القاعدة الفقهية ''الخراج بالضمان'' دراسة تأصيلية تطبيقية

The Jurisprudence Rule: ''ALKHIRAJ BIALDAMAN'' Applied Theory Study

أ.أحمد زكي

ahmedzaki145@gmail.com

كلية الآداب والعلوم الإنسانية القنيطرة – المغرب

تاريخ الاستلام: 2019/12/16 تاريخ القبول للنشر: 2019/12/22

ملخص:

تعالج هذه الدراسة قاعدة من أهم قواعد الفقه الإسلامي عمومًا، وقواعد الضمان خصوصًا، وهي القاعدة الفقهية ''الخراج بالضمان''، وذلك على النحو الآتي:

1- بيان معنى القاعدة في اللغة والاصطلاح.

2 – تحديد ألفاظ القاعدة ومرادفاتها عند الفقهاء.

3- توثيق القاعدة وعزوها إلى مظانها في كتب الفقه والقواعد.

4- دراسة أهم تطبيقات القاعدة في الفقه الإسلامي، والتعرض إلى بعض مستثنياتها.

5- ختم ذلك كله بخاتمة تضمنت أهم الاستنتاجات التي توصلت إليها الدراسة.

الكلمات المفتاحية: القاعدة الفقهية – الخراج بالضمان – دراسة تأصيلية تطبيقية

Abstract:

This study addresses one of the jurisprudence Rules, which is The Jurisprudence Rule: ''ALKHIRAJ BIALDAMAN'', as follows:

1- The definition of the jurisprudence rule in the Arabic language and the Islamic terminology.

2- The demonstration of the truth of the rule, it importance, names, and sources.
3- The rule reasoning, the theme includes: the rule reasoning and evidences.
4- The study shows its applications in Islamic Jurisprudence and the rule exceptions.
5- The research was concluded by exhibition the most important results.

Key words: Jurisprudence Rule - ALKHIRAJ BIALDAMAN - Applied - theory - study

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسانٍ إلى يوم الدين.

وبعد: فإن علم قواعد الفقه من أشرف علوم الشريعة وأعلاها قدرًا، وأعظمها أجرًا، وأعمها فائدةً، وأعلاها مرتبةً، وهو كالأساس للفقه فلما كانت مسائله غير منحصرة وفروعه واسعة ومنتشرة، يضبط فروعه المتناثرة تحت قواعد كلية جامعة، ومن هنا كانت قواعد الفقه من أهم ما يجب الاشتغال به، لأنها الوسيلة الوحيدة للم شتات الفقه المتفرق وتسهيل مسالكه على الفقيه.

قال (الإمام القرافي):"فإن الشريعة المعظمة المحمدية –زاد الله تعالى منارها شرفا وعلوا– 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 والنهي للتحريم والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك، وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة، وخبر الواحد وصفات المجتهدين.

والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة، ما لا يحصى 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 وبقدر الإحاطة بها، يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف فيها تنافس العلماء، وتفاضل الفضلاء ..."[1].

وقال أيضا:"ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لِانْدِرَاجِهَا في الكليات"[2].

وقال شيخ الإسلام (ابن تيمية):"ونحن نذكر قاعدة جامعة في هذا الباب لسائر الأمة فنقول لابد أن يكون مع الإنسان أصول كلية ترد اليها الجزئيات ليتكلم بعلم وعدل ثم يعرف الجزئيات كيف وقعت والا فيبقى فى كذب وجهل في الجزئيات وجهل وظلم فى الكليات فيتولد فساد عظيم"[3].

ونظراً لأهمية هذا العلم، فهذه محاولة متواضعة لدراسة قاعدة من أهم قواعده، القاعدة الفقهية:''الخراج بالضمان'' التي تعتبر من أعمق القواعد جذورا في الفقه الإسلامي، حيث يرجع أصلها إلى عصر التشريع فهي نص حديث نبوي شريف من جوامع كلمه صلى الله عليه وسلم، جرى على ألسنة الفقهاء مجرى القواعد.

– إشكال البحث:

ينبني إشكال البحث على التساؤلات الآتية:

ما مدى ارتباط قاعدة الخراج بالضمان بموضوع الضمان؟ وما مدى توظيف هذه القاعدة في مجال الضمان؟ وما مدى خدمة القاعدة لموضوع الضمان بمعناه الشامل تأصيلا وتفريعا؟ وما المسائل والتفريعات الفقهية المخرجة على القاعدة في الفقه الإسلامي عمومًا والاستثمار المالي خصوصًا؟

– أهداف البحث:

يمكن تلخيصها فيما يلي:

– بيان أهمية القواعد الفقهية عمومًا، وقاعدة الخراج بالضمان خصوصًا.

– التعرف على القاعدة الفقهية تفصيلاً، وتوثيقها وعزوها إلى مظانها.

– الإشارة إلى أهم تطبيقات القاعدة الفقهية في الفقه الإسلامي، وإبراز أهم مستثنياتها.

– منهج البحث:

وقد اعتمدت في دراسة هذا الموضوع المناهج الآتية:

– المنهج الاستقرائي: من خلال توثيق القاعدة وعزوها إلى مظانها، وتتبع الفروع الفقهية للقاعدة في كتب الفقه والقواعد والموسوعات.

