



أقرأ

كتاب المجلس العلمي

15

سلسلة تصدر عن المجلس العلمي المحلي لفاس

العذب الزلال
في
فقه الأموال

تأليف

العلامة الدكتور محمد التاويل

تأليف: العلامة الدكتور محمد التاويل

الطبعة الأولى: 1435 هـ 2014 م

رقم الإيداع القانوني: 2014Mo3765 ردمك: 5-2-9443-9954-978

طبع وتصميم: مطبعة أميمة، زنقة 809 ابن باجا الحي الصناعي

سيدي إبراهيم - فاس

الهاتف: 05 35 96 01 63-فاكس: 05 35 64 44 07

الهاتف النقال: 06 61 48 75 30

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

تصدير

تعتبر الأموال في المنظور الإسلامي مصدرا أساسيا لتحقيق إرادة الله تعالى في استعمار الأرض، ووسيلة تساعد الأفراد والجماعات على إثراء الأمة وترقيتها في مختلف المجالات العمرانية والحضارية التي تحقق الغاية الكبرى من وجود الإنسان، وهي القيام بدور الخلافة في الأرض التي أناطها الحق سبحانه بالإنسان وخصه بها دون غيره من المخلوقات: "وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِیْفَةً" (سورة البقرة الآية 29).

وفقه الأموال وما يتفرع عنه من أقسام من حيث كونه مالا نقديا ، أو عينيا كالمباني والتجهيزات، أو عروضاً أو أنعاماً أو زروعاً وثماراً... من أنواع الفقه التي لم تنل حظها من الدراسة والبحث من لدن فقهاءنا القدامى، مثله في ذلك مثل الفقه السياسي الدستوري، والفقه الحضاري وفقه السنن، حتى إن عدد الكتب الفقهية التي ألفت في هذا المجال قليلة جدا بالنسبة لما ألف في فقه العبادات... على الرغم من أن المال عصب الحياة

وعنصر أساسي في الإنتاج وتحريك عجلة الاقتصاد لتحقيق النماء والازدهار ورغد العيش، دونما احتكار أو كثر، ولذا نهى الإسلام عن كثره ودعا إلى تشغيله بكل الطرق المباحة وحث على العمل والإنتاج والتمتع بالطيبات دون تقتير أو إسراف مصداقا لقوله ص: "نعم المال الصالح للرجل الصالح" (أحمد في مسنده). إذ المال ليس مذموما على الإطلاق كما يتوهم، ولكن كسبه عن طريق الحلال وصرفه في موضعه الذي أحله الله تعالى مما حض عليه الإسلام.

والكتاب الذي تقدمه اليوم في سلسلة "اقرأ" التي دأب المجلس العلمي لفاس على إصدارها منذ حوالي عقدين من السنين يندرج في سياق التعريف بالمال وأقسامه والتشريعات الإسلامية التي شرعت لإنفاقه والتصرف فيه والتعامل به بعيدا عن المترقات والاحتلالات التي عرفتها المعاملات المالية التجارية والاقتصادية في العصر الحديث، وذلك في نطاق ما يعرف بالليبرالية الاقتصادية/ السوق الحر التي تسعى للربح بعيدا عن أية ضوابط شرعية أو قيم أخلاقية، "إن الإسلام حف الشريعة بمكارم الأخلاق" كما أن الكتاب يعرف في مباحثه بأنواع من أقسام المال وأركانها وشروطها ويعرج على مذاهب الفقهاء واجتهاداتهم فيها بما يجعل منه كتابا مرجعيا للطلاب والباحثين في موضوع الأموال في الإسلام.

وعسى أن يكون هذا الكتاب بما بذل فيه مؤلفه - الدكتور العلامة السيد محمد التاويل عضو المجلس العلمي الأعلى - من جهود مشكورة وإفادات قيمة، قد سد فراغا في المكتبة الإسلامية التي تشتكي من نقص في هذا الموضوع وأن يثيب المولى عز وجل فضيلة العلامة على عمله الجليل ومؤلفه الجديد الذي ينضاف إلى كتبه السابقة التي أغنى بها الثقافة العربية والخزانة الإسلامية.

والسلام.

عبد الحفي عمور

رئيس المجلس العلمي المحلي لفاس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين القائل في محكم كتابه المبين، "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم، ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً¹"، "المال والبنون زينة الحياة الدنيا"² و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين وخاتم النبيين القائل: "من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين"³ و على آله وصحابه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن من كليات الشريعة الإسلامية ومقاصدها الضرورية التي بنيت عليها المحافظة على المال وحمايته من التلف والضياع والغصب والاعتداء، كما تؤكد ذلك الأحاديث النبوية الشريفة: "إن دماءكم و أموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا"⁴ "كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه"⁵ "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"⁶ وغير ذلك من الأحاديث.

¹ الآية 29 من سورة النساء

² الآية 45 سورة الكهف .

³ رواه البخاري ، كتاب العلم ، باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين رقم 71 .

⁴ رواه البخاري ، كتاب الحج ، باب الخطبة أيام منى رقم 1652 .

⁵ رواه ابن ماجه ، كتاب الفتن ، باب حرمة دم المؤمن و ماله رقم 4086 .

⁶ رواه الدارقطني ، كتاب البيوع رقم 2924 .

ولتحقيق هذا الهدف فرض الإسلام تشريعات صارمة لحمايته وشرع أحكاما دقيقة تنظم التصرف فيه والتعامل به وحدد طرق تملكه وتملكه وجمعه وإنفاقه ولم يدع الناس فوضى يتسابقون إليه ويجرون وراءه ويتقاتلون حوله ومن أجله .

وفي نطاق التعريف بهذه الأحكام وإيضاح مسالكها وتبسيط الأضواء عليها لإبراز أدلتها وحكمها وأسرارها وموقف الفقهاء منها تأتي هذه الدراسة حول المال وطرق تملكه وحيازته وغصبه والاعتداء عليه واستحقاقه، وقد ركزت فيها على المذهب المالكي وإشارات مقتضبة من المذاهب الأخرى .

وهي تتكون من مقدمة وأربعة فصول، المقدمة في التعريف بالمال والملك وأقسامهما والفصل الأول في الحيازة وأحكامها، والفصل الثاني في الغصب وأحكامه، والثالث في التعدي، والرابع في الاستحقاق .

وكتبه عبيد ربه محمد التاويل .

مقدمة في تعريف المال والملكية و أقسامهما :

المبحث الأول: في تعريف المال و أقسامه:

- تعريف المال و أقسامه .

أ- المال في اللغة .

المال لفظ استعمله العرب في عدة معان، وأطلقت على عدة أشياء

تختلف من بلد إلى بلد، ومن قبيلة إلى قبيلة.

فهو في لغة دوس اسم للثياب والعروض والمتاع . دون الذهب

والفضة¹ ومنه حديث أبي هريرة "خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

عام خير فلم نغنم ذهباً ولا ورقاً، إلا الأموال: الثياب والمتاع"² الحديث.

فأطلق أبو هريرة الأموال على الثياب والمتاع، ولم يسم الذهب

والورق مالا وهي لغة قومه دوس .

وفي لغة آخريين المال هو الصامت من الذهب والفضة خاصة³ .

وفي لغة البدو (المال هو الماشية من إبل وبقر وغنم¹ . وبه فسر حديث

النهي عن إضاعة المال² . وأن المراد به الحيوان، وقيل المال هي الإبل خاصة،

ومنهم قولهم: (المال الإبل) .

¹ - انظر الجامع لأحكام القرآن 8 / 156 .

² - أخرجه مالك في كتاب الجهاد باب ما جاء في الغلول رقم 980 .

³ - الجامع لأحكام القرآن 8 / 151 .

وقال أبو عمر بن عبد البر: المعروف من كلام العرب أن كل ما تمول وتملك فهو مال³، لحديث " يقول ابن آدم: مالي مالي، وإنما له من ماله ما أكل فأفنى أو لبس فأبلى، أو تصدق فأمضى"⁴ وقال أبو قتادة (فأعطاني الدرع فابتعت به مخرفا في بني سلمة، فإنه أول ما تأثته في الإسلام)⁵. فأطلق المال في الحديثين على الطعام واللباس والعقار، وكل ما يتصدق به والأصل في الكلام الحقيقة.

وقال ابن الأثير في النهاية: المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم.. وأضاف يقول: وقد تكرر ذكر المال على اختلاف مسمياته في الحديث، ويفرق فيها بالقرائن⁶. وهذا يعني أن المال لفظ مشترك لا يحمل على أحد معانيه إلا بقريضة على قاعدة المشترك.

ب - المال عند الفقهاء .

لم يتفق الفقهاء على مفهوم المال، وتباينت آراؤهم حوله .

¹ - نفس المرجع .

² - أخرجه البخاري كتاب بدء الوحي باب الطيب للجمعة وانظر النهاية ابن الأثير 4 / 372 .

³ - الجامع لأحكام القرآن 8 / 151 .

⁴ - أخرجه مسلم كتاب الزهد والرفائق رقم 2959 .

⁵ - رواه أبو داود كتاب الجهاد باب في السلب يعطى القتال رقم 2719 و صححه الألباني .

⁶ - النهاية 4 / 373 .

وهكذا عرفه ابن العربي في الأحكام بقوله: المال ما تتعلق به الأطماع ويعتد للانتفاع¹، في حين عرفه الشاطبي في الموافقات بأنه ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره .

والتعريفان وإن اختلفت ألفاظهما فإنهما يلتقيان في اعتبار الملكية والانتفاع عنصرين أساسيين لثبوت صفة المالية للشيء أن يكون مملوكا وأن يكون منتفعا به .

فإن قول الشاطبي: ما يقع عليه الملك يعني بالضرورة إباحة الانتفاع به مع ذلك، لما هو معلوم في المذهب من أن شرط الملك أن يكون الشيء منتفعا به انتفاعا شرعيا، فما لا منفعة فيه أصلا، وما تكون منفعته محرمة شرعا كالخمر والكلب غير المأذون فيه والميتة والخنزير لا يصح تملكه² وبالتالي لا يعتبر مالا عند الشاطبي .

وهذا ما يعنيه ابن العربي بقوله : ويعتد للانتفاع ،يعني يملك ويعتد للانتفاع به انتفاعا شرعيا .

وعرف الشافعي المال بقوله : ما له قيمة يباع بها ، ويلزم متلفه وإن قلت وما لا يطرحه الناس مثل الفليس وما أشبه ذلك³ .

¹ - أحكام القرآن 1 / 388 .

² - انظر الخرشبي 4 / 374 .

³ - الفقه الإسلامي وأدلته 5 / 515 .

وهو تعريف يرتكز على اعتبار عنصرين أساسيين لتحقق مالية الشيء،

وهما:

1- كون الشيء له قيمة يباع بها وإن قلت .

2- كون الشيء مما يتموله الناس ويقتنونه ولا يطرحونه .

فالأشياء التي لا قيمة لها والأشياء التي يطرحونها لا تعتبر مالا وهكذا

تتفق هذه التعاريف الثلاثة : تعريف الشافعي والشاطبي وابن العربي على

شمول لفظ المال للأعيان والمنافع، فكلاهما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه

قيمتها، وكلاهما تتعلق به الأطماع ويعتد للانتفاع به، وكلاهما يقع عليه

الملك ويستبد به المالك .

وهذا هو مذهب الجمهور، وأن المال يشمل الأعيان والمنافع¹ .

وخالف الحنفية فخصوا الأموال بالأعيان دون المنافع² ، ومن هنا

حاولوا تعريف المال تعريفا يختص بالأعيان دون المنافع، فعرفه ابن عابدين

بأنه ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة، أو هو ما يميل إليه

الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة³ وإذا كان التعريفان معا يتفقان على

اعتبار إمكانية الادخار كشرط أساسي في مالية الشيء بقصد إخراج المنافع

¹ - نفس المرجع والصفحة .

² - نفس المرجع 489 / 5 .

³ - نفس المرجع 515 / 5 41 / 4 .

لأنه لا يمكن ادخارها - فإنهما تعريفان ناقصان غير جامعين لخروج الفواكه وكثير من الأطعمة التي لا يمكن ادخارها فإنها أموال اتفاقا ، ولا يشملها التعريفان معا .

إلا أن التعريف الأول أحسن حالا من الثاني ، فإن الأول شامل لما يميل إليه الطبع ، وما لا يميل إليه ، بخلاف الثاني فإنه لا يشمل كثيرا من الأدوية التي ينفر منها الطبع ، فيقتضي أنهما غير مال بينما هي مال قطعا .

وتجنبنا لهذه الانتقادات اختار بعضهم تعريفا آخر للمال على مذهب الأحناف فعرفه بأنه ما يمكن حيازته وحرزه ويتنفع به عادة¹ .

فاستغنى عن كلمة الادخار بإمكان الحيازة والحرز ، وهما ممكنان في جميع الأموال ، ما يدخر منها وما لا يدخر ولكنهما غير ممكنين في المنافع لأنها لا تحاز ولا تحرز .

وبهذا يتفق هذا التعريف مع التعريفين قبله في استبعاد المنافع من دائرة الأموال بالإضافة إلى شموله ما يدخر وما لا يدخر ، وما تميل إليه الطباع وما تنفر منه ، فكان تعريفا جامعاً مانعاً على مذهب الحنفية .

وهكذا أيضا تتفق هذه التعاريف على تحديد العناصر الضرورية لمالية

الشيء وهي :

¹ - نفس المرجع 4 / 40 .

1- إمكان الحيازة والحرز حسب التعريف الأخير، أو إمكانية

الادخار حسب التعريف الأول والثاني مما يعني :

أ- قصر المالية على الأعيان دون المنافع ، والأمور المعنوية لأنها لا

يمكن حرزها كما لا يمكن ادخارها .

ب- أنه يكفي في تحقق المالية مجرد إمكان الحرز وإن لم يقع حرز ولا

حيازة بالفعل ، فيشمل ذلك الأعيان التي لا يد عليها لأحد من صيد وسمك

وماء ومعادن في باطن الأرض وغير ذلك . فذلك كله مال عند هؤلاء

بخلاف اللغويين فالمال عندهم ما كان محوزا محرزا في يد حائز .

2- إمكانية الانتفاع بالعين انتفاعا عاديا من لدن جميع الناس أو

بعضهم فيخرج :

أ- ما لا يمكن الانتفاع به كلحم الميتة والطعام المسموم .

ب- ما ينتفع به انتفاعا لا يعتد به عادة عند الناس كحبة قمح أو

قطرة ماء، وحفنة رمل على شاطئ البحر .

ج- ما لا ينتفع به إلا في حال الضرورة كالميتة والخمر عند ضرورة

الجوع والعطش وإزالة الغصة ، فهذه الأنواع الثلاثة لا تعتبر مالا ، لأنه لا

ينتفع بها عادة .

ويدخل في تعريف المال ما كان متمولا عند بعض الناس دون بعض ، مثل الثياب البالية جدا يترك تمولها بعض الطبقات دون بعض ، والخمر والخنزير بتمولهما غير المسلمين ، ولهذا يضمنهما لهم من يتلفهما عليهم¹ .
وللتفرقة بين ما هو مال وما ليس بمال آثار كثيرة تظهر في كثير من الأحكام والأبواب .

ففي باب الدعاوى والأيمان تثبت دعاوى المال بالشاهد واليمين وتتوجه فيها اليمين على المدعى عليه إذا عجز المدعي عن إثبات دعواه بخلاف ما ليس بمال ولا يؤول إليه فإنه لا تسمع فيه الدعوى أصلا كالدعوى بالخمر والخنزير على مسلم² .

وفي باب السرقات يقام الحد على سارق المال بشروطه بخلاف سارق غير المال فلا قطع عليه ، ولهذا لا يقطع سارق الخمر والخنزير وآلات اللهو المحرمة إذا كانت موادها الأولية لا تبلغ نصابا ، وتبلغه بصنعتها لأن الصنعة المحرمة ليست بمال³ .

¹ - الخرشي 5 / 357 - الفقه الإسلامي وأدلته 4 / 45 .

² - مواهب الخلاق على الزقاق 1 / 117 .

³ - تحليل بشرح الخرشي 5 / 357 .

وفي باب الزكاة إذا كانت آنية الذهب والفضة لا تبلغ نصاب الزكاة
بوزنها، ولكنها لصنعتها الجيدة تبلغ النصاب أو تزيد عليه فإنها لا تجب فيها
الزكاة، لأن الصنعة المحرمة لا تعتبر مالا¹.

- وفي باب الغصب والتعدي يؤدب غاصب المال أو متلفه ويضمنه،
ولا يؤدب غاصب غير المال ولا متلفه، لأنه لا يعتبر غصباً في الشرع.
ولذلك لا يغرم من كسر آنية الذهب والفضة أو كسر صليبا أو آلة
لهو محرمة إلا أن يتلف عينها فيغرم موادها الأولية التي صنعت منها، مثل
المثلي وقيمة المقوم.

كما تظهر عدة آثار أيضا على اختلاف الجمهور والحنفية في المنافع
هل هي مال أم لا؟
ومن ذلك:

1- اختلافهم في صحة النكاح بالمنافع فإن الله تعالى يقول:
(وأحل لكم ما وراء ذلكم إن تبتغوا بأموالكم محصنين غير
مسافحين)².

¹ - انظر المدونة 1/ 211 - 212 .

² - سورة النساء آية 24 .

فمن رأى أن المال خاص بالأعيان قال: لا يصح النكاح بالمنافع وهم
الحنفية ومن رأى أن المال شامل للمنافع والأعيان أجاز النكاح بالمنافع وهم
الجمهور¹.

2- الاختلاف في إزث المنافع: فإذا كان شخص يملك منفعة شيء
بكرء أو غيره فمات فإن المنافع ترجع لمالك الشيء، وينتهي العقد عند
الحنفية لأنها ليست بمال، وقال الجمهور تورث²، ومنشأ الخلاف قوله
صلى الله عليه وسلم ". ومن ترك مالا فلورثته"³ فقال الحنفية المنافع
ليست بمال فلا تورث، وقال الجمهور هي مال فتورث.

3- انفساخ الإجارة واستمرارها إذا مات المستأجر، قال الحنفية
تنفسخ بموته لأن المنافع لا تورث، وقال الجمهور تستمر بناء على أن المنافع
مال وتورث⁴.

4- ضمان المنافع في الغصب، مذهب الجمهور أن الغاصب يضمن
منافع المغصوب لأنها مال، وقال الحنفية لا تضمن لأنها ليست بمال واستثنوا

¹ - جامع أحكام القرآن 5/ 88 وانظر بداية المجتهد 2/ 20 .

² - انظر الفقه الإسلامي وأدلته 5/ 495 - 4/ 43 .

³ - رواه البخاري كتاب بدء الوحي باب الصلاة على من ترك ديناً .

⁴ - البداية 2/ 227 ، الفقه الإسلامي 4/ 13 .

من ذلك مال اليتامى والأوقاف والأموال المعدة للاستغلال فإن منافعها
تضمن عندهم¹.

5- وفي باب القسمة يجبر الممتنع عن قسمة الأعيان، ولا يجبر على
قسمة المنافع خلافا للحنفية².

❖ أقسام المال :

ينقسم المال باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى عقار
ومنقول، وباعتبار تماثل أجزائه وتفاوتها إلى مثلي وقيمي.

✓ التقسيم الأول :

ينقسم المال بحسب استقراره في محله وعدم استقراره إلى قسمين :

- عقار ومنقول وقد اختلف في التمييز بينهما:

فمذهب الحنفية أن العقار هو المال الثابت الذي لا يمكن نقله من

مكان إلى آخر كالدور والأراضي .

والمنقول هو ما يمكن نقله من مكان إلى مكان سواء بقي على صورته

التي هو عليها كالحیوان والأثاث والنقود أو تغير بالنقل³.

¹ - البداية 2/ 316 ، الفقه الإسلامي وأدلته 3/ 734 .

² - انظر الفقه الإسلامي وأدلته 5/ 698 .

³ - نفس المرجع 4/ 46 .

وقسم المالكية الأموال إلى أصول وغيرها، وتشمل الأصول عندهم الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، وقسموها إلى رباغ وهي الدور والحمامات والأبنية من كل ما له ربع وعتبة، والعقار وهي الأرض والجنان والبساتين لأنها تعقر بالفؤوس .

وغير الأصول هي العروض والطعام والحيوان والعين، وهي المنقول¹ .

وتظهر آثار الفرق بين العقار والمنقول في كثير من الأحكام الفقهية .

ففي باب الشفعة تختص الشفعة بالعقار دون المنقول عند الجمهور²، ويظهر أثر ذلك فيمن باع نصيبه في البناء المشترك خاصة، فعند الحنفية لا شفعة لشريكه، لأن البناء ليس بعقار عندهم، وعند المالكية تجب فيه الشفعة لأنه عقار عندهم³ .

وفي باب الغصب يتفق الفقهاء على ثبوته في المنقول، ويختلفون في العقار، فعند أبي حنيفة لا يتصور الغصب فيه، والجمهور على ثبوته فيه⁴ .

وفي باب القرض والسلم لا يجوز أي واحد منهما في العقار ويجوزان في المنقول⁵ .

¹ - الناودي على الرقابة بحاشية مواهب الحلاق 1/ 256 .

² - انظر ميارة على التحفة 2/ 66 - 74 .

³ - الفقه الإسلامي وأدلته 4/ 48 .

⁴ - البداية 2/ 311 - الفقه الإسلامي وأدلته 5/ 715 .

⁵ - الحرشي 4/ 147 .

وفي باب البيع يختلف العقار عن المنقول في عدة أحكام منها .
العقار يجوز إبقاؤه رهنا في الثمن تحت يد البائع بخلاف المنقول فلا
يجوز ذلك فيه.

- الأصول أو العقار يجوز بيعها قبل قبضها إذا كانت مأمونة بخلاف
المنقول عند الحنفية¹ وسوى الشافعية بين المنقول والعقار في منع البيع قبل
القبض² لحديث النهي عن ربح ما لم يضمن³ .
وقياسا لغير الطعام على الطعام كما قال ابن عباس⁴ .
وأجاز المالكية بيع كل شيء قبل قبضه إلا الطعام⁵ أخذنا بمفهوم
حديث "من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه"⁶ ومنع الحنابلة ذلك في
المكيل والموزون من الطعام دون غيره في أحد قولين لهم⁷ .
- وفي البيع الفاسد لا يفوت العقار بحوالة السوق ولا طول المدة⁸ .

¹ - الفتاوى الهندية 2/ 314 - الدر المختار 3/ 352 .

² - نهاية المحتاج 4/ 89 - 108 .

³ - رواه النسائي كتاب البيوع باب سلف و بيع و هو أن يبيع السلعة على أن يسلفه سلفا رقم 4629 و صححه الألباني .

⁴ - البخاري بشرح القسطلاني 4/ 57 .

⁵ - المدونة 3/ 62 - الموطأ بشرح المنتقى 5/ 78 .

⁶ - رواه البخاري كتاب البيوع باب الكيل على البائع و المعطي رقم 2019 .

⁷ - المغني 4/ 110 - 301 .

⁸ - انظر الخرشي 3/ 474 .

وفي بيع الوفاء مذهب الحنفية جوازه في العقار خاصة، ومنعه في المنقول على المعتمد عندهم¹.

- والمشهور في مذهب مالك منعه فيهما معا وهو المعروف في المذهب ببيع الثنيا².

وفي بيع الخيار مدة الخيار في العقار أطول منها في المنقول³.

وفي باب الولاية الولي يجوز له بيع منقول المحجور لأي حاجة بخلاف العقار، فلا يباع إلا بعد إثبات الواجبات المنصوص عليها⁴.

وفي باب العقل العقار لا يعقل إلا بشبهة قوية بخلاف المنقول فإنه يعقل بمجرد دعوى بينة حاضرة⁵.

✓ التقسيم الثاني للمال :

ينقسم المال باعتبار تماثل أجزائه وعدمه إلى قسمين أيضا :

الأول المال المثلي: وهو ما يتعامل الناس فيه بالكيل والوزن أو العدد بقطع النظر عن أفراده وآحاده لتمائلها أو تقاربها مثل الحبوب والزيوت والبيض والجوز واللوز ونحو ذلك .

¹ - الفقه الإسلامي وأدلته 4/ 48 .

² - ميارة على التحفة 2/ 6 .

³ - خليل بشرح الخرشني 4/ 19 - 20 .

⁴ - الرقاقية بشرح التاردي وحاشية أبي الشتاء 2/ 256 .

⁵ - التحفة بشرح ميارة 2/ 292 .

والثاني: المال القيمي وهو ما تتفاوت آحاده وتقصد أفراداه عند البيع والشراء، وتختلف قيمة بعضها عن بعض مثل العقار والحيوان والعروض من أثاث وثياب ونحو ذلك¹.

وقال الحنفية المثلي ما له مثل ونظير في السوق من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته تفاوتاً يعتد به في التعامل .

والقيمي ما ليس له نظير في السوق أو له نظير مثل تفاوت وحداته في القيمة كالحیوان والشجر والأرض²، ومن آثار التمييز بين القيمي والمثلي ما يلي :

1- المثلي لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض، وإذا هلك قبله فمصيبته من البائع³ كما لو انكسر البيض أو انهرق الزيت قبل التسليم، بخلاف المقوم فإنه يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد⁴ فإذا مات الحيوان أو انهدمت الدار قبل التسليم فإن خسارة ذلك تكون على المشتري .

2- وفي باب الغصب والتعدي يضمن الغاصب والمتعدي المثل في المثليات والقيمة في المقومات⁵ .

¹ - انظر ميارة على النخفة 2 / 177 .

² - الفقه الإسلامي وأدلته 4 / 49 .

³ - حاشية العدوي على الخرشي 3 / 472 - البداية 2 / 184 .

⁴ - نفس المرجع 3 / 972 - البداية 2 / 189 .

⁵ - النخفة بشرح ميارة 2 / 425 .

3- وفي باب القسمة المقوم تجري فيه قسمة القرعة والمراضاة معا بخلاف المثلي فلا تجوز فيه القرعة، ويتعين قسمه كيلا أو وزنا أو عددا، ولا تجوز فيه قسمة القرعة إذا كان مما يدخله الربا¹، وفرق الحنفية بينهما بفرق آخر، وهو أن المثلي يجبر فيه على القسمة، ويصح للشريك أخذ نصيبه في غيبة شريكه، بخلاف المقوم فلا يجبر على القسمة وليس للشريك أخذ نصيبه في غيبة شريكه²، ومذهب المالكية أنه لا يجوز للشريك القسمة في غيبة شريكه إلا بقاض³.

4- وفي باب الربا المال القيمي لا يدخله الربا عندهم بخلاف المثلي فإنه يدخله الربا، ويحرم فيه ذلك بناء على أصلهم في تعليل حرمة الربا بالتقدير والكيل والوزن، فكل ما يكال أو يوزن أو يعد يحرم فيه الربا عندهم وإن لم يكن طعاما⁴، وخالفهم المالكية والشافعية في هذا. أما الشافعية فخصوا الربا بالطعام بناء على أصلهم في تعليل الربا في ذلك بالطعمية⁵، ونحصه المالكية بالطعام المقتات المدخر⁶.

¹ - خليل بشرح الخرشى 4/ 427 - ميارة على التحفة 2/ 96 .

² - الفقه الإسلامي وأدلته 4/ 51 .

³ - خليل بشرح الخرشى 4/ 443 .

⁴ - البداية 2/ 125 .

⁵ - نفس المرجع .

⁶ - خليل بشرح الخرشى 3/ 443 .

3- الثبوت في الذمة وعدمه، لأن المثلي يثبت دينا في الذمة وتصح المقاصة به بخلاف القيمي فلا تقبله الذمة ولا تجري فيه المقاصة عند الحنفية¹

ومذهب المالكية أن المثلي وكذلك القيمي إذا كان موصوفا تقبلهما الذمة ولذلك جاز سلفهما والسلم فيهما².

وتجوز المقاصة فيهما فقد تسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم جملا بكرا ورد رباعيا³.



¹ - الفقه الإسلامي وأدلته 4/ 50 - 51 .

² - انظر ميارة على النحلة 2/ 328 - 134 .

³ - رواه مسلم كتاب المساقاة باب من استسلف شيئا ففضى حبرا منه .

المبحث الثاني: في تعريف الملك وأقسامه:

الملك في الأصل مصدر ملك ويطلق بمعناه الاسمي على الشيء المملوك.

وأما معناه المصدرى أو النسبي فقد اختلف في تعريفه فعرفه ابن عرفة بأنه (استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلا أو حكما لا بنبابة)¹.

وأدخل بقوله: أو (حكما) ملك المحجور فإنه يستحق التصرف حكما لا فعلا لأنه لا يجوز له ممارسة أي تصرف في ماله ما دام محجورا .
كما أخرج بقوله (لا بنبابة) استحقاق الوكيل والولي التصرف فيما وكلا فيه أو ولياه فلا يسمى ذلك ملكا.

وعرف القرافي الملك بأنه (حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك أو أخذ العوض عنه من حيث هو كذلك²)، يريد أن الملك حكم شرعي يقدره الشرع يبيح للمالك الانتفاع بالمملوك بنفسه أو تمكين غيره من الانتفاع به مقابل عوض يأخذه المالك من المنتفع بملكه كما هو الحال في الكراء والإجارة .

¹ - شرح حدود ابن عرفة للرضاع ص 666 .

² - الفروق للقرافي 3/ 208 - 216 .

وبهذا يفترق الملك عن الاختصاص بالشيء، فإن الاختصاص لا يبيح للمختص أخذ العوض عما يختص به كاختصاص شخص بمكانه في السوق والطريق ونحو ذلك.

وعرفه ابن الشاطب بأنه (تمكن الإنسان بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة أو أخذ العوض عنها أو تمكنه من الانتفاع خاصة¹).

❖ أقسام الملك :

يتنوع الملك باعتبار الحق المملوك إلى ثلاثة أقسام:

1- ملك العين: وهو التمكن من الانتفاع بها أو أخذ العوض عنها أو إعارتها للغير بلا عوض.

2- ملك المنفعة: وهو التمكن من الانتفاع بالمنفعة أو أخذ العوض عنها أو إعارتها للغير أيضا.

3- ملك الانتفاع وهو تمكن الشخص من الانتفاع بالشيء بنفسه خاصة من غير تمكنه من أخذ العوض عنه أو إعارته لغيره² كما هو الشأن في بيوت المدرسة وأسرّة المرضى في المستشفى وطعام الضيف.

¹ - انظر أدرار الشروق 3/ 209 .

² - حاشية العدوي على الخرشى 3/ 269 .

وملك العين يستلزم ملك المنفعة والانتفاع، كما أن ملك المنفعة يستلزم ملك الانتفاع .

وأما ملك الانتفاع فلا يستلزم ملك العين ولا ملك المنفعة¹.

وعرف الحنفية الملك بأنه (اختصاص بالشيء يمنع الغير منه، يمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداءً إلا لمانع شرعي² والشيء في التعريف يشمل العين والمنفعة، ومن هنا قالوا الملك أعم من المال لاختصاص المال بالأعيان دون المنافع عندهم³ كما سبق.

وقسموا الملك إلى قسمين: ملك تام وملك ناقص⁴.

1- الملك التام: هو ملك ذات الشيء ومنفعته معاً، وهو ملك دائم مطلق يعطي صاحبه الحق التام في استعمال ملكه والتصرف فيه، ولا يقبل الإسقاط

2- الملك الناقص وهو ملك العين دون المنفعة أو المنفعة دون العين .

فمن ملكية العين دون المنفعة ما لو وصى شخص لعمه بدابته ولآخر بمنفعتها طول حياتها أو وصى شخص بسكنى داره لعمه طول حياته،

¹ - نفس المرجع .

² - الفقه الإسلامي وأدلته 4 / 57 .

³ - نفس المرجع 4 / 56 .

⁴ - نفس المرجع 4 / 56 .

فالدابة في الوصية الأولى و الدار في الوصية الثانية مملوكة ذاتها لشخص
و منفعتها لشخص آخر .

❖ شروط الملك :

قسم القرافي الأعيان إلى ما يصح تملكه وما لا يصح تملكه، أو ما
يقبل الملك وما لا يقبله، وحصر ما لا يقبل الملك في ثلاثة أنواع¹ .

- ما لا منفعة فيه أصلا كالأخشاش الغير النافع .
- ما تكون منفعته محرمة شرعا كالخمر والميتة .
- ما تعلق به حق الله كالمساجد والبيت الحرام، أو تعلق به حق آدمي
كالحر وأم الولد.

فهذه الأقسام الثلاثة لا تقبل الملك ولا يصح تملكها ولا تملكها للغير
لأن الملك إذن شرعي، والإذن في غير منتفع به عبث، وفي المحرم تناقض،
وفيما هو حق للغير مبطل لذلك الحق² .

وما عدا هذه الأقسام فهو قابل للملك عند وجود سببه.
ويستنتج من هذا أن شروط الملك ثلاثة وهي أن يكون الشيء نافعا،
وأن تكون منفعته شرعية مباحة وأن لا يتعلق به حق الغير.

¹ - الفروق للقرافي 3 / 236 .

² - نفس المرجع .

❖ أسباب الملك :

أسباب الملك بصفة عامة هي كل ما يترتب على وجوده وجود الملك وثبوته لمن قام به سببه، وهي في الفقه الإسلامي كثيرة ومتنوعة، ولكنها ترجع إلى أصول أربعة ترجع إليها مختلف الجزئيات، وهي :

1- الاستيلاء على الأموال المباحة التي لا مالك لها شرعا ولا يد عليها لأحد مثل الاستيلاء على الصيد البري والبحري والعشب وثمار الغابات والحطب وأموال الحربي وموات الأرض ونحو ذلك من المباحات التي لا مالك لها شرعا، وإن احتاج ذلك إلى استيذان الإمام عند بعض الفقهاء في بعض الأشياء.

والأصل في هذا القسم حديث " من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له " ¹ وحديث " من أحيا أرضا ميتة فهي له " ² .

2- العقود الناقلة للملكية مثل الهبة والصدقة والوصية والبيع والشفعة وغير ذلك من العقود التي تنقل الملك من المالك الأول إلى غيره أي المالك الجديد .

¹ - رواه أبو داود كتاب الخراج باب في إقطاع الأرضين .

² - رواه مالك كتاب الأفضية باب القضاء في عمارة الموات .

3- الإرث وهو مفيد للملكية وسبب فيها تنتقل التركة بمقتضاه من ملكية الميت إلى الوارث بنص القرآن والسنة والإجماع لحديث " من ترك مالا فلورثته"¹.

4- التولد عن المملوك بمعنى أن كل ما ينتج عن المملوك ويتولد منه فهو ملك للمالك الأصل المتولد منه مثل نتاج الحيوان وصوفه وشعره ووبره ولبه وقرونه، وثمار الأشجار وورقها وغلة الأرض وكراء العقار، المنقول وغير ذلك . وزاد المالكية سببا خامسا على اختلاف بينهم فيه هل هو ناقل للملكية أو دليل عليها وهو الحيازة بشروطها، فإنها سبب لملك الحائز لما حازه المدة الشرعية، أو دليل على ملكيته فقط على الصحيح².

الفصل الأول: الحيازة

قبل الدخول في تحليل الموضوع ينبغي التبيه على أن الحقوق والأموال المتنازع فيها قد تكون حرة مطلقة لا يد عليها لأحد، وقد تكون بيد المتنازعين معا ، كدار يسكنانها أو دابة يركبانها ، وقد تكون بيد ثالث غيرهما كأرض بيد سعيد ادعاها خالد وأحمد كل يدعيها لنفسه.

¹ - سبق نخبه .

² - انظر الخطاب 430 /6 .

وقد تكون بيد أحد المتنازعين كدار يسكنها شخص فقام عليه من ينزعه فيها، وهذا القسم الأخير هو موضوع الحيازة التي يتحدث عنها الفقهاء في هذا الباب، بينما يتحدثون عن الأقسام الأخرى في باب الدعوى:

ونتحدث عن هذه الحيازة من جوانب .

1 - حقيقتها .

2 - أركانها .

3 - شروطها .

4 - آثارها .

5 - أنواعها .

6 - ثبوتها .

ونبدأ بحقيقتها أو تعريفها .

فالحيازة في اللغة مصدر حاز الشيء يحوزه حوزا وحيازة إذا حصل عليه أو جمعه أو ضمه .

وقال في النهاية حاز الشيء يحوزه إذا قبضه وملكه واستبد به .

والحوز والحيازة عند الفقهاء مترادفان، وهما وضع اليد على الشيء .

❖ أركان الحيازة:

أركان الحيازة أربعة وهي:

- 1 - الحائز وهو الواضع يده على الشيء المتنازع فيه المستولى عليه .
- 2 - المحوز عنه وهو خصمه المدعي ملكية ما في يد الحائز والقائم عليه فيه.
- 3 - المحوز وهو الشيء المتنازع فيه، المستولى عليه من طرف الحائز المدعى عليه.
- 4 - الحيازة وهي وضع اليد على الشيء .

❖ شروط الحيازة:

- يتفق الفقهاء المالكية على أنه لا يقضى بالحيازة إلا إذا توفرت فيها شروط خاصة في الحائز والمحوز والمحوز عنه والحوز .
- وهي على سبيل الإجمال ثلاثة في الحوز ، وهي وضع اليد على الشيء وكونه بوجه شرعي وطول مدته .
- وثلاثة في الحائز، وهي التصرف في المحوز وادعائه ملكيته ونسبته إلى نفسه.
- وأربعة في المحوز عنه وهي حضوره وعلمه وسكوته وانتفاء العذر عنه .
- وواحد في المحوز وهي كونه حقا آدميا .

وفيما يلي تفصيل تلك الشروط ومبرراتها:

الشرط الأول : وجود الحوز وتحقيقه قبل وقوع النزاع بأن يكون المتنازع فيه في يد الحائز وحده منفردا بالاستيلاء عليه ، كما يدل علي ذلك حديث "من حاز شيئا عشر سنين فهو له" ¹ فهو ظاهر في انفراده بالحوز ، ومفهومه أن غير الحائز لا يقضى له بمجرد الدعوى إلا لبينة أو إقرار، فإن كان المتنازع فيه بيد المتنازعين معا فإنه يقسم بينهما بعد يمينهما إذا لم تكن لهما بينة أو تعادلت البينتان ² لحديث أبي موسى "أن رجلين ادعيا بغيرا علي عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين" ³ وفي حديث آخر أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين ⁴ .

فدل الحديثان علي قسم المتنازع فيه بين المتنازعين إذا لم تكن لواحد منهما بينة ، أو كان لكل منهما بينة لاستوائهما في الحوز وعدمه، والحجة وعدمها .

¹ - رواه أبو داود في مراسيله وأورده في المدونة .

² - مواهب الخلاق 11 / 2 .

³ - رواه أبو داود كتاب الأفضية باب الرجلين يدعيان شئان و ليست لهما بينة .

⁴ - رواه ابن ماجة كتاب الأحكام باب الرجلان يدعيان السلعة و ليس بينهما بينة .

ولهذا إذا كانت بينة أحدهما أرجح من بينة الآخر، أو كانت له بينة دون خصمه فإنه يقضى بالمتنازع فيه لمن ترجحت بينته، أو انفرد بها رغم استوائهما في الحيازة وعدمها¹.

الشرط الثاني: أن تكون الحيازة تمت بوجه شرعي، ويشمل ذلك ما لو قال: اشتريت منه أو من أبيه أو من شخص آخر سماه أو قال ورثته أو لم يقل شيئاً واكتفى بقوله ملكي وحوزي، فإن كانت حيازته بوجه غير شرعي مثل الغصب والسرقة لم تنفعه حيازته ولا يقضى له بها تطبيقاً لقاعدة (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً) وعملاً بنصوص الكتاب والسنة وإجماع الأمة على وجوب رد المغصوب والمسروق إلى مالكه قال تعالى (إن الله يأمركم أن تودوا الأمانات إلى أهلها)². وقال صلى الله عليه وسلم "وإذا أخذ أحدكم عصاً أخيه فليردها"³ وقال "على اليد ما أخذت حتى ترده"⁴. وإذا وجب رد المحوز بوجه غير شرعي إلى مالكه لم يمكن الحكم له به لحيازته، وبهذا يخص عموم حديث "من حاز شيئاً فهو له"⁵ فإن ظاهره استحقاق كل حائز لما حازه، ولو كان بوجه غير شرعي، لكن يجب

¹ لحديث "البينة على المدعي" القاضي بوجوب الحكم لمن له بينة، ولقاعدة (وجوب القضاء بأرجح البينتين عند تعارضهما).

² - من آية 58 سورة النساء.

³ - رواه أبو داود كتاب الأدب باب من يأخذ الشيء على المزاح.

⁴ - رواه الترمذي كتاب البيوع باب ما جاء في أن العارية مؤداة.

⁵ - سبق تخريجه.

تخصيصه بما ذكر جمعا بين الأدلة، وتقديمها للخاص على العام، قال المالكية
إلا أن تطول مدة الحيازة نحو خمسين سنة والقائم حاضر ساكت¹.

ولا بد من إثبات الغصب أو السرقة ونحوهما من أنواع الحيازة الباطلة
ولا يكفي ادعاء القائم أن الحائز غصبه، أو سرقه منه كما يدل على ذلك
حديث الأشعث بن قيس "أن رجلا من كندة ورجلا من حضر موت
اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في أرض باليمن، فقال الحضرمي يا
رسول الله أرضي اغتصبها هذا وأبوه، فقال الكندي: يا رسول الله أرضي
ورثتها من أبي، فقال الحضرمي يا رسول الله: استحلته أنه ما يعلم أنهما
أرضي وأرض والدي اغتصبها أبوه، فتهياً الكندي لليمن، فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم: إنه لا يقطع عبد أو رجل بيمينه مالا إلا لقي الله يوم
القيامة وهو أجذم" فقال الكندي أرضه وأرض والده² فدل هذا الحديث
على أن دعوى الغصب دون إثباتها بينة أو إقرار لا تسمع، فإن الحضرمي
ادعى الغصب على الكندي بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم
يلتفت إلى دعواه وهو الذي يدل عليه حديث "البينة على المدعي واليمين
على من أنكر"³ وهو عام.

¹ - الهجة للتسولي 2/ 332.

² - رواه أحمد مستند الأنصار رقم 21898.

³ - رواه مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني كتاب الصرف و أبواب الربا باب اليمين مع الشاهد.

واستثنى الفقهاء من هذا من كان معروفا بالغصب والاستطالة على الناس في أموالهم فإن حيازته كالعدم، ولا يكلف القائم بإثبات الغصب لاشتهاره به، إلا أن يسكت القائم بعد زوال سلطته أو يموت الغاصب وتقسم تركته بحضرة القائم وهو ساكت فلا كلام له بعد ذلك¹.

الشرط الثالث: زيادة على أنه لا بد أن تكون الحيازة بوجه شرعي فإنه لا بد أيضا أن يكون ذلك الوجه المذكور من أسباب نقل الملكية، مثل الهبة والصدقة والشراء والتصيير في الدين ونحو ذلك، إلا أنه إذا ادعى شيئا من ذلك وأثبتته أو اعترف القائم له بذلك فالأمر واضح، فإنه يقضى له بذلك لحيازته وشرائه أو هبته وثبوت ذلك بالبينة أو إقرار الخصم، واختلف إن ادعى أنه اشتراه أو وهبه له أو تصدق به عليه ولم يثبت ذلك، فقليل يصدق الحائز في دعواه الشراء أو الهبة، وقيل لا يصدق فيهما، وقيل يصدق في دعواه الشراء، ولا يصدق في دعواه الهبة والصدقة.

وحجة القول بتصديقه فيهما أن طول الحيازة قرينة دالة على صدقه، وحجة القول بعدم تصديقه مطلقا حديث "البينة على المدعي"² والحائز يدعي الشراء والهبة، فعليه إثباتهما، ولأن الأصل بقاء الأملاك على ملك

¹ - المعيار الجديد للوزاني 614 / 9 .

² - سبق تخريجه .

أصحابها إلا لموجب ، وحجة القول الثالث أن انتقال الأملاك عن طريق التبرع كالهبة والصدقة قليل بخلاف انتقالها عن طريق الشراء ، فإنه كثير وغالب ، فمدعي الشراء يصدقه العرف ومدعي التبرع يكذبه العرف ، فصدق الأول ولم يصدق الثاني مراعاة للعرف ، والراجح تصديقه في الشراء والهبة وما يقوم مقامهما¹ إلا أنه في دعوى التبرع لا شيء على الحائز لأنه يدعي انتقاله إليه بدون عوض .

وأما في دعوى الشراء فإنه يصدق في أصل الشراء ولا يصدق في دفع الثمن إلا أن يثبت دفعه بينة، وإلا حلف القائم أنه لم يقبض منه ثمنه ويأخذه من الحائز إلا أن تطول المدة جدا إلى حيث لا يتبايع الناس لذلك الأجل، فيحلف على دفعه ويسقط عنه².

وإذا كانت الحيابة بوجه شرعي لكنه لا ينقل الملكية فإنه لا يعتد بالحيابة، كما لو حاز المتنازع فيه على وجه الكراء أو العارية أو العمري أو الإرفاق أو المغارسة أو المزارعة أو المساقاة وشبه ذلك من كل عقد لا يفيد الملك فإن الحيابة المسندة إلى ذلك لا تفيد ولا تنقطع بها حجة القائم إذا ثبت ذلك بينة أو إقرار الحائز ولا تكفي دعوى ذلك دون إثبات³ .

¹ - انظر المعيار الجديد 576 /9 - التسولي 236 /2 .

² - انظر التسولي 236 /2 .

³ - التسولي على التحفة 232 /2 .

ولهذا يقول الفقهاء: الحيازة لا تنفع فيما علم أصل مدخله، ولا تنفع إلا فيما جهل أصل مدخله¹، أي لم يعرف هل وصل ليد الحائز بوجه ينقل الملك أو بوجه لا ينقل الملك، وأما إن علم أصل مدخله وأنه مما لا ينقل الملك كالكراء فإنه لا تنفع فيه الحيازة².

الشرط الرابع: من شروط الحيازة الضرورية أن يدعي الحائز ملكية الشيء المحوز في يده وينسبه لنفسه، والناس ينسبونه له بحضرة القائم، ولو مرة واحدة خلال مدة الحيازة.

وهو شرط سكت عن التصريح به كثير من المؤلفين، وظاهر حديث الحيازة عدم اشتراطه لقوله فيه "من حاز شيئاً عشر سنين فهو له" فهو عام شامل للحائز المدعي الملكية والحائز المعترف بالملك للمحوز عنه، والحائز الذي لا يدعي شيئاً.

لكن الذي صرح به المحققون من المتأخرين أنه لا بد من دعوى الحائز ملكية ما يحوزه بأي وجه من الوجوه الشرعية، ولو بقوله ملكي من غير بيان سببه، أما إذا ادعى مجرد الحيازة وأنه وجد الشيء ساقطاً فأخذه، أو وجد العقار مهملاً فحازه واعتمره ولم يدع تملكه فإنه لا يقضى له به ولا

¹ - المعيار الجديد /9 / 605 - 622 .

² - التسولي /2 / 232 .

تنفعه حيازته وإن طالت¹ ، لأن الحيازة مجرد دليل على الملك فيقضى به لمدعيه، ولا تثبت الملك كما يأتي .

قال الشيخ عبدالقادر الفاسي في جواب له : (الصواب أن هذا الرجل حيث اعترف أن تصرفه في تلك الأرض لم يستند لشيء، وإنما وجدها عارية عن وضع يد عليها فأخذ يتصرف فيها ولم يبحث عن أربابها، فكان ذلك تعديا منه، وإقداما على ما لا يحل له ولا لغيره بتلك الحيازة ، إذ لاتعتبر شرعا حيث لم تستند لشيء² .

وبهذا يخصص عموم حديث الحيازة السابق لأن الحيازة كالبينة واعترافه بعدم تملك المحوز تكذيب لبينته فتسقط ، وقد رأينا في حديث الأشعث السابق أن الحائز ادعى ملكية الأرض التي بيده .

إلا أنه اختلف هل يكتفى بدعوى الحائز أو لابد أن يبين سببه من إرث أو شراء مثلا على أقوال³ :

القول الأول: أنه لا بد من بيان سبب تملكه مطلقا ، وهو الذي اختاره ابن رشد ورجحه الشيخ الرهوني⁴ وحثه أنه قد يكون حازه بوجه

¹ - الناودي على شرح التحفة / 2 / 232 - التسولي 239 - المعيار الجديد / 3 / 616 .

² - المعيار الجديد / 9 / 616 .

³ - انظر الناودي على التحفة / 2 / 233 - مواهب الجليل / 6 / 434 - 435 .

⁴ - التسولي على التحفة / 2 / 230 .

غير شرعي، أو بوجه لا ينقل الملك إليه ، فوجب بيانه ليعلم الحاكم حقيقة الأمر، حتى لا يقضي له بما لا يستحقه .

ويدل لهذا حديث الأشعث بن قيس فإن المدعى عليه الحائز بين سبب ملكه حين قال في جوابه ، "يا رسول الله أرضي ورثتها من أبي" .

. والقول الثاني : أنه لا يجب عليه بيانه مطلقا ، ويكفيه قوله ملكي

وحوزي و إن لم يبين وجه وسبب تملكه ، وهو الذي رجحه ابن رحال ،

وقال به العمل ونحوه للتسولي¹ ويؤيده حديث مسلم عن وائل بن حجر أنه

قال: "جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه

وسلم فقال الحضرمي: يا رسول الله هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي ،

فقال الكندي هي أرضي في يدي أزرعها ، ليس له فيها حق ، فقال النبي

صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بينة؟ قال: لا، قال : فلك يمينه ...²

فقد اكتفى الرسول - صلى الله عليه وسلم من الحائز بدعواه الملكية

والحيازة ، وقوله " هي أرضي في يدي " ولم يكلفه بيان سبب تملكه ، فدل

ذلك على أنه لا يكلف الحائز بيان السبب إلا أن يتطوع بذكره من تلقاء

نفسه ، كما جاء في حديث الأشعث بن قيس أن الحضرمي قال: يا رسول

¹ - التسولي على النخعة 2/ 230 .

² - رواه أبو داود كتاب الأيمان و النذر باب فيس حلف بيميننا ليقطع بها مالا لأحد .

الله أرضي اغتصبها هذا وأبوه، فقال الكندي يا رسول الله أرضي ورثها من أبي...¹ فبين الحائز سبب ملكه، وأنه ورثها من أبيه، وكان ذلك منه بإرادته، ولم يكلفه الرسول صلى الله عليه وسلم بذكره وبيانه .
والقول الثالث: أنه يلزمه بيانه إذا أثبت القائم ملكيته للمتنازع فيه قبل وضع الحائز يده عليه وحيازته له، وإذا لم يثبت ملكيته فلا يكلف الحائز بيان السبب.

والخلاف محله إذا لم يكن الحائز معروفا بالغصب والاستطالة على أموال الناس، وإلا فلا بد أن يبين من أين صار إليه المحوز، ولا ينفعه قوله: اشتريته من القائم أو أبيه أو ورثته، ولا بد من إثبات ما يدعيه من ذلك .
فإن لم يثبته فعليه الكراء في جميع المدة التي حازه فيها بحسب ما يقوله أهل المعرفة².

وقد جعل بعضهم التفرقة بين الغاصب وغيره قولاً رابعاً، ولكن الصواب أنه تقييد للخلاف السابق، وأن المعروف بالغصب لا بد له من بيان السبب قطعاً بلا خلاف³.

¹ - رواه أحمد كتاب الأنصار رقم 21898 .

² - التصوي على الصفحة 2 / 232 - مواهب الجليل للحطاب 6 / 435 .

³ - مواهب الجليل 6 / 436 .

الشرط الخامس: التصرف .

لا يكفي في الحيابة وضع اليد على الشيء ، بل لا بد من تصرف الحائز فيه تصرف المالك في ملكه بأي وجه من وجوه التصرفات ، مثل السكنى والازدراع والغرس ، والبناء والهدم والقلع والاستغلال ، والبيع والهبة والصدقة وغير ذلك من التصرفات التي لا يتصرفها إلا المالك في ملكه ، إلا أنه اختلف هل لا بد من التصرف في جميع المدة ، أو يكفي التصرف في بعض المدة ، وهذا هو المعتمد ، قال التسولي سواء كان تصرفه بالازدراع والسكنى والاستغلال في جميع العشر ، أو في أول جزء منها ، أو كان يزرع الأرض سنة ، ويورها سنة¹ .

وتنقسم التصرفات باعتبار قوتها وضعفها إلى ثلاثة أقسام .

1 - تصرفات مفوتة للملك ناقلة له ، مثل البيع والإصداق والتصيير

في الدين والهبة ، والصدقة ، والنحلة والحبس ، ونحو ذلك .

وهذه التصرفات كافية في الحيابة مسقطا لدعوى القائم بمجرد

وقوعها بحضور المالك وعلمه ، وإن لم تمض مدة الحيابة ، حتى بين الأب

وابنه ، والشريك وشريكه إذا فوته الحائز مدعيا تملكه ، فإن باع الدار على

¹ - التسولي 2 / 232 .

أما داره، أو حبس الأرض على أنها أرضه، أو تصدق بالحلي أو الثوب على أنه ماله ففي ذلك كله يعتبر ذلك التصرف كافياً في الحيازة بمجرد وقوعه¹. إلا أنه إذا وقع التفويت بحضور المدعي يسقط حقه بمجرد انقضاء المجلس إذا كان عالماً بما وقع ساكتاً بغير عذر، لا فرق بين البيع والتبرع، ولا شيء له من ثمن ولا مضمون².

وأما إن كان التفويت في غيبة القائم فإن قام ينكر ذلك حين علم بالتفويت فله الخيار، إن شاء فسخ البيع وما معه من العقود واسترجع متاعه، وإن شاء أمضى ما فعله الحائز من البيع وما معه، إلا أنه في حالة البيع يكون الثمن له إذا أمضاه، وفي التبرع لا شيء إذا أمضاه لوقوعه بحانا، وإن لم يقم إلا بعد طول فلا شيء له³.

إلا أنه اختلف في الطول المسقط لحقه فقال ابن رشد: (إذا قام حين علم أخذ شيء، وإن قام بعد العام لم يكن له إلا الثمن، وإن لم يقم إلا بعد مدة الحيازة لم يكن له شيء واستحق الحائز الثمن بحيازته)⁴.

¹ - التسولي 2/ 238 - مواهب الجليل 6/ 438 .

² - انظر الناورديوالتسولي على التحفة 2/ 63 - وانظر مواهب الجليل 2/ 438 .

³ - نفس المرجع والصفحة .

⁴ - التسولي 2/ 63 .

لكن المعتمد أنه إذا قام بالفور فله الفسخ وإن لم يقم حتى مضت مدة تدل على رضاه لم يكن له إلا الثمن ، ولو كان قيامه داخل السنة ، وإن لم يقم إلا بعد العام لم يكن له حق في ثمن ولا مثمون¹ .

2- تصرفات ضعيفة : مثل السكنى وازدراع الأرض وأخذ الثمار ونحو ذلك وهي تصرفات لا تكفي في الحيازة بين الأب وابنه اتفاقا ، ولا بين الشركاء فيما بينهم مطلقا ، أقارب أو أجانب على اختلاف في مدة الحيازة² .

3- تصرفات متوسطة : وهي البناء والهدم لغير إصلاح والغرس وقلعه وهي تصرفات كافية في الحيازة على الأجنبي شريكا أو غير شريك وفي ثبوت الحيازة بما بين الأقارب قولان المشهور أنه لا يثبت بما الحوز من أحدهما على الآخر إلا أن يطول الأمد جدا ، وأما الأب وابنه فلا حيازة بينهما إلا أن تطول المدة جدا³ .

¹ - انظر التسولي في بيع الفضولي .

² - التسولي 2 / 232 .

³ - التسولي 2 / 238 .

الشرط السادس: حضور المحوز عليه في بلد المحوز طيلة مدة الحيازة¹. وهو شرط لا بد منه لتمام الحيازة، وانقطاع حجة القائم، لأن الحاضر هو الذي من شأنه أن يطلع على حيازة غيره لماله، وتمكنه المنازعة فيه عادة، فيكون سكوته دليلاً على سقوط حقه في المحوز بسكوته.

أما الغائب فالشأن فيه عدم الاطلاع على ذلك، وتعذر المنازعة بنفسه في حال اطلاعه على حيازة ماله وتصرف غيره فيه، ولذلك لا يجاز على غائب مبدئياً، إلا أن الفقهاء قسموا الغائب إلى ثلاثة أقسام.

1- الغائب على مسافة بعيدة، وهذا على حجة متى قدم ولو طال الحيازة عليه وهو عالم إلا أن يسكت بعد قدومه وعلمه مدة الحيازة، فيسقط حقه بالحيازة عليه بعد حضوره، إلا أنه إذا كانت الغيبة بعيدة جداً كالأندلس من مصر فلا خلاف في بقاءه على حجته مطلقاً، علم أم لا طال الزمن أم لم يطل، لكنه يستحب له الإشهاد بأنه باق على حجته إذا علم بالحيازة في غيبته، وإذا لم يشهد على بقاءه لم يضره ذلك².

¹ - التولي 2/ 237.

² - نفس المرجع والصفحة - كون على حاشية الرهوني 7/ 508 - حاشية ابن رحال 2/ 383.

أما إذا كانت الغيبة غير بعيدة جدا، فلا خلاف أنه على حقه إذا لم يعلم، واختلف إذا علم ولم يرجع ولم يوكل من يخاصم عنه فليل لا تنقطع حجته، وقيل هو كالحاضر إذا لم يرجع ولم يوكل¹.

2- الغائب على مسافة متوسطة ثلاثة أيام إلى ستة أيام، وهذا فيه قولان :

أحدهما اعتباره كالحاضر، تسقط حجته إلا أن يكون له عذر، والثاني اعتباره كالغائب البعيد وإن لم يظهر عذره، لأن كثيرا من الأعدار تخفى على كثير من الناس².

3- الغائب على مسافة قريبة، وقد حددها الفقهاء باليوم واليومين مع الأمن، واعتبروها كالحضور في حق الرجال دون النساء، وأن الغائب الذكر تسقط حجته بما تسقط به حجة الحاضر، بخلاف المرأة الغائبة على مسافة اليوم أو أقل منه، فإنها لا تسقط حجتها بسكوتها في غيبتها³. والفرق بينهما أن المرأة معذورة بمنعها شرعا من السفر بدون محرم في حديث "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر يوما وليلة إلا ومعها ذو محرم"⁴.

¹ - حاشية ابن رحال على ميارة 2 / 284 .

² - ميارة على التحفة 2 / 283 .

³ - إنظر ميارة على التحفة 2 / 283 .

⁴ - رواه أبو داود كتاب المناسك باب في المرأة تخرج بغير محرم .

وفي جميع حالات الغيبة إذا كان المحوز عليه يحضر ويغيب وتكرر ذلك منه ، فإن الحيازة عليه تامة قاطعة لحجته ، والتفصيل بين الغيبة البعيدة والقريبة والمتوسطة هو فيمن غاب مدة الحيازة كلها أو حضر بعض المدة وغاب في آخرها قبل تمام مدة الحيازة¹ .

الشرط السابع : العلم .

المقصود بهذا الشرط أن يكون المحوز عليه عالما طول مدة الحيازة بحيازة الحائز لماله وتصرفه فيه، ونسبته لنفسه وأن المحوز ملكه ، فإذا كان القائم يجهل أن المتنازع فيه ملكه ، أو يعلم ذلك ويجهل حيازة الحائز له أو تصرفه فيه أو نسبته لنفسه فإن حجته لا تنقطع، والحيازة عليه لا تفيد الحائز في شيء، إلا أن يعلم بذلك كله وتمضي مدة الحيازة بعد ذلك وهو ساكت بلا مانع² .

فإن ادعى الجهل بشيء من ذلك وكذبه الحائز وادعى عليه العلم فإن القول قول القائم بيمينه أنه لا علم له بذلك³، لأن الأصل في الناس الجهل قال تعالى (والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا)⁴ .

¹ - التصولي 2 / 237 .

² - التصولي 2 / 233 .

³ - التصولي 2 / 233 .

⁴ - من الآية 78 النحل .

وقال ابن رشد (الغائب محمول على عدم العلم حتى يثبت علمه ،
والحاضر محمول على العلم حتى يثبت أنه لم يعلم ، والمعتمد الأول وأنه
محمول على الجهل في الحضور والغيبة حتى يثبت علمه)¹ .

الشرط الثامن : السكوت .

هذا الشرط أهم شروط الحيازة لتعليقهم القضاء بالحيازة بأن سكوت
المالك عن تصرف الأجنبي في ماله دليل على عدم بقاء حقه فيه ، ولذلك
كان لا بد من سكوته طول مدة الحيازة .

فإن نازع الحائز في أول مدة الحيازة أو آخرها قبل تمامها لم تنقطع
حجته² .

بشرط أن يثبت هذه المنازعة، لأن منازعته للحائز دليل على عدم
رضاه بحيازة ماله عنه، وبقائه على حقه فيه .

وليس في هذا اختلاف بين الفقهاء ، إلا أنهم اختلفوا في النزاع المانع
من تمام الحيازة .

فقال سحنون : هو النزاع المتكرر في الأشهر والأعوام ، ولا تكفي المرة
والمرتان، وقيل يكفي النزاع ولو مرة واحدة خلال مدة الحيازة، وبه العمل³ .

¹ - انظر الخطاب 6 / 432 .

² - النسوي 2 / 274 - كنون على الرهوني 7 / 508

³ - نفس المرجع 2 / 234 - كنون على الرهوني - 7 / 508 - ميارة 2 / 283 .

كما اختلفوا في اشتراط كون النزاع أمام القاضي أم لا ، فقال ابن ناجي (الخصام الناقل والمبطل للحيازة هو النزاع عند القاضي ، لأنه المعين لفصل الخصومات ، وكل نزاع أمام غير القاضي يعتبر كالعدم . واختار التسولي وجماعة التسوية بين النزاع في جميع تلك الحالات لأنه يدل على عدم تسليمه في حقه¹ .

الشرط التاسع : انتفاء العذر .

المقصود بهذا الشرط أن يكون سكوت القائم عن منازعة الحائز لغير عذر ولا مانع يمنعه من المطالبة بحقه طول مدة الحيازة² . فإن منعه من المطالبة بحقه والمنازعة فيه مانع شرعي لم يضره سكوته ولو طال السنون ، لأن السكوت مع المانع لا يعد سكوتا ، ولا يدل على الرضا³ . والأعدار كثيرة، اتفق على بعضها واختلف في بعضها الآخر، وفيما يلي لائحة الأعدار المقبولة .

1- 2- 3- الصغر والسفه والجنون ، فالصغير والسفيه والجنون إذا حيز عليهم ما لهم في الصغر والسفه والجنون لم يضرهم ذلك ولا تنقطع حاجتهم بسكوتهم، لأنهم لو أقروا صراحة بالملك للحائز لم ينفعه ذلك

¹ - نفس المرجع - وانظر اختصار كنون على الرهوني 7 / 509 .

² - خليل بشرح الخطاب 6 / 431 .

³ - خليل بشرح الخطاب 6 / 431 .

لبطلان إقرارهم ، فأحرى بمجرد سكوتهم، إلا أن يسكتوا بعد الرشد مدة الحيازة فيسقط حقهم بالحيازة الجديدة بعد الرشد مؤاخذاً لهم بسكوتهم بعد رشدهم كغيرهم من الرشداً ابتداءً¹ .

4- الخوف من الحائز أو من يسانده : فالخائف على نفسه أو ماله من الحائز أو من يسانده إذا سكت لذلك لا تضره الحيازة²، لأنه بمنزلة المكره وهو لا يؤاخذ بإقراره في حال إكراهه لحديث "رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"³ .

5- مديونية القائم للحائز: فإذا حاز الدائن مال مدينه وسكت عن منازعته خوفاً من مطالبته بالدين إذا نازعه ، فإن سكوته لا يقطع حجته ، والحيازة عليه باطلة ، لأنه مكره على السكوت ، غير مختار له ، فلا يؤاخذ به⁴ .

6- 7 غيبة الشهود أو الوثيقة : فإذا سكت الحاضر عن منازعة الحائز لغيبة شهوده الذين يشهدون له بحقه ، أو لغيبة وثيقته أيضاً فلما حضر الشهود أو حضرت الوثيقة قام يطالب بحقه ، فإنه تقبل بينته ووثيقته ، ولا

¹ - ميارة 2/ 276 الخطاب 6/ 431 .

² - نفس المرجع والصفحة - اختصار كنون على الرهوني 7/ 509 .

³ - رواه ابن ماجه كتاب الطلاق باب طلاق المكره و الناسي . و الطبراني في المعجم الأوسط ج 8/ 161 .

⁴ - اختصار كنون على الرهوني 7/ 509 .

يضره سكوته مدة الحيازة على الراجح¹ ، لأنه من حجته أن يقول خفت إذا خاصمته في غيبة حجتي أن يعجزني القاضي ويحكم علي- ، فكان ذلك كافيا في قبول حجته ، وبطلان حيازة خصمه .

وخالف في ذلك جماعة فقالوا لا يعذر بغيبة بينته أو رسمه ، وهو الذي اختاره التاودي².

8 - 9 - 10 الجهل بينته أو رسمه أو أن المحوز ملكه فإذا سكت الحاضر عن المنازعة جاهلا بأن المحوز ملكه ، أو أن له شهودا يشهدون له ، أو رسما بذلك حتى مضت مدة الحيازة ، ثم جاء من يخبره بأنه ملكه تركه له أبوه مثلا أو وجد شهودا يشهدون له بحقه ، أو عشر على وثيقة بحقه لا علم له بها ، فإن حجته تسمع ، والحيازة عليه لا تفيد لعذره بالجهل ، وقال التاودي أيضا : الجهل بالشهود والوثيقة لا يعد عذرا بخلاف الجهل بأنه ملكه فهو عذر قطعاً³.

وأما الجهل بأن الحيازة تقطع الحجة فإنه لا يعتبر عذرا هنا باتفاق القولين ، لأن العرف يكذبه⁴ .

¹ - انظر اختصار كنون على الرهوني 7 / 509 - المعيار الجديد 9 / 585 - التسولي 2 / 234 .

² - التاودي على النخفة 2 / 233 .

³ - نفس المرجع والصفحة - التسولي 2 / 234 .

⁴ - التسولي 2 / 234 .

11- وقوع الحيازة في بلد لا تناله الأحكام ، فإذا سكت القائم لعدم سيطرة شرعية يمكنه التحاكم إليها وتنفيذ أحكامها لم يكن سكوته مانعا من قيامه إذا بسطت السلطة نفوذها على المحل¹ .

- 12- كون المحوز عليه امرأة متزوجة يمنعها زوجها من الخروج² .

13- كون المالك معروفا بالتسامح والتساهل في حقوقه لكثرة أملاكه³ .

قال التسولي (إلا أن يقيم الحائز بينة بالسماح أنه اشتراها من القائم أو أبيه وقد حازها عشر سنين فإنه يسقط حق القائم ولو مع العذر المذكور)⁴ .

الشرط العاشر : طول مدة الحيازة .

رغم تحديد مدة الحيازة بعشر سنين في حديث الحيازة ، فإن المالكية لم يأخذوا بعموم الحديث ، ولم يقولوا بتوحيد مدة الحيازة في جميع الأملاك ، كما هو ظاهر الحديث .

¹ - نفس المرجع والصفحة .

² - نفس المرجع

³ - الرهوني 7 / 512 .

⁴ - مواهب الخلاق 7 / 2 .

وقسموا الحيازة إلى أقسام تختلف مدة الحيازة فيها باختلاف أقسامها
فقسموها أولاً باعتبار محلها إلى قسمين هما :

1- حيازة ما جهل أصله .

2- حيازة ما علم أصله

❖ حيازة ما جهل أصله

المقصود بجهالة الأصل أن يكون المال المتنازع فيه لا يعرف لمن هو
قبل وقوعه في يد الحائز هل هو للقائم أو لمن هو في يده¹ .

وهذه الحيازة تكفي فيها عشرة أشهر فأكثر على المشهور المعمول به
، وقيل سنة، ولا فرق في هذا بين الأصول والعروض والحيوان، كما لا فرق
في ذلك بين الأقارب والأجانب ، ومن أثر هذه الحيازة ثبوت ملكية
المشهود فيه للمشهود له ، ولذلك تعرف بالحيازة المثبتة للملك ، وتسمى
شهادة الملكية² .

ومن شروط هذه الحيازة أن يشهد الشهود للحائز بما يلي :

1- وضع اليد على الشيء المشهود فيه، وأنه موجود في يد الحائز إلى

تاريخ الشهادة، أو إلى أن استولى عليه الحائز .

¹ نفس المرجع 2 / 7 .

² - نفس المرجع .

- 2- أن المشهود به مال من أموال الحائز وملك من أملاكه .
- 3- تصرف الحائز فيه تصرف المالك في ملكه .
- 4- النسبة وهي كون المالك ينسب الشيء لنفسه، والناس ينسبونه إليه .
- 5- طول مدة الحيازة عشرة أشهر فأكثر .
- 6- عدم المنازع طول تلك المدة .
- 7- عدم التفويت، أي أن الحائز لم يبيع المشهود به ولم يهبه ولم يفوته بأي وجه من الوجوه، ولم يفوت عليه المعمول به¹ .
ولا يجوز للشهود أن يشهدوا بذلك إلا إذا علموا تلك الشروط² .
ويجب النص عليها مفصلة، وإذا جهل الشهود هذه الشروط أو بعضها حرم عليهم الشهادة بالملكية³ .
ويجب أن تكون الشهادة بذلك على القطع والبت، إلا الفصل الخير وهو عدم التفويت فإن الشهادة به تكون على نفي العلم، لأن القطع فيه متعذر لاحتمال أن يكون فوته سرا، ولم يطلع عليه الشهود .

1 - خليل بشرح الخرشني 246 / 5 - مواهب الخلاق 9 / 2

2 - الوثائق الفرعونية ص 119 .

3 - نفس المرجع .

ولذلك إذا قطعوا بعدم التفويت وقالوا لم يخرج عن ملكه قطعاً إلى الآن فإن شهادتهم تكون باطلة¹، وإن قالوا لم يخرج عن ملكه إلى الآن، ولم يزيدوا في علمهم فإنهم يستفسرون فإن جزموا بعدم التفويت بطلت شهادتهم، وإذا تعذر استفسارهم قبلت من العوام دون العدول².

❖ حيازة ما علم أصله

المقصود بعلم الأصل أن يكون المال المتنازع فيه المحوز معلوماً أنه ملك للقائم أو أبيه، أو موروثه قبل وصوله إلى يد الحائز، ووقوعه في حوزته، وهذه الحيازة تعرف بالحيازة القاطعة للملكية، والمكلف بإثباتها هو الحائز الذي علم أصل الملك لغيره، وجهل أصل مدخله أو علم، وكان ينقل الملكية وهذه الحيازة تختلف مدتها باختلاف نوع المال المحوز، وطبيعة العلاقة بين الحائز والمحوز عنه، ونوع التصرف الذي تصرف به الحائز مدة الحيازة، ولذلك قسموا هذه الحيازة إلى ثلاثة أقسام رئيسية، نظروا فيها إلى العلاقة القائمة بين المتنازعين الحائز والقائم عليه وهي :

- 1- حيازة الأجانب شركاء وغيرهم .
- 2- حيازة الأقارب والأصهار شركاء وغيرهم .
- 3- حيازة الأصول والفروع .

¹ - انظر المدونة 4 / 102 .

² - انظر الوثائق الفرعونية ص 122 - 123 .

❖ حيازة الأجانب

تنقسم هذه الحيازة بدورها إلى حيازة الأجنبي غير الشريك ، وحيازة الأجنبي الشريك ، وكل منهما إلى حيازة الأصول وغير الأصول على النحو التالي :

1- حيازة العقار أو الأصول من طرف الأجنبي غير الشريك .

المشهور في المذهب أن مدة حيازة الأجنبي غير الشريك هي عشرة أعوام فأكثر¹ أخذاً بحديث (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له)² فهو يدل بمفهوم الموافقة على أن ما زاد على العشر مثلها أو أخرى ، ويدل بمفهوم المخالفة على أن ما دون العشر لا يكفي ، إلا أن يكون التصرف بالبناء والهديم أو الغرس أو قلعه فيكفي علم المنازع وسكوته بلا عذر وإن لم تمض عشرة أعوام على الراجح³ وقال ابن القاسم (ما قارب العشرة يعطى حكمها، والتحديد في الحديث ليس نهائياً، ولذلك قال: السبع والثمان والتسع كالعشرة في حيازة الأجانب)⁴ ، وروي عن مالك أنه لا حد لمدة الحيازة وأن الأمر موكل إلى اجتهاد القاضي⁵ .

1 - خليل بشرح الخروشي 5 / 257 - النجفة بشرح ميارة 2 / 275 .

2 - سبق تخريجه .

3 - التسولي 2 / 233 - ميارة 2 / 278 - حاشية ابن رحوال 2 / 284 - 285 .

4 - النجفة بشرح الطاودي على التسولي 2 / 237 .

5 - انظر المدونة 4 / 44 .

2- حيازة غير العقار والأصول .

مذهب ابن القاسم أنه لا فرق بين الأصول والعروض والحيوان في تحديد مدة الحيازة بعشر سنين وما قاربها على رأيه¹ أخذنا بعموم الحديث "من حاز شيئاً..."² فإن (شيئاً) نكرة في سياق الشرط فتعم، والأصل عدم التخصيص .

وفرقت أصبغ بين الأصول وغيرها، فشرط في الأصول عشرة أعوام، وقوفاً مع لفظ الحديث، واكتفى في غير الأصول بما دون ذلك، ففي اللباس كاف في الحيازة، وفي الحيوان أقل مدة الحيازة العامان، أما العروض فلا بد من ثلاثة أعوام فأكثر، ولا تكفي حيازتها العام والعامين³ إلا أن يكون التصرف بما يفوت الملك من بيع وهبة ونحوهما، فإن الأصول وغيرها سواء تتم حيازتها بمجرد وقوع البيع ونحوه بحضرة المالك وانصراف المجلس على التفصيل السابق في التصرفات المفيتة⁴ .

