منشورات جامعة اليرموك
عمادة البحث العلمي
والدراسات العليا

اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي

عبدالجليل ضمره، قسم الفقه، جامعة اليرموك

مستلة من
أبحاث اليرموك
« سلسلة العلوم الانسانية والاجتماعية »
المجلد الثامن عشر ، العدد الرابع (ب) ، ٢٠٠٢
جميع حقوق الطبع محفوظة لجامعة اليرموك

اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي

عبدالجليل ضمره، قسم الفقه، جامعة اليرموك

ملخص

يهدف هذا البحث إلى تحديد الماهية التي تكون عليها يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي وما يترتب على كل يد من هاتين اليدين من آثار تتصل بتحمل الذمة تبعة البدل المثلي أو القيمي للعين المحازة باليد.

ولقد سار الباحث لتحقيق هذا الغرض على المنهج الاستقرائي لتتبع الاجتهادات الفقهية في هذه المسألة، ومن ثم تحليل المادة الفقهية المستقرأة لاستبطان المعايير الناهضة بيد الأمانة ويد الضمان كلٍ على حدة.

ولقد انتهى الباحث إلى أن اليد إن حازت العين بإذن مالكها وتصرفت فيها في حدود الإذن بغير أن يترتب عن هذه الحيازة معاوضةٍ وبدل فإن اليد الحائزة تكون يد أمانة؛ إلا كانت اليد يد ضمان.

المقدمة

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

أما بعد

فلقد اهتمت شريعة الإسلام بالأموال وحفظها أيما اهتمام؛ إذ اعتبرت المال قوام معاش الخلق، فضبطت أسباب استحقاقه وطرائق أدائه لمستحقيه. ومن صور ضبطها لأسباب الاستحقاق الدقة المتناهية التي وصفت فيها يد المتعامل بالمال أخذاً وإعطاء، إذ اعتبرت اليد المتناولة للمال منقسمة إلى قسمين رئيسين: يد الأمانة ويد الضمان، ولكل يد من هاتين اليدين صلة مباشرة بتحمل الذمة تبعة ضمان المال. وعليه يأتي هـذا البحـث ليرصد

© جميع الحقوق محفوظة لجامعة اليرموك 2002م. ISSN (1023-0165)

التوصيف الفقهي لكل من هاتين اليدين مبيناً المعايير الناهضة بكل قسم منها، مع تجلية الآثار المترتبة عن حيازة يد الأمانة أو يد الضمان للمال، ولقد انتهجت في بحثي هذا المنهج الاستقرائي للمذاهب الفقهية المشتهرة منطلقاً بذلك إلى تحليل المادة الفقهية وتأصيلها في ضوابط ومعايير فقهية تشكل لبنة أولى في سبيل إعادة بناء نظرية الضمان بصورة متكاملة.

وتوسلت لهذا الغرض الرجوع إلى أمهات المراجع الفقهية للمذاهب الأربعة - الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة-.

ولابد من الإشارة إلى أن المتقدمين من الفقهاء قد تناولوا هذا الموضوع بصورة عرضية في مصنفاتهم، وتناول المعاصرون هذا الموضوع أكثر تركيزاً في ظل بناء نظرية الضمان في الفقه الإسلامي كما فعل الدكتور فوزي فيض الله، والدكتور وهبة الزحيلي في كتابيهما نظرية الضمان. كما تناولت الدكتورة ليلى عبدالله سعيد هذا الموضوع في بحثها الموسوم بـ "يد الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي". في حولية كلية الشريعة والقانون في جامعة قطر لسنة 1997م، غير أن هذا الموضوع بقي يلح علي في احتياجه لاعادة صياغة فقهية بصورة تأصيلية.

ولتحقيق هذا الغرض فقد وقع البحث في سبعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف اليد لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: الحيثيات الموضوعية التي ينظر إلى اليد من خلالها في البحث الفقهي.

المبحث الثالث: يد الأمانة. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اليد الأمينة

المطلب الثاني : اليد المؤتمنة

المطلب الثالث: الفرق بين اليد الأمينة واليد المؤتمنة

المبحث الرابع: يد الضمان، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اليد العادية

المطلب الثاني: يد الضمان العقدي

المطلب الثالث: الفرق بين اليد العادية ويد الضمان العقدي

المبحث الخامس: صفة اليد وعلاقتها بتجديد قبض العين عند تغير سبب الحيازة

المبحث السادس:أثر الشرط في تغيير صفة اليد

المبحث السابع: أحكام الأيدي المترتبة عن يد الأمانة ويد الضمان

المبحث الأول: تعريف اليد لغةً واصطلاحاً

تعريف اليد لغةً:

تطلق اليد في اللغة على الجارحة المعهودة من المنكب إلى أطراف الأصابع، كما وتطلق على جهة الاستعارة على النعمة والولاية والقوة والسلطان والحيازة والملك[1]

تعريف اليد اصطلاحاً:

كثيراً ما يرد في كتب الفقهاء استعمال لفظة "اليد" خاصة في أبواب المعاوضات باعتبارها آلة المبادلات المالية، غير أن الذهن يبادر إلى استدعاء معنى الجارحة الإنسانية المعهودة إذا ما أطلقت لفظة اليد. وعندها يبرز السؤال عن مدى مطابقة هذا المعنى المتقدم لمدلول اليد في اصطلاح الفقهاء؟ لا بد من التذكير ابتداءً أن المنهج التصنيفي في الكتب والمصنفات الفقهية قائم على أساس من بيان الأحكام الشرعية في المسائل تدليلاً وتعليلاً، ومن ثم دفع الشبه التي يطرحها المناوئ في مسألة من المسائل العلمية. وعليه فهي كتب مشحونة ببيان الأوصاف الشرعية التي يترتب عليها في الاعتبار حكم شرعي.

لذا يستبعد والحالة هذه أن تكون هذه الكتب محلاً لبيان جوارح وأدوات وجودية لا علاقة بيّنة بينها وبين الحكم أو التوصيف الشرعي.

تطلق اليد في الاصطلاح الفقهي ويراد بها آلة الحيازة؛ ولهذا فقد عرّف التاج ابن السبكي الحيازة بأنها " ما يدخل تحت اليد"[2] كما وتطلق اليد على الحيازة نفسها، يقول العز ابن عبد السلام " اليد عبارة عن القرب والاتصال، وللقرب والاتصال مراتب بعضها أقوى من بعض في الدلالة"[3].

ويقول البجنوردي معرّفاً اليد بأنها " الاستيلاء على الشيء خارجاً أو في عالم الاعتبار الشرعي أو العرفي"[4] والملاحظ أن هذا الإطلاق الأخير إطلاق مجازي للفظة اليد؛ إذ هو من باب اطلاق السبب وإرادة المسبب، فالحيازة لا تحصل إلا باليد الحائزة سواءً كانت الحيازة حقيقية بكينونة الشيء فيها تحقيقاً أو اعتبارية بتسلط اليد على الشيء أو بالتخلية بينها و بينه مع ثبوت قدرة الانتفاع[5].

وبناءً على هذه التعريفات فيمكنني أن أعرف اليد بأنها: آلة الحيازة المالية بالفعل أو بالقوة المرتبة للالتزامات المالية في الذمة.

وأعني بالفعل ما كانت الحيازة فيه حقيقية كالقبض، والقوة: ما كانت الحيازة فيه تقديرية أو راجعة إلى العرف كالتخلية ونحوها.

المبحث الثاني : الحيثيات الموضوعية التي ينظر إلى اليد من خلالها في البحث الفقهي

لقد تعددت مجالات وحيثيات البحث الموضوعي في النظر إلى اليد وأسوق هنا بعض هذه الحيثيات:

أ- اعتبار اليد أمارة قضائية دالة على إثبات الملكية عند انعدام البينات.

إن ثبوت اليد على العين يعد من أظهر الدلائل الدالة على ثبوت الملكية فيها عند انعدام البينات المثبتة للملكية، إذ الظاهر من ثبوت اليد على العين الدلالة على أن لهذه اليد صفة المشروعية في الثبوت لا سيما الثبوت المتطاول في الزمن والذي يعد مظنة الملك؛ لذا أقيمت المظنة مقام المظنون في إثبات الملكية[6].

وفي هذا المعنى يقول المرغيناني: "لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك؛ إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفى بها"[7].

ولابد هنا من الإشارة إلى أن ثبوت اليد على العين إنما يعد أمارة قضائية فيما إذا كان هذا الثبوت يقره الواقع الحالي.

فإذا أثبت رجل حيازته العارضة على العين بالأمس واستدل به على الملكية، لا يكتفى بهذه الحيازة في اثبات الاستحقاق إذا عورضت بحيازة يدٍ حالية للعين، "لأن اليد السابقة قد تكون محقة، وقد تكون مبطلة، وقد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة؛ فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة"[8].

ب- صفة ثبوت اليد على العين من جهة المشروعية وعدمها.

إن اليد إذا ثبتت على العين إما أن تثبت بسبب معتبر شرعاً مبيح لثبوتها عليها أو لا، فإن ثبتت على العين بسبب من أسباب المشروعية فهي "اليد العادلة" التي يباح لها في ثبوتها على العين حفظها أو الاستفادة منها بحسب صفة هذه اليد تصرفاً أو انتفاعاً أو استغلالاً. وإن ثبتت اليد على العين بغير سبب مبيح شرعاً أو تجاوزت حدود الإذن في ثبوتها عليها فهي اليد العادية الظالمة، والتي لا يترتب لها عند ثبوتها على الأعيان حق من الحقوق[9]؛ إذ السبب المحظور لا يعتبر شرعاً في ترتيب مسببات مشروعةٍ لمعارضة الشارع لأصل التسبب فيها؛ لذا فهي خارجة عن مفهوم المشروعية إذ الخروج عن أحد النقيضين يقتضي الدخول في الآخر ضرورة[10].

وعليه فاليد إما أن تكون محقة عادلة أو مبطلة ظالمة؛ لاستناد الأولى لسبب من أسباب المشروعية في الثبوت دون الثانية، ويلاحظ هنا أن هذه الحيثية في النظر إلى صفة اليد ذات صلة بصحة سماع الدعوى القضائية عليها. فاليد العادلة التي ثبتت مشروعية قيامها على العين بسبب شرعي صحيح هي يد محقة لا تسمع الدعوى القضائية عليها من جهة ثبوتها

على العين. واليد الظالمة المبطلة لا يلتفت إليها في دعواها للثبوت على الأعيان؛ لعدم استنادها لأسباب المشروعية بل تسمع الدعاوى عليها في نزعها عن الأعيان.

أما إذا كانت اليد محتملة لأن تكون عادلة محقة أو ظالمة مبطلة فهذه اليد أساساً التي تسمع على مثلها الدعوى القضائية لاحتمالها، ويتنازع المدعي والمدعى عليه في إثبات صفة المشروعية لاستحقاق العين[11].

جـ- صفة ثبوت اليد على العين من جهة تحمل التبعة في الذمة.