– المنهج التحليلي: وذلك عند ذكر ألفاظ القاعدة وصيغها عند الفقهاء، والمعنى الإجمالي للقاعدة، وذكر دليل القاعدة.

– المنهج الوصفي: من خلال عرض مفردات القاعدة في اللغة والاصطلاح بطريقة نقدية للحصول على النتائج المرجوة.

– خطة البحث:

وقد سرت في هذا البحث وفق خطة مكونة من مقدمة، وسبعة مباحث، وخاتمة، فتحدثت في المقدمة عن أهمية علم قواعد الفقه عمومًا، وأهمية قاعدة ''الخراج بالضمان'' خصوصًا، وإشكال البحث، وأهداف البحث، ومنهج البحث، وخطة البحث، وخصصت المبحث الأول للتعريف بالقاعدة في اللغة والاصطلاح، والمبحث الثاني لبيان ألفاظ القاعدة عند الفقهاء، والمبحث الثالث لتوثيق القاعدة وعزوها إلى مظانها، والمبحث الرابع لتوضيح المعنى الإجمالي للقاعدة، والمبحث الخامس لبيان دليل القاعدة،

والمبحث السادس لأهم تطبيقات القاعدة، والمبحث السابع لمستثنيات القاعدة، أما الخاتمة فقد ذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال بحثي هذا.

المبحث الأول: بيان معنى القاعدة في اللغة والاصطلاح:

الخَرْجُ والخَرَاجُ: لغتان اجتمعتا في قراءة نافع، ومن وافقه ﴿**أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ**﴾ [سورة المؤمنون 72][4]، وقيل أنهما بمعنى واحد[5]، والخراج لغة: هو الغَلَّة[6].

قال (ابن الأثير):"يريد بالخراج ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبدا كان أو أمة أو ملكا"[7].

وقال (الزَّمخشري):"كل ما خرج من شيءٍ مِنْ نفعه فهو خراجُه، فخراجُ الشجر ثمرُه وخراج الحيوان نسلُه ودرُّه"[8].

والضمان لغة: يرد في اللغة لمعنيين.

المعنى الأول: الكفالة فمن كفل شيئاً فقد ضمنه، تقول : ضمن الشيء ضمانا، فهو ضامن وضمين، إذا كفله، وتسمّى أيضا الحمالة والزعيم[9].

المعنى الثاني: التغريم فمن غرم شيئاً فقد ضمنه، تقول: ضمنته الشيء تضمينا إذا غرّمته[10].

أما في اصطلاح الفقهاء فإن الضمان عندهم يراد به أحد هذين المعنيين اللغويين السالف ذكرهما، وهذا بيان ذلك:

أولا: استعمالهم للفظ الضمان بمعنى الكفالة، فقد عقد الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في مصنفاتهم بابا بعنوان: الضمان يعنون به كفالة المال والبدن، فتجد مثلا (الدسوقي) من المالكية عرفه بأنه:"شغل ذمة أخرى أو بالحق"[11].

ثانيا: استعمالهم للفظ الضمان بمعنى التغريم كضمان المتلفات والغصوب والتعييبات.

وهذا المعنى الاخير هو الذي يهمنا في دراستنا للقاعدة، وفي هذا المضمار وقفت على عدة تعاريف منها:

تعريف (الحموي) قال: "عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته"[12].

تعريف (مجلة الاحكام العدلية) جاء في المادة 416 أنه:"هو اعطاء مثل الشئ ان كان من المثليات وقيمته ان كان من القيميات".

تعريف (مصطفى الزرقا):"هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"[13].

تعريف (وهبة الزحيلي):"هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الانسانية"[14].

تعريف (محمد فوزي فيض الله):"شغل الذمّة بحقّ، أو بتعويض عن ضّرر"[15].

وبعد تدبر وتأمل، اختار ما أظنه أجودها وهو تعريف (محمد فوزي فيض الله)، ذلك لأنه أوجز التعاريف المذكورة عبارة، وأدقها معنا.

– شرح التعريف المختار:

– **شغل الذمة:** يستوي فيه الالتزام من الشرع للاعتداء جزاء المخالفة، والالتزام الشخصي بالعقد ونحوه.

– **والحق:** يشمل حق الشارع كما في جزاء الصيد ونحوه، ويشمل حق الإنسان في مثل الدين والكفالة بالمال.

– **وتعويض عن ضرر:** يشمل الاضرار الواقعة على النفس الإنسانية المقدر منها كالديات، وغير المقدر كالاروش، مما يدخل في نطاق المسؤولية الجنائية، ويشمل الاضرار المالية ضمن العقود عينية وغيرها، مما يدخل في نطاق المسؤولية العقدية، كما يشمل الاضرار المالية في غير دائرة العقود، عينية كانت كالغصوب وضع اليد، أم غير عينية كالاتلافات، مما يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية [16].

