

القسم الأول

دراسة لأهم مسائل الضمان
فيما يتلف من الأموال مع
الموازنة بين آراء الفقهاء

obeikandi.com

نظرية الضمان في الفقه الإسلامي

مخالفة الإنسان لما تجب عليه طاعته تستوجب مسؤوليته:

وهي تبعة مخالفته لما يجب عليه فيه الطاعة، وهي مسئولية أدبية؛ إذا كانت مخالفة لواجب خلقى لم يعرض له القانون، ولم يأمر به؛ إذ لا يعرض القانون لما يأمر به الخلق وحسن السلوك إذا كان مما لا يترتب عليه مساس بحق من حقوق الناس، فإن أمر به القانون ورتب على مخالفته عقوبة؛ بسبب ذلك كانت المسئولية المترتبة على مخالفته جنائية، وإن لم يترتب على مخالفته عقوبة، ولكن رتب عليها حكما من الأحكام كانت مسئولية مدنية، وهي عقدية إن كان سببها مخالفة لعقد؛ أي التزام أساسه العقد، وتقصيرية إن كان سببها مجرد التزام ليس نتيجة لعقد.

ذلك اصطلاح جرى عليه رجال القانون. أما رجال الفقه الإسلامي فقد كان لهم في هذا البيان أسلوب آخر يختلف عن هذا الأسلوب في التعبير ولا يختلف عنه في الجوهر والمعنى. فهم في بيانهم يعبرون عن الإخلال بهذه الأوامر باسم المخالفة، أو بما يؤدي هذا المعنى متبوعا بما يدل على موضوعها من أنها مخالفة أخلاقية، أو مخالفة قانونية ونحو ذلك. ويرتبون عليها في بعض أحوالها تبعة هي الضمان المالي، أو العقوبة المحضة التي ليست بمال؛ وذلك حيث لا تكون مخالفة لواجب أخلاقي محض.

ومن بيانهم لمعنى الضمان يتضح أنهم يريدون به على العموم شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه، وقد يطلقونه على ما يجب أدائه من مال تعويضا عن مال فُقد.

وفيما يلي بيان لما يدل عليه اسم الضمان لغة وشرعا في لسان الفقهاء.

التعريف بالضمان:

تقول العرب: ضمنت المال وضمنت بالمال ضمانا فأنا ضامن وضمنته التزمته. ويتعدى إلى مفعول ثانٍ بالتضعيف فيقال ضمنتُ المال؛ أزمته به (المصباح).

ويقال أيضا ضمن الشيء، أي جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه.

والضامن الكفيل والملتزم والغارم، والجمع ضُمَّان وضُمَّنة - والضمان: الكفالة والالتزام (المعجم الوسيط). وجاء في حديث صحيح رواه أحمد، وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان: «الخراج بالضمان». وهو من حديث عائشة رضي الله

عنها. وقد جاء في بعض طرقه أن رجلا ابتاع عبدا من آخر فأقام عنده ما شاء الله تعالى أن يقيم، ثم وجد به عيبا فخاصم البائع إلى النبي ﷺ فرده فقال الرجل: يا رسول الله: قد استعمل غلامي، فقال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان». قال أبو عبيدة: المعنى أن خراج الغلام قد استحققه المشتري بضمانه؛ لأنه كان في ضمانه، ولو هلك منك من ماله و«خراج الشيء منافعه وكل ما خرج منه من در ونسل ونحوه».

وإذن فالضمان في الحديث معناه التزامه به عند هلاكه واعتباره كجزء من ماله، هلاكه عليه، فإن ظهر مستحقا لزمته قيمته، وهو بهذا المعنى استعمال لغوى قريب من استعمال الفقهاء (١).

التعريف بالضمان في لسان الفقهاء:

يستعمل أكثر الفقهاء كلمتي «الضمان والكفالة» على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمان النفس، وذلك عند التزامهما بعقد الكفالة أو الضمان كما سيأتي بيان ذلك. كما يستعملون اسم الضمان فيما هو أعم من ذلك، وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد كاعتداء.. وسيأتي بيان ذلك. واسم الضمان عند الشيعة الإمامية خاص بضمان المال، أما الكفالة فهي ضمان النفس عندهم.

* * *

والضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداءه شرعا عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوبا أداءه في الحال كالدين الحال، أم في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين، إذ هو مطلوب أداءه إذا ما تحقق شرط أدائه، وكالمبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد فإن ضمانه على مشتريه مادام في يده، يضمه بقيمته إذا هلك لبائعه.

وللضمان مثلٌ عديدة: منها ضمان الكفيل ما يكفله من مال، فإن ذمته تشغل به على وجه يستتبع وجوب أدائه إلى صاحبه على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أو تشغل ذمته بأدائه على وجه يستتبع مطالبته وإلزامه بذلك الأداء دون أن تشغل بالمال على ما ذهب إليه المحققون من الحنفية.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ج ١ ص ١٨٢.

ومنها ضمان الكفيل إحصار من التزم بإحضاره من الخصوم إلى مجلس القضاء، وهذه كفالة النفس أو الوجه.

ومنها ضمان شخص تسليم عين من الأعيان في يد آخر كالعين في يد المستعير أو الغاصب.

ومنها ضمان الغاصب ما غصبه فتشغل فتمته برده إلى صاحبه مادام قائما ويدفع قيمته أو مثله إذا هلك تبعاً لأنه قيمى أو مثلى.

ومنها ضمان المستعير لما استعاره عند من يرى ذلك وهم الشافعية والحنابلة؛ إذ تشغل ذمته بأداء قيمته إلى مالكة إذا هلك في يده ولو بأفة سماوية.

ومنها ضمان المعتدى على مال غيره إذا أتلفه أو عيبه؛ إذ تشغل ذمته إما بقيمته، وإما بقيمة ناقصه.

ومنها ضمان الدية في شبه العمد من القتل.

والأمثلة كثيرة، ومنها ما هو محل اتفاق بين الفقهاء، ومنها ما هو محل اختلافهم، والضمان فيها كما رأيت قد يتعلق بالمال كما في ضمان الديون، وضمان قيم الأعيان المثلثة، وضمان الديات والأروش، وقد يتعلق بالأفءال كما في ضمان تسليم الأعيان وإحضار الخصم وأداء الدين. وقد يكون من نتيجته طلب الوفاء في الحال كالدين الحال، أو طلب الوفاء في وقت معين مستقبل كالدين المؤجل، أو في وقت غير معين مستقبل كالعارية في يد المستعير، إذ لا يطلب منه أداء قيمتها إلا عند هلاكها، وكالعين المضمونة تحت اليد الضامنة؛ لأن ذمة صاحب اليد تشغل بقيمتها وعليه أداؤها عند هلاكها.

وقد عرض بعض الفقهاء للتعريف بالضمان فعرّفه بعضهم بأنه واجب رد الشيء أو بدله عند تلفه، وآخرون بما لا يكاد يختلف عن هذا التعريف، وهو تعريف قريب مما ذكرناه.

وفي الكتاب العزيز ما يدل على الضمان: قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا...﴾ [النساء]. فقد أوجب أداء الأمانة على من احتازها وقبضها ووجوب الأداء عليه يستلزم شغل ذمته به؛ لأنه أثر لتوجه الخطاب والطلب إليه، كما هو مبين. وذلك ما يتحقق به معنى الضمان وأنه شغل الذمة مما يجب الوفاء

به . وقال في سورة يوسف: ﴿... وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾ أى ضامن .

وكذا ورد في السنة ما يدل على الضمان؛ فعن جابر بن عبد الله أن النبي صلوات الله وسلامه عليه كان لا يصلى على رجل مات وعلاه دين . فأتى بميت فسأل: «أعليه دين؟» قالوا: نعم ديناران، فقال ﷺ: «صلوا على صاحبكم» . فقال أبو قتادة: هما على يا رسول الله فصلى عليه - (رواه أحمد وأبو داود والنسائي) - فقد أقر رسول الله ﷺ ضمان أبي قتادة، وصلى على الميت من أجل ذلك .

وكذلك روى أنه صلى الله عليه وسلم طلب من صفوان بن أمية سلاحا وأدرع يوم حنين فقال له صفوان: أغضب يا محمدا؟ قال: «لا بل عارية مضمونة» أى واجبة الرد إليك .

وقد ذكرنا آنفا حديث الخراج بالضمان .

ولما كان الضمان شغل الذمة بما قد يطلب الوفاء به إن تحقق شرط طلبه وقد لا يتحقق شرطه فلا يطلب كان أعم من الدين؛ ذلك لأن الضمان لا يستتبع مطالبة الضامن بما يشغل ذمته في جميع الأحوال، وإنما يستتبعه في بعض الأحوال دون بعض، وذلك عندما يتحقق شرط وجوب الأداء . فالمرتهن يعد ضامنا للعين المرهونة عند الحنفية ولا يطالب بشيء ما دام الرهن في يده . . .

والمستعير ضامن للعين المستعارة عند الشافعية والحنابلة ولا يطالب بشيء ما دامت العين في يده لم تنته إعارتها، فإذا هلكت طولب بقيمتها .

وكذلك الحال في ضمان الدرك، لا يطالب الضامن فيه بشيء إلى أن يظهر أن المبيع مستحق فيطالب بأداء الثمن .

أما الدين فيستتبع المطالبة بوفائه، ولا تنفك عنه المطالبة إلا عند تأجيله نتيجة لتنازل الدائن عنها مدة من الزمن، ومن هنا كان الضامن أهم من المدين، فكل مدين ضامن وليس كل ضامن مدينا .

وقد ذكرنا أن الفقهاء كثيرا ما يستعملون اسم الضمان في الدلالة على المال المطلوب أداؤه تعويضا مثل قيمة العين المملوكة، فإنها تلزم من أتلفها للمالكها .

دليل شرعية الضمان:

شرح الضمان وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها؛ محافظة على حقوقهم وبعدها عن ضررهم ودرءا للعدوان عليهم وجبرا لما انتقص من أموالهم .

فقد قال رسول الله ﷺ فيما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما: «لا ضرر ولا ضرار»، والضرر: الضر، والفرق بينه وبين الضرر أن الضر فعل الشخص الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعداً وقيل: الضرار هو أن تضر من غير أن تتفع والضر أن تضر وتتفع أنت به. وقيل: الضرار: الجزاء على الضر؛ فالضر يكون ابتداء والضرار جزاء له^(١).

وروى عن أنس رضي الله عنه قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فأنلفت ما فيها فقال رسول الله ﷺ: «طعام بطعام وإناء بإناء»^(٢). وروى السائب بن يزيد عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا، وإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليردها عليه»^(٣). وروى النعمان بن بشير عن النبي ﷺ أنه قال: «من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت يده أو برجل فهو ضامن» - وهذه الأحاديث ومثلها غيرها مما اكتفينا بما ذكرنا عنه دالة على أن الضمان مشروع عند أخذ المال بدون حق، أو عند إتلافه، وفي ذلك صيانة لأموال المسلمين وحقوقهم.

أسباب الضمان؛

للضمان، أو التضمن أسباب عديدة أشار إليها الفقهاء في مواضع متعددة من أبواب الفقه، قصداً إلى بيانها، أو عرضاً في مسائل تتصل بالضمان وتؤسس عليه أحكامها. ولم يظفر هذا الموضوع في الفقه ببحث خاص مستقل يتناول جميع عناصره وأسبابه وشروطه وأنواعه وموضوعاته وأحكامه. وإنما جاء ذكره عرضاً كأصل بنيت عليه حلول كثير من المسائل عند بحثها وتعرف الحكم فيها، وحين عرض الفقهاء لبيان أسبابه على ما أشرنا إليه اختلفت مناحيهم وعباراتهم في بيانها، فذكروا منها إلزام الشارع كما ذكروا العقد، وكثيراً ما يذكرون الاعتداء والإتلاف والغصب. كما يعد بعضهم منها التفويت والتعيب والتغيير، ويعد بعضهم اليد والشرط والحيلولة بين المال وصاحبه والغرور. وبعضهم يذكر التسبب، وهكذا مما نراه في كتب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وغيرها.

وهذه الأسباب ما عدا السببين الأولين متداخلة بعضها في بعض كما يرى، فإن كلا من الإتلاف والتفويت والتعيب والتغيير والغصب ووضع اليد دون إذن من المالك

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٩، ٢٢١.

(٢) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٣.

(٣) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٦٨.

والحيلولة بعد اعتداء إذا حدث من مكلف مع القصد إليه في مال مملوك لغيره بدون حق، على حين لا يوصف شيء من ذلك بأنه اعتداء إذا حدث ممن لا تميز عنده، أو حدث من نائم؛ لأن الاعتداء لا يكون إلا عن مخالفة لما تجب الطاعة فيه من الأوامر ولا وجوب عند عدم التكليف، وكل ذلك يستوجب التضمنين في الحالتين كما سيأتي.

وكذلك الغصب يتناوله وضع اليد من غير الملك كما يتناول كذلك الحيلولة في أكثر صورها ووضع يد غير المالك في غير حال الغصب، كما في وضع يد الملتقط على اللقطة إذا كان بنية إخفائها وتملكها، فإنه موجب للتضمنين في الحالتين ولا يوجب تضمينا إذا كان بنية ردها إلى مالكها.

وكذلك التعيب والتغيير متداخلان كما يبدو؛ فقد يكون التعيب بسبب التغيير وقد لا يكون التغيير تعيبا إذا كان لحالة هي أحسن وهكذا.

ومن أجل ذلك كان من المستحسن بالنسبة إلى ما عدا السببين الأولين أن نتحاشى التكرار أثناء البيان، وذلك بذكر هذه الأسباب تحت عنوان جامع ترتب عليه أحكام ما تناوله من أفعال تستوجب التضمنين بالنظر إلى اندراجها تحت هذا العنوان، ثم يتلو ذلك ما ينفرد به كل فصل من حكم بالنظر إلى ما له من أحوال وصور أخرى ينفرد بها بعيدا عن هذا العنوان، ولعل التعبير بالفعل الضار يعنى عن ذكر كثير من هذه الأسباب.

ولذا فإننا نبدأ بذكر السببين الأولين، ثم نتبعهما بذكر الفعل الضار، ثم نتبعه بما نرى أنه في حاجة إلى البيان^(١).

السبب الأول إلزام الشارع

يظهر إلزام الشارع في كثير من حالات الضمان: مثل ضمان الديات والأروش، وضمان قيمة صيد الحرم عند الاعتداء عليه، أو الصيد مطلقا عند الاعتداء عليه من محرم، وضمان ما يجب من كفارات الأيمان والظهار والإفطار عمدا في رمضان، وضمان ما أوجبه الشارع في الأموال من زكاة، وضمان ما يجب من النفقات بوجه عام، فإن الذمة في جميع هذه الأحوال تشغل بما يجب أداءه شرعا من مال لإلزام الشارع به إما عقوبة زاجرة عن عمل حرمه، أو معونة فرضها، لتكون ركيزة من ركائز التعاون الذي يتطلبه بقاء المجتمع، وبخاصة في أعضاء الأسرة الواحدة أو بين ذوى القربى.

(١) الأشياء والتظائر للسيوطي الشافعي ص ٤٢٨. قواعد الأحكام للزبيد بن عبد السلام الشافعي ج / ٢ ص ١٥٤. الفروق للقرافي المالكي ج ٢ ص ٢٠٦ وج ٤ ص ٢٧.

الغاية فيما ألزم به الشارع من مال:

ففيما ألزم به من المال عند الاعتداء على النفس، أو على طرف من أطرافها في بعض الأحوال وهو ما يعرف في الفقه باسم الديات، أو الأروش معنى العقوبة الزاجرة عن هذا الفعل المحظور؛ ولذا كانت مسئولية المعتدى في هذه الحال من قبيل ما يسمى في الفقه الوضعي بالمسئولية الجنائية؛ لأن الضرر فيها بوقوعه على الفرد قد مس المجتمع في أمنه مساسا أصابه به الضرر، وكان له بسبب ذلك مساءلة المعتدى بواسطة من يمثله من أولى الأمر والولاية فيه، وكان الجزاء المترتب عليه من قبيل العقوبة، وإن كان جزاء ماليا يشبه أن يكون له صفة التعويض يعطى للمعتدى عليه عوضا عما أصابه من ضرر. ويقوى هذا الشبه، ويظهر جليا فيما يلزم به المعتدى في حالات الاعتداء التي لم يقدر فيها الشارع جزاء ماليا وترك تقديره لذوى الخبرة والنظر. وذلك ما يسمى في الفقه الإسلامي بحكومة العدل، إذ لا يخلو ذلك التقدير فيها من مراعاة المعادلة بين الضرر والجزاء بواسطة ذوى الخبرة.

غير أن الفقهاء قد وضعوا لذلك أسسا باعدوا بها بين هذا التقدير وبين المعادلة التي يقوم عليها تقدير التعويض، ويدل عليها قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا...﴾ (٤٠) [الشورى] وقربوه من أن يكون عقوبة. فذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أنه ينظر في تقدير الجزاء إلى أقل شجة لها أرش مقدر من الشارع وهي الموضحة^(١)، فيوازن بينها وبين الجرح الحادث حتى إذا تبين أن مقدار الجرح يعادل ثلثها أو ربعها مثلا كان الواجب ثلث أرشها أو ربعه، وهو عبارة عن نصف عشر الدية^(٢)، وإلى هذا ذهب الكرخي وصححه شيخ الإسلام^(٣).

وذهب الطحاوي إلى أن المشجوج يفرض عبدا فيقوم بلا شج ثم يقوم بهذا الشج، وعلى أساس التفاوت بين القيمتين ونسبة إحداها إلى الأخرى تنقص الدية، فإن كانت القيمة حين الشج ثلاثة أرباع القيمة سليما كان الواجب ثلاثة أرباع دية الحر كاملة، وقد أفتى بهذا الرأي كما في «الوقاية والنقاية والملتقى والدر والحانية» وغيرها.

(١) وهي الشجة التي تظهر العظم.

(٢) الدية مائة من الإبل أو ألف دينار من الذهب أو عشرة آلاف درهم من الفضة.

(٣) هو محمد بن الحسين بن محمد أبو بكر المعروف بيكر خواهر زادة كان شيخ الأحناف فيما وراء النهر.

توفي سنة ٤٨٣ هـ.

وقد لوحظ على الرأي الأول أنه إنما يستقيم لو كانت الجناية في وجه أو رأس حيث تكون الموضحة، أما إذا كانت في غيرها فلا تستقيم الموازنة؛ ولذا كان الرأي الثاني أيسر وأوضح.

وذهب آخرون إلى أن حكومة العدل تقدر بما يتطلبه علاج الجرح أو الشجة من النفقة وأجرة الطبيب وثمان الأدوية وما إلى ذلك إلى أن يبرأ.

وذهب الأئمة الثلاثة إلى الأخذ بالرأي الثاني، وفيه قال ابن المنذر أنه قول كل من يحفظ عنه من أهل العلم.

والبادي أن هذه آراء اجتهادية أساسها القياس على ما ورد من الأروش في الشجاج، وعدم مراعاة التفاوت بين أفرادها بالنسبة إلى النوع الواحد منها إذ لا تخلو من تفاوت فيما بينها، وذلك ما يجعل هذا النوع من الجزاء أشبه بالعقوبة منه بالتعويض، وبخاصة إذا لوحظ أنه في مقابلة ما لا يقوم بالمال، والتعويض المحض يكون في مقابلة المال بالمال، ولذا كان هذا النوع من الجزاء ذا شبهين: شبه بالعقوبة وشبه بالتعويض، وهو إلى العقوبة أقرب^(١).

ولثل هذه المعاني سلم ما أشرنا إليه ابتداءً، وهو أن ما كان التقدير فيه من الشارع يعد من قبيل العقوبة؛ لأنه لا يختلف ولا يتغير باختلاف من أصابه الضرر ولا باختلاف أثره؛ لأنه مؤسس على ما لكل إنسان من حق الحياة الماثلة في جسمه وأجزائه وهو حق يستوى فيه الناس جميعاً، وهذا ما جعله بالعقوبة الصق وأقرب. وبناء على ذلك لم يدخل هذا النوع في موضوع دراستنا. وكذلك الوضع فيما ألزم به الشارع الصائد المحرم من مال عند اعتدائه على الصيد، وفيما ألزم به المعتدى على صيد المحرم، وفيما ألزم به من كفارات في الأيمان وفي الإفطار عمداً في رمضان، وفي الظهر، فإن هذا الإلزام يعد من قبيل العقوبة والزجر عن هذا الفعل المحظور، وليس له في هذه الأحوال شبه بالتعويض عن الضرر؛ إذ ليس هناك ضرر قد مس فرداً في حق من حقوقه، ولم يكن إلا ارتكاب إثم أراد الشارع الزجر عنه بذلك الإلزام؛ ولذا كانت المسؤولية فيه من قبيل المسؤولية الجنائية، وكان الجزاء عقوبة محضة.

ويلاحظ أن الإلزام في الاعتداء على الصيد ليس مسبياً عن الاعتداء، فإنه واجب أيضاً على النائم إذا انقلب على صيد الحرم فقتله فإن الجزاء يلزمه، في حين أن النائم

(١) الدر المختار وابن عابدين ج ٥ ص ٤١٢.

غير مكلف حال نومه فلا يكون فعله عندئذ اعتداء. وهو إلى ذلك في هذه الأحوال لا يعد تعويضا عن مال مملوك أتلف، كما يعده عن هذا المعنى عند الاعتداء على الصيد أنه عندما يشترك في هذا الاعتداء أكثر من واحد فإنه يجب على كل واحد جزاء كامل ولو كان تعويضا أو شبيها به؛ لاشتراك المشتركين في جزاء واحد، وقد جاء في الهداية أن هذه غرامة تشبه غرامات الأموال من ناحية أنها مترتبة على اعتداء على مال لا من ناحية أنها تعويض، وجاء في البحر أنها كفارة عن جريمة تمثل في الجنابة على الإحرام بارتكاب محظور من محظوراته العامة والناس فيه سواء^(١).

أما ما أُلزم به الشارع من النفقات على العموم، أو من زكاة الأموال فشغلت به الذم فإنه كذلك لا يحمل معنى التعويض عن ضرر وقع ولا معنى الزجر والعقوبة. وإنما يعد من قبيل ما يتطلبه نظام المجتمع من واجبات يقوم بأدائها أفرادها ليصلح عيشتهم؛ ولذا كانت المسؤولية في هذه الأحوال عند الامتناع عن الأداء تختلف عن المسؤوليات السابقة من ناحية أن المخالفة فيها اعتداء مجرد ومخالفة لأمر ديني، وأن الضرر المترتب ليس بالضرر الخاص وإنما هو خروج على نظام يتطلبه أمن المجتمع وسلامته، وإذا أريد له جزاء لم يكن إلا العقوبة الرادعة بالتعزير الزاجر، ولهذا لم تكن حالات هذا الضمان والمخالفة فيه مما يتناوله موضوع دراستنا؛ لأنها في الضمان المالي الذي يعد تعويضا عن ضرر مالي.

ويلاحظ أن الضمان المترتب على أسباب الضمان الأخرى لا يعدو أن يكون ضمانا أمر به الشارع وأُلزم به؛ لأن الضمان حكم ولا حكم إلا للشارع، فكل التزام تشغل به الذمة مرده إلى إلزام الشارع، غير إن إلزام الشارع قد يكون مباشرا ومنصبا على الملتزم به ابتداء، وقد يكون مرتبا على سبب وعندئذ يضاف إلى هذا السبب المباشر وإن كان مرده في النهاية إلى إلزام الشارع، وذلك كما في سائر أحوال الضمان فإن الإلزام فيها أوجبه الشارع عند وجود سببه.

ويلاحظ أن تضمين الضامن في حالة الضمان المترتب على العقد أو على الاعتداء على الحق، قد يكون في بعض صورته - كما في رفع يد المالك عن ملكه، أو وضع يد ليست محقة عليه - أثرا لضرر لم يكن سببه فعلا حدث من شخص على وجه المباشرة أو على وجه التسبب وإنما يكون نتيجة لأمر سماوى لا يد للضامن فيه، وذلك كما في

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٢١١، الهداية ج ٢ ص ٢٥٨، البحر ج ٣ ص ٣١.

هلاك العارية في يد المستعير عند من يرى تضمينه عند الهلاك، وكما في هلاك العين المستأجرة عند مخالفة المستأجر لما يدل عليه العقد وصيرورة يده يد ضمان، وكما في هلاك الأمانة عند تقصير الوديع في حفظها، ففي هذه الأحوال وأمثالها يضمن ذو اليد ولو لم يكن منه إتلاف بطريق مباشر أو بتسبب، وهذا ما سنفصل فيه القول عند التعرض لبيان المسئولية وأنواعها.

ولما كان موضوع دراستنا هذه لا يتناول بحث الضمان بإلزام الشارع وتفصيل القول فيه، فإننا نكتفي بما ذكرنا في بيانه على إجماله ونتبعه ببيان الأسباب الأخرى وما يترتب عليها من أحكام.

السبب الثاني الالتزام

من العقود ما شرع لإفادة الضمان حكما له وأثرا كعقد الكفالة، وهو التزام يتم بين طرفين على رأى بعض الفقهاء فيكون عقدا بالمعنى الخاص المعروف للعقود، ويتم من جانب واحد هو الكفيل على رأى فريق آخر من الفقهاء فيكون عقدا بالمعنى العام للعقد أو التزاما. وعلى أية حال فإن حكمه المترتب عليه التزام الكفيل وهو الضامن ضمان المكفول فتشغل به ذمته كما تشغل بأدائه. والمكفول به قد يكون دينا في ذمة مدين فتشغل به ذمة الكفيل كما تشغل بأدائه على رأى جمهور الفقهاء، وتشغل بأدائه فقط على رأى محققى الحنفية، وعندئذ يكون المكفول فعلا هو أداء الدين لا الدين نفسه - وقد يكون المكفول به فعلا كما في الكفالة بتسليم الأعيان.

والأعيان التى يضمن تسليمها قد تكون تحت يد ضمان فتكون مضمونة على صاحب اليد كالعين الموصوبة فى يد غاصبها، وقد تكون تحت يد أمان فتكون أمانة كالوديعة تحت يد الوديع، وكذلك جميع الأمانات - فإذا كانت العين المضمون تسليمها مضمونة كانت ذمة الضامن مشغولة بتسليمها ما دامت قائمة، فإن هلكت شغلت ذمته بقيمتها. وكان عليه الوفاء فى الحالين بما شغلت ذمته به. وإن كانت العين من الأمانات شغلت ذمته بتسليمها فقط مادامت قائمة، فإن هلكت انقضت ضمانه ولا يطالب بشيء.

الضمان المترتب على العقود:

ومن العقود ما شرع لإفادة حكم آخر غير الضمان، ولكن الضمان يترتب عليه أثرا لازما لحكمه كعقد البيع فإنه شرع لإفادة الملك فى البيع والتمن، ويلزم ذلك التزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن فتشغل به ذمته كما قد تشغل ذمته بالمبيع

نفسه دينا للمشتري إذا كان البيع سلما فيه، وكذلك يلتزم به المشتري بتسليم الثمن إلى البائع إذا كان عينا وتشغل بتسليمه ذمته كما تشغل به ذمته أيضا إذا كان دينا. وكعقد العارية إذ إنه مشروع لإفادة ملك منفعة العين المستعارة، أو إباحتها على الخلاف فيما تفيده العارية من إباحة أو عمليتك.

وكما يترتب الضمان على بعض العقود أثرا لازما لأحكامها يترتب عليها أثرا لاشتراط شرط صحيح فيها أو لاشتراط فرضه العرف؛ لأن المعروف عرفا في العقود كالمشروط فيها شرعا، وأساس ذلك قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» وإنما يكون الشرط في العقد ملزما إذا كان مفيدا - أما إذا لم يكن مفيدا فلا يلزم. ذهب إلى ذلك الحنفية، وذهب الشافعية في الأرجح عندهم إلى أن الشرط في الحالين يكون ملزما ولا تجوز مخالفته إلا لضرورة^(١).

وإذا كان الضمان متعلقا بمال فإن الذمة تشغل به كما في ضمان الدين، وكما في ضمان الدرك عند الجمهور، وذلك عند استحقاق المبيع إذ تشغل ذمة الضامن بالثمن، وبناء عليه إذا كان المضمون مالا كان على الضامن الوفاء بأداء ما شغلت به ذمته من مال إلى مستحقه، فإذا امتنع أجبره القضاء على ذلك ونفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ على المدين بوفاء دينه، وإذا ظهر إعساره فنظرة إلى ميسرة وليس عليه تعويض جزاء تأخير الوفاء وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن كما سيأتي.

أما إذا كان الضمان متعلقا بفعل كما في التزام الأجير بالعمل وكما في الالتزام بتسليم العين وامتنع الملتزم عن الوفاء فإنه يجبر عليه ويحمل على ذلك بما يراه الحاكم من تعزير، جزاء على ظلمه وليس عليه أيضا تعويض بسبب ما ترتب على تأخيره الوفاء من ضرر.

ذلك لأن وجوب التضمين بالمال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله أو نقص قيمته بفعل ضار. أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائما فلا يرى الفقهاء فيه تعويضا، غير أنهم نصوا على أن الأجير إذا امتنع عن أن يقوم بما التزم به من عمل فترتب على ذلك تلف مال لمن استأجره وكان عمل الأجير وقاية له لزمه التعويض بأداء قيمة ما تلف، وذلك كما إذا استأجر إنسان آخر لترميم جدار فامتنع عن ذلك فترتب عن امتناعه سقوط الجدار، أو استأجر أجيرا ليقم له حاجزا على حافة

(١) المهذب ج ١ ص ٣٥٩ ومعنى المحتاج ج ٣ ص ٨٤.

مزرعته ليمنع طغيان ماء النهر عليها ثم امتنع فتسبب عن امتناعه أن طغى الماء عليها فأتلف ما فيها من زرع، فإنه يلزم بقيمة ما تلف لتسببه في هذا التلف.

ويلاحظ أن هذا ليس من قبيل ضمان العقد، إذ لم يكن من أثر عقد الإجارة ضمان الجدار أو ما في المزرعة من زرع، وإنما هو ضمان إتلاف حدث تسببا بسبب امتناع الأجير عما التزم به امتناعا كان فيه متعديا. وقد جاء في «كشاف القناع» من كتب الحنابلة^(١) أن الأجير يلزم بأن يشرع فيما استؤجر عليه عقب العقد إذ من أثره مطالبته حالا بالقيام بما التزم به من عمل، فلو ترك ما يلزمه بلا عذر فتلف المال «محل العمل» بسبب هذا الترك ضمن قيمة ما تلف بسبب امتناعه وليس هذا بخارج عما تقتضيه قاعدة تضمين المتلف بطريق التسبب التي هي محل اتفاق بين المذاهب الفقهية.

معنى ضمان العقد:

ولم يكن هذا من ضمان العقد؛ لأن ضمان العقد في نظر الفقهاء لا يكون إلا فيما نص عليه في العقد كالمبيع في عقد البيع، الثمن إذا كان عينا والأجرة في عقد الإجارة إذا كانت عينا معينة، وبدل الصلح إذا كان عينا كذلك.

وفي الأشباه للسيوطي^(٢). ما يضمن ضمان عقد قطعا هو ما عين في صلب العقد من مبيع أو مسلم فيه أو أجرة أو ثمن أو صلح إذا كانت أعيانا، فهذه الأعيان وأمثالها تعد مضمونة ضمان عقد في يد من وجب عليه بالعقد تسليمها إذا تلفت قبل تسليمها، وضمانها عندئذ يكون مما يقتضيه العقد من بدل دون مراعاة لقيمتها كأساس في التقدير، فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه، ويبطل عقد البيع ويرد الثمن إذا كان قد أدى قبل ذلك.

وكذلك الحكم عند هلاك الثمن إذا كان عينا، إذ إنه يعد في الواقع ميبعا، وذلك لأن ضمان العقد لا يقوم على تحقيق الماثلة والمكافأة بين العوض والمعوض عنه كما هو الحال في ضمان الإتلاف، وإنما يؤسس على الرضا والاتفاق الذي تضمنه العقد بقصد منفعة المتعاقدين حسب رغبتهما من العقد؛ ولذا سقط اعتبار التفاوت فيه بين البديلين، بخلاف ضمان الإتلاف؛ إذ يجب فيه مراعاة المساواة في القيمة ولا تجوز فيه زيادة أحد البديلين على الآخر، ويجبر فيه الأبى على قبول البديل، ويراعى فيه أوصاف التالف عند

(١) ج ٢ ص ٣٠٠.

(٢) ص ٢٧٧.

التقدير، على حين لا تراعى هذه الأوصاف في ضمان العقد ذلك، لأن العقد إنما يرد على العين دون أوصافها، بخلاف الحال في ضمان الإتلاف إذ أساسه الفعل الضار والفعل يرد على العين وعلى أوصافها فوجب لذلك مراعاتها في التقدير؛ ولذا قالوا أن من غصب جارية ناهدة الثدين فانكسر ثدياها عند الغاصب ضمن نقصانها بخلاف ما إذا اشتراها ناهدة الثدين فانكسر ثدياها عند البائع قبل تسليمها، إذ ليس للمشتري تضمين البائع ما أصابها وذلك بنقص قيمته من الثمن؛ لأن الثمن إنما كان في مقابلة ذات الجارية.

الفرق بين ضمان العقد و ضمان الإتلاف و ضمان اليد:

ومن هذا البيان يبين أن ضمان العقد يختلف عن ضمان الإتلاف و ضمان اليد فإن ضمان الإتلاف إنما يكون أثرا للإتلاف، ويضمن به المتلف قيمة ما أتلفه وقت تعدي سواء أكان المال المتلف في يده أم لا، و ضمان اليد هو الضمان يتلف المال في ضمان، وذلك بسبب لا يد لصاحب اليد فيه، ويراعى في هذين النوعين قيمة المال التالف إذا كان قيميا وأداء مثله إذا كان مثليا - كما يتبين أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء غير المسؤولية العقدية في إصلاح فقهاء التشريع الوضعي، ف ضمان العقد ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، أما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضا عن مال تالف، وإنما هو تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد؛ ولذا فإنها تتطلب في وجودها وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم عاقده بتنفيذه، وذلك عندما يتعين أن يكون التنفيذ عينيا. أما إذا كان التنفيذ بأداء مال، فإن الواجب حينئذ هو الالتزام بأداء هذا الدين جبرا بما تؤدي به الديون جبرا، ولا يكون عندئذ محل للمسئولية العقدية^(١)؛ وذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة، فإن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعا إلزامه وإجباره عليه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزيز إلى أن يمثل. أما إلزامه على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر لا يمثل في فقد مال فلا تبيحه القواعد الفقهية، والأصول الشرعية التي تقضى بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعا، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلف، وإلا كان أكلا له بالباطل، وعلى ذلك يكون أخذه تعويضا عن ضرر لم يترتب عليه تلف لمال غير جائز شرعا؛ لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال، فإذا قوبل المال بغير مال كان أكلا له بالباطل، وإنما جازت الإجارة مع أن فيها مقابلة مال، وهو الأجرة بغير مال، وهو

(١) الوسيط للدكتور سنهوري ج ١ ص ٦٨٣.

المنفعة فيما يرى الحنفية، للضرورة والمصلحة العامة التي اقتضت ذلك تأسيسا على قيام الأعيان فيها مقام منافعها، وعلى تراضى المتعاقدين على ذلك، وعلى هذا الأساس فالفقه الإسلامي لا يعرف المسئولية العقدية التي يعرفها الفقه الوضعي كما لا يرتب التعويض على الضرر الأدبي.

العقود التي تفيد ضمانا:

والعقود التي يترتب عليها الضمان هي: عقد البيع، وعقد الإجارة، وعقد النكاح والطلاق بعوض، والخلع والعارية عند الشافعية والحنابلة، والصلح والكفالة. وقد اتفق الفقهاء على أن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده عند الكفالة، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده والعقود المشار إليها موجبة للضمان عند صحتها، وعلى ذلك فهي توجب الضمان عند فسادها، غير أن عقود الأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة والعارية عند الحنفية والمالكية، وعقود التبرعات كالهبة والصدقة لا يجب الضمان فيها مع الصحة ولا مع الفساد عند التلف.

فالباع عند صحته يوجب ضمان المبيع على البائع ما دام في يده قبل أن يسلمه، وهلاكه في هذه الحال يكون بئس منه فيسقط عن المشتري ويستردده من البائع إن دفعه إليه ويبطل العقد. أما إتلافه في هذه الحال فإن كان من البائع فكذلك الحكم.

وإن كان المشتري عد بذلك متسلما وقابضا له وتم بذلك البيع، وإن كان من أجنبي كان المشتري مخيرا بين إبطال البيع واسترداد الثمن من البائع إن كان قد دفعه، ومعنى ذلك ضمانه على البائع بالثمن، ثم يرجع البائع على المتلف بقيمته وقت الإتلاف. وبين أن يمضى البيع ويرجع على المتلف بالقيمة وقت الإتلاف، ومؤدى ذلك في الحال الأولى ضمانه على البائع بالثمن ضمان عقد، وعند ذلك يرجع البائع على المتلف فيضمنه بقيته وقت إتلافه ضمان تعد وإتلاف، وفي الحال الثانية ضمانه على المتلف ضمان إتلاف للمشتري.

وأما إذا هلك في يد المشتري فإن هلاكه يكون عليه في حال صحة العقد، أما عند فساده فالمبيع في يد البائع قبل تسليمه على ملكه؛ إذ لا يترتب على البيع الفاسد حكمه قبل القبض، وإذا هلك هلك عليه، أما إذا تسلمه المشتري فإنه يكون مضمونا عليه ضمان يد.

وقد اختلف النظر في ضمانه حيثئذ فمن الفقهاء من ذهب إلى أنه مضمون ضمان يد بقيمته عند تسلمه، إذ إن المشتري قد قبضه بغير حق، ويجب عليه شرعا أن يرده إلى مالكه تجنباً للمحذور شرعا. وليس لرضا البائع بالتسليم اعتبار مع الحظر من الشارع ولا للاتفاق على الثمن اعتبار أيضا؛ لبطلانه في ضمن فساد العقد.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أنه مضمون ضمان عقد بالثمن للاتفاق بين المتعاقدين على تملكه بالثمن المتفق عليه قياسا على من قال لآخر: تصدق بمالك هذا عني بكذا، وهذا القياس محل نظر؛ إذ في الأمر بالتصدق نظير مبلغ من المال وتنفيذ الأمور هذا الأمر اتفاق على أن يملك الأمر بالمبلغ المعين ما أمر بالتصدق به وعلى توكيله صاحب المال بالتصدق به عن الأمر وليس الحال كذلك في البيع الفاسد فإن الاتفاق فيه اتفاق لا يقره الشارع لفساده ووجوب الثمن عند التلف لا أساس له؛ لأن الواجب حيثئذ هو قيمة التالف والضمان عندئذ ضمان يد لا ضمان عقد.

وعقد الإجارة يوجب ضمان المنفعة على المتفع بالأجرة عند انتفاعه إذا كان العقد صحيحا، وكذلك إذا كان فاسدا، غير أن المضمون في الحال الأولى هي الأجرة المسماة، وفي الحال الثانية أجرة المثل بالغلة ما بلغت عند الشافعية^(١)، وعند الحنفية الواجب في هذه الحال أجر المثل لا يزيد عن المسمى إن كان هناك مسمى لرضا الطرفين^(٢).

وعقد الإجارة يفيد ملك منفعة العين المستأجرة بعوض، فإذا كان المستأجر عينا استتبع أن يكون للمستأجر حق مطالبة المؤجر بتسليم العين المستأجرة لاستيفاء ما تم التعاقد عليه من منفعتها والتزام المؤجر بتسليم العين إليه فإذا سلمها إليه وفاء لالتزامه بتسليمها كانت يد المستأجر عليها يدا محقة مستندة إلى عقد الإجارة وكانت لذلك يد أمانة مادام عند عقده لم يتجاوز حقه الذي تملكه في الانتفاع بها، ولا ما شرط في العقد من شروط وما يوجب عليه المعرف، فإذا تجاوز ذلك أصبحت يده لا تستند إلى العقد؛ ولذا تتحول يد ضمان فإذا تلفت العين في يده ضمنها بقيمتها أو بمثلها عند الاعتداء عليها ضمان يد.

وإذا كان المستأجر أجيرا استتبع العقد إلزامه بالقيام بما استؤجر عليه وذلك يوجب عليه بأن يسلم نفسه إلى المستأجر إذا كان أجيرا خاصا وأن يقوم بما التزم به من عمل،

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٢٣.

(٢) الدر المختار ج ٥ ص ٣٣.

وإن كان أجيرا مشتركا استتبع العقد إلزامه بأن يقوم بما استؤجر عليه من عمل، وعند ذلك تشغل ذمة كل منهما بأداء العمل الذي تم عليه المتعاقد، فيكون ضامنا لما استؤجر عليه من تسليم أو عمل ضمان عقد حتى إذا لم يقم بذلك لم يستحق أجرا.

وإذا اقتضى العمل المستأجر عليه وضع يده على مال أو متاع للمستأجر كانت يده عليه يد أمانة، وفي ذلك خلاف بالنسبة إلى الأجير المشترك نعرض له في موضعه.

وعقد الإجارة يستتبع شغل ذمة المستأجر بالأجرة فتصبح في ضمانه ويجب عليه أداؤها عند توافر شرط ذلك، غير أنها تصير مشغولة بها عند الشافعية، بمجرد العقد ومن ذهب مذهبهم لتحقيق المبادلة بالعقد، ويرى الحنفية أن الذمة لا تشغل فعلا إلا باستيفاء المنفعة؛ لأن المبادلة لا تتم إلا عند ذلك فإذا لم يتحقق الانتفاع وفاتت المنفعة على من تملكها سقطت الأجرة وبرت ذمة المستأجر. ومن ذلك أن المنفعة مضمونة ضمان عقد بالأجرة على المؤجر سواء أكان مؤجرا العين، أم مؤجرا لنفسه، كضمان المبيع لدى البائع إذا تلف في يده إذ يعد مضمونا عليه بالثمن، وهذا إنما يظهر على ما ذهب إليه الشافعية من حصول المبادلة بين المنفعة والأجرة بمجرد عقد الإجارة.

أما على مذهب الحنفية فلا يظهر إذ لا يكون لعقد الإجارة عندهم أثر في العقود عليه وهو المنفعة قبل الانتفاع فعلا أو قبل تسليم العين، ولهذا إذا كانت الأجرة عينا معينة ملكها المؤجر للعين أو الأجير في الحال بمقتضى العقد عند الشافعية، ولكنهم يرون أن الملك فيها ملك مراعى كلما مضى جزء من الزمن على السلامة أو انتهى جزء من الانتفاع استقر على ما يقابل ذلك، فإذا فاتت المنفعة كلها في هذا الحال ولم يحدث الانتفاع انفسخت الإجارة وانتقض الملك وصارت العين إلى من كان يملكها.

أما الحنفية فيرون أنه إذا ما كانت الأجرة عينا معينة لم يكن للمؤجر فيها ملك إلا باستيفاء المنفعة فيملك منها ما يقابل ما استوفاه من المنفعة، حتى إذا استوفى المستأجر المنفعة وكلها ملك المؤجر العين كلها. وعلى ذلك تكون العين في يد مالكةا بعد عقد الإجارة وتقام الانتفاع، بناء عليه مضمونة بالقيمة أو بالمثل، وهذا ظاهر إذا كان الهلاك بعد استيفاء المنفعة؛ لأنها صارت مالا مملوكا هلك في يد غير مالكة، وكانت يده عليه يد ضمان، أما إذا كان الهلاك قبل استيفاء المنفعة وبعد تمام العقد فإن عقد الإجارة يفسد بهذا الهلاك؛ للعجز عن تسليم الأجرة وبفساده تهلك العين على مالكةا، إذ لا يترتب على عقد الإجارة في هذا الحال أثر - وإذا ظلت العين المستأجرة في يد المستأجر بعد

انقضاء عقد الإجارة كانت أمانة أيضا استصحابا لما كانت عليه من قبل، ولأن المستأجر لا يلزمه الرد ولا مئوته وإنما يلزم بالتخلية فقط عند الطلب حتى لو شرط عليه الرد في العقد فسد العقد وهو مذهب الحنفية، وذلك بخلاف الأمانة الشرعية إذ عليه بمجرد ثبوت يده عليها إعلام مالكيها إن كان يعرفه وردها إليه وإلا ضمنها.

وذهب بعض الشافعية إلى أن يد المستأجر في هذه الحال تكون يد ضمان؛ لأن الإذن في وضع اليد كان مقيدا بعقد الإجارة، وقد زال، ولأنه إنما أخذ العين لمصلحة نفسه فاشبهه المستعير^(١).

وعقد النكاح يستتبع بمجرد تمامه شغل ذمة الزوج بالمهر إن كان ديننا فيكون حكمه حكم الديون تشغل بها ذمة المدين، وأما إذا كان عينا فإنه يكون بمجرد العقد مملوكا للزوجة ويجبر الزوج على أن يسلمه إليها؛ ولذا يصير مضمونا عليه كالبيع في يد بائعه قبل تسليمه للمشتري إذ يصير مضمونا عليه بالثمن. غير أن المهر في حالتنا هذه غير مقابل بمال، ولهذا اختلف النظر في ضمانه وبذله إذا تلف في يد الزوج قبل تسليمه للزوجة فإن ضمانه على الزوج حينئذ؛ لأنه مال مملوك للزوجة في يده وعليه تسليمه إليها بموجب العقد، فإذا لم يسلمه وجب عليه قيمته لها وقت تعديه بعدم تسليمه إلى الزوجة عند القدرة عليه عند الحنفية، وإذا طلقها قبل الدخول في هذه الحال وجب عليه نصف قيمته لارتفاع ملكها عن نصفه بالطلاق قبل الدخول، وإذا قبضته الزوجة فتلف في يدها وطلقها الزوج قبل الدخول بها وجب عليها رد نصف قيمته، لأنه تبين بالطلاق قبل الدخول فساد ملكها في النصف فكان يدها مضمونا عليها كما يكون مضمونا عليها له إذا كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بسبب هو معصية - هذا ما ذهب إليه الحنفية^(٢).

أما الشافعية فقد اختلفوا في ضمانه إذا كان عينا معينة فتلف في يد الزوج قبل تسليمه للزوجة، والأصح عندهم أنه مضمون ضمان عقد فإذا تلف في هذه الحال وجب على الزوج بتلفه مهر مثل الزوجة ولا يضمه بقيمته، وقيل: للزوجة بقيمته وهو قول أحمد.

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٠٦.

(٢) الدر المختار وابن عابدين عليه ج ٢ ص ٣٦١ وص ٣٧٧.

وكذلك الحكم عندهم في بدل الخلع إذا كان عينا معينة، فذهب بعضهم إلى أنه مضمون في يدها ضمان عقد، فإذا تلف وجب بتلفه للزوج ما تم الاتفاق يضمه عليه مهرا.

وعقد الإعارة عند الشافعية والحنابلة يوجب ضمان العارية في يد المستعير، فإذا تلفت في يده ضمنها بقيمتها يوم تلفها إن كانت قيمة سواء أكان تلفها نتيجة تعدد من المستعير أم لا وضمنها بمثلها إن كانت مثلية، وذلك أثر من آثار العقد عندهم، وعلى هذا فضمانها لا يختلف عن ضمان الاعتداء. والحكمة في ذلك توفير مال المعير حتى لا يناله ضرر بسبب ما تفضل به على المستعير من الانتفاع بالمجان، ولأن الغنم بالغرم - وهذا الذي ذكرناه مذهبا عند الشافعية هو ما ذهب إليه السبكي واختاره كثير منهم، ولكن جاء في «الأنوار» من كتبهم إن المستعير إنما يضمن العارية عند تلفها بالقيمة مطلقا سواء أكانت قيمة أم مثلية، والعبرة بقيمتها وقت التلف، واعتمده بعض الشراح (١).

وأما الصلح فهو عند إفادته الضمان يكون بيعا إذا قام على مبادلة مال بمال، أو إجارة إذا قام على مبادلة منفعة بمال، وعليه يكون الحكم فيه كالحكم فيهما.

وأما الكفالة فسنفصل أحكامها عند كلامنا عليها لطوله في الجزء الثاني من الكتاب.

الضمان ببناء على التزام بالنيابة،

ومما يتناوله هذا السبب الالتزام بسبب النيابة، وهذه النيابة قد تكون اختيارية بإرادة النائب كما في الوكالة، وقد تكون بحكم الشرع أو العرف كما في نيابة الوصي عن الصغير والقيم عن المحجور عليه والحاكم بناء على ولايته العامة، والولاية التي تستوجبها الضرورة، دفعا للضرر وأقرها الشارع بناء على ذلك، والولاية في أي تصرف يقضى العرف برضا صاحب الشأن عنه بحيث لو رجع إليه فيه قبل مباشرته لارتضاه وأذن به، ففي هذه الأحوال يكون ما ينفقه النائب من مال في حدود ولايته مضمونا على المنوب عنه بحيث يكون له الرجوع عليه به في ماله ويظهر ذلك بما يأتي:

أولا: فيما ينفقه الوكيل في حدود وكالته من مال في شراء سلعة أو في عمارة دار أو في نفقه أو في قضاء دين أو نحو ذلك، فإن ذلك يكون مضمونا على الموكل للوكيل أن يرجع عليه به.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٨٩، ٤٢٨ والقواعد لابن رجب ص ٢١٤.

ثانيا: فيما يتفقه الولي أو الوصي أو القيم من ماله في شأن من شئون المولى عليه غير متبرع به فإن ذلك يكون مضمونا على المولى عليه، يرجع به من أنفقه عليه في ماله.

ثالثا: في شركة الملك، فإذا احتاجت دار مشتركة إلى العمارة ولم تكن تقبل القسمة وأراد أحد الشركاء عمