

# الربح بالضمان وتطبيقاته عند الفقهاء

إعداد

الدكتور/ ماجد عبد الرحمن سليم أسعد

جوال: ٥٥٧٨٥٥٨٣٣.

جامعة القصيم \_ كلية العلوم والآداب في المذنب

## الريح بالضمان وتطبيقاته عند الفقهاء د. ماجد عبد الرحمن سليم أسعد

### الملخص:

يختلف الضمان وتنوع صورته تبعاً لنوع المسؤولية المترتبة عليه؛ فمنه ضمان المتلفات ومنه ضمان الملك أو التصرف وغيره...

وهذه الدراسة تتناول ضمان الملك أو التصرف الذي يعد سبباً مستقلاً من الأسباب المبيحة للريح كما ثبت ذلك في الأحاديث النبوية الصحيحة؛ لذا أشار الفقهاء عامة والحنفية خاصة إلى أن الريح لا يكون إلا بالمال أو العمل أو الضمان، وقد تناولت الدراسة الضمان كسبب مستقل ضمن شروطه وضوابطه عند الفقهاء، وقد استوفت تحديد مفهوم الضمان، والشروط المتعلقة به كي يصح سبباً مشروعاً للريح، واستخلاص الصور التطبيقية له، بما يكفل إمكانية توظيفه وإسقاطه على الوقائع المعاصرة الشبيهة به، والتي تندرج تحت مسماه ومفهومه.

ولم يغفل الدراسة عن النظر في النصوص الأخرى التي تتداخل مع صور الضمان، وإزالة الإشكال والاختلاف المثار حول بعض الأحاديث التي تعارضه، ضمن آلية الجمع بين النصوص والمواءمة بينها وفق المنهج السليم في التعامل مع النصوص الشرعية الصحيحة عن الله ورسوله ﷺ.

**Abstract:****Guaranteed Profit: Jurisprudents' Application**

A guaranty has varied and different forms as per the type of liability imposed. Such forms are, for instance, guaranty of the ravages , guaranty of ownership or administering it, among others.

This paper tackles the guaranty of ownership which is considered as (an independent) cause of profitable reasons, such has been documented in accredited Prophet's traditions. Thereby, jurisprudents, in genera, and the Hanifist, in specific, that profit / yield is only in terms of money, labor, or guaranty. In this paper I have examined guaranty as an independent reason, in light of conditions and rules as viewed by jurisprudents.

First, I have covered the concept of guaranty, and legitimate conditions pertaining to its being a lawful reason for profit. Finally, I concluded application manners (forms) so as to validate forms of implementations and functionality to similar to-date counterparts, that may be encompassed under the form and concept of guaranty.

I have also examined texts overlapping in form and shape with guaranty aiming at resolving issues of dispute and differences as seen raised by seemingly contradictory Prophet's Traditions. To achieve such an aim, I have implemented the procedural tendency of combining and finding commonality among all texts in accordance with the appropriate approach in dealing with properly legitimate Islamic texts coming down fro Allah or stated by his Messenger Mohamad (peace be upon him).

### المقدمة:

يعد الضمان سببا يبيح للضامن نسبة من الربح أو الخراج، وذلك بسبب ما يتحمله من مسؤولية والتزام نحو عمل من الأعمال، وقد ثبتت مشروعيتها بمجموعة من الأحاديث الشريفة الصحيحة عن رسول الله ﷺ، وسيأتي الحديث عنها مستوفى في مواضعه من هذه الدراسة بإذن الله تعالى.

ورغم كثرة ذكر الضمان في كتب الفقهاء قديما وحديثا، يبقى الموضوع رجا للدراسة والتحليل، ولا سيما إذا علم أن الضمان صورته كثيرة ومتداخلة، فهناك ضمان المتلفات، وضمان الملك، وغيرها من الصور؛ لذا كان هذا الموضوع جديرا بالتحقيق والنظر واستخراج الأحكام الفقهية المتعلقة به، وإسقاطه على واقعا المعاصر بشكل صحيح موافقا لحكم الشارع ومقاصده، فالله أسأل أن يعينني على إتمامه بالصورة التي ترضيه سبحانه، إنه نعم المولى ونعم النصير.

### الدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، وذلك في معظم كتب المذاهب الإسلامية المتنوعة، ومنها ما استوفى في الكتب التي تعنى بدراسة القواعد الفقهية المستنبطة من النصوص الشرعية المختلفة، ولي حول هذه الدراسات عدة ملاحظات ألخصها فيما يلي:

١- يلاحظ تشعب الحديث عن الضمان والمنفعة المترتبة عليه في كثير من الكتب الفقهية: في البيوع، والإجارة، والرهن، والوقف، والعنق، وفي معظم عقود المعاوضات، مما يصعب على الباحث الإلمام بصوره، وخاصة إذا أضيف إلى ذلك تداخل صور الضمان، إذ منه ضمان الملك، وضمان المتلفات، وضمان الغاصب، وغيرها من الصور.

٢- إضافة إلى ذلك هناك بعض الدراسات ركزت على هذا الموضوع من خلال دراسة القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان وما ينتج عنه من غلة أو فائدة: كتركيزهم على قاعدة "الخراج بالضمان"<sup>(١)</sup>، وقاعدة "الغنم بالغرْم"، أو "الغرْم بالغنم"<sup>(٢)</sup>، وغيرها من القواعد المتعلقة بالضمان؛ لذا أحببت أن أفرد الحديث عن الضمان كسبب مستقل للربح، من خلال جمع أقوال الفقهاء وأدلتهم، وجمع الفروع الفقهية المتنوعة لتوضيح فكرة البحث وتجليته بصورة يمكن معها إسقاطه على وقائع العصر ومستجداته بما يخدم الفقه الإسلامي المعاصر.

(١) انظر هذه القاعدة في كتاب القواعد الفقهية، لعلي الندوي ص/٤٠٦ فما بعد، وكتاب القواعد الكلية والضوابط الفقهية، د. محمد عثمان شبير ص/٣١١، فما بعد

(٢) القواعد الفقهية، لعلي الندوي ص/٤١١ فما بعد، وكتاب القواعد الكلية والضوابط الفقهية، د. محمد عثمان شبير ص/٣١٦، فما بعد

## أهداف البحث:

تسعى الدراسة \_ إضافة إلى ما سبق من جهود علمائنا، وما قدموه في موضوع الضمان \_ إلى تحقيق مجموعة من الأهداف والغايات أشير إلى أهمها:

١- تحديد المراد من الضمان، والمصطلحات المتداخلة فيه، كمصطلح الغلة، والكفالة، والحوالة، وغيرها من المصطلحات ذات الصلة.

٢- جمع الموضوع كوحدة واحدة، وإزالة الإشكال حول الأحاديث التي وردت بجواز الربح الضمان بما يتوافق مع الأحاديث الأخرى التي ظهرها التعارض معها، وبيان أقوال الفقهاء فيها بما يخدم موضوع الدراسة.

٣- إثارة قضايا فقهية تطبيقية للربح بالضمان، واستخراج الأحكام الشرعية لها مما يعدُّ تطبيقاً للضمان أو يقع تحت مسماه، ووضع ضوابط لقضايا الضمان، وقد وجدت مسائل كثيرة تُخَرِّج على الضمان، وهي مبثوثة في كثير من الأبواب الفقهية (كالبيع، والإجارة، والرهن، والوقف وغيرها...).

٤- إثبات عظمة التشريع الإسلامي وشمولية أحكامه، وذلك من خلال عمق النصوص الشرعية التي تحوي تحتها فروعاً فقهية كثيرة ومتنوعة، مما يثبت عمومية هذه الرسالة وصلاحها لكل مستجد ومعاصر.

## مشكلة البحث ومنهج الدراسة:

كثيراً ما يبيح بعض الناس لأنفسهم ربحاً من المال دون عمل قدموه أو مال، معتمدين في ذلك على ضمانهم له، وأهم استحقاقاً نسبة من الربح أو الخراج بناء عليه، فهل لفعالهم هذا مستند شرعي؟ وما حدود هذا الربح؟ وكيف يمكن ضبط الضمان المسبب فيه؟

هذا ما تسعى الدراسة الإجابة عليه، معتمداً في ذلك على منهجين أساسيين:

الأول: المنهج الاستقرائي الجزئي للمسائل الواقعة تحت هذا الأصل ودراسته وتحليله، والنظر في أدلته، وجمع المعلومات المتعلقة فيه.

والثاني: المنهج التحليلي، وذلك بدراسة ما تم جمعه ومناقشة أقوال الفقهاء واستخلاص الأحكام الشرعية التي تم التوصل إليها، وفق منهج الجمع والتأصيل.

ولاستيفاء الموضوع وتتبع مباحثه فقد جعلته في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة:

**المبحث الأول:** مفهوم الربح والضمان والمصطلحات ذات الصلة، وفيه مطلبان:

**المطلب الأول:** مفهوم الربح والنماء والغلة والخراج.

**المطلب الثاني:** مفهوم الضمان والكفالة والحوالة والحمالة.

**المبحث الثاني:** حكم الريح بالضمان، وأدلة ثبوته، وفيه ثلاثة مطالب.

**المطلب الأول:** الأدلة التي فيها نهي عن ربح ما لم يضمن.

**المطلب الثاني:** الأدلة المصرحة بجواز الريح بالضمان.

**المطلب الثالث:** حكم غلة المغصوب، ومدى معارضة حديث الخراج لحديث التصرية.

**المبحث الثالث:** التطبيقات الفقهية للريح بالضمان.

ثم الخاتمة والنتائج التي تم التوصل إليها من خلال الدراسة.

## المبحث الأول: مفهوم الربح والضمان والمصطلحات ذات الصلة:

## المطلب الأول: مفهوم الربح والنماء والغلة والخراج:

أولاً: مفهوم الربح لغة:

الربح، والربح، والربح: لغة يعني النماء في تجارة ما، ويُسند الفعل إلى التجارة مجازاً، فيقال: ربحت تجارتك، فهي رابحة ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَا رَبِحْتَ تِجَارَتَهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾ (البقرة: ١٦)، وقيل: ربح في تجارته إذا فضل فيها، وأربح فيها: صادف ذات ربح، وأربحت الرجل إرباحاً: أعطيته ربحاً، وبعته المتاع واشتريته منه مباحة: إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحاً<sup>(٣)</sup>.

وأما في اصطلاح الفقهاء:

فمفهوم الربح في كتبهم مستمد من المعنى اللغوي ومعناه: "الزيادة الحاصلة في المباحة ثم يتجاوز به في كل ما يعود من ثمرة عمل، وينسب الربح تارة إلى صاحب السلعة، وتارة إلى السلعة نفسها"<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: مفهوم النماء:

وهو في اللغة: "الزيادة، فكل ما يزيد فهو نام، وقد تكون هذه الزيادة حقيقية: كنمو النباتات والأشجار والماشية وغيرها، وقد يكون نمواً مجازياً: كالنماء في الذهب والفضة، والنماء يكون بطبيعة الشيء أو العمل"<sup>(٥)</sup>، والفرق بين النماء والزيادة: "أن النماء يطلق على زيادة الشيء بنفسه، أما الزيادة فلا تقتصر على الزيادة بنفسها بل قد تأتي الزيادة من غيرها؛ لهذا يقال: زاد فلان بما ورثه من والده، ولا يقال نما ماله"<sup>(٦)</sup>.

والمعنى الاصطلاحي للنماء لا يختلف عن معناه اللغوي: "فهو الزيادة، وهو على أنواع: زيادة متصلة متولدة عن الأصل، وزيادة منفصلة متولدة من الأصل"<sup>(٧)</sup>.

ثالثاً: الخراج أو الغلة:

الخِراج والخِراج واحد: وهو شيء يخرج القوم في السنة من ما لهم بقدر معلوم، وقال الزجاج: الخِراج المصدر، والخِراج: اسم لما يخرج، والخِراج غلة العبد والأمة، والخِراج: الإتاوة تؤخذ من أموال الناس، قال الأزهري: والخِراج: أن يؤدي إليك العبد خراجه، والرعية تؤدي الخِراج إلى الولاة<sup>(٨)</sup>.

والغلة: معنى قريب من لفظ الخراج: "وهي تطلق على الدَّخْل الذي يحصل من ربيع الأراضي أو أجرهما، أو أجرة الدار أو اللبن أو غيرها"<sup>(٩)</sup>.

(٣) لسان العرب، ابن منظور ٤٤٢/٢-٤٤٣.

(٤) التوقيف على مهمات التعاريف، زين الدين المناوي ت/١٠٣١، ص/١٧٣.

(٥) انظر: الفروق، للعسكري ص/١٨٠.

(٦) بتصرف: معجم الفروق اللغوية، للعسكري ص/٥٥١.

(٧) معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي، ص٤٨٨.

(٨) لسان العرب، ابن منظور ٢٥١/٢.

(٩) لسان العرب، ابن منظور ٥٠٤/١١.

والخراج والغلة - عند الفقهاء - يعني: ما يحصل من غلة العين المبتاعة، عبدا كان أو أمة أو ملكا<sup>(١٠)</sup>.

قلت: والمصطلحات الثلاثة: الربح، والنماء والخراج، متقاربة المعنى وبينهما تداخل وعموم، وعند التأمل فإن الربح ربما يكون المصطلح الأنسب لاختيار عنوان هذه الدراسة؛ لأن مصطلح الربح الذي يقصد به الزيادة المحاصلة في المبيعة، وأنه يراد به كل ما يعود من ثمرة عمل، وتارة ينسب الربح إلى صاحب السلعة، وتارة إلى السلعة نفسها؛ ولأن الربح يقصد قصدا من الربح، ويسعى في تحصيله غالبا، في حين أن الغلة أو الخراج قد يتحصل دون جهد أو نية من صاحب السلعة، إذ قد يكون نماء طبيعيا للشيء؛ لذا رأيت أن مصطلح الربح ربما يكون الأنسب في اختيار عنوان البحث ليشمل الصور التي يسعى الناس لتعمد التكسب فيها بطريق الضمان، ومن ثم التوسع في دائرة التطبيق والصور الفقهيّة المبنيّة عليه.

