المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المعهد العالي للقضاء قسم الفقه المقارن

التطبيقات الفقهية لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)في العقود و الجنايات و الحدود

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب

خالد بن ماجد بن زايد الحابوط المطيري

إشراف

فضيلة الشيخ الدكتور / هشام بن عبد الملك آل الشيخ

العام الجامعي

١٤٣١هـ-١٤٣٢هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على أشرف الأنبياء و خاتم المرسلين نبينا محمد و على آله و صحبه أجمعين و بعد :

فإن الشريعة الإسلامية جاءت صالحة لكل زمان و مكان و نظمت للناس أمور معايشهم و معادهم ، و ما يجدّ من القضايا في حياة الناس ، و ما يكون من النوازل ، فإن في هذه الشريعة المباركة الجواب الكافي و الدواء الشافي .

و إن من أجل علوم الشريعة علم الفقه ، إذ به يعرف الحلال من الحرام ، ويعبد الإنسان ربه على بصيرة ، و يُعرف به الحق من الباطل ، و السنة من غيرها ، و هذا العلم هو خلاصة ما استنبطه العلماء من الأدلة النقلية الصحيحة .

و لما كان هذا العلم عبارةٌ عن فروع فقهية متنوعة ، و مسائل علمية متناثرة في جميع الأبواب ، جاء من العلماء من جمع بين هذه الفروع الفقهية ، ونظمها في سلك واحد فيما يسمى بالقواعد الفقهية ، فسهل معرفة أحكام المستجدات ، وذلك بإلحاق هذه المسائل المستجدة بقواعد الفقه و أصوله ، و من القواعد الفقهية ، قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ، فهي من القواعد المتفق عليها عند العلماء و كثيرا ما يُحتاج إليها ، و الأصل في كل متلف أنه مضمون [1]، و معنى القاعدة أن كل ما جاز للإنسان أن يفعله شرعاً إذا ترتب على فعله إلحاق الضرر بالآخرين فلا ضمان عليه ، لوجود المنافاة بين الجواز الشرعي و الضمان ، فلو حفر إنسان بئراً في ملكه

(١) انظر : منظومة أصول الفقه و قواعده لابن عثيمين (ص ٢٣١) .

فوقع فيها حيوان أو رجل و هلك لا يضمن حافر البئر شيئاً ؛ لأن تصرف المرء بملكه غير مقيد بشرط السلامة ، بخلاف ما لو حفرها في الطريق العام بدون إذن الإمام أو في ملك الغير فيلزمه الضمان [1]، و سأذكر الأدلة على القاعدة ، و تأصيلها الشرعي ، و سيكون عنوان البحث : (تطبيقات القاعدة الفقهية الجواز الشرعي ينافي الضمان في العقود و الجنايات و الحدود) ، و أسأل الله أن يجعل جميع أعمالنا خالصة لوجهه الكريم .

(١) انظر : درر الحكام ، لعلي حيدر(١/ ٩٢) ، مادة ٩١ .

أهمية الموضوع و أسباب اختياره :

و تظهر أهمية الموضوع في النقاط التالية :

١. إن علم القواعد الفقهية يُسهّل فهم المسائل و يضبط فروعها المتناثرة .

٢. إن هذه القاعدة ينبني عليها من أبواب الفقه مسائل كثيرة خصوصا في باب العقود و الجنايات و الحدود .

٣. لم أجد أحداً من الباحثين ، حسب علمي ، من جمع بين تأصيل القاعدة و تحرير مسائلها في العقود و الجنايات و الحدود على المذاهب الأربعة .

٤. حاجة الباحث الماسة لضبط علم القواعد الفقهية ، ومن ثم معرفة كيفية استخراج الفروع الفقهية و تطبيق الحكم عليها .

الدراسات السابقة :

من خلال البحث في قواعد المعلومات في مركز الملك فيصل للبحوث و الدراسات وفهارس مكتبة الملك فهد الوطنية ، ومكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ،ومكتبة المعهد العالي للقضاء ، لم أقف على من بحث موضوع التطبيقات الفقهية لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان في العقود و الجنايات و الحدود) و إنما وجدت من تكلم عن الضمان أو عن القاعدة بشكل عام دون أن يحرر مسائل القاعدة التي نحن بصددها.

و من الكتب التي تكلمت عن نظرية الضمان بشكل تأصيلي :

١. الضمان في الفقه الإسلامي ، تأليف على الخفيف ، دار الفكر العربي .

٢. نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي ، لوهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، سورية ١٤٠٨ هـ .

٣. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، لمحمد فوزي فيض الله ، مكتبة التراث الإسلامي الفروانية ، الكويت الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ .

و أما الكتب التي تكلمت في قواعد الضمان أو في جانب من جوانبه ، فمنها :

١. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، لمحمد أحمد سراج ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ .

٢. أحكام الضمان في الجنايات في الشريعة الإسلامية ، للطالب ماجد القدان ، و هي رسالة ماجستير في جامعة الأمير نايف بن عبد العزيز لعام ١٤٢٨ هـ.

٣. القواعد الفقهية المتعلقة بدعوى الضمان و عوارضه و موانعه ، للباحث / محمد سالم المري وهي عبارة عن بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء لعام ١٤٢٣ هـ ، وهذه الرسالة تكلمت في أحد مباحثها عن القاعدة بشكل تأصيلي دون تحرير مسائلها ، فأما أنا ، فسأجمع بين تأصيل القاعدة و بين تحرير مسائلها على المذاهب الأربعة .

٤. أسباب الضمان في الفقه الإسلامي للباحث / محمد السبيعي مقدم لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء لعام ١٤٠٩ هـ .

٥. ضمان العقد في الفقه الإسلامي ، لمحمد نجدات و هي رسالة دكتوراه طبعت عام ١٤٢٧ هـ .

٦. القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان مع تطبيقات قضائية ، للطالب يحيى محمد النعيمي ، وهي عبارة عن بحث ماجستير من المعهد العالي للقضاء لعام ١٤٢٤ هـ .

٧. القواعد و الضوابط في الضمان المالي للدكتور حمد محمد الهاجري ، وهي

عبارة عن رسالة دكتوراه مقدمة للجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، طبعت عام ١٤٢٩ هـ وهذه الرسالة تكلمت عن القاعدة بشكل تأصيلي دون تحرير مسائلها فأما أنا فسأحرر مسائلها على المذاهب الأربعة .

٨. موانع الضمان في الفقه الإسلامي ، للدكتور محمد العموش ، دار النفائس .عمان الأردن ، ١٤٣٠ هـ .

٩. تصرفات الأمين في العقود المالية ، للدكتور عبد العزيز الحجيلان ، وهي رسالة دكتوارة مقدمة لجامعة الإمام بالرياض طبعتها دار الحكمة عام ١٤٢٢ هـ .

و نلاحظ في الكتب السابقة أنها على قسمين ، القسم الأول ، كتب تكلمت عن الضمان بشكل تأصيلي و لم تتعرض إلى القاعدة و فروعها ، و أما القسم الثاني ، دراسات تكلمت عن القاعدة و لكن بشكل فرعي دون أن تحرر مسائل القاعدة على المذاهب الأربعة ، أما أنا فسأجمع بين تأصيل القاعدة و تحرير مسائلها على المذاهب الأربعة .

منهج البحث :

سوف أنهج بإذن الله في بحثي المنهج الآتي :

١. أجمع المسائل التي لها صلة بالقاعدة .

٢. أصور المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقا قبل بيان حكمها ؛ ليتضح المقصود من دراستها .

٣. إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر بديله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة .

٤. إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع الآتي :

أ – تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف و بعضها محل اتفاق .

ب – ذكر الأقوال في المسألة ، و بيان من قال بها من أهل العلم و يكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية .

ج – الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة ، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح ، و إذا لم أقف على المسألة في المذهب ما فأسلك فيها مسلك التخريج .

د – توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية .

هـ – استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة ، و ذكر ما يرد عليها من مناقشات، و ما يجاب به عنها ، و أذكر ذلك بعد الدليل مباشرة .

و– الترجيح مع بيان سببه ، و ذكر ثمرة الخلاف إن وجدت .

٥. التركيز على موضوع البحث و تجنب الاستطراد .

٦. الاعتماد على أمهات المصادر و المراجع الأصلية في التحرير والتوثيق و الجمع و التخريج .

٧. العناية بضرب الأمثلة ، خاصة الواقعية .

٨. تجنب ذكر الأقوال الشاذة .

٩. العناية بدراسة ما جدّ من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث .

١٠. ترقيم الآيات و بيان سورّها مضبوطة بالشكل .

١١. تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية و إثبات الكتاب و الباب و الجزء و

الصفحة ، و بيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها – إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما – فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها منهما .

١٢. تخريج الآثار من مصادرها الأصلية ، و الحكم عليها .

١٣. التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح ، أو من من كتب المصطلحات المعتمدة .

١٤. توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة و تكون الإحالة عليها بالمادة و الجزء و الصفحة .

١٥. العناية بقواعد اللغة العربية و الإملاء و علامات الترقيم ، و منها علامات التنصيص للآيات الكريمة و الأحاديث الشريفة و الآثار و أقوال العلماء و أميز العلامات أو الأقواس ليكون لكل منها علامته الخاصة .

١٦. تكون الخاتمة متضمنة أهم النتائج و التوصيات .

١٧. أترجم للأعلام غير المشهورين بإيجاز بذكر الاسم و النسب و تاريخ الوفاة و المذهب العقدي و الفقهي و العلم الذي اشتهر به ، و أهم مؤلفاته و مصادر ترجمته .

١٨. إذا ورد في البحث ذكر أماكن أو قبائل أو فق أو أشعار أو غير ذلك أعرف بها مع وضع فهارس لها خاصة إن كان لها من العدد ما يستدعي ذلك.

١٩. اتبع البحث بالفهارس الفنية المتعارف عليها ، و هي :

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث و الآثار .
- فهرس الأعلام .

- فهرس المصادر و المراجع .
- فهرس الموضوعات .

خطة البحث :

و تشتمل على مقدمة ، و تمهيد ، وفصلين ، و خاتمة ، وهي كما يلي :

المقدمة و تشتمل على ما يلي :

١. أهمية الموضوع و أسباب اختياره .

٢. الدراسات السابقة .

٣. منهج البحث .

٤. خطة البحث .

التمهيد :

و يشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : بيان معنى القاعدة الفقهية و أهميتها .

و يشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : التعريف بالقاعدة الفقهية .

المطلب الثاني : أهمية علم القواعد الفقهية .

المطلب الثالث : الفرق بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية .

المبحث الثاني : معنى قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان .

و يشتمل على خمسة مطالب :

المطلب الأول : بيان معنى القاعدة .

المطلب الثاني : أهمية القاعدة .

المطلب الثالث : أدلة القاعدة .

المطلب الرابع : أركان القاعدة و شروطها .

المطلب الخامس : صيغ القاعدة عند المذاهب الأربعة .

الفصل الأول : التطبيقات الفقهية للقاعدة في العقود .

و يشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : التطبيقات الفقهية في عقود التمليك .

و يشتمل على ثمانية مطالب :

المطلب الأول : تلف مال الشركة تحت يد الشريك .

المطلب الثاني : تلف مال المضاربة تحت يد المضارب .

المطلب الثالث : تجاوز مستأجر العين المسافة التي عقد عليها فتلفت .

المطلب الرابع : تجاوز مستأجر العين المكان الذي عقد عليه ثم ردها إليه فتلفت .

المطلب الخامس : استأجر العين فحمل عليها أثقل مما عقد عليه فتلفت .

المطلب السادس : تلف العين تحت يد المستأجر .

المطلب السابع : ضمان الأجير المشترك .

المطلب الثامن : ضمان الأجير الخاص .

المبحث الثاني : التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التفويض و الإطلاق .

و يشتمل على أربعة مطالب :

المطلب الأول : تلف ما تحت يد الوكيل .

المطلب الثاني : تلف ما تحت يد المستعير .

المطلب الثالث : تلف الوقف تحت يد الناظر .

المطلب الرابع : تلف مال الصغير أو المجنون تحت يد الوصي أو يد القاضي.

المبحث الثالث : التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التوثيق و الحفظ .

و يشتمل على خمسة مطالب :

المطلب الأول : تلف الرهن تحت يد المرتهن .

المطلب الثاني : تلف الرهن تحت يد العدل .

المطلب الثالث : و ضع المودَع لديه الوديعة عند آخر بغير عذر فتلفت .

المطلب الرابع : تلف الوديعة بعد انتفاع المودَع لديه بها وردها إلى حالها .

المطلب الخامس : ضمان المودَع لديه .

الفصل الثاني : تطبيقات القاعدة الفقهية في الجنايات و الحدود .

و يشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : التطبيقات الفقهية في الجنايات :

و يشتمل على خمسة مطالب .

المطلب الأول : حفر شخص بئراً في طريق عام لمصلحة الناس بإذن الإمام فتلف شخص به .

المطلب الثاني : فرش شخص في المسجد حصيرا أو علق فيه قنديلا بغير إذن الإمام فعثر رجل بالحصير أو سقط عليه القنديل فمات .

المطلب الثالث : دخول رجل في بيت آخر فسقط في بئر .

المطلب الرابع : إخراج ميزاب إلى الشارع و سقوطه على إنسان أو بهيمة و تلفهم به.

المطلب الخامس : ضرب الأب أو الوصي أو المعلم بإذن الأب تأديبا في الموضع المعتاد فمات الصغير .

المبحث الثاني : التطبيقات الفقهية في الحدود .

و يشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تلف من طُبق عليه الحد بأمر الإمام .

المطلب الثاني : هروب المرجوم بحد الزنا الثابت بالإقرار فلحقه الراجمون فرجموه فمات .

المطلب الثالث : إتلاف العادل نفس الباغي في حال القتال .

الخاتمة :

و سأبين فيها أهم النتائج .

الفهارس :

ويشتمل على ما يلي :

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث .

فهرس المصادر و المراجع .

فهرس الأعلام .

فهرس الموضوعات .

و في الختام لا يفوتني أن أذكر الفضل لأهله ، فأتوجه أولاً بالشكر إلى الله – سبحانه و تعالى – الذي أنعم علي بنعم لا تعد و لا تحصى ، منها أن جعلني من أتباع سيدنا و

نبينا محمد @ ، و وفقني لطلب العلم الشرعي ، و أسأل الله سبحانه و تعالى أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجه الكريم و أشكر والدي فجزاهما الله عني خيراً ، و أشكر الجامعة ، و أشكر شيخي الفاضل هشام آل الشيخ الذي لم يألو جهداً في توجيهي و إرشادي ، كما أشكر كل من أعانني على البحث و ساعدني على إخراجه.

آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، و صلى الله و سلم على نبينا محمد و على آله و صحبه أجمعين .

التمهيد

و فيه مبحثان :

المبحث الأول : بيان معنى القاعدة و أهميتها :

و يشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : معنى القاعدة الفقهية .

المطلب الثاني : أهمية علم القواعد الفقهية .

المطلب الثالث : الفرق بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية .

المبحث الثاني : معنى قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان .

و يشتمل على خمسة مطالب :

المطلب الأول : بيان معنى القاعدة .

المطلب الثاني : أهمية القاعدة .

المطلب الثالث : أدلة القاعدة .

المطلب الرابع : أركان القاعدة و شروطها .

المطلب الخامس : صيغ القاعدة عند المذاهب الأربعة .

المبحث الأول

بيان معنى القاعدة الفقهية وأهميتها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : التعريف بالقاعدة الفقهية

مصطلح القواعد الفقهية مصطلح مركب من لفظين :

لفظ (القواعد) ولفظ (الفقهية) ولذلك لابد من تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً، وباعتبارها لقباً و عَلماً على علمٍ معين .

أولاً : تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً :

القاعدة في اللغة : مادتها اللغوية هي (القاف، والعين، والدال)، وهذه المادة تعني الاستقرار والثبات [(١)].

ولها معان عدة لكنها ترجع إلى المعنى الذي ذكرته [(٢)].

القاعدة في الاصطلاح: اختلف العلماء في تعريف القاعدة لكن تعريفاتهم ترجع إلى معنى واحد وهي أن القاعدة قضية كلية ، لكن بعضهم استبدل لفظ القضية بلفظ (أمر) [(٣)] أو بلفظ (حكم) [(٤)] أو بلفظ (صورة) [(٥)]، لكن التعبير بالقضية أولى؛ لتناولها جميع أركان المعرّف على وجه الحقيقة [(٦)].

الفقهية في اللغة: منسوبة إلى الفقه، والفقه في اللغة الفهم والعلم [(٧)].

الفقه في الاصطلاح: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها

---

(١) انظر : مقاييس اللغة (٥/ ١٠٨) مادة (قعد) .

(٢) انظر: القواعد الفقهية، يعقوب الباحسين (ص١٥) .

(٣) انظر: المصباح المنير (ص٥١٠)، مادة قعد، والأشباه والنظائر للسبكي (ص١٥) .

(٤) انظر: التلويح (١/ ٢٠) .

(٥) انظر: شرح الكوكب المنير (١/ ٤٤، ٤٥) .

(٦) انظر: القواعد الفقهية، الباحسين (ص٣٣) .

(٧) انظر: المحكم (٤/ ٩٢)، ومقاييس اللغة (٤/ ٤٤٢) مادة (فقه) .

التفصيلية[1].

ثانياً : تعريف القواعد الفقهية باعتبارها لقباً على علمٍ معين :

يوجد تعريفات للمتقدمين وعدة تعريفات للمتأخرين .

من المتقدمين :

١. تعريف أبي عبد الله المَقري المالكي[2] -رحمه الله- : " كل كلي أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة" [3].

ويرد على هذا التعريف الإبهام والتعميم وكذلك عرّف القاعدة بمعناها الواسع الذي يشمل جميع مراتب القاعدة [4].

٢. التعريف الآخر للحموي [5] – رحمه الله -: "حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها " [6].

ويرد على هذا التعريف أنه وصف القاعدة بأنها حكم وكان الأولى وصفها بقضية كلية، وذكر في التعريف ما هو نتيجة للقاعدة وهو تعريف أحكام الجزئيات

---

(١) انظر: التوضيح شرح التنقيح (١/ ١٢)، وبيان المختصر (١/ ١٨)، والمجموع المذهب (١/ ٢١٠) .

(٢) هو : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، القرشي التلمساني، الشهير بالمقري من الفقهاء الأدباء المتصوفين، من علماء المالكية، وفاته سنة ٧٥٨ هـ. من مصنفاته: القواعد، والحقائق والدقائق والتحف والطرف، وغيرها. انظر: الأعلام للزركلي (٧/ ٣٧) ، معجم المؤلفين (١١/ ١٨١) شذرات الذهب (٦/ ١٩٣).

(٣) القواعد (١/ ٢١٢) .

(٤) انظر: القواعد الفقهية، الباحسين، ص(٤٠ – ٤٤) .

(٥) هو أبو العباس أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي، من علماء الحنفية، تولى الإفتاء، توفي سنة ١٠٩٨هـ. من كتبه غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لابن نجيم وغيرها. انظر: الأعلام للزركلي (١/ ٢٣٩) ، معجم المؤلفين (٢/ ٩٣) .

(٦) غمز عيون البصائر، شرح الأشباه والبصائر (١/ ٥١) .

منها، وهذا ليس جزء من حقيقة القاعدة فالأولى عدم ذكره [1].

أما من المتأخرين تعريف لمصطفى الزرقا [2] وهو: " أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"[3].

ويرد عليه أن فيه مصطلحات لا تفيد في التعريف مثل «نصوص دستورية» و«موجزة» فهي ليست ركناً ولا شرطاً[4].

والذي اختاره تعريف الشيخ يعقوب الباحسين حفظه الله وهو: " قضية كلية فقهية ، جزئياتها قضايا كلية فقهية " أو "قضية كلية شرعية عملية جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية " [5].

(١) انظر: القواعد الفقهية، الباحسين، ص(٤٤ – ٤٧) .

(٢) هو مصطفى الزرقا، عالم بالشريعة والقانون، وُلد بحلب عام ١٣٢٢هـ، توفي عام ١٤٢٠هـ. من أهم مؤلفاته: المدخل الفقهي العام وأحكام المرأة في الفقه الإسلامي، انظر مقدمة فتاوى مصطفى الزرقا، ص(٢١ – ٣٦) .

(٣) المدخل الفقهي ، (٢/ ٩٤٧) ، فقرة : (٥٥٦) .

(٤) انظر : القواعد الفقهية ، الباحسين ، (٤٨-٤٩) .

(٥) القواعد الفقهية ، الباحسين ، (٥٤)

المطلب الثاني

أهمية القواعد الفقهية

نبه كثير من العلماء على أهمية القواعد الفقهية ومن ذلك ما يلي:

قال القرافي [1]: "وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويُعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، وبرز القارح على الجذع وحاز قصب السبق من فيها بدع، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع ،واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت وأحتاج إلى حفظ جزئيات التي تتباهى وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها، ومن ضبط الفقه استغنى عن حفظ أكثر جزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده من تناقض عند غيره و تناسب" [2].

وقال ابن رجب الحنبلي [3]: "فهذه القواعد مهمة وفوائد جمة تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد وتقيّد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد" [4].