❖ حيازة الأجنبي الشريك

في البداية يجب التنبيه على :

¹ - التسولي 2/ 240 - وانظر المدونة 4/ 99 .

² سبق تخريجه .

³ انظر التحفة بشرح التاودي والتسولي 2/ 240 - ميارة 2/ 283 .

⁴ - التسولي 2/ 240 .

أ- أن المقصود بالشريك هو الشريك في المال المحوز وإن لم يكن شريكاً في غيره، كما أن المقصود بغير الشريك هو من ليس شريكاً في المال المحوز، وإن كان شريكاً في غيره.

ب- أنه لا أثر لتصرف الشريك بغير التفويت والبناء والهدم والغرس والقلع، وإن مجرد الاعتمار بسكنى الدار وحرث الأرض والركوب واللباس واستغلال الأشجار لا تتم به الحيازة على الشريك وإن طال المدة¹، فإذا تصرف بما يفيت الملك من بيع وهبة وتصيير وتحييس وشبه ذلك كان ذلك حوزاً تاماً بمجرد وقوعه، وإن لم تمض مدة الحيازة فلا فرق بين الأصول وغيرها على التفصيل السابق².

وأما إذا تصرف بالبناء والهدم أو الغرس أو القلع فإن الحيازة تتم بذلك وأقل مدتها عشر سنين في العقار، فالأجنبي والشريك سيان في تحديد مدة الحيازة في العقار بعشر سنين، وإن اختلفا في نوع التصرف المعتبر في الحيازة³، كما يتفقان في تحديد مدة الحيازة في اللباس بالعام فأكثر، وفي الحيوان بالعامين وما زاد عليهما، وفي العروض بثلاثة أعوام⁴.

¹ انظر التسولي 2/ 232 .

² انظر التسولي والتاودي في بيع الفضولي

³ - انظر التاودي 2/ 232 .

⁴ - التسولي 2/

❖ حيازة الأقارب والأصهار

تختلف مدة الحيازة بين الأقارب والأصهار باختلاف علاقتهم،
والأموال المحوزة ونوع التصرف أيضا على النحو التالي :

أولا : حيازة الأصول :

1- فإن كان التصرف بما يفيت الملك من بيع وهبة ونحو ذلك فهم
كالأجانب في التفصيل السابق كانوا شركاء أم لا على الصحيح¹.

وإن كان التصرف بالسكنى والاعتماد فمدة الحيازة بينهم ما زاد على
أربعين سنة إذا كانوا معروفين بالتسامح فيما بينهم²، وإن كانوا معروفين
بالتشاجر أو العداوة فهم كالأجانب في تحديد المدة بعشر سنين³.

واختلف في التصرف بالهدم والبناء والغرس والقلع والاستغلال، أي
عقد الكراء باسمه الخاص، فقليل تكفي عشرة أعوام لقوة التصرف، ولعدم
سكوت الناس عنه في الغالب من جهة، ولعموم الحديث من جهة أخرى
فإن كلمة (من) تشمل القريب والبعيد.

وقيل لا بد من الزيادة على أربعين سنة وهو المعتمد في المذهب⁴، وإن
كان خلاف ظاهر الحديث، وفي جميع الحالات لا فرق بين القرابة الشركاء

¹ - ميارة 2/ 284 - الخطاب 6/ 437 .

² - التحفة بشرح التارديوالتسولي 2/ 238 - ميارة 2/ 284 .

³ - نفس المرجع .

⁴ - انظر اختصار حاشية الرموني 7/ 523 - ميارة 2/ 285 - الخطاب 6/ 437 .

وغيرهم، والورثة وغيرهم على الراجح، وقال ابن رشد (لا خلاف أن الحيازة بين الأقارب الشركاء لا تكون بالسكنى والازدراع، والمعتمد الأول¹ إلا أن الوارث إذا حاز مثل نصيبه فهو له ولا شيء له في الباقي، وإن ادعى أن ما حازه خاص به، وأن حظه ما زال ثابتا في الباقي لم يكن له ذلك إذا ادعى بقية الورثة أنهم لم يسكتوا عنه إلا ليكون ما حازه هو حظه ولا شيء له في الباقي ويحلفون على ذلك.

وإن حاز أكثر من سهمه أربعين سنة فهو له كله، ما يساوي حظه يأخذه إرثا، وما زاد على حظه يأخذه بالحيازة.

أما إن حاز أقل من حظه فإنه يستبد به ويكمل له سهمه من الباقي².

ثانياً: حيازة غير الأصول.

واختلف في حيازة الأقارب لغير الأصول من ثياب وعروض وحيوان وسفن وآلات، فقال ابن القاسم (لا فرق بين الأصول وغيرها في حيازة الأقارب)، قال ابن رشد (ولا فرق في مدة حيازة الوارث على وارثه بين الرباع والأصول والثياب والعروض والحيوان³).

¹ - اختصار حاشية الرهوني 7 / 523 - وانظر الخطاب 6 / 438 - العدوي 5 / 258 .

² - التصولي 2 / 238 .

³ - مواهب الجليل 6 / 438 .

وفرق أصبغ ومطرف بين الأصول وغيرها في حيازة الأقارب، كما فرقا بينهما في حيازة الأجنبي، وحددا مدة الحيازة بين الأقارب الشركاء في العروض واللباس بما زاد على عشرة أعوام ودون الأربعين عاما بحسب اجتهاد الحاكم¹.

❖ حيازة الأصول والفروع.

لاخلاف بين المالكية في أنه لا حيازة بين الأب وابنه بالسكنى والاعتماد كما لا خلاف بينهم في ثبوتها بينهما بالتفويت بحضرة القائم بمجرد انتهاء المجلس على التفصيل السابق² فإذا باع الأب مال ولده أو وهبه أو باع الولد مال أمه أو تبرع به بحضرة المالك وسكوته ثم قام يطالب به بعد انقضاء المجلس لم تسمع دعواه واعتبر سكوته قاطعا لحجته، بخلاف ما لو سكن أحدهما دار الآخر أو حرث أرضه واستغل حدائقه فإن ذلك لا يقطع حجته ولو طال مدة الحيازة مائة سنة.

واختلف في حيازة أحدهما مال الآخر بالبناء والهدم والغرس أو القلع فقليل تتم به الحيازة، والمشهور وهو قول مالك أنه لا أثر لذلك ولا تتم به الحيازة قام عليه في حياته أو بعد موته إلا أن يطول الأمد جدا إلى ما تملك

¹ - نفس المرجع 6 / 439

² - مواهب الجليل 6 / 437 - 438

فيه البيئات وينقطع العلم حددها بعضهم بمائة عام أو تكون بينهما عداوة أو تشاجر فهما كالأجانب¹.

وفي جميع أنواع الحيازة فإن مدة الحيازة تلتق بين الوارث والموروث والبائع والمشتري فإذا حاز الموروث أرضاً أو داراً خمس سنوات أو ثمان سنوات وحاز الوارث خمس سنوات في الأولى أو سنتين في الثانية تمت مدة الحيازة، وقيل لا تلتق مدة الحيازة ويستأنف الوارث حيازته من وقت إرثه، ولا تحسب المدة السابقة².

وكذلك تلتق مدة السكوت بين الوارث والموروث فإذا حاز شخص مال آخر في حيازته سبع سنين وهو حاضر ساكت بلا عذر حتى مات فسكت وارثه حتى تمت مدة الحيازة انقطعت حجة الوارث لسكوته هو وموروثه عشر سنوات³ لعموم حديث "من حاز شيئاً عشر سنين فهو له"⁴ فإنه شامل لمن حازه في الحالتين.

❖ حيازة الدين

الدين في باب الحيازة يختلف عن الأملاك المعينة لسببين :

¹ - انظر الخرشى 5/ 259 .

² - انظر الخطاب 6/ 437 .

³ - انظر اختصار كنون على الرهوني 7/ 509 - المعيار الجديد 9/ 620 - مواهب الجليل 6/ 436 .

⁴ - سبق تحريجه .

الأول : أن الدين في الذمة لا يتعين ما دام فيها .

الثاني : أنه لا يتأتى فيه القول بجيازة ملك الغير بحضوره وسكوته بلا عذر والتصرف فيه، لأنه ما دام في الذمة فلا تصرف فيه من طرف المدين، ولذلك قال الجمهور لا يسقط الدين بمضي الزمان وإن طالت المدة وهو قول ابن رشد¹، وقد أفتى العبدوسي في صداق كالي في ذمة الزوج مضى عليه أكثر من ستين سنة بأنه لا يسقط بالسكوت عن مطالبته المدة المذكورة² لحديث "لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم³ وقيل يسقط بمضي ثلاثين سنة وهو قول مالك، وقيل بعشرين⁴ وهو قول مطرف، وقال البرزلي (الحقوق المتقررة بالكتابة في الوثائق لا تبطل وإن طالت الآماد⁵)

❖ حيازة الماء

يختلف الماء عن غيره في الحيازة فإذا كانت الأملاك المعلومة الأصل تحاز على أربابها على التفصيل السابق فإن الماء على خلاف ذلك لا يحاز على مالكة بالانتفاع فيه بالسقي والشرب والغرس عليه رحضور ربه وعلمه وسكوته بلا عذر ولو طال السنون، لاحتمال أن يكون سكوته

¹ - حاشية العدوي 257 / 5 - الخطاب 6 / 441 .

² - المعيار الجديد 9 / 579 .

³ - أورده في المعيار الجديد 9 / 580 .

⁴ - الخطاب 6 / 440 .

⁵ - نفس المرجع .

لاستغنائه عنه وعدم احتياجه إليه ما دامت ملكيته معلومة ثابتة بينة عادلة أو لفيفية سواء كان انتفاع الغير به بغير إذن مالكة أو بعارية انقضت مدتها. قال في البهجة (فإن كان الماء مملوكا فربه أحق به، وله منعه وبيعه وله صرفه حيث شاء، ولو غرس عليه غيره بعارية وانقضت أو بغير إذن وربه ساكت عالم إلخ، فإن ذلك لا يضر لأن الماء المعلوم ملكيته بالبينه لا يحاز بالانتفاع به دون استحقاق أصله)¹.

وإن كان الانتفاع بماء الغير بعارية مطلقة لم يكن لربه قطعه عمّن غرس عليه ليعطيه لغيره أو ليضاربه بحبسه عنه أخذا بعموم "لا ضرر ولا ضرار"² إلا أن يقل ماؤه أو يحدث غرسا جديدا يحتاج معه إلى مائه ولا يمكنه الاستغناء عنه فإن ربه أحق بمائه وأولى به من غيره في الحالتين لحديث "كل ذي مال أحق بماله، وكل ذي حق أحق بحقه"³.

أما إذا كان الماء مجهول الأصل، لا يعرف لمن هو، ولم تقم بينة لأحد بملكته فإنه يبقى على ما هو عليه ينتفع به كل واحد على ما كان عليه الحال قبل الخصومة، ولو كان ينبع في أرض مملوكة لمعين، لاحتمال أن يكون أصله مملوكا للجميع⁴.

¹ - المعيار الجديد 8 / 241 - 250 - 276 - 281 .

² - رواه مالك كتاب الأفضية باب القضاء في المرفق .

³ - رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الهبات باب ما يستدل به على أن أمره للتسوية بينهم على الاختيار دون الإيجاب .

⁴ - المعيار الجديد 8 / 276 .

❖ حيازة الضرر

من مبادئ الإسلام العامة لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال، ولذلك لا يجوز لأحد أن يحدث في ملكه ما يضر بغيره مثل كوة يطل منها على جاره، وفرن يؤذيه بدخانها، وأندر يتضرر بتبته، وكنيف يضر بجداره، ونحو ذلك من الأضرار، وفي حالة المخالفة يجوز للمتضرر المطالبة برفع الضرر، عملاً بحديث "لا ضرر ولا ضرار"¹ إلا أن يرضى بذلك ويقبله صراحة فيسقط حقه في القيام.

واختلف إذا سكت المتضرر عن المطالبة برفع الضرر، ثم قام يطالب بإزالته فالمعمول به أنه إذا سكت عشر سنين وهو حاضر عالم ساكت بلا عذر سقط حقه بسكوته سواء في ذلك الأقارب والأجانب بناء على أن الضرر يحاز.

وقيل لا يسقط حقه أبداً، بناء على أن الضرر لا يحاز، وفرق بعضهم بين الضرر الذي يتزايد مع الطول، والضرر الذي لا يتزايد، فالأول يسقط بالسكوت عشر سنين، والثاني لا يسقط أبداً.

وقيل يسقط الضرر بجميع أنواعه بعشرين سنة كاملة، والراجح الأول
قياساً على حيازة الأملاك¹.

الشرط الحادي عشر : كون المحوز حقا لآدمي .

لتمام الحيازة يجب أن يكون محل الحيازة حقا لآدمي لأنه الذي يمكن
فيه الحوز وانتقال ملكيته من شخص إلى آخر .

ومن أجل هذا الشرط لا تنفع الحيازة في الأحباس مطلقاً لأن الحق
فيها لله ولأنها لا تباع فإذا ثبتت حبسية الشيء بقي على حاله ولا تنفع
الحيازة فيه²، واختار التسولي أن الحبس يحاز عليه كما يحاز على الأملاك
الخاصة، بناء على ما جرى به العمل من جواز بيع الحبس³. إلا أن الذي
اختاره الوزاني أن الحبس لا يحاز عليه⁴، وهو الذي أخذ به القانون المغربي،
ومن الأحباس بمعناها الواسع الطرق فإنها لا تحاز بوجه من الوجوه لا بالبناء
ولا بالغرس كما أفق في ذلك كثير من الفقهاء فيمن اقتطع شيئاً من الطريق
أو المقابر وألحق بذلك الأملاك العامة للدولة وأراضي الجماعات والجيش .

¹ - ابن سلمون 2 / 86 - ابن فرحون 2 / 254 - التحفة بشرح ميارة 2 / 421 .

² - حاشية العدوي على الخرشبي 5 / 257 - الخطاب 6 / 436 .

³ - المعيار الجديد 9 / 609 .

⁴ - انظر المعيار الجديد 9 / 611 .

❖ آثار الحيابة

يترتب على الحيابة الشرعية عدة أشياء اتفق على بعضها واختلف في البعض الآخر، وهي القضاء للحائز بما في يده، وانقطاع حجة القائم، وإعفاء الحائز من اليمين.

❖ القضاء للحائز بما في يده

ليس بين الفقهاء خلاف في وجوب القضاء للحائز بما في يده إذا لم يكن لخصمه القائم عليه بينة تشهد له بملك ما يدعيه، والأصل في هذا حديث "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"¹ وحديث الأشعث بن قيس، وحديث وائل بن حجر في قصة الكندي والحضرمي اللذين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في أرض بيد الكندي ادعاها الحضرمي وعجز عن إثبات دعواه فقضى بما رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن هي في يده بيمينه².

واختلف إذا كان للقائم حجة تشهد له بملكته للمتنازع فيه المحوز في يد خصمه.

1 - سبق تخريجه .

2 - سبق تخريجه .

فمذهب المالكية القضاء للحائز بما في يده وبطلان بينة القائم لمعارضتها بالحيازة القاطعة للبينات كما يقولون، ومذهب الشافعية تقديم البينة الشرعية على الحيازة المجردة، (والحكم للقائم بما شهدت له به بينته) .
وحجة المالكية :

1- حديث "من حاز شيئاً عشر سنين فهو له"¹ وهو حديث مرسل رواه أبو داود في مراسيله عن سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم، وأورده في المدونة كذلك² .

2- العرف والعادة يشهدان بأن الإنسان لا يسكت عن ملكه وهو يراه في يد غيره يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه تلك المدة الطويلة وينسبه لنفسه³ .

وحجة الجمهور :

1- حديث "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁴ وهو حديث صريح في وجوب القضاء بالبينة قبل اليمين وهو عام في الحائز وغيره .

1 - سبق تخريجه .

2 - المدونة 4 / 99 .

3 - انظر الخطاب 6 / 432 .

4 - سبق تخريجه .

2- حديث "شاهدك أو يمينه"¹ وهو مثل الأول في دلالاته على

القضاء بالبينه قبل اليمين.

3- حديث الأشعث بن قيس ووائل بن حجر والذي جاء فيه "أن

رجلا من كندة ورجلا من حضر موت اختصما في أرض بيد الكندي

ادعاها عليه الحضرمي، فقال الكندي: هي أرضي أزرعها ليس له فيها حق،

فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي: ألك بينة؟ فقال: لا، قال فلك

يمينه، فتهياً الكندي لليمين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إنه لا

يقتطع عبد أو رجل بيمينه مالا إلا لقي الله يوم يلقاه وهو أجذم، فقال

الكندي هي أرضه وأرض والده"².

ووجه الدليل فيه أنه صلى الله عليه وسلم لم يقض للحائز بالأرض إلا

بعد أن أعذر للقائم عليه الحضرمي وسأله ألك بينة فاعترف بأنه لا بينة له

وهذا يدل بوضوح أنه لو كان للقائم بينة لقضى له به على الحائز وهذه

فائدة السؤال عن البينة، ولما لم يسأل الحائز عن مدة حيازته دل ذلك على

أنه لا فرق بين الحيازة الطويلة والقصيرة عملاً بقاعدة (أن ترك الاستفصال

¹ - رواه البخاري كتاب الرهن باب إذا اختلف الراهن والمرقن .

² - سبق تخريجه .

يتزل متزلة العموم في الأحوال) ولأنه لو كان بينهما فرق لبينه الرسول صلي الله عليه وسلم لقاعدة (أن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز) .
 4- حديث "لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم"¹ وهو عام في جميع الحقوق المحوزة حيازة طويلة أو قصيرة، وإذا رجعنا إلى ما صرح به المتأخرون في شروط الحيازة من أنه لا بد أن يشهد للحائز بأن المتنازع فيه المحوز بيده هو مال من أموال الحائز ومملك من أملاكه نجد أن الحكم بالحيازة يستند في الحقيقة إلى الملكية والحيازة، وترجح بينة الحائز، وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بناقة للذي هي في يده بعد ما أقام كل واحد بينة بمملكه لها.

ورغم اتفاق المالكية على وجوب القضاء بالحيازة وتقدمها على البينة بالملكية للقائم فإنهم اختلفوا في تكييف ذلك القضاء:
 فقال ابن رشد (الحيازة لا تفيد الملك اتفاقا ولكنها تدل عليه فيقضى به لمدعيه كالعفاص والوكاء في اللقطة وإرخاء الستر في الطلاق)² .
 وقال أبو علي ابن رحال (الحيازة الشرعية الخالية من الموانع تفيد الملك)³ .

¹ - سبق تخريجه .

² - الخطاب 6 / 430 .

³ - حاشية ابن رحال 2 / 277 .

وهو ظاهر حديث "من حاز شيئاً عشر سنين فهو له"¹ فإن اللام تفيد الملك، وبه صرح ابن عاصم في قوله :

والأجنبي إن يحز أصلاً بحق عشر سنين فالتملك استحق²
أما خليل فلم يفصح عن ذلك واكتفى بقوله (وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته)³.

فأفاد أن دعوى القائم لا تسمع، وبينته لا تقبل، ومعنى هذا أن يبقى المحوز بيد حائزه لا يترع منه من غير أن يبين هل يبقى ملكاً أو حوزاً فقط؟ والظاهر الذي تدل عليه نصوص الكتاب والسنة والقواعد الأصولية، هو قول ابن رشد أن (الحيازة لا تفيد نقل الملكية عن مالكها) .

أما الكتاب فقولته تعالى (يا أيها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)⁴ والحيازة وحدها ليست تجارة وأما السنة فأحاديث كثيرة منها :

1- حديث "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"⁵ .

¹ - سبق تخريجه .

² - التحفة بشرح ميارة 2 / 274 .

³ - خليل بشرح الخطاب 6 / 430 بتصريف .

⁴ - من الآية 29 سورة النساء .

⁵ - سبق تخريجه .

- 2- "كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه"¹ .
- 3- "إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام"² .
- 4- حديث "لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم"³ .
- 5- حديث الأشعث بن قيس ووائل بن حجر السابق والحجة فيه من

وجوه:

أ- أنه صلى الله عليه وسلم اكتفى في قضائه بينهما بإيجاب اليمين على الحائز حين قال للحضرمي "فلك يمينه" ولم يصرح بتملك الأرض لحائزها.

ب- أنه صلى الله عليه وسلم أردف ذلك الحكم بقوله "إنه لا يقطع عبد أو رجل بيمينه مالا إلا لقي الله يوم يلقاه وهو أجذم" فدل ذلك على أن الحيازة لا تنقل الملكية إلى الحائز، وإلا لما توعدده على الحلف، ولم يسأله عن مدة الحيازة، فدل ذلك على التسوية بين الحيازة الطويلة والقصيرة.

ج- أن الحائز حين سمع الوعد على اقتطاع المال باليمين الكاذبة بادر إلى الاعتراف بالحق لصاحبه فأقره الرسول صلى الله عليه وسلم ولو كانت

¹ - رواه أبو داود كتاب الأدب باب في الغيبة .

² - متفق عليه .

³ - سبق تخريجه .

الحيازة تنقل الملكية إلى الحائز ليين له الرسول صلى الله عليه وسلم أن الأرض صارت له بجيازتها وتملكه، فلا يجوز للمدعي أخذها منه بعد ذلك لأنها ملك الحائز لا حق فيها للقائم.

6- حديث "إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض..."¹ فدل هذا على أن قضاء الحاكم بالحيازة لا ينقل الملك إلى الحائز.

وأما القواعد فإن (الأصل بقاء ما كان على ما كان) وأن (الاستصحاب حجة) فإذا ثبت ملكية الشيء لشخص فتستصحاب ملكيته حتى يدل الدليل على زوالها، والحيازة لا تكفي في ذلك.

ومن أجل هذا حاول بعض المتأخرين التوفيق بين القولين فحمل التسولي قول ابن رشد (الحيازة لا تنقل الملكية) على باطن الأمر وحقيقته فيما بين العبد وربّه، وأن الحيازة وحدها لا تتيح للحائز الاستيلاء على مال الغير باسم الحيازة، لأن حكم الحاكم لا يحل الحرام.

وأما قول ابن رحال فمحمول عنده على ظاهر الأمر، وأن الحائز يقضى له بالحيازة لأن (الحكم بالظاهر والله يتولى السرائر)¹ فإذا كان الحائز يعلم أنه ليس له لم يجز له أخذه.

¹ - متفق عليه.

❖ تحليف الحائز أو إعفاؤه من اليمين

بعد اتفاق المالكية على الحكم بالحيازة للحائز وانقطاع حجة القائم، اختلفوا في تحليف الحائز وعدم تحليفه إذا أقام خصمه بينة تشهد له بالملك، فقول لا يمين عليه، وقيل يحلف لرد دعوى المدعى بيمينه² ومنشأ الخلاف سبيان:

الأول: اختلاف الفقهاء في الشاهد العرفي هل يتزل متزلة الشاهد الواحد، أو متزلة الشاهدين، فمن رأى تتزيلة متزلة الشاهد الواحد قال: لا بد من يمينه، لأن الشاهد الواحد لا يقضي به إلا مع اليمين، ومن رأى تتزيل الشاهد العرفي متزلة الشاهدين قال: لا يمين عليه، لأن الحيازة شاهد عرفي يصدق الحائز في دعواه ملكية ما يجوز³.

والسبب الثاني للاختلاف اختلاف الأحاديث بحسب الظاهر .

الحديث الأول : هو حديث الحيازة "من حاز شيئاً عشر سنين فهو له"⁴ وهذا ظاهر في عدم تحليف الحائز، لسكوته عنها، ولو كانت واجبة لنبه عليها.

¹ - انظر النسوي 2 / 235 .

² - مواهب الجليل 6 / 430 - المعيار الجديد 9 / 750 .

³ - انظر المعيار الجديد 9 / 571 - حاشية الرهوني 7 / 510 .

⁴ - سبق تحريجه .

والحديث الثاني: هو حديث "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"¹ وهو يقتضي أنه لا بد من يمين الحائز، لأنه عام في كل مدعى عليه، كان حائزاً أو غير حائز، لقاعدة (أن المفرد المعرف بال يدل على العموم). فمن أخذ بالحديث الأول قال بعدم اليمين، ومن أخذ بالحديث الثاني قال بوجوب اليمين وهو الأصح الموافق للقواعد، فإن الحديث الثاني أصح من الأول سنداً وأوضح دلالة، فإن الأول مرسل والثاني متصل، ودلالة الأول على عدم اليمين بالسكوت، ودلالة الثاني بالعموم وهي أقوى، وقد رجح التسولي القول بعدم اليمين، ورجح الخطاب والرهبوني القول بتحليفه².

وإذا ما رجعنا إلى ما صرح به المتأخرون من الشراح أو الموثقين في شروط الحيازة من أنه لا بد من شهادة شهود الحيازة بأنهم يعرفون الحائز معرفة تامة ومعها يشهدون بأن له ويده وعلى ملكه ومال من أمواله جميع الشيء الفلاني المتنازع فيه...³

إذا رجعنا لذلك نجد الأمر يعود لتعارض البيئات، فالقائم له بينة تشهد له بالملك، والحائز له بينة تشهد له بالملك والحيازة المستمرة والطويلة

¹ - سبق تخريجه .

² - مواهب الجليل 6 / 430 - الرهبوني 7 / 518 .

³ - انظر حاشية الرهبوني 7 / 513 .

فتقدم بينة الحائز لترجيحها بالحوز، ولا يمين حينئذ لشهادة بينة الحيازة بالمليك للحائز .

والأصل في ذلك ما رواه جابر بن عبد الله أن رجلين اختصما في ناقة فقال كل منهما: نتجت هذه الناقة عندي، وأقاما بينة فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي في يده¹، فدل هذا على ترجيح بينة الحائز على بينة غيره وعلى عدم تحليف الخصم مع بينته.

ومحل الخلاف بين المالكية في تحليف الحائز إذا أقام خصمه بينة تشهد له بالملك أو أقر له الحائز به، وأما إن لم تكن له إلا مجرد الدعوى ولا بينة له ولا إقرار، فإنه لا يمين على الحائز اتفاقا في المذهب² وهو استثناء من عموم حديث "البينة على المدعي واليمين على من أنكر".

❖ ثبوت الحيازة

لا يقضى بالحيازة ولا يعمل بها إلا بعد ثبوتها ثبوتا شرعيا بشهادة عدلية أو لقيفية، يصرح فيها الشهود بمعرفتهم الحائز المعرفة التامة، ومعرفتهم للمتنازع فيه وحيازته له، وأنه مال من أمواله وملك من أملاكه ينسبه لنفسه والناس ينسبونه له، يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه

¹ - رواه البيهقي في السنن الصغرى كتاب الدعوى و البيئات باب الرجلان يتنازعان شيئا في يد أحدهما ، بلوغ المرام كتاب الأطمعة باب الدعوى و البيئات .

² - حاشية الرهوي 513 / 7 .

بالحرث أو غيره مدة تزيد على عشرة أعوام من غير منازع لا يعلمونه
 خرج عن ملكه بوجه من الوجوه حتى الآن كل ذلك في عين فلان
 المعروف عندهم وبمحضره في البلد طيلة المدة المذكورة، وهو رشيد عالم
 بأن الحوز ملكه الخاص وهو ساكت لم ينازع الحائز فيما في يده طول المدة
 المذكورة ولا يعلمون له عذرا إلى أن قام ينازعه .

وإذا لم يحدد الشهود مدة الحيابة بالضبط واكتفوا بالقول مدة تزيد
 على أمد الحيابة الشرعية لم تبطل الحيابة بذلك وتحمل على الحيابة
 الصحيحة بخلاف ما لو أحلوا بشرط من شروط الحيابة السليقة فإنها تعتبر
 ناقصة لا يقضى بها، كما إذا شهدوا للحائز بالحوز ولم يشهدوا له بالملك
 لأن الحوز المجرد عن إثبات الملك غير معتبر في نقل الملك إلى الحائز .

الفصل الثاني: الغضب

الحديث عن الغضب يتلخص في تعريفه وحكمه وأركانها

وآثاره:

تعريفه:

الغضب لغة أخذ الشيء ظلما، يقال غضب منه وغضب عليه بمعنى
والاغتصاب مثله¹.

والغضب عند الفقهاء أخص منه عند أهل اللغة، إلا أنهم اختلفوا في
تحديد مفهومه اختلافا واضحا بسبب اختلافهم في بعض مسأله على
النحو التالي:

❖ مذهب المالكية:

عرف المالكية الغضب بتعاريف متقاربة منها التعريف الذي يقول
(الغضب هو أخذ مال غير منفعة قهرا تعديا بلا خوف قتال)².
وهو تعريف يحدد خصائص الغضب وعناصره المكونة له، كما يمنع
من دخول غيره في تعريفه.

و تتكون هذه العناصر من :

¹ - الخرشبي على تحليل 366 / 4 .

² - مواهب الجليل 21 / 6 .

- أخذ مال: والمراد بالأخذ ما يشمل الأخذ مباشرة أو بتسبب¹ كالدلالة على مال الغير² والإكراه على غصبه³ والشكاية إلى ظالم⁴ والحيلولة بين الشخص وماله بالقوة وإن لم يأخذه الحائل⁵، فذلك كله يصدق عليه أخذ مال بالمعنى الواسع لكلمة الأخذ .

فإذا استولى شخص بنفسه على مال غيره، أو دل ظالماً أو سارقاً عليه أو محاربا فأخذه أو شكاً بريئاً إلى ظالم فغرمه مالا ظلماً، أو أجبر شخصاً على أخذ مال فلان لنفسه أو لياًتيه به، أو حال بين الرجل وبين ماله حتى هلك كأن منعه من إطفاء حريق شب في زرعه، أو منعه من سقي ماشيته حتى ماتت، كان جميع ذلك غصباً يتحمل الغاصب غرم ما أخذه من مال وما تسبب فيه.

وشمل التعريف العقار والمنقول، لأن الجميع مال، خلافاً للحنفية في تخصيصهم الغصب بالمنقول⁶. واحترز به عن أخذ ما ليس بمال فلا يسمى

¹ - حاشية العدوي على الخروشي 4 / 367 .

² - تبصرة الحكام لابن فرحون 2 / 122 - مواهب الجليل 6 / 29 .

³ - تحليل بشرح الخروشي 4 / 369 - البصرة 2 / 122 .

⁴ - المعيار الجديد 7 / 620 - البصرة 2 / 122 - 123 .

⁵ - حاشية العدوي 4 / 368 - النسولي 2 / 315 .

⁶ - انظر المغني 5 / 223 .

ذلك غصباً، مثل أخذ الميتة والدم والخمر والخنزير من يد المسلم والكلب الممنوع اتخاذه وشبه ذلك، ولذلك لا يلزم أخذها ردها ولا غرمها¹.
ومثل ذلك خطف الحر أو الحرة فلا يعتبر ذلك غصباً² ولذلك لا يلزم غاصبه شيء إذا مات في يده، كما لا تلزمه أجره المثل إذا حبسهما عن عملهما حتى فات، إلا أن يستخدمه فله أجره المثل، أو يطأ الحرة فلها صدق المثل³ ويتكرر بتكرر الوطاء، وللحنابلة قولان بلزوم الأجرة وعدمها إذا حبسها، وإن منعه العمل ولم يجبسه لم تكن له أجره قولاً واحداً عندهم⁴، أما إذا باعه أو هجره وتعذر رجوعه فإنه تلزمه ديته حراً، قال الخطاب (ويضرب ألف سوط ويسجن سنة)⁵.

2- أن يكون المال المأخوذ غير منفعة، واحترز بهذا عن أخذ المنفعة دون الرقبة كسكنى الدار واستعمال السيارة والثوب ونحو ذلك فإن ذلك ليس بغصب بل تعدياً كما سيأتي⁶.

3- أن يكون الأخذ على وجه القهر والغلبة بواسطة الجاه والسلطان

أو القوة.

¹ - الخرشى 4 / 374 .

² - حاشية العدوي 4 / 367 .

³ - انظر الرهوني 6 / 234 - خليل بشرح الخرشى 4 / 381 .

⁴ - المعنى 5 / 279 .

⁵ - مواهب الجليل 6 / 33 - الخرشى 4 / 382 .

⁶ - الخرشى 4 / 367 .

و احترز به عن أخذه على وجه غير القهر فإنه لا يسمى غصبا، و لا تجري عليه أحكامه، و هو إما سرقة أو اختلاس أو خيانة أو غيلة أو غير ذلك¹.

4- أن يكون الأخذ على وجه التعدي بأن يكون الأخذ بوجه غير شرعي،

و احترز به عن الأخذ قهرا بوجه شرعي فلا يعد غصبا، كأخذ الزكاة من تاركها كرها، و أخذ الدين من المدين المماطل قهرا، و أخذ الإنسان ماله ممن هو في يده قهرا، فذلك كله لا يعد غصبا².

5- أن لا يكون الأخذ على وجه التخويف بالقتل و احترز به أيضا عن أخذه بالتخويف بالقتل فهو حراية لا غصب³.

❖ مذهب الشافعية :

عرف الشافعية الغصب بأنه استيلاء على حق الغير عدوانا⁴.

و هو تعريف أوسع من تعريف المالكية من جهات، لشموله الأموال والاختصاصات كحق الجلوس في المسجد و السوق، و حق التحجر في أرض الموات، و النجاسات المنتفع بها والكلب والخمر المحترمين عندهم،

¹ - حاشية العدوي 367/4 .

² - الخرشى و حاشيته 367/4 .

³ - نفس المرجع .

⁴ - نهاية الغتاج 5 / 142 - 143 .

كما يشمل الأعيان و المنافع، فذلك كله يدخله الغضب عندهم¹، بخلاف الملكية فالغضب خاص عندهم بالأموال العينية دون المنافع و الاختصاصات، إلا أنه رغم شموله لذلك يبقى تعريفا غير جامع كما أنه غير مانع.

غير جامع لأنه لا يشمل من استولى على مال غيره يظنه ماله فإنه غضب عندهم و لا يشملته التعريف لانتفاء العدوان في هذا الحال. و غير مانع لشموله للسرقة والاختلاس والانتهاب فإنها جميعا استيلاء على حق الغير عدوانا وليست بغضب.

و أجيب عن هذا بأن كلمة الاستيلاء مشعرة بالقهر والغلبة فتخرج السرقة وما معها لأنه لا قهر فيها.

وأجيب عن الأول بأن الأخذ على ذلك الوجه ليس بغضب ولكنه أعطى حكمه في الرد والضمان، دون الإثم و العتاب² لحديث "رفع عن أمي الخطأ و النسيان وما استكرهوا عليه"³.

❖ الغضب عند الحنابلة

عرف الحنابلة الغضب بأنه الاستيلاء على مال غيره بغير حق⁴.

¹ نفس المرجع 5 / 143 .

² - نهاية المحتاج 5 / 143 .

³ رواه ابن ماجه كتاب الطلاق باب طلاق المكره و الناسي . و الطبراني في المعجم الأوسط ج 8 / 161 .

⁴ المعنى 5 / 221 .

و هو قريب من تعريف الشافعية له باعتبار الضمان ويختلف عنه في قصر الغصب على الأموال دون الاختصاصات.

و يدخل فيه الاستيلاء على مال الغير وهو يظنه ماله .

❖ الغصب عند الحنفية

الحنفية أكثر الناس تضيقا لمفهوم الغصب، وقد عرفوه بتعاريف عدة، المختار منها عندهم هو أن الغصب أخذ مال متقوم محترم على سبيل الجاهرة بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده أو يقصر يده إن لم يكن في يده¹.

وهو تعريف استهدف منه الحنفية تضيق دائرة الغصب بإخراج الاستيلاء على عقار الغير، وعلى منافع المغصوب وغلته، فذلك لا يجري فيه الغصب عندهم²، لأن من خصائص الغصب كما يقولون إثبات اليد العادية وإزالة اليد الحقة كما جاء في التعريف³ "أخذ مال على وجه يزيل يد المالك" وذلك غير متصور في العقار وما معه، أما العقار فإنه لا يؤخذ ولا تمكن إزالة يد المالك عنه لأنها لا تتحقق إلا بنقل المغصوب من مكانه إلى مكان آخر والعقار يعتذر نقله.

¹ الفقه الإسلامي و أدلته 708/5 .

² نفس المرجع 712/5 .

³ نفس المرجع 710/5 .

وأما منافع المغصوب وغلته وزوائده فهي وإن كان يمكن نقلها إلا أن يد المالك لم تكن ثابتة عليها في يوم من الأيام حتى يقال أزيلت عنها يد المالك لأنها تنشأ في يد الغاصب.

❖ حكمه : تحريمه و تأديب فاعله .

الغصب عمل محرم بالكتاب والسنة والإجماع، معلوم تحريمه من الدين بالضرورة، يكفر مستحلّه ويستتاب ثلاثة أيام فإن تاب وإلا قتل، قال الله تعالى: (لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)¹ وقال صلى الله عليه و سلم: "كل المسلم على المسلم حرام دمه و ماله وعرضه"² و قال: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا"³ وقال: "من أخذ شبرا من الأرض ظلما طوقه الله من سبع أرضين"⁴ إلى غير ذلك من الأحاديث الصحيحة و الصريحة في تحريم الغصب ما قل منه أو كثر.

