الفصل الثاني

التعويض عن الضرر

المبحث الأول
متى يعوض عن الضرر في الفقه الإسلامي والقانون المدني

المطلب الأول
كيفية التعويض وشكله

العوض في اللغة هو: البَدَل والخَلَف[1].

ويُقْصَد بالتعويض: تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ.

وفي القانون المدني هو: المال الذي يلزم المدين يدفعه إلى الدائن بسبب عدم قيامه بتنفيذ العقد، فالمدين يُلزَم بجبر الضرر الذي أحدثه للدائن بسبب عدم تنفيذ العقد (بخطئه) شأنه شأن أي شخص يلزم بجبر الضرر الذي أحدثه للغير بخطئه[2].

وقد أقر الإسلام مبدأ التعويض في المسؤولية المدنية لما فيه من نفع بجَبْر الضرر، وفي ذلك يقول الدكتور وهبة الزحيلي ـ حفظه الله ـ: «أما مقابلة الإتلاف بمثله ففيه ضرر. ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والمقصود من منع الضرار نفي فكرة الثأر التي كانت سائدة في الجاهلية، إذ لا فائدة منها، بل في ذلك خطر وحمق ومفسدة محضة، وهو اتساع دائرة الأضرار الواقعة نتيجة انتشار فكرة المقابلة بالمثل، والضرر لا يزال بالضرر.

---

(١) لسان العرب، ابن منظور: ٧/ ١٩٢. المعجم الوسيط، ص ٦٦٠.

(٢) النظرية العامة للالتزام، محمد وحيد سوار: ١/ ٣٦٨.

أما التعويض أو التضمين ففيه نفع بجبر الضرر وترميم آثاره. وعلى هذا فليس للمتضرر أن يتلف مال غيره. كما أتلف ماله ، وإنما له القيمة أو المثل. نصت المادة (٩٢١) من المجلة العدلية على ما يأتي: «ليس للمظلوم صلاحية أن يظلم آخر ، بما أنه ظلم ، مثلاً: لو أتلف زيد مال عمرو مقابلة بما أنه أتلف ماله ، يكونان ضامنين وكذا لو أتلف زيد مال عمرو الذي هومن قبيلة طي ، بما أن بكراً الذي هو من تلك القبيلة أتلف ماله ، يضمن كل منها المال الذي أتلفه ، وكذا ليس لمن أخذ دراهم زيوفاً من أحد صلاحية صرفها لآخر»[١] لهذا قال ابن القيم بصدد تقرير مبدأ التضمين وعدم مقابلة الإتلاف بمثله: «إن مقابلة الإتلاف بمثله في كل الأحوال شرع الظالمين المعتدين الذي تتنزه عنه شريعة أحكم الحاكمين»[٢].

والأصل العام المقرر في الضمانات للتخلص من العهدة والمسؤولية: هو رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان ، فإن ردها كاملة الأوصاف برىء من المسؤولية ، وإن ردها ناقصة الأوصاف ، جبر الضامن أوصافها بالقيمة ، لأن الأوصاف ليست من ذوات الأمثال.

وقاعدة الضمان أو كيفيته بالنسبة للأموال بسبب الغصب أو الإتلاف ونحوهما: هو أنه يجب ضمان المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثلياً ، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠].

وإذا تعذر وجود المثل ينتقل إلى القيمة للضرورة، وعملاً بالقاعدة الشرعية: «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل»[٣]. المادة (٥٣) من المجلة العدلية.

والمال المثلي كما جاء في المجلة العدلية: «المثلي: ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به ، فالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة

---

(١) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٨٨.

(٢) إعلام الموقعين ، ابن القيم: ٢/ ١٢٣.

(٣) البدائع ، الكاساني: ٧/ ١٥١. انظر القاعدة الفقهية في قواعد الفقه ، البركتي ، ص ٥٦.

كالجوز والبيض كلها مثليات» المادة (١٤٥) ويُضاف إليها بعض أنواع الذرعيات.

وهذا ما قرره القانون المدني في المادة (٨٥) مصري والمادة (٨٨) سوري.

فالمكيلات: هي التي تُبَاع بالكيل كالقمح والشعير، وكبعض السوائل التي تباع اليوم بالليتر كالبترول والبنزين.

والموزونات: هي التي تباع بالوزن، كالسمن والزيت والسكر.

والذرعيات: هي التي تباع بالذرع كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية أو القطنية أو الحريرية، وكالأراضي.

والعدديات المتقاربة: هي التي لا تتفاوت آحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز، وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكؤوس وصحون الخزف والبلور ونحوها[١].

والأصح أن يقال: المثلي: ما يحصره كيل أو وزن ويجوز السلم فيه. ولا يُقال مكيل أو موزون. لأن المفهوم منه ما يُعتاد كيله أو وزنه فيخرج منه الماء وهو مثلي وكذا التراب وهو مثلي على الأصح[٢].

أما المال القيمي فهو كما عَرَّفته المجلة العدلية: «ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة» المادة (١٤٦).

ومثال ذلك الدور والأراضي والأشجار والحيوان والمفروشات ونحوها[٣].

والقيمة تختلف عن الثمن، لأن الثمن هو ما تراضى عليه المتعاقدان

---

(١) قواعد الفقه، البركتي، ص ٣٧٤. نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص ٩٢.

(٢) الروضة، النووي: ٥/١٨، ١٩. انظر: أحكام تغير قيمة العملة الورقية، مضر العاني، ص ١١٩.

(٣) مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٣٨١.

سواء زاد على القيمة أو نقص ، وأما القيمة فهي ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان[1].

والخلاصة: أن الأصل العام في الضمان والتعويض في الفقه الإسلامي هو إزالة الضرر عيناً ، كإصلاح الحائط أو جبر المتلف وإعادته صحيحاً كما كان عند الإمكان ، كإعادة المكسور صحيحاً ، فإن تعذر وجب التعويض المثلي أو النقدي ، مثال الأول وهو التعويض المثلي والعيني: تسليم البائع للمشتري كمية مساوية للحنطة المبيعة التي تلفت ومن نوعها نفسه ، ومثال الثاني وهو التعويض النقدي: دفع المدين مبلغاً من المال في حالة استحالة التنفيذ العيني[2].

وهذا يوافق القانون المدني من أن التعويض نوعان: تعويض عيني وتعويض بمقابل وهو يصح أن يكون تعويضاً غير نقدي ، فقد نصت المادة (٢/١٧١) مدني مصري وتقابلها المادة (٢/١٧٢) مدني سوري على أنه: «يُقَدَّر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض».