إن اليد في ثبوتها على العين إما أن تكون مالكة لها أو غير مالكة، فإن كانت مالكة فهي يد الملك وهذه اليد لا تلحقها التبعة في الذمة بتصرفها في الأعيان أو انتفاعها بها أو استغلالها لها. أما إذا كانت العين غير مملوكة لصاحب اليد فهي إما أن تكون يد أمانة أو يد ضمان. فيد الأمانة: هي اليد التي تثبت على العين ولا تتحمل الذمة بسببها تبعة الضمان تقريراً أو تقديراً. أما يد الضمان فهي التي تتحمل الذمة تبعة ضمان العين تقريراً – عند إتلافها – أو تقديراً – كما في يد السائم للشراء[12] – . وهنا لا بد من الإشارة إلى أن إضافة الصفة إلى اليد – ملكاً وأمانةً وضماناً – هو من باب السببية، فاليد في كل قسم منها كانت سبباً لاستحقاق مدلول الصفة ومرتباتها شرعاً[13].

ويجدر بالذكر أن هذه الحيثية المنظور من خلالها إلى اليد هي مقصودي في هذا البحث، غير أنه لا بد من التنبيه إلى أن يد الملك ليس لها صلة مباشرة في قضية تحمل التبعة في الذمة؛ ذلك أن الملك هو وصف شرعي يمكّن صاحبه من التصرف بالعين مطلقاً مانعاً غيره من هذا الحق إلا بالإذن من قبله[14]، لذا فمالك العين لا يتحمل تبعةً في تصرفه في العين لتمكن حقه فيها، ولقد كان ذكر هذه اليد- أي يد الملك- في هذه الحيثية لإتمام القسمة العقلية وتحقيق انحصارها.

المبحث الثالث: يد الأمانة

عرّف الشيخ علي الخفيف يد الأمانة بقوله: "يد الأمانة ما كان عن ولاية شرعية ولم يدل الدليل على ضمان صاحبها، وما عداه يد ضمان"[15] وقد تابعه على هذا التعريف بعض الباحثين[16].

والملاحظ أن هذا التعريف فيه مؤاخذة من وجهين:

الأول: أنه غير مانع؛ لدخول غير أفراد المعرّف فيه، إذ يدخل في مدلول هذا التعريف يد الملك، فهي حاصلة عن ولاية شرعية والدليل ينفي الضمان عن صاحبها لاختصاصه بالعين ذاتاً ومنفعةً.

الثاني: أن هذا التعريف لم يبين لنا ماهية يد الأمانة ومفهومها ذاتاً، بل بمفارقة ومقابلة يد الضمان، ويد الضمان مفهوم مستقل بنفسه يحتاج إلى بيانٍ آخر ليستقل عن يد الأمانة!!

ولعل الشيخ الخفيف كان متابعاً في هذا بعض متأخرة الحنفية كقاضي زاده الذي قال: "إن لفظ الأمانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها"[17].

ويذهب الدكتور وهبة الزحيلي في تعريفه ليد الأمانة إلى أنها "يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه، بل باعتباره نائباً عن المالك"[18].

يرد على هذا التعريف أنه غير مانع؛ حيث تناول معياراً واحداً من المعايير الناهضة بمفهوم يد الأمانة، وهو حصول الحيازة بولاية شرعية نيابية عن المالك وأغفل ما يكون منها بولاية شرعية ابتدائية من الشارع كالتقاط اللقطة لتعريفها.

والذي يترجح لدي في تعريف يد الأمانة أنها: "هي اليد الحائزة للعين بولاية شرعية ابتدائية من الشارع للحفظ أو نيابية بإذن المالك، والتي تنتفي التبعة في الذمة لحيازتها".

وبناءً على هذا التعريف المختار يمكنني تقسيم يد الأمانة إلى قسمين:

الأول: أطلق على اليد في هذا القسم اسم "اليد الأمينة".

الثاني: أطلق عليها في هذا القسم اسم "اليد المؤتمنة".

فإن كانت حيازة اليد حاصلة بولاية شرعية ابتدائية مصدرها الشارع، فهذه اليد الأمينة، وإن كانت حيازة اليد للعين حاصلة بولاية شرعية نيابية مصدرها المالك، فهذه اليد المؤتمنة.

وسأبدأ ببيان المعيار الناهض بمفهوم كل نوع من هذين النوعين المندرجين في يد الأمانة.

المطلب الأول : اليد الأمينة.

هي اليد التي حازت العين للحفظ بولاية شرعية من قبل الشارع ابتداءً؛ لتعذر حصول الإذن من قبل المالك مباشرة أو لعدم إمكان التعرف عليه. ويمثل لها بيد الحاكم على أموال القُصّر والغائبين، أو يد الملتقط للقطة لتعريفها، ففي هذه الأحوال تنتفي عن الذمة تحمل تبعة ضمان البدل المثلي* أو القيمي** لثبوت الإذن الشرعي من قبل الشارع نفسه[19].

---

*المثلي: ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به كالموزونات والمكيلات.

**القيمي: ما تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به كالدور والحيوانات.

والملاحظ أن المعيار الناهض بهذه اليد بحيث ينفي عنها صفة تحمل تبعة الضمان هو أن يكون القبض من ذي اليد حاصلاً حسبةً لله تعالى لحفظ العين وصيانتها لمالكها، لذا فعلى هذه اليد تحقيقاً للولاية الشرعية في القبض رد ما حازته لمالكه فور تعيُّنه ومعرفته وإلا زالت عنها صفة المشروعية في الحيازة، فتكون اليد عادية ضامنة.

وعليه فإن ثبتت اليد على العين بقصد التملك أو الاختصاص باستغلال منفعة العين أو الحيلولة دون إيصالها ليد المالك؛ فيزول عندئذٍ معيار اليد الأمينة لزوال صفة المشروعية بالقبض[20].

المطلب الثاني : اليد المؤتمنة.

هي اليد الحائزة للعين بولاية شرعية نيابية بإذن المالك، ويكون هذا الإذن في صورة عقد الوكالة أو الإجارة أو الوديعة، فلحصول الإذن من الأهل – المالك للعين – تثبت مشروعية حيازة اليد للعين نيابةً عن يد المالك؛ إذ بإذنه قد أقام اليد المأذونة مقام يده في حدود الإذن الصادر منه[21].

ولقد اختلفت أنظار الفقهاء في تحديد مناط اليد المؤتمنة ومعيارها فقد ذهب الحنفية[22] إلى أن العقد إن خلا عن المعاوضة والبدل أو الاستيثاق* – كما في الرهن** – فهو عقد أمانةٍ، واليد المترتبة عنه يد مؤتمنة بإطلاق؛ ولهذا عدّوا عقد الوديعة والعارية والهبة ونحوها عقود أمانةٍ مرتبة ليدٍ مؤتمنةٍ؛ لانتفاء المعاوضة والاستيثاق.

وذهب المالكية[23]، والشافعية[24] إلى أن اليد في غير عقود المعاوضات إن ثبتت بإذن المالك في القبض، وعلى وجهٍ لم يخالف ذو اليد المعايير الموضوعية لإذن المالك فاليد عندها يد مؤتمنة.

وذهب الحنابلة[25] إلى أن معيار هذه اليد أن يكون القبض بإذن المالك شريطة أن لا يكون لليد القابضة للعين وجه منفعةٍ مختصةٍ تعود إليها.

ولقد انتقد بعض الفقهاء[26] مذهب الحنابلة في اعتبارهم أن من شروط اليد المؤتمنة أن تعرى عن وجه منفعة تعود إليها في قبضها للعين.

---

* الإستيثاق هو أخذ عين أو مال من المدين لتوثيق الدين وإثباته.

** اعتبر الحنفية عقود الاستيثاق من العقود المرتبة لصفة الضمان في اليد؛ لأنها متضمنة معاوضة انتهاءً لا ابتداءً؛ إذ لو هلك المرهون في يد المرتهن ذي الدين سقط بحصته من المتقرر في الذمة، فكانت مقاصةً ولا معنى لهذا إلا المعاوضة انتهاءً.

وفي هذا يقول ابن رشد الحفيد: "ويلزم إذا سلّم أنه لا ضمان عليه في الإجارة أن لا يكون ضمان في العارية إن سلّم أن سبب الضمان هو الانتفاع؛ لأنه إذا لم يضمّن حيث قبض لمنفعتهما – أي الدافع والقابض – فأحرى أن لا يَضمّن حيث قبض لمنفعته إذا كانت منفعة الدافع مؤثرة في إسقاط الضمان"[27]. فإذا تقررت مخالفة جمهور الفقهاء لمذهب الحنابلة في اعتبارهم أن خلوص المنفعة لليد القابضة للعين بإذن مالكها يقتضي صفة الضمان فيها، فهل رتب الجمهور على هذا الضابط أثراً ما؟

أ- ذهب الحنفية[28]، والمالكية[29]، والحنابلة[30]، إلى أن اليد المؤتمنة التي انتفعت بالعين المقبوضة؛ إذا حصل من هذه اليد خروج عن المقررات الموضوعية المأذونة من قبل المالك، فإن صفة الائتمان لا تعود إليها إلا بتجديد قبض العين من قبل المالك ثانية. أما إذا تمحضت منفعة العين المقبوضة باليد المؤتمنة لصالح المالك فقط ثم حصل من اليد خروج عن المقررات الموضوعية للإذن ثم عادت إلى مقتضى الإذن عادت لها صفة الائتمان بمجرد عودها إلى المقررات الموضوعية للإذن الصادر عن المالك. وطرد الشافعية[31] أصلهم في هذه القضية فلم يعتبروا لوصول منفعة العين لليد المؤتمنة أو عدمه أثراً في التفريق – المتقرر سابقاً – الذي ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة.

ب- ذهب فقهاء الحنفية[32] والمالكية[33] والشافعية[34]، والحنابلة[35]، إلى أن اليد المؤتمنة إذا قبضت العين لمصلحةٍ عائدةٍ على مالك العين خصوصاً فإن مؤنة إعادة العين لمالكها تكون على مالك العين. أما إذا قبضت اليد المؤتمنة العين لمصلحة ذي اليد كانت مؤنة إعادة العين لمالكها على ذي اليد المؤتمنة لتحقق الانتفاع من قبلها.

يقول المرغيناني: "وأجرة رد العارية على المستعير؛ لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه"[36].

المطلب الثالث: الفرق بين اليد الأمينة واليد المؤتمنة.

تشترك كل من اليد الأمينة واليد المؤتمنة في ثبوت كلٍ منها على العين حيازةً بناءً على ولاية شرعية، وتفترق فيما بينها في مصدر هذه الولاية الشرعية بما يورث اختلافاً في طبيعة الحفظ للعين كيفيةً وزماناً ومكاناً.

فاليد الأمينة الولاية فيها إبتدائية مصدرها الشارع، إذ أباح للملتقط مثلاً أن يحوز الأموال بما يحفظها ويصونها عن أسباب التلف العارضة على العين بقدر الوسع، ليتم تعريفها وتأديتها إلى مالكها فور ظهوره والتعرف عليه، وأي تقصير في الحفظ للعين أو تأخير للتأدية فهو خروج عن مقتضى الولاية الشرعية وتنكب لسبيلها، وبالتالي يتغير وصف اليد من الأمانة إلى الضمان؛ إذ يغدو المخالف لمقررات هذه الولاية متعدياً[37].