---

(١) هو أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصهاجي الأصل، البهنسي ، المشهور بالقرافي الملقب بشهاب الدين، فقيه، أصول، مفسر، توفي سنة ٦٨٢ هـ، ودفن بالقرافة، من تصانيفه: الذخيرة في الفقه؛ وشرح التهذيب، وشرح محصول فخر الدين الرازي، والتنقيح في أصول الفقه. انظر: الديباج المذهب (٦٢-٦٧)، أعلام الزركلي (١/ ٩٥)، معجم المؤلفين (١/ ١٥٨) .

(٢) الفروق ، (١/ ٢ – ٣) .

(٣) هو: أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد ابن رجب البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي، المعروف بابن رجب، ولد سنة ٧٠٦ هـ، وتوفي سنة ٧٥٩. من تصانيفه الاستخراج لأحكام الخراج وجامع العلوم والحكم، والذيل على طبقات الحنابلة لأبي يعلى، وشرح جامع الصحيح للترمذي وغيرها، انظر: شذرات الذهب (٨/ ٣٩٦) ، معجم المؤلفين (٥/ ١١٨) ، الأعلام الزركلي ، (٣/ ٢٩٥) .

(٤) القواعد في الفقه الإسلامي ، الحافظ ابن رجب ، ص (٢).

ولعل من أبرز فوائد دراسة القواعد :

١) تضبط الفروع الفقهية وتجمع شتاتها تحت أصل واحد، وهذا يسهل إدراك الفروع وفهمها وحفظها وينسق بين الأحكام المتشابهة ويمنع التناقض الذي يقع فيه من لا يحسنها.

٢) تكوين ملكة فقهية للدارس لها مما يجعل مؤهل للنظر في النوازل والمستجدات.

٣) تُعينُ على فهم ومعرفة قواعد الشريعة ومقاصدها .

٤) إعطاء تصور عام عن الشريعة الإسلامية من ناحية عمقها واحتوائها لمختلف الأزمان والأماكن .

٥) يفيد الدارس للمذاهب الفقهية ويفيد كذلك في تخريج الفروع على الأصول[١].

❁ ❁ ❁

(١)انظر المرجع السابق و انظر ، الوجيز للبورنو، ص(٢٤ – ٢٥)، والممتع لمسلم الدوسري، ص(٦١ – ٦٣) .

المطلب الثالث

الفرق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية

القاعدة الفقهية تشبه القاعدة الأصولية لكون كل منهما قضية كلية متعلقة بالأحكام الشرعية، فالقاعدة الفقهية تفيد في معرفة أحكام أفعال المكلفين والقاعدة الأصولية تفيد في استنباط الأحكام من أدلتها، ومن أول من فرق بينهما الإمام القرافي في مقدمة كتابه (الفروق) حيث قال: "أما بعد، فإن الشريعة المعظمة المحمدية، زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً، اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان :

أحدهما : المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب والنهى للتحريم والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك وما خرج عن هذا النمط إلى كون القياس حجة وخبر الواحد وصفات المجتهدين .

والقسم الثاني : قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة القدر عظمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في شريعة ما لا يخص ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال فبقي تفصيله لم يتحصل، وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ..." [1]

ولذلك أبرز ما يميز النوعين ما يلي:

١- موضوع القاعدة الأصولية الأدلة الشرعية وأما القاعدة الفقهية فموضوعها فعل المكلف وهذا أهم فرق بين النوعين .

٢- تُستخرج أحكام الفروع الفقهية من القواعد الفقهية مباشرة، بينما القواعد الأصولية تُستخرج منها أحكام الفروع بواسطة الدليل الشرعي، مثال على القاعدة الفقهية ،قاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، تفيد أن من تيقن الطهارة ثم

(١) الفروق (١/ ٢ – ٣) .

شك في الحدث فإنه يعمل بتعيين الطهارة بدون الحاجة إلى دليل فيؤخذ الحكم من القاعدة مباشرة ، وأما مثال القاعدة الأصولية قاعدة: (الأمر يفيد الوجوب) لا تدل على وجوب الصلاة مباشرة وإنما بواسطة دليل شرعي وهو قول الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ﴾[1] فهنا أخذنا الحكم من الدليل وهو وجوب الصلاة[2].

❁ ❁ ❁

(١) سورة البقرة، الآية (٤٣) .

(٢) انظر: الوجيز، ص(٢٤ – ٢٥)، والممتع لمسلم الدوسري ، (٦١ – ٦٣) .

المبحث الثاني

بيان معنى قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: بيان معنى القاعدة

أولاً : المعنى الإفرادي :

- أما لفظ (الجواز الشرعي) فالمراد به: الإباحة الشرعية لأي تصرف سواء كان تركاً أو فعلاً .

- ولفظ (الضمان) المراد به: الالتزام بالتعويض وتحمل تبعة الشيء [1].

ثانياً : المعنى الإجمالي للقاعدة :

أن التصرف المباح سواء كان مأذونًا فيه أو مأموراً به من الشارع ، أو من المالك إذا ترتب عليه إتلاف فإن هذا الإتلاف لا يكون مضموناً [2].

---

(1) انظر : درر الحكام ، لعلي حيدر(١/ ٩٢) ، مادة ٩١ ، المدخل الفقهي العام (٢/ ١٠٣٢ – ١٠٣٣) ، الممتع للدوسري، ص(٣٦٥) .

(٢) انظر : المراجع السابقة .

المطلب الثاني : أهمية القاعدة

أن أهمية هذه القاعدة مأخوذة من أهمية الضمان كنظرية مهمة في الفقه الإسلامي، فالشارع الحكيم شرع الضمان حفظاً لحقوق الناس وفضاً للمنازعات اليومية بين الناس وجاءت هذه القاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) استثناء من نظرية الضمان ونظرية الضمان هي أن الأصل كل فعل أو ترك ترتب عليه تلف فهو مضمون وهذه القاعدة جاءت استثناءاً من نظرية الضمان ، حتى ترأف بالناس فلو أن كل فعل ترتب على فعله أو تركه تلف لشق على الناس ذلك و لكن جاءت هذه القاعدة كمانع لنظرية الضمان [1].

(١) انظر : نظرية الضمان، للدكتور وهبة الزحيلي (ص٢٠)، منظومة أصول الفقه وقواعده لابن عثيمين، (ص٢٣١).

المطلب الثالث : أدلة القاعدة

اتفق فقهاء الحنفية [١]، والمالكية [٢]، والشافعية [٣]، والحنابلة [٤]، والظاهرية [٥] من حيث الجملة على أن الشخص إذا فعل شيئاً أو تركه وهو مما أُذن ثم ترتب على هذا الفعل أو الترك ضرر أو تلف فإنه لا ضمان على الشخص، وقد استدلوا بما يأتي:

١ – قول الله تعالى: ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ [٦].

وجه الدلالة أن من فعل شيئاً فيه إحسان فيجب أن لا يغرّم أو يعاقب على فعله .

٢ – حكى بعض العلماء الاتفاق على ذلك ومنهم أبو بكر الكاساني [٧] حيث قال: "ولو قطع الإمام يد سارق فمات لا ضمان على الإمام ولا على بيت المال، وكذلك الفصّاد[٨] والبزّاغ[٩] والحجّام إذا سرت جراحتهم لا ضمان عليهم بالإجماع؛ لأن الموت حصل بفعلٍ مأذون فيه وهو القطع، فلا يكون مضموناً" [١٠].

---

(١) انظر: رد الأحكام (١/ ٩٢)، وتأسيس النظر (ص٤٠)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٠٥)، وفتح القدير (٦/ ٤١٤).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٣٥٢)، وقوانين الأحكام الشرعية (ص٣٥٠) .

(٣) انظر: الأم (٦/ ١٧٢)، وروضة الطالبين (١٠/ ١٧٧، ١٨٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٧٧- ٢٧٨).

(٤) انظر: المغني (١٢/ ٥٢٧)، وإعلام المعوقين (٢/ ٤٣)، الفروع (٤/ ٤٥١) .

(٥) انظر: المحلى (٦/ ٤٤٢) .

(٦) سورة التوبة، الآية (٩١) .

(٧) هو أبو بكر الكاساني بن مسعود بن أحمد علاء الدين، منسوب إلى كاسان من أئمة الحنفية من تصانيفه البدائع والسلطان المبين في أصول الدين، توفي بحلب سنة ٥٨٧هـ. انظر الجواهر المضية (٢-٢٤٤)، الأعلام للزركلي (٢/ ٤٦) .

(٨) الفصّاد : من الفصد ، وهو شق الوريد و إخراج شيء من دمه بقصد التداوي ، انظر المصباح المنير (ص١٨٠)، القاموس المحيط (ص٣٩١) ، معجم لغة الفقهاء (٣٤٦) .

(٩) البزاغّ : من (بزغ البَيطار و الحجّام) ، بمعنى شرط و أسال الدم ، انظر المصباح المنير (ص ١٩) .

(١٠) البدائع (٧/ ٣٠٥) .

وقال ابن قيم الجوزية [1] في ذكر أقسام الأطباء: "أحدهما : طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشارع، ومن يطبّه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً، سراية مأذون فيها وهذا كما إن ختن الصبي في وقت وسنه قابل للختن وأعطى الصنعة حقها، فتلف العضو أو الصبي لم يضمن، وكذلك إذا بطّ من عاقل أو غيره ما ينبغي بطه في وقت على الوجه الذي ينبغي، فتلف به لم يضمن، وهكذا سراية كل مأذون فيه لم يتعد الفاعل بسببها" [2].

٣ – إن الله تعالى سوغ ذلك الفعل أو الترك، وهذا يقتضي دفع المسؤولية والضمان عنه، وإلا لم يكن جائزاً [3].

(١) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين من أهل دمشق ومن كبار فقهاء الحنابلة، تتلمذ على ابن تيمية، من تصانيفه (الطرق الحكمية) و(مفتاح دار السعادة) و(الصواعق المرسلة)، وغيرها توفي سنة ٧٥١هـ. شذرات الذهب (٦/ ١٦٨)، الأعلام (٦/ ٢٨١) .

(٢) زاد المعاد (٤/ ١٣٩) .

(٣) انظر: المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ١٠٣٢).

المطلب الرابع

أركان القاعدة وشروطها

أولاً : أركان القاعدة :

الركن الأول: (الجواز الشرعي) الذي هو أصل القاعدة وموضوعها.

الركن الثاني: (منافاة الضمان) الذي هو نتيجة القاعدة، والمحكوم به على الموضوع [1].

ثانياً : شروط القاعدة :

الشرط الأول: أن يكون الجواز الشرعي جوازاً مطلقاً عن أي قيد؛ فإذا كان جوازاً مقيد فإنه لا ينافي الضمان [2].

الشرط الثاني: أن لا يكون الجواز الشرعي مقيداً بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز فيه فإن كان مقيداً بشرط السلامة كحق المرور في الطريق فإنه لا ينافي الضمان[3].

---

(١) انظر: القواعد الفقهية المتعلقة بدعوى الضمان وعوارضه وموانعه بحث تكميلي في المعهد العالي للقضاء بقسم الفقه المقارن ، للطالب محمد سالم المري، (ص٩٨) .

(٢) انظر: درر الحكام (١/ ٩٣)، والمدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ١٠٣٢ – ١٠٣٣) .

(٣) انظر: المراجع السابقة .

المطلب الخامس

صيغ القاعدة عند المذاهب الأربعة

ذكر الفقهاء هذه القاعدة بصيغ كثيرة أذكر ما وقفت عليه :

أولاً : المذهب الحنفي :

١ – قال الكاساني : "المتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً" [١].

٢ – جاء في المادة (٩١) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه: "الجواز الشرعي ينافي الضمان" [٢].

ثانياً : المذهب المالكي :

١ – قال أبو عمرو ابن الحاجب [٣]: "من فعل فعلاً يجوز له من طبيب أو شبهه على وجه الصواب، فتولد منه هلاك أو تلف مال فلا ضمان عليه"[٤].

٢ – قال ابن جزي الغرناطي [٥]: "كل من فعل ما يجوز له فعله فتولد منه تلف لم يضمن" [٦].

ثالثاً : المذهب الشافعي :

---

(١) بدائع الصنائع (٧/ ٣٠٥) .

(٢) شرح المجلة (ص٥٩) .

(٣) هو الفقيه المقرئ النحوي أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر الكردي المصري، المعروف بابن الحاجب، ولد سنة ٥٧٠هـ، وأخذ عن الشاطبي وغيره، وكان مدرساً للمالكية في جامع دمشق، ومن أشهر تلاميذه: المنذري والدمياطي، ومن مؤلفاته: (جامع الأمهات في الفقه والكافية في النحو والشافعية في الصرف)، توفي سنة ٦٤٦هـ. انظر : الديباج المذهب (ص٢٨٩-٢٩١) .

(٤) جامع الأمهات (ص٥٢٥) .

(٥) هو أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، فقيه أصولي، ولد سنة ٦٩٣هـ، من مؤلفاته وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم، والتسهيل لعلوم التنزيل في التفسير والقوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، توفي سنة ٧٤١هـ ، انظر : الدرر الكامنة (٣/ ٣٦٥) ، معجم المؤلفين (٣/ ١٠٣) .

(٦) قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٥٠) .

١ – قال بدر الزركشي [١]: "المتولد من مأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد من منهي عنه" [٢].

رابعاً – المذهب الحنبلي :

١ – قال ابن قيم الجوزية : "ما تولد من مأذون فيه لم يضمن " [٣].

٢ – وقال شمس الدين ابن مفلح [٤]: " ما أُذن فيه لا تضمن سرايته "[٥]

ونرى من عبارات الفقهاء أنها متقاربة ومتفقة في المعنى .

❁ ❁ ❁

(١) هو: محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، أبو عبد الله، بدر الدين، عالم بفقه الشافعية والأصول، تركي الأصل المولد والوفاة، مقرئ ، من تصانيفه لقطة العجلان، أصول الفقه والبحر المحيط في أصول الفقه .. وغيرها ، توفي سنة ٧٩٤هـ. انظر: الأعلام للزركلي (٦/ ٦٠) ، شذرات الذهب (٦ / ٣٣).

(٢) المنثور (٣/ ١٦٣) ، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٤١) .

(٣) إعلام الموقعين (٢/ ٤٣) .

(٤) هو العلامة الفقيه شمس الدين أبو عبد لله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي ثم الصالحي، ولد سنة ٧١٠هـ، أخذ من ابن تيمية والمزي والذهبي ، وله مؤلفات منها: (الفروع)، و(الآداب الشرعية) ،و(شرح المنتقى)، كان من أعرف الناس باختيارات شيخ الإسلام، توفي سنة ٧٦٣هـ. انظر: شذرات الذهب (٧/ ٣٣٨) ، الأعلام (٧/ ٣٢٧) ، معجم المؤلفين ، (١٢/ ٤٤) .

(٥) الفروع (٤/ ٤٥١) .

الفصل الأول
التطبيقات الفقهية للقاعدة في العقود

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التمليك .

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التفويض والإطلاق.

المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التوثيق والحفظ .

المبحث الأول
التطبيقات الفقهية في عقود التمليك

ويشتمل على ثمانية مطالب :

المطلب الأول: تلف مال الشركة تحت يد الشريك .

المطلب الثاني: تلف مال المضاربة تحت يد المضارب .

المطلب الثالث: تجاوز مستأجر العين المسافة التي عقد عليها فتلفت.

المطلب الرابع: تجاوز مستأجر العين المكان الذي عقد عليه ثم ردها إليه فتلفت.

المطلب الخامس: استأجر العين فحمل عليها أثقل مما عقد عليه فتلفت.

المطلب السادس: تلف العين المستأجرة تحت يد المستأجر .

المطلب السابع: ضمان الأجير المشترك .

المطلب الثامن: ضمان الأجر الخاص .

المطلب الأول

تلف مال الشركة تحت يد الشريك

إذا تلف مال الشركة أو شيء منه في يد الشريك فهل يضمن ، أو لا يضمن إلا بتعد أو تفريط؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن الشريك يُعد أميناً على ما تحت يده من مال الشركة، فإن فرط أو تعدى في أي تصرف ضمن لشريكه ، أما إذا لم يتعد ولم يفرط فلا يضمن.

قال بذلك الحنفية [١]، والمالكية [٢]، والشافعية [٣]، والحنابلة [٤].

مستند الإجماع :

١- أن الشريك قد قبض مال الشركة بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة، بل على سبيل الأمانة فصار كالوديعة [٥].

٢- أن يد الشريك يد أمانة قياساً على المودع والوكيل [٦].

٣- أن كل واحد من الشريكين قام بتفويض المال إلى صاحبه فيكون أمانة في يده، فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط [٧].

---

(١) انظر : الهداية (٣/ ١٠)، مجمع الضمانات (ص٢٩٨) ، مجمع الأنهر (١/ ٧٢٣) ، اللباب (٢/ ١٢٧).

(٢) انظر : أصول الفتيا (ص٣٩٣)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٨٤) ، شرح الخرشي (٦/ ٤٦) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٤/ ٢٨٦)، مغني المحتاج (٢/ ٢٠٦).

(٤) انظر : الإقناع (٢/ ٢٥٨)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٢٥٩) .

(٥) انظر : الهداية (٣/ ١٠) .

(٦) انظر : معنى المحتاج (٢/ ٢٠٦) .

(٧) انظر : الكافي لابن قدامة (٢/ ٢٥٩).

المطلب الثاني

تلف مال المضاربة تحت يد المضارب

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المضارب يُعد أميناً على ما تحت يده من مال المضاربة فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط.

قال بذلك الحنفية [١]، والمالكية [٢]، والشافعية [٣]، والحنابلة [٤].

ووافقهم ابن حزم [٥].

قال ابن عبد البر [٦]: " فلا خلاف بين العلماء أن المقارض مؤتمن لا ضمان عليه فيما يتلفه من المال من غير جناية منه فيه واستهلاك له ولا تضييع، وهذه سبيل الأمانة " [٧].

مستند الإجماع :

١- لأن المضارب مُتصرف في مال المضاربة بإذن صاحب المال على وجه لا يختص بنفعه، فكان أميناً عليه كالوكيل [٨].

---

(١) انظر : الهداية (٢/ ١٣٢)، ومجمع الضمان (ص٣٠٤) ، مجمع الأنهر (٢/ ٣٢٥) .

(٢) انظر : المدونة (٥/ ١١٦)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٥٢٦) ، مواهب الجليل (٥/ ٣٦٢) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٢/ ٣٢٢)، والمهذب (١/ ٣٩٥) .

(٤) انظر : المغني (٥/ ١٩٢)، وغاية المنتهى (٢/ ١٧٤)، الكشاف (٣/ ٥٢٢) .

(٥) انظر : المحلى (٥/ ٢٤٨) ، و ابن حزم هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري . أبو محمد . عالم الأندلس في عصره. أصله من الفرس . أول من أسلم من أسلافه جد له كان يدعى يزيد مولى ليزيد بن أبي سفيان رضي الله عنه. كانت لابن حزم الوزارة . توفي سنة ٤٥٦ هـ، من تصانيفه : (المحلى)، و (الإحكام في أصول الأحكام)، و(طوق الحمامة) ، انظر الأعلام للزركلي(٥ / ٥٩)، وابن حزم الأندلسي لسعيد الأفغاني، والمغرب في حلى المغرب (ص ٣٦٤).

(٦) هو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الحافظ، أبو عمر، ولد بالقرطبة سنة ٣٦٨هـ، من أجل المحدثين والفقهاء، شيخ علماء الأندلس، مؤرخ أديب، مكثر من التصنيف، من تصانيفه (الاستذكار) و(التمهيد)، توفي سنة ٤٦٣هـ ، انظر الشذرات (٣/ ٣١٤)،الأعلام (٩/ ٣١٧) .

(٧) انظر الاستذكار (٢١/ ١٢٤) .

(٨) انظر : كشاف القناع (٣/ ٥٢٢) .

٢- واستدلوا على ضمانه عند التعدي بقياسه على الغاصب [١].

(١) انظر : الهداية (٣/ ٢٠٤) .

المطلب الثالث

تجاوز مستأجر العين المسافة إلى عقد عليها فتلفت

إذا تعدى المستأجر فتجاوز المسافة التي عقد عليها فتلفت العين وهو ما زال متجاوز، كأن استأجر سيارة من الرياض إلى الطائف فتجاوز إلى مكة فتلفت وهو في طريقه إلى مكة أو بعد وصوله إليها، فهل يضمنها ؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن العين المستأجرة إذا تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فإن المستأجر يضمنها بقيمتها.

فقد قال بذلك الحنفية [١]، والمالكية [٢]، والشافعية [٣]، والحنابلة [٤].

و قد نقل الإجماع ابن رشد[٥] حيث قال : " و لا خلاف أنها – يعني الدابة – إذا تلفت في المسافة المعتداة أنه ضامن لها "[٦] ، ونقل الإجماع كذلك صاحب المغني [٧].

مستند الإجماع :

بتجاوز المكان المعقود عليه صارت يده يد عادية، فوجب ضمانها، كالعين المغصوبة[٨].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٤/ ٢١٥) .

(٢) انظر : التفريع (٢/ ١٨٥) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٥/ ٢٦١) .

(٤) انظر : المحرر (١/ ٣٥٨)، والمغني (٥/ ٧٩) .

(٥) هو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشهير بالحفيد، يكنى بأبي الوليد ، ولد سنة ٥٢٠ هـ أخذ الفقه عن ابن بشكوال، وأبي مروان ابن مرة، وغيرهما، وبرع بالإضافة إلى الفقه في الأصول ، والطب وعلم الكلام، له مصنفات منها: بداية المجتهد ومختصر المستصفى، والكليات في الطب، توفي سنة ٥٩٥هـ انظر الديباج المذهب (ص٢٨٤)، شذرات الذهب (٤/ ٣٢٠) .