ونصت المادة (٢٠٣) مدني مصري والمادة (٢٠٤) مدني سوري على التنفيذ العيني فقالت: «يُجبَر المدين بعد إعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ممكناً»[3].

* * *

(١) رد المحتار ، ابن عابدين: ٤/٥١.
(٢) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٩٥.
(٣) فسخ العقد ، عبد الحميد الشواربي ، ص ٣٠٥. ضمان العقد ، محمد الشحات الجندي ، ص ١٣٩.

المطلب الثاني
تقدير التعويض ووقت تقديره

في ضمان العقد أو المسؤولية العقدية لا يشترط التقيد بالمثل ، وإنما يُنفَّذ الشرط المتفق عليه قدر الإمكان عملاً بقاعدة: «يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان»[1] بخلاف تعويض الأضرار الناشئة عن ضمان اليد أو المسؤولية التقصيرية فيُشتَرط التقيد بالمثل ، لأن ضمان الإتلاف ضمان اعتداء ، والاعتداء لم يُشْرَع إلا بالمثل بقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٠]. وحديث أنس رضي الله عنه قال: «أهدى بعض أزواج النبي ﷺ قصعة فيها ثريد وهو في بيت بعض أزواجه ، فضربت ـ أي التي كان عندها ـ القصعة فانكسرت فجعل النبي ﷺ يأخذ الثريد فيرده في الصحفة وهو يقول: كلوا غارت أمكم ، ثم انتظر حتى جاءت قصعة صحيحة فأخذها فأعطاها صاحبة القصعة المكسورة»[2].

والتماثل في الأموال المثلية يكون بجعل قدر التعويض مماثلاً للمال الذي أصابه الضرر جنساً ونوعاً وصفة وكمية ، وفي الأموال القيمية يكون التعويض بقدر قيمة المال النقدية المقدرة بوساطة أهل الخبرة[3].

وتجب القيمة عند الفقهاء بالشروط التالية:

أ ـ أن يتعذر رد العين.

---

(١) قواعد الفقه ، البركتي ، ص ١٤٣.

(٢) الحديث سبق تخريجه ، ص ٥١.

(٣) البدائع ، الكاساني: ٧/ ١٥١.

ب ـ أن تكون العين الفائتة من القيميات.

ج ـ أن ينقطع المثل إذا كانت من المثليات[1].

وقت تقدير التعويض في المثلي المنقطع في الفقه الإسلامي:

مع اتفاق الفقهاء على وجوب القيمة عند انقطاع المثلي فقد اختلفوا في كيفية احتساب هذه القيمة ووقت احتسابها.

فذهب أبو حنيفة إلى تقديرها على أساس السعر السائد يوم الخصومة (أي وقت القضاء والمحاكمة) لأنه الوقت الذي يلجأ فيه إلى طلب القيمة.

وذهب أبو يوسف إلى تقديرها بالنظر إلى ما كانت عليه يوم الغصب، لأن سبب وجوب ضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه، وهذا هو المختار في المذهب.

واعتبر محمد القيمة وقت الانقطاع، لأن الغصب أوجب المثل على الغاصب والمصير إلى القيمة للتعذر، والتعذر حصل بسبب الانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه في ذلك الوقت[2].

ويوافق المالكية أبا يوسف في احتساب قيمة المثلي المنقطع حسبما تقدم[3].

أما الشافعية فيقدرون قيمة المغصوب أو التالف بالنظر إلى أقصى قيمة بلغها من وقت الغصب إلى وقت الانقطاع، لكونه مأموراً برد عين المغصوب أو مثله كل لحظة إلى حين تعذر المثل وانقطاعه، إذ الدوام كالابتداء، طبقاً للقاعدة الفقهية[4].

ومذهب الحنابلة في المثلي المنقطع أن الواجب هو قيمته يوم انقطاعه،

---

(١) كفاية الطالب، أبو الحسن المالكي: ٢/ ٣٧٠. انظر: ضمان العدوان، د. محمد سراج، ص ٥٣٢.

(٢) البدائع، الكاساني: ٧/ ١٥١.

(٣) القوانين الفقهية، ابن جزي، ص ٢١٧. الكافي، ابن عبد البر، ص ٤٢٨.

(٤) مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٢٨٣.

وقيل بوجوب القيمة يوم الإتلاف إن تلف دون غصب أو يوم الغصب إن أتلفه بعد غصبه[1].

الرأي الراجح:

أرجح الأقوال في نظري هو مذهب الشافعية، لقوة حجتهم، إذ الغاصب مطالب برد عين المغصوب أو مثله كل لحظة ، لذلك يجب عليه أعلى قيمة للمغصوب من وقت الغصب إلى وقت الانقطاع ، أما إيجاب القيمة وقت الغصب أو وقت الانقطاع فيسبب ضرراً على المالك ، وخاصة إذا ارتفع سعر السلعة المغصوبة ، فما ذنب المالك والغاصب هو المتعدي بالغصب؟

تقدير القيمة في المال القيمي (القيميات):

ذهب الحنفية والمالكية إلى وجوب القيمة يوم الغصب أو التلف إن لم يكن غصب ، وكذا إذا استهلك عند أبي حنيفة ، لأن الضمان يجب بالغصب إن حدث التلف بعده والحكم يعتبر من وقت وجوب سببه. ولا يتغير التقدير بعده بتغير الأسعار ، لأن سبب الضمان لم يتغير كما لم يتغير محل الضمان. وتجب القيمة في الإتلاف دون غصب بالنظر إلى الوقت الذي حدث فيه السبب الموجب للضمان كذلك[2].

وعند الحنابلة في الراجح تقدر قيمة المغصوب أو التالف بالرجوع إلى ما كان عليه وقت التلف ، لأنه هو الوقت الذي تعذر فيه رد العين وانتقل فيه الضمان إلى القيمة فتقدر بذلك[3].

أما الشافعية فالنظر فيه إلى وجوب أعلى قيمة للمغصوب من يوم غصبه إلى حين تلفه. وإذا انتقل به الغاصب إلى أماكن متفرقة وجبت أعلى قيمة للمغصوب في الأماكن التي وجد فيها[4].

---

(١) المبدع ، ابن مفلح: ٥/ ١٨١.
(٢) البدائع ، الكاساني: ٧/ ١٥١. الفواكه الدواني ، ابن غنيم: ٢/ ١٥٧. الشرح الكبير ، الدردير: ٣/ ٤٤٣ ، ٤٤٤.
(٣) المبدع ، ابن مفلح: ٥/ ١٨٢.
(٤) مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/ ٢٨٣.

