح القدير (٢/٦)، وعلي حيدر: درر الحكام (٣٣٥/١).

يقال: عاب الشيء، أو الحائط عيباً: إذا ظهر فيه عيب، وصار ذا عيب. وعاب فلان فلاناً عيباً وعاباً: أي: جعله ذا عيب، فهو لازم، ومتعد. والفاعل منه: عائب، وعيَّاب - مبالغة -، والمفعول: معيب، ومعيوب. والاسم: العاب، والمعاب.

واستعمل العيب اسماً، فجمع على عيوب، وأعياب. هذا، والعيب قد يكون مادياً - أي: حسيّاً - وقد يكون معنوياً. عبّر الأصفهاني (ت ٥٠٢هـ) عن الأول: بالفعل، وعن الثاني: بالقول، مثال الأول: قوله تعالى: ﴿فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا﴾ [الكهف: ٧٩] أي: أجعلها ذات عيب يعني: السفينة، مثال الثاني: نحو قولك: عيبت فلاناً: أي: ذمته^(١).

ب - تعريف العيب في الفقه:

تنوع تعريفه بتنوع المذاهب الفقهية، ووقع اختلاف في صياغته، وعبارته عند الفقهاء، مع ذلك فإنه يتوافق في مضمونه، ومفهومه.

١ - تعريفه عند الحنفية بأنه: «كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار»^(٢).

٢ - تعريفه عند المالكية بأنه: «كل ما جرت العادة السلامة منه، مما ينقص الثمن أو المبيع، أو التصرف، أو يخاف عاقبته»^(٣).

٣ - تعريفه عند الشافعية بأنه: «ما ينقص القيمة، أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح، إذا غلب في جنس المبيع عدمه»^(٤).

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٤/١٨٩)، مادة: (عيب)، والأصفهاني: المفردات (ص ٣٥١)، مادة: (عيب)، والرازي: مختار الصحاح (ص ٤٨٩)، مادة: (عيب)، وابن منظور: لسان العرب (٤/٣١٨٣ - ٣١٨٤)، مادة: (عيب)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٦٧)، مادة: (عيب).

(٢) راجع: متن القدوري (ص ٣٥)، والمرغيناني: الهداية (٧/١٤١) مع البناية.

(٣) راجع: الدردير: الشرح الكبير (٣/١٠٨).

(٤) راجع: النووي: المنهاج (٢/٥١)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/٣٠٩)، والأنصاري: شرح التحرير (٢/٤٢، ٤٣).

- ٤ - تعريفه عند الحنابلة بأنه: «ما ينقص قيمة المبيع، أو عينه عادة في عرف التجار»^(١).
- ٥ - تعريفه عند الظاهرية بأنه: «ما حط من الثمن الذي اشترى به، أو باع به ما لا يتغابن الناس بمثله»^(٢).
- ٦ - تعريفه عند الزيدية بأنه: «كل وصف مذموم تنقص قيمة ما اتصف به عن قيمة جنسه السليم، نقصان عين كالعور»^(٣)، أو زيادة كالإصبع الزائدة، أو حال كالبحر»^(٤)، والإباق»^(٥).
- ٧ - تعريفه عند الإمامية بأنه: «كل ما كان في أصل الخلقة، فزاد، أو نقص، فهو عيب»^(٦).
- ٨ - تعريفه عند الإباضية بأنه: «ما نقص عن الخلقة الطبيعية، والشرعية نقصاً مؤثراً في ثمن المبيع»^(٧).
- هذا، فلو نظرنا في الكتب الفقهية بحثاً عن تعريف العيب لوجدنا أن الفقهاء قد اهتموا، واعتنوا ببيان ضابط العيب المثبت للخيار أكثر من التعريف به كمطلق عيب، فطغت عنايتهم ببيان الضابط على عنايتهم بالتعريف نفسه.
- وكذلك لو ألقينا نظرة سريعة على التعريفين: اللغوي، والشرعي - لنلاحظ الفرق بينهما -، فتعريف أهل اللغة للعيب عام سواء ترتب عليه ثبوت الخيار أم لا، وأما تعريف أهل الشرع، فهو خاص بما يثبت به الخيار.

(١) راجع: المرادوي: الإنصاف (٤/٤٠٥)، والبهوتي: كشاف القناع (٣/٣١٥)، وشرح منتهى الإرادات (٢/١٧٥).

(٢) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٥٨٢ م ١٥٧٧).

(٣) من عار الشيء عوراً: أنلفه. راجع: المعجم الوسيط (٢/٦٣٥)، مادة: (عور).

(٤) من بخر الفم بخرأ: أنتنت ريحه. والبخر: الرائحة الكريهة من الفم. راجع: المرجع السابق (١/٤١).

(٥) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٥٥).

(٦) راجع: الطوسي: تهذيب الأحكام (٧/٦٦)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٣/٢١٤).

(٧) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٣٨٩).

كما أن التعاريف الفقهية بالإجمال لا تخلو من اعتراضات؛ لأن منها ما هو غير جامع ومانع، ومنها ما هو جامع دون مانع، ومنها ما هو مانع دون جامع، وذلك؛ لأننا لو تناولنا الفروع التطبيقية في هذا الصدد عند الفقهاء بالبحث، والدراسة - لنجد أن العيب الموجب للخيار عندهم -: سببه إما النقص في القيمة، أو العين، أو الانتفاع، وإما فوات غرض المشتري مطلقاً عند بعضهم، وعند بعضهم الآخر فوات غرض صحيح.

ففي ضوء هذه العناصر لا تصلح تلك التعريفات للعيب أن تكون جامعة ومانعة، أو يمكن اعتبارها كذلك.

ولذلك يستحسن تعريف العيب المثبت والموجب للخيار بما يشمل هذه العناصر المقصودة التي يجب مراعاتها عند التعريف به، وهو: ما يخل بالمقصود من الشيء غالباً في العرف.

أولاً: شرح التعريف:

لفظ: (ما) جنس في التعريف، يشمل جنس العيب، سواء ترتب عليه الإخلال بالمقصود، أم لا، ولفظ: (يخل) قيد فيه يخرج به من العيوب ما لا يترتب عليه الإخلال بالمقصود، ولفظ: (المقصود) عام، يختلف بحسب الشيء نفسه، وعليه فالإخلال بالمقصود يتناول الإخلال به بسبب النقص في القيمة، أو العين، أو الانتفاع، وكذلك بسبب فوات الغرض العام والخاص.

ولفظ: (الشيء) فيه إشارة إلى المحل الذي يحدث به ذلك العيب المخل بالمقصود - وهو هنا المبيع - . ولفظ: «غالباً» قيد يخرج به ما يؤدي إلى الإخلال به نادراً. ولفظ: (العرف) يراد به أن العيب المخل بالمقصود لا بد من أن يكون معتبراً كذلك في عرف الناس، وأما إذا لم يكن كذلك فلا يكون مثبتاً للخيار.

ثانياً: تعريف خيار العيب الإجمالي - أي: من حيث هو علم - وهو:

عبارة عما يثبت للمشتري - عند اطلاعه على عيب بالمعقود عليه، ولم يكن على علم به عند العقد، مع عدم الرضا به بعده - من الاختيار بين إمضائه وفسخه.

المطلب الأول

ضمان المبيع

إن العقد الذي يثبت فيه خيار العيب عقد صحيح، وهو كذلك لازم قبل علم المشتري بالعيب واطلاعه عليه، وأما بعد علمه به ووقوفه عليه، فالعقد غير لازم، فله الحق بين إمضائه، وفسخه ورد المبيع، واسترداد الثمن.

وإذا كان الأمر كذلك؛ فإن خيار العيب ليس له تأثير في ثبوت الملك وانتقاله؛ لأن العقد قد تمّ وضح قبل ذلك، وصحته عبارة عن ترتب الأثر عليه شرعاً، وكذلك ليس له أي تأثير في الضمان وانتقاله؛ فإنه لا يتوقف على ثبوت الخيار للمشتري؛ إذ علمه بالعيب قد يكون بعد القبض، وقد يكون قبله، كما أن العقد قبل ذلك تام وصحيح، بل ولازم، وأما أثره بعد ثبوته فهو في عدم لزوم العقد من جهة من ثبت له الخيار.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن الخيار في رد المبيع مشروط بكون العيب موجوداً فيه قبل أن يدخل في ضمان المشتري، فإن حدث بعده فلا خيار له في رده.

وعليه، فالعيب إما أن يكون قد حدث بالمبيع قبل دخوله في ضمان المشتري، وإما بعد دخوله في ضمانه، فإن حدث بعده، فلا خيار له في رده؛ لأنه دخل في ضمانه سليماً، والخيار لا يثبت إلا لفوات صفة السلامة التي هي مقتضى العقد، والتي يقصدها المشتري من وراء البيع، وأما إذا حدث قبل دخوله في ضمانه، فله الخيار في الرد به؛ إذ إنه دخل في ضمانه وهو معيب، وفاتت صفة السلامة المطلوبة والمرغوبة فيها عادة.

وأما متى يدخل المبيع في ضمان المشتري، وممن يكون ضمانه في حالة ما إذا هلك بعد العقد مطلقاً - أي: قبل القبض أو بعده - فهو من ضمان المشتري بعد القبض باتفاق الفقهاء. وأما قبله فهو موضع خلاف بينهم - كما سبق - فهم اختلفوا فيه على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ضمانه من البائع:

المذهب الثاني: ضمانه من المشتري.

المذهب الثالث: التفصيل: إذا كان مما فيه حق توفية فهو من ضمان البائع. وأما إذا كان مما ليس فيه حق توفية فهو من ضمان المشتري. وقد بينا هذه المذاهب الثلاثة في اتجاهين؛ لأن الذين فرقوا بين ما فيه حق توفية، وبين ما ليس فيه ذلك يوافقون المذهب الأول فيما فيه حق التوفية، والمذهب الثاني فيما ليس فيه ذلك الحق^(١).

المطلب الثاني

خراج المبيع

من اشتري شيئاً، ثم عثر على عيب به، كان موجوداً قبل دخوله في ضمانه، ولم يكن عالماً به وقت العقد، ثبت له الخيار بين الإمساك والفسخ، وبالتالي الرد. فإذا أراد الرد، فلا يخلو المبيع: إما أن يكون بحاله، أو أن يكون قد زاد، فإن كان بحاله، رده وأخذ الثمن، وأما إن زاد، فالزيادة لا تخلو: إما أن تكون متصلة به، أو منفصلة عنه، وكل منهما إما أن تكون متولدة عنه، أو غير متولدة، وكذلك قبل القبض أو بعده.

(١) انظر: (ص ٣٥٦، ٣٥٧) في ضمان المبيع في البيع اللازم البات.

ويراجع: في بحث خيار العيب: المراجع التالية:

السرخسي: الميسوط (١١٥/١٣)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥، ٢٨٦)، وابن رشد: المقدمات (١١٤/٢)، وابن جزي: القوانين الفقهية (ص ٢٢٩)، والدردير: الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي عليه (٣/١٢٧، ١٣٧، ١٤٨، ١٤٩، ١٥١)، والآبي الأزهري: جواهر الإكليل (٢/٥٢)، والشيرازي: المهذب (١٢/١٢٣، ١٢٤، ١٢٦)، وابن الصباغ: الشامل (ص ٩٥)، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ١٤٦)، والنووي: المنهاج (٢/٥٢)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/١٢٤ - ١٢٧)، وشرح المحلى (٢/٩٩)، والشربيني: مغني المحتاج (٢/٥٢)، وابن قدامة: المغني (٤/٣٤، ٣٧، ٤١، ٢٥٨)، والمقدسي: الشرح الكبير (٤/١٠٠، ١٠١)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٤١٥)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/١٧٧)، وابن حزم: المحلى (٧/٥٨٧ م ١٥٩١)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٤٦٢)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/٦٦٣)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٥٠).

فالزوائد إذن تنقسم قسمين: متصلة بالمبيع، ومنفصلة عنه.

القسم الأول: الزوائد المتصلة بالمبيع:

وهي تنوع إلى نوعين: متولدة عنه؛ كالسمن، والكبر، والتعلم. وغير متولدة عنه، بل مضافة إليه كالغرس، والبناء، والصبغ، والخياطة. وهذا النوع الأخير لا يعنينا هنا فيما نحن بصدده تحقيقه؛ لأنه لا يتناوله الخراج، ولا يشمل في اللغة، ولا في الشرع، لذلك لا يكون بمقابل الضمان.

وأما النوع الأول وهو: الزوائد المتصلة المتولدة عن المبيع - فهو الذي يعنينا هنا - وقد اختلف الفقهاء فيه على رأيين:

الرأي الأول: أن الزيادة المتصلة المتولدة عن المبيع تكون للبائع تبعاً لأصلها، ولا يستحق المشتري عليه شيئاً؛ ذهب إليه جمهور الفقهاء: الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة في المشهور، وهو المذهب^(٤)، والزيدية^(٥)، والإمامية^(٦)، والإباضية^(٧).

(١) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (١٠٠/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٢٨٤/٥)، (٢٨٥).

(٢) راجع: الباجي: المنتقى (١٩٨/٤، ٢٠٧)، وابن رشد: المقدمات (١٠٣/٢)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (١٨٢/٢)، والقرافي: الذخيرة (٧٥/٥).

(٣) راجع: الشيرازي: المهذب (١٩٦/١٢) مع التكملة، والبغوي: تهذيب الأحكام (ص ٣٥٥)، والرافعي: فتح العزيز (٣٧٨/٨)، والنووي: المنهاج (٦١/٢)، والشربيني: الإقناع (٣٣٥/٣).

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٥٨/٤)، والمقدسي: الشرح الكبير (٩٧/٤)، والزركشي: شرحه على مختصر الخرقني (٥٧٥/٣)، وابن رجب: القواعد (ص ١٥٧، ١٥٨)، والمرداوي: الإنصاف (٤١٤/٤)، والقاري: مجلة الأحكام الشرعية (ص ١٨١)، مادة: (٤٤٤).

(٥) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٦٥/٤).

(٦) راجع: المحقق الحلبي: القواعد (٦٦٣/٤) مع مفتاح الكرامة، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٣٩٢/٧).

(٧) لم يصرح به المذهب هنا، ولكنه صرح به في خيار الشرط. راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٢٧٧/٩).

الرأي الثاني: أنها تكون للمشتري: ذهب إليه الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في المنصوص عنه، وبه قال الشيرازي^(١) (ت ٤٨٦هـ)، وزاد: أنه يرجع على البائع بقيمة النماء، وخرّجه^(٢) ابن عقيل (ت ٥١٣هـ)، وهو اختيار تقي الدين (ت ٧٢٨هـ)^(٣).

سبب الخلاف في هذا النوع من الزيادة:

هو: هل الزيادة تابعة للأصل في الفسخ، كما هي تابعة له في العقد؟

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائلون بأن الزيادة للبائع بالآتي:

- ١ - أن هذه الزيادة نماء من نفس المبيع^(٤)، ولا تنفرد عنه في الملك^(٥)، ولا يمكن فصلها عنه؛ إذ هي بعضه^(٦)، فهي بهذا الاعتبار تابعة للأصل حقيقة لقيامها به^(٧)، فتزد معه، وتكون للبائع تبعاً له، ولا يستحق المشتري عليه شيئاً^(٨)، ولا شيء له عليه بسببها^(٩).

- (١) هو: أبو الفرج، عبد الواحد بن محمد بن علي، الشيرازي الأصل، ثم المقدسي، ثم الدمشقي، شيخ الحنابلة بالشام في وقته، ناشر المذهب، كان إماماً، عارفاً بالفقه، والأصول، شديداً في السنة، زاهداً، توفي سنة ٤٨٦هـ. وله تصانيف عدة منها: «المهيج»، و«الإيضاح»، و«التبصرة في أصول الدين» وغير ذلك. راجع: ابن رجب: كتاب الذيل على طبقات الحنابلة (١/٦٨ - ٧١)، وابن العماد: شذرات الذهب (٤/٢٨٥، ٢٨٦).
- (٢) التخريج هو: نقل حكم مسألة إلى ما يشبهها، والتسوية بينهما فيه؛ لأن حاصل معناه: بناء فرع على أصل بجامع مشترك. راجع: ابن بدران: المدخل إلى مذهب الإمام أحمد (ص ٥٣، ٥٦).
- (٣) راجع: الزركشي: شرحه على مختصر الخرقى (٣/٥٧٥، ٥٧٦)، وابن رجب: القواعد (١٥٧، ١٥٨)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٤١٤).
- (٤) راجع: الماوردي: الحاوي (٥/٢٤٥).
- (٥) راجع: الشيرازي: المهذب (١٢/١٩٦) مع تكملة المجموع.
- (٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٦٥).
- (٧) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥).
- (٨) راجع: ابن رجب: المرجع السابق (ص ١٥٨ ق ٨١).
- (٩) راجع: البغوي: تهذيب الأحكام (ص ٣٣٥)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/١٩٦).

٢ - أن الملك قد تجدد بالفسخ، فكانت الزيادة المتصلة فيه تابعة للأصل كالعقد^(١).

استدل أصحاب الرأي الثاني القائلون: بأن الزيادة للمشتري: بأن المبيع عندما زاد بعد العقد، إنما كان على ملك المشتري، فالزيادة حينئذ حصلت في ملكه، فتكون له - كالمنفصلة^(٢) -؛ لأن من أسباب الملكية: التولد من المملوك، إلا أنه لا يمكن زد الأصل دونها، فترد معه، ويرجع المشتري على البائع بقيمة الزيادة.

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة ما استدل به أصحاب الرأي الأول:

نوقش الدليل الأول وهو: الزيادة نماء من نفس المبيع... فتكون تابعة للأصل:

بأن كون هذه الزيادة تابعة للأصل - لأنها لا تتميز عنه، وبالتالي لا يمكن فصلها عنه -، لا يستلزم أن تصير مملوكة للبائع، وذلك؛ لأنها نماء حصل من الأصل - أي: المبيع - وهو ملك للمشتري بإجماع الفقهاء، وإذا كان الأمر كذلك، فقد حصل في ملكه، بل وفي ضمانه؛ لأن الأصل في الملك أن يكون من ضمان مالكة - كما سبق بيانه - فكيف يكون للبائع، أليس فيه أكل مال الغير دون عوض؟

ونوقش الدليل الثاني:

بأن الملك تجدد بعد الفسخ، والزيادة حصلت قبله عندما كان المبيع ملكاً للمشتري، فقد حصلت في ملكه، فتكون له لا للبائع. وأما كونها تابعة للأصل؛ لأنها لا تنفرد عنه، ولا يمكن فصلها عنه - فليس فيه دليل على أنها تكون ملكاً للبائع.

(١) راجع: النووي: المنهاج (٦٢/٢). مع مغني المحتاج.

(٢) راجع: المرادوي: الإنصاف (٤١٤/٤).

الراجح:

تكون الزيادة للمشتري، وذلك:

- ١ - أن قيام الزيادة بالبيع وعدم إمكان فصلها ليس من أسباب الملكية.
- ٢ - أنها تولدت من المبيع الذي كان عندئذ في ملك المشتري باتفاق الفقهاء، ومن أسباب الملكية في الفقه الإسلامي: التولد من المملوك، فتكون له، لا للبائع.

٣ - أن كون هذه الزيادة للبائع - مع تولدها من ملك المشتري وحصولها في ملكه - يترتب عليه أكل مال الغير بغير إذنه، وهو غير جائز لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ولقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(١).

هذا، ويرجع المشتري على البائع بقيمة الزيادة تلك إن وافق على ذلك، وإلا فبالاشتراك معه بقدر الزيادة إن امتنع من دفع قيمتها؛ لإمكان تقويم الزيادة، وجعل المشتري شريكاً له بقيمتها.

القسم الثاني: الزوائد المنفصلة عن المبيع:

وهي نوعان: متولدة عنه، كالولد، والثمرة، واللبن، والصوف، وغير متولدة عنه، كالخدمة، والأجرة، والكسب، وكذلك ما يوهب، أو يوصى للمبيع به إذا كان عبداً.

هذا، ولا يختلف حكم أحد النوعين عن حكم الآخر عند عامة العلماء، لذا نتناول بيان حكمهما معاً، مع الإشارة إلى من فرق بينهما. ويمكن تصنيف آرائهم إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: أنها تكون للمشتري: ذهب إليه: شريح القاضي

(١) سبق تخريجه.

(ت ٨٠هـ)، وسعيد بن جبير^(١) (ت ٩٥هـ)، والنخعي (ت ٩٦هـ)، والشعبي (ت بعد المائة)، والحسن البصري (ت ١١٠هـ)، وابن سيرين (ت ١١٠هـ)، وسفيان الثوري^(٢) (ت ١٦١هـ)^(٣)، والإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ) - في غير المتولدة مطلقاً -، وأبو يوسف (ت ١٨٣هـ)، ومحمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ) - إذا حدثت بعد القبض^(٤) -، والمالكية مطلقاً - فيما عدا الولد^(٥) -، والشافعية مطلقاً - إن رد المبيع بعد القبض، وكذا قبله في الأصح^(٦) -، وأبو عبيد (ت ٢٢٤هـ)، وإسحاق بن راهويه (ت ٢٣٨هـ)، وأبو ثور (ت ٢٤٠هـ)^{(٧)(٨)}، والحنابلة مطلقاً وهو المذهب^(٩)، وأبو سليمان الظاهري

(١) هو: الأسدي، الكوفي، الفقيه، أحد الأعلام في الفقه، والتفسير، والدين، ثقة، إمام، حجة، قتله الحجاج سنة ٩٥هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٢٣٤)، والحجوي: الفكر السامي (١/٢٩٩).

(٢) تقدمت تراجم هؤلاء.

(٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٥٨٧، ٥٩٦ م ١٥٩١)، والبيهقي: السنن الكبرى (٥/٣٢٢)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/٢٠٠).

(٤) راجع: السرخسي: المبسوط (١٣/١٠٤)، والكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥، ٢٨٦)، وابن البزاز: الفتاوى (٤/٤٥٣)، وابن نجيم: البحر الرائق (٦/٥٦، ٥٧)، وابن عابدين: رد المحتار (٥/١٩).

(٥) راجع: الإمام مالك: الموطأ (٤/٢٠٧) مع المنتقى، وابن الجلاب: التفريع (٢/١٧٥)، وابن عبد البر: الكافي (ص ٧١٠، ٧٢٠)، والبايجي: المنتقى (٤/٢٠٨)، وابن رشد: المقدمات (٢/١١٤، ١١٥، ١٢٤)، والقرافي: الذخيرة (٥/٧٥)، وشرح الخرخشي (٤/٦٠)، والدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٣/١٣٨).

(٦) راجع: الماوردي: الحاوي (٥/٢٤٤)، والشيرازي: المهذب (١٢/١٩٧، ٢٠١)، وابن الصباغ: الشامل (ص ٣٧٨، ٣٨٠)، والبخاري: تهذيب الأحكام (ص ٣٥٣)، والرافعي: فتح العزيز (٨/٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠)، والنووي: المنهاج (٢/٦٢)، والسبكي: المرجع السابق (١٢/٢٠٠، ٢٠١).

(٧) سبقت تراجم هؤلاء.

(٨) راجع: ابن حزم: المرجع السابق، والسبكي: المرجع السابق.

(٩) راجع: القاضي أبا الحسن: كتاب التمام (٢/١٤)، وابن قدامة: المغني (٤/٢٥٨، ٢٥٩)، ومجد الدين: المحرر (١/٣٢٤)، وابن مفلح: الفروع (٤/١٠٥)، والزركشي: شرحه على مختصر الخرقني (٣/٥٧٦)، وابن رجب: القواعد =

(ت ٢٧٠هـ)^(١)، وابن حزم (ت ٤٥٦هـ) مطلقاً^(٢)، والزيدية - في غير المتولدة مطلقاً سواء كان الرد بحكم حاكم أم لا، وفي المتولدة إذا كان الرد دون حكم حاكم^(٣)، والشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) - ولو بحكم حاكم^(٤)، والإمامية مطلقاً^(٥)، والإباضية على المختار^(٦).

الاتجاه الثاني: أنها تكون للبائع: ذهب إليه عثمان البتي^(٧) (ت ١٤٣هـ)، وابن أبي ليلى^(٨) (ت ١٤٨هـ)، وعبيد الله بن الحسين العنبري^(٩) (ت ١٦٨هـ)^(١٠)، والإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ) - في المتولدة إذا حدث قبل القبض -، وأبو يوسف (ت ١٨٣هـ)، ومحمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ) - إذا حدث قبل القبض مطلقاً^(١١)، -

= (ص ١٦٨ ق ٨٢)، وابن مفلح: المبدع (٨٩/٤)، والمرداوي: الإنصاف (٤١٢/٤)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (١٧٧/٢)، وكشاف القناع (٢٢٠/٣).

(١) هو: داود الظاهري. تقدمت ترجمته.

(٢) راجع: ابن حزم: المحلى (٥٨٧/٧)، ٥٩٦ م ١٥٩١.

(٣) فرق الزيدية بين الفسخ بالحكم وبينه بالتراضي؛ إذ الفسخ بالحكم نقض للعقد من أصله، بخلاف الفسخ بالتراضي، فهو بمثابة عقد جديد. راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٦٥/٤)، ومختصر الأزهار (١١٥/٣) مع السيل الجرار، وابن مفتاح: المنتزح المختار (١١٧/٣، ١١٨)، والسياعي: الروض النضير (٢٧١/٣، ٢٧٢).

(٤) راجع: السيل الجرار (١١٩/٣).

(٥) راجع: المحقق الحلبي: القواعد (٦٦٣/٤)، والعلامة الحلبي: تذكرة الفقهاء (٧/٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٦٦٣/٤).

(٦) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (٤٧٨/٨، ٤٧٩)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٤٩).

(٧) هو: ابن مسلم البتي - بفتح الموحدة، وتشديد المثناة، كان يبيع البتوت - جمع البت: كساء غليظ من صوف، أو وبر - فنسب إليها: أو قيل: البتي - أبو عمرو، البصري، ويقال: اسم أبيه: سليمان، كان صاحب رأي، وفقه، توفي سنة ١٤٣هـ. راجع: المزني: تهذيب الكمال (٩٢٠/٢)، وابن حجر: التقريب (ص ٦٨٦).

(٨) سبقت ترجمته. (٩) سبقت ترجمته.

(١٠) راجع: ابن حزم: المرجع السابق (٥٩٦/٧ م ١٥٩١)، والسبكي: تكملة المجموع (٢٠١/١٢)، وابن المرتضى: المرجع السابق.

(١١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٢٨٥/٥)، وابن البزاز: الفتاوى (٤٥٣/٤)، =

والمالكية - إذا كانت ولدًا^(١) -، وابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ) - في الزيادة المضافة إلى المبيع من غير جنسه^(٢) -، والشافعية في وجهه - فيما: إذا كان الرد قبل القبض^(٣) -، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) - في المتولدة في إحدى الروايتين عنه^(٤) -، وبعض الإمامية - فيما إذا حصل من المبيع نماء قبل القبض^(٥) -، وبعض الإباضية في قول ضعيف^(٦).

منشأ الخلاف:

بعد إمعان النظر في آراء الفقهاء، وما أورد عليها من الأدلة يظهر أن منشأ الخلاف هو اختلافهم في:

١ - هل الاعتبار بعموم اللفظ في الحديث النبوي: «الخراج بالضمآن»، أو بخصوص السبب؟. كما أن بعضهم عملوا به في أحد النوعين دون الآخر.

= والعيني: البناية (١٥٣/٧)، وابن الهمام: فتح القدير (١٣/٦)، وابن نجيم: البحر الرائق (٥٦/٦)، وابن عابدين: رد المحتار (١٨/٥).

(١) راجع: الباجي: المنتقى (٢٠٧/٤)، وابن رشد: المقدمات (١٠٣/٢)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (١٣٧/٢، ١٣٨)، والقرافي: الذخيرة (٧٥/٥)، وشرح الخرخشي (٦١/٤)، والدردير: الشرح الكبير (١٣٨/٣).

(٢) راجع: المرجع السابق.

(٣) هذا الوجه مبني على اعتبار الفسخ رفعاً للعقد من أصله. راجع: الرافعي: فتح العزيز (٣٨٠/٨)، والنووي: المنهاج (٦٢/٢)، وشرح المحلى عليه (٢٠٨/٢)، والشربيني: مغني المحتاج (٦٢/٢).

(٤) راجع: القاضي أبا الحسين: كتاب التمام (١٤/٢)، ومجد الدين: المحرر (١/٣٢٤)، وابن مفلح: الفروع (١٠٥/٤)، والزرکشي: شرحه على مختصر الخرخشي (٣/٥٧٧)، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٨)، والمرداوي: الإنصاف (٤١٢/٤).

هذه الرواية مأخوذة من نص الإمام في رواية المنصور «فيمن اشترى سلعة، فنمت عنده، فبان بها داء، فإن شاء المشتري حبس، ورجع بقدر الداء، وإن شاء ردها، ورجع عليه بقدر النماء». فمن أخذوها، جعلوا الراجع بقدر النماء هو البائع. قال أبو العباس: هو غلط، بل الراجع: المشتري على البائع. ونفاها أيضاً الزركشي. راجع: شرحه، والإنصاف.

(٥) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٦٦٣/٤).

(٦) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (٤٧٩/٨)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٢٥٠/٣).

- ٢ - هل الفسخ رفع للعقد من أصله، أو من حينه.
 ٣ - هل حكم هذه الزوائد حكم أصلها مطلقاً، أو في أحد النوعين دون الآخر، أو حكمها منفصل عن حكم أصلها؟.

الأدلة

أولاً: أدلة أصحاب اتجاه الأول: القائلين بكون الزوائد للمشتري:

استدلوا على ما ذهبوا إليه بالسنة، والمعقول:

١ - استدلالهم من السنة:

بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال النبي ﷺ: «الخراج بالضمان». وفي طريق أخرى: «الغلة بالضمان»^(١).

وجه الاستدلال به: الخراج معناه: كل ما خرج من شيء، وحصل من نفعه، فهو خراجه^(٢)، وهو هنا: اسم لما خرج من الشيء من عين، ومنفعة كالدخل، والغلة، والفائدة التي تحصل من جهة المبيع. والضمان هنا معتبر بالملك، وهو علة لحصول الخراج.

فهو يدل على أن من عليه ضمان الملك - أي: لو تلف، كان من ماله - فله الخراج، لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج له^(٣).

هذا، وقد بيّنا - حسب التحقيق فيما سبق - أن المبيع من ضمان المشتري مطلقاً باعتبار ملكه له شرعاً، فضمانه ضمان الملك، هذا هو الأصل الذي يدور معه الخراج، والدليل عليه: أن كون المبيع بعد العقد وقبل القبض

(١) تقدم تخريجه. سيأتي المزيد بالتفصيل أثناء المناقشة.

(٢) راجع: الخطابي: غريب الحديث (٣٦٦/٢)، والزمخشري: الفائق (٣٦٥/١).

(٣) راجع: الخطابي: معالم السنن (١٤٧/٣)، والماوردي: الحاوي (٢٤٥/٥)، وابن الصباغ: الشامل (ص ٣٧٩)، وابن قدامة: المغني (٢٦٣/٤)، والرافعي: فتح العزيز (٣٧٩/٨، ٣٨٠)، والسيكي: تكملة المجموع (١٩٩/١٢)، والزركشي: المنشور في القواعد (١١٩/٢)، والشرييني: مغني المحتاج (٦٢/٢).

من ضمان البائع - عند القائلين به - هو ضمان اليد على ملك الغير دون إذن منه، لذلك لم يعتبروه علة لحصول الخراج، فلم يجعلوا بمقابلته الخراج. تأسيساً على ذلك: يكون الخراج للمشتري ليكون الغنم في مقابلة الغرم.

ب - استدلالهم من المعقول بالآتي:

- ١ - أن هذه الزيادة نماء، وفائدة منفصلة، حدثت في مال المشتري وملكه، وليست مما وقع عليه الشراء، فكانت له كالكسب^(١).
- ٢ - «أن الفسخ لا يتناول إلا ما يتناوله العقد، ولم يتناول العقد الزوائد، بل استفادها المشتري بملك، فلا يتناولها الفسخ، كما لا يتناولها حكم البيع إذا حدثت عند البائع»^(٢) - أي: قبل العقد.
- ٣ - أن الفسخ بالعيب رفع للعقد من حينه؛ لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى، فكذلك الفسخ^(٣)، فتكون الزيادة الحادثة في ملك المشتري له^(٤).

ثانياً: أدلة أصحاب الاتجاه الثاني: القائلين: بكون الزوائد للبائع:

استدلوا على ما ذهبوا إليه بالسنة، والمعقول:

أ - استدلالهم من السنة:

بحديث عائشة رضي الله عنها المتقدم: «الخراج بالضمان» أو «الغلة بالضمان». وجه الاستدلال به: أنه يدل على أن الخراج بمقابل الضمان - أي: من عليه الضمان، له الخراج -، والمبيع قبل القبض من ضمان البائع، وعليه، فيكون الخراج الحاصل قبل القبض للبائع، لظاهر الخبر^(٥).

(١) راجع: الماوردي: الحاوي (٥/٢٤٥)، وابن حزم: المحلى (٧/٥٨٧ م ١٥٩١)، وابن قدامة: المغني (٤/٢٥٩).

(٢) راجع: القرافي: الذخيرة (٥/٧٥).

(٣) راجع: الماوردي: المرجع السابق، والرافعي: فتح العزيز (٨/٣٧٥)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/٢٠٢).

(٤) راجع: السبكي: المرجع السابق (١٢/٢٠٣).

(٥) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٤/٦٦٣).

ب - استدلالهم من المعقول بالآتي:

- ١ - «أن الزيادة - أي: المتولدة - مبيعة تبعاً لثبوت حكم الأصل فيها تبعاً، وبالرد بدون الزيادة يفسخ العقد في الأصل مقصوداً، وتبقى الزيادة في يد المشتري مبيعة مقصوداً بلا ثمن... وهذا تفسير الربا، فترد مع الأصل تبعاً له، احترازاً من الربا، فتكون له»^(١).
- ٢ - أن الفسخ رفع للعقد من أصله حكماً^(٢)، فكأنه لم يزل المبيع المعيب في ملك البائع^(٣)، فتكون الزيادة له.
- ٣ - أن الولد نماء من جنس المبيع، فهو كالجزء من الأصل، فلم يجز إمساكه مع رد المبيع بالعيب، فيرد معه كالثمن^(٤)، وكذلك غيره من النماء^(٥).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة أصحاب الاتجاه الأول القائلين: بكون الزوائد للمشتري:

١ - مناقشة استدلالهم بالسنة:

نوقش استدلالهم من السنة، بحديث عائشة رضي الله عنها: «الخراج بالضمان». من ناحيتين:

الأولى: من ناحية الإسناد:

بأن فيه: مَخْلَدٌ^(٦) بن خُفَاف^(٧)، قال عنه البخاري (ت ٢٥٦هـ): «إنه

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٨٦).

(٢) راجع: الزركشي: شرحه على مختصر الخرقى (٣/٥٧٧)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/٢٠٢).

(٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٥٩٦ م ١٥٩١).

(٤) راجع: الباجي: المنتقى (٤/٢٠٧).

(٥) راجع: القاضي أبا الحسن: كتاب التمام (٢/١٥) وفيه: «أن النماء كالجزء من الأصل، فيرد معه»، والزركشي: المرجع السابق.

(٦) مخلد - بفتح أوله، وثالثه، وسكون ثانيه - . راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٥٢٣).

(٧) خفاف - بضم المعجمة، وفاءين، الأولى خفيفة - . راجع: ابن حجر: المرجع السابق.

منكر الحديث»^(١)، وقال عن الحديث: «هذا حديث منكر، ولا أعرف لمخلد بن خفاف غير هذا الحديث». قال الترمذي (ت ٢٧٩هـ): فقلت له: فقد روى هذا هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة رضي الله عنها، فقال: «إنما رواه مسلم بن خالد الزنجي، وهو ذاهب الحديث»^(٢)، ومرة قال: «منكر الحديث يكتب حديثه، ولا يحتج به، يعرف وينكر»^(٣).

وقال أبو حاتم (ت ٢٧٧هـ): «لم يرو عنه غير ابن أبي ذئب، وليس هذا إسناد تقوم به الحجة»^(٤). وقال الأزدي^(٥) (ت ٣٧٤هـ): «مخلد بن خفاف ضعيف»^(٦). وقال ابن الجوزي^(٧) (ت ٥٩٧هـ): «وهذا الحديث لا يصح...، أما مسلم بن خالد فقال ابن المدني^(٨): ليس بشيء. وقال أحمد بن حنبل: «ما أرى لهذا الحديث أصلاً»^(٩).

- (١) راجع: السبكي: تكملة المجموع (١٢/١٩٨).
- (٢) راجع: الخطابي: معالم السنن (٣/١٤٩)، والسبكي: المرجع السابق.
- (٣) راجع: ابن حجر: تهذيب التهذيب (١٠/١٢٩).
- (٤) راجع: الرازي: الجرح والتعديل (ق ١ مج ٤ ص ٣٤٧)، ترجمة: (١٥٩٠)، والسبكي: نفس المرجع السابق.
- (٥) نسبة إلى أزد الحجر، وهو: الحافظ، أبو الفتح، محمد بن الحسين بن أحمد الموصلي. له مصنف كبير في «الضعفاء»، مات في سنة ٣٧٤هـ. راجع: الذهبي: تذكرة الحفاظ (٣/٩٦٧).
- (٦) راجع: السبكي: نفس المرجع السابق.
- (٧) عرف جده بالجوزي، وهو منسوب إلى فرضة من فرض البصرة، يقال لها: جوزة. وهو: شيخ الإسلام، الحافظ، جمال الدين، أبو الفرج، عبد الرحمن بن علي بن محمد، كان بحراً في التفسير، علامة في السير والتاريخ، موصوفاً بحسن الحديث، ومعرفة فنونه، فقيهاً، عليمًا بالإجماع، والاختلاف، وكان رأساً في التذكير بلا مدافعة، وذا حظ عظيم، وصيت بعيد في الوعظ، وتصانيفه تزيد على ثلاثة مائة وأربعين مصنفًا، توفي سنة ٥٩٧هـ. راجع: الذهبي: سير أعلام النبلاء (٢١/٣٦٥ - ٣٨٤).
- (٨) هو: الإمام الحجة، أمير المؤمنين في الحديث، أبو الحسن، علي بن عبد الله، المعروف بابن المدني، يقال: إن تصانيفه بلغت مائتي مصنف، توفي سنة ٢٣٤هـ. الذهبي: المرجع السابق (١١/٤١ - ٦٠).
- (٩) راجع: العلل المتناهية (٢/١٠٧).

الجواب عنه:

للإجابة عنه نقول: إن الحديث رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها، كما أنه ورد مطولاً ذكر فيه السبب، ومختصراً، وكذلك في بعض طرقه: «الغلة بالضمان». فالحديث عن عروة له طريقان:

أحدهما: ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف عنه، به:

أخرجه أبو داود^(١)، والنسائي^(٢)، والترمذي^(٣)، وابن ماجه^(٤)، وابن حبان^(٥)، وابن الجارود^(٦)، والدارقطني^(٧)، والإمام الشافعي^(٨)، والإمام أحمد^(٩)، والطيالسي^(١٠)، وأبو عبيد^(١١)، والحاكم^(١٢)، والبيهقي^(١٣)، والطحاوي^(١٤)، كلهم من طريق ابن أبي ذئب عنه به.

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، وقال الشيخ الألباني: «ورجاله كلهم ثقات رجال

(١) في: السنن: الإجارة: باب فيما اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٩/٤١٥ ح ٣٤٩١) من عون.

(٢) في: السنن: البيوع: باب الخراج بالضمان (٧/٢٢٣).

(٣) في: السنن: البيوع: باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم وجد به عيباً (٣/٥٧٢، ٥٧٣ ح ١٢٨٥).

(٤) في: السنن: التجارات: باب الخراج بالضمان (٢/٧٥٤ ح ٢٢٤٢).

(٥) في: صحيحه: البيوع: باب خيار العيب (١١/٢٩٩ ح ٤٩٢٨) من الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان.

(٦) في: المنتقى: أبواب القضاء في البيوع (ص ١٥٩ ح ٦٢٧).

(٧) في: السنن: البيوع (٣/٥٣ ح ٢١٤).

(٨) في: المسند (ح ١٢٦٥) من بدائع المنز، وفي الرسالة (ص ٤٤٨).

(٩) في: المسند (٦/٤٩، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧).

(١٠) في: المسند (ص ٢٠٦ ح ١٤٦٤). (١١) في: الأموال (ص ٧٤).

(١٢) في: المستدرك (٢/١٥).

(١٣) في: السنن الكبرى (٥/٣٢١)، وفي معرفة السنن والآثار: البيوع: الخراج بالضمان (٤/٣٥٨، ٣٥٩ ح ٣٤٧٨، ٣٤٧٩).

(١٤) في: شرح معاني الآثار (٤/٢١).

الشيخين، غير مخلد هذا، وثقه ابن وضاح^(١)، وابن حبان^(٢)، وقال البخاري: فيه نظر^(٣)، وقال الحافظ في «التقريب»^(٤): مقبول. قلت: ... يعني عند المتابعة، وقد توبع في هذا الحديث، فقال مسلم بن مخلد الزنجي: ثنا هشام بن عروة عن أبيه عنها^(٥) هذا هو الطريق الثاني الآتي.

الثاني: مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة، عن أبيه، به:

أخرجه أبو داود^(٦)، والترمذي^(٧)، وابن ماجه^(٨)، وابن حبان^(٩)، وابن الجارود^(١٠)، والدارقطني^(١١)، والإمام الشافعي^(١٢)، والإمام أحمد^(١٣)، والطحاوي^(١٤)، والحاكم^(١٥)، والبغوي^(١٦)، والبيهقي^(١٧) كلهم من طريق مسلم بن خالد عن عروة به.

قال أبو داود: «هذا إسناد ليس بذاك». وقال الحاكم: «صحيح

الإسناد».

- (١) راجع: ابن حجر: تهذيب التهذيب (١٠/٧٥).
- (٢) راجع: الثقات (٧/٥٠٥).
- (٣) راجع: ابن حجر: المرجع السابق.
- (٤) راجع: (ص ٥٢٣).
- (٥) راجع: إرواء الغليل (٥/١٥٩).
- (٦) في: السنن: الإجارة: باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٩/٤١٧، ٤١٨ ح ٣٤٩٣) من عون المعبود.
- (٧) في: السنن: البيوع: باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله، ثم وجد به عيباً (٣/٥٧٣) تعليقاً إثر حديث (١٢٨٥).
- (٨) في: السنن: التجارات: باب الخراج بالضممان (٢/٧٥٤ ح ٢٢٤٣).
- (٩) في: صحيحه: البيوع: باب خيار العيب (١١/٢٩٨ ح ٤٩٢٧) من الإحسان.
- (١٠) في: المتقى: أبواب القضاء في البيوع (ص ١٥٩ ح ٦٢٦).
- (١١) في: السنن: البيوع (٣/٥٣ ح ٢١٣).
- (١٢) في: المسند (٢/١٦٦ ح ١٢٦٦) من بدائع المنز.
- (١٣) في: المسند (٦/٨٠، ١١٦).
- (١٤) في: شرح معاني الآثار (٢/٢٠٨).
- (١٥) في: المستدرک (٢/١٤، ١٥).
- (١٦) في: شرح السنّة: البيوع: باب فيمن اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً (٧/١٦٢، ١٦٣ ح ٢١١٨).
- (١٧) في: السنن الكبرى (٥/٣٢٢)، وفي: معرفة السنن والآثار: البيوع: الخراج بالضممان (٤/٣٥٨، ٣٥٩ ح ٣٤٧٩).

وقال الذهبي: صحيح. وتعقبه الشيخ الألباني بقوله: «قلت: وفيه نظر؛ فإن الزنجي وإن كان فقيهاً صدوقاً؛ فإنه كثير الأوهام - كما قال الحافظ في «التقريب»^(١) -، والذهبي نفسه قد ترجمه في «الميزان»^(٢) وساق له أحاديث مما أنكر عليه، ثم ختم ذلك بقوله:

«فهذه الأحاديث، وأمثالها ترد بها قوة الرجل ويضعف»^(٣).

قلت: وأما الأحاديث التي ساقها الذهبي (ت ٧٤٨هـ) ليس فيها حديث: «الخراج بالضمان» الذي نحن بصدد تخريجه، والحكم عليه، فلم يثبت أنه وهم فيه؛ إذ لو كان كذلك لساقه.

هذا، وقد وثقه كثير من العلماء:

قال يحيى بن معين^(٤) (ت ٢٣٣هـ): «ثقة، صالح الحديث»، ومرة قال: «ليس به بأس»^(٥). وذكره ابن حبان (ت ٣٥٤هـ) في «الثقات»^(٦). وقال ابن عدي^(٧) (ت ٣٦٥هـ): «حسن الحديث، وأرجو أنه لا بأس به»^(٨). وقال الدارقطني (ت ٣٨٥هـ): «ثقة، حكاه ابن القطان»^(٩)،^(١٠).

(١) راجع: (ص ٥٢٩)، ترجمة: (٦٢٥).

(٢) راجع: (٤/١٠٢، ١٠٣)، ترجمة: (٨٤٨٥).

(٣) راجع: إرواء الغليل (٥/١٥٩).

(٤) إمام الجرح والتعديل، كان أعلم بالرجال، توفي سنة ٢٢٣هـ. ابن حجر: تهذيب التهذيب (١١/٢٨٠).

(٥) راجع: تاريخ يحيى بن معين (١/٥٠ ح ٢٢٧)، والرازي: الجرح والتعديل (٤/١٨٣/٨٠٠)، وابن عدي: الكامل (٦/٣٠٨)، والذهبي: ميزان الاعتدال (٤/١٠٢)، وسير أعلام النبلاء (٨/١٧٧)، وتذكرة الحفاظ (١/٢٥٥).

(٦) راجع: (٧/٤٤٨).

(٧) هو: الحافظ، الناقد، أبو أحمد، عبد الله بن عدي، صاحب كتاب «الكامل»، توفي سنة ٣٦٥هـ. الذهبي: المرجع السابق قبل الأخير (١٦/١٥٤ - ١٥٦).

(٨) راجع: المرجع السابق (٦/٣٠٠)، والذهبي: المرجع السابق (٨/١٧٧)، وابن حجر: المرجع السابق (١٠/١٢٩).

(٩) هو: الحافظ، أبو الحسن، علي بن محمد، الشهير بابن القطان. تقدمت ترجمته.

(١٠) راجع: ابن حجر: المرجع الأخير (١٠/١٣).

لهذا كله نجد المحقق الذهبي (ت٧٤٨هـ) بعد أن نقل أقوال العلماء في مسلم بن خالد هذا، قال: «قلت: بعض النقاد يرقى حديث مسلم إلى درجة الحسن»^(١)، هذا هو خلاصة التحقيق فيه.

وتابعه أيضاً ثلاثة:

١ - عمر بن علي المُقَدَّمي عن هشام بن عروة به:

أخرجه الترمذي^(٢)، والبيهقي^(٣). وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة، وقال أيضاً: استغرب محمد بن إسماعيل - أي: البخاري - هذا الحديث من حديث عمر بن علي، قلت: تراه تدليساً؟ قال: لا^(٤).

وحكى البيهقي عنه: «أنه ذكره لمحمد بن إسماعيل البخاري، فكأنه أعجبه»^(٥). وقال المنذري^(٦) (ت٦٥٦هـ): «وعمر بن علي هو: أبو حفص، عمر بن علي المقدمي البصري، وقد اتفق البخاري، ومسلم على الاحتجاج بحديثه، ورواه عن عمر بن علي أبو سلمة يحيى بن خلف الجوباري^(٧)، وهو ممن يروي عنه مسلم في «صحيحه». وهذا إسناد جيد^(٨). ولهذا صححه

(١) راجع: سير أعلام النبلاء (١٧٧/٨).

(٢) في: السنن: البيوع: باب ما جاء فيمن يشتري العبد، ويستغله ثم يجد به عيباً (٣/٥٧٣ ح١٢٨٦).

(٣) في: السنن الكبرى (٣٢٢/٥)، وفي: معرفة السنن والآثار: البيوع: الخراج بالضممان (٣٥٩/٤ ح٣٤٨١).

(٤) راجع: المرجع السابق (٥٧٤/٣).

(٥) راجع: معرفة السنن والآثار (٣٥٩/٤).

(٦) هو: الحافظ، عبد العظيم بن عبد القوي. تقدمت ترجمته.

(٧) - بجيم مضمونة، وواو ساكنة، ثم موحدة - صدوق. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص٥٨٩)، ترجمة: (٧٥٧٩).

(٨) هو: أن يرتقي عن الحسن لذاته، ويتردد في بلوغه الصحيح. راجع: السيوطي: تدريب الراوي (ص١٧٨).

الترمذي، وهو غريب^(١)، كما أشار إليه البخاري والترمذي^(٢).

ومع أنه ثقة، كان يدلّس^(٣) شديداً^(٤)، ورواه عن هشام بالنعنة، لذلك يقول الشيخ الألباني: «فمن الجائز أن يكون تلقاه عن الزنجي، ثم دلّسه، فلا يتقوى الحديث بمتابعته، وإنما يتقوى بالطريقة التي قبله، لا سيما وقد تلقاه العلماء بالقبول»^(٥).

قلت: وقد صرّح البخاري (ت ٢٥٦هـ) بانتفاء التدليس عن المُقَدَّمي - كما تقدم ذلك عن الترمذي - وإذا كان كذلك، فيتقوى الحديث بمتابعته.

٢ - جرير عن هشام به:

أخرجه الترمذي^(٦)، والبيهقي^(٧)، والبخاري في «التاريخ»^(٨).

وقال الترمذي: «وحدث جرير يقال: تدليس دلّس فيه جرير، لم يسمعه من هشام بن عروة».

وقال البخاري: «رواه جرير عن هشام، ولم يسمعه من أبيه عن عائشة،

(١) الغريب: ما رواه راو منفرداً بروايته، أو ما تفرّد به راو ولو في طبقة من طبقاته. وهو بدوره قد يكون صحيحاً، وقد يكون غير صحيح؛ لأن الحكم بالغرابة يتأسس على أمر كمي، وهو عدد الرواة الذين رووه، وتفرّد راو بروايته. وأما الحكم بالصحة أو القبول فيتأسس على أمر كيفي، وهو حال الرواة الذين رووه، واستيفائهم لشرائط الصحة. راجع: د. محمد الأحمد أبو نور: شذرات من علوم السنة (ص ٢٧٩).

(٢) راجع: العظيم آبادي: عون المعبود (٤١٨/٩).

(٣) التدليس قسمان: الأول: تدليس الإسناد بأن يروي عن عاصره ما لم يسمعه منه موهماً سماعه، قائلًا: قال فلان، أو عن فلان ونحوه. الثاني: تدليس الشيوخ بأن يسمي شيخه، أو يكنيه أو ينسبه، أو يصفه بما لا يعرف. راجع: السيوطي: تدريب الراوي (١/٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٨).

(٤) راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٤١٦).

(٥) راجع: إرواء الغليل (٥/١٥٩، ١٦٠).

(٦) في: السنن: البيوع: باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله، ثم يجد به عيباً (٣/٥٧٣) تعليقا.

(٧) في: معرفة السنن والآثار: البيوع: باب الخراج بالضمان (٤/٣٥٩) تعليقا.

(٨) (١/٢٤٣).

عن النبي ﷺ. يقول الشيخ الغماري: «فهذه دعوة غير التي حكاها الترمذي»^(١).

٣ - أبو الهيثم خالد بن مهران البلخي عن هشام به: أخرجه ابن عدي^(٢)، والخطيب^(٣)، وأورده ابن الجوزي في العلل المتناهية^(٤).

قال ابن عدي (ت ٣٦٥هـ) في ترجمة يعقوب بن الوليد: «هذا حديث مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة، سرقه منه يعقوب هذا، وخالد بن مهران، وهو مجهول».

وقال الخطيب (ت ٤٦٣هـ): «قال أبو زكريا: أبو الهيثم خالد بن مهران المكفوف، قائد المكافيف، جار الهروي: ثقة».

وقال ابن الجوزي (ت ٥٩٧هـ): «هذا الحديث لا يصح. أما خالد فكان من المرجئة»^(٥).

وقال الحافظ (ت ٨٥٢هـ): «قال الخليلي^(٦) في «الإرشاد»: كان مرجئاً، وضعفوه جداً»^(٧).

بعد هذا كله: خلاصة القول في الحكم على الحديث: رأينا أثناء تخريج هذا الحديث أن كثيراً من العلماء صححوه. يقول الحافظ ابن حجر (ت ٨٥٢هـ): «وصححه الترمذي، وابن خزيمة، وابن

(١) راجع: الهداية في تخريج البداية (٣٣٧/٧).

(٢) في: الكامل (١٤٨/٧).

(٣) في: تاريخ بغداد (٢٩٧/٨، ٢٩٨). (٤) راجع: (١٠٧/٢).

(٥) هي: إحدى الفرق، سموا مرجئة؛ لأنهم أخرجوا العمل عن الإيمان، والإرجاء بمعنى: التأخير، وقالوا: لا تضر مع الإيمان معصية. راجع: عبد القاهر: مختصر كتاب الفرق (ص ١٢٣).

(٦) هو: الحافظ أبو يعلى الخليل بن عبد الله القزويني، مصنف كتاب «الإرشاد في معرفة المحديثين»، توفي سنة ٤٤٠هـ. راجع: الذهبي: سير أعلام النبلاء (١٧/٦٦٦ - ٦٦٧).

(٧) راجع: لسان الميزان (٣٨٧/٢).

الجارود، وابن حبان، والحاكم، وابن القطان^(١)، وصححه كذلك المنذري، والذهبي^(٢)، والسبكي (ت ٧٥٦هـ) حيث يقول: «إذا وقفت على كلام هؤلاء الأئمة عليهم السلام، قضيت بالصحة على الحديث، كرواية المقدمي، لا سيما وقد صرح البخاري بانتفاء التدليس عنها، وإن كانت غريبة، وقضاء عمر بن عبد العزيز بهذا كان في زمن إمرته على المدينة، قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم»^(٣)، وكذلك صححه الزركشي (ت ٧٩٤هـ)^(٤)، والسيوطي (ت ٩١١هـ)^(٥)، وابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)^(٦)، والشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) حيث يقول: «وقد ثبت الحديث بتصحيح هؤلاء الأئمة له، وله في «سنن أبي داود» ثلاث طرق: اثنتان منها رجالهما رجال الصحيح»^(٧)، والشيخ الغماري: إذ يقول: «والحديث صحيح على كل حال»^(٨)، والشيخ الألباني^(٩).

هذا؛ وقد حسّنه البغوي (ت ٥١٦هـ)^(١٠)، والذهبي (ت ٧٤٨هـ)، إذ يقول: «قلت: بعض النقاد يرقى حديث مسلم إلى درجة الحسن»^(١١)، وأقرّ به، وكذا الشيخ الألباني^(١٢). هذا من جانب القول.

وأما من جانب العمل والقبول: فقد تلقاه العلماء بالقبول، وعملوا به كما سبق.

فتبيّن بوضوح أن الحديث ثابت لا يقل عن درجة الحسن على كلّ حال، فهو صالح للاحتجاج به، لا سيّما وقد تلقاه العلماء بالقبول، وعملوا به. كما سبق بالتفصيل؟

(١) راجع: بلوغ المرام (٣٥١/٢) مع سبل السلام.

(٢) راجع: العظيم آبادي: عون المعبود (٤١٨/٩).

(٣) راجع: تكملة المجموع (١٩٨/١٢).

(٤) راجع: المشور في القواعد (١١٩/٢). (٥) راجع: الأشباه والنظائر (ص ١٥٠).

(٦) راجع: الأشباه والنظائر (ص ١٥١). (٧) راجع: السيل الجرار (١١٢/٣).

(٨) راجع: الهداية في تخريج أحاديث البداية (٣٣٧/٧).

(٩) راجع: إرواء الغليل (١٧٥/٥). (١٠) راجع: شرح السنّة (١٦٣/٨).

(١١) راجع: سير أعلام النبلاء (١٧٧/٨). (١٢) راجع: المرجع السابق (١٥٨/٥).

الثانية: من ناحية المدلول والمعنى:

نوقش بهذا الاعتبار بوجهين:

أحدهما: «أن الخراج اسم للغلة مثل: كسب العبد، وأجرة الدابة، ونحو ذلك، وأما الولد، واللبن فلا يسمى خراجاً»^(١)، وخاصة «الولد، بل هو كالعضو يتبع الأبوين في العقود كالكتابة، والتدبير وغيرهما»^(٢).

أجيب عنه:

بأن الخراج: «كل ما خرج من شيء، وحصل من نفعه فهو خراجه، فخراج الشجر: ثمرها، وخراج الحيوان: نسلها ودرها»^(٣) هذا ما قاله الخطابي (ت ٣٨٨هـ)، فهو يتناول كل ما يخرج من الشيء من عين، ومنفعة، وفائدة، وغلة حملاً للحديث على عمومه، ولذلك قد اختار هذا المعنى كثير من العلماء.

يقول الخطابي (ت ٣٨٨هـ) شارحاً لمعنى الخراج في الحديث:

«معنى الخراج: الدخل، والمنفعة... فإذا ابتاع الرجل أرضاً فأشغلها أو ماشية فنتجها، أو دابة فركبها، أو عبداً فاستخدمه، ثم وجد به عيباً، فله أن يرد الرقبة، ولا شيء عليه فيما انتفع به...»^(٤).

فقوله: «أو ماشية فنتجها» دليل صريح على أن الولد، واللبن يطلق عليهما الخراج، كما يطلق على الكسب، والمنفعة.

ويقول الماوردي (ت ٤٩٤هـ): «الخراج اسم لما خرج من الشيء من عين، ومنفعة»^(٥).

ويقول السبكي (ت ٧٥٦هـ): «إن الخراج يشمل كل ما يخرج عيناً كان أو منفعة»^(٦).

(١) راجع: ابن القيم: أعلام الموقعين (٣٩/٢).

(٢) راجع: القرافي: الذخيرة (٧٦/٥).

(٣) راجع: غريب الحديث (٣٦٦/٢)، ويراجع أيضاً: الزمخشري: الفائق (٣٦٥/١).

(٤) راجع: معالم السنن (١٤٧/٣). (٥) راجع: الحاوي (٢٤٥/٥).

(٦) راجع: تكملة المجموع (٢٠٢/١٢).

هذا من جانب، ومن جانب آخر: أن القول: بأن الولد كالعضو يتبع الأبوين، فهو ليس كذلك؛ لأنه ليس مما وقع عليه الشراء، فلم يتناوله العقد، كما أنه قياس مع الفارق؛ إذ إنه ينفرد عن الأصل في الملك، ثم انفصال العضو ينقص المبيع، وانفصال الولد لا ينقصه، ولهذا يثبت الخيار بانفصال العضو دون الولد، فلا يتبع الأصل إلا لعذر كولد أمة، فيرد معها لتحريم التفريق - عند القائلين به - وللمشتري قيمته على البائع^(١).

الثاني: أن مقتضى (الخراج بالضمان) تبعية الخراج بالضمان؛ لأنه علة له، فينبغي أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع، تم العقد، أو انفسخ، لكونه من ضمانه. والأول لم يقل به أحد، والثاني لم يقل به إلا على وجه في بعض الصور^(٢).

أجيب عنه:

بأن محل الحكم الذي ورد فيه النص، إنما كان بعد القبض، وأن الضمان كان معتبراً بالملك؛ لأنه الضمان المعهود في الخبر، وذلك أنه ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك، والدليل ورود الحديث في بعض طرقة بلفظ: «قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان». وفي ذلك الموضع كان الشيء ملكاً للمشتري، وعليه، فيكون الخراج معللاً بالضمان في الملك - أي: ضمان الملك، وذلك مفقود في البائع، وفيما قبل القبض؛ لأن وجوب الضمان عليه، ليس لكونه ملكه، بل لوضع يده على ملك الغير بطريق مضمن - أي: دون إذن منه^(٣).

ردّ عليه: بأن المحل لا تأثير له، والعلة التي ذكرها الشارع الضمان، فيجب أن يدور الحكم معها وجوداً وعدماً. وعليه، فكون الخراج للمشتري

(١) راجع: الشيرازي: النكت (ق١٣٨ب)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (١٧٧/٢).

(٢) راجع: السبكي: تكملة المجموع (٢٠٧/١٢)، والزرکشي: المنثور في القواعد (٢/١١٩).

(٣) راجع: السبكي: المرجع السابق (١٢/١٩٩، ٢٠٧)، والشرييني: مغني المحتاج (٢/٦٢).

فيه نقض للعلّة في جانب البائع، ووجوب الحكم بدونها في جانب المشتري^(١).

أجيب عنه: بأن الخراج يعلّل قبل القبض بالملك؛ - لأن من أسباب الملكية التولّد من المملوك -، وبعده به وبالضمان معاً. والحكم قد يعلّل بعلتين، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان؛ لأنه أظهر عند البائع، وأقطع لطلبه، واستبعاده كون الخراج للمشتري، وإن كانت العلة الأخرى - وهي الملك - حاصلة، ولكن نفس البائع تنقاد للأولى أكثر^(٢).

ثانياً: مناقشة أدلة أصحاب الاتجاه الثاني القائلين: بكون الزوائد للبائع:

١ - مناقشة استدلالهم بالسنة:

نوقش الاستدلال بحديث: «الخراج بالضمان» بوجهين:

أحدهما: أن الضمان هنا معتبر بالملك؛ لأن النبي ﷺ قضى بالخراج في ضمان الملك، يدل لذلك لفظه في بعض طرقه حيث قالت عائشة رضي الله عنها: «قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان»، وفي ذلك الموضع كان الشيء ملكاً للمشتري. وعليه، فكل موضع من يكون له الملك، والضمان منه تكون الغلّة له^(٣).

فاستبان أن المراد في الخبر من ضمان المبيع أن يكون ملكه ممن عليه ضمانه، لكي يكون الخراج تابعاً له، وأما إذا كان ضمانه على من ليس ملكه له، فلا يكون الخراج تابعاً له، كالبائع هنا؛ فإن وجوب الضمان عليه ليس لكونه ملكه، بل لوضع يده على ملك غيره دون إذن منه^(٤).

الثاني: أنه لو كان الضمان - في الخراج بالضمان - مطلقاً دون مراعاة

(١) راجع: السبكي: تكملة المجموع (٢٠٧/١٢).

(٢) راجع: السبكي: المرجع السابق (٢٠٨/١٢)، والزرکشي: المنشور (١٢٠/٢)، والسيوطي: الأشباه والنظائر (ص ١٥٠).

(٣) راجع: السبكي: نفس المرجع السابق (١٩٩/١٢)، والشربيني: المرجع السابق.

(٤) راجع: الشربيني: نفس المرجع السابق.

الملك واعتباره، للزم أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع سواء تم العقد أو انفسخ، وكذلك وجب أن تكون زوائد المغصوب، والمستعار، والوديعة إذا تعدى فيها - للغاصب، والمستعير، والمودع لكون الضمان عليهم -، ولم يقل به الفقهاء^(١)، إلا في بعض الصور - كما سبق -.

٢ - مناقشة استدلالهم بالمعقول:

نوقش الاستدلال بالدليل الأول من المعقول وهو: الزيادة مبيعة تبعاً لثبوت حكم الأصل فيها تبعاً: بوجوه:

أحدها: أن المبيع ما أضيف إليه البيع، ولم توجد الإضافة إلى الزوائد، لكونها منعدمة عند البيع، فلا تكون مبيعة، ولهذا لم يكن الكسب مبيعاً، ولأن المبيع ما يقابله ثمن؛ إذ البيع مقابلة المبيع بالثمن، والزوائد لم يقابلها ثمن؛ لأن كل الثمن مقابل بالأصل، فلم تكن مبيعة كالكسب^(٢).

ثانيها: سلمنا بأن حكم الأصل يثبت في الزوائد، ولكن لا نسلم بأن ثبوته بالبيع السابق، بل بالملك الحاصل بالعقد السابق؛ «فإن العقد لا يرجع إلى وصف المحل المعقود عليه؛ إذ لا معنى لكونه معقوداً عليه إلا كونه مقابلاً بالثمن بحكم صيغة العقد، وهذه المقابلة لم تحصل في الزيادة»^(٣).

ثالثها: أن هذه الزوائد نماء منفصل حدث بالمبيع بعد العقد، والمبيع ملك للمشتري، فيكون هذا النماء مملوكاً له؛ لأنه حصل في ملكه، ومن أسباب الملكية: التولد من المملوك.

ونوقش الاستدلال بالدليل الثاني من المعقول وهو: الفسخ رفع للعقد من أصله:

بأنه رفع للعقد من حينه لا من أصله، لأمر:

(١) راجع: السبكي: تكملة المجموع (١٢/١٩٩، ٢٠٧)، والزرركشي: المنشور في القواعد (١١٩/٢، ١٢٠).

(٢) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٥٦).

(٣) راجع: السبكي: المرجع السابق (١٢/٢٠٣، ٢٠٤).

أحدهما: أن رفع العقد من أصله: جعله كأن لم يكن، وإذا جعل العقد كأن لم يكن، جعل الفسخ كأن لم يكن؛ لأن الفسخ بدون العقد لا يتصور، فإذا انعدم العقد من أصله، انعدم الفسخ من الأصل، وإذا انعدم الفسخ من الأصل، عاد العقد لانعدام ما ينافيه^(١).

الثاني: «أن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى، فكذلك الفسخ»^(٢).

الثالث: «أن الفسخ قد يكون بالإقالة، كما يكون بالعيب، ثم كان الفسخ بالإقالة قطعاً للملك، ولم يكن رفعاً له»^(٣)، وجب أن يكون الفسخ بالعيب مثله»^(٤).

الرابع: «أن الفسخ بالعيب لو كان رفعاً للعقد من أصله، لأبطل حق الشفيع، فلما لم يبطل حق الشفيع بالفسخ بالعيب، دلّ على أن الفسخ بالعيب قطع للعقد من حين الرد، وليس برافع من الأصل»^(٥).

هذا، وقد ناقشه ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) بقوله:

«وهذا باطل، ما هو فسخ للعقد في البيع، بل هو إبطال لبقائه في ملك المشتري، وردّه إلى البائع بالبراهين الموجبة لذلك. ولو كان ما قالوه لكان - أي: المشتري - زانياً بوطئه - بالأمة المبيعة المردودة بالعيب - وهذا باطل، بل العقد الأول صحيح، ثم حدث ما جعل المشتري في الخيار في إبقائه به كذلك، وأورده من الآن، لا بإبطال الملك المتقدم للرد أصلاً»^(٦).

ونوقش الاستدلال بالدليل الرابع من المعقول وهو: الولد وغيره من الزوائد المتولدة نماء من جنس المبيع فهو كالجاء من الأصل.. فيرد معه، كالسمن بالآتي:

(١) راجع: ابن نجيم: البحر الرائق (٦/٦٠).

(٢) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٨/٣٧٥)، والسبكي: تكملة المجموع (١٢/٢٠٢).

(٣) إن الرفع هنا: معناه: إبطال أثر العقد المتقدم، واستصحاب ما كان قبله. راجع: السبكي: المرجع السابق (١٢/٢٠٦).

(٤) راجع: الماوردي: الحاوي (٥/٢٤٥).. (٥) راجع: الماوردي: المرجع السابق.

(٦) راجع: المحلى (٧/٥٩٦، ٥٩٧ م ١٥٩١).

- ١ - أن الولد ليس بمبيع، فلا يمكن رده بحكم رد الأم^(١).
- ٢ - أن كون النماء من جنس المبيع لا يلزم منه أن يكون كالجزة من الأصل؛ فإنه منفصل عنه تماماً، ألا ترى أنه يتفرد عنه في الملك^(٢).
- ٣ - سلمنا أن النماء من جنس المبيع كالجزة منه، وبالتالي فيمنع إمساكه دون الأصل، ولكننا لا نسلم بأنه يلزم منه أن يكون مملوكاً للبائع، بل هو مملوك للمشتري؛ لأنه حصل للمبيع بعد العقد، وهو في هذه الحال ملك له، فهو إذن حدث في ملكه، فيكون له، غير أنه لا يمكن له إمساكه لتحريم التفريق - عند القائلين به - فيرجع على البائع بقيمته^(٣).
- ٤ - أن القياس على السمن قياس مع الفارق؛ لأن الولد نماء منفصل يمكن فصله عن المبيع، وأما السمن فهو نماء متصل لا يمكن فصله ونزعه عنه، فافترقا.

الاتجاه الراجح

بالنظر في أدلة كل من الاتجاهين، وما أورد عليها من مناقشات، وما أجيب عنها، يترجح الاتجاه القائل: بكون الزوائد للمشتري. وذلك لأمر ثلاثة:

- ١ - لقوة الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا الاتجاه؛ لأنها بقيت قوية، وصالحة للاحتجاج بها.
- ٢ - أن ما استند إليه أصحاب الاتجاه القائل: بكون الزوائد للبائع من الأدلة لم تسلم من النقاش، فلم تبقى صالحة للاحتجاج بها.
- ٣ - أن هذه الزوائد حصلت في ملك مالك، فتكون مملوكة لمن حدثت في ملكه، ولا خلاف بين الفقهاء في أن المبيع أثناء حدوث الزوائد كان

(١) راجع: ابن الصباغ: الشامل (ص ٣٨٠)، وابن قدامة: المغني (٤/٢٥٩)،
والمقدسي: الشرح الكبير (٤/٩٨).

(٢) راجع: الشيرازي: النكت (ق ١٣٨ ب).

(٣) راجع: البهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/١٧٧).

ملكاً للمشتري، فيجب أن تكون مملوكة له، لا للبائع، وعليه فالقول: بأنها تكون للبائع يترتب عليه أكل مال الغير دون إذن منه، ولا من الشرع، وهو باطل وحرام بنصوص الكتاب، والسنة، منها: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب من نفسه»^(١).



(١) تقدم تخريجه.

المبحث الخامس

الخراج بالضمان في البيع غير الصحيح

إن البيع غير الصحيح نعني به البيع الفاسد، والباطل. ولا خلاف بين المذاهب الفقهية في أن البيع الباطل لا ينتقل فيه ملك المبيع مطلقاً - أي: سواء اتصل به القبض أم لا - . وكذلك في الفاسد قبل أن يتصل به القبض، وكذا بعده إذا كان دون إذن من صاحبه به، وإذا كان كذلك، فلا مجال للبحث عن الضمان، والخراج في تلك الصور؛ لأن البحث عنهما يتوقف على انتقال ملك المبيع بالعقد، وهو هنا مفقود. وأما إذا اتصل بالمبيع القبض بإذن صاحبه وأمره، فقد اختلف فيه الفقهاء في انتقال الملك. وعليه، فيجب أن نبحث أولاً عنه، قبل البحث عن ضمانه، وخراجه.

فيكون هذا المبحث محتوياً على تمهيد، وثلاثة مطالب:

التمهيد: التعريف بالبيع الفاسد.

المطلب الأول: ملك المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه.

المطلب الثاني: ضمان المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه.

المطلب الثالث: خراج المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه.

التمهيد

التعريف بالبيع الفاسد

وَمِنْ مَعْنَى بَيْعٍ فَاسِدٍ بِمَعْنَى بَيْعٍ فَاسِدٍ

أما لفظ: (البيع) فقد سبق معناه لغةً وشرعاً.

وأما لفظ: (الفاسد) فهو لغةً:

اسم فاعل من: فسد يفسد - من باب قتل أو قعد - فسوداً، فهو فاسد، ويأتي أيضاً من باب ضرب، وكرم: فسد يفسد فساداً، فهو فاسد. الأولى هي المشهورة المعروفة. وجمع الفاسد: فسدى.

والفساد هو: تغير الشيء، وخروجه عن الاعتدال، وهو: ضد الصلاح.

وله معان:

- ١ - الخروج عن الاعتدال، يقال: فسد الشيء: أي: خرج عن الاعتدال.
- ٢ - البطلان، والاضمحلال، يقال: فسد الشيء: أي: بطل، واضمحل.
- ٣ - الإنتان، والعطب، يقال: فسد اللحم، واللبن؛ أي: أنتن، ويمكن الانتفاع به، أو عطب.

والمفسدة: ضد المصلحة، والجمع: مفاسد.

وأفسده: غيَّره، وجعله فاسداً.

ثم استعمل في الأشياء الخارجة عن الاستقامة كأخذ المال ظلماً، والفتنة، والبغي، والجذب، والابتداع، واللغو، واللعب^(١).

(١) راجع: الأصفهاني: المفردات (ص ٣٧٩)، مادة: (فسد)، والرازي: مختار الصحاح

(ص ٥٢٨)، مادة: (فسد)، وابن منظور: لسان العرب (٥/٣٤١٢)، مادة: (فسد)،

والفيومي: المصباح المنير (ص ١٨٠)، مادة: (فسد)، والزبيدي: تاج العروس (٢/

٣٥٢)، مادة: (فسد)، والكفوي: الكليات (٣/٣٤٨).

وإذا تأملنا في هذه المعاني نجد أنها يشملها: تغير وصف الشيء، وخروجه عن الاعتدال، والاستقامة، قليلاً كان أو كثيراً، وسواء أكان صالحاً للانتفاع به أم لا.
وشرعاً:

- ١ - عرّفه الحنفية بأنه: «ما كان مشروعاً^(١) بأصله^(٢)، لا بوصفه^(٣)»^(٤).
 - ٢ - عرّفه الزيدية بأنه: «ما اختل فيه أحد شروط الصحة»^(٥).
- وأما جمهور الفقهاء فلم يتعرضوا لتعريفه، ولكنهم ذكروا ما يترتب عليه فساد العقد من أسباب، وفي ضوء الأسباب المؤدية إلى الفساد يمكن تعريف الفاسد عندهم بأنه:
- ما اختلّ فيه ركن من أركانه، أو شرط من شروطه.
هذا بالنسبة للفقهاء، وأما الأصوليون فقد عرّفوه بأنه:
ما لا يترتب أثره عليه^(٦) شرعاً لخلل سواء أكان ذلك راجعاً إلى أصله، أم إلى وصفه.

من الملاحظ هنا أن تعريف الحنفية - كما هو الظاهر - لا يوضح حقيقة الفاسد، وإنما يبين سبب الفساد فيه فقط، لذلك نجد أحد الباحثين المعاصرين من الحنفية عرّف الفساد بأنه:

«اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي، في ناحية فرعية متممة، يجعله مستحقاً للفسخ»^(٧).

- (١) المراد من مشروعية أصله: كونه مالاً متقوماً، لا جوازه، وصحته. راجع: ابن نجيم: البحر الرائق (٦/٧٤).
- (٢) المراد بالأصل هنا: ركن البيع، ومحلّه. راجع: ابن عابدين: رد المحتار (٥/٥٠).
- (٣) المراد بالوصف: غير الركن، والمحل - أي: ما كان خارجاً عن الركن والمحل. ابن عابدين: المرجع السابق.
- (٤) راجع: ابن نجيم: المرجع السابق.
- (٥) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٨٠).
- (٦) راجع: السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج (١/٦٨).
- (٧) راجع: الشيخ مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام (٢/٦٨٧ ف ٣٧٠).

وكذلك تعريف الأصوليين فهو لا يبين حقيقة الفاسد، وإنما أثره فقط. وأما الفرق بين تعريفي الحنفية والزيدية من جانب وبين تعريف الجمهور من جانب آخر، فهو واضح، وذلك أن تعريفهم كما يشمل الفاسد، يشمل كذلك الباطل؛ لأنهما عندهم مترادفان^(١). وأما تعريف الحنفية والزيدية فلا يشمل الباطل؛ فإنهم فرّقوا بينهما. فالباطل:

- ١ - عند الحنفية: «ما لا يكون مشروعاً لا بأصله، ولا بوصفه»^(٢).
- ٢ - وعند الزيدية: «ما اختل فيه العاقد، أو فقد فيه ذكر الثمن، أو المبيع، أو صحة تملكهما»^(٣).

المطلب الأول

ملك المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه في البيع الفاسد

إن البيع الفاسد إذا اتصل فيه القبض بالمبيع بإذن صاحبه وأمره، فقد اختلف الفقهاء في إفادته الملك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إنه يفيد الملك، فيكون ملك المبيع للقباض وهو المشتري: به قال الحنفية^(٤)، والزيدية^(٥).

القول الثاني: إنه لا يفيد الملك أصلاً، فيكون المبيع باقياً على ملك

(١) راجع: السيوطي: الأشباه والنظائر (ص ٣١٢).

(٢) راجع: ابن نجيم: البحر الرائق (٦/٧٥).

(٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٨٤).

(٤) راجع: مختصر الطحاوي (ص ٨٥)، ومتن القدوري (ص ٣٦)، والسمناني: روضة

القضاة (١/٤٠٥)، والسمرقندي: تحفة الفقهاء (٢/٥٨، ٥٩)، والأسمندي: طريقة

الخلاص في الفقه (ص ٢٩٨)، وقاضيان: الفتاوى (٢/١٣٣)، والمرغيناني: الهداية

(٧/١٩١، ٢٥٩) مع البنائية، وسبط ابن الجوزي: إنباط الإنصاف في آثار الخلاف

(ص ٢٨٤)، والموصلي: المختار، والاختيار (٢/٢٢).

(٥) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق (٤/٣٨٠).

صاحبه، وهو البائع: به قال زفر (ت ١٥٨هـ) من الحنفية^(١)، وجمهور المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥)، والإمامية^(٦)، والإباضية^(٧).

القول الثالث: إنه لا يفيد الملك إلا إذا فات المبيع بعد القبض، فيفیده، ويتنقل للمشتري بالفوات: به قال بعض المالكية^(٨).

سبب الخلاف:

بعد التأمل والإمعان في الأدلة يمكن القول: بأن سببه هو: أن ما وضعه الشرع سبباً لحكم، إذا نهى عنه على وضع خاص، ففعل مع ذلك، هل يفيد الملك إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه؟

الأدلة

أولاً: أدلة أصحاب القول الأول القائلين: بانتقال الملك:

استندوا فيما ذهبوا إليه - إلى السنة، والمعقول:

- (١) راجع: سبط ابن الجوزي: إثار الإنصاف في آثار الخلاف (ص ٢٨٤).
- (٢) راجع: شرح الخرشي (٣/٤٤١، ٤٤٢)، والنفراوي: الفواكه الدواني (٢/٩٤، ٩٥)، وحاشية الدسوقي (٣/٧١)، وحاشية الصاوي (٤/١٤٤)، والآبي الأزهري: جواهر الإكليل (٢/٢٧).
- (٣) راجع: الغزالي: الوجيز (٨/٢١٢) مع فتح العزيز، والقفال: حلية العلماء (٤/١٣٢)، والرافعي: فتح العزيز (٨/٢١٢)، والنوي: المجموع (٩/٣٧٧).
- (٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٣١٠)، والكافي (٢/٤٠)، والمقدسي: الشرح الكبير (٤/٦٢)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٣٦٢)، والرحياني: مطالب أولي النهى (٣/١٨).
- (٥) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٣٣٢م ١٤٤٨).
- (٦) راجع: المحقق الحلبي: قواعد الأحكام (٤/١٦٧)، وشرائع الإسلام (٢٢/٢٥٦)، والحلي: الجامع للشرائع (ص ٢٥٠)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/١٦٧)، ومحمد مغنية: فقه الإمام جعفر (٣/٤٨).
- (٧) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (٨/٥٢٤).
- (٨) راجع: المراجع السابقة للمذهب.

١ - دليلهم من السنة:

أ - أن عائشة رضي الله عنها لما أرادت أن تشتري بريرة^(١)، فأبى موالها أن يبيعوها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم، فاشتريت، وشرطت الولاء لهم، ثم أعتقتها، وذكرت ذلك لرسول الله ﷺ: «أجاز العتق، وأبطل الشرط»^(٢).

وجه الدلالة منه: «فالنبي ﷺ أجاز العتق مع فساد البيع بالشرط»^(٣)؛ لأن شراء بريرة فاسد؛ إذ هو بيع وشرط، فقرره ﷺ^(٤) مع فساد البيع.

ب - قوله ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين»^(٥).

وجه الدلالة منه: أنه نهى، والنهي يقتضي تصور المنهي عنه، فهو يقرر المشروعية لاقتضائه التصور، فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك^(٦).

٢ - دليلهم من المعقول:

أ - أنه «بيع مشروع، فيفيد الملك في الجملة، استدلالاً بسائر البياعات المشروع»^(٧).

ب - أن ركن البيع صدر من أهله، مضافاً إلى محله، فوجب انعقاده؛ لأنه لا

(١) هي: مولاة عائشة رضي الله عنها صحابية مشهورة، عاشت إلى خلافة يزيد بن معاوية. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٧٤٤).

(٢) أخرجه البخاري في: صحيحه: المكاتب: باب ما يجوز من شروط المكاتب (٥/ ٢٢٢ ح ٢٥٦١، ٢٥٦٢) من فتح الباري، ومسلم في: صحيحه: العتق: باب بيان إنما الولاء لمن أعتق (١٠/ ٣٩٣ ح ٥ - ١٥٠٤) من شرح النووي.

(٣) راجع: الموصلي: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٢).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/ ٣٨٠).

(٥) أخرجه الإمام مالك في: الموطأ: البيوع: باب بيع الذهب بالفضة تبرأً وعيناً (٢/ ٦٣٣ ح ٣٢) بلاغاً عن جده مالك بن عامر، عن عثمان بن عفان به، ووصله مسلم في: صحيحه: المساقاة: باب الزبا (١١/ ١٤ ح ٧٨ - ١٥٨٥)، والإمام أحمد في: مسنده (٢/ ١٠٩) عن ابن عمر.

(٦) راجع: سبط ابن الجوزي: إيثار الإنصاف (ص ٢٨٤)، والمرغيناني: الهداية (٧/ ٢٦١) مع البناية، والزيلعي: تبين الحقائق (٤/ ٦٣).

(٧) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٩).

يختل شيء من ذلك بالنهي^(١)، فلا يمنع من ترتب الحكم عليه.
 ج - ما وضعه الشرع سبباً لحكم، إذا نهى عنه على وضع خاص، ففعل مع ذلك الوضع، وبوشر معه: أثبت حكمه. أصله: الطلاق، حيث وضعه الشرع لإزالة العصمة، ونهى عنه على وضع خاص، وهو ما إذا كانت المرأة حائضاً، فإذا وقع - وهي حائض - أثبت حكمه^(٢)، فكذلك هنا.

ثانياً: أدلة أصحاب القول الثاني القائلين: بعدم انتقال الملك:

استندوا فيما ذهبوا إليه - إلى الكتاب، والمعقول -:

١ - دليلهم من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وجه الدلالة منه: فلو كان المقبوض بعقد فاسد يملكه، لما توعدده، واستحق الوعيد عليه بأكله^(٣).

٢ - دليلهم من المعقول:

- أ - إنه مقبوض بعقد فاسد فلا يملكه، كما لو اشتراه بميتة، أو دم^(٤).
 ب - «إنه معنى يمنع الملك بالبيع، فمنع الملك بالقبض، كشرط الخيار»^(٥).
 ج - إن كل قبض أوجب ضمان القيمة، لم يحصل به الملك، كقبض الغاصب^(٦).

(١) راجع: السرخسي: المبسوط (٢٤/١٣)، والمرغيناني: الهداية (٢٦١/٧) مع البناية، والموصلي: الاختيار لتعليل المختار (٢٢/٢).

(٢) راجع: ابن الهمام: فتح القدير (٩٢/٦، ٩٣).

(٣) راجع: الماوردي: الحاوي (٣١٦/٥)، والنووي: المجموع (٣٧٨/٩).

(٤) راجع: الماوردي: المرجع السابق، والشيرازي: النكت (ق١٤٣ب)، وابن قدامة: المغني (٣١١/٤)، والنووي: المرجع السابق.

(٥) راجع: الشيرازي: المرجع السابق.

(٦) راجع: الماوردي: المرجع السابق، والشيرازي: المرجع السابق، والنووي: المرجع السابق.

د - إنه بيع مسترد بالزوائد، وكل ما وجب ردّه من الأصل مع النماء المنفصل عنه، لم يكن ملكاً لمن هو في يده، ولزمه ردّه، كالمغصوب، والمقبوض على وجه السوم^(١).

هـ - «إن المبيع يملك بالعقد، والهبة بالقبض، فلما لم ينتقل الملك بالهبة عن القبض إلى العقد، لم ينتقل الملك بالبيع عن العقد إلى القبض»^(٢).

و - «إن كل ملك ما قبض عن بيع فاسد، لا يخلو من أن يكون بالعقد، أو بالقبض، أو بهما جميعاً، فلم يجز أن يكون بالعقد وحده؛ لأنه لو لم يتعقبه القبض لم يحصل به الملك، ولم يجز أن يكون بالقبض وحده؛ لأنه لو لم يتقدمه العقد لم يحصل به الملك، ولم يجز أن يكون بالعقد والقبض معاً لأمرين:

أحدهما: أنه مخالف لموضوع البيوع التي ينتقل الملك فيها بنفس العقد.

والثاني: أن للبائع بعد وجود العقد والقبض استرجاعه من المشتري، ومطالبته بمهر المثل إن وطئ الجارية المقبوضة بالعقد الفاسد، ولو ملكه لم يجز انتزاع ملكه في يده، ولا مطالبته بمهر في وطئ ملكه، فدل على انتفاء الملك في الأحوال»^(٣).

ثالثاً: أدلة أصحاب القول الثالث القائلين: بانتقال الملك بفوات المبيع بعد القبض:

بعد البحث والتتبع لكتب المذهب لم نعر على أي دليل بعد.

(١) راجع: الماوردي: الحاوي (٣١٦/٥)، والشيرازي: النكت (ق ١٤٣ ب)، والبغوي:

تهذيب الأحكام (ص ١٥٨)، والرافعي: فتح العزيز (٢١٢/٨).

(٢) راجع: الماوردي: المرجع السابق.

(٣) راجع: الماوردي: المرجع السابق (٣١٦/٥، ٣١٧).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

١ - مناقشة دليلهم من السنة:

نوقش حديث عائشة رضي الله عنها:

بأنه لا يوجد في أي طريق من طرقه ما يدل على فساد العقد، بل فيه دلالة واضحة على عدم فساده بفساد شرطه^(١). فهو يدل على صحة العقد، لا على ما ذكره^(٢)، لذلك يقول الماوردي (ت ٤٥٠هـ):

إن عقد ابتاعها - أي: بريرة رضي الله عنها - كان صحيحاً؛ لأن النبي ﷺ «أذن لعائشة رضي الله عنها فيه، ولا يجوز أن يأذن في عقد فاسد، فكان عتق عائشة صادف ملكاً عن عقد صحيح»^(٣).

وقد ناقشه ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) بقوله:

«هذا احتجاج فاسد الدين، ونبراً إلى الله تعالى ممن نسب إلى رسول الله ﷺ أنه أنفذ الباطل، وأجاز الفاسد - والله ما تقر على هذا نفس مسلم»^(٤).

٢ - مناقشة دليلهم من المعقول:

ناقش الدليل الأول منه وهو: النهي يقرر مشروعية المنهي عنه لاقتضائه تصوره: ابن الهمام (ت ٨٦١هـ) بقوله:

«وأما قول المصنف، وغيره من المشائخ؛ النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور». يريدون أن النهي عن الأمر الشرعي يقرر مشروعيته؛ لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه، وإلا لم يكن للنهي فائدة - فليس بذاك -؛ لأن كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى إمكان فعله مع الوصف

(١) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٧٣٣/٤).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٣١١/٤).

(٣) راجع: الماوردي: الحاوي (٣١٧/٥). (٤) راجع: المحلى (٣٣٢/٧) ١٤٤٨م.

المثير للنهي لا يفيد؛ فإنه إذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع. وإن أرادوا تصويره شرعياً، أي: مأذوناً فيه شرعاً - فممنوع، وإن قالوا: نريد تصوُّره مشروعاً بأصله، لا مع هذا الوصف الذي هو مثير النهي، قلنا: سلمناه، ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف، فهو غير مشروع معه، والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقاً عن ذلك الوصف غير الثابت هنا، فلا فائدة في هذا الكلام أصلاً؛ إذ نسلم أنه مشروع بأصله: أعني: ما لم يقرن بالوصف، وهو مفقود، فلا يجدي شيئاً، وحينئذ فقوله: «نفس البيع مشروع، وبه تنال نعمة الملك» يقال عليه: «ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي، أو ما فيه؟ إن قلت: الذي ليس فيه، سلمناه، وبه تنال نعمة الملك، ولكن الثابت البيع الذي ليس كذلك، وهو ما فيه الوصف المثير للنهي، فلا ينال به نعمة الملك»^(١).

ونوقش الدليل الثاني وهو: أنه بيع مشروع، فيفيد الملك في الجملة، استدلالاً بسائر البياعات المشروعة:

بأنه لو أراد بالمشروع: المأذون فيه شرعاً، فهو ممنوع، وإن أراد به المشروع بأصله لا مع وصف الفساد، سلمناه، ولكن الثابت هنا هو المقرون بالوصف، فهو غير مشروع معه.

فتبين بوضوح أن الاستدلال بالنصوص العامة المطلقة من الكتاب، الدالة على البياعات المشروعة، استدلال في غاية الفساد.

ونوقش الدليل الثالث منه وهو: صدور ركن البيع من أهله مضافاً إلى محله يوجب انعقاده؛ إذ لا يختل شيء من ذلك بالنهي:

بأنه يفضي إلى التناقض، وذلك من وجوه:

- ١ - أن النهي عن العقود لم يرد إلا لما اشتملت عليه من المفسدة الخاصة، أو الراجعة في المنهي عنه، فلو أفادت المقصود عند الإقدام عليها، وثبت الملك، والإذن في التصرف، لكان في ذلك حث على تعاطيها،

(١) راجع: فتح القدير (٩٣/٦).

وتقرير لتلك المفسدة، والنهي يمنع من تعاطيها، وبالتالي من تقرير المفسدة التي لولاها لما ورد النهي عنها، فثبت إذن من قبل الشرع، وذلك محال، وما أدى إلى المحال محال، فيجب القول بالفساد نفيًا لذلك المحال^(١).

٢ - أن نصب العقود سبباً تمكين من التوسل بها، والنهي منع من ذلك، فيؤدي إلى التناقض^(٢).

٣ - «الشارع يحرم الشيء لما فيه من المفسدة الخالصة، أو الراجعة، ومقصوده بالتحريم المنع من ذلك الفساد، وجعله معدوماً، فلو كان مع التحريم يترتب عليه من الأحكام ما يترتب على الحلال، فيجعله لازماً نافذاً كالحلال، لكان ذلك إلزاماً منه الفساد الذي قصد عدمه، فيلزم أن يكون ذلك قد أراد عدمه، مع أنه ألزم الناس به، وهذا تناقض ينزّه عنه الشارع ﷺ»^(٣).

ونوقش الدليل الرابع والأخير من المعقول وهو: ما وضعه الشرع سبباً لحكم، إذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع، أثبت حكمه. أصله: الطلاق:

بأن اعتبار الشيء، وجعله أصلاً من الأصول يستوجب أن يكون صحيحاً ثابتاً بنص من الكتاب، أو السنة، أو بإجماع، وأن يكون متفقاً عليه، لا مختلفاً فيه.

وأما الطلاق - في زمن الحيض - الذي اعتبره أصلاً، فقد اختلف الفقهاء في وقوعه اختلافاً شديداً؛ فإن مستنده حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وروايات هذا الحديث كثيرة مختلفة في كتب السنة، وفيها اختلاف شديد، ومتباين في

(١) راجع: ابن قدامة: روضة الناظر (ص ١٩٢)، والقرافي: شرح تنقيح الفصول (ص ١٧٤)، والعلاني: تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد (ص ٣٥٥).

(٢) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق؛ والعلاني: المرجع السابق.

(٣) راجع: ابن تيمية: مجموع الفتاوى (٢٥/٣٣).

احتساب الطلقة التي طلقها ابن عمر رضي الله عنهما في الحيض، حتى كادت تكون مضطربة^(١).

فكيف يستدل به - والحال هذه - كما أنه من قبيل الاستدلال بالمختلف فيه على المختلف فيه. وهذا لا يصح، فضلاً عن أن يعتبر أصلاً لكل سبب شرعي نهى عن مباشرته، وإذا بوشر معه، يثبت حكمه.

يقول ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «فإن أكثر ما يحتج به هؤلاء بنهيه رضي الله عنه عن الطلاق في الحيض، ونحو ذلك، مما هو من موارد النزاع، فليس معهم صورة قد ثبت فيها مقصودهم، لا بنص، ولا إجماع»^(٢).

ثانياً: مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني: القائلين: بأن البيع الفاسد لا يفيد الملك أصلاً:

بقيت أدلتهم سالمة من النقاش.

الراجع:

يبدو جلياً أن ما قال به أصحاب القول الثاني من أن البيع الفاسد لا يفيد الملك أصلاً هو الراجع، وذلك لقوة الأدلة التي استندوا إليها، وضعف أدلة أصحاب القول الأول القائلين: بأن الفاسد يفيد الملك إذا اتصل بالمبيع القبض بإذن صاحبه، بل يمكن القول: بأنها لا تصلح أن تكون أدلة على ذلك.

المطلب الثاني

ضمان المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه

إن المبيع إذا قبضه المشتري بإذن صاحبه في العقد الفاسد، وتلف بيده، فقد اختلف الفقهاء في ضمانه على رأيين:

(١) راجع: الشيخ أحمد محمد شاكر: نظام الطلاق في الإسلام (ص ١٩).

(٢) راجع: المرجع السابق (٢٧/٣٣).

الرأي الأول: أن ضمانه من المشتري: ذهب إليه الجمهور: الحنفية^(١)، والمالكية - إذا كان مما يحل تملكه، وينتفع به شرعاً^(٢) -، والشافعية^(٣)، والحنابلة وهو المذهب^(٤)، والظاهرية^(٥)، والزيدية^(٦)، والإمامية^(٧)، والإباضية - إذا كان مما ينتقل، وتقبضه الأيدي^(٨) -.

الرأي الثاني: أن ضمانه من البائع: ذهب إليه المالكية - إذا كان مما لا يحل تملكه، أو لا ينتفع به شرعاً؛ كالميتة، والزبل^(٩) -، والإمام أحمد - كما

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٣٠٢/٥، ٣٠٣)، والمرغيناني: الهداية (١٩١/٧) مع البناية، والزيلعي: تبيين الحقائق (٦٢/٤)، والبابرتي: العناية (٤٥/٧)، والعيني: البناية (١٩١/٧)، وابن الهمام: فتح القدير (٤٥/٦)، وداماد آفندي: مجمع الأنهر (٦٦/٢)، والحصكفي: الدر المختار (٩٠/٥)، والبغدادي: مجمع الضمانات (ص ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦).

(٢) راجع: سحنون: المدونة (مج ٤، ١٥٥/٩)، وابن الجلاب: التفریح (١٨٠/٢)، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢١٣)، والمواق: التاج والإكليل (٣٨٠/٤)، وأبا الحسن: كفاية الطالب الرباني (١٣٤/٢)، والحطاب: مواهب الجليل (٣٨٠/٤)، والنفراوي: الفواكه الدواني (٩٤/٢، ٩٥)، وحاشية العدوي على كفاية الطالب (٢/١٣٤)، والدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٧٠/٣، ٧١).

(٣) راجع: الشيرازي: التنبيه (ص ٦٤). والقفال: حلية العلماء (١٣٤/٤)، والرافعي: فتح العزيز (٢١٢/٨)، والخطيب: مغني المحتاج (٤٠/٢).

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٣١١/٤)، وابن رجب: القواعد (ص ٥٩، ٦٠ ق ٤٣)، والمرداوي: الإنصاف (٦٢/٤)، والبهوتي: كشاف القناع (١٩٨/٣)، والرحيبياني: مطالب أولي النهى (١٨/٣).

(٥) راجع: ابن حزم: المحلى (٣٣٢/٧ م ١٤٤٨).

(٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٨٢/٤)، ومختصر الأزهار (١٣٠/٣).

(٧) راجع: المحقق الحلبي: القواعد (١٦٧/٤)، وشرائع الإسلام (٢٥٧/٢٢)، والحلي: الجامع للشرائع (ص ٢٥٠)، والشهيد الأول والثاني: اللمعة والروضة (٢٦٥/٣)، والعاملي: مفتاح الكرامة (١٦٧/٤)، والنجفي: جواهر الكلام (٢٥٧/٢٢، ٢٥٨)، ومحمد مغنية: فقه الإمام جعفر (٤٨/٣، ٤٩، ٥٠).

(٨) راجع: الشماخي، كتاب الإيضاح (٢٨٩/٣)، وضياء الدين: كتاب النيل (٥٢٢/٨)، (٥٢٣).

(٩) راجع: أبا الحسن: المرجع السابق؛ وحاشية الدسوقي (٧١/٣).

روي عنه ما يدل عليه^(١)، والإباضية - إذا كان المبيع مما لا ينتقل كالأرض وما اتصل بها من الحيطان والأشجار، والآبار، ومثل جميع الغلات على الأشجار، أو على الأرض من البقول، والشمار^(٢).

هذا، وقد اتفقت كلمة المذاهب الفقهية على أن الضمان هنا يكون بالمثل إن كان المبيع من ذوات الأمثال، وبالقيمة إذا كان من ذوات القيم. بيد أنها اختلفت في أساس ضمانه بالمثل، أو بالقيمة، دون الثمن المسمى بالعقد.

فذهب الحنفية إلى أن الثمن لم يلزم في الضمان؛ لأن المسمى لا يجب للفساد حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد^(٣). وقد أوضحه الكاساني (ت ٥٨٧هـ) قائلاً:

«إن الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة، أو بالمثل، لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح؛ لأن القيمة هي الموجب الأصلي في البياعات؛ لأنها مثل المبيع في المالية، إلا أنه يعدل عنها إلى المسمى إذا صحت التسمية، فإذا لم تصح، وجب المصير إلى الموجب الأصلي، خصوصاً إذا كان الفساد من قبل المسمى؛ لأن التسمية إذا لم تصح لم يثبت المسمى، فصار، كأنه باع وسكت من ذكر الثمن، ولو كان كذلك، كان بيعاً بقيمة المبيع؛ لأن المبيع مبادلة بالمال، فإذا لم يذكر البديل صريحاً، صارت القيمة، أو المثل المذكوراً دلالة، فكان بيعاً بقيمة المبيع، أو بمثله إن كان من قبيل الأمثال»^(٤).

وذهب أكثر فقهاء المذاهب الفقهية الأخرى إلى أن أصل الضمان بالمثل، أو بالقيمة هو: الغصب، بحيث يكون الضمان بالمثل إن كان المغصوب مثلياً، وبالقيمة إن كان قيمياً^(٥).

(١) راجع: ابن رجب: القواعد (ص ٥٩، ٦٠ ق ٤٣).

(٢) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٨٩، ٢٩٠)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٨/٥٢٣).

(٣) راجع: الزيلعي: تبين الحقائق (٤/٦٣)، وحاشية الشلبي عليه (٤/٦٢).

(٤) راجع: بدائع الصنائع (٥/٣٠٤). (٥) راجع: المراجع السابقة للمذاهب.

واختار شيخ الإسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) منهجاً ومنحى آخر في بيان أساس الضمان بالعقد الفاسد، حيث ذهب إلى أن المقبوض به إذا فات، يكون ضمانه بالمثل إن أمكن؛ لأنه يقوم مقام العين، وإن تعذر يكون بالمسمى، أو بدله، دون القيمة، ويبين ذلك بقوله:

«بل الصواب أنه لا يجب في الفاسد قيمة العين، أو المنفعة مطلقاً، وذلك؛ لأن العين لو أمكن ردها، أو رد مثلها، لكان ذلك هو الواجب؛ لأن العقد لما انتفى، وجب إعادة كل حق إلى مستحقه، والمثل يقوم مقام العين. أما إذا كان الحق قد فات، مثل الوطاء في النكاح الفاسد، والعمل في المؤاجرات، والمضاربات، والغبن في المبيع: فالقيمة ليست مثلاً له. وإنما تجب في بعض المواضع، كالمتلف، والمغصوب الذي تعذر مثله للضرورة؛ إذ ليس هناك شيء يوجد أقرب إلى الحق من القيمة، فكان ذلك هو العدل الممكن»^(١).

وعليه؛ فإن المقبوض بالعقد الفاسد إذا فات بهلاكه مثلاً، يكون ضمانه بالمثل إن أمكن؛ لأنه يقوم مقام العين أصلاً - هذا مما اتفق عليه الفقهاء قاطبة - وأما في حالة تعذر المثل، فالقيمة ليست مثلاً له؛ لأنها إنما تجب في بعض المواضع للضرورة فقط؛ كالمغصوب، والمتلف إذا تعذر مثله؛ إذ لا يوجد اتفاق بين المتعاقدين على شيء، وتراضياً به، حتى يكون الضمان به. فالقيمة - والحال هذه - هي أقرب إلى الحق، والعدل ضرورة، فيكون الضمان بها حينئذ.

وأما ما نحن فيه: فهنا المتعاقدان اتفقا على شيء، وتراضياً بأن يكون المسمى بدلاً عن العين، أو المنفعة، فيجب أن يكون الضمان به، لا بالقيمة قياساً على الغصب - لعدم الحاجة إليها -؛ ولأن القياس عليه قياس مع الفارق. يقول ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) مبيناً الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن ذلك قبض بغير إذن المالك، وهذا قبض بإذن المالك.

الثاني: «أن هذا قبض اقتضاه عقد، وإن كان فيه فساد، وذاك قبض لم يقتضه عقد بحال»^(١).

هذا الفرق اعتباري - كما نلاحظه - فيجب أخذه بعين الاعتبار، ومراعاته في بيان ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، وإذا كان كذلك، فلا يصلح أن يكون الغصب أصلاً، وأساساً لما نحن بصدده، وبالتالي جعل الضمان بالقيمة إذا تعذر المثل، بل يجب أن يكون الضمان بما اتفق عليه المتعاقدان، وتراضياً به؛ لأنهما تراضياً بأن يكون المسمى بدلاً عن العين، أو المنفعة، فكان أولى بالاعتبار مما لم يتراضيا به.

بعد هذا نعود إلى سبب الخلاف في ضمان المبيع إذا اتصل به القبض.

سبب الخلاف:

وهو يختلف باختلاف المذاهب:

- ١ - إن انتقال ضمان الفاسد بالقبض محله: إذا كان المبيع مما ينتفع به شرعاً، فيكون ضمانه من المشتري وأما إذا كان مما لا ينتفع به شرعاً، فيكون ضمانه من البائع، ولو قبضه المشتري، هذا عند المالكية^(٢).
- ٢ - هل قبض المبيع بالعقد الفاسد على وجه الضمان، أو على غيره؟ فمتى اعتبر على وجه الضمان، كان ضمانه من المشتري، ومتى اعتبر على غيره، كان ضمانه من البائع؛ كالمقبوض على وجه السوم، ولبقاء الملك له، هذا عند الحنابلة^(٣).
- ٣ - متى يكون للقبض هنا أثر في انتقال الضمان؟ فإذا كان المبيع مما ينتقل، وتقبضه الأيدي، فيكون للقبض أثر في انتقال الضمان، وعليه، فيكون الضمان من المشتري بالقبض، وأما إذا كان مما لا ينتقل، فلا يكون له أثر في انتقال الضمان، فيكون ضمانه من البائع، ولو قبضه

(١) راجع: مجموع الفتاوى (٤٠٨/٢٩).

(٢) راجع: حاشية الدسوقي (٧١/٣).

(٣) راجع: ابن رجب القواعد (ص ٥٩، ٦٠ ق ٤٣).

المشتري. هذا عند الإباضية^(١).

الأدلة

أولاً: دليل أصحاب الرأي الأول: وهو الجمهور: على كون الضمان من المشتري:

مستندهم على ما ذهبوا إليه، هو:

ما ضمن بالقبض في العقد الصحيح، ضمن بالقبض في العقد الفاسد^(٢).

ومما لا خلاف بين الفقهاء أن المبيع بعد القبض من ضمان المشتري في العقد الصحيح، فكذاك هنا.

ثانياً: دليل أصحاب الرأي الثاني: على كون الضمان من البائع:

أ - أن المبيع إذا كان مما لا يحل تملكه، ولا ينتفع به شرعاً: لا ينتقل ضمانه، فيكون ضمانه من البائع، ولو قبضه المشتري^(٣).

ب - أن ملك المبيع باق للبائع، فيكون ضمانه منه؛ لأن الملك كما لم ينتقل منه، كذا ضمانه تبعاً له.

ج - أن المبيع إذا كان مما لا ينتقل، فلا ضمان فيه على المشتري؛ لأنه لم يقبضه، ولم يدخل في يده، وهو باق على ملك صاحبه^(٤).

الرأي الراجح:

إن المبيع من ضمان المشتري هو أولى بالترجيح وذلك:

١ - لأن المبيع إذا اتصل به القبض في العقد الفاسد، فهو قبض مأذون فيه

(١) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٨٩، ٢٩٠).

(٢) راجع: ابن تيمية: مجموع الفتاوى (٢٩/٤٠٧).

(٣) راجع: الدسوقي: حاشيته (٣/٧١).

(٤) راجع: الشماخي: المرجع السابق (٣/٢٩٠).

بعقد، فيكون القبض على وجه الضمان، وعليه، فيكون الضمان من القابض، وهو المشتري.

٢ - ولأن من القواعد: ما ضمن بالقبض في العقد الصحيح، ضمن بالقبض في العقد الفاسد.

المطلب الثالث

خراج المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه

إذا زاد المبيع بعد العقد، فالزيادة إما أن تكون قد حدثت قبل اتصال القبض به، أو بعده، كما أنها في كلتا الحالتين: إما متصلة، أو منفصلة، وكل منهما: إما متولدة من الأصل، أو غير متولدة منه.

مما لا خلاف فيه أن الزوائد الحادثة قبل اتصال القبض بالمبيع تكون للبائع؛ لأنها حدثت، والمبيع ملك له، وفي ضمانه، فتكون له عملاً بالقاعدة: (الخراج بالضمان).

وأما الزوائد الحادثة بعد اتصال القبض به فهي موضع خلاف بين المذاهب الفقهية. فقد اختلف الفقهاء على مذهبين:

المذهب الأول: أنها تكون للبائع: ذهب إليه: الحنفية - فيما عدا المنفصلة غير المتولدة إذا كانت قائمة، مع استهلاك المشتري المبيع^(١) -، والمالكية - فيما إذا اشترى شيئاً موقوفاً على غير معين، أو على معين غير رشيد شراء فاسداً، مع علمه بأنه وقف، واستغله^(٢) -، والشافعية^(٣)،

(١) وإن كانت الزيادة المنفصلة غير المتولدة تكون للبائع إلا أنها لا تطيب له؛ لأنها لم تحدث في ضمانه، بل في ضمان المشتري، فكانت في معنى «ربح ما لم يضمن» فيتصدق بها. راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٣٠٢/٥، ٣٠٣)، وابن البرزاق: الفتاوى (٤/٤٠٠)، وابن عابدين: رد المحتار (١٠٠/٥)، والفتاوى الهندية (٣/١٤٨)، والبغدادي: مجمع الضمانات (ص ٢١٦).

(٢) راجع: النفراوي: الفواكه الدواني (٩٥/٢)، وحاشية الدسوقي (٧١/٣).

(٣) راجع: الشيرازي: التنبيه (ص ٦٤)، والقفال: حلية العلماء (١٣٥/٤)، والرافعي: فتح العزيز (٢١٢/٨، ٢١٣).

والحنابلة^(١)، والظاهرية^(٢)، والزيدية - في الفوائد الأصلية إذا فسخ البيع بالحكم، وتلف المبيع بعدها، أو معها^(٣)، - والإمامية^(٤)، والإباضية في قول صحيح^(٥).

المذهب الثاني: أنها تكون للمشتري: ذهب إليه: الحنفية - في المنفصلة غير المتولدة، إذا استهلك المبيع، والزوائد قائمة^(٦)، وكذا في ربح المبيع^(٧)، - والمالكية^(٨)، والزيدية - بالنسبة للفوائد الفرعية مطلقاً، وللأصلية إذا فسخ بالتراضي مطلقاً، أو بالحكم، وتلف المبيع قبلها، أو امتنع الرد، والتبس، وفي ربح المبيع^(٩)، - وبعض الإباضية في قول ضعيف^(١٠).

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٣١١)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٣٦٢، ٤٧٤)، والبهوتي: كشاف القناع (٣/١٩٨).

(٢) هذا بناء على أن المبيع باق على ملك البائع، والخراج معلل في المذهب بالملك - كما رأينا فيما سبق - يقول ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) في المردود بالغيب بعد ذكر الزوائد: «ولا يرد شيئاً من كل ذلك؛ لأنه حدث في ماله، وفي ملكه». ويقول أيضاً كقاعدة كلية: «كل ما حدث في ملك المشتري؛ فإنه له ولا يرد». راجع: المحلى (٧/٣٣٢، ٥٨٧، ٥٩٦ م ١٤٤٨، ١٥٩١).

(٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٨٢، ٣٨٣)، ومختصر الأزهار (٣/١٣٣)، وابن مفتاح: المنتزح المختار مع حاشيته (٣/١٤٧).

(٤) راجع: الحلبي: الجامع للشرائع (ص ٢٥٠)، والشهيدين: اللمعة وشرحها (٣/٢٦٥)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/١٦٩)، والنجفي: جواهر الكلام (٢٢/٢٥٨، ٤١٥، ٥١٦).

(٥) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٨٨)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٨/٥٢٢، ٥٢٣).

(٦) راجع: الفتاوى البزازية (٤/٤٠١)، وابن عابدين: رد المحتار (٥/١٠٠)، والفتاوى الهندية (٣/١٤٨).

(٧) راجع: داماد أفندي: مجمع النهر (٢/٢٦٧).

(٨) راجع: سحنون: المدونة (مج ٤/٩٠٥)، وابن الجلاب: التفريع (٢/١٨١)، ومختصر خليل (٢/٢٧) مع جواهر الإكليل، والنفراوي: الفواكه الدواني (٢/٩٥)، والرددير: الشرح الصغير (٤/١٤٥).

(٩) راجع: ابن المرتضى: المرجعين السابقين، وابن مفتاح: المرجع السابق.

(١٠) راجع: الشماخي: المرجع السابق (٣/٢٩٧)، وضياء الدين: المرجع السابق (٨/٥٣٤)، وأطفيش: المرجع السابق.

هذا بالنسبة لزوائد المبيع، وربحه، وأما منافعه:
فقد ذهب الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، والإمامية^(٣)، والإباضية^(٤) إلى أن
المشتري يلزمه أجره مثل المبيع مدة بقاءه في يده.
وذهب المالكية^(٥)، والزيدية^(٦)، وبعض الإباضية في قول ضعيف^(٧) إلى
أنه لا يكون عليه شيء في مقابل المنافع.

سبب اختلافهم:

بعد النظر في الأدلة التي ساقها الفقهاء على ما ذهبوا إليه، يمكن
القول: بأن لاختلافهم عدة أسباب: بعضها عام، وبعضها خاص.

- ١ - اختلافهم في تعميم قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»
وعليه، فإذا كان الملك لشخص، والضمان على شخص آخر، فهل
يكون الخراج تابعاً للملك، أو للضمان؟
- ٢ - التفريق بين الزوائد عند الحنفية، بحيث جعلوا المتصلة، والمنفصلة
المتولدة منها تابعة للأصل، والأصل مضمون الرد، فكذا الزيادة.
والمنفصلة غير المتولدة تابعة للضمان، فلو استهلك المشتري المبيع،
وتقرر الضمان عليه، فتكون له تبعاً للضمان، وبمقابله^(٨).
- ٣ - التفريق بين الفوائد عند الزيدية، بحيث جعلوا الفرعية منها تابعة للضمان

(١) راجع: الشيرازي: التنبيه (ص ٦٤)، والرافعي: فتح العزيز (٢١٢/٨).
(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٣١١/٤)، والمرداوي: الإنصاف (٣٦٢/٤، ٤٧٤)،
والبهوتي: كشف القناع (١٩٨/٣).
(٣) راجع: الشهيدين: اللمعة وشرحها (٢٦٥/٣)، والعاملي: مفتاح الكرامة (١٦٩/٤).
(٤) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٢٩٧/٣)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل
وشرحه (٥٣٤/٨).
(٥) راجع: ابن الجلاب: التفرع (١٨١/٢).
(٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٨٣/٤).
(٧) راجع: الشماخي: المرجع السابق؛ وضياء الدين، وأطفيش: المرجعين السابقين (٨/٨).
(٨) ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٣٤.
(٨) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٣٠٢/٥، ٣٠٣).

- أي: بمقابل الضمان، والأصلية منها تابعة للأصل. وكذلك التفريق في الفوائد الأصلية بين الفسخ بالتراضي، والفسخ بحكم الحاكم، حيث جعل بعضهم الفسخ بالتراضي رفعا للعقد من حينه، وجعلوا الفسخ بالحكم إبطال أصل العقد، كأنه لم يقع، ثم التفريق فيه بين تلف المبيع قبل الفوائد، وبعدها، ومعها^(١).

الأدلة

أولاً: أدلة أصحاب المذهب الأول وهو: الزوائد للبائع:

احتج هؤلاء على ما ذهبوا إليه بالآتي:

- ١ - المبيع باق على ملك البائع؛ لأنه مقبوض بيد المشتري بعقد فاسد فلا يملكه. وعليه؛ فالزوائد حصلت على ملك مالكة وهو البائع، فتكون له. وكذا له أجره مثله مدة بقائه في يد المشتري^(٢).
- ٢ - الزوائد المتصلة، والمنفصلة المتولدة من الأصل تابعة له، لكونها متولدة منه، والأصل مضمون الرد، فكذا الزوائد، كما في باب الغصب. والمنفصلة غير المتولدة تابعة للضمان، والأصل مضمون الرد، وبالرد يفسخ العقد من الأصل، فتبين أن الزيادة حصلت على ملك البائع^(٣)، فتكون له.

ثانياً: أدلة أصحاب المذهب الثاني وهو: الزوائد للمشتري:

احتج هؤلاء على ما ذهبوا إليه بالآتي:

- ١ - ظاهر قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٤).

(١) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٨٢)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/١٤٧) مع الحاشية.

(٢) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٨/٢١٢)، وابن قدامة: المغني (٤/٣١١)، والنجفي: جواهر الكلام (٢٢/٢٥٨، ٤١٥).

(٣) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٣٠٣).

(٤) تقدم تخريجه.

وجه الدلالة منه: البيع بيد المشتري في ضمانه، فاستحق منافعه، وزوائده بدلاً عن ضمانه^(١)، حملاً على ظاهره وعمومه، حيث قالوا: إنه عام في كل بيع حكم بالرد وإن كان في بيع انفساخ^(٢).
نوقش بما سبق، وهو:

أن اللفظ العام إذا ورد في سبب خاص حمل عليه، واختص به. وهذا في خصوص حديث: «الخراج بالضمان» أن المبيع كان قبل الرد بالعيب في ملك المشتري، فيكون المراد بالضمان ضمان الملك، لا مطلق الضمان - أي: الضمان الناشئ عن سبب مشروع يقره الشارع ويعتبره، كالمك بالنسبة للمشتري قبل الرد بالعيب. وأما إذا كان ناشئاً عن سبب لا يعتبره الشارع، ولا يقر به، كاليد بالنسبة للمشتري في العقد الفاسد مثلاً، فلا يكون بمقابلة الزوائد، والخراج؛ لأن السبب غير مشروع، وبالتالي لا يعتبره الشارع، ولا يقر به^(٣).
كما نوقش: بأنه نقض بالغاصب مع ضمانه قطعاً^(٤).

٢ - لو استهلك المشتري المبيع، والزوائد قائمة في يده: تقرر الضمان عليه، فتكون الزيادة المنفصلة غير المتولدة منها له لتقرر ضمان الأصل. هذا عند الحنفية^(٥).

نوقش: بأنها حصلت قبل تقرر الضمان - أي: قبل استهلاك المبيع عندما كان الأصل مضمون الرد، فتكون للبائع، كما لو لم يستهلكه، ورد، ردت الزوائد معه.. هذا من جانب.

من جانب آخر: أن الاستهلاك كما ليس له تأثير في الزيادة المنفصلة المتولدة، كذا في غير المتولدة.

(١) راجع: النفراوي: الفواكه الدواني (٩٥/٢)، والدردير: الشرح الصغير (١٤٥/٤)،

والكبير (٧١/٣)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٣٨٢/٤).

(٢) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٥٣٥/٨).

(٣) انظر: (ص ٣٤١) من الرسالة.

(٤) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (١٩٦/٤).

(٥) راجع: ابن عابدين: رد المحتار (١٠٠/٥)، والفتاوى الهندية (١٤٨/٣).

٣ - المبيع إن فسخ بالتراضي - وهو فسخ للعقد من حينه، أو كعقد جديد - وكذا إن فسخ بالحكم وتلف قبل تلف الفوائد الأصلية، تكون للمشتري؛ لاستقرار الملك له^(١).

نوقش: بأنها حصلت قبل الفسخ، عندئذ كان الملك غير مستقر للمشتري، وعليه، فقد حصلت، والأصل واجب الرد، فتكون للبائع، لا للمشتري. كما لو لم يفسخه.

الراجع:

إن الزوائد للبائع هو الراجع، كما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وذلك؛ لأن المبيع لم ينتقل ملكه إلى المشتري، بل هو باق على ملك البائع؛ إذ أنه مقبوض بعقد فاسد - كما ذهب إليه الجمهور - بل ومن الفقهاء من قال: إنه يفيد الملك إذا اتصل به القبض - اعتبره ملكاً خيئاً، يجب إزالته.

هذا، فإذا حصلت الزوائد قبل استهلاك المبيع، وفسخه، فقد حصلت قبل استقرار الملك، والضمان، فتكون للبائع؛ لأن ملكه ثابت له أصلاً، فلم يزل بفساد العقد.



(١) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٨٢)، وابن مفتاح: المنتزع المختار مع حاشيته (٣/١٤٧).

الفصل الثاني

تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في ما عدا عقد البيع من عقود المعاوضات

وهو يحتوي على أربعة مباحث:

- المبحث الأول: الخراج بالضمان في الإقالة.
- المبحث الثاني: الخراج بالضمان في الإفلاس.
- المبحث الثالث: الخراج بالضمان في الشفعة.
- المبحث الرابع: الخراج بالضمان في الإجارة.

المبحث الأول

الخراج بالضمان في الإقالة في البيع

طبيعة ما نحن بصدد البحث عنه تقتضي أن نبين العناصر التالية:

- ١ - التعريف بالإقالة، وذلك لما تعودنا أن نمهد للموضوع بالإشارة إلى التعريف بحقيقته، لكي نكون على إمام بأصل الموضوع.
 - ٢ - هل الإقالة فسخ، أو عقد جديد؟ اختلف الفقهاء في تكييفها هل هي فسخ للعقد الواقع بين المتعاقدين، أو عقد جديد بينهما؟ فمنهم من رأى أنها عقد جديد، فلا يتصور لها أثر رجعي عندئذ. وبالتالي، فلا مجال للحديث عن الموضوع عندهم، كما أن لها حكم البيع، وقد سبق بيان خواجه بالتفصيل. ومنهم من رأى أنها فسخ، فيكون الحديث منحصرأ فيمن رأى ذلك.
 - ٣ - هل الخراج الحادث في البيع قبل الإقالة يمنع منها؟ فإن الفقهاء القائلين بكونها فسخاً اختلفوا فيما بينهم في بعض صور الخراج، بينما اتفقوا في بعض صور الأخر. فمن رأى أنه في بعض صوره يمنع من الإقالة، فلا نذكره في تلك الصور؛ لأن الإقالة حينئذ غير صحيحة عنده. وبالتالي فنكتفي بذكر من رأى أنه لا يمنع منها مطلقاً، أو في بعض الصور.
- هذا، ومن الجدير بالتنبيه إلى أننا نكتفي هنا بما سبق من ضمان المبيع في حال هلاكه، وتلفه في البيع اللازم؛ إذ حكم المبيع هناك هو نفس الحكم هنا، فيراجع هناك.
- إذن، قبل أن نبدأ بدراسة أصل الموضوع، لا بد لنا من أن نبدأ بالنقاط الثلاثة في التمهييد أولاً، ثم نتبعها أصل الموضوع.

التمهيد

التعريف بالإقالة، وهل هي فسخ، أو عقد جديد، وهل الخراج الحادث قبل الإقالة يمنع منها؟

أولاً: التعريف بالإقالة لغةً وشرعاً:

تعريفها في اللغة:

الإقالة: مصدر أقاله يقيله إقالة، وهي:

الفسخ، والرد، والرفع من السقوط.

يقال: أقاله البيع: فسخه. وأقال الله عشرته: إذا رفعه من سقوطه، أو

صفح عنه.

وتقايلاً: إذا فسخا البيع، وعاد البيع إلى مالكة، والضمن إلى المشتري.

واستقاله: طلب إليه أن يقيله^(١).

تعريفها في الشرع:

للإقالة عدة تعريفات، حسب تعدد الاجتهادات الفقهية:

أ - «رفع العقد»^(٢) أو «رفع العقد الواقع بين المتعاقدين»^(٣).

ب - «فسخ البيع»^(٤) أو «فسخ للعقد»^(٥) أو «فسخ المتعاقدين

(١) راجع: النسفي: طلبية الطلبة (ص٢٩٦)، وابن منظور: لسان العرب (٣٧٩٨/٥)، مادة: (قيل)، والفيومي: المصباح المنير (ص١٩٩)، مادة: (قيل)، والفيروزآبادي: القاموس (ص١٣٥٩)، مادة: (قيل).

(٢) هذا عند الحنفية. راجع: ابن نجيم: البحر الرائق (٦/١١٠).

(٣) هذا عند الزيدية. راجع: السياغي: الروض النضير (٣/٣٣٤).

(٤) هذا عند الإمام الشافعي في: الأم (٣/٧٧).

(٥) هذا عند الحنابلة. راجع: البهوتي: كشاف القناع (٣/٢٤٨).

العقد برضاهما»^(١).

ج - «ما يقتضي رفع العقد المالي بوجه مخصوص»^(٢).

د - «ترك المبيع لبائعه بثمنه»^(٣).

ما يرد على هذه التعريفات من ملاحظات:

١ - أن لفظ: (رفع) و(فسخ) في بعضها مطلق، فهو يشمل بإطلاقه رفع العقد، وفسخه، وكذا البيع بالإقالة، وبغيرها، كرفعه بالخيار، وبحكم الحاكم. وعلى هذا، فيكون التعريف غير مانع.

٢ - أن العقد قد وقع، والواقع لا يتصور رفعه، أو فسخه، فكيف يكون رفع العقد، أو فسخه صحيحاً، بل يكون رفع حكم العقد، أو فسخه.

٣ - أن بعضها خاص بالبيع، وفيه إيحاء بأن الإقالة لا تدخل إلا في عقد البيع، مع أنها تدخل في غيره من عقود المعاوضات، كالإجارة، والسلم، وغيرهما؛ لأن حقيقتها في البيع لا تختلف منها في غيره من عقود المبادلات المالية، ومن الأولى بالتعريف أن يكون للأعم، وأن يكون مطلقاً.

٤ - أن بعض التعريفات يدخل فيها النكاح، مع أنه لا إقالة فيه لعدم قبول الفسخ بخيار، ولأن المقصود منه ليس معاوضة مالية.

هذا، وعرفها بعض الباحثين المعاصرين بأنها:

١ - «اتفاق المتعاقدين على نقض العقد، وفسخه بعد إبرامه»^(٤).

٢ - «اتفاق المتعاقدين، أو من يقوم مقامهما على نقض حكم العقد الواقع

(١) هذا أيضاً عند الحنابلة. راجع: القاري: مجلة الأحكام الشرعية (ص ١١٥)، مادة: (٢٢٠).

(٢) هذا ما عرفها به الشيخ زكريا الأنصاري في: أسنى المطالب (٧٤/٢).

(٣) هذا عند المالكية، والإباضية. راجع: الحطاب: مواهب الجليل (٤/٤٨٤)، وضيء الدين: كتاب النيل (٩/٢٢٥).

(٤) هذا التعريف للأستاذ محمد مغنية في: فقه الإمام جعفر (٣/٢٨٧).

- بينهما بشروط مخصوصة^(١).
- ٣ - «اتفاق المتعاقدين، أو من يقوم مقامهما على رفع حكم العقد، القابل لذلك بشروط مخصوصة»^(٢).
- يلاحظ على هذه التعريفات الثلاثة:
- ١ - جعل لفظ: (اتفاق) جنساً في التعريف، لا يناسب المعنى اللغوي للإقالة؛ لأن مراعاته أولى من عدمها.
- ٢ - العقد واقع، والواقع لا يتصور نقضه، وفسخه، فيجب في التعريف الأول أن يضاف لفظ: (حكم) - أي: على نقض حكم العقد، وفسخه.
- ٣ - في التعريف الأول (وفسخه) وفي الثاني (الواقع بينهما) حشو وتكرار لا حاجة إلى ذلك.
- ٤ - ذكر الشروط في التعريف ليس من وظيفته؛ لأنها خارجة عن ماهيته.
- بعد عرض الملاحظات هذه، وتلك، يجب تعريفها بما يتفادى منها، وهو:
- «فسخ المتعاقدين أو من يقوم مقامهما، حكم العقد، القابل له بخيار، برضاهما».

شرح التعريف:

لفظ: (فسخ) جنس في (التعريف)، يشمل الفسوخ كلها، وفيه مراعاة للمعنى اللغوي للإقالة، وهي أولى من عدمها، والمراد به (من يقوم مقامهما) الولي، والوصي، وغيرهما، وأضيف لفظ: (فسخ) إليهما، ومن يقوم مقامهما، ليخرج سواهما، و(فسخ حكم العقد) معناه: رجوع كل من عوضين إلى مالكة، وقولنا: «القابل له - أي: الفسخ - بخيار» قيد ليخرج به النكاح، لعدم قبوله الفسخ بخيار، وقولنا: «برضاهما» قيد يخرج به فسخ حكم العقد بالخيار. وفيه إشارة إلى أن الإقالة لا تكون إلا في عقد لازم.

(١) هذا التعريف للأستاذ الدكتور علي أحمد مرعي في: بحوث في البيع (ص ٣٠٠).

(٢) هذا التعريف له في: فسخ العقد في الشريعة الإسلامية (ص ٤٦٧) رسالة دكتوراه.

ثانياً: هل الإقالة فسخ، أو عقد جديد:

فيه ثلاثة اتجاهات للفقهاء:

الأول: أنها فسخ - ينحل به العقد السابق - مطلقاً: ممن ذهب إلى هذا الاتجاه: زفر (ت ١٥٨هـ)، وأبو يوسف (ت ١٨٣هـ) - فيما إذا كانت قبل قبض المعقود عليه، وهو منقول -، ومحمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ) من الحنفية^(١)، والمالكية - في الطعام فقط^(٢) -، والشافعية في قول، وهو الأظهر^(٣)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في أصح الروايتين، وأكثر أصحابه، وهو الصحيح والمذهب^(٤)، وأبو سليمان الظاهري (ت ٢٧٠هـ)^(٥)، وبعض الزيدية^(٦)، والإمامية^(٧)، والإباضية في قول^(٨).

- (١) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (١١١/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٣٠٦/٥)، والمرغيناني: الهداية (٢٩٢/٧، ٢٩٣) مع البنائية، وابن نجيم: البحر الرائق (٦/١١١، ١١٢)، وابن عابدين: رد المختار (١٢٤/٥).
- (٢) هذا استثناء من كونها بيعاً. راجع: سحنون: المدونة (٦٩/٩)، والمواق: التاج والإكليل (٤٨٥/٤)، والخطاب: مواهب الجليل (٤٨٥/٤)، وشرح الخرشبي (٥/١٦٦)، والدردير: الشرح الكبير (١٥٥/٣).
- (٣) راجع: الإمام الشافعي: الأم (٧٦/٣، ٧٧)، والنووي: الروضة (٤٩٣/٣، ٤٩٤)، والمجموع (٢٠٠/٩، ٢٩٦)، وفيه اضطراب؛ إذ قال مرة: «الإقالة فسخ للعقد على القول الصحيح». ومرة أخرى: «وفيها قولان: الصحيح الجديد أنها بيع، والقديم أنها فسخ». والسيوطي: الأشباه والنظائر (ص ١٩٠)، والأنصاري: أسنى المطالب (٧٤/٣).
- (٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٤٤/٤)، وابن مفلح: الفروع (١٢٢/٤)، وابن رجب: القواعد (ص ٣٧٩ ف ٥)، والمرداوي: الإنصاف (٤٧٥/٤)، والبهوتي: كشاف القناع (٢٤٨/٣)، وشرح منتهى الإرادات (١٩٢/٢).
- (٥) راجع: ابن حزم: المحلى (٤٨٤/٧ م ١٥٠٩).
- (٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٧٥/٤)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/١٦٩، ١٧٠)، والسياعي: الروض النضير (٣٣٤/٣).
- (٧) راجع: المحقق الحلبي: القواعد (٧٦٧/٤) مع مفتاح الكرامة؛ وابن سعيد الحلبي: الجامع للشرائع (ص ٢٥٨)، والشهيدان: اللعة وشرحها (٥٤٦/٣).
- (٨) راجع: ضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٢٢٥/٩، ٢٢٩)، والشماخي: كتاب الإيضاح وحاشية النفوسي عليه (٤٥٨/٣، ٤٥٩).

الثاني: أنها عقد جديد: ممن ذهب إلى هذا الاتجاه: أبو يوسف (ت ١٨٣هـ) - فيما عدا المنقول، قبل القبض، ومحمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ) - فيما إذا تعذر جعلها فسخاً بأن كانت بأكثر من الثمن الأول، أو بخلاف الجنس - من الحنفية^(١)، والمالكية - فيما عدا الطعام^(٢)، - والشافعية في قول^(٣)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية أخرى، وبعض أصحابه^(٤)، وابن حزم (ت ٤٥٦هـ)^(٥)، وبعض الزيدية^(٦)، والإباضية في قول، وهو المختار^(٧).

الثالث: أنها فسخ في حق المتعاقدين، عقد جديد في حق غيرهما مطلقاً - أي: سواء كانت قبل القبض، أم بعده: ممن ذهب إلى هذا الاتجاه: الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)^(٨)، وهو أحد اختياري أطفيش (ت ١٣٣٢هـ) من الإباضية^(٩).

وروي عن الإمام أبي حنيفة (ت ١٥٠هـ) أنها فسخ قبل القبض، عقد بعده، وظاهره ترجيح الإطلاق^(١٠).

- (١) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (١١١/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٣٠٦/٥)، وابن نجيم: البحر الرائق (١١٢/٦)، وابن عابدين: رد المختار (١٢٤/٥).
- (٢) راجع: المدونة (٦٩/٩)، والمواق: التاج والإكليل (٤٨٥/٤)، والحطاب: مواهب الجليل (٤٨٥/٤)، وشرح الخرشي (١٦٦/٥)، والدردير: الشرح الكبير (١٥٥/٣).
- (٣) راجع: النووي: الروضة (٤٩٣/٣)، (٤٩٤)، والمجموع (٢٠٠/٩، ٢٩٦)، والسيوطي: الأشباه والنظائر (ص ١٩٠).
- (٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٢٤٤/٤)، وابن مفلح: الفروع (١٢٢/٤)، والمرداوي: الإنصاف (٤٧٥/٤).
- (٥) راجع: المحلى (٤٨١/٧ م ١٥٠٩).
- (٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٧٥/٤)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/١٦٩، ١٧٠)، والسياعي: الروض النضير (٣٣٤/٣).
- (٧) راجع: ضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٢٢٥/٩، ٢٢٩)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٤٥٩/٣).
- (٨) راجع: السمرقندي: المرجع السابق (١١٠/٢، ١١١)، والكاساني: المرجع السابق؛ وابن نجيم: المرجع السابق؛ وابن عابدين: المرجع السابق.
- (٩) اضطرب اختياره، اختار مرة: أنها بيع مطلقاً، ومرة أخرى: أنها لغيرهما ليست فسخاً، وأما بينهما ففسخ. راجع: شرح كتاب النيل (٢٢٥/٩، ٢٣١).
- (١٠) راجع: الكاساني: المرجع السابق؛ وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٧٢/٢).

هذا، ويمكن تصنيف أصحاب الاتجاهات الثلاثة إلى فريقين:
أحدهما: الفقهاء القائلون: بأن الإقالة فسخ إما مطلقاً، أو مقيداً ببعض الصور.

الثاني: الفقهاء القائلون: بأنها عقد جديد إما مطلقاً، أو مقيداً ببعض الصور. حسبما سبق.

ومن يعنينا هنا هم: الفقهاء القائلون: بأنها فسخ. وذلك؛ لأن القائلين بأنها عقد جديد، ليس لها عندهم أثر رجعي، وبالتالي: فلا مجال للحديث عما نحن بصدد من خراج المبيع عندهم، كما أننا لسنا بصدد عرض الأدلة لهم؛ لأن ما نحتاج إليه هنا هو: التفريق بين القائلين: بكونها فسخاً، وبين القائلين: بكونها عقداً جديداً فقط.

ثم القائلون: بأن الإقالة فسخ، اختلفوا فيما بينهم في الخراج الحادث قبل الإقالة هل يمنع منها؟ فمن رأى أنه يمنع منها، فالإقالة تكون غير صحيحة عندهم. وعليه، فنكتفي بذكر رأي من رأى أنه لا يمنع منها.

ثالثاً: هل الخراج الحادث في المبيع قبل الإقالة يمنع منها؟:

إن المبيع إذا زاد قبل الإقالة عند المشتري، فالزيادة إما أن تكون متصلة، أو منفصلة، وكل منهما إما أن تكون متولدة عن الأصل، أو غير متولدة عنه. وأما الزيادة المتصلة الغير المتولدة عن الأصل فهي خارجة عن الموضوع؛ لأنها لا تندرج تحت أنواع الخراج؛ إذ سببها: فعل المشتري، لا المبيع. وأما غيرها فهو تحت أنواعه، وموضع خلاف بين الفقهاء.

فقد ذهب الحنفية في المنفصلة المتولدة بعد القبض^(١)، والزيدية في

(١) أطلق فقهاء المذهب المنع في المنفصلة بعد القبض، كما أطلق بعضهم عدم المنع في المتصلة بعد القبض، بينما قيد بعضهم المنع وعدمه ببعض الصور. راجع: البابرتي: العناية (١١٩/٦)، والعيني: البناية (٢٩٧/٧)، وابن الهمام: فتح القدير (١١٩/٦)، وابن عابدين: رد المحتار (١٢٢/٥، ١٢٥).

المتصلة المتولدة اتفاقاً، وبعضهم في المنفصلة^(١) - إلى أنها تمنع من الإقالة. وأما غيرهم من الفقهاء القائلين: بكون الإقالة فسخاً -، فقد ذهبوا إلى أنها لا تمنع منها في تلك الصور كما لا تمنع في غيرها اتفاقاً. بناءً عليه، فلا مجال للبحث عند الحنفية في المنفصلة المتولدة، وعند الزيدية في المتصلة اتفاقاً، وفي المنفصلة عند بعضهم. بعد هذا التمهيد نعود إلى أصل الموضوع، وهو ضمان المبيع وخراجه في الإقالة.



(١) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٣٧٦)، وابن مفتاح: المنتزح المحتار (٣/١٦٨).

ضمان المبيع

إننا نبهنا فيما مضى أن ضمان المبيع في البيع اللازم هو نفسه هنا؛ لأن البيع كما أنه هناك لازم، كذلك هنا؛ ولأن الإقالة لا يحتاج إليها المشتري إلا بعد لزوم البيع، وهي إما أن تقع قبل القبض، أو بعده، فنكتفي بما سبق^(١).

خراج المبيع

تحرير محل النزاع:

فبعد أن نظرنا في مظان الإقالة في كتب المذاهب الفقهية، وأمعنا النظر فيها بحثاً عن أقوال الفقهاء فيها فيما يتعلق بزوائد المبيع - وجدنا أنه لا خلاف بين الفقهاء القائلين: بكونها فسخاً في أن الزيادة المنفصلة الغير المتولدة تكون للمشتري^(٢). فهي موضع وفاق.

وإنما الخلاف بينهم في غيرها من المتصلة، والمنفصلة المتولدتين. فهما موضع خلاف بينهم. تتناولهما فيما يلي تباعاً.

(١) راجع: البابرقي: العناية (١١٩/٦)، والعيني: البناية (٢٩٧/٧)، وابن الهمام: فتح القدير (١١٩/٦)، وابن عابدين: رد المحتار (١٢٢/٥، ١٢٥)، والنووي: الروضة (٤٩٤/٣)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (١٩٣/٢)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٣٧٦/٤)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (١٦٨/٣)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٧٦٨/٤)، وضياء الدين: كتاب النيل (٢٣٩/٩).

(٢) راجع: ابن عابدين: المرجع السابق (١٢٥/٥)، والنووي: المرجع السابق، والأنصاري: أسنى المطالب (٧٦/٢)، وابن زجب: القواعد (ص ١٦٨ ق ٨٢)، وابن المرتضى: المرجع السابق، والعاملي: المرجع السابق، وضياء الدين: المرجع السابق.

لأولاً: الزيادة المتصلة المتولدة:

اختلف الفقهاء فيها لمن تكون؟ على قولين:

القول الأول: إنها تكون للبائع تبعاً للأصل: ذهب إليه: الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة، وهو المذهب^(٣)، والإمامية^(٤)، والإباضية^(٥).

القول الثاني: إنها تكون للمشتري، يرجع على البائع بقيمتها: ذهب إليه بعض المحققين من الحنابلة^(٦).

سبب الخلاف:

هل تبعية النماء المتصل للأصل على وجه التملك أو على وجه صعوبة الفصل بينهما فقط، مع بقاء ملكه لمن حصل في ملكه؟

الأدلة والمناقشة

أولاً: أدلة أصحاب القول الأول: القائلين: بكون الزيادة المتصلة المتولدة للبائع:

استدلوا على ذلك بما يأتي:

١ - هذه الزيادة تابعة للأصل لقيامها به، فتكون للبائع تبعاً لأصلها^(٧).

(١) راجع: البابرقي: العناية (١١٩/٦)، والعيني: البناية (٢٩٧/٧)، وابن الهمام: فتح القدير (١١٩/٦)، وابن عابدين: رد المحتار (١٢٢/٥، ١٢٥).

(٢) راجع: النووي: العناية (١١٩/٦)، والزرکشي: المنشور في القواعد (١٨٢/٢)، والأنصاري: أسنى المطالب (٧٦/٢).

(٣) تخريجاً على الرد بالعيب. راجع: ابن رجب: القواعد (ص ١٥٧، ١٥٨ ق ٨١).

(٤) راجع: الشهيدين: اللعة الدمشقية وشرحها (٥٤٧/٣)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٧٦٨/٤).

(٥) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (٢٣٩/٩).

(٦) تخريجاً على رواية عن الإمام أحمد في الرد بالعيب، حيث نص فيها على الرجوع بقيمة النماء المتصل صريحاً، كما قال الشيرازي في رواية ابن منصور. راجع: ابن رجب: المرجع السابق.

(٧) راجع: ابن رجب: المرجع السابق (ص ١٥٨ ق ٨١).

نوقش: بأن هذه الزيادة تابعة للأصل لقيامها به مسلّم به، ولكننا لا نسلمّ أنها تكون للبائع تبعاً لأصلها، وذلك؛ لأن تبعيتها للأصل لعدم إمكان فصلها عنه، لا لأنها أصبحت ملكاً لمن عاد إليه الأصل؛ فإن الاتصال، والانفصال ليس لهما تأثير على تملك الشيء، وتملكه، وقد حدثت هذه الزيادة في ملك المشتري وفي ضمانه، فكيف تكون ملكاً لمن لم تحدث في ملكه، ولا في ضمانه؟

٢ - «هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة لقيامها بالأصل، فكانت مبيعة يبعاً. والأصل ما كان تابعاً في العقد يكون تابعاً في الفسخ»^(١).

نوقش: بأننا سلمنا كون الزيادة تابعة للأصل لقيامها به بمعنى أنها لا تنفصل عنه، ولكن لا يمكننا أن نسلمّ كونها مبيعة يبعاً؛ إذ كونها كذلك يقتضي ثبوت أمرين:

أحدهما: أنها كانت موجودة وقت البيع.

الثاني: أن يكون في مقابلها قسط من الثمن.

ولم يثبت أي منهما؛ لأن هذه الزيادة لم تكن موجودة حين التعاقد، وبالتالي لا يمكن أن يكون في مقابلها جزء من الثمن.
وأما الأصل، فهو لا يكون كذلك إلا إذا كان موجوداً وقت العقد، وأما ما نحن بصدده فليس كذلك، فافتراقاً.

ثانياً: أدلة أصحاب القول الثاني: القائلين: بكون الزيادة للمشتري:

يستدلّ لهم بالسنة، والمعقول:

أما السنة:

فحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٢).

وجه الدلالة منه: أن هذه الزيادة نماء متصل، حصل في المبيع، وهو

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥).

(٢) سبق تخريجه.

كان على ملك مالك وفي ضمانه، فقد حصل في ضمان مالك الأصل، وهو المشتري، فيكون له بمقابل ضمان ملكه.

وأما المعقول، فبالآتي:

أنها زيادة حدثت بعد العقد في ملك المشتري، فتكون له كالمنفصلة، وكالحاصلة بفعله^(١)، ولأنها مملوكة، ومالك الأصل هو مالكةا، وهو المشتري.

القول الراجح

- هو: أن هذه الزيادة ملك للمشتري، فيرجع بقيمتها على البائع، وذلك:
- ١ - عملاً بالقاعدة (الخراج بالضمان)؛ لأنها حصلت، وقد كان المبيع في ملكه مقترناً بضمانه.
 - ٢ - ولأنها حدثت في ملك مالك الأصل، فتكون مملوكة لمالك الأصل، وهو المشتري.
 - ٣ - ولأنها مما ينفق العقل على تنميتها، ولها قيمة شرائية؛ إذ تملك بمقابل المال.

ثانياً: الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل؛ كالنتاج، والثمرة، والصوف، واللبن وغير ذلك:

اختلف الفقهاء فيمن تكون له هذه الزيادة على رأيين:

الرأي الأول: أنها تكون للمشتري: هذا ما ذهب إليه: الشافعية وهو الأصح^(٢)، والحنابلة في وجه^(٣)، وأكثر الزيديّة^(٤)،

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٥٥٥).

(٢) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٨/٣٩٩)، والنووي: روضة الطالبين (٣/٤٩٤)، والزرکشي: المنشور في القواعد (٢/١٨٣)، والأنصاري: أسنى المطالب (٢/٧٦).

(٣) راجع: ابن رجب: القواعد (ص ١٦٨ ق ٨٢)، (ص ٣٨١ ف ٧)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٤٧٧)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/١٩٣)، وكشاف القناع (٣/٢٥٠)، والرحبياني: مطالب أولي النهى (٣/١٥٦).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٤٧٦)، ومختصر الأزهار (٣/١٤٤) مع =

والإمامية^(١)، والإباضية^(٢).

الرأي الثاني: أنها تكون للبائع: هذا ما ذهب إليه: الحنفية - في الحاصلة قبل القبض^(٣) -، وبعض الشافعية^(٤)، والحنابلة في وجه^(٥).

منشا الخلاف:

هل الفسخ رفع للعقد من أصله، أو من حينه؟ فمن رأى أنه من أصله، ذهب إلى أنها للبائع، ومن رأى أنه من حينه، ذهب إلى أنها للمشتري^(٦).

الأدلة مع نقاشها إذا أمكن لنا ذلك

أولاً: أدلة أصحاب الرأي الأول، وهي:

١ - حديث: «الخراج بالضمان»^(٧).

وجه الدلالة: أن الزيادة حصلت في ضمان المشتري، فتكون له بمقابل ضمانه للمبيع.

٢ - «أنها نماء ملكه»^(٨) أي: المشتري، فتكون له.

= السيل الجرار، وابن مفتاح: المنتزح المختار (١٧١/٣)، والسياعي: الروض النضير (٣٣٥/٣).

(١) راجع: سعيد الحلبي: الجامع للشرائع (ص ٢٥٨)، والشهيدين: اللمعة وشرحها (٣/٥٤٧)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤/٧٦٨).

(٢) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٤٦٥)، وضياء الدين: كتاب النيل (٩/٢٣٩).

(٣) لم يصرح فقهاء المذهب هنا بأن الزيادة لمن تكون؟ ولكنهم صرحوا في المردود بالعيب بأنها تكون للبائع، فهي أيضاً قياساً عليه؛ لأن ما يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة، كما أن البيع لازم. راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥)، وابن عابدين: رد المحتار (٥/١٨، ١٢٥).

(٤) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٨/٣٩٩).

(٥) راجع: ابن مفلح: الفروع (٤/١٢٤)، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٨ ق ٨٢) و(ص ٣٨١ ف ٧)، والمرداوي: الإنصاف (٤/٤٧٧).

(٦) راجع: الشربيني: مغني المحتاج (٢/٦٥).

(٧) سبق تخريجه.

(٨) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٤٧٦)، والسياعي: المرجع السابق.

٣ - الإقالة فسخ، والفسخ رفع للعقد من حينه^(١)؛ إذ قبله مستحيل، فتبقى للمشتري.

ثانياً: أدلة أصحاب الرأي الثاني، وهي:

١ - الزيادة المتولدة مبيع من وجه لتولدها من المبيع، فلها صفته، فتكون للبائع تبعاً للمبيع^(٢).

نوقش بوجهين:

أحدهما: «أن المبيع ما يقابله ثمن؛ إذ البيع مقابلة المبيع بالثمن، والزيادة لا يقابلها ثمن؛ لأن كل الثمن مقابل بالأصل، فلم تكن مبيعة كالكسب»^(٣).

الثاني: «أن المبيع ما أضيف إليه البيع، ولم توجد الإضافة إلى الزوائد لكونها منعدمة عند البيع، فلا تكون مبيعة»^(٤).

٢ - الإقالة فسخ، والفسخ رفع للعقد من أصله^(٥)، فكأن الزيادة حدثت في ملك البائع، فتكون له.

نوقش: بمنع ذلك؛ إذ رفع الواقع مستحيل، فثبت أنه رفع له من حينه.

الرأي المختار

هو: أن الزيادة المنفصلة المتولدة للمشتري، وذلك لقوة ما استدل به أصحاب الرأي الأول القائلين: بكونها له من الأدلة، ولما سبق من أسباب الترجيح في الزيادة المتصلة.

(١) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٤/٤٧٩)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣/١٧١)، والشربيني: مغني المحتاج (٢/٦٥)، والبهوتي: كشاف القناع (٣/٢٥٠)، وشرح منتهى الإرادات (٢/١٩٣).

(٢) راجع: ابن عابدين: رد المختار (٥/١٩).

(٣) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٥/٢٥٦).

(٤) راجع: الكاساني: المرجع السابق.

(٥) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٨/٣٩٩)، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٨ ق ٨٢)، والمقبلي: المنار في المختار (٢/٥١).

المبحث الثاني

الخراج بالضمان في الإفلاس

من البداية قبل الدراسة لأصل الموضوع: أن نتناول الإفلاس، والتفليس، والمفلس بالتعريف عن كل واحد منها أولاً، كما أن من لوازم الموضوع البحث عن حق رجوع صاحب المال في ماله في حال إدراكه إياه كما هو عند المفلس. وذلك؛ لأن دراسة خراج المال في حال استرداده ترتبط ارتباطاً وثيقاً برجوع صاحب المال في ماله، وبالتالي فسخ العقد، واسترداد ماله، وأثره فيما زاد فيه عند المفلس.

بعد ذلك ندرس أصل الموضوع كما تقتضيه طبيعته، فيكون على النحو التالي:

التمهيد: التعريف بالإفلاس، والتفليس، والمفلس، ورجوع صاحب المال في ماله إذا أدركه بعينه عند المفلس.

ضمان المال في حال رجوع صاحب المال في ماله واسترداده بإفلاس المدين.

خراج المال في حال رجوع صاحب المال في ماله واسترداده بإفلاس المدين.

التمهيد

التعريف بالإفلاس، والتفليس، والمفلس، ورجوع صاحب المال في ماله إذا أدركه بعينه عند المفلس.

أولاً: التعريف بالإفلاس، والتفليس، والمفلس لغةً وشرعاً:

١ - لغةً:

أصلها (فلس): الفاء، واللام، والسين، كلمة واحدة، وهي: الفلس: الذي يتعامل به، وجمعه في القلة: أفلس، وفي الكثرة: فلوس.

وإفلاس مصدر: أفلس يفلس إفلاساً. وحقيقته: الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر. يقال: أفلس الرجل: إذا أعدم، وصار مفلساً. ويُراد به:

١ - صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير.

٢ - صار إلى حال ليس له فيها فلس أو فلوس.

فهو مفلس، وجمعه: مفاليس.

وتفليس مصدر: فلسه يفلسه تفليساً، يقال: فلسه القاضي: قضى بإفلاسه، وشهره بين الناس بأنه أفلس، حين ظهر حاله^(١).

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٤/٤٥١)، مادة: (فلس)، والنسفي: طلبية الطلبة (ص٢٨٩)، والرازي: مختار الصحاح (ص٥٣٦)، مادة: (فلس)، والنووي: تحرير التنبيه (ص٢١٧، ٢١٨)، وابن منظور: لسان العرب (٥/٣٤٦٠)، مادة: (فلس)، والفيومي: المصباح المنير (ص١٨٣)، مادة: (فلس).

ب - شرعاً:

يلاحظ هنا أن أكثر الفقهاء - على اختلاف مذاهبهم - تعرضوا لتعريف المفلس فقط، دون الإفلاس، إلا أنه يمكن استخراجه من تعريف المفلس عندهم.

يقول ابن رشد (ت ٥٩٥هـ) معرفاً الإفلاس: «الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين:

أحدهما: أن يستغرق الدين مال المدين، فلا يكون في ماله وفاء بديونه. الثاني: أن لا يكون له مال معلوم أصلاً»^(١).

فالإفلاس إذن عند ابن رشد الحفيد هو: عبارة عن استغراق الدين مال المدين، بحيث لا يكون فيه وفاء بديونه.

ويمكن تعريفه بأنه: إحاطة الدين بمال المدين. أخذاً من تعريف المالكية للمفلس الآتي.

وأما تعريف المفلس فقد عرفه:

- ١ - المالكية بأنه: «من أحاط الدين بماله»^(٢).
- ٢ - الشافعية بأنه: «من لا يفي ماله بدينه»^(٣). وبه عرفه الزيدية أيضاً^(٤).
- ٣ - الحنابلة بأنه: «من دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله»^(٥).
- ٤ - الظاهرية بأنه: «من لا يبقى له شيء بعد الغرماء»^(٦).
- ٥ - الإمامية بأنه: «من عليه ديون، ولا مال له يفي بها»^(٧).

(١) راجع: بداية المجتهد (٢/٢٨٠).

(٢) راجع: مختصر الخليل (٢/٨٧) مع جواهر الإكليل.

(٣) راجع: المحلى: شرح المنهاج (٢/٢٨٥)، والشرييني: مغني المحتاج (٢/١٤٦).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٦/٨٠).

(٥) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٤٩٣).

(٦) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٤٨٤ م ١٢٨٣).

(٧) راجع: يحيى بن سعيد الحلبي: الجامع للشرائع (ص ٣٦١)، والعاملي: مفتاح الكرامة

٦ - الإباضية بأنه: «من تزيد ديونه على موجوده»^(١).
هذا في الشرع، وأما في العرف فهو: «من لا مال له»^(٢).

ثانياً: رجوع صاحب المال في ماله إذا أدركه بعينه عند المفلس:

إذا وجد صاحب المال ماله بعينه عند المفلس في البيع، والقرض، وغيرهما، فهل يحق له الرجوع فيه، وبالتالي فسخ العقد، واسترداد ماله؟
اختلف الفقهاء حول هذا على قولين:

القول الأول: إن لصاحب المال الحق في الرجوع فيه، فله فسخ العقد، واسترداده، إلا أنه مشروط بشروط مخصوصة عند الفقهاء: روي ذلك عن عثمان (ت ٣٥هـ)، وعلي (ت ٤٠هـ)، وأبي هريرة (ت ٥٧هـ) رضي الله عنه من الصحابة، وبه قال عروة بن الزبير (ت ٩٤هـ)، وطاووس (ت ١٠٦هـ)، وقتادة (ت ١١٣هـ)، وعطاء (ت ١١٤هـ)، والزهري (ت ١٢٥هـ) من التابعين، والأوزاعي (ت ١٥٧هـ)، وعبيد الله بن الحسن العنبري (ت ١٦٨هـ)، وإسحاق بن راهويه (ت ٢٣٨هـ)، وأبو ثور (ت ٢٤٠هـ)، وابن المنذر (ت ٣١٨هـ)^(٣)، وإليه ذهب الأئمة الثلاثة، وأصحابهم: مالك^(٤) (ت ١٧٩هـ)، والشافعي^(٥) (ت ٢٠٤هـ)، وأحمد^(٦) (ت ٢٤١هـ)، وداود الظاهري (ت ٢٧٠هـ).

(١) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٦٠٨/١٣).

(٢) راجع: المحلى: شرح المنهاج (٢/٢٨٥)؛ والشرييني: مغني المحتاج (٢/١٤٦).

(٣) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٨/٢٦٣ - ٢٦٥)، وابن المنذر: الإشراف (٢/٦١)، وابن حزم: المحلى (٦/٤٨٤ - ٤٨٦ م ١٢٨٣)، والبيهقي: شرح السنة (٨/١٨٧)، وابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢٨٣)، وابن قدامة: المغني (٤/٤٩٤).

(٤) راجع: الباجي: المنتقى (٥/٨٩)، وابن رشد: المقدمات (٢/٣٣٤، ٣٣٨)، وابن رشد الحفيد: المرجع السابق، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٧٤).

(٥) راجع: الشيرازي: المهذب (١٣/٢٩٧) مع تكملة المجموع، والقفال: حلية العلماء (٤/٤٨٩، ٤٩٥)، والرافعي: فتح العزيز (١٠/١٩٦، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٤٣)، والنووي: المنهاج (٢/١٥٧، ١٥٨)، والأنصاري: فتح الوهاب (١/٢٠٣).

(٦) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٤/٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٨)، وابن النجار: منتهى الإرادات (١/٤٣٠)، والبهوتي: كشف القناع (٣/٤٢٥).

وأصحابه^(١)، والقاسمية^(٢) من الزيدية^(٣)، والإمامية^(٤)، والإباضية^(٥).

القول الثاني: إن لصاحب المال ليس له الحق في الرجوع في ماله، بل يكون أسوة للغرماء: به قال النخعي (ت ٩٦هـ)، والحسن البصري (ت ١١٠هـ)، وزيد بن علي (ت ١٢٢هـ)، وإليه ذهب ابن شبرمة (ت ١٤٤هـ)^(٦)، والإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)، وأصحابه - إذا كان قد قبضه بالإذن^(٧) -، والناصر (ت ٣٠٤هـ) من الزيدية^(٨).

هذا الخلاف بين الفقهاء بعد القبض، وأما قبله، فلا خلاف بين أهل العلم في أن صاحب المال أحق به^(٩). يقول ابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ):
«أما قبل القبض فالعلماء متفقون: أهل الحجاز، وأهل العراق: أن صاحب السلعة أحق بها؛ لأنها في ضمانه»^(١٠).

- (١) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٤٨٤ - ٤٨٦م/١٢٨٣).
- (٢) هم: أتباع القاسم بن إبراهيم الرسي، الحسني، المتوفى (ت ٤٤١هـ).
- (٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٦/٨٣)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٤/٢٧٩).
- (٤) راجع: الحلبي: الجامع للشرائع (ص ٣٦١)، والمحقق المحلى: قواعد الأحكام (٥/٣٣٩)، وشرائع الإسلام (٢/٩٠)، والشهيدين: اللمعة والروضة (٤/٢٥)، والعالملي: مفتاح الكرامة (٥/٣٣٩).
- (٥) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (١٣/٦٣١)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (١٣/٦٣٢، ٦٣٥).
- (٦) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٨/٢٦٦)، وابن المنذر: الإشراف (٢/٦١)، وابن حزم: نفس المرجع السابق؛ والبغوي: شرح السنة (٨/١٨٧)؛ وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢/٢٨٣)، وابن قدامة: المغني (٤/٤٩٤).
- (٧) راجع: المرغيناني: الهداية (١٠/١٤٦) مع البناية، والزيلعي: تبيين الحقائق (٥/٢٠١)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٢/٤٤٣)، والحصكفي: الدر المختار (٦/١٥٢)، والدر النقي (٢/٤٤٣).
- (٨) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق؛ وابن مفتاح: المرجع السابق (٤/٢٨٠).
- (٩) راجع: الزيلعي: المرجع السابق، وداماد أفندي: المرجع السابق (٢/٤٤٤)، وابن رشد: المقدمات (٢/٣٣٤)، وابن حزم: المرجع السابق (٦/٤٨٩م ١٢٨٣)، وابن مفتاح: نفس المرجع السابق، وأطفيش: نفس المرجع السابق (١٣/٦٣٢، ٦٣٧).
- (١٠) راجع: نفس المرجع السابق (٢/٢٨٤).

تبين أن للعلماء رأيين أحدهما: أحقية الرجوع لصاحب المال في ماله إذا أدركه بعينه عند المفلس، فعند هؤلاء يكون مجال للبحث عن أثر فسخ العقد، واسترداد المال فيما زاد فيه عند المفلس، وأما أصحاب الرأي الثاني الذين يرون عدم أحقية الرجوع، فليس عندهم مجال للبحث عما نحن فيه. ثم إن أحقية الرجوع لصاحب المال في ماله واسترداده مشروط بشروط معينة ومخصوصة عند القائلين بها. تراجع تلك الشروط في كتبهم الفقهية. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يختص بالمبيع في البيع كما ورد به النص في بعض الطرق، بل يجري في غيره من المعاوزات، إما قياساً عليه، وإما عملاً بعموم النص لدخول غيره في عمومه. بعد هذا التمهيد نعود إلى أصل الموضوع.



ضمان المال وخراجه في حال رجوع صاحب المال في ماله، واسترداده بإفلاس المدين

أولاً: ضمانه:

لا يوجد خلاف بين الفقهاء - على اختلاف مذاهبهم - في أن المال الذي أدركه صاحبه بعينه عند المفلس، كان قد دخل في ملكه بالعقد، وفي ضمانه بالقبض، فهو إذن من ضمان المفلس بالاتفاق.

ثانياً: خراجه:

إذا وجد صاحب المال ماله بعينه عند المفلس، فرجع فيه - أي: فسخ العقد، واسترجع ماله، مع توفر شروط الرجوع فيه، وقد زاد قبل ذلك عند المفلس. فالزيادة لا تخلو من أن تكون متصلة من كل وجه، ومنفصلة من كل وجه، ومتصلة من وجه دون وجه؛ فهي ثلاثة أضرب^(١):

١- الضرب الأول: الزيادة المتصلة من كل وجه كالسمن، والكبر، وتعلم الحرفة، والصناعة، والكتابة، ونحو ذلك:

اختلف الفقهاء فيمن تكون له هذه الزيادة على رأيين:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء: المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والقاضي

(١) هكذا قسم الزيادة الرافعي (ت ٦٢٣هـ) من الشافعية في فتح العزيز (١٠/٢٥١).

(٢) راجع: الباجي: المنتقى (٩٤/٥).

(٣) راجع: الشيرازي: المهذب (٣١٢/١٣) مع التكملة، والغزالي: الوجيز (١٠/٢٥٠)، =

(ت٤٥٨هـ)، وأصحابه من الحنابلة^(١)، والزيدية^(٢)، والإمامية في قول^(٣): أنها تتبع الأصل في الرجوع، فيرجع صاحب المال فيه مع الزيادة، فتكون له تبعاً للأصل.

الرأي الثاني: يرى بعض الحنابلة^(٤)، والإمامية في قول آخر^(٥): أنها لا تتبع الأصل في الرجوع، فيرجع فيه دون الزيادة، فتكون للمفلس، فيرجع على صاحب الأصل بقيمتها؛ إذ لا يمكن فصلها عنه، وتسليمها إليه.

هذه الزيادة في الجسم، أو العين. وأما الزيادة في القيمة بالسوق:

فقد ذهب الإمام مالك (ت١٧٩هـ) إلى أن الغرماء يخبرون بين أن يعطوا رب السلعة الثمن الذي باعها به، ولا ينتقصوه شيئاً، وبين أن يسلموا إليه سلعته^(٦).

فالزيادة - في حالة إعطاء رب السلعة الثمن الذي باعها به - هي للمفلس، وفي حالة تسليمها إليه، هي لرب السلعة، تبعاً للأصل.

وذهب الشافعية^(٧)، وبعض الزيدية^(٨) إلى أنها لصاحب المال.

وذهب بعض الزيدية إلى أنها للمفلس^(٩).

= والرافعي: المرجع السابق، والنووي: روضة الطالبين (١٥٩/٤)، والمنهاج (٢/١٦١) مع مغني المحتاج.

(١) راجع: ابن رجب: القواعد (ص١٥٨ ق٨١)، والبهوتي: كشف القناع (٤/٤٣٠).

(٢) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٨٤/٦)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٤/٢٨١).

(٣) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٩١/٢)، والشهيدان: اللمعة والروضة (٤/٢٥)، والنجفي: جواهر الكلام (٣٥٧/٢) طبعة حجر بإيران.

(٤) راجع: ابن رجب: المرجع السابق (ص١٥٨، ١٥٩ ق٨١).

(٥) راجع: الشهيدان: المرجعين السابقين، والنجفي: المرجع السابق.

(٦) راجع: الباجي: المنتقى (٩٢/٥).

(٧) راجع: الشريبي: مغني المحتاج (١٦٤/٢).

(٨) راجع: ابن مفتاح: المرجع السابق.

(٩) راجع: ابن مفتاح: المرجع السابق.

وأما الحنابلة فلم يصرحوا بأنها لمن تكون؟ ولكن يمكن تخريج حكمها بناء على حكم النماء المتصل في الأعيان المملوكة العائدة إلى من انتقل الملك عنه بالفسوخ، فهو يتبع الأعيان على ظاهر المذهب، وعليه، فتكون الزيادة لصاحب المال تبعاً للأصل. وقد أشار إليه ابن رجب (ت ٧٩٥هـ) في تأويل رواية عن الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ): «إذا زادت العين، أو نقصت يرجع في الزيادة، والنقصان... وهذا يحتمل أن يراد به زيادة السعر ونقصانه».

والمنصوص عن الإمام أحمد أنه لا يتبع الأعيان، وهو اختيار بعض المحققين من أصحابه، «وقد نص - الإمام - أحمد على الرجوع بقيمة النماء المتصل صريحاً، كما قال الشيرازي في رواية ابن منصور فيمن اشترى سلعة، فنمت عنده، وكان بها داء، فإن شاء المشتري حبسها، ورجع بقدر الدواء، وإن شاء ردّها ورجع عليه بقدر النماء»^(١)، ولذلك فيقول ابن رجب (ت ٧٩٥هـ): «ويتخرج من رواية ابن منصور في الرد بالعيب أن يرجع البائع ههنا - أي: في الإفلاس - ويرد قيمة الزيادة، كما لو صبغ المفلس الثوب»^(٢). هذا في الزيادة في العين، فكذلك في الزيادة في القيمة بناءً عليه، فتكون للمفلس.

الأدلة

أولاً: أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدلوا على ما يرونه من أن صاحب المال يرجع في الزيادة المتصلة، كما يرجع في الأصل، فتكون له - بأدلة من السنة، والمعقول؛ وهي فيما يلي:

١ - عموم قوله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره»^(٣).

(١) راجع: ابن رجب: القواعد (ص ١٥٧، ١٥٨ ق ٨١).

(٢) راجع: المرجع السابق (ص ١٥٩ ق ٨١).

(٣) متفق عليه: أخرجه البخاري في: صحيحه: الاستقراض: باب إذا وجد ماله عند مفلس =

وجه الدلالة: أن من وجد عين ماله عند المفلس مع النماء المتصل به، يصدق عليه أنه وجد عين ماله، بل الظاهر عدم صدق أن معها غيرها^(١).

٢ - الزيادة المتصلة بزيادة لا تتميز عن الأصل، فتبعته في الرجوع بها كالرد بالعيب^(٢).

٣ - هذه الزيادة صفة محضة، وليست من فعل المفلس، فلا تعد مالاً له^(٣).

٤ - «الفسخ هنا كالفسخ بالخيار الذي هذه الزيادة فيه لمن عادت العين له به»^(٤).

ثانياً: أدلة أصحاب الرأي الثاني:

استدلوا على ما يرونه من أن صاحب المال يرجع في الأصل فقط دون الزيادة، فتكون للمفلس - بأدلة من المعقول، وهي فيما يلي:

١ - أنها زيادة حصلت في ملك المفلس، فهي مملوكة له، فلم يستحق صاحب المال أخذها مجاناً دون مقابل لها من العوض^(٥).

٢ - أن الرجوع في عين المال هو: فسخ، استحق به استرجاع العين فقط، فلم يستحق أخذ الزيادة^(٦) دون دفع بدل لها وهو قيمتها.

= في البيع، والقرض، والوديعة فهو أحق به (٧٦/٥ ح ٢٤٠٢) مع فتح الباري، ومسلم في: صحيحه: المساقاة: باب من أدرك ما باعه عند المشتري، وقد أفلس، فله الرجوع فيه (٤٨٠/١٠ ح ٢٢ - ١٥٥٩) مع شرح النووي.

(١) راجع: الشهيد الثاني: الروضة البهية (٢٥/٤)، والنجفي: جواهر الكلام (٣٥٧/٢) طبعة إيران.

(٢) راجع: الشيرازي: المهذب (٣١٢/١٣)، والمطيني: تكملة المجموع (٣١٣/١٣)، وابن رجب: القواعد (ص ١٥٧، ١٥٨)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٨٤/٦)، والحلي: شرائع الإسلام (٩١/٢)، والنجفي: المرجع السابق.

(٣) راجع: الشهيد الثاني: المرجع السابق؛ والنجفي: المرجع السابق.

(٤) راجع: النجفي: نفس المرجع السابق.

(٥) راجع: ابن قدامة: المغني (٥٠٥/٤)، والحلي: تذكرة الفقهاء (٦٥/٢).

(٦) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٥٠٧/٤).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول:

نوقش الدليل الأول وهو من السنة: حديث أبي هريرة رضي الله عنه: من أدرك ماله...:

بأنه محمول على من وجد متاعه على صفته، ليس بزائد، وعليه، فإذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه، واسترجع ما لم يخرج عنه^(١).

ونوقش الدليل الثاني وهو من المعقول، وهو: قياس الرجوع في الزيادة على تبعية الزيادة للأصل في الرد بالعيب، بما يأتي:
١ - أنه قياس مع الفارق بوجهين:

أحدهما: أن الفسخ فيه - الرد بالعيب - من المشتري، فهو راضٍ بإسقاط حقه من الزيادة، وتركها للبائع خلاف مسألتنا.

الثاني: «أن الفسخ ثم لمعنى قارن العقد، وهو العيب القديم، والفسخ ههنا بسبب حادث، فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة»^(٢).

٢- أن الزيادة المتصلة لا تتميز عن الأصل بمعنى أنها لا تنفصل عنه، فتبغته في الرجوع بها - من هذه الناحية - هذا مسلّم به، ولكنها هل أصبحت ملكاً لمن رجع إليه الأصل تبعاً لذلك، فهذا ما لا نسلّم به، وذلك؛ لأنها لم تصل من البائع إلى المشتري - أي: ليست مما وقع عليه الشراء، بل إنها حدثت بعد العقد في ملك من انتقل إليه ملك أصلها بالعقد، وفي ضمانه، فكيف يتملكها من لم تحدث في ملكه، ولا في ضمانه؟ بل إنها ملك لمن حصلت في ملكه، وضمنه، وهو المفلس. وهذا هو المنصوص عن الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في الرد بالعيب، فههنا من باب أولى تخريجاً عليه. يقول ابن رجب (ت ٧٩٥هـ):

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٥٠٦).

(٢) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق، ويراجع أيضاً: ابن رجب: القواعد (ص ١٥٨).

«ويتخرج من رواية ابن منصور في الرد بالعيب أن يرجع البائع ههنا، ويرد قيمة الزيادة، كما لو صبغ المفلس الثوب»^(١).

نوقش الدليل الثالث وهو: الزيادة صفة محضة، وليست من فعل المفلس فلا تعد مالا له - بوجوه:

١ - القول: بأن الزيادة المتصلة صفة محضة غير صحيح على إطلاقه، بل بعضها عينية ككبر الشجر، وسمن الحيوان.

٢ - سلمنا - تنزلاً - أنها صفة محضة، ولكننا لا نسلّم بأنها ليست من فعل المفلس؛ لأن الشجرة مثلاً يسقيها المفلس، ويعالجها، ويعمل على نموها. وكذلك الحيوان يعلفه من ماله، ويصرف على تسمينه، وينفق على نموه. كما أن تعليم العبد الحرفة، والصناعة كثيراً ما يكلف المولى المال، والأوقات.

فاتضح أن هذه الزيادة إن لم تكن من فعل المفلس مباشرة، فهي من فعله تسبباً.

٣ - سلمنا كذلك أنها ليست من فعل المفلس، ولكنها حصلت في ملكه وضمائه. ومن أسباب الملكية: التولّد من المملوك، فكيف لا تعد مالا لمن حدثت في ملكه؟ يقول النجفي (ت ١٢٦٦هـ) من فقهاء الإمامية: «إنها زيادة عينية وقعت في ملك المشتري، وإن لم تكن من فعله، فهي في الحقيقة عين مال البائع مع شيء آخر. ومن هنا كان خيرة جماعة منهم أن الزيادة للمفلس، لكنها لا تمنع من رجوع البائع، لعدم سلبها صدق اسم وجدان العين، فإذا رجع كان شريكاً معه بالنسبة»^(٢).

٤ - هذه الزيادة تنفق لأجلها الأموال، ولتنميتها، كما أن العقلاء يدفعون أموالاً لأجل حصولها، وتملكها. وإذا كان كذلك، فكيف لا تعد مالا لمن تحصلت في ملكه، ومن مملوكه؟ وهو المفلس.

(١) راجع: القواعد (ص ١٥٩ ق ٨١).

(٢) راجع: جواهر الكلام (٣٥٧/٢) ط. إيران.

نوقش الدليل الرابع وهو: قياس الفسخ هنا على الفسخ بالخيار: بالفرق بينهما بثبوت استحقاق الرجوع بأصل العقد في الخيار بخلافه هنا^(١)، وبما نوقش به الدليل الثاني.

ثانياً: مناقشة أدلة الرأي الثاني:

لم نقف على من ناقشها، وأورد عليها ملاحظات.

الرأي الراجح

هو الرأي الذي يرى: أن الزيادة المتصلة - سواء كانت في العين، أم في القيمة - للمفلس، ولكنها لا يمكن فصلها عن الأصل، فيرجع على صاحب الأصل بقيمتها، أو يكون شريكاً معه بنسبة ما زاد. وذلك لسببين:

أحدهما: أن أدلة الرأي الذي يرى: أنها تكون لصاحب الأصل مجاناً لم تسلم من النقاش وبالتالي لم ينهض منها دليل يعول عليه للاستدلال به. وأما أدلة الرأي الذي يرى: أنها تكون للمفلس، لم ترد عليها ملاحظات. وهي بذلك سلمت، ونهضت أدلة صالحة للاحتجاج بها.

الثاني: أن المال قبل رجوع صاحبه فيه ملك المفلس، وفي ضمانه باتفاق الفقهاء. وعليه، فإن الزيادة حدثت في ملكه، وفي ضمانه، فتكون له؛ لأنها نماء ملكه، وبمقابل الضمان الناشئ عن السبب المشروع وهو الملك، عملاً بعموم قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»؛ فإنه بعمومه يدل على أن النماء سواء أكان متصلاً، أم منفصلاً يكون لمن عليه الضمان، وهو المفلس هنا.

لله الضرب الثاني: الزيادة المنفصلة من كل وجه كالولد، والثمرة، والصوف، والغلة:

هذه الزيادة إما أن تكون من جنس العين كالولد، وإما أن تكون من غير جنسها كالثمر والصوف، واللبن، والغلة.

(١) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٣٥٧/٢) ط. إيران.

أولاً: ما كان من جنس العين من الزوائد كالولد:

لو اشترى دابة فولدت عنده، ثم أفلس، ورجع البائع في العين، فلمن يكون الولد؟ اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: إنه للمفلس: به قال جمهور الفقهاء: ابن عبد البر (ت ٤٦٣هـ) من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وأكثر الحنابلة، وهو الأصح والأظهر^(٣)، والظاهرية^(٤)، والزيدية^(٥)، والإمامية^(٦)، والإباضية في قول^(٧).
القول الثاني: إنه للبائع: به قال الإمام مالك^(٨) (ت ١٧٩هـ)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) وبعض أصحابه^(٩).

سبب الخلاف:

بالنظر في أدلة كل من القولين يبدو أن سببه يرجع إلى:

أن ما كان من نماء من جنس العين هل حكمه حكم العين، أو الزيادة المتصلة؟ فمن رأى أن حكمه حكم العين؛ لأنه من جنسها، أو حكم الزيادة

- (١) راجع: الكافي (ص ٧١٤).
- (٢) راجع: الغزالي: الوجيز (٢٥٠/١٠)، والرافعي: فتح العزيز (٢٥١/١٠)، والنووي: الروضة (١٥٩/٤)، والمنهاج (١٦١/٢).
- (٣) راجع: ابن قدامة: المغني (٥٠٧/٤)، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٩ ق ٨٢)، والبهوتي: كشف القناع (٤٣٠/٣).
- (٤) هذا تخريجاً على ما يقول ابن حزم في الرد بالعيب: «ومن رد بعيب، وقد اغتل الولد، واللبن، والشمرة، والمخراج، وغير ذلك، فله الرد، ولا يرد شيئاً من كل ذلك». راجع: المحلى (٥٨٧/٧ م ١٥٩١).
- (٥) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٨٤/٦)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٤/٢٨١).
- (٦) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٩١/٢)، والشهيد الأول والثاني: اللمعة والروضة (٢٥/٤)، والنجفي: جواهر الكلام (٣٥٧/٢) ط. إيران.
- (٧) هذا القول مخرج على قول في الرد بالعيب من أن المشتري يمسك نتاج الحيوان، ولا يلزمه رد ذلك. راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٤٧٨/٨).
- (٨) راجع: الباجي: المنتقى (٩٤/٥).
- (٩) راجع: ابن قدامة: نفس المرجع السابق، وابن رجب: المرجع السابق.

المتصلة، قال: يكون لصاحب الأصل تبعاً له. ومن رأى أن حكمه يختلف عن حكم العين، والزيادة المتصلة؛ لأنه زيادة على العين، منفصلة عنها، قال: يكون للمفلس.

الأدلة

أولاً: أدلة القول الأول:

استدلّ القائلون: بأن الولد للمفلس بالسنة، والمعقول:

أما السنة: فبقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»^(١).

وجه الدلالة: فهو «يدل على أن النماء، والغلة للمشتري لكون الضمان عليه»^(٢)؛ لأن الخراج: «كل ما خرج من شيء، وحصل من نفعه. فخراج الحيوان: نسلها، ودرها»^(٣).

وأما المعقول: فبوجهين:

أحدهما: أنه زيادة نمت، وانفصلت في ملك المشتري، فكانت له، كما تكون له في الرد بالعيب^(٤).

الثاني: «أنه فسخ استحق به استرجاع العين، فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة، كفسخ البيع بالعيب، أو الخيار، أو الإقالة، وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ»^(٥).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٥٠٧/٤).

(٣) راجع: الخطابي: غريب الحديث (٣٦٦/٢).

(٤) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق، وابن رجب: القواعد (١٦٩/٢ ق ٨٢)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٨٤/٦)، والنجفي: جواهر الكلام (٣٥٧/٢) طبعة إيران؛ وأطفيش: شرح كتاب النيل (٦٣٥/١٣).

(٥) راجع: ابن قدامة: نفس المرجع السابق.

ثانياً: أدلة القول الثاني:

- استدلّ القائلون: بأن الولد لصاحب الأصل - بالقياس من وجهين:
- أ - أنه نماء من جنس العين كالسمن، فكان له أخذه، وأخذ ثمنه، إن كان قد باعه المفلس^(١).
- ب - أنه زيادة، فكانت للبائع كالمتمصلة^(٢).

مناقشة الأدلة

أولاً: نقاش ما استدل به أصحاب القول الأول من الأدلة:

لم نجد من تعرض لها بالنقاش.

ثانياً: نقاش ما استدل به أصحاب القول الثاني من الأدلة:

نوقش الدليل الأول وهو: أن الولد نماء من جنس العين، فهو لمن له العين - بوجوه:

أ - أنه نماء من جنس العين، مسلّم، ولكنه ليس نفس العين، كما أنه ليس بمتصل بها، بل إنه منفصل كغيره من النماء المنفصل، فلم يثبت أنه كالسمن.

ب - أنه نماء حدث في مال المفلس، وفي ملكه، فكيف يكون للبائع؟

ج - أن كونه للبائع يخالف عموم قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»؛ إذ إن الضمان الناشئ من الملك هنا من المفلس، فيكون النماء له بمقابل الضمان منه، لا للبائع.

نوقش الدليل الثاني وهو: أنه زيادة، فكانت للبائع كالمتمصلة -

بوجوه:

أ - «الفرق - بين المقيس والمقيس عليه - ظاهر؛ فإن المتمصلة تتبع - الأصل -

(١) راجع: الباجي: المتقى (٩٤/٥).

(٢) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق نفسه.

- في الفسوخ، والرد بالعيب، بخلاف المنفصلة»^(١).
- ب - النماء حدث، والمبيع كان في ملك المفلس، فهو إذن حدث في ملكه، فيكون مملوكاً له، لا للبائع.
- ج - هو قياس في مقابل النص، فلا مدخل له هنا، ولا اعتبار له.

القول المختار:

الأولى بالاختيار هو قول جمهور الفقهاء: بأن الولد للمفلس، وهو ما يقتضيه ما يأتي من الأدلة:

- ١ - قوله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس - أو إنسان قد أفلس - فهو أحق به من غيره»^(٢)؛ إذ إنه يدل على «أن الرجوع إنما يقع في عين المتاع دون زوائده المنفصلة - منها الولد -؛ لأنها حدثت على ملك المشتري، وليست بمتاع البائع»^(٣).
- ٢ - قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان». والخراج اسم لما خرج من الشيء من عين، أو منفعة^(٤). يقول الخطابي (ت٣٨٨هـ): «كل ما خرج من شيء وحصل من نفعه، فهو خراجه، فخراج الشجر: ثمرها، وخراج الحيوان: نسلها ودرها»^(٥) فيكون الولد للمفلس بمقابل ضمان أصله منه.
- ٣ - أنه نماء حدث في ملك المفلس، فيكون مملوكاً له؛ لأنه نماء ملكه في ضمانه.
- ٤ - أنه ليس مما وقع عليه العقد، فليس لصاحب المال حق الرجوع فيه.
- ٥ - قياساً على غيره من الزوائد المنفصلة. فكما يكون غيره للمفلس، فكذلك هو قياساً عليه.

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٥٠٧). (٢) سبق تخريجه.

(٣) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٥/٧٩).

(٤) راجع: السبكي: تكملة المجموع (١٢/١٩٩).

(٥) راجع: غريب الحديث (٢/٣٦٦).

٦ - أنه نماء من جنس العين، ولكنه ليس نفس العين - والفرق بين - فليس له حق الرجوع فيه.

ثانياً: ما كان من النماء والزوائد من غير جنس العين كالثمرة، والصوف، واللبن، والغلة:

إذا حدث هذا النوع من النماء، والزوائد بعد العقد، ثم أفلس من انتقل إليه الملك، ورجع صاحب أصولها في أصوله، فلمن يكون؟ هذا مما اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: أنه للمفلس: ذهب إليه: الشافعية^(١)، وأكثر الحنابلة وهو الأصح^(٢)، والظاهرية^(٣)، والزيدية^(٤)، والإمامية^(٥)، والإباضية^(٦).

الرأي الثاني: أنه لمن له الأصول: ذهب إليه بعض الحنابلة^(٧).

الرأي الثالث: التفصيل: إذا كان منفصلاً عن أصوله غير متصل بها، فيكون للمفلس، وأما إذا كان باقياً على أصوله، متصلاً بها، فيكون لصاحب الأصول تبعاً لها: ذهب إليه المالكية^(٨).

(١) راجع: الغزالي: الوجيز (٢٥٠/١٠) مع فتح العزيز؛ والرافعي: فتح العزيز (١٠/٢٥١)، والنووي: الروضة (١٤٩/٤)، والمنهاج (١٦١/٢) مع مغني المحتاج.

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٥٠٧/٤)، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٩ ق ٨٢)، والبهوتي: كشاف القناع (٤٣٠/٣)، والرحياني: مطالب أولي النهى (٣٨٥/٣).

(٣) تخريجاً على النماء، والزوائد المنفصلة في الرد بالعيب - كما سبق -. راجع: ابن حزم: المحلى (٥٨٧/٧ م ١٥٩١).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٨٤/٦)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٤/٢٨١).

(٥) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٩١/٢)، والشهيد الأول والثاني: اللعة وشرحها: الروضة البهية (٢٥/٤، ٢٦)، والنجفي: جواهر الكلام (٣٥٧/٢) ط. إيران.

(٦) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٦٣٥/١٣).

(٧) راجع: المراجع السابقة للمذهب.

(٨) راجع: الباجي: المنتقى (٩٥/٥)، وشرح الخراشي (٢٨٥/٥)، والدردير: الشرح الكبير (٢٨٧/٣)، والشرح الصغير (٤٩٢/٤، ٤٩٣)، وحاشية الدسوقي (٢٨٧/٣).

سبب الخلاف:

يرجع إلى أن:

- من رأى أن هذا النوع من النماء منفصل عن الأصل، وقد حصل في ملك المفلس، قال: يكون له.

- ومن رأى أن الأصل مال البائع، فإذا رجع فيه، وقد زاد، قال: يكون له كالمتصلة.

- ومن رأى التفصيل: أنه إذا كان منفصلاً عن أصله غير متصل به، قال: إنه - في هذه الحال - يكون للمفلس؛ لأنه انفصل في ملكه قبل رجوع البائع فيه، وأما إذا كان باقياً على أصله متصلاً به، فقال: يكون للبائع؛ لأنه لم يفصل عن أصله، وقد رجع فيه البائع، فهو كالزيادة المتصلة.

الأدلة مع نقاشها

أولاً: أدلة الرأي الأول:

هي نفس الأدلة التي استدلت بها جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه - فيما كان من نماء من جنس العين كالولد - من أنه للمفلس تراجع هناك.

ثانياً: أدلة الرأي الثاني:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من أن النماء المنفصل للبائع: بأن الأصل مال البائع، وما نما منه، هو زيادة، فكانت له كالمتصلة^(١).

سبق نقاشه فيما كان النماء من جنس العين. فيراجع هناك.

ثالثاً: أدلة الرأي الثالث:

التفصيل: أصحاب هذا الرأي هم المالكية - لم يوردوا أي دليل على ما ذهبوا إليه من أن ما كان من النماء والزوائد من غير جنس العين - إذا كانت

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٥٠٧/٤)، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٩ ق ٨٢).

منفصلة عن أصولها تكون للمفلس، ولكن يمكن الاستدلال لهم بما استدل به الجمهور من الأدلة على ما ذهبوا إليه - فيما كان من النماء من جنس النماء - من أنه للمفلس. يراجع هناك.

ولكنهم استدلوا على ما ذهبوا إليه من أن النماء والزوائد من غير جنس العين إذا كانت باقية على أصولها متصلة بها - بما يأتي:

«أنها - أي: الثمرة، والصوف، والغلة - ما دامت متصلة بملك البائع، وغير مفارقة له؛ فإنها لم تزل عن ملكه، فكان له استرجاعها في الفلوس، كنماء الأغصان ما لم يطب من الثمر، وصوف الغنم»^(١).

نوقش بوجوه:

أحدها: أن السبب لتملك الشيء وتمليكه في عقود المعاوضات هو: تبادل العوضين عن طريق العقد بين الطرفين. وأما اتصال الشيء بالشيء، أو انفصاله عنه فليس له تأثير في تملكه وتمليكه، فلا يصح اعتباره أساساً لذلك.

الثاني: أن هذه الزوائد حينما حدثت، كانت الأصول مملوكة، فهي حصلت إذن في ملك المالك، وهو المفلس هنا، فهي مملوكة له، سواء فصلها عن أصولها أم لا.

الثالث: المقيس عليه هو: نماء الأغصان، وصوف الغنم، وكل منهما ليس منصوصاً عليه من قبل الشارع أنه للبائع، ولا هو متفق عليه بين الفقهاء، وإذا كان الأمر كذلك، فلا يصلح أن يكون مقيساً عليه. هذا من جانب.

ومن جانب آخر: أن الأغصان إذا نمت بعد الشراء، وكذلك الصوف، وارتفعت قيمة كل من الشجر والغنم لأجل النماء، فللمفلس أن يرجع على البائع بقيمة ذلك النماء عند الفقهاء القائلين: بكون النماء المنفصل للمفلس مطلقاً.

(١) راجع: الباجي: الممتقى (٩٥/٥).

الراجع:

هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول؛ لما سبق من أسباب فيما كان من النماء من جنس العين. فتراجع تلك الأسباب هناك.

الضرب الثالث: الزيادة المتصلة من وجه دون وجه كالحمل:

لو اشترى دابة حائلاً، فحملت بعد الشراء، ثم أفلس، وهي حامل، فزادت به قيمتها.

حول هذه الزيادة اختلف الفقهاء إلى فريقين:

الفريق الأول: هم جمهور الفقهاء: المالكية^(١)، والشافعية في وجه، وهو الأصح^(٢)، وبعض الحنابلة^(٣)، والزيدية في قول^(٤) ذهبوا إلى أن الحمل للبائع. الفريق الثاني: هم: الشافعية في وجه آخر، وهو مقابل الأصح^(٥)، وبعض الحنابلة^(٦)، والزيدية في قول^(٧)، والإمامية^(٨) ذهبوا إلى أنه للمفلس.

(١) إذا اشترى أمأ حاملاً، أو قبل الحمل، فولدت عنده، ثم أفلس، فيكون الولد للبائع، فمن باب أولى أن يكون الحمل له. راجع: الدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٢٨٦/٣).

(٢) بناء على أن الحمل لا حكم له. راجع: الشيرازي: المهذب (٣٢٠/١٣)، والغزالي: الوجيز (٢٥٢/١٠)، والرافعي: فتح العزيز (٢٥٣/١٠)، والنووي: الروضة (٤/١٦٠)، والمنهاج (١٦٢/٢) مع مغني المحتاج.

(٣) بناء على كون الحمل لا حكم له، فهو زيادة متصلة. راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٥٠٩)، وابن رجب: القواعد (ص ١٧٣ ق ٨٢).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٨٤/٦)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٤/٢٨٠).

(٥) بناء على أن الحمل له حكم. راجع: الشيرازي، والرافعي، والنووي: المراجع السابقة؛ وأضف إليها: المحلى: شرح المنهاج (٢/٢٩٥)، والشربيني: مغني المحتاج (١٦٢/٢).

(٦) هذا بناء على أن الحمل له حكم، فهو زيادة منفصلة. راجع: ابن قدامة، وابن رجب: المرجعين السابقين.

(٧) راجع: ابن المرتضى، وابن مفتاح: المرجعين السابقين.

(٨) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٣٥٧/٢) ط. إيران.

سبب الخلاف: هو:

- ١ - هل الحمل له حكم أو لا؟ فمن قال: لا حكم له، رجع عنده البائع فيهما - أي: يكون له؛ لأنه كالسمن، ومن قال: له حكم، رجع عنده في الدابة دون الحمل؛ لأنه كالمفصل.
- ٢ - هل هو كالم متصل، أو المنفصل؟ فمن رأى: أنه كالم متصل، قال: يتبع الأصل، فيكون لمن له الأصل، ومن رأى: أنه كالم منفصل، قال: لا يتبع الأصل، فيكون للمفلس.

الأدلة

أولاً: أدلة الفريق الأول:

احتج هؤلاء بما يأتي:

- ١ - أن الرجوع في البيع نقض له - أي: فكأن الحمل حدث في ملك البائع^(١).
- ٢ - أن الحمل تابع في البيع، فكذا في الرجوع^(٢).
- ٣ - أنه كالسمن^(٣)، فيكون للبائع، كما يكون السمن له.

ثانياً: أدلة الفريق الثاني:

احتج هؤلاء بما يأتي:

- ١ - أن الحمل نماء حدث في ملك المشتري المفلس، فهو نماء ملكه، فيكون له^(٤).

(١) راجع: حاشية الدسوقي (٢٨٦/٣).

(٢) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٢٥٣/١٠)، والمحلى: شرح المنهاج (٢٩٥/٢)، والشرييني: مغني المحتاج (١٦٢/٢)، وابن رجب: القواعد (ص ١٧٣ ق ٨٢).

(٣) راجع: الشيرازي: المهذب (٣٢٠/١٣).

(٤) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٣٥٧/٢) ط. إيران.

- ٢ - أنه كالمنفصل؛ لأن له حكماً^(١)، فيكون للمشتري المفلس كالمنفصل.
- ٣ - أن البائع إنما يرجع فيما كان موجوداً حال البيع، والحمل ليس كذلك، فيرجع في الأم فقط^(٢).

المناقشة

أولاً: مناقشة أدلة الفريق الأول:

نوقش الدليل الأول وهو: الرجوع في البيع نقض له... : بأنه ممنوع؛ فإن الفسخ بالفلس رفع للعقد من حينه^(٣).

نوقش الدليل الثاني وهو: الحمل تابع في البيع... : بأن الحمل تابع للبيع إذا كان موجوداً حين العقد؛ لأن له جزءاً من الثمن؛ فإنه مما وقع عليه الشراء، وليس كذلك هنا في حال الرجوع؛ إذ إنه حدث بعد الشراء.

نوقش الدليل الثالث وهو: الحمل؛ كالسمن... : بأنه قياس مع الفارق؛ إذ إن المقيس عليه وهو السمن، لا يمكن فصله عن الأصل، فهو متصل محض، بينما المقيس ينفصل بالوضع، فهو في حكم المنفصل.

ثانياً: مناقشة أدلة الفريق الثاني:

لم يرد عليها ملاحظات من قِبَل الفريق الأول، فهي صالحة للاحتجاج بها.

الراجع:

بالنظر في أدلة الفريقين يظهر جلياً أن ما ذهب إليه الفريق الثاني من أن الحمل ملك للمفلس هو أولى بالترجيح، والاختيار؛ لما تقدم من الأسباب. ويضاف إلى ذلك أن الحمل حدث بعد الشراء في ملك المفلس، وفي ضمانه، فيكون ملكاً له، عملاً بمبدأ (الخراج بالضمان)، ويرجع على صاحب الأصل بقيمته، أو يكون شريكاً معه بنسبة ما زاد به من القيمة.

(١) راجع: الشيرازي: المهذب (١٣/٣٢٠)، وابن قدامة: المغني (٤/٥٠٩)، وابن رجب: القواعد (ص ١٧٣ ق ٨٢).

(٢) راجع: الرافعي: فتح العزيز (١٠/٢٥٣)، والشربيني: مغني المحتاج (٢/١٦٢).

(٣) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٢/٣٥٧) ط: إيران.

المبحث الثالث

الخراج بالضمان في الشفعة

إن الحديث عن ضمان المشفوع فيه وخراجه يلزمنا أن نمهد لذلك أولاً بتعريف الشفعة، لكي نكون على إمام ومعرفة بماهيتها وحقيقتها قبل أن نخوض في الموضوع.

فيكون المبحث على النحو التالي:

التمهيد: التعريف بالشفعة.

ضمان المشفوع فيه.

خراج المشفوع فيه.

التمهيد التعريف بالشفعة

أولاً: لغةً:

الشفعة أصلها: (شفع) الشين، والفاء، والعين، أصل صحيح يدل على مقارنة الشئين. من ذلك: الشفع: خلاف الوتر^(١)، وهو: الزوج، تقول: كان وترأ فشفعته شفعاً، وشفع الوتر من العدد شفعاً: صيره زوجاً.

فاشتقاقها إما من الشفع وهو: الضم، يقال: شفعت الشيء شفعاً - من باب نفع -: إذا ضمنت إلى مثله، وثنيته. وسميت شفعة لضم نصيب إلى نصيب، أو لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع.

وإما من الشفعة: الزيادة، وهي: أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك، فتزيده وتشفعه بها - أي: تزيده بها، أي: أنه كان وترأ واحداً، فضم إليه ما زاده وشفعه به، وذلك؛ لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه، فيشفعه به، كأنه كان واحداً وترأ، فصار زوجاً شفعاً.

وسمي طالبها شفيعاً، والجمع: شفعاء، مثل: كريم وكرماء^(٢).

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٣/٢٠١)، مادة: (شفع).

(٢) راجع: الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن (ص٢٦٣)، مادة: (شفع)، والنسفي: طلبية الطلبة (ص٢٥٣)، والنووي: تحرير التنبيه (ص٢٣٦)، وابن منظور: لسان العرب (٤/٢٢٨٩، ٢٢٩٠)، مادة: (شفع)، والفيومي: المصباح المنير (ص١٢١)، مادة: (شفع)، والقونوي: أنيس الفقهاء (ص٢٧١).

ثانياً: اصطلاحاً:

فقد تعددت تعريفات الشفعة عند الفقهاء لتعدد الاعتبارات، نختار منها ما يعتبر أولى في المذاهب، وهي:

- ١ - عند الحنفية: «عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار»^(١).
 - ٢ - عند المالكية: «استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة»^(٢).
 - ٣ - عند الشافعية: «حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض»^(٣).
 - ٤ - عند الحنابلة: «استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه بعوض مالي أو مطلقاً»^(٤).
 - ٥ - عند الزيدية: «أخذ الشريك الجزء الذي باعه شريكه من المشتري بما اشتراه»^(٥).
 - ٦ - عند الإمامية: «استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع على أن يملكها من المشتري رضي أم لم يرض»^(٦).
 - ٧ - عند الإباضية: «تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض»^(٧).
- وأما الظاهرية فلم نقف على تعريف للشفعة عندهم.

ملاحظات حول هذه التعريفات:

- ١ - أن الشفعة - كما في تعريف الحنفية - لا تكون إلا في العقار فقط،

(١) راجع: قاضي زاده: تكملة فتح القدير (٨/٢٩٥).

(٢) راجع: الدردير: الشرح الصغير (٥/١١٤، ١١٥).

(٣) راجع: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٢/٢٩٦)، وحاشية القليوبي (٣/٤٢).

(٤) راجع: المرادوي: الإنصاف (٦/٢٥٠).

(٥) راجع: السياغي: الروض النضير (٣/٣٣٧).

(٦) راجع: محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (٤/١٢٣).

(٧) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل، وأطفيش: شرح كتاب النيل (١١/٣٢٠).

مع أنها تكون في غيره مما هو في حكمه؛ كالأشجار، والبناء^(١).
 ٢ - جاء في تعريف الحنفية (لدفع ضرر الجوار) فقط، مع أن الشفعة
 تثبت عندهم للشريك قبل الجار. هذا من جانب.
 ومن جانب آخر: أن دفع الضرر هو حكمة تشريع الشفعة، فهي خارجة
 عن حقيقتها.

٣ - ورد في تعريف الشافعية، والإباضية: (تملك قهري) مع أن تملك
 المشفوع فيه كما يتحقق للشفيع جبراً على المشتري، كذلك يتحقق له بالتراضي
 منه بتملكه إياه، متى سلمه باختياره، فالتعريف غير شامل.

هذا، ومعنى: (قهري) لا اختياري؛ لأن المشتري يسلم المشفوع فيه
 أراد أو كره، وإطلاق القهر في مقابلة عدم اشتراط الاختيار مجاز، وذلك أن
 المشتري قد يعطيه باختياره^(٢). والتعريف من شأنه إطلاق اللفظ على حقيقته.

٤ - الشفعة هي استحقاق أخذ، لا أخذ بالفعل - كما في تعريف
 الزيدية -؛ لأنه عارض لها كضده وهو الترك، لا ماهيتها.

٥ - كيف يصح مع القول في المذهب: «هي قبل التسليم، أو الحكم
 حق لا ملك»^(٣).

٦ - ما عدا تعريف الحنفية لم يتناول الجار الشريك في حقوق الملك
 كالطريق، مع أن الشفعة ثبتت له بحديث صحيح^(٤) إذا كان طريقهما واحداً.
 وهو قول البصريين وغيرهم من فقهاء الحديث^(٥)، وهو اختيار ابن تيمية
 (ت ٧٢٨هـ)^(٦)، وابن القيم (ت ٧٥١هـ)؛ إذ يقول محققاً بين أقوال العلماء:

(١) راجع: الحصكفي: الدر المنتقى (٤٧١/٢).

(٢) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٣٢٠/١١).

(٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (١٨/٥).

(٤) راجع: ابن القيم: أعلام الموقعين (١٤٤/٢)، والشيخ الألباني: إرواء الغليل (٥/٣٧٦ - ٣٧٩).

(٥) راجع: ابن القيم: المرجع السابق (١٤٩/٢، ١٥٠).

(٦) راجع: مجموع الفتاوى (٣٨٣/٣٠).

«الصواب: القول الوسط الجامع بين الأدلة - الذي لا يحتمل سواه، وهو قول البصريين، وغيرهم من فقهاء الحديث: إنه إن كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك من طريق، أو ماء، أو نحو ذلك ثبتت الشفعة، وإن لم يكن بينهما حق مشترك البتة - بل كان كل واحد منهما متميز ملكه وحقوق ملكه - فلا شفعة»^(١).

ثم يقول: «والقياس الصحيح يقتضي هذا القول؛ فإن الاشتراك في حقوق الملك شقيق الاشتراك في الملك، والضرر الحاصل بالشركة فيها؛ كالضرر الحاصل بالشركة في الملك أو أقرب إليه، ورفع مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع، ولا على المشتري، فالمعنى الذي وجبت لأجله شفعة الخلطة في الملك موجود في الخلطة في حقوقه. فهذا المذهب أوسط المذاهب، وأجمعها للأدلة، وأقربها إلى العدل»^(٢).

بعد هذه الملاحظات ليس أمامنا إلا تعريف الشفعة بما يتفادى ما ورد على تعريفات الفقهاء من ملاحظات، فهي:

استحقاق شريك - ولو في الحقوق - تملك حصة شريكه ممن انتقل ملكها إليه بما ملكها.

لفظ: (استحقاق) جنس للشفعة، يشمل الشريك وغيره، وهو: طلب الحق - أي: طلب شريك حق تملك حصة شريكه. ولفظ: (شريك) خرج به غير الشريك. وقولنا: (ولو في الحقوق) كالطريق ونحوه، ليشمل الجار وهو الشريك في الحقوق، مع شموله الشريك في الملك، ويسمى بالشفيع. ولفظ: (حصة شريكه) أريد به بيان محل الشفعة، ويسمى بالمشفوع فيه، ولفظ: (من انتقل ملكها إليه) هو المشفوع عليه، ولفظ: (بما ملكها) أريد به الثمن.

(١) راجع: أعلام الموقعين (٢/١٤٩).

(٢) راجع: نفس المصدر (٢/١٥٠، ١٥١).

ضمان المشفوع فيه

يتبين من دراسة الشفعة: أنها لا تثبت إلا فيما ملك من الشقص بتمام العقد، كالمبيع المملوك بتمام البيع مثلاً، فإذا تم البيع، فانتقل ملك المبيع إلى من اشتراه، فقد ثبتت الشفعة فيه. وهذا يعني أن حق الشفعة لا يثبت إلا بعد ثبوت ملك المشفوع فيه للمشتري وانتقاله إليه، وأما قبل ذلك فلا شفعة، فملك المشفوع فيه للمشتري لثبوت سبب الملك فيه وهو الشراء^(١).

وعليه، فإذا تلف المشفوع فيه كله أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه؛ لأنه - أي: المشفوع فيه - ملكه، وتلف في يده. هذا ما ذهب إليه كافة الفقهاء من المذاهب الفقهية^(٢).

خراج المشفوع فيه

إذا زاد المشفوع فيه في يد المشتري، ثم أخذه الشفيع، لم تخل الزيادة من خالين:

أحدهما: أن تكون الزيادة متصلة، كالشجر إذا كبر، والفسيل إذا طال وامتلاً، والثمرة غير الظاهرة.

الثاني: أن تكون الزيادة منفصلة، كالغلة، والأجرة، والطلع المؤبر، والثمرة الظاهرة.

- (١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٢٢/٥).
- (٢) راجع: الكاساني: المرجع السابق، وابن عابدين: رد المحتار (٢١٩/٦)، وشرح الزرقاني: (١٩٠/٦)، وشرح الخرشبي (٣٩٤/٤)، والدردير: الشرح الكبير (٣/٤٩٣)، والشرح الصغير (١٤٧/٥)، والآبي الأزهري: جواهر الإكليل (١٦٣/٢)، والشيرازي: المهذب (٣٠١/١٤، ٣٣٨)، والنووي: المنهاج (٢٩٨/٢) مع مغني المحتاج، والشربيني: مغني المحتاج (٣٠١/٢)، وابن قدامة: المغني (٤٧٦/٥)، (٥٠٣)، والمقدسي: الشرح الكبير (٥٠٢/٥)، وابن حزم: المحلى (١٩/٨)، ٢٠ (١٥٩٨)، وابن المرتضى: البحر الزخار (١٨/٥)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٢٣٥/٣) من الهامش، والنجفي: جواهر الكلام (٣٧٠/٣٧)، (٣٧٥)، ومحمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر (١٣١/٤، ١٣٧)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٤٧٥/١١)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣٩٦/٤).

للأولاً: الزيادة المتصلة:

فيها رأيان للفقهاء:

الرأي الأول: أنها تكون للشفيع، يأخذها تبعاً للمشفوع فيه: ذهب إليه: الحنفية^(١) - استحساناً^(٢) -، والمالكية^(٣)، والشافعية - إن كانت غير متميزة -

(١) راجع: السرخسي: المبسوط (١٣٤/١٤، ١٣٥)، والسمناني: روضة القضاة (٢/٨٤٠)، والكاساني: بدائع الصنائع (٢٩/٥)، والمرغيناني: الهداية (٤١٣/١٠) مع البنائية، والزيلعي: تبيين الحقائق (٢٥١/٥)، والفتاوى البزازية (١٦٦/٦)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٤٧٩/٢)، والحصكفي: الدر المختار (٢٣٤/٦)، وابن عابدين: المرجع السابق (٢٣٤/٦).

(٢) الاستحسان في اللغة من «استحسنه»: عدّه حسناً. المعجم الوسيط (١/١٧٤)، مادة: (حسن)، وفي الاصطلاح الحنفي: عرفه أبو الحسن الكرخي (ت ٣٤٠هـ) بأنه: «العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى». راجع: البخاري: كشف الأسرار (٣/٤).

هذا، ومن الجدير بالإشارة إلى أنه يرد دائماً في كتب الحنفية مقابلة الاستحسان بالقياس - كما هنا -، فما المراد به؟ يختلف المراد به باختلاف المواطن، ففي بعضها يكون المراد بذلك القياس: القياس الأصولي، وفي بعضها يكون المراد به: الحكم العام الكلي الذي إما دل عليه عموم النص أو النصوص، أو أخذ من دلالاتها، أو دل عليه الإجماع، أو أخذ من استقراء المسائل الفقهية. راجع: الشيخ زكي الدين: أصول الفقه الإسلامي (ص ١٤٢ - ١٤٥)، والشيخ عبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه (ص ٧٢ - ٧٦)، والشيخ عبد الرحمن تاج: السياسة الشرعية والفقه الإسلامي (١١٣/٢).

فالمراد بالقياس بمقابل الاستحسان هنا هو: الحكم العام الكلي، أو القاعدة الفقهية المقررة عند الفقهاء (النماء تابع للملك). راجع: النجفي: جواهر الكلام (٨٤/٢٣) أي: تبعية النماء للملك، وهو الأصل عند الحنفية كما ذكره الدبوسي في تأسيس النظر (ص ٥٢)، فعدل عن هذا الحكم الكلي إلى حكم آخر خاص وهو: تبعية النماء للأصل لوجه وهو الاستحسان، ووجهه: أنه باعتبار الاتصال خلقه صار تبعاً له، فأعطى حكمه من وجه.

(٣) راجع: سحنون: المدونة (٤٢٩/٥)، والبايجي: المنتقى (٢٠١/٦، ٢٠٢)، وشرح الزرقاني وحاشية البناني عليه (١٧٧/٦)، والآبي الأزهري: جواهر الإكليل (٢/١٥٩).

وهو قول الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) في القديم - في الثمرة المتميزة غير الظاهرة^(١) -، والحنابلة^(٢)، والظاهرية - إذا كان إيدان المشتري الشريك ممكناً له أو للبائع حين اشترى^(٣) -، والزيدية^(٤)، والإمامية^(٥)، والإباضية^(٦).

الرأي الثاني: أنها تكون للمشتري: ذهب إليه الحنفية - قياساً بمقابل الاستحسان -^(٧)، وهو قول الإمام الشافعي في الجديد - في الثمرة المتميزة غير الظاهرة^(٨) -، والإمام يحيى^(٩) (ت ٧٠٥ أو ٧٤٥هـ) من الزيدية^(١٠).

ومما يلاحظ أن الثمرة اليابسة على الشجر منفصلة حكماً عند ابن القاسم (ت ١٩١هـ) من المالكية^(١١).

كما أن الشافعية، والحنابلة فرّقوا بين الثمرة المتميزة الظاهرة وغير الظاهرة، حيث اعتبروا غير الظاهرة متصلة، والظاهرة منفصلة حكماً.

- (١) راجع: الماوردي: الحاوي (٥٧/٩)، والشيرازي: المهذب (٣٣٨/١٤) مع تكملة المجموع، وتحرير التنبيه (ص ٨١)، والشربيني: مغني المحتاج (٢٩٧/٢).
- (٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٥٠٢/٥، ٥٠٣)، والمقدسي: الشرح الكبير (٥١١/٥)، وابن مفلح: الفروع (٥٥٠/٤)، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٣ ق ٨١)، والمرداوي: الإنصاف (٢٩٢/٦)، والبهوتي: كشاف القناع (١٥٦/٤).
- (٣) راجع: ابن حزم: المحلى (١٨/٨، ١٩، ٢٢ م ١٥٩٨) حيث قال: «فإن أخذ الشفيع حقه لزم المشتري رد ما استغل، فمن باب أولى تكون الزيادة المتصلة للشفيع».
- (٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (١٨/٥، ١٩)، ومختصر الأزهار (١٨١/٣) مع السيل الجرار، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٢٣٥/٣).
- (٥) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٣٧٤/٣٧)، ومغنية: فقه الإمام جعفر (١٤٢/٤).
- (٦) راجع: ضياء الدين وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٤٧٢/١١).
- (٧) راجع: الزيلعي: تبیین الحقائق (٢٥١/٥)، وداماد آفندي: مجمع الأنهر (٤٧٩/٢)، والحصكفي: الدر المختار (٢٣٤/٦)، وابن عابدين: رد المحتار (٢٣٤/٦).
- (٨) راجع: الماوردي: المرجع السابق، والشيرازي: المهذب المرجعين السابقين، والشربيني: المرجع السابق.
- (٩) تقدمت ترجمته.

(١٠) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق (١٩/٥).

(١١) راجع: الباجي: المنتقى (٢٠١/٦، ٢٠٢).

سبب الخلاف: هو:

تعارض الاستحسان والقياس. كما رأيناه فيما سبق.

الأدلة

أولاً: أدلة أصحاب الرأي الأول:

- استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من - أن النماء تابع للأصل فيأخذه الشفيع تبعاً له - بما يأتي من المعقول:
- ١ - أن النماء باعتبار الاتصال خلقة صار تبعاً للأصل من وجه وهو الاستحسان^(١)، فيأخذه الشفيع تبعاً للمشفوع فيه.
 - ٢ - «أنه متولد من المبيع، فيسري إليه الحق الثابت في الأصل... كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض، فإن المشتري يملك الولد تبعاً للأصل، كذا هذا»^(٢).
 - ٣ - «أن ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك كما يتبعه في الرد بالعيب»^(٣) وهذه الزيادة غير متميزة فتبع الأصل، كما في الرد بالعيب^(٤).
 - ٤ - أنها لما كانت ناشئة عن الأصل وكامنة فيه، فكان الشراء وقع عليها^(٥).
 - ٥ - إذا حكم للشفيع بالشفعة، كان الملك له من يوم العقد؛ إذ المشتري كالوكيل له بالشراء، فتكون الزيادة له؛ إذ هي نماء ملكه^(٦).

ثانياً: أدلة أصحاب الرأي الثاني:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من - أن النماء تابع للملك فيكون لمن حصل في ملكه وهو المشتري - بما يأتي من المعقول:

- (١) راجع: الزيلعي: تبين الحقائق (٢٥١/٥)، وداماد آفندي: مجمع الأنهر (٤٧٩/٢)، والحصكفي: الدر المختار (٢٣٤/٦).
- (٢) راجع: الزيلعي: المرجع السابق.
- (٣) راجع: الشيرازي: المهذب (٣٣٨/١٤).
- (٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٥٠٣/٥). (٥) راجع: شرح الرزقاني (١٧٧/٦).
- (٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (١٨/٥، ١٩).

- ١ - القياس أو القاعدة الفقهية المقررة عند الفقهاء: «النماء تابع للملك»^(١) فعلى هذا الأصل: النماء الحاصل بعد الشراء في يد المشتري حاصل في ملكه، فيكون له.
- ٢ - أن الزوائد الحادثة بعد العقد لم يشملها العقد؛ لأنها حدثت بعد الشراء في ملك المشتري، فهي إذن نماء ملكه، فتكون له^(٢)، إلا أنه لا يمكن فصلها عن الأصل، فيرجع على الشفيع بقيمتها.

مناقشة الأدلة

نقاش أدلة أصحاب الرأي الأول:

نقاش الدليل الأول وهو: النماء بالاتصال خلقة صار تبعاً للأصل، فيأخذه الشفيع تبعاً للمشفوع فيه:

بأننا نسلّم بأن النماء باعتبار الاتصال خلقة صار تبعاً للأصل في أنه لا يمكن فصله عنه؛ لأنه لا يتميز عنه، ولكن لا يمكننا أن نسلّم بأنه يأخذه من أخذه بالشفعة؛ إذ إنه نماء حدث بعد العقد فلم يكن موجوداً عنده، والشفيع لا يستحق إلا ما تناوله العقد، وما كان موجوداً عنده، وأما ما حدث من نماء بعد الشراء فقد حدث في ملك من اشتراه، فيكون لملكه.

هذا، وإذا كان النماء متصلاً بالمشفوع فيه، بحيث لا يمكن فصله عنه، فيرجع المشتري على الشفيع بقيمته إن وافق، وإلا بالاشتراك معه بقدر النماء لإمكان تقويمه، وجعل المشتري شريكاً له بقيمته.

ونقاش الدليل الثاني وهو: «النماء متولد من البيع فيسري إليه الحق الثابت في الأصل كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض...» - بوجوه:

- ١ - أن الثمر المتصل كما يسري إليه الحق الثابت في الأصل؛ لأنه متولد

(١) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٨٤/٢٣)، ويراجع أيضاً: الدبوسي: تأسيس النظر (ص ٥٢).

(٢) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (١٩/٥).

من المبيع، فيجب أن يسري إليه أيضاً إذا كان منفصلاً؛ لأنه أيضاً متولد من المبيع، فالجامع بينهما واحد، وهذا لا يقوله المستدل به.

٢ - أن القياس قياس مع الفارق، وذلك أن المشتري يملك الولد لا تبعاً لأمه، بل لأنه نماء ملكه؛ إذ إنه حدث بعد الشراء في ملكه.

٣ - إذا ثبت أن المشتري يملك الولد؛ فإنه نماء ملكه، فيجب أن يملك النماء الحاصل من المشفوع فيه في يديه؛ لأنه نماء حصل في ملكه، فهو نماء ملكه.

نقاش الدليل الثالث وهو: ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك، كما يتبع في الرد بالعيب - بوجهين:

١ - أن المقيس عليه مختلف فيه؛ لأن الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية ذهب إلى أن النماء المتصل يتبع الأصل في عدم فصله عنه، لا في الملك؛ لأنه صرح بأن المشتري يرجع على البائع بقيمته، وتبعه في ذلك بعض أصحابه^(١).

تبين أن القياس هنا هو: قياس المختلف فيه على المختلف فيه، فلا يصلح للاستدلال به.

٢ - أن ما لا يتميز يتبع الأصل، هذا مسلّم به؛ لأنه لا يمكن فصله عنه، ولكن القول: بأنه يتبعه في الملك غير مسلّم به، وذلك:

أ - أن عدم تميز النماء المتصل عن الأصل ليس من أسباب الملك.

ب - أنه لم يكن موجوداً عند العقد، وبالتالي لا حصة له من الثمن، فكيف يتبعه في الملك، وهو حصل بعد الشراء في ملك المشتري - دون عوض عنه -، والشفعة من عقود المعاوضات؟

فتبين أنه يتبع الأصل؛ لأنه لا يمكن فصله عنه، لا في الملك؛ إذ ملكه باق لمالكة وهو المشتري، فيرجع على الشفيع بقيمته.

(١) راجع: ابن رجب: القواعد (ص ١٥٨ ق ٨١).

ونقاش الدليل الرابع وهو: الثمرة لما كانت ناشئة عن الأصل وكامنة فيه، فكان الشراء وقع عليها:

بأنها ليست مما وقع عليه الشراء؛ لأنها حدثت بعد الشراء والقبض، ولا حصة لها من الثمن؛ فإنها لم تكن موجودة عند العقد، فكيف يصح قول القائل: «فكان الشراء وقع عليها».

ونقاش الدليل الخامس وهو: إن حكم للشفيع بالشفعة كان الملك له من يوم العقد، فتكون الزيادة له؛ إذ هي نماء ملكه:

بأن هذا الدليل استدل به الزيدية، فيلزمهم بناء عليه أن يستحق الشفيع ما حدث بعد العقد، وجده المشتري قبل الحكم؛ لأنه نماء ملكه، وهم لا يقولون به^(١).

الراجع:

هو أن الزوائد المتصلة تكون لمن حصلت في ملكه وهو المشتري طبقاً للقاعدة الفقهية المقررة عند الفقهاء: أن «النماء تابع للملك». وذلك:

- ١ - أن المشفوع فيه متى زاد بعد العقد، زاد على ملك من انتقل ملكه إليه، فتكون مملوكة له؛ لأنها حصلت في ملكه، ومن أسباب الملكية التولّد من المملوك. غير أنه لا يمكن أن يأخذه الشفيع دونها لعدم إمكان فصلها، فيأخذها معه، ويرجع عليه المشتري بقيمتها.
- ٢ - أن تبعية الزيادة للأصل لاتصالها به خلقة، وعدم إمكان فصلها أو انفرادها عنه في الملك ليست من أسباب الملكية.
- ٣ - أن كونها للشفيع مع تولّدها من ملك المشتري، ووصولها في ملكه يترتب عليه أكل مال الغير دون إذن منه، وهو باطل بالنصوص من الكتاب، والسنة، والإجماع.

(١) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (١٩/٥).

ثانياً: الزيادة المنفصلة:

فيها أيضاً رأيان للفقهاء:

الرأي الأول: أنها تكون للمشتري: ذهب إليه: الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وابن حزم (ت ٤٥٦هـ) - إن لم يكن إيدان الشريك ممكناً للبائع لعذر ما، أو لتعذر طريق^(٥)، -، والزيدية^(٦)، والإمامية^(٧)، والإباضية^(٨).

الرأي الثاني: أنها تكون للشفيع: ذهب إليه: ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) - إذا كان إيدان الشريك ممكناً، أو للبائع حين اشترى^(٩) -.

منشأ الخلاف: هو:

أن ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) اعتبر إيدان الشريك شرطاً لصحة العقد، إذا

- (١) راجع: السرخسي: المبسوط (١٣٤/١٤)، والسمناني: روضة القضاة (٨٤٠/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٢٩/٥)، والمرغيناني: الهداية (٤١٣/١٠) مع البناية، والفتاوى البزازية (١٦٦/٦)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٤٧٩/٢).
- (٢) راجع: سحنون: المدونة (٤٢٨/٥، ٤٢٩)، والباجي: المنتقى (٢٠١/٦، ٢٠٢)، وشرح الزرقاني (١٩٠/٦)، وشرح الخرشي وحاشية الصعيدي عليه (٣٩٤/٤)، والدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٩٣/٣)، والشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه (١٤٧/٥)، والآبي الأزهري: جواهر الإكليل (١٦٣/٢).
- (٣) راجع: الماوردي: الحاوي (٥٧/٩)، والشيرازي: المهذب (٣٣٨/١٤) مع تكملة المجموع.
- (٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٥٠٣/٥)، والمقدسي: الشرح الكبير (٥١١/٥)، والمرداوي: الإنصاف (٢٩١/٦، ٢٩٢)، والبهوتي: كشف القناع (١٥٦/٤).
- (٥) راجع: المحلى (١٩/٨، ٢٠، ٢١، ٢٢ م ١٥٩٨).
- (٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (١٨/٥، ١٩)، ومختصر الأزهار (١٨١/٣) مع السيل الجرار، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٢٣٥/٣).
- (٧) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٣٧/٣١٠، ٣٧٥)، ومحمد مغنية: فقه الإمام جعفر (١٤٢/٤).
- (٨) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (٤٧٤/١١، ٤٧٥)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (٤٧٤/١١، ٤٧٥)، والشماخي: كتاب الإيضاح (٤٩٤/٤، ٤٩٦).
- (٩) راجع: المرجع السابق (١٨/٨، ٢٢ م ١٥٩٨).

كان ذلك ممكناً للمشتري، أو للبائع حين اشترى. وعليه؛ فإذا باع الشريك حصته قبل إيدان الشريك، وأخذ الشفيع بالشفعة، يكون العقد قد انعقد فاسداً، فيكون الشفيع أحق بالمشفوع فيه من حين البيع، فيلزم المشتري رد ما استغله.

وأما الجمهور فقد اعتبروا الإيدان ندباً، فيكون العقد صحيحاً، فلا يلزم المشتري رد ما استغله.

هذا، إذا كان إيدان الشريك ممكناً، وأما إذا كان إيدانه غير ممكن للمشتري، أو للبائع لعذر ما، فلا خلاف بينه وبين الجمهور في أن ما استغله المشتري، يكون له، ولا يلزم المشتري رده^(١).

الأدلة

أولاً: أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من أن الزيادة المنفصلة تكون للمشتري، بما يأتي:

- ١ - حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٢).
وجه الدلالة: المشفوع فيه في ضمان المشتري قبل الأخذ بالشفعة^(٣)؛ لأنه ملكه وفي يده، والخراج بالضمان، فتكون زيادة له بمقابل الضمان في الملك.
- ٢ - أنها حدثت في ملك المشتري، فهي نماء ملكه، فتكون له^(٤).

(١) راجع: المحلى (١٨/٨، ١٩، ٢٢م ١٥٩٨م)، والنووي: شرح صحيح مسلم (١١/٥٠).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) راجع: الدردير: الشرح الكبير (٤٩٣/٣)، والشرح الصغير (١٤٧/٥)، والآبي: جواهر الإكليل (١٦٣/٢).

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٥٠٣/٥)، والمقدسي: الشرح الكبير (٥١١/٥).

ثانياً: دليل أصحاب الرأي الثاني:

استدل صاحبه وهو ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) على ما ذهب إليه من أن الزيادة تكون للشفيع بالستة، وهي:

حديث جابر بن عبد الله يقول: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كل شرك في أرض، أو رُبْع^(١)، أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فيأخذ، أو يدع، فإن أبيع، فإني أبيع، فإني أبيع حتى يؤذنه»^(٢).

وجه الدلالة: إذا باع الشريك قبل أن يؤذن شريكه، فإن أخذ الشفيع بالشفعة، علم أن البيع وقع باطلاً، ويكون أحق بالشفيع المشفوع فيه من حين البيع؛ إذ جعله أحق حين البيع، وذلك أن النص «لا يصلح له أن يبيع حتى يؤذنه» يدل على بطلان العقد بكل حال، غير أن النص «فإني أبيع حتى يؤذنه» يدل على أنه إن أخذ بالشفعة بطل البيع، ويكون أحق بالشفيع المشفوع فيه من حينه؛ إذ جعله حين البيع، وعليه، فيكون ما استغله المشتري من غلة له، ويلزمه ردّه إليه^(٣).

يمكن نقاشه بما يأتي:

١ - أن قوله ﷺ: «فإني أبيع حتى يؤذنه» واضح الدلالة على أن إيدان الشريك قبل البيع ندب؛ لأنه يدل على إباحة الأخذ والترك، لذلك حمل فقهاء الشافعية قوله ﷺ: «لا يصلح له أن يبيع حتى يؤذنه» على الندب^(٤)، فيكون العقد صحيحاً بكل حال إذن.

٢ - أن الأخذ بالشفعة مبني على كون العقد صحيحاً قبله إلى حينه، وهو

(١) هو: - بفتح الراء، وإسكان الباء - الدار والمسكن، ومطلق الأرض. راجع: النووي: شرح صحيح مسلم (٤٩/١١).

(٢) أخرجه مسلم في: صحيحه: المساقاة: باب الشفع (١١/٥٠ ح ١٣٥ - ١٦٠٨) مع شرح النووي، وأورده ابن حزم عن طريقه في: المحلى (٥/٨ م ١٥٩٥).

(٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٨/١٨، ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢ م ١٥٩٨).

(٤) راجع: النووي: المرجع السابق (٥٠/١١).

كذلك إلى حين الأخذ بها بالاتفاق، فكيف يتحول الصحيح بعد الأخذ إلى الباطل؟

٣ - أن اعتبار العقد باطلاً من حينه يؤدي إلى:
أ - أن الأخذ بالشفعة كان غير صحيح؛ لأنه تبين أن العقد كان غير صحيح أصلاً.

ب - التناقض بين صحة العقد وعدم صحته في وقت واحد، وذلك أن عقد البيع كان صحيحاً من حينه إلى حين الأخذ، وبعد الأخذ أصبح باطلاً من حين البيع إلى حين الأخذ، أليس في هذا تناقض؟

ج - تقدم المسبب على سببه؟ فإن السبب لبطلان البيع هو: الأخذ بالشفعة، فكيف يتقدم المسبب وهو بطلان البيع من حينه على سببه؟

الراجع:

لا شك أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح، وذلك وفقاً للقاعدتين المقررتين عند الفقهاء وهما:

١ - (الخراج بالضمان).

٢ - (النماء تابع للملك).



المبحث الرابع

الخراج بالضمان في الإجارة

ندرسه في تمهيد ومطلبين:

التمهيد: التعريف بالإجارة.

المطلب الأول: ضمان المنافع المعقود عليها.

المطلب الثاني: خراج المنافع المعقود عليها.

التمهيد التعريف بالإجارة

أولاً: الحقيقة اللغوية لها:

فكلمة: (الإجارة) فعالة، أصلها: (أجر) الهمزة، والجيم، والراء، أصلان: أحدهما: الكراء على العمل، والثاني: جبر العظم الكسير. وهي - مثلثة الهمزة، والأفصح والمشهور - كسرهما - اسم للأجرة من أجر - يأجر أجراً - من باب ضرب، ونصر -، فهو أجر، وذلك مأجور. الأجر: الثواب، والجزاء على العمل، والجمع: أجور، مثل: فلس فلوس. ويستعمل بمعنى الإجارة، والأجرة. والأجرة: الكراء، وجمعها: أجر، مثل: غرفة غرف. والإجارة: ما أعطيت من أجر في عمل، وهو: جزاء عمل الإنسان لصاحبه، ومنه: الأجير، فهي: ما يُعطى للأجير. يقال: أجره: جزاه، والشيء، أو المملوك: أكراه، كأجره، وفلاناً على كذا: أعطاه أجراً، ومنه: أعطيته إجارته؛ أي: أجرته. وآجره - بالمد - الدار إيجاراً: أكرأها. وآجرت المرأة مؤاجرة: أباحت نفسها بأجر. واستأجره استئجاراً؛ بمعنى: أجره، وآجره، واستأجره: اتخذه أجيراً^(١).

(١) راجع: ابن فارس معجم مقاييس اللغة (١/٦٢ - ٦٣)، مادة: (أجر)، والمطرزي: المغرب (ص ٢٠)، مادة: (أجر)، والرازي: مختار الصحاح (ص ١٧)، مادة: (أجر)، =

فتبين أن الإجارة اسم للأجرة، غير أن بعض العلماء نقل عن بعض أهل اللغة أنه يقال: أجزت داري، ومملوكي - غير ممدود، ومدوداً، والأول أكثر - إجاراً، وإجارة^(١).

بناءً عليه، فالإجارة: مصدر أيضاً، وهي بهذا الاعتبار تكون مناسبة للمعنى الاصطلاحي. وقال بعض الفقهاء: «اشتهرت في العقد»^(٢). وقال بعضهم: هي: اسم مصدر للمقصود، والممدود^(٣).

ثانياً: الحقيقة الشرعية لها:

أما الحقيقة الشرعية للإجارة فهي في المذاهب الفقهية:

- ١ - عند الحنفية: «عقد على المنافع بعوض» أو: «تمليك المنافع بعوض»^(٤).
- ٢ - عند المالكية: «عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض»^(٥).
- ٣ - عند الشافعية: «عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم وضعاً»^(٦).
- ٤ - عند الحنابلة: «عقد على منفعة مباحة معلومة، تؤخذ شيئاً فشيئاً، مدة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو - على - عمل معلوم بعوض معلوم»^(٧).

= والنووي: تحرير التنبيه (ص ٢٤١)، وابن منظور: لسان العرب (٣١/١)، مادة: (أجر)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٢)، مادة: (أجر)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (٤٣٦/٢)، مادة: (أجر)، والمعجم الوسيط (٦/١، ٧)، مادة: (أجر).

- (١) راجع: ابن عابدين: رد المحتاج (٣/٦).
- (٢) راجع: الشربيني: مغني المحتاج (٣٣٢/٢).
- (٣) راجع: حاشية الشرقاوي على شرح التحرير (٨٣/٢).
- (٤) راجع: المرغيناني: الهداية (٣/٨) مع نتائج الأفكار، والزليعي: تبين الحقائق (٥/١٠٥)، والطورى: تكملة البحر الرائق (٤/٨).
- (٥) راجع الدردير: الشرح الصغير (٢٤٩/٥).
- (٦) راجع: حاشية قليوبي (٦٧/٣) مع حاشية عميرة.
- (٧) راجع: البهوتي: كشف القناع (٥٤٦/٣).

- ٥ - عند الظاهرية: «الانتفاع بمنافع الشيء المؤاجر الذي لم يخلق بعد»^(١).
- ٦ - عند الزيدية: «عقد على منافع مخصوصة لأعيان مخصوصة بعوض مخصوص»^(٢).
- ٧ - عند الإمامية: «العقد على تملك المنفعة المعلومة بعوض معلوم»^(٣).
- ٨ - عند الإباضية: «بدل عناء بمال»^(٤).
- لو قارنا بين هذه التعاريف نلاحظ أن تعريف الحنابلة أكثر شمولاً. هذا، وأن المعنى اللغوي أعم من الشرعي^(٥).

المطلب الأول

ضمان المنافع المعقود عليها

تحرير موضع الخلاف:

قد اتفق الفقهاء على أن المنافع في الإجارة إذا تلفت قبل قبض العين، وكذا قبل بذلها وعرضها على المستأجر تكون من ضمان المؤجر^(٦). وقد عبّر

- (١) راجع: ابن حزم: المحلى (٤/٧) ١٢٨٦م.
- (٢) راجع: ابن مفتاح: المنتزع المختار (٤٧/٣).
- (٣) راجع: الشهيد الأول: اللعة الدمشقية (٣٢٧/٤).
- (٤) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٥١٠/٣).
- (٥) راجع: حاشية البجيرمي (٥٦٠/٣).
- (٦) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٣٤٨/٢)، والمرغيناني: الهداية (٢٨٤/٩)، (٢٨٥)، والزيلي: تبين الحقائق، وحاشية الشلبي عليه (١٠٦/٥، ١٠٧)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (١٧٠/٢، ١٧١)، وابن عابدين: رد المحتار (١١/٦)، وحاشية الدسوقي (٥٠/٤)، والآبي: جواهر الإكليل (١٩٧/٢)، والشيرازي: المهذب (٧٤/١٥) مع تكملة المجموع، والنووي: الروضة (٢٤٠/٥)، والحصني: كفاية الأخيار (٣١١/١)، وابن قدامة: المغني (٣٠/٦)، وابن رجب: القواعد (ص ٧٦ ق ٥١)، والقارئ: مجلة الأحكام الشرعية (ص ٢١٤)، مادة: (٥٥١)، وابن حزم: المحلى (١٠/٧) ١٢٩٣م، وابن المرتضى: البحر الزخار (٣٦/٥)، ومختصر الأزهار (٢٠٧/٣) مع السيل الجرار، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٢٦٧/٤).

- عن اتفاق الفقهاء هذا ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) بقوله: «بغير خلاف نعلمه»^(١).
- وكذلك اتفق عامة الفقهاء على أنها بعد قبضها، وقبل مضي مدة يمكن فيها استيفاؤها، وبتعبير دقيق: قبل التمكن من استيفائها - تكون من ضمان المؤجر أيضاً^(٢) -، وحكي عن أبي ثور (ت ٢٤٠هـ) أن ضمانها من المستأجر؛ لأنها هلكت بهلاك العين بعد قبضها، كما لو هلك المبيع بعد قبضه^(٣).
- أجيب عنه: بأن المعقود عليه: المنافع، وقبضها باستيفائها، أو التمكن من استيفائها، ولم يحصل، فأشبه تلفها قبل قبض العين^(٤).
- هذا قبل التمكن من استيفاء المنافع المعقود عليها. وأما إذا تلفت بعد التمكن من استيفائها فممن يكون ضمانها؟ هذا هو موضع الخلاف، ومحل نزاع بين العلماء، والفقهاء اتجهوا في هذا الخلاف إلى اتجاهين:
- أحدهما: يكون ضمانها من المستأجر: ذهب إليه: عروة بن الزبير (ت ٩٤هـ)، وسليمان بن يسار^(٥) (ت بعد المائة، أو قبلها)، وطاووس^(٦) (ت ١٠٦هـ)، والحسن البصري^(٧) (ت ١١٠هـ)، ومكحول^(٨) (ت ١١٣هـ)، وعطاء^(٩) (ت ١١٤هـ)، ونافع^(١٠) (ت ١١٧هـ)، والزهري^(١١) (ت ١٢٥هـ)، وأبو
-
- (١) راجع: المغني (٣/٦).
- (٢) راجع: ابن حزم: المحلى (١١/٧)، والشيرازي: المهذب (٧٤/١٥)، وابن قدامة: نفس المرجع السابق.
- (٣) راجع: الشيرازي، وابن قدامة: المرجعين السابقين.
- (٤) هو: مولى ميمونة أم المؤمنين، أحد الأئمة، ثقة، فاضل، أحد الفقهاء السبعة، مات بعد المائة، أو قبلها. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٢٥٥)، والحجوي: الفكر السامي (٢٩٣/١).
- (٥) هو: ابن كيسان اليماني، فقيه، فاضل، مات سنة ١٠٦هـ. راجع: ابن حجر: المرجع السابق (٢٨١/٢).
- (٦) تقدمت ترجمته.
- (٧) تقدمت ترجمته.
- (٨) هو: ابن أبي رباح اليماني، نزيل مكة، أحد الفقهاء، والأئمة، انتهت إليه الفتوى بمكة، مات سنة ١١٤هـ. راجع: الحجوي: المرجع السابق (٢٩٨/١).
- (٩) تقدمت ترجمته.
- (١٠) هو: محمد بن مسلم، أبو بكر، الفقيه، الحافظ، متفق على جلالته، وإتقانه، مات سنة ١٢٥هـ. راجع: ابن حجر نفس المرجع السابق (ص ٥٠٦).

الزناد^(١) (ت ١٣٠هـ)، وعثمان البتي^(٢) (ت ١٤٣هـ)، ويحيى بن سعيد^(٣) (ت ١٤٤هـ) من التابعين^(٤)، والليث بن سعد^(٥) (ت ١٧٥هـ)، والمالكية^(٦)، والإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) وأصحابه^(٧)، وابن المنذر^(٨) (ت ٣١٨هـ)، والحنابلة، وهو المذهب^(٩)، والظاهرية^(١٠)، والمؤيد بالله^(١١) (ت ٤١١هـ) من الزيدية^(١٢)، والإمامية^(١٣)، وبعض الإباضية في قول ضعيف^(١٤).

- (١) هو: عبد الله بن ذكوان، أبو عبد الرحمن القرشي، المدني المعروف بأبي الزناد، ثقة، فقيه، مات سنة ١٣٠هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (٣٠٢/٢)، والحجوي: الفكر السامي (٤٠٨/١، ٤٠٩).
 (٢) سبقت ترجمته.
 (٣) هو: أبو سعيد القاضي الأنصاري، المدني، ثقة، مات ١٤٤هـ. ابن حجر: نفس المرجع السابق (ص ١١).
 (٤) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٢٢/٨)، وابن أبي شيبة: المصنف (٣٣٢/٧)، (٣٣٣)، وسحنون: المدونة (٥١٥/٥، ٥١٦)، وابن المنذر: الإشراف (١١٥/٢)، وابن حزم: المحلى (٢٤/٧ م ١٣١٦م)، وابن قدامة: المغني (٦٢/٦)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٣٦/٥).
 (٥) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق.
 (٦) راجع: مختصر خليل (١٩٧/٢) مع جواهر الإكليل، والدردير: الشرح الصغير (٥/٣٣٨)، والصاوي: حاشيته (٣٣٨/٥)، والآبي: جواهر الإكليل (١٩٧/٢).
 (٧) راجع: الإمام الشافعي: الأم (١٨/٤)، والشيرازي: المهذب (٣٩٩/١) أو (١٥/٣٣) مع تكملة المجموع، والتنبيه (ص ٨٤)، والنووي: المنهاج (٣٥٨/٢) مع مغني المحتاج، والشرييني: مغني المحتاج (٣٥٨/٢، ٣٥٩).
 (٨) راجع: ابن المنذر: المرجع السابق (١١٦/٢)، وابن قدامة: المرجع السابق.
 (٩) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٣١/٦، ٦٢، ٦٣)، والمقدسي: الشرح الكبير (٥٠/٦، ٥١)، وابن رجب: القواعد (ص ٧٦ ق ٥٠).
 (١٠) راجع: ابن حزم: المرجع السابق (٢٣/٧، ٢٤ م ١٣١٤) «لا فرق بين من ابتاع بثمان وباع بأكثر، وبين من أكثرى بشيء وأكرى بأكثر» هذا ما قال به ابن حزم. وفيه دليل على كون الضمان من المستأجر.
 (١١) هو: أحمد بن الحسين. تقدمت ترجمته.
 (١٢) راجع: ابن مفتاح: المنتزع والمختار (٢٦٧/٣).
 (١٣) راجع: الشهيدين: اللمعة وشرحها: الروضة (٣٤٩/٤).
 (١٤) هذا بناء على قول لهم: بكون الزيادة للمكترى، وذلك أن القائلين: بعدم جواز =

هذا، ومن الجدير بالتنبيه أن أكثر العلماء، ولا سيما التابعين منهم لم يعللوا ما ذهبوا إليه من جواز إيجار الشيء المستأجر بأكثر مما استأجره به - بكون المعقود عليه مضموناً عليه بعد التمكّن من استيفائه - . غير أن بعض الفقهاء عللوه بذلك؛ إذ يقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ): «فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه؛ فإنها لو فاتت من غير استيفائه، كانت من ضمانه»^(١)، ويقول ابن المرتضى (ت ٨٤٠هـ) الزيدي: «إذ تضمن المنافع بقبض العين، بدليل أنه لو لم ينتفع حتى مضت المدة، ضمن الأجرة»^(٢).

الثاني: يكون ضمانها من المؤجر: ذهب إليه ابن عمر (ت ٧٣هـ) من الصحابة، وشريح القاضي (ت ٧٨هـ أو بعدها)، وابن المسيب (ت ٩٤هـ)، وأبو سلمة^(٣) (ت ٩٤هـ)، والشعبي (ت بعد المائة)، ومسروق^(٤) (ت ١٠٢هـ)، ومجاهد^(٥) (ت ١٠٤هـ)، وعكرمة^(٦) (ت ١٠٥هـ)، وابن سيرين^(٧) (ت ١١٠هـ)، وشهر بن حوشب^(٨) (ت ١١٢هـ)، وأبو جعفر^(٩) (ت ١١٣هـ)، وميمون بن

= الزيادة للمكتري عللوا ذلك بريح ما لم يضمن، فيمكننا بناء عليه تعليل كون الزيادة للمكتري عند بعضهم - بكون المعقود عليه من ضمانه - . راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (١٤٨/١٠).

- (١) راجع: المغني (٦٣/٦). (٢) راجع: البحر الزخار (٣٦/٥).
- (٣) هو: ابن عبد الرحمن بن عوف، كان ثقة، فقيهاً، كثير الحديث، مات سنة ٩٤ أو ١٠٤هـ. الحجوي: الفكر السامي (١/٢٩٤).
- (٤) هو: ابن الأجدع، أبو عائشة، الكوفي، ثقة، فقيه، مات سنة ١٠٢هـ. ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٥٢٨).
- (٥) هو: ابن جبر، المكي، المقرئ، الفقيه، المفسر، مؤلف تفسير مشهور، مات سنة ١٠٣هـ. الحجوي: المرجع السابق (١/٢٩٧).
- (٦) هو: مولى ابن عباس، المغربي، البربري. كان أفقه أهل وقته، مات سنة ١٠٥هـ. ابن حجر: المرجع السابق (ص ٣٩٧)، والحجوي: نفس المرجع السابق (١/٢٩٨).
- (٧) تقدمت ترجمته.
- (٨) هو: مولى أسماء بنت يزيد بن السكن، الأشعري، الشامي، مات سنة ١١٢هـ. ابن حجر: المرجع السابق (ص ٢٦٩).
- (٩) هو: محمد بن علي بن الحسين، ثقة، فاضل، مات سنة ١١٣هـ. ابن حجر: نفس المرجع السابق (ص ٤٩٧).

مهران^(١) (ت ١١٧هـ)، والنخعي^(٢) (ت ٩٦هـ)، وحماد^(٣) (ت ١٢٠هـ) من التابعين^(٤)، والأوزاعي^(٥) (ت ١٥٧هـ)، والحنفية^(٦)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية^(٧)، والزيدية^(٨)، وأكثر الإباضية^(٩).

من الجدير بالإشارة إلى أن هؤلاء العلماء من الصحابة، والتابعين إما كرهوا إيجار المستأجر المعقود عليه بأكثر مما استأجره به، وقد بين سبب كراهتهم ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) بقوله: «لدخولها في ربح ما لم يضمن»^(١٠)، وإما قالوا: بأنها - أي: الزيادة - تكون للمؤجر الأول؛ لأنها بالنسبة للمستأجر ربح ما لم يضمن عندهم، فلا تكون له^(١١).

مفناً خلافتهم:

نشأ الخلاف بينهم من خلال اختلافهم في النظر إلى الأصل، وإلى المعقود عليه، فمن نظر إلى الأصل، قالوا: إن المنافع من ضمان المؤجر؛

- (١) هو: أبو أيوب، أصله كوفي، نزل الرقة، فقيه، ولي الجزيرة لعمر بن عبد العزيز، مات سنة ١١٧هـ. ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٥٥٦).
- (٢) سبقت ترجمته.
- (٣) هو: ابن أبي سليمان. سبقت ترجمته.
- (٤) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٨/٢٢٢، ٢٢٣)، وابن أبي شيبة: المصنف (٧/٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣٢)، وابن المنذر: الإشراف (٢/١١٥)، وابن حزم: المحلى (٧/٢٣، ٢٤ م ١٣١٥)، وابن قدامة: المغني (٦/٦٣).
- (٥) راجع: ابن المنذر: المرجع السابق.
- (٦) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٤/٢٠٦)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٢٧٢)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٢/٤٠٤).
- (٧) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٦/٦٢)، والمقدسي: الشرح الكبير (٦/٥٠، ٥١)، وابن مفلح: المبدع (٥/٨١).
- (٨) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٣٦)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣/٢٦٧، ٢٦٦).
- (٩) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٥٥٢)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (١٠/١٤٨).
- (١٠) راجع: المرجع السابق (٦/٦٣).
- (١١) راجع: المرجع السابق.

لأن الأصل من ضمانه؛ إذ لو هلك، فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به، كان الهلاك عليه^(١). ومن نظر إلى المعقود عليه - المنافع - قالوا: ضمانها من المستأجر؛ لأنه لو تمكن من الانتفاع بالعين، وإن لم ينتفع بها، أو من استيفاء منافعها - وإن لم يستوفها - لزمته الأجرة؛ إذ إنها تلفت تحت يده، وباختياره، فقد استقر ضمانها عليه^(٢).

الأدلة والمناقشة

أولاً: استدلال أصحاب الاتجاه الأول على ما ذهبوا إليه: من كون المعقود عليه - وهو: المنافع - من ضمان المستأجر:

بأن المؤجر إن سلم إلى المستأجر العين التي وقع العقد على منفعتها، أو عرضها عليه، ومضت مدة يمكن له فيها الانتفاع بها، واستيفاء منفعتها - وإن لم ينتفع بها -، ولم يستوف منفعتها بعد التمكّن من استيفائها، استقرت عليه الأجرة؛ لأن المنافع المعقود عليها تلفت تحت يده، وباختياره، فاستقر عليه ضمانها؛ كالمبيع إذا تلف في يد المشتري، وكالمشتري إذا أتلّف المبيع في يد البائع بعد تمكين هذا الأخير له منه^(٣).

ناقشه ابن المرتضى (ت ٨٤٠هـ) الزيدي بقوله:

«لا نسلم، فأما ضمانه فلتلفها في يده؛ إذ لو تلفت العين وسط المدة لم يضمن إلا حصة ما مضى»^(٤).

فجيب عنه: بأنه لم يحصل للمستأجر التمكّن من استيفاء المنفعة بعد تلف العين - وهو شرط لضمّانه - فلا يكون ضامناً لها قبل التمكّن من استيفائها.

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٢٠٦/٤).

(٢) راجع: الشيرازي: المهذب (٣٣/١٥) مع تكملة المجموع.

(٣) راجع: الشيرازي: المرجع السابق، والتنبيه (ص ٨٤)، والنووي: المنهاج (٣٥٨/٢) مع مغني المحتاج، والشربيني: مغني المحتاج (٣٥٨/٢)، (٣٥٩).

(٤) راجع: البحر الزخار (٣٦/٥).

ثانياً: استدلال أصحاب الاتجاه الثاني على ما ذهبوا إليه: من كون المعقود عليه - وهو: المنافع - من ضمان المؤجر - بالآتي:

١ - «أن المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر بدليل أنه لو هلك المستأجر، فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المؤجر»^(١).

نوقش: بأن المدعي وهو: «المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر» عام، بحيث يتناول ما إذا تمكن المستأجر من استيفائها، أو لم يتمكن منه. والدليل وهو: لو هلك المستأجر، فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به، كان الهلاك على المؤجر خاص بما لا يمكن الانتفاع به، فلا يشمل ما يمكن الانتفاع به، وذلك إذا تمكن المستأجر من استيفاء المنفعة قبل الهلاك.

إضافة إلى ذلك: أن القول بعدم دخولها في ضمان المستأجر في حالة ما إذا تمكن من استيفائها، يناقض ما ذهب إليه المذهب الحنفي من أن المستأجر إذا تمكن من استيفاء المنفعة - وإن لم يستوفها - وجب عليه الأجر^(٢)، وعليه، فتعتبر المنفعة في هذه الحالة مضمونة عليه؛ إذ إنها تلفت تحت يده، وباختياره. فثبت التناقض.

٢ - أن ضمان الأصل هو من ربه، وهو المكري^(٣)؛ إذ لو هلك لم يضمه المستأجر^(٤)، فيكون ضمان المنافع من المكري أيضاً.

نوقش: بأنه سلم أن ضمان الأصل من المكري، وبالتالي مسلم كذلك بأنه لو هلك، لم يضمه المستأجر، ولكن الذي لا يمكن تسليمه هو: ضمان المنافع من المكري؛ إذ لا يلزم من ضمان الأول ضمان الثاني، وذلك؛ فإن الأصل ليس معقوداً عليه، لذلك، فهو أمانة في يد المستأجر، فلم يضمه إذا هلك دون فعله، بخلاف المنافع، وهي معقود عليها، فتختلف عن الأصل؛

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٢٠٦/٤).

(٢) راجع: السمرقندي: تحفة الفقهاء (٣٤٨/٢)، والمرغيناني: الهداية (٢٨٤/٩).

(٣) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢٢٦/٢).

(٤) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (١٤٨/١٠).

فإنه عين قبضها المستأجر ليستوفي منها ما ملكه، فلم يضمنها إذا تلفت^(١)، بخلاف المنافع؛ فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه^(٢).

الراجح:

هو ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول من كون المنافع من ضمان المستأجر، لقوة دليلهم، وضعف دليل أصحاب الاتجاه الثاني، وذلك؛ لأنه قد ملك المنافع بالعقد، فإذا تمكن من استيفائها دون مانع، استقر عليه ضمانها؛ فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه. وقياساً على البيع؛ فإن المبيع إذا تلف تحت يد المشتري، كان ضمانه منه.

المطلب الثاني

خراج المنافع المعقود عليها

فمن استأجر شخصاً، أو دابة، أو شيئاً، ثم أجره بأكثر مما استأجره به فلمن تكون الزيادة على الأجرة الأولى؟ وهي: خراج المعقود عليه وهو: المنافع. اختلف العلماء فيه على مذهبين:

الأول: أنها تكون للمستأجر مطلقاً - سواء أحدث في العين المستأجرة زيادة أم لا، وأذن له المالك أم لا - ذهب إليه: عروة بن الزبير (ت ٩٤هـ)، وسليمان بن يسار (ت ١٠٠هـ)، وطاووس (ت ١٠٦هـ)، والحسن البصري (ت ١١٠هـ)، وعطاء (ت ١١٤هـ)، ونافع (ت ١١٧هـ)، ومكحول (ت ١١٧هـ)، وأبو الزناد (ت ١٣٠هـ)، وعثمان البتي (ت ١٤٣هـ)، ويحيى بن سعيد (ت ١٤٤هـ) من التابعين^(٣)، والأوزاعي (ت ١٥٧هـ)، والثوري^(٤) (ت ١٦١هـ)،

(١) راجع: الحصكفي: الدر المختار (١١/٦).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٦٣/٦).

(٣) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٢٢٢/٨)، وابن أبي شيبة: المصنف (٣٣٢/٧، ٣٣٣)، وسحنون: المدونة (٥١٦، ٥١٥/٥)، وابن المنذر: الإشراف (١١٥/٢)، وابن حزم: المحلى (٢٤/٧)، وابن قدامة: المغني (٦٢/٦)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٣٦/٥).

(٤) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢٢٦/٢)، وابن المرتضى: المرجع السابق.

والحنفية^(١)، والليث بن سعد (ت ١٧٥هـ)^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة، وهو نص الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، وهو المذهب^(٥)، وابن المنذر (ت ٣١٨هـ)^(٦)، والظاهرية^(٧)، والمؤيد بالله (ت ٤١١هـ) من الزيدية^(٨)، والإمامية - في الأرض اتفاقاً، وفيما عداها في قول^(٩) -، والإباضية في قول^(١٠).

هذا، وذهب الثوري، والأوزاعي، والحنفية، والإمام أحمد في رواية إلى أنها لا تطيب له، بل يتصدق بها، إلا إذا زاد في العين، أو كانت الأجرة من خلاف جنس الأولى - هذا عند الحنفية - فتطيب له.

الثاني: أنها تكون للمؤجر مطلقاً - سواء عمل في العين عملاً أم لا، وأذن له المالك أم لا - ذهب إليه: ابن عمر^(١١) رضي الله عنه (ت ٧٣هـ)، وهشام بن

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٤/٢٠٦)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٢٧٢)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٢/٤٠٤)، والحصكفي: الدر المختار (٦/٢٩).

(٢) راجع: سحنون: المدونة (٥/٥١٥، ٥١٦)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٣٦).

(٣) راجع: سحنون: نفس المرجع السابق، وابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢٢٦)، والمواق: التاج والإكليل (٥/٤٠٧)، والحطاب: مواهب الجليل (٥/٥١٧).

(٤) راجع: الشيرازي: المهذب (١٥/٥٨) مع تكملة المجموع، والقفال: حلية العلماء (٥/٤٠١).

(٥) راجع: ابن هبيرة: الإفصاح (٢/٢٨٠)، وابن قدامة: المغني (٦/٦٢)، والمقدسي: الشرح الكبير (٦/٥٠، ٥١)، وابن مفلح: الفروع (٤/٤٤٥)، وشرح الزركشي (٤/٢٣٥)، وابن رجب: القواعد (ص ١٩٧ ق ٨٧)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/٣٦١)، وكشاف القناع (٣/٥٦٦).

(٦) راجع: الإشراف (٢/١١٦)، وابن قدامة: نفس المرجع السابق.

(٧) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٢٣ م ١٣١٤).

(٨) راجع: ابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/٢٦٧)، وعده صاحب البحر الزخار (٥/٣٦) ممن لم يجز إلا بإذن، أو زيادة.

(٩) راجع: الشهيد الأول: اللمعة الدمشقية (٤/٣٥٦)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٤/٢٧٦ - ٢٧٨).

(١٠) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (١٠/١٤٨).

(١١) راجع: ابن أبي شيبة: المصنف (٧/٣٢٧)، وابن حزم: المرجع السابق.

هبيرة^(١) (ت ٧٢هـ)^(٢)، وإبراهيم النخعي^(٣) (ت ٩٦هـ)، والزيدية^(٤)، والإباضية في قول^(٥).

سبب الخلاف:

يبدو بعد التأمل: أن سبب الخلاف هنا لا يخرج عن سبب خلافهم في ضمان المنافع.

الأدلة مع النقاش

أولاً: أدلة أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه: من كون الزيادة للمستأجر:

استدلوا على ذلك بعدة أدلة:

- ١ - أن المستأجر قد ملك المنفعة بالعقد، فله أن يملكها لمن شاء كسائر أملاكه، هذا مقيد بما لا يضر بالشيء المؤجر، ولهذا يكون له إجارة ما استأجره ممن شاء بما شاء - أي: بمثل الإجارة، وبالأقل، والأكثر^(٦). وعليه، فتكون الزيادة له.
- ٢ - أن المنافع بعد تمكّن المستأجر من استيفائها، قد دخلت في ضمانه من وجه؛ فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه^(٧). فتكون الزيادة له عملاً بمبدأ (الخراج بالضمان).

(١) هو: الضبي: القاضي، كان على قضاء البصرة، مات سنة ٧٢هـ. راجع: ابن حبان: كتاب الثقات (٥/٥٠٢).

(٢) راجع: ابن أبي شيبة: المصنف (٧/٣٣١).

(٣) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٨/٢٢٢، ٢٢٣)، وابن أبي شيبة: نفس المرجع السابق (٧/٣٢٨، ٣٣٠)، وابن حزم: المحلى (٧/٢٤).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٣٦)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/٢٦٦، ٢٦٧).

(٥) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (١٠/١٤٨).

(٦) راجع: الحطاب: مواهب الجليل (٥/٤١٧).

(٧) راجع: ابن قدامة: المغني (٦/٦٣).

٣ - القياس على البيع، وذلك؛ لأن الإجارة بيع، وبيع المبيع بعد القبض يجوز بأكثر مما اشترى به من الثمن، وتكون الزيادة للمشتري، فكذلك في الإجارة^(١).

لم نجد من تعرض لتلك الأدلة بالنقاش.

ثانياً: أدلة أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه: من كون الزيادة للمؤجر:

استدلوا على ذلك بالآتي:

- ١ - أن الفضل هو الربا، أو كالربا^(٢)، بالنسبة للمستأجر، فيكون للمؤجر.
- ٢ - لا تقبض المنافع بقبض الأصل لعدمها، فلم تكن مضمونة بالقبض كالأصل؛ إذ لو هلك في يده لم يضمه، بل من ضمان المؤجر - فكانت الزيادة ربح ما لم يضم^(٣) -، وقد «نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضم»^(٤).

نقاش الدليلين:

ناقش ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) الدليل الأول منهما بقوله: «وهذا باطل، بل هي إجارة صحيحة، ولا فرق بين من ابتاع بثمن وباع بأكثر، وبين من أكرى بشيء وأكرى بأكثر»^(٥).

ويناقش الدليل الثاني: بأننا سلمنا بأن المنافع لا تقبض بالقبض لعدمها، ولكنها تضمن بعد التمكن من استيفائها بمضي مدة يمكن فيها استيفائها. دليل

(١) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢٢٦)، والشيرازي: المهذب (٥٨/١٥) مع التكملة، وابن قدامة: المغني (٦/٦٣).

(٢) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٨/٢٢٣)، وابن أبي شيبة: المصنف (٧/٣٢٩)، وابن حزم: المحلى (٧/٢٤).

(٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٣٦)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (١٠/١٤٨).

(٤) سبق تخريجه. (٥) راجع: المرجع السابق.

ذلك: وجوب الأجرة بالتمكّن من الاستيفاء - وإن لم يحصل فعلاً - وإذا كان كذلك، فلم تكن الزيادة ربح ما لم يضمن، بل ربح ما ضمن بالتمكّن من الاستيفاء.

المختار:

إن خراج المعقود عليه: المنافع، للمستأجر لما يأتي:

- ١ - لقوة ما استدل به القائلون: بكونه له - من الأدلة، وضعف ما استدل به القائلون: بكونه للمؤجر - من الأدلة.
- ٢ - لم يأت نهى عن النبي ﷺ عن إيجار العين المستأجرة بأكثر من أجرتها، وهي مؤاجرة، وقد أمر ﷺ بالمؤاجرة^(١).



(١) راجع: ابن حزم: المحلى (٢٣/٧).

الفصل الثالث

تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في الأموال المقبوضة بيد الغير

وهو يشمل أربعة مباحث:

- المبحث الأول: الخراج بالضمان في القرض.
- المبحث الثاني: الخراج بالضمان في الإيداع.
- المبحث الثالث: الخراج بالضمان في الرهن.
- المبحث الرابع: الخراج بالضمان في اللقطة.

المبحث الأول

الخراج بالضمان في القرض

قبل تناول أصل الموضوع، يستوجب بيان أمرين:
أحدهما: التعريف بالقرض، لكي نكون على إمام بحقيقته.
الثاني: ملك المال المقرض، وذلك؛ لأن الفقهاء - وإن
اتفقوا على ثبوت ملكه للمقرض، وانتقاله إليه في الجملة - قد
اختلفوا فيما ينتقل به.
وقد انبنى على هذا الخلاف اختلافهم فيما ينتقل به
الضمان. هذا ما يستدعي بيان: متى ينتقل الملك؛ إذ عليه يتوقف
بيان: متى ينتقل الضمان.

فيشتمل هذا المبحث على تمهيد وثلاثة مطالب:

التمهيد: التعريف بالقرض.

المطلب الأول: ملك المال المقرض.

المطلب الثاني: ضمان المال المقرض.

المطلب الثالث: خراج المال المقرض.

التمهيد التعريف بالقرض

أولاً: حقيقته اللغوية: *عنه* *بمعنى* *الاستعانة* *والإعانة*

أصل القرض: (قرض) القاف، والراء، والضاد، أصل صحيح، وهو يدل على القطع في أصل اللغة. يقال: قرض الشيء قرضاً - من باب ضرب - بالمقراض: قطعه به، وجازاه.

فالقرض - بفتح القاف، وكسرهما لغة فيه -: السلف، وهو: أن تعطيه الإنسان من مالك لتقضاه، كأنه شيء قد قطعته من مالك، أو: أن تعطي شيئاً ليرجع إليك مثله، أو: ليقضي شبهه من المجازاة؛ لأنه يرد مثل ما أخذ. والجمع: قروض، تسمية بالمصدر، فهو اسم مصدر من أقرضته المال إقراضاً.

يقال: أقرضه إقراضاً: أعطاه قرضاً، واستقرض منه: طلب منه القرض فأقرضه، واقترض منه: أخذ منه القرض^(١).

(١) راجع: الجوهري: الصحاح (٣/١١٠١)، مادة: (قرض)، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٥/٧١، ٧٢)، مادة: (قرض)، والأصفهاني: (ص ٤٠٠)، مادة: (قرض)، والزمخشري: أساس البلاغة (ص ٣٦٢)، مادة: (قرض)، والمطرزي: المغرب (ص ٣٧٨)، مادة: (قرض)، والرازي: مختار الصحاح (ص ٥٥٦)، مادة: (قرض)، والنوي: تحرير التنبيه (ص ٢١٥)، وابن منظور: لسان العرب (٥/٣٥٨٨، ٣٥٨٩)، مادة: (قرض)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٩٠)، مادة: (قرض)، والركبي: النظم المستعذب (١/٣٠٢) بهامش المهذب.

ثانياً: حقيقته الشرعية:

إن التعريف الفقهي للقرض قد تعدد بحسب تعدد المذاهب الفقهية على وجه العموم، كأي عقد من العقود، بيد أن المضمون متقارب ومتجانس. فقد جاء تعريفه في:

- ١ - الفقه الحنفي بأنه: «عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله» أو: «ما تعطيه من مثلي لتتقاضاه»^(١).
 - ٢ - الفقه المالكي بأنه: «دفع المال على وجه القربة لينتفع به آخذه، ثم يتخير في رد مثله، أو عينه، ما كان على صفته»^(٢) أو: «دفع متمول في عوض غير مخالف، لا عاجلاً، تفضلاً فقط، لا يوجب إمكان عارية لا تحل، متعلقاً بذمة»^(٣).
 - ٣ - الفقه الشافعي بأنه: «تمليك الشيء على أن يرد بدله»^(٤).
 - ٤ - الفقه الحنبلي بأنه: «دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به، ويرد بدله»^(٥).
 - ٥ - الفقه الظاهري بأنه: «أن تعطي إنساناً شيئاً بعينه من مالك، تدفعه إليه ليرد عليك مثله، إما حالاً في ذمته، وإما إلى أجل مسمى»^(٦).
 - ٦ - الفقه الإمامي بأنه: «كل مال لزم في الذمة بعقد عوضاً عن مثله»^(٧).
- وأما في الفقه الزيدي فلم نقف على تعريف للقرض فيه، وأما في الفقه الإباضي فلم يتعرض لتعريفه، ولكنه عرف الدين، وهذا بعمومه يشمل القرض. فالدين فيه: «ما يترتب في الذمة لمعاملة» فدخل القرض^(٨).

(١) راجع: الحصكفي: الدر المختار (١٦١/٥)، وابن عابدين: رد المحتار (١٦١/٥).
 (٢) راجع: القرافي: الذخيرة (٢٨٦/٥). (٣) راجع: شرح الخرشبي (٢٢٩/٥).
 (٤) راجع: شرح الجلال المحلي على المنهاج (٢٥٧/٢).
 (٥) راجع: البهوتي: كشاف القناع (٣١٢/٣).
 (٦) راجع: ابن حزم: المحلى (٣٤٧/٦ م ١١٩١).
 (٧) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٢/٥).
 (٨) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٤٣/٩).

ملاحظات وإيرادات:

- ١ - هذه التعريفات الفقهية المتمثلة للمذاهب الفقهية المختلفة متقاربة في المعنى والمضمون مع تعددها.
 - ٢ - إن أكثر هذه التعريفات بالمعنى المصدرى، ما عدا تعريف الفقه الإمامى فهو بالمعنى الاسمى.
 - ٣ - إن التعريف الأول للفقه الحنفى نص على اعتبار القرض عقداً، وأما ما عداه، فقد ذكر أنه إما نفس الإعطاء كما في تعريف الفقه الحنفى الثانى، والفقه الظاهرى، وإما نفس الدفع كما في تعريف الفقه المالكى، والحنبلى، وإما نفس التملك كما في تعريف الفقه الشافعى، مع أن القرض يوجد قبل ذلك بالقول^(١)، كما أن التملك مقتضى العقد لا نفسه.
 - ٤ - أن تعريف الفقه الحنفى، والظاهرى، والإمامى لم يتناول ردّ غير المثل فى حالة ما إذا تعذر ردّ المثل؛ لأن تقييده بردّ المثل غير شامل له، وكذلك رد العين إذا كانت قائمة على صفتها، وأراد المقترض ردّها.
 - ٥ - أن التعريف الثانى للفقه الحنفى غير مانع، لصدقه على الوديعة، والعارية، فكان عليه أن يقول: «التقاضى مثله»^(٢).
 - ٦ - أن تعريف الفقه المالكى الثانى «فيه شيء؛ لأنه أخرج الصور الفاسدة، وشأن التعريف شمول الصحيح والفاقد»^(٣).
- بعد هذه الملاحظات، والإيرادات لا يسعنا إلا أن نحاول تعريف القرض بما يكشف عن حقيقته، ويبعده عما أورد على تعريفاته من اعتراضات. وإليك هذا التعريف وهو:
- عقد يفيد تملك مال يثبت العوض عنه فى الذمة لآخر على أن يردّ بدله، أو عينه إذا كان على صفته.

(١) راجع: التسولى: البهجة شرح التحفة (٢/٢٨٧).

(٢) راجع: ابن عابدين: رد المحتار (٥/١٦١).

(٣) راجع: حاشية البناني (٥/٢٢٦).

شرح التعريف:

لفظ: (عقد) جنس في التعريف، يشمل العقود كلها. وخرج بقولنا: (يفيد تملك مال يثبت العوض عنه في الذمة...) ما عداه من العقود. وقولنا: (بدله) دون (مثله) لكي يشمل ردّ المثل في المثلي، وردّ غير المثل فيه إذا تعذر رده، وكذلك في غير المثلي عند القائلين بجواز قرضه، وهو يتناول ردّ المثل صورة لا حقيقة، وردّ القيمة^(١)، وبهذا يشمل كل ما يثبت في الذمة سلماً، كما قال به الحنابلة^(٢). وأما قولنا: (أو عينه) فلأن المقرض له ردّ عين ما اقترضه على المقرض إذا كان باقياً على صفته، لم ينقص، ولم يحدث به عيب؛ لأنه على صفة حقه^(٣).

المطلب الأول

ملك المال المُقَرَض

لا خلاف بين الفقهاء في أن المستقرض يملك المال المقرض في الجملة، ولكنه متى يملكه؟ موضع خلاف بينهم، لذلك اختلفوا فيما يملك به: هل بالعقد، أو بالقبض، أو بالتصرف فيه، واستهلاكه؟

ويمكن تصنيف أقوال الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات:

الأول: أن القرض - أي: المال المقرض يملك بالعقد - أي: متى تم العقد وصحّ تملكه المستقرض به، وإن لم يقبضه، ويصير مالاً من أمواله، ويقضي له به: ذهب إليه: المالكية، وهو المشهور عندهم^(٤)، وبعض الحنابلة

(١) راجع: النووي: المنهاج، والشرييني: مغني المحتاج (١١٩/٢).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٨٥/٤).

(٣) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٣٨٤/٤).

(٤) راجع: شرح الخرشي (٢٣٢/٥)، والنفراوي: الفواكه الدواني (٩٨/٢)، وحاشية البنانني (٢٢٩/٥)، والدردير: الشرح الصغير (٣٨٧/٤)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٢٢٦/٣)، والتسولي: البهجة (٢٨٨/٢).

- إذا كان معيناً^(١)، - والظاهرية^(٢)، وبعض الإمامية^(٣)، وإليه ميلان النجفي (ت ١٢٦٦هـ)^(٤)، وهو اختيار الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)^(٥).

الثاني: أنه لا يملك إلا بالقبض - أي: متى قبضه المستقرض بعد العقد تملكه، وإن لم يتصرف فيه، ويستهلكه: ذهب إليه: الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)، وصاحبه محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ)^(٦)، وبعض المالكية^(٧)، والشافعية في قول، وهو أصح القولين وأظهرهما^(٨)، والحنابلة - في إحدى الطريقتين رواية واحدة، وفي الثانية إذا كان مبهماً، وهو أحد الوجهين، وهو الصحيح من المذهب^(٩)، - والزيدية في قول صحيح وهو المذهب^(١٠)، وأكثر الإمامية، وهو المشهور عندهم^(١١).

(١) راجع: ابن مفلح: الفروع (٢٠١/٤)، وابن رجب: القواعد (٧٢/٢ ق ٤٩).

(٢) راجع: ابن حزم: المحلى (٣٥٠/٦ م ١١٩٦).

(٣) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٥٠/٥).

(٤) راجع: جواهر الكلام (٣٠٣/٢) ط: حجر، إيران؛ ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (١٠/٤).

(٥) راجع: السيل الجرار (١٤٨/٣) وبالقبض يستقر الملك.

(٦) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٣٩٦/٧)، والفتاوى البزازية (٣٥٩/٤)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٣٤٨)، وفيه خطأ فيما نقله من البزازية، وابن عابدين: رد المحتار (١٦١/٥، ١٦٤).

(٧) راجع: شرح الزرقاني (٢٢٩/٥)، وحاشية الدسوقي (٢٢٦/٣).

(٨) راجع: الشيرازي: المهذب (١١٦/١٣) مع التكملة، والغزالي: الوجيز (٣٨٨/٩)، والقفال: حلية العلماء (٣٩٣/٤)، والرافعي: فتح العزيز (٣٩٠/٩، ٣٩١)، والنووي: روضة الطالبين (٣٥/٤)، والمنهاج (١٢٠/٢) مع مغني المحتاج.

(٩) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٨٤/٤)، وابن مفلح: المرجع السابق، وابن رجب: المرجع السابق، وابن مفلح: المبدع (٢٠٦/٤)، والمرداوي: الإنصاف (١٢٥/٥)، وتصحيح الفروع (٢٠٠/٤)، والبهوتي: كشف القناع (٣١٤/٣)، وشرح منتهى الإرادات (٢٢٥/٢).

(١٠) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٩٢/٤)، ومختصر الأزهار (١٤٨/٣)، وابن مفلح: المنتزح المختار (١٧٤/٣).

(١١) راجع: الحلبي: القواعد (٤٨/٥)، والشهيد الأول والثاني: اللمعة وشرحها: الروضة (١٥/٤)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٤٨/٥، ٤٩)، والنجفي: المرجع السابق، =

الثالث: أنه لا يملك إلا بالتصرف فيه بيعاً، أو هبة، أو استهلاكاً، أو إتلافاً وغير ذلك: ذهب إليه: الإمام أبو يوسف (ت ١٨٣هـ)^(١)، والشافعية في قول مقابل للأصح والأظهر^(٢)، والزيدية في قول ضعيف^(٣)، والإمامية في قول ضعيف، بل هو شاذ، ونادر^(٤).

منشأ خلاف الفقهاء:

بالنظر في أدلتهم، والإمعان فيها يبدو أن منشأ خلافهم أمران: أحدهما: أن القرض له شبه بالتبرع، وبالمعاوضة؛ لأنه اجتمع فيه جانب التبرع، وجانب المعاوضة، فهو ليس بتبرع محض؛ إذ يجب فيه البدل، وليس بمعاوضة محضة؛ إذ لا يقابله عوض في الحال.

الثاني: أنه متى يلزم في حق المُقرَض؟ فمن رأى أنه يلزم بالقول دون توقف لزومه على القبض، أو التصرف فيه، ذهب إلى أنه يملك بالعقد. ومن رأى أنه لا يلزم إلا بالقبض، ذهب إلى أنه لا يملك إلا بالقبض. ومن رأى أنه لا يلزم إلا بالتصرف فيه بيعاً، أو هبة، أو استهلاكاً، أو إتلافاً، ذهب إلى أنه لا يملك إلا بالتصرف فيه.

الأدلة

أولاً: أدلة أصحاب الاتجاه الأول: على كون المال المقرض يملك بالعقد:

استدلوا على ذلك بالمعقول من وجهين:

- = ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (١٠/٤).
- (١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٣٩٦/٧)، والفتاوى البزازية (٣٥٩/٤)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ٣٤٨)، وابن عابدين: رد المحتار (١٦٤/٥).
- (٢) راجع: الغزالي: الوجيز، والرافعي: فتح العزيز (٣٨٩/٩، ٣٩١)، والنووي: الروضة (٣٥/٤)، والشربيني: مغني المحتاج (١٢٠/٢)، والرملي: نهاية المحتاج، وحاشيتي الشبراملسي، والرشيدي (٢٣٢/٤).
- (٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٣٩٢/٤).
- (٤) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٤٩/٥).

أ - أن المناط في نقل ملكية الأموال من بعض العباد إلى بعض هو التراضي^(١)، والمعبر عنه بالعقد، فيحصل بمجرد العقد من غير حاجة إلى القبض، كما هو الشأن في غيره من العقود^(٢).

ب - «أنه عقد مملك، صدر من أهله في محله، من غير مانع مع قصد التملك، فينبغي أن يترتب عليه أثره، ولا يحتاج إلى القبض»^(٣).

ثانياً: أدلة أصحاب الاتجاه الثاني: على كون المال المقرض لا يملك إلا بالقبض:

استدلوا على ذلك بالمعقول من وجوه:

أ - «أنه عقد يقف التصرف فيه على القبض، فوقف الملك فيه على القبض كالهبة»^(٤) أو: «أن الملك في الهبة يحصل بالقبض، ففي القرض أولى؛ لأن للعرض مدخلاً فيه»^(٥).

ب - «أن المستقرض بنفس القبض صار بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المقرض بيعاً، وهبة، وصدقة، وسائر التصرفات، وإذا تصرف فيه، نفذ تصرفه، ولا يتوقف على إجازة المقرض، وتلك إمارات الملك»^(٦)، ولأنه لو لم يملكه به لما ملك التصرف فيه، بل ولا تمتنع عليه التصرف فيه^(٧).

(١) راجع: الشوكاني: السيل الجرار (١٤٨/٣).

(٢) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٣٠٣/٢) ط: إيران، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (١٠/٤).

(٣) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٥٠/٥).

(٤) راجع: الشيرازي: المهذب (١٦٦/١٣) مع التكملة، والمقدسي: الشرح الكبير (٤/٣٨٧).

(٥) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٣٩١/٩)، والشربيني: مغني المحتاج (١٢٠/٢).

(٦) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٣٩٦/٧).

(٧) راجع: الرافعي: المرجع السابق، والشربيني: المرجع السابق.

ج - أن مأخذ الاسم دليل عليه؛ فإن القرض في اللغة: القطع، فدلّ على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم^(١).

ثالثاً: أدلة أصحاب الاتجاه الثالث: على كون المال المقرض لا يملك إلا بالتصرف فيه:

استدلوا على ذلك بالمعقول من وجوه:

أ - «أن الإقراض إعارة بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل، ولو كان معاوضة للزم، كما في سائر المعاوضات، وكذا لا يملكه الأب، والوصي، والعبد المأذون، والمكاتب، وهؤلاء لا يملكون المعاوضات، وكذا إقراض الدراهم، والدنانير لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين، وإن كان مبادلة لبطل؛ لأنه صرف، والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين، وكذا إقراض المكيل لا يبطل بالافتراق، ولو كان مبادلة لبطل؛ لأن بيع المكيل بمكيل مثله في الذمة لا يجوز، فثبت بهذه الدلائل أن الإقراض إعارة، فتبقى العين على حكم ملك المقرض»^(٢). أي: قبل التصرف.

ب - «أنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه»^(٣) - أي: المقرض -، وقد جاز له ذلك دون رضاه، فثبت أنه لم يملكه قبل التصرف.

ج - «أنه ليس بتبرع محض؛ إذ يجب فيه البدل، وليس على حقائق المعاوضات، فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله»^(٤). وهو لا يكون كذلك إلا بالتصرف فيه.

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٣٩٦/٧).

(٢) راجع: الكاساني: المرجع السابق.

(٣) راجع: الشيرازي: المهذب (١٦٦/١٣) مع التكملة.

(٤) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٣٩٢/٩).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة الاتجاه الأول:

يناقش ما استدل به أصحابه من الأدلة، وهو: أن المناط في نقل ملكية الأموال هو الرضا، كما أن القرض عقد مملك، فملكه المستقرض بمجرد العقد دون الحاجة إلى قبضه:

بأن مفهوم القرض لا يتحقق من غير القبض^(١).

يجاب عنه: بأنه قول مجرد لا يستند إلى أساس شرعي يسانده، كما أنه يخالف عموم النص الشرعي الذي يدل على اعتبار الرضا - المعبر عنه بالعقد - هو المناط في تحقق نقل الملكية: يقول الله سبحانه: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

ثانياً: مناقشة أدلة الاتجاه الثاني:

يناقش الدليل الأول وهو: القرض عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك فيه على القبض، كالهبة، بوجوه:

أحدها: لا نسلم بأن التصرف يقف على القبض، بل على الإذن، والرضا، وهو حاصل هنا بالعقد^(٢). وإذا كان كذلك، لم يثبت التصرف على القبض، فلم يثبت توقف الملك عليه.

الثاني: سلمنا بأن التصرف يقف على القبض، ولكننا لا نسلم بأن الملك وقف عليه بناء على وقوف التصرف عليه؛ إذ لا تلازم بينهما، ولأن الملك لو وقف عليه دون العقد، لكان وجوده كعدمه وهو باطل. كما أن القبض لا يتصور دون تصور الملك قبل ذلك، فكيف يكون موقوفاً عليه؛ فإن

(١) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٣٠٣/٢) ط: إيران، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (١٠/٤).

(٢) راجع: الشهيد الأول والثاني: اللمعة الدمشقية وشرحها: الروضة البهية (٤/١٥)، (١٦).

المرء لا يستحق قبض الشيء وتسلمه إلا إذا تملكه قبل ذلك، فalcبض إذن مسبق بالملك.

الثالث: أن توقف التصرف فيه على القبض ليس لأن المقرض لم يملكه قبله، بل لأن التصرف فيه قبله يؤدي إلى التصرف فيما ليس عنده، وهو منهي عنه شرعاً؛ لأنه يترتب عليه الغرر.

الرابع: أن الملك في الهبة يحصل بالقبض فقط، ليس متفقاً عليه، بل اختلف الفقهاء فيما يحصل به الملك فيها^(١). فهو إذن من قبيل الاستدلال بالمختلف فيه على المختلف فيه، وهذا غير صحيح، فلا ينهض دليلاً.

ويناقش الدليل الثاني وهو: المستقرض بنفس القبض تملك سائر التصرفات في القرض، وهذا فرع الملك؛ إذ لو لم يملكه به لما ملك التصرف فيه:

بأنه كما يدل على عدم توقف ملك المقرض على التصرف، كذلك ليس فيه ما يدل على توقفه على القبض، وحصره فيه. هذا من جانب.

وما ينوط به الملك هو تراضي الطرفين، وهو تعبير عن العقد، فإذا تم العقد، وصح ترتب عليه أثره، وهو الملك. هذا من جانب آخر.

ويناقش الدليل الثالث وهو: مأخذ الاسم دليل على انقطاع ملك المقرض بنفس القبض:

بأنه غير مسلم به؛ لأن القرض في اللغة هو: القطع مطلقاً، بل إنه إن دلّ فهو إنما يدل على انقطاع ملك المقرض بنفس العقد؛ فإن القرض من العقود الناقلة للملكية في الجملة.

(١) إلى فريقين: أحدهما: الملك يثبت بالعقد ويحصل به: ذهب إليه المالكية، وبعض الحنابلة، والظاهرية، والثاني: أنه لا يحصل إلا بالقبض: ذهب إليه الحنفية، والشافعية، وأكثر الحنابلة. راجع: الدردير: الشرح الكبير (١٠١/٤)، وابن رجب: القواعد (ص ٧١ ق ٤٩)، والبهوتي: كشاف القناع (٣/٣١٤)، وابن حزم: المحلى (١٢٠/٩ ١٦٢٩م)، والمرغيناني: الهداية (٩/١٩٨)، والبابرتي: العناية (٧/٤٧٩) مع التكملة، والنووي والشربيني: المنهاج وشرحه: مغني المنهاج (٢/٤٠٠).

ثالثاً: مناقشة أدلة الاتجاه الثالث:

يناقش الدليل الأول وهو: الإقراض إعارة، فبقيت العين على حكم ملك المقرض: الكاساني (ت ٥٧٨هـ) بقوله:

«وأما قوله: إعارة، والإعارة تملك المنفعة، لا تملك العين، فنعم، لكن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، لقيام عينه مقام المنفعة، صار قبض العين قائماً مقام قبض المنفعة، والمنفعة في باب الإعارة تملك بالقبض؛ لأنها تبرع بتملك المنفعة، فكذا ما هو ملحق بها وهو العين»^(١).

ويناقش الدليل الثاني وهو: المستقرض لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه، بوجهين:

أحدهما: أنه مبني على التسليم بجواز رجوع المقرض فيما أقرضه، وهذا ليس بمسلم به، وذلك «أنه أزال ملكه بعوض من غير خيار، فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع»^(٢).

الثاني: أنه - مع التسليم به تنزلاً - ليس بمانع من ثبوت الملك للمستقرض فيه قبل التصرف، «ألا ترى أن الأب إذا وهب لابنه هبة، وأقبضه إياها، فإن الابن قد ملكها، وللأب أن يرجع فيها. وكذلك إذا اشترى سلعة بسلعة، ثم وجد كل واحد منهما بما صار إليه عيباً؛ فإن لكل واحد منهما أن يرجع في سلعته، وإن كانت ملكاً للآخر»^(٣).

ويناقش الدليل الثالث وهو: أنه ليس بتبرع محض، وليس على حقائق المعاوضات، فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله، وهو بعد التصرف فيه:

بأن استقرار بدله لا يتوقف على التصرف فيه؛ إذ يحصل قبل ذلك بالقبض، بل ويتمكين المستقرض من قبضه، حتى ولو لم يقبضه، وذلك عن

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٣٩٦/٧).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٨٤/٤).

(٣) راجع: المطيعي: تكملة المجموع (١٦٧/١٣).

طريق التخلية بينه وبين القرض على وجه لا يحول من قبضه. فلا ينهض دليلاً على المدعي.

الراجع:

فبالنظر في أدلة كل من الاتجاهات الثلاثة، وما يتصل بها من مناقشات، واعتراضات، يبدو رجحان ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول من أن المال المقرض يملك بالعقد، وذلك للأسباب الآتية:

١ - أن أدلة ما سواه من الاتجاهين بعد أن نوقشت بما ورد عليها من اعتراضات، لم تستطع النهوض، والصمود، وبالتالي لم تبق صالحة للاحتجاج بها. وأما أدلته فبقيت صالحة للاستدلال بها بعد أن استطاعت الدفاع عن نفسها، ورد ما ورد عليها من اعتراض على عقبه.

٢ - المبدأ العام في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحِكْمَةٍ عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]؛ لأنها بعمومها تدل على أن المناط في نقل ملكية الأموال هو: التراضي فقط، وهو في الاصطلاح الفقهي: الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين مرتبطاً بالقبول الصادر من الآخر على شيء، وقد وجد هنا.

٣ - أن القول بأن المال المقرض يملك بالعقد، هو يتمشى مع المبدأ العام في العقود على وجه العموم، وهو: أن العقد إذا تم مستجمعاً ومستوفياً جميع أركانه وشروطه، وصح: ترتب عليه أثره فوراً، وهو ثبوت الملك وانتقاله. هذا هو الأصل، لذلك يقول من الإمامية العاملي (ت ١٢٢٧هـ) «أنه عقد مملك صدر من أهله في محله من غير مانع، مع قصد التملك، فينبغي أن يترتب عليه أثره، ولا يحتاج إلى القبض وحده»^(١)، والنجفي (ت ١٢٦٦هـ): «لاتجه القول بحصول الملك بمجرد العقد من غير حاجة إلى القبض، كما هو الشأن في غيره من العقود»^(٢).

(١) راجع: مفتاح الكرامة (٥٠/٥).

(٢) راجع: جواهر الكلام (٣٠٣/٢) ط. إيران؛ ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (١٠/٤).

المطلب الثاني

ضمان المال المقرض

استبان مما تقدم أن القرض من العقود الناقلة للملكية؛ لأنه عقد تمليك يثبت عوضه في الذمة، كما أن حكمه هو التمليك باتفاق الفقهاء جميعاً، وإن اختلفوا بعد ذلك فيما يملك به المال المقرض: بالعقد، أو بالقبض، أو بالتصرف فيه - كما رأينا فيما سبق -.

وأما ضمانه فلا خلاف في أنه - بعد انتقاله إلى المقرض - مضمون محض - أي: يكون ضامناً له، سواء فيه تفریطه وعدم تفریطه. وهذا مما اتفق الفقهاء قاطبة عليه؛ لأن هذه هي طبيعة القرض، ولذلك سمي بالمضمون المحض^(١).

وأما التعبير عن الضمان في الكتب الفقهية - على اختلاف مذاهبها - فهو: ردّ مثله فيما له مثل، وفيما ليس له مثل، أو له مثل وتعذر ردّ مثله: ردّ قيمته، أو ردّ مثله صورة لا حقيقة^(٢). هذا عند القائلين بجواز قرض ما ليس له المثل. فهذا التعبير هو أكثر شيوعاً في كتب المذاهب على اختلاف أصحابها في المنهج الاجتهادي.

هذا، ومتى يدخل المال المقرض في ضمان المقرض، ومتى ينتقل

(١) راجع: ابن رشد: المقدمات (٣٦٩/٢).

(٢) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٣٩٥/٧، ٣٩٦)، والحصكفي، وابن عابدين: الدر المختار، ورد المختار (١٦١/٥، ١٦٢، ١٦٤)، وابن جزري: القوانين الفقهية (ص ٢٤٨)، وشرح الزرقاني (٢٢٧/٥)، وشرح الخرخشي (٢٣٢/٥)، والدردير: الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي عليه (٢٢٦/٣)، والشيرازي: المهذب (١٦٨/١٣)، (١٧٤)، والقفال: حلية العلماء (٣٩٥/٤، ٣٩٦)، والنووي: المنهاج (١١٩/٢)، وابن قدامة: المغني (٣٨٧/٤، ٣٨٨)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢٦٦/٢)، والشيخ إبراهيم: منار السبيل (٣٤٨/١)، وابن حزم: المحلى (٣٤٧/٦ م ١١٩٢)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٣٩٣/٤)، ومختصر الأزهار (١٤٨/٣)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (١٧٤/٣)، والحلي: القواعد (٤٦/٥، ٤٧).

إليه، وبتعبير آخر: بما يضمن؟ بالعقد، أو بالقبض، أو بالتصرف فيه. لم يتعرض الفقهاء له، كما تعرضوا لبيان ما يملك به.

وللإجابة عنه: يجب أن نقف عند طبيعة وذات الضمان نفسه، هل هي مستقلة عن ذات الملك، ومنعزلة عنها، أو هي مرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً ومتيناً لا انفصام بينهما؟ فبالنظر في الكتب الفقهية المختلفة ذات الصلة بالمذاهب الفقهية الاجتهادية - نلاحظ أن الضمان لا يتصور انتقاله إلا بعد انتقال الملك أولاً. فالبحث عن الضمان يتوقف على البحث عن الملك أولاً. وقد رأينا أن الفقهاء اختلفوا فيما ينتقل به ملك المال المقرض، ومع ذلك لم يتعرض أكثرهم لبيان ما ينتقل به ضمانه. ولكن يمكننا أن نبني على اختلافهم في انتقال ملكه: انتقال ضمانه. وعليه، فتصنيف أقوالهم وآرائهم فيما ينتقل به ضمان المال المقرض على النحو التالي:

الاتجاه الأول: أنه يضمن بالعقد - أي: يدخل في ضمان المقرض بالعقد، فيكون ضامناً له به.

الاتجاه الثاني: أنه لا يضمن إلا بالقبض - أي: لا يدخل في ضمان المقرض إلا به، لا بالعقد، بل به يكون من ضمان المقرض.

الاتجاه الثالث: أنه لا يضمن إلا بالتصرف فيه بيعاً، أو هبة، أو استهلاكاً، أو إتلافاً وغير ذلك من التصرفات - أي: لا يدخل في ضمانه إلا به، لا بالعقد، ولا بالقبض، بل بأيهما يكون من ضمان المقرض.

من الملاحظ أن المالكية - كما رأينا - لم يفرقوا فيما ينتقل به ملك المال المقرض بين ما فيه حق توفية وبين ما ليس فيه حق توفية، بينما فرّقوا هنا فيما ينتقل به ضمانه حيث قالوا: إنه يدخل في ضمان المقرض بالعقد كغيره من العقود الصحيحة ما لم يكن فيه حق توفية، وإلا فلا يدخل في ضمانه إلا بالتوفية^(١). هذا بناء على أصلهم في الضمان. وفي هذا دليل على بناء انتقال الضمان على انتقال الملك.

(١) راجع: التسولي: البهجة شرح التحفة (٢/٢٨٨).

بناءً على ذلك، فإذا هلك المال المقرض، لا يخلو الهلاك: إما أن يكون بعد العقد، وقبل القبض، والتصرف فيه، فيكون مضموناً على المستقرض؛ إذ دخل في ضمانه بتمام العقد عند أصحاب الاتجاه الأول - ما لم يكن فيه حق توفية عند المالكية خاصة -، ويكون مضموناً على المقرض عند أصحاب الاتجاه الثاني، والثالث؛ لأنه لم يدخل في ضمان المقرض، وكذا عند المالكية، ومن نهج منهجهم - في التفريق في انتقال الضمان بين ما فيه حق توفية وبين ما ليس فيه حق توفية - إذا كان مما فيه حق توفية.

وإما أن يكون الهلاك بعد القبض، وقبل التصرف فيه، فيكون مضموناً على المستقرض - أي: يكون ضامناً له - عند أصحاب الاتجاه الأول، والثاني؛ فإنه دخل في ضمانه بالقبض، ويكون مضموناً على المقرض - أي: يكون هو ضامناً له - عند أصحاب الاتجاه الثالث؛ إذ لم يدخل عندهم في ضمان المقرض قبل التصرف فيه، فلم يكن من ضمانه.

وإما أن يكون الهلاك بعد التصرف فيه، فيكون مضموناً على المستقرض ومن ضمانه باتفاق الفقهاء قاطبة من الاتجاهات الثلاثة.

المطلب الثالث

خراج المال المقرض

اتضح - مما سبق - أن المال المقرض إذا كان في ضمان المستقرض، فهو مضمون محض عليه، يستوي فيه تفريطه وعدم تفريطه. وعليه، فإذا هلك، أو تلف أو ضاع، كان ضامناً له، سواء فيه تفريطه وعدم تفريطه.

فإذا تمحض ضمانه على المقرض، فيجب أن يتمحض خراجه أيضاً له وفقاً لمبدأ (الخراج بالضمان) أو (الغنم بالغرم). لذلك يقول ابن رشد (ت ٥٢٠هـ): «والمضمون المحض هو ما كان النفع كله لقاوضه كالقرض»^(١).

هذا، ويجدر بنا أن نشير إلى أننا بعد تتبع كتب المذاهب الفقهية

(١) راجع: المقدمات (٢/٣٦٩).

المختلفة على اختلاف ألوانها الاجتهادية - لم نقف على مذهب منها تعرض للتدليل على كون نفع القرض للمستقرض بمقابل ضمانه له تطبيقاً للمبدأ المذكور. مع أننا نلاحظ تطبيقه العملي في تعامل الصحابة رضي الله عنهم في أروع صورة وأوضحها. ولإثبات ذلك نورد فيما يلي أثرين، ثم نتناولهما بالدراسة والتحليل، ومن خلال ذلك نستشف مدى تطبيق هذا المبدأ الذي نحن بصدد تطبيقه العملي - في القرض عند الصحابة، ثم تتبعهما ببعض النصوص الفقهية الواردة في باب المضاربة، وذلك للاستئناس بها.

أولاً: الأثر الأول: عن عمر رضي الله عنه:

روى الإمام مالك^(١) عن زيد بن أسلم^(٢) عن أبيه^(٣) أنه قال:

«خرج عبد الله، وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلاً^(٤)، مرّا على أبي موسى الأشعري، وهو أمير البصرة، فرحب بهما، وسهّل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما لفعلت، ثم قال: بلى ههنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون الربح لكما. فقالا: وددنا ذلك، ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال. فلما قدما، باعا، فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى

(١) في: الموطأ: كتاب القراض: ما جاء في القراض (٢/٦٨٧ ح ١)، وعن الإمام مالك الإمام الشافعي في: مسنده (ح ١٣٣٢)، وعنه البيهقي في: السنن الكبرى (٦/١١٠)، وفي معرفة السنن والآثار (٤/٤٩٧، ٤٩٨ ح ٣٧٠٢). وقال الحافظ في التلخيص الحبير (٣/٦٦): «وإسناده صحيح». وقال الشيخ الألباني في إرواء الغليل (٥/٢٩١): «وهو على شرط الشيخين».

(٢) هو: العدوي، مولى عمر، أبو عبد الله، المدني، ثقة عالم، مات سنة ١٣٦هـ. ابن حجر: التقريب (ص ٢٢٢).

(٣) هو: العدوي، مولى عمر، ثقة، مات سنة ٨٠هـ. راجع: ابن حجر: المرجع السابق (ص ١٠٤).

(٤) قفل من سفره قفولاً - من باب قعد - رجع. راجع: الفيومي: المصباح المنير (ص ١٩٥).

عمر، قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما، قالوا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما: أديا المال، وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص المال، أو هلك لضمناه، فقال عمر: أدياه. فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله. فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضاً. فقال عمر: قد جعلته قراضاً فأخذ عمر رأس المال، ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال.

وأخرجه الدارقطني^(١) مختصراً بلفظ: «مرحباً بابني أخي... وادفعا إلى عمر رضي الله عنه أمير المؤمنين رأس المال، وأضمننا، فلما قدما على أمير المؤمنين، يأبى أن يجعل ذلك، وجعله قراضاً».

ما يفيده:

١ - أن القرض مضمون على المستقرض، يدلّ عليه نص قول أبي موسى رضي الله عنه في رواية الدارقطني: «واضمننا»، وقول عبيد الله رضي الله عنه: «لو نقص هذا المال، أو هلك لضمناه». ولم ينكره عمر رضي الله عنه، ولا أحد ممن حضر من الصحابة^(٢).

٢ - أن الربح الذي حصل عليه ابنا عمر رضي الله عنهما بمقابل ذلك الضمان، نص عليه أبو موسى رضي الله عنه؛ إذ قال: «ويكون لكما الربح» فهذا النص صريح لا لبس فيه، وكذلك قول عبيد الله - في جواب أبيه لما قال: «أديا المال، وربحه» -: «ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص المال، أو هلك لضمناه». معنى ذلك: لو تلف كان ضمانه علينا، فكيف لا يكون ربحه لنا؟ وكيف يكون لك الربح، وعلينا الضمان؟^(٣) بل إن

(١) في: السنن: كتاب البيع (٢/٦٣ ح ٢٤١)، وقال الشيخ الألباني في الإرواء: «وإسناده حسن».

(٢) راجع: ابن الترمكاني: الجوهر النقي (٦/١١٠).

(٣) راجع: ابن تيمية: مجموع الفتاوى (٣٠/١٣٠)، ود. السالوس: حكم فوائد البنوك (ص ٧٤) بحث في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد: السادس، السنة الرابعة ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.

الضمان أو الغرم في حال نقص المال المقرض، أو هلاكه، لا بد من أن يقابله الخراج، أو الغنم.

٣ - وافق على كون الربح بمقابل الضمان عدد من الصحابة رضوان الله عليهم بدءاً من أبي موسى الأشعري إلى عبد الله، وعبيد الله، ثم من حضر من أصحاب النبي ﷺ عند أبي موسى، وعمر بن الخطاب، وفي النهاية أمير المؤمنين؛ إذ لم ينكره هو، ولا أحد مبدأ كون الربح بمقابل الضمان، بل صرح به أبو موسى، وتمسك به عبيد الله رضي الله عنهم جميعاً.

٤ - لولا قوة ما تمسك به عبيد الله، وأصرّ عليه، لما استطاع أن يقول لأمير المؤمنين عمر بن الخطاب - هو من هو تشدداً على أهله -، وولاته: «ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص هذا المال، أو هلك لضمناه...»، ولما سكت عليه أمير المؤمنين؛ إذ لم ينكره هو، ولا غيره ممن حضر من الصحابة^(١).

بعد هذه الدراسة القائمة على الأسس العلمية، يمكننا أن نقرر أن الضمان أو الغرم لا بد من أن يقابله الخراج، أو الغنم؛ لأنه هو العدل الذي لا ينبغي العدول عنه، فعليه يكون الربح بمقابل الضمان تطبيقاً لنص قول الرسول ﷺ، المتمثل في القاعدة الفقهية: (الخراج بالضمان).

ثانياً: الأثر الثاني: عن الزبير^(٢) رضي الله عنه:

روى البخاري^(٣) عن عبد الله بن الزبير قال:

(١) راجع: د. حسن صالح العناني: الغنم بالغرم (ص ٧٦، ٧٧).

(٢) هو: ابن العوام بن خويلد، أبو عبد الله القرشي، الأسدي، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، قتل سنة ٣٦ هـ بعد منصرفه من وقعة الجمل. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٢١٤).

(٣) في: صحيحه: كتاب فرض الخمس: باب بركة الغازي في ماله (٦/٢٦٢، ٢٦٣ ح ٣١٢٩).

«وقف الزبير يوم الجمل: دعاني، فقمتم إلى جانبه، فقال: يا بني! لا يقتل اليوم إلا ظالم، أو مظلوم، وإني لأراني إلا سأقتل اليوم مظلوماً. وأن من أكبر همي لديني... قال - أي: عبد الله -: وإنما كان دينه الذي عليه أن الرجل كان يأتيه بالمال، فيستودعه إياه، فيقول الزبير: «لا، ولكنه سلف؛ فأني أخشى عليه الضيعة».

يقول ابن حجر (ت ٨٥٢هـ): «فقوله: لا، ولكنه سلف؛ أي: لا يكون وديعة، ولكنه قرض في ذمتي. وذلك؛ لأنه ما كان يقبض من أحد وديعة إلا إن رضي صاحبها أن يجعلها في ذمته. وكان غرضه بذلك أنه كان يخشى على المال أن يضيع، فيظن به التقصير في حفظه، فرأى أن يجعله مضموناً، فيكون أوثق لصاحب المال، وأبقى لمروءته. وزاد ابن بطال^(١): وليطيب له ربح ذلك المال»^(٢).

فعدم قبول الزبير رضي الله عنه من أحد وديعة إلا إذا رضي صاحبها بجعلها قرضاً في ذمته، وذلك ليكون المال مضموناً، فيضمنه هو دون ربه، وليطيب له ربحه، ليكون الربح بمقابل الضمان، وهذا كان أمام الصحابة، ولم يثبت من أحد أنه استكرهه، وهذا ما ينطبق عليه مبدأ (الخراج بالضمان) انطباقاً تاماً.

ثالثاً: بعض النصوص الفقهية الواردة في باب القراض، أو المضاربة:

يقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ): «وإن قال: خذ هذا المال، فاتجر به، والربح كله لك، كان قرضاً، لا قراضاً»^(٣). وذلك؛ لأن كون الربح كله للعامل يقتضي أن الضمان عليه، وهذا لا يتأتى إلا إذا صار المال قرضاً لا قراضاً. وفي هذه الحالة يكون الربح بمقابل الضمان.

(١) هو: أبو الحسن، علي بن خلف بن بطال، البكري، المالكي. ألف شرحاً على البخاري مشهوراً كبيراً، يتنافس فيه، كثير الفائدة، توفي سنة ٤٤٤هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/٢١٠).

(٢) راجع: فتح الباري (٦/٢٦٦)، ويراجع أيضاً: العيني: عمدة القاري (١٥/٥٢).

(٣) راجع: المغني (٥/١٤٤).

وقد بيّنه الفقه المالكي بوضوح؛ إذ يقول الدردير (ت ١٢٠١هـ): «ضمنه العامل - أي: يضمن مال القراض لربه لو تلف، أو ضاع بلا تفريط في اشتراط الربح له - أي: للعامل، بأن قال له ربه - أي: رب المال: اعمل فيه، والربح لك؛ لأنه حينئذ صار قرضاً، وانتقل من الأمانة إلى الذمة»^(١).

فيبدو واضحاً أن اشتراط الربح كله مساعه: هو اعتباره ضامناً للمال في حالة صيرورته قرضاً. وبهذا يتفق وقاعدة: (الخراج بالضمان).

وبعد هذه الدراسة المستفيضة في ضوء ما أوردناه من الأثرين، وبعض النصوص الفقهية - يمكننا أن نقول: بأننا قد توصلنا بعد التحقيق - إلى أن ربح المال المقرض للمستقرض هو بمقابل ضمانه له.

وبذلك نكون قد حققنا أنه ليس إلا تطبيقاً لقاعدة: (الخراج بالضمان).



(١) راجع: الشرح الصغير (٣٣٨/٥) مع حاشية الصاوي.

المبحث الثاني

الخراج بالضمان في الإيداع

وفيه تمهيد، ومطلبان:

التمهيد: التعريف بالإيداع، والوديعة.

المطلب الأول: ضمان العين المودعة.

المطلب الثاني: خراج العين المودعة.

التمهيد

التعريف بالإيداع، والوديعة

أولاً: الوديعة والإيداع لغة:

فالوديعة والإيداع من: (ودع) الواو، والذال، والعين، أصل واحد يدل على الترك، والتخلية، ثم أطلق على الحفظ.

والوديعة: فعيلة بمعنى: مفعولة. فهي مأخوذة إما من: ودع الشيء ودعا - من باب وضع -: أي: ترك؛ لأنها شيء يترك عند الأمين. وإما من: ودع - من باب كرم - دعة، ووداعة، فهو وديع، ووداع: أي: سكن، واستقر، وصار إلى الدعة، وهي: الخفض، والسكون، والراحة، والسعة في العيش؛ لأنها مستقرة، ساكنة عند المودع.

وهي واحدة، وجمعها: ودائع، وهي: ما استودع.

والإيداع: مصدر أودع، يقال: أودعه مالاً، واستودعه إياه: دفعه إليه ليكون عنده وديعة.

واستودعه وديعة: استحفظه إياها.

وأودعه: قبله منه وديعة، فهو من الأضداد، ولكن الفعل في الدفع أشهر.

فمن دفع مالاً، فهو مودع، ومستودع - بكسر الدال -، ومن قبله، فهو مودع، ومستودع - بفتح الدال -، والمال: مودع، ومستودع: أي: وديعة^(١).

(١) راجع: الأزهرى: تهذيب اللغة (٣/١٤٠، ١٤١)، مادة: (ودع)، وابن فارس: معجم

مقاييس اللغة (٦/٩٦)، مادة: (ودع)، والزمخشري: أساس البلاغة (ص ٤٩٥)، =

ويلاحظ أن الوديعة:

- اسم لما يودع، فهي اسم من الإيداع، وليست بمعنى الإيداع.
- ولا تطلق على غير المال.

ثانياً: الوديعة، والإيداع شرعاً:

أما تعريف الوديعة في الاصطلاح الفقهي، فقد ورد على لسان الفقهاء بالمعنى المصدري والاسمي، فمنهم من عرفها بمعنى المصدر - أي: بمعنى الإيداع، ويراد به العقد، ومنهم من عرفها بمعنى الاسم - أي: بمعنى الشيء المودع. غير أن من عرفها بالمعنى المصدري، لم ينكر تعريفها بالمعنى الاسمي؛ إذ إنه يؤخذ منه، فتعريفها باعتبارها اسماً لما يودع، تعريف متفق عليه بين الفقهاء أجمع. ومن عرفها بالمعنى الاسمي، فمنهم من أنكر تعريفها بالمعنى المصدري. كما سنلاحظ ذلك فيما بعد.

تعريف الوديعة بالمعنى المصدري - أي: بمعنى الإيداع باعتبارها عقداً:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفها بهذا الاعتبار تبعاً لاختلافهم في بعض شروطها، وأحكامها. كما سنلاحظ ذلك فيما بعد.

- ١ - عند الحنفية بأنها: «تسليط الغير على حفظ المال»^(١).
- ٢ - عند المالكية بأنها: «استنابة في حفظ المال»^(٢) أو: «نقل مجرد حفظ ملك يتقل»^(٣).
- ٣ - عند الشافعية بأنها: «توكيل في حفظ مملوك، أو محترم مختص على

= مادة: (ودع)، والمطرزي: المغرب (٤٧٩)، مادة: (ودع)، والرازي: مختار الصحاح (ص ٤٧٠)، مادة: (ودع)، والنووي: تحرير التنبيه (ص ٢٣١)، وابن منظور: لسان العرب (٦/٤٧٩٨، ٤٧٩٩)، مادة: (ودع)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٢٥٠)، مادة: (ودع)، والزبيدي: تاج العروس (٧/٥٣٦)، مادة: (ودع).

(١) راجع: البابرتي: العناية (٧/٤٥١)، والعيني: البناية (٩/١٧١).
 (٢) راجع: المواق: التاج والإكليل (٥/٢٥٠)، والحطاب: مواهب الجليل (٥/٢٥٠).
 (٣) راجع: المواق، والحطاب: المرجعين السابقين، هذا تعريف ابن عرفة.

وجه مخصوص»^(١) أو: «توكيل من المالك، أو نائبه لآخر بحفظ مال، أو اختصاص»^(٢).

٤ - عند الحنابلة بأنها: «وكالة في الحفظ»^(٣).

٥ - عند الزيدية بأنها: «ترك مال مع حافظ، لا أجر»^(٤).

٦ - عند الإمامية بأنها: «استنابة في حفظ المال»^(٥).

وأما الظاهرية، والإباضية فلم نقف على تعريف لها عندهم.

فالفقهاء الذين عرفوا الوديعة بالمعنى المصدرى، لا فرق عندهم بينها وبين الإيداع، غير أننا نجد جماعة من الفقهاء فرّقوا بينهما، حيث أطلقوا الوديعة على العين المودعة فقط، وأطلقوا الإيداع على العقد، وعليه، فقد تعرضوا لتعريف الإيداع باعتبار العقد، فتعريفه عندهم:

١ - بأنه: «تسليط المالك غيره على حفظ ماله صريحاً، أو دلالة»^(٦) هذا عند بعض الحنفية.

٢ - بأنه: «توكيل على مجرد حفظ مال»^(٧) هذا عند بعض المالكية.

٣ - بأنه: «توكيل من المالك، أو نائبه لآخر بحفظ مال، أو اختصاص»^(٨) هذا عند بعض الشافعية.

٤ - بأنه: «توكيل رب المال غيره في حفظه بلا عوض»^(٩) هذا عند بعض الحنابلة.

(١) راجع: الشرييني: مغني المحتاج (٣/٧٩).

(٢) راجع: البجيرمي: تحفة الحبيب على شرح الخطيب (٣/٢٤٦).

(٣) راجع: ابن مفلح: الفروع (٤/٤٧٩).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/١٦٧).

(٥) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٦/٤).

(٦) راجع: النسفي: كنز الدقائق (٧/٢٧٣)، وابن نجيم: البحر الرائق (٧/٢٧٣)،

والغزي: تنوير الأبصار (٥/٦٦٢)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٢/٢٣٧)،

والحصكفي: الدر المنتقى (٢/٢٣٧).

(٧) راجع: الدردير: الشرح الكبير (٣/٤١٩).

(٨) راجع: حاشية البجيرمي (٣/٢٤٦).

(٩) راجع: البهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/٤٤٩)، وكشاف القناع (٤/١٦٧)، =

وأما تعريف الوديعة بالمعنى الاسمي فهو: الشيء الموضوع عند الغير ليحفظه.

ملاحظات:

يستحسن بنا أن ننظر في هذه التعريفات للوديعة، والإيداع بإمعان، وتعمق، حتى نتمكن من إبراز بعض الملاحظات، وهي:

- ١ - أن الوديعة في الاصطلاح الفقهي تطلق على العين المودعة اتفاقاً؛ فإنه اسم لما يودع عند الفقهاء. وأما إطلاقها على الإيداع - أي: العقد - واستعمالها بمعناه فهو مختلف فيه بينهم، فبعضهم أطلقوها عليه أيضاً، وبعضهم لم يطلقوها إلا على الذات المودعة فقط مراعاة لما ذهب إليه أهل اللغة، بل وأنكر بعضهم إطلاقها على الإيداع مطلقاً^(١).
- ٢ - أنها تطلق على المال دون خلاف، ولكن إطلاقها على غير المال مختلف فيه، بحيث أطلقها بعضهم عليه، وعلى غيره، بينما لم يطلقها بعضهم إلا على المال فقط؛ إذ قيدوا التعريف بحفظ المال.
- ٣ - بناء على ما سبق، فإطلاق الوديعة على العين المودعة إطلاق متفق عليه بين أهل اللغة وبين أهل الشرع، فهو إذن لغوي وشرعي. وإطلاقها على الإيداع عند بعضهم إطلاق شرعي فحسب.
- ٤ - ورد لفظ: (حفظ مال) فهل يدخل فيه الوثائق بذكر الحقوق، وحفظها؟ لكي يكون التعريف جامعاً لأفراده؛ لأنها تحفظ، كما يحفظ المال. قال بعض المالكية: إنها لا تدخل فيه؛ إذ إنها ليست أموالاً في حد ذاتها.

= والقارئ: مجلة الأحكام الشرعية (ص ٤١٤)، مادة: (١٣١٧).

(١) كالعدوي المالكي؛ إذ يقول في حاشيته على شرح الخرشي (١٠٨/٦): «والحاصل أن الوديعة لا تطلق على الإيداع لا لغة، ولا اصطلاحاً»، ويقول أيضاً: «إن اصطلاح الفقهاء أن الوديعة اسم لما يودع لا للإيداع». ويقول قاضي زاده من الحنفية: «الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضاً هي المال المودع الذي يترك عند الأمين، لا نفس التسليط على حفظ المال، وأن التسليط على حفظ المال هو الإيداع». راجع: تكملة فتح القدير (٤٥١/٧).

- وقال بعضهم: تدخل فيه مجازاً، لكونها تتضمن المال، وتحفظ لأجله^(١)، أو لأن الوثيقة متمول يراد حفظه لأجل ما فيه^(٢).
- ٥ - لم يتناول غير المال: الوثائق - ما عدا تعريف بعض المالكية، والشافعية للوديعة بالمعنى المصدرى، والاختصاصات^(٣) - ما عدا تعريف الشافعية للإيداع، والوديعة بالمعنى المصدرى.
- ٦ - لم يشترط معظم التعريفات في المال أن يكون مما ينقل، بينما اشترطه فيه تعريف بعض المالكية.
- ٧ - قيدت بعض التعاريف حفظ المال، أو الاختصاص بلا عوض، أو أجرة، بينما أكثرها لم تعتبر ذلك القيد.
- ٨ - يظهر جلياً أن تلك التعريفات متقاربة جداً في مضمونها، وإن اختلفت في ألفاظها.
- ٩ - لم يراع فيها المعنى اللغوي، ومراعاته أولى.
- بعد هذا كله يمكن القول: بأن الإيداع عقد، لا الوديعة؛ لأنها مختصة بالعين المودعة في اللغة، وفي النصوص الشرعية؛ إذ لم يرد فيها ما يدل على استعمالها بمعنى الإيداع، فإطلاقها على الإيداع يخالف ما أطبقت عليه كتب اللغة، والنصوص الشرعية، لذلك يقول العدوي المالكي^(٤) (ت ١١٨٩هـ): «والحاصل أن الوديعة لا تطلق إلا على الذات المودعة، لا على الإيداع لا لغة، ولا اصطلاحاً»^(٥).
- فالتفريق بين الإيداع والوديعة، وإطلاق هذا الأخير على العين المودعة،

(١) راجع: حاشية البناني (٦/١١٣، ١١٤).

(٢) راجع: حاشية الدسوقي (٣/٤١٩).

(٣) سيأتي: المراد بها عند شرح التعريف.

(٤) هو: الشيخ علي العدوي الصعيدي المصري، عالم فاضل، له حواش كثيرة على الخرشي وغيره، أول من تولى مشيخة المالكية بالأزهر، توفي سنة ١١٨٩هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/٢٩٢).

(٥) راجع: حاشيته على شرح الخرشي (٦/١٠٨).

واختصاصها بها أقرب إلى الصواب، وأولى بالقبول؛ إذ فيه مراعاة للحقيقة اللغوية، والنصوص الشرعية، بحيث يناسبها، ويتفق معها، وإن كان لا مشاحة في الاصطلاح.

بعد هذه الملاحظات لا يسعنا إلا أن نحاول تعريف الإيداع فنقول، هو: عقد يقتضي دفع ملك، أو اختصاص من المالك، أو نائبه إلى آخر لحفظه.

شرح التعريف:

لفظ: (عقد) جنس في التعريف يشمل العقود كلها، وخرجت، ما عدا عقد الإيداع بقولنا: (دفع ملك، أو اختصاص من المالك، أو نائبه إلى آخر لحفظه)؛ لأن الدفع هنا مخصوص هو دفع المودع أو نائبه الملك، أو الاختصاص لحفظه فقط، دون التصرف فيه. ولفظ: «ملك» كما يتناول المال، كذلك يشمل كل ما ليس بمال في حد ذاته، ولكنه يقوم مقامه، بحيث قد يتضمن المال ويحفظ لأجله، أو يتمول، ويحفظ لأجل ما فيه كالوثائق بذكر الحقوق وحفظها - بل هي الآن أهم الودائع في البنوك التجارية كالسنديات، والكمبيالات، وهي ليست أموالاً في حد ذاتها، ولكنها وثائق بذكر الحقوق وحفظها -؛ فإن الملك هو: «حكم شرعي يقدر في عين، أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه، والعوض عنه من حيث هو كذلك»^(١). ولفظ: (اختصاص) يراد به كل ما له احترام، وينتفع به - وإن كان نجساً كالخمر المحترمة عند الذميين، وجلد ميتة يطهر بالدباغ، وزيل، وكلب معلم. وخرج به كل ما لا اختصاص فيه كالكلب الذي لا يقتنى. ولفظ: (المالك) هو: المودع - بكسر الدال - الذي يدفع الملك، أو الاختصاص. ولفظ: (نائبه) من ينوب عنه كالوكيل، والولي. ولفظ: (آخر) يراد به الوديع، أو المودع - بفتح الدال - الذي يقبل الملك أو الاختصاص ليكون عنده وديعة.

(١) راجع: السيوطي: الأشباه والنظائر (ص ٣٤٢).

ولفظ: (لحفظه) فيه إشارة إلى ما يقصد بعقد الإيداع وهو: (حفظ الملك، أو الاختصاص فقط دون التصرف فيه).

المطلب الأول

ضمان العين المودعة

إن الأصل في العين المودعة أنها أمانة في يد المودع - بفتح الدال - أي: غير مضمونة. بناء عليه: فإذا تلفت من غير تعد^(١) فيها، ولا تفريط^(١) في حفظها من قبل المودع، فليس عليه ضمان.

هذا قول أكثر أهل العلم: روى ذلك عن أبي بكر (ت ١١٣هـ)، وعمر^(٢) (ت ٢٣هـ)، وعلي^(٣) (ت ٤٠هـ)، وابن مسعود (ت ٣٢هـ)، وجابر^(٤) (ت بعد ٧٠هـ)، وبه قال: شريح (ت ٧٨هـ)، والحسن البصري (ت ١١٠هـ)، وأبو الزناد (ت ١٣٥هـ)، وابن أبي ليلى (ت ١٤٨هـ)، ومعمر (ت ١٥٤هـ)، والأوزاعي

(١) التعدي في اللغة: تجاوز الحد، والتفريط: التقصير. المصباح المنير (ص ١٥١، ١٧٨)، مادة: (عدى، فرط).

وأما في الاصطلاح الفقهي: فالتعدي أمر وجودي، وهو: فعل ما لا يجوز فعله، أو التصرف في الوديعة. وأما التفريط فهو: أمر سلبي وهو: ترك ما يجب فعله من الحفظ. راجع: النجفي: جواهر الكلام (١٢٨/٢٧)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٢٠٢/٤، ٢٠٣).

فقد اتضح الفرق بينهما، إلا أن النتيجة التي تترتب عليهما، والتي توجب: الضمان، واحدة وهي: التلف والهلاك المترتب عليهما.

بيد أن البيجوري من الشافعية فسر التعدي في الوديعة بالتقصير في حفظها، حيث يقول: «أي: بالتقصير في حفظها، بأن يتعدى في تلفها». حاشيته على شرح ابن قاسم (١٦٥/٢).

فيبدو أن هذا التفسير باعتبار الغاية، وهي: التلف والهلاك.

(٢) هو: ابن الخطاب، أمير المؤمنين، الخليفة الثاني، تقدمت ترجمته.

(٣) هو: ابن أبي طالب، أمير المؤمنين، الخليفة الثالث، مات سنة ٤٠هـ. ابن حجر: تقريب التهذيب (ت/٣٦١).

(٤) هو: ابن عبد الله الأنصاري، مات بالمدينة بعد السبعين. ابن حجر: المرجع السابق (ص ١٣٦).

(ت ١٥٧هـ)، والثوري^(١) (ت ١٦٠هـ)، وإليه ذهب المذاهب الفقهية: الحنفي^(٢)، والمالكي^(٣)، والشافعي^(٤)، والحنبلي^(٥)، والظاهرية^(٦)، والزيدي^(٧)، والإمامي^(٨).

وأما المذهب الإباضي فلم نعثر على باب الوديعة أو الإيداع في كتبه الفقهية.

وعن علي، وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قالوا: ليس على مؤتمن ضمان^(٩).

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضمّن أنس بن مالك^(١٠) وديعة

-
- (١) راجع: عبد الرزاق: المصنف (١٨٢/٨، ١٨٤)، وابن المنذر: الإشراف (١٣٤/٢)، وابن حزم: المحلى (١٣٧/٧)، والبيهقي: السنن الكبرى (٢٨٩/٦، ٢٩٠)، والشيرازي: المهذب (١٧٧/١٤)، والسمناني: روضة القضاة (٦١٢/٢)، وابن قدامة: المغني (٢٨٠/٧)، وابن حجر: التلخيص الحبير (١١٣/٣) نقلاً عن الرافعي.
- (٢) راجع: السرخسي: المبسوط (١٠٩/١١)، والسمناني: روضة القضاة (٦٠٨/٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (٢١٠/٦)، والموصللي: الاختيار (٢٥/٣)، ومجلة الأحكام، مادة: (٧٧٧)، وعلي حيدر: درر الحكام (٢٣٥/٢، ٢٦٦).
- (٣) راجع: ابن الجلاب: التفرغ (٢٦٩/٢، ٢٧٠)، والقيرواني: الرسالة (ص ٢٣١)، وابن رشد: المقدمات (٤٥٥/٢)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٣٠٥/٢، ٣٠٦)، والدردير: الشرح الكبير (٤١٩/٣)، والشرح الصغير (١٠/٥).
- (٤) راجع: الشيرازي: المهذب (١٧٧/١٤)، والنووي: المنهاج (٨١/٣)، والروضة (٦/٣٢٧)، والحصني: كفاية الأخيار (١٢/٢)، ومتن أبي شجاع (ص ١٥١).
- (٥) راجع: القاضي: المسائل الفقهية (٣١/٢)، وابن قدامة: المرجع السابق، وابن رجب: القواعد (ص ٥٩ ق ٤٣)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٤٥١/٢).
- (٦) راجع: ابن حزم: المرجع السابق (١٣٨٩م - ١٣٩١).
- (٧) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (١٦٨/٥)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٨٠).
- (٨) راجع: الحلبي: الجامع للشرائع (ص ٣٢٨)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٢/٦)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٢٠٢/٤).
- (٩) راجع: عبد الرزاق: المرجع السابق (١٨٢/٨)، وابن المنذر: المرجع السابق.
- (١٠) هو: خادم رسول الله ﷺ، مات سنة ٩٢هـ. ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ١١٥).

ذهبت من بين ماله^(١). وهي رواية أخرى عن الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ). (١)
يُبد أن العلماء قالوا: ما روي عن عمر رضي الله عنه محمول على التفريط من
أنس بن مالك رضي الله عنه في حفظها. يقول البيهقي (ت ٤٥٨هـ): «يحتمل أنه كان
فرط فيها، فضمّنها إياه بالتفريط»^(٢)، ويؤيده ما روي عنه من أنها لا
تضمن^(٣).

كما أن الرواية عن الإمام أحمد هي مرجوحة في المذهب في مقابل
الأولى التي قد صححها القاضي (ت ٤٥٨هـ)^(٤).

بناءً على ما سبق يمكن القول: بأن المروي عن عمر رضي الله عنه لا ينافي قول
أكثر أهل العلم، بل يتفق معه، فيصح قول القائل: «وهو إجماع فقهاء
الأمصار»^(٥).

وأما إذا تعدى المودع - بالفتح - فيها، أو فرط في حفظها، فتلفت،
فعليه ضمانها دون خلاف، بل هو مجمع عليه بين الفقهاء. وقد أشار إليه ابن
قدامة (ت ٦٢٠هـ) بقوله: «بغير خلاف نعلمه»^(٦).

فتبين بوضوح أنه كما لا خلاف بين الفقهاء في أن العين المودعة إذا
هلكت بسبب التعدي، أو التفريط في حفظها من قبل المودع، ف ضمانها عليه،
كذلك لا خلاف بينهم في أنها في حالة التلف والهلاك دون تعد، أو تفريط
في حفظها منه، ضمانها على المودع - بالكسر -.

(١) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٨/١٨٢)، وابن المنذر: الإشراف (٢/١٣٤)، وابن
قدامة: المغني (٧/٢٨٠).

(٢) راجع: السنن الكبرى (٦/٢٩٠)، ويراجع أيضاً: السمناني: روضة القضاة (٢/٦٠٨)
(٢/٦١٣)، وابن قدامة: المرجع السابق.

(٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/١٣٧).

(٤) راجع: المسائل الفقهية (٢/٣١)، وابن قدامة: المرجع السابق.

(٥) راجع: الشيرازي: المهذب (١٤/١٧٧).

(٦) راجع: المرجع السابق (٧/٢٨١).

الأدلة

يدل على كون العين المودعة أمانة في يد المودع - الكتاب، والسنة، والآثار من الصحابة، والإجماع، والمعقول.

أولاً: الكتاب:

قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١].

وجه الدلالة: أن حفظ الوديعة معروف، وإحسان، فإذا حفظها، ولم يتعد، ولا ضيَّع، فقد أحسن، فالمودع محسن، والمحسن لا ضمان عليه^(١).

ثانياً: السنة:

منها: ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه»^(٢).

(١) راجع: ابن حزم: المحلى (١٣٧/٧ م ١٣٨٩م).

(٢) أخرجه ابن ماجه في: السنن: كتاب الصدقات: باب الوديعة (٢/٨٠٢ ح ٢٤٠١)، والبيهقي في: السنن الكبرى (٦/٢٨٩) من طريق أيوب بن سويد عن المثنى عنه به. سنده ضعيف؛ لأن المثنى هو: الصباح - بالمهمله والموحدة الثقيلة - قال النسائي في الضعفاء (ص ٩٩): «متروك الحديث»، وضعفه أكثر من واحد كما ذكره الذهبي في ميزان الاعتدال (٣/٤٣٥). وقال البوصيري في: مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه (٢/٢٤١): «هذا إسناد ضعيف لضعف المثنى، وهو ابن الصباح، والراوي عنه». واعتمد الحافظ في التلخيص (٣/١١٢) قول النسائي، فقال: «هو متروك». وقال في تقريب التهذيب (ص ٥١٩): «ضعيف اختلط بآخره، وكان عابداً». وأيوب بن سويد هو الرملي: «صدوق يخطئ» كما قاله الحافظ في التقريب (ص ١١٨).

هذا، وقد تابعه ابن لهيعة: أخرجه البيهقي في: السنن (٦/٢٨٩)، وتابعه أيضاً محمد بن عبد الرحمن الحجبي عنه به مرفوعاً بلفظ: «لا ضمان على مؤتمن». أخرجه الدارقطني في: السنن (٣/٤١ ح ١٦٧)، وعنه البيهقي في: السنن الكبرى (٦/٢٨٩) من طريق يزيد بن عبد الملك، وقال: «إسناده ضعيف». قال الشيخ الألباني في إرواء الغليل (٥/٣٨٦): «قلت: وعلته الحجبي هذا، فقد أورده ابن أبي حاتم في: الجرح والتعديل (٣/٣٢٣)، ولم يذكر فيه جرحاً ولا تعديلاً. ويزيد بن عبد الملك هو: النوفلي، وهو ضعيف.

وجه الدلالة: فالحديث نص في الموضوع؛ إذ نفى النبي ﷺ عن المودع الضمان.

ثالثاً: الآثار من الصحابة:

منها:

- أ - عن جابر أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضى في وديعة كانت في جراب^(١)، فضاغت من حرق الجراب: «أن لا ضمان فيها»^(٢).
- ب - عن القاسم بن عبد الرحمن بن علي وابن مسعود رضي الله عنهما قالوا: «ليس على المؤمن ضمان»^(٣).

رابعاً: الإجماع:

فقد أجمع الفقهاء على أن العين المودعة أمانة بيد الوديع - أي: غير مضمونة عليه إلا إذا تعدى فيها، أو قصر في حفظها. يقول الشيرازي (ت ٤٧٦هـ): «وهو إجماع فقهاء الأمصار»^(٤)، ويقول السمناني^(٥) (ت ٤٩٩هـ): «هي أمانة عند الجميع»^(٦)، ويقول ابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ): «وبالجملة

- = قلت: فهذه ثلاث طرق عن عمرو بن شعيب، وهي وإن كانت ضعيفة فمجموعها مما يجعل القلب يشهد بأن الحديث قد حدث به عمرو بن شعيب، وهو حسن الحديث، لا سيما وقد روى معناه عن جماعة من الصحابة، ساق البيهقي أسانيداً إليهم».
- (١) بكسر الجيم وفتحها، الكسر أشهر وأفصح، وهو: «وعاء من جلد معروف». راجع: النووي: تحرير التنبيه (ص ٣٦٨).
- (٢) أخرجه البيهقي في: السنن (٢٨٩/٦) من طريق سعيد بن منصور، وقال الحافظ في التلخيص (١١٣/٣): «إسناده ضعيف».
- (٣) أخرجه عبد الرزاق في: المصنف: باب الوديعة (١٨٢/٨)، أثر: (١٤٨٠)، والبيهقي في: السنن الكبرى (٢٨٩/٦).
- (٤) راجع: المهذب (١٧٧/١٤).
- (٥) هو: علي بن محمد بن أحمد الرحبي، أبو القاسم، ويعرف بابن السمناني، الحنفي، فقيه، مات سنة ٤٩٩هـ. ومن آثاره: روضة القضاة وطريق النجاة. راجع: كحالة: معجم المؤلفين (١٨٠/٧).
- (٦) راجع: روضة القضاة (٦٠٨/٢).

فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدى^(١).

خامساً: المعقول:

منه:

أ - «أن المستودع قبض العين بإذن مالكيها لا على وجه تمليك، ولا وثيقة فلا يضمن»^(٢).

ب - «أنه يحفظها للمالك فكانت يد كيده»^(٣).

ج - أن حفظ الوديعة معروف وإحسان؛ لأنه إنما يحفظها لصاحبها متبرعاً من غير نفع يرجع عليه، فلو لزمه الضمان من غير عدوان لا تمتنع الناس من قبول الودائع، وزهدوا فيها، فيؤدي إلى قطع المعروف، وذلك مضر لحاجة الناس إليها^(٤).

المطلب الثاني

خراج العين المودعة

عرفنا فيما سبق أن التعدي في العين المودعة يترتب عليه الضمان؛ فإنه سبب يوجب، وهذا متفق عليه بين الفقهاء. والتعدي الموجب للضمان، والمؤدي إليه هو: فعل ما لا يجب فعله، أو التصرف في الوديعة من قبل الوديع بأي نوع من أنواع التصرف الغير المأذون له فيه. وبعبارة موجزة هو: التجاوز عما يقتضيه إطلاق عقد الإيداع^(٥).

وعليه، فإذا تصرف الوديع فيما أودع إليه من عين، وذلك كما إذا حمل على دابة الوديعة فحلاً، فولدت، أو أجرها، فتحصلت منها الأجرة، وكذلك إذا اتجر بها - إن كانت نقوداً، أو عروضاً - فربح، أو تحصل منها ربح.

(١) راجع: بداية المجتهد (٣٠٦/٢).

(٢) راجع: السمناني: روضة القضاة (٦٠٨/٢).

(٣) راجع: الشيرازي: المهذب (١٧٧/١٤).

(٤) راجع: الشيرازي: نفس المرجع السابق؛ وابن قدامة: المغني (٢٨١/٧).

(٥) راجع: النجفي: جواهر الكلام (٣٨٣/٢) ط: حجر، إيران.

فما حصل من التصرف في العين من ولد، وأجرة، وريح، فهو نوعان:
النوع الأول: الخراج المتولد من الأصل؛ كالولد، والصوف، واللبن وغير ذلك: فقد صرح الحنفية بأنه يكون لصاحب الوديعة^(١)، وإليه ذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والزيدية^(٤)، والإمامية^(٥).

وأما المالكية، والظاهرية فلم يصرحوا بذلك، ولكن يمكن القول: بأنهم مع بقية الفقهاء، وذلك قياساً على الغصب، بحيث قاس الفقهاء في المذهب المالكي غير المتولد هنا على غير المتولد من المغصوب^(٦)، فكذلك المتولد هنا على المتولد منه، ولا خلاف بين الفقهاء في المذهب في أن الولد للمغصوب منه، فيجب على الغاصب أن يرده إليه. وأما ما سواه من الصوف، واللبن وغير ذلك، فكذلك في أحد القولين^(٧).

وأما الظاهرية فإن حكم الوديعة بعد التعدي فيها حكم الغصب عندهم^(٨). ومنافع المغصوب، وما يتولد منه، وثمرته كل ذلك للمغصوب منه،

(١) راجع: السرخسي: المبسوط (١١/١٢٦)، والسمناني: روضة القضاة (٢/٦١٦)، والبغدادي: مجمع الضمانات (ص٧٧)، ومجلة الأحكام، مادة: (٧٩٨)، وعلي حيدر: شرحها درر الحكام (٢/٣١٩).

(٢) راجع: الشيرازي: المهذب (١٤/١٧٧) مع التكملة، وفيه: «وإن ولدت الوديعة كان الولد أمانة...».

(٣) راجع: ابن رجب: القواعد (ص١٦٦، ١٦٧)، والبعلي: الاختيارات الفقهية (٢/١٤٧).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/١٧٠).

(٥) راجع: المحقق الحلبي: المختصر النافع (ص١٥١)، وفيه: «ولو تصرف فيها باكتساب ضمن، وكان الريح للمالك» وإذا كان ذلك كذلك، فالنماء المتولد من الأصل من باب أولى يكون كذلك.

(٦) يقول العدوي: «... أن الغاصب إذا اتجر بالدنانير مثلاً وتحصل منها ربح فهو له، فإذا كان الغاصب له الريح، فأولى المودع». راجع: حاشيته على كفاية الطالب الرباني (٢/٢٣١).

(٧) راجع: ابن رشد: المقدمات (٢/٤٩٧)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢/٣١٦، ٣١٧).

(٨) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/١٣٨) م (١٣٩١).

ولا حق للغاصب في شيء من ذلك عندهم. يقول ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) معللاً ذلك بقوله: «لأن كل ما تولد من مال المرء فله»^(١) بل وجعله أصلاً، وقاعدة كلية؛ إذ استهل كلامه بكلمة (كل). ومن المؤلف المعهود في الفقه الإسلامي أن الكلام الذي استهل بكلمة (كل) انسحب عليه مفهوم (الكلية).

وإذا كان الأمر كذلك فيندرج تحته كل ما يتولد من مال المرء بأي عقد من العقود، ولذلك نجد نفس التعليل في العقود الأخرى كالبيع مثلاً - كما رأينا فيما تقدم -.

بعد هذا يمكننا أن نقول: إن الفقهاء كلهم متفقون على أن الخراج المتولد من المال المودع لصاحبه.

النوع الثاني: الخراج الحاصل من المال المودع، الغير المتولد منه؛ كالأجرة، والربح، وغير ذلك.

اختلف الفقهاء حوله على أربعة أقوال:

القول الأول: إنه لصاحب الوديعة: وهو مروى عن ابن عمر (ت ٧٣هـ) رضي الله عنهما، ونافع (ت ١٢٠هـ) مولاه، وأبي قلابة (ت ١٠٤هـ)^(٢)، وبه قال بعض المالكية في بعض الصور^(٣)، والشافعية^(٤)، وإسحاق (ت ٢٣٨هـ)^(٥)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية، وأصحابه على الصحيح من المذهب في قول^(٦)،

(١) راجع: المحلى (١٣٨/٧) / ١٣٩١م.

(٢) راجع: ابن المنذر: الإشراف (١٣٧/٢).

(٣) إذا كانت الوديعة عرضاً إما مطلقاً، وإما بالنسبة لما حدث قبل البيع، وكذلك وإن كانت عيناً عند بعضهم. راجع: المواق: التاج والإكليل (٢٢٥/٥)، وشرح الزرقاني (١١٥/٦)، وشرح الخرخشي (١١٠/٦)، والنفراوي: الفواكه الدواني (١٨٧/٢)، (١٨٨)، والتسولي: شرح التحفة (٢٨٠/٢).

(٤) راجع: النووي: روضة الطالبين (٣٥١/٦)، والسبكي: تكملة المجموع (١٩٩/١٢)، والخطيب: مغني المحتاج (٨٩/٣)، والرملي: نهاية المحتاج (١٢٨/٦).

(٥) راجع: ابن المنذر: المرجع السابق.

(٦) راجع: أبا الفضل: مسائل الإمام ابن حنبل (٢٨٧/١)، ٤٤٨، ٤٥٤، ٢٣١م، ٤٥٠، ٤٦٣، ٢٤٦/٣ (١٧٤٢م)، وعبد الله بن أحمد: مسائل الإمام أحمد بن حنبل =

والظاهرية^(١)، وبعض الزيدية^(٢)، والإمامية^(٣).

القول الثاني: إنه للوديع وهو المودع - بالفتح - وهو مروى عن شريح (ت ٧٨هـ)، والحسن البصري (ت ١١٠هـ)، والشعبي (ت ١١٠هـ)، وعطاء بن أبي رباح (ت ١١٤هـ)، والنخعي (ت ٩٦هـ)، وربيعه^(٤) (ت ١٣٦هـ)، ويحيى الأنصاري (ت ١٤٤هـ)^(٥)، وبه قال الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)، وأصحابه^(٦) والشوري (ت ١٦٦هـ)^(٧)، والإمام الليث (ت ١٧٥هـ)^(٨)، والإمام مالك (ت ١٧٩هـ) وأصحابه^(٩)،

= (ص ٢٩٤، ٣٠٨، ٣١٣ م ١٠٩٥، ١١٤٧، ١١٦٣)، وابن تيمية: مجموع الفتاوى (١٣٠/٣٠)، والبعلي: مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية (ص ٣٧٩)، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٦، ١٦٧، ١٧٣ ق ٨٢)، والبعلي: الاختيارات الفقهية (١٤٧/٢)، والمرداوي: الإنصاف (٢٠٩/٦).

(١) قياساً على منافع المغصوب؛ لأن حكم الوديعة بعد التعدي فيها حكم الغصب عندهم، كما سبق.

(٢) قياساً على منافع الغصب؛ لأن الجامع بينه وبين التصرف في الوديعة دون إذن صاحبها، هو: التعدي؛ لأنها معللة عند بعضهم بالملك. راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (١٧٧/٥)، والسياعي: الروض النضير (٤٠٤/٣).

(٣) راجع: الحلبي: المختصر النافع (ص ١٥٠).

(٤) هو: ابن أبي عبد الرحمن، أبو عثمان المدني، المعروف بريعة الرأي، فقيه مشهور، مات سنة ١٣٦هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٢٠٧).

(٥) راجع: عبد الرزاق: المصنف (١٨٣/٨)، وابن المنذر: الإشراف (١٣٧/٢).

(٦) راجع: السرخسي: المبسوط (١١١/١١، ١١٢)، والموصلي: المختار، والاختيار (٦١/٣)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٤٧٣/٣) ط: دار الكتب العلمية، والحصكفي: الدر المنتقى (٣٤٢/٢)، والبغدادى: مجمع الضمانات (٧٧/٢)، وعلي حيدر: درر الحكام (٣١٩/٢).

(٧) راجع: عبد الرزاق: المرجع السابق، وابن المنذر: المرجع السابق.

(٨) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٣٠٧/٢)، والمواق: التاج والإكليل (٢٥٥/٥).

(٩) قيد بعضهم الوديعة بكونها عيناً، أو كانت عرضاً وحدث الربح بعد البيع. راجع: سحنون: المدونة (١٥/٦ - ١٥٩)، وابن الجلاب: التفريع (٢٧١/٢)، وابن عبد البر: الكافي (٨٠٤/٢)، وابن رشد: المرجع السابق، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٣٢٢)، ومختصر خليل (١٤١/٢) مع جواهر الإكليل، والمواق: المرجع السابق، وميابة: الإقتان والإحكام وحاشية ابن رحال عليه (١٨٩/٢)، وشرح =

والحنابلة في قول^(١)، وبعض الزيدية^(٢).

ثم هؤلاء اختلفوا في: هل يطيب له، أو يتصدق به؟

فذهب شريح، والنخعي، والإمام أبو حنيفة، وزفر، ومحمد بن الحسن من أصحابه، والزيدية إلى أنه يتصدق به؛ لأنه حصل له بكسب خبيث؛ فإنه ممنوع من التصرف في الوديعة، والحاصل بكسب خبيث سيئه: التصديق به، فلا يطيب له.

وذهب الحسن البصري، وأبو يوسف، والإمام الليث والإمام مالك، والحنابلة إلى أنه لا يتصدق به؛ لأنه بالضمان قد ملكه، فكان حاصله على ملكه، وضمانه، فيطيب له.

غير أن أبا يوسف قيد استحقاقه الربح برده الوديعة، أو أدائه الضمان للمودع.

وقال بعض متأخري المالكية: «وإنما يطيب له الربح إذا رد رأس المال كما هو، وإلا فلا يحل له منه قليل، ولا كثير»^(٣).

القول الثالث: إنه لهما - أي: لصاحب الوديعة، والوديع على قدر النفعين بحسب معرفة أهل الخبرة، يقسمانه بينهما كالمضاربة: وهو قول للإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، وأصحابه، وهو اختيار ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، وهو أصح الأقوال عنده^(٤)، وكذلك هو قول للإمامية^(٥).

= الزرقاني (٦/١١٥)، وشرح الخرخشي (٦/١١٠)، والنفراوي: الفواكه الدواني (٢/١٨٧، ١٨٨)، والتسولي: البهجة (٢/٢٨٠).

(١) راجع: ابن تيمية: مجموع الفتاوى (٣٠/١٣٠)، والبعلي: مختصر الفتاوى المصرية (ص ٣٧٩) والاختيارات الفقهية (٢/١٤٧).

(٢) قياساً على منافع المغصوب - كما سبق - راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/١٧٧)، والسياعي: الروض النضير (٣/٤٠٤).

(٣) راجع: المراجع السابقة (ص ٦٥٠).

(٤) راجع: ابن تيمية: المرجع السابق؛ والبعلي: المرجعين السابقين.

(٥) راجع: الطوسي: تهذيب الأحكام (٧/١٨٠).

القول الرابع: إنه ليس لواحد منهما، فيجب التصديق به: وهو قول للإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) وأصحابه^(١).

سبب الخلاف:

بالتأمل في وجهات أنظار الفقهاء وفيما استدلوا به من الأدلة والتمعن فيها، يبدو أن سبب الخلاف بينهم هو اختلافهم في النظر إلى اعتبار الأصل، أو التصرف، أو كليهما، أو اعتبار التصرف فاسداً.

فمن اعتبر الأصل؛ لأنه حصل منه الربح وغيره من الخراج، - وكل ما يتولد من مال المرء فهو له - قال: هو لصاحب الوديعة.

ومن اعتبر التصرف الذي هو السبب في تحصيله، والضمان المترتب على ذلك التصرف، قال: هو للمتصرف الضامن وهو المودع - بالفتح -.

ومن اعتبر الأصل، والتصرف معاً سبباً في تحصيله، قال: هو لهما قياساً على المضاربة، كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع ابنه عبد الله، وعبيد الله.

ومن اعتبر التصرف في الوديعة فاسداً؛ لأن المودع تصرف في ملك الغير دون إذن من صاحبه، قال: يجب التصديق به، أو هو لبيت المال^(٢).

الأدلة

أولاً: حجة القول الأول:

احتج أصحابه القائلون: بأن الخراج الحاصل من الأصل، الغير المتولد منه لصاحب الوديعة، بما يأتي:

أ - أن الوديعة ملك للمودع - بكسر الدال -، وما حصل منها من نفع، أو ربح، أو فائدة خراج لها، فيكون لمالكها؛ لأن كل ما يتولد من مال

(١) راجع: المراجع السابقة للمذهب.

(٢) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/٣٠٧)، وابن تيمية: مجموع الفتاوى (٣٠/١٣٠).

المرء فهو له .

ب - قياساً على نماء الأعيان^(١)، فكما أن النماء المتولد من العين يكون لصاحبها اتفاقاً، فكذلك النماء غير المتولد منها قياساً عليه، لاشتراكهما في النماء.

ثانياً: حجة القول الثاني:

احتج أربابه القائلون: بأنه للوديع بالآتي:

أ - «هذا غير متولد من الأصل، بل هو واجب بالعقد، فيكون للعاقدة»^(٢) وهو الوديع.

ب - «أن ضمان الوديعة زمن الاتجار - في حالة الاتجار به - من المودع؛ إذ لو تلفت لضمنها، والقاعدة: (الخراج بالضمنان) - أي: أن من عليه الضمان يستحق الربح»^(٣).

ج - أن المودع لما أودع ماله، لم يدخل على طلب الفضل، وإنما قصد حفظه فقط، فلم يكن له من الربح شيء^(٤).

د - قياساً على «الغاصب إذا اتجر بالدنانير مثلاً، وتحصل منها ربح فهو له، فإذا كان الغاصب له الربح، فأولى المودع»^(٥).

ثالثاً: حجة القول الثالث:

احتج أصحاب هذا القول القائلون: بأن ما حصل من الأصل من الفوائد للوديع والمودع، بما فعل عمر بن الخطاب مع ولديه عبد الله وعبيد الله رضي الله عنهما.

(١) راجع: البعلي: الاختيارات الفقهية (ص ١٤٧).

(٢) راجع: السرخسي: المبسوط (١١/١٢٦).

(٣) راجع: النفراوي: الفواكه الدواني (٢/١٨٧)، والآبي الأزهري: جواهر الإكليل (٢/١٤١).

(٤) راجع: الحطاب: مواهب الجليل (٥/٢٥٥)، وشرح الخرخشي (٦/١١٠).

(٥) راجع: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/٢٣١).

وقد سبق بيان ذلك في بحث القرض^(١).

رابعاً: حجة القول الرابع:

احتج أربابه القائلون: بأن الربح ليس لأحد من الوديع والمودع فيجب التصديق به: بأن الربح الحاصل من الاتجار بالوديعة ربح خبيث^(٢)؛ لأنه حصل بكسب خبيث؛ فإنه - أي: الوديع - ممنوع من التصرف فيها^(٣)، فيجب التصديق به.

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة حجة أصحاب القول الأول:

نوقش الدليل الأول وهو: الوديعة ملك للمودع، وما حصل منها من ربح وفائدة خراج لها، فيكون لمالكها:

بأن ذلك له يخالف عموم القاعدة: (الخراج بالضمان)؛ لأن الضمان هنا من الوديع دون المودع بلا ريب، ومن عليه الضمان، يجب أن يكون الخراج له.

أجيب عنه: بأن الضمان الذي يجب أن يكون بمقابله الخراج لا بد وأن يكون قائماً على سبب مشروع، وهو الملك، أو الإذن من المالك؛ إذ لو لم يكن كذلك يترتب عليه ما يأتي:

أ - مخالفة ما ورد فيه نص القاعدة، وهو الملك^(٤).
 ب - أكل مال الغير بالباطل، وهو منهي عنه، يدل عليه قوله سبحانه: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

(١) انظر: (ص ٦٢٩، ٦٣١).

(٢) راجع: البعلي: الاختيارات الفقهية (ص ١٤٧).

(٣) راجع: السرخسي: المبسوط (١١/١١١).

(٤) راجع: السبكي: تكملة المجموع (١٢/١٩٩، ٢٠٧)، والزرکشي: المنشور في القواعد (٢/١٢٠)، وابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص ١٥١).

فآلية تشير إلى أن التجارة في الأموال عن التراضي سبب لإباحة أكل الأموال. وأما إذا لم تكن التجارة مبنية على التراضي، بل على العدوان والتعدي، فتكون سبباً لأكل المال بالباطل. وهو منهي عنه بنص الآية.

ج - أكل مال الغير بغير طيب نفس منه، وهو: منهي عنه شرعاً، يدل عليه قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(١).

فتبين أن الضمان الذي يجب في مقابلة الخراج لا بد من أن يكون ناشئاً عن سبب مشروع، وهو ليس كذلك هنا؛ إذ هو نشأ عن التعدي في الوديعة دون إذن من صاحبها.

ونوقش الدليل الثاني وهو: قياس النماء غير المتولد كالمنافع، والفوائد على النماء المتولد كالولد:

بأنه قياس مع الفارق؛ فإن النماء المتولد سببه: الأصل، وأما النماء غير المتولد فسببه: العقد^(٢).

أجيب عنه: بأن الجامع بينهما هو حصوله من الأصل سواء كان متولداً منه أم لا.

ثانياً: مناقشة حجة أصحاب القول الثاني:

نوقش الدليل الأول وهو: الخراج هنا غير متولد من الأصل، بل هو واجب بالعقد فيكون للعاقدة:

بأنه وإن لم يكن متولداً من الأصل؛ فإنه مستفاد منه. هذا من جانب. ومن جانب آخر: أن العقد على مال الغير دون إذن منه عمل محرم، فما حصل بسببه، حصل بعمل محرم، فلا يكون سبباً للإباحة^(١) - أي: لإباحة مال الغير.

(١) سبق تخريجه.

(٢) راجع: ابن تيمية: مجموع الفتاوى (١٣٠/٣٠).

ونوقش الدليل الثاني وهو: من عليه الضمان يستحق الربح، وهو هنا: الوديع، فله:

بما أوجب عن مناقشة الدليل الأول للقول الأول، وهو: أن الضمان الذي يكون بمقابله الخراج، لا بد من أن يكون مستنداً إلى حالة مشروعة كالمملك، أو الإذن من المالك. وأما إذا كان مستنداً إلى حالة غير مشروعة كالتعدي، فيكون الضمان جزائياً - أي: ضمان التعدي، ومن عليه هذا النوع من الضمان كيف يستحق الربح؟ هل ضمان التعدي، وجزاؤه هو: حصول المتعدي على الربح والفوائد؟ أليس فيه حث، وتشجيع على الاعتداء، والتعدي في مال الغير بغية حصول الفوائد والمنافع، بل أليس من الواجب أن يمنع من أن يجني ثمار تعديه؟ بالإضافة إلى ما سبق.

ونوقش الدليل الثالث وهو: أن المودع قصد حفظ ماله فقط، فلم يكن له من الربح شيء:

بأن الغرض الأساسي هو: حفظ الوديعة، وهو الأصل فيها في حالة مراعاة قصد المودع. وأما إذا لم يراع ذلك، بل وتعدى الوديع فيها عن طريق الاتجار بها دون الإذن منه، فلم يبق ذلك الأصل على ما قصد من الوديعة. وبالتالي، فإذا حصل الربح بالتجارة فيها مثلاً، يكون للمودع مع أصله؛ لأن ما يستفاد من المملوك هو لمالكة. هذا، وسلمنا بأن المودع لم يقصد الفضل لنفسه، ولكنه كذلك لم يقصده لغيره أيضاً، فكيف يكون الربح الحاصل من ماله لغيره، ولا يكون له هو؟ هل من العدل أن يحصل المتعدي على الربح لقاء تعديه الذي يترتب عليه الضمان الجزائي؟

ونوقش الدليل الرابع وهو: القياس على الغاصب إذا اتجر بالدنانير مثلاً، وتحصل منها ربح فهو له، فكذا المودع من باب أولى - بوجوه:

١ - أن كون الربح للغاصب في المقيس عليه مختلف فيه بين المذاهب الفقهية، فهو إذن قياس المختلف فيه على المختلف فيه، وهذا غير صالح للاستدلال به.

- ٢ - أن كون الربح للغاصب مستدل عليه بظاهر النص: (الخراج بالضمان) وعمومه^(١)، وقد حققنا فيما سبق أن الأخذ بعمومه يؤدي إلى مخالفة نصوص أخرى من الكتاب والسنة، ومقاصد الشريعة.
- ٣ - أن كون الربح له يعارضه النص النبوي الشريف: «ليس لعرق ظالم حق»^(٢).

ثالثاً: مناقشة حجة أصحاب القول الثالث:

نوقشت حجتهم وهي: فعل عمر رضي الله عنه وقضاؤه، وبالتالي القياس عليه، وهو القراض، بما سبق في القرض فيمكن الرجوع هناك.

رابعاً: مناقشة حجة أصحاب القول الرابع:

نوقشت حجتهم وهي: الربح خبيث، فيجب التصدق به؛ بأنه إما أن يكون حلالاً للوديع؛ لأنه ملكه بمقابل الضمان، فلا يلزمه التصدق به إلا أن يشاء، وإما أن يكون حراماً عليه؛ لأنه حصل من ملك المودع، فلا يحل له أن يتصدق بما لا يملك. وكذلك المودع إما أن يكون حلالاً له؛ لأنه نماء ملكه، فلا يلزمه التصدق به، وإما أن يكون حراماً عليه؛ لأنه حصل في ضمان غيره - وهو الوديع - فلا يحل له التصدق بما لا يملكه^(٣).

القول الرابع:

اختيار أحد الأقوال يتطلب بيان أمرين:
أحدهما: النظر في الحجج التي استند إليها أصحاب الأقوال الأربعة، وما أورد عليها من اعتراضات، ومناقشات، وما أجيب عنها إذا أمكن ذلك.
الثاني: النظر في بعض النصوص من الكتاب، والسنة، وهي:

(١) راجع: ابن رشد: المقدمات (٢/٤٩٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٢٤).

١ - من الكتاب: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

٢ - من السنة:

أ - قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(١).

ب - قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»^(٢).

فبالنظر في الأمرين يتكشف ما يأتي:

١ - أن جميع الحجج التي احتج بها الفقهاء أصحاب الأقوال الأربعة على ما ذهبوا إليه وردت عليها اعتراضات، وطعون، ونوقشت بوجوه عديدة مما أضعف الاحتجاج بها، فلم تبق صالحة للاحتجاج بها، إلا حجة القول الأول التي استطاعت الدفاع عما نوقشت به من اعتراض.

٢ - أن النص من الكتاب العزيز قد أفاد النهي عن أكل المال بالباطل، إلا إذا كان ذلك من طريق التجارة عن التراضي بين الناس، فيكون إذن حلالاً. ولا شك أن الربح الحاصل من التجارة في مال الغير دون إذن منه يدخل في أكل المال بالباطل.

٣ - أن النص الأول من السنة واضح في دلالته على عدم حل مال المسلم إلا عن طيب نفسه منه، فالربح الحاصل من الاتجار بمال الغير - أي: المودع - دون طيب نفسه -، وكذلك الكراء، وغيره من الفوائد والمنافع يتناولها نص الحديث.

٤ - وأما النص الثاني من السنة فهو يفيد أن الظالم ليس له حق فيما كسبه من مال الغير. فلا ريب أن ما كسبه الوديع من التجارة في مال المودع عنده بغير الإذن من المودع - ليس له فيه حق -.

بعد هذا العرض والنظر يمكن القول: بأن ما يمكن اختياره من الأقوال هو القول الأول القائل: بأن الخراج الحاصل من الأصل الغير المتولد منه يكون لرب الوديعة، كما يكون له الخراج المتولد منه.

(٢) سبق تخريجه.

(١) سبق تخريجه.

المبحث الثالث

الخراج بالضمان في الرهن

نتناوله كما تعودنا، في تمهيد، ومطلبين:

التمهيد: التعريف بالرهن.

المطلب الأول: ضمان المرهون.

المطلب الثاني: خراج المرهون.

التمهيد التعريف بالرهن

وهو يشمل الحقيقة اللغوية، والشرعية له.

أولاً: حقيقة الرهن اللغوية:

أصل كلمة (الرهن) رهن: الرء، والهء، والنون، أصل يدل على ثبات الشيء يمسك بحق، أو بغيره. هذا من ناحية أصل التركيب للكلمة. والرهن يطلق تارة على الحدث، وتارة أخرى على الشيء.

وأما الأول فهو: مصدر من رهن يرهن رهناً فهو راهن - من باب منع - يقال: رهن فلاناً أو عنده الشيء: أي: جعله عنده رهناً. ويقال: ارتهنه، أو ارتهن منه: أي: أخذه رهناً.

وله عدة معان منها:

- ١ - الثبوت، والدوام، والاستقرار: يقال: رهن الشيء: أي: ثبت، ودام، واستقر. وهذا لازم.
- ٢ - الحبس: يقال: رهنته المتاع بالدين رهناً: حبسته به.
- ٣ - الكفالة: يقال: يدي لك رهن: يريدون به الكفالة. وأنا لك رهن: أي: كفيل.

وأما الثاني فهو: مرهون تسمية للمفعول بالمصدر. يقول ابن سيدة (ت٤٥٨هـ): «الرهن ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه». وتبعه غيره من اللغويين. ويقول الأصفهاني (ت٥٠٢هـ): «الرهن ما يوضع وثيقة للدين».

وجمع الرهن: رهون، مثل: فلس وفلوس، ورهان: مثل سهم وسهام.

والراهن: دافع الرهن، والمرتهن: آخذه، والشيء: مرهون، ورهين^(١).
ويلاحظ أن ما قاله ابن سيده (ت٤٥٨هـ) أعم مما قاله الأصفهاني (ت٥٠٢هـ)؛ فإن ما قاله ابن سيده يشمل حبس شيء بشيء، وحبس شيء بدين. وأما ما قاله الأصفهاني فهو لم يتناول إلا حبس شيء بدين فقط.

ثانياً: حقيقة الرهن الشرعية:

ونعني بالرهن هنا: الرهن الذي يحتاج إلى صيغة، وسمي بالرهن الجعلي، وأما الرهن الذي لا يحتاج إلى صيغة، وهو: تعلق الدين بالتركة، وسمي بالرهن الشرعي^(٢). فهو لا يعنينا هنا.

واختلفت عبارات الفقهاء في بيان الحقيقة الشرعية للرهن، والتعريف به تبعاً لاختلافهم في بعض الأحكام المتعلقة به. وفيما يلي تعريف الرهن بما عرفه به الفقهاء في المذاهب الفقهية:

- ١ - تعريف الحنفية له بأنه: «جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون»^(٣).
- ٢ - تعريف المالكية له بأنه: «بذل من له البيع ما يباع، أو غرراً، ولو اشترط في العقد، وثيقة بحق»^(٤).
- ٣ - تعريف الشافعية له بأنه: «جعل عين مال متمولة وثيقة بدين ليستوفي منها

(١) راجع: الأزهرى: تهذيب اللغة (٦/٢٧٤، ٢٧٥)، مادة: (رهن)، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٢/٤٥٢)، مادة: (رهن)، والأصفهاني: المفردات (ص٢٠٤)، مادة: (رهن)، والمطرزي: المغرب (ص٢٠٣)، مادة: (رهن)، والرازي: مختار الصحاح (ص٢٨١)، مادة: (رهن)، والنوي: تحرير التنبيه (ص٢١٦)، وابن منظور: لسان العرب (٣/١٧٥٧، ١٣٥٨)، مادة: (رهن)، والفيومي: المصباح المنير (ص٩٢)، مادة: (رهن)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص١٥٥٠)، مادة: (رهن).

(٢) راجع: حاشية البيجوري (١/٣٧٤).

(٣) راجع: المرغيناني: الهداية (١١/٥٤٢) مع البناء.

(٤) راجع: شرح الزرقاني (٥/٢٣٣، ٢٣٤).

عند تعذر وفائه»^(١).

٤ - تعريف الحنابلة له بأنه: «توثقة دين بعين يمكن أخذه أو بعضه منها، أو ثمنها»^(٢).

٥ - تعريف الزيدية له بأنه: «جعل المال وثيقة في الدين يستوفي منه عند تعذره ممن هو عليه»^(٣) أو: «جعل عين مال وثيقة بدين ليستوفي منها عند تعذر استيفائه ممن هو عليه»^(٤).

٦ - تعريف الإباضية له بأنه: «بذل من له البيع ما يباع بحق علق عليه»^(٥).

التعريفات السابقة للرهن بالمعنى المصدري:

وقد عرّفه بعض الفقهاء أيضاً بالمعنى الاسمي:

١ - عرّفه المالكية بأنه: «مال قبض توثقاً به في دين»^(٦).

٢ - عرّفه الظاهرية بأنه: «وثيقة للمرتهن ليتصرف إن مطل»^(٧).

المقارنة بين التعريفات بالمعنى المصدري:

١ - هي متقاربة - كما يظهر جلياً للناظر فيها -.

٢ - وصف المرهون التعريف الحنفي بكونه (محبوساً) بينما وصفته التعاريف الأخرى بكونه (وثيقة) فالسبب لانفراد التعريف الحنفي لهذا التعبير هو: الرهن، معناه: الحبس، ومقصوده: الاستيثاق، وهو لا يحصل في المذهب الحنفي إلا بالحبس الدائم. وهذا مقتضى العقد عنده أيضاً^(٨).

(١) راجع: الرملي: نهاية المحتاج (٤/٢٣٤).

(٢) راجع: ابن النجار: منتهى الإرادات (١/٣٩٩، ٤٠٠).

(٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/١١٠).

(٤) راجع: السياغي: الروض النضير (٣/٣٧٢).

(٥) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (١١/٧).

(٦) راجع: شرح الخرخشي (٥/٢٣٦).

(٧) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٣٦٥ م ١٢١٣).

(٨) راجع: الموصلي: الاختيار (٢/٦٤، ٧٠).

فلذلك عبّر عن المرهون بكونه (محبوساً)؛ لأن الرهن لا يظهر بأجلى معناه إلا بهذا التعبير.

٣ - عبّر عن المرهون بلفظ: (الشيء) في التعريف الحنفي، و(عين مال متمولة) في التعريف الشافعي، و(عين) في التعريف الحنبلي، و(المال) أو (عين مال) في التعريف الزيدي، في ذلك دلالة على أن المرهون لا بد من أن يكون عيناً. وعبّر عنه بلفظ: (ما يباع) في التعريف المالكي، والإباضي للدلالة على أن المرهون كما يكون عيناً، كذلك يجوز أن يكون ديناً، هذا عند المالكية فقط دون الإباضية؛ فإنه داخل في التعبير (ما يباع)؛ لأنه كما يتناول العين، يتناول الدين كذلك؛ إذ يجوز بيعه عندهم.

والسبب لهذين التعبيرين، والسبب فيهما أن أصحاب التعبير الأول لا يرون إلا رهن العين فقط^(١)، وأما أصحاب التعبير الثاني فيرون جواز رهن الدين كالعين^(٢).

٤ - انفرد التعريف المالكي بالتعبير (أو غرراً)، وخلت عنه تعريفات غيره من المذاهب. سبب ذلك: أن المذهب المالكي يرى جواز رهن الغرر^(٣). كما أن للمرتهن دفع ماله بغير وثيقة، فساغ أخذه لما فيه غرر؛ لأنه شيء في الجملة، وهو خير من لا شيء^(٤). وأما غيره من المذاهب فلا

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (١٣٥/٦)، والزيلعي: تبيين الحقائق (٦٩/٦)، وعلي حيدر: درر الحكام (٩٧/٢) من المذهب الحنفي، والشربيني: مغني المحتاج (١٢٢/٢)، وحاشية البيجوري (٢٧٥/١) من المذهب الشافعي، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢٢٨/٢)، وكشاف القناع (٣٠٧/٣) من المذهب الحنبلي، وابن المرتضى: البحر الزخار (١١٤/٥)، وضياء الدين: وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (١٥/١١).

(٢) راجع: شرح الزرقاني (٢٣٤/٥)، وشرح الخرشي (٢٣٦/٥).

(٣) راجع: المرجعين السابقين.

(٤) راجع: المرجعين السابقين، وحاشية البناي (٢٣٤/٥).

يرون جواز رهن الغرر؛ إذ لا يجوز بيعه، فلا يجوز رهنه^(١).

٥ - عبّر التعريف الحنفي، والمالكي، والإباضي عن المرهون به أو فيه بكلمة (حق)، والتعريف الشافعي والحنبلي، والزيدي كلمة (دين).

وجهة كل من التعبيرين: أن الحنفية، والمالكية، والإباضية أجازوا في المرهون به أن يكون عيناً^(٢)، كما يكون ديناً، فلذا عبّروا بكلمة (حق) لتشمل الدين، والعين. والعين يشترط فيها أن تكون مضمونة.

وأما الشافعية، والحنابلة، والزيدية فلا يكون المرهون به عندهم إلا ديناً^(٣) لذا عبّروا عنه بكلمة (دين).

فبعد هذا العرض المقارن يبدو جلياً أن تعريف المالكية يعتبر أكثر شمولاً واتساعاً؛ إذ أوسع دائرة الرهن، بحيث أجاز رهن ما فيه الغرر، كما أجاز الرهن على العين المضمونة.

ولذلك رجّحه بعض الباحثين قائلاً: «إن تعريف المالكية أوفى بالغرض الذي من أجله شرع، وهو الاستيثاق؛ لأنه يتيح الفرصة للراهن أن يرهن ما لا يستطيع بيعه من أجل أن يحصل على ما يحتاج إليه من قرض، أو غيره. كما أنه يتيح للمرء أن يرهن ديناً له على شخص لدى شخص آخر من أجل الحصول على حاجته. ولا ريب أن الاستيثاق يحصل بذلك فهو يتسم بالمرونة، والتوسعة على المحتاجين»^(٤).

هذا، وقد يرد على التعريفات السابقة تلك بالمصدري: أن الرهن عند

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (١٣٥/٦)، وحاشية البيجوري (٣٧٥/١)، وابن قدامة: المغني (٤٠٧/٤، ٤١٢).

(٢) راجع: الكاساني: المرجع السابق (١٤٢/٦، ١٤٣)، وابن رشد: بداية المجتهد (١/٢٧٠)، والخرشي: شرحه (٢٣٦/٥)، وحاشية العدوي (٢٤٩/٥)، وأطفيش: شرح كتاب النبل (٩/١١).

(٣) راجع: الخطيب: مغني المحتاج (١٢٦/٢)، والبيجوري: المرجع السابق، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢٢٨/٢، ٢٣١)، وابن المرتضى: البحر الزخار (١١٤/٥).

(٤) راجع: د. الشافعي عبد الرحمن: عقد الرهن في الشريعة الإسلامية (ص ١٧).

الفقهاء ليس هو نفس الجعل، أو البذل، أو التوثقة، بل هو عندهم: العقد، ولذا حاول بعض الباحثين المعاصرين اختيار تعريف آخر له، وها هو ذا:

- ١ - «عقد يقتضي جعل شيء وثيقة بحق مالي»^(١).
 - ٢ - «عقد يقتضي جعل عين متمولة وثيقة بحق يمكن استيفاؤه منها»^(٢).
- يلاحظ على التعريف الأخير: أنه لم يشمل رهن الدين، كما تناوله تعريف المالكية، والإباضية. وعليه، فالأولى بالاختيار هو التعريف الأول. وفيما يلي شرحه كما شرحه صاحبه:

«فقولنا: (عقد) جنس يشمل جميع العقود، خرج عنه: ما لا عقد فيه كالرهن الشرعي، وكتعلق حق الفقراء بمال الزكاة... وقولنا: (يقتضي) أي: يستلزم، ويفيد، وهذه جملة في محل الصفة لعقد، وهي فصل، أخرجت غير الرهن من العقود، وقولنا: (شيء) يشمل العين، والدين، ويشمل المنفعة أيضاً لوجودها بوجود محلها سواء صح بيعه أم لا كالبيعير الشارد، والعبد الآبق، وقولنا: (وثيقة) يشمل ما إذا كانت تحت يد المرتهن، أو من يتفقدان عليه، أو الحاكم، وخرج نحو أم الولد، والموقوف، وقولنا: (حق مالي) أعم من أن يكون ديناً، أو عيناً مضمونة، وتقييده بالمالي ليخرج ما ليس بمالي؛ كالقصاص، والحد، واليمين»^(٣).

المطلب الأول

ضمان المرهون

تحرير موضع الخلاف:

كما لا خلاف بين الفقهاء في أن المرهون يكون في ضمان الراهن إذا هلك قبل أن يقبضه المرتهن؛ لأنه ملكه، وتحت يده، كذلك لا خلاف بينهم

(١) راجع: د. أحمد بدران: أحكام الرهن (ص ١١).

(٢) راجع: د. محمد خطاب: الرهن (ص ١٤).

(٣) راجع: د. أحمد بدران: المرجع السابق (ص ١١، ١٢).

في أنه يكون في ضمان المرتهن إذا تلف بتعدّد، أو تفريط منه في حفظه، لذلك يقول ابن قدامة (ت ٥٦٢٠هـ): «لا نعلم في وجوب الضمان عليه خلافاً»^(١). وابن المرتضى (ت ٨٤٠هـ): «ومتى جنى عليه المرتهن ضمنه إجماعاً لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد»^(٢)»^(٣).

وأما إذا تلف بغير تعدّد منه، ولا تقصير أو تفريط في حفظه، فقد وقع خلاف بينهم فيمن يضمن؟ فهذا هو إذن موضع الخلاف بين الفقهاء وقد تعددت أقوالهم في هذا الصدد إلا أنه يمكن تحديدها في اتجاهات ثلاثة. نبينها فيما يلي تباعاً:

الاتجاه الأول: المرهون أمانة بيد المرتهن، غير مضمون عليه، بل هو من ضمان الراهن مطلقاً، وهو مروى عن علي بن أبي طالب (ت ٤٠هـ) رضي الله عنه، وقال به: سعيد بن المسيب (ت ٩٤هـ)، والشعبي (ت ١١٠هـ) - في الحيوان فقط - وعطاء بن أبي رباح (ت ١١٤هـ)، والزهري (ت ١٢٥هـ)، وعمرو بن دينار^(٤) (ت ١٢٦هـ)، والأوزاعي (ت ١٥٧هـ)، وأبو عبيد (ت ٢٢٤هـ)، وأبو ثور (ت ٢٤٠هـ)، واختاره ابن المنذر (ت ٣١٨هـ)^(٥)، وممن ذهب إليه من أصحاب المذاهب الفقهية: الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، وأصحابه^(٦)، والإمام أحمد

(١) راجع: المغني (٤/٤٧٨).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) راجع: البحر الزخار (٥/١١٧).

(٤) هو: الجمحي، أبو محمد المكي الأثرم، أحد الأعلام، وأئمة الإسلام، مات سنة ١٢٦هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٤٢١)، والحجوي: الفكر السامي (٣٠١/١).

(٥) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٨/٢٣٧)، وابن المنذر: الإشراف (٢/٢٢)، وابن حزم: المحلى (٦/٣٧٦ م ١٢١٥)، والبيهقي: السنن الكبرى (٤/٣٩، ٤٠)، ومعرفة السنن والآثار (٤/٤٣٧)، وابن الصباغ: الشامل (ص ٣٣١، ٣٣٢)، والبايجي: المنتقى (٥/٢٤٥)، وابن قدامة: المرجع السابق، وابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢٧٣)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٧٤)، والمطيعي: تكملة المجموع (١٣/٢٤٩).

(٦) راجع: الإمام الشافعي: الأم (٣/١٦٧)، والشيرازي: المهذب (١٣/٢٤٩) مع التكملة، والرافعي: فتح العزيز (١٠/١٣٨)، والحصني: كفاية الأخيار (١/٢٦٥)، والخطيب: الإقناع (١/٢٧٥).

(ت ٢٤١هـ)، وأصحابه^(١)، وداود الظاهري (ت ٢٧٠هـ)، وأصحابه^(٢)، واختاره الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)^(٣)، والإمامية^(٤)، وبعض الإباضية^(٥).

الاتجاه الثاني: أن المرهون مضمون على المرتهن بالجملة: وهو مروى عن عمر بن الخطاب (ت ٢٣هـ)، وعلي بن أبي طالب (ت ٤٠هـ)، وابن عمر (ت ٧٣هـ) رضي الله عنهما، وممن قال به: شريح (ت ٧٨هـ)، وطاووس (ت ١٠٦هـ)، والشعبي (ت ١١٠هـ)، والحسن البصري (ت ١١٠هـ)، وابن سيرين (ت ١١٠هـ)، وعطاء (ت ١١٤هـ)، وقتادة^(٦) (ت ١١٧هـ)، والزهري (ت ١٢٥هـ)، وأبو الحصين^(٧) (ت ١٢٧هـ)، وإبراهيم النخعي (ت ٩٦هـ)، وابن شبرمة (ت ١٤٤هـ)، وسفيان الثوري (ت ١٦١هـ)، وابن أبي ليلي (ت ١٦٨هـ)، وعبيد الله بن الحسن (ت ١٦٨هـ)، والليث بن سعد (ت ١٧٥هـ)، وأبو عبيد (ت ٢٢٤هـ)، وإسحاق بن راهويه (ت ٢٣٨هـ)^(٨)، وممن ذهب إليه من أصحاب المذاهب الفقهية: الإمام

- (١) راجع: ابن قدامة: المغني (٤/٤٧٨)، والمقدسي: الشرح الكبير (٤/٤٤٤)، وابن رجب: القواعد (ص ٦١ ق ٤٣)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/٢٣٦)، والشيخ إبراهيم: منار السبيل (١/٣٥٤).
- (٢) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٣٧٦ م ١٢١٥).
- (٣) راجع: السيل الجرار (٣/٢٧٦).
- (٤) راجع: الطوسي: تهذيب الأحكام (٧/١٧٠، ١٧٢)، الحلبي: شرائع الإسلام (٢/٨٠)، والمختصر النافع (ص ١٦٢)، والشهيد الأول والثاني: اللعة وشرحها (٤/٩٠)، والنجفي: جواهر الكلام (٥/٣٢٢ ط: إيران، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٤/٣٣).
- (٥) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (١١/١٢)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (١١/١٢)، (١٣).
- (٦) هو: ابن دعامة السدوسي البصري، أخذ الأعلام الحفاظ، ومن كبار الفقهاء المفسرين، المقرئين، المحدثين الكبار، مات سنة ١١٧هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (١/٣٠٠).
- (٧) بفتح المهملة. وهو: عثمان بن عاصم، الكوفي، ثقة، ثبت، مات سنة ١٢٧هـ. ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٣٨٤).
- (٨) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٨/٢٣٨ - ٢٤٢)، وابن أبي شيبة: المصنف (٧/١٨٣ - ١٨٩)، وابن المنذر: الإشراف (٢/٢٢)، والجصاص: أحكام القرآن (١/٧١٨)، =

أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)، وأصحابه^(١)، والإمام أحمد في رواية^(٢)، والزيدية^(٣)، والإباضية^(٤).

هؤلاء اتفقوا على كون الرهن من ضمان المرتهن، ولكنهم اختلفوا في كفيته، وهذا لا يعيننا.

الاتجاه الثالث: التفصيل: فما لا يغاب عليه: أي: لا يخفى هلاكه، مثل: الحيوان، والعقار من الرهن أمانة في يد المرتهن، غير مضمون عليه. وما يغاب عليه: أي: يخفى هلاكه من الرهن مضمون عليه: ممن قال به: عثمان البتي (ت ١٤٣هـ)، والأوزاعي (ت ١٥٧هـ)^(٥)، وممن ذهب إليه: الإمام مالك (ت ١٧٩هـ)، وأصحابه^(٦). ثم هؤلاء اختلفوا في أن ضمان ما يغاب عليه هل هو ضمان تهمة، أو أصالة.

فذهب عثمان البتي (ت ١٤٣هـ)، والأوزاعي (ت ١٥٧هـ)، والإمام مالك

= وابن حزم: المرجع السابق (٦/٣٧٥، ٣٧٦)، والبيهقي: السنن الكبرى (٤/٤٣)، وابن الصباغ: الشامل (ص ٣٣٥)، والباجي: المنتقى (٥/٤٣)، والبعوي: شرح السنة (١٨٥، ١٨٦)، وابن رشد: المقدمات (٢/٣٦٧)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢/٢٧٣)، وابن قدامة: المغني (٤/٤٧٨، ٤٧٩).

(١) راجع: الجصاص: أحكام القرآن (١/٧١٧)، ومتن القدوري (ص ٤٠)، والسرخسي: المبسوط (٢١/٦٤ - ٦٩)، والسمناني: روضة القضاة (١/٤٢٢)، والأسمندي: طريق الخلاف في الفقه (ص ٤٣١)، والكاساني: بدائع الصنائع (٦/١٥٤)، والموصلي: المختار، والاختيار (٢/٦٤).

(٢) راجع: ابن رجب: القواعد (ص ٦١ ق ٤٣).

(٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/١١٣)، ومختصر الأزهار (٣/١٧٨)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٧٣، ٣٧٤).

(٤) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/٢٥٢، ٢٥٣)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (١١/١٨٤ - ١٨٨).

(٥) راجع: الجصاص: المرجع السابق (١/٧١٧، ٧١٨)، والباجي: المنتقى (٥/٢٤٣، ٢٤٤)، وابن رشد: المرجع السابق.

(٦) راجع: القيرواني: الرسالة (ص ٢٣١)، وابن الجلاب: التفريع (٢/٢٥٩)، والباجي: المرجع السابق (٥/٢٤٢ - ٢٤٥)، وابن رشد: المرجع السابق (٢/٣٦٧ - ٣٦٨)، وابن رشد الحفيد: المرجع السابق.

(ت ١٧٩هـ) في قول إلى أنه ضمان أصالة، وبه قال أشهب^(١) (ت ٢٠٤هـ).
 وذهب الإمام مالك (ت ١٧٩هـ) في قول آخر إلى أنه ضمان تهمة - أي:
 لأجل التهمة، وبه قال ابن القاسم^(٢) (ت ١٩١هـ)، وعبد الملك^(٣) (ت ٢١٢هـ)،
 وأصبغ^(٤) (ت ٢٢٥هـ).

وعليه، فإذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع، ولا
 تفريط؛ فإنه لا يضمن عند القائلين بضمنان التهمة؛ إذ إنها زالت بقيام البينة،
 ويضمن عند القائلين: بضمنان الأصالة على كل حال قامت البينة أو لم تقم^(٥).
 وهذا الخلاف في الضمان إنما مبناه: إذا تلف، وقامت البينة على تلفه،
 وأما إذا لم تقم البينة فلا خلاف؛ إذ إنه مضمون بلا خلاف.

ولو تأملنا في اتجاه المالكية نجد أنه قريب جداً من الاتجاه الأول، بل
 يكاد يكون موافقاً له في مضمونه؛ لأن المرهون عندهم يكون أمانة بيد
 المرتهن - أي: مضموناً على الراهن - إذا كان مما لا يغاب عليه، أو كان مما
 يغاب عليه، ولكن قامت بينة على أن هلكه كان من غير تعد منه، أو تفريط
 في حفظه، وإنما يكون مضموناً على المرتهن إذا كان مما يغاب عليه، ولم
 تقم بيّنة على أن تلفه كان من غير تعديه، أو تقصيره.

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) هو: عبد الرحمن بن القاسم العتقي، أبو عبد الله المصري، الفقيه، أثبت أصحاب
 مالك في الفقه، وأعلمهم بعلمه، وأمنهم عليه، توفي سنة ١٩١هـ. راجع: الحجوي:
 الفكر السامي (٤٣٩/١).

(٣) هو: ابن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة، الماجشون، كان فقيهاً، دارت عليه
 الفتيا في أيامه، إلى أن توفي سنة ٢١٢هـ. راجع: الحجوي: المرجع السابق (٢/٩٤).

(٤) هو: ابن الفرج بن سعيد، أبو عبد الله، أخذ عن ابن القاسم، وابن وهب. وله
 تأليف حسان، ككتاب «الأصول»، توفي سنة ٢٢٥هـ. راجع: الحجوي: نفس المرجع
 السابق (٩٦/٢).

(٥) راجع: القيرواني: الرسالة (ص ٢٣١)، وابن الجلاب: التفريع (٢/٢٥٩)، والباجي:
 المنتقى (٥/٢٤٢ - ٢٤٥)، وابن رشد: المقدمات (٢/٣٦٧ - ٣٦٨)، وابن رشد
 الحفيد: بداية المجتهد (٢/٢٧٣).

منشأ الخلاف:

إن الخلاف بين الفقهاء - كما يبدو - منشؤه أمران:

أحدهما: تعارض الأدلة على وجه العموم: وقد أشار إليه ابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ) حيث اعتبر دليل الإمام مالك (ت ١٧٩هـ) على التفريق بين ما يغاب عليه، وبين ما لا يغاب عليه من باب الاستحسان، وهو عنده: «جمع بين الأدلة المتعارضة»^(١). وفيه إشارة واضحة إلى تعارض الأدلة فيما نحن بصده.

الثاني: اختلافهم في تفسير الحديث: «لا يغلُق الرهن، الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه» على وجه الخصوص.

الأدلة

أولاً: أدلة الاتجاه الأول:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من أن المرهون بيد المرتهن أمانة، فهو من ضمان الراهن - بالسنة، والمعقول:

١ - السنة:

ما رواه ابن شهاب عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلُق الرهن، الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»^(٢).

(١) راجع: ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢/٢٧٤).

(٢) الحديث روي موصولاً، ومرسلاً. وسيأتي تخريجه موصولاً. وأما مرسلاً: فأخرجه الإمام مالك في: الموطأ: كتاب الرهن: باب ما لا يجوز من غلق الرهن (٢/٢٨ ح ١٣) دون قوله: «من صاحبه»، والإمام الشافعي في: المسند (ح ١٣٢٤)، وعنه البيهقي في: السنن الكبرى (٦/٣٩)، وفي: معرفة السنن والآثار (٤/٤٣٧ ح ٣٦١٨، ٢٣٧/٨)، وعبد الرزاق في: المصنف: الرهن: باب الرهن لا يغلُق (٨/٢٣٧ ح ١٥٠٣٣، ١٥٠٣٤)، وعنه الدارقطني في: السنن: البيوع (٣/٣٣ ح ١٣٢)، وابن أبي شيبه في: المصنف: البيوع والأفضية: باب الرجل يرهن الرجل فيهلك (٧/١٨٧ ح ٢٨٤١)، وأبو داود في: المراسيل: باب ما جاء في الرهن (ص ٧٩ ح ١٩٢ - ١٩٤)، =

وجه الدلالة من ثلاثة وجوه:

أحدها: أن قوله: «لا يفلق الرهن» معناه: لا يستحقه المرتهن^(١)، أو لا يكون الرهن له بحقه إذا حل الحق^(٢)، فيكون باقياً على ملك الراهن، فلا يضمه المرتهن إذا هلك^(٣).

الثاني: أن قوله: «الرهن من صاحبه الذي رهنه» معناه: الرهن من ضمان صاحبه^(٤). قال الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ): «هذا أفصح ما قاله العرب: الشيء من فلان - أي: من ضمانه»^(٥).

الثالث: أن قوله: «له غنمه، وعليه غرمه» معناه: له زيادته، وعليه هلاكه، وعطبه، ونقصه. كما فسره به الشافعي (ت ٢٠٤هـ)^(٦)، وفي هذا تأكيد للوجه الثاني.

ب - المعقول:

١ - إن الرهن شرع وثيقة بدين ليس بعوض عنه، فلا يضمن - أي: لا يسقط من الدين شيء بهلاكه كالكفيل، والشاهد بجامع مطلق التوثق في كل، وذلك أن الكفيل، أو الشاهد إذا مات لم يسقط من الدين شيء،

= والطحاوي في: شرح معاني الآثار (٢/٢٥٣)، والحاكم في: المستدرک (٢/٥١). وقد رجح جماعة من العلماء إرساله، منهم: أبو داود، والبيهقي، وابن عبد الهادي، ووافقهم الشيخ الألباني. راجع: إرواء الغليل (٥/٢٤٣) بالإضافة إلى كتاب المراسيل لأبي داود.

- (١) راجع: البغوي: شرح السنة (٨/١٨٥)، وابن الأثير: جامع الأصول (٥/٢٩٣).
- (٢) راجع: المطيعي: تكملة المجموع (١٣/٢٥٠).
- (٣) راجع: د. أحمد بدران: أحكام الرهن (ص ٣٦).
- (٤) راجع: الشيرازي: النكت (ق ١٥٣ب)، والبغوي: المرجع السابق، والشربيني: مغني المحتاج (٢/١٣٧)، والمطيعي: المرجع السابق.
- (٥) راجع: الشربيني: المرجع السابق؛ والمطيعي: المرجع السابق، وفيه: «هذه أبلغ كلمة للعرب...».
- (٦) راجع: الأم (٣/١٦٧، ١٨٦)، والبيهقي: معرفة السنن والآثار (٦/٤٣٧، ٤٣٨)، والبغوي: شرح السنة (٨/١٨٥).

- فكذلك الرهن إذا هلك لم يسقط من الدين شيء، بل يبقى بحاله^(١).
- ٢ - إنه شرع للاستيثاق، فإذا صار مضموناً، وسقط الدين بهلاكه، فأت معنى التوثيق^(٢).
- ٣ - إن الدين كان ثابتاً في ذمة الراهن قبل التلف، ولم يوجد ما يسقطه، فبقي بحاله، كما لو دفع إليه عبداً لبيعه، ويستوفي حقه من ثمنه، فمات؛ فإنه لا يضمن إذا تلف بلا تعد، ولا تفریط في حفظه^(٣).
- ٤ - إن المرهون مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة، فكان جميعه أمانة كالوديعة^(٤).
- ٥ - إنه لو ضمن لامتنع الناس من فعله خوفاً من الضمان، وذلك وسيلة إلى تعطيل المدائيات، وفيه ضرر عظيم، وهو منفي شرعاً^(٥).

ثانياً: أدلة الاتجاه الثاني:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من أن المرهون بيد المرتهن مضمون عليه: بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

أ - الكتاب:

قوله سبحانه: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَيْنَ مَقْبُوضَةً فَإِنْ مِنْكُمْ بَعْضٌ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِيَ أَمْنَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وجه الاستدلال: «فعطف بذكر الأمانة على الرهن، فذلك يدل على أن

- (١) راجع: الشافعي: الأم (٣/١٨٧)، والشيرازي: المهذب (١٣/٢٤٩)، والرافعي: فتح العزيز (١٩/١٣٨)، وابن قدامة: المغني (٤/٤٧٩)، والرملي: نهاية المحتاج (٤/٢٨١)، والشرييني: مغني المحتاج (٢/١٣٧).
- (٢) راجع: البهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/٢٣٦، ٢٣٧)، والروض المربع (٢/١٦٩)، ود. كمال جودة: توثيق الدين بالرهن والكفالة (ص ٧٩).
- (٣) راجع: البهوتي: المرجعين السابقين؛ ود. كمال جودة: المرجع السابق.
- (٤) راجع: الشيرازي: النكت (ق ١٥٣ب)، وابن قدامة: المرجع السابق.
- (٥) راجع: البهوتي: المرجع السابق قبل الأخير (٢/٢٣٧)، وكشاف القناع (٣/٣٤١).

الرهن ليس بأمانة، وإذا لم يكن أمانة، كان مضموناً؛ إذ لو كان الرهن أمانة لما عطف عليه الأمانة؛ لأن الشيء لا يعطف على نفسه، وإنما يعطف على غيره»^(١).

ب - السنّة:

١ - ما روي عن أنس أن النبي ﷺ قال: «الرهن بما فيه»^(٢).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ جعل الرهن في مقابلة ما رهن فيه، وهو الدين، فيكون مضموناً به^(٣). يقول الجصاص (ت ٣٧٠هـ): «والمفهوم من ذلك ضمانه بما فيه من الدين»^(٤). ويقول الكاساني (ت ٥٨٧هـ): «وهذا نص في الباب، لا يحتمل التأويل»^(٥).

٢ - ما روي عن مصعب بن ثابت^(٦) قال: سمعت عطاء يحدث أن رجلاً رهن بدين عند رجل فرساً بحقه له عليه، فنفق^(٧) الفرس عنده، فطالبه المرتهن بحقه، فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال: «ذهب حقك»^(٨).

وجه الاستدلال: «فقوله ﷺ: «ذهب حقك» إخبار بسقوط دينه؛ لأن حق

(١) راجع: الجصاص: أحكام القرآن (١/٧٧١).

(٢) سيأتي تخريجه أثناء نقاشه.

(٣) راجع: أستاذنا د. كمال جودة: توثيق الدين بالرهن والكفالة (ص ٨٩).

(٤) راجع: المرجع السابق (١/٧١٩). (٥) راجع: بدائع الصنائع (٦/١٥٤).

(٦) هو: ابن ثابت بن عبد الله بن الزبير، كان عابداً، مات سنة ١٧٥هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٥٣٣).

(٧) من: نفقت الدابة نفوقاً من باب قعد، ماتت، فهي نافقة. راجع: ابن الأثير: النهاية (٤/١٦٦)، والسيوطي: الدر النشير (٤/١٦٦)، والقيومي: المصباح المنير (ص ٢٣٦)، مادة: (نفق).

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في: المصنف: البيوع والأقضية: باب الرجل يرهن الرجل فيهلك (٧/١٨٣ ح ٢٨٢٧)، وأبو داود في: المراسيل: البيوع: باب ما جاء في الرهن (ص ٨٠ ح ١٩٦)، ومن طريقه البيهقي في: السنن الكبرى (٦/٤١)، وفي: معرفة السنن والآثار (٤/٤٣٩)، والطحاوي في: شرح معاني الآثار (٤/١٠٢) كلهم عنه به. وهو ضعيف. وسيأتي المزيد أثناء النقاش.

المرتهن هو دينه»^(١)، وهذا يعني كون الرهن مضموناً عليه.

ج - الإجماع:

إجماع الصحابة، والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون، مع اختلافهم في كفيته^(٢). يقول الجصاص (ت ٣٧٠هـ): «قد اتفق السلف من الصحابة، والتابعين على ضمان الرهن، لا نعلم بينهم خلافاً فيه، إلا أنهم اختلفوا في كيفية ضمانه»^(٣). فالقول بأنه أمانة خرق للإجماع^(٤).

د - المعقول:

١ - «إنه لما ملك حبسه، صار مستوفياً حقه من وجه؛ لأنه الاستيفاء ليتوسل به إلى حقه مخافة الجحود، وقد تأكد هذا الاستيفاء بالهلاك، فلو وفاه ثانياً يؤدي إلى الربا»^(٥).

٢ - «إن المرتهن أحق به بعد الموت من سائر الغرماء، حتى يباع فيستوفي دينه منه، فدل ذلك على أنه مقبوض للاستيفاء، فقد وجب أن يكون مضموناً لضمان الاستيفاء؛ لأن كل شيء مقبوض على وجه، وإنما يكون هلاكه على الوجه الذي هو مقبوض به، كالمغصوب متى هلك، هلك على ضمان الغصب. وكذلك المقبوض على بيع فاسد، أو جائز؛ إنما يهلك على الوجه الذي حصل قبضه عليه. فلما كان الرهن مقبوضاً للاستيفاء وجب أن يكون هلاكه على ذلك الوجه، فيكون مستوفياً بهلاكه لدينه على الوجه الذي يصح عليه الاستيفاء»^(٦).

(١) راجع: الجصاص: أحكام القرآن (١/٧١٩).

(٢) راجع: المرغيناني: الهداية (١٠/١٤١) مع البنائة، ويراجع أيضاً: الموصلي: الاختيار (٢/٦٤).

(٣) راجع: المرجع السابق (١/٧١٨).

(٤) راجع: المراجع السابقة للمذهب الحنفي.

(٥) راجع: الموصلي: المرجع السابق.

(٦) راجع: الجصاص: المرجع السابق (١/٧١٩).

ثالثاً: أدلة الاتجاه الثالث:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه من التفريق بين ما لا يغاب عليه فلا يضمن، وبين ما يغاب عليه فيضمن: بالآتي:

١ - عمل أهل المدينة^(١): كما حُكي عن فقهاء المدينة: الرهن بما فيه، إلا أنه خاص بما لا يغاب عليه.

٢ - الاستحسان^(٢): وله وجهان:

أحدهما: أن الرهن لم يؤخذ لمنفعة ربه فقط كالوديعة، فيكون ضمانه منه، ولا لمنفعة الآخذ فقط، حتى يكون ضمانه منه مطلقاً كالقرض، بل أخذ شيئاً منهما، فتوسط فيه، فضمن ما يغاب عليه، ولم يضمن ما لا يغاب عليه^(٣).

الثاني: أن ما يغاب عليه أمره خفي غير ظاهر، يدعي فيه الضياع على وجه لا يعلم فيه كذب مدعيه غالباً، فيؤدي إلى ضياع أموال الناس، فيضمن. وأما ما لا يغاب عليه فأمره ظاهر يعلم صدق مدعي ضياعه من كذبه، فلا يضمن^(٤). وبتعبير آخر: أن ما يغاب عليه تلحقه التهمة لخفاء أمره وعدم ظهوره فيضمن. وأما ما لا يغاب عليه فلا تلحقه التهمة لظهور أمره فلا يضمن^(٥).

(١) يتبادر من إطلاق عمل أهل المدينة إلى الذهن أنه حجة مطلقاً عند المالكية، وليس كذلك - كما يتبادر أنه ليس بحجة مطلقاً عند غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى - وهو ليس كذلك أيضاً، وتفصيل ذلك محله كتب الأصول.

(٢) معناه في اللغة سبق، وأما معناه عند المالكية، فسيأتي عند نقاش أدلتهم.

(٣) راجع: ابن رشد: المقدمات (٣٦٨/٢، ٣٦٩)، وشرح الزرقاني (٢٥٦/٥)، وشرح الخرشبي (٢٥٧/٥).

(٤) راجع: الباجي: المنتقى (٢٤٢/٥، ٢٤٣، ٢٤٤)، وابن رشد الجد: المرجع السابق.

(٥) راجع: ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢٧٤/٢).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة الاتجاه الأول:

١ - نقاش الدليل من السنّة:

نوقش الدليل من السنّة وهو حديث ابن المسيب: «لا يغلق الرهن...»:
بعدة جهات:

الأولى: نقاشه من جهة سنده:

بأنه اختلف في وصله، وإرساله، بل والصحيح، والمحفوظ أنه مرسل^(١). وذلك؛ لأن الذين أرسلوه أكثر، لا سيما هم ثقات أثبات من أصحاب الزهري، والإمام مالك.

وأما من وصله كيحيى بن أنيسة عن أبي هريرة، فهو ليس ممن تقبل زياداته على مالك؛ لأنهم لا يقبلون زيادة من ليس بحافظ على الحافظ^(٢).

«فإن قيل: مراسيل سعيد بن المسيب مقبولة عند الشافعي، قلنا:

ولم كان الشافعي يخص مراسيل سعيد بن المسيب دون سائر أهل المدينة، مثل: أبي سلمة، والقاسم، وسالم، وعروة، وسليمان بن يسار، والشعبي، والنخعي من أهل الكوفة، والحسن، وابن سيرين من أهل البصرة، ومن فوقهم من التابعين، مثل: علقمة، والأسود، وعمرو بن شرحبيل، وعبيدة، وشريح. فإن جاز قبول مراسيل سعيد، فمراسيل هؤلاء مثلها، وإن يمنع مراسيل هؤلاء فكذلك سعيد»^(٣).

(١) الحديث المرسل عند المحدثين: قول التابعي: قال رسول الله ﷺ كذا، أو فعله. وعند الجمهور من الفقهاء والأصوليين، قول غير الصحابة، قال رسول الله ﷺ. راجع: النووي والسيوطي: التقريب وتدريب الراوي (١/١٩٥، ١٩٦)، وابن كثير: اختصار علوم الحديث (ص ٤٥).

(٢) راجع: الجصاص: أحكام القرآن (١/٧٢٠)، والقدوري: التجريد (ص ٢٧٦٧، ٢٧٦٨)، وابن التركماني: الجوهر النقي (٦/٤٠)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٧٤).

(٣) راجع: القدوري: المرجع السابق (ص ٢٧٦٨) و(٦/٢٨٥٧ - ٢٨٥٨) ط: دار السلام.

أجيب عنه:

بأن كونه مرسلًا هو الصحيح غير مسلم به، بل وقد صحح الموصول جماعة من الحفاظ كابن حبان^(١) (ت ٣٥٤هـ)، والدارقطني^(٢) (ت ٣٨٥هـ)، والحاكم^(٣) (ت ٤٠٥هـ)، وابن حزم^(٤) (ت ٤٥٦هـ)، وابن عبد البر (ت ٤٦٣هـ)، وتبعه عبد الحق^(٥) (ت ٥٨٢هـ).

قال الشيخ الغماري: «وقد صحح الموصول جماعة من الحفاظ، وهو الواقع»^(٦).

وأما القول بأن يحيى بن أبي أنيسة وصله عن أبي هريرة، فهو ليس وحده رواه موصولاً، بل رواه كذلك ثمانية رواة. عدّهم الشيخ الغماري (ت ٣٨٠هـ) فيقول:

«فأما الذين رووه موصولاً: فإسحاق بن راشد عند ابن ماجه^(٧)، ومالك عند الخطيب في التاريخ^(٨) وزياد بن سعد عند ابن حبان^(٩)، والحاكم^(١٠)، والدارقطني^(١١)، والبيهقي^(١٢)، وأبي نعيم في الحلية^(١٣)، ويحيى بن أنيسة عند الشافعي في المسند^(١٤)، وفي الأم^(١٥)، وابن أبي ذئب

(١) راجع: الأمير علاء الدين الفارسي: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان (٢٥٨/١٣) ح ٥٩٣٤.

(٢) راجع: السنن (٣٢/٣) حيث قال: «وهذا إسناد حسن متصل».

(٣) راجع: المستدرک (٥١/٢). (٤) راجع: المحلى (٣٧٩/٦).

(٥) راجع: الزيلعي: نصب الراية (٤/٣٢٠، ٣٢١)، وابن حجر: التلخيص الحبير (٤٢/٣).

(٦) راجع: الهداية في تخريج أحاديث البداية (٣٩/٨).

(٧) في: السنن: كتاب الرهون: باب لا يغلق الرهن (٢/٨١٦ ح ٢٤٤١) مختصراً.

(٨) راجع: (٦/١٦٥) في ترجمة إبراهيم بن محمد العطار (٣٢١٣).

(٩) في: صحيحه (٢٥٨/١٣ ح ٥٩٣٤) من الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان.

(١٠) في: المستدرک (٥١/٢).

(١١) في: السنن: البيوع (٣/٣٢ ح ١٢٦). (١٢) في: السنن الكبرى (٣٩/٦).

(١٣) راجع: (٧/٣٥) في ترجمة سفيان بن عيينة (ص ٣٩٠).

(١٤) راجع: (٢/١٨٩ ح ١٣٢٤) من بدائع المنن.

(١٥) راجع: (٣/١٦٧ ح ١٨٨).

عند الدارقطني^(١)، والحاكم^(٢)، والبيهقي^(٣)... وسليمان بن أبي داود عند الحاكم^(٤)، والدارقطني^(٥)، ومحمد بن الوليد الزبيدي عندهما^(٦)، ومعمر من رواية كدير - أو كريد - أبي يحيى به عندهما^(٧)... كل هؤلاء الثمانية روه عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ^(٨).

وأما قول القائل - مع التسليم بأنه مرسل -: «وَلِمَ كان الشافعي يخص مراسيل ابن المسيب دون سائر أهل المدينة...». فقد بين الشافعي ذلك قائلاً: «لا نحفظ أن ابن المسيب روى منقطعاً إلا وجدنا ما يدل على تسديده، ولا أثره عن أحد فيما عرفناه عنه إلا ثقة معروف، فمن كان بمثل حاله قبلنا منقطعه. ورأينا غيره يسمى المجهول، ويسمى من يرغب عن الرواية عنه، ويرسل عن النبي ﷺ، وعن بعض من لم يلحق من أصحابه، المستنكر الذي لا يوجد له شيء يسدّد، ففرّقنا بينهم لافتراق أحاديثهم. ولم نحاب أحداً، ولكننا قلنا في ذلك بالدلالة اليّنة على ما وصفناه من صحة روايته»^(٩).

وقد أجاب عنه البيهقي (ت ٤٥٨هـ) أيضاً قائلاً: «... الشافعي أخذه في هذه المسألة بمرسل سعيد بن المسيب دون غيره؛ لأن مراسيله أصح من مراسيل غيره، ولأنه قد روي موصولاً. يقول أحمد بن حنبل: مراسلات سعيد بن المسيب صحاح لا نرى أصح من مراسلاته. وأما الحسن وعطاء فليس هي بذلك، هي أضعف المرسلات؛ لأنهما كانا يأخذان عن كل»^(١٠).

فتبيّن أن الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) خصّ مراسيل ابن المسيب في

(١) في: السنن: البيوع (٣/٣٣ ح ١٢٨، ١٣٠، ١٣٢).

(٢) في: المستدرک (٢/٥١).

(٣) في: السنن الكبری (٦/٣٩).

(٤) في: المستدرک (٢/٥١).

(٥) في: السنن: البيوع (٣/٣٣ ح ١٢٨).

(٦) في: السنن: البيوع (٣/٣٣).

(٧) في: السنن: البيوع (٣/٣٣).

(٨) راجع: الهداية في تخريج أحاديث البداية (٨/٣٦، ٣٧).

(٩) راجع: الأم (٣/١٨٨).

(١٠) راجع: السنن الكبری (٦/٤١، ٤٢).

القبول والاحتجاج بها دون مراسيل غيره؛ لأنه وجدها موصولة، أو أنه لا يرسل إلا عن ثقة. لذلك مراسيله أصح من مراسيل غيره.

الثانية: نقاشه من جهة متنه:

بأن «له غنمه، وعليه غرمه» مدرج^(١) من كلام سعيد بن المسيب أدرجه في الحديث، ونقله عنه ابن شهاب الزهري، «كما روى ذلك مالك، ويونس، وابن أبي ذئب عن ابن شهاب، عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلِق الرهن». قال يونس بن زيد أو يزيد: قال ابن شهاب: وكان ابن المسيب يقول: الرهن لمن رهنه، له غنمه وعليه غرمه»^(٢). فأخبر ابن شهاب أن هذا قول ابن المسيب، لا عن النبي ﷺ، ولو كان ابن المسيب قد روى ذلك عن النبي ﷺ لما قال: وكان ابن المسيب يقول ذلك، بل كان يعزبه إلى النبي ﷺ^(٣).

وقد صحح كونه من كلام ابن المسيب أبو داود في «المراسيل»^(٤).

أجاب عنه الشيخ أحمد الصديق الغماري (ت ١٣٨٠هـ) بقوله: «فكأنه اعتمد رواية يونس المذكورة، وجعلها حاکمة على ما سواها. ولأجل ذلك حكم بأن ذلك هو الصحيح، وذلك وهم منه، بل الصحيح المقطوع به أن ذلك من كلام النبي ﷺ لاتفاق أكثر الرواة على ذلك، ولوروده بألفاظ لا تحتل الإدراج»^(٥).

(١) الحديث المدرج هو: أن تزداد لفظه في متن الحديث من كلام الراوي، فيحسبها من يسميها مرفوعة في الحديث، فيرويها كذلك. راجع: ابن كثير: اختصار علوم الحديث (ص ٦٩) أو «ما كانت فيه زيادة ليست منه». راجع: الشيخ أحمد محمد شاكر: شرح اختصار علوم الحديث (ص ٧٠).

(٢) أخرجه أبو داود في: المراسيل (ص ٧٩، ٨٠ ح ١٩٢ - ١٩٥)، والطحاوي في: شرح معاني الآثار (٤/١٠٠).

(٣) راجع: الجصاص: أحكام القرآن (١١/٧٢٠).

(٤) راجع: (ص ٧٩). ويراجع أيضاً: الزيلعي: نصب الراية (٤/٣٢٠).

(٥) راجع: الهداية في تخريج أحاديث البداية (٨/٤١، ٤٢).

ثالثاً: نقاشه من جهة معناه ودلالته: بوجوه:

أحدها: أنه يقال: غلق الرهن، إذا استحققه المرتهن، فذهب به. وقال بعض أهل اللغة: إنهم يقولون: غلق الرهن إذا ذهب بغير شيء. قال زهير^(١):

فارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى رهناً غلقاً^(٢)

يعني: ذهبت بقلبه بغير شيء. ومنه قول الأعشى^(٣):

فهل يمنعني ارتيادي البلا د من حذر الموت أن يأتين

على رقيب له حافظ فقل في امرئ غلق مرتهن^(٤)

يعني: أنه يموت فيذهب بغير شيء كأن لم يكن.

فهذا يدل على أن قوله: «لا يغلق الرهن» ينصرف على وجهين:

أ - إن كان قائماً بعينه، لا يستحقه المرتهن بالدين عند مضي الأجل.

ب - عند الهلاك، لا يذهب بغير شيء^(٥)، فيكون مضموناً^(٦).

أجيب عنه: بوجوه:

١ - أن معنى: «لا يغلق الرهن»: لا يستحقه المرتهن حال قيام الرهن، مسلم

به، بل به قال الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) حيث قال الأزهري^(٧)

(١) هو: ابن أبي سلمى، كان أحد الثلاثة المقدمين على سائر الشعراء وكان جاهلياً، لم

يدرك الإسلام، وأدركه ابنه كعب، وبجير. راجع: ابن قتيبة: الشعر والشعراء (١/

١٤٧ - ١٥٩).

(٢) راجع: ديوان زهير بن أبي سلمى (ص ٣٩).

(٣) هو: ميمون بن قيس، يقال له: الأعشى الكبير، أبو بصير، من شعراء الجاهلية،

وأخذ أصحاب المعلقات، لقب بالأعشى لضعف بصره. راجع: كحالة: معجم

المؤلفين (٦٥/١٣).

(٤) راجع: ديوان الأعشى الكبير ميمون بن قيس (ص ١٥، ٥/٢، ٧).

(٥) راجع: الجصاص: أحكام القرآن (١/٧٢٠، ٧٢١).

(٦) راجع: د. أحمد بدران: أحكام الرهن (ص ٤٠).

(٧) هو: أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري الهروي، مهر في اللغة لما أسرته

القرامطة، وأقام في الصحراء الدهناء. ومن تأليفه: «تهذيب اللغة»، مات سنة ٣٧٠هـ.

راجع: الحجوي: الفكر السامي (١/٣٢٩).

- (ت ٣٧٠هـ): «قال الشافعي رحمته الله: معناه: لا يستحقه المرتهن بأن يدع قضاء حقه» - ثم قال الأزهري -: «هو كما قال الشافعي في العربية»^(١).
- ٢ - أن معناه: لا يذهب بغير شيء، غير مسلم به؛ إذ لا حجة في البيت، بل وليس فيه ما يدل عليه؛ لأن القلب لا يهلك، وإنما معناه: أن القلب صار رهناً بحقه، وقد انغلق انغلاقاً لا ينفك^(٢).
- ٣ - أن التفريق بين قيام الرهن وبين تلفه لا دليل عليه، وذلك أنه إذا لم يستحقه المرتهن، بقي على ملك الراهن، فحينئذ يكون من ضمان الراهن حين التلف، كما أنه من ضمانه حال قيام الرهن^(٣).
- الثاني: أن معنى: «الرهن من صاحبه الذي رهنه» أو «الرهن من رهنه»: «نفقة الرهن من رهنه». ويحتمل: الرهن من ملك رهنه»^(٤) فلا دلالة فيه إذن. أجيب عنه: بأن معناه: نفقة الرهن من رهنه: غير صحيح؛ لأن ظاهره في أنه من ضمان رهنه. كما يقال: هذا الشيء من فلان أي: من ضمانه، بل هو أفصح ما قاله العرب: «الشيء من فلان.. أي: من ضمانه» كما قال الشافعي^(٥)، وهو حجة في اللغة.
- وأما معناه: «من ملك رهنه» فهو أيضاً غير صحيح؛ لما سبق، كما أنه مجرد احتمال لا يسانده دليل، ولأنه لو كان كذلك لقال: لرهنه، ولأن ذلك عرف من قوله: «لا يغلق الرهن»^(٦).
- الثالث: أن قوله: «له غنمه وعليه غرمه» بمعنى: له زيادة من الولد، والشمرة، وعليه غرمه من النفقة، والمؤنة. ويحتمل: له غنمه إذا بيع بأكثر من الدين، كانت الزيادة له، وإذا بيع بأقل، كان غرم النقصان عليه. ولا يجوز أن

(١) راجع: ابن الأثير: جامع الأصول (٥/٢٩٣).

(٢) راجع: المطيعي: تكملة المجموع (١٣/٢٥٠).

(٣) راجع: د. أحمد بدران: أحكام الرهن (ص ٤٠، ٤١).

(٤) راجع: القدوري: التجريد (ص ٢٧٦٩).

(٥) راجع: الشربيني: مغني المحتاج (٢/١٣٧).

(٦) راجع: الشيرازي: النكت: ورقة (ب ١٥٣).

يحمل الغرم على الهلاك؛ لأن الغرم هو اللزوم. ومنه سمي الغريم غريماً... ولا يعرف الغرم بمعنى الهلاك في اللغة، فلا يجوز حمله عليه^(١).

ويقول الباجي (ت ٤٩٤هـ) المالكي: «معناه عند مالك، وأصحابه: له غلته، وخراج ظهره، وأجرة عمله، وعليه غرمه أي: نفقته، وليس يريد به الهلاك، والمصيبة؛ لأن الغنم إذا كان الخراج والغلة، كان الغرم ما قابل ذلك من النفقة، وهو نحو ما روي عنه عليه السلام أنه قال: «الرهن محلوب ومركوب»^(٢) أي: غلته لربه، ونفقته عليه»^(٣).

إذن، فلا دلالة فيه على كون المرهون من ضمان الراهن.

أجيب عنه: بوجوه:

- ١ - أن «حمل الغنم» على زيادة الثمن من الدين، والغرم على نقصانه منه، وتخصيصهما بهما في حالة البيع فقط، لا دليل على ذلك؛ لأن سياق الحديث لا يدل إلا على العموم؛ فإن الغنم، والغرم مصدران مضافان إلى معرفة وهو الراهن، فيكون هو مختصاً بكل غنم الرهن، وبكل غرمه، لا بجزء منهما، فيكون له الغنم كله، وعليه الغرم كله^(٤).
- ٢ - أن حمل «الغرم» على النفقة، وتخصيصه بها غير صحيح؛ لأننا بعد التبع لكتب اللغة لم نجد أنه أطلق عليها فيها.
- ٣ - أن كون «الغنم» هو: الخراج، والغلة مسلّم به، ولكن الذي لا يمكننا أن نسلّم به هو: أن الغرم هو: ما قابله من النفقة، وذلك؛ لأن كون خراج الرهن وغلته للراهن لكونه مالك رقبته، لا لكونه منفقاً عليه^(٥).

(١) راجع: القدوري: التجريد (ص ٢٧٦٩).

(٢) أخرجه الدارقطني في: السنن: البيوع (٣/٣٤ ح ١٣٦)، والحاكم في: المستدرک (٢/٥٨) وصححه.

(٣) راجع: المتقى (٥/٢٤٠).

(٤) راجع: د. أحمد بدران: أحكام الرهن (ص ٤١)، ود. حسن مصطفى: الرهن الإسلامي (ص ١٤٩).

(٥) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٥/١٧١)، والشوكاني: نيل الأوطار (٥/٢٣٤).

٤ - أن الاستدلال بحديث: «الرهن محلوب، ومركوب» على كون «الغرم» هو: النفقة، مبني على تفسيره بكون غلته لربه، ونفقته عليه بمقابل ذلك. وهذا التفسير مختلف فيه، بل وأنه غير صحيح؛ لأن الحديث دلّ بمنطوقه على إباحة الانتفاع في مقابلة الإنفاق، وهذا يختص بالمرتهن بدليل أن انتفاع الزاهن بالمرهون لأجل كونه مالكاً لرقبته، لا لكونه منفقاً عليه، بخلاف المرتهن^(١).

٥ - أن القول: «لا يجوز أن يحمل الغرم على الهلاك» باطل؛ فإن مبناه أمران:

أحدهما: الغرم في أصل اللغة هو: اللزوم، وهذا مسلم به، ولكنه لا يدل على أنه لم يطلق فيما بعد على معان أخرى، بل إنه أطلق عليها، منها: الهلاك، والخسران، كما أنه من معاني الغرم: الهلاك^(٢).

الثاني: لا يعرف الغرم بمعنى الهلاك في اللغة. وهذا غير مسلم به. كما سيأتي.

هذا، وقد ناقش الجصاص (ت ٣٧٠هـ) الحنفي ما تأول الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) قوله: «له غنمه، وعليه غرمه». أي: له زيادته، وعليه هلاكه، ونقصانه: من عدة نواح:

الأولى: أنه تأويل خارج عن أقاويل الفقهاء^(٣):

الإجابة عنه:

بأن ذلك غير صحيح؛ لأن ما فهمه الإمام الشافعي هو ما فهمه أمير المؤمنين علي (ت ٤٠هـ) عليه السلام، والشعبي (ت ١١٠هـ)، وعطاء (ت ١١٤هـ)، والزهري (ت ١٢٥هـ)، بل قد صرحا بذلك، فعن عطاء قال: «الرهن وثيقة،

(١) راجع: ابن حجر: فتح الباري (١٧١/٥)، والشوكاني: نيل الأوطار (٢٣٤/٥).

(٢) راجع: الفيروزآبادي: القاموس (ص ٤٧٥)، مادة: (غرم)، والمعجم الوسيط (٢/٦٥١)، مادة: (غرم).

(٣) راجع: أحكام القرآن (٧٢١/١).

فإن هلك فليس عليه غرم، يأخذ الدين الذي له كله»^(١). وعن الزهري: «أنه قال في الرهن: يهلك، لم يذهب حق هذا، إنما هلك من رب الرهن، له غنمه وعليه غرمه»^(٢)، وعمرو بن دينار (ت ١٢٦هـ)، وكذلك الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، وأصحابه، وداود الظاهري (ت ٣٧٠هـ)، وأصحابه، والإمامية، وبعض الإباضية، وهو اختيار أبي عبيد (ت ٢٢٤هـ)، وأبي ثور (ت ٢٤٠هـ)، وابن المنذر (ت ٣١٨هـ)^(٣).

فتبين أن ما زعمه الجصاص غير صحيح؛ لأن ما فهمه الإمام الشافعي يتفق وما فهمه غيره من العلماء.

الثانية: أنه خطأ في اللغة: يقول استدلالاً عليه بقوله: «لأن الغرم في أصل اللغة هو: اللزوم، قال تعالى: ﴿إِنَّكَ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا﴾ [الفرقان: ٦٥] يعني: ثابتاً لازماً... وقال الله تعالى: ﴿إِنَّا لَمُقْرَمُونَ﴾ [الواقعة: ٦٦] يعني: ملزومون، مطالبون بديوننا، فهذا أصل الغرم في أصل اللغة. حدثنا أبو عمر غلام^(٤) ثعلب عن ثعلب^(٥)، عن ابن الأعرابي^(٦) في معنى الغرم. قال أبو عمر: أخطأ من قال: إن هلاك المال ونقصانه يسمى غرمًا؛ لأن الفقير الذي ذهب ماله لا يسمى غريمًا، وإنما الغريم من توجهت عليه المطالبة بدين، وإذا

(١) راجع: السياغي: الروض النضير (٣/٣٧٤).

(٢) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٨/٢٣٧)، والسياعي: المرجع السابق.

(٣) راجع: المراجع السابقة فيما ذهب إليه الاتجاه الأول.

(٤) هو: محمد بن عبد الواحد، البغدادي، المطرز، الباوردي، المعروف بغلام ثعلب، أبو عمر، لغوي. من تصانيفه الكثيرة: «شرح الفصيح» وغيره، توفي ببغداد سنة ٣٤٥هـ. كحالة: معجم المؤلفين (١٠/٢٦٦).

(٥) هو: أحمد بن يحيى، الشيباني، الكوفي، المعروف بثعلب، أبو العباس، نحوي، لغوي. ومن آثاره: «المصون في النحو»، و«معاني القرآن»، توفي ببغداد سنة ٢٩١هـ. كحالة: المرجع السابق (٢/٢٠٣).

(٦) هو: محمد بن زياد، المعروف بابن الأعرابي، الكوفي، أبو عبد الله، لغوي، نحوي، راوية لأشعار القبائل نسابة. من آثاره: «النوادر»، توفي سنة ٢٣١هـ. راجع: كحالة: نفس المرجع السابق (١٠/١١).

كان كذلك، فتأويل من تأوله «وعليه غرمه» أنه نقصانه خطأ^(١).

الجواب عنه: بوجوه:

١ - أن كون الغرم في أصل اللغة هو: اللزوم، مسلم به، وهو محل اتفاق، لا خلاف فيه، بل إن أهل اللغة قد قرروا ذلك؛ فإن المعنى الحقيقي الأصلي الذي وضع له اللفظ أولاً، تدور حوله مادة الكلمة عندهم، وترجع إليه الفروع كلها^(٢). يقول ابن فارس (ت ٣٩٥هـ): «العين، والراء، والميم أصل صحيح يدل على ملازمة»^(٣).

إذا كان الأمر كذلك ليس فيه دليل على المدعي؛ لأن ذلك الأصل تفرّعت عنه معان أخرى، وأطلق عليها فيما بعد، يقال: «غرم في التجارة غرمًا - أي: خسر»^(٤)، فالغرم هو الخسران. ويقول الأصفهاني (ت ٥٠٢هـ): «الغرم: ما ينوب الإنسان في ماله من ضرر بغير جناية منه، أو خيانة»^(٥). والغرام من معانيه: الهلاك^(٦).

فاتضح جلياً: أن دلالة الغرم في أصل اللغة على اللزوم، والملازمة لا تستلزم نفي إطلاقه على معان أخرى كالتقصان، والضرر، والهلاك، كما أنه أطلق عليها فعلاً.

٢ - أن قوله تعالى: ﴿إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا﴾ أي: هلاكاً، أو هلكة كما فسره بهما بعض العلماء^(٧). وقوله تعالى: ﴿إِنَّا لَمَعْرُونٌ﴾^(٨). يقول

(١) راجع: أحكام القرآن (١/٧٢١).

(٢) راجع على سبيل المثال: ابن جني: الخصائص (١/٥)، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة في جميع مواد.

(٣) راجع: ابن فارس: المرجع السابق (٤/٤١٩)، مادة: (غرم).

(٤) راجع: المعجم الوسيط (٢/٦٥١)، مادة: (غرم).

(٥) راجع: المفردات في غريب القرآن (ص ٢٠٤)، مادة: (غرم)، ويراجع أيضاً: المعجم الوسيط (٢/٦٥١).

(٦) راجع: الفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص ١٤٧٥)، مادة: (غرم).

(٧) كالثقفي، وأبي عبيدة. راجع: الأزهرى: تهذيب اللغة (٨/١٣١)، مادة: (غرم)، وابن منظور:

لسان العرب (٥/٣٢٤٧)، مادة: (غرم)، والزيدي: تاج العروس (٩/٢)، مادة: (غرم).

البغوي (ت ٥١٦هـ): «المغرم: الذي ذهب ماله بغير عوض»^(١)، ويقول الزمخشري (ت ٥٣٨هـ): «الملزمون غرامة ما أنفقنا، أو مهلكون لهلاك رزقنا، من الغرام، وهو: الهلاك»^(٢). وتبعه فيه غيره من المفسرين^(٣). وجاء في «تفسير القرطبي» (ت ٦٧١هـ): «(المغرمون) مأخوذ من الغرام وهو: الهلاك»^(٤).

فلاستدلال بهاتين الآيتين على ما ذهب إليه الجصاص غير صحيح، بل إنهما تؤكدان ما ذهب إليه الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ). يقول الخازن (ت ٧٢٥هـ): «ومعنى الغرم: ذهاب المال بغير عوض»^(٥).

٣ - وأما قول أبي عمر غلام ثعلب (ت ٣٤٥هـ) فقد رد عليه ابن حزم (ت ٤٥٦هـ) قائلاً: «وقد صح في ذم قوم في القرآن قوله تعالى: ﴿وَيَنْ أَلْأَعْرَابِ مَنْ يَتَّخِذْ مَا يُنْفِقُ مَغْرَمًا﴾ [التوبة: ٩٨] أي: يراه هالكاً بلا منفعة. فالقرآن أولى من رأي المطرز»^(٦).

الثالثة: سعيد بن المسيب هو راوي الحديث لم يتأول قوله: «له غنمه، وعليه غرمه» على ما قاله الشافعي؛ لأنه من مذهبه ضمان الرهن - ثم يقول مستدلاً عليه ب - وذكر عبد الرحمن بن أبي الزيات في كتاب السبعة عن أبيه عن سعيد بن المسيب، وعروة، والقاسم بن محمد^(٧)، وأبي بكر بن عبد الرحمن^(٨)، وخارجة بن زيد^(٩)، وعبيد الله بن

(١) راجع: تفسير البغوي (٢٣/٧).

(٢) راجع: الكشاف (١٩٦/٣).

(٣) كالبيضاوي في: تفسيره (١٨٤/٤)، والنسفي في: تفسيره (٢١٩/٤).

(٤) راجع: (ص ٦٣٨٩).

(٥) راجع: تفسيره (٢٣/٧).

(٦) راجع: المحلي (٣٧٩/٦).

(٧) هو: ابن محمد بن أبي بكر الصديق، تفقه على عمته عائشة رضي الله عنها، توفي سنة ١٠٦هـ.

الفكر السامي (٢٩٣/١).

(٨) هو: ابن عبد الرحمن بن حارث المخزومي، أحد الفقهاء السبعة، توفي سنة ٩٤هـ.

راجع نفس المرجع السابق.

(٩) هو: ابن زيد بن ثابت، أحد الفقهاء السبعة، توفي سنة ١٠٠هـ. نفس المرجع السابق.

(٢٩٤/١).

عبد الله عليه السلام وغيرهم أنهم قالوا: «الرهن بما فيه، إذا هلك وعميت قيمته»، ويرفع ذلك منهم الثقة إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم. فثبت أن من مذهب سعيد بن المسيب ضمان الرهن، فكيف يجوز أن يتأول متأول قوله: «وعليه غرمه»، على نفي الضمان؟ فإن كان ذلك رواية عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فالواجب على مذهب الشافعي أن يقضي بتأويل الراوي على مراد النبي صلى الله عليه وآله وسلم؛ لأنه زعم أن الراوي للحديث أعلم بتأويله... فلزمه على هذا أن يجعل قول سعيد بن المسيب قاضياً على مراد النبي صلى الله عليه وآله وسلم إن كان قوله: «وعليه غرمه» ثابتاً عنه^(٢).

أجاب عنه البيهقي (ت ٤٥٨هـ) قائلاً: «ليس من الإنصاف ترك شيء من الحديث ليستقيم على الباقي ما قصد من الاحتجاج به - ثم بعد ذكر كلام ابن أبي الزناد عن أبيه السابق قال: - ثم قال: وربما اختلفوا في الشيء، فأخذ بقول أكثرهم».

فأخبر أبو الزناد أن الذي جمعه، واختاره فيما اختلفوا فيه: قول بعضهم، لا قول جميعهم. وقد ثبت عن ابن المسيب خلاف ذلك، دلّ أنه لم يرد.

وأما رواية الثقة منهم منقطع^(٣)؛ كحديث عطاء، وفيه زيادة ليست في حديث عطاء، وهي أنه إنما يكون بما فيه إذا عميت قيمته. فمن المحال أن يحتج بما لا يقول به في أكثر أحواله، وهو عندنا لا حجة فيه لانقطاعه^(٤).

وقال الباجي (ت ٤٩٤هـ) المالكي: «وفي الحديث: «إذا عميت قيمته». وهذا الذي ذكره لا يثبت عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في شيء، ولا له أصل، وإنما هو قول جماعة من الفقهاء»^(٥).

(١) هو: ابن عبد الله بن عتبة، كان جامعاً للعلم، توفي سنة ٩٤هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (١/٢٩٢).

(٢) راجع: الجصاص: أحكام القرآن (١/٧٢٢).

(٣) هكذا في الكتاب.

(٤) راجع: معرفة السنن والآثار (٤/٤٤٥). (٥) راجع: المنتقى (٥/٢٤٣).

فلم يثبت إذن أن من مذهب ابن المسيب ضمان الرهن، فبطل قوله: «وكيف يجوز أن يتأول قوله: «وعليه غرمه» على نفي الضمان؟ لأنه بني على ما لم يثبت. هذا من جانب. فلو سلم بأنه من مذهبه من جانب آخر، فهل هذا تأويل له لقوله: «وعليه غرمه»؟ فهذا لم يصرح به، كما أنه مخالف للحديث نفسه؛ فإن معنى قوله: «لا يغلق الرهن»؛ أي: لا يستحقه المرتهن، فيبقى ملكاً للراهن. وعليه، فإن معنى قوله: «الرهن من صاحبه الذي رهنه» - أي: من ضمان صاحبه ضمان ملك.

بناءً على ذلك، فالحديث يستوجب أن يكون ضمان الرهن من مالكة، كما استوجب أن يكون له زوائده، ونماؤه باتفاق العلماء. لذلك يقول الخطابي (ت ٣٨٨هـ): «وإذا كان الرهن من ملك صاحبه، كان تلفه من ملكه دون ملك المرتهن»^(١).

ومن جانب ثالث: أن ضمان الرهن هو مذهب الراوي، وعمله، وليس بتأويل لقوله: «وعليه غرمه»، فلم ينطبق على مذهب الشافعي: «الراوي للحديث أعلم بتأويله»، فيجب عليه القضاء به.

هذا، وعمل الراوي، أو مذهبه إذا خالف ما رواه فالحديث مقدم على عمله ومذهبه؛ فإن العبرة بما رواه لا بما عمل به.

الرابعة: يقول الجصاص (ت ٣٧٠هـ) كنتيجة مترتبة على ما سبق: «وإنما معنى قوله: «له غنمه» أن للراهن زيادته. و«عليه غرمه» يعني: دينه الذي به الرهن، وهو تفسير قوله ﷺ: «لا يغلق الرهن»؛ لأنهم كانوا يوجبون استحقاق ملك الرهن للمرتهن بمضي الأجل قبل انقضاء الدين، فقال ﷺ: «لا يغلق الرهن» - أي: لا يستحقه المرتهن بمضي الأجل، ثم فسره فقال: «لصاحبه» يعني: للراهن، «غنمه» يعني: زيادته. فبين أن المرتهن لا يستحق غير عين الرهن، لا نماءه، وزيادته، وأن دينه باق عليه كما كان، وهو معنى قوله:

(١) راجع: معالم السنن (٣/١٦٣).

«وعليه غرمه» كقوله: وعليه دينه. فإذا، ليس في الخبر دلالة على كون الرهن غير مضمون، بل هو دال على أنه مضمون لما بيّنا^(١).

يمكن الإجابة عنه: بالآتي:

أ - أنه صرح - فيما سبق - بأن الغرم في أصل اللغة هو: اللزوم، وعليه، فقد اعتبر إطلاقه على الهلاك، أو النقصان خطأ في اللغة، فيجب عليه أن يعتبر إطلاقه على الدين خطأ كذلك هنا؛ إذ إنه في أصل اللغة: اللزوم فقط.

ب - أن هناك تناقضاً واضحاً بين قوله: لا يستحقه المرتهن - أي: لا يستحق ملك الرهن، وذلك؛ لأن أهل الجاهلية كانوا يوجبون ملك الرهن للمرتهن قبل انقضاء الدين، فنفى النبي ﷺ ذلك، وأن ملكه باق للراهن، ولذلك قال: «وله غنمه»؛ لأن ما يتولد من المملوك هو مملوك لمالكه، وبين قوله: «فبين أن المرتهن لا يستحق غير عين الرهن: لا نماء، وزيادته». وهو بهذا يشير إلى عدم استحقاق الرهن - يعني: نماء، وزيادته فقط، لا عين الرهن، بل يستحقها المرتهن عنده، أليس هذا يناقض قوله: لا يستحقه - أي: الرهن - المرتهن وهو ظاهر الحديث، وما ورد لأجله؟

ج - سلمنا - جدلاً - أن الخبر لي فيه دلالة على أن الرهن غير مضمون، ولكن أين الدلالة فيه على أنه مضمون على المرتهن؟ هل في كون ملك الرهن، ونمائه، وزيادته للراهن، وبقاء الدين عليه دلالة على كون الرهن مضموناً على المرتهن؟

نعود بعد هذه المناقشات الطويلة للدليل من السنة إلى مناقشة الدليل من المعقول.

ب - نقاش الأدلة من المعقول:

نوقش الدليل الأول منه وهو: الرهن شرع وثيقة بدين ليس بعوض عنه،

(١) راجع: أحكام القرآن (١/٧٢٢).

فلا يضمن كالكفيل، والشاهد بجامع مطلق التوثق في كل:

بأن «الرهن قائم مقام الدين، ووثيقة به ليستوفي منه، ولو قبض الدين نفسه، فهلك في يده كان مضموناً، كذلك إذا قبض ما قام مقامه»^(١).

أجيب عنه: بأن الدين إذا هلك بعد قبضه من قبل صاحبه وهو المرتهن، هلك في ملكه، وتحت يده، فكان مضموناً عليه، وليس كذلك بالنسبة للرهن؛ لأنه ملك للراهن، كما أنه وثيقة بالدين، وليس عوضاً عنه، فإذا هلك - والحال هذه - بعد قبض المرتهن له: هلك تحت يده، ولكن في ملك الراهن وثيقة بالدين، دون عوض عنه. والفرق بينهما واضح وجلي. فكيف يكون مضموناً كالدين؟

ونوقش الدليل الثاني منه وهو: الرهن شرع للاستيثاق، فإذا صار مضموناً وسقط الدين بهلاكه، فات معنى التوثق:

بأن «المبيع في يد البائع يثبت له حق الحبس نظراً له، ويسقط حقه بتلفه»^(٢) فكذلك هنا.

أجيب عنه: بالفرق بينهما؛ فإن الرهن وثيقة بالدين، وليس عوضاً عنه، وأما المبيع فهو ليس كذلك، فافترقا. هذا من جانب.

ومن جانب آخر: أن المبيع إذا حبسه البائع بحقه في الثمن، فتلف عنده. فممن يكون ضمانه؟ مختلف فيه بين العلماء: بحيث ذهب سليمان بن يسار (ت ١٠٠هـ) من التابعين، والإمام مالك (ت ١٧٩هـ)، وإسحاق بن راهويه (ت ٢٣٨هـ)، وأبو ثور (ت ٢٤٠هـ)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) إلى أنه من ضمان المشتري^(٣). فعند هؤلاء لا يسقط حق البائع بالثمن بهلاك المبيع وتلفه، فكذلك حق المرتهن بالرهن من باب أولى.

بناءً عليه، فلا يصلح المبيع أن يكون مقيساً عليه.

(١) راجع: القدوري: التجريد (ص ٢٧٧١).

(٢) راجع: القدوري: المرجع السابق (ص ٢٧٧٢).

(٣) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٤/٤١٣).

ونوقش الدليل الثالث منه وهو: الدَّين كان ثابتاً في ذمة الراهن قبل التلف، ولم يوجد ما يسقطه، فبقي بحاله، كما لو دفع إليه عبداً لبيعه، ويستوفي من ثمنه حقه، فمات؛ فإنه لا يضمن: بالآتي:

«أن العبد قبضه لمالكة، بدلالة: أن المالك يملك عزله عن البيع، واسترجاعه من يده، ولو مات المالك كان القابض أسوة الغرماء فيه، فلذلك لم يكن مضموناً عليه. وأما المرتهن: يقبضه لنفسه قبضاً مستحقاً، بدلالة: أن الراهن لا يملك أخذه من يده، فصار كقبض نفس الدَّين لما وقع عليه من وجه مستحق، كان مضموناً»^(١).

أجيب عنه: بأننا لا نسلم أنه قبضه لمالكة - أي: لمصلحة مالكة فقط، بل لمصلحة نفسه أيضاً؛ لأنه قبض لبيعه، ويستوفي من ثمنه حقه. وأما كون المالك يملك عزله عن البيع، واسترجاعه من يده، وكذلك كون القابض أسوة الغرماء فيه، فليس للقبض فيه أي تأثير، بل لأنه ملك له.

كما أننا لا نسلم أيضاً بأن المرتهن يقبضه لمصلحة نفسه فقط؛ لأن الراهن يدفع الرهن إليه لمصلحة نفسه أولاً، وهي متمثلة في تمكّنه من الحصول على الدين. فيكون القبض لمصلحة كليهما.

وعليه، فاعتبار قبض المرتهن للرهن كقبض نفس الدين اعتبار فاسد؛ فإن الفرق بينهما جلي وبيّن؛ إذ الدين بعد قبضه دخل في ملكه، وفي ضمانه، وأما الرهن بعد قبضه فهو باق على ملك راهنه - وإن كان في ثمنه حق استيفاء الدين للمرتهن - وبالتالي لا يمكن اعتباره كنفس الدين مضموناً.

ونوقش الدليل الرابع منه وهو: الرهن مقبوض عن عقد واحد بعضه أمانة، فكان جميعه أمانة:

بأنه «لا يمتنع أن يقبض بعقد واحد ما يختلف حكمه في الضمان، بدلالة: أن العين المستأجرة مقبوضة بعقد الإجارة، وهي أمانة، ومنافعها

(١) راجع: القدوري: التجريد (ص ٢٧٧٢).

مقبوضة بذلك العقد، وهي مضمونة^(١).

أجيب عنه: بأن العين المقبوضة في عقد الإجارة لاستيفاء منافعها، لم يختلف حكم بعضها عن بعض؛ إذ كلها أمانة في يد المستأجر بالاتفاق. وأما اختلاف حكم العين عن منافعها فلا تأثير له فيما نحن بصدده؛ لأن المنافع هي معقود عليها، وهي ملك للمستأجر، فإذا قبضها لاستيفاء تلك المنافع، فهي كلها مضمونة عليه. وأما العين فهي كلها أمانة.

فاتضح أن ما اعترض به المعترض هو عين دليل على أن الرهن كله أمانة بدلالة: أن العين المستأجرة المقبوضة لاستيفاء منافعها كلها أمانة بيد المستأجر.

ثانياً: مناقشة أدلة الاتجاه الثاني:

١ - نقاش الدليل من الكتاب:

نوقش وجه الاستدلال منه بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا...﴾ [البقرة: ٢٨٣]: بوجوه عدة:

أحدها: «أن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ﴾ ليس معطوفاً على قوله: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ بل معطوف على جملة ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾ لأن المعنى - والله أعلم -: وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً ولم يأمن بعضكم بعضاً فرهان مقبوضة فإن أمن... إلخ الآية؛ إذ لو عطف على الجواب لما استقام المعنى؛ لأنه يصير حينئذ بعد حذف المعطوف عليه - وإن كنتم على سفرٍ ولم تجدوا كاتباً ولم يأمن بعضكم بعضاً فإن أمن. وهذا كقولنا: إن ذهب زيد ولم يجر فإن جاء فأعطه الكتاب^(٢).

الثاني: «وعلى تسليم صحة العطف على الجواب لا يلزم منه عطف الشيء على نفسه، إن جعل الرهن أمانة لتغاير المتعاطفين بالعينية والدينية^(٣).

الثالث: أن الآية تصلح على تقريرهم أن تكون حجة على أن الرهن

(١) راجع: القدوري: التجريد (ص ٢٧٧٠).

(٢) راجع: د. أحمد بدران: أحكام الرهن (ص ٤٢، ٤٣).

(٣) راجع: د. أحمد بدران: المرجع السابق (ص ٤٣).

أمانة، وذلك؛ لأن لفظ: (الأمانة) في الآية مصدر، أطلق على الشيء الذي في الذمة وهو الدين - والديون مضمونة بالإجماع، وليست بأمانة - وإنما سمي الدين أمانة - وهو مضمون - لائتمان الدائن على المدين بترك الارتهان به^(١).

فلم يثبت إذن عطف الأمانة على الرهن، بل وقد ثبت عكس ذلك، وهو عطف المضمون - وهو الدين - على الرهن، فدل ذلك على أن الرهن ليس بمضمون. وإذا لم يكن مضموناً، كان أمانة؛ إذ لو كان مضموناً لما عطف عليه المضمون؛ فإن الشيء لا يعطف على نفسه، وإنما يعطف على غيره.

ب - نقاش الأدلة من السنة:

نوقش الدليل الأول منها وهو: حديث أنس مرفوعاً: «الرهن بما فيه»:

من جهة سنده، ودلالته بما فيهما من كلام العلماء:

أما سند الحديث:

فقد رواه الدارقطني في «سننه»^(٢) بثلاثة طرق:

١ - حدثنا محمد بن مخلد، نا أحمد بن محمد بن غالب، نا عبد الكريم بن روح عن هشام بن زياد، عن حميد عنه به.

قال الدارقطني (ت ٣٨٥هـ): «لا يثبت هذا عن حميد، وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء»، وقال ابن الجوزي (ت ٥٩٧هـ): «هشام بن زياد، قال يحيى: ليس بشيء، وقال النسائي: متروك، وقال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به. وفيه: عبد الكريم: ضعفه الدارقطني، وقال: أبو حاتم الرازي: هو مجهول. وفيه: أحمد بن محمد بن غالب، هو غلام الخليل، كان كذاباً يضع الحديث. قال ابن عدي الحافظ: كان غلام الخليل يقول: وضعنا أحاديث نرقق بها قلوب العامة. وقال الدارقطني: هو متروك»^(٣).

(١) راجع: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (ص ١٢٢٣)، والخازن: لباب التأويل في معاني التنزيل (٣٠٩/١)، والآلوسي: روح المعاني (٦٢/٣).

(٢) البيوع: (٣٠٢/٣) ح ١٢٣، ١٢٤.

(٣) راجع: التحقيق في أحاديث الخلاف (١٩٩/٢).

٢ - ثنا عبد الباقي بن قانع، نا عبد الرزاق بن إبراهيم، نا إسماعيل بن أبي أمية، نا سعيد بن راشد، نا حميد الطويل عنه به .

قال الدارقطني (ت٣٨٥هـ): «إسماعيل هذا يضع الحديث». وقال ابن الجوزي (ت٥٩٧هـ): «سعيد بن راشد، قال يحيى بن معين: ليس بشيء، وقال النسائي: متروك، وقال ابن حبان: ينفرد عن الثقات بالمعضلات»^(١).

٣ - قال: وحدثنا إسماعيل بن أبي أمية، نا حماد بن سلمة، عن قتادة عنه به .

قال الدارقطني (ت٣٨٥هـ): «وهذا باطل عن قتادة، وعن حماد بن سلمة».

هذه أقوال العلماء في رواية طرق هذا الحديث الثلاثة. وفي ضوءها لا يصلح أن يكون حجة، فكيف يصح الاحتجاج به؟
وأما دلالة الحديث:

فهو - على فرض سلامته من هذه الطعون، وعلى صحته - يحتمل أنه محبوس بما فيه^(٢)، أو وثيقة بما فيه. ولا يصح حمله على أنه مضمون بما فيه لأمرين:

الأول: أنه زيادة إضمار لا يعطيه اللفظ.

الثاني: أنه جعل الرهن بما فيه مع بقاءه، وهو ليس مضموناً إلا حين التلف. أما مع بقاءه فهو وثيقة بما فيه، أو محبوس بما فيه^(٣).

فلم تصح الدلالة منه على كون الرهن مضموناً بما فيه.

ونوقش الدليل الثاني من السنة وهو: حديث عطاء: «ذهب حنك»: من جهة سنده، ودلالته بما فيهما من كلام العلماء:

(١) راجع: التحقيق في أحاديث الخلاف (١٩٩/٢).

(٢) راجع: الشيرازي: النكت: ورقة (١٥٣ب)، وابن قدامة: المغني (٤٧٩/٤).

(٣) راجع: د. أحمد بدران: أحكام الرهن (ص٤٥).

أولاً: سند الحديث:

الحديث مروى عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت عن عطاء مرسلًا. قال ابن حزم (ت ٤٥٦هـ): «هذا مرسل، ومصعب بن ثابت ليس بالقوي»^(١) وهو كما قال، فقد ضعفه ابن معين (ت ٢٣٣هـ)، وأحمد (ت ٢٤١هـ)، وأبو حاتم الرازي (ت ٢٧٧هـ)، والنسائي (ت ٣٠٣هـ)، والدارقطني (ت ٣٥٨هـ)، وقال أبو حاتم: لا يحتج به^(٢)، وقال الزيلعي^(٣) (ت ٧٦٧هـ): «قال عبد الحق في أحكامه: هو مرسل، وضعيف. قال ابن القطان في كتابه: ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف، كثير الغلط، وإن كان صدوقاً»^(٤). وقال الحافظ ابن حجر (ت ٨٥٢هـ): «لين الحديث، وكان عابداً»^(٥).

أجيب عنه: بأن «رواية ابن المبارك عنه تعديل. وإرساله لا يقدر فيه؛ لأن المرسل، والمتصل عندنا سواء في الاستدلال»^(٦). هذا عند الحنفية.

ردّ عليه: بأن رواية العدل عن رواه هل هي تعديله؟ اختلف العلماء في ذلك، حيث ذهب أكثرهم إلى أنها ليست تعديله، وصححه النووي (ت ٦٧٦هـ)، وذلك لجواز رواية العدل عن غير العدل، فلم تتضمن روايته عنه تعديله. وقيل: هي تعديل له؛ إذ لو علم فيه جرحاً لذكره. وقيل: وإن كان العدل الذي روي عنه لا يروى إلا عن عدل كانت روايته تعديلاً، وإلا فلا. واختاره الأصوليون كالآمدي^(٧) (ت ٦٣٠هـ)، وابن

(١) راجع: المحلى (٦/٣٧٨).

(٢) راجع: ابن سعد: الطبقات الكبرى (٥/٤٦٠)، وابن أبي حاتم: الجرح والتعديل (٤/٣٠٤)، وابن عدي: الكامل (٦/٣٦١)، وابن حبان: كتاب المجروحين (١/٢٨، ٢٩)، والذهبي: ميزان الاعتدال (٤/١١٨، ١١٩).

(٣) هو: أبو محمد، عبد الله بن يوسف بن محمد الحنفي، محدث، توفي سنة ٧٦٢هـ. ومن آثاره: «نصب الراية لأحاديث الهداية». راجع: عمر رضا كحالة: معجم المؤلفين (٦/١٦٥، ١٦٦).

(٤) راجع: نصب الراية (٤/٣٢١). (٥) راجع: تقريب التهذيب (ص ٥٣٣).

(٦) راجع: القدوري: التجريد (ص ٢٧٦٢).

(٧) نسبة إلى آمد - بكسر الميم - مدينة كبيرة بديار بكر. وهو: أبو الحسن، علي بن =

الحاجب^(١) (ت ٦٤٦هـ) وغيرهما^(٢).

ويلاحظ: أن الخلاف هنا مبني على أن الراوي الذي روى عنه عدل - لا يعرف فيه جرح، ولا تعديل، وأما وقد ثبت فيه جرح من كبار علماء الجرح والتعديل حتى قال أبو حاتم الرازي (ت ٢٧٧هـ): «لا يحتج به» - فلا خلاف بينهم في أن روايته عنه ليست تعديله، وكذلك عند الأصوليين؛ كالأمدى (ت ٦٣٠هـ)، وابن الحاجب (ت ٦٤٦هـ) أيضاً؛ لأن الذي روى عنه العدل ليس عدلاً.

فتبين أن قول القائل: رواية ابن المبارك عن مصعب بن ثابت تعديل مردود على صاحبه.

فإذا تحقق أن روايته عنه ليست تعديلاً له، فثبت بطلان قوله: «وإرساله لا يقدر فيه» بل يقدر فيه، فيكون ضعيفاً، لا يصلح للاحتجاج به.

وكما أنه رواه عن عطاء مرسلأ، كذلك رواه عنه عن الحسن مرسلأ^(٣) أيضاً، يقول عن مرسلاتهما الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ): «وأما الحسن، وعطاء فليس هي بذلك، هي أضعف المرسلات؛ لأنهما كانا يأخذان عن كل»^(٤).

هذا، وقال البيهقي (ت ٤٥٨هـ): «وفيه من الوهن ما فيه، وقد كفانا الشافعي رحمته الله بيان وهن هذا الحديث»^(٥) حيث قال:

= أبي علي، سيف الدين، الأمدى، الأصولي، المتكلم. وله تأليف سارت بها الركبان، مثل: «إحكام الأحكام في أصول الفقه»، من أحسن ما ألف في أصول الفقه، مات بدمشق سنة ٦٣١هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/٣٤٠).

(١) هو: أبو عمرو، عثمان بن أبي بكر، المعروف بابن الحاجب، الكردي، جمال الدين، وكان أبوه حاجباً للملك عز الدين موسى الصلاحي، مشارك في العلوم العربية. وله مؤلفات مشهورة في: «النحو»، و«الصرف»، و«أصول الفقه»، و«الفقه»، مات سنة ٦٤٦هـ. راجع: الحجوي: المرجع السابق (٢/٢٣١).

(٢) راجع: النووي: تقريب النواوي؛ والسيوطي: تدريب الراوي (١/٣١٤، ٣١٥).

(٣) أخرجه الإمام الشافعي في: الأم: كتاب الرهن: الرهن الصغير (٣/١٨٨).

(٤) راجع: البيهقي: السنن الكبرى (٦/٤٢)، ومعرفة السنن والآثار (٤/٤٤١).

(٥) راجع: المرجع السابق الأول (٦/٤٠، ٤١)، والمرجع السابق الثاني (٤/٤٤٠).

«ومما يدل على وهن هذا عند عطاء - إن كان رواه - أن عطاء يفتي بخلافه، ويقول فيه بخلاف هذا كله. ويقول فيما ظهر هلاكه: أمانة، وفيما خفي: يترادان الفضل. وهذا أثبت الرواية عنه، وقد روي عنه يترادان مطلقة. وما شككنا فيه، فلا نشك أن عطاء - إن شاء الله تعالى - لا يروي عن النبي ﷺ شيئاً مثبتاً عنده، ويقول بخلافه»^(١).

فتبين بصورة واضحة أن الحديث مرسل، وضعيف، والمرسل مختلف في الاحتجاج به بين العلماء، هذا إذا كان صحيح الإسناد إلى المرسل^(٢)، فكيف يصلح أن يكون حجة تنهض للاستدلال بها وهو ضعيف..

ثانياً: دلالة الحديث:

إن هذا الحديث - على فرض صحته - لا حجة فيه لتطرق الاحتمال إليه. يقول ابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ): «لا حجة له فيه، لاحتمال أن يكون ذهب حقه» من الوثيقة، لا دينك. وفائدته أنه لا يلزم الراهن رهن آخر بدله^(٣). ويقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) «ويحتمل أنه أراد: ذهب حقه من الوثيقة، بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين، وقيمة الفرس»^(٤) «وهذا أشبه؛ لأنه لو أراد الدين، لما أطلق حتى يعرف مقدار الدين، والرهن»^(٥).

ج - نقاش الدليل من الإجماع:

نوقش: بأنه مجرد دعوى لا دليل عليها؛ إذ لم يرد في هذا من الصحابة إلا عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عمر فقط^(٦)، رضي الله عنهم أجمعين.

(١) راجع: الأم (١٨٨/٣).

(٢) راجع: النووي: التقريب (١/١٩٨، ١٩٩) مع تدريب الراوي، والعلاني: جامع التحصيل في أحكام المراسيل (ص ٣٣ - ٤٩) وما بعدها، والسيوطي: تدريب الراوي (١/١٩٨ - ٢٠٧)، والجزائري: توجيه النظر إلى أصول الأثر (ص ١٦٦).

(٣) راجع: المقدمات (٢/٣٦٩)، ويراجع أيضاً: الشيرازي: النكت: ورقة (١١٥٤).

(٤) راجع: المغني (٤/٤٧٩)، ويراجع أيضاً: الشافعي: المرجع السابق.

(٥) راجع: الشيرازي: المرجع السابق.

(٦) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٣٧٧).

«فأما عمر: فلم يصح عنه ذلك؛ لأنه من رواية عبيد بن عمير، وعبيد لم يولد إلا بعد موت عمر، أو أدركه صغيراً لم يسمع منه شيئاً»^(١). ويقول البيهقي (ت ٤٥٨هـ): «وهذا ليس بمشهور عن عمر»^(٢).

وأما علي فمختلف عنه في ذلك. وأصح الروايات عنه إسقاط التضمين فيما أصابته جائحة^(٣).

وأما ابن مسعود: فالرواية عنه غريبة^(٤).

وأما ابن عمر: فلا يصح عنه؛ لأنه من إبراهيم بن عمير عنه، وهو مجهول. وقد روي عنه: يترادان الفضل^(٥).

يقول ابن حزم (ت ٤٥٦هـ): «ثم أعجب شيء دعواهم أن الصحابة أجمعوا على تضمين الرهن، فإن صح ذلك، فهم قد خالفوا الإجماع؛ لأنهم لا يضمنوا بعض الرهن، وهو ما زاد من قيمته على قيمة الدين، فهذا حكمهم على أنفسهم»^(٦).

فكما أن الإجماع لم يثبت من الصحابة، ولم يصح عنهم، كذلك من التابعين، فقد «صح عن عطاء أنه قال: الرهن وثيقة، إن هلك فليس عليه غرم، يأخذ الدين الذي له كله»^(٧). و«عن الزهري أنه قال: إن هلك، لم يذهب حق هذا، إنما هلك من رب الرهن، له غنمه، وعليه غرمه»^(٨). وكذلك ممن ذهب إلى أن الرهن بيد المرتهن أمانة، فهو مضمون على الراهن: سعيد بن المسيب، والشعبي، في الحيوان، وعمرو بن دينار، والأوزاعي من

(١) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٣٧٧). (٢) راجع: السنن الكبرى (٦/٤٣).

(٣) راجع: ابن حزم: المرجع السابق.

(٤) راجع: البيهقي: معرفة السنن والآثار (٤/٤٤٣)، والزيلعي: نصب الراية (٤/٢٣٢).

(٥) راجع: ابن حزم: المرجع السابق (٦/٣٧٨).

(٦) راجع: نفس المرجع السابق.

(٧) راجع: ابن حزم: نفس المرجع السابق (٦/٣٧٦ م ١٢١٥)، والسياضي: الروض

النضير (٣/٤٧٤).

(٨) راجع: عبد الرزاق: المصنف (٨/٢٣٧)، وابن حزم: نفس المرجع السابق،

والسياضي: المرجع السابق.

التابعين - كما سبق - فلم تصح دعوى الإجماع عن الصحابة، ولا عن التابعين.

د - نقاش الأدلة من المعقول:

نوقش الدليل الأول من المعقول وهو: ملك حبس الرهن استيفاء الحق من وجه، فلو وفاه ثانياً يؤدي إلى الربا:

بأن ملك حبس الرهن هو: استيفاء الحق: غير مسلّم به؛ لأنه لو كان ذلك كذلك صار ملكاً للمرتهن، وله نماؤه، وغنمه، وهو ليس كذلك، كما لو كان جارية، كان قد ملكها، وحل له وطؤها، ولم يكن له ردها على الراهن^(١). وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء. يقول المقدسي^(٢) (ت ٦٨٢هـ): «وأما المستوفي فإنه صار ملكاً للمستوفي، وله نماؤه وغنمه، فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن»^(٣).

فلم يثبت أن ملك حبس الرهن هو: استيفاء الحق، وبالتالي فإذا وفاه أو استوفاه ثانياً لا يؤدي إلى الربا. هذا من جانب.

ومن جانب آخر قد ناقشه قاضي زادة^(٤) (ت ٩٨٨هـ) الحنفي قائلاً: «أقول لقائل أن يقول: نعم لو استوفاه ثانياً أدى إلى الربا، ولكن إذا لم يستوفه ثانياً أصلاً يؤدي إلى ضياع بعض حقه، وهو استيفاء الرقبة، والتأدي إلى ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضاً، فما الوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الربا»^(٥).

(١) راجع: الإمام الشافعي: الأم (١٨٧/٣).

(٢) هو: أبو الفرج، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، فقيه من أعيان الحنابلة. من آثاره: «شرح المقنع المسمى بالشرح الكبير»، مات سنة ٦٨٢هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٣٦٢/٢).

(٣) راجع: الشرح الكبير (٤٤٥/٤).

(٤) هو: أحمد بن محمود الرومي، المعروف بقاضي زادة، فقيه، أصولي. من تصانيفه: «نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار» تكملة فتح القدير لابن الهمام، توفي سنة ٩٨٨هـ. كحالة: معجم المؤلفين (١٧١/٢).

(٥) راجع: تكملة فتح القدير (٧٣/٩).

ونوقش الدليل الثاني منه وهو: الرهن مقبوض بيد المرتهن لاستيفاء حقه، فوجب أن يكون مضموناً ضمان الاستيفاء؛ لأن كل شيء مقبوض على وجه، فإنما يكون هلاكه على الوجه الذي هو مقبوض به:

بأن «المستأجر قبض العين لاستيفاء المنفعة، ثم لا تتلف على ذلك الوجه. والقابض بالسوم قبض ليضمن بالثمن، ثم لا يضمن بالثمن، وإنما ضمن بالبدل. والمرتهن لم يقبض - الرهن - ليستوفي منه الحق، بل قبضه لبيع، ويدفع إليه العوض»^(١).

ثالثاً: مناقشة أدلة الاتجاه الثالث:

نوقش الدليل الأول وهو: عمل أهل المدينة:

بأن عملهم مختلف في اعتباره حجة بين علماء الأمة، حيث ذهب الجمهور إلى أنه ليس بحجة؛ إذ إن عملهم كعمل غيرهم من أهل الأمصار. ولا فرق بين عملهم وعمل غيرهم من أهل الحجاز، ومكة، والشام، والعراق، وذلك؛ لأنه لا يوجد أي نص في الكتاب، أو السنة يرشد إلى أن الله ﷻ جعل لأهل المدينة مزية على غيرهم في علم، أو فضل، أو رواية^(٢).

هذا، وقد كفانا العلامة ابن القيم (ت ٧٥٢هـ) بيان ما فيه من الوهن حيث قال مناقشاً له كأصل من الأصول للمالكية:

«قلت: وهذا أصل قد نازعهم فيه الجمهور، وقالوا: عمل أهل المدينة كعمل غيرهم من أهل الأمصار، ولا فرق بين عملهم وعمل أهل الحجاز، والعراق، والشام. فمن كانت السنة معهم فهم أهل العمل المتبع. وإذا اختلف علماء المسلمين لم يكن عمل بعضهم حجة على بعض، وإنما الحجة اتباع السنة... ولم تضمن لنا العصمة قط في عمل مصر من الأمصار دون سائرها.

(١) راجع: الشيرازي: النكت: ورقة (١٥٤).

(٢) راجع: ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام (١/٢٩٠) وما بعدها، وابن القيم: أعلام الموقعين (٢/٣٨٠) وما بعدها.

والجدران، والمساكن، والبقاع لا تأثير لها في ترجيح الأقوال، وإنما التأثير لأهلها وسكانها... وقد انتقل أكثرهم عن المدينة، وتفرقوا في الأمصار، بل أكثر علمائهم صاروا إلى الكوفة، والبصرة، والشام، مثل: علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، وأبي موسى، وعبد الله بن موسى، وعبادة بن الصامت، وأبي الدرداء، وعمرو بن العاص، ومعاوية بن أبي سفيان، ومعاذ بن جبل. وانتقل إلى الكوفة، والبصرة نحو ثلاثمائة صحابي ونيف، وإلى الشام ومصر نحوهم. فكيف يكون عمل هؤلاء معتبراً ما داموا في المدينة، فإذا خالفوا غيرهم، لم يكن عمل من خالفوه معتبراً. فإذا فارقوا جدران المدينة كان عمل من بقي فيها هو المعتبر، ولم يكن خلاف ما انتقل عنها معتبراً؟ هذا من الممتنع. وليس جعل عمل الباقيين معتبراً أولى من جعل عمل المفارقين معتبراً...

ثم يقال: أرأيتم لو استمر عمل أهل مصر من الأمصار التي انتقل إليها الصحابة على ما أداه إليهم من صار إليهم من الصحابة، ما الفرق بينه وبين عمل أهل المدينة المستمر على ما أداه إليهم من بها من الصحابة. والعمل إنما استند إلى قول رسول الله ﷺ، وفعله، فكيف يكون قوله، وفعله الذي أداه من بالمدينة موجباً للعمل دون قوله، وفعله الذي أداه غيرهم؟ هذا إذا كان النص مع عمل أهل المدينة، فكيف إذا كان مع غيرهم النص، وليس معهم نص يعارضه، وليس معهم إلا مجرد العمل؟ ومن المعلوم أن العمل لا يقابل النص، بل يقابل العمل بالعمل، ويسلم النص عن المعارض.

... بل مالك نفسه منع الرشيد^(١) من ذلك، وقد عزم عليه، وقال له:

قد تفرق أصحاب رسول الله ﷺ في البلاد، وصار عند كل طائفة منهم علم ليس عند غيرهم. وهذا يدل على أن عمل أهل المدينة ليس عنده حجة لازمة لجميع الأمة، وإنما هو اختيار منه لما رأى عليه العمل...»^(٢).

(١) هو: هارون الرشيد، الخليفة العباسي، توفي سنة ١٩٣هـ. راجع: أ.د. أحمد شلبي: موسوعة التاريخ الإسلامي (٣/١٤١ - ١٦٤).

(٢) راجع: أعلام الموقعين (٢/٣٨٠ - ٣٨٣).

هذا، وقد اختلف المالكية أنفسهم في حجية عمل أهل المدينة الذي طريقه: الاجتهاد، والاستدلال. يقول القاضي عبد الوهاب^(١) (ت ٤٢٢هـ):
وقد اختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه:
أحدها: أنه ليس بحجة أصلاً، ولا يرجح به أيضاً أحد الاجتهادين على الآخر.

الثاني: أنه ليس بحجة، ولكن يرجح به اجتهادهم على اجتهاد غيرهم.
الثالث: أنه حجة، ولكن لا يحرم خلافه^(٢).

فاستبان - مما تقدم - أن عمل أهل المدينة الذي طريقه: الاجتهاد، والتفقه، والاستدلال محل خلاف بين العلماء في كونه حجة، حتى المالكية أنفسهم، فكيف يصح اعتباره دليلاً من أدلة الشرع، وحجة من حججه تنهض للاستدلال بها.

ونوقش الدليل الثاني وهو: الاستحسان، وما دخل تحته من الصورتين:
بوجوه:

أحدها: أنه كما اختلف في كونه حجة أم لا، حيث أنكره الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، حتى روي عنه أنه قال: «من استحسّن فقد شرع»^(٣)، كذلك اختلف في تعريفه - حتى بين المالكية أنفسهم - ما هو. فقبل هو:
أ - «العدول عن القياس على الأصل القريب إلى القياس على الأصل البعيد لجريان عرف، أو ضرب من المصلحة، أو خوف مفسدة، أو ضرب من الضرر»^(٤)، أو «العدول عن قياس إلى قياس أقوى، أو تخصيص قياس

(١) هو: ابن نصر التخلبي، البغدادي، صاحب كتاب «الإشراف على مسائل الخلاف» كان فقيه الناس، ولسان أصحاب القياس، توفي سنة ٤٢٢هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/٢٠٤، ٢٠٥).

(٢) راجع: ابن القيم: أعلام الموقعين (٢/٣٩٢)، والحجوي: المرجع السابق (١/٣٨٩).

(٣) راجع: الحجوي: المرجع السابق (١/٨٨).

(٤) راجع: التسولي: البهجة شرح التحفة (١/١٨١)، والحجوي: المرجع السابق (١/٨٩).

بأقوى منه»^(١).

ب - «العمل، أو الأخذ بأقوى الدليلين»^(٢)، أو «العدول عن دليل إلى دليل أقوى منه»^(٣).

ج - «القول بما يستحسنه الإنسان، ويشتهي من غير دليل»^(٤). وبعبارة موجزة: «قول بغير دليل»^(٥).

د - «جمع بين الأدلة المتعارضة»^(٦).

فواضح في ضوء هذه التعريفات للاستحسان، أن مفهومه، ومعناه، والمراد منه لم ينضب، كما أن معالمة، وخصائصه الذاتية لم تحدد، حتى يتميز بها عن غيره، فكيف يمكن اعتباره حجة؟

الثاني: أن تفريق الإمام مالك (ت ١٧٩هـ) بين ما لا يغاب عليه وهو: ما يظهر هلاكه، فيكون أمانة، غير مضمون، وبين ما يغاب عليه وهو: ما لا يظهر هلاكه، فيكون مضموناً، هو قول مجرد لا دليل عليه أصلاً^(٧)، «ولا برهان على صحته لا من قرآن ولا من سنة، ولا من رواية سقيمة، ولا قياس، ولا قول أحد قبله»^(٨). ويقول الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) رداً عليه: «واسم الرهن جامع لما يظهر هلاكه، ويخفى. وإنما جاء الحديث جملةً ظاهراً، وما كان جملةً ظاهراً، فهو على ظهوره وجملته، إلا أن تأتي دلالة عن من جاء عنه، أو يقول العامة على أنه خاص دون عام، وباطن دون ظاهر. ولم نعلم دلالة

(١) راجع: الحجوي: الفكر السامي (١/٨٩).

(٢) راجع: ابن العربي: أحكام القرآن (٢/٧٥٤)، والحجوي: نفس المرجع السابق (١/٩٠، ٩١).

(٣) راجع: الحجوي: نفس المرجع السابق (١/٩٠).

(٤) راجع: الحجوي: الفكر السامي (١/٩٠).

(٥) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢٧٤).

(٦) راجع: ابن رشد: المرجع السابق.

(٧) راجع: السياغي: الروض النضير (٣/٣٧٤).

(٨) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٣٧٧).

جاءت بهذا عن رسول الله ﷺ فنصير إليها^(١).

ثم يقول:

«ولا يعدو الرهن أن يكون أمانة، فلا اختلاف بين أحد أن ما ظهر، وخفي هلاكه من الأمانة سواء غير مضمون، أو أن يكون مضموناً، فلا اختلاف بين أحد أن ما كان مضموناً، فما ظهر، وخفي هلاكه من المضمون سواء، أو يفرق بين ذلك سنة، أو أثر لازم لا معارض له مثله. وليس نعرفه مع من قال هذا القول من أصحابنا... وقد قال هذا القول معهم بعض أهل العلم، وليس في أحد مع قول رسول الله ﷺ حجة^(٢)».

أجيب عنه: بأن هذا التفريق هو للجمع بين الأدلة المتعارضة استحساناً، وذلك؛ لأن الأدلة الواردة في الرهن يفيد بعضها كونه أمانة، بينما بعضها الآخر يفيد كونه مضموناً، فحملت أدلة الأمانة على ما لا يغاب عليه، وأدلة الضمان على ما يغاب عليه، وفي هذا جمع بين تلك الأدلة المتعارضة، والجمع بين الدليلين، أو الأدلة إن أمكن أولى من إهدار أحدهما، أو أحدها. وهذا الجمع هو: الاستحسان، فليس فيه قول بغير دليل، بل هو عين الدليل، وبالتالي يكون حجة.

رد عليه: بأن الاستحسان باعتبار أنه الجمع بين الأدلة المتعارضة: حجة، سلمنا بذلك، ولكن هذا التسليم مبني على أن الجمع بينها لا يكون إلا عند تساوي تلك الأدلة المتعارضة في القوة، والصحة، والحجية، وذلك؛ لأن التعارض بين الأدلة لا يثبت إلا إذا كانت متساوية في الصحة، والقوة. وعليه، فإذا كانت مختلفة في القوة، والصحة، فلا تعارض؛ إذ لا مقابلة بين الضعيف وبين الصحيح والقوي، ولا تساوي بينهما، بل يترجح الصحيح والقوي على الضعيف، ويجب العمل به، وترك الآخر^(٣).

(١) راجع: الأم (٣/١٨٧).

(٢) راجع: نفس المرجع السابق.

(٣) راجع: صدر الشريعة: التوضيح (٢/١٠٢، ١٠٣) مع التلويح، وأستاذنا الدكتور السيد صالح، دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين (٢/٢٦٠ - ٢٦٤).

بناءً على ذلك، فالأدلة التي نحن بصدددها، ليست متساوية في الصحة والقوة. وذلك أن أدلة الضمان من السنة ثبت أنها ضعيفة، وأما أدلة الأمانة فهي أدلة صحيحة وقوية - كما رأينا -، كما أن تلك الأدلة عامة، تبقى على عمومها إلا أن تأتي دلالة على تخصيصها.

فاتضح - بما سبق - أن الأدلة هنا ليست متعارضة؛ لأن من شرط التعارض التساوي بين الأدلة المتعارضة في الصحة، والقوة، وهو هنا مفقود، وبالتالي، لا تحتاج إلى الجمع. وإذا كان كذلك، فلا حاجة إلى الاستحسان. هذا النقاش خاص بالوجه الأول من الدليل من الاستحسان.

الثالث: وهو خاص الوجه الثاني من الدليل وهو: الرهن لم يؤخذ لمنفعة أحدهما دون الآخر، بل لمنفعة كليهما، هذا مسلّم به، ولكن الذي لا يمكن التسليم به هو: التسوية بينهما في المنفعة، بل الرهن أكثر وأقوى منفعة من المرتهن، فعليه الضمان. وقد اعترف بذلك بعض المالكية، حيث يقول الشارمساحي^(١) (ت ٦٦٩هـ): «ما يقبض من أملاك الغير على ثلاثة أضرب: إما أن يكون لمنفعة القابض... أو لمنفعة الدافع... وإما لمنفعتهما كالإجارة والرهن والقراض، فينظر إلى أقواهما، والرهن أقوى منفعة، فعليه الضمان...»^(٢).

الرابع: أن «التهمة مناط لتحقق الضمان، وهي تلحق فيما يغاب عليه»: غير مسلّم به مما يأتي:

١ - أن التهمة ظن كاذب، وهي متوجهة إلى كل أحد، وفي كل شي^(٣) فكيف يمكن اعتبارها مداراً للحكم.

(١) نسبة إلى شار مساح، من بلدان مصر. هو: عبد الله بن عبد الرحمن، المالكي، فقيه، أصولي، رحل إلى بغداد. ومن تأليفه: «شرح ابن الجلاب»، توفي سنة ٦٦٩هـ. راجع: ابن فرحون: الديباج المذهب (١/٤٤٨)، وكحالة: معجم المؤلفين (٦/٧١).

(٢) راجع: البديع (٢/٩٧ ورقة و)، نقلاً عن تعليق الدكتور الدهماني على التفريع (٢/٢٥٩).

(٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٣٧٧).

٢ - أن ما يغاب عليه أو ما يخفى هلاكه إذا رضي الراهن بدفعه إلى المرتهن، وهو يعلم أن هلاكه خاف، فقد رضي فيه أمانة، فهو أمين^(١)، والأمين مصدق فيما يدّعيه فأين التهمة، وكيف تلحق؟

الراجع:

بعد استعراض الأدلة، ومما ورد عليها من مناقشات، مع الإجابة عنها، والرد عليها إذا استطعنا إلى ذلك سبيلاً، يبدو أن القول: بأن الرهن بيد المرتهن أمانة غير مضمون عليه، بل هو من ضمان الراهن هو الجدير بالترجيح، وذلك:

أن الأدلة التي استدلت بها على كون الرهن بيد المرتهن مضموناً عليه - لم تستطع الدفاع عما أورد عليها من اعتراضات، وبالتالي النهوض، والصدود أمامها، فلم تبق حجة تصلح للاحتجاج بها. وبالمقابل بقيت الأدلة التي تدل على كون الرهن في يد المرتهن من ضمان الراهن - صحيحة وحجة صالحة للاحتجاج بها بعد نهوضها وقيامها أمام المناقشات عن طريق الإجابة عنها. ويضاف إلى ذلك:

١ - المرتهن محسن والرهن بيده وثيقة بحقه، وليس بعوض عنه، فإذا حافظ عليه كحفظ ماله، وضاع من يده دون تعدّ منه، أو تقصير في حفظه، لم يجب أن يكون ضامناً، كيف وقال الله جلّ ذكره: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١]؛ إذ الضمان لا يناسب الإحسان.

٢ - المرتهن ليس هو مالكاً للرهن - بل مالكة: الراهن بالإجماع - ولا هو متعد - حيث أخذ ما ليس له أن يأخذه، أو منع شيئاً في يديه، ملكاً لغيره - مما عليه تسليمه، وليس عليه حبسه - وإذا كان كذلك، فلا موضع للضمان عليه -؛ لأنه إنما هو رجل اشترط لنفسه على مالك الرهن في الرهن شرطاً حلالاً لازماً، استوثق فيه من حقه طلب المنفعة

(١) راجع: الشافعي: الأم (٣/١٨٧).

لنفسه، والاحتياط على غريمه، لا مخاطراً بالارتهان؛ لأنه لو كان الرهن إذا هلك، - هلك حقه - كان ارتهانه مخاطرة: إن سلم الرهن فحقه فيه، وإن تلف، تلف حقه. ولو كان هكذا، كان شراً للمرتهن في بعض حالاته؛ لأن حقه إذا كان في ذمة الراهن، وفي جميع ماله لازماً أبداً، كان خيراً له من أن يكون في شيء من ماله بقدر حقه، فإن هلك ذلك الشيء بعينه، هلك من المرتهن وبرئت ذمة الراهن^(١).

المطلب الثاني

خراج المرهون

اتفق الفقهاء كلمة واحدة - مع اختلافهم في ضمان المرهون، كما رأيناه فيما سبق - على أن خراجه من النماء، والزوائد، والغلات كلها ملك للراهن مطلقاً - سواء أكانت موجودة حين عقد الرهن، أو تجددت بعده، متصلة كانت بالمرهون، أو منفصلة عنه^(٢) - . يقول ابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ):

- (١) راجع: الإمام الشافعي: الأم (١٨٦/٣) مع تصرف يسير.
- (٢) راجع من الحنفية: القدوري: متنه (ص ٤١)، والمرغيناني: الهداية (٦٩/١٢) مع البناية؛ والموصلي: المختار والاختيار (٦٥/٢)، والبايرتي: العناية (١٣١/٩) مع التكملة؛ والحصكفي: الدر المختار (٥٢١/٦)، وعلي حيدر: درر الحكام (١١٩/٢)، ومن المالكية: ابن الجلاب: التفريع (٢/٢٦٠)، والقيرواني: الرسالة (ص ٢٣١)، والباجي: المنتقى (٥/٢٤٠، ٢٤١)، وابن رشد: المقدمات (٢/٣٦٣، ٣٦٨، ٣٧٠)، وشرح الزرقاني (٥/٢٤٦، ٢٤٧)، وشرح الخرخشي (٥/٢٤٨، ٢٤٩)، ومن الشافعية: الشيرازي: المهذب (١٣/٢٢٦، ٢٢٧)، والتنبيه (ص ٧٧)، والقفال: حلية العلماء (٤/٤٣٤ - ٤٣٩)، والرافعي: فتح العزيز (١٠/١٤٨)، والنوي: المنهاج (٢/١٣١)، والأنصاري: فتح الوهاب (١/١٩٦)، والمطيعي: تكملة المجموع (١٣/٢٢٩)، ومن الحنابلة: ابن قدامة: المغني (٤/٤٦٧ - ٤٦٩)، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٦، ١٦٧ ق ٨٢)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/٢٣٥، ٢٣٦، ٢٤٢)، ومن الظاهرية: ابن حزم: المحلى (٦/٣٨٠)، م: (١٢١٥)، ومن الزيدية: السياغي: الروض النضير (٣/٣٧٥، ٣٧٦)، ومن الإمامية: المحقق الحلبي: المختصر النافع (ص ١٣٧)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٤/٣٤)، ومن الإباضية: الشماخي: كتاب الإيضاح (٣/١٨٦ - ١٩٤)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (١١/٢٢٠).

«... فأما النماء والزيادة، فلا خلاف أنها للراهن على ما ورد في الحديث»^(١).

هذا، ومن الجدير بالإشارة إلى أن كون الخراج للراهن يكون وفقاً لقاعدة: (الخراج بالضمان) عند القائلين: بضمان المرهون من الراهن. وأما عند القائلين: بضمان المرهون من المرتهن، فيكون وفقاً لمبدأ: (الفروع تابعة للأصول). والأصل - وهو المرهون - ملك للراهن، فيكون الفرع له تبعاً للملك.

الأدلة

نسوق بعض الأدلة التي تدل على كون خراج المرهون للراهن.

أ - حديث سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلِق الرهن، الرهن من صاحبه الذي رهته، له غنمه، وعليه غرمه»^(٢).

وجه الدلالة: فقوله: «له غنمه»؛ أي: نماؤه، وزيادته^(٣)، فيه دليل على أن الزوائد، والغلات، وسائر المنافع التي تحصل من الرهن تكون للراهن في مقابلة الغرم عليه^(٤)، لقوله: «وعليه غرمه».

ب - «عن محمد بن سيرين قال: جاء رجل إلى عبد الله بن مسعود، فقال: إني أسلفت رجلاً خمسمائة درهم، ورهنتي فرساً، فركبتها أو أركبتها. قال: «ما أصبت من ظهرها فهو ربا»^(٥).

ج - «أن معاذ بن جبل»^(٦)، قضى فيما ارتهن نخلاً مشمراً: «فليحسب المرتهن

(١) راجع: المقدمات (٢/٣٦٣).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) راجع: الإمام الشافعي: الأم (٣/١٨٦)، وابن رشد: المرجع السابق (٢/٣٦٣، ٣٦٨).

(٤) راجع: الخطابي: معالم السنن (٣/١٦٣)، والبغوي: شرح السنة (٨/١٨٥).

(٥) أخرجه البيهقي في: السنن الكبرى (٦/٣٩).

(٦) هو: الخزرجي، أبو عبد الرحمن، من أعيان الصحابة، وكان إليه المنتهى في العلم بالأحكام والقرآن، مات بالشام سنة ١٨هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٥٣٥).

ثمرتها من رأس المال»^(١).

د - سئل شريح عن رجل ارتهن بقرة، فشرب من لبنها، قال: «ذلك شرب الربا»^(٢).

هـ - عن الشعبي أنه قال في رجل ارتهن جارية، فأرضعت له، قال: «يغرم لصاحب الجارية قيمة إرضاع اللبن»^(٣).

وجه الدلالة من هذه الآثار: أنها واضحة الدلالة على أن نماء الرهن وزوائده، وغلاته، وسائر المنافع، والفوائد ملك للراهن؛ لأنها حصلت من المرهون، وهو ملك للراهن، فتكون له تبعاً للملك.

و - أن الرهن ملك للراهن بالإجماع، فكذلك نماءه، ومنافعه، كما لو لم يكن مرهوناً^(٤). وبتعبير آخر: أن الفروع تابعة في الملك لأصولها، ولاحقة في الحكم بها، والأصل ملك للراهن^(٥)، فكذلك الفرع تبعاً للملك.



(١) أخرجه البيهقي في: السنن الكبرى (٣٩/٦)، ومعرفة السنن والآثار (٤٣٦/٤).
 (٢) أخرجه البيهقي في: السنن الكبرى (٣٩/٦).
 (٣) أخرجه البيهقي في: السنن الكبرى (٣٩/٦)، ومعرفة السنن والآثار (٤٣٥/٤).
 (٤) راجع: الشيرازي: المهذب (٢٣٠/١٣)، وابن قدامة: المغني (٤٦٧/٤).
 (٥) راجع: الخطابي: معالم السنن (١٦٣/٣)، والبغوي: شرح السنة (١٨٤/٨).

المبحث الرابع

الخراج بالضمان في اللقطة

نبدأ بالتعريف باللقطة كالعادة، ثم نتبعه الحديث عن تملكها؛ إذ وقع فيه اختلاف بين الفقهاء. ومن المعلوم أن الملك يرتبط به الضمان والخراج ارتباطاً وثيقاً، بحيث لا يمكن فصلهما عنه. ثم ندرس أصل الموضوع، وهو: ضمان اللقطة وخراجها. فيحتوي هذا البحث على تمهيد، وثلاثة مطالب:

التمهيد: التعريف باللقطة.

المطلب الأول: تملك اللقطة.

المطلب الثاني: ضمان اللقطة.

المطلب الثالث: خراج اللقطة.

التمهيد

التعريف باللقطة

أولاً: اللقطة في اللغة: *قال ابن منظور في المعجم*

وهي من: «لقط) اللام، والقاف، والطاء، أصل يدل على أخذ الشيء من الأرض، قد رأيتُه بعتة، ولم ترده، وقد يكون عن إرادة، وقصد أيضاً»^(١).
واللُقطة - بضم اللام، وفتح القاف - هي الفصيحة، والمشهورة، وعليها إجماع أهل اللغة، ورواة الأخبار، وحذاق النحويين. وقال الخليل^(٢) (ت ١٧٠هـ): بإسكان القاف، وأما فتحها فهو اسم الملتقط الذي يلتقط الشيء. قال الأزهري (ت ٣٧٠هـ) ردّاً عليه: هذا الذي قاله، قياس؛ لأن (فُعلة) جاء في أكثر كلامهم فاعلاً، و(فُعلة) جاء مفعولاً، غير أن كلام العرب جاء في اللقطة على خلاف القياس. وأجمع أهل اللغة، ورواة الأخبار، وحذاق النحويين على أن اللقطة - يعني: بفتح القاف - هو الشيء الملتقط. وهي تطلق ويراد بها:

١ - ما التقطه الإنسان من مال ضائع واقع على الأرض. أو اسم المال الملقوط والملتقط.

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٥/٢٦٢)، مادة: (لقط).

(٢) هو: ابن أحمد، الأزدي، الفراهيدي، البصري، أبو عبد الرحمن، إمام اللغة، والعروض، اخترع علم العروض، وهو أول من ألف في اللغة: كتاب «العين» الشهير، مات سنة ١٧٠هـ. ترجم له الحموي في: معجم الأدياء (١١/٧٢ - ٧٧)، وابن الأثير في: الكامل (٦/٥٠)، والذهبي في: سير أعلام النبلاء (٧/٤٢٩) - (٤٣١)، وابن العماد في: شذرات الذهب (١/٢٧٥ - ٢٧٧)، والسيوطي في: بغية الوعاة (١/٥٥٧).

٢ - اسم الشيء الذي تجده ملقى، فتأخذه، أو اسم الشيء الملقوط والملتقط. يقال: لقطت الشيء لقطاً - من باب قتل -: أخذته، والأصل: الأخذ من حيث لا يحس، فهو ملقوط ولقيط - فاعيل بمعنى مفعول -، ولقطت العلم من الكتب لقطاً: أخذته من هذا الكتاب ومن هذا الكتاب.

والتقطت الشيء: أخذته، ورفعته. والتقطت الشيء: جمعته. فالالتقاط: الأخذ، والرفع، والجمع. وقيل: الالتقاط: وجود الشيء من غير طلب. وفي اللقطة لغة أخرى، وهي: اللقطة - بالضم - واللقاط - بحذف الهاء - واللقط - بفتح اللام والقاف - بمعنى اللقطة^(١).

ثانياً: اللقطة في الشرع:

فقد اختلف النظر الفقهي في بيان حقيقتها، حسب اختلاف الاجتهاد الفقهي في بعض أحكامها.

- ١ - عرّفها الفقه الحنفي بأنها: «رفع شيء ضائع للحفاظ على الغير، لا للتملك»^(٢) أو «مال معصوم معرض للضياع»^(٣).
- ٢ - عرّفها الفقه المالكي بأنها: «مال معصوم عرض للضياع»^(٤).
- ٣ - عرّفها الفقه الشافعي بأنها: «ما وجد في موضع غير مملوك من مال، أو مختص ضائع من مالكة بسقوط، أو غفلة ونحوها، لغير جربي، ليس بمحرز، ولا ممتنع بقوته، ولا يعرف الواجد مالكة»^(٥) أو «مال أو

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٥/٢٦٢)، مادة: (لقط)، والنسفي: طلبه الطلبة (ص٢٠٨)، والرازي: مختار الصحاح (٢/٦٢٦)، مادة: (لقط)، والنووي: تهذيب الأسماء واللغات (٣/١٢٨، ١٢٩)، وتحرير التنبيه (٢/١٥٧)، والبعلي: المطلع على أبواب المقنع (ص٢٨٢)، وابن منظور: لسان العرب (٥/٤٠٦٠)، (٤٠٦١)، مادة: (لقط)، والقيومي: المصباح المنير (ص٢١٢)، مادة: (لقط).

(٢) راجع: الحصكفي: الدر المختار (٤/٢٧٦)، وابن عابدين: رد المحتار (٤/٢٧٦).

(٣) راجع: ابن عابدين: المرجع السابق.

(٤) راجع: الخطاب: مواهب الجليل (٦/٦٩).

(٥) راجع: حاشية عميرة (٣/١١٥)، والخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٢/٤٠٦).

- اختصاص محترم ضاع بنحو غفلة بمحل غير مملوك لم يحرز، ولا عرف الواجد مستحقه، ولا امتنع بقوته»^(١).
- ٤ - عرفها الفقه الحنبلي بأنها: «اسم لما يلتقط من مال، أو مختص ضائع، وما في معناه، لغير حربي، يلتقطه غير ربه»^(٢).
- ٥ - عرفها الفقه الظاهري بأنها: «مال وجد في قرية، أو مدينة، أو صحراء في أرض العرب، أو أرض العجم مدفوناً، أو غير مدفون، عليه علامة أنه من ضرب مدة الإسلام، أو مال قد سقط - أي مال كان - فهو اللقطة»^(٣).

- ٦ - عرفها الفقه الزيدي بأنها: «ما التقط من المال الجماد»^(٤).
- ٧ - عرفها الفقه الإمامي بأنها: «كل مال ضائع أخذ، ولا يد - لأحد - عليه»^(٥).
- ٨ - عرفها الفقه الإباضي بأنها: «مال معصوم عرض للضياع»^(٦) أو «ما وجد من حق ضائع محترم، غير محرز، ولا ممتنع بقوته، ولا يعرف الواجد مستحقه»^(٧).

ما يرد على هذه التعريفات:

- ١ - التعريف الأول للفقه الحنفي تعريف بالمعنى المصدرى - أي: الالتقاط؛ لأنه لازمها^(٨). وأما ما عداه من التعريفات، فكلها بالمعنى الاسمي.

(١) راجع: الهيتمي: تحفة المحتاج (٣١٧/٦)، والرملي: نهاية المحتاج (٣٠٩/٤).

(٢) راجع: البهوتي: كشاف القناع (٤٢١/٣).

(٣) هذا التعريف مأخوذ من كلام ابن حزم في: المحلى (١١٠/٧م ١٣٨٣).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٢٧٧/٥).

(٥) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (٢٧١/٣٨) مع جواهر الكلام، ومغنية: فقه الإمام جعفر (٣٠٦/٤).

(٦) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (١٤٨/١٢).

(٧) هذا هو نفس تعريف الفقه الشافعي. راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (١٤٩/١٢).

(٨) راجع: ابن عابدين: رد المحتار (٢٧٦/٤).

٢ - ما عدا تعريف الفقه الشافعي، والإباضي الثاني من التعريفات يدخل فيها الشيء الضائع بحيث لم يرد فيها ما يفرق بين اللقطة وبين الضائع، مع أن الفرق بينهما واضح؛ إذ يختلف كل واحد منهما عن الآخر، وذلك؛ لأن الضائع لا يعرف، بل يحفظ، ولا يتملكه واجده. وأما اللقطة فهي تعرف، ويتملكها واجدها بعد انتهاء مدة التعريف المعتبرة شرعاً^(١).

٣ - أكثر هذه التعاريف يدخل فيها ضالة الإبل؛ إذ لم تقيد بما يخرجها، مع أنها ليست لقطة. يقول الحطاب (ت ٩٥٤هـ) المالكي مبيناً ما لاحظته على تعريف المذهب: «الظاهر أن ضالة الإبل داخلة في هذا التعريف، وهي ليست لقطة، وكذلك الأبق. قال في «الذخيرة»: لا يسمى لقطة، ولا تجري عليه أحكام اللقطة. ولذا حدّها ابن عرفة بأنها: «مال وجد بغير حرز، محترماً، ليس حيواناً ناطقاً، ولا نعماً»^(٢).

غير أن هذا التعريف يرد عليه أيضاً:

أ - يخرج الركاز، وما بأرض الحرب.

ب - يدخل الدجاجة، وحمام الدور^(٣).

٤ - كما أن بعض هذه التعريفات كتعريف الفقه الحنفي، والمالكي، والإباضي الأول، لم يتعرض لقيّد الأخذ بالفعل، مع أنه إنما يسمى لقطة، إذا التقط بالفعل، لذلك يقول الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ) المالكي: «فكان الأولى أن يقول: مال معصوم أخذ من مكان خيف عليه الضياع فيه»^(٤).

٥ - تعريف الفقه الشافعي يرد عليه:

أ - «ولد اللقطة؛ فإنه ليس بضائع، والركاز الذي هو دفين الإسلام يصح لقطه، وليس مالاً ضائعاً، والخمر غير المحترمة، فيصح التقاطها، ولا

(١) راجع: حاشية عميرة (٣/١١٥)، والشرييني: مغني المحتاج (٢/٤٠٦).

(٢) راجع: مواهب الجليل (٦/٦٩). (٣) راجع: الحطاب: المرجع السابق.

(٤) راجع: حاشية الدسوقي (٤/١١٧).

مال ولا اختصاص»^(١). وهذا ما ورد عليه، يرد على تعريف غيره من المذاهب، ممن قيدوا فيه المال، والاختصاص بكونهما «ضائعا».

ب - القيد (ولا ممتنع، أو امتنع بقوته) الأولى إسقاطه لجواز التقاط الممتنع للحفظ، فهو داخل في أفراد اللقطة^(٢).

المطلب الأول

تملك اللقطة

إذا عرف الملتقط اللقطة تعريفاً معتبراً في مدة مقدرة له شرعاً، ومضت مدة التعريف، ولم يأت صاحبها، فهل له أن يملكها؟

اختلف أهل العلم من الصحابة، ومن بعدهم، إلى فريقين:

الفرق الأول: يرى هذا الفريق أنه يملكها: روي ذلك عن عمر (ت ٢٣هـ)، وابن مسعود (ت ٣٢هـ)، وعلي (ت ٤٠هـ)، وعائشة (ت ٥٧هـ)، وابن عباس (ت ٦٨هـ)، وابن عمر (ت ٧٣هـ) من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، وبه قال: جابر بن زيد^(٣) (ت ٩٣هـ)، وابن المسيب (ت ٩٤هـ)، وعكرمة (ت ١٠٤هـ)، وطاووس (ت ١٠٦هـ)، والشعبي (ت ١١٠هـ)، وعطاء (ت ١١٤هـ)، والنخعي (ت ٩٦هـ)، وإسحاق (ت ٢٣٨هـ)، وابن المنذر (ت ٣١٨هـ)^(٤)، وإليه ذهب من فقهاء المذاهب: المالكية - إذا اختار واجدها تملكها^(٥) -،

(١) راجع: الشربيني: مغني المحتاج (٤٠٦/٢).

(٢) راجع: حاشية الشرواني (٣١٧/٦) دار صادر، أو (٢١٢/٨) دار الكتب العلمية، بيروت.

(٣) هو: أبو الشعثاء، الأزدي، البصري، ثقة، فقيه، مات سنة ١٩٣هـ. ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ١٣٦)، والحجوي: الفكر السامي (٢٩٧/١).

(٤) راجع: ابن المنذر: الإشراف (١٥٣/٢)، وابن حزم: المحلى (١٢١/٧)، ١٢٢م (١٣٨٣)، والبنغوي: شرح السنة (٣٠١/٨)، وابن رشد: بداية المجتهد (٣٠١/٢)، وابن قدامة: المغني (٣٥٤/٦).

(٥) راجع: ابن رشد: المرجع السابق، والقرافي: الذخيرة (١١٣/٩)، وابن جزوي: =

والشافعية^(١)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية - إذا كانت أثماناً، وهو ظاهر المذهب، والأشهر، وأما الأظهر، والصحيح على المذهب المختار: فغير الأثمان كالأثمان^(٢)، - والظاهرية^(٣)، والإمامية - إذا اختار واجدها تملكها^(٤)، - والإباضية^(٥).

الفريق الثاني: يرى هذا الفريق أنه لا يملكها، بل يتصدق بها: روي ذلك أيضاً عن عمر (ت ٢٣هـ)، وابن مسعود (ت ٣٢هـ)، وعلي (ت ٤٠هـ)، وابن عباس (ت ٦٨هـ)، وابن عمر (ت ٧٣هـ) رضي الله عنهما من الصحابة، وبه قال: ابن المسيب (ت ٩٤هـ)، وعكرمة (ت ١٠٤هـ)، وطاووس (ت ١٠٦هـ)، والحسن البصري (ت ١١٠هـ)، والشعبي (ت ١١٠هـ) من التابعين، والثوري (ت ١٦١هـ)، والحسن بن صالح (ت ١٦٩هـ)، وعبد الله بن المبارك^(٦) (ت ١٨١هـ)^(٧)، وإليه ذهب من فقهاء المذاهب: الحنفية^(٨)، والمالكية - إذا اختار واجدها التصدق

= القوانين الفقهية (ص ٢٩٤)، والحطاب: مواهب الجليل (٦/١٦٩)، والدردير: الشرح الكبير (٤/١٢١).

(١) راجع: الشيرازي: المهذب (١٥/٢٦٢)، والقفال: حلية العلماء (٥/٥٢٩)، والنووي: المنهاج (٢/٤١٥) مع مغني المحتاج، والحصني: كفاية الأخيار (٢/٦)، والأنصاري: شرح التحرير (٢/١٥٥) بهامش الشرقاوي.

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٦/٣٥٤)، ومجد الدين: المحرر (١/٣٧١)، والمرداوي: الإنصاف (٦/٤١٣، ٤١٤).

(٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/١١٠، ١٢١، ١٢٢).

(٤) راجع: الشهيد الأول والثاني، اللمعة وشرحها: الروضة (٧/٩٨)، والعالمي: مفتاح الكرامة (٦/١٦٦، ١٦٧)، والنجفي: جواهر الكلام (٣٨/٣٧٢)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٤/٣٢٣).

(٥) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل وشفاء العليل (١٢/١٤٩، ١٥٧).

(٦) هو: أبو عبد الرحمن الحنظلي، المروزي، أحد الأئمة الأعلام، فقيه عالم، مات سنة ١٨١هـ. ابن حجر: التقريب (٢/٣٢٠).

(٧) راجع: ابن المنذر: الإشراف (٢/١٥٣)، وابن حزم: المرجع السابق (٧/١٢١)، ١٢٢م (١٣٨٣)، والبغوي: شرح السنة (٨/٣١٠)، وابن رشد: بداية المجتهد (٢/٣٠١)، وابن قدامة: المرجع السابق.

(٨) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٦/٢٠٢)، والمرغيناني: الهداية =

بها^(١) -، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية، وأكثر الحنابلة في غير الأثمان، وهو ظاهر المذهب^(٢)، والزيدية^(٣)، والإمامية - إذا اختار التصديق بها^(٤) -.

تجدد الإشارة إلى أن الفقهاء الذين يرون عدم تملك اللقطة؛ كالحنفية ومن نهج منهجهم - ذهبوا إلى أن الملتقط إذا كان فقيراً، له أن ينتفع بها، ثم اختلفوا في تفسير الانتفاع بها، فذهب بعضهم إلى أنه له أن يصرفها إلى نفسه، مع بقائها على ملك مالكها، بينما ذهب بعضهم إلى أنه له أن يملكها بشرط كونه فقيراً. ويؤيده أنه ملك بيعها، وصرف الثمن إلى نفسه، كما أنه يكون ضامناً لها في حالة حضور مالكها، وتضمينه إياه^(٥).

هذا، ومن الجدير بالتنبيه على أن اللقطة لا تملك مطلقاً - عند القائلين بتملكها - بل ملكاً مراعى، يزول بمجيء صاحبها، ويضمن له بدلها إن تعذر ردها.

سبب الخلاف:

يرجع إلى أمرين:

أحدهما: ظاهر معارضة أحاديث اللقطة بعضها للبعض.

= (١٢٢/٦، ١٢٣)، والموضلي: المختار (٣٣/٣).

(١) راجع: ابن الجلاب: التفريع (ص ٢٧٢)، وابن رشد: بداية المجتهد (٣٠١/٢)، والقرافي: الذخيرة (١١٣/٩)، وابن جزي: القوانين الفقهية (ص ٢٩٤)، والخطاب: مواهب الجليل (٦٩/٦)، والدردير: الشرح الصغير (٤/٤٧٥)، والآبي: جواهر الإكليل (٢/٢١٨).

(٢) راجع: ابن هبيرة: الإفصاح (٢/٢٩٤)، وابن قدامة: المغني (٦/٣٥٧)، والمقنع (٢/٢٩٨) مع التنقيح المشيع؛ ومجد الدين: المحرر (١/٣٧١)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقى (٤/٣٣٦).

(٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٢٨٤).

(٤) راجع: الشهيد الأول والثاني: اللمعة وشرحها: الروضة (٧/٩٨)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٤/٣٢٣).

(٥) راجع: فتاوى قاضيخان (٣/٣٨٩)، وابن الهمام: فتح القدير (٦/١٣١)، وابن نجيم: البحر الرائق (٥/١٧٠)، وابن عابدين: منحة الخالق على البحر الرائق (٥/١٧٠)، ورد المختار (٤/٢٧٩).

الثاني: معارضة ظاهر حديث اللقطة لأصل الشرع العام المتمثل في حديث: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(١). فمن غلب هذا الأصل على ظاهر حديث اللقطة، قال: لا يجوز فيها تصرف إلا بالصدقة فقط، على أن يضمن إن لم يجز صاحب اللقطة. ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل قال: يجوز تملكها بعد العام بعد التعريف بها^(٢).

الأدلة

أولاً: أدلة الفريق الأول:

احتجوا على ما ذهبوا إليه من تملك الملتقط ما التقطه: بالسنة والمعقول: وأما السنة، فمنها:

- ١ - حديث زيد بن خالد الجهني^(٣): وفيه قال النبي ﷺ: «فإن جاء أحد يخبرك بها، وإلا فاستنفقها»^(٤) أو «فإن لم تعرف فاستنفقها»^(٥)، وفي لفظ: «فإن جاء صاحبها وإلا فسانك بها»^(٦)، وفي لفظ: «ثم استنفق بها»^(٧)، وفي لفظ: «ثم كلها»^(٨).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٣٠١/٢).

(٣) هو: المدني، صحابي مشهور، مات سنة ٦٨ أو ٧٠هـ. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٢٢٣).

(٤) أخرجه البخاري في: صحيحه: اللقطة: باب ضالة الإبل (٩٦/٥ ح ٢٤٢٧) من فتح الباري.

(٥) أخرجه مسلم في: صحيحه: كتاب اللقطة (١٢/٢٦٥ ح ٥ - ١٧٢٢) من شرحه النووي.

(٦) أخرجه البخاري في: صحيحه: اللقطة: باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها (١٠١/٥ ح ٢٤٢٩) من فتح الباري، ومسلم في صحيحه: اللقطة (١٢/٢٦٣ ح ١ - ١٧٢٢) من شرح النووي.

(٧) أخرجه البخاري في: صحيحه: اللقطة: باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه (١٠٩/٥ ح ٢٤٣٦) من فتح الباري، ومسلم في: صحيحه: اللقطة (١٢/٢٦٤ ح ١٧٢٢) من شرح النووي.

(٨) أخرجه مسلم في: صحيحه: كتاب اللقطة (١٢/٢٦٦ ح ٧ - ١٧٢٢) من شرح النووي.

- ٢ - حديث أبي بن كعب^(١): وفيه قول النبي ﷺ: «فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها»^(٢)، وفي لفظ: «وإلا فهي كسبيل مالك»^(٣).
- ٣ - حديث عبد الله بن عمرو بن العاص^(٤): وفيه قول النبي ﷺ: «فإن جاء صاحبها، فادفعها إليه، وإن لم يأت، فهي لك»^(٥).
- وجه الدلالة: هذه الأحاديث الثلاثة واضحة على حل استهلاك اللقطة، وتملكها، إذا لم يأت صاحبها بعد التعريف بها المدة المعتبرة شرعاً.
- وأما المعقول:

- أ - «فلان من ملك بالقرض ملك باللقطة كالفقير.
- ب - ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير»^(٦).

ثانياً: أدلة الفريق الثاني:

احتجوا على ما ذهبوا إليه من عدم تملك الملتقط ما التقطه: بالسنة:

- ١ - روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة، فقال: «لا تحل اللقطة، فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة، فإن جاء صاحبها فيردها عليه، وإن

(١) هو: الأنصاري، سيد القراء، من فضلاء الصحابة، اختلف في سنة وفاته. ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٩٦).

(٢) أخرجه البخاري في: صحيحه: اللقطة: باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه (٩٤/٥ ح ٢٤٢٦)، ومسلم في: صحيحه: كتاب اللقطة (١٢/٢٦٨ - ح ٩ - ١٧٢٣) من شرح النووي.

(٣) أخرجه مسلم في: صحيحه: كتاب اللقطة (١٢/٢٧٠ - ح ١٠ - ١٧٢٣) من شرح النووي.

(٤) تقدمت ترجمته.

(٥) أخرجه أبو داود في: السنن: اللقطة باب (٢/١٨٥ ح ١٧١)، والنسائي في: السنن الصغرى: الزكاة: باب المعادن (٥/٣٣)، وفي: الكبرى، باب المعدن (٢/٢٣ ح ١ - ٢٢٧٣)، واللقطة: باب ما وجد من اللقطة في القرية الجامعة (٣/٤٢٣ ح ٥٨٢٦، ٥٨٢٥ - ٢/١/٥٨٢٥).

وهذا الحديث سكت عنه أبو داود، فهو صحيح صالح للاحتجاج به.

(٦) راجع: ابن قدامة، المغني (٦/٣٥٥).

لم يأت فليصدق به»^(١).
 الاستدلال به من وجهين:
 أحدهما: «أنه نفى الحل مطلقاً، وحالة الفقر غير مرادة بالإجماع، فتعين حالة الغني.

الثاني: أنه أمر بالتصدق، ومصرف الصدقة الفقير دون الغني»^(٢).
 ٢ - حديث: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(٣).
 وجه الدلالة: أنه يدل على أن الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه لا يجوز، واللقطة مال الغير، فلا يباح الانتفاع به بغير رضاه بإطلاق النص، إلا لضرورة، ولا ضرورة إذا كان غنياً»^(٤).

مناقشة أدلة الفريقين

أولاً: مناقشة أدلة الفريق الأول:

نوقشت الأحاديث الثلاثة بوجهين:

أحدهما: أنها تحكي لسائل يسأله ﷺ، فهي من قضايا الأحوال المتطرق إليها الاحتمال؛ إذ يجوز كون السائل فقيراً، فسقط بها الاستدلال»^(٥).
 أجيب عنه: بأنه مجرد احتمال ليس له أي مستند يستند إليه، فمصيره عدم اعتباره في النقاش العلمي القائم على الأسس العلمية.

(١) أخرجه البزار في: مسنده، كما عزاه إليه الزيلعي في: نصب الراية (٤٦٦/٣)، والدارقطني في: السنن: كتاب الأحباس (١٨٢/٤ ح ٣٥)، والطبراني في: المعجم الصغير (٦٢/١ ح ٧٢) من الروض الداني إلى المعجم الصغير للطبراني، وفي المعجم الأوسط كما عزاه إليه الهيثمي في كتاب مجمع البحرين في زوائد المعجمين (٥٨/٤ ح ٢٠٩٣)، وفي الزوائد (١٦٨/٤)، وقال: «وفيه يوسف بن خالد السمطي وهو كذاب» فالحديث ضعيف وسيأتي المزيد.

(٢) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٢٠٢/٦).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) راجع: الكاساني: المرجع السابق، والمرغيناني: الهداية (٧٨٨/٦) مع البناء.

(٥) راجع: ابن الهمام: فتح القدير (٣٥٩/٥).

الوجه الثاني: «أن قوله عليه الصلاة والسلام: «فشأنك بها» إرشاد إلى الاشتغال بالحفظ؛ لأن ذلك كان شأنه المعهود باللقط إلى هذه الغاية. أو يحمله على هذا توفيقاً بين الحديثين، صيانة لهما عن التناقض»^(١).

أجيب عنه، بالآتي:

١ - أن أحاديث اللقطة السابقة جاءت بألفاظ - كما رأيناها - تدل دلالة واضحة على تملك اللقطة، واستهلاكها، والانتفاع، والاستمتاع بها. كما أن تلك الألفاظ تبين معنى قوله ﷺ: «فشأنك بها»، وتوضح مفهومه، وتحدد مراده، وهو: تملك اللقطة، وعليه فبطل القول: بأنه إرشاد إلى الاشتغال بالحفظ.

٢ - أن التوفيق بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض - يقتضي تقابلهما وتساويهما في الصحة، والقوة. فإذا كان أحدهما صحيحاً، وقوياً، والآخر عكس ذلك، فلا مقابلة بين الضعيف، والقوي، ولا تساوي بينهما، بل يترجح القوي، ويجب العمل به، وترك الآخر^(٢).

وعليه، فإذا نظرنا إلى الحديثين اللذين أشار إليهما المعترض - وهما: حديث زيد بن خالد الجهني الذي فيه: «فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها». وحديث أبي هريرة الذي فيه: «لا تحل اللقطة...» - نظر إنصاف وعدل وجدنا أن حديث أبي هريرة في سنده: يوسف بن خالد السمطي، وهو: مرغوب عنه، متروك، كذاب^(٣)، فهو ساقط، ولا يكتب حديثه، ولا يعتبر به، ولا يستشهد^(٤). هذا عند علماء الجرح والتعديل، فكيف يجوز الاستدلال بحديثه، فضلاً عن أن ينهض حجة. وأما حديث زيد بن خالد فهو حديث متفق عليه بين الإمامين: البخاري، ومسلم. وإذا كان الأمر كذلك فكيف

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٦/٢٠٢).

(٢) راجع: صدر الشريعة: التوضيح (٢/١٠٢، ١٠٣) مع التلويح، وأ.د. السيد صالح: دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين (ص ٢٦٠ - ٢٦٤).

(٣) راجع: المزني: تهذيب الكمال (٣/١٥٥٩).

(٤) راجع: النووي، والسيوطي: التقريب، وتدريب الراوي (١/٣٤٦، ٣٤٧).

يمكن القول: بأن حديث: «فشأنك بها» يحمل على الإرشاد إلى الاشتغال بالحفظ، توفيقاً بينهما، صيانة لهما عن التناقض. كيف يمكن اعتبار التناقض بين الحديثين، أحدهما: في سنده أحد رواته: متروك، كذاب - أي: متهم بالكذب على رسول الله ﷺ، بل إنه كان يكذب على رسول الله ﷺ، كما يدل عليه ما وصف به من أسوأ مراتب الجرح وأردئها، وهو: صيغة المبالغة فيه - أي: «كذاب». والآخر: جميع رواته ثقات.

فهو متفق على صحته. وكيف يمكن تصور التناقض بين النصين: نسبة أحدهما إلى رسول الله ﷺ صحيحة، ونسبة الآخر إليه ﷺ غير صحيحة.

ثانياً: مناقشة أدلة الفريق الثاني:

نوقش الدليل الأول من السنّة وهو: حديث أبي هريرة: لا تحل اللقطة... بناحيتين: السند، والمتن:

الناحية الأولى: هي السند:

فيه يوسف بن خالد السمطي^(١)، وهو متفق على تضعيفه؛ لأنه موصوف بأنه: ضعيف، ليس بثقة، ولا مأمون، ذاهب الحديث، متروك، سكتوا عنه، كذاب، خبيث، عدوّ الله، زنديق^(٢).

قال يحيى بن معين (ت ٢٣٣هـ) عنه: كذاب خبيث، عدوّ الله، رجل سوء رأيته بالبصرة ما لا أحصي، لا يحدث عنه أحد فيه خير، زنديق لا يكتب عنه^(٣). وقال أبو حاتم (ت ٢٧٧هـ): «أنكرت قول يحيى بن معين فيه: زنديق،

(١) بفتح المهملة، وسكون الميم، بعدها مشاة: أبو خالد البصري، مات سنة ١٨٩هـ. ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٦١٠).

(٢) راجع: البخاري: كتاب الضعفاء الصغير (ص ١٢٢)، وابن أبي حاتم: كتاب الجرح والتعديل (٢/٤/٢٢١ ت ٩٢٥)، وابن حزم: المحلى (١٠/١٤٨ م ٢٠١٠)، والمزي: تهذيب الكمال (٣/١٥٥٩)، والذهبي: ميزان الاعتدال (٤/٤٦٣، ٤٦٤)، وابن حجر: تهذيب التهذيب (١١/٤١١).

(٣) راجع: المزي: المرجع السابق.

حتى حمل إلى كتاب قد وضعه في التهجم، ينكر فيه الميزان، والقيامة، فعلمت أن يحيى بن معين كان لا يتكلم إلا عن بصيرة، وفهم. وهو ذاهب الحديث^(١).

يقول النووي (ت٦٧٦هـ) مبيناً حكم من وصف بأنه: متروك الحديث، أو واهيه، أو كذاب: «وإذا قالوا: متروك الحديث، أو واهيه، أو كذاب، فهو ساقط، لا يكتب حديثه»^(٢). وزاد عليه السيوطي (ت٩١١هـ): «ولا يعتبر به، ولا يستشهد»^(٣).

فتبين في ضوء ما سبق من أقوال أهل الجرح والتعديل عن يوسف بن خالد السمطي، أنه ساقط، لا يكتب عنه حديثه، ولا يعتبر به، ولا يستشهد، فضلاً عن أن يستدل به. فكيف يصح الاستدلال بحديثه، بل وكيف يجوز ذلك؟.

الناحية الثانية: هي متن الحديث:

يقول ابن حزم (ت٤٥٦هـ) مناقشاً له بقوله: «... ثم لو صح لم يكن لهم فيه حجة؛ لأن قوله: «لا تحل اللقطة» حق، ولا تحل قبل التعريف. وأمره بالصدقة بها مضموم إلى أمره ﷺ باستنفاها، وبكونها من جملة ماله. لو صح هذا لكان بعض أمره ﷺ أولى بالطاعة من بعض. ولا يحل مخالفة شيء من أوامره ﷺ لآخر منها، بل كلها حق واجب استعماله. ونحن لم نمنع واجدها من الصدقة بها إن أراد، فيحتج علينا بهذا؟ فبطل تعلقهم بهذا الخبر لو صح، فكيف وهو لا يصح»^(٤).

ونوقش الدليل الثاني من السنة وهو: حديث: «لا يحل مال امرئ مسلم..»: بأنه عام، وحديث اللقطة خاص، فيبني العام على الخاص.

(١) راجع: المزي: تهذيب الكمال (٣/١٥٥٩).

(٢) راجع: التقريب (١/٣٤٦) مع تدريب الراوي.

(٣) راجع: تدريب الراوي (١/٣٤٦، ٣٤٧).

(٤) راجع: المحلى (٧/١٢٢م ١٣٨٣).

الراجح:

بالنظر في أدلة الفريقين يبدو جلياً أن الأولى بالاختيار، والقبول هو ما ذهب إليه الفريق الأول من أن اللقطة يمتلكها من وجدها، والتقطها، بعد مضي المدة المعتبرة شرعاً سواء كان فقيراً، أو غنياً، لقوة ما استدلوا به من الأدلة، ولعمومها.

المطلب الثاني

ضمان اللقطة

إن ضمان الشيء يرتبط بملكه، وعليه، فاللقطة بعد تملكها من قبل ملتقطها شرعاً عند القائلين به، إن حضر صاحبها، فإن كانت باقية وجب ردّها عليه، وإن كانت تالفة، وجب عليه بدلها بالمثل إن كان مثلية، وإلا فبالقيمة. هذا ما ذهب إليه جلّ الفقهاء القائلين بتملك اللقطة^(١).

وذهب الكرابيسي^(٢) (ت ٢٤٥هـ) صاحب الإمام الشافعي، وداود

(١) راجع: فتاوى قاضيخان (٣/٣٨٩)، وابن نجيم: البحر الرائق (٥/١٧٠)، وابن عابدين: منحة الخالق (٥/١٧٠)، ورد المختار (٤/٢٧٩) من كتب الحنفية، وابن الجلاب: التفریح (٢/٢٧٢)، والقرافي: الذخيرة (٩/١٠٤، ١٠٥)، وابن جزري: القوانين الفقهية (ص ٢٩٤)، والحطاب: مواهب الجليل (٦/٦٩)، والآبي: جواهر الإكليل (٢/٢١٨) من كتب المالكية، والشيرازي: المهذب (١٥/٢٦٣)، والقفال: حلية العلماء (٥/٥٣١)، والنووي: روضة الطالبين (٥/٤١٤، ٤١٥)، والمنهاج (٢/٤١١)، والحصني: كفاية الأخيار (٢/٦) من كتب الشافعية، وابن قدامة: المغني (٦/٣٥٦، ٣٦٦)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/٣٣٦، ٣٣٧)، والمرداوي: الإنصاف (٦/٤٢٠)، والرحيبياني: مطالب أولي النهى (٤/٢٣٥) من كتب الحنابلة، وابن حزم: المحلى (٧/١١٠) من كتب الظاهرية، والشهيد الأول والثاني: التلمعة وشرحها (٧/٩٨)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٦/١٦٦، ١٦٧)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٤/٣٢٣) من كتاب الإمامية، وأطفيش: شرح كتاب النيل (١٢/١٦٣) من كتب الإباضية.

(٢) - بفتح الكاف، والراء، وبعد الألف باء موحدة مكسورة، ثم ياء مثناة من تحتها، ساكنة، وبعدها سين مهملة - هذه النسبة إلى الكرابيس، وهي الثياب الغليظة، واحداها كراباس - بكسر الكاف - وهو لفظ فارسي معرب، وكان يبيعها، فنسب إليها - راجع: =

الظاهري (ت ٢٧٠هـ) إلى أنه لا يلزمه ردّها، ولا ضمان بدلها، وإليه لَوْح الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، وهو اختيار الإمام البخاري (ت ٢٥٦هـ)، ولكن وافق داود الجمهور إذا كانت العين قائمة^(١).

الأدلة

أولاً: أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من أن الملتقط يجب عليه رد اللقطة - إن كانت باقية -، أو بدلها - إن كانت تالفة - إذا جاء صاحبها: بالسنة، والمعقول:

أ - السنة، منها:

حديث زيد بن خالد الجهني، وفيه:

- قوله ﷺ: «فإن لم تعرف، فاستنقها، ولتكن ودیعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر، فأدّاها إليه»^(٢).
- قوله ﷺ: «فاعرف عفاصها»^(٣)، ووكاءها»^(٤)، ثم كلّها، فإن جاء صاحبها،

= ابن خلكان: وفيات الأعيان (٤/٣١٠).

وهو: أبو علي، الحسين بن علي بن يزيد الكرابيسي، محدث، فقيه، أصولي، متكلم، صحب الشافعي، وحمل عنه العلم، وعد من كبار أصحابه. وله تصانيف كثيرة منها: «أسماء المدلسين»، وكتاب «الإمامة»، توفي سنة ٢٤٥هـ. راجع: الخزرجي: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (١/٢٢٩)، والذهبي: سير أعلام النبلاء (١٢/٧٩ - ٨٢)، والسبكي: طبقات الشافعية (٢/١١٧ - ١٢٦).

(١) راجع: الشيرازي: المهذب (١٥/٢٦٣)، وابن قدامة: المغني (٦/٣٦٧)، وابن حجر: فتح الباري (٥/١٠٢، ١١٠).

(٢) أخرجه البخاري في: صحيحه: اللقطة: باب ضالة الإبل (٥/١٠٠ - ح ٢٤٢٨) من فتح الباري، ومسلم في: صحيحه: اللقطة (١٢/٢٦٥ - ح ٥ - ١٧٢٢) من شرح النووي.

(٣) هو - بكسر المهملة، وتخفيف الفاء، وبعد الألف المهملة -: الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلدأ كان أو غيره. وأيضاً: الجلد الذي يكون على رأس القارورة. راجع: ابن حجر: فتح الباري (٥/٩٨).

(٤) هو - بكسر الواو، والمد -: الخيط الذي يشد به الصرة، وغيرها. ابن حجر: المرجع السابق (٥/٩٥).

فأذاها إليه»^(١).

- قوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها دفعت إليه، وإلا عرفت وكاءها، وعفاصها، ثم أفضها في مالك، فإن جاء صاحبها فادفعها إليه»^(٢).

- قوله ﷺ: «فإن جاء باغيها فأذاها إليه، وإلا فاعرف عفاصها، ووكاءها، ثم كلها، فإن جاء باغيها فأذاها إليه»^(٣).

وجه الدلالة: قوله: «ولتكن وديعة عندك» يحتمل أن يراد بذلك بعد الاستنفاق، وهو ظاهر السياق، ويحتمل أن تكون الواو في قوله: «ولتكن» بمعنى أو - أي: إما أن تستنفقها وتغرم بدلها، وإما أن تتركها عندك على سبيل الوديعة حتى يجيء صاحبها، فتعطيها له^(٤). و«ظاهر قوله: «فإن جاء صاحبها فأذاها إليه» بعد قوله: «كلها» يقتضي وجوب ردّها بعد أكلها، فيحمل على ردّ البذل». وأصرح وأقوى من ذلك قوله: «فإن جاء باغيها فأذاها إليه...» في الحديث الأخير، حيث أمر بأدائها إليه قبل الإذن في أكلها وبعده^(٥).

ب - المعقول، وهو:

١ - «أنها - أي: اللقطة - عين يلزم ردّها لو كانت باقية، فيلزمه ضمانها إذا أتلفها كما قبل الحول»^(٦).

٢ - «أنها مال معصوم، فلم يجز إسقاط حقه منها مطلقاً، كما لو اضطر إلى مال غيره»^(٧).

ثانياً: أدلة الكرابيسي ومن وافقه:

استدلوا على ما ذهبوا إليه من أن من التقط اللقطة، وتصرف فيها بعد

(١) أخرجه مسلم في: صحيحه: كتاب اللقطة (١٢/٢٦٦ ح ٧ - ١٧٢٢) من شرح النووي.

(٢) أخرجه أبو داود في: السنن: اللقطة: باب (٢/١٨٤ ح ١٧٠٧).

(٣) أخرجه أبو داود في: السنن: اللقطة: باب (٢/١٨٣، ١٨٤ ح ١٧٠٦).

(٤) راجع: ابن دقيق العيد: إحكام الأحكام (٢/١٧٢، ١٧٣).

(٥) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٥/١٠٢).

(٦) راجع: ابن قدامة: المغني (٦/٣٦٧). (٧) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق.

انتهاء مدة التعريف شرعاً، لا يضمن لصاحبها إذا جاء - من السنة بالآتي:
 ١ - حديث زيد بن خالد السابق: وفيه قوله ﷺ: «ولتكن وديعة عندك» .
 وجه الدلالة: «يستفاد من تسميتها وديعة، أنها لو تلفت لم يكن عليه
 ضمانها»^(١).
 نوقش بوجهين:

أحدهما: ورد في الحديث نفسه: «فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدّها
 إليه»، فقوله: «فأدّها إليه» يدل صراحة على بقاء ملك صاحبها^(٢).
 الثاني: «يحتمل أن يكون المراد من قوله: «ولتكن وديعة عندك» بعد
 الاستنفاق، وهو ظاهر السياق، فتجوز بذكر الوديعة عن وجوب ردّ بدلها؛ لأن
 حقيقة الوديعة أن تبقى عينها، والجامع وجوب ردّ ما يجد المرء لغيره، وإلا
 فالمأذون في استنفاقه لا تبقى عينه»^(٣).
 وفيه أيضاً قوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها وإلا فشانك بها»^(٤).
 ٢ - حديث أبي بن كعب وفيه: «فإن جاء من يعرفها، وإلا فهي كسبيل
 مالك»^(٥).

٣ - حديث عياض بن جمار^(٦) وفيه: «فإن جاء صاحبها - أو ربها - فهو
 أحقّ بها، وإلا فهي مال الله يؤتبه من يشاء»^(٧).

(١) راجع: ابن حجر: فتح الباري (١١٠/٥).
 (٢) راجع: ابن حجر: نفس المرجع السابق.
 (٣) راجع: ابن حجر: نفس المرجع السابق، ويراجع أيضاً: ابن دقيق العيد: إحكام
 الأحكام (١٧٢/٢، ١٧٣).

(٤) سبق تخريجه.
 (٥) سبق تخريجه.
 (٦) عياض - بكسر أوله، وتخفيف التحتانية، وآخره معجمة - بن جمار - بكسر المهملة،
 وتخفيف الميم - التميمي، المجاشعي، صحابي، سكن البصرة، عاش إلى حدود
 الخمسين. ابن حجر: التقريب (ص ٤٣٧).
 (٧) أخرجه أبو داود في: السنن: اللقطة: باب (١٨٤/٢، ١٨٥ ح ١٧٠٩)، والنسائي في:
 السنن الكبرى: اللقطة: باب الإشهاد على اللقطة (٤١٨/٣ ح ١/٥٨٠٨)، وابن ماجه
 في: السنن: اللقطة: باب اللقطة (٨٣٧/٢ ح ٢٥٠٥)، وابن الجارود في: المنتقى: =

وجه الدلالة منها: أنه ﷺ لم يأمر برد بدلها، فجعله مباحاً^(١).

نوقشت بوجهين:

أحدهما: أنها تدل على أن اللقطة لمن وجدها - أي: في إباحة التصرف فيها بعد التعريف الشرعي. وأما الأمر بضمانها، فهي ساكتة عنه^(٢).

الثاني: أن ظاهر قوله ﷺ - في حديث زيد بن خالد الذي استدل به الجمهور - «فإن جاء صاحبها فأدّاها إليه» بعد قوله: «كُلّها» يقتضي وجوب ردّها بعد أكلها، فيحمل على ردّ البذل^(٣). وكذا قوله: «فإن جاء باغيها فأدّاها إليه، وإلا فاعرف عفاصها، ووكاءها، ثم كُلّها، فإن جاء باغيها فأدّاها إليه» حيث أمر بأدائها إليه قبل الإذن في أكلها، وبعده^(٤).

هذا كله بالنسبة للمملوك. وأما الاختصاصات كالخمر المحترمة، والكلب النافع فلا يضمن أعيانها، ولا منافعها^(٥).

الراجع:

من الواضح أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجع وذلك لقوة

حجتهم.

= باب اللقطة والضوال (ص ١٦٧ ح ٦٦٥)، وابن حبان في: صحيحه: اللقطة: ذكر الخبر الدال على أن اللقطة إن أتى عليها أعوام هي لصاحبها (١١/٢٥٦ ح ٤٨٩٤)، والطيالسي في: المسند (ح ١٠٨٠) أو (١/٢٧٩) من منحة المعبود، وأحمد في: المسند (٤/١٦١، ١٦٢، ٢٦٦، ٢٦٧)، وابن أبي شيبة في: المصنف: البيوع والأقضية: في اللقطة ما يصنع بها؟ (٦/٤٥٥، ٤٥٦ ح ١٦٨٣)، والحاكم في: المستدرک (٢/٦٤)، والطحاوي في: شرح معاني الآثار (٤/١٣٦)، وفي: مشكل الآثار (٤/٢٠٨)، والبيهقي في: السنن الكبرى (٦/١٨٧، ١٩٣).

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي».

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٦/٣٦٧).

(٢) راجع: ابن حجر: فتح الباري (٥/١٠٢).

(٣) راجع: ابن حجر: المرجع السابق.

(٤) راجع: ابن حجر: نفس المرجع السابق.

(٥) راجع: الشرييني: مغني المحتاج (٢/٤١٦).

﴿ المطلب الثالث ﴾

خراج اللقطة

فإذا جاء مالكها، وقد زادت العين ونمت بعد تملكها، فلمن تكون الزيادة والنماء؟

لا تخلو هذه الزيادة من أن تكون متصلة أو منفصلة.

أولاً: الزيادة المتصلة أو النماء المتصل:

اتفق الفقهاء القائلون بضممان اللقطة على أن هذه الزيادة لصاحب اللقطة، فيأخذ العين مع زيادتها المتصلة^(١).

وذلك؛ «لأنها تتبع - العين - في الرد بالعيب، والإقالة فتبعت ههنا»^(٢)؛ «لكونها بمنزلة الجزء منها فكذا هنا»^(٣).

ثانياً: الزيادة المنفصلة أو النماء المنفصل:

ذهب جمهور الفقهاء^(٤) إلى أنها تكون للملتقط، فيرد العين - إذا كانت باقية - أو بدلها - إذا كانت تالفة - دون زيادتها المنفصلة، فيأخذها.

وذهب المالكية^(٥)، وبعض الحنابلة في وجه^(٦) إلى أنها تكون لصاحب اللقطة:

(١) راجع: الشيرازي: المهذب (٢٦٣/١٥) مع التكملة، والنووي: روضة الطالبين (٥/٤١٥)، والحصني: كفاية الأخيار (٦/٢)، والشرييني: مغني المحتاج (٢/٤١٥)، وابن قدامة: المغني (٦/٣٦٧)، ومجد الدين: المحرر (١/٣٧٢)، وشرح الزركشي (٤/٣٣٦)، والمرداوي: الإنصاف (٦/٤٢٠)، والبهوتي: كشاف القناع (٤/٢٢٠)، والشهيد الثاني: الروضة البهية (٧/٩٩)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٦/١٨٦)، والنجفي: جواهر الكلام (٣٨/٣٧٣، ٣٧٤).

(٢) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق. (٣) راجع: العاملي: المرجع السابق.

(٤) راجع: المراجع السابقة للمذهب الشافعي؛ وابن قدامة: نفس المرجع السابق (٦/٣٦٨)، وابن مفلح: الفروع (٤/٥٧٢)، والمرداوي: التنقيح المشبع (٢/٢٩٩) بالإضافة إلى المراجع السابقة للمذهب وكذلك للمذهب الإمامي.

(٥) راجع: النفراوي: الفواكه الدواني (٢/١٨٩)، وحاشية الدسوقي (٤/١٢٣).

(٦) راجع: ابن قدامة: نفس المرجع السابق، وابن رجب: القواعد (ص ١٦٩ ق ٨٢)، والزركشي: المرجع السابق.

منشأ الخلاف:

أمران:

- ١ - هل اللقطة كالوديعة؟ فمن اعتبرها كالوديعة، تكون عنده لصاحبها. ومن لم يعتبرها كذلك فلا.
- ٢ - هل الرجوع في اللقطة فسخ ملك من أصله؟ فمن قال به، تكون عنده لمالك اللقطة، ومن لم يقل به، بل من حينه، تكون عنده للملتقط.

الأدلة مع نقاشها

أولاً: وجه الجمهور:

- أ - أن النماء المنفصل نماء ملك الملتقط - لأنه حدث بعد التملك - متميز، لا يتبع في الفسوخ، فكان له كنماء المبيع إذا رد بعيب^(١).
- ب - أن اللقطة مضمونة بعد التملك على الملتقط إذا تلفت، فتكون الزيادة المنفصلة له ليكون الخراج بالضمان^(٢).

ثانياً: وجه غير الجمهور:

وجه المالكية: أنها كالوديعة، فتكون الزوائد لمالكها^(٣).

نوقش:

بأنها كالوديعة قبل الحول والتعريف بها، وقبل تملكها، وأما بعد ذلك فليس كذلك؛ إذ إنها أصبحت ملكاً للملتقط، وفي ضمانه عند جمهور الفقهاء منهم المالكية أيضاً، فإذا تلفت ضمنها من التقطها، فكيف تكون الزوائد لمن لم يضمها؟ بل وكونها له ينافي ضمانها على الملتقط.

وجه بعض الحنابلة:

أ - القياس على المفلس إذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة^(٤).

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٦٨/٦). (٢) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق.

(٣) راجع: الفراوي: الفواكه الدواني (١٨٩/٢)، وحاشية الدسوقي (١٢٣/٤).

(٤) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق.

نوقش:

بأنه قياس مع الفارق؛ إذ «ثم الفرق بينهما، أنه في مسألتنا يضمن النقص فتكون له الزيادة ليكون الخراج بالضمان، وثم لا ضمان عليه، فأمكن أن لا يكون الخراج له»^(١).

ب - «أن تملكها كان مستنداً إلى فقد ربتها في الظاهر، وقد تبين خلافه، فانفسخ الملك من أصله لظهور الخطأ في مستنده، ووجب الرجوع بما وجده منها قائماً»^(٢).

نوقش:

بأن تملكها ليس مستنداً إلى فقد ربتها بل إلى إذن الشارع؛ إذ لو كان كما قيل، لوجب أن يملكها بعد التقاطها مباشرة دون التعريف بها مدة مقدرة له من قبل الشارع، كما أنه يترتب على تملكها ضمانها، فيكون النماء لمن تملكها بإذن الشارع، مع كونه ضامناً لها، ليكون الخراج بالضمان.

الراجع:

هو أن النماء المنفصل أو الزيادة المنفصلة لمن عليه ضمان اللقطة ليكون الخراج بمقابل الضمان عملاً بقاعدة: (الخراج بالضمان).



(١) راجع: ابن قدامة: نفس المرجع السابق. ١٣٠

(٢) راجع: ابن رجب: القواعد (ص ١٦٩ ق ٨٢).

الفصل الرابع

تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في شركة^(١) العقود

وتنطوي تحت شركة العقود ست شركات

فيشتمل هذا الفصل على تمهيد وستة مباحث:

التمهيد: التعريف بشركة العقد، وأنواعها.

المبحث الأول: الخراج بالضمان في شركة الأموال.

المبحث الثاني: الخراج بالضمان في شركة الأعمال أو الأبدان.

المبحث الثالث: الخراج بالضمان في شركة الوجوه.

المبحث الرابع: الخراج بالضمان في شركة المضاربة.

المبحث الخامس: الخراج بالضمان في شركة المساقاة.

المبحث السادس: الخراج بالضمان في شركة المزارعة.

(١) الشركة على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود. راجع: ابن قدامة:

المغني (١٠٩/٥).

التمهيد

التعريف بشركة العقد، وأنواعها

أولاً: التعريف بشركة العقد:

معنى الشركة في اللغة:

هي مشتقة من: (شرك) الشين، والراء، والكاف. وله أصلان: أحدهما: يدل على مقارنة، وخلاف انفراد، والآخر: يدل على امتداد واستقامة.

والشركة - بفتح الأول، وكسر الثاني، وكسر الأول أو فتحها، وسكون الثاني وضم الثاني. هذه ثلاث لغات حكاها غير واحد من أعلام اللغة، ولكن ضم الثاني غير معروف، إلا أنه لغة فاشية في الشام، لا يكادون ينطقون بغيرها^(١).. هي تطلق على:

١ - خلط الملكين، وذلك:

- أ - أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما.
ب - أن يوجد شيء بين اثنين فصاعداً، عيناً كان ذلك الشيء أو معنى كمشاركة الإنسان والفرس في الحيوانية، ومشاركة فرس وفرس في الكمته^(٢)، والدهمة^(٣).

٢ - مخالطة الشريكين:

والشركة مصدر: شركته في الأمر أشركه - من باب تعب - شركاً

(١) راجع: الزبيدي: تاج العروس (١٤٨/٧)، مادة: (شرك).

(٢) هي: لون أسود يخالطه حمرة. راجع: المعجم الوسيط (٧٩٧/٢)، مادة: (كمت).

(٣) هي: السواد. راجع: نفس المرجع السابق (٣٠٠/١)، مادة: (دهم).

وشركة، وزان: كلم وكلمة - بفتح الأول وكسر الثاني -: إذا صرت شريكاً، فهو شريك ثم خفف المصدر - بكسر الأول، وسكون الثاني -، واستعمال المخفف أغلب.

فيقال: شرك وشركة، كما يقال: كلم، وكلمة على الخفيف.

وجمع الشريك: شركاء، وأشراك.

يقال: شركته: إذا صرت له شريكاً، وشركته: إذا صرت شريكه، وتشاركوا، واشتركوا في كذا - أي: صاروا شركاء، وشركت بينهم تشريكاً، وأشركته في الأمر، وفي البيع بالألف: جعلته شريكاً^(١).

معنى شركة العقد في الاصطلاح الفقهي:

عرفت شركة العقد حسب المذاهب الفقهية بعدة تعريفات:

- ١ - عرّفها الحنفية بأنها: «عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل، والربح»^(٢).
- ٢ - عرّفها المالكية بأنها: «إذن كل من المتشاركين لصاحبه في التصرف في ماله، أو ببدنه لهما»^(٣) أو: «عقد مالكي مالين فأكثر على التجر فيهما معاً، أو عقد على عمل، والربح بينهما بما يدل عليه عرفاً»^(٤).
- ٣ - عرّفها الشافعية بأنها: «ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوع»^(٥).

(١) راجع: الأزهري: تهذيب اللغة (١٧/١٠)، مادة: (شرك)، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٢٦٥/٣)، مادة: (شرك)، والأصفهاني: المفردات (٢/٢٥٩)، مادة: (شرك)، والرازي: مختار الصحاح (ص٣٥٩)، مادة: (شرك)، والنووي: تحرير التنبيه (ص٢٢٩)، وابن منظور: لسان العرب (٤/٢٢٤٨)، مادة: (شرك)، والفيومي: المصباح المنير (ص١١٨)، مادة: (شرك)، والفيروزآبادي: القاموس (ص١٢١٩)، مادة: (شرك)، والزبيدي: تاج العروس (٧/١٤٨، ١٥٠)، مادة: (شرك).

(٢) راجع: الحصكفي: الدر المختار (٤/٢٩٩).

(٣) راجع: الحطاب: مواهب الجليل (٥/١١٧).

(٤) راجع: الدردير: الشرح الصغير (٤/٥٨٩، ٥٩٩، ٦٠٠).

(٥) راجع: الشربيني: مغني المحتاج (٢/٢١١)، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ص١٠٤) بهامش البحرمي.

- ٤ - عرّفها الحنابلة بأنها: «اجتماع اثنين فأكثر في التصرف»^(١).
- ٥ - عرّفها الإمامية بأنها: «اجتماع حق مالكين فصاعداً في الشيء على سبيل الشيع»^(٢).
- ولم نقف على تعريف شركة العقد عند الظاهرية، والزيدية، والإباضية. هذا عند الفقهاء، وأما عند الباحثين فقد عرفوها أيضاً بعدة تعريفات:
- ١ - عرّفها الشيخ أحمد أبو الفتح بأنها: «عبارة عن تعاقد اثنين أو أكثر على العمل للكسب بواسطة الأموال، أو الأعمال، أو الوجاهة، ليكون الغنم بالغرم بينهما حسب الاتفاق المشروع»^(٣).
- ٢ - عرّفها الشيخ علي الخفيف بأنها: «عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في المال وربحه، أو على الاشتراك في ربحه دون الاشتراك في رأس مال لهم يتجرون فيه»^(٤).
- ٣ - عرّفها د. عبد العزيز الغامدي بأنها: «عقد بين اثنين، أو أكثر على قيامه بعمل... يشتركان فيه بأموالهما، أو أعمالهما، أو جاههما، أو بالمال من أحدهما والعمل من الآخر، وما ربحاه، أو حصلاه من الثمر، أو الزرع فيبينهما على ما شرطاه»^(٥).

مناقشة التعريفات

لو نظرنا في التعريفات السابقة لشركة العقد، وأمعنا النظر فيها، نجد أنها تتفاوت في تحديد مفهومها، كما أنها لا تخلو عن ملاحظات ترد عليها.

(١) راجع: البهوتي: كشاف القناع (٣/٣١٤)، والروض المربع (٢/٢٠٩).

(٢) راجع: الحلبي: شرائع الإسلام (ص١٣١)، والمختصر النافع (ص١٤٥).

(٣) راجع: المعاملات في الشريعة الإسلامية (٢/٤٦٦).

(٤) راجع: الشركات في الفقه الإسلامي (ص١٩، ٢٠).

(٥) راجع: المشاركات في الفقه الاقتصادي الإسلامي بين الأصالة والتجديد (ص٤٨)، نقلاً من كتاب الدكتور عبد الحميد البعلي: أساسيات العمل المصرفي الإسلامي (ص٩٧) من الهامش.

أولاً: ما يرد على تعريف الحنفية:

- ١ - أنه قيد التشارك بأن يكون في الأصل - وهو المال -، والربح، بحيث يكون فيهما معاً. فهو بهذا لا يشمل إلا شركة الأموال فقط. فخرجت بهذا القيد شركة المضاربة؛ لأنها الاشتراك في الربح دون الأصل، وكذلك شركتنا الأعمال، والوجوه، فإنهما الاشتراك في أجر العمل، والربح دون رأس المال، مع أنهما من شركة العقود.
- ٢ - أنه ذكر الربح، ولكنه لم يبين كيفية توزيعه.
- ٣ - أنه «لا يمنع من دخول نوع من أنواع شركة الملك فيه، فشركة الملك التي تكون بالاختيار تدخل في هذا التعريف، كأن يتفق اثنان على شراء عمارة لاستغلالها بالتأجير. فهنا تحقق معنى هذه الشركة حسب التعريف، ولكنه عقد على ملك، والاشتراك في العمارة للتأجير اشتراك في الأصل، والربح»^(١).

ثانياً: ما يرد على تعريفي المالكية:

- ١ - أن التعريف الأول لم يعرف هذه الشركة بكونها عقداً، بل اعتبرها الإذن بالتصرف من كل من المتشاركين للآخر، مع أنه أثر يترتب على انعقاد عقد الشركة، وذلك؛ لأنه لا يحصل إلا بالعقد، أو بعده، لا قبله.
- ٢ - وإن سلمنا به، فهو أعم؛ لأنه كما يتحقق في الشركة، يتحقق في الوكالة كذلك، وهي ليست من الشركة.
- ٣ - أن التصرف قد لا يحصل من المتشاركين، بل من أحدهما كما في المضاربة.
- ٤ - أنه لم يتناول ما يترتب على إذن كل منهما للآخر في التصرف في المال، أو البدن من الربح.
- ٥ - أن التعريف الثاني - رغم كونه أشمل وأدق من الأول - لم يراع اتفاق

(١) راجع: د. عبد العزيز الخياط: الشركات في الشريعة الإسلامية (١/٤٨).

الشركاء أنفسهم على قسمة الربح، حيث جعلها بحسب العرف، وهو ليس كذلك؛ فإن الشريكين قد يتفقان على أن يقتسما الربح بينهما بحسب حصة كل منهما في رأس المال، أو بحسب الشرط إذا كان العمل عنصراً مشاركاً في الشركة؛ لأنه يتفاوت من حيث القلة، والكثرة، ومن حيث جودته، وإتقانه، وسرعة إنجازه.

ثالثاً: ما يرد على تعريف الشافعية:

بإمعان النظر فيه يبدو أنه لا يصلح أن يكون تعريفاً لشركة العقد؛ لأنها عقد، وثبوت الحق ليس كذلك، لذلك حاول بعض الشارحين للتعريف تداركه، فقال: «والأولى أن يقال: عقد يقتضي ذلك»^(١)؛ فإن الشركة هي: «الشركة الخاصة - أي: التي تفيد التصرف للعاقدين، أو لأحدهما، وهي لا تكون إلا بعقد»^(٢) إلا أن هذا التدارك غير مفيد؛ لأن ثبوت الحق دون ثبوت التصرف الذي هو المقصود هنا.

كما أن ثبوت الحق يشمل الموروث، والقصاص، وحد القذف، والشفعة، ونحوها^(٣).

رابعاً: ما يرد على تعريف الحنابلة:

- ١ - أن شركة العقد هي عقد يقتضي اجتماع اثنين فأكثر في التصرف، وليست نفس الاجتماع. إذن؛ فالتعريف أغفل كونها عقداً.
- ٢ - أن الاجتماع من قبل اثنين أو أكثر في التصرف كما يكون بالشركة، قد يكون بالوكالة، كأن يوكل كل من الشخصين الآخر على التصرف، فقد حصل اجتماع اثنين على التصرف، ولكنه لا يعتبر شركة.

(١) راجع: الخطيب الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (١٠٤/٣) بهامش حاشية البجيرمي.

(٢) راجع: حاشية البجيرمي (١٠٤/٣). (٣) راجع: نفس المرجع السابق.

- ٣ - أن تعريفهم لا يشمل شركة المضاربة؛ إذ لا يوجد فيها اجتماع اثنين على التصرف، بل إنه من جانب واحد، وهو العامل.
- ٤ - أنه لم يبين ما يترتب على اجتماع اثنين فأكثر على التصرف من الربح، مع أنه غاية الشركة الأساسية.
- خامساً: ما يرد على تعريف الإمامية:
- ١ - أنه أغفل كون هذه الشركة عقداً؛ إذ إنه لم يعبر عنها إلا بالاجتماع الذي لا يختص بالعقد.
- ٢ - أنه كما يتناول شركة العقد، يتناول كذلك شركة الملك؛ لأن الاجتماع قد يحصل بالعقد، وبغيره.
- ٣ - أنه لا يشمل شركة الأبدان، والوجوه، والمضاربة. وذلك أن مما انفردت به الإمامية - كالشافعية - أن الشركة لا تصح إلا في الأموال^(١). وأما المضاربة فهي تعتبر عقداً منفصلاً عن الشركة عندهم.
- ٤ - أن اقتصار التعريف على الاجتماع في الشيء، أخرج العمل، مع أن شركة الأموال تحتاج إليه؛ لأن الأموال لا تنمو بنفسها، بل بالعمل فيها. والشيء لا يطلق إلا على ما كان مادياً، والعمل ليس شيئاً؛ لأنه ليس مادياً^(٢).
- بعد هذه الملاحظات على تعاريف الفقهاء يمكن القول: بأنها ما عدا تعريف الحنفية، وتعريف المالكية الثاني، لا تصلح أن تكون تعاريف لشركة العقد.

سادساً: ما يرد على تعريف الشيخ أحمد أبو الفتح:

- ١ - أنه لا يشمل أحد أنواع شركة العقد، وهو شركة المضاربة.
- ٢ - أن بين قوله: «ليكون الغنم بالغرم» وبين قوله: «حسب الاتفاق المشروع» تناقضاً، وذلك؛ لأن «الغنم بالغرم» يقتضي أن يكون الغنم

(١) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٧/٣٩١).

(٢) راجع: د. عبد العزيز الخياط: الشركات في الشريعة الإسلامية (١/٥٠، ٥١).

بقدر الغرم - والغرم لا يكون إلا بقدر المال، أو العمل -، بينما قوله: «حسب الاتفاق» يقتضي أن يكون الغنم بحسب ما يتفق عليه الشريكان مطلقاً سواء أكان مثل الغرم، أو أكثر، أو أقل منه.

سابعاً: ما يرد على تعريف الشيخ علي الخفيف:

- ١ - فيه تكرار لفظ الاشتراك.
- ٢ - أنه أشار إلى الاشتراك في الربح، وأجر العمل، ولكنه لم يبين: هل يكون الاشتراك فيه بقدر المال، والعمل، أو بما يتفق عليه الشريكان؟ بعد إيراد ما ورد على تعريفات الفقهاء، والباحثين من ملاحظات، يمكن القول: بأن تعريف الدكتور عبد العزيز الغامدي يعتبر أدق، وأشمل، وأكثر إحاطة بأنواع شركة العقد، وأكثر شمولاً لها؛ لأنه كما يشمل شركة الأموال، والأعمال، والوجوه، والمضاربة، يشمل كذلك شركة المزارعة، وشركة المساقاة، وعليه، فهو أولى بالاختيار.

ثانياً: أنواع شركة العقد:

تنوعت شركة العقد إلى عدة أنواع في الفقه الإسلامي، تبعاً لتغاير المحل الذي ترد عليه، والأساس الذي تقوم عليه، وهي لا تخرج في الجملة من أربعة أنواع عند معظم الفقهاء، وهي:

النوع الأول: شركة الأموال.

النوع الثاني: شركة الأعمال.

النوع الثالث: شركة الوجوه.

النوع الرابع: شركة المضاربة.

هذا خلاصة ما في الكتب الفقهية. فلو حبذنا التفصيل فنقول: لو تتبعنا كتب الفقهاء وبحثنا عن آرائهم، وأقوالهم عند تناولهم تعريف شركة العقد، وأقسامها، وأنواعها - نلاحظ أنهم في تقسيم شركة العقد انقسموا فريقين:

فريق: حصر أنواعها في ثلاثة أنواع فقط، وهي: ما عدا المضاربة. من

هذا الفريق: الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والزيدية^(٣)، والإمامية^(٤).

فريق: حصرها في أربعة أنواع فقط، وهي الأربعة المتقدمة. من هذا الفريق: المالكية^(٥)، والحنابلة^(٦)، والإباضية.

إن الحنفية - وإن لم يذكروا المضاربة في أقسام شركة العقد - لكنهم اعتبروها نوعاً من الشركة حين الحديث عن طبيعتها. يقول الكاساني (ت ٥٧٨هـ) في معرض توجيه رواية الإمام الحسن (ت ١٨٩هـ) عن الإمام أبي حنيفة (ت ١٥٠هـ) فيما إذا كان للشريك أن يدفع مال الشركة مضاربة، فقال ليس له ذلك:

«أن المضاربة نوع شركة؛ لأن رب المال مع المضارب يشتركان في الربح...»^(٧). ويقول البابر تي (ت ٧٨٦هـ): «... لأنه أي: عقد المضاربة نوع شركة؛ لأنه إيجاب الشركة للمضارب في الربح، فيكون بمنزلة عقد الشركة»^(٨).

وأما الشافعية فعدم اعتبارهم المضاربة نوعاً من الشركة مبني على أنه لا بد من الاشتراك في رأس المال؛ لأن الشركة تنبئ عن اختلاط رأس

(١) راجع: السرخسي: المبسوط (١١/١٥١)، والكاساني: بدائع الصنائع (٦/٥٦، ٥٧)، والمرغيناني: الهداية (٦/٨٢٧) مع البنائة، والموصلي: المختار، والاختيار، (١٢/٣).

(٢) راجع: النووي: المنهاج (٢/٢١٢)، والشرييني: مغني المحتاج (٢/٢١٢)، والإقناع (٣/١٠٥) بهامش البجيرمي.

(٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٩٠ - ٩٤)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/٣٥٤ - ٣٦١).

(٤) راجع: الحلبي: القواعد (٧/٣٩٢، ٣٩٣)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٤/١٠٤، ١٠٥).

(٥) راجع: ابن رشد: المقدمات (٣/٣٤، ٣٥)، وابن عاصم: حلى المعاصم (٢/٢٠٩)، والتسولي: البهجة (٢/٢٠٩).

(٦) راجع: ابن قدامة: المغني (٥/١٠٩)، والمقدسي: الشرح الكبير (٥/١١٠)، وابن النجار: منتهى الإرادات (٢/٤٥٥، ٤٦٠، ٤٦٧، ٤٦٩).

(٧) راجع: المرجع السابق (٦/٦٩). (٨) راجع: العناية (٥/٤٠٢).

المال، ورأس المال في المضاربة من أحد الطرفين فقط، فلا يمكن حصول الاختلاط، وبالتالي فلا يتحقق معنى الشركة فيها.

يناقش: بما أجاب الكاساني (ت ٥٧٨هـ) عن كون الاختلاط أو الخلط شرطاً في صحة الشركة، حيث قال: «أما... الشركة تنبئ عن الاختلاط فمسلّم، لكن على اختلاط رأس المال، أو على اختلاط الربح، فهذا مما لم يتعرض له لفظ الشركة، فيجوز أن يكون تسميته شركة لاختلاط الربح، لا لاختلاط رأس المال، واختلاط الربح موجود»^(١).

فتحقق أن المضاربة نوع من شركة العقد دون أدنى شك.

هذا، وهل المزارعة، والمساقاة من جنس المشاركة؟

فبعد أن تتبنا الكتب الفقهية للمذاهب بحثاً عن آراء الفقهاء فيهما - نجد أنهم على اختلاف مذاهبهم لم يذكروهما في أقسام شركة العقد، وأنواعها على الإطلاق. وإن كان منهم من اعتبرهما من جنس المشاركة. لعلّ أسباب ذلك بعد البحث عنها، وتتبعها لا تخرج عما يأتي:

- ١ - أن كل واحد منهما ينعقد إجارة في الابتداء، وشركة في الانتهاء، أو تتم شركة في الانتهاء^(٢).
- ٢ - أنهما يترددان بين القراض وبين الإجارة^(٣).
- ٣ - أن كل واحدة نوع من شركة العقد، ولكنها أفردت بترجمة لمزيد أحكام، وشروط تخصهما^(٤).

مناقشة هذه الأسباب

أما السبب الأول: فيناقش بعدة وجوه:

أحدها: أن معنى الشركة معتبر ومحسوب في انعقاد كل من المساقاة،

(١) راجع: بدائع الصنائع (٦/٦٠).

(٢) راجع: البابرتي: العناية (٨/٣٩٢)، وقاضي زاده: نتائج الأفكار (٨/٣٨٧).

(٣) راجع: حاشية البجيرمي (٣/١٥٦، ١٥٧)، وحاشية البيجوري (٢/٢٤).

(٤) راجع: حاشية الصاوي (٤/٦٤٩).

والمزارعة ابتداء. وقد أشار إليه قاضي زادة الحنفي (ت ٩٨٨هـ) إذ يقول: «إن عقد المزارعة شركة في الانتهاء، وإن كان إجارة في الابتداء، فكان معنى الشركة معتبراً في انعقاد المزارعة»^(١).

الثاني: أنه إن لم يكن معناها معتبراً في انعقادها، كيف يمكن تحولها إلى الشركة في الانتهاء.

الثالث: أن العبرة بما يؤول إليه كل منهما من كونه شركة؛ فإن المآل هو المعبر.

الرابع: أن معظم أحكامهما تختلف عن أحكام الإجارة، لذلك اعتبر بعض الفقهاء كلاً منهما أصلاً مستقلاً بنفسه^(٢). بل إنها تتفق مع أحكام المضاربة؛ لأن هذه الأخيرة تشبههما؛ فلا يوجد بينها فرق، سوى أن المضاربة عقد على المال، والمساقاة عقد على الشجر، والمزارعة عقد على الأرض بجزء من نماء المال، والشجر، والأرض. هذا من جانب.

ومن جانب آخر أن كلاً من المضاربة، والمساقاة، والمزارعة مبناهما على العدل، إن حصل شيء من النماء فهو للشركاء جميعاً، وإن لم يحصل، اشتركوا في الحرمان. وأما الإجارة فليس كذلك؛ فإن المؤجر يقبض الأجرة، والمستأجر على خطر، قد يحصل له مقصوده، وقد لا يحصل^(٣).

فتبين أن بين الإجارة وبين المساقاة والمزارعة تبايناً واضحاً وضح الشمس، فكيف يمكن اعتبارهما إجارة في الابتداء؟ بل كل منهما أصل مستقل بنفسه.

وأما السبب الثاني: وهو تردد كل من المساقاة والمزارعة بين الإجارة وبين القراض، فجعلنا بينهما: فيناقش:

بأنه مبني على القول: بأن كلاً من المساقاة والمزارعة شبيهة بالقراض

(١) راجع: نتائج الأفكار (٣٨٧/٨).

(٢) راجع: ابن رشد: المقدمات (٥٥٢/٢)، وابن تيمية: مجموع الفتاوى (٧٥/٣٠).

(٣) راجع: ابن تيمية: المرجع السابق (١١٤/٣٠).

في العمل في شيء ببعض نمائه، وفي جهالة العوض، وشبيهة بالإجارة في اللزوم، والتأقيت^(١). فكونهما شبيهة بالقراض مسلم به، بل هما أشبه به من الإجارة. وأما كونهما شبيهة بالإجارة في اللزوم، والتأقيت فلا اعتبار لمثل هذا الشبه، وذلك:

أ - أن اللزوم، والتأقيت مختلف فيهما بين الفقهاء، فمن أثبتهما لهما، قاسهما على الإجارة، ومن لم يثبتهما لهما، قاسهما على المضاربة، وهي أشبه بالمساقاة، فقياسها عليها أولى من قياسها على الإجارة^(٢).

ب - أن اللزوم، والتأقيت من الشروط، وهي خارجة عن دائرة ماهية الشيء وحقيقته. فالشبه ضعيف بين المساقاة والمزارعة وبين الإجارة. وأما الشبه بينهما وبين المضاربة فهو قوي؛ لأن العمل في الشيء ببعض نمائه هو من ماهيته، فهو داخل فيها.

وأما السبب الثالث وهو: أن كل واحدة من المساقاة، والمزارعة نوع من الشركة، ولكنها أفردت بترجمة لمزيد أحكام، وشروط تخصهما، فهو يعتبر سبباً وجيهاً، فهو أولى بالقبول. فتحقق أن كلاً من المساقاة، والمزارعة من جنس المشاركة، وعلى وفق قياسها. فكل واحدة منهما نوع من شركة العقد، وأصل مستقل. تأكيداً على ذلك، وتوثيقاً له نقتبس بعض ما قاله بعض الفقهاء المحققين.

يقول ابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ): «والمساقاة أصل في نفسها... لأن المساقاة، والإجارة أصلان، وأحكامهما مفترقة»^(٣).

ويقول القرافي (ت ٦٤٨هـ) المالكي: «لا تنعقد - أي: المساقاة - عند ابن القاسم إلا بلفظ المساقاة؛ لأنها أصل مستقل بنفسها... لأن الجائحة في

(١) راجع: حاشية البيجوري (٢/٢٤).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (٥/٥٦٩)، والقرافي: الذخيرة (٦/١٠٥).

(٣) راجع: المقدمات (٢/٥٥٢).

المساقاة تذهب عمله باطلاً، وفي الإجارة له أجر مثله، فهما بابان متباينان... وبالقياس على القراض، وهو أولى من القياس على الإجارة؛ لأن كليهما عقد ضرورة، فالشبه أقوى^(١). ويقول في المزارعة: «الركن الأول والثاني: المتعاقدان، وشرطهما أهلية الشركة؛ لأنها شركة»^(٢).

ويقول الصاوي المالكي: «لما كانت المزارعة قسماً من الشركة، ناسب أن يعقبها لها، وإنما أفردتها بترجمة لمزيد أحكام، وشرط تخصصها، وإلا فحقها أن تدرج في الشركة»^(٣).

ويقول ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ): «المضاربة شركة عقود بالإجماع، ليست شركة أملاك؛ إذ المال لأحدهما، والعمل للآخر. وكذلك المساقاة، والمزارعة، وإن كان من الفقهاء من يزعم أنها من باب الإجارة، وأنها خلاف القياس. فالصواب أنها أصل مستقل، وهي من باب المشاركة، لا من باب الإجارة الخاصة، وهما على وفق قياس المشاركات»^(٤).

ثم يقول: «... وليس المقصود من هذه المشاركات العمل حتى يستحق عليه أجره، ولا هي عقد إجارة، وإنما هي أصل مستقل، وهي نوع من المشاركات، لا من المؤاجرات، حتى يبطل فيها ما يبطل فيها. فمن أوجب فيها ما لا يجب فيها، فقد غلط»^(٥).

ثم يقول: «فإن المزارعة مبناهما على العدل: إن حصل شيء فهو لهما، وإن لم يحصل شيء اشتركا في الحرمان. وأما الإجارة فالمؤجر يقبض الأجرة، والمستأجر على خطر قد يحصل له مقصوده، وقد لا يحصل. فكانت المزارعة أبعد عن المخاطرة من الإجارة، وليست المزارعة مؤاجرة على عمل معين، حتى يشترط فيها العمل بالأجرة، بل هي من جنس المشاركة كالمضاربة

(١) راجع: الذخيرة (٦/١٠٤، ١٠٥).

(٢) راجع: حاشية الصاوي (٤/٦٤٩).

(٣) راجع: مجموع الفتاوى (٣٠/٧٤، ٧٥).

(٤) راجع: نفس المرجع السابق (٣٠/٨٧).

ونحوها. وأحمد عنده هذا الباب هو القياس^(١).

ويقول ابن القيم (ت ٧٥١هـ) في المساقاة، والمزارعة: «وليس هذا من باب المؤاجرة في شيء، بل من باب المشاركة، وهو نظير المضاربة سواء. فمن أباح المضاربة، وحرم ذلك، فقد فرق بين متماثلين»^(٢).

ويقول محمد جواد مغنية من الإمامية: «المزارعة نوع من الشركة الزراعية لاستثمار الأرض»^(٣). و«المساقاة نوع من الشركة في نماء الشجر»^(٤).

ففي ضوء هذه الاقتباسات يمكن أن نقول بجزم ويقين: أن التحقيق في المساقاة، والمزارعة أن كل واحدة منهما نوع من شركة العقد؛ فإنه من جنس المشاركة، ومن بابها، وعلى وفق قياس المشاركات - فهما أصلان مستقلان - لا من باب المؤاجرة والإجارة الخاصة، بل إنهما أشبه بالمضاربة، فقياسهما عليها أولى من قياسهما على الإجارة.

فبعد هذا العرض لا يسعنا إلا أن نوسع في تقسيم شركة العقد، وأن نتوسع في أقسامها، وأنواعها، بدل أن نضيق منها؛ لأن التوسع من طبيعة التطور، والتضييق من طبيعة الجمود، ولأنه يتمشى مع ما يسلكه الاقتصاد الإسلامي، وما يسير عليه؛ فإنه عدّهما من صيغ الاستثمار الجماعي، ومن جنس المشاركات^(٥).

فبناء على هذا التحقيق فإن أنواع شركة العقد ستكون على النحو التالي:

١ - شركة الأموال.

٢ - شركة الأعمال، أو الأبدان.

٣ - شركة الوجوه.

(١) راجع: مجموع الفتاوى (٣٠/١١٤).

(٢) راجع: زاد المعاد (٢/١٤٣). (٣) راجع: فقه الإمام جعفر (٤/١٧٣).

(٤) راجع: نفس المرجع السابق (٤/١٨٩).

(٥) راجع: د. عبد الحميد الغزالي: حول المنهج الإسلامي في التنمية الاقتصادية (ص ٧٧).

٤ - شركة المضاربة.

٥ - شركة المساقاة.

٦ - شركة المزارعة.

ولعلنا استطردها للتفصيل؛ لأننا لم نجد من تعرض للتحقيق والتوسيع في أنواع شركة العقد من الباحثين مع ميسر الحاجة إلى ذلك؛ لأن المشاركات أهم عنصر في الاقتصاد الإسلامي.



المبحث الأول

الخراج بالضمان في شركة الأموال

ندرسه في تمهيد، ومطلبين:

التمهيد: التعريف بشركة الأموال، وتقسيمها.

المطلب الأول: ضمان الأموال.

المطلب الثاني: خراج الأموال.

التمهيد

التعريف بشركة الأموال، وتقسيمها

أولاً: مدلول شركة الأموال:

وهي عقد بين اثنين، أو أكثر على قيام بعمل، يشترك فيه كل واحد بمال، على أن ما يحصل من ربح يكون بينهم على قدر أموالهم، أو على ما يتفقون عليه.

ثانياً: تقسيم شركة الأموال:

وهي قسمان: شركة عنان، وشركة مفاوضة.

القسم الأول: شركة العنان:

معنى شركة العنان لغةً وشرعاً:

أ - العنان لغة:

اختلف في أصل مأخذه اللغوي، فقيل: مأخوذ من: عن الشيء يعن عناً وعنواً - من باب ضرب، ونصر - إذا عرض، كأنه عن لهما أي: عرض هذا المال، فاشترياه، واشتركا فيه، وقيل: مأخوذ من: عنان - بكسر العين - الفرس؛ لأنه يملك بها التصرف في مال الغير، كما يملك التصرف في الفرس بعنانه. وقيل: مأخوذ من: عانه عناناً، معانة: إذا عارضه. وسميت الشركة بذلك؛ لأن كل واحد عان صاحبه أي: عارضه بمال مثل ماله، وعمل مثل عمله^(١).

(١) راجع: النسفي: طلبة الطلبة (ص ٢٢٠)، والمطرزي: المغرب (ص ٣٣٠)، مادة: =

ب - شركة العنان شرعاً:

- اختلف الفقه الإسلامي في بيان معناها باختلاف المذاهب، وهي:
- ١ - في الفقه الحنفي: «أن يشترك اثنان في نوع من التجارات، أو في عمومها»^(١).
 - ٢ - في الفقه المالكي: «أن يجعل كل واحد من الشريكين مالاً، ثم يخلطاه، أو يجعلاه في صندوق واحد، ويتجران به معاً، ولا يستبد أحدهما بالتصرف دون الآخر»^(٢).
 - ٣ - في الفقه الشافعي: «اشتراك اثنين فأكثر في مال يتجران فيه، ويكون الربح بنسبة رؤوس أموالهم بشرائط مخصوصة»^(٣).
 - ٤ - في الفقه الحنبلي: «أن يشترك اثنين فأكثر في مال يتجران فيه، ويكون الربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه»^(٤).
 - ٥ - في الفقه الإمامي: «أن يأتي كل من الشريكين بماله، ويمزجه بمال الآخر، ويعملان فيه معاً، على أن يكون الربح لكل على قدر ماله، والخسارة عليه كذلك»^(٥).
 - ٦ - في الفقه الإباضي: «أن يشترك الرجلان، أو أكثر في شيء بعينه، وشيء خاص دون غيره»^(٦).

= (عزن)، والنووي: تحرير التنبيه (ص ٢٢٩)، وتهذيب الأسماء واللغات (٤٧/٢)، وابن منظور: لسان العرب (٤/٣١٣٩، ٣١٤١)، مادة: (عزن)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٦٤)، مادة: (عزن)، والقونوي: أنيس الفقهاء (ص ١٩٤، ١٩٥).

(١) راجع: المرغيناني: الهداية (٦/٨٥٤)، وابن الهمام: فتح القدير (٥/٣٩٦)، والفتاوى الهندية (٢/٣١٩).

(٢) راجع: ابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٤٤).

(٣) راجع: البكري: إعانة الطالبين (٣/١٠٥).

(٤) راجع: الشيخ إبراهيم: منار السبيل (١/٣٩٨).

(٥) راجع: محمد جواد: فقه الإمام جعفر (٤/١٠٤).

(٦) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٤/٣٣).

وأما في الفقه الظاهري، والزيدي فهما لم يتعرضا للتعريف.

ترد على هذه التعريفات: ملاحظات عامة، وخاصة:

١ - إن شركة العنان أحد نوعي شركة الأموال التي هي أحد أقسام شركة العقد، التي تنشأ بالعقد بين اثنين أو أكثر. وعليه، فيلاحظ على وجه العموم أن هذه التعريفات كلها أغفلت كونها عقداً، حيث لم تذكر كلمة (عقد) بل اعتبرتها اشتراك اثنين أو أكثر في المال، مع أنه لا يحصل إلا بالعقد، أو بعده، أو معه؛ لأنه موجب العقد.

٢ - إن تعريف الفقه الحنفي، وكذلك المالكي، والإباضي، لم ينص على الربح الذي هو غاية الشركة.

٣ - إن بعض التعريفات التي نصت على الربح، اختلفت في كيفية توزيعه، فتعريف الفقه الشافعي، وكذلك الإمامي اعتبر توزيعه على قدر المال، بينما اعتبر تعريف الفقه الحنبلي تقسيمه بحسب الاتفاق بين الشركاء.

٤ - حصر تعريف الفقه الإباضي الاشتراك في شيء بعينه، وشيء خاص، فخرج به العمل؛ لأن الشيء يطلق على ما كان مادياً لا معنوياً، والعمل ليس شيئاً، وشركة العنان فيها اشتراك بالمال، والعمل، كما نص عليه بعض التعريفات.

٥ - انفرد تعريف الفقه الإمامي ببيان الخسارة، وكيفية توزيعها.

٦ - تعرضت بعض التعريفات لذكر الشروط كتعريف الفقه المالكي، والشافعي، والإمامي. ومن المعلوم أن الأصل في التعريف بيان ماهية المعرف، والشروط ليست منها، بل هي خارجة عنها.

هذا، وقد حاول بعض الباحثين تفادي ما ورد على التعريفات من ملاحظات، فعرفها الشيخ علي الخفيف بأنها:

«عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم بدفع حصة معينة في رأس مال يتجرون به، على أن يكون الربح بينهم على حسب نسبة

يتفقون عليها»^(١).

يلاحظ عليه: أنه حدد توزيع الربح على حسب نسبة يتفقون عليها، فهو بهذا لم يشمل تقسيم الربح على قدر حصة في رأس المال، كما قرره تعريف الفقه الشافعي، والإمامي، وذهب إليه أيضاً الفقه المالكي^(٢)، والظاهري^(٣).

لأجل ذلك عرّفها أستاذنا الدكتور رشاد خليل متداركاً ما فاته بأنها: «عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم بدفع حصة معينة في رأس مال يتجرون به، على أن يكون الربح بينهم على حسب أموالهم، أو على نسبة يتفقون عليها»^(٤).

وعرّفها الأستاذ الدكتور عبد العزيز الخياط بأنها:

«عقد يلتزم المتعاقدون بمقتضاه بأن يدفع كل منهم حصة معينة في رأس المال، ويكون الربح بينهم^(٥) بحسب ما يتفقون عليه، والوضعية على قدر الأموال»^{(٦)(٧)}.

فالتعريف - كما هو واضح - مأخوذ من تعريف الشيخ علي الخفيف، مع إضافة «الوضعية على قدر الأموال».

ويرد عليه ما ورد على تعريفه.

بعد هذا كله يمكن القول: بأن تعريف أستاذنا الدكتور رشاد خليل المأخوذ من تعريف الشيخ علي الخفيف، بعدما أضاف إليه من كون الربح على حسب أموالهم يعتبر شاملاً وجامعاً لتعريفات الفقهاء.

(١) راجع: الشركات في الفقه الإسلامي (ص ٣١).

(٢) راجع: ابن جزّي: القوانين الفقهية (ص ٢٤٤).

(٣) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٤١٥ م ١٢٤٠).

(٤) راجع: الشركات في الفقه الإسلامي (ص ١١٥).

(٥) في الأصل: «بينهما» لعله خطأ مطبعي.

(٦) في الأصل: «المالين» لعله خطأ مطبعي.

(٧) راجع: الشركات (٣١/٢).

القسم الثاني: شركة المفاوضة:

معنى شركة المفاوضة لغةً وشرعاً:

أ - المفاوضة لغة:

هي مصدر: فاضه في كذا: إذا جراه، وفعل فعل مثله، والناس فوضى في هذا الأمر - أي: سواء لا تباين بينهم. وكانت خير فوضى - أي: مختلطة مشتركة، ومنها: شركة المفاوضة^(١).

وسميت بذلك عند بعضهم من قولهم: تفاوض الرجلان في الحديث: إذا شرعاً فيه جميعاً. وقيل: من قولهم: قوم فوضى - أي: مستون.

وقيل: من التفويض - أي: التسليم. والمفاوضة مفاعلة من التفويض، كأن كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه، فهي تفويض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه أمر الشركة.

فالمفاوضة هي: المشاركة، والاشتراك في كل شيء، والمساواة والمجاراة في الأمر، والمخالطة، يقال: نعام فوضى - أي: مختلط بعضه ببعض، وقوم فوضى - أي: مختلطون، لا أمير عليهم^(٢).

ب - شركة المفاوضة شرعاً:

اختلف علماء الفقه الإسلامي في بيان معناها باختلاف المذاهب، وهي:

١ - في الفقه الحنفي: «أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما، وتصرفهما، ودينهما»^(٣).

٢ - في الفقه المالكي: «أن يفوض كل واحد منهما التصرف للآخر في

(١) راجع: المطرزي: المغرب (ص٣٦٧)، مادة: (فوض)، والقنوي: أنيس الفقهاء (ص١٩٤).

(٢) راجع: النسفي: طلبه الطلبة (ص٢٢٠)، والنوي: تحرير التنبية (ص٢٢٩)، وابن منظور: لسان العرب (٣٤٨٦/٥)، مادة: (فوض)، والفيومي: المصباح المنير (ص١٨٤)، مادة: (فوض)، والفيروزآبادي: القاموس (ص٨٣٩)، مادة: (فوض).

(٣) راجع: المرغيناني: الهداية (٦/٨٢٧، ٨٢٨).

حضوره، وغيبته^(١)، أو «أن يطلق كلّ منهما التصرف لصاحبه في المال الذي أخرجاه غيبة وظهوراً، وبيعاً وشراءً، وضمناً وتوكيلاً، وكفالة وقراضاً»^(٢).

٣ - في الفقه الحنبلي: «تفويض كل من اثنين فأكثر إلى صاحبه شراءً وبيعاً في الذمة، ومضاربة وتوكيلاً، ومسافرة بالمال، وارتهاناً وضمناً - تقبل ما يرى من الأعمال»^(٣).

٤ - في الفقه الزيدي: «أن يخرج المكلفان المسلمان أو الذميان جميع نقد لهما، السواء جنساً وقدرًا، ويعقدا عليه الاشتراك على أن يتجرا مجتمعين، ومفترقين، ويتصرف كل واحد منهما فيما في يد صاحبه، والربح والوضيعة كل منهما نصفان»^(٤).

٥ - في الفقه الإباضي: «أن يبيع لصاحبه ماله»^(٥)، أو: «أن يكون مال كل واحد منهما مثل مال صاحبه في الإباحة له، وإن كانت فائدة من ربح أو هدية فهي بينهما»^(٦).

بالإمعان في هذه التعريفات لا يمكننا القول: بأنها تعريفات لشركة المفاوضة، بل هي بيان أوصاف لها. كما أن بينها اختلافاً شديداً لا يمكن الجمع بينها في تعريف واحد شامل لها، ويكون في الوقت نفسه جامعاً مانعاً.

ج - شرعية شركة المفاوضة:

أجازها الشعبي (ت ١١٠هـ)، وابن سيرين (ت ١١٠هـ)، وابن أبي ليلى (ت ١٤٨هـ)، والأوزاعي (ت ١٥٧هـ)، والثوري (ت ١٦١هـ)^(٧)،

(١) راجع: ابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٤٤).

(٢) راجع: التسولي: البهجة (٢/٢٠٩).

(٣) راجع: ابن النجار: منتهى الإيرادات (١/٤٦٩)، والبهوتي: شرح منتهى الإيرادات (٢/٣٤٢).

(٤) راجع: السياغي: الروض النضير (٣/٣٦٦).

(٥) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (١٠/٣٩٨).

(٦) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٤/٤٠).

(٧) راجع: ابن المنذر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٢/١٨)، وابن المرتضى: =

والحنفية استحساناً^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والزيدية^(٤)،
والإباضية^(٥).

ومنعها الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) وأصحابه^(٦)، وابن المنذر
(ت ٣١٨هـ)^(٧)، والظاهرية^(٨)، والإمامية^(٩).

يقول الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ): «شركة المفاوضة باطل، ولا أعرف
شيئاً من الدنيا باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلاً»^(١٠).

سبب اختلاف الفقهاء في شرعية هذه الشركة:

هو اختلافهم في تعريفها، فمن عرفها بما لا يخالف المشروع، حكم
بشرعيتها، ومن عرفها بما ينافي المشروع، ويخالفه، حكم بعدم شرعيتها
وجوازها.

فلا مجال للبحث عما نحن بصدده عند هؤلاء.

- = البحر الزخار (٩٠/٥، ٩١)، وابن الهمام: فتح القدير (٣٨١/٥).
(١) وفي القياس لا تجوز. راجع: المرغيناني: الهداية (٨٢٩/٦)، والبغدادي: مجمع
الضمانات (ص ٢٩٤).
(٢) راجع: ابن رشد: المقدمات (٣٦/٣)، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٤٤).
(٣) راجع: البيهوتي: شرح منتهى الإرادات (٣٤٢/٢)، والشيخ إبراهيم: منار السبيل (١/
٤٠٦).
(٤) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق، وابن مفتاح: المتزوع المختار (٣٥٤/٣).
(٥) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٤٠/٤)، وضياء الدين: كتاب النيل (٣٩٨/١٠)،
وأطفيش: شرح كتاب النيل (٣٩٨/١٠).
(٦) راجع: الإمام الشافعي: الأم (٢٣١/٣)، والغزالي: الوجيز (٤١٣/١٠)، والرافعي:
فتح العزيز (٤١٥/١٠)، والنووي: المنهاج (٢١٢/٢) مع مغني المحتاج.
(٧) راجع: الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٨/٢).
(٨) راجع: ابن حزم: المحلى (٤١٤/٦، ٤١٥ م ١٢٤٠).
(٩) راجع: الشهيد الأول والثاني: اللعة الدمشقية والروضة البهية (١٩٩/٤)، والعاملي:
مفتاح الكرامة (٣٩٣/٧)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (١٠٥/٤).
(١٠) راجع: المرجع السابق.

المطلب الأول

ضمان الأموال

قبل أن نبحث عن ضمانها، لا بد من الإشارة إلى أن الضمان متى ينتقل إلى الشركاء؟ فتدخل الأموال في ضمانهم جميعاً. وذلك لاختلاف المذاهب فيما ينتقل به الضمان، هل ينتقل بالعقد، أو التصرف، أو بالخلط؟

فذهب الفقه الحنفي إلى أن ضمان مال كل واحد من الشركاء لا ينتقل إليهم إلا بالتصرف فيه بالشراء، فيدخل به في ضمانهم جميعاً. وعليه، فلو هلك قبل الشراء، يهلك من مال صاحبه، سواء هلك في يد مالكة، أو في يد شريكه؛ فإنه بقي على ملكه؛ لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء. فما هلك قبله، هلك قبل تمام الشركة، فلم ينتقل ملكه، فلم ينتقل ضمانه إليهم، فكان من ضمان صاحبه. ولو هلك بعد الشراء، يهلك من مال الشركاء؛ إذ انتقل ضمانه مع انتقال ملكه، فيدخل في ضمانهم جميعاً؛ فإنه هلك بعد تمام الشركة^(١).

وفرق الفقه المالكي بين ما فيه حق توفية - وهو ما حصره: كيل، أو وزن، أو عدد - وبين ما ليس فيه حق توفية.

فذهب - فيما ليس فيه حق توفية - هو^(٢)، والفقه الحنبلي^(٣) إلى أن

(١) راجع: السرخسي: المبسوط (١١/١٦٣)، والكاساني: بدائع الصنائع (٦/٦٠)، والمرغيناني: الهداية (٦/٨٦٢) مع فتح القدير، والموصلي: المختار والاختيار (٣/١٣، ١٦)، وابن الهمام: فتح القدير (٥/٣٩٨، ٣٩٩)، والفتاوى الهندية (٢/٣٢٠)، والشيخ علي الخفيف: الشركات (ص ٤٧، ٤٩).

(٢) راجع: ابن رشد: المقدمات (٣/٤١)، والحطاب: مواهب الجليل (٥/١٢٣)، وحاشية العدوي على شرح الخرشي (٦/٤١)، وحاشية البناني على شرح الزرقاني (٦/٤١)، والدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/٣٥٠).

ومن الملاحظ أن بعض الفقهاء في المذهب أطلق قولين: أحدهما: انتقال الضمان بمجرد تمام العقد وهو مذهب ابن القاسم، ورواية عن الإمام مالك، والثاني: عدم انتقاله إلا بالخلط، وهو مذهب سحنون عند ابن رشد في المقدمات. وأما المتأخرون فجمعوا بينهما، حيث حملوا القول الأول على ما ليس فيه حق توفية، والثاني على ما فيه حق توفية.

(٣) راجع: ابن قدامة: المغني (٥/١٢٨)، وابن مفلح: الفروع (٤/٣٩٦)، والبهوتي: =

ضمان الأموال ينتقل إلى الشركاء جميعاً بمجرد تمام العقد؛ لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد في نصف مال صاحبه^(١)؛ فإنه باع لصاحبه نصف ماله^(٢)، فيكون تلفه منهم جميعاً.

وذهب زفر (ت ١٥٨هـ) من الحنفية^(٣)، والفقهاء المالكية - فيما فيه حق التوفية خاصة^(٤) -، والشافعي^(٥)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) في رواية عنه^(٦)، والفقهاء الظاهري^(٧)، والزيدي^(٨)، والإمامي^(٩)، والإباضي^(١٠) إلى أن ضمان الأموال لا ينتقل إلى الشركاء إلا بالخلط بين حصصهم من الأموال فلا تدخل في ضمانهم إلا به، وأما قبل الخلط فلا ينتقل الضمان، فتبقى كل حصة في ضمان صاحبها، وذلك؛ لأن الشركة تنبئ عن الاختلاط، والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالكين، فلا يتحقق معنى الشركة^(١١).

هذا، ويجدر بنا أن ننبيه إلى أن من يرى تحقق خلط الأموال شرطاً لصحة عقد الشركة كالشافعية، ومن سلك مسلكهم كالإمامية، والإباضية،

= كشف القناع (٣/٣٩٩)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٣٢١).

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (٥/١٢٨).

(٢) راجع: ابن رشد: المقدمات (٣/٤٤).

(٣) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٦/٦٠).

(٤) راجع: ابن رشد: المرجع السابق (٣/٤٢)، وحاشية العدوي على الخرخشي (٦/٤١)، وحاشية الدسوقي (٣/٣٥٠).

(٥) راجع: الشيرازي: المهذب (١٤/٦٧) مع التكملة، والرافعي: فتح العزيز (١٠/٤٠٨)، والنووي: المنهاج (٢/٢١٣)، والشربيني: مغني المحتاج (٢/٢١٣).

(٦) راجع: ابن مفلح: الفروع (٤/٣٩٦).

(٧) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٤٠٥ م ١٢٤٠).

(٨) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٩١)، وابن مفتح: المنتزح المختار (٣/٣٥٥).

(٩) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٧/٣٩١).

(١٠) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح وحاشية النفوسي عليه (٤/٣٥)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (١٠/٣٩٢).

(١١) راجع: الكاساني: المرجع السابق.

يكون العقد عندهم قبل الخلط غير صحيح، فلا ينتقل ضمان المال؛ لأن العقد لم يصح لعدم توفر الشرط الذي يجب أن يتوافر فيه وهو خلط الأموال. وأما من يرى تحققه شرطاً لانتقال ضمان المال؛ كالمالكية، والإمام أحمد في رواية، والظاهرية، فيكون العقد قبل الخلط صحيحاً، ومن موجب كونه صحيحاً انتقال ملكية المال إلى الشركاء، ولكن انتقال ضمانه إليهم يتوقف على الخلط.

هذا، ويكفي في الفقه المالكي الخلط الحكمي كأن يكون كل واحد من المالين مثلاً في ضرة^(١) منفردة، وجعلاً في حوز أجنبي، أو أحدهما فقط^(٢). وكذلك يكتفي الفقه الإمامي بعدم تمييزه ظاهراً، وإن حصل التمييز في نفس الأمر. ولذلك يكون المراد بالشركة: حكم الشارع بأن هذا المال صار شركة، لا أنه في نفس الأمر كذلك^(٣).

المناقشة والترحيج

مما لا شك فيه أن شركة الأموال عقد من العقود، ومن موجب العقد - متى تم وصح - ثبوت الملك لكل واحد من الشركاء في الأموال - باعتبارها كالمال الواحد - وكذلك انتقال ضمانها إليهم^(٤).

تأسيساً عليه، فإن القول بأن الشركة لا تتم إلا بالتصرف في الأموال، وبالتالي لا ينتقل ضمانها إلى الشركاء إلا بالتصرف فيها؛ لأن مال كل واحد بقي على ملك صاحبه - غير صحيح؛ لأن العقد إذا استوفى أركانه، واستجمع شروطه - تم وصح؛ وترتب عليه جميع أحكامه وآثاره، والتي منها حق التصرف. فتمام العقد منوط بتوافر أركانه، وشروطه، لا بالتصرف برأس

(١) هي: ما يجمع فيه الشيء ويشد. راجع: المعجم الوسيط (١/٥١٢).

(٢) راجع: الدردير: الشرح الكبير (٣/٣٥٠).

(٣) راجع: العامل: مفتاح الكرامة (٧/٣٩١).

(٤) راجع: القاضي أبا الحسين: كتاب التمام (٢/٤٦)، وابن قدامة: المغني (٥/١٢٨)، والبهوتي: كشف القناع (٣/٤٩٩)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٣٢١).

المال. وأما هو، فهو أثر من آثار تمام العقد، وصحته. وإذا صح التصرف فيه، دلّ على صحته، وإلا لم يصح، وإذا صح العقد، نشأت عنه الآثار التي منها حق التصرف في الأموال، وانتقال ضمانها الذي لا يظهر إلا بالتصرف فيها.

فالقول: بأن انتقال ضمان الأموال، ودخولها في ضمان الشركاء يتوقف على التصرف فيها - يخالف مقتضى العقد، وموجبه؛ إذ كيف يكون العقد صحيحاً وتاماً - والدليل عليه صحة التصرف فيها، ولا يترتب عليه أحكامه ونتائجه؛ إذ لو كان كذلك فوجوده كعدمه وهو باطل.

وأما القول: بأن الشركة تنبئ عن الاختلاط، فمسلّم، ولكن على اختلاط رأس المال، أو على اختلاط الربح، فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة، فيجوز أن يكون تسميته شركة لاختلاط الربح لا لاختلاط رأس المال. واختلاط الربح يوجد، وإن اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة؛ لأن الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة^(١).

وبعد هذا العرض يبدو واضحاً أن مال كل واحد من الشريكين أو الشركاء ينتقل ضمانه بمجرد تمام عقد الشركة. هذا هو موجبه ومقتضاه وهو الراجح.

فبعد أن انتهينا من الحديث عما ينتقل به ضمان الأموال، نعود إلى الحديث عن ضمانها.

بعد أن تتبّعنا كتب الفقهاء برز لنا: أنه لا خلاف بين الفقهاء وغيرهم من أهل العلم في أن الأموال في شركة الأموال مضمونة على الشركاء بقدر حصصهم فيها، متى دخلت في ضمانهم. فإذا هلكت أو تلفت، كانت من ضمانهم بقدر ما لكل واحد منهم من حصة فيها^(٢). يقول ابن قدامة

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٦/٦٠).

(٢) راجع: السرخسي: المبسوط (١١/١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٧٦، ١٧٧)، والمرغيناني: الهداية (٦/٨٥٧، ٨٦٢) مع البناية، والموصلي: المختار والاختيار (٣/١٦)، =

(ت ٦٢٠هـ): «الخسران في الشركة على كل واحد منهم بقدر ماله، فإن كان مالهما متساوياً في القدر، فالخسران بينهما نصفين، وإن كان أثلاثاً، فالوضيعة^(١) أثلاثاً. لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم»^(٢). ويقول ابن المرتضى (ت ٨٤٨هـ): «ويتبع الخسر بالمال إجماعاً»^(٣).

وأما الشركاء فيما بينهم، فكل واحد منهم أمين فيما في يده من مال الشركة، أو شريكه، فإن هلك أو تلف شيء منه من غير تعد، أو تفریط في حفظه لم يضمن - أي: لم يجب عليه ضمانه، بل هو من ضمان صاحبه^(٤)؛

= والفتاوى البزازية (٢٢٦/٦)، وابن الهمام: فتح القدير (٣٩٧/٥)، وابن عابدين: رد المحتار (٣٠٥/٤) من كتب المذهب الحنفي، وابن الجلاب: التفریع (٢٠٦/٢)، وشرح الزرقاني (٤٧/٦)، وشرح الخرشي (٤٥/٦) من كتب المذهب المالكي، والشيرازي: المهذب (٧١/١٤)، والتنبيه (ص ٧٥)، والغزالي: الوجيز (٤٢٤/١٠)، والنووي: المنهاج (٢١٥/٢)، والأنصاري: فتح الوهاب (ص ٢١٨)، والشربيني: مغني المحتاج (٢٠٥/٢) من كتب المذهب الشافعي، والقاضي أبا الحسين: كتاب التمام (٤٧/٢)، وابن قدامة: المغني (١٤٧/٥)، وابن مفلح: الفروع (٤٠٣/٤)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٣٢٢/٢)، والشيخ إبراهيم: منار السبيل (٤٠٥/١) من كتب المذهب الحنبلي، وابن حزم: المحلى (٤١٥/٦ م ١٢٤١، ١٢٤٢) من كتب المذهب الظاهري، وابن المرتضى: البحر الزخار (٩٣/٥)، وابن مفتح: المنتزع المختار (٣٥٥/٣، ٣٥٩)، والسياعي: الروض النضير (٣٦٦/٣) من كتب المذهب الزيدي، والحلي: القواعد (٤٠١/٧) مع مفتاح الكرامة، والشهيد الأول: اللعة الدمشقية (٢٠٠/٤) مع الروضة من كتب المذهب الإمامي، والشماخي: كتاب الإيضاح (٣٧، ٣٦/٤)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (٣٩٤/١٠) من كتب المذهب الإباضي. ويراجع أيضاً: ابن المنذر: الإشراف (١٧/٢، ١٨).

(١) هي من: وضع في تجارته وضیعة: خسر ولم يربح. وأوضع مثله - بضم الأول فيهما - وأضله من باب صنع. فالوضيعة: الخسران، وفي معنى الحطيطة: النقصان، تسمية بالمصدر. راجع: النسفي: طلبة الطلبة (ص ٢٢١)، والمطرزي: المغرب (ص ٤٨٧)، مادة: (وضع)، والفيومي: المصباح المنير (ص ٢٥٤)، مادة: (وضع).

(٢) راجع: المرجع السابق. (٣) راجع: المرجع السابق.

(٤) راجع: السرخسي: المبسوط (١٥٧/١١، ١٧٧)، والمرغيناني: الهداية (٨٦٢/٦)، ٨٧٥، الزرقاني: مرجع سابق (٤٨/٦)، والخرشي: المرجع السابق (٤٦/٦)، والشيرازي: المرجع السابق (٨٠/١٤) مع تكملة المجموع، وابن قدامة: المرجع السابق (١٢٩/٥)، وابن المرتضى: المرجع السابق.

لأنه نائب عن الشريك في الحفظ، والتصرف، فكان الهالك في يده كالهالك في يد المالك^(١)، ولأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل، والوثيقة، فصار كالوديعة، فكان أمانة^(٢).

المطلب الثاني

خراج الأموال

بعد تتبّع آثار الصحابة، والتابعين، ومن بعدهم، والكتب الفقهية للمذاهب، واستقرائها، واشتقاقها، واستشفاف ما فيها: يتحقق أن الضمان كما يكون على قدر المال بإجماع أهل العلم، كذلك الربح يكون على قدر الضمان الذي لا يكون إلا على قدر المال. هذا هو الأصل، ويدل على ذلك عدة أمور منها:

١ - إذا أطلق الشركاء الربح، وسكتوا عن بيان كيفية توزيعه، يكون بينهم بنسبة نصيبهم في رأس المال، باتفاق الفقهاء قاطبة، والضمان لا يكون على الشركاء إلا بنسبة نصيبهم في رأس المال، وعليه، فيكون الربح بنسبة ضمانهم للمال.

٢ - نص قوله ﷺ في حديث عائشة رضي الله عنها: «الخراج بالضمان»^(٣) أي: بمقابل الضمان. والضمان هنا على الشركاء بقدر ما لكل واحد منهم من حصة في رأس المال، فيكون الربح إذن بينهم بقدر ضمانهم للمال، كما يدل عليه النص المذكور.

٣ - «أن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن»^(٤) فهو يدل على أن ربح الشيء لا بد من أن يكون بمقابل ضمانه. والضمان في شركة الأموال على قدر المال، فيكون الربح على قدر ضمان المال - أي: يكون الربح بينهم

(١) راجع: الشيرازي: المهذب (٨٠/١٤)، والمطيعي: تكملة المجموع (٨١/١٤).

(٢) راجع: المرغيناني: الهداية (٦/٨٢٢، ٨٧٥)، وابن الهمام: فتح القدير (٤٠٤/٥).

(٣) سبق تخريجه. (٤) سبق تخريجه.

على قدر ضمانهم للمال في رأس المال، وهو حسب حصصهم فيه .
 إذن، فالأصل في توزيع الربح وتقسيمه هو: كونه على قدر الضمان
 الذي هو بدوره لا يكون إلا على قدر المال في رأس المال. وهذا ما اتفق
 عليه الفقهاء إذا أطلق الربح، أو شرط ذلك بقدر المال. فهو نقطة وفاق
 بينهم .

ولكن هل يجوز تغيير نسبة الربح بالشرط؟ وبتعبير آخر أكثر وضوحاً:
 هل يجوز شرط زيادة الربح على قدر الضمان؟ وهو تعبير معدل عن تعبير: هل
 يجوز شرط زيادة الربح لأحد الشركاء عن قدر حصته في رأس المال؟ وفي
 تعبير فقهي وهو أكثر شيوعاً في كتب المذاهب: هل يجوز التساوي في الربح
 مع التفاضل في المال، أو التفاضل في الربح مع التساوي في المال؟
 ذهب أهل العلم في ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يجوز شرط زيادة الربح عن قدر الضمان: روي ذلك:
 عن علي بن أبي طالب (ت ٤٠هـ) رضي الله عنه من الصحابة، وبه قال جابر بن زيد
 (ت ٩٣هـ)، والشعبي (ت ١١٠هـ)، والحسن البصري (ت ١١٠هـ)، وإبراهيم
 النخعي (ت ٩٦هـ) من التابعين، وإسحاق بن راهويه (ت ٢٣٨هـ)^(١)، وإليه اتجه
 عامة الفقهاء: الحنفية^(٢)، والرافعي (ت ٦٢٣هـ) من الشافعية - إذا اختص أحد
 الشريكين بمزيد عمل^(٣)، -، والحنابلة^(٤)، والزيدية^(٥)، والإمامية في قول

(١) راجع: عبد الزراق: المصنف (٨/٢٤٨، ٢٤٩)، وابن المنذر: الإشراف (١٧/٢)،
 (١٨)، وابن حزم: المحلى (٦/٤١٦، ٤١٧ م ١٢٤٤)، والسرخسي: المبسوط (١١/
 ١٧٦)، والسياضي: الروض النضير (٣/٣٦٥).

(٢) راجع: متن القدوري (ص ٥١، ٥٢)، والسرخسي: المرجع السابق (١١/١٥٧)،
 والسمناني: روضة القضاة (٢/٥٦٨)، والكاساني: بدائع الصنائع (٦/٦٢، ٦٣)،
 والمرغيناني: الهدية (٦/٨٥٦)، والموصلي: المختار والاختيار (٣/١٥، ١٦).

(٣) راجع: فتح العزيز (١٠/٤٢٥).

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٥/١٤٠)، وابن مفلح: الفروع (٤/٤٠٣)، والبهوتي:
 كشاف القناع (٣/٤٩٧، ٤٩٨)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٣٢٠).

(٥) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٩٢، ٩٣)، وابن مفتح: المنتزح المختار =

راجع (١)، وأكثر الإباضية (٢).

الاتجاه الثاني: لا يجوز مثل هذا الشرط، ويقسم الربح بين الشركاء بنسبة ضمانهم للمال في رأس المال. والضمان على قدر المال، فيكون الربح تابعاً لقدر ضمان المال: اتجه إليه: زفر (ت ١٥٨هـ) من الحنفية (٣)، والمالكية (٤)، والشافعية (٥)، والظاهرية (٦)، والإمامية في قول ضعيف (٧)، وبعض الإباضية في قول ضعيف (٨).

هذا في شركة العنان، وأما في شركة المفاوضة، فيكون الربح عندهم على قدر ضمان المال فقط بالاتفاق (٩).

هذا، ويلاحظ أن العمل في الفقه المالكي يكون مثل الضمان والربح،

= (٣/٣٥٩)، والسياعي: المرجع السابق (٣/٣٦٦).

(١) راجع: الحلبي: القواعد (٧/٤٠٢) مع مفتاح الكرامة، والشهيد الثاني: الروضة البهية (٤/٤٠٣)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٧/٤٠٢ - ٤٠٤).

(٢) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٤/٣٦)، وحاشية النفوسى عليه (٤/٣٦، ٣٧)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (١٠/٣٩٣).

(٣) راجع: السرخسي: المبسوط (١١/١٥٦، ١٥٧)، والكاساني: بدائع الصنائع (٦/٦٢، ٦٣)؛ والمرغيناني: الهداية (٦/٨٥٦)، والموصلي: المختار والاختيار (٣/١٥، ١٦)، وابن الهمام: فتح القدير (٥/٣٩٧).

(٤) راجع: ابن الجلاب: التفریع (٢/٢٠٥، ٢٠٦)، والقيرواني: الرسالة (ص ٢١٩، ٢٢٠)، وابن رشد: بداية المجتهد (٢/٢٥٠، ٢٥١)، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٤٤)، وشرح الخرخشي (٦/٤٥)، والتسولي: البهجة (٢/٢١٠، ٢١١).

(٥) راجع: الشيرازي: المهذب (١٤/٧١)، والتنبيه (ص ٧٥)، والغزالي: الوجيز (١٠/٤٢٤)، والقفال: حلية العلماء (٥/١٩٦)، والرافعي: فتح العزيز (١٠/٤٢٥ - ٤٢٧)، والنووي: روضة الطالبين (٤/٢٨٤).

(٦) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٤١٥ م ١٢٤٠ - ١٢٤٢).

(٧) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٧/٤٠٢، ٤٠٣).

(٨) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٤/٣٦)، وضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (١٠/٣٩٤).

(٩) راجع: الشماخي: المرجع السابق (٤/٤٠)، وأطفيش: المرجع السابق (١٠/٤٠٣).

وهما لا يكونان إلا بقدر المال، فيكون العمل تابعاً لقدر ضمان المال^(١).
ومن شروط شركة المفاوضة عند الحنفية^(٢)، وكذلك عند الزيدية^(٣)
المساواة في رأس المال، وفي الربح. وهذا يعني أنه لا يجوز شرط زيادة
الربح لأحد من الشركاء على قدر ضمانه للمال، فلا يكون الربح إذن إلا على
قدر الضمان. غير أن الإمام يحيى (ت ٧٤٩هـ) من الزيدية حكى عن العترة
جوازه^(٤).

سبب الخلاف:

بالنظر في أدلة أصحاب الاتجاهين يظهر لنا أن سببه يرجع إلى:

- ١ - تعارض ظاهر بعض النصوص الشرعية.
- ٢ - هل للعمل - من حيث قلته وكثرته، وجودته ورداءته، وسرعة إنجازه من عدمه - اعتبار وتأثير فيما يحصل من الربح؟
- ٣ - قياس الربح على الوضيعة.

الأدلة

أولاً: أدلة الاتجاه الأول: وهو جواز شرط زيادة الربح على قدر الضمان:

استدل أصحابه على ذلك بالسنة، والأثر، والمعقول:

١ - السنة:

منها: حديث أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»
أو «عند شروطهم»، وفي لفظ: «المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً،
أو حرم حلالاً»^(٥).

(١) راجع: شرح الزرقاني (٤٧/٦)، والخرشي: شرحه (٤٥/٦).

(٢) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٦١/٦).

(٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٩٢/٥)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/٣٥٥).

(٤) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق. (٥) تقدم تخريجه.

وجه الاستدلال به: فيه إخبار من النبي ﷺ عن المسلمين بأنهم ملتزمون بالشروط، وواقفون عندها. وفيه إشارة واضحة إلى أن الوفاء بما يشترطونه من شروط واجب عليهم، ما دام ليس فيه تحليل حرام، ولا تحريم حلال.

وأن المقصود من الشروط هو: فعل المباح، أو تركه، فهو يدل على صحة كل ما يلتزم به المسلمون من فعل المباح، أو تركه، ما لم يقم دليل على تحريمه بعينه^(١).

ولا شك أن شرط زيادة الربح على قدر الضمان، الذي هو بقدر المال، ليس فيه تحليل ما حرّمه الشارع ولا تحريم ما أحلّه؛ فإن الزيادة بمقابل ما للعمل من تأثير في زيادة الربح.

٢ - الأثر:

عن علي رضي الله عنه قال: «الربح على ما اصطلحنا عليه»^(٢).

يقول السياغي (ت ١٢٢١هـ) الزيدي: «يؤخذ منه جواز أن يكون ربح أحدهما أكثر من الآخر إذا اتفقا عليه، نحو أن يكون لأحدهما ثلثان، وللآخر ثلث، ولو تساوا في رأس المال»^(٣) وبالتالي في الضمان.

فهذا الأثر نص على جواز شرط زيادة الربح على قدر الضمان.

٣ - المعقول:

من وجهين:

أ - «أن العمل مما يستحق به الربح، فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كمضاربين لرجل واحد، وذلك؛ لأن أحدهما قد يكون

(١) راجع: الباحث: الشروط الفاسدة المقترنة بعقد البيع وآثارها (ص ٦٦، ٦٧، ١٠٣) رسالة الماجستير.

(٢) أخرجه عبد الزراق في: المصنف: البيوع: نفقة المضارب ووضيعة (٢٤٨/٨)، أثر: (١٥٠٨٧)، وابن أبي شيبة في: المصنف: البيوع والأقضية: من قال: الربح على ما اصطلحنا عليه (٤/٦)، أثر: (١٠).

(٣) راجع: الروض النضير (٣/٣٦٦).

أبصر بالتجارة، وأقوى على العمل، فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله، كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب^(١).

ب - أن هذا الشرط لحاجة الناس إليه، بل إنها ماسة إليه؛ فإن أحدهما قد يكون أحذق من الآخر في وجوه التجارات، وأبصر وأعرف بأمورها، وأهدى إلى البياعات، وأكثر عملاً، وأقوى عليه، فجاز له أن يشترط زيادة في الربح بمقابل ذلك، وألا يرضي بالتساوي في استحقاق الربح، فمست الحاجة إلى التفاضل في الربح^(٢).

ثانياً: أدلة الاتجاه الثاني: وهو عدم جواز شرط زيادة الربح على قدر الضمان:

استدل أصحابه على ذلك بالسنة، والمعقول:

١ - السنة:

- أ - حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٣) - أي: بمقابل الضمان. فالزيادة على قدر الضمان تكون دون الضمان.
- ب - حديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن»^(٤).
- وجه الدلالة: أن شرط زيادة الربح على قدر الضمان يترتب عليه ربح ما لم يضمن فيشمله النهي، فيكون منهيماً عنه، وعليه، فلا يجوز مثل هذا الشرط.

٢ - المعقول:

من وجوه:

- أ - «أن التفاضل في الربح يؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ فإن المال إذا كان

(١) راجع: ابن قدامة: المغني (١٤٠/٥).

(٢) راجع: السرخسي: المبسوط (١٥٧/١١)، والمرغيناني: الهداية (٨٥٧/٦)،

والموصلي: الاختيار (١٦/٣).

(٤) سبق تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

- نصفين، والربح أثلاثاً، فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان؛ إذ الضمان بقدر رأس المال»^(١).
- ب - «أن الربح لا يستحق إلا بالمال؛ لأنه نماء الملك، فيكون على قدر المال كالأولاد، والألبان»^(٢) أو: «لأنه نماء مال مشترك، فكان على قدر المال كالثمر، والنتاج»^(٣).
- ج - «أنه شرط ينافي مقتضى الشركة فلم يصح، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما»^(٤).
- د - «أن الربح في هذه الشركة تبع للمال بدليل أنه يصح عقد الشركة وإطلاق الربح، فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة»^(٥).
- هـ - «أنه شرط جزءاً من الربح لمن لا يستحقه بمطلق الشركة، فلم يستحقه بالشرط، كما لو شرطه لأجنبي»^(٦).
- و - «القياس على طرود الخسران؛ فإنه يسلم توزيعه على قدر المالكين، وإن شرط خلافه»^(٧).

مناقشة الأدلة

أولاً: مناقشة أدلة أصحاب الاتجاه الأول:

أما الدليل من السنة، وكذلك من الأثر فلم نجد من أصحاب الاتجاه الثاني من تعرض له بالنقاش.

وأما الوجه الأول من المعقول وهو: العمل مما يستحق به الربح، فجاز

(١) راجع: المرغيناني: الهداية (٨٥٦/٦) مع البناية.

(٢) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٦٢/٦).

(٣) راجع: الشيرازي: النكت (ق ١٦٠).

(٤) راجع: الشيرازي: المهذب (٧١/١٤) مع تكملة المجموع.

(٥) راجع: ابن قدامة: المغني (١٤٠/٥).

(٦) راجع: الشيرازي: المرجع السابق.

(٧) راجع: الرافعي: فتح العزيز (٤٢٦/١٠).

أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كمضاربين لرجل واحد: فنوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ «لأن العامل في القراض يستحق الربح بالشرط في مقابلة عمله، فحمل على الشرط، والشريك يستحق بالمال فحمل على المال، بيينة: أنه لو أطلق القراض استحق العامل بدل عمله، ولو أطلق الشركة لم يستحق العامل بدل عمله»^(١).

أجيب عنه بوجوه:

أ - لا نسلم أن العامل يستحق الربح بالشرط، بل يستحقه بالعمل. والشرط هنا لتحديد ما استحقه بالعمل. وكذلك الشريك يستحقه بالمال والعمل معاً، والعمل يتفاوت فيه الناس، فجاز أن يتفاضل في الربح، كما جاز للعامل في المضاربة أن يشترط ربحاً زائداً على قدر ضمانه في مقابلة عمله^(٢). فكذلك هنا.

ب - أن النقاش هنا مبني على التسليم بالقول: «ولو أطلق الشركة لم يستحق العامل بدل عمله» فكذلك «لو شرطه» وهذا غير مسلم به من وجهين: أحدهما: «أن ذلك حق مخلوق تساهل فيه برضاه وطيب نفسه، وتبرع، وكان ذلك كالهبة»^(٣). هذا في حال الإطلاق. وأما في حال التقييد بالشرط - أي: شرط بدل العمل، وهو الربح الزائد على قدر الضمان، فليس كذلك، فافترقا. فاستحق الزائد في مقابلة عمله إذا شرطه.

الثاني: أن حكم الشركة يختلف في حال الإطلاق عن حكمها في حال التقييد - كما سيأتي المزيد - فقياس حال الإطلاق على حال التقييد قياس مع الفارق، فهو غير صحيح.

ثانياً: مناقشة أدلة الاتجاه الثاني:

نوقش الدليل الأول من السنة وهو حديث: «الخراج بالضمان»:

(١) راجع: الشيرازي: النكت (ق ١٦٠م).

(٢) راجع: البابرتي: العناية (٣٩٨/٥).

(٣) راجع: أطفيش: شرح كتاب النيل (٣٩٣/١٠).

بأنه ينص على كون الربح بمقابل الضمان. وهذا مسلّم به، ولكن لفظ (الضمان) كما يتناول ضمان المال، يتناول أيضاً ضمان العمل بعمومه. فالربح الزائد المشروط هو بمقابل العمل؛ لأن شركة الأموال معقودة على المال والعمل جميعاً. والعمل مضمون كالمال، فدل نص الحديث على صحة شرط زيادة الربح بمقابل ضمان العمل. فثبت أنها أيضاً بمقابل الضمان.

ونوقش الدليل الثاني من السنة وهو: حديث النهي عن ربح ما لم يضمن.

والدليل الأول من المعقول وهو: التفاضل في الربح يؤدي إلى ربح ما لم يضمن:

بأن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعاً؛ لأن المال لا يلد في حد ذاته مالاً، ولا ينمو بنفسه، بل لا بد لتنميته العمل فيه. فالعمل هو الأساس لتنميته. لذلك نص الحنابلة في تعريف شركة العنان على ضرورة الاشتراك بالأبدان، حيث جاء في «المغني»^(١): «معناها: أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعمل فيهما بأبدانهما، والربح بينهما». والربح كما يستحق بالمال، يستحق كذلك بالعمل؛ لأن لكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفرداً، فكذلك إذا اجتمعا. وإذا كان كذلك فيكون كل منهما مضموناً؛ فإن الغنم لا بد من أن يكون مقابلاً للغرم. والدليل على ذلك: شركتنا المضاربة، والأعمال، حيث إن رب المال يستحق الربح بماله، والعامل بمقابله عمله. والمال والعمل كل منهما مضمون باتفاق الفقهاء. وكذلك كل واحد من الشركاء في شركة الأعمال يستحق الربح بضمان ما شرط عليه من العمل اتفاقاً - كما سيأتي المزيد بالتفصيل في محله -.

ففي ضوء ذلك هل يمكننا التسليم بأن اشتراط زيادة الربح يؤدي إلى ربح ما لم يضمن مطلقاً؟ كلا، وذلك أنه إنما يؤدي إلى ربح ما لم يضمن بجانب المال فقط دون العمل، وهذا لا يضرنا؛ لأن صاحب الزيادة يستحقها

(١) راجع: (٥/١٢٤).

بمقابل العمل، وهو مضمون، فتكون بمقابل ضمان العمل. فثبت بطلان أنه يستحقها بلا ضمان، بل بضمان العمل الذي يتفاوت الناس فيه.

ونوقش الدليل الثاني من المعقول وهو: الربح لا يستحق إلا بالمال... :

بأنه منقوض بالمضاربة، حيث يستحق فيها الربح بالعمل بالنسبة للعامل، وكذلك بشركة الأعمال؛ إذ كل من الشركاء يستحق فيها الربح بمقابل العمل المشروط - وسيأتي تفصيلهما -.

ونوقش الدليل الثالث منه وهو: هذا الشرط ينافي مقتضى الشركة فلم يصح، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما:

بأنه غير مسلم به؛ لأن الشركة لها حالان - كأى عقد من العقود -: حال إطلاق، وحال تقييد، ومقتضى الشركة يختلف في حال الإطلاق عن الشرط عن مقتضاها في حال التقييد به، ويغاير أحدهما الآخر في الحكم؛ فإن الشريكين، أو الشركاء إذا تراضوا على إنشاء شركة مطلقة عن الشرط، كان مقتضاها هو ما توجبه من أحكام في هذه الحال، وإذا تراضوا على إنشاء شركة مقيدة بالشرط كان مقتضاها هو ما يتلاءم وذلك الشرط في هذه الحال. يقرر ذلك: ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع. ومن ابتاع عبداً له مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع»^(١). فالرسول ﷺ فرق بين موجب بيع النخل المؤبرة في حال الإطلاق، وفي حال الاشتراط، فجعل موجب بيعها في حال الإطلاق بقاء الثمر في ملك البائع، وفي حال الاشتراط انتقاله إلى المشتري حسب الشرط. وكذلك بالنسبة للعبد الذي له مال، حيث جعل موجب بيعه في حال الإطلاق عن الشرط بقاء المال في ملك البائع، وفي حال الاشتراط انتقاله إلى المشتري وفق الشرط^(٢).

(١) حديث متفق عليه. تقدم تخريجه.

(٢) راجع: ابن تيمية: مجموع الفتاوى (١٧٠/٢٩ - ١٧١)، وابن القيم: أعلام الموقعين =

في ضوء هذا التقرير يتقرر: أن مقتضى الشركة في حال الإطلاق أصل مستقل، ومقتضاها في حال التقييد بالشرط أصل مستقل، فلا يصح التمسك بمقتضاها المطلق المجرد عن الشرط، وعرض مقتضاها المقيد بالشرط عليه، ثم القول: بأنه ينافيه، بل يجب العمل بكل واحد منهما على حدة. يقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) مقرأً ذلك:

«وأما حالة الإطلاق فإنه لما لم يكن بينهما شرط، يقسم الربح عليه، ويتقدر به، قدرناه بالمال لعدم الشرط، فإذا وجد الشرط، فهو الأصل، فيصير إليه كالمضاربة يصار إلى الشرط»^(١).

وبالإضافة إلى ذلك: أن هذه الشركة تقتضي الاشتراك في المال، والعمل؛ لأنها معقودة عليهما معاً. والعمل يتفاوت فيه الإنسان، فقد يكون أحد الشركاء أكثر حذقاً، ومهارة، ودراية، وعملاً، وأقوى عليه، وأبصر بالتجارة، ووجوهها، وأساليبها. وإذا كان كذلك، فمست الحاجة إلى التفاضل في الربح بمقابل ذلك. وهذا لا يمكن أن يتم إلا عن طريق اشتراطه في العقد. فيكون الشرط هنا تقتضيه طبيعة الشركة نفسها، فكيف يكون منافياً لمقتضاها؟ بل يناسبه، ويتفق معه.

وأما الدليل الرابع من المعقول وهو: الربح في هذه الشركة تبع للمال.. فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة: فقد ناقشه ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) بقوله:

«إن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعاً، ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفرداً، فكذلك إذا اجتمعاً. وأما حالة الإطلاق فإنه لما لم يكن بينهما شرط يقسم الربح عليه، ويتقدر به، قدرناه بالمال لعدم الشرط، فإذا وجد الشرط فهو الأصل، فيصير إليه كالمضاربة يصار إلى

= (٣/ج ٣٨٨ - ٣٨٩)، والشيخ زكي الدين شعبان: النظرية العامة للشروط في الشريعة الإسلامية (ص ٦٠، ٦١)، والباحث: الشروط الفاسدة المقترنة بعقد البيع وآثارها (ص ٤٥، ٤٦).

(١) راجع: المغني (٥/١٤٠).

الشرط، فإذا عدم، وقال: الربح بيننا، كان بينهما نصفين. وفارق الوضعية؛ فإنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة^(١).

وأما الدليل الخامس وهو: أنه شرط جزءاً من الربح لمن لا يستحقه بمطلق الشركة فلم يستحقه بالشرط، كما لو شرطه لأجنبي:

فنوقش الجزء الأول بما نوقش الدليل الثالث من المعقول.

ونوقش الجزء الثاني منه: بأن الربح كما يستحق بالمال، يستحق بالعمل^(٢). وهما وجدا ممن شرط له جزء من الربح، فاستحقه بمقابلة عمله. وأما الأجنبي فلم يوجد منه مال، ولا عمل، فلم يستحقه، فافترقا.

ونوقش الدليل السادس وهو: القياس على طرود الخسران...

بأنه قياس مع الفارق؛ فإن الخسران والوضعية لا يتعلقان إلا بالمال بدليل المضاربة^(٣)، وأما الربح فهو كما يتعلق بالمال، كذلك يتعلق بالعمل.

ترجيح ما يترجح من الاتجاهين:

فبعد أن استعرضنا الاتجاهين للفقهاء، وما استدللّ به أصحاب كلٍّ منهما من الأدلة، وما أورد عليها من مناقشات، واعتراضات، وما أجيب عنها متى أمكن ذلك - يترجح لنا الاتجاه الأول القائل: بجواز اشتراط زيادة الربح على قدر ضمان المال بمقابلة العمل ممن شرط له ذلك؛ لأن:

١ - ما استدللّ به أصحاب الاتجاه الأول من الأدلة، منها ما لم يورد عليه أي اعتراض، فسلم من النقاش، ومنها ما استطاع الدفاع عن نفسه مما أورد عليه من نقاش، واستيعاب ما ناله من نقد، وطعن، وبالتالي بقيت صالحة للاحتجاج بها.

وأما ما استدللّ به أصحاب الاتجاه الثاني من الأدلة، فهي لم تستطع

(١) راجع: المغني (١٤٠/٥).

(٢) راجع: ابن الهمام: فتح القدير (٣٩٧/٥، ٣٩٨).

(٣) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق.

الإجابة عما وردت عليها من مناقشات علمية، ولم تقدر على الصمود،
والنهوض أمامها، فلم تنهض حجة صالحة للاحتجاج بها. ٢ -
أن هذه الشركة تقتضي الاشتراك في المال والعمل؛ لأن الأموال لا
تنمو بنفسها، بل تنمى بالعمل فيها، والعمل يتفاوت فيه الناس، ويحصل
فيه بينهم التفاضل. فقد يكون أحدهم أكثر حذقاً ومهارة، وخبرة ودراية
بشؤون التجارة، وأمورها، وأساليبها، وأكثر عملاً ونشاطاً، وأقوى عليه
من غيره، فأليس من العدل أن يطالب بزيادة الربح في مقابل عمله،
وآلا يرضى بأن يساويه غيره في الربح، ممن ليس مثله في العمل؟ بل
ولا بد من ذلك. فاشتراط التفاضل في الربح، وزيادته في مقابلة العمل
أولى، وأعدل، وأحق بالقبول، ليكون ذلك باعثاً ودافعاً، وحافزاً للعمل
أكثر فأكثر.



المبحث الثاني

الخراج بالضمان في شركة الأعمال

وهو يشتمل على تمهيد ومطلبين:

التمهيد: التعريف بشركة الأعمال وشرعيتها.

المطلب الأول: ضمان الأعمال.

المطلب الثاني: خراج الأعمال.

التمهيد

التعريف بشركة الأعمال وشرعيتها

أولاً: التعريف بشركة الأعمال:

أصلها: شركة بالأعمال، لكن حذفت الباء، ثم أضيفت.

أ - معنى الأعمال في اللغة:

الأعمال: جمع العمل - محركة - وهو: المهنة، والفعل.

يقال: عمل كفرح - بكسر الراء - عملاً: فعل فعلاً عن قصد، ومَهَنَ،

وصنع فهو عامل^(١).

وتسمى أيضاً: شركة الأبدان؛ لأنهم - أي: الشركاء - بذلوا أبدانهم في

الأعمال لتحصيل المكاسب^(٢)، أو لاشتراكهم في عمل أبدانهم^(٣)، أو لأن

العمل يكون بينهما غالباً بأبدانهما^(٤). وشركة التقبل من قبول العمل، وقبول

أحدهما العمل وإلقائه على صاحبه^(٥). وشركة الصنائع جمع صناعة - كرسالة

ورسائل - وهي كالصنعة: حرفة الصانع وعمله، أو جمع الصنعة - كالصحائف

والصحيفة -^(٦).

(١) راجع: ابن منظور: لسان العرب (٣١٠٧/٤)، مادة: (عمل)، والفيروزآبادي:

القاموس (ص ١٣٣٩)، مادة: (عمل)، والمعجم الوسيط (٦٢٨/٢)، مادة: (عمل).

(٢) راجع: الفيومي: المصباح المنير (ص ١٥، ١٦)، مادة: (عمل).

(٣) راجع: البهوتي: شرح منتهى الإرادات (٣٣٩/٢).

(٤) راجع: ابن عابدين: رد المختار (٣٢١/٤).

(٥) راجع: النسفي: طلبة الطلبة (ص ٢٢١)، والمطرزي: المغرب (ص ٣٧١)، مادة: (عمل).

(٦) راجع: داماد أفندي: مجمع الأنهر (٧٢٦/٢)، والحصكفي: الدر المنتمي (٧٢٦/٢)،

وابن عابدين: المرجع السابق.

والعمل في الاقتصاد: مجهود يبذله الإنسان لتحصيل منفعة^(١).

ب - معنى شركة الأعمال في الاصطلاح الفقهي:

نكتفي هنا بتعريفها عند القائلين بشرعيتها وجوازها - كما سوف نبينها - .

١ - عند الحنفية: «أن يشترك صانعان على أن يتقبلا الأعمال، ويكون الكسب بينهما»^(٢).

٢ - عند المالكية: «أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملوا معاً، ويقتسمان أجره عملهما بنسبة العمل»^(٣).

٣ - عند الحنابلة: «أن يشترك اثنان فأكثر فيما يتقبلانه في ذمهما من العمل، أو يملكانه بأبدانهما من المباح»^(٤).

٤ - عند الزيدية: «أن يوكل كل من الصانعين صاحبه أن يتقبل، ويعمل عنه في قدر معلوم مما استؤجر عليه»^(٥).

يمكن أن نلاحظ:

١ - أن هذه التعريفات متقاربة في المضمون.

٢ - لم ينص أي منها على كونها عقداً؛ إذ لم يورد لفظ عقد فيها، رغم كونها من شركة العقود.

٣ - أنها نصت على أنها نفس الاشتراك - كما في تعريف الحنفية، والمالكية، والحنابلة -، أو نفس التوكيل - كما في تعريف الزيدية -، وهو ليس كذلك، بل إنها عقد يقتضي الاشتراك، ويتضمن التوكيل؛ لأنه يحصل قبل ذلك، أو معه.

(١) راجع: المعجم الوسيط (٢/٦٢٨).

(٢) راجع: متن القدوري (ص ٥٢)، والمرغيناني: الهداية (٦/٨٧٠) مع البناية، والموصلي: المختار والاختيار (٣/١٠٧).

(٣) راجع: حاشية الدسوقي (٣/٣٨١)، والكشناوي: أسهل المدارك (٢/٣٥٨).

(٤) راجع: البهوتي: كشف القناع (٣/٥٢٧)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٣٣٩)، والشيخ إبراهيم: منار السبيل (١/٤٠٥).

(٥) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٩٤)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/٣٦١).

٤ - إذا كان تعريف الزيدية قد اعتبر شركة الأعمال: التوكيل، فقد أثبت الوكالة لكل من الشريكين قبل العمل، وهذا غير صحيح، بل إنها لا تثبت إلا عند العمل؛ لأن الشركة هنا تتضمن الوكالة، وبالتالي، فهي حكم من أحكامها. وحكم الشيء خارج عنه، مترتب عليه، فكيف يصح تعريفها بالتوكيل.

كما أن هناك فرقاً بين هذه الشركة وبين الوكالة، وهو: أن الوكيل لا يستحق الكسب، ولا يشترك فيه مع الموكل، والشريك يستحق، ويشترك فيه مع شريكه.

٥ - لم يتضمن سوى تعريف الحنابلة المشاركة في تملك المباحات، لا سيما تعريف المالكية - وهي جائزة عندهم -، مع أنها أحد قسمي شركة الأعمال؛ لأنها كما تنطبق على المشاركة في تقبل الأعمال، كذلك تنطبق على المشاركة في تملك المباحات.

٦ - لم يبين تعريف الحنفية كيفية توزيع الكسب الحاصل بالعمل بين الشريكين، هل يكون بنسبة العمل، أو بحسب الاتفاق.

٧ - لم ينص تعريف الحنابلة والزيدية على غاية الشركة من إنشائها، وهو الكسب الحاصل من العمل.

بعدها أورد على التعريفات من ملاحظات، يجب تعريفها بما يتضمن خلوه منها، وهي:

عقد بين اثنين، أو أكثر، يشتركان فيما يتقبلانه في ذمهما من العمل، أو يملكانه من المباح، على أن يكون الكسب الحاصل منه بينهما بنسبة العمل، أو بحسب الاتفاق.

شرح التعريف:

لفظ: (عقد) جنس في التعريف يتناول العقود كلها، منها عقود المشاركات، ولفظ: (يشتركان) تخرج به العقود التي لا تقتضي الاشتراك، وقولنا: «فيما يتقبلانه... أو يملكانه من المباح» كما يشمل نوعي الشركة،

كذلك تخرج به جميع الشركات ما عدا شركة الأعمال. ويراد بـ«نسبة العمل» نسبة ما تقبله كل منهما من العمل، أو ما شرط على كلٍّ منهما من العمل، وفيه مراعاة لمن ذهب إلى أن الكسب يكون بينهما بقدر ما شرط على كلٍّ منهما من العمل الذي يتقدر به قدر الضمان. ويراد بـ«بحسب الاتفاق» ما يتفق عليه الشريكان من تساو، أو تفاضل، وفيه روعي لمن ذهب إلى أن الكسب يكون بينهما بما يتفق عليه الشريكان دون النظر إلى قدر العمل المشروط على كلٍّ منهما.

ثانياً: شرعية شركة الأعمال:

لما كانت شركة الأعمال موضع خلاف في شرعيتها، وجب بيانها؛ لأن البحث عن ضمان الأعمال، وخراجها، ودراستهما تتوقف على مشروعية الشركة أولاً؛ إذ لو لا تكون مشروعة، لما تكون الحاجة إلى دراستهما، والبحث عنهما.

يرى الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والزيدية^(٤)، وبعض الإمامية^(٥)، وأكثر الإباضية^(٦) صحة هذه الشركة وجوازها.

(١) راجع: مختصر الطحاوي (ص ١٠٧)، ومتن القدوري (ص ٥٢)، والسرخسي: المبسوط (١١/١٥٤).

(٢) راجع: ابن الجلاب: التفريع (٢/٢٠٦)، والقيرواني: الرسالة (ص ٢١٩)، وابن رشد: المقدمات (٣/٣٧).

(٣) راجع: ابن قدامة: المغني (٥/١١١)، وابن تيمية: مجموع الفتاوى (٣٠/٧٤، ٧٧)، وابن القيم: زاد المعاد (٢/١٤٣)، والشيخ إبراهيم: منار السبيل (١/٤٠٥).

(٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٩٤)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣/٣٦٠)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٦٧).

(٥) راجع: العاملي: مفتاح الكرامة (٧/٣٩٣)، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٤/١٠٤).

(٦) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٤/٥٠)، وضياء الدين: كتاب النيل (١٠/٤١٨)، وأطفيش: شرح كتاب النيل (١٠/٣٠٣، ٤١٨).

ويرى الإمام الليث (ت ١٧٥هـ)، وأبو ثور (ت ٢٤٠هـ)^(١)، والشافعية^(٢)، وداود الظاهري (ت ٢٧٠هـ)^(٣)، وأكثر الإمامية^(٤)، وبعض الإباضية^(٥) عدم شرعيتها.

فلا مجال عند هؤلاء الفقهاء للبحث عن ضمان الأعمال وخراجها.

المطلب الأول

ضمان الأعمال

إن ما يتقبله كل واحد من الشريكين، أو الشركاء من الأعمال، يطالب به كل منهم، ويلزمه عمله، ويجب عليه إيفاؤه، حتى يستحق به الأجر. فإذا كان ذلك كذلك، فيجب على كل كذلك ضمان ذلك العمل اللازم إيفاؤه، المطالب به كل منهم، فهو من ضمانهم. يقول الكاساني (ت ٥٨٧هـ): «إن هذه الشركة ضمان في حق وجوب العمل؛ لأن العمل الذي يتقبله أحدهما، يجب على الآخر، حتى يستحق الأجر به. فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما، كانت مقتضية وجوب ضمان العمل»^(٦). ويقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ): «ولأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان، ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان، فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه»^(٧).

(١) راجع: ابن المنذر: الإشراف (١٨/٢)، وابن حزم: المحلى (٤١٤/٦ م ١٢٣٩).

(٢) راجع: الشيرازي: المهذب (٧٢/١٤) مع التكملة، والغزالي: الوجيز (٤١٣/١٠)، والقفال: حلية العلماء (٩٧/٥)، والرافعي: فتح العزيز (٤١٤/١٠)، والنووي: المنهاج (٢١٢/٢)، والحصني: كفاية الأختار (٢٨١/١).

(٣) راجع: ابن حزم: المرجع السابق (٤١٢/٦، ٤١٦ م ١٢٣٨، ١٢٣٩).

(٤) راجع: الشهيد الأول، والثاني: اللمعة وشرحها: الروضة (١٩٨/٤)، والعاملي: مفتاح الكرامة (٣٩٣/٧).

(٥) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٥٠/٤)، وضياء الدين: كتاب النيل (٤١٨/١٠).

(٦) راجع: بدائع الصنائع (٧٦/٦). (٧) راجع: المغني (١١٤/٥).

فإذا تلف أو هلك في يد أحدهما من غير تفريط، أو تعد منه فهو من ضمانهما معاً.

وليس من شروط هذه الشركة التساوي في قبول العمل^(١). فمن الجائز أن يكونا متفاضلين فيه بحسب الاتفاق بينهما. فعليه، أن يكونا متفاضلين في ضمان العمل، وتعهده، بأن يشترطاً ثلث العمل مثلاً لأحدهما، والثلثين للآخر^(٢).

فالضمان إذن يكون بقدر ما شرط على كل واحد منهما من العمل.

هذا في ضمانهما للمالك. وأما فيما بينهما، فكل واحد منهما أمين لا يضمن إلا حصته من العمل؛ لأنه وكيل للآخر^(٣).

فما يتلف بتعدي أحدهما، أو تفريطه، أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه، فذلك عليه وحده^(٤).

فلا خلاف بين المذاهب الفقهية القائلة بشرعية هذه الشركة وصحتها - في أن الأعمال مضمونة على الشركاء، فيضمن كل منهم بقدر ما عليه من العمل^(٥).

(١) راجع: حاشية الدسوقي (٣/٣٦١).

(٢) راجع: أ.د. يوسف مقصود: الشركات (ص ٥٤).

(٣) راجع: هامش المنتزع المختار (٣/٣٦٢).

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٥/١١٤).

(٥) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٦/٧٧)، والمرغيناني: الهداية (٦/٨٧٢) مع البناية، والموصلي: الاختيار (٣/١٧)، والبابرتي: العناية (٥/٤٠٦) من كتب الحنفية، سحنون: المدونة (٥/٤٧ - ٤٩)، وشرح الزرقاني (٦/٥٦)، وشرح الخرخشي (٦/٥٣ - ٥٤) من كتب المالكية، وابن قدامة: المرجع السابق، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/٣٤٠)، وكشاف القناع (٣/٥٢٨) من كتب الحنابلة، وابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٩٥)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣/٣٦٢) من كتب الزيدية.

المطلب الثاني

خراج الأعمال

استبان مما تقدم أن الضمان بمقابل العمل، ويتقدر بقدره، فيكون على كل واحد من الشريكين، أو الشركاء بقدر ما شرط عليه من العمل، أو تقبله منه.

فهل يكون الكسب الحاصل بالعمل بقدر الضمان؟

فلا خلاف بين الفقهاء القائلين بجواز شركة الأعمال وشرعيتها - في كون الكسب بين الشركاء بقدر ما يضمنه كل منهم من العمل. ولكنهم بعد ذلك اختلفوا في التفاضل فيه على قدر الضمان، بأن يشترطوا لأحدهم أكثر مما عليه من ضمان العمل من الآخر. وذلك على رأيين:

الرأي الأول: يجوز مثل هذا الشرط: يرى جوازه: الحنفية استحساناً^(١)، والحنابلة^(٢).

الرأي الثاني: لا يجوز، بل يتبع الكسب الضمان - أي: يكون بقدر الضمان: يرى عدم جوازه: الحنفية قياساً^(٣)، وبه قال زفر (ت ١٥٨هـ)^(٤)، والكاساني (ت ٥٨٧هـ)^(٥) مطلقاً، والمالكية^(٦)، والزيدية^(٧).

(١) زاجع: المرغيناني: الهداية (٨٧٢/٦) مع البناية، والموصلي: الاختيار (١٧/٣)، والبايرتي: العناية (٤٠٦/٥)، والفتاوى البرازية (٢٣٠/٦)، والعيني: البناية (٦/٨٧٢)، وابن نجيم: البحر الرائق (١٩٥/٥، ١٩٦)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٧٢٦/١)، والحصكفي: الدر المثقى (٧٢٦/١).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (١١٤/٥)، وابن مفلح: الفروع (٤٠٠/٤، ٤٠٣)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٣٤٠/٢)، وكشاف القناع (٥٢٨/٣)، والشيخ إبراهيم: منار السبيل (٤٠٦/١).

(٣) راجع: المراجع السابقة للمذهب.

(٤) راجع: داماد أفندي: المرجع السابق. (٥) راجع: بدائع الصنائع (٧٦/٦، ٧٧).

(٦) راجع: سحنون: المدونة (٤٢/٥ - ٤٩)، وشرح الزرقاني (٥٥/٦)، وشرح الخرخشي (٥١/٦)، والدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣٦١/٣).

(٧) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٩٥/٥)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/٣٦٢)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٦٧).

سبب الخلاف:

كما يبدو هو: اختلاف نظر الفقهاء إلى العمل، أو إلى الضمان. فمن نظر إلى العمل، والعمل يتفاوت فيه الناس، قال: بجواز التفاضل في الربح مع التساوي في العمل، وبالتالي في قدر الضمان. ومن نظر إلى الضمان، والضمان لا يتفاوت فيه الناس، بل ويتقدر بالعمل، ويكون بقدر العمل، قال: بعدم جواز التفاضل في الربح مع التساوي في قدر الضمان.

دليل الرأيين

أولاً: دليل الرأي الأول:

استدل أصحاب الرأي الأول على جواز شرط زيادة الربح على قدر الضمان:

بأن الربح بدل عملهما، وأنهما يتفاوتان - أي: في العمل، فيكون أحدهما أجود عملاً، وأحسن صناعة، فيجوز^(١)، أو: «أن العمل يستحق به الربح، ويجوز تفاضلهما في العمل، فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به»^(٢).

ثانياً: دليل الرأي الثاني:

استدل أصحاب الرأي الثاني على عدم جواز شرط زيادة الربح على قدر الضمان:

بأن الضمان بقدر العمل، والربح يتبع الضمان، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن^(٣).

(١) راجع: الموصلي: الاختيار (١٧/٣).

(٢) راجع: ابن قدامة: المغني (١١٤/٥).

(٣) راجع: المرغيناني: الهداية (٨٧٢/٦) مع البناية، والموصلي: المرجع السابق، والبابرتي: العناية (٤٠٦/٥)، وابن مفتاح: المنتزع المختار (٣٦٢/٣).

مناقشة الدليل

أولاً: نقاش دليل الرأي الأول:

ناقشه الكاساني (ت ٥٨٧هـ) بقوله:

«لأن استحقاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان، لا بالعمل، بدليل أنه لو عمل أحدهما استحق الآخر الأجر، وإذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضمان العمل، لا بالعمل، كان استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضمان، لا بزيادة العمل... - و - بدليل أنه لو شرط فضل الأجر لأقلهما عملاً: بأن شرطاً ثلثي الأجرة له جاز، فدل أن استحقاق فضل الأجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل»^(١).

الجواب عما ناقشه به الكاساني:

بأننا لا نسلم أن استحقاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان فقط، وذلك؛ لأنه لا ينشأ إلا عن تقبل العمل ولزومه به أولاً. فتقبل العمل، ولزومه به هو الأساس لاستحقاق الأجرة. ولأن العمل وجب على من شرط عليه وتقبله أصلاً، سواء عمل به بنفسه، أو بغيره، وأما مباشرة العمل فليست بشرط لاستحقاق الأجر.

وأما القول: بأنه لو عمل أحدهما، استحق الآخر الأجر؛ فلأنه حق مخلوق، تنازل عنه برضاه، وطيب نفسه، وتبرع به، فكان كالهبة، لا لأنه استحقه بالضمان فقط، دون مراعاة وجوب العمل عليه، ولزومه به، لذلك يقول داماد آفندي^(٢) (ت ١٠٨٨هـ): «... وأما الذي لم يعمل فلأنه لما لزمه العمل بالتقبل، وكان ضامناً له استحق الأجر بالضمان، ولزوم العمل»^(٣).

(١) راجع: بدائع الصنائع (٦/٧٦، ٧٧).

(٢) هو: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، المعروف بشيخي زاده، فقيه، مفسر. من آثاره: «مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر»، توفي سنة ١٠٧٨هـ. راجع: كحالة: معجم المؤلفين (٥/٣٥).

(٣) راجع: مجمع الأنهر (١/٧٢٧).

وأما القول: بأنه لو شرط فضل الأجر لأقلهما عملاً جاز، فدلّ أن استحقاق فضل الأجرة بفضل الضمان، لا بفضل العمل:

فأين فضل الضمان، ما دام العمل أقل لمن شرط له فضل الأجر، والضمان يكون بنسبة العمل، ويتقدر بقدره. وكيف جاز عنده فضل الأجر لمن عليه الضمان أقل؟ لأنه أقلهما عملاً، وبالتالي أقلهما ضماناً. فثبت بطلان قوله: «فدل أن استحقاق فضل الأجرة بفضل الضمان». هذا من جانب.

ومن جانب آخر: أن جواز فضل الأجر لأقلهما عملاً، لعلّه أكثر جودة وإتقاناً في العمل، وسرعة في إنجازها، وأحسن صناعة ومهارة فيها، ودراية بالعمل، وأكثرهما عملاً. وهذه الصفات يختلف فيها الناس، فيتفاوتون بها في العمل، فجاز بها التفاضل في الربح.

ثانياً: نقاش الدليل الرأى الثاني:

نوقش دليل أصحابه وهو: الضمان بقدر العمل، والربح يتبع الضمان، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن:

بأن ما يأخذه كل من الشريكين، لا يأخذه ربحاً - أي: ليس بربح حقيقة؛ لأن الربح حقيقة إنما يكون عند اتحاد جنسه؛ إذ إنه يقتضي المجانسة بينه وبين رأس المال، والجنس فيما نحن فيه لم يتحد؛ لأن رأس المال عمل، والربح مال، فلا مجانسة بينهما، فكان ما يأخذه هو بدل عمله، وإنما يقال له ربح مجازاً، والعمل يتقوم بالتقويم، ويتقدر بالتقدير، فإذا رضى بقدر معين، كان ذلك منهما تقويماً للعمل، وتقديراً له، فيتقدر بقدر ما قوم به، فلم يكن ربح ما لم يضمن^(١).

(١) راجع: المرغيناني: الهداية (٨٧٢/٦) مع البناية، والموصلي: الاختيار (١٧/٣)، والبابرتي: العناية (٤٠٦/٥)، والعيني: البناية (٨٧٢/٦)، وابن الهمام: فتح القدير (٤٠٦/٥)، وداماد آفندي: مجمع الأنهر (٧٢٦/١، ٧٢٧).

الرأي الراجح

الراجح هو الرأي الذي يجيز شرط زيادة الربح على قدر الضمان، وذلك:

- ١ - لقوله ﷺ: «المسلمون - أو المؤمنون على شروطهم، أو - عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»^(١). فإن المسلمين، والمؤمنين ملتزمون بما يشترطونه من شروط، ما دام لا يترتب عليه تحريم حلال، ولا تحليل حرام، وما نحن فيه من الشرط لا يؤدي إلى ذلك؛ لأنه لا يخالف مقصود الشارع، ولا أصلاً من أصوله، كما لا ينافي غاية الشركة من إنشائها، وإذا كان كذلك، فيجب الوفاء به.
- ٢ - وقياساً على المضاربة، حيث اتفق الفقهاء كافة على كون الربح فيها بين رب المال وبين العامل بما يتفقان عليه من نصف، أو ثلث، أو ربع، أو غير ذلك، فكذلك هنا، وبالتالي جواز شرط زيادة الربح على قدر الضمان، والجامع بينهما هو عنصر العمل.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



(١) هذا الحديث سبق تخريجه، والحكم عليه.

المبحث الثالث

الخراج بالضمان في شركة الوجوه

نبدأ بالتمهيد، فيكون هكذا:

التمهيد: التعريف بشركة الوجوه وشرعيتها.

ضمان المُشْتَرِي.

خراج المشتري.

التمهيد

التعريف بشركة الوجوه وشرعيتها

أولاً: التعريف بشركة الوجوه من الناحية اللغوية، والفقهية:

أ - من الناحية اللغوية:

أصلها: شركة بالوجوه، فحذفت الباء، ثم أضيفت، والإضافة بمعنى

البيان.

والوجوه جمع: الوجه، وله عدة معان، منها:

- ١ - ما يواجهك من الرأس، ومستقبل كل شيء.
- ٢ - السيد، والشريف. يقال: وجوه القوم أي: سادتهم، ووجوه البلد أي: أشرفهم.
- ٣ - الجاه^(١).

فتسمية هذه الشركة بالوجوه، إما من الوجه الذي يعرف؛ لأن كل واحد منهما ينظر في وجه صاحبه إذا جلسا يدبران أمرهما، ولا مال لهما، أو من الوجه الذي هو الجاه على معنى أن أحدهما يكتسب المال بجاه صاحبه، أو لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس - أي: قدر وشرف^(٢). وتسمى أيضاً: شركة المفاليس عند الحنفية^(٣).

(١) راجع: ابن منظور: لسان العرب (٦/٤٧٧٥، ٤٧٧٧)، مادة: (وجه)، والفيومي:

المصباح المنير (ص٢٤٨، ٢٤٩)، مادة: (وجه)، والفيروزآبادي: القاموس (٢/

١٦٢٠)، مادة: (وجه)، والمعجم الوسيط (٢/١٠١٥، ١٠١٦)، مادة: (وجه).

(٢) راجع: النسفي: طلبة الطلبة (ص٢٢٠، ٢٢١)، والمطرزي: المغرب (ص٤٧٧).

(٣) راجع: الموصلي: الاختيار (٣/١٨).

ب - من الناحية الفقهية:

- نقتصر على تعريفها عند المذاهب الفقهية القائلة بشرعيتها، وصحتها.
- ١ - عرفها المذهب الحنفي بأنها: «أن يشترك الرجلان - ولا مال لهما - على أن يشتريا بوجوههما، ويبيعا، والربح بينهما»^(١).
 - ٢ - عرفها المذهب الحنبلي بأنها: «أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما يشتريانه فهو بينهما نصفين، أو أثلاثاً، أو نحو ذلك، ويبيعان ذلك، فما قسّم الله من الربح فهو بينهما»^(٢).
 - ٣ - عرفها المذهب الزيدي بأنها: «أن يوكل كل من جائزي التصرف صاحبه أن يجعل له فيما استدان، أو اشترى جزءاً معلوماً يتجر فيه»^(٣). أو: «أن يشتركا في البيع والشراء بالعروض، وغيرها بوجوههما، ولا يعقدان الشركة على مال، فما يحصل من الربح، كان بينهما نصفين»^(٤).

ملاحظات:

- ١ - أنها متفقة على المعنى والمدلول.
- ٢ - أنها أغفلت كون شركة الوجوه عقداً من العقود؛ إذ لم ينص أي منها على أنها عقد، بل اعتبرتها: الاشتراك، أو التوكيل. وهذا الاعتبار غير صحيح؛ لأن الاشتراك، أو التوكيل هو موجبها، ومقتضاها؛ فإنه لا يحصل إلا بعد العقد، أو معه.
- ٣ - لم يبين - ما عدا التعريف الثاني للمذهب الزيدي - كيفية توزيع الربح، هل يكون بين الشريكين بنسبة ما يملكانه في المشتري، أو بما يتفقدان عليه؟

(١) راجع: المرغيناني: الهداية (١٧٤/٦) مع البناية، والموصلي: المختار (١٨/٣)، والباهرتي: العناية (٤٠٧/٥)، وابن الهمام: فتح القدير (٤٠٧/٥).

(٢) راجع: المقدسي: الشرح الكبير (١٨٣/٥).

(٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٩٤/٥)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣/٣٦٠).

(٤) راجع: السياغي: الروض النضير (٣٦٧/٣).

٤ - أن التعريف الأول للمذهب الزيدي أثبت التوكيل لكل من الشريكين قبل التصرف والعمل في المشتري، مع أنه لا يثبت قبل ذلك؛ لأن التوكيل حكم من أحكام الشركة، ولا شك أن حكم الشيء خارج عنه، مترتب عليه، لا ركن، داخل فيه^(١).

كما أن هناك فرقا؛ إذ إن الوكيل لا يستحق الربح، ولا يشترك فيه مع الموكل، والشريك هنا يستحقه، ويشترك فيه مع شريكه الآخر.

٥ - أن تعريفهم هذا لما اعتبر شركة الوجوه وكالة، فبين من شرائطها: أن يكون كل من الشريكين من جائز التصرف. علماً بأن ذكر الشرائط ليس من وظيفة التعريف؛ إذ وظيفته الكشف عن ماهية المعرف.

٦ - أنه كما جعل التوكيل في المشتري، كذلك جعله فيما يستدينه كل من الشريكين.

٧ - أنه لم يشر - على الإطلاق - إلى غاية الشركة، وما هو المقصود منها، وهو الربح.

بعد هذه الملاحظات التي أوردت على تعريفات المذاهب الثلاثة، ليس أمامنا إلا أن نحاول تعريفها بما يخلو منها. فيمكن تعريفها بأنها:

عقد بين اثنين، أو أكثر يشتركان فيما يشترئانه بوجوههما في ذمهما، ويبيعانه، على أن ما يحصل من الربح يكون بينهما بنسبة ما يملكانه في المشتري، أو بما يتفقان عليه.

شرح التعريف:

لفظ: (عقد) جنس يشمل كافة العقود، منها عقود الشركات، وقولنا: «بين اثنين أو أكثر» فيه دلالة على المشاركة. وقولنا: «يشتركان» فيه إشارة إلى موجب الشركة ومقتضاها، وهو: الاشتراك. وقولنا: «فيما يشترئانه بوجوههما في ذمهما» فيه بيان محل الشركة، كما خرج به ما عدا شركة الوجوه.

(١) راجع: قاضي زاده: نتائج الأفكار (٤١٧/٧).

وقولنا: «ما يحصل من الربح» فيه بيان غاية الشركة. وقولنا: «يكون بينهما بنسبة ما يملكانه في المشتري» فيه مراعاة لما ذهب إليه المذهب الحنفي، وبعض الفقهاء من المذهب الحنبلي، والمذهب الزيدي من أن الربح يكون بينهما بقدر الملك في المشتري. وقولنا: «أو بما يتفقان عليه» فيه مراعاة لما ذهب إليه المذهب الحنبلي من أن الربح يكون بينهما بحسب ما اتفقا عليه من تساوي، أو تفاضل.

ثانياً: شرعية شركة الوجوه:

إن دراسة الخراج بالضمان في شركة الوجوه تستوجب بيان شرعية هذه الشركة أولاً، ما دام وقع الخلاف بين المذاهب الفقهية في شرعيتها وجوازها؛ فإن دراسته فيها فرع عن صحتها. لذلك لا يكون بيان الخراج بالضمان فيها إلا عند القائلين بشرعيتها.

فذهب الثوري (ت ١٦١هـ)، وإسحاق (ت ٢٣٨هـ)، وأبو ثور (ت ٢٤٠هـ)، وابن المنذر^(١) (ت ٣١٨هـ)، والحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والزيدية^(٤) إلى أنها مشروعة.

وذهب المالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والظاهرية^(٧)،

-
- (١) راجع: ابن المنذر: الإشراف (١٩/٢)، وابن قدامة: المغني (١٢٢/٥).
 (٢) راجع: متن القدوري (ص ٥٢)، والمرغيناني: الهداية (٨٧٥/٦) مع البناية، والموصلي: المختار (١٨/٢).
 (٣) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق، والبهوتي: كشاف القناع (٥٢٦/٣)، وشرح منتهى الإرادات (٣٣٩/٢).
 (٤) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٩٤/٥)، وابن مفتح: المنتزح المختار (٣/٣٦٠)، والسياضي: الروض النضير (٣/٣٦٧).
 (٥) راجع: ابن رشد: المقدمات (٣٩/٣)، وابن جزي: القوانين الفقهية (ص ٢٤٤)، والتسولي: البهجة شرح التحفة (٢/٢١١).
 (٦) راجع: الشيرازي: المهذب (٧٥/١٤) مع تكملة المجموع، والتنبيه (ص ٧٥)، والغزالي: الوجيز (٤١٤/١٠)، والرافعي: فتح العزيز (٤١٦/١٠)، والنووي: المنهاج (٢/٢١٢) مع مغني المحتاج.
 (٧) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٤١٤ م ١٢٤٠)، وإن لم يصرح بشركة الوجوه، غير أنه =

والإمامية^(١)، والإباضية إلى أنها غير مشروعة.

ضمان المُشْتَرَى

مما لا نزاع فيه بين الفقهاء القائلين بمشروعية شركة الوجوه هو: أن ما اشتراه الشريكان بوجوههما في ذمهما إذا تلف، أو حصل نقصان في الثمن عما اشتراه به يكون من ضمانهما على قدر ملك كل منهما في المشتري^(٢).

خراج المشتري

إن الربح الحاصل من بيع المشتري يكون للشريكين بمقابل ضمانهما للمشتري في الجملة، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء، وذلك؛ لأنهما إذا سكتا عن بيان كيفية توزيع الربح، أو اتفقا على كونه بقدر ضمانهما، والضمان بقدر الحصة في ملك المشتري، ففي هاتين الحالتين يكون الربح بينهما بقدر الضمان بالاتفاق.

غير أنهما إذا اشترطا لأحدهما فضلاً في الربح على قدر ضمانه، فهذا هو موضع خلاف بين الفقهاء على قولين:

أحدهما: - وهو للحنفية^(٣)، والقاضي (ت ٤٥٨هـ) من الحنابلة^(٤)،

= حصر جواز الشركة في أعيان الأموال، حيث قال: «ولا تجوز الشركة إلا في أعيان الأموال».

(١) راجع: الحلبي: القواعد (٣٩٣/٧) مع مفتاح الكرامة، والشهيد الأول والثاني: اللمعة وشرحها (٢٠٠/٤).

(٢) راجع: المرغيناني: الهداية (٨٧٧/٦) مع البناية، والموصلي: الاختيار (١٨/٣)، والبابرتي: العناية (٤٠٨/٥)، وابن عابدين: رد المحتار (٤٢٤/٤) من كتب الحنفية، وابن قدامة: المغني (١٤٧/٥)، والبهوتي: كشاف القناع (٥٢٦/٣)، وشرح منتهى الإرادات (٣٣٩/٢) من كتب الحنابلة، وابن المرتضى: البحر الزخار (٩٤/٥)، وابن مفتاح: المنتزح المختار (٣٦٠/٣) من كتب الزيدية.

(٣) راجع: متن القدوري (٥٢/٢)، والمرغيناني: المرجع السابق (٨٧٦/٦)، والموصلي: المرجع السابق، والبابرتي: المرجع السابق، وابن عابدين: المرجع السابق.

(٤) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (١٤١/٥).

والزيدية^(١) - أن هذا الشرط باطل، ويكون الربح بقدر الضمان.
 الثاني: - وهو للحنابلة، وهو قياس المذهب^(٢) - أن الشرط صحيح،
 ويكون الربح بحسب الشرط.

الأدلة

أولاً: أدلة القول الأول:

- احتج أصحابه على ما ذهبوا إليه: بما يأتي:
- ١ - «أن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان، والضمان على قدر الملك في المشتري، فيتقدر بقدره، فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن، وهو منهي عنه، فلا يصح اشتراطه»^(٣).
 - ٢ - «أن الربح يستحق بالضمان؛ إذ الشركة وقعت عليه خاصة؛ إذ لا مال عندهما.. والضمان لا تفاضل فيه، فلا يجوز التفاضل في الربح»^(٤).

ثانياً: أدلة القول الثاني:

- احتج أصحابه على ما ذهبوا إليه: بما يأتي:
- ١ - قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٥) - أي: ملتزمون بما يشترطونه من شروط.
 - ٢ - «أن شركة الوجوه تنعقد على العمل وغيره، فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان - أو - أنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات»^(٦).

(١) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٩٤/٥)؛ وابن مفتاح: المنتزغ المختار (٣٦٠/٣).
 (٢) راجع: ابن قدامة: نفس المغني (١٤٧/٥)، والبهوتي: كشف القناع (٥٢٦/٣)،
 وشرح منتهى الإرادات (٣٣٩/٢)، والشيخ إبراهيم: منار السبيل (٤٠٥/١).
 (٣) راجع: المرغيناني: الهداية (٨٧٧/٦) مع البنائية، والموصلي: الاختيار (١٨/٣)،
 والبابرتي: العناية (٤٠٨/٥)، وابن المرتضى: المرجع السابق.
 (٤) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (١٤١/٥).
 (٥) تقدم تخريجه.
 (٦) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق.

٣ - أن أحدهما قد يكون أوثق عند التجار، وأبصر بالتجارة من الآخر^(١)، فجاز له شرط فضل الربح بمقابل ذلك.

مناقشة الأدلة

أولاً: نقاش أدلة أصحاب القول الأول:

نوقش الدليل الأول:

بأنه «لم لا يجوز أن يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه، ومثانة رأيه، وتدبيره في الأمور العامة، والخاصة، وعمله بالتجارة»^(٢).

أجيب عنه: «بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل، إنما يجوز إذا كان في مال معلوم، كما في العنان، والمضاربة، ولم يوجد هنا»^(٣).

الرد عليه: بأن المشتري هنا معلوم؛ لأن الربح لا يتحصل هنا إلا بالعمل في المشتري عن طريق بيعه، وبيعه لا يمكن إلا إذا كان محدداً معلوماً، ولأن شركة الوجوه عقد، فإذا تم، تعين محل العقد، وهو المشتري، وأصبح معلوماً؛ إذ لو لم يكن كذلك لما أمكن العمل فيه، ولا تحصل الربح.

وأما الدليل الثاني وهو: الربح يستحق بالضمآن.. إذ لا مال عندهما..: فد ناقشه ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) بقوله:

«وقول القاضي: لا مال لهما يعملان فيه، قلنا: إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي، فكذا هنا»^(٤).

ثانياً: نقاش أدلة القول الثاني:

أما الدليل الأول وهو: حديث: «المؤمنون عند شروطهم»:

(١) راجع: البهوتي: كشف القناع (٣/٥٢٦).

(٢) راجع: البابرتي: العناية (٥/٤٠٨). (٣) راجع: المرجع السابق.

(٤) راجع: المغني (٥/١٤١).

فلم نجد من تعرض له بالنقاش.

ونوقش الدليل الثاني وهو: شركة الوجوه تنعقد على العمل وغيره، فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان...:

بأنه قياس مع الفارق؛ إذ إن كل واحد من الشريكين في العنان يعمل في مال صاحبه، كالمضارب يعمل في مال رب المال. وأما الوجوه فليس أحدهما يعمل في مال صاحبه فافتراقاً^(١).

الجواب عنه: بأننا لا نسلم أن أحدهما لا يعمل في مال صاحبه، بل يعمل؛ لأن كل واحد منهما بعد تمام عقد الشركة يملك حصة في المشتري حسب الاتفاق بينهما، فإذا باع ما اشترياه، فقد عمل كل منهما فيما ملكه صاحبه من الحصص في المشتري، فقد وجد العمل، وإذا كان كذلك، فبطلت دعوى القياس مع الفارق.

أما الدليل الثالث: فلم نجد من تعرض له بالنقاش.

القول المختار:

هو القول الثاني القائل: بجواز شرط زيادة الربح على قدر الضمان، وذلك:

أولاً: أن أدلة القول الأول لم تسلم من النقاش. وأما أدلة القول الثاني فسلم بعضها من النقاش، وبعضها الآخر استطاع استيعاب ما ورد عليه من النقاش، وبالتالي نهض ليكون صالحاً للاحتجاج به.

ثانياً: أن شركة الوجوه عبارة عن شراء الشيء بالوجهة، وبيعه، وقد يكون أحد الشريكين أوثق عند التجار لوجهته وحسن معاملته عند الناس. كما أنه قد يكون أحذق، وأبصر بالتجارة، وأعلم بأموورها العامة والخاصة، وكذلك قد يكون أكثر عملاً، ومتانة في رأيه، وتدبيره في الشؤون التجارية، وإذا كان الأمر كذلك، فيستحق زيادة وفضلاً في الربح على

(١) راجع: ابن الهمام: فتح القدير (٥/٤٠٨، ٤٠٩).

قدر الضمان؛ إذ ليس من المعقول أن يرضى من هو كذلك أن يساويه في الربح من هو ليس مثله.

ثالثاً: أن الشريكين إذا تراضيا على زيادة الربح لأحدهما، فليس فيه ما يؤدي إلى تحريم ما أحله الشارع، ولا تحليل ما حرّمه، ولا يخالف مقصوده، ولا ينافي مقتضى الشركة، وغايتها من إنشائها، وعلى ذلك فمثل هذا الشرط صحيح.



المبحث الرابع

الخراج بالضمان في شركة المضاربة

نتناوله في تمهيد، ومطلبين:

التمهيد: التعريف بالمضاربة.

المطلب الأول: ضمان المال والعمل.

المطلب الثاني: خراج المال والعمل.

التمهيد التعريف بالمضاربة

أولاً: مدلولها اللغوي:

المضاربة: مفاعلة، وهي: مأخوذة من الضرب في الأرض - أي: ضربها بالأرجل - وهو: الذهب، والسير فيها للتجارة، ولطلب الرزق. قال الله تعالى: ﴿وَأَخْرَجُوا يَصْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠].

وهي: أن تعطي إنساناً من مالك ما يتجر فيه على أن يكون الربح بينكما، أو يكون له سهم معلوم من الربح.

يقال: ضارب فلان لفلان في ماله: إذا اتجر له فيه، وقارضه.

ويسمى العامل مضارباً. ومن الجائز أن يسمى كل واحد من رب المال، والعامل مضارباً؛ لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه.

وسميت بها؛ فإن العامل يضرب في الأرض للتجارة طلباً للربح في المال الذي دفع إليه، أو لأن كل واحد منهما يضرب في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال، والتقليب. وتسمى أيضاً قراضاً ومقارضة^(١).

فالقراض - بكسر القاف - مشتق من القرض، وهو: القطع، وسمي

(١) راجع: الأزهري: تهذيب اللغة (٢١/١٢)، مادة: (ضرب)، والأصفهاني: المفردات في غريب القرآن (ص ٢٩٥)، مادة: (ضرب)، والنسفي: طلبه الطلبة (ص ٣٠٠)، والزمخشري: أساس البلاغة (ص ٢٦٧)، مادة: (ضرب)، والمطرزي: المغرب (ص ٢٨١)، مادة: (ضرب)، والرافعي: فتح العزیز (٢/١٢) مع التكملة، والنووي: تحرير التنبيه (ص ٢٣٨)، وابن منظور: لسان العرب (٤/٥٦٦، ٥٦٩)، مادة: (ضرب).

بذلك؛ لأن صاحب المال قطع أو كأنه قطع للعامل قطعة وطائفة من ماله، وأعطاهما إياه مقارضة ليتجر ويتصرف فيها، أو قطعة من الربح.

وقيل: اشتقاقه من المقارضة وهي: المساواة، والموازنة، سمي به لتساويهما في قوام العقد بهما، فمن هذا المال، ومن هذا العمل لتساويهما في استحقاق الربح. وقيل: المقارضة: المجازاة، فرب المال ينفع المضارب بماله، والمضارب ينفع رب المال بعمله. ويسمى العامل: مقارضاً^(١).

وأشهر هذين اللفظين: القراض عند الحجازيين، والمضاربة عند العراقيين^(٢).

ثانياً: مدلولها الشرعي:

- ١ - عند الحنفية: «عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الجانبين، وعمل من الجانب الآخر»^(٣).
- ٢ - عند المالكية: «أن يدفع رجل مالاً لآخر ليتجر فيه، ويكون الفضل بينهما حسبما يتفقان عليه من النصف، أو الثلث، أو الربع، أو غير ذلك»^(٤).
- ٣ - عند الشافعية: «أن يدفع مالاً إلى غيره ليتجر فيه على أن يكون الربح بينهما»^(٥).
- ٤ - عند الحنابلة: «أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر فيه على أن ما حصل

(١) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٧١/٥، ٧٢)، مادة: (قرض)، والنسفي: طلبية الطلبة (ص ٣٠٠)، والزمخشري: أساس البلاغة (ص ٣٦٢)، مادة: (قرض)، والرافعي: فتح العزيز (٢/١٢)، والنووي: تحرير التنبية (ص ٢٣٨)، وابن منظور: لسان العرب (٣٥٨٩/٥)، مادة: (قرض).

(٢) راجع: الرافعي: المرجع السابق.

(٣) راجع: البغدادي: مجمع الضمانات (ص ٣٠٣).

(٤) راجع: ابن جزي: القوانين الفقهية (ص ٢٤٢، ٢٤٣).

(٥) راجع: الرافعي: المرجع السابق.

- من الربح بينهما حسب ما يشترطانه»^(١).
- ٥ - عند الظاهرية: «إعطاء المال لمن يتجر به بجزء مسمى من الربح»^(٢).
- ٦ - عند الزيدية: «دفع المال إلى الغير ليتجر فيه، والربح بينهما حسب الشرط»^(٣).
- ٧ - عند الإمامية: «أن يدفع الإنسان إلى غيره مالا ليعمل فيه بحصة معينة من ربحه»^(٤).
- ٨ - عند الإباضية: «أن يعطي الرجل لرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه من ربح المال»^(٥).

ملاحظات على هذه التعريفات مع الموازنة بينها:

- ١ - إنها متقاربة في المعنى، والمضمون.
- ٢ - إن جلها - ما عدا تعريف الحنفية - لم تنص على اعتبار المضاربة عقداً، بل اعتبرتها إما الدفع - كما في تعريف المالكية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية - وإما الإعطاء - كما في تعريف الظاهرية، والإباضية - وليس الأمر كذلك؛ لأن المضاربة عقد أو اسم للعقد يقتضي دفع المال، أو إعطاءه، لا نفس الدفع، أو الإعطاء؛ فإن العقد يحصل قبل ذلك، أو معه^(٦).

- (١) راجع: ابن قدامة: المغني (١٣٤/٥).
- (٢) التعريف مأخوذ من قول ابن حزم: «يعطون المال مضاربة لمن يتجر به بجزء مسمى من الربح». المحلى (٩٦/٧ م ١٣٦٧).
- (٣) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٧٩/٥)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٤٥).
- (٤) راجع: الحلبي: المختصر النافع (ص ١٤٦)، والشهيد الأول: اللمعة الدمشقية (٤/٣١٣).
- (٥) راجع: الشماخي: كتاب الإيضاح (٤/٦٠٥).
- (٦) راجع: قاضي زاده: نتائج الأفكار (٤١٤/٧)، وحاشيتي عميرة وقلبيوبي (٣/٥١)، والشربيني: مغني المحتاج (٣١/٢)، وحاشية البيجوري (٢/٢١)، وحاشية النفوسي على كتاب الإيضاح (٦/٤).

٣ - إن تعريف كل من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية لم يبين كيفية توزيع الربح بين رب المال والعامل، هل يكون جزءاً مشاعاً، أو محددًا بمقدار معين؟ مع أن المعروف في المضاربة كون نصيب كلٍّ منهما جزءاً مشاعاً بما يتفقان عليه من النصف، أو الثلث، أو الربع، أو غير ذلك، كما صرح به تعريف المالكية، وأشار إليه تعريف الظاهرية، والإباضية.

٤ - بعد هذا العرض يمكن القول: بأن تعريف المالكية يعتبر أحسن التعريفات لو أضفنا إليه «عقد يقتضي»، وقلنا: «عقد يقتضي أن يدفع رجل مالاً لآخر ليتجر فيه، ويكون الفضل بينهما حسبما يتفقان عليه من النصف، أو الثلث، أو الربع، أو غير ذلك».

بعد هذه الإیرادات، والملاحظات يمكن تعريف المضاربة بأنها: عقد بين اثنين يدفع أحدهما مالاً إلى آخر ليتجر به على أن يكون بينهما جزءاً مشاعاً، بما يتفقان عليه من النصف، أو الثلث، أو الربع، أو غير ذلك.

شرح التعريف:

قولنا: «عقد» جنس فيه يتناول العقود كلها. وقولنا: «بين اثنين يشير إلى المشاركة». وقولنا: «يدفع أحدهما مالاً إلى آخر ليتجر به» خرج به ما عدا شركة المضاربة. ولفظ: (أحدهما) يراد به رب المال. ولفظ: (آخر) يراد به العامل. وقولنا: «على أن يكون الربح بينهما جزءاً مشاعاً...» فيه إشارة إلى غاية المشاركة، كما أن فيه بيان كيفية توزيع الربح بين رب المال والعامل.

المطلب الأول

ضمان المال والعمل

إن الذي اتفقت عليه كلمة الفقهاء أن يد العامل على المال في شركة المضاربة يد أمين، والمال في يده أمانة؛ لأنه قبضه بإذن مالكة لا على وجه البذل والوثيقة، بل على وجه لا يختص بنفعه، فكان أميناً كالوكيل، والمودع. والأصل أن الأمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط. وعليه، فلا ضمان عليه

فيما ضاع وتلف من المال - ولو كله -، وفيما خسر فيه، إلا إذا تعدى، أو فرط، فيكون ضامناً له بالتعدي أو التفريط.

فالمال مضمون على رب المال، فيضمن ما يطرأ على المال من تلف وضياع، وخسران.

وعليه، فإذا وضع رأس المال، وخسر، أو تلف بعضه، وهلك منه شيء في يد العامل بلا تعد، أو تفريط، احتسبت الوضيعة، والخسارة، والتلف، والهلاك من الربح، إن كان المال قد ربح، إن لم يكن ربح أصلاً، أو كان، ولم يف بالوضيعة احتسبت من رأس المال، وتحملها رب المال وحده^(١).

وأما العمل فهو مضمون على صاحبه وهو العامل أو المضارب، ولا شيء له بمقابل عمله على رب المال، وذلك أن المال ليس بمضمون على العامل، فكذلك العمل ليس بمضمون على رب المال. فكما يتحمل رب المال تبعة الهلاك، والتلف، والضياع، والخسران، والوضيعة، كذلك يتحمل العامل في هذه الحالة خسارة ما ذهب من جهد بدنه، ونفقه^(٢).

- (١) راجع: متن القدوري (ص ٥٣، ٥٤)، والسرخسي: المبسوط (٢١/٢٠)، والمرغيناني: الهداية (٩/٥٥، ٥٦) مع البنائة، والموصلي: الاختيار (٣/٢٢٠)، والبغدادي: مجمع الضمانات (ص ٣٠٣) من كتب المذهب الحنفي، وابن الجلاب: التفريع (٢/١٩٤)، وابن رشد: المقدمات (٣/٨، ٣٦)، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٤٣)، والتاودي: حلى المعاصم (٢/٢١٧) من كتب المذهب المالكي، والشيرازي: المهذب (١٤/١٨٣)، والحصني: كفاية الأخيار (١/٣٠٣، ٣٠٤) من كتب المذهب الشافعي، وابن قدامة: المغني (٥/١٤٧، ١٤٨، ١٩٢)، والمقدسي: الشرح الكبير (٥/١١٩، ١٢٠، ١٧٤)، والبهوتي: كشاف القناع (٣/٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٧، ٥١٨، ٥٢٢، ٥٢٣) من كتب المذهب الحنبلي، وابن حزم: المحلى (٧/٩٨ م ١٣٧٣) من كتب المذهب الظاهري، وابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٨٧)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٤٦) من كتب المذهب الزيدي، والحلي: القواعد (٧/٥١٣، ٥١٤) مع مفتاح الكرامة، والشهيد الأول: اللمعة (٤/٢١٩) مع الروضة، ومحمد جواد: فقه الإمام جعفر (٤/١٥٧، ١٦٠، ١٦٨) من كتب المذهب الإمامي، والشماخي: كتاب الإيضاح (٤/٦)، وضياء الدين: كتاب النبيل (١٠/٣٠٨) من كتب المذهب الإباضي.
- (٢) راجع: ابن حزم: المرجع السابق، وابن قدامة: المرجع السابق (٥/١٤٨)، والبارتي: العناية (٥/٤٠٩) مع فتح القدير.

والدليل على ذلك: أن العامل إذا عمل في مال المضاربة، ولم يحصل الربح، لا يجب له على رب المال شيء، بخلاف الأجير في الإجارة، فإنه إذا عمل في التجارة، ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامناً للأجرة^(١).

فثبت أن المال في ضمان صاحبه، والعمل في ضمان صاحبه. وإذا كان كذلك، فلننظر فيما يكون لهما في مقابل ضمانهما من خراج المال، والعمل.

المطلب الثاني

خراج المال والعمل

فكما لا خلاف بين الفقهاء في أن كلاً من المال، والعمل مضمون على صاحبه - كما رأينا - كذلك لا خلاف بينهم في أن الربح الحاصل من التجارة في المال المدفوع إلى المضارب يكون بين رب المال والعامل جزءاً مشاعاً بما يتفان عليه من النصف، أو الثلث، أو الربع، أو غير ذلك^(٢). وهو مما

(١) راجع: البابرّي: العناية (٤٠٢/٥، ٤٠٣).

(٢) راجع: متن القدوري (ص ٥٢، ٥٣)، والسرخسي: المبسوط (٢٢/٢٢)، والمرغيناني: الهداية (٥٧/٩، ٥٩) مع البناية، والموصلي: المختار (٢٠/٣) من كتب الفقه الحنفي، وابن رشد: المقدمات (٨/٣، ٣٦)، وابن جزي: القوانين الفقهية (ص ٢٤٣)، وشرح الزرقاني (٢١٤/٦)، والتسولي، والتاودي: البهجة، وحلى المعاصم (٢١٧/٢) من كتب الفقه المالكي، والشيرازي: المهذب (٣٦٥/١٤) مع التكملة، والتنبيه (ص ٨١)، والغزالي: الوجيز (١٧/١٢)، والنووي: المنهاج (٢/٢١٣)، والحصني: كفاية الأخيار (٣٠٣/١) من كتب الفقه الشافعي، وابن قدامة: المغني (١٤٠/٥)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٣٣٠/٢)، والشيخ إبراهيم: منار السبيل (٤٠١/١)، من كتب الفقه الحنبلي، وابن حزم: المحلى (٩٦/٧، ٩٨ م ١٣٦٧، ١٣٧٢) من كتب الفقه الظاهري، وابن المرتضى: البحر الزخار (٨٧/٥)، والسياعي: الروض النضير (٣٤٧/٣) من كتب الفقه الزيدي، والحلي: المختصر النافع (ص ١٤٦)، والشهيد الأول: اللمعة (٢١١/٤) مع الروضة البهية، ومغنية: فقه الإمام جعفر (١٥٧/٤) من كتب الفقه الإمامي، والشماخي: كتاب الإيضاح (٥/٤)، (٦) من كتب الفقه الإباضي.

أجمع عليه أهل العلم. يقول ابن المنذر (ت ٣١٨هـ): «أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح، أو نصفه، أو ما يجمعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلوماً، جزءاً من أجزاء»^(١).

وهذا ما جاء عن علي بن أبي طالب (ت ٤٠هـ) رضي الله عنه؛ إذ قال: «الربح على ما اصطالحا عليه»^(٢).

وعن جابر بن زيد (ت ٩٣هـ)، والشعبي (ت ١١٠هـ)، وابن سيرين (ت ١١٠هـ)، والحسن البصري (ت ١١٠هـ)، وإبراهيم النخعي (ت ٩٦هـ) من التابعين أنهم قالوا: «الربح على ما اصطالحوا عليه»^(٣).

هذا، ويجدر بنا أن نشير إلى أن كون الربح لرب المال، والعامل هو بمقابل ضمانهما للمال والعمل، لا لكونهما صاحبي المال والعمل فقط. وذلك كما يقول البابرتي (ت ٧٨٦هـ):

«فإن المضارب إذا عمل ولم يحصل الربح، لا يجب على رب المال شيء بخلاف الإجارة؛ فإن الأجير إذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح، يكون المستأجر ضامناً للأجرة»^(٤). فلما لم يكن عمل المضارب مضموناً على رب المال، بل عليه هو، كان له جزء من الربح - حسب الاتفاق - بمقابل ضمان عمله. ولما كان عمل الأجير مضموناً على المستأجر، لا عليه هو، لم يكن له جزء من الربح بمقابل عمله.

ورب المال إذا دفع مالا إلى آخر ليتجر به، واشترط عليه ضمانه، لا يكون له جزء من الربح الحاصل من التجارة في المال بمقابل ماله؛ لأن ضمانه انتقل منه إلى من دفع إليه، فيكون له الربح كله بمقابل ضمانه له. وأما

(١) راجع: ابن المنذر: الإشراف (٣٩/٢)، ويراجع أيضاً: ابن قدامة: المغني (١٤٠/٥).

(٢) سبق تحريجه.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في: المصنف: البيوع: باب نفقة المضارب ووضيعة (٢٤٨/٨)،

(٢٤٩)، أثر: (١٥٠٨٩)، وابن أبي شيبة في: المصنف: البيوع والأقضية: باب من

قال: الربح على ما اصطالحا عليه، والوضعية على رأس المال (٢/٦)، أثر: (٣).

(٤) راجع: العناية (٤٠٢/٥، ٤٠٣).

إذا جعل الربح كله له، فلا بد من أن يكون المال مضموناً عليه، ليكون الغنم بالغرم، وذلك عن طريق تحوله من القراض إلى القرض. يقول ابن قدامة (ت ٥٦٢٠هـ):

«وإن قال: خذ هذا المال، فاتجر به، والربح كله لك، كان قرضاً، لا قرضاً»^(١). فلما جعل الربح كله للعامل - مع أن المال ليس بمضمون عليه - اعتبر المال قرضاً، لا قراضاً، ليكون الربح له بمقابل ضمانه للمال، وليكون الخراج بالضمان، والغنم بالغرم.

وقد بينه الفقه المالكي أكثر وضوحاً؛ إذ يقول الدردير (ت ١٢٢١هـ):

«وضمنه العامل - أي: يضمن مال القراض لربه لو تلف، أو ضاع بلا تفريط في اشتراط الربح له - أي: للعامل بأن قال ربه - أي: رب المال: اعمل فيه، والربح لك؛ لأنه حينئذ صار قرضاً، وانتقل من الأمانة إلى الذمة»^(٢).

هذا النص واضح الدلالة على أن جواز ضمان العامل للمال لربه يستوجب كون الربح كله له بمقابل ضمانه له، ليكون الغرم يقابله الغنم.

ومما يجب أن نلاحظه هنا هو: اتفاق الفقهاء كافة على كون الربح بين رب المال والعامل مشاعاً بحسب الاتفاق بينهما، دون مراعاة مقدار الضمان لكل منهما. وسبب ذلك:

أن الربح في المضاربة لا يمكن تقديره بالمال، والعمل، لكون أحدهما من غير جنس الآخر، كما أن العمل يكثر، ويقل، ويتفاضل، وبالتالي لا يمكن الوقوف على مقدار الربح، فهنا مسّت الحاجة إلى تقديره بالشرط والاتفاق بينهما، دون النظر إلى المال، وبالتالي دون المراعاة لقدر الضمان فيه. وعليه، فيكون الاتفاق بين رب المال والعامل أصلاً ومرجعاً يرجع إليه لتقدير الربح.

(١) راجع: المغني (١٤٤/٥).

(٢) راجع: الشرح الصغير (٣٣٨/٥) مع حاشية الصاوي.

المبحث الخامس

الخراج بالضمان في شركة المساقاة

بدايةً نعرّف المساقاة، ثم نبين شرعيتها، حيث اختلف أهل العلم في جوازها، وصحتها. ثم بعد ذلك نبدأ بدراسة ضمان الشجر والعمل، وخراجهما.

فتكون دراسة هذا المبحث على النحو التالي:

التمهيد: التعريف بالمساقاة وشرعيتها.

ضمان الشجر والعمل عليه.

خراج الشجر والعمل عليه.

التمهيد

التعريف بالمساقاة وشرعيتها

أولاً: معنى المساقاة في عُرف اللغة، والشرع:

١ - معناها في العُرف اللغوي:

المساقاة: مأخوذة من (السقي) - بفتح السين، وسكون القاف - دون بقية أعمالها - أي: اشتقاق المصدر المزيد من المصدر المجرد^(١)؛ لأنه جلّ أعمالها، وأنفعها، وأظهرها، وأكثرها مؤنة، وتعباً خاصة بالحجاز؛ لأن أهلها يسقون من الآبار^(٢).

وأصل السقي: (سقى) السين، والقاف، والحرف المعتل وهو: إشراب الشيء الماء، وما أشبهه^(٣).

ولفظة المساقاة: مفاعلة، وهي: مصدر ساقى يساقى مساقاة، وأصلها: مساقية^(٤).

وهي: أن يستعمل رجل رجلاً في نخيل، وكروم ليقوم بإصلاحها، على أن يكون له سهم معلوم مما تغله^(٥).

(١) راجع: حاشية العدوي على شرح الخرشي (٢٢٧/٦).

(٢) راجع: ابن رشد: المقدمات (٥٤٧/٢)، والرافعي: فتح العزيز (١٠٠/١٢) مع تكملة المجموع، وابن قدامة: المغني (٥٥٤/٥)، والقرافي: الذخيرة (٩٣/٦)، والشربيني: مغني المحتاج (٣٢٢/٢)، والشهيد الثاني: الروضة البهية (٣٠٩/٤).

(٣) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٨٤/٣)، مادة: (سقى).

(٤) راجع: القونوي: أنيس الفقهاء (ص ٢٧٤).

(٥) راجع: الزنجاني: تهذيب الصحاح (٩٩٤/٣)، مادة: (سقى)، والرازي: مختار

الصحاح (ص ٣٠٥)، مادة: (سقى).

وتسمى أيضاً: المعاملة، وهي: مفاعلة من العمل. واختص العامل باسم المعامل؛ لأن حقيقة العمل منه، مع أن المفاعلة تقتضي تسمية كل واحد من العاقدين به^(١).

ب - معناها في العُرف الشرعي:

اختلف العُرف الشرعي في بيان معناها بحسب اختلاف المذاهب:

- ١ - عند الحنفية: «عقد على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره»^(٢).
- ٢ - عند المالكية: «عقد على عمل مؤنة النبات بقدر، لا من غير غلته»^(٣).
- ٣ - عند الشافعية: «أن يعامل إنساناً على شجر ليتعهدا بالسقي، والتربية على أن ما رزقه الله تعالى من ثمر يكون بينهما»^(٤).
- ٤ - عند الحنابلة: «أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم من ثمره»^(٥).
- ٥ - عند الظاهرية: «أن يدفع المرء أشجاره أي شجر كان... لمن يحفرها، ويزيلها، ويسقيها... ويأبر النخل، ويزبر الدوالي، ويحرت ما احتاج إلى حرثه، ويحفظ حتى يتم... على سهم مسمى من ذلك الثمر، أو مما تحمله الأصول كنصف، أو ثلث، أو ربع، أو أكثر، أو أقل»^(٦).
- ٦ - عند الإمامية: «معاملة على الأصول بحصة من ثمرها»^(٧).

ملاحظات على هذه التعريفات مع الموازنة بينها:

- ١ - هذه التعريفات متقاربة المعنى والمضمون.

(١) راجع: النسفي: طلبة الطلبة (ص ٣٠٥).

(٢) راجع: قاضي زاده: نتائج الأفكار (٨/٤٠٠).

(٣) راجع: شرح الخرخشي (٦/٢٢٧)، وميارة الفاسي: الإلتقان (٢/١٠٨).

(٤) راجع: الجلال المحلي: شرح المنهاج (٣/٦٠) بهامش قلوبوي وعميرة.

(٥) راجع: ابن قدامة: المغني (٥/٥٥٤).

(٦) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٦٧ م ١٣٤٣).

(٧) راجع: الحلبي: المختصر النافع (ص ١٤٨)، والشهيد الأول: اللمعة الدمشقية (٤/٣٠٩).

- ٢ - ذكر بعضها أن المساقاة هي: المعاملة - كما في تعريفي الشافعية، والإمامية - أو الدفع - كما في تعريفي الحنابلة، والظاهرية - مع أنها عقد أو اسم للعقد الذي يقتضي المعاملة، أو الدفع، وبالتالي فهي ليست نفس المعاملة، أو الدفع؛ إذ العقد يتم قبل ذلك، أو معه.
- ٣ - أكثر هذه التعريفات لم تشمل الشجر غير المثمر مما يقصد ورقه، وورده؛ لأن لفظ: (الثمر) في تعريف الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية يفيد أن يكون الشجر مما يثمر؛ لأن الثمر لا يحصل إلا من الشجر المثمر.

بعد هذه الإيرادات يمكن أن نعرفها بأنها:

عقد بين اثنين يدفع أحدهما الشجر إلى من يقوم بسقيه، وعمل ما يحتاج إليه، على أن يكون النماء الحاصل منه بينهما جزءاً مشاعاً بنسبة يتفقان عليها.

شرح التعريف:

لفظ: (عقد) جنس - كما هو معروف - يشمل كافة العقود. وقولنا: «بين اثنين» فيه إشارة إلى المشاركة. وقولنا: «يدفع أحدهما الشجر إلى من يقوم بسقيه، وعمل ما يحتاج إليه» خرج به ما عدا المساقاة. ولفظ: (أحدهما) أريد به رب الشجر. ولفظ: (من) أريد به العامل. ولفظ: (الشجر) أريد به جنس الشجر أي شجر كان، سواء أكان مما يقصد ثمره، أم ورقه، أم ورده. وقولنا: (بسقيه، وعمل ما يحتاج إليه) فيه إشارة إلى ما يجب على العامل من الأعمال، كما فيه إشارة إلى ما اشتق منه لفظ: (المساقاة). ولفظ: (النماء) أريد به الثمر، وكل ما يقصد منه كالورق، والورد. ولفظ: (مشاعاً) يقصد به تقسيم النماء بينهما بالجزئية كالنصف، أو الثلث، أو الربع، أو غير ذلك.

ثانياً: شرعية المساقاة:

فقد ذهب أهل العلم من الصحابة، والتابعين، ومن بعدهم: كابن أبي

ليلي (ت ١٤٨هـ)، والأوزاعي (ت ١٥٧هـ)، وابن شريح^(١) (ت ١٥٨هـ)، وسفيان الثوري (ت ١٦١هـ)، وإسحاق بن راهويه (ت ٢٣٨هـ)، وابن خزيمة (ت ٣١١هـ) من فقهاء المحدثين، والإمام الليث (ت ١٧٥هـ)^(٢)، والإمام أبو يوسف (ت ١٨٣هـ)، والإمام محمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ)^(٣) صاحب الإمام أبي حنيفة (ت ١٥٠هـ)، والإمام مالك (ت ١٧٩هـ) وأصحابه^(٤)، والإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) وأصحابه^(٥)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) وأصحابه^(٦)، والإمام داود الظاهري (ت ٢٧٠هـ)^(٧)، والمؤيد بالله (ت ٤١١هـ)، والسياعي (ت ١٢٢١هـ) من الزيدية^(٨)، والإمامية^(٩) من أئمة المذاهب الفقهية، وأصحابهم إلى أن المساقاة مشروعة وجائزة.

- (١) هو: حيوة بن شريح، أبو زرعة المصري، الفقيه، أحد الأئمة الأعلام، مات سنة ١٥٨هـ. الحجوي: الفكر السامي (١/٤١٧).
- (٢) راجع: ابن المنذر: الإشراف (٢/٨٠)، والماوردي: الحاوي (٧/٣٥٧)، وابن حزم: المحلى (٧/٦٧ م ١٣٤٣)، والبغوي: شرح الستة (٨/٢٥٢)، وابن قدامة: المغني (٥/٥٥٦)، والنووي: شرح صحيح مسلم (١٠/٤٦٧، ٤٦٩)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٦٨)، والحصني: كفاية الأختيار (١/٣٠٦).
- (٣) راجع: متن القدوري (ص ٦٨)، والكاساني: بدائع الصنائع (٦/١٨٥)، والمرغيناني: الهداية (١٠/٦١٣، ٦١٤).
- (٤) راجع: ابن الجلاب: التفریح (٢/٢٠١)، والبايجي: المنتقى (٥/١١٨)، وابن رشد: المقدمات (٢/٥٤٨)، وابن جزي: القوانين الفقهية (ص ٢٤٠).
- (٥) راجع: الإمام الشافعي: الأم (٤/١١)، والماوردي: نفس المرجع السابق، والشيرازي (١٤/٣٩٩) مع التكملة، والقفال: حلية العلماء (٥/٣٦٤)، والبغوي: المرجع السابق، والنووي: المرجع السابق، والمنهاج (٢/٣٢٢).
- (٦) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق، وابن مفلح: الفروع (٤/٤٠٦، ٤٠٧)، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/٣٤٣)، وكشاف القناع (٣/٥٢٣).
- (٧) راجع: ابن حزم: المرجع السابق.
- (٨) راجع: ابن المرتضى: المرجع السابق، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٩، ٣٦٠).
- (٩) راجع: الحلبي: المختصر النافع (ص ١٤٨)، والشهيد الأول، والثاني: اللعة وشرحها (٤/٣٠٩)، ومغنية: فقه الإمام جعفر (٤/١٨٩).

وذهب الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)، وزفر (ت ١٥٨هـ)^(١)، والقاسمية^(٢)،
والإمام يحيى (ت ٧٤٩هـ) من الزيدية^(٣) إلى أنها غير مشروعة.
وروي عن الحسن البصري (ت ١١٠هـ)، وإبراهيم النخعي (ت ٩٦هـ)
كراهتها^(٤).

ضمان الشجر والعمل عليه

إن الدارس في الفقه الإسلامي، إذا تتبع كتب المذاهب الفقهية في باب
المساقاة يلحظ أن الفقهاء لم يتعرضوا صراحة لبيان ضمان الشجر، والعمل،
إلا أن بعض الفقهاء أشاروا - إما ضمناً، أو في حالة هلاك الثمر، وتلفه في
يد العامل، وادعاء المالك سرقة، أو خيانة، وفي حالة الاختلاف في دفع
الثمر إلى رب الشجر - إلى أن العامل أمين^(٥). والأصل أن الأمين لا يضمن
فيما تلف في يده إلا إذا تعدى، أو فرط في حفظه، فيضمنه بالتعدي، أو
التفريط.

وعليه، فإذا تلف الشجر، أو هلك دون تعدد من العامل، أو تفريط في
حفظه، لم يكن عليه شيء. يقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) ضمناً في باب
الشركة، أثناء بيان الوضعية فيها:

«وإن تلف الشجر، أو هلك شيء من الأرض بغرق، أو غيره لم يكن

(١) راجع: متن القُدوري (ص ٦٨)، والكاساني: بدائع الصنائع (٦/١٨٥)، والمرغيناني:
الهداية (١٠/٦١٣، ٦١٤) مع البناية.

(٢) هم: أتباع القاسم بن إبراهيم الرسي، المتوفى سنة ٤٤١هـ.

(٣) راجع: ابن المَرْتَضَى: البحر الزخار (٥/٩٨).

(٤) راجع: ابن حزم: المحلى (٧/٦٧ م ١٣٤٣)، والماوردي: الحاوي (٧/٣٥٧).

(٥) راجع: الحَصَكْفِي: الدر المختار (٦/٢٨٢، ٢٨٣) في باب المزارعة. ولكن المساقاة
كالمزارعة حكماً وخلافاً. في نفس المرجع (٦/٢٨٦)، وابن رشد: بداية المجتهد
(٢/٢٤٧)، وشرح الخُرَشِي (٦/٢٣٨، ٢٣٩)، والدردير: الشرح الكبير (٣/٥٤٦)،
وحاشية الدسوقي (٣/٥٥٠)، والغزالي: الوجيز (١٢/١٦٣)، وابن قدامة: المغني
(٥/٥٧٤).

على العامل شيء»^(١).

وأما العمل - وهو أحد جزئي رأس المال في المساقاة - فهو مضمون على العامل - كالعمل في المضاربة -؛ فإن المضارب إذا عمل، ولم يحصل الربح، لا يجب على رب المال شيء، كذلك العامل في المساقاة إذا عمل ولم يحصل النماء، لا يجب على رب الشجر شيء^(٢). وهذا يعني أن العمل مضمون على العامل. والدليل عليه:

أن الأجير في الإجارة إذا عمل في التجارة، ولم يحصل شيء من الربح، يكون المستأجر ضامناً للأجرة له. فالعمل في الإجارة إذن ليس بمضمون على صاحبه وهو الأجير، بل هو من ضمان من استأجره للعمل. ولذلك لا يستحق الأجير جزءاً من الربح إذا حصل بعمله، دون الأجرة المحددة.

هذا، وقد صرح الفقهاء بأن العامل يستحق جزءاً مشاعاً بحسب الاتفاق بمقابل العمل. فلو لم يكن هذا العمل مضموناً عليه لما استحقه؛ لأن الغنم لا بدّ من أن يكون بإزاء الغرم.

خراج الشجر والعمل عليه

اتفق الفقهاء القائلون بشرعية المساقاة على أن ما يخرج من الشجر من نماء يكون بين رب الشجر، وبين العامل جزءاً مشاعاً بنسبة يتفقان عليها كنصف، أو ثلث، أو ربع، أو غير ذلك^(٣).

(١) راجع: المغني (١٤٨/٥).

(٢) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (١٨٥/٦)، والمرغيناني: الهداية (٦٢١/١٠) مع البنائية، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٥٠٥/٢)، والحصكفي: الدر المنتقى (٢/٥٠٥)، والرافعي: فتح العزيز (١٦٢/١٢، ١٦٣)، وابن قدامة: المرجع السابق (٥/٥٧١).

(٣) راجع: الكاساني: المرجع السابق (١٨٧/٦)، والمرغيناني: المرجع السابق (١٠/٦١٤) مع البنائية، وابن رشد: المقدمات (٥٥٥/٢)، وابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٤٤١)، وشرح الخرشي (٢٢٨/٦)، والشيرازي: المهذب (٤٠٨/١٤)، =

هذا، وأن النماء يحصل من الشجر مع العمل فيه، وكل منهما مضمون على صاحبه؛ إذ إنهما لا يكونان غانمين، إذا لم يكونا غارمين. وبالتالي فيعتبر الخراج هنا بمقابل الضمان في الجملة.



= والغزالي: الوجيز (١٢١/١٢)، والرافعي: فتح العزيز (١٢١/١٢)، والنووي: المنهاج (٣٢٦/٢) مع مغني المحتاج، وابن قدامة: المغني (٥٥٨/٥)، وابن حزم: المحلى (٦٨/٧ م ١٣٤٣)، والحلي: المختصر النافع (ص ١٤٩).

المبحث السادس

الخراج بالضمان في شركة المزارعة

نبحث في هذا المبحث عن التعريف بالمزارعة، وشرعيتها، ثم عن ضمان الأرض، والعمل عليها، وبعد ذلك عن خراج الأرض والعمل عليها.

فستناول كل ذلك تباعاً:

التمهيد: التعريف بالمزارعة، وشرعيتها.

ضمان الأرض والعمل عليها.

خراج الأرض والعمل عليها.

التمهيد

التعريف بالمزراعة، وشرعيتها

أولاً: التعريف بالمزراعة لغةً، وشرعاً:

١ - مفهومها اللغوي:

المزراعة: مفاعلة^(١)، وهي مصدر: زارع يزارع مزارعة. وأصلها: (زرع) الزاء، والراء، والعين، يدل على تنمية الشيء، وإنباته. قال خليل (ت ١٧٠هـ): أصل الزرع: التنمية، ويقال: زرع الله الحرث: أنبته، وأنماه. وقال بعض أهل اللغة: هو طرح البذر في الأرض. وهو أيضاً: اسم لما نبت، أو ما استنبت بالبذر تسمية بالمصدر^(٢).

(١) صيغة المفاعلة شأنها ألا تكون إلا من اثنين بفعل كل واحد منهما لصاحبه، مثل ما يفعله الآخر به، نحو: المضاربة، والمناظرة، ومقتضاها ههنا: أن كل واحد منهما يزرع، وليس الأمر كذلك. راجع: القرافي: الذخيرة (٦/١٢٥).
أجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أن الفعل قد وجد هنا من اثنين؛ لأن المزارعة مفاعلة من الزرع، وهو: الإنبات لغة وشرعاً. والمتصور من العبد: التسبب في حصول النبات، وقد وجد من أحدهما بالعمل، ومن الآخر بالتمكين منه بإعطاء الآلات، والأسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة، إلا أنه اختص العامل بهذا الاسم في العرف كاسم الدابة لذوات الأربع. راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٦/١٥٧)، وابن عابدين: رد المحتار (٦/٢٧٤).

الثاني: أن المفاعلة قد تستعمل فيما لا يوجد الفعل إلا من واحد كالمداواة، والمعالجة، وإن كان الفعل لا يوجد إلا من الطيب، والمعالج. راجع: الكاساني: المرجع السابق، وابن عابدين: المرجع السابق، والقرافي: المرجع السابق (٦/٩٣).

(٢) راجع: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (٣/٥١)، مادة: (زرع)، والزنجاني: تهذيب =

وسميت المزارعة مخابرة من الخبرة: النصيب، وقيل: من الخبار: الأرض اللينة، وقيل: أصل المخابرة من خبير؛ لأن النبي أقرها في أيدي أهلها على النصف من محصولها، فقيل: خابروهم - أي: عاملهم في خبير^(١).

ب - مفهومها الشرعي:

- ١ - في الفقه الحنفي: «عقد على الزرع ببعض الخارج»^(٢).
- ٢ - في الفقه المالكي: «الشركة في الحرث»، أو: «الشركة في الزرع»^(٣).
- ٣ - في الفقه الشافعي: «المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها»^(٤).
- ٤ - في الفقه الحنبلي: «دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها، والزرع بينهما»^(٥).
- ٥ - في الفقه الظاهري: «أن يعطي أرضه لمن يزرعها ببذره، وحيوانه، وأعوانه، وآلته بجزء، ويكون لصاحب الأرض مما يخرج الله تعالى منها مسمى، إما نصف، أو ربع، أو نحو ذلك، أكثر، أو أقل»^(٦).
- ٦ - في الفقه الزيدي: «أن يعامل المالك غيره على أرضه ببعض ما يخرج منها»^(٧).

= الصحاح (٤٩١/٢)، مادة: (زرع)، وابن منظور: لسان العرب (١٨٢٦/٣)، مادة: (زرع)، والفيومي: المصباح المنير (ص٩٦)، مادة: (زرع)، والفيروزآبادي: القاموس المحيط (ص٩٣٦)، مادة: (زرع)، والقونوي: أنيس الفقهاء (ص٢٧٣).

- (١) راجع: ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر (١/٢٨٠).
- (٢) راجع: المرغيناني: الهداية (٥٧٢/١٠) مع البناية.
- (٣) راجع: ابن جزى: القوانين الفقهية (ص٢٤٠)، وميارة الفاسي: الإقتان والإحكام (١١٧/٢).
- (٤) راجع: الحصني: كفاية الأختيار (٣١٤/١).
- (٥) راجع: ابن قدامة: المغني (٥٨١/٥).
- (٦) التعريف أخذناه من كلام ابن حزم فيما يحل في زرع الأرض. المحلى (٧/٤٤م ١٣٢٩).
- (٧) راجع: السياغي: الروض النضير (٣/٣٥٢).

٧ - في الفقه الإمامي: «معاملة على الأرض بحصة من حاصلها»^(١).

إيرادات على هذه التعريفات:

١ - لفظ: (الشركة) في تعريف المالكية، ولفظ: (المعاملة) في تعريف

الشافعية، والزيدية، والإمامية، ولفظ: (دفع) في تعريف الحنابلة،

ولفظ: (الإعطاء) في تعريف الظاهرية ليس كل منها هو: المزارعة، بل

إنها عقد، أو اسم له. ومن مقتضاه: المعاملة، والدفع، والإعطاء؛ لأن

العقد يتم قبل ذلك، أو معه - وقد سبق التنبيه على ذلك أكثر من مرة.

٢ - تعريف الحنفية تعريف مبهم، حيث لم يذكر محل الزرع، كما لم يبين:

هل يكون البعض الخارج مشاعاً، أو غير ذلك.

٣ - تعريف المالكية الأول مبهم، حيث لم يبين كيفية الشركة في الحرث،

كما أنه لم ينص على غاية الشركة، فضلاً عن أن يشير إلى كيفية توزيع

ما يحصل من الزرع.

٤ - تعريف المالكية الثاني لم ينص على محل الشركة، كما أنه لم يبين كيفية

تقسيم الزرع.

٥ - ما أورده تعريفاً للمزارعة عند الظاهرية: أخذناه من كلام ابن حزم.

وفيه ذكر بعض الشروط وهي: (ببذره، وحيوانه، وأعوانه، وآلته).

وذكرها ليس من وظيفة التعريف؛ إذ إن وظيفته: الكشف عن ماهية

المعرف، وإظهار حقيقته. والشروط ليست من ماهيته، وحقيقته، بل هي

خارجة عنها.

بعد هذه الإيرادات، لا يسعنا إلا أن نحاول تعريف المزارعة بما يتفادى

تلك الإيرادات، فيمكن القول بأنها:

عقد بين اثنين يدفع بمقتضاه أحدهما الأرض لمن يزرعها ويعمل عليها،

على أن يكون الزرع الحاصل منها بينهما جزءاً مشاعاً بما يتفقان عليه.

(١) راجع: الحلبي: المختصر النافع (ص ١٤٨).

شرح التعريف:

لفظ: (عقد) جنس في التعريف، يشمل العقود كلها. وقولنا: «بين اثنين» فيه إشارة إلى أن المزارعة عقد من عقود المشاركة. وقولنا: «يدفع بمقتضاه أحدهما الأرض لمن يزرعها ويعمل عليها» خرج به ما عدا المزارعة. ولفظ: (أحدهما) أريد به رب الأرض، أو نائبه. ولفظ: (من) في (من يزرعها) هو العامل. ولفظة: (الأرض) أريد بها: الأرض البيضاء الخالية من الزراعة، والأرض المزروعة؛ لأن العمل تحتاج إليه الأرض في كلتا الحالتين. وقولنا: «على أن يكون الزرع بينهما جزءاً مشاعاً بما يتفقان عليه» فيه بيان غاية المشاركة، وهو حصول الزرع، كما أن فيه بيان كيفية توزيع الزرع بين رب الأرض أو نائبه وبين العامل بالجزئية كالنصف، أو الثلث، أو الربع، أو غير ذلك، قلّ، أو كثر.

ثانياً: شرعية المزارعة:

من المعلوم أن بيان أحكام أي عقد من العقود فرع من جواز العقد وصحته. ما دام الأمر كذلك، وقد وقع اختلاف بين أهل العلم في كون المزارعة مشروعة، لذا وجب بيان شرعيتها، حتى تتمكن من التفريق بين القائلين بجوازها وصحتها. وعند هؤلاء يكون المجال للبحث عن الخراج بالضمان في المزارعة - وبين القائلين بعدم جوازها وصحتها - . وعند هؤلاء لا مجال للبحث عن الخراج بالضمان في المزارعة، ما دامت هي غير مشروعة عندهم. هذا، ونكتفي بعرض الأقوال فقط - حسب العادة - دون التعرض للأدلة عليها؛ لأن هذا القدر هو يعيننا هنا، وحتى لا نبعد عن دائرة أصل الموضوع الذي نحن بصدد تحقيقه.

فقد ذهب جماهير أهل العلم من الصحابة، والتابعين، ومن بعدهم: كابن أبي ليلى (ت ١٤٨هـ)، والأوزاعي (ت ١٥٧هـ)، وسفيان الثوري (ت ١٦١هـ)، والليث بن سعد (ت ١٧٥هـ)^(١)، وأبي يوسف (ت ١٨٣هـ)،

(١) اكتفينا بالإشارة إلى الصحابة، والتابعين دون ذكر أسمائهم لكثرة عددهم. زاجع: عبد الرزاق: المصنف (٨/٩٦ - ١٠١)، وابن أبي شيبة: المصنف =

ومحمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ) صاحب أبي حنيفة (ت ١٥٠هـ)، وعلى قولهما: الفتوى^(١)، وابن القاسم (ت ١٩١هـ) - ببعض الشروط -، وعيسى بن دينار^(٢) (ت ٢١٢هـ) من المالكية^(٣)، والإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، وموافقيه من أصحابه وهم الأكثرون تبعاً للمساقاة، وابن سريج^(٤) (ت ٣٠٦هـ)، وابن خزيمة (ت ٣١١هـ)، وابن المنذر (ت ٣١٨هـ)، والخطابي (ت ٣٨٨هـ) من كبار الشافعية مطلقاً، وهو اختيار النووي (ت ٦٧٦هـ)^(٥)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) وأصحابه^(٦)، وابن حزم (ت ٤٥٦هـ)^(٧)، وأبي عبد الله الداعي (ت ٣٦٠هـ)^(٨)، والمؤيد بالله (ت ٤١١هـ) من الزيدية^(٩)، والإمامية^(١٠) إلى أن المزارعة مشروعة وجائزة.

= (٦/٢٤٤ - ٢٤٩)، وابن المنذر: الإشراف (٢/٢٧٢)، وابن حزم: المحلى (٧/٤٨ - ٥١ ١٣٢٩م)، والقفال: حلية العلماء (٥/٣٧٨)، والبغوي: شرح السنة (٨/٢٥٣)، وابن قدامة: المغني (٥/٥٨١، ٥٨٢)، وابن تيمية: مجموع الفتاوى (٣٠/٢٢٦)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٥٣).

(١) راجع: أبا يوسف: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص ٤٢)، ومتن القدوري (ص ٦٧)، والكاساني: بدائع الصنائع (٦/١٧٥)، والمرغيناني: الهداية (١٠/٥٧٢) مع البناء، والموصلي: المختار والاختيار (٣/٧٤، ٧٥).

(٢) هو: القرطبي فقيه الأندلس، وله كتاب «سماع»، مات سنة ٢١٢هـ. الحجوي: الفكر السامي (٢/٩٤).

(٣) تجوز عند ابن القاسم بشرطين: أحدهما: السلامة من كراء الأرض بما تنبت. الثاني: تكافؤ الشريكين فيما يخرجان، وأجازها عيسى بن دينار وإن لم يتكافئا. راجع: ابن جزى: القوانين الفقهية (ص ٢٤١).

(٤) هو: أحمد بن عمر بن سريج القاضي، أحد عظماء الشافعية، يقال له: الباز الأشهب، بلغت كتبه أربعمائة، توفي سنة ٣٠٦هـ. راجع: الحجوي: المرجع السابق (٢/١٢٧).

(٥) راجع: النووي: روضة الطالبين (٥/١٦٨)، وشرح صحيح مسلم (١٠/٤٦٩)، والحصني: كفاية الأخيار (١/٣١٤، ٣١٥).

(٦) راجع: ابن قدامة: المغني (٥/٥٨١)، والمقدسي: الشرح الكبير (٥/٥٨١)، وابن تيمية: مجموع الفتاوى (٣٠/٢٢٦).

(٧) راجع: المحلى (٧/٤٤، ٤٨ ١٣٢٩م).

(٨) هو: محمد بن الحسن بن القاسم (ت ٣٦٠هـ). راجع: مقدمة البحر الزخار (١/٢٢٩).

(٩) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٦٤)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٥٢).

(١٠) راجع: الحلبي: المختصر النافع (ص ١٤٨)، والشهيد الأول والثاني: اللعة والروضة =

وذهب الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)^(١)، والإمام مالك (ت ١٧٩هـ)^(٢)، والإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، وموافقه وهم الأكثرون - منفردة - وهو المذهب^(٣)، والقاسمية والهادوية^(٤)، وسائر أئمة العترة^(٥) من الزيدية^(٦) إلى أنها غير جائزة.

ضمان الأرض والعمل عليها

الناظر في بابي المساقاة والمزارعة في كتب المذاهب الفقهية يمكن أن يلاحظ أن أحكام إحداهما لا تختلف عن أحكام الأخرى في الجملة. وعليه، فضمان الأرض لا يختلف عن ضمان الشجر، لذلك نجد ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) يقول: «وإن تلف الشجر، أو هلك شيء من الأرض بغرق، أو غيره، لم يكن على العامل شيء»^(٧). وذلك؛ لأن رب الأرض قد ائتمنه بدفع الأرض إليه، فهو كالمضارب لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ. وأما العمل على الأرض فهو كالعمل على الشجر، وكالعمل في المال في المضاربة - أي: مضمون على العامل. يقول القدوري (ت ٤٢٨هـ): «فإن لم تخرج الأرض شيئاً، فلا شيء للعامل»^(٨)، وابن حزم (ت ٤٥٦هـ): «فإن لم يصب شيئاً، فلا شيء له، ولا شيء عليه»^(٩)، والسمناني (ت ٤٩٩هـ): «وإن لم

= البهية (٢٧٥/٤)، ومغنية: فقه الإمام جعفر (١٧٣/٤).

(١) راجع: أبا يوسف: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص ٤١)، ومتن القدوري (ص ٦٧)، والكاساني: بدائع الصنائع (١٧٥/٦)، والمرغيناني: الهداية (٥٧٢/١٠)، والموصلي: المختار والاختيار (٧٤/٣، ٧٥).

(٢) راجع: الموطأ (١٣٢/٥) بهامش المنتقى، والباجي: المنتقى (١٣٢/٥).

(٣) راجع: الأم (١٢/٤)، والغزالي: الوجيز (١٠٩/١٢)، والنووي: روضة الطالبين (٥/١٦٨)، وشرح صحيح مسلم (٤٦٩/١٠)، والحصني: كفاية الأخيار (٣١٤/١، ٣١٥).

(٤) لعلمهم: أتباع الهادي إلى الحق، يحيى بن الحسين المتوفى سنة ٢٩٨هـ. وقد سبقت ترجمته.

(٥) هم: القاسمية والناصرية. وقد سبق بيان ذلك.

(٦) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٦٤/٥)، والسياعي: الروض النضير (٣٥٢/٣).

(٧) راجع: المغني (١٤٨/٥).

(٨) راجع: القدوري: المرجع السابق.

(٩) راجع: المحلى (٤٤/٧) م ١٣٢٩.

يخرج في الأرض شيء، فلا شيء للعامل في المزارعة الصحيحة؛ لأنه شرط له جزءاً من الخارج، ولم يحصل، كما لا يكون للمضارب منهما إذا لم يربح^(١). فتبين أن الأرض ضمانها على صاحبها، فإذا هلك شيء منها بغرق، أو غير ذلك، هلك من رب الأرض - أي: من ماله، فلا شيء له على العامل. وأن العمل ضمانه من صاحبه، فإذا لم يخرج من الأرض شيء، فلا شيء للعامل على رب الأرض. فهما يشتركان في المغرم، كما يشتركان في المغنم.

خراج الأرض والعمل عليها

قد رأينا - فيما سبق - أن الأرض مضمونة على صاحبها، والعمل مضمون على صاحبه. هذا، وقد أطبق الفقهاء القائلون بشرعية المزارعة على كون الزرع الخارج من الأرض بين رب الأرض وبين العامل جزءاً مشاعاً بنسبة يتفقدان عليها كالنصف، أو الثلث، أو الربع، أو غير ذلك، قل، أو كثر^(٢). وعليه، فيكون الزرع بينهما بمقابل ضمانهما - أحدهما للأرض، والآخر للعمل - في الجملة؛ إذ لو لم يكن ضمانهما عليهما، لما استحق كل منهما الزرع.



(١) راجع: روضة القضاة (٢/٥٠٤، ٥٠٥).

(٢) راجع: مختصر الطحاوي (ص ١٣٣)، ومتن القدوري (ص ٦٧)، والمرغيناني: الهداية (١٠/٥٧٢، ٥٨٨، ٥٨٩، ٦١٩) مع البناية، وميارة الفاسي: الإبتقان والإحكام (٢/١١٧، ١١٨)، وحاشية الدسوقي (٣/٣٧٢، ٣٧٣)، والخطابي: معالم السنن (٣/٩٥)، والنووي: شرح صحيح مسلم (١٠/١٦٩، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩)، وروضة الطالبين (٥/١٦٨)، والحصني: كفاية الأخيار (١/٣١٤، ٣١٥)، والأنصاري: فتح الوهاب (١/٢٤٥)، وحاشية الشرقاوي (٢/٧٨)، وابن قدامة: المغني (٥/٥٨١، ٥٨٨)، والمقدسي: الشرح الكبير (٥/٥٨١، ٥٩١)، وابن تيمية: مجموع الفتاوى (٣٠/١٣٨)، وابن مفلح: الفروع (٤/٤١١)، وابن النجار: منتهى الإرادات (١/٤٧١)، والبهوتي: كشف القناع (٣/٥٤٢، ٥٧٣)، وابن حزم: المحلى (٧/٤٤ م ١٣٢٩)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٥/٦٤)، والسياعي: الروض النضير (٣/٣٥٢)، والشهيد الثاني: الروضة البهية (٤/٢٧٧)، ومغنية: فقه الإمام جعفر (٤/١٧٣).

الخاتمة

وهي تشمل على أمور تالية:

أحدها: الاستثناء من القاعدة.

ثانيها: خلاصة أهم نتائج البحث.

ثالثها: الفهارس.

الاستثناء من القاعدة

قد توصلنا - فيما سبق - في تحقيق المراد وتحديد به (الضمان) في القاعدة (الخراج بالضمان) إلى أن المراد منه هو: الضمان الناشئ عن السبب المشروع. وذلك من خلال تخصيص عمومه:

١ - بما ورد فيه نص القاعدة.

٢ - بنصوص عامة أخرى، منها:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

ب - قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(١).

ج - قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»^(٢).

٣ - بمقاصد الشريعة، منها:

أ - رفع الضرر.

ب - منع التعدي والعدوان، وإزالة أسبابه.

إذ لو لم يكن تخصيصه بها لأدى إلى مخالفته لتلك النصوص الشرعية العامة، ومقاصد الشريعة، ولترتب عليه أكل مال الغير بالباطل، وهو محرم بنص قطعي الدلالة، والثبوت.

هذا، بالإضافة إلى أن اللفظ العام إذا ورد في سبب خاص، هو محل نزاع بين العلماء - كما رأيناه -: هل الاعتبار بعموم اللفظ دون مراعاة محل السبب الذي ورد فيه اللفظ، أو الاعتبار بهما، مع مراعاة عمومه فيما عداه، فهو بهذا يبقى - فيما عدا ما ورد فيه - على عمومه.

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

وبناء على ذلك، فقد استثنى من (الضمان) في القاعدة: الضمان الناشئ عن السبب غير المشروع كالغصب.

الغصب

أولاً: التعريف به لغةً واصطلاحاً:

أ - معناه لغة:

الغصب: مصدر غصبه يغصبه - بكسر الصاد، من باب ضرب - غصباً: أخذه ظلماً وقهراً، فهو غاصب، والجمع غصاب، مثل: كافر وكفار، ويتعدى إلى مفعولين، فيقال: غصبته ماله، وقد تزايد (من) في المفعول الأول، فيقال: غصبت منه ماله، فهو مغصوب ماله، أو مغصوب منه ماله، وهو مالكة.

فالغصب: أخذ الشيء ظلماً وقهراً.

والشيء: مغصوب، وغصب تسمية بالمصدر؛ لأن الغصب قد يقع على المغصوب، فيجمع على غصوب^(١).

ب - معناه اصطلاحاً:

يختلف معناه بحسب اختلاف الاجتهاد الفقهي، وهو:

١ - في الفقه الحنفي: «أخذ مال متقوم محترم، بغير إذن المالك على وجه يزيل يده إن كان في يده، أو يقصر يده إن لم يكن في يده، على سبيل المجاهرة»^(٢).

٢ - في الفقه المالكي: «أخذ مال قهراً تعدياً، بلا حراية»^(٣).

(١) راجع: النسفي: طلبية الطلبة (ص ٢١٤)، والمطرزي: المغرب (ص ٣٤٠)، مادة: (غصب)، والنووي: التنبيه (ص ٢٣٤)، وابن منظور: لسان العرب (٥/٣٢٦٢)، مادة: (غصب)، والفيومي: المصباح المنير (ص ١٧٠)، مادة: (غصب).

(٢) راجع: ابن نجيم: البحر الرائق (٨/١٢٣)، وقاضي زاده: نتائج الأفكار (٨/٢٤٤).

(٣) راجع: الدردير: الشرح الصغير (٥/٥٠).

- ٣ - في الفقه الشافعي: «الاستيلاء على حق الغير عدواناً»^(١).
- ٤ - في الفقه الحنبلي: «استيلاء غير حربي عرفاً على حق غيره قهراً بغير حق»^(٢).
- ٥ - في الفقه الظاهري: «أخذ الشيء بغير حقه ظلماً»^(٣).
- ٦ - في الفقه الزيدي: «الاستيلاء على حق الغير عدواناً»^(٤).
- ٧ - في الفقه الإمامي: «الاستيلاء على حق الغير عدواناً»^(٥).
- ٨ - في الفقه الإباضي: «أخذ مال قهراً تعدياً، بلا حراة»^(٦).
- نكتفي بعرض هذه التعريفات، دون التعرض لما يرد عليها من ملاحظات.

ضمان المصوب

المصوب إما أن يكون قائماً بعينه في يد الغاصب، أو لا. والأول: يجب على الغاصب رده بعينه بالاتفاق. يقول ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ): «بغير خلاف نعلمه»^(٧).

والثاني: هو أن يكون تالفاً، إما أن يكون مما له مثل، أو لا. والأول: يكون الغاصب ضامناً له بمثله. والثاني: يكون ضامناً له بقيمته. هذا أيضاً موضع وفاق بين الفقهاء فيما ينقل ويحول. وأما ما لا ينقل ويحول كالعقار، إذا تلف بغيره، أو هدم، وما أشبه ذلك:

- (١) راجع: النووي: المنهاج (٢/٢٧٥) مع مغني المحتاج.
- (٢) راجع: البهوتي: شرح منتهى الإرادات (٢/٣٩٩)، وكشاف القناع (٤/٧٦).
- (٣) التعريف مأخوذ من كلام ابن حزم في المحلى (٦/٤٣٠).
- (٤) راجع: السياغي: الروض النضير (٤/٤٠١).
- (٥) راجع: الشهيد الثاني: الروضة البهية (٤/٦٠).
- (٦) راجع: ضياء الدين: كتاب النيل (١٣/٤٣٣).
- (٧) راجع: المغني (٥/٣٧٥).

فقد ذهب الإمام أبو حنيفة (ت ١٥٠هـ)، والإمام أبو يوسف (ت ١٨٣هـ)، والإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، والهادي (ت ٢٩٨هـ) من الزيدية، إلى أنه لا يضمن.

وذهب غيرهم: وهم جمهور الفقهاء إلى أنه يضمن بقيمته.
وأما إذا أتلفه: فقد اتفق الفقهاء كافة على أنه يضمنه بقيمته^(١).

خراج المغصوب

رأينا أن المغصوب من ضمان الغاصب بالاتفاق. فهل خراجه له بمقابل ضمانه له أخذاً بعموم الضمان في القاعدة - أي: سواء أكان ناشئاً عن سبب مشروع لملك، أم عن سبب غير مشروع كالغصب مثلاً - أو هو لمالك المغصوب؛ لأنه نماء ملكه، وتخصيصاً للخراج بالضمان الناشئ عن سبب مشروع؟

تحرير محل النزاع:

إن نماء المغصوب المتصل، والمنفصل المتولدين لملكه، يجب على الغاصب رده مع المغصوب في حال قيامه، وكذا في حال تلفه بالاتفاق إذا

(١) راجع: الطحاوي: مختصره (ص ١١٧، ١١٨)، ومتن القُدوري (ص ٦١)، والكاساني: بدائع الصنائع (٧/ ١٥٠، ١٥١)، والمرغيناني: الهداية، والبايرني: العناية (٨/ ٢٤٦، ٢٥١) مع التكملة، وابن رشد: المقدمات (٢/ ٤٩١)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢/ ٣١٢)، وابن جزري: القوانين الفقهية (ص ٢٨٢)، والدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٤٤٣)، والشيرازي: المهذب (١٤/ ٢٢٧، ٢٢٨)، والنووي: روضة الطالبين (٥/ ١٢ - ١٨)، والمنهاج (٢/ ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٨٠ - ٢٨٤) مع مغني المحتاج، والحصني: كفاية الأخيار (١/ ٢٩٦)، وابن قدامة: المغني (٥/ ٣٧٥ - ٣٧٩)، والمقدسي: الشرح الكبير (٥/ ٣٧٥)، وابن مفلح: الفروع (٤/ ٥٠٢، ٥٠٧)، والبهوتي: كشف القناع (٤/ ٧٦، ٧٧، ٧٨)، وابن حزم: المحلى (٦/ ٤٣٠ م ١٢٦٠)، وابن المرتضى: البحر الزخار (٥/ ١٧٤، ١٧٥)، وابن سعيد: الجامع للشرائع (ص ٣٤٦)، والشهيد الأول والثاني: اللمعة دمشقية والروضة البهية (٧/ ٣٦، ٤٠)، ومغنية: فقه الإمام جعفر (٥/ ٧، ١٦، ١٩)، وضياء الدين وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (١٣/ ٤٣٨).

كان المنفصل المتولد ولداً، وكذلك غيره عند جمهور الفقهاء، سوى قول لمتقدمي المالكية، وأما المتأخرون فهم مع الجمهور أنه للمالك.

وأما منافع المغصوب، وبدلها: فهذا هو موضع خلاف بين الفقهاء.

هذا بالإجمال. وأما بالتفصيل، فيمكن تقسيم زوائد المغصوب إلى قسمين: زوائد المغصوب مع بقاء العين وقيامها دون تصريفها، وتحويلها، وزوائد المغصوب مع تصريفها وتحويلها.

القسم الأول: زوائد المغصوب مع بقاء العين وقيامها دون تصريفها وتحويلها:

اختلف الفقهاء في هذا القسم على مذهبين:

المذهب الأول: زوائد المغصوب لمالكه:

ذهب إليه الحنفية - في حال بقاء العين وردّها فيما عدا المنافع وبدلها، وفي حال ثبوت ملك الغاصب للمغصوب بأداء الضمان فيما عدا المتصلة، والمنافع وبدلها كالكسب^(١)، - والمالكية - في الولد مطلقاً، وفي غيره على الراجح عند المتأخرين من أهل المذهب^(٢)، - والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)،

(١) راجع: متن القُدوري (ص ٦٢)، والكاساني: بدائع الصنائع (١٥٢/٧، ١٦٠)، والمرغيناني: الهداية (٢٣١/١٠، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٧٨، ٢٧٩) مع البناية للعين، والموصلي: المختار والاختيار (٦٠/٣، ٦٤)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٢/٤٥٩، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٧)، والحصكفي: الدر المختار، وابن عابدين: رد المحتار (٢٠١/٦، ٢٠٤).

(٢) راجع: سحنون: المدونة (٣٤٧/٥)، والقيرواني: الرسالة (ص ٢٣٣)، وابن رشد: المقدمات (٤٩٧/٢)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٣١٥/٢، ٣١٦)، وابن جزي: القوانين الفقهية (ص ٢٨٣)، وميارة الفاسي: الإتيقان والإحكام (٢/٢٥٥)، والدردير: الشرح الصغير (٧٠/٥، ٧١)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤٤٨/٣).

(٣) راجع: الشيرازي: المهذب (٢٤٨/١٤) مع تكملة المجموع، والقفال: حلية العلماء (٢٢٨/٥)، والنوي: روضة الطالبين (٥/٢٢٠).

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٣٨٣/٥، ٣٨٤، ٣٩٢ - ٤٠٠)، والمقدسي: الشرح =

والظاهرية^(١)، والزيدية - في الزوائد المتولدة، وهي الفوائد الأصلية عندهم، اتفاقاً، وفي الزوائد غير المتولدة - وهي الفوائد الفرعية عندهم - عند بعضهم^(٢)، - والإمامية^(٣)، والإباضية^(٤).

المذهب الثاني: أنها للغاصب:

ذهب إليه بعض التابعين^(٥)، والحنفية - في المنافع وبدلها، وهي الزيادة المنفصلة غير المتولدة - في حال بقاء العين وردّها، وفي الزيادة المتصلة المتولدة، والمنفصلة الغير المتولدة - في حال ثبوت الملك للغاصب للمغصوب بأداء الضمان^(٦)، - والمتقدمون من المالكية في قول - في المنفصلة المتولدة - غير الولد، - وغير المتولدة^(٧)، - وبعض الزيدية - في المنفصلة غير المتولدة^(٨) -.

ثم هؤلاء اختلفوا في: هل تطيب له، أو يتصدّق بها؟

- = الكبير (٥/٣٧٩، ٣٨٤، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٩، ٤٠٩)، والبهوتي: كشف القناع (٤/٨٧)، والقارني: مجلة الأحكام الشرعية (ص ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٩١م، ١٣٩٤، ١٣٩٥).
- (١) راجع: ابن حزم: المنحلى (٦/٤٣٠م ١٢٦٠).
- (٢) راجع: ابن المرتضى: البحر الزخار (٥/١٧٧، ١٧٨)، والسياعي: الروض النضير (٣/٤٠٤).
- (٣) راجع: الحلبي: الجامع للشرائع (ص ٤٦)، ومغنية: فقه الإمام جعفر (٥/٩١).
- (٤) راجع: ضياء الدين، وأطفيش: كتاب النيل وشرحه (١٣/٤٤١، ٤٤٢).
- (٥) راجع: ابن حزم: المرجع السابق (٦/٤٣١).
- (٦) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (٧/١٥٢، ١٦٠)، والمرغيناني: الهداية (١٠/٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٧٨، ٢٧٩) مع البناية للعيني، والموصلي: المختار والاختيار (٣/٦٠، ٦٤)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٢/٤٥٩، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٧)، والحصكفي: الدر المختار (٦/٢٠١، ٢٠٤)، وابن عابدين: رد المحتار (٦/٢٠١، ٢٠٤).
- (٧) راجع: ابن الجلاب: التفريع (٢/٢٧٦)، وابن رشد: المقدمات (٢/٤٩٧)، وابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٢/٣١٥، ٣١٦)، وابن جزري: القوانين الفقهية (ص ٢٨٣).
- (٨) راجع: المرجعين السابقين للمذهب.

سبب الخلاف:

١ - اختلاف الفقهاء في تعميم قوله: «الخراج بالضمان»، وقوله: «ليس لعرق ظالم حق».

فالحديث الأول خرج على سبب، وهو: في غلام وجد المشتري به عيباً، فخاصمه النبي ﷺ، فردّه على البائع، فأراد أن يرد المشتري غلته، فقال: «الخراج بالضمان».

وإذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه، أم يحمل على عمومته؟ فيه خلاف بين الفقهاء.

فمن قصره على سببه، قال: لا يكون الخراج إلا لمن يكون الضمان عليه في ملكه. وأما من عليه الضمان دون الملك كالغاصب فلا يكون له خراج المغصوب؛ لأنه ظالم، وليس لعرق ظالم حق.

ومن حمله على عمومته، قال: يكون الخراج لمن عليه الضمان مطلقاً، سواء أكان في ملكه، أم في ملك غيره، فالغاصب يكون له خراج المغصوب؛ لأنه من ضمانه.

وأما الحديث الثاني: فمن عممه؛ حيث جعله في الأصل والغلة، قال: يرد الغاصب الغلة كالأصل؛ لأنه ظالم، وليس لعرق ظالم حق مطلقاً.

ومن خصّصه حيث جعله في الأصل دون الغلة، قال: لا يرد الغاصب الغلة؛ لأنه خاص بالرقبة فقط^(١).

٢ - هل المنافع أموال متقومة بأنفسها، أو تتقوم بالعقد؟

الأدلة

أولاً: أدلة المذهب الأول: زوائد المغصوب لملكه:

احتج أصحابه بالقرآن، والسنة، وبالمعقول:

(١) راجع: ابن رشد: بداية المجتهد (٢/٣١٧).

أ - القرآن:

بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

ب - السنة:

١ - بحديث جابر الطويل فيه قوله ﷺ: «إن دماءكم، وأموالكم عليكم حرام»^(١).

وجه الدلالة من الآية، والحديث: لا يحل لأحد مال مسلم إلا بما أباح الله ﷻ على لسان رسوله في القرآن، أو السنة كالتجارة الجائزة، وغيرها مما هو منصوص، ولا شك أن المغصوب مال للمغصوب منه، وكل ما تولد من مال المرء فهو له، وعليه، فيكون للمغصوب منه وهو المالك، لا للغاصب بنص الآية والحديث؛ إذ كونه للغاصب يؤدي إلى أكل المال بالباطل، وأكل المال الحرام^(٢).

٢ - وبحديث سعيد بن زيد^(٣) عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من أحيا أرضاً ميتة، فهي له، وليس لعرق ظالم حق»^(٤).

وجه الدلالة: المغصوب مال للمغصوب منه وهو صاحبه. وكل ما يتولد من مال المرء فهو له؛ لأنه نماء ملكه، فيكون خراجه له؛ لأنه نماء ملكه، وأما الغاصب الذي صار إليه المال بغير حق عدواناً، فليس له خراجه؛ لأنه ظالم، وليس لعرق ظالم حق بنص الحديث.

ج - المعقول:

بوجهين:

- (١) تقدم تخريجه.
- (٢) راجع: ابن حزم: المحلى (٦/٤٢٩، ٤٣٠).
- (٣) هو: العدوي أبو الأعور، أحد العشرة، مات سنة ٥٠هـ أو بعدها. راجع: ابن حجر تقريب التهذيب (ص ٢٣٦).
- (٤) تقدم تخريجه.

- ١ - أن الزوائد نماء مال مغصوب، وهو ملك للمغصوب منه، فتكون له؛ لأنها نماء ملكه^(١).
- ٢ - «أنها زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه، فتكون مملوكة له أيضاً؛ لأنها تابعة للعين»^(٢).

ثانياً: أدلة المذهب الثاني: زوائد المغصوب للغاصب:

احتج أصحابه بالسنة، وبالمعقول:

أما السنة:

فبظاهر قول النبي ﷺ: «الغلة بالضمان» أو «الخراج بالضمان».

وجه الدلالة منه: أن الغاصب ضامن للمال المغصوب، فيكون نماءه له بمقابل ضمانه له، ليكون (الخراج بالضمان) أو (الغلة بالضمان).

ناقشه السياغي (ت ١٢٢١هـ) الزيدي بقوله:

«بأنه ورد في خراج الغلام المبتاع، لما أراد المشتري فسخه، بعد استعماله، لما تبين العيب. وقد قامت القرائن على قصر ظاهر العموم على سببه... ولقيام الأدلة القاطعة بتحريم أكل مال المسلم، فكذا ما يستفاد منه»^(٣).

وأما المعقول:

فبوجوه:

- ١ - أن المنافع ليست بأموال متقومة بأنفسها، وإنما تتقوم بالعقد، وأنه وجد من الغاصب فتكون له؛ لأنه هو السبب.

(١) راجع: الكاساني: بدائع الصنائع (١٦٠/٧)، والشيرازي: المهذب (١٤٨/١٤)،

وابن قدامة: المغني (٣٩٥/٥).

(٢) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق (٣٩٧/٥، ٣٩٨).

(٣) راجع: الروض النضير (٤٠٤/٣).

نوقش بوجهين:

أحدهما: أن المنافع ليست بأموال متقومة بأنفسها، فهي على أصل الحنفية، وأما عند جمهور الفقهاء فهي أموال، بل هي أعز الأموال؛ لأن الأشياء لا تقوم، ولا تكتسب ماليتها إلا بما فيها من المنافع، وأن المقصود من الذوات: منافعها، وأنها تملك بالعقود فدل ذلك على ماليتها.

الثاني: أن العقد ليس له تأثير في تقويم المنافع؛ لأنه لا يجعل لها قيمة، ولا يكسبها إياها، بل إنه مظهر، أو سبب يظهر به تقومها.

٢ - أن المغصوب مضمون لا شك فيه، وهو مملوك للغاصب من وقت الغصب عند أداء الضمان، فيكون نماؤه المتصل، والمنفصل غير المتولد له؛ لأنه نماء ما هو مضمون ومملوك^(١).

نوقش:

بأن القول: أنه مملوك للغاصب غير صحيح. يقول البابرني (ت ٧٨٦هـ) الحنفي مناقشاً إياه: «قال شمس الأئمة رحمهم الله في «المبسوط»: وهذا وهم؛ فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة، ولهذا لا يسلم له الولد، ولو كان الغصب هو السبب لكان، إذا تم الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة، والمنفصلة. ومع هذا في هذه العبارة بعض الشنعة، فالغصب عدوان محض، والملك حكم مشروع مرغوب فيه، فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه، ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سبباً له؛ فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به، ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع»^(٢).

القسم الثاني: زوائد المغصوب مع تصريف العين وتحويلها

كالدنانير، أو الدراهم يغصبها غاصب فيتجر بها، فيربح:

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين أيضاً:

(١) رجع: الكاساني: بدائع الصنائع (١٥٣/٧).

(٢) راجع: العناية (٢٧٢/٨).

المذهب الأول:

ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) في الجديد وهو الأصح^(٣)، وبعض الحنابلة - في أحد الاحتمالين فيما إذا اشترى الغاصب في ذمته، ثم نقد الثمن^(٤) - إلى أن الربح يكون للغاصب.

المذهب الثاني:

ذهب الإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ) في القديم^(٥)، والحنابلة^(٦) إلى أنه يكون للمالك.

سبب الخلاف:

سبب الخلاف هنا هو نفس الخلاف في القسم الأول.

الأدلة والمناقشة

أولاً: أدلة المذهب الأول: الربح للغاصب:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه: بما يأتي:

١ - «إن كل نماء حدث عن سبب كان ملك النماء لمالك السبب، وربح المال المفصوب ناتج عن الثقلب، والعمل دون المال، فاقضى أن يكون ملكاً لمن له العمل، دون من له المال»^(٧).

(١) راجع: الموصلي: المختار والاختيار (٦١/٣)، وداماد أفندي: مجمع الأنهر (٢/٤٥٩).

(٢) راجع: ابن رشد: المقدمات (٢/٤٩٧ - ٤٩٨)، ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (٣١٦/٢).

(٣) راجع: الشيرازي: المهذب (١٤/٢٤٨)، والقفال: حلية العلماء (٥/٢٢٨).

(٤) راجع: ابن قدامة: المغني (٥/٤١٦).

(٥) راجع: الشيرازي: المرجع السابق، والقفال: المرجع السابق.

(٦) راجع: ابن قدامة: المرجع السابق.

(٧) راجع: المطيعي: تكملة المجموع (١٤/٣٧٥).

نوقش بوجهين:

أحدهما: أن كون النماء ملكاً لمالك السبب لا بد من أن يكون السبب مشروعاً، وهو ليس كذلك هنا.

الثاني: أن ربح المال المغصوب ناتج عن التقلب والعمل. فالتقلب، والعمل وصف، لا يقوم بنفسه؛ إذ لا يوجد دون المال، فكيف يكون الوصف سبباً دون الذات؟

٢ - «أنه بدل ماله، فكان له»^(١).

نوقش:

بمنع أنه بدل ماله، بدليل نقده الثمن من الدنانير، والدراهم المغصوبة، كما لو اشترى بعين المال المغصوب. هذا إذا كان قد اشترى في ذمته، ثم نقد الثمن.

وأما إذا اشترى بعين المال المغصوب فلا شك أنه نماء مال من له المال، وهو المغصوب منه.

ثانياً: أدلة المذهب الثاني: الربح للمغصوب منه:

استدل أصحابه على ما ذهبوا إليه:

بأنه نماء ملكه، فصار كالثمرة، والولد، فكان له، كما لو اشترى بعين المال^(٢).

الراجع:

هو أن خراج المغصوب للمغصوب منه، لما يدل عليه من النصوص الكثيرة، منها ما سبق، ويضاف إلى ذلك:

١ - قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»^(٣).

(١) راجع: الشيرازي: المهذب (٢٤٨/١٤) مع تكملة المجموع.

(٢) راجع: الشيرازي: المرجع السابق، وابن قدامة: المغني (٤١٦/٥).

(٣) تقدم تخريجه.

٢ - قوله ﷺ - في حديث أبي حميد^(١) -: «لا يحل لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير حقه، ذلك لما حرم الله مال المسلم على المسلم»^(٢).

فهذان النصفان يدلان صراحة على تحريم أخذ مال المسلم، وأكله بغير حق، فكذا ما يستفاد منه؛ لأن كل ما يتولد من مملوك فهو مملوك لمالكة.

٣ - الغصب عدوان محض، والملك - أي: ملك الخراج - مشروع، فيجب أن يكون سببه مشروعاً، ولا يصلح، بل ولا يجوز أن يجعل العدوان المحض سبباً له.

٤ - الغصب عدوان لا شك فيه. فيجب أن يعاقب المعتدي جزاء لعدوانه، وذلك عن طريق إضاعة جهوده، ومنعه من الاستفادة بما غصبه من مال الغير بغير حقه، ليكون ذلك ردعاً لكل من يروق له الاعتداء على مال الغير دون حق.

بعد الانتهاء من عرض أدلة الفقهاء وفيما يتعلق بخراج المفصوب يجب أن نلاحظ: أن الحديث «الخراج بالضمان» وهو - نفس القاعدة - لم يتعرض الفقهاء له في معرض الاستدلال بالأدلة على خراج المفصوب لمن يكون؟ للمفصوب منه، وهو المالك - أو للغاصب - سوى بعض المتقدمين من المالكية فيما إذا كان متولداً عنه على غير خلقته، وهيئة كثر النخل، ولبن الماشية، وصوفها وما أشبه ذلك، وبعض الزيدية في الفوائد الفرعية فقط.

أما قول بعض متقدمي المالكية، واستدلّاهم بالحديث على كون غلة

(١) الساعدي، صحابي مشهور، اسمه المنذر بن سعد. راجع: ابن حجر: تقريب التهذيب (ص ٦٣٥).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في: مسنده (٤٢٥/٥)، وقال الهيثمي في مجموع الزوائد (٤/١٧١): «رواه أحمد، والبزار، ورجال الجميع رجال الصحيح». وتعبه الشيخ الألباني عليه بأن في سند أحمد عبد الرحمن بن سعيد، وهو ليس من رجال الصحيح، وإنما أخرج له البخاري في «الأدب المفرد»، وصححه. راجع: الإرواء (٢٨٠/٥).

المغصوب للغاصب بمقابل ضمانه له: فلم يقبله المتأخرون من أهل المذهب. يقول ميارة^(١) الفاسي (ت ١٠٧٢هـ):

«والقول وجوب ردّ الغلة مطلقاً رواه أشهب^(٢)، وابن زياد^(٣) عن مالك... وهو التحقيق عند المتأخرين من أهل المذهب. قالوا: لأن المقصود من الذوات إنما هو حصول منافعها، فلو لم يرد الغاصب الغلة، لما كان في القضاء عليه بالرد سوى فائدة الانتفاع بالمغصوب في المستقبل^(٤).
فعدم قبولهم لقولهم دليل على أن استدلالهم بالحديث في غير موضعه، لذلك لم نجد أحداً من المتأخرين استدلل بالحديث على كون الغلة للغاصب بمقابل ضمانه للمغصوب.

وأما استدلال بعض الزيدية بالحديث على كون الفوائد الفرعية للغاصب بمقابل ضمانه للمغصوب، فقد ردّ عليه العلامة الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) بقوله:
«فوائد العين المغصوبة تابعة لها، فكما يجب رد العين المغصوبة إلى المالك، كذلك يجب رد فوائدها إليه. ومن خالف في هذا فليس بيده رواية ولا دراية، وإنما الاستدلال بحديث: «الخراج بالضمان» فلا يخفك أنه وارد في عين مقبوضة بإذن الشرع، فكيف يصح إلحاق العين المغصوبة بها.
ومعلوم أن الغاصب ضامن على كل حال، فكيف يستحق عوضاً، وهو الخراج في مقابلة ضمانه. وبالجملة، فهذا من وضع الدليل في غير موضعه، وليس عمومته إلا بالنسبة إلى ما ورد فيه، لا بالنسبة إلى ما هو ضد لذلك^(٥).

-
- (١) هو: أبو عبد الله، محمد بن أحمد ميارة - فتح الميم، وتشديد المثناة تحت - الفاسي، فقيه متفنن، ألف كتاباً مفيدة كـ«شرحيه على المرشد المعين»، و«شرح التحفة»، توفي سنة ١٠٧٢هـ. راجع: الحجوي: الفكر السامي (٢/٢٧٩).
- (٢) هو: ابن عبد العزيز، القيسي، المصري، صاحب مالك. تقدمت ترجمته.
- (٣) هو: أبو الحسن، علي بن زياد التونسي، روى عن مالك، والليث، وطبقتهما، وسمع أسد بن الفرات، وسحنون، وعليه تعلم الفقه، ولم يكن في أفريقية مثله في زمانه، توفي سنة ١٨٣هـ. راجع: الحجوي: المرجع السابق (١/٤٤٣).
- (٤) راجع: الإلتقان والإحكام (٢/٢٥٥).
- (٥) راجع: السيل الجرار (٣/٣٥١ - ٣٥٢).

هذا، وقد صرح كثير من الفقهاء من المذاهب بأن الحديث وارد في غير الغصب.

بما تقدم أرجو أن أكون قد حققت أن القاعدة (الخراج بالضمان) لا يندرج تحتها الغصب، فهو يعتبر مستثنى منها، لذلك أدرجته تحت الاستثناء من القاعدة.



ثانياً: خلاصة أهم نتائج البحث

لا أريد أن أسجل هنا خلاصة ما اشتملت عليه الرسالة من موضوعات ومباحث، وما عالجتته من عناصر تتعلق بموضوعها، وذلك؛ لأنني سوف أبرز ذلك عند وضع الفهرس التفصيلي لموضوعات الرسالة. بل أريد هنا أن أسجل خلاصة أهم النتائج التي توصلت إليها في ثنايا الرسالة، حسب ورودها فيها:

١ - عندما درست مالية المنافع واعتبارها أموالاً في تمهيد الرسالة لاحظت اتجاهين للفقهاء فيها: فأوردت أدلة كل منهما، ودرستها، وناقشتها نقاشاً مبنياً على أسس علمية، حتى توصلت بعد البحث والتحقيق إلى أن المنافع أموال.

٢ - لما بحثت معنى الفقه في كتب اللغة، وغريب القرآن، وتفسيره، وغرائب الأحاديث وشروحها، وجدت رأيين: حيث ذهب أهل اللغة قاطبة، ومعظم المفسرين، وكافة شراح الأحاديث وأصحاب غرائبها إلى أن الفقه هو: الفهم أو اسم لمطلق الفهم، والعلم.

بينما ذهب بعض المفسرين إلى أنه:

أ - استعمال فطنة أو تدقيق نظر، فهو أخص من العلم والفهم.

ب - معرفة أو فهم غرض المتكلم من كلامه.

ج - التوصل إلى علم غائب بعلم شاهد، أو معرفة باطن الشيء والوصول إلى أعماقه، أو الفهم الدقيق.

ففي الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول بعد أن درست الأدلة وناقشتها نقاشاً علمياً وافياً - توصلت بعد الدراسة والتحقيق أن الفقه في القرآن العظيم هو: مطلق الفهم -

كما في اللغة وغريب الحديث، وشروحه - سواء أكان المفهوم واضحاً أم خفياً ودقيقاً، وسواء أكان غرض المتكلم من كلامه أم لا - إلا ما خصه العرف الشرعي.

٣ - أثناء التعريف بالقاعدة الفقهية في الفرع الثاني من المطلب السابق - وجدت الأصوليين والفقهاء اختلفوا في التعبير عنها بكونها كلية أو أكثرية، واعتبارها كذلك، أو أعم من أن تكون كلية أو أكثرية.

فبالبحث عن طبيعتها وحقيقتها والتحقيق فيها وكذلك عن كونها واعتبارها في الواقع عند الفقهاء، أو عند التطبيق العملي في الواقع - توصلت إلى أن القاعدة أو القواعد من حيث هي قاعدة أو قواعد تقتضي أن تكون أعم من أن تكون كلية أو أكثرية.

وكذلك من حيث هي في الواقع العملي عند الفقهاء أو عند التطبيق العملي في الواقع أعم من أن تكون كلية أو أغلبية.

٤ - بعد أن بحثت تعريفات الفقهاء والباحثين للقاعدة في مظانها وجمعتها منها ودرستها دراسة متأنية وافية ودقيقة - وجدت أنها أوردت عليها ملاحظات نالت منها نيلاً حرك جذورها، وأضعفت أساسها، فلم يكن أمامي إلا محاولة توصل إلى تعريف تتلافى فيه تلك الملاحظات.

فبعد إمعان النظر في التعريفات وفيما أوردت عليها من ملاحظات توصلت إلى أنها هي: حكم فقهي عام يتعرّف منه أحكام جزئيات موضوعه من أبواب مختلفة.

٥ - فرّق بعض الأصوليين والفقهاء بين الضابط وبين القاعدة، ولكنهم لم يعرفوا الضابط بهذا الاعتبار، لذلك توصلت إلى تعريف له بما يتميز به عن القاعدة، وهو: حكم فقهي عام يتعرف منه أحكام جزئيات موضوعه من باب واحد.

٦ - قد تراءى للبعض وحسب أن كل ما أدرج تحت عنوان «الأشباه والنظائر» هو من قبيل القواعد الفقهية أو من قبيل الفروق الفقهية، بل وقد وقع

ذلك فعلاً من بعض الفقهاء، لذلك تناولتهما بالبحث عن مراد ومدلول كل منهما، وبالدراسة والتحقيق. فاستبان بعد الدراسة والتحقيق أن الأشباه هي: القواعد والضوابط الفقهية. والنظائر هي: الفروق الفقهية وما يتلاءم معها من فنون متشابهة أخرى مثل الفرق والجمع وغير ذلك.

فقررت بعد التحقيق: أن الأشباه والنظائر ليس المراد بها القواعد الفقهية فحسب، ولا هي الفروق الفقهية فقط، بل إنهما تشمل هذا وذاك، وغيرهما من الفنون الأخرى التي تلتقي في جانب أو أكثر.

٧ - قد أشار مؤلفو كتب القواعد إلى أهميتها وخصائصها وفوائدها.

ففي المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الأول درست بعض أقوالهم التي وقفت عليها دراسة متأنية بإمعان وتحقق، وكذلك تعاريفهم للقاعدة، وفي ضوء الدراسة العميقة الوافية لها قد انتهت إلى أن القواعد الفقهية لها شأن عظيم، ورتبة سامية عالية في الفقه الإسلامي، وأن لها خصائص عديدة، وفوائد جمة عظيمة ذات اعتبار فقهي.

٨ - أثناء الدراسة لمهمة قواعد الفقه ووظيفتها التشريعية رأيت أن الفقهاء الأصوليين والباحثين اختلفوا في اعتبار ما عدا القواعد التي هي نصوص الكتاب أو السنة - أدلة.

ففي المطلب الثالث من المبحث الثاني من الفصل السابق تناولت القواعد من ناحية وظيفتها ومهمتها التشريعية بالدراسة والتحليل في ضوء التطبيقات العملية في الفروع الفقهية لدى الفقهاء، حيث قسمتها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: القواعد التي هي النصوص التشريعية العامة من الكتاب، أو السنة، أو المعبرة عن الإجماع:

فهي أدلة من الأدلة الشرعية دون خلاف؛ لأن الاستدلال بها استدلال بالنصوص نفسها أو بالإجماع.

القسم الثاني: القواعد المأخوذة من النصوص التشريعية من الكتاب، أو السنة، أو من الإجماع ودلالاتها العامة مباشرة:

هذا موضع خلاف. هل هي أدلة من الأدلة الشرعية. فبالبحث والتحقيق في التطبيقات العملية لها في الفروع الفقهية لدى الفقهاء، توصلت إلى أنها أيضاً تعتبر أدلة من الأدلة الشرعية؛ لأن الأدلة العقلية اعتبرت أدلة من الأدلة الشرعية مع أنها لا تعتبر كذلك شرعاً إلا إذا استندت إلى النقل وهو الكتاب والسنة. فكيف لا تكون القواعد كذلك، ولأن الفقهاء يوردون القواعد في معرض استدلالهم على المسائل الجزئية والفروع الفقهية، وذلك منهم دليل على اعتبارها أدلة يعتمد عليها.

القسم الثالث: القواعد المأخوذة من استقراء المسائل والفروع الفقهية:

هذا القسم محل خلاف بين الأصوليين الفقهاء والباحثين؛ إذ انقسموا في اعتبار مثل هذه القواعد أدلة إلى فريقين:

فريق: يرى أنها مجرد ضوابط يضبط بها المسائل الفقهية المتشابهة، وشواهد يستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة دون اعتبارها أدلة في حد ذاتها.

وفريق: يرى أنها يمكن الاعتماد عليها في تخريج حكم فقهي في حالة غياب دليل شرعي آخر.

فبعد البحث والنظر في التطبيقات العملية للقواعد عند الفقهاء في كتب الفروع الفقهية انتهت إلى أن رأي الفريق الأول مجرد رأي نظري ليس له أي نصيب وحظ في جانب التطبيق العملي في الواقع للقاعدة، ومقابل ذلك رأي الفريق الآخر هو رأي تطبيقي عملي، لذا توصلت إلى أن القواعد المأخوذة من استقراء المسائل والفروع الفقهية تصلح أن تكون أدلة، إلا أنها تكون مقيدة بثلاثة قيود:

- أ - ألا يكون هناك دليل شرعي آخر.
- ب - أن تكون سالمة عن المعارض لها.
- ج - أن تكون معتبرة ومسلمة عند المذاهب الاجتهادية الفقهية.

٩ - بعد جمع الآيات التشريعية العامة من القرآن الحكيم، والأحاديث الجامعة من جوامع كلم الرسول ﷺ، والآثار ذات الكلمات الموجزة العامة من الصحابة والتابعين، وعبارات الأئمة الأوائل ذات الدلالات العامة مع الإيجاز، ودراستها في المبحث الثالث من الفصل الأول من الباب الأول انتهت إلى:

أ - أن بداية التأصيل والتفعيد هي عصر الوحي والرسالة والتشريع، فالبذرة الأولية، واللبنة الأولى كانت في ذلك العصر.

ب - أن الآيات التشريعية العامة، والأحاديث العامة الجامعة هي مصادر أولية أصيلة لتفعيد القواعد الفقهية.

ج - أن فكرة التفعيد والتأصيل كانت متوغلة في أعماق الصحابة والتابعين ومن بعدهم من تابعي التابعين، والأئمة الأوائل.

د - أن الآيات الوجيزة ذات المعاني التشريعية العامة، والأحاديث المحيطة بجوامع الكلم، والآثار ذات الكلمة الوجيزة العامة الجامعة، وعبارات الأئمة الأوائل ذات الدلالات العامة مع إيجازها عند تعليل الأحكام والتدليل عليها - كانت سبباً أساسياً ودافعاً مهماً لاستنباط القواعد واستخراجها، وصياغتها، وجمعها وتدوينها.

١٠ - بعد أن تتبعت نصوص الفقهاء وعباراتهم بحثاً عن معنى الضمان، والمراد منه في قاعدة: (الخراج بالضمان) في الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الأول، ودرستها - انتهت إلى أن جُلّ الفقهاء استعملوا الضمان - فيما عدا باب الكفالة أو الضمان - بمعنى تحمّل التبعة والالتزام بتحمّلها، سواء أكانت تلك التبعة تبعة التلف والهلاك، أم تبعة النقص والعيب في عقود المعاملات.

١١ - لما رأيت اختلاف الفقهاء في معنى (الخراج) في الاستعمال الفقهي، وكانت قاعدة: (الخراج بالضمان) نص حديث نبوي شريف، بحثت معناه أولاً في كتب غريب الحديث وشروحه، ثم في كتب شروح القواعد الفقهية ثانياً، وفي الكتب الفقهية ثالثاً. وبعد الدراسة والتحقيق انتهت إلى أن

الخراج في الاستعمال الفقهي هو: كل ما خرج من الشيء وما حصل منه من نماء وزيادة، وغلة، وفائدة ومنفعة، فهو شامل للأعيان والمنافع.

١٢ - اختلف فقهاء المذاهب في المراد من (الضمان) في (الخراج بالضمان) هل هو الضمان الخاص - أي: ضمان الملك؛ لأنه نص حديث، والحديث ورد في الملك، أو هو الضمان العام - أي: سواء أكان ضمان الملك، أم غيره؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

لأجل التحقيق درست - إلى جانب النصوص الفقهية - النصوص من الكتاب والسنة، فحققت في ضوء دراستها أن الضمان في (الخراج بالضمان) هو الضمان الخاص - أي: الناشئ عن السبب المشروع كالملك مثلاً.

١٣ - وكذلك اختلف الفقهاء فيما يكون من الخراج بمقابل الضمان، فبعد دراسة الأدلة ونقاشها انتهت إلى أن كل ما يتناوله الخراج يكون بمقابل الضمان؛ إذ لا يوجد أن الشارع قد خصّه ببعض ما يتناوله دون البعض.

١٤ - أشار أحد اللغويين وهو: أبو هلال العسكري (ت ٣٩٥هـ) إلى الفرق بين النماء والزيادة؛ إذ قال: «.. إن قولك: نما الشيء: يفيد زيادة من نفسه، وقولك: زاد: لا يفيد ذلك».

فبعد تتبّع كتب اللغة بحثاً عن الفرق بينهما فيها، انتهت إلى أن أحداً من أصحاب المعاجم لم يشر إليه. هذا من جانب أهل اللغة.

وأما الفقهاء فقد توصلت - بعد تتبّع النصوص الفقهية في كتب المذاهب - إلى أنه مراعى عند بعضهم أحياناً دون أحيان، ودون بعضهم أحياناً أخرى.

١٥ - بعد الانتهاء من دراسة قاعدة: (الخراج بالضمان) درست قاعدة: (الغنم بالغرم) من ناحية معناها التفصيلي - أي: من حيث تفصيل مفرداتها، ومن ناحية معناها الإجمالي - أي: من حيث هي قاعدة في نصوص الفقهاء، حتى انتهت إلى أن قاعدة: (الغنم بالغرم) هي نفس قاعدة: (الخراج بالضمان) معنى ودلالة. لذلك قال الشيخ ولي الله الدهلوي (ت ١١٧٦هـ)؛

«ومن القواعد المبنية عليه كثير من الأحكام أن (الغنم بالغرم) وأصله: ما قضى النبي ﷺ أن «الخراج بالضمان».

١٦ - عند الحديث عن الأسباب لاحظت اختلاف الفقهاء في المراد بالقبض الناقل للضمان عند القائلين: بأنه لا ينتقل إلا به، وبتمام العقد الناقل للضمان عند القائلين: بأنه ينتقل به قبل القبض.

فبالبحث والدراسة توصلت إلى أن المقصود منهما هو: تمكن المشتري من قبض المعقود عليه. وتمكنه يحصل متى تم العقد صحيحاً - أي: بتمام العقد الصحيح؛ لأن الملك ينتقل به إليه شرعاً لوجوب العقد من قبل الشرع. ومقتضاه تمكن من انتقال الملك إليه من قبضه شرعاً؛ لأن الشارع أوجب انتقال الملك إليه. وعليه، فقد مكّنه من قبضه لعدم وجود مانع من جانبه يمنع من تمكنه منه، وكذلك توصلت إلى أن الاختلاف هنا اختلاف لفظي بين الفقهاء.

١٧ - انتشر بين الفقهاء القائلين: بأن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض، الاستدلال على ذلك بأحاديث النهي عن بيع الشيء قبل قبضه؛ إذ لم يأت دليل يدل نصاً على ذلك، غير أن صحة الاستدلال بها على ذلك مبنية على التلازم بين التصرف والضمان أو بين جواز التصرف وانتقال الضمان طرداً وعكساً.

فبعد أن درست ذلك في ضوء أقوال الفقهاء في بعض المسائل الفقهية انتهيت إلى أنه لا تلازم بينهما، كما ذهب إليه الفقهاء المحققون، وبالتالي الاستدلال بها على أن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض غير صحيح.

١٨ - اختلفت الاجتهادات الفقهية فيما ينتقل به الضمان: القبض أو تمام العقد اختلافاً شديداً، وهذا اختلاف له انعكاس على الموضوع كله. هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فهم اختلافهم يتوقف على فهم أمرين وهما: المراد بالقبض وبماذا يحصل، والمراد بتمام العقد. وهل بين التصرف والضمان أو جواز التصرف وانتقال الضمان تلازم طرداً وعكساً؟ لذلك أوجب اختلافهم دراسة هذين الأمرين أولاً.

فبعد دراستهما والتحقيق فيهما في ضوء أقوال الفقهاء المحققين قد توصلت إلى أن الضمان ينتقل بتمام العقد، وهذا يعني تمكّن المشتري من قبض المعقود عليه.

١٩ - بعد استقراء عقود المعاوضات، والشركات في الكتب الفقهية ذات الاتجاهات المختلفة وجدت أن أسباب استحقاق الخراج عند الفقهاء ثلاثة: المال، والعمل، والضمان. ولكن هل كل واحد منها سبب مستقل بنفسه لاستحقاق الخراج أو كل واحد من المال والعمل يحتاج إلى الضمان، والضمان يحتاج إلى كل واحد منهما لكي يكون سبباً لاستحقاق الخراج.

فبعد أن درست هذه الأسباب الثلاثة في ضوء الفروع الفقهية انتهيت إلى أن المال يصلح أن يكون سبباً مستقلاً بنفسه لاستحقاق الخراج - أي: سواء أكان مقترناً بضمان صاحبه، أم بضمان غيره بسبب التعدي.

وأما العمل فهو لا يكون سبباً مستقلاً بنفسه لاستحقاق الخراج، بل لا بد من أن يكون مقترناً بضمان صاحبه - أي: في ضمانه.

وأما الضمان فهو كذلك لا يكون سبباً مستقلاً بنفسه لاستحقاق الخراج، بل لا بد من أن يكون مقترناً بالمال أو العمل - أي: ناشئاً عن واحد منهما لكي يكون سبباً لاستحقاق الخراج.

٢٠ - أثناء مناقشة الأدلة في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثاني رأيت أن حديث حكيم بن حزام: «... إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه» مختلف فيه جرحاً وتعديلاً؛ لأن في سنده عبد الله بن عصمة. قال عنه ابن حزم (ت ٤٥٦هـ): إنه متروك.

فبالبحث عن عبد الله بن عصمة في كتب رجال الأحاديث وجدت أنه من رجال الصحيحين، وأن سبب جرحه: الاشتباه والالتباس بينه وبين عبد الله بن عصمة النصيبي وغيره ممن سمي عبد الله بن عصمة.

٢١ - لاحظت في المطلب الأول من المبحث الثاني أن اختلاف الفقهاء في انتقال الملك في البيع بخيار الشرط مبني على اختلافهم فيما شرع له خيار

الشرط، هل شرع لكي يمنع من لزوم البيع، أو من انتقال ملك المبيع؟
 حققت بعد بذل الجهود في دراسة ما شرع له في ضوء أقوال الفقهاء وما قصد له من وراء ذلك: أن خيار الشرط إنما شرع للاستدراك - أي: استدراك ما يترتب على انعقاد البيع وصحته من لزومه، فهو يمنع لزوم البيع فقط. وعدم لزومه لا يمنع الملك في عقود المعاوضات كما في بيع المعيب؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي التمليك.

٢٢ - أثناء الدراسة للموضوع لاحظت أن الخراج كما علل بالضمان، كذلك علل بالملك عند عامة الفقهاء. فهل كلاهما سواء؟

بيان ذلك: استوجب بيان مقتضى الملك، فإذا نظر أي باحث في الكتب الفقهية وجد أن مقتضى الملك أن يكون ضمانه من مالكة، كما له أن يتصرف فيه كيف يشاء، وهو يسمى بضمان الملك. هذا هو الأصل في الملك؛ لأن المال إذا كان في يد صاحبه وتصرف فيه فهلك أو تلف، يكون هلاكه وتلفه عليه وحده دون غيره سواء تملكه بالشراء أو غيره باتفاق الفقهاء.

فإذا كان الأمر كذلك فقد توصلت إلى أن تعليل الخراج بالملك عند الفقهاء يشمل تعليله بالضمان إذا كان الضمان ضمان الملك، فكلاهما سواء.

٢٣ - ذكرت تعريفات الفقهاء للعيب الموجب للخيار في تمهيد المبحث الخامس، وبعد أن درستها لاحظت أن أيّاً منها لم يخل من اعتراض؛ لأن منها ما هو غير جامع ومانع، ومنها ما هو جامع دون مانع، ومنها ما هو مانع دون جامع، وذلك لأنني لما تناولت الفروع التطبيقية في هذا الصدد عند الفقهاء بالدراسة لوجدت أن العيب المثبت للخيار سببه: إما النقص في القيمة، أو العين، أو الانتفاع، وإما فوات غرض المشتري مطلقاً عند بعضهم، أو غرضه الصحيح فقط عند بعضهم الآخر، ففي ضوء هذه العناصر تبين لي أن تعاريف الفقهاء لا تصلح أن تكون جامعة ومانعة، أو يمكن اعتبارها كذلك. لذلك توصلت إلى تعريف شمل هذه العناصر المقصودة التي يجب مراعاتها عند التعريف به، وهو: ما يخل بالمقصود من الشيء غالباً في العرف.

٢٤ - لما رأيت حديث: «الخراج بالضمان» مختلفاً فيه جرحاً وتعديلاً عند المحدثين والفقهاء، فقلت بتخريجه وجمع طرقه المختلفة مع نقل أقوالهم فيها، فاستبان - بعد أن بذلت أقصى الجهد في ذلك - أنه بمجموع طرقه المختلفة يرتقي إلى درجة الحسن، وهو حجة عند الفقهاء، فهو صالح للاحتجاج به، لا سيما وقد تلقاه العلماء بالقبول وعملوا به.

٢٥ - إذا فات المبيع المقبوض في البيع الفاسد يكون ضمانه بالمثل إن أمكن. هذا مما لا خلاف فيه. وأما إذا تعذر، فبماذا يكون ضمانه؛ بالقيمة، أو بالمسمى وبدله حسب الاتجاهين للفقهاء فيه.

فبعد دراسة الأدلة ونقاشها توصلت إلى أن ضمانه بالمسمى أو بدله هو الأولى والأقرب إلى العدل والإنصاف.

٢٦ - تعاريف الفقهاء والباحثين للإقالة في تمهيد المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني لم تسلم من ملاحظات، فتوصلت إلى تعريف تفادي منها، وهو: فسخ المتعاقدين أو من يقوم مقامهما حكم العقد القابل له بخيار برضاها.

٢٧ - وجّهت إلى تعريفات الفقهاء للقرض اعتراضات، لذلك توصلت إلى تعريف سلم منها وهو: عقد يفيد تملك مال بعوض عنه في الذمة للآخر على أن يرد بدله أو عينه إذا كان على صفته.

٢٨ - مع اتفاق المذاهب على أن القرض مضمون محض على المقرض. لم أقف - بعد تتبع الكتب الفقهية المختلفة على اختلاف اتجاهاتها - على مذهب تعرض لبيان أن خراج المال المقرض للمقرض بمقابل ضمانه له تطبيقاً لقاعدة: (الخراج بالضمان).

غير أنني بذلت الجهد المستمر الدؤوب في البحث عن تطبيقها في القرض حتى وقفت على تطبيقها فيه في تعامل الصحابة في أروع صورة وأوضحها، كذلك بعض النصوص الفقهية الدالة على ذلك، الواردة في باب المضاربة.

فبعد دراسة الأثرين، والنصوص الفقهية وتحليلها توصلت بعد التحقيق إلى أن كون ربح المال المقرض ونفعه للمقرض هو بمقابل ضمانه له. وهذا ليس إلا تطبيقاً لقاعدة: (الخراج بالضمان).

٢٩ - أوردت على تعريفات الفقهاء للشفعة ملاحظات، فعرفت بما تفادي ما ورد عليها من إيرادات، وهو: استحقاق شريك - ولو في الحقوق - تملك حصة شريكه ممن انتقل ملكها إليه بما ملكها.

٣٠ - لم تسلم تعاريف الفقهاء للإيداع والوديعة بالمعنى المصدري من اعتراضات. فما كان لي إلا تعريف الإيداع بما سلم منها، وهو: عقد يقتضي دفع ملك أو اختصاص من المالك أو نائبه إلى آخر لحفظه.

٣١ - أثناء البحث عن أقسام شركة العقود وأنواعها لاحظت انقسام الفقهاء في تقسيمها إلى فريقين:

فريق: حصرها في ثلاثة أنواع فقط، وهي شركة الأموال، وشركة الأعمال، وشركة الوجوه.

فريق آخر: حصرها في أربعة أنواع فقط، وهي: الثلاثة المتقدمة، والمضاربة.

وكذلك لاحظت بعد تتبع الكتب الفقهية للمذاهب أن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم لم يذكروا المساقاة، والمزارعة في أقسام شركة العقود وأنواعها على الإطلاق، وإن كان منهم من اعتبرهما من أقسامها، وعدّهما من أنواعها.

فلأجل التحقيق في كل ذلك بحثت عن الأسباب التي دعت الفقهاء إلى عدم ذكر المضاربة - هذا عند الفريق الأول - وكذلك المساقاة والمزارعة في أقسام شركة العقود وأنواعها، ودرستها دراسة علمية وافية، وناقشتها نقاشاً قائماً على أسس علمية سليمة، ثم أوردت بعض اقتباسات الفقهاء الذين عدوها من أنواع شركة العقود وإن لم يدرجوها فيها. وفي النهاية توصلت بعد التحقيق العلمي إلى توسيع أقسامها وأنواعها؛ فإن التوسيع والتوسع من

طبيعة التطور، ولأنه يتمشى مع ما يسلكه الاقتصاد الإسلامي ويسير عليه؛ إذ أنه عدّها من صيغ الاستثمار الجماعي، ومن جنس المشاركات، وعليه، فقد قسّمت شركة العقود على النحو التالي:

١ - شركة الأموال. ٢ - شركة الأعمال ٣ - شركة الوجوه. ٤ - شركة المضاربة. ٥ - شركة المساقاة. ٦ - شركة المزارعة.

٣٢ - لم تخل تعريفات الفقهاء لشركة الأعمال من ملاحظات، لذلك توصلت إلى تعريف لها بما تضمن خلوّها منها، هو: عقد يشترك بمقتضاه اثنان فأكثر في تقبّل الأعمال في ذمهم، أو تملك المباحات على أن يكون الكسب الحاصل بينهم بحسب الاتفاق، أو بنسبة العمل.

٣٣ - لم يسلم أي من تعاريف الفقهاء لشركة الوجوه من الإيرادات عليه، فتوصلت إلى تعريف خلا منها، وهو: عقد بين اثنين أو أكثر يشتركان فيما يشترئانه بوجوههما في ذمهما، ويبيعانه على أن ما يحصل من الربح يكون بينهما بنسبة ما يملكانه في المشتري، أو بما يتفقان عليه.

٣٤ - وردت على تعاريف الفقهاء لشركة المساقاة ملاحظات، فتوصلت إلى تعريف سلم منها، وهو: عقد على دفع إنسان أو نائبه الشجر إلى من يقوم بسقيه وعمل ما يحتاج إليه، على أن يكون الحاصل منه بينهما جزءاً مشاعاً بنسبة يتفقان عليها.

٣٥ - وكذلك توصلت إلى تعريف للمزارعة بعد إيراد الاعتراضات على تعاريف الفقهاء لها، وهو: عقد على دفع إنسان - أو من يقوم مقامه - الأرض لمن يزرعها ويقوم عليها على أن يكون الزرع بينهما جزءاً مشاعاً بما يتفقان عليه.



ثالثاً - الفهارس

الفهارس المختلفة

وهي تشمل:

- ١ - فهرس الآيات الكريمة.
- ٢ - فهرس الأحاديث والآثار.
- ٣ - فهرس الكلمات الاصطلاحية.
- ٤ - فهرس الأعلام.
- ٥ - فهرس المصادر والمراجع.
- ٦ - فهرس الموضوعات.

١ - فهرس الآيات الكريمة

الآية	رقم الآية	الصفحة
(سورة البقرة)		
﴿فَمَا رِيحَتْ يَمَنَّهُمْ﴾	١٦	٢٤٣
﴿سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا...﴾	٣٢	٤
﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ...﴾	١٢٧	٥٨
﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾	١٨٥	١٢٣ ، ١١٤
﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾	١٨٨	٣٤٣ ، ٢٧٤ ، ٣١
﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ...﴾	١٩٤	١٤٩ ، ١٢٠
﴿وَلَمْ يَكُنْ مِثْلَ الَّذِينَ عَلِمَ اللَّهُ بِالْمُؤْمِنِينَ﴾	٢٢٨	١٤٩ ، ١٢٠
﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾	٢٧٥	٤٢٧ ، ٤١٤
﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ...﴾	٢٧٥	٥٢١
﴿وَلَنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَعَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا...﴾	٢٨٣	٦٩٢ ، ٦٧٢
(سورة آل عمران)		
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ...﴾	١٠٢	٧
(سورة النساء)		
﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ...﴾	١	٧
﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ...﴾	٥	٣١
﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ مِمَّا نَبَتْغُوا...﴾	٢٤	٤٠
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾	٢٩	٤١٤ ، ٣٩٢ ، ٣١
		٥١٤ ، ٤٩٣ ، ٤٢٧
		٦٥٨ ، ٦٥٤ ، ٦٢٢
		٨٣١ ، ٨٢٤
﴿قَالَ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ...﴾	٧٨	٧١ ، ٧٠ ، ٦٧

الآية	رقم الآية	الصفحة
(سورة المائدة)		
﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	١	٢٨٧ ، ١٤٩
﴿وَالْجُرُوحَ فِصَاصٌ﴾	٤٥	١٤٩
(سورة الأنعام)		
﴿وَجَعَلْنَا عَلَىٰ قُلُوبِهِمُ أَكِنَّةً أَنْ يَفْقَهُوهُ...﴾	٢٥	٦٨
﴿أَنْظُرْ كَيْفَ نُصَرِّفُ الْآيَاتِ لَعَلَّهُمْ يَفْقَهُونَ﴾	٦٥	٦٧
﴿قَدْ فَصَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يُفْقَهُونَ﴾	٩٨	٧١ ، ٦٩ ، ٦٧
(سورة الأعراف)		
﴿وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لِجَهَنَّمَ كَثِيرًا مِّنَ الْجِنِّ...﴾	١٧٩	٧٠
(سورة التوبة)		
﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾	٩١	٦٤٥
﴿وَمِنَ الْأَعْرَابِ مَن يَتَّخِذُ مَا يُنْفِقُ مَغْرَمًا﴾	٩٨	٦٨٦
﴿تَلَوَّلَا نَفْرًا مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الَّذِينَ﴾	١٢٢	٦٨
(سورة هود)		
﴿قَالُوا يَسْتَعْجِبُ مَا تَفْعَلُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ﴾	٩١	٧٠ ، ٦٦
(سورة إبراهيم)		
﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾	٧	٦
﴿أَصْلَهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ﴾	٢٤	٩٤
﴿رَبَّنَا اغْفِرْ لِي وَلِوَالِدَيَّ...﴾	٤١	٥
(سورة النحل)		
﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ فَإِنِ اللَّهُ يُنَزِّلُ مِنْ الْقَوَاعِدِ﴾	٢٦	٥٨
(سورة الإسراء)		
﴿وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْنِيمَا كَمَا رَحِمْتَ رَبِّيَ صَغِيرًا﴾	٢٤	٥
﴿وَلَكِن لَّا نَفْقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ...﴾	٤٤	٧٠ ، ٦٦

الصفحة	رقم الآية	الآية
٦٨	٤٦	﴿وَجَمَلْنَا عَلَى قُلُوبِهِمْ أَكِنَّةً أَنْ يَفْقَهُوهُ...﴾ (سورة الكهف)
٦٨	٥٧	﴿إِنَّا جَمَلْنَا عَلَى قُلُوبِهِمْ أَكِنَّةً أَنْ يَفْقَهُوهُ...﴾
٤٨٥	٧٩	﴿فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا﴾
٢١٩	٩٤	﴿فَهَلْ يَجْمَلُ لَكَ خَيْرًا﴾ (سورة طه)
٦٧	٢٨ ، ٢٧	﴿وَأَحْمِلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي ﴿٧٧﴾ يَفْقَهُوا قَوْلِي ﴿٧٨﴾﴾ (سورة الحج)
١٢٣ ، ١١٤ ١٤٩ ، ١٣١	٧٨	﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (سورة المؤمنون)
٢١٨	٧٢	﴿أَمْ تَتْلُوهُمْ حَرَمًا فَمَخْرَاجَ رَبِّكَ خَيْرٌ﴾ (سورة الفرقان)
٦٨٥ ، ٦٨٤	٦٥	﴿إِنَّكَ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا﴾ (سورة النمل)
٦	١٩	﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ...﴾ (سورة الأحزاب)
٧	٧١ ، ٧٠	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾...﴾ (سورة الشورى)
١٢٠	٣٨	﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ يَنْتَهُم﴾
١٤٩ ، ١٢٠	٤٠	﴿وَحَزْرًا سِتْرًا سِتْرًا مَثَلًا﴾ (سورة الواقعة)
٦٨٥ ، ٦٨٤	٦٦	﴿إِنَّا لَمُعْرِمُونَ ﴿٦٦﴾﴾ (سورة نوح)
٥	٢٨	﴿رَبِّ اغْفِرْ لِي وَلِوَالِدَيَّ...﴾

الصفحة

رقم الآية

الآية

(سورة المزل)

٧٩٨

٢٠

﴿وَأَخْرَجُوا يَتْرُوبًا فِي الْأَرْضِ...﴾

٢ - فهرس الأحاديث والآثار

أطراف الأحاديث والآثار كما وردت في الرسالة
مرتبة على حروف الهجاء

الصفحة	الحديث/ الأثر
	حرف الألف
٦٣٠	ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما أديا المال وربحه...
٧٥	إذا أراد الله ﷻ بعبد خيراً فقهه في الدين...
٣٦٦، ٣٦٠	إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه...
٣٧٣، ٣٦٢، ٣٢١، ٣١٧	إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار...
٤٧٩، ٤٦٨، ٤٢٧، ٣٨٨، ٣٧٨	
١٥٢	إذا جاء القتل محي كل شيء
١٣٠	إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً...
٥٩	... إرادة أن تستوعب الناس الطواف بالبيت كله من وراء قواعد إبراهيم ﷺ
١٥٣	اعرف الأمثال، والأشباه ثم قس الأمور...
٣٧٥، ٣٦٥	ألا تراهم يتبايعون بالذهب والطعام مرجأ
٥٩	ألا - أو - أفلا تردها على قواعد إبراهيم
٥٩	ألا إن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم...
٥٩	ألم ترى أن قومك لما بنوا الكعبة اقتصروا عن قواعد إبراهيم
٢٢٦	الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن
٦٤٦	إن أبا بكر ﷺ قضى في ودعة.. «أن لا ضمان فيها»
٨٣١، ٣٤٣، ٢٧٤	إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام
٧٥	... أن رجلاً يأتونكم من أقطار الأرض يتفقهون في الدين
٣٦١	أن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تباع...
١٤٠، ١٣١، ١٢٤	إنما الأعمال بالنيات
٣٦٦، ٣٦٠	انهمم عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا

الصفحة	الحديث/ الأثر
١٢٤	إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم...
٢٢١	أن يمنح أحدكم أخاه خيراً له من أن يأخذ عليه خيراً معلوماً
	حرف الباء
١٤٩ ، ١١٤	البينة على المدعي واليمين على من أنكر
	حرف الجاء
١٥٣	جراحات العبيد في أثمانهم بقدر جراحات الأحرار في ديتهم
	حرف الخاء
٢١٣ ، ١٤٩ ، ١٢٣ ، ٢١٣ ،	الخراج بالضمآن
٨٣٠ ، ٥٥٠ ، ٤٩٧ ، ٣٦٣ ، ٢٤٥	
	حرف الذال
٧٠٩	ذلك شرب الربأ
٦٧٣	ذهب ححك
	حرف الراء
٧٦٦	الربح ما اصطلحوا عليه، والربح ما اصطلحوا عليه
٢٧٣	رد الداء بدائه، ولك الغلة بالضمآن
٦٧٣	الرهن بما فيه
٦٨٢	الرهن محلوب ومركوب
	حرف السين
٦٠	سئل النبي ﷺ عن سحائب مرت، فقال: «كيف ترون قواعدها...»
٥٩٣	الشفعة في كل شرك في أرض، أو ربع...
	حرف العين
٢٨٩	على اليد ما أخذت حتى تؤديه
	حرف الفاء
٥٢٠	... فأجاز العتق وأبطل الشرط
٧٢٦	فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كُلهها...
٧	فإن أصدق الحديث كتاب الله وأحسن الهدي هدي محمد...
٧١٩	فإن جاء أحد يخبرك بها وإلا فاستنفقها

الصفحة	الحديث/ الأثر
٧٢٧	فإن جاء باغيها فأدها إليه ...
٧٢٨	فإن جاء ربها فهو أحق بها وإلا فهي مال الله يؤتية من يشاء
٧٢٧ ، ٧١٩	فإن جاء صاحبها دفعت إليه وإلا عرفت ...
٧٢٠	فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإن لم يأت فهي لك
٧٢٠	فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها
٧٢٨ ، ٧٢٢	فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها
٧٢٨	فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه
٧٢٨	فإن جاء من يعرفها وإلا فهي كسبيل مالك
٧٢٦ ، ٧١٩	فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك
٧٤	... فذلك مثل من فقه في دين الله ...
٢٤٨	... فردها علي ونمائها
١٥٢	الفريضة لا تعول
٧٠٨	... فليحسب المرتهن ثمرتها من رأس المال
٦٠	... فعند ذلك رفعوا القواعد من البيت ...
٧٤	... فقالوا: أولوها له حتى يفقهها ...
٢٧٤	... ففضى له بالعبد وبغلته ...
٧٦	فيتعلمون الفقه والعلم ...
	حرف القاف
٢٧٣	قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان
	حرف الكاف
٢٢٢	كان لأبي بكر غلام يخرج له الخراج
١٥٤	كل بيع فيه شرط فالشرط باطل إلا العتاق
٤٠٣ ، ٤٠٠	كل بيعين فلا بيع بينهما حتى يتفرقا
١٥٤	كل شرط في بيع فالبيع يهدمه
١٤٩ ، ١٢١	كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل
١٤٩ ، ١٢١	كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد
١٢١	كل مسكر حرام
١٢١ ، ٣١	كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه
٣٢٨	كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهاننا ...

الصفحة

الحديث/ الأثر

حرف اللام

٣٧٥	لا أحسب كل شيء إلا مثله
٢٢٦	لا، بل عارية مضمونة
٥٢٠	لا تتبعوا الدينار بالدينارين
١٥٢	لا تجوز الصدقة حتى تقبض
٧٢٠	لا تحل اللقطة، فمن التقط شيئاً فليعرف سنة
١٥٢	لا ترد الحرة من عيب
١٤٩، ١٣١، ١١٣	لا ضرر ولا ضرار
٢٢٧	لا ضمان على مؤتمن
٧٤	... لا نفقه ما يقول حتى دنا رسول الله ﷺ ...
٦٣٢	... لا، ولكنه سلف، فإني أخشى عليه الضيعة
٧٥	لا يبيع في سوقنا إلا من تفقه في الدين
٦٠	لم يترك استلامهما إلا أنهما على قواعد البيت ...
٢١٦	لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن ...
٨٣٦	لا يحل لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير حقه ...
٣١، ٢٦٠، ٢٧٢، ٢٧٥، ٣٤٣	لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه
٣٩٢، ٤٩٣، ٥١٤، ٦٥٥، ٦٥٨	
٧١٩، ٧٢١، ٧٢٤، ٨٢٤، ٨٣٥	
٢١٧، ٢٧٧، ٦٧٠، ٧٠٨	لا يخلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ...
٦٣٠	لو نقص المال أو هلك لضمناه
٦٤٦، ٦٤٣	ليس على المؤتمن ضمان
٢٧٥، ٣٤٣، ٦٥٨، ٨٢٤، ٨٣١	ليس لعرق ظالم حق

حرف الميم

١٤٩	ما أسكر كثيره فقليله حرام
٧٠٨	... ما أصبت من ظهرها فهو ربا
٤٠٢	المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا
١٣١	ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن
٦٣٠	مرحباً بابن أخي .. وادفعا إلى عمر ﷺ .. رأس المال واصلنا ...

الصفحة	الحديث/ الأثر
١٥٠ ، ١٥٤ ، ٢٨٧	المسلمون أو المؤمنون على شروطهم...
٧٦٥ ، ٧٨٦ ، ٧٩٣	
٣٦٣ ، ٣٢٨ ، ٣١٨	مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من المبتاع
١٥٤ ، ١٥٢ ، ١٢٢	مقاطع الحقوق عند الشروط
٣٧٥ ، ٣٦٣ ، ٣٥٩ ، ٣١٦	من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه
٧٧١	من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع
٥٧١	من أدرك ماله بعينه عند إنسان قد أفلس...
٦٤٥	من أودع وديعة فلا ضمان عليه
٤٠٢	من باع عبداً وله مال...
٤٠٢	من باع نخلاً قد أبرت...
٢٢٦	من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن
١٥٣	من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه
١٥٤ ، ١٢٢	من ضمن مالاً فله ربحه
١٢٢	من قاسم الربح فلا ضمان عليه
٣١	من قتل دون ماله فهو شهيد
٦	من لا يشكر الناس لا يشكر الله
٧٥	من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين
٢٢٦	من يضمن لي ما بين لحييه وما بين رجله...
	حرف النون
٧٦٢ ، ٢١٦	نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن
	نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان... إذا كانت لأحد أرض أن يعطيها ببعض
٢٢١	خراجها...
٣١٦ ، ٢٢٥ ، ٢١٦	نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض، وبيع ما لم يضمن
	حرف الواو
١٥٠	وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم
٧٦	ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه
٢٢١	... وما ولي إمارة قط ولا جباية خراج

الصفحة

الحديث/ الأثر

حرف الياء

١٥٢

يحرم من الإماء ما يحرم من الحرائر...

٣٧١

... يداً بيد...

٢٧٣ ، ٢٤٨

... يرد الغلة

٧٠٩

... يغرم لصاحب الجارية قيمة إرضاع اللبن

٣ - فهرس الكلمات الاصطلاحية

مرتبة حسب ترتيب حروف الهجاء

الصفحة	الكلمة	الصفحة	الكلمة
٣٩٥	خيار الشرط	٧٩	الإباحة
٤٨٥	خيار العيب	٥٩٨ ، ٥٩٧	الإجارة
٥١	الدين	٧٠٥ ، ٧٠٤ ، (هـ) ٥٨٥	الاستحسان
٤٤٩	الرؤية	١٤٦	الاستقراء
٢٤٣	الريح	(هـ) ٥٠٤	إسناد جيد (عند المحدثين)
(هـ) ١٧٦	الرسالة	١٠١ - ٩٩	الأشياء
٦٦٢ ، ٦٦١	الرهن	٩٣	الأصل
٢٣٣	الزيادة	٥٥٧	الإفلاس
(هـ) ٣٥٢	السلم	٥٤٣ ، ٥٤١	الإقالة
٧٧٧	شركة الأعمال (الأبدان)	٦٣٨ ، ٦٣٧	الإيداع
٧٥٠	شركة الأموال	٥١٨	الباطل
٧٣٥	شركة العقد	٣٥١ ، ٣٤٨	البيع
٧٥١	شركة العنان	(هـ) ٤٩١	التخريج
٨١٨ - ٨١٧	شركة المزرعة	(هـ) ٥٠٥	التدليس (عند المحدثين)
٨٠٩	شركة المساقاة	(هـ) ٦٤٢	التعدي
٨٠٠ - ٧٩٩	شركة المضاربة	(هـ) ٦٤٢	التفريط
٧٥٥ - ٧٥٤	شركة المفاوضة	(هـ) ٦٤٢	التقصير
٧٨٩	شركة الوجوه	(هـ) ٣٠٣	الجزاف
٥٨١	الشفعة	٧٩	الحظر
(هـ) ٣٥٢	الصرف	٢٤٧ ، ٢١٧	الخراج
٩٨	الضابط	٣٩٤	الخيار
٢٢٨ ، ٢٢٧	الضمان	٤٤٩	خيار الرؤية

الصفحة	الكلمة	الصفحة	الكلمة
٧١٤ ، ٧١٣	اللقطه	٣٢٠ (هـ)	الطرد
٣٤ ، ٣٢	المال	٣١٠ (هـ)	ظاهر الرواية
٤٣	المتقوم	٤٥٢ (هـ)	العترة
٤٨ ، ٤٧	المثلي	٤٦ - ٤٥	العقار
(هـ) ١٧٦	المجلة	٢٨٥	العقد
(هـ) ٦٧٩	المدرج (عند المحدثين)	٣٢٠ (هـ)	العكس
(هـ) ٣٥٢	المراطلة	٢٧ (هـ)	العمرى
(هـ) ٥٠٦	المرجئة	٤٨٥	العيب
(هـ) ٦٧٦	المرسل (عند المحدثين)	٥١	العين
(هـ) ٣٤٨	المشترك	٢٧٩	الغرم
٢٧ - ٢٥	المعاملة	٥٠٥ (هـ)	الغريب (عند المحدثين)
(هـ) ٢٨٨	المعنى الحقيقي والمجازي	٨٢٦ - ٨٢٥	الغصب
٥٥٨ - ٥٥٧	المفلس	٢٤٠ - ٢٣٩	الغلة
٦٤١	الملك	٢٧٧	الغنم
٢٤٠ ، ٣٤	المنفعة، المنافع	٤٣	غير المتقوم
٤٦	المنقول	٤٦ - ٤٥	غير المنقول (العقار)
(هـ) ٧٩	الندب	٢٣٩ - ٢٣٨	الفائدة
١٠١ - ٩٩	النظائر والنظير	٥١٧	الفاسد
١٠٤ - ١٠٣	النظرية	٧٩ - ٧٨	الفقه
٢٣٧ ، ٢٣١	النماء	٦٣ ، ٦٢	القاعدة، والقاعدة الفقهية
٧٩	الوجوب	٩١ ، ٨٣ ، ٨٠	القانون
٦٣٨ - ٦٣٧	الوديعة	٩٧ ، ٩٦	القبض
(هـ) ٧٦١	الوضعية	٩٦ ، ٩٥	القرض
٢٨٩	اليد (وضع اليد)	٦١٥	القيمي
٢٩١	اليد غير المؤتمنة	٥٠	الكرامة
٢٩٢	اليد المؤتمنة	٧٩	الكفالة
		(هـ) ٢٢٨ ، ٢٢٧	

٤ - فهرس الأعلام

الاسم	الصفحة
حرف الألف	
الأمدي: أبو الحسن، علي بن أبي علي، الأصول (ت ٦٣١هـ):	٦٩٥ - ٦٩٦
الأياني: محمد زيد، شارح مرشد الحيران (ت ١٣٥٤هـ):	٢٩٦
أبي بن كعب بن قيس الأنصاري، الصحابي (ت ١٩ أو ٣٢هـ):	٧٢٠
ابن الأثير: أبو السعادات، المبارك بن محمد (ت ٦٠٦هـ):	٣٠
أحمد بن حنبل، أبو عبد الله، صاحب المذهب الحنبلي (ت ٢٤١هـ):	١٥٦ - ١٥٥
أحمد بن عبد الله بن محمد بشير (ت ١٣٥٩هـ):	٢٠٤
الأخفش: أبو الحسن، سعيد بن مسعدة (ت ٢١٥هـ):	٢٢٠
الأزدي: أبو الفتح، محمد بن الحسين الحافظ (ت ٣٧٤هـ):	٥٠٠
الأزهري: أبو منصور، محمد بن أحمد الهروي اللغوي (ت ٣٧٠هـ):	٦٨٠
إسحاق: ابن إبراهيم (ابن راهويه) (ت ٣٣٨هـ):	٣١٣
أبو إسحاق المروزي: إبراهيم بن أحمد (ت ٣٤٠هـ):	٤٥٧
الإسنوي: أبو محمد عبد الرحيم بن الحسن الشافعي (ت ٧٧٢هـ):	١٦٣
أشهب: أبو عمرو، ابن عبد العزيز، صاحب الإمام مالك (ت ٢٠٤هـ):	٤٣٢
أصبغ: أبو عبد الله، ابن الفرج بن سعيد المالكي (ت ٢٢٥هـ):	٦٦٩
ابن أصبغ: أبو محمد، قاسم بن أصبغ البياني المالكي (ت ٣٤٠هـ):	٣٦٨
الأصفهاني: أبو القاسم، الحسين بن فضل الله (ت ٥٠٢هـ):	٢١٩
أطفيش: محمد بن يوسف الإباضي الجزائري (ت ١٣٣٢هـ):	٢٦٦
ابن الأعرابي: أبو عبد الله، محمد بن زياد اللغوي (ت ٢٣١هـ):	٦٨٤
الأعشى: أبو بصير، ميمون بن قيس من شعراء الجاهلية:	٦٨٠
الألباني: أبو عبد الرحمن، محمد ناصر الدين (ت ١٤٢٠هـ):	٢١٥
إمام الحرمين: أبو المعالي، عبد الملك بن عبد الله الشافعي (ت ٤٧٨هـ):	١٣٥
الإمام المهدي: أحمد بن يحيى بن المرتضى الزيدي (ت ٨٤٠هـ):	٢٦٠

الاسم	الصفحة
الإمام يحيى: بن حمزة بن علي الحسيني الزيدي (ت ٧٤٥هـ):	٢٦٢
الأمير: أبو عبد الله، محمد بن محمد السنبائي (ت ١٢٣٢هـ):	٨٤
أنس بن مالك: خادم رسول الله ﷺ (ت ٩٢هـ):	٦٤٣
الأوزاعي: أبو عمرو، عبد الرحمن بن عمرو (الإمام) (ت ١٥٧هـ):	٣٩٦
إياس بن معاوية: أبو وائلة البصري، التابعي (ت ١٢٢هـ):	٢٧٤
أيوب السختياني: أبو بكر، ابن كيسان، البصري، التابعي (ت ١٣١هـ):	٤٥٢

حرف الباء

البايرتي: محمد بن محمود الحنفي (ت ٧٨٦هـ):	٢٨٠
الباجي: أبو الوليد، سليمان بن خلف المالكي (ت ٤٩٤هـ):	٢٧٧
البخاري: أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل الجعفي، صاحب الصحيح (ت ٢٦٥هـ):	٣١٥
بريرة: مولاة عائشة ؓ، الصحابية:	٥٢٠
ابن بطال: أبو الحسن، علي بن خلف بن بطال، المالكي (ت ٤٤٤هـ):	٦٣٢
البغوي: أبو القاسم، الحسين بن مسعود الشافعي (ت ٥١٦هـ):	٢١٥
أبو بكر: بن عبد الرحمن بن حارث، أحد الفقهاء السبعة (ت ٩٤هـ):	٦٨٦
البكري الشافعي: بدر الدين، محمد بن أبي بكر (ت ٨٧١هـ):	١٩٤
البناني: عبد الرحمن بن جاد الله المغربي المالكي (ت ١١٩٨هـ):	١٠٦
البهوتي: منصور بن يونس الحنبلي (ت ١٠٥١هـ):	٢٥٩
اليهقي: أبو بكر، أحمد بن الحسين الشافعي (ت ٤٥٨هـ):	٣٦٧

حرف التاء

ابن التركماني: علي بن عثمان المارديني الحنفي (ت ٧٤٥هـ):	٣٦٧
الترمذي: أبو عيسى، محمد بن عيسى بن سورة صاحب السنن (ت ٢٧٩هـ):	٢١٣
التسولي: أبو الحسن، علي بن عبد السلام المالكي (ت ١٢٥٨هـ):	٢٩٥
التهانوي: محمد أعلى بن علي بن حامد الحنفي، من علماء القرن الثاني عشر:	٦٢
ابن تيمية: أبو العباس، أحمد بن عبد الحلیم الحراني، الحنبلي (ت ٧٢٨هـ):	١٩٨

حرف الثاء

ثعلب: أبو العباس، أحمد بن يحيى الكوفي النحوي، اللغوي (ت ٢٩١هـ):	٦٨٤
---	-----

الصفحة

الاسم

- ٢٦٥ : الثميني: ضياء الدين، عبد العزيز بن إبراهيم الإباضي (ت ١٢٢٣هـ):
 ٣١٢ أبو ثور: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي، الفقيه (ت ٢٤٠هـ):
 ٣٩٧ الثوري: سفيان بن سعيد، إمام العراق (ت ١٦١هـ):

حرف الجاء

- ٧١٦ جابر بن زيد: أبو الشعثاء، الأزدي، البصري التابعي (ت ٩٣هـ):
 ٦٤٢ جابر بن عبد الله الأنصاري، الصحابي، مات بالمدينة بعد السبعين:
 ١٦١ الجاجرمي: أبو حامد، محمد بن إبراهيم الشافعي (ت ٦١٣هـ):
 ٢١٣ ابن الجارود: أبو محمد، عبد الله بن علي بن الجارود (ت ٣٠٧هـ):
 ٤٥٠ جبير بن مطعم الصحابي (ت ٥٨ أو ٥٩هـ):
 ٩٦ ابن جزبي: أبو القاسم، محمد بن أحمد الغرناطي المالكي (ت ٧٤١هـ):
 ٢٧٩ الجصاص: أبو بكر، أحمد بن علي الرازي الحنفي (ت ٣٧٠هـ):
 ٦٠١ أبو جعفر: محمد بن علي بن الحسين، التابعي (ت ١١٣هـ):
 ٥٠٠ ابن الجوزي: أبو الفرج عبد الرحمن بن علي الحنبلي (ت ٥٩٧هـ):
 ٨١ الجوهزي: عبد الله بن سليمان الشافعي

حرف الحاء

- ٢٢٠ أبو حاتم: محمد بن إدريس الرازي، الحافظ (ت ٣٧٧هـ):
 ٦٩٦ ابن الحاجب: أبو عمرو، عثمان بن أبي بكر، المالكي (ت ٦٤٦هـ):
 ٢١٤ الحاكم: أبو عبد الله، محمد بن عبد الله صاحب المستدرک (ت ٤٠٥هـ):
 ٢١٣ ابن حبان: أبو حاتم، محمد بن حبان، صاحب الصحيح (ت ٥٥٤هـ):
 ابن حجر: أبو الفضل، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي
 ٢٠٠ (ت ٨٥٢هـ):
 ٣١ أبو حرة الرقاشي: حنيفة، أو حكيم، من التابعين (ت بعد المائة):
 ٤٩ ابن حزم: علي بن أحمد الظاهري، الأندلسي (ت ٤٥٦هـ):
 ٤٥٠ الحسن البصري: بن أبي الحسن سيار أو يسار، التابعي (ت ١١٠هـ):
 ٣٩٦ الحسن بن صالح: أبو عبد الله الهمداني (ت ١٦٩هـ):
 ٢٣٤ الحصكفي: علاء الدين، محمد بن علي (ت ١٠٨٨هـ):
 ١٦٤ الحصني الشافعي: أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن (ت ٨٢٩هـ):
 ٦٦٧ أبو الحصين: عثمان بن عاصم الكوفي، التابعي (ت ١٢٧هـ):

الاسم	الصفحة
الحطاب: أبو عبد الله، محمد بن عبد الرحمن الرعيني المالكي (ت ٩٥٤هـ):	٣٤٩
الحكم: بن عتية الكوفي من التابعين (ت ١١٣هـ):	٤٥٣
حكيم بن حزام: أبو خالد الأسدي، الصحابي (ت ٥٤هـ):	٣٦٠
الحلي: أبو القاسم، جعفر بن الحسن الإمامي (ت ٦٧٦هـ):	٢٩٥
الحلي: الحسن أو الحسين بن يوسف بن علي الإمامي (ت ٧٢٦هـ):	٢٦٣
حماد بن أبي سليمان: الأشعري، الكوفي، التابعي (ت ١٢٠هـ):	٤٥٣
أبو حميد: المنذر بن سعد الصحابي:	٨٣٦
ابن حمزة: محمود بن محمد بن نسيب الحنفي (ت ١٣٠٥هـ):	١٧٨
الحموي: شهاب الدين، أحمد بن محمد الحنفي (ت ١٠٨٩هـ):	٨٠
ابن حنبل: انظر: أحمد (الإمام) (ت ٢٤١هـ).	١٥٥
أبو حنيفة: النعمان بن ثابت الكوفي صاحب المذهب الحنفي (ت ١٥٠هـ):	١٥٩

حرف الخاء

خارجة بن زيد بن ثابت، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة (ت ١٠٠هـ):	٦٨٦
الخادمي: أبو سعيد، محمد بن محمد بن مصطفى الحنفي (ت ١١٧٦هـ):	١٧٤
الخازن: أبو الحسن، علي بن محمد بن إبراهيم، المفسر (ت ٧٤١هـ):	٦٦
الخرقي: أبو القاسم، عمر بن الحسين البغدادي الحنبلي (ت ٣٣٤هـ):	٣١٣
ابن خزيمة: أبو بكر، محمد بن إسحاق صاحب الصحيح (ت ٣١١هـ):	٢١٣
الخشني: أبو عبد الله، محمد بن حارث القيرواني المالكي (ت ٣٦٢هـ):	١٦٠
الخطابي: حمد بن محمد بن إبراهيم البستي الشافعي (ت ٣٨٨هـ):	٢٢٣
ابن خطيب الدهشة: أبو الثناء، محمود بن أحمد الشافعي (ت ٨٣٤هـ): ١٩٢ - ١٩٣	
الخطيب الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد أو محمد الشافعي (ت ٩٧٧هـ):	٣٠٠
الخلاطي: أبو الفضل، محمد بن علي بن الحسين الشافعي (ت ٦٧٥هـ):	١٦١
ابن خلدون: أبو زيد، عبد الرحمن بن محمد القاهري (ت ٨٠٨هـ): ٧٨ - ٧٩	
ابن خلفون: أبو بكر، محمد بن إسماعيل الأزدي الأندلسي (ت ٦٣٦هـ):	٣٦٩
الخليلي: أبو يعلى، ابن عبد الله القزويني (ت ٤٤٠هـ):	٥٠٦

حرف الدال

الدارقطني: أبو الحسن، علي بن عمر البغدادي، صاحب السنن (ت ٣٨٥هـ):	٣٦٨
--	-----

الاسم	الصفحة
داماد أفندي: عبد الرحمن أو عبد الله بن حمد (ت ١٠٧٨هـ):	٧٨٤
الدباس: أبو طاهر، محمد بن محمد العراقي الحنفي من القرن الرابع الهجري:	١٥٩
الدبوسي: أبو زيد، عبيد الله بن عمر القاضي الحنفي (ت ٤٣٠هـ):	١٧٠ - ١٦٩
الدردير: أحمد بن محمد العدوي المالكي (ت ١٢٠١هـ):	٢٨٩
ابن دريد: أبو بكر، محمد بن الحسن بن دريد البصري اللغوي (ت ٣٢١هـ):	٧٧
الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت ١٢٣٠هـ):	٢٥٣
الدقاق: محمد بن محمد بن جعفر الشافعي (ت ٣٩٢هـ):	٣٤٣ - ٣٤٢
ابن دقيق العيد: أبو الفتح محمد بن أبي الحسن القشيري (ت ٧٠٢هـ):	١٤٤ - ١٤٣
الدهلوي: أبو عبد العزيز، أحمد بن عبد الرحيم (ت ١١٧٦هـ):	٢٨١

حرف الذال

الذهبي: أبو عبد الله، محمد بن أحمد، شمس الدين (ت ٧٤٨هـ):	٢١٤
--	-----

حرف الراء

الرازي: أبو المعالي، وأبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين (ت ٦٠٦هـ)	٦٧ - ٦٦
الراغب الأصفهاني: انظر (الأصفهاني) (ت ٥٠٢هـ):	٢١٩، ٩٣
رافع بن خديج الأنصاري الصحابي (ت ٧٣ أو ٧٤هـ):	٢٢١
الرافعي: أبو القاسم، عبد الكريم بن محمد القزويني الشافعي (ت ٦٢٣هـ):	٢٥٦
ابن راهويه: انظر (إسحاق) (ت ٢٣٨هـ):	٣١٣
ربيعة الرأي: أبو عثمان، ابن أبي عبد الرحمن المدني (ت ١٣٦هـ):	٦٥٠
ابن رجب: أبو الفرج، عبد الرحمن بن شهاب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ):	١٩٩
ابن رشد الجند: أبو الوليد، محمد بن أحمد القرطبي المالكي (ت ٥٢٠هـ):	٢٣٤
ابن رشد الحفيد: أبو الوليد، محمد بن أحمد القرطبي (ت ٥٩٥هـ):	٣٥٥
الرويانى: أبو المحاسن، عبد الواحد بن إسماعيل الشافعي (ت ٥٠٢هـ):	٤٥٢ - ٤٥١

حرف الزاي

الزبيدي: أبو الفيض، محمد بن محمد الحسيني (ت ١٢٠٥هـ):	٢٨٠
الزبير: أبو عبد الله، ابن العوام، أحد العشرة المبشرين بالجنة (ت ٣٦هـ):	٦٣١
الزجاج: أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد اللغوي (ت ٣١١هـ):	٥٧
الزركشي: أبو عبد الله، محمد بن بهادر الشافعي (ت ٧٩٤هـ):	١٩١

الصفحة

الاسم

- ٤٢١ زفر بن الهزيل بن قيس الكوفي من أصحاب الإمام أبي حنيفة (ت ١٥٨هـ):
- ١٦٦ ، ١٦٥ الزقاق: علي بن قاسم التجيبي المالكي (ت ٩١٢هـ):
- ٢٢٠ الزمخشري: أبو القاسم، محمود بن عمر المعتزلي (ت ٥٣٨هـ):
- ٦٠٠ أبو الزناد: عبد الله بن ذكوان القرشي، المدني، التابعي (ت ١٣٠هـ):
- ٥٩٩ الزهري: أبو بكر، محمد بن مسلم، الفقيه الحافظ، التابعي (ت ١٢٥هـ):
- ٦٨٠ زهير بن أبي سلمى، الشاعر الجاهلي:
- ٨٣٨ ابن زياد: علي بن زياد التونسي (ت ١٨٣هـ):
- ٦٢٩ زيد بن أسلم، العدوي، مولى عمر (ت ١٣٦هـ):
- ٦٣١ زيد بن ثابت، كاتب الوحي (ت ٤٥ أو ٤٨هـ):
- ٧١٩ زيد بن خالد الجهني الصحابي (ت ٦٨ أو ٧٠هـ):
- ٤٥١ زيد بن علي بن علي زين العابدين الذي ينسب إليه الزيدية (ت ١٢٢هـ):
- ٦٩٥ الزيلعي: عبد الله بن يوسف الحنفي (ت ٧٦٢هـ):

حرف السين

- ١٨٩ السبكي: أبو النصر، عبد الوهاب بن علي الشافعي (ت ٧٧١هـ):
- ٢١٤ السبكي: أبو الحسن، علي بن عبد الكافي الشافعي (ت ٧٥٦هـ):
- ٨٢٠ ابن سريج: أحمد بن عمر بن سريج، القاضي، الباز الأشهب (ت ٣٠٦هـ):
- ١٤٤ السرخسي: شمس الأئمة أبو بكر، محمد بن أحمد (ت ٤٨٣هـ):
- ٤٩٤ سعيد بن جبير الأسدي: الكوفي من التابعين (ت ٩٥هـ):
- ٨٣١ سعيد بن زيد أبو الأعور، أحد العشرة (ت ٥٠هـ):
- ٦٠١ أبو سلمة، ابن عبد الرحمن بن عوف، المدني، التابعي (ت ٩٤ أو ١٠٤هـ):
- ٤٦٠ أبو سليمان: داود بن علي البغدادي صاحب المذهب الظاهري (ت ٢٧٠هـ):
- ٥٩٩ سليمان بن يسار، أحد فقهاء السبعة بالمدينة، مات بعد المائة أو قبلها:
- ١٦٠ السمرقندي: أبو بكر، محمد بن أحمد الحنفي (ت ٥٤٠هـ):
- ٦٤٦ السمناني: أبو القاسم، علي بن محمد الرحبي الحنفي (ت ٤٩٩هـ):
- ٢٢٦ سهل بن سعد أبو العباس، الصحابي من الأنصار (ت ٨٨هـ):
- ٢٦١ السياغي: الحسين بن أحمد الحيمي الزيدي (ت ١٢٢١هـ):
- ٢٧٤ ابن سيرين: أبو بكر، محمد بن سيرين البصري، التابعي (ت ١١٠هـ):
- ٢٥٤ السيوري: أبو القاسم، عبد الخالق بن عبد الوارث المالكي (ت ٤٦٠هـ):
- ١٩٥ السيوطي: أبو الفضل، عبد الرحمن بن أبي بكر الشافعي (ت ٩١١هـ):

الصفحة

الاسم

٧٢ ابن سيدة: أبو الحسن، علي بن إسماعيل الأندلسي اللغوي (ت ٤٥٨هـ):

حرف الشين

٧٠٥ الشار مساحي: عبد الله بن عبد الرحمن المالكي (ت ٦٦٩هـ):

٢٩٩ ابن شاس: أبو محمد، عبد الله بن نجيم، الجذامي المالكي (ت ٦١٠هـ):

٨٥ الشاطبي: أبو إسحاق، إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي (ت ٧٩٠هـ):

١٨٢ ابن الشاط: أبو القاسم، قاسم بن عبد الله السبتي المالكي (ت ٧٢٣هـ):

الشافعي: أبو عبد الله، محمد بن إدريس صاحب المذهب الشافعي

(ت ٢٠٤هـ):

٣٩٧ ابن شبرمة: عبد الله بن شبرمة، الكوفي، القاضي، التابعي: (ت ١٤٤هـ):

٨١١ ابن شريح: أبو زرعة، حيوة بن شريح المصري (ت ١٥٨هـ):

٤٥٠ الشعبي: أبو عمرو، عامر بن شراحيل من التابعين (ت ١٠٣هـ):

١٦٥ شُقير: شرف الدين، عبد الرحمن بن علي الشافعي (ت ٨٧٦هـ):

٣٦٧ شمس الدين، أبو عبد الله محمد بن أحمد صاحب التفتيح (ت ٧٤٤هـ)

٦٠١ شهر بن حوشب الأشعري من التابعين (ت ١١٢هـ):

٣٤١ الشهيد الثاني: زين الدين بن علي بن أحمد (ت ٩٦٦هـ):

٢١٤ الشوكاني: محمد بن علي بن محمد (ت ١٢٥٠هـ):

١٥٥ الشيباني: محمد بن الحسن، صاحب الإمام أبي حنيفة (ت ١٨٩هـ):

٢٣٤ الشيرازي: أبو إسحاق، إبراهيم بن يوسف الشافعي (ت ٤٧٦هـ):

٤٩١ الشيرازي: أبو الفرج، عبد الواحد بن محمد الحنبلي (ت ٤٨٦هـ):

حرف الصاد

٢٥٦ ابن الصباغ: أبو نصر، عبد السيد بن محمد البغدادي الشافعي (ت ٤٧٧هـ):

٢٢٦ صفوان بن أمية، الصحابي، مات أيام قتل عثمان:

٢٢٤ - ٢٢٣ الصنعاني: محمد بن إسماعيل بن صلاح، صاحب سبل السلام (ت ١١٨٢هـ):

حرف الطاء

٥٩٩ طاووس: أبو عبد الرحمن، ابن كيسان، من التابعين (ت ١٠٦هـ):

٤٥٠ طلحة بن عبيد الله، أحد العشرة المبشرين بالجنة (ت ٣٦هـ):

١٤٥ الطوفي: أبو الربيع، سليمان بن عبد القوي الحنبلي (ت ٧١٠هـ):

٢٢٢ الطيبي: الحسين بن محمد بن عبد الله (ت ٧٤٣هـ):

الصفحة

الاسم

حرف العين

- العالمي: محمد جواد بن محمد الحسيني النجفي الإمامي (ت ١٢٢٦هـ): ٢٦٣
- ابن عباس: عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، الحبر (ت ٦٨هـ): ١٥٢
- عبد الله بن الزبير بن العوام القرشي (ت ٧٣هـ): ٢٢١
- أبو عبد الله الداعي، محمد بن الحسن (ت ٣٦٠هـ): ٨٢٠
- عبد الله بن عمرو بن العاص، الصحابي (ت ٦٥هـ): ٢١٦، ٣١
- عبد الله بن المبارك المروزي من أتباع التابعين (ت ١٨١هـ): ٧١٧
- ابن عبد البر: أبو عمر، يوسف بن عبد الله النمري المالكي (ت ٤٦٣هـ): ١٣٢
- عبد الحق: أبو محمد، ابن عبد العزيز (ابن الخراط) الإشبيلي (ت ٥٨١هـ): ٣٦٦
- عبد الملك بن عبد العزيز، الماجشون المالكي (ت ٢١٢هـ): ٦٦٩
- ابن عبد الهادي: أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي (ت ٧٤٤هـ): ٣٦٧
- ابن عبد الهادي: أبو المحاسن، يوسف بن حسن الحنبلي (ت ٩٠٩هـ): ٢٠٢
- عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، التابعي (ت ٩٤هـ): ٦٨٦
- أبو عبيد: القاسم بن سلام الهروي البغدادي (ت ٢٢٤هـ): ٦٠
- عتاب بن أسيد، أبو عبد الرحمن الأموي، الصحابي (ت ١٣هـ): ٣٥٩
- عثمان البتي: أبو عمرو، ابن مسلم البصري، التابعي (ت ١٤٣هـ): ٤٩٥
- عثمان بن عفان، أمير المؤمنين (ت ٣٥هـ): ٤٥٠
- العدوي: الشيخ علي العدوي، الصعيدي، المالكي (ت ١١٨٩هـ): ٦٤٠
- ابن عدي: أبو أحمد، عبد الله بن عدي الحافظ (ت ٣٦٥هـ): ٥٠٣
- ابن عرفة: أبو عبد الله، محمد بن محمد التونسي المالكي (ت ٨٠٣هـ): ١٤٥
- عروة: أبو عبد الله، ابن الزبير الأسدي، المدني، التابعي (ت ٩٤هـ): ٢٧٣
- العز بن عبد السلام: عز الدين، عبد العزيز الشافعي (ت ٦٦٠هـ): ١٨٧
- العسكري: أبو الهلال، الحسن بن عبد الله اللغوي (ت ٣٩٥هـ): ٢٣٣
- عطاء: بن أبي رباح اليماني، أحد الفقهاء من التابعين (ت ١١٤هـ): ٥٩٩
- ابن عقيل: أبو الوفاء، علي بن عقيل البغدادي الحنبلي (ت ٥١٣هـ): ٣٢٥
- عكرمة: أبو عبد الله، مولى ابن عباس البربري، التابعي (ت ١٠٥هـ): ٦٠١
- الغلاطي: أبو سعيد، خليل بن كيكلي بن عبد الله الشافعي (ت ٧٦١هـ): ١٦٢
- علي بن أبي طالب، أمير المؤمنين (ت ٤٠هـ): ٦٤٢
- أبو علي بن أبي هريرة: الحسن بن الحسين الشافعي (ت ٣٤٥هـ): ٤٥٥ - ٤٥٦

الاسم	الصفحة
علي حيدر	٢٤٩ ، ٨١
عمر بن الخطاب، أمير المؤمنين (ت ٥٢٣هـ):	٦٤٢
عمر بن عبد العزيز، الخليفة الراشد الخامس (ت ١٠١هـ):	٢٤٨
عمرو بن دينار، أبو محمد الجمحي، المكي، من التابعين (ت ١٢٦هـ):	٦٦٦
عمرو بن شعيب بن محمد من التابعين (ت ١١٨هـ):	٢١٦
العنبري: عبيد الله بن الحسن، فقيه البصرة وقاضيها (ت ١٦٨هـ):	٣٩٦
ابن عون: عبد الله بن عون، أبو عون البصري (ت ١٥٠هـ):	٢٧٤
عياض بن حمار المجاشعي، صحابي سكن البصرة عاش إلى حدود الخمسين	٧٢٨
العيزري: محمد بن محمد الزبير الغزي، الشافعي (ت ٨٠٨هـ):	١٦٤
عيسى بن دينار (ت ٢١٢هـ)	٨٢٠

حرف الغين

ابن غازي: أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن غازي المالكي (ت ٩١٩هـ):	١٦٦
الغزالي: أبو حامد، محمد بن محمد الشافعي (ت ٥٠٥هـ):	٩٦
الغزي: علي بن عثمان الحنفي (ت ٧٩٩هـ):	١٦٣
غلام ثعلب: أبو عمر، محمد بن عبد الواحد، المطرز اللغوي (ت ٣٤٥هـ):	٦٨٤
الغماري: أحمد بن محمد بن الصديق (ت ١٣٨٠هـ):	٢١٤

حرف الفاء

ابن فارس: أبو الحسين، أحمد بن فارس الرازي اللغوي (ت ٣٩٥هـ):	٧٢
الفخر الرازي: أبو المعالي، محمد بن عمر القرشي، الشافعي (ت ٦٠٦هـ):	٦٦ - ٦٧
الفراهيدي: خليل بن أحمد النحوي اللغوي (ت ١٧٠هـ):	٧١٢
الفيومي: أبو العباس، أحمد بن محمد بن علي (ت ٧٧٠هـ):	٢٦

حرف القاف

قاسم بن أصبغ: انظر (ابن أصبغ).	٣٦٨
ابن القاسم: أبو عبد الله، عبد الرحمن، المصري أثبت أصحاب الإمام مالك (ت ١٩١هـ):	٦٦٩
القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، من التابعين (ت ١٠٦هـ):	٦٨٦
ابن القاص: أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الشافعي (ت ٣٣٥هـ):	١٥٩
قاضيخان: الحسن بن منصور الحنفي (ت ٥٩٢هـ):	١٤٤

الصفحة

الاسم

- ٦٩٩ قاضي زاده: أحمد بن محمود الرومي الحنفي (ت ٩٨٨هـ):
- ٧٠٢ القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي (ت ٤٢٢هـ):
- ٣١٤ القاضي: أبو يعلى، محمد بن الحسين البغدادي (ت ٤٥٨هـ):
- ٦٦٧ قتادة: أبو الخطاب، ابن الدعامة البصري، التابعي (ت ١١٧هـ):
- ١٣٣ ابن قدامة: أبو محمد، عبد الله بن أحمد المقدسي الحنبلي (ت ٦٢٠هـ):
- ٢٧٩ القدوري: أبو الحسين، أحمد بن محمد البغدادي الحنفي (ت ٤٢٨هـ):
- ١٧٩ القرافي: أبو العباس، أحمد بن إدريس المالكي (ت ٦٨٤هـ):
- ٥٩ القرطبي: أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري (ت ٦٧١هـ):
- ٢١٤ ابن القطان: أبو الحسن، علي بن محمد الفاسي (ت ٦٢٨هـ):
- ١٦٢ القفصي: أبو عبد الله، محمد بن راشد البكري المالكي (ت ٧٣٦هـ):
- ٣٤٢ القفال الشاشي: أبو بكر، محمد بن علي الشافعي (ت ٣٦٥هـ):
- ٣٤١، ٣٤٠ أبو قلابة: عبد الله بن زيد البصري، التابعي (ت ١٠٤هـ):
- ١٢٠ ابن القيم: أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر الحنبلي (ت ٧٥١هـ):

حرف الكاف

- ٢٥٢ الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الجنفي (ت ٥٨٧هـ):
- الكرايبسي: أبو علي، الحسين بن علي البغدادي، صاحب الشافعي (ت ٢٤٥هـ):
- ٧٢٦، ٧٢٥
- ١٦٨ الكرخي: أبو الحسن، عبيد الله بن الحسين الحنفي (ت ٣٤٠هـ):
- ٢٢٢ الكرماني: شمس الدين، محمد بن يوسف البغدادي (ت ٧٨٦هـ):
- ٦٢ الكفوي: أبو البقاء، أيوب بن موسى الحسيني (ت ١٠٩٤هـ):
- ٤٠٩ ابن كنانة: عثمان بن عيسى بن كنانة المالكي (ت ١٨٦هـ):
- ٨٠ الكوزلحصاري: مصطفى بن محمد المرادي الحنفي (ت ١٢١٥هـ):

حرف اللام

- ٨١ اللحجي الحضرمي: عبد الله بن سعيد محمد عبادي:
- ٣٤٠ اللخمي: أبو الحسن، علي بن محمد الربيعي، المالكي (ت ٤٧٨هـ):
- ٣٩٧ الليث بن سعد: الإمام، أبو الحرث الفهمي المصري (ت ١٧٥هـ):
- ٣٩٦ ابن أبي ليلى: أبو عبد الرحمن، محمد بن عبد الرحمن الكوفي (ت ١٤٨هـ):

الصفحة

الاسم

حرف الميم

- مالك بن أنس: أبو عبد الله المدني، صاحب المذهب المالكي (ت ١٧٩هـ): ١٥٤
- الماوردي: أبو الحسن، علي بن حبيب، البصري الشافعي (ت ٤٥٠هـ): ٢١٩
- المؤيد بالله: أحمد بن الحسين، الحسيني الزيدي (ت ٤١١هـ): ٢٦٢
- مجاهد بن جبر المكي، الفقيه المفسر، التابعي (ت ١٠٣هـ): ٦٠١
- أبو المحاسن: جمال الدين، يوسف بن حسن بن أحمد المعروف بابن المبرد (ت ٩٠٩هـ): ٢٠٢
- محمد سلامة شارح مرشد الحيران (ت ١٣٤٧هـ): ٢٩٦
- محمد بن سيرين: انظر (ابن سيرين): ٢٧٤
- محمد بن عبد الله بن عمرو من التابعين، مات بعد المائة: ٢١٦
- ابن المدني: أبو الحسن، علي بن عبد الله الحافظ (ت ٢٣٤هـ): ٥٠٠
- ابن المرتضى: انظر (الإمام المهدي): ٢٦٠
- المزني: أبو إبراهيم، إسماعيل بن يحيى، صاحب الشافعي (ت ٢٦٤هـ): ١٣٢
- مسروق: أبو عائشة، ابن الأجدع، الكوفي، التابعي (ت ١٠٢هـ): ٦٠١
- ابن مسعود: أبو عبد الرحمن، عبد الله بن مسعود الصحابي (ت ٣٢هـ): ١٥٢
- ابن المسيب: سعيد بن المسيب المدني، توفي بعد السبعين: ١٥٣
- مصطفى هاشم بن أحمد مختار ٨١
- مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ٦٧٣
- المطرزي: أبو الفتح، ناصر بن أبي المكارم، الحنفي (ت ٦١٠ أو ٦١٦هـ): ٢٧٨
- معاذ بن جبل الصحابي المعروف (ت ١٨هـ): ٧٠٨
- معمر: أبو عروة، ابن راشد البصري (ت ١٥٤هـ): ٢٤٨
- المقدسي: أبو الفرج، عبد الرحمن بن محمد الحنبلي (ت ٦٨٢هـ): ٦٩٩
- المقري: أبو عبد الله، محمد بن محمد التلمساني المالكي (ت ٧٥٨هـ): ١٨٢
- مكحول: أبو عبد الله، ابن أبي مسلم شهراب الشامي، التابعي (ت ١١٣هـ): ٤٥١
- ابن الملقن: أبو حفص، عمر بن علي بن أحمد الشافعي (ت ٨٠٤هـ): ١٦٤
- ابن المنذر: أبو بكر، محمد بن إبراهيم بن المنذر، النيسابوري (ت ٣١٨هـ): ٤٥١
- المنذري: أبو محمد، عبد العظيم بن عبد القوي (ت ٦٥٦هـ): ٢١٤
- أبو موسى الأشعري: عبد الله بن قيس، الصحابي المشهور (ت ٥٠هـ): ١٥٣
- ميمون بن مهران: أبو أيوب من التابعين (ت ١١٧هـ): ٦٠٢

الصفحة

الاسم

٨٣٧ مَيَّارَةُ الفاسي: محمد بن أحمد المالكي (ت ١٠٧٢هـ):

حرف النون

٣٤١ نافع: أبو عبد الله المدني، مولى ابن عمر (ت ١٢٠هـ):

١٣٠ ابن النجار: أبو بكر، محمد بن أحمد الحنبلي (ت ٩٧٢هـ):

٣٣٦ النجفي: محمد حسن بن باقر من الإمامية (ت ١٢٦٨هـ):

١٧٢ ابن نجيم: زين الدين، إبراهيم بن محمد المصري الحنفي (ت ٩٧٠هـ):

١٥٤ النخعي: أبو عمران، إبراهيم بن يزيد الكوفي التابعي (ت ٩٦هـ):

٣٦٩ النسائي: أبو عبد الرحمن، أحمد بن شعيب بن علي الحافظ (ت ٣٠٣هـ):

٦٦ النسفي: أبو البركات، عبد الله بن أحمد الحنفي (ت ٧١٠هـ):

١٦٩ النسفي: أبو حفص، عمر بن محمد الحنفي (ت ٥٣٧هـ):

٧٦ النووي: يحيى بن شرف بن مري الشافعي (ت ٦٧٦هـ):

حرف الهاء

٧٠١ هارون الرشيد، الخليفة العباسي (ت ١٩٣هـ)

١٦٤ ابن الهائم: أبو العباس، أحمد بن محمد المقدسي الشافعي (ت ٨١٥هـ):

٢٦٢ الهادي: يحيى بن الحسين بن القاسم من الزيدية (ت ٢٩٨هـ):

٣١ أبو هريرة: عبد الرحمن الدوسي الصحابي (ت ٧ أو ٨ أو ٥٩هـ):

٦٠٧ هشام بن هبيرة الضبي القاضي (ت ٧٢هـ):

حرف الواو

١٦٢ ابن الوكيل: أبو عبد الله، محمد بن عمر الشافعي (ت ٧٢هـ):

١٨٥ الونشريسي: أبو العباس، أحمد بن يحيى الفاسي المالكي (ت ٩١٤هـ):

حرف الياء

٢٦٢ يحيى: انظر (الإمام يحيى بن حمزة):

٦٠٠ يحيى بن سعيد: أبو سعيد القاضي من التابعين (ت ١٤٤هـ):

٥٠٣ يحيى بن معين: إمام الجرح والتعديل (ت ٢٣٣هـ):

١٥٥ أبو يوسف: يعقوب بن إبراهيم، صاحب الإمام أبي حنيفة (ت ١٨٣هـ):

٧٢٣ يوسف بن خالد السمطي، أبو خالد البصري (ت ١٨٩هـ):

٥ - فهرس المصادر والمراجع

أولاً: القرآن وعلومه:

- ١ - أحكام القرآن: للإمام الشافعي، محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ)، جمعه البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ٢ - أحكام القرآن: للجصاص، أبي بكر أحمد بن علي الرازي (ت ٣٧٠هـ)، ط. دار الفكر، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- ٣ - أحكام القرآن: لابن العربي، محمد بن عبد الله (ت ٥٤٣هـ)، ط. عيسى البابي الحلبي، دون تاريخ.
- ٤ - الألفية في تفسير غريب ألفاظ القرآن (بهامش تفسير الجلالين): لأبي زرعة، ط. دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي.
- ٥ - البحر المحيط: لابن حيان، أبي عبد الله، محمد بن يوسف الأندلسي (ت ٧٤٥هـ)، ط. مطبعة النصر الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- ٦ - بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز: للفيروزآبادي، مجد الدين، محمد بن يعقوب (ت ٨١٧هـ)، الناشر: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة.
- ٧ - تفسير البغوي المعروف: معالم التنزيل بمعاني التنزيل (بهامش تفسير الخازن): للفرء البغوي، أبي محمد، الحسين بن مسعود، (ت ٥١٦هـ)، ط. مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية ١٣٧٥هـ - ١٩٥٥م.
- ٨ - تفسير البيضاوي المسمى: أنوار التنزيل وأسرار التأويل: للقاضي ناصر الدين، أبي سعيد، عبد الله بن عمر الشيرازي (ت ٧٩١هـ)، ط. مطبعة مصطفى محمد بمصر، دون تاريخ.
- ٩ - تفسير الخازن المسمى: لباب التأويل في معاني التنزيل: لعلاء الدين، علي بن محمد، الشهير بالخازن (ت ٧٤١هـ)، ط. مصطفى محمد البابي، الثانية ١٣٧٥هـ - ١٩٥٥م.

- ١٠ - تفسير أبو السعود المسمى: إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم: لأبي السعود، محمد بن العمادي (ت ٩٥١هـ)، ط. محمد علي صبيح وأولاده، دون تاريخ.
- ١١ - تفسير الطبري: جامع البيان عن تأويل القرآن: لأبي جعفر، محمد بن جرير (ت ٣١٠هـ)، تحقيق: محمود شاكر، ط. دار المعارف بمصر، الأولى ١٣٧٤هـ.
- ١٢ - تفسير القاسمي المسمى: محاسن التأويل: لمحمد جمال الدين القاسمي (ت ١٣٣٢هـ)، ط. دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي، الأولى (١٣٧٦هـ - ١٩٥٧م).
- ١٣ - تفسير القرآن الحكيم المشتهر باسم: تفسير المنار: للشيخ محمد رشيد رضا، ط. دار المنار، الرابعة، ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م.
- ١٤ - تفسير القرآن العظيم: لأبي الفداء، إسماعيل بن كثير الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، ط. دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي، دون تاريخ.
- ١٥ - تفسير القرآن العظيم: لجلال الدين، محمد بن أحمد المحلي (ت ٨٦٤هـ)، وجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١هـ)، ط. دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي.
- ١٦ - تفسير القرطبي: الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت ٦٧١هـ)، ط. دار الشعب، دون تاريخ.
- ١٧ - التفسير الكبير: للفخر الرازي، أبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسين (ت ٦٠٦هـ)، ط. المطبعة البهية، الأولى ١٣٥٣هـ - ١٩٣٤م.
- ١٨ - تفسير النسفي: لأبي البركات، عبد الله بن أحمد النسفي (ت ٧١٠هـ)، ط. دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي، دون تاريخ.
- ١٩ - حاشية الكازروني على تفسير البيضاوي: لأبي الفضل الكازروني (ت...هـ)، ط. مصطفى محمد.
- ٢٠ - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: للآلوسي، أبي الفضل، السيد محمود البغدادي (ت ١٢٧٠هـ)، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- ٢١ - فتح البيان في مقاصد القرآن: للشيخ صديق حسن خان (ت ١٣٠٧هـ)، ط. مطبعة العاصمة، القاهرة سنة ١٩٦٥م.

- ٢٢ - الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل: للزمخشري،
أبي القاسم، محمود بن عمر (ت ٥٣٨هـ)، ط. مصطفى البابي، ١٣٦٧هـ -
١٩٤٨م.
- ٢٣ - المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم: للشيخ عبد الباقي فؤاد، ط. دار
الحديث سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٦٧م.
- ٢٤ - المفردات في غريب القرآن: للراغب الأصفهاني، أبي القاسم الحسين بن
محمد (ت ٥٠٢هـ)، ط. مصطفى البابي، الطبعة الأخيرة ١٣٨١هـ -
١٩٦١م.

ثانياً: الحديث وعلومه:

- ٢٥ - الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان: للحافظ أبي حاتم، محمد بن حبان
البستي (ت ٣٥٤هـ)، ترتيب: علي بن بلبان (ت ٧٣٩هـ)، تحقيق: شعيب
الأرنؤوط، ط. مؤسسة الرسالة، الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- ٢٦ - إحكام الأحكام: لابن دقيق العيد، أبي الفتح محمد بن علي (ت ٧٠٢هـ)،
ط. مطبعة السنة المحمدية.
- ٢٧ - اختصار علوم الحديث: لابن كثير، أبي الفداء إسماعيل بن كثير (ت ٧٧٤هـ)،
دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٢٨ - إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري: للقسطلاني، أحمد بن محمد بن أبي
بكر (ت ٩٢٣هـ)، ط. المطبعة البهية، الرابعة، ١٢٨٩هـ.
- ٢٩ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: للشيخ محمد ناصر الدين
الألباني (ت ١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي، الأولى ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ٣٠ - الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار، فيما تضمنه
الموطأ من معاني الرأي والآثار، وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار: لابن
عبد البر، أبي عمر يوسف بن عبد الله (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق: الدكتور
عبد المعطي قلنجي، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- ٣١ - بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن: للساعاتي، أحمد بن
عبد الرحمن البناء، دار الأنوار، الأولى ١٣٦٩هـ.
- ٣٢ - بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام: (مع سبل السلام): للحافظ أبي الفضل
أحمد بن علي بن محمد بن حجر (ت ٨٥٢هـ)، الناشر: المكتبة التجارية
الكبرى بمصر، الطبعة الرابعة، دون تاريخ.

- ٣٣ - تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى: للمباركفوري، أبي العلي محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم (ت١٣٥٣هـ)، تصحيح. عبد الرحمن محمد عثمان، ط. مطبعة الفجالة الجديدة، دون تاريخ.
- ٣٤ - تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف: للحافظ أبي الحجاج يوسف بن الزكي عبد الرحمن المزي (ت٧٤٢هـ)، تصحيح وتعليق: عبد الصمد شرف الدين، ط. الدار القيمة، بمبائي الهند، الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٣٥ - التحقيق في أحاديث الخلاف: لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي (ت٥٩٧هـ)، تحقيق: مسعد عبد الحميد، دار الكتب العلمية، الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م بيروت.
- ٣٦ - تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي: للسيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت٩١١هـ)، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، دار الكتب العلمية، بيروت، الثالثة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ٣٧ - التعليق المغني على الدارقطني: للعظيم آبادي، أبي الطيب محمد شمس الحق، شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
- ٣٨ - تغليق التعليق على صحيح البخاري: لابن حجر، أحمد بن علي (ت٨٥٢هـ)، المكتب الإسلامي، دار عمان، الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٣٩ - تقريب النواوي مع تدريب الراوي: للنووي، أبي زكريا يحيى بن شرف الشافعي (ت٦٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الثالثة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ٤٠ - التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: للحافظ ابن حجر، أحمد بن علي (ت٨٥٢هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ٤١ - تلخيص المستدرک للحاكم (مع المستدرک): للحافظ الذهبي، محمد بن أحمد (ت٧٤٨هـ)، دار الكتاب العربي عن الطبعة الهندية.
- ٤٢ - التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لابن عبد البر، أبي عمر، يوسف بن عبد الله (ت٤٦٣هـ)، مطبعة فضالة المحمدية.
- ٤٣ - توجيه النظر إلى أصول الأثر: للجزائري، طاهر بن صالح بن أحمد الدمشقي (ت١٣٣٨هـ)، ط. دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- ٤٤ - جامع الأصول من أحاديث الرسول: لابن الأثير، أبي السعادات مبارك بن محمد بن الأثير (ت٦٠٦هـ)، ط. دار إحياء التراث العربي بيروت، الرابعة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

- ٤٥ - جامع التحصيل في أحكام المراسيل: للعلائي، صلاح الدين أبي سعيد بن خليل بن كيكلدي (ت ٥٧٦١هـ)، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، عالم الكتب، الثانية ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.
- ٤٦ - الجامع الصحيح (مع فتح الباري): للحافظ البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ)، ط. دار الريان.
- ٤٧ - الجامع الصحيح: للحافظ مسلم بن حجاج القشيري (ت ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط. عيسى الحلبي.
- ٤٨ - الجامع الصحيح (سنن الترمذي): للترمذي، أبي عيسى، محمد بن عيسى (ت ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد شاكر، ومحمد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة، ط. مصطفى الحلبي، ودار الكتب العلمية، الأولى ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
- ٤٩ - جامع العلوم والحكم: لابن رجب، أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين (ت ٧٩٥هـ)، دار الريان، الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٥٠ - جامع المسانيد: للخوارزمي، محمد بن محمود (ت ٦٦٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٥١ - الجوهر النقي (مع السنن الكبرى للبيهقي): لابن التركماني، علاء الدين علي بن عثمان المارديني (ت ٧٥٠هـ)، ط. دار الفكر عن الطبعة الهندية.
- ٥٢ - الدراية في تخريج أحاديث الهداية: للحافظ ابن حجر، أحمد بن علي (ت ٨٥٢هـ)، دار المعرفة، بيروت.
- ٥٣ - الدر النثير (بهامش النهاية في غريب الحديث لابن الأثير): للسيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١هـ)، ط. المطبعة البهية عام ١٣١١هـ.
- ٥٤ - الروض الداني إلى المعجم الصغير للطبراني: تحقيق: محمد شكور الحاج أمرير، المكتب الإسلامي، بيروت، ودار عمان، عمان، الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٥٥ - سلسلة الأحاديث الضعيفة: للشيخ الألباني، محمد ناصر الدين (ت ١٤٢٠هـ)، المكتب الإسلامي، الأولى ١٣٩٨هـ.
- ٥٦ - سنن الدارقطني (مع التعليق المغني): للحافظ علي بن عمر الدارقطني (ت ٣٨٥هـ)، ط. شركة الطباعة الفنية المتحدة، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
- ٥٧ - سنن الدارمي: للحافظ أبي محمد، عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل (ت ٢٥٥هـ)، الناشر: دار إحياء السنة النبوية، ودار الريان.

- ٥٨ - سنن أبي داود: للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين، ط. مطبعة السعادة، الثانية ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م.
- ٥٩ - سنن سعيد بن منصور: للحافظ سعيد بن منصور (ت ٢٢٧هـ)، تحقيق: الأعظمي، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى ١٣٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٦٠ - السنن الكبرى: للنسائي، أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب (ت ٣٠٣هـ)، تحقيق: د. عبد الغفار وسيد كسروي، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى ١٤١١هـ.
- ٦١ - السنن الكبرى: للبيهقي، أبي بكر أحمد بن الحسن بن علي الشافعي (ت ٤٥٨هـ)، ط. دار الفكر عن الطبعة الهندية.
- ٦٢ - سنن ابن ماجه: للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط. عيسى البابي الحلبي، دون تاريخ.
- ٦٣ - سنن النسائي: للحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ)، ط. مصطفى الحلبي، الأولى ١٣٨٣هـ - ١٩٦٤م.
- ٦٤ - شرح اختصار علوم الحديث: للشيخ أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٩٣م.
- ٦٥ - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: للزرقاني، محمد بن عبد الباقي الأزهري (ت ١١٢٨هـ)، ط. الاستقامة، القاهرة ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م.
- ٦٦ - شرح السنة: للبخاري، أبي محمد الحسين بن مسعود (ت ٥١٦هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلامي، الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٦٧ - شرح صحيح مسلم: للنووي، أبي زكريا يحيى بن شرف الشافعي (ت ٦٧٦هـ)، دار القلم، بيروت لبنان، دون تاريخ.
- ٦٨ - شرح المسند: للشيخ أحمد محمد شاكر، دار المعارف ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م.
- ٦٩ - شرح معاني الآثار: للطحاوي، أحمد بن محمد (ت ٣٢١هـ)، ط: الأنوار المحمدية.
- ٧٠ - عمدة القاري لشرح صحيح البخاري: للعيني، بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني (ت ٨٥٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ.
- ٧١ - العلل: لابن أبي حاتم، أبي محمد عبد الرحمن الرازي (ت ٣٢٧هـ)، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٥ - ١٩٨٥م.
- ٧٢ - العلل المتناهية: لابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي (ت ٥٩٧هـ)، ط. المكتبة العلمية، لاهور، باكستان، الأولى ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

- ٧٣ - عون المعبود شرح سنن أبي داود: لأبي الطيب، محمد شمس الحق العظيم آبادي (ت ١٣٢٩هـ)، الناشر: محمد عبد المحسن صاحب المكتبة السلفية بالمدينة، الثانية، ١٣٨٨هـ.
- ٧٤ - غريب الحديث: لأبي عبيد، القاسم بن سلام الهروي (ت ٢٢٤هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، عن دائرة المعارف العثمانية، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م.
- ٧٥ - غريب الحديث: للخطابي، أبي سليمان حمد بن محمد البستي (ت ٣٨٨هـ)، تحقيق: عبد الكريم الغرناوي، دار الفكر، الأولى ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ٧٦ - الفائق في غريب الحديث: للزمخشري، محمود بن عمر (ت ٥٣٨هـ)، تحقيق: محمد أبو الفضل وعلي البجاوي، ط. عيسى الحلبي.
- ٧٧ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري: للحافظ ابن حجر، أحمد بن علي (ت ٨٥٢هـ)، دار الريان، الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.
- ٧٨ - فيض القدير شرح الجامع الصغير: للمناوي، محمد عبد الرؤوف بن علي (ت ١٠٣١هـ)، ط. مصطفى محمد، الأولى ١٣٥٦هـ - ١٩٧٨م.
- ٧٩ - كتاب الآثار: للإمام أبي يوسف (ت ١٨٣هـ)، إدارة القرآن، كراتشي، باكستان، الأولى ١٤٠٧هـ.
- ٨٠ - كتاب مجمع البحرين في زوائد المعجمين: «المعجم الأوسط والمعجم الصغير» للطبراني: للهيتمي، نور الدين (ت ٨٠٧هـ)، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض، الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.
- ٨١ - كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس: للعجلوني، إسماعيل بن محمد (ت ١١٦٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٨٢ - كنز العمال: لعلاء الدين، علي المتقي بن حسام الدين الهندي (ت ٩٧٥هـ)، مؤسسة الرسالة، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- ٨٣ - مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار: للفتي، محمد طاهر الصديقي (ت ٩٨٦هـ)، ط. دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد، الهند.
- ٨٤ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للهيتمي، علي بن أبي بكر (ت ٨٠٧هـ)، مكتبة القدسي.
- ٨٥ - المراسيل: لأبي داود، سليمان بن أشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، دار الجنان ومؤسسة الكتب الثقافية، الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

- ٨٦ - المستدرک علی الصحیحین فی الحدیث: للحاکم، أبی عبد الله، محمد بن عبد الله النیسابوری (ت ٤٠٥هـ)، مطابع النصر الحدیثة عن دائرة المعارف بالهند.
- ٨٧ - المسند: للطیالسی، سلیمان بن داود (ت ٢٠٤هـ)، دائرة المعارف النظامیة، الهند، الأولى.
- ٨٨ - المسند: للإمام أحمد بن حنبل (ت ٢٤١هـ)، دار الفکر.
- ٨٩ - المسند: لأبی یعلی، أحمد بن علی بن المثنی التمیمی (ت ٣٠٧هـ)، تحقیق: حسین سلیم، دار المأمون، بیروت، الثانية، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.
- ٩٠ - مشکل الآثار: للطحاوی، أحمد بن محمد (ت ٣٢١هـ)، دائرة المعارف النظامیة، حیدرآباد، الأولى، الهند ١٣٣٣هـ.
- ٩١ - مصباح الزجاجة فی زوائد ابن ماجه: للبوصیری، أحمد بن أبی بکر (ت ٨٤٠هـ)، تحقیق: موسی محمود، ود. عزت علی، دار الکتب الحدیثة، مطبعة حسان.
- ٩٢ - المصنف: للصنعانی، عبد الرزاق بن همام (ت ٢١١هـ)، تحقیق: حبیب الرحمن الأعظمی، الناشر: المجلس العلمي، ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م.
- ٩٣ - المصنف: لابن أبی شیبة، عبد الله بن محمد (ت ٢٣٥هـ)، تحقیق: عبد الخالق الأفغانی.
- ٩٤ - معالم السنن: للخطابی، أبی سلیمان حمد بن محمد البستی (ت ٣٨٨هـ)، المكتبة العلمیة، بیروت، الثانية، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- ٩٥ - المعجم الكبير: للطبرانی، أبی القاسم سلیمان بن أحمد (ت ٣٦٠هـ)، تحقیق: حمدي السلفی، مصورة عن الطبعة الثانية.
- ٩٦ - معرفة السنن والآثار: للبيهقي، أبی بکر أحمد بن الحسين (ت ٤٥٨هـ)، تحقیق: سید کروي، دار الکتب العلمیة، بیروت، الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
- ٩٧ - المنتقى: لابن الجارود، أبی محمد عبد الله بن الجارود (ت ٣٠٧هـ)، دار الجنان، ومؤسسة الکتب الثقافیة، بیروت، الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- ٩٨ - المنتقى شرح الموطأ: للبايجي، أبی الوليد سلیمان بن خلف الأندلسي (ت ٤٩٤هـ)، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى، ١٣٣١هـ، مطبعة السعادة، دار الکتب العربیة.
- ٩٩ - منحة المعبود فی ترتیب مسند الطیالسی أبی داود: للشیخ أحمد عبد الرحمن، ط. الفرقان، الثانية ١٤٠٣هـ.

- ١٠٠ - الموطأ: للإمام مالك (ت ١٧٩هـ)، تصحيح وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.
- ١٠١ - نصب الراية لأحاديث الهداية: للزيلعي، أبي محمد، عبد الله بن يوسف (ت ٧٦٢هـ)، الناشر: دار الحديث، ط. المركز الإسلامي للطباعة.
- ١٠٢ - النهاية في غريب الحديث والأثر: لابن الأثير، أبي السعادات المبارك بن محمد (ت ٦٠٦هـ)، ط. المطبعة البهية عام ١٣١١هـ.
- ١٠٣ - نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منتقى الأخبار: للشوكاني، محمد بن علي بن محمد (ت ١٢٥٠هـ)، الناشر: دار الحديث، دون تاريخ.
- ١٠٤ - الهداية في تخريج أحاديث البداية: للشيخ الغماري، أبي الفضل محمد بن صديق (ت ١٣٨٠هـ)، تحقيق: محمد سليم، ط. عالم الكتب، الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

ثالثاً: أصول الفقه، والقواعد الأصولية، والقواعد الفقهية:

- ١٠٥ - الإبهاج في شرح المنهاج: للسبكي، علي بن عبد الكافي (ت ٧٥٦هـ)، وولده عبد الوهاب (ت ٧٧١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ١٠٦ - الإحكام في أصول الأحكام: لابن حزم، أبي محمد علي بن حزم الظاهري (ت ٤٥٦هـ)، مطبعة امتياز، الأولى، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ١٠٧ - الأشباه والنظائر: لتاج الدين السبكي، عبد الوهاب بن علي (ت ٧٧١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ١٠٨ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: للسيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١هـ)، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي، دون تاريخ.
- ١٠٩ - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: لابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ١١٠ - أصول التشريع الإسلامي: للأستاذ علي حسب الله، الناشر: دار المثقف العربي، السادسة، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ١١١ - أصول الفقه المسمى: إجابة شرح بغية الأمل: للأمير الصنعاني، محمد بن إسماعيل (ت ١١٨٢هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

- ١١٢ - أصول الفقه: للشيخ محمد أبو زهرة، الناشر: دار الفكر العربي.
- ١١٣ - أصول الفقه: للشيخ محمد أبو نور زهير، دار: التأليف.
- ١١٤ - أصول الفقه الإسلامي: للشيخ زكي الدين شعبان، دار نافع للطباعة والنشر، الناشر: دار الكتاب الجامعي.
- ١١٥ - أصول الكرخي (مع تأسيس النظر): لأبي الحسن الكرخي، عبید الله بن الحسين (ت ٣٤٠هـ)، دار ابن زيدون، بيروت، لبنان، دون تاريخ.
- ١١٦ - الاعتناء في الفرق والاستثناء: للبكري، محمد بن أبي بكر بن سليمان (ت ٨٧١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ١١٧ - إيضاح القواعد: للشيخ مصطفى هاشم، دار الطباعة العامرة سنة ١٢٩٥هـ.
- ١١٨ - إيضاح القواعد الفقهية: للشيخ عبد الله بن سعيد، محمد عبادي اللحجي الحضرمي السحاري، ط. مطبعة المدني عام ١٣٨٨هـ.
- ١١٩ - إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك: للونشريسي، أبي العباس أحمد بن يحيى (ت ٩١٤هـ)، الناشر: كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، الأولى، ١٤١٠هـ - ١٩٩١م.
- ١٢٠ - البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي (ت ٧٩٤هـ)، دار الصفوة، الغردقة، الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ١٢١ - بغية المحتاج: للمرصفي، يوسف بن موسى الشافعي، ط. مطبعة السعادة عام ١٣٤٦هـ.
- ١٢٢ - تأسيس النظر: للدبوسي، أبي زيد عبید الله بن عمر (ت ٤٣٠هـ)، دار ابن زيدون، بيروت، لبنان.
- ١٢٣ - تخريج الفروع على الأصول: للزنجاني، أبي المناقب شهاب الدين، محمود بن أحمد (ت ٦٥٦هـ)، تحقيق: د. محمد أديب، مؤسسة الرسالة، بيروت، والخامسة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، الأولى.
- ١٢٤ - التلويح على التوضيح: للتفتازاني، سعد الدين بن مسعود بن عمر (ت ٧٩٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٢٥ - تهذيب الفروق (بهامش الفروق): لمحمد علي بن الحسين، أو حسين بن إبراهيم (ت ١٣٦٧هـ)، عالم الكتب، بيروت.
- ١٢٦ - التوضيح (بهامش التلويح): لصدر الشريعة. عبد الله بن مسعود المحجوبي (ت ٧٤٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

- ١٢٧ - حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع: للشيخ عبد الرحمن بن جاد الله، (١١٩٨هـ)، مصطفى الحلبي، الثانية، ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
- ١٢٨ - حاشية السيد الشريف الجرجاني على شرح القاضي عضد: (ت ٤٣٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ١٢٩ - حاشية العطار على شرح المحلي على جمع الجوامع: للعطار، الشيخ حسن، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٣٠ - دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين: للدكتور السيد صالح عوض، دار الطباعة المحمدية.
- ١٣١ - الرسالة: للإمام الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، تحقيق وشرح: أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٣٢ - روضة الناظر: لابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، الأولى، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- ١٣٣ - شرح تنقيح الفصول: للقرافي، أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤هـ)، الكليات الأزهرية.
- ١٣٤ - شرح القواعد الفقهية: للشيخ أحمد بن محمد الزرقا (ت ١٣٥٧هـ)، دار الغرب الإسلامي، الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ١٣٥ - شرح الكوكب المنير: لابن النجار الفتوحي، محمد بن أحمد (ت ٩٧٢هـ)، تحقيق: د. محمد الزحيلي، ود. نزيه حماد، دار الفكر بدمشق، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ١٣٦ - شرح مختصر الروضة: للطوفي، أبي الربيع سليمان بن عبد القوي (ت ٧١٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله عبد المحسن، الرسالة بيروت، الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ١٣٧ - غاية الوصول: للدكتور جلال الدين عبد الرحمن، ط. السعادة، الأولى، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ١٣٨ - غمز عيون البصائر: للحموي، أحمد بن محمد (ت ١٠٩٨هـ)، ط. العامرة، ١٢٩٠هـ.
- ١٣٩ - الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية: لابن حمزة، محمود بن محمد بن نسيب (ت ١٣٠٥هـ)، طبع دمشق ١٢٩٨هـ.
- ١٤٠ - الفروق: للقرافي، أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤هـ)، عالم الكتب، بيروت.

- ١٤١ - القواعد: للمقري، أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد (ت ٧٥٨هـ)، تحقيق، ودراسة: أحمد بن عبد الله بن حميد، شركة مكة للطباعة والنشر.
- ١٤٢ - القواعد: لابن رجب، أبي الفرج، عبد الرحمن بن شهاب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ).
- ١٤٣ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين، عبد العزيز بن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ)، دار الجيل، الثانية، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ١٤٤ - القواعد النورانية الفقهية: لشيخ الإسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ١٤٥ - القواعد الفقهية: للباحث علي أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، الثالثة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ١٤٦ - كتاب القواعد الكلية والضوابط الفقهية: لابن المبرد، يوسف بن حسن (ت ٩٠هـ)، دار البشائر الإسلامية، الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- ١٤٧ - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزدوي: للبخاري، عبد العزيز بن أحمد (ت ٧٣٠هـ)، دار الكتاب الجامعي، بيروت.
- ١٤٨ - مجامع الحقائق (مع إيضاح القواعد): للخادمي، أبي سعيد محمد بن محمد مصطفى (ت ١١٧٦هـ)، دار الطباعة العامة سنة ١٢٩٥هـ.
- ١٤٩ - مختصر قواعد العلائي وكلام الإسنوي: لابن خطيب الدهشة: أبي الثناء محمود بن أحمد (ت ٨٣٤هـ)، دراسة وتحقيق: د. مصطفى محمود، مطبعة الجمهور، الموصل، ١٩٨٤م.
- ١٥٠ - المستصفي: للغزالي، أبي حامد محمد بن محمد (ت ٥٠٥هـ)، الأميرية، الأولى، ١٣٢٢هـ.
- ١٥١ - مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه: للشيخ عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الكويت.
- ١٥٢ - مغني ذوي الأفهام من الكتب الكثيرة في الأحكام: لابن المبرد، يوسف بن حسن بن أحمد بن عبد الهادي (ت ٩٠٩هـ)، ط. السنة المحمدية، ١٣٩١هـ - ١٩٧١م.
- ١٥٣ - منافع الدقائق في شرح مجامع الحقائق: للشيخ مصطفى الكوزلحصاري (ت ١٢١٥هـ)، دار الطباعة العامة ١٣٠٨هـ.
- ١٥٤ - مناهج الاجتهاد: للدكتور محمد سلام مذكور، ط. جامعة الكويت، ١٣٩٣هـ.

- ١٥٥ - المنشور في القواعد: للزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله (ت ٧٩٤هـ)، تحقيق، د. تيسير فائق، ط. مؤسسة الفليح، الكويت، الأولى، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ١٥٦ - المنهاج (مع الإبهاج): للقاضي البيضاوي (ت ٦٨٥هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٥٧ - الموافقات: للشاطبي، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى (ت ٧٩٠هـ)، مطبعة المكتبة التجارية.
- ١٥٨ - المواهب السنية (بهاشم الأشباه والنظائر): للشيخ عبد الله بن سليمان، الجوهزي الشافعي (ت ١٢٠١هـ)، دار الفكر.
- ١٥٩ - نور الأنوار: لملاحيون، أحمد (ت ١١٣٠هـ)، ط. حجر، المطبع العلمي بدلهي، الهند.

رابعاً: الفقه الإسلامي:

- ١ - كتب الفقه الحنفي
- ١٦٠ - اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: لأبي يوسف، يعقوب بن إبراهيم الأنصاري (ت ١٨٣هـ)، ط. مطبعة الوفاء، حيدر آباد، الهند، الأولى ١٣٥٧هـ.
- ١٦١ - الاختيار لتعليل المختار: للموصلي، عبد الله بن محمود (ت ٦٨٣هـ)، دار الفكر العربي.
- ١٦٢ - إثبات الإنصاف في آثار الخلاف: لسبط ابن الجوزي، أبي المظفر يوسف بن فرغلي (ت ٦٥٤هـ)، تحقيق: ناصر العلي، دار السلام، الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
- ١٦٣ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (ت ٩٧٠هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية.
- ١٦٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود (ت ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ١٦٥ - البناية في شرح الهداية: للعيني، أبي محمد محمود بن أحمد (ت ٨٥٥هـ)، تصحيح: المولوي محمد عمر الرامفوري، دار الفكر، بيروت، الثانية، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

- ١٦٦ - تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق: للزيلعي، عثمان بن علي (ت ٧٤٣هـ)، ط. الأميرية، الأولى سنة ١٣١٤هـ.
- ١٦٧ - تحفة الفقهاء: للسمرقندي، علاء الدين محمد (ت ٥٣٩هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.
- ١٦٨ - تكملة البحر الرائق: للطوري، محمد بن الحسين بن علي (كان حياً ١١٣٨هـ)، الناشر، دار الكتاب الإسلامي، الثانية.
- ١٦٩ - تكملة فتح القدير: نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار: لقاضي زاده، شمس الدين أحمد بن قودر (ت ٩٨٨هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٧٠ - تنوير الأبصار (مع الدر المختار): للغزي، محمد بن عبد الله التمرتاشي (ت ١٠٠٤هـ)، مصطفى الحلبي، الثانية: ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
- ١٧١ - جامع الفصولين: لابن القاضي سماوة، محمود بن إسماعيل، المطبعة الأزهرية، الأولى، ١٣٠٥هـ.
- ١٧٢ - حاشية الشلبي على تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق: لشهاب الدين أحمد الشلبي، ط. الأميرية، الأولى، ١٣١٤هـ.
- ١٧٣ - درر الحكام في شرح غرر الأحكام: لملاخسرو، القاضي محمد بن فراموز (ت ٨٨٥هـ)، مطبعة أحمد كامل، دار السعادة، سنة ١٣٢٩هـ.
- ١٧٤ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية: لعلي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، مكتبة النهضة، بغداد، ودار الجليل، الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ١٧٥ - الدر المختار شرح تنوير الأبصار: لعلاء الدين الحصفكي، محمد بن علي (ت ١٠٨٨هـ)، مصطفى الحلبي، الثانية، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
- ١٧٦ - الدر المنتقى في شرح الملتقى (بهامش مجمع الأنهر): لعلاء الدين الحصفكي، محمد بن علي (ت ١٠٨٨هـ)، دار إحياء التراث العربي.
- ١٧٧ - رد المحتار: لابن عابدين، محمد أمين (ت ١٢٥٢هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي، الثانية، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
- ١٧٨ - روضة القضاة وطريق النجاة: للسمناني، أبي القاسم علي بن محمد (ت ٤٩٩هـ)، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الثانية، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ١٧٩ - شرح مجلة الأحكام العدلية: للشيخ سليم رستم باز، دار إحياء التراث العربي، الثالثة.

- ١٨٠ - شرح مرشد الحيران: لمحمد زيد الأبياني (ت ١٣٥٤هـ) ومحمد سلامة (ت ١٣٤٧هـ)، مطبعة الواعظ ١٣٢٥هـ - ١٩٠٨م.
- ١٨١ - طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف: للأسمندي، محمد بن عبد الحميد (ت ٥٥٢هـ)، تحقيق: د. محمد زكي، ط. مطبعة المختار ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م. دار التراث.
- ١٨٢ - العناية على الهداية (بهامش فتح القدير): للبابرتي، محمد بن محمود (ت ٧٨٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٨٣ - الفتاوى البزازية (بهامش الفتاوى الهندية): لابن البزاز، محمد بن محمد بن شهاب (ت ٨٢٧هـ)، دار المعرفة، بيروت، عن الأميرية، الثانية سنة ١٣١٠هـ.
- ١٨٤ - الفتاوى الخانية (بهامش الفتاوى الهندية): لقاضيخان، حسن بن منصور الأوزجندي (ت ٥٩٢هـ)، دار المعرفة، بيروت عن الأميرية، الثانية، سنة ١٣١٠هـ.
- ١٨٥ - الفتاوى الهندية: لجماعة من علماء الهند. دار المعرفة، الثالثة، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.
- ١٨٦ - فتح القدير (شرح الهداية): لابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت ٨٦١هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- ١٨٧ - كتاب الأصل: للشيباني، محمد بن حسن (ت ١٨٩هـ)، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، الأولى، حيدر آباد، الهند.
- ١٨٨ - الكفاية شرح الهداية (مع فتح القدير): للخوارزمي، السيد جلال الدين بن الكرلاني (ت ٧٦٧هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٨٩ - كنز الدقائق (مع تبين الحقائق): للنسفي، أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود (ت ٧١٠هـ)، المطبعة الأميرية، الأولى، ١٣١٤هـ.
- ١٩٠ - لسان الحكام في معرفة الأحكام: لابن الشحنة، أبي الوليد إبراهيم بن محمد أبي اليمن (ت ٨٨٢هـ)، ط. مصطفى الحلبي، الثانية، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.
- ١٩١ - المبسوط: للسرخي، أبي بكر محمد بن أحمد (ت ٤٩٠هـ)، ط. السعادة، الأولى، ١٣٢٤هـ.
- ١٩٢ - متن القدوري: لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري (ت ٤٢٨هـ)، ط. مصطفى الحلبي، الثالثة، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م.
- ١٩٣ - مجلة الأحكام العدلية (مع درر الحكام لعلي حيدر): تأليف لجنة من كبار ديوان الأحكام العدلية.

- ١٩٤ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: لداماد أفندي، عبد الرحمن بن محمد (ت١٠٧٨هـ)، دار إحياء التراث العربي عن دار الطباعة العامرة.
- ١٩٥ - مجمع الضمانات: للبغدادي، أبي محمد بن غانم بن محمد المتوفى في حدود سنة ١٠٣٠هـ، ط. المطبعة الخيرية، الأولى، سنة ١٣٠٨هـ.
- ١٩٦ - المختار: للموصلبي، عبد الله بن محمود بن مودود (ت٦٨٣هـ)، دار الفكر العربي.
- ١٩٧ - مختصر الطحاوي: لأبي جعفر أحمد بن محمد (ت٣٢١هـ)، تصحيح: أبو الوفاء الأفغاني، الناشر: لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد، الهند.
- ١٩٨ - مرشد الحيران: لمحمد قدرى باشا (ت١٣٠٦هـ)، دار الفرجاني، الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ١٩٩ - مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة: الطبعة التمهيدية عام ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.
- ٢٠٠ - منحة الخالق على البحر الرائق: لابن عابدين، محمد أمين (ت١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
- ٢٠١ - الهداية شرح بداية المبتدي، (مع البناية للعيني): للمرغيناني، أبي الحسن علي بن أبي بكر (ت٥٩٣هـ)، دار الفكر، الثانية، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- ٢ - كتب الفقه المالكي:
- ٢٠٢ - الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام: لميارة الفاسي، محمد بن أحمد (ت١٠٧٢هـ)، ط. الاستقامة.
- ٢٠٣ - أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك: للكشناوي، أبي بكر بن حسن، دار الفكر، بيروت.
- ٢٠٤ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد الحفيد، أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي (ت٥٩٥هـ)، ط. مطبعة الاستقامة بالقاهرة.
- ٢٠٥ - البهجة في شرح التحفة: للتسولي، أبي الحسن علي بن عبد السلام (ت١٢٥٨هـ)، ط. مصطفى الحلبي، الثانية، ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.
- ٢٠٦ - التاج والإكليل لمختصر خليل (بهامش مواهب الجليل): للمواق، أبي عبد الله محمد بن يوسف (ت٨٩٧هـ)، دار الفكر، الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٢٠٧ - التفريع: لابن الجلاب، أبي القاسم عبيد الله بن الحسين (ت٣٧٨هـ)، تحقيق: د. حسين الدهماني، دار الغرب الإسلامي، الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.

- ٢٠٨ - جواهر الإكليل: للأبي الأزهري، صالح عبد السميع، دار الفكر، بيروت.
- ٢٠٩ - حاشية البناني على شرح الزرقاني: لمحمد بن الحسن (ت ١١٩٤هـ)، دار الفكر، بيروت.
- ٢١٠ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (للدردير): لمحمد بن أحمد بن عرفة (ت ١٢٣٠هـ)، دار إحياء الكتب العربية.
- ٢١١ - حاشية ابن رحال على الإتيان والإحكام: للتداوي، أبي علي، الحسن بن رحال بن أحمد (ت ١١٤٠هـ)، مطبعة الاستقامة بالقاهرة.
- ٢١٢ - حاشية الصاوي على الشرح الصغير (للدردير): لأحمد بن محمد (ت ١٢٤١هـ)، عيسى الحلبي.
- ٢١٣ - حاشية العدوي على شرح الخرشي: لعلي بن أحمد (ت ١١٨٩هـ)، دار الكتاب العربي.
- ٢١٤ - حاشية العدوي على كفاية الطالب الرياني: لعلي بن أحمد (ت ١١٨٩هـ)، مطبعة محمد عاطف.
- ٢١٥ - حلي المعاصم (بهامش البهجة): للتاودي، أبي عبد الله محمد (ت ١٢٠٧هـ)، مصطفى الحلبي.
- ٢١٦ - الذخيرة: للقرافي، أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤هـ)، دار الغرب الإسلامي، الأولى، ١٩٩٤م.
- ٢١٧ - الرسالة الفقهية: للقيرواني، أبي محمد عبد الله بن أبي زيد (ت ٣٨٦هـ)، تحقيق: د. الهادي حمو، ود. محمد أبو الأجنان، دار الغرب، الأولى، ١٤٠٦هـ.
- ٢١٨ - شرح الخرشي على مختصر خليل: لمحمد بن عبد الله (ت ١١٠١هـ)، دار الكتاب العربي.
- ٢١٩ - شرح الزرقاني على مختصر خليل: لعبد الباقي بن يوسف (ت ١٠٩٩هـ)، دار الفكر، بيروت.
- ٢٢٠ - الشرح الصغير: للدردير، أحمد بن محمد (ت ١٢٠١هـ)، عيسى الحلبي.
- ٢٢١ - الشرح الكبير (بهامش حاشية الدسوقي): للدردير، أحمد بن محمد (ت ١٢٠١هـ)، دار إحياء الكتب العربية.
- ٢٢٢ - شرح منح الجليل على مختصر خليل: لعليش، الشيخ محمد بن أحمد (ت ١٢٩٩هـ)، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا.

- ٢٢٣ - الفواكه الدواني: للنفراوي، أحمد بن غنيم (ت ١١٢٥هـ)، دار الفكر، بيروت.
- ٢٢٤ - القوانين الفقهية: لابن جزي، محمد بن أحمد (ت ٧٤١هـ)، دار الفكر، دون تاريخ.
- ٢٢٥ - الكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر، أبي عمر، يوسف بن عبد الله (ت ٤٦٣هـ)، مكتبة الرياض الحديثة.
- ٢٢٦ - كفاية الطالب الرباني: لأبي الحسن علي بن محمد (ت ٩٣٩هـ)، ط. مطبعة محمد عاطف.
- ٢٢٧ - مختصر خليل (مع جواهر الإكليل): لأبي ضياء خليل بن إسحاق (ت ٧٦٧هـ)، دار الفكر، بيروت.
- ٢٢٨ - المدونة الكبرى: رواية الإمام سحنون عن الإمام ابن القاسم عن الإمام مالك، دار صادر، بيروت عن السعادة، بمصر، الأولى، ١٣٢٣هـ.
- ٢٢٩ - المقدمات الممهديات: لابن رشد الجدل، أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٢٠هـ)، دار الغرب الإسلامي، الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- ٢٣٠ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل: للحطاب، أبي عبد الله، محمد بن محمد الرعيني، (ت ٩٥٤هـ)، دار الفكر، الثالثة ١٣١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٣ - كتب الفقه الشافعي:
- ٢٣١ - أسنى المطالب: للشيخ أبي يحيى زكريا بن محمد الأنصاري (ت ٩٢٦هـ)، ط. المكتبة الإسلامية.
- ٢٣٢ - الإشراف على مذاهب أهل العلم: لابن المنذر، أبي بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري (ت ٣١٨هـ)، دار الفكر، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- ٢٣٣ - إعانة الطالبين: لشطا البكري، أبي بكر بن محمد (ت ١٣١٠هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٤٢هـ.
- ٢٣٤ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للخطيب الشربيني، محمد (ت ٩٧٧هـ)، مصطفى الحلبي، الطبعة الأخيرة ١٣٥٩هـ - ١٩٤٠م.
- ٢٣٥ - الأم: للإمام الشافعي، محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- ٢٣٦ - تحفة المحتاج بشرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، شهاب الدين أحمد بن حجر (ت ٩٧٣هـ)، دار صادر بيروت، ودار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

- ٢٣٧ - تقرير الشيخ عوض (بهامش الإقناع):
- ٢٣٨ - تكملة المجموع شرح المذهب: للسبكي، علي بن عبد الكافي (ت ٧٥٦هـ)، دار الفكر.
- ٢٣٩ - تكملة المجموع شرح المذهب: للمطيعي، دار الفكر.
- ٢٤٠ - التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي: للشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي (ت ٤٧٦هـ)، ط. مصطفى الحلبي، ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.
- ٢٤١ - حاشية البجيرمي على شرح الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للشيخ سليمان بن محمد بن عمر (ت ١٢٢١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- ٢٤٢ - حاشية البيجوري على شرح ابن قاسم الغزي: للشيخ إبراهيم البيجوري، ط. مصطفى الحلبي ١٣٤٣هـ.
- ٢٤٣ - حاشية الرشيدى على نهاية المحتاج: لأحمد بن عبد الرزاق المغربي (ت ١٠٩٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٢٤٤ - حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج: لأبي الضياء علي بن علي (ت ١٠٨٧هـ)، دار إحياء التراث العربي، الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٢٤٥ - حاشية الشرقاوي على شرح التحرير: لعبد الله الشرقاوي (ت ١٢٢٧هـ)، دار إحياء الكتب العربية.
- ٢٤٦ - حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: للشيخ عبد الحميد الشرواني (ت ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م)، ودار صادر بيروت.
- ٢٤٧ - حاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين: للشيخ عميرة (ت ٩٥٧هـ)، دار إحياء الكتب العربية.
- ٢٤٨ - حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي: للشيخ شهاب الدين القليوبي (ت ١٠٦٩هـ)، دار إحياء الكتب العربية.
- ٢٤٩ - الحاوي الكبير: للماوردي، أبي الحسن علي بن محمد البصري (ت ٤٥٠هـ)، دار الكتب العلمية بيروت، الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٢٥٠ - الحاوي للفتوى: للسيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١هـ)، إدارة الطباعة المنيرية.

- ٢٥١ - حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء: للقفال، أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي (ت ٥٠٧هـ)، الناشر: مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأولى ١٩٨٨م.
- ٢٥٢ - روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ)، المكتب الإسلامي، الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٢٥٣ - شرح التحرير (بهامش حاشية الشرقاوي): للشيخ أبي يحيى زكريا الأنصاري (ت ٩٢٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى الحلبي وشركائه.
- ٢٥٤ - شرح منهاج الطالبين (بهامش حاشيتي قليوبي وعميرة): لجلال الدين محمد بن أحمد المحلي (ت ٨٦٤هـ)، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى الحلبي.
- ٢٥٥ - فتح العزيز شرح الوجيز (مع المجموع): للرافعي، أبي القاسم، عبد الكريم بن محمد (ت ٦٢٣هـ)، دار الفكر.
- ٢٥٦ - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: للشيخ أبي يحيى زكريا الأنصاري (ت ٩٢٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي.
- ٢٥٧ - كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار: للحصني، أبي بكر بن محمد (ت ٨٢٩هـ)، دار إحياء الكتب العربية.
- ٢٥٨ - متن أبي شجاع: (مع التذهيب في أدلة الغاية والتقريب)، دار البشير، دمشق، بيروت، الرابعة، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ٢٥٩ - المجموع شرح المهذب: للنووي، أبي زكريا يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ)، التضامن، ودار الفكر.
- ٢٦٠ - مختصر المنزني: وهو، أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى (ت ٢٦٤هـ)، دار المعرفة، بيروت.
- ٢٦١ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للخطيب الشربيني، محمد (ت ٩٧٧هـ)، ط. مصطفى الحلبي ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.
- ٢٦٢ - منهاج الطالبين (مع مغني المحتاج): للنووي، يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ).
- ٢٦٣ - المهذب مع المجموع: للشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي (ت ٤٧٦هـ)، التضامن، ودار الفكر.
- ٢٦٤ - النكت (مخطوط): للشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي (ت ٤٧٦هـ).
- ٢٦٥ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرمل، شمس الدين محمد بن أبي العباس (ت ١٠٠٤هـ)، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت، الأولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٢٦٦ - الوجيز (مع فتح العزيز): للغزالي، أبي حامد محمد بن محمد (ت ٥٠٥هـ)،
التضامن، ودار الفكر.

٤ - كتب الفقه الحنبلي:

٢٦٧ - الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: للبعلي، علاء الدين
أبي الحسن علي بن محمد (ت ٨٠٣هـ)، تحقيق: حامد الفقي، السنة
المحمدية.

٢٦٨ - إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، أبي عبد الله محمد بن
أبي بكر (ت ٧٥١هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية.

٢٦٩ - الإفصاح: لابن هبيرة، أبي المظفر، يحيى بن محمد بن هبيرة (ت ٥٦٠هـ)،
المطبعة الحلية، حلب، الثانية ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م.

٢٧٠ - الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، أبي النجا شرف الدين
موسى (ت ٩٦٨هـ)، ط. المطبعة المصرية.

٢٧١ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل:
للمرداوي، أبي الحسن علي بن سليمان (ت ٨٨٥هـ)، تحقيق: حامد الفقي،
تصوير عن السنة المحمدية.

٢٧٢ - تصحيح الفروع (مع الفروع): للمرداوي، أبي الحسن علي بن سليمان
(ت ٨٨٥هـ)، عالم الكتب، الرابعة، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٢٧٣ - دليل الطالب لنيل المطالب: للشيخ مرعي بن يوسف (ت ١٠٣٣هـ)، تحقيق:
عبد الله البارودي، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، الأولى، ١٤٠٥هـ -
١٩٨٥م.

٢٧٤ - الروض المربع: للبهوتي، منصور بن يونس (ت ١٠٥١هـ)، الناشر: مكتبة
الرياض الحديثة ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م

٢٧٥ - شرح الزركشي على مختصر الخرقي: لمحمد بن عبد الله (ت ٧٧٢هـ)،
تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، شركة العيكان، الرياض.

٢٧٦ - الشرح الكبير مع المغني: للمقدسي، أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد
(ت ٦٨٢هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤.

٢٧٧ - شرح منتهى الإرادات: للبهوتي، منصور بن يونس (ت ١٠٥١هـ)، المكتبة
السلفية.

٢٧٨ - العقود: لابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم (ت ٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد حامد
الفقي، السنة المحمدية.

- ٢٧٩ - الفروع: لابن مفلح، أبي عبد الله محمد بن مفلح (ت ٧٦٣هـ)، عالم الكتب، الرابعة، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٢٨٠ - الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي.
- ٢٨١ - كتاب التمام: للقاضي أبي الحسين، محمد بن محمد (ت ٥٢٦هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن محمد، ود. عبد العزيز بن محمد، دار العاصمة، الأولى ١٤١٤هـ.
- ٢٨٢ - كشاف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي: منصور يونس (ت ١٠٥١هـ)، مكتبة النصر الحديثة.
- ٢٨٣ - المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، أبي إسحاق إبراهيم بن محمد (ت ٨٨٤هـ)، المكتب الإسلامي.
- ٢٨٤ - مجلة الأحكام الشرعية: للقارئ، أحمد بن عبد الله (ت ١٣٥٩هـ)، تهامة، جدة، الأولى، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- ٢٨٥ - مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية: لابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم (ت ٧٢٨هـ)، جميع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد النجدي، تصوير.
- ٢٨٦ - المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لأبي البركات، مجد الدين عبد السلام بن عبد الله (ت ٦٥٢هـ)، مكتبة المعارف، الثانية، ١٤٠٤هـ.
- ٢٨٧ - مختصر الخرقى: لأبي القاسم، عمر بن الحسين (ت ٣٣٤هـ)، مؤسسة دار السلام، الأولى، ١٣٧٨هـ.
- ٢٨٨ - مختصر الفتاوى المصرية: للبعلي، أبي عبد الله محمد بن علي (ت ٧٧٧هـ)، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م.
- ٢٨٩ - مسائل الإمام أحمد بن حنبل: لابنه، أبي الفضل، صالح (ت ٢٦٦هـ)، تحقيق: د. فضل الرحمن دين محمد، الدار العلمية، الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- ٢٩٠ - مسائل الإمام أحمد بن حنبل: لابنه، أبي عبد الرحمن عبد الله (ت ٢٩٠هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الأولى، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- ٢٩١ - مسائل الإمام أحمد بن حنبل: لأبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، الناشر: محمد أمين، بيروت، الطبعة الثانية.

- ٢٩٢ - المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين: للقاضي أبي يعلى، محمد بن الحسين (ت٤٥٨هـ)، مكتبة المعارف، الرياض، الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٢٩٣ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: للرحيباني، مصطفى السيوطي (ت١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، الأولى، ١٣٨٠هـ - ١٩٦١م.
- ٢٩٤ - المغني: لابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت٦٢٠هـ)، دار الفكر، بيروت، الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٢٩٥ - المقنع (مع التنقيح المشبع): لابن قدامة، المطبعة السلفية.
- ٢٩٦ - منار السبيل في شرح الدليل: للشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم (ت١٣٥٣هـ)، المكتب الإسلامي، الأولى، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ٢٩٧ - منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات: لابن النجار، محمد بن أحمد الفتوح (ت٩٧٢هـ)، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق، مكتبة دار العروبة.
- ٢٩٨ - هداية الراغب لشرح عمدة الطالب: للنجدي، عثمان بن أحمد (ت١١٠٠هـ)، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، مطبعة المدني بمصر.
- ٥ - كتب الفقه الظاهري:
- ٢٩٩ - المحلي بالأثار: لابن حزم، أبي محمد، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت٤٥٦هـ)، تحقيق: د. عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٦ - كتب الفقه الزيدي:
- ٣٠٠ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: لأحمد بن يحيى بن المرتضى (ت٨٤٠هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
- ٣٠١ - الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير: للسياعي، الحسين بن أحمد بن الحسين الحيمي اليمني (ت١٢٢١هـ)، مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء.
- ٣٠٢ - السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، محمد بن علي (ت١٢٥٠هـ)، تحقيق: محمود إبراهيم ومحمود أمين. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ١٤٠٤هـ.

- ٣٠٣ - مختصر الأزهار (مع السيل الجرار): لأحمد بن يحيى بن المرتضى (ت ٨٤٠هـ).
- ٣٠٤ - المنار في المختار من جواهر البحر الزخار: للمقبلي، صالح بن مهدي (ت ١١٠٨هـ)، مؤسسة الرسالة بيروت، الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- ٣٠٥ - المنتزح المختار (شرح الأزهار): لابن مفتاح، أبي الحسن، عبد الله بن مفتاح (ت ٨٧٧هـ)، مكتبة غمضان، صنعاء.
- ٧ - كتب الفقه الإمامي:
- ٣٠٦ - تذكرة الفقهاء: للعلامة الحلبي، الحسن بن يوسف بن المطهر (ت ٧٢٦هـ)، مطبعة النجف، ١٣٧٥هـ.
- ٣٠٧ - تهذيب الأحكام: للطوسي، أبي جعفر محمد بن الحسن (ت ٤٦٠هـ)، دار الأضواء، الثالثة، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م.
- ٣٠٨ - الجامع للشرائع: للحلي، يحيى بن سعيد (ت ٦٩٠هـ)، دار الأضواء، بيروت، الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ٣٠٩ - جواهر الكلام في شرائع الإسلام: للنجفي، محمد بن الحسن (ت ١٢٦٦هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، السابعة ١٩٨١.
- ٣١٠ - الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية: للشهيد الثاني، محمد بن الحسن (ت ١٠٦٢هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٣١١ - شرائع الإسلام: للمحقق الحلبي، جعفر بن الحسن (ت ٦٧٦هـ)، دار الأضواء، بيروت، الثانية، ١٩٨٣.
- ٣١٢ - فقه الإمام جعفر الصادق: لمحمد جواد مغنية، دار الجواد، بيروت، الخامسة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ٣١٣ - قواعد الأحكام (مع مفتاح الكرامة): للمحقق الحلبي، جعفر بن الحسن (ت ٦٧٦هـ)، ط. الشورى.
- ٣١٤ - اللمعة الدمشقية (مع الروضة البهية): للشهيد الأول، زين الدين الجبعي العاملي (ت ٩٦٥هـ).
- ٣١٥ - المختصر النافع: للمحقق الحلبي، ط. وزارة الأوقاف، الطبعة الثانية.
- ٣١٦ - مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة: للعاملي، محمد جواد بن محمد (ت ٢٦ و ١٢٢٧هـ)، ط. الشورى.

٨ - كتب الفقه الإباضي:

- ٣١٧ - حاشية على كتاب الإيضاح للشماخي: للنفوسي، محمد بن عمر، الطبعة الأولى، ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م.
- ٣١٨ - شرح كتاب النيل وشفاء العليل: لأطفيش، محمد بن يوسف (ت ١٣٣٢هـ)، دار الفتح، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.
- ٣١٩ - كتاب الإيضاح: للشماخي، عامر بن علي، الأولى، ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م.
- ٣٢٠ - كتاب النيل وشفاء العليل: لضياء الدين، عبد العزيز الثميني (ت ١٢٢٣هـ)، دار الفتح، الثانية، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

خامساً: الكتب العامة:

- ٣٢١ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية: للماوردي، أبي الحسن علي بن محمد البصري البغدادي (ت ٤٥٠هـ)، ط. مصطفى الحلبي، الثالثة، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.
- ٣٢٢ - أخبار القضاة: للقاضي وكيع بن حيان (ت ٣٠٦هـ)، عالم الكتب، بيروت.
- ٣٢٣ - الأموال: لأبي عبيد، القاسم بن سلام (ت ٢٢٤هـ)، تحقيق: محمد خليل، مكتبة الكليات الأزهرية، ودار الفكر ١٣٩٥هـ، الثالثة.
- ٣٢٤ - حجة الله البالغة: لشاه ولي الله الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم، (ت ١١٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- ٣٢٥ - زاد المعاد في هدى خير العباد: لابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، المطبعة المصرية.
- ٣٢٦ - الفقه والمتفقه: للخطيب البغدادي، أبي بكر أحمد بن علي (ت ٤٦٣هـ)، دار إحياء السنة النبوية ١٣٩٥هـ.
- ٣٢٧ - كتاب الخراج: لأبي يوسف (ت ٩٨٣هـ)، المكتبة السلفية، الثانية، ١٣٥٢هـ.
- ٣٢٨ - المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن بدران، عبد القادر بن أحمد الدمشقي، (ت ١٣٤٦هـ)، المنيرية.
- ٣٢٩ - المقدمة: لابن خلدون، أبي زيد عبد الرحمن بن محمد (ت ٨٠٨هـ)، ط. التقدّم.

سادساً: الكتب العامة الحديثة في الفقه الإسلامي:

- ٣٣٠ - أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المقارن: للدكتور يوسف محمود عبد المقصود، ط. دار الطباعة المحمدية، الأولى ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.

- ٣٣١ - أحكام المعاملات الشرعية: للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي.
- ٣٣٢ - أساسيات العمل المصرفي الإسلامي الواقع والآفاق: للدكتور عبد الحميد محمود البعلي، الناشر: مكتبة وهبة، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- ٣٣٣ - بحوث في البيع: للدكتور علي أحمد مرعي، الأولى ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.
- ٣٣٤ - تاريخ التشريع الإسلامي: للشيخ محمد الخضري، دار إحياء الكتب العربية، الثانية ١٣٤٤هـ - ١٩٢٦.
- ٣٣٥ - التنظير الفقهي: للدكتور جمال الدين عطية، الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٣٣٦ - توثيق الدين بالرهن والكفالة: للدكتور كمال جودة أبو المعاطي، دار الهدى للطباعة، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- ٣٣٧ - حول المنهج الإسلامي في التنمية الاقتصادية: للدكتور عبد الحميد الغزالي، دار الوفاء، الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ٣٣٨ - الخيار: للدكتور عبد العزيز عزام، دار الهدى، الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٣٣٩ - السياسية الشرعية والفقهاء الإسلامي: للشيخ عبد الرحمن تاج، هدية مجلة الأزهر، عدد ١٥١٥ شوال هـ.
- ٣٤٠ - الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: للدكتور عبد العزيز الخياط، مؤسسة الرسالة، الرابعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٣٤١ - الشركات في الفقه الإسلامي: للشيخ علي الخفيف، معهد الدراسات العربية العالمية ١٩٦٢م.
- ٣٤٢ - الشركات في الفقه الإسلامي: للدكتور رشاد خليل، الناشر: المكتبة التوفيقية، الأولى، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ٣٤٣ - الشريعة الإسلامية: تاريخها ونظرية الملكية والعقود: للدكتور بدران أبو العينين بدران، الناشر: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
- ٣٤٤ - الضمان في الفقه الإسلامي: للشيخ علي الخفيف، المطبعة الفنية الحديثة، ١٩٧١م.
- ٣٤٥ - ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي: للدكتور سليمان محمد أحمد، ط. السعادة، الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٣٤٦ - العرف والعادة في رأي الفقهاء: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر، ١٩٤٧م.
- ٣٤٧ - عقد الرهن في الشريعة الإسلامية: للدكتور الشافعي عبد الرحمن السيد، دار الأنصار، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

- ٣٤٨ - الغنم بالغرم: للدكتور حسن صالح العناني، ط. الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية.
- ٣٤٩ - الفقه الإسلامي: المدخل والأموال والحقوق والملكية والعقود: للدكتور محمد سلام مذكور، ط. مطبعة الفجالة الجديدة، الثانية، ١٩٥٥م.
- ٣٥٠ - الفقه الإسلامي وأدلته: للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، الثالثة، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ٣٥١ - الفقه المقارن: للشيخ حسن الخطيب، دار التأليف، عام ١٣٧٦هـ - ١٩٥٧م.
- ٣٥٢ - فلسفة التشريع في الإسلام: للمحامي صبحي محمصاني، دار الكشاف، الثانية، ١٣٧١هـ - ١٩٥٢م.
- ٣٥٣ - القضاء في الكتاب والسنة: للشيخ محمد أنيس عبادة، دار الطباعة المحمدية، الثانية، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ٣٥٤ - كتاب المعاملات: للشيخ أحمد أبو الفتح، ط. النهضة، الثانية، ١٣٤١هـ - ١٩٢٣م.
- ٣٥٥ - المال في الشريعة الإسلامية: للدكتور أحمد يوسف، دار الثقافة، ١٩٩٠م.
- ٣٥٦ - مبادئ الفقه الإسلامي: للدكتور يوسف قاسم، دار النهضة العربية، ١٤٠٧هـ - ١٩٧٨م.
- ٣٥٧ - محاضرات في الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي: للدكتور عبد الرحمن الصابوني، ط. ١٩٦٤م.
- ٣٥٨ - مدخل التشريع الإسلامي: للشيخ محمد أنيس عبادة، دار الطباعة المحمدية، الأولى، ١٣٨٥هـ - ١٩٦٦م.
- ٣٥٩ - مدخل الفقه الإسلامي: للدكتور علي أحمد القليصي، مكتبة الإرشاد، صنعاء، الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- ٣٦٠ - المدخل الفقهي العام: للشيخ مصطفى الزرقا، دار الفكر عن طبعة تاسعة، ١٩٦٧م - ١٩٦٨م.
- ٣٦١ - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي: للدكتور محمد الحسيني حنفي، دار النهضة العربية، الثانية، ١٩٧١م.
- ٣٦٢ - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي: للشيخ مصطفى شلبي، دار التأليف، الأولى، ١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م.
- ٣٦٣ - الملكية ونظرية العقد: للدكتور أحمد فراج حسين، مؤسسة الثقافة الجامعية، الأولى.

- ٣٦٤ - الموسوعة الفقهية: إصدار وزارة الأوقاف بالكويت.
- ٣٦٥ - الموسوعة في الفقه الإسلامي: إصدار المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ١٣٨٦هـ.
- ٣٦٦ - نظام الطلاق في الإسلام: للشيخ أحمد محمد شاكر، مكتبة السنة.
- ٣٦٧ - نظرات في أصول البيوع الممنوعة في الشريعة الإسلامية: للشيخ عبد السمیع أحمد إمام، دار الطباعة المحمدية، الأولى، ١٣٧٦هـ - ١٩٥٧م.
- ٣٦٨ - نظرية الضمان: للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ٣٦٩ - النظرية العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية: للشيخ أحمد فهمي أبو سنة، دار التأليف، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.

سابعاً: كتب اللغة والمصطلحات:

- ٣٧٠ - أساس البلاغة: للزمخشري، أبي القاسم محمود بن عمر (ت ٥٣٨هـ)، ط. أولاد أرفاند.
- ٣٧١ - أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: للقنوي، قاسم بن عبد الله (ت ٩٧٨هـ)، تحقيق: د. أحمد بن عبد الرزاق، الناشر: دار الوفاء، جدة، الثانية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٣٧٢ - تاج العروس من جواهر القاموس: للزبيدي، محمد بن محمد الحسيني (ت ١٢٠٥هـ)، دار مكتبة الحياة، بيروت، عن المطبعة الخيرية، الأولى، ١٣٠٦هـ.
- ٣٧٣ - تحرير التنبیه معجم لغوي: للنووي، أبي زكريا يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق: د. محمد رضوان، ود. فايز الداية، دار الفكر، الأولى، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- ٣٧٤ - التعريفات: للسيد الشريف الجرجاني، علي بن محمد (ت ٨١٦هـ)، عالم الكتب، الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٣٧٥ - تهذيب الصحاح: للزنجاني، محمود بن أحمد (ت ٦٥٦هـ)، دار المعارف.
- ٣٧٦ - تهذيب اللغة: للأزهري، أبي منصور محمد بن أحمد (ت ٣٧٠هـ)، الدار المصرية للتأليف والترجمة.
- ٣٧٧ - الخصائص: لابن جنّي، أبي الفتح عثمان بن جنّي (ت ٣٩٢هـ)، تحقيق: محمد النجار، دار الهدى، الثانية.
- ٣٧٨ - الصحاح: للجوهري، إسماعيل بن حماد (ت ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور، دار الملايين، بيروت.

- ٣٧٩ - طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: للنسفي، أبي حفص عمر بن محمد (ت ٥٣٧هـ)، ضبط وتعليق الشيخ خالد العك، دار النفائس، الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- ٣٨٠ - غرر المقالة في شرح غريب الرسالة (مع الرسالة): للمغراوي، أبي عبد الله محمد بن منصور (من القرن السادس)، دار الغرب الإسلامي، الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ٣٨١ - الفروق في اللغة: للعسكري، أبي الهلال الحسن بن عبد الله (ت ٣٩٥هـ)، ط: القدسي.
- ٣٨٢ - القاموس المحيط: للفيروزآبادي، محمد بن يعقوب (ت ٨١٦ أو ٨١٧هـ)، مؤسسة الرسالة بيروت، الثانية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ٣٨٣ - كتاب النوادر: للأنصاري، أبي زيد سعيد بن أوس (ت ٢١٠هـ)، تحقيق: د. محمد عبد القادر، دار الشروق، الأولى، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- ٣٨٤ - كشاف اصطلاحات الفنون: للتهانوي، محمد علي بن علي، دار صادر، بيروت.
- ٣٨٥ - الكلبيات: معجم المصطلحات والفروق اللغوية: للكفوي، أبي البقاء أيوب بن موسى (ت ١٠٩٤هـ)، الناشر: وزارة الثقافة والإرشاد، دمشق، ١٩٧٤، ١٩٧٥م.
- ٣٨٦ - لسان العرب: لابن منظور، أبي الفضل محمد بن مكرم (ت ٧١١هـ)، دار المعارف.
- ٣٨٧ - مجمل اللغة: لابن فارس، أبي الحسين أحمد بن فارس (ت ٣٩٥هـ)، تحقيق: زهير عبد المحسن، مؤسسة الرسالة بيروت الأولى، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ٣٨٨ - المحكم والمحيط الأعظم: لابن سيده، علي بن إسماعيل بن سيده (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: د. مراد كامل، ط. مصطفى الحلبي، الأولى، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.
- ٣٨٩ - مختار الصحاح: للرازي، محمد بن أبي بكر (كان حياً ٦٦٦هـ)، الأميرية، الثالثة، ١٣٢٩هـ - ١٩١١م.
- ٣٩٠ - المصباح المنير: للفيومي، أحمد بن محمد المقرئ (ت ٧٧٠هـ)، مكتبة لبنان، ١٩٨٧م.

- ٣٩١ - المطلع على أبواب المقنع: للبلعي، أبي عبد الله محمد بن أبي الفتح (ت ٧٠٩هـ)، المكتب الإسلامي، الأولى، ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م.
- ٣٩٢ - معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، أبي الحسين أحمد بن فارس (ت ٣٩٥هـ)، ط. دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي، الأولى، ١٣٦٩هـ.
- ٣٩٣ - المعجم الوسيط: لمجمع اللغة العربية، ط. دار المعارف، الثانية.
- ٣٩٤ - المغرب في ترتيب المعرب: للمطرزي، أبي الفتح ناصر بن عبد السيد (ت ٦١٦هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٣٩٥ - النظم المستعذب في شرح غريب المهذب (بهامشه): للركبي، محمد بن أحمد بن بطال، مطبعة عيسى الحلبي، دون تاريخ.

ثامناً: كتب النحو والأدب:

- ٣٩٦ - الأشباه النظائر في النحو: للسيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١هـ)، تحقيق: عبد الإله نبهان. ط: مجمع اللغة العربية، بدمشق.
- ٣٩٧ - ديوان الأعشى: لأبي بصير، ميمون بن قيس من شعراء الجاهلية، المطبعة النموذجية، الناشر: مكتبة الآداب.
- ٣٩٨ - ديوان زهير بن أبي سلمى: الشاعر الجاهلي، دار صادر، بيروت.

تاسعاً: كتب التاريخ والتراجم والسير:

- ٣٩٩ - أبجد العلوم: للقنوجي، محمد صديق بن حسن خان (ت ١٣١٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٤٠٠ - أزهار الرياض في أخبار عياض: للمقريئ التلمساني، أحمد بن محمد (ت ١٠٤١هـ)، التأليف والترجمة، ١٣٦٠هـ - ١٩٤٢م.
- ٤٠١ - الاستيعاب في معرفة الأصحاب: لابن عبد البر، يوسف بن عبد الله (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق: علي محمد الجاوي، نهضة مصر.
- ٤٠٢ - أسد الغابة في معرفة الصحابة: لابن الأثير، أبي الحسن علي بن محمد (ت ١٦٣٠هـ)، المطبعة الإسلامية بالأوفست، بظهران، ومصطفى محمد.
- ٤٠٣ - الإصابة في تمييز الصحابة: لابن حجر، أبي الفضل أحمد بن علي (ت ٨٥٢هـ)، ط. مصطفى محمد.
- ٤٠٤ - الأعلام: للزركلي، خير الدين، الطبعة الثانية.

- ٤٠٥ - أعيان الشيعة: للعامللي، محسن بن عبد الكريم الأمين الحسيني العامللي، تحقيق: حسن الأمين، مؤسسة جواد، والتعارف، بيروت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٤٠٦ - الأنساب: للسمعاني، عبد الكريم بن محمد (ت ٥٦٢هـ)، طبعة بالأوفست، عام ١٩٧٠م، مكتبة المثنى، بغداد.
- ٤٠٧ - إيضاح المكنون في الدليل على كشف الظنون: البغدادي، إسماعيل باشا بن محمد، مكتبة المثنى، بيروت.
- ٤٠٨ - البداية والنهاية: لابن كثير، أبي الفداء إسماعيل بن عمر (ت ٧٧٤هـ)، ط: السعادة.
- ٤٠٩ - البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: للشوكاني، محمد بن علي (ت ١٢٥٠هـ)، ط: السعادة، الأولى، ١٣٤٨هـ.
- ٤١٠ - بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة: للسيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١هـ)، تحقيق: محمد أبو الفضل، المكتبة العصرية، بيروت.
- ٤١١ - تاج التراجم في طبقات الحنفية: لابن قطلوبغا، قاسم بن قطلوبغا (ت ٨٧٩هـ)، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٢م.
- ٤١٢ - تاريخ بغداد: للخطيب البغدادي، أحمد بن علي (ت ٤٦٣هـ)، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.
- ٤١٣ - تاريخ الدولة العلية العثمانية: لمحمد فريد بك المحامي، دار الجيل، بيروت، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- ٤١٤ - التاريخ الكبير: للبخاري، أبي عبد الله، محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٤١٥ - تاريخ يحيى بن معين: (ت ٢٣٣هـ)، تحقيق: عبد الله بن أحمد حسن، دار القلم، بيروت.
- ٤١٦ - ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مالك: للقاضي عياض (ت ٥٤٤هـ)، تحقيق: د. أحمد محمود، دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان.
- ٤١٧ - ترجمة موجزة للشيخ الألباني: للدكتور عاصم عبد الله القريوتي، مكتبة الإيمان.
- ٤١٨ - تذكرة الحفاظ: للذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد (ت ٧٤٨هـ)، دار الفكر العربي، عن الطبعة الهندية.

- ٤١٩ - تقريب التهذيب: لابن حجر، أحمد بن علي بن حجر (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، دار الرشيد، حلب، الرابعة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٤٢٠ - تهذيب الأسماء واللغات: للنووي، يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ)، المنيرية.
- ٤٢١ - تهذيب التهذيب: لابن حجر (ت ٨٥٢هـ)، دار صادر عن طبعة دائرة المعارف.
- ٤٢٢ - تهذيب الكمال: للمزي، أبي الحجاج، يوسف بن الزكي عبد الرحمن (ت ٧٤٢هـ)، مصورة عن النسخة الخطية، دار المأمون للتراث.
- ٤٢٣ - الجواهر المضيئة: للقرشي، أبي محمد عبد القادر بن أبي الوفاء محمد (ت ٧٧٥هـ)، تحقيق: د. عبد الفتاح الحلو، مطبعة عيسى الحلبي، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- ٤٢٤ - حسن المحاضرة: للسيوطي (ت ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٤٢٥ - حلية الأولياء: لأبي نعيم، أحمد بن عبد الله (ت ٤٣٠هـ)، ط. السعادة (١٣٥١هـ).
- ٤٢٦ - خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر: للمحبي، المولوي محمد أمين بن فضل الله بن محب الله (ت ١١١١هـ)، دار صادر، بيروت، عن المطبعة الوهيبية.
- ٤٢٧ - خلاصة تذهيب تهذيب الكمال: للخزرجي، أحمد بن عبد الله (ت ٩٢٣هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، مطبعة الفجالة.
- ٤٢٨ - الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: لابن حجر أحمد بن علي (ت ٨٥٢هـ)، دار الكتب الحديثة، مطبعة المدني، الثانية.
- ٤٢٩ - الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: لابن فرحون، إبراهيم بن علي المالكي (ت ٧٩٩هـ)، تحقيق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر.
- ٤٣٠ - الذيل على طبقات الخنابلة: لابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد (ت ٧٩٥هـ)، دار المعرفة، بيروت.
- ٤٣١ - الرد الوافر: لابن ناصر الدين، محمد بن أبي بكر (ت ٨٤٢هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الأولى، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ٤٣٢ - سير أعلام النبلاء: للذهبي، محمد بن أحمد (ت ٧٤٨هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، السابعة، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

- ٤٣٣ - شجرة النور الزكية: للشيخ محمد بن محمد مخلوف، المطبعة السلفية بمصر.
- ٤٣٤ - شذرات الذهب في أخبار من ذهب: لابن العماد، أبي الفلاح عبد الحي بن العماد (ت ١٠٨٩هـ)، المكتب التجاري، بيروت، ومكتبة القدسي، ١٣٥٠هـ.
- ٤٣٥ - الشعر والشعراء: لابن قتيبة، أبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة (ت ٢٧٦هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار التراث العربي، الثالثة، ١٩٧٧م.
- ٤٣٦ - ضبط الأعلام: لأحمد تيمور باشا، دار إحياء الكتب العربية، الأولى، ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م.
- ٤٣٧ - الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: للسخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن (ت ٩٠٢هـ)، مكتبة القدسي ١٣٥٣هـ.
- ٤٣٨ - طبقات الحفاظ: للسيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١هـ)، تحقيق: محمد عامر، مكتبة وهبة، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.
- ٤٣٩ - طبقات الشافعية: للإسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن (ت ٧٧٢هـ)، مطبعة الإرشاد، بغداد، الأولى، ١٣٩١هـ - ١٩٧١م.
- ٤٤٠ - طبقات الشافعية: لأبي بكر بن هداية الله الحسيني (ت ١٠١٤هـ)، تحقيق: عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة، بيروت، الأولى، ١٩٧١م.
- ٤٤١ - طبقات الشافعية الكبرى: لتاج الدين السبكي، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق: محمود محمد وعبد الفتاح الحلو، عيسى الحلبي، ١٣٨٣هـ.
- ٤٤٢ - طبقات الفقهاء: للشيرازي، أبي إسحاق، إبراهيم بن علي (ت ٤٧٦هـ)، تحقيق: د. إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، ١٩٧٠م.
- ٤٤٣ - الطبقات الكبرى: لابن سعد، محمد بن سعد (ت ٢٣٠هـ)، دار صادر، ودار بيروت، ١٣٨٠هـ - ١٩٦٠م.
- ٤٤٤ - طبقات المفسرين: للداودي، محمد بن علي بن أحمد (ت ٩٤٥هـ)، تحقيق: علي محمد، مطبعة الاستقلال الكبرى، الأولى، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.
- ٤٤٥ - فتح المبين في طبقات الأصوليين: للشيخ المراغي، عبد الله مصطفى، الناشر، محمد علي عثمان، الثانية.
- ٤٤٦ - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: للحجوي، محمد بن الحسن الفاسي (ت ١٣٧٦هـ)، دار التراث عن طبعه المكتبة العلمية بالمدينة، الأولى، ١٣٩٦هـ.

- ٤٤٧ - فوات الوفيات: للكتبي، محمد بن شاكر (ت٧٦٤هـ)، السعادة، ١٩٥١م.
- ٤٤٨ - فهرس الفهارس: للكتاني، عبد الحي بن عبد الكبير، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الثانية، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ٤٤٩ - الكاشف: للذهبي، محمد بن أحمد (ت٧٤٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٤٥٠ - الكامل: لابن الأثير، أبي الحسن علي بن محمد أحمد (ت٦٣٠هـ)، ط. عام ١٣٠٣هـ.
- ٤٥١ - الكامل في الضعفاء: لابن عدي، أبي أحمد عبد الله بن عدي (ت٣٦٥هـ)، دار الفكر ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.
- ٤٥٢ - كتاب الجرح والتعديل: لابن أبي حاتم، عبد الرحمن بن محمد الرازي (ت٣٢٧هـ)، دائرة المعارف العثمانية، الهند، الأولى.
- ٤٥٣ - كتاب المجروحين: لابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد (ت٣٥٤هـ)، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الوعي بحلب، الأولى، ١٣٩٦هـ.
- ٤٥٤ - كتاب الضعفاء والمتروكين (مع كتاب الضعفاء للبخاري): للنسائي، أبي عبد الرحمن، أحمد بن شعيب (ت٣٠٣هـ)، دار الوعي، بحلب، الأولى، ١٣٩٦هـ.
- ٤٥٥ - كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون: لحاجي خليفة، مصطفى عبد الله، مكتبة المثنى، بيروت.
- ٤٥٦ - الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة: للغزي، أبي المكارم محمد نجم الدين (ت١٠٦١هـ)، تحقيق: جبرائيل سليمان، الناشر: محمد أمين دمج، بيروت.
- ٤٥٧ - لسان الميزان: لابن حجر، أحمد بن علي (ت٨٥٢هـ)، دار الكتاب الإسلامي عن الطبعة الهندية، ١٣٢٩هـ.
- ٤٥٨ - مالك حياته وعصره، آراؤه وفقهه: للشيخ محمد أبو زهرة، مطبعة أحمد علي، الثانية، الناشر: مكتبة الأنجلو المصرية.
- ٤٥٩ - المجددون في الإسلام: للصعدي، عبد المتعال، المطبعة النموذجية، الناشر: مكتبة الآداب.
- ٤٦٠ - المختار من تاريخ الجبرتي: للبلقي، محمد قنديل، مطابع الشعب، ١٩٥٨م.
- ٤٦١ - المشتبه في الرجال أسمائهم وأنسابهم: للذهبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد (ت٧٤٨هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار إحياء الكتب العربية، الأولى، ١٩٦٢م.

- ٤٦٢ - معجم الأدباء: للياقوت الحموي، أبي عبد الله، ياقوت بن عبد الله الرومي (ت٦٢٦هـ)، دار المأمون، الطبعة الأخيرة.
- ٤٦٣ - معجم البلدان: للبلاذري، أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله البغدادي (ت٦٢٦هـ)، دار صادر ودار بيروت، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.
- ٤٦٤ - معجم المؤلفين: لعمر رضا كحالة، مكتبة المثنى، ودار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٤٦٥ - معجم المطبوعات: لسركيس، يوسف اليان سركيس، مطبعة سركيس، ١٣٤٦هـ.
- ٤٦٦ - مفتاح السعادة ومصباح السيادة: لطاش كبرى زاده، أحمد بن مصطفى (ت٩٦٨هـ)، مطبعة الاستقلال الكبرى.
- ٤٦٧ - المنتظم في تاريخ الملوك والأمم: لابن الجوزي، أبي الفرج عبد الرحمن بن علي (ت٥٩٧هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر ومصطفى عبد القادر، دار الكتب العلمية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٤٦٨ - موسوعة التاريخ الإسلامي: للدكتور أحمد شلبي، مكتبة النهضة العربية، التاسعة، ١٩٨٠م.
- ٤٦٩ - ميزان الاعتدال: للذهبي، محمد بن أحمد (ت٧٤٨هـ)، تحقيق: علي البجاوي، دار المعرفة، بيروت.
- ٤٧٠ - النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة: لابن تغري بردي، يوسف بن تغري الأتابكي (ت٨٧٤هـ)، دار الكتب المصرية ١٣٤٨هـ - ١٩٢٩م.
- ٤٧١ - نزهة الخواطر: الشيخ عبد الحي الحسني، دائرة المعارف العثمانية، الثانية، ١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م.
- ٤٧٢ - هدية العارفين: للبغدادي، إسماعيل باشا بن محمد أمين، مكتبة المثنى، بغداد.
- ٤٧٣ - وفيات الأعيان وأنباء الزمان: لابن خلكان، القاضي أحمد بن محمد (ت٦٨١هـ)، عيسى الحلبي.

عاشراً: الرسائل العلمية:

- ٤٧٤ - أحكام القبض في العقود في الفقه الإسلامي: للدكتور نزيه كمال حماد، رسالة الدكتوراه بكلية دار العلوم، بجامعة القاهرة.
- ٤٧٥ - أحكام الرهن: للدكتور أحمد بدران، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون، بالقاهرة، جامعة الأزهر.

- ٤٧٦ - الأشباه والنظائر في الفروع والقواعد: لتاج الدين السبكي، عبد الوهاب بن علي (ت٧٧١هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الفتاح محمد أبو العينين، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.
- ٤٧٧ - التجريد: للقدوري، أبي الحسين أحمد بن محمد (ت٤٢٨هـ)، تحقيق: الدكتور محمد أمين مكي، رسالة دكتوراه بكلية دار العلوم، جامعة القاهرة.
- ٤٧٨ - التعدي على المنافع في الشريعة والقانون: للدكتور عبد المنعم محمد، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.
- ٤٧٩ - تهذيب الأحكام (من أول كتاب البيوع إلى باب بيع البراءة): للبغوي، الحسين بن مسعود (ت٥١٦هـ)، تحقيق: زيد مرزوق عبد المحسن، رسالة ماجستير بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.
- ٤٨٠ - الرهن: للدكتور محمد خطاب، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.
- ٤٨١ - الرهن الإسلامي: للدكتور حسن مصطفى، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.
- ٤٨٢ - الشامل (من كتاب البيوع إلى نهاية باب الخراج بالضمان): لابن الصباغ، عبد السيد بن محمد (ت٤٧٧هـ)، تحقيق: إبراهيم رفعت الجمال، رسالة ماجستير بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.
- ٤٨٣ - الشروط الفاسدة المقترنة بعقد البيع وآثارها: للباحث، رسالة ماجستير، بكلية الشريعة، والقانون بالقاهرة.
- ٤٨٤ - العلائي وكتابه: تحقيق المراد في أن النهي يقتضى الفساد: تحقيق: الدكتور محمد السلقيني، رسالة دكتوراه، بكلية الشريعة، والقانون بالقاهرة.
- ٤٨٥ - فسخ العقد في الشريعة الإسلامية: للدكتور علي أحمد مرعي، رسالة دكتوراه، بكلية الشريعة، والقانون بالقاهرة.
- ٤٨٦ - القسم الدراسي من كتاب المجموع المذهب في قواعد المذهب: دراسة وتحقيق: محمد بن عبد الغفار بن عبد الرحمن، رسالة دكتوراه بقسم الدراسات العليا، بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية.
- ٤٨٧ - القواعد الفقهية عند الحنابلة: للدكتور الوليد بن عبد الرحمن، بقسم الدراسات العليا، شعبة الفقه، بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

- ٤٨٨ - مختصر قواعد العلائي: دراسة وتحقيق: الدكتور مصطفى محمود، بكلية الشريعة، والقانون بالقاهرة.
- ٤٨٩ - موقف الشريعة من المرأة في الولايات والمعاملات: للدكتور رمضان حافظ، رسالة دكتوراه بالكلية.
- حادي عشر: المجالات العلمية:
- ٤٩٠ - رسالة الطالب: شذرات من علوم السنّة: للدكتور محمد الأحمدى أبو النور، العدد الأول، جمادى الأولى، ١٤٠٦هـ - يناير ١٩٨٦م، إصدار: وزارة الأوقاف.
- ٤٩١ - المؤتمر التاسع لمجمع البحوث الإسلامية: بمناسبة العيد الألفي للأزهر الشريف، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٤٩٢ - مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، العدد الخامس، ١٤٠٢هـ - ١٤٠٣هـ.
- ٤٩٣ - مجلة جامعة الملك عبد العزيز: العدد الثاني، جمادى الثانية، ١٣٩٨هـ - مايو ١٩٧٨م.
- ٤٩٤ - مجلة كلية الشريعة والقانون: العدد التاسع عام ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- ٤٩٥ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي: العدد الرابع، الجزء الثالث، العدد السادس، الجزء الأول، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- ٤٩٦ - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي: نصف سنوية يصدرها مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، العدد السادس، السنة الرابعة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
إهداء	٥
كلمة شكر وتقدير وعرافان	٦
المقدمة	٧
أهمية الموضوع	٧
الأسباب التي دفعت الباحث لاختيار الموضوع	١٢
خطة البحث	١٣
منهج البحث	١٩
التمهيد: بيان حقيقة المعاملات المالية	٢٣
المبحث الأول: حقيقة المعاملات وتقسيمها	٢٥
المطلب الأول: حقيقة المعاملات لغةً وشرعاً	٢٥
حقيقتها اللغوية	٢٥
حقيقتها الشرعية	٢٥
المطلب الثاني: تقسيم المعاملات	٢٧
تقسيم العقود باعتبار الغاية والغرض المقصود منها	٢٧
المبحث الثاني: حقيقة المال وتقسيمه	٢٩
المطلب الأول: حقيقة المال	٢٩
الفرع الأول: التعريف بالمال لغةً وشرعاً	٢٩
المال لغةً	٢٩
المال في القرآن الكريم، والسنة الشريفة	٣٠
المال شرعاً	٣٢
بما تثبت مالية الأشياء	٣٦
الفرع الثاني: هل المنافع من المال	٣٧
المنافع في اللغة	٣٧

الصفحة

الموضوع

- ٣٧ المنافع في الاصطلاح الفقهي
- ٣٨ مذاهب الفقهاء في اعتبار المنافع من المال
- ٤٣ المطلب الثاني: تقسيم المال
- ٤٣ التقسيم الأول: باعتبار إباحة الانتفاع به وإحرازه وعدم ذلك:
- ٤٣ مال متقوم، مال غير متقوم
- ٤٣ التقوم ضربان: أحدهما: عرفي، والثاني: شرعي
- ٤٣ تقوم الشيء
- ٤٣ المتقوم، وغير المتقوم
- ٤٤ فائدة هذا التقسيم
- ٤٥ التقسيم الثاني: باعتبار ثباته واستقراره وعدم ذلك:
- ٤٥ منقول، غير منقول
- ٤٥ اختلاف الحنفية، والجمهور في المراد من المنقول وغير المنقول
- ٤٧ فائدة هذا التقسيم
- ٤٧ التقسيم الثالث: باعتبار تماثل أجزائه وأحاده وعدم تماثلها:
- ٤٧ مثلي، قيمي
- ٤٧ المثلي
- ٤٨ حصر الأموال المثلية
- ٥٠ القيمي
- ٥٠ تحول المثلي إلى قيمي، وبالعكس
- ٥٠ فائدة هذا التقسيم
- ٥١ التقسيم الرابع: باعتبار تعيينه وعدمه، أو ثبوته في الذمة وعدمه:
- ٥١ عين، دين
- ٥١ العين
- ٥١ الدين
- ٥٢ ما يستفاد من هذا التقسيم

الباب الأول

قاعدة: الخراج بالضمان

- ٥٣
- ٥٥ الفصل الأول: القاعدة الفقهية
- المبحث الأول: حقيقة القاعدة الفقهية، والألفاظ ذات الصلة بالقاعدة والفرق بينها، وتقسيم القواعد، وأقسامها
- ٥٦

الصفحة

الموضوع

- ٥٦ المطلب الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية
- الفرع الأول: تعريف القاعدة الفقهية التفصيلي: أي من خلال تعريف
- ٥٦ كل من جزءها
- ٥٧ تعريف القاعدة
- ٥٧ القاعدة في اللغة
- ٥٨ القاعدة في القرآن الكريم
- ٥٩ القاعدة في السنة المطهرة
- ٦١ القاعدة في الشرع
- ٦٣ تعريف الفقه
- ٦٣ الفقه في اللغة
- ٦٦ الفقه في القرآن الكريم
- ٧٤ الفقه في السنة الشريفة والآثار
- ٧٧ المقارنة والموازنة
- ٧٨ الفقه في الشرع
- ٧٨ الفقه عند الأصوليين
- ٧٨ الفقه عند الفقهاء
- الفرع الثاني: تعريف القاعدة الإجمالي: أي من حيث هي اسم مركب
- ٧٩ ولقب لهذا الفن
- ٩٣ المطلب الثاني: التعريف بالألفاظ ذات الصلة بالقاعدة والفرق بينها
- ٩٣ الفرع الأول: التعريف بالألفاظ ذات الصلة بالقاعدة
- ٩٣ الأصل: لغة، اصطلاحاً
- ٩٥ القانون: في اللغة، والاصطلاح
- ٩٧ الضابط: لغة، واصطلاحاً
- ٩٨ الأشباه والنظائر: لغة، واصطلاحاً
- ١٠٢ النظرية: لغة واصطلاحاً
- ١٠٤ تقسيم النظرية
- ١٠٤ الفرع الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية وبين الألفاظ ذات الصلة بها
- ١٠٤ الغصن الأول: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي
- ١٠٨ الغصن الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

- الغصن الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية ١١١
- المطلب الثالث: تقسيم القواعد الفقهية مع بيان اعتبار كل منها ١١٣
- تقسيم القواعد الفقهية باعتبار أصولها ومصادرها ١١٣
- تقسيم القواعد الفقهية باعتبار عمومها وشمولها ١١٥
- تقسيم القواعد الفقهية باعتبارها متفقاً عليها أو مختلفاً فيها ١١٦
- تقسيم القواعد الفقهية باعتبار أصالتها وتبعيتها، أو تفرعها وعدم تفرعها ١١٧
- المبحث الثاني: الأدلة على شرعية تععيد القواعد، ومصادرها، وأهميتها
- وخصائصها وفوائدها، ومهمتها ووظيفتها التشريعية ١١٩
- المطلب الأول: الأدلة على شرعية تععيد القواعد وثبوتها ومصادرها ١١٩
- الفرع الأول: الأدلة على شرعية القواعد وثبوتها ١١٩
- من القرآن الكريم ١١٩
- من السنة المطهرة ١٢٠
- من الآثار: الصحابة، والتابعين ١٢٢
- من المعقول ١٢٢
- الفرع الثاني: مصادر القواعد الفقهية: الكتاب، والسنة، والأثر، والاجتهاد ١٢٣
- المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية، وخصائصها وفوائدها ١٢٥
- المطلب الثالث: مهمة القواعد الفقهية ووظيفتها التشريعية ١٢٩
- المبحث الثالث: بداية نشأة القواعد وتكوينها، ووضعها وتدوينها، والمؤلفات الشهرية والمتداولة، ومناهج مؤلفيها في ترتيبها، وفي مضمونها ١٤٨
- المطلب الأول: بداية نشأة القواعد وتكوينها ١٤٨
- المطلب الثاني: وضع القواعد وتدوينها ١٥٧
- المطلب الثالث: المؤلفات الشهيرة والمتداولة في القواعد الفقهية ١٦٧
- الفرع الأول: المؤلفات الشهيرة والمتداولة في القواعد الفقهية في الفقه الحنفي ١٦٨
- الفرع الثاني: المؤلفات الشهيرة والمتداولة في القواعد الفقهية في الفقه المالكي ١٧٩
- الفرع الثالث: المؤلفات الشهيرة والمتداولة في القواعد الفقهية في الفقه الشافعي ١٨٧

	الفرع الرابع: المؤلفات الشهيرة والمتداولة في القواعد الفقهية في الفقه
١٩٨	الحنبلي
٢٠٥	المطلب الرابع: مناهج المؤلفين في ترتيب القواعد وفي مضمون كتبها
٢٠٦	الفرع الأول: مناهج المؤلفين في ترتيب القواعد:
٢٠٦	تقسيمها إلى أربعة أقسام:
٢٠٦	الترتيب الهجائي
٢٠٦	الترتيب الموضوعي
٢٠٧	الترتيب الفقهي
٢٠٧	الجمع المطلق
٢٠٨	الفرع الثاني: مناهج المؤلفين في مضمون كتب القواعد:
	تقسيم مناهجهم إلى منهجين: دمج القواعد الفقهية مع القواعد
٢٠٨	الأصولية
٢٠٩	دمج القواعد الفقهية مع مسائل فقهية، وموضوعات أخرى
٢١١	الفصل الثاني: الخراج بالضمان كقاعدة فقهية
	المبحث الأول: أصل قاعدة: الخراج بالضمان ومصدرها، وما يدل على
	معناها من الأدلة، ومعناها التفصيلي، والألفاظ ذات الصلة بها، ومعناها
	الإجمالي، وما قد يترتب على الاختلاف فيها، إن وجد، من أثر فقهي:
٢١٢	أي أثر في الأحكام، والقاعدة ذات الصلة، بها، ومعناها
	المطلب الأول: أصل قاعدة: الخراج بالضمان ومصدرها، وما يدل على
	معناها من الأدلة، ومعناها التفصيلي، والألفاظ ذات الصلة بها، ومعنى
٢١٢	كل منها
	الفرع الأول: أصل قاعدة: الخراج بالضمان، ومصدرها، وما يدل
٢١٣	على معناها من الأدلة
٢١٣	أصل القاعدة ومصدرها
٢١٦	ما يدل على معنى قاعدة: الخراج بالضمان من الأدلة
	الفرع الثاني: معنى قاعدة: الخراج بالضمان التفصيلي: أي من حيث
٢١٧	تفصيل مفرداتها
٢١٧	معنى: الخراج:
٢١٧	الخراج في اللغة

الموضوع	الصفحة
الخراج في القرآن الكريم	٢١٨
الخراج في السنة المطهرة	٢٢١
الخراج في الفقه	٢٢٤
معنى: الضمان: معناه في اللغة	٢٢٤
الضمان في القرآن	٢٢٥
الضمان في السنة المباركة	٢٢٥
الضمان في الفقه	٢٢٧
الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالخراج بالضمان	٢٣١
لفظ: النماء: في اللغة، وفي الاصطلاح الفقهي	٢٣١
لفظ: الزيادة: في اللغة، وفي الاستعمال الفقهي	٢٣٢
هل الزيادة هي النماء؟	٢٣٣
لفظ: الفائدة: في اللغة، وعند الفقهاء	٢٣٧
لفظ: الغلة: المدلول اللغوي، والشعري	٢٣٩
لفظ: المنفعة: معناها لغةً، وشرعاً	٢٤٠
لفظ: الربح: في اللغة، وفي الاصطلاح الفقهي	٢٤٢ - ٢٤٣
المطلب الثاني: معنى: الخراج بالضمان الإجمالي: أي من حيث هي قاعدة معنى: الخراج بالضمان كنص حديث من كتب غريب الحديث، وشروح كتب السنة	٢٤٥
شرح: الخراج بالضمان كقاعدة فقهية من الكتب التي تتناول شرح القواعد الفقهية	٢٤٨
معنى: الخراج بالضمان في المذاهب الفقهية	٢٥٢
في المذهب الحنفي	٢٥٢
في المذهب المالكي	٢٥٣
في المذهب الشافعي	٢٥٦
في المذهب الحنبلي	٢٥٨
في المذهب الزيدي	٢٦٠
في المذهب الإمامي	٢٦٣
في المذهب الإباضي	٢٦٥
المقارنة والمناقشة	٢٦٧

الصفحة	الموضوع
٢٦٧	الخراج
٢٧٠	الضمان
٢٧٢	الراجح
٢٧٦	ما الذي يكون بمقابل الضمان؟
٢٧٦	المطلب الثالث: القاعدة ذات الصلة: الغنم بالغرم
٢٧٦	معناها التفصيلي:
٢٧٦	معنى الغنم لغةً وشرعاً
٢٧٨	الغنم لغةً وشرعاً
٢٨٠	معناها الإجمالي: أي من حيث هي قاعدة
	المبحث الثاني: أسباب الضمان، وما ينتقل به، وأقسام الخراج وأسباب
٢٨٣	استحقاقه
٢٨٣	المطلب الأول: أسباب الضمان وما ينتقل به
٢٨٣	الفرع الأول: أسباب الضمان:
٢٨٥	العقد: تعريفه في اللغة، والاستعمال الفقهي
٢٨٦	سببية العقد للضمان، وأصل مشروعيته له
٢٨٧	تعريف وضع اليد:
٢٨٧	اليد: في اللغة
٢٨٨	وفي العرف الفقهي
٢٨٩	سببية اليد للضمان، وأساس شرعيته بها
٢٩٠	تقسيم اليد: اليد المؤتمنة، وغير المؤتمنة
٢٩١	تعريف اليد المؤتمنة
٢٩٢	تعريف اليد غير المؤتمنة
٢٩٢	حكم اليد المؤتمنة وغير المؤتمنة
٢٩٢	حكم يد الضمان
٢٩٣	الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد
	الفرع الثاني: ما ينتقل به الضمان: هل يتوقف الضمان على القبض؟
٢٩٣	وما حقيقته؟
٢٩٤	حقيقة القبض:
٢٩٤	القبض في اللغة

٢٩٤	القبض في الاصطلاح الفقهي
٢٩٧	أقسام القبض:
	التقسيم الأول: باعتبار الإذن من المستحق وعدمه، أو باعتبار
٢٩٧	الصحة وعدمها
٢٩٧	التقسيم الثاني: باعتبار ترتب الضمان عليه وعدم ترتبه
٢٩٨	التقسيم الثالث: باعتبار كيفية القبض
٢٩٨	صفة القبض وكيفيته
٣٠٢	قبض غير المنقول
٣٠٣	قبض المنقول
٣٠٤	الحالة الأولى
٣٠٥	الحالة الثانية
٣٠٦	الحالة الثالثة
٣٠٧	الحالة الرابعة
٣٠٨	شروط التخلي
٣١١	مذاهب الفقهاء فيما ينتقل به الضمان
٣١٦	بماذا يحصل القبض الناقل للضمان؟
٣١٧	ما المراد بتمام العقد الناقل للضمان
٣٢٢	القبض، وتمام العقد الناقل للضمان
٣٢٣	التلازم بين التصرف والضمان طرداً وعكساً
٣٢٣	بماذا يحصل القبض الناقل للضمان؟
٣٢٤	ما المراد بتمام العقد الناقل للضمان
٣٢٦	هل جواز التصرف وانتقال الضمان متلازمان طرداً وعكساً؟
٣٣١	المطلب الثاني: أقسام الخراج وأسباب استحقاقه
٣٣١	الفرع الأول: أقسام الخراج
٣٣٢	تقسيم الخراج:
٣٣٢	التقسيم الأول: باعتبار اتصاله بالشيء وانفصاله عنه
٣٣٢	التقسيم الثاني: باعتبار كون الخراج أصلياً أو فرعياً
٣٣٢	التقسيم الثالث: باعتبار تولد الخراج عن الشيء، وعدم تولده عنه
٣٣٣	تقسيم الزوائد، والفوائد، والغلات للفقهاء

الصفحة

الموضوع

- ٣٣٣ تقسيم الزوائد
- ٣٣٥ تقسيم الفوائد
- ٣٣٥ تقسيم الغلات
- ٣٣٦ الفرع الثاني: أسباب استحقاق الخراج

الباب الثاني

- ٣٤٥ تطبيقات قاعدة: الخراج بالضمان في المعاملات المالية
- الفصل الأول: تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في عقد البيع من عقود
- ٣٤٧ المعاوضة
- ٣٤٨ التمهيد: تعريف البيع لغةً وشرعاً
- ٣٥٤ المبحث الأول: الخراج بالضمان في البيع الصحيح البات
- ٣٥٤ المطلب الأول: ضمان المبيع
- ٣٥٥ ضمان المبيع بعد القبض
- ٣٥٦ ضمان المبيع قبل القبض
- ٣٨٠ المطلب الثاني: خراج المبيع
- ٣٨٠ الخراج الحاصل قبل القبض، والبيع قد تم، والحاصل بعد القبض
- ٣٨١ الخراج الحاصل قبل القبض، والبيع قد فسخ
- ٣٩٣ المبحث الثاني: الخراج بالضمان في البيع الصحيح بخيار الشرط
- ٣٩٤ التمهيد: التعريف بخيار الشرط، ومشروعيته
- ٣٩٦ مشروعية خيار الشرط
- ٣٩٨ المطلب الأول: أثر خيار الشرط في ملك المبيع
- ٣٩٨ خيار الشرط إذا كان للمتعاقدین
- ٤٠٧ خيار الشرط إذا كان لأحد المتعاقدین
- ٤٠٧ إذا كان للبائع
- ٤٠٨ إذا كان للمشتري
- ٤١٥ المطلب الثاني: ضمان المبيع
- ٤١٥ ضمان المبيع قبل القبض في زمن الخيار
- ٤١٥ موضع الاتفاق: تلف المبيع الذي فيه حق التوفية في زمن الخيار
- موضع الاختلاف: تلف المبيع الذي لا يتعلق به حق التوفية في زمن
- ٤١٦ الخيار

الصفحة

الموضوع

- ٤١٦ الخيار للبائع
- ٤١٧ الخيار للمشتري
- ٤١٩ الخيار للبائع والمشتري معاً
- ٤١٩ الخيار للأجنبي
- ٤١٩ ضمان المبيع بعد القبض في زمن الخيار
- ٤١٩ الخيار للبائع
- ٤٢٠ الخيار للمشتري
- ٤٢٩ المطلب الثالث: خراج المبيع
- ٤٢٩ الخراج المتصل بالمبيع
- ٤٣٠ الخراج المنفصل عن المبيع
- ٤٣٠ إذا حصل الخراج المنفصل والبيع قد تم، فلمن يكون؟
- ٤٣٣ إذا حصل الخراج المنفصل والبيع قد فسخ فلمن يكون؟
- ٤٤٧ المبحث الثالث: الخراج بالضمان في البيع الصحيح بخيار الرؤية
- ٤٤٨ التمهيد: التعريف بخيار الرؤية
- ٤٤٨ تعريفه التفصيلي: أي من حيث تفصيل مفرداته
- ٤٤٩ تعريفه الإجمالي: أي: من حيث هو مركب، وعلم في اصطلاح الفقهاء
- ٤٤٩ المطلب الأول: بيع الشيء قبل رؤيته، ومشروعية خيار الرؤية
- ٤٤٩ بيع الشيء قبل رؤيته
- ٤٥٤ مشروعية خيار الرؤية وثبوته
- ٤٥٤ المطلب الثاني: أثر خيار الرؤية في ملك المبيع
- ٤٥٩ المطلب الثالث: ضمان المبيع
- ٤٥٩ ضمان المبيع قبل القبض
- ٤٦١ ضمان المبيع بعد القبض
- ٤٦٩ المطلب الرابع: خراج المبيع
- ٤٧٠ خراج المبيع الحاصل قبل القبض، والبيع قد تم، والحاصل بعده مطلقاً
- ٤٧١ خراج المبيع الحاصل قبل القبض والبيع قد فسخ
- ٤٨٣ المبحث الرابع: الخراج بالضمان في البيع الصحيح بخيار العيب
- ٤٨٤ التمهيد: التعريف بخيار العيب
- ٤٨٤ تعريف خيار العيب التفصيلي

الصفحة

الموضوع

- ٤٨٧ تعريفه الإجمالي
- ٤٨٨ المطلب الأول: ضمان المبيع
- ٤٨٩ المطلب الثاني: خراج المبيع
- ٤٩٠ الزوائد المتصلة بالمبيع
- ٤٩٣ الزوائد المنفصلة عن المبيع
- ٥١٥ المبحث الخامس: الخراج بالضمان في البيع غير الصحيح
- ٥١٦ التمهيد: التعريف بالبيع الفاسد
- ٥١٨ الباطل
- المطلب الأول: ملك المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه في البيع
- ٥١٨ الفاسد
- ٥٢٦ المطلب الثاني: ضمان المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه
- ٥٣٢ المطلب الثالث: خراج المبيع إذا اتصل به القبض بإذن صاحبه
- الفصل الثاني: تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في ما عدا عقد البيع من عقود
- ٥٣٩ المعاوضات
- ٥٤٠ المبحث الأول: الخراج بالضمان في الإقالة في البيع
- التمهيد: التعريف بالإقالة، وهل هي فسخ، أو عقد جديد، وهل
- ٥٤١ الخراج الحاصل قبل الإقالة يمنع منها
- ٥٤١ تعريفها في اللغة وفي الشرع
- ٥٤٤ هل الإقالة فسخ، أو عقد جديد
- ٥٤٦ هل الخراج الحاصل في المبيع قبل الإقالة يمنع منها
- ٥٤٨ ضمان المبيع
- ٥٤٨ خراج المبيع
- ٥٤٩ الزيادة المتصلة المتولدة
- ٥٥١ الزيادة المنفصلة المتولدة
- ٥٥٥ المبحث الثاني: الخراج بالضمان في الإفلاس
- التمهيد: التعريف بالإفلاس، والتفليس، والمفلس ورجوع صاحب
- ٥٥٦ المال في ماله إذا أدركه بعينه عند المفلس
- ٥٥٦ التعريف بالإفلاس، والتفليس، والمفلس لغةً وشرعاً
- ٥٥٨ رجوع صاحب المال في ماله إذا أدركه بعينه عند المفلس

	ضمان المال وخرجه في حال رجوع صاحب المال في ماله،
٥٦١	واسترداده بإفلاس المدین
٥٦١	الزيادة المتصلة من كل وجه
٥٦٢	الزيادة المتصلة في الجسم أو العين
٥٦٢	الزيادة في القيمة
٥٦٧	الزيادة المنفصلة من كل وجه
٥٦٨	ما كان من جنس العين
٥٧٢	ما كان من غير جنس العين
٥٧٥	الزيادة المتصلة من وجه دون وجه
٥٧٩	المبحث الثالث: الخراج بالضمان في الشفعة
٥٨٠	التمهيد: التعريف بالشفعة
٥٨٤	ضمان المشفوع فيه
٥٨٤	خراج المشفوع فيه
٥٨٥	الزيادة المتصلة
٥٩١	الزيادة المنفصلة
٥٩٥	المبحث الرابع: الخراج بالضمان في الإجارة
٥٩٦	التمهيد: التعريف بالإجارة
٥٩٦	الحقيقة اللغوية لها
٥٩٧	الحقيقة الشرعية لها
٥٩٨	المطلب الأول: ضمان المنافع المعقود عليها
٦٠٥	المطلب الثاني: خراج المنافع المعقود عليها
	الفصل الثالث: تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في الأموال المقبوضة بيد
٦١١	الغير
٦١٣	المبحث الأول: الخراج بالضمان في القرض
٦١٤	التمهيد: التعريف بالقرض
٦١٧	المطلب الأول: ملك المال المقرض
٦٢٦	المطلب الثاني: ضمان المال المقرض
٦٢٨	المطلب الثالث: خراج المال المقرض
٦٣٥	المبحث الثاني: الخراج بالضمان في الإيداع

الصفحة

الموضوع

٦٣٦ التمهيد: التعريف بالإيداع، والوديعة
٦٤٢ المطلب الأول: ضمان العين المودعة
٦٤٧ المطلب الثاني: خراج العين المودعة
٦٥٩ المبحث الثالث: الخراج بالضمان في الرهن
٦٦٠ التمهيد: التعريف بالرهن
٦٦٠ حقيقة الرهن اللغوية
٦٦١ حقيقة الرهن الشرعية
٦٦٥ المطلب الأول: ضمان المرهون
٧٠٧ المطلب الثاني: خراج المرهون
٧١١ المبحث الرابع: الخراج بالضمان في اللقطة
٧١٢ التمهيد: التعريف باللقطة
٧١٢ اللقطة في اللغة
٧١٣ اللقطة في الشرع
٧١٦ المطلب الأول: تملك اللقطة
٧٢٥ المطلب الثاني: ضمان اللقطة
٧٣٠ المطلب الثالث: خراج اللقطة
٧٣٠ الزيادة المتصلة أو النماء المتصل
٧٣٠ الزيادة المنفصلة أو النماء المنفصل
٧٣٣ الفصل الرابع: تطبيق قاعدة: الخراج بالضمان في شركة العقود
٧٣٤ التمهيد: التعريف بشركة العقد، وأنواعها
٧٣٤ معنى الشركة في اللغة
٧٣٥ معنى شركة العقد في الاصطلاح الفقهي
٧٤٠ أنواع شركة العقد
٧٤٩ المبحث الأول: الخراج بالضمان في شركة الأموال
٧٥٠ التمهيد: التعريف بشركة الأموال، وتقسيمها
٧٥٠ مدلول شركة الأموال
٧٥٠ تقسيم شركة الأموال
٧٥٠ شركة العنان
٧٥٠ العنان لغةً

الموضوع	الصفحة
شركة العنان شرعاً	٧٥١
شركة المفاوضة	٧٥٤
المفاوضة لغةً	٧٥٤
شركة المفاوضة شرعاً	٧٥٤
شرعية شركة المفاوضة	٧٥٥
المطلب الأول: ضمان الأموال	٧٥٧
المطلب الثاني: خراج الأموال	٧٦٢
المبحث الثاني: الخراج بالضمان في شركة الأعمال	٧٧٥
التمهيد: التعريف بشركة الأعمال، وشرعيتها	٧٧٦
معنى الأعمال في اللغة	٧٧٦
معنى شركة الأعمال في الاصطلاح الفقهي	٧٧٧
شرعية شركة الأعمال	٧٧٩
المطلب الأول: ضمان الأعمال	٧٨٠
المطلب الثاني: خراج الأعمال	٧٨٢
المبحث الثالث: الخراج بالضمان في شركة الوجوه	٧٨٧
التمهيد: التعريف بشركة الوجوه، وشرعيتها	٧٨٨
شركة الوجوه من الناحية اللغوية	٧٨٨
شركة الوجوه من الناحية الفقهية	٧٨٩
شرعية شركة الوجوه	٧٩١
ضمان المُشْتَرَى	٧٩٢
خراج المُشْتَرَى	٧٩٢
المبحث الرابع: الخراج بالضمان في شركة المضاربة	٧٩٧
التمهيد: التعريف بالمضاربة	٧٩٨
مدلولها اللغوي	٧٩٨
مدلولها الشرعي	٧٩٩
المطلب الأول: ضمان المال والعمل	٨٠١
المطلب الثاني: خراج المال والعمل	٨٠٣
المبحث الخامس: الخراج بالضمان في شركة المساقاة	٨٠٧
التمهيد: التعريف بالمساقاة، وشرعيتها	٨٠٨

الصفحة	الموضوع
٨٠٨	معناها في العرف اللغوي
٨٠٩	معناها في العرف الشرعي
٨١٠	شرعية المساقاة
٨١٢	ضمان الشجر والعمل عليه
٨١٣	خراج الشجر والعمل عليه
٨١٥	المبحث السادس: الخراج بالضمان في شركة المزارعة
٨١٦	التمهيد: التعريف بالمزارعة، وشرعيتها
٨١٦	مفهومها اللغوي
٨١٧	مفهومها الشرعي
٨١٩	شرعية المزارعة
٨٢١	ضمان الأرض والعمل عليها
٨٢٢	خراج الأرض والعمل عليها
٨٢٣	الخاتمة
٨٢٤	الاستثناء من القاعدة: الغصب
٨٢٥	معناه لغةً
٨٢٥	معناه اصطلاحاً
٨٢٦	ضمان المغصوب
٨٢٧	خراج المغصوب
٨٢٨	زوائد المغصوب مع بقاء العين وقيامها
٨٣٣	زوائد المغصوب مع تصريف العين وتحويلها
٨٣٩	خلاصة أهم نتائج البحث
٨٥١	الفهارس
٨٥٣	فهرس الآيات الكريمة
٨٥٦	فهرس الأحاديث والآثار
٨٦١	فهرس الكلمات الاصطلاحية
٨٦٣	فهرس الأعلام
٨٧٤	فهرس المصادر والمراجع
٩١٢	فهرس الموضوعات