(٦) انظر : بداية المجتهد (٢/ ٣٢١) .

(٧) انظر : المغني (٥/ ٧٩) .

(٨) انظر : المرجع السابق .

المطلب الرابع

تجاوز مستأجر العين المكان الذي عقد عليه ثم ردها إليه فتلفت

إذا تعدى المستأجر بتجاوز المسافة التي عقد عليها ثم عاد إلى المكان المعقود عليه فتلفت كأن استأجر سيارة للسفر عليها من الرياض إلى الطائف ثم تجاوز إلى مكة ثم عاد إلى الطائف فتلفت فهل يضمنها ؟

اختلف أهل العلم على ذلك:

القول الأول: أنه يضمن وبه قال أبو حنيفة [1]، والظاهر من كلام المالكية[2] حيث أطلقوا وجوب الضمان على المستأجر بتجاوز المسافة المعقود عليها وبه قال الشافعية [3] والحنابلة [4].

القول الثاني: أنه لا يضمن إذا أعادها إلى المكان الذي عقد عليه. قال بهذا زفر [5] وعيسى بن أبان [6] .

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن المستأجر بعدما صار ضامناً لا يبرأ إلا برد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك، ويد المستأجر يد نفسه أي يمسكها لمنفعة نفسه لا يبرأ

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢٦٥)، ومجمع الضمانات (ص١٤) .

(٢) انظر : الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٥٠) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٥/ ٢٦١) ، اسنى المطالب (٢/ ٤٣٧) .

(٤) انظر : الإنصاف (٦/ ٥٣) ، المغني (٦/ ٨٠) .

(٥) زفر بن الهذيل بن قيس العنبري، أصله من أصبهان، فقيه من تلاميذ أبو حنيفة وكان يأخذ بالأثر إن وجد، تولى قضاء البصرة ومات بها سنة ١٥٨هـ. الأعلام (٣/ ٧٨) ، الجواهر المضية (٢/ ٢٤٣- ٢٤٤) .

(٦) انظر : قاضيخان (٢/ ٣٤٥)، وبدائع الصنائع (٤/ ٢١٥) ، وعيسى هو :عيسى بن أبان بن صدقة ويكنى بأبي موسى، من كبار فقهاء الحنفية تفقه على محمد بن الحسن، وبرز في القضاء، وصنف كتاب الحج، توفي سنة ٢٢٠هـ. (الجواهر المضية ٢/ ٦٧٨ – ٦٨٠) ، الفوائد البهية (ص١٥١) .

إلا بالرد على المالك [1].

الدليل الثاني: أن يد المستأجر صارت ضامنة بمجاوزة المكان، فلا يزول الضمان إلا بإذن جديد من المؤجر ولا يوجد[2].

دليل القول الثاني: أن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر فلا يضمن المستأجر، كما أنها لو هلكت في يده قبل الخلاف ، لا ضمان عليه، فكانت يده قائمة مقام يد المالك .

الترجيح :

الذي يظهر والله أعلم بالصواب إن كان تجاوز المسافة المعقود عليها سبب في تلف المعقود عليه فيضمن ، وإن لم يكن سبب فلا يضمن لكنه يستحق الأجر المسمى مع مثل أجرة القدر الزائد ، وهذا في رأيي أسلم في تحقيق العدل.

(١) انظر :بدائع الصنائع (٤/ ٢١٥) ، المبسوط (١٥/ ١٧٣) .

(٢) انظر : كشاف القناع (٤/ ١٨) ، المغني (٦/ ٨٠) .

المطلب الخامس

استأجر العين فحمل عليها أثقل مما عقد عليه فتلفت

إذا تعدى المستأجر فحمل على العين حمولة أثقل مما عقد عليه فتلفت كأن استأجر سيارة لحمل عشرين طناً فحمل عليها خمساً وعشرين فتلفت بسبب زيادة الحمل ، فهل يضمنها بجميع قيمتها، أو ببعضها أو بمقدار الزيادة ؟

اختلف الفقهاء على ذلك على عدة أقوال:

القول الأول: أن المستأجر إذا حمل على العين حمولة أثقل مما عقد عليه فتلفت ضمنها بجميع قيمتها إن كان حمله عليها حال التلف ، ولا يضمنها إن كان سلّمها لصاحبها ليمسكها أو يسقيها ، إلا أن بعض من قال بهذا القول استثنى ما إذا تلفت بسبب تعبها من الحمل فإن المستأجر يضمنها ولو كانت بيد صاحبها قال بهذا بعض الحنابلة [1].

القول الثاني: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عُقد عليه فتلفت ضمنها بجميع قيمتها ولو كان صاحبها معها قال بهذا زفر من الحنفية[2]، وبعض الشافعية[3]، وهو المذهب عند الحنابلة [4].

القول الثالث: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه فتلفت فإنه يضمنها بجميع قيمتها إن لم يكن معها صاحبها وبنصف قيمتها إن كان صاحبها معها، قال بهذا بعض الشافعية [5]، وبعض الحنابلة [6].

القول الرابع: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه فتلفت فإنه يلزم

---

(١) انظر : المغني (٦/ ٧٨) ، الفروع (٤/ ٣٣٧) ، المبدع (٥ / ٩٦) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٤/ ٢١٣) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٥/ ٢٣٣ – ٢٣٤) .

(٤) انظر : الإنصاف (٦/ ٥٣ – ٥٤) ، الفروع (٤/ ٣٣٧) .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٢/ ٣٥٤) .

(٦) انظر : الفروع (٤/ ٤٢٧) .

الأجر المسمى وضمان مقدار ما زاد عن الحمولة، هذا إذا كانت تطيق الزيادة، أما إذا كانت لا تطيق فإنه يضمنها بكامل قيمتها، قال بهذا أكثر الحنفية [1].

القول الخامس: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه فتلفت فإن صاحبها يخير بين أخذ الأجر المسمى مع أجرة الزيادة، و بين أخذ قيمة العين، هذا إن كان مما تتلف بمثله، وأما إن كان مما لا تتلف بمثله فله المسمى مع أجرة الزيادة، ولا خيار له، وبهذا قال المالكية [2].

القول السادس: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه فتلفت فإنه يضمنها بجميع قيمتها إن لم يكن معها صاحبها ويضمن قسط الزيادة من جملة القيمة إن كان معها صاحبها وبهذا قال بعض الشافعية [3].

دليل القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول بما سبق أن استدلوا به في مسألة ضمان المستأجر للعين إذا تلفت حال التجاوز بها لغير المسافة المعقود عليها .

دليل القول الثاني ما يلي:

استدلوا على لزوم المستأجر الضمان بجميع القيمة إن لم يكن صاحبها معها أن التلف قد حصل بزيادة، فكانت الزيادة هي علة التلف، فيلزم المستأجر جميع القيمة[4]، وإن كان صاحبها معها فإنه كذلك يضمن لأنها تلفت بسبب جنايته عليها، وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان [5].

دليل القول الثالث:

استدلوا على لزوم المستأجر الضمان بجميع القيمة إذا لم يكن معها صاحبها بما

---

(١) انظر : الهداية (٣/ ٢٣٦ – ٢٣٧)، بدائع الصنائع (٤/ ١٣) .

(٢) انظر : الشرح الكبير لدردير (٤/ ٤٢)، ومواهب الجليل (٥/ ٤٣٨ – ٤٣٩) .

(٣) انظر :روضة الطالبين (٥/ ٢٣٣)، مغني المحتاج (٢/ ٣٥٤) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٣) .

(٥) انظر: الفروع (٤/ ٤٤٧) .

استدل به أصحاب القول الثاني على ذلك .

واستدلوا على عدم ضمان المستأجر إلا لنصف القيمة إذا كان صاحب العين معها بالقياس على الجراح مثل لو جرح نفسه جراحات وجرحه غيره جرح واحد، أو جرحه شخص جراحات وآخر جرحه واحدة ، الضمان يكون مناصفة .[1].

نوقش :

بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن التعدي بالحمل على العين المستأجرة أكثر من الحمولة المتعاقد عليها يمكن معرفة قدره حتى نضمّن المستأجر بقدر ما تعدى بخلاف الجراحات[2].

أدلة القول الرابع :

استدلوا على ضمان المستأجر لمقدار ما زاد عن الحمولة المعقود عليها إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه وكانت تطيق ذلك أن العين قد تلفت بما هو مأذون فيه، وهي الحمولة المعقود عليها وبما هو غير مأذون فيه وهي الزيادة، والسبب في التلف هي الزيادة فينقسم عليها فيضمن المستأجر من القيمة مقدار ما لم يؤذن فيه وهو الزيادة [3].

واستدلوا على ضمان المستأجر للعين بجميع قيمتها إذا حمل عليها أثقل مما عقد عليه وكانت لا تطيقه أن الزيادة في الحمولة إذا كانت لا تطيقها العين فإنه لم يؤذن فيها أصلاً ؛ لخروجها عن العادة فيضمن المستأجر العين بجميع القيمة [4].

نوقش :

بأنه و أن تلفت العين بما هو مأذون فيه إلا أن سبب التلف لم يُأذن فيه [5] .

---

(١) انظر : مغني المحتاج (٢/ ٣٥٤) ، نهاية المحتاج (٥/ ٣١٤) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٢/ ٣٥٤) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٤/ ٢١٤) ، الهداية (٣/ ٢٣٦) ، اللباب (٢/ ٩٢) .

(٤) انظر: الهداية (٣/ ٢٣٧) ، بدائع الصنائع (٤/ ٢١٤) ، الهداية (٣/ ٢٣٦) ، اللباب (٢/ ٩٢) .

(٥) انظر: تصرفات الأمين في العقود المالية للدكتور عبد العزيز الحجيلان (١/ ٣٧٩) .

دليل القول الخامس :

استدلوا على تخيير صاحبها بين أجرة المسمى مع أجرة الزيادة ، و بين قيمة العين، إذا كان الحمل مما تتلف العين بمثله ، أن الزيادة على الحمل المعقود عليها قد اجتمع فيه إذن وتعدي فيخير صاحب العين.

فإذا كانت العين لا تتلف بمثله عُلم أن تلفها فيما أذن فيه، لا بسبب الزيادة فلا يلزم المستأجر إلا أجرة الزيادة مع الأجر المسمى [1].

دليل أصحاب القول السادس:

استدلوا على لزوم ضمان المستأجر للعين بجميع قيمتها إذا لم يكن معها صاحبها بما استدل به أصحاب القول الثاني على ذلك.

واستدلوا على ضمان المستأجر لقسط الزيادة فقط إذا كان صاحب العين معها أن المستأجر لم يتعدَ ولم يجن إلا بالزيادة على المعقود عليه فيؤخذ بقدر جنايته فقط، وذلك لأن صاحب العين معه[2].

الترجيح :

الراجح والله أعلم بالصواب هو أن نقول إن كانت الدابة تطيق الحمولة الزائدة فلا ضمان على المستأجر، و أما إن كانت لا تطيقه فإن المستأجر يضمن قيمة الدابة مع الأجر المسمى وأجرة القدر الزائد، وهذا اضبط للمسألة .

(١) انظر : التاج والإكليل (٥/ ٤٣٨) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٢/ ٣٥٤) .

المطلب السادس

تلف العين المستأجرة تحت يد المستأجر

إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر فهل يضمنها مطلقاً، أو أنها تعد أمانة، فلا يضمنها إلا بتعدي أو تفريط ؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن العين المستأجرة تعد أمانة في يد المستأجر فلا يضمن إلا بتعدي أو تفريط .

قال بذلك الحنفية [١]، والمالكية [٢]، والشافعية [٣]، والحنابلة[٤]، ونقل الإجماع ابن رشد حيث قال "الضمان عند الفقهاء على وجهين: بالتعدي أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال، فأما بالتعدي فيجب على المكتري باتفاق " [٥]، ونقله ابن قدامة [٦] أيضاً حيث قال: "والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها، ولا نعلم في هذا خلافاً " [٧].

مستند الإجماع :

أن المستأجر قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ، فكانت أمانة ، كما لو

---

(١) انظر : الهداية (٣/ ٢٣٦ – ٢٣٧)، الأشباه والنظائر لابن نخيم .

(٢) انظر : الشرح الكبير للدردير (٤/ ٢٤) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٥/ ٢٢٦)، نهاية المحتاج (٥/ ٣٠٨) .

(٤) انظر : كشاف القناع (٤/ ٣٧) .

(٥) بداية المجتهد (١٢/ ٢٣١) .

(٦) هو عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة . من أهل جماعيل من قري نابلس بفلسطين . خرج من بلده صغيرا مع عمه عندما ابتليت بالصليبين واستقر بدمشق واشترك مع صلاح الدين في محاربه الصليبين، من تصانيفة ((المغني في الفقه شرح مختصر الخرقي)) عشر مجلدات و((الكافي)) ، ((والمقنع)) و ((العمدة)) وله في الأصول ((روضة الناظر)) ، انظر ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب ص(١٣٣ – ١٤٦)، والأعلام للزركلي(٤/ ١٩١) .

(٧) المغني (٦/ ١١٧) .

قبض العبد الموصى له بخدمته سنة ، أو قبض الزوج امرأته الأمة [1].

(١) انظر: المراجع السابقة ، وكشاف القناع (٤/ ٣١٦) .

المطلب السابع

ضــمان الأجيــر المشترك

إذا دفع إنسان عيناً إلى أجير يتقبل أعمالاً من عدد من الناس في وقت واحد ليعمل فيها عملاً، كأن يدفع القماش للخياط لخياطته، أو الثوب للغسّال لغسله .. أو نحو ذلك، فإنه يجب على الأجير أن يتصرف فيها حسب العمل الذي طلب منه القيام به، فلا يتجاوزه، وأن يحافظ عليها من التلف ولكن إذا تلفت فهل تعد أمانة في يده فلا يضمنها إلا بتعدي أو تفريط، أو يضمنها مطلقاً، أو أن ذلك يختلف باختلاف العين والمكان؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الأجير المشترك يعد أميناً فلا يضمن ما تلف تحت يده إلا بتعدي أو تفريط.

وبهذا قال الإمام أبو حنفية [1]، وبه قال الإمام الشافعي [2] –رحمهم الله – وقال به بعض الحنابلة[3] .

و به قال ابن حزم [4].

(١) انظر بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠) ، الهداية (٣/ ٢٤٤) .

(٢) انظر : روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) ، معني المحتاج (٢/ ٣٥١) إلا أنه لا يفتي به لفساد الناس .

(٣) انظر : الإنصاف (٦/ ٧٢) .

(٤) انظر : المحلى (٨/ ٢٠١) .

القول الثاني: أن الأجير يضمن ما تلف تحت يده مطلقاً، وبهذا قال أبو يوسف[١]، ومحمد بن الحسن [٢] صاحباً أبي حنيفة [٣]، وبعض المالكية [٤]، وبعض الشافعية [٥]، وهو المذهب عند الحنابلة [٦].

القول الثالث: أن الأجير المشترك يضمن ما تلف تحت يده إذا كان مما يغاب عليه ولم يُعلم سبب تلفه إلا بقوله، ولا يضمنه إذا كان مما ثبت تلفه بالبينة من غير تضييع ، وبهذا قال مالك وأكثر أصحابه [٧].

القول الرابع: أن الأجير المشترك لا يضمن ما تلف تحت يده إذا كان عمله في بيت المستأجر أو يده عليه إلا بتعد، ويضمن ما لم يكن ذلك مطلقاً، وبهذا قال بعض الحنابلة[٨].

أدلة القول الأول :

---

(١) هو : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، القاضي الإمام، ولد سنة ١١٣ أخذ الفقه، عن أبو حنيفة وهو المقدم من أصحابه جميعاً، ولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد وهو أول من سمي بقاضي القضاة، توفي سنة ١٨١هـ، له من التصانيف (الخراج) و(أدب القاضي) و(الجوامع). الأعلام للزركلي (٨/ ١٩٣٠) ، الجواهر المضية (ص ٢٢٠)

(٢) هو : محمد بن الحسن بن فرقد. نسبته إلى بني شيبان بالولاء، أصله من (خرستا) من قرى دمشق، نشأ بالكوفة، إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبو حنيفة، ولي القضاء للرشيد ثم عزله، من تصانيفه: (الجامع الكبير)، و(الجامع الصغير)، و(المبسوط) و(السير الكبير)، و(السير الصغير) و(الزيادات)، وهذه كلها تسمى عند الحنفية كتب ظاهرة الرواية. الأعلام (٦/ ٣٠٩) ، الفوائد البهية (ص ١٦٣) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٤/ ١٠)، والهداية (٣/ ٢٤٤)، ولكنهما استثنينا الشيء الغالب كالحريق والغرق، والعدو المكابر ونحو ذلك .

(٤) انظر : الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٥٨) ، المقدمات الممهدات (ص٢٤٣) .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٢/ ٣٥١ – ٣٥٢) ، روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) .

(٦) انظر : الإنصاف (٦/ ٧٢) ، الفروع (٤/ ٤٥٠) .

(٧) انظر : الإشراف (٢/ ٧٥)، والقوانين الفقهية ص٣٤١ ، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٥٨) ، المقدمات الممهدات (ص٢٤٣) .

(٨) انظر : المغني (٦/ ١٠٧) ، الإنصاف (٦/ ٧٢) ، الفروع (٤/ ٤٥٠) .

استدل أصحاب القول الأول بأدلة من الكتاب والمعقول وهي كما يلي:

أولاً – من الكتاب :

١ – قال تعالى: ﴿ فَلاَ عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ [١].

وجه الدلالة: أن هذه الآية الكريمة دلت على أن الأصل أن الضمان لا يجب إلا على المعتدي، فيشمل ذلك الأجير المشترك فلا يضمن إلا بالتعدي؛ لأنه مأذون له في القبض [٢]

ومن المعقول:

١- أن الأجير المشترك قد قبض العين بإذن المالك لمنفعته، وهي إقامة العمل له فيها، فلا تكون مضمونة عليه، قياساً على المودَع والأجير الخاص [٣].

٢- أن الأجير المشترك لا يضمن ما تلف تحت يده من غير تعد ، قياساً على عامل المضاربة [٤].

أدلة القول الثاني:

١. قال الرسول ﷺ : (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) [٥].

---

(١) سورة البقرة، الآية (١٩٣).

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٤/ ٢١١) .

(٣) انظر : المبسوط (١٥/ ١٠٣).

(٤) انظر : روضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) .

(٥) رواه أبو داود في السنن في كتاب البيوع – باب في تضمين العارية (٣/ ٢٩٦) ، الحديث رقم ٣٥٦١ ، و سكت عنه ، و اللفظ له . و الترمذي في السنن في كتاب البيوع – باب ما جاء في أن العارية مؤدة (٢/ ٣٦٨-٣٦٩) رقم ١٢٨٤ ، و قال: " هذا حديث حسن صحيح " . وابن ماجة في كتاب الصدقات – باب العارية (٢/ ٨٠٢)، حديث رقم ٢٤٠٠ . واحمد (٥/ ٨) والبيهقي في كتاب العارية – باب العارية مضمونه (٦/ ٩٠) . والحاكم في كتاب البيوع ٢/ ٤٧ ، وقال: " هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري و لم يخرجاه " ووافقه الذهبي في تلخيصه. و ابن أبي شيبة في كتاب البيوع و الأقضية – باب في العارية من كان لا يضمنها و من كان يفعل (٦/ ١٤٦) ، حديث رقم ٦٠٤ ، وزادوا إلا ابن ماجه وابن أبي شيبة : " ثم إن الحسن نسي فقال: هو أمينك، لا ضمان عليه" . وقال الألباني: " ضعيف ". (إرواء الغليل ٥/ ٣٤٨) .

وجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ أخبر بأنه يجب على الإنسان رد ما أخذه، والأجير المشترك في حال هلاك العين يجب عليه رد قيمتها [١].

نوقش :

١. بأن الحديث فيه انقطاع [٢].

٢. أن الأداء فرض ولا يلزم منه الضمان من هذا اللفظ؛ لأنه لو قيل بذلك للزم أن تضمن الرهون والودائع؛ لأنها مما قبضت اليد [٣].

٣. أن المقصود من الحديث العارية والغصب [٤].

من الآثار :

١- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضمّن الصناع الذين انتصبوا للناس في أعمالهم ما أهلكوا في أيديهم [٥].

نوقش:

أن فعل عمر يحتمل أنه كان في بعض الأُجراء، وهو المتهم بالخيانة[٦].

٢- ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه ضمّن القصّار [٧]، والصواغ[٨]، وقال: (لا

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠) .

(٢) انظر : تلخيص الحبير (٣/ ٥٣) .

(٣) انظر : الجوهر النقي (٦/ ٩٠) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٤/ ١١) .

(٥) رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع و الأقضية – باب القصار و الصباغ و غيره (٦/ ٢٨٥) ، و اللفظ له . ورواه عبد الرزاق في كتاب البيوع – باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده (٨/ ٢١٧) رقم (١٤٩٤٩) بلفظ : " أن عمر بن الخطاب ضمن الصباغ الذي يعمل بيده " . وقال ابن حجر: (حديث عمر وعلي في تضمين الأجير: أما عمر فأخرجه عبد الرزاق بسند منقطع ...) تلخيص الحبير (٣/ ٦١).