– المبحث الثاني: بيان ألفاظ القاعدة عند الفقهاء:

وقد عبر بعض الفقهاء عن هذه القاعدة بألفاظ مشابهة، ومرادفة للفظها، ومطابقة لمعنها، وفي هذا المقام أذكر بعض ما وقفت عليه من ألفاظ فمن ذلك:

قولهم (الغرم بالغنم)[17] : وهذه القاعدة تعبر عن عكس معنى قاعدتنا، وتعني أن من ينال نفع شيء يتحمل الضرر الحاصل منه، فنفقة العارية مثلا على المستعير لأن منفعتها عائدة اليه.

وقولهم (النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة)[18]: هذه القاعدة ترادف قاعدتنا والقاعدة السابقة معًا، فالجملة الأولى من القاعدة وهي: النعمة بقدر النقمة، ترادف قاعدة (الخراج بالضمان)، والجملة الثانية من القاعدة وهي : النقمة بقدر النعمة، ترادف قاعدة (الغرم بالغنم)[19].

وقولهم (وجوب الخراج باعتبار التمكن من الانتفاع)[20] وهذا اللفظ متضمن لقيد مفاده أن الخراج إنما يستحق بعد التمكن من الانتفاع بملكه للعبد مثلا ودخوله في ضمانه.

– المبحث الثالث: المعنى الإجمالي للقاعدة:

هذه القاعدة من أهم قواعد الفقه الإسلامي عمومًا، وقواعد الضمان[21] خصوصًا، فهي بمثابة الركيزة الأساسية التي ينبني عليها الاستثمار المالي، فلو اهدرت المشاركة في المغانم والمغارم، لانحرف الاستثمار عن فكرته الأصيلة النقية التي يدعو إليها النظام الاقتصادي الإسلامي، إلى نظام ربوي غاشم ظلوم، وهو اختصاص أحد الفريقين بالغنم، وتعرض الفريق الآخر وحده لعوارض المغارم والأرزاء[22].

ومعنى هذه القاعدة:" أن خراج الشيء يستحقه من يكون هلاك ذلك الشئ على ضمانه وحسابه في مقابلة الضمان"[23]، وبعبارة أوضح من يضمن شيئا إذا تلف يكون نفع ذلك الشئ له في مقابلة ضمانه حال التلف، وصورة ذلك كما يقول (أبو عبيد القاسم بن سلام):"هو أن يشتري الرجل العبد فيستغله، ثم يجيد به عيبا كان عند البائع: أنه يرده بالعيب، وتطيب له تلك الغلة بضمانه، لأنه لو مات في يده مات من ماله"[24]، كما جاء في قصة الحديث الشريف" أنَّ رَجُلا ابْتَاعَ غلاما فأَقَامَ عِنْدَهُ مَا شَاءَ اللَّهُ أن

يُقِيمُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَخَاصَمَهُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَدَّهُ عَلَيْهِ فَقَالَ الرَّجُلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ اسْتَغَلَّ غَلَامِي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ"[25].

وقد أورد بعض الفقهاء على هذه القاعدة سؤالين:

"أحدهما: أنه لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع تم العقد أو انفسخ إذ لا ضمان حينئذ، ولم يقل أحد منهم بذلك وإنما يكون له إذا تم العقد حينئذ.

وأجيب بأن الخراج يعلل قبل القبض بالملك وبعده بالضمان والملك جميعا، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان، لأنه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه واستبعاده أن الخراج للمشتري يبذله، فقيل له إن الغنم في مقابلة الغرم.

الثاني: لو كانت العلة الضمان، لزم أن تكون الزوائد للغاصب لأن ضمانه أشد من ضمان غيره، ومتى كانت أشد كان الحكم فيها أولى، وبهذا احتج لأبي حنيفة رضي الله عنه في أن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب.

وأجيب بوجهين:

أحدهما: أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالخراج في ضمان الملك -لا لمجرد الضمان- وجعل الخراج لمن هو مالكه، إذا تلف على ملكه وهو المشتري، والغاصب لا يملك المغصوب.

والثاني: أن الخراج هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان، ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المنافع، بل إذا أتلفها فالخلاف في ضمانها عليه، فلا يتناول موضع الخلاف وهذا جواب الإمام الشافعي رضي الله عنه"[26].

- المبحث الرابع: توثيق القاعدة وعزوها إلى مظانها:

تعد هذه القاعدة من القواعد الفقهية المتفق عليها بين المذاهب الفقهية، وقد اعملها جل أهل العلم، وخرجوا عليها عددا لا ينحصر من الفروع الفقهية الجزئية، ومن خلال

النظر في بعض المصادر الفقهية من المذاهب المختلفة، وجدت عدد من الفقهاء يتعرضون لهذه القاعدة عند تعليل الأحكام وترجيح الأقوال من ذلك:

1 – الإمام أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة أبو جعفر الطحاوي(321هـ)، الذي لم يقول بحديث المصراة، وفي هذا الصدد يقول محتجا بالقاعدة:"ويقال للذي ذهب إلى العمل بما روى في المصراة مما قد ذكرناه في أول هذا الباب، قد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: الخراج بالضمان وعملت بذلك العلماء"[27].

