

الأشباه والنظائر

القاعدة الحادية عشرة الخراج بالضمان .

هو حديث صحيح أخرجه الشافعي و أحمد و أبو داود و الترمذي و النسائي و ابن ماجه و ابن حيان من حديث عائشة و في بعض طرقه ذكر السبب و هو أن رجلا ابتاع عبدا فأقام عنده ما شاء □ أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه إلى النبي صلى □ عليه و سلم فرده عليه فقال الرجل : يا رسول □ قد استعمل غلامي فقال الخراج بالضمان .

قال أبو عبيد : الخراج في هذا الحديث غلة العبد يشتريه الرجل فيستغله زمانا ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع فيرده و يأخذ جميع الثمن و يفوز بغلته كلها لأنه كان في ضمانه و لو هلك هلك من ماله انتهى .

و كذا قال الفقهاء : معناه ما خرج من الشيء : من غلة و منفعة و عين فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه فالغلة له ليكون الغنم في مقابلة الغرم .

و قد ذكروا هنا سؤالين : .

أحدهما : لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد أو انفسخ لكونه من ضمانه و لا قائل به .

و أجيب : بأن الخراج معلل قبل القبض بالملك و بعده به و بالضمان معا . و اقتصر في الحديث على التعليل بالضمان لأنه أظهر عند البائع و أقطع لطلبه و استبعاده أن الخراج للمشتري .

الثاني : لو كانت العلة : الضمان لزم أن يكون الزوائد للغاصب لأن ضمانه أشد من ضمان غيره و بهذا احتج لأبي حنيفة في قوله إن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب .

و أجيب : بأنه صلى □ عليه و سلم قضى بذلك في ضمان الملك و جعل الخراج لمن هو مالكة إذا تلف على ملكه و هو المشتري و الغاصب لا يملك المغصوب و بأن الخراج : هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان و لا خلاف أن الغاصب لا يملك المغصوب بل إذا أتلها فالخلاف في ضمانها عليه فلا يتناول موضع الخلاف .

نعم : خرج عن هذا مسألة و هي ما لو أعتقت المرأة عبدا فإن ولاءه يكون لابنها و لو جنى جناية خطأ فالعقل على عصبتها دونه و قد يجيء مثله في بعض العصبات يعقل و لا يرث