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠) .

(٧) القصّار والمقصر هو المحور للثياب الذي يبيضها ؛ لأنه يدقها بالمقصرة التي هي قطعة من الخشب. (اللسان) مادة (قصر) (٥/ ١٠٤).

(٨) الصوّاغ: هو صائغ الحلي (النهاية) صوغ (٣/ ٦١).

يصلح الناس إلا ذلك) [1].

نوقش: بأنه قد روي عن علي خلاف ذلك، فقد روي عنه أنه كان لا يضمن الأجير المشترك [2].

نوقش: الأثران السابقان بأنهما ضعيفان ، كما في تخريجهما .

دليل القول الثالث:

أولاً: استدلوا على تضمين المستأجر لما تلف تحت يده إذا كان مما يغاب عليه ولم يُعلم سبب تلفه إلا بقوله بما روي عن عمر وعلي – رضي الله عنهما – وقد سبق بيانهما.

واستدلوا على عدم التضمين إذا كان المال مما ثبت تلفه بالبينة من غير تضييع أن الصانع ونحوه أجير، فإذا ثبت هلاك ما دفع إليه بغير تعد أو تفريط لم يضمن، أشبه الصانع الخاص والراعي [3].

دليل القول الرابع :

استدلوا على عدم التضمين إلا بتعد إذا كان العمل في بيت المستأجر أو يده عليه أن الأجير قد سلم نفسه إلى المستأجر، فيكون كالأجير الخاص، فلا يضمن إلا بتعد [4].

وأما قولهم بتضمين الأجير مطلقاً إذا لم يكن العمل في بيت المستأجر أو تحت يده فلعلهم يستدلون عليه بما استدل به أصحاب القول الثاني، وقد سبق بيانه .

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع و الأقضية – باب في شهادة الصبيان (٦/ ٢٨٥)، رقم ١٤٩٤٨ بلفظ : (كان علي يضمن الخياط و الصباغ ..) الأثر . والبيهقي في كتاب الإجارة – باب ما جاء في تضمين الأجراء (٦/ ١٢٢) ، وقال ابن حجر: (حديث عمر وعلي في التضمين الأجير: وأما حديث علي فرواه البيهقي من طريق الشافعي عن علي بسند ضعيف) (تلخيص الحبير ٣/ ٦١).

(٢) رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع و الأقضية – باب في الأجير يضمن (٦/ ٥٣) ، ضعفه الأمام الشافعي في الأم ص (٤/ ٣٨-٣٩) ، و ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/ ٦١).

(٣) انظر : المقدمات الممهدات (٢/ ٤٤) .

(٤) انظر : المغني (٦/ ١٠٧) .

الترجيح :

الراجح و الله أعلم بالصواب هو القول الأول القائل بأن الأجير المشترك يعد أمين فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط .

المطلب الثامن : ضمان الأجيـــر الخاص

إذا استأجر شخص آخر لعمل معين كبناء حائط أو مشروع معين أو نحو ذلك، فيجب عليه أن يتصرف بالعين بالعمل الذي استؤجر للقيام به فقط، وأن يحافظ عليها من التلف، ولكن إذا تلفت فهل يُعَدُّ أميناً عليها فلا يضمنها إلا بتعد أو تفريط أو يضمن ذلك مطلقاً؟

اختلف الفقهاء على ذلك على قولين:

القول الأول: أن الأجير الخاص يعد أميناً، فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط منه، وبه قال الحنفية [١]، والإمام مالك وأصحابه [٢].

وهو المذهب عند الشافعية [٣]، والحنابلة [٤]، وابن حزم [٥].

القول الثاني: أن الأجير الخاص يضمن ما تلفت يده مطلقاً، قال بهذا بعض الشافعية[٦].

أدلة القول الأول:

١ – أن منافع الأجير الخاص مملوكة لمستأجره، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح، ويصير نائباً عنه، فيصير فعله منقولاً إليه، كأنه فعله بنفسه، فلا يضمن إلا بتعد [٧].

٢ – أن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه فيما أمر به فلم يضمن

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٤/ ٢١١) ، مجمع الضمانات (ص٢٨) ، الكتاب للقدوري (٢/ ٩٥).

(٢) انظر : المدونة (٢/ ٤٤٧) ، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٥٧) ، بداية المجتهد (٢/ ٢٣٢) .

(٣) انظر : مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦ – ٢٢٧)، وروضة الطالبين (٥/ ٢٢٨) ، مغني المحتاج (٢/ ٣٥١) .

(٤) انظر : الإنصاف (٦/ ٧٠ – ٧١) ، الفروع (٤/ ٤٤٩) .

(٥) انظر : المحلى (٨/ ٢٠١) .

(٦) انظر : مغني المحتاج (٢/ ٣٥١) .

(٧) انظر : الهداية (٣/ ٢٤٦) ، اللباب (٢/ ٩٥) .

من غير تعد أو تفريط قياساً مع الوكيل والمضارب [1].

٣ – وقياسه على المودَع .

٤ – واستدلوا على ضمان الأجير الخاص مع التعدي أن الأجير الخاص إذا تعدى على شيء فأتلفه ضمن لتعديه قياساً على غير الأجير و على الغاصب [2].

أدلة القول الثاني :

١ – أن علي ﷺ يضمّن الأجير [3].

وجه الدلالة أن علياً كان يضمّن الأجير وهذا مطلق فيشمل الأجير الخاص والمشترك وفي حال التعدي وعدمه .

نوقش: بأن الحديث ضعيف [4].

٢ – أن الأجير الخاص منفرد باليد فيضمن مطلقاً، قياساً على الأجير المشترك [5].

الترجيح :

الذي يظهر رجحانه – والله أعلم بالصواب – هو القول الأول القائل بأن الأجير الخاص لا يضمن ما تلف تحت يده إلا إذا كان بتعد أو تفريط منه، لأن في التضمين مطلقاً تضييق على الناس وعدم قضاء حوائجهم فالقول الأول موافق للشريعة وسماحتها.

---

(١) انظر : شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٦) ، المغني (٦/ ١٠٩).

(٢) انظر : كشاف القناع (٤/ ٣٣) ، و المراجع السابقة .

(٣) رواه البيهقي في كتاب الإجارة – باب ما جاء في تضمين الأجراء (٦/ ١٢٢)، وقال: (وأهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن علي)وهذا الحديث عن خلاس .

(٤) ضعفه ابن قدامه في المغني (٦/ ١٠٩) .

(٥) انظر : المهذب (١/ ٤١٥) .

المبحث الثاني

التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التفويض والإطلاق

ويشتمل على أربعة مطالب :

المطلب الأول: تلف ما تحت يد الوكيل .

المطلب الثاني: تلف ما تحت يد المستعير .

المطلب الثالث: تلف الوقف تحت يد الناظر.

المطلب الرابع: تلف مال الصغير أو المجنون تحت يد الوصي أو يد القاضي.

المطلب الأول

تلف ما تحت يد الوكيل

إذا وكل شخص على عين من الأعيان كسيارة، أو حيوان للتصرف فيه إما ببيع، أو إجارة، أو غير ذلك فتلفت هذه العين تحت يده إما بسبب تصرفه فيها أو بغير سببه فهل يضمن مطلقاً، أو لا يضمن إلا بتعد أو تفريط ؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن يد الوكيل على ما وكِّل عليه يد أمانه، فلا يضمن ما تحت يده إلا إذا كان بتعد بتصرف لا يملكه، من التصرفات ، أو تفريط في حفظه [1].

قال بذلك الحنفية [2]، والمالكية [3]، والشافعية [4]، والحنابلة [5].

مستند الإجماع :

١- قياس الوكيل على المودَع، والمودَع لا يضمن إلا بتعدٍ، أو تفريط [6].

٢- أن عقد الوكالة عقد إرفاق، والضمان المطلق مناف لذلك فلا يضمن إلا بتعد وتفريط [7].

(١) انظر: مغني ذوي الأفهام ، لابن عبد الهادي ، (ص١٢٦) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٦/ ٣٦)، مجمع الضمانات ص٢٥١ .

(٣) انظر : التفريع (٢/ ٣١٦)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٨٩) .

(٤) انظر : روضة الطالبين (٤/ ٣٢٥)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٣٠) .

(٥) انظر : الإنصاف (٥/ ٣٩٦) ، الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٢٤٧).

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٦/ ٣٤) .

(٧) انظر : مغني المحتاج (٢/ ٢٣٠) ، اسنى المطالب (٢/ ٢٧٦) .

المطلب الثاني

تلف ما تحت يد المستعير

إذا تلفت العين المستعارة تحت يد المستعير فهل يضمنها مطلقاً أو لا يضمنها إلا بتعدٍ أو تفريط ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن العارية تعد أمانة عند المستعير، فلا يضمنها إلا بتعدٍ أو تفريط.

وبهذا قال الحنفية [١]، وبعض الحنابلة [٢].

القول الثاني: أنه يلزم المستعير ضمان العارية إذا تلفت تحت يده مطلقاً. وبهذا قال الإمام الشافعي وأكثر أصحابه [٣]، وهو المذهب عند الحنابلة [٤].

القول الثالث: أنه لا يلزم المستعير ضمان ما لا يخفى هلاكه كالحيوان والعقار إلا بتعد أو تفريط، ويضمن ما يخفى هلاكه كالحلي، والأواني، ونحوها، إلا إذا قامت البينة على عدم التعدي والتفريط فيه، وبهذا قال أكثر المالكية [٥].

القول الرابع: أنه يلزم المستعير ضمان العارية إذا تلفت تحت يده إذا شرط عليه المستعير الضمان، وإلا فلا .قاله بعض الحنابلة وهو مروي عن أحمد [٦] و ذهب إليه شيخ الإسلام بن تيمية[٧].

أدلة القول الأول:

---

(١) انظر : الهداية (٣/ ٢٢٠)، وبدائع الصنائع (٦/ ١١٨) .

(٢) انظر : الإنصاف (٦/ ١١٢) .

(٣) انظر : الأم (٣/ ٢٥٠)، وروضة الطالبين (٤/ ٤٥٣) .

(٤) انظر : الإنصاف (٦/ ١١٢)، إلا أنهم استثنوا بعض المسائل كما إذا تلفت في يد المستعير من مستأجرها، أو كان المعار وقفاً ككتب علم أو نحوه، فلا يضمنها إلا بتصرف أو تفريط .

(٥) انظر : الشرح الكبير للدردير (٢/ ٢٣٥) ، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠٨) .

(٦)انظر : الإنصاف (٦/ ١١٣)، والفروع (٤/ ٤٧٤) .

(٧) انظر : الفروع (٤/ ٤٧٤) ، و في الفتاوى ساق الخلاف و لم يرجح (٣٠/ ٣١٤-٣١٥-٣١٦) .

١ – قال النبي × : (العارية مؤداة)[١].

وجه الدلالة :

أخبر الرسول × أن العارية أمانة وإذا كانت أمانة فإنها لا تضمن إلا بتعدي أو تفريط[٢].

نوقش :

بأن هذا الحديث ضعيف ؛لأنه من رواية إسماعيل[٣] بن عياش، وهي ضعيفة[٤].

الإجابة عن المناقشة :

١ – أن رواية إسماعيل ليست ضعيفة على الإطلاق وإنما هي ضعيفة عن الحجازيين وصحيحة عن الشاميين وهذا الحديث من رواية الشاميين لأنه راوه عن شرحبيل[٥] بن مسلم وهو شامي ، فيكون صحيحاً بالنسبة له[٦] .

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع – باب في تضمين العارية (٣/ ٢٩٦ – ٢٩٧)، رقم ٣٥٦٥ ، و اللفظ له و سكت عنه .والترمذي في ابواب البيوع – باب ما جاء في العارية مؤداة (٢/ ٣٦٨)،رقم١٦٨٥وقال:(حديث حسن)، وأحمد في المسند (٥/ ٢٦٧)، والبيهقي في كتاب العارية – باب العارية مؤداة (٦/ ٨٨)، و عبد الرزاق في كتاب البيوع – باب العارية (٨/ ١٨١) رقم(١٤٧٩٦) ، وقال الألباني حديث صحيح ، السلسلة الصحيحة (٢/ ١٦٩) .

(٢) انظر : المغني (٥/ ٣٥٥) .

(٣) هو إسماعيل بن عياش بن مسلم العنسي، الحمصي يكنى بأبي عتبة، ولد سنة ١٠٦هـ، قال فيه البخاري: (إذا حدث عن أهل بلدة فصحيح، وإذا حدث عن غيرهم ففيه نظر)، وقواه أحمد وابن معين وغيرهما، توفي سنة ١٨١هـ. الجرح والتعديل (٢/ ١٩١) .

(٤) انظر : المحلى (٩/ ١٧٢) .

(٥) هو شرحبيل بن مسلم بن حامد الخولاني ، الشامي تابعي مشهور أدرك خمسة من الصحابة ، قال فيه أحمد : من ثقات الشاميين ، و قال العجلي : ثقة ، وقال ابن معين : ضعيف ، و قال ابن حجر : صدوق فيه لين . (ميزان الاعتدال (١/ ٢٦٧) ، تهذيب التهذيب (٤/ ٣٢٥) .

(٦) انظر : نصب الراية (٤/ ٨٠).

٢ – قال النبي × : (ليس على المستعير غير المغل[١] ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) [٢]، وفي رواية: (لا ضمان على مؤتمن)[٣].

نوقش :

بأنه لا يصح مرفوعاً عن النبي × [٤]، وإنما روي موقفاً [٥] .

٣ – روي عن عمر بن الخطاب ﷺ قال: (العارية بمنزلة الوديعة و لا ضمان فيها إلا أن يتعدى) [٦].

٤ – أن المستعير قد قبض العين بإذن مالكها، فكانت أمانة في يده كالوديعة، فلا تضمن إلا بتعدٍ أو تفريط [٧].

أدلة القول الثاني :

١ – أن النبي × قال لمن استعار منه أدرعاً يوم حنين : (عارية مضمونة) [٨].

---

(١) مأخوذ من الإغلال ، وهو الخيانة أي إذا لم يخن في العارية و الوديعة فلا ضمان عليه ، النهاية (٣/ ٣٨١).

(٢) رواية الدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٢٤١)، الحديث (١٦٧)، والبيهقي في كتاب العارية، باب من قال: لا يغرم (٦/ ٦١) ، و ضعفاه .

(٣) رواه الدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٤١)، الحديث رقم (١٦٧)، والبيهقي في كتاب الوديعة – باب لا ضمان على مؤتمن (٦/ ٢٨٩)، وضعفها ابن حجر. تلخيص الحبير (٣/ ٩٧)، ورمز له السيوطي بالضعف، الجامع الصغير مع شرحه الفيض (٦/ ٤٣٢) .

(٤) انظر : المغني (٥/ ٣٥٦) .

(٥) رواه على شريح عبد الرزاق في كتاب البيوع ، باب العارية (٨/ ١٧٨) رقم (١٤٧٨٢)، والدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٤١)، الأثر رقم (١٧٠)، والبيهقي في كتاب العارية – باب من قال: لا يغرم ٦/ ٩١ . وابن حزم في المحلى ٩/ ١٧٠ . و قال التهانوي : " وهذا سند صحيح " . (إعلاء السنن ١٦/ ٥٧) .

(٦) رواه عبد الرزاق في كتاب البيوع، باب العارية (٨/ ١٧٩) ، رقم ١٤٧٨٥ و اللفظ له . و ابن حزم في المحلى (٩/ ١٧٣) . وقال التهانوي : " و سند عبد الرزاق حسن " (إعلاء السنن ١٦/ ٥٦) .

(٧) انظر : المغني (٥/ ٣٥٥) .

(٨) رواه أبو داود ي كتاب البيوع، باب في تضمين العارية (٣/ ٢٩٦)، حديث (٣٥٦٢) بهذا اللفظ، وقال: (هذه رواية يزيد – يعني يزيد بن هارون – ببغداد، وفي رواية بواسط تغير على غير هذا)، وفي

نوقش :

بأنه ضعيف الإسناد حيث ساق ابن حزم جميع طرقه وبيّن ضعف أسانيدها [1].

وقال الكساني و ابن القيم بأن الأظهر أن المراد بالضمان فيه ضمان الرد لا ضمان التلف [2].

ونوقش :

بأنه محمول على اشتراط الضمان من الرسول × على نفسه وإن كان لا يضمن ولكنه بالشرط، كالمودَع [3].

أدلة القول الثالث:

١- أن ما لا يخفى هلاكه كالحيوان ونحوه قد قبضه المستعير لمنفعة نفسه فلم يضمنه مع عدم التعدي، كالعبد الموصي بخدمته [4].

٢- واستدلوا على لزوم الضمان فيما يخفى هلاكه إلا إذا قامت بينة على التعدي بحديث النبي × : (بل عارية مضمونة) [5] .

وجه الدلالة :

أن الرسول أخبر في هذا الحديث أن العارية مضمونة، وقد ورد في السلاح وهو

رقم (٣٥٦٣)، ورقم (٣٥٦٤)، بنحو هذا اللفظ وسكت عنه، وأحمد في المسند (٣/ ٤٠١، ٦/ ٣٦٥)، إلا أنه قال: (يوم خيبر)، والحاكم في كتاب البيوع (٢/ ٤٧)، وسكت عنه هو والذهبي في تلخيصه، وفي كتاب المغازي (٣/ ٤٨ – ٤٩)، عن عبدالرحمن بن جابر عن أبيه جابر عن عبدالله ﷺ بنحو هذا اللفظ؛ وقال: (صحيح الإسناد ولم يخرجاه) ووافقه الذهبي في تلخيصه. والبيهقي في كتاب العارية – باب العارية مضمونة (٦/ ٨٩). والدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٣٩)، وقال الألباني (صحيح)، إرواء الغليل (٥/ ٣٤٤) .

(١) انظر : المحلى (٩/ ١٧١ – ١٧٢) .

(٢) زاد المعاد (٣/ ٤٨٢) ، بدائع الصنائع (٦/ ٢١٨) .

(٣) انظر : المبسوط (١١/ ١٣٦) .

(٤) انظر : الأشراف (٢/ ٣٩) .

(٥) سبق تخريجه، (ص٥٤) .

مما يخفى هلاكه فيُحمل الضمان فيه على ما يخفى هلاكه كالسلاح والحلي، ونحوها جمعاً بينه الأدلة الأخرى [1].

دليل القول الرابع :

لعلهم يستدلون بحديث النبي عندما قال: (بل عارية مضمونة) [2]، و قد اشترط صفوان[3] على النبي الضمان .

الترجيح :

الراجح والله أعلم بالصواب أن الراجح هو القول الأول القائل بعدم تضمين المستعير إلا بتعد أو تفريط وذلك لسلامة أكثر أدلتهم من المناقشات وقوتها ولأن العارية لما كانت أمانة في يد المستعير لزم أن يكون حكمها كسائر الأمانات، فلا تضمن إلا بتعد أو تفريط .

---

(١) انظر : بداية المجتهد (٢/ ٣١٤) .

(٢) سبق تخريجه، (ص٥٤) .

(٣) هو صفوان بن أمية بن خلف القرشي ، الجمحي ، أسلم بحنين ، وكان أحد أشراف قريش في الجاهلية و الإسلام و كان من المؤلفة قلوبهم وطلب من الرسول صلى الله عليه و سلم الرجوع إلى مكة بعد إسلامه و توفي بمكة أيام خروج الناس إلى الجمل سنة ٣٦ هـ .انظر أسد الغابة (٣/ ٢٢) ، الاصابة(٣/ ٢٤٦-٢٤٧) .

المطلب الثالث

تلف الوقف تحت يد الناظر

تلف الموقوف تحت يد الناظر عليه مثل أن يكون داراً فانهدمت أو سيارة فتلفت فهل يضمن مطلقاً أو يعد أميناً فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط ؟

اتفق أهل العلم على أن الوقف يعد أمانة في يد الناظر عليه فيضمن إذا تلف بتعد منه أو تفريط في حفظه، ولا يضمنه إذا لم يتعد ولم يفرط [1].

مستند الإجماع :

١. أن الوقف في يد الناظر أمانة قياساً على الوكيل في المال و الوصي و القاضي في مال الصغير و المجنون.

٢. أن الناظر إذا كان عُين من الموقوف عليه فإنه يعد أميناً قياساً على الشريك في المال [2]

(١) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم، (ص٧٣ – ٧٥) ، مغني المحتاج (٢/ ٣٩٦)، أسنى المطالب (٢/ ٤٧٦)، الإرشاد إلى معرفة الأحكام ص١٤١ ، البدائع ٥ / ٢٤٨ ، والقوانين الفقهية (٢٢٠) والمحلي على المنهاج ٣/ ٢٩ ، والقواعد لابن رجب (٥٣ و ٣٠٨ و ٣٠٩) . وانظر الفروق (٢ / ٢٠٧) .

(٢) انظر : تصرفات الأمين في العقود المالية (٢/ ٧٣٩) ، للدكتور عبد العزيز الحجيلان .

المطلب الرابع

تلف مال الصغير أو المجنون تحت يد الوصي أو يد القاضي

اتفق العلماء على أن كلا من الوصي والقاضي أمين على ما في يده من مال الصغير أو المجنون ، فإن تعدى في أي تصرف أو فرط في حفظه فإنه يضمن وإن لم يتعد ولم يفرط فإنه لا يضمن.

قال بهذا الحنفية [١]، والمالكية [٢]، والشافعية [٣]، والحنابلة [٤].

مستند الإجماع :

أن كلاً من القاضي و الوصي نائب عن الصغير و المجنون في اليد و التصرف، فكان المال في يده أمانه فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط [٥]

(١) انظر : النتف في الفتاوى (١/ ٥٢٩) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم، (ص٧٣ – ٧٥) .

(٢) انظر : أصول الفتيا (ص٣٩١) ، الفروع (٢/ ٢٠٨).

(٣) انظر : تقويم النظر (٢/ ٧١٠) .

(٤) انظر : كشاف القناع (٣/ ٤٨٥) ، والقواعد لابن رجب (٥٣ و ٣٠٨ و ٣٠٩) .

(٥) انظر : المبدع (٤/ ٣٨١) ، الروض الندي (ص ٢٥٧) .

المبحث الثالث

التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التوثيق والحفظ

ويشتمل على خمسة مطالب :

المطلب الأول: تلف الرهن تحت يد المرتهن .

المطلب الثاني: تلف الرهن تحت يد العدل .

المطلب الثالث: وضع المودَع الوديعة عند آخر بغير عذر فتلفت .

المطلب الرابع: تلف الوديعة بعد انتفاع المودَع بها وردها إلى حالها .

المطلب الخامس: ضمان المودَع لديه .

المطلب الأول

تلف الرهن تحت يد المرتهن

إذا تلف الرهن وهو في يد المرتهن إما بسبب من جهته بأن تصرف فتلف، أو بسبب من جهة غيره، فهل يعد أميناً عليه فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط، أو يضمن مطلقاً، أو يختلف ذلك باختلاف عين الرهن ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن يد المرتهن تعد يد أمانة، فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط .

بهذا قال الإمام الشافعي وأصحابه [١] وهو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد [٢] وهو المذهب ، و بهذا قال ابن حزم [٣]

القول الثاني: أن يد المرتهن يد ضمان، فيضمن مطلقاً. وبهذا قال الحنفية[٤]، ورواية عن أحمد [٥].

القول الثالث: أن الرهن إن كان مما يخفى هلاكه كالذهب، والفضة والعروض فإن المرتهن يضمن إلا أن يأتي بشهود على أن الهلاك من غير تعد ولا تفريط، وإن كان مما لا يخفى هلاكه كالدور و الحيوان فإنه لا يضمن إلا بتعد أو تفريط .

وبهذا قال الإمام مالك في رواية عنه و بها أخذ أكثر أصحابه [٦].

---

(١) انظر : الأم (٣/ ١٧ – ١٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٦ – ١٣٧) .

(٢) انظر : المغني (٤/ ٤٤٢)، الإنصاف (٥/ ١٥٩) .

(٣) انظر : المحلى (٨/ ٩٩) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٦/ ١٥٤)، هذا في حال ساوي الدين من مالية الرهن، وأما إذا زاد على الدين فيعدونه أمانة.

(٥) انظر : الإنصاف (٥/ ١٥٩) .

(٦) انظر : الإشراف (٢/ ٧)، القوانين الفقهية ص٣٢٩، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨١٦ – ٨١٧).

أدلة القول الأول:

١ – ما رواه أبو هريرة ﷺ عن النبي × أنه قال: (لا يغلق الرهن له غنمه، وعليه غرمه) [١].

وجه الدلالة :

قال الإمام الشافعي عند استدلاله بهذا الحديث: "وبهذا نأخذ، وفيه دليل على أن جميع ما كان رهناً غير مضمون على المرتهن، لأن الرسول قال: (الرهن من صاحبه الذي رهنه) فمن كان منه شيء فضمانه منه لا من غيره، ثم زاد فأكد له فقال: (له غنمه وعليه غرمه) وغنمه سلامته وزيادته، وغرمه عطبه ونقصه، فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكه لا من مرتهنه ... " [٢].

نوقش :

١. بأن الحديث ضعيف كما في تخريجه.

٢. وأن قوله (لا يغلق) لا يهلك، لأن الغلق يستعمل في الهلاك كما قال بعض أهل

---

(١) رواه الدارقطني في كتاب البيع (٣/ ٣٢)، الحديثان ١٢٥، ١٢٦ بهذا اللفظ، وقال: "هذا إسناد حسن متصل"، وفي الأحاديث ١٢٧ – ١٣١ بألفاظ متقاربة ،و الحاكم في كتاب البيوع (٢/ ٥١، ٥٢)، وقال: "هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري، وقد تابعه مالك وابن أبي ذئب وسليمان أبو داود الحراني، ومحمد بن الوليد الزبيدي، ومعمر بن راشد على هذه الرواية"، ووافقه الذهبي في تلخيصه .و البيهقي في كتاب الرهن، باب: الرهن غير مضمون (٦/ ٣٩) ، وعبد الرزاق في كتاب البيوع – باب: الرهن لا يغلق (٨/ ٢٣٧ – ٢٣٨)، الحديثان (١٥٠٢٣، ١٥٣٤)،وابن أبي شيبة في كتاب الأشربة – باب في الرجل يرهن الرجل فيهلك . وأبو داود في كتاب (المراسيل) في كتاب الرهن ص١٤٣، الحديث رقم (١٦٤)، وقال: "قوله: (له غنمه، وعليه غرمه) من كلام سعيد بن المسيب نقله عنه الزهري" . وقال ابن حجر: "وصحح أبو داود والبزار و الدارقطني وابن القطان إرساله، وله طرق في الدارقطني كلها ضعيفة ، وصحح ابن عبد البر وعبد الحق وصله". تلخيص الحبير (٣/ ٣٦) ، وقال القرطبي: "وأصل هذا الحديث عند أهل العلم بالنقل المرسل، وإن كان قد وصل من جهات كثيرة فإنهم يعللونها ... ". الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٤١٤)

(٢) انظر : الأم (٣/ ١٧٠) .

اللغة[1].

٢ – أن الرهن وثيقة بالدين، فلا يضمن، كالكفيل، والشاهد [2] .

أدلة القول الثاني :

١ – ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله × قال: (الرهن بما فيه) [3].

وجه الدلالة :

أن النبي صلى عليه و سلم جعل هلاك الرهن بما رهنت به من الديون مما يدل على أن الرهن مضمون[4]

نوقش :

بأنه ضعيف كما في التخريج .

٢ – قال النبي لرجل أرتهن فرساً، فمات الفرس في يد المرتهن، فقال له الرسول × : «ذهب حقك» [5].

نوقش :

١. بأنه ضعيف كما في التخريج .

---

(١) قال الأزهري: (والغلق الهلاك، ومعنى لا يغلق الرهن أي: لا يهلك)، وقال ابن منظور: (والغلق الهلاك، معنى لا يغلق الرهن أي لا يهلك)، تهذيب اللغة، مادة (غلق) (١٦/ ١٤١)، لسان العرب، مادة (غلق) (١٠/ ٢٩٣).

(٢) كشاف القناع (٣/ ٣٤١) .

(٣) رواه البيهقي في كتاب الرهن – باب: من قال الرهن مضمون (٦/ ٤٠)، وقال: "وهو منقطع بين عمرو بن دينار وأبي هريرة" .

(٤) انظر : الرهن في الفقه الأسلامي لمبارك الدعيلج ص٤٧١ .

(٥) رواه الطحاوي في كتاب الرهن، باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه؟ (٤/ ١٠٢)، واللفظ له،وأبو داود في كتابه (المراسيل) في كتاب الرهن (ص١٤٣)، الحديث رقم (١٦٥)، وابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية – باب في الرجل يرهن الرهن فيملك (٧/ ١٨٣). والبيهقي في كتاب الرهن – باب: من قال الرهن مضمون (٦/ ٤١) ،قال الشافعي: (ومما يدلك على وهن هذا أن عطاء يفتي بخلافه ويقول بخلافه ...) الأم (٣/ ١٩٢) .

٢. المقصود بذهب حقك من الوثيقة بالحبس لا دَيْنُك، بدليل أن الرسول لم يسأله عن قدر الدين [١].

٣. روي أن عمر بن الخطاب ﷺ قال في رجل يرتهن الرهن فيضيع عنده (إن كان أقل مما فيه يرد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين) [٢].

وجه الدلالة :

إن كان الرهن أقل من قيمة الدين وتلف في يد المرتهن فإن الراهن يرجع بالفرق على المرتهن وإن كان أكثر يبقى الباقي أمانة في يد المرتهن .

نوقش :

قال ابن حزم بأنه ضعيف لأنه من رواية عبيد [٣] وهو لم يولد إلا بعد وفاة عمر، أو أدركه صغير لم يسمع منه شيئاً [٤].

دليل القول الثالث

أن الرهن لم يجري مجرى الأمانات المحضة، و لا مجرى المضمون المحض؛ لأنه أخذا شبهاً منهما ، فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد، وذلك لأن الأمانات المحضة هي التي لا نفع فيها لقابضها ، بل النفع فيها للمالك ، والمضمون المحض هو ما كان النفع كله لقابضه، فكان لا بد من التفصيل الذي ذكرناه .[٥]

---

(١) انظر : المغني (٤/ ٤٤٣)، المبدع (٤/ ٢٢٧) .

(٢) رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية – باب في الرجل يرهن الرهن فيهلك (٧/ ١٨٨ – ١٨٩) والطحاوي في كتاب الرهن – باب: الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه (٤/ ١٠٣)، والبيهقي في كتاب الرهن – باب من قال الرهن مضمون (٦/ ٤٣)، وقال:(هذا ليس بمشهور عن عمر) والدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٣١)، الحديثان ١١٩ – ١٢٠ .

(٣) هو عبيد بن عمير بن قتادة بن سعيد الليثي، المكي، يكنى بأبي عاصم، قاض أهل مكة، قال ابن حجر: روى عن أبيه، وعمر، وعن وغيرهم، وروى عنه ابنه عبد الله، وعطاء، ومجاهد وغيرهم، ووثقه ابن سعد، وابن معين، وأبو زرعة، والعجلي، وغيرهم). توفي سنة ٦٨هـ .

(٤) انظر : المحلى (٨/ ٩٨) .

(٥) انظر : المقدمات الممهدات (٢/ ٣٦٨-٣٦٩) ، الإشراف (٢/ ٧-٨) .

والإمام الشافعي يقول في التفريق بين ما يخفى هلاكه وما لا يخفى : (واسم الرهن جامع لما يظهر هلاكه ويخفى وإنما جاء الحديث جملة ظاهراً، وما كان جملةً ظاهراً فهو على ظهوره وجملته) [1].

الترجيح :

أغلب الأدلة لم تسلم من مناقشات وبالتالي الراجح والله أعلم بالصواب – هو القول الأول القائل بأن يد المرتهن تعد يد أمانة، فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط لسلامة أكثر أدلتهم من المناقشات .

(١) انظر : الأم (٣/ ١٩١) .

المطلب الثاني

تلف الرهن تحت يد العدل

إذا تلف الرهن تحت يد العدل[1]، إما بسبب من جهته بالتصرف فيه، أو بسبب من جهة غيره، فهل يعد أمانة في يده فلا يضمنه إلا بتعد أو تفريط، أو يضمنه مطلقاً؟

الظاهر من كلام الفقهاء اختلاف على قولين :

القول الأول: أن يد العدل تعد يد أمانة فلا يضمن الرهن إلا بتعد أو تفريط.

قال بذلك المالكية [2]، والشافعية [3]، والحنابلة [4].

القول الثاني: أن يدل العدل يد ضمان مطلقاً .

وهو ظاهر كلام الحنفية حيث اعتبروا قبض العدل بمنزلة قبض المرتهن وهذا قولهم بالنسبة للرهن تحت يد المرتهن كما سبق [5].

دليل القول الأول :

يمكن الاستدلال لهم أن الرهن في يد العدل مال وضع في يد إنسان لحفظه مدة معينة دون تصرف فيه، فكان أمانة في يده قياساً على الوديعة .

أدلة القول الثاني :

استدلوا بما سبق أن استدلوا به على أن يد المرتهن تعد يد ضمان، وقد سبقت مناقشتها هناك.

---

(1) المقصود بالعدل هنا هو الذي يثق الراهن و المرتهن بكون الرهن في يده لحفظه و حيازته ، انظر حاشية شلبي على تبيين الحقائق (٦/ ٨٠) .

(٢) انظر : الأشراف (٢/ ٦)، والقوانين الفقهية ص٣٢٩ .

(٣) انظر : الأم (٣/ ١٧٠) .

(٤) انظر : كشاف القناع (٣/ ٣٤١) .

(٥) كما تقدم بالنسبة لمقدار الدين من الرهن، أما ما زاد عنه فهو أمانة ، انظر ص٦٠.

الترجيح :

الذي يظهر لي والله أعلم بالصواب أن الراجح هو القول الأول القائل بأن يد العدل تعد أمانة فلا يضمن الرهن عند تلفه إلا بتعد أو تفريط لأن القول بالضمان مطلقاً يؤدي إلى التضييق على الناس .

المطلب الثالث

وضع المودع الوديعة عند آخر بغير عذر فتلفت

إذا وضع المودَع الوديعة عند آخر بغير عذر فتلفت الوديعة على من يكون الضمان هل على المودَع الأول، أو الثاني، أو أن للمودِع تضمين من شاء منهما ؟

اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال :

القول الأول: أن الضمان يستقر على الأول، ولصاحب الوديعة تضمين من شاء منهما إذا كان الثاني عالماً بالحال، فإن كان جاهلاً فلا ضمان عليه .

وهو المذهب عند الحنابلة [١] .

القول الثاني: أن لصاحب الوديعة تضمين من شاء من المودَع الأول أو الثاني مطلقاً. قال بهذا الشافعية [٢].

القول الثالث: أن الضمان يكون على المودَع الأول .

وبهذا قال أبو حنيفة [٣]، والمالكية [٤]، وبعض الحنابلة [٥].

أدلة القول الأول :

١ – استدلوا على تضمين المودَع الأول أن المودَع قد خالف المودِع بإيداعه فضمن الوديعة [٦].

٢ – واستدلوا على تضمين المودَع الثاني إذا كان عالماً بالحال، أن المودَع الثاني قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه، ولم يأذن له مالكه، فضمنه، كالقابض من

---

(١) انظر : الإنصاف (٦/ ٣٢٥ – ٣٢٦)، والمبدع (٥/ ٢٣٨) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣/ ٨٢)، المهذب (١/ ٣٦٨) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨) .

(٤) انظر : الإشراف (٢/ ٤٢)، التفريع (٢/ ٢٧٠)، القوانين الفقهية ص٣٧٩ .

(٥) انظر : الفروع (٤/ ٢٨٢)، والإنصاف (٦/ ٣٢٥ – ٣٢٦) .

(٦) انظر : المغني (٧/ ٢٨٢) .

الغاصب[1].

يناقش :

تخيير صاحب الوديعة لم يذكر له دليل .

دليل القول الثاني:

أنه قد وجِد في كلٍ من المودَع الأول والثاني سبب وجوب الضمان، أما الأول فلأنه دفع مال غيره إلى غيره بغير إذن صاحب العين ، وأما الثاني فلأنه قبض مال غيره بغير إذن صاحب العين ، وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فيخير المالك [2].

يناقش :

بأن هذا يصلح فيما إذا كان الثاني عالماً بالحال، أما إذا كان جاهلاً فلا يصلح لأنه أخذ الوديعة على أنها للأول .

دليل القول الثالث :

أن يد المودَع الثاني ليست بيد عادية ، بل هي يد حفظ وصيانة للوديعة عن أسباب الهلاك، فلا يصلح أن يكون سبباً لوجوب الضمان لأنه من باب الإحسان إلى المالك [3].

مناقشة :

يمكن أن يناقش بأنه إذا كان المودَع الثاني عالماً بالحال فقد وجد منه سبب الضمان وهو قبض المال بغير أذن صاحبه فيكون من باب التعدي .

الرد :

يمكن أن يرد عليه أن الأول هو سبب الضمان و هو أول من اعتدى .

---

(١) انظر : المرجع السابق .

(٢) انظر : المبسوط (١١/ ١٣٢)، والمهذب (١/ ٣٦٨) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨) .

الترجيح :

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة – والله أعلم بالصواب – هو القول الثالث القائل بأن الضمان يكون على المودَع الأول لقوة ما استدلوا به، ولأنه هو سبب التعدي حيث خالف قصد المودِع .

المطلب الرابع

تلف الوديعة بعد انتفاع المودع بها وردها إلى حالها

إذا انتفع المودَع لديه بالوديعة و ردها إلى حالها ثم بعد ذلك تلفت ، هل يضمن؟

اختلف أهل العلم في ذلك على قولين :

القول الأول: أن المودَع إذا انتفع بالوديعة ثم ردها إلى حالها قبل أن تتلف برئ من الضمان .

وبهذا قال أبو حنيفة [١]، والمالكية [٢]، ورواية عند الحنابلة [٣].

القول الثاني: أن المودَع إذا انتفع بالوديعة ثم ردها إلى حالها قبل أن تتلف لم يبرأ من الضمان .

قال بهذا الشافعية [٤]، والحنابلة [٥].

دليل القول الأول:

قياس حال الوديعة بعد الانتفاع بها على حالها قبل الانتفاع بها ، حيث لا يضمن المودَع إلا بتعد أو تفريط وكذلك بعد الانتفاع بها [٦].

دليل القول الثاني :

أن المودَع بانتفاعه بالوديعة دخلت في ضمانه، فيرتفع العقد، ويخرج من الأمانة، ولم يُحدث له صاحبُها استئماناً، فلا يبرأ حتى يردها إليه [٧].

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٦/ ٢١٢)، المبسوط (١١/ ١١٤) .

(٢) انظر : الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٢١)، الكاف لابن عبد البر (٢/ ٨٠٤) .

(٣) انظر : الفروع (٤/ ٤٨٢)، المبدع (٥/ ٢٣٩) .

(٤) انظر : روضة الطالبين (٦/ ٣٣٥)، مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٥) .

(٥) انظر : الإنصاف (٦/ ٣٣٠ – ٣٣١)، الفروع (٤/ ٤٨٢) .

(٦) انظر : المبسوط (١١/ ١١٥)، الهداية (٣/ ٢١٦) .

(٧) انظر : مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٥) .

نوقش :

عدم التسليم بأن العقد انفسخ أنما هو باقي لكنه ارتفع بقدر انتفاع المودَع ثم يرجع على حاله [1].

الراجح :

والله أعلم بالصواب أنه لا يضمن إلا إذا كان التلف بسبب الانتفاع ويستحق المودِع أجرة الانتفاع.

(١) انظر : بدائع الصنائع (٦/ ٢١٢) .

المطلب الخامس

تلف الوديعة تحت يد المودَع

إذا كان عند إنسان وديعة فتلفت ، فهل تعد أمانة في يده فلا يضمنها إلا بتعد أو تفريط أو يضمنها مطلقاً ؟

نقل الإجماع عدد من العلماء منهم الشيرازي[1] حيث قال: "والوديعة أمانة في يد المودَع فإن تلفت من غير تفريط لا تضمن ... وهو إجماع فقهاء الأمصار" [2].

وقال ابن رشد : " وجُل المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة : فمنها أنهم اتفقوا على أنها أمانة لا مضمونة إلا ما حكي عن عمر بن الخطاب [3]" [4].

وقال ابن هبيرة [5]: "واتفقوا على أن الوديعة أمانة، وأنها من القُرَب المندوب

---

(١) هو إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، أبو إسحاق، ولد سنة ٣٩٣ هـ ورحل إلى البصرة وبغداد، وتتلمذ على البيضاوي، والزجاجي، وغيرهما، وتتلمذ عليه خلق كثير، اشعري المعتقد، وكان جيد المناظرة حسن التصنيف، ومن مصنافاته المهذب ، التنبيه، واللمع، توفي سنة ٤٧٦ هـ. انظر طبقات الشافعية للسبكي (٣/ ٨٨-١١) ، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/ ٧-٨) .

(٢) انظر : المهذب (١/ ٣٦٦) .

(٣) رواه البيهقي في كتاب الوديعة، باب: لا ضمان على مؤتمن (٦/ ٢٨٩ – ٢٩٠)، بهذا اللفظ وبألفاظ مقاربة له. وعبد الرزاق في كتاب البيوع – باب: الوديعة (٨/ ١٨٢)، الأثر رقم ١٤٧٩٩ .
وصححه ابن حزم حيث قال: (وقَدَ صح عن عمر بن الخطاب تضمين الوديعة). المحلى (٨/ ٢٧٧)، وقال الألباني: (صحيح)، إرواء الغليل (٥/ ٣٧٦ – ٣٨٧)

(٤) انظر : بداية المجتهد (٢/ ٣١٠) .

(٥) هو يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني، الحنبلي، عون الدين، أبو المظفر، ولد سنة ٤٤٩ هـ، وتفقه على أبي الحسين الفراء، والدينوري، وغيرهما، وتولى الوزارة للسلطان المقتفي لأمر الله، وكان عالماً فاضلا، عابداً عاملا، ذا رأي صائب وسريرة صالحة، صنف مصنفات منها: الإفصاح عن معاني الصحاح ، والعبادات، والعبادات الخمس، والمقتصد في النحو، وتوفي سنة ٥٦٠ هـ. (الذيل على طبقات الحنابلة ١/ ٢٥١٠٢٨٩، المقصد الأرشد(٣/ ١٠٥ -١١٠)، شذرات الذهب ٤/ ١٩١-١٩٧) .

إليها، وأن في حفظها ثواباً، وأن الضمان لا يجب على المودَع إلا بالتعدي ..." [1].