2 – القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر بن أحمد البغدادي المالكي (422هـ)، الذي نص عليها في معرض احتجاجه على أن المبيع المتعين المتميز، إذا ضاع قبل القبض فهو من ضمان المشتري، قال: أن"سائر المبيعات التي ليس القبض من شروط صحة بيعها، كالعبد و العروض وغيرهما مما يكال أو يوزن، إذا كانت متعينة ومتميزة ليس فيها حق توفيه فضمانها من المشتري قبل القبض، وقال أبو حنيفة والشافعي ضمانها من البائع حتى يقبضها. فدليلنا قوله صلى الله عليه وسلم الخراجُ بالضَّمان فجعل الخراج لمن يكون منه، وقد ثبت أن خراج هذا المبيع قبل القبض يكون للمشتري فيجب أن يكون ضمانه منه، لأنه مبيع متعين لا يتعين به حق توفية خراجه للمشتري فكان تلفه منه، أصله إذا قبض"[28].

3 – العلامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي الحنبلي(620هـ)، الذي احتج بقوله صلى الله عليه وسلم: [الخراج بالضمان] على أن المبيع المتعين المتميز، إذا تلف قبل القبض فهو من ضمان المشتري، قال:"ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم: [الخراج بالضمان]، وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه"[29].

4 – العلامة إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي الغرناطي المالكي(790هـ)، الذي احتج بالقاعدة على أن منافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هلاك ذلك الشئ على ضمانه، وذلك عند تعرضه للقاعدة الفقهية (التابع تابع) قال:"ومنها قاعدة الخراج

بالضمان، فالخراج تابع للأصل فإذا كان الملك حاصلا فيه شرعا، فمنافعه تابعة سواء طرأ بعد ذلك استحقاق أو لا، فإن طرأ الاستحقاق بعد ذلك كان كانتقال الملك على الاستئناف، وتأمل مسائل الرجوع بالغلات في الاستحقاق، أو عدم الرجوع تجدها جارية على هذا الأصل".[30]

5 – العلامة بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي(794هـ) الذي نص عليها بدوره كذلك، في كتابه المنثور في القواعد[31].

6 – العلامة عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي(911هـ)، في كتابه الأشباه والنظائر، قال:"القاعدة الحادية عشرة الخراج بالضمان هو حديث صحيح"[32].

7 – العلامة علي بن قاسم بن محمد التجيبي الفاسي المشهور بالزقاق(912هـ)[33]، الذي نص عليها في نظمه المسمى المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، قال:

"الخرج بالضمان أصل قد ورد في مستحق شفعة بيع فسد"[34]

8 – العلامة زين الدين إبراهيم بن نُجَيْمِ الحنفي (970هـ)، في كتابه الأشباه والنظائر[35].

9 – العلامة أحمد بن علي المنجور المالكي (995هـ)[36]، في كتابه شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، قال: الخراج بالضمان أصل من أصول المذهب [37].

10 – العلامة أبو القاسم بن محمد بن أحمد التواتي، في كتابه الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب على قواعد المذهب[38].

11 – الشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي، تناولها في كتابه إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد المذهب المالكي[39].

12 – الفقيه الحافظ محمد يحي بن المختار الولاتي، المتوفى سنة (1330هـ) الموافق (1912م)، في كتابه نظم المجاز الواضح على معرفة قواعد المذهب الراجح[40] وقد شرحه بنفسه شرحا سماه: الدليل الماهر الناصح على المجاز الواضح.

– المبحث الخامس: دليل القاعدة

حديث عائشة رضي الله عنها:"أنَّ رجلاً اشترىٰ غلاماً في زمن النبِّي صلى اله عليه وسلم وبه عيبٌ لم يعلم به، فاستغلَّه، ثُمَّ علم العيبَ فَرَدَّه، فخاصمه إلىٰ النبِّي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إنَّه استغَلَّهُ مُنْذُ زَمَنٍ، فقال رسول الله صلى اله عليه وسلم :الخراجُ بالضَّمان"[41].

وعند بعضهم "الغَلَّةُ بالضَّمان"[42].

معنى الحديث:"أن غلة العبد للمشتري بسبب أنه في ضمانه ، وذلك بأن يشتري عبدا ويستغله زمانا، ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع، فله رده والرجوع بالثمن، وأما الغلة التي استغلها فهي له طيبة، لأنه كان في ضمانه، ولو هلك هلك من ماله"[43].

"والباء" المذكورة في الحديث للسببية، قال العلامة أحمد المنجور: باء بالضمان للسببية [44]، والمعنى أن الخراج مستحق بسبب تحمل الضمان فمنافع الشئ وغلته، يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارته وهلاكه، فيكون استحقاق الثمرة والغلة في مقابل تحمل الخسارة، قال الإمام الزركشي شارحاً هذا الحديث " هو حديث صحيح ومعناه: ما خرج من الشَّيءِ من عينٍ ومنفعةٍ وغلَّةٍ، فهو للمشتري عِوَضَ ما كان عليه من ضمان الملك، فلو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلَّةُ له؛ ليكونَ الغُنْمُ في مُقابِلِ الغُرْم"[45]

– المبحث السادس: تطبيقات القاعدة

ومن أهم تطبيقات هذه القاعدة:

1- لو رد المشتري حيواناً أو سيارةً أو داراً بعد القبض بخيار العيب بعد قبضه، وكان قد استعمله مدة من الزمن لا يلزمه أجرته عن تلك المدة، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف من ماله[46].

2 – لو اشترى رجل عبدا مثلا واجره، فإن الأجرة تطيب للمشتري[47].

3 – لو حصل للعين المرهونة زيادةٌ تكون للرَّاهن، لأنَّ الضمان عليه[48].

4 – لو كان المبيع شاة وولدت عند المشتري ثم ردت على البائع بعيب فولد للمشتري [49].

5 – لو اشترى رجلٌ داراً وحصلت زيادة ثم استحقت بعد ذلك بالشفعة فإن الغلة تكون للمشتري دون الشفيع؛ لأنها حدثت في ملكه[50].

6 – لو استأجر رجل داراً مثلاً ببدل، ثم آجرها بأكثر منه من جنس ذلك البدل، فإن الزيادة لا تطيب له إلا إذا أصلحها بإحداث ما تشاهد عينه فيها، كبناء وتجصيص، وجعل الخصاف كري النهر من ذلك، بخلاف كنس الدار وإلقاء التراب من الأرض وإن تيسرت الزراعة فيها[51].

7 – لو شرطا في شركة الوجوه مناصفة المشترى، أو مثالثته، وشرطا الربح على خلاف ذلك، فالشرط باطل[52].

8 – لو اتجر المفلس بالعروض من أمواله بعد الحجر عليه من الغرماء فأن الربح له لأن ضمانها عليه[53].

9 – لو اتجر الغاصب بالمال المغصوب فإن الربح يكون له، وليس لرب المال فيه شئ، لأنه في ضمانه[54].

10 – لو اتجر المودَع بالمال المودع عنده فإن الربح له دون رب الوديعة، لأنه ضمان للمال بالتصرف فيه[55].

فائدة: ذكر بعض الفقهاء أن الغلة للمشتري في خمسة مواضع: في الرد بالعيب والبيع الفاسد والاستحقاق والشفعة والتفليس[56].

– المبحث السابع: مستثنيات القاعدة

يستثنى من هذه القاعدة بعض الصور، ومنها:

1 – ما ثبت بالنص كالمصرَّاة، وهي الناقة أو البقرة أو الشَّاة التي يجُمع ويحبس في ضرعها اللبن إيهاماً للمشتري أنَّها حلوبٌ وكثيرة اللبن، فإذا وجد المشتري بها عيباً، فإنَّها تُرَدُّ مع صاعٍ من تمرٍ، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تُصَرُّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النَّظرين بعد أن يحلب، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردَّها وصاعا من تمرٍ"[57]، أما إذا وجد بها عيباً غير التصرية فله أن يردها بالعيب ولا شيء

عليه فيما استفاده من خراجها، وهذا الاستثناء محصور بالتصرية للحديث دون سائر العيوب[58] .

وأورد بعض الفقهاء تعارضاً بين هذه القاعدة الخراج بالضمان وحديث المصراة، ذلك أن اللبن الذي يحدث عند المشتري غير مضمون عليه، وقد ضمنه إياه، وأن اللبن من ذوات الأمثال، وقد ضمنه إياه بغير مثله، وأن اللبن إذا انتقل من التضمين بالمثل فإنما ينتقل إلى القيمة والثمر لا قيمة ولا مثل، وأن المال المضمون إنما يضمن بقدره في القلة والكثرة وقد قدر ههنا الضمان بصاع، قال ابن عبد البر: فلم يجعل في الغنم المصراة إلا ما جعل في الشاة المصراة ولم يخص المصراة من الغنم ولا البقر ولا الإبل مع علمه بأن ذلك يختلف ويتباين[59] .

و قد بين (الإمام ابن القيم) أنه ليس ثمة تعارضاً بين هذه القاعدة الخراج بالضمان وحديث المصراة، قال: وأما قولكم الخراج بالضمان فهذا الحديث وإن كان قد روي، فحديث المصراة أصح منه باتفاق أهل الحديث قاطبة، فكيف يعارض به مع أنه لا تعارض بينهما بحمد الله، فإن الخراج اسم للغلة مثل كسب العبد وأجرة الدابة ونحو ذلك، وأما الولد واللبن فلا يسمى خراجا وغاية ما في الباب قياسه عليه بجامع كونهما من الفوائد وهو من أفسد القياس، فإن الكسب الحادث والغلة لم يكن موجودا حال البيع، وإنما حدث بعد القبض، وأما اللبن ههنا فإنه كان موجودا حال العقد فهو جزء من المعقود عليه، والشارع لم يجعل الصاع عوضا عن اللبن الحادث، وإنما هو عوض عن اللبن الموجود وقت العقد في الضرع فضمانه هو محض العدل والقياس وأما تضمينه بغير جنسه ففي غاية العدل، فإنه لا يمكن تضمينه بمثله البتة، فإن اللبن في الضرع محفوظ غير معرض للفساد فإذا حلب صار عرضة لحمضه وفساده، فلو ضمن اللبن الذي كان في الضرع بلبن محلوب في الإناء، كان ظلما تتنزه الشريعة عنه، وأيضا فإن اللبن الحادث بعد العقد اختلط باللبن الموجود وقت العقد فلم يعرف مقداره حتى يوجب نظيره على المشتري، وقد يكون أقل منه أو أكثر فيفضي إلى الربا، لأن أقل الأقسام أن تجهل المساواة، وأيضا فلو