ومن هنا اتفق الفقهاء على وجوب معاقبة الغاصب زجرا له و لأمثاله، و حفاظا على أموال الناس، و صيانة لها من المعتدين، إلا أن الأمر

¹ من الآية 29 سورة النساء .

² سبق تحريمه .

³ رواه ابن حبان كتاب الصلاة باب الوعيد على ترك الصلاة .

⁴ رواه البخاري كتاب بدء الخلق باب ما جاء في سبع أرضين و مسلم كتاب المساقاة باب تحريم الظلم و غصب الأرض و غيرها .

موكول إلى الحاكم واجتهاده في نوع العقوبة وقدرها من ضرب أو حبس أو هما، ولا يجوز العفو عنه، ولا يسقط التعزيز بعفو المغضوب منه عن الغاصب على الصواب¹، لأنه حق الله لا يسقط بإسقاط أحد، إلا الوالد إذا غصب مال ولده فلا يؤدب، لأن له فيه شبهة انطلاقاً من حديث: "أنت و مالك لأبيك"² وقيل يؤدب كغيره، ولكن لا يحبس.

واختلف في الصغير المميز فقيل لا يؤدب لرفع التكليف عنه³ لحديث: "رفع القلم عن ثلاثة: وفيه عن الصبي حتى يحتلم"⁴.

والراجح أنه يؤدب وإن لم يكن مكلفاً ولا آثماً⁵، كما يؤدب على ترك الصلاة في حديث: "واضربوهم عليها لعشر"⁶ وكما يؤدب على تعلم ما يصلحه، وتهذيباً لأخلاقه وصيانة للمجتمع وسداً لباب الفساد الذي يترتب على إهماله وإطلاق يده في أموال الناس دون عقاب⁷. واتفقوا على أن المجنون والصغير الذي لا يميز لا أدب عليهما لانتفاء الحكمة من التأديب، والحكم إذا لم يحقق حكمته لا يجوز شرعه.

¹ حاشية العدوي 368/4.

² رواه ابن ماجه كتاب التجارات باب ما للرجل من مال ولده.

³ مواهب الجليل 22/6.

⁴ رواه النسائي في كتاب الطلاق باب من لا يقع طلاقه من الأزواج.

⁵ تحليل بشرح الحرشي 368/4.

⁶ رواه الدار قطني كتاب الصلاة باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها وحد العورة التي يجب سترها.

⁷ الحرشي 368/4، الرهوني 6/210 - 211.

❖ أركان الغصب :

• للغصب أركان أربعة لا يتحقق وجوده الخارجي إلا بوجودها كلها

ويختلف باختلافها أو بعضها وهي:

1- الغاصب: وهو كما قال القرافي كل آدمي يناله عقد الاسلام أو

الذمة¹ فيدخل في قوله كل آدمي الصغير والمجنون والجاهل الذي لا علم له

بأنه مال الغير، بناء على الصحيح من أنه لا يشترط في الغاصب تكليف ولا

تمييز ولا علم ولهذا يضمن الصغير والمجنون² والمشترى من الغاصب³

والموهوب له⁴ والوارث⁵ وإن لم يعلموا بالغصب، كما يضمن آكل مال

غيره غير عالم بغصبه⁶ لأن الضمان من باب خطاب الوضع، وهو لا

يشترط فيه علم ولا تكليف⁷ بخلاف خطاب التكليف فإنه يشترط فيه

ذلك، ولهذا لا إثم على هؤلاء ولا تأديب لأن الإثم والتأديب من خطاب

التكليف وهم غير مكلفين لصغرهم أو جنونهم أو انتفاء علمهم .

¹ حاشية العدوي 367/4 .

² مواهب الجليل 22/6 - 25 .

³ خليل بشرح الخرشى 385/4 .

⁴ نفس المرجع 386/4 .

⁵ نفس المرجع و الصفحة .

⁶ نفس المرجع 369/4 .

⁷ مواهب الجليل 25/6 .

وقيل لا ضمان على الصغير والمجنون لانتفاء تكليفهم وهو ضعيف¹.
 واختلف هل يشترط فيه الطوع أم لا؟ فقال الشافعي باشرطه ورأى
 أن الضمان يجب على المكره — بالكسر — دون المكره².
 وقال المالكية لا يشترط، وأن الإكراه لا ينفع في السرقة والغصب ولو
 خوف بالقتل، وحكى ابن رشد الإجماع على ذلك، لقاعدة العمد والخطأ
 والإكراه في أموال الناس سواء³.

إلا أنهم فرقوا بين حالتين من حالات الإكراه على الغصب:
 الأولى: إكراهه على غصب مال غيره وأخذه لنفسه، أو إتلافه.
 والثانية: إكراهه على أن يأتيه بمال غيره. ففي الحالة الأولى يقدم
 المكره في الضمان لمباشرته، إلا أن يعسر فيرجع على الذي أكرهه.
 وفي الحالة الثانية هما سواء يرجع المغصوب منه على من شاء منهما،
 والفرق بينهما كما قال ابن عرفة أنه في هذه كل منهما مباشر
 بخلاف الأولى فالأمر متسبب والآخذ مباشر، والقاعدة تقدم المباشر على
 المتسبب عند اجتماعهما⁴.

¹ خليل بشرح الحرشي و حاشية العدوي 368/4.

² بداية المجتهد 311/2.

³ مواهب الخليل 25/6.

⁴ خليل بشرح الحرشي و حاشية العدوي 369/4.

واحترز بقوله "كل آدمي" عن غير آدمي من الحيوان فإن فعله لا يوصف بالغصب ولا يترتب عليه الضمان لحديث "جرح العجماء جبار"¹.
كما احترز بقوله يناله عقد الإسلام أو الجزية عن الحربي في حال الحرب فإن أخذه مال المسلم لا يعد غصبا أيضا².

2- المغصوب : وهو عند المالكية كل مال غير منفعة عقارا كان أو منقولا جاز بيعه أم لا مثل لحوم الأضحية والكلب المأذون في اتخاذه، واختلفوا في جلد الميتة فقيل لا يعد أخذه غصبا ولا يضمن أخذه لأنه ليس بمال، وقيل يضمنه أخذه مطلقا، لإمكان الانتفاع به بعد دبغه كما قال صلى الله عليه و سلم في شاة ميمونة "هلا أخذتم إهابها"³.

والقول الثاني: أنه يضمنه إذا كان مدبوغا ولا يضمنه إذا كان غير مدبوغ أخذا بحديث: "أبما إهاب دبغ فقد طهر"⁴ و المعتمد ضمانه مطلقا كان مدبوغا أم لا⁵.

واتفقوا على أنه لا ضمان في أخذ الميتة والدم والخنزير إذا كانت لمسلم لأنها ليست بمال بخلاف خمر الذمي وختزيره فإن أخذهما غصب،

¹ رواه أحمد في مسند عبد الله بن عمرو رقم 6756 .

² حاشية العدوي 367/4 .

³ رواه مسلم كتاب الحيض باب طهارة الجلود الميتة بالدباغ .

⁴ رواه أحمد في مسند عبد الله بن العباس رضي الله عنه 1895 .

⁵ خليل شرح الخرشني 374 / 4 ، المعنى 237/5 .

ويلزم أخذهما ضمائمهما له، و به قال الحنفية¹ أيضا، وقال الشافعية والحنابلة لا ضمان على من غصب ذلك أو أتلفه ولو كانت لذمي لحديث "إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه"².

وقال الشافعية والحنابلة والظاهرية لا ضمان في الخمر والخنزير كانا لمسلم أو كافر³ لأن الله حرمهما وحرم بيعهما كما جاء في حديث: "إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام"⁴ وما حرم الشرع بيعه فلا قيمة له كما جاء في حديث: "إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه"⁵ وقال الحنابلة إذا كانت خمر الذمي ما زالت باقية فإنه يجب ردها إليه⁶.

وحجة المالكية و الحنفية أن الإسلام أقرهم على ذلك، وهو مال من أموالهم، فتضمن كسائر أموالهم⁷.

وكذلك اختلفوا في آلات اللهو المحرمة والتماثيل والأصنام، فقال أبو حنيفة يجب ضمائمها على من غصبها، وقال صاحباه أبو يوسف ومحمد لا

¹ - المعنى 236/5 .

² - رواه الدارقطني في كتاب البيوع .

³ نفس المرجع .

⁴ متفق عليه .

⁵ رواه الدارقطني كتاب البيوع .

⁶ المعنى 237/5 الفقه الإسلامي وأدله 716/5 .

⁷ نفس المرجع 236/5 .

ضمان فيها، لأنها غير متقومة، وبه يقول المالكية والشافعية والحنابلة إلا أن الشافعية يقولون بضمان مادتها التي صنعت منها ولا يضمن صنعها لأن المحرم هو الصنعة¹.

3 - المغصوب منه : إذا كان الغاصب هو كل آدمي يناله عقد الإسلام أو الجزية، فإن المغصوب منه هو كل مالك يناله أيضا عقد الإسلام أو الجزية، كان مسلما أو ذميا، فالغصب كما يصيب مال المسلم ، يصيب مال الذمي أيضا، وكما يكون من يد المالك يكون من يد نائبه أو حائز لماله، فيدخل غصب الرهن من يد مرتهنه ، والوديعة من يد المودع، والمستاجر من يد مستأجره، والمغصوب من يد غاصبه وغير ذلك، بخلاف أخذ مال الحربي فلا يعد غصبا، ولكنه غنيمة.

4 - الغصب: وهو كما سبق أخذ مال أو استيلاء على مال إلى آخره على الخلاف السابق وهو قد يكون فعلا مباشرا كما قد يكون تسببا كما سبق.

❖ آثار المترتبة عليه أو أحكامه :

الغصب بصفته عملا محرما يترتب عليه الإثم والتأديب، وبصفته عملا عدوانيا على مال غيره يترتب عليه وجوب رفع الضرر اللاحق بالمغصوب

¹ انظر المعنى 238/5 .

منه، يرد ماله إليه أو تعويضه عنه بحسب الحالات، فنتحدث أولاً عن حالة الرد، ثم حالة التعويض.

❖ رد المغصوب في حالة بقائه :

الإجماع على أنه يجب على الغاصب رد المغصوب بعينه إلى مالكه المغصوب منه ما دام قائماً بعينه لم يفت ولم ينقله لبلد آخر ولم يخلطه بغيره، وليس للغاصب الحق في الاحتفاظ به وإعطاء بدله لربه، ولو كان المغصوب مثلياً، إذا لم يرض ذلك، وقد دل على ذلك الكتاب والسنة .
أما الكتاب فقوله تعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها)¹ قال جماعة من أهل العلم هذا أمر للحكام أن يردوا المغصوبات إلى أصحابها.

وأما السنة فحديث "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"² وحديث "لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعباً ولا جاداً، وإذا أخذ أحدكم عصاً أخيه فليردها عليه"³.

❖ نقل المغصوب لبلد آخر :

واختلف إذا نقله الغاصب إلى بلد آخر غير بلد الغصب في وجوب رده ونفقة نقله ورده، فقال الحنفية يجب على الغاصب رده إلى مكان

¹ من الآية 57 سورة النساء .

² رواه الحاكم في المستدرک کتاب البيوع و قال هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري و لم يخرج .

³ رواه أبو داود كتاب الأدب باب من يأخذ الشيء على المزاح .

الغصب وعليه نفقة نقله ورده¹، وهو قول المغيرة من المالكية، فقد روي عنه أنه قال من نقل خشبة من عدن إلى جدة تعديا وأنفق عليها مائة دينار جبر ناقلها على ردها لمحلها².

وحجة هذا القول عموم الحديثين السابقين (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) و(إذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها) فإن الأمر ببرد المغصوب يشمل المنقول والباقي في مكان الغصب، وإذا وجب الرد وجبت مصاريفه تطبيقاً لقاعدة (المقدور الذي لا يتم الواجب المطلق إلا به واجب).

وقال الشافعية للمغصوب منه المطالبة برده أو أخذ قيمته، كان المغصوب مقوماً أو مثلياً، ولو عظمت نفقة رده إلا لخوف ضرر أو تعذر تمييزه³.

وقال الحنابلة يلزمه رده ولو أنفق عليه أضعاف قيمته إلا أن يريد مالكة أخذه حيث وجده فله ذلك، ولا حق للغاصب في رده لبلد الغصب ولا في طلب نفقة النقل⁴.

و فرق المالكية بين المثليات والمقومات .

¹ الفقه الإسلامي وأدلته 5 / 718 .

² انظر الرموني 6 / 221 .

³ انظر هناية المحتاج 5 / 162 .

⁴ - المغني 5 / 260 .

فالمثليات تفوت بنقلها من بلد الغصب إلى بلد آخر مطلقا و ليس للمغضوب منه الحق في أخذها من يد الغاصب حيث وجدها، ولا إلزامه بردها لبلد الغصب وإنما له الحق في أخذ مثلها في بلد الغصب، إلا أن الغاصب يمنع من التصرف فيها حتى يعطي مثلها في بلد الغصب أو يأتي برهن أو ضامن فلا يمنع حينئذ من التصرف فيها هذا قول ابن القاسم وهو المشهور، وإن اتفقا على أن يأخذ عين ماله أو مثله أو ثمنه في البلد الذي نقله إليه فله ذلك¹.

وقال أشهب يخير المغضوب منه بين أمرين: إن شاء أخذها حيث وجدها جبرا على الغاصب، وإن شاء أخذ المثل في بلد الغصب، وفرق أصبغ بين المكان القريب والبعيد، فقال في البعيد بقول ابن القاسم ليس له إلا المثل في بلد الغصب، وقال في القريب بقول أشهب، يخير بين أخذ عين شيئه حيث وجده، وبين أخذ مثله في بلد الغصب².

وأما المقومات من عروض وحيوان فالراجح تخيير المغضوب منه، إن شاء أخذ متاعه، وإن شاء أخذ قيمته في بلد الغصب، إذا كان في نقله ورده لبلده كلفة كبيرة، بخلاف ما لا كلفة فيه أصلا، وما فيه كلفة يسيرة، فليس

¹ انظر الخروشي 371/4 .

² الخروشي 371/4 ، الرهوني 216/6 - 217 ، المنسقى 278/5 ، ابن سلون 71/2 .

له إلا أخذه بعينه حيث وجدته، وليس له إلزام الغاصب برده ولا بنفقة نقله ورده وقال أشهب يخيّر المَغصوب منه في أخذ متاعه حيث وجدته أو أخذ قيمته يوم الغصب في بلد الغصب¹.

وقال سحنون ليس له إلا أخذ متاعه بعينه حيث وجدته، ولا حق له في إلزام الغاصب برده لبلده، ولا في أخذ قيمته عنه بدل متاعه².

وقال المغيرة للمَغصوب منه الخيار في أخذ القيمة أو يُلزم الغاصب برده إلى بلد الغصب³.

❖ ضمان المَغصوب في حالة تلفه أو فوته :

الأموال المَغصوبة نوعان :

الأول المثليات من مكيلات وموزونات ومعدودات، وقد أجمع الفقهاء على ضمانها بمثلها إذا تلفت عينها، كما لو أكل الطعام أو أراق الزيت أو أتلف الدراهم، لقوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)⁴ إلا أن المالكية استثنوا من ذلك بعض الحالات أوجبوا فيها ضمان المثليات بقيمتها وهي :

¹ خليل بشرح الخرشي و حاشيته 377/4 ، الرهوني 221/6 .

² انظر الرهوني 221/6 - 223 .

³ المنتقى 273/5 .

⁴ من الآية 193 سورة البقرة .

1. المثليات التي دخلتها صنعة مثل الحلبي فإن أصله مثلي ولكنه يضمن بقيمته إذا أتلفه أو كسره ولا يضمن وزنه¹ وكذلك النسيج أصله مثلي ولكنه يضمن أيضا بقيمته إذا أتلفه وهكذا كل مثلي دخلته صنعة مهمة، وهو قول الحنابلة أيضا².

2. المثلي الجزاف وهو الذي لا يعرف مقداره كما لو غصب صبرة طعام أو ثمار أشجار أو سلة بيض لا يعرف مقدار ذلك فإنه يغرم قيمة الصبرة والثمار والبيض لا مثل ذلك للجهل به وفرارا من الربا³.
واختلف إذا غصب المثلي في زمن الغلاء ثم رخص بعد ذلك والمشهور أنه يلزمه مثله على القاعدة، وقيل يغرم قيمته يوم الغصب لأن الغاصب أحق بالحمل عليه، وأما إذا غصبه يوم الرخاء ثم غلا بعد ذلك فإنه يلزمه المثل قطعاً⁴.

كما أنه إذا تعذر وجود المثل في البلد والوقت فإنه لا يلزمه إلا المثل ويجب على المالك الانتظار إلى ساعة وجود المثل كما لو غصب فاكهة التين أو العنب ونحو ذلك ولم يحكم عليه إلا بعد خروج وقتها فإنه ينتظر

¹ المتفق 279/5 ، الرهوني 223/5 .

² انظر المعيار 338/8 ، حاشية الزهوني 170/8 .

³ انظر المعيار 338/8 ، حاشية الزهوني 170/8 .

⁴ تحليل بشرح الخرشبي 370/4 - 371 .

مجيء الوقت من جديد ويغرم المثل ولا يلزمه القيمة، وقال أشهب: بخير إن شاء صبر و إن شاء أخذ القيمة الآن¹.

و استثنى الحنفية موضعين يجب فيهما ضمان المثلي بالقيمة عندهم وهما:

1. إذا كان المثلي خليطاً بغير جنسه كقمح خلط بشعير وزيت بشيراج ونحو ذلك

2. إذا تعذر وجود المثل حساً أو حكماً أو شرعاً، فالأول كانقطاعه من السوق، و الثاني كأن لا يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل، والثالث كالخمر إذا اتلفها مسلم لذمي، فإنه يضمن قيمة الخمر لا مثلها، لأن المسلم لا يجوز له شراء الخمر² وقال الحنابلة إذا انقطع المثلي وجبت قيمته يوم انقطاعه لا يوم الغصب³، وقال الشافعية إذا تعذر وجود المثل حساً أو شرعاً أو كان المثل مفقوداً يوم التلف فالواجب الأكثر قيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف⁴.

¹ ابن سلبون 71/2 ، الحرشي 371/4 .

² الفقه الإسلامي 5 / 721 .

³ المغني 5 / 258 .

⁴ المنهاج 5 / 162 .

النوع الثاني: المقومات

ليس بين الفقهاء اختلاف في غرم المقومات إذا اتلفت عينها بأن مات الحيوان أو انهدم البناء أو يبس الشجر، لكنهم اختلفوا في كيفية ضمانه على قولين :

الأول أن يغرم قيمته وهو قول مالك والشافعية والحنفية¹.

والقول الثاني يغرم مثله، قال الخطابي لا أعلم أحدا من الفقهاء ذهب إلى وجوب المثل في غير المكيل والموزون إلا داود يحكى عنه أنه يجب في الحيوان الحيوان، وأوجب في العبد العبد، وفي العصفور العصفور².

وحجة القول الأول الحديث: "من أعتق شقصا له في عبد قوم عليه الباقي قيمة العدل"³ وهو حديث متفق عليه يروى بألفاظ مختلفة تتفق كلها على تقويم العبد أو الباقي وإعطاء القيمة للشريك مقابل حصته التي تسبب المعتق في إتلافها عليه بالعتق، ووجه الدليل في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم ألزم المعتق غرم قيمة نصيب شريكه ولم يلزمه بمثل نصيبه.

وحجة القول الثاني الكتاب والسنة :

¹ خليل بشرح الخرشى 4 / 373 ، معالم السنة 151/3 الفقه الإسلامي وأدلته 5 / 721 - نهاية المحتاج 5 / 164 .

² معالم السنة 151/3 .

³ رواه البخاري و مسلم و اللفظ للبخاري رواه في كتاب الشركة باب الشركة في الرقيق .

أما الكتاب فقولته تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)¹.

2- وقوله: (وجزاء سيئة سيئة مثلها)².

3- وقوله: (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به)³.

4- وقوله في جزاء الصيد (ومن قتلته منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم)⁴.

فدلت الآيات الأولى والثانية والثالثة بعمومها على وجوب المثل في جميع أنواع الاعتداء سواء كان الاعتداء واقعا على المثليات أو المقومات، ودلت الآية الرابعة على ضمان الحيوان بالمثل في جزاء الصيد، وغيره ملحق به ومقيس عليه.

وأما السنة فما رواه أبو داود من أحاديث في الموضوع وهي:

1- حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "ما رأيت صناعا طعاما

مثل صافية، صنعت طعاما لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فبعثت به

فأخذني إفكل فكسرت الإناء، فقلت يا رسول الله: ما كفارة ما صنعت؟

فقال: إناء مثل إناء وطعام مثل طعام"⁵.

¹ من الآية 193 سورة البقرة.

² من الآية 37 الشورى.

³ من الآية 126 النحل.

⁴ من الآية 97 سورة المائدة.

⁵ رواه أبو داود كتاب الإجارة باب فيمن أفسد شيئا يغرر منه، معالم السنن 151/3.

إلا أن هذه الأدلة كلها لا تقوم بما حجة، أما الايات 1-2-3 فإن لفظ-المثل فيها شامل للمثل صورة وللمثل قيمة، لأن المثل هو المشابه والمشابهة تكون في الصورة أو في المعنى، فالمثليات تماثل في الصورة والمقومات تماثل في قيمتها.

وأما آية جزاء الصيد فلا يصح القياس عليها لأنها غير معقولة المعنى، وهي في التعبدات، وقال الخطابي: (حقوق الله تجري فيها المسامحة ولا يحمل على الاستقصاء بخلاف حقوق الآدمي)¹.

وأما حديث الصحفتين وحديث إناء كإناء، فقد رد الاستدلال بما الخطابي رواية ودلالة².

أما الرواية: فإن في سند الحديث مقالا كما قال.

وأما دلالة: فإن ما فعله الرسول صلى الله عليه وسلم من إعطاء الصحيفة الصحيحة بدل المكسرة لم يكن من باب القضاء والحكم بين الخصوم في الحقوق والأموال، وإنما كان ذلك من باب تصرف الرجل في ماله وملكه بما يراه الأصلح، لأن الصحفتين معا كانتا في بيته وكانتا له.

¹ معالم السنن 152/3 .

² معالم السنن 151/3 .

وأما الحديث الأخير فقد رده الخطابي أيضا سندا ومتنا، وقال هو منكر، وفيه أمور تخالف الأصول لا تخرج على مذهب أحد من الفقهاء وأضاف يقول (وخلق بهذا الحديث أن يكون منسوخا إن كان له أصل في الرواية¹. بالإضافة إلى أنها أحاديث مخالفة لحديث "من أعتق شقصا له" وهو أصح منها فيقدم عليها ويجب ضمان القيمة كما يقول الجمهور لا المثل).
إلا أن المالكية استثنوا أيضا بعض المقومات أوجبوا ضمانها بمثلها لا بقيمتها وهي:

- 1- الوقف إذا هدمه أحد فإنه يجب عليه إعادة بنائه كما كان ولا يجوز أخذ القيمة لثلا يؤدي ذلك إلى بيع الحبس وهو لا يجوز² واعتمد غير واحد لزوم القيمة فيه
- 2- الجدار المشترك إذا هدمه أحد الشريكين لغير حاجة، فإنه يقضي عليه بإعادة بنائه³.
- 3- في باب الضمان فإن الضامن إذا غرم مقوما عن المضمون فإنه يرجع عليه بمثل ما أدى عنه لا بقيمته، كما لو ضمنه في حيوان مثلا وأداه عنه فإنه يرجع بمثل الحيوان الذي أداه لا بقيمته¹.

¹ نفس المرجع 286/3 .

² تحليل بشرح الخرشي 102 / 5 .

³ نفس المرجع 291/4 .

❖ وقت القيمة

اختلف القائلون بوجوب القيمة في المقوم في وقت اعتبار القيمة: فمذهب المالكية أن القيمة تعتبر يوم الغصب على المشهور إذا اتلف بسماوي أو بسبب الغاصب، كما لو ماتت الدابة أو تهدم البناء بزلزال أو ذبح إشة أو قطع الأشجار ففي ذلك كله يقوم المغصوب يوم غصبه ويغرم تلك القيمة² بخلاف ما تلف بجناية أجنبي عليه كما لو قتل الدابة أجنبي وهي في يد الغاصب، فإنه يخير المغصوب منه بين أمرين: إن شاء رجع بالقيمة يوم الغصب على الغاصب، ثم يرجع الغاصب على الجاني بالقيمة يوم التلف، وإن شاء رجع بالقيمة يوم التلف على الجاني ولا رجوع للجاني على الغاصب بما دفع، فإن تساوت القيمتان فالأمر واضح، وإن كانت القيمة يوم الغصب أكثر فإنه يرجع بالباقي على الغاصب³.

فإذا كانت قيمته يوم الغصب عشرة ملايين وقيمه يوم التلف خمسة عشر فإذا رجع على الجاني أخذ منه خمسة عشر، وإذا رجع على الغاصب أخذ منه عشرة ثم يرجع الغاصب على الجاني بخمسة عشر.

¹ نفس المرجع 257/4 .

² نفس المرجع 373/4 .

³ نفس المرجع 374/4 .

وإذا كانت على العكس قيمته يوم الغصب خمسة عشر، وقيمته يوم التلف عشرة، فإنه إذا رجع على الغاصب يرجع عليه بخمسة عشر، ثم يرجع الغاصب على الجاني بعشرة.

وإذا اختار المالك الرجوع على الجاني لسبب من الأسباب فإنه يأخذ منه عشرة فقط ويأخذ الخمسة الباقية من الغاصب، ومذهب الشافعية أنه يضمن أعلى قيمة من الغصب إلى التلف فإذا غصبه وهو يساوي ألفا فتلف وهو يساوي ألفين فإنه يغرم ألفين، وإذا كان يوم الغصب يساوي ألفين ثم صار يساوي أربعة آلاف وتلف وهو يساوي ثلاثة آلاف فإنه يغرم أربعة آلاف لأثما الأكثر وهكذا¹.

وقال الحنابلة يضمن أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف إن كان تغير القيمة نتيجة تغير في ذات المغصوب بزيادة أو نقص، أما إن كانت الزيادة بسبب تغير الأسعار دون تغير في ذات المغصوب فإن تلك الزيادة لا تضمن عندهم².

واختلف الحنفية متى تعتبر القيمة؟ والمختار عندهم أنها تعتبر يوم الغصب، وقال أبو حنيفة تجب القيمة يوم الخصومة، فإذا غصبه وهو يساوي مائة ولم يخاصمه حتى صار يساوي ألفا، فإنه يغرم ألفا عند أبي

¹ انظر نهاية المحتاج 164/5 .

² المعنى 257/5 .

حنيفة، وعند صاحبه أبي يوسف يرجع عليه بمائة فقط لأنها قيمته يوم الغضب¹.

❖ تغير المغصوب بنقصان أو تعيب

قد يتغير المغصوب في يد الغاصب بنقصان في ذاته أو منافعه أو في ثمنه فيهزل السمين ويعرج الصحيح ويعمى البصير وينكسر السليم ونحو ذلك فيختلف الغاصب والمغصوب منه في أخذه أو أخذ قيمته أو رده مع قيمة عيه وقد قسم المالكية العيب الطارئ إلى أربعة أقسام:

1- عيب سماوي لا يد فيه للغاصب ولا لغيره، مثل الهزال و المرض والعمى وبلا سبب والمهرم وانشقاق البناء أو تصدعه من جراء زلزال وما شابه ذلك، والمشهور في هذا القسم أن المغصوب منه مخير إن شاء أخذ متاعه بعينه على ما هو عليه، وإن شاء أخذ قيمته يوم غضبه، وقيل له أن يأخذه ويرجع على الغاصب بقيمة العيب الطارئ عنده، والأول أصح، فإن الغاصب لا يد له في هذا النقص فلا يضمه².

2- عيب تسبب فيه الغاصب، وقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال:

الأول لابن القاسم وهو أن المغصوب منه مخير إن شاء أخذه كما هو معييا ويرجع على الغاصب بقيمة العيب يوم الجنائسة، وإن شاء تركه للغاصب وأخذ قيمته سالما يوم الغضب.

¹ الفقه وأدلته 322/5.

² البداية 312/2، الخرشى 380/4، ابن سلومون 73/2.

والقول الثاني لسحنون وهو كقول ابن القاسم في تخييره في أخذ قيمته أو أخذه وأخذ قيمة العيب إلا أنه يعتبر قيمة العيب يوم الغصب بينما ابن القاسم يعتبر قيمة العيب يوم الجناية.

والقول الثالث لأشهب وابن المواز وهو تخييره بين أخذ متاعه كما هو معيبا وبين رجوعه بقيمته يوم الغصب، ولا يجمع له بين متاعه وقيمة عيبه.

3- عيب حدث بجناية أجنبي على المَغْصُوب وهو في يد الغاصب والخيار للمَغْصُوب منه في هذا القسم، إن شاء أخذ متاعه من الغاصب، وأخذ قيمة العيب من الجاني يوم الجناية، وإن شاء أخذ قيمة متاعه يوم الغصب سالما وتركه للغاصب ثم يرجع الغاصب على الجاني بقيمة الجناية¹، وأما نقصان الثمن فالمشهور أنه إذا نقصت قيمة المَغْصُوب لتغير الأسعار مع بقاء المَغْصُوب على ما كان عليه دون تغير في ذاته وصفاته فإنه لا أثر لذلك الانخفاض في السعر، وأنه إذا رده الغاصب وجب على المَغْصُوب منه قبوله. وليس للمالك تركه وأخذ قيمته، ولا أخذه والرجوع بما نقصته قيمته² بحجة تفويت الفرصة عليه، لأن الواجب في الغصب هو رد

¹ ابن سلمون 73/2 .

² حاشية العدوي 379/4 .

المغصوب بعينه كما قال صلى الله عليه وسلم: "وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها" ولقاعدة (أن الإتيان بالمأمور به يستلزم الأجزاء) فإذا رده بعينه كما كان لم يلزمه أكثر من ذلك .

وقسم الحنفية النقصان في المغصوب إلى أربعة أقسام¹ :

1- نقصان في القيمة بسبب هبوط الأسعار في الأسواق وهو لا يضمه الغاصب إذا رد العين المغصوبة.

2- نقص بسبب فوات وصف مرغوب فيه كضعف الحيوان ومرضه أو عماء وتعفن طعام وكسر إناء.

وفرقوا في هذا القسم بين الربوبات وغيرها ففي أموال الربا ليس للمالك إلا أخذ متاعه بعينه ولا شيء له مقابل العيب لأنه إذا أخذ متاعه وقيمة العيب يلزم على ذلك الربا، كما لو تعفن الطعام أو انكسر الحلبي فليس له إلا طعامه متعفنا وحليه مكسورا ولا تعويض له على تعفن الطعام وكسر الحلبي .

وفي غير الربويات يأخذ المالك متاعه بعينه ويغرم الغاصب قيمة العيب الذي لحق بالمغصوب، فيجمع له بين متاعه وتعويض العيب .

¹ راجع الفقه الإسلامي و أدلته 728/5 .

3- النقص بفوات معين مرغوب فيه في العين المغصوبة مثل الشيخوخة بعد الشباب وفي هذا القسم يجب ضمان النقص في كل الأحوال .

4- النقص بفوات جزء من المغصوب كخرق ثوب و فرقوا في هذا القسم بين النقص اليسير و النقص الكثير .

ففي اليسير ليس للمالك إلا أخذ المغصوب بعينه ويرجع بقيمة العيب وفي الكثير له الخيار في أخذ قيمة المغصوب وتركه للغاصب، وفي أخذه وأخذ قيمة النقص .

وفي تحديد اليسير والكثير عندهم ضابطان¹:

الأول أن اليسير ما لم يبلغ قيمة الربع، والكثير ما بلغ قيمة ربع المغصوب .

والقول الثاني اليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة، والكثير ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة كالخرق الفاحش في الثوب يظل عامة منافعه .

ومذهب الشافعية ضمان النقص مطلقا كان في ذات المغصوب أو في صفته أو قيمته بتغير الأسعار .

¹ نفس المرجع 729/5 .

❖ تغير المغصوب بالزيادة

مذهب المالكية أن الزيادة السماوية التي تحدث في المغصوب بدون فعل الغاصب لا تفتت المغصوب ولا يستحق الغاصب عليها عوضاً، لأنها ليست من فعله. كما لو غصب صغيراً فكبر عنده أو هزيراً فسمن أو معيباً فبرئ ونحو ذلك من الزيادات في ذات المغصوب أو صفته فإن المغصوب منه بأخذ متاعه بعينه ولا شيء للغاصب مقابل ذلك كما ليس له الحق في إمساكه ودفع قيمته يوم غصبه.

واختلفوا في الزيادة التي تنشأ بفعل الغاصب في المغصوب وتصنيعه له فقال أشهب للمغصوب منه أخذ متاعه بعينه ولا يفوت عليه بما فعله فيه الغاصب مطلقاً كان العمل قليلاً أو كثيراً، ولا شيء للغاصب في عمله¹. وفرق ابن القاسم بين العمل القليل والعمل الكثير، فقال في العمل اليسير يأخذه المغصوب منه بدون مقابل بخلاف العمل الكثير فإنه يفتت المغصوب، ويتملكه الغاصب بعمله، ويغرم للمالك المثل في المثليات والقيمة في المقومات².

وضابط العمل الكثير الذي يفوت به المغصوب عنده هو كل عمل ترتب عنه تغير في ذات المغصوب واسمه³ مثل الخشب يصنعه نوافذ وأبواباً

¹ البداية 313/2 .

² نفس المرجع و الصفحة .

³ نفس المرجع و الصفحة .

وكراسي وخزائن وطاولات، والذهب أو الفضة يتخذ منها حليا، والحديد أو النحاس يحولهما إلى سكاكين أو صحون أو آلات، والجلد يصنعه ملابس أو أحذية وحقائب والقمح يطحنه والدقيق يعجنه ونحو ذلك فإن المغصوب في جميع ذلك أصبح شيئا آخر بفعل الغاصب ويسمى باسم آخر فالخشب أصبح أبوابا ونوافذ وطاولات وهكذا الباقي، فقد تغيرت العين وتحول الاسم بخلاف اليسير فإنه لا يتغير معه اسم المغصوب عما كان عليه مثل خياطة الثوب، وحجة أشهب في إبطال عمل الغاصب مطلقا حديث "ليس لعرق ظالم حق"¹ وهو عام، وحجة ابن القاسم أن الغاصب وإن كان ظلما فإنه لا ينبغي أن يظلم، قال ابن رشد في البداية (وأصول الشرع تقتضي أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه وسواء كان منفعة أو عينا)².

ووافق الحنفية ابن القاسم في أن الزيادة المغيرة لذات المغصوب واسمه تفيته ويتملكه الغاصب وعليه مثل المثلي وقيمة المقوم إلا أنه لا يحل له التصرف فيه حتى يؤدي بدله³.

كما وافق الحنابلة والشافعية قول أشهب في أنه لا شيء للغاصب في عمله مطلقا ويأخذ المغصوب منه كما هو عليه الآن، للحديث السابق⁴.

¹ رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الغصب باب ليس لعرق ظالم حق .

² البداية 313/2 .

³ الفقه الإسلامي وأدلته 726/5 .

⁴ نفس المرجع 727/5 .

وفي قول بعض الحنابلة أن الغاصب يشارك المالك بالزيادة لأنها
 حصلت بمنافعه¹.

❖ خَلَطُ الْمَغْصُوبِ بِغَيْرِهِ

قد يخلط الغاصب المال المغصوب بماله أو بمال آخر غصبه أيضا وقد
 اتفق الفقهاء على أنه إذا خلطه بما يمكن فرزه منه بسهولة ويسر فإنه يجب
 على الغاصب فرز المغصوب ورده إلى ربه لعموم أحاديث الرد "وإذا أخذ
 أحدكم عصا أخيه فليردها"² وقاعدة (المقدور الذي لا يتم الواجب المطلق
 إلا به واجب)، واختلف إذا خلطه بما يتعذر تمييزه منه أو يتعسر كخلط
 زيت بزيت ودقيق بدقيق وقمح بشعير وسويق بسمن وثوب يصبغ ونحو
 ذلك ومذهب المالكية أن المغصوب منه مخير بين أن يدفع للغاصب قيمة
 الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمه قيمة المغصوب يوم غصبه، إلا
 في الطعام فإن الغاصب يملكه بخلطه ولا يخير المالك في أخذه فرارا من الربا،
 ويرجع على الغاصب بمثل المثلي وقيمة المقوم³.

ومذهب الشافعية وجوب فرزه ولو تعسر إلا أن يتعذر ذلك فلهم
 قولان: الأول: أن الغاصب يملك المغصوب ويغرم مثل المثلي وقيمة المقوم.

¹ البداية 2/315.

² سبق تخريجه.

³ البداية 2/314.

والثاني: أن الخليط مشترك بينهما وهو الأصح عندهم، وانتقدوا الأول بأنه يؤدي إلى تسليط الظلمة على أموال الناس وتمكينهم من الظفر بها بمجرد خلطها، وذلك تشجيع لهم على الظلم والغصب¹.

❖ البناء والغرس في الأرض المغصوبة

مذهب المالكية أن المالك مخير إذا غرس الغاصب أرضه أو بنى فيها رغما عليه، إن شاء أمر الغاصب بهدم بنائه وقلع غرسه وإعادة الأرض كما كانت قبل غصبها، وإن شاء أخذها مبنية أو مغروسة وأعطى للغاصب قيمة بنائه وغرسه منقوضا، ولا تقوم إلا الأنقاض التي يمكن الانتفاع بها بعد قلعها مثل الحجر والحديد والخشب والرخام وما شابه ذلك، بخلاف ما لا يمكن الانتفاع به بعد هدمه مثل الصبغ والجبس والزخرفة وشبه ذلك فإنه لا يقوم، ويأخذه رب الأرض بلا قيمة² إلا أن يبادر الغاصب إلى إتلاف ذلك قبل الحكم عليه فلا شيء عليه، وإن أتلفه بعد الحكم غرمه³.

ومذهب المدونة أن الغاصب يأخذ قيمة الانقاض كاملة من غير اسقاط نفقة الهدم، وقيل تسقط منها قيمة الهدم وتسوية الأرض وإعادة

¹ انظر نهاية المحتاج 183/5 - 184 .

² جليل بشرح الخروشي و حاشيته 381/4 .

³ الزرقاني و بناني 150/6 .

كما كانت إذا كان من شأنه أن لا يفعل ذلك بنفسه، وإن كان من شأنه أن يتولى ذلك بنفسه فإنه يأخذ قيمة الأنقاض كاملة¹.

ولا حق للغاصب في أخذ أنقاضه وغرسه إذا اختار المالك أخذ ذلك بقيمته مطلقاً لحديث "ليس لعرق ظالم حق"² وهو عام في الأنقاض وغيرها. وهو أصح من حديث "من بنى في رباغ قوم بإذنتهم فله القيمة ومن بنى بغير إذنتهم فله النقص"³.

وقال الحنفية ينظر إلى قيمة البناء والغرس وقيمة الأرض، فإن كانت قيمة الأرض أكثر أجبر الغاصب على قلع الغرس وهدم البناء وإعادة الأرض إلى صاحبها فارغة كما كانت، وإن كان البناء أكثر قيمة فللغاصب أن يضمن للمالك قيمة الأرض ويأخذها⁴.

وغير خفي أن في هذا تشجيعاً للظالمين على اغتصاب الأرض وتملكها، ترده آية (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)⁵ وحديث: "وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها"⁶ وإذا و جب رد العصا فغيرها من باب أولى وأحرى.

¹ انظر الزرقاني 150/6 ، المعيار 128/7 - 129 .

² سبق تخريجه ، و انظر الزرقاني 150 /6 ، و الرهوني 227/6 .

³ رواه الدار قطني كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري باب في المرأة تقتل إذا ارتدت .

⁴ الفقه الإسلامي و أدلته 731/5 - 732 .

⁵ من الآية 29 سورة النساء .

⁶ سبق تخريجه .

وقال الحنابلة لصاحب الأرض إلزام الغاصب بهدم بنائه وقلع غرسه وإعادة الأرض كما كانت، وليس له أخذ البناء والغرس بقيمتها قائمين ولا منقوضين إلا برضا الغاصب، لأنها معاوضة لا يجبر عليها الغاصب¹ وله أخذ أنقاضه وغرسه إذا أراد ذلك، لأنهما عين ماله وكل ذي مال أحق بماله كما قال صلى الله عليه و سلم² ولحديث "من بنى في رباغ قوم ياذنهم فله القيمة ومن بنى بغير إذنهم فله النقص"³.

وقال الشافعية يكلف الغاصب بهدم البناء وقلع الغرس، وإعادة الأرض كما كانت وعليه أرش النقص إذا حدث وأجرة المثل في مدة الغصب إن كان لمثلها أجرة، وليس للمالك تملك البناء والغرس بالقيمة ولا إبقاؤها بأجرة يأخذها من الغاصب إلا بتراضيهما على ذلك⁴، للحديثين السابقين حديث: "كل ذي مال أحق بماله" والبناء والغرس مال من أموال الغاصب، يتناولهما الحديث بعمومه، وحديث: "ومن بنى بغير إذنهم فله النقص" وهو حديث صريح في كون النقص للغاصب ولا يؤخذ منه إلا برضاه لقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم).

¹ المغني 5/ 224 - 225.

² رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الهبات باب ما يستدل به على أن أمره بالنسوية بينهم في العطيبة على الاختيار دون الإيجاب.

³ رواه الدار قطني كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري باب في المرأة تقتل إذا ارتدت.

⁴ نهاية المحتاج 5/ 224 - 225.

❖ زراعة الأرض المغصوبة

المشهور في مذهب مالك أن الحكم في استحقاق الأرض المغصوبة يختلف باختلاف وقت الاستحقاق وحالة الزرع حين الاستحقاق على النحو التالي :

1- فإن كان إبان الزرع حين الاستحقاق قد خرج فالزرع للزارع مطلقا وإن لم يبلغ حد الانتفاع به، وعليه الكراء لصاحب الأرض على الراجح وليس له قلع الزرع¹، وروي عن مالك أن لرب الأرض أن يقلع الزرع ويأخذ أرضه، وفي رواية ثالثة أن الزرع لرب الأرض وإن طاب واستحصد².

ومنشأ الخلاف اختلاف الأحاديث الواردة في الموضوع وهي:

1- حديث: "ليس لعرق ظالم حق"³

2- حديث: "من زرع أرضا لقوم بغير إذنهم فالزرع لرب الأرض وعليه نفقته"⁴.

3- حديث: "الزرع للزارع وإن كان غاصبا"⁵.

¹ الزرقاني و البناي 158/6 .

² نفس المرجع .

³ سبق تخريجه .

⁴ رواه الخمسة إلا النسائي .

⁵ نيل الأوطار 321/5 .

فمن أخذ بالحديث الأول قال لرب الأرض قلع الزرع وأخذ أرضه .
ومن أخذ بالحديث الثاني قال لرب الأرض .
ومن نظر إلى الحديث الثالث قال الزرع للغاصب لأنه زرعه، وعليه
الكراء لرب الأرض لاعتدائه على أرضه، وقد قال تعالى: (فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)¹.

2- وإن كان إبان الزراعة لم يفت فالزرع لرب الأرض يأخذه مجاناً
إذا كان لم ينبت أو لم يبلغ حد الانتفاع به²، أخذاً بحديث "ليس لعرق
ظالم حق"³.

ولا يجوز إبقاؤه للغاصب وأخذ كراء الأرض لما يلزم على ذلك من
بيع المعدوم وبيع الزرع قبل بدو صلاحه بشرط التبقية وكلاهما ممنوع
بحديث النهي عن بيع الثمر والزرع قبل بدو صلاحهما⁴.

فإن كان الزرع وقت الاستحقاق بلغ حد الانتفاع به وما زال الإبان
لم يفت فالخيار لرب الأرض، إن شاء أمر الغاصب بقلع زرعه وتسوية
الأرض وإعادتها كما كانت وإن شاء أخذ أرضه بما فيها من الزرع وأعطى

¹ من الآية 193 سورة البقرة .

² خليل بشرح الخريفي 390/4 .

³ سبق تفريجه .

⁴ متفق عليه .

للغاصب قيمة زرعه مقلوعا، وإن شاء تركه للغاصب وأخذ منه كراء الأرض¹.

أما تخييره في قلعه فأخذنا بحديث "ليس لعرق ظالم حق"، وبما روي أنه صلى الله عليه وسلم "قضى على من غرس في أرض غيره بإخراج غرسه²".
وأما تخييره في أخذه بقيمته مقلوعا فلحديث "من زرع أرضا لقوم بغير إذنتهم فالزرع لرب الأرض وعليه نفقته".

وأما تمكينه من تركه للغاصب وأخذ الكراء فلأنه لما كان له الحق في أخذه كان له الحق في تركه، وأخذ الكراء بمثابة بيعه للغاصب بثمن الكراء. ومذهب الحنفية التفصيل بحسب الأرض: فإن كانت ملكا معدا للزراعة فالزرع بين المالك والغاصب مزارعة يرجع في تحديد نصيب كل واحد منهما إلى العرف الجاري في البلد، فإن كانوا يعطون أراضيهم بالنصف فللغاصب النصف، وإن كان العرف بالثلث فله الثلث وهكذا. وإن كانت الأرض معدة للإيجار من طرف صاحبها فغصبها منه غاصب فإن الزرع كله للغاصب، وعليه كراء الأرض، كراء المثل. وإن لم تكن معدة للزراعة ولا للإيجار فالزرع للغاصب وعليه نقصان ما نقصه الزرع.

¹ خليل بشرح الخروشي 4 / 390.

² سبق تخريجه.

وإن كانت الأرض وقفا أو مال يتيم اعتبر العرف ما دام أنفع وإلا وجب أجر المثل¹.

ومذهب الحنابلة أن رب الأرض بالخيار: إن شاء ترك الزرع للغاصب وأخذ منه أجر الأرض وأجر نقصها، وإن شاء أخذ الزرع وأعطى للغاصب نفقته أو قيمة الزرع على خلاف عندهم، ولا حق له في إجباره على قلعه لما يلزم عليه من إتلاف المال². وحجتهم حديث "من زرع في أرض قوم بغير إذنتهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته"³ وحديث "خذوا زرعكم وردوا عليه نفقته"⁴ والخطاب لأرباب الأرض يأمرهم بأخذ الزرع ورد النفقة على الغاصب، وتشمل النفقة البذور ومصاريف الحرث والرعاية بخلاف القيمة فإنه ينظر فيها إلى قيمة الزرع على ما هو عليه على الرجاء والخوف.

❖ نفقة المغصوب

اختلف المالكية في نفقة الغاصب على المغصوب مدة الغصب وما يقوم به نحوه من علف الماشية ورعيها وخدمة الشجر وسقيه وعلاجه ونحو ذلك فقال ابن القاسم مرة لا شيء للغاصب، واختاره ابن المواز⁵ عملاً

¹ الفقه الإسلامي وأدلته 732/5.

² المغني 234/5.

³ سبق تخريجه.

⁴ رواه النسائي في سننه كتاب الأيمان والنذور باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والرابع واختلاف ألقاظ الناقلين للخبر.

⁵ انظر حاشية العدوي على الخرشي 376/4.

بحديث ليس لعرق ظالم حق¹، ولأنه أنفق بغير إذن المالك فلا يرجع عليه بشيء .

وقال مرة يرجع الغاصب بما أنفق في الغلة إن كانت، وهو المشهور²، لأن الغاصب وإن ظلم فلا يُظلم، فإن لم تكن للمغصوب غلة أو كانت ولم تف بالنفقة لم يرجع بشيء في الأولى ولا بما زاد على الغلة في الثانية³. فإذا كانت النفقة ألفاً والغلة خمسمائة لم يكن له إلا خمسمائة يقاص بها المغصوب منه، وإذا كان العكس النفقة خمسمائة والغلة ألف فإن المالك يرجع عليه بالزائد على النفقة .

❖ غلة المغصوب و منافعه

المقصود بالغلة ما تولد عن المغصوب وقد قسمها المالكية إلى أقسام :
1- النتاج وقد اتفقوا على أنه يجب على الغاصب رده مع المغصوب ما دام قائمين، ويرد قيمته إذا استهلكه الغاصب بأن ذبحه أو قتله، وإن هلك بغير سبه فلا يضمنه اتفاقاً إذا ثبت هلاكه بيينة⁴.

واختلف إذا غصب الأمهات فولدت عنده وماتت وبقي النتاج فقال الشافعي وأشهب يضمن للغاصب الأم ويرد الولد، وقال ابن القاسم بخير

¹ - سبق تخريجه .

² انظر مختصر خليل بشرح الخرشى 374/4 ، التسولي 316/2 .

³ نفس المرجع .

⁴ البداية 315/2 ، التسولي 316/2 .

المغصوب منه إن شاء أخذ قيمة الأم يوم الغصب وترك النتاج للغاصب، وإن شاء أخذ النتاج ولا يرجع بقيمة الأم، ولا يَمَكَّن من الجمع بين قيمة الأم وأخذ الناتج¹، لأن الغاصب إذا غرم قيمة الأم ملكها فيكون النتاج ملكا له .

2- ما تولد عن المغصوب من غير النتاج مثل الصوف والشعر و الوبر واللبن وثمار الشجر ونحو ذلك، وقد اختلف في هذا القسم على قولين:

الأول أن الغلة للغاصب، وحقته حديث "الخراج بالضمان"² والضمان مدة الغصب من الغاصب فتكون الغلة له .

والثاني: أن الغلة للمالك يجب على الغاصب ردها مع الأصل إن كانت قائمة ومثل المثلي أو قيمة المقوم إذا أكلها أو هلكت إلا أن تقوم بينة على هلاكها بغير سببه فلا يضمنها³، وحجة هذا حديث ليس لعرق ظالم حق⁴، وإذا هلك الأصل وبقيت الغلة كان للمالك الخيار في الرجوع بقيمة المغصوب أو الرجوع بالغلة ولا يجمع له بينهما على المشهور وقيل يجمع له بينهما كما سبق⁵.

¹ البداية 316/2 .

² رواه أبو داود كتاب الإجارة باب فمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا .

³ البداية 316/2 ، التسوي 316/2 .

⁴ سبق تخرجه .

⁵ البداية 316/2 ، التسوي 316/2 .

- 3- غلة غير متولدة عن المغصوب، وهي الأكرية والخراج وغير ذلك، وقد اختلف المالكية فيها على خمسة أقوال:
- أحدها أنه يلزمه ردها مطلقا في العقار والحيوان يرد ما قبض ويضمن ما استعمل أو عطل .
 - والثاني لا يلزمه ردها إن كانت قائمة ولا ضمانها إذا هلكت .
 - والثالث يلزمه الضمان إذا أكرى لغيره، ولا يلزمه إذا استعمل أو عطل :
 - والرابع يضمن منافع العقار مطلقا، ولا يضمن منافع الحيوان استعمل أو عطل فيهما.
 - والخامس يضمن ما استعمل من عقار وحيوان، ولا يضمن ما عطل فيهما معا، وهو المشهور في المذهب¹.
- وقال الشافعية والحنابلة يضمن الغاصب منافع المغصوب استعملها أو أعطلها مطلقا في العقار والحيوان² كما هو القول الأول عند المالكية، وهو رأي المحققين من متأخري المالكية لحديث "ليس لعرق ظالم حق"³، وهو أقوى من حديث "الخراج بالضمان" لأن هذا الأخير ورد على سبب خاص

¹ البداية 2/ 316 .

² نهاية الشناج 5/ 168 .

³ سبق تخريجه .

وهو المبيع المردود بالعيب بعد استعماله، فالمشتري هناك قابض بإذن باذل للثمن، بخلاف الغاصب فهو ظالم متسلط فتمكينه من الفوز بغلة المغصوب اعتراف بغصبه، وقد لا يتمكن المغصوب منه من استحقاق أرضه أو داره منه إلا بعد ثلاثين عاماً أو أكثر فكيف يمكن الغاصب من ربح الغلة هذه الأعوام الطويلة لا لشيء إلا أنه ظالم استولى على مالٍ ضعيف فغلبه عليه، بالإضافة إلى القاعدة الأصولية وهي أنه إذا تعارض عامان أحدهما مطلق والآخر وارد على سبب معين فإنه يقدم الوارد على غير سبب على الوارد على سبب معين لاختلاف الأصوليين في عمومته.

ومذهب الحنفية التفصيل بين المنافع والغلة، فقالوا في المنافع لا يضمنها الغاصب إذا سكن الدار المغصوبة أو حرث الأرض أو لبس الثوب أو استعمل الدابة أو سيارة مدة الغصب لم يلزمه شيء مقابل ذلك، إلا في ثلاث حالات:

وهي إذا كان المغصوب وقفاً أو مال يتيماً أو مالا معددا للاستغلال والاستثمار فإنه يضمن الغاصب حينئذ¹.

وأما الغلة فلهم فيها قولان: أحدهما لأبي حنيفة ومحمد أنها لا تحل للغاصب ولا تطيب له وعليه التصديق بها.

¹ انظر الفقه الاسلامي وادلته 724/5.

والقول الثاني وهو لأبي يوسف أنها تطيب للغاصب إذا دفع ضمانها¹،
والمقصود بالغلة الأجرة المستفادة من إيجار الأعيان المغصوبة .
وأما النتاج واللبن والتمر ونحو ذلك فهو عندهم من النماء يضمه
الغاصب إذا تعدى بأن أكله أو باعه أو أتلفه أو طلبه المالك فمنعه الغاصب
منه .

وإن هلكت بدون تعد من الغاصب فلا ضمان عليه فيها لأنها أمانة في
يده في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف²، فإذا غصب الناقة فتجت عنده، فإن
مات النتاج بسماوي قبل أن يطلبه المالك من الغاصب فلا ضمان عليه،
وإن مات بعد طلبه أو ذبحه أو باعه فإنه يضمه عند أبي حنيفة .

❖ أرباح المغصوب

المقصود بهذا العنوان أن الغاصب إذا غصب النقد فاتجر فيه أو غصب
أعيانا من عروض وحيوان فباعها واتجر في أثمانها حتى حصلت أرباح فلمن
تكون تلك الأرباح هل لصاحب رأس المال لتولدها عن ماله أو للغاصب
لحصولها بتحريكه وقد اختلف الفقهاء في ذلك .

ومذهب المالكية أن الربح للغاصب قولا واحدا، وهو قول أبي حنيفة
والشافعي في أحد قوليه³، وقال الحنابلة الربح لرب المال المغصوب والسلع

¹ الفقه الإسلامي و أدلته 720/5 .

² نفس المرجع .

³ التسولي 316/2 ، المغني 254/5 ، حاشية العدوي 383/4 .

المشترأة بماله له والخسارة على الغاصب¹، ومن غصب آلة فاستعملها فله ما كسب من عمله بها، وللمغصوب منه أجره مثلها كما لو غصب شبكة صيد أو سيفاً أو فأساً فاحتطب به².

❖ تصرف الغاصب في المغصوب

يتفق الفقهاء المالكية على أنه لا يجوز للغاصب التصرف في الشيء المغصوب بأي وجه من وجوه التصرف بعوض أو غيره، فلا يبيعه ولا يكرهه ولا يهبه ولا يطعمه لغيره، ولا يجوز لغيره شراؤه منه ولا قبوله هبة منه ولا غير ذلك، لأنه إذا لم يفت فهو لا يملكه³، وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما لا يملكه⁴ وغير البيع مثله وأولى منه .

واختلف إذا خالف فباعه، فالجمهور أن المالك بالخيار على قاعدة بيع الفضولي، لأنه منه فإن شاء أمضى البيع وأخذ الثمن من المشتري وتبع المشتري به البائع الغاصب إن كان قبضه وهو مليء وإلا أتبع المشتري، وإن شاء رد البيع وأخذ متاعه بعينه ممن هو في يده ما دام قائماً ويتبع المشتري

¹ المغني 5/254 .

² الخرشى 4/375 .

³ أنظر المعيار 7/246 - 245 - 248 .

⁴ رواه الطبراني رقم 4683 .

الغاصب بالثمن¹ لحديث "من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ويتبع البيع من باعه"².

واختلف إذا تلف المغصوب بيد المشتري، ومذهب المالكية التفصيل بين المشتري العالم بالغصب والمشتري الجاهل به³.

فإن كان عالماً بالغصب فهو كالغاصب يعطى حكمه في ضمان المغصوب وضمان غلته كان التلف بسماوي أو بتعد من المشتري أو غيره أو بخطأ، يخير المالك في الرجوع على من شاء من الغاصب أو المشتري إلا أنه إذا رجع على المشتري فإن المشتري يغرم قيمته يوم التلف ويرجع على الغاصب بالثمن الذي دفعه له، وإن رجع على الغاصب فإنه لا يرجع على المشتري بشيء إلا أن يكون الثمن لم يقبضه فله أن يرجع به، لأن الغاصب يغرم مثل المغصوب أو قيمته يملكه فيحق له المطالبة بثمنه⁴.

والغلة للمالك يرجع بها كما يرجع بعين المغصوب أو قيمته أو مثله إلا أنه إذا هلك المغصوب، فله الخيار في الرجوع ببدل المغصوب فقط أو غلته فقط ولا يجمع له بينهما على المشهور كما سبق⁵.

¹ انظر الخطاب 35/6 .

² رواه الدار قطني كتاب البيوع رقم 103 .

³ انظر التسوي 321/2 .

⁴ الخرشي 385/4 ، التسوي 321/2 ، الخرشي 385/9 .

⁵ انظر التسوي 321/2 ، الخرشي 385/9 .

وإن كان المشتري جاهلاً بالغصب فإنه لا ضمان عليه إذا هلك الموصوب بأفة سماوية بشرط أن يثبت ذلك أو يكون الموصوب مما لا يغاب عليه كالحیوان إن لم يظهر كذبه¹.

وإذا كان التلف بتعد من المشتري فإنه يضمن ما اتلفه كما لو أكل الطعام أو ذبح الحيوان أو أتلف غيره، واختلف إذا كان الإتلاف خطأ فقليل يضمنه لقاعدة (العمد والخطأ في أموال الناس سواء) وقيل لا ضمان عليه فيه قياساً على التلف بسماوي لانتفاء القصد في الحالتين².

ويخير المالك في اتباع الغاصب أو المشتري في حالات العمد والخطأ إلا أنه إذا اختار الرجوع على الغاصب فإن القيمة تعتبر يوم الغصب ولا يرجع الغاصب على المشتري، وإن اختار الرجوع على المشتري فإن القيمة تعتبر يوم الإتلاف على المعتمد كما في المدونة وغيرها ثم يرجع المشتري على الغاصب بالثمن الذي دفعه له³.

وإن كانت القيمة يوم الإتلاف أقل منها يوم الغصب فإن المالك يأخذ من المشتري القيمة يوم التلف، ويرجع بالباقي على الغاصب⁴ كما لو كانت قيمة الموصوب يوم الغصب عشرة آلاف ويوم الإتلاف سبعة آلاف

¹ نفس المرجع و الصفحة ، الحرشي 385/4 .

² الحرشي 385/4 .

³ الحرشي 385/4 .

⁴ الصولي 321/2 .

فإنه يأخذ من المشتري سبعة آلاف، ويرجع بثلاثة آلاف الباقية على الغاصب .

وفي جميع الحالات لا رجوع على المشتري بالغلة لأنه ذو شبهة يستحق الغلة التي استوفاهما بعد الشراء، بخلاف غلة ما قبل الشراء فإنه يرجع بما على الغاصب¹، ولا يرجع عليه بما استغله المشتري لأن الغاصب لم يستعمله، وهو لا يضمن ما لم يستعمله على المشهور².

والموهوب له المغصوب إذا قبله يتزل منزلة الغاصب في ضمان الأصل والغلة ويخير المالك في الرجوع على من شاء منها إذا كان عالماً بالغصب، فإن لم يعلم به بدئاً بالغاصب، وإن أعسر رجوع على الموهوب له، وإن أعسرا معاً رجوع على أولهما يسراً، ومن رجع عليه لا يرجع على غيره³.

وأما الوارث فلا غلة له علم بالغصب أم لا كما يضمن قيمة المغصوب أو مثله في حالة تلفه سواء علم بالغصب أم لا، إلا أنه في حالة العلم يضمن العمد والخطأ والسماوي، وفي حالة الجهل لا يضمن السماوي ولا يجمع عليه بين غرم الأصل والغلة، إلا أن يكون المغصوب قائماً فيرده وغلته معاً، أما إن هلك فيخير المالك في الرجوع بالغلة، أو بدل الأصل⁴.

¹ نفس المرجع .

² حاشية العدد 385/4 ، التصولي 321/2 .

³ تحليل بشرح الخرشبي 386/4 ، التصولي 321/2 .

⁴ انظر التصولي 321/2 .

❖ اختلاف الغاصب و المغصوب منه

الاختلاف بين الغاصب والمغصوب منه يمكن أن يقع في أصل الغصب، أو في جنس المغصوب، أو صفته، أو قدره، أو رده، والأحكام تختلف باختلاف نوع النزاع الواقع بينهما على التفصيل التالي:

1- اختلاف في أصل الغصب ووقوعه بأن يدعي شخص على آخر غصبه مالا من أمواله وينكر المدعى عليه، والحكم هنا يختلف باختلاف حال المدعى عليه من صلاح وفسق وجهالة حال.

فإن كان المدعى عليه بين الصلاح لا يتهم بالغصب فإن الدعوى لا تسمع عليه، و يؤدب المدعي لذلك زجرا له ولأمثاله من النيل من كرامة الصالحين والنيل من سمعتهم¹. إلا أن يأتي بينة تشهد له بالغصب فيقضى له ببيئته عملا بحديث "البينة على المدعي"²، ولم يؤخذ بقوله "واليمين على من أنكر" لأن الدعوى بالغصب من دعاوي المعرفة التي لا تسمع على من لا تليق به، ولأن العادة تكذبها.

وإن كان المدعي عليه مشابرا إليه بالفسق غير مشتهر بالغصب فإن الدعوى عليه تسمع وتتوجه عليه باليمين لرد دعوى المدعي³ عملا بحديث

¹ خليل بشرح الخروشي 368/4 .

² سبق تخريجه .

³ سبق تخريجه .

" واليمين على من أنكر " فإن حلف بريء وإلا حلف المدعي وقضى له بما يدعيه إلا أن تكون الدعوى دعوى اتهام فإنه يقضى عليه بنكوله لأن يمين التهمة لا تنقلب¹.

واختلف في مجهول الحال بين الصالح والفاسق، فقليل تسمع عليه الدعوى وتتوجه عليه اليمين، فإن حلف برئ وإلا حلف المدعي وغرم المدعي عليه، وقيل لا يمين عليه ولا غرم إلا أن يأتي المدعي ببينة، وهو الأظهر لأن دعوى الغصب من دعاوي التجريح التي لا تثبت إلا بعدلين، وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجرها² وحجة القول الأول عموم "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"³ فإنه يشمل مجهول الحالو غيره، ويؤدب المدعي على القول الأول ولا يؤدب على القول الثاني.

وأما المشهور بالفسق والغصب المعروف به بين الناس فإن المعول عليه عند المتأخرين هو تصديق المدعي في وقوع الغصب ومقداره⁴ معتمدين في ذلك على :

1- ما روي عن عمر رضي الله عنه في سراق انتهبوا مال رجل وجرحوه فغرمهم عمر ونكلهم، ولم يكلف المدعي البينة عليهم⁵.

¹ الخريشي 368/4 .

² نفس المرجع .

³ سبق تخريجه .

⁴ التصولي 318/2 .

⁵ التصولي 317/2 ، النصرة 83/2 .

2- ما روي عن مالك في سراق دخلوا دار رجل فسرقوا متاعه وانتهبوا ماله وأرادوا قتله فقال مالك: هو مصدق عليهم إذا كانوا معروفين بالسرقة مستحلين لها¹.

3- الأخذ بقاعدة (سد الذرائع)، فإن تكليف مدعي الغصب اثباته يؤدي إلى تبرئة الغاصب لعدم وجود من يشهد عليه بالغصب فيؤدي ذلك إلى فتح باب الغصب على مصراعيه، لأن الغاصب إذا علم أنه لن يؤخذ إلا ببينة عادلة لن يتورع عن الغصب، لعدم البينة في أوقات الغصب غالباً، فكان من الحكمة سد هذا الباب بقبول الدعوى على المعروف بالغصب بلا بينة.

4- العمل بقاعدة المصالح المرسلة التي تقتضي حماية أموال الناس وحقوقهم من تسلط الغاصبين وفسادهم.

5- الأخذ بقاعدة (تقديم الغالب على الأصل عند تعارضها)، فإنه إذا كان الأصل عدم العداة وبرائة الذمة فإن الغالب وقوعه ممن هو مشهور به مشار إليه بذلك فيقدم الغالب على الأصل و يلزمه الغرم.

وقد قيل لا تسمع الدعوى عليه إلا ببينة وإلا حلف ولا شيء عليه لعموم حديث "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"²، فإنه عام في كل مدعى عليه، و(العام محمول على عمومته حتى يثبت ما يخصه)، وعملاً

¹ نفس المرجعين السابقين.

² سبق تخريجه.

بقاعدة (الأصل براءة الذمة)، والأصل عدم التعدي، وقيل يجبس ويضرب ويهدد لعله يقر بالمغصوب ويخرجه بعينه، وقيل يخلد في السجن¹.
2- الاختلاف في تلف المغصوب وبقائه .

في هذا الفرع يتفق الغاصب والمغصوب منه على وقوع الغصب وعين المغصوب، لكن الغاصب يدعي تلفه ليغرم مثله أو قيمته، والمغصوب منه يدعي بقاءه، ويتهمه بإخفائه ليأخذه، والمشهور في هذا هو تصديق الغاصب بيمينه، يحلف بالله لقد ضاع وما أخفاه، ويغرم حينئذ مثله أو قيمته على التفصيل المعروف، وهو قول الحنابلة أيضا².

فإن ظهر بعد ذلك فهو للغاصب، لأنه بالحكم عليه بغرم بدله تملكه وصار له كأنه اشتراه إلا أن يتبين كذبه في دعواه التلف أو الضياع وتبين أنه أخفاه فإنه يعطى لربه، ويرد للغاصب ما أخذه منه المثل أو القيمة، وينقض حكم الحاكم لتبين خطأه³.

وقال الحنفية لا يصدق الغاصب في دعواه التلف ويجبس حتى تمضي مدة ثم يقضى عليه بالغرم⁴.

¹ الخرشى 367/4 .

² المغني 272/5 .

³ الخرشى 383/4 .

⁴ الفقه الإسلامي وأدلته 736 /5 .

3- الاختلاف في الجنس كما لو ادعى الغاصب أنه غصبه ثوبا وادعى المغمصوب منه أنه غصبه شاة مثلا، والقول في هذا للغاصب بيمينه إن أشبه ما يقوله، وإن لم يشبهه فالقول للمغمصوب منه إن أشبه أيضا، وإن لم يشبهه واحد منهما فالقول للغاصب أيضا¹، فالقول للغاصب في ثلاث حالات: إذا أشبه وحده أو أشبهها معا، أو لم يشبهه واحد منهما، والقول للمغمصوب منه في حالة واحدة إذا أشبه وحده.

4- الاختلاف في صفة المغمصوب بعد اتفاقهما على جنسه كما لو ادعى الغاصب أن البقرة التي غصبها كانت هزيلة وادعى المغمصوب أنها سمينة أو ولود أو ادعى أحدهما أن المغمصوب ثوب جديد وادعى الآخر أنه قديم ونحو ذلك، وقد اختلف في هذا والمشهور أن القول للغاصب بيمينه إن أشبه، وإن لم يشبهه فالقول للمالك بيمينه إن أشبه، وإن لم يشبهه واحد منهما حلفا وقضى بالوسط، وقال اللخمي: إلا أن ينكر الغصب أو لا ثم يقر به أو تقوم بينة عليه فيكون القول للمغمصوب منه².

وقال أشهب: القول للغاصب مطلقا أشبه أم لا، لأنه غارم، ولأنه مدعى عليه، واليمين على المدعى عليه مطلقا³.

¹ الحرشي 384/4 .

² نفس المرجع ، التسوي 317/2 .

³ التسوي 317/2 .

وإذا قضى بقول الغاصب في الصفة وتبين كذبه فإن المالك يرجع عليه بالفرق بين القيمتين، ولا ينقض الحكم، ولا يرد المغصوب إلى مالكة، فإذا غصب بقرة وادعى أن البقرة بلدية هزيلة وادعى مالكة أنها بقرة هولندية حلوب وقضى بقول الغاصب ثم تبين أنها بقرة هولندية حلوب فإنه يرجع عليه بالفرق بين القيمتين ولا يأخذ المالك بقترته، وكذلك إذا ادعى الغاصب أن الكتاب مطبوع وادعى مالكة أنه مخطوط فغرم قيمته مطبوعاً ثم تبين أنه مخطوط أو ادعى أن السيارة المغصوبة معطوبة ثم تبين أنها جيدة.

5- الاختلاف في قدر المغصوب كيلاً أو وزناً أو عدداً، كما لو غصب حلياً فادعى أن وزنه ثلاثمائة كرام و ادعى مالكة أن وزنه أربعمائة كرام أو غصبه حقيية ادعى الغاصب أن فيها ألف درهم وادعى ربها أن فيها أربعة آلاف درهم أو غصبه صبرة طعام ادعى الغاصب أن بها مائة مد وادعى مالكة أن فيها مائتي مد، وما أشبه ذلك.

والقاعدة العامة أن القول للغاصب في جميع ذلك لأنه غارم ولأنه منكر لما زاد على دعواه¹، والبينة على المدعي واليمين على من أنكر كما قال صلى الله عليه وسلم² لكن المالكية اختلفوا في صورتين من صور الاختلاف في القدر لظروف خاصة:

¹ حاشية العدوي 383/4، التسولي 321/2.

² سبق تخريجه.

1- من غضب صرة مال فرمى بها في البحر بمجرد غضبها ثم ادعى أن بما قدرا معيناً وادعى مالكتها قدراً أكثر، فقال أشهب وابن كنانة ومطرف القول للمالك بيمينه إن أشبه وكان مثله يملك ذلك العدد، وقال مالك القول للغاصب بيمينه، لأنه منكر لما زاد على قول المالك مدعى عليه فيقبل قوله بيمينه¹.

والسر في هذا الاختلاف في هذه النازلة أن أشهب ومن معه استبعدوا تصديق الغاصب لأنه بمجرد الغضب اتلف المغصوب فمن أين له أن يعلم ما في الصرة قبل فتحها؟ أما مالك فرأى أنه يمكن أن يكون الغاصب علم بما فيها قبل غضبها فصدقه في تحديد المقدار.

ولهذا إذا غاب الغاصب على الصرة فإن القول قوله باتفاق القولين لإمكان علمه بما فيها بعد غيبته².

ويجري مثل هذا الخلاف فيمن غضب حلياً فرماه في البحر بمجرد غضبه أو أتلف سلة بيض أو أحرق صبرة طعام بمجرد غضبها وما شابه ذلك من كل حالة يظن بالغاصب أنه لم يطلع على المغصوب قبل إتلافه.

¹ حاشية الدسوقي 3/ 409.

² نفس المرجع والصفحة.

2- مسألة الإغارة على بيت شخص وانتهابه والناس ينظرون إليه ولا يعلمون مقدار ما انتهبه الغاصب، وقد اختلف فيها أيضا فقال مطرف: القول قول المغار عليه إن أشبه.

وقال مالك: القول للغاصب بيمينه إن أشبه ولا تقبل دعوى المنتهب وإن أشبه إلا بينة¹.



¹ نفس المرجع والصفحة .

الاغتصاب : حقيقته وحكمه وآثاره

الاغتصاب والغصب في اللغة بمعنى واحد .

والاغتصاب عند الفقهاء هو وطء المرأة جبرا عليها على وجه غير شرعي¹ . فيخرج وطء المرأة برضاها فهو زنا إذا كان على غير وجه شرعي كما يخرج وطء الزوج والسيد زوجته أو أمته كرها فليس باغتصاب لأنه بوجه شرعي .

وحكمه الحرمة ، ووجوب الحد ، والصداق ، والاستبراء .

أما الحرمة والحد فهما محل إجماع بين الفقهاء لأنه زنا واعتداء يحد فيه المعتصب إذا ثبت الوطء بينة أو إقرار ، ولا حد على المعتصبة إجماعا لقوله تعالى (ومن يكرههن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم)² وقوله صلى الله عليه وسلم " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"³ ولقضاء عمر بمحضر الصحابة بعدم حد الجارية التي أكرهها غلام على نفسها⁴ وحد الغلام ، ولأنه - صلى الله عليه وسلم - لم يحد المرأة التي اغتصبها رجل في طريقها إلى المسجد وحده هو⁵ .

1 - التسولي 2 / 325 .

2 - سورة النور الآية 33 .

3 - سبق تخريجه .

4 - رواه مالك في الموطأ المنقح 7 / 147 .

5 - راجع سنن الدار قطني 3 / 92 .

وأما الصداق فقد اختلف فيه ، ومذهب مالك وجوب صداق المثل للحررة المغتصبة بكرا كانت أو ثيبا ، ولو وطئها في دبرها ، وتندرج البكارة في صداق المثل ويتعدد الصداق بتعدد الوطآت أنزل أو لم ينزل على الصحيح¹

وقالت الشافعية تستحق البكر صداق المثل وأرش البكارة زيادة على صداق المثل ، وتستحق الثيب صداق المثل بشرط الإنزال عندهم ويتعدد الصداق بتعدد الوطاء² .

وقال أبو حنيفة لا صداق لها بكرا كانت أو ثيبا³

وللحنابلة قولان أحدهما كقول الشافعية في الجمع بين الصداق وأرش البكارة للبكر والاكتفاء بصداق المثل في الثيب .

والقول الثاني : أن الثيب لا شيء لها بخلاف البكر فلها الصداق وأرش البكارة⁴ ، وحجة الجمهور على وجوب الصداق القياس على وطء الشبهة بجامع أن كلا وطء في غير ملك⁵ ، وحجة أبي حنيفة القياس على الرنا بما طائعة ، وأنه إذا اجتمع حق الله وحق العبد سقط حق العبد⁶ .

¹ - ميارة / 2 - 435 - المنتقى / 5 - 268 - النسوي / 2 - 325 الرزقاني وحاشية بناني / 4 - 28 .