ومعناه أنه لو غصب متاعاً قيمته مئة فارتفع سعره في السوق إلى مئتين ثم انخفض يوم التلف إلى ثمانين لزمته المئتان ، لأنه كان مطالباً بالرد عند ارتفاع سعره فثبت في ذمته بهذه القيمة فلا يبرأ إلا برد العين أو الوفاء بما ثبت في الذمة[1].

والراجح هو مذهب الشافعية كما في الفقرة السابقة.

قيمة المنافع[2]:

تُقَدّر قيمة المنفعة عند القائلين بضمانها ـ كما سيأتي ـ مستقلة عن قيمة العين ، بحيث لا يجري التداخل بينهما ، لأن كلاً منهما قد وجب بسبب خاص به.

وتحتسب قيمة المنفعة بالرجوع إلى أجر المثل ، كما في الإجارات الفاسدة التي يبطل فيها الأجر المسمى ، ويجب بدلاً عنه أجر المثل ، وهذا الضابط ذكرته المادة (٤٥٩) من المجلة العدلية ولفظها: «لا تلزم الأجرة في الإجارة الباطلة بالاستعمال ، لكن يلزم أجر المثل إن كان مال الوقف أو اليتيم ، والمجنون في حكم اليتيم».

وأجر المثل هو كما عرفته المادة (٤١٤) من المجلة: «هو الأجرة التي قَدَّرها أهل الخبرة السالمين من الغرض».

ولا يشترط لضمان المنافع الإفادة منها أو الانتفاع بها، فتضمن بالتفويت والفوات عند الشافعية والحنابلة كما سيأتي عند الكلام عن ضمان المنافع.

وهذا نص عليه القانون المدني في المادة (٩٧٩) مدني مصري ويقابلها المادة (٩٣٠) مدني سوري ولفظها: «يكون الحائز سيء النية مسؤولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصَّر في قبضها. غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار».

---

(١) ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ٥٣٥.

(٢) المرجع السابق.

تقدير أرش النقصان:

أرش النقصان هو التلف الجزئي للمعقود عليه، يقول الكاساني: «هلاك كل المغصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه يكون مضموناً بقدره، لما ذكرنا أن ضمان الغصب ضمان جبر الفائت فيتقدر بقدر الفوات»[1].

وكيفية حساب أرش النقصان: أن يقوم الشيء سليماً قبل طروء هذا النقصان ثم يقوم بعده، ويكون الفارق بينهما هو الأرش[2].

فلو قُوّم المبيع بلا عيب بمئة، ثم قوم مع العيب بتسعين، فتكون قيمة الأرش هي مقدار الفارق بينهما أي: العشرة.

تقدير التعويض في القانون:

تقع مسؤولية التقدير على القاضي فعليه أن يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور، مراعياً في ذلك الظروف الملابسة ويشمل التقدير ما لحق بالدائن من خسارة، وما فاته من كسب. المادة (٢٢١، ٢٢٢) مصري والمادة (٧١) مدني سوري.

وبشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به.

مثال ذلك: المدين الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه عن تسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن، يدفع تعويضاً عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطراره لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى، وعما ضاع عليه من ربح بسبب فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه[3].

وعادة ما يقدر القاضي التعويض بمبلغ من النقود إلا في بعض الحالات.

ولا يجوز للقاضي أن يحكم على المدين بالتعويض العيني، مثاله:

---

(١) البدائع، الكاساني: ٧/ ١٥٥.

(٢) مغني المحتاج، الشربيني: ٢/ ٧٥.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري: ٢/ ٨٤٤.

لا يجوز للقاضي أن يحكم على من استعار كتاباً وفقده ، أن يقدم نسخة أخرى عنه.

ويتعين على القاضي أن يبين كل الأضرار التي لحقت بالدائن والتي يجيز القانون التعويض عنها ، ثم يبحث عما يعادلها من النقد بدقة ، المادة (٢٢١) مدني مصري وتقابلها المادة (٢٢٢) مدني سوري.

وعند عدم تنفيذ الالتزام النقدي يترتب تعويض عن التأخير. وهذا التعويض يفرضه المشرع لا القاضي. وهو يتمثل بنسبة مئوية (فائدة) عن المبلغ المستحق (الرأسمال) ويسمى التعويض القانوني أو فوائد التأخير[١].

وهذه الفائدة لا يقرها الفقه الإسلامي لأنها من أنواع الربا المحرم.

وقت تقدير التعويض في القانون:

هو وقت صدور الحكم النهائي على المدين وليس وقت وقوع الضرر ، وهو في مصلحة الدائن بسبب أن أسعار جميع الأشياء تتجه من الوجهة العملية إلى الارتفاع نتيجة انخفاض قيمة النقد[٢].

وعلى هذا إذا تعذر نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لقيام البائع ببيع العقار لمشترٍ ثان سجلَ عقده ، ورجع المشتري الأول بالتعويض على البائع له ، فإن التعويض في هذه الحالة يُقدَّر بقيمة الضرر وقت صدور الحكم وليس بتاريخ تسجيل عقد المشتري الثاني ولا بتاريخ رفع دعوى التعويض[٣].

* * *

(١) النظرية العامة للالتزام ، محمد وحيد سوار: ١/٢٩٣.
(٢) المرجع السابق.
(٣) فسخ العقد ، عبد الحميد الشواربي ، ص ٣٢٥.

المطلب الثالث
تقادم الحق في التعويض

أولاً: في الفقه الإسلامي:

إذا ثبت الحق في التعويض للمضرور، ولم يطالب بحقه أمام القاضي لمدة معينة، فهل يسقط حقه في التعويض بمضي المدة؟.

هذا الأمر يسمى «تقادم الحق». وهو يعني: مرور زمن معين على حق أو عين دون مطالبة صاحبهما مع قدرته عليهما[1].

والتقادم لا يسقط الحق في الشريعة الإسلامية، لأنه لا يجوز لأحد أخذ مال غيره بغير رضاه وبلا سبب شرعي، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]. ولقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه»[2].

لكن التقادم يُعتبر مانعاً لسماع الدعوى بالحق، والسبب كما يراه الدكتور وهبة الزحيلي ـ حفظه الله ـ هو كونه: «حماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية، وتجنباً لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه، وذلك لأن القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمن وتقادم العهد»[3].