وكلناه إلى تقديرهما أو تقدير أحدهما لكثر النزاع والخصام بينهما، ففصل الشارع الحكيم صلاة الله وسلامه عليه وعلى آله النزاع، وقدره بحد لا يتعديانه قطعا للخصومة وفصلا للمنازعة[60].

2 – ما لو أعتقت المرأة عبداً فإن ولاءه يكون لابنها ولو جنى العبد جناية خطأ فالعقل–أي الدية– على عصبتها دونه وقد يجيء مثله في بعض العصبات يعقل ولا يرث[61].

3 – الغاصب يرد الغلة المتولدة من الشئ المغصوب – اذا كانت الغلة على هيئته وصورته كنسل الحيوان– ولو تلف شئ من الأصل أو الغلة في يده ضمنه[62].

– خـــــــــــــــاتـمة:

أختم بحثي هذا بذكر أهم النتائج التي توصلت إليها؛ وهي:

– أن هذه القاعدة من أهم قواعد الفقه الإسلامي عمومًا، وقواعد الضمان خصوصًا، فهي بمثابة الركيزة الأساسية التي ينبني عليها الاستثمار المالي، فلو اهدر مبدأ المشاركة في المغانم والمغارم، لانحرف الاستثمار عن فكرته الأصيلة النقية التي يدعو إليها النظام الاقتصادي الإسلامي، إلى نظام ربوي غاشم ظلوم، وهو اختصاص أحد الفريقين بالغنم، وتعرض الفريق الآخر وحده لعوارض المغارم والأرزاء.

– أن هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي لها نص شرعي ثابت يدل عليها، فهي نص حديث نبوي شريف من جوامع كلمه صلى الله عليه وسلم، وقد جرى على ألسنة الفقهاء مجرى القواعد.

– أن بعض الفقهاء قد عبر عن هذه القاعدة بألفاظ مشابهة ، و مرادفة لفظها ، و مطابقة لمعنها، من ذلك قولهم: (الغرم بالغنم) و(النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة) و(وجوب الخراج باعتبار التمكن من الانتفاع) .

– أن هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي نص عليها أهل الشأن في مصنفاتهم وتآليفهم الفقهية، وخرجوا عليها عددا لا ينحصر من الفروع الفقهية الجزئية.

– أن هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها بين المذاهب الفقهية المختلفة، حسب ما اطلعت عليه من مصنفات و تآليف في الموضوع، والله أعلم.

– أن علم قواعد الفقه ذو أهمية بالغة، فبواسطته يستطيع الفقيه ضبط فروع الفقه الإسلامي المتناثرة، تحت قواعد كلية جامعة، ومن هنا كانت قواعد الفقه من أهم ما يجب الاشتغال به، لأنها تضبط للفقيه الفروع والجزئيات المنتشرة المتعددة في سلكٍ واحدٍ، بحيثُ يسهل عليه استحضار حكم المسائل الفقهية المتشابهة بمجرد تذكر القاعدة الجامعة لها، فتصير عنده ملكة فقهية قوية تساعده على الإحاطة بالفروع الفقهية المختلفة، وتنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسعة والمتعددة، ومعرفة الأحكام الشرعية، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة والمسائل المتكررة.

– ثبت المصادر والمراجع:

– أحمد بن حنبل الشيباني (241هـ)، المسند: ، مؤسسة قرطبة، مصر.

– أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرىٰ، تحقيق محمد عبد القادر عطا، نشر دار الباز، مكة المكرمة، 1414 هـ.

– أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، اعتنى بها أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، نشر مكتبة المعارف، الرياض، ط 1.

– أحمد المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق محمد الامين، نشر عالم الكتب 2003.

– أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه مصطفىٰ أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط 8، 1430 هـ /2009م.

– أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد المذهب المالكي، عني بمراجعته عبد الله ابرهيم الانصاري، نشر دار احياء التراث الاسلامي بدولة قطر 1403 هـ/ 1983م.

– أحمد بن محمد الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405 هـ.

– أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير علىٰ مختصر خليل، طبعة دار الفكر، بيروت.

– أحمد المكناسي المعروف بابن القاضي، دُرّة الحِجَال في أسماء الرِّجال، تحقيق: محمد الأحمدي أبو النور، نشر المكتبة العتيقة، تونس، ط 1، 1391 هـ.

– إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1425 هـ / 2004 م.

- ابن حبان، صحيح ابن حبان، بترتيب علي بن بلبان الفارسي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2 ،1414هـ.

- ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، تحقيق: د.محمد حجي وسعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، ط 2 ، 1402 هـ.

- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: أنوار الباز وعامر الجزار، نشر بدار الوفاء القاهرة، الطبعة الثالثة: 1426هـ/2005م.

- ابن الأثير الجزري (606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399 هـ.

- ابن قدامة المقدسي، المغني، نشر دار الفكر، بيروت، ط 1 ، 1405 هـ.

- ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: رائد صبري بن أبي علفة، نشر دار طيبة الرياض، ط1، 1427هـ/ 2006م.

- ابن منظور الأفريقي، لسان العرب، نشر دار صادر، بيروت.

- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، نشر دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى: 1403 هـ/1983م.

- أبو عبيد القاسم بن سلام، كتاب الأموال، تحقيق: أبو أنس سيد بن رجب، تقديم: أبو إسحاق الحويني ، نشر دار الهدي النبوي بمصر، ودار الفضيلة بالسعودية، ط 1 ، 1428هـ/2007م.

- أبو عمر يوسف بن عبد البر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، وثق اصوله وخرج نصوصه ووضع فهارسه عبد المعطي امين قلعجي، دار الوغي القاهرة: 1414هـ/ 1993م.

- أبو القاسم بن محمد بن أحمد التواتي، الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب على قواعد المذهب لابن منجور، جمع واختصار وترتيب ، مراجعة وتصحيح حمزة أبو فارس وعبد المطلب قنباشة، دار الحكمة، طرابلس، ليبيا، 1997 م.

- أبو العباس الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق: الصادق الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1427 هـ.

- أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001م.

- أبو داود السجستاني، السنن، اعتنى بها مشهور بن حسن آل سليمان، نشر مكتبة المعارف، الرياض، ط 2 ، 1429هـ/2008م.

- أبو عيسى الترمذي، السنن، اعتنى بها أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، نشر مكتبة المعارف، الرياض، ط 1.

– أبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة 1 ، 1399 هـ.

– بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط 1، 1408هـ.

– عبد الله بن سعيد محمد عبادي اللحجي، إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية، نشر مطبعة المدني، 1388 هـ.

– عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن طاهر، طبعة دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1420 هـ.

– علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، نشر دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.

– عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الوجيز، نشر دار الترمذي، بيروت لبنان، ط 3، 1409هـ/1989م.

– السرخسي شمس الأئمة، المبسوط، نشر دار المعرفة، بيروت.

– السيوطي، الأشباه والنظائر، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.

– الشافعي (204هـ)، مسند الإمام الشافعي، ترتيب الأمير أبي سعيد سنجر بن عبد الله الناصري الجادري،حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: ماهر يس الفحل، غراس للنشر والتوزيع – الكويت، ط1، 1425هـ /2004 م.

– شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، نشر دار الغرب، بيروت، 1994م.

– شهاب الدين القرافي، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق خليل المنصور، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ /1998م.

– الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، نشر دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423 هـ.

– الفيروزآبادي، القاموس المحيط، نسخة منقحة وعليها تعليقات نصر الهورني ، بمراجعة أنس محمد الشامي و زكريا جابر أحمد ، نشر دار الحديث القاهرة ، 1429 هـ /2008م.

– محمد يحي بن المختار الولاتي، الدليل الماهر الناصح شرح المجاز نظم المجاز الواضح على قواعد المذهب الراجح، نشر مكتبة الولاتي لاحياء التراث الاسلامي نواكشوط موريتانيا1427 هـ/ 2006م.

– محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، طبع بإشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1405هـ.

– محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: د. مصطفىٰ ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت،1407 هـ.

– محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي، بيروت 1406 هـ.

– مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤادعبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

– محمود بن عمر الزمخشري المعتزلي، الفائق في غريب الحديث، تحقيق: علي محمد البجاوي و محمد أبو الفضل ابراهيم، نشر دار الفكر بيروت، بدون تاريخ.

– محمد الروكي، القواعد الفقهية من كتاب الاشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب، نشر دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1: 2003م.

– محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة، نشر دار الفكر، دمشق، ط3: 2009م.

– محمد بن عبد الله الحاكم (405هـ)، المستدرك علىٰ الصحيحين، تحقيق: مصطفىٰ عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ.

– محمد صلاح محمد الصاوي، مشكلة الإستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، دار المجتمع، جدة، 1990م.

– محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان، مكتبة دار التراث، الكويت، ط 1 ، 1403 هـ

– محمد صدقي بن أحمد البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1416 هـ.

– مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، نشر دار القلم، دمشق، سوريا، ط 1 ، 1418 هـ /1998م.

– وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان: ، دار الفكر، سوريا، 1418 هـ – 1998 م.

– إحالات البحث:

---

[1] الفروق: (5/1 و6) .

[2] الفروق: (7/1) .

[3] مجموع الفتاوى: (19/ 110) .

[4] شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للمنجور: (58/2)

[5] أنظر تهذيب اللغة للأزهري: (26/7) ولسان العرب لابن منظور: (249/2) .

[6] أنظر كتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام: (141/1) وتهذيب اللغة للأزهري: (26/7) و لسان العرب لابن منظور: (249/2).

[7] النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير: (19/2).

[8] الفائق في غريب الحديث، الزمخشري: (365/1).

[9] أنظر القاموس المحيط: (ص: 982).

[10] أنظر انظر لسان العرب (257/13) والقاموس المحيط: (ص: 982).

[11] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (329/3)

[12] غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر: (4/ 6) .

[13] المدخل الفقهي العام مصطفى الزرقا: (1035) .

[14] نظرية الضمان لوهبة الزحيلي: (ص: 15) .

[15] نظرية الضمان للدكتور فيض الله : (ص: 14).

[16] نظرية الضمان للدكتور فيض الله : (ص: 14)

[17] درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: (79/1) المادة 87.

[18] درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: (79/1) المادة 88.

[19] أنظر المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا: (1038/2)

[20] المبسوط للسرخسي: (46/3 و 48).

[21] فهي من القواعد التي تم ادراجها ضمن قواعد الضمان الفقهية ، أنظر نظرية الضمان لوهبة الزحيلي: (ص: 188 و ما بعدها).

[22] عن كتاب مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، لصلاح الصاوي: (ص:440و441) بتصرف.

[23] القواعد الفقهية مع الشرح الوجيز ، لعزت عبيد الدعاس: (ص: 96).

[24] كتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام: (1/ 143) .

[25] سيأتي تخرجه قريبا في مبحث دليل القاعدة.

[26] المنثور في القواعد للزركشي: (119/2و120).

[27] شرح معاني الآثار: (21/4)

[28] الإشراف على مسائل الخلاف: (553/2)

[29] المغني: (4/ 235)

[30] الموافقات: (ص576) [طبعة في مجلد واحد]

[31] المنثور في القواعد (119/2)

[32] الأشباه والنظائر(135/1)

[33] أنظر درة الحجال في أسماء الرجال، ابن القاضي: (252/3)

[34] أنظر شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، المنجور: (56/2)

[35] الأشباه والنظائر: (ص151)

[36] أنظر درة الحجال في أسماء الرجال، ابن القاضي: (163/1)

[37] شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: (56/2)

[38] الإسعاف بالطلب: (ص215)

[39] إعداد المهج: (ص208)

[40] الدليل الماهر الناصح على المجاز الواضح: (ص174)

41 أخرجه الشافعي في مسنده (167/3) كتاب البيوع – باب الرد بالعيب و أن الخراج بالضمان – حديث رقم (1379)، وأحمد في المسند : (49/6)، وأبو داود –كتاب الإجارة – باب فيمن اشترئ عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً – حديث رقم (3510)، والترمذي –كتاب البيوع – باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا - حديث رقم (1285و1286)، وابن ماجه – كتاب التجارات – باب الخراج بالضمان – حديث رقم (2242و2243)، والنسائي –كتاب البيوع باب التجارة – الخراج بالضمان – حديث رقم (4490)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (298/11)، والحديث حسنه الترمذي، والألباني في إرواء الغليل (158/5)، وشعيب الأرناؤوط في تعليقه على صحيح ابن حبان.

42 هو بهذا اللفظ عند أحمد في المسند (80/6و116و161) والحاكم في المستدرك (18/2) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، والبيهقي في السنن الكبرى، والحديث حسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير برقم (4179).

43 القاموس المحيط: (ص: 451).

44 شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: (56/2).

45 المنثور في القواعد: (119/2).

46 شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا (ص: 429) والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، البورنو: (ص: 238) ونظرية الضمان، الزحيلي: (ص: 215).

47 شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا (ص:429) وايضاح القواعد الفقهية، اللحجي (ص:59).

48 المقدمات الممهدات، ابن رشد الجد: (570/2) وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، الغرياني: (ص:441) وحاشية الدسوقي: (245/3).

49 ايضاح القواعد الفقهية، اللحجي: (ص:59) والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة، محمد الزحيلي: (473/1).

50 المغني، ابن قدامة: (477/7و478).

51 شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا: (ص:430).

52 شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا : (ص:430).

53 المقدمات الممهدات: (325/2) وشرح المنهج المنتخب: (59/2) وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية: (ص: 440) .

54 المقدمات الممهدات: (497/2) والذخيرة، القرافي: (318/8) وشرح المنهج المنتخب: (59/2) وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية: (ص:440).

55 شرح المنهج المنتخب: (59/2) وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية: (ص:440).

56 ذكر ذلك بعض الفقهاء كالونشريسي في إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (ص:149)، وأحمد المنجور في شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب(56/2)

[57] رواه البخاري في –كتاب البيوع – باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم – رقم الحديث (2041)، ومسلم في –كتاب البيوع – باب حكم بيع المصراة – رقم الحديث (1524) عن أبي هريرة.

[58] القواعد الفقهية من كتاب الاشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب، محمد الروكي: (ص:337).

[59] الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: (96/21)

[60] إعلام الموقعين: (ص277) [طبعة في مجلد واحد]

[61] المنثور في القواعد، الزركشي: (119/2) .

[62] شرح المنهج المنتخب: (56/2) وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية: (ص: 440).