### المطلب الثاني: مفهوم الضمان والكفالة والحوالة:

وهي مصطلحات متداخلة تحمل معنى الالتزام وال لزوم، وبينها عموم وخصوص كما يلي:

- فالضمان في اللغة: من ضمانت المال ضمانا فأنا ضامن وضمنين: بمعنى التزمته، ويتعدى بالتضعيف، "فيقال: ضمانته المال: ألزمته إياه، وضمنت الشيء كذا جعلته محتويا عليه.." (١١)، ويأتي من ضَمِنَ ضَمَانًا، أي أصابته أو لزمته علةً، وضَمِنَ على أهله ونحوهم: صار كالأب وعالة عليهم، وضمن الرجل ونحوه ضمانا: كَفَلَهُ أو التزم أن يؤدي عنه ما قد يقصر في أدائه... (١٢).

ويأتي الضمان في كلام العرب: بمعنى الرعاية للشيء والمحافظة عليه، ومنه قولهم في الدعاء للمسافر: في حفظ الله وضمانه.. ومنه قوله ﷺ: الإمام ضامن<sup>(١٣)</sup>، أي يحفظ على القوم صلاتهم ويرعاها لهم<sup>(١٤)</sup>.  
فالملاحظ في المعنى الاشتقاقي للضمان: أنه لا يخرج عن معنى اللزوم للشيء، أو الالتزام به، كما هو في الأمثلة السابقة.

وأما في اصطلاح الفقهاء فله تعريفات وصور كثيرة:

- فمن معاني الضمان: التزم شيء عن المضمون، وفي الغالب يكون الضمان بالمال<sup>(١٥)</sup>.

- وقد يُعبر عن الضمان بالكفالة والحوالة والحمالة، ولكن بينها وبين الضمان فروقا:

- فالكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة<sup>(١٦)</sup>؛ لكن تستعمل أكثر في كفالة النفس، قال تعالى: ﴿وَوَكَّلْنَاَهَا زَكَرِيَّا إِذْ قَالَ لَا يَأْتِي الْبَنَاتُ إِلَّا حُبًّا﴾ [آل عمران: ٣٧]، كما لو تكفل شخص آخر بسداد دينه، فإن ذمة المكفول لا تزول مع هذه الكفالة، وإنما تعزز الكفالة الحق على الطرفين<sup>(١٧)</sup>.

(١٠) عمدة القاري، للعيني ٢٧١/١.

(١١) انظر: المصباح المنير، الحموي ٣٦٤/٢.

(١٢) انظر: المعجم الوسيط، لمجموعة من العلماء ٢٢٤/١.

(١٣) رواه أبو داود في السنن ١٤٣/١، رقم (٥١٧)، ورمز له المحقق الألباني بالصحة، ورواه الترمذي في السنن ٤٠٢/١، رقم (٢٠٧)، وابن ماجه في سننه ٣١٤/١، رقم (٩٨١).

(١٤) انظر: غريب الحديث، للخطابي ٦٣٦/١.

(١٥) انظر: الفروق اللغوية، للعسكري ص/٢٠٧، والتوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص/٢٢٣.

(١٦) أنسب الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء لقاسم بن عبدالله الرومي، ص/٨١.

(١٧) الفروق اللغوية للعسكري ص/٢٠٧، ومعجم لغة الفقهاء محمد قلنجي ص/٣٨٢-٣٨٣.



- والحالة أو الإحالة: تشبه الكفالة من حيث أن كلا منهما فيه التزام على الأصيل<sup>(١٨)</sup>.

- أما الحمالة: فهي ما يحمله من الغرم كالدية ونحوها عن الغير لإصلاحا لذات البين<sup>(١٩)</sup>، وهي كما ترى من الضمان، وإن كان الضمان أعمّ منها<sup>(٢٠)</sup>.

فيكون معنى الضمان كما هو في الصور السابقة: أن يتحمل شخص كفالة عن شخص، أو يؤكد مسؤوليته تجاه حق ما لتثبيت دين لآخر أو ضمان دية عنه، وبهذا يكون الضمان هنا نوعا من الالتزام والمسؤولية.

أما الفقهاء فقد قسموا الضمان بناء على المسؤولية المترتبة على الضامن إلى أقسام:

**- النوع الأول:** ضمان الملك: أو يعبر عنه أحيانا بضمان التصرف: وهو حق يثبت للشخص نتيجة عقد ما كإجراء، أو إجارة، أو غيرها من العقود المبرمة، وهذا العقد إذا تمّ وتبعه التقايب عندها أصبح المبيع ملكا للمشتري وفي ضمانه<sup>(٢١)</sup>.

ولأهمية القبض في العقود فقد تحدث الفقهاء فيه كثيرا؛ لتحديد المسؤولية والضمان على من تكون، وفي تحديد الوقت الذي يكون لأي من الطرفين، وسيأتي مزيد من التوضيح لهذه المسألة في المبحث الثاني إن شاء الله.

**- النوع الثاني:** من الضمانات: ضمان المتلفات: وهو ضمان التزام يلحق كل شخص يتلف شيئا لآخر من غير وجه حق، ويفصل الفقهاء هنا في نوع العقد الذي تم فيه الإتلاف، وأسبابه واليد التي أتلفت، وكيفية الإتلاف، لتحديد نسبة الضمان وعلى من يكون<sup>(٢٢)</sup>.

وضمان الملك أو التصرف هو الذي يعنينا في هذا المبحث كسبب من أسباب الربح والمنفعة المترتبة على الضمان الذي يلحق بالملك أو صاحب التصرف، وهو الذي سنجري عليه دراسة شاملة من واقع الأدلة الشرعية التي تعتبره سببا من أسباب الربح والمنفعة، وأقوال الفقهاء فيه.

**- النوع الثالث:** ضمان الدرك: وهو رد الثمن للمشتري ان استحق المبيع، أو وُجد به عيب<sup>(٢٣)</sup>.

### المبحث الثاني: حكم الربح بالضمان وأدلة ثبوته:

في هذا المبحث عرض لأدلة مشروعية الربح بالضمان، ونعرضها في ثلاثة مطالب:

**المطلب الأول:** الأدلة التي فيها نهي عن ربح ما لم يضمن:

وهي عدة أحاديث منها:

- (١٨) أنيس الفقهاء، للرومي ص/٨٢  
 (١٩) معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي ص/١٨٦  
 (٢٠) الفروق اللغوية، للعسكري ص/٢٠٧  
 (٢١) بداية المجتهد، لابن رشد ١٦٤/٣، وما بعد  
 (٢٢) القواعد، لابن رجب الحنبلي ت/٧٩٥، ص/٢٠٤، والأشباه والنظائر، للسيوطي ت/٩١١، ص/٣٦٢  
 (٢٣) انظر: معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي ص/٣٢٣ والتوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي ص/٢٢٣

١- "حديث نهي رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن" (٢٤).

ومعنى النهي عن ربح ما لم يضمن كأن يبيعه سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها فهي في ضمان البائع الأول ليس من ضمانه، فهذا لا يجوز بيعه حتى يقبضه فيكون في ضمانه (٢٥).

وفي رواية عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال: "من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه" زاد إسماعيل: "من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه" (٢٦)، قال ابن حجر في الفتح: يعني إسماعيل بن أبي أويس روى الحديث المذكور عن مالك بسنده بلفظ حتى يقبضه بدل قوله: حتى يستوفيه... إلى أن قال: "وقول البخاري زاد إسماعيل يريد الزيادة في المعنى؛ لأن في قوله حتى يقبضه زيادة في المعنى على قوله: حتى يستوفيه؛ لأنه قد يستوفيه بالكيل بأن يكيه البائع ولا يقبضه للمشتري بل يجبسه عنده لينقده الثمن مثلا" (٢٧).

٢- ومن الأحاديث - كذلك - التي ذكرت حرمة البيع قبل القبض: ما رواه مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: "كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه" (٢٨).

فرغم وضوح الدلالة في اشتراط التقابض في البيع، نلاحظ أن من الفقهاء من قصر الحكم على الطعام، ومنهم من عمم؛ لذا لا بد من النظر في أقوال الفقهاء في المسألة لأهميتها:

أقوال الفقهاء في اشتراط التقابض في العقود:

١- ذهب الحنفية إلى القول بعدم جواز البيع قبل القبض، لكنَّ أبا حنيفة وأبا يوسف - في قوله الآخر - استثنيا بعض العقود فأجازوا بيعها قبل القبض: كالعقار والميراث والوصية وحجتهم: أن حقيقة القبض: هو النقل والتحويل فيما يمكن نقله وتحويله، والعقار تنتفي عنه حقيقة القبض فافتضى أن لا يكون لقبضه تأثير في جواز التصرف فيه بالبيع وغيره، ولأن ما لا ينقل مأمون الهلاك، فلا يلحق العقد فسخ بتلفه في يد بائعه فجاز بيعه للأمن من فسخه، ولأن المشتري يزيل ملكه بالبيع كما يُزال ملكه بالشفعة، فلما جاز أخذه بالشفعة قبل القبض جاز بيعه قبل القبض كذلك (٢٩).

ويُلحق فقهاء الحنفية الميراث بالعقار فيجيزون التصرف فيه قبل القبض لانقضاء الغرر فيه؛ ولأن الوارث خلّف للميت في ملك الموروث فيقوم مقامه - فكأن المورث قائم - ومعلوم أن المورث لو كان حيا جاز له التصرف فيه، فكذلك من قام مقامه، والوصية عندهم أخت الميراث فيجوز التصرف فيها قبل القبض كذلك (٣٠).

(٢٤) رواه النسائي في السنن ٧/٢٩٥، رقم ٤٦٣٠، وقال الألباني عقبه: حديث حسن صحيح، ورواه ابن ماجه في السنن ٢/٧٣٧، وأحمد في المسند ٢٠٣/١١، ورمز له المحقق بالحسن.

(٢٥) معالم السنن، للخطابي ٣/١٣٦.

(٢٦) صحيح البخاري رقم ٢١٣٦، انظر فتح الباري، لابن حجر ٤/٣٥٠.

(٢٧) فتح الباري، لابن حجر ٤/٣٥٠.

(٢٨) شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٤٣٢، ورواه أحمد في المسند ١/١٥٢، رقم (٥٩٢٤)، قال شعيب الأرنؤوط عقبه: إسناده على شرط مسلم.

(٢٩) المسبوط، للسرخسي ١٣/٩ - فما بعد، وبدائع الصنائع، للكاساني ٥/١٨١.

(٣٠) بدائع الصنائع، للكاساني ٥/١٨١.

٢- وأما المالكية: فما عدا المأكول والمشروب يجوز بيعه قبل قبضه، وحجته في ذلك ما سبق من أحاديث تخص الطعام دون غيره، فلو عمم الحكم في غير الطعام لما كان لذكر الطعام فائدة<sup>(٣١)</sup>، ثم إن الطعام أشرف من غيره؛ لكونه سببا لقيام البنية وعماد الحياة فشدد الشرع فيه على عاداته من تكثير الشروط فيما عظم شرفه؛ كاشتراط الولي والصدوق في عقد النكاح دون عقد البيع، ويشترط في القضاء ما لا يشترط في منصب الشهادة<sup>(٣٢)</sup>.

والرواية المشهورة عن مالك أنه يفرق بين بيع (الجُزْأف)<sup>(٣٣)</sup> وبيع المكيل والموزون: فأجاز بيع الجُزْأف قبل قبضه، أما المكيل والموزون فلا بد فيه من الاستيفاء<sup>(٣٤)</sup>؛ لأنه مرئي فيكفي فيه التخلية<sup>(٣٥)</sup>، ومعتمدا على حديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعا: "من اشترى بكيل أو وزن فلا يبيعه حتى يقبضه"<sup>(٣٦)</sup> وعمدة مالك: أن الجُزْأف ليس فيه حق توفيه فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد<sup>(٣٧)</sup>.

٣- أما الشافعي ومحمد بن الحسن من الحنفية، وابن عباس من الصحابة وغيرهم: فقالوا بالمنع من بيع كل مُشْتَرَى قبل قبضه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن ربح ما لا يضمن"، فعمموا الحكم في كل عقد<sup>(٣٨)</sup>.

٤- وقال أحمد بن حنبل ووافقه الأوزاعي واسحق: يجوز بيع كل منها ما خلا المكيل والموزون، وروي ذلك عن ابن المسيب والحسن البصري والحكم وحماد وغيرهم<sup>(٣٩)</sup>.

#### خلاصة أقوال الفقهاء في هذه المسألة:

١- أن الفقهاء متفقون على أهمية القبض في صحة البيع في الطعام تحديدا، ورأينا من ينقل الإجماع في ذلك<sup>(٤٠)</sup>.

٢- مفهوم التقابض في العقود لا يكون بصورة واحدة، فبعضها يكون باليد، وبعضها يصح بالتخلية، وبعضها يصح بالكيل والميزان - فيما يكال ويوزن كشرط لصحة الاستيفاء فيه - ورأينا كذلك أن للعرف دورا في صحة التقابض - إن تعارف الناس عليه - وبالتالي يمكن أن نقرر هنا أن ما تعارف الناس عليه أنه تقابض صح به العقد، والمعلوم عند الفقهاء "أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا"<sup>(٤١)</sup>.

٣- ما يهمنا هو ثمره الخلاف في المسألة، أو ما يترتب عليها، فيما يخص الضمان ووقته على من يكون؟ فيما

(٣١) شرح الزرقاني على الموطن ٤٣٢/٣

(٣٢) بداية المجتهد، لابن رشد ١٣٤/٥

(٣٣) هو بيع الشيء وشراؤه من غير كيل ولا وزن ولا عد. انظر: معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي ص/١٦٣

(٣٤) يقصد بالاستيفاء هنا أن يُتمم البيع بأن يكال لمن اشتراه كما هو معروف في البيع، ومعلوم أن الاستيفاء أعم من القبض، فقد يتم القبض ولا يحدث استيفاء، لكن إذا حصل استيفاء معناه قد تم القبض قطعا. انظر فتح الباري ٣٥٠/٤

(٣٥) التخلية: هي أن يمكن صاحب السلعة من قبضها؛ كأن يخلى بينه وبين سلعته ليأخذها، دون وجود عائق. انظر: معجم الفقهاء، محمد قلعجي ص/١٢٥

(٣٦) شرح الزرقاني على الموطن ٤٣٢/٣، ولم أجده عند أحمد في المسند بهذا اللفظ، وإنما بلفظ: "من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه" وهو صحيح الإسناد كما قال أحمد شاكر. انظر مسند أحمد تحقيق أحمد شاكر ٤١٨/٣، رقم (٣٣٤٦).

(٣٧) بداية المجتهد، لابن رشد ١٦٦/٣

(٣٨) المجموع، للنووي ٢٦٤/٩، المسبوط، للسرخسي ٩/١٣.

(٣٩) المغني، لابن قدامة ٨٣/٤، وكشاف القناع، للبهوتي ٢٠٦/٣، ومعالم السنن، للخطابي ١٣٥/٣.

(٤٠) معالم السنن، للخطابي ١٣٥/٣.

(٤١) المرجع السابق ١٣٦/٣.

إذا حصل للمبيع نقص أو خسارة أو هلاك، والخلاف في المسألة كما قال ابن رشد مبني على من قال: إن القبض شرط من شروط العقد، أو هو حكم من أحكام العقد اللازم دون القبض، فمن قال: القبض من شروط صحة العقد كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري، ومن قال: هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع، وقد انعقد ولزم قال: العقد يدخل في ضمان المشتري<sup>(٤٢)</sup>.

وبناء على ما سبق فإن أبا حنيفة والشافعي لا يقولان بضمان المشتري إلا بعد القبض<sup>(٤٣)</sup>.

- ومالك: يفرق بين ما فيه حق توفيه فلا يضمن فيه المشتري إلا بعد القبض، وما ليس فيه حق توفيه - كما في بيع الجزاف - فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه<sup>(٤٤)</sup>.

- وعند أحمد كذلك: فالمبيع إن كان مكيلًا أو موزونًا فهو من ضمان البائع قبل القبض، وبعده من ضمان المشتري<sup>(٤٥)</sup>.

#### الرأي المختار في المسألة:

لعل قول من يشترط القبض لصحة العقد دون استثناء للمطعم أو المكيل أو العقار، أرجح وأقوى دليلًا من غيره؛ وذلك لما يلي:

- لأن بعض هذه الأحاديث جاء بصيغة العموم كما في لفظ: "إذا اشترت يبعًا فلا تبعه حتى تقبضه"<sup>(٤٦)</sup> ولفظ البيع هنا لفظ عام يشمل كل مبيع: سواء كان مطعمًا أو مكيلًا أو عقارًا، وبالتالي: فإنه من السهل الرد على من قصر الحكم على الطعام أن يقال له: إن غاية ما فيه أن الطعام معاش الناس ومما يجري التعامل فيه بينهم بصورة دائمة متكررة، ومما يقع فيه الربا، وأن ما جاء من روايات تخصه بالذكر يخرج من هذا الباب، ولا يفيد القصر أبدًا، إنما يفيد مزيدًا من الاهتمام بالقبض أشد من غيره لما سبق، وما يقال هنا في المطعم يقال في العقار، إذ يمكن أن يكون مثارًا للتنازع والمخاصمة إذا لم يتم التقابض فيه، مما يستدعي القول بأهمية التقابض فيه كغيره، مع مراعاة أن التقابض هنا يتم بالتخلية، أو ما تعارف عليه الناس، ونشير هنا إلى أن مفهوم التقابض - كما ذكر الخطابي - يختلف في الأشياء حسب اختلافها في أنفسها وحسب اختلاف عادات الناس: فمنها ما يكون بأن يوضع في يد صاحبه، ومنها ما يكون بالتخلية بينه وبين المشتري، ومنها ما يكون بالنقل من موضعه، ومنها ما يكون بأن يكتال فيما يبيع من الكيل كيلا، فأما ما يباع جزافًا فالقبض فيه أن ينقل ويحول من مكانه...<sup>(٤٧)</sup>.

٢- إضافة إلى ما سبق فلا بد من ملاحظة أن العلة في اشتراط التقابض كما في الأحاديث الشريفة لنهي النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن، ولا سبيل لمعرفة من يضمن من الطرفين إلا بتحديد التقابض، هذا من جهة، ومن

(٤٢) بداية المجتهد، لابن رشد ٢٠١/٣.

(٤٣) بداية المجتهد، لابن رشد ٢٠١/٣، وتفتح التحقيق في أحاديث التعليق لشمس الدين الحنبلي ٥٧/٤.

(٤٤) بداية المجتهد، لابن رشد ٢٠١/٣.

(٤٥) المغني لابن قدامة ٤٨٦/٣ كشف القناع، للبهوتي ٢٠٩/٣.

(٤٦) رواه أحمد في المسند عن حكيم بن حزام ٣٢/٢٤، رقم (١٥٣١٦)، وصححه إسناده المحقق شعيب الأرنؤوط.

(٤٧) بتصرف: معالم السنن، للخطابي ١٣٦/٣.

جهة أخرى فإن الشارع الحكيم يحرص في تشريعه للأحكام إلى انتفاء التنازع والخصام بين الناس، وهو هنا ملمح أساسي ومهم؛ لتحديد المسؤولية في حال الريح أو الخسارة.

بعض الأحاديث المشككة في اشتراط القبض والرد عليها:

رغم صحة الأحاديث الصحيحة والصريحة في اشتراط القبض في صحة العقد، وبيان أهمية القبض في تحديد الضمان والمسؤولية لأحد الطرفين فقد جاء في بعض الروايات ما يدل ظاهراً على صحة العقد مع خلوه من القبض، ومن هذه الأحاديث:

الحديث الأول: رواه البخاري<sup>(٤٨)</sup> وترجم له في كتابه فقال: "باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعها عند البائع أو مات قبل أن يقبض"، وأورد عقب هذه الترجمة حديث عائشة في قصة الهجرة وفيه: "قوله ﷺ لأبي بكر عن الناقة أخذتها بالثمن".

قال ابن بطال: "ووجه استدلال البخاري بحديث عائشة في هذا الباب أن قول الرسول ﷺ لأبي بكر في الناقة (قد أخذتها)، لم يكن أخذاً باليد، ولا بحيازة شخصها، وإنما كان التزامه لاتباعها بالثمن، وإخراجها من ملك أبي بكر؛ لأن قوله: (قد أخذتها)، يوجب أخذاً صحيحاً، وإخراجاً واجباً للناقة من ذمة أبي بكر إلى ذمة النبي ﷺ بالثمن الذي يكون عوضاً منها، فهل يكون الضياع أو التصرف بالبيع قبل القبض إلا لصاحب الذمة الضامنة لها، قال ابن المنذر ولا مخالف لابن عمر في الصحابة فهو كالإجماع"<sup>(٤٩)</sup>.

وقد أحاجب ابن حجر على هذا بقوله: "وليس ما قاله بواضح لأن القصة ما سبقت لبيان ذلك فلذلك اختصر فيها قدر الثمن وصفة العقد فيحمل كل ذلك على أن الراوي اختصره؛ أنه ليس من غرضه في سياقه وكذلك اختصر صفة القبض فلا يكون فيه حجة في عدم اشتراط القبض"<sup>(٥٠)</sup>.

- وأجاب بعضهم عن الحديث بحمله على أن المبيع إذا كان معيناً دخل في ضمان المشتري بمجرد العقد، ولو لم يقبض بخلاف ما يكون في الذمة فإنه لا يكون من ضمان المشتري إلا بعد القبض كما لو اشترى قميصاً من صبرة والله أعلم<sup>(٥١)</sup>.

قلت: إضافة إلى ما ذكره ابن حجر أن الحديث ذكر مجملاً ولم يذكر مفصلاً، فإن ورود التعاقد كان في ظروف الهجرة، ومعلوم أنه كان ظرفاً استثنائياً، فله حكم الضرورة، إذ من المعلوم أن كفار قريش كانوا يتربصون بالنبي ﷺ وصاحبه، ولا مجال للتقاضي المعهود، لضيق الوقت، وسرعة التصرف في التجهيز للهجرة، والله أعلم.

الحديث الثاني: ما ورد في خبر ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير وأخذ الدراهم فأتيت النبي ﷺ

(٤٨) صحيح البخاري ٦٩/٣، رقم (٢١٣٨)

(٤٩) شرح ابن بطال لصحيح البخاري ٦/٢٦٥

(٥٠) فتح الباري، لابن حجر ٤/٣٥١

(٥١) انظر: فتح الباري، لابن حجر ٤/٣٥٢

في بيت حفصة فقلت يا رسول الله إني أريد أن أسألك: "إني أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم قال: لا بأس بأن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء" (٥٢).

ويجاب عن هذا الحديث من عدة وجوه:

١- أن هذا الحديث ضعفه بعضهم كما قال بعض المحدثين بسبب سماك بن حرب، فلا يعارض الأحاديث الصحيحة السابقة.

٢- وعلى احتمال صحته ففيه دليل على الفرق بين الدراهم والدنانير إذا كانت أثمانا وبين غيرها أن معنى النهي أن تقصد بالتصرف في السلعة من أجل الربح، وقد نهي ﷺ عن ربح ما لم يضمن ومقتضى الدراهم من الدنانير لا يقصد به الربح إنما يريد به الاقتضاء والنقود مخالفة لغيرها من الأشياء لأنها أثمانا وبعضها ينوب عن بعض وللحاكم أن يحكم على من أتلف على إنسان مالا بأيهما شاء فكانا كالنوع الواحد من هذا المعنى (٥٣).

٣- قلت: وفي الحديث دليل كذلك لمن قال بجواز التصرف بالثمن قبل القبض، وهو جائز عند كثير من الفقهاء، كالحنفية وغيرهم، والسبب في ذلك أنه لا غرر في الملك (٥٤) بخلاف التصرف بالمقبوض قبل القبض، ففيه الغرر؛ وبهذا فالحديث خارج عن مسألة النزاع في القبض الذي يخص المبيع، وليس الثمن (٥٥).

#### المطلب الثاني: الأحاديث المصرحة بجواز الربح بالضمان:

وهي عدة أحاديث صريحة منها:

١- ما رواه أبو داود وغيره عن عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده ما شاء الله ثم وجد به عيبا، فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده فقال الرجل: قد استغل غلامي فقال ﷺ: "الخراج بالضمان" (٥٦)، ورواه الترمذي بلفظ: قضى رسول الله ﷺ "أن الخراج بالضمان" (٥٧).

- وفي حديث أحمد بن حنبل أن رجلا اشترى غلاما فرده بعيب فقال الرجل: إنه قد استغله يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: "الغلة بالضمان" (٥٨).

٢- والحديث الثاني مروى عن الصحابة بجواز الربح بالضمان: فعن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال: "خرج

(٥٢) رواه النسائي في السنن وهذا لفظه ٢٨١/٧، رقم (٤٥٨٢)، وضعفه الألباني بسماك بن حرب، ورواه أبو داود في السنن ٢٥٠/٣، رقم (٣٣٥٤)، وأحمد في المسند ٣٩٠/٩، والدارمي في سننه ١٦٨١/٣، رقم (٢٦٢٣)، وحسن إسناده محقق الكتاب حسين سليم، ورواه الحاكم في المستدرک ٥٠/٢، رقم (٢٢٨٥)، وعلق عليه الذهبي بقوله: وهو على شرط مسلم.

(٥٣) بتصرف: معالم السنن، للخطابي ١٣٦/٣.

(٥٤) المبسوط، للسرخسي ١٠/١٣.

(٥٥) وانظر: الحاوي الكبير، للماوردي ٢٢٢/٥.

(٥٦) رواه أبو داود في سننه ٢٨٤/٣، رقم ٣٥١٠، وقال الألباني تعليقا عليه: حديث حسن صحيح، ورواه أحمد في المسند ٢٧٢/٤٠، رقم ٢٤٢٢٤، وصححه محقق الكتاب.

(٥٧) الترمذي في السنن ٥٧٣/٣، رقم ١٢٨٥، وقال الترمذي عقبه: "هذا حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث من غير وجه، والعمل على هذا عند أهل العلم".

(٥٨) رواه أحمد في المسند ٥٩/٤١، رقم (٢٤٥١٤)، وحسنه محقق الكتاب شعيب الأرنؤوط، ورواه البيهقي في السنن الكبرى ٢٦١/٢، وصححه الألباني في فيض القدير شرح الجامع الصغير ٤١٣م٤.

عبدالله وعبيدالله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا، مرا على أبي موسى الأشعري، وهو أمير على البصرة، فرحب بهما وسهل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى ههنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكما، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون الربح لكما، فقالا: ودنا ذلك، ففعل وكتب إلى عمر بن الخطاب: أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعاً فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أَكُلُّ الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالوا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين! أسلفكما! أديا المال وربحه، فأما عبدالله فسكت، وأما عبيدالله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا! لو نقص هذا المال أو هلك لضمنناه، فقال عمر: أدياه، فسكت عبدالله، وراجع عبيدالله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، فقال: قد جعلته قراضاً فأخذ عمر رأس المال، ونصف ربحه، وأخذ عبدالله وعبيدالله، ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال<sup>(٥٩)</sup>.

وجه الدلالة من هذا الأثر أن ابني عمر بن الخطاب جاز لهما الربح فيما كسباه من المال بسبب أنه كان في ضمانهما، فلو هلك هلك من مالهم، فجاز لهم ربح ما كسبوه بهذا الضمان، وقد احتج بهذا الحديث من أجاز المضاربة بالمال: قال الكاساني تعليقا على الحديث السابق: "هذا تعامل الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا في سائر الإعصار من غير إنكار من أحد، وإجماع أهل كل عصر حجة فُتْرِك به القياس؛ ونوع من القياس يدل على الجواز أيضا: وهو أن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة؛ لأن الإنسان قد يكون له مال، لكنه لا يهتدي إلى التجارة، وقد يهتدي إلى التجارة، لكنه لا مال له، فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم"<sup>(٦٠)</sup>.

أما الحديث الأول فله رويتان كما رأينا: "الخراج بالضمان"، أو "الغلة بالضمان"، وهما روايتان صحيحتان: وللعلماء أمام هاتين الروايتين عدة ملاحظات:

الأولى: أن العلماء ذكروا أن هذا الحديث من جوامع كلم النبي ﷺ لا يجوز نقله بالمعنى؛ لأن في نقله بالمعنى تغييرا له عن معانيه العظيمة<sup>(٦١)</sup>.

ومن بلاغة هذا الحديث جعلت ألفاظه نصها لقاعدة فقهية: "الخراج بالضمان"<sup>(٦٢)</sup> وهي قاعدة عامة تندرج تحتها فروع فقهية كثيرة، وتطبيقا ترد في كثير من أبواب الفقه: في البيع والإجارة، والوقف، والرهن، وغيرها من عقود المعاوضات.