ولكن بعد التمحيص نجد أن هناك رواية للإمام أحمد يقول فيها أن الوديعة إذا تلفت من بين مال المودَع فإنه يضمن مطلقاً سواء تعدى أو فرط ، أم لم يتعد ولم يفرط، فتكون المسألة محل خلاف على قولين :

القول الأول: أن الوديعة أمانة في يد المودَع فلا يضمنها إلا بتعد أو تفريط مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية [2]، والمالكية [3]، والشافعية [4]، والإمام أحمد في الرواية الصحيحة والمشهورة عنه [5].

القول الثاني: أن الوديعة إن تلفت من بين مال المودَع ضمن مطلقاً، وإلا لم يضمن إلا بتعد أو تفريط .

وهذا رواية عن الإمام أحمد [6].

دليل القول الأول:

١ – قال الرسول × : (من أُدع وديعة فلا ضمان عليه) [7].

---

(١) انظر : الإفصاح (٢/ ٢٣) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٦/ ٢١٠)، القدوري (٢/ ١٩٦) .

(٣) انظر : الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠١)، القوانين الفقهية ص٣٧٩ .

(٤) انظر : روضة الطالبين (٦/ ٣٢٧)، مغني المحتاج (٣/ ٨١) .

(٥) انظر : الإنصاف (٦/ ٣١٧)، الإقناع (٢/ ٣٧٨) .

(٦) انظر : المغني (٧/ ٢٨٠)، الإنصاف (٦/ ٣١٧) .

(٧) رواه بهذا اللفظ ابن ماجة في كتاب الصدقات – باب: الوديعة (٢/ ٨٠٢)، الحديث رقم ٢٤٠١، وقال في الزوائد: (هذا إسناد ضعيف لضعف المثنى والراوي عنه) .وقال ابن حجر: (وفيه المثنى بن الصباح وهو متروك، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي). تلخيص الحبير (٣/ ٩٧) . قال البيهقي: وروى ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من استودع وديعة فلا ضمان عليه) السنن الكبرى – كتاب الوديعة – باب لا ضمان على مؤتمن (٦/ ٢٨٩) . وقال الألباني: (حسن) إرواء الغليل (٥/ ٣٨٥) ، وسبق تخريجه بلفظ : (ليس على المستعير غير المغل ضمان و لا على المستودع غير المغل ضمان) ص ٥٤ .

وهذا الحديث واضح الدلالة .

٢ – ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: (العارية بمنزلة الوديعة لا ضمان فيها إلا أن يتعدى) [١].

٣ – ما روي عن علي ﷺ وعبد الله بن مسعود – رضي الله عنهما – قالا: (ليس على مؤتمن ضمان) [٢].

٤ – أن المودَع يحفظ الوديعة لصاحبها متبرعاً من غير نفع يرجع عليه، فلو لزمه الضمان مطلقاً لامتنع الناس من قبول الودائع ولأصابهم حرج [٣].

٥ – واستدلوا على الضمان عند التعدي أو التفريط بأن المودَع إذا تعدى فهو متلف لمال غيره، فيلزمه ضمانه، كما لو أتلفه من غير استيداع، وإذا فرط فهو متسبب بترك ما وجب عليه من الحفظ فيضمن أيضاً [٤].

دليل القول الثاني :

ما رواه أنس بن مالك [٥] ﷺ أن عمر بن الخطاب ﷺ ضمّنه وديعة سُرقت من بين ماله[٦].

وهذا الأثر واضح الدلالة .

---

(١) سبق تخريجه (ص٥٤) .

(٢) رواهما البيهقي في كتاب الوديعة – باب: لا ضمان على مؤتمن (٦/ ٢٨٩)رقم ١٢٤٧٩ ، وعبد الرزاق في كتاب البيوع – باب: الوديعة (٨/ ١٨٢)، الأثر رقم ١٤٨٠١ .

(٣) انظر : كشاف القناع (٤/ ١٦٧) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) هو أنس ن مالك بن النضير بن ضمضم الأنصاري، الخزرجي ، النجاري خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم، كان عمره لما قدم الرسول المدينة عشر سنين ، وخدمه عشر سنين، وكان من المكثيرين من الرواية عنه شهد الفتوح ، وسكن البصرة ، وتوفي بها سنة ٩١ هـ، وقيل ٩٣ هـ، وهو آخر من مات بها من الصحابة (طبقات ابن سعد ٧/ ١٧) ، أسد الغابة ١/ ١٢٧-١٢٩) .

(٦) انظر تخريجه ص٧٢.

نوقش :

بأنه محمول على التفريط من أنس ﷺ في حفظها جمعاً بينه وبين ما ذكره أصحاب القول الأولى من الأدلة [1].

الترجيح :

الراجح والله أعلم بالصواب هو القول الأول القائل بأن الوديعة أمانة في يد المودَع، فلا يضمنها إلا بتعد أو تفريط لقوة ما استدلوا به، ولرفع الحرج عن المسلمين .

❁ ❁ ❁

(١) انظر : المغني (٧/ ٢١٨) ، المبدع (٥ / ٢٣٤) .

الفصل الثاني
تطبيقات القاعدة الفقهية في الجنايات والحدود

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية في الجنايات .

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية في الحدود .

المبحث الأول
التطبيقات الفقهية في الجنايات

ويشتمل على خمسة مطالب :

المطلب الأول: حفر شخص بئراً في طريق عام لمصلحة الناس بإذن الإمام فتلف شخص به .

المطلب الثاني: فرش شخص في المسجد حصيراً أو علق فيه قنديلاً بغير إذن الإمام فعثر رجل بالحصِير أو سقط عليه القنديل فماتَ.

المطلب الثالث: دخول رجل في بيت آخر فسقط في بئر .

المطلب الرابع: إخراج ميزاب إلى الشارع وسقوطه على إنسان أو بهيمة وتلفهم به.

المطلب الخامس: ضرب الأب أو الوصي أو المعلم الصغير بإذن الأب تأديباً في الموضع المعتاد فمات الصغير .

المطلب الأول

حفر شخص بئر في طريق عام لمصلحة الناس بإذن الإمام فتلف شخص به

إذا حفر شخص بئراً في طريق عام لمصلحة الناس بإذن الإمام فتلف شخص به فهل يضمن أم لا يضمن أو يختلف الحكم باختلاف ضيق الطريق و وسعة ؟

اختلف أهل العلم على ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول: أنه لا ضمان عليه . ذهب إلى هذا الحنفية [١].

القول الثاني: يضمن حافر الحفرة. قال بذلك المالكية [٢].

القول الثالث: إذا كانت الحفرة تسبب ضرراً للناس مثل لو كانت في شارع ضيق فإنه يضمن حتى لو كانت محفورة بإذن الإمام وأما لا فلا ، وبهذا قال الشافعية [٣] والحنابلة [٤].

دليل القول الأول :

لأنه حفرها بإذن الإمام والإمام له حق التصرف والإذن للرعية [٥] .

دليل القول الثاني :

لأن هذا حق المسلمين ولا يحق لأحد التعدي عليه ، وإنما الإمام يحق له أن يأذن إذا كان فيه عدم أذية للمسلمين [٦] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٧/ ٢٥)، البدائع (٧/ ٢٧٨) .

(٢) انظر : جواهر الإكليل (٢/ ١٤٨)، القوانين الفقهية ص٢٢٤ .

(٣) انظر : شرح المنهج بحاشية الحمل (٥/ ٨٢)، وشرح المحلى على المنهاج بحاشية القليوبي (٢/ ١٤٧ - ١٤٨).

(٤) انظر : كشاف القناع (٦/ ٦ و٨) .

(٥) انظر : الهداية شرح البداية (٤/ ١٠١) .

(٦) انظر : جواهر الإكليل (٢/ ١٤٨)، القوانين الفقهية ص٢٢٤ ، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٤٤) .

دليل القول الثالث :

استدلوا على أنه لا ضمان عليه إذا كان بإذن الإمام وكان ليس فيه ضرر على المسلمين بأن تصرف الإمام إنما منوط بمصلحة الرعية وعدم أذيتهم ، فإذا كان أذن بالحفر أو رأى شيئاً يترتب عليه ضرر فيكون تصرفه غير صحيح فيضمن الحافر بتصرفه [1].

الترجيح :

الراجح والله أعلم بالصواب القول الثالث أنه يضمن الحافر إذا كانت في الحفرة ضرر على المسلمين و أما لا فلا ؛ لقوة ما استدلوا به و لأن فيه تفصيل يحقق العدل .

(١) انظر : شرح المنهج بحاشية الحمل (٥/ ٨٢)، كشاف القناع (٦/ ٦ و٨) .

المطلب الثاني

فرش شخص في المسجد حصيراً أو علق فيه قنديلاً بغير إذن الإمام فعثر رجل بالحصِير أو سقط عليه القنديل فمات

إذا فرش في المسجد للمسلمين حصيراً أو علق فيه قنديلاً بغير إذن الإمام، فعثر رجل بالحصير أو سقط عليه القنديل فمات فهل يضمن أم لا يضمن ؟

اختلف أهل العلم على قولين:

القول الأول: لا ضمان عليه عليه مطلقاً .قال بذلك الشافعية [١]، والحنابلة [٢].

القول الثاني: بأنه يضمن إذا كان من غير أهل المسجد و لم يأذنوا له ، قال بذلك الحنفية [٣].

أدلة القول الأول:

١ – أن هذا مأذون فيه من جهة العرف، ولأن العادة جارية بالتبرع من غير استئذان، فلم يجب ضمانه كالمأذون فيه نطقاً [٤].

٢ – لأنه فعل أحسن به ولم يتعد [٥].

٣ – لأن فعله مما تعم البلوى به [٦].

دليل القول الثاني :

لأن تدبير المسجد لأهله دون غيرهم ففعل الغير مباح بشرط التقيد بالسلامة على أشياء الآخرين [٧].

---

(١) انظر : اسنى المطالب (٤/ ٧١)، حاشية الجمل على المنهج (٥/ ٨٢) .

(٢) انظر : الفروع (٤/ ٣٨٩)، والمغني (٩/ ٥٢٥) .

(٣) انظر : المبسوط (٢٧/ ٢٤)، البدائع (٣/ ١٤٣) .

(٤) انظر : المغني (٩/ ٥٦٨)، والمجموع (١٩/ ٢٢) .

(٥) انظر : المراجع السابقة .

(٦) انظر : المغني (٦/ ٣٣٢) .

(٧) انظر : المبسوط (٢٧/ ٢٤)، البدائع (٣/ ١٤٣) .

يناقش :

بأن المسجد وقف على المسلمين ، و ليس لأهل المسجد اختصاص منصوص عليه .

الترجيح :

الراجح والله أعلم بالصواب القول الأول القائل بأن من وضع حصير أو قنديل في المسجد بغير إذن الإمام ، فتعثر به أحد بأنه لا يضمن لقوة ما استدلوا به وسلامة أدلتهم من المناقشة .

المطلب الثالث

دخول رجل في بيت آخر فسقط في البئر

تحرير محل النزاع :

اتفقوا على أنه إذا حفر بئراً في داره فدخلها رجل بغير إذنه فسقط في البئر، فلا ضمان على صاحب الدار، قال بذلك الحنفية[1] و المالكية[2] والشافعية[3] و الحنابلة[4]لأنه ليس من جهته تفريط ، ولأن الداخل معتدي لدخوله بدون إذن صاحب الدار .

و اختلفوا إذا دخل بإذنه فسقط في البئر على قولين :

القول الأول: لا يضمن ذلك قال بذلك الحنفية[5] ، والمالكية[6] والشافعية في قول[7] و الحنابلة[8] .

القول الثاني: يضمن بذلك وهذا القول الثاني عند الشافعية[9] .

أدلة القول الأول :

(١) انظر : البحر الرائق (٩/ ١٦)

(٢) انظر : المدونة (٦/ ٤٤٥)

(٣) انظر : المجموع (٩/ ١١٣) ، روضة الطالبين (٩/ ٣١٦) اشترطوا أن تكون البئر مكشوفة و الداخل بصير .

(٤) انظر : المغني (٩/ ٥٧١) ، شرح المنتهى (٣/ ٢٩٣) ، و اشترطوا كذلك شرط الشافعية .

(٥) انظر : البحر الرائق (٩/ ١٦)

(٦) انظر : المدونة (٩/ ٤٤٥)

(٧) انظر : المجموع (٩/ ١١٣) ، روضة الطالبين (٩/ ٣١٧) اشترطوا أن تكون البئر مكشوفة و الداخل بصير .

(٨) انظر : المغني (٩/ ٥٧١) ، شرح المنتهى (٣/ ٢٩٣) اشترطوا مثل ما اشترط الشافعية .

(٩) انظر : المجموع (٩/ ١١٣) ، روضة الطالبين (٩/ ٣١٧) .

١. يمكن أن يستدل لهم بحديث النبي صلى الله عليه و سلم : (المعدن جبار والبئر جبار والعجماء جبار وفي الركاز الخمس)[١].

وجه الدلالة :

أن من حفر بئر في ملكه فلا ضمان عليه .[٢]

٢. لأنه لم يتعد في ذلك .

٣. لأنه حفر في ملكه ، لا ملك غيره ، فلا ضمان .

٤. لأنه لم يباشر إهلاك غيره ، كما أن فعله مأذون فيه .

٥. لأن الواقع في البئر هو من أهلك نفسه ، فأشبه ما لو قُدم إليه سكيناً فقتل نفسه .[٣]

دليل القول الثاني :

لأنه تلف بسببه فضمنه ، كما لو قدم له طعاماً مسموماً .[٤]

الترجيح :

الراجح و الله أعلم بالصواب هو القول الأول القائل بأن من حفر بئراً في داره و دخل رجل بإذنه فإنه لا يضمن بشرط أن تكون البئر مكشوفة والداخل بصيراً ، و لا توجد شبهة القتل ، وهذا يرجع إلى نظر القاضي ملابسات كل واقعه

---

(١) انظر : أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب المساقاة والشرب، باب من حفر بئرا في ملكه لم يضمن، رقم ٢٢٢٧ ، (٢/ ٨٣٠)، ومسلم في كتاب الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار، رقم الحديث١٧١٠، (٣/ ١٣٣٤) .

(٢) فتح الباري (١٢/ ٢٥٥) ، شرح النووي على مسلم (١١/ ٢٥٥) .

(٣) انظر : المغني (٩/ ٥٧١)

(٤) المصدر السابق .

المطلب الرابع

إخراج ميزاب[1] إلى الشارع و سقوطه على إنسان أو بهيمة و تلفهم به

إذا أخرج ميزاب إلى الشارع و سقط على إنسان فقتله، أو بهيمة فأتلفها، فهل يضمن صاحب الميزاب أم لا ؟

اختلف علماء على قولين :

القول الأول: يجب ضمانه، قال بهذا الحنفية[2]، والشافعية في الجديد[3] والحنابلة في المذهب[4] .

القول الثاني: لا يجب ضمانه، وبهذا قال المالكية[5] ، والشافعي في القديم[6].

أدلة القول الأول :

١. قال الرسول × : (من أخرج من حده شيئا فأصاب شيئا ضمن)[7].

---

(١) الميزاب: أنبوب من المعدن و نحوه يسيل به الماء من السطح و نحوه إلى الأرض، لغة الفقهاء (ص ٤٧٠)، لقلعجي .

(٢) انظر : البحر الرائق (٨/ ٣٩٦) ، بدائع الصنائع (٧/ ٢٩٧) ، حاشية بن عابدين (٧/ ٥٩٧) .

(٣) انظر : المهذب (٢/ ١٩٣) ، روضة الطالبين (٩/ ٣٢٠) ، مغني المحتاج (٤/ ٨٦) .

(٤) انظر : الأنصاف (٥/ ٢٥٤) ، (٢/ ١٤٩) ، الكشاف (٣/ ٤٠٧) هذا في حال لم يأذن الأمام .

(٥) انظر : حاشية الدسوقي (٤/ ٣٧٥) ، التاج و الإكليل (٦/ ٣٢٢) ، الذخيرة (١٢/ ٢٥٨) .

(٦) انظر : المهذب (٢/ ١٩٣)، روضة الطالبين (٩/ ٣٢٠) ، مغني المحتاج (٤/ ٨٦) .

(٧) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كتاب العقول، باب الجدر المائل و الطريق ،رقم ١٨٤٠٧ (١٠/ ٧٤)، مصنف شيبة، كتاب الديات، الرجل يخرج من حده شيئا فيصيب إنسان رقم ٢٧٣٥٩ (٥/ ٣٩٩)، قال ابن حزم في المحلى (١٠/ ٥٢٧) :(الخبر المذكور فلا يصح لأنه مرسل عن الحسن والمرسل لا حجة فيه ولم يسنده أحد إلا حماد بن مالك وليس بالقوي قاله البزار وغيره فسقط التعلق به) .

وجه الدلالة واضح من الحديث .

نوقش:

بأن الحديث مرسل[1].

٢. أنه تسبب في الهلاك ، وهو متعدٍّ بهذا التسبب .[2]

أدلة القول الثاني :

١. أنه غير متعد بإخراجه فلم يضمن ما تلف به ، كما لو أخرجه من ملكه .

يناقش :

بل يعد متعد لأنه أخرجه إلى طريق ليس ملكاً له .

٢. أنه مضطر إليه لا يجد بداً منه ، فلم يلزمه ضمان ما تلف به .[3]

الترجيح :

الراجح و الله أعلم بالصواب هو القول الأول القائل بتضمين واضع الميزاب لأنه تسبب في التلف .

(١) انظر : المحلى (١٠/ ٥٢٧) ، و انظر تخريج الحديث الصفحة السابقة .

(٢) انظر : المغني (٩/ ٥٧٥) .

(٣) انظر : المجموع (١٩/ ٢٤) .

المطلب الخامس

ضرب الأب أو الوصي أو المعلم الصغير بإذن الأب تأديباً في الموضع المعتاد فمات الصغير

إذا ضرب الأب أو الوصي أو المعلم -بإذن الأب- الصغير تأديباً في الموضع المعتاد فمات الصغير ، فهل يضمن المؤدب ؟

تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء على أن الولي من أب أو جد أو معلم – بإذن الأب - إذا أسرف في الضرب فإنه يضمن[١].

و اختلفوا إذا لم يسرف[٢] في الضرب وكان ضربه في المكان المعتاد هل يضمن أم لا ؟

اختلف أهل العلم على ثلاثة أقوال :

القول الأول: أن المؤدِب لا يضمن ما أتلفه من الصبي في التأديب إذا كان مأذوناً فيه وفي المكان المعتاد، قال بهذا صاحبا أبي حنيفة[٣]، والمالكية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثاني: أن المؤدِب يضمن ما أتلفه من الصبي في التأديب إذا كان مأذوناً فيه و في المكان المعتاد ، وهذا قول الشافعية[٦] .

القول الثالث: ذهب أبو حنيفة[٧] إلى أن الأب أو الوصي يضمنان ما

---

(١) انظر : المغني (٩/ ١٥٠) .

(٢) بعض أهل العلم قال إذا الضرب زاد عن ثلاث فيعد مسرفاً في الضرب، و بعضهم لم يحدد، فلعلهم يرجعونه إلى العرف ، أنظر المرجع السابق و حواشي الشرواني على تحفة المحتاج (١/ ٤٥٠) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٧/ ٣٠٥)، المبسوط (٣٠/ ٤٨) .

(٤) انظر : منح الجليل(٩/ ٣٧٥)، التاج و الإكليل (٦/ ٣١٩) ، الذخيرة (١٢/ ٢٥٧) .

(٥) انظر : كشاف القناع (٦/ ١٦)، شرح منتهى الإردات (٣/ ٢٩٩) .

(٦) انظر: مغني المحتاج (٤/ ١٩٩)، أسنى المطالب في شرح روضة الطالب (٤/ ١٦٣) ، حاشية الجمل على شرح المنهج (٥/ ١٧٠) .

(٧) انظر :بدائع الصنائع (٧/ ٣٠٥) ، قد ذكر السرخسي أن أبا حنيفة رجع عن قوله إلى قول صاحبيه أنظر

تلف بسببها أثناء التأديب أما المعلم فلا يضمن .

أدلة القول الأول :

١. قياس عدم ضمان المؤدب للصبي إذا تُلف في الضرب المعتاد على الإمام إذا عزر إنساناً فمات بجامع الإذن في التأديب في كلٍ منهما[١].

٢. لأن الأب والوصي ومن يقوم مقامهما مأذون لهما في تأديب الصبي وتهذيبه والمتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً[٢].

٣. لأنّا إذا ضمّنا المعلم و من في حكمه فإنه يلزمه الضمان بالسراية، فسيمتنع عن التعليم ، فكان في التضميّن سداً لباب التعليم [٣].

أدلة القول الثاني :

١. التعزير عقوبة مشروطة بسلامة العاقبة إذ المقصود التأديب لا الهلاك، فإذا حصل الهلاك تبين أنه جاوز الحد المشروط، فلذلك يجب الضمان[٤] .

٢. لأن التأديب يمكن بغير الضرب، باللفظ و نحوه .

نوقش :

أن العادة بخلاف ما قالوه ، ولو كان التأديب يكون بغير الضرب لما جاز الضرب[٥].

دليل القول الثالث :

أن الأب والوصي مأذون لهما في التأديب بشرط السلامة لأنهما يملكان

المبسوط (٣٠/ ٤٨) .

(١) انظر : بدائع الصنائع (٧/ ٣٠٥) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٧/ ٣٠٥) ، كشاف القناع (٦/ ١٦) ، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٢٩٩) .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

(٤) انظر : أسنى المطالب (٤/ ١٦٣) .

(٥) انظر : المغني (٩/ ١٥٠) .

التصرف في نفسه و ماله، أما المعلم أنما أدبه بإذنهم و الأذن منهم مطلق لا مقيد .

نوقش :

إذا كان للأب تأثير على إسقاط الضمان من المعلم، فمن باب أولى يسقط الضمان عنه .

الترجيح :

الراجح – و الله أعلم – هو القول الأول القائل بعدم تضمّن المؤدِب لقوة أدلتهم و لسلامتها من المناقشة، و لحاجة الناس إلى تأديب أولادهم .

المبحث الثاني

التطبيقات الفقهية في الحدود

و يشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تلف من طبق عليه الحد بأمر الإمام .

المطلب الثاني : هروب المرجوم بحد الزنى الثابت بالإقرار فلحقه الراجمون فرجموه فمات .

المطلب الثالث : إتلاف العادل نفس الجاني حال القتال .

المطلب الأول

تلف من طُبق عليه الحد بأمر الأمام.

إذا تلف من طُبق عليه حد بأمر الأمام ، هل يضمن الأمام ؟

إذا أقام الإمام الحد على الزاني أو السارق ونحوهم على الوجه المشروع من غير زيادة فلا خلاف بين أهل العلم على عدم ضمانه[1].

مستند الإجماع :

١. يستدل لهم بما قاله علي رضي الله عنه: (ما كنت لأقيم على أحدٍ حداً فيموت فأجد في نفسي)[2] .

٢. ولأنه فعله بأمر الله تعالى و بأمر رسوله فلا يُؤاخذ به ولأنه نائب عن الله تعالى، فيكون الحق قتله[3].

---

(١) انظر : فتح القدير (٤/ ٢١٧) ، حاشية بن عابدي (٣/ ٢٠٨) ، حاشية الدسوقي (٤/ ٣٥٥)، المغني(٨ / ٣١١) ، فتح الباري (١٢/ ٦٨).

(٢) أخرجه البخاري بهذا اللفظ ، كتاب الحدود ، باب الضرب بالجريد و النعال رقم ٦٣٩٦، (٦/ ٢٤٨٨) و مسلم ، كتاب الحدود ، باب حد الخمر ، رقم ١٧٠٧ ، (٣/ ١٣٣٢) .

(٣) انظر : (المغني ٨ / ٣١١) ، فتح الباري (١٢/ ٦٨) . الشافعي له رأي في حد شرب الخمر إذا زاد عن الأربعين أو كان بغير بالسوط ، انظر ، الأم (٦/ ٨٧)، الحاوي الكبير (١٣/ ٤١٥)، نهاية المحتاج (٨/ ٣٢) .

المطلب الثاني

هروب المرجوم بحد الزنا الثابت بالإقرار فلحقه الراجمون فرجموه فمات

إذا هرب المرجوم بحد الزنا الثابت بالإقرار ، فلحقه الراجمون فرجموه فمات هل يضمن الراجمون ؟

أجمع أهل العلم على أنه إذا هرب المرجوم بحد الزنا الثابت بالإقرار ، فلحقه الراجمون فرجموه فمات ، أن الراجمين لا يضمنون .[1]

مستند الإجماع :

لأن النبي صلى الله عليه و سلم لم يضمّن الراجمين لماعز[2] – رضي الله عنه – و ذلك لأن هربه لا يعد صريحاً في الرجوع من الإقرار[3].

(١) انظر: والبدائع (٧ / ٦١)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤ / ٣١٨ – ٣١٩) ، مغني المحتاج(٤/ ١٥١) ، المغني (٨/ ١٩٨).

(٢) ماعز بن مالك الأسلمي هو الذي أتى النبي صلى الله عليه و سلم فاعترف بالزنا فرجمه . روى حديث رجمه ابن عباس وبريدة وأبو هريرة ، معدود في المدنيين كتب له رسول الله صلى الله عليه و سلم كتابا بإسلام قومه ، روى عنه ابنه عبد الله حديثا واحدا ، أنظر أسد الغابة – (١ / ٩٥٣) .

(٣) انظر : المغني(٨ / ١٩٨)، والبدائع (٧ / ٦١)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤ / ٣١٨-٣١٩) ، مغني المحتاج(٤/ ١٥١) .

المطلب الثالث

إتلاف العادل نفس الباغي في حال القتال .

إذا خرجت جماعة من أهل الإسلام على الإمام العدل وكان لهم تأويل سائغ ، ولهم منعة وقوة ، فهؤلاء بغاة ، فعلى الإمام قتالهم و القضاء عليهم، فإذا أتلف الإمام العادل البغاة أو مالهم في حال القتال ، هل يجب على الإمام ضمانه ؟

لا خلاف بين أهل العلم على أن الأمام العادل إذا أصاب من أهل البغي من نفس أو مال أو جرح ، أنه لا ضمان عليه و ذلك في حال الخروج و القتال [1] .

مستند الإجماع :

١. يستدل لهم بقول الله تعالى: ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَاۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِۚ فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ وَأَقْسِطُوٓاْۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾ ﴾[2]

وجه الدلالة : من الآية أن الله تعالى أمر بقتالهم و ما ترتب على المأمور به فهو غير مضمون لأنه الله تعالى أمر به [3].

٢. قول أبو بكر رضي الله عنه لأحد المرتدين :(ولا ندي قتلاكم) [4].

وجه الدلالة :

أن أبو بكر رفض دفع الدية للخوارج ،و بالتالي لا ضمان على العادل .

---

(١) انظر : البدائع (٧ / ١٤١) ، الذخيرة (١٢/ ١٠)، ومغني المحتاج (٤ / ١٢٥) ، ونهاية المحتاج(٧ / ٤٠٧) ، وكشاف القناع(٦ / ١٦٥) ، الإفصاح (٢/ ١٩٠) .

(٢) سورة الحجرات آية ٩ .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

(٤) انظر :رواه البيهقي في كتاب قتال أهل البغي ، باب من قال في المرتدين يقتلون مسلما في القتال و هم ممتنعون ثم تابوا لم يتبعوا بدم(٨/ ١٨٣)رقم ١٦٥٣٩ . و ابن أبي شيبة في كتاب السير ، باب ما قالوا في الرجل يسلم ثم يرتد (٦/ ٤٣٨) رقم ٣٢٧٣١ .

الخاتمـــــــة

الحمد لله الذي خلق السموات و الأرض ، أحمده سبحانه وتعالى في جميع الحالات، و أصلي و أسلم على سيد الخلق رفيع الدرجات سيدنا محمد وعلى آله و صحبه أجمعين، و أسأل الله سبحانه وتعالى أن يختم لنا بالباقيات الصالحات .

هذا و بعد ...

فقد بذلت جهدي و استفرغت وسعي في جمعِ شتات هذا البحث و إخراجه، و توخيت في ذلك أفضل ما أستطيع من الإكمال و الإتمام رغم أني أعلم – يقيناً- أني لم أبلغ فيه الكمال، و لم أصل إلى غاية المرام، وإنما هذا و سعي وقصارى جهدي فإن كنت و فقت فيه للصواب فهذا من فضل ربي – وله الحمد والمنة – و إن أخطأت فأسأل الله أن يغفر لي خطئي و يمحو ز لتي ، وأسأله – تعالى – أن يجعل خير عملي آخره، وخير أيامي يوم لقائه ، وأن يجعل عملي هذا خالصاً لوجه الكريم و أن ينفع به يوم لقائه .

وفي نهاية هذا البحث ظهر لي نتائج كثيرة منها العامة و الخاصة التي تتعلق بالبحث و من هذه النتائج :

أولاً : النتائج العامة :

١. شدة عناية الله سبحانه و تعالى بالحقوق بين الناس لعلمه الواسع أن مبنى هذه الحقوق على المشاحة ، فشرع هذه الشريعة السمحة التي حفظت حقوق الناس فضمنت لهم كامل حقوقهم .
٢. ظهور دليل واضح على سماحة الإسلام من خلال عدم تضمين صاحب اليد الأمينة إذا لم يتعدَ أو يفرط ، مع كفالة الحق للآخر .
٣. عناية علماء الإسلام بالدليل و حرصهم على تمحيصه من حيث القوة و الضعف و رجوعهم إلى الكتاب و السنة .
٤. إن هذا الخلاف الفقهي الذي بين الفقهاء يعد مفخرة حقة للمسلين لأنه يدل على متانة هذا الدين و سماحته و مراعاته لدرجات الناس في الفهم و الفقه.

ثانيا : النتائج الخاصة :

١. عدم ضمان الشريك في المال ما لم يتعدى أو يفرط ، و هذا بالاتفاق .

٢. أن المضارب يعد أميناً فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط .

٣. إذا تجاوز مستأجر الدابة المسافة التي عقد عليها فتلفت حال التعدي فإنه يضمن .

٤. إذا تعدى مستأجر العين بتجاوز المكان المعقود عليها ثم ردها فتلفت فيضمن إذا كان التعدي سبب في التلف و أما لا فلا .

٥. إذا تعدى المستأجر فحمل على العين حمولة أثقل مما عقد عليها فإن المستأجر لا يضمن إذا كانت العين تُطيق الحمولة الزائدة و أما إذا كانت لا تطيقه فإنه يضمن قيمة الدابة مع الأجر المسمى مع أجرة القدر الزائد .

٦. المستأجر لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط .

٧. لا يضمن الأجير المشترك إلا إذا تعدى أو فرط .

٨. الأجير الخاص لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط .

٩. يد الوكيل يد أمانة لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط .

١٠. المستعير لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط .

١١. يد الناظر يد أمانة فلا يضمن إلا إذا تعد أو فرط .

١٢. يد الوصي و القاضي على مال الصغير و المجنون يد أمانة فلا يضمنان إلى إذا تعدوا أو فرطوا .

١٣. يد المرتَهن يد أمانة لا يضمن إلا بتعد أو تفريط .

١٤. يد العدل يد أمانة فلا يضمن الرهن إلا بتعد أو تفريط .

١٥. إذا وضع المودَع الوديعة عند آخر فتلفت ، فإن المودَع الأول هو الضامن .

١٦. إذا انتفع المودَع بالوديعة فتلفت فإنه يضمن إن كان التلف بسبب انتفاعه بها .

١٧. الوديعة أمانة في يد المودَع فلا يضمنها إلا بتعد أو تفريط .

١٨. إذا حفر شخص في الطريق حفرة بإذن الإمام لمصلحة الناس فتلف بها أحد فإنه لا يضمن إلا إذا كان فيها ضرر على المسلمين .

١٩. إذا فرش شخص حصيراً في المسجد أو علق قنديلاً فعثر به أحد فتلف به فإنه لا يضمن .

٢٠. إذا حفر رجل في داره بئراً فدخل رجل آخر بإذنه فسقط فيها فإنه لا يضمن بشرط أن يكون الداخل بصيراً و البئر مكشوفة .

٢١. إذا وضع ميزاباً على داره بغير إذن الأمام فسقط فتلف به أحد فيضمن .

٢٢. إذا أدب المؤدب الصبي بالقدر و المكان المعتاد فتلف الصبي أو بعضه بهذا التأديب فلا ضمان على المؤدب .

٢٣. إذا تلف من طُبق عليه الحد فلا ضمان على الأمام .

٢٤. إذا هرب المرجوم بحد الزنا الثابت بالإقرار فرجمه الناس فمات فإن الراجمين لا يضمنون .

٢٥. إذا أتلف العادلُ الباغيَ في حال القتال فإنه لا يضمن .

فهرس الآيات

رقم الصفحة

﴿ فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴿١٩٣﴾ ﴾ البقرة: ١٩ ..... ٤٤

﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ ﴾ البقرة: ٤٣ ..... ٢٠

﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ۚ ﴾ التوبة: ٩١ ..... ٢٣

﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ ﴾ الحجرات: ٩ ..... ٩٢

فهرس الأحاديث و الآثار

(على اليد ما أخذت حتى تؤدية) ٤٤

عمر رضي الله عنه ضمّن الصنّاع الذين انتصبوا للناس في اعمالهم ٤٥

علي رضي الله عنه ضمن القصار و الصوّاغ و قال : (لا يصلح الناس إلا ذلك)٤٥

ضمّن علي رضي الله عنه الأجير ٤٩

(العارية مؤداة) ٥٣

(ليس على المستعير غير المغل ضمان و لا على المستودع غير المغل ضمان) ٥٣

(لا ضمان على مؤتمن) ٥٣

قال عمر : (العارية بمنزلة الوديعة و لاضمان فيها إلا أن يتعدى ٥٤

(عارية مضمونة) ٥٤-٥٥-٥٦

(لا يغلق الرهن له غنمه و عليه غرمه) ٦١

(الرهن بما فيه) ٦٢

قال عمر رضي الله عنه : (إن كان أقل مما فيه يرد عليه تمام حقه و إن كان أكثر فهو أمين) ٦٣

(من أودع وديعة فلاضمان عليه) ٧٣

روي عن عمر أنه قال (العارية بمنزلة الوديعة لاضمان فيها إلا أن يتعدى).....٧٤

روي عن علي و ابن مسعود رضي الله عنهما (ليس على مؤتمن ضمان) ٧٤

عمر رضي الله عنه ضمّن أنس بن مالك رضي الله عنهما وديعة سرقت من بين ماله.....٧٤

(المعدن جبار و البئر جبار و العجماء جبار و في الركز الخمس) ٨٣
(من أخرج من حده شيئاً فأصاب شيئاً ضمن) ٨٤
قال علي رضي الله عنه : (ما كنت لأقيم على أحد حداً فيموت فأجد في نفسي) ٩٠
قال أبو بكر : (و لا ندي قتلاكم) ٩٢

فهرس الأعلام

رقم الصفحة

أبو يوسف ٤٣
أنس بن مالك ٧٢
إسماعيل بن عياش.....٥٣
ابن حاجب ٢٦
ابن حزم ٣١
ابن الجزي ٢٦
ابن رشد ٣٣
ابن رجب ١٧
ابن عبد البر.....٣١
ابن قدامه ٤٠
ابن القيم ٢٤
ابن مفلح ٢٧
ابن هبيرة ٧٢
الحموي ١٥
الزرقا ١٦
الزركشي ٢٧
الشيرازي.....٧٢
زفر ٣٤
شرحيل بن مسلم ٥٣

صفوان بن أمية.....٥٦
عبيد بن عمير.....٦٣
عيسى بن أبان ٣٤
القرافي ١٧
الكاساني ٢٣
ماعز.....٩١
محمد بن الحسن ٤٣
المقري ١٥

فهرس المراجع و المصادر

أولاً : القرآن الكريم و علومه :

١. القرآن الكريم .

٢. الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي: أبي عبد الله محمد الأنصاري، دار إحياء التراث (بيروت – لبنان) .

٣. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان: للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق محمد زهري النجار، طبع و نشر الرئاسة العامة لإدارة البحوث والإفتاء، (الرياض– المملكة العربية السعودية) المطابع الأهلية للأوفست – الرياض .

ثانياً : كتب الحديث و علومه :

١. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: للشيخ ناصر الدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، ط. الأولى ١٣٩٩هـ المكتب الإسلامي .

٢. إعلاء السنن : للمحدث ظفر أحمد العثماني التهانوي ، الناشر / إدارة القرآن و العلوم الإسلامية (كراتشي – باكستان) .

٣. بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني : لأحمد بن عبد الرحمن البنا ، مطبوع مع الفتح الرباني، دار الشهاب (القاهرة – جمهورية مصر العربية) .

٤. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير : لابن حجر : أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد ، تصحيح وتنسيق وتعليق عبد الله هاشم اليماني المدني بالمدينة المنورة ١٣٨٤ هـ، دار المعرفة (بيروت – لبنان) .

٥. الجامع الصغير من حديث البشير النذير : للسيوطي : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، مطبوع مع شرحه فيض القدير ، إحياء السنة النبوية .

٦. الجوهر النقي: لابن التركماني: علاء الدين علي بن عثمان، مطبوع بذيل السنن الكبرى للبيهقي، الناشر / دار الفكر (بيروت – لبنان) .

٧. سبل السلام شرح بلوغ المرام: لصنعاني: محمد بن إسماعيل، تصحيح و تعليق د/ حسين بن قاسم الحسيني، ط. الثانية ١٤٠٠ هـ، طبع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض .

٨. سنن الترمذي و يسمى الجامع الصحيح: للترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة تحقيق و تصحيح عبد الوهاب عبد اللطيف، ط . الثانية ١٤٠٣ هـ، دار الفكر (بيروت– لبنان) الناشر/ دار الكتب العلمية .

٩. سنن الدار قطني: للدار قطني: علي بن عمر، طبعة سنة ١٣٨٦ هـ ، الناشر عبد الله هاشم يماني المدني بالمدينة المنورة .

١٠. سنن الدارمي: للدارمي: أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل، تخريج و تحقيق و تعليق عبد الله هاشم يماني المدني / حديث أكاديمي (نشاط آباد، فيصل آباد – باكستان) ١٤٠٤ هـ .

١١. سنن أبي داود: لأبي داود: سليمان بن الأشعث الستجستاني الأزدي، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار إحياء التراث العربي (بيروت – لبنان) .

١٢. السنن الكبرى: للبيهقي: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، دار الفكر (بيروت – لبنان) .

١٣. سنن ابن ماجه: لابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر / دار الفكر (بيروت – لبنان) .

١٤. سنن النسائي: للنسائي: أحمد بن شعيب، ترقيم و فهرسة عبد الفتاح أبو غدة، ط. الأولى المفهرسة ١٤٠٦هـ طبع دار البشائر الإسلامية (بيروت– لبنان) الناشر/ مكتب المطبوعات الإسلامية (حلب – سورية) .

١٥. شرح معاني الآثار : للطحاوي : أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة ، تحقيق محمد جاد الحق ، الناشر/ مطبعة الأنوار المحمدية (القاهرة – جمهورية – مصر) .

١٦. شرح النووي على صحيح مسلم: للنووي: أبي زكريا يحيى بن شرف، دار الفكر (بيروت – لبنان) .

١٧. صحيح البخاري: للبخاري: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، طبعة بالأوفست عن طبعة دار الطباعة العامرة باستانبول، الناشر / دار الكتب العلمية (بيروت – لبنان) .

١٨. صحيح مسلم: لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، ط . الثانية ١٣٩٢ هـ الناشر / دار إحياء التراث العربي (بيروت – لبنان) .

١٩. فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني، تعليق فضيلة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الناشر / دار المعرفة (بيروت – لبنان) .

٢٠. الكتاب المصنف في الأحاديث و الآثار: لابن أبي شيبة : أبي بكر عبد الله بن محمد، تحقيق عامر العمري الأعظمي، الناشر / مختار أحمد الندوي السلفي، الدار السلفية (بومباي – الهند) .

٢١. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للهيثمي: علي بن أبي بكر الهيثمي، الناشر / دار الكتاب العربي (بيروت – لبنان) .

٢٢. المراسيل: لأبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، مراجعة وفهرسة د/ يوسف بن عبد الرحمن المرعشلي، مطبوع مع سلسلة الذهب فيما رواه الإمام الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر، ط . الأولى ١٤٠٦ هـ، دار المعرفة (بيروت – لبنان) .

٢٣. المستدرك على الصحيحين في الحديث: للحاكم: أبي عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري ، دار الفكر (بيروت – لبنان) .

٢٤. مسند الإمام أحمد: للإمام أحمد بن حنبل ، ط . الخامسة ١٤٠٥ هـ ، المكتب الإسلامي (بيروت – لبنان) .

٢٥. مسند الإمام أحمد: للإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أحمد شاكر، ط . الرابعة، دار المعرفة بمصر .

٢٦. المصنف: لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط. الثانية ١٤٠٣ هـ، طبع المجلس العلمي بجوهانسبرغ ، جنوب افريقيا ، وكراتشي – باكستان – وسملك – الهند توزيع المكتب الإسلامي .

٢٧. معالم السنن للخطابي ، أبي سليمان حمد بن محمد ، ط . الثانية ١٤٠١ هـ ، الناشر / المكتبة العلمية .

٢٨. الموطأ: للإمام مالك بن أنس، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر / دار إحياء التراث العربي (بيروت – لبنان) .

٢٩. نصب الراية لأحاديث الهداية : للزيعلي: أبي محمد عبد الله بن يوسف، ط. الثانية ، الناشر / المجلس العلمي بجوها نسبرغ – جنوب أفريقيا، وكراتشي – باكستان ، وسملك – الهند .

٣٠. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: للشوكاني: محمد بن علي ، دار القلم (بيروت – لبنان) .

ثالثاً: كتب الفقه :

كتب الفقه الحنفي :

١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق : لابن نجيم : زين العابدين بن إبراهيم ، الناشر / المكتبة الماجدية – كوئتة – باكستان .

٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : للكاساني : علاء الدين أبي بكر بن مسعود ، ط. الثانية ١٤٠٢ هـ الناشر / دار الكتاب العربي (بيروت – لبنان) .

٣. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : للزيلعي : فخر الدين عثمان بن علي ، ط. الثانية الناشر / دار المعرفة – بيروت .

٤. تحفة الفقهاء : لعلاء الدين السمرقندي ، ط. الأولى ١٤٠٥ هـ الناشر / دار الكتب العلمية – بيروت .