---

(١) نظرية الضمان، د. محمد فوزي فيض الله، ص ١٦٥.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره...، رقم (٢٥٦٤): ٤/١٩٨٦.

(٣) نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص ١٠٢.

ويمكن تسويغ هذا الإجراء بنظرية المصالح المرسلة التي تجيز للحاكم اتخاذ التدابير القضائية المناسبة لإقرار الحقوق والاهتمام بها ، وإبعاد القضاء عن المشكلات المعقدة في إثبات حقوق قديمة. وهذا المعنى هو أساس الأخذ بفكرة التقادم قانوناً ، فإن القانونيين قالوا: إن التقادم يقوم على أساس اعتبارات ذات طابع عام أي متصلة بالصالح العام للمجتمع كله ، لا على أساس اعتبارات فردية ، فالضرورات الاجتماعية هي التي أدت إلى إقرار هذا النظام[1].

وبناء على ذلك تُمْنَع سماع الدعوى بعد مضي خمسة عشر عاماً في كل حق ما عدا الوقف والإرث وعند وجود عذر شرعي.

وقد حَدَّدت مجلة الأحكام العدلية سماع الدعوى في الوقف بمدة ست وثلاثين سنة ، والأراضي الأميرية بمدة عشر سنين ، وباقي الحقوق بخمس عشرة سنة ، المدة (١٦٦٢).

وكان السلاطين المسلمون يأمرون قضاتهم في جميع ولاياتهم بأن لا يسمعوا دعوى بعد مضي خمسة عشر عاماً ، سوى الوقف والإرث كما نقله ابن عابدين عن حاشية الأشباه والنظائر. ونقل في الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم سماعها بعد النهي المذكور[2].

ثانياً: في القانون المدني:

أخذ القانون المدني من الفقه الإسلامي تقدير مدة التقادم المسقط حيث نصت المادة (٣٧٢) مدني سوري على أنه: «يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون ، وفيما عدا الاستثناءات التالية:

١ ـ يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين ، كأجرة المباني والأراضي الزراعية ، وبدل الحكر وكالفوائد والإيرادات المرتبة والرواتب والأجور والمعاشات.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي: ٤/٦٩.

(٢) رد المحتار ، ابن عابدين: ٤/٣٤٢.

٢ ـ ولا يسقط الريع المستحق في ذمة الحائز سيء النية ، ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداءه للمستحقين ، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

وكذلك نصت المادة (١٧٢) مدني مصري والمادة (١٧٣) مدني سوري على أن: «دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر بالشخص المسؤول عنه. وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع»[١].

وكان الأصل أن العقد الباطل لا يتأثر بالتقادم ، لأن الباطل معدوم والمعدوم لا يصبح موجوداً بمضي الزمن ، فلو رفع البائع دعوى بطلب استرداد المبيع استناداً إلى بطلان البيع ، ينبغي أن تُسمع دعواه ويُقضى له بالاسترداد إذا أثبت البطلان ولو بعد مضي مدة التقادم (١٥) سنة ولكن قبول الادعاء بالبطلان على الرغم من مدة التقادم ينافي استقرار التعامل ، لنقضه أوضاعاً تم تنفيذها واستقرت مدة طويلة. لهذا أخضع القانون الدعوى ببطلان العقد للتقادم العادي ، فقال في الفقرة الثانية من المادة (١٤١) مصري و(٢٤٢) سوري: «وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد»[٢].

وفي التقادم المُكسب نصت المادة (٩١٩) مدني سوري على ما يلي: «يُكتسب حق تسجيل التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة ، بمرور عشر سنوات من تاريخ الحيازة بسند أو بغير سند ، بشرط أن يكون الحائز قائماً بزراعة الأرض»[٣].

وأما الأموال العامة فلا تسمع الدعوى فيها بعد مضي (٣٣) سنة في الوقف والإرث وبعد (٣٦) سنة في أموال بيت المال.

---

(١) النظرية العامة للالتزام ، توفيق فرج الصدة ، ص ٤٠١.
(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ، السنهوري: ١/ ٥٧١.
(٣) شرح القانون المدني السوري ، محمد وحيد سوار ، ص ٤٢٩.

ونصت المادة (٣٧٩) مدني سوري على حالات وقف التقادم بقولها:

١ ـ لا يسري التقادم كلما وُجِد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب.

٢ ـ ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوفر فيه الأهلية، أو في حق الغائب، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً.

ومن هذا يتضح أن دعوى المسؤولية تسقط بأقصر الأجلين، إما بثلاث سنوات من يوم علم المضرور بالضرر المسؤول عنه، وإما بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار. وتسقط الدعوى في هذه الحالة الأخيرة، حتى ولو لم يعلم المضرور بوقوع الضرر أو بالمسؤول عنه[١].

ويسمى هذا التقادم «التقادم المسقط». وهو سبب من أسباب كسب الحقوق وهذا أمر مخالف للشريعة الإسلامية كما مر في بداية البحث.

والخلاصة: إن الفقه الإسلامي والقانون المدني متفقان على مبدأ سقوط الدعوى في التعويض بالتقادم، وعلى مدة التقادم الطويلة الأجل، إلا أنهما مختلفان في مدة التقادم القصيرة الأجل[٢].

الموازنة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط[٣]:

يفترق التقادم المكسب عن التقادم المسقط في أمور، ويلتقيان في أمور أخرى. أما نقاط الافتراق فيمكن تلخيصها بما يلي:

١ ـ من حيث المقومات:

التقادم المكسب يقوم على واقعة إيجابية من جانب المستفيد به هي حيازة الشيء مدة معينة، في حين أن التقادم المسقط يقع على واقعة

---

(١) النظرية العامة للالتزام، توفيق الصدة، ص ٤٠١.

(٢) نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص ١٠٤.

(٣) الحقوق العينية، محمد وحيد سوار، ص ٤٣٨.

سلبية ، هي سكوت صاحب الحق عن المطالبة به ، أو عن استعماله مدة معينة.

٢ ـ من حيث النطاق:

يَرد التقادم المكسب على الحقوق العينية القابلة للحيازة ، في حين أن التقادم المسقط يرد على جميع الحقوق المالية ، سواء أكانت عينية أم شخصية أم معنوية. ويُستثنى من ذلك حق الملكية في العقارات الملك ، فهو الحق العيني الوحيد الذي لا يسقط بعدم الاستعمال وإنما يفقده صاحبه ، عندما يكتسب الغير حقاً عينياً عليه بحيازته.

