

**جريمة الغصب
في الفقه الاسلامي
دراسة مقارنة**

للكـتـور

**منصور ابي العاطي محمد
عميد كلية الشريعة والقانون
بدمهور**

اقتصرت الدراسة في هذا البحث على اهم مسائل الغصب بايجاز
شديد مراعيان ادع فرصة للابحاث الاخرى .
وقد قسمت هذا البحث الى فصلين :
أولهما : في معنى الغصب واركانه ووصفه الشرعي والدليل عليه .
وثانيهما : في احكام الغصب . بمعنى ما يترتب عليه مقتصران على اهم
الاحكام .

الفصل الأول

معنى الفصّب وأركانه ووصفه الشرعي

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : معنى الفصّب والفرق بينه وبين ما يشبهه .

المبحث الثاني : أركان الفصّب .

المبحث الثالث : الوصف الشرعي .

المبحث الأول

معنى الفصّب والفرق بينه وبين ما يشبهه

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : معنى الفصّب .

المطلب الثاني : الفرق بينه وبين ما يشبهه .

المطلب الاول معنى الغضب

١ - الغضب في اللغة :

- هو عبارة عن أخذ الشيء من الغير على وجه الغلبة والقهر .
- يقال : غضب الشيء أى اخذه قهرا أو ظلما .
- وغضب المرأة : أى زنى بها كرها .
- ويطلق ايضا على حمل الانسان على فعل ما لا يرضاه يقال : غضبني فلانا على فعل كذا .

- والاغتصاب مثله يقال : اغتصب الشيء أى أخذه قهرا وظلما .
- الغضب مصدر بمعنى الشيء المغضوب (١) .

٢ - أما الغضب في الاصطلاح :

- فالفقهاء يختلفون في تعريفه وسأشير الى أشهر المذاهب بإيجاز .
- أولا الحنفية :**

عند الحنفية عدة تعريفات للغضب من أهمها :

- (١) عند أبى حنيفة وأبى يوسف (هو إزالة يد المالك عن ماله المنقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل منه في المال) (٢) .

(١) المنجد ومختار الصحاح مادة غ ص ب وكشاف القناع ج٤ ص٧٦ مكتبة النصر الحديثة ، الزيلعي ج٥ ص٢٢١ الطبعة الاولى مصورة ، دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت .

(٢) بدائع الصنائع ج٩ ص٢٤٠٣ الطبعة الامام .

ويفهم من تعريف الغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف بأن الغصب لا بد أن يتوافر له الامور الاتية :

- ١ — انه لا بد من ازالة يد المالك ، فيخرج ما ليس موجود قبل الغصب مثل زوائد المصوب فانها لا تعد غصبا ، لأنه ليس فيها ازالة ، وكذلك او غصب دابة فتبعتها اخرى او ولدها فانها لا تضمن وذلك لعدم الازالة .
- ٢ — أن يكون الشيء المصوب مالا متقوما ، فيخرج به مال غير منقوس مثل استيلاء مسلم على خمر ملك للمسلم .
- ٣ — أن يكون الغصب عن مجاهرة ومغالبة ، فيخرج بها فاذا كان الاستيلاء على مال الغير خفية او بسبب حياء من صاحب المال ، فانه لا يعد غصبا .

٤ — وان يحدث الغصب بفعل صادر عن الغاصب . فيخرج به اذا حدث بغير فعل من الغاصب ، كحيوان دخل دار انسان او بستانه فاستقر فيها فانه لا يسمى غصبا .

(ب) واما تعريف الغصب عند محمد رحمه الله (هو تفويت يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة) (٣) .

ويقال : الفعل في المال ليس بشرط حتى يسمى غصبا .

ويفهم من تعريف الغصب عند محمد رحمه الله امور ثلاثة فقط :

١ — تفويت يد المالك عن ماله بغير اذنه .

٢ — أن يكون مال المصوب مالا متقوما .

٣ — وأن يكون على سبيل المجاهرة والمغالبة .

(ج) وبعض الفقهاء من زاد في شروط مال المغصوب أن يكون محترماً ،
وأن يكون قابلاً للنقل ، كما عرفه صاحب كتاب البحر الرائق والزيلعي .
الفصب : هو ازالة اليد المحققة باثبات اليد المبطله في مال ، تقوم
محترماً قابلاً للنقل (٤) .

وقالاً في شرح التعريف :

١ — قوله « ازالة اليد المحققة » أخرج زوائد المغصوب فانها غير
مضمونة ، لأنه ليس فيها ازالة وكذا لو غصب دابة فتبعثها اخرى أو ولدها
لا يضمن لعدم الازالة .

٢ — قوله « في مال » شمل المال المتقوم وغير المتقوم .

٣ — قوله « محترماً » خرج به الخمر والخنزير اذا كنا لمسلم فانه
لا يكون غصباً وخرج ايضاً مال الحربى فانه عفير محترماً .

٤ — قوله « قابل للنقل » خرج به العقار .

(د) وعرف الفصب صاحب كتاب فتح القدير ، هر أخذ مال متقوم

محترماً بغير اذن المالك على وجه يزيل يده (٥) .

ويأخذ من هذا التعريف :

١ — غصب واخذ مال متقوم .

٢ — وأن يكون ذلك المال محترماً .

٣ — وأن يكون الاخذ بغير اذن المالك .

٤ — وأن يكون ذلك يزيل يد المالك عن ماله .

ويمكن ان نستخلص بشأن الفصب في مذهب الحنفية ما يلى :

١ — ان الفصب لا بد من ازالة يد المالك عن ماله وذلك باثبات يد

الغاصب عليه .

(٤) تكلمة البحر الرائق ج ٨ ص ١٢٨ ، الزيلعي ج ٥ ص ٢٢١ .

(٥) تكلمة فتح القدير ج ٧ ص ٣٦٠ .

- ٢ - وأن يكون من غير اذن مالكة .
٣ - وأن يفصّب مالا متقوما .
٤ - ولا يسمى غصبا في المنافع لأن المنفعة لا تتقوم عنده .
٥ - وأن يكون ذلك المال محترما .
٦ - وأن يكون المال قابلا للنقل ، فلا يكون غصبا في العقارات عنده لأن الازالة لا تأتي الا في المنقولات .

- ٧ - وأن يكون على سبيل المجاهرة والمغالبة اما بالخفية كالسرقة او المجاهرة مع فقدان الفوت كالحراية وقطاع الطريق فلا يسمى غصبا عنده .
٨ - وأن يصدر ذلك بفعل من الخاصب ، اما اذا كان بغير فعل من الخاصب مثل دخول دابة غيره في حديقته فاستقر فيها ، فإنه لا يسمى غصبا .

ثانيا - « مذهب المالكية » :

- ١ - مفهوم الغصب عند المالكية كما في حاشية الدسوقي والخرشي (هو أخذ مال قهرا تعديا بلا حراية) (٦) .
(أخذ مال) أى استيلاء عليه . (فأخذ) جنس يشمل الغصب وغيره كأخذ انسان ماله من مودع ، أو من مدين أو غير ذلك - وهو من اضافة المصدر لمفعوله .

والفاعل «حذوف أى أخذ آدمى مالا ،

- والمبتدأ من المال : هو الذوات فقط ، فخرج التعدى . فان التعدى هو الاستيلاء على المنفعة كسكنى دار وركوب دابة .

(٦) حاشية الدسوقي ج٣ ص٤٤٢ ، الخرشي ج٦ ص١٢٩ .
(٧) انظر الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ الخفيف ص١١٠ .

والفرق بين الغضب والتعدي (٧) :

قال فريق : الغضب ، هو جنابة على الذات المستولى عليها جميعها ؛
وذلك بالاستيلاء عليها قصدا الى أخذ منافعها أيضا .

أما الاعتداء : هو الأخذ بقصد الاستيلاء على منفعة المأخوذ لا الذات
وقال آخرون :

الغضب : هو جنابة على السلعة كلها .

أما الاعتداء : هو الجنابة على بعض السلعة في أكثر أحواله كمزق
الثوب وكسر الأنية .

وقوله : (تهرأ) أى على واضع يده عليه — وهو حال مقارنة لعاملها
— فخرج به السرقة ونحوها إذ لا تهرأ حال الأخذ ، وإن حصل القهر بعده
كما يخرج به المأخوذ اختيارا كعارية وسلف وهبة .

وقوله : (تعديا) أى ظلما — خرج به المأخوذ تهرأ بحق كالدين من
مدين ، ما طل ، أو من غاصب ، أو أخذ الزكاة كرها من ممتنع ونحو ذلك .

وقوله بلا حراية — وقالوا لما كانت التيسود السالفة ذكرها تشمل
الحراية لذلك قال « بلا حراية » لأخراجها .

لأن الحراية : هى أخذ المال على وجه يتعذر معه الغوث .

بخلاف الغضب : فإنه يمكن فيه طاب الغوث .

وأیضا ان حقيقة الحراية غير حقيقة الغضب من حيث ترتب بعض

الاحكام على الحراية دون الغضب .

٢ — قال ابن عرفة فى تعريف الغضب كما فى كتاب الخرشى :

(هو أخذ مال غير منفعة ظاهرا لا لخوف قتال) (٨) .

وقال فى شرحه :

قوله : (أخذ مال غير منفعة) أخرج به التعدي .

(٨) الخرشى ج٦ ص ١٢٩ .

وقوله : (ظلما) اخرج به اخذه عن طيب نفس .

وقوله : (شهرا) اخرج به السرقة .

وقوله : (لا لخوف قتال) اخرج به الحراية .

ويمكن ان نستخلص مفهوم الغصب عند المالكية كما يلي :

١ — ان الغصب هو استيلاء الغاصب على عين مالية المصوب منه
(أى الذوات فقط) .

٢ — ولا يسرى الغصب على المنافع فان منع الغاصب المنافع عن
صاحبها بالاستيلاء على العين ، فانه لا يسمى غصبا ، وانما يسمى اعتداء .

٣ — وان يكون على سبيل القهر والغلبة .

٤ — وان يكون ذلك الفعل الصادر من الغاصب على وجه ظلم ،
فبخرج به ما اذا اخذ عين مالية لغيره عن طريق هبة او نحوها .

٥ — وان يكون لا لخوف قتال . واما اذا كان لخوف قتال فانه يقال
الحراية .

٦ — ان الغصب يمكن طلب الفوئ منه بخلاف الحراية فانه لا يمكن
طلب الفوئ منها .

٧ — ان الغصب يخالف الاعتداء او التعدى .

وذلك ان الغصب : جنائية على السلعة كلها . اما الاعتداء : هو
الاخذ بقصد الاستيلاء على منفعة المأخوذ لا الذات او الجنائية على بعض
السلعة فى اكثر احواله كمزق الثوب وكسر الآنية ونحوهما .

ثالثا — « مذهب الشافعية » :

تعريف الغصب عند الشافعية : (هو الاستيلاء على حق الغير

عدوانا) (٩) (الاستيلاء) : أى استيلاء الغاصب على حق الغير قهرا ، فيدخل فيه موت ولد شاة بذبحها لتعين اللبن غذاء ولدها ، فإن الغاصب هنا أنلف غذاء الولد المتعين له باتلاف أمه ، ويخرج به منع المالك من سقى زرعه أو ماشيته حتى تلف فإن الغاصب لا يضمن لانقضاء الاستيلاء فإن معيار الاستيلاء يرجع فى تقديره الى العرف .

(على حق الغير) فإن الحق هنا يشمل جميع الحقوق سواء كانت مالا كثوب ودابة ، أو غير مال كالكلب وجلد الميتة ، ويشمل أيضا الاختصاصات ، مثل من قعد بنحو مسجد أو شارع ، فإننا لا يجوز أن نزعجه عنه ، وتشمل أيضا المنافع مثل ركوب دابة أو جلوس على فراش غيره ، فإنه يعتبر غاصبا ، وإن لم ينقل ، ولو دخل دار غيره وأخرج صاحبها منها ، أو أزعجه وقهره على الدار ولم يدخل الدار فهو غاصب للدار وما فيها من المنقولات . وأيضا لا يتوقف تحقق الغصب على ازالة يد المالك كانت متحققة قبله ، فإن استيلاء الغاصب على زوائد المفصوب التى نتجت عنه فى يده فهو غصب ، إذ أن الحق هنا يشمل جميع أفراد الغصب المحرم ، وأما النضمان فينفى عنه الا فيما إذا كان يعتبر فيه مالا .

(عدوانا) أى على وجه الظلم والتعدى ، فيخرج به ما إذا أخذه بطريق الحرابة ، وما كان امانة شرعية كثوب طيرته الريح الى داره أو حجرته ، وخرج أيضا ما لو أخذ مال غيره يظنه ماله .

ويفهم من تعريف الغصب عند الشافعية الآتية :

- ١ — **الغصب** : هو استيلاء الغاصب على حق الغير بغير إذنه .
- ٢ — وأن يكون على الظلم والتعدى من قبل الغاصب .

(٩) نهاية المحتاج ، ج٥ ص١٤٤ وقلوبى وعميرة ج٣ ص٢٦ ، السراج الوهاج ص٢٢٦ ، والام ج٣ ص٢١٨ . مغنى المحتاج ج٢ ص٢٧٥ .

٣ — أما مجرد منع المالك من وصوله الى ماله فانه لا يسمى غصبا ،
لانتفاء الاستيلاء عليه .

٤ — يتحقق الغصب في المال كغصب الثوب او الدابة .

٥ — ويتحقق في غير المال كغصب الكلب او الخمر .

٦ — ويتحقق أيضا في الاختصاصات كإخراجه من مكانه في المسجد

مثلا .

٧ — ويتحقق أيضا في المنافع مثل ركوب دابة .

٨ — الغصب يشمل جميع أفراد الغصب سواء كان موقولا أو عقارا

وسواء كان — موجبا للضمان أم لا .

٩ — أما الضمان فالغاصب لا يضمن الا فيما يعتبر مالا فقط فان لم يكن

كالخمر فانه لا يضمن لانه ليس بمال .

١٠ — زوائد المغصوب تدخل من ضمن الغصب .

رابعا — « مذهب الحنابلة » :

مفهوم الغصب عند الحنابلة :

١ — قال في كشف القناع : (هو استيلاء غير حربي عرفنا على حق

غيره قهرا بغير حق) (١) .

٢ — وفي فتاوى ابن تيمية : (هو الاستيلاء على مال الغير ظلما) (١١)

٣ — وفي المغنى لابن قدامة : (هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق) (١٢)

وقوله : (الاستيلاء) : أى استيلاء الغاصب مال غيره على وجه

(١٠) كشف القناع ج٢ ص ٣٤٠ .

(١١) المغنى لابن قدامة ج٥ ص ١٧٧ .

(١٢) فتاوى ابن تيمية ج٤ ص ٩٤ .

القهر والغلبة ، ويخرج به السرقة والنهب والاختلاس فليست غصبا ،
بعدم القهر فيها .

وقوله (على مال غيره) يدخل فيه المال أو الاختصاص ويدخل فيه
مال المسلم والمعاهد ، وهو المال المعصوم ، وتدخل أيضا منافع أموال غيره
لأنها تتقوم ، فالتقوم يدل على أنها مال . ويخرج منه استيلاء المساميين على
أموال أهل الحرب فإنه ليس بظلم ، ويخرج أيضا استيلاء المحاربين على مال
المسلمين لأنهم يملكون بذلك .

