القواعد والضوابط الفقهية
في الضمان المالي
[١]

ⓒ دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ١٤٣٠هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الهاجري، حمد بن محمد الجابر

القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي/ حمد بن محمد الهاجري

الرياض، ١٤٣٠هـ

٤٣٢ ص ١٧×٢٤ ٢مج

ردمك: ٧-٩٦-٧٠١-٩٩٦٠-٩٧٨ (مجموعة)

٤-٩٧-٧٠١-٩٩٦٠-٩٧٨ (ج١)

١. الكفالة (فقه إسلامي) ٢. القواعد الفقهية

٣. المصطلحات أ. العنوان

ديوي ٢٥٣,٩٠٠٦ ١٤٢٩/٧٤٨٢

رقم الإيداع: ١٤٢٩/٧٤٨٢

ردمك: ٧-٩٦-٧٠١-٩٩٦٠-٩٧٨ (مجموعة)

٤-٩٧-٧٠١-٩٩٦٠-٩٧٨ (ج١)

ساعد على طباعته ليباع بسعر التكلفة

مؤسسة سليمان بن عبدالعزيز الراجحي الخيرية

- جزاهم الله خيراً -

جميع حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية

ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٤٩١٤٧٧٦ ٩٦٦١١ +

٤٩٦٨٩٩٤ ٩٦٦١١ +

فاكس: ٤٤٥٣٢٠٣ ٩٦٦١١ +

Kounouz Eshbelia

For Publishing & Distribution

Kingdom of Saudi Arabia

P.O. Box 27261 Riyadh

11417

Tel.: +96611 4914776

+96611 4968994

Fax.: +966114453203

Email: eshbelia@hotmail.com

الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية
(٢١)
الدراسات الفقهية
(١٧)

القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي

تأليف
د. حمد بن محمد الجابر الهاجري
عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة
جامعة الكويت

الجزء الأول

دار كنوز إشبيليا
للنشر والتوزيع

أصل هذا الكتاب

رسالة علمية لنيل درجة الدكتوراه، بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

وقد تكونت لجنة الحكم والمناقشة من كلٍ من:

[١] أ. د. عبدالله بن محمد الطريفي ..... مشرفاً ومقرراً.

[٢] أ. د. صالح بن عثمان الهليل ..... عضواً.

[٣] أ. د. عبدالمحسن بن محمد المنيف ..... عضواً.

وقد نال الباحث درجة الدكتوراه بتقدير ممتاز مرتفع مع مرتبة الشرف الأولى.

المقدمة

[أ] الافتتاحية:

«الحمد لله الذي مهَّد قواعد الدين بكتابه المحكم، وشيَّد معاقد العلم بخطابه وأحكم، وفقَّه في دينه من أراد به خيراً من عباده وفهَّم، وأوقف من شاء على ما شاء من أسرار مراده وألهم، فسبحان من حكم فأحكم، وحلَّل وحرَّم، وعرَّف وعلَّم، علَّم بالقلم، علَّم الإنسان ما لم يعلم.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة تهدي إلى الطريق الأقوم، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، المخصوص بجوامع الكلم وبدائع الحكم وودائع العلم والحلم والكرم، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم»[(١)].

أما بعد: فإن علم الفقه من أجلّ علوم الشريعة قدرا، وأشرفها منزلة، وأكثرها نفعاً، وأعظمها عند الله أجراً، فهو ثمرتها وجناها، وعليه مدارها ورحاها؛ إذ به يعبد الإنسان ربه على بصيرة، ويعرف الحلال من الحرام.

وقد تنوع علم الفقه إلى فنون وأنواع[(٢)]، ولا شك أن أهم أنواعه -على الإطلاق- وأعظمها فائدة ونفعاً علم القواعد الفقهية؛ إذ به تنتظم الفروع الفقهية المتباعدة الأطراف المختلفة الأبواب تحت أصل فقهي واحد.

---

(١) تقرير القواعد (١/٣-٤).

(٢) كعلم القواعد الفقهية والفروق الفقهية وتخريج الفروع على الأصول وغيرها.

يقول الفقيه عبد الوهاب بن السبكي[١]: «وإن تعارض الأمران - يعني حفظ القواعد وحفظ الفروع الفقهية - وقصر وقت طالب العلم عن الجمع بينهما - لضيق أو غيره من آفات الزمان - فالرأي لذي الذهن الصحيح الاقتصار على حفظ القواعد وفهم المآخذ»[٢].

وقد أشاد جماعة من العلماء بهذا العلم، وبينوا أهميته ومنزلته.

يقول العلامة أبو العباس القرافي[٣] في مقدمة كتابه "الفروق"[٤]: «والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى... وهذه

---

(١) هو الفقيه القاضي تاج الدين أبو نصر عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي بن علي بن تمام الأنصاري الخزرجي السبكي، ولد في القاهرة سنة ٧٢٧هـ وقيل غير ذلك، قرأ على والده والمزي والذهبي، وصنف عدة تصانيف منها: الأشباه والنظائر، وطبقات الشافعية، توفي سنة ٧٧١هـ.

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢/٢٥٦)، طبقات الشافعية لابن هداية الله (ص٢٧٥).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١).

(٣) هو العلامة أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن بن عبدالله الصنهاجي البهنسي القرافي، أخذ عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام والشيخ محمد بن عمران وغيرهما، له مصنفات كثيرة ومفيدة منها: "الذخيرة" و"الفروق"، توفي سنة ٦٨٤هـ.

انظر: الديباج المذهب (ص١٢٨-١٣٠)، شجرة النور الزكية (ص١٨٨-١٨٩)، الأعلام (١/٩٤-٩٥).

(٤) (١/٢-٣).

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، وبرز القارح على الجذع، وحاز قصب السبق من فيها برع، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها. ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات؛ لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره»

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية[1]: «لا بد أن يكون مع الإنسان أصول كلية ترد إليها الجزئيات؛ ليتكلم بعلم وعدل، ثم يعرف الجزئيات كيف وقعت؟ وإلاَّ فيبقى في كذب وجهل في الجزئيات، وجهل وظلم في الكليات، فيتولد فساد عظيم»[2].

---

(١) الإمام شيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله ابن أبي قاسم الحراني ثم الدمشقي، ولد سنة ٦٦١هـ، وسمع من ابن عبد الدائم وابن أبي اليسر وغيرهما، وردس عليه أبو الحجاج المزي وأبو عبد الله الذهبي وآخرون، له مؤلفات كثيرة ونفيسة منها: درء تعارض العقل والنقل، والصارم المسلول على شاتم الرسول، توفي سنة ٧٢٨هـ في قلعة دمشق معتقلا.

انظر: تذكرة الحفاظ (٤/١٤٩٦-١٤٩٨)، الأعلام العلية في مناقب ابن تيمية، المقصد الأرشد (١/١٣٢-١٣٩).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٩/٢٠٣).

وقال الفقيه بدر الدين الزركشي[١] في فاتحة كتابه "المنثور"[٢]: «فإنّ ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة، هو أوعى لحفظها وأدعى لضبطها... وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب، وتنظم عقده المنثور في سلك، وتستخرج له ما يدخل تحت ملك».

وقال الحافظ ابن رجب الحنبلي[٣] في مستهل كتابه "تقرير القواعد وتحرير الفوائد"[٤]: «فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد».

---

(١) هو الفقيه الأصولي بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، التركي الأصول المصري، ولد سنة ٧٤٥هـ، أخذ عن الشيخين جمال الدين الاسنوي وسراج الدين البلقيني وغيرهما، له مصنفات جليلة: منها "البحر المحيط في أصول الفقه" و"البرهان في علوم القرآن"، توفي سنة ٧٩٤هـ.

انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٤/٣١٩-٣٢٠)، الدرر الكامنة (٣/٣٩٧-٣٩٨).

(٢) (١/٦٥-٦٦).

(٣) هو العلامة الحافظ زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسين البغدادي ثم الدمشقي، ولد سنة ٧٠٦هـ، سمع من محمد الخباز وإبراهيم العطار، ولازم مجلس ابن القيم، وسمع منه أحمد بن نصر الله وداود الموصلي، من مؤلفاته: "شرح الأربعين النووية" و"القواعد الفقهية" و"فتح الباري"، توفي سنة ٧٩٥هـ.

انظر: المقصد الأرشد (٢/٨١-٨٣)، السحب الوابلة (٢/٤٧٤-٤٧٦)، مقدمة كتاب تقرير القواعد (١/٤٠-٨٢).

(٤) (١/٤).

ورغم اهتمام العلماء بهذا الفن، وعنايتهم به عناية فائقة، وتصنيفهم المؤلفات فيه، إلا أن المتأمل في كتب القواعد الفقهية يلحظ أن أغلبها مختصة في دائرة مذهب فقهي معين، كما أن كثيرا منها لا يُعْنى بذكر أدلتها والتعليل لها.

لذا فإن علم القواعد الفقهية لم ينضج بعد، فهو بحاجة ماسة إلى مزيد من الدراسات الفقهية المتعمقة والبحوث الشرعية الدقيقة؛ لتقوم بتحريرها وتأصيلها واستيفاء الكلام عليها، وذلك بتبيين المعنى الصحيح لها، وذكر أقوال الفقهاء فيها، مع التدليل والتعليل لها، ومن ثم بيان صحتها من ضعفها، وذكر شروط إعمالها، مع التفريع عليها والتمثيل لها، وذكر مستثنياتها.

ومن تلك القواعد الفقهية التي لا تزال بحاجة إلى دراسة، وجمع شتاتها، وتحرير مسائلها، واستيفاء الكلام عليها: (القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي).

وهو ما وقع الاختيار عليه ليكون موضوعا لرسالتي في مرحلة الدكتوراه.

[ب] أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تتلخص أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يلي:

١- إن علم القواعد الفقهية علم جليل القدر، عظيم النفع؛ لما له من أهمية قصوى في الفقه الإسلامي، فأحببت أن أسهم في خدمة هذا العلم الجليل.

٢- إن موضوع القواعد الفقهية لا يزال بحاجة إلى مزيد من العناية والاهتمام من قبل الباحثين، فهناك كثير من الجوانب لم تحظ بدراسة وافية لمباحثها وتفصيلاتها، ومن ذلك قواعد الضمان.

٣- مسيس الحاجة إلى دراسة هذا العلم الجليل وإبرازه ؛ وذلك للاستفادة منه في حلّ كثير من المسائل النازلة والحوادث الجديدة المعاصرة، لا سيما ما يتعلق بقضايا الضمان ومسائله.

٤- إن موضوع الضمان له أهمية كبرى في الفقه الإسلامي ؛ لأنه موضوع حيوي يتكرر وقوعه ويكثر النّزاع فيه والسؤال عنه، ففي دراسة قواعده وضوابطه فائدة عظيمة ومنفعة جليلة.

٥- إنني من خلال هذا البحث سأتمكن من دراسة كثير من مسائل العقود والمعاملات في الفقه الإسلامي، وهذا فيه فائدة كبيرة.

٦- إن القواعد والضوابط الفقهية في باب الضمان متناثرة، وقد يبذل الباحث جهده ويتعب نفسه في جمعها والوقوف عليها ؛ نظرا لتفرق مادتها في كتب العلماء، فأردت جمعها ودراستها في مؤلف لتكون قريبة التناول سهلة المأخذ ؛ لما في ذلك من فائدة عظمى لا تخفى على الباحثين.

٧- إنني لا أعلم أحدا - بعد البحث والتقصي - كتب في هذا الموضوع، فأردت أن أكتب فيه، عسى أن يكون في هذه الكتابة سدّ لهذه الثغرة.

بيد أنني أريد أن أنبه في هذا الصدد، أن هناك كتاباً اسمه "نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي" للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، وقد عقد فيه فصلاً خاصا بقواعد الضمان الفقهية، وأثناء قراءتي لهذا الفصل لاحظت عليه ما يأتي:

أولاً: إن هذا الفصل مختصر لم يتجاوز خمسا وأربعين صفحة، وقد ذكر المؤلف أنه سيتكلم عليها بإيجاز، فقال في منهجه فيها: «وسنقصر كلامنا على شرح القاعدة وتوضيح معناها وإيراد الأمثلة عليها»[1].

---

(١) نظرية الضمان للزحيلي (ص ١٨٨).

ثانياً: إن المؤلف أدخل فيها بعض القواعد التي ليست بوثيقة الصلة بباب الضمان، كأن تكون قاعدة كبرى، كقاعدة: (الضرر يزال)، أو تكون في موضوع آخر، كقاعدة: (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان).

ثالثاً: إن المؤلف ذكر عشرين قاعدة فحسب، وقد ذكرت في رسالتي هذه أربعين قاعدة وضابطا.

رابعاً: إن هذا الشرح اقتصر في الغالب الكثير على المذهب الحنفي.

وأختم كلامي على هذا الفصل بنقل كلام للدكتور يعقوب الباحسين حيث يقول: «ففي كتاب "نظرية الضمان" للدكتور وهبة الزحيلي نجد المؤلف عقد فصلا خاصا للقواعد الفقهية المتعلقة بالضمان، ذكر فيه عشرين قاعدة فقهية، شرحها وعلق على كل واحدة منها على انفراد. ولكن مثل هذا العمل محدود، ومنهج الدراسة فيه لم يكن القصد منه تكوين تصور كلي عن الموضوع»[1].

[جـ] خطة البحث:

تشتمل خطة البحث على مقدمة وتمهيد وأربعة أبواب وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

المقدمة:

تحتوي المقدمة على:

(أ) الافتتاحية.

(ب) أهمية الموضوع، وأسباب اختياره.

(جـ) خطة البحث.

---

(١) القواعد الفقهية للباحسين (ص٤٣١-٤٣٢).

(د) منهج البحث.

(هـ) شكر وتقدير.

التمهيد:

يشتمل التمهيد على مبحثين:

المبحث الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية.

المطلب الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي.

المبحث الثاني: دراسة موجزة عن الضمان:

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الضمان لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالضمان.

المطلب الثالث: مشروعية الضمان.

المطلب الرابع: أركان الضمان.

المطلب الخامس: شروط الضمان.

المطلب السادس: أسباب الضمان.

المطلب السابع: أنواع الضمان.

الباب الأول: القواعد المتعلقة بأسباب الضمان:

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: القواعد المتعلقة بسبب الإتلاف.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: من أتلف نفسا لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في نقد القاعدة.

المطلب السادس: في شروط دفع الصائل.

المطلب السابع: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إلا إذا تعلق به حق لغيره.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: في حكم إتلاف المرء ماله.

الفرع الثاني: في ضمان الإنسان ما أتلف من ماله.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملاً.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بالتعدي والتفريط.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الضمان منوط بالتعدي.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة.

المطلب السادس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: المفرط ضامن.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات ائلغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في مسائل متعلقة بالتفريط.

المطلب الرابع: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الخامس: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب السادس: في القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة.

المطلب السابع: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: من ترك واجبا في الصون ضمن:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الرابع: قاعدة: متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الثالث: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الرابع: من فروع القاعدة.

الفصل الثالث: القواعد المتعلقة بسبب العقد واليد.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الخراج بالضمان، وقاعدة: الغرم بالغنم.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في أنواع الخراج وأثرها في ردّ المبيع بالعيب.

المطلب السادس: في شروط القاعدة.

المطلب السابع: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في مسائل متعلقة بالقاعدة.

المطلب السادس: من فروع القاعدة.

المطلب السابع: في مستثنيات القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: كلّ يَدٍ ترتبت على يَدِ الغاصب فهي يَدُ ضمان:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الرابع: قاعدة: يضمن بالعقد وباليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: في اشتراط النقل في ضمان الأموال المحضة المنقولة بالعقد واليد.

الفرع الثاني: في ضمان الأموال المحضة غير المنقولة بالعقد واليد.

الفرع الثالث: في حكم ضمان غير الأموال المحضة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الخامس: قاعدة: الزعيم غارم:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في دراسة القاعدة:

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: في مشروعية الكفالة.

الفرع الثاني: هل يبرأ المضمون عنه بالضمان؟

الفرع الثالث: هل الضمان تعدد لمحل الحق وقيام للضمين مقام المضمون عنه، أو هو استيثاق بمنزلة الرهن؟

الفرع الرابع: في رجوع الضامن على المضمون عنه.

الفرع الخامس: في حكم أخذ الأجرة على الضمان.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

الباب الثاني: القواعد المتعلقة بالضامن:

وفيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد المتعلقة بأهلية الضامن.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: قاعدة: لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في دراسة القاعدة:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

الفرع الثاني: في تقييد القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثاني: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في دراسة القاعدة:

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

الفرع الثاني: في تقييد القاعدة.

الفرع الثالث: في ضمان الناسي.

الفرع الرابع: في ضمان الصبي الصغير والمجنون.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بالمباشر والمتسبب.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: المباشر ضامن وإن لم يتعمد.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثاني: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

وفيه ستة فروع:

الفرع الأول: في مباشرة الإتلاف.

الفرع الثاني: في عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف المباشر.

الفرع الثالث: في هل يشترط التعدي في وجوب الضمان على المتلف المباشر؟

الفرع الرابع: في بيان خطأ لفظي في بعض صيغ القاعدة.

الفرع الخامس: في شروط القاعدة.

الفرع السادس: في تعدد المباشرين.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

وفيه سبعة فروع:

الفرع الأول: في وجوب الضمان على المتسبب بالإتلاف.

الفرع الثاني: في المراد بالتعدي المشترط في وجوب الضمان على المتلف المتسبب.

الفرع الثالث: في عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف المتسبب.

الفرع الرابع: في بيان خطأ لفظي في بعض صيغ القاعدة.

الفرع الخامس: في شروط القاعدة.

الفرع السادس: في تعدد أسباب الضمان.

الفرع السابع: في الاشتراك في التسبب بالتلف.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: أحوال اجتماع المباشرة والتسبب، مع ذكر الفروع المندرجة تحت كل منها.

المبحث الرابع: قاعدة: يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبرا.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المطلب السادس: في مستثنيات القاعدة.

الباب الثالث: القواعد والضوابط المتعلقة بالمضمون.

وفيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد المتعلقة بأصول المضمون:

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: المثلي مضمون بمثله والمتقوّم بالقيمة، وقاعدة: الأصل ردّ الحقوق المضمونة بأعيانها عند الإمكان.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدتين.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدتين.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدتين.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدتين.

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: في كيفية ضمان المال الباقي بعينه.

الفرع الثاني: في كيفية ضمان المال المثلي.

الفرع الثالث: في كيفية ضمان المال القيمي.

الفرع الرابع: في تعذر المثل.

المطلب الخامس: من فروع القاعدتين.

المطلب السادس: في مستثنيات قاعدة المثلي والقيمي.

المبحث الثاني: قاعدة: كلّ جملة تكون مضمونة بالمثل يكون النقص الداخل عليها مضمونا بالأرش من القيمة دون المثل.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في بعض المسائل المتعلقة بالقاعدة.

المطلب السادس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: ما يوجب ضمان المنقول يوجب ضمان الأصول.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

الفصل الثاني: القواعد والضوابط المتعلقة بعقود المضمون.

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: كل ما جاز بيعه فعلى متلفه القيمة، وما لا يجوز بيعه فلا قيمة على متلفه.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في حقيقة المال والمتقوّم.

المطلب الخامس: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: في اتفاق الفقهاء على صحة القاعدة.

الفرع الثاني: في أسباب خلاف العلماء في بعض فروع القاعدة.

الفرع الثالث: في أسباب عدم مالية الشيء وتقومه.

المطلب السادس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: ما تصح إجارته فعلى متلفه الضمان.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: الضابط الفقهي: ما صح الرهن به صح ضمانه، وما لا فلا:

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء في الضابط وأدلتهم.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

المطلب السادس: في مستثنيات الضابط.

المبحث الرابع: الضابط الفقهي: العارية مضمونة.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

المطلب السادس: في مستثنيات الضابط.

المبحث الخامس: الضابط الفقهي: إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين، فرهنه، فسبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان؟:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: في حكم رهن المستعار.

الفرع الثاني: في التكييف الفقهي لرهن المستعار.

الفرع الثالث: في ضمان العين المستعارة المرهونة.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

المبحث السادس: الضابط الفقهي: كل من غصب شيئاً لزمه رده أو رد قيمته.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

المبحث السابع: الضابط الفقهي: الصداق المعين في يد الزوج قبل القبض مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

الباب الرابع: القواعد والضوابط المتعلقة بسقوط الضمان.

وفيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد والضوابط المتعلقة بسقوط الضمان لعدم الاعتداء.

وفيه تسعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في شروط القاعدة.

المطلب السادس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان:

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: الأمانة غير مضمونة.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: في تقييد القاعدة.

المطلب السادس: في القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة.

المطلب السابع: من فروع القاعدة.

المبحث الرابع: قاعدة: كل ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوض فهو غير مضمون عليه:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الثالث: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الرابع: من فروع القاعدة.

المبحث الخامس: الضابط الفقهي: الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط.

المطلب الخامس: في كيفية ضمان المرتهن للرهن.

المطلب السادس: من فروع الضابط.

المبحث السادس: الضابط الفقهي: الضمان لا يجب على المودع إلا بالتعدي.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ الضابط.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في الضابط.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للضابط.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في الضابط.

المطلب الخامس: من فروع الضابط.

المبحث السابع: قاعدة: من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الثالث: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الرابع: من فروع القاعدة.

المبحث الثامن: قاعدة: جناية العجماء جبار.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

الطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث التاسع: قاعدة: من لم يجن لا يطالب بجناية من جنى.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المطلب السادس: في مستثنيات القاعدة.

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بسقوط الضمان لمانع.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الأجر والضمان لا يجتمعان.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثاني: قاعدة: لا يتوالى ضمان عقدين في شيء واحد.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس: من فروع القاعدة.

المبحث الثالث: قاعدة: كل ما لا يضمن من المتلفات المأخوذة بإشهاد لا يضمن إذا أخذ بغير إشهاد.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في صيغ القاعدة.

المطلب الثاني: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة.

المطلب الثالث: في المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الرابع : في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة.

المطلب الخامس : من فروع القاعدة.

الخاتمة :

وقد سجلت فيها أبرز النتائج التي توصلت إليها من خلال دراستي لهذا الموضوع.

والله ولي التوفيق.

[د] منهج البحث:

أولاً: منهجي في دراسة القواعد والضوابط الفقهية:

سلكت في دراستي للقواعد والضوابط الفقهية منهجا يتلخص فيما يأتي :

١- بدأت بذكر القاعدة أو الضابط، ثم بينت صيغها إن كان لها أكثر من صيغة.

٢- شرحت الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية الواردة في القاعدة أو الضابط.

٣- ذكرت المعنى الإجمالي للقاعدة أو الضابط.

٤- ذكرت كلام العلماء في القاعدة أو الضابط، ثم بينت أقوالهم فيها اتفاقا واختلافا، مع ذكر أدلتهم والقول المختار، مع أسباب اختياره.

٥- ذكرت الشروط التي يجب توفرها لإعمال القاعدة - إن كان لها شروط -.

٦- ذكرت القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة - إن وجدت ذلك -.

٧- مثَّلت للقاعدة أو الضابط ببعض الفروع الفقهية المندرجة تحتها، مع محاولة التمثيل ببعض المسائل المعاصرة.

٨- ذكرت المسائل الفقهية التي استثناها العلماء من القاعدة أو الضابط- إن وجدت ذلك-.

ثانياً: منهجي العام في البحث:

يمكن تلخيص منهجي العام في إعداد الرسالة في النقاط التالية:

١- اعتمدت على المصادر الأصيلة من كتب الفقه والقواعد الفقهية، مع الاستفادة من البحوث العلمية والدراسات المعاصرة المتاحة في الموضوع.

٢- قمت بعزو الآيات القرآنية بذكر اسم السورة ورقم الآية، مع كتابتها بالرسم العثماني.

٣- قمت بتخريج الأحاديث النبوية عند أول ذكر لها: فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بتخريجه منهما أو من أحدهما، وإن كان في غيرهما خرجته من كتب السنة المعتمدة، مع ذكر أقوال أهل العلم فيها من حيث الصحة والضعف.

٤- خرّجت الآثار من مظانها عند أول ذكرها، مع ذكر أقوال أهل العلم فيها من حيث الصحة والضعف - إن وجدت ذلك -.

٥- وثقت ما نقلته من كلام لأهل العلم بالإحالة إلى مصادرها.

٦- ترجمت للأعلام الواردة أسماؤهم في البحث باختصار ما عدا المعاصرين.

٧- شرحت المصطلحات العلمية والكلمات الغريبة التي تحتاج إلى بيان.

٨- وضعت خاتمة في آخر الرسالة، ذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال دراستي لهذا الموضوع.

٩- وضعت فهارس علمية تفصيلية في آخر الرسالة[١]، وهي:

(أ) فهرس الآيات القرآنية مرتبة حسب ورودها في السورة، وحسب ترتيب السور في المصحف الشريف.

(ب) فهرس الأحاديث النبوية مرتبة على الحروف الهجائية.

(جـ) فهرس الآثار مرتبة على الحروف الهجائية.

(د) فهرس الأعلام المترجم لهم مرتبين على الحروف الهجائية.

(هـ) فهرس المصطلحات العلمية والكلمات الغريبة مرتبة على الحروف الهجائية.

(و) فهرس الأنظام.

(ز) فهرس القواعد والضوابط الفقهية مرتبة على الحروف الهجائية.

(ح) فهرس المصادر والمراجع مرتبة على الحروف الهجائية.

(ط) فهرس الموضوعات.

[هـ] شكر وتقدير:

الحمد لله حمدا كثيراً طيبا مباركا فيه كما يحب ربنا ويرضى، وكما يليق بعظيم وجهه وجلال سلطانه، أحمده سبحانه على نعمه العظيمة وآلائه الجسيمة، والتي منها نعمة إتمام هذه الرسالة، التي لولاه لما تمَّ شيء منها.

ثم إني أتوجه بالشكر الجزيل إلى والديّ الكريمين على ما لقيته منهما من تربية وتوجيه وبذل للغالي والنفيس، مما يعجز القلم عن كتابته، واللسان عن ذكره، فرحم الله المتوفى منهما، وبارك فيما بقي من عمر الباقية.

---

(١) هذا ما كان في الرسالة، أما الناشر فقد اقتصر على فهرس المصادر والمراجع وفهرس الموضوعات.

كما أشكر الحكومة السعودية على ما توليه من اهتمام وعناية بأبناء المسلمين، ودعم لقضايا الإسلام والمسلمين في أنحاء العالم، وما الجامعة الإسلامية إلا حسنة من حسناتهم، سائلاً الله عزّ وجلّ أن يثيبهم ويبارك في جهودهم، وأن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم وصحائف أعمالهم.

ثم أتقدم بجزيل الشكر وعاطر الثناء للقائمين على الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية – حرسها الله – على ما يبذلونه من خدمة لأبناء هذه الأمة الذين يفدون إليها من جميع أصقاع الدنيا، مما كان له أثر ملحوظ في نشر العقيدة السلفية الصافية من شوائب الشرك وغوائل البدعة، ونشر الفقه الإسلامي المصفى المبني على أدلة الكتاب والسنة طبقا لفهم سلف هذه الأمة، فجزاهم الله خيراً وأدام نعمته علينا وعليهم، وأدام النفع بهذه المؤسسة التعليمية المباركة.

وأخص منهم بالذكر معالي مدير الجامعة والقائمين على كلية الشريعة وقسم الفقه بها وعمادة الدراسات العليا وأساتذتي الذين تلقيت العلم عنهم في رحاب هذه الجامعة المباركة، سائلاً الله عزّ وجلّ أن يجزيهم عنِّي وعن سائر أبناء المسلمين خير الجزاء.

ثم إنه لا يفوتني في هذا المقام أن أتوجه بخالص شكري وعظيم امتناني إلى فضيلة شيخي الجليل الأستاذ الدكتور عبد الله بن محمد الطريقي وكيل الجامعة الأسبق للدراسات العليا والبحث العلمي والأستاذ في قسم الدراسات العليا بكلية الشريعة، على ما تحمل من أعباء الإشراف على هذه الرسالة، وما أفادني به من علمه الغزير وتوجيهاته السديدة وملحوظاته القيمة وأخلاقه الكريمة وأدبه الجم، مما كان له عظيم الأثر في إنجاز هذه الرسالة وإخراجها بهذه الصورة، فجزاه الله عني خير الجزاء وبارك له في عمره وذريته وعلمه.

ولا يفوتني أيضا أن أقدم خالص شكري وتقديري إلى جامعة الكويت والمكتب الثقافي في سفارة الكويت بالرياض على ما يقدمونه من اهتمام بالغ ورعاية فائقة لأبنائهم الطلاب المبتعثين فجزاهم الله خيراً ووفقهم لما يحبه ويرضاه.

وختاماً فإني لا أدعي أني قد بلغت في هذه الرسالة الكمال، ولا أني قد أصبت في كل ما قلته وقصدت؛ لأن الخطأ والنقصان من طبيعة البشر، ولكن حسبي أني قد بذلت جهدي ووسع طاقتي، فما كان فيه من صواب فمن الله وحده، وله الفضل والمن والحمد، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان، وأستغفر الله منه.

وأسأل الله سبحانه بأسمائه الحسنى وصفاته العلى أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، نافعا لكل من اطلع عليه، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

التمهيد

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية.

المبحث الثاني: دراسة موجزة عن الضمان.

المبحث الأول

التعريف بالقاعدة الفقهية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف القاعدة الفقهية

لما كان لفظ (القاعدة الفقهية) مركباً وصفياً من كلمتين، إحداهما مضاف، وهو القاعدة، والأخرى مضاف إليه، وهو الفقهية، فإن معرفة معناها باعتبارها علما ولقبا متوقف على معرفة كل كلمة منها على حدة؛ لذا كان من المناسب أولاً تعريف كل كلمة على حدة، ثم تعريفها باعتبارها علما ولقبا، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: في تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفيا:

أولاً: تعريف القاعدة:

(أ) تعريف القاعدة لغة:

القاعدة: تجمع على قواعد، وهي بمعنى الثبات والاستقرار، ومن ذلك (المُقعد): وهو المريض الذي لا يقدر على القيام، سمي بذلك لقراره بالأرض، ومنه (قعيدة الرجل): وهي امرأته القاعدة في بيته؛ سميت بذلك لكثرة قرارها في البيت.

وتأتي القاعدة بمعنى الأس الذي يبنى عليه. فقاعدة كل شيء: أساسه، ومنه قواعد البيت، أي أساطين البناء وأعمدته وأصوله التي يبنى عليها، ومن

هذا المعنى قول الله جل وعلا: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ﴾[(١)]، وقوله سبحانه: ﴿فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ﴾[(٢)].

ومنه قواعد الهودج: وهي أخشاب أربع معترضة في أسفله، تركب فيهن عيدانه، وهي تجري مجرى قواعد البناء.

ومنه قواعد السحاب: وهي أصوله المعترضة في آفاق السماء.

والحاصل أن القاعدة هي أساس الشيء وأصله، سواء كان ذلك الشيء حسّيًا كقواعد البيت وقواعد الهودج، أو معنويا كقواعد الدين أي دعائمه، وقواعد الفقه أي: أسسه التي تبنى عليها فروعه[(٣)].

(ب) تعريف القاعدة في الاصطلاح العام:

ذكر العلماء للقاعدة بمعناها العام تعريفات كثيرة، لكنها - وإن اختلفت ألفاظها - تؤول إلى معنى واحد، ولعل من أحسن ما قيل في تعريفها هو أنها: «قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها»[(٤)].

---

(١) سورة البقرة، الآية [١٢٧].

(٢) سورة النحل، [٢٦].

(٣) انظر: تهذيب اللغة (٢٠٤/١)، الصحاح (٥٢٦/٢)، معجم مقاييس اللغة (١٠٨/٥)، لسان العرب (٣٥٧/٣-٣٦٤).

(٤) التعريفات (ص١٧١). وانظر: المصباح المنير (ص١٩٥)، التلويح على التوضيح (٢٠/١)، التحرير مع التقرير والتحبير (٢٩/١)، شرح الكوكب المنير (٤٤/١-٤٥)، الكليات (ص٧٢٨)، كشاف اصطلاحات الفنون (١٢٩٥/٢).

ثانياً: تعريف الفقه:

(أ) تعريف الفقه لغة:

الفقه – بكسر الفاء – : العلم بالشيء والفهم له والفطنة، يقال: (فقِه الرجل) – بكسر القاف – إذا فهم وعلم وفطن، و(فقُه) – بضم القاف – يستعمل في النعت، يقال: (فقُه الرجل) إذا صار فقيها، وصار له الفقه نعتا وسجية.

وهذا ما ذهب إليه جمهور أهل اللغة، وهو أن الفقه بمعنى الفهم المطلق[١].

وخصّه جماعة بفهم الأشياء الدقيقة الخفية[٢].

وقال آخرون: هو فهم غرض المتكلم من كلامه[٣].

ولعلّ أولى الأقوال بالقبول ما ذهب إليه جمهور أهل اللغة، وهو القول بأن الفقه هو الفهم مطلقا؛ وذلك للأسباب التالية:

١- مجيء لفظ (الفقه) في القرآن الكريم بمعنى الفهم مطلقا، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿قَالُواْ يَٰشُعَيۡبُ مَا نَفۡقَهُ كَثِيرٗا مِّمَّا تَقُولُ﴾[٤] بمعنى ما نفهم كثيرا من قولك[٥]، ومنه قوله جل وعلا عن الكفار: ﴿فَمَالِ هَٰٓؤُلَآءِ ٱلۡقَوۡمِ لَا يَكَادُونَ يَفۡقَهُونَ حَدِيثًا﴾[٦]

---

(١) انظر: تهذيب اللغة (٥/٤٠٤)، الصحاح (٦/٢٢٤٣)، معجم مقاييس اللغة (٤/٤٤٢)، لسان العرب (١٣/٥٢٢). وانظر في كتب أصول الفقه: روضة الناظر (١/٥٨)، الإحكام للآمدي (١/٦)، بيان المختصر (١/١٨)، نهاية السول (١/٨)، إرشاد الفحول (١/٤٧).

(٢) انظر: شرح اللمع (١/١٥٧)، شرح تنقيح الفصول (ص١٧)، نهاية السول (١/٨)، شرح الكوكب المنير (١/٤١).

(٣) انظر: نهاية السول (١/٨)، التعريفات (ص١٦٨)، شرح الكوكب المنير (١/٤١).

(٤) سورة هود، الآية [٩١].

(٥) انظر: تفسير القرآن العظيم (٢/٤٣٩).

(٦) سورة النساء، الآية [٧٨].

أي لا يفهمون حديثاً بالكلية ولا يقربون من فهمه[١].

٢- مجيء لفظ الفقه في الحديث النبوي الشريف بمعنى الفهم المطلق، ومن ذلك قول النبي ﷺ: **«من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين»**[٢] بمعنى يفهّمه[٣].

٣- إن كتب اللغة ذكرت أن الفقه يأتي بمعنى الفهم المطلق، ولم تقيده بشيء آخر[٤].

(ب) تعريف الفقه اصطلاحاً:

عرّف الفقه في الاصطلاح بتعريفات كثيرة، لعل من أشهرها وأكثرها شيوعا وشمولا وصحة تعريفهم بأنه: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»[٥].

شرح التعريف وبيان محترازاته:

العلم: هو معرفة الشيء على ما هو به[٦]، وهو جنس في التعريف، وما بعده قيود لإخراج ما ليس من الفقه[٧].

---

(١) تيسير الكريم الرحمن (ص١٨٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب العلم، باب من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين (١/٤٢) برقم ٧١، ومسلم في صحيحه: كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة (٢/٧١٨) برقم (١٠٣٧) من حديث معاوية رضي الله عنه.

(٣) فتح الباري (١/١٩٨).

(٤) انظر: تهذيب اللغة (٥/٤٠٤)، الصحاح (٦/٢٢٤٣) معجم مقاييس اللغة (٤/٤٤٢)، لسان العرب (١٣/٥٢٢)، نهاية السول (١/٨)، تاريخ الفقه الإسلامي للأشقر (ص١٠).

(٥) منهاج الأصول مع نهاية السول (١/٢٢). وانظر: الإحكام للآمدي (١/٦)، روضة الناظر (١/٩٥)، شرح الكوكب المنير (١/٤١).

(٦) الحدود للباجي (ص٢٤). وانظر: التعريفات (ص١٥٥).

(٧) انظر: نهاية السول (١/٢٢).

الأحكام: جمع حكم، وهو إسناد أمر إلى آخر سلباً أو إيجاباً[١]، وهو قيد أول يدخل فيه الأحكام التكليفية والوضعية، ويخرج ما ليس بأحكام كالعلم بالذوات كزيد. والعلم بالصفات، كالسواد. والعلم بالأفعال، كالقيام[٢].

الشرعية: أي المنسوبة إلى الشرع، وهو قيد ثان في التعريف لإخراج الأحكام غير الشرعية كالأحكام العرفية أو الحسابية أو الهندسية واللغوية وغيرها مما ليس شرعيّاً[٣].

العملية: أي المتعلقة بما يصدر من الناس من أفعال كالصلاة والحج والبيع، وهو قيد ثالث لإخراج الأحكام الشرعية غير العملية، وهي الأحكام الاعتقادية[٤].

من أدلتها: أي من أدلة الأحكام الشرعية، وهو قيد رابع ليخرج ما علم من غير دليل، كعلم المقلد الذي لم يجتهد في تحصيل الأحكام من الأدلة الشرعية[٥].

التفصيلية: أي الأدلة المفصلة المعينة، وهو قيد خامس لإخراج الأدلة الإجمالية كمطلق الأمر ومطلق الإجماع، فالبحث فيها من شأن علم أصول الفقه[٦].

---

(١) انظر: التعريفات (ص٩٢).

(٢) انظر: نهاية السول (١/٢٢)، شرح الكوكب المنير (١/٤٢).

(٣) انظر: نهاية السول (١/٢٩).

(٤) انظر: نهاية السول (١/٢٩)، أصول الفقه للباحسين (ص٨٢).

(٥) انظر: نهاية السول (١/٣٦)، شرح الكوكب المنير (١/٤٤).

(٦) انظر: أصول الفقه للباحسين (ص٨٣).

الفرع الثاني: تعريف (القاعدة الفقهية) باعتبارها علماً ولقبا:

إن المتأمل في تعاريف الفقهاء للقاعدة يلاحظ أنهم سلكوا في ذلك مسلكين:

المسلك الأول: وهم الذين عرفوا القاعدة بمعناها العام، من غير أن يقيدوها بالفقه، ومن ذلك تعريف عبد الوهاب السبكي حيث قال في تعريفها:

«فالقاعدة: الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها»[1].

المسلك الثاني: وهم الذين ميزوا القاعدة الفقهية عن المفهوم العام للقاعدة:

وقد انقسم أصحاب هذا المسلك – من قدامى ومحدثين – إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: وهم الذين يرون أن القاعدة الفقهية كلية:

وهذه بعض تعاريفهم:

١- قال أبوعبد الله المقري[2]: «ونعني بالقاعدة: كل كليّ، هو أخص من

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١). وانظر: مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي (١/٦٤)، كشاف القناع (١/١٦)، شرح المنهج المنتخب (ص ١٠٠)، درر الحكام (١/١٩).

(٢) هو: محمد بن محمد بن أحمد، أبو عبد الله القرشي المقري التلمساني المالكي، كان من مجتهدي المذهب، وفي زمانه من أعلم أهل المغرب، وقد تتلمذ على عدد وافر من علماء عصره منهم: أبو زيد عبد الرحمن بن محمد وأخوه أبو موسى ومحمد بن سليمان السَّكّلي وغيرهم، كما تتلمذ عليه غير واحد منهم: محمد بن عبد الله بن الخطيب لسان الدين المشهور بذي الوزارتين وعبد الرحمن بن محمد بن خلدون المؤرخ وإبراهيم بن موسى الشاطبي صاحب الموافقات وغيرهم، ومن مؤلفاته: "القواعد" و"عمل من طب لمن حب" و"أحاديث الأحكام" وغيرها، توفي سنة ٧٥٨هـ.

انظر: الديباج المذهب (ص٣٨٢)، الإحاطة في أخبار غرناطة (٢/١٩١)، معجم المؤلفين (٢/٣٠٠).

الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعمّ من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة»[١].

٢- قال مصطفى الزرقا[٢]: «فالقواعد الفقهية هي: أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها»[٣].

٣- قال عبد الرحمن الشعلان في تعريفها: «هي حكم كلي فقهي ينطبق على جزئيات كثيرة من أكثر من باب»[٤].

٤- قال يعقوب الباحسين في تعريفها: «قضية كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية. أو: قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية»[٥].

---

(١) القواعد للمقري (١/٢١٢).

(٢) هو الفقيه الأصولي الشيخ مصطفى بن الشيخ أحمد بن الشيخ محمد بن السيد عثمان بن الحاج محمد بن عبد القادر الزرقا، ولد في حلب سنة ١٣٢٢هـ، درس على والده والشيخ محمد راغب الطباخ وغيرهما، ومن تلاميذه: عبد الفتاح أبو غدة ومحمد فوزي فيض الله وآخرون، وله مؤلفات منها: "المدخل الفقهي العام" و"المدخل إلى نظرية الالتزام العامة" و"أحكام الأوقاف" وغيرها، توفي في ١٩/ربيع الأول/١٤٢٠هـ.
انظر: علماء ومفكرون عرفتهم (٢/٣٤٣-٣٧٠)، مقدمة كتابه "فتاوى مصطفى الزرقا" (ص٢١-٣٦).

(٣) المدخل الفقهي للزرقا (٢/٩٤٧).

(٤) مقدمة تحقيقه لكتاب القواعد للحصني (١/٢٣).

(٥) القواعد الفقهية للباحسين (ص٥٤).

القسم الثاني: وهم الذين يرون أن القاعدة الفقهية أغلبية (أكثرية).

وهذه بعض تعاريفهم:

١- قال أحمد الحموي[١] في تعريف القاعدة عند الفقهاء: «حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منها»[٢].

٢- قال أحمد بن حميد في تعريفها: «حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة»[٣].

القسم الثالث: وهم الذين يرون أن القاعدة الفقهية أعم من كونها كلية أو أغلبية:

وممن ذهب إلى هذا الرأي:

١- محمد الخادمي[٤]، حيث يقول: «خاتمة: في قواعد كلية أو أكثرية مهمة نافعة»[٥]، ثم ذكر مجموعة من القواعد الفقهية.

---

(١) هو الفقيه شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي، أحد علماء الحنفية، حموي الأصل، مصري، درس بالمدرسة السليمانية بالقاهرة، وتولى إفتاء الحنفية، وصنف كتبا كثيرة منها: "غمز عيون البصائر" في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، و"سمط الفوائد وعقال المسائل الشوارد"، توفي سنة ١٠٩٨هـ.
هدية العارفين (٥/١٦٤-١٦٥)، الأعلام للزركلي (١/٢٣٩).

(٢) غمز عيون البصائر (١/٥١).

(٣) مقدمة تحقيقه لكتاب القواعد للمقري (١/١٠٧).

(٤) هو الفقيه أبو سعيد محمد بن مصطفى بن عثمان الحسيني الخادمي النقشبندي الحنفي، ولد في خادم من أعمال ولاية قونية بالأناضول، له مؤلفات: "البريقة المحمودية في شرح الطريقة المحمدية" و"حاشية على الدرر والغرر لملا خسرو" و"مجامع الحقائق"، توفي سنة ١١٧٦هـ.
انظر: هدية العارفين (٦/٣٣٣-٣٣٤)، معجم المؤلفين (٣/٧٢١).

(٥) مجامع الحقائق مع منافع الدقائق (ص٣٠٥).

٢- مصطفى المرادي الرومي[١]، حيث يقول في تعريف القاعدة: «وأما في الاصطلاح: فحكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليتعرف به أحكام الجزئيات والتي تندرج تحتها من الحكم... قيل: هذا عند غير الفقهاء، وأما عندهم: فحكم أكثري ينطبق على أكثر جزئياته، لكن المختار كون القواعد أعم من أن تكون كلية أو أكثرية كما أشار إليه المصنف»[٢].

٣- علي الندوي، حيث يقول: «إذاً فإن القاعدة أعم من أن تكون كلية أو أكثرية»[٣].

وقال أيضا: «يمكن أن نعرف القاعدة الفقهية بأحد التعريفين:

أحدها: بأنها حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها.

والثاني: أصل فقهي كلي يتضمن أحكاما تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه»[٤].

هذا ما تيسر ذكره من هذه التعاريف - في الأقسام الثلاثة -، ولا يظهر لي مانع من وصف القاعدة الفقهية بكلا الوصفين - أعني الكلية والأغلبية -. فإن

---

(١) هو الفقيه مصطفى بن محمد الكوزلحصاري المرادي الرومي الحنفي النقشبندي، الملقب بخلوصي، له مؤلفات كثيرة منها: "منافع الدقائق في شرح مجامع الحقائق للخادمي" و"حقيق الحقائق في شرح رسالة البركوي في العقائد والأخلاق" و"حاشية على الشرح الصغير لإبراهيم الحلبي" في الفقه، توفي سنة ١٢١٥هـ.

انظر: هدية العارفين (٤٥٤/٦)، معجم المؤلفين (٨٨٤/٣).

(٢) منافع الدقائق (ص٣٠٥).

(٣) القواعد الفقهية للندوي (ص٤٥).

(٤) القواعد الفقهية للندوي (ص٤٣، ٤٥).

مَن وصفها بالكلية نظر إلى أن الأصل في القاعدة الكلية، كما نظر إلى معناها اللغوي. ومن وصفها بالأغلبية فنظرا إلى الفروع الفقهية التي خرجت عن القاعدة وشذت عنها، فأصبحت مستثناة منها[١]، وهذا لا ينافي وصفها بالكلية؛ «لأن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي؛ إذ المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت»[٢].

وبناء على ذلك فإن هذه التعاريف - في الأقسام الثلاثة - كلها متقاربة تؤدي إلى معنى واحد، وإن اختلفت عباراتها.

لكنها - أي هذه التعاريف - رغم ذلك لم تسلم من انتقادات واعتراضات لدى الباحثين المحدثين[٣].

وأخشى أن يكون هذا من قبيل التكلف في الحدود والتعاريف الذي حذر منه العلماء، وفي ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «.. وصاروا يعظمون أمر الحدود ويزعمون أنهم هم المحققون لذلك، وأن ما ذكره غيرهم من الحدود إنما هي لفظية، لا تفيد تعريف الماهية والحقيقة بخلاف حدودهم، ويسلكون الطرق الصعبة الطويلة والعبارات المتكلفة الهائلة، وليس لذلك فائدة إلا تضييع الزمان وإتعاب الأذهان وكثرة الهذيان..، وشغل النفوس بما لا ينفعها، بل قد يصدها عما لا بد منه»[٤].

---

(١) المرجع السابق (ص ٤٣).

(٢) الموافقات (٢/٨٤).

(٣) انظر على سبيل المثال: القواعد الفقهية للندوي (ص٤١-٤٥)، القواعد الفقهية للباحسين (ص٣٩-٥٤)، نظرية التقعيد الفقهي (ص٣٩-٤٩).

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٩/٩٠).

وقال أيضا: «فإن القرون الثلاثة من هذه الأمة – الذين كانوا أعلم بني آدم علوما ومعارف – لم يكن تكلف هذه الحدود من عادتهم»[١].

وقال: «وكذلك الحدود التي يتكلفها بعض الفقهاء للطهارة والنجاسة، وغير ذلك من معاني الأسماء المتداولة بينهم، وكذلك الحدود التي يتكلفها الناظرون في أصول الفقه لمثل الخبر والقياس والعلم وغير ذلك... وإلى الساعة لم يسلم لهم حدّ»[٢].

هذا وإن كان لا بد لي من اختيار تعريف للقاعدة الفقهية، فإني أختار أن يكون تعريف القاعدة الفقهية هو: «قضية كلية فقهية تنطبق على فروع كثيرة من عدة أبواب».

شرح التعريف:

قضية: وهي قول يحتمل الصدق والكذب لذاته[٣].

كلية: أي القضية المحكوم على جميع أفراد موضوعها[٤].

فقهية: نسبة إلى علم الفقه، وهو قيد يخرج جميع القواعد من الفنون الأخرى – غير الفقه – كالقاعدة النحوية والقاعدة الأصولية والقاعدة الحسابية.

تنطبق: أي تُجْرى وتُعْمل على فروع.

---

(١) المرجع السابق (٩/٤٥-٤٦).

(٢) المرجع السابق (٩/٤٦).

(٣) انظر: بيان المختصر (١/٨٧)، التعريفات (ص١٧٦).

(٤) انظر: حاشية العطار على شرح جمع الجوامع (١/٣١)، بيان المختصر (١/٨٩).

على فروع: قيد يبين محل إعمال القاعدة الفقهية.

من عدة أبواب: قيد يخرج الضابط الفقهي؛ لأنه يشمل فروعا تندرج تحت باب واحد. وعلى هذا فيمكن تعريف الضابط الفقهي بأنه: «قضية كلية فقهية تنطبق على فروع كثيرة من باب واحد».

المطلب الثاني

الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

أولاً: تعريف الضابط الفقهي:

الضابط في اللغة: اسم فاعل من الضبط، وهو لزوم الشيء وحبسه، ويطلق على حفظ الشيء بحزم، يقال: (ضبطه ضبطا وضباطة) إذا حفظه بالحزم، ومنه قولهم: (رجل ضابط وضبنطي) بمعنى حازم[(١)].

وأما تعريف الضابط الفقهي في الاصطلاح فقد تقدم تعريفه - في آخر المطلب السابق - بأنه: «قضية كلية فقهية تنطبق على فروع كثيرة من باب واحد»[(٢)].

وهذا بناء على اصطلاح طائفة من العلماء في التفريق بين القاعدة والضابط؛ إذ إن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب مختلفة، والضابط يجمع فروعاً من باب واحد.

---

(١) انظر: الصحاح (١١٣٩/٣)، معجم مقاييس اللغة (٣٨٦/٣)، لسان العرب (٣٤٠/٧)، القاموس المحيط (ص ٨٧٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١١/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٧)، القواعد الفقهية للباحسين (ص٥٨-٦٧).

وقد درج على هذا الاصطلاح أكثر المتأخرين والمحدثين[١]، وإن كان قد يظهر منهم بعض التسامح وعدم الالتزام في التفريق بينهما في بعض الأحايين[٢].

وبإزاء هؤلاء طائفة أخرى اصطلحت على عدم التفريق بين القاعدة والضابط، وإطلاق كل منهما على الآخر[٣].

وعلى هذا يكون تعريف الضابط عندهم مرادفا لتعريف القاعدة.

وقد درج على هذا الاصطلاح المتقدمون من أهل العلم[٤].

ومهما يكن من أمر فإن القضية -كما ترى- اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح.

ولا شك أن اصطلاح التفريق بينهما أوضح وأدق وأميز؛ لذا فإنه أصبح - أعني اصطلاح التفريق - متداولا شائعا لدى الفقهاء المتأخرين والباحثين في الفقه الإسلامي، فيفرقون الآن بين القاعدة والضابط في المجالات الفقهية[٥].

وقد سرت في هذه الرسالة على هذا الاصطلاح.

---

(١) انظر: المراجع السابقة، والقواعد للمقري (١/٢١٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٩)، شرح الكوكب المنير (١/٣٠)، الكليات (ص٧٢٨)، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/١١١٠)، الفوائد الجنية (١/١٠٥)، القواعد الفقهية للندوي (ص٥٢)، مقدمة تحقيق القواعد للمقري (١/١٠٨)، القواعد الكبرى للعجلان (ص١١)، الوجيز للبورنو (ص٢٤)، مقدمة تحقيق القواعد للحصني (١/٢٤).

(٢) انظر: القواعد للمقري (١/٢٥٣، ٣٣٤، ٣٣٦)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١، ٢١٨، ٢٢٠، ٢٢٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢، ١٦٣، ٢٧٣).

(٣) انظر: التحرير مع التقرير والتحبير (١/٢٩)، المصباح المنير (ص ١٩٥)، تقرير القواعد (١/٥، ١٠، ٢٥٠)، شرح المنهج المنتخب (ص ١٠٠).

(٤) انظر: المراجع السابقة.

(٥) انظر: القواعد الفقهية للندوي (ص٥٢).

ثانياً: الفروق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي:

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن القاعدة والضابط يشتركان في أن كلاً منهما قضية كلية فقهية تنطبق على جملة من الفروع الفقهية.

كما أنهما يفترقان فيما يأتي:

أولاً: إن القاعدة تجمع فروعا فقهية كثيرة من أبواب شتى، كقاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، فإنه يندرج تحتها فروع كثيرة من أبواب شتى كالطهارة والصلاة والحج وغيرها، بينما الضابط يجمع فروعا من باب واحد فحسب، كقولهم: (الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون)، فإنه ضابط فقهي يختص بباب الرهن، ولا يخرج عنه. فالقاعدة أعمّ وأشمل من حيث جمع الفروع وشمول المعاني، والضابط أخص وأضيق[1].

ثانياً: إن القاعدة الفقهية أكثر شذوذا من الضابط الفقهي؛ لأن الضابط يضبط موضوعاً واحداً. فلا يتسامح فيه بشذوذ كثير[2].

ثالثاً: إن القاعدة الفقهية غالبا ما تكون محل اتفاق بين المذاهب الفقهية – من حيث الجملة – وإن اختلفوا في بعض فروعها، أما الضابط الفقهي فكثيرا ما يختص بمذهب معين، بل إنه قد يكون وجهة نظر لفقيه واحد في مذهب معين، يخالفه فيه فقهاء آخرون من نفس المذهب[3].

---

(١) انظر: القواعد للمقري (٢١٢/١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١١/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٩/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٧)، القواعد الفقهية للندوي (ص٤٦، ٥١).

(٢) انظر: القواعد الفقهية للندوي (ص٥٢).

(٣) انظر: موسوعة القواعد للبورنو (٣٥/١).

المبحث الثاني

دراسة موجزة عن الضمان

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الضمان لغة واصطلاحا

أولا: تعريف الضمان لغة:

الضمان مصدر ضمنت الشيء أضمنه ضمانا[(١)].

وهو مشتق من الضِّمن، والضاد والميم والنون أصل صحيح[(٢)]، وقد ذكر علماء اللغة عدة معان للضمان من أبرزها:

١- الاحتواء والإيداع، وهو: جعل الشيء في شيء يحويه، ومن ذلك قولهم: ضمَّنت الشيء، إذا جعلته في وعائه، ويقال: ضمَّن الشيء الشيء، أي: أودعه إياه[(٣)].

٢- الكفالة، تقول: ضمن الشيء ضمانا فهو ضامن وضمين: إذا كفله[(٤)].

٣- الالتزام، تقول: ضمنت المال، أي: التزمته، ويتعدى بالتضمين، فتقول: ضمنته المال، بمعنى ألزمته إياه[(٥)].

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات (٣/١/١٨٣).

(٢) معجم مقاييس اللغة (٣/٣٧٢).

(٣) انظر: المصدر السابق، ومختار الصحاح (ص٣٨٤)، ولسان العرب (١٣/٢٥٧-٢٥٨) والقاموس المحيط (ص١٥٦٤).

(٤) انظر: المصادر السابقة.

(٥) انظر: المصباح المنير (ص١٣٨)، القاموس المحيط (ص١٥٦٤).

٤- التغريم، تقول: ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني، إذا غرمته فالتزمه[١].

٥- الحفظ والرعاية، قال ابن منظور[٢]: «وفي الحديث: **(الإمام ضامن، والمؤذن مؤتمن)**[٣]، أراد بالضمان هنا معنى الحفظ والرعاية، لا ضمان الغرامة؛ لأنه يحفظ على القوم صلاتهم، وقيل: إن صلاة المقتدين به في عهدته، وصحتها مقرونة بصحة صلاته، فهو كالمتكفل لهم صحة صلاتهم»[٤].

ثانيا: تعريف الضمان في اصطلاح الفقهاء:

يطلق الضمان في الفقه الإسلامي ويراد به أحد المعنيين التاليين:

---

(١) انظر: مختار الصحاح (ص٣٨٤)، لسان العرب (١٣/٢٥٧-٢٥٨)، القاموس المحيط (ص١٥٦٤).

(٢) هو اللغوي الأديب جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد الأنصاري الإفريقي ثم المصري، ينسب إلى رويفع بن ثابت الأنصاري، ولد سنة (٦٣٠هـ)، وسمع من ابن المقير ومرتضي بن حاتم وغيرهما، وله مؤلفات منها: لسان العرب، ومختصر الأغاني وغيرهما، وعنده تشيع بلا رفض، توفي سنة (٧١١هـ).
انظر: الدرر الكامنة (٤/٢٦٢-٢٦٤)، معجم المؤلفين (٣/٧٣١).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢/٢٨٤، ٤١٩)، وأبو داود في سننه: كتاب الصلاة، باب: ما يجب على المؤذن من تعاهد الوقت (١/٣٥٦) برقم (٥١٧)، والترمذي في سننه: أبواب الصلاة، باب: ما جاء أن الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن (١/٤٠٢) برقم (٢٠٧)، وابن خزيمة في صحيحه (٣/١٥) برقم (١٥٢٨) وصححه ابن حبان والضياء في المختارة كما في تلخيص الحبير (١/٣٧١)، وأحمد شاكر في تحقيقه لسنن الترمذي (١/٤٠٥-٤٠٦).

(٤) لسان العرب (١٣/٢٥٧-٢٥٨).

(١) المعنى الخاص:

استعمل جمهور الفقهاء – المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] – كلمة الضمان بمعنى الكفالة، ويرون أنهما لفظان مترادفان، يطلق كل منهما على الآخر، ويراد بهما ما يعمّ ضمان المال وضمان النفس، وذلك عند التزام الكفيل بعقد الكفالة؛ لذلك تجدهم يعقدون للكفالة باباً في كتب الفقه بعنوان "الضمان".

ولما كان تعريف الضمان بمعنى الكفالة لا يهمنا كثيراً في هذا البحث، وقد دُرس كثيرا من قبل الفقهاء المتقدمين والمتأخرين والباحثين المعاصرين؛ لذا فإني لا أجد داعيا لذكر تعريف الكفالة في هذا البحث.

هذا، وينبغي أن يعلم أن هؤلاء الفقهاء الذين استعملوا الضمان بمعنى الكفالة لم يقصروه على هذا المعنى، بل استعملوه بالمعنى الأعمّ من ذلك، وهو الضمان مطلقاً، فهؤلاء الفقهاء إذا أطلقوا لفظ الضمان فإنما يريدون به أحد معنيين:

الأول: عقد الكفالة.

الثاني: الضمان بمعناه العام.

(٢) المعنى العام:

لقد عُرِّف الضمان بمفهومه العام بعدة تعريفات أذكرها مع ما يرد عليها من اعتراضات وملاحظات، ثم أذكر التعريف الراجح في نظري، وذلك كما يلي:

---

(١) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٣٦).

(٢) انظر: مغني المحتاج (١٩٨/٢).

(٣) انظر: منتهى الإرادات (٢٩٢/١).

أولا : ذكر بعض الباحثين[١] تعريفا نسبوه لأبي حامد الغزالي[٢] رحمه الله، فهموه واستنبطوه من كلامه في الضمان في كتابه الوجيز[٣].

وهذا التعريف هو: «أن الضمان هو: وجوب ردّ الشيء أو أداء بدله بالمثل أو بالقيمة».

– ويرد على هذا التعريف عدة اعتراضات، هي:

١ – أن هذا التعريف لا يصح نسبته للشيخ أبي حامد الغزالي على أنه تعريف للضمان؛ لأنه لم ينص على أنه تعريف للضمان، وإنما ذكره في الركن الثالث، وهو في الواجب في الضمان[٤].

٢– أن هذا التعريف يحصر الضمان بالتعدي على الأموال دون التعدي على الأنفس، فيكون غير جامع لأفراد المعرَّف[٥].

٣– أن هذا التعريف لا يشمل الضمان الناشئ عن العقد، الذي يذكره الفقهاء ضمن أسباب الضمان، وبهذا يكون التعريف غير جامع لأفراد مصطلح الضمان[٦].

---

(١) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٤)، ضمان المتلفات (ص٣١)، ضمان العدوان (ص٤٦).

(٢) هو الفقيه الأصولي زين الدين أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الغزالي، ولد سنة ٤٥٠، ودرس على أبي نصر الإسماعيلي وإمام الحرمين وغيرهما، من تلاميذه: أبو بكر بن العربي وأبو العباس أحمد الخطيبي وغيرهما، وله مؤلفات منها: "الوجيز" و"إحياء علوم الدين" و"المستصفى" في أصول الفقه، توفي سنة ٥٠٥هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (١٩/ ٣٢٢، ٣٣٥، ٣٣٧)، طبقات الشافعية لابن السبكي (٦/ ١٩١) وما بعدها، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/ ١١١-١١٣).

(٣) الوجيز (١/ ٢٠٨).

(٤) انظر: ضمان المتلفات (ص٣٢).

(٥) انظر: ضمان العدوان (ص٤٧).

(٦) انظر: المرجع السابق.

ثانياً: أورد أبو العباس الحموي تعريفا للضمان، فقال:

«الضمان – كما عرف –: عبارة عن ردّ مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيميا»[(١)].

ثالثا: وشبيه به تعريف مجلة الأحكام العدلية، وهو:

أنّ «الضمان إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات»[(٢)].

ويرد على هذين التعريفين عدة اعتراضات، منها:

١- يرد عليهما ما ورد على التعريف المنسوب للغزالي في النقطتين الأخيرتين.

٢- أن هذين التعريفين لا يشملان ضمان الغصب، وإنما يختصان بضمان المتلفات؛ لأنه قد يوجد المغصوب بعينه فيضمنه الغاصب برده لا بمثله ولا بقيمته، وبهذا يكون التعريف المنسوب للغزالي أعمّ من هذين التعريفين.

رابعاً: التعريف الذي نقله أبو عبد الله الشوكاني[(٣)] – رحمه الله – عن صاحب ضوء النهار:

---

(١) غمز عيون البصائر (٤/٦، ٧).

(٢) درر الحكام (١/٤٤٨).

(٣) هو المفسر المحدث أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني الخولاني ثم الصنعاني، ولد بهجرة شوكان سنة ١١٧٣هـ، قرأ على والده وأحمد بن محمد الحرازي وغيرهما، وكان مشتغلا في جميع أوقاته بالعلم درسا وتدريسا وإفتاء وتصنيفا، من مؤلفاته: "نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار" و"السيل الجرار" و"إرشاد الفحول" في أصول الفقه، وغيرها، توفي سنة ١٢٥٠هـ.

انظر: البدر الطالع (٢/٢١٤-٢٢٥)، الأعلام (٦/٢٩٨)، معجم المؤلفين (٣/٥٤١-٥٤٢).

وهو أن: «الضمان عبارة عن غرامة التالف»[١].

وهو قريب من تعريف الحموي ومجلة الأحكام العدلية، إلا أنه لم يحدد الواجب في الضمان، ويرد عليه ما يرد على هذين التعريفين من اعتراضات، إلا أنه لا يختص – فيما يظهر لي – بالتعدي على الأموال، بل يشمل التعدي على الأنفس، فيكون بهذا أعمّ من التعاريف السابقة من هذه الحيثية.

خامساً: تعريف علي الخفيف[٢]:

قال رحمه الله: «والضمان بمعناه الأعمّ في لسان الفقهاء هو: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل»[٣].

ثم بين مراده منه بقوله: «والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوبا أداؤه في الحال كالدين الحالّ، أم في الزمن المستقبل المعين كالدين المؤجل إلى وقت معين؛ إذ هو مطلوب أداؤه إذا ما تحقق شرط أدائه، وكالمبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد، فإنّ ضمانه على مشتريه ما دام في يده، يضمنه بقيمته إذا هلك لبائعه»[٤].

---

(١) نيل الأوطار (٥/٣٣٦).

(٢) هو القاضي الأستاذ علي بن محمد الخفيف، ولد سنة ١٣٠٩هـ بمحافظة المنوفية في مصر، حفظ القرآن الكريم ثم التحق بالأزهر ثم بمدرسة القضاء الشرعي، وعمل أستاذا بمعهد الدراسات العربية العالمية، وكان عضوا في مجمع البحوث الإسلامية ومجمع اللغة العربية والمجلس الأعلى للأزهر، له مؤلفات منها: "أحكام المعاملات الشرعية" و"الملكية في الشريعة الإسلامية" و"الضمان في الفقه الإسلامي"، توفي سنة ١٣٩٨هـ.

انظر: تتمة الأعلام (١/٣٨٥-٣٨٦)، تكملة معجم المؤلفين (ص٣٩٠).

(٣) الضمان في الفقه الإسلامي (١/٥).

(٤) المرجع السابق.

وبهذا يكون التعريف شاملا لما يضمنه الشخص نتيجة إلزام الشارع، أو التزام المكلف، أو بما وجب بفعلٍ أو تركٍ غير مشروعين.

سادساً: تعريف مصطفى الزرقا، قال الشيخ: «الضمان: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير»[(١)].

وهو أوجز التعاريف وأخصرها، إلا أنه يرد عليه بعض الاعتراضات، وهي:

١- أنه ذكر أن الضمان التزام، وهذه الكلمة لا تشمل جميع أسباب الضمان، وإنما تختص بالضمان بسبب العقد فحسب، فيكون التعريف غير جامع.

٢- أنه قصر الضمان الالتزامي على التعويض المالي، وهذا مخالف للضمان بمعناه الأعمّ الذي يشمل ضمان النفس.

٣- أن كلمة (تعويض) في التعريف لا تشمل – في نظري – الضمان برد العين إذا كانت باقية بحالها لم تتغير بزيادة أو نقص.

سابعاً: تعريف الدكتور وهبة الزحيلي:

قال الدكتور وهبة: «ويمكننا تعريف الضمان بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسئوليتين المدنية والجنائية بما يأتي: وهو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية»[(٢)].

ويرد على هذا التعريف ما ورد على تعريف الزرقا من اعتراضات، إلا أنه لم يقيد التعويض بكونه ماليا، وبهذا يكون تعريف الزحيلي أعمّ من تعريف الزرقا.

---

(١) المدخل للزرقا (١٠٣٢/٢).

(٢) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٥).

ثامناً: تعريف الدكتور محمد فوزي:

قال الدكتور محمد: «ويمكن القول في تعريفه إنه: شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر»[١].

ويرد على هذا التعريف أن فيه تكرارا، حيث إن التعويض عن الضرر حق ثبت في الذمة فلا حاجة لإعادة ذكره.

تاسعاً: تعريف الدكتور محمد أحمد سراج:

قال الدكتور محمد سراج: «والتعريف الذي أستخلصه من هذه الملاحظات السابقة وأجده أوفق لمقصود هذا البحث وأوضح في الدلالة عليه من غيره أن الضمان هو: شغل الذمة بحق ماليّ أوجب الشارع أداءه جبراً لضرر لَحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره، سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرّمه الشارع ذاتا أو مآلا»[٢].

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١- أن عبارة (بحق ماليّ) في التعريف تخرج ضمان النفس، وبهذا يكون التعريف غير جامع.

٢- أنه فصّل في ذكر ما يسبب الضمان، مما جعل التعريف طويلا، في حين أنه كان بإمكانه أن يذكر عبارة مختصرة تشمل جميع أسباب الضمان كما فعل ذلك الشيخ علي الخفيف[٣].

---

(١) نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص١٤).

(٢) ضمان العدوان (ص٤٧).

(٣) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١/٥).

عاشراً: تعريف الدكتور عبدالله الدرعان:

قال الدكتور عبدالله الدرعان: «يمكننا تعريفه بما هو أظهر، فنقول: هو التزام بتعويض الغير عما لحقه من ضرر في ماله أو نفسه»[1].

وهذا التعريف مستل ومختصر من تعريف الزحيلي، وعليه فإنه يرد عليه ما ورد على تعريف الزحيلي من انتقادات.

التعريف الراجح:

وبعد هذه الجولة العامة على ما وقفت عليه من تعاريف للضمان بمعناه العام وذكرٍ لما يرد عليها من ملاحظات واعتراضات تبيّن لي أن أقرب هذه التعاريف لمعنى الضمان بمفهومه العام هو تعريف الأستاذ علي الخفيف، وهو: «شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل».

وقد تمّ اختيار هذا التعريف للأسباب التالية:

١- أنه عبّر بـ(شغل الذمة)، وهذا يشمل أسباب الضمان كلها.

٢- أنه عبّر بـ(ما يجب الوفاء به)، وهذا يشمل أنواع الضمان كلها.

٣- أن قوله (شغل الذمة) يخرج الحوالة؛ لأنها براءة ذمة.

٤- وبهذا يكون التعريف جامعا مانعا.

٥- سلامة التعريف من الاعتراضات والملاحظات.

ملاحظتان مهمتان حول تعريف الضمان بمعناه العام:

١- أن الفقهاء - رحمهم الله - لم يخصصوا للضمان بمعناه العام بابا مفردا في كتبهم كما فعلوا في الضمان بمعناه الخاص، بل بثّوا مسائله وأحكامه في ثنايا

---

(١) المدخل للدرعان (ص٦٥٥).

الكتب والأبواب والفصول الفقهية ؛ ككتاب الغصب والوديعة والعارية والرهن وغيرها ، بل تجاوز ذلك إلى العبادات ، كأحكام الكفارات والفدية وغيرهما ؛ ذلك لأن الضمان بمفهومه العام يتعلق بأغلب المسائل الفقهية من أبواب شتى من عبادات ومعاملات[١].

٢- أن الضمان بمعناه العام لا يتعلق بما وجب على المرء من عقوبة أو جزاء ؛ لأن هذه العقوبات لا تجب في الذمة إلا إذا كانت غرامة مالية كالكفارات[٢].

المطلب الثاني

الألفاظ ذات الصلة بالضمان

هناك ألفاظ ذات صلة بالمعنى المترتب على لفظ الضمان ، أذكر منها ما له صلة وثيقة به ، وذلك على النحو الآتي :

أولا : الالتزام:

الالتزام في اللغة : مأخوذ من مادة (لزم) ، واللام والزاي والميم أصل واحد صحيح يدل على الثبوت والدوام.

والالتزام الاعتناق ، يقال : لزم الشيء يلزم لزوما ، بمعنى ثبت ودام ، ويقال : لزمه المال : وجب عليه. ولزمه الطلاق : وجب حكمه ، وهو قطع الزوجية ، وألزمته المال والعمل وغيره فالتزمه ، والتزمته اعتنقته ، فهو مُلْتَزَم[٣].

---

(١) انظر : ضمان المتلفات (ص٣٠) ، قواعد الفقه للروكي (ص٢٢٦).

(٢) انظر : ضمان العدوان (ص٤٦).

(٣) انظر : معجم مقاييس اللغة (٥/٢٤٥) ، المصباح المنير (ص٢١١).

الالتزام في الاصطلاح: ذكر الفقهاء للالتزام عدة تعريفات، أذكر منها ثلاثة على وجه الاختيار:

١- قال أبو عبدالله بن قيم الجوزية[١]: «الالتزام تارة يكون بصريح الإيجاب، وتارة يكون بالوعد، وتارة يكون بالشروع، كشروعه في الجهاد والحج والعمرة»[٢].

وهذه العبارة وإن لم تكن على صياغة التعريفات المعهودة إلا أنها أعطت مفهوما شاملا لمعنى الالتزام.

٢- عرف أبو العباس الحموي الالتزام بأنه: إلزام المرء نفسه ما لم يكن لازما لها[٣].

٣- قال مصطفى الزرقا: الالتزام هو: كون الشخص مكلفا بفعل أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره[٤].

---

(١) هو: العلامة المحقق محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، أبو عبد الله، الزرعي ثم الدمشقي، الحنبلي، المشهور بابن قيم الجوزية، ولد سنة ٦٩١هـ، له من التصانيف الكبار والصغار شيء كثير، منها: "زاد المعاد في هدي خير العباد" و"الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة" و"إعلام الموقعين عن رب العالمين"، من شيوخه: شيخ الإسلام أحمد بن عبدالحليم ابن تيمية والشهاب النابلسي العابر، وابن عبد الدائم وغيرهم، ومن تلاميذه: ابن عبدالهادي وابن رجب الحنبلي وخلق كثير غيرهما، توفي سنة ٧٥١هـ.
انظر: المعجم المختص (ص٢٦٩)، طبقات الحنابلة (٤/٤٤٧).

(٢) إعلام الموقعين (٢/١١٣).

(٣) غمز عيون البصائر (٢/٦١١)

(٤) المدخل للزرقا (١/٤٣٦).

وجه الصلة بين الضمان والالتزام:

أن الضمان قد يكون نتيجة التزام الضامن به كما في عقد الكفالة، وبهذا يكون الضمان أعمّ من الالتزام من هذا الوجه؛ لأن الضمان قد يكون بالالتزام وقد يكون بالإتلاف وغير ذلك من أسباب الضمان[١]، كما أن الالتزام ليس مختصا بالضمان، فقد يلتزم بالبيع أو الإجارة أو النذر أو النفقة... إلى غير ذلك من الالتزامات[٢].

ثانيا: العقد:

العقد لغة: العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شدّ وشِدّة وثوق وربط وعهد، ويطلق على الأشياء المحسوسة نحو: عقدت الحبل، إذا ربطت بعضه ببعض، ويطلق على الأشياء المعنوية على سبيل المجاز، كعقد اليمين، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ﴾[٣]، وعقدة النكاح وكل شيء: وجوبه وإبرامه، والعقدة في البيع: إيجابه[٤].

العقد اصطلاحاً: يطلق الفقهاء كلمة (عقد) في اصطلاحهم على معنيين:

أحدهما: المعنى الخاص المشهور.

وقد عُرِّف بهذا المعنى بتعاريف كثيرة[٥] من أحسنها أنه: «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله»[٦].

---

(١) سيأتي مزيد تفصيل في أسباب الضمان صفحة ٨٨-٩٦ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المدخل للزرقا (١/٤٣٦) وما بعدها.

(٣) سورة المائدة، الآية [٨٩].

(٤) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/٨٦)، لسان العرب (٣/٢٩٦) وما بعدها.

(٥) انظر على سبيل المثال: حاشية رد المحتار (٣/٩)، المنثور (٢/٣٩٧).

(٦) المدخل للزرقا (١/٢٤٥).

والثاني: وهو أعم من الأول؛ إذ لا يلزم وجود طرفين له، بل إنه قد ينشأ بتصرف انفرادي، فهو يشمل الربط الحاصل بين جانبين كالبيع والإجارة، كما يشمل التصرفات التي تتم من قِبَل طرف واحد كالنذر والهبة والوصية؛ لما فيها من العزم وعقد الإرادة على تنفيذها[١].

وجه الصلة بين الضمان والعقد:

أن من أنواع العقد عقود الضمان والكفالة، كما أنه قد يترتب على العقد الضمان – وإن لم يكن عقد كفالة – كضمان تسليم المبيع وعيوبه الخفية من البائع للمشتري في عقد البيع.

وبهذا يكون العقد أعمّ من الضمان؛ لأنه قد يكون عقد ضمان، وقد يكون غير ذلك كعقد الوديعة والشركة وغير ذلك.

وكذلك الضمان لا يختص بالعقد، بل هناك أسباب أخرى للضمان كالإتلاف وإلزام الشارع وغير ذلك[٢].

ثالثا: العهدة:

العهدة في اللغة: من عهد، والعين والهاء والدال: أصل هذا الباب يدل على معنى واحد هو الاحتفاظ بالشيء وإحداث العهد به، والعهدة وثيقة المتبايعين؛ لأنه يرجع إليها عند الالتباس[٣].

---

(١) انظر: المنثور (٢/٣٩٧) وما بعدها، الأموال ونظرية العقد (ص٢٢٨)، الحيازة في العقود (ص١٤) وما بعدها.

(٢) سيأتي مزيد بيان في مبحث أسباب الضمان صفحة ٨٨-٩٦ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/١٦٧) وما بعدها، المصباح المنير (ص١٦٥).

والعهدة في الاصطلاح: تطلق على ضمان الدرك أو ضمان العهدة، وهو: «ضمان الثمن للمشتري إن خرج المبيع مستحقا أو معيبا أو ناقصا»[(١)]، والمراد بالمستحق كما لو تبين أن المبيع مملوك لغير البائع أو مرهون[(٢)].

وجه الصلة بين الضمان والعهدة:

أن ضمان العهدة أحد أنواع الضمان بمفهومه العام، وبهذا يكون الضمان أعمّ من العهدة.

رابعا: التصرف:

التصرف لغة: من صرف، وهو يدل على رجع الشيء، والتصرف هو التقليب، تقول: صرفته في الأمر تصريفا فتصرف، أي: قلبته فتقلب، ومنه سمي حدث الدهر صرفا؛ لأنه يتصرف بالناس، أي: يقلبهم ويرددهم[(٣)].

التصرف في اصطلاح الفقهاء: هو كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل، ويترتب عليه حكم شرعي[(٤)].

وجه الصلة بين الضمان والتصرف:

إن الضمان من التصرفات. فالتصرف أعمّ من الضمان؛ لأنه يوجد من التصرفات ما ليس بضمان.

---

(١) انظر: التعريفات للجرجاني (ص١٣٨)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/٢/٤٩-٥٠)، القواعد للحصني (٣/٢٥٥)، المدخل للزرقا (١/٥٤٢).

(٢) المدخل للزرقا (١/٥٤٢).

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة (٣/٣٤٢) وما بعدها، القاموس المحيط (ص١٠٦٩).

(٤) الحيازة في العقود (ص١٧)، وانظر: المدخل للزرقا (١/٢٨٨).

خامساً: التعويض:

التعويض لغة: مأخوذ من العوض، وهو البدل والخلف[١].

والتعويض اصطلاحاً: ذكر الفقهاء المعاصرون تعاريف كثيرة لمعنى التعويض من أحسنها أنه: «المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال»[٢].

وجه الصلة بين الضمان والتعويض:

أولاً: أن التعويض نتيجة للضمان.

ثانياً: أن التعويض لا يجب إلا إذا وقع الضرر، أما الضمان فقد يلتزمه الشخص قبل وقوع الضرر، وبهذا يكون التعويض نتيجة للضمان وأثراً من آثاره.

المطلب الثالث

مشروعية الضمان

ثبتت مشروعية الضمان بمعناه العام بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع العلماء، أذكر منها ما يلي:

أولاً: القرآن الكريم:

١- قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٣].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أباح لمن اعتُدي عليه في نفس أو مال أن يأخذ حقه من المعتدي بأن يعتدي عليه، ولكن بالمثل.

---

(١) انظر: المصباح المنير (ص١٦٦)، القاموس المحيط (ص٨٣٦).

(٢) المسئولية المدنية والجنائية لمحمود شلتوت (ص٣٥)، وانظر: المسئولية التقصيرية لسيد أمين (ص١١٥)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٨٧).

(٣) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

قال أبو بكر ابن العربي[١]: «قال علماؤنا: وهذا دليل على أن لك أن تبيح دم من أباح دمك، وتحلّ مال من استحلّ مالك»، ثم قال: «وأما من أخذ مالك فخذ ماله إذا تمكنت منه، إذا كان من جنس مالك: طعاما بطعام، وذهبا بذهب»[٢].

وقال عبدالرحمن السعدي[٣] عند هذه الآية: «جميع ما أمر الشرع باحترامه فمن تجرأ عليه فإنه يقتص منه... ومن أخذ مال غيره المحترم أخذ منه بدله»[٤].

٢- قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾[٥].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أجاز لمن وقعت عليه العقوبة في نفس أو مال بغير وجه حق أن يستوفي بدلها بالمثل.

---

(١) هو العلامة المفسر محمد بن عبدالله بن محمد، أبو بكر، المشهور بابن العربي، الأندلسي الإشبيلي المالكي، ولد سنة ٤٦٨هـ، سمع من جعفر السرّاج والحسين بن علي الطبري وغيرهما، وتفقه على أبي حامد الغزالي وأبي بكر الشاشي وجماعة، وحدث عنه عبد الخالق بن أحمد اليوسفي الحافظ، والحسن بن علي القرطبي وغيرهما، وكان فصيحا بليغا، برع في فنون العلم، وصنف وجمع مؤلفات عدة منها: "عارضة الأحوذي في شرح جامع أبي عيسى الترمذي" و"العواصم من القواصم" و"كتاب تفسير القرآن الكريم"، توفي سنة ٥٤٣هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٢٠/١٩٨-٢٠٤)، الديباج المذهب (ص٣٩٦-٣٧٨).

(٢) أحكام القرآن (١/١١١).

(٣) هو الفقيه المفسر عبدالرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي التميمي، ولد سنة ١٣٠٧هـ، درس على الشيخ محمد الشبل وعبد الله بن عائض وغيرهما، ومن طلابه: عبد الله العقيل ومحمد العثيمين وعبد الله البسام، له مؤلفات نفيسة منها: "تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان" و"القواعد والأصول الجامعة" و"منهاج السالكين في الفقه"، توفي سنة ١٣٧١هـ.
انظر: معجم المؤلفين (٢/١٢١-١٢٢)، علماء نجد خلال ثمانية قرون (٣/٢١٨-٢٧٢).

(٤) تيسير الكريم الرحمن (ص٨٩).

(٥) سورة النحل، الآية [١٢٦].

وقد فسرها طائفة من التابعين[١] بقولهم: «إن أخذ منك رجل شيئا فخذ منه مثله».

وقال ابن جرير الطبري[٢] في تفسير هذه الآية: «في آية محكمة أمر الله تعالى ذكره عباده أن لا يتجاوزوا فيما وجب لهم قبل غيرهم من حق من مال أو نفس»[٣].

وقال أبو عبد الله الشوكاني عند تفسيره هذه الآية - بعد أن نقل كلاما لابن جرير الطبري وصوبه -: «لأن الآية وإن قيل إن لها سببا خاصا - كما سيأتي - فالاعتبار بعموم اللفظ»[٤].

٣- قال تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾[٥].

وجه الدلالة: أن الله - عزّ وجلّ - بيَّن أن جزاء من عمل عملا سيئاً في بدن أو مال أن يقتصّ منه مثل ما فعل.

قال عبدالرحمن السعدي في تفسيره هذه الآية: «جزاء السيئة سيئة مثلها، لا زيادة ولا نقص: فالنفس بالنفس، وكل جارحة بالجارحة المماثلة لها، والمال يضمن بمثله»[٦].

---

(١) منهم ابن سيرين، كما في تفسير الطبري (٦٦٥/٧)، الدرر المنثور (٢٥٦/٤).

(٢) هو: محمد بن جرير بن يزيد، أبو جعفر الطبري، ولد سنة ٢٢٤هـ، سمع بندارا ومحمد بن المثنى ويعقوب الدورقي وغيرهم، وحدث عنه أبو القاسم الطبراني وأبو بكر الشافعي والمعلى بن سعيد وخلق كثير، كان من أفراد الدهر علما وذكاء، وصنف تصانيف حسنة تدل على سعة علمه، منها: "تهذيب الآثار" و"أخبار الأمم وتاريخهم" و"التفسير" وغيرها، توفي سنة ٣١٠هـ.
انظر: تاريخ بغداد (١٦٢/٢)، وفيات الأعيان (١٩١/٤-١٩٢)، سير أعلام النبلاء (٢٦٧/١٤).

(٣) تفسير الطبري (٦٦٥/٧).

(٤) فتح القدير للشوكاني (٢٩١/٣) وما بعدها.

(٥) سورة الشورى، الآية [٤٠].

(٦) تيسير الكريم الرحمن (ص٧٦٠).

٤- قال تعالى: ﴿قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾[١].

وجه الدلالة: أن أحد عمال الملك تكفل بضمان حمل البعير الذي جعل لمن جاء بصواع الملك، وذلك بقوله: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾، وهذا يدل على جواز الضمان.

وقد فسر عبدالله بن عباس[٢] – رضي الله عنهما – وغيره من التابعين كلمة ﴿زَعِيمٞ﴾ بالكفيل[٣].

وقال أبو عبد الله القرطبي[٤]: «والزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل سواء، والزعيم: الرئيس»[٥].

---

(١) سورة يوسف، الآية [٧٢].

(٢) هو الصحابي الجليل عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، أبو العباس، القرشي الهاشمي، حبر الأمة وترجمان القرآن، من صغار الصحابة، ولد قبل الهجرة بثلاث في الشعب، حدث عن النبي ﷺ وعن عمر وعلي وغيرهم، روى عنه عكرمة وطاووس ومجاهد وغيرهم، دعا له النبي ﷺ بالفقه في الدين وبمعرفة التأويل، توفي سنة ٦٨هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣/٣٣١)، الإصابة (٤/٩٠).

(٣) تفسير الطبري (٧/٢٥٦-٢٥٧)، الدر المنثور (٤/٥١).

(٤) هو العلامة المفسر محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح، أبو عبد الله، الأنصاري الأندلسي القرطبي، سمع من أبي العباس أحمد بن عمر القرطبي وأبي علي الحسن بن محمد بن محمد البكري وغيرهما، كان من العلماء العباد، شغل وقته بالعبادة والتصنيف، فترك مصنفات عدة منها: "جامع أحكام القرآن" و"التذكرة بأمور الآخرة" و"شرح أسماء الله الحسنى" وغيرها، توفي سنة ٦٧١هـ.
انظر: الديباج المذهب (ص٤٠٦-٤٠٧)، شذرات الذهب (٥/٣٣٥)، الأعلام (٥/٣٢٢).

(٥) الجامع لأحكام القرآن (٩/١٥١).

وقال عماد الدين ابن كثير[١]: «﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ وهذا من باب الجعالة، ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ وهذا من باب الضمان والكفالة»[٢].

ثانياً: السنة النبوية:

١- عن أنس بن مالك[٣] -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة[٤] فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمّها وجعل فيها الطعام، وقال: **(كلوا)**، وحبس الرسولَ والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة.

وفي لفظ آخر أنه قال: **(طعام بطعام، وإناء بإناء)**[٥].

---

(١) هو العلامة إسماعيل بن عمر بن كثير، أبو الفداء، عماد الدين، القرشي الدمشقي الشافعي، ولد سنة ٧٠١هـ، سمع من المزي وابن تيمية والذهبي وغيرهم، وصفه الذهبي بأنه «فقيه متفنن، ومحدث متقن، ومفسر نقال، وله تصانيف مفيدة»، منها: "تفسير القرآن العظيم" و"البداية والنهاية" وغيرهما، توفي سنة ٧٧٤هـ.

انظر: تذكرة الحفاظ (١٥٠٨/٤)، المعجم المختص (ص٧٤)، الذيل على العبر (٣٥٨/٢).

(٢) تفسير القرآن العظيم (٢٦٧/٢).

(٣) هو الصحابي الجليل أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم، أبو حمزة الأنصاري الخزرجي النجاري المدني، خادم رسول الله ﷺ، ولد قبل الهجرة بعشر سنين، روى عن النبي ﷺ علما كثيرا، ودعا له النبي ﷺ أن يطول عمره ويكثر ولده، كما روى عن أبي بكر وعمر وعثمان وغيرهم، وحدث عنه الحسن وابن سيرين والشعبي وآخرون، مات سنة ٩٣هـ وقيل غير ذلك.

انظر: طبقات ابن سعد (١٢/٧)، سير أعلام النبلاء (٣٩٥/٣).

(٤) القصعة: الصحفة والإناء، وجمعها: قصعات.

انظر: القاموس المحيط (ص٩٧١)، فتح الباري (١٤٩/٥).

(٥) أخرجه باللفظ الأول البخاري في صحيحه: كتاب المظالم والغصب، باب: إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره (٢٠٢/٢) رقم (٢٤٨١)، وأخرجه باللفظ الثاني الترمذي في سننه: كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء، ما يحكم له من مال الكاسر (٦٤٠/٣) رقم (١٣٥٩)، وقال: حديث حسن صحيح. وصححه الألباني في إرواء الغليل (٣٥٩/٥).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أوجب على كاسرة الإناء ضمان الإناء الذي أتلفته والطعام الذي كان فيه.

٢- إن ناقة للبراء بن عازب[١] -رضي الله عنه- دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ ألزم أصحاب المواشي بضمان ما أتلفته مواشيهم من الزرع ليلا.

٣- عن صفوان بن أمية[٣] -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم خيبر

---

(١) هو: الصحابي الجليل: البراء بن عازب بن الحارث، أبو عمارة الأنصاري الحارثي المدني، كان من أعيان الصحابة ومن فقهائهم، روى حديثا كثيرا، وشهد غزوات عدة مع النبي ﷺ، روى أيضا عن أبي بكر وخاله أبي بردة بن نيار، حدث عنه: عبد الله بن يزيد الخطمي، وأبو جحيفة السوائي الصحابيان وأبو إسحاق السبيعي وغيرهم، توفي سنة ٧٢هـ وقيل غير ذلك.
انظر: أسد الغابة (١/١٧١)، سير أعلام النبلاء (٣/١٩٤).

(٢) أخرجه مرسلا مالك في الموطأ: كتاب الأقضية، باب القضاء في الضواري والحريسة (٢/٧٤٧-٧٤٨) واللفظ له، وأحمد في المسند (٥/٤٣٥-٤٣٦)، وأخرجه موصولا أبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب المواشي تفسد زرع قوم (٣/٨٢٩-٨٣٠) برقم (٣٥٧٠)، وابن ماجه في سننه: كتاب الأحكام، باب الحكم فيما أفسدت المواشي (٣/١٠١-١٠٢) برقم (٢٣٣٢)، وقال ابن عبدالبر في التمهيد (١١/٨٢): «هذا الحديث وإن كان مرسلا فهو حديث مشهور أرسله الأئمة وحدث به الثقات واستعمله فقهاء الحجاز وتلقوه بالقبول، وجرى في المدينة به العمل». وصححه الألباني في إرواء الغليل (٥/٣٦٢)، وانظر: التلخيص الحبير (٤/١٦٢).

(٣) هو: الصحابي الجليل صفوان بن أمية بن خلف بن وهب، أبو وهب، القرشي الجمحي المكي، روى أحاديث عن النبي ﷺ، حدث عنه عبدالله وسعيد بن المسيب وطاووس وغيرهم، كان من كبراء قريش، أسلم بعد الفتح وحسن إسلامه، وشهد اليرموك، توفي سنة ٤١هـ.
انظر: الجرح والتعديل (٤/٤٢١)، سير أعلام النبلاء (٢/٥٦٢)، الإصابة (٣/٢٤٦).

أدرعا[١] فقال: أغَصباً يا محمد؟ فقال: **(بل عارية مضمونة)**، قال: فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ التزم لصفوان بضمان العارية التي استعارها منه، فلما ضاع بعض العارية وأراد النبي ﷺ أن يضمنها عفا عنها صفوان رضي الله عنه.

ثالثا: الإجماع:

ويمكن أن يستدل بالإجماع من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: لا خلاف بين العلماء على تضمين المثل في المطعومات والمشروبات والموزونات، واختلفوا فيمن استهلك أو أفسد شيئا من الحيوان أو العروض التي لا تكال ولا توزن، هل تضمن بالمثل أو بالقيمة[٣].

توضيحه: يفهم من هذا أن العلماء متفقون على وجوب الضمان هنا، وإن اختلفوا في كيفية الضمان بالنسبة للحيوان والعروض التي لا تكال ولا توزن.

---

(١) أدرع: جمع درع، وهو لبوس الحديد.
انظر: النهاية في غريب الحديث (١١٤/٢)، لسان العرب (٨٢/٨).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٤٠١/٣) واللفظ له، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العارية (٨٢٢/٣-٨٢٣) برقم (٣٥٦٢)، والحاكم في المستدرك (٥٤/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب العارية، باب العارية مضمونة (٨٩/٦)، وقال بعد أن ساق عدة طرق لهذا الحديث: ((وبعض هذه الأخبار وإن كان مرسلا فإنه يقوى بشواهده مع ما تقدم من الموصول والله أعلم))، وصححه الألباني بمجموع طرقه في الإرواء (٣٤٤/٥). وانظر: التلخيص الحبير (١١٦/٣).

(٣) انظر: الجامع لأحكام القرآن (٢٣٩/٢)، الإشراف لابن المنذر (٣٥٥/٢/أ).

الوجه الثاني: أجمع العلماء على تحريم أموال المسلمين والمعاهدين بغير حق[١].

توضيحه: أنه إذا كانت الأموال مصونة في الشريعة الإسلامية فإنه يجب على من أخذها بغير حق أو أتلفها أن يضمنها.

الوجه الثالث: أجمع المسلمون على جواز الضمان الشخصي وهو عقد الكفالة[٢].

توضيحه: أن عقد الكفالة أحد أنواع الضمان بمعناه العام، وقد أجمع المسلمون على جوازه.

المطلب الرابع

أركان[٣] الضمان

المراد بأركان الضمان: أجزاؤه التي لا يجب الضمان إلا بوجودها، وهي: التعدي، والضرر، والإفضاء. فلا يتحقق الضمان إلا إذا وجد التعدي المنشئ للضرر[٤].

---

(١) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢/٣٥٠/أ)، مراتب الإجماع (ص٥٨).

(٢) انظر: تكملة المجموع للمطيعي (١٣/١٤٤)، المغني (٧/٧٢).

(٣) أركان: جمع ركن، وهو في اللغة: الجانب الأقوى، وأركان كل شيء: جوانبه التي يستند عليها ويقوم بها. وفي اصطلاح الأصوليين: ما لا وجود للشيء إلا به.
انظر: لسان العرب (١٣/١٨٥-١٨٦)، كشف الأسرار (٣/٦١١)، كشاف اصطلاحات الفنون (١/٨٧٢).

(٤) انظر: نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨)، نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص٨٨)، ضمان العدوان (ص٩٧).

وقد تكلم الفقهاء قديما على هذه الأركان، إلا أنها جاءت مشتتة وموزعة في أماكن متفرقة من كتبهم، وذلك على طريقتهم في التأليف آنذاك، بخلاف الفقهاء المتأخرين، فإنهم عنوا بترتيبها وجمعها في مكان واحد.

هذا، وقد سمّاها بعض الباحثين بالأركان كما فعلت، وعبّر عنها البعض الآخر بالشروط[١]؛ ولعل ذلك يرجع إلى طريقة الباحث في ترتيب بحثه وتنظيمه، أو أنه من باب التغليب، والقضية اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح.

إلا أن «الواقع أن (الضرر): هو العلة المؤثرة في وجوب الضمان، و(التعدي): هو السبب في الضمان والعلة في حدوث الضرر، و(الإفضاء): هو شرط في السبب أو العلة يؤول إلى انتفاء المانع»[٢].

ويمكن توضيح هذه الأركان فيما يلي:

الركن الأول: التعدي:

يمكن توضيح التعدي في النقاط التالية:

أولاً: تعريف التعدي:

التعدي لغة: هو الظلم وتجاوز الحدّ، ويطلق على تجاوز الشيء إلى غيره[٣]، وقال الرازي[٤]: «العَدْو هو التعدي في الأمور وتجاوز ما ينبغي أن يقتصر عليه،

---

(١) انظر: المصادر السابقة.

(٢) نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص٨٨).

(٣) انظر: مختار الصحاح (ص٤١٨-٤١٩)، القاموس المحيط (ص١٦٨٨).

(٤) هو: الفقيه الأصولي فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي البكري الرازي، ابن خطيب الرَّيّ، ولد سنة ٥٤٣هـ وقيل ٥٤٤، اشتغل على والده وأبي محمد البغوي والكمال السمناني وغيرهم، له مؤلفات منها: "التفسير"، و"المحصول في أصول الفقه"، و"مناقب الشافعي"، توفي سنة ٦٠٦هـ.

انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي (٨/٨١-٩٦)، طبقات الشافعية لابن هداية الله (ص٢٦٣).

يقال: عدا عليه عدواً وعدوانا وعديا واعتداء وتعديا: إذا ظلمه ظلما مجاوزا للحدِ»[١].

التعدي في اصطلاح الفقهاء: ذكر الفقهاء والباحثون تعاريف كثيرة للتعدي، من أبرزها ما يأتي:

١- التعدي عند المالكية أعمّ من الغصب، فهو يشمل التعدي في الأموال والفروج والنفوس والأبدان.

والتعدي في الأموال عندهم على أنواع:

الأول: أخذ الرقبة، وهو الغصب، وتعريفه عندهم: «أخذ مال غير منفعة ظلما وقهرا لا لخوف قتال»[٢].

الثاني: غصب المنفعة دون قصد تملك رقبته. وقد عرَّف بعضهم التعدي بهذا المعنى، فقال: هو «التصرف في الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه»[٣].

الثالث: الاستهلاك بإتلاف الشيء، ويجري مجراه التسبب في التلف.

الرابع: إتلاف بعض أجزاء الشيء[٤].

---

(١) مفاتيح الغيب (١٢١/٢).

(٢) هذا مع أن بعض المالكية ذهب إلى أن الغصب غير التعدي. انظر: شرح حدود ابن عرفة (٤٦٦/٢، ٤٦٨)، العقد المنظم (٧٩/٢).

(٣) انظر: المرجعين السابقين.

(٤) انظر: المرجعين السابقين، وقوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٤-٣٤٥)، الموافقات (٤٢٥/٣).

٢- عرّفه ابن نجيم الحنفي[١] -رحمه الله- بأنه «الفعل الضارّ بدون حقّ أو جواز شرعي»[٢].

٣- عرّفه الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي - رحمه الله - بأنه: «فعل ما لا يجوز من التصرفات أو الاستعمالات»[٣].

٤- قال الأستاذ مصطفى الزرقا: «وأما التعدي فيستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما، وتحديد أي منهما هو المراد في هذا المقام:

* فالمعنى الأول للتعدي هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

* والمعنى الثاني الذي قد يعبر عنه بالتعدي هو العمل المحظور في ذاته شرعا، بقطع النظر عن كونه متجاوزا على حدود الغير أم لا.

فالتعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود هنا في هذا المقام»[٤].

٥- عرّف الدكتور محمد فوزي التعدي بأنه: «مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفا أو عادة»[٥].

---

(١) هو الفقيه عمر بن إبراهيم بن محمد، سراج الدين، الحنفي المصري، المعروف بابن نجيم. له مصنفات منها: البحر الرائق بشرح كنز الدقائق في الفقه، إجابة السائل باختصار أنفع الوسائل، الأشباه والنظائر الفقهية، توفي سنة ١٠٠٥هـ.

انظر: هدية العارفين (٧٩٦/٥)، إيضاح المكنون (٢٥/٣)، معجم المؤلفين (٥٥١/٢).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٤١٣).

(٣) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤)

(٤) الفعل الضار (ص٧٨-٧٩).

(٥) نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص٩٢).

والشطر الأول من هذا التعريف -وهو قوله: (مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه)- مأخوذ من تعريف الرازي الذي سبق أن ذكرته في التعريف اللغوي للتعدي.

٦- قال الدكتور وهبة الزحيلي عن الاعتداء أو التعدي: «ويراد به عند الفقهاء: معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه: هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو أنه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي، كما قال ابن نجيم في الأشباه»[١].

٧- قال الدكتور سليمان محمد أحمد: «ولكن الاستعمال الكثير والسائد عند الفقهاء أنهم يقصدون بالتعدي أو الاعتداء: إحداث عمل لم يأذن الشرع فيه. وبعبارة أخرى: إحداث عمل لم يكن للشخص حق فعله»[٢].

هذا ما يسّر الله لي الوقوف عليه من تعاريف لمصطلح التعدي.

ملاحظاتي حول هذه التعاريف:

١- بحثت في كتب المذاهب الفقهية عن تعريف اصطلاحي للتعدي فلم أجد من عرَّفها سوى فقهاء المذهب المالكي وابن نجيم الحنفي. وسبب ذلك -والله أعلم- أنهم اكتفوا بمعناه اللغوي، خاصة وأن أغلب التعاريف التي وقفت عليها راجعة إلى المعنى اللغوي.

٢- ذكر فقهاء المذهب المالكي للتعدي تعريفات وإطلاقات إلا أنها خاصة في المذهب المالكي فيما يظهر؛ لأني لم أجد من وافقهم على هذا من علماء المذاهب الأخرى.

٣- إن التمييز بين المعنيين الذين ذكرهما الأستاذ مصطفى الزرقا جيد وواضح، وبه يزول الاشتباه الواقع بين المعنيين.

---

(١) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨).

(٢) ضمان المتلفات (ص٢٢٨).

٤- إن في تعريف الفقيه ابن نجيم الحنفي تكرارا حسب نظري؛ ذلك أن قوله (أو جواز شرعي) مستفاد من قوله (بدون حق)، فأغنى عنه، والله أعلم.

٥- إن تعريف الشيخ عبدالرحمن السعدي قد يفهم منه المعنى الثاني الذي ذكره الأستاذ مصطفى الزرقا، وهو غير مراد هنا، ولكن قد يعتذر للشيخ السعدي بأنه كتبه في سياق ذكره الفرق بين التعدي والتفريط[١].

٦- إن الشطر الأول من تعريف الدكتور محمد فوزي – وهو قوله: (مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه) – مأخوذ من تعريف الرازي[٢] الذي سبق أن ذكرته في التعريف اللغوي للتعدي.

٧- إن الدكتور وهبة الزحيلي ذكر معنيين لضابط التعدي:

الأول منهما: فيه إيهام وعدم وضوح، لا سيما وأنه لم يقم بشرح تعريفه، ولم يبين لنا المراد من بعض العبارات الموهمة كقوله: (السلوك المألوف) و(الرجل المعتاد).

وأما الثاني منهما: فهو تعريف الفقيه ابن نجيم الحنفي، وقد ذكرت آنفا ما يرد عليه من اعتراض.

٨- يبقى لنا - بعد ذلك - التعريفات والإطلاقات التي ذكرها كل من: فقهاء المالكية والأستاذ الزرقا والدكتور محمد فوزي والدكتور سليمان أحمد، وهذه التعاريف وإن اختلفت عباراتها فهي - في نظري - تصب في المعنى اللغوي للتعدي ولا تخرج عنه[٣].

---

(١) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤).

(٢) انظر: مفاتيح الغيب (١٢/٢).

(٣) انظر: نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨)، ضمان المتلفات (ص٢٢٨)، مؤسسة المسئولية (ص١٤٣).

وهو ما حدا فقهاء المذاهب الثلاثة – الحنفية والشافعية والحنابلة – إلى عدم ذكر التعريف الاصطلاحي للتعدي – كما قدمته أولاً – مع كثرة اهتمامهم وعنايتهم بذكر المصطلحات والتعاريف، والله تعالى أعلم.

ثانيا: حكم التعدي على الأموال:

لا ريب أن للمال حرمة عظيمة في الشريعة الإسلامية، فهو أحد الضروريات الخمس التي لا تستقيم مصالح الدنيا إلا بها، قال تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا ﴾[(١)].

ولهذا فقد شرع الله كثيرا من الوسائل والأحكام التي تقوم على حفظ المال ورعايته، ومن بينهما تحريم الاعتداء عليها، ووجوب ضمان الضرر الواقع عليها بالتعدي، فالتعدي أحد أركان الضمان التي لا يتحقق إلا بوجودها[(٢)].

والأدلة على ذلك كثيرة، أذكر منها:

١- قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[(٣)].

قال الشيخ عبدالرحمن السعدي في تفسير هذه الآية: «ينهى تعالى عباده المؤمنين أن يأكلوا أموالهم بينهم بالباطل، وهذا يشمل أكلها بالغصوب والسرقات وأخذها بالقمار والمكاسب الرديئة»[(٤)].

---

(١) سورة النساء، الآية [٥].

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٤٩)، الموافقات (٤٢٨/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢)، المبدع (٩٦/٥، ٢٤١)، نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨).

(٣) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٤) تيسير الكريم الرحمن (ص١٧٥).

٢- عن أبي بكرة[١] -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: **(إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)**[٢].

٣- أجمع أهل العلم على أن الله -عزّ وجلّ- حرم أموال المسلمين والمعاهدين بغير حق[٣].

ثالثا: حدّ التعدي:

من القواعد الفقهية المقررة لدى أهل العلم أن كل اسم ليس له حدّ في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى العرف[٤][٥].

ومن ذلك التعدي. فإنه لم يرد له ضابط في اللغة ولا في الشرع، وإنما مرجعه إلى العرف والعادة، فما عُدَّ تعديا عادة وعرفا كان كذلك شرعا وأنيط

---

(١) هو: الصحابي الجليل نفيع بن الحارث، وقيل ابن مسروح، أبو بكرة، الثقفي الطائفي، مولى النبي ﷺ، كان عبدا وأعتقه النبي ﷺ لّما فرّ إليه بعدما تولى في حصار ببكرة، روى جملة أحاديث، حدث عنه بنوه عبيد الله وعبد الرحمن، وكذا أبو عثمان النهدي وابن سيرين وغيرهم، قيل بأنه -رضي الله عنه- توفي سنة ٥١، وقيل غير ذلك.
انظر: الجرح والتعديل (٤٨٩/٨)، سير أعلام النبلاء (٥/٣)، الإصابة (٢٥٢/٦).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب العلم، باب قول النبي ﷺ (رب مبلغ أوعى من سامع) (٤١/١) برقم (٦٧)، ومسلم في صحيحه: كتاب القسامة، باب تغليظ الدماء والأعراض والأموال (١٣٠٥/٣) برقم (١٦٧٩).

(٣) الإشراف لابن المنذر (٣٥٠/٢) ألف، وانظر: مراتب الإجماع (ص٥٨).

(٤) **العرف في اللغة:** يدل على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، كعرف الفرس، كما يدل على السكون والطمأنينة، كالمعروف.
وفي الاصطلاح: ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.
انظر: معجم مقاييس اللغة (٢٨١/٤)، العرف والعادة لأبي سنة (ص٨)، العرف لعادل قوته (٩٣/١-١٠٤).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١٤٠/١-١٤١)، مجموع الفتاوى (٢٣٥/١٩-٢٥٩).

الحكم به ولزم به الضمان[١]، وذلك بغض النظر عن نوع الأهلية في شخص المعتدي وقصده. فلا فرق في ضمان الأموال بين العمد والخطأ[٢]، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين المجنون والعاقل[٣][٤].

الركن الثاني: الضرر:

سيكون إيضاح هذا الركن في الأمور التالية:

أولاً: تعريف الضرر لغة وشرعاً:

الضرر لغة: يطلق على عدة معان، منها: ما كان ضد النفع، والضيق والشدة والأذى، كما يطلق على النقصان يدخل في الشيء، ومنه النقص في الأموال والأنفس[٥].

---

(١) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص٣٧)، نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨)، ضمان العدوان (ص١٠٩-١١١).

(٢) وإنما يفرق بينهما في الإثم، فيأثم العامد دون المخطئ. وسيأتي مزيد تفصيل عند الكلام على قاعدة: ما يضمن بالعمد يضمن بالخطأ.
انظر: شرح الزيادات (ص١٨٦١)، الفروق للقرافي (٢١٣/١)، عدة البروق (ص٣٣٥)، وقواعد الأحكام (٣٥/١، ٦/٢)، مجموع الفتاوى (٣٢٧/٢٩)، إعلام الموقعين (١٥٢/٢)، المحلى (٩١/٦).

(٣) هذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية، وخالف بعضهم الآخر فقالوا: إنه لا ضمان على المجنون والصبي غير المميز.
انظر: بدائع الصنائع (١٧١/٧)، الذخيرة (٢٥٩/٢)، منح الجليل (٩١/٦-٩٢) القواعد للحصني (٢٧٥/٢، ٤١٨/٣) المغني (٦١١/٦).

(٤) انظر: نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨)، ضمان العدوان (ص١٠٩-١١١).

(٥) انظر: لسان العرب (٤٨٢/٤-٤٨٨)، المصباح المنير (ص١٣٦).

الضرر شرعاً: عرف الضرر بعدة تعاريف[١]، لا تختلف كثيرا عن معناها اللغوي إلا بزيادة إيضاح، ومن هذه التعاريف قول بعضهم: إن الضرر هو «إلحاق مفسدة بالغير»[٢].

ومن أوضح هذه التعاريف وأقربها إلى موضوع البحث - الضمان - أن الضرر هو: «كل إيذاء يلحق الشخص في ماله أو جسمه أو عرضه أو سمعته»[٣].

هذا، وقد يكون الضرر بالقول كالسب والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم، كما قد يكون بالفعل الإيجابي كالضرب والإحراق والترويع، وقد يكون بالفعل السلبي كالامتناع عن إطعام المضطر أو إغاثة الغريق[٤].

ثانيا: أنواع الضرر[٥]:

(١) الضرر المادي: وينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الضرر المالي، وهو الضرر الذي يلحق بالمال، سواء كان حيواناً أم منقولاً أم عقاراً أم غير ذلك، وسواء كان الضرر بإتلاف كليا أم جزئياً، أم بالاستيلاء عليه أم التعدي على ملك صاحبه.

---

(١) انظر: التمهيد (١٥٨/٢٠) جامع العلوم والحكم (ص٣٠٣)، نيل الأوطار (٢٩٤/٥).

(٢) الفتح المبين لشرح الأربعين (ص٢١١)، المدخل للزرقا (٩٧٧/٢).

(٣) انظر: نظرية الضمان للزحيلي (ص٢٣).

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٣/٧)، الموافقات (١٨٥/٣)، المجموع المذهب للعلائي (بتحقيق محمد صالح فرج ص٢٨٥)، الضمان في الفقه الإسلامي (ص٥٤-٥٥)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٢٣-٢٤، ١٣١).

القسم الثاني: الضرر الجسمي، وهو كل ضرر يتعلق ببدن الإنسان، سواء كان ذلك بإتلاف النفس أم إبانة عضو من الأعضاء أم تعطيل منفعة أم جرح أم تشويه أم عاهة.

(٢) الضرر المعنوي (الأدبي):

وهو كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو شرفه أو سمعته أو عاطفته أو شعوره، كالشتم والإهانة.

ثالثا: حكم الضرر:

الضرر ركن من أركان الضمان. فلا يجب الضمان إلا إذا تحقق وقوع الضرر المادي، سواء كان ماليا أم جسميا؛ ولذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: **(لا ضرر ولا ضرار)**[١].

أما الضرر المعنوي: فإن الفقهاء اتفقوا على جبره بالعقوبة الحدّيّة فيما لو كان الضرر قذفا، أو التعزيرية فيما لو كان الضرر دون القذف[٢].

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ: كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق (٢/٧٤٥)، وأحمد في مسنده (١/٣١٣، ٥/٣٢٦-٣٢٧)، وابن ماجه في سننه: كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٣/١٠٦) برقم (٢٣٤٠)، والدارقطني في سننه (٤/٢٢٧-٢٢٨)، والبيهقي في سننه الكبرى: كتاب آداب القاضي، باب ما لا يحتمل القسمة (١٠/١٣٣) عن عدد من الصحابة منهم عبدالله بن عباس وعبادة بن الصامت وعائشة رضي الله عنهم. وقال النووي: وله طرق يقوي بعضها بعضا. قال ابن رجب: وهو كما قال. وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم. انظر: جامع العلوم والحكم (ص٣٠١-٣٠٢)، مستدرك الحاكم (٢/٦٦).

(٢) انظر: مراتب الإجماع (ص١٣٤)، الإجماع لابن المنذر (ص١٦٣)، المغني (١٢/٣٨٤)، مجموع الفتاوى (٣٤/٢٢٧).

وأما جبر الضرر المعنوي بالضمان المالي فإنه من المسائل النازلة المستجدة[١] التي اختلفت فيها كلمة الفقهاء المعاصرين[٢].

وذلك راجع – والعلم عند الله تعالى – إلى عدم وجود دليل مقنع يدل على جوازه، بل إن الأمر على خلاف ذلك. فإن قبول الضمان المالي عن الأضرار المعنوية فيه مخالفة واضحة لقاعدة الضمان؛ ذلك لأن الضمان المالي يقوم على أساس الجبر بالتعويض، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ له؛ ليقوم مقامه ويسد مسده، وليس ذلك بمتحقق هنا؛ لأنه إذا أعطى كان أخذ مال في غير مقابلة مال، فيكون هذا من باب أكل أموال الناس بالباطل، وقد قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾[٣][٤].

الركن الثالث: الإفضاء (الرابطة بين التعدي والضرر):

الإفضاء هو الركن الثالث من أركان الضمان.

والمراد به هو: أنه لا يجب الضمان على المعتدي إلا إذا كان الضرر ناشئا عن اعتدائه، سواء كان عن طريق المباشرة أم التسبب[٥].

---

(١) انظر: المبسوط (٨١/٢٦)، الاختيار (١١٤/٤)، الكافي لابن عبد البر (ص٥٧٧)، مواهب الجليل (٣٠٥/٦)، روضة الطالبين (٣١٣/٨)، المغني (٣٩٣/١٢-٣٩٤).

(٢) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (ص٥٥-٥٧)، الفعل الضار (ص١٢١-١٢٦)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٢٤-٢٥).

(٣) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٤) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (ص٥٥-٥٦)، الفعل الضار (ص١٢٤).

(٥) انظر: نظرية الضمان للزحيلي (ص٢٦).

وسيأتي مزيد بيان عن مسائل المباشرة والتسبب عند الكلام على القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب.

المطلب الخامس

شروط الضمان

وضع الفقهاء شروطا لا بدّ من توفرها لوجوب الضمان، وهي كما يلي:

١- أن يكون الشيء المضمون مالاً. فلا تضمن الميتة وجلدها، والدم المسفوح، وغير ذلك مما ليس بمال[١].

والمراد بالمال: «ما كان له قيمة مادية بين الناس وجاز شرعا الانتفاع به في حال السعة والاختيار»[٢].

٢- أن يكون المال المضمون متقوّما في الشريعة الإسلامية، فلا ضمان في إتلاف خمر وخنزير لمسلم وغير ذلك مما لا قيمة له[٣].

والمراد بالتقوّم: «المال المحرز الذي يباح الانتفاع به شرعاً»[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٦٧/٧)، مجمع الضمانات (٣١٣/١-٣١٥)، بداية المجتهد (٣٨٧/٢)، المجموع (٢٨٥/٩)، المغني (٣٥٨/٦-٣٥٩)، الضمان في الفقه الإسلامي (ص٦٠)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٥٧).

(٢) الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢٤٧٧/٣/٥). وانظر: حاشية رد المحتار (٥٠١/٤، ٥٠/٥-٥١)، الموافقات (٣٢/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٢٧)، الإقناع (١٥٦/٢)، الأموال ونظرية العقد (ص١٤٩-١٥٠)، أحكام المعاملات الشرعية (ص٢٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٦٧/٧)، منح الجليل (٩٦/٧)، روضة الطالبين (١٧/٥)، المغني (٤٢٤/٧)، الضمان في الفقه الإسلامي (٦٠/١)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٥٨).

(٤) درر الحكام (٤٩٨/٢). وانظر: أحكام المعاملات الشرعية (ص٣٤).

«ويفهم من كلام الفقهاء في المالية والتقوّم أنهما مترابطان ترابطا قد ينفك من جهة بإطلاق. فكل ما هو متقوّم فيه مالية، لكن ليس كل ما فيه مالية متقوّما، وذلك إذا لم يكن المال محترما شرعاً. فما لا يحترمه الشارع ويعتبره فلا قيمة له»[١].

٣- أن يكون المال المضمون مملوكا؛ لأن ما لا مالك له فهو مباح، ولا يجب الضمان في إتلاف المباحات التي لا يملكها أحد، كالطير في الهواء والسمك في الماء[٢].

٤- أن يكون المال المضمون محترما حتى يصير في وجوب ضمانه فائدة؛ ولذا فلا يجب الضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب[٣].

٥- أن يكون المتلف أهلا لوجوب الضمان عليه، فلا ضمان على مالك البهيمة إذا أتلفت مالا لغيره، إلا إذا تسبب المالك في الإتلاف أو فرط في حفظها[٤].

---

(١) الحقوق المعنوية ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥/٣/٢٣٠٧-٢٣٠٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٦٨/٧)، التمهيد لابن عبد البر (١٦١/٢٠)، السراج الوهاج (ص١٧٥)، الشرح الكبير مع المقنع (٥٥/١١)، الضمان في الفقه الإسلامي (٦٠/١، ٦٦) نظرية الضمان للزحيلي (ص٦٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٦٨/٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص١٤٥، ٣٨٦) مغني المحتاج (٢٧٧/٢، ٢٩٣)، معونة أولي النهى (٣٦٣/٥-٣٦٥)، الضمان في الفقه الإسلامي (٦٧/١)، الضمان للزحيلي (ص٦١-٦٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١٦٨/٧)، الذخيرة (٢٦٤/١٢)، التهذيب للبغوي (٤٣٦/٧)، المغني (٥٤١/١٢)، الضمان في الفقه الإسلامي (٥٧/١)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٦١).

ولا يشترط في أهلية الضمان البلوغ والعقل والعلم ؛ لأن ضمان الأموال من باب خطاب الوضع لا التكليف[١].

٦- أن يكون الضرر محقق الوقوع على وجه دائم. فلا يجب الضمان بمجرد وقوع الاعتداء، كما لو رمى قدحا لغيره فلم يصب القدح بشيء، فإنه لا يجب على الرامي شيء ؛ لعدم وقوع الضرر.

كما أنه لا يجب الضمان إذا وقع الضرر ولم يستمر، بحيث رجع الشيء إلى الحالة التي كان عليها قبل الضرر، كأن عُولج المرض أو نبتت سن الحيوان المجنيّ عليه[٢].

٧- أن يكون الضرر فاحشا لا يسيراً، فلا ضمان في الضرر اليسير المعتاد.

والمرجع في معرفة حد الفاحش واليسير إلى العرف والعادة[٣].

المطلب السادس

أسباب الضمان

ذكر الفقهاء أسبابا كثيرة موجبة للضمان في مواطن متعددة من كتبهم، إلا أنهم اختلفوا في كيفية تقسيمهم لها: فمنهم من يذكر أنها أربعة، ومنهم من

---

(١) انظر: الاختيار (٢/١١٣)، الفروق للقرافي (١/٢١٣)، القواعد للحصني (٢/٢٧٥)، إعلام الموقعين (٢/١٥٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٥-١٥٧)، البهجة شرح التحفة (٢/٣٣٥)، التهذيب للبغوي (٧/١٠٢)، المغني (١١/٥٥٣-٥٥٤)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٤٦)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٦٠).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (٥/٤٤٧-٤٤٨)، التمهيد لابن عبد البر (٢٠/١٦١)، البهجة شرح التحفة (٢/٣٣٥)، روضة الطالبين (٩/٣١٩-٣٢٠)، الفروع لابن مفلح (٤/٢٨٥).

يزيد على ذلك أو ينقص[١].

والسبب في ذلك يرجع إلى أنهم لم يفردوا هذا الموضوع - أي الضمان - بباب خاص يتناولون فيه أسبابه وأركانه وشروطه وأنواعه وأحكامه، وإنما كان حديثهم عنه عرضا في مسائل تتصل بالضمان ضمن أبواب متعددة من كتبهم.

ولما كانت هذه الأسباب كثيرة التداخل فيما بينها فإنه يمكن إرجاعها إلى أسباب رئيسة ثلاثة، هي: العقد واليد والإتلاف.

السبب الأول: العقد:

سبق وأن عرَّفتُ العقد في اللغة والاصطلاح[٢]، وبيّنتُ أنه يشمل الالتزامات الناشئة عن اتفاق بين طرفين كالبيع والإجارة ونحوهما، كما يشمل الالتزامات الناشئة من طرف واحد كالوقف والجعالة ونحوهما.

---

(١) ذكر العز بن عبد السلام والحصني أن أسباب الضمان أربعة، وهي: اليد والمباشرة والسبب والشرط. وجعلها ابن رجب ثلاثة: العقد واليد والإتلاف. وكذلك ذكرها الزركشي والسيوطي إلا أنهما أضافا الحيلولة سببا رابعا. أما الغزالي والقرافي وابن رشد فقد ذكروا أنها ثلاثة، وهي: التفويت بالمباشرة أو التسبب أو إثبات اليد العادية. وجعلها بعضهم خمسة. كما أوصلها بعضهم إلى سبعة.

انظر: بداية المجتهد (٣٨٦/٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨)، الفروق للقرافي (٢٠٦/٢)، الوجيز (٢٠٥/١)، قواعد الأحكام (٢٦٥/٢)، المنثور (٣٢٢/٢-٣٢٣)، القواعد للحصني (٤٢٠/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢)، تقرير القواعد (٣١٦/٢).

(٢) كما في المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالضمان صفحة٦٢ من هذه الرسالة.

ويعدّ العقد – بنوعيه السابقين – سبباً موجبا للضمان المالي[١]؛ وذلك لأن العقد يترتب عليه أحكام خاصة ملزمة لكل من الطرفين أو لمن قام الالتزام في حقه.

فمن العقود ما شرع لإفادة الضمان، فكان الضمان حكما له وأثرا، كعقد الكفالة التي هي عبارة عن «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»[٢]، فيترتب عليه التزام الكفيل ضمان المكفول به، فتشغل به ذمته كما تنشغل به ذمة المضمون عنه[٣].

ومن العقود ما شرع لإفادة حكم آخر غير الضمان، ولكن الضمان يترتب عليه باعتباره أثرا لازما لحكمه، فمقتضى عقد البيع - مثلا – تسليم المبيع للمشتري والثمن للبائع وسلامة العوضين من العيب وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه، فإذا حدث خلل في ذلك المقتضى ترتب الضمان على من حصل من جانبه بناء على العقد.

ومثل ذلك في عقد السلم والإجارة ونحوهما[٤].

ومن العقود ما شرع لإفادة حكم آخر غير الضمان، ولكن الضمان يترتب عليه أثرا؛ لوجود شرط صحيح فيه اشترطه المتعاقدان أو أحدهما، أو كان الشرط

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٢٧، ٢٩١)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨)، المنثور (٣٢٢/٢)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد (٣١٦/٢)، الضمان في الفقه الإسلامي (١٦/١-١٧)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٦٣-٦٥).

(٢) انظر: المغني (٧١/٧)، وانظر: فتح القدير (٢٨٣/٦)، شرح الزرقاني على خليل (٢٢/٦)، مغني المحتاج (١٩٨/٢).

(٣) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١٦/١).

(٤) انظر: المصدر السابق، ونظرية الضمان للزحيلي (ص٦٣).

مفهوما ضمن العقد حسب العرف والعادة. فمتى أخلّ العاقد بشيء من هذه الشروط فإن الضمان يترتب عليه، ويكون العقد هو السبب الموجب للضمان[١].

والأصل في الالتزام بالوفاء بالعقود والشروط وتحمل مسئولية ذلك عند الإخلال بها عموم الآيات الدالة على ذلك كقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[٢]، وقوله جل وعلا: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[٣].

ومن السنة قول النبي ﷺ: **(المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حرما)**[٤].

وكذلك ما قرره الفقهاء من قواعد فقهية مستندة إلى أدلة شرعية تقضي بتقييد العقد المطلق بالعرف والعادة كما يتقيد بالنص، وذلك كقاعدة (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)[٥].

---

(١) انظر: المصدرين السابقين.

(٢) سورة المائدة، [١].

(٣) سورة الإسراء، [٣٤].

(٤) أخرجه الترمذي في سننه: كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس (٦٣٤/٣-٦٣٥) برقم (١٣٥٢)، والدارقطني (٢٧/٣)، والحاكم في المستدرك (١١٣/٤)، والبيهقي في سننه: كتاب الشركة، باب الشرط في الشركة وغيرها (٧٩/٦)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. قال ابن تيمية في القواعد النورانية (ص٢٢٠): «وهذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفا فاجتماعها من طرق يشدّ بعضها بعضا»، وصححه الألباني بمجموع طرقه في الإرواء (١٤٢/٥-١٤٦).

(٥) انظر: درر الحكام (٥١/١)، شرح تنقيح الفصول (ص٤٤٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٢-٩٣)، زاد المعاد (١٠٩/٥، ١١٨).

تصنيف العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه:

تصنف العقود - بالنظر إلى الضمان وعدمه - إلى ثلاثة أصناف:

أولا: عقود ضمان: وهي العقود التي يكون فيها المال مضمونا على الطرف القابض له مطلقا في جميع الحالات، سواء وجد منه التعدي أو التقصير أم لم يوجد، كما لو هلك بآفة سماوية.

وذلك كعقد البيع والقرض ونحوهما.

ثانيا: عقود أمانة: وهي العقود التي يكون فيها المال المقبوض أمانة في يد قابضه، فلا يترتب عليه ضمانه إلا إذا تعدى عليه أو قصّر في حفظه.

وذلك كعقد الإيداع والوكالة ونحوهما.

ثالثا: عقود مزدوجة الأثر: وهي العقود التي تنشئ الضمان من وجه والأمانة من وجه.

وذلك كعقد الإجارة والرهن ونحوهما[1]. فالإجارة مثلا يعتبر فيها المال المأجور أمانة في يد المستأجر، لكن منافعه المعقود على استيفائها مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها. فلو ترك المأجور دون أن ينتفع به حتى مضت مدة الإجارة يكون ما فات من المنافع فائتا على حسابه، وتلزمه الأجرة التي هي قيمة تلك المنافع[2].

---

(١) انظر: تقرير القواعد وتحرير الفوائد (١/٢٩٨، ٣٠٢، ٣٢٣)، تحفة أهل الطلب (ص٣٤-٣٦، ٤٠)، المدخل الفقهي للزرقا (١/٥٧٩-٥٨١)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٦٥).

(٢) المدخل الفقهي للزرقا (١/٥٨٠).

السبب الثاني: وضع اليد:

تطلق اليد في اللغة على الجارحة المعروفة، وهي من المنكب إلى أطراف الأصابع، وتطلق استعارة على القوة والقدرة والنعمة والملك والسلطان والطاعة والمجاعة والأكل والندم والعياث ومنع الظلم والاستسلام.

والمراد بوضع اليد حيازة الشيء. فإذا حاز الإنسان مالا كان تحت يده[١].

ويعدّ وضع اليد سببا من أسباب الضمان، لكن ليس في جميع الأحوال[٢]؛ فاليد تنقسم من حيث الضمان وعدمه إلى قسمين، هما:

أولاً: يد الأمانة:

وهي اليد التي حصل المال في حوزتها بإذن من الشارع أو إذن من المالك[٣].

كيد الوديع والوكيل والشريك وعامل المضاربة ونحوهم. فأصحاب هذه الأيدي لا يجب عليهم الضمان؛ لأن أيديهم مؤتمنة، إلا إذا حصل منهم تعدٍّ على المال أو تفريط في حفظه، فإنهم يضمنون لذلك[٤].

---

(١) انظر: تهذيب اللغة (١٤/٢٣٩)، مختار الصحاح (ص٧٤٢)، المصباح المنير (ص٢٦٠)، المعجم الوسيط (٢/١٠٦٣).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (١/٢٨٨، ٢٩٨)، شرح المنهج المنتخب (ص٥٣٤)، القواعد للحصني (٣/٤٢٠)، تقرير القواعد (٢/٣١٦).

(٣) انظر: شرح المجلة (ص٤٢٤-٤٢٥)، الفروق (٢/٢٠٧، ٤/٢٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨)، المنثور (٢/٣٢٣)، تقرير القواعد (١/٢٩٤، ٣٠٧)، القواعد والفوائد والأصول الجامعة (ص٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص١٤١)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٠٣).

(٤) انظر: الفوائد الزينية (ص١٢٧)، الكافي لابن عبدالبر (ص٤٠٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨-٣٤٩)، المنثور (٢/٣٢٣)، تحرير القواعد (٢/٣٢٢)، القواعد الفقهية للعثيمين (ص٦٩).

ثانياً: يد الضمان:

وهي كل يد لم تستند في حوزتها للمال إلى إذن من الشارع أو إذن من المالك[١].

كيد الغاصب ومن كانت عنده أمانة فطلبها صاحبها فامتنع من غير عذر[٢].

فإذا كانت اليد يد ضمان وجب على صاحبها الضمان عند تلف ما تحتها من الأموال أو نقصها، سواء أكان تلفها باعتداء عليها من واضع اليد أم من أجنبي أم كان بسبب سماوي[٣].

وقد قسم بعض العلماء يد الضمان إلى قسمين:

١- اليد العادية: وهي التي قبضت المال دون إذن من الشارع أو إذن من المالك، كيد الغاصب والسارق ونحوهما، فهؤلاء يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف.

٢- اليد غير العادية: وهي التي قبضت بغير عدوان، بل بإذن المالك، كقبض المبيع أو بقاء يد البائع، فإنه من ضمان البائع قبل القبض، ومن ضمان المشتري بعد القبض، مع عدم العدوان[٤].

---

(١) انظر: المبسوط (١١/١١١)، بدائع الصنائع (٥/٢٤٨، ٧/٨٠)، الفروق (٢/٢٠٧، ٤/٢٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨)، المنثور (٢/٣٢٣، ٣٣٢)، تقرير القواعد (١/٢٩٤-٢٩٥)، الإرشاد للسعدي (ص١٤٨)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٠٣).

(٢) انظر: الإرشاد للسعدي (ص١٤٨).

(٣) انظر: مجمع الضمانات (١/٢٨٨، ٢٩٨)، الفروق للقرافي (٢/٢٠٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢)، تقرير القواعد (٢/٣٢١-٣٢٣)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٠٢-١٠٤).

(٤) انظر: المراجع السابقة.

السبب الثالث: الإتلاف:

الإتلاف في اللغة: مصدر أتلف، والتلف هو الهلاك والفناء والعطب في كل شيء[١].

وعرّف الإتلاف في الاصطلاح: بأنه إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة[٢].

وهو أحد الأسباب الموجبة للضمان[٣]؛ وذلك لما فيه من الاعتداء والإضرار المنهي عنهما شرعا، كما في قول الله عزّ وجلّ: ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ ﴾[٤]، وقال النبي عليه الصلاة والسلام: **(لا ضرر ولا ضرار)**[٥].

قال أبو عبدالله المقري: «قاعدة: تقدم أن أسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف والتسبب ووضع اليد غير المؤتمنة... وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع الضمان، وهي متفق عليها، وإنما يختلف عند اجتماع شائبة الأمانة معها، فيختلف أيها يغلب»[٦].

---

(١) انظر: مختار الصحاح (ص٧٨)، لسان العرب (١٨/٩)، القاموس المحيط (ص١٠٢٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٦٤/٧).

(٣) انظر: المرجع السابق، وترتيب الفروق (١٨٨/٢)، المنثور (٣٢٢/٢)، تحفة أهل الطلب (ص١٠٥).

(٤) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٨٤ من هذه الرسالة.

(٦) القواعد خ (ص١٤٠) بواسطة شرح المنهج المنتخب (ص٥٣٥).

والإتلاف قد يكون بالمباشرة وقد يكون بالتسبب، إلا أني سأؤجل الكلام عنها مع تفصيلات أخرى عن الإتلاف لأتحدث عنها في الفصل المتعلق بقواعد الضمان بسبب الإتلاف، والفصل المتعلق بالقواعد المتعلقة بالمباشر والمتسبب[١].

المطلب السابع

أنواع الضمان

ينقسم الضمان بالنظر إلى الشيء الذي وقع عليه الضرر إلى نوعين: ضمان النفس وضمان المال، وينقسم ضمان المال بالنظر إلى أسبابه إلى ثلاثة أقسام، وهي كما يلي:

أولاً: أنواع الضمان بالنظر إلى الشيء الذي وقع عليه الضرر[٢]:

١- ضمان النفس الإنسانية الحرة وأطرافها وما يتعلق بها من منافع، ويتمثل في الديات[٣] والأروش[٤] المقدرة وغير المقدرة. وهذا خارج عن موضوع بحثي؛ لأن رسالتي تتعلق بالضمان المالي.

---

(١) انظر: صفحة ١٠١-١٤٤، وصفحة ٣٥٣-٤٣٢ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٣/٧)، الموافقات (١٨٥/٣)، المجموع المذهب للعلائي (بتحقيق محمد صالح فرج ص٢٨٥)، الضمان في الفقه الإسلامي (٥٤/١-٥٥)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٢٣-٢٤، ١٣١).

(٣) الديات: جمع دية، وهي: مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدرا شرعا لا باجتهاد. انظر: شرح حدود ابن عرفة (٦٢١/٢)، مغني المحتاج (٥٣/٤).

(٤) الأروش: جمع أرش، وهو: عبارة عن الشيء المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفائت. انظر: التعريفات (ص١٧)، أنيس الفقهاء (ص٢٩٥)، الزاهر (ص٤٨٣)، القاموس الفقهي (١٩-٢٠).

٢- ضمان المال من الحيوانات والجمادات: ويتمثل في ردّ عين الشيء أو مثله أو قيمته[١].

ثانياً: أنواع ضمان المال بالنظر إلى أسبابه[٢]:

١- ضمان العقد.

٢- ضمان اليد.

٣- ضمان الإتلاف.

وقد سبق أن تكلمت عليها في مطلب خاص بأسباب الضمان[٣]، فأغنى عن التكرار، وليرجع إليه.

---

(١) سيأتي مزيد تفصيل عن كيفية ضمان المال عند الكلام على قاعدة: (المثلي مضمون بمثله والمتقوّم بالقيمة) صفحة ٤٤٤-٤٦٢ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المنثور (٢/٣٣٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦١).

(٣) انظر: صفحة ٨٨-٩٦ من هذه الرسالة.

الباب الأول:

القواعد المتعلقة بأسباب الضمان

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: القواعد المتعلقة بسبب الإتلاف.

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بالتعدي والتفريط.

الفصل الثالث: القواعد المتعلقة بسبب العقد واليد.

الفصل الأول:

القواعد المتعلقة بسبب الإتلاف

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة من أتلف نفسا لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه ، وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان.

المبحث الثاني: قاعدة لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إلا إذا تعلق به حق لغيره.

المبحث الثالث: قاعدة إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه ،والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملاً.

المبحث الأول

قاعدة من أتلف نفسا لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان

هذه القاعدة من القواعد الفقهية المتعلقة بسبب من أسباب الضمان، ألا وهو الإتلاف، وستكون دراستها – بمشيئة الله – في المطالب السبعة الآتية.

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

أول من ذكر القاعدة – في حدّ علمي – العلامة ابن رجب الحنبلي[١]، ثم نقلها عنه أحمد القاري[٢] في كتابه "مجلة الأحكام الشرعية"[٣].

أما الشيخ عبد الرحمن السعدي فإنه أجرى عليها بعض التعديلات في ألفاظها مما أدّى إلى تغير في معناها وحكمها، فذكرها بصيغة: «من أتلف شيئاً لينتفع به ضمنه، ومن أتلفه دفعا لمضرته فلا ضمان عليه»[٤].

وسيأتي مزيد إيضاح حول الاختلاف بين الصيغتين في المعنى والحكم عند الكلام على نقد القاعدة.

---

(١) انظر: تقرير القواعد (١/٢٠٩).

(٢) هو القاضي أحمد بن عبد الله بن محمد بشير خان الحجازي، من أصل هندي، ولد سنة ١٣٠٩هـ، وتعلم في المدرسة الصولتية بمكة وعلم بها، عين رئيسا للمحكمة الشرعية الكبرى ثم عضوا في رئاسة القضاة، من مؤلفاته: "مجلة الأحكام الشرعية"، توفي سنة ١٣٥٩هـ.
انظر: الأعلام (١/١٦٣)، معجم المؤلفين (١/١٨٥).

(٣) انظر: مجلة الأحكام الشرعية (ص٨١).

(٤) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٣).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية الواردة في القاعدة

أتلف لغة: بمعنى أهلك وأعطب وأفنى[١].

والإتلاف في اصطلاح الفقهاء: إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة[٢].

والإتلاف عند الفقهاء نوعان[٣]:

الأول: إتلاف بالمباشرة:

وهو إتلاف الشيء دون وجود واسطة، مثل الإتلاف بالقتل أو الذبح أو الإحراق أو الإغراق، أو هدم الدور، أو أكل الأطعمة، أو تمزيق الثوب، أو قطع الشجر، أو كسر الإناء، ونحو ذلك.

والثاني: إتلاف بالسبب:

وهو فعل ما يفضي عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلَّل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه، كحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه، أو إيقاد النار قريبا من الزرع، أو رمي ما يزلق الناس في الطرقات، فيعطب بسبب ذلك حيوان أو إنسان.

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (١/٣٥٣)، لسان العرب (٩/١٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٤).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٥)، الفروق (٤/٢٧)، قواعد الأحكام (٢/٢٦٥-٢٦٦)، تقرير القواعد (٢/٣١٦)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٣٠ م١٣٧٧)، الإرشاد للسعدي (ص١٤٨)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٦٨-٦٩).

نفساً: والمراد بها نفس الصائل.

والصائل: هو الذي يثب على الناس ويضرّ بهم ويتطاول عليهم[١]، وهو قسمان:

الأول: أن يكون آدميا، سواء كان مكلفا أم غير مكلف، كالصبي والمجنون، وهذا يدخل في كتاب الجنايات، وليس من الضمان المالي.

الثاني: أن يكون غير آدمي، كالجمل الصائل والكلب العقور وغيرهما[٢].

لنفع يعود إلى نفسه: أي لمصلحة معصومة ترجع إلى المُتلِف، وهذه المصلحة تتضمن أربعة أشياء:

الأول: النفس.

الثاني: ما دون النفس، كالجرح وقطع الطرف.

الثالث: البضع، كالزنا واللواط ومقدماتهما.

الرابع: المال ولو كان قليلا.

وهناك أمر آخر - وهو أهمها -: وهو الدين[٣].

فلا ضمان عليه: أي فلا يتحمل ضمان ما أتلفه من آدمي أو غيره.

وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان: أي إذا كانت المصلحة - من نفس أو جرح أو طرف أو بضع أو مال - ترجع إلى غير المُتلِف فإنه يجب عليه الضمان.

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (٣/٣٢٢)، لسان العرب (١١/٣٨٧).

(٢) انظر: الذخيرة (١٢/٢٦٢)، روضة الطالبين (١٠/١٨٦).

(٣) انظر: المرجعين السابقين، والعزيز (١١/٣١٦).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن كل من أتلف نفسا إنسانية أو حيوانية بقتل أو جرح أو قطع طرف من أطرافها لمصلحة ترجع إليه - كمصلحة نفسه أو طرفه أو عرضه أو ماله - فإنه لا يجب عليه ضمان ذلك المتلف. وإن كان ذلك الإتلاف يرجع إلى مصلحة غيره - كنفس غيره أو جرحه أو طرفه أو عرضه أو ماله - فإنه يضمن ذلك المتلَف.

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

لما كانت هذه القاعدة تتعلق بمسائل دفع الصائل بصفة أوليّة - وإن كان ثمة فروع تندرج تحتها ليست من مسائل الصيال، إلا أن فيها شبهاً بها - كان من المناسب أن أذكر مسألة حكم ضمان الصائل المتلف حتى نتعرّف على أقوال الفقهاء في القاعدة وأدلتهم والراجح من أقوالهم.

وهذه القاعدة لها طرفان:

الطرف الأول: فيما إذا كان الإتلاف لمصلحة ترجع إلى المُتلِف.

والطرف الثاني: فيما إذا كان الإتلاف لمصلحة ترجع إلى غير المُتلِف.

ولكل من هذين الطرفين أقوال وأدلة خاصة به، ولهذا كان من المناسب أن أجعلها في مسألتين على النحو الآتي:

المسألة الأولى: إذا صال صائل على إنسان فقتله المصول عليه فهل يضمن المصول عليه الصائل؟:

اتفق الفقهاء على أن المكلف الحر أو العبد إذا صال على إنسان فقتله المصول عليه فإنه لا يضمنه[١].

واختلفوا فيما إذا كان الصائل غير مكلف - كالصبي والمجنون والدابة -على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا يضمنه، وهو قول المالكية[٢] والشافعية[٣] والصحيح من مذهب الحنابلة؛ عليه أصحابهم[٤]، وهو قول الظاهرية[٥].

القول الثاني: أنه يجب عليه ضمان الصبي والمجنون بالدية، والدابة بالقيمة،

---

(١) إلا أن الحنفية استثنوا ما إذا شهر عليه الصائل عصا -لا سلاحا- في مصر نهارا؛ فإذا قتله المشهور عليه فإنه يقتل به. انظر: إيثار الإنصاف (ص٨٠٣)، بدائع الصنائع (٩٢/٧)، حاشية رد المحتار (٥٤٦/٦)، المعونة (١٣٦٩/٣)، الفروق للقرافي (١٨٥/٤)، منح الجليل (٣٦٨/٩)، كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٥/٢)، فتح الباري (٢٣٢/١٢) الإقناع (٦٠٢/٢)، المحلى (٤٤٢/٦-٤٤٣).

(٢) واشترط المالكية أن يقيم المصول عليه بينة على أنه صال عليه؛ فإن لم يقم بينة فإنه يضمن. انظر: الإشراف (٨٣٧/٢)، المعونة (١٣٦٩/٣)، تبصرة الحكام (٢٥٠/٢)، منح الجليل (٣٦٨/٩).

(٣) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٥/٢)، العزيز (٣١٢/١١)، روضة الطالبين (١٨٦/١٠)، مغني المحتاج (١٩٤/٤).

(٤) انظر: المغني (٥٣٠/١٢)، الإنصاف (٣٤٣/١٥-٣٤٤، ٣٧/٢٧) الإقناع (٦٠٢/٢).

(٥) انظر: المحلى (٤٤٢/٦-٤٤٣).

وهو مذهب الحنفية سوى أبي يوسف[١][٢]، وقول للحنابلة مخرّج على وجوب ضمان الصيد الصائل على المحرِم[٣].

القول الثالث: أنه يجب على المصول عليه أن يدفع قيمة الحيوان فقط، ولا يدفع دية الصبي والمجنون، وهو قول أبي يوسف من الحنفية[٤].

أدلة القول الأول:

استدلّ أصحاب القول الأول بأدلة من المنقول والمعقول، وهي كالتالي:

١- قال تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[٥].

وجه الدلالة: أن من دافع عن نفسه أو ماله أو عرضه فهو محسن في ذلك،

---

(١) هو الفقيه القاضي يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، أبو يوسف الأنصاري الكوفي، صاحب أبي حنيفة، ولد سنة ١١٣هـ، حدث عن هشام بن عروة وعطاء بن السائب والأعمش، ولزم أبا حنيفة وتفقه عليه وغلب عليه الرأي، وحدث عنه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل وأسد بن الفرات وغيرهم، كان هو المقدم من أصحاب أبي حنيفة وأول من وضع الكتب على المذهب وأملى المسائل ونشرها، وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض، وله مؤلفات منها: الأمالي والنوادر، وكتاب الخراج وغيرهما، توفي سنة ١٨٢هـ.

انظر: وفيات الأعيان (٦/٣٨٧-٣٩٠)، سير أعلام النبلاء (٨/٥٣٥)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية (ص٢٢٥).

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٥/٢١٠)، رؤوس المسائل (ص٥٠٦)، الهداية مع البناية (١٢/١٣٤)، حاشية رد المحتار (٦/٥٤٥-٥٤٦).

(٣) انظر: الإنصاف (١٥/٣٤٣-٣٤٤، ٢٧/٣٧).

(٤) انظر: الهداية مع البناية (١٢/١٣٤)، البحر الرائق (٨/٣٤٤).

(٥) سورة التوبة، الآية [٩١].

فوجب أن لا يكون عليه سبيل في غرم[١].

٢- قال تعالى: ﴿وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ﴾[٢].

وجه الدلالة: أن المصول عليه مظلوم، فإذا انتصر لنفسه أو ماله أو عرضه بقتل الصائل فليس عليه سبيل من غرم دية الصائل أو قيمته.

نوقش: بأن غير المكلف لا ينسب إليه ظلم.

وأجيب: بأن الظلم وضع الشيء في غير موضعه؛ فصار الدافع مظلوما وإن لم ينسب إلى المدفوع - برفع القلم عنه - ظلم[٣].

٣- عن عبدالله بن الزبير[٤] رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: **(من شهر سيفه ثم وضعه فهو هدر)**[٥].

---

(١) انظر: الإشراف (٢/٨٣٧)، كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٧)، المحلى (٦/٤٤٤).

(٢) سورة الشورى، الآية [٤١].

(٣) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٨).

(٤) هو الصحابي الجليل عبد الله بن الزبير بن العوام، أبو بكر وأبو خبيب القرشي الأسدي المكي ثم المدني، كان أول مولود للمهاجرين بالمدينة، ولد سنة اثنتين، وقيل غير ذلك، روى عن النبي ﷺ وعن أبيه وجده لأمه أبي بكر الصديق وغيرهم، وحدث عنه أخوه عروة بن الزبير وعبيدة السلماني وغيرهما، كان فارسا شجاعا، له مواقف مشهودة، بويع بالخلافة عند موت يزيد بن معاوية سنة أربع وستين، لكن لم يستوثق له الأمر، قتل بمكة في جمادى الآخرة سنة ٧٣هـ.
انظر: أسد الغابة (٣/٢٤٢)، سير أعلام النبلاء (٣/٣٦٣).

(٥) أخرجه النسائي في سننه: كتاب تحريم الدم - باب من شهر سيفه ثم وضعه في الناس (٧/١٣٣-١٣٤) برقم (٤١٠٨)، والطبراني في الأوسط (٨/٧٦)، والحاكم في المستدرك (٢/١٧١)، وأبو نعيم في الحلية (٤/٢١)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. وقال الألباني في السلسلة الصحيحة (٥/٤٥٦): وهو كما قالا.

وجه الدلالة: معنى الحديث أن من سلّ سيفه ثم وضعه في الناس يضربهم به فدمه هدر، فلا دية ولا قصاص بقتله.

والحديث وإن كان صريحا في الآدمي إلا أنه يشمل الحيوان من باب أولى؛ لأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة الحيوان[١].

٤- عن سعيد بن زيد[٢] ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **(من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد)**[٣].

٥- عن عبدالله بن عمرو[٤] رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول:

---

(١) انظر: المعونة (٣/١٣٦٩).

(٢) هو الصحابي الجليل سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل بن عبد العزى، أبو الأعور القرشي العدوي، أحد العشرة المبشرين بالجنة، ومن السابقين الأولين البدريين، ومن الذين رضي الله عنهم ورضوا عنه، شهد المشاهد مع النبي ﷺ، له أحاديث يسيرة، روى عنه ابن عمر وأبو الطفيل وعروة بن الزبير وغيرهم، توفي -ﷺ- سنة ٥١، وقيل غير ذلك، ودفن بالمدينة.
انظر: الاستيعاب (٤/١٨٦)، حلية الأولياء (١/٩٥)، سير أعلام النبلاء (١/١٢٤).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١/١٩٠) وأبو داود في سننه: كتاب السنة، باب في قتال اللصوص (٥/١٢٨-١٢٩) برقم (٤٧٧٢)، والترمذي في سننه: كتاب الديات، باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد (٤/٢٢) برقم (١٤٢١)، والنسائي في سننه: كتاب التحريم، باب من قاتل دون دينه (٧/١٣٢-١٣٣) برقم (٤١٠٦)، وابن ماجه في سننه: كتاب الحدود، باب من قتل دون ماله فهو شهيد (٣/٢٣٨-٢٣٩) برقم (٢٥٨٠)، وحسنه الترمذي، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٣/١٦٤).

(٤) هو الصحابي الجليل عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل القرشي السهمي، كنيته: أبومحمد عند الأكثر، روى عن النبي ﷺ كثيرا، وعن أبي الدرداء ومعاذ وغيرهم، حدث عنه من الصحابة: أبو أمامة والمسور والسائب بن يزيد وغيرهم، توفي سنة ٦٥هـ وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣/٨٠)، الإصابة (٤/١١١-١١٢).

(من قتل دون ماله فهو شهيد)[١].

٦- عن أبي هريرة[٢] رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: **(فلا تعطه مالك)**، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: **(قاتله)**، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: **(فأنت شهيد)**، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: **(هو في النار)**[٣].

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ بيّن في هذه الأحاديث جواز قتل الصائل، وأنه إن قتل ففي النار، وأن المصول عليه إن قتل فهو شهيد، وهذا يعني أن دم الصائل هدر؛ لأن النبي ﷺ أباح دمه.

٧- عن يعلى بن أمية[٤] رضي الله عنه قال: غزوت مع النبي ﷺ جيش العسرة، فكان

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المظالم والغصب، باب من قاتل دون ماله (٢/٢٠٢) برقم (٢٤٨٠)، ومسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره لغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه (١/١٢٥-١٢٦) برقم (١٤١).

(٢) هو الصحابي الجليل أبو هريرة عبد الرحمن بن صخر الدوسي اليماني، هو أكثر الصحابة رواية عن النبي ﷺ، وكان مقدمه وإسلامه في أول سنة سبع عام خيبر، حدث عنه خلق كثير منهم: أنس بن مالك وسعيد بن المسيب والأعرج، توفي سنة (٦٠هـ)، وقيل غير ذلك.
انظر: الطبقات الكبرى (٢/٢٧٦-٢٧٨)، معجم الصحابة (٢/١٩٤-١٩٥)، سير أعلام النبلاء (٢/٥٧٨-٦٣٢).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه (١/١٢٤) برقم (١٤٠).

(٤) هو الصحابي الجليل يعلى بن أمية بن أبي عبيدة بن همام بن الحارث التميمي الحنظلي، قيل: كنيته أبو خلف، وقيل: أبو خالد، وقيل: أبو صفوان، روى عن النبي ﷺ وعن عمر وعتبة بن أبي سفيان، وروى عنه: عطاء ومجاهد وغيرهما، استعمله أبو بكر وعمر وعثمان، قيل: مات سنة ٤٧هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: تهذيب الكمال (٣٢/٣٧٨)، سير أعلام النبلاء (٣/١٠٠)، الإصابة (٦/٣٥٣).

من أوثق أعمالي في نفسي، فكان لي أجير، فقاتل إنسانا فعض أحدهما إصبع صاحبه، فانتزع إصبعه فأندر ثنيته فسقطت، فانطلق إلى النبي ﷺ فأهدر ثنيته، وقال: **(أفيدع إصبعه في فيك تقضمها؟)** – قال أحسبه قال: – **(كما يقضم الفحل)**[١].

٨- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال أبو القاسم ﷺ: **(لو أن امرءا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح)**[٢].

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ أهدر عين وثنية الصائلين، والحديثان – وإن جاءا في حق الآدمي – فإنهما لا يدلان على تخصيص الحكم بالآدمي، بل إنه يشمل الحيوان الصائل.

٩- إنه إتلاف بدفع مباح فوجب أن يسقط فيه الضمان قياسا على قتل البالغ العاقل المكلف[٣].

نوقش: بأن المعنى في المكلف أنه قد أباح قتل نفسه بالطلب، ولا يصح من غير المكلف إباحة نفسه بالطلب؛ لأنه لا حكم لقصده[٤].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الإجارة، باب الأجير في الغزو (٢/١٣١) برقم (٢٢٦٥)، وكتاب الجهاد والسير، باب الأجير (٢/٣٥١-٣٥٢) برقم (٢٩٧٣)، وفي كتاب الديات، باب إذا عضّ رجلا فوقعت ثناياه (٤/٢٧١) برقم (٦٨٩٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب القسامة، باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه (٣/١٣٠٠) برقم (١٦٧٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الديات، باب من اطلع في بيت قوم ففقأوا عينه فلا دية له (٤/٢٧٤) برقم (٦٩٠٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره (٣/١٦٩٩) برقم (٢١٥٨).

(٣) انظر: رؤوس المسائل (ص٥٠٦)، الإشراف (٢/٨٣٧)، كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٨)، المغني (١٢/٥٣٠).

(٤) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٥/٢١١)، كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٨).

وأجيب: بأن افتراقهما من هذا الوجه لما لم يمنع من استوائهما في إباحة القتل لم يمنع من استوائهما في سقوط الضمان[١].

١٠- إن البهيمة المملوكة الصائلة إذا قتلها المصول عليه فإنها لا تضمن قياسا على قتل الصيد إذا صال على محرم، فإنه لا يضمن الجزاء.

نوقش: بأن قتل الصيد في الإحرام مضمون في حق الله تعالى، فكان أخف حكما من المضمون في حقوق الآدميين.

وأجيب: بأنه لما لم يمنع هذا من استوائهما في وجوب الضمان إذا اضطر إلى إتلافهما لشدة جوعه، لم يمنع من استوائهما في سقوط الضمان إذا قتلهما للدفع عن نفسه[٢].

١١- إن حرمة الآدمي أغلظ من حرمة البهيمة؛ لضمان نفسه بالكفارة والدية، وانفراد ضمان البهيمة بالقيمة. فلما سقط بالدفع ضمان الأغلظ كان أولى أن يسقط به ضمان الأخف[٣].

١٢- إنه قتل مباح بسبب كان من المقتول، فوجب أن يكون هدرا كالقتل بالردة والزنا[٤].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بأدلة من المنقول والمعقول، وهي كما يلي:

---

(١) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٨/٢).

(٢) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٩/٢).

(٣) انظر: المعونة (١٣٦٩/٣)، كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٩/٢).

(٤) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٩/٢).

١- عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **(العجماء[١] جرحها جبار[٢])**[٣].

وجه الدلالة: دلّ الحديث أن البهيمة لو أتلفت شيئاً وليس معها صاحبها كان هدرا؛ لأن البهيمة لا قصد لها، فإذا بطل قصدها سقط حكم الصول فيها، فصار كالقاتل لها بغير صول، فوجب عليه الضمان[٤].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين[٥]:

(أ) إنه ينتقض بصول الصيد على المحرم؛ لأنه يسقط به الجزاء، ولا يسقط عنه لو لم يَصُل.

(ب) إنه لما حلّ قتله بصول ولم يحل إذا لم يصل دلّ على سقوط الضمان بصوله ووجوبه إذا لم يصل.

---

(١) العجماء: البهيمة، سميت به لأنها لا تتكلم، وكل ما لا يقدر على الكلام فهو أعجم ومستعجم. انظر: النهاية في غريب الحديث (١٨٧/٣)، القاموس المحيط (ص١٤٦٦).

(٢) جبار: هدر وباطل، والجبار من الدم: الهدر الذي لا يضمن، ويطلق على البريء، فيقال: أنا منه جبار. انظر: النهاية في غريب الحديث (٢٦٣/١)، لسان العرب (١١٣/٤-١١٧).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الديات، باب المعدن جبار والبئر جبار (٢٧٦/٤) برقم (٦٩١٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب الحدود، باب جرح العجماء جبار والمعدن والبئر جبار (١٣٣٤/٣) برقم (١٧١٠).

(٤) انظر: رؤوس المسائل (ص٥٠٦)، إيثار الإنصاف (ص٨٠٣-٨٠٤)، كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٧/٢).

(٥) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (١١١٠/٢).

٢- إن النبي ﷺ قال: **«لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»**[١].

وجه الدلالة: إن هذا الحيوان الصائل الذي قُتِل مالٌ مستهلَك على صاحبه بغير طيب نفس منه، فاقتضى أن يكون مضمونا على مستهلِكه[٢].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

(أ) إن هذا المال وإن استهلك على صاحبه بغير طيب نفس منه إلا أنه مأذون به شرعا، وفي الإذن بالقتال والضمان منافاة[٣].

(ب) إننا نقلب هذا الدليل عليكم فنقول: تضمين المصول عليه دية الصائل أو قيمته هو مال لم تطب نفس المصول عليه به، فاقتضى أن لا يؤخذ منه[٤].

٣- إنه أتلف مال غيره بغير إذنه لإحياء نفسه، فكان عليه ضمانه كالمضطر إلى طعام غيره إذا أكله[٥].

نوقش: بأنه فارق المضطر. فإن الطعام لم يلجئه إلى إتلافه ولم يصدر منه ما يزيل عصمته، ولهذا لو قتل المحرم صيدا لصياله لم يضمنه، ولو قتله

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٥/٧٢)، وأبو يعلى في مسنده (٣/١٤٠)، والدارقطني في سننه (٣/٢٦)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الغصب، باب من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارا (٦/١٠٠)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/١٧٢): «وأبو حرة وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين»، واعتمد ابن حجر في التقريب (١/٢٥٠) الأول؛ فقال: ثقة، وقواه الألباني بشواهده كما في الإرواء (٥/٢٧٩).

(٢) انظر: إيثار الإنصاف (ص٨٠٣)، كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٦-١١٠٧).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤/١٩٥).

(٤) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٨).

(٥) انظر: المرجع السابق (٢/١١٠٧)، المغني (١٢/٥٣٠).

لاضطراره إليه ضمنه، ولو قتل المكلف لصياله لم يضمنه، ولو قتله ليأكله في المخمصة وجب القصاص، وغير المكلف كالمكلف في هذا[١].

٤- إن غير المكلف لا يملك إباحة نفسه؛ ولذلك لو ارتدّ لم يقتل.

نوقش: بأن المكلف كذلك لا يملك إباحة دمه، ولو قال: (أبحت دمي) لم يبح، ولكنه إذا صال فقد أبيح دمه بفعله، فيجب أن يسقط ضمانه كالمكلف[٢].

٥- إن المصول عليه أتلف مال غيره بغير إذن مالكه، فيكون مضمونا عليه كما لو أتلفه قبل الصول[٣].

نوقش: بأن هناك فرقا كبيرا بين الحيوان قبل صوله وبعده: فالحيوان قبل الصول معصوم الدم بخلاف الحيوان بعد الصول، فإنه مباح الدم. فلما اختلفا في إباحة الدم اختلفا أيضا في سقوط الضمان.

دليل القول الثالث:

إن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق الفعل فإنه لا يوجب الضمان؛ لقول النبي ﷺ: **(العجماء جرحها جبار)**[٤]، أما فعل الصبي والمجنون فإنه معتبر في الجملة بحيث لو حققا الفعل فإنه يجب عليهما الضمان.

وكذلك عصمة الصبي والمجنون لحقّ أنفسهما لا لحق الغير، وعصمة الدابة لحقّ مالكها، فكان فعل الصبي والمجنون مسقطا للعصمة لأن المصول عليه في

---

(١) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٩-١١١٠)، المغني (١٢/٥٣٠-٥٣١).

(٢) انظر: المغني (١٢/٥٣٠-٥٣١).

(٣) انظر: رؤوس المسائل (ص٥٠٦).

(٤) سبق تخريجه صفحة ١١٤.

حالة دفاع، وأما فعل الدابة فغير مسقط للعصمة لأن المصول عليه في حالة ضرورة ملجئة.

نوقش: بأن هذا تفريق بغير دليل.

وقد سبق الرد عليه في الدليل الأول والأخير من أدلة القول الثاني.

القول المختار:

بعد عرض أقوال أهل العلم في هذه المسألة بأدلتها والاعتراضات الواردة عليها، يظهر لي - والعلم عند الله تعالى - اختيار القول الأول، وهو أنه لا يجب على المصول عليه ضمان الصائل غير المكلف؛ وذلك للأسباب التالية:

١- قوة أدلة القول الأول، وسلامتها من الاعتراضات.

٢- ضعف أدلة القولين الآخرين.

المسألة الثانية: إذا صال صائل على إنسان فقتله شخص آخر غير المصول عليه، فهل يضمن هذا الشخص ذلك الصائل؟:

القول الأول: لا يلزمه الضمان، وهو مذهب المالكية[١] والشافعية[٢] وقول لبعض الحنابلة[٣]، وهو قول الظاهرية[٤].

القول الثاني: يجب عليه الضمان، وهو مذهب الحنابلة[٥].

---

(١) انظر: الفروق (١٨٣/٤)، منح الجليل (٣٦٨/٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٨٦/١٠)، فتح الباري (٣٣٩/١٢)، مغني المحتاج (١٩٤/٤-١٩٦).

(٣) انظر: تقرير القواعد (٢٠٩/١-٢١٠)، الإنصاف (٣٤٣/١٥).

(٤) انظر: المحلى (٤٤٤/٦).

(٥) انظر: تقرير القواعد (٢١٠/١)، الإنصاف (٣٤٣/١٥).

القول الثالث: لا يلزمه الضمان إذا كان الصائل مكلفا، ويجب الضمان إذا كان الصائل غير مكلف، وهو مذهب الحنفية[١].

القول الرابع: إنه إن قتله دفعا عن ولده ونسائه لم يضمن، وإن قتله دفعا عن غير ولده ونسائه ضمن، وهو قول لبعض الحنابلة[٢].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة، وذلك كما يأتي:

١- قال تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[٣].

وجه الدلالة: أن من قتل الصائل دفاعا عن نفس أخيه أو ماله أو عرضه فقد عمل عملاً مأموراً به، وهو نصرة المظلوم، ومن فعل ما أمر به فهو محسن في ذلك، فوجب أن لا يكون عليه سبيل في غرم[٤].

٢- عن أنس بن مالك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(انصر أخاك ظالما أو مظلوماً)**، قالوا: يا رسول الله، هذا ننصره مظلوما فكيف ننصره ظالما، قال: **(تأخذ فوق يديه)**، وفي لفظ قال: **(تحجزه أو تمنعه من الظلم، فإن ذلك نصره)**[٥].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٦/١١٠)، حاشية رد المحتار (٦/٥٤٥-٥٤٦).

(٢) انظر: الإقناع (٢/٦٠٢).

(٣) سورة التوبة، الآية [٩١].

(٤) انظر: المحلى (٦/٤٤٤).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المظالم والغصب، باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما (٢/١٩٠) برقم (٢٤٤٤)، وفي كتاب الإكراه، باب يمين الرجل لصاحبه (٤/٢٨٧) برقم (٦٩٥٢).

٣- عن سهل بن حنيف[١] ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: **(من أذلّ عنده مؤمن فلم ينصره وهو قادر على أن ينصره أذله الله عزّ وجلّ على رؤوس الخلائق يوم القيامة)**[٢].

٤- عن أبي سعيد الخدري[٣] ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **(من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان)**[٤].

وجه الدلالة: من هذه الأحاديث الثلاثة: أن النبي ﷺ أمر بنصرة المظلوم، ولو أدى ذلك إلى قتل الظالم، كما أمر بإنكار المنكر على المستطيع باليد، وهذا

---

(١) هو الصحابي الجليل سهل بن حنيف بن واهب بن العكيم الأنصاري الأوسي العوفي، قيل: كنيته أبو ثابت، وقيل غير ذلك، شهد بدراً، وثبت يوم أحد، وشهد غيرهما من المشاهد، روى عن النبي ﷺ وعن زيد بن ثابت، وروى عنه: ابناه أبو أمامة وعبد الله وابن أبي ليلى وغيرهم، مات بالكوفة سنة ٣٨هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣٢٥/٢)، الإصابة (١٣٩/٣).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٤٨٧/٣)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٦٧/٧): «وفيه ابن لهيعة؛ وهو حسن الحديث وفيه ضعف، وبقية رجاله ثقات».

(٣) هو الصحابي الجليل سعد بن مالك بن سنان بن ثعلبة، أبو سعيد الخدري الأنصاري الخزرجي، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وغيرهم، وحدث عنه ابن عمر وجابر وأنس وآخرون، كان من فقهاء الصحابة ومن المجاهدين، شهد الخندق وبيعة الرضوان، مات سنة ٧٤هـ وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (١٦٨/٣)، والإصابة (٨٥/٣).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان، وأن الإيمان يزيد وينقص، وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان (٦٩/١) برقم (٤٩).

يقتضي عدم الضمان على المنكر وعلى من نصر المظلوم ؛ وذلك لوجود المنافاة بين الأمر بنصرة المظلوم ودفع الظالم وإنكار المنكر مع وجوب الضمان[١].

دليل القول الثاني :

لم أجد – حسب بحثي – من ذكر لهم دليلا ، إلا أنه يمكن أن يستدل لهم بالقياس على المسألة الأولى ، وذلك فيما لو كان الصائل غير مكلف كالصبي والمجنون والدابة ؛ فقتله المصول عليه فإنه يجب عليه الضمان عند الحنفية سوى أبي يوسف ، وهو قول مخرج للحنابلة.

ويمكن مناقشته : بأنه قد تبين ضعف هذا القول وأدلته كما في المسألة الأولى.

دليل القول الثالث :

لم أجد – حسب ما وقفت عليه – دليلا لهم على هذا التفريق.

دليل القول الرابع :

لم أجد – حسب ما وقفت عليه – من ذكر لهم دليلا.

القول المختار:

القول المختار في هذه المسألة – والعلم عند الله تعالى – هو القول الأول ، وهو أنه لا يجب عليه الضمان ؛ لصحة أدلته وسلامتها من الاعتراضات ؛ ولعدم وجود أدلة للأقوال الأخرى.

وبعد الانتهاء من دراسة هاتين المسألتين يتبين لنا أن الشق الأول من القاعدة صحيح بخلاف الشق الثاني منها ، فإنه غير صحيح. والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر : مغني المحتاج (١٩٥/٤)، نهاية المحتاج (٢٤/٨).

المطلب الخامس

في نقد القاعدة

انتقد الشيخ محمد العثيمين[١] – رحمه الله – هذه القاعدة بقوله: «وهذه القاعدة في معظم فروعها خلاف، وهي مع هذا فيها نظر؛ لأن قوله: (من أتلف نفسا لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه) غير صحيح لو أخذناه بظاهره، وقد مضى في القاعدة السابقة أنه من جاع فأتلف نفسا ضمنها، وهذا يتنافى مع إطلاقها، فلو قيدت (من أتلف نفسا يجوز إتلافها) صار قوله (لنفع يعود إلى نفسه أو إلى غيره) لا محلّ له. ومثاله في الصائل إذا صال على نفسه فإنه لا يضمنه، فإن صال على غيره ضمنه على ما في كلام المؤلف، والقول بضمانه فيه نظر؛ لقول الرسول ﷺ: **(انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً)**، قالوا: يا رسول الله، هذا ننصره مظلوما فكيف ننصره ظالما؟ قال: تأخذ فوق يده[٢]»[٣].

---

(١) هو العلامة المحقق محمد بن صالح بن محمد بن عثيمين المقبل، أبو عبد الله، الوهيبي التميمي، ولد في مدينة عنيزة عام ١٣٤٧هـ، من شيوخه رحمه الله: عبد الرحمن بن ناصر السعدي، عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ومحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي وغيرهم، كان – رحمه الله – من العلماء العاملين والزهاد الورعين، باذلا لنفسه حريصا على التعليم، وله مؤلفات عدة منها: فتح رب البرية بتلخيص الحموية، الأصول من علم الأصول، الشرح الممتع على زاد المستقنع، وغيرها، توفي– رحمه الله – يوم الأربعاء ١٤٢١/١٠/١٥هـ.
انظر: مجلة الحكمة (١٩/٢)، ابن عثيمين الإمام الزاهد.

(٢) سبق تخريجه صفحة ١١٨.

(٣) تقرير القواعد (٢١١/١) في الحاشية.

وبعد إمعان النظر في كلام الشيخ وجدته يحتوي على نقدين :

أحدهما : نقد لصياغة العلامة ابن رجب في شقها الأول.

والثاني : نقد لترجيح العلامة ابن رجب في فرع من فروع القاعدة، ويترتب عليه نقد الشق الثاني للقاعدة.

فأما النقد الأول فإنه ينصب على صياغة ابن رجب في قوله (لنفع يعود إلى نفسه) حيث يرى الشيخ أنها عبارة غير صحيحة لو أخذناها على ظاهرها ؛ لأن العبارة مطلقة مما يترتب على ذلك مخالفة فروع كثيرة للقاعدة كما في المثال الذي ذكره الشيخ العثيمين وهو «أنه من جاع فأتلف نفسا ضمنها»، وهو مذهب جمهور الفقهاء[(١)] ؛ لقول النبي ﷺ : **(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)**[(٢)].

وهذا نقد وجيه وصحيح ؛ ولذلك نجد أن الشيخ عبد الرحمن السعدي أحسن حينما لجأ إلى تغيير صياغة القاعدة بقوله : «من أتلف شيئاً لينتفع به ضمنه، ومن أتلفه دفعا لمضرته فلا ضمان عليه»[(٣)].

فإن الشق الأول من صياغة السعدي للقاعدة – وهو قوله : (من أتلف شيئاً لينتفع به ضمنه) - يندرج تحته الفرع الفقهي الذي ذكر الشيخ العثيمين أنه مخالف لصياغة ابن رجب للقاعدة، وهو «أنه من جاع فأتلف نفسا ضمنها»،

---

(١) من الحنفية والشافعية والحنابلة، وهو الأظهر والأشهر عند المالكية.

انظر: حاشية رد المحتار (٦/٣٣٨)، المنتقى (٣/١٤٠)، الفروق (١/١٩٦، ٤/١٠)، مغني المحتاج (٤/٣٠٨)، المغني (١٢/٥٣٠-٥٣١)، تقرير القواعد (١/٢٠٦).

(٢) سبق تخريجه صفحة ١١٥.

(٣) القواعد والأصول الجامعة (ص٦٩).

وأما الشق الثاني من صياغة السعدي للقاعدة – وهو قوله: «ومن أتلفه دفعا لمضرته فلا ضمان عليه» – فإنه يشمل الإتلاف لمصلحة نفس المُتلِف أو غيره، وهو الذي يتوافق مع ما تقدم ترجيحه في المسألتين السابقتين في المطلب الرابع.

وأما النقد الثاني للشيخ العثيمين فإنه متوجه للمثال الذي ذكره العلامة ابن رجب تفريعا على القاعدة، وهو أنه لو دفع صائلا عن غيره ضمنه.

وهذه المسألة قد تقدمت دراستها وذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم فيها، واتضح لي من خلال دراستها ترجيح القول القائل بعدم وجوب الضمان.

وبهذا يتبين صحة انتقاد الشيخ العثيمين لهذا الفرع الذي يترتب عليه ضعف الشطر الثاني من صياغة ابن رجب للقاعدة.

ولهذا فإني أختار صياغة الشيخ السعدي للقاعدة؛ لأن قوله: «من أتلفه دفعا لمضرته فلا ضمان عليه» يشمل الإتلاف دفعا عن نفسه أو غيره. والله تعالى الموفق للصواب.

المطلب السادس

في شروط دفع الصائل

تبين لنا من خلال دراسة القاعدة أنها تتعلق بمسائل الصيال بصفة أولية؛ لذا كان من المناسب جدا أن أشير إلى ما ذكره الفقهاء من شروط يجب توفرها حتى يعتبر المصول عليه في حالة دفاع، وهي على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يكون الفعل الواقع على المصول عليه اعتداء، فإن لم يكن اعتداء فلا يجوز دفعه كالأب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب، ومستوفي القصاص حين يقتل القاتل أو يقطع يده قصاصا، فإن هؤلاء لا يعتبر فعلهم اعتداء، وإنما هو استعمال لحق أو أداء لواجب.

ولا يشترط أن يقع الاعتداء فعلاً. فمن حق المصول عليه أن يبادر الصائل بالمنع ما دامت حالته تدل على أنه سيعتدي[١].

الشرط الثاني: أن يكون الاعتداء من الصائل حالا، فإن لم يكن حالا فعمل المصول عليه اعتداء وليس دفاعا؛ لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الاعتداء في الفعل أو الظن، ومن ثم فإن الاعتداء المؤجل والتهديد بالاعتداء ليسا بمحل للدفاع[٢].

الشرط الثالث: أن لا يكون للمصول عليه مفر من مواجهة الصائل، فإن استطاع أن يتخلص منه بالاستعانة بالناس أو الاستغاثة فليس له الدفاع حينئذ[٣].

الشرط الرابع: أن يكون الدفاع بالقدر اللازم وبأيسر ما يندفع به، فإذا اندفع الصائل بالضرب فلا يجوز جرحه، وإذا اندفع بجرحه أو شل حركته فلا يجوز قتله[٤].

---

(١) واشترط البعض أن يكون الاعتداء جريمة. وهذا فيه نظر؛ إذ لو اعتبرناه شرطا لما جاز دفع الصائل غير المكلف كالصبي والمجنون والحيوان، وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء، وإنما اختلف الحنفية مع الجمهور في ضمان الصبي والمجنون والحيوان.
انظر: بدائع الصنائع (٩٢/٧)، الأم (١٧٧/٦)، التشريع الجنائي (٤٧٩/١-٤٨١)، نظرية الضرورة لابن مبارك (ص١١٣).

(٢) انظر: الأم (١٧٧/٦)، التشريع الجنائي (٤٨٢/١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٩٣/٧)، الذخيرة (٢٦٢/١٢-٢٦٣) الأم (١٧٧/٦)، المقنع مع الشرح الكبير (٣٦/٢٧)، التشريع الجنائي (٤٨٢/١-٤٨٣)، نظرية الضرورة لابن مبارك (ص١١٣).

(٤) انظر: المراجع السابقة، ومواهب الجليل (٣٢٢/٦-٣٢٣)، كتاب الحدود من الحاوي (١١١٤/٢-١١١٦)، المغني (٥٣١/١٢-٥٣٢).

الشرط الخامس: أن يكون الصائل قادرا على ما يريده من الاعتداء، فأما إن كان عاجزا عنه فليس للمصول عليه أن يدفعه؛ لأنه لا تأثير لهذا الفعل[١].

الشرط السادس: أن يقيم الدافع بينة على أنه صال عليه، فإن لم يقم بينة فإنه يضمن[٢][٣].

المطلب السابع

من فروع القاعدة

ذكر الفقهاء فروعا كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، منها ما يلي:

١- إذا قتل رجل آخر، وادّعى أنه وجده مع امرأته أو أنه قتله دفعا عن نفسه أو أنه دخل منزله يكابره على ماله، فلم يقدر على دفعه إلا بقتله فإنه لا يلزمه الضمان إذا أقام البينة على دعواه[٤].

٢- إذا صالت عليه بهيمة غيره فدفعها عن نفسه فأتلفها لم يضمنها، وإن اضطر إلى طعام فاضطر إلى ذبحها ضمنها؛ لأنه لنفع نفسه[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٩٣/٧)، كتاب الحدود من الحاوي (١١١١/٢).

(٢) انظر: الأم (١٧٧/٦)، منح الجليل (٣٦٨/٩)، المغني (٤٦١/١١).

(٣) واشترط بعض الحنابلة أن يكون الدفع لمصلحة تعود إلى نفس المصول عليه. وهذا فيه نظر، وقد تقدم الرد عليه كما في المسألة الثانية من المطلب الرابع صفحة ١١٧-١٢٠.

(٤) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٥٤٥/٦-٥٤٦)، كتاب الحدود من الحاوي (١١٠٣/٢-١١٠٥)، المغني (٤٦١/١١).

(٥) القواعد والأصول الجامعة (ص٦٩). وانظر: تقرير القواعد (٢٠٦/١)، الإنصاف مع المقنع (٣٢٢/٨-٣٢٣).

٣- من كان محرما بحج أو عمرة فنزل الشعر في عينه فقلعه فلا ضمان ؛ لأنه كالصائل عليه ، وإن احتاج إلى أخذ شعره لقروح في رأسه أو لحكة أو نحو ذلك فعليه فدية أذى[١].

٤- إذا دفع صائلا عن نفس غيره أو عرضه أو ماله فإنه لا يضمن[٢].

٥- لو أكره على الحلف بيمين لحق نفسه فحلف دفعا للظلم عنه لم تنعقد يمينه ، وكذلك لو أكره على الحلف لدفع الظلم عن غيره[٣].

٦- لو حالت بهيمة بينه وبين ماله أو طعامه ولم يصل إليه إلا بقتلها فالصحيح أنه لا يضمنها[٤].

٧- إذا انفرش الجراد في طريق المحرم بحيث إنه لا يقدر على المرور إلا بقتله فإنه لا يضمنه[٥].

٨- إذا أتلف المحرم بيض الطير لحاجة كالمشي عليه فإنه لا يضمنه[٦].

٩- إذا تدحرج إناء من علو على رأس إنسان فكسره دفعا عن نفسه بشيء تلقاه به فهل يضمنه؟ على وجهين[٧].

---

(١) ا لقواعد والأصول الجامعة (ص٦٩). وانظر: تقرير القواعد (١/٢٠٧).

(٢) انظر: تقرير القواعد (١/٢١٠).

(٣) انظر: المرجع السابق (١/٢١٠-٢١١).

(٤) انظر: الوجيز (٢/١٨٥)، روضة الطالبين (١٠/١٨٦)، القواعد والفوائد الأصولية (ص٨٠)، الإنصاف (١٥/٣٤٤، ٢٧/٤٧).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/١٥٤-١٥٥ ، ١٠/١٨٦)، الإنصاف (٨/٣١٩-٣٢٢، ١٥/٣٤٤).

(٦) انظر: المرجعين السابقين.

(٧) انظر: إيثار الإنصاف (ص٨٠٣)، الوجيز (٢/١٨٥)، روضة الطالبين (١٠/١٨٦)، القواعد والفوائد الأصولية (ص٨٠)، الإنصاف (٢٧/٤٧).

١٠- إذا اضطر إنسان إلى طعام غيره وصاحبه مستغن عنه، فامتنع صاحب الطعام أن يعطيه، فضربه المضطر لأجل الطعام حتى مات فإنه لا يضمنه، وأما إذا قتل صاحبُ الطعام المضطرَّ دفاعا عن طعامه فإن عليه القود؛ لأن صاحب الطعام ليس في حالة دفاع، فالمضطر طالب لحقه وليس بمعتد[١].

١١- إذا عض رجل يد آخر، فله جذبها من فيه، فإن جذبها فوقعت ثنايا العاض فلا ضمان عليه؛ لما جاء في حديث يعلى بن أمية رضي الله عنه قال: غزوت مع النبي ﷺ جيش العسرة فكان من أوثق أعمالي في نفسي، فكان لي أجير فقاتل إنسانا فعضّ أحدهما إصبع صاحبه فانتزع إصبعه فأندر ثنيته فسقطت، فانطلق إلى النبي ﷺ فأهدر ثنيته، وقال: **(أفيدع إصبعه في فيك تقضمها؟)** - قال: أحسبه قال: - **(كما يقضم الفحل)**[٢][٣].

١٢- لو اطلع رجل في بيت إنسان من ثقب أو شَقٍّ باب أو نحوه، فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنه بعود فقلعه عينه لم يضمنها؛ لحديث أبي هريرة قال: قال أبو القاسم ﷺ: **«لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»**[٤][٥].

---

(١) انظر: المنتقى (٣/١٤٠)، مغني المحتاج (٤/١٩٥)، القواعد والفوائد الأصولية (ص٨١)، المغني (١٣/٣٣٩-٣٤٠) الإنصاف (٢٧/٤٧).

(٢) سبق تخريجه صفحة ١١٢.

(٣) انظر: الذخيرة (١٢/٢٦٣) كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١١٩)، فتح الباري (١٢/٢٢٦-٢٣٢) المغني (١٢/٥٣٧).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ١١٢.

(٥) انظر: حاشية رد المحتار (٦/٥٥٠)، مواهب الجليل (٦/٣٢٢-٣٢٣)، كتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٣٢)، المغني (١٢/٥٣٩).

المبحث الثاني

قاعدة: لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إلا إذا تعلق به حق لغيره

هذه القاعدة من القواعد الفقهية المتعلقة بالإتلاف الذي هو أحد أسباب الضمان. وإليك دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة من القواعد التي ذكرها بدر الدين الزركشي بالصياغة المذكورة آنفا، وهي: «لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إلا إذا تعلق به حق لغيره»[١].

وقد جاء في تعليلات الفقهاء ما يشير إلى القاعدة ويشهد لها بالاعتبار، ومن ذلك ما ذكره أبو الحسن المرغيناني[٢] حيث صاغها - في معرض التعليل - بقوله: «الإنسان لا يضمن ملكه»[٣].

ومما يشهد للقاعدة أيضا ما ذكره أبو بكر السرخسي[٤] في معرض التعليل:

---

(١) المنثور (٣/٣٦٠).

(٢) هو العلامة الفقيه أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني الحنفي، قرأ على أبي حفص النسفي وصاعد بن أسعد وغيرهما، ومن تلاميذه: ابنه عماد الدين ومحمد الكردي، وله مؤلفات منها: الهداية وكفاية المنتهي، توفي سنة ٥٩٣هـ.

انظر: الجواهر المضية (٢/٦٢٧-٦٢٩)، تاج التراجم (ص٢٠٦)، الفوائد البهية (ص١٤٢).

(٣) الهداية مع فتح القدير (٨/٢٨١).

(٤) هو العلامة الأصولي أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، درس على أبي محمد الحلواني، وقرأ عليه: أبو بكر الحصيري وعثمان البيكندي وغيرهما، ألف المبسوط وشرح السير الكبير، مات في حدود ٤٩٠هـ.

انظر: الجواهر المضية (٣/٧٨-٨٢)، تاج التراجم (ص٢٣٤-٢٣٥).

«المتصرف في ملكه لا يكون متعديا، ولا يلزمه الضمان»[١].

وهي قريبة من صيغة أبي الحسن المرغيناني.

ويلاحظ عليهما أنهما لم ينصّا إلا على الشطر الأول من صيغة الزركشي.

وقد ذكر ابن غانم البغدادي[٢] ضابطاً فقهيّاً يندرج تحت القاعدة، وهو: «جناية الراهن على الرهن مضمونة»[٣].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية الواردة في القاعدة

لا يجب: من الواجب، وهو لغة: الثابت واللازم والمُسْتَحَقّ والساقط[٤].

واصطلاحا: ما طلب الشرع فعله طلبا جازما[٥].

ملكه: الملك لغة: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به[٦].

واصطلاحاً: علاقة شرعية بين الإنسان والشيء المملوك تخول صاحبها الانتفاع والتصرف وحده ابتداء إلا لمانع[٧].

---

(١) المبسوط (١٠٥/٧). وانظر: مرشد الحيران (ص١١) مادة (٥٨).

(٢) هو القاضي غياث الدين أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي الحنفي، له مؤلفات منها: مجمع الضمانات وترجيح البينات، توفي في حدود ١٠٣٠هـ.
انظر: كشف الظنون (٦٦٨/١)، هدية العارفين (٨١٢/٥)، مقدمة كتاب الضمانات (٩/١-١٤).

(٣) مجمع الضمانات (٢٠٢/١).

(٤) انظر: معجم مقاييس اللغة (٨٩/٦-٩٠)، لسان العرب (٧٩٣/١).

(٥) تقريب الوصول (ص٢١١)، وانظر: روضة الناظر (١٥٠/١).

(٦) انظر: لسان العرب (٤٩٢/١٠)، القاموس المحيط (ص١٢٣٢).

(٧) قيود الملكية (ص٣٩)، وانظر: الفروق (٢٠٨/٣-٢٠٩)، القواعد النوارنية (ص٢٤٠).

تعلق: من التَّعَلُّق، وهو ربط شيء بشيء آخر[١].

حق: الحق لغة: ضد الباطل، ويطلق على الثبوت والوجوب والنصيب المحدّد والعدل[٢].

واصطلاحاً: اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا[٣].

هذا، ومن خلال نص القاعدة يتبين لنا أن الملك أو المال ينقسم بالنظر إلى تعلق حق الغير به إلى قسمين:

القسم الأول: الملك أو المال الذي خلص لمالكه ولم يتعلق به حق لغيره، فهذا يجوز لمالكه أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرف، حتى لو أتلفه لم يجب عليه ضمانه.

القسم الثاني: الملك أو المال الذي لم يخلص لمالكه، بل تعلق به حق لغيره، فهذا لا يجوز لمالكه أن يتصرف فيه بما يخل بحقوق غيره، وهو نوعان:

النوع الأول: أن يكون الحق الذي تعلق به لله عزّ وجلّ، كالزكاة والصيد في حق المحرم وكفارة العبد الذي قتله سيده وغيرها.

النوع الثاني: أن يكون الحق الذي تعلق به لآدمي، كالرهن والعبد الجاني والأمة المزوجة من غير سيدها والأضحية المعينة والنذر المعين والعين المملوكة المؤجرة ومال المفلس وغيرها[٤].

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (١٢٥/٤)، مختار الصحاح (ص٤٥٠).

(٢) انظر: لسان العرب (٤٩/١٠-٥٦)، المصباح المنير (ص٥٥-٥٦).

(٣) المدخل إلى نظرية الالتزام (ص١٩)، وانظر: الأهلية ونظرية الحق (ص٨٤).

(٤) انظر: المنثور (٣٤٣/٢، ٣٦٠/٣)، تقرير القواعد (٤٩/٣).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

الأصل أن الإنسان إذا أتلف شيئاً يملكه أنه لا يضمنه لا بمثل ولا بقيمة، بخلاف ما إذا تعلق بملكه حق لغيره، سواء كان هذا الحق متعلقا بالله - جلّ وعلا - أم بآدمي، فإنه يجب عليه الضمان[١].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

يمكن بيان ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: حكم إتلاف المرء ماله:

حرمت الشريعة الإسلامية إتلاف المرء ماله من غير مصلحة دينية أو دنيوية[٢]، قال تعالى: ﴿ وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ۝ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓاْ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا ﴾[٣]، وقال جل وعزّ: ﴿ يَٰبَنِىٓ ءَادَمَ خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُواْ وَٱشْرَبُواْ وَلَا تُسْرِفُوٓاْ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ ﴾[٤]، وقال سبحانه في ذكر صفات عباده المؤمنين: ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمْ يُسْرِفُواْ وَلَمْ يَقْتُرُواْ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا ﴾[٥].

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١١/٥٥٥-٥٥٦، ٢١/١٩٨)، الاختيارات الفقهية (ص٧٨)، فتح الباري (١٠/٤٢٢-٤٢٣).

(٣) سورة الإسراء، الآيتان [٢٦-٢٧].

(٤) سورة الأعراف، الآية [٣١].

(٥) سورة الفرقان، الآية [٦٧].

ونهى النبي ﷺ عن إضاعة المال[١].

فهذه نصوص صريحة تدل على تحريم الإسراف والتبذير وإضاعة المال، ومن ذلك إتلاف المرء ماله بغير منفعة دينية أو دنيوية.

الفرع الثاني: في ضمان الإنسان ما أتلف من ماله:

لم أجد - حسب ما وقفت عليه - من استوفى الكلام على القاعدة بذكر أقوال الفقهاء فيها وأدلتهم، إلا أنه من خلال تتبعي لبعض فروع القاعدة تبين لي أن فقهاء المذاهب الأربعة - الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] - اتفقوا على قبولها والعمل بها، واستدلوا على ذلك بأدلة يمكن تقسيمها إلى قسمين:

القسم الأول: أدلة الشطر الأول من القاعدة، وهو أنه لا يجب الضمان بإتلاف ملكه إذا لم يتعلق به حق لغيره:

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الرقاق، باب ما يكره من قيل وقال (١٨٦/٤) برقم (٦٤٧٣)، وفي كتاب الاعتصام بالسنة، باب ما يكره من كثرة السؤال (٣٦٢/٤) برقم (٧٢٩٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة (١٣٤١/٣) برقم (٥٩٣) من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٦٣/٦)، الهداية مع البناية (٣٥٠/٤-٣٥٣)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٥١٦/٦).

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص١٥٥)، حاشية الدسوقي (٢٤٢/٣)، شرح الزرقاني على خليل (٢٤٤/٥)، منح الجليل (٤٤٦/٥).

(٤) انظر: المهذب مع المجموع (٣٧٢/١٢)، روضة الطالبين (١٦٣/٣)، المنثور (٣٦٠/٣)، مغني المحتاج (٩٣/٤).

(٥) انظر: المغني (٤٢٢/٥-٤٢٣)، تقرير القواعد (٤٩/٣)، الإنصاف (٢٩٨/٨-٣٠١)، الإقناع (٣٢١/٢-٣٢٢)، كشاف القناع (٣٣٥/٣، ٣٣٦).

١- لأن الضمان لا يستحقه إلا المالك، ولا يكون الإنسان مدينا لنفسه؛ لأنه لا يطالب نفسه[١].

٢- «لأنه لا فائدة من هذا الضمان؛ إذ إنه إن ضمن يضمن لنفسه، فكأنّ يده اليمنى تعطي يده اليسرى، وذلك لا معنى له؛ لأنه لا يقع في هذه الحال غرم ولا غارم.

وليس معنى ذلك أنه يُعفى من كل تبعة لإتلافه، بل إنه مسئول دينا عما أضاع، وقد يستحق التعزيز على عمله، وقد يؤدي عمله إلى إثبات سفهه أو نقصان عقله، فيمنع من التصرف في ماله، ويتولاه عنه غيره»[٢].

القسم الثاني: أدلة الشطر الثاني من القاعدة، وهو أنه يجب على الإنسان الضمان إذا أتلف ملكه الذي تعلق به حق لغيره:

١- قال النبي عليه الصلاة والسلام: **(لا ضرر ولا ضرار)**[٣].

وجه الدلالة: أن في إتلاف ملكه الذي تعلق به حق لغيره إضراراً بصاحب هذا الحق، وقد نهينا عن الإضرار بالآخرين.

٢- لأن المُتْلَف وإن كان مملوكا له إلا أنه قد فوت حقا قويا محترما لغيره لا ينفرد بإسقاطه، فيكون كالأجنبي في حق وجوب الضمان[٤].

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية (ص٤٥-٤٦).

(٢) الملكية لأبي زهرة (ص٦٨).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٨٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١٦٣/٦)، الهداية مع فتح القدير (١١٤/٩)، حاشية رد المحتار (٥١٦/٦).

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

يندرج تحت القاعدة فروع كثيرة منها ما يلي:

١- إذا جنى الراهن على العين المرهونة فأتلفها، فإنه يجب على الراهن ضمانها، ويكون الضمان رهنا بدلها[١].

٢- إذا ملك الصيد في الحل ودخل به في الحرم، ولم يرسله حتى أتلفه، فإنه يضمنه[٢].

٣- من أراد أن يضحّي فعيّن شاة ثم أتلفها، فإنه يلزمه ضمانها[٣].

٤- إذا أتلف الإنسان دابته أو متاعه أو طعامه، فإنه لا يضمنه وإن كان قد يأثم بذلك[٤].

٥- إذا قتل السيد عبده الجاني، وجب عليه أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته[٥].

٦- إذا قتل السيد أمته المزوجة قبل الدخول غرم مهر مثلها لزوجها على قول[٦].

---

(١) انظر: الدر المختار مع حاشيته (٥١٦/٦)، حاشية الدسوقي (٢٤٢/٣)، المنثور (٣٤٣/٢، ٣٦٠/٣)، تقرير القواعد (٥٠/٣)، كشاف القناع (٣٣٥/٣، ٣٣٦).

(٢) انظر: الهداية مع البناية (٣٥٠/٤، ٣٥٣)، الكافي لابن عبد البر (ص١٥٥)، المنثور (٣٤٣/٢، ٣٦٠/٣)، تقرير القواعد (٤٩/٣)، الإنصاف (٢٩٨/٨-٣٠١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢١٣/٣)، تقرير القواعد (٥٥/٣).

(٤) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٨١/٨)، المنثور (٣٦٠/٣).

(٥) انظر: المنثور (٣٤٣/٢)، تقرير القواعد (٥٠/٣).

(٦) انظر: المنثور (٣٤٣/٢).

٧- إذا قطع المحرم شعره أو حلَقه وجبت عليه الفدية[١].

٨- إذا قتل السيد عبده وجبت عليه كفارة القتل[٢].

٩- إذا أتلف الرجل زكاته بعد وجوبها عليه وجب عليه ضمان الزكاة[٣].

١٠- إذا نذر السيد عتق عبد معين ثم قتله قبل أن يعتقه، فهل يلزم السيد ضمان العبد؟ على وجهي:

أحدهما: لا يلزمه.

والثاني: يلزمه[٤].

---

(١) انظر: المنثور (٣٤٣/٢).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق (٣٣٥/٢)، وتقرير القواعد (٤٩/٣)، الشرح الممتع (٨٦/٦-٨٧).

(٤) انظر: تقرير القواعد (٥٦/٣).

المبحث الثالث

قاعدة إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملا

تبين لنا هذه القاعدة مقدار الضمان فيما إذا حدث التلف من فعلين: أحدهما مأذون فيه، والآخر لم يؤذن فيه، وسوف تكون دراستها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وردت خمس صيغ لهذه القاعدة، هي كما يأتي مرتبة زمنيا:

١- قال قاضي خان[١]: «الأجنبي إذا شارك المالك في إتلاف المال بغير إذنه يضمن نصف القيمة»[٢].

٢- قال أبو عبدالله بن قيم الجوزية: «الجناية إذا حصلت من فعل مضمون ومهدر سقط ما يقابل المهدر واعتبر ما يقابل المضمون»[٣].

---

(١) هو الفقيه فخر الدين أبو المحاسن الحسن بن منصور بن محمود، أخذ عن الإمام ظهير الدين المرغيناني وإبراهيم بن إسماعيل الصفار وغيرهما، وتفقه عليه شمس الأئمة الكردري وغيره، من مؤلفاته: "فتاوى قاضي خان" و"شرح الجامع الصغير" و"شرح أدب القاضي للخصاف"، توفي سنة ٥٩٢هـ.

انظر: الجواهر المضية (٢/٩٣-٩٤)، مفتاح السعادة (٢/٢٥٢)، معجم المؤلفين (١/٥٩٤).

(٢) شرح الزيادات (ص٣٢٣٥) بواسطة موسوعة القواعد للندوي (٢/١٣).

(٣) إعلام الموقعين (٢/٣٩).

٣- قال عبد الوهاب بن السبكي: «إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون، فهل يعطى جميعه حكم الضمان؟»[١].

٤- قال بدر الدين الزركشي: «المتولد من مضمون وغير مضمون فيه خلاف، والأصح أن لكل حكمه غالباً»[٢].

٥- قال عبد الرحمن بن رجب الحنبلي: «إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملا على الصحيح»[٣].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

التلف: تقدم معنا[٤] أن التلف في اللغة: بمعنى الهلاك والعطب والفناء[٥].

وأن الإتلاف في اصطلاح الفقهاء: هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة[٦].

مأذون فيه: أي أذن فيه الشارع أو المالك[٧].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤٨).

(٢) المنثور (٣/١٦٤).

(٣) تقرير القواعد (١/٢١٢). وانظر: تحفة أهل الطلب (ص٢٤).

(٤) كما في صفحة ٩٥.

(٥) انظر: معجم مقاييس اللغة (١/٣٥٣)، لسان العرب (٩/١٨).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٤).

(٧) انظر: قاعدة: (الجواز الشرعي ينافي الضمان) صفحة ٤٧٩، وقاعدة: (إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان) صفحة ٤٩١.

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إذا هلك آدمي أو جزء منه، أو تلف مال بسبب فعلين: أحدهما أذن بفعله الشارع أو مالك المال، والآخر لم يأذن في فعله الشارع أو المالك، فإن الضمان يجب كاملا، ولا يسقط نصفه مقابل الفعل المأذون فيه.

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

يندرج تحت هذه القاعدة فروع كثيرة لا حصر لها، ولم تسِر المذاهب الفقهية على قاعدة واحدة في جميع الفروع، وإنما كان لها في كل فرع فقهي حكم وخلاف ودليل يخصه عن بقية الفروع.

وهذا ما دفع ابن رجب الحنبلي بأن يقيد القاعدة بقوله: «على الصحيح»، وذلك في صياغته للقاعدة حيث يقول: «إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملا على الصحيح»[(١)].

ولذلك أيضا صاغ عبد الوهاب بن السبكي القاعدة بصيغة استفهامية حيث يقول: «إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون، فهل يعطى جميعه حكم الضمان؟»[(٢)].

وهذا - أيضا - هو الذي دعا بدر الدين الزركشي أن ينص على وجود الخلاف في القاعدة، ثم يرجح أن لكل فرع حكمه الخاص به، وذلك في

---

(١) تقرير القواعد (١/٢١٢).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤٨).

صياغته للقاعدة، حيث يقول: «المتولد من مضمون وغير مضمون فيه خلاف، والأصح أن لكل حكمه غالباً»[١].

لذا فإنه من الصعب جدا الجزم بذكر أقوال الفقهاء في القاعدة، على أنهم ساروا فيها على وتيرة واحدة في جميع فروع القاعدة.

ومن هنا رأيت أن أدرس فرعا واحدا من فروع القاعدة، وذلك بذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم؛ لنتعرف على صورة واحدة - من عدة صور - لخلاف العلماء في القاعدة.

وقد رأيت أن أدرس الفرع الأول الذي ذكره ابن رجب الحنبلي تحت هذه القاعدة وهو:

مسألة: إذا زاد الإمام سَوْطاً أو أكثر في الحد، فمات المحدود، فكم يجب من الضمان؟:

اتفق الفقهاء على أنه إذا زاد ولي الأمر على الحد فتلف المجني عليه، فإن الضمان يجب؛ لأنه تلف بعدوان، فأشبه ما لو ضربه في غير الحد[٢].

واختلفوا في قدر الضمان على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجب جميع الضمان، وهو كمال الدية. وهو وجه عند الشافعية[٣] والمذهب عند الحنابلة[٤].

---

(١) المنثور (١٦٤/٣).

(٢) انظر: المغني (٥٠٤/١٢).

(٣) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٩٩٥/٢-٩٩٦)، العزيز (٢٩٨/١١)، روضة الطالبين (١٧٨/١٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٤١/١).

(٤) انظر: المغني (٥٠٤/١٢-٥٠٥)، تقرير القواعد (٢١٢/١)، الإنصاف مع المقنع (٢٠٠/٢٦-٢٠١)، كشاف القناع (٨٣/٦).

القول الثاني: يجب نصف الضمان، وهو نصف الدية. وهو قول الحنفية[١] ووجه عند الشافعية[٢] ووجه عند الحنابلة[٣][٤].

القول الثالث: يجب الضمان بقسط الزيادة، فتقسط الدية على الأسواط كلها، ثم يعطى منها قسط الزيادة. وهو أظهر الأوجه عند الشافعية[٥] ووجه عند الحنابلة[٦].

أدلة القول الأول:

علل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- إن تلف المحدود حصل من جهة الله وعدوان الضارب، فكان الضمان على العادي، كما لو ضرب مريضا سوطا فمات به[٧].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٢١١/٣)، مجمع الضمانات (٤٤٧/١)، حاشية رد المحتار (٧٩/٣).

(٢) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٩٩٥/٢-٩٩٦)، العزيز (٢٩٨/١١)، روضة الطالبين (١٧٨/١٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٤١/١).

(٣) انظر: المغني (٥٠٤/١٢-٥٠٥)، تقرير القواعد (٢١٢/١)، الإنصاف مع المقنع (٢٠٠/٢٦-٢٠١).

(٤) لم أجد للمالكية قولاً في هذه المسألة إلا أن ابن قدامة نسب لهم القول بوجوب ضمان نصف الدية.

انظر: المغني (٥٠٥/١٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٥٥/٤)، منح الجليل (٣٥٥/٩-٣٦٢).

(٥) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٩٩٥/٢-٩٩٦)، العزيز (٢٩٨/١١)، روضة الطالبين (١٧٨/١٠)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١٤١/١).

(٦) انظر: الإنصاف مع المقنع (٢٠٠/٢٦-٢٠١).

(٧) المغني (٥٠٤/١٢) بتصرف.

٢- إن تلف المحدود حصل بعدوان غيره، فأشبه ما لو ألقى على سفينة موقرة حجرا فأغرقها[١].

٣- إن تلف المحدود حصل بفعلين: أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه. فالمأذون فيه لا أثر له في الضمان، وإنما الجناية ما زاد عليه، فأسند بالضمان إليها[٢].

٤- إن القتل حصل من فعلين: أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه، فغلب جانب الحظر الذي هو المنهي عنه، فجعل الحكم له[٣].

أدلة القول الثاني:

علل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- إن التلف حصل بفعل مضمون وغير مضمون، فكان الواجب نصف الدية، كما لو جرح نفسه وجرحه غيره، فمات[٤].

٢- إن القتل حصل من فعل واجب وغير واجب، ولم يعتبر العدد كما لا يعتبر في الجراح[٥].

أدلة القول الثالث:

علل أصحاب هذا القول بأن الضمان تعلق بالأسواط الزائدة؛ لأن لكل واحد من العدد تأثيراً في تلفه، والضرب متشابه، فتقسط الدية على عدد الأسواط[٦].

---

(١) المغني (١٢/٥٠٤-٥٠٥) بتصرف.

(٢) انظر: تقرير القواعد (٢/٢١٢).

(٣) انظر: تعليق ابن عثيمين مع تقرير القواعد (١/٢١٣).

(٤) المغني (١٢/٥٠٥) بتصرف.

(٥) انظر: كتاب الحدود من الحاوي (٢/٩٩٣، ٩٩٥).

(٦) انظر: المرجع السابق (٢/٩٩٤، ٩٩٦).

القول المختار:

لم يظهر لي في هذه المسألة اختيار لأحد الأقوال الثلاثة، لكن يمكن الاستئناس برأي الشيخ محمد بن عثيمين، حيث يقول في هذه المسألة: «ولو قال قائل: إنه يلزمه بقسطه - فإذا كان مثلا ثمانين، وزاد ثمان جلدات، ومات، يجب عليه واحد من إحدى عشرة؛ لأنه مات من ثمان وثمانين، وثمان من ثمان وثمانين نسبتها واحدة من إحدى عشرة - لكان له وجه، ولعله أجود الأقوال الثلاثة، أجود من القول بأنه يضمن الجميع، وأجود من القول بأنه يضمن النصف»[(١)].

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هذه بعض الفروع الفقهية المندرجة تحت القاعدة، أسوقها على النحو الآتي:

١- إذا زاد الإمام سوطاً أو أكثر في الحد، فمات المحدود من ذلك، فقد اختلف في قدر الضمان، فقيل: يضمن كمال الدية، وقيل: يضمن نصف الدية، وقيل: يضمن قسط الزيادة[(٢)].

٢- «إذا أوجبنا الضمان بالختان - كما في الحر والبرد المفرطين - فالواجب جميع الضمان؛ للتعدي، أو نصفه؛ لأن أصل الختان واجب، والهلاك حصل من مستحق وغير مستحق؟ فيه وجهان، أظهرهما الثاني»[(٣)].

---

(١) تعليق ابن عثيمين مع تقرير القواعد (٢/٢١٣).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (١/٤٤٧)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤١)، تقرير القواعد (١/٢١٢).

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤٨). وانظر: المنثور (٣/١٦٤).

٣- إذا أقيم حد الجلد في الحر أو البرد المفرطين، فهلك المحدود، فقيل: تجب الدية كاملة، وقيل: يجب نصف الدية[١].

٤- إذا ضربه في الجلد، فأنهر دمه، فلا ضمان عليه؛ لأنه قد يكون ذلك من رقة الجلد، فإن عاد فضربه في موضع انهار الدم، فمات، وقلنا: إن الضمان يجب، فقيل: تجب الدية كاملة، وقيل: تجب نصف الدية[٢].

٥- إذا اشترك محل ومحرم في قتل صيد، فقد قيل: يلزم المحرم ضمانه كاملا، وقيل: يلزم المحرم نصف الجزاء[٣].

٦- «لو اقتص من الجاني ثم جرحه هو أو غيره عدواناً، فمات: وجب كمال الدية. وفيه وجه آخر: أنه يجب نصفها»[٤].

٧- «لو استأجر دابة لمسافة معلومة فزاد عليها، أو لحمل مقدار معلوم فزاد عليه، فتلفت الدابة، فإنه يضمنها بكمال القيمة، وقيل: يضمن نصف قيمتها»[٥].

٨- إذا اشترك في جرح آدمي مقتص وغيره، فقيل: يجب على شريك المقتص كمال الدية، وقيل: يجب عليه نصفها[٦].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١٤٨).

(٢) انظر: المرجع السابق. و المنثور (٣/١٦٤).

(٣) انظر: المنثور (٣/١٦٤)، تقرير القواعد (١/٢١٤-٢١٥).

(٤) تقرير القواعد (١/٢١٣).

(٥) المرجع السابق (١/٢١٤) بتصرف.

(٦) انظر: المرجع السابق (١/٢١٦-٢١٧).

٩- لو تزوج امرأة ثم دفعها هو وأجنبي فأذهب عذرتها، ثم طلقها قبل الدخول، فقيل: يجب على الأجنبي نصف أرش البكارة، وعلى الزوج نصف المهر فقط، وقيل: يجب على الزوج نصف أرش البكارة مع نصف المهر[١].

١٠- «لو قتل رجل عبدا مشتركا بينه وبين غيره، أو أتلف مالاً مشتركا أو حيواناً: سقط ما يقابل حقه، ووجب عليه ما يقابل حق شريكه»[٢].

١١- «لو اشترك اثنان في إتلاف مال أحدهما أو قتل عبده أو حيوانه: سقط عن المشارك ما يقابل فعله، ووجب على الآخر من الضمان بقسطه»[٣].

١٢- «لو اشترك هو وأجنبي في قتل نفسه كان على الأجنبي نصف الضمان»[٤].

١٣- «لو رمى ثلاثة بالمنجنيق[٥]، فأصاب الحجرُ أحدَهم، فقتله: فالصحيح أن ما قابل فعل المقتول ساقط، ويجب ثلثا ديته على عاقلة الآخرين»[٦].

---

(١) انظر: المرجع السابق (١/٢١٧-٢١٩)،

(٢) إعلام الموقعين (٢/٣٩).

(٣) إعلام الموقعين (٢/٣٩).

(٤) المرجع السابق.

(٥) المنجنيق: آلة ترمى بها الحجارة، وهي معربة، أصلها فارسية، وجمعها: منجنيقات ومجانيق.

انظر: مختار الصحاح (ص ١٠٦)، القاموس المحيط (ص ١١٢٦).

(٦) إعلام الموقعين (٢/٣٩). وانظر: تقرير القواعد (١/٢١٩).

الفصل الثاني:

القواعد المتعلقة بالتعدي والتفريط

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الضمان منوط بالتعدي.

المبحث الثاني: قاعدة: المفرط ضامن.

المبحث الثالث: قاعدة: من ترك واجباً في الصون ضمن.

المبحث الرابع: قاعدة: متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه.

المبحث الأول

قاعدة الضمان منوط بالتعدي

هذه القاعدة الفقهية تبين لنا اشتراط التعدي في ضمان المتلفات، وقد كانت دراستها على النحو الآتي:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وردت صيغ كثيرة حول هذه القاعدة مما يدل على أهميتها وعمل الفقهاء بها، وقد جاءت بعض هذه الصيغ مصدرة بالأصل أو الضابط مما يشعر بأنها قاعدة فقهية. بينما جاءت الصيغ الأخرى في مناسبات التعليل وذكر الأحكام الشرعية.

وأسوق إليك ما وقفت عليه من هذه الصيغ مرتبة على النحو الآتي:

أولاً: الصيغة التي وردت على لسان بعض التابعين:

١- «الضمان على من تعدى»:

هذه الصيغة وردت على لسان بعض التابعين كطاووس[١] وأبي قلابة[٢]

---

(١) هو عالم اليمن الفقيه القدوة أبو عبد الرحمن طاووس بن كيسان الفارسي ثم اليمني الجندي الحافظ، ولد في خلافة عثمان أو قبل ذلك، سمع من زيد بن ثابت وعائشة وغيرهما. وروى عنه: عطاء ومجاهد وآخرون، توفي سنة ١٠٦هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٥/٣٨)، تهذيب التهذيب (٥/٩).

(٢) هو الإمام شيخ الإسلام أبو قلابة عبد الله بن زيد بن عمرو بن ناتل بن مالك الجرمي البصري، حدث عن ثابت بن الضحاك وأنس ومالك بن الحويرث وغيرهم، وحدث عنه: أبو رجاء سلمان وثابت البناني وقتادة وغيرهم، مات سنة ١٠٤، وقيل غير ذلك.
انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي (ص٩٤)، سير أعلام النبلاء (٤/٤٦٨).

وحماد[١] رحمهم الله[٢].

ثانياً: الصيغ التي وردت عن فقهاء المذهب الحنفي:

١- قال أبو زيد الدبوسي[٣]: «الأصل عندنا أن كل من تعدى على غيره بأخذ مال إذا هلك في يده يضمن»[٤].

٢- قال أبو بكر الكاساني[٥]: «لا ضمان إلا على المتعدي»[٦].

٣- جاء في كتاب مجموعة الأصول ما نصه: «التعدي مضمون»[٧].

---

(١) هو العلامة فقيه العراق أبو إسماعيل حماد بن أبي سليمان مسلم الكوفي، أصله من أصبهان، كان ذكيّاً سخيّا، روى عن أنس بن مالك، وتفقه بإبراهيم النخعي، وهو أنبل أصحابه، روى عنه: ابنه إسماعيل وأبو حنيفة وغيرهما، توفي سنة ١٢٠هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٥/٢٣١)، تهذيب التهذيب (٣/١٤).

(٢) المصنف لعبد الرزاق (٨/٢٥٢-٢٥٣).

(٣) هو القاضي الفقيه أبو زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي، من أكابر المذهب الحنفي، أول من وضع علم الخلاف وأبرزه للوجود، تفقه على أبي جعفر الاستروشني وغيره، له مؤلفات منها: "تأسيس النظر" و"الأسرار" و"تقويم الأدلة" و"نظم في الفتاوى"، كان له مناظرات مع الفحول بسمرقند وبخارى، توفي سنة ٤٣٠هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: الجواهر المضية (٢/٤٩٩-٥٠٠)، تاج التراجم (ص١٩٢، ٣٣٠)، الفوائد البهية (ص١٠٩).

(٤) تأسيس النظر (ص٨٥).

(٥) هو ملك العلماء علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، تفقه على محمد السمرقندي وغيره، وتولى التدريس بالحلاوية، فتلقاه الفقهاء وأخذوا عنه، له مؤلفات منها: "بدائع الصنائع"، و"السلطان المبين في أصول الدين"، توفي سنة ٥٨٧هـ في حلب.
انظر: الجواهر المضية (٤/٢٥-٢٨)، تاج التراجم (ص٣٢٧-٣٢٩).

(٦) بدائع الصنائع (٦/٢١٧).

(٧) مجموعة الأصول ورقة(١٩) بواسطة موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٢/٣١٩).

٤- قال أحمد الزرقا[١]: «الضمان يستدعي سبق التعدي»[٢].

ثالثاً: الصيغ التي وردت عن فقهاء المذهب المالكي:

١- قال أبو الوليد بن رشد الحفيد[٣]: «الأصول على أن على المتعدي الضمان»[٤].

٢- قال أبو إسحاق الشاطبي[٥]: «التعدي يترتب عليه الضمان والعقوبة»[٦].

---

(١) هو الشيخ الفقيه أحمد بن الشيخ محمد بن عثمان الزرقا، ولد في حلب سنة ١٢٨٥هـ تقريبا، حفظ القرآن الكريم على الشيخ محمد الحجار، وتلقى العلوم الشرعية على علماء عصره، من أبرزهم والده الشيخ محمد الزرقا، وتفقه عليه: ابنه الشيخ مصطفى والدكتور معروف الدواليبي والشيخ محمد السلقيني وغيرهم، ليس له إلا مؤلف وحيد وفريد وهو "شرح القواعد الفقهية" من مجلة الأحكام العدلية، توفي سنة ١٣٥٧هـ.
انظر: مقدمة كتابه "شرح القواعد الفقهية" (ص١٧).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص٤٤٩).

(٣) هو العلامة الفقيه أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد، ولد سنة ٥٢٠هـ، وأخذ عن أبيه أبي القاسم وعن أبي القاسم بن بشكوال وأبي مروان بن ميسرة وغيرهم، وأخذ عنه: أبو بكر بن جهور وأبو محمد بن حوط الله وغيرهما، له مؤلفات منها: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" و"مختصر المستصفى" في الأصول، و"الكليات" في الطب، توفي سنة ٥٩٥هـ.
انظر: الديباج المذهب (ص٣٧٨-٣٧٩)، شذرات الذهب (٦٢/٤)، كشف الظنون (٥١٢/١).

(٤) بداية المجتهد (٣٩٤/٢).

(٥) هو: العلامة المحقق أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، أخذ عن ابن الفخار وأبي عبد الله البلنسي وأبي عبد الله التلمساني وغيرهم، وأخذ عنه أبو بكر بن عاصم وأخوه أبو يحيى وعبد الله البياني وغيرهم، له مؤلفات نفيسة منها: "الموافقات" و"الاعتصام" و"الإفادات والإنشادات"، توفي في شعبان ٧٩٠هـ. انظر: شجرة النور الزكية (ص٢٣١)، إيضاح المكنون (١٢٧/٤)، معجم المؤلفين (٧٧/١).

(٦) الموافقات (٤٠١/١).

٣- قال أحمد المنجور[١]: «كل من خالف ما أمر به أو نهي عنه أو تعدى على مال غيره أو غر بالفعل فإنه يضمن»[٢].

رابعاً: الصيغ التي وردت عن فقهاء المذهب الشافعي:

١- قال الإمام الشافعي[٣]: «إنما يضمن من تعدى»[٤].

٢- قال أبو الحسن الماوردي[٥]: «لا ضمان إلا بالعدوان»[٦].

---

(١) هو الفقيه الأصولي أبو العباس أحمد بن علي المنجور الفاسي، ولد سنة ٩٢٦هـ، أخذ عن سقين وابن هارون وعبد الواحد الونشريسي وغيرهم، وأخذ عنه جماعة منهم: الشيخ البطيوري وإبراهيم الشاوي ويوسف الفاسي، له مؤلفات منها: "مراقي المجد في آيات السعد" و"شرح المنهج المنتخب" و"شرح قواعد الزقاق"، توفي سنة ٩٩٥هـ. انظر: شجرة النور الزكية (ص٢٨٧)، معجم المؤلفين (١/٢٠٤).

(٢) شرح المنهج المنتخب (ص٥٤٥).

(٣) الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان الشافعي القرشي المطلبي، عالم العصر وناصر الحديث وفقيه الملة، ولد سنة ١٥٠ في غزة، روى عن إسماعيل بن علية ومالك ابن أنس ومسلم بن خالد الزنجي وغيرهم كثير، وممن روى عنه: أحمد بن حنبل وأحمد الخلال وأبو ثور وغيرهم، له مؤلفات مفيدة منها: "الأم" و"الرسالة" في أصول الفقه وغيرها. انظر: مناقب الإمام الشافعي، تهذيب الأسماء واللغات (١/٤٤)، سير أعلام النبلاء (١٠/٥).

(٤) الأم (٤/٣٧).

(٥) القاضي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تفقه على أبي القاسم الصيمري وأبي حامد الإسفراييني وغيرهما، وروى عنه أبو بكر الخطيب وأبو العز بن كادش وغيرهما، له مؤلفات كثيرة منها: "الحاوي" و"الأحكام السلطانية"، توفي سنة ٤٥٠هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (١٨/٦٤)، طبقات الشافعية للسبكي (٥/٢٦٧-٢٦٩)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٢٠٦-٢٠٧).

(٦) الحاوي (٧/٤٢٥).

٣- قال بدر الدين الزركشي: «الضابط أن التعدي مضمون أبدا إلا ما قام دليله»[١].

خامساً: الصيغ التي وردت عن فقهاء المذهب الحنبلي:

١- قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه»[٢].

٢- قال شمس الدين الزركشي الحنبلي[٣]: «الضمان منوط بالتعدي»[٤]. وذكرها أيضا برهان الدين بن مفلح[٥].

٣- قال برهان الدين بن مفلح[٦]: «الضمان على المتعدي»[٧].

---

(١) المنثور (٢/٣٢٧).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠/٨٨)، وقد خُصصت لهذه القاعدة مبحثا خاصا في هذا الفصل.

(٣) هو العلامة الفقيه شمس الدين أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن محمد الزركشي المصري الحنبلي، والد المسند زين الدين عبدالرحمن أبي ذر المعروف بـ(الزركشي)، أخذ الفقه عن موفق الدين عبد الله الحجاوي وغيره، له تصانيف مفيدة أشهرها: "شرح مختصر الخرقي"، توفي سنة ٧٧٢هـ. انظر: النجوم الزاهرة (١١/٩٣-٩٤)، شذرات الذهب (٦/٢٢٤-٢٢٥)، السحب الوابلة (٣/٩٦٦-٩٦٨).

(٤) شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/٥٨٨).

(٥) المبدع (٥/٢٤١).

(٦) هو العلامة الفقيه المؤرخ برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح بن مفرِّج المقدسي الراميني الدمشقي الصالحي، ولد سنة ٨١٥هـ، حفظ القرآن وعدة كتب، أخذ عن العلاء البخاري وجده وابن قاضي شهبة وابن ناصر الدين، له مؤلفات نفيسة، منها: "المبدع في شرح المقنع" و"المقصد الأرشد" في تراجم الحنابلة، وغيرهما، توفي سنة ٨٨٤هـ. انظر: شذرات الذهب (٧/٣٣٨-٣٣٩)، السحب الوابلة (١/٦٠-٦٣).

(٧) المبدع (٥/٩٦).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

منوط أي: معلق[١].

بالتعدي: التعدي لغة: الظلم ومجاوزة الحد[٢].

وفي الاصطلاح: يطلق ويراد به أحد معنيين:

الأول: المجاوزة الفعلية إلى حق غيره أو ملكه المعصوم، وهذا المعنى هو المراد في القاعدة، وهو شرط أساسي في الضمان.

والثاني: العمل المحظور في ذاته شرعا، بقطع النظر عن كونه متجاوزا على حدود غيره أم لا.

وهذا المعنى ليس مراداً في القاعدة، وليس بشرط في وجوب الضمان[٣].

وقد سبق التوسع في تعريف التعدي في مطلب أركان الضمان، فليرجع إليه[٤].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

الأصل أن الضمان لا يجب إلا إذا وجد الإتلاف المسبوق بتعدّ، سواء قصد الفاعل الفعل أو الضرر أم لم يقصد. فأما إذا لم يسبق الإتلاف بتعد فإنه لا يجب الضمان[٥].

---

(١) انظر: لسان العرب (٤١٨/٧)، القاموس المحيط (ص٨٩٢).

(٢) انظر: مختار الصحاح (ص٤١٨-٤١٩)، القاموس المحيط (ص ١٦٨٨).

(٣) انظر: الفعل الضار (ص٧٨-٧٩). وراجع: قاعدة (المباشر ضامن وإن لم يتعمد) صفحة ٣٥٥. وقاعدة (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد) صفحة ٣٧٣.

(٤) انظر: صفحة ٧٦-٨١ من هذا البحث.

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٤٩)، المدخل الفقهي للزرقا (١٠٤٦/٢).

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية[٥][٦] على اشتراط التعدي في الإتلاف الموجب للضمان. واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة، منها ما يلي:

١- قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٧].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أجاز للمتعدَّى عليه أن يأخذ حقه من المعتدي، ومن ذلك أن يأخذ ضمان أمواله من المعتدي. قال الشيخ عبدالرحمن السعدي عند هذه الآية: «ومن أخذ مال غيره المحترم أخذ منه بدله»[٨].

---

(١) انظر: تأسيس النظر (ص٨٥)، بدائع الصنائع (٦/٢١٧)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٤٩، ٤٥٣-٤٥٥)، مجموعة الأصول ورقة (١٩) بواسطة موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (٢/٣١٩).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/٣٩٤)، الموافقات (١/٤٠١، ٣/٤٢٨-٤٣١)، شرح المنهج المنتخب (ص٥٤٥)، المنهج إلى المنهج (ص١٠٣-١٠٤)، الدليل الماهر الناصح (ص١٣٩-١٤٠).

(٣) انظر: الأم (٤/٣٧)، الحاوي (٧/١٤٧، ٤٢٥)، المنثور (٢/٣٢٧).

(٤) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام (٣٠/٨٨)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/٥٨٨)، المبدع (٥/٩٦، ٢٤١)، الإرشاد (ص١٤٨).

(٥) انظر: المحلى (٦/٩١، ٤٢٩).

(٦) انظر: الفعل الضار (ص٧٩)، ضمان العدوان (ص٢٤١-٢٤٢).

(٧) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٨) تيسير الكريم الرحمن (ص٨٩).

٢- قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾[١].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أباح لمن وقعت عليه العقوبة بغير وجه حق أن يستوفي بدلها، وقد فسرها طائفة من التابعين بقولهم: «إن أخذ منك رجل شيئاً فخذ منه مثله»[٢].

٣- قال تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾[٣].

وجه الدلالة: أن الله عزّ وجلّ بيّن أن جزاء عمل السوء أن يفعل به مثل ما فعل، ومن ذلك التعدي على الأموال، فإن جزاءه ضمانها. قال الشيخ عبدالرحمن السعدي في تفسير هذه الآية: «جزاء السيئة سيئة مثلها، لا زيادة ولا نقص، فالنفس بالنفس وكل جارحة بالجارحة المماثلة لها، والمال يضمن بمثله»[٤].

٤- عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: كلوا، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة. وفي لفظ آخر أنه قال: **(طعام بطعام وإناء بإناء)**[٥].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ ألزم زوجته التي كسرت الإناء ضمانه؛ وذلك لوجود التعدي.

---

(١) سورة النحل، الآية [١٢٦].

(٢) انظر: تفسير الطبري (٦٦٥/٧)، الدر المنثور (٢٥٦/٤).

(٣) سورة الشورى، الآية [٤٠].

(٤) تيسير الكريم الرحمن (ص ٧٦٠).

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٧١.

٥- عن سمرة بن جندب[١] ﷺ عن النبي ﷺ قال: **«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»**[٢].

وجه الدلالة: أن هذا الحديث يدل على أن من اعتدى على أحد بأخذ شيء من ممتلكاته فإنه يجب عليه أن يردها إليه.

٦- عن يزيد بن السائب[٣] ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه جادا ولا لاعباً، وإذا وجد أحدكم عصا صاحبه فليرددها عليه)**[٤].

---

(١) هو الصحابي الجليل سمرة بن جندب بن هلال الفزاري، من علماء الصحابة، وله أحاديث صالحة، حدث عنه ابنه سليمان والحسن البصري وابن سيرين، مات سنة (٥٨هـ)، وقيل غير ذلك.
انظر: معجم الصحابة (١/٣٠٥-٣٠٦)، سير أعلام النبلاء (٣/١٨٣-١٨٦)، الإصابة (٣/١٣٠-١٣١).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٥/٨، ١٢، ١٣)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب تضمين العارية (٣/٨٢٢) برقم (٣٥٦١)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣/٥٦٦) برقم (١٢٦٦)، وابن ماجه في سننه: كتاب الصدقات، باب العارية (٣/١٣٨) برقم (٢٤٠٠)، والحاكم في المستدرك (٢/٥٥)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه الحاكم، وضعفه الألباني في الإرواء (٥/٣٤٨). وانظر: التلخيص الحبير (٣/١١٧).

(٣) هو الصحابي الجليل يزيد بن السائب بن يزيد، وقيل غير ذلك في نسبه، أسلم يوم الفتح، وروى عن النبي ﷺ، وروى عنه ابن السائب، ولم أجد من ذكر سنة وفاته.
انظر: معجم الصحابة (٣/٢٣٢)، تهذيب الكمال (٣٢/١٤١)، الإصابة (٦/٣٤١).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٤/٢٢١)، وأبو داود في سننه: كتاب الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح (٥/٢٧٣) برقم (٥٠٠٣)، والترمذي في سننه: كتاب الفتن، باب ما جاء: (لا يحل لمسلم أن يروّع مسلما) (٤/٤٠٢) برقم (٢١٦٠)، والحاكم في المستدرك (٣/٧٣٩)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الغصب، باب تحريم الغصب وأخذ أموال الناس بغير حق (٦/٩٢)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وحسّنه الألباني في الإرواء (٥/٣٥٠).

وجه الدلالة: يدل هذا الحديث على أنه لا يجوز للمسلم الاعتداء على مال أخيه المسلم، فإن اعتدى على ماله فإنه يجب عليه أن يرجعه إليه.

المطلب الخامس

في القواعد والضوابط الفقهية المندرجة تحت القاعدة

ثمة قواعد وضوابط فقهية تندرج تحت القاعدة، منها ما أفردت له مبحثاً خاصا لدراستها، ومنها – وهي واحدة – ما سأتكلم على معناها هنا.

وفيما يلي ذكر ما وقفت عليه مما يندرج تحت القاعدة من القواعد والضوابط الفقهية:

أولاً: قاعدة (الأمانات تضمن بالتعدي)[١].

ثانياً: قاعدة (التعدي على مال الغير يستوي فيه الجهل والعمد)[٢].

ثالثاً: ضابط (الضمان لا يجب على الوديع إلا بالتعدي)[٣].

رابعاً: قاعدة (المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى)[٤].

خامساً: قاعدة (المتولد من التعدي في حكم التعدي)[٥].

---

(١) انظر: قاعدة (الأمانة غير مضمونة) صفحة ٥٩٢.

(٢) انظر: قاعدة (لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل) صفحة ٣١٧، وقاعدة (ما يضمن بالعمد يضمن بالخطأ) صفحة ٣٣٩.

(٣) انظر: قاعدة (الضمان لا يجب على الوديع) صفحة ٦٢١.

(٤) انظر: صفحة ٣٥٣، ٣٧٣ من هذا البحث.

(٥) المنثور (٣٢٧/٢).

والمراد بهذه القاعدة أن كل ما ترتب على التعدي من آثار - كسراية[١] ونحوها - فإنه مضمون على المتعدي كما هو الحال في أصل التعدي، وهي في معنى قاعدة (سراية الجناية مضمونة)[٢]، إلا أن قاعدة السراية تستعمل في التعدي على الأنفس، وقاعدتنا تستعمل في التعدي على الأموال.

ومن أمثلتها: أن من تعدى على حيوان غيره بجرح فمات الحيوان بسببه، فإن المتعدي لا يضمن الجرح فحسب، بل يضمن النفس؛ لأن هلاكها تولّد من تعديّه[٣].

المطلب السادس

من فروع القاعدة

يتفرع على القاعدة مسائل كثيرة، منها ما يلي:

١- إذا هلكت العارية بتعدّ من المستعير فإنه يضمنها[٤].

٢- إذا حفر رجل حفرة في الطريق ثم سقط فيها إنسان فمات، فإن الضمان على حافر البئر؛ لتعديه في الحفر[٥].

---

(١) السراية لغة: مصدر من سرى الليل إذا مضى وذهب.
واصطلاحا: سريان أثر فعل الجاني في المجني عليه إلى نفسه.
انظر: المصباح المنير (ص ١٠٤-١٠٥)، القاموس المحيط (ص ١٦٦٩-١٦٧٠)، التشريع الجنائي (٢/٢٥٢)، القاموس الفقهي (ص١٧١)، القصاص والديات (ص٧٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/٣٠٤)، منح الجليل (٩/٥١)، الحاوي (١٢/١٢٥، ١٧٠)، التهذيب (٧/١١٨-١١٩)، المغني (١١/٥٦٢)، الشرح الكبير مع المقنع (٢٥/٢٩٩).

(٣) انظر: المنثور (٢/٣٢٨).

(٤) انظر: مجمع الضمانات (١/١٦٣).

(٥) انظر: المرجع السابق (١/٤٠٧)، المنثور (٢/٣٢٧).

٣- إذا أودعت رجلا بقرا أو نوقا فأنزى عليهن بغير إذنك فمتن من الولادة فإنه ضامن[١].

٤- لو اكترى زورقا فزواه مع زورق آخر فغرقا ضمن ؛ لأنها مخاطرة لاحتياجهما إلى المساواة ككفة الميزان[٢].

٥- إذا استأجرت رجلا ليخيط لك ثوبا فتلف الثوب، فإن الأجير لا يضمن إلا بالتعدي[٣].

٦- الفصاد والحجام والختان لا يضمنون بسراية فعلهم إلى الهلاك إذا لم يجاوزوا الموضع المعتاد المعهود المأذون فيه[٤].

٧- من أودع وديعة فتعدى فيها، بأن ركب الدابة لغير نفعها أو لبس الثوب أو أخرج الدراهم لينفقها، ثم ردّها: ضمنها ؛ لتصرّفه في مال غيره بغير إذنه[٥].

٨- لا يضمن الملتقط اللقطة إلا بالتعدي عليها أو بالمنع عند الطلب[٦].

٩- إذا تلف الثمر والزرع بعد وجوب الزكاة فيه، ففي ذلك تفصيل: إن كان بتعدٍّ منه أو تفريط ضمن الزكاة، وإن كان بلا تعدٍّ ولا تفريط لم يضمن[٧].

---

(١) الدليل الماهر الناصح (ص١٤٠) بتصرف يسير.

(٢) المبدع (٥/٩٦).

(٣) انظر: مجمع الضمانات (١/١٣٩).

(٤) المرجع السابق (١/١٤٥) بتصرف يسير.

(٥) المبدع (٥/٢٣٩) بتصرف يسير.

(٦) انظر: مجمع الضمانات (١/٤٥٦).

(٧) انظر: الشرح الممتع (٦/٨٦-٨٧).

١٠- العامل أمين، لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعدٍّ ولا تفريط[١].

١١- الرهن أمانة في يد المرتهن، لا يضمنه إذا تلف بغير تعدٍّ منه ولا تفريط[٢].

١٢- إذا استأجر سيارة، فأسرع السير بها في الأماكن المزدحمة أو الطرق الوعرة، ما أدّى إلى اصطدامه بسيارة أخرى؛ فهنا يضمن المستأجر تلف السيارة؛ لأنه تعدَّى.

١٣- لا يضمن الوكيل ما تلف بيده إلا إذا تعدى أو فرّط[٣].

١٤- إذا فتح إنسان قفصا عن طائر مملوك محترم فطار، أو فتح اصطبل حيوان محترم فضاع، أو حلّ رباط فرس ففات: وجب على الفاتح والحالّ الضمان بسبب تعديه[٤].

١٥- إذا حلّ إنسان رباط سفينة فغرقت بعصوف ريح، فإنه يضمنه لتعديه[٥].

١٦- إذا أتلف وثيقة لا يثبت المال إلا بها وتعذر ثبوته، فعلى متلفها الضمان لتعديه[٦].

---

(١) انظر: المعيار (٢١٢/٨)، الحاوي (٣٢٣/٧)، الكافي لابن قدامة (٣٥٧/٣)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٨٨/٣٠)، الإقناع (٤٦٦/٢).

(٢) انظر: منتهى الإرادات (٢٨٨/١-٢٨٩).

(٣) انظر: المرجع السابق (٣١٨/١، ٣٢١).

(٤) انظر: كشاف القناع (١١٧/٤).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المرجع السابق (١١٩/٤).

المبحث الثاني

قاعدة: المفرط ضامن

هذه القاعدة الفقهية متعلقة بالتفريط في الأمانات، وقد يسر الله لي دراستها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

يسَّر الله لي – بعد البحث والتنقيب – الوقوف على ست صيغ للقاعدة، وقد جاء التنصيص على بعض هذه الصيغ بما يشعر بكونها قاعدة فقهية. بينما جاء البعض الآخر منها في مساق التدليل والتعليل عند توجيه رأي أو اختياره.

وفيما يلي أذكر هذه الصيغ مرتبة حسب سنة وفاة قائليها:

١- قال الفقيه أبو بكر السرخسي في سياق التعليل ما نصه: «الأمين فيما يرجع إلى الحفظ يكون ضامنا»[(١)].

٢- وقال أيضا: «هلاك الأمانة في يد الأمين كهلاكها في يد صاحبها»[(٢)].

٣- قال الفقيه أبو محمد بن قدامة[(٣)] في معرض التعليل ما نصه: «الأمين لا

---

(١) المبسوط (٦٨/٢٢)، وانظر: شرح مشكل الآثار (٤٦٥/١٥)، مجمع الضمانات (٧٨/١، ٣٩٩، ٤٦٥).

(٢) المبسوط (١٢٨/٢٣)، وانظر: شرح الزيادات (ص١٦٠٥) بواسطة موسوعة القواعد للندوي (٤٩٧/٢).

(٣) هو الإمام الفقيه موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي، ولد سنة ٥٤١هـ، وسمع من أبي المكارم بن هلال وهبة الله الدقاق وغيرهما، وأخذ عنه: ابن أخيه عبدالرحمن بن أبي عمرو الضياء وخلق كثير، من مؤلفاته: المغني وروضة الناظر وغيرهما، توفي سنة ٦٢٠هـ.

انظر: الذيل على طبقات الحنابلة (١٣٣/٤-١٤٩)، المقصد الأرشد (١٥/٢-٢٠).

يضمن ما لم يوجد منه تفريط أو عدوان»[١].

٤- وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في معرض الاستدلال: «التفريط يناسب الضمان»[٢].

٥- جاء ذكر القاعدة في مجلة الأحكام العدلية بصيغة: «الأمانة غير مضمونة، فإذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان»[٣].

٦- قال مفتي دمشق في وقته - محمود حمزة[٤] -: «لا ضمان على المبالغ في الحفظ»[٥].

٧- صاغ الشيخ عبد الرحمن السعدي القاعدة بقوله: «القاعدة الرابعة عشرة: التلف في يد الأمين غير مضمون إذا لم يتعد أو يفرط، وفي يد الظالم مضمون مطلقاً»[٦].

---

(١) المغني (١٢/٥٥٠).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٤٠٢).

(٣) شرح المجلة (ص٤٢٦)، وانظر: الفوائد الزينية (ص١٢٧).

(٤) هو الفقيه محمود بن محمد نسيب بن حسين بن يحيى بن حمزة الحسيني الحمزاوي الحنفي الدمشقي، ولد سنة ١٢٣٦هـ، تقلب في مناصب شرعية عالية، انتهت به إلى فتوى الشام، وكان أديبا شاعرا، له مؤلفات منها: درر الأسرار في تفسير القرآن، والفرائد البهية في القواعد الفقهية، والكواكب الزاهرة في الأحاديث المتواترة وغيرها، توفي سنة ١٣٠٥هـ.
انظر: هدية العارفين (٦/٤٢٠)، الأعلام (٧/١٨٥).

(٥) الفرائد البهية (ص٥٨).

(٦) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤).

٨- ذكر الدكتور محمد الروكي القاعدة ضمن مبحث خصصه للقواعد الفقهية الكلية في نظرية الضمان، وصاغها بقوله: «المفرط ضامن»[١]، وقد استنبطها من كلام للقاضي عبد الوهاب المالكي[٢] حيث يقول: «وتحريره أن يقال: إنها بهيمة أتلفت زرعاً، فكان الضمان ممن كان التفريط منه، أصله إذا كان يد صاحبها عليها»[٣].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

المُفرِّط: لغة: من التفريط، والتفريط في الشيء هو التقصير فيه وتضييعه وإهماله والتهاون فيه حتى يفوت أو يتلف، يقال: فرّط في الأمر يفرط تفريطا فهو مفرط[٤].

و«الفرق بين الإفراط والتفريط أن الإفراط يستعمل في تجاوز الحد من جانب الزيادة والكمال، والتفريط يستعمل في تجاوز الحد من جانب النقصان والتقصير»[٥].

---

(١) قواعد الفقه الإسلامي للروكي (ص٢٢٩)، وانظر: الإشراف (٦٦٩/٢)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٩١/٣٠).

(٢) هو الفقيه القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي، ولد سنة ٣٦٢هـ، أخذ عن ابن القصار وابن الجلاب وغيرهما، ومن تلاميذه: أبوبكر الخطيب البغدادي وأبو عبدالله المازري، وله مؤلفات منها: الإشراف على مسائل الخلاف، وعيون المسائل، توفي سنة ٤٢٢هـ.
انظر: ترتيب المدارك (٢٢٠/٧-٢٢٧)، الديباج المذهب (ص٢٦١-٢٦٢).

(٣) الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٦٦٩/٢).

(٤) انظر: الصحاح (١١٤٨/٣)، تاج العروس (٥٢٧/٩، ٥٣٣، ٥٣٥).

(٥) التعريفات (ص٣٢).

وفي الاصطلاح: وقفت على ثلاثة تعاريف، وهي كما يلي:

أولاً: قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «والتفريط: هو ترك ما يجب عليه من غير عذر»[١].

ثانياً: قال الشيخ عبدالرحمن السعدي: «التفريط: ترك ما يجب من الحفظ»[٢].

ثالثاً: قال الدكتور محمد سراج: «الإهمال أو التقصير الموجب للضمان هو: مخالفة ما أوجبه الشارع من رعاية وتبصير لحقوق الغير وسلامتهم في أموالهم وأنفسهم وسائر حقوقهم الأخرى»[٣].

والذي يظهر لي أن هذه التعاريف لا تخرج عن المعنى اللغوي للتفريط؛ ولذلك فإنه «على الرغم من شيوع استخدام مصطلح التفريط باعتباره سببا لإيجاب الضمان، فإن الفقهاء لم يعنوا أنفسهم بتعريفه تعريفا جامعا مانعا فيما اطلعت عليه؛ اكتفاء بوضوح مفهومه»[٤] عندهم.

ومن الجدير بالملاحظة أن التعدي إذا أطلق فإنه قد يشمل معنى التفريط؛ لأن التعدي - الذي يشترط لإيجاب الضمان - قد يكون أمراً إيجابياً كالإحراق والإغراق والإتلاف، وقد يكون أمراً سلبياً كترك الحفظ والإهمال والامتناع عن تقديم المساعدة للمضطر[٥].

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٨٣/٣٠).

(٢) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤).

(٣) ضمان العدوان (ص٢٥١).

(٤) المرجع السابق، بتصرف يسير.

(٥) انظر: الموافقات (٧٢/٣-٧٣)، السيل الجرار (٣٤٢/٣)، نظرية الضمان للزحيلي (ص١٩)، نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص٩٤-٩٥)، ضمان العدوان (ص٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٥)، الضرر (٨٠٤/٢، ٨٤٨-٨٤٩).

ومن هنا قال الشيخ عبدالرحمن السعدي: «والفرق بين التعدي والتفريط: أن التفريط: ترك ما يجب من الحفظ، والتعدي: فعل ما لا يجوز من التصرفات أو الاستعمالات»[١].

المطلب الثالث

في مسائل متعلقة بالتفريط

أولاً: إن التفريط في أموال الناس يدخل ضمن التسبب في الإتلاف؛ لأن المفرط في الشيء متسبب في إتلافه[٢]، والتسبب قد يكون بالفعل أو بعدم الفعل أو بالتفريط[٣]. وبذلك فإنه يمكن إدراج هذه القاعدة «المفرط ضامن» تحت القاعدة الكلية المشهورة: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي»[٤].

ثانياً: إن الشرع واللغة لم يأتيا بتحديد التفريط الموجب للضمان، ومعلوم أن كل ما كان كذلك فمرجع تحديده إلى العرف والعادة[٥]، وعلى هذا فإن كل ما عدّه الناس تفريطا أنيط به الحكم ولزم به الضمان[٦].

---

(١) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٦٥/٧-١٦٧)، الفروق (٢٠٦/٢-٢٠٧)، روضة الطالبين (٤/٥-٦)، تحفة أهل الطلب (ص١٠٥)، السيل الجرار (٢١٦/٣)، ضمان العدوان (ص١٩١)، قواعد الفقه للروكي (ص٢٣٠).

(٣) الفعل الضار (ص٨١) بتصرف يسير.

(٤) انظر: موسوعة القواعد للندوي (٣٥٧/١). وستأتي دراسة هذه القاعدة صفحة ٣٧٣.

(٥) انظر: الأشباه والنظائرلابن الوكيل (١٤٠/١-١٤١)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٣٥/١٩-٢٥٩).

(٦) انظر: المغني (٤٣٢/٧-٤٣٣)، روضة الطالبين (٣٢٠/٩)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٣٧)، ضمان العدوان (ص٢٤٣، ٢٥٥)، الضرر في الفقه الإسلامي (٨٥٦/٢-٨٥٧)، العرف لعادل قوته (١١٠٠/٢).

ثالثاً: سبق وأن ذكرت أن اليد تنقسم إلى قسمين:

الأول: يد الأمانة، وهي – كما سبق[١] –: «اليد التي حصل المال في حوزتها بإذن من الشارع أو بإذن من المالك»[٢]، وحكم هذه اليد أنها لا تضمن ما تلف تحتها من الأموال إلا إذا تعدت على المال أو فرطت في حفظه[٣].

الثاني: يد الضمان، وهي – كما سبق[٤] –: «كل يد لم تستند في حوزتها للمال إلى إذن من الشارع أو إذن من المالك»[٥]، وحكم هذه اليد أنها تضمن ما يتلف تحتها من الأموال، سواء كان التلف بتعدّ أو تفريط منها أم لم يكن[٦].

رابعاً: ذكر العلماء للتفريط في الأمانات صوراً ومظاهر[٧]، أذكر منها ما يلي:

---

(١) تقدم كما في صفحة ٩٥ من هذا البحث.

(٢) انظر: شرح المجلة (ص٤٢٤-٤٢٥)، الفروق (٢/٢٠٧، ٤/٢٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨)، المنثور (٢/٣٢٣)، تقرير القواعد (١/٢٩٤، ٣٠٧)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص١٤١)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٠٣).

(٣) انظر: المبسوط (٢٢/٦٨)، درر الحكام (٢٢/٦٨)، شرح الزرقاني على خليل (٦/١١٤)، روضة الطالبين (٤/٩٦، ٣٢٥، ٥/٢٢٦)، المغني (٩/٢٥٧).

(٤) تقدم كما في صفحة ٩٥ من هذا البحث.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٤٨، ٧/٨٠)، الفروق (٢/٢٠٧، ٤/٢٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٨)، المنثور (٢/٣٢٣، ٣٣٢)، تقرير القواعد (١/٢٩٤-٢٩٥)، الإرشاد للسعدي (ص١٤٨)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٠٣).

(٦) انظر: المراجع السابقة.

(٧) انظر: الدر المختار (٥/٦٦٥-٦٦٩)، شرح الزرقاني على خليل (٦/١١٤-١٢٠)، روضة الطالبين (٦/٣٢٧-٣٤٣)، مغني المحتاج (٣/٨١-٨٨)، منتهى الإرادات (١/٣٨٢-٣٨٤).

١- التقصير في حفظ الأمانة أو تركه[١].

٢- حبس المال عن صاحبه ومنعه إياه عند طلبه مع قدرة الحائز على تسليمه[٢].

٣- خلط الأمانة بغيرها بحيث لا تتميز[٣].

٤- استعمال الأمانة والانتفاع بها دون إذن المالك[٤].

٥- مخالفة مالك الأمانة في حفظها[٥].

٦- تضييع الأمانة وإهمالها[٦].

٧- جحود الأمانة[٧].

٨- ترك الإيصاء بالأمانة، فإذا مرض الأمين مرضا مخوفا فمات قبل أن يوصي بها، فإنه يضمنها مِن تركته؛ وذلك لتفريطه بترك الإيصاء بها[٨].

المطلب الرابع

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن الأمين إذا فرط في الأمانات فأدى ذلك إلى تلفها كلها أو شيء منها: وجب عليه ضمان ما تلف بسبب تفريطه.

---

(١) انظر: المبسوط (٢٢/٦٨)، مجمع الضمانات (١/٧٨، ٣٩٩)، الفروق (٢/٢٠٧).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (١/٢٢٥، ٤٦٥).

(٣) انظر: الفوائد الزينية (ص٧٥).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٦/٣٣٤).

(٥) انظر: المرجع السابق (٦/٣٣٧).

(٦) انظر: المرجع السابق (٦/٣٤١)، وتبصرة الحكام (٢/٢٤٦، ٢٤٩).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٦/٣٤٢).

(٨) انظر: المرجع السابق (٦/٣٢٩)، والمبسوط (١١/١٣١).

المطلب الخامس

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية[٥] على أن الأيدي الأمينة لا تضمن ما تلف في أيديها من الأمانات إلا إذا حصل التعدي أو التفريط من قبل الأمين، فإنه حينئذ يضمن.

لكنهم اختلفوا في تحديد الأيدي الأمينة.

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي:

١- قال تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[٦]، وقال عزّ وجلّ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[٧].

وجه الدلالة: إن الله تعالى نهى عباده عن أكل أموال الناس بغير حق، ومن ذلك عدم ضمانهم لما تلف من الأموال بلا تعدٍّ منهم أو تفريط.

---

(١) انظر: الاختيار (٣/٢٩-٣١)، البحر الرائق (٧/٢٧٣-٢٧٤)، مجمع الضمانات (١/٧٨، ٣٩٩، ٤٦٥)، درر الحكام (٢/٢٣٥-٢٣٦).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص٤٠٧)، الفروق (٢/٢٠٧، ٤/٢٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨-٣٥٠).

(٣) انظر: التهذيب للبغوي (٥/١١٧)، روضة الطالبين (٤/٩٦، ٣٢٥، ٥/٢٢٦، ٦/٣٢٧)، المنثور (٢/٣٢٣).

(٤) انظر: المقنع لابن البنا (٢/٨٥٩)، المغني (٩/٢٥٧)، منتهى الإرادات (١/٢٨٨-٢٨٩، ٣٨٢).

(٥) انظر: المحلى (٧/٩٨، ١٣٧)، السيل الجرار (٣/٢١٦، ٢٨٦، ٣٤١-٣٤٢).

(٦) سورة البقرة، الآية [١٨٨].

(٧) سورة النساء، الآية [٢٩].

وفي هذا يقول الشيخ عبد الرحمن السعدي في تفسير هذه الآية: «ينهى تعالى عباده المؤمنين أن يأكلوا أموالهم بينهم بالباطل، وهذا يشمل أكلها بالغصوب والسرقات وأخذها بالقمار والمكاسب الرديئة»[١].

وقال الشوكاني في حق الأجير -وهو أحد الأيدي الأمينة-: «ولا يضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تفريط. فإن التضمين حكم شرعي يستلزم أخذ مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام، فلا يجوز إلا بحجة شرعية، وإلا كان ذلك من أكل أموال الناس بالباطل»[٢].

٢- وقال تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[٣].

وجه الدلالة: إن الأمين إذا حفظ الوديعة ولم يتعد عليها أو يفرط فإنه محسن، فوجب أن لا يكون عليه سبيل في الضمان[٤].

٣- قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[٥].

٤- عن سمرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: **(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)**[٦].

٥- عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(أدِّ الأمانة إلى من**

---

(١) تيسير الكريم الرحمن (ص١٧٥).

(٢) السيل الجرار (٣/٢٠٠، ٢١٦).

(٣) سورة التوبة، الآية [٩١].

(٤) انظر: المحلى (٧/١٣٧).

(٥) سورة النساء، الآية [٥٨].

(٦) تقدم تخريجه صفحة ١٥٥.

ائتمنك ولا تخن من خانك)[١].

وجه الدلالة من الآية والحديثين السابقين: أن الشارع الحكيم أمر بأداء الأمانة إلى أهلها، ومن لازم الأداء «أن يحفظ ما بيده ولا يفرط فيه ولا يتعدى، فإن فعل ذلك زال ائتمانه وتحتم عليه ضمانه»[٢][٣].

٦- عن أبي بكرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: **(إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)**[٤].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده (٨٠٥/٣) برقم (٣٥٣٥)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب (٥٦٤/٣) برقم (١٢٦٤)، والدارقطني في سننه: (٣٥/٣)، والحاكم في المستدرك (٥٣/٢). وقال الترمذي: حديث حسن غريب، وصححه الحاكم، والألباني في إرواء الغليل (٣٨١/٥). وانظر: التلخيص الحبير (٢٠٩/٣)، السيل الجرار (٢٨٦/٣، ٣٤٢).

(٢) الإرشاد للسعدي (ص١٤١). وانظر: السيل الجرار (٢٨٦/٣-٢٨٧).

(٣) هذا، وقد وجدت بعض النصوص الحديثية التي هي أصرح من الحديثين السابقين في الموضوع، إلا أن العلماء قد حكموا عليها بالضعف، وفي هذا يقول الشوكاني في السيل الجرار (٣٤٢/٣): «ولا يحتاج - مع هذا الأصل - إلى الاستدلال على عدم الضمان بما لم يثبت، كما روى الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: (لا ضمان على مؤتمن)، وما رواه أيضا من طريق أخرى عنه (ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان)، فإن في أسانيدهما من لا تقوم به الحجة».
وانظر في تخريجهما والكلام عليهما: سنن الدارقطني (٤١/٣)، السنن الكبرى للبيهقي (٢٨٩/٦)، التلخيص الحبير (٢١٠/٣)، التعليق المغني (٤١/٣) مع سنن الدارقطني، السيل الجرار (٢٨٦/٣).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٨١.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيَّن لنا حرمة الأموال وأنها معصومة بعصمة الإسلام، فلا يحل منها شيء إلا بأمر الشرع، وهذا أمر مجمع عليه[١]، ومن ذلك مال الأمين، فإنه لا يحل أخذ شيء من ماله إلا بدليل شرعي، ولا يوجد دليل شرعي يدل على تضمينه ما تلف في يده بدون تعدٍّ منه أو تفريط، فيبقى على البراءة الأصلية، وهي حرمة ماله وعصمته[٢].

٧- قال النبي ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**[٣].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن الإضرار بالآخرين، ومن ذلك الأمين. فإن تضمينه ما تلف في يده من المال – بدون تعدٍّ منه أو تفريط – إضرار به.

٨- إن الأمين متبرع بحفظ الأمانة من غير نفع يرجع إليه، فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع، وذلك مضرّ بالناس، ويؤدي إلى قطع المعروف[٤].

٩- إن الأمين نائب عن المالك في حفظ الأمانة، فكانت يد الأمين كيد المالك في عدم الضمان[٥].

المطلب السادس

في القواعد والضوابط المندرجة تحت القاعدة

يسّر الله لي الوقوف على قواعد وضوابط فقهية تندرج تحت قاعدة: (المفرط ضامن)، أسوقها على النحو التالي:

---

(١) انظر: الإشراف (٢/٣٥٠)، مراتب الإجماع (ص٥٨).

(٢) انظر: المحلى (٧/١٣٧)، السيل الجرار (٣/٢١٦، ٣٤٢).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٨٤.

(٤) انظر: المهذب (١٥/٩) مع المجموع، المغني (٩/٢٥٧).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٦/٣٤)، المهذب (١٥/٩) مع المجموع.

١- قاعدة: من ترك واجبا في الصون ضمن[١].

٢- قاعدة: متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه[٢].

٣- ضابط: العارية مضمونة[٣].

٤- ضابط: الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون[٤].

٥- ضابط: الضمان لا يجب على الوديع[٥].

٦- قاعدة: الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل.

٧- قاعدة: كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه.

وقد أفردت مباحث خاصة لدراسة هذه القواعد والضوابط - كما سيأتي - ما عدا القاعدتين الأخيرتين، فإن دراستهما ستكون على النحو الآتي:

القاعدة الأولى: الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل

ويمكن دراستها على النحو الآتي:

أولاً: في صيغ القاعدة:

لم أجد من نصّ على هذه القاعدة سوى فقهاء المذهب الحنفي، مع أن العمل بها - كما سيأتي - لا يقتصر على هذا المذهب فحسب.

---

(١) ستأتي دراستها إن شاء الله تعالى صفحة ١٨٨.

(٢) ستأتي دراستها إن شاء الله تعالى صفحة ١٩٤.

(٣) ستأتي دراستها إن شاء الله تعالى صفحة ٥٢٠.

(٤) ستأتي دراستها إن شاء الله تعالى صفحة ٦٠٣.

(٥) ستأتي دراستها إن شاء الله تعالى صفحة ٦٢١.

فقد ذكر القاعدة الفقهية أبو بكر السرخسي حيث قال: «التجهيل موجب للضمان»[١]، وقال أيضا: «الأمين بالتجهيل يصير ضامنا»[٢].

كما ذكر ابن نجيم الحنفي القاعدة قائلا: «الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل»[٣].

ثانياً: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة:

تنقلب: أي تتحوّل[٤].

تجهيل: لغة: من الجهل وهو نقيض العلم، ويقال: جهل الحق إذا أضاعه، والتجهيل: أن تنسبه إلى الجهل، يقال: (جهَّله تجهيلا) إذا نسبه إليه[٥].

واصطلاحاً: عدم تبيين الأمين حال الأمانة والسكوت عليها حتى الموت، مع علمه بعدم علم الوارث بها[٦].

هذا ما يستفاد من كلام علماء المذهب الحنفي، حيث إن هذا المصطلح لم يستعمل في غير مذهبهم.

ثالثاً: في المعنى الإجمالي للقاعدة:

إن الأمانات كالودائع ومال المضاربة وغيرهما - مما لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط – تتحول يد قابضها من الأمانة إلى الضمان إذا مات ولم يبين حال

---

(١) المبسوط (١٣١/١١)، وانظر: موسوعة القواعد للبورنو (٢١٢/٣)، موسوعة القواعد للندوي (٨٥/٢).

(٢) المبسوط (١٩/٢٢).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٣٣)، الفوائد الزينية (ص٣٧)، وانظر: موسوعة القواعد للبورنو (٢٦٦/٢، ٢١٢/٣).

(٤) انظر: المصباح المنير (ص١٩٥)، القاموس المحيط (ص١٦٢).

(٥) انظر: لسان العرب (١٢٩/١١)، المصباح المنير (ص ٤٤).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٣٤)، موسوعة القواعد للبورنو (٢١٢/٣).

الأمانة، وكان يعلم أن وارثه لا يعلمها؛ لأن تصرفه هذا يُعَدّ تفريطا في حفظ الأمانة، والتفريط موجب للضمان.

رابعاً: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

اتفق الفقهاء من - الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] - على أن الأمين إذا مات مجهّلا للأمانة يصير ضامنا لها[٥].

ويستدل لهم بأدلة القاعدة الكبرى - السابق ذكرها[٦] - التي تندرج تحتها هذه القاعدة؛ لأنها متفرعة عنها.

وقد استدلوا أيضا بأدلة أخرى خاصة بهذه القاعدة هي كما يلي:

١ - إن الأمين صار بالتجهيل متملكا لها؛ لأن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك؛ ولهذا لو شهد الشهود بها كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك حتى يقضي القاضي للوارث والمودع بالتمليك، فيصير ضامنا[٧].

---

(١) انظر: المبسوط (١٢٩/١١)، ١٣١، ١٩/٢٢)، حاشية رد المحتار (٦٦٦/٥)، غمز عيون البصائر (١٤٤/٣).

(٢) انظر: الذخيرة (٥٨/٦)، حاشية البناني مع شرح الزرقاني (١٢٠/٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣٢٩/٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة (١٨٣/٣).

(٤) انظر: المغني (٢٦٩/٩-٢٧٠)، الإنصاف مع المقنع (٦١/١٦، ١٣٤/١٤-١٣٦).

(٥) وقيّده بعضهم بأن الأمين المجهل للأمانة يضمن إذا تمكن من الإيداع أو الوصية، أما إذا لم يتمكن بأن قتل غيلة أو مات فجأة فلا ضمان. انظر: غمز عيون البصائر (١٤٤/٣)، روضة الطالبين (٣٣١/٦)، الإنصاف مع المقنع (١٣٤/١٤-١٣٦).

(٦) صفحة ١٦٠.

(٧) المبسوط (١٢٩/١١) بتصرف يسير، وانظر: حاشية رد المحتار (٦٦٦/٥)، روضة الطالبين (٣٢٩/٦).

٢- إن الأمين بالتجهيل يصير مسلّطا غرماءه وورثته على أخذها، والمودع بمثل هذا التسليط يصير ضامنا، كما لو دل سارقا على سرقتها[١].

٣- إن الأمين التزم أداء الأمانة، ومن أداء الأمانة بيانها عند موته وردّها على المالك إذا طلب. فكما يضمن بترك الردّ بعد الطلب يضمن أيضا بترك البيان عند الموت[٢]؛ لأن الكل تفريط، والتفريط موجب للضمان.

٤- إن الأمين لما مات مجهّلا للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من أن تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل، وهو تفسير الإتلاف[٣].

خامساً: من فروع القاعدة:

١- إذا مرض المودع ولم يبين حال الوديعة فإنه يضمنها[٤].

٢- إذا مات عامل المضاربة ولم يعين مال المضاربة فإنه يكون دينا في تركته[٥].

٣- إذا مات المرتهن مجهّلا للرهن فإنه يضمن قيمة الرهن في تركته[٦].

القاعدة الثانية: كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه:

ويمكن بيانها على النحو الآتي:

---

(١) المبسوط (١١/١٢٩) بتصرف يسير.

(٢) المرجع السابق.

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢١٣) وانظر: روضة الطالبين (٦/٣٢٩).

(٤) انظر: حاشية رد المحتار (٥/٦٦٦)، حاشية البناني مع شرح الزرقاني (٦/١٢٠)، روضة الطالبين (٦/٣٢٩)، المغني (٩/٢٦٩-٢٧٠).

(٥) انظر: غمز عيون البصائر (٣/١٤٧-١٤٨)، الإنصاف مع المقنع (١٤/١٣٤).

(٦) انظر: حاشية رد المحتار (٥/٦٦٦).

أولاً: في صيغ القاعدة:

ذكر العلماء نصوصا فقهية هي بمثابة صيغ لهذه القاعدة، وفيما يلي ذكر ما وقفت عليه من هذه النصوص مرتبة على المذاهب الأربعة حسب الأقدمية:

(أ) المذهب الحنفي:

١- «اشتراط الضمان على الأمين باطل»[١].

٢- «شرط الضمان في الأمانة باطل»[٢].

(ب) المذهب المالكي:

١- «التزام ما يخالف سنة العقود شرعا من ضمان أو عدمه ساقط على المشهور»[٣].

(جـ) المذهب الشافعي:

١- «الشيء إذا كان حكمه في الأصل على الأمانة فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله»[٤].

٢- «ما كان أمانة لا يصير بالشرط مضمونا»[٥].

٣- «شرط الأمانة لا يوجب الضمان»[٦].

---

(١) المبسوط (١٥/٨٤) البحر الرائق (٧/٢٧٤)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٥/٦٦٤).

(٢) شرح الزيادات (ص١٦١٦) بواسطة موسوعة القواعد للندوي (١/٣٣٣).

(٣) إيضاح المسالك (ص١٠٧).

(٤) معالم السنن (٥/١٩٨).

(٥) التهذيب للبغوي (٤/٦٢)، شرح السنة (٨/٢٢٦) بتصرف يسير.

(٦) روضة الطالبين (٤/٤٠٠).

(د) المذهب الحنبلي:

١- «كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط»[١].

٢- «كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه»[٢].

٣- «كل ما كان أمانة أو مضمونا لا يزول عن حكمه بالشرط»[٣].

٤- «كل ما كان أمانة لا يزول عن حكمه بشرط ضمانه، أو كان مضمونا لا يزول عن حكمه بالشرط»[٤].

ثانياً: في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة:

بشرطه: من الشرط، وهو في اللغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه: شروط، والشرَط - بفتح الراء-: العلامة، وجمعه: أشراط[٥].

وفي اصطلاح الأصوليين: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[٦].

والشرط قد يكون مشترطا من الشارع، وقد يشترطه أحد العاقدين على الآخر.

والمراد به هنا: ما يشترطه أحد العاقدين على الآخر.

---

(١) المغني (٣٤٢/٧)، الشرح الكبير مع المقنع (٩١/١٥)، المبدع (١٤٥/٥).

(٢) المقنع والشرح الكبير (٩١/١٥-٩٢).

(٣) الإقناع (٥٦١/٢).

(٤) كشاف القناع (٧١/٤).

(٥) انظر: مختار الصحاح (ص٣٣٤)، القاموس المحيط (ص ٨٦٩).

(٦) انظر: شرح تنقيح الفصول (ص٨٢)، روضة الناظر (٢٤٨/١).

ثالثاً: في المعنى الإجمالي للقاعدة:

إنه إذا كان الأصل في العقد أو الشيء الأمانة فإنه لا ينتقل من حكم الأمانة إلى الضمان باشتراط الضمان فيه، وكذلك إذا كان الأصل في العقد أو الشيء الضمان فإنه لا ينتقل إلى حكم الأمانة باشتراط الأمانة فيه.

رابعاً: في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

اختلف الفقهاء في صحة القاعدة، وهو أنه هل يصحّ اشتراط الضمان على الأمين، واشتراط نفي الضمان عن الضامن أم لا؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن هذا الشرط باطل.

وهو قول الحنفية في المعتمد عندهم[١]، والمالكية على المشهور من مذهبهم[٢]، والشافعية[٣] والحنابلة في رواية هي المذهب[٤]، وهو قول سفيان الثوري[٥][٦]،

---

(١) انظر: المبسوط (١٥/٨٤)، البحر الرائق (٧/٢٧٤)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٥/٦٦٤)، حاشية رد المحتار (٦/٤٧٩).

(٢) انظر: المدونة (٥/٣٠٣)، المعونة (٢/١١٢٢)، المقدمات الممهدات (٢/٢٥١-٢٥٢، ٤٧٢-٤٧٣)، شرح الزرقاني على خليل (٦/١١٧).

(٣) انظر: التهذيب للبغوي (٤/٦١-٦٢)، العزيز (٥/٣٧٧)، روضة الطالبين (٤/٩٨، ٤٠٠، ٤٣١)، مغني المحتاج (٢/١٣٧، ٢٦٧).

(٤) انظر: المغني (٧/٣٤٢، ٨/١١٥)، الشرح الكبير مع المقنع (١٥/٩١)، المبدع (٥/١٤٥)، كشاف القناع (٤/٧١).

(٥) هو الإمام الفقيه أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي، من تابعي التابعين، وأحد أصحاب المذاهب الستة المتبوعة، ولد سنة ٩٧هـ، وسمع أبا إسحاق السبيعي وعبد الملك ابن عمير وغيرهما، وروى عنه محمد بن عجلان والأعمش وغيرهما، وله كتاب الجامع، واتفق العلماء على وصفه بالبراعة في العلم بالحديث والفقه والورع والزهد، توفي سنة ١٦١هـ.
انظر: تهذيب الأسماء واللغات (١/٢٢٢)، سير أعلام النبلاء (٧/٢٢٩).

(٦) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/٢٦٦)، المغني (٩/٢٥٨).

وإسحاق بن راهويه[١][٢]، وأبو بكر بن المنذر[٣][٤].

ثم اختلف هؤلاء فيما بينهم هل يفسد العقد لبطلان الشرط أم لا؟ على قولين:

الأول: إن الشرط باطل والعقد صحيح، وهو قول الحنفية[٥]، والشافعية في العارية[٦]، والحنابلة[٧].

والثاني: إن الشرط باطل والعقد فاسد، وهو قول المالكية[٨] والشافعية في الرهن[٩].

---

(١) هو أحد الأئمة الحفاظ أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد التميمي ثم الحنظلي المروزي، نزيل نيسابور، المعروف بابن راهويه، ولد سنة ١٦١هـ، سمع من ابن المبارك والفضيل بن عياض وغيرهما، وحدث عنه بقية بن الوليد وأحمد بن حنبل وآخرون، توفي سنة ٢٤٣هـ.
انظر: الجرح والتعديل (٢٠٩/٢)، طبقات الحنابلة (١٠٩/١)، تهذيب التهذيب (١٩٧/١-١٩٨).

(٢) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢٦٦/١)، المغني (٢٥٨/٩).

(٣) هو الإمام الفقيه أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المجمع على إمامته وجلالته ووفور علمه وجمعه بين التمكن في علمي الحديث والفقه، وله المصنفات المهمة النافعة منها: الأوسط والإشراف والإجماع، توفي سنة ٣١٨هـ.
انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي (ص١١٨)، تهذيب الأسماء واللغات (١٩٦/٢-١٩٧).

(٤) انظر: الإشراف لابن المنذر (٢٦٦/١)، المغني (٢٥٨/٩).

(٥) انظر: مختصر اختلاف الفقهاء (٤٧/٤)، حاشية رد المحتار (٤٧٩/٦).

(٦) انظر: العزيز (٣٧٧/٥)، روضة الطالبين (٤٣١/٤)، مغني المحتاج (٢٦٧/٢).

(٧) انظر: المغني (١١٥/٨)، المبدع (١٤٥/٥).

(٨) انظر: المعونة (١١٢٢/٢)، المنتقى (١٦٤/٥).

(٩) انظر: التهذيب للبغوي (٦١/٤-٦٢)، روضة الطالبين (٩٨/٤)، مغني المحتاج (١٣٧/٢).

القول الثاني: إن هذا الشرط صحيح.

وهذا قول الحنفية في رواية[١]، والمالكية في قول[٢]، وأحمد[٣] في رواية[٤]، وهو قول قتادة[٥][٦] وداود الظاهري[٧][٨]، واختاره الشوكاني[٩]، وعبدالرحمن السعدي[١٠] ومحمد العثيمين[١١].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٥/٨٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٨٥).

(٢) انظر: المقدمات الممهدات (٢/٢٥٢)، إيضاح المسالك (ص١٠٧)، شرح المنهج المنتخب (ص٤١٣، ٤١٥).

(٣) هو إمام أهل السنة أحمد بن محمد بن حنبل، أبو عبدالله، الذهلي الشيباني المروزي ثم البغدادي، ولد سنة ١٦٤هـ، شيوخه هشيم بن بشير وسفيان بن عيينة ويحيى القطان وغيرهم كثير، تلاميذه كثيرون جدا منهم ولداه عبدالله وصالح، وأبو داود السجستاني وأبو بكر المروزي وغيرهم، من مؤلفاته كتاب الزهد، كتاب فضائل الصحابة، كتاب المسند وغيرها، توفي سنة ٢٤١هـ.
انظر: طبقات الحنابلة (١/٤)، سير أعلام النبلاء (١١/١٧٧)، المقصد الأرشد (١/٦٣-٧٠).

(٤) انظر: المغني (٨/١١٥)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٩٢).

(٥) هو الإمام أبو الخطاب قتادة بن دعامة السدوسي البصري الضرير، ولد سنة ٦٠هـ، روى عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وآخرين، وحدث عنه شعبة وأيوب السختياني وغيرهما، توفي سنة ١١٧، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٥/٢٦٩)، تهذيب التهذيب (٨/٣٠٦).

(٦) انظر: الإشراف لابن المنذر (١/٢٦٦، ٢٧١)، المغني (٧/٣٤٢).

(٧) هو الحافظ الفقيه أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصبهاني، الشهير بداود الظاهري، ينسب إليه المذهب الظاهري، سمع من القعنبي ومسدد وغيرهما، وتفقه بإسحاق بن راهويه وأبي ثور، حدث عنه: ابنه محمد وزكريا الساجي، وكان زاهدا، وكان عقله أكثر من علمه، توفي سنة ٢٧٠هـ.
انظر: تذكرة الحفاظ (٢/٥٧٢)، شذرات الذهب (٢/١٥٨)، الإمام داود الظاهري وأثره في الفقه (ص٤٧).

(٨) انظر: الحاوي (٧/١١٨).

(٩) السيل الجرار (٣/١٩٦، ٢٠٣، ٢١٦، ٢١٧، ٢٨٦، ٢٨٧).

(١٠) انظر: المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة (٤/٢/١٥٩).

(١١) انظر: تقرير القواعد (١/٢٩٥، ٣٠٦ في الحاشية).

القول الثالث: إذا اشترط على الأمين الضمان لأمر خافه المالك من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص - أو ما أشبه ذلك - فيلزمه الشرط إن تلف في الأمر الذي خافه واشترط الضمان من أجله، وإن تلف في غيره لم يلزمه الشرط، وهذا قول مطرف[(١)(٢)] من المالكية.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- عن عائشة[(٣)] رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: **(ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله! من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، شرط الله أحق وأوثق)**[(٤)].

---

(١) هو العالم الفقيه مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي، مولى ميمونة أم المؤمنين، وابن أخت الإمام مالك بن أنس، كنيته أبو مصعب، وقيل: أبو عبد الله، وكان أصمّ، روى عن مالك وغيره، وروى عنه أبو زرعة وأبو حاتم والبخاري، وكانوا يقدمونه على أصحاب مالك، توفي سنة ٢٢٠هـ.

انظر: الديباج المذهب (ص٤٢٤)، شجرة النور الزكية (ص٥٧).

(٢) انظر: المقدمات الممهدات (٢/٢٥٢، ٤٧٣).

(٣) هي أم المؤمنين أم عبد الله عائشة بنت أبي بكر الصديق، ولدت بعد المبعث بأربع أو خمس سنين، تزوجها النبي ﷺ وهي بنت ست، ودخل بها وهي بنت تسع، روت عن النبي ﷺ وعن أبيها وعن عمر، وروى عنها من الصحابة: عمر وابنه عبد الله وأبو هريرة، توفيت سنة ٥٨هـ.

انظر: تهذيب الكمال (٣٥/٢٢٧-٢٣٦)، الإصابة (٨/١٣٩-١٤١).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المكاتب، باب المكاتب ونجومه في كل سنة نجم (٢/٢٢٤) برقم (٢٥٦٠)، ومسلم في صحيحه: كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق (٢/١١٤١) برقم (١٥٠٤).

وجه الدلالة: إن الله شرع العقود على صفة معينة. واشتراط شروط تخالف مقتضى العقود - كإيجاب الضمان وسقوطه - يعتبر تغييرا للمشروع، فهي شروط ليست في كتاب الله، فتكون باطلة.

نوقش هذا الدليل: بأنه لم يثبت دليل من الكتاب والسنة على تحريم اشتراط إيجاب الضمان في الأمانات أو إسقاطه عن المضمونات.

٢- إن للعقود أصولا مقدرة وأحكاما معتبرة لا تغيرها الشروط عن أحكامها في شرط سقوط الضمان وإيجابه كالودائع والشركة، لما كانت غير مضمونة بالعقود لا تعتبر مضمونة بالشرط، والقروض والعواري لما كانت مضمونة بالعقد لم يسقط الضمان بالشرط[(١)].

٣- إن هذا اشتراط لإيجاب الضمان أو سقوطه بدون وجود سببه، فلا يلزم كما لو اشترط ضمان ما يتلف في يد مالكه[(٢)].

٤- إن العقد إذا اقتضى شيئاً فَشُرِط غيره فإنه يكون شرطا لشيء ينافي مقتضى العقد، فلا يصح، كما لو شرط في المبيع أن لا يبيعه[(٣)].

نوقشت هذه الأدلة الثلاثة: بأننا نوافقكم بأن الأصل في عقود الأمانات عدم الضمان، وفي المضمونات إيجاب الضمان، لكن إذا رضي الشخص بإيجاب الضمان على نفسه أو إسقاطه عن غيره فهذا خالص حقه، ولا يوجد ما يدل على تحريمه، فيبقى الأمر على الأصل في الشروط وهو الجواز والصحة.

---

(١) الحاوي (٦/٢٥٣)، وانظر: التهذيب للبغوي (٤/٦٢)، المغني (٧/٣٤٢-٣٤٣، ٨/١١٥).

(٢) المغني (٩/٢٥٨) بتصرف يسير.

(٣) المبدع (٥/١٤٥) بتصرف يسير. وانظر: المعونة (٢/١١٢٢)، شرح الزرقاني على خليل (٦/١١٧).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: **(المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرّم حلالا أو أحل حراما)**[١][٢].

وجه الدلالة: إنه لم يأت دليل على تحريم اشتراط الضمان أو عدمه فيجب الوفاء بهذا الشرط؛ لأن المسلمين على شروطهم.

٢- عن صفوان بن أمية رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم خيبر أدرعاً، فقال: أغصبا يا محمد؟ فقال: **(بل عارية مضمونة)**[٣][٤].

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ وصف العارية بصفة مخصصة وهي أنها مضمونة لا عارية مطلقة عن الضمان[٥] كما هو الأصل فيها، وهذا يدل على صحة اشتراط ضمان العارية على المستعير.

نوقش هذا الدليل: أن هذا «ليس على سبيل الشرط»[٦]، و«إنما كان ذكر الضمان في حديث صفوان؛ لأنه كان حديث العهد بالإسلام وجاهلاً بأحكام الدين، فأعلمه رسول الله ﷺ أن من حكم الإسلام أن العواري مضمونة؛ ليقع له الوثيقة بأنها مردودة عليه غير ممنوعة منه في حال»[٧].

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٩١.

(٢) انظر: المغني (١١٥/٨)، الإنصاف مع المقنع (٩٢/١٥).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٧٣.

(٤) انظر: السيل الجرار (٢٨٧/٣).

(٥) انظر: نيل الأوطار (٣٣٧/٥).

(٦) شرح السنة (٢٢٦/٨).

(٧) معالم السنن (١٩٨/٥).

ويجاب عنه: أن هذه المناقشة ترد على التسليم بأن حكم الإسلام في العارية أنها مضمونة، ولكن الصحيح – كما سيأتي[١] – من أقوال أهل العلم أن العارية أمانة لا تضمن إلا بتعدٍّ أو تفريط أو شرط؛ لذا فإن هذه المناقشة لا ترد على القول الصحيح.

٣- إن المالك لو أذن في إتلاف ملكه لم يجب على المُتلف ضمانها، فكذلك إذا أسقط الضمان عن الأمين[٢].

نوقش هذا الدليل: بأنه «فارق إذا أذن في الإتلاف، فإن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه ويسقط حكمه؛ إذ لا ينعقد موجبا للضمان مع الإذن فيه، وإسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه، وليس ذلك للمالك ولا يملك الإذن فيه»[٣].

ويجاب عنه: بأنه لا يوجد دليل صحيح صريح يدل على منع المالك من خالص حقه في إسقاط الضمان.

٤- إن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٤]، وقال: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[٥][٦]، فإذا

---

(١) في صفحة ٥٢٠.

(٢) انظر: المغني (٣٤٢/٧).

(٣) المرجع السابق (٣٤٣/٧).

(٤) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٥) سورة النساء، الآية [٤].

(٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٥٥/٢٩).

رضي الشخص باشتراط إيجاب الضمان على نفسه أو إسقاط ضمان ملكه عن غيره كان مجرد هذا الرضا مسوغا لهذا الشرط[١].

أدلة القول الثالث:

لم أقف على دليل لهذا القول، ولعل قائله يرى أن وجود السبب للاشتراط مسوغ له، بخلاف ما إذا لم يوجد سبب للاشتراط.

القول المختار:

يظهر لي – بعد ذكر الأقوال في المسألة وأدلتها ومناقشتها – صحة ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني: من اعتبار اشتراط الضمان على الأمين أو نفيه عن الضامن شرطا لازما صحيحاً؛ وذلك للأمور التالية:

١- صحة أدلة أصحاب القول الثاني، وقوتها وسلامتها من الاعتراضات.

٢- ضعف أدلة أصحاب القول الأول، ووجود الاعتراضات والأجوبة الصحيحة عليها.

٣- عدم وجود أدلة للقول الثالث.

وبهذا يتبين لنا ضعف هذه القاعدة المندرجة. والله تعالى أعلم.

خامساً: من فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة، أذكر شيئاً منها على النحو التالي:

١- إذا اشترط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد[٢].

٢- إذا اشترط الصانع أنه لا ضمان عليه لم ينفعه شرط، وكان عليه الضمان[٣].

---

(١) انظر: السيل الجرار (١٩٦/٣، ٢٨٦، ٢٨٧).

(٢) المغني (١١٤/٨).

(٣) المقدمات الممهدات (٢٥١/٢).

٣- إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال: أنا ضامن لها: لم يضمن[١].

٤- لو رهن بشرط كونه مضمونا على المرتهن فسد الشرط والرهن، ولا يكون مضمونا عليه[٢].

٥- إذا شرط المستعير على المعير عدم ضمان العارية لم يصح الشرط[٣].

٦- إذا شرط رب المال على العامل ضمان الخسران كان العقد فاسدا[٤].

٧- لا يجوز في سندات المقارضة المعمول بها في البنوك أن تشتمل نشرة الإصدار أو الصكوك على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال، أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال. فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان، واستحق المضارب ربح مضاربة المثل[٥].

المطلب السابع

من فروع القاعدة

يندرج تحت القاعدة فروع كثيرة، أذكر منها ما يلي:

١- إذا استأجر رجل حمارين فاشتغل بحمل أحدهما، فضاع الآخر ثم هلك، فإن المستأجر يضمن[٦].

---

(١) المغني (٢٥٨/٩). وانظر: البحر الرائق (٢٤٧/٧)، حاشية رد المحتار (٦٦٤/٥).

(٢) روضة الطالبين (٩٨/٤).

(٣) انظر: العزيز (٣٧٧/٥)، المغني (٣٤٢/٧).

(٤) المعونة (١١٢٢/٢). وانظر: المنتقى (١٦٤/٥).

(٥) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص٦٩-٧٠) بتصرف يسير.

(٦) انظر: مجمع الضمانات (٧٨/١).

٢- اللقطة أمانة في يد الملتقط لا يضمنها إلا بالتعدي عليها أو بالمنع عند الطلب[١].

٣- إذا طلب الوديعة صاحبها فامتنع المودع وحبس الوديعة عنده مع قدرته على تسليمها ثم تلفت الوديعة، فإن المودع يضمنها[٢].

٤- سبيل البضاعة سبيل الوديعة، لا ضمان على قابضها إلا أن يتعدى أو يخالف ما أمر به، فيضمن، والمُبْضَع معه وكيل[٣].

٥- لا يضمن العامل في القراض ولا الأجير فيما استؤجر عليه إلا إذا حصل التعدي أو التفريط[٤].

٦- الرهن أمانة في يد المرتهن، لا يضمنها إلا بتعدٍّ أو تفريط[٥].

٧- إذا اصطدمت سفينتان فغرقتا: ضمن كلٌّ سفينة الآخر وما فيها إن فرط، وإن كانت إحداهما واقفة ضمنها قَيِّم السائرة إن فرَّط[٦].

٨- إذا تسببت البهائم في حوادث السير في الطرقات؛ فإن أرباب البهائم يضمنون الأضرار التي تنجم عن فعلها إن كانوا مقصرين في ضبطها، والفصل في ذلك إلى القضاء[٧].

---

(١) المرجع السابق (١/٤٦٥).

(٢) المرجع السابق (١/٢٢٥) بتصرف. وانظر: روضة الطالبين (٦/٣٤٣-٣٤٤).

(٣) الكافي لابن عبد البر (ص٤٠٥).

(٤) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٨-٣٥٠)، منتهى الإرادات (١/٣٥٠)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص٦٩-٧٠).

(٥) منتهى الإرادات (١/٢٨٨-٢٨٩).

(٦) انظر: المرجع السابق (١/٣٧٥).

(٧) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص١٦٣).

٩- إذا استأجر سيارة فأوقفها في مكان غير مأمون فتلفت أو سرقت: وجب عليه ضمانها بسبب تفريطه.

١٠- إذا استعار كتابا من شخص فوضعه على مائدة الطعام فسقط عليه الإناء المملوء بالطعام فتلف به: كان على المستعير ضمانه لتفريطه.

المبحث الثالث

قاعدة: من ترك واجباً في الصون ضمن

هذه القاعدة - كما سبق - إحدى القواعد المندرجة تحت قاعدة (المفرط ضامن)، وقد كانت دراستها على النحو الآتي:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وردت بعض النصوص الفقهية الناطقة بهذه القاعدة، والتي هي بمثابة صيغ لها. وإليك ما تمّ الوقوف عليه من هذه النصوص مرتبة حسب سنوات وفيات قائليها:

أولاً: ما ذكره أبو العباس القرافي حيث يقول: «من ترك واجبا في الصون ضمن»[(١)].

ثانياً: ما جاء في كتاب الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية: «ترك الواجبات عندنا في الضمان كفعل المحرمات»[(٢)].

ثالثاً: ما ذكره بدر الدين الزركشي حيث يقول: «الترك فعل إذا قصد»[(٣)].

رابعاً: ما نقله ابن حجر العسقلاني[(٤)] عن بعض العلماء بأن «الترك كالفعل

---

(١) الفروق للقرافي (٢٠٧/٢). وانظر: شرح مشكل الآثار (٤٦٥/١٥).

(٢) الاختيارات الفقهية (ص٣٠١، ١٥٨).

(٣) المنثور (٢٨٤/١).

(٤) هو الحافظ أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن محمد الكناني العسقلاني، ولد سنة ٧٧٣هـ اشتهر بابن حجر، وهو لقب لأحد آبائه، سمع من إبراهيم العطار وعمر بن الملقن وآخرين، وأخذ عنه: أحمد بن أبي بكر البوصيري ومحمد السخاوي وغيرهما، له مؤلفات كثيرة نافعة منها: "فتح الباري" و"تقريب التهذيب"، توفي سنة ٨٥٢هـ.
انظر: الجواهر والدرر، طبقات الحفاظ (ص٥٥٢-٥٥٣).

في باب الضمان»[١].

خامساً: ذكر أبو العباس الونشريسي[٢] صيغة استفهامية عامة – غير خاصة بالضمان – حيث قال: «قاعدة: الترك هل هو كالفعل أم لا؟»[٣].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

ترك: من التَّرْك، وهو ودع الشيء وتخليته[٤].

الصون: من صان الشيء صونا وصيانة وصيانا، وهو الحفظ والوقاية[٥].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن الأمين إذا ترك الحفظ الواجب في الأمانة فترتب على ذلك ضرر، فإن الأمين يتحمل ضمانه.

---

(١) فتح الباري (٥/١١٨).

(٢) هو الفقيه أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي التلمساني ثم الفاسي، أخذ عن أبي الفضل القصباني وأبي عبدالله الجلاب وابن مرزوق الكفيف وجماعة، وأخذ عنه ابنه عبدالواحد وأبوزكريا السويس ومحمد بن عبد الجبار وآخرون، له مؤلفات: "إيضاح المسالك في قواعد الإمام مالك" و"المعيار المعرب في الفتاوى" و"تعليق على ابن الحاجب"، توفي سنة ٩١٤هـ.

انظر: شجرة النور الزكية (ص٢٧٤)، معجم المؤلفين (١/٣٢٥).

(٣) إيضاح المسالك (ص٧٧). وانظر: شرح المنهج المنتخب (ص٢٢٥)، المنهج إلى المنهج (ص٤١).

(٤) انظر: لسان العرب (١٠/٤٠٥)، القاموس المحيط (ص ١٢٠٧).

(٥) انظر: لسان العرب (١٣/٢٥٠)، المصباح المنير (ص ١٣٥).

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤][٥] على أن الأمين يتحمل ضمان الضرر الناتج عن تركه للحفظ الواجب في الأمانة.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- قال النبي ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»**[٦][٧].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن الإضرار بالآخرين، ومن ذلك ترك الحفظ الواجب الذي يترتب عليه ضرر بالآخرين، فكان على المتسبب في الضرر – وهو التارك للحفظ – الضمان.

---

(١) انظر: شرح مشكل الآثار (١٥٤٦٥)، بدائع الصنائع (٢١١/٦)، اللباب للمنبجي (٧٢٧/٢)، مجمع الضمانات (٧٨/١، ٣٩٩).

(٢) انظر: الإشراف (٦٢٦/٢)، الفروق (٢٠٧/٢)، تبصرة الحكام (٢٤٦/٢، ٢٤٩)، شرح المنهج المنتخب (ص٢٢٥-٢٢٧)، المنهج إلى المنهج (ص٤١-٤٢).

(٣) انظر: العزيز (٤٩٨/٣) روضة الطالبين (٣٢٩/٦-٣٣٢)، المنثور (٢٨٤/١)، فتح الباري (١١٨/٥)، مغني المحتاج (٨٣/٣).

(٤) انظر: المغني (٣٣٩/١٣)، الاختيارات الفقهية (ص١٥٨، ٣٠١)، القواعد والفوائد الأصولية (ص٦٢-٦٣)، المبدع (٢٥/٥)، منتهى الإرادات (٣٨٢/١).

(٥) انظر: السيل الجرار (٣٤٢/٣).

(٦) سبق تخريجه صفحة ٨٤.

(٧) انظر: موسوعة القواعد للندوي (٣٥٣/١).

٢- عن المغيرة بن شعبة[١] ﷺ أن النبي ﷺ كان ينهى عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال، وكان ينهى عن عقوق الأمهات ووأد البنات ومنع وهات[٢].

وجه الدلالة: أن ترك الحفظ الواجب أحد أسباب إضاعة المال، فإذا أدّى ذلك إلى الإتلاف أو النقص، تحمل التاركُ الضمانَ؛ لأنه تسبب في الإتلاف[٣].

٣- لأن هذا تركٌ لواجب عليه، وهو المحافظة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك، ومن ترك واجبا فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن[٤].

٤- لأن ترك الحفظ أحد صور التفريط كما مر معنا، والتفريط نوع من أنواع التسبب في الإتلاف، والإتلاف سبب من أسباب الضمان كما مر معنا.

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

يندرج تحت القاعدة فروع كثيرة، أذكر منها ما يلي:

١- إذا رأى المودع عنده إنسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه فلم يمنعه: ضمن؛ لترك الحفظ الملتزم بالعقد[٥].

---

(١) هو الصحابي الجليل المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي، يكنى بأبي عيسى، وقيل غير ذلك، أسلم قبل عمرة الحديبية، وشهدها وبيعة الرضوان، روى عنه: مسروق وقبيصة بن ذؤيب وغيرهما، تولى بعض البلدان في عهد عمر وعثمان ومعاوية رضي الله عنهم، توفي سنة ٥٠هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: معجم الصحابة (٨٧/٣)، سير أعلام النبلاء (٢١/٣)، الإصابة (١٣١/٦-١٣٢).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ١٣٢.

(٣) انظر: المغني (٢٧٥/٩).

(٤) الضمان في الفقه الإسلامي (٤١/١).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢١١/٦).

٢- إذا مرّ على حبلة فوجد فيها صيدا يمكنه تخليصه وحوزه لصاحبه فتركه حتى مات، فإنه يضمنه[١].

٣- إذا مرّ بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها وجب عليه أخذها، وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها[٢].

٤- إذا أودع عنده بهيمة ولم يأمره أن يعلفها، فإن تركها ولم يعلفها فتلفت ضمن[٣].

٥- يضمن أهل البهائم ما أفسدت بهائمهم من الزرع وغيره إذا كان أهلها مهملين لها[٤].

٦- إذا ترك العامل في المزارعة السقي ففسد الزرع فإن الضمان يلزمه[٥].

٧- إذا مرض المودع مرضا مخوفا لزمه أن يوصي بها، فإن تركه ضمن[٦].

٨- إذا كتم الشخص ما يجب بيانه - كالبائع المدلس والمؤجر المدلس والناكح المدلس وغيرهم من المدلسين – فإنهم يضمنون ما ترتب على ذلك من ضرر. وكذلك الشاهد والمخبر الواجب عليه الإخبار بما علمه، والمفتي والحاكم ونحوهم؛ إذا كتموا الحق فإنهم يضمنون[٧].

---

(١) انظر: الفروق (٢/٢٠٧).

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: الإشراف (٢/٦٢٦)، المنثور (١/٢٨٤).

(٤) انظر: اللباب للمنبجي (٢/٧٢٧)، تبصرة الحكام (٢/٢٤٦، ٢٤٩).

(٥) انظر: المنثور (١/٢٨٤).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٦/٣٢٩).

(٧) انظر: الاختيارات الفقهية (ص٣٠١)، كشاف القناع (٦/١٢٥).

٩- إذا قدر الإنسان على إنجاء شخص بإطعام أو سقي فلم يفعل فمات ضمنه[١].

١٠- إذا اضطرت بهيمة أجنبي إلى طعام شخص، ولا ضرر يلحقه ببذله، فمنعها حتى ماتت، فإنه يضمن[٢].

١١- من قدر على تخليص مال - ولو بشهادة أو وثيقة - من التلف، فلم يفعل: وجب عليه ضمانها[٣].

١٢- إذا ترك المالك صيانة بيته المؤجر فتهدم، فإنه يتحمل ضمان الضرر، وليس على ساكنه ومستأجره شيء[٤].

١٣- إذا أوقف شخص سيارته في غير المحل المعد لوقوف السيارات، وترتب على ذلك الوقوف ضرر: ضمنه مالك السيارة؛ لأنه أهمل النظام وترك الالتزام الواجب فتسبب في الضرر[٥].

١٤- إذا خالف شخص أنظمة المرور التي تحتم الاتجاه ذات اليمين في السير فانطلق ذات الشمال، وترتب على ذلك أضرار: فإنه يضمنها؛ لأنه ترك الواجب الذي يقتضي اتباع أنظمة المرور[٦].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٤/ ٢٩، ٢٤٢)، شرح المنهج المنتخب (ص٢٢٥-٢٢٧)، مغني المحتاج (٤/ ٣٠٩)، المغني (١٣/ ٣٣٩)، الاختيارات الفقهية (ص٣٠١).

(٢) انظر: القواعد والفوائد الأصولية (ص٦٣).

(٣) انظر: إيضاح المسالك (ص٧٧).

(٤) انظر: موسوعة القواعد للندوري (١/ ٣٥٤).

(٥) انظر: نظرية الضمان لمحمد فوزري (ص١٨٥).

(٦) انظر: المرجع السابق.

المبحث الرابع

قاعدة: متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه

تندرج هذه القاعدة الفقهية تحت قاعدتين كليتين تقدم ذكرهما[١]، وهما قاعدة: الضمان منوط بالتعدي، وقاعدة: المفرط ضامن.

وقد يسر الله لي دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وردت بعض النصوص الفقهية المتضمنة لهذه القاعدة، والتي هي بمثابة صيغ لها، أسوقها إليك مرتبة حسب سنوات وفيات قائليها:

أولاً: قال أبو الحسن الماوردي: «العامل مؤتمن في مال القراض، فلا يتعلق به الضمان»[٢].

ثانياً: قال أبو محمد بن قدامة: «العامل أمين لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعدّ»[٣].

ثالثاً: قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «متى فرط العامل في المال أو اعتدى فعليه ضمانه»[٤].

رابعاً: ما جاء في كتاب المعيار المعرب في الفتاوى: «الأصل أمانة العامل بائتمان الدافع إليه»[٥].

---

(١) كما في صفحة ١٤٧، ١٦٠.

(٢) الحاوي (٣٢٣/٧).

(٣) الكافي لابن قدامة (٣٥٧/٣).

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٨٨/٣٠).

(٥) المعيار المعرب (٢١٢/٨).

خامساً: قال أبو النجا الحجاوي[١]: «العامل أمين، لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعدّ ولا تفريط»[٢].

المطلب الثاني

في المعنى الإجمالي للقاعدة

الأصل أن العامل أمين، لا يضمن المال عند التلف إلا إذا حصل منه تعدٍّ أو تفريط.

المطلب الثالث

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

لم يتكلم الفقهاء على القاعدة في كتب القواعد، وإنما تكلموا عليها في كتب الفروع الفقهية؛ ولهذا فإنه لا بد من دراسة أحد الفروع الفقهية لكي نتعرف على أقوالهم في القاعدة. ولما كانت جميع صيغ القاعدة مأخوذة من كلامهم على عامل القراض، رأيت أن أبيّن أقوال الفقهاء في عامل القراض من حيث الضمان وعدمه.

---

(١) هو الفقيه شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الحجاوي المقدسي ثم الصالحي، ولد سنة ٨٩٥هـ، قرأ على مشايخ عصره، ولازم العلامة الشويكي في الفقه حتى تمكن فيه، ودرس عليه أحمد بن مشرف وزامل بن سلطان وعثمان بن أبي حمدان وغيرهم كثير، له مؤلفات منها: "الإقناع" و"زاد المستقنع في اختصار المقنع" وحاشية التنقيح وغيرها، توفي سنة ٩٦٨هـ.

انظر: شذرات الذهب (٣٢٧/٨)، السحب الوابلة (١١٣٤/٣).

(٢) الإقناع (٤٦٦/٢).

لا خلاف بين الفقهاء في أن العامل في القراض أمين، لا يضمن المال إذا تلف إلا إذا حصل منه تعدٍّ أو تفريط[١].

ويستدل لهم – زيادة على دليل نفي الخلاف بين الفقهاء[٢] – بأدلة قاعدتي: (الضمان منوط بالتعدي) و(المفرط ضامن)، وذلك لاندراج هذه القاعدة تحت كل من القاعدتين. والله تعالى أعلم.

المطلب الرابع

من فروع القاعدة

١- لا ضمان على العامل في المضاربة فيما تلف من المال - ولو تلف كله - ولا فيما خسر فيه، ولا شيء على رب المال إلا أن يتعدى أو يضيع فيضمن[٣].

٢- إن العامل في القراض مصدق دون يمين فيما يقوله فيما ادعي عليه من وجه يجب عليه به الضمان، إلا أن يكون متهما فيجب عليه اليمين[٤].

٣- إن العامل في المساقاة أمين لا يضمن ما تلف من الزرع إلا إن تعدّى أو فرط[٥].

---

(١) انظر: المبسوط (١٩/٢٢، ٦٨، ١٠٧-١٠٨)، بدائع الصنائع (٨٧/٦)، المنتقى (١٦٤/٥)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٨)، المعيار (٢١٢/٨-٢١٣)، الحاوي (٣٢٣/٧)، التهذيب للبغوي (ص٣٨٦)، مغني المحتاج (٣٢٢/٢)، المغني (١٨٤/٧)، منار السبيل (٤٠٤/١)، المحلى (٩٨/٧).

(٢) انظر: المنتقى (١٦٤/٥)، المغني (١٨٤/٧-١٨٥).

(٣) المحلى (٩٨/٧).

(٤) قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٩) بتصرف يسير. وانظر: المغني (١٨٤/٧).

(٥) انظر: المغني (٥٤٧/٧).

٤- لا يجوز في سندات المقارضة المعمول بها في البنوك أن تشتمل نشرة الإصدار أو الصكوك على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنا بطل شرط الضمان واستحقّ المضارب ربح مضاربة المثل[١].

٥- إذا استأجر رجل عاملاً خاصا يعمل له، فلا ضمان على العامل فيما يتلف في يده، ما لم يتعدّ أو يفرط[٢].

---

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص٦٩-٧٠) بتصرف يسير.

(٢) انظر: الإقناع للحجاوي (٢/٥٣٠).

الفصل الثالث:

القواعد المتعلقة بسبب العقد واليد

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: الخراج بالضمان ،وقاعدة: الغرم بالغنم.

المبحث الثاني: قاعدة: فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه.

المبحث الثالث: قاعدة: كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان.

المبحث الرابع: قاعدة: يضمن بالعقد وباليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل.

المبحث الخامس: قاعدة: الزعيم غارم.

المبحث الأول

قاعدة: الخراج بالضمان وقاعدة: الغرم بالغنم

هذه القاعدة الفقهية من القواعد الكلية المهمة المتعلقة بأبواب المعاملات المالية، وهي تعبر عن أحد المبادئ المهمة في الشريعة الإسلامية، ألا وهو مبدأ العدل. وفيما يلي دراسة مفصلة لهذه القاعدة.

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة الفقهية الجليلة عبارة عن نص حديث نبوي شريف - يأتي تخريجه قريبا - تلقاه العلماء بالقبول، وذكروا له الصيغ الكلية والنصوص الفقهية المفسرة له والدالة عليه. وإليك ذكر ما وقفت عليه من هذه الصيغ والنصوص:

١- «الخراج بالضمان»:

نص على هذه الصيغة كل من ابن نجيم الحنفي[١] وأصحاب مجلة الأحكام العدلية[٢] وأحمد المنجور[٣] وعبد الوهاب بن السبكي[٤] وبدر الدين الزركشي[٥]

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٢٧).

(٢) درر الحكام (١/٨٨).

(٣) شرح المنهج المنتخب (ص٥١٩)

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/٤٠-٤١).

(٥) المنثور (٢/١١٩).

وجلال الدين السيوطي[١][٢].

٢- «من ضمن مالا فله ربحه»:

نص على هذه الصيغة شريح القاضي[٣][٤].

٣- «إنما تملك الغلة بالضمان في الملك الصحيح»:

نصّ على هذه الصيغة الإمام الشافعي[٥].

٤- «الغلة لا تكون للمبتاع إلا بالضمان»:

نصَّ على هذه الصيغة أبو الوليد بن رشد الجد[٦][٧].

---

(١) هو الشيخ العالم صاحب التصانيف الكثيرة، جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر ابن محمد الأسيوطي الشافعي، ولد سنة ٨٤٩هـ وأخذ العلم عن الْعَلَم البلقيني والشرف المناوي وجماعة، من مؤلفاته: "الدر المنثور" و"الأشباه والنظائر" وغيرهما، توفي سنة ٩١١هـ.
انظر: الكواكب السائرة (١/٢٢٦-٢٣١)، البدر الطالع (١/٣٢٨-٣٣٥).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٣٥).

(٣) هو الفقيه القاضي أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس الكندي الكوفي، وقيل في اسم أبيه غير ذلك، حدث عن عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم، وروى عنه: الشعبي وإبراهيم النخعي وقيس بن أبي حازم وغيرهم، استقضاه عمر على الكوفة فمكث بها قاضيا خمساً وستين سنة، توفي سنة ٧٨هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٤/١٠٠-١٠٦)، البداية والنهاية (٩/٧٩)، تهذيب التهذيب (٤/٢٩٧-٢٩٩).

(٤) أخبار القضاة (٢/٣١٩).

(٥) الأم (٤/٤).

(٦) هو القاضي الفقيه أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي المالكي، ولد سنة ٤٥٠هـ، درس على ابن رزق وأبي عبد الله بن الفرج، وأبي مروان بن سراج، ومن تلاميذه: القاضي عياض وأبو بكر الإشبيلي وأبو الوليد بن خيرة، وله مؤلفات منها: البيان والتحصيل، والمقدمات الممهدات، واختصار مشكل الآثار للطحاوي، توفي سنة ٥٢٠هـ.
انظر: الديباج المذهب (ص٣٧٣)، شجرة النور الزكية (ص١٢٩)، معجم المؤلفين (٣/٤٦).

(٧) البيان والتحصيل (٧/٤٤٥).

٥- «الغنم بالغرم»:

نص على هذه الصيغة كل من: أبي بكر السرخسي[١] وعبد الوهاب بن السبكي[٢] وبدر الدين الزركشي[٣] وجلال الدين السيوطي[٤].

٦- «النعمة بقدر النقمة»:

نصّ على هذه الصيغة أصحاب مجلة الأحكام العدلية[٥].

٧- «يستحق الربح إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان»:

ذكر هذه الصيغة بالمعنى كل من: أبي بكر الكاساني وأصحاب مجلة الأحكام العدلية[٦].

وأما قاعدة (الغرم بالغنم): فإنها وإن جاءت على عكس قاعدة (الخراج بالضمان) - أي الغنم بالغرم - في اللفظ إلا أن المعنى فيهما متفق، وقد ذكر العلماء لهذه القاعدة صيغا كلية ونصوصا فقهية أسوقها كما يلي:

١- «الغرم بالغنم»:

نصّ على هذه الصيغة كل من: أبي سعيد الخادمي وأصحاب مجلة الأحكام العدلية[٧].

---

(١) انظر: المبسوط (١٣/٨٠).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢/٤١).

(٣) المنثور (٢/١١٩).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (٢/٤١).

(٥) درر الحكام (١/٩٠).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٦/٦٢)، درر الحكام (٣/٣٦٢).

(٧) مجامع الحقائق (ص٣٢٦)، درر الحكام (١/٩٠). وانظر: المبسوط (٢٢/٦٧، ٢٣/٥٢، ٢٧/١٨٨، ٣٠/٤٣).

٢- «من كان الشيء له كانت نفقته عليه»:

نصّ على هذه الصيغة شيخ الإسلام ابن تيمية[١].

٣- «من ملك الغنم كان عليه الغرم»:

نصّ على هذه الصيغة يوسف بن عبد الهادي[٢][٣].

٤- «النقمة بقدر النعمة»:

نصّ على هذه الصيغة أصحاب مجلة الأحكام العدلية[٤].

٥- «كل مشترك نماؤه للشركاء ونفقته عليهم ونقصه عليهم»:

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الخراج: هو غلة الشيء ودخله ومنفعته، ومنه قوله تعالى: ﴿أَمْ تَسْـَٔلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ﴾[٥]، ومثاله: كسب العبد وأجرة الدابة ونسلها ودرها وثمر الشجر[٦].

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٤/١٠٦).

(٢) هو المحدث الفقيه جمال الدين أبو المحاسن وأبو عمر يوسف بن حسن بن أحمد بن حسن بن عبدالهادي الدمشقي الصالحي، المعروف بـ(ابن المبْرِد)، ولد سنة ٨٤٠هـ، وقيل: سنة ٨٤٧هـ، حفظ القرآن وبعض المتون، سمع من والده والنظام بن مفلح وتقي الدين بن قندس وغيرهم، له مؤلفات نافعة منها: "مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام" و"جمع الجوامع" في الفقه، وغيرهما، توفي سنة ٩٠٩هـ.

انظر: الكواكب السائرة (١/٣١٦)، شذرات الذهب (٨/٤٣)، السحب الوابلة (٣/١١٦٥).

(٣) مغني ذوي الأفهام (ص١٨١).

(٤) درر الحكام (١/٩٠).

(٥) سورة المؤمنون، الآية [٧٢].

(٦) انظر: الزاهر (ص٣٠٤، ٣٢٠)، معالم السنن (٥/١٥٨)، النهاية لابن الأثير (٢/١٩)، القاموس المحيط (ص٢٣٧-٢٣٨).

بالضمان: الباء هنا متعلقة بمحذوف تقديره: الخراج مستحق بالضمان، أي بسببه، والمراد بالضمان ههنا تحمل ما يقع على السلعة من تلف أو نقص و خسارة[١].

الغرم: هو الخسران والنقص والهلكة[٢].

بالغنم: أي بالربح والفضل والمنفعة[٣].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

معنى قاعدة (الخراج بالضمان): هو «أن المبيع إذا كان له دخل وغلة فإن مالك الرقبة – الذي هو ضامن الأصل – يملك الخراج بضمان الأصل، فإذا ابتاع الرجل أرضا فأشغلها 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 العقد والفسخ لكانت من ضمان المشتري، فوجب أن يكون الخراج من حقه»[٤].

وبعبارة أخرى أعم: «أن استحقاق الخراج سببه تحمل الضمان، أي: تحمل تبعة الهلاك. فمنافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك، فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة»[٥].

وأما قاعدة (الغرم بالغنم): «فهي تعبر عن عكس القاعدة السابقة (الخراج بالضمان، فتفيد أن الضمان أيضاً بالخراج، أي: أن التكاليف والخسارة التي

---

(١) انظر: النهاية لابن الأثير (٢/١٩)، الأشباه والنظائر للسبكي (٢/٢١٤).

(٢) انظر: الزاهر (ص٣٢٤)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/٢/٦٤)، المصباح المنير (ص ١٦٩-١٧٠).

(٣) انظر: الزاهر (ص٣٢٤، ٣٨١)، لسان العرب (١٢/٤٤٥-٤٤٦).

(٤) معالم السنن (٥/١٥٨).

(٥) المدخل الفقهي للزرقا (٢/١٠٣٣).

تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً»[١].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق الفقهاء[٢] على صحة قاعدة (الخراج بالضمان) والعمل بها من حيث الجملة، وإن اختلفوا في بعض أنواع الخراج، كما سيأتي – إن شاء الله – في المطلب الخامس.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فرده، فقال: يا رسول الله إنه قد استغلّ غلامي، فقال رسول الله ﷺ: **(الخراج بالضمان)**[٣].

---

(١) المرجع السابق (٢/١٠٣٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٢٧) غمز عيون البصائر (١/٤٣١، ٤/٣٧٠)، المقدمات الممهدات (٢/٥٠٤)، بداية المجتهد (٢/٢٠٩)، شرح المنهج المنتخب (ص٥١٩)، المهذب مع المجموع (١١/٣٩٨، ٤٠٣) الوجيز (١/١٤٥)، السراج الوهاج (ص١٨٩)، المغني (٦/٢٢٦-٢٢٧)، تقرير القواعد (٢/١٩٠)، الإنصاف مع المقنع (١١/٣٧٩-٣٨٠)، المحلى (٧/٥٨٤، ٥٨٧)، السيل الجرار (٣/١٠٦-١١١).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٦/٤٩، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٣/٧٨٠) برقم (٣٥١٠)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا (٣/٥٨١-٥٨٣) برقم (١٢٨٥ و ١٢٨٦)، والنسائي: كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان (٧/٢٩٢) برقم (٤٥٠٢)، وابن ماجه في سننه: كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان (٣/٥٧) برقم (٢٢٤٣)، والحاكم في المستدرك (٢/١٨-١٩)، وصححه الترمذي وابن القطان – كما في التلخيص الحبير (٣/٥١) –، والحاكم، وحسّنه البغوي في شرح السنة (٨/١٦٣)، والألباني في إرواء الغليل (٥/١٥٨، ٣٥٧).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ قضى بأن غلة العبد للمشتري؛ لأنه لو تلف لكان من ضمان المشتري، فوجب أن يكون الخراج من حقه.

٢- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)**[١].

وجه الدلالة: في قوله: **(ولا ربح ما لم يضمن)**؛ حيث إن النبي ﷺ نهى عن ربح شيء لم يدخل في ضمانه، فدل على جواز أخذ ربح ما دخل في ضمانه[٢].

٣- حكى بعض العلماء اتفاق الفقهاء على صحة هذا الأصل **(الخراج بالضمان)**[٣].

المطلب الخامس

في أنواع الخراج وأثرها في ردّ المبيع بالعيب

يمكن تقسيم ما يحصل للمبيع من خراج أو زيادة أو نفع إلى أربعة أقسام[٤]:

القسم الأول: زيادة متصلة متولدة من الأصل، كسمن الدابة وكبرها ونموّ الشجرة.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/١٧٨-١٧٩)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣/٧٦٩-٧٧٥)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (٣/٥٣٥-٥٣٦)، والنسائي في سننه: كتاب البيوع، باب شرطان في بيع (٧/٣٤٠)، وابن ماجه في سننه: كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن (٣/٣١) دون قوله «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع»، والحاكم في المستدرك (٢/٢١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصحّحه الحاكم، وحسّنه الألباني في إرواء الغليل (٥/١٤٦). وانظر: صحيح الجامع الصغير (٢/١٢٦٦).

(٢) انظر: شرح القواعد (ص٤٢٩).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٠٩)، المغني (٦/٢٢٦-٢٢٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٤-٢٨٦)، المغني (٦/٢٢٦-٢٢٧).

القسم الثاني: زيادة متصلة غير متولدة من الأصل، كصباغة الثوب وبناء الدار وزراعة الأشجار.

القسم الثالث: زيادة منفصلة متولدة من الأصل، كثمرة الشجر وولد الدابة ولبنها.

القسم الرابع: زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، كأجرة السيارة وكسب العبد.

وفيما يلي بيان لأقوال الفقهاء فيمن اشترى سلعة فوجد بها عيبا وقد حصل من هذه السلعة زيادة أو خراج. فما حكم ردّ السلعة بالعيب مع هذه الزيادة أو الخراج؟ ولمن تكون هذه الزيادة أو الخراج؟.

القسم الأول: أن تكون الزيادة متصلة متولدة من الأصل، كسمن الدابة وكبرها ونموّ الشجرة:

اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد بالعيب وتكون تابعة للأصل، فإذا ردّ المشتري الأصل بالعيب ردّ الزيادة معه.

وهذا مذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والمذهب عند الحنابلة[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥)، حاشية رد المحتار (٥/١٨).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/٢١٨)، منح الجليل (٥/١٨٩-١٩٠، ٢٠٩) الشرح الصغير (٣/١٨٧).

(٣) انظر: المهذب مع الجموع (١١/٣٩٧، روضة الطالبين (٣/٤٩٣)، مغني المحتاج (٢/٦١-٦٢).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٢٦)، الشرح الكبير مع المقنع (١١/٣٨٠)، حاشية الروض المربع (٤/٤٢٨).

القول الثاني: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد بالعيب، ولكنها تكون للمشتري، فإذا ردّ المشتري الأصل ردّ معه الزيادة، ثم تقوّم الزيادة ويدفع البائع قيمتها للمشتري.

وهذا رواية عند الحنابلة اختارها بعضهم، منهم شيخ الإسلام ابن تيمية[١].

أدلة القول الأول:

علل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- إن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة؛ لقيامها بالأصل، فكانت مبيعة تبعاً، والأصل أنّ ما كان تابعا في العقد يكون تابعا في الفسخ؛ لأن الفسخ رفع العقد فينفسخ العقد في الأصل بالفسخ فيه مقصوداً، وينفسخ في الزيادة تبعا للانفساخ في الأصل[٢].

٢- ولأن هذه الزيادة لا تنفرد عن الأصل في الملك، فلا يجوز أن تردّ دونها[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: **(الخراج بالضمان)**[٤].

وجه الدلالة: إن هذا الحديث عامّ، فيشمل الزيادة المتصلة المتولّدة من الأصل التي حصلت من عمل المشتري التي هي في ملكه[٥].

---

(١) انظر: الاختيارات الفقهية (ص١٢٦)، تقرير القواعد (٢/١٥٣-١٥٤)، الإنصاف مع المقنع (١١/٣٨٣)، الشرح الممتع (٨/٢٨٩-٢٩٠).

(٢) بدائع الصنائع (٥/٢٨٥). وانظر: المغني (٦/٢٢٦)، مغني المحتاج (٢/٦١-٦٢).

(٣) المهذب مع المجموع (١١/٣٩٧).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٥) انظر: الشرح الممتع (٨/٢٨٩).

٢- ولأن «النماء المتصل قد يكون أهمّ من المنفصل، فيكون للمشتري»[١] كالنماء المنفصل.

٣- ولأن «البائع قد أجبر على أخذ سلعته وردّ ثمنها، فكذلك نماؤها المتصل بها يتبعها في حكمها وإن لم يقع عليه العقد»[٢].

القول المختار:

يظهر لي - بعد عرض القولين في المسألة وأدلتها - أن القول المختار هو القول الثاني؛ وذلك للأسباب التالية:

١- صحة استدلال أصحاب القول الثاني بالحديث وسلامته من الاعتراضات.

٢- إن أدلة أصحاب القول الأول عقلية لا تقاوم النص.

٣- ما استدل به أصحاب القول الأول من أنه لا يمكن فصل الزيادة عن الأصل صحيح، إلا أنه يمكن تلافي هذه المشكلة بأن يدفع البائع قيمة الزيادة للمشتري كما ذكر أصحاب القول الثاني.

القسم الثاني: أن تكون زيادة متصلة غير متولدة من الأصل، كصباغة الثوب ونسجه، وبناء الدار وزراعة الأشجار:

اختلف الفقهاء في هذه الزيادة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن هذه الزيادة تمنع الردّ بالعيب ويتعين رجوع المشتري على البائع بأرش النقص.

---

(١) الشرح الممتع (٨/٢٨٩).

(٢) تقرير القواعد (٢/١٥٤).

وهذا مذهب الحنفية[١] والمذهب عند الحنابلة[٢].

القول الثاني: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد بالعيب، وتكون تابعة للأصل، وليس للمشتري أرش الزيادة.

وهذا هو أصح الوجهين عند الشافعية[٣].

القول الثالث: إن هذه الزيادة لا تمنع الردّ بالعيب، وتكون تابعة للأصل، ويرجع المشتري على البائع بأرش الزيادة.

وهذا هو قول المالكية[٤] وأضعف الوجهين عند الشافعية[٥] ورواية عند الحنابلة[٦].

غير أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا فيما بينهم في توزيع أرش الزيادة: أيكون خالصا للمشتري أم يشترك مع البائع فيه.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- «لأن هذه الزيادة ليست بتابعة، بل هي أصل بنفسها. ألا ترى أنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلا ورأساً. فلو ردّ المبيع لكان لا يخلو إما أن يرده وحده بدون الزيادة، وإما أن يرده مع الزيادة. لا سبيل إلى الأول؛ لأنه محذور لتعذر

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٤/٣٥)، العناية مع فتح القدير (٦/١٢)، حاشية رد المحتار (٥/١٨).

(٢) انظر: المغني (٦/٢٥٤)، الإنصاف مع المقنع (١١/٤٠٦)، كشاف القناع (٣/٢١١).

(٣) انظر: العزيز (٤/٢٥٩)، روضة الطالبين (٣/٤٨٦).

(٤) انظر: بداية المجتهد (٢/٢١٨)، منح الجليل (٥/١٨٣-١٨٤).

(٥) انظر: الوجيز (١/١٤٤)، العزيز (٤/٢٥٩)، روضة الطالبين (٣/٤٨٦)، مغني المحتاج (٢/٥٩)، حاشية الشرواني (٤/٣٧٨-٣٧٩).

(٦) انظر: المغني (٦/٢٥٤)، الشرح الكبير مع المقنع (١١/٤٠٦)، الإنصاف مع المقنع (١١/٤٠٦).

الفصل، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الزيادة ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ؛ ولأن المشتري صار قابضا للمبيع بإحداث هذه الزيادة، فصار كأنها حدثت بعد القبض، وحدوثها بعد القبض يمنع الردّ بالعيب»[(١)].

٢- «ولأن إجبار البائع على بذل ثمن الصبغ إجبار على المعاوضة، فلم يجز؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(٢)]»[(٣)].

دليل القول الثاني:

علل أصحاب هذا القول بأن هذه الزيادة تتبع الأصل في العقود والفسوخ؛ وذلك لتعذر انفصالها[(٤)].

أدلة القول الثالث:

استدلّ أصحاب القول الثالث بما يلي:

١- ما جاء عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فردّه، فقال: يا رسول الله، إنه قد استغلّ غلامي، فقال رسول الله ﷺ: **(الخراج بالضمان)**[(٥)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يجعل هذه الزيادة مانعة من الرد، وملكها للمشتري؛ لأن العبد كان في ضمانه، والخراج في الحديث يشمل الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/٢٨٥، ٢٨٦). وانظر: العناية مع فتح القدير (٦/١٢).

(٢) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٣) الشرح الكبير مع المقنع (١١/٤٠٧). وانظر: المغني (٦/٢٥٤).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٢٦)، الروض المربع مع حاشيته (٤/٤٢٨).

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

٢- «إن البائع قد أجبر على أخذ سلعته وردّ ثمنها، فكذلك نماؤها المتصل بها يتبعها في حكمها وإن لم يقع عليه العقد»[١].

٣- ولأن هذه زيادة، فلا تمنع الردّ كالسمن والكسب[٢].

القول المختار:

القول الذي أختاره في هذه المسألة هو القول الثالث، وهو أن هذه الزيادة لا تمنع الردّ بالعيب. فإذا ردّ المشتري المبيع بزيادته دفع البائع له قيمة الزيادة؛ وذلك للأسباب التالية:

١- عموم قول النبي ﷺ: **(الخراج بالضمان)**[٣]، وعليه، فإن هذه الزيادة داخلة في عموم الحديث.

٢- وأما قول أصحاب القول الثاني: إنه يتعذر فصل الزيادة عن الأصل، فهذا صحيح، ولكن يمكن العمل بالحديث بأن تقوّم هذه الزيادة وتعطى للمشتري.

٣- وأما تعليل أصحاب القول الأول فإنه يعارض نصّ الحديث السابق، فلا يلتفت إليه.

القسم الثالث: أن تكون الزيادة منفصلة متولدة من الأصل، كثمرة الشجر وولد الدابة ولبنها:

اختلف الفقهاء في هذه الزيادة على أربعة أقوال:

القول الأول: إن هذه الزيادة تمنع الردّ بالعيب، وعلى المشتري أن يرجع على البائع بأرش العيب.

---

(١) تقرير القواعد (٢/١٥٤).

(٢) المغني (٦/٢٥٤)

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

وهذا مذهب الحنفية[١].

القول الثاني: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد، والمشتري بالخيار: إن شاء أمسك المبيع وأخذ أرش العيب، وإن شاء ردّ المبيع وحده وتكون الزيادة للمشتري.

وهذا قول الشافعية[٢] والمذهب عند الحنابلة[٣] وقول الظاهرية[٤].

القول الثالث: إن هذه الزيادة لا تمنع الردّ، وتكون الزيادة للبائع.

وهو رواية عند الحنابلة[٥].

القول الرابع: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد بالعيب، وأما الزيادة: فإن كانت من جنس الأصل كالولد مطلقا –آدمي أو حيوان– فإنها تكون للبائع، وإن كانت من غير جنس الأصل كثمرة الشجرة فإنها تكون للمشتري.

وهذا مذهب المالكية[٦]، ووافقهم بعض الشافعية[٧] والحنابلة[٨] في أن ولد الآدمية خاصة يردّ مع أمه، فيكون للبائع.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥، ٢٨٦)، تبيين الحقائق (٤/٣٥)، العناية مع فتح القدير (٦/١٢).

(٢) انظر: الوجيز (١/١٤٥)، المجموع (١١/٤٠٣)، مغني المحتاج (٢/٦٢).

(٣) انظر: المغني (٦/٢٢٧)، الشرح الكبير مع المقنع (١١/٣٨١-٣٨٢) كشاف القناع (٣/٢٠٨، ٢٢٠).

(٤) انظر: المحلى (٧/٥٨٧).

(٥) انظر: الشرح الكبير مع المقنع (١١/٣٨١-٣٨٢)، الإنصاف مع المقنع (١١/٣٨٠).

(٦) انظر: المعونة (٢/١٠٦٠)، بداية المجتهد (٢/٢١٧)، حاشية الدسوقي (٣/١٣٨)، منح الجليل (٥/٢٠٩-٢١٠).

(٧) انظر: مغني المحتاج (٢/٦٢).

(٨) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/١٢٤)، شرح الزركشي (٣/٥٧٨).

دليل القول الأول:

علل أصحاب هذا القول «بأنه لا وجه إلى الفسخ في الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل مقصودا؛ لأن العقد لم يرد عليها، ولا تبعا؛ لانفصالها. ولا وجه إلى الفسخ في الأصل وحده بدون الزيادة؛ لأنه يؤدي إلى الربا؛ لأن المشتري إذا ردّ المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض»[(١)].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: **«الخراج بالضمان»**[(٢)].

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ جعل الخراج في مقابل الضمان، وهذه الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل تكون في ضمان المشتري، فكان خراجها له. و«الخراج يشمل كل ما خرج: عينا كان أو منفعة، وقد ورد في رواية أخرى أن الغلة بالضمان[(٣)]، والغلة تشمل الثمرة وغيرها»[(٤)].

٢- لأن الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل نماء حدث في ملك المشتري، فجاز أن يمسكه ويرد الأصل، كغلة العبد والكسب والثمرة[(٥)].

---

(١) تبيين الحقائق (٤/٣٥) بتصرف يسير، وانظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٦)، حاشية رد المحتار (٥/١٩).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٤) المجموع (١١/٤٠٣).

(٥) انظر: المهذب مع المجموع (١١/٤٠٣)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٣٧٤)، المغني (٦/٢٢٧).

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بأن الزيادة المنفصلة نماء تولد من الأصل فلزم رده مع أصله، كالزيادة المتصلة[١].

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- عن أبي أيوب الأنصاري[٢] ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **(من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة)**[٣].

وجه الدلالة: هذا وعيد شديد يدل على تحريم التفريق بين الوالدة وولدها: آدميا كان أو حيوانا؛ لعموم النص[٤].

٢- «لأن الأصول موضوعة على كل حكم لزم في رقبة الأم فإن الولد يتبعها فيه، كولد أم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة إلى أجل، وقد ثبت أن حكم الردّ لازم في رقبة هذه الأم المبيعة من وقت البيع، فيجب أن يكون ما يحدث من ولد

---

(١) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٣٧٣-٣٧٤)، الشرح الكبير مع المقنع (١١/٣٨٢).

(٢) هو الصحابي الجليل أبو أيوب خالد بن زيد بن كليب النجاري الأنصاري، من السابقين في الإسلام، شهد العقبة وبدرا وما بعدهما، ونزل عليه النبي ﷺ لما قدم المدينة، فأقام عنده حتى بنى بيوته ومسجده، روى عن النبي ﷺ وعن أبي بن كعب، وروى عنه البراء بن عازب وزيد بن خالد وغيرهما، توفي في غزاة قسطنطينية سنة ٥٢هـ وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٢/٤٠٢-٤١٣)، الإصابة (٢/٨٩-٩٠).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٥/٤١٢-٤١٣، ٤١٤)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع (٣/٥٨٠)، والدارقطني في سننه (٣/٦٧)، والحاكم في المستدرك (٢/٦٣-٦٤)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وصححه الحاكم وحسنه الألباني في المشكاة (٢/١٠٠٣).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٢/٦٢).

وحكمه حكمها فيه ؛ لأنه حدث بعد استقرار وجوب الرد ، ولا يشبه الثمرة إذا حدثت عنده ؛ لأنها خراج وغلة ؛ لأنها ليست كخلق الأصل ، والولد ليس بخراج ، فإن كانت الثمرة في النخل وقت الشراء ردها مع الأصل»[(١)].

القول المختار:

الذي يظهر – في نظري – أن أقرب الأقوال إلى الصواب هو : أن الزيادة لا تمنع الرد ، والمشتري بالخيار : إن شاء أمسك المبيع وأخذ أرش العيب ، وإن شاء رد المبيع وحده وتكون الزيادة للمشتري ، ما عدا الولد : آدميا كان أو حيوانا ، فإن المشتري يرده مع أمه ويرجع على البائع بقيمة الولد ؛ وذلك لما يأتي :

١ – صحة الاستدلال بعموم قول النبي ﷺ : **(الخراج بالضمان)**[(٢)] ، فإن الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة[(٣)].

٢ – وأما استثناء الولد – آدميا كان أو حيوانا – فلقول النبي ﷺ : **(من فرق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة)**[(٤)] ، لا سيما وأنه يمكن الجمع بين هذا الحديث وقول النبي ﷺ : **(الخراج بالضمان)**[(٥)] بأن يرجع المشتري على البائع بقيمة الولد ، كما حصل في القسم الأول – الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل –.

٣– وأما أدلة الأقوال الأخرى فهي أدلة عقلية فلا تقدم على الحديثين السابقين.

---

(١) المعونة (١٠٦١/٢). وانظر : حاشية الدسوقي (١٣٨/٣) ، منح الجليل (٢١٠/٥).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٣) انظر : المجموع (٤٠٣/١١).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٢١٦.

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

٤- وأما قصر بعض الشافعية والحنابلة حديث أبي أيوب رضي الله عنه على الآدمي فقط فغير صحيح ؛ لعموم النص.

القسم الرابع: أن تكون الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، كأجرة السيارة وكسب العبد:

اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد، وتكون الزيادة للمشتري.

وهو قول الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣]، ورواية عند الحنابلة عليها المذهب[٤]، وقول الظاهرية[٥].

القول الثاني: إن هذه الزيادة لا تمنع الرد، وتكون الزيادة للبائع.

وهو رواية عند الحنابلة[٦].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: **(الخراج بالضمان)**[٧].

وجه الدلالة: إن هذه الزيادة حصلت من المبيع الذي كان في ضمان المشتري، وقد قضى النبي ﷺ بأن الزيادة تكون لمن كان الضمان عليه.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٥، ٢٨٦)، تبيين الحقائق (٤/٣٥)، حاشية رد المحتار (٥/١٩).

(٢) انظر: المعونة (٢/١٠٦٠)، الكافي لابن عبد البر (ص ٣٥٤)، حاشية الدسوقي (٣/١٣٨).

(٣) انظر: المهذب مع المجموع (١١/٣٩٨)، الوجيز (١/١٤٥)، مغني المحتاج (٢/٦٢).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٢٦-٢٢٧)، كشاف القناع (٣/٢٠٨، ٢٢٠)، حاشية الروض المربع (٤/٤٢٧).

(٥) انظر: المحلى (٧/٥٨٤).

(٦) انظر: الكافي لابن قدامة (٣/٧٤، ١٢٤)، الإنصاف مع المقنع (١١/٣٨٠).

(٧) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

٢- حكى بعض العلماء عدم وجود خلاف بين العلماء في هذه المسألة[١].

أدلة القول الثاني:

لم أعثر على دليل فيما اطلعت عليه من كتبهم.

القول المختار:

القول الذي أختاره هو القول الأول؛ وذلك لأن قول النبي ﷺ: **«الخراج بالضمان»** نص صريح في المسألة. والله تعالى أعلم.

المطلب السادس

في شروط القاعدة

هناك شروط لا بدّ من توفرها لإعمال القاعدة، وهي كما يأتي:

الشرط الأول: أن تكون الزيادة ناتجة عن عين مضمونة على قابضها ضمان ملك.

وبهذا تخرج الزيادة الناتجة عن العين المغصوبة. فإن الغاصب الضامن لها لا يباح له زيادتها؛ لأن ضمانه لها ليس ضمان ملك وإنما هو ضمان تعدٍّ - جزائي -، والدليل على ذلك: أن النبي ﷺ قضى بأن الخراج بالضمان[٢] في ضمان الملك، وجعل الخراج لمن هو مالكه إذا تلف تلف على مالكه وهو المشتري، والغاصب لا يملك المغصوب[٣].

---

(١) انظر: المغني (٦/٢٢٦، ٢٢٧)، الشرح الكبير مع المقنع (١١/٣٨٠، ٣٨١).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٢٨)، المقدمات الممهدات (٢/٥٠٤)، المجموع (١١/٤٠٠-٤٠١)، المنثور (٢/١٢٠)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٤٠١)، المدخل الفقهي للزرقا (٢/١٠٣٤).

الشرط الثاني: أن تكون الزيادة حادثة بعد العقد، فأما إذا كانت موجودة قبل العقد، فلا تباح للمشتري، بل يردها مع أصلها، كما هو الشأن في لبن المصراة، فقد جاء عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(من اشترى غنما مصراة فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر)**[(١)]، حيث إن اللبن ههنا موجود حال العقد فصار جزءا من المبيع، والشارع لم يجعل الصاع عوضا عما حدث بعد العقد، بل عوضا عن اللبن الموجود في الضرع وقت العقد[(٢)].

تنبيه: اشترط البعض أن تكون الزيادة – سواء كانت متولدة من الأصل أم غير متولدة – منفصلة عن الأصل. فإن كانت متصلة - كالسمن والكبر – فإنها لا تكون للمشتري إذا ردّ السلعة بالعيب[(٣)].

وهذا الشرط فيه نظر، وقد سبق الردّ عليه كما في القسمين الأولين من أقسام الخراج[(٤)].

المطلب السابع

من فروع القاعدة

هناك فروع كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، منها ما يلي:

١ - إذا ردّ المشتري حيوانا أو سيارة أو دارا بخيار العيب بعد قبضه واستعماله، غير عالم بالعيب، وكان قد استعمل المشتري مدة بنفسه أو آجره

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب إن شاء ردّ المصراة وفي حلبتها صاع من تمر (١٠٢/٢) برقم (١٥٢٤)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة (١١٥٨/٣).

(٢) انظر: المجموع (٤١٤/١١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٥٥٧/٢٠، ٥٣٨/٤)، إعلام الموقعين (٢٠/٢).

(٣) انظر: المجموع (٤١٤/١١).

(٤) كما في صفحة ٢٠٨-٢١٣.

من غيره، وقبض أجرته: لا يلزم ردّ ذلك للبائع معه؛ لكونه في ضمان المشتري[١]. كما تقدم الكلام عليه في أقسام الخراج.

٢- إذا حصل للعين المرهونة زيادة فإنها تكون للراهن؛ لأن ضمان المرهون عليه[٢].

٣- إذا زادت العين الملتقطة ثم جاء مالكها فإنه يأخذها بزيادتها[٣].

٤- إذا اشترى رجل دارا فاستغلها ثم استحقت بعد ذلك بالشفعة فإن الغلة تكون للمشتري دون الشفيع[٤].

٥- إذا حدث للعين الموصى بها زيادة بعد موت الموصي وقبول الموصى له فإن الزيادة تكون للموصى له[٥].

٦- أجرة كتابة صكّ المبايعة على المشتري؛ لأنها توثيق لانتقال الملكية إليه[٦].

٧- ليس لغريم المفلس - إذا فسخ البيع - أخذ نتاج ما باعه من الماشية والدواب ولا غلة ماله، وليس له إلا الرقاب بعينها إذا وجدها[٧]؛ لأنها لو تلفت لضمنها المفلس.

---

(١) الوجيز للبورنو (ص٣١٥). وانظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٤-٢٨٦)، بداية المجتهد (٢/٢١٨)، روضة الطالبين (٣/٤٩٣)، المغني (٦/٢٢٦-٢٢٧).

(٢) انظر: كتاب الاختيار (٢/٧٩)، حاشية الدسوقي (٣/٢٤٥)، السراج الوهاج (ص٢١٩)، حاشية الروض المربع (٥/٩١).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٢/٤١٥)، المغني (٨/٣١٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/٩٥-٩٦)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٤٦٠).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٣/٥٤).

(٦) المدخل الفقهي للزرقا (٢/١٠٣٥). وانظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٣٨).

(٧) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٤١٨).

٨- إذا اشترك اثنان في شركة الملك فإن ربح الشركة يقسم بينهما بنسبة حصصهم. فإذا كانت حصص الشريكين متساوية – أي مشتركة مناصفة – فتقسم بالتساوي، وإذا لم تكن متساوية – بأن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان – فيقسم الربح على هذه النسبة؛ لأن نفقات هذه الأموال هي بنسبة حصصها، وكذلك التلف أو الخسارة لو حصلت؛ لأن الضمان كذلك، والخراج بالضمان[1].

(١) درر الحكام (٢٦/٣). وانظر: الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية (ص٣٢).

المبحث الثاني

قاعدة: فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه

هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي يكون الضمان فيها بسبب العقد، وهي تدخل في أبواب فقهية كثيرة، وقد يسّر الله دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

ذكر العلماء لهذه القاعدة صيغا كثيرة، جاءت في عبارات وقوالب مختلفة، يمكن تصنيفها إلى قسمين:

القسم الأول: صيغ عامة:

وهي التي نصّت على أن أحكام العقود الفاسدة ملحقة بالعقود الصحيحة دون أن تنص على الضمان، وهي كما يلي:

١- قال أبو بكر السرخسي: «العقد الفاسد معتبر في الجائز»[(١)].

٢- وقال أيضا: «الفاسد في الحكم ملحق بالجائز»[(٢)].

٣- قال القاضي عبدالوهاب المالكي: «كل عقد فاسد مردود إلى صحيحه»[(٣)].

---

(١) المبسوط (١١/٧٥).

(٢) المبسوط (٧/١٢). وانظر: (٤/١٧٦، ١٨٣، ١١/٧٥، ٢٤/٥٦).

(٣) الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٦٤١).

٤- قال أبو الوليد الباجي[١]: «كل عقد إنما يردّ فاسده إلى مقتضى صحيحه»[٢].

٥- قال أبو الحسن الماوردي: «أحكام العقود الفاسدة معتبرة بأحكامها في الصحة»[٣].

٦- قال أبو عبدالله بن قيم الجوزية: «يجب في الفاسد من العقود نظير ما يجب في الصحيح منها»[٤].

القسم الثاني: صيغ خاصة:

وهي التي نصت على أن الضمان في العقود الفاسدة معتبر بصحيحها، وهي كما يلي:

١- قال ابن نجيم الحنفي: «فاسد العقود في الضمان كصحيحها»[٥].

٢- قال أبو الحسن الماوردي: «العقد الفاسد يحمل في وجوب العوض على حكم الصحيح»[٦].

---

(١) هو العلامة القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي الأندلسي القرطبي الباجي الذهبي، ولد سنة ٤٠٣هـ، أخذ عن القاضي أبي الطيب وأبي القاسم الأزهري وغيرهما، وحدث عنه: ابن حزم وابن عبد البر وغيرهما، له مؤلفات مفيدة، منها: "المنتقى" و"فرق الفقهاء"، توفي سنة ٤٧٤هـ.

انظر: البداية والنهاية (١٢/١٣٠)، الديباج المذهب (ص١٩٧)، شجرة النور الزكية (ص١٢٠).

(٢) المنتقى (٤/١٨٣). وانظر: البيان والتحصيل (٨/٤٢٨).

(٣) الحاوي (١١/٤٢).

(٤) الطرق الحكمية (ص٢٥١).

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣٠٦). وانظر: مجمع الضمانات (١/٦٩)، الفرائد البهية (ص٢٣٧).

(٦) الحاوي (٧/٣٨٠).

٣- قال أبو زكريا النووي[١] وجلال الدين السيوطي: «كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده، وما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذا فاسده»[٢].

٤- قال أبو عبد الله بن الوكيل[٣] وعبدالوهاب بن السبكي وبدر الدين الزركشي وأبو بكر الحصني[٤]: «فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه»[٥].

---

(١) هو العلامة أبو زكريا يحيى بن شرف بن مرى بن حسن بن حسين النووي، ولد سنة ٦٣١هـ سمع من الحافظ عبد الدائم، وتفقه على إسحاق المغربي وعز الدين الإربلي وغيرهما، روى عنه المزّي وأبو الحسن العطار وآخرون، له مؤلفات منها: "شرح صحيح مسلم" و"المجموع في شرح المهذب" و"رياض الصالحين"، توفي سنة ٦٧٦هـ.
انظر: تذكرة الحفاظ (٤/١٤٧٠-١٤٧٤، ١٤٨٦)، طبقات الشافعية للسبكي (٨/٣٩٥-٣٩٨).

(٢) روضة الطالبين (٤/٩٦)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٣).

(٣) هو العلامة الفقيه أبو عبد الله محمد بن عمر بن مكي بن عبد الصمد الأموي، صدر الدين ابن المرحل المعروف بابن الوكيل، ولد سنة ٦٦٥هـ، تفقه على والده والشيخ شرف الدين المقدسي، وسمع الحديث من القاسم الأربلي والمسلم بن علان وطائفة، ودرّس بالمدارس الكبار مثل دار الحديث الأشرفية والشاميتين وغيرها، له مؤلفات نفيسة منها: "الأشباه والنظائر" و"شرح الأحكام لعبد الحق" وغيرهما، توفي سنة ٧١٦هـ.
انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي (٩/٢٥٣-٢٦٧)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٢٥٤)، الدرر الكامنة (٤/١١٥-١٢٣).

(٤) هو العالم الزاهد تقي الدين أبو بكر محمد بن عبد المؤمن الحصني الدمشقي الحسيني، ولد في آخر سنة ٧٥٢هـ، أخذ عن الشيخ شرف الدين الشريشي والشيخ شهاب الدين الزهري والشيخ شمس الدين الصرخدي، وله تلاميذ، وألف عدة كتب منها: "شرح صحيح مسلم" و"كفاية الأخيار" في شرح مختصر أبي شجاع، وكتاب في قواعد الفقه، توفي سنة ٨٢٩هـ.
انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٤/٤٠٣-٤٠٥)، البدر الطالع (١/١٦٦).

(٥) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/١٠٥)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٧)، المنثور (٣/٨)، القواعد للحصني (٢/٢٢٥).

٥- قال محمد البكري[١]: «كل عقد يقتضي صحة الضمان ففاسده كذلك، وما لا فلا»[٢].

٦- قال برهان الدين بن مفلح: «المقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في العقد الصحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه»[٣].

٧- قال أبو محمد بن قدامة: «كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده»[٤].

٨- قال شيخ الإسلام بن تيمية: «ما ضمن في الصحيح ضمن في الفاسد، وما لا يضمن في الصحيح لا يضمن في الفاسد»[٥].

٩- وقال أيضا: «ما ضمن بالقبض في العقد الصحيح ضمن بالقبض في العقد الفاسد»[٦].

١٠- قال أيضا: «العوض في العقود الفاسدة هو نظير ما يجب في الصحيح عرفا وعادة»[٧].

---

(١) هو الفقيه بدر الدين محمد بن أبي بكر بن سليمان الزكي البكري المصري الشافعي، عاش في النصف الثاني من القرن الثامن وأوائل القرن التاسع، أخذ عن شيخه عبد الرحيم الإسنوي، من تلاميذه: التقي بن فهد وأبو عبدالله الأشبولي وأحمد بن ظهيره، من تآليفه: المذاكرة في عمل أهل الآخرة، والمناسك، والاستفتاء في الفرق والاستثناء.
انظر: إيضاح المكنون (٩٨/٣)، معجم المؤلفين (٣٣١/٣)، مقدمة محقق كتاب الاستغناء في الفرق والاستثناء (٤٣/١-٤٨).

(٢) الاعتناء (٥٠٩/١).

(٣) المبدع (١٥٧/٤). وانظر: المغني (١٨١/٧).

(٤) الكافي لابن قدامة (٣٤٥/٣). وانظر: المبدع (١٧/٥).

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية (٢٧٤/٣٠).

(٦) المرجع السابق (٢٤٨/٣٠). وانظر: (٢٨٦/٣٠).

(٧) المرجع السابق (٨٥/٣٠).

١١- قال ابن رجب الحنبلي: «كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب في فاسده، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده»[١].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الصحيح: في اللغة: من الصحة، قال أبو الحسين بن فارس[٢]: «الصاد والحاء: أصل يدل على البراءة من المرض والعيب، وعلى الاستواء، من ذلك (الصحة): ذهاب السقم والبراءة من كل عيب»[٣]، «والصحيح: الحق، وهو خلاف الباطل، وقد استعيرت الصحة للمعاني. فقيل: (صحت الصلاة) إذا أسقطت القضاء، و(صحّ العقد) إذا ترتب عليه أثره»[٤].

وفي اصطلاح الأصوليين: ترتب أثر مطلوب من فعلٍ عليه[٥].

الفاسد: في اللغة: من فسد الشيء فسادا وفسودا، والفساد: نقيض الصلاح وخروج الشيء عن الاعتدال والاستقامة، سواء كان الخروج عنهما قليلا أو كثيرا[٦].

---

(١) تقرير القواعد (١/ ٣٣٤)، تحفة أهل الطلب (ص٤٣).

(٢) هو المحدث اللغوي أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني الرازي المالكي، حدث عن: أبي الحسن القطان وسليمان الفامي وأبي القاسم الطبراني وغيرهم، وروى عنه: أبو سهل بن زيرك والقاضي أبو زرعة وغيرهما، له مؤلفات كثيرة منها: "المجمل" في اللغة، و"معجم مقاييس اللغة" و"حلية الفقهاء"، توفي سنة ٣٩٥هـ.
انظر: المنتظم (١٤/ ٢٧٤)، سير أعلام النبلاء (١٧/ ١٠٣)، الديباج المذهب (ص٩٤).

(٣) معجم مقاييس اللغة (٣/ ٢٨١).

(٤) المصباح المنير (ص ١٢٧) بتقديم وتأخير. وانظر: القاموس المحيط (ص ٢٩١).

(٥) شرح الكوكب المنير (١/ ٤٦٨). وانظر: الإحكام للآمدي (١/ ١٣١).

(٦) انظر: المفردات في غريب القرآن (ص٣٧٩)، لسان العرب (٣/ ٣٣٥).

والباطل في اللغة: من بطل، «والباء والطاء واللام أصل واحد، وهو ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثه»[(١)]، يقال: (بطل الشيء) إذا ذهب ضياعا وخسرا، والباطل: ضد الحق، وجمعه أباطيل[(٢)].

ومعنى الفاسد والباطل في اصطلاح الأصوليين: عدم ترتب الأثر المطلوب من فعلٍ عليه[(٣)].

ويتفق قول الأصوليين على الترادف بين الباطل والفاسد في أبواب العبادات[(٤)].

واختلفوا في أبواب المعاملات: فذهب الجمهور إلى الترادف بينهما[(٥)]. وذهب الحنفية إلى التفريق بينهما، فقالوا: الباطل: ما لم يكن مشروعا بأصله ووصفه، والفاسد: ما كان مشروعا بأصله دون وصفه[(٦)].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

ذكر بدر الدين الزركشي معنى القاعدة قائلا: «ومعنى ذلك أن ما اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم - كالبيع والقرض والعمل في القراض والإجارة والعارية - فيقتضي فاسده أيضا الضمان؛ لأنه أوْلى بذلك، وما لا يقتضي

---

(١) معجم مقاييس اللغة (١/٢٥٨).

(٢) القاموس المحيط (ص ١٢٤٩).

(٣) انظر: الإحكام للآمدي (١/١٣١)، شرح الكوكب المنير (١/٤٧٣).

(٤) تيسير التحرير (٢/٢٣٦)، تقريب الوصول (ص٢٣٥-٢٣٦)، تحقيق المراد (ص٢٨٢)، روضة الناظر (١/٢٥٢).

(٥) المراجع السابقة.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٩١)، تيسير التحرير (٢/٢٣٦-٢٣٧).

صحيحه الضمان بعد التسليم - كالرهن والعين المستأجرة والأمانات كالوديعة، والتبرع كالهبة والصدقة - لا يقتضيه فاسده أيضاً»[١].

وكذلك زين الدين بن رجب وضّح معناها بقوله: «ونعني بذلك أنّ العقد الصحيح إذا كان موجبا للضمان فالفاسد كذلك، وإذا لم يكن الصحيح موجبا للضمان فالفاسد كذلك. فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة، فكذلك مع الفساد، والأمانات – كالمضاربة. والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة – لا يجب الضمان فيها مع الصحة، فكذلك مع الفساد»[٢].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق الفقهاء - من الحنفية[٣] والمالكية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة[٦] والظاهرية[٧] - على صحة هذه القاعدة والعمل بها من حيث الجملة.

---

(١) المنثور (٣/٨).

(٢) تقرير القواعد (١/٣٣٤).

(٣) انظر: المبسوط (١١/٧٥)، بدائع الصنائع (٥/٢٣٨، ٦/١٠٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٩١، ٣٠٦)، مجمع الضمانات (١/٦٩، ٤٧٦) الدر المختار مع حاشيته (٦/٦١)، حاشية رد المحتار (٨/٢٨٠).

(٤) انظر: المعونة (٢/١٠٧٤، ١٢٢٢)، الفروق (٢/٢٠٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٨)، شرح المنهج المنتخب (ص٣٥٣).

(٥) انظر: التهذيب للبغوي (٤/٦٢)، روضة الطالبين (٤/٨٩، ٩٦، ٤٠٠)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/١٠٥)، المنثور (٣/٨)، القواعد للحصني (٢/٢٢٥)، مغني المحتاج (٢/١٣٧).

(٦) انظر: المغني (٧/١٨١، ٨/١١٥)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠/٨٥، ٢٤٨، ٢٧٤، ٢٨٦)، الطرق الحكمية (ص٢٥١)، تقرير القواعد (١/٣٣٤)، المبدع (٤/١٥٧، ٥/١٧)، تحفة أهل الطلب (ص٤٣).

(٧) انظر: المحلى (٧/١٥، ٣٣٢).

وإنما اختلفوا في آحاد العقود الصحيحة هل تفيد الأمانة أم الضمان؟

واختلافهم هذا أدّى إلى الخلاف في العقود الفاسدة؛ لأن هذه مبنية على تلك.

واستدلوا على صحة هذه القاعدة بما يلي:

١- أما الشطر الأول: وهو أن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده؛ فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى. وأما الشطر الثاني: وهو أن كل عقد لا يقتضي صحيحه الضمان فكذا فاسده؛ فلأن إثبات اليد عليه بإذن المالك، ولم يلتزم بالعقد ضمانا[(١)].

٢- «ولأن الفاسد لا يمكن أن يجعل أصلا في معرفة حكمه، فإن الشرع لا يرد بالفاسد»[(٢)]؛ لذا أعطي الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه.

المطلب الخامس

في مسائل متعلقة بالقاعدة

المسألة الأولى: في أن استواء العقد الصحيح مع الفاسد في أصل الضمان، لا في الضامن ولا المقدار ولا الكيفية:

ذكر بعض العلماء: أن استواء العقد الصحيح مع الفاسد يكون في أصل الضمان، أما الضامن والمقدار والكيفية فإنها قد لا تستوي في جميع الأحوال.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/٩٦)، المنثور (٣/٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٣)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٤٠٧).

(٢) المبسوط (١١/٧٥).

* **أما الضامن:** فلأن الولي إذا استأجر على عمل للصبي إجارة فاسدة فإن الأجرة تكون على الولي وليس في مال الصبي، بخلاف الإجارة الصحيحة، فإنها تكون في مال الصبي[(١)].

* **وأما المقدار:** فيقول جلال الدين السيوطي: «فلأن صحيح البيع مضمون بالثمن، وفاسده بالقيمة أو المثل، وصحيح القرض مضمون بالمثل مطلقا، وفاسده بالمثل أو القيمة. وصحيح المساقاة والقراض والإجارة والمسابقة والجعالة مضمون بالمسمى، وفاسدها بأجرة المثل، والوطء في النكاح الصحيح مضمون بالمسمى، وفي الفاسد بمهر المثل»[(٢)].

والحقيقة أن هذه المسألة – مسألة: هل يُضمن في العقد الفاسد بما سُمِّيَ فيه أو بعوض المثل؟ – فيها خلاف كبير، بل إنّ كل عقدٍ فيه خلاف خاص به. ففي البيع الفاسد خلاف خاص به، وكذلك الإجارة وبقية العقود، لكن الذي عليه أهل التحقيق من أهل العلم أنه يضمن في العقد الفاسد بالمسمى لا عوض المثل؛ «وذلك لأن العين لو أمكن ردها أو رد مثلها لكان ذلك هو الواجب؛ لأن العقد لما انتفى وجب إعادة كل حق إلى مستحقه، والمثل يقوم مقام العين. أما إذا كان الحق قد فات مثل الوطء في النكاح الفاسد، والعمل في المؤاجرات والمضاربات، والغبن في المبيع: فالقيمة ليست مثلا له، وإنما تجب – أي القيمة –

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤) مغني المحتاج (١/١٣٧).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤). وانظر: بدائع الصنائع (٥/٣٠٤)، الإشراف للقاضي عبدالوهاب (٢/٦٤١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٣٠٧) الاعتناء (١/٥١٠-٥١١)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٠/٥٠٩، ٢٩/٤٠٧-٤١٠، ٣٠/٥٨-٨٧، ٩١)، الطرق الحكمية (ص ٢٥١)، تقرير القواعد (١/٣٣٦-٣٤٦).

في بعض المواضع كالمتلف والمغصوب الذي تعذّر مثله؛ للضرورة؛ إذ ليس هناك شيء يوجد أقرب إلى الحق من القيمة، فكان ذلك هو العدل الممكن، كما قلنا مثل ذلك في القصاص ودية وأرش الجراح، واعتبرنا القيمة بتقويم الناس؛ إذ ليس هناك متعاقدان تراضيا بشيء، وأما هنا فقد تراضيا بأن يكون المسمى بدلا عن العين أو المنفعة، والناس يرضون لها ببدل آخر فكان اعتبار تراضيهما أولى من اعتبار رضا الناس.

فإن قيل: هما إنما تراضيا بهذا البدل في ضمن صحة العقد، ووجوب موجباته، وذلك منتف هنا؟

قيل: والناس إنما يجعلون هذا قيمة في ضمن عقد صحيح له موجباته، فلما تعذّر العقد هنا قدرنا وجود عقد يعرف به البدل الواجب فيه، فتقدير عقدهما الذي عقداه أولى من تقدير ما لم يوجد بحال، ولا رضيا به، ولم يعقده غيرهما. فإذا كان لا بدّ من التقدير والتقريب فما كان أشبه بالواقع كان أولى بالتقدير وأقرب إلى الصواب»[1].

* **وأما الكيفية:** فيوضحها الشيخ محمد العثيمين بقوله: «فالبيع في العقد الفاسد يجب فيه ضمان العين والمنفعة، وأما في العقد الصحيح فيجب فيه ضمان العين فقط؛ لأن المنفعة في العقد الصحيح مملوكة تبعا للعين، أما في العقد الفاسد فليس هناك ملك حتى نقول: إن المنفعة تابعة للملك، وعلى هذا فإذا تلف المبيع في البيع الفاسد فإننا نضمن العين والمنفعة، أي: مدة أجرتها ما

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٤٠٩-٤١٠). وانظر: تقرير القواعد (١/٣٣٨-٣٣٩) (في الحاشية).

دامت في يده، فهنا اشتركا في أصل الضمان، أي: العقد الصحيح والفاسد، ولكن اختلفا في كيفية الضمان»[١].

المسألة الثانية: في أن المراد بالفاسد في القاعدة خلاف الباطل:

سأذكر في هذه المسألة ما وقفت عليه من أقوال الفقهاء، وما فهمته منها، وقد بدا لي أن أجعل رأي كل مذهب على حِدَة، وذلك كما يأتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

يرى الحنفية أن العقد الباطل لا يدخل في حكم القاعدة؛ إذ إن العقد الباطل لا يفيد الملكية ولا يترتب عليه حكم مطلقا، سوى أن المقبوض بالعقد الباطل يكون أمانة عند قابضه، لا يضمنه إلا إذا تعدّى أو فرط.

وذلك «لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا العقد الباطل إلا من حيث الصورة؛ لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعا، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة»[٢].

ثانياً: المذهب المالكي:

لم أقف على رأي للمالكية في هذه المسألة، ولا على تفريق لهم بين الفاسد والباطل، مما يدل على أنهم طردوا أصلهم في الترادف بين الفاسد والباطل، ولم يفرقوا بينهما في الأحكام. والله تعالى أعلم[٣].

---

(١) تقرير القواعد (١/٣٣٧) في الحاشية، وانظر: (١/٣٣٥)، المنثور (٣/٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٣٠٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٩١)، مجمع الضمانات (١/٤٧٨-٤٨٠)، الدر المختار مع حاشيته (٥/٥٩)، درر الحكام (١/٣٩٣-٣٩٤).

(٣) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص ٢٦١-٢٦٣)، حاشية الدسوقي (٣/٥٤).

ثالثاً: المذهب الشافعي:

تقدم معنا أن الأصل العام عند الشافعية أن الفساد والبطلان مترادفان[١]، بيد أنهم فرّقوا بينهما في بعض الأبواب[٢] والمسائل الفقهية، ولكن على غير أصول الحنفية[٣]؛ إذ إن الباطل عندهم: ما اختلّت صحته باختلال ركن من أركانها. والفاسد: ما اختلّت صحته بوجود شرط فاسد فيه[٤].

ومن الأمور التي فرّقوا فيها بين الباطل والفاسد قاعدتنا هذه. فإن (الباطل) لا يدخل في مسمى (الفاسد) في هذه القاعدة عندهم، ولا يترتب عليه أحكام الصحيح، بخلاف الفاسد، فإنهم يرتبون عليه أحكام الصحيح[٥]، وقد عللوا ذلك بقريب مما علل به الحنفية، حيث قال الشيخ بدر الدين الزركشي: «إذ ليس هناك عقد حتى يقال: فاسد»[٦].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

عرفنا - فيما سبق - أن الأصل العام عند الحنابلة هو أن الفساد والبطلان مترادفان[٧]، غير أنهم فرّقوا بينهما في بعض المسائل التي دلّ عليها

---

(١) كما في صفحة ٢٢٧-٢٢٨.

(٢) كما في الكتابة والخلع والعارية والوكالة والشركة والقراض والحج. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٦).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (٢/٩٨).

(٤) انظر: التمهيد للإسنوي (ص٥٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٧)، مغني المحتاج (٤/٥٣٢-٥٣٣).

(٥) انظر: التمهيد للإسنوي (ص٥٩-٦٠)، المنثور (٣/٧، ١١)، القواعد للحصني (٢/٢٢٧)، مغني المحتاج (٢/١٣٧).

(٦) المنثور (٣/١١).

(٧) كما في صفحة ٢٢٧-٢٢٨.

الدليل[١] ؛ فكان الباطل عندهم: ما كان مجمعا على بطلانه، والفاسد: ما كان في بطلانه اختلاف بين العلماء[٢].

ومما فرّقوا فيه بين الباطل والفاسد هذه القاعدة، حيث إنهم لا يدخلون (الباطل) في مصطلح (الفاسد) في القاعدة؛ وذلك لأنهم لا يرتبون على العقد الباطل شيئاً من أحكام الصحيح، بخلاف الفاسد، فإنهم يثبتون له أحكام الصحيح[٣].

المطلب السادس

من فروع القاعدة

ثمة فروع كثيرة تندرج تحت القاعدة:

* من أهمّها أن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان - كالبيع والإجارة والقرض والعمل في القراض والنكاح - فكذلك فاسده يقتضيه، وما لا يقتضي صحيحه الضمان - كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة والهبة والصدقة - فإن فاسده لا يقتضيه أيضا[٤].

* ومنها: «لو باع سيارة مطلقة دون تحديد بعشرة آلاف ريال، كان هذا البيع فاسدا لجهالة السيارة حيث لم يحدّد. فإن جاء البائع بسيارة وقبضها المشتري

---

(١) انظر: القواعد لابن اللحام (ص١١١).

(٢) انظر: المرجع السابق (ص ١١٢)، شرح الكوكب المنير (١/ ٤٧٤).

(٣) انظر: تقرير القواعد (١/ ٣٣٥)، القواعد لابن اللحام (ص١١٢-١١٣).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٨، ٢٦٣)، مجمع الضمانات (١/ ٦٩، ٤٧٦) المعونة (٢/ ١٠٧٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٨)، روضة الطالبين (٤/ ٨٩، ٤٠٠)، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (١/ ١٠٥-١٠٦)، المنثور (٣/ ٨-٩)، المغني (٧/ ١٨١، ٨/ ١١٥)، تقرير القواعد (١/ ٣٣٤)، المبدع (٥/ ١٧).

- مع فساد البيع - ثم تلفت في يده، فعليه قيمتها يوم قبضها، لا الثمن الذي سمّيا»[١].

المطلب السابع

في المسائل المستثناة من القاعدة والأجوبة عنها

ذكر فقهاء الشافعية مسائل فقهية مستثناة من القاعدة، وقد أجاب بعضهم عنها بما يظهر عدم استثنائها؛ لذا رأيت أن أذكر أولاً المسائل التي استثنوها، ثم أتبع ذلك بذكر الأجوبة عليها، وذلك على النحو الآتي:

القسم الأول: المسائل الفقهية المستثناة من الشق الأول من القاعدة، وهو أن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده:

١- «إذا قال: قارضتك على أن الربح كله لي، فالصحيح أنه قراض فاسد، ومع ذلك لا يستحق العامل أجرة في الأصحّ»[٢].

٢- «إذا ساقاه على أن الثمرة جميعها لرب المال فكالقراض»[٣].

٣- «إذا ساقاه على وَدِيّ[٤] ليفرسه ويكون الشجر بينهما، أو ليغرسه ويتعهده مدة والثمرة بينهما: فسد، ولا أجر. وكذا إذا ساقاه على ودي مغروس وقدّر مدة لا يثمر فيها في العادة»[٥].

---

(١) موسوعة القواعد للبورنو (١٨٧/٥).

(٢) المنثور (٩/٣). وانظر: الأشباه والنظائر للسبكي (٣٠٧/١)، الاعتناء (ص٥١٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٣).

(٣) المنثور (٩/٣). وانظر: الاعتناء (ص٥١٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٣).

(٤) الوَدِيّ: صغار النخل.

انظر: معجم مقاييس اللغة (٩٨/٦)، القاموس الفقهي (ص٣٧٧).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤). وانظر: المنثور (١٠/٣).

٤- «إذا استأجر أبو الطفل أمه لإرضاعه، وقلنا: لا يجوز: لم تستحق أجرة المثل في الأصح»[١].

٥- «إذا استؤجر المسلم للجهاد وقاتل، وقلنا بفساد الإجارة، فلا أجرة له»[٢].

٦- «إذا قال الإمام لمسلم: إن دَلَلْتَنِي على قلعة كذا فلك منها جارية، ولم يعينها: فالصحيح الصحة، كما لو جرى مع كافر، فإن قلنا: لا تصح هذه الجعالة، فَدلَّ: لم يستحق أجرة»[٣].

٧- «لو عرض العين المستأجرة على المستأجر، فامتنع من تسلمها إلى أن انقضت المدة: استقرت الأجرة، ولو كانت الإجارة فاسدة لم تستقر»[٤].

٨- «النكاح الصحيح يوجب المهر، بخلاف الفاسد»[٥].

٩- «إذا صدر عقد الذمة من غير الإمام: لا يصح في الأصحّ، ولا جزية على الذمي فيه في الأصحّ»[٦].

القسم الثاني: المسائل الفقهية المستثناة من الشق الثاني من القاعدة، وهو أن ما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذلك فاسده:

١- «الشركة. فإنها إذا صحّت لا يكون عمل كل منهما في مال صاحبه مضمونا عليه، وإذا فسدت يكون مضمونا بأجرة المثل»[٧].

---

(١) المنثور (١٠/٣). وانظر: الاعتناء (٥١٠/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤).

(٢) المنثور (١٠/٣). وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤).

(٣) ا لمنثور (١٠/٣). وانظر: الاعتناء (ص٥١٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤).

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي (٣٠٧/١). وانظر: المنثور (٩/٣)، تقرير القواعد (٣٣٥/١).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤).

(٦) المنثور (١٠/٣). وانظر: الاعتناء (ص٥١٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٣).

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤). وانظر: المنثور (١١/٣)، الأشباه والنظائر للسبكي (٣٠٧/١)، الاعتناء (ص٥١٠).

٢- «لا ضمان في صحيح الهبة، وفي المقبوض بالهبة الفاسدة وجه: أنه يضمن كالبيع الفاسد»[١].

٣- «إذا صدر الرهن والإجارة من الغاصب، فتلفت العين في يد المرتهن أو المستأجر، فللمالك تضمينه على الصحيح. وإن كان القرار على الغاصب، مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة»[٢].

٤- «إذا نكح امرأة نكاحا صحيحا، وماتت من الولادة: لم يضمنها، بلا خلاف، ولعله إجماع. ولو كان النكاح فاسدا ففي ضمانها قولان»[٣].

٥- ما صدر من السفيه والصبي مما لا يقتضي صحيحه الضمان - كالإجارة والهبة والوديعة - فإنه يكون مضمونا على قابضه منه إذا تلف مع فساده[٤].

هذا ما تمّ الوقوف عليه من المسائل المستثناة.

أما الأجوبة عليها فهي كما يلي:

أولاً: ذكر الفقيه بدر الدين الزركشي المسائل المستثناة من الشق الأول، فلما ذكر المسألة الأخيرة - وهي المسألة التاسعة من المسائل التي ذكرتها - قال: «قلت: وهذا من صور الباطلة لا الفاسدة؛ إذ ليس هناك عقد حتى يقال: فاسد»[٥]، ثم قال: «وهذا البحث يطرق غالب هذه الصور، ويظهر عدم استثنائها»[٦].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤). وانظر: المنثور (١١/٣)، الاعتناء (ص٥١٠).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤). وانظر: المنثور (١١/٣).

(٣) الأشباه والنظائر للسبكي (٣٠٧/١).

(٤) انظر: المرجع السابق، التمهيد للإسنوي (ص٦٠)، القواعد للحصني (٢٢٧/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٨٤).

(٥) المنثور (١١/٣).

(٦) المرجع السابق.

ويعني بقوله: «هذه الصور»: أي المسائل المستثناة من الشق الأول.

وبمثله قال عبد الوهاب بن السبكي في المسألة نفسها: «وهذه لا تستثنى أيضا؛ لأن القائل بعدم الوجوب لا يقول بفسادها، بل يجعل الصادر لغوا غير عقد صحيح ولا فاسد»[(١)].

ثانياً: قال الشيخ محمد الشربيني[(٢)] - بعد ذكره للمسألتين الأولى والثانية من القسم الأول حسب ترقيمي - ما نصه: «والأولى عدم استثناء هاتين الصورتين؛ لأنهما لم يدخلا في هذه القاعدة؛ لأن المراد بها ما يقتضي فساده ضمان العوض المقبوض، والمالك لم يقبض عوضا فاسدا، والعامل رضي بإتلاف منافعه وباشر إتلافها»[(٣)].

ثالثاً: قال الشيخ محمد الشربيني: «ولو قيل في هذه القاعدة: (كل عين لا تعدّي فيها، وكانت مضمونة بعقد صحيح، كانت مضمونة بفاسد ذلك العقد، وما لا فلا) لم يرد - كما قال شيخي[(٤)] وغيره - شيء من هذه المسائل المستثنيات»[(٥)].

---

(١) مغني المحتاج (٢/١٣٧).

(٢) هو الفقيه النحوي محمد بن أحمد، وقيل: ابن محمد، الشربيني القاهري الشافعي، المعروف بالخطيب الشربيني، أخذ عن: أحمد البرلسي ومحمد الكردي وغيرهما، له مؤلفات منها: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، وشرح التنبيه، توفي سنة ٩٧٧هـ. انظر: شذرات الذهب (٨/٣٨٤)، معجم المؤلفين (٣/٦٩).

(٣) مغني المحتاج (٢/١٣٧).

(٤) هو الشيخ شهاب الدين أحمد الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشافعي، أخذ عن القاضي زكريا الأنصاري ولازمه وانتفع به، كما أخذ عن غيره من العلماء، وأخذ عنه: ولده محمد والخطيب الشربيني والشهاب الغزي وغيرهم، له مؤلفات منها: شرح عظيم على صفوة الزبد في الفقه، وكتاب جُمعت فيه فتاواه، توفي سنة ٩٥٧هـ. انظر: شذرات الذهب (٨/٣١٦)، معجم المؤلفين (١/١٤٠).

(٥) مغني المحتاج (٢/١٣٧).

المبحث الثالث

قاعدة: كلّ يَدٍ ترتبت على يَدِ الغاصب فهي يَدُ ضمان

تتعلق هذه القاعدة بالضمان بسبب اليد، وقد يسر الله دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

لقد حظيت هذه القاعدة بعناية فائقة من قبل فقهاء المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي، لذا كانت صيغ هذه القاعدة من نصيب فقهاء هذين المذهبين.

وقد وقفت على ثلاث صيغ للقاعدة، وهي كما يأتي:

الصيغة الأولى: «كل يد تبتنى على يد الغاصب فهي يد ضمان».

ذكر هذه الصيغة أبو حامد الغزالي في كتابه "الوجيز"[(١)].

الصيغة الثانية: «كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان».

ذكر هذه الصيغة - مع شيء من الاختلاف في اللفظ - أبو القاسم الرافعي[(٢)]؛ بلفظ: «كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضامن»[(٣)].

---

(١) (١/٢٠٧).

(٢) هو العلامة أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل القزويني الرافعي، سمع الحديث من أبيه وأبي حامد العمراني والخطيب النهري وغيرهم، وروى عنه الحافظ عبد العظيم المنذري ومحمد الإسفراييني وغيرهما، له مؤلفات منها: "العزيز في شرح الوجيز" و"المحرر" و"شرح مسند الشافعي"، توفي سنة ٦٢٣هـ.

انظر: تهذيب الأسماء واللغات (٢/٢٦٤-٢٦٥)، طبقات الشافعية لابن السبكي (٨/٢٨١).

(٣) العزيز (٥/٤٠٨).

وذكرها بنصها أبو زكريا النووي[١]، وتابعه عليها عبد الوهاب السبكي[٢]، وأبو حفص بن الملقن[٣][٤]، كما تابعه عليها محمد البكري، إلا أنه قال: «كل يد مترتبة على يد الغاصب يد ضمان»[٥].

الصيغة الثالثة: «الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان».

ذكر هذه الصيغة أيضا أبو زكريا النووي[٦].

وتابعه عليها عبد الله البيضاوي[٧]، إلا أنه قال: «الأيدي المترتبة على يد الغاصب مضمنة»[٨]، كما تابعه عليها منصور البهوتي[٩] وعثمان بن قائد

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٩).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٢٢).

(٣) هو المحدث الفقيه أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري المصري الشافعي، المعروف بابن الملقن، ولد سنة ٧٢٣هـ أخذ عن التقي السبكي والعز بن جماعة وغيرهما، من مصنفاته: "شرح المنهاج" و"البدر المنير"، توفي سنة ٨٠٤هـ.
انظر: البدر الطالع (١/٥٠٨)، معجم المؤلفين (٢/٥٦٦).

(٤) الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٤٣٢).

(٥) الاعتناء (٢/٦٤٣).

(٦) انظر: المنهاج مع مغني المحتاج (٢/٢٧٩).

(٧) هو القاضي ناصر الدين أبو الخير عبد الله بن عمر بن محمد بن علي البيضاوي الشيرازي، تولى قضاء القضاة بإقليمه، له مؤلفات منها: "الغاية القصوى" في الفقه، و"المنهاج" في أصول الفقه، و"شرح المصابيح" في الحديث، توفي سنة ٦٩١هـ وقيل غير ذلك.
انظر: طبقات الشافعية للسبكي (٨/١٥٧-١٥٨)، طبقات الشافعية للإسنوي (١/١٣٦).

(٨) الغاية القصوى (١/٥٧٢).

(٩) هو شيخ الحنابلة في مصر، الفقيه أبو السعادات منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن البهوتي، أخذ عن يوسف البهوتي ومحمد المرداوي وغيرهما، وأخذ عنه: محمد بن أبي السرور البهوتي وإبراهيم الصالحي وغيرهما، من مؤلفاته: كشاف القناع وشرح منتهى الإرادات وشرح المفردات وغيرها، توفي سنة ١٠٥١هـ.
انظر: السحب الوابلة (٣/١١٣١-١١٣٣)، هدية العارفين (٦/٤٧٦).

النجدي[١]، غير أنهما قالا: «الأيدي المترتبة على يد الغاصب كلها أيدي ضمان»[٢].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الغاصب: من الغصب.

وهو في اللغة: مصدر غصب الشيء يغصبه غصبا واغتصبه فهو غاصب، وهو بمعنى أخذ الشيء على وجه الظلم والقهر، ويتعدى الفعل (غصب) إلى مفعولين بنفسه، فيقال: غصبته ماله، والغاصب: اسم فاعل، وجمعه: غصاب[٣].

والغصب في اصطلاح الفقهاء: عرف بتعريفات كثيرة ومختلفة، ترجع إلى اختلافهم في مفهومه، إلا أن أحسن ما قيل في تعريفه هو: أنه «الاستيلاء على حق الغير عدوانا»[٤].

أو يقال: هو: «استيلاء على حق غيره قهرا بغير حق»[٥].

---

(١) هو الفقيه عثمان بن أحمد بن سعيد بن عثمان بن قائد النجدي مولدا، الدمشقي رحلة، القاهري مسكنا ومدفنا، قرأ على عبد الله بن ذهلان ومحمد أبي المواهب ومحمد الخلوتي وغيرهم، من تلاميذه: أحمد بن عوض النابلسي وغيره، له مؤلفات منها: هداية الراغب شرح عمدة الطالب، وحاشية على المنتهى وغيرهما، توفي سنة ١٠٩٧هـ.
انظر: السحب الوابلة (٢/٦٩٧-٦٩٩)، هدية العارفين (٥/١٢٩-١٣٨).

(٢) الروض المربع (١/٦٤٣)، هداية الراغب (ص٣٩١).

(٣) انظر: لسان العرب (١/٦٤٨)، المصباح المنير (ص ١٧٠).

(٤) المنهاج مع مغني المحتاج (٢/٢٧٥)، كفاية الأخيار (ص٣٨٤)، السراج الوهاج (ص ٢٦٦).

(٥) الفروع (٤/٤٩٢). وانظر: زاد المستقنع (ص٩٨).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن كل من انتقل إليه المغصوب من الغاصب - بغصب أو بيع أو وديعة أو غيرها من العقود، دون أن تستند إلى ولاية شرعية كيد الحاكم والقاضي، أو إذن من المالك كيد وكيل المالك وكفيل الغاصب في رد المغصوب، وسواء علم من انتقل إليه بأنه غصب أم لم يعلم - فإن يده يد ضمان.

والمراد بيد الضمان هنا هو أن مالك العين المغصوبة يملك تضمين من انتقل إليه المغصوب؛ لأنه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمَّن من انتقل إليه المغصوب، ولكن لا يلزم أن يستقر الضمان على من انتقل إليه المغصوب، فقد يكون لها الحق في الرجوع بالضمان على الغاصب، وقد لا يحق لها[1].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اختلف الفقهاء في صحة هذه القاعدة – كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان – على قولين:

القول الأول: إن هذه القاعدة صحيحة، فكل يد ترتبت على يد الغاصب فيصح للمالك أن يضمنها، سواء علمت اليد بالغصب أم لم تعلم. ولا يلزم أن يستقر الضمان عليها، فإن الأصل أن قرار الضمان على الغاصب إلا في بعض الحالات يكون على اليد القابضة.

---

(١) انظر: الاعتناء (٢/٦٤٣-٦٤٤)، مغني المحتاج (٢/٢٧٩)، كشاف القناع (٤/٩٩)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/١٤٢).

هذا مذهب جمهور أهل العلم من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣]، وهو المذهب المشهور عند الحنابلة[٤].

وإليك تفصيل مذاهبهم على النحو الآتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

إذا قبض شخص المغصوب من غاصبه - ببيع أو إجارة أو هبة أو صدقة أو رهن أو وديعة أو إعارة أو غصب - فللمغصوب حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون باقياً بحاله. فهنا يخير المغصوب منه بين إمضاء العقد وأخذ بدل المغصوب أو فسخ العقد وأخذ عين المغصوب.

الحالة الثانية: أن يتلف المغصوب بيد القابض. فهنا يخير المالك بين تضمين الغاصب أو تضمين من قبضه من الغاصب[٥].

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/١٨٠-١٨١)، بدائع الصنائع (٧/١٤٣-١٤٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢)، الفوائد الزينية (ص٤٤)، الدر المختار و حاشية رد المحتار (٦/١٧٩-١٨٠، ١٩٧-١٩٨)، شرح المجلة (ص٥٠٦-٥٠٧)، درر الحكام (٢/٥٩٢-٥٩٤).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٤٣٣-٤٣٤)، جامع الأمهات (ص٤١٣)، الشرح وحاشية الدسوقي (٣/٤٤٤، ٤٥٢، ٤٥٦-٤٥٨)، منح الجليل (٧/٨٥-٨٦، ١١٧-١١٨، ١٣٤-١٣٨).

(٣) انظر: المهذب مع المجموع (١٤/٣٨١-٣٨٢، ٣٨٩-٣٩٠)، التهذيب للبغوي (٤/٣١٥-٣١٨)، روضة الطالبين (٥/٩)، الغاية القصوى(١/٥٧٢)، الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٢٢-٣٢٣)، الأشباه والنظائر لابن الملقن (٢/٤٣٢)، الاعتناء (٢/٦٤٣-٦٤٤)، مغني المحتاج (٢/٢٧٩).

(٤) انظر: المغني (٦/٤٥٣، ٧/٣٩٧-٣٩٩)، تقرير القواعد (٢/٣٣٤-٣٥٤)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٢٢١-٢٢٤، ٢٢٨-٢٢٩، ٢٣٢-٢٤١)، كشاف القناع (٤/٩٩)، الروض المربع مع حاشيته (٥/٤٠٢-٤٠٣)، هداية الراغب (ص٣٩١-٣٩٢).

(٥) واستثنوا الوقف. فإن المغصوب إذا غصب وقيمته أكثر، وكان الثاني أملأ من الأول. فإن المتولي إنما يضمن الثاني. انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢)، الفوائد الزينية (ص٤٤).

أما قرار الضمان فيكون على الغاصب، أي: أنه إذا ضمَّن المالك القابض فإن القابض يرجع بالضمان على الغاصب، وإذا ضمَّن المالك الغاصب لم يكن للغاصب الرجوع على القابض.

هذا هو الأصل، ويستثنى منه حالات يكون فيها قرار الضمان على القابض، وهذه الحالات كما يلي:

١- أن يكون القابض عالما بالغصب.

٢- أن يتلف المغصوب بتعدّ القابض أو تقصيره.

٣- أن يكون القابض موهوبا له المغصوب، أو متصدقا عليه به، أو مستعيرا له؛ وذلك لأنه قبض المغصوب لمصلحة نفسه ومنفعتها.

٤- أن يكون القابض غاصبا من الغاصب، فإن قرار الضمان عليه؛ لأنه ضمن بفعل نفسه، وهو تفويت يد الملك حيث هلك المغصوب عنده[1].

ثانياً: المذهب المالكي:

إن كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان.

فإذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري من الغاصب. وكان عالما بالغصب. فإن المالك بالخيار: إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن المشتري، سواء تلفت العين المغصوبة بجناية عمداً أم خطأ أم بسماوي.

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/١٨٠-١٨١)، بدائع الصنائع (٧/١٤٣-١٤٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢)، الفوائد الزينية (ص ٤٤)، الدر المختار وحاشية رد المحتار (٦/١٧٩-١٨٠، ١٩٧-١٩٨)، شرح المجلة (ص٥٠٦-٥٠٧)، درر الحكام (٢/٥٩٢-٥٩٤).

وأما إذا كان المشتري من الغاصب جاهلا بالغصب فله ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يتلف المشتري المغصوب عمدا. فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن المشتري.

الحالة الثانية: أن يتلف المغصوب عند المشتري بآفة سماوية، فليس للمالك هنا تضمين المشتري، وإنما يرجع بالضمان على الغاصب.

الحالة الثالثة: أن يتلف المشتري المغصوب خطأ. ففيه قولان:

القول الأول: إنه كالعمد. فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن المشتري.

القول الثاني: إنه كالذي تلف بآفة سماوية. فإن المالك ليس له مطالبة المشتري بالضمان، وإنما يرجع على الغاصب.

وأما استقرار الضمان فيكون على الغاصب إلا إذا علم المشتري بالغصب، فيكون على المشتري[(١)][(٢)].

هذا حكم المشتري من الغاصب.

ومثله الهبة والرهن والوديعة وسائر العقود[(٣)].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

إن كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان. فإن كانت العين المغصوبة باقية فإن المالك يطالب من عنده العين بالعين، ويطالب الغاصب بقيمة

---

(١) وقد أخذت هذا الاستثناء من مسألة: إذا قدّم الغاصب الطعام المغصوب لمالكه -وهو عالم به- فإنه لا يرجع على الغاصب. انظر: حاشية الدسوقي (٤٥٢/٣)، منح الجليل (١١٧/٧-١١٨).

(٢) انظر: الكافي لابن عبدالبر (ص٤٣٣-٤٣٤)، جامع الأمهات (ص٤١٣)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٤٤/٣، ٤٥٢، ٤٥٦-٤٥٨)، منح الجليل (٨٥/٧-٨٦، ١١٧-١١٨، ١٣٤-١٣٨).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (٤٥٧/٣)، منح الجليل (١٣٥/٧).

الحيلولة، وإن كانت العين المغصوبة تالفة فيتخير المالك بين مطالبة الغاصب ومن ترتبت يده على يده، سواء علم المغصوب أم لا؛ لأنه أثبت يده على مال غيره بغير إذنه، والجهل ليس مسقطا للضمان، بل للإثم.

وأما قرار الضمان فيكون على الغاصب إلا في الحالات التالية:

١- أن يعلم من ترتبت يده على يد الغاصب بالغصب فيكون قرار الضمان عليه.

٢- أن يجهل من ترتبت يده على يد الغاصب بالغصب، وكانت يده في أصلها يد ضمان، كالعارية والبيع والقرض.

٣- اختلفوا فيما إذا جهل من ترتبت يده على يد الغاصب بالغصب، وكانت يده في أصلها يد أمانة - كالوديعة والقراض - على ثلاثة أوجه: المذهب أن القرار علىالغاصب، والوجه الثاني: أن القرار على المودع، والوجه الثالث: لا يطالب المودع أصلا.

٤- إذا وهب الغاصب المغصوب لشخص فهل القرار على الغاصب؛ لأنها ليست يد ضمان، أم على المتهب؛ لأنه أخذه للتملك؟ فيه قولان: أظهرهما أنه على المتهب[1].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

إن الأيدي المترتبة على يد الغاصب كلها أيدي ضمان. فمتى انتقلت العين المغصوبة عن يد الغاصب إلى غير المالك لها فللمالك أن يتخير بين مطالبة الغاصب أو من صار إليه الغصب؛ لأن من انتقل إليه الغصب إن كان عالما

---

(١) انظر: المهذب مع المجموع (١٤/٣٨١-٣٨٢، ٣٨٩-٣٩٠)، التهذيب للبغوي (٤/٣١٥-٣١٨)، روضة الطالبين (٥/٩)، الغاية القصوى (١/٥٧٢)، الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٢٢-٣٢٣)، الاعتناء (٢/٦٤٣-٦٤٤)، مغني المحتاج (٢/٢٧٩).

صار غاصبا، وإن كان جاهلا فلعموم قوله ﷺ: **(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)**، ولأن العين المغصوبة صارت في يده بغير حق فملك المالك تضمينه كما يملك تضمين الغاصب.

لكن قرار الضمان يكون على الغاصب إلا في الحالتين التاليتين، فإنه يكون على من انتقل إليه الغصب، والحالتان هما:

١- أن يكون من انتقل إليه الغصب عالما به[١].

٢- أن يدخل من انتقل إليه الغصب على أن الضمان عليه[٢].

القول الثاني: إنه إذا تلف المغصوب عند من انتقل إليه من الغاصب - وكان جاهلا بالغصب - فليس للمالك مطالبته بالضمان؛ لأنه معذور بجهله بالغصب.

وهذا قول لبعض أهل العلم منهم أحمد في رواية عنه - ليست هي المشهورة[٣] -

---

(١) قال شيخ الإسلام ابن تيمية - في جواب له كما في مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠/٣١٩) -: «بل للمشتري أن يرجع على الغاصب بالثمن الذي قبضه منه، سواء كان عالما بالغصب أو لم يكن عالما، فإن الثمن قبضه بغير حق ولو كان برضاه...». وانظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٣٨٩).

(٢) انظر: المغني (٦/٤٥٣، ٧/٣٩٧-٣٩٩)، تقرير القواعد (٢/٣٣٤-٣٥٤)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٢٢١-٢٢٤، ٢٢٨-٢٢٩، ٢٣٢-٢٤١)، كشاف القناع (٤/٩٩)، الروض المربع مع حاشيته (٥/٤٠٢-٤٠٣)، هداية الراغب (ص٣٩١-٣٩٢).

(٣) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٩/٣٢٥-٣٢٦)، الاختيارات الفقهية (ص١٦٣)، تقرير القواعد (٢/٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٧-٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٣، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥١، ٣٥٣)، الإنصاف مع المقنع (١٥/٢٢٣)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٨).

اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[١] وتلميذه ابن قيم الجوزية[٢] والشيخ عبد الرحمن السعدي[٣].

وقال به المالكية فيما إذا كان المشتري من الغاصب جاهلا بالغصب، وكان تلف المغصوب بآفة سماوية، وكذا فيما إذا أتلف المشتري من الغاصب المغصوب خطأً لا عمداً - مع جهله بالغصب - على أحد القولين عندهم[٤].

وعللوا بأن من انتقل إليه المغصوب «مغرور، ولم يدخل على أنه مطالب، فلا هو التزم المطالبة ولا الشارع ألزمه بها، وكيف يطالب المظلوم المغرور، ويترك الظالم الغار»[٥].

القول المختار:

وبعد هذا العرض لأقوال الفقهاء في هذه المسألة ظهر لي - والله تعالى أعلم - أن أقرب القولين إلى الصواب هو القول الثاني؛ وذلك لما يلي:

أولاً: أن الذي قبض العين المغصوبة من الغاصب جاهل بالغصب، فهو إذن معذور بجهله.

---

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٢٥/٢٩-٣٢٦)، الاختيارات الفقهية (ص ١٦٣).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (٣٣٣/٣).

(٣) انظر: الإرشاد (ص١١٨)، المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (١٦٠/٢/٤-١٦١).

(٤) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٥٧/٣)، منح الجليل (١٣٥/٧).

(٥) إعلام الموقعين (٣٣٣/٣).

ثانياً: أن حق المغصوب منه لن يضيع على هذا القول؛ لأنه يستطيع أن يطالب بحقه من الغاصب.

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

ذكر الفقهاء كثيرا من المسائل الفقهية المتفرعة على القاعدة، أذكر منها ما يلي:

١- إذا غصب شخص من إنسان شيئاً، فجاء آخر وغصبه منه، فهلك في يده. فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني. لكن الضمان يستقر على الغاصب الثاني[(١)].

٢- إذا باع الغاصب المغصوب، فهلك في يد المشتري. فإن المالك يتخير فيضمن أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب جاز بيعه والثمن له، وإن ضمن المشتري بطل البيع ولا يرجع بالضمان على البائع ولكن يرجع بالثمن عليه[(٢)].

٣- إذا أجر الغاصب المغصوب: فإن تلفت العين في يد المستأجر فلمالكها تغريم من شاء منهما قيمتها، فإن غرّم المستأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب، إلا أن يكون عالما بالغصب فليس له الرجوع عليه[(٣)].

٤- إذا أودع الغاصب المغصوب أو وكل رجلا في بيعه، ودفعه إليه، فتلف في يده، فللمالك تضمين أيهما شاء: فإن شاء غرَّم الغاصب – وكانا غير عالمين

---

(١) بدائع الصنائع (١٤٤/٧) بتصرف. وانظر: تقرير القواعد (٣٣٥/٢).

(٢) بدائع الصنائع (١٤٥/٧) بتصرف. وانظر: حاشية الدسوقي (٤٥٦/٣-٤٥٧)، التهذيب للبغوي (٣١٥/٤).

(٣) المغني (٣٩٧/٧) بتصرف. وانظر: درر الحكام (٥٩٣/٢)، التهذيب للبغوي (٣١٧/٤).

بالغصب – استقر الضمان عليه، ولم يرجع على أحد، وإن غرّمهما رجعا على الغاصب[١].

٥- إذا وهب الغاصب المغصوب لآخر، وسلمه إياه. فإن تلف في يد الموهوب له كان المغصوب منه مخيرا: إن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن الموهوب له، فإن ضمن الموهوب له فليس له الرجوع ببدل الضمان على الغاصب[٢].

٦- إذا أعار الغاصب، فهلك في يد المستعير. فإن المالك بالخيار: إن شاء غرم الغاصب، وإن شاء غرم المستعير، وأيهما غرّم لا يرجع الضمان على صاحبه[٣].

٧- إذا رهن الغاصب المغصوب، فتلف عند المرتهن، فإنه يجوز للمالك تضمين المرتهن، ثم يرجع المرتهن بما ضمن على الغاصب، إلا أن يكون عالماً بالغصب، فليس له الرجوع عليه[٤].

---

(١) المغني (٣٩٧/٧) بتصرف. وانظر: درر الحكام (٥٩٤/٢).

(٢) درر الحكام (٥٩٣/٢) بتصرف. وانظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٥٧/٣-٤٥٨)، التهذيب للبغوي (٣١٨/٤)، المغني (٣٩٨/٧-٣٩٩).

(٣) بدائع الصنائع (١٤٥/٧) بتصرف. وانظر: روضة الطالبين (٩/٥)، المغني (٣٩٨/٧).

(٤) انظر: درر الحكام (٥٩٤/٢)، تقرير القواعد (٣٣٧/٢).

المبحث الرابع

قاعدة يضمن بالعقد وباليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل

هذه إحدى القواعد الفقهية المتعلقة بضمان الأموال بسبَبَي العقد واليد، وقد كانت دراستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

ذكر الفقهاء بعض الصيغ والنصوص الفقهية المتضمنة لهذه القاعدة، أسوقها على النحو الآتي:

أولاً: «كل معنى يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان فإنه يضمن به ما لا ينقل منها ولا يحول».

هذه الصيغة ذكرها القاضي عبد الوهاب المالكي[١].

ثانياً: «الحر لا يدخل تحت اليد».

هذه الصيغة ذكرها كل من: عبد الوهاب السبكي[٢] وبدر الدين الزركشي[٣] وجلال الدين السيوطي[٤] وابن نجيم الحنفي[٥].

---

(١) الإشراف (٢/٦٣٠)، المعونة (٢/١٢١٤).

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٥٢).

(٣) المنثور (٢/٤٣).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢٤).

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١).

ثالثاً: «يضمن بالعقد وباليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل».

ذكر هذه الصيغة ابن رجب الحنبلي[١].

رابعاً: «ما يوجب ضمان المنقول يوجب ضمان الأصول».

ذكر هذه الصيغة الدكتور محمد الروكي[٢]، وقد اختصرها من صيغة القاضي عبد الوهاب المالكي السابقة[٣].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الأموال: جمع مال، وقد سبق تعريفه[٤] بأنه «ما كان له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرعا الانتفاع به في حال السعة والاختيار»[٥].

فعلى هذا يكون «من المال كل ما نملك من أرض ومتاع وحيوان ونقود ونحوها، وكذلك من المال ما لا نملكه بالفعل، ولكن يمكن أن يكون مملوكا ومنتفعا به انتفاعا عاديا، كالسمك في الماء والطير في الهواء والحيوان غير المستأنس، ومن ثم نفهم أن ضوء الشمس وحرارتها والهواء - ونحو هذا وذاك مما لا يمكن حيازته فعلا – لا يعد من الأموال وإن كانت فائدته جدا عظيمة»[٦].

---

(١) تقرير القواعد (٣٢٤/٢)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٦).

(٢) قواعد الفقه للروكي (ص٢٣٣).

(٣) الإشراف (٦٣٠/٢)، المعونة (١٢١٤/٢).

(٤) كما في صفحة ٦٩.

(٥) الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢٤٧٧/٣/٥). وانظر: حاشية رد المحتار (٥٠١/٤، ٥٠/٥-٥١)، الموافقات (٣٢/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٢٧)، الإقناع (١٥٦/٢)، الأموال ونظرية العقد (ص١٤٩-١٥٠)، أحكام المعاملات الشرعية (ص٢٨).

(٦) الأموال ونظرية العقد (ص١٥٠).

وقد اختلف الفقهاء في منافع الأعيان – كسكنى المنزل وركوب السيارة ولبس الثياب – هل تعد مالا؟ فذهب الحنفية إلى أنها ليست بأموال[١]، بينما ذهب الجمهور إلى كونها مالا[٢].

ولعل: «اعتبار المنافع من الأموال هو أوجه الرأيين؛ لأنه المتفق مع عرف الناس والمنسق مع أغراضهم ومعاملاتهم، فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلبا لمنافعها، ولأجلها يستعيضونها بالنفيس من أموالهم، وما لا منفعة له لا رغبة فيه ولا طلب له، وإذا طلب عدّ طالبه من الحمقى والسفهاء، وربما حجر عليه؛ ولذا كان في المنافع مجال واسع لمعاملتهم المالية، وليس أدلّ على ذلك من إقامة الخانات[٣] والفنادق والحوانيت[٤] والأسواق، وبناء دور السكنى، وإنشاء السكك الحديدية، وبناء البواخر، وما إلى ذلك مما هو معدّ للاستغلال بالاستعاضة عن منافعه؛ ولذا جاز أن يعتاض عن المنافع بالمال كما في الإجارة، وأن تكون مهرا، وقد جعله الله من الأموال لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم مُّحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ﴾[٥]، أي: أحل الله لكم

---

(١) انظر: حاشية رد المحتار (٥٠٢/٤، ٥١/٥)، درر الحكام (١١٦/١).

(٢) انظر: الذخيرة (٢٨١/٨)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٤٢/٣)، منح الجليل (٧٦/٧)، العزيز (٤١٦/٥)، روضة الطالبين (١٣/٥)، المنثور (١٩٧/٣)، مغني المحتاج (٢/٢، ٢٨٦)، الإقناع (٥٨٨/٢)، الروض المربع (٤٥٥/١)، كشاف القناع (١١٢/٤).

(٣) الخانات: جمع خان، وهو الدكان أو صاحب الدكان، وقيل: هو الذي ينزله المسافرون. انظر: لسان العرب (١٤٦/١٣)، المصباح المنير (ص ٧٠).

(٤) الحوانيت: جمع حانوت، وهو الدكان، وحانوت يذكر ويؤنث لغتان. انظر: تهذيب الأسماء واللغات (٧٣/١/٣)، القاموس المحيط (ص ١٩٣).

(٥) سورة النساء، الآية [٢٤].

أن تطلبوا بأموالكم زوجات لكم محصنين أنفسكم غير زانين ممن لم يحرمه عليكم من النساء في الآيات السابقة»[١].

المحضة: في اللغة: الخالصة، يقال: فضة محضة، أي: خالصة[٢].

والمراد بالأموال المحضة: الأموال الخالصة الخالية من شائبة الحرية[٣]؛ فالعبد والسيارات والأراضي والعقارات كلها أموال محضة، وأم الولد[٤] والمكاتب[٥] والمدبر[٦] أموال ليست بمحضة؛ لوجود شائبة الحرية فيها.

وقد جعل العلامة ابن رجب غير الأموال المحضة في نوعين:

الأول: ما فيه شائبة الحرية؛ لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها، كأم الولد والمكاتب والمدبر.

الثاني: الحرّ المحض[٧].

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية (ص٣٠-٣١).

(٢) انظر: مختار الصحاح (ص ٦١٦)، القاموس المحيط (ص ٨٤٢).

(٣) انظر: تقرير القواعد (٢/ ٣٢٤-٣٢٥).

(٤) أم الولد: هي الْحُرُّ حملها من وطءِ مالِكها عليه جبراً.
انظر: شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٧٩)، ومعجم لغة الفقهاء (ص٨٨).

(٥) المكاتب: من الكتابة، وهي: عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه.
انظر: أنيس الفقهاء (ص١٧٠)، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٧٦)، الزاهر (ص٥٦١)، حلية الفقهاء (ص٢٠٩).

(٦) المدبر: هو المعتق من ثلث مالكه بعد موته بعتق لازم.
انظر: شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٦٧٥)، حلية الفقهاء (ص٢٠٨)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/ ١/ ١٠٣).

(٧) انظر: تقرير القواعد (٢/ ٣٢٥-٣٢٦).

فأما النوع الأول فهي أموال غير محضة، وأما النوع الثاني فهو ليس بمال أصلا[١]؛ ولعل هذا هو السر في تعبير العلامة ابن رجب حيث قال: «وأما غير الأموال المحضة فنوعان...»[٢]، ولم يقل: وأما الأموال غير المحضة. والله تعالى أعلم.

المنقولة: يقسم الفقهاء المال إلى قسمين:

الأول: المنقول، وهو: كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، ويشمل النقود والعروض والحيوان ونحوها من القيميات والمثليات، ويدخل فيه السفن والطائرات والسيارات اليوم.

الثاني: غير المنقول وهو: كل ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، كالأرض والدور[٣].

واختلف الفقهاء في البناء والشجر هل يعدّان من المنقولات أو من غيرها؟ على قولين:

القول الأول: إن البناء والشجر يعتبران من المنقولات، إلا إذا كانا تابعين للأرض، فيلحقان بالعقار حكماً على سبيل التبعية، وهذا قول الحنفية[٤].

---

(١) انظر: حاشية رد المحتار (٥٠٢/٤)، درر الحكام (١١٥/١)، التلقين (ص٣٥٩)، الأشباه والنظائر للسبكي (٣٥٢/١)، الإقناع (١٦٢/٢).

(٢) تقرير القواعد (٣٢٥/٢).

(٣) انظر: درر الحكام (١١٦/١-١١٧)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٤٤/٣-١٤٥)، روضة الطالبين (٥١٧/٣)، المغني (٤٥٠/٦)، الأموال ونظرية العقد (ص١٥١)، المدخل للفقه الإسلامي لمدكور (ص٤٨٦-٤٨٧)، المدخل إلى نظرية الالتزام (ص١٦٣).

(٤) انظر: حاشية رد المحتار (٢١٧/٦-٢١٨، ٣٦١/٤)، درر الحكام (٧٦٩/٢-٧٧١).

القول الثاني: إن البناء والشجر القائمين يعدّان من العقار، وهو قول المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إذا انتقلت الأموال الخالصة الخالية من شائبة الحرية، التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر، فإنها تضمن بسبَبَي العقد واليد.

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

إن دراسة القاعدة تقتضي منا الكلام على ثلاثة فروع، هي كما يلي:

الفرع الأول: في اشتراط النقل في ضمان الأموال المحضة المنقولة بالعقد واليد، وتحته مسألتان:

المسألة الأولى: في اشتراط النقل في ضمان الأموال المحضة المنقولة بالعقد.

المسألة الثانية: في حكم ضمان الأموال المحضة المنقولة باليد.

الفرع الثاني: في ضمان الأموال المحضة غير المنقولة بالعقد واليد. وتحته مسألتان:

المسألة الأولى: متى تضمن الأموال المحضة غير المنقولة بالعقد؟

---

(١) انظر: الإشراف (٦٣٠/٢)، عقد الجواهر الثمينة (٧٥٧/٢-٧٥٨)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٩٢/٣، ١٤٥، ٤٧٦، ٤٧٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٥١٧/٣)، مغني المحتاج (٧١/٢).

(٣) انظر: المغني (٤٥٠/٦)، المطلع (ص٢٥٦).

المسألة الثانية: هل يتحقق ضمان اليد في الأموال المحضة غير المنقولة كالعقار؟.

الفرع الثالث: في حكم ضمان الأموال غير المحضة. وتحته ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: هل يضمن الحر باليد؟.

المسألة الثانية: في حكم ضمان منفعة الحر باليد.

المسألة الثالثة: هل يضمن باليد ما فيه شائبة الحرية كأم الولد والمكاتب والمدبر.

هذه عناوين الفروع والمسائل، وإليك تفصيلها على النحو الآتي:

الفرع الأول: في اشتراط النقل في ضمان الأموال المحضة المنقولة بسببي العقد واليد:

يمكن دراسة هذا الفرع في المسألتين التاليتين:

المسألة الأولى: في اشتراط النقل في ضمان الأموال المحضة المنقولة بسبب العقد:

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الأموال المحضة المنقولة تضمن بالعقد إذا وجد النقل[1].

واختلفوا في اشتراط النقل لضمان الأموال المحضة المنقولة بسبب العقد إلى عدة مذاهب، أذكر أولاً رأي كل مذهب على حدة؛ لمعرفة التفصيلات والتفريعات في كل مذهب عن سواه، ثم ألخص هذه المذاهب إلى ثلاثة أقوال، وذلك حسب التفصيل الآتي:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣٩)، الإشراف (٢/٥٥٣)، روضة الطالبين (٣/٥٠١)، المغني (٦/١٨١-١٨٦).

أولاً: المذهب الحنفي:

إن الضمان متعلق بالقبض، ويحصل القبض بمجرد التخلية[١][٢].

ثانياً: المذهب المالكي:

إن الضمان يحصل بمجرد العقد، ولا يحتاج إلى قبض بنقل أو تخلية إلا إذا كان المبيع مما فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود والمذروع، فلا بدّ لدخوله في الضمان من قبضه، ويحصل قبضه بكيله أو وزنه أو عدّه أو ذرعه[٣].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

إن الضمان بالعقد لا يكون إلا بالقبض، وأما كيفية القبض في المنقول فإن المبيع فيه قسمان:

القسم الأول: ما فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمذروع والمعدود، فيحصل قبضه بكيله أو وزنه أو ذرعه أو عدّه مع نقله.

القسم الثاني: ما ليس فيه حق توفية، ففي قبضه ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: لا يكفي فيه التخلية، بل يشترط النقل والتحريك، وهو المذهب والمشهور.

الوجه الثاني: يكفي فيه التخلية.

---

(١) التخلية: أن يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع، ولا مانع يمنعه من تسلمه.
انظر: شرح المجلة (ص١٣٧)، الشرح الممتع (٣٨٢/٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٨/٥-٢٣٩)، حاشية رد المحتار (٥٦٢/٤)، الفرائد البهية (ص٥٣)، شرح المجلة (ص١٣٦-١٣٧).

(٣) انظر: الإشراف (٥٤٧/٢، ٥٥٣)، بداية المجتهد (٢٢٠/٢-٢٢١)، عقد الجواهر الثمينة (٥٠٣/٢-٥٠٤)، إيضاح المسالك (ص١١٩-١٢١)، شرح المنهج المنتخب (ص٢٩٩-٣٠١).

الوجه الثالث: تكفي التخلية لنقل الضمان إلى المشتري، ولا تكفي لجواز تصرفه[١].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

ينقسم المنقول في الضمان بالعقد إلى قسمين:

القسم الأول: ما فيه حق توفية كالمكيل والموزون، فلا يكون الضمان فيه إلا بالقبض.

القسم الثاني: ما ليس فيه حق توفية، ففيه روايتان:

الرواية الأولى: أنه يضمن فيه بمجرد العقد ولا يحتاج إلى قبض[٢]، وهي المذهب، وعليها جماهير الحنابلة.

الرواية الثانية: أنه لا يضمن بالعقد إلا بالقبض.

وأما كيفية القبض في المنقولات ففيها روايتان أيضا:

الرواية الأولى: أن القبض في المكيل بكيله، وفي الموزون بوزنه، وفي المعدود بعدّه، وفي المذروع بذرعه، وفي الصبرة وما ينقل بنقله، وفيما يتناول بتناوله.

الرواية الثانية: أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز[٣].

---

(١) انظر: الحاوي (٥/٢٢٠-٢٢١)، روضة الطالبين (٣/٥٠١، ٥١٧-٥٢٠)، الاعتناء (١/٤٣٥)، مغني المحتاج (٢/٦٥، ٧٢-٧٣).

(٢) هذا إذا كان البائع باذلا للمبيع غير ممتنع من تسليمه. أما إذا امتنع البائع من تسليمه كان الضمان على البائع.

انظر: شرح الزركشي (٣/٥٤٠)، تقرير القواعد (١/٢٩٥)، الشرح الممتنع (٨/٣٧٨-٣٨٠).

(٣) انظر: المغني (٦/١٨١-١٨٨)، تقرير القواعد (١/٢٩٥-٢٩٨، ٢/٣٢٤)، الإنصاف مع المقنع (١١/٥٠، ٥٠٤-٥٠٧، ٥١٢-٥١٤).

ملخص الأقوال في المسألة:

يمكن تلخيص هذه المذاهب وإرجاعها إلى قولين:

القول الأول: إن الضمان بالعقد لا يكون إلا بالقبض، ثم اختلف أصحاب هذا القول في كيفية القبض على رأيين:

الرأي الأول: لا يحصل القبض إلا بالنقل، وهو المذهب المشهور عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة فيما ليس فيه حق توفية.

الرأي الثاني: إن القبض يتحقق بمجرد التخلية ولا يلزم النقل، وهو قول الحنفية وقول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة.

القول الثاني: إن الضمان يكون بمجرد العقد، ولا يحتاج إلى قبض بنقل أو تخلية، غير أن المبيع إذا كان مما فيه حق توفية - كالمكيل والموزون والمعدود والمذروع - فلا بدّ لدخوله في ضمان المشتري من كيله أو وزنه أو عدّه أو ذرعه، وهو قول المالكية والمذهب عند الحنابلة.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة نقلية وعقلية، هي كما يلي:

١- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: قال رسول الله ﷺ: **(من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه)**، وفي لفظ: **(حتى يكتاله)**، قال ابن عباس: وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام[1].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك (٢/٩٨) برقم (٢١٣٥)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (٣/١١٥٩-١١٦٠) برقم (١٥٢٥)، واللفظ له.

٢- عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **(من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله)**[(١)].

٣- عن عبد الله بن عمر[(٢)] رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه)**. قال: وكنا نشتري الطعام من الركبان جزافا، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه. وفي لفظ آخر: **(حتى يستوفيه ويقبضه)**[(٣)].

٤- وعن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: ابتعت زيتا في السوق، فلما استوجبته لنفسي لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٦٢/٣) برقم (١٥٢٨).

(٢) هو الصحابي الجليل عبدالله بن عمر بن الخطاب بن نفيل، أبو عبد الرحمن القرشي العدوي، روى عن النبي ﷺ، وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وغيرهم، وروى عنه مولاه نافع، وسعيد بن جبير، والحسن البصري وغيرهم، أسلم -رضي الله عنه- وهو صغير، وهاجر مع أبيه ولم يحتلم بعد، أول غزواته الخندق، وبايع تحت الشجرة، كما أنه لم يقاتل في شيء من الفتن، توفي سنة ٧٣هـ وقيل غير ذلك.

انظر: أسد الغابة (٣٤٠/٣)، سير أعلام النبلاء (٢٠٣/٣)، الإصابة (١٠٧/٤-١٠٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك (٩٨/٢-٩٩) برقم (٢١٣٦)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٦٠/٣-١١٦١) برقم (١٥٢٦)، واللفظ له.

حيث تبتاع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم[١].

٥- عن جابر بن عبد الله[٢] رضي الله عنهما قال: كان رسول الله ﷺ يقول: **(إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه)**[٣].

٦- عن حكيم بن حزام[٤] رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله! إني أبتاع هذه البيوع فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال: **(يا ابن أخي! لا تبيعن شيئاً**

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (١٩١/٥)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى (٧٦٥/٣) برقم (٣٤٩٩) واللفظ له، والدارقطني في سننه (١٢/٣-١٣)، والحاكم في المستدرك (٤٦/٢-٤٧) وصححه، ونقل في التعليق المغني مع سنن الدارقطني (١٣/٣) عن صاحب التنقيح أنه قال: سنده جيد، وحسّنه الألباني في صحيح سنن أبي داود (٣٧٢/٢-٣٧٣).

(٢) هو الصحابي الجليل جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام، أبو عبد الله الأنصاري الخزرجي السلمي المدني الفقيه، روى علما كثيرا عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وغيرهم، حدث عنه ابن المسيب وعطاء بن أبي رباح ومحمد بن المنكدر وغيرهم، شهد ليلة العقبة الثانية مع والده، وبيعة الرضوان والخندق، وكان مفتي المدينة في زمانه، توفي -رضي الله عنه- سنة ٧٨هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: سير أعلام النبلاء (١٨٩/٣)، الإصابة (٣٢٢/١-٣٢٣).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٦٢/٣) برقم (١٥٢٩).

(٤) هو الصحابي الجليل حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد، أبو خالد القرشي الأسدي، قيل: ولد قبل عام الفيل بثلاث عشرة سنة، وكان من أشراف قريش وعقلائها، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه، ثم غزا حنينا والطائف، وكان من المؤلفة، حدث عنه ابنه هشام الصحابي وحزام، وسعيد بن المسيب وعروة وغيرهم، توفي -رضي الله عنه- سنة ٥٤هـ.

انظر: سير أعلام النبلاء (٤٤/٣)، الإصابة (٣٢/٢-٣٣).

حتى تقبضه)[١].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: دلّت هذه الأحاديث بمنطوقها على عدم جواز بيع السلع حتى تقبض، وعدم جواز بيع السلع قبل القبض يدلّ على أن السلع لا تكون مضمونة على المشتري إلا بالقبض؛ لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن[٢]؛ لذا فإن المنع من البيع ولزوم الضمان للبائع متلازمان.

٧- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)**[٣].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل الثمر المبيع الذي أصابته جائحة قبل القبض من ضمان البائع، وهذا الحكم لا يختص بالثمار بل يشمل جميع السلع.

٨- لأن التسليم واجب على البائع؛ لأنه في يده، فإذا تعذر - بتلفه - انفسخ العقد، المكيل والموزون والمعدود[٤].

٩- لأنه قبض مستحق بالبيع، فإذا تعذر انفسخ البيع كما لو تفرقا في عقد الصرف قبل التقابض[٥].

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٤٠٢/٣)، وعبد الرزاق في مصنفه (٣٩/٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٥٥/٥)، والدارقطني في سننه (٨/٣-٩)، والبيهقي في سننه: كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام (٣١٣/٥) واللفظ له، وحسّنه البيهقي، والنووي كما في المجموع (٣٢٨/٩)، وجوّد إسناده أحمد البنا في الفتح الرباني (١٤٦/١٥).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح (١١٩٠/٣) برقم (١٥٥٤).

(٤) المغني (١٨٦/٦). وانظر: بدائع الصنائع (١٨١/٥).

(٥) العزيز (١٨٧/٤).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من المنقول والمعقول، أذكرها كما يلي:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: **(الخراج بالضمان)**[١].

وجه الدلالة: دلّ الحديث أن من له غُنم شيء فعليه غرمه، فكما أن الملك للمشتري وله غنم المملوك، فعليه أيضا غرمه، فإذا تلف المبيع فهو من ضمان المشتري[٢].

٢- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **(من ابتاع نخلا بعد أن تؤبّر[٣] فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع)**[٤].

وجه الدلالة: دلّ الحديث على أن الملك ينتقل بمجرد العقد، فإذا انتقل ملك المبيع إليه كان ضمانه عليه كسائر أمواله[٥].

٣- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: **(إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا، أو يخير**

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٢٠٧.

(٢) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٥٥٣/٢)، شرح الزركشي (٥٣٣/٣-٥٣٤)، الشرح الممتع (٣٧٨/٨).

(٣) تؤبّر: من التأبير، أي: التلقيح، وهو: أن يأخذ شيئاً من طلع الفحل فيدخله بين ظهراني طلع الإناث من النخل. انظر: حاشية رد المحتار (٥٥٣/٤)، المنتقى للباجي (٢١٥/٤)، الأم (٤١/٣).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الشرب والمساقاة، باب حلب الإبل على الماء (١٦٩/٢-١٧٠) برقم (٢٣٧٩)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب من باع نخلا عليها ثمر (١١٧٢/٣-١١٧٣) برقم (١٥٤٣).

(٥) انظر: السيل الجرار (١٢١/٣)، الشرح الممتع (٣٧٨/٨).

أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع)[١].

وجه الدلالة: «إن النبي ﷺ قد أخبرنا بأنه إذا حصل التفرق من مجلس العقد فقد وجب البيع، ومعلوم أن وجوب البيع يقتضي دخوله في ملك المشتري وخروجه من ملك البائع، وإذ قد دخل في ملك المشتري صار له غنمه وعليه غرمه كسائر أمواله، فيتلف من ماله»[٢].

٤- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)**[٣].

وجه الدلالة: «إن النبي ﷺ بيّن في هذا الحديث الصحيح أنه إذا باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل له أن يأخذ منه شيئاً، ثم بين سبب ذلك وعلته، فقال: **(بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)**، وهذا دلالة على ما ذكره الله في كتابه من تحريم أكل المال بالباطل، وأنه إذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه كان أخذ شيء من الثمن أخذ ماله بغير حق، بل بالباطل، وقد حرم الله أكل المال بالباطل؛ لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض. وهذا الحديث أصل في هذا الباب»[٤].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع (٢/٩٢) برقم (٢١١٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (٣/١١٦٣) برقم (١٥٣١).

(٢) السيل الجرار (٣/١٢١).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٢٦٤.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠/٢٦٨) بتصرف يسير. وانظر: (٣٠/٢٣٨) و(٢٩/٣٩٨، ٥٠٨).

٥- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «ما أدركت الصفقة[١] حيّاً مجموعا[٢] فهو من مال المبتاع»[٣].

وجه الدلالة: أن الأثر دلّ على أن المبيع الحي المجموع المتعين يكون ضمانه من مال المشتري، ومفهومه أن غير المجموع المتعيّن يكون ضمانه من مال البائع.

٦- ولأنه مبيع متعين لا يتعلق به حق توفية، خراجه للمشتري، فكان تلفه منه، أصله إذا قبض[٤]، ولا يلزم عليه ما فيه حق توفية كالمكيل والموزون؛ لأنه غير متعين[٥].

٧- لأن المبيع الذي يتعلق به حق توفية مضمون على المشتري بعد القبض، فكان من ضمانه قبل القبض كالميراث[٦].

القول المختار:

بعد التمعن في الأقوال والأدلة في المسألة يظهر لي أن أقرب القولين إلى الصواب القول الثاني، وهو قول المالكية والمذهب عند الحنابلة؛ وذلك للأسباب التالية:

---

(١) الصفقة: تطلق على العهد والميثاق والعقد، ولعل المراد به هنا عقد البيع.
انظر: النهاية في غريب الحديث (٣٨/٣)، تهذيب الأسماء واللغات (١٧٨/١/٣)، القاموس الفقهي (ص٢١٣).

(٢) المراد بالمجموع: أي لم يتغير عن حالته. انظر: فتح الباري (٤١٣/٤).

(٣) ذكره البخاري تعليقا في صحيحه: كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعا أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض (٩٩/٢)، ووصله الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٦/٤)، والدارقطني في سننه (٥٣/٣-٥٤)، وابن حجر في تغليق التعليق (٢٤٢/٣)، وقال: هذا موقوف صحيح الإسناد.

(٤) الإشراف (٥٤٧/٢). وانظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٤٠٥/٢٩).

(٥) انظر: المقنع للبنا (٦٨٠/٢).

(٦) انظر: المغني (١٨٦/٦)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٤٠٥/٢٩).

أولاً: إنه لم يأت دليل يدل على أنه لا بدّ من القبض في دخول المبيع في ملك المشتري وضمانه، ولم ترد الأدلة إلا في نهي البائع عن أن يبيع ما لم يكن في قبضه وما ليس عنده[١].

ثانياً: يمكن الإجابة عن أدلة أصحاب القول الأول – الحنفية والشافعية ورواية عند الحنابلة – بما يلي:

(أ) أما الأدلة الستة الأولى فإنها لا تدل على أن هناك تلازما بين التصرف في المبيع والضمان، وإنما تدل على أنه لا يجوز للمشتري أن يبيع ما اشتراه حتى يقبضه؛ لذا «فإن جواز التصرف فيه ليس ملازما للضمان ولا مبنيا عليه، بل قد يجوز التصرف فيه حيث يكون من ضمان البائع»[٢]، ومن أمثلته:

* إن الثمار إذا تلفت قبل تمكن المشتري من جذاذها كانت من ضمان البائع، مع أنه يجوز للمشتري التصرف فيها بالبيع وغيره. وقد ثبت بالسنة أن الثمار من ضمان البائع، كما جاء عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق)**[٣][٤].

* «إن منافع الإجارة مضمونة على المؤجر قبل الاستيفاء، بمعنى أنها إن تلفت بآفة سماوية – كموت الدابة – وتعطلت المنافع كانت من ضمان المؤجر؛

---

(١) انظر: السيل الجرار (١٢١/٣).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٥٠٧/٢٩).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٢٦٤.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٩٨/٢٩-٣٩٩) بتصرف يسير. وانظر: (٥٠٨/٢٩).

لأنها تلفت قبل التمكن من استيفائها، مع أنه يجوز للمستأجر التصرف فيها حتى بالبيع»[١].

كما أنه قد يمنع المشتري من التصرف في المبيع حيث يكون الضمان عليه، ومثاله: أن من اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها، مع أنها من ضمان المشتري[٢].

وبهذا اتضح أنه قد يجوز التصرف حيث يكون الضمان على البائع، كما في الثمار ومنافع الإجارة، كما أنه قد يمنع التصرف حيث يكون الضمان على المشتري كالصبرة من الطعام، فثبت بهذا عدم التلازم بين التصرف والضمان[٣].

(ب) أما الدليل السابع فقد ردّ عليه العالم محمد الشوكاني بقوله: «قد ثبت في الصحيحين وغيرهما من حديث أنس ما يدل على تقييد هذا الوضع بما إذا وقع قبل الصلاح»، ولفظه: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي، قالوا: وما تزهي؟ قال: **(تحمرّ)**، وقال: **(إذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك؟)**»[٤]، فهذا الوضع قد ترتب على بيع منهي عنه، وما كان منهيا عنه فهو غير صحيح، والكلام هنا في بيع صحيح وجب بالتفرق، وهذا فارق واضح لا يصح معه القياس.

---

(١) المرجع السابق (٣٩٩/٢٩)، وانظر: (٥٠٨/٢٩).

(٢) انظر: المرجع السابق (٤٠٠/٢٩، ٥٠٨).

(٣) انظر: المرجع السابق (٤٠٠/٢٩-٤٠٢، ٢٣٨/٣٠، ٢٧٦).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابتها عاهة فهو من البائع (١١٢/٢) برقم (٢١٩٥)، ومسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح (١١٩٠/٣) برقم (١٥٥٥).

ويؤيد هذا ما ثبت في صحيح مسلم[١] وغيره من حديث أبي سعيد قال: أصيب رجل في ثمار ابتاعها، فكثر دينه فقال النبي ﷺ: **(تصدّقوا عليه)**؛ فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال: **(خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك)**[٢]، ولم يوجب النبي ﷺ على البائع منه للثمار أن يردّ الثمن الذي قبضه منه.

ولو سلمنا تنَزّلا لكان وضع الجوائح مختصا بما تلف بالآفات السماوية كما تقدم في حديث أنس بلفظ: **(إذا منع الله الثمرة)**، وأما إذا تلف المبيع بجناية فإن كانت من المشتري فقد جنى على ماله وأتلفه، وإن كان الجاني غيره كان ضمانه عليه بسبب الجناية، سواء كان الجاني هو البائع أو غيره[٣].

(جـ) وأما الدليل الثامن: فيجاب عنه: بأن هناك فرقاً بين المكيل والموزون والمعدود والمذروع وما ليس كذلك. فإن المكيل ونحوه يحتاج إلى توفية؛ لأنه لم يتعين بعد ولم يتحدد؛ فكيف يضمن المشتري شيئاً غير محدّد لـه؟ بخلاف غير المكيل ونحوه، فإنه لا يتطلب إلى توفية؛ لأنه محدّد ومعين، وبهذا فإن المشتري يعرف ماذا يضمن[٤].

---

(١) هو العلامة المحدث مسلم بن الحجاج بن ورد، أبو الحسين، القشيري النيسابوري، ولد سنة ٢٠٤هـ، سمع من يحيى بن يحيى التميمي وأحمد بن حنبل والقعنبي وغيرهم، وروى عنه الترمذي وأبو عوانة الإسفرايني، وعبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي وغيرهم، وصفه الذهبي بالإمام الكبير والحافظ المجود والحجة الصادق، من مؤلفاته: الجامع الصحيح، كتاب الكنى والأسماء وغيرهما، توفي سنة ٢٦١هـ.
انظر: وفيات الأعيان (٥/١٩٤-١٩٦)، تهذيب الكمال (٢٧/٤٩٩)، سير أعلام النبلاء (١٢/٥٧٧).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين (٣/١١٩١) برقم (١٥٥٦).

(٣) السيل الجرار (٣/١٢٢).

(٤) انظر: المقنع لابن البنا (٢/٦٨٠).

ويجاب أيضا: بأنه دليل عقلي لا يقاوم أدلة أصحاب القول الثاني النقلية.

(د) وأما الدليل التاسع: فيجاب عنه بأن عقد الصرف يختلف عما نحن فيه. فعقد الصرف له شروطه وأحكامه الخاصة به. فلا يقاس عليها غيرها.

ويجاب عنه أيضا: بأنه دليل عقلي لا يقاوم أدلة أصحاب القول الثاني النقلية.

ثالثاً: صحة الاستدلال بأدلة القول الثاني.

رابعاً: إن القول الأول «مع كونه مخالفا للدليل، فهو أيضا مخالف للرأي المستقيم الجاري على نمط الاجتهاد؛ لأن تلف ما قد صار في ملك لا يتلف إلا من ملكه، وتضمين غير المالك ظلم لـه»[(١)].

المسألة الثانية: في حكم ضمان الأموال المحضة المنقولة بسبب اليد:

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه يضمن بسبب اليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل[(٢)].

واختلفوا إذا لم يوجد النقل على قولين:

القول الأول: إنه لا يثبت الضمان باليد المجردة إلا بإزالة اليد، ولا يتحقق إزالتها إلا بالنقل والتحويل، وهو مذهب الحنفية[(٣)] والشافعية[(٤)]

---

(١) السيل الجرار (١٢١/٣).

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٤٥/٨، ٢٥٠-٢٥٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٤٣/٣-٤٤٤)، روضة الطالبين (٨/٥)، تقرير القواعد (٣٢٤/٢-٣٢٥).

(٣) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٤٥/٨، ٢٥٠-٢٥٢)، البناية (٢١١/١٠-٢١٢، ٢٢٢)، البحر الرائق (١٢٣/٨-١٢٤، ١٢٦)، مجمع الضمانات (٣٠٧/١)، حاشية رد المحتار (١٧٩/٦)، شرح المجلة (ص٤٨٦).

(٤) انظر: العزيز (٤٠٦/٥)، روضة الطالبين (٨/٥)، مغني المحتاج (٢٧٥/٢-٢٧٦).

ووجه عند الحنابلة[١].

القول الثاني: إن مجرد وضع اليد – وهو الاستيلاء – موجب للضمان، ولا يشترط فيه النقل، وهو مذهب المالكية[٢] والصحيح من مذهب الحنابلة، وعليه أكثرهم[٣].

دليل القول الأول:

لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيما ينقل ويحوّل دون غيره؛ لأن إزالة يد المالك لا يتحقق إلا بنقل المغصوب، والغصب بدون الإزالة لا يتحقق[٤].

أدلة القول الثاني:

١- الضمان باليد أحد أسباب الضمان. فلا يتوقف الضمان بها على النقل كالضمان بالعقد[٥].

٢- الضمان باليد أحد موجبات الضمان. فلا يتوقف الضمان بها على النقل كالمودع يصير ضامنا بمجرد جحود الوديعة من غير نقل ولا إزالة يد[٦].

---

(١) انظر: تقرير القواعد (٢/٣٢٤-٣٢٥)، الإنصاف مع المقنع (١٥/١١٥)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٦)، حاشية الروض المربع (٥/٣٧٨).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/٧٤٢)، جامع الأمهات (ص٤٠٩)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٣/٤٤٣-٤٤٤)، منح الجليل (٧/٨٠-٨١، ٨٤).

(٣) تقرير القواعد (٢/٣٢٤-٣٢٥)، الإنصاف مع المقنع (١٥/١١٥)، حاشية الروض المربع (٥/٣٧٨).

(٤) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٢٥٠)، البناية (١٠/٢٢٢-٢٢٣)، البحر الرائق (٨/١٢٦).

(٥) انظر: تقرير القواعد (٢/٣٢٤).

(٦) انظر: المرجع السابق.

القول المختار:

الذي يظهر – والعلم عند الله تعالى – أن أقرب القولين إلى الصواب: القول الثاني؛ وذلك لما يلي:

أولاً: لأن الغاصب إذا وضع يده على المال، ومنع صاحبه من أخذه. فقد اعتدى على المال وإن لم ينقله.

ثانياً: إنه لا يوجد دليل صحيح يدل على اشتراط النقل في الغصب.

الفرع الثاني: في ضمان الأموال المحضة غير المنقولة بالعقد واليد:

سوف تكون دراسة هذا الفرع من خلال المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: متى تضمن الأموال المحضة غير المنقولة بالعقد؟

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الأموال المحضة غير المنقولة تضمن بالعقد إذا حصل القبض[١].

واختلفوا في اشتراط القبض لضمانها على قولين:

القول الأول: إن العقار يضمن بالعقد إذا وجد القبض، ويحصل القبض في العقار بمجرد التخلية. وهذا قول الحنفية[٢] والشافعية[٣] ورواية للحنابلة[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣٩)، الإشراف (٢/٥٥٣)، العزيز (٤/٢٨٦-٢٨٧)، تقرير القواعد (٢/٣٢٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣٨-٢٣٩)، حاشية رد المحتار (٤/٥٦١-٥٦٢، ٦/١٨٧)، شرح المجلة (ص١٣٦-١٣٩، ١٥٠-١٥١).

(٣) انظر: الوجيز (١/١٤٥-١٤٦)، العزيز (٤/٢٨٦-٢٨٧)، روضة الطالبين (٣/٥٠١، ٥١٧).

(٤) انظر: الشرح الكبير مع المقنع (١١/٥٠٤)، تقرير القواعد (٢/٣٢٤)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٦).

القول الثاني: إن العقار يضمن بمجرد حصول العقد، ولو قبل القبض، وهذا قول المالكية[١] والمذهب عند الحنابلة، وعليه أكثرهم[٢].

أدلة القولين والقول المختار:

هذه المسألة يذكرها أغلب الفقهاء مع مسألة: ضمان الأموال المحضة المنقولة بالعقد، وقد سبق أن ذكرتها في المسألة الأولى من الفرع الأول[٣].

لذا فليرجع إلى أدلة تلك المسألة والقول المختار فيها؛ لأن ما ذكرته هناك ينطبق على مسألتنا هذه؛ وذلك تجنبا للتكرار.

المسألة الثانية: هل يتحقق ضمان اليد في الأموال المحضة غير المنقولة كالعقار؟:

اتفق الفقهاء على أن الأموال المحضة غير المنقولة – كالعقار – تضمن بالإتلاف[٤].

واختلفوا في ضمانها باليد على قولين:

القول الأول: إن الأموال غير المنقولة – كالعقار – لا يتحقق فيها الغصب ولا تضمن به. فإن هلك العقار في يده بآفة سماوية لم يضمنه، أما إن أتلفه بفعله ضمنه بالإتلاف، لا بالغصب.

---

(١) انظر: الإشراف (٢/٥٥٣)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٥١٠-٥١١)، إيضاح المسالك (ص١١٩-١٢١).

(٢) انظر: الشرح الكبير مع المقنع (١١/٥٠٤)، تقرير القواعد (٢/٣٢٤)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٦).

(٣) كما في صفحة ٢٥٨.

(٤) انظر: البناية (١٠/٢٢٣)، مجمع الضمانات (١/٣٠٦)، المغني (٧/٣٦٥).

وهذا قول أبي حنيفة[١]، والقول الثاني لأبي يوسف[٢]، ورواية عن أحمد[٣].

القول الثاني: إن الأموال غير المنقولة – كالعقار – يتحقق فيها الغصب وتضمن به بمجرد الاستيلاء.

وهذا قول المالكية[٤] والشافعية[٥] والمذهب عند الحنابلة[٦]، وهو قول محمد ابن الحسن[٧] والقول الأول لأبي يوسف[٨]، وقول الظاهرية[٩].

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين المغصوبة، وهذا لا يتصور في العقار؛ لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراج

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (١٧٦/٤)، رؤوس المسائل (ص٣٥٤)، الهداية مع فتح القدير (٢٥٠/٨-٢٥٢)، إيثار الإنصاف (ص٤٩١-٤٩٣)، البناية (٢٢٢/١٠-٢٢٥)، البحر الرائق (١٢٦/٨)، الدر المختار مع حاشيته (١٨٦/٦)، مجمع الضمانات (٣٠٥/١-٣٠٧، ٢٤٣).

(٢) انظر: المراجع السابقة

(٣) انظر: المغني (٣٦٤/٧-٣٦٥)، تقرير القواعد (٣٢٤/٢)، الإنصاف مع المقنع (١١٤/١٥-١١٥).

(٤) انظر: الإشراف (٦٣٠/٢)، المعونة (١٢١٤/٢)، بداية المجتهد (٣٨٧/٢)، الذخيرة (٢٨٥/٨)، حاشية الدسوقي (٤٤٣/٣)، منح الجليل (٨٠/٧-٨١).

(٥) انظر: الأم (٢٤٩/٣-٢٥٠)، التهذيب للبغوي (٣٢٠/٤)، العزيز (٤٠٥/٥-٤٠٦)، روضة الطالبين (٧/٥-٨)، مختصر خلافيات البيهقي (٤١٧/٣)، مغني المحتاج (٢٧٥/٢-٢٧٦).

(٦) انظر: المغني (٣٦٤/٧-٣٦٥)، تقرير القواعد (٣٢٤/٢)، الإنصاف مع المقنع (١١٤/١٥-١١٥)، منتهى الإرادات (٣٦٣/١)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٦).

(٧) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٥٠/٨-٢٥١)، إيثار الإنصاف (ص٤٩١)، البناية (٢٢٣/١٠).

(٨) انظر: المراجع السابقة.

(٩) انظر: المحلى (٤٤١/٦-٤٤٢).

المالك عن العقار، وهذا الإخراج فعل في المالك لا في العقار، فانتفى إزالة اليد، كما إذا بَعُد المالك عن المواشي[١].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من المنقول والمعقول، هي كما يلي:

١- قال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾[٢].

وجه الدلالة: إن غاصب العقار ظالم؛ فعليه كل سبيل؛ لأن الألف واللام للعموم[٣].

٢- عن سعيد بن زيد ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: **(من أخذ شبراً من الأرض ظلما فإنه يطوقه[٤] يوم القيامة من سبع أرضين)**. وفي لفظ آخر: **(من ظلم من**

---

(١) انظر: رؤوس المسائل (ص٣٥٥)، بدائع الصنائع (١٤٦/٧)، الهداية مع فتح القدير (٢٥٢/٨-٢٥٣)، البحر الرائق (١٢٦/٨).

(٢) سورة الشورى، الآية [٤٢].

(٣) انظر: الذخيرة (٢٨٥/٨).

(٤) ذكر العلماء في معنى (طوقه) خمسة أوجه:

الأول: أن يكلف الظالم نقل ما ظلم منها في القيامة إلى المحشر، ويكون كالطوق في عنقه، لا أنه طوق حقيقة.

الثاني: أن يكون معناه كالأول، لكن بعد أن ينقل جميعه يجعل كله في عنقه طوقا، ويعظم قدر عنقه حتى يسع ذلك.

الثالث: أن يعاقب الظالم بالخسف إلى سبع أرضين، فتكون كل أرض في تلك الحالة طوقا في عنقه.

الرابع: أن يكلف الظالم بجعل ما غصبه طوقا، ولا يستطيع ذلك، فيعذب بذلك.

الخامس: أن يكون التطويق تطويق الإثم. فيكون الظلم المذكور لازما له في عنقه لزوم الإثم.

قال الحافظ ابن حجر بعد أن ذكرها: «ويحتمل أن تتنوع هذه الصفات لصاحب هذه الجناية أو تنقسم على أصحاب هذه الجناية، فيعذب بعضهم بهذا وبعضهم بهذا بحسب قوة المفسدة وضعفها».

انظر: النهاية في غريب الحديث (١٤٣/٣-١٤٤)، فتح الباري (١٢٥/٥).

الأرض شيئاً طوقه من سبع أرضين). وفي لفظ: **(من اقتطع شبراً من الأرض ظلما طوقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين)**[١].

٣- عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال النبي ﷺ: **(من أخذ من الأرض شيئاً بغير حقه خسفت به يوم القيامة إلى سبع أرضين)**[٢].

وجه الدلالة من الحديثين السابقين: أن النبي ﷺ بيَّن أن الأرض تؤخذ بغير حق، فدل هذا على أنها تغصب؛ لأن الغصب هو أخذ الشيء بغير حقه ظلما[٣].

٤- لأن غصب العقار قد تحقق فيه إثبات اليد، ومن ضرورته زوال يد المالك؛ لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد، فيتحقق الوصفان: إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب، وهو الغصب، فصار كالمنقول وجحود العارية[٤].

٥- لأن كل معنى يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان، فإنه يضمن به ما لا ينقل ولا يحول، كالقبض في البيع[٥].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المظالم والغصب، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض (١٩٣/٢) برقم (٢٤٥٢)، وكتاب بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين (٤٢٠/٢) برقم (٣١٩٨)، ومسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها (١٢٣٠/٣-١٢٣١) برقم (١٦١٠).

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (١١٩/٣): «لم يروه أحد منهم بلفظ: (من غصب)، نعم في الطبراني من حديث وائل بن حجر: (من غصب رجلا أرضا لقي الله وهو عليه غضبان)».

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب المظالم والغصب، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض (١٩٣/٢) برقم (٢٤٥٤).

(٣) انظر: المحلى (٤٤٢/٦)، فتح الباري (١٢٦/٥).

(٤) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٥١/٨).

(٥) انظر: الإشراف (٦٣٠/٢)، المعونة (١٢١٤/٢)، التهذيب للبغوي (٣٢٠/٤)، المغني (٦٣٤/٧).

٦- لأن الغصب سبب للضمان، فوجب أن يضمن به العقار والنخل كالإتلاف به[١].

٧- لأنه يمكن الاستيلاء على العقار على وجه يحول بينه وبين مالكه، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها، فأشبه ما لو أخذ الدابة والمتاع[٢].

القول المختار:

القول الراجح - والعلم عند الله - هو القول الثاني، وهو تحقق الغصب في العقار وأنه يضمن به؛ وذلك للأسباب التالية:

١- صحة أدلة القول الثاني وسلامتها من الاعتراضات.

٢- ضعف دليل القول الأول؛ وذلك لما يلي:

(أ) إنه لا يوجد دليل صحيح يدل على أنه لا تزال يد المالك إلا بفعل في العين[٣].

(ب) إن بُعد المالك عن المواشي لا يوجد فيه استيلاء على المال، فنظيره ههنا أن يحبس المالك ولا يستولي على داره[٤].

الفرع الثالث: في حكم ضمان غير الأموال المحضة:

يمكن دراسة هذا الفرع من خلال المسائل الثلاث الآتية:

المسألة الأولى: هل يضمن الحر بسبب اليد؟:

اختلف الفقهاء في ضمان الحر باليد على ثلاثة أقوال:

---

(١) انظر: المعونة (٢/١٢١٤)، الذخيرة (٨/٢٨٥-٢٨٦).

(٢) انظر: المغني (٧/٣٦٤-٣٦٥).

(٣) انظر: حاشية سعدي جلبي مع فتح القدير (٨/٢٥٢).

(٤) انظر: المغني (٧/٣٦٥).

القول الأول: إن الحر لا يضمن باليد، وهو قول الحنفية[١] وظاهر قول المالكية[٢] وقول الشافعية[٣] والمذهب عند الحنابلة[٤].

القول الثاني: إن الحر يضمن باليد، وهو قول لبعض الشافعية[٥] ووجه عند الحنابلة[٦].

القول الثالث: إن الحر الصغير يضمن باليد دون الكبير، وهو وجه عند الحنابلة[٧].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- لأن كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب، والحر ليس بمال[٨].

٢- لأن اليد لا يثبت حكمها على الحر[٩].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٤٦/٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١)، مجمع الضمانات (٣١٣/١-٣١٤)، الدر المختار مع حاشيته (١٧٨/٦)، غمز عيون البصائر (٣٨٩/١-٣٩٠).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٧٤٤/٢-٧٤٥)، جامع الأمهات (ص٤١٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٥٤/٣)، منح الجليل (١٢٤/٧).

(٣) انظر: التهذيب للبغوي (٣٠٦/٤-٣٠٧)، روضة الطالبين (١٢/٥، ١٤)، الأشباه والنظائر للسبكي (٣٥٢/١-٣٥٥)، مغني المحتاج (٢٨٦/٢).

(٤) انظر: المغني (٤٢٩/٧)، تقرير القواعد (٣٢٦/٢)، الإنصاف مع المقنع (١٢٣/١٥-١٢٥)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٧).

(٥) انظر: الوجيز (٢٠٨/١)، العزيز (٤١٧/٥)، الأشباه والنظائر للسبكي (٣٥٢/١-٣٥٤).

(٦) انظر: تقرير القواعد (٣٢٦/٢)، الإنصاف مع المقنع (١٢٣/١٥-١٢٥).

(٧) انظر: المرجعين السابقين.

(٨) بدائع الصنائع (١٤٦/٧). وانظر: المغني (٤٢٩/٧).

(٩) الإنصاف مع المقنع (١٢٤/١٥).

أدلة القولين الثاني والثالث:

لم أعثر لهم على دليل، ولكن يمكن أن يستدل لهم بأنهم يرون أن اليد تثبت على الحر عموما - سواء كان صغيرا أم كبيرا - كما عند أصحاب القول الثاني، أو أنها تثبت على الحر الصغير دون الكبير كما عند أصحاب القول الثالث.

القول المختار:

الذي يظهر - والله تعالى أعلم - أن أقرب الأقوال إلى الصواب: القول الأول، وهو أن الحر لا يضمن باليد؛ وذلك لأن الحر ليس بمال حتى يضمن؛ ولعدم وجود أدلة صحيحة على ضمانه باليد.

المسألة الثانية: في حكم ضمان منفعة الحر باليد:

اختلف الفقهاء في ضمان منفعة الحر باليد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا تضمن منفعة الحر مطلقا باليد، وهو الظاهر من مذهب الحنفية[١].

القول الثاني: تضمن منفعة الحر بالتفويت أي: باستعمال الحر، ولا تضمن بالفوات أي: بحبس الحر وتعطيل منافعه، وهو قول المالكية[٢] والأصحّ عند الشافعية[٣] ووجه عند الحنابلة[٤].

---

(١) انظر: رؤوس المسائل (ص٣٥١)، بدائع الصنائع (١٤٥/٧)، إيثار الإنصاف (ص٤٩٠)، البناية (٢٩٠/١٠-٢٩٣) الدر المختار مع حاشيته (٢٠٥/٦، ٢٠٦-٢٠٧).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٧٤٤/٢-٧٤٥)، جامع الأمهات (ص ٤١٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٥٤/٣)، منح الجليل (١٢٤/٧).

(٣) انظر: التهذيب للبغوي (٣٠٦/٤-٣٠٧)، روضة الطالبين (١٤/٥)، الأشباه والنظائر للسبكي (٣٥٢/١-٣٥٥)، مغني المحتاج (٢٨٦/٢).

(٤) انظر: المغني (٤٢٩/٧-٤٣٠)، تقرير القواعد (٣٢٧/٢-٣٢٨)، الإنصاف مع المقنع (١٢٥/١٥-١٢٦).

القول الثالث: تضمن منفعة الحر بالتفويت أي: باستعمال الحر، وبالفوات أي: بحبس الحر وتعطيل منافعه، وهو وجه عند الشافعية[١] ووجه عند الحنابلة[٢].

أدلة القول الأول:

لم أعثر لأصحاب هذا القول على دليل يخص منفعة الحر، وإنما ذكروا أدلة على عدم ضمان منافع الأموال المغصوبة[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على أن منفعة الحر تضمن بالتفويت بأن الغاصب استوفى منافعه، وهي متقومة، فلزمه ضمانها كمنافع العبد[٤].

واستدلوا على أن منفعة الحر لا تضمن بالفوات بما يلي:

١- لأن منفعة الحر تابعة لما لا يصح غصبه، فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه[٥].

٢- لأن الحر لا يدخل تحت اليد، فمنافعه تفوت تحت يده بخلاف المال[٦].

---

(١) انظر: التهذيب للبغوي (٤/٣٠٦-٤٠٧)، روضة الطالبين (٥/١٤)، الأشباه والنظائر للسبكي (١/٣٥٢-٣٥٥)، مغني المحتاج (٢/٢٨٦).

(٢) انظر: المغني (٧/٤٢٩-٤٣٠)، تقرير القواعد (٢/٣٢٧-٣٢٨)، الإنصاف مع المقنع (١٥/١٢٥-١٢٦).

(٣) انظر: رؤوس المسائل (ص٣٥١-٣٥٢)، بدائع الصنائع (٧/١٤٥)، إيثار الإنصاف (ص ٤٩٠)، البناية (١٠/٢٩٠-٢٩٣).

(٤) انظر: المغني (٧/٤٢٩).

(٥) انظر: المغني (٧/٤٣٠).

(٦) انظر: التهذيب للبغوي (٤/٣٠٧)، العزيز (٥/٤١٧)، روضة الطالبين (٥/١٤)، مغني المحتاج (٢/٢٨٦).

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول على أن منفعة الحر تضمن بالتفويت بما استدل به أصحاب القول الثاني، واستدلوا على أن منفعة الحر تضمن بالفوات بما يلي:

١- لأن منافع الحر تقوّم في الإجارة الفاسدة، فأشبهت منافع الأموال[١].

٢- لأن الغاصب فوّت منفعته، وهي مال يجوز أخذ العوض عنها، فضمنت بالغصب كمنافع العبد[٢].

القول المختار:

أقرب الأقوال إلى الصواب - والله أعلم - هو القول الثالث، وهو أن منفعة الحر تضمن بالتفويت والفوات؛ وذلك لأنه ضيع عليه منفعة متقوّمة بغصبه - وهو محرم - فوجب عليه ضمانها.

المسألة الثالثة: هل يضمن باليد ما فيه شائبة الحرية،كأم الولد والمكاتب والمدبّر؟:

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المدبر يضمن بسبب اليد؛ لأنه مال متقوّم[٣].

واختلفوا في ضمان أم الولد والمكاتب بسبب اليد على قولين:

القول الأول: يضمن المكاتب وأم الولد باليد، وهو المشهور عند المالكية[٤] وقول

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: المغني (٤٣٠/٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٤٦/٧)، الهداية مع فتح القدير (٢٩٣/٨)، عقد الجواهر الثمينة (٧٤٢/٢-٧٤٣)، روضة الطالبين (١٣/٥)، تقرير القواعد (٣٢٦/٢).

(٤) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٧٤٢/٢-٧٤٣)، الذخيرة (٢٧٧/٨).

الشافعية[١] وقول الحنابلة[٢]، ووافقهم أبو يوسف ومحمد بن الحسن في أم الولد[٣].

القول الثاني: لا يضمن المكاتب وأم الولد باليد، وهو قول أبي حنيفة[٤]، ووافقه أبو يوسف ومحمد بن الحسن في المكاتب[٥]، ووافقه سحنون[٦] -من المالكية- في أم الولد[٧].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

---

(١) انظر: التهذيب للبغوي (٣٠٦/٤)، روضة الطالبين (١٣/٥)، مغني المحتاج (٢٨١/٢).

(٢) انظر: المغني (٤٣٠/٧)، الشرح الكبير مع المقنع (١١٤/١٥)، تقرير القواعد (٣٢٦/٢)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٤٦/٧)، الهداية مع فتح القدير (٢٩٣/٨)، البناية (٣١٨/١٠)، مجمع الضمانات (٣١٧/١)، الدر المختار مع حاشيته (٢١٢/٦).

(٤) انظر: المراجع السابقة. و الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١)، مجمع الضمانات (٣١٤/١)، غمز عيون البصائر (٣٨٩/١).

(٥) بدائع الصنائع (١٤٦/٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١)، مجمع الضمانات (٣١٤/١، ٣١٧)، غمز عيون البصائر (٣٨٩/١).

(٦) هو الإمام عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال، أبو سعد التنوخي الحمصي الأصل، المغربي القيرواني المالكي، الملقب بسحنون: بفتح السين وضمها، وهو اسم طائر بالمغرب يوصف بالفطنة والتحرز، سمع من سفيان بن عيينة وعبدالله بن وهب ووكيع بن الجراح وغيرهم، وأخذ عنه بقي بن مخلد وولده محمد فقيه القيروان وابن الحداد وغيرهم، كان إماما في الفقه والزهد والورع، قوالا للحق، شديدا على أهل الأهواء والبدع، من أشهر مؤلفاته كتاب المدونة في الفقه المالكي، توفي – رحمه الله – سنة ٢٤٠هـ.

انظر: ترتيب المدارك (٥٨٥/٢)، سير أعلام النبلاء (٦٣/١٢)، شجرة النور الزكية (ص٦٩).

(٧) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٧٤٣/٢)، الذخيرة (٢٧٧/٨).

أولاً: دليل ضمان المكاتب باليد:

١- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: **(المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم)**[١].

وجه الدلالة: بيّن النبي ﷺ أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، فدل على أنه مال متقوّم، فضمن باليد كالعبد[٢].

ثانياً: أدلة ضمان أم الولد باليد:

١- لأن أم الولد مال متقوّم، والاستيلاد لا يوجب المالية والتقوم؛ لأنه لا يثبت به إلا حق الحرية، فإنه لا يبطل المالية والتقوم كما في المدبر[٣].

٢- لأن أم الولد مملوكة فضمنت باليد كالمدبرة. ألا ترى أن سيدها يملك تزويجها وإجارتها ويأخذ قيمتها لو قتلت[٤].

٣- لأن ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقنّ[٥].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت (٤/٢٤٢-٢٤٤) برقم (٣٩٢٦)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي (٣/٥٦١) برقم (١٢٦٠)، والنسائي في سننه الكبرى: كتاب العتق، باب ذكر الاختلاف على عليّ في المكاتب يؤدي بعض كتابته (٥/٥٢-٥٣) برقم (٥٠٠٧-٥٠١٠)، وابن ماجه في سننه: كتاب العتق، باب المكاتب (٣/٢٠٤) برقم (٢٥١٩)، والحاكم في المستدرك (٢/٢٣٧)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وصحّحه الحاكم ووافقه الذهبي، وحسّنه الألباني في إرواء الغليل (٦/١١٩) وصحيح سنن ابن ماجه (٢/٧٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٤٦)، روضة الطالبين (٥/١٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٤٦-١٤٧)، الهداية مع فتح القدير (٨/٢٩٣).

(٤) انظر: العزيز (٥/٤١٣)، المغني (٧/٤٣٠).

(٥) انظر: المغني (٧/٤٣٠).

٤- تضمن أم الولد باليد قياسا على تضمين الجنين بالغرة[١].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول على عدم ضمان المكاتب باليد بأن المكاتب له يد على نفسه فضمن بالغصب كالحر[٢].

واستدلوا على عدم ضمان أم الولد باليد بما يلي:

١- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: ذكرت أم إبراهيم[٣] عند رسول الله ﷺ فقال: **(أعتقها ولدها)**[٤].

وجه الدلالة: بيّن النبي ﷺ أن الاستيلاد إعتاق، وظاهره يقتضي ثبوت العتق للحال في جميع الأحكام، إلا أنه تأخر في حق بعض الأحكام، فمن ادّعى التأخر في حق سقوط المالية والتقوم، فعليه الدليل[٥].

---

(١) انظر: الذخيرة (٢٧٧/٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١)، مجمع الضمانات (٣١٤/١)، غمز عيون البصائر (٣٨٩/١).

(٣) هي الصحابية الجليلة مارية القبطية، أم إبراهيم ولد رسول الله ﷺ، بعث بها المقوقس صاحب الإسكندرية إلى رسول الله ﷺ هدية، فأنزلها في العالية وكان يطؤها بملك اليمين، وضرب عليها مع ذلك الحجاب، فحملت منه ووضعت إبراهيم، ماتت في خلافة عمر سنة ١٦هـ ودفنت بالبقيع.
انظر: البداية والنهاية (٧٦/٧)، الإصابة (١٨٥/٨).

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب العتق، باب أمهات الأولاد (٢٠٣/٣) برقم (٢٥١٦)، والدارقطني في سننه (١٣١/٤-١٣٢)، والبيهقي في سننه الكبرى: كتاب عتق أمهات الأولاد، باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له (٣٤٦/١٠)، وضعّفه البيهقي والبوصيري في زوائد ابن ماجه ٣٤٢، والألباني في إرواء الغليل (١٨٦/٦).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (١٤٧/٧).

٢- لأن أم الولد مالية غير متقومة فلا تضمن بالغصب[١].

٣- لأن أم الولد تجرى مجرى المال. بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغرماء فأشبهت الحر[٢].

القول المختار:

أقرب القولين إلى الصواب - والعلم عند الله تعالى - القول الأول، وهو أن المكاتب وأم الولد يضمنان باليد؛ وذلك لما يلي:

١- أن أصحاب المذاهب الأربعة اتفقوا على ضمان المدبر باليد، وحالة المكاتب وأم الولد شبيهة بالمدبر أكثر من شبهها بالحر.

٢- صحة الاستدلال بقول النبي ﷺ: **«المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم»**[٣].

٣- أما الحديث الذي استدل به أصحاب القول الثاني فقد ضعّفه جماعة من أهل الحديث.

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هناك فروع فقهية كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، أذكر منها ما يلي:

١- لو باع الغاصب العين المغصوبة، وخلّى بينها وبين المشتري، فتلفت قبل النقل، ثم جاء المالك، فله تضمين المشتري عند من لم ير شرطية النقل[٤].

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٢٩٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١١)، مجمع الضمانات (١/٣١٤).

(٢) انظر: الذخيرة (٨/٢٧٧)، المغني (٧/٤٣٠).

(٣) سبق تخريجه صفحة ٢٨٤.

(٤) انظر: تقرير القواعد (٢/٣٢٤-٣٢٥).

٢- إذا سلم الأجير الخاص نفسه إلى مستأجره فلم يستعمله: استقرت له الأجرة؛ لتلف منافعه تحت يده[١].

٣- إذا حبس حرا، ولم يمنعه من الطعام حتى مات: لم يضمنه[٢].

٤- إذا وطئ حرة بالشبهة، وماتت بالولادة: لم تجب الدية، ولو كانت أمة وجبت القيمة. والفرق أن ضمان الأمة أوسع، فإنها تضمن باليد والجناية، والحرة إنما تضمن بالجناية، ولا تضمن باليد[٣].

٥- إذا نام عبد على بعير، فقاده وأخرجه عن القافلة: قطع، ولو كان حراً لم يقطع[٤].

٦- إذا وضع صبيا حرا في مسبعة فأكله السبع فلا ضمان، بخلاف ما لو كان عبدا[٥].

٧- إذا وجد رجلان، وأقام كل منهما بينة على امرأة أنها زوجته: لم تقدم بينة من هي تحته، بل هما كاثنين أقام كل منهما بينة على نكاح خَلِيّة[٦].

٨- إذا اشترى سلعة منقولة كسيارة أو كتاب، فإن الضمان ينتقل بمجرد العقد إلى المشتري، سواء قبضه أم لم يقبضه، على الصحيح من أقوال أهل العلم[٧].

---

(١) انظر: المرجع السابق (٣٢٦/٢).

(٢) انظر: المنثور (٤٣/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢٤).

(٣) انظر: المنثور (٤٣/٢-٤٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢٤).

(٤) انظر: المنثور (٤٤/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢٤).

(٥) انظر: المرجعين السابقين.

(٦) انظر: المرجعين السابقين.

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٨/٥-٢٣٩)، إيضاح المسالك (ص١١٩-١٢١)، مغني المحتاج (٦٥/٢، ٧٢-٧٣)، المغني (١٨١/٦-١٨٨).

٩- إذا وضع شخص يده على مال منقول – كالعروض والحيوانات – فإنه يضمنه بمجرد وضع يده وإن لم ينقله، في أصحّ قولي العلماء[١].

١٠- إذا اشترى شخص أرضاً أو بيتاً فإن المشتري يضمنه بمجرد حصول العقد وإن لم يقبضه، في أصح قولي العلماء[٢].

١١- إذا وضع شخص يده على أرض أو بيت مملوكين فإن الغصب يتحقق فيهما، ويضمنهما الغاصب بمجرد الاستيلاء عليهما على أصح القولين[٣].

١٢- إذا استولى شخص على مدبر فإنه يضمنه باليد[٤].

١٣- إذا استولى شخص على أم ولد أو مكاتب فإن عليه ضمانها، في أصح القولين[٥].

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٢٤٥، ٢٥٠-٢٥٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٤٣-٤٤٤)، العزيز (٥/٤٠٦)، الإنصاف مع المقنع (١٥/١١٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣٨-٢٣٩)، الإشراف (٢/٥٥٣)، روضة الطالبين (٣/٥٠١، ٥١٧)، تقرير القواعد (٢/٣٢٤).

(٣) انظر: رؤوس المسائل (ص٣٥٤)، المعونة (٢/١٢١٤)، العزيز (٥/٤٠٥-٤٠٦)، منتهى الإرادات (١/٣٦٣).

(٤) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/٢٩٣)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٧٤٢-٧٤٣)، روضة الطالبين (٥/١٣)، تقرير القواعد (٢/٣٢٦).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٤٦)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٧٤٢-٧٤٣)، التهذيب للبغوي (٤/٣٠٦)، تقرير القواعد (٢/٣٢٦).

المبحث الخامس

قاعدة: الزعيم غارم

كان موضع هذه القاعدة - حين وضع الخطة المبدئية للموضوع - في المبحث الأول من الفصل الأول في الباب الثاني، ثم ظهر لي - أثناء دراسة القاعدة - أن الموضع الصحيح لها في هذا المكان؛ لأن الكفالة عقد مسبب للضمان.

وقد يسر الله لي دراسة القاعدة في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة الفقهية الجليلة صاغها النبي ﷺ -كما سيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى-[(١)].

ولم أقف على صيغ أخرى للقاعدة سوى ما قاله محيي السنة البغوي[(٢)] - أثناء شرحه لنص القاعدة من الحديث النبوي الشريف -: «كل من تكفل دينا عن الغير، عليه الغرم»[(٣)].

---

(١) في صفحة ٢٩٢-٢٩٣.

(٢) هو العلامة الحسين بن مسعود، أبو محمد الفراء البغوي، الملقب بمحيي السنة، تفقه على القاضي حسين، وسمع من أبي عمر المليحي وأبي الحسن الداودي وجماعة، وروى عنه أبو منصور محمد العطاري المعروف بحفدة، وأبو الفتوح محمد بن محمد الطائي وأبو المكارم فضل الله بن محمد النوقاني وغيرهم، من مؤلفاته: شرح السنة، المصابيح، ومعالم التنزيل وغيرها، كان إماما جليلا زاهدا ورعا فقيها محدثا مفسرا، جامعا بين العلم والعمل، توفي سنة ٥١٦هـ بمروالروذ.
انظر: وفيات الأعيان (٢/١٣٦-١٣٧)، طبقات الشافعية لابن السبكي (٧/٧٥).

(٣) شرح السنة (٨/٢٢٦).

ونحواً منه قال مفتي دمشق – في وقته – محمود حمزة: «فائدة: كل موضع يرجع فيه المشتري على البائع بالثمن يرجع به على الكفيل بالدرك»[١].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

الزعيم: الكفيل. والزعامة: الكفالة. ومنه قيل لرئيس القوم: الزعيم؛ لأنه هو المتكفل بأمورهم[٢].

أما الكفالة في اصطلاح الفقهاء: فإن هناك مصطلحات أخرى تشاركها في المعنى نفسه، كالضمان والحمالة والزعامة وغيرها[٣].

غير أن فقهاء الحنفية يطلقون لفظ الكفالة على كفالة المال والنفس[٤].

أما فقهاء المالكية فعندهم الكفالة والضمان والحمالة والزعامة بمعنى واحد[٥].

ويفرّق فقهاء الشافعية والحنابلة بين مصطلحي الضمان والكفالة. فيطلقون لفظ الضمان على كفالة المال، ولفظ الكفالة على كفالة النفس[٦].

---

(١) الفرائد البهية (ص٥١).

(٢) انظر: معالم السنن (٥/٢٠٠)، النهاية (٢/٣٠٣، ٣٦٣)، القاموس المحيط (ص ١٤٤٣).

(٣) انظر: المقدمات الممهدات (٢/٣٧٣)، منح الجليل (٦/١٩٨) مغني المحتاج (٢/١٩٨)، الإقناع (٢/٣٤٣).

(٤) انظر: الهداية مع فتح القدير (٦/٢٨٥)، الاختيار (٢/٢٠٠).

(٥) انظر: المقدمات الممهدات (٢/٣٧٣)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٣٦)، منح الجليل (٦/١٩٨).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٤/٢٤٠، ٢٥٣)، السراج الوهاج (ص ٢٤٠-٢٤١، المقنع والشرح الكبير (١٣/٥، ٦١)، منتهى الإرادات (١/٢٩٢، ٢٩٥).

هذا وقد ذكر الفقهاء للكفالة تعاريف كثيرة، أكتفي منها بهذا التعريف، وهو: «التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة»[١].

غارم: أي ضامن، وهو الذي يلتزم ما ضمنه وتكفل به ويؤديه[٢].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن كل من التزم تحمُّل شيء عن غيره وجب عليه ضمانه وأداؤه[٣].

المطلب الرابع

في دراسة القاعدة

يمكن دراسة القاعدة من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: في مشروعية الكفالة:

اتفق الفقهاء على مشروعية الكفالة[٤]، وقد دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

---

(١) مغني المحتاج (١٩٨/٢). وانظر: الاختيار (٢٠٠/٢)، شرح الزرقاني على خليل (٢٢/٦)، المغني (٧١/٧).

(٢) انظر: النهاية (٣٠٣/٢، ٣٦٣)، المصباح المنير (ص ١٦٩).

(٣) انظر: شرح السنة (٢٢٦/٨).

(٤) انظر: كتاب الاختيار (٢٠٠/٢)، البناية (٥٣٧/٧، ٥٥٧-٥٥٨)، البحر الرائق (٢٢٥/٦، ٢٣٥)، التلقين (ص٤٤٤)، المقدمات الممهدات (٣٧٦/٢)، شرح الزرقاني على خليل (٢٢/٦)، اللباب للمحاملي (ص٢٥٧-٢٥٨)، التنبيه (ص٩٣)، كفاية الأخيار (ص٣٦٤)، الكافي لابن قدامة (٢٩٧/٣)، الفروع (٢٣٦/٤)، منار السبيل (٣٥٩/١).

أولاً: الكتاب:

قال تعالى: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾[1].

وجه الدلالة: الشاهد من الآية: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾، والزعيم هو الكفيل كما فسّره الصحابي الجليل عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وغيره[2]؛ فيكون معنى الآية: أن المنادي تكفل بجائزة قدرها حمل بعير لمن أتى بصاع الملك المفقود، وقد أقر يوسف عليه السلام هذه الكفالة ولم ينكرها، وهذا شرع من قبلنا، ولم يرد في شرعنا ما ينسخه، فكان شرعا لنا.

ثانياً: السنة:

١- عن أبي أمامة الباهلي[3] ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ في خطبته عام حجة الوداع: **(إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث، والولد للفراش وللعاهر الحجر وحسابهم على الله، ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة، لا تنفق امرأة من بيت زوجها إلا بإذن زوجها)**، قيل: يا رسول الله ولا الطعام؟ قال: **(ذلك أفضل أموالنا)**، ثم قال: **(العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين**

---

(١) سورة يوسف، الآية [٧٢].

(٢) انظر: تفسير الطبري (٢٥٦/٧).

(٣) هو الصحابي الجليل صُدَي بن عجلان بن وهب، من قيس عيلان، أبو أمامة الباهلي، نزيل حمص، روى علما كثيرا عن النبي ﷺ، وحدث عن عمر ومعاذ وغيرهما، وروى عنه خالد بن معدان والقاسم أبو عبد الرحمن ورجاء بن حيوة وغيرهم، قيل بأنه كان ممن بايع تحت الشجرة، توفي -ﷺ- سنة ٨٦هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: الجرح والتعديل (٤٥٤/٤)، سير أعلام النبلاء (٣٥٩/٣)، الإصابة (٢٤٠/٣).

مقضي، والزعيم غارم)[١].

٢- عن أبي هريرة ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه ذكر رجلا من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار، فقال: ائتني بالشهداء أشهدهم، فقال: كفى بالله شهيداً. قال: فائتني بالكفيل، قال: كفى بالله كفيلا. قال: صدقت، فدفعها إليه على أجل مسمى...[٢].

وجه الدلالة: إن الدائن طلب من المدين كفيلا، وهذا من شرع من قبلنا، لكن لم يرد في شرعنا ما ينسخه، فكان شرعا لنا، لا سيما أن النبي ﷺ قد ذكره مقررا له في سياق الثناء على فاعله.

٣- عن عبدالله بن عباس رضي الله عنهما أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ، فقال: ما عندي شيء أعطيكه، قال: لا والله! لا فارقتك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل، فجرّه إلى النبي ﷺ، فقال له النبي ﷺ: **(كم تستنظره)**؟ فقال: شهرا، فقال رسول الله ﷺ: **(فأنا أحمل له)**،

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٦٧/٥)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العارية (٨٢٤/٣-٨٢٥) برقم (٣٥٦٥)، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٥٦٥/٣) برقم (١٢٦٥)، وكتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث (٣٧٦/٤-٣٧٧) برقم (٢١٢٠)، وابن ماجه في سننه: كتاب الأحكام، باب العارية (١٣٧/٣) برقم (٢٣٩٨) مختصرا، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصحّحه الألباني في السلسلة الصحيحة (١٦٧/٢-١٧١) وإرواء الغليل (٢٤٥/٥-٢٤٧).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٣٤٨/٢-٣٤٩)، وعلّقه البخاري في صحيحه: كتاب الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها (١٤٠/٢-١٤١)، ووصله في كتاب البيوع، باب التجارة في البحر (٧٨/٢) برقم (٢٠٦٣). وانظر: فتح الباري (٥٥٠/٤).

فجاءه في الوقت الذي قال النبي ﷺ، فقال له النبي ﷺ: **(من أين أصبت هذا)**؟ قال: من معدن، قال: **(لا خير فيها)**. وقضاها عنه[١].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ كفل هذا الرجل وتحمل عنه دينه، ولو لم تكن الكفالة جائزة لما فعلها رسول الله ﷺ.

٤- عن سلمة بن الأكوع[٢] رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: **(هل عليه من دين؟)** قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى، فقال: **(هل عليه من دين)**؟ قالوا: نعم، قال: **(فصلوا على صاحبكم)**، قال أبو قتادة[٣]: عليّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه. وفي لفظ:

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في استخراج المعادن (٣/٦٢٢-٦٢٣) برقم (٣٣٢٨)، وابن ماجه في سننه: كتاب الصدقات، باب الكفالة (٣/١٤١) برقم (٢٤٠٦)، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الضمان، باب ما يستدل به على أن الضمان لا ينقل الحق بل يزيد (٦/٧٤)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٥/٢٤٦-٢٤٧) وصحيح سنن ابن ماجه (٢/٥١).

(٢) هو الصحابي الجليل سلمة بن عمرو بن الأكوع، أبو عامر وأبو مسلم، الأسلمي الحجازي المدني، بايع النبي ﷺ عند الشجرة على الموت، وروى عن النبي ﷺ وعن أبي بكر وعمر وغيرهم، حدث عنه ابنه إياس، ومولاه يزيد بن أبي عبيد وأبو سلمة بن عبد الرحمن وغيرهم، توفي سنة ٧٤هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: سير أعلام النبلاء (٣/٣٢٦)، الإصابة (٣/١١٨).

(٣) هو الصحابي الجليل الحارث بن ربعي – على الصحيح – أبو قتادة، الأنصاري السلمي، فارس رسول الله ﷺ، شهد أحدا والخندق والحديبية، حدث عنه أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وعطاء بن يسار وغيرهم، قيل توفي بالمدينة سنة ٥٤هـ، وقيل توفي بالكوفة سنة ٤٠هـ، وأن عليا صلى عليه وكبر عليه سبعا.
انظر: الجرح والتعديل (٣/٧٤)، سير أعلام النبلاء (٢/٤٩٩)، الإصابة (٧/١٥٥).

فقال أبو قتادة: أنا أتكفل به[١].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ امتنع عن الصلاة على جنازة الميت لوجود دين عليه لم يترك له وفاء، فلما تكفل أبو قتادة بقضاء دينه أقرّه النبي ﷺ وصلى على الميت، فدل ذلك على مشروعية الكفالة.

٥- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل المتوفى، عليه الدين، فيسأل: **(هل ترك لدينه فضلا)**؟ فإن حدّث أنه ترك لدينه وفاء صلّى، وإلا قال للمسلمين: **(صلوا على صاحبكم)**. فلما فتح الله عليه الفتوح قال: **(أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي من المؤمنين فترك دينا فعليَّ قضاؤه، ومن ترك مالا فلورثته)**[٢].

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ كان في بداية الأمر لا يصلي على الميت إذا لم يترك وفاء لدينه إلا ذا كفله أحد، فلما فتح الله عليه الفتوح وفاء الله عليه من الغنائم والصدقات تكفل عليه الصلاة والسلام بقضاء دين من مات من المسلمين إذا لم يخلف وفاء لدينه، وهذا يدل على مشروعية الكفالة.

٦- عن قبيصة بن مخارق الهلالي[٣] رضي الله عنه قال: تحمّلت حمالة، فأتيت

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع (٢/١٤١-١٤٢) برقم (٢٢٩٥)، وأخرج اللفظ الآخر ابن ماجه في سننه: كتاب الصدقات، باب الكفالة (٣/١٤١-١٤٢) برقم (٢٤٠٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الكفالة، باب الدين (٢/١٤٣-١٤٤) برقم (٢٢٩٨)، ومسلم في صحيحه: كتاب الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته(٣/١٢٣٧) برقم (١٦١٩).

(٣) هو الصحابي الجليل أبو بشر قبيصة بن المخارق بن عبد الله بن شداد الهلالي البصري، من قيس عيلان، له صحبة، وفد على النبي ﷺ وروى عنه، حدث عنه ابنه قطن وأبو عثمان النهدي وأبو قلابة الجرمي وغيرهم.
انظر: الجرح والتعديل (٧/١٢٤)، الإصابة (٥/٢٢٧).

رسول الله ﷺ أسأله فيها، فقال: **(أقم حتى تأتينا الصدقة، فنأمر لك بها)**. قال: ثم قال: **(يا قبيصة! إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة[١] اجتاحت ماله فحلّت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش، ورجل أصابته فاقة[٢] حتى يقوم ثلاثة من ذوي الحجا من قومه: لقد أصابت فلانا فاقة؛ فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش، فما سواهن من المسألة – يا قبيصة – سحتا يأكلها صاحبها سحتا)**[٣].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أقر حمالة قبيصة، وأجاز له المسألة عليها، والحمالة بمعنى الكفالة؛ فدلّ ذلك على مشروعيتها.

ثالثاً: الإجماع:

أجمع المسلمون على مشروعية الكفالة من حيث الجملة، وإن اختلفوا في بعض الفروع المتعلقة بها[٤].

الفرع الثاني: هل يبرأ المضمون عنه بالضمان؟:

اختلف الفقهاء في المضمون عنه، هل يبرأ بالضمان أم لا؟ على ثلاثة أقوال:

---

(١) الجائحة: هي الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها، وكل مصيبة عظيمة وفتنة مبيرة: جائحة، والجمع: جوائح. انظر: النهاية في غريب الحديث (٣١٢/١)، القاموس المحيط (ص ٢٧٦).

(٢) الفاقة: الحاجة والفقر. انظر: النهاية في غريب الحديث (٤٨٠/٣)، المصباح المنير (ص١٨٤).

(٣)أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الزكاة، باب من تحل له المسألة (٧٢٢/٢) برقم (١٠٤٤).

(٤) انظر: الدر المختار مع حاشيته (٢٨٥/٥)، الذخيرة (١٩١/٩)، روضة الطالبين (٢٤٠/٤)، المجموع (١٤٤/١٣)، المغني (٧٢/٧)، منار السبيل (٣٥٩/١).

القول الأول: لا يبرأ المضمون عنه بالضمان، بل يبقى الحق ثابتا عليه، ولا ينتقل إلى ذمة الضامن، وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣]، والمذهب عند الحنابلة[٤].

القول الثاني: يبرأ المضمون عنه بالضمان، وينتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وعلى هذا فإنه لا يحق لصاحب الحق مطالبة المضمون عنه، وإنما يطالب الضامن وحده، وهذا قول ابن أبي ليلى[٥] وابن شبرمة[٦]

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/٢٥٥)، فتح القدير (٦/٢٨٣-٢٨٤، ٢٩٩)، حاشية رد المحتار (٥/٢٨١-٢٨٢).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٣٩٩)، بداية المجتهد (٢/٣٦٠)، حاشية الدسوقي (٣/٣٣٧).

(٣) انظر: التنبيه (ص٩٣)، حلية العلماء (٢/٦٤٧)، روضة الطالبين (٤/٢٦٤).

(٤) انظر: المغني (٧/٨٤، ٨٦)، المبدع (٤/٢٤٩)، الإنصاف مع المقنع (١٣/٧)، نيل المآرب (٢/١٣٨).

(٥) هو الفقيه القاضي محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار، وقيل غير ذلك، ولد سنة ٧٤هـ، تفقه بالشعبي، وروى عن عطاء والحكم وجماعة، وأخذ عنه سفيان الثوري وشعبة ووكيع وغيرهم، كان فقيها صدوقا صاحب سنة، قارئا عالما، قرأ عليه حمزة الزيات، توفي سنة ١٤٨هـ بالكوفة.

انظر: وفيات الأعيان (٤/١٧٩)، تذكرة الحفاظ (١/١٧١).

(٦) هو: الفقيه القاضي عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان، أبو شبرمة الضبي الكوفي، قيل ولد سنة ٧٢هـ، روى عن إبراهيم بن يزيد النخعي والحسن البصري وإياس بن معاوية وجماعة، روى عنه سفيان الثوري وابن عيينة وشعبة بن الحجاج وجماعة، كان عفيفا صارما عاقلا فقيها، يشبه بالنساك، ثقة في الحديث، شاعرا حسن الخلق جوادا، توفي سنة ١٤٤هـ

انظر: وفيات الأعيان (٨/١٢٩)، سير أعلام النبلاء (٦/٣٤٧).

وأبي ثور[١] وداود وأصحابه[٢].

القول الثالث: يبرأ المضمون عنه بالضمان إذا كان ميتا، أما إذا كان حيا فلا يبرأ به، وهذا القول رواية عن أحمد[٣].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **«نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»**[٤].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيّن أن المؤمن لا يبرأ إلا بقضاء دينه، وهذا يدل على أن مجرد الضمان لا يبرأ به المؤمن حتى يقضى.

---

(١) هو الفقيه أبو ثور إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، صاحب الإمام الشافعي وناقل الأقوال القديمة عنه، كان أول اشتغاله بمذهب أهل الرأي حتى قدم الشافعي العراق فاختلف إليه واتبعه ورفض مذهبه الأول، روى عن سفيان بن عيينة وابن علية والشافعي وغيرهم، وروى عنه أبو داود وابن ماجه وأبو القاسم البغوي وغيرهم، كان أحد الثقات المأمونين ومن الأئمة الأعلام في الدين، وله الكتب المصنفة في الأحكام جمع فيها بين الحديث والفقه، توفي سنة ٢٤٠ ببغداد.

انظر: وفيات الأعيان (١/٢٦)، طبقات الشافعية لابن السبكي (٢/٧٤).

(٢) انظر: أقوالهم في: مختصر اختلاف العلماء (٤/٢٥٥-٢٥٦)، بداية المجتهد (٢/٣٦٠)، حلية العلماء (٢/٦٤٧)، المغني (٧/٨٤)، المحلى (٦/٣٩٦، ٤٠٠).

(٣) انظر: المغني (٧/٨٦)، الإنصاف مع المقنع (١٣/٧).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٢/٤٤٠، ٤٧٥، ٥٠٨)، والترمذي في سننه: كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: **(نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه)** (٣/٣٨٩-٣٩٠) برقم (١٠٧٨)، وابن ماجه في سننه: كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين (٣/١٤٥) برقم (٢٤١٣)، وحسنه الترمذي، وصححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه (٢/٥٣).

٢- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: توفي رجل فغسَّلناه وحنَّطناه[١] وكفنّاه ثم أتينا به رسول الله ﷺ يصلي عليه فقلنا: تصلي عليه، فخطا خطى، ثم قال: **(أعليه دين)**؟ قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فأتيناه فقال أبو قتادة: الديناران عليَّ، فقال رسول الله ﷺ: **(أحق الغريم وبرئ منهما الميت)**؟ قال: نعم، فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك بيوم: **(ما فعل الديناران)**؟ فقال: إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد فقال: قد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: **(الآن بردت عليه جلده)**[٢].

وجه الدلالة: إن «فيه دليل على أن خلوص الميت من ورطة الدين وبراءة ذمته على الحقيقة ورفع العذاب عنه إنما يكون بالقضاء عنه، لا بمجرد التحمل بالدين بلفظ الضمانة؛ ولهذا سارع النبي ﷺ إلى سؤال أبي قتادة - في اليوم الثاني - عن القضاء»[٣].

نوقش هذا الدليل: بأن النبي ﷺ قال لأبي قتادة حين ضمن دين الميت عنه: **(برئ منهما الميت)**.

---

(١) حنطناه: من الحنوط، وهو ما يخلط من الطيب لأكفان الموتى وأجسامهم.
انظر: النهاية في غريب الحديث (١/٤٥٠)، القاموس المحيط (ص ٨٥٦).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٣/٣٣٠)، وأبو داود في سننه: كتاب البيوع والإجارات، باب في التشديد في الدين (٣/٦٣٨-٦٣٩) برقم (٣٣٤٣)، والنسائي في سننه: كتاب الجنائز، باب الصلاة على من عليه دين (٤/٣٦٧-٣٦٨) برقم (١٩٦١)، والدارقطني في سننه (٣/٧٩)، والحاكم في المستدرك (٢/٦٦-٦٧)، وصحّحه الحاكم ووافقه الذهبي، وصحّحه الألباني في صحيح سنن النسائي (٢/٤٢٢).

(٣) نيل الأوطار (٥/٢٧٠). وانظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/٢٥٧-٢٥٨).

أجيب عنه بجوابين:

الأول: إن المراد أن الميت برئ من رجوع أبي قتادة عليه؛ لأن ضمانه كان بغير أمره[١].

الثاني: إن المراد أن أبا قتادة صار هو «المطالب بها، وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته، ووجوب الأداء عليه، بدليل قوله في سياق الحديث – حين أخبره بالقضاء –: **(الآن بردت عليه جلده)**»[٢].

٣- لأن الضمان مشتق من ضمّ ذمة إلى ذمة في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما، وهذا ينافي براءة المضمون عنه بمجرد الضمان[٣].

٤- لأن الضمان وثيقة في ثبوت الحق فلم يجز أن ينتقل به الحق، كالشهادة والرهن[٤].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- عن أبي أمامة الباهلي ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **(الزعيم غارم)**[٥].

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ لما خصّ الضامن بالغرم، دلّ على أن المضمون عنه برئ من الغرم[٦].

---

(١) انظر: الحاوي (٤٣٦/٦).

(٢) المغني (٨٥/٧-٨٦).

(٣) انظر: الحاوي (٤٣٦/٦)، المغني (٨٦/٧).

(٤) انظر: الحاوي (٤٣٦/٦)، المغني (٨٥/٧).

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٣.

(٦) انظر: الحاوي (٤٣٦/٦).

٢- عن علي بن أبي طالب ﷺ قال: كان رسول الله ﷺ إذا أتي بالجنازة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل ويسأل عن دينه. فإن قيل: (عليه دين) كفّ عن الصلاة عليه، وإن قيل: (ليس عليه دين) صلى عليه. فأتي بجنازة فلما قام ليكبر سأل رسول الله ﷺ أصحابه: **(هل على صاحبكم دين)**؟ قالوا: ديناران، فعدل رسول الله ﷺ عنه وقال: **(صلوا على صاحبكم)**، فقال علي ﷺ: هما عليَّ يا رسول الله ﷺ، برئ منهما، فتقدم رسول الله ﷺ فصلى عليه، ثم قال لعلي بن أبي طالب: **(جزاك الله خيرا. فكّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك. إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا وهو مرتهن بدينه، ومن فكّ رهان ميت فكّ الله رهانه يوم القيامة)**، فقال بعضهم: هذا لعليّ عليه السلام خاصة أم للمسلمين عامة؟ فقال: **(بل للمسلمين عامة)**[(١)].

وجه الدلالة: يمكن أن يستدل بهذا الحديث من وجهين:

أولاً: أن النبي ﷺ - بعد أن امتنع من الصلاة عليه – صلى عليه، فدل على براءة ذمته، ولو كان الدين باقيا لكان الامتناع قائما[(٢)].

ثانياً: قوله عليه الصلاة والسلام: **(فكّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك)**، فلما أخبر بفك رهانه دلّ على براءة ذمته[(٣)].

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٤٧/٣)، والبيهقي في سننه: كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان (٧٣/٦)، وفي إسناده عطاء بن عجلان؛ قال البيهقي: «عطاء بن عجلان ضعيف، والروايات في تحمل أبي قتادة دين الميت أصحّ. والله أعلم».

(٢) الحاوي (٤٣٦/٦).

(٣) المرجع السابق.

٣- حديث جابر -رضي الله عنه- السابق في أدلة القول الأول، حيث قال النبي ﷺ لأبي قتادة – بعد ما تكفل بقضاء دين الميت -: **(برئ منهما الميت)**[١].

وجه الدلالة: إن قوله عليه الصلاة والسلام: **(برئ منهما الميت)** صريح في براءة المضمون عنه من الحق بضمان أبي قتادة له[٢].

٤- لأن المال دين واحد، فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه، كالمحال به؛ وذلك لأن الواحد لا يحل في محلين[٣].

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

١- حديث علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- السابق في أدلة القول الثاني[٤].

٢- حديث جابر -رضي الله عنه- السابق في أدلة القول الثاني[٥].

وجه الدلالة منهما: سبق ذكره في أدلة القول الثاني، لا سيما وقد وردت في الميت.

٣- لأن فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته. فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان، بخلاف الحي، فإن المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق بالحق، وثبوته في الذمتين آكد في الاستيثاق[٦].

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٩.

(٢) انظر: المغني (٨٥/٧).

(٣) المرجع السابق.

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٣٠١.

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٩.

(٦) المغني (٨٦/٧).

القول المختار:

الذي يظهر لي – والعلم عند الله تعالى – أن أقرب الأقوال إلى الصواب القول الأول؛ وذلك لما يلي:

أولاً: صحة أدلة أصحاب القول الأول، وصراحتها في المسألة.

ثانياً: وأما أدلة أصحاب القول الثاني فقد أجيب عنها بما يلي:

١- أجيب عن استدلالهم بقول النبي ﷺ: **(الزعيم غارم)**[١] بأنه لا يمتنع أن يكون غيره غارما أيضا؛ لعدم وجود دليل على اختصاص الضامن بالغرم[٢].

٢- وأما صلاة النبي ﷺ على المضمون عنه – كما في حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه[٣] – فلأن الميت بالضمان صار له وفاء، وإنما كان النبي ﷺ يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء[٤].

٣- وأما قول النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه: **(فكّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك)**[٥] فلأن الميت كان في حالة لا يصلّي عليه النبي ﷺ، فلما ضمنه عليّ رضي الله عنه فكه من ذلك[٦].

٤- وأما قول النبي ﷺ عليه الصلاة والسلام لأبي قتادة رضي الله عنه – بعد ما تكفل بقضاء دين الميت –: **(برئ منهما الميت)**[٧] فأجيب عنه من وجهين:

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٣.

(٢) انظر: الحاوي (٤٣٦/٦).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٣٠١.

(٤) انظر: فتح القدير (٢٨٤/٦)، الحاوي (٤٣٦/٦)، المغني (٨٥/٧).

(٥) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٩.

(٦) انظر: فتح القدير (٢٨٤/٦)، الحاوي (٤٣٧/٦)، المغني (٨٥/٧).

(٧) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٩.

الأول: إن المراد أن الميت برئ من رجوع أبي قتادة عليه؛ لأن ضمانه كان بغير أمره[١].

الثاني: إن المراد أن أبا قتادة ﷺ صار هو «المطالب بهما، وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الأداء عليه، بدليل قوله في سياق الحديث - حين أخبره بالقضاء -: **(الآن بردت عليه جلده)**[٢].

٥- أجيب عن قولهم: (إن الدين لا يثبت في ذمتين) بجوابين:

الأول: إنه يجوز تعلق الدين بذمتين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن[٣].

الثاني: إن قولهم غلط؛ «لأن معنى ثبوت الدين في الذمة إنما هو استحقاق المطالبة به، وليس يمتنع أن يكون الحق الواحد يستحق المطالبة به لشخصين، ألا ترى أن من غصب شيئاً ثم غصب منه غاصب آخر واستهلكه كان للمالك مطالبة كل واحد منهما به، ولم يكن ذلك مستحيلا، كذلك في الضمان»[٤].

ثالثاً: وأما أدلة القول الثالث، فيمكن الإجابة عنها بما يلي:

١- أما الدليلان الأول والثاني فقد تقدم الإجابة عنها عند الإجابة عن أدلة القول الثاني، وثمة جواب ثالث عن استدلالهم بقول النبي ﷺ - في حديث جابر ﷺ -: **(برئ منهما الميت)**: «بأن هذا ليس إخبارا منه ﷺ ببراءته، وإنما هو استفهام من أبي قتادة في أنه هل ضمن متبرئا لا ليرجع؛ ولهذا أجابه بنعم»[٥].

---

(١) انظر: الحاوي (٦/٤٣٦).

(٢) المغني (٧/٨٥-٨٦).

(٣) انظر: المغني (٧/٨٦).

(٤) الحاوي (٦/٤٣٧).

(٥) شرح الزركشي (٤/١١٩).

٢- وأما الدليل الثالث فإنه دليل عقلي لا يعارض به النصوص النبوية التي استدل به أصحاب القول الأول.

الفرع الثالث: هل الضمان تعدد لمحل الحق وقيام للضمين مقام المضمون عنه أو هو استيثاق بمنزلة الرهن؟:

اختلف الفقهاء في عقد الضمان هل يخير المضمون له في المطالبة بالحق بين المضمون عنه والضامن، أم أنه يبدأ أولاً بمطالبة المضمون عنه، فإذا تعذر عليه استيفاء حقه منه انتقل إلى مطالبة الضامن؟ على قولين:

القول الأول: إن المضمون له الخيار في المطالبة بالحق بين المضمون عنه والضامن، وهو مذهب الحنفية[١] ومالك[٢] في أول قوليه[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥].

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/٢٥٥)، فتح القدير (٦/٢٨٣-٢٨٤، ٢٩٩)، حاشية رد المحتار (٥/٢٨١-٢٨٢).

(٢) هو إمام دار الهجرة مالك بن أنس بن أبي عامر، أبو عبد الله، الحميري الأصبحي المدني، ولد سنة ٩٣هـ، روى عن نافع مولى ابن عمر، وسعيد المقبري والزهري وعدة غيرهم، حدث عنه شيخه يحيى بن أبي كثير والثوري وشعبة وغيرهم، كان عالم المدينة في زمانه، مناقبه كثيرة وفضائله جمة، حتى أفردت في ذكر سيرته مؤلفات عدة، وله من الكتب: الموطأ، ورسالة في القدر، وغيرها، توفي سنة ١٧٩هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (٨/٤٨)، وفيات الأعيان (٤/١٣٥-١٣٩)، شجرة النور الزكية (ص٥٢).

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٣٩٩)، بداية المجتهد (٢/٣٦٠)، حاشية الدسوقي (٣/٣٣٧).

(٤) انظر: التنبيه (ص٩٣)، حلية العلماء (٢/٦٤٧)، روضة الطالبين (٤/٢٦٤).

(٥) انظر: المغني (٧/٨٤، ٨٦)، المبدع (٤/٢٤٩)، الإنصاف مع المقنع (١٣/٧)، نيل المآرب (٢/١٣٨).

القول الثاني: لا يطالب الضامن إلا إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه، وهو القول الثاني للإمام مالك[١]، وقواه العلامة ابن القيم[٢] واختاره الشيخ عبد الرحمن السعدي[٣].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- عن قبيصة بن مخارق الهلالي رضي الله عنه قال: تحمّلت حمالة، فأتيت رسول الله ﷺ أسأله فيها، فقال: **(أقم حتى تأتينا الصدقة، فنأمر لك بها)**. قال: ثم قال: **(يا قبيصة! إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة..)** الحديث[٤].

وجه الدلالة: أن «في إحلاله المسألة لمن تحمل عن قوم بما ذكر دليل على فساد قول من قال: إن المكفول له ليس له مطالبة الكفيل إذا قدر على مطالبة المكفول عنه؛ لأنه أباح له المسألة بنفس الحمالة ولم يعتبر حال المحتمل عنه من كونه مليئا أو غير مليء»[٥].

٢- عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **(الزعيم غارم)**[٦].

---

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٣٩٨-٣٩٩)، بداية المجتهد (٢/٣٦٠)، حاشية الدسوقي (٣/٣٣٧).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (٣/٤١١-٤١٢).

(٣) انظر: المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (٤/٢/١٥٣).

(٤) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٦.

(٥) مختصر اختلاف العلماء (٤/٢٥٧). وانظر: بداية المجتهد (٢/٣٦٠).

(٦) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٣.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيّن أن الضامن ملزم بأداء الدين الذي تكفل بضمانه، سواء بدأ صاحب المال المطالبة له أم بالمضمون عنه؛ لأن الحديث عام ولم يفرق[١].

٣- «إن الضامن أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق على الوجه الذي كانت ذمة الغريم مشغولة به، فإذا كان له مطالبة الغريم فكذلك له مطالبة الكفيل»[٢].

٤- «إن الحق ثابت في ذمتهما، فملك مطالبة من شاء منهما، كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه»[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١- «إن الضامن فرع والمضمون عنه أصل، وقاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول، كالتراب في الطهارة، والصوم في كفارة اليمين، وشاهد الفرع مع شاهد الأصل، وقد اطرد هذا في ولاية النكاح واستحقاق الميراث، لا يلي فرع مع أصله ولا يرث معه»[٤].

٢- «إن الكفالة توثقة وفي ذلك حفظ للحق فهي جارية مجرى الرهن، ولكن ذاك رهن عين، وهي رهن ذمة أقامها الشارع مقام رهان الأعيان للحاجة إليها، واستدعاء المصلحة لها، والرهن لا يستوفى منه إلا مع تعذر الاستيفاء من

---

(١) انظر: المعونة (١٢٣٣/٢)، عون المعبود (٣٤٧/٩)، نيل المآرب (١٣٩/٢).

(٢) المعونة (١٢٣٣/٢). وانظر: المغني (٨٦/٧).

(٣) المغني (٨٦/٧).

(٤) إعلام الموقعين (٤١١/٣).

الراهن، فكذا الضمين؛ ولهذا كثيرا ما يقترن الرهن والضمين لتواخيهما وتشابههما وحصول الاستيثاق بكل منهما»[١].

٣- «إن الضامن في الأصل لم يوضع لتعدد محل الحق كما لم يوضع لنقله، وإنما وضع ليحفظ صاحب الحق حقه من التوى[٢] والهلاك، ويكون له محل يرجع إليه عند تعذر الاستيفاء من محله الأصلي، ولم ينصب الضامن نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصيل ويسرته والتمكن من مطالبته، والناس يستقبحون هذا ويعدون فاعله متعديا ولا يعذرونه بالمطالبة، حتى إذا تعذر عليه مطالبة الأصيل عذروه بمطالبة الضامن وكانوا عونا له عليه، وهذا أمر مستقر في فطر الناس ومعاملاتهم بحيث لو طالب الضامن والمضمون عنه إلى جانبه والدراهم في كمه وهو متمكن من مطالبته لاستقبحوا ذلك غاية الاستقباح»[٣].

القول المختار:

الذي يبدو - والله تعالى أعلم - أن أصحّ القولين هو القول الثاني، وهو أن الضامن لا يطالب بأداء الدين إلا إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه، إلا إذا التزم الضامن وفاء الدين وإن لم تتعذر مطالبة المضمون عنه؛ وذلك للأسباب التالية:

أولاً: صحة أدلة أصحاب القول الثاني.

ثانياً: أما أدلة أصحاب القول الأول فيمكن الإجابة عنها بما يلي:

---

(١) إعلام الموقعين (٤١١/٣).

(٢) التوى: الهلاك.

انظر: المصباح المنير (ص ٣١)، القاموس المحيط (ص ١٦٣٤).

(٣) إعلام الموقعين (٤١١/٣-٤١٢). وانظر: المعونة (١٢٣٣/٢).

١- استدلالهم بحديث قبيصة رضي الله عنه: يمكن أن يجاب عنه بأن الحمالة هي المال الذي يتحمله الإنسان للإصلاح بين المتنازعين، وذلك بأن تدعي إحدى القبيلتين مالا على الأخرى، والأخرى تنكره، فيقوم المصلح بتحمل ضمان هذا المال للإصلاح بينهما، وفي هذه الحالة يكون الحميل هو المطالَب وحده بالمال؛ لأن القبيلة الأخرى تنكر ثبوت المال عليها أصلا[١].

٢- أما استدلالهم بعموم قول النبي ﷺ: **(الزعيم غارم)** فيجاب عنه «بأنه لا عموم له، ولا يدل على أنه غارم في جميع الأحوال؛ ولهذا لو أدّى الأصيل لم يكن غارما؛ ولحديث أبي قتادة في ضمان دين الميت[٢] لتعذر مطالبة الأصيل»[٣].

٣- وأما استدلالهم بقياس الضامن على المضمون عنه في المساواة بالمطالبة فيجاب عنه بأن بينهما فرقا، وهو أن الضامن فرع، وقاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول، بخلاف المضمون عنه، فهو أصل بنفسه فهو أولى بالمطالبة من الفرع[٤].

٤- وأما استدلالهم بقياس التخيير في المطالبة بين المضمون عنه والضامن على التخيير في المطالبة بين الضامنين: فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن كلاً من الضامنين فرع؛ فلذا جاز التخيير في المطالبة بينهما، بخلاف مسألتنا، فإن المضمون عنه أصل والضامن فرع، وقاعدة الشريعة: أنه لا يصار إلى الفروع إلا إذا تعذرت الأصول[٥].

---

(١) انظر: شرح النووي مع صحيح مسلم (١٣٣/٧).

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٢٩٩.

(٣) إعلام الموقعين (٤١٢/٣).

(٤) انظر: المرجع السابق (٤١١/٣).

(٥) انظر: المرجع السابق.

ثالثاً: وأما إذا التزم الضامن وفاء الدين - وإن لم تتعذر مطالبة المضمون عنه - فلقول النبي ﷺ: **(المسلمون على شروطهم)**[1][2].

الفرع الرابع: في رجوع الضامن على المضمون عنه:

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة - من حيث الجملة[3] - على أن الضامن إذا غرم الدين الذي تكفل به، فإن له الحق في الرجوع على الأصيل - المضمون عنه - ومطالبته بما غرم.

الفرع الخامس: في حكم أخذ الأجرة على الضمان:

اتفق الفقهاء على عدم جواز أخذ الضامن أجرة أو جعلا على ضمانه، قال الإمام أبو بكر بن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز[4].

ثم إني وقفت على فتوى للشيخ عبد الرحمن السعدي مفادها: جواز أخذ الجعل على الكفالة إلا أن الأولى تركها، هذا نصها: «قول الأصحاب رحمهم

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٩١.

(٢) انظر: المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (١٥٣/٢/٤).

(٣) وإن اختلفوا في اشتراط بعض الشروط. وانظر: البحر الرائق (٢٤٣/٦)، حاشية رد المحتار (٣١٤/٥)، الكافي لابن عبد البر (ص ٣٩٩)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٣٥/٣)، روضة الطالبين (٢٦٥/٤)، مغني المحتاج (٢٠٩/٢)، المغني (٤٤١/٦، ٨٩/٧-٩١)، المقنع لابن البنا (٧٢٧/٢).

(٤) الإجماع لابن المنذر (ص١٤١)، الإشراف لابن المنذر (١٢٠/١). وانظر: المبسوط (٢٣/٢٠)، البحر الرائق (٢٤٢/٦)، شرح الزرقاني (٣٣/٦)، حاشية الدسوقي (٣٤١/٣)، الحاوي (٤٤٣/٦)، روضة الطالبين (٢٦٧/٤-٢٦٨)، المغني (٤٤١/٦)، الفروع (٢٠٧/٤).

الله: (وله أخذ جعل على اقتراضه له بجاهه) فيه نظر، فإنه لو قيل: أخذ الجعل على الكفالة لا عن الاقتراض لكان أولى. فإن الاقتراض من جنس الشفاعة، وقد نهى الشارع عن أخذ الجعل فيها، وأما الكفالة فلا محذور في ذلك، ولكن الأولى عدم ذلك. والله أعلم»[١]. والله تعالى أعلم بالصواب.

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هناك فروع فقهية كثيرة تندرج تحت القاعدة، منها ما يلي:

١- من كفل إنسانا بدين فلم يؤد الأصيل – المكفول عنه – الدين في موعده، فيجب على الكفيل الأداء وقضاء الدين[٢].

٢- إذا تصالح اثنان على مال محدود، وكفل بمال الصلح أجنبي عنهما: جازت الكفالة، ويدفع الأجنبي المال للمصالح، فإذا تبين أن المال مستحق أو زيوف فيرجع المصالح على الأجنبي الذي دفع المال لا على صاحبه الذي صالحه؛ لأن الأجنبي قد التزم بالضمان، وبظهور الدراهم مستحقة أو زائفة انتقض القبض لا أصل العقد. فعلى الأجنبي الوفاء، وإن أبى أن يدفع انتقض الصلح وعادت الدعوى[٣].

٣- خطاب الضمان، وهو: «تعهد نهائي يصدر من المصرف بناء على طلب عميله (ويسمى الآمر) بقبول دفع مبلغ نقدي معين، أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة»[٤].

---

(١) الفتاوى السعدية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (٢٥٢/٧).

(٢) موسوعة القواعد للبورنو (٤٢٧/٥). وانظر: المغني (٧١/٧، ٨٩).

(٣) المرجع السابق (٤٢٧/٥-٤٢٨).

(٤) المصارف والأعمال المصرفية (ص١١٥).

وخطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه:

* فإن كان بدون غطاء فهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلا، وهذه هي حقيقة ما يعنى في الفقه الإسلامي باسم: الضمان أو الكفالة.

* وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة، والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له)[١].

«ولا يجوز أخذ الأجر على خطاب الضمان لقاء عملية الضمان، والتي يراعى فيها مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء أم بدونه، بخلاف المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه، فإنها جائزة شرعا مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل»[٢]. والله تعالى أعلم.

٤- الاعتماد المستندي، «وهو: تعهد كتابي صادر من مصرف بناء على طلب مستورد لصالح مورد، يتعهد فيه المصرف بدفع المبالغ التي يستحقها المورد ثمنا لسلع يصدرها للمستورد - (طالب فتح الاعتماد) – متى قدم المورد المستندات المتعلقة بالسلع والشحن، على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد»[٣].

---

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص ٢٥).

(٢) المرجع السابق (ص٢٦) بتصرف. وانظر: تطوير الأعمال المصرفية (ص٢٩٤-٣٠١)، بحوث في المعاملات (ص٣٨٥-٣٩١)، مشكلة الاستثمار (ص٤٨٠-٤٨٨).

(٣) الكفالة للسالوس (ص١٥٩).

وقد خرَّج بعض الباحثين «الاعتماد المستندي المغطى غطاء كليا بأن المصرف يكون في هذه الحالة وكيلا عن فاتح الاعتماد، وإن كان كفيلا بالنسبة للمصدر الذي يعتبر مكفولا له، غير أن المصرف يأخذ عمولة تعد أجرا أو جعلا عن وكالته لا عن كفالته. أما الاعتماد غير المغطى كليا أو جزئيا فالمصرف كفيل، وفاتح الاعتماد غير المغطى مكفول عنه»[١].

٥- البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد (البطاقات الائتمانية).

وقد جاء في تعريفها - ما يبين حقيقتها وأقسامها - بأنها: «أداة يصدرها بنك أو تاجر أو مؤسسة تخول حاملها الحصول على السلع والخدمات، سحبا لأثمانها من رصيده، أو قرضا مدفوعا من قبل مصدرها ضامنا لأصحاب الحقوق ما يتعلق بذمة حاملها، الذي يتعهد بالوفاء والتسديد للقرض خلال مدة معينة من دون زيادة على القرض إلا في حالة عدم الوفاء، أو بزيادة ربوية لدى اختياره الدفع على أقساط، مع حسم عمولة على التاجر من قيمة مبيعاته في جميع الحالات»[٢].

هذا «وقد بادرت بعض المصارف الإسلامية إلى طرح تكييف شرعي لمسائل هذه البطاقات واستخداماتها، مع تبني بعضها إصدار بطاقة تُرَاعَى فيها الشروط الشرعية»[٣].

---

(١) المرجع السابق (ص١٦٠) بتصرف. وانظر: المصارف والأعمال المصرفية (ص١٠٠-١١٣)، تطوير الأعمال المصرفية (ص٣٠٣-٣٠٦)، موقف الشريعة من المصارف (ص٢٩٩-٣٠٢)، مشكلة الاستثمار (ص٤٧٢-٤٧٩).

(٢) البطاقات البنكية (ص٢٢٧).

(٣) بحوث في المعاملات (ص٤١٠).

«ويشتمل نظام بطاقات المعاملات المالية – سواء منها بطاقات الإقراض بأنواعها أو السحب المباشر من الرصيد – على عدة عقود بحسب طبيعة العقد وأطرافه»[(١)]، أهم هذه العقود: عقد الوكالة، وعقد الضمان، وعقد القرض.

والذي يهمنا منها هنا عقد الضمان المالي حيث «يلتزم به البنك المصدر للبطاقة للتاجر – الممول حاملي البطاقات بالبضائع والخدمات – دفع قيمة مبيعاته أو أجوره، يقوم بتسديدها لحسابه مباشرة إذا توافرت كافة الشروط المطلوبة في سندات البيع، حيث يصبح مصدر البطاقة ضامنا، والتاجر مضمونا له، وحامل البطاقة مضمونا عنه، وقيمة البيعات الدين المضمون به»[(٢)].

---

(١) البطاقات البنكية (ص٢٣٠).

(٢) المرجع السابق، بتصرف. وانظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٨/٢/٥٧١-٦٧١)، التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية.

الباب الثاني:

القواعد المتعلقة بالضامن

وفيه فصلان:

الفصل الأول: القواعد المتعلقة بأهلية الضامن.

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بالمباشر والمتسبب.

الفصل الأول:

القواعد المتعلقة بأهلية الضامن

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: قاعدة: لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل.

المبحث الثاني: قاعدة: العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء.

المبحث الأول

قاعدة: لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل

هذه إحدى القواعد المهمة المتعلقة بأهلية الضامن، وقد درستها في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

ثمة صيغ كثيرة ذكرها العلماء لهذه القاعدة، وقد جعلتها تحت قسمين:

القسم الأول: الصيغ العامة:

وهي التي تشمل الضمان وغيره، وهذه الصيغ كما يلي:

أولاً: قال أبو الحسن الماوردي: «الجهل بالأحكام لا يسقطها»[(١)].

ثانياً: قال أبو الخطاب الكلوذاني[(٢)]: «الجهل عذر في رفع المعصية لا في إسقاط الواجب المأمور به»[(٣)].

---

(١) الحاوي (٥/٢٦١).

(٢) هو العالم الفقيه أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوذاني، قرأ على الجوهري والقاضي أبي يعلى وأبي عبد الله الونّني وغيرهم، وقرأ عليه جماعة منهم: عبد الوهاب بن حمزة وأبو بكر الدِّينوري وعبدالقادر الجيلي، من مؤلفاته: "الهداية في الفقه" و"الانتصار في مسائل الخلاف" و"التمهيد في أصول الفقه"، توفي سنة ٥١٠هـ.

انظر: طبقات الحنابلة (٣/١١٦-١٢٧)، المقصد الأرشد (٣/٢٠-٢٣).

(٣) الانتصار (١/٤١٩).

ثالثاً: قال علي السبكي[١]: «الجهل بالحكم الشرعي لا يدفع ثبوته»[٢].

رابعاً: جاء في كتاب "المعيار" ما نصه: «كل ما يتعلق به حق لغيره فلا يعذر الجاهل فيه بجهله»[٣].

القسم الثاني: الصيغ الخاصة:

وهي التي تختص بالضمان دون غيره، وهذه الصيغ كما يلي:

أولاً: جاء في "مختصر اختلاف العلماء" ما نصه: «أحكام المستهلكات لا تختلف فيما يتعلق بها من الضمان بالعلم ولا غيره»[٤].

ثانياً: قال أبو الحسن الماوردي: «الضمان يختلف باختلاف التالف دون المتلف»[٥].

ثالثاً: قال أبو بكر السرخسي: «جهل المتلف لا يكون مانعا من وجوب الضمان عليه مع تحقق الإتلاف»[٦].

---

(١) هو الفقيه الأصولي تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد السبكي، ولد سنة ٦٨٣هـ، تفقه في صغره على والده، وقرأ على ابن دقيق العيد وابن الرفعة، سمع منه الحفاظ: أبو الحجاج المزي وأبو عبد الله الذهبي وأبو محمد البرزالي وغيرهم، له مؤلفات منها: "الدر النظيم في تفسير القرآن العظيم" و"تكملة المجموع في شرح المهذب للنووي" و"الإبهاج في شرح المنهاج"، توفي سنة ٧٥٦هـ.

انظر: تذكرة الحفاظ (١٥٠٧/٤)، طبقات الشافعية لابن السبكي (١٣٩/١٠-٣٣٩).

(٢) المجموع (١٩/١٠).

(٣) المعيار المعرب (٤٥١/٩)، إعداد المهج (ص٧٨-٧٩).

(٤) مختصر اختلاف العلماء (٤٢٠/٣).

(٥) الحاوي (١٠٥/١٥).

(٦) المبسوط (١٠٠/١١).

رابعاً: قال قاضيخان: «جزاء الظلم لا يختلف بالعلم والجهل؛ فإن من أتلف مال الغير ضمن، علم بذلك أم لم يعلم»[١].

خامساً: قال أبو محمد بن قدامة: «الجهل لا يمنع صحة الضمان»[٢].

سادسا: قال أبو زكريا النووي: «الجهل ليس مسقطا للضمان»[٣].

سابعا: قال عبد الوهاب السبكي: «لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل»[٤].

ثامناً: قال برهان الدين بن مفلح: «الإتلاف الموجب للضمان لا فرق فيه بين العلم والجهل»[٥].

تاسعاً: قال أبو العباس الونشريسي: «التعدي على مال الغير يستوي فيه الجهل والعمد»[٦].

عاشراً: قال محمد الشربيني: «الجهل ليس مسقطا للضمان، بل للإثم»[٧].

حادي عشر: قال منصور البهوتي: «الإتلاف يستوي فيه العمد وغيره»[٨].

ثاني عشر: قال عبدالرحمن السعدي: «الإتلاف يستوي فيه المتعمد والجاهل والناسي»[٩].

---

(١) شرح الزيادات (ص١٨٦١) بواسطة موسوعة القواعد للندوي (١٤٣/٢).

(٢) المغني (١٨٦/١٠).

(٣) روضة الطالبين (٩/٥).

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢٧٧/١).

(٥) المبدع (٢٤/٥، ١١٠)، كشاف القناع (٥١٤/٣).

(٦) عدة البروق (ص٣٣٥).

(٧) مغني المحتاج (٢٧٩/٢).

(٨) كشاف القناع (١٤/٣).

(٩) القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

العلم: نقيض الجهل، وهو يدل على أثر بالشيء يتميز به عن غيره، ومنه: (العلامة)، يقال: (أعلم الفارس) إذا كانت له علامة في الحرب، ومنه: (العَلَم)، وجمعه (أعلام)، ويطلق على الراية والجبل وكل شيء يكون معلما خلاف المجهل، ويأتي العلم بمعنى اليقين والمعرفة[١].

وفي الاصطلاح: إدراك الشيء على ما هو عليه[٢].

الجهل: يمكن الكلام عليه في ثلاثة أمور:

الأمر الأول: معنى الجهل في اللغة والاصطلاح:

الجهل لغة: مصدر جهل جهلا وجهالة، وهو يدل على معنيين:

١- نقيض العلم، ومنه (جهل الحق) إذا أضاعه، و(جهّله تجهيلا) أي: نسبه إلى الجهل، ويقال: (أرض مجهل) إذا كانت مفازة لا عَلَم بها ولا يهتدى إليها.

٢- الخفة وخلاف الطمأنينة، يقال: (جهل على غيره) أي: سفه وأخطأ، ويقال: (استجهلت الريحُ الغصنَ) إذا حركته فاضطرب، ويقال للخشبة التي يحرك بها الجمر: (مِجْهَل)[٣].

والجهل في الاصطلاح نوعان:

النوع الأول: الجهل المركب، وهو: تصور الشيء على غير هيئته.

النوع الثاني: الجهل البسيط، وهو: انتفاء إدراك الشيء بالكلية[٤].

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/١٠٩-١١٠)، المصباح المنير (ص ١٦٢).

(٢) انظر: التعريفات (ص١٥٥)، المسودة (ص٥٧٥)، شرح الكوكب المنير (١/٦١).

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة (١/٤٨٩)، المصباح المنير (ص ٤٤)، القاموس المحيط (ص١٢٦٧).

(٤) انظر: التعريفات (ص٨٠)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/١/٥٧)، شرح الكوكب المنير (١/٧٧).

الأمر الثاني: في أقسام الجهل:

ينقسم الجهل إلى قسمين:

١- الجهل بالحكم، وهو: أن لا يعلم الحكم الشرعي في هذه المسألة، مثل جهله بأن الجماع في نهار رمضان حرام على الصائم.

٢- الجهل بالحال، وهو: أن لا يعلم أن هذا الشيء هو المحرم، أو أن هذا الزمن هو زمن التحريم، أو أن هذا المكان مكان التحريم.

مثاله: إذا صلى في مكان ثم تبين أنه مقبرة، فهنا صلاته لا تصح، وهذا جهل بالحال باعتبار المكان[١].

الأمر الثالث: في ضابط الجهل الذي يعذر فيه:

الجهل نوعان:

١- جهل لا يعذر فيه، وهو: ما كان ناشئا عن تفريط وإهمال مع قيام المقتضي للتعلم، سواء كان في الكفر أم في المعاصي.

٢- جهل يعذر فيه، وهو: ما لم ينشأ عن تفريط وإهمال، ولم يقم المقتضي للتعلم، بأن كان لم يطرأ على باله أن هذا الشيء حرام[٢].

---

(١) نقلته من شرح للشيخ محمد العثيمين على منظومته في القواعد الفقهية وأصوله، في شريط كاسيت. وانظر: القواعد الفقهية للعثيمين (ص٦٠)، مختصر شرح منظومة ابن عثيمين (ص٢٨).

(٢) القول المفيد (١/١٧١). وانظر: التقرير والتحبير (٣/٣١٣) وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٦١)، الفروق (٢/١٤٩-١٥١)، القواعد للمقري (٢/٤١٢)، المنهج إلى المنهج (ص٤٤-٤٥)، الرسالة (ص٣٥٧-٣٥٩)، المنثور (٢/١٩-٢٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٨٨)، المغني (٢/٣٤٦، ٤/٦-٧)، القواعد والفوائد الأصولية (ص٥٨)، مجموع فتاوى ورسائل العثيمين (٢/١٢٦-١٣٨).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

من أتلف نفسا أو مالا أو حقا بغير حق: وجب على المتلف ضمانه، سواء كان عالما أم جاهلا[١].

المطلب الرابع

في دراسة القاعدة

يمكن دراسة القاعدة من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

اتفق الفقهاء على صحة القاعدة، وهو أن من أتلف شيئاً من حقوق الآدميين عالما به، فإنه يجب عليه ضمان الشيء المتلف وعليه الإثم، أما إذا كان جاهلا به فيجب عليه الضمان وينتفي عنه الإثم[٢].

واستدلوا على ذلك بمجموعة من الأدلة، جعلتُها في قسمين:

---

(١) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣).

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٤٢٠/٣)، بدائع الصنائع (١٤٨/٧، ١٦٨)، الهداية مع فتح القدير (٢٤٦/٨)، البناية (٢١٣/١٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٦٢)، الدر المختار مع حاشيته (١٧٩/٦-١٨٠)، الفروق (٢١٣/١)، عدة البروق (ص٣٣٥)، المعيار (٤٥١/٩)، شرح المنهج المنتخب (ص٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٦)، منح الجليل (٨٧/٧)، المنهج إلى المنهج (ص٤٥)، الأم (١٨٢/٢-١٨٣)، قواعد الأحكام (٣٥/١، ٢٦٣، ١٥٢/٢)، روضة الطالبين (٩/٥)، الأشباه والنظائر للسبكي (٢٧٧/١)، المنثور (١٥/٢، ١٨)، القواعد للحصني (٤١٨/٣)، فتح الباري (١٩١/٥، ٥٥٩/١١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٨٨، ١٩٢)، مغني المحتاج (٢٧٩/٢) المغني (٣٩٣/٧، ١٨٦/١٠)، المبدع (٢٤/٥)، كشاف القناع (٥١٤/٣)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، المحلى (٤٢٩/٦-٤٣٠).

القسم الأول: الأدلة الدالة على أن المُتلِف إذا كان عالما فإن عليه الإثم والضمان، وإذا كان جاهلا فعليه الضمان فقط:

١- قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(١)].

وجه الدلالة: أن الله عزّ وجلّ نهى عن أكل أموال الناس بغير حق، وذلك يوجب على متلفها الإثم والضمان، ولم يفرق الشارع بين العالم وغيره في ضمان المتلفات[(٢)].

٢- عن أبي بكرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: **(إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)**[(٣)].

وجه الدلالة: بيّن النبي ﷺ أن الأموال محترمة، وأن إتلافها بغير حق حرام. وهذا يقتضي وجوب الضمان وحلول الإثم على متلفها، مع عدم التفريق بين العالم وغيره في وجوب ضمان المتلفات[(٤)].

٣- نقل الشيخ محمود العيني[(٥)] إجماع العلماء على ذلك[(٦)].

---

(١) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٢) انظر: المحلى (٦/٤٢٩-٤٣٠)، البناية (١٠/٢١٣).

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٨١.

(٤) انظر: المحلى (٦/٤٢٩-٤٣٠)، البناية (١٠/٢١٣).

(٥) هو الفقيه المحدث محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، بدر الدين العيني، قاضي القضاة، ولد سنة ٧٦٢هـ بمصر اشتغل ومهر ودخل القاهرة وولي الحسبة مرارا وقضاء الحنفية، أخذ عنه الجمال يوسف المطلي والعلاء السيرامي وجبريل بن صالح البغدادي، من مؤلفاته: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، البناية شرح الهداية، شرح درر البحار، توفي سنة ٨٥٥هـ. انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية (ص٢٠٧)، معجم المؤلفين (٣/٧٩٧-٧٩٨).

(٦) البناية (١٠/٢١٣).

٤- إن الضمان حق العبد، فلا يتوقف على قصده[١].

٥- إن الضمان يجب جبرا لحق صاحب المال بتفويته، وحقه مراعى، وإن كان الآخذ معذورا لجهله وعدم قصده[٢].

القسم الثاني: الأدلة على رفع الإثم عن المُتلِف الجاهل:

١- قال تعالى: ﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ﴾[٣].

٢- قال تعالى: ﴿ لَّا يَتَّخِذِ ٱلۡمُؤۡمِنُونَ ٱلۡكَٰفِرِينَ أَوۡلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۖ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَلَيۡسَ مِنَ ٱللَّهِ فِي شَيۡءٍ إِلَّآ أَن تَتَّقُواْ مِنۡهُمۡ تُقَىٰةٗ ﴾[٤].

٣- قال تعالى: ﴿ وَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٞ فِيمَآ أَخۡطَأۡتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتۡ قُلُوبُكُمۡ ﴾[٥].

٤- قال تعالى: ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذۡنَآ إِن نَّسِينَآ أَوۡ أَخۡطَأۡنَا ﴾[٦].

٥- وقد جاء في سبب نزول هذه الآية ما رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿ وَإِن تُبۡدُواْ مَا فِيٓ أَنفُسِكُمۡ أَوۡ تُخۡفُوهُ يُحَاسِبۡكُم بِهِ ٱللَّهُ ﴾[٧]، قال: دخل قلوبهم منها شيء لم يدخل قلوبهم من شيء؛ فقال النبي ﷺ: **(قولوا: سمعنا وأطعنا وسلمنا)**، قال: فألقى الله الإيمان في قلوبهم،

---

(١) المرجع السابق. والهداية مع فتح القدير (٨/٢٤٦).

(٢) انظر: الكفاية مع فتح القدير (٨/٢٤٦).

(٣) سورة النحل، الآية [١٠٦].

(٤) سورة آل عمران، الآية [٢٨].

(٥) سورة الأحزاب، الآية [٥].

(٦) سورة البقرة، الآية [٢٨٦].

(٧) سورة البقرة، الآية [٢٨٤].

فأنزل الله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ ۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾، قال: قد فعلت، ﴿ وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ﴾، قال: قد فعلت، ﴿ وَٱغْفِرْ لَنَا وَٱرْحَمْنَآ ۚ أَنتَ مَوْلَىٰنَا ﴾، قال: قد فعلت[1].

٦- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(إن الله عزّ وجلّ تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)**[2].

٧- عن عمرو بن العاص[3] رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: **(إذا حكم**

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب بيان أنه سبحانه وتعالى لم يكلف إلا ما يطاق (١/١١٥) برقم (١٢٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي (٢/٥١٣-٥١٤) برقم (٢٠٤٣)، بلفظ «إن الله وضع...»، والحاكم في المستدرك (٢/٢١٦)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٩٥)، والدارقطني في سننه (٤/١٧٠) وما بعدها، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره (٧/٣٥٦)، كلهم بلفظ «تجاوز...»، وصححه الحاكم وابن رجب والألباني. وللحديث شواهد وطرق ذكرها الزيلعي وابن حجر، وقال ابن حجر: «تكرر هذا الحديث في كتب الفقهاء والأصوليين بلفظ: «رفع عن أمتي» ولم نره بها في الأحاديث المتقدمة عند جميع من أخرجه». وذكر الزيلعي والألباني نحوه. انظر: نصب الراية (٢/٦٤) وما بعدها، التلخيص الحبير (١/٥٠٠-٥١٢)، جامع العلوم والحكم (ص٣٧١)، إرواء الغليل (١/١٢٣) وما بعدها.

(٣) هو الصحابي الجليل عمرو بن العاص بن وائل، أبو عبد الله، ويقال أبو محمد، السهمي القرشي، هاجر إلى رسول الله ﷺ مسلما في أوائل سنة ثمان، وكان يضرب به المثل في الفطنة والدهاء والحزم، حدث عنه ابنه عبد الله وعروة بن الزبير والحسن البصري مرسلا وغيرهم، وهو الذي افتتح مصر وولي إمرتها زمن عمر وصدرا من دولة عثمان، ثم أعطاه معاوية إياها، وفيها تُوفي سنة ٤٣هـ، وقيل غير ذلك.
انظر: أسد الغابة (٤/١١٥)، سير أعلام النبلاء (٣/٥٤).

الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر)[١].

وجه الدلالة من هذه الآيات والأحاديث: دلّت هذه الآيات الكريمات والأحاديث النبوية الشريفة على رفع الإثم عن المخطئ والناسي والمكره[٢].

والجاهل يأخذ حكم المخطئ والناسي والمكره؛ لوجود العذر في كل[٣]. والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: في تقييد القاعدة:

ذكرت في الفرع الأول اتفاق العلماء على صحة القاعدة، وهو أن من أتلف شيئاً وهو عالم به وجب عليه الضمان وحلَّ عليه الإثم، أما إذا كان جاهلا به فإن الضمان يجب عليه وينتفي عنه الإثم.

غير أن بعض العلماء قيَّد هذه القاعدة - (لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل) - بحقوق الآدميين، أما حقوق الله فإن ثمة فرقاً بين العلم والجهل في ضمان المتلفات، فمن كان عالما وجب عليه الضمان وحلَّ عليه الإثم، ومن كان جاهلا سقط عنه الضمان والإثم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الاعتصام بالسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (٣٧٢/٤) برقم (٧٣٥٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (١٣٤٢/٣) برقم (١٧١٦).

(٢) انظر: جامع العلوم والحكم (ص٣٧٣)، البناية (٢١٣/١٠)، الكفاية مع فتح القدير (٢٤٦/٨-٢٤٧)، الشرح الممتع (٢٢٣/٧-٢٢٤).

(٣) انظر: المجموع (٣١٦/٧)، المغني (١٧٣/٥، ١٧٤، ٣٩١-٣٩٣)، الشرح الكبير مع المقنع (٣٣٤/٨، ٤٢٠)، الفروع (٣٨٩/٣-٣٩٠)، الإنصاف مع المقنع (٣٣٤/٨-٣٣٥، ٤٢٦، ٤٢٨)، الشرح الممتع (٢٢٢/٧-٢٢٤).

وممن ذهب إلى هذا التقييد العلامة عبد الرحمن السعدي حيث يقول: «وليس فيه - أي إتلاف المحرم للصيد - إتلاف مال آدمي حتى يستوي عمده وسهوه، وإنما الحق كله لله، وحقه تعالى بني على المسامحة والمساهلة»[(١)].

وقال أيضا: «والفرق بينه وبين أموال الآدميين: أن الحق في قتل الصيد للمحرم لله، والإثم مترتب على القصد، فكذلك الجزاء»[(٢)].

وقال أيضا: «وليس في ذلك إتلاف حق آدمي حتى يقال فيه: والإتلاف يستوي فيه المتعمد وغيره، وإنما ذلك في أموال الآدميين ونفوسهم، وأما في حقوق الله فإنه يترتب على الإثم. والله أعلم»[(٣)].

وتبعه في ذلك تلميذه العلامة محمد العثيمين، حيث يقول في منظومته في القواعد الفقهية وأصوله:

والإثم والضمان يسقطان بالجهل والإكراه والنسيان
إن كان ذا في حق مولانا ولا تسقط ضمانا في حقوق للملا[(٤)]

وقال أيضا: «إن الإتلاف الذي يستوي فيه العمد وغيره هو ما كان في حق الآدمي»[(٥)].

ومن أجل الكشف عن مدى صحة هذا التقييد، رأيت أن أبحث مسألة من فروع هذه القاعدة المتعلقة بحقوق الله جلّ وعلا؛ لنتعرف على أقوال الفقهاء في

---

(١) الإرشاد (ص٩٢). وانظر: فتح الباري (١٩١/٥، ٥٥٩/١١).
(٢) القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤).
(٣) المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبدالرحمن السعدي (١٣٩/٢/٤).
(٤) منظومة في أصول الفقه وقواعد فقهية (ص١٤)، القواعد الفقهية للعثيمين (ص٦٠).
(٥) الشرح الممتع (٢٢٧/٧).

هذا التقييد وأدلتهم والراجح من هذه الأقوال، من خلال دراسة هذه المسألة، وقد اخترت أن تكون هذه المسألة هي:

مسألة: هل تسقط الفدية عن المحرم إذا قتل الصيد[١] جاهلا به أو مخطئا أو ناسيا؟.

اتفق الفقهاء على سقوط الإثم عن المحرم إذا قتل الصيد جاهلا به أو مخطئا أو ناسيا[٢].

واختلفوا في سقوط الفدية عنه على قولين:

القول الأول: لا تسقط الفدية، وهو قول الحنفية[٣] والمالكية[٤] والمذهب المنصوص عليه عند الشافعية[٥] والصحيح من المذهب عند الحنابلة[٦].

---

(١) عدَّ العلماء قتل الصيد من باب ضمان المتلفات. انظر: الهداية مع فتح القدير (٦/٣)، المغني (٣٩٧/٥)، إعلام الموقعين (٣١/٢).

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٤٦/٨)، البناية (٢١٣/١٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٦٢)، الدر المختار مع حاشية رد المحتار (١٧٩/٦-١٨٠)، الفروق (٢١٣/١)، شرح المنهج المنتخب (ص٢٤٢-٢٤٣)، الأم (١٨٢/٢-١٨٣)، قواعد الأحكام (٣٥/١)، المنثور (١٥/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٨٨)، مغني المحتاج (٢٧٩/٢)، المغني (٣٩٣/٧)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، المحلى (٤٢٩/٦)، مناسك الحج والعمرة (ص٤٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٠١/٢)، الهداية مع فتح القدير (٦/٣)، الاختيار (٢١٤/١)، حاشية رد المحتار (٥٤٣/٢).

(٤) انظر: الإشراف (٤٩٦/١)، المعونة (٥٣٥/١)، التلقين (ص٢١٧)، بداية المجتهد (٤١٥/١، ٤١٦)، جامع الأمهات (ص٢٠٩)، حاشية الدسوقي (٧٤/٢).

(٥) انظر: الأم (١٥٤/٢، ١٨٢-١٨٣)، المجموع (٣١٦/٧، ٣٤١)، روضة الطالبين (١٣٧/٣)، مغني المحتاج (٥٢٤/١).

(٦) انظر: المغني (٣٩٦/٥-٣٩٧)، المبدع (١٨٥/٣-١٨٦)، الإنصاف مع المقنع (٣٢٧/٨).

القول الثاني: تسقط الفدية، وهو وجه عند الشافعية[١] ورواية عند الحنابلة[٢] وقول الظاهرية[٣].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١- قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾[٤].

وجه الدلالة: يحتمل أن يكون المراد: متعمدا لقتله ناسيا لإحرامه، كما يحتمل أن يكون المراد متعمدا لقتله ذاكرا لإحرامه، فلما احتمل الأمرين وجب حمله عليهما؛ لأن ظواهر العموم يتناولهما[٥].

٢- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: جعل رسول الله ﷺ في الضبع يصيبه المحرم كبشا، وجعله من الصيد[٦].

---

(١) انظر: المجموع (٣١٦/٧)، روضة الطالبين (١٣٧/٣).

(٢) انظر: المغني (٣٩٦/٥-٣٩٧)، المبدع (١٨٥/٣-١٨٦)، الإنصاف مع المقنع (٣٢٧/٨).

(٣) انظر: المحلى (٢٣٤/٥).

(٤) سورة المائدة، [٩٥].

(٥) انظر: المعونة (٥٣٥/١)، المجموع (٣٤٢/٧).

(٦) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الأطعمة، باب في أكل الضبع (١٥٨/٤-١٥٩) برقم (٣٨٠١)، والترمذي في سننه: كتاب الحج، باب ما جاء في الضبع يصيبها المحرم (٢٠٧/٣-٢٠٨) برقم (٨٥١)، والنسائي في سننه: كتاب مناسك الحج، باب ما لا يقتله المحرم (٢٠٩/٥-٢١٠) برقم (٢٨٣٦)، وكتاب الصيد، باب الضبع (٢٢٧/٧) برقم (٤٣٣٤)، وابن ماجه في سننه: كتاب المناسك، باب جزاء الصيد يصيبه المحرم (٥٠٧/٣) برقم (٣٠٨٥)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه الألباني في الإرواء (٢٤٢/٤)، وصحيح سنن ابن ماجه (١٩٢/٢).

٣- عن أبي هريرة ﷺأن رسول الله ﷺ قال في بيض النعام يصيبه المحرم: **(ثمنه)**[١].

وجه الدلالة من الحديثين: أن النبي ﷺ أوجب على المحرم ضمان ما أتلفه من الصيد دون تفريق بين العالم والجاهل، ولا بين المتعمد والمخطئ ولا بين الذاكر والناسي[٢].

٤- إن ضمان الصيد يعتمد وجوبه الإتلاف؛ لقوله تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم﴾[٣]، فأشبه غرامات الأموال في وجوب الضمان مع العلم والجهل، والعمد والخطأ، والذكر والنسيان[٤].

٥- إن المتلف في حال جهله أو خطئه أو نسيانه، قد أتلف الصيد في حال الإحرام أو الحرم، فأشبه المتلف العالم أو المتعمد أو الذاكر[٥].

٦- إن الصيد حيوان مضمون بالكفارة، فلزم ذلك في إتلافه مع الجهل والخطأ والنسيان كالآدمي[٦].

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب المناسك، باب جزاء الصيد يصيبه المحرم (٥٠٨/٣) برقم (٣٠٨٦)، وضعفه البوصيري في زوائد ابن ماجه (ص٤٠٥)، والألباني في ضعيف سنن ابن ماجه (ص٢٤٢)، وإرواء الغليل (٢١٦/٤).

(٢) انظر: الإشراف (٤٩٦/١)، المعونة (٥٣٥/١)، المغني (٣٩٧/٥).

(٣) سورة المائدة، الآية [٩٥].

(٤) انظر: الهداية والكفاية مع فتح القدير (٦/٣-٧)، بداية المجتهد (٤١٦/١-٤١٧)، المغني (٣٩٧/٥).

(٥) انظر: الإشراف (٤٩٦/١)، المعونة (٥٣٥/١).

(٦) انظر: الكفاية مع فتح القدير (٧/٣)، الإشراف (٤٩٦/١)، المجموع (٣٤٣/٧).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾[١].

وجه الدلالة: دل منطوق الآية على اشتراط التعمد في وجوب الجزاء على المحرم القاتل للصيد، ودل مفهومها على أنه لا جزاء على الخاطئ[٢]، والجاهل والناسي يأخذ حكم الخاطئ؛ لوجود العذر فيهما[٣].

٢- عموم الأدلة الدالة على العفو عن الخطأ والنسيان والإكراه - ويدخل في ذلك الجهل - كقول الله تعالى: ﴿ وَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٞ فِيمَآ أَخۡطَأۡتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتۡ قُلُوبُكُمۡ ﴾[٤]، وقوله جلّ وعلا: ﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ﴾[٥]، وقوله تعالى: ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذۡنَآ إِن نَّسِينَآ أَوۡ أَخۡطَأۡنَا ﴾[٦]، وقد ثبت عن النبي ﷺ أن الله تعالى قد استجاب هذا الدعاء وقال: قد فعلت[٧].

---

(١) سورة المائدة، [٩٥].

(٢) انظر: بداية المجتهد (٦٧/١)، المجموع (٣٤٢/٧)، المغني (٣٩٧/٥)، المحلى (٢٣٤/٥-٢٣٥).

(٣) انظر: المجموع (٣١٦/٧)، المغني (١٧٣/٥، ١٧٤، ٣٩١-٣٩٣)، الشرح الكبير مع المقنع (٣٣٤/٨، ٤٢٠)، الفروع (٣٨٩/٣-٣٩٠)، الإنصاف مع المقنع (٣٣٤/٨-٣٣٥، ٤٢٦، ٤٢٨)، الشرح الممتع (٢٢٢/٧-٢٢٤).

(٤) سورة الأحزاب، الآية [٥].

(٥) سورة النحل، الآية [١٠٦].

(٦) سورة البقرة، الآية [٢٨٦].

(٧) تقدم تخريجه صفحة ٣٢٧.

ومن الأدلة العامة أيضا ما جاء عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(إن الله عزّ وجلّ تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)**[١][٢].

٣- إن الأصل براءة الذمة عن لزوم شيء في المال حتى يأتي الدليل الدال عليه. ولا يوجد دليل يدل على إيجاب الفدية على المحرم إذا قتل الصيد وهو جاهل أو مخطئ أو ناسٍ[٣].

٤- إن قتل الصيد محظور في الإحرام، فوجب مع العلم والعمد والذكر دون الجهل والخطأ والنسيان كالطيب واللباس[٤].

القول المختار:

بعد عرض قَوْلَي العلماء في هذه المسألة، وما استدل به أصحاب كل قول، يظهر لي - والعلم عند الله - أن أقرب القولين إلى الصواب هو القول الثاني القاضي بسقوط الفدية بالجهل والخطأ والنسيان؛ وذلك للأسباب التالية:

أولاً: قوة أدلة هذا القول، لا سيما صريح قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا﴾[٥].

ثانياً: يمكن الإجابة عن أدلة القول الأول بما يلي:

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٣٢٧.

(٢) انظر: المجموع (٣٤٢/٧)، المحلى (٢٣٥/٥).

(٣) انظر: المغني (٣٩٧/٥)، السيل الجرار (١٧٧/٢).

(٤) انظر: المجموع (٣٤٢/٧)، المغني (٣٩٧/٥).

(٥) سورة المائدة، الآية [٩٥].

١- إن قولهم في وجه الاستدلال من الآية: (يحتمل أن يكون المراد متعمدا لقتله ناسيا لإحرامه) «غير صحيح ولا ظاهر؛ لمخالفته ظاهر القرآن بلا دليل. ولأن قوله تعالى: ﴿لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِۦ﴾ يدل على أنه متعمد ارتكاب المحظور، والناسي للإحرام غير المتعمد لم يرتكب محظوراً»[(١)]، وعلى هذا يكون الصحيح أن المراد متعمد قتله ذاكر إحرامه.

٢- أما الحديثان فيمكن أن يجاب عنهما من وجهين:

الوجه الأول: إن حديث أبي هريرة ﷺ ضعيف كما سبق في تخريجه[(٢)].

الوجه الثاني: إن حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عام خصّ بقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾[(٣)]، وبهذا ينتفي التعارض بينهما.

٣- أما الأدلة العقلية الأخرى فهي أقيسة فاسدة الاعتبار لمعارضتها للنص.

وبهذا يتبين صحة تقييد القاعدة (لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل) بحقوق الآدميين، أما حقوق الله عزّ وجلّ فإنه إن كان المُتلِف عالما وجب عليه الضمان وحلّ عليه الإثم، وإن كان جاهلا سقط عنه الضمان والإثم.

غير أنه يستثنى من حقوق الله إيجاب الكفارة على قاتل المؤمن خطأ لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾[(٤)(٥)].

---

(١) مناسك الحج والعمرة (ص٤٦-٤٧). وانظر: بداية المجتهد (١/٤١٧).

(٢) في صفحة ٣٣٢.

(٣) سورة المائدة، الآية [٩٥].

(٤) سورة النساء، الآية [٩٢].

(٥) انظر: المحلى (٥/٢٣٦-٢٣٧)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٥/٢٢٧).

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هناك فروع فقهية كثيرة تندرج تحت القاعدة، أذكر منها ما يلي:

١- إذا قدم الغاصب للضيف طعاما مغصوبا ضيافة، فأكله الضيف جاهلاً: فقرار الضمان عليه[١].

٢- إذا أتلف المشتري المبيع قبل القبض جاهلا فإنه يعتبر قابضا له[٢].

٣- إذا خاطب زوجته بالطلاق جاهلا بأنها زوجته، بأن كان في ظلمة، أو نكحها له وليه أو وكيله ولم يعلم: وقع الطلاق[٣].

٤- إذا خاطب أمته بالعتق جاهلا بأنها أمته: وقع العتق[٤].

٥- إذا حلف على شيء بالله أن يفعله، فتركه جاهلاً: لم يحنث على الصحيح[٥].

٦- إذا جامع الصائم امرأته في نهار رمضان جاهلا بالحكم، فإنه لا قضاء عليه ولا كفارة على الصحيح من أقوال العلماء[٦].

٧- إذا قتل المحرم الصيد جاهلا بتحريمه لم تجب عليه الفدية على الصحيح[٧].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٩٢). وانظر: المطلب الرابع: في قاعدة (كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان) صفحة ٢٠٣.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: المرجع السابق. المغني (١٣/٤٤٦-٤٤٧).

(٦) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٥/٢٢٦).

(٧) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣-٤٤).

٨- إذا اشترى عامل المضاربة عبدا يعتق على رب المال، فإن البيع يصح ويعتق العبد، ويضمن العامل ثمنه لرب المال، سواء علم به أم جهل[١].

٩- اتفق الفقهاء على تضمين المتطبب الجاهل، إذا عالج إنسانا أو حيوانا فأتلفه كله أو عضوا منه؛ وذلك لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(من تطبّب ولا يعلم منه طبٌّ فهو ضامن)**[٢][٣].

١٠- إذا وضع شخص سيارته عند رجل ادّعى أنه يعرف كيفية إصلاحها، فأفسدها لجهله بإصلاحها: وجب عليه ضمان إفساده لها.

---

(١) انظر: المبدع (٥/٢٣-٢٤).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الديات، باب فيمن تطبب بغير علم فأعنت (٤/٧١٠) برقم (٤٥٨٦)، والنسائي في سننه: كتاب القسامة، باب صفة شبه العمد... (٨/٤٢٢-٤٢٣) برقم (٤٨٤٥)، وابن ماجه في سننه: كتاب الطب، باب من تطبب ولم يعلم منه طب (٤/١٠٣) برقم (٣٤٦٦)، والحاكم في المستدرك (٤/٢٣٦)، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، وصححه – أيضا – الألباني في السلسلة الصحيحة (٢/٢٢٨)، وصحيح سنن ابن ماجه (٢/٢٥٧).

(٣) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦/٥٦٧)، بداية المجتهد (٢/٥١١)، تبصرة الحكام (٢/٢٤٣)، معالم السنن (٦/٣٧٨-٣٧٩)، شرح السنة (١٠/٣٤١، المبدع (٥/١١٠)، الروض المربع (١/٦٢٨).

المبحث الثاني

قاعدة: العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء

هذه القاعدة إحدى القواعد المهمة المتعلقة بأهلية الضامن، وقد يسر الله لي دراستها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

ذكر الفقهاء لهذه القاعدة صيغا كثيرة في مواطن ومناسبات عديدة، وفيما يلي ذكر ما وقفت عليه منها مرتبة على المذاهب الفقهية.

أولا: المذهب الحنفي:

١- قال أبو الحسن المرغيناني: «الخطأ في حق العباد غير موضوع»[(١)].

ثانيا: المذهب المالكي:

١- قال أبو عمر بن عبدالبر[(٢)]: «الأموال تضمن بالخطأ كما تضمن بالعمد»[(٣)].

---

(١) الهداية مع فتح القدير (٥/١٥٧). وانظر: المبسوط (١٦/١١).

(٢) هو العلامة الحافظ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد الله النمري الأندلسي القرطبي، ولد سنة ٣٦٨هـ، سمع من أبي محمد عبد الله بن محمد وإسماعيل الصفار، وتفقه بابن المكوى وابن الفرضي وغيرهما، وحدث عنه أبو محمد بن حزم وأبو عبدالله الحميدي وأبو علي الغساني وغيرهم، له مؤلفات منها: "التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد" و"الاستذكار" و"الاستيعاب في أسماء الصحابة"، توفي سنة ٤٦٣هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (١٨/١٥٣-١٥٥)، البداية والنهاية (١٢/١١١)، شجرة النور الزكية (ص١١٩).

(٣) الكافي لابن عبد البر (ص ٤٠٤)، الاستذكار (٢٢/٢٧١، ٢٨٧).

٢- قال أبو الوليد بن رشد الجد: «أموال الناس تضمن بالعمد والخطأ»[١].

٣- قال أبو العباس القرافي: «العمد والخطأ في أموال الناس سواء»[٢].

٤- قال أبو عبد الله المقري: «العمد والخطأ في ضمان المتلفات سواء»[٣].

٥- جاء في كتاب "المعيار" ما نصه: «تضمن الأموال في العمد والخطأ»[٤].

٦- قال أبو العباس الونشريسي: «التعدي على مال الغير يستوي فيه الجهل والعمد»[٥].

ثالثا: المذهب الشافعي:

١- قال أبو الحسن الماوردي: «العمد والخطأ في الأموال سواء»[٦].

٢- وقال أيضاً: «حكم العمد والخطأ في الأموال سواء»[٧].

٣- وقال أيضاً: «ضمان الأموال يستوي فيه العمد والخطأ»[٨].

٤- وقال أيضاً: «الخطأ في حقوق الأموال كالعمد»[٩].

٥- وقال أيضاً: «العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء»[١٠].

---

(١) البيان والتحصيل (٨/٤٨٥).

(٢) الذخيرة (١٢/٢٥٩)، المعيار (٥/٣٤٦)، عدة البروق (ص٦٣٩)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٥٧)، حاشية الدسوقي (٣/٤٢٠).

(٣) القواعد للمقري (٢/٦٠٣).

(٤) المعيار (٥/٣٤٦).

(٥) عدة البروق (ص٣٣٥).

(٦) الحاوي (٧/٥٠).

(٧) المرجع السابق (٧/١٧٠).

(٨) المرجع السابق (١٧/٢٧٠).

(٩) المرجع السابق (١٥/٣٠٥).

(١٠) المرجع السابق (٨/٣٥٩).

٦- وقال أيضا: «الضمان يختلف باختلاف التالف دون المتلف»[١].

٧- قال العز بن عبد السلام[٢]: «من وضع يده خطأ على مال غيره لزمه ضمانه إلا الحكام وأمناء الحكام»[٣].

٨- وقال أيضا: «الجوابر لا تتوقف على المآثم»[٤].

رابعا: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو علي بن البنا[٥]: «كل حق ضمن بالعمد ضمن بالخطأ»[٦].

٢- قال أبو محمد بن قدامة: «ما ضمن في العمد ضمن في الخطأ»[٧].

---

(١) الحاوي (١٥/١٠٥).

(٢) هو العلامة عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن بن محمد بن مهذب السلمي، الملقب بسلطان العلماء، ولد سنة ٥٧٧هـ أو ٥٧٨هـ، وتفقه على فخر الدين ابن عساكر وغيره، وقرأ الأصول على سيف الدين الآمدي، وسمع الحديث من الحافظ أبي محمد بن عساكر وغيره، روى عنه: ابن دقيق العيد وأبو الحسن الباجي وأبو محمد الدمياطي، من مؤلفاته: "قواعد الأحكام" و"مجاز القرآن" و"مختصر صحيح مسلم"، توفي سنة ٦٦٠هـ.
انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي (٨/٢٠٩)، البداية والنهاية (١٣/٢٤٨).

(٣) قواعد الأحكام (٢/٣٢٣).

(٤) المرجع السابق (١/٣٥). وانظر: (١/٢٦٣، ٢/٦).

(٥) هو الفقيه المقرئ أبو علي الحسن بن أحمد بن عبد الله بن البناء البغدادي، قرأ القرآن على أبي الحسن الحمامي وغيره، وسمع الحديث من أبي محمد السكري وغيره، وتفقه بالقاضي أبي يعلى وغيره، سمع منه: ولداه وأبو الحسين ابن الفراء وأبو القاسم السمرقندي، من مؤلفاته: "المقنع في شرح مختصر الخرقي" و"المختار في أصول السنة" و"بيان العيوب التي يجب أن يجتنبها القراء"، توفي سنة ٤٧١هـ.
انظر: طبقات الحنابلة (٢/٢٤٣-٢٤٤)، المقصد الأرشد (١/٣٠٩-٣١١).

(٦) المقنع للبنا (٣/١٠٢٤).

(٧) المغني (١١/٣٢٩).

٣- وقال أيضا: «ما وجب ضمانه في العمد وجب في الخطأ»[١].

٤- وقال أيضا: «الضمان يجب في الخطأ والعمد»[٢].

٥- قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «الضمان من باب العدل الواجب في حقوق الآدميين، وهو يجب في العمد والخطأ»[٣].

٦- قال برهان الدين بن مفلح: «الإتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ»[٤].

٧- قال منصور البهوتي: «الإتلاف يستوي فيه العمد وغيره»[٥].

٨- قال أحمد القاري: «الإتلاف يستوي فيه الخطأ والعمد»[٦]

٩- قال عبدالرحمن السعدي: «الإتلاف يستوي فيه المتعمد والجاهل والناسي»[٧].

خامسا: المذهب الظاهري:

١- قال ابن حزم الظاهري[٨]: «أموال الناس تضمن بالعمد والنسيان»[٩].

---

(١) المغني (٥٦٠/١١).

(٢) المرجع السابق (٥٠٥/١٢).

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٢٧/٢٩).

(٤) المبدع (١١٠/٥).

(٥) كشاف القناع (١٤/٣).

(٦) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٦).

(٧) القواعد والأصول الجامعة (ص٤٣).

(٨) هو العلامة الفقيه الحافظ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ولد سنة ٣٨٤هـ، وسمع من يحيى بن مسعود وأبي عمر أحمد بن محمد وغيرهما، وحدث عنه: ابنه أبو رافع الفضل وأبو عبد الله الحميدي وغيرهما، ومن مؤلفاته: "المحلى" و"حجة الوداع" و"الإيصال إلى فهم كتاب الخصال"، توفي سنة ٤٥٦هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (١٨٤/١٨)، البداية والنهاية (٩٨/١٢)، شذرات الذهب (٢٩٩/٣).

(٩) المحلى (٩١/٦).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

العمد في اللغة: نقيض الخطأ في القتل وغيره، يقال: (عمدت للشيء عمدا وعمدت إليه وتعمدته) أي: قصدت[١].

وفي اصطلاح الفقهاء: هو أن يقصد المتلف الفعل المحظور ونتيجته[٢].

الخطأ في اللغة: له معنيان:

الأول: من قولهم: (أخطأ يخطئ إخطاء وخطأ فهو مخطئ) إذا لم يتعمد أو لم يصب، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا﴾[٣].

الثاني: من قولهم: (خطأ يخطأ خَطْئا وخِطْئا فهو خاطئ) إذا أذنب أو تعمد الإثم، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾[٤][٥].

وفي الاصطلاح: هو أن يقصد بفعله شيئا فيصادف فعله غير ما قصده[٦].

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (١٣٧/٤)، تهذيب الأسماء واللغات (٤٢/٢/٣)، لسان العرب (٣٠٢/٣)، المصباح المنير (ص ١٦٣).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٣/٤)، شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٥)، التشريع الجنائي (٤٠٥/١)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٣٣٨)، الجناية للدميني (ص٨٩).

(٣) سورة النساء، الآية [٩٢].

(٤) سورة الإسراء، الآية [٣١].

(٥) انظر: الزاهر (ص٤٩١)، تهذيب الأسماء واللغات (٩١/١/٣)، القاموس المحيط (ص ٤٩).

(٦) جامع العلوم والحكم (ص٣٧٣). وانظر: المجموع (٣١٦/٧)، التعريفات (ص٩٩)، التقرير والتحبير (٢٠٤/٢)، كشاف اصطلاحات الفنون (٧٤٧/١)، الموسوعة الجنائية (٢٦١/٢-٢٦٢)، عوارض الأهلية (ص٣٩٦)، الجناية للدميني (ص٩٠).

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

من أتلف مالا بغير حق وجب عليه ضمانه، سواء أتلفه عمدا أم خطأ[١].

المطلب الرابع

في دراسة القاعدة

يمكن دراسة هذه القاعدة من خلال الفروع الأربعة الآتية.

الفرع الأول: أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة:

اتفق الفقهاء على صحة القاعدة، وهو أن من أتلف مالا من حقوق الآدميين بغير حق، وجب عليه ضمانه، سواء كان عامدا أم مخطئا، وإنما فرقوا بينهما من جهة الإثم، فيأثم العامد دون المخطئ[٢].

---

(١) انظر: القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، موسوعة القواعد للبورنو (٤٧/٣)، قواعد الفقه للروكي (ص٢٣٢)، موسوعة القواعد للندوي (٢٧٩/١).

(٢) انظر: المبسوط (١١/١٦)، الهداية مع فتح القدير (١٥٧/٥)، البناية (٤٣٨/٦-٤٣٩)، الاستذكار (٢٧١/٢٢، ٢٧٨)، الكافي لابن عبدالبر (ص ٤٠٤، ٦٠٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، الفروق (٢١٣/١، ٢٠٩/٢)، الذخيرة (٢٥٩/١٢)، القواعد للمقري (٦٠٣/٢)، عدة البروق (ص٣٣٥، ٦٣٩)، حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٤٢٠/٣، ٤٥٧)، الأم (١٨٢/٢-١٨٣)، الإشراف لابن المنذر (٥٦٥/٢)، الحاوي (٥٠/٧، ١٧٠، ٣٥٩/٨، ١٠٥/١٥، ٣٠٥، ٢٧٠/١٧)، قواعد الأحكام (٣٥/١، ٢٦٣، ٦/٢، ٢٦٨)، المجموع المذهب بتحقيق محمد صالح فرج (ص٢٥٨)، فتح الباري (١٩١/٥، ٥٥٩/١١)، المقنع للبنا (١٠٢٤/٣)، المغني (٣٢٩/١١، ٥٦٠، ٥٠٥/١٢)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٢٧/٢٩)، إعلام الموقعين (١٥٢/٢)، المبدع (١١٠/٥)، كشاف القناع (١٤/٣)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٦)، القواعد والأصول الجامعة (ص٤٣)، المحلى (٩١/٦، ٤٢٩).

يقول الإمام محمد بن إدريس الشافعي: «ولم أعلم بين المسلمين اختلافا أن ما كان ممنوعا أن يتلف من نفس إنسان أو طائر أو دابة أو غير ذلك مما يجوز ملكه، فأصابه إنسان عمدا، فكان على من أصابه فيه ثمن يؤدى لصاحبه، وكذلك فيما أصاب من ذلك خطأ، لا فرق بين ذلك إلا المأثم في العمد»[(١)].

ويقول الإمام أبو بكر بن المنذر: «وكل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون: الخطأ والعمد في الجنايات على أموال الناس واحد، يغرمه من أصاب من ذلك شيئا إلا في المأثم، فإن من أخطأ فأتلف شيئا لا مأثم عليه، وعليه الغرم، وإنما يلزم المأثم من علم الشيء فتعمده وأصابه فأتلفه، ولا يفارق أحدا من الجانبين الغرم»[(٢)].

ويقول العلامة أبو العباس القرافي: «فإن الإجماع منعقد على تعدد الضمان فيما يتعدد الإتلاف فيه، وأن العمد والخطأ في ذلك سواء»[(٣)].

وهناك أدلة - غير ما ذكرت من الإجماع - من الكتاب والسنة، جعلتها في القسمين التاليين:

القسم الأول: الأدلة الدالة على أن المتلف إذا كان عامدا فإن عليه الإثم والضمان، وإذا كان مخطئا فعليه الضمان فقط:

١- قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(٤)].

---

(١) الأم (٢/١٨٢-١٨٣).

(٢) الإشراف لابن المنذر (٢/٥٦٥).

(٣) الفروق (٢/٢٠٩). وانظر: الذخيرة (١٢/٢٥٩).

(٤) سورة النساء، الآية [٢٩].

وجه الدلالة: أن الله عز وجل نهى عن أكل أموال الناس بالباطل، وهذا يوجب على متلفها بغير وجه حق الإثم والضمان، دون تفريق بين العامد والمخطئ في ضمان الأموال[١].

٢- عن أبي بكرة ﷺأن النبي ﷺ قال: **(إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)**[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بيّن أن الأموال محترمة، وأن إتلافها بغير حق حرام، وهذا يقتضي وجوب الضمان وحلول الإثم على متلفها، مع عدم التفريق بين العامد والمخطئ في وجوب ضمان المتلفات[٣].

القسم الثاني: الأدلة الدالة على رفع الإثم عن المتلف المخطئ:

١- قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾[٤].

٢- قال تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا﴾[٥].

٣- وقد ثبت عن النبي ﷺ أن الله تعالى قد استجاب هذا الدعاء، وقال: قد فعلت[٦].

---

(١) انظر: المحلى (٦/٤٢٩-٤٣٠)، البناية (١٠/٢١٣).

(٢) سبق تخريجه صفحة ٨١.

(٣) انظر: المحلى (٦/٤٢٩-٤٣٠)، البناية (١٠/٢١٣).

(٤) سورة الأحزاب، الآية [٥].

(٥) سورة البقرة، الآية [٢٨٦].

(٦) سبق تخريجه صفحة ٣٢٧.

٤- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(إن الله عز وجل تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)**[١].

٥- عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: **(إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر)**[٢].

وجه الدلالة من هذه الآيات والأحاديث: دلت هذه الآيات الكريمات والأحاديث النبوية الشريفة صراحة على رفع الإثم عن المخطئ.

الفرع الثاني: في تقييد القاعدة:

هذه القاعدة مقيدة بحقوق الآدميين، أما حقوق الله جل وعلا فهناك فرق بين العامد والمخطئ في ضمان المتلفات؛ فمن كان عامدا وجب عليه الضمان وحلّ عليه الإثم، ومن كان مخطئا سقط عنه الضمان والإثم[٣].

وقد سبق أن فصّلت القول في هذا التقييد من حيث أقوال العلماء فيه وأدلتهم والراجح منها في القاعدة التي قبل هذه[٤]؛ فليرجع إليها تلافيا للتكرار.

---

(١) سبق تخريجه صفحة ٣٢٧.

(٢) سبق تخريجه صفحة ٣٢٨.

(٣) انظر: فتح الباري (١٩١/٥، ٥٥٩/١١)، القواعد والأصول الجامعة (ص٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص٩٢)، المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (١٣٩/٢/٤)، الشرح الممتع (٢٢٧/٧).

(٤) انظر: صفحة ٣٢٨-٣٣٤ من هذا البحث.

الفرع الثالث: في ضمان الناسي[١]:

يأخذ الناسي حكم المخطئ، كما يأخذ الذاكر حكم العامد في الفرعين السابقين[٢]، وقد وجد التنصيص على الناسي في بعض الأدلة السابقة في الفرع الأول؛ فليرجع إليها.

الفرع الرابع: في ضمان الصبي الصغير والمجنون:

اختلف الفقهاء في ضمان المجنون أو الصبي الصغير ما أتلفاه من أموال الناس على قولين:

القول الأول: يجب عليهما ضمان ما أتلفاه من أموال الناس، وهو قول الحنفية[٣]

---

(١) الناسي: من النسيان، ويطلق في اللغة على الغفلة والذهول، كما يطلق على الترك أيضا، والمراد به هنا: أن يكون الرجل ذاكرا الشيء ثم ينساه عند الفعل.
انظر: مختار الصحاح (ص٦٥٨)، المصباح المنير (ص٢٣١)، جامع العلوم والحكم (ص٣٧٣)، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/١٦٩٤-١٦٩٥).

(٢) انظر: البناية (١٠/٢١٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٩-٢٦٠)، الفروق (١/٢١٣، ٢/٢٠٩)، الموافقات (٣/٥٠)، الحاوي (١٥/١٠٥)، قواعد الأحكام (١/٣٥، ٢٦٣، ٢/٦، ٢٦٨)، المجموع (٧/٣١٦)، المجموع المذهب بتحقيق محمد صالح فرج (ص٢٥٨)، المثور (٣/٢٧٥)، القواعد للحصني (٣/٤١٨)، فتح الباري (٥/١٩١، ١١/٥٥٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٨٨، ١٩٢)، المغني (٥/١٧٣، ١٧٤، ٣٩١، ٣٩٣)، الشرح الكبير مع المقنع (٨/٣٣٤، ٤٢٠)، الفروع (٣/٣٨٩-٣٩٠)، الإنصاف مع المقنع (٨/٣٣٤-٣٣٥، ٤٢٦، ٤٢٨)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، الشرح الممتع (٧/٢٢٢-٢٢٤)، المحلى (٦/٩١، ٤٢٩).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٧١)، الهداية مع فتح القدير (٨/١٩٠)، الاختيار (٢/١١٣)، التقرير والتحبير (٢/١٦٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٣٨، ٢٦٥)، شرح المجلة (ص٥٣٩)، درر الحكام (٢/٦٧٠-٦٧١).

والمذهب عند المالكية[١] وقول الشافعية[٢] والحنابلة[٣].

القول الثاني: لا يجب عليهما ضمان ما أتلفه من الأموال، وهو قول عند المالكية[٤].

ثم اختلف أصحاب هذا القول في حد السن الذي يضمن فيه إذا كان صغيرا، فقيل: سنة، وقيل: سنتان، وقيل: سنة ونصف، وقيل: شهران، وقيل غير ذلك، إلا أنهم لم يذكروا الخلاف في سقوط الضمان عن ابن شهر[٥].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

---

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٤٠٤، ٦٠٦)، الفروق (٢١٣/١)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٥، تقريب الوصول (ص٢٢٨)، القواعد للمقري (٦٠٣/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٢٩٦/٣، ٤٤٣)، منح الجليل (٩١/٦-٩٢).

(٢) انظر: المستصفى (١٥٨/١)، قواعد الأحكام (٣٥/١، ٢٦٣)، المجموع (٣٠٢/٥)، التمهيد للاسنوي (ص١١٦)، البحر المحيط (٣٤٦/١)، القواعد للحصني (٢٧٥/٢ و٤١٨/٣)، مغني المحتاج (١٢/٤).

(٣) انظر: المغني (٦١١/٦)، روضة الناظر (٢٢١/١)، إعلام الموقعين (١٥٢/٢)، القواعد والفوائد الأصولية (ص١٥)، الإنصاف مع المقنع (٣٥٠/١٣)، شرح الكوكب المنير (٥٠٤/١-٥٠٥).

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٤٠٤، ٦٠٦)، الفروق (٢١٣/١)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٥)، تقريب الوصول (ص٢٢٨)، القواعد للمقري (٦٠٣/٢)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٢٩٦/٣، ٤٤٣)، منح الجليل (٩١/٦-٩٢).

(٥) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٤٣/٣)، منح الجليل (٩١/٦-٩٢).

١- إن إيجاب الضمان على الصبي الصغير والمجنون مبني على وقوع سبب الضمان منهما، وهو الإتلاف، والإتلاف لا يتوقف على القصد، كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه أو بسقوط الحائط المائل[١].

قال الشيخ علي الخفيف: «ذلك لأن الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علةً وسبباً للتضمين؛ فإذا وجدت العلة وجد المعلول، والإلزام في ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، ولذا لزم ضمان من لا إدراك له في ماله»[٢].

٢- إن الضمان جابر، والغرض من الجوابر جبر ما فات من المصالح، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثما، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان[٣].

وفي هذا يقول الشيخ علي الخفيف: «لأن أساس الضمان هو الجبر، لا الجزاء والعقوبة، وأريد بالجبر رفع الضرر، لعموم قوله ﷺ: **(لا ضرر ولا ضرار)**، ولا شك أن في إتلاف من لا تمييز له مالا لآخر إضرارا به يجب رفعه، ولا سبيل إلى رفعه إلا بإحلال مال مكافئ له محله بدلا عنه، وليس ذلك إلا بأخذه من مال من تسبب فيه، حتى تكون تبعة فعله عليه لا على غيره، ولهذا لم يفرقوا في هذا بين الخاطئ والعامد، والجاد واللاعب، والعاقل والمجنون، والبالغ والصبي»[٤].

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٨/١٩٠)، الاختيار (٢/١١٣)، المستصفى (١/١٥٨)، إعلام الموقعين (٢/١٥٢).

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي (١/٦٨).

(٣) انظر: التقرير والتحبير (٢/١٦٦)، الفروق (١/٢١٣)، قواعد الأحكام (١/٣٥، ٢٦٣)، القواعد للحصني (٣/٤١٨).

(٤) الضمان في الفقه الإسلامي (١/٦٩).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأن المجنون والصبي الصغير ليسا بمكلفين بتوجيه الخطاب إليهما؛ فكانا كالعجماء جرحها هدر[١].

القول المختار:

الذي يظهر – والعلم عند الله جلّ وعلا – أن أقرب القولين إلى الصواب هو القول الأول، وذلك لما يلي:

١– صحة ما استدل به أصحاب القول الأول.

٢– أما ما استدل به أصحاب القول الثاني فيجاب عنه بأن ضمان المتلفات من قبيل خطاب الوضع، وكلامكم في خطاب التكليف، فلا ينسحب إلى ضمان المتلفات[٢].

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

ذكر الفقهاء فروعا كثيرة تندرج تحت القاعدة، من أهمها ما يلي:

أولا: الفروع المتعلقة بحقوق الآدميين:

١– من قتل حيوانا غير صائل، وجب عليه ضمانه لمالكه، سواء كان عامدا أو مخطئا[٣].

---

(١) انظر: الذخيرة (١٢/٢٥٩)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٥)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٦٩).

(٢) انظر: الموافقات (١/٢٣٧).

(٣) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٤).

٢- من حرَّق ثوبا أو قطعه، وجب عليه الضمان لمالك الثوب، سواء كان عامدا أم مخطئا[١].

٣- من أتلف شجرا لإنسان أو طعاما أو إناء، وجب عليه الضمان لمالكه، سواء كان عمدا أم خطأ[٢].

٤- إذا أوقد نارا في يوم ريح، فأحرقت شيئا، وجب عليه ضمانه لمالكه وإن كان مخطئا[٣].

٥- من قطع وثيقة، فضاع ما فيها من الحقوق؛ وجب عليه ضمانها، سواء فعل ذلك عمداً أم خطأ[٤].

٦- «من ذبح مال غيره بأمره، فنسي أن يسمي الله تعالى، أو تعمد، فهو ضامن مثل الحيوان الذي أفسد لأنه ميتة»[٥].

ثانيا: الفروع المتعلقة بحقوق الله:

١- إذا اجتهد الرجل فدفع الزكاة إلى من يظنه فقيرا، ثم بان له أنه غني، فالصحيح أن ذمته تبرأ ولا يلزمه ضمان تلك الزكاة[٦].

---

(١) انظر: قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٤).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) المحلى (٩١/٦).

(٦) انظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب (٤٢٠/١)، الشرح الممتع (٢٦٨/٦-٢٧٠).

٢- إذا جامع الرجل زوجته في نهار رمضان ناسيا أو جاهلاً أو مكرهاً، فالصحيح أنه ليس عليه قضاء ولا كفارة[١].

٣- إذا قتل المحرم الصيد جاهلاً به أو مخطئا أو ناسيا ؛ فالصحيح أن الفدية تسقط عنه[٢].

(١) انظر: الشرح الممتع (٦/٤١٤، ٤١٦).

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير (٦/٣)، المعونة (٥٣٥/١)، المجموع (٣١٦/٧، ٣٤١)، المغني (٣٩٦/٥-٣٩٧)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣-٤٤)، المحلى (٢٣٤/٥).

الفصل الثاني:

القواعد المتعلقة بالمباشر والمتسبب

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: قاعدة: المباشر ضامن وإن لم يتعمد.

المبحث الثاني: قاعدة: المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد.

المبحث الثالث: قاعدة المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب.

المبحث الرابع: قاعدة يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبراً.

المبحث الأول

قاعدة: المباشر ضامن وإن لم يتعمد

الإتلافات التي يجب فيها الضمان إما أن تكون على سبيل المباشرة، وإما أن تكون على سبيل التسبب، وهذه القاعدة تختص بالمتلف المباشر، وسيكون الحديث عنها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

لم أعثر - بعد البحث والتنقيب - إلا على ثلاث صيغ للقاعدة، هي من نصيب فقهاء المذهب الحنفي، وهي على النحو الآتي:

أولاً: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد».

ذكر هذه الصيغة العلامة ابن نجيم الحنفي[١]، ثم تبعه عليها الفقيه ابن غانم البغدادي[٢] وواضعو مجلة الأحكام العدلية[٣].

ثانياً: «يضمن المباشر وإن لم يكن متعدياً».

ذكر هذه الصيغة العلامة ابن نجيم الحنفي[٤].

ثالثاً: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعدّ».

ذكر هذه الصيغة الفقيه ابن غانم البغدادي[٥]، ويظهر من هذه الصيغة أنها جمعت بين الصيغتين السابقتين.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣).

(٢) مجمع الضمانات (١/ ٣٤٥).

(٣) شرح المجلة (ص٦٠)، درر الحكام (١/ ٩٣)، شرح القواعد الفقهية (ص٤٠٣).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٠).

(٥) مجمع الضمانات (١/ ٣٨١).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

المباشر في اللغة: اسم فاعل من المباشرة، وهي مأخوذة من البشرة، والبشرة ظاهر الجلد، يقال: (باشر الرجل زوجته) إذا تمتع ببشرتها، و(باشر الرجل الأمر) إذا تولاه بنفسه[١].

التعريف الاصطلاحي: ثمة تعاريف كثيرة للمباشر والمباشرة، ذكرها أهل العلم في مؤلفاتهم، وهذه التعاريف تنقسم إلى قسمين، قسم ذكر التعريف على وجه العموم دون أن يقيدها بالإتلاف، والقسم الثاني: قيد التعريف بالإتلاف، فعرّف إتلاف المباشرة، وهذا هو الأكثر، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

القسم الأول: التعاريف التي عرّفت المباشر أو المباشرة دون أن تقيّده بالإتلاف:

١- تعريف الشريف علي الجرجاني[٢] حيث قال: «المباشرة: كون الحركة بدون توسط فعل آخر»[٣].

---

(١) انظر: المصباح المنير (ص ١٩)، القاموس المحيط (ص ٤٤٧-٤٤٨).

(٢) هو الشريف علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي، مشارك في أنواع من العلوم، ولد سنة ٧٤٠، قرأ على مخلص الدين بن أبي الخير وأكمل الدين وغيرهما، له مؤلفات منها: "التعريفات"، و"شرح المفتاح" و"حاشية على شرح التنقيح للتفتازاني"، توفي يوم الأربعاء سنة ٨١٦هـ.

انظر: كشف الظنون (١/ ٤٢٢)، البدر الطالع (١/ ٤٨٨).

(٣) التعريفات (ص١٩٧).

٢- تعريف سليم رستم باز[١] حيث قال: «المباشر: هو الذي يلي الأمر بنفسه»[٢].

٣- تعريف الأستاذ مصطفى الزرقا حيث قال: «المباشر: هو الذي يحصل الأثر بفعله»[٣].

القسم الثاني: التعاريف التي عرّفت إتلاف المباشرة، مرتبة على الترتيب المذهبي:

١- تعريف العلامة أبو بكر الكاساني، حيث قال: «الإتلاف مباشرة: إيصال الآلة بمحل التلف»[٤].

٢- تعريف أبي العباس الحموي، حيث قال: «المباشر: أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار»[٥].

٣- تعريف مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء في المادة (٨٨٧): «الإتلاف مباشرة: هو إتلاف الشيء بالذات»[٦].

---

(١) هو سليم بن رستم بن إليان بن طنوس باز النصراني، عالم بالحقوق، ولد في بيروت سنة ١٢٨٥هـ، وتعلم في مدارس لبنان واحترف المحاماة وتقلب في مناصب القضاء، له مؤلفات منها: "شرح مجلة الأحكام العدلية" و"مرقاة الحقوق" وغيرها، توفي سنة ١٣٣٨هـ.
انظر: الأعلام (١١٨/٣)، معجم المؤلفين (٧٧٩/١)، شرح القواعد (ص ٢٨).

(٢) شرح المجلة (ص٦٠).

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٤٤/٢)، وانظر: تاريخ الفقه الإسلامي لبدران (ص٥٥٧).

(٤) بدائع الصنائع (١٦٥/٧) بتصرف يسير.

(٥) غمز عيون البصائر (٤٦٦/١).

(٦) شرح المجلة (ص٤٨٨)، درر الحكام (٥٠٨/٢).

٤- تعريف سليم رستم باز، حيث قال - موضحا المادة السابقة من مجلة الأحكام العدلية -: «الإتلاف مباشرة: هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر»[١].

٥- تعريف علي حيدر[٢]، حيث قال: «الإتلاف مباشرة: أي الإتلاف الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال فعل آخر»[٣]، وقال في موضع آخر: «المباشر: هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر»[٤].

٦- تعريف الدكتور وهبة الزحيلي، حيث قال: «المباشر: هو الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة»[٥].

٧- تعريف العلامة أبي العباس القرافي، حيث أطلق عليه اسم (السبب) وعرفه بأنه: «ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط»[٦].

---

(١) شرح المجلة (ص٤٨٨).

(٢) هو الأستاذ الجليل القاضي علي حيدر أفندي التركي، مدرس المجلة في كلية الحقوق في الأستانة ورئيس محكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية السابق في الدولة العثمانية، كان يتصف بالأخلاق الحميدة والاستقامة والشجاعة وسمو الأدب، له كتاب "درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية".
انظر: مقدمة كتابه درر الحكام (١/٣-٥).

(٣) درر الحكام (٢/٥٠٨).

(٤) المرجع السابق (١/٩١).

(٥) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨٨، ١٩٦).

(٦) الفروق (٤/٢٧).

٨- تعريف الفقيه أبي حامد الغزالي، حيث قال: «المباشرة: إيجاد علة التلف»[١].

٩- تعريف العلامة عز الدين بن عبد السلام والحافظ أبو سعيد العلائي[٢] حيث قالا: «المباشرة: هي إيجاد علة الهلاك»[٣].

١٠- تعريف العلامة أبي زكريا النووي، حيث قال: «المباشرة: هي الإتيان بما يضاف إليه الهلاك»[٤].

١١- تعريف الخطيب الشربيني، حيث قال: «المباشرة: هي ما يؤثر في الهلاك ويحصله»[٥].

هذا ما تمّ الوقوف عليه من التعريفات، وعند تأملها والنظر فيها يلاحظ عدم الاختلاف فيما بينها في حقيقة الأمر؛ إذ الكل متفق على أن المباشرة لا بدّ أن يكون التلف والأثر فيها ناتجا عن اتصال الفعل بالمحل من دون توسط فعل آخر.

---

(١) الوجيز (١/٢٠٥).

(٢) هو الحافظ المفيد أبو سعيد صلاح الدين خليل بن كيكلدي العلائي، ولد سنة ٦٩٤هـ، سمع من سليمان المقدسي وعيسى المُطعِّم وغيرهما، وتفقه على كمال الدين الزَّملكاني وغيره، درَّس بدمشق في حلقة صاحب حمص، ثم ولي تدريس المدرسة الصلاحية بالقدس، له مؤلفات منها: "المجموع المذهب في قواعد المذهب" و"تنقيح الفهوم في صيغ العموم" و"المراسيل" وغيرها، توفي سنة ٧٦١هـ.
انظر: طبقات الشافعية لابن السبكي (١٠/٣٥)، الدرر الكامنة (٢/٩٠).

(٣) قواعد الأحكام (٢/٢٦٥)، المجموع المذهب بتحقيق محمد صالح فرج (ص٢٧٣).

(٤) روضة الطالبين (٥/٤).

(٥) مغنى المحتاج (٤/٦).

ويتبين هذا من خلال ضرب الأمثلة التالية: فكسر الإناء يُعَدّ إتلافا مباشراً، وكذلك إحراق الثوب وقطع الشجر وهدم الدور وقتل الحيوان، كلها يعدّ إتلافا مباشرا[١]؛ لأن هذه الأفعال – كالكسر والإحراق والقطع والهدم والقتل – اتصلت بالمحل المتلَف دون دخول واسطة بينهما.

يتعمد: من العمد، وقد سبق تعريفه، وملخصه: أنه في اللغة: نقيض الخطأ[٢].

وفي اصطلاح الفقهاء: هو أن يقصد المتلِف الفعل المحظور ونتيجته[٣].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

وهو أن من باشر إتلافاً – بأي طريقة كانت – فإنه يضمن التلف الذي يتولد عن فعله، سواء كان عن قصد منه أم لم يكن[٤].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

يتجلى ذلك من خلال الفروع الآتية:

---

(١) انظر: درر الحكام (١/٩٣-٩٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٣٤٤)، قواعد الأحكام (٢/٢٦٥)، تقرير القواعد (٢/٣١٦).

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/١٣٧)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/٢/٤٢).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤/٣)، شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٥)، التشريع الجنائي (١/٤٠٥)، نظرية الضمان للزحيلي (ص٣٣٨)، الجناية للدميني (ص٨٩).

(٤) انظر: درر الحكام (١/٩٣)، شرح المجلة (ص٦٠)، المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٤٥).

الفرع الأول: في مباشرة الإتلاف:

اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] على أن من باشر إتلافا لمال - بأي طريقة كانت - فإنه يضمن الضرر الذي تولد عن فعله[٥].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٦].

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على أن من اعتدى على مال غيره فباشر إتلافه، فإن لصاحب المال أن يأخذ منه بدله[٧].

٢- عن أنس ﷺ أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها فكسرت القصعة،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٦٥/٧)، تبيين الحقائق (١٤٩/٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣، ٢٥٠)، مجمع الضمانات (٣٤٥/١، ٣٨١)، شرح المجلة (ص٦٠)، درر الحكام (٩٣/١)، شرح القواعد (ص ٤٠٣).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٣٨٦/٢)، الفروق (٢٠٦/٢، ٢٧/٤)، ترتيب الفروق (١٨٨/٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، شرح المنهج المنتخب (ص٥٣٤).

(٣) انظر: العزيز (٣٩٨/٥)، قواعد الأحكام (٢٦٥/٢)، المنثور (٣٢٢/٢-٣٢٣)، القواعد للحصني (٤٢٢/٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢).

(٤) انظر: تقرير القواعد (٣١٦/٢)، الإقناع (٥٩١/٢)، القواعد والأصول الجامعة (ص٤٣)، تحفة أهل الطلب (ص ١٠٥)، الإرشاد للسعدي (ص١٤٨).

(٥) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (٧٤/١).

(٦) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٧) انظر: تيسير الكريم الرحمن (ص ٨٩).

فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: كلوا، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة. وفي لفظ آخر أنه قال: **(طعام بطعام، وإناء بإناء)**[١].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أوجب الضمان على من باشر كسر الإناء.

٣- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: **(لا ضرر ولا ضرار)**[٢].

وجه الدلالة: نهى النبي ﷺ عن الضرر بالآخرين والإضرار بهم، وهذا يدل بمفهومه على أن من باشر إتلافا فإنه يضمنه تعويضا لضرره.

٤- نقل القاضي أبو عبدالله المقري الاتفاق على وجوب الضمان على المتلف المباشر، وهذا نص كلامه: «قاعدة: تقدم أن أسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف والتسبب ووضع اليد غير المؤتمنة... وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع الضمان، وهي متفق عليها»[٣].

الفرع الثاني: في عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف المباشر:

سبق ذكر اتفاق الفقهاء على عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على من باشر إتلاف مال الآدمي بغير حق، وأن العمد والخطأ في أموال الناس

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٧١.

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٨٤.

(٣) القواعد (خ١٤٠) بواسطة شرح المنهج المنتخب (ص ٥٣٥).

سواء، وإنما فرقوا بينهما من جهة الإثم؛ فيأثم العامد دون المخطئ[١].

يقول الإمام محمد بن إدريس الشافعي: «ولم أعلم بين المسلمين اختلافا أن ما كان ممنوعا أن يتلف من نفس إنسان أو طائر أو دابة أو غير ذلك مما يجوز ملكه، فأصابه إنسان عمدا، فكان على من أصابه فيه ثمن يؤدى لصاحبه، وكذلك فيما أصاب من ذلك خطأ، لا فرق بين ذلك إلا المأثم في العمد»[٢].

وقال الإمام أبو بكر بن المنذر: «وكل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون: الخطأ والعمد في الجنايات على أموال الناس واحد، يغرمه من أصاب من ذلك شيئاً إلا في المأثم، فإن من أخطأ فأتلف شيئاً لا مأثم عليه، وعليه الغرم، وإنما يلزم المأثم من علم الشيء فتعمده وأصابه فأتلفه، ولا يفارق أحداً من الجانبين الغرم»[٣].

---

(١) انظر: المبسوط (١١/١٦)، الهداية مع فتح القدير (١٥٧/٥)، البناية (٤٣٨/٦-٤٣٩)، الاستذكار (٢٧١/٢٢، ٢٨٧)، الكافي لابن عبد البر (ص ٤٠٤، ٦٠٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، الفروق (٢١٣/١، ٢٠٩/٢)، الذخيرة (٢٥٩/١٢)، القواعد للمقري (٦٠٣/٢)، عدة البروق (ص٣٣٥، ٦٣٩)، حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٤٢٠/٣، ٤٥٧)، الأم (١٨٢/٢-١٨٣)، الإشراف لابن المنذر (٥٦٥/٢)، الحاوي [(٥٠/٧، ١٧٠)، (٣٥٩/٨)، (١٠٥/١٥، ٣٠٥)، (٢٧٠/١٧)]، قواعد الأحكام [(٣٥/١، ٢٦٣)، (٦/٢، ٢٦٨)]، المجموع المذهب بتحقيق محمد صالح فرج (ص٢٥٨)، فتح الباري (١٩١/٥، ٥٥٩/١١)، المقنع لابن البنا (١٠٢٤/٣)، المغني [(٣٢٩/١١، ٥٦٠ و(٥٠٥/١٢)]، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٢٧/٢٩)، إعلام الموقعين (١٥٢/٢)، المبدع (١١٠/٥)، كشاف القناع (١٤/٣)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٦)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، المحلى (٩١/٦، ٤٢٩).

(٢) الأم (١٨٢/٢-١٨٣).

(٣) الإشراف لابن المنذر (٥٦٥/٢).

ويقول العلامة أبو العباس القرافي: «فإن الإجماع منعقد على تعدد الضمان فيما يتعدد الإتلاف فيه، وأن العمد والخطأ في ذلك سواء»[١].

وثمة أدلة أخرى - غير ما ذكرت من الإجماع - من الكتاب والسنة، ذكرتها في قاعدة (العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء)، فليرجع إليها هناك تلافيا للتكرار[٢].

على أن هذا الكلام مقيد فيما إذا كان التلف لاحقا بحقوق الآدميين، أما إذا كان في حقوق الله جلّ وعلا فإن هناك فرقا بين المتلِف العامد والمخطئ في الضمان، فمن كان عامدا وجب عليه الضمان وحلَّ عليه الإثم، ومن كان مخطئا سقط عنه الضمان والإثم[٣].

وقد سبق أن فصّلت القول في هذا التقييد من حيث أقوال العلماء فيه وأدلتهم والراجح منها في قاعدة «لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل»[٤]، فأغنى عن ذكرها هنا.

الفرع الثالث: في هل يشترط التعدي في وجوب الضمان على المتلف المباشر؟:

ذهب جماعة من الفقهاء إلى عدم اشتراط التعدي في وجوب الضمان على

---

(١) الفروق (٢/٢٠٩). وانظر: الذخيرة (١٢/٢٥٩).

(٢) كما في صفحة ٢٨٧.

(٣) انظر: فتح الباري (٥/١٩١، ١١/٥٥٩)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص٩٢)، المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة لمؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (٤/٢/١٣٩)، الشرح الممتع (٧/٢٢٧).

(٤) كما في صفحة ٣٢٨-٣٣٤.

المتلف المباشر، وفي هذا يقول المحدث أبو محمد الزيلعي[١]: «... وغيره تسبيب، وفيه يشترط التعدي، فصار كحفر البئر في ملكه، وفي المباشرة لا يشترط»[٢].

وقال الفقيه ابن نجيم الحنفي: «يضمن المباشر وإن لم يكن متعدياً»[٣].

وقال ابن غانم البغدادي: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد»[٤].

وقال علي حيدر في شرحه للقاعدة: «أي أنه سواء تعمد المباشر إتلاف مال الغير أم لم يتعمد يكون ضامنا، والفرق بينه وبين المتسبب هو أنه يشترط لضمان المتسبب أن يكون متعديا، والمباشر يضمن على حالين كما أسلفنا، والسبب في ذلك أن المباشرة هي علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد»[٥].

وقال الأستاذ علي الخفيف: «فإذا كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل، ألزم من أحدثه الضمان اتفاقا، سواء أكان من أحدثه معتديا فيه أو غير معتد»[٦].

وقال الدكتور وهبة الزحيلي: «وفي المباشرة لا يشترط التعدي»[٧].

---

(١) هو الفقيه أبو محمد عثمان بن علي بن محجن بن يونس الزيلعي الصوفي البارعي، قدم القاهرة سنة ٧٠٥هـ، فدرّس وأفتى، كان مشهورا بمعرفة الفقه والنحو والفرائض، له مصنفات منها: "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" و"بركة الكلام على أحاديث الأحكام" و"شرح الجامع الكبير للشيباني" وغيرها. توفي في رمضان سنة ٧٤٣هـ.
انظر: الجواهر المضية (٢/٥١٩)، تاج التراجم (ص٢٠٤)، هدية العارفين (٥/٦٥٥).

(٢) تبيين الحقائق (٦/١٤٩).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٠).

(٤) مجمع الضمانات (١/٣٨١).

(٥) درر الحكام (١/٩٣).

(٦) الضمان في الفقه الإسلامي (١/٧٤، ٨٣).

(٧) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٩٦).

وأما تعليلهم في ذلك، فقد قال علي حيدر: «والسبب في ذلك أن المباشرة هي علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد»[١]، بينما علّل الأستاذ علي الخفيف ذلك بـ«أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظر إلى فاعله وقصده، فوجب إلزامه بما يرفع هذا الضرر، لانتسابه إليه وإحداثه إياه»[٢].

وذهب فريق آخر إلى اشتراط التعدي في وجوب الضمان على المتلف المباشر، وفي ذلك يقول الشيخ أحمد الزرقا في شرحه للقاعدة: «(المباشر) للفعل، وقد تقدم بيانه في القاعدة /٨٩/، (ضامن) لما تلف بفعله إذا كان متعديا فيه»[٣].

وقال ابنه الأستاذ مصطفى الزرقا: «فالفروع الفقهية تفيد أن كلاً من المباشرة والتسبب لضرر الغير موجب للضمان متى وجد التعدي»[٤].

وقال الدكتور محمد سراج: «وبهذا فإن التعدي شرط في الإتلاف للضمان، سواء كان هذا التعدي راجعا إلى قصد الإضرار أو إلى التقصير والإهمال»[٥].

وعند النظر في هذين القولين والتأمل فيهما، يظهر أنه لا خلاف بينهما، ذلك أن معنى التعدي المراد في القول الأول يختلف عنه في القول الثاني.

---

(١) درر الحكام (١/٩٣).

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي (١/٨٣).

(٣) شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣، ٤٥٤).

(٤) المدخل الفقهي للزرقا (٢/١٠٤٦).

(٥) ضمان العدوان (ص٢٤٢).

وقد بيّن ذلك الأستاذ مصطفى الزرقا – رحمه الله – قائلا: «وأما التعدي فيستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما، وتحديد أي منهما هو المراد في هذا المقام:

* فالمعنى الأول للتعدي هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

* والمعنى الثاني الذي قد يعبر عنه بالتعدي هو العمل المحظور في ذاته شرعاً، بقطع النظر عن كونه متجاوزا على حدود الغير أم لا.

فالتعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود هنا في هذا المقام، وهو شرط أساسي في مسئولية كل من المباشر والمتسبب على سواء.

ولا يشترط لمسئولية المتعدي بهذا المعنى – مباشرا كان أو متسببا – أن يكون متعمدا، أي: قاصدا للإضرار، بل يستوي عند وجوب التعدي الخطأ والعمد.

أما المعنى الثاني للتعدي (وهو العمل المحظور شرعا) فليس بشرط للمسئولية في كل من المباشر والمتسبب، بعد توافر التعدي بمعنى التجاوز إلى حق الغير أو ماله المعصوم.

فقد يتحقق التعدي بهذا المعنى، ولا يكون الفعل محظوراً شرعاً، بل قد يكون واجباً ويثبت معه الضمان»[1].

وإن هذا التمييز الذي ذكره الأستاذ مصطفى الزرقا جيد وواضح، وبه يرتفع التعارض بين من اشترط التعدي لوجوب الضمان على المتلف المباشر ومن لم يشترطه[2].

وحينما نظرت في كلام الذين لم يشترطوا التعدي في وجوب الضمان على المتلف المباشر، وجدت أنهم يريدون بالتعدي أحد أمرين:

---

(١) الفعل الضار (ص٧٨-٧٩).

(٢) انظر: بحوث في قضايا فقهية (ص٢٩٦)، ضمان العدوان (ص٢٤٢).

الأمر الأول: ما ذكره الأستاذ مصطفى الزرقا، وهو العمل المحظور في ذاته شرعا، ويظهر مرادهم هذا من خلال الأمثلة التي ذكروها، ومنها: لو تطايرت شرارة من دكّان حدّاد، وهو يطرق الحديد، فحرقت لباس إنسان، لزمه ضمانه، وكذلك لو دخل شخص حانوت بقال فزلقت رجله، فسقط على إناء عسل فكسره، فإنه يضمن[١].

الأمر الثاني: التعمد، ويظهر مرادهم من خلال الآتي:

أولاً: ذكرهم للتعدي في مقابلة عدم التعمد، كما في قول علي حيدر: «والفرق بينه وبين المتسبب هو أنه يشترط لضمان المتسبب أن يكون متعديا، والمباشر يضمن على حالين كما أسلفنا، والسبب في ذلك أن المباشرة هي علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد»[٢].

ثانياً: الأمثلة التي ذكروها، ومنها: أن المجنون يضمن في ماله ما أتلفه بفعله، وكذلك الصبي، والنائم إذا انقلب على مال فأتلفه[٣].

وأما من اشترط التعدي فإنما أراد المعنى الأول الذي ذكره الأستاذ مصطفى الزرقا، وهو «المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم»، كما يظهر من أمثلتهم التي ضربوها، ومنها: لو سقط من ظهر الحمال شيء فأتلف مال أحد ضمن الحمال، وكذلك لو أتلف إنسان مال غيره يظنه مال نفسه فإنه يضمن[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٠)، مجمع الضمانات (١/٣٨١)، درر الحكام (١/٩٣-٩٤)، نظرية الزحيلي (ص١٩٦-١٩٨).

(٢) درر الحكام (١/٩٣).

(٣) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١/٧٤).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣)، الفعل الضار (ص٧٩-٨٠).

الفرع الرابع: في بيان خطأ لفظي في بعض صيغ القاعدة:

جاء في بعض صيغ القاعدة لفظ «وإن لم يتعمد»، وحيث إن التعمد ليس بشرط في وجوب الضمان على المتلف المباشر أو المتسبب، فلا داعي لنفيه في صيغة القاعدة.

قال الأستاذ مصطفى الزرقا: «والواقع أن التعمد (بمعنى ضد الخطأ) ليس شرطا لضمان المتسبب ولا لضمان المباشر، فلا ينبغي تخصيص المباشر فقط بنفي اشتراط التعمد فيه»[(١)].

ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: «والأصح أن يقال في هذه القاعدة: (وإن لم يتعد)؛ إذ لا عبرة للقصد الجنائي في ضمان الأموال، وان الخطأ والعمد فيها سواء، ولذا فيلزم بالتضمين من لا قصد له كالصبي والمجنون؛ إذ لا يتصور منهما قصد ولا عمد»[(٢)].

الفرع الخامس: في شروط القاعدة:

يشترط لإيجاب الضمان على المتلف المباشر ما يأتي:

١- أن يكون المتلف مباشرا للضرر دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر، وذلك كما بينته في الفرع الأول.

أما إذا كان المتلف متسببا فهذا سيكون بحثه في القاعدة الثانية من هذا الفصل - إن شاء الله تعالى -.

---

(١) الفعل الضار (ص٧٨). وانظر: المدخل الفقهي للزرقا (١٠٤٦/٢).

(٢) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٩٦). وانظر: نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص٢١٣)، ضمان العدوان (ص١٠٢-١٠٣، ٢٤٧)، بحوث في قضايا فقهية (ص٢٩٤).

وأما إذا توسط بين فعل المباشر والضرر فعل آخر فهذا سيكون بحثه في القاعدة الثالثة من هذا الفصل - إن شاء الله تعالى -.

٢- أن يكون المتلف المباشر متعديا في إتلافه، والمراد بالتعدي هنا: المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم، كما أوضحته في الفرع الثالث.

ومن التعدي: ألا يكون الفعل مما أذن فيه الشارع أو المالك، وسيأتي -إن شاء الله- مزيد بيان لهذه المسألة في قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)[١]، وقاعدة (إذن المالك في التصرفات يسقط الضمان)[٢].

الفرع السادس: في تعدد المباشرين:

إذا اشترك أكثر من واحد في مباشرة التلف؛ تحمّل كل واحد من المباشرين الضمان بحسب نسبة تأثيره في الضرر، وإذا استووا في نسبة التأثير أو لم تعرف نسبة أثر كل واحد منهم فالضمان منقسم عليهم بالتساوي[٣].

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

تندرج تحت القاعدة فروع كثيرة، منها ما يأتي:

---

(١) كما في صفحة ٥٧١.

(٢) كما في صفحة ٥٨٥.

(٣) انظر: مصنف عبدالرزاق (٥١/١٠)، بدائع الصنائع (٢٧٥/٧، ٢٨٠)، مجمع الضمانات (٣٥٧/١)، مواهب الجليل (٣١٦/٦)، روضة الطالبين (٣٢٥/٩)، المغني [(٨٩/١٢)، (٢٥١/١٤)]، إعلام الموقعين (٣٩/٢)، تقرير القواعد (٢١٢/١-٢١٩)، شرح منتهى الإرادات (٤٢٩/٢-٤٣٠)، المحلى (١٠٧/١١-١٠٨)، مجلة البحوث الإسلامية (٧٦/٢٦)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص ١٦٤).

١- إذا أتلف أحد مال غيره الذي في يده أو في يد أمينة قصدا أو من غير قصد، فإنه يكون ضامنا[١].

٢- إذا دخل شخص حانوت بقال، فزلقت رجله فسقط على إناء عسل فكسره، فإنه يضمن[٢].

٣- إذا تطايرت شرارة من دكان حداد وهو يطرق الحديد، فحرقت لباس إنسان، لزمه ضمانه[٣].

٤- إذا تطايرت قطعة حطب، والحطاب يكسر الحطب، فكسرت زجاج نافذة دار الجار، يكون الحطاب ضامنا[٤].

٥- إذا أطلق شخص عيارا نارياً فأتلف مالاً لآخر، لزمه الضمان[٥].

٦- إذا استأجر شخص إنسانا لأن يهدم له حائطا، فوقع من الحائط حجر فأصاب شخصا، فتجب الدية على العامل[٦].

٧- إذا أتلف إنسان مال غيره يظنه مال نفسه، فإنه يضمن[٧].

---

(١) انظر: درر الحكام (١/٩٣)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤).

(٢) انظر: المرجعين السابقين، وشرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٠)، مجمع الضمانات (١/٣٧٣)، درر الحكام (١/٩٤)، شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، العزيز (٥/٣٩٩)، القواعد للحصني (٣/٤٢٢)، تقرير القواعد (١/٣١٦).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٥٠)، درر الحكام (١/٩٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤).

(٥) انظر: درر الحكام (١/٩٤)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤).

(٦) انظر: درر الحكام (١/٩٤)، العزيز (٥/٣٩٩)، تقرير القواعد (١/٣١٦).

(٧) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤).

٨- لو سقط من ظهر الحمال شيء، فأتلف مال أحد، لزم الحمال الضمان[١].

٩- إذا انقلب نائم أو صغير على مال لغيره فأتلفه، فإنه يضمن[٢].

١٠- إذا رمى سهماً إلى هدف في ملكه، فتجاوزه وأتلف شيئاً لغيره، لزمه الضمان[٣].

١١- إذا حرق صك رجل أو دفتر حسابه، وجب عليه ضمانه[٤].

١٢- إذا صدمت سيارة سائرة سيارة واقفة في ملك صاحبها أو خارج طريق السيارات أو على جانب طريق واسع؛ ضمن سائق السائرة ما تلف في الواقفة من نفس ومال بصدمته؛ لأنه باشر الإتلاف[٥].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية (ص٤٥٣).

(٢) انظر: المرجع السابق، ومجمع الضمانات (١/٣٤٥).

(٣) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٤٥).

(٤) انظر: المرجع السابق (١/٣٤٦).

(٥) انظر: مجلة البحوث الإسلامية (٢٦/٥٤، ٧٦)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص ١٦٣-١٦٤).

المبحث الثاني

قاعدة: المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد

ذكرت - فيما سبق - أن الإتلافات التي يجب فيها الضمان إما أن تكون على سبيل المباشرة، وإما أن تكون على سبيل التسبب، وقد تناولت في القاعدة السابقة الحديث عن المتلف المباشر، وفي هذه القاعدة سأتناول الحديث عن المتلف المتسبب، وذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

لقد اهتم علماؤنا بهذه القاعدة اهتماما كبيرا، وذكروا لها النصوص الفقهية والصيغ الكلية، وقد كان لفقهاء الحنفية النصيب الأوفر في الاهتمام بهذه القاعدة والعناية بها، وبعد البحث والتنقيب يسّر الله لي الوقوف على طائفة من هذه الصيغ والنصوص الفقهية، أذكرها مرتبة حسب الترتيب المذهبي:

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال أبو بكر الجصاص[(١)]: «كل من صحّت شهادته لزمه الضمان عند الرجوع»[(٢)].

---

(١) هو العلامة المفتي أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، ولد سنة ٣٠٥هـ، وسمع الحديث من أبي العباس الأصم وأبي القاسم الطبراني، وتفقه على أبي الحسن الكرخي، وتخرج به علماء بغداد، وإليه المنتهى في معرفة المذهب، ومن مؤلفاته: "أحكام القرآن" و"شرح مختصر الطحاوي" و"شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن"، توفي سنة ٣٧٠هـ.
انظر: سير أعلام النبلاء (١٦/٣٤٠)، البداية والنهاية (١١/٣١٧)، الجواهر المضية (١/٢٢٠-٢٢٤).

(٢) أحكام القرآن للجصاص (١/٤٩٧).

مثاله: أن يشهد رجلان عند القاضي أن عبد محمد سرق مال خالد، فيأمر القاضي بقطع يد العبد، ثم يرجع الشاهدان في شهادتهما، فهنا يجب على الشاهدين ضمان يد العبد لسيده؛ لأنهما تسببا في إتلاف يده بشهادتهما.

٢- قال أبو بكر السرخسي: «الإتلاف الحكمي في حكم الضمان كالإتلاف الحقيقي»[١].

ومراده بالإتلاف الحكمي الإتلاف بالتسبب، وبالإتلاف الحقيقي الإتلاف بالمباشرة، كما يعرف من سباق الكلام وسياقه[٢].

٣- وقال أبو بكر السرخسي أيضا: «الإتلاف المسبب إذا كان متعديا يجعل كالمباشر في حكم الضمان»[٣].

٤- وقال أيضا: «التسبب إذا كان تعديا يكون موجبا للضمان»[٤].

٥- وقال أيضا: «السبب متى كان بطريق التعدي فهو كالمباشرة في إيجاب الضمان»[٥].

٦- وقال أيضا: «المسبب إذا لم يكن متعديا لا يكون ضامنا»[٦].

٧- قال قاضيخان: «التسبيب بصفة التعدي ملحق بالمباشرة في إيجاب الضمان عليه»[٧].

---

(١) المبسوط (١٨٢/٢٦).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق (٥٤/١١).

(٤) المرجع السابق (٨٨/٤).

(٥) المرجع السابق (١٧٧/٢٠).

(٦) المرجع السابق (٢٢/٢٧).

(٧) شرح الزيادات (ص٢١٥٥-٢١٥٦) بواسطة موسوعة القواعد للندوي (٣٤٢/١).

٨- قال أبو الحسن المرغيناني: «التسبيب بوصف التعدي سبب للضمان»[١].

٩- قال محمود العيني: «التسبب بطريق التعدي من أسباب الضمان»[٢].

١٠- قال ابن نجيم: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا، إلا إذا كان متعمداً»[٣].

١١- قال ابن غانم البغدادي: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا إلا إذا كان متعدياً»[٤].

١٢- وقال ابن غانم البغدادي أيضا: «المتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى»[٥].

١٣- قال ابن عابدين[٦]: «المتسبب ضامن إذا كان متعدياً»[٧].

١٤- جاء في مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد»[٨].

---

(١) الهداية مع البناية (١٢/٣٢٩).

(٢) البناية (١٢/٢٨٦-٢٨٧).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣).

(٤) مجمع الضمانات (١/٣٤٥).

(٥) المرجع السابق (١/٣٨١).

(٦) هو الفقيه المفتي محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الدمشقي الحنفي الشهير بابن عابدين، فقيه أصولي، ولد سنة ١١٩٨هـ، قرأ على سعيد الحموي وشاكر العقاد، ومن مؤلفاته: "رد المحتار على الدر المختار" و"وعقود رسم المفتي" و"الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة"، توفي سنة ١٢٥٢هـ.

انظر: هدية العارفين (٦/٣٦٧)، إيضاح المكنون (٣/٧)، معجم المؤلفين (٣/١٤٥).

(٧) حاشية رد المحتار (٥/٣٨٦).

(٨) شرح المجلة (ص ٦٠)، درر الحكام (١/٩٤)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٥).

١٥- قال محمود حمزة: «كل مسبب لم يطرأ عليه مباشر كان عليه الضمان»[١].

١٦- وقال محمود حمزة أيضا: «يضاف الفعل إلى المسبب إن لم يتخلل واسطة»[٢].

ثانياً: المذهب الشافعي:

قال أبو الحسن الماوردي: «كل إتلاف ضمن بالمباشرة ضمن بالشهادة»[٣].

ثالثاً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو محمد ابن قدامة: «يجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة»[٤].

٢- وقال أبو محمد ابن قدامة أيضا: «كل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع فإنه يوزع بينهم على عددهم»[٥].

٣- وقال ابن قيم الجوزية: «إتلاف المتسبب كإتلاف المباشر في أصل الضمان»[٦].

٤- وقال ابن قيم الجوزية أيضا: «من تسبب إلى إتلاف مال غيره وجب عليه ضمانه»[٧].

---

(١) الفرائد البهية (ص١٣١).

(٢) المرجع السابق (ص٢١٠).

(٣) الحاوي (٢٥٧/١٧).

(٤) المغني (٨٨/١٢).

(٥) المرجع السابق (٢٥١/١٤).

(٦) إعلام الموقعين (٤٦/٢).

(٧) الطرق الحكمية (ص١٢٦).

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

المتسبب في اللغة: اسم فاعل من التسبب، والسبب هو عبارة عن كل شيء يتوصل به إلى غيره، ومنه سمي كل من الحبل والباب والحياة سببا[(١)].

التعريف الاصطلاحي: ذكر الفقهاء تعريفات كثيرة لمصطلح التسبب والمتسبب، أذكر أهمّ ما وقفت عليه منها مرتبة حسب الترتيب المذهبي.

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال أبو بكر الكاساني في تعريفه: «التسبب: الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة»[(٢)].

٢- قال أبو العباس الحموي في تعريفه: «حد المتسبب: هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار»[(٣)].

٣- جاء تعريفه في مجلة الأحكام العدلية: «الإتلاف تسببا: هو التسبب لتلف شيء، يعني: إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة»[(٤)].

٤- قال مصطفى الزرقا في تعريفه: «المتسبب في حادثة: هو الذي يفعل ما يؤدي إليها، ولا يباشرها مباشرة»[(٥)].

٥- قال وهبة الزحيلي في تعريفه: «المتسبب: هو الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة»[(٦)].

---

(١) انظر: لسان العرب (١/٤٥٥-٤٦٠)، القاموس المحيط (ص ١٢٣).

(٢) بدائع الصنائع (٧/١٦٥) بتصرف يسير.

(٣) غمز عيون البصائر (١/٤٦٦).

(٤) درر الحكام (٢/٥٠٨)، شرح المجلة (ص ٤٨٨).

(٥) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٤٥).

(٦) نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨٩، ١٩٨).

ثانياً: المذهب المالكي:

قال القرافي في تعريفه: «التسبب: ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة»[(١)].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

١- قال أبو حامد الغزالي في تعريفه: «حد السبب: إيجاد ما يحصل الهلاك عنده، لكن بعلة أخرى، إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة»[(٢)].

٢- قسم بعض الشافعية التسبب إلى قسمين:

أحدهما: السبب: «وهو ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله».

ومثاله: إذا شهد بالزور على عبد فقتل بشهادته أو رجم في الحد بشهادته، فهنا الشهادة أثرت في قتل المشهود عليه، مع أن القتل لم يحصل بها، وإنما حصل بحكم الحاكم.

والثاني: الشرط: «وهو ما لا يؤثر في الهلاك ولا يحصله، بل يحصل التلف عنده بغيره، ويتوقف تأثير ذلك الغير عليه».

ومثاله: حفر الحفرة مع التردي فيها، فهنا لم يؤثر الحفر في التلف ولم يحصله، وإنما أثر التخطي في صوب الحفرة، والمحصل للتلف التردي فيها ومصادمتها، لكن لولا الحفر لما حصل التلف، ولهذا سمي شرطا[(٣)].

---

(١) الفروق (٤/٢٧).

(٢) الوجيز (١/٢٠٦).

(٣) انظر: قواعد الأحكام (٢/٢٦٦، ٢٦٧)، العزيز (٥/٣٩٨-٣٩٩)، روضة الطالبين (٩/١٢٨)، مغني المحتاج (٤/٦).

رابعاً: المذهب الحنبلي:

جاء في مجلة الأحكام الشرعية تعريف الإتلاف بالتسبب بما نصه: «الإتلاف تسببا: هو فعل ما يفضي عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه»[(١)].

وهذه التعريفات - وإن اختلفت في ألفاظها إلا أنها - متفقة في المضمون والمعنى، مؤداها: أن يفعل المرء شيئاً يؤدي إلى الإتلاف عادة بواسطة فعل آخر متوسط بين الفعل الأول (السبب) والإتلاف الحادث، بحيث يكون الفعل الأول (السبب) هو المقتضي لوقوع الإتلاف بذلك الفعل (الواسطة).

كما في عملية حفر البئر؛ فإن حفر البئر في الطريق تسبب إلى إتلاف الساقط بها، فالتلف لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر؛ لأن الحفر اتصل بالأرض ولم يتصل بالساقط في البئر، وإنما حصل التلف بمشي الساقط إلى الحفر، فكانت الحفرة سببا للتلف ومؤثرة في حصوله[(٢)].

ويتضح من تعريفات العلماء للتسبب أنه يشترط أن يكون السبب مما شأنه عادة أن يفضي غالبا للإتلاف، بمعنى أن يكون التلف الذي حصل نتيجة عادية منتظرة من ذلك الفعل (التسبب)، كما يفيده تعريف القرافي[(٣)]، ولهذا احترز الغزالي في تعريفه بقوله: «إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة»[(٤)]، عما

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٣٠).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٦/٤).

(٣) انظر: الفروق (٢٧/٤)، بدائع الصنائع (١٦٥/٧)، شرح المجلة (ص ٤٨٨)، درر الحكام (٥٠٨/٢)، نظرية الضمان للزحيلي (ص ١٨٩، ١٩٨)، الوجيز (٢٠٦/١)، تقرير القواعد (٣١٦/٢-٣١٧)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٣٠).

(٤) الوجيز (٢٠٦/١).

إذا كان حدوث المقتضي للتلف مع تقدير ذلك الفعل نادراً، فإنه لا يعد سببا[١]، كمن حفر بئراً في الصحراء بعيدا عن الطرق والمسالك، فإنه لا تسبيب حينئذ؛ لأن الوقوع فيها أمر نادر مع سعة الصحراء، وبعد البئر عن الطرق[٢].

وأراد الغزالي بقوله: «مما يقصد»: كون شأنه أن يحصل ويتوقع معه علة التلف، بأن يكون وجودها معه كثيرا[٣]، لا أن يقصد المتسبب وقوع التلف؛ لأن المتسبب قد يقصد وقوع التلف مع أنه يضمن قطعا[٤].

أقسام التسبب:

هناك تقسيمان للتسبب، هما كما يأتي:

أولاً: قسم بعض علماء الشافعية التسبب باعتبار توليده للمباشرة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: التسبب الذي يولد المباشرة توليدا حسيا، كالإكراه على الإتلاف.

القسم الثاني: التسبب الذي يولد المباشرة توليدا شرعيا، كمن شهد زورا على عبد فقتل بشهادته.

القسم الثالث: التسبب الذي يولد المباشرة توليدا عرفيا كتقديم طعام مسموم لمن يأكله[٥].

---

(١) انظر: ضمان المتلفات (ص٣٥٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/٢٧٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٢٤٤)، مغني المحتاج (٤/٨٢-٨٣)، المغني (١٢/٨٩).

(٣) انظر: العزيز (٥/٣٩٨).

(٤) انظر: ضمان المتلفات (ص٣٥٢).

(٥) انظر: الوجيز (٢/١٢٢)، العزيز (١٠/١٢٧-١٣٠)، قواعد الأحكام (٢/٢٦٦-٢٦٧)، روضة الطالبين (٩/١٢٨-١٢٩)، مغني المحتاج (٤/٦).

ثانياً: قسم بعض الباحثين[١] التسبب باعتبار الفعل وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: التسبب بالفعل:

ومثاله: ما لو نخس إنسان دابة آخر، فنفحت برجلها فأضرت بمال أو نفس، أو حفر حفرة في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر فوقع فيها حيوان، أو فتح باب بيت غيره فتركه مفتوحا فسرق اللصوص ما به، أو طرح قمامات وقشور بطيخ في الطريق فزلق به عبد[٢].

القسم الثاني: التسبب بعدم الفعل.

ومثاله: لو أصيبت شاة فأراد صاحبها ذبحها قبل أن تموت ولا مدية[٣] معه، وكان مع غيره مدية فطلبها من صاحبها، فامتنع عن إعطائه حتى ماتت الشاة، يكون صاحب المدية ضامنا قيمة الشاة؛ لأنه امتنع عن بذل واجب، وتسبب بامتناعه في تلف الشاة[٤].

وكذلك إذا أرسل القاضي أعوانه ليطلبوا من المدعى عليه الحضور إلى مجلس القضاء فامتنع من الحضور؛ فحينئذ ينظر: فإن كان المدعي هو الذي دفع أجرة الأعوان ليحضروا الخصم بأمر القاضي، فامتنع عن الحضور يكون الخصم ضامنا أجرة الأعوان؛ لأنه قد تسبب بامتناعه هذا في إتلاف الأجرة وضياعها على المدعي[٥].

---

(١) انظر: الفعل الضار (ص٨١-٨٢)، ضمان المتلفات (ص٣٥٣-٣٥٤).

(٢) انظر: المغني (٨٨/١٢)، مغني المحتاج (٧٨/٤)، الفعل الضار (ص٨١).

(٣) المدية: الشفرة، والجمع: مُدىً ومديات.

انظر: مختار الصحاح (ص ٦١٩)، المصباح المنير (ص ٢١٦).

(٤) انظر: البهجة شرح التحفة (٣٦/١).

(٥) انظر: البهجة شرح التحفة (٣٦/١).

القسم الثالث: التسبب بالتقصير.

ومثاله: ما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام بإذن ولي الأمر، ولكنه أهمل بعض القيود، فلم يضع مثلا حواجز حول الحفرة، فوقع فيه حيوان فتلف[١].

ويمكن إرجاع هذه الأقسام الثلاثة إلى قسمين هما:

الأول: التسبب بالفعل، ويسمى بالتسبب الإيجابي، وهو: أن يعمل الشخص عملا فينشأ عنه التلف.

والثاني: التسبب بعدم الفعل، أي: التسبب بالترك، ومنه: التسبب بالتقصير، ويسمى التسبب السلبي، وهو: أن يهمل الشخص القيام بعمل مطلوب منه فيقع التلف.

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

وهو أن من تسبب في إتلاف مال أو نفس؛ وجب عليه ضمان ما تسبب في إتلافه، بشرط أن يكون متعديا[٢].

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

وهذا يتبين من خلال الفروع الآتية:

---

(١) انظر: المغني (٨٩/١٢).

(٢) انظر: شرح المجلة (ص ٦٠)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٥)، المدخل الفقهي للزرقا (١٠٤٥/٢-١٠٤٧)، نظرية الضمان للزحيلي (ص ١٩٨).

الفرع الأول: في وجوب الضمان على المتسبب بالإتلاف:

اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] - من حيث الجملة - على أن من تسبب في إتلاف شيء، وجب عليه ضمان ما تسبب في إتلافه، إذا كان متعديا.

لكنهم اختلفوا في تقدير وجود التسبب وعدمه في بعض المسائل الفقهية؛ فمنهم من رأى وجود التسبب، ومنهم من لم يره.

واستدلوا على وجوب الضمان على المتلف المتسبب بما يأتي:

١- قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٥].

وجه الدلالة: أن الآية الكريمة دلت على أن من اعتدى على مال غيره - ومنه الإتلاف تسببا - فإن لصاحب المال أن يأخذ منه بدله[٦].

---

(١) انظر: المبسوط (٨٨/٤، ٥٤/١١، ١٧٧/٢٠، ١٨٢/٢٦، ٢٢/٢٧)، بدائع الصنائع (١٦٥/٧)، الهداية مع البناية (٣٢٩/١٢)، البناية (٢٨٦/١٢-٢٨٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣)، مجمع الضمانات (٣٤٥/١، ٣٨١)، الفرائد البهية (ص١٣١، ٢١٠)، درر الحكام (٩٤/١)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٥).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٣٨٦/٢)، الفروق (٢٠٦/٢-٢٠٧، ٢٧/٤)، ترتيب الفروق (١٨٨/٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، إيضاح المسالك (ص٧٧-٧٨)، شرح المنهج المنتخب (ص ٥٣٤-٥٣٧).

(٣) انظر: الوجيز (٢٠٥/١)، قواعد الأحكام (٢٦٥/٢)، روضة الطالبين (٤/٥)، المنثور (٣٢٢/٢-٣٢٣)، القواعد للحصني (٤٢٠/٣-٤٢٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦٢).

(٤) انظر: المغني (٨٨/١٢)، إعلام الموقعين (٤٦/٢، ٣٣٠/٣)، تقرير القواعد (٣١٦/٢)، مغني ذوي الأفهام (ص١٨٦)، الإقناع (٥٩١/٢-٥٩٢)، تحفة أهل الطلب (ص١٠٥)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، الإرشاد للسعدي (ص١٤٨).

(٥) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٦) انظر: تيسير الكريم الرحمن (ص ٨٩).

٢- عن البراء بن عازب ﷺ أن ناقة لـه دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها[١].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ ألزم أصحاب المواشي بضمان ما أتلفته مواشيهم ليلا، ومعلوم أن أصحاب المواشي لم يباشروا الإتلاف هنا، وإنما تسببوا في ذلك بإهمالهم لمواشيهم، فدل ذلك على وجوب الضمان على من تسبب بالإتلاف إذا كان معتدياً.

٣- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: **(لا ضرر ولا ضرار)**[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن الضرر والإضرار بالآخرين، وهذا يقتضي أن من تعدى في شيء فتسبب في إتلاف نفس أو مال، فإن الضمان يجب عليه.

٤- حكى بعض العلماء الاتفاق على أن إتلاف المتسبب موجب للضمان، يقول العلامة أبو العباس القرافي: «وللسبب الموجب للضمان نظائر كثيرة، منها متفق عليه، ومنها مختلف فيه، لكن حصل الاتفاق من حيث الجملة على أن التسبب موجب للضمان»[٣].

وقال القاضي أبو عبد الله المقري: «قاعدة: تقدم أن أسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف والتسبب ووضع اليد غير المؤتمنة... وعلى هذه القاعدة تتخرج فورع

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٧٢.