٣ ـ من حيث الأثر:

إن التقادم المكسب لا يقتصر فقط على تعزيز الحالة الواقعة ، ولكنه يحول الواقع إلى حق ، أما التقادم المسقط فهو يقتصر على تثبيت حالة واقعية.

أما نقاط الالتقاء بين التقادم المكسب والتقادم المسقط ، فهو ما ذكرته المادة (٩٢٢) مدني سوري بقولها: «تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، ووقف التقادم ، وانقطاعه ، والتمسك به أمام القضاء ، والتنازل عنه ، والاتفاق على تعديل المدة».

الأدلة التي استند عليها القانون لمشروعية التقادم المكسب:

التقادم المكسب يستند إلى اعتبارات عامة تتصل بالصالح العام للمجتمع كله.

أولاً: الصالح العام:

يقتضي الصالح العام إقرار الحالات الواقعية التي استقرت فترة من الزمان ، وتعامل الناس على أساسها ، واطمأنوا إليها ، بحيث يتحول الواقع إلى حق ، إذ لو لم يتقرر هذا لما وضع حد للمنازعات على الحقوق ، الأمر الذي يؤدي إلى الفوضى والاضطراب.

ثانياً: الإثبات:

التقادم يحل إشكالاً كبيراً في الإثبات وعلى الخصوص إثبات حق الملكية ، فيساعد بذلك على حماية الحق نفسه ، إذ من المعروف أن إثبات الملكية تكتنفه صعوبات جمة ، ولولا نظام التعامل ، لتعذر على المالك في كثير من الأحيان إثبات ملكيته ، لأن إثبات الملكية يقتضي إقامة الدليل على السند الذي آلت به إلى المالك ، ثم إن هذا السند لا يؤدي إلى كسب الملكية ، إلا إذا كان قد صدر من مالك حقيقي ، فيجب إثبات سند ملكية السلف ، وهكذا يجب إثبات سندات السلف وسلف السلف. . . وأمام هذه الصعوبات كان لا بد من اعتماد نظام التقادم. وحَسب المالك في ظله أن يثبت أن حيازته هو ، أو حيازته منضمة إلى حيازة أسلافه ، قد استمرت المدة المحددة في القانون للتملك بالتقادم. وعندئذ لا يكون للآخرين عليه من سبيل. فهو يستطيع أن يعتصم بنظام التقادم ، وأن يقول بملء فيه: إنني مالك ، وعلى فرض أنني لم أكن كذلك ، فقد غدوت مالكاً بالتقادم المكسب.

ثالثاً: الاعتبار الاقتصادي:

وهو أن مصلحة الاقتصاد القومي تقتضي إيثار الحائز الذي يحرص على استعمال الشيء واستغلاله بشروط معينة على المالك الذي يقعد عن هذا الاستغلال. ولقد جاء في الذكر الحكيم: ﴿أَنَّ ٱلْأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ ٱلصَّٰلِحُونَ﴾ [الأنبياء: ١٠٥].

على أننا لا نماري في أن التقادم قد يتذرع به شخص سيىء النية أو غاصب ، غير أن هذا لا يقع إلا نادراً ، ثم إن المالك في مثل هذه الأحوال لا ينجو من المسؤولية ، ألم يهمل حقه بعد أن أتاح له المشرع فرصة كافية للسعي إليه؟.

* * *

المبحث الثاني
ضمان المنافع والتعويض عنها

النفع في اللغة: الخير وأصله ما يُستعان به في الوصول إلى الخيرات وما يتوصل الإنسان به إلى مطلوبه.

والمنفعة لفظ عام يُطلق على كل ما ينتفع به[1]. وهي ما كان من قبيل الأعراض كسكنى الدار وركوب الحيوان وعمل الإنسان[2].

وقد اختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء في ضمان منافع الأشياء المباحة التي تستباح بعقد الإجارة، كالسكنى والاستخدام والركوب والزراعة ونحو ذلك. فذهب الحنفية إلى عدم ضمان منافع الأشياء وعدم التعويض عنها. بينما قرر الجمهور أن المنفعة تُضمن. والخلاف نفسه أيضاً في غصب منافع العقار، وفيما يلي تفصيل المذاهب الفقهية.

١ ـ مذهب الحنفية:

يرى الحنفية أن المنافع ليست أموالاً متقوِّمة، لذا فإن غَصْبَها لا يوجب تضمين غاصبها. يقول السرخسي ـ رحمه الله ـ: «الغصب يحصل بإثبات اليد وذلك لا يتحقق في المنافع لأنها لا تبقى وقتين، فلا يتصور ركونها في يد المالك، ثم انتقالها إلى يد الغاصب حتى تكون يده مفوتة ليد

(١) لسان العرب، ابن منظور: ٣٥٩/٨. المعجم الوسيط، ص ٩٧٩.
(٢) المطلع، محمد البعلي الحنبلي: ٤٠٢/١.

المالك ولهذا لا تضمن المنافع بالغصب عندنا»[1].

وأما متقدمو الحنفية، فتُعتَبر المنافع ـ في اجتهادهم ـ أموالاً متقومة أيضاً، بورود عقد الإجارة عليها، استثناءً، مراعاة للمصلحة العامة، وحاجة الناس إلى المنافع في حياتهم، بدليل ما لها من موقع تعاملهم عرفاً، والعرف مستنده المصلحة والحاجة، ونزع الناس عن أعرافهم إيقاع لهم في الحرج، والحرج مدفوع في الدين ﴿وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠]. ولكنه سبحانه لم يشأ، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] وذلك منطق الاجتهاد في مالية المنافع لدى متقدمي الحنفية[2]. وعلى هذا فالعقد ـ في نظر هؤلاء ـ هو الذي يكسب المنافع والمعنويات خصائص المال المتقوم شرعاً، لورود الشرع بذلك استثناء من القياس العام الذي أصلوه هم باجتهادهم في «مالية الأشياء شرعاً» وهو وجوب توافر عنصري «العينية» و«القيمة» بشرط التقوم.

ومعنى «العينية» أن يكون الشيء ذا كيان مادي، ووجود خارجي حسي يمكن معه إحرازه والسيطرة عليه وإبقاؤه.

أما التقوم ـ في اجتهادهم ـ فمعناه أن يكون مباح الانتفاع به شرعاً.