الثانية: اختلاف العلماء في هذا الحديث من حيث الأخذ بعموم لفظه كما في رواية: الخراج بالضمان، أم قصره على الخصوص بناء على رواية: قضى رسول الله بأن الخراج بالضمان... بناء على اختلافهم في اعتبار اللفظ العام إذا

(٥٩) أخرجه مالك في الموطأ ٤/٩٩٢، رقم (٣٥٣٤)، والشافعي في مسنده ١٧٠/٢، وصححه ابن حجر في التلخيص الحبير ١٣٩/٣، وتابعة الألباني في إرواء الغليل ٥/٢٩١.

(٦٠) بدائع الصنائع، للكاساني ٦/٧٩.

(٦١) كشف الأسرار، عبدالعزيز البخاري ٣/٥٨.

(٦٢) انظر هذه القاعدة في كتاب القواعد الفقهية، لعلي الندوي ص/٤٠٦، فما بعد، وكتاب القواعد الكلية والضوابط الفقهية، د. محمد عثمان شبير، ص/٣١١، فما بعد.

ورد بسبب خاص: هل له حكم العموم أم يخص السائل وحده؟ عدة أقوال للأصوليين، أجملها في ثلاثة أقوال أساسية:  
١- قول لا يعم، وإنما يخص السائل، أو صاحب الحادثة.

٢- وقول يعم السائل وغيره؛ لأن الأصل في التشريع أن يكون عاما سواء ورد بمحاضرة خاصة أم عامة، إذ إن كثيرا من الأحكام تأتي بموادت خاصة، فلو قصرنا الحكم عليها لضاع كثير من الأحكام الشرعية.

٣- وهناك قول بالتفصيل ذكره الزركشي عن الشافعية وقواه ومفاده: أن الأصل في اللفظ العموم، إلا إذا قام دليل يقتضي القصر على السبب كما في قوله تعالى: "قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتا أو دما مسفوحا..". الآية، فلم يوافق الشافعي مالكا في عموم هذه الآية وقال: لا نرى دلالته على حصر الحرمات فيما رآه مالك فإنه نزل على سبب وهو عادة العرب في تناول الموقوذة والمتردية، فيحتمل أن يكون أراد لا محرم مما يأكلون إلا كذا وكذا... (٦٣).

ومما يؤيد هذا القول في أن الأصل في الألفاظ العموم، ولا تقتصر على سبب ورودها ما قرره علماء الأصول أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب (٦٤).

مفهوم الحديث عند الفقهاء ووجه الاستدلال به:

معنى الخراج بالضمان كما في الحديث السابق: "أن المبيع إذا كان له دخل وغلة فإن مالك الرقبة الذي هو ضامن لها يملك خراجها لضمان أصلها، فإذا ابتاع رجل أرضا فاستعملها أو ماشية فنتجها، أو دابة فركبها، أو عبدا فاستخدمه، ثم وجد به عيبا، فله أن يرد الرقبة، ولا شيء عليه فيما انتفع به؛ لأنها لو تلفت ما بين مدة الفسخ والعقد لكانت في ضمان المشتري، فوجب أن يكون الخراج له" (٦٥).

يقول الكاساني موضحا ذلك: "إذا كان ضمانه عليه كان خراجه له، والدليل عليه أن صانعا تقبل عملا بأجر، ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك، طاب له الربح، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا بالضمان، فثبت أن كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح، فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق، بدليل أن من قال لغيره تصرف في ملكك على أن لي بعض ربحه لم يجز، ولا يستحق شيئا من الربح؛ لأنه لا مال ولا عمل ولا ضمان" (٦٦).  
ولهذا وبناء على حديث الخراج بالضمان نقض عمر بن عبدالعزيز قضاءه حيث قضى بالغلة للبائع (٦٧).

وقال أبو عبيد بن سلام: "وحديث النبي ﷺ هذا أصل لكل من ضمن شيئا أنه يطيب له الفضل إذا كان على وجه المبايع لا الغصب" (٦٨).

آراء الفقهاء في فهم الحديث وكيفية تطبيقه:

(٦٣) بتصرف: البحر المحيط، للزركشي، ٢٨٣/٤، وما بعد.

(٦٤) انظر: الذخيرة، للقراي، ٤٩/٩.

(٦٥) سبل السلام، الصنعاني ٤٠/٢.

(٦٦) بدائع الصنائع، للكاساني ٦٢/٦.

(٦٧) شرح فتح القدير للسيواسي ٢٢٢/٦.

(٦٨) غريب الحديث، لابن سلام ٣٨/٣.



تباينت أقوال الفقهاء في تطبيقه بين موسع ومضيق:

١- الحنفية يرون: أن المشتري يستحق الفوائد الفرعية كالكراء، أو الزيادة المنفصلة غير المتولدة عن المبيع؛ أما الفوائد الأصلية كالثمر، فإن كانت باقية ردها مع الأصل، وإن كانت تالفة امتنع الرد، واستحق الأرش.

والسبب في ذلك: أن الحنفية يعتبرون زوائد المبيع مبيعة، سواء كانت متصلة، أو منفصلة، متولدة من الأصل، أو غير متولدة منه، ويستثنون الهبة، والصدقة، والكسب، ويرون قولهم ذلك: بأن الحكم الأصلي للبيع هو الملك، والزوائد مملوكة بلا خلاف، والدليل أنها مملوكة بالبيع السابق، أن البيع السابق أوجب الملك في الأصل، ومتى ثبت الملك في الأصل ثبت في البيع، فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الأصل مضافا إلى البيع، فكانت الزيادة مبيعة، ولكن تبعا لثبوت الحكم الأصلي فيها تبعا<sup>(٦٩)</sup>.

ومزيدا لتوضيح وجهة نظر الحنفية، وتتميمًا للفائدة، يحسن أن أذكر هنا ما ينبي على نظريتهم السابقة، فيما يتعلق بموضوعنا تحديدا:

- أن المشتري إذا قبض الزوائد يصير لها حصة من الثمن بالقبض فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض<sup>(٧٠)</sup>.

- والزوائد الحادثة بعد القبض مبيعة أيضا، حتى لو وجد المشتري بالأصل عيبا فالزيادة تمنع الرد والفسخ بالعيب<sup>(٧١)</sup>.

- لكن إذا كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل لا يتمتع الرد بالعيب، ويرد الأصل على البائع والزيادة تحل للمشتري؛ لما مر أن هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلا، لانعدام ثبوت حكم البيع فيها، بل ملكت بسبب على حدة، فأمكن إثبات حكم الفسخ فيه بدون الزيادة، فيرد الأصل وينفسخ العقد فيه، وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بوجود سبب الملك فيها شرعا، فتطيب له<sup>(٧٢)</sup>.

٢- وأما مالك: فإنه يفرق بين الفوائد الأصلية: كالصوف، والشعر، فيستحقه المشتري، والولد يرده مع أمه، وهذا ما لم تكن متصلة بالمبيع وقت الرد، فإن كانت متصلة وجب الرد لها إجماعا<sup>(٧٣)</sup>، فلو اشترى شاتا وجد صوفها، ثم وجد بها عيبا، فالصوف للمشتري بضمانه، ويعيد الشاة للبائع بسبب العيب، وكذا النبات وغيره سواء عندهم، وثمر النخل غلة للمشتري بضمانه، لكن لو كان المبيع أمة ثم ولدت عنده، ثم وجد بها عيبا ردها وولدها<sup>(٧٤)</sup>.

٣- وأما الشافعي: أخذ بعموم الحديث ورأى أنه يشمل الفوائد الأصلية والفرعية فهي للمشتري بضمانه، ويرد المبيع إن كان فيه عيب ما لم يكن ناقصا عما أخذه.

(٦٩) انظر: بدائع الصنائع، للكاساني ٢٥٦/٥

(٧٠) المرجع السابق ٢٥٧/٥

(٧١) المرجع السابق ٢٥٧/٥، وقد ذكر الحنفية أمورا كثيرة بنيت على هذه القاعدة، وهم بهذا يختلفون مع غيرهم من الفقهاء، إضافة إلى أن هذه النظرة أوجدت إشكالا عندهم في الجمع بين حديث المصرة وهذا الحديث؛ لأن النبي ﷺ أجاز رد الشاة بعيب التصرية- وهي زوائد مبيعة- ولم يمنع ذلك من الرد، والحنفية تمنعون.

(٧٢) المرجع السابق ٢٨٦/٥

(٧٣) انظر: مدونة مالك ٣٥٢/٣، وبداية المجتهد، لابن رشد ١٩٩/٣

(٧٤) انظر المرجعين السابقين

ولا فرق بين أن يكون هذا النتاج متولدا عن الأصل، أو متصلا به، أو منفصلا عنه، فلو ابتاع مثلا شاة، وأخذ لها أوصافا، أو اشترى حائطا وله ثمر، فإن له أخذ ثمره، ويرد الأصل إلى صاحبه إن ظهر فيه عيب، بشرط أن لا ينتقص المبيع عن حاله يوم أخذه من البائع (٧٥).

وتفسر ذلك عند الشافعية: أن هذه الزيادة لم تكن جزءا من المبيع فلم يملكها بالثمن، وإنما ملكها بالضمان، ويمثله يطيب الربح لهذا الحديث (٧٦).

٤- وعند الحنابلة: كذلكيرون أن ضمان المبيع يكون على المشتري إذا قبضه، فما حصل من زوائد متصلة، أو منفصلة - متولدة عن المبيع - فهي للمشتري بضمانه (٧٧).

### خلاصة أقوال الفقهاء فيما يشمله قوله ﷺ: "الخراج بالضمان":

مما سبق تبين أن قاعدة "الخراج بالضمان" لها مستثنيات، وأنها ليست على إطلاقها، وأن لها شروطا عدة لا بد من بيانها وهي:

١- أن تكون الغلة منفصلة عن الأصل، سواء كانت متولدة عنه أو غير متولدة، أما إذا كانت الزيادة متصلة فلا تدخل في ملك المشتري إذا رد المبيع بالعيب: كالسمن والكبر؛ لأنها نماء تابع للأصل وليست بخراج، وهذه صورة منطقية - متفق عليها - إذ لا يمكن الفصل بين هذه الزيادات والأصل فليس لها حكم مستقل، وإنما هي تبع للمبيع لم ينفصل عنه.

٢- كذلك لا بد أن تكون الغلة حاصلة عن عين مملوكة ملكا شرعيا: كالملك عن طريق البيع، ولو في مدة خيار العيب أو مدة خيار الشرط، أو عن طريق الهبة، أو عن طريق الشراء، ولو كانت العين مستحقة للغير بالشفعة، فيكون الخراج لمن بيده العين بأحد تلك الطرق، أما إذا كانت الغلة حاصلة من عين غير مملوكة بطرق شرعية: كغلة المغصوب والمسروق، فلا يستحقها من وقعت تحت يده.

٣- أن تكون الغلة حاصلة بعد وقوع سبب الملك: كعقد البيع، أما إذا كانت قبل ذلك فلا يستحقها من وقعت تحت يدهم: لبن المصرة، فهو موجود في الشاة، أو الناقة قبل البيع، فيضمنه المشتري، ويرد بدله صاعا من تمر (٧٨).

وهذا الاستثناء على من أخذ بحديث المصرة (٧٩)، وفيه قضى رسول الله ﷺ: أن من أراد رد الشاة بعيب التصرية ردها وصاعا من تمر، وقد فسره من أخذ به: أن اللبن نشأ جزء منه والشاة في ضمان البائع، ونشأ جزء منه في ضمان المشتري فاختلط فيه حقان: حق للبائع وحق للمشتري - مع الأخذ بعين الاعتبار - أن ألبان الأنعام تختلف فيما

(٧٥) انظر: اختلاف الحديث، للشافعي (مطبوع من الأم) ٦٦٥/٨.

(٧٦) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لأحمد بن محمد المكي ٤٣٢/١.

(٧٧) انظر: المغني، لابن قدامة ٤٨٩/٣.

(٧٨) أشار إلى هذه الاستثناءات الثلاثة د. محمد شبير في القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ص/٤٣٠.

(٧٩) انظر: صحيح البخاري ٧٠/٣، رقم (٢١٤٨)، وصحيح مسلم ١١٥٥/٣، رقم (١٥١٥).

(٨٠) انظر: الفتاوى، لابن تيمية ٥٥٧/٢٠، ٥٥٨.

بينها، ولا سبيل للمماثلة - فافتضى العدل أن يستعاض عنه بالتمر - وهو قوت أهل المدينة كما كان اللبن قوتا لهم كذلك - وسيأتي مزيد بحث للمسألة<sup>(٨٠)</sup>.

قلت: وما يتعلق بالاستثناء الثاني والثالث، وقع فيه خلاف بين الحنفية والمالكية من جهة، والشافعية والحنابلة من جهة أخرى، لا بد من بيانه لتتضح صورة الخلاف، إذ له درجة من الأهمية في موضوع الريح بالضمان؛ لذا سأبحثه في المطلب الثالث في مسألتين:

الأولى: في حكم غلة المغصوب لمن تكون؟ والثانية: في مدى تعارض حديث الخراج بالضمان مع حديث التصرية:

**المطلب الثالث: حكم غلة المغصوب، ومدى معارضة حديث الخراج لحديث التصرية:**

**المسألة الأولى: القول في منافع المغصوب لمن تكون؟**

والخلاف في هذه المسألة بين الحنفية وغيرهم: فالحنفية يعتبرون أن غلة المغصوب - كالأجرة المستفادة من إيجار الأعيان المغصوبة - هي ملك للغاصب؛ لأن الغاصب ضامن لما غصبه فمنافعها له: لقوله ﷺ: "الخراج بالضمان"، وفي هذا يقول السرخسي تعليقا على من غصب عبدا، أو دابة فأصاب من غلته قال: "فالغلة للغاصب؛ لأن وجوبها بعقده، وقد بيناه في كتاب القلطة؛ ولأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد، والعاقده هو الغاصب؛ فإذا هو جعل منافع العبد بعقده مالا فكان بدله له، وفي الأصل قال، قلت: ولم لا يكون لصاحب العبد؟ قال: لأنه كان في ضمان غيره، وكأنه أشار بهذا التعليل إلى قوله ﷺ: الخراج بالضمان، فحين كان في ضمان الغاصب فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك، فكان الأجر له دون المالك، ويؤمر أن يتصدق بها؛ لأنها حصلت له بكسب خبيث، فإن مات العبد فالغاصب ضامن بقيمته، وله أن يستعين بتلك الغلّة في ضمان القيمة؛ لأنها ملكه وما فضل بعد ذلك تصدق به اعتبارا للجزء بالكل"<sup>(٨١)</sup>.