(٢) تقدم تخريجه صفحة ٨٤.

(٣) الفروق (٢/٢٠٧).

الضمان، وهي متفق عليها»[١].

٥- إن التسبب ليس بالعلة المستقلة، لوجود فعل آخر مفضٍ إلى التلف فاصل بينه وبين التلف، مع تراخٍ للتلف عن الفعل المسبب، فاقتضى أن يقترن بالعمل المسبب صفة عداء ليكون موجبا للضمان[٢].

الفرع الثاني: في المراد بالتعدي المشترط في وجوب الضمان على المتلف المتسبب:

ذكرت - في الفرع الأول - اتفاق الفقهاء على اشتراط التعدي لوجوب الضمان على المتلف المتسبب، كما ذكرت الأدلة التي استدلوا بها.

أما المراد بالتعدي المشترط هنا فهو أن «التعدي يستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما، وتحديد أي منهما هو المراد في هذا المقام:

* فالمعنى الأول للتعدي هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم؟

* والمعنى الثاني الذي قد يعبر عنه بالتعدي هو العمل المحظور في ذاته شرعا، بقطع النظر عن كونه متجاوزا على حدود الغير أم لا.

فالتعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود هنا في هذا المقام، وهو شرط أساسي في مسئولية كل من المباشر والمتسبب على سواء.

ولا يشترط لمسئولية المتعدي بهذا المعنى مباشرا كان أو متسبباً، أن يكون متعمداً، أي: قاصدا للإضرار، بل يستوي عند وجود التعدي الخطأ والعمد.

---

(١) القواعد (خ١٤٠) بواسطة شرح المنهج المنتخب (ص ٥٣٥). وانظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١/ ٧٥، ٨٣)، الفعل الضار (ص٧٥)، نظرية الضمان للزحيلي (ص ٧٧)، ضمان المتلفات (ص٣٥٧).

(٢) انظر: شرح المجلة (ص ٦٠)، درر الحكام (١/ ٩٣)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/ ٨٣).

أما المعنى الثاني للتعدي – وهو العمل المحظور شرعا – فليس بشرط للمسئولية في كل من المباشر والمتسبب، بعد توافر التعدي بمعنى التجاوز إلى حق الغير أو ماله المعصوم، فقد يتحقق التعدي بهذا المعنى ولا يكون الفعل محظورا شرعاً، بل قد يكون واجبا ويثبت معه الضمان»[(١)].

«على أنه قد يقول متسائل: فما الفرق عندئذ بين التسبب والمباشرة في المسئولية، فإن المشهور لدى كل من كتبوا من المعاصرين في هذا الموضوع أن التعدي شرط في التسبب لا في المباشرة؟[(٢)].

فالجواب: أنه عند انفراد أحدهما - تسببا كان أو مباشرة - يكون فاعله مسئولا بالضمان بشرط التعدي، وإنما الفرق بينهما عند اجتماعها، فإذا اجتمع المباشر والمتسبب وكل منهما متعدٍّ فالمباشر هو الضامن»[(٣)]، على تفصيل في ذلك، كما سيأتي في دراسة القاعدة الآتية.

---

(١) الفعل الضار (ص ٧٨-٧٩).

(٢) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١/ ٧٥، ٨٣).

(٣) الفعل الضار (ص ٨٣).

وقد انتقد القاضي محمد تقي العثماني في كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة (ص٣٠٤) الأستاذ مصطفى الزرقا في قوله: إن المراد بالتعدي المشترط في وجوب الضمان على المتلف المتسبب هو «المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم»، وقال: «فالصحيح الذي يتبادر من كلام الفقهاء، أن التعدي الذي يشترط لتضمين المسبب هو التعدي بالمعنى الثاني، وهو أن يكون فعله المسبب للضرر محظورا في نفسه، وإن التعدي بهذا المعنى لا يشترط في تضمين المباشر». إلا أنه لم يذكر دليلا يدل على صحة انتقاده. فالله أعلم.

الفرع الثالث: في عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف المتسبب:

بينت – فيما سبق[١] – اتفاق الفقهاء على عدم اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف، سواء كان مباشرا أم متسببا، وأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء، وإنما فرقوا بين المتعمد والمخطئ من جهة الإثم، فيأثم المتعمد دون المخطئ[٢].

وهذا فيما إذا كان التلف لاحقاً بحقوق الآدميين، أما إذا كان في حقوق الله – جل وعلا – فإن هناك فرقا بين المتلف العامد والمخطئ في الضمان، فإذا كان عامدا وجب عليه الضمان وحل عليه الإثم، وإذا كان مخطئا سقط عنه الضمان والإثم[٣]. وقد سبق إيضاح هذا التقييد بأوسع من هذا؛ فليرجع إليه[٤].

---

(١) كما في دراستي لقاعدة (العمد والخطأ في ضمان الأموال سواء) صفحة ٢٨٧.

(٢) انظر: المبسوط (١١/١٦)، الهداية مع فتح القدير (١٥٧/٥)، البناية (٤٣٨/٦-٤٣٩)، الاستذكار (٢٧١/٢٢، ٢٨٧)، الفروق (٢١٣/١، ٢٠٩/٢)، الذخيرة (٢٥٩/١٢)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، القواعد للمقري (٦٠٣/٢)، الأم (١٨٢/٢-١٨٣)، الإشراف لابن المنذر (٥٦٥/٢)، الحاوي [(٥٠/٧، ١٧٠)، (٣٥٩/٨)، (١٠٥/١٥، ٣٠٥)، (٢٧٠/١٧)]، قواعد الأحكام [(٣٥/١، ٢٦٣)، (٦/٢، ٢٦٨)]، المقنع لابن البنا (١٠٢٤/٣)، المغني (٣٢٩/١١، ٥٦٠، ٥٠٥/١٢)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٢٧/٢٩)، إعلام الموقعين (١٥٢/٢)، المبدع (١١٠/٥)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٣)، المحلى (٩١/٦، ٤٢٩).

(٣) انظر: فتح الباري (١٩١/٥، ٥٥٩/١١)، القواعد والأصول الجامعة (ص ٤٤)، الإرشاد للسعدي (ص ٩٢)، المختارات الجلية ضمن المجموعة الكاملة (١٣٩/٢/٤)، الشرح الممتع (٢٢٧/٧).

(٤) كما في دراستي لقاعدة (لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل) صفحة ٣٢٧-٣٣٤.

الفرع الرابع: في بيان خطأ لفظي في بعض صيغ القاعدة:

جاء في بعض صيغ القاعدة اشتراط التعمد في وجوب الضمان على المتلف المتسبب، كما في صيغة ابن نجيم[١] ومجلة الأحكام العدلية[٢]، وهذا خطأ واضح؛ إذ التعمد ليس بشرط في وجوب الضمان على المتلف المتسبب - كما بينت ذلك في الفرع السابق -، وإنما يشترط التعدي لوجوب الضمان على المتلف المتسبب - كما سبق -، وكما جاء في بعض الصيغ الأخرى.

«ويلاحظ أن شراح المجلة تداركوا عمليا هذا الإيهام في عبارتها، بأن قرنوا التعمد بالتعدي كشرط لتضمين المتسبب»[٣].

وقد نبه على هذا الخطأ الأستاذ مصطفى الزرقا حيث يقول: «جاء في المجلة (م/٩٣): (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)، لكن الفروع الفقهية تفيد أن كلا من المباشرة والتسبب في ضرر الغير موجب للضمان متى وجد فيه التعدي... سواء أقصد الفاعل الفعل أو الضرر.. أم لم يقصد، فلو صاح المجنون بدابة أحد حتى جفلت وأضرت بمال أو نفس كان ضامنا في ماله وإن لم يستحق عقوبة، مع أنه في ذلك متسبب تسببا وليس مباشرا، ولا يعتبر له قصد إلى فعل أو ضرر، يتضح من ذلك أن التعبير بلفظ التعمد الوارد في المجلة (م/٩٣) إنما المراد به معنى التعدي لا معنى القصد، وهو تعبير غير سديد.. لأنه موهم»[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣).

(٢) انظر: شرح المجلة (ص ٦٠)، درر الحكام (١/ ٩٤)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٥).

(٣) الفعل الضار (ص ٧٧). وانظر: المراجع السابقة.

(٤) الفعل الضار (ص ٧٦-٧٧). وانظر: المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ١٠٤٦-١٠٤٧).

وتبعه على ذلك كل من:

أولاً: الدكتور وهبة الزحيلي حيث يقول: «والأصح أن يقال في هذه القاعدة – كما ذكرنا فيما قبلها -: (إلا بالتعدي)؛ وذلك لأن شرط تضمين المتسبب هو وجود التعدي، سواء أكان بقصد أم لا»[1].

ثانياً: الدكتور محمد سراج حيث يقول: «وعلى الرغم من وضوح اعتبار الخطأ والإهمال والتقصير في وجوب الضمان، فقد أخطأ القائمون على مجلة الأحكام العدلية خطأ جوهريا في فهم الأصول العامة للضمان، حين نصوا على اشتراط التعمد في التسبب لإيجاب الضمان، فقد جاء في المادة (٩٢) من هذه المجلة أن (المباشر ضامن وإن لم يتعمد)، وفي المادة (٩٣) أن (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)، ويفيد الحصر بالنفي و(إلا) في المادة الأخيرة أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد، وهو خلاف ما يدل عليه واجب العناية بحقوق الغير في الشريعة، كما أنه يناقض الحكم بالضمان في كثير من الفروع الفقهية التي ذكرها علماء المذهب الحنفي أنفسهم، كما في ضمان الحداد والموقد للنار في ملكه مما سبق ذكره قبل قليل.

وهناك احتمالان في تفسير سبب الوقوع في هذا الخطأ:

أولهما: متابعة خطأ كتابي وقع في بعض الكتب السابقة، كأشباه ابن نجيم التي وردت فيه القاعدة نفسها بلفظ: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا، إلا إذا كان متعمداً»[2]، ومع ذلك فقد تعاقب شراح المجلة على ترديد الخطأ نفسه، دون تقدير منهم لآثاره على مفهوم الضمان وتناقضه مع ما أوردوه هم من فروع.

---

(١) نظرية الضمان للزحيلي (ص ١٩٨). وانظر: (ص٢٠١).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣).

والثاني: متابعة خطأ وقع فيه بعض المتقدمين في تفسير مذهب الإمام أبي حنيفة في تضمين المتسبب، خاصة وأن إمام المذهب لا يرى تضمين المتسبب إلا في تلك الأحوال التي يبلغ الخطأ فيها من الجسامة مبلغا يقربه من العمد.

سواء وقع هذا الخطأ مجاراة لخطأ كتابي أو علمي «فإن هذه القاعدة تجب قراءتها على أن المتسبب لا يضمن (إلا إذا كان متعديا) طبقا لما ورد في مجمع الضمانات[1]»[2].

ثالثاً: القاضي محمد تقي العثماني حيث يقول: «وقد وقع هنا تسامح في التعبير في مجلة الأحكام العدلية، حيث ذكرت هذه القاعدة في المادة (٩٣) بلفظ «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد»، وهذا خلاف ما ذكره جمهور الفقهاء؛ فإن تعمد الإضرار ليس بشرط لتضمين المسبب، لذلك من حفر بئراً في غير ملكه، وسقط فيها رجل؛ فإن الحافر ضامن، ولو لم يحفرها بنية أن يتردى فيها رجل، فالصحيح من عبارة هذه القاعدة ما ذكرنا من أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، ولو لم يكن متعمدا بالضرر أو بالتعدي»[3].

الفرع الخامس: في شروط القاعدة:

اشترط العلماء لوجوب الضمان على من تسبب في التلف الشروط التالية:

أولاً: أن يقع الفعل الذي أدى إلى التلف على وجه التعدي، فلو حفر أحد بئرا في غير ملكه وبلا إذن صاحب الأرض، فوقع فيها حيوان وتلف، ضمن

---

(١) مجمع الضمانات (١/ ٣٨١، ٣٤٥).

(٢) ضمان العدوان (ص١٠٢-١٠٣). وانظر: (ص٢٤٧).

(٣) بحوث في قضايا فقهية معاصرة (ص٣٠٣).

لتعديه في الحفر الذي أدى إلى تلف الحيوان، أما إذا كان الحفر في أرضه أو بإذن صاحب الأرض فلا ضمان عليه لعدم التعدي[١].

وقد مضى الكلام على هذا الشرط بأوسع مما هنا، كما في الفرعين الأول والثاني.

ثانياً: «أن تتحقق السببية بين الفعل المسبب والتلف، وذلك بأن يؤدي الفعل المسبب إلى التلف غالبا على جري العادة، فإذا حفر شخص حفرة صغيرة لا يموت ما يقع فيها عادة، فوقع فيها حيوان ومات فلا ضمان؛ لأن حدوث التلف إذا كان نادرا أو وقع مصادفة فإنه لا يعد سبباً»[٢].

ثالثاً: «أن لا يكون الفعل الفاصل بين الفعل المتسبب والتلف مانعا من نسبة ذلك التلف إليه، فإذا منع من نسبته إليه فإنه لا يضمن، فمن حفر حفرة في طريق فسقط فيها حيوان فتلف أو ألقت الريح فيها حيواناً فتلف، ضمن قيمة هذا الحيوان، لتعديه بالحفر وتسببه في الإتلاف، وعدم امتناع نسبته إليه حينئذ بسقوط الحيوان بفعله أو بفعل الريح.

---

(١) انظر: الهداية مع البناية (١٢/٣٢٩)، درر الحكام (١/٩٤، ٢/٦١٦)، شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٥، ٤٥٦)، الفروق (٢/٢٠٦-٢٠٧، ٤/٢٧)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، روضة الطالبين (٥/٤)، مغني المحتاج (٤/٨٢-٨٤)، المغني (١٢/٨٨-٨٩)، تقرير القواعد (٢/٣١٦)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٧٥، ٨٣)، نظرية الضمان للزحيلي (ص ٧٧)، ضمان المتلفات (ص٣٥٥).

(٢) ضمان المتلفات (ص٣٥٦) بتصرف. وانظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٥)، شرح المجلة (ص ٤٨٨)، درر الحكام (٢/٥٠٨)، الفروق (٤/٢٧)، الوجيز (١/٢٠٦)، تقرير القواعد (٢/٣١٦-٣١٧)، مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٣٠)، نظرية الضمان للزحيلي (ص١٨٩).

أما لو عمد إنسان إلى حيوان أو متاع فأسقطه في تلك الحفرة فتلف لم يضمن الحافر، وضمن المسقط، وذلك لحدوث ما يمنع نسبة الإتلاف إلى الحافر حينئذ، وهو إسقاط المسقط؛ إذ إنه بمباشرته الإسقاط أحدث فعلا تمتنع به نسبة التلف إلى حافر الحفرة وينسب إلى المسقط»[(١)].

ويتصل بهذا الشرط قاعدة «المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب»، وقد استثنى الفقهاء منها بعض المسائل، وسأبين ذلك في القاعدة القادمة - إن شاء الله تعالى -.

الفرع السادس: في تعدد أسباب الضمان:

إذا اجتمع أكثر من سبب في إحداث التلف، وكانت كلها من قبيل الإتلاف بالتسبب، وتوفر فيها الشرطان الآتيان:

الأول: أن تقع جميع الأسباب على وجه التعدي.

والثاني: أن تقع جميع الأسباب عمن هو أهل للضمان.

فلا يخلو الأمر من حالين:

الحال الأولى: أن تتساوى الأسباب في قوة التأثير في الإتلاف، فيكون الضمان على فاعل السبب الأسبق في إحداث التلف لا في الوجود[(٢)].

مثاله: لو حفر شخص بئرا في الطريق بغير إذن الحاكم، أو في ملك غيره بغير إذنه، ووضع بعد ذلك شخص آخر حجرا إلى جانب تلك البئر، فعثرت دابة

---

(١) الضمان في الفقه الإسلامي (١/ ٧٥) بتصرف. وانظر: بدائع الصنائع (٧/ ٢٧٥، ٢٧٦)، الفروق (٤/ ٢٧)، الوجيز (١/ ٢٠٦)، المغني (١٢/ ٨٨-٨٩)، نظرية الضمان للزحيلي (ص ٧٨)، ضمان المتلفات (ص٣٥٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٩/ ٣٢٤)، مغني المحتاج (٤/ ٨٧).

بالحجر ووقعت في البئر؛ فالضمان على واضع الحجر؛ لأنه بمنزلة الدافع، وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده[١].

وكذلك الحكم فيما لو تقدم جناية الحفر، كما لو نصب شخص سكينا في قعر البئر، فسقط فيها حيوان من غير عثار، فأصابه السكين فمات؛ فالضمان على الحافر لا على ناصب السكين؛ لأن الحافر أسبق السببين في إحداث التلف، ولولاه لما وقع على السكين، فكان بمنزلة الدافع[٢].

الحال الثانية: أن تتفاوت الأسباب في قوة التأثير في الإتلاف، فيكون الضمان على فاعل السبب الأقوى تأثيرا بغض النظر عن السبب السابق منها[٣].

وقد جاء ما يؤيده في المادة (١٤٣٢) من مجلة الأحكام الشرعية، ما نصه: «إذا اجتمع سببان أحدهما أخص اختص الضمان بصاحبه»[٤].

مثاله: «لو قيد أحد فرسه ووضعها في اصطبله وأقفل عليها الباب، فجاء رجل وفك قيد الفرس، وترك الباب مقفلا، وجاء آخر وفتح الباب فخرج الفرس فارّا وضاع، كان الضمان على فاتح الباب؛ لأن فتح الباب سبب قوي لفرار الحيوان؛ لأن الفرس لا يمكنها الفرار ولو رفع القيد ما دام الباب مقفلا، أما بعد فتح الباب فيمكنها الفرار ولو كانت مربوطة»[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٧٦/٧)، البحر الرائق (٣٩٧/٨)، روضة الطالبين (٣٢٤/٩)، مغني المحتاج (٨٧/٤، ٨٨)، المغني (٨٨/١٢)، المبدع (٣٣٠/٨)، الإنصاف مع المقنع (٣١٩/٢٥-٣٢٠).

(٢) انظر: البحر الرائق (٣٩٧/٨)، الوجيز (١٥٠/٢)، المغني (٨٩/١٢).

(٣) انظر: درر الحكام (٦١٥/٢)، مغني المحتاج (٨٧/٤).

(٤) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٤).

(٥) درر الحكام (٦١٥/٢، ٩٤/١). وانظر: جامع الفصولين (٨٤/٢)، الفرائد البهية (ص١٣٧)، مغني المحتاج (٢٧٨/٢-٢٧٩)، المغني (٤٣١/٧).

وكذلك لو كان الحيوان مقيدا، فجاء شخص وحلّ قيده، أو كان الطائر في قفص فجاء أحد ففتح باب القفص، وبقي الحيوان والطائر كل في مكانه، ثم جاء شخص آخر فنفرهما، فالضمان على منفرهما؛ لأن سببه أخص فاختص الضمان به، كالدافع مع الحافر[١].

هذان الحالان فيما إذا توفر الشرطان السابقان آنفا، وهما:

١- أن تقع جميع الأسباب على وجه التعدي.

٢- أن تقع جميع الأسباب عمن هو أهل للضمان.

فإن انتفى الشرط الأول - كأن حصل التعدي في بعض الأسباب دون البعض الآخر - فإن الضمان يجب على المتعدي[٢]، سواء كان أقوى تأثيرا في الإتلاف من غير المتعدي أم لم يكن.

مثال ذلك فيما إذا كان السبب الذي حصل تعديا هو الأقوى تأثيرا: إذا حفر شخص بئرا أو نصب سكينا في ملكه، ووضع متعدٍّ حجراً، فعثر حيوان بالحجر ووقع في البئر أو على السكين، فإن الضمان على واضع الحجر، لتعديه[٣].

ومثاله فيما إذا كان السبب الذي حصل تعديا هو الأضعف تأثيرا: إذا وضع رجل حجرا في ملكه، وحفر متعد هناك بئرا أو نصب سكينا، فعثر حيوان بالحجر ووقع في البئر أو على السكين، فإن الضمان على حافر البئر أو ناصب السكين، لحصول التعدي منه[٤].

---

(١) انظر: المغني (٤٣١/٧).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣٢٥/٩).

(٣) انظر: البحر الرائق (٣٩٧/٨)، روضة الطالبين (٣٢٥/٩)، مغني المحتاج (٨٨/٤)، المغني (٨٨/١٢-٨٩).

(٤) وقيل: لا يتعلق بحافر البئر وناصب السكين ضمان. انظر: روضة الطالبين (٣٢٥/٩).

وأما إذا انتفى الشرط الثاني – كأن حصلت بعض الأسباب ممن هو ليس بأهل للضمان – فإن الضمان يجب على من حصل التلف منه وهو أهل للضمان، سواء كان أقوى تأثيرا في الإتلاف ممن هو ليس بأهل للضمان أم لم يكن.

مثال ذلك فيما إذا كان السبب الذي حصل من غير أهل للضمان هو الأقوى تأثيرا: إذا حفر شخص بئرا في محل عدوان، وحصل حجر على طرف البئر بحمل السيل أو بوضع حربي أو سبع، فعثر حيوان بالحجر فوقع في البئر فهلك، فإن الضمان على الحافر، لتعديه؛ ولأنه لا يمكن أن يضاف إلى الحجر أو الحربي أو السبع، ولئلا تضيع أموال الناس[1].

ومثاله فيما إذا كان السبب الذي حصل من غير أهل للضمان هو الأضعف تأثيرا: إذا حفر حربي أو سبع حفرة، ووضع رجل عند الحفرة حجرا، فعثر حيوان بالحجر وسقط في البئر فهلك، فإن الضمان على واضع الحجر، لتعديه.

الفرع السابع: في الاشتراك في التسبب بالتلف:

إذا اشترك أكثر من واحد في إحداث التلف بالتسبب، تحمل كل واحد من المتسببين الضمان بحسب نسبة تأثيره في الضرر، أما إذا استووا في نسبة التأثير أو لم تعرف نسبة أثر كل واحد منهم فالضمان منقسم عليهم بالتساوي[2].

---

(١) وذهب الشافعية في الصحيح إلى أنه لا يجب الضمان على أحد، كما لو ألقاه الحربي أو السبع في البئر.
انظر: بدائع الصنائع (٢٧٦/٧)، البحر الرائق (٣٩٧/٨، ٣٩٨)، روضة الطالبين (٣٢٥/٩)، مغني المحتاج (٨٨/٤).

(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق (٥١/١٠)، المبسوط (١٧/٢٧)، بدائع الصنائع (٢٧٥/٧، ٢٨٠)، البحر الرائق (٣٩٧/٨)، مواهب الجليل (٣١٦/٦)، روضة الطالبين (٣٢٥/٩)، مغني المحتاج (٨٨/٤)، المغني (٨٩/١٢، ٢٥١/١٤)، إعلام الموقعين (٣٩/٢)، تقرير القواعد (٢١٢/١-٢١٩)، المحلى (١٠٧/١١-١٠٨)، مجلة البحوث الإسلامية (٧٦/٢٦)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (ص ١٦٤).

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

هناك فروع كثيرة تندرج تحت القاعدة، منها ما يأتي:

١- إذا أحرق شخص أعشابا جافة في أرضه فسرت النار إلى شيء لأحد ما فأحرقته، فلا ضمان عليه، إلا إذا كان متعدياً، بأن كان إحراق الأعشاب في يوم شديد الريح[١].

٢- لو حفر شخص بئرا في الطريق العام، ولم يكن مأذونا بذلك من قبل ولي الأمر، فسقط في البئر حيوان وتلف، فيكون ضامنا بافتياته على ما ليس له فيه حق، وتعديه، بخلاف ما لو استأذن لحفره، فلا ضمان عليه.

أما لو حفر إنسان بئراً في ملكه فليس عليه ضمان إلا إذا حفرها لهذا الغرض[٢].

٣- لو أسقى من له حق الشراب أراضيه حسب العادة، فطغت المياه على أراضي جيرانه، فأحدثت ضررا فيها؛ فليس عليه ضمانه، أما لو كان الإسقاء على خلاف العادة فيكون ضامنا[٣].

---

(١) درر الحكام (١/٩٤). وانظر: الفروق (٢/٢٠٦)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، تقرير القواعد (٢/٣١٦).

(٢) درر الحكام (١/٩٤) بتصرف. وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٣)، مجمع الضمانات (١/٣٤٥)، الفروق (١/٢٠٦)، روضة الطالبين (٥/٤)، المغني (١٢/٨٨)، تقرير القواعد (٢/٣١٦).

(٣) درر الحكام (١/٩٤). وانظر: شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٦)، تقرير القواعد (٢/٣١٦).

٤- لو وضع شخص فرسه مقيدا في اصطبله، فجاء شخصان فحلّ أحدهما قيد الفرس، وفتح الآخر باب الاصطبل، فالضمان على فاتح الباب[١].

٥- لو قعد إنسان في الطريق للبيع بغير إذن ولي الأمر، فتلف بقعوده شيء يضمنه، أما لو كان قعوده بإذن ولي الأمر فإنه لا يضمن[٢].

٦- إذا وضع شيئاً مما يزلق به الحيوانات كقشور الموز والبطيخ والقمامات، فزلق به حيوان وهلك، فإن الواضع يضمن[٣].

٧- إذا قطع شجرة له فوقعت على شجرة جاره فانكسرت، ضمن القاطع[٤].

٨- إذا أتلف رجل أحد مصراعي باب لرجل آخر أو أحد زوجي خف، كان للمالك أن يسلم للمتلف المصراع أو الخف الآخر، ويضمنه قيمتهما[٥].

٩- إذا هدم بيته فانهدم به بيت جاره، وطلب منه جاره قيمة البناء، فإنه لا يضمن إذا لم يتعد[٦].

١٠- إذا ضرب رجل شخصا آخر فسقط مغشيا عليه وسقط منه شيء، فإنه يضمن ما معه وما عليه من مال وثياب[٧].

---

(١) درر الحكام (١/٩٤). وانظر: مجمع الضمانات (١/٣٥٠)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٤٤)، روضة الطالبين (٥/٥)، تقرير القواعد (٢/٣١٦).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص ٤٥٦). وانظر: مجمع الضمانات (١/٣٥١).

(٣) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٤٥)، الفروق (١/٢٠٦).

(٤) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٥١).

(٥) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٤٦).

(٦) انظر: المرجع السابق (١/٣٥٧).

(٧) انظر: المرجع السابق (١/٣٥٧).

١١- إذا شهد بالزور على عبد فقتل بشهادته أو رجم في الحد بشهادته فإنه يلزمه الضمان[١].

١٢- إذا حلّ رجل رباط سفينة فغرقت بالحلّ ضمن[٢].

١٣- إذا بنى في ملكه حائطا مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره، فتلف به شيء، أو سقط على شيء فأتلفه، ضمنه[٣].

١٤- لو أوقف شخص سيارته في غير المحل المعد لوقوف السيارات، وترتب على ذلك الوقوف ضرر، ضمنه مالك السيارة؛ لأنه متعد في هذا الوقوف، متسبب للضرر به[٤].

١٥- لو خالف أنظمة المرور التي تحتم الاتجاه ذات اليمين في السير، فانطلق ذات الشمال، أو تحدد السرعة بقدر معين في شوارع المدينة أو خارجها، فزاد على السرعة المحددة، وترتبت على ذلك أضرار، فإنه يضمنها؛ لأن الارتفاق بالمرور في الشوارع مباح مقيد بشرط السلامة، وهي باتباع نظام المرور، فإذا خالفه وأحدثت المخالفة ضررا كان مسئولا عنه، مطلوبا منه تعويضه[٥].

١٦- إذا تأخر المدين في الوفاء بالدين، ونشأ عن هذا التأخير ضرر مالي على صاحب الدين، ضمن المدين هذا الضرر[٦].

---

(١) انظر: الفروق (٢٠٦/١)، قواعد الأحكام (٢٦٦/٢، ٢٦٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٥/٥).

(٣) انظر: المغني (٩٤/١٢).

(٤) نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص١٨٥). وانظر: مجلة البحوث الإسلامية (٥٤/٢٦).

(٥) نظرية الضمان لمحمد فوزي (ص١٨٥). وانظر: مجلة البحوث الإسلامية (٦٤/٢٦، ٧٧).

(٦) ضمان العدوان (ص١٤٥).

المبحث الثالث

قاعدة: المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب

هذه إحدى القواعد الفقهية المتعلقة بمسائل اجتماع المباشرة والتسبب في الإتلاف، وقد اعتنى بها العلماء عناية فائقة، وما ذلك إلا لأهميتها وعظيم نفعها، وقد يسر الله لي تناولها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

هذه القاعدة من القواعد المهمة في مسائل المباشرة والتسبب، وقد اهتم بها الفقهاء وتنوعت عباراتهم في ذكر الصيغ لها، وقد رتبتها حسب المذاهب الفقهية الأربعة على النحو الآتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

١- قال أبو بكر السرخسي: «المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب»[(١)].

٢- قال عبد العزيز البخاري[(٢)]: «الأصل أن يضاف الحكم إلى العلة دون السبب، وإنما يضاف إلى السبب عند تعذر الإضافة إلى العلة بالكلية»[(٣)].

---

(١) المبسوط (٢٤/٧٣).

(٢) الفقيه الأصولي علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي، تفقه على محمد المايمرغي وغيره، له مؤلفات منها: كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي، وشرح الهداية في فروع الفقه الحنفي، توفي سنة ٧٣٠هـ.
انظر: الجواهر المضية (٢/٤٢٨)، كشف الظنون (١/١١٢)، معجم المؤلفين (٢/١٥٧-١٥٨).

(٣) كشف الأسرار (٤/٣٠٦).

٣- قال ابن نجيم الحنفي: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر»[١].

٤- وقال أيضا: «المتسبب لا ضمان عليه مع المباشرة»[٢].

٥- قال ابن غانم البغدادي: «إذا اجتمع المباشر والمسبب أضيف الحكم إلى المباشر»[٣].

٦- جاء في المادة (٩٠) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر»[٤].

٧- قال محمود حمزة: «إذا اجتمع المباشر والمسبب قدم المباشر في الضمان»[٥].

ثانيا: المذهب المالكي:

١- قال عبد الوهاب المالكي: «السبب والمباشرة إذا اجتمعا سقط حكم السبب»[٦].

٢- قال أبو العباس القرافي: «إذا اجتمع التسبب والمباشرة اعتبرت المباشرة»[٧].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٥). وانظر: غمز عيون البصائر (١/٤٦٦).

(٢) الفوائد الزينية (ص ٩٣).

(٣) مجمع الضمانات (١/٤٠٥).

(٤) انظر: شرح المجلة (ص٥٩)، درر الحكام (١/٩١)، شرح القواعد (ص٤٤٧).

(٥) الفرائد البهية (ص١٣١).

(٦) الإشراف (٢/٩٧٨).

(٧) الفروق (٤/٢٨).

٣- وقال أيضا: «...إذا اجتمع منها سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب»[١].

٤- قال أبو عبدالله المقري: «المباشرة مقدمة على السبب ما لم تكن معمودة»[٢].

٥- قال محمد عرفة الدسوقي[٣]: «المباشر يقدم على المتسبب في الضمان إذا ضعف السبب»[٤].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

١- قال أبو سليمان الخطابي[٥]: «الأصل أن المباشرة والسبب إذا اجتمعا

---

(١) المرجع السابق (٢/٢٠٨).

(٢) القواعد للمقري خ١٦٦. وانظر: شرح المنهج المنتخب (ص٥٣٧).

(٣) هو الفقيه شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهري، كان ملازما لحضور دروس المشايخ كالصعيدي والدردير والجناحي، أخذ عنه: أحمد الصاوي وعبدالله الصعيدي وحسن العطار، ومن مؤلفاته: حاشية على الشرح الكبير للدردير، وحاشية على مختصر السعد، ولم يزل على حالته في الإفتاء والتدريس والإفادة حتى توفي في ربيع الثاني سنة ١٢٣٠هـ.

انظر: شجرة النور الزكية (ص٣٦١)، هدية العارفين (٦/٣٥٧)، معجم المؤلفين (٣/٨٢).

(٤) حاشية الدسوقي (٣/٤٥٢). وانظر: (٣/٤٤٤).

(٥) هو الإمام العلامة أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي الخطابي، سمع من أبي سعيد ابن الأعرابي وإسماعيل الصفار وأبي بكر بن داسة، روى عنه: الحاكم وأبو حامد الاسفراييني وأبو ذر الهروي، له مؤلفات نفيسة منها: معالم السنن، وغريب الحديث وشرح الأسماء الحسنى، توفي ببست سنة ٣٨٨هـ.

انظر: تذكرة الحفاظ (٣/١٠١٨-١٠٢٠)، البداية والنهاية (١١/٣٤٦)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/١٥٩).

كان حكم المباشرة مقدما على السبب»[١].

٢- وقال أبو الحسن الماوردي: «إذا اجتمع السبب والمباشرة سقط حكم السبب بالمباشرة»[٢].

٣- وقال أيضاً: «المباشرة أقوى من السبب، فإذا اجتمعا غلب حكم المباشرة على السبب»[٣].

٤- وقال أيضا: «السبب والمباشرة إذا اجتمعا وتعلق الضمان بالمباشرة سقط حكم السبب»[٤].

٥- جاء في كتاب روضة الطالبين للنووي ما نصه: «المباشرة مقدمة على السبب»[٥].

٦- قال بدر الدين الزركشي: «إذا اجتمع السبب والمباشرة أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة»[٦].

٧- قال جلال الدين السيوطي: «إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة»[٧].

---

(١) معالم السنن (٦/٣٠٩).

(٢) الحاوي (٤/٣٠٨).

(٣) المرجع السابق (١٢/٣٧١).

(٤) المرجع السابق (١٣/٣٦٤).

(٥) روضة الطالبين (٥/٤)، المنثور (١/١٣٤)، مغني المحتاج (٢/٢٧٨). وانظر: العزيز (٥/٣٩٩).

(٦) المنثور (١/١٣٣).

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢). وانظر: الفرائد الجنية (٢/٣٥٦).

رابعاً: المذهب الحنبلي:

١- قال أبو محمد ابن قدامة: «متى اجتمع المباشر مع المتسبب كان الضمان على المباشر دون المتسبب»[(١)].

٢- قال سليمان الطوفي[(٢)]: «إذا اجتمع المتسبب والمباشر غلبت المباشرة، ووجب الضمان على المباشر، وانقطع حكم المتسبب»[(٣)].

٣- قال ابن رجب الحنبلي: «إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة إليه أم غير ملجئة، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان»[(٤)].

٤- جاء في المادة (١٤٢٦) من مجلة الأحكام الشرعية ما نصه: «المباشر أولى بإحالة الحكم عليه من المتسبب»[(٥)]، وجاء في المادة التي تليها رقم (١٤٢٧)

---

(١) المغني (٥٦٨/١١). وانظر: (٤٥٥/١١، ٤٥٧، ٥٠٧، ٥٩٨، ٨٥/١٢).

(٢) هو الفقيه الأصولي نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي الصرصري ثم البغدادي، ولد سنة ٦٥٧هـ بقرية طوفى من أعمال صرصر، قرأ على الشيخ شرف الدين الصرصري، ومحمد بن الحسين الموصلي، وسمع من ابن حمزة وغيره، ومن مؤلفاته: "مختصر الروضة"، و"شرحه"، و"بغية السائل في أمهات المسائل"، توفي ببيت المقدس سنة ٧١٦هـ.

انظر: طبقات الحنابلة (٣٦٦/٤)، الدرر الكامنة (١٥٤/٢)، شذرات الذهب (٣٩/٦).

(٣) شرح مختصر الروضة (٤٢٧/١).

(٤) تقرير القواعد (٥٩٧/٢). وانظر: تحفة أهل الطلب (ص١٤٧).

(٥) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٣).

ما نصه: «لا عبرة لمباشرة من لا يمكن إحالة الحكم عليه، ويكون الضمان على المتسبب»[١].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

المباشر: سبق تعريف المباشر في اللغة والاصطلاح[٢]، وأشير هنا باختصار إلى بعض ما ذكرته هناك.

فالمباشر في اللغة: اسم فاعل من المباشرة، وهي مأخوذة من البشرة، وهي ظاهر الجلد، يقال: (باشر الرجل زوجته) إذا تمتع ببشرتها، و(باشر الرجل الأمر) إذا تولاه بنفسه[٣].

وفي الاصطلاح: «هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر»[٤].

أو يقال: «هو الذي يحصل الأثر بفعله»[٥].

المتسبب: سبق تعريف المتسبب في اللغة والاصطلاح[٦]، وأشير هنا باختصار إلى بعض ما ذكرته هناك.

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٤).

(٢) كما في صفحة ٢٩٧-٢٩٨.

(٣) انظر: المصباح المنير (ص ١٩)، القاموس المحيط (ص ٤٤٧-٤٤٨).

(٤) درر الحكام (١/ ٩١).

(٥) المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ١٠٤٤).

(٦) كما في صفحة ٣١٤-٣١٥.

فالمتسبب في اللغة: اسم فاعل من التسبب، والسبب هو عبارة عن كل شيء يتوصل به إلى غيره[١].

وفي الاصطلاح: «هو الذي حصل التلف بفعله، وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار»[٢].

أو يقال: «المتسبب في حادثة: هو الذي يفعل ما يؤدي إليها ولا يباشرها مباشرة»[٣].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إذا اجتمع في إتلاف الشيء شخصان أحدهما مباشر للإتلاف، والآخر متسبب فيه، وذلك بأن يتخلل بين عمل المتسبب والإتلاف فعل شخص آخر مختار (هو المباشر)، فإن الضمان حينئذ يكون على المباشر للإتلاف[٤].

مثاله: من حفر بئرا لإنسان ليقع فيه، فجاءه آخر فألقاه فيه، فهذا مباشر والأول متسبب، فالضمان على الثاني دون الأول، تقديما للمباشرة على التسبب[٥].

---

(١) انظر: لسان العرب (١/٤٥٥-٤٦٠)، القاموس المحيط (ص ١٢٣).

(٢) غمز عيون البصائر (١/٤٦٦).

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء (١/١٠٤٥).

(٤) انظر: درر الحكام (١/٩١)، المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٤٧).

(٥) انظر: المرجعين السابقين، والفروق (٢/٢٠٨).

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

اتفق فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] من حيث الجملة على صحة القاعدة والعمل بها، وأنه إذا اجتمع مباشر ومتسبب في إتلاف شيء وجب الضمان على المباشر دون المتسبب، وذلك حينما تتوفر شروط إعمال القاعدة، كما سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

والأصل في هذه القاعدة اتفاق الفقهاء عليها من حيث الجملة[٥]، وذلك مبني على اتفاقهم على أن الأصل أن يضاف الحكم إلى العلة المؤثرة التي بها يوجد الفعل، بخلاف السبب، فإنه قد يوجد السبب ولا يوجد الفعل[٦].

---

(١) انظر: المبسوط (٧٣/٢٤)، بدائع الصنائع (٢٧٥/٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٥)، الفوائد الزينية (ص٩٣)، مجمع الضمانات (٤٠٥/١)، درر الحكام (٩١/١)، الفرائد البهية (ص١٣١).

(٢) انظر: الإشراف (٩٧٨/٢)، الفروق (٢٠٨/٢، ٢٨/٤)، القواعد للمقري خ١٦٦، حاشية الدسوقي (٤٤٤/٣، ٤٥٢)، شرح المنهج المنتخب (ص ٥٣٧).

(٣) انظر: معالم السنن (٣٠٩/٦)، الحاوي (٣٠٨/٤، ٣٧١/١٢، ٣٦٤/١٣)، العزيز (٣٩٩/٥)، روضة الطالبين (٤/٥)، المنثور (١٣٣/١، ١٣٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢).

(٤) انظر: المغني (٤٥٥/١١، ٤٥٧، ٥٠٧، ٥٦٨، ٥٩٨، ٨٥/١٢)، شرح مختصر الروضة (٤٢٧/١)، تقرير القواعد (٩٧/٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص٩٨-٩٩)، الإرشاد للسعدي (ص ١٤٨).

(٥) كما في المراجع التي في الحواشي الأربعة السابقة.

(٦) انظر: كشف الأسرار (٣٠٦/٤)، شرح القواعد (ص٤٤٧)، الفروق (٢٠٨/٢)، المستصفى (١٧٧/١)، شرح مختصر الروضة (٤٢٧/١)، شرح الكوكب المنير (٤٤٨/١).

وفي ذلك يقول الشيخ أحمد الزرقا: «... لما تقدم في المادة السابقة من أن الفاعل هو العلة المؤثرة، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة؛ لأن تلك أقوى وأقرب؛ إذ المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه من تلف أو غيره فعل فاعل مختار، والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار، فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب»[(١)].

ويؤيد هذا الأصل قوله جلَّ وعلا: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[(٢)].

وكذلك ما جاء عن عمرو بن الأحوص[(٣)] ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في حجة الوداع للناس: **(... ألا لا يجني جان إلا على نفسه، ألا لا يجني جان على ولده، ولا مولود على والده..)**[(٤)].

فإنه يستدل بهذه الآية الكريمة والحديث النبوي الشريف على المبدأ العام الذي ينص على عدم مساءلة الإنسان عن ضرر أو تلف يحدثه غيره، ولا يدَ له

---

(١) شرح القواعد (ص٤٤٧).

(٢) سورة الأنعام، الآية [١٦٤].

(٣) هو الصحابي الجليل أبو سليمان عمرو بن الأحوص بن جعفر بن كلاب الجشمي؛ من بني جشم بن سعد، وقيل: إنه أنصاري، روى عن النبي ﷺ، وشهد معه حجة الوداع، وشهد اليرموك في زمن عمر ﷺ، وروى عنه ابنه سليمان.
انظر: الطبقات الكبرى (١٢٧/٦)، الإصابة (٢٨٣/٤)، تهذيب التهذيب (٣/٨).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٤٩٨/٣-٤٩٩)، والترمذي في سننه: كتاب الفتن، باب ما جاء «دماؤكم وأموالكم عليكم حرام» (٤٠١/٤) برقم ٢١٥٩، وفي كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة التوبة (٢٥٥/٥) برقم ٣٠٨٧، وابن ماجه في سننه: كتاب المناسك، باب الخطبة يوم النحر (٤٨٦/٣) برقم ٣٠٥٥، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصحّحه الألباني في إرواء الغليل (٣٣٢/٧-٣٣٤).

فيه، ويدخل في ذلك عدم مطالبة المتسبب بالضمان مع وجود المباشر للتلف؛ لأن المباشر هو المتلف الحقيقي، فوجب عليه تحمل تبعة فعله، بخلاف المتسبب، فإنه لا يسأل عن تلف أحدثه غيره[١].

المطلب الخامس

أحوال اجتماع المباشرة والتسبب، مع ذكر الفروع المندرجة تحت كل منها

إذا اجتمع مباشر ومتسبب في إتلاف شيء، فلا يخلو الأمر من ثلاث حالات[٢]:

الحال الأولى: أن يكون الضمان على المباشر دون المتسبب:

وهذا هو الأصل العام الذي اتفق عليه الفقهاء، كما ذكرته في المطلب السابق.

ومن الفروع المندرجة تحتها ما يأتي:

١- إذا حفر رجل بئراً في الطريق العام، فألقى أحدٌ حيوان شخص في ذلك البئر، فإن الضمان يجب على الملقي، ولا شيء على حافر البئر؛ لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان، ولو لم ينضم إليه فعل المباشر - وهو إلقاء الحيوان في البئر - لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط[٣].

---

(١) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي (١/٥٧-٥٨).

(٢) انظر: العزيز (١٠/١٣٥)، روضة الطالبين (٩/١٣٣-١٣٥)، تقرير القواعد (٢/٥٩٧)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص٩٨-٩٩)، تحفة أهل الطلب (ص١٤٧)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٨٥)، ضمان العدوان (ص٢٥٠-٢٥١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٥)، شرح المجلة (ص٥٩)، درر الحكام (١/٩١)، شرح القواعد (ص٤٤٧)، الفروق (٢/٢٠٨، ٤/٢٧-٢٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢)، تقرير القواعد (٢/٥٩٨).

٢- إذا دلّ شخص لصاً على مال لآخر ليسرقه، فسرقه اللص، فليس على الدال ضمان، وإنما الضمان على اللص[١].

٣- إذا فتح شخص باب دار لآخر وفك فرسه من قيوده، فجاء لص وسرق الفرس، فالضمان على السارق[٢].

٤- إذا أمسك شخص بآخر وجاء ثالث فاغتصب ما مع الرجل من نقود؛ فالضمان على المغتصب المباشر لاستلاب المال دون الآخر المتسبب بذلك[٣].

٥- إذا أكل المالك طعامه المغصوب جاهلا به؛ فلا ضمان على الغاصب.

وكذا لو قدمه الغاصب للمالك على أنه ضيافة فأكله، فإن الغاصب يبرأ[٤].

٦- إذا نفر صيداً حرميّاً حتى خرج إلى الحل، وقتله محرم، فالجزاء على القاتل؛ لأنه مباشر[٥].

٧- إذا فتح قفصاً عن طائر، فاستقر بعد فتحه، فجاء آخر فنفره، فالضمان على المنفر وحده[٦].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٥)، شرح المجلة (ص٥٩)، درر الحكام (٩١/١)، شرح القواعد (ص٤٤٨)، روضة الطالبين (٦/٥)، مغني المحتاج (٢٧٨/٢-٢٧٩)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص٩٩).

(٢) انظر: شرح المجلة (ص ٥٩)، درر الحكام (٩١/١)، روضة الطالبين (٦/٥)، مغني المحتاج (٢٧٨/٢-٢٧٩).

(٣) انظر: درر الحكام (٩١/١).

(٤) انظر: المنثور (١٣٣/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢).

(٥) انظر: المنثور (١٣٤/١).

(٦) انظر: تقرير القواعد (٥٩٨/٢).

٨- إذا رمى معصوماً من شاهق، فتلقاه آخر بسيف، فقده به، فالقاتل هو الثاني دون الأول[١].

٩- إذا قلب الوعاءَ غيرُ الفاتح، فخرج ما فيه من سمن أو عسل أو نحوهما، فالضمان عليه دون الفاتح؛ لأنه المباشر والفاتح متسبب[٢].

الحال الثانية: أن يكون الضمان على المتسبب دون المباشر:

وذلك إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه - سواء كانت ملجئة إليه أم غير ملجئة - ولم يوجد عدوان في المباشرة.

ومن الفروع المندرجة تحتها ما يأتي:

١- إذا تماسك شخصان، فأمسك أحدهما بلباس الآخر، فسقط منه شيء - كساعة مثلا - فانكسرت؛ فيترتب الضمان على الشخص الذي أمسك بلباس الرجل، رغما عن كونه متسببا، والرجل الذي سقطت منه الساعة مباشر؛ لأن السبب هنا قد أفضى إلى التلف مباشرة دون أن يتوسط بينهما فعل فاعل آخر[٣].

٢- إذا دلّ المودَع لصاً على مكان الوديعة التي أودعت عنده، فسرقها اللص، فالضمان على المودَع المتسبب، لتقصيره بحفظ الوديعة[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢)، تقرير القواعد (٢/٥٩٨).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٢/٢٧٨).

(٣) انظر: درر الحكام (١/٩٢).

(٤) انظر: المرجع السابق. و الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٦)، شرح المجلة (ص ٥٩)، شرح القواعد (ص٤٤٨)، المنثور (١/١٣٤).

٣- إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن حكم الحاكم بمقتضاها، فإن الضمان يترتب على الشهود المتسببين دون الحاكم المباشر[١].

٤- إذا دفع إلى صبي سكينا ليمسكه له، فوقعت عليه فجرحته، كان الضمان على الدافع[٢].

٥- إذا دلّ محرم حلالا على صيد، فقتله، وجب الجزاء على الدال[٣].

٦- إذا أكره شخص على إتلاف مال الغير، فقيل: إن الضمان يجب على المكرِه[٤].

٧- إذا قدَّم شخص لآخر طعاما مسموما عالما به، فأكله وهو لا يعلم بالحال، فالقاتل هو المقدِّم، وعليه القصاص والدية[٥].

٨- إذا استأجره لحمل طعام معين على دابة، وسلمه زائداً، فحمله المؤجر جاهلا بالحال، بأن قال له: عشرة، فكان أحد عشر، فتلفت الدابة، ضمنها المستأجر، لأجلتغريره به[٦].

٩- إذا غصب شاة، وأمر قصابا بذبحها، وهو جاهل بالحال، فقرار الضمان على الغاصب[٧].

---

(١) انظر: درر الحكام (١/٩٢)، الفروق (٢/٢٠٨)، روضة الطالبين (٩/١٣٣)، المغني (١٢/١٠٠)، تقرير القواعد (٢/٥٩٩-٦٠٢)، القواعد الكلية والضوابط الفقهية (ص٩٨).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٦)، شرح المجلة (ص ٥٩)، شرح القواعد (ص ٤٤٨).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٣٦)، المنثور (١/١٣٤).

(٤) انظر: تقرير القواعد (٢/٦٠٢).

(٥) انظر: الفروق (٢/٢٠٨)، تقرير القواعد (٢/٥٩٩).

(٦) انظر: المنثور (١/١٣٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢).

(٧) انظر: المرجعين السابقين.

١٠- إذا أفتاه المفتي بإتلاف شيء، فأتلفه، ثم تبيَّن خطؤه، فإن كان المفتي أهلا للفتوى فالضمان عليه، وإلا فلا؛ لأن المستفتي مقصر[١].

١١- إذا أوقف ضيعة على قوم، فصرفت غلتها إليهم، فخرجت مستحقة، ضمن الواقف، لتغريره[٢].

١٢- إذا قتل الجلاد شخصا بأمر الإمام ظلماً، وهو جاهل، فالضمان على الإمام[٣].

١٣- إذا قال رجل لأهل السوق: بايعوا ابني هذا فقد أذنت له بالتجارة، ثم ظهر أنه ابن الغير، رجعوا على الرجل بما تضرروا به[٤].

١٤- إذا وثبت هرة بمجرد فتح القفص، ودخلته وقتلت الطائر، وجب الضمان على الفاتح، وكذلك إذا فتح القفص فخرج الطائر، فاضطرب القفص وسقط وانكسر، لزم الفاتح ضمانه، وكذلك لو كسر الطائر في خروجه قارورة رجل لزم الفاتح ضمانها؛ لأنه ناشئ عن فعله[٥].

١٥- إذا أكل إنسان طعاما مغصوبا جاهلا أنه مغصوب، فإن الغاصب هو الضامن، لتسببه بهذا الإتلاف، ما لم يكن عديما أو لم يقدر على تغريمه، فعندئذ يكون الضامن هو المباشر[٦].

---

(١) انظر: المرجعين السابقين.

(٢) انظر: المرجعين السابقين.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢).

(٤) انظر: الدر المختار مع حاشيته (١٤٥/٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٥/٥-٦)، مغني المحتاج (٢٧٨/٢).

(٦) انظر: جواهر الإكليل (١٤٨/٢).

١٦- إذا سأل سائق سيارة شرطي المرور عن جواز وقف سيارته في مكان معين، فأجابه بالإيجاب، ثم تبين عدم جواز الوقوف، وتحمل السائق غرامة مالية بسبب ذلك، فإن الضمان يجب على شرطي المرور[1].

وبعد هذه الأمثلة أسوق كلاماً للشيخ مصطفى الزرقا، ذكر فيها أحوالا ستاً، يكون فيها المتسبب أولى بالضمان من المباشر.

قال الشيخ مصطفى الزرقا: «نستنتج من استقراء الأمثلة التفصيلية السابقة من فقه المذاهب، أن المتسبب يكون أولى بتحمل مسئولية الفعل الضار من المباشر في الأحوال الست التالية:

(أ) إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب (كما في الفرع الثالث).

(ب) إذا توافر سوء القصد في المتسبب دون المباشر (كما في الفرع السادس والخامس عشر).

ويلاحظ أنه لا يشترط لمسئولية المتسبب ولا المباشر تحقق العدوان، بمعنى فعل غير مشروع، بل يكفي التعدي بمعنى التجاوز للحدود الشرعية ولو دون قصد، لكن توافر العدوان في التسبب، يجعل المتسبب أجدر بالمسئولية من المباشر.

والمقصود بتوافر سوء القصد في العمل غير المشروع، أن يكون في العادة لا يفعل، إلا لأجل أذى الغير (كدس السم في الطعام)، وليس المراد منه النية الخفية التي يصعب إثباتها.

(جـ)إذا كان التسبب من قبيل التغرير بالمباشر، وكان معذورا في اغتراره (كما في الفرع السابع والثامن والثاني عشر والسادس عشر).

---

(١) انظر: الفعل الضار (ص ٩٢).

(د) إذا لابس التسبب ما يقتضي تشديد مسئولية المتسبب، كالخيانة مثلا، أو لابس المباشرة ما يقتضي تخفيف مسئولية المباشر كنقص الأهلية، أو كون التسبب هو الدافع (كما في الفرع الثاني والثالث والرابع والرابع عشر).

(هـ) إذا تعذر تضمين المباشر (كما في الفرع الرابع والرابع عشر والخامس عشر).

(و) إذا كان التسبب بطريق الإكراه للمباشر، ويلاحظ أن في هذا الحكم خلافاً مشهورا بين المذاهب، بل حتى في المذهب الواحد»[(١)].

هذا، وقد جاء في المادة (١٤٢٧) من مجلة الأحكام الشرعية ما نصه: «لا عبرة لمباشرة من لا يمكن إحالة الحكم عليه، ويكون الضمان على المتسبب»[(٢)].

الحال الثالثة: أن يشترك في الضمان كل من المباشر والمتسبب:

وذلك إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة إليه أم غير ملجئة.

ومن الفروع المندرجة تحتها ما يأتي:

١- إذا أكره رجل على قتل آخر ظلماً، فقتله، فإن القود والضمان يجب على الاثنين: المُكرِه والمُكرَه[(٣)].

---

(١) الفعل الضار (ص ٩١-٩٢) بتصرف.

(٢) مجلة الأحكام الشرعية (ص٤٤٤).

(٣) انظر: الفروق (٢٠٨/٢)، روضة الطالبين (١٣٥/٩)، المغني (٤٥٥/١١)، تقرير القواعد (٦٠٦/٢).

٢- إذا أكره رجلٌ آخر على إتلاف مال الغير، فإن الضمان يجب على المكرِه والمتلِف[١].

٣- إذا أمسك شخص رجلاً ليقتله آخر، فقتله، فإنهما يشتركان في الضمان والقود[٢].

٤- إذا كان اثنان مع دابة، بأن كان أحدهما سائقاً، والآخر راكباً، فوطئت الدابة شيئاً فأتلفته، فإنهما يشتركان في الضمان، مع أن السائق متسبب والراكب مباشر[٣].

٥- إذا نخس[٤] دابة شخص بأمر راكبها، فوطئت في فورها شيئاً فأتلفته، فالضمان عليهما؛ لأن سيرها في تلك الحال مضاف إليهما؛ إذ الناخس سائق، والآمر راكب[٥].

٦- إذا حفر إنسان بئرا لإتلاف دابة شخص، فرداها في الحفرة غير الحافر، فإن الحافر المتسبب والمردي المباشر يشتركان في الضمان[٦].

٧- لو دل المودَع لصاً على الوديعة، فسرقها، فالضمان على الاثنين المودَع والسارق[٧].

---

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٤٤/٣)، تقرير القواعد (٦٠٢/٢-٦٠٣).

(٢) انظر: المغني (٥٩٦/١١)، تقرير القواعد (٦٠٢/٢).

(٣) انظر: تبيين الحقائق (١٥٠/٦)، شرح القواعد (ص ٤٤٨).

(٤) نخس: أي طعن وغرز بعود أو غيره، يقال: نخس الدابة نخساً، إذا طعن أو غرز مؤخرها أو جنبها بعود ونحوه. انظر: المصباح المنير (ص ٢١٦)، القاموس المحيط (ص ١٧١٩).

(٥) انظر: تبيين الحقائق (١٥٠/٦).

(٦) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٤٤/٣-٤٤٥).

(٧) انظر: تقرير القواعد (٦٠٧/٢).

٨- لو دلّ المحرم محرماً آخر على صيد، فقتله، فالضمان عليهما[١].

٩- لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد، وتمكن من إرساله، فلم يفعل حتى قتله محرم آخر، فالضمان عليهما، على الأول باليد، وعلى الثاني بالمباشرة[٢].

ومن خلال استقراء الأمثلة السابقة والنظر في كلام العلماء، يمكن أن أشير إلى بعض الأحوال التي يشترك فيها المباشر والمتسبب في الضمان إذا اجتمعا في التلف، مع ما قد يوجد بينهما من التداخل، وهذه الأحوال هي:

١- أن يعمل السبب في الإتلاف، إذا انفرد عن المباشرة، فإن المباشر والمتسبب يشتركان حينئذ في الضمان (كما في الفرع الرابع والخامس).

يقول عثمان الزيلعي: «... إن السبب إنما لا يضمن مع المباشر، إذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الإتلاف، كما في الحفر مع الإلقاء، فإن الحفر لا يعمل شيئاً بدون الإلقاء، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان»[٣].

٢- أن تكون المباشرة مغمورة، فإن الضمان يجب عليهما، ولا تغلب المباشرة، لقوة التسبب (كما في الفرع الأول والثاني).

يقول أحمد القرافي: «... تقديما للمباشرة على التسبب؛ لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض، إلا أن تكون المباشرة مغمورة، كقتل المكره، فإن القصاص يجب عليهما، ولا تغلب المباشرة، لقوة التسبب»[٤].

---

(١) انظر: تقرير القواعد (٢/٦٠٧).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) تبيين الحقائق (٦/١٥٠). وانظر: شرح القواعد (ص ٤٤٨)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٨٣).

(٤) الفروق (٢/٢٠٨).

٣- أن يكون المتسبب قد قصد إلى إتلاف مال معين بفعله، فجاء آخر فباشر الإتلاف، فإن الضمان يجب على المباشر والمتسبب[١] (كما في الفرع الثالث والسادس).

٤- أن يعتدل السبب والمباشرة، وذلك بأن يتساوى أثر المباشرة والتسبب في إحداث التلف؛ فهنا يشتركان في الضمان[٢] (كما في الفرع الأول والثاني).

٥- أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه - سواء كانت ملجئة إليه أم غير ملجئة - ووجد عدوان في المباشرة، فهنا يشترك كل من المباشر والمتسبب في الضمان[٣] (كما في الفرع الأول والثاني والثالث والثامن والتاسع).

وبعد ذكر هذه الأحوال الثلاث يتضح لنا أن القاعدة عند اجتماع المباشر والمتسبب في الإتلاف أن يكون الضمان على المباشر دون المتسبب؛ لأن المباشرة أقوى وألصق بالفعل.

ويستثنى من هذه القاعدة بعض الفروع الفقهية في بعض الأحوال، تقدم بيانها في الحالين الثانية والثالثة.

---

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٤٤-٤٤٥، ٤/٢٤٣-٢٤٥)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٨٤).

(٢) انظر: العزيز (١٠/١٣٩-١٤٠)، روضة الطالبين (٩/١٣٥)، ضمان العدوان (ص٢٥١).

(٣) انظر: العزيز (١٠/١٤٠)، تقرير القواعد (٢/٥٩٧)، الضمان في الفقه الإسلامي (١/٨٥-٨٦).

المبحث الرابع

قاعدة: يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبرا

هذه إحدى القواعد الفقهية المتعلقة باجتماع المباشرة والتسبب، ويمكن دراستها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

في صيغ القاعدة

وجدت لهذه القاعدة ثلاث صيغ، ذكرها فقهاء المذهب الحنفي، أما المذاهب الأخرى فلم أقف لهم على صيغ للقاعدة حسب اطلاعي.

وهذه الصيغ هي - حسب الترتيب الزمني -:

أولاً: «الآمر لا يضمن بالأمر إلا في خمس».

ذكرها ابن نجيم الحنفي في الأشباه والنظائر[(١)]، وتبعه عليها محمود حمزة في كتابه "الفرائد البهية"[(٢)].

ثانياً: «لا يضمن الآمر بالأمر إلا في مسائل».

ذكرها ابن نجيم الحنفي في الفوائد الزينية[(٣)]، وهي نفس الصيغة السابقة، إلا أنه قدم الفعل - هنا - على الفاعل.

ثالثاً: «يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبراً».

---

(١) (ص٢٤٢). وانظر: (ص٢٤٤)، وغمز عيون البصائر (٣/٢١٠، ٢٢٢)، وموسوعة القواعد للبورنو (٢/٢٦٧).

(٢) (ص١٣٩).

(٣) (ص٩٦).

ذكرها واضعو مجلة الأحكام العدلية[١].

المطلب الثاني

في شرح الكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية في القاعدة

يضاف: أي يسند، فالإضافة هي الضم والميل، يقال: (أضافه إلى الشيء إضافة) إذا ضمه إليه وأماله، وكل ما أميل إلى شيء وأسند إليه فقد أضيف[٢].

الفعل: أي ما صدر من فاعل على وجه التعدي على حق من حقوق غيره نفسا أو مالا[٣].

الآمر: اسم فاعل من الأمر، وهو في اللغة: الطلب، وهو ضد النهي[٤].

وفي الاصطلاح: استدعاء الفعل بالقول على وجه الاستعلاء[٥].

مجبراً: من الإجبار، وهو القهر والإكراه، يقال: (أجبره على الأمر) إذا أكرهه عليه[٦].

والإكراه في اصطلاح الفقهاء: «هو الضغط على إنسان بوسيلة مرهبة أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو ترك». وهو نوعان:

---

(١) انظر: شرح المجلة (ص ٥٨)، درر الحكام (١/ ٩٠)، شرح القواعد (ص ٤٤٣).

(٢) انظر: لسان العرب (٩/ ٢١٠)، المصباح المنير (ص ١٣٩)، القاموس المحيط (ص ١٠٧٣).

(٣) انظر: المدخل الفقهي للزرقاء (٢/ ١٠٤٢)، الوجيز للبورنو (ص٣٢٧).

(٤) انظر: لسان العرب (٤/ ٢٧)، القاموس المحيط (ص ٤٣٩).

(٥) روضة الناظر (٢/ ٥٩٤). وانظر: المستصفى (٢/ ٦١)، البحر المحيط (٢/ ٣٤٥).

(٦) انظر: لسان العرب (٤/ ١١٣)، المصباح المنير (ص٣٥)، القاموس المحيط (ص ٤٦٠).

* إكراه ملجئ أو تام: «وهو ما يخشى فيه إتلاف عضو أو نفس أو حبس طويل أو ضرب شديد مبرح».

* والثاني: إكراه غير ملجئ أو ناقص: «وهو ما كانت وسيلته لا توجب إلا ألما خفيفاً أو غماً يسيراً»[١].

المطلب الثالث

في المعنى الإجمالي للقاعدة

إن كل ما يصدر من فعل عن فاعل ما، يجعل ذلك الفاعل متحملا لضمان ما صدر عنه من فعل، ما لم يكن مكرها إكراهاً ملجئا، ولا يتحمل الآمر - الذي أمر الفاعل بإيقاع الفعل - شيئاً من الضمان.

أما إذا أكره الآمر الفاعلَ إكراها ملجئا بذلك الفعل، فإن الضمان حينئذ يجب على الآمر لا الفاعل[٢].

وعلى هذا فإن هناك فرقاً بين الأمر بالفعل، والإكراه على الفعل، فإن الأمر بالفعل لا يكون المأمور فيه مكرها على الفعل؛ لأنه يفعله مختاراً، فيتحمل الضمان، بخلاف الإكراه على الفعل، فإنه يفعله بغير اختيار، فيكون الضمان على الآمر المكرِه.

---

(١) الفعل الضار (ص ١٠٨)، المدخل الفقهي للزرقاء (١/٣٦٨-٣٦٩). وانظر: بدائع الصنائع (٧/١٧٥)، حاشية الدسوقي (٤/٢٤٢، ٢٤٤)، البحر المحيط (١/٣٥٥، ٣٥٨، ٣٦٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٠٨-٢١٠)، شرح الكوكب المنير (١/٥٠٨-٥٠٩).

(٢) انظر: الوجيز للبورنو (ص٣٢٧).

المطلب الرابع

في أقوال الفقهاء وأدلتهم في القاعدة

يحسن بي أن أقسم هذه القاعدة إلى شقين، حتى تتضح صورتها جيدا، وذلك على النحو الآتي:

الشق الأول: أن يأمر شخص شخصاً آخر بإتلاف مال لغيره دون إكراه:

اتفق الفقهاء[(١)] – من حيث الجملة – على أنه إذا أمر شخص شخصاً آخر بإتلاف مال لغيره دون إكراه، فإن الضمان يجب على الفاعل المتلف، وليس على الآمر. وذلك بشروط أربعة:

١ – أن لا يكرِه الآمر الفاعل إكراها ملجئا[(٢)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٧٩/٧)، الهداية مع فتح القدير (١٧٦/٨-١٧٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢، ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (٣٦٧/١، ٣٦٨)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦، ١٣٥)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٨)، درر الحكام (٩٠/١)، شرح القواعد (ص ٤٤٣)، المعونة (١٣١١/٣)، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٣٦١-٣٦٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٤/٤، ٢٤٦)، منح الجليل (٢٣/٩، ٢٨)، التهذيب للبغوي (٦٥/٧)، روضة الطالبين (١٣٩/٩، ١٤٠)، مغني المحتاج (١١/٤)، المغني (٤٥٧/١١، ٥٩٨-٥٩٩)، المبدع (٢٥٧/٨-٢٥٨)، الإنصاف مع المقنع (٥٨/٢٥، ٦٠، ٦٣)، المحلى (١٦٩/١١).

(٢) فإن أكرهه إكراها ملجئا فسيأتي حكمه في الشق الثاني.

انظر: بدائع الصنائع (١٧٩/٧)، الهداية مع فتح القدير (١٧٦/٨-١٧٧)، حاشية رد المحتار (١٣٥/٦)، شرح المجلة (ص ٥٨)، شرح القواعد (ص ٤٤٣-٤٤٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٦/٤)، منح الجليل (٢٨/٩)، التهذيب للبغوي (٦٨/٧)، روضة الطالبين (١٣٩/٩-١٤١)، المبدع (٢٥٧/٨-٢٥٨)، الإنصاف مع المقنع (٥٨/٢٥، ٦٠)، المحلى (١٦٩/١١).

٢- أن يكون المأمور - الفاعل - بالغا عاقلا[١].

٣- أن يعلم الفاعل أن أمر الآمر غير صحيح[٢].

٤- أن لا يكون الفعل المأمور به لمصلحة الآمر، وإلا كان الأمر عندئذ في حكم الوكالة يقوم فيها المأمور مقام الآمر في حدود الأمر، وينفذ عليه تصرفه[٣].

---

(١) فإن كان المأمور صبيا أو غير عاقل فالضمان في مال الصبي، إلا أن لوليه الرجوع على الآمر بما دفعه من مال الصبي إذا كان الآمر بالغا عاقلا، أما إذا كان الآمر صغيرا أو غير عاقل فلا يرجع عليه.

انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢، ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (٣٦٨/١)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٨)، درر الحكام (٩١/١)، شرح القواعد (ص ٤٤٣، ٤٤٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٦/٤)، منح الجليل (٢٨/٩)، التهذيب للبغوي (٦٧/٧، ٦٨)، روضة الطالبين (١٤٠/٩، ١٤١)، المغني (٥٩٨/١١)، المبدع (٢٥٧/٨)، الإنصاف مع المقنع (٥٧/٢٥، ٥٩)، المحلى (١٦٩/١١).

(٢) فإن اعتقد صحة أمر الآمر فإن الفاعل يضمن ويرجع بما ضمنه على الآمر، كما لو قال شخص لآخر: احفر في حائطي - وهو ليس بحائط الآمر - فحفر ظنا منه أنه للآمر؛ فالضمان على الحافر ويرجع به على الآمر.

انظر: الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (٣٦٧/١، ٣٦٨، ٣٦٩)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦)، شرح المجلة (ص ٥٨-٥٩)، درر الحكام (٩٠/١-٩١)، شرح القواعد (ص ٤٤٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٦/٤)، التهذيب للبغوي (٦٧/٧، ٦٨)، روضة الطالبين (١٣٩/٩، ١٤٠)، المغني (٥٩٨/١١، ٥٩٩)، المبدع (٢٥٨/٨)، الإنصاف مع المقنع (٥٧/٢٥-٥٨)، المحلى (١٦٩/١١).

(٣) كما لو أمره بقضاء دين على الآمر، أو بالإنفاق عليه أو بناء داره مثلا؛ فإن المأمور عندئذ يكون كوكيل يرجع عليه بما دفع أو أنفق.

انظر: شرح القواعد (ص٤٤٥)، المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٤٣/٢).

وقد ذكروا لذلك بعض التعليلات، أذكرها كما يأتي:

١- «إن الأمر أو الإكراه الناقص لا يجعل المأمور أو المكرَه آلة الآمر أو المكرِه؛ لأنه لا يسلب الاختيار أصلا، فكان الإتلاف من المأمور أو المكرَه، فكان الضمان عليه»[(١)].

٢- «إن الأمر في التصرف في ملك الغير باطل، ومتى بطل الأمر لم يضمن الآمر»[(٢)]، فيكون الضمان على الفاعل.

٣- «إن الآمر - في هذه المسألة - سبب، والفاعل علة، والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها؛ لأنها هي المؤثرة فيها، لا إلى أسبابها؛ لأنها موصلة إليها في الجملة، والموصل دون المؤثر»[(٣)].

٤- «إن الفاعل متلف ظلما من غير إكراه؛ فتعلق الضمان به، كما لو لم يؤمر»[(٤)].

ويمكن أن يستدل لهم بأدلة قاعدة: «من لم يجن لا يطالب بجناية من جنى»[(٥)]، وهذه بعضها باختصار:

١- قال جل ذكره: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[(٦)].

---

(١) بدائع الصنائع (١٧٩/٧) بتصرف. وانظر: الهداية مع فتح القدير (١٧٧/٨)، حاشية رد المحتار (١٣٥/٦-١٣٦)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٦/٤).

(٢) شرح القواعد (ص ٤٤٣).

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر: المغني (٤٥٧/١١، ٥٩٩)، المبدع (٢٥٧/٨).

(٥) الآتية في صفحة ٦٥١.

(٦) سورة الأنعام، الآية [١٦٤].

٢- قال الله عزّ وجلّ: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[(١)].

٣- قال الله تبارك وتعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[(٢)].

٤- عن عمرو بن الأحوص ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في حجة الوداع: **(ألا لا يجني جان إلاّ على نفسه؛ لا يجني والد على ولده، ولا مولود على والده)**[(٣)].

٥- عن أسامة بن شريك[(٤)] ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **(لا تجني نفس على أخرى)**[(٥)].

وجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة: أن الشارع الحكيم بيّن أن كلّ إنسان مسؤول عن عمله، ويتحمل ما يترتب عليه من ضمان وغيره.

---

(١) سورة المدثر، الآية [٣٨].

(٢) سور البقرة، الآية [٢٨٦].

(٣) تقدم تخريجه صفحة ٤٠٧.

(٤) هو الصحابي الجليل أسامة بن شريك الثعلبي، من بني ثعلبة بن يربوع، وقيل: من بني ثعلبة بن سعد، وقيل غير ذلك، وهو ممن نزل الكوفة، روى عن النبي ﷺ وعن أبي موسى الأشعري ﷺ، وذكر غير واحد أن زياد بن علاقة تفرد بالرواية عنه، وقيل: بل روى عنه أيضا علي بن الأقمر.
انظر: تهذيب الكمال (٢/٣٥١-٣٥٢)، الإصابة (١/٢٩-٣٠).

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه: كتاب الديات، باب لا يجني أحد على أحد (٣/٢٨٨) برقم (٢٦٧٢)، وقال البوصيري في زوائد ابن ماجه (ص٣٦٠): «هذا إسناد صحيح»، وقال الألباني في إرواء الغليل (٧/٣٣٥): «إسناده حسن».

الشق الثاني: أن يكره شخص شخصاً آخر بإتلاف مال لغيره إكراهاً ملجئاً:

اختلف الفقهاء فيما إذا أكره شخص شخصاً آخر بإتلاف مال لغيره إكراها ملجئا، فمن الذي يتحمل الضمان؟

القول الأول: أن الضمان يجب على المكرَه الفاعل، وليس له حق الرجوع فيما ضمن على المكرِه الآمر. وهذا وجه عند الشافعية[١] ووجه عند الحنابلة[٢].

القول الثاني: أن الضمان يجب على المكره والمكره بالسوية. وهذا وجه عند الشافعية[٣] ووجه عند الحنابلة[٤] والظاهرية[٥].

القول الثالث: أن الضمان يجب على المكره والمكره معاً، لكن المباشر يقدم في الغرم على المتسبب، فلا يضمن المتسبب إلا إذا أعدم المباشر، وكل من غرم شيئاً منهما فلا رجوع له على صاحبه بشيء مما غرمه. هذا مذهب المالكية[٦].

القول الرابع: أن الضمان يجب على المكرِه الآمر. وهذا قول الحنفية[٧] والمذهب

---

(١) انظر: التهذيب للبغوي (٦٦/٧)، العزيز (١٥٠/١٠)، روضة الطالبين (١٤٢/٩).

(٢) انظر: تقرير القواعد (٦٠٢/٢-٦٠٣)، المبدع (١٩٠/٥)، الإنصاف مع المقنع (٢٩٨/١٥).

(٣) انظر: التهذيب للبغوي (٦٦/٧)، العزيز (١٥٠/١٠)، روضة الطالبين (١٤٢/٩).

(٤) انظر: تقرير القواعد (٦٠٢/٢-٦٠٣)، المبدع (١٩٠/٥)، الإنصاف مع المقنع (٢٩٨/١٥).

(٥) انظر: المحلى (١٦٨/١١).

(٦) انظر: جامع الأمهات (ص٤٠٩)، الفروق (٢٧/٤)، شرح المنهج المنتخب (ص٥٣٥، ٥٣٦)، حاشية الدسوقي (٤٤٤/٣)، منح الجليل (٨٦/٧-٨٧).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (١٧٩/٧)، الهداية مع فتح القدير (١٧٦/٨-١٧٧)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢، ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (٣٦٧/١، ٣٦٨)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦، ١٣٥)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٨)، درر الحكام (٩٠/١)، شرح القواعد (ص ٤٤٣، ٤٤٤).

عند الشافعية[١] ووجه عند الحنابلة عليه المذهب[٢].

دليل القول الأول:

علل أصحاب هذا القول لقولهم: بأن الضمان يلزم المكرَه الفاعل، كما لو اضطر إلى طعام غيره فأكله، فإنه يضمنه[٣].

وقد نوقش: «بأن هذا ضعيف جدا؛ لأن المضطر لم يلجئه إلى الإتلاف من يحال الضمان عليه»[٤].

أدلة القول الثاني:

علل أصحاب هذا القول لقولهم بما يأتي:

١- إن الضمان يجب على المكره والمكره بالسوية؛ لأنهما يشتركان في الإثم، فوجب أن يشتركا في الضمان[٥].

ونوقش: بأن الصحيح أنهما لا يشتركان في الإثم، بل إن المكرَه معذور في الإتلاف[٦]، ثم لو سلمنا أنهما يشتركان في الإثم فلا يلزم أن يشتركا في الضمان.

٢- إن الضمان يجب على المكره والمكره بالسوية قياسا على الإكراه على القتل[٧].

---

(١) انظر: التهذيب للبغوي (٦٦/٧)، العزيز (٣٩٩/٥، ١٥٠/١٠)، روضة الطالبين (١٤٢/٩).

(٢) انظر: تقرير القواعد (٦٠٢/٢-٦٠٣)، المبدع (١٩٠/٥)، الإنصاف مع المقنع (٢٩٨/١٥).

(٣) انظر: تقرير القواعد (٦٠٣/٢)، المبدع (١٩٠/٥).

(٤) تقرير القواعد (٦٠٣/٢).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المرجع السابق (٦٠٣/٢، ٦٠٤)، الهداية مع فتح القدير (١٧٦/٨).

(٧) انظر: العزيز (١٥٠/١٠).

ونوقش: بأن المكرَه على إتلاف المال معذور في ذلك الفعل، فلم يلزمه ضمان، بخلاف المكرَه على القتل فإنه غير معذور؛ لأن حرمة الشخص أعظم من حرمة المال، بل ولا يجوز إتلاف نفس الغير لإبقاء نفسه، فلذلك فإنهما يشتركان في الضمان في القتل دون إتلاف المال[١].

أدلة القول الثالث:

علل أصحاب هذا القول لقولهم: بأن الضمان يجب على المكرَه والمكرِه، هذا لمباشرته وهذا لتسببه، لكن المكره الفاعل يقدم في الغرم على المكرِه الآمر؛ لأن المباشر يقدم على المتسبب[٢].

نوقش: بأنه لا شك أن المباشرة مقدمة على التسبب، لكن ليس في جميع أحوالها؛ لأن التسبب قد يقوى على المباشرة - كما سبق -، فيحال الضمان على المتسبب، وذلك إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه -كما في مسألتنا هذه -[٣].

أدلة القول الرابع:

علل أصحاب هذا القول لقولهم بما يأتي:

١- «إن المتلف هو المكرِه من حيث المعنى، وإنما المكرَه بمنزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار إيثارا وارتضاء، وهذا النوع من الفعل مما يمكن

---

(١) انظر: تقرير القواعد (٦٠٣/٢)، وحاشيته في الصفحة نفسها.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٤٤٤/٣)، منح الجليل (٨٦/٧).

(٣) راجع قاعدة: (المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب) كما في صفحة ٣٣٣.

تحصيله بآلة غيره، بأن يأخذ المكرَه فيضربه على المال، فأمكن جعله آلة المكره، فكان التلف حاصلا بإكراهه، فكان الضمان عليه»[١].

٢- إن المكرَه على إتلاف المال معذور في ذلك الفعل، فلم يلزمه ضمان[٢].

القول المختار:

الذي يظهر - والعلم عند الله تعالى - أن أقرب الأقوال إلى الصواب القول الرابع، والذي يقضي بالضمان على المكرِه الآمر، وذلك للأسباب التالية:

١- صحة ما علل به أصحاب القول الرابع وقوته.

٢- ضعف تعليلات الأقوال الأخرى، وقد تقدمت مناقشتها.

المطلب الخامس

من فروع القاعدة

١- إذا أمر شخص شخصاً آخر بإتلاف مال لغيره، من دون إكراه، فإن الضمان يجب على الفاعل المتلف[٣].

٢- إذا أكره شخص شخصا آخر بإتلاف مال لغيره، إكراها ملجئا، فإن الضمان يجب على المكرِه الآمر[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (١٧٩/٧). وانظر: الهداية مع فتح القدير (١٧٧/٨)، شرح القواعد الفقهية (ص٤٤٣)، المبدع (٢٥٧/٨).

(٢) انظر: تقرير القواعد (٦٠٣/٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٧٩/٧)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٤/٤، ٢٤٦)، روضة الطالبين (١٣٩/٩، ١٤٠)، المغني (٤٥٧/١١، ٥٩٨-٥٩٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١٧٩/٧)، العزيز (٣٩٩/٥، ١٥٠/١٠)، تقرير القواعد (٦٠٢/٢-٦٠٣).

٣- لو أمر غيره أن يذبح لـه شاة غيره، فذبحها مع علمه أنها ليست لـه، وجب ضمانها على الذابح[١].

٤- إذا أمر رجلاً أن يخرق ثوب زيد، فخرقه مع علمه أنه لزيد، وجب ضمانه على المخرق[٢].

٥- إذا استأجر نجاراً ليسقط جداره على قارعة الطريق، ففعل وتلف به إنسان، فإن الضمان على النجار لعدم صحة الأمر[٣].

٦- إذا أمر إنسانا بأخذ مال الغير؛ فالضمان على الآخذ؛ لأن الأمر لم يصح[٤].

٧- إذا قال لآخر: ادفع إلى هذا الرجل ديناراً، فدفع بحضرته، لا يرجع على الآمر، إلا إذا كان بيّن الآمر للمأمور[٥].

٨- لو أمر شخص آخر بحفر حفرة في الطريق العام، فوقع فيها حيوان، كان المأمور هو المسؤول الضامن[٦].

٩- إذا أمر شخص إنسانا ليرتكب جريمة سرقة، كان المأمور هو المسؤول الضامن[٧].

---

(١) انظر: الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/٣٦٩)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، شرح المجلة (ص ٥٩)، درر الحكام (١/٩٠-٩١).

(٢) انظر: الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/٣٦٤)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤).

(٣) انظر: شرح المجلة (ص ٥٨).

(٤) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٦٧).

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: المدخل الفقهي للزرقاء (٢/١٠٤٢).

(٧) انظر: المرجع السابق.

١٠- من أمر غيره بعقد متعلق بالمأمور نفسه، كان المأمور العاقد هو الملتزم بعقده، ولو أن العقد في غير مصلحته[١].

المطلب السادس

في مستثنيات القاعدة

استثنى بعض الفقهاء بعض المسائل الفقهية، التي خرجت عن القاعدة، حيث يجب الضمان فيها على الآمر دون الفاعل، والسبب في استثناء أغلبها - إن لم يكن كلها - راجع إلى عدم توفر أحد الشروط التي ذكرها الفقهاء - كما في الشق الأول من القاعدة -، وهذه هي المستثنيات على النحو الآتي:

١- أن يكون الآمر سلطاناً؛ فيجب الضمان على السلطان؛ لأن أمره إكراه[٢].

٢- أن يكون الآمر أباً، كما لو أمر الأب ابنه البالغ ليوقد ناراً في أرضه ففعل، وتعدَّت النار إلى أرض جاره، فأتلفت شيئاً، يضمن الأب؛ لأن الأمر صحّ عند الابن، فانتقل الفعل إليه كما لو باشره الأب[٣].

---

(١) انظر: المدخل الفقهي للزرقاء (١٠٤٢/٢-١٠٤٣).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢ ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (٣٦٨/١)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، المعونة (١٣١١/٣)، التهذيب للبغوي (٦٧/٧، ٦٨)، روضة الطالبين (١٣٩/٩)، المغني (٥٩٨/١١-٥٩٩)، المبدع (٢٥٨/٨).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٤)، مجمع الضمانات (٣٦٨/١)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٨).

٣- أن يكون الآمر سيداً والمأمور عبده، فيجب الضمان على السيد؛ لأن الأمر صحّ عند العبد[١].

٤- أن يكون المأمور صبيا، كما إذا أمر صبيا بإتلاف مال الغير، فأتلفه، ضمن الصبي، ويرجع به على الآمر؛ لأنه غير مكلف، وأما إذا كان آمره صبياً فلا يرجع عليه[٢].

٥- أن يكون المأمور عبد الغير، كما إذا أمره بإتلاف مال غير سيده، فإن ما يغرمه السيد من الضمان يرجع به على الآمر[٣].

٦- أن يأمر شخص شخصاً بفتح باب في حائط الغير، فيغرم الحافر ويرجع به على الآمر، بشرط أن يقول: افتح لي في حائطي؛ لأن الأمر صح عنده[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢، ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (٣٦٨/١)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، المعونة (١٣١١/٣)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٦/٤)، منح الجليل (٢٨/٩)، التهذيب للبغوي (٦٧/٧، ٦٩)، روضة الطالبين (١٤٠/٩)، المغني (٥٩٧/١١-٥٩٨)، المبدع (٢٥٧/٨)، الإنصاف مع المقنع (٥٧/٢٥).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (٣٦٨/١)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦)، الفرائد البهية (ص١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٨)، درر الحكام (٩١/١)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٦/٤)، منح الجليل (٢٨/٩)، التهذيب للبغوي (٦٧/٧، ٦٨)، روضة الطالبين (١٤٠/٩)، المغني (٥٩٨/١١)، المبدع (٢٥٧/٨)، الإنصاف مع المقنع (٥٧/٢٥، ٥٩).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢، ٢٤٤)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (٣٦٨/١)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦)، الفرائد البهية (ص ١٣٩).

(٤) نظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٤٢)، الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (٣٦٨/١)، حاشية رد المحتار (٢١٤/٦)، الفرائد البهية (ص ١٣٩)، شرح المجلة (ص ٥٩).

٧- أن يأمر غيره أن يذبح له هذه الشاة، وكانت لجاره، فيضمن الذابح علم أم لم يعلم، لكن إن علم لم يكن له حق الرجوع؛ لأن الأمر لم يصح عنده، وإلا رجع؛ لأن الأمر صح عند الذابح[١].

٨- أن يأمر أجيره برش الماء في فناء دكانه، فرشّ، فما تولد منه فضمانه على الآمر؛ لأن الأمر صح عند الأجير، وإن كان بغير أمره فالضمان على الراش[٢].

٩- إذا جاء رجل بدابة ليغسلها، فقال لرجل: أدخلها النهر، فأدخلها، فغرقت، وكان الآمر سائس الدابة لرجل آخر، ولم يعلم المأمور بذلك، فلو كان الماء بحال لا يدخل الناس دوابهم فيه، ضمَّن ربها أيهما شاء، فلو ضمن المأمور، رجع على السائس؛ لأن الأمر صح عند المأمور[٣].

١٠- إذا كان المأمور أجيرا خاصا للآمر، فتلف بعمله شيء من غير أن يجاوز المعتاد، فالضمان على أستاذه الآمر له، فلو تخرق الثوب من دقه، أو غرقت السفينة من مده؛ فالضمان على أستاذه الآمر؛ لأن الأمر صح عند الأجير[٤].

---

(١) انظر: الفوائد الزينية (ص ٩٦)، مجمع الضمانات (١/٣٦٩)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، شرح المجلة (ص ٥٩).

(٢) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٦٩)، حاشية رد المحتار (٦/٢١٤)، شرح المجلة (ص ٥٨)، شرح القواعد (ص ٤٤٦).

(٣) انظر: مجمع الضمانات (١/٣٦٨).

(٤) انظر: شرح القواعد (ص ٤٤٦).