أما جمهور الفقهاء فالمنفعة عندهم مال، بل هي الغرض الأظهر من الأموال، إذ لا يحرص الناس على الأعيان ولا يقتنونها ويبذلون الأموال في الحصول عليها إلا لما تجره من منافع، فإذا أهدرنا مالية المنافع أدى ذلك إلى إهدار مالية الأعيان من باب أولى. ومما روي عن الإمام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قوله: الإجارة صنف من البيع والإجارة من المنافع[3].

---

(١) المبسوط، السرخسي: ١١/٧٨. انظر: تخريج الفروع على الأصول، الزنجاني: ١/٢٢٦. تحفة الفقهاء، السمرقندي: ٣/٩٠. أصول السرخسي: ١/٥٦. ضمان العدوان، محمد سراج، ص ١٧٢.

(٢) المجلة العدلية، ص ١١١. المبسوط: ١/٧٨. انظر: الفقه المقارن، الدريني، ص ٢٨١.

(٣) الأم، الشافعي: ٤/٢٥. روضة الطالبين، النووي: ٥/١٧٣. مواهب الجليل، =

أدلة المذاهب:

أ ـ مذهب الحنفية: لا تضمن المنافع عندهم للأدلة التالية:

١ ـ المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالإتلاف كالخمر والميتة. ذلك أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول: صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة. أما المنافع فعندما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول، ولهذا لا تتقوم في حق الوفاء والورثة، حتى إن المريض إذا أعان إنساناً بيديه أو أعاره شيئاً فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث ـ أي ثلث التركة ـ.

وعلى هذا يقول السرخسي: «الإتلاف لا يتصور في المنفعة أيضاً، لأن فعل الإتلاف لا يحل المعدوم، والمنفعة معدومة وغير محرزة»[(١)].

٢ ـ إن الضمان مقيد بالمثل، ولا تمكن المماثلة في تضمين المنافع، لأن المال المتقوم الذي يجرى عليه الضمان محسوس وله حقيقة ولذلك يُسمى العين، أما المنفعة فشيء معدوم يظهر شيئاً فشيئاً وكذلك المنافع لا تبقى وقتين، والعين تبقى أوقاتاً[(٢)].

ولا يخفى أن هذا الاستدلال لا يستند إلى قاعدة شرعية أو عرفية، والمماثلة قد تكون حقيقة برد المثل، أو حكمية كرد القيمة عند تعذر المثل[(٣)].

٣ ـ ومن الأدلة قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[(٤)]. ويفيد هذا الحديث بظاهره أن الضمان سبب مستقل لاستحقاق الخراج. وإذا كان الحديث قد

= الحطاب: ٥/ ٣٨٩. المبدع، ابن مفلح: ٥/ ٦٢. تخريج الفروع على الأصول، الزنجاني: ١/ ٢٣٠. قواعد الأحكام، العز بن عبد السلام، ص ١٥٥. ضمان العدوان، محمد سراج، ص ١٧٢.

(١) المبسوط، السرخسي: ١١/ ٧٩.

(٢) المرجع السابق: ١١/ ٨٠.

(٣) ضمان العدوان، محمد سراج، ص ١٧٥.

(٤) سبق تخريجه ص ٣٠.

ورد في واقعة معينة ، وهي واقعة الرد بالعيب ، فإن لفظه عام يشمل الغاصب وغيره ، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، كما هي القاعدة الأصولية ، ولذا لا يضمن المشتري منافع المبيع المعيب إذا رده البائع ، ولا الغاصب منافع المغصوب ، لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والعاقد هو الغاصب ، فإذاً هو الذي جعل منافع العبد بعقده مالاً ، فكان بدله له ، ولأن العين كانت في ضمانهما.

وحين كان في ضمان الغاصب فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان الأجر له ، ويُؤمر أن يتصدق بها لأنها حصلت له بكسب خبيث[1].

ويرد على هذا الاستدلال ما يلي:

١ ـ مخالفة عدد كبير من الأصوليين في إفادة العموم للألفاظ التي تحتمله إذا وردت في سبب خاص ، وعند هؤلاء اللفظ العام إذا ورد في سبب خاص حُمل عليه واختص به[2].

٢ ـ أن حمل الحديث على العموم قد أوقع في التناقض مع قواعد الشريعة. يظهر ذلك فيما أفتى به الحنفية من أن الغاصب لو أجر المغصوب استحق الغلة أو الأجرة لنفسه ، ولا يستحقها رب المال ، ومذهب أبي يوسف أنها تطيب للغاصب وتحل له شرعاً ، بناء على أن العين كانت في ضمانه. ومذهب أبي حنيفة ومحمد أنها لا تطيب للغاصب ولا تحل له ، حتى لا يكون التعدي سبباً للكسب. والتناقض في مذهب أبي حنيفة ومحمد أن المنافع إذا لم تطب للغاصب شرعاً وجب ردها إلى صاحبها. أما مذهب أبي يوسف فإنه يتناقض مع مسلك الشرع في نفي أن يكون التعدي سبباً للكسب المشروع. ومن جهة أخرى فإن عموم الحديث لا يسوغ مذهب الحنفية في جميع الأحوال ، فإن الغاصب إذا أجر الدار وقلنا إنه يستحق الأجرة لنفسه لزم من ذلك أنه استحق خراج ما لم يضمن ، لأن العقار غير

---

(١) المبسوط ، السرخسي: ١١/٧٧.

(٢) تخريج الفروع على الأصول ، الزنجاني: ١/٣٦٠.

مضمون على الغاصب في مذهب الحنفية حسبما تقدم[1].

استثناءات:

استثنى متأخرو الحنفية استحساناً ضمان منافع الغصب في ثلاث حالات:

الأولى: أن يكون المغصوب وقفاً للسكنى أو للاستغلال، كمسجد تعدى عليه رجل وجعله بيت قهوة.

والثانية: مال اليتيم، بأن استعمله أقرباؤه مدة في أعمال شتى فلليتيم طلب أجرة المثل.

الثالثة: أن يكون الشيء مُعَدّاً للاستغلال، بأن بناه «المغصوب منه» لذلك، أو اشتراه لذلك. فيلزم من يستولي عليه ضمان المنفعة أي أجر المثل إذا لم يكن الاستيلاء عليه بتأويل ملك أو عقد كدار الكراء (المعدة للإيجار) أو دابة الكراء.

وفي كل هذه الأحوال يجب أجر المثل على اختيار المتأخرين[2].

وتصلح هذه الاستثناءات أساساً للقول بعموم الحكم بضمان جميع المنافع، نظراً لكثرة الغصوبات وضعف الدين في النفوس، رعاية للمصلحة، وصوناً لأموال الضعفاء[3].

وهذه الاستثناءات تُضعف حجج الحنفية، كما أنها تقرب بين هذا المذهب وبين مذهب الجمهور في ضمان المنافع[4].

---

(١) ضمان العدوان، د. محمد سراج، ص ١٧٧. نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص ١٢٠، ١٢١.
(٢) رد المحتار، ابن عابدين: ٥/ ١٣١. مصادر الحق، السنهوري: ٦/ ١٧٢.
(٣) نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص ١٢٠، ١٢١.
(٤) ضمان العدوان، محمد سراج، ص ١٧٩.

مذهب المالكية:

يعرِّف الإمام الشاطبي المال بأنه: «ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك»[1].

وعرَّفه القرافي بأنه: «حكم شرعي مقدَّر وجوده في العين أو المنفعة»[2]. وهو قريب من تعريف الشاطبي من قِبَل أن الملك مجرد اعتبار شرعي يقره الشارع، ومعلوم أن إقرار الشارع إنما يكون بحكم.

وعليه فإن الاعتبار الشرعي الذي يقوم عليه مفهوم المال ـ في اجتهاد المالكية ـ هو مناط الصفة للأشياء، مادية كانت أم معنوية، وبذلك يشمل الأعيان والمنافع وسائر الأمور المعنوية كالحقوق[3].

والمالكية يفرِّقون في ضمان المنفعة بين الغصب والتعدي. والغصب هو القصد إلى الاستيلاء على العين، أما التعدي فهو التصرف في الشيء تصرفاً يؤدي إلى إتلافه كحرقه، أو إتلاف بعضه، أو إتلاف منفعته سواء باستيفائها أو بتعطيلها. وإنما يختلف التعدي عن الغصب في اشتراط السببية بين فعل المتعدي والضرر، فلا يكون مسؤولاً لهذا عما يحدث بآفة سماوية فيما نص عليه الخرشي. أما الغاصب فإنه مسؤول مسؤولية مطلقة عما يلحق بالمغصوب من ضرر، سواء نشأ ذلك بفعله أو بآفة سماوية.

وفي حال الغصب يضمن الغاصب العين ونقصانها ولا يضمن المنفعة إلا بالتفويت (الاستعمال) دون الفوات، جاء في حاشية الدسوقي: «إذا غصب أرضاً وبوَّرها، فإن قصد غصب الذات فلا كراء عليه وإن قصد غصب المنفعة لزم كراء مثلها، وكذا لو تصرف غاصب الذات بهبتها

---

(١) الموافقات، الشاطبي: ٢/ ١٧.
(٢) الفروق، القرافي: ٢/ ٢٠٨.
(٣) الفقه المقارن، د. الدريني، ص ٢٨٩.

واختار المالك تضمين الغاصب فليس له إلا قيمة الذات لأن الغاصب لم يستوف المنفعة»[1].

أما في حالة التعدي على المنفعة فإنه يضمن مطلقاً ، سواء فوَّتها وانتفع بها أو فاتت منه وعطلها ، ولا يضمن العين إلا إذا تعدى عليها[2].

مذهب الشافعية:

عرَّف الشافعية المال بأنه: «ما كان منتفعاً به.. وهو إما أعيان أو منافع.. إلخ»[3]. والشافعية يفرقون بين المنافع المتقومة التي أباح الشارع الانتفاع بها وبين المنافع غير المتقومة التي لم يجز الشارع الانتفاع بها ، فالمنفعة المتقومة هي التي تُضمن فقط ، يقول العز بن عبد السلام ـ رحمه الله ـ: «وأما المنافع فضربان: أحدهما منفعة محرمة كمنافع الملاهي... فلا جبر لهذه المنافع احتقاراً لها ، كما لا تُجبر الأعيان النجسة لحقارتها فإن استوفى شيئاً منها بغير مطاوعة من ذي المنفعة فلا يُجبر شيء منها إلا مهر المزني بها كرهاً أو شبهة. ولا يجب مثل ذلك في اللواط ، لأنه لم يتقوم قط فأشبه القبل والعناق. الضرب الثاني: أن تكون المنفعة مباحة متقومة فتُجبَر في العقود الفاسدة والصحيحة والفوات تحت الأيدي المبطلة والتفويت بالانتفاع ، لأن الشارع قد قومها ونزَّلها منزلة الأموال ، فلا فرق بين جبرها بالعقود وجبرها بالتفويت والإتلاف ، لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال ، فمن غصب قرية أو داراً قيمتها في كل سنة ألف درهم وبقيت في يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها. ولو لم تلزمه قيمتها لكان ذلك بعيداً عن العدل والإنصاف الذي لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه»[4].

والناس يعتادون تمول المنفعة بالاتجار فيها ، فإن أعظم الناس تجارة

---

(١) حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٤٩.
(٢) المرجع السابق: ٣/ ٤٥٢.
(٣) قواعد الزركشي: ص ٣٤٣.
(٤) قواعد الأحكام ، العز بن عبد السلام ، ص ١٥٤ ، ١٥٥.

هم الباعة ، والمنفعة رأس مالهم ، وأثمان الأشياء تقدر بمنافعها ، ولأن الشرع اعتبر المنفعة مالاً ، إذ أجاز جعلها مهراً في عقد الزواج ، وذلك بعموم ما دلت عليه الآية القرآنية: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤][1].

ويؤكد السيوطي عنصر «العرف» في اعتبار المالية ، إذ يقول: «لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يُباع بها وتلزم متلفه وإن قَلَّت ، وما لا يطرحه الناس. . . .»[2].

ومفاد هذا أن «العرف» هو أساس ثبوت مالية الأشياء شرعاً ، لقوله: «لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة» أي بين الناس عرفاً بحيث أضحى محلاً للمعاوضة «يباع بها».

وأما قوله «تلزم متلفه» فهذا أثر لاعتباره ذا قيمة في العرف ، وهو التعويض عن الإتلاف ويلزم عقلاً من كون الشيء ذا قيمة ، أن يكون له منفعة ، إذ لا قيمة لما لا نفع فيه ، فلا يكون مالاً ، ولهذا يطرحه الناس[3].

مذهب الحنابلة:

مذهب الحنابلة قريب من مذهب الشافعية ، فهم يوجبون ضمان المنافع المتقومة التي يتمولها الناس في العادة وتكون المنفعة مباحة.

جاء في كشاف القناع: «إن المال ما فيه منفعة مباحة ، لغير حاجة أو ضرورة ، كعقار ، وجمل ، ودود قز وديدان الصيد ، وطير لقصد صوته ، كبلبل وببغاء. . . أما ما لا نفع فيه ، كالحشرات ، وما فيه نفع محرم ،

---

(١) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٢٣.
(٢) الأشباه والنظائر ، السيوطي ، ص ١٩٧.
(٣) الفقه المقارن ، د. فتحي الدريني ، ص ٢٨٢.

كالخمر ، وما لا يباح إلا لضرورة ، كالميتة وما لا يباح اقتناؤه إلا لحاجة ، فليس مالاً»[1].

ولا يفرق الحنابلة في وجوب منافع الأموال بين تفويت هذه المنافع وبين تلفها: «لأن ما ضُمِنَ بالإتلاف جاز أن يضمنه بمجرد التلف في يده كالأعيان. وحديث: «الخراج بالضمان» وارد في البيع فلا يرد عليه الغاصب والقابض بعقد فاسد أو سوم»[2].

وهناك أدلة أخرى للجمهور منها:

ـ أجاز الشارع أن تكون المنافع مهراً في النكاح في قصة موسى وشعيب ـ عليهما السلام ـ مع اشتراط كون المهر فيه مالاً بالنص بقوله تعالى ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾[3] [النساء: ٢٤].

ولأن المنفعة ـ كما قال العز بن عبد السلام ـ مباحة متقومة ، فتُجبر في العقود الفاسدة والصحيحة ، وبالفوات تحت الأيدي المبطلة ، والتفويت بالانتفاع ، لأن الشرع قد قومها ، ونزَّلها منزلة الأموال ، فلا فرق بين جبرها بالعقود وبين جبرها بالتفويت والإتلاف[4].

والخلاصة: إن جمهور الفقهاء يعتبرون المنافع أموالاً يرد عليها الضمان ، أما الحنفية فقد خالف متأخروهم متقدميهم في عنصر «العينية». فقد عرَّف بعض متأخريهم المال بأنه: «القيمة ، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوِّم من الدراهم والدنانير».

فمناط المالية إذاً هو «القيمة» التي تقدر بالدراهم والدنانير عند متأخري الحنفية.

---

(١) كشاف القناع ، البهوتي: ٣/ ١٥٢.
(٢) المرجع السابق: ٤/ ١١١.
(٣) مغني المحتاج ، الشربيني: ٣/ ٢٨٢. المغني ، ابن قدامة: ٦/ ٤٨٢.
(٤) قواعد الأحكام ، العز بن عبد السلام ، ص ٢٦٤. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٨/ ٢٣١.

وعلى هذا يقول الدكتور فتحي الدريني: «كل ما له قيمة بين الناس عرفاً، فهو مال شرعاً وهو عين ما اتجه إليه فقه الحنابلة، والشافعية، والمالكية، إذا كان الشيء يباح الانتفاع به شرعاً، لأن «القيمة المالية» تستلزم المنفعة، ولا يتعارف الناس على تقييم ما ليس له منفعة بداهة، ولا يجري فيه التعامل»[1].

الترجيح:

مما سبق يتبين أن مذهب الجمهور في ضمان المنافع أرجح، لقوة أدلتهم وضعف أدلة الحنفية، مما أوقعهم في التناقض، وجعل المتأخرين يخالفون المتقدمين، ثم إن الاستثناءات التي ذكرها المتأخرون ليس لها دليل، وبالتالي فإن منافع الأشياء تضمن، لأن أكثر ربح الناس هي من المنافع، وأثمان الأشياء إنما تقدر بمنافعها.

موقف القانون:

إن قيمة المنفعة المستولى عليها بالتعدي تكون مضمونة بأجر المثل في رأي الجمهور، لضياع المنفعة على صاحبها، وهذا ما أخذ به القانون المدني الذي يقضي بضمان أجر العقارات المغصوبة[2].

تطبيقات حديثة لضمان المنافع:

يمكن أن ينطبق حكم ضمان المنافع على عمل المصارف الإسلامية في المسألة التالية:

إذا أخطأ موظف المصرف الإسلامي في رصد وديعة استثمارية لحساب المودع وأضافها لحساب غيره، فإنه يضمن ما فات على المودع من ربح بهذا الخطأ، وهو قياس مذهب المالكية. ولا يضمن هذا الموظف إذا أخطأ في وديعة جارية، لأن صاحب هذه الوديعة لم يقصد الاتجار بها أو المضاربة، ولم يتضرر بهذا الخطأ فلا يجب الضمان. لكن إذا أدى هذا

---

(١) الفقه الإسلامي المقارن، د. فتحي الدريني، ص ٣٢٨.

(٢) نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص ١٢٣.

الخطأ إلى ضياع الوديعة فإن الموظف يضمن ما يقابلها. ويتقيد الضمان في كل الأحوال بالضرر الواقع بالفعل[1].

ومن التطبيقات الحديثة أيضاً ما يلي:

أ ـ التأخير في الوفاء بالدين والالتزام موجب لضمان ما ينشأ عن هذا التأخير من ضرر، إلا إذ كان هذا التأخير ناشئاً من ظرف قاهر، فيجوز للقاضي عندئذٍ توزيع الضرر على أطراف التعاقد.

ب ـ حقوق الابتكار وبراءات الاختراع والملكية الأدبية أو الفنية مصونة لا يجوز الاعتداء عليها، لأنها من المنافع المعتبرة أموالاً عند جمهور الفقهاء، ولا يجوز لذلك التعدي على حقوق التأليف والنشر والشعارات التجارية والتصميمات دون إذن من أصحابها ومالكيها، ويضمن المتعدي الضرر الناشئ عن فعله، لأنه قد أصبح لهذه الأشياء قيمة مالية في أعراف الناس وتعاملاتهم، (وأصبح حق المؤلف على إنتاجه منصباً على مال فعلاً، ويمكن ضبط المنفعة بعدد النسخ المطبوعة).

ولا يتجه القول بعدم ضمان هذه الحقوق باعتبارها من منافع الإنسان العقلية لا البدنية، لأنه لا فرق بين هذين النوعين من المنافع. ويجب أن يقدر الضمان في التعدي على هذه الحقوق بالضرر الفعلي الذي أصاب صاحبها[2].

* * *

(١) ضمان العدوان، محمد سراج، ص ١٩١.

(٢) المرجع السابق.