وقوله (بغير حق) تدخل فيه زوائد المصوب ، فإن الغاصب يملكها
بدون حق لأنها تبعيتها لأصلها ، ويخرج منه ما إذا أخذه بحق كلخذه ماله
من الغاصب .

ويمكن استخلاص تعريف الغصب عند الحنابلة كما يلي :

- ١ — أن الغصب لا يحصل بغير الاستيلاء .
- ٢ — وأن يكون هذا الاستيلاء على مال غيره بغير إذنه .
- ٣ — وأن يكون مالا أو اختصاصا .
- ٤ — استيلاء المسلم على أموال أهل الحرب لا يسمى غصبا وكذلك
استيلاء أهل الحرب على أموالنا لا يسمى غصبا .
- ٥ — أما أموال المعاهد إذا غصبها فهو غاصب لأنها أموال معصومة .
- ٦ — إذا غصب ما ليس بمال فلا يسمى غصبا وبالتالي لا ضمان فيه
كمن غصب حرا فإنه لا يضمن .
- ٧ — وأن المنافع تدخل في ضمن المال لأنها تتقوم .
- ٨ — ويدخل أيضا العقارات لأنها تثبت فيها الاستيلاء .
- ٩ — الزوائد تدخل أيضا في الغصب لأنه أخذها بدون وجه حق وذلك
بالاستيلاء على أصلها .

١٠ — أن السرقة والاختلاس والنهب لا تسمى غصبا وذلك لعدم القهر فيها .

(مقارنة بين المذاهب الأربعة في تعريف الغصب اصطلاحا)

تبين لنا تعاريف الغصب في المذاهب السابقة ، أن هناك بعض الأمور التي يتفقون فيها وبعضها يختلفون فيها .

فهم متفقون في مفهوم الغصب بحسب عمومته أو مفهومه العام وذلك يتمثل في الأمور الآتية :

١ — أن الغصب هو عبارة عن أخذ الشيء على وجه الظلم والقهر .

٢ — أن تكون عين المغصوب ملكا لغيره وبغير إذنه .

٣ — أن أخذ ماله من مدينه أو من المحارب ليس غصبا .

٤ — أن يكون المال المغصوب معصوما .

واختلفوا في الغصب بحسب مفهومه الخاص :

١ — عند الحنفية وأبو يوسف أن الغصب هو إزالة يد المالك عن ماله

وإثبات يد الغاصب عليه .

وعند محمد رحمه الله هو تفويت يد المالك عن ماله المتقوم .

وعند المالكية هو أخذ المال غير منفعة ويشترط لا لخوف قتال وأن يمكن

الغوث به وأن الاعتداء يخالف الغصب وعند الشافعية هو استيلاء على حق

الغير .

وعند الحنابلة هو استيلاء على مال الغير .

٢ — واختلفوا في اشتراط مال المغصوب .

هل يشترط أن يكون قابلا للنقل أم لا .

فعند الحنابلة والشافعية ومحمد لا يشترطون ذلك .

فالعصب يسرى في العقارات كما يسرى في المنقول .

وأما عند أبي حنيفة ومن معه يشترطون ذلك ولا يسرى في العقارات .
٣ — وهل يشترط أن يكون مال المصروب متقوفا أم لا ؟
عند الحنفية لا يسرى الغصب في المنافع لأنها غير متقومة .
وأیضا عند المالكية لا يسرى الغضب فيها ، وإذا باشرها واستعملها
فلا یسمى غصبا وإنما اعتداء .

وأما عند الحنابلة والشافعية فيسرى الغصب فيها لأنها تتقوم عندهما .
٤ — وهل يشترط أن يكون محترما أم لا ؟
عند الحنفية ومن معهم : لا يثبت الغصب في الخمر والخنزير لانهما غير
محترمين .

وأما عند الشافعية والحنابلة : يثبت ذلك فيهما ، ولكن الضمان
لا يجب الا فيما يتقوم فقط .

٥ — واختلفوا أيضا في الاختصاصات :

فعند الشافعية والحنابلة تدخل في ضمن الغصب .
وأما عند الحنفية ومن معهم لا يثبتها فيه ، وذلك لعدم تحقق معنى
الازالة عن صاحبها ، وبالتالي لا غصب فيها ، وإنما الغصب في المالية فقط .

٦ — ويشترطون أن يكون المال موجودا في وقت الغصب .
فأما الزوائد فليس بغصب فيها عند الحنفية ومن معه .
وأما عند الشافعية والحنابلة فإنه غاصب لها ، لأنه استولى عليها
بدون وجه حق وأنه غصبها عن طريق أصلها .

(الترجيح)

وبمقارنة فيما سبق تبين لنا أن التعريف المقنع هو تعريف الامام الشافعي
والحنابلة وذلك للأسباب الآتية :

١ — انهما عبرا بالاستيلاء ، فالاستيلاء يتبادر منه أخذ الشيء قهرا

وظلما بخلاف من عبر « بالاخذ » فانه يحتل اخذه بطريق التهر ، او بطريق السلم ، فلا بد من اتيان لفظ آخر ليميزه عن غيره .

٢ — وانه يشمل جميع الاشياء سواء كانت منقولا او من غير المنقول من العقارات لاننا نجد في عصرنا هذا كثير من الناس يفصبون الاراضى والعمارات من الآخرين عن طريق تزوير المستندات ليمتلكوها غصبا عن صاحبها .

٣ — وانه اشتمل أيضا المنافع ، لان المنفعة مال . وان كثيرا من الناس يفصبون الاموال من اجل اخذ منافعها ، فاذ لم نعتبرها غصبا ونطلب حقوق المالك فيضيع حق المالك هدرا .

٤ — وأيضا يشتمل الاختصاصات :

فلو لم نعتبرها غصبا فقد يتعدى القوى على الضعيف ، والاسلام لا يريد ذلك ، لانه يريد التعاون والاخوة بين جنس الانسان .

٥ — ويشمل أيضا أموال النهمى والمعاهد لان الاسلام يريد أن يحفظ سيادة — الشخص وكرامته وبالتالي سيادة أهواله .

٦ — واعتبار هذه الامور غصبا يشمر القاصب بأنه هو المسئول عن هذه الجناية صغیرها وكبیرها حتى ينزجر ويبتعد عن فعل ذلك فيما بعد .

٧ — فالفرض من التعريف هو الاحاطة بجميع افراد الغصب اولا تاتى الاحاطة الا فى هذا التعريف .

المطلب الثانى

الفرق بين الغصب وبين ما يشبهه

اهم ما يشبه الغصب : الحرابة ، والسرقه ، والاختلاس ، والنهب .
واود ان أبين الفرق بين الغصب من جهة ، والحرابة والسرقه والاختلاس والنهب من جهة اخرى .

أما الغضب فلا يحتاج الى البيان هنا لأننا قد بيناه فيما سبق وما علينا الا ان نبين الامور الباقية ثم نقارن بينها وبين الغضب .

وعلى هذا يشتمل هذا المطلب على أربعة أفرع :

الفرع الاول

الحرابة

هي عبارة عن اشهار السلاح وقطاع السبيل على الناس (١٣) .

أو (هم الذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة) (١٤) .

واختلفوا في اعتبار مكان الحادث (١٥) حتى تسمى حرابة :

١ — فالمالكية ينظرون الى معنى الاعتداء على الناس للسرقة وغيرها مع استعمال القوة بالسيف أو غيره ولو بالحيلة ، فهذا الاعتداء يحدث في الصحراء ويحدث في العيران . اذن الحرابة عندهم في العيران والصحراء ، سواء .

٢ — وأبو حنيفة ينظرها من ناحية بعد الخوف وضعف السلطان . وعلى ذلك قال : ان الحرابة لا تكون الا في الصحراء لأنها مكان بعيد عن الخوف وضعف السلطان .

٣ — وأما أبو يوسف فيرى أن العبرة بالفوت وإمكانه ، ولذلك تتحقق

(١٣) الجرائم : أحمد فتحي بهنسي ص ٧٧ .

(١٤) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٤٤ .

(١٥) انظر مغنى المحتاج ٤/١٨٠ وما بعدها وبداية المجتهد ٢/٥٥

وما بعدها . والصاوى على الشرح الصغير ٢/٤٣٥ وما بعدها

وابن عابدين ٣/٢١٨ وما بعدها ، وتبيين الحقائق ٢/٤٣٣ وما

بعدها ، وكشاف القناع ٤/٨٩ وما بعدها ، والمغنى ٨/٢٨٧

وما بعدها .

الحرابة وقطع الطريق عنده في مصر والقرية لأن المحاربين يستطيعون أن يقطعوا المارة في مصر ويخيفونهم في حالة عدم الغوث والبعد عنه ولا يشترط عند أبي يوسف إلا القدرة على الاخافة ، ولا يشترط سلاحا معيناً سيفاً او غيره محدداً او غيره .

٤ — والشانعية : اشترطت أن يكون غيهم شوكة اى قوة المغالبة . وقوة المغالبة لا تتأنى الا بعيداً عن العمران . وكذلك تكون الحرابة في العمران اذا ضعف السلطان . ووجدت المغالبة . اذن الحرابة في الصحراء والعمران سواء أيضاً عندهم .

٥ — اما الحنابلة فالأقوال عندهم ثلاثة :

(ا) لا تكون الحرابة الا في الصحراء .

(ب) تكون الحرابة في مصر وغيره مادام الغوث بعيداً وليس قريباً .

(ج) تكون الحرابة في مصر اذا كان أهل العمران لم يدرك الغوث ،

وان ادرك الغوث فليست بحرابة .

وعلى الجملة :

فان المحاربين هم الذين يشهروا السلاح على الناس في الطريق او

غيره — ويتعرضون لهم بسلب أموالهم ، أو اذهاق أرواحهم ، ولا يستطيعون

أن يدفعوا قوتهم ، ولا يمكنون أن يستغيثوا .

وعقوبة جريمة الحرابة :

١ — التعزير ، اذا كان يخيف الناس في الطريق فقط ، او النفس

بهقتضى النص .

٢ — قطع يده اليمنى ، ورجله اليسرى ، في حالة اخافة الناس في

الطريق واخذ أموالهم بما بلغ نصاب السرقة .

٣ — القتل والصلب في حالة الاخافة وقتل الناس وأخذ ما بلغ نصاب السرقة (١٦) .

الفرع الثاني

« السرقة »

السرقة : (هي عبارة عن أخذ المال على وجه الخفية والاستتار) (١٧) .
بمعنى أن يأخذ الشيء من الحرز خفية ثم يخفى السارق والمسروق بعد ذلك .

اختلف العلماء في معنى السرقة وخلصته كما يلي :

١ — لابد من الأخذ عن طريق الاختفاء ، وأن يتحقق الأخذ بالفعل ، واحراز السارق للشيء المسروق ، فاذا لم يتحقق ذلك الاحراز لا تتحقق السرقة ، ولابد أن يتحقق في الاحراز معنى الأخذ والاستيلاء .

٢ — أن يكون ذلك الأخذ من الحرز ، وأن ينقل من الحرز الى مكان غير مكانه .

٣ — وأن يتحقق معنى هتك حرم الحرز ، وهو موضع الامانة الذي ينتهك حرمانها بالسرقة ، ، فاذا لم يتحقق هذا الانتهاك تحققا كاملا لا يثبت النقص . لأن عقوبة القطع لا تثبت الوجود الجريمة المتكاملة والجريمة المتكاملة لا تتحقق ، لا بأخذ ما يبلغ النصاب من الحرز ونقله وانتهاك حرمانه . ويلاحظ أنه اذا لم تتكامل الجريمة كانت العقوبة هي عقوبة التعزير .

(١٦) انظر الجنايات في الفقه الاسلامي للدكتور حسن على الشاذلي .

(١٧) الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي لأبي زهرة .

وعقوبة السرقة :

- ١ — التعزير اذا كانت السرقة لم تتكامل .
- ٢ — القطع اذا كانت السرقة تامة وكاملة وتوافرت فيها شروط القطع .
- ٣ — ثم بعد القطع لابد ان يرد عين المسروق الى صاحبه ان كانت قائمة لان النبي ﷺ (قطع سارق رداء صفوان ورد الرداء على صفوان) .
وإذا كانت العين هالكة فعليه أن يفرم ، وقول آخر لا يفرم بعد القطع .

الفرع الثالث

الاختلاس

- المختاس :** (هو من أخذ المال عيانا معتمدا على الهرب بالعدو وركض الخيل وسرعة السير) (١٨) .
- فالمختلس لا يكون مختفيا بل يكون ظاهرا ولكن يتغفل الآخر فيأخذ مايريده من غير مغالبة ، ثم يهرب بأسرع ما يمكن ، فالاختلاس نوع من الخطف والنهب .

وحكمه : لا تقطع يد المختلس وانما يسترد المال الذي أخذه .

الفرع الرابع

(النهب)

- المنتهب :** (هو من أخذ المال عيانا معتمدا على القوة والغلبة من غير اخافة الناس بالقتل) (١٩) .
- فالمنتهب :** يأخذ المال عيانا ايضا .

(١٨) محاضرات في فقه الشافعية . للشيخ طنطاوى مصطفى ٣٥ ، ٤٣
(١٩) المرجع السابق .

وهكمه : لا تقطع يده ويمكن صاحب المال أن يسترد ماله بمعاونة الحاكم أو غيره .

روى عن جابر عن النبي ﷺ أنه قال : (ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع) رواه أصحاب السنن .

الخائن : هو من جحد ما أئتمن عليه .

(مقارنة بين الغصب والحراية والسرقة والاختلاس والانتهاج)

١ — يفهم مما سبق أن الغصب غير الحراية :

لأن الحراية لا بد فيها من اشهار السلاح ، أو التخويف ، أو القتل ، أو الضرب أو نحوه أو سلب الاموال ، واما الغصب فهو أخذ المال بالتقهر من غير تهديد بالقتل أو غيره .

وأیضا ان الحراية تخالف الغصب من ناحية العقوبة :

فان عقوبة الحراية هي : التعزير اذا كان يخيف الناس في الطريق من غير أخذ المال ، وقطع يده اليمنى ورجله اليسرى اذا كان يخيف الناس في الطريق واخذ ما يبلغ نصاب ، السرقة ، والقتل والصلب اذا كان يخيف الناس في الطريق وقتلهم واخذ اموالهم .

واما عقوبة الغصب فهي عبارة عن الرد اذا كانت عين المفصوب قائمة ، وان تلفت لا بد ان يضمن اما بالمثل أو القيمة ، وقد يؤدي اذا كان الفاصب صغيرا أو مجنونا .

٢ — وكذلك يفهم مما سبق أن الغصب مختلف عن السرقة :

لأن السرقة هي عبارة عن أخذ المال خفية ثم يختفي السارق والمسروق بعد الأخذ ، وأن يأخذ المال من حرز مثله . وأن ينتهك الحرمات .

وأما **الفصب** : فهو أخذ المال عيانا ، ويعرفه صاحبه ولا يخفى
الفاصب بعد الأخذ ويمكن لصاحب المال أن يستغيث بغيره إذا استغاث .

• وأن الفصب لا يشترط فيه أخذ المال من الحرز .

• لأن الفاصب يأخذه من صاحبه قهرا وجبرا وظلما .

ويختلف أيضا من حيث العقوبة :

فالعقوبة السرقة هي قطع اليد ورد عين المسروق ان كانت قائمة ، وان
كانت هالكة يفرم .

• وقول آخر لا يفرم .

وأما عقوبة الفصب هو الرد ان كانت العين قائمة كما هي ، والرد
مع الأرش ان كانت ناقصة ، والضمان بالمثل والقيمة ان كانت هالكة —
ويشبه بينهما من حيث رد العين الى مالكيها الاصلى .

٣ — وأيضا أن المفتصب غير المختلس .

لأن **الاختلاس** : هو عبارة عن أخذ المال والهرب بأسرع ما يمكن ، وأنه
لا يقابل صاحب المال وإنما يعتمد على الهرب .

• وعقوبته هو استرداد العين المختلصة الى صاحبها ، ويعزز ويؤدب .

أما الفصب هو أخذ المال قهرا ولا يعتمد على الهرب . وعقوبة الفصب
تشابه عقوبة الاختلاس من حيث رد العين الى مالكيها .

٤ — وأن المفتصب غير المنتهب :

لأن المنتهب هو من أخذ المال نهبا وسلبا وكثر استعماله في أموال الغنيمة .

وعلى كل حال فإن النهب يشابه الغصب من حيث أخذ المال بالشده والغلبة الا ان النهب اقرب الى الاختلاس والاختطاف وعقوبته التعزير ويجب رد المال الى صاحبه .

٥ - أن الغصب غير الحراية والسرقه والاختلاس والنهب سواء كان من حيث الافعال والتصرفات ، أو من حيث العقوبات أو الجزاء وان كان بعض الاشياء فيما تقدم يشبه بعضه البعض .

* * *

خاتمة البحث الاول « الغصب في القانون »

لم يعرف شراح القانون المصرى ما يصطلح عليه جريمة الغصب صراحة الا انه يمكننا ان نستكشف من المادة ٣٢٥ من قانون العقوبات بما يتارب معنى الغصب .

فتنص المادة ٣٢٥ على ما يلى :

« كل من اغتصب بالقوة او التهديد سندا مثبتا او موجدا لدين او تصرف او ابراء ، او سندا ذا قيمة ادبية او اعتبارية او اوراق تثبت وجود حالة قانونية او اجتماعية ، او اكراه احدا بالقوة او التهديد على امضاء ورقة مما تقدم او ختمها — يعاقب بالاشغال الشاقة المؤقتة « (٢٠) .

ويمكن ان نستنتج من هذا النص على ان الغصب فى القانون : هو كل من اغتصب او استولى على شىء بالقوة او التهديد — اذا صح مثل هذا الاستنتاج .

فالشىء هنا : هو السندات التى تثبت شيئا لشخص ما .
وعن طريق تحويل هذه السندات يمكن ان يزيل يد المحق عن امواله الى اليد المبطله وهى يد الغاصب .

فالعمل المادى هنا : هو استيلاء بالقوة او التهديد .
والتهديد : اما باشهار السلاح او افشاء فضائحه او بقوة العضلات والغلظة فى الكلام او نحوها .

ووضوح الغصب كما هو المبين في النص هو السندات لا غير .

وعنصر القوة والتهديد هنا اوسع من عنصر القهر في حقيقة الغصب في الشريعة الاسلامية ، ولذلك لا يمكن تحديد حقيقته كما في الشريعة الفراء . ومع ذلك فان الغصب حقيقة لا يرتقى الى درجة السرقة بالاكراه ، ولا يندرج تحت جريمة النصب اذ جريمة السرقة بالاكراه : (هو ان يشمل الامور القسرية التي تقع على الاشخاص بقصد تعطيل قوة المقاومة عندهم او اعدامها للوصول الى الغاية وهي السرقة (٢١) .

مثل تهديد شخص شخصا بالسلاح بقصد تعطيل مقاومة الشخص ، والتمكن من المال المسروق ، او اعطاء المجنى عليه مادة مخدرة ، او اطلاق بخور او مواد اخرى بقصد تخديره ، ولا يعتبر اكراها اختلاس مال الغير اثناء نومه ولا مجرد اختطاف المال المسروق من يد المجنى عليه ، لانه لا تقع اعمال عنف تمس جسم المجنى عليه .

ويشترط في سرقة الاكراه ان تتوافر هذه الامور :

- ١ - ان يقع الاكراه على انسان .
 - ٢ - ان يكون الاكراه بعمل من اعمال العنف المادى .
 - ٣ - ان تقع افعال الاكراه بقصد السرقة .
- وأما موضوع السرقة فلا بد :
- ١ - ان يكون المسروق مالا اى ماديا .
 - ٢ - ان يكون منقولاً .
 - ٣ - ان يكون مملوكاً للغير .

وأما النصب فهو : (الاستيلاء على مال الغير بطريق الحيلة بنية

تملكه) (٢٢) .

(٢١) مذكرات في شرح قانون العقوبات للاستاذ على نور الدين ص ٨٩

(٢٢) المرجع السابق ٩٧ .

ويشترط في جريمة النصب ان تتوافر هذه الاركان .

١ — استعمال وسيلة من وسائل التدليس المحددة في القانون وهى
افعال الاحتيال .

٢ — الاستيلاء على اموال الغير دون وجه حق بناء على هذه الوسائل .

٣ — علاقة السببية بين وسيلة الاحتيال المستعملة ، وبين النتيجة
وهى الاستيلاء على المال .

٤ — القصد الجنائى .

اما الموضوع في جريمة النصب هو :

١ — ان يكون مالا .

٢ — ان يكون منقولاً يعنى ماديا لا معنويا ، فلا يعد نصبا احتيالا
الشخص للحصول على منفعة ولو كانت لها قيمة مالية .

٣ — ان يكون مماوكا للغير .

مقارنة بين الغصب في الشريعة والقانون

وعلى ضوء كلامنا سابقا نستطيع ان نقول ان شراح القانون لم يعرفوا
صراحة وبدقة حقيقة جريمة الغصب حتى يمكن ان نفرق بينه وبين غيره ،
لانهم اقتصرنا بالذكر في النص على غصب السندات فقط مع ان الغصب
يشمل اشياء كثيرة في الشريعة الاسلامية . كما انهم لم يذكروا معيار القوة
او التهديد حتى يمكن تحديد حقيقة الغصب في القانون .

ومن ناحية اخرى لا يمكن ان نقول ان الغصب يدخل تحت جريمة

السرقه بالاكراه ، او جريمة سرقه الاكراه يتم باكراه الشخص اما بقتله او

تعطيله من المقاومة ، وان يترك اثر الاجرام وان يقصد بالسرقة ، وجريمة
النصب تتم بتسليم المال عن طريق الحيلة بلا عنف ، وان كانت جريمة السرقة
بالاكراه وجريمة النصب يشابهان الغضب في الشريعة من حيث المال
الموضوع وهو ان يكون مالا وان يكون منقولاً - موافق قول بعض العلماء في
الشريعة ، وان يكون مملوكاً للغير وبغير اذنه .

المبحث الثاني

أركان الغصب وشروطه

نستعرض في هذا المبحث اركان الغصب وشروطه :

أركان الغصب أو أهم أركانه أربعة :

الاول : الفعل الواقع من الغاصب .

الثاني : الشيء المغصوب .

الثالث : الغاصب .

الرابع : المغصوب منه .

وأشير الى أهم شروط كل واحد فيما يلي :

أهم شروط الفعل الواقع من الغاصب .

١ - وقوع الفعل المادى وهو الاستيلاء وذلك بأن يستولى الغاصب

على اموال المغصوب منه باثبات يده على امواله قهرا .

٢ - وان يكون فيه عنصر القوة والغلبة بحيث لا يستطيع المغصوب

منه ان يغالبه عند الغصب .

٣ - وان يكون على وجه الظلم بمعنى ان يستولى على امواله من غير

وجه حق وبغير اذنه (٢٣) .

(٢٣) كشف القناع ج ٤ ص ٨٦ ، ومضى المحتاج ج ٢ ، ص ٢٧٥ .

٤ — وان يكون هذا الفعل صادرا من الغاصب بمعنى ان هذا الاستيلاء صادر من الغاصب نفسه لا من الاجير او الوكيل .

أهم شروط الشيء المفضوب :

- ١ — يشترط فيه أن يغصب مالا متمولا ، وقال بعضهم لا يشترط ذلك .
- ٢ — ان يكون المال قابلا للنقل ، وقال بعضهم لا يشترط ذلك .
- ٣ — ان يكون المال محترما .
- ٤ — ان يكون مملوكا للغير (٢٤) .

أهم شروط الغاصب :

- ١ — أن يكون عاقلا ، لانه هو مصدر الارادة التى هى أساس المسئولية الجنائية .
- ٢ — أن يكون بالغاً لانه هو أساس الاهلية .
- ٣ — أن يكون الغاصب مساماً وبعضهم لا يشترط ذلك .
- ٤ — أن يكون أهلاً للضمان .

أهم شروط المفضوب منه :

- ١ — أن يكون غير كافر حربى .
- ٢ — أن يكون المال مملوكا له .
- ٣ — ألا ياذن له بالاخذ (٢٥) .

واما نصاب المال الذى يعتد به غصبا (٢٦) :

بعض العلماء اشترط ان يبلغ فيه نصاب السرقة ، وهو ربع ديناراً

(٢٤) تبين الحقائق ، شرح كنز الدقائق للزيلعى ج ٥ ص ٢٢٢ .
(٢٥) الزيلعى ج ٥ ص ٢٢٢ وما بعدها وحاشيه الثلبى .
(٢٦) نهاية المحتاج ج ص ١٤٦ .

أو ثلاثة دراهم وعند البعض الآخر لا يشترط في الغضب نصاب معين حتى
إذا غصب حبة البر أو الشعير ، يقال انه غضب منه ويجب عليه الضمان .

المبحث الثالث

الوصف الشرعي للغضب والدائيل عليه

يمكن أن يتنوع الغضب باعتبار الوصف الشرعي الى نوعين :

١ — الغضب الذي لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع عن جهل أو خطأ .

مثال ذلك كمن اتلف مال غيره وهو يظن أنه له ، أو اشترى عيناً ثم
ظهر استحقاته .

وعلى هذا قال رسول الله ﷺ (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما
استكروا عليه) .

وقال رسول الله داعياً الى الله تعالى (ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو
أخطأنا) .

٢ — والغضب الذي يتعلق به المأثم هو ما وقع عن علم أنه مال
الغير (٢٧) .

مثال ذلك كأن غضب شخص شاة أو سيارة غيره وتملكها . وهذا
فعل محرم لانه عدوان وظلم وأنه يستحق المؤاخذة لانه معصية وارتكاب
المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذة .

وقد ثبت حرمة بالكتاب والسنة والاجماع :

أما الكتاب .

١ — قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل

(٢٧) حاشية شلبي على الزيلعي ج ٥ ص ٢٢١ وبدائع الصنائع
ج ٧ ص ١٤٨ الطبعة الثانية مصورة .

الا أن تكون تجارة عن تراض منكم (٢٨) .

٢ — وقال الله تعالى (وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا) (٢٩)

٣ — وقال الله تعالى (ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما انما يأكلون
في بطونهم نارا) (٣٠) .

٤ — وقال تعالى (ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى
الحكام لتأكلوا فريقا من اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون) (٣١) .

واما السنة : فأحاديث كثيرة منها :

١ — عن سعيد بن يزيد قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول (من أخذ
شبرا من الارض ظلما طوقه من سبع ارضين) متفق عليه (٣٢) .

٢ — ما رواه جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر (ان
دماعكم واموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا) رواه
مسلم وغيره .

٣ — وقال رسول الله (لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه) .

٤ — وقال رسول الله (لا ضرر ولا ضرار) .

واما الاجماع :

فقد اجماع العلماء على تحريم الفصص في الجملة لانه اعتداء وظلم .

-
- (٢٨) النساء آية ٢٩ .
(٢٩) سورة الكهف آية ٧٩ .
(٣٠) سورة النساء آية ١٠ .
(٣١) سورة البقرة آية ١٨٨ .
(٣٢) سبل الاسلام ج ٣ ص ٧٠ .

الفصل الثاني

في أحكام الغصب

نتكلم في هذا الفصل عن أحكام الغصب وفي الاصل نجد ان حكم الغصب يرجع الى شيئين :

- ١ - ما يرجع الى الآخرة ، وهو استحقاق الغاصب الاثم والمؤاخذة اذا علم ذلك حين ارتكابه لانه ارتكب المعصية على سبيل التعمد .
- ٢ - ما يرجع الى الدنيا وفيه انواع : اما الرد ، واما الضمان ، أو غيرهما .

وعلى هذا يتضمن هذا الفصل اربعة مباحث :

- المبحث الاول : وجوب الرد وسببه وشرطه .
- المبحث الثاني : الضمان .
- المبحث الثالث : زيادة المغصوب .
- المبحث الرابع : نقص المغصوب .

المبحث الاول

وجوب الرد وسببه وشرطه

يشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب :

- المطلب الاول : وجوب الرد .
- المطلب الثاني : سبب وجوب الرد .
- المطلب الثالث : شرط وجوب الرد .

المطلب الاول

وجوب الرد (١)

اجمع العلماء على أن من غصب شيئاً وجب عليه رده الى صاحبه ، على خلاف في بعض الفروع ومن الفقهاء من يرى أن رد المغصوب واجب سواء كان متحولاً أم غير متحول ، ومن هؤلاء الشافعية فيرون أن الرد واجب سواء كان الاستولى عليه متمولاً أو غير متمول .

وبرى الشافعية أن نفقة الرد على الغاصب مهما عظمت .

ويرون أيضاً أن على الغاصب أن يرد المال المغصوب الى المغصوب منه فوراً عند التمكن وأن عظمت مؤونة رده حتى تجاوزت قيمته ، وأن يرده اليه ببلدة الغصب ، أن كان به أو حيث انتقل عنه للحديث السابق أيضاً .

ويرى الحنابلة أن عليه أن يرده اليه في محل غصبه وأن بعد ولو غرم في ذلك أضعاف قيمته (٢) .

وإذا رد المغصوب الى مكانه الذي أخذه منه لم يبرأ الا اذا كان ذلك بعلم المالك بمشاهدة أو اختبار ثقة ، ولا يبرأ قبل العلم عند الشافعية لأن هذا خدعة وليس برد (٣) خلافاً للحنفية إذ يرون براءته بذلك مطلقاً ، لأن العلم ليس بشرط في تحقق الغصب فلا يكون شرط البطلان .

وإذا أبى المالك أخذ المغصوب من غاصبه فعاد به الغاصب الى بيته فتلف لم يضمن ، إذ صار بذلك أمانة في يد الغاصب .

(١) الزيلعي ٢٢١/٥ . وما بعدها ، والدسوقي ٤٤٢/٣ وما بعدها ونهاية المحتاج ١٤٤/٥ وما بعدها والمغنى ١٧٧/٥ وما بعدها ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٢) كشف القناع ج ٤ ص ٧٩ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٣) الزيلعي ج ٥ ص ٥٢٢ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٧٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٠ .

ومما يجب رده ايضا مع الاصل الزيادة المنفصلة كما وجبت على المستعير في رده العارية .

ويبرأ بالرد لمن غصب منه من نحو وديع ومستاجر لثيابتهم عن المالك في اليد . وفي المستعير والمستلم وجهان : اوجهها انه يبرأ لانه مأذون لهما من جهة المالك لانها ضامنان (٤) .

والرد على الغاصب الاول يبرأ منه الغاصب الثاني من الضمان لان بد الغاصب الاول في هذه الحال تعد كيد المالك .

ويجب الرد عليه ما دام قادرا عليه ولم يمنع عنه مانع فان منع من الرد مانع وجب التضمين بالقيمة ان كان قريبا وبمثله ان كان مثليا . غير انه اذا كان مثليا فالشافعية يرون التضمين بمثله ان وجد له مثل ، فان لم يوجد له مثل فالواجب دفع قيمته كالتيمي (٥) .

المطلب الثاني

سبب وجوب الرد (٦)

رد عين المغصوب واجب على الغاصب اذا وجد السبب ، وهو أخذه مال الغير بغير اذنه لقوله ﷺ (على اليد ما أخذت حتى ترد) (٧) .

وقال ﷺ (لا يأخذ احدكم مال صاحبه لاعبا ولا جادا فاذا أخذ احدكم عسا صاحبه فليردها عليه) .

ولان الاخذ على هذا الوجه معصية والردع عن المعصية واجب ، وذلك برد المأخوذ او المغصوب (٨) .

(٤) معنى المحتاج ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٥٠ ، معنى المحتاج ج ٢ ص ٢٨٢ .

(٦) انظر المراجع السابقة في المطلب الاول

(٧) سبل السلام ٨١/٣ نشر جامعة الامام بالرياض .

(٨) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤٨ .

المطلب الثالث

شرط وجوب الرد (٩)

يشترط لوجوب رد الممين المفصوبة قيام الشيء المفصوب في يد الغاصب فلو هلك أو استهلك صورة ومعنى أو معنى لا صورة فينقل الحكم من الرد الى الضمان . على خلاف بين الفقهاء في التطبيق (١٠) .

ما يصير المالك به مابتزدا (١١)

وإذا غصب شخص نواة تمر أو نواة غيره ثم غرسها حتى صارت شجرة ، أو غصب بيضة فحضرها حتى صارت دجاجة ، أو غصب قطناً ، فغزله ، أو ثوباً فقطعه فخاطه قميصاً ونحوه . فهل للمالك أن يسترد تلك الأشياء أم لا ؟ (١٢) .

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال :

١ — ذهب الشافعية والحنابلة الى أن للمالك ولاية الاسترداد ، لأن ملكه لا يزول ويأخذه المالك وارثي نقصه أن نقص ولا شيء للغاصب في الزيادة أن كان هناك زيادة .

ووجهة نظرهم :

أن الذوات المفصوبة وعينها قائمة بعد فعل الغاصب وانما فوات بعض صفاتها ، وعلى هذا الأساس ، فلا يبطل حق الاسترداد ، فصار كأن غصب شخص ثوباً فقطعه ولم يخطه ، أو صبغه بصيغة فاحمر ، أو اصمر لأن الملك في المفصوب كان ثابتاً للمالك . والعارض وهو فعل الغاصب

- (٩) المراجع تقدمت في المطلب الاول .
- (١٠) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤٨ .
- (١١) المراجع السابقة .
- (١٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤٨ .

محظور وممنوع ، فلا يصلح أن يكون سببا لثبوت الملك له فيلحق بالعدم ،
فيبقى المفضوب على ملك المالك فتبقى له ولاية الاسترداد (١٣) .

٢ - وذهب الحنفية إلى أنه ليس للمالك أن يسترد شيئا من ذلك
ويزول ملكه بضمان المثل والقيمة ووجهة نظرهم .

أن فعل الغاصب في هذه المواضع وقع استهلاكاً للمفضوب أما صورته
ومعنى ، أو معنى ولا صورة فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد .

ولأن الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك لوقوعه اعتداء
عليه أو اضراراً به ، وهذا يوجب زوال ملكه عن المفضوب ، وإذا زال ملك
المالك بالضمان ثبت الملك للغاصب في المضمون لوجود سبب الثبوت في محل
قابل وهو اثبات الملك على مال غير مملوك لأحد ، وبه تبين أن فعله الذي
هو سبب لثبوت الملك مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت الملك به .

وعلى هذا الأساس فإن شخصاً لو غصب لبناً أو خشبة ، فأدخلها في
بنائه لا يملك المالك الاسترداد عند الحنفية وتصير ملكاً للغاصب بالقيمة (١٤) .

خلافاً للشافعية إذ أن فعل الغاصب محظور ، فلا يصلح أن يكون
سبباً لثبوت الملك لكون الملك نعمة وكرامة فالتحقق فعله بالعدم شرعاً فيبقى ملك
المفضوب منه كما كان .

واحتج الحنفية أيضاً بما روى أن النبي ﷺ (زار قوماً من الانصار في
دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها
فقال : ان هذه الشاة لتخبرني انها اخذت بغير حق فقالوا : نعم يا رسول
الله طلبنا في السوق فلم نجد ، فأخذنا شاة لبعض الانصار جيراننا نحن
نرضيهم من ثمنها فقال صلى الله عليه وسلم (اطعموها الاسرى) .

(١٣) كشف القناع ج ٤ ص ٨٩ ، بدائع الصنع ج ٧ ص ١٤٨ .

(١٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤٩ .

وهذا الحديث يدل على أن حق أصحابها بها انقطع عنها وأولا ذلك
لامرهم بردها (١٥) .

٣ - ولما لك أن يتخير فيها بين أخذ قيمة العين يوم عصبها ، وبين
الاستمساك بها مع أرش النقص ، وهذا عند المالكية (١٦) .

(الترجيح)

بناء على الكلام فيما سبق ظهر لنا رجاحة المذهب الأول ويمكننا أن
نعمد عليه لأننا لو أخذنا بالقول الثاني أى لا يسترد المالك أمواله ، لكان لكل
من يريد شيئاً ما وهو مملوك للغير فيحاول أن يفصه ويدخله فى أموال أو
يستهلكه لأنه سيصبح ملكاً له فيها بعد ، وما عليه إلا أن يضمنه بقيمة فقط
وهذا يخالف مقصود الشريعة الإسلامية التى تكفل الحرية والاستقرار
للأفراد .

وأيضاً فإن الحديث يدل على أن رسول الله ﷺ أمر باطعام الأسرى
بتلك الشاة ولم يقل الرسول أن الشاة مملوكة للغاصب بفصه أياها . هذا
فضلاً عن أن الحديث لا يصح الاحتجاج به على أن حق أصحابها بها قد انقطع .
وانما القول بالتخير بين الأمرين فإنه يؤدى الى عدم الاستقرار لأصحاب
الأموال .

(١٥) انظر المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٩٦ ، وبدائع الصنائع ج ٧

ص ١٤٩ وما بعدها .

(١٦) الدسوقي ج ٢ ص ٤٤٣ وما بعدها .

المبحث الثاني

في

« الضمان »

يشتمل هذا المبحث على سبعة مطالب : —

الإول : العتبارات .

الثاني : المنتولات .

الثالث : المنافع .

الرابع : ما ليس بمال .

الخامس : وقت وجوب الضمان .

السادس : شرط وجوب الضمان .

السابع : ما يبرأ به الفاصب .

وأقدم لهذا بكلمة قصيرة عن معنى الضمان :

معنى الضمان لغة : تقول العرب ضمنت المال وضمنت بالمال ضمانا

فأنا ضامن وضمنته أى التزمته ويتعدى الى مفعول ثان بالتضعيف يقال ضمنته

المال أى التزمته .

وأما في لسان الفقهاء :

فان كلمتى الضمان والكفالة عند أكثر الفقهاء يستعملان فيما يعم ضمان

المال وضمان النفس ، وذلك عند التزامهما بعقد الكفالة أو الضمان لأنهما

بترادفان .

كما يستعملون اسم الضمان فيما هو أعم من ذلك وهو ضمان المال

بعقد أو بغير عقد كاعتداء .

واسم الضمان عند الشيعة الامامية اسم خاص بضمان المال ، وأما

الكفالة فهى ضمان النفس .

والضمان بمعناه الاعم في لسان الفقهاء : هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ، والمراد به هو ثبوته في الذمة ومطلوب أدائه شرعا عند تحقق شرط ادائه سواء كان مطلوبا أدائه في الحال كائدين الحال ، أم في الزمن المستقبل المعين كالدين المؤجل الى وقت معين وامثلة الضمان : مثل ضمان الغاصب ما غصبه فتشغل ذمته برده الى صاحبه مادام قائما ويدفع قيمته أو مثله اذا هلك تبعا له لأنه قيمى أو مثلى .

ومثل ضمان المعتدى على مال غيره اذا اتلفه أو عيبه ، اذ تشغل ذمته اما بقيمته واما بقيمة نقصه ، ومثل ضمان شخص تسليم عين من الاعيان في يد آخر كالعين في يد المستعير أو الغاصب .

وبعض الفقهاء عرف الضمان : بأنه واجب رد الشيء أو بدله عند تلفه .

وأسباب الضمان :

يقول بعض العلماء : هي الاعتداء والاتلاف والغصب .

وبعضهم يقول : هي التفويت والتعييب والتغيير .

وبعضهم يقول : اليد والشرط والحيلولة بين المال وصاحبه والغرور .

وبعضهم يقول : التسبب .

وبعضهم يقول : غير ذلك .

دليل شرعية الضمان :

« ما روى عن أنس رضى الله عنه قال : اهدت بعض ازواج النبي ﷺ

اياه طعاما في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلفت ما فيها .

فقال رسول الله ﷺ : (طعام بطعام واناء باناء) (١) . وفيه دليل

على أن من استهلك على غيره شيئا كان مضمونا بهئله وهو متفق عليه في

المثل من الحبوب وغيرها ، وأما في القيمي ففيه ثلاثة أقرال : للشئسمى والكوفيين أنه يجب فيه المثل حيوانا كان أو غيره ولا تجزىء القيمة الا عند عدمه للإهادوية أن القيمي يضمن بقيمة (٢) مالك والحنفية ما يكال أو يوزن فمثله وما عدا ذلك من العروض والحيوانات فالقيمة .

فاذا عرفنا ذلك فأتول : ان الفاصب يجب عليه أن يرد العين المفضوية انى صاحبها ان كانت باقية ، واذا عجز الفاصب عن رد العين المفضوية انى مالكا بسبب هلاكها في يده بفعله أو بغير فعله فحينئذ يجب عليه الضمان وهو بالمثل التام (أى صورة ومعنى) ، فاذا عجز عن المثل التام فينتقل الى المثل القاصر (وهو معنى أى قيمة) لأنه هو مسئول عن جريمته .

(٢) معنى المحتاج ج٢ ص ٥٨٢ ، وبدائع الصنائع ج٧ ص ١٥٠ ، وكشاف القناع ج٤ ص ٨٧ ، الدسوقي والشرح الكبير ج٣ ص ٤٤٤ والمغنى ج٥ ص ١٧٩ .

المطلب الاول « في العقارات »

نتكلم هنا في العقارات من الاراضى والمنازل والاشجار وغيرها مما لا ينقل فهل يتصور الغصب في العقارات أم لا ؟ ، وهل يضمن أم لا .

اختلف العلماء في هذه المسألة الى مذهبين : —

المذهب الاول :

عند أحمد ومالك والشافعى ، انه يتصور غصب العقارات من الاراضى وغيرها ، لأن الغصب هو اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه . فان هذا الاثبات يوجد في العقار كما في المنقول .

وقال محمد رحمه الله ان الغصب هو نفويت يد المالك عن ماله وقد وجد نفويت يد المالك عن العقار ، لأن ذلك عبارة عن اخراج المال من ان يكون منتفعا به في حق المالك أو اعجاز المالك عن الانتفاع به وهذا كما يوجد في المنقول يوجد أيضا في العقار — وعلى هذا الاساس يتحقق الغصب في العقارات (٣) .

المذهب الثانى :

عند ابى حنيفة وأبى يوسف ومن معهما : انه لا يتصور غصب العقارات لأن الاصل أن الغصب هو ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال وأن هذه الازالة لا توجد في العقارات — وعلى هذا الاساس لا يتصور غصب العقارات (٤) .

الأدلة :

استدل المذهب الاول : بقول النبى ﷺ (من ظلم قيد شبر من الارض

(٣) المغنى ج٥ ص ١٧٩ .

(٤) المرجع السابق .

طوقه الله يوم القيامة من سبع ارضين) رواه البخارى عن عائشة وفي لفظ
(من غصب ثبرا من الارض) (٥) .

وفي هذا الحديث اخبر رسول الله ﷺ بأن هناك من يغصب الارض
ويظلم فيه ، ويذكر أنه يستحق العقاب والجزاء - وهذا يدل على أنه يتصور
الغصب في العقار ، وامكان غصب الاراضى وغيرها من العقارات .

ولانه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكة مثل ان
يسكن الدار ويبيع مالكةا من دخولها فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع وتصرف
فيهما .

وإذا ثبت ان الغصب يتحقق فيها فيترتب عليه حكمه من الضمان
وغيره (٦) .

واستدل المذهب الثاني : ان الغصب تصرف في المغصوب باثبات يد
الغاصب عليه وازالة يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل .

والعقار لا يمكن نقله واقضى ما يمكن فيه اخراج المالك عنه وذلك
تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان .

أما ما جاء في الحديث من اطلاق الغصب على اخذ العقار في باب المجاز
كما في اطلاق البيع على بيع الحر في قوله ﷺ (من باع حرا) - وهذا الى
أن يقتضى الغصب ضمان المغصوب ولا ضمان مع وجوده لان الواجب حينئذ
هو استرداده ودفعه الى مالكة والعقار باق لا يلحقه العدم .

وايضا لم يوجد ههنا الاتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديرا : أما

(٥) سبل السلام ج ٣ ص ٨٧ مع المراجع السابقة في المطلب الاول .
(*) المنجد ومختار الصحاح ج ٤ ص ٧٦ مكتبة النصر الحديثة، الزيلعي
ج ٥ ص ٢٢١ الطبعة الاولى مصورة دار المعرفة للطباعة والنشر
بيروت .

(٦) المغنى ج ٧ ص ١٨٠ .

الحقيقة فظاهر ، واما التقدير : فلأن ذلك بالنقل والتحويل والتعيب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه ، ولهذا لو حبس رجلا حتى ضاعت مواشيه وفسد زرعه لا ضمان عليه . والعقار لا يتحمل النقل والتحويل ، فلم يوجد الا لاف حقيقة وتقديرا فينتفى لضرورة النص (٧) .

مناقشة :

أن الغرض من اليد هو القدرة على الانتفاع ، واذا فاتت القدرة فاتت اليد وذلك ما يتحقق عند استيلاء الغاصب على المصوب ، اذ يحول . بين مالكة وبين أن ينتفع به وذلك كاف في تحقق الغصب ، ولذا يضمن الغاصب ما نقص من العقار المصوب بالسكنى أو بالزراعة اتفاقا كالحكم في المنقول .

واما من حيث الضمان فيها :

لا خلاف بين العلماء فيما اذا تلف من الارض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها تفريقها وكشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغرسه أو بنائه فان الغاصب يضمنه لأنه حصل اتلاف منه ، ولا يوجد فيها النقل وانما التحريم بالغصب — وعلى هذا الأساس لا يضمن الارض يغصبها وانما الضمان بالاتلاف .

واما اذا تلفت من غير اتلاف بعد الغصب ففيه خلاف : —

١ — فقيل لا يضمن لانه انما يضمن من هو فيما اخذ لقول رسول الله ﷺ

(على اليد ما أخذت حتى تؤديه) .

— وقالوا ايضا: ولا يقاس ثبوت اليد في غير المنقول على النقل في المنقول

لاختلافهما في التصرف (٨) .

(٧) انظر المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٧٩ وما بعدها ، المبسوط ج ٧

ص ٧٣ والضمان في الفقه الاسلامي للاستاذ على الخفيف ص ١١٩

وسبل السلام ج ٣ ص ٨٧ وما بعدها .

(٨) المغنى ٧ ص ١٨٠ .

٢ — وذهب الجمهور : الى انها تضمن بالغصب قياسا على المنقول المتفق على أنه يضمن بعد النقل بجامع الاستيلاء الحاصل في نقل المنقول ، وفي ثبوت اليد على غير المنقول — بل الحق ان ثبوت اليد استيلاء وان لم ينقل .
يقال : استولى الملك على البلد واستولى زيد على ارض عمرو (٩) .

الترجيح :

وأما الائلاف فيما غصب الذي يقول به الحنفية والذي يجب الضمان بسببه فلا كلام فيه لأنه معروف لدى الجميع انه مضمون بالائلاف ، وانما الكلام هل يقع الغصب في العقار ام لا ؟

وعلى هذا الاساس ظهر لنا من الكلام السابق أنه يتصور — غصب العقارات ، وان الغاصب يضمن بغصبها ، والحديث الذي ذكره عنه يحمل على الحقيقة أولا ثم على المجاز اذا لم يتعذر من حمله عليها .

ومن ناحية اخرى نجد في الوقت الحاضر ان الناس يفصبون العقارات عن طريق تحويل المستندات وتزويرها ومع ذلك فان اصحاب الاموال لا يستطيعون ان يملوا شيئا ، فاذا لم نقل هذا غصبا . تضع حقوق المالك التي حفظها له الاسلام .

المطلب الثاني

(في المنقولات) (١)

نتكلم هنا في أموال المنقول كالحيوان والبيض والثياب وغيرها من المنقولات ، وكيفية الضمان فيها . ولاشك أن الغصب في المنقولات يقع بلا خلاف .

المنقولات فيها أنواع :

(١) فان كانت العين المنسوبة من ذوات الاءثال كالمكيل والموزون .
مثل الحبوب والعنب وغيرها . ففيه قولان :

١ - عند ابي حنيفة واحمد ومالك والشافعي : على الغاصب ان
يضمن المثل .

٢ - وقيل على الغاصب ان يرد القيمة ، لان حق المفصوب منه في
العين والمالية وقد تعذر ايصال العين اليه فيجب ايصال المال اليه ، ووجوب
الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية ، وءالية الشيء هي عبارة عن قيمته .
واما دليل القول الاول : فان الواجب فيه هو المثل ، لان ضمان الغصب
ضمان اعتداء والاعتداء لم يشرع الا بالمثل ، لان الله تعالى يقول (فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا بمثل ما اعتدى عليكم) ، وتسمية الفعل الثاني اعتداء بطريق
المقابلة مجازا .

وقد ثبت بالنص ان هذه اموال امثال متساوية بقوله ﷺ (الحنطة
بالحنطة مثل بمثل) .

(١) انظر في المغنى لابن قدامة ج٥ ص١٧٨ ، والمبسوط ج١١ ص٤٩ -
٥١ وبدائع الصنائع ج٩ ص٤٤٢١ مطبعة الامام ، وقلوبى وعميرة
ج٢ ص٣١ ، المدونة ج٥ ص٢٥٣ .

ولان المقصود هو الجبران وذلك فى المثل التام لان فيه مراعاة الجنس والمالية ، وفى القيمة مراعاة المالية فقط ، فكان ايجاد المثل اعدل الا اذا تعذر ذلك بالانقطاع من ايد الناس فحينئذ يصار الى المثل القاصر للضرورة .
وما اعتقده ان هذا الراى هو القوى لسلامة ادلته وقوتها .
(ب) وان كانت العين المغصوبة من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض والفلوس . ففيه خلاف ايضا :

١ — عند ابي حنيفة واحمد ومالك والشافعى ، يجب عليه ضمان المثل .
٢ — عند زفر : عليه ضمان القيمة ، وهذا بناء على الاختلاف فى جواز السلم فيها عددا ثم يقول زفر : المثل فيما يؤدى به الضمان منصوص على اعتباره والمماثلة فى العدديات المتقاربة غير ثابتة بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجرى فيها الربا لانها ليست بأمثال متساوية قطعا ، وما كان ثابتا بالنص فهو مقطوع به فلا يؤدى لما هو مجتهد فيه ولكن لا يصار الى القيمة . لتعذر اداء المثل كما فى العدديات المتقاربة (٢) .

دليل المذهب الاول :

المماثلة فى آحاد الاشياء ثابتة بالعرف فهو كالثابت بالنص والمقصود هو جبران حق المغصوب منه فى مراعاة الجنس والمالية عليه ، وهذا لان آحاد هذه الاشياء لا تتفاوت فى المالية وانما تتفاوت انواعها كالمكيل والموزون .

— فرأى الجمهور هو الراجح بقوة ما استدلوا به ولضعف ما علل به زفر من أن الضمان يكون بالقيمة .

(ج) وان كان المغصوب من العدديات المتفاوتة من الدواب والثياب مما لا مثل له ففيه قولان :

١ — عند احمد و ابي حنيفة والمالكية والشافعية : الواجب على الغاصب ضمان القيمة عند تعذر رد العين لانه تعذر ايجاد المثل صورة ومعنى لانه لا مثل له فيجب المثل ، عنى وهو القيمة .

٢ - وعند أهل المدينة : الواجب على الغاصب هو المثل .
لحديث أنس رضى الله تعالى عنه (قال كنت في حجرة عائشة رضى الله
عنها مع رسول الله ﷺ قبل أن يضرب الحجاب فأتى بقصعة من ثريد من عند
بعض أزواجه فضربت عائشة رضى الله عنها القصعة بيدها فانكسرت فجعل
رسول الله ﷺ يأكل من الارض ويقول : غارت أمكم غارت أمكم ثم جاءت
عائشة رضى الله عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك
رسول الله من الغيرة (٣) .

وقال على رضى الله عنه في المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية
بالجارية .

واستدل المذهب الاول :

بحديث عن النبي ﷺ « أنه قال في عبد بين شريكين يعتقه أحدهما فإن
كان موسرا ضمن قيمة نصيب شريكه ، وإن كان معسرا سعى العبد في قيمة
نصيب شريكه غير مشتوق عليه » .

فهذا الحديث ينص على اعتبار القيمة فيما لا مثل له .

وتأويل حديث أنس رضى الله تعالى عنه بأن الرد كان على طريق المروءة
ومكارم الاخلاق لا على طريق الضمان وقد كانت القصعتان لرسول الله ﷺ .

وأما معنى قول على « يفك الغلام بالغلام » يعنى بقبضة الغلام .
فقد صح عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنها قضيا في ولد المغرور
بأنه حر بالقيمة .

الراجح هو الراى الاول لان ادلته قوية وسليمة من المعارضة .
(د) وكل مطعموم من مأكول او مشروب أجمع على أنه يجب على
مستهلكه مثل لاقيمته أى عليه مثله في الموضع الذى أخذه منه فيه .

المطلب الثالث (في المنافع) (١)

نتكلم تحت هذا العنوان في منافع الاعيان المغصوبة فمثلا اذا غصب شخص عبدا او دابة او لباسا او سيارة واستعملها عدة ايام ، او اجرها لغيره واخذ اجرها له ثم ردها الى مالكيها . فما حكم غصبها وهل يضمن بغصبها ام لا ؟ .

في هذه المسألة خلاف : —

١ — عند ابي حنيفة . انه لا يقع الغصب فيها ، وانها ليست بمضمونه .

دليله :

انه لم يوجد تفويت يد المالك ، لأنها اعراض تحدث شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان ، فالمنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك فلم يوجد تفويت يد المالك عنها فلم يوجد الغصب . ومن ناحية اخرى ان المنافع زوائد تحدث بمرور الزمن ، وقد قال ان زوائد المغصوب لا يكون مضمونا على الغاصب وبالتالي لا يعتبر غصبا فيها . واستثنوا من ذلك منفعة مال اليتيم ومنفعة الوقف المعد للاستغلال . وايضا ان المنافع ليست بأموال عندهم والغصب لا يكون الا في مال متقوم ولذا لا تصير مضمونة (٢) .

٢ — عند المالكية ، لا يتحقق الغصب فيها ايضا لأنها اعراض والغصب عندهم لا يتحقق الا في الذوات ولذا يسمون الاستيلاء عليها قصدا عند

(١) انظر بدائع الصنائع ج٩ ص٩٠ . ٤٤٠ مطبعة الامام ، والمبسوط ج١١ ص٧٧ — ٧٨ ، والضمان في الفقه الاسلامي ص ١١٢ و ١١٩ والمغنى لابن قدامة ج٥ ص٢٢٥ وحاشية الدسوقي ج٣ ص٤٥٢ و ٤٥٤ .
(٢) بدائع الصنائع ج٧ ص١٤٥ .

الاستيلاء على أصلها لهذا الغرض تعدياً أو اعتداءً وهو موجب للضمان عندهم فيضمنها عند ذلك من يعتدى عليها انتفع أم لا . أما عند غصب الذات فلا تضمن الا بالانتفاع أو بالاكراه لتحقيق الاعتداء عليها بذلك وليس للغاصب عندهم حق في غلة المصوب اذا كان مما يحتاج الى نفقة ، اذ تكون نفقته في غلته فاذا زادت عن نفقته فالزيادة للمالك وان نقصت فليس للغاصب ان يرجع على المالك بالفرق كما انه لا رجوع له عليه بما ينفقه على المصوب اذا لم تكن له غلة (٣) .

٣ - عند الحنابلة والشافعية ، انه يقع الغصب في المنافع وانها مضمونة .

الدليل على ذلك :

بان الغصب هو اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكة ، وقد وجد في المنافع والمنفعة مال بدليل انه يجوز اخذ العوض عنها في الاجارة وتصلح مهرا في النكاح فتحقق الغصب فيها وايضا ان المنافع اموال وهي تأخذ الحقوق كأموال اخرى ولذا كانت مضمونة بالاستيلاء على مصدرها اذ يعدون ذلك غصبا لها وكانت مضمونة على غاصب العين مدة غصبه (٤) .

٤ - ومنهم من قال انها مضمونة في حال الكراء فقط ، ومنهم من قال انها مضمونة في حال الكراه والاستعمال ، وغير مضمونة اذا عطل ، ومنهم من قال بالانفكاك بين العقار والحيوان ، ففي العقار عليه الضمان اذا استعماله أو اكراه ، ولا يضمن اذا عطله ، وفي الحيوان لا ضمان فيما نشأ عن استعماله كركوب الدابة فاذا لم ينشأ عن استعماله فهو ضامن .

- الراى الراجح هو الراى الذى يقول بوقوع الغصب فيها ويضمنها ،

(٣) الدسوقى وشرح الكبير ج٣ ص ٤٥٠ .

(٤) بدائع الصنائع ج٧ ص ١٤٦ .

لأننا لو لم نعدّها غصبا لضاعت حقوق المفصوب ،نه وخصوصا في الوقت الحاضر فان المنافع تعتبر من أهم المقومات الاقتصادية والمالية في حياة الانسان ، وايضا ينطبق على قوله ﷺ (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) .
اما اتلاف المنافع فالكلام فيه كما يلي : —

- ١ — عند أبي حنيفة ، المنافع لا تضمن بالاتلاف لأنها ليست بمال متقوم (٥)
- ٢ — عند المالكية والشافعية ، تضمن وكذلك تضمن منفعة الحر اذا استعمله عنده .

وعند الحنابلة ، يأثم ويؤدب على ما صنع ولكنه لا يضمن شيئا .

دليل الشافعي ومن معه :

ان المنفعة مال متقوم فيضمن بالاتلاف كالعين (٦) .

وذلك ان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به والمنافع منا او من غيرنا بهذه الصفة ، وانما تعرف بالية الشيء بالتمول والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها، فان اعظم الناس تجارة الباعة ، ورأس مالهم المنفعة ، وقد يستأجر المرء جملة ويؤجر متفرقا لابتغاء الربح ، كما يشتري جملة ويبيع متفرقا، وولى الصبي يستأجر له بماله فيصبح منه .

وبهذا تبين ان المنافع في المالية مثل الاعيان وان المنفعة تصلح ان تكون صداقا ، وشرط صحة التسمية في المهر ان يكون المسوى مالا ، واذا كان مالا فصار يضمن بالاتلاف .

(٥) المرجع السابق .

(٦) مغنى المحتاج ج٢ ص٢٨٦ .

المطلب الرابع

(الفصـب فيما ليس بمال)

نستعرض هنا حالة أخرى وهي فيما اذا غصب الفاصب ما ليس بمال ، كأن يغصب الفاصب خمرًا ، أو خنزيرًا أو جلد ميتة ، أو كلبًا أو صليبا ، أو نحو ذلك .

اختلف العلماء في هذه المسألة ونبينها كالآتي : —

أولا — اذا غصب الفاصب خمرًا أو خنزيرًا ففيها أقوال : —

١ — عند الحنابلة والشافعية ، أنه لا يجب الضمان فيهما سواء كان متلفهما مسلما أو ذميا وسواء كان ملكا للمسلم أم للذمي — هذا بالاتلاف — وأما بالفصـب فإنه يجب ردها اذا كانا للذمي ، أو خمرًا ملكا للمسلم قد تخللت فانهما يجب ردها أيضا .

٢ — عند أبي حنيفة ومالك ، أنه يجب ضمانهما اذا أتلفهما وكانا ملكا للذمي .

ثم أضاف أبو حنيفة يقول : ان كان متلفه مسلما عليه أن يضمهما بالقيمة ، وان كان ذميا عليه أن يضمهن في الخمر بالمثل ، والخنزير بالقيمة .

واستدل أبو حنيفة ومن معه : —

ان عقد الذمة اذا عصم عينا فانها تكون متقومة كنفس الأدمى .

وقد عصم خمر الذمي بدليل أن المسلم يمنع من اتلافها فيجب أن يقومها ، ولأنها مال ينمو لونها بدليل قول عمر بن الخطاب حين سأله عماله ،

(١) انظر المغنى لابن قدامة ج٥ ص٢٢٢ وما بعدها .

والمبسوط ج١١ ص١٠٢ وما بعدها ، والدسوقي ج٣ ص٤٤٧ .

(٢) المغنى ج٥ ص٢٢٢ .

ماذا — تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر فقالوا : نعشرها فقال .
(لا تفعلوا ولو هم بيعها وخذوا العشر من أثمانها) .

نقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث يجوز بيعها وأمر بأخذ العشر من
الثلث وإذا كانت مالا وجب ضمانها .

وذكر أبو عبيدة في كتاب الأموال : « أن عمر رضى الله عنه كتب الى
عماله ان اقتلوا خنازير أهل الذمة واحتسبوا لأصحابها بقيمتها من الجزية » .
فهذا تنصيص من عمر على أنه مال متقوم في حقهم يضمن بالاتلاف
عليهم .

والمعنى فيه : أن الخمر كان مالا متقوما في شريعة من كان قبلنا وكذلك
في شريعتنا في الابتداء ، ثم أن الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص في حق
المسلمين حيث قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر
والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان) الى قوله : (فهل أنتم متبهون)
فبقى في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل — هذا من
حيث الصورة — وأما من حيث المعنى : أن حرمة العين وفساد التقوم ثبت
بخطاب الشرع ، وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر
الخطاب عنهم حين لم يعتقدوا الرسالة في المبلغ وانقطعت ولاية الالتزام
بالسيف والمحاجة مكان عقد الذمة ، وبصير في حقهم كأن الخطاب غير نازل
فبقى الحكم على ما كان .

ثم وجوب الضمان بالاتلاف لا يكون به المحل مالا متقوما ، ولكن شرط
سقوط الضمان بالاتلاف انعدام المالية والتقوم في المحل ، وهذا الشرط لم
يثبت في حقهم مع أنا لما ضمنا بعقد الذمة ترك التعرض لهم فنقد التزامنا حفظها
وحمائتها لهم والعصمة والأحراز تتم بهذا الحفظ ، ووجوب الضمان بالاتلاف
ينبنى على ذلك ، فكان هذا من ضرورة ما ضمنا بعقد الذمة .

وقالت الشافعية :

انه لا ضمان على الخمر وكذلك الخنزير وذلك ان الخمر والخنزير محرم العين ولا يضمن بالاتلاف اذا كان حقا للمسلم فكذلك للذمي لان حقوقهم دون - حقوقنا (٣) . وهذا لانا بعقد الذمة انما ضمنا ترك التعرض لهم في الخمر والخنزير وايجاب ضمان القيمة على المثلف امر وراء ذلك تحقق ، هذا ان ترك التعرض لاعتقادهم ان الخمر والخنزير مال متقوم ولكن اعتقادهم لا يكون حجة على المسلم المثلف في ايجاب الضمان وانما يكون معتبرا في حقهم ، ولهذا لا نردهم على شربها ، ولا ندع احدا يتعرض لهم في ذلك ولا يتعرض لهم في الانكحة ايضا .

وقالت الحنابلة :

ان جابرا روى ان النبي ﷺ قال (ألا ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة ولحم الخنزير والاصنام) متفق على صحته .

وما حرم بيعه لا لحرمة لم تجب قيمته كالميتة ، ولان ما لم يكن مضمونا في حق المسلم لم يكن مضمونا في حق الذمي كالمترد ، ولانها غير متقومة فلا تضمن كالميتة . ودليل انها غير متقومة انها لا تقوم في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فان تحريمها ثبت في حقها .

وخطاب النواهي يوجه اليهما فما ثبت في حق احدهما ثبت في حق الاخر ثم ردوا على الحنفية فقالوا : ولا نسلم انها معصومة ، بل متى اظهرت حلت اراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقويمها .

فان النساء اهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين .

وقولهم : انها مال عندهم . ينتقص بالعبد المرتد فاته مال عندهم .

واما حديث عمر فمحمول على انه اراد ترك التعرض لهم ، وانما امر

بأخذ عشر أثمانها لانهم اذا تبايعوا وتقابضوا حكينا لهم بالملك ولم ننقضه ، —
وتسميتها اثمانا مجاز كما سمي الله يوسف ثمنا فقال (وشروه بثمن بخس) .

وقال الخرقى : وينهى عن التعرض له مفيما لا يظهرونه ، لان كل
ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا اذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر
ونكاح ذوات المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه اذا لم يظهروه لاننا التزمنا
اقرارهم عليه في دارنا فلا تعرض لهم فيما التزمنا تركه ، وما اظهروه من ذلك
تعين انكاره عليهم فان كان خمرنا جازت اراقتة وان اظهروا صليبا جاز
كسره (٤) .

الرأى الراجح هو الرأى الذى يقول بعدم ضمان الخمر والخنزير
لسلامة ادلتهم ، ولان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ، ولان الله تعالى يقول
(انما الخمر والميسر ... رجس من عمل الشيطان) وبما جاء في الحديث :
(ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير ..) .

ثانيا — اذا غضب مسلم من نصرانى صليبا له فهلك في يده ففيه اقوال :

١ — عند أبى حنيفة ومالك ، يضمن قيمته صليبا لأنه مقرر على ذلك .

٢ — وقال الشافعية ، ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح ، واذا
كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسورا لأنه اُتلف بالكسر
ما له قيمة ، وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه .

٣ — وعند الحنابلة : لا يضمنه ، لانه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة .
والدليل على انه لا يحل بيعه قول النبى ﷺ (ان الله حرم بيع الخمر
والميتة والخنزير والاصنام) (٥) متفق عليه .

وقال النبى ﷺ (بعثت بمحق القينات والمعازف) .

(٤) المغنى لابن قدامة ج٥ ص ٢٢٤ .

(٥) نفس المصدر .

ثالثا — وان غصب العاصب جلد ميتة فهل يجب رده او يضمه ؟

ففيه وجهان بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ .

فمن قال بطهارته أوجب رده . فان أتلفه او أ تلف ميتة بجلدها لم يضمه ، لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه . وان دبغه الغاصب لزم رده ان قلنا بطهارته ، لأنه كالخمر اذا تخللت . ويحتمل أن لا يجب رده لأنه صار مالا بفعله بخلاف الخمر . وان قلنا : لم يطهر له يجب رده لأنه لا يباح الانتفاع به ، ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لأنه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدبغ .

المطلب الخامس

وقت وجوب الضمان (١)

(أ) اذا كان المفصوب متقوما فوقت وجوبه كما يلي : —

- ١ — عند الحنفية والمالكية : هو وقت وجود الغصب لأن الضمان يجب بالغصب ووقت ثبوت الحكم هو وقت وجود سببه فتعتبر قيمة المفصوب يوم الغصب حتى لا يتغير السعر ، لان السبب لم يتغير ولم يتغير المحل أيضا (٢) .
 - ٢ — عند الحنابلة : ان القيمة تثبت في الذمة حين التلف ، لان قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة .
 - ٣ — عند الشافعية : على الفاصب ان يضمن في الغصب بأقصى قيمة من الغصب الى التلف .
- وفي الاتلاف بلا غصب بقيمة يوم التلف (٣) .

(ب) وان كان المفصوب من المثليات :

- ١ — عند الحنابلة : وجب رد مثله فان فقد المثل ، وجبت قيمته يوم انقطاع المثل .
- ٢ — عند القاضى : تجب قيمته يوم قبض البدل ، لأن الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل انه لو وجد المثل بعد فقدته كان الواجب هو دون القيمة .
- ٣ — وقال ابو حنيفة وأكثر اصحاب الشافعى ومالك : تجب القيمة

(١) المنجد ومختار الصحاح ج٤ ص٧٦ مكتبة النصر الحديثة ، الزيلعى
ج٥ ص٢٢١ الطبعة الاولى دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت .
(٢) الزيلعى ج٥ ص٢٢٣ الدسوقى ج٣ ص٤٤٨ .
(٣) المغنى ج٥ ص٢٠٨ .

يوم المحاكمة ، لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته الا حين حكم بها الحاكم (٤) .

٤ — عند الشافعي : الاصح أقصى قيمة من وقت الغصب اذا تعذر

المثل (٥) .

دليل الحسابة :

أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ ، كتلف المتقوم ، ودليل وجوبها حينئذ انه يستحق طلبها واستيفاءها ، ويجب على الغاصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل ، لأنه معجوز عنه والتكليف يستدعى الوسع ، ولأنه لا يستحق طلب المثل والاستيفاء ، ولا يجب على الآخر أدائه فلم يكن واجبا كحالة المحاكمة .

وأما اذا قدر على المثل بعد فقده فانه يعود وجوبه ، لأنه الاصل قدر عليه قبل أداء البديل فأشبهه القدرة على الماء بعد التيمم ، ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء لاستحق المالك طلبه وأخذه وقد روى عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا انه أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم يحاسبه ، وكذلك روى عنه في حوائج البقال : عليه القيمة يوم الاخذ .

وهذا يدل على ان القيمة تعتبر يوم الغصب ويمكن التفريق بين هذا والغصب من قبل أن ما أخذه هنا باذن مالكه وحل له التصرف فيه فتثبت قيمته يوم ملكه ، ولم يتغير ما ثبت في ذمته يتغير قيمة ما أخذه لأنه ملكه ، والمغصوب ملك للمغصوب منه والواجب رده لا قيمته وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ ، وتغيرت بتغيره قبل ذلك ، فاما ان كان المغصوب باقيا وتعذر رده فأوجب رد قيمته ، فانه يطالبه بقيمته يوم قبضها ،

(٤) المرجع السابق .

(٥) مغنى المحتاج ج٢ ص ٢٨٤ .

لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ، ولهذا يتخير بين اخذها والمطالبة بها .
وبين الصبر الى وقت امكان الرد ومطالبة الفاصب بالسعى في رده ، وانما
ياخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه ، فيعتبر ما يقوم مقامه ولأن ملكه لم يزل
عنه بخلاف غيره .

المطلب السادس

(شروط وجوب الضمان) (١)

يشترط في وجوب الضمان في الفصص الآتي : —

١ — شرط وجوب ضمان المثل أو القيمة على الفاصب عجزه عن رد المفضوب ، فمادام قادرا على رده على الوجه الذي أخذه لا يجب عليه الضمان .

لأن الحكم الاصلى للفصص : هو وجوب رد عين المفضوب ، لأن بالرد يود عين حقه اليه وبه يندفع الضرر عنه من كل وجه . والضمان خلف عن رد العين ، وانما يصار الى الخلف عند العجز عن رد الاصل ، سواء عجز عن الرد بفعله بأن استهلكه ، أو يفعل غيره ، أو بأن استهلكه غيره أو بأقمة سهاوية بأن هلك بنفسه ، لأن المحل انما صار مضمونا بالفصص السابق ، لأن فعله ذلك لا بالهلاك ، لأن الهلاك صنعه ، لكن عند الهلاك يتقرر الضمان لأن عنده يتقرر العجز عن رد العين فيتقرر الضمان .

٢ — ومن شرط الخطاب بأداء الضمان أن يكون المثل موجودا في أيدي الناس حتى لو غصب شيئا له ، مثل ثم انقطع عن أيدي الناس لا يخاطب بأدائه للحال لأنه ليس بمقدور بل يخاطب بالقيمة .

٣ — أن يكون المثلف مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك ، ما ليس بهال .

(١) انظر المراجع السابقة في المطلب الثاني وما بعده ، انظر في المغنى لابن قدامة ج٥ ص١٧٨ المبسوط ج١١ ص٤٩ — ٥١ ، وبدائع الصنائع ج٩ ص٤٢١ مطبعة الامام وقلوبى وعميرة ج٣ ص٣١ .
المدونة ج٥ ص٢٥٣ .

٤ — أن يكون متقوما ، فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المثلّف مسلما أو ذميا ، لسقوط تقويم الخمر والخنزير في حق المسلم .

وعلى هذا تخرج المباحات التي ليست بمملوكة لأحد ، لأنها غير مضمونة بالاتلاف لعدم تقويمها اذ التقويم يبنى على العزة والخطر ولا يتحقق ذلك الا بالاحراز والاستيلاء .

وأما المباح المملوك : وهو مال الحربى فلا يجب الضمان باتلافه وان كان متقوما لفقد شرط آخر .

٥ — أن يكون مملوكا ، فلا يجب الضمان في المباحات التي لا يملكها احد .

٦ — أن يكون المثلّف من أهل وجوب الضمان عليه ، فلو أتلفت بهيمة مال انسان فلا ضمان على مالكها ، لأن فعل العجماء جبار فكان هدرا . وفي قول يجب الضمان على مالكها .

٧ — أن يكون في الوجوب فائدة ، فلا ضمان على المسلم باتلاف مال الحربى ، ولا على الحربى باتلاف مال المسلم في دار الحربى ، وكذا لا ضمان على العادل اذا أتلف مال البغى ، ولا على الباغى اذا أتلف مال العادل ، لأنه لا فائدة في الوجوب ، لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية (١) .

(٥) راجع بدائع الصنائع ص ٦٧ ، ٥٦٨ .

المطلب السابع

(ما يبرأ به الفاصب عن الضمان) (١)

الذى يخرج الفاصب عن عهدة الضمان شيئان : —

أولاً — أداء الضمان الى المالك أو من يقوم مقامه لأن الاصل فى طريق الخروج عن عهدة الواجب أدائه .

ولو هلك المغصوب فى يد الفاصب الثانى فأدى القيمة الى الفاصب الاول يبرأ عن الضمان فى الرواية المشهورة (عند الحنفية) .

وروى عن أبى يوسف : أنه لا يبرأ الا بقضاء القاضى .

وجه قوله : أن الضمان الواجب عليه للمالك فلا يسقط عنه الا بالاداء الى المالك .

وجه الرواية المشهورة : أن الضمان خلف عن العين ، قائم مقامه ثم انه لورد العين برىء عن الضمان ، فكذا اذا رد القيمة ، لأن ذلك رد العين من حيث المعنى .

ثانياً — الإبراء وهو نوعان : صريح ، وما يجرى مجرى الصريح دلالة .

أما الاول : أن يقول أبرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك ، أو وهبته منك وما أشبه ذلك . فيبرأ عن الضمان ، لأنه أسقط حق نفسه وهو من أهل الاسقاط والمحل للسقوط فيسقط .

وأما الثانى : فهو أن يختار المالك تضمين أحد الفاصبين فيبرأ الآخر

(١) انظر المغنى لابن قدامة ج٥ ص١٧٨ ، المبسوط ج١١ ص٤٩ — ٥١
وبدائع الصنائع ج٩ ص٤٤٢١ مطبعة الامام وقلبيوبى وعمير
ج٣ ص٣١ ، المدونة ج٥ ص٢٥٣ .

لان اختيار تضمين أحدهما ابراء للآخر دلالة فيبراً اما بنفس الاختيار ، او بشريطة رضا من اختار تضمينه او القضاء على اختلاف الروايتين المذكورتين .

ولو ابراه عن ضمان العين وهي قائمة في يده صح الإبراء وسقط عنه الضمان عند اصحاب ابي حنيفة ومن معهم وقال زفر ومن معه لا يصح .

وجه قوله : ان الإبراء اسقاط ، واسقاط الاعيان لا يعقل فالتحق بالعدم وبقيت العين مضمونة كما كانت واذا هلكت ضمن .

وجه اصحاب ابي حنيفة : ان العين صارت مضمونة بنفس الغصب ، لان الغصب سبب لوجوب الضمان فكان هذا ابراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه فيصح— بالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت .

ولو أجل المصوب منه الغاصب ببذل الغصب صح التأجيل عند البعض ، وعند زفر : لا يصح استدلالاً بالقرض .

ووجه قول هذا البعض : ان عدم اللزوم في القرض لكونه جارياً مجرى الاعارة ، وهذا المعنى لا يوجد في الغصب فيلزمه ، وهذا لأن الاصل هو لزوم التأجيل ، لأنه تصوف صدر من أهله في محله وهو الدين الا أن عدم اللزوم في باب القرض لضرورة الاعارة ولم يوجد هنا على الاصل .

المبحث الثالث

زيادة المفصوب أو نقصانه

وقد يعبر عن هذا بالطورايء :

والطارىء :

من طرا ، يقال طرا عليهم اى جاءهم فجأة ومن بعيد .

وطرا عليه : اى طلع من بلد آخر ، وبابه قطع وخضع .

والطارىء : الذى جاء فجأة اى الغريب (1) .

والمراد من الطوارىء هنا : هى ما يطرأ على المفصوب من زيادة

ونقصان .

فالمراد بحصول الطوارىء بالزيادة ، هو ان يريد المفصوب فى يد

الغاصب من ناحية الثمن مثلا ، او اذا كانت البهيمه فتضمن ، او ولدت بمولدة

جديدة فى يد الغاصب ، او اكثرت صوفها ، او اذا كانت الشجرة فثمرت ،

او اذا كان المفصوب رقيقا فتعلم ، او غير ذلك من الزيادات ، متصلة ام

منفصلة .

واما الطارىء بالنقصان : بان ينقص ثمن المفصوب فى يد الغاصب

بسبب هزال او بسبب جناية او اتلاف فى بعض اجزاء بدنه او غيرها .

فالزيادة والنقصان : اما ان يحدثا من قبل الخالق كحصول الودد

والهزال ، واما من قبل المخلوق وفعل الانسان كالتعلم ، ونقص الثمن ،

بسبب قطع اليد ، او الرجل او غيرها .

(1) المنجد ومختار الصحاح . مادة ط ر ا .

وهذه الزيادة : فان للمالك أن يأخذها مع الاصل ، فاذا هلكت فعلى الغاصب أن يضمن بقيمتها ، وقيل لا يضمن في الزيادة وانما عليه أن يضمن الاصل فقط ، لانها حدثت جديدا فصارت كأنها لم توجد .

واما النقصان اذا كان بأمر من السماء فانه ليس للمالك الا أن يأخذه ناقصا أو يضمنه بقيمته يوم الغصب وقيل له أن يأخذه ويضمن الغاصب قيمة الغصب (٢) .

واما اذا كان الاقص حدث بجناية الغاصب :

فالمغصوب مخير بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب ، أو يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية أو نقصته الجناية يوم الغصب — هذا قياس قول مالك .

وذهب اشهب من المالكية الى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة ، أو يأخذه ناقصا ولا شيء له في الجناية كالذى يصاب بأمر من السماء ، والسبب في هذا الاختلاف أو اقتصارا عليه : —

١ — أن من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من زيادة أو نقصان كأن حدث في ملك صحيح فأوجب له الفلّة ولم يوجب عليه النقصان شيئا ، سواء كان بسبه نفسه أو من عند الله تعالى — وهو قياس قول ابي حنيفة .

٢ — ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته في كل اوان كانت يد الغاصب عليه آخذة بأرفع القيم ، وأوجب عليه رد الفلّة ، وضمان النقصان سواء كان من فعله أو من عند الله — وهو قول الشافعي أو قياس قوله .

٣ — ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب وبين الجناية التي

(٢) انظر بداية المجتهد ج٢ ص٢٨٨ وما بعدها . مع المراجع المتقدمة في المبحث الثاني وما تحته من مطالب .

تكون بأمر من السماء - وهو مشهور مذهب مالك وابن قاسم فعمدته قياس الشبه لانه رأى ان جناية الغاصب على الشيء الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه كما لو جنى عليه وهو فى ذلك صاحبه .

وأما ان كانت الجناية عند الغصب من غير فعل الغاصب :

فالمقصوب منه مخير بين ان يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجانى ، وبين ان يترك الغاصب ويتبع الجانى بحكم الجنایات .

وأما الجناية على العين من غير ان يغصبها غاصب فانها تنقسم الى

تسمين : -

١ - جناية تبطل اليسير من المنفعة ، والمقصود من الشيء باق . فهذه يجب فيها ما نقص يوم الجناية وذلك بأنه كان يومها صحيحا ويقوم بالجناية فيعطى ما بين القيمتين .

٢ - وأما ان كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود فان صاحبه يكون مخيرا ، ان شاء أسلمه للجانى وأخذ قيمته ، وان شاء أخذ قيمه الجناية .

وقال الشافعى وابو حنيفة ليس له الا قيمة الجناية (١) .

(١) بداية المجتهد ٤ ص ٣٤٤ الزيلعى ج٥ ص ٢٢٩ .

المطلب الاول « في الزيادة »

نتكلم في هذا المطلب في زوائد الاعيان المفضوبة .
فزوائد الاعيان المفضوبة التي تحدث تحت يد الغاصب نوعان :
منفصلة كالولد واللبن والثمره ونحو ذلك ، وملتصه كالسمن والجمال
ونحوهما .

وعلى هذا يشتبهل هذا المطلب على فرعين :

الفرع الاول - الزيادة المنفصلة(١)

الاصل ان كانت الزيادة منفصلة ، فان المالك يأخذها مع الاصل ولا
شيء عليه للغاصب سواء كانت متولدة من الاصل كالولد والثمره والصوف
واللبن او ما هو في حكم المتولد كالارث او غير متولدة منه أصلا كالكسب من
الصيد والهبة والصدقة ونحوها . لان المتولد منها نماء ملكه فكان ملك له ، وما هو
في حكم المتولد بدل جزء مملوك او بدل ماله حكم الجزء فكان مملوكا له ، وغير
المتولد كسب ملكه فكان ملكه .

واما بدل المنفعة : وهو الاجرة بأن اجر الغاصب المفضوب فيملكه
الغاصب عند ابي حنيفة ويصدق به بناء على ان المنافع ليست من اموال
مفقومة .

اما عند الحنابلة والشافعية فانها اموال مضمونة بالنصب والاتلاف
كما تقدم .

وعلى كل حال فان الزيادة المنفصلة فيها خلاف :

١ - وعلى الجملة ان الزيادة المنفصلة امانة في يد الغاصب ولا يضمن

(١) البدائع الصنائع ج٩ ص٤٤٣ مطبعة الامام والمبسوط ج١١
ص٥٢ وما بعدها . والمغنى لابن قدامة ج٥ ص١٩٤ والضمان في
الفتحه الاسلامى للشيخ على الخفيف ص١١٣ وما بعدها .

الا بالتعدى أو التقصر أو منعها عند طلب مالکها لأنها غير مفسوبة — هذا عند الحنفية والمالكية (٢) .

الدليل عليه :

ان وجوب ضمان الغصب لا يكون الا باعتبار تحقق الغصب لانه سببه ، ولهذا يضاف اليه الحكم ، ولا يثبت بدون السبب ، ولم يوجد الغصب في الزيادة تسبباً ولا مباشرة ، لأن حد الغصب الموجب للضمان الاستيلاء على مال الغير باثبات اليد لنفسه على وجه تكون يده مغمونة ليد المالك ، لان الضمان واجب بطريق الجبران فلا يجب الا بتفويت شيء عليه ، وليس في الغصب تفويت العين فمعرفة ان وجوب الضمان باعتبار تفويت اليد عليه وذلك غير موجود في الولد لان التفويت بازالة يده عما كان في يده ، او بازالة تمكنه من اخذ ما لم يكن في يده ، وما كان الولد في يد المالك قط ، ولا زال تمكنه من اخذه لحصوله في دار الغاصب ما لم يمنعه الغاصب منه ، فلا يكون مضموناً عليه ، لانعدام سبب الضمان حتى يطالبه بالرد ، فاذا منعه بتحقيق التفويت وتقصر يده عنه بالمنع فيكون مضموناً عليه .

وهذا بخلاف الاستيلاء الموجب للملك ، لان الملك حكم مقصود على المحل فيتم سببه باثبات اليد على المحل والضمان جبران لحق المالك ، فلا يتم سببه الا بتفويت شيء عليه .

وبخلاف ضمان صيد الحرم لأن ذلك ضمان اتلاف معنى الصيد فيه فانه بالحرم أمن الصيد ومعنى الصيدية في تنفيره واستيحاشه وبعده عن الايدي فاثبات اليد عليه يكون اتلافاً لمعنى الصيدية فيه حكماً ، وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه .

(٢) الزيلعي ج٥ ص ٢٣٢ .

فأما الاموال فمحافظة بالايدي فلا يكون اثبات اليد على المال اتلاف
لشيء على المالك .

يوضح الفرق ان الحق في صيد الحرم للشرع ، والشرع يطالبه برد
الاصل مع ولده الى مأمنه ، فانما وجد المنع منه بعد الطلب وذلك سبب
للضمان ، وعلى هذا الطريق بقول اذا هلك الولد قبل تمكنه من الرد الى
الحرم لا يضمن ، وعلى الطريق الاول هو ضامن (٣) .

ولا وجه لاثبات حكم الضمان في الزيادة بتولدها من الاصل المضمون ،
لان الضمان ليس في العين بل هو في ذمة الفاعب وانما توصف العين به
مجازا كما يقال فلان مفضوب عليه ، والغصب صفة للفاعب بخلاف الملك ،
لانه وصف للمحل فانه يوصف بأنه مملوكة حقيقة فتعدى ذلك الى الولد ، وان
باع الفاعب الولد وسلمه او اتلفه فهو ضامن لقيمته لوجود التعدي منه على
الامانة كما لو باع المودع الوديعة .

٢ - عند الشافعية والحنابلة: أن الزوائد المنفصلة مضمونة :

لأنها لما تولدت من اصل مضمون بيد متعدية فتصبح مضمونة كزوائد
الصيد المخرج من الحرم ، لان المتولد من الاصل يكون بصفة الاصل والاصل
مضمون عليه فكذلك ماتولد منه ثم بين مذهب الشافعي طريقين في الزيادة .

(١) ان الزيادة مفضوبة بمباشرة من الفاعب ، لأن حد الغصب
الاستيلاء على مال الغير باثبات اليد لنفسه بغير حق ، وقد كانوا في الجاهلية
يتملكون بهذه اليد ويسمونه غصبا ، فالشرع ابطل حكم الملك بها في كل
محترم ، واثبت الضمان ، وبقي حكم الملك بها في كل مباح كالصيد ، ثم انما
يملك الصيد باثبات اليد ، فكذلك يجب الضمان باثبات اليد عليه ، وهو مثبت
بده على الولد حتى لو نازعه فيه انسان كان القول قوله .

(٣) الزيلعي وحاشية شلبي ج٥ ص ٢٣٢ .

(ب) هـرانه غاصب للولد تسببياً ، فان غصب الأم وامساكها الى وقت الولادة سبب لحصول الولد في يده وهو معتاد ، لان أصحاب السوائم يمسون الامهات لتحصيل الاولاد . وهذا تسبب هو فيه متعدد ، فينزل منزلة المباشرة ، لان المال يضمن بالاتلاف تارة وبالفصص اخرى ، وفي الاتلاف المسبب اذا كان متعددا يجعل كالمباشر في حكم الضمان ، كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق فكذلك في الفصص .

وقال الحنابلة : انه مال المغصوب منه حصل في يده بالفصص فيضمنه بالتلف كالأصل .

الفرع الثاني « الزيادة المتصلة » (١)

المراد بها هي ما اتصلت بالأصل كالحسن والجمال والسنن والكبر وغيرها من الزيادات المتصلة وفي هذه المسألة فيها قولان :

١ - عند الحنفية :

انها لا تعد مفصوبة بفصص أصلها اذ حدثت في يد الغاصب اذ لم يكن لملكها يد عليها قبل يد الغاصب ، وعلى هذا الأساس هي أمانة في يد الغاصب فلا تكون مضمونة عليه ، ولا يعد مجرد وضع اليد على المال اعتداء عليه حتى يكون وضع يد الغاصب لوصولها عليها اعتداء يستوجب ضمانه ، وان كان غير قصده الى تملك أو انتفاع ، أو حيلولة بين المال وصاحبه .

(١) انظر المراجع السابقة في الفرع الاول .
الجرائم للبهنسى - المغنى لابن قدامة - معنى المحتاج - بداية
المجتهد ، الصاوى في الشرح الصغير - ابن عابدين - تبين
الحقائق - كشاف القناع .

وانما يضمن بالتعدى أو بالتقصير في حفظها اذا هلكت ويضمن قيمتها
نقط وقت الغصب ولا يضمن الزيادة (٢) .

٢ — عند المالكية والشافعية والحنابلة :

انها تحقق الغصب فيها ويجب ضمانها بضمان اصلها لثبوت يد
الغاصب عليها، وهى ملك لغيره بدون حق وتبعيتها لاصلها .

وجهة الحنفية :

ان سبب وجوب الضمان فى الاصل ليس هو يد الغصب لان اليد الغصب
حكم الغصب ، وانما يحال بالضمان على اصل السبب لا على حكمه ، فاصن
النسب اليد الغاصبة المفوتة ليد المالك ولا يوجد ذلك فى الزيادة المتصلة (٣) .

وجهة قول الشافعية ومن معهم :

انها مضمونة كالزيادة المنفصلة فان الزيادة تصير مغصوبة بالوقوع فى
يد الغاصب ، ولان الزيادة لاتنفصل عن الاصل فمن ضرورة كون يده على
الاصل يد غصب ان تكون على الزيادة غصب أيضا .

وعلى هذا الاختلاف لو زادت قيمتها من غير زيادة فى بدنها ثم هلكت
لم يضمن الغاصب الا قيمتها وقت الغصب — عند الحنفية .

والشافعية : يضمن قيمتها وقت الهلاك، لان من اصله ان سبب
الضمان ثبات اليد واليد مستدام ، والاصل ان ما يستدام فانه يعطى
لاستدامته حكم انشائه ، فهذا الطريق يصير كالمجد وللغصب عند الهلاك .

وعند الحنفية : سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك وذلك بابتداء
الغصب فتعتبر قيمتها عند ذلك ، فان باعها وسلمها بعد ما صارت قيمتها

(٢) الزيلعى ج٥ ص ٢٣٢ .

(٣) المغنى ج٥ ص ١٧٩ ، الزيلعى ج٥ ص ٢٣٢ .

الفين بالزيادة المتصلة فهلكت عند المشتري ثم جاء صاحبها فله الخيار ،
ان شاء ضمن المشتري قيمتها يوم قبض العين ، وان شاء ضمن الغاصب .

الترجيح

على ضوء الكلام السابق يبدو لى أن الراى الراجح فى شأن زوائد
الاعيان الموصوبة سواء كانتمتصلة أم منفصلة هو الراى الذى يقول بأنها
مملوكة لصاحب المال ، وأنها موصوبة ومضمونة اذا تلفت فى يد الغاصب .
لأن الغاصب يفوت على المالك حقوقه الشرعية ، ولأنها نماء أمواله وهو أحق
بها من غيره وأن الزيادة التى تحدث فى يد الغاصب تحدث أيضا فى يد المالك
اذا لم يغصب أصلها . وعلى هذا الاساس فهى ملك للمالكها فصار كأن
لم يغصبها .

الفرع الثالث

اختلاف الغاصب والمغصوب منه

فى الزيادة وغيرها

١ — اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فى قيمة المغصوب ولا بينه
لاحدهما ، فالقول قول الغاصب لأن الاصل براءة ذمته ما لم يقم عليه به حجة
كما لو ادعى عليه دينا فاقر ببعضه .

٢ — وان اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب فى وقت زيادته فقال المالك :
زادت قبل تلفه وقال الغاصب : انما زادت بعد تلفه فالقول قول الغاصب
ايضا لأن الاصل سراءة ذمته .

٣ — وان قال الغاصب كان فيه عيبا ، فأنكر المالك فالقول قوله ، لأن
الاصل عدم ذلك ، والقول قول الغاصب فى قيمته على كل حال .

٤ — وان شاهدنا العبد بعيبا فقال الغاصب : كان معيبا قبل غصبه

وقال المالك : تعيب عندك فالقول قول الغاصب لأنه عارم ، ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير .

٥ — وان غصبه خمرا ثم قال صاحبه : تخلل عندك وانكر الغاصب فالقول قوله لأن الاصل بقاءه على ما كان وبرائة الذمة .

٦ — وان اختلفا في رد المصوب اورد ، ثله أو قيمته ، فالقول قول المالك لأن الاصل عدم ذلك واشتغال الذمة به .

٧ — وان اختلفا في تلفه فادعاه الغاصب وانكره المالك فالقول قول الغاصب ، لأنه أعلم بذلك وتتعدر اقامة البينة عليه ، فاذا حلف للمالك فله المطالبة ببذله لأنه تعذر رد العين فلزم بدلها كما لو غصب عبدا فأبق ، وقيل لبس له المطالبة ببذله لأنه لا يدعيه .

٨ — وان قال غصبت منى حديثا . فقال : بل عتيقا — فالقول قول الغاصب ، لأن الاصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لأنه دون حقه (١) .

(١) المغنى ج٥ ص٢١٩ ، ٢٢٠ ، وبدائع الصنائع ج٧ ص١٦٤ طبعة ثانية والدسوقي ج٧ ص٤٤٢ .

المطلب الثاني

« في النقصان »

يقال : نقص الشيء أى ذهب منه شيء بعد تمامه .
والنقص : مصدر فهو كالنقصان ، غير أن النقصان لا يستعمل في الدين والعقل .

يقال : دخلت عليه نقص في دينه وعقله ولا يقال نقصان .
النقصان : مصدر اسم للقدر الذاهب من النقص .
يقال : نقصانه كذا وكذا ، أى ما ينقص منه هو كذا وكذا (1) .
والمراد به هنا : هو ما نقص من المغصوب عن أصله عند الفاصب سواء بجنايته أو غيرها .

النقص : إما أن تنقص العين من غير أن تنقص قيمتها ، وإما أن تنقص القيمة وإما أن تنقص العين والقيمة معا .

وأسباب النقص إما أن ترجع الى أمر الخالق كالهزال في الدابة وتلف الثمرة بآفة ، وإما أن ترجع الى أمر المخلوق ، بأن نقص المغصوب بجناية الفاصب عليه ، كما إذا قطع الفاصب يد العبد ، أو قطع رجل الدابة أو قصر في حفظ المغصوب فتلف بعضه أو نحوها .

وفيما يلي نستعرض شأن النقصان على الترتيب بإيجاز .

(1) المنجد ومختار الصحاح مادة ن ق ص ، كشف القناع - الزيلعي .

الفرع الاول

(نقص العين)

مثلا اذا غصب شخص أرضا فغرس فيها أشجارا أو زرعها زراعة .
وفي هذه الحالة يجب على الغاصب ضمان نقص الأرض أن كان نقصها
بالغرس أو نقصت بغيره ، وكذلك كل عين مفصولة أخرى على الغاصب
ضمانها بالنقص .

فالنقص اما مستقر أو غير مستقر :

(١) وإذا كان النقص نقصا مستقرا كثوب تخرق أو اناء تكسر أو طعام
فسد أو سوس ، أو بناء خرب أو نحو ذلك فان على الغاصب رده وأرثى
النقص ، لأنه نقص حصل في يد الغاصب فوجب ضمانه .

وقال أبوحنيفة : إذا شق الغاصب شقا قليلا أخذ أرشه ، كان كثير
فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته ، وبين إمساكه وأخذ أرشه .

وقد روى عن أحمد : أن شاء شق الثوب وأن شاء مثله ، أن شاء
أخذ أرش الشق .

ووجهته : أن هذه جناية أتلف معظم منفعتها فكانت له المطالبة بقيمته
كما لو قتل شاة له .

وحكى أصحاب مالك عنه : أنه إذا جنى على عين فاتلف غرض صاحبها
فيها كان المجنى عليه بالخيار أن شاء رجع بما نقصت ، وأن شاء سلمها وأخذ
قيمتها .

وحجتهم : أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو
أتلف جميعها . وعند الحنابلة أنها جناية على مال أرشها دون قيمته ، فلم يملك
المطالبة بجميع قيمته ، كما لو كان الشق يسيرا — ولأنها جناية تنقص بها
القيمة فأشبهه ما لو لم يتلف غرض صاحبه ، وفي الشاة تلف جميعها لأن

الاعتبار في الائلاف بالمجنى عليه لا بغرض صاحبه لان هذا لم يصلح لهذا صلح لغيره (١) .

(ب) واما أن نقص المقصوب نقصا غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده ، أو عفن وخشى تلفه ، فعليه ضمان نقصه - وهذا عند الحنابلة ومنصوص عن الشافعي ، وللشافعي قول آخر : انه لا يضمن نقصه .

وقال القاضي : لا يلزمه بدله لانه لا يعطى مقدر نقصه .

وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه .

وقال أبو حنيفة يتخير بين امساكه ولا شيء له ، أو تسليمه الى الغاصب ويأخذ منه قيمته ، لانه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز .

وقالت الحنابلة : ان عين ماله باقية وانما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبدا فمرض (٢) .

الفرع الثاني

(نقص القيمة)

اذا غصب شخص عبدا فسمن سمنا نقصت به قيمته ، أو غصب عبدا شابا فصار شيخا ، أو كانت الجارية ناهدا فسقط ثدياها ، ففي هذه الحالة يجب عليه أرش النقص من غير خلاف .

وان كان العبد أمرد فنبئت لحيته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي والحنابلة (٣) .

(١) المغنى ج٧ ص ١٨٤ .

(٢) المغنى ج٧ ص ١٨٨ .

(٣) المغنى ص ١٨٧ ، ١٨٨ .

وقال أبو حنيفة : لا يجب ضمانه لأن الغائت لا يقصد قصدا صحيحا
فأثبته الصناعة المحرمة .

وقالت الحنابلة انه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه كبقية الصور .

وأما اذا كان نقص الكمية نتيجة تغير الاسعار فليس على الغاصب
ضمان نقصها وهذا ما نص عليه أحمد ، وهو قول الجمهور .

وحكى عن أبي ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه اذا تلفت العين فيلزمه اذا
ردها كالسمن .

ودليل الجمهور : أنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفته
فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص . ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين ، وإن
سلمنا ، فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها قد خلت في التقويم ،
بخلاف ما اذا ردها فان القيمة لا تجب ، ويخالف السمن فإنه من عين المغصوب
والعد بالصناعة صفة فيها ، وههنا لم تذهب عين .

ولأنه لاحق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين ، وإنما حقه في
العين وهي باقية كلها كما كانت ، ولأن الغاصب يضمن ما غصب والقيمة
لا تدخل في الغصب ، بخلاف زيادة العين ، فإنها مغصوبة وقد ذهبت .

وأما اذا نقصت قيمة المغصوب لدى الغاصب بسبب آخر غير سبب
تغير الاسعار ، فان ذلك النقص يكون مضروبا على المعتدى ، غير أنه اذا زال
ذلك الضرر لدى الغاصب فعادت قيمة المغصوب الى ما كانت عليه أو زادت
ثم رده بعد ذلك الى مالكة فان ضمانه يزول بذلك ، اذا كان سبب النقص
والزيادة واحدا كما في الولادة تنقص بها قيمة الشاة المغصوبة ويكون في
الولد ما يعوض ذلك النقص ، كما في المرض يزول لدى الغاصب ، أما اذا

اختلف سبب النقص والزيادة فلا يرتفع الضمان لتقرره باستقرار سببه .
ولكن اذا رده قبل عودتها الى ما كانت عليه لم يرتفع الضمان بعودة القيمة
الى حالها الاول لاستقرار الضمان بسبب رد المعصوب ناقصا اذا كان
الواجب ان يرده سليما كما اخذه سليما .

وعلى هذا اذا غصب شاة فولدت لدى الغاصب وتسبب عن ولادتها
نقص في قيمتها فان هذا النقص يجبر بها لولدها من قيمة اذا ردها مع ولدها
الى مالكةا عند ابي حنيفة خلافا لزفر والشافعي .

وحجة قول زفر والشافعي : ان هذه الزيادة ليست الا مالا مملوكا للمالك
الشاة فكيف تعد مع ذلك اعتياضا عن مال له تلف بتعدى الغاصب ولزومه
ضمانه .

وحجة قول ابي حنيفة : ان سبب النقص والزيادة اذا كان واحدا اعتبر
النقص كأن لم يكن لحدوثه بسبب زاد به المنقوص فجبر نقصه ، فارتفع
الضمان بسبب ذلك .

الفرع الثالث

« نقص العين دون القيمة » (١)

وفيه ثلاثة اقسام :

١ - ان يكون الذاهب جزءا مقدر البذل ، كعبد خصاه وزيت اغلاء
ونقرة ضربها دراهم ، فنقصت عينها دون قيمتها ، فانه يجب ضمان النقص ،
فيضمن نقص العبد بقيمته ، ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقي منها ،
لان الناقص من العين له بدل مقدر فلزومه ما تقدر به كما لو اذهب الجميع .

٢ - ان لا يكون مقدرا كان غصب عبدا ذا سمن مفرط فحذف جسمه ،

(١) الزيلعي - الدسوقي - نهاية المحتاج - المغنى - مغنى المحتاج .

ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده ، لأن الشرع انما اوجب في هذا ما انقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء .

٣ — أن يكون النقص في مقدر البدل لكن الذاهب ، نه أجزاء غير مقصودة كعصير أغلاه غذهب مائيته وانعددت أجزاءه فنقصت عينه دون قيمته ففيه وجهان :

(١) لا شيء عليه سوى رده ، لأن النار انما اذهبت مائيته التي يقصد ذهابها ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته فلم يجب ضمانها .

(ب) يجب ضمانه لأنه مقدر البدل فأشبهه الزيت اذا غلاه ، وان نقصت العين والقيمة جميعا وجب في الزيت ، وشيبيهه ضمان النقصين جميعا ، لأن كل واحد منها ، ضمون منفردا فكذلك اذا اجتمعا ، وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه فصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم ، وان كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل ، لأن قيمة الباقي لم تنقص وان خص العبد فنقصت قيمته ، فليس عليه أكثر من ضمان خصييه ، لأن ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينه .

الفرع الرابع

« نقص العين والقيمة » (١)

المراد به ان نقص العين يؤدي الى نقص القيمة .

فمثلا : اذا غصب الغاصب عبدا وكانت قيمته قبل النقص مائتين جنيها ، ثم بعد قطع الغاصب اذنه او يده صارت قيمته مائة وخمسين جنيها — وفي هذه الحالة يجب على الغاصب ارش النقص ، ورد العبد الى صاحبه ، وفي قول برد القيمة ويمتلك العبد بها .

(١) انظر الزيلعي — الدسوقي — نهاية المحتاج — مغنى المحتاج — المغنى .

المطلب الخامس « الارش وقدره »

المراد به هو بدل ما نقص من العين المفصولة عند الغاصب .

فمثلا اذا غصب شخص ثوبا لآخر فتلف نصفه او ثلثه ، وفي هذه الحالة يدفع الغاصب الجزء الباقي من الثوب الى مالكها وارش نقصه وقيمة الجزء التالف يقال الارش .

واما قدر الارش هو قدر نقص القيمة في جميع الاعيان — وبهذا قال الحنابلة والشافعي وعن احمد رواية اخرى : ان عين الدابة تضمن بربع قيمتها فانه قال في رواية ابي الحارث في رجل فقا عين دابة لرجل : عليه ربع قيمتها . قيل له فاذا فقا العينين ؟ فقال اذا كانت واحدة قال عمر ربع القيمة ، واما العينين فما سمعت فيهما شيئا .

قيل له : فان كان بعيرا او بقرة او شاة فقال : هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ينظر ما نقصها ، وهذا يدل على ان احمد انما اوجب مقدر في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحصار للآثر الوارد فيه . واعداد هذا يرجع الى القياس .

واحتج اصحاب الحنابلة لهذه الرواية « بما روى زيد بن ثابت ان النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها » .

وقد روى عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة « انا كنا ننزلها منزلة الآدمي الا انه اجمع رأينا على ان قيمتها « ربع الثمن » وهذا اجماع يقدم على القياس .

(1) انظر المراجع السابقة في المطلب الاول — الزيلعي — الدسوقي — نهاية المحتاج — غنى المحتاج — المغنى .

وقال أبو حنيفة : اذا قلع عين بهيمة ينتفع بها من وجهتين كالدابة
والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها ، وفي احدهما ربع قيمتها لقول عمر رضى
الله عنه « اجمع رأينا على ان قيمتها ربع الثمن » .
وروى عن أحمد في العبد : انه يضمن في الغصب بما يضمن به في
الجنابة .

ففى يده نصف قيمته ، وفي موضحته نصف عشر قيمته ، وهذا قول
بعض اصحاب الشافعى لانه ضمان لابعاض العبد ، فكان مقدرا من قيمته
كأرش الجنابة .

واستدل الحنابلة انه ضمان مال من غير جنابة فكان الواجب ما نقص
كالثوب ، وذلك لان القصد بالضمان جبر حق المالك بايجاب القدر المفوت
عليه وقدر النقص هو الجابر ، ولانه لو فات الجميع لوجبت قيمته ، فاذا
فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان .

واما حديث زيد بن ثابت فلا اصل له ولو كان صحيحا لما احتج أحمد
وغيره بحديث عمر وتركوه فان قول النبي ﷺ احق ان يحتج به .
واما قول عمر فمحمول على ان ذلك كان قدر نقصها ، كما روى عنه
انه قضى في العين القائمة بخمسين دينارا ، ولو كان تقديرا لوجب في العين
نصف القيمة كعين الأدمى .

واما ضمان الجنابة على اطراف العبد فمعدول به عن القياس للالحاق
بالجنابة على الحر ، والواجب ههنا ضمان اليد ، ولا تثبت اليد على الحر
فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحاقه بسائر الاموال
المغصوبة .

وقول أبى حنيفة ان هذا في بهيمة الانعام والدابة لا يصح ، لان هذا
القول مبنى على قول عمر وقول عمر انما هو في الدابة .
والدابة في العرف هي ما بعد للركوب دون بهيمة الانعام .