أما اليد المؤتمنة فالولاية فيها صادرة عن مالك العين، فالواجب على هذه اليد حفظ العين وصيانتها عن أسباب الضياع والتلف والتفريط، غير أنه يلاحظ هنا أن نوع الحفظ المقصود في هذه اليد مقيد بالإذن الصادر من المالك، فولاية اليد على العين تتقيد بهذا الإذن في طبيعة الحفظ وما يتصل بحيازة اليد للعين ، ويظهر هذا النوع من الولاية في عقود الإجارة والعارية والمضاربة والوديعة ونحوها[38].

ويلاحظ أن الخروج عن مقتضى الإذن الصادر عن المالك يقتضي الخروج عن مقررات هذا النوع من الولاية الشرعية في حيازة العين، وبالتالي يتغير وصف اليد من الأمانة إلى الضمان؛ إذ يغدو المخالف لمقررات هذه الولاية غاصباً[39].

الآثار المترتبة على اعتبار اليد يد أمانة

يحسن بي في ختام هذا المبحث أن أبين الآثار العامة التي تترتب على يد الأمانة، فأقول:

إن يد الأمانة قد حازت العين بطريق مشروع، فيجب بهذه الحيازة أن تحفظ اليد ما تحتها من أموال وأن تصونها عن أسباب التلف والضياع بقدر الإمكان، فإذا أدت اليد هذا الواجب الشرعي برئت الذمة من الانشغال بتبعة الضمان[40].

مع ملاحظة أن طبيعة الحفظ والحيازة تختلف بين اليد الأمينة واليد المؤتمنة؛ لإختلاف سبب مشروعية الحيازة- كما تقدم- فيرجع في تحديد المقررات الموضوعية لإلتزاماتِ كل يدٍ بحسب طبيعة الحيازة.

المبحث الرابع: يد الضمان

هي اليد الحائزة للعين والتي يترتب على حيازتها تحمل الذمة تبعة بدل العين المحازة. ولا بد من التنبيه على أن يد الضمان إنما- يتقدر فيها الضمان لواحدٍ من سببين:

الأول: الخروج عن المقررات الموضوعية للولاية الشرعية في حيازة العين.

الثاني: تحقق مناط التبعة في القبض المأذون فيه من قبل المالك، كما في القبض على خلفية معاوضة. ويلاحظ أن تحمل التبعة في هذه الحالة في حيازة العين إنما يكون لتحقيق مصلحة المحافظة على الأموال. يقول ابن رشد الحفيد: "الضمان عند الفقهاء على وجهين: بالتعدي أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال"[41].

وكما جرى الحال في قسمة يد الأمانة إلى قسمين، فإن يد الضمان منقسمة إلى قسمين بناءً على السبب المقتضي لتحمل التبعة بالقبض. فإن كان تحمل التبعة لخروج اليد عن المقررات الموضوعية للولاية الشرعية في حيازة العين فيمكن تسمية هذه اليد بـ"اليد

العادية". أما إذا كان تحمل التبعة لتحقق مناطها في القبض المأذون من قبل المالك فيمكن تسمية هذه اليد بـ"يد الضمان العقدي".

المطلب الأول : اليد العادية.

هي اليد الحائزة للعين بغير ولاية شرعية بالحيازة ابتداءً أو تبعاً. فاليد إن حازت عيناً ما بغير إذن مسبق من المالك أو نائبه، فإن اليد عادية بحيازتها لهذه العين؛ لعدم الإذن ابتداءً لليد في الحيازة. أو إن كانت اليد مأذونة في حيازتها للعين ثم تنكبت المقررات الموضوعية للإذن، فبهذه المخالفة تكون اليد قد خرجت عن مقتضى الإذن لتغدو غير مستندةٍ إلى ولاية شرعية في حيازتها للعين تبعاً بمعنى أنها لو عادت عن مخالفتها للإذن لعاد لها صفة المشروعية في القبض في بعض الأحيان كما لو كان القبض لمصلحة يختص بها المالك دون الحائز.

ولقد اختلفت آراء الفقهاء في تحديد معيار هذه اليد ومناطها، فاختلفت بناءً عليه تخريجاتهم الفروعية.

فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف وهو المعتمد في مذهب الحنفية[42] إلى أن معيار اليد العادية يتركب من أوصافٍ ثلاثة والتي تشكل بمجموعها مناط* انشغال الذمة بوجوب الضمان، إذ فوات أحد الأوصاف المكونة لهذا المناط يحول دون قيامه مؤثراً في اقتضاء حكمه – وهو انشغال الذمة بالضمان – وهذا معنى كلام الأصوليين: أن الحكم يدور مع علته التامة وجوداً وعدماً.

والأوصاف الثلاثة هي: الأول: إزالة يد المالك أو نائبه عن العين المملوكة. والثاني: أن تكون الإزالة بفعل في العين المملوكة. الثالث: أن يترتب عن إزالة اليد المحقة ثبوت يدٍ عادية على العين** . ويلاحظ أن هذا المعيار الذي ذهب إليه الحنفية لا يطرد ليسع جميع صور اليد العادية؛ ذلك أن اشتراط أن تكون الإزالة بفعلٍ في العين لتحقيق معنى الاعتداء ينفي ثبوت اليد العادية على العقار في الجملة؛ إذ الاعتداء في العقار حاصل بإزالة يد المالك، وهذا لا

---

*المناط: هو الوصف الظاهر المناسب الذي يتعلق به الحكم وجوداً وعدماً، وهو اسم من أسماء العلة الشرعية.

**قد يرد على هذا التقرير اعتراض حاصلة:

أن الحنفية يوجبون الضمان على ذي اليد المتلفة للعين وأن تخلف وصف من الأوصاف الثلاثة التي يتركب من مجموعها معيار اليد العادية، وبالتالي فهو إلزام للحنفية بما لم يلتزموا.

ويجاب عنه أن الحنفية قرروا وجوب الضمان على ذي اليد المتلفة للعين بعلة الإتلاف، لا لأن اليد عادية، وهذان سببان مختلفان ذاتاً متفقان مآلاً في شغل الذمة بالضمان. فليتنبه.

راجع الزحيلي: نظرية الضمان 63 وما بعدها. لخفيف: الضمان 20. إبراهيم فاضل الدبو: ضمان المنافع 165. ط أولى 1417هـ دار البيارق - دار عمار.

يعد فعلاً في العين بل فعل في المالك بمنعه من الانتفاع بملكه، وفي هذا فتح لذريعة فساد عريض بالاعتداء على العقار بغير أن يتحقق في اليد مناط الاعتداء متكاملاً بما ينفي عن الذمة تحمل تبعة ضمان العين ومنفعتها[43].

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية[44] والشافعية[45] والحنابلة[46] ومحمد بن الحسن من الحنفية[47] إلى أن مناط اليد العادية هو ثبوت اليد على العين بغير ولاية شرعية أو مع مخالفة مقررات الولاية الشرعية.

فاليد إذا ثبتت على العين بغير ولاية شرعية من المالك نيابةً ولا من الشارع ابتداءً بقصد الحفظ والتعريف فاليد عادية بحيازتها للعين، وكذا لو كانت اليد أمينة أو مؤتمنة فخرجت عن المقررات الموضوعية للولاية الشرعية في حيازة العين فهي عادية.

وبعد بيان آراء الفقهاء في معيار اليد العادية لا بد من طرح التساؤل التالي: هل كل مخالفةٍ للإذن الصادر عن المالك لليد المتمتعة بالولاية الشرعية يحيل اليد من صفة الائتمان إلى صفة الاعتداء؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين:

الأول: ذهب الحنفية[48]، والمالكية[49] إلى تقسيم المخالفات الصادرة من اليد المؤتمنة إلى قسمين بناءً على المحافظة على العين وصيانتها عن أسباب التلف. فإذا كانت المخالفة الصادرة من اليد المؤتمنة تفضي إلى جعل العين أدون في مستوى الحفظ مما نص عليه المالك فتتحول اليد من صفة الائتمان إلى صفة الاعتداء. أما إن كانت المخالفة الصادر من اليد المؤتمنة تجعل العين في مستوى مساوٍ من جهة الحفظ أو أفضل من الحالة التي نص عليها المالك فلا يعد هذا النوع من المخالفات اعتداءً من اليد يخرجها عن صفة الائتمان؛ إذ العبرة بإذن المالك تحقيقه لمفهوم الحفظ، فهو الغاية المقصودة وصورة الحالة المأذون بها وسيلتها، والغايات مقدمة في الاعتبار عن الوسائل.

الثاني: ذهب الشافعية[50] والحنابلة[51] إلى القول بأن شرط المالك في الحفظ معتبر بإطلاق سواءً كان مفيداً أو لا، وعليه فإن كل مخالفة من اليد المؤتمنة لإذن المالك يحيل اليد من صفة الائتمان إلى صفة العدوان مهما قدمت هذه المخالفة من حالات فضلى في حفظ العين وصيانتها عن أسباب التلف.

ولا يخفى رجحان المذهب الأول الذي لا يرتب على مخالفة الإذن صفة الاعتداء إذا لم تنقص المخالفة من معايير حفظ العين وصيانتها من أسباب التلف؛ إذ لا قصد للمالك في إذنه إلا المحافظة على العين، وعليه فتصرف ذي اليد المؤتمنة إذا كان خارجاً عن إطار الإذن غير

أنه لم ينقص من المحافظة على العين وصيانتها فلا يمكن وصفه بالعدوان وتوصيف اليد بالمعتدية إلا أن يكون لإذن المالك غرض مقصود معتبر عنده يفوت بمخالفة الإذن.

ويرد في الذهن تساؤل مفاده:

أن مالك العين لو أذن لذي اليد المؤتمنة الحائزة للعين لمصلحةٍ يختص بها المالك وحده – كالوديعة –أن يتلف العين المحازة عنده، فهل تنشغل ذمة ذي اليد الحائزة بالضمان إذا تلفت العين المحازة عنده؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة:

ذهب المالكية[52] إلى وجوب تضمين ذي اليد المؤتمنة؛ وقرروا استحالة اليد بالإتلاف من صفة الائتمان إلى العدوان، واعتبروا أن الإذن الصادر من مالك العين بإتلافها لا أثر له؛ إذ يرجع على الإذن الأول الأصيل بقبض العين لحفظها بالإبطال، وعود الوصف على أصله بالإبطال مرفوض فيطرح الإذن الثاني ولا يعتد به.

وذهب الحنفية[53] الشافعية[54] والحنابلة[55] إلى عدم ترتيب الضمان على إتلاف اليد المؤتمنة للعين المحازة ؛ لأن الإذن بالإتلاف الصادر من المالك قد أبطل الإذن الأول الصادر منه بحفظها، ولم يروا أن الإذن الثاني وصف تابع للإذن الأول بل هو مستقل عنه، فيكون للإذن الثاني دلالة إبراء اليد عن تبعة ضمان العين المحازة.

لا بد لي قبل الترجيح بين هذين التوجهين من التنبيه إلى أن المالكية أبطلوا الإذن الثاني والحنفية، والشافعية والحنابلة أبطلوا الإذن الأول بناءً على أصلٍ مفاده أن الإعمال متعين مع الإمكان؛ إذ الإبطال تخلية للإذن المفيد عن وجوه الإفادة بالكلية، وقد ظهر للفريقين أن إعمال الإذنين معاً متعذر لتضادهما. غير أنه لا بد من ملاحظة أن الإذن الثاني غير جارٍ عَلَى سنن المشروعية لتضمنه إتلاف المال وهذا معارض للمقصد الشرعي في المحافظة عَلَى الأموال، ولذلك يحرم عَلَى رب المال أن يأذن لغيره بإتلافه، لكن لما كان إيجاب الضمان حقاً متقرراً للعبد والعبد قد أبرأ المتلف وأسقط حق نفسه، فيسقط الضمان بالإبراء، ويستمر في حق ذي اليد المؤتمنة وجوب المحافظة عَلَى العين المحازة عنده استجابةً للأمر الشرعي، وهذا التوجيه في الجملة لا يخرج عن اختيار الجمهور وهو ما أراه راجحاً.

المطلب الثاني : يد الضمان العقدي.

هي اليد الحائزة للعين بإذن المالك على خلفية تعاقد بحيث يترتب عليه تحمل تبعة ضمان العين المحازة حفاظاً على مصلحة بقائها.

ولا بد من الإشارة إلى أن يد الضمان العقدي تقابل اليد المؤتمنة، فهما قسيمان، إذ اليد المؤتمنة هي اليد المأذونة في الحيازة من قبل المالك بلا تحمل تبعة ضمان العين

المحازة، ويد الضمان العقدي هي اليد المأذونة في الحيازة من قبل المالك مع تحمل تبعة العين المحازة.

اتفق الفقهاء[56] على أن معيار يد الضمان العقدي وضابطها هو أن تكون اليد قد حازت العين على خلفية معاوضةٍ وأخذٍ للبدل؛ ولذا فقد اتفقوا على توصيف يد المشتري على المبيع بأنها ضامنة.

يقول البهوتي: "المقبوض على جهة السوم* مضمون إذا تلف مطلقاً؛ لأنه مقبوض على جهة البدل والعوض"[57].

وزاد الحنفية[58] على هذا المعيار أن تكون اليد قد حازت العين على جهة الاستيثاق أيضاً – كما في الرهن – والذي يترجح لدي أن سبب اعتبارهم للضمان في الاستيثاق أن ثبوت اليد على العين وثيقة ليتوسل بها إلى تحصيل الحق الموصوف في الذمة، فكان الاستيثاق سبيلاً إلى المعاوضة فأجريت مجراها. يتأكد هذا المعنى بأن العين لو هلكت في يد المرتهن لهلكت من نصيبه في الدين، فكان ثبوت اليد على العين استيثاقاً هو سبيل استيفاء ما قام بالذمة على جهة المعاوضة ابتداءً، وهلاك العين يعد استيفاء للدين انتهاءً. يقول ابن مودود: "لأنه لما ملك حبسه صار مستوفياً حقه من وجه؛ لأن الاستيفاء ليتوسل به إلى حقه مخافة الجحود، وقد تأكد هذا الاستيفاء بالهلاك"[59]. ويغدو هذا المعنى في غاية الجلاء إذا عُلم أن العين إذا كانت قيمتها أعظم من قدر الدين فهلكت في يد المرتهن، كان القدر الزائد في يده أمانةً، إذ تتحول يده من الضمان إلى الأمانة لحصول الإذن من المالك في القبض وانتهاء التعاوض وانقضاء المبادلة بهلاك العين[60].

واعتبر المالكية[61] أن لطبيعة العين المحازة أثراً في توصيف اليد الحائزة بالأمانة أو الضمان، فاعتبروا أن العين المحازة إن أمكن أن تغاب** عن عين المالك ونظره بالإخفاء كالمصاغ والثوب ونحوه فاليد موصوفة بالضمان؛ لأنه يسهل على ذي اليد الحائزة دعوى الضياع مع قيام احتمال الاعتداء بالإخفاء، أما إذا كانت العين مما لا يمكن تغييبها عن عين المالك فتتضاءل احتمالات الاعتداء بالإخفاء، فتكون اليد أمانةً لا ضماناً. والأصل الفقهي الذي يستند إليه المالكية هو إقامة مظنة الشيء مقام الشيء وإعطاء المظنة حكم مظنونها، فالعين إن أمكن الاعتداء عليها بالإخفاء، أقمنا مظنة الاعتداء بإمكان الإخفاء مقام الاعتداء وأعطينا المظنة حكم المظنون من توصيف اليد بالضمان.

---

* السَوْم: عرض السلعة على البيع. لسان العرب (سَوَمَ)

** تغاب: أي يمكن إخفاؤها وإغابتها عن عين مالكها.

وزاد الحنابلة[62] على المعيار المتقدم – وهو ثبوت اليد على العين على جهة المعاوضة – معياراً آخر حاصله: اختصاص منفعة العين المحازة باليد لمصلحتها بإذن المالك، فإن اليد إذا كان لها من حيازة العين منفعة تختص بها فإن هذه اليد تكون موصوفة بالضمان؛ ولذا اعتبروا أن يد المستعير على العين المعارة يد ضمان لا يد أمانة لاختصاصها بنفع العين المقبوضة.

وقد استدل الحنابلة[63] في تصحيح مذهبهم في اعتبار أن اليد المنتفعة بحيازة العين بإذن المالك ضامنة بما روي من حديث صفوان بن أمية أنه قال: "إن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين. فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: لا بل عارية مضمونة*"[64].

وجه الاستدلال أن يد المستعير ثابتة على العين مع وصول منفعة العين المستعارة لذي اليد والنبي ﷺ قد وصف العين المستعارة في اليد المستعيرة بأنها مضمونة، فيفهم من هذا ملازمة صفة الضمان لليد المختصة بمنفعة العين المحازة بإذن المالك.

واستدل الحنفية والشافعية على عدم الضمان إن كان الاستعمال مأذوناً بما روي عن صفوان بن أمية قال: "قال لي رسول الله ﷺ إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعاً، وثلاثين بعيراً. قال: فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة**؟ قال: بل مؤداة"[65]. فالحديث دال بوضوح على أن وصف العارية بالتأدية مع نفي الضمان دليل على أن المستعير يجب عليه تأدية العين المستعارة بغير منعها من مالكها ولا تضمن عليه بنفس العقد.

واستدلوا بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: "ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل* ضمان"[66]. وحاول المالكية[67] الجمع بين هذه النصوص المتقدمة فحملوا حديث صفوان في رواية الضمان على ما يغاب على عين المالك، وحديث صفوان في رواية التأدية على ما لا يغاب عليه.

والذي يظهر لي هو ترجيح رواية "بل مؤادة " على رواية "بل عارية مضمونة "؛ لأمور منها:

إن رواية "بل عارية مضمونة" وردت في ثلاثة أسانيد لم يخل أحدها من مقال وإن صحت بمجموع الطرق، أما رواية "بل مؤداة" فوردت بطريق صحيح سالم من النقد[68]، فالواجب ترجيح رواية التأدية على الضمان من قبل السند.

---

* مضمونة: أي يجب بتلفها الضمان ببدل مثلي أو قيمي.

** مؤداة : أي يجب أداؤها لمالكها بغير أن تمنع عنه ولا يجب بتلفها البدل.

* المُغِلُّ: هو الخائن في المغنم وما أتتمن عليه. راجع المصباح المنير مادة (غلل).

ثم يقال : إن قول النبي ﷺ "بل عارية مضمونة" وصف للعين المستعارة في يد المستعير؛ وهو محتمل لواحدٍ من وجهين[69]:

الوجه الأول: أنه وصف خرج مخرج البيان والتوضيح؛ فيكون وصف الضمان عندها ملازماً ليد المستعير؛ لأنه من لوازم القبض على جهة الاستعارة، والنبي ﷺ منبئ عن هذه الصفة في هذا الحديث.

الوجه الثاني: أنه خرج مخرج التقييد والامتنان ، فيكون وصف الضمان عندها غير لازم ليد المستعير باعتباره من لوازم القبض على جهة الاستعارة، بل النبي ﷺ قد شرطه لصفوان ابن أمية تطميناً لنفسه على أمواله المستعارة.

والملاحظ أن رواية " بل مؤداة" تنسجم مع الوجه الثاني وتقويه، فيكون حمل رواية " بل عارية مضمونة" على الوجه الثاني المتقدم يقتضي إعمال الروايتين معاً، في حين أن العمل بدلالة الوجه الأول يقتضي إهدار رواية " بل مؤداة" فيتعين العمل بدلالة الوجه الثاني لاقتضائه إعمال الروايتين بغير تعطيل أو اهمال لأيهما؛ إذ إعمال الكلام أولى من إهماله لا سيما في كلام الشارع!!

كما ويتأكد اعتبار الوجه الثاني؛ لأن حمل الحديث عليه يتضمن معنى التأسيس وهو أن الضمان تبرع من النبي ﷺ لصفوان بن أمية فلا يقتضيه عقد العارية ابتداءً، فيكون قوله "مضمونة" تأسيس لمعنى لم يحتمله لفظ العارية إذا أطلق. وحمل الحديث على الوجه الأول يتضمن معنى التأكيد، فإذا كانت العارية مضمونةً في يد المستعير ابتداءً فمعنى قوله ﷺ "مضمونة" يعني التأكيد على ضمانها. وحمل اللفظ على معنى التأسيس أولى من حمله على معنى التأكيد إذا دار عليهما معنى اللفظ.

وأما طريقة المالكية في الجمع بين الروايتين فهي غير مرضية؛ لأن الرواية الثانية التي ورد فيها قوله ﷺ "بل مؤداة" ورد فيها أن النبي ﷺ استعار ثلاثين درعاً وثلاثين بعيراً، والدروع مما يغاب على عين المالك فحقها أن تكون مضمونة والأبعرة مما لا يغاب على عين مالكها فحقها أن تكون مؤداة فجمع النبي ﷺ الصنفين في حكم واحدٍ ولم يخصص لكل منهما حكماً يستقل به.

وبناءً على ما تقدم يظهر أن معيار يد الضمان العقدي هو ثبوت اليد على العين بإذن المالك على خلفية معاوضةٍ وبدل، أو ما كان القبض فيه سبيلاً مفضياً بغلبة الظن إلى المعاوضة والبدل كالقبض على سوم الشراء[70].

وهنا قد يرد السؤال عن سبب تفريق الحنفية بين يد القابض للعين قبل الشراء بعد تعيين الثمن وقبل تعيينه، فيوصفون اليد القابضة بعد تعيين الثمن بالضمان وقبل تعيينه بالأمانة[71].

أولاً قبل الإجابة عن هذا التساؤل لا بد من التنويه إلى أن فقهاء الحنفية يسمون القبض للعين قبيل الشراء بعد تسمية الثمن بالقبض على سوم الشراء، ويسمون القبض للعين قبل تسمية الثمن بالقبض على سوم النظر. ويرى فقهاء الحنفية أن المقبوض على سوم الشراء مضمون؛ لأن تسمية الثمن يعد قرينة السيرورة* في سبيل المعاوضة، فيكون القبض الحاصل عندئذٍ له حكم العقد؛ "لأن الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم العقد وتمامه"[72]، ثم إن قبض المشتري للعين بعد تسمية البائع الثمن مشعر أن البائع ما رضي إقباضه العين إلا على جهة التعاقد فيأخذ القبض حكمه من الضمان[73].

وأما القبض على سوم النظر قبل التصريح بالثمن فإن القبض هنا لا يعد بنفسه قرينة على إرادة التعاوض؛ لعدم ظهور ما يدل على ذلك، فلما ضعفت الدلالة على المعاوضة لم يلتحق بها حكماً.

المطلب الثالث: الفرق بين اليد العادية ويد الضمان العقدي

يلاحظ أن كلاً من اليد العادية ويد الضمان العقدي تقتضي شغل الذمة بتبعة العين المحازة، غير أنهما يفترقان في أمور منها:

أ- أن اليد العادية تشغل الذمة ببدل مثلي أو قيمي للعين المحازة، أما يد الضمان العقدي فتشغلها بما اتفق عليه المتعاقدان بغض النظر عن البدل المثلي أو القيمي[74].

ب- أن اليد العادية تشغل الذمة بتبعة الضمان من وقت حيازتها للعين على جهة الاعتداء ومجاوزة الحق، وأما يد الضمان العقدي فتوجب الضمان في الذمة من وقت ثبوتها على العين حيازة.

جـ- أن اليد العادية تكون ضامنة للعين ومنافعها المتصلة والمنفصلة عند الجمهور[75] خلافاً للحنفية[76] الذين يعدون المنافع المنفصلة أمانة في يد الغاصب؛ لعدم تحقق مناط اليد العادية، أما يد الضمان العقدي فالضمان الذي تقتضيه مختص بالعين ذاتها لا بمنافعها الحاصلة تبعاً عملاً بالقاعدة الناصة "الخراج بالضمان"[77]، فتكون المنافع مملوكة لصاحب يد الضمان العقدي مقابلة بكينونة اليد ضامنة.

---

* السيرورة: أصلها من السَّير والجريان على نحو الشيء.

د- أن اليد العادية لا يشترط في صاحبها أن يكون ذا أهلية وتمييز، أما يد الضمان العقدي فلا بد أن يكون صاحبها ذا أهلية وتمييز تمكّنه من مباشرة العقد، وإلا لما انعقد العقد الذي يقتضي صفة الضمان في اليد[78].

الآثار المترتبة على اعتبار اليد يد ضمان:

إن بحيازة يد الضمان للعين تنشغل الذمة بتبعة بدل العين المحازة شريطة أن تكون العين مالاً متقوماً أي ذات قيمة في عرف الناس وقد أباح الشارع الانتفاع بها في غير حالة ضرورة؛ لذا إذا اعتدت اليد بغصب عين محرمةٍ كالخمر فلا تعد ضامنة؛ لعدم التقوم بحرمة الانتفاع[79].

لكن السؤال الوارد هنا كيف يضمن ذو اليد العين المحازة بيده؟

إن الضمان يتحدد بحسب طبيعة اليد الضامنة هل هي يد عادية أو يد ضمان عقدي؛ لذا لابد من تفصيل كل حالةٍ عَلَى حدة.

أ. اليد العادية: إذا كانت اليد عاديةً بحيازتها للعين، فالواجب إعادة ما اعتدت بحيازته بغير الطريق المشروع إلَى مالكه[80]، عملاً بعموم قوله ﷺ : "عَلَى اليد ما أخذت حتى تؤديه"[81]. فإذا تعذر إعادة العين لهلاك أو استهلاك وجب على ذي اليد ضمان مثل العين التالفة إذا كانت العين من المثليات التي لا تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به كالموزونات والمكيالات[82]، ويعلل الفقهاء إيجاب المثل في المثليات بأنه أقرب في ردم الضرر وأكمل في رد الصورة والمعنى عند تعذر رد العين[83]. أما إذا كانت العين المحازة اعتداءً مما تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به كالدور والحيوانات ونحوه فهو المال القيمي ويُضمن بقيمته[84].

ب. يد الضمان العقدي: إذا حصلت حيازة يد الضمان العقدي للعين، فإن ذمة ذي اليد تنشغل بما اتفق عليه في عقد المعاوضة بغض النظر عن البدل المثلي أو القيمي للعين المحازة.

المبحث الخامس : صفة اليد وعلاقتها بتجديد قبض العين عند تغير سبب الحيازة

إذا حازت اليد عيناً لسبب من الأسباب، بحيث اقتضى هذا السبب توصيف اليد بصفة الأمانة أو الضمان، ثم اتفق المالك والحائز على تغيير سبب حيازة اليد للعين، فهل يشترط لتغيير سبب الحيازة تجديد قبض العين مع وحدة اليد الحائزة ذاتاً أو يكتفى بالقبض الأول؟

صورة المسألة: أن تكون اليد قد ثبتت على العين إجارة أو ارتهاناً أو هبة أو غصباً ثم تغير هذا السبب باتفاق بين المالك والحائز كأن اتفقا على المضاربة أو البيع والشراء أو الإيداع ونحوه، فهل يلزم عن هذا التغيير في سبب الحيازة تجديد القبض عملاً بمقتضى العقد الجديد أو يكتفى بالقبض الأول؟

ذهب المالكية[85] والشافعية[86] والحنابلة[87] إلى أن القبض الأول الذي حازت به اليد العين يقوم مقام القبض الثاني وينوب منابه، فلا حاجة والحالة هذه إلى تجديد القبض المقتضى بالعقد الجديد من قبل اليد الحائزة للعين اعتباراً بالقبض الحاصل ابتداء.

غير أن الشافعية[88] اشترطوا فيما استحق قبضه – أي العين – إن كانت بيد القابض وكانت غائبة عن مجلس العقد أن يمضي زمان يمكن معه القبض؛ لأن العين لو لم تكن في يد الحائز لاحتاج في قبضها إلى هذا الزمان ليتحقق معه حيازة العين.

والقصد من هذا الاشتراط تعيين الوقت الذي يظهر فيه أثر السبب الجديد في تحديد صفة اليد من الضمان أو الأمانة خاصة إذا كان السبب السابق اقتضى توصيف اليد بوصف مغاير.

وبالتالي لا صلة بين صفة اليد من الأمانة والضمان ومدى اشتراط تجديد قبض العين عند تغير سبب حيازتها عند جمهور الفقهاء.

وذهب الحنفية[89] إلى أن لصفة اليد – أمانة وضماناً – صلةً باشتراط تجديد قبض العين عند تغير سبب حيازتها، إذ ذهبوا إلى أن صفة اليد الحائزة للعين قبل حصول السبب الجديد إن كانت مماثلة لما يقتضيه هذا السبب في اليد من وصفها بالأمانة أو الضمان فلا يشترط في هذه الحالة تجديد قبض العين استئنافاً، بل تقوم حيازة اليد الحاصلة ابتداء مقام القبض المستحق بالسبب الجديد استئنافاً.

لذا فلو كانت اليد قد حازت العين وديعةً للحفظ ثم تم الاتفاق على انتفاع اليد بالعين إجارةً، ففي هذه الحالة تقوم حيازة اليد مقام القبض المستحق بعقد الإجارة؛ لأن يد الوديع والمستأجر كلاهما أمانة فتنوب الحيازة الابتدائية مناب القبض، ولا حاجة إلى تجديد القبض استئنافاً لوحدة صفة اليد في الحالتين، وكذا لو كانت اليد موصوفة بالضمان في الحالتين.

أما إذا كانت صفة اليد حال حيازتها للعين تختلف عما يقتضيه العقد الجديد فيها من وصفها بالضمان أو الأمانة، كأن كانت اليد موصوفة بالأمانة والعقد يرتب وصفها بالضمان أو العكس، ففي هذه الحالة لا بد من مراعاة ما يلي:

أ- يعتبر الحنفية أن صفة الضمان لليد أقوى وأعلى رتبةً من صفة الأمانة فيها؛ للتحقق من صيانة العين والمحافظة عليها معنى – أي في حالة اتصاف اليد بالضمان – إذ بتلفها يجب البدل مثلاً أو قيمةً، وهذا بخلاف ما لو اتصفت اليد بالأمانة.

وعليه فقد ذهبوا إلى أن اليد حال حيازتها للعين إن كانت متصفة بصفة أعلى مرتبةً مما يقتضيه العقد الجديد فيها من وصف نابت الحيازة الحاصلة ابتداءً عن القبض المستحق بالعقد.

وهذا كما لو كانت العين بيد غاصبٍ ثم أذن له المالك بانتفاعه فيها على سبيل العارية لم يحتج في هذه الحالة إلى تجديد القبض؛ لأن يد الغاصب ضامنة، ويد المستعير موصوفة بالأمانة – عند الحنفية -، فتكون اليد أعلى رتبة في حيازتها للعين عما يقتضيه عقد العارية، فتقوم الحيازة مقام القبض المستحق بالعقد.

يقول قاضي زاده: "والأصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوّز نيابة أحدهما عن الآخر، وتغيرهما يجوّز الأعلى عن الأدنى دون العكس، فإذا كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض؛ لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين، ولو كان بيده مغصوباً أو ببيع فاسدٍ فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده؛ لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف"[90].

ب- قسّم الحنفية الأعيان المضمونة في اليد إلى ضربين:[91]

الأول: الأعيان المضمونة بنفسها في اليد.

الثاني: الأعيان المضمونة بغيرها في اليد .

أما الضرب الأول: فهي الأعيان المحازة بيد الضمان والتي يجب عند هلاكها البدل المثلي أو القيمي، ويمثلون لهذا القسم بالمغصوبات في أيدي الغاصبين والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة ونحوها.

أما الضرب الثاني: فهي الأعيان المحازة بيد الضمان والتي يجب بهلاكها ما تم الاتفاق عليه من بدل مالي مستحق ابتداءً بالعقد، ومثاله المبيع في يد البائع فيهلك ببدله من الثمن المتفق عليه مع المشتري، والرهن في يد المرتهن فيهلك ببدله من الحق المالي الثابت في الذمة على الراهن.

والملاحظ أن الحنفية يعتبرون المضمون بغيره أدون مرتبة وأقل اعتباراً من المضمون بنفسه، بل إنهم يعتبرون أن اليد المؤتمنة التي ملكت منفعة العين أقوى من المضمون بغيره إن لم تملك فيه المنفعة. يقول الكاساني: "قبض الرهن دون قبض الإجارة"[92].

وبعد استعراض أقوال الفقهاء في هذه المسألة لا بد لي من التنبيه إلى أن فقهاء الحنفية والشافعية اهتموا بقضية التحقق من تمايز القبض قبل العقد وبعده؛ لما يترتب على كل قبض أو حيازة من التزامات شرعية يظهر أثرها في إبراء الذمة أو شغلها، وبالتالي فإن التساهل في التمييز بين القبوض يفضي إلى تجهيل الحقوق والتالي محرم شرعاً، وما لا خروج عن المحرم إلا به فهو واجب؛ لذا فهذا التوجه أظهر عندي مما ذهب إليه المالكية والحنابلة. لكن قد يقال: فما هو المذهب الراجح عند الباحث هل مذهب الحنفية أو الشافعية؟

الذي يتراءى لي أن مذهب الشافعية أعدل المذاهب في المسألة؛ لأن العبرة من القبض هو إثبات اليد على العين حيازة للتمكن من الانتفاع، وحيازة اليد للعين ابتداء يتحقق فيه هذا المعنى بصورة متكاملة؛ ولأن مذهب الشافعية يقوم على تمييز أثر الحيازة المترتبة على ذي اليد قبل التعاقد وبعده معتمدين قرينة مضي زمان يمكن معه القبض – على فرض عدم تحققه- وهذا يكفينا مؤونة تخليط الحقوق وتجهيل الالتزامات.

وأما اشتراط الحنفية تماثل القبضين لينوب أحدهما مناب الآخر أو أن ينوب القبض الأقوى مناب الأضعف عند الاختلاف؛ غير لازم ولا محتاج إليه، إذ المقصود تمايز القبضين قبل التعاقد وبعده المحقق للتمييز بين الآثار المترتبة عن كلٍ منهما بما ينتفي معه تخليط الحقوق وتجهيل الالتزامات، ثم إن تجديد القبض عندهم إنما يقصد لتحقيق هذا المقصد فوجب اعتباره بأقرب الطرق وأدفعها للحرج وهو مذهب الشافعية، والله تعالى أعلى وأعلم.

المبحث السادس: أثر الشرط في تغيير صفة اليد

إذا حازت اليد العين بإذن المالك لا على سبيل المعاوضة والبدل كانت اليد مؤتمنة، فإذا هلكت العين بغير تعدٍ ولا تقصير لم تكن ضامنة. غير أن السؤال الوارد هنا: أن المالك لو اشترط على ذي اليد المؤتمنة ضمان العين بإطلاق فهل يؤثر الشرط في تغيير صفة اليد فيحيلها من الأمانة إلى الضمان؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

الأول: ومفاده عدم تأثير الشروط في إحالة اليد المؤتمنة إلى يد ضامنة، وإليه ذهب جماهير الفقهاء من الحنفية[93] والمالكية[94] والشافعية[95] والحنابلة[96]، في المعتمد من مذاهبهم.

الثاني: ومفاده اعتبار الشرط وتصحيح أثره في إحالة اليد المؤتمنة إلى يد ضامنة، وإليه ذهب قتادة، وعثمان البتّي[97] وأحمد بن حنبل في رواية عنه[98]، وهو قول مرجوح في

مذهب الحنفية[99] وإليه مال بعض أصحاب مالك[100]، وهو مختار الشوكاني[101]، والصنعاني[102].

والسبب الذي يتخرج عليه الخلاف: أن الشرط الوارد في هذه الحالة هل يقتضي تغيير الحقيقة الشرعية للتصرف، فيكون مظهراً لمناقضة قصد الشارع في إثبات صفة الأمانة بإحالتها إلى صفة الضمان في اليد أو لا؟

فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن حيازة العين على سبيل الإجارة أو العارية أو الوديعة مناط وعلة تقتضي توصيف اليد الحائزة بصفة الأمانة، وإحالتها بالشرط إلى صفة الضمان قطع للارتباط الشرعي بين العلة ومعلولها، ولا معنى لمناقضة قصد الشارع إلا هذا، وقصد المكلف إن عاد على قصد الشارع بالمعارضة فلا محيص عن إبطاله ولا إبطال له إلا بحط الشرط عن رتبة الاعتبار والإعمال.

يشير الشاطبي لمثل هذا المعنى بقوله: "إن متعاطي السبب إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه ثم قصد أن لا يقع مسببه فقد قصد محالاً، وتكلف رفع ما ليس له رفعه ... وأيضاً فإن الشارع قاصد لوقوع المسببات عن أسبابها – كما تقدم – فقصد هذا القاصد مناقض لقصد الشارع، وكل قصد ناقض قصد الشارع فباطل!!"[103].

ولذا فقد علل الدسوقي بطلان اشتراط الضمان في اليد المؤتمنة؛ "لما فيه من إخراجها عن حقيقتها الشرعية"[104].

وأما القائلون بتصحيح الشرط وصحة إحالة اليد المؤتمنة إلى صفة الضمان فيعتبرون أن الشرط لا يرجع على قصد الشارع بالمناقضة؛ لأن الأصل في الشروط الصحة إلا ما دل الدليل على إبطاله، وهذا مما لم يدل الدليل على بطلانه[105].

والذي يترجح لدي أن الشرط لا يغير صفة اليد من الأمانة إلى الضمان؛ لأن هذا الاشتراط يتضمن تغييراً للحقيقة التي تكون عليها العقود بما يخلي السبب عن مسببه المعتبر به شرعاً أو هو من باب ترتيب الحكم على غير علته. لا يقال: هذا يتعارض مع القاعدة المقررة أن الأصل في الشروط الحل إلا ما دل الدليل على حظره؛ لأنا نقول أن الشرط كي يصح اعتباره وترتيب أثره لا بد ألا يقتضي قطع المسبب عن سببه ولا ترتيب المسبب على غير سببه المعتبر به.

يدلنا على هذا ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءتني بريرة فقالت: إني كاتبت أهلي على تسع أواقٍ في كل عام أوقية فأعينيني. فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت: إني عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء، فسمع رسول الله ﷺ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن

أعتق، ففعلت عائشة، ثم قام النبي ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى ما كان من شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مئة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق"[106].

فالنبي ﷺ قد نهى أهل بريرة عما اشترطوه من الولاء؛ لأنه يتضمن ترتيباً للمسبب على غير سببه من العتق، وعليه فكل شرط يقتضي ترتيب المسبب على غير سببه أو قطع ترتيب المسبب عن سببه فهو شرط ليس مما في كتاب الله فلا عبرة به إذ قضاء الله بترتيب المسبب على سببه أحق وأوثق. لذا فاشتراط ضمان اليد المؤتمنة باطل؛ لتضمنه ترتيب الضمان على غير سببه المقتضي له، والله أعلم بالصواب

أسباب تحول اليد من وصف إلى آخر:

في ختام هذا المبحث أرى من المناسب أن أبين الأسباب التي تفضي إلى إحالة اليد من وصف إلى آخر، بعد أن بيّنت أن اشتراط الضمان في يد الأمانة ليس سبباً لاحالتها إلى يد ضمان.

أولاً: إن يد الأمانة تتحول إلى يد ضمان بالخروج عن مقتضى الإذن الشرعي في حيازة العين، ومن صوره:

أ. أن يدل الوديع لصاً على العين التي في يده ليسرقها، فتغذو يده عادية[107].

ب. أن يستعمل المستأجر العين المؤجرة استعمالاً غير مأذون فيه أو يُضر بالعين المؤجرة[108].

ج. أن يستعمل المستعير العارية بعد انتهاء فترة الإعارة[109].

ثانياً: إن يد الأمانة تستحيل إلى يد ضمان عقدي بتغيير المالك سبب الحيازة إلى آخر يقتضي التضمين.

صورته: أن يدفع المالك المال إلى ذي اليد المؤتمنة مضاربة، ثم يقول له: دفعت إليك المال قرضاً، فيقبل ذي اليد ذلك.

ثالثاً: إن اليد العادية تتحول إلى يد مؤتمنة برضى المالك للعين بإيداعها عند ذي اليد العادية أو اعارتها أو تأجيرها لديه.[110]

رابعاً: إن اليد العادية يختفي عنها تبعة الضمان وتعود يداً مؤتمنةً بالعَوْد إلى المقررات الموضوعية المأذونة من قبل المالك عند الحنفية[111] والمالكية[112] والحنابلة[113]، إذا كانت الحيازة يختص بمنفعتها مالك العين.

المبحث السابع: أحكام الأيدي المترتبة على يد الأمانة ويد الضمان:

إذا انتقلت العين المحازة من اليد الموصوفة بالأمانة أو الضمان إلى يدٍ أخرى بإذن ذي اليد الأولى أو بغير إذنه، فما هي الأحكام المتعلقة بالأيدي المترتبة على يد الأمانة أو يد الضمان؟

لبيان هذا الأمر لابد من تفصيل الأحكام في كل يدٍ على حدةٍ.

أولاً: يد الأمانة، تقدم أن يد الأمانة تنقسم إلى قسمين هما: اليد الأمينة واليد المؤتمنة.

أ. اليد الأمنية: هي اليد التي حازت العين بولاية شرعية من قبل الشارع ابتداء؛ لتعذر الإذن من قبل المالك، ومن أمثلتها يد الحاكم على أموال القصّر والغائبين أو يد الملتقط على اللقطة.

واليد المترتبة على اليد الأمينة قد تثبت بطريق مشروع أو غير مشروع.

فإن كانت اليد المترتبة على اليد الأمينة قد ثبتت بطريق مشروع ينظر إلى سبب نقل العين إلى اليد الثانية فإذا كان لا يخرج عن الالتزامات الموضوعية المترتبة على ذي اليد الأولى كانت اليد الثانية مؤتمنة، كأن يدفع القاضي أموال الغائبين إلى من يحفظها ليودعها عنده. أما إذا كان سبب نقل العين إلى يد ثانية خارج عن الالتزامات الموضوعية المترتبة على ذي اليد الأولى كانت اليد الأولى قد اعتدت بهذا الفعل فتغذو يداً عادية ضامنة فما يترتب عليها من الأيدي تكون ضامنة[114] كأن يقوم الملتقط بإعارة أو تأجير اللقطة.

أما إذا ثبتت اليد الثانية على العين بغير طريق مشروع كالسرقة والغصب ونحوه بغير تقصير من اليد الأمينة تعين الضمان على اليد الثانية العادية.

ب. اليد المؤتمنة: هي اليد الحائزة للعين بولاية شرعية نيابية بإذن المالك، ومن أمثلتها الوديعة في يد الوديع، والعين المستأجرة في يد المستأجر ونحوه. واليد المترتبة على اليد المؤتمنة على حالتين:

الأولى: أن يأذن ذي اليد المؤتمنة إلى يد أخرى بحيازة العين لمثل السبب الذي حاز به العين أو أدنى منه في جانب الالتزامات، كأن يودع الوديع الوديعة عند آخر أو أن يؤجر المستأجر العين إلى آخر أو أن يعير المستأجر العين المستعارة وأمثاله.

ففي هذه الحالة ينظر إلى طبيعة الإذن الصادر من المالك إلى ذي اليد المؤتمنة الأولى، فإن كان إذنه للأول لا يفهم منه تمكينه استصدار مثل هذا الإذن لغيره، كما في حالة الوديع والوكيل مثلاً فيكون ايداع الوديع الوديعة عند غيره أو توكيل الوكيل آخر تعدياً من ذي اليد

المؤتمنة الأولى وتجاوزاً للمقررات الموضوعية لإذن المالك، فتكون يد الأول وما يترتب عليها يداً عادية ضامنة[115].

أما إذا كان الإذن يفهم منه تمكين ذي اليد المؤتمنة من إصدار مثله لآخر كالمستعير من المستعير أو المستأجِر- فتكون اليد المترتبة على يد الأول يداً مؤتمنة غير ضامنة إلا بالتعدي[116].

الثانية: أن يأذن ذي اليد المؤتمنة إلى يد أخرى بحيازة العين بسببٍ أقوى من سبب حيازته كأن يؤجر الوديع أو المستعير ما في يده أو يرهنه ونحوه، فيكون ذي اليد ضامناً لتعديه لحدود الإذن من قبل المالك وبالتالي فاليد التي ترتبت على يده ضامنة[117].

ثانياً: يد الضمان: وقد تقدم أنها تنقسم إلى قسمين:

اليد العادية ويد الضمان العقدي.

أ. اليد العادية: هي اليد الحائزة للعين بغير ولاية شرعية بالحيازة ابتداءً أو تبعاً، مثالها يد الغاصب والسارق.

واليد المترتبة على اليد العادية قد تثبت بطريق مشروع أو غير مشروع، والقاعدة أن كل يدٍ تترتب على اليد العادية تكون ضامنة[118]، والفرق في ثبوت اليد المترتبة على اليد العادية بين الطريق المشروع وغير المشروع إنما هو في استقرار الضمان.

فإن ترتبت اليد على العين بطريق مشروع كشراء أو إيداع أو استئجار أو رهن وتلفت العين بغير تعدٍ خيّر المالك. بتضمين أيهما شاء ثم يستقر الضمان على ذي اليد العادية؛ لأنه غرهم بظنهم يده يد ملك[119].

أما إذا ترتبت اليد عن يد الغاصب بطريق غير مشروع كغصب وسرقة، خير المالك بتضمين أيهما شاء ثم يستقر الضمان على ذي اليد المترتبة عن اليد العادية[120].

ب. يد الضمان العقدي: هي اليد الحائزة للعين بإذن المالك على خلفية معاوضة أو ما يفضي اليها، مثالها يد المشتري على المبيع، واليد المترتبة على هذه اليد تتصف بصفة الأمانة أو الضمان بحسب سبب الحيازة المترتب عن اليد الأولى.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث أحمد الله تعالى الموفق والمعين على إتمامه وأسرد أهم النتائج التي توصلت إليها فيه:

1- تطلق اليد في الاصطلاح الفقهي ويراد بها آلة الحيازة، كما تطلق ويراد بها الحيازة ذاتها إطلاقاً لاسم السبب على المسبب.

2- يد الأمانة هي اليد الحائزة للعين بولاية شرعية ابتدائية من الشارع أو نيابية بإذن المالك بما ينتفي عنها التبعة في الذمة للحيازة.

3- اليد الأمينة هي اليد الثابتة على العين بإذن الشارع ابتداءً حسبة لله تعالى للمحافظة على العين لمالكها.

4- اليد المؤتمنة: هي اليد الثابتة على العين بإذن المالك والتي يصح تصرفها فيها في حدود الإذن الصادر من المالك، ومعيارها أن لا تثبت اليد على العين على خلفية معاوضة وبدل.

5- يد الضمان: هي اليد التي يترتب على حيازتها للعين تحمل تبعة بدل العين المحازة.

وتنقسم إلى قسمين: اليد العادية، ويد الضمان العقدي .

6- اليد العادية: هي اليد التي حازت العين بغير ولاية شرعية أو مع مخالفة مقررات الولاية الشرعية بحيازة العين.

7- يد الضمان العقدي، هي اليد الحائزة للعين بإذن المالك على خلفية معاوضة أو ما كانت الحيازة فيها تفضي بغلبة الظن إلى المعاوضة والمبادلة.

8- تنوب يد الضمان مناب يد الأمانة في القبض والعكس بالعكس عند تجدد سبب الحيازة.

9- لا أثر للشرط في تغيير صفة اليد من الضمان إلى الأمانة أو بالعكس.

The Hand Between Honesty and Guarantee in Islamic Jurisprudence

AbdulJaleel Damrah

Abstract

This paper aims to determine the characteristics and effects of the hand of honesty and the hand of guarantee in Islamic Jurisprudence in terms of an assuming obligation that is connected with mithli or value substiute for the property acquired by hand.

The study was deductively conducted to detect the jurisprudence opinions in this regard. It analyzed the jurisprudence material in order to figure out the criteria of both hands relevant .

The study found that if the hand acquires the property with the assistance of its owner and is used properly without a substitute, the hand will be a hand of honesty otherwise, it is a guarantee one.

الهوامش

* أستلم البحث في 2001/01/28 وقبل للنشر في 2002/01/29

(1) الراغب الأصفهاني: **المفردات** 889 دار القلم دمشق 1412هـ، ابن منظور: **لسان العرب** 213/2، دار صادر 1955م، الفيومي: **المصباح المنير** 849/2، المطبعة الأميرية، بولاق 1324هـ.

(2) عبد الوهاب بن علي ابن السبكي: **الاشباه والنظائر** 352/1، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1991.

(3) العز بن عبد السلام: **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، 291، مؤسسة الريان 1990م، بيروت، ونقله عنه تلميذه القرافي: **الفروق** 78/4 دار الفكر، الطبعة الثانية، بيروت.

(4) علي السيد الصافي: **الضمان في الفقه الإسلامي** 74-75 مطبعة الأدب بالنجف 1975م.

(5) علي الخفيف: **الضمان في الفقه الإسلامي** 102، معهد البحوث والدراسات العربية، وانظر الزركشي : **المنثور في القواعد الفقهية** 370/3 الطبعة الأولى

وزارة الأوقاف الكويتية 1402هـ، الكاساني: **البدائع في ترتيب الشرائع** 148/5 دار الفكر طبعة ثانية 1985م.

(6) السرخسي: **المبسوط** 44/17 دار المعرفة بيروت الطبعة الأولى 1989م؛ العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام** 292.

(7) المرغيناني: **الهداية** 121/6 دار الفكر الطبعة الثانية 1985م.

(8) الكاساني: **البدائع** 274/6، الماوردي: **أدب القاضي** 466/1 تحقيق محي هلال السرحان مطبعة الإرشاد بغداد 1391هـ.

(9) ابن القيم: **الطرق الحكمية** 167 تحقيق محمد جميل غازي مطبعة مدني.

(10) الشاطبي: **الموافقات** 205/1 دار المعرفة بيروت.

(11) ابن القيم: **الطرق الحكمية** 167.

(12) الكاساني: **البدائع** 80/7.

(13) القرافي: **الفروق** 78/4.

(14) الجويني: **الغياثي** 494 تحقيق د. عبد العظيم الديب الطبعة الثانية 1401هـ الدوحة، الجرجاني: **التعريفات** 209 تحقيق إبراهيم الأبياري دار الكتاب العربي الطبعة الثانية 1992م، قاضي زاده: **تكملة فتح القدير على الهداية** 456/9 دار الفكر الطبعة الثانية 1985م، مصطفى الزرقا: **المدخل الفقهي العام** 241/1 دار الفكر الطبعة التاسعة 1967م.

(15) علي الخفيف: **الضمان** 103.

(16) سليمان محمد أحمد: **ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي** 56 مطبعة السعادة القاهرة الطبعة الثانية 1985م.

(17) قاضي زاده: **تكملة فتح القدير** 486/8.

(18) وهبة الزحيلي: **نظرية الضمان** 174، دار الفكر دمشق 1402هـ.

(19) ابن رجب: **القواعد** 56، الكاساني: **البدائع** 248/5.

(20) الكاساني: **البدائع** 248/5، الكمال بن الهمام: **فتح القدير** 201/5، قاضي زاده: **تكملة فتح القدير** 12/9-13، ابن عبد البر: **التمهيد** 439/6 الطبعة الأولى تحقيق: مجموعة من علماء المغرب.

(21) ابن عبد البر: التمهيد 439/6، القرافي: الذخيرة 202/6 تحقيق محمد بوخبزه دار المغرب الطبعة الأولى 1994م، المرغيناني: الهداية 185/6، ابن النجار: شرح منتهى الإرادات 226/2 عالم الكتب بيروت الطبعة الثانية 1996م، ابن السبكي: الأشباه والنظائر 295/1، 304.

(22) المرغيناني: الهداية 185/6، الكاساني: البدائع 238/5.

(23) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير 355/4 دار الفكر بيروت. محمد الحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل 270/5 مطبعة السعادة. القرافي: الذخيرة 272/8، 202/6.

(24) النووي: روضة الطالبين 96/4 المكتب الإسلامي للطباعة والنشر بيروت الطبعة الأولى 1991م، الرملي: نهاية المحتاج شرح المنهاج 155/5 مطبعة مصطفى البابي القاهرة 1357هـ.

(25) ابن النجار: شرح منتهى الإرادات 293/2، 219، 226، ابن قدامة: المغني 5/ 355.

(26) ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد 236/2 دار المعرفة بيروت الطبعة الثانية 1988م، الخفيف: الضمان 103.

(27) ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد 236/2.

(28) قاضي زاده: تكملة فتح القدير 486/8 وما بعدها، محمود حمزة: الفرائد البهية في الفوائد والقواعد الفقهية 87، 183 دار الفكر دمشق الطبعة الأولى 1986م.

(29) ابن الرصاع: شرح حدود ابن عرفة 456/2 تحقيق محمد أبو الأجفان، الطاهر المعمري دار الغرب الطبعة الأولى 1993م.

(30) ابن قدامة: المغني 80/6، ابن النجار: شرح منتهى الإرادات 115/2.

(31) النووي: روضة الطالبين 335/6.

(32) المرغيناني: الهداية 16/9، محمود حمزة: الفرائد البهية 187.

(33) الدردير: الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي 441/3، الحطاب: مواهب الجليل 273/5.

(34) النووي: روضة الطالبين 432/5، 343/6-344، ابن السبكي: الأشباه والنظائر 329/1، العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام 138.

(35) ابن النجار: شرح منتهى الإرادات 276/2.

(36) المرغيناني: الهداية 16/9.

(37) محمد بن أحمد البغدادي: مجمع الضمانات 27 عالم الكتب بيروت طبعة أولى 1987م، القرافي: الفروق 27/4 وما بعدها.

(38) الكاساني: البدائع 211/6، 144/7، المرغيناني: الهداية 185/6 وما بعدها، ابن رشد: بداية المجتهد 305/2، النووي: روضة الطالبين 333/6، القرافي: الفروق 27/4-28، السيوطي: الأشباه والنظائر 574، ابن تيمية: الفتاوى 30/ 313 جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد قاسم مكتبة المعارف الرياض الطبعة الأولى 1381هـ.

(39) ابن مودود: الاختيار 64/3، قاضي زاده: تكملة فتح القدير 12/9-13، الكاساني: البدائع 211/6، البغدادي: مجمع الضمانات 209 وما بعدها.

(40) الخفيف: الضمان 103.

(41) ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد 174/2.

(42) الكاساني: البدائع 143/7 وما بعدها، قاضي زاده: تكملة فتح القدير 346/9، ابن مودود: الاختيار 64-65/3، الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند 5/ 127 دار إحياء التراث العربي الطبعة الرابعة 1986م، الزيلعي: تبيين الحقائق 5/ 222.

(43) الكاساني: البدائع 211/6، البغدادي: مجمع الضمانات 13، 55، 209، محمود حمزة: الفرائد البهية 185، قاضي زاده: تكملة فتح القدير 491/8.

(44) العدوي: كفاية الطالب الرباني 129/3-130 دار الفكر بيروت، القرافي: الذخيرة 200/6 وما بعدها، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير 442/3-443.

(45) النووي: روضة الطالبين 3/5، السيوطي: الأشباه والنظائر 446، البجيرمي: حاشيته على الإقناع 137/3 وما بعدها.

(46) ابن قدامة: المغني 241/5، ابن النجار: شرح منتهى الإرادات 296/2، ابن النجار: كشاف القناع 77/4 عالم الكتب بيروت الطبعة الأولى 1993م.

(47) قاضي زاده: تكملة فتح القدير 332/9، الكاساني: البدائع 143/7، البغدادي: مجمع الضمانات 126.

(48) الكاساني: البدائع 210/6، البغدادي: مجمع الضمانات 69، قاضي زاده: تكملة فتح القدير 494/8، البابرتي: العناية 7/9 وما بعدها.

(49) الحطاب: مواهب الجليل 270/5، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير 3/ 423.

(50) الشربيني: مغني المحتاج 84/3.

(51) ابن قدامة: المغني 387/6 وما بعدها.

(52) الكاساني: البدائع 168/7، 179، البغدادي: مجمع الضمانات 146.

(53) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير 355/4.

(54) النووي: روضة الطالبين 340/6.

(55) ابن قدامة: المغني 356/5، 204.

(56) الكمال بن الهمام: فتح القدير 185/6، الكاساني: البدائع 238/5، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير 355/4، الحطاب: مواهب الجليل 270/5، القرافي: الذخيرة 200/6، 272/8، 202/6، ابن السبكي: الأشباه والنظائر 295/1، 304، النووي: روضة الطالبين 96/4، الرملي: نهاية المحتاج 155/5، ابن النجار: شرح منتهى الإرادات 293/2، ابن قدامة: المغني: 355/5.

(57) ابن النجار البهوتي: كشاف القناع 370/3.

(58) قاضي زاده: تكملة فتح القدير 105/9، الزيلعي: تبيين الحقائق 80/6، ابن مودود: الاختيار 64/3-65.

(59) ابن مودود: الاختيار 64/3.

(60) المرجع السابق.

(61) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير 436/3، القرافي: الذخيرة 201/6.

(62) ابن قدامة: المغني 355/5، ابن النجار: شرح منتهى الإرادات 293،2219، ابن النجار، كشاف القناع 370/3.

(63) المراجع السابقة.

(64) أخرجه أحمد: المسند 401/3، وأبو داود: السنن كتاب البيوع باب تضمين العارية 822/3 حديث رقم (3562)، والدارقطني:السنن كتاب البيوع 39/3 حديث رقم (161) والحاكم: المستدرك 47/2، والبيهقي: السنن الكبرى كتاب العارية باب العارية مضمونة 89/6-90، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، كما صححه الألباني: إرواء الغليل 348/6 حديث رقم (1515).

(65) أخرجه أبو داود: كتاب البيوع باب تضمين العارية 826/3 حديث رقم (3566) وأحمد في المسند 222/4، والدارقطني كتاب البيوع 39/3 حديث رقم (159) وقال فيه ابن حزم: حديث حسن، ليس في شيء مما يروى في العارية خبر يصح غيره. راجع المحلى 173/9 وصححه ابن حبان، كذا حكاه الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام. راجع بلوغ المرام ومعه سبل السلام 88/3.

(66) أخرجه الدارقطني كتاب البيوع 41/3 حديث رقم (168) والبيهقي كتاب العارية باب من قال لا يغرم 91/6. قال الدارقطني: عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع.

(67) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير 436/3، القرافي: الذخيرة 201/6.

(68) انظر الألباني: إرواء الغليل 344/6 وما بعدها حديث رقم (1513، 1514، 1515).

(69) الصنعاني: سبل السلام88/3 دار الفرقان عمان الأردن.

(70) البغدادي: مجمع الضمانات 213 وما بعدها، قاضي زاده: تكملة فتح القدير 9/ 10، البابرتي: العناية 306/6، القرافي: الفروق 207/2، ابن النجار: كشاف القناع 370/3، حاشية قليوبي وعميرة 214/2؛

(71) البغدادي: مجمع الضمانات 214، قاضي زاده: تكملة فتح القدير 10/9، البابرتي: العناية 306/6؛حاشية القليوبي 214/2؛ ابن النجار: كشاف القناع 370/3.

(72) البابرتي: العناية 306/6.

(73) قاضي زاده: تكملة فتح القدير 10/9.

(74) السيوطي: الأشباه والنظائر 450.

(75) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير 448/3، 452، ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد 316/2، الشربيني: مغني المحتاج 286/2، الرملي: نهاية المحتاج 5 /168، ابن قدامة: المغني 435/5، ابن النجار: منتهى الإرادات 519/1.

(76) الكاساني: البدائع 160/7، قاضي زاده: تكملة فتح القدير 491/8.

(77) أصل هذه القاعدة حديث نبوي مروي عن عائشة رضي الله عنها، والحديث بنص القاعدة قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-:"الخراج بالضمان"، أخرجه أبو داود: السنن كتاب البيوع باب الخراج بالضمان 284/3 حديث رقم (3508)، والترمذي: السنن كتاب البيوع باب الخراج بالضمان 582/3، وابن ماجه: السنن كتاب التجارات باب الخراج بالضمان 753/3 حديث رقم (2243) أحمد: المسند 49/6، 208، 237.

قال الخطابي: والحديث في نفسه ليس بالقوي، إلا أن أكثر العلماء استعملوه في البيوع. انظر معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود تحقيق محمد حامد الفقي 5 /160 الألباني: وإرواء الغليل 158/5 وما بعدها. وانظر هذه القاعدة في كتب الفقه: الكاساني: البدائع 286/5، الشربيني: مغني المحتاج 62/2، ابن النجار: كشاف القناع 208/3، السيوطي: الأشباه والنظائر 175، التلمساني: مثارات الغلط 781، الزرقا: شرح القواعد الفقهية 429، الندوي: القواعد الفقهية 277.

(78) الدبو: ضمان المتلفات 229.

(79) الزيلعي: تبيين الحقائق 222/5، ابن قدامة: المغني 361/7.

(80) أخرجه أحمد: المسند 8/5، أبو داود: السنن، كتاب البيوع باب تضمين العارية 296/3 حديث رقم (3561)، وابن ماجه: السننكتاب الصدقات باب العارية 2/ 802 حديث رقم (2400)، الترمذي:السنن كتاب البيوع باب ما جاء في أن العارية مؤداة 557/3 حديث رقم (1266).

(81) ابن عابدين: رد المحتار 196/6، النووي: روضة الطالبين 18/5-19 مجلة الأحكام العدلية مادة (145).

(82) الكاساني: البدائع 150/7-151، القرافي: الفروق 214/1، الدردير: الشرح الكبير 445/3، السرخسي: المبسوط 79/11.

(83) الكاساني: البدائع 150/7، النووي: روضة الطالبين 18/5.

(84) سليمان محمد: ضمان المتلفات 70.

(85) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير 455/3.

(86) النووي: روضة الطالبين 67/4، الشربيني: مغني المحتاج 128/2، ابن عبد السلام: قواعد الأحكام 249.

(87) ابن النجار: منتهى الإرادات 109/2، كشاف القناع 253/4.

(88) النووي: روضة الطالبين 67/4، ابن عبد السلام: قواعد الأحكام 249.

(89) الكاساني: البدائع 211/6، 126-127، 136، 146، 249، 428/5، 151/7، قاضي زاده: تكملة فتح القدير 32/9.

(90) قاضي زاده: تكملة فتح القدير 32/9، ابن مودود: الاختيار 63/2.

(91) الكاساني: البدائع 146/6، ابن مودود: الاختيار 63/2.

(92) الكاساني: البدائع 146/6.

(93) السرخسي: المبسوط 84/15، البغدادي: مجمع الضمانات 55.

(94) القرافي: الذخيرة 529/5، ابن رشد: بداية المجتهد 314/2، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير 423/3.

(95) النووي: روضة الطالبين 431/4، الرملي: نهاية المحتاج 126/5. القليوبي: حاشيته على شرح المحلي على المنهاج 20/3.

(96) ابن النجار: شرح منتهى الإرادات 277/2، كشاف القناع 167/4، المرداوي: الإنصاف 112/6، المغني 356/5 وما بعدها.

(97) ابن قدامة: المغني 356/5-357، الشوكاني: نيل الأوطار 297/5.

(98) الشرح الكبير ذيل المغني 366/5-367.

(99) البغدادي: مجمع الضمانات 55.

(100) الونشريسي: إيضاح المسالك لقواعد الإمام مالك 301، الرباط 1400هـ.

(101) الشوكاني: السيل الجرار 217/3 دار الكتب العلمية بيروت 1405هـ.

(102) الصنعاني: سبل السلام 90/3.

(103) الشاطبي: الموافقات 158/1.

(104) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير 423/3.

(105) ابن تيمية: الفتاوى 148/29، ابن القيم: إعلام الموقعين 381/3.

(106) متفق عليه البخاري كتاب البيوع باب إذا اشترط في البيع شروطاً لا تحل 199/3 حديث رقم (2168)، مسلم كتاب العتق 1141/2 حديث رقم (1733).

(107) ابن النجار: شرح منتهى الارادات 355/2.

(108) الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج** 353/2، البهوتي: **كشاف القناع** 33/4، الدسوقي: **حاشية على الشرح الكبير** 25/4-26.

(109) البغدادي: **مجمع الضمانات** 65.

(110) ابن النجار: **شرح منتهى الارادات** 140/2. ابن قدامة: **المغنى** 296/7، الكساني: **البدائع** 150/7.

(111) قاضي زاده: **تكملة فتح القدير** 486/8 وما بعدها، محمود حمزة: **الفرائد البهية في الفوائد والقواعد الفقهية** 87، 183.

(112) ابن الرصاع: **شرح حدود ابن عرفة** 456/2.

(113) ابن قدامة: **المغني** 80/6، ابن النجار: **شرح منتهى الارادات** 115/2.

(114) النووي: **روضة الطالبين** 9/5، الكاساني: **البدائع** 211/6.

(115) الخرشي: **الشرح الكبير**230/4وما بعدها ومعها حاشية العدوي ابن رشد: **بداية المجتهد** 132/2، الكاساني: **البدائع** 208/6، السرخسي: **المبسوط** 125/11.

(116) الزحيلي: **نظرية الضمان** 141.

(117) المرجع السابق.

(118) سليمان أحمد: **ضمان المتلفات** 64.

(119) الدسوقي: **حاشيته على الشرح الكبير** 458/3، ابن عابدين: **رد المحتار** 6/ 197. الخطيب الشربيني: **مغني المحتاج** 279/2.

(120) الكاساني: **البدائع** 144/7 وما بعدها، الخطيب الشربيني: **مغني المحتاج** 279/2 ، ابن قدامة : **المغني** 203/5 وما بعدها.