² - انظر المغني / 5 - 251 .

³ - ميارة / 2 - 435 - المنتقى / 5 - 269 - البداية / 2 - 319 .

⁴ - انظر المغني / 5 - 251 .

⁵ - البداية / 2 - 319 - المغني / 5 - 251 .

⁶ - انظر المغني / 5 - 251 - البداية / 2 - 319 .

والصواب الأول والقياس على الطائفة فاسد لا يصح، لوجود الفرق بينهما فالطائفة راضية بإتلاف بضعها والمكرهة معتدى عليها، فلا يصح إلحاقها بها .

ومن جهة ثانية الصداق والحد حقان مختلفان لا يغني أحدهما عن الآخر لأن الحد للزجر على الاغتصاب، والصداق لتعويض المجني عليها .
فهما مصلحتان لا تنوب إحداهما عن الأخرى، ولا تتحقق إلا بتحقق حكمها المترتب عليها ولا مانع من الجمع بينهما قياساً على السرقة توجب الحد والغرم¹ .

❖ شروط استحقاق الصداق

شرط الملكية أربعة شروط لاستحقاق المرأة صداق مثلها

1- أن يكون الوطاء كرهاً أو في حالة نوم المرأة أو سكرها أو إغمائها، وبعبارة جامعة أن لا تكون راضية، فإن كان الوطاء برضاها فلا صداق لها لأنها زانية لا تستحق شيئاً² لنهيه - صلى الله عليه وسلم - "عن مهر البغي"³ ولذلك لا تملك ما تأخذه على ذلك ولو باختيار الزاني بها ورضاه بذلك، بل يجب عليها التصديق به لحديث "إن الله إذا حرم شيئاً

¹ - انظر المنقح 5/ 269 - البداية 2/ 319 .

² - انظر الزرقاني على خليل 3/ 28 - الصولي 2/ 325 - المنقح 5/ 269 .

³ - رواه أبو داود كتاب الإجارة باب في أثمان الكلاب .

حرم ثمنه¹ إلا أن تكون صغيرة أو سفيهة، فإن رضاها كالعدم، ويجب لها صدق مثلها، وقال أشهب: (إن كان مثلها يخدم فلها الصداق، وإن كان مثلها لا يخدم فلا صدق لها)².

2- أن تكون الموطوءة في سن يوطأ مثلها فيه، فإن كانت صغيرة جدا لا يوطء مثلها فلا صدق على واطئها، وإنما عليه ما نقصها عن صدق مثلها، لأن وطأها لا يعد وطأ، وإنما هو جرح كما يقولون³.

3- أن يكون الواطئ بالغاً، ولو سفيهاً، أو مجنوناً، فإن كان صغيراً فلا شيء عليه في وطء الثيب مطلقاً والبكر الرشيدة المطاوعة له، بخلاف البكر الصغيرة والسفيهة فيلزمه في افتضاضهما ما نقصهما عن صدق المثل ولو طاوعته على ذلك لأن رضاها كالعدم في باب الأموال⁴.

4- أن يثبت الوطء ببينة أو اقرار من يعتبر إقراره، وهو الرشيد أو تشهد بينة بأنه غصبها و حملها و غاب عليها غيبة يمكن وطئها فيها، بشرط أن تدعي المرأة الوطء فتصدق في ذلك بعد حلفها، وتستحق صداقها إلا أن تكون بكراً فقيل ينظرها النساء و قيل لا ينظرها و الأول

¹ - سبق تخريجه .

² - التصولي 325 / 2 - المنفى 269 / 5 .

³ - التصولي 325 / 2 .

⁴ - نفس المرجع 325 / 2 .

المعمول به و الثاني هو المشهور¹، فإن أنكر الغاصب الوطاء و صدقته المرأة في ذلك لم يكن لها عليه صداق و لو كانت صغيرة أو سفیهة².

❖ دعوى الاغتصاب

قد تدعى المرأة على رجل أنه اغتصبها و ينكر ذلك و لا بينة لها على دعواها و الحكم في ذلك يختلف باختلاف حال الرجل المدعى عليه و حال المدعية و حال الدعوى من بعد أو قرب، فقد يكون الرجل صالحاً أو فاسقاً أو مجهول الحال، كما أن المرأة كذلك قد تكون معروفة بالعفاف و الصون، أو معروفة بالفساد أو مجهولة الحال .

و الدعوى قد تكون عقب وقوع الحادث بوقت قريب أو بعيد كما قد تكون فور وقوع الجريمة و الفراغ منها، و هو ما يعبر عنه بحالة التعلق و حالة الإدماء قال في المعيار: (معنى قولهم جاءت تدمى أن تأتي صارخة مستغيثة و لو كانت ثيباً)³، وقال التسولي: (التعلق أن تذكر ذلك في الحين لأهلها و ليس المراد أن تأتي ماسكة بيده أو ثيابه، فهذا لا يتأتى لها)⁴.

فالأقسام ثلاثة و في كل قسم تفصيل و اختلاف :

¹ انظر التسولي 325/2، المنقح 269/5 .

² التسولي 325/2 .

³ التسولي 327/2 .

⁴ نفس المرجع و الصفحة .

1- فإن كان الرجل معروفاً بالصالح والفضل ممن لا يليق به ما أهيمته به المرأة فإن الدعوى عليه لا تسمع، ولا تجب عليه يمين ولا صداق، وتحد له حد القذف مطلقاً، وحد الزنا اتفاقاً إذا ظهر بها حمل، وعلى الأظهر إن لم يظهر بها حمل إلا أن ترجع في دعواها فلا تحد للزنا سواء كانت معروفة بالعفاف أو ضده أو مجهولة الحال¹.

ووجه ذلك أن دعواها الاغتصاب تضمنت قذفها للمتهم واعترافاً على نفسها بالزنا، ولا تصدق في دعواها الإكراه بعد اعترافها بوقوع الوطء لأنها تتهم على أنها أرادت إسقاط الحد عن نفسها في حالة ظهور الحمل بها، واختلف إذا كانت الدعوى عليه حين الاغتصاب دون تراخ وهو ما يعبر عنه بحالة الإدماء كما سبق فقال ابن القاسم تحد حد القذف ويسقط حد الزنا ولا صداق لها ولا يمين على الرجل.

وقال غيره يسقط حد القذف كما يسقط حد الزنا وتوجه اليمين على الرجل فإن حلف برئ وإن نكل حلفت هي واستحقت صداق مثلها إذا كانت معروفة بالصون والعفاف واتفق القولان على حدها إذا كانت معروفة بالفسق أو مجهولة الحالة ولا ينفعها في سقوط الحد عنها ما فعلته بنفسها من الفضيحة لأنها معروفة بذلك².

¹ نفس المرجع 327/2 .

² انظر التسوي 327/2 .

2- و إن كان الرجل مجهول الحال لا يعرف بالصلاح و لا ضده، فإن كانت المرأة مثله مجهولة الحال أو معروفة بالفساد لم تسمع دعواها عليه لضعفها و لا يمين عليه و لا صداق و تحد حد القذف و حد الزنا على التفصيل السابق في معروف الصلاح، قياسا لمجهول الحال على معروف الصلاح، و إلحاقا له به في أحكامه .

و إن كانت معروفة الصلاح ظاهرة العفاف فقولان في حد القذف أحدهما تحد حد القذف و لا صداق لها و لا يمين على المدعي عليه .
و الثاني سقوط حد القذف و وجوب اليمين على الرجل فإن حلف برئ و إلا حلفت و استحقت صداق مثلها .

و اتفق القولان على حدها حد الزنا ظهر بما حمل أم لا على الخلاف السابق إلا أن تأتي مستغيثة أو متعلقة به أو جاءت و هي تدمي فلا حد عليها للزنا و لا للقذف إذا كانت معروفة بالعفاف على المشهور و على أحد القولين إذا كانت بخلاف ذلك¹ .

و في الحالتين يجب تحليف الرجل فإن حلف برئ و إلا حلفت و استحقت الصداق .

3- و إن كانت الدعوى على فاسق معروف بالفسق فلا حد عليها للقذف و لا للزنا و لو ظهر بما حمل إذا قامت بالفور .

¹ نفس المرجع و الصفحة .

و اختلف في الصداق على أقوال ثلاثة الأول أن لها صداق مثلها
بمجرد دعواها و لا يمين عليها، و الثاني أن لها الصداق مع اليمين و هو
الراجح و الثالث أنه لا صداق لها بعد يمين المتهم لرد دعواها، فإن نكل
حلفت و استحقت .

فإن تأخرت في دعواها الاغتصاب فإنما تحد حد الزنا إذا ظهر بها حمل
و إلا فلا حد عليها كما لا تحد لقتله في الحالتين، و لا صداق لها إلا أن
المتهم يسجن ويهدد و يضرب فإن طال سجنه حلف و أخلي سبيله، و إن
نكل حلفت هي و استحقت صداق مثلها .

و الخلاصة أنهما لا صداق لها إلا في حالة واحدة و هي دعواها على
الفاسق إذا صاحبت تعلقا، و أنه لا حد على الرجل مطلقا .
و أما هي فلا حد عليها في الدعوى على الفاسق مطلقا، و تحد حد
القتل و الزنا في الدعوى على الصالح و المجهول مع عدم التعلق .

الفصل الثالث : التعدي

1- حقيقة .

التعدي لغة تجاوز الحد ومنه قوله تعالى : (ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا)¹ . وفي الشرع يطلق بمعنى العدوان والظلم، وهو بهذا المفهوم أعم من الغصب ويتنوع إلى أربعة أنواع :

- التعدي على النفوس بقتلها .

- التعدي على الأبدان بالجرح أو القطع .

- التعدي على الفروج بوطئها .

- التعدي على الأموال بأخذها أو إتلافها أو إفسادها .

و يطلق عند فقهاء المالكية بمعنى خاص مقابل للغصب .

و بهذا المعنى عرفه المازري بقوله : هو الانتفاع بملك الغير بغير حق

دون قصد تملك الرقبة أو إتلافه أو بعضه دون قصد تملكه² .

فأخرج بقوله بملك الغير الانتفاع بملكه أو بما ليس مملوكا لأحد، كما

أخرج بقوله بغير حق الانتفاع به بحق كالإجارة والعارية ونحوها .

واحترز بقوله دون قصد تملكه عن الغصب فإن الغاصب يقصد

باستيلائه على مال الغير تملكه ولا يكتفي بالانتفاع به، وأشار بقوله أو

¹ من الآية 229 البقرة .

² شرح حدود ابن عرفة للرصاص ص 493 .

اتلافه أو بعضه إلى أن التعدي كما يكون بالانتفاع بملك الغير يكون أيضا باتلافه كليا أو جزئيا كحرق الثوب وقطع يد أو رجل حيوان أو غيره .
و عرفه ابن عرفة بقوله: هو التصرف في الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه¹ فقوله التصرف جنس يشمل كل أنواع التصرفات المباشرة والمتسببة، كما يشمل التصرف بالانتفاع بالشيء مع الإبقاء على عينه، كسكنى الدار ولبس الثوب والتصرف بالاستهلاك كأكل الطعام وشرب ما يشرب، والتصرفات بالإتلاف كهدم الدار وقتل الحيوان وقطع الشجر.
وشمل قوله بغير إذن ربه التصرف بإذن من مالكه إذا تجاوز المأذون له حدود الإذن، مثل المستعير والمستأجر لمدة محددة أو مسافة معينة، أو حمل محدود إذا تجاوز الشرط المتفق عليه، فاستعمل المستعار أو المكترى لمدة أطول أو مسافة أبعد، أو حمل عليه أكثر فعطب أو هلك، فإنه يلزمهما الضمان بتجاوزهما محل الإذن، فصارا معتدين متصرفين بغير إذن في القدر الذي تصرفا فيه، فلذلك يضمنان².

واحترز بقوله بغير إذن ربه عن تصرفه فيه بإذن ربه فلا يُعد تعديا، فيدخل في ذلك تصرف الشريك في المشترك، وعامل القراض في رأس المال، والأجير مطلقا فيما استوجر عليه، والوكيل فيما وكل فيه، والولي فيما

¹ التصولي 315/2 ، شرح الحدود ص 493 .

² انظر الخطاب 31/6 .

وليه، والرسول فيما أرسل به، والمأمور فيما أمر به وغيرهم من كل من يتصرف بإذن المالك، فلا يعتبر تصرفه. تعدياً ولا يضمن ما ترتب على فعله، إلا أن يكون هناك تعد أو تفريط، لأنهم مأذون لهم أمناء على ما أذن لهم ولا ضمان على الأمين¹.

والإذن قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً .

واحترز بقوله دون قصد تملكه من الغصب أيضاً كما سبق في تعريف المازري.

❖ أركان التعدي وشروطه .

من خلال التعريفين نتعرف على أركان التعدي وشروطه وهي :

1- أن يكون هناك تصرف في الشيء سواء كان هذا التصرف فعلاً كسكنى الدار وهدمها، أو كان قولاً كشهادة الزور والوشاية ببراءة لدى ظالم يغرمه باطلاً²، أو كان امتناعاً عن فعل كترك انقاذ ما يتعين إنقاذه حتى هلك كترك ولي المحجور صيانة مال المحجور حتى هلك، وترك ناظر الوقف صيانته حتى هلك، وترك إعطاء الولي مال اليتيم بعد رشده حتى هلك³ وترك المحبس عليه إصلاح الحبس حتى هلك⁴، والامتناع من أداء

¹ انظر البصرة 2/ 233 - 234 .

² انظر المعيار الجديد للوزاني 7/ 201 .

³ انظر الميارة على النخبة 2/ 362 ، التسولي 2/ 219 ، النوازل الصغرى 3/ 541 .

⁴ انظر التسولي 2/ 219 .

الشهادة بمال لصاحبه حتى ضاع له¹، وكمن مر بحيوان مشرف على الهلاك فلم يذكه حتى مات²، أو على لقطة امتنع من التقاطها حتى ضاعت، أو حبس طعاما أو شرابا عن مضطر إليهما حتى هلك³ ففي ذلك كله يعتبر التصرف اعتداءا يتحمل فيه المعتدي ضمان ما هلك بسبب فعله أو تسببه. فإذا لم يكن هناك أي تصرف في الشيء ولا تسبب في تلفه من قريب أو بعيد لم يعتبر ذلك تعديا، وذلك واضح.

2- أن يكون الشيء المتصرف فيه ملكا لغير المتصرف لأنه في هذه

الحالة يتحقق الاعتداء ويخرج بهذا القيد:

أ- التصرف في المباحات التي لا مالك لها شرعا مثل التصرف في أعماق المحيطات وأعالى البحار، والأرض الموات ومياه الأنهار العامة، والطيور الطائرة والوحوش المتنقلة، وغير ذلك من كل ما لم تحزره يد أحد لأنه غير مملوك لأحد.

ب- التصرف في الأشياء المحرمة شرعا التي لا يصح تملكها مثل الميتة والدم، والكلاب غير المأذون في اتخاذها، والصليب وكتب الضلال والكفر وآلات اللهو المحظورة، والأشرطة الممنوعة ونحو ذلك من كل ما لا يصح

¹ خليل بشرح الخرخشي 341/2.

² نفس المرجع 341/2.

³ نفس المرجع.

تملكه شرعا، فذلك كله لا يسمى اعتداء، ولذلك لا ضمان على متلف ذلك إلا الخمر و الخنزير إذا كانا لدمي فإنه لا يجوز للمسلم إتلافهما، ويجب عليه ضمانهما، وقال الشافعية والحنابلة لا ضمان على متلفهما¹.

ج- تصرف الإنسان في ملكه فإنه لا يعد تعديا مهما نتج عنه من ضرر لغيره ما دام يقصد بتصرفه نفع نفسه لا إذاية غيره .

ولذلك قال المالكية من عمل عملا يقصد به نفع نفسه لا إذاية غيره في موضع لا يعد فيه متعديا بفعله فنشأ عنه عطب حيوان أو إنسان أو غيرها فإنه لا ضمان عليه ولا غرم، قال ابن مرزوق: (من فعل ما يجوز له لا يضمن، والذي يجوز له أن يكون في أرضه أو في مكان أذن له فيه)²، ومن هنا جرت الفتوى على أنه لا ضمان على من حفر بئرا في أرضه لمائه أو سباع ونحوها فتلف فيها إنسان أو حيوان أو غيرهما³ وما يتلفه عليه المأذون في اتخاذ⁴ ومرسل النار في أرضه فيتلف ما بعد عنها مما يظن أنها لا تصله النار⁵ أو أوقف دابته بباب داره⁶. أو رش قناة تبريدا أو تنظيفا فزلق

¹ الحارثي 357/5 ، المغني 276/5 ، الفقه الإسلامي وأدلته 745/5 .

² النوازل الصغرى 543/3 .

³ الحارثي 265/5 ، انظر البصرة 241/2 .

⁴ انظر ميارة 321/2 .

⁵ الحارثي 272/5 - 273 ، الرهوني 167/8 .

⁶ انظر قول خليل: أو ربط دابته بطريق فإن مفهومه أنه لا شيء عليه إذا ربطها بباب داره ، الحارثي 265/5 .

فيها أحد¹ لأن هؤلاء جميعا تصرفوا في أملاكهم بغير قصد الإضرار بغيرهم،
وتصرفوا بوجه جائز لهم شرعا.

ويستثنى من ذلك حالات يلزم المتصرف في ملكه ضمان ما نشأ من
أضرار لغيره بسبب تصرفه إذا تصرف في ملكه بقصد الإضرار بغيره وإذايته
لا بقصد نفع نفسه².

ومن هنا وقع الإفتاء بتضمين من حفر بئرا في ملكه ليقع فيها من
دخله من إنسان أو حيوان³ أو جعل في بابه أو على حائطه أشواكا أو
زجاجا أو محددا ليصيب من تسلق جداره أو دخل باب داره، أو اتخذ كلبا
عقورا في داره ليعقر من دخلها أو في غنمه ليعدو على من أرادها⁴، أو
أمسك طعامه وشرابه عن المضطر إليهما لملاكه⁵ ففي جميع ذلك يعتبر هذا
التصرف تعديا ويجب على من قام به ضمان ما هلك من مال أو نفس
مؤاخذة له بسوء قصده وقبح نيته إذ أساء استعمال حقه ولم يحسن
التصرف في ملكه واقترب تصرفه بالإهمال والتقصير وترك الحيطة والحذر من
الإضرار بالغير، كالموقد نارا في أرضه بجوار أرض غيره أو داره أو في يوم

¹ نفس المرجع .

² انظر الخرشبي و حاشية العدوي 266/5 .

³ انظر الخرشبي و حاشية العدوي 265/5 .

⁴ نفس المرجع و الصفحة ، التبصرة 240/2 - 241 ، المعيار الجديد 227/7 .

⁵ انظر الزرقاني 20/3 .

ب- التصرف في ملك الغير دفاعاً عن النفس في حالة الوصول عليه والخوف على نفسه كما إذا صال عليه ثور أو جمل أو كلب فقتل ذلك أو عيبه في حال الدفاع عن نفسه أو نحرجه عليه محارب أو باغ ونحو ذلك فإنه لا ضمان على المدافع عن نفسه لأنه تصرف بوجه شرعي بحق¹ على الشروط الآتية بعد .

ج- التصرف بإذن المالك فإنه لا يعد تعدياً ما دام في حدود الإذن ولا يترتب عليه ضمان إذا نتج عنه تلف أو عيب في المأذون في التصرف فيه ومن هنا جرت الفتوى أيضاً بعدم الضمان على مكترى الدار يتخذ فيها تنورا ليخبزه فتحترق الدار وما فيها² أو ربط دابته بباب الدار فكسرتة، ومن يحفر بئراً في أرض غيره بإذنه فيقع فيها إنسان أو حيوان لأنه مأذون له³ وكذلك الأجير الراعي وغيره⁴، ومنه الطبيب والبيطري والحجام والختان وكل صانع يعهد إليه بعمل لا ضمان عليه إذا بذل جهده في إجادته عمله وخالفه الحظ فنشأ عن عمله تلف نفس أو مال لأنه مأذون

¹ انظر تبصرة بن فرحون 350/2 .

² النوازل الصغرى 540/3 .

³ انظر الخرشى 265/5 ، التبصرة 241/2 .

⁴ النوازل الصغرى للوزانى 529/3 .

له في التصرف إلا أن يكون هناك تعد أو تفريط، أو يكون جاهلاً بعمله فيلزمه الغرم¹ لحديث "من تطيب ولم يعلم منه طب فهو ضامن"².

وفي نوازل الوزاني: وكذا ما ينشأ عن الحدود والآداب وكل من فعل فعلاً يجوز له من طيب وشبهه على وجه الصواب فتولد منه هلاك أو تلف مال فلا ضمان عليه، فإن كان جاهلاً أو لم يوذن له أو أخطأ فيه أو في مجاوزته أو قصر يعني أو كان منه تقصير فالضمان³ وكذا المكري لا يضمن ما سقط من دابته أو عثرت فأفسدته إن لم يغر من عثار أو ضعف أو حبل⁴ وكذا مكري الدابة لا يضمن عطبها إن حمل ما أذن له فيه بتعيين أو عادة أو سار بها نحو ذلك⁵ وكذا الملاح في السفينة وأجير الخدمة لا ضمان عليه ولو فيما وطئ عليه فكسره⁶، وكذا مستأجر الأمتعة يتصرف فيها بالمعتاد⁷ ومقب الإئاء ليشتريه لا ضمان عليه إن سقط منه فانكسر للإذن في ذلك، ويضمن ما سقط عليه لعدم الإذن، ومودع الجرار بنقلها نقل مثلها فتنكسر

¹ تبصرة ابن فرحون 243/2 - 231 ، النوازل الصغرى 541/3 .

² رواه أبو داود كتاب الديات باب فيمن تطيب ولا يعلم منه طب فأعنت رقم 4588 .

³ النوازل الصغرى 542/3 .

⁴ انظر التسولي 260/2 .

⁵ نفس المرجع .

⁶ تبصرة ابن فرحون 234/2 .

⁷ التسولي 155/2 .

لا يضمن إلى غير ذلك وهي مسائل تفوت الحصر ويكفي بعض ما ذكر منها في التأنيس، ومن خلال هذه النوازل يستخلص القواعد التالية :

- (أن كل من لم يؤذن له في التصرف فهو ضامن لتبعات عمله)¹ .

- (أن كل من أذن له وتصرف على الوجه اللائق لا ضمان عليه إلا

أنه لا بد أن يكون الإذن ممن يعتبر إذنه فلا يعتد بإذن الصغير والسفيه
مثلاً)² .

- (أن الإذن قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً كما في مسألة تعيين

المحمول بحسب العادة).

- (أن التغوير بالفعل يوجب الضمان على الغار كما في مسألة

الحمال الذي يغر باستعمال الحبال الضعيفة والدابة العثور أو الشاحنة
المعطوبة أو السفينة غير الصالحة ونحو ذلك)³ .

- (أن الجاهل بعمله يتحمل مسؤولية خطئه وكذلك المقصر والمعتدي

لما أذن له فيه)⁴ ، قال ابن عبد السلام: (ويؤدب الجاهل، ولا يؤدب

المخطئ، وهل يؤدب من لم يؤذن له فيه نظر)⁵ .

¹ انظر ميارة 426/2 ، النوازل الصغرى 542/3 .

² النوازل الصغرى 541 /3 ، التبصرة 241/2 .

³ المعيار الجديد للوزاني 182/8 .

⁴ النوازل الصغرى 541 /3 .

⁵ البصرة 243/2 .

- (إن كان من فعل ما يجوز له فعله فنشأ عن فعله تلف مال أو عطب فلا ضمان عليه)¹.

أقسام التعدي :

قسم الفقهاء التعدي عدة تقسيمات :

- 1- فهو باعتبار محله ينقسم إلى أربعة أقسام رئيسية :
 - 1- التعدي على الأرواح البشرية بقتلها .
 - 2- التعدي على الأبدان بجرحها أو قطع بعضها أو إتلاف منافع أعضائها .
 - 3- التعدي على الفروج بوطئها واستباحتها .
 - 4- التعدي على الأموال باستعمالها أو إتلافها أو إفسادها .
- و التعدي على الأموال باعتبار أثره فيها يتنوع إلى ثلاثة أنواع :
 - 1- التعدي على المنافع باستعمالها أو تعطيلها كسكنى الدار أو إغلاقها وحرث الأرض أو تبويرها، واستعمال الدابة والسفينة أو ربطها وحبسها .
 - 2- الاعتداء على رقاب الأموال بإتلافها واستهلاكها كحرق الثوب وقتل الدابة وهدم البناء وقلع الشجر و نحو ذلك .

¹ النوازل الصغرى 483/3 - 542 .

3- الاعتداء على الرقاب بإفسادها كتمزيق الثوب والكتاب، وكسر الحلي وإعطاب الآلات وشبه ذلك .
كما ينقسم التعدي باعتبار فاعله ومحدثه إلى قسمين اعتداء مباشر و
اعتداء تسبب:

1- الاعتداء المباشر هو كل تصرف يحدث ضررا في المال مباشرة من غير واسطة كالحرق والقتل والأكل وإلقاء المال في البحر ونحو ذلك .
2- التعدي تسببا هو ارتكاب فعل في محل يفضي إلى تلف غيره، وقال القرافي السبب ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط، والتسبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة، كحفر بئر بطريق المسلمين أو ملك غيره بدون إذنه وفي ملكه فيقع فيها غيره، وفتح قفص طير فيهرب أو حل قيد دابة أو حصار سيارة أو تقطيع وثيقة حق أو تقديم طعام مسموم لشخص وإيقاد النار في يوم عاصف أو في أرض معشوشبة، ومنع الشخص من ماله والحيلولة بينه وبين ماله حتى هلك والامتناع من علاج المريض وإنقاذ الغريق حتى هلك ونحو ذلك من كل تصرف نتج عنه هلاك نفس أو مال بواسطة فإنه يعتبر تعديا موجبا للضمان مثل السحان والرسول يطلقان المدين بغير إذن الغريم، والمأمور بحراسة شيء فتركه حتى يسرق والمكلف

بإغلاق الباب على متاع فتركه مفتوحا وقال أغلقته، وباني الجسور المفرط في بنائها فحرفها الماء وغير ذلك كثير.

❖ ضمان التعدي

مبدئيا التعدي جناية توجب الضمان على المتعدي اجماعا في التعدي المباشر وعلى اختلاف بين الفقهاء في كثير من حالات التعدي تسببا حيث يراها بعضهم موجبة للضمان، ويراها غيره لا توجهه، بعد اتفاقهم مبدئيا على الضمان بالتسبب وكنموذج على ذلك نورد بعض الحالات المختلف فيها :

1- مسألة تقطيع الوثيقة المتضمنة للحق والشهادة به أو حرقها فيضيع الحق بسبب ذلك فعند مالك يضمن المتعدي الحق الضائع كما يضمن ثمن الورقة¹ بينما يرى الشافعي تضمينه ثمن الوثيقة كورقة ولا يضمنه الحق الضائع بضائعها.

2- اختلافهم فيمن فتح باب دار شخص أو حانوته وتركه مفتوحا فسرق أو دل لصا أو ظالما على مال غيره فأخذه أو فتح قفص طائر فطار أو حل وثاق دابة فهربت أو رباط سفينة فغرقت فقال أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف بسقوط الضمان في هذه الحالات² وقال المالكية والحنابلة

¹ انظر النوازل الصغرى 129/3 .

² انظر البداية 311/2 ، الفقه الاسلامي و أدلته 741/5 .

بوجوبه في الجميع¹ وفصل الشافعي في فتح القفص فقال: إن هيجه بعد فتح القفص ضمن وإلا فلا ضمان لأنه طار باختياره، وقال في فتح الباب والدلالة على المال بعدم الضمان².

وأما حل رباط السفينة فقال إذا غرقت في الحال لزمه الضمان وإن وقفت ثم غرقت فإن كان بسبب ربح لم يضمن وإلا فقولان لهم³.

2- اختلافهم فيمن حال بين الإنسان وماله حتى هلك فقال المالكية

والحنابلة بوجوب الضمان لتسببه في هلاكه⁴، وقال الحنفية إن كان المال

منقولاً ضمنه، وإن كان عقاراً لم يضمنه⁵ وللشافعية قولان أحدها الفرق

بين قصد ذلك وعدمه، فقالوا إن قصد التسبب منع المالك من ملكه ضمنه،

وإن لم يقصد ذلك فلا ضمان عليه لأنه لم يتصرف في المال التالف فلا يعد

متعدياً، والأصح عندهم أنه لا يضمن مطلقاً⁶.

¹ انظر التبصرة 244/2 .

² البداية 311/2 ، الفقه الإسلامي و أدلته 742/5 .

³ نفس المرجع .

⁴ انظر حاشية العدوي على الخرشبي 4 / 368 .

⁵ الفقه الإسلامي و أدلته 244 / 5 .

⁶ - انظر نهاية المحتاج 5 / 142 .

❖ اجتماع المباشر والمتسبب .

الأصل والقاعدة العامة في ضمان التعدي أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب من جهتين أنه يقدم المباشر على المتسبب¹ .
 وكمثال على ذلك من حفر بئرا في أرضه ليقع فيها شخص فأرداه فيها آخر فإن الضمان على المردى لمباشرته دون الحافر لتسببه² .
 وقد يقدم المتسبب على المباشر إذا كان السبب أقوى من المباشرة،
 وكمثال على ذلك من قدم طعاما مسموما لشخص فأكله غير عالم به فإن الأكل مباشر لقتل نفسه ومقدم السم متسبب والقصاص واجب على المتسبب وحده، لجهل المباشر بحقيقة الأمر، فتزل فعله منزلة العدم³، ومثله الهارب الخائف إذا وطئ شيئا أو صدمه فأتلفه فإن الضمان على الذي أخافه لتسببه⁴ وكذلك شاهد الزور المتسبب في تلف مال أو هلاك نفس يعتبر متسببا والقاضي مباشر، والغرم واجب على الشاهد دون القاضي، لأن القاضي أسير الشاهد من جهة، ومن جهة أخرى المصلحة العامة تقتضي تقديم الشاهد على الحاكم في الضمان، لأنه لو كان العكس لرهق الناس في القضاء خوفا من الضمان ولتشجع شهود الزور على ممارسته

¹ انظر الحرشي 378/4 .² الحرشي 370/4 .³ انظر الحرشي 267/5 .⁴ النصرة 248/2 .

لأمنهم من العقاب والضمان، فكان من المصلحة تضمين الشاهد وإعفاء
القياضي رغم مباشرته¹.

وقد يكون الضمان على المباشر والمتسبب معا إذا استويا في القوة ولم
يترجح أحدهما على الآخر أو كان التسبب أقوى .

ومن أمثلة ذلك الإكراه على القتل أو إتلاف مال الغير فإن المكره
(بافتح) مباشر والمكره (بالكسر) متسبب، والقصاص والضمان واجبان
عليهما معا لقوة الإكراه وضعف المباشرة أمامه، وكذلك الإمساك للقتل
فإن القاتل مباشر، والممسك متسبب، والقصاص عليهما معا².

والدال على مال الغير فغصب، فإن الغاصب مباشر، والدال متسبب،
والضمان عليهما معا إلا أنه يقدم في الغرم الغاصب على الدال³.

وفي حالة اجتماع مباشرين يتحمل الجميع ضمان ما اشتركوا في
إتلافه ويؤخذ كل واحد منهم بجميع ما أتلفوه، قال في الرسالة (وكل
واحد من اللصوص ضامن بجميع ما سلبوه من الأموال)⁴، ولا بن شاس (لو
ولي أحد من المحاربين أخذ المال ثم ظفرنا بغيره فإنه يلزمه غرم جميع ذلك
المال كان أخذ حصه أو لم يأخذها)⁵.

¹ انظر ابن سلون 214/2 .

² الخروشي 268/5 .

³ انظر الخطاب 29/6 .

⁴ النوازل الصغرى 550/3 .

⁵ نفس المرجع 549/3 .

أما في حالة اجتماع متسببين فإنه يقدم السبب القريب على السبب البعيد، ومن أمثلة ذلك اجتماع فتح القفص وتنفير الطير، فإذا فتح شخص قفص طير وتفره آخر فإن الضمان على الذي نفره، لأن سببه قريب وسبب الآخر بعيد، وكذلك إذا فتح شخص زق سمن جامد وأدناه آخر من النار فذاب وسال فإن الضمان على من قربته من النار، لأن سببه أقرب من سبب الفاتح، أو فتح حرزا فدخل سارق المتاع فإنه يقدم آخذ المتاع لأنه أقرب¹. وفي حالة وجوب الضمان بمباشرة أو تسبب فإنه يستوي في ذلك العمد والخطأ، والرشيد والسفيه والصغير والمجنون والنائم والسكران، فالجميع سواء في لزوم الضمان ووجوبه عليهم إذا تعدوا على مال الغير، لأن الضمان من باب نخطاب الوضع يستوي فيه المكلف وغيره، والعامد والمخطئ والمكره والمختار، وقيل لا ضمان على غير المميز في نفس ولا مال².

❖ نوع الضمان الواجب في التعدي وكيفية

يتنوع الضمان في التعدي بحسب نوع التعدي الواقع على المال المعتدى عليه، ففي حالة الاعتداء على المنفعة يجب ضمان قيمتها، سواء استعملها أو عطلها، فإذا اعتدى على دار بقصد سكنها أو على أرض

¹ الخرشى 330/4

² الخطاب 25/6

بقصد حرثها أو دابة أو شاحنة بقصد استعمالها فإنه يجب عليه غرم كراء الدار والأرض والدابة والشاحنة مدة الاعتداء عليها، سواء سكن الدار أو أغلقها، وسواء حرث الأرض أو بورها، وسواء ركب الدابة واستخدم الشاحنة أو تركها، بخلاف الغاصب فإنه لا يضمن ما عطل وإنما يضمن ما استعمل على المشهور¹.

وفي حالة الاعتداء على العين باستهلاكها أو إتلافها فإنه يجب عليه غرم مثل المثلي وقيمة المقوم على الخلاف والتفصيل السابقين في الغصب فإنهما يجريان في التعدي² إلا أن القيمة في باب الغصب تعتبر يوم الغصب عند الملكية، وفي التعدي تعتبر يوم الإتلاف، لأنه لم يسبقه غصب³ فإذا أكل طعاما أو قتل حيوانا أو أحرق ثوبا غرم قيمة ذلك يوم الأكل و القتل والإحراق.

وفي التعدي على العين بإفسادها فهناك تفصيل وهو :

1- أن يكون الفساد قليلا يسيرا، فيلزم المتعدي إصلاح ما أفسد إذا أمكن إصلاحه، ويغرم قيمة ما نقصه العيب الحادث بالتعدي⁴، فإذا خرق ثوبا أو كسر حليا أو خرق إطار سيارة فإنه يجب عليه رتق الثوب وإصلاح

¹ النسوي 321/2 ، البداية 216/2 .

² نفس المرجع 321/2 ، النخفة بشرح ميارة 176/2 .

³ النسوي 321/2 .

⁴ نفس المرجع 324/2 .

الحلي وإطار السيارة ويغرم قيمة ما نقصه الثوب والحلي والإطار بعد الإصلاح، فيقوم سليما من العيب ويقوم معيبا، ويغرم ما بين القيمتين، فإن عاد إلى حاله بعد إصلاحه ولم ينقص من قيمته شيء فلا شيء على المعتدي، وليس لربه الحق في إلزام المعتدي بأخذه ودفع قيمته له، كما ليس للمعتدي الاحتفاظ به ودفع قيمته لربه¹.

2- أن يكون الفساد كثيرا، وقد اختلف فيه فالمشهور أن ربه يخير إن شاء تركه للجاني وأخذ منه قيمته كاملة، وإن شاء أخذ متاعه بعينه كما هو معيبا ويرجع بقيمة العيب على الجاني. ولا يلزمه إصلاحه، وقيل يكلف إصلاحه إن أمكن².

واختلف في أجرة الطبيب والدواء إذا احتيج إليه لجرح ونحوه فقليل تجب على المعتدي في اليسير والكثير، وقيل لا تجب عليه والقولان مرجحان وأقربهما للصواب وجوبها على الجاني لأن الظالم أحق بالحمل عليه³.

وتوقف ابن رحال في إلزام الجاني بتعويض المجني عليه عن عمله مدة عجزه عن العمل حيث قال: وتترل عندنا نازلة كثيرا ما يجرح الخماس في وقت الحصاد أو وقت الحرث في يديه مثلا فيمنع من العمل هل يلزم الجاني

¹ نفس المرجع.

² نفس المرجع 324/2.

³ انظر حاشية ابن رحال على الميارة 430/2، النسولي 324/2 الرهوني 6/233.

أن يعطيه أجيرا يخدم في محله مستدلا عليه بأنه عطله ولا عنده ما يعيش به غير ما ذكر، ويظهر من كلام اللخمي في الصانع وفي أجره الطبيب أنه يلزم ذلك الجاني، لأن الظالم أحق بالحمل عليه لا سيما وهو متعد ظالم للحماس وختم حديثه بقوله لم أقف فيه على نص بعد البحث عنه والعلم عند الله، وعقب عليه الرهوني بأن نصوص المتقدمين والمتأخرين مصرحة بخلافه¹.
وضابط الفرق بين الفساد اليسير والكثير أن الكثير هو ما يفوت المقصود من الشيء، ولا يتأتى لمالكه استعماله على تلك الحال، واليسير بخلافه لا يفوت المقصود ويبقى الانتفاع به كما كان قبل تعييبه².

❖ الفرق بين التعدي والغصب .

إذا كان كل من الغصب والتعدي جناية على مال الغير بدون حق يعاقب عليها مرتكبها بالسجن والضرب، ويلزم بتعويض المجنى عليه عن ماله فإنهما يختلفان عند الفقهاء المالكية في كثير من الأمور:
1- أن الغصب استيلاء على المال بقصد تملكه والاحتفاظ به لنفسه وأما الاعتداء فهو استيلاء على العين بقصد الانتفاع بها دون قصد تملكها

¹ نفس المرجع 430/2 ، التسوي 324/2 الرهوني 6 / 233 .

² انظر ميارة على التحفة 431/2 .

وقد يكون إتلافا للعين بغير قصد تملكها أيضا، فالغاصب يقصد الرقبة وملكها، والمعتدي إتلافها أو الانتفاع بها¹.

ويرجع في معرفة ما يقصده الظالم من الاستيلاء على المال إلى قرائن الأحوال أو إقراره بقصده، فإن لم يكن إقرار ولا قرينة فالقول قوله فيما يدعيه من قصد المنفعة أو الذات، لأن ذلك لا يعرف إلا من قوله، والقاعدة أن كل ما لا يعرف من الأمور القلبية إلا بقول مدعيه يصدق فيه².

2- أن الغاصب يضمن السماوي وغيره، بخلاف المعتدي فإنه لا يضمن السماوي³ فإذا استولى شخص على سيارة أو سفينة بقصد السفر عليها أو حمل بضائعه ثم يردّها فغرقت السفينة بغير سبب المعتدي لم يضمن ذلك، بخلاف الغاصب فإنه يضمنها إذا قصد بأخذه تملكها.

3- أن المعتدي يضمن الغلة مطلقا استغلها أو عطّلها، بخلاف الغاصب فإن المشهور في المذهب أنه لا يضمن إلا ما استعمل⁴ فإذا غصب شخص دارا أو أرضا فأغلق الدار وبور الأرض فلا ضمان عليه بخلاف المعتدي إذا أغلق الدار أو بور الأرض مثلا فإنه يضمن ذلك.

¹ انظر التسولي 321/2.

² نفس المرجع و الصفحة.

³ انظر الرهوني 225/6، التسولي 321/2.

⁴ التسولي 321/2.

4- أن الغاصب يضمن القيمة يوم الغصب، والمعتدي يضمنها يوم التعدي¹ فإذا غصب دابة وهي تساوي ألفا وقتلها وهي تساوي ألفين فإنه يغرم ألفا فقط على مذهب مالك ولا تعتبر قيمتها يوم القتل بخلاف التعدي فإنها تعتبر القيمة يوم القتل .

5- أن الغاصب إذا رد المغصوب بعينه سالما لزم ربه قبوله ولو تغيرت أسواقه²، بخلاف التعدي فإن المعتدي إذا حبس العين عنده حتى تغيرت الأسواق وانخفضت فإن المالك يخير في قبولها أو تضمينه قيمتها ولو ردها سالمة³ .

6- أن العيب اليسير في الغصب يوجب تخيير المالك في أخذ متاعه مع قيمة العيب وفي أخذ القيمة وتركه للغاصب، بخلاف التعدي فإنه ليس لرب المال إلا أخذ أرش العيب إذا كان يسيرا ولا خيار له في أخذ قيمة متاعه وتركه للسعدي⁴ .

فإذا غصب ثوبا فخرقه أو دابة فقطع ذنبها أو فقأ عينها فلرب الثوب أو الدابة أن يترك الثوب والدابة للغاصب ويأخذ قيمتها منه .

¹التسوي 321/2 .

²الخرشي و حاشيته العدوي 379/4 ، التسوي 321/2 .

³التسوي 321/2 .

⁴حاشية الوزاني على النحلة 3/ الكرامة 49 ص 6 ، التسوي 321/2 - 322 .

أما إذا اعتدى على الثوب في يد مالكة فخرقه أو اعتدى على الدابة في يد صاحبها فجرحها أو فقأ إحدى عينيها فإنه ليس لصاحب الثوب والدابة إلا أرش العيب الذي أحدثه المتعدي في الثوب والدابة، وليس له تركهما له والرجوع عليه بقيمة الثوب والدابة كاملة .

❖ مسؤولية الإنسان عن جناية حيوانه .

المقصود بجناية الحيوان ما يحدثه في الزروع والكروم والحوائط من الفساد وما يلحقه بالإنسان وغيره من الأمتعة من تلف وضرر مثل الكلب يعقر الإنسان والثور ينطح غيره من إنسان وحيوان، والجمل يصل على إنسان فيقتله والماشية ترعى الزرع، والدابة تطأ طفلاً فتقتله أو تضرب برجلها أو يدها شيئاً فتقتله أو تفسده، وما أشبه ذلك من أفعال الحيوانات التي ينتج عنها ضرر لغيره .

وقد اختلف الفقهاء في حكمها اختلافاً كثيراً داخل المذهب وخارجه لاختلاف الأدلة وتعارضها .

ومذهب المالكية التفصيل بين الزرع والشجر وبين غيرهما من الأمتعة والإنسان من جهة، وبين الضارية المعروفة بالعداء وغيرها من جهة أخرى، وبين ما أفسدته ليلاً وما أفسدته نهاراً، وبين المربوطة والمرسلة من جهة ثالثة على النحو التالي:

1- الجنابة على الزروع والحوائط :

والأصل العام والقاعدة المعتبرة عندهم في الزروع والحقول والحوائط أن ما أفسدته ليلاً فعلى ربها، وما أفسدته نهاراً فهدر لا ضمان فيه على أربابها¹ وحثهم في ذلك الكتاب والسنة والنظر :

أما الكتاب فقوله تعالى: (و داود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفثت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين)² بناء على أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ إلا أن الباجي رد هذا الاستدلال بأنه ليس في الآية بيان ما حكم به، وما يذكره المفسرون في بيانه لا تقوم به حجة لأنه من أقوالهم³.

وأما السنة فحديث الموطأ "أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل فضمانه على أهلها"⁴.

¹ البداية 317/2 - 318 ، البصرة 2/249 .

² الآية 77 الأنبياء .

³ المنقذ 61/6 .

⁴ الموطأ بشرح المنقذ 61/6 .

وأما النظر فإن الليل ليس وقت الرعي في غالب الأحوال بخلاف النهار فإنه وقت رعي المواشي عادة، ولذلك وجب على أصحاب المواشي حفظ مواشهم بالليل لأنه وقت النوم والراحة لأرباب الزرع وكان على أرباب الزرع والحوائط حفظ زرعهم وحوائطهم بالنهار وعملا بالعرف والعادة في الحالتين وبهذا يقول الشافعية أيضا¹ إلا أن المالكية زادوا على ذلك فاستثنوا حالات يجب فيها الضمان مطلقا فيما أفسدته ليلا ونهارا وحالات لا ضمان فيما أفسدته ليلا أو نهارا.

حالات لزوم الضمان ليلا و نهارا :

1- الحوائط المهملة التي لا يأتيها أصحابها إلا في أيام الجذاذ فإن الضمان فيها لازم لأرباب الماشية فيما رعته ليلا أو نهارا كما قال أبو محمد².

2- إذا أرسلت بين المزارع أو قرية منها أو في موضع مخصص للمزارع ولا مراعي فيه والضمان في هذه لازم فيما أفسدته ليلا أو نهارا لتعديه بإرسالها إلى تلك المواضع بدون حافظ³.

3- إذا كانت الماشية ضارية معروفة بالعداء إذا تقدم لأهلها والضمان هنا على ربها ليلا ونهارا أيضا، إلا أن يكون معها راع قادر على

¹ البداية 318/2 .

² البصرة 249/2 ، المعيار 338/8 .

³ البداية 318/2 ، المنتقى 63/6 .

منعها فلا ضمان عليه إلا أن يفرض أو يقصر في منعها، وما أصابته قبل التقديم إلى أهلها فلا ضمان عليهم¹ والقول قوله في عدم التفريط حتى يتبين خلافه².

وقال مالك وغيره إذا كانت معروفة بالعدوان على زرع الناس وتعذر على أهلها حفظها فإنها تغرب وتباع في بلاد لا زرع فيها أو يذبحها رفعا للضرر بالجيران، إلا أن يشاء ربها أن يفعل ذلك بنفسه فلا يكره على ذلك ولا تباع لغيره جبرا عليه³ لقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)⁴.

4- إذا كان معها راع قادر على حفظها فإنه يضمن ما أفسدته ليلا أو نهارا إلا أن تقهره وتغلبه على أمره فإنه لا ضمان عليه والضمان على أربابها⁵ واختلف إذا كان الراعي صغيرا فقليل لا ضمان عليه وقيل يضمن⁶ وهو الموافق لقاعدة تضمين الصغار ما أفسدوه من مال، فإنه لا فرق بين ما باشروا فساده وما تسببوا فيه باهمال الماشية والتقصير في حفظها ومنعها من رعي-زرع الغير.

¹ أنظر المنتقى 61/6 ، حاشية العدوي 374/5 .

² حاشية العدوي 374/5 .

³ المنتقى 61/6 .

⁴ من الآية 29 النساء .

⁵ البصرة 2/249 ، ابن سلمون 2/83 ، و انظر المعيار 8/338 - 353 .

⁶ حاشية العدوي 374/5 .

حالات سقوط الضمان مطلقا ليلا ونهارا :

يسقط الضمان عن أرباب الماشية فيما أفسدته ليلا أو نهارا في

الحالات التالية:

1- إذا كانت الماشية مربوطة أو مقفولا عليها قفلا محكما فأفلتت فإنه لا ضمان على ربها فيما أفسدته ليلا أو نهارا، كانت عادية أم لا، لأن ربها فعل ما يجب عليه في حفظها ولم يحصل منه تفريط ولا تقصير فلا يجب عليه ضمان لانتفاء سببه¹.

2- إذا سرحت في موضع مخصص للمراعي عادة إلا أن بعض الناس أحجى فيه مكانا بغير إذن الإمام فإنه لا ضمان على أرباب المواشي إذا أفسدت زرعه ليلا أو نهارا، لأنه كما قال الباجي هو الذي جر الجناية إلى نفسه حيث زرع بموضع المسرح وأراد منع الناس من منافعهم التي ثبتت لهم².

3- إذا كانت مما لا يمكن التحرر منها وحراستها مثل الحمام والنحل والدجاج الطائر والإوز على ما قاله أشهب وابن القاسم وأصبغ وغيرهم من أنه لا ضمان على أرباب هذه الطيور فيما تفسده من الزرع والشجر،

¹ حاشية العدوي 374/5 .

² المنتقى 63/6 .

ولا يمنعون من اتخاذها، وعلى أرباب الزرع والشجر حفظ زرعهم وأشجارهم منها وإن عقر صاحب الزرع منها شيئاً ضمنه¹.
 وإن كانت مقصورة فهي كالماشية إن فتح الباب وسيبها فهو ضامن لما أفسدته إلا أن تغلب بالليل فلا شيء عليه، ويضمن ما أفسدته بالنهار²،
 وقال مطرف فيما رواه عن مالك بمنع أصحاب الحمام والعصافير والنحل من اتخاذها، ويؤمرون بإخراجها رفعا للضرر³ وأخذاً بحديث "لا ضرر ولا ضرار"⁴ لأنه لا استطاع الاحتراس منها فلا تشبه الماشية، واختار هذا القول ابن حبيب وابن عرفة وغيرهما وأيدوه بأنه إذا اجتمع ضرران ارتكب أحفهما⁵.

ومذهب الحنفية أنه لا ضمان على أرباب المواشي مطلقاً فيما أفسدته ليلاً أو نهاراً⁶، واستدلوا بحديث "جرح العجماء جبار"⁷ وقال الليث بوجوب الضمان مطلقاً فيما أفسدته ليلاً أو نهاراً⁸ وحجته القياس.

¹ نفس المرجع 61/6، المعيار الجديد 224/7، التبصرة 250/2، ابن سلمون 84/2.

² انظر ابن سلمون 84/2.

³ المنتقى 61/6، التبصرة 250/2.

⁴ رواه مالك في الموطأ كتاب الأقضية باب القضاء في المرفق رقم 1429.

⁵ انظر حاشية الوزاني على النخفة ج 3 كراسة 53 ص 4.

⁶ البداية 3/8/2، المنتقى 61/6.

⁷ متفق عليه.

⁸ البداية 3/8/2، المنتقى 62/6.

وقال الحنابلة لا ضمان فيما أفسدت، إلا أن يكون معها أحد¹، فإن كان ربها فالضمان عليه، وإن كان المستعير فالضمان عليه لا ربها ولو أتلفت زرع مالكها، كما أنها إذا كانت بيد الراعي فالضمان عليه أيضا لا على ربها فالضمان تابع لليد لا للمالكها².

❖ كيفية الضمان

الصواب في مذهب مالك أن الضمان يختلف باختلاف حالة ما أفسدته من زرع وثمر فإن كان الزرع أو الثمر بادي الصلاح فإنه يضمن مثل مكيلته حبا وثمرا وتبنا بتقدير أهل الخبرة بذلك كما قال ابن سلمون والراجح أنه يغرم قيمته³.

وإن كان الزرع أخضر والثمر لم يبد صلاحه فإنه يقوم على الرجاء والخوف ويضمن قيمته على تلك الحال من سلامته وعدمها بتقدير أهل الخبرة وبدفع القيمة دراهم، ولا يجوز أن يدفع فيها طعاما⁴، ويكون الزرع إذا ثبت وانجبر لمن غرم قيمته من أرباب الماشية أو الرعاة لأنه يملكه بغرم قيمته واستظهر التسولي أن القيمة والزرع معا لرب الزرع وهو غير وجيه⁵.

¹ انظر المعنى 283/5 .

² نفس المرجع .

³ ابن سلمون 83/2 ، حاشية الرهوني 170/8 .

⁴ ابن سلمون 83/2 .

⁵ التسولي 171/2 ، ابن سلمون 82/2 - 83 .

واختلف في وقت تقويمه فقال مطرف يقوم على حالته ولا يستأنى به إذا رجعى عوده لهيئته، وقال سحنون ينتظر به ذلك. كما اختلف إذا عاد لهيئته بعد الحكم أو قبله، فقيل ترد القيمة في الأولى، وتسقط في الثانية، وقيل لا ترد إذا حكم بها ولا تسقط إذا لم يكن حكم بها ويقوم على الرجاء والخوف ولو عاد لهيئته قبل الحكم¹، ومذهب مالك أنه يجب غرم قيمة الزرع ولو زادت على قيمة الماشية وليس لربها إسلامها في القيمة، وقال الليث لربها إسلامها قياسا على العبد الجاني، وهو قياس مع وجود الفارق، لأن العبد عاقل فجنايته تنسب إليه، بخلاف الماشية فالجاني في الحقيقة هو الذي تسبب في جنايتها من مالكتها أو راعيها².

وهل توزع القيمة عند تعدد المواشي على الرؤوس أو على عدد المواشي خلاف بين الفقهاء³.

2- الجناية على الحيوان وسائر الأمتعة غير الزروع والشجر، والأصل في هذه الحالة أيضا أنه لا ضمان فيما تتلفه الماشية والدواب من ذلك ليلا أو نهارا لحديث "جرح العجماء جبار"⁴ قال ابن عبد البر وابن سلمون إذا عدت بهيمة على أخرى أو مثلها فلا شيء في ذلك، وكذلك إذا أفلتت ليلا

¹ انظر التسوي 171/2 ، ابن سلمون 83/2 .

² المنتقى 67/6 ، الحرشي 383/5 .

³ حاشية العدوي 374/5 .

⁴ سبق تخرجه .

أو نهاراً فوطئت على رجل نائم فجرحته أو قتلته، لأن جرح العجماء تجبار، وكذلك ما أفسدته بالليل أو النهار، من الأمتعة والثياب وجميع الأشياء سوى الزرع والحوائط خاصة¹.

سواء كانت واقفة أو سائرة أتلفت ذلك برجلها أو يدها أو ذنبها أو كدمته بقمها لعموم حديث "جرح العجماء جبار".

إلا أنه أحياناً يجب ضمان ما أتلفته ليلاً أو نهاراً وذلك فيما يأتي:
1. إذا كانت معروفة بالعداء، ومن ذلك الكلب العقور فإن صاحبه يضمن بشرطين.

إذا كان معروفاً بذلك وقدم لصاحبه به أمام الحاكم أو غيره، وإلا فلا ضمان عليه إذا كان مأذوناً فيه، وقال أشهب في الكلب العقور والجمل الصؤول لا ضمان على صاحبها بحال وإن تقدم إليه².

2. إذا تسبب أحد فيما فعلته من التلف كما لو ضربها شخص أو فحسها أو صاح عليها فضربت برجلها شخصاً أو حيواناً فقتلته أو جرحته، والضمان هنا على الفاعل بما ذلك من ضارب أو

¹ ابن سلّمون 81/2 .

² انظر المعيار الجديد 227/7 - 228 ، التبصرة 254/2 .

ناخس أو صائح، وكذلك إذا أغراها أو أرسلها¹، وقد قضى
عمر رضي الله عنه بتضمين مجرى الفرس لتسبيه².

3. إذا كان معها راكب أو سائق أو قائد، والضمان في هذه على
من معها من الراكب أو السائق أو القائد لأنهم قادرون على
ضبطها أو إمساكها إلا أن تغلبهم فلا شيء عليهم³ وأجاب
الحائك في رجل يقود ثورا فقتل فرسا بأنه لا شيء على القائد
حين لم يقع منه تفريط ولا تغرير ولا تسبب فيما فعله الثور⁴.

وإن اجتمع الثلاثة فالضمان على السائق والقائد دون الراكب لأنه
كالمتاع إلا أن يفعل بما ما يوجب جنائتها فيضمن وحده لتسبيه وإذا ركبها
اثنان فالضمان على المتقدم إلا أن يجرها المتأخر فيضمنها جميعا⁵.

4. إذا كان الحيوان ممنوعا اتخاذه كالكلب المحظور اتخاذه فإن
صاحبه يضمن ما أتلفه مطلقا كان عقورا أم لا، تقدم لصاحبه
فيه أو لا⁶.

¹ نفس المرجع 237/7 - 238 .

² البصرة 247/5 .

³ انظر تبصرة ابن فرحون 246/2 .

⁴ النوازل الصغرى 526/3 .

⁵ البصرة 246/2 .

⁶ نفس المرجع 250/2 .

وكذلك إذا أوقف الدابة في مكان لا يجوز له إيقافها به كما لو أوقفها بطريق أو في ملك غيره دون إذنه بخلاف إيقافها بباب داره وباب السوق والمسجد ونحو ذلك، فإنه لا ضمان على ربها حينئذ¹.

5. إذا فرط ربها في حفظها ومنعها من الجناية مع القدرة على ذلك، جاء في جواب للونشريسي: ما أصابه الثور بقرنه وأتلف من الخيل أو غيرها من المسرح أو في المورد، لا ضمان فيه على الراعي إن سبقته البقرة إلى المورد، أو غلبت وتحاملت على الخيل لشدة عطشها ولم يقدر على درئها عن الخيل، أو تحاملت الخيل على البقر ولم يستطع راعيها صرفها وكفها فجميع ذلك من غير فعل الرعاة، ولا شيء فيه لأنه ليس من قبيل تفريطه ولا إهماله، وإنما هو من جهتها، وإن كان ذلك من سبب الراعي وإهماله ضمن².

والضمان الواجب في هذه الحالات هو مثل المثلي وقيمة المقوم في تلف الأموال، وفي حالة قتل الإنسان أو جرحه فالواجب الدية، إلا أن يعتمد قتله أو جرحه فالقصاص إذا توفرت شروطه، قال خليل في باب

¹ انظر الخرشى 265/5، التبصرة 241/2.

² النوازل الصغرى 527/3.

الدماء في موجبات القصاص "كحفر بئر و إن بيته، أو وضع مزلقا أو ربط دابة بطريق أو اتخاذ كلب عقور، تقدم لصاحبه قصدا الضرر وهلك المقصود، وإلا فالدية"¹.

❖ جناية الأبنية ومسؤولية المالك عن انهيار

بناؤه:

المقصود بهذه الجناية ما يترتب على انهيار البناء وسقوطه من أضرار في المأل والنفس والبدن لمن يسقط عليه من إنسان وحيوان أو متاع. وقد قسم الفقهاء هذا الموضوع إلى ثلاثة أقسام حسب حالة البناء قبل سقوطه اتفقوا على وجوب الضمان في واحد، وسقوطه في آخر، واحتلّفوا في قسم ثالث على النحو التالي:

1. البناء المستقيم السليم الذي ينهار فجأة نتيجة زلزال أو انجراف تربة أو لأسباب خفية غير ظاهرة وقد اتفق في هذا على أنه لا ضمان على المالك فيما يتلف بسبب سقوطه² لأن صاحبه يتصرف في ملكه على وجه يجوز له ولا سبب له في سقوطه، فلا يضمن ما اتلفه لانتفاء سبب الضمان من المباشرة أو التسبب.

¹ انظر الخرشى 265/5 .

² انظر حاشية العدوي 373/5 .

2. البناء المائل ومثله المغشوش إذا بناه المالك مائلا أو مغشوشا ابتداء من أول مرة، وقد اتفقت المذاهب الأربعة على تحميل المالك مسؤولية عمله وتضمينه ما يتلف بسقوطه من نفس أو مال مطلقا أنذر بإصلاحه أم لا¹ لتسببه في تلف ذلك بنائه مائلا والمتسبب كالمباشر، إلا أن بعض الفقهاء اشترط في وجوب الضمان في هذه الحالة إمكان تداركه وهو شرط لا مبرر له والصواب تضمينه مطلقا أمكنه التدارك أم لا، لأنه هو الذي بناه كذلك، يضمن المال والدية في ماله وقيل إن العاقلة تحمل الثلث فما فوق².

3. أن بينه مستقيما ثم يميل قبل سقوطه ثم يسقط بعد ذلك على مال فيتلفه أو على شخص فيقتله، وقد اختلف في هذا القسم: فقال الشافعي لا ضمان على المالك في هذه الحالة مطلقا، أمكنه الإصلاح أم لا طوّل بذلك أم لا قياسا على القسم الأول، لأن صاحبه تصرف في ملكه على وجه يجوز له حين بناه مستقيما، والميل ليس من فعله ولا سببه فلا يتحمل نتيجته³، واختلف المالكية في ذلك على أقوال ثلاثة⁴:

¹ نفس المرجع 117/8 ، بناني 117/8 .

² نفس المرجع .

³ الفقه الإسلامي وأدلته 381/6 .

⁴ انظر شراح خليل عند قوله في باب الشرب و سقوط حدار سأل و أنذر صاحبه و أمكن تداركه الخطاب 6 / 524 - 525 .

الأول أنه لا ضمان عليه إلا إذا حكم عليه بالهدم ولم يفعل وهو لابن وهيب وعبد المالك¹.

والثاني لأشهب وسحنون أنه لا ضمان عليه إلا إذا بلغ حداً يجب فيه هدمه لشدة ميلانه ولم يفعل، سواء كان إسهاداً أم لا حكم عليه أم لا، وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق إلا أنهم لم يشترطوا شدة ميله وحثهم جميعاً أنه متعد بتركه مائلاً، والمتعدي أحق بالحمل عليه².

والثالث وهو المشهور أنه لا ضمان عليه إلا بشروط :

- أن يطالب صاحبه قبل سقوطه بأن يقال له أصلح جدارك أو بناءك وهو ما يعبر عنه بالإنذار أو التقدم، فإن لم يطالب بنقضه ولا إصلاحه حتى سقط على إنسان فقتله أو مال فأتلفه فلا ضمان عليه.

- أن يشهد عليه بالمطالبة إما الحاكم أو من له النظر في ذلك إلا أن يكون في بلد لا حاكم فيه فيكفي إسهاد الجيران والناس، واعتمد الزرقاني الإكتفاء بإشهاد غير الحاكم ولو مع وجوده³، وفرق بعض القرويين، فقال: إن كان رب الحائط منكرًا فلا بد من التقدم إلى الحاكم وإن كان معترفًا بضرره كفى الإشهاد دون حاكم⁴.

¹ بناء على الزرقاني 117/8 .

² نفس المرجع .

³ الزرقاني 1117/8 .

⁴ نفس المرجع .

- أن تكون المطالبة بعد الميل وقبل السقوط لأن ما قبل الميل لا يوجد تعد، وبعد السقوط لا فائدة من الطلب.

- أن يمكنه تداركه بعد المطالبة لأنه في هذه الحالة يعتبر مقصرا إذا لم ينقضه ولم يصلحه حتى سقط، أما إذا لم يمكنه تداركه لقصر المدة بين المطالبة والسقوط فإنه لا يضمن شيئا، لأنه لم يتسبب في ذلك ولم يفرط في تداركه¹.

ووافق الحنفية والحنابلة على القول بوجوب الضمان بشرط المطالبة والإشهاد وإمكان التدارك كما يقول المالكية في المشهور عندهم ونحوه للحنفية².

كما اتفق الجميع على أن المطالبة المعتبرة هي مطالبة المالك أو من له الولاية عليه من وصي وولي وقيم الوقف، وكذلك الوكيل والحاكم في غيبة المالك³.

و لا تكفي مطالبة المستأجر والمرتمن والمستعير والمودع والمحجور لأنهم لا يملكون حق التصرف، ولا يمكنهم الإصلاح، ولا الهدم فلا فائدة في مطالبتهم به، ولا ضمان عليهم إذا طولبوا بذلك⁴.

¹ نفس المرجع.

² انظر البصرة لابن فرحون 242/2، الخرشى 373/5، الفقه الإسلامي وأدلته 383/6.

³ حاشية العدوي 373/5، البصرة 242/2.

⁴ البصرة 342/2، الفقه الإسلامي وأدلته 583/6.

وقال المالكية فيمن له فائدة في مطالبتهم بالهدم أو الإصلاح ويعتد بشمكواه وإشهاده هو كل من يتضرر بذلك من جيران وغيرهم، في حين فصل الحنفية والحنابلة ذلك تفصيلا وقالوا¹ :

إن كان الجدار مائلا إلى ملك شخص أو داره فالحق لرب الملك أو الدار وإن كان مائلا للشارع العام فالحق لكل من يمر به من مسلم أو ذمي، وإن مال إلى درب غير نافذ فالحق لأهل ذلك الدرب، ويلزم هدمه بمطالبة أي واحد منهم لأن الملك لهم جميعا.

واتفق القائلون بوجوب الضمان على أنه يجب الضمان على المالك للبناء إذا كان رشيدا².

واختلف إذ كان محجورا عليه لصغر أو جنون أو سفه فطلب وليه ولم يفعل حتى سقط البناء، فقال الحنفية الضمان على المجنون لأن سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون المتصرف³، وقال المالكية الضمان على الوصي والولي في مالهما لا في مال المحجور لأن التقصير منهما فكان الضمان عليهما في مالهما كما يضمن ناظر الوقف والوكيل الخاص والعام

¹ انظر الفقه الإسلامي 382/6 .

² انظر الخطاب 526/6 ، الحوشي 373/5 .

³ المعني 829/7 .

في حال غيبة المالك إذا طولبوا بالإصلاح وكان للمالك مال أو أمكن
تسلفه على ذمته وهو مليء لأنهم مقصرون جميعا والمقصر أولى بالخسارة¹.
كما اختلف إذا كان مالك البناء أكثر من واحد فقبل الضمان على
عدد الرؤوس وقيل على قدر الأنصبة².

والحقوا بميل الجدار أو البناء تشققه عرضا لا طولا.

كما ألحقوا بالجدار الشرفات والرواشن والساباط والميازيب فكل
ذلك يجري على التفصيل السابق في الميل ابتداء أو طروه، وأطلق الحنابلة
القول بالضمان في الجميع وقال الشافعية في الميزاب إن سقط كله فعليه
نصف الضمان وإن سقط ما خرج عن الجدار وجب ضمان الجميع،
وكذلك قال في الجناح والساباط إن وقعت خشبة ليست مركبة على
حائطه وجب ضمان ما أتلفته.

وإن كانت مركبة وجب نصف الضمان³، وأطلق ابن فرحون وخليع
القول بعدم الضمان في سقوط الميزاب⁴.

¹ الزرقاني 117/8 ، اختصار حاشية الرهوني 169/8 ، الخطاب 526/6 .

² انظر البصرة 342/2 .

³ انظر المغني 830/7 .

⁴ البصرة 242/2 ، خليل بشرح الخرشني 373/5 .

الفصل الرابع : الإستحقاق

يتناول هذا الفصل الحديث عن مفهوم الاستحقاق وأركانها وحكمه وسببه وشروطه وموانعه .

1- مفهوم الاستحقاق وأركانها:

الاستحقاق لغة إضافة الشيء لمن يصلح به، وله فيه الحق. واصطلاحاً هو رفع ملك بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض¹، فأخرج بقوله رفع الملك ثبوت ملك، كما أخرج بقوله بثبوت ملك قبله رفع الملك بجهة أو صدقة أو اعتصار ونحو ذلك لأنه رفع ملك بثبوت ملك بعده².

واحترز بقوله بغير عوض عما يوجد في الغنيمة من مال المسلم بعد قسمه أو بيعه فإنه لا يأخذه إلا بالثمن³.

وأركانها ثلاثة: المستحق والمستحق منه والشيء المستحق .

1- المستحق منه هو المطلوب والمدعى عليه، المحكوم عليه بترع ما في يده لمصلحة المدعي.

2- المستحق: وهو المطالب أو المدعي المحكوم له بما في يد خصمه.

¹ شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص 497 ، النسوي 241/2 .

² النسوي 241/2 .

³ النسوي 241/3 .

3- الشيء المستحق وهو المال المتنازع فيه الذي ثبتت ملكيته

للمستحق.

حكمه:

قد اختلف في حكمه فقال ابن رشد وابن عرفة بإباحته في غير الأصول ووجوبه فيها¹، بناء على وجوب يمين الاستحقاق في غير الأصول وعدم وجوبها في الأصول، فالأصول يجب على صاحبها المطالبة باستحقاقها، ولا يجوز له تركها في يد من لا يملكها ما دامت نفسه لا تطيب بتركها له، لما في ذلك من إطعام غيره الحرام، وإعانتة على الحرام فيدخل ذلك في باب التعاون على الإثم، وباب السكوت على المنكر مع القدرة على تغييره دون مشقة لسقوط اليمين عنه، بخلاف غير الأصول فإنه لا بد من يمين الاستحقاق فيها، والنفوس تتخرج من اليمين وتشق عليها ولذلك لا يجب استحقاقها².

وناقشه غير واحد في هذه التفرقة، فرأى ابن رحال إباحته مطلقا في

الأصول وغيرها محتجا بأن الانسان يجوز له التصرف في ملكه بما يشاء³.

¹ انظر الرهوني 6 / 235 .

² انظر التسوي 2 / 242 .

³ حاشية ابن رحال على ميارة 2 / 290 ، التسوي 2 / 242 .

في حين رأى الرهوني تخصيص الوجوب بالاستحقاق من يد الغاصب دون ذي الشبهة، فلا يجب الاستحقاق من يده لعذره وانتفاء الإثم عنه بجهله¹.

بينما يرى التسولي وجوبه مطلقا كان الاستحقاق من يد الغاصب أو من يد ذي شبهة².

❖ سبب الاستحقاق

الاستحقاق كغيره من الأحكام الشرعية لا بد له من سبب وموجب يوجب، وهو هنا ثبوت ملكية المدعي للمتنازع فيه الموجود في حيازة المدعي عليه كما يشير لذلك قول ابن عرفة: رفع ملك بثبوت ملك قبله، سواء ثبتت ملكيته له بيينة أو إقرار. كان الإقرار صريحا أو ضمنيا، وإن كان الخطاب اقتصر في بيان سببه على قيام البيينة بملكية المدعي للمتنازع فيه فإن الصواب هو التعميم³.

ويشترط في بيينة الاستحقاق أن تصرح في شهادتها بجميع فصول الشهادة بالملكية المتقدمة في الحيازة من معرفتهم للمدعي وللمتنازع فيه وأنه مال من أموال المدعي وملك من أملاكه في يده وحوزه يتصرف فيه

¹ حاشية الرهوني 236/6 .

² التسولي 242/2 .

³ انظر التسولي 242/2 .

تصرف المال في ملكه وينسبه لنفسه والناس ينسبونه له مدة عشرة أشهر أو أكثر من غير منازع له في ذلك، ولا يعلمونه خرج عن ملكه بوجه من الوجوه إلى أن ألفاه بيد فلان أو إلى أن توفي وتركه لمن أحاط بإرثه.

وإن لم يصرحوا بذلك أو سقطت بعض هذه القيود بطلت الشهادة إذا مات الشهود أو غابوا أو تعذر سؤلهم، وقيل لا يشترط التصريح بتلك الشروط وإنما يعتمد عليها في قلبه¹.

❖ شروطه

لا يقضى لمدعي الاستحقاق بما يدعيه إلا بشروط ثلاثة وهي :

1- أن تشهد بينة الملكية على عين المستحق إن أمكن بأن كان منقولاً، وإن كان عقاراً فتكفي حيازته عن الشهادة على عينه، لتعذر إحضاره لمجلس الحكم من جهة، وانشغال القاضي عن الذهاب إليه بنفسه من جهة ثانية، وإن رأى القاضي الخروج إليه وأداء الشهود على عين العقار فله ذلك².

وصفة الحيازة المطلوبة أن يبعث القاضي عدلين أو عدلاً واحداً صحبة شهود الملكية إلى مكان العقار المتنازع فيه المشهود بملكته للمستحق

¹ التولي 242/2 و انظر الخطاب 420/6 .

² نفس المرجع 245/2 ، ميارة على التحفة 293/2 .

للقوف على عينه والتطواف به وتحديد به من طرف شهود الملكية، فإذا فعلوا ذلك قال شهود الملكية للعدل الموجهين من طرف القاضي للحيازة: هذه الدار أو هذه الأرض مثلا التي حزناها وتطوفنا على حدودها هي التي شهدنا بملكها لفلان أمام القاضي¹، فإن لم يقولوا ذلك كان جهلا منهم ومن الموجهين ولا تتم الشهادة بالملك ولا الحيازة حتى يقولوا ذلك. وإذا كان شهود الملكية لا يعرفون حدود المتنازع فيه ويعرفون ملكيته للمستحق وكان هناك شهود آخرون يعرفون عينه وحدوده ولا يعرفون لمن هو فإنه يجوز أن يشهد كل واحد بما يعلم، فيشهد شهود الملكية بملكته لفلان ويشهد الآخرون بتعيينه وتعيين حدوده بشرط أن يكون المتنازع فيه المشهود فيه معروفا مشهورا بين الناس باسمه الخاص كفندق شيراطون وقصر الجامعي مثلا فيشهد شهود بأن قصر الجامعي مثلا ملك لفلان ويشهد آخرون بتعيينه وبيان حدوده فتلق الشهادتان ويعمل بهما بالشرط المذكور².

وفي هذه الحالة يتوجه للحيازة ستة عدول أو بعارة أصح ثلاث

بينات:

¹السولي 242/2.

²السولي 246/2.

البينة أو العدلان الشاهدان بالملكية، والبينة أو العدلان الشاهدان بالتحديد والعدلان أو العدل النائبان عن القاضي، ومهمتهما الشهادة بثلاثة أمور :

الأول الشهادة على القاضي بصحة رسم الملكية عنده، والثاني الشهادة عليه بتوجيه العدلين للحيازة، والثالث الشهادة على عدلي الحيازة بالحيازة¹، ولا إعدار في شهود الحيازة لأنهما نائبان عن القاضي². وإذا لم يكن خلاف بين الخصمين في عين المستحق وحدوده وكانا متفقين على ذلك لم يحتج إلى الحيازة أصلاً³.

2- الإعدار للمستحق منه في بينة المستحق قبل الحكم عليه:

والإعدار عند الفقهاء هو سؤال القاضي للخصم قبل الحكم عليه ألك بينة، وهو شرط في صحة الحكم لا يجوز لأي قاض الحكم على أي خصم قبل أن يسأله ألك حجة⁴، والأصل فيه حديث الأشعث بن قيس ووائل بن حجر في قصة الحضرمي والكندي اللذين اختصما في أرض إلى رسول الله

¹ التسولي 2/ 246 .

² التحفة بشرح مبارزة 2/ 294 .

³ مبارزة 2/ 295 .

⁴ التحفة بشرح التسوليو التاودي 1/ 64 .

صلى الله عليه و سلم، فقال صلى الله عليه و سلم للحضرمي حين توجهه بالحكم عليه: "ألك بينة، فقال: لا"¹.

3- يمين الاستحقاق: وقد اختلف الفقهاء في هذه اليمين من وجوه: في وجوبها وصيغتها ومحلها.

أما وجوبها فهناك أقوال ثلاثة الوجوب مطلقا في الأصول وغيرها، وعدم وجوبها مطلقا، والثالث التفرقة بين الأصول فلا تجب فيها، وبين غيرها فتجب فيها، وفرق بعضهم بين الاستحقاق من يد الغاصب فلا يمين، وبين الاستحقاق من يد غيره فتجب، وجعل المتيطي وغيره هذا التفصيل تقييدا لمحل الخلاف لا قولاً رابعاً مخالفاً².

ووجه القول بوجوبها مطلقاً أن شهود الملكية يشهدون باستمرارها على نفي العلم لأنهم يقولون لا نعلمه باع ولا خرج عن ملكه، وقد يكون خرج عن ملكه وهم لا يعلمون فاستظهر يمين المدعي على باطن الأمر، ووجه التفرقة بين الأصول وغيرها أن الأصول لا يكاد يخفى انتقال ملكها بخلاف غيرها.

¹ سبق تخريجه .

² ميارة 2/291 ، حاشية الوزاني على التحفة 3/5 - 32 - 4 .

والمعمول به من الخلاف هو القول بوجوبها في غير الأصول وإن لم يدع المستحق من يده ما يوجبها¹، ويحلف على عين المستحق مشيراً إليه بهذا، وإن كان المستحق محجوراً فإنه يعجل له حقه، وتؤخر اليمين إلى رشده ولا يحلف عليه ولا يبقى المستحق بيد المستحق منه حتى يرشد المستحق².

وأما صيغتها فمذهب المدونة الذي نصره المحققون أنه يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما بعث هذا الشيء المشهود به لي ولا فوته ولا خرج عن ملكي حتى الآن.

وقال بعضهم أنه يحلف إنه ماله وملكه وأنه ما باع ولا وهب فيجمع في يمينه بين الملك واستمراره، والصواب الأول وأنه لا حاجة لحلفه على أنه ماله وملكه، لأن البينة شهدت له في ذلك على القطع³.

وأما محلها فقبل يحلف قبل الإعذار للخصم في الملكية، وهو ما مشى عليه ابن عاصم⁴، والأصح أنه لا يحلف حتى يعذر إليه ولا يقدر في البينة خشية أن تذهب يمينه سدى إذا حلف قبل الإعذار ثم جرح المدعى عليه شهود الملكية⁵.

¹ النسوي 243/2.

² انظر مواهب الخلاق 81/2 - 39، الناودي على الرقابة 39/9.

³ انظر الخطاب 39/6.

⁴ الصفحة شرح الميارة 290/2.

⁵ النسوي 243/2.

❖ موانع الاستحقاق

المقصود بالمانع هنا ما يمنع من الاستحقاق رغم تحقق سببه وتوفر شروطه وهما مانعان: فعل وسكوت كما قال الخطاب:

1- السكوت مثل أن يترك مدعي الاستحقاق القيام على الحائز لملكه حتى مضت مدة الحيازة القاطعة للبيئات بشروطها، وفي هذه الحال تبطل دعواه ولا تسمع بينته كما سبق.

2- الفعل مثل أن يشتري من الحائز ما في يده ثم يدعي ملكيته له قبل شرائه¹.

واختلف إذا قال إنما اشتريته خوفاً أن يفوته علي فإذا أثبتته رجعت عليه بالثمن والمعتمد أنه لا يعذر بذلك ولا مقال له، وقال أصبغ ينفعه ذلك إن كانت بينته بعيدة أو أشهد على ذلك قبل الشراء².

وأما إن اشتراه وهو لا يعلم أنه ملكه أو لم تكن له بينة عند شرائه ثم علم بعد الشراء في الأولى، أو وجد من يشهد له في الثانية فإنه لا يسقط حقه، ولا يمنع منه لعذره في الصورتين³.

¹ الخطاب 39/6 ، التسوي 242/2 .

² التسوي 242/3 الخطاب 39/6 .

³ نفس المرجع 242/2 .

❖ دعوى الاستحقاق

المدعي الاستحقاق له حالتان يختلف العمل في كل واحدة منها عن الأخرى أمام المحكمة.

الحالة الأولى: وهي أن يدعي المملك لنفسه وأنه هو المالك للشيء المتنازع فيه قبل أن يحوزه من هو في يده بوجه غير شرعي، ومثلها إذا قال مالي وملكي ورثته عن أبي أو جدي على الصحيح¹.

وفي هذه الحالة تسمع دعواه ابتداءً ويكلف الحائز بالجواب على دعواه بالإقرار أو الإنكار خاصة، ولا يكلف بيان سبب تملكه وإن كلفه القاضي به كان خطأً منه، وكان له الرجوع عما ذكره من السبب².
فإن أقر صراحة أو ضمناً قضى عليه لفائدة مدعي الاستحقاق لإقراره له بدعواه .

وإن أنكر لم يكلف بيان وجه تملكه، ويكتفي منه بقوله ملكي وحوزي ويكلف المدعي حينئذ بإثبات ملكيته للمتنازع فيه كما يجب³،
فإن عجز عن إثباتها حكم عليه للحائز وإن أثبتها بيينة أعذر فيها للحائز .

¹ حاشية الهوارى على الزقاق ص 155 .

² حاشية الوزان على التحفة ج 3 كراسة.

³ ميارة 289/2 ، التسولي 243/2 .

فإن عجز عن الطعن فيها كلف حينئذ بيان سبب تملكه، فإن ادعى الحيازة القاطعة للبيئات كلف إثباتها وأعدر فيها للطالب المدعي الاستحقاق، فإن عجز عن الطعن فيها قضى عليه للحائز لتقديم الحيازة القاطعة على البيئة بالملك¹.

وإن عجز الحائز عن إثبات الحيازة بشروطها السابقة أو لم يدعها أصلاً كلف بيان من أين صار له المال المتنازع فيه.

فإن ادعى شراءه أو تملكه بجهة ونحوها من شخص آخر غير المدعي أو موروثه لم يفده ذلك، ولو أثبتته إلا أن يثبته و يثبت ملكية من باع له أو وهبه إياه مثلاً فتعارض البيئتان، بينة المدعي وبيئة من تملكه منه الحائز فمن ترجحت بينته قضى له²، وإذا تعادلت البيئتان سقطتا وبقي المتنازع فيه بيد الحائز مع اليمين.

الحالة الثانية: وهي أن يدعي المطالب بالاستحقاق أن الملك المتنازع فيه والموجود في يد الحائز هو ملك أبيه أو جده أو زوجته انجر إليه بالإرث منه أو من غيرهم ممن ورثه عنهم .

وفي هذه الحالة لا تسمع دعواه ولا يؤمر خصمه بالجواب بالإقرار أو الإنكار إلا بعد ثلاثة أمور:

¹ التسولي 243/2 .

² انظر التسولي 243/2 .

1- إثبات موت مورثه ولو كان موته مشهورا عند الحاكم وغيره¹ لأن القاضي لا يحكم بعلمه، وإن أقر له خصمه بوفاته موروثه وعلمه بذلك لم يفده أيضا² لما يترتب على وفاته من حقوق الغير فلا يثبت بإقرار الخصم، نعم يكون شاهدا بذلك .

2- إثبات الإرادة وعدة الورثة وتناسخ الوراثة حيثما بلغت ليعلم مقدار نصيبه من التركة³، إلا أنه لا يكلف إثبات المناسخات التي ليست من جهته، ويكتفي منه بإثبات المناسخات المتعلقة بجهته على الصواب⁴.

3- الإعذار للمدعى عليه في بينة الموت والإرادة وقيل لا إعذار فيهما اكتفاء بالإعذار العام عند الحكم⁵ ويكفي في هذه المرحلة ثبوت الموت وعدة الورثة عند القاضي.

فإن عجز المدعي عن إثبات الموت وعدة الورثة كما يجب بطلت دعواه ولا يستدعي خصمه للإجابة عليها لعله يقر⁶.

¹ ميارة 2/289، حاشية الوزاني على التحفة 3/ كراسة 31 ص 2 .

² التاردي على الزقاق ص 156 .

³ نفس المرجع .

⁴ حاشية الحواري على الزقاق ص 159 .

⁵ انظر حاشية الوزاني على التحفة 3/ كراسة 31 ص 8 .

⁶ التسولي 2/243 .

أما إن أثبت ذلك وأعذر فيه للخصم ولم يجد مطعنا فإن المدعي عليه يكلف حينئذ بالجواب بالإقرار أو الإنكار خاصة، فإن أنكر وقال ملكي وحوزي كفاه ذلك ولا يكلف بيان السبب¹.

وكلف المدعي إثبات ملكية مورثه للمتنازع فيه كما يجب ولو طالبت السنون فإن عجز عن إثباتها كما يجب بطلت دعواه، وإن ادعى أن رسوم ملكيته وإثبات موته وعدة ورثته ومناسخاتها عند الحائز لم يجبر على إخراج ذلك على الصحيح².

وإن أثبت ملكية أبيه أو غيره ممن ورث عنه فإنه يؤمر المدعي عليه ببيان سبب انتقال المتنازع فيه إلى يده.

فإن ادعى حيازته القاطعة للبينات وأثبتها قضى له به وانقطعت حجة المدعي لتقديم الحيازة عليها³.

وإن ادعى تملكه ممن ورثه عنه المدعي بشراء أو غيره كلف إثباته، فإن أثبتته وعجز المدعي عن الطعن في ذلك بطلت دعواه وقضى للحائز وإن عجز عن إثبات ما يدعيه من شراء ونحوه قضى عليه للطالب⁴.

¹ نفس المرجع.

² حاشية الوزاني /3 كرامة 31 - 31.

³ النسوي 2/243.

⁴ نفس المرجع.

أما إن ادعى تملكه من شخص آخر غير موروث المدعي فإنه لا ينفعه ذلك ولو أثبت ذلك، لقاعدة أن عقود الأشرية لا تفيد الملكية لاحتمال أن يكون البائع غاصبا أو سارقا.

ولهذا إذا أثبت تملكه من أجنبي وأثبت مع ذلك ملكية من تملكه منه بشراء أو غيره فإنه تسمع بينته وتعارض ملكية من تملكه منه، وملكية من ورث عنه المدعي وترجح بينهما بوجوه الترجيح المعروفة وإن تساويتا سقطتا وبقي المتنازع فيه بيد حائزه مع يمينه¹.

❖ أحكام الاستحقاق وآثاره

يترتب على ادعاء الاستحقاق عدة أحكام تتعلق بتوقيف المتنازع فيه أثناء الدعوى، وغلته ونفقتة ورد البيع أو عدمه في حالة استحقاق المبيع أو بعضه، وحق المشتري في الرجوع على البائع بالثمن وعدمه، والزيادة الطارئة على المستحق قبل استحقاقه، فهي ستة فروع نتناولها كالتالي :

❖ توقيف المتنازع فيه

المشهور في مذهب مالك أن الأصول لا يحكم بتوقيفها إلا إذا قامت للمدعي شبهة قوية تؤيد دعواه فيما يقوله من تملكه للمتنازع فيه، مثل قيام شاهد عدل يشهد له بالملكية واحتاج للشاهد الثاني، أو قيام شاهدين يحتاجان للتزكية، أو شهادة عدلين بقي الإعذار فيهما².

¹ نفس المرجع، حاشية الهواري على الزقاق ص 186.

² التحفة بشرح النسوي و التاودي 245/2.

ففي هذه الحالات ونحوها إذا طلب المدعي توقيف المتنازع فيه حتى يصدر الحكم فيه فإنه يجاب لطلبه ويوقف المتنازع فيه بمنع الحائز من بيعه أو تفويته، ولا يمنع من استغلاله بناء على الراجح من أن توقيف الأصول يكون بالمنع من التفويت¹.

وأما غير الأصول من عروض وحيوان وغيرهما فإنها توقف إذا ادعى المدعي أن له بينة حاضرة في البلد يريد الإتيان بها لتشهد له فيوقف مثل الجمعة²، أما إن ادعى بينة غائبة أو لم يدع بينة فإنه لا يوقف المتنازع فيه لما يلحق الحائز من الضرر إلا أن يخاف فتنة أو تفويته فيوقف بمجرد الدعوى³.

❖ الغلة

اختلف في غلة الشيء المستحق قبل رده لمن تكون، وخلاصة مذهب مالك أن الحكم يختلف باختلاف المستحق من يده وحالة الغلة هل كانت موجودة وقت الشراء أو لا؟ وهل قطفها المستحق منه أو ما تزال في رؤوس الشجر ساعة الحكم؟ على النحو التالي:

1- فإن كانت الغلة موجودة وقت الشراء مؤبرة فهي للمستحق مطلقاً لأنها بعض المستحق إذا شرطها لنفسه⁴، وإن كانت غير موجودة أو

¹ انظر الخطاب 41/6 .

² نفس المرجع ، مواهب الخلاق 57/2 .

³ مواهب الخلاق 57/2 .

⁴ الخطاب 42/6 .

غير مؤبرة وقت الشراء وكانت ما تزال في رؤوس الشجر فهي للمشتري المستحق منه إذا بيعت، وإذا كانت لم تبيس فهي للمستحق.

و أما التي أخذها المستحق منه فيما بين تاريخ الشراء وتاريخ الرد فإنها تكون للمستحق في ست حالات، وتكون للمستحق منه في ثلاث حالات أخرى .

تكون للمستحق منه إذا كان الاستحقاق :

1- من يد مجهول الحال الذي لا يعرف هل هو غاصب أم لا؟ ويتزل

متزلته وارثه والمشتري منه والمكثري والموهوب له فكلهم تكون لهم الغلة¹ .

2- الاستحقاق من يد ذي شبهة، والمراد به هنا هو المشتري من

الغاصب والمكثري منه إذا لم يعلم بالغصب والموهوب له بشرط إذا أيسر الغاصب² .

3- الاستحقاق من يد محبس عليه لا علم له بشريكه في الحبس³

كأرض أو شجر محبس على زيد وعمرو استغله زيد وهو يظن أنه حبس

عليه وحده ثم تبين أن عمرا شريكه في الحبس فإن ما مضى من الغلة لا

يحاسب به زيد ويدخل معه عمرو في الغلة المستقبلية.

¹ النسوي 232/2 ، الخطاب 43/6 ، الخروشي 393/4 .

² نفس المرجع ، الخطاب 43/6 .

³ النسوي 232/2 .

وتكون للمستحق في الحالات التالية :

1- إذا كان الاستحقاق من يد الغاصب أو وارثه مطلقا علم بالغصب أم لا¹ .

2- إذا كان الاستحقاق من يد المشتري من الغاصب أو المكتري منه إذا علما بالغصب² وهما محمولان على عدم العلم لأنه الأصل لقوله تعالى: (والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا علمون شيئا) .

3- إذا كان الاستحقاق من يد الموهوب له من طرف الغاصب مطلقا علم أو لا ويرجع بها على الغاصب إلا أن يعسر فيرجع على الموهوب له .

4- إذا كان الاستحقاق من يد وارث طراً عليه وارث آخر كما لو ترك ولدا فاستغل التركة وحده ثم ظهرت زوجة للميت أو بنت فإنهما يرجعان على الولد بما ينوبهما من الغلة الماضية كما يرجعان بنصيهما في أصل التركة .

5- إذا كان الاستحقاق من يد من أحيأ أرضا يظنها مواتا ثم ظهر ربها فاستحقها³ .

¹ التسوي 232/2 .

² الخروشي 393/4 .

³ التسوي 232/2 .

6- إذا كان المستحق حبسا باعه المحبس عليه كدار محبسة على سعيد وأولاده فباعها سعيد جاهلا بأنها حبس أو عالما بذلك فإن البيع يرد، ويرد المشتري الغلة التي استغلها إذا كان استغل الدار أو يرد كراءها إذا سكنها هو على الراجح وقيل لا يرد الكراء¹.

❖ الرجوع بالنفقة

الصواب كما قال ابن رشد أن نفقة المستحق تابعة للضمان، فمن قال بدخول المستحق في ضمان المستحق بالحكم يقول بوجودها على المستحق منه قبل الحكم وبذلك لا يكون له الحق في الرجوع بها. ومن يقول بدخوله في ضمان المستحق بثبوت الاستحقاق بشهادة عدلين يقول بلزوم النفقة للمستحق منه قبل قيام العدلين، بخلاف ما بعد شهادتهما فإنها تكون على المستحق ولذلك يرجع عليه بما أنفق بعد ثبوت الحق ولا يرجع بما قبل ذلك.

وعلى القول بدخول المستحق في ضمان المستحق بقيام عدل واحد يقول بلزومها للمستحق من ذلك التاريخ فيرجع بها عليه².

❖ استحقاق المبيع

الحديث عن استحقاق المبيع يتلخص في نقط:

¹ التحفة بشرح ميارة 249/2 .

² انظر الخطاب 42/6 ، و انظر المعيار الجديد 296/7 .

1- فسخ البيع وعدمه.

2- الرجوع على البائع وعدمه.

3- ما يقع به الرجوع.

✓ فسخ البيع وعدمه :

فيما يتعلق بفسخ البيع وعدمه يختلف الحكم باختلاف نوع المبيع والقدر المستحق منه، لأنه إما مقوم أو مثلي، والمستحق إما جميع المبيع أو بعضه، وهذا البعض إما جزء شائع وإما شيء معين، وكل منهما إما كثير وإما يسير، ولكل حكم خاص به على التفصيل التالي:

1- استحقاق كل المبيع .

في حالة استحقاق كل المبيع يعطى الخيار للمستحق إن شاء رد البيع وأخذ عين ماله، وإن شاء أمضى البيع وأخذ الثمن من المشتري إن كان لم يدفعه أو رجع به على البائع إن كان قبضه من المشتري¹.

ولا حق للمشتري في رد البيع إذا اختار المستحق إمضاءه، فالبيع لازم من جهته، منحل من جهة المستحق².

¹ انظر الخطاب 6 / 35 .

² نفس المرجع والصفحة .

2- استحقاق بعض معين:

وفي حالة استحقاق بعض معين من المبيع دون الباقي فإنه يفرق بين المقوم والمثلي، والقليل والكثير .

أ- فإن كان مقوما تعين رد البيع إن كان المستحق وجه الصفقة قيمته أكثر من النصف ولا يجوز التمسك بالباقي بقيمته.

وإن كان المستحق غير وجه الصفقة فإنه يتعين التمسك بالباقي بقيمته¹ كما لو اشترى داراً وأرضاً، أو سيارة وشاحنة، أو كتابين فاستحقت الدار أو الشاحنة أو أحد الكتابين فإنه إذا كانت الدار أو الشاحنة أو الكتاب المستحق هو وجه الصفقة تعين الفسخ وحرم التمسك بالباقي، وإن كان الباقي هو وجه الصفقة تعين التمسك بالباقي.

ولمعرفة كون المستحق وجه الصفقة أو ليس وجهها يرجع إلى تقويم المستحق وتقويم الباقي ثم المقارنة بين قيمة كل واحد منها من مجموع القيمتين ففي الأمثلة المذكورة تقوم الدار المستحقة والأرض التي لم تستحق فإذا كانت قيمة الدار ثمانين وقيمة الأرض عشرين تعين رد البيع، وإن كان العكس قيمة الأرض ثمانين وقيمة الدار المستحقة عشرين تعين التمسك بالباقي وهي الأرض بنسبة قيمتها من مجموع القيمتين وهي أربعة أخماس

¹مبارة 299/2، حاشية ابن رحال 298/2، الحرشي 4/397 - الخطاب 6/50.

الثلث ورجع على البائع بخمس الثلث الذي تمثله قيمة الدار من مجموع القيمتين وهكذا .

ولا يلتفت هنا إلى عدد المستحق وعدد الباقي فقد يكون واحد أفضل من عشرة كما لو اشترى أربعة كتب أو ثياب واحد منها تساوي قيمته أكثر من نصف قيمة الجميع فإنه يتعين رد البيع ولا يجوز التمسك بالثلاثة الباقية وإن كانت أكثر من حيث العدد لأن المعبر هو القيمة لا العدد .

ب- المعين المثلي، وإن كان المستحق مثليا تعين التمسك بالباقي إذا كان المستحق هو الأقل وإن كان الأكثر فالخيار للمشتري في رد البيع واسترجاع ثمنه، وفي التمسك بالباقي بما ينوبه من الثلث¹ .

3- استحقاق الجزء الشائع :

وفي حالة استحقاق الجزء الشائع يفصل بين ما يقبل القسمة وما لا يقبلها وبين ما يراد للغلة وما يراد للقنية والانتفاع به .

أ- فإن كان المستحق جزءا شائعا مما يقبل القسمة مثل الأرض والماشية المتعددة والثياب ونحو ذلك فإنه يجب التمسك بالباقي بما ينوبه من الثلث، ولا خيار للمشتري في رد البيع إلا أن يكون المستحق ثلثا فأكثر فإنه

¹ النخفة بشرح ميارة 298/2 الخطاب 6/50 .

يخير في رد البيع واسترجاع ثمنه وفي التمسك بالباقي بما ينوبه من الثمن¹ ومثل ذلك إذا كان المستحق جزءاً مما يتخذ للغلة مثل الفندق والحمام والرحا فإنه إذا بلغ المستحق الثلث فأكثر يخير المشتري في رد البيع والتمسك بالباقي بخلاف ما كان دون الثلث فإنه يتعين التمسك بالباقي².
 ب- وأما إن كان المستحق مما لا يقبل القسمة ولا يراد للغلة فإنه يخير المشتري في رد البيع والتمسك بالباقي مطلقاً استحق الأقل أو الأكثر³.
 كما لو كان المشتري سيارة أو حيواناً أو ثوباً أو شجرة ونحو ذلك ثم استحق نصفها أو عشرها فإن الخيار للمشتري في رد البيع والتمسك بالباقي لما يلحقه من الضرر.

✓ حق المشتري المستحق منه في الرجوع على البائع بالثمن.

الأصل في الاستحقاق أن المستحق يأخذ ماله من يد من وجده في يده بدون عوض كان المستحق منه ملكه بعوض أو لا.
 إلا أنه إذا كان ملكه بغير عوض فلا رجوع للمستحق منه على من تملكه منه بإرث أو هبة أو نحوه، وأما إن ملكه بعوض كأن اشتراه أو

¹ نفس المرجع 301/2 .

² نفس المرجع 301/2 .

³ نفس المرجع .

أخذه منه في دين أو صداق أو خلع أو صلح ونحوه فإنه يحق له أن يرجع على من باعه له أو أخذه منه في دين أو صداق أو خلع أو صلح ثم يرجع ذلك البائع على من باعه له وهكذا حتى الغاصب الأول¹.

والأصل في هذا حديث (من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ويتبع البيع من باعه)² يعني يتبع المشتري من باعه، ومثل المشتري المكتري وكل من أخذه بعوض فإنه يرجع على من عاوضه به .

إلا أنه اختلف متى يكون له حق الرجوع؟ وإذا رجع فيما ذا يرجع؟ أما متى يرجع فقد اتفق المالكية على الرجوع في أربع حالات واختلفوا في أربع حالات أخرى³.

فالحالات المتفق فيها على الرجوع هي :

- 1- إذا لم يخاصم المشتري المستحق وسلم له دعواه الاستحقاق وقال لا مدفع له في بينة الاستحقاق عند قيامها ولم يطلب الإعذار فيها⁴.
- 2- إذا طلب الإعذار في الشهود لا ليحرجهم بل ليسألمهم عن وجه شهادتهم أو يستفسرهم ويطلب إليهم الرجوع أو ليعلم هل في الوثيقة خلل⁵.

¹ نفس المرجع .

² رواه أبو داود كتاب الإجارة باب في الرجل يجد عين ماله عند رجل رقم 3533 .

³ انظر مواهب الحلاق على الزقاق 74/2 .

⁴ التسوي 243/2 .

⁵ حاشية الوزاني على النحلة 3 كراسة 32 ص 6 - 7 ، الصولي 245/2 ، الناردي على الزقاق 75/2 .

3- إذا كان جاهلا لما يترتب على تكذيب الشهود وتجريرهم والطعن فيهم¹.

4- إذا كتب في وثيقة الشراء على سنة المسلمين ومرجع دركهم².
ففي هذه الحالات يحق له الرجوع على البائع اتفاقا إلا أن الشيخ الرهوني قيد الحالة الرابعة بما إذا لم تكن كتابة تلك الجملة -على سنة المسلمين ومرجع دركهم- من تليفق الموثقين وإلا فلا عبرة بها³.

والحالات المختلف فيها هي :

1- إذا خاصم المشتري مدعي الاستحقاق وكذب بينة الاستحقاق وعجز عن الطعن فيها حتى حكم عليه⁴.

2- إذا اعترف بصحة ملك المالك لما اشتراه منه أو أنه يعلم ملكيته له ورثه عن أبائه وأجداده مثلا⁵.

3- إذا أضافه له وانتسبه له فقال هي ملك فلان أو داره اشتريتها منه ولم يقل أنه يعلم ذلك⁶.

¹ التسولي 245/2 .

² الرهوني 353/6 ، حاشية الوزاني ج 3 كراسة 33 ص 4 .

³ نفس المرجع .

⁴ التسولي 244/2 ، حاشية الوزاني ج 3 كراسة 33 ص 3 .

⁵ نفس المرجع .

⁶ حاشية الوزاني ج 3 كراسة 33 ص 4 ، الرهوني .

4- إذا اشتراه منه وهو يعلم أنه مغصوب أو مسروق¹.

ففي هذه الحالات كلها اختلف هل يرجع المشتري على البائع أم لا والمعمول به في الأولى عدم الرجوع وفي الثلاثة الأخيرة الرجوع².
والموافق للحديث هو الرجوع مطلقا لقوله صلى الله عليه وسلم (من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ويتبع البيع من باعه)³ وهو عام في كل بيع، (وعموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال).
وعلى كل حال فالمشتري لا رجوع له على البائع إلا بعد الحكم عليه بالاستحقاق⁴.

كما أن البائع لا يطالب بالخصومة في الموضوع حتى يصدر الحكم بالاستحقاق⁵.

وأما ما يرجع به المشتري فإن الأمر يختلف باختلاف الثمن الذي وقع به الشراء فإن كان اشتراه بنقود دراهم أو دنانير فإنه يرجع بمثل الثمن⁶ فإذا كان الشراء بالدولار رجوع بالدولار وإن كان بالدرهم رجوع بالدرهم وهكذا.

¹ التسوي 221/2 .

² أنظر الرهوني 250/6 - 251 ، و التسوي 244 /2 .

³ سبق تقريره .

⁴ التسوي 244/2 .

⁵ نفس المرجع .

⁶ انظر الحرشي و حاشية العدوي 394/4 - 395 .

وأما إن كان الشراء بغير النقود من أصول وحيوان وعروض وطعام وغير ذلك من المقومات والمثليات غير النقد، فإنه يرجع بعين الثمن الذي دفعه ما دام قائما لم يتغير تغيرا مؤثرا في قيمته¹.

كما لو اشتراه بحلي أو ثياب أو سيارة أو قمح فإنه يرجع بعين الحلي والثياب والسيارة والقمح يأخذ ذلك من البائع.

فإن تلف ذلك من أصله رجح بقيمة المقوم ومثل المثلي² كما لو احترق الثوب أو السيارة أو استهلك القمح أو سقط الحلي في البحر.

ومثل ذلك إذا تغير الثمن تغيرا يختلف به القيمة³ كما لو اشتراه بسيارة جديدة فعطبت أو ثوب فبلي أو حلي فتكسر أو حيوان فهزل أو سمن أو كبر أو أرض فبناها أو بدار فأصلحها ففي جميع ذلك يرجع بقيمة ما دفع من الثمن إذا كان مقوما ومثله إذا كان مثليا، ولا يرجع بعين ثمنه لاختلاف السعر فإذا زاد تضرر البائع، وإذا نقص تضرر المشتري، فكان العدل هو الرجوع بمثل المثلي وقيمة المقوم، وتعتبر القيمة يوم البيع لا يوم الاستحقاق⁴.

¹ انظر الخروشي 399/4.

² نفس المرجع 399/4.

³ الخطاب 55/6.

⁴ انظر الخطاب 55/6.

- واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل لا يرجع فيها المستحق منه بما دفع ولا بمثله ولا قيمته لتعذر ذلك، وإنما يرجع بقيمة المستحق¹، ومنها:
- 1- استحقاق الصداق فإن المرأة لا ترجع بما خرج من يدها وهو البضع ولا بمثله ولكنها ترجع بقيمة الصداق المستحق فإذا أصدقها جواهر أو دارا فاستحقت من يدها فإنها ترجع بقيمة الجواهر والدار .
 - 2- استحقاق الخلع فإن الزوج لا يرجع بما خرج من يده وهو العصمة ولا بمثلها ولكنه يرجع بقيمة الخلع المستحق من يده إذا كان مقوما ومثله إذا كان مثليا، فإذا خالعه بأرض فاستحقت فإنه يرجع عليها بقيمة الأرض .
 - 3- استحقاق المصالح به في دم العمد، فإن الولي لا يرجع بما دفع وهو العفو ولكنه يرجع بما استحق من يده فإذا جرح شخص شخصا آخر أو قطع يده عمدا فصالحه على دار أو أرض فاستحقت الدار أو الأرض فإنه يرجع عليه بقيمة الدار أو الأرض، ولا يرجع في العفو ويقتص منه .

✓ الزيادة الطارئة على المستحق

- قسم الفقهاء الزيادة الطارئة على المستحق قبل استحقاقه إلى قسمين:
- 1- زيادة في ذات المستحق مثل سمن الهزيل وكبر الصغير وبراء المريض ونحو ذلك، وهي زيادة يستحقها المستحق ويأخذها بلا مقابل لعدم انفكاكها عن المستحق .

¹ انظر شرح خليل عند قوله في الاستحقاق أو قيمته إلا نكاحا أو خلعا و صلح عمد إغ ، الخطاب 55/6 ، الحرشي 399/4 .

2- زيادة أحدثها المستحق منه مثل صبغ الثوب وخطاطته وإصلاح الدار والحلي وحرث الأرض وبنائها وغرسها أو تنقيتها من الأحجار والغابات وحفر الآبار ومد السواقي ونحو ذلك من كل ما يحدثه في الملك بفعله وسببه، والحكم أنه يخير المستحق في دفع قيمة تلك الزيادة قائمة ويأخذ ماله يعينه كما هو، فإن أبي خير المستحق منه في إعطاء قيمة المستحق لربه ويأخذه بما فيه، فإن أبا معا كانا شريكين في المستحق كل بقيمة ماله¹.

فإذا كانت الأرض بناها قومت الأرض وقوم البناء فإذا كانت قيمة الأرض عارية من البناء عشرة ملايين وقيمة البناء قائما عشرة ملايين كانا شريكين في الجميع مناصفة، وإذا كانت قيمة الأرض عشرين وقيمة البناء عشرة كان لصاحب الأرض الثلثان ولصاحب البناء الثلث وهكذا .
وتعتبر القيمة يوم الحكم لا يوم البناء والغرس .

إلا أنه لا يعتبر من قيمة البناء إلا ما كان معتادا ويلغى ما كان سرفا² فإذا كانت قيمته الإجمالية خمسة عشرة مليونا لكن قيمة الإسراف والزخرفة الخارجة عن العادة يساوي خمسة ملايين فإنه تعتبر قيمته بعشرة ملايين فقط

¹ تحليل شرح الخرشي 394/4 و الخطاب 44/6 .

² انظر الرهوني 248 /6 .

إن أعطاهما له رب الأرض أخذ أرضه بما فيها، وإن أبي من إعطائها كان الباني شريكا بقيمة عشرة ملايين فقط.

ويستثنى من هذا الزرع القائم في الأرض فإنه للزارع المستحق منه وليس لرب الأرض أخذه بقيمته قائما ولا مقلوعا، كما ليس له قلعه مطلقا بلغ حد الانتفاع به أو لا، فات إبان الحرث أو لا، إلا أنه إذا فات الإبان فالزرع لزارعه، ولا كراء عليه، وإذا كان لم يفت فعليه الكراء لرب الأرض¹ وكل هذا خاص بالاستحقاق من يد ذي الشبهة، والمراد به هنا هو من عدا الغاصب فيشمل وارث الغاصب والمشتري منه والمكتري والموهوب له إن لم يعلموا ومجهول الحال ووارثه ومن تملكه منه بشراء أو هبة أو اكتراء منه² والباني في أرض يظنها مواتا، فهؤلاء جميعا لا يهدم بناؤهم ولا يقلع غرسهم ويقال للمستحق أعطهم قيمة ما أحدثوه من بناء وغرس قائمين فإن أبي قيل لهم أعطوه قيمة أرضه فإن أبو كانوا شركاء في الجميع كما سبق³ واختلف في الشريك إذا بنى أو غرس في الأرض المشتركة .

¹ أنظر الخرشبي وحاشية العدوي 391/4 .

² نفس المرجع ، أنظر الخطاب 40/6 .

³ نفس المرجع 394/4 .

وقد أفتى الخطاب في حالة بنائه بغير إذن شركائه أنه ليس لهم إلزامه بقلع غرسه وهدم بنائه وأنهم إذا أرادوا القسمة كلهم أو بعضهم فإن الأرض تقسم بينهم فإن خرج البناء والغرس في نصيب الشريك الباني فالأمر واضح وإن خرج في نصيب شركائه كان الخيار لمن خرج في نصيبه، إن شاء أمره بقلع غرسه وهدم بنائه ورد الأرض كما كانت، وإن شاء أخذ البناء والغرس وأعطى للشريك الباني والغرس قيمة بنائه وغرسه مقلوعين على الراجح، وقيل قائمين بناء على الخلاف في الشركة هل تعتبر شبهة تنفي الغصب أو لا تعتبر شبهة، وفي الحالتين يلزمه كراء ما استغل من نصيب شركائه .

وإن اختار الشركاء الاستمرار في الشركة فإنهم يدخلون معه فيما بنى وغرس في قدر حصصهم في الأرض ويرجع عليهم بقيمة عمله منقوصا على الراجح، وقيل قائما¹ .

وأما الاستحقاق من يد الغاصب بعد الحرث والغرس والبناء فقد تقدم حكمه في باب الغصب .

انتهى بحمد الله وعونه، والصلاة والسلام على رسول الله وآله

وصحبه .



¹ انظر الخطاب 44/6 .

الفهرس

	الموضوع
4	المقدمة
6	المبحث الأول : في تعريف المال وأقسامه
6	تعريف المال وأقسامه
6	المال في اللغة
7	المال عند الفقهاء
15	أقسام المال
15	التقسيم الأول
18	التقسيم الثاني
22	المبحث الثاني : في تعريف الملك و أقسامه
23	أقسام الملك
25	شروط الملك
26	أسباب الملك
27	القسم الأول : الحيابة
29	أركان الحيابة
29	شروطها

30	الشرط الأول
31	الشرط الثاني
33	الشرط الثالث
35	الشرط الرابع
39	الشرط الخامس
42	الشرط السادس
44	الشرط السابع
45	الشرط الثامن
46	الشرط التاسع
49	الشرط العاشر
50	حيازة ما جهل أصله
52	حيازة ما علم أصله
53	حيازة الأجانب
54	حيازة الأجنبي الشريك
56	حيازة الأقارب و الأصهار
58	حيازة الأصول و الفروع
59	حيازة الدين

60 حيازة الماء
62 حيازة الضرر
63 الشرط الحادي عشر
64 آثار الحيازة
64 القضاء للحائز بما في يده
71 تخليف الحائز أو إعفائه من اليمين
73 ثبوت الحيازة
75 القسم الثاني : الغصب
75 تعريفه
75 مذهب المالكية
78 مذهب الشافعية
79 الغصب عند الحنابلة
80 الغصب عند الحنفية
81 حكمه : تحريمه و تأديب فاعله
83 أركان الغصب
87 آثاره المترتبة عليه أو أحكامه
88 رد المغصوب في حالة بقاءه

88 نقل المصوب لبلد آخر
91 ضمان المصوب في حالة تلفه أو فوته
99 وقت القيمة
101 تغير المصوب بنقصان أو تعيب
105 تغير المصوب بالزيادة
107 خلط المصوب بغيره
108 البناء و الغرس في الأرض المصوبة
111 زراعة الأرض المصوبة
114 نفقة المصوب
115 غلة المصوب و منافعه
119 أرباح المصوب
120 تصرف الغاصب في المصوب
124 اختلاف الغاصب و المصوب منه
132 الإغتصاب : حقيقته و حكمه و آثاره
134 شروط استحقاق الصداق
136 دعوى الاغتصاب
140 القسم الثالث : التعدي

140	حقيقته
142	أركان التعدي و شروطه
150	أقسام التعدي
152	ضمان التعدي
154	اجتماع المباشرو المتسبب
156	نوع الضمان الواجب في التعدي و كفيته
159	الفرق بين التعدي و الغصب
162	مسؤولية الإنسان عن جناية حيوانه
163	1- الجناية على الزروع و الحوائط
168	كيفية الضمان
173	جناية الأبنية و مسؤولية المالك عن انهيار بنائه
179	الفصل الرابع : الاستحقاق
179	1- مفهوم الاستحقاق و أركانه
181	سبب الاستحقاق
182	شروطه
187	موانع الاستحقاق
188	دعوى الاستحقاق

192	أحكام الاستحقاق و آثاره
192	توقيف المتنازع فيه
193	الغلة
196	الرجوع بالنفقة
196	استحقاق المبيع
197	فسخ البيع و عدمه
197	استحقاق كل المبيع
198	استحقاق بعض معين
199	استحقاق الجزء الشائع
200	حق المشتري المستحق منه في الرجوع على البائع بالثمن
205	الزيادة الطارئة على المستحق
209	الفهرس