نلاحظ من كلام السرخسي: أن الغاصب الذي غصب دابة - مثلا - ثم ماتت عنده، أو نقصت قيمتها، وكان قد ربح منها شيئا قبل هلاكها وهي عنده - له أن يدفع قيمتها لصاحبها مما ربح، ولا شيء لصاحبها عنده بعد ذلك، لكن يظهر الخلاف في المذهب الحنفي: فيما إذا ربح شيئا آخر زيادة عن قيمتها في الصورة السابقة، فهل يحل له ما ربح؟ رأيان في المذهب: الأول: يراه أبو حنيفة ومحمد: أنها لا تطيب للغاصب؛ لأن الريح حصل بسبب خبيث، وهو التصرف في ملك الغير، وسبيله التصديق به. والرأي الثاني في المذهب: يراه أبو يوسف وزفر: أن الريح يطيب للغاصب إذا دفع ضمانه؛ لأن المغصوب صار مملوكا له بالضمان عملا بالقاعدة المقررة عند الحنفية: أن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا إلى وقت الغصب<sup>(٨٢)</sup>.

أما غير الحنفية: فيرون أن الغاصب لا يملك منافع ما غصب، ولا تحل له<sup>(٨٣)</sup>.

هذا ما يقرره الجمهور على العموم في أن الغاصب لا يملك؛ لكني وجدت في بعض الفروع الفقهية عن المالكية والشافعية ما يفيد أن الغاصب يملك شيئا من منافع المغصوب في بعض الصور:

(٨١) المسوط، للسرخسي ٧٧/١.

(٨٢) انظر: الهداية شرح البداية، للمرغيناني ٢٩٨/٤، والبحر الرائق، ابن نجيم ٦٠٥/٦.

(٨٣) التاج والإكليل، للمعديري ٢٨٢/٥، وروضة الطالبين، للمنوي ٤٦/٥، والإنصاف للمرداوي ٦٠٠/٦.

فعند المالكية: يميزون بين أن يكون الشيء المنتفع به قد تولد من المغصوب نفسه: كما لو كان عبداً فصاد: فهنا يكون الصيد للمغصوب منه، وليس للغاصب، بخلاف ما لو كان المغصوب آلة كالسيف والرمح وغيرها من أدوات الصيد: فهنا يصرحون أن الصيد للغاصب؛ لأنه هو الذي قام بالصيد، وعليه أجرة ما انتفع به<sup>(٨٤)</sup>.

ومن تلك الصور كذلك: ما لو غصب شخص أمةً ثم باعها فولدت عند المبتاع ثم ماتت، فليس لربها أن يأخذ أولادها وقيمة الأمة من الغاصب، وإنما له أخذ ثمنها من الغاصب أو قيمتها يوم غصبها، أو يأخذ الولد من المبتاع، ولا شيء عليه ولا على الغاصب من قيمة الأم ثم يرجع المبتاع على الغاصب بالثمن<sup>(٨٥)</sup>.

وينص المالكية بشكل أوضح بجواز تملك الغاصب في بعض الصور: "كما لو اغتصب من دواب أو رقيق أو سرقة فاستعملها شهرا وطال مكنها بيده أو أكرها وقبض كراءها فلا شيء عليه في ذلك، وله ما قبض من كرائها، وإنما لربها عين شئبه وليس له أن يلزمه قيمتها إذا كانت على حالتها لم تتغير في بدنها ولا يُنظر إلى تغير سوقها"<sup>(٨٦)</sup>.

ومن الصور الصريحة عندهم: ما لو غصب بيضا فحضنه تحت دجاج حتى أفرخ، ففي هذه الحالة يكون على الغاصب مثله لربه، والفرخ التي نتجت هي للغاصب؛ لأن المغصوب تبدل وصار شيئا آخر<sup>(٨٧)</sup>.

فالملاحظ في المذهب المالكي اضطراب القاعدة عند التطبيق في تملك الغاصب أو عدم تملكه، مما قد يظهر أحيانا اختلافا في بعض الصور؛ لذا نرى اعتراضا من المذهب نفسه لبعض الصور لما قلت<sup>(٨٨)</sup>. وأما عند الشافعية فقد ذكر الشريبي: أن الغاصب لا يملك العين المغصوبة إلا في حالة واحدة: وهي في حربي غصب مال حربي، فلا يملك الغاصب بالغصب إلا في هذه الحالة<sup>(٨٩)</sup>.

على العموم لا تخرج المسألة عن ثلاثة أقوال: قول صريح بأن الغاصب لا يملك المغصوب وهو صريح مذهب الشافعية والحنابلة، وقول صريح بأن الغاصب يملك ما غصب، وهو صريح قول الحنفية، وإن كان في المذهب خلاف في حل الزيادة للغاصب كما رأينا، وقول بالتفصيل وهو قول المالكية، وسأسير بالمسألة على قولين لأن الذي يفصل يصعب عليه وضع قاعدة تضبط بعض الصور، أحيانا يفسر تملك الغاصب بسبب تغير المغصوب، وأحيانا لعمل الغاصب في المغصوب؛ بحيث يثبت له بعض الحق فيه، كما رأينا في الصور السابقة.

أدلة القائلين بتملك الغاصب، والقائلين بخلافه:

**أولا: أدلة الحنفية ومناقشتها:**

استدل الحنفية في تملك الغاصب لمنافع المغصوب بعدة أدلة:

(٨٤) التاج والإكليل، للعبدي ٢٨٢/٥، والنعم الداني شرح رسالة القيرواني، الأزهر ص/٦٧، ومنح الجليل شرح مختصر خليل ١٠٦/٧

(٨٥) منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عليش ١٠٤/٧

(٨٦) المرجع السابق

(٨٧) التاج والإكليل لمختصر خليل، العبدي ٣١٧/٧

(٨٨) انظر مثلا: منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عليش ١٠٣/٧، فما بعد

(٨٩) انظر: معني المحتاج، للشريبي ٢٧٧/٢

١ - استدلوا بقوله ﷺ: "الخراج بالضمان".

وجه الدلالة من الحديث: أن المغضوب لو هلك يضمنه الغاصب بهذا الحديث، أي الغنم بالغرم، وحينئذ ليس للقاضي إلا الحكم برد المغضوب ما دام قائما، ورد مثله أو قيمته إذا هلك<sup>(٩٠)</sup>.

- يُرد عليهم: أن قوله ﷺ: "الخراج بالضمان" قضاء عادل من رسول الله ﷺ معناه أن يكون الخراج لمن هو مالكة، إذا تلف تلف على مالكة، والغاصب لا يملك المغضوب، فلا يكون له خراجه<sup>(٩١)</sup>.

٢ - ومن أدلتهم: ولأن المغضوب صار مملوكا بالضمان عملا بالقاعدة المقررة: "المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا إلى وقت الغصب"<sup>(٩٢)</sup>.

- يجب عن استدلالهم بهذه القاعدة: أن هذه قاعدة خاصة بكم - لا نسلم بها - فلا تصح دليلا هنا؟

٣ - ومن أدلتهم قوله ﷺ في الشاة المغصوبة المصلية أطعموها الأسارى<sup>(٩٣)</sup>.

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ أمرهم بالتصدق بها؛ ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق بها؛ لأن نظير ملك الغير إذا كان مالكة معلوما لا يجوز، ولكن يحفظ عليه عين ملكه، فإن تعذر ذلك يباع ويحفظ عليه ثمه<sup>(٩٤)</sup>.

- يرد عليهم في هذا الاستدلال: أن النبي ﷺ بين أنما لا تطيب للغاصب؛ بدليل أنه أمر بالتصدق بلحمها، وهذا يدل على أن صاحبها ليس معروفا، إذ لو كان معروفا لردّها النبي ﷺ له؛ لأنما حقه ولا يجوز التصرف بها دون إذنه، فلما لم نعرف صاحبها، فلا مخرج للإفادة منها إلا بالتصدق بها.

**ثانياً: أدلة القائلين بالمنع:**

أما أدلة الجمهور على قولهم بعدم ملكية الغاصب للعين المغصوبة، وعدم حل منافعها، وعلى أنه ضامن للزوائد المتولدة منها:

١ - ما رواه سمرة بن جندب عن النبي ﷺ قوله: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"<sup>(٩٥)</sup>.

٢ - واستدلوا كذلك بقوله ﷺ: "فيما رواه عبدالله بن السائب عن أبيه عن جده: "لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا، ومن أخذ عصا أخيه فليردها"<sup>(٩٦)</sup>.

(٩٠) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/٧٧، والبحر الرائق، لابن نجيم ٦/٢٥٥، وانظر كذلك: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحلي ٥/٧٣٤.

(٩١) الأشباه والنظائر، للسبكي ١٣٦/ص.

(٩٢) الهداية شرح البداية ٤/١٤.

(٩٣) رواه أحمد في المسند ٣٧/١٨٦، رقم ٥٥٨٩، وصححه إسناده محقق الكتاب: شعيب الأرنؤوط، ورواه الطحاوي في مشكل الآثار ٧/٤٥٥، رقم (٣٠٠٥).

(٩٤) المبسوط، للسرخسي ١١/٦٨.

(٩٥) رواه أحمد في المسند ٣٣/٢٧٧، رقم (٢٠٨٦)، وابن ماجه ٢/٨٠٢، رقم (٢٤٠٠)، ورواه ابن أبي شيبة في المصنف ٤/٣١٦،

رقم (٢٠٥٦٣)، ورواه الترمذي في السنن ٣/٥٥٨، رقم (١٢٦٦) بلفظ: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي".

(٩٦) رواه أبو داود في السنن ٤/٣٠١، رقم (٥٠٠٣)، وحسنه الألباني، ورواه الطبراني في الكبير ٢٢/٢٤١، وأحمد في المسند ٢٩/٤٦٠، رقم (١٧٩٤٠)،

وصححه إسناده المحقق.

وجه الدلالة من الحديثين واضح أن الغاصب الذي يأخذ من غيره شيئاً عليه أن يردّه؛ لأنه ملك لصاحبه، ولو كان ملكاً للغاصب لما توجه القول بإرجاعه إذ أصبح ملكاً لغيره.

حتى قال الفقهاء - تغليظاً على الغاصب -: إنه وإن خلط الغاصب المغصوب بما يمكن تمييزه منه، أو يمكن تمييز بعضه كحنطة خلطها بشعير، أو بسمسم، أو خلط صغار الحب بكباره لو اتحد الجنس، أو اختلط زبيب أحمر بأسود وما أشبهه لزمه أي الغاصب تخليصه وردّه إلى مالكة، وأجرة المميز عليه، أي على الغاصب؛ لأنه بسبب تعديه فكان أولى بغرمه من مالكة<sup>(٩٧)</sup>.

٣- ومن أدلتهم: قوله ﷺ: "من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته"<sup>(٩٨)</sup>.

والحديث نصّ على أن المال المغصوب يبقى ملكاً لصاحبه، ولا يصير ملكاً للغاصب بغضبه، وأن منافعه مضمونة عليه.

٤- ومن أدلتهم كذلك ما رواه سعيد بن زيد عن النبي ﷺ: "من أحيا أرضاً ميتاً فهي له، وليس لعرق ظالم حق"<sup>(٩٩)</sup>.

ولأبي داود في تكملة الحديث: "فلقد خبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ: غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر، فقضى لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله، قال: فلقد رأيتها وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس، وإنما لنخل غمّ حتى أخرجت منها"<sup>(١٠٠)</sup>.

### الرأي المختار:

بعد عرض أدلة الطرفين في المسألة يظهر - والله أعلم - رجحان رأي من قال بأن الغاصب لا يملك المغصوب؛ وذلك لقوة أدلتهم ووضوحها، وعدم وجود معارض لها، إضافة إلى أن هذا الرأي أقرب لروح الشريعة الإسلامية وعدله لعدة أمور:

١- لأن القول بأن الغاصب يملك المغصوب، فيه تعدي وظلم، والإسلام لا يقر ظلماً ولا تعدياً، بل يحرمهما تحريماً قاطعاً، وذلك في كثير من النصوص الشرعية الصريحة.

٢- ثم إن أدلة الجمهور صحيحة وصریحة في أن الغاصب لا يملك المغصوب بسبب غضبه، وخاصة الحديث الثاني وهو قوله ﷺ: "من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته". وهو صريح الدلالة فيما نحن فيه.

٣- ولأننا لو أعطينا الغاصب حق الملك فيما غضب؛ نكون قد بررنا عمله الفاسد ورتبنا عليه آثاراً حسنة،

(٩٧) كشاف القناع، للبهوتي ٧٩/٤.

(٩٨) رواه أبو داود في السنن ٢٦١/٣، رقم (٣٤٠٣)، وصحح إسناده الألباني، ورواه الترمذي في السنن ٦٤٩/٣، رقم (١٣٦٦)، وابن ماجه في السنن ٨٢٤/٢، رقم (٢٤٦٦)، وأحمد في المسند ٥٠٧/٢٨، رقم (١٧٢٦٩).

(٩٩) رواه أبو داود في السنن ١٧٨/٣، رقم (٣٠٧٣)، ورمز له المحقق الألباني بالصحة، ورواه الترمذي في السنن ٦٥٤/٣، رقم (١٣٧٨)، ورواه مالك في الموطأ بنفس اللفظ عن عروة (١٠٧٦/٤)، رقم (٢٧٥٠).

(١٠٠) أبو داود في السنن ١٨٧/٣، رقم (٣٠٧٤)، ورمز له المحقق الألباني بالصحة.

وفي هذا من تشجيع الظلم والغصب ما فيه، وفيه تشجيع للمفسدة، ومعلوم أن الدين يأبى ذلك، بل من منهجه أن يغلق باب المباح درءاً للمفسدة الحرام، وباب الذريعة في الشريعة مصون، والعلماء يحرصون على تطبيقه مخافة الوقوع في الحرام، ومسألتنا أولى بذلك.

٤- ثم إن اعتماد الحنفية على ما يقولون ليس له من دليل سوى حديث الخراج بالضمان، وقد رأينا أقوال العلماء في شرحهم لهذا الحديث أن المقصود بالخراج كما هو واضح من سبب وروده: هو الخراج الذي سببه الملك والتصرف المشروع، وهذا لا يملكه الغاصب، وما كان من ضمان الغاصب فهو ضمان إتلاف، وهو خارج موضوع الحديث. والله أعلم.

#### المسألة الثانية: مدى معارضة حديث الخراج بالضمان لحديث المصرة:

سبق أن بينا أن حديث الخراج السابق الذي قضى به رسول الله ﷺ أن تكون منافع الشيء المضمون للضامن بضمانه، فما مدى موافقة أو معارضة هذا الحديث لحديث آخر عن أبي هريرة رضي الله عنه؟ قال: قال رسول الله ﷺ "ولا تُصْرُوا" (١٠١) الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن مجلبها إن شاء أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمرٍ" (١٠٢).

#### وجه المعارضة الظاهرة بين الحديثين:

من الملاحظ أن الشاة - في حديث المصرة - كانت بضمان المشتري، فإذا وجد بها عيباً (١٠٣) وأراد أن يردّها فالأصل أن يردّها دون صاع من تمر أخذاً بحديث الخراج بالضمان؛ لأن ما استفاد من لبنها كان نتيجة وقوعها تحت ضمانه، فظاهر من هذا أنه تعارض بين الحديثين؛ إضافة إلى اعتراضات أخرى للحنفية لخصها العيني فقال: "فالصاع من التمر الذي أوجبه هؤلاء على مشتري المصرة إذا ردها على بايعها بسبب التصرية والتحفيل لا يخلو: إما أن يكون عوضاً من جميع اللبن الذي احتلبه منها - كان بعضه في ضرعها وقت وقوع البيع، وحدث بعضه في ضرعها بعد البيع - وإما أن يكون عوضاً عن اللبن الذي في ضرعها وقت وقوع البيع خاصة؛ فإن أرادوا الوجه الأول: فقد ناقضوا أصلهم الذي جعلوا به اللبن والولد للمشتري بعد الرد بالعيب في صورتين اللتين ذكرناهما؛ وذلك لأنهم جعلوا حكمهما كحكم الخراج الذي فعله النبي ﷺ للمشتري بالضمان؛ وإن أرادوا به الوجه الثاني: فقد جعلوا للبائع صاعاً ديناً بدين، وهذا غير جائز لا في قولهم، ولا قول غيرهم، وأي المعنيين أرادوا فهم فيه تاركون أصلاً من أصولهم، وقد كان هؤلاء أولى بالقول بنسخ الحكم في المصرة لكونهم يجعلون اللبن في حكم الخراج، وغيرهم لا يجعلون كذلك، فظهر من ذلك فساد كلامهم وفساد ما ذهبوا إليه..." (١٠٤).

(١٠١) التصرية: هي ترك الشاة - أو غيرها - مدة من الزمن لا تحلب حتى يصير الحليب فيها كثيراً، فبها الشاري يظن أنها تحلب كثيراً فيعتر بها ويشترها لذلك. انظر: عمدة القاري، للعيني ٢٦٩/١١، وغريب الحديث، لابن سلام ٢٤١/٢

(١٠٢) متفق عليه، واللفظ لمسلم: صحيح البخاري ٧٠/٣، رقم (٢١٤٨)، وصحيح مسلم ١١٥٥/٣، رقم (١٥١٥)

(١٠٣) ذكر الحنفية ضابط العيب الذي يبيح الرد: أن كل ما أوجب نقصاناً في الثمن في عادة التجار فهو عيب. انظر: فتح القدير، لابن همام ٣٥٧/٦

(١٠٤) العيني على البخاري ٢٧١/١١

ثم ذكر العيني عن الحنفية أنهم تركوا العمل بحديث التصرية لمخالفته الأصول من ثمانية أوجه: أحدها: أنه أوجب من الرد من غير عيب ولا شرط. الثاني: أنه قدر الخيار بثلاثة أيام، وإنما يتقيد بالثلاثة خيار الشرط. الثالث: أنه أوجب الرد بعد ذهاب جزء من المبيع. الرابع: أنه أوجب البدل مع قيام المبدل: أنه قدره بالتمر أو بالطعام والمتلفات إنما تضمن بأمتثالها أو قيمتها بالنقد. السادس: أن اللبن من ذوات الأمثال، فجعل ضمانه في هذا الخبر بالقيمة. السابع: أنه يؤدي إلى الربا فيما إذا باعها بصاع تمر. الثامن: أنه يؤدي إلى الجمع بين العوض والمعوض<sup>(١٠٥)</sup>.

قلت: ولاستكمال الموضوع: لم يعترض الحنفية على حكم التصرية، فهي حرام عندهم وخداع، لكن الحديث يخالف عدة أصول عندهم كما ذكرت، وعلى رأس هذه الأصول إضافة إلى ما قاله العيني: أن الزوائد بعد البيع عندهم مبيعة كالأصل؛ والزيادة على المبيع تمتع الرد، فهذا أصبح حديث التصرية معارضا لأصل عندهم؛ إذ أجاز النبي ﷺ الرجوع بالمبيع لهذا العيب، وعندهم لا يجوز<sup>(١٠٦)</sup>.

وقد رد العلماء على هذه الاعتراضات وأجابوا عليها واحدة تلو أخرى، وبينوا ضعفها، بما يغني عن إعادتها<sup>(١٠٧)</sup>، وسأكتفي ببعض هذه الردود من باب الاختصار<sup>(١٠٨)</sup>:

أوجه الرد عليهم:

ذكر العلماء أوجهها من الجمع بين الحديثين أذكر منها:

- أن رد المشتري للصاع أمر تعبدى أمرنا به الشارع ولم نعقل له على معنى<sup>(١٠٩)</sup>.
- وقال بعض أهل العلم من مذهب مالك كأشهب، والحنفية: إنه لا يؤخذ بحديث المصرة، وأنه منسوخ بحديث الخراج بالضمان؛ لأنه أثبت منه<sup>(١١٠)</sup>.
- وقال بعضهم: لا نسخ بين الحديثين؛ لأن حديث المصرة أصح، وإنما حديث الخراج بالضمان عام، وحديث المصرة خاص، والخاص يُقضى به على العام<sup>(١١١)</sup>.

والمسألة حظيت بنقاش موسع بين الفقهاء ومناقشة الحنفية الذين تكلموا على الحديث وقدموا عليه حديث الخراج بالضمان، علما بأن أهل الحديث يكادون يتفقون على أن حديث التصرية أصح من حديث الخراج وأثبت منه<sup>(١١٢)</sup>، وأنه مع ذلك عند التأمل والنظر لا نكاد نجد مخالفة بين الحديثين؛ وأن كلا منهما جاء منسجما مع الآخر في شيء ومختلفا عنه في شيء آخر، وقد أعجبني رد الشافعي في الجمع بين الحديثين قال في الرسالة:

(١٠٥) العيني على البخاري ٢٧٣/١١.

(١٠٦) انظر: المرجع السابق كذلك ٢٧٠/١١.

(١٠٧) انظر: فتح الباري، لابن حجر ٣٦٤/٤، وما بعد، وإعلام الموقعين، لابن القيم ١٥/٢، وما بعد.

(١٠٨) يعجب القارئ من كثرة التعليق على حديث المصرة في كتب الشروح، وكتب الفقه باختلاف مؤلفيها، وقد استوفى الموضوع، وبان ما لا يدع مجالاً للشك بعظمة هذا النبي ﷺ الذي قضى بهذا القضاء بما فيه من عدل، ولفترات تشريعية عظيمة، قد لا تظهر للناظر من أول وهلة إلا من قرأ أقوال الفقهاء وردودهم، وقد رأيت من أفرد بحوث محكمة لمناقشة هذا الحديث بشكل شامل متعمق، فلم أرغب بإعادة الحديث حول ما كتبوا، واكتفيت بالإشارة إلى مواطن التوافق بين الحديثين بما يخدم موضوع البحث هنا.

(١٠٩) الاستئثار، لابن عبد البر ٥٣٧/٦.

(١١٠) حاشية الدسوقي ١١٧/٣.

(١١١) حاشية الدسوقي ١١٧/٣.

(١١٢) انظر كلام ابن تيمية في ذلك: الفتاوى الكبرى ٥٥٧/٢٠.



"فقلت له: قضى رسول الله في المصرة من الإبل والغنم إذا حَلَبَهَا مشتريها: "إن أحب أمسكها، وإن أحب ردّها وصاعاً من تمر"، وقضى "أن الخراج بالضمان"، فكان معقولاً في "الخراج بالضمان" أي إذا ابتعت عبداً فأخذت له خراجاً ثم ظهرت منه على عيب يكون لي ردّه: فما أخذت من الخراج والعبد في ملكي ففيه خصلتان: إحداهما: أنه لم يكن في ملك البائع، ولم يكن له حصة من الثمن، والأخرى: أنها في ملكي، وفي الوقت الذي خرج فيه العبد من ضمان بائعه إلى ضمانني، فكان العبد لو مات مات من مالي وفي ملكي، ولو شئت حبسته بعبي، وكذلك الخراج، فقلنا بالقياس على حديث "الخراج بالضمان" قلنا: كل ما خرج من ثمر حائطٍ اشتريته، أو ولد ماشيةٍ أو جاريةٍ اشتريتها، فهو مثل الخراج، لأنه حدث في ملكٍ مشتريه، لا في ملك بائعه، وقلنا في المصرة اتباعاً لأمر رسول الله، ولم نقس عليه، وذلك أن الصفقة وقعت على شاة بعينها، فيها لبّنٌ محبوس معيّب المعنى والقيمة، ونحن نحيط أن ابن الإبل والغنم يختلف، وألبان كل واحد منهما يختلف، فلما قضى فيه رسول الله بشيء مؤقّت، وهو صاعٌ من تمر: قلنا به اتباعاً لأمر رسول الله، قال: فلو اشتري رجل شاة مصرة، فحلبها ثم رضيتها بعد العلم بعيب التصرية، فأمسكها شهراً حلبها، ثم ظهر منها على عيب دلّسه له البائع غير التصرية: كان له ردّها، وكان له اللبّن بغير شيء بمنزلة الخراج، لأنه لم يقع عليه صفقة البيع، وإنما هو حادث في ملك المشتري، وكان عليه أن يرد فيما أخذ من لبّن التصرية صاعاً من تمر، كما قضى به رسول الله؛ فنكون قد قلنا في لبّن التصرية خيراً، وفي اللبّن بعد التصرية قياساً على "الخراج بالضمان"، ولبّن التصرية مفارقٌ للّبّن الحادث بعده، لأنه وقعت عليه صفقة البيع، واللبّن بعده حادث في ملك المشتري، لم تقع عليه صفقة البيع" (١١٣).

قلت: وهذا جمع فيه عمق الفهم للنصين معا دون مصادمة أحدهما للآخر؛ ومعلوم أن الجمع بين النصوص خير من طرح أحدها، ففي المثال الذي ذكره الإمام يبين بوضوح عدم التعارض بينهما: فلو اشتري رجل شاة مصرة، ثم حلبها ورضي بها بعد العلم بعيب التصرية، ثم أمسكها شهراً يحلبها، ثم ظهر عيب آخر دلّسه له البائع غير التصرية كان له ردها بهذا العيب، وكان له اللبّن الحادث غير لبّن التصرية خراجاً له، وغلة جائزة بقضاء رسول الله في حديث الخراج، وعليه أن يعيد مع الشاة صاعاً من تمر عن لبّن التصرية الأول بقضاء رسول الله كذلك، وهو بهذا المثال يبين بلا شك أن حديث الخراج لا يشمل صورة التصرية لأن جزءاً من اللبّن في التصرية كان في ضمان البائع بخلاف ما بعده فهو في ضمان المشتري، فاختلط اللبنان معاً، فاستعيض عنه بصاع من تمر - وقد كان قوتا لأهل المدينة - قطعاً للخلاف وتحقيقاً للعدالة بين الطرفين.

وقد أحسن ابن تيمية - كذلك - في الرد على من زعم أن بين الحديثين تعارضاً فقال: "وأما قوله: "الخراج بالضمان" فأولاً حديث المصرة أصح منه باتفاق أهل العلم مع أنه لا منافاة بينهما، فإن الخراج ما يحدث في ملك المشتري ولفظ الخراج: اسم للغلة: مثل كسب العبد وأما اللبّن ونحوه فملحق بذلك وهنا كان اللبّن موجوداً في الضرع فصار جزءاً من المبيع، ولم يجعل عوضاً عما حدث بعد العقد، بل عوضاً عن اللبّن الموجود في الضرع وقت العقد، وأما تضمين اللبّن بغيره وتقديره بالشرع؛ فلأن اللبّن المضمون اختلط باللبن الحادث بعد العقد فتعذرت معرفة قدره، فلهاذا قدّر الشارع البديل قطعاً للنزاع وقدّر بغير الجنس؛ لأن التقدير بالجنس قد يكون أكثر من الأول أو أقله فيضي إلى الربا،

بخلاف غير الجنس فإنه كأنه ابتاع لذلك اللبن الذي تعذرت معرفة قدره بالصاع من التمر، والتمر كان طعام أهل المدينة وهو مكيل مطعوم يُقتات به، كما أن اللبن مكيل مقتات وهو أيضا يُقتات به بلا صنعة، بخلاف الخنطة والشعير، فإنه لا يقتات به إلا بصنعه فهو أقرب الأجناس التي كانوا يقتاتون بها إلى اللبن؛ ولهذا كان من موارد الاجتهاد أن جميع الأمصار بضمون ذلك بصاع من تمر أو يكون ذلك لمن يقتات التمر فهذا من موارد الاجتهاد، كأمره في صدقة الفطر بصاع من شعير أو تمر<sup>(١١٤)</sup>.

قلت: وقد ظهر بهذه الردود عدم وجود تعارض بين الحديثين، لا في الظاهر ولا في التطبيق، وأن كليهما من هدي النبي ﷺ وقضائه، إذ كلاهما ثبتت صحته، وما ثبت عن النبي ﷺ فليس فيه إلا التسليم - كما قال الشافعي رحمه الله<sup>(١١٥)</sup>.