٥. تكملة شرح فتح القدير ، المسماة نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار : لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده الناشر / دار الفكر ، بيروت .

٦. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، المشهورة ب ((بحاشية ابن عابدين)) : لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ، ط . الثانية ١٣٨٦ هـ .الناشر / دار الفكر ، بيروت .

٧. شرح فتح القدير : لابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، ط . الثانية ١٣٩٧ هـ ، الناشر / دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

٨. الكتاب للقدوري ، أحمد بن محمد ، مطبوع مع شرحه اللباب ، الناشر / المكتبة العلمية ، بيروت ١٤٠٠ هـ .

٩. اللباب في الجمع بن السنة و الكتاب : لأبي محمد علي بن زكريا المنبجي ، تحقيق د / محمد فضل عبد العزيز المراد ، ط . الأولى ١٤٠٣ هـ ،دار الشروق ، جدة .

١٠. المبسوط : للسرخسي : شمس الدين محمد بن أحمد ، ط . الثالثة ١٣٩٨ هـ الناشر / دار المعرفة – بيروت .

١١. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : لداما أفندي : عبد الله بن الشيخ محمدبن السليمان ، الناشر / دار إحياء التراث العربي – بيروت .

١٢. مجمع الضمانات : لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي ، ط. الأولى ١٤٠٧ هـ الناشر / عالم الكتب – بيروت .

١٣. الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني : أبي الحسن علي بن أبي بكر الراشداني ، ط . الثانية ١٣٩٧ هـ الناشر / دار الفكر ، بيروت .

كتب الفقه المالكي :

١. الإشراف على مذاهب الخلاف : للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي مطبعة الإدارة .

٢. أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك : لمحمد بن حارث الخشني ، تحقيق كل من الشيخ محمد المجدوب ، د/ محمد أبو الأجفان ، د/ عثمان بطيخ ، الدار العربية للكتاب ، و المؤسسة الوطنية للكتاب .

٣. بداية المجتهد و نهاية المقتصد : لابن رشد أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي ، ط . الرابعة ١٣٩٨ هـ الناشر / دار المعرفة ، بيروت .

٤. التاج و الإكليل لمختصر خليل : للمواق : محمد بن يوسف العبدري ، مطبوع على هامش مواهب الجليل ، ط . الثانية ١٣٩٨ هـ ، الناشر / دار الفكر ، بيروت .

٥. التفريع : لابن الجلاب : أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ، دراسة و تحقيق د / حسين بن سالم الدّهمان ، ط . الأولى ١٤٠٨ هـ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت .

٦. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي شمس الدين محمد بن عرفة ، الناشر / دار الفكر ، بيروت .

٧. جامع الأمهات : تأليف جمال الدين ابن عمر ابن الحاجب المالكي ت ٦٤٦ هـ تحقيق أبي عبد الرحمن الأخضر الأخضري ، اليمامة للطباعة و النشر – دمشق الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ .

٨. شرح الخرشي على مختصر خليل : للخرشي : أبي عبد الله محمد بن عبد الله ، ط . الثانية ١٣١٧ هـ بالمطبعة المصرية الكبرى الأميرية ببولاق .

٩. الشرح الكبير على مختصر خليل : للدردير : أحمد بن محمد ، مطبوع على هامش حاشية الدسوقي ، الناشر / دار الفكر ، بيروت .

١٠. الفواكه الدواني : للنفراوي : أحمد بن غنيم بن سالم ، الناشر / دار المعرفة ، بيروت .
١١. القوانين الفقهية : لابن الجزي : محمد بن أحمد ، الدار العربية للكتاب – ليبيا – تونس .
١٢. الكافي في فقه أهل المدينة : لابن عبد البر : أبي عمر يوسف بن عبد الله النمري ، تحقيق : محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني ، ط. الأولى ١٣٩٨ هـ ، الناشر / مكتبة الرياض الحديثة – الرياض.
١٣. المدونة الكبرى : للإمام مالك بن أنس ، رواية سحنون التنوخي ، تصوير الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٣ هـ ، الناشر / دار صادر ، بيروت .
١٤. المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات و التحصيلات ، المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات – لابن رشد : أبي الوليد محمد بن أحمد ، تحقيق د / محمد حجي ، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت .
١٥. مواهب الجليل شرح مختصر خليل : للحطاب : أبي عبد الله محمد بن محمد الطرابسلي ، ط . الثانية ١٣٩٨ هـ ، دار الفكر ، بيروت .

كتب الفقه الشافعي :

١. اسنى المطالب شرح روض الطالب : لزين الملة و الدين أبي يحيى زكريا الأنصار ، الناشر / المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ .
٢. الأم : للإمام الشافعي : أبي عبد الله محمد بن إدريس ، طب . الثانية ، الناشر / دار المعرفة ، بيروت .
٣. تحفة المحتاج بشرح المنهاج : لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي ، مطبوع حواشي الشرواني و العبادي ، دار صادر ، بيروت .

٤. التكملة الثانية للمجموع : لمحمد نجيب المطيعي ، الناشر / دار الفكر . بيروت .

٥. حاشية الجمل على شرح المنهج : للشيخ سليمان الجمل ، الناشر / المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

٦. حاشية الشرواني على تحفة الطلاب : للشيخ عبد الحميد الشرواني ، مطبوع مع حاشية العبادي و التحفة دار صادر ، بيروت .

٧. روضة الطالبين : للنووي : أبي زكريا يحيى بن شرف ، المكتب الإسلامي ، بيروت .

٨. المجموع شرح المهذب : للنووي أبي زكريا يحيى بن شرف ، الناشر / دار الفكر ، بيروت .

٩. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : لمحمد الخطيب الشربيني ، الناشر / دار الفكر ، بيروت .

١٠. مختصر المزني : لإسماعيل بن يحيى ، مطبوع ي آخر الأم ، ط. الثانية٣ ١٣٩ هـ ، الناشر / دار المعرفة ، بيروت .

١١. منهاج الطالبين : للنووي : أبي زكريا يحيى بن شرف ، مطبوع مع مغني المحتاج ، الناشر / دار الفكر ، بيروت .

١٢. المهذب في فقه الإمام الشافعي : للشيرازي : أبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروزآبادي ، ط. الثانية ١٣٧٩ هـ ، دار المعرفة ، بيروت .

١٣. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : للرميلي محمد بن أبي العباس أحمد الرملي ، ط. الأخيرة ١٣٨٦ هـ ، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر .

كتب الفقه الحنبلي :

١. إعلام الموقعين عن رب العالمين : لابن القيم : شمس الدين محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، طبعة عام ١٩٧٣ م ، دار الجيل ، بيروت .

٢. الإفصاح عن معاني الصحاح : لابن هبيرة : أبي المظفر يحيى بن محمد طبع و نشر المؤسسة السعيدية بالرياض .

٣. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل : للمرداوي : علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان ، تصحيح و تحقيق محمد حامد الفقي ، ط. الأولى ١٣٧٦ هـ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

٤. زاد المعاد في هدي خير العباد : لابن القيم : أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ، تحقيق كل من : شعيب و عبد القادر الأرناؤوط ، ط.الثانية ١٤٠١ هـ مؤسسة الرسالة ، بيروت .

٥. الروض الندي شرح كافي المبتدي : للبعلي : أحمد بن عبد الله بن أحمد ، أشرف على طبعته و تصحيحه عبد الرحمن محمود ، الناشر / مؤسسة السعدية بالرياض .

٦. شرح منتهى الإردات ، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى : للبهوتي : منصور بن يونس بن إدريس ، عالم الكتب ، بيروت .

٧. الفروع لابن مفلح شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح ، مراجعة عبد الستار أحمد فراج ، طب. الثالثة ، عالم الكتب ، بيروت .

٨. كشاف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي : منصور بن يونس بن إدريس عالم الكتب ، بيروت .

٩. المبدع في شرح المقنع : لابن مفلح : أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله ، ط. الأولى : طبع و نشر المكتب الإسلامي ، بيروت .

١٠. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى : للرحيباني : مصطفى بن سعد بن عبده ، الناشر / المكتب الإسلامي ، دمشق .

١١. المحرر في الفقه عل مذهب الإمام أحمد بن حنبل : للشيخ مجد الدين أبي البركات ، الناشر / دار الكتاب العربي ، بيروت .

١٢. مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام : لجمال الدين يوسف ابن عبد الهادي الحنبلي ، تحقيق عبد العزيز بن محمد آل الشيخ ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة .

١٣. المغني على مختصر الخرقي : لابن قدامة : موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، مطبوع مع الشرح الكبير ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

كتب الفقه الظاهري :

١. المحلى : لابن حزم : أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة ، طبعة مصححة و مقابلة على عدة مخطوطات و مقابلة على نسخة الشيخ أحمد شاكر ، الناشر / دار الآفاق الجديدة ، بيروت .

٢. مراتب الإجماع : لابن حزم : أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد ، الناشر / دار الكتب العلمية ، بيروت .

رابعاً : كتب القواعد الأصولية و الفقهية :

١. الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان : لابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، طبعة عام ١٤٠٠ هـ ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٢. الأشباه و النظائر في قواعد و فروع الشافعية : للسيوطي : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي و شركاه .

٣. تأسيس نظر ، لأبي زيد عبيد الله عمر بن عيسى الدبوسي ، تحقيق و تصحيح مصطفى محمد القباني ، الناشر دار ابن زيدون ، ببيروت .

٤. الفروق : للقرافي شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي ، عالم الكتب ، بيروت .

٥. القواعد في الفقه الإسلامي : لابن رجب : أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، الناشر / دار المعرفة ، بيروت .

٦. القواعد الفقهية (المبادئ – المقومات – المصادر – الدليلية – التطور –) ، لشيخينا الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ، الناشر مكتبة الرشد بالرياض ، الطبعة الأولى عام ١٤١٨ هـ ، ١٩٩٨ م .

٧. درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، لعلي حيدر ، تعريب فهمي الحسيني ، الناشر دار الكتب العلمية ببيروت .

٨. مجلة الأحكام العدلية ، قام عليها مجموعة من علماء الدولة العثمانية ، مطبوعة مع شرحها درر الحكام .

٩. الممتع في القواعد الفقهية ، لمسلم بن ماجد الدوسري ، الطبعة الثانية ، الناشر / دار زدني ، بالرياض .

١٠. منظومة أصول الفقه و قواعده : للشيخ محمد بن صالح العثيمن ، طبعة دار ابن الجوزي .

١١. شرح القواعد الفقهية ، لأحمد بن محمد الزرقا ، تصحيح و تعليق مصطفى بن أحمد الزرقا ، الناشر دار القلم بدمشق ، الطبعة الثالثة ، عام ١٤٠٩ هـ .

١٢. شرح الكوكب المنير ، لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن النجار ، تحقيق محمد الزحيلي ، و الدكتور نزيه حماد ، الناشر مكتبة العبيكان بالرياض ، ١٤١٣ هـ .

١٣. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ، للدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو ، الناشر مؤسسة الرسالة ببيروت ، الطبعة الرابعة ، ١٤١٦ هـ .

خامساً : كتب اللغة العربية :

١. تهذيب اللغة : للأزهري : أبي منصور محمد بن أحمد ، تحقيق عدد من العلماء الدار المصرية لتأليف و الترجمة ، مطابع سجل العرب القاهرة .
٢. الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربية) : للجوهري : إسماعيل بن حماد ، ط. الثانية ١٣٩٩هـ ، الناشر / دار العلم للملايين ، بيروت .
٣. القاموس المحيط : للفيروزآبادي : مجد الدين محمد بن يعقوب ، المؤسسة العربية للطباعة و النشر ، بيروت .
٤. لسان العرب : لابن منظور : جمال الدين محمد بن مكرم بن علي ، الناشر / دار صادر ، بيروت .
٥. معجم لغة الفقهاء ، لمحمد رواد ، ط. الثانية ، ١٤٠٨ هـ ، دار النفائس ، بيروت .
٦. معجم مقاييس اللغة : لابن فارس : أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، تحقيق عبد السلام هارون ، الناشر / دار الكتب العلمية ، إيران .
٧. النهاية في غريب الحديث و الأثر : لابن الأثير : مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ، تحقيق كل من طاهر أحمد الزواي ، ومحمود محمد الطناحي ، توزيع دار الباز ، مكة المكرمة .

سادساً : كتب التاريخ و الرجال و الطبقات :

١. الاستيعاب في معرفة الأصحاب : لابن عبد البر : أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد ، تحقيق علي محمد البجاوي ، طبع و نشر مكتبة نهضة مصر و مطبعتها ، القاهرة .
٢. أسد الغابة في معرفة الصحابة : لابن الأثر : علي بن أبي الكرم محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
٣. الإصابة في تمييز الصحابة : لابن حجر : أحمد بن علي العسقلاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٤. الأعلام للزركلي ، خير الدين الزركلي ، ط . الخامسة ١٩٨٠ م ، الناشر / دار العلم للملايين ، بيروت .

٥. البداية و النهاية : لابن كثير : أبي الفداء إسماعيل بن عمرو ، الناشر / دار الفكر ، بيروت .

٦. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع : للشوكاني : محمد بن علي ، الناشر ، دار المعرفة ، بيروت .

٧. تقريب التهذيب : لابن حجر : أحمد بن علي العسقلاني ، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ، ط. الثانية ١٣٩٥ هـ ، الناشر / دار المعرفة ، بيروت .

٨. تهذيب التهذيب : لان حجر : أحمد بن علي العسقلاني ، ط. الأولى ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدر آباد .

٩. الجواهر المضية في طبقات الحنفية : لأبي محمد عبد القادر بن أبي الوفاء الحنفي ، تحقيق د / محمد الحلو ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، الناشر / دار العلوم ، الرياض .

١٠. ذيل الطبقات الحنابلة : لابن رجب : أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين الحنبلي ، الناشر / دار المعرفة ، بيروت .

١١. شذرات الذهب في أخبار من ذهب : لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

١٢. طبقات الحفاظ : للسيوطي : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، تحقيق علي محمد عمر ، ط. الأولى ١٤٠٣ هـ ، الناشر / دار الكتب العلمية ، بيروت .

١٣. طبقات الحنابلة : لابن أبي يعلى : أبي الحسين محمد بن أبي يعلى ، الناشر / دار المعرفة ، بيروت .

١٤. طبقات السنية في تراجم الحنفية : لتقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري الغزي ، تحقيق د / عبد الفتاح محمد الحلو ، ط. الأولى ، الناشر / دار المعرفة بيروت .

١٥. طبقات الشافعية : للإسنوي : عبد الرحيم الإسنوي ، تحقيق كمال يوسف الحوت ، ط. الأولى ١٤٠٧ هـ ، طبع و نشر دار الكتب العلمية ، بيروت .

١٦. الفوائد البهية في تراجم الحنفية : لمحمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي ، دار المعرفة ، ببيروت .

١٧. لسان الميزان : لابن حجر : أحمد بن علي العسقلاني ، ط. الثانية ، دار الكتاب الإسلامي لإحياء و نشر التراث الإسلامي .

١٨. معجم المؤلفين (تراجم مصنفي الكتب) : لعمر رضا كحالة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

سابعاً : كتب و رسائل متنوعة [١] :

١. الإجارة الواردة على عمل الإنسان : للدكتور / أشرف بن علي الشريف ، ط. الأولى الناشر / دار الشروق ، جدة .

٢. أحكام الوصايا و الأوقاف : لدكتور / بدران أبو العينين بدران ، طبعة دار بور سعيد للطباعة ، الإسكندرية .

٣. أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية : دكتور / عبيد الكبيسي ، ط. الإرشاد ، بغداد .

٤. تصرفات الأمين في العقود المالية : د / عبد العزيز الحجيلان ، رسالة دكتوراة مقدمة لكلية الشريعة بالرياض ، ط. الحكمة ، لندن .

(١) بعض هذه الكتب و الرسائل و البحوث أستفد منها لدلالة على مواضع المسائل من الكتب المتقدمة و في القراءة العامة و في تقسيم البحث ، و ذكرتها هنا من باب الأمانة العلمية ، و الاعتراف بالفضل لأهله ، وخصصتها بذكر لكثرة استفادتي منها .

٥. التطبيقات الفقهية لقاعدة اليسير مغتفر في البيوع ، لهاكيا بن محمد كانوريتش ، بحث تكميلي في المعهد العالي للقضاء .

٦. عقد الرهن في الشريعة الإسلامية : د / الشافعي عبد الرحمن السيد عوض ، ط. الأولى ، دار الأنصار (القاهرة) .

٧. عقد المضاربة بين الشريعة و القانون و مدى صلاحيته للتطبيق في العمليات المصرفية المعاصرة . د / عبد العظيم شرف الدين ، ط . الأولى ، الناشر ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة .

٨. عقد الوكالة في الفقه الإسلامي : إعداد سيد محمد صادق الأنصاري ، ط. الأولى الناشر / مكتبة جدة .

٩. العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة : د / عيسى عبده ، ط. الأولى ، بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بمدينة الرياض .

١٠. الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية : لأحمد فراج حسين ، ط. الأولى ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، القاهرة .

١١. موانع الضمان في الفقه الإسلامي (المال – الجنايات – الحدود) ، د/ محمد العموش ، ط . دار النفائس ، عمان .

١٢. نظرية الضمان ، أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي : د/ وهبة الزحيلي ، ط. الأولى ، دار الفكر ، بيروت .

فهرس الموضوعات

المقدمة ١
أهمية الموضوع و أسباب اختياره ٢
الدراسات السابقة ٢
منهج البحث ٥
خطة البحث ٨
التمهيد.....١٣
المبحث الأول : بيان معنى القاعدة الفقهية و أهميتها ١٤
المطلب الأول : التعريف بالقاعدة الفقهية ١٤
المطلب الثاني : أهمية علم القواعد الفقهية ١٧
المطلب الثالث : الفرق بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية ١٩
المبحث الثاني : معنى قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان ٢١
المطلب الأول : بيان معنى القاعدة ٢١
المطلب الثالث : أدلة القاعدة ٢٢
المطلب الرابع : أركان القاعدة و شروطها ٢٥
المطلب الخامس : صيغ القاعدة عند المذاهب الأربعة ٢٦

الفصل الأول : التطبيقات الفقهية للقاعدة في العقود.....٢٨
المبحث الأول : التطبيقات الفقهية في عقود التمليك ٢٩
المطلب الأول : تلف مال الشركة تحت يد الشريك ٣٠

المطلب الثاني : تلف مال المضاربة تحت يد المضارب ٣١
المطلب الثالث : تجاوز مستأجر العين المسافة التي عقد عليها فتلفت ٣٣
المطلب الرابع : تجاوز مستأجر العين المكان الذي عقد عليه ثم ردها إليه فتلفت ٣٤
المطلب الخامس : استأجر العين فحمل عليها أثقل مما عقد عليه فتلفت ٣٦
المطلب السادس : تلف العين المستأجر تحت يد المستأجر ٤٠
المطلب السابع : ضمان الأجير المشترك ٤٢
المطلب الثامن : ضمان الأجير الخاص ٤٨
المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التفويض و الإطلاق ٥٠
المطلب الأول : تلف ما تحت يد الوكيل ٥١
المطلب الثاني : تلف ما تحت يد المستعير ٥٢
المطلب الثالث : تلف الوقف تحت يد الناظر ٥٧
المطلب الرابع : تلف مال الصغير أو المجنون تحت يد الوصي أو يد القاضي ٥٨
المبحث الثالث : التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التوثيق و الحفظ.....٥٩
المطلب الأول : تلف الرهن تحت يد المرتهن ٦٠
المطلب الثاني : تلف الرهن تحت يد العدل ٦٥
المطلب الثالث : و ضع المودع الوديعة عند آخر بغير عذر فتلفت ٦٧
المطلب الرابع : تلف الوديعة بعد انتفاع المودع بها وردها إلى حالها ٧٠
المطلب الخامس : ضمان المودَع لديه ٧٢

الفصل الثاني : تطبيقات القاعدة الفقهية في الجنايات و الحدود.....٧٦
المبحث الأول : التطبيقات الفقهية في الجنايات.....٧٧

المطلب الأول : حفر شخص بئراً في طريق عام لمصلحة الناس بإذن الإمام فتلف شخص به ٧٨

المطلب الثاني : فرش شخص في المسجد حصيرا أو علق فيه قنديلا بغير إذن الإمام فعثر رجل بالحصير أو سقط عليه القنديل فمات ٨٠

المطلب الثالث : دخول رجل في بيت آخر فسقط في بئر ٨٢

المطلب الرابع : إخراج ميزاب إلى الشارع و سقوطه على إنسان أو بهيمة و تلفهم به.....٨٤

المطلب الخامس : ضرب الأب أو الوصي أو المعلم بإذن الأب تأديبا في الموضع المعتاد فمات الصغير ٨٦

المبحث الثاني : التطبيقات الفقهية في الحدود ٨٩

المطلب الأول : تلف من طبق عليه الحد بأمر الإمام ٩٠

المطلب الثاني : هروب المرجوم بحد الزنا الثابت بالإقرار فلحقه الراجمون فرجموه فمات ٩١

المطلب الثالث : جناية الباغي على نفس العادل حال القتال ٩٢

الخاتمة ٩٣

فهرس الآيات.....٩٦

فهرس الأحاديث ٩٧

فهرس الأعلام ٩٩

فهرس المصادر و المراجع ١٠١

فهرس الموضوعات ١١٦