ومما يثير التعجب حقاً - رغم وضوح الردود وقوتها - إصرار الحنفية في رد حديث المصرة، علماً بأنهم أعملوا باب الاستحسان أكثر من غيرهم، وجعلوا له أنواعاً كثيرة، كاستحسان المصلحة، واستحسان النص، واستحسان الضرورة، ولو أمعنا النظر في حديث المصرة لدرج هذا على أصل الحنفية أنفسهم، وخرج على رأيهم فهو خير مثال على استحسان النص، وكفى به حديثاً صحيحاً تُطَوِّع الأدلة له، إذ هو أصل بنفسه، وقد رأينا أوجه الانسجام بين الحديثين، بل رأينا في حديث المصرة من اللفظات التشريعية والمقاصد الشرعية ما تؤكد النصوص وتجعله أصلاً للعدالة والتشريع.

### المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية للربح بالضمان:

في هذا المبحث صور تطبيقية كثيرة ومتنوعة ذكرها الفقهاء في كثير من عقود المعاوضات، أو العقود التي يقصد فيها المغالبة والمكايسة<sup>(١١٦)</sup>، لا نستطيع استيفاءها جميعاً، إنما نذكر ما تنوع منها بحسب ما وردت فيه من أبواب الفقه على سبيل المثال لا الحصر: إن كانت في البيع أو الإجارة أو الوقف.

#### أولاً: بعض الصور في البيع:

- من صور الربح التي لا تجوز في البيع ما ذكره الفقهاء في ما لو أراد رجل أن يبتاع طعاماً من رجل إلى أجل فذهب به الرجل الذي يريد أن يبيعه الطعام، فجعل يريه صبر الطعام<sup>(١١٧)</sup>، ويقول له: من أيها تحب أن أبتاع لك، فهذا لا يجوز ومما تعارف على منعه زمن الصحابة رضي الله عنهم، لأنه بيع ما ليس عند الشخص، فلا يملكه، ولا يملك ضمانه، فلا يحل له ما ربح بسببه<sup>(١١٨)</sup>.

(١١٤) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية ٢٠/٥٥٧-٥٥٨.

(١١٥) انظر: اختلاف الحديث، للشافعي، وهو مطبوع مع الأم، ٦٦٦/٨.

(١١٦) أجاد ابن رشد في بداية المجتهد ٣/١٦٤-١٦٥، في تقسيم العقود - بحسب أهمية القبض فيها وأثره - إلى قسمين: قسم يكون معاوضة، وقسم يكون غير معاوضة: كالمبايعات والصدقات، والذي يكون معاوضة ثلاثة أقسام: أحدها: يختص بقصد المغالبة والمكايسة، وهي البيوع والإجازات والمهور والصلح، والمال المضمون بالتعدي وغيره، والقسم الثاني: لا يختص بقصد المغالبة، وإنما يكون على جهة الفرق وهو القرض، والقسم الثالث: فهو ما يصلح أن يقع على الوجهين معاً (أي على قصد المغالبة وعلى قصد الفرق)، ثم بين رحمه الله أهمية القبض وأثره في عقود المعاوضات، والعقود التي فيها مكايسة.

(١١٧) لصير: هو الطعام المنتصر بفضه على بعض، ويقصد به هنا: شراؤه من غير كيل ولا وزن. انظر: انيس الفقهاء، للرومي ص/٧٣

(١١٨) انظر المسألة: شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٤٣٤

- ومن الصور كذلك التي نص على تحريم الربح فيها: ما رواه مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع جميل بن عبد الرحمن المؤذن يقول لسعيد بن المسيب: إني رجل أبتاع من الأرزاق التي تُعطى الناس بالجار ما شاء الله ثم أريد أن أبيع الطعام المضمون عليّ، فقال له سعيد: أتريد أن توفيهم من تلك الأرزاق التي ابتعت؟ فقال نعم، فنهاه عن ذلك، قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه أنه من اشترى طعاما: بُرا أو شعيرا أو سلتنا أو ذرة أو دُخنا أو شيئا من الحبوب القطنية أو شيئا مما يشبه القطنية مما تجب فيه الزكاة أو شيئا من الأدم كلها أو الزيت والسمن والعسل والخل والجبن والشيرق واللبن وما أشبه ذلك من الأدم فإن المتبايع لا يبيع شيئا من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه<sup>(١١٩)</sup>.

- من المسائل أيضا: لو اشترى بقرة بألف دينار - مثلا - وهي في حقيقة الأمر تساوي ألفين، فقتلت قبل القبض، واختار البيهق واستوفى من الجاني ألفين، فعند الحنفية يتصدق بالألف الزائدة؛ لأنه ربح ما لم يضمن<sup>(١٢٠)</sup>.

ومعنى كلام الحنفية - والله أعلم - أنه بعد القبض حل له أن يأخذ الألفين؛ لأنه ربح ما يضمن.

#### ثانيا: بعض الصور في الإجارة:

- من استأجر دابة، أو دارا، أو ما شابه، فهل له أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها؟

قال طائفة من الفقهاء كمالك والشافعي وسفيان الثوري وغيرهم: يجوز ذلك قياسا على البيع ففيه شبه به، واشترط بعضهم أن يحدث فيها عملا، حتى تحل له الزيادة، أو الربح<sup>(١٢١)</sup>.

ومنع أبو حنيفة وأصحابه: وحجتهم أنه من باب ربح ما لم يضمن؛ لأن ضمان الأصل هو المؤجر، ولأنه من يبيع ما يقبض، وأيضا هو غير مالك<sup>(١٢٢)</sup>.

قلت: ولعل رأي أبي حنيفة أقرب للصواب في المسألة في واقعنا المعاصر؛ لأن غالب من يؤجر إنما يهيمه جنس المستأجر وصفته، إذ غالب من يؤجر يقصد ذات المستأجر الذي يحافظ على الشيء الذي أجره لا أي مستأجر، ولعل العرف يقيد مثل هذه الصورة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن ضمان المستأجر في مثل هذه الصورة أقرب إلى ضمان التلف<sup>(١٢٣)</sup> وليس ضمان الملك، وهذا ما أشار إليه الحنفية بقولهم: ولأنه لم يملك. والله أعلم.

- ولو استأجر دابة ليركبها وقتا معلوما ثم انتهى الوقت، فليس مطلوبا من المستأجر أن ينفق على هذه الدابة وليس له أن يعيدها هو إلى صاحبها، وعلى صاحبها أن يقبضها من منزل المستأجر؛ لأن المنفعة التي حصل عليها كانت بمقابل و عوض فبقيت العين أمانة في يده كالوديعة، وحتى لو أمسكها أياما ثم هلكت بدون تعدي فلا شيء عليه لأنها ليست بضمانه<sup>(١٢٤)</sup>.

(١١٩) شرح الزرقاني على الموطأ ٤٣٤/٣.

(١٢٠) انظر: تجرير المسألة على مسألة شبيهة في بيع العبد في بدائع الصنائع ٢٥٧/٥.

(١٢١) بداية التجهيز، لابن رشد ٤/١٤، ونهاية المطالب في دراية المذهب، للجويني ٨/٢٤٤.

(١٢٢) فتح القدير، لابن الهمام ٦/٢٢٣.

(١٢٣) بمعنى أن الشيء المستأجر بضمان المستأجر، يضمه إن قصر في حفظه، أو أساء استخدامه.

(١٢٤) بدائع الصنائع، للكاساني ٤/٢٠٩.

**ثالثا: بعض الصور في الرهن:**

- المرتهن يجتص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء، لأنه لو هلك سقط دينه خاصة، ولما اختص بغرمه اختص بغنمه تطبيقاً لقوله ﷺ: "الخراج بالضمان" (١٢٥).

ويجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن كأن يكون دابة فيركبها، أو شاة فيحلبها، أو غير ذلك من وجوه الانتفاع في مقابل أن يقوم المرتهن بالنفقة عليها من طعام، أو شراب ورعاية، لأننا لو منعناه من الانتفاع بما ضاعت المنفعة بلا فائدة، ولأنها بضمانه فيجوز أن ينتفع بها (١٢٦).

**رابعا: بعض الصور في الشركة:**

- ومن الصور ما ذكر في شركة الوجوه: وهي شركة يتم فيها اشتراك اثنين لا مال لهما في ربح ما يشترتان من الناس في ذمهما، ومبناها على الوكالة والكفالة، وحكمها فيما يجوز لكل منها أو يمنع منه كشركة العنان (١٢٧).

ففي شركة الوجوه عند الحنفية: لا يصح التفاضل في اشتراط الربح بعد التساوي في ملك المشتري؛ لأن الذي يُشترط له الزيادة ليس له في نصيب صاحبه رأس مال ولا عمل ولا ضمان، فاشتراط جزء من ذلك الربح له، يكون ربح ما لم يضمن؛ لذا عندهم إذا أراد التفاوت في الربح، فينبغي أن يشترط التفاوت في ملك المشتري؛ بأن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان، حتى يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه (١٢٨).

أما عند أحمد يكون الملك والربح فيها كما شرطا؛ لأن أحدهما قد يكون أوثق عند التجار وأبصر بالتجارة من الآخر، فكان على ما شرطا، كشركة العنان، وأما الخسارة فتكون على قدر الملك، فمن له الثلثان فعليه ثلثا الضيعة، ومن له الثلث عليه الثلث، سواء كان الربح بينهما كذلك أو لا، وتفسير ذلك عند الحنابلة؛ أن الضيعة نقص رأس المال، وهو مختص بملاكه فيوزع بينهم على قدر الحصص (١٢٩).

قلت: وقول الحنابلة فيه شيء من الوجاهة خاصة إذا علمنا أن شركة الوجوه شركة وهمية بناء على شهرة التاجر ومكانته عند التجار، وهو مبرر بزيادة الربح عن شريكه الذي يقل عنه دراية، بخلاف الخسارة فهي بحسب حصة كل منهما في ملكه.

- ومن المسائل في الشركة: ما يأخذه المضارب من ربح يحل له: لأن المال إذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح، ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا بضمان لقول النبي ﷺ: الخراج بالضمان (١٣٠)، فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له، والدليل عليه - كما يرى الحنفية - أن صانعا تقبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل؛ ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا بالضمان، فثبت أن كل واحد منهما سبب

(١٢٥) المرجع السابق ١٧/٦

(١٢٦) انظر المسألة بتوسع: إعلام الموقعين، لابن القيم ٢/٢٩٧، والفتاوى الكبرى، لابن تيمية ٢٠/٥٦٠

(١٢٧) بتصرف: منار السبيل في شرح الدليل، ابن ضويان ١/٤٠٤-٤٠٥

(١٢٨) المبسوط، للسرخسي ١١/١٥٤

(١٢٩) بتصرف: منار السبيل في شرح الدليل، ابن ضويان ١/٤٠٤-٤٠٥

(١٣٠) سبق تحريجه

صالح لاستحقاق الريح، فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق بدليل أن من قال لغيره: تصرف في ملكك على أن لي بعض ربحه لم يجز، ولا يستحق شيئاً من الريح؛ لأنه لا مال ولا عمل ولا ضمان<sup>(١٣١)</sup>.

#### خامساً: بعض الصور في النكاح:

- ذكر الحنفية من الصور التطبيقية: أن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقاً للزوج ممنوعة من الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائداً إليه، فكانت كفاتبتها عليه كقوله ﷺ: "الخراج بالضمنان"؛ لأنه كانت محبوسة ممنوعة من الخروج للكسب بحقه فلو لم يكن كفاتبتها عليه لهلكت؛ ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين لحقهم؛ لأنه محبوس لجهتهم ممنوع عن الكسب فجعلت نفقته في مالهم وهو بيت المال كذا ههنا<sup>(١٣٢)</sup>.

- ومن المسائل المهمة: ما ذكره الحنفية في مسألة تصيف المهر في الطلاق قبل الدخول إن حصل في المهر ربح، لمن يكون؟ للزوجة أو الزوج!!؟

فالحنفية هنا يسرون على قاعدتهم أن الزوائد سواء كانت متصلة أو منفصلة فهي تبع للأصل؛ ولذلك إن حصلت زوائد للمهر أو ربح المهر بعد قبض الزوجة ثم حصل طلاق قبل الدخول أخذت نصف المهر المسمى، فتنصف الزوائد كذلك فللزوج النصف منها.

أما الكسب والغلة: فإذا حصل أن انتفعت الزوجة بالمهر بأن كان عبداً فكسب، أو دابة فأخرجت غلة معينة، فما حصل لها من كسب لا يتنصف وهو حق خالص لها دون الزوج؛ فقد كان المهر بضمائها فاستحقت الغلة والكسب لوحدها، وليس للزوج فيها نصيب<sup>(١٣٣)</sup>، ولعل الجمهور يتفقون مع الحنفية في صورة الانتفاع بالغلة والكسب الذي حصل للمرأة بضمائها، وإن كانوا يخالفون الحنفية في قاعدة الزوائد كما مر سابقاً.

#### سادساً: بعض الصور في الوقف:

- لو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى؛ لأن المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله ﷺ: "الخراج بالضمنان"<sup>(١٣٤)</sup>.

#### سابعاً: بعض الصور في الكفالة:

- من المسائل: ما قاله أبو يوسف ومحمد - في المذهب الحنفي - فيما إذا دفع الأصيل الدين إلى الكفيل قبل الأداء عنه فربح الكفيل فيه - وكان مما يتعين - أن الريح يطيب له؛ واستدل لهما في فتح القدير بالحديث<sup>(١٣٥)</sup>، وقال الإمام يرده على الأصيل في رواية، ويتصدق به في رواية.

(١٣١) بدائع الصنائع ٦/٦٢٢.

(١٣٢) المرجع السابق ٣/٤١٧.

(١٣٣) فتح القدير، لابن ممام ٣/٣٤٨.

(١٣٤) بدائع الصنائع ٦/٢٢١، والهداية شرح البداية، للمرغيناني ٣/١٧.

(١٣٥) يشير إلى حديث: "الخراج بالضمنان".

وجه الفرق بين ما يتعين وما لا يتعين: أن الذي لا يتعين هو الدراهم والدنانير، والذين يتعين كالخنطة والشعير: فالذي لا يتعين بالتعيين لا يظهر الخبث فيه، بخلاف ما يتعين<sup>(١٣٦)</sup>.

وقالوا في البيع الفاسد إذا فسخ فإنه يطيب للبائع ما ربح لا للمشتري، والحاصل أن الحنث إن كان لعدم الملك فإن الربح لا يطيب كما إذا ربح في المغصوب والأمانة، ولا فرق بين المتعين وغيره، وإن كان لفساد الملك طاب فيما لا يتعين لا فيما يتعين<sup>(١٣٧)</sup>.

- ومن الصور ما ذكر في اللقيط<sup>(١٣٨)</sup>: فإن إرثه لبيت مال المسلمين، وجنابته من بيت مال المسلمين: فلو وجد اللقيط قتيلا في محلة، كان على أهل تلك المحلة دية لبيت مال المسلمين، وكذا إذا قتله الملتقط أو غيره خطأ، فالدية على عاقلته لبيت مال المسلمين<sup>(١٣٩)</sup>.

#### ثامنا: بعض الصور المعاصرة:

- من المسائل المعاصرة: لو اشترى شخص سيارة من شركة ثم استعملها فترة من الزمن ثم وجد فيها عيبا وأعادها إلى الشركة، حل له ما انتفع بها، حتى لو أجرها واستفاد من أجرها مالا كثيرا، ولا يحق للشركة مطالبته بالمنفعة؛ لأن السيارة كانت بضمانه وقت استعملها، فلو هلكت هلكت من ماله، فحق له ما خرج من منافعتها وربحها، هذا إذا تحقق أن العيب كان قبل القبض، أما لو كان بعد ذلك فلا تتحمل الشركة بناء على أنه يمكن أن يكون المشتري قد تسببه بنفسه. والله أعلم.

- من المسائل من تقبل عملا ما بأجر لكنه لم يعمل بنفسه، وإنما أعمل فيه غيره، حل له أن يأخذ ما طاب له من الربح؛ كحال كثير من الصناع والمتعهدين في البناء والحرف المختلفة يتفقون مع شخص لإنجاز عمل ما مقابل مبلغ معين، ثم يأتون إلى من يقوم بهذا العمل عنهم، ويأخذون الفرق بين السعيرين، حل لهم ذلك؛ لأنهم يفعلون ذلك بضمانهم.

- ومنها كذلك إحضار مجموعة من العمال للعمل في شيء ما، يكونون تحت مسؤوليته وضمانه، حل له أخذ نسبة منهم مقابل هذا الضمان، بشرط أن يكون ضمانا حقيقيا يتحمل فيه شيئا من المسؤولية تجاههم، لا أن يكون ضمانا صوريا كما هو في كثير من الحالات.

- ومما يلاحظ من الصور المعاصرة المبنية على فكرة الضمان: المسائل المتعلقة بالتأمين: وكلها مسائل تقوم على فكرة الضمان على البضائع والتجارة التي تقوم بها شركات التأمين؛ لتضمن لصاحب السلعة التعويض مقابل ما قد يخسره نتيجة ما يحدث من عوامل الفرق، أو السرقة وغيرها، وهنا يظهر للفقهاء أن حكمه لمثل هذه الصور لا بد أن يبنى

(١٣٦) رد المختار على الدر المختار، لابن عابدين ٣٢٥/٥.

(١٣٧) غمز عيون البصائر ٤٣٤/١.

(١٣٨) وهو ما يوجد من أطفال لا يعرف له نسب، أو أهل.

(١٣٩) البحر الرائق، لابن نجيم ١٥٦/٥.

على تأصيل مفهوم الضمان، ومدى تحقق شروطه وضوابطه، وتخريج المسائل التي تُنزل وفق الصور التي ذكرها الفقهاء القدامى، كي يحل الريح فيها<sup>(١٤٠)</sup>.

- أيضا يمكن النظر في الضمان في صور الاعتماد المصرفي القائم أساسا على فكرة الضمان، والنظر في صور الضمان من البنك للعميل، إذ يوجد الكثير من الصور المعاصرة، ومن هذه الصورة المتداولة:

- ما يقوم به البنك بدور الكفيل لعميله أمام دائن هذا العميل، طبقا لما يتفقان عليه من الشروط.

- وقد يكون ضمان البنك بصفة خطاب الضمان.

- وقد يكون على صورة ورقة تجارية، كمبيالة من جانب العميل، ويتعهد البنك بقبول هذه الكمبيالة تيسيرا لتداولها، فيمكن العميل عندئذ من خصمها بسهولة، والحصول على ما يريده من نقود من البنك الذي يقوم بخصمها... كل هذه الصور مما يلاحظ أن فكرة الضمان داخل فيها، فينبغي النظر فيها وفق ما أصلناه هنا ليتضح النظر الشرعي فيها<sup>(١٤١)</sup>.

(١٤٠) انظر في ذلك تقسيماتهم للتأمين باعتبارها مختلفة، وكلها قائمة على الضمان. أبحاث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ٧٣/٤، وما بعد.

(١٤١) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٢٦٥/٥.

### الخاتمة والنتائج التي تم التوصل إليها من خلال الدراسة:

يمكن تلخيص أهم النتائج التي تم التوصل إليها في هذا البحث بما يلي:

- ١- أن الشريعة الإسلامية حرصت أشد الحرص على وضع قواعد وضوابط أساسية لتحديد تصرفات الناس وتعاملاتهم، ومن هذه الضوابط: ضابط القبض كأساس لصحة تصرفات الناس في عقودهم، ليتسنى بعد ذلك معرفة الطرف الذي يترتب عليه منفعة الشيء بعد قبضه في حال ربحه، وخسارته إن خسر؛ لذا رأينا تأكيد النصوص الشرعية وكثرتها في النهي عن العقد في شيء حتى يُستوفى ويُقبض.
  - ٢- لا تعارض بين النصوص الكثيرة التي تأمر بالقبض والاستيفاء لصحة العقود، مع الأحاديث الأخرى التي ظاهرها المعارضة لما اشترط في القبض، وقد أشرت إلى أوجه الجمع والتوفيق بين هذه النصوص الشرعية.
  - ٣- ولا تعارض كذلك - حقيقي - بين أحاديث الخراج بالضمان، وحديث المصراة، وقد أشرت في الدراسة أن بينهما توافقاً في بعض الأحكام واختلافاً في البعض الآخر، وقد ذكرت أوجه التداخل والتباين جمعاً وفهماً وتطبيقاً لكلا الحديثين، وأشرت إلى بعض الملامح العظيمة في حديث المصراة بما ينسجم والأحاديث الأخرى في مجاله.
  - ٤- الضمان سبب من أسباب الربح وقد أقرت الشريعة الإسلامية جواز الربح فيه؛ وذلك لانسجامه مع قواعد الشريعة في أن من تحمل مسؤولية تجاه شيء ما يحق له الربح في مقابله، وهو ما يعبر عنه بالقاعدة العامة: الغنم بالغرم، وقاعدة الخراج بالضمان، وغيرها من القواعد.
  - ٥- وتم التوصل كذلك إلى أن المقصود بالضمان الذي يبيح لصاحبه ربحاً هو ضمان الملك أو التصرف، وليس ضمان التلف؛ لذا لا يستحق الغاصب الربح وإن كان ضامناً لما غصب؛ لأن الضمان الذي ترتب على غصبه ضمان تعدي وتلف لا ضمان ملك وتصرف، وقد أشرت إلى خلاف الحنفية والجمهور في هذه المسألة وذكرت أدلة الطرفين وأشرت إلى وجهة رأي الجمهور وقوة أدلتهم.
- هذا أهم ما تم التوصل إليه، وفي ثنايا البحث كثير من الدلالات المهمة في الموضوع، أسأل الله تعالى أن يكتب لي به أجراً، وأن يغفر لي ما وقع فيه من زلل، وحسبي الله ونعم الوكيل، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، هذا والله تعالى أعلم، وصلى الله على محمد، وعلى آله وصحبه وسلم.



## مراجع البحث:

- \* ابن بطال: أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك ت (٤٤٩هـ) - شرح صحيح البخاري - تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ط: الثانية، سنة (١٤٣٢هـ/٢٠٠٣م).
- \* ابن حنبل: أحمد بن حنبل الشيباني - مسند الإمام أحمد - تحقيق شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد وآخرون، إشراف بعد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى (١٤٢١هـ/٢٠٠١م).
- \* ابن رجب الحنبلي: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب ت/٧٩٥هـ - القواعد لابن رجب - دار الكتب العلمية.
- \* ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ت (٥٩٥هـ) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - دار الحديث، القاهرة، سنة (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م).
- \* ابن سلام: أبو عبد الله القاسم بن سلام الهروي - غريب الحديث - تحقيق: د. محمد عبد المعيد خان، دار الكتاب العربي، ط: الأولى سنة (١٣٩٦م).
- \* ابن عابدين: محمد أمين بن عبدالعزيز الحنفي ت/١٢٥٢هـ - رد المختار على الدر المختار - دار الفكر، بيروت، ط: الثانية، سنة (١٤١٢هـ/١٩٩٢م).
- \* ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي ت/٤٦٣هـ - الاستذكار - تحقيق سالم بن محمد عطاء، ومحمد علي عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى: (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م).
- \* ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري - التمهيد لابن عبد البر - وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، سنة (١٣٨٧هـ) تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري.
- \* ابن عليش: محمد بن أحمد بن محمد عليش - منح الجليل شرح مختصر خليل - دار الفكر، بيروت، سنة (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م).
- \* ابن ماجة: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ت/٢٧٣هـ - سنن ابن ماجة - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربية، فيصل عيس الباني الحلبي.
- \* ابن منظور: أبو الفضل: محمد بن مكرم بن علي - لسان العرب - دار صادر، بيروت، ط: الثالثة، (١٤١٤هـ).
- \* ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري ت/٩٧٠هـ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - ومعه تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين الطوري الحنفي القاري، ت/١١٣٨هـ، وفي الحاشية فتحة الخالق لابن عابدين.

- \* أحمد الحموي: أحمد بن محمد مكي شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (١٠٩٨هـ) - غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر دار الكتب العلمية، ط: الأولى سنة (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م).
- \* الألباني: محمد بن ناصر الدين ت (١٤٢٠هـ) - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل - إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط: الثاني، سنة (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م).
- \* الألباني: محمد ناصر الدين ت/١٤٢٠هـ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل - إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط: الثانية، سنة (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م).
- \* البهوتي: منصور بن يونس ت/١٠٥١هـ - كشف القناع عن متن الإقناع - دار الكتب العلمية.
- \* الجرجاني: علي من محمد الجرجاني ت/٨١٦هـ - التعريفات - ضبطه وصححه مجموعة من العلماء، بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الأولى: (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م).
- \* الجويني: عبد الملك بن عبد الله، أبو المعالي - نهاية المطلب في دراية المذهب - تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، الناشر: دار المنهاج، ط: الأولى (١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م).
- \* الحموي: أحمد بن محمد بن علي الفيومي أبو العباس ت/٧٧٠هـ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير - المكتبة العلمية، بيروت.
- \* الرومي: قاسم بن عبد الله بن أمير علي الرومي الحنفي ت/٩٧٨هـ - أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء - تحقيق يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، ط: سنة (٢٠٠٤هـ/١٤٢٤م).
- \* الزحيلي: وهبه الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته -.
- \* الزرقا: أحمد بن محمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - دار القلم، دمشق، ط: الثانية، سنة (١٩٣٨هـ).
- \* الزرقاني: محمد بن عبد الباقي الزرقاني - شرح الزرقاني على موطأ مالك - دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى.
- \* الزركشي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن بهادر ت/٧٩٤هـ - المنشور في القواعد - دار الكتي، ط: الأولى، سنة (١٤١٤هـ/١٩٩٤م).
- \* السبواسي: محمد بن عبد الواحد - شرح فتح القدير - دار الفكر، بيروت، ط: الثانية.
- \* السرخسي: محمد بن أبي سهل - المبسوط - دار المعرفة، بيروت.
- \* السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي ت/٩١١هـ - الأشباه والنظائر - دار الكتب العلمية، ط: الأولى سنة (١٤١١هـ/١٩٩٠م).
- \* الشافعي: محمد بن إدريس ت/٢٠٤هـ - اختلاف الحديث - وهو مطبوع من كتاب الأم، دار المعرفة، بيروت، سنة (١٤١٠هـ/١٩٩٠م).

- \* الصنعاني: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني الكحلأوي ت/١١٨٢ - سبل السلام شرح بلوغ المرام دار الحديث.
- \* العبدري: محمد بن يوسف أبي القاسم - التاج والإكليل - دار الفكر، بيروت، ط: الثانية سنة (١٣٩٨هـ)
- \* العسكري: أبو هلال الحسن بن عبدالله بن سهل بن سعيد العسكري ت/٣٩٥هـ - الفروق - تحقيق وتعليق محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر.
- \* العيني: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني ت (٨٥٥هـ) - عمدة القاري شرح صحيح البخاري - دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- \* القراني: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرائي ت/٦٨٤هـ - الذخيرة - تحقيق مجموعة من المحققين: محمد حجي، وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى: ١٩٩٤م.
- \* الكاساني: علاء الدين الكاساني، ت/٥٨٧ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الثانية، سنة (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).
- \* المرغيباني: علي بن أبي بكر المرغيباني - الهداية شرح البداية - المكتبة الإسلامية، بيروت.
- \* المناوي: زين الدين محمد عبدالرؤف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين - فيض القدير شرح الجامع الصغير - المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط: الأولى سنة (١٣٥٦هـ).
- \* النسائي: أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب الخراساني ت (٣٠٣هـ) - المجتبى من السنن، السنن الصغرى - تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة، ومذيل بأحكام الألباني عليه، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط: الثانية، سنة (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).
- \* النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ت/٦٧٦هـ - المجموع شرح المهذب - طبعة دار الفكر، وهي طبعة تكملة السبكي والمطيعي.
- \* النووي: يحيى بن شرف النووي - روضة الطالبين - المكتب الإسلامي، بيروت سنة (١٤٠٥هـ).
- \* قلجعي وآخرون: محمد رواس قلجعي، ومحمد صادق قنبي - معجم لغة الفقهاء - دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط: الثانية سنة (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م).
- \* مالك: مالك بن أنس الأصبهاني ت/١٧٩هـ - المدونة - دار الكتب العلمية، ط: الأولى سنة (١٤١٥هـ/١٩٩٤م).
- \* مجموعة من العلماء: - الموسوعة الفقهية الكويتية - صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، متعددة الطباعات منها: دار السلاسل/ الكويت، وطبع الوزارة، ومطابع دار الصفاة/ مصر، سنة (١٤٠٤هـ/١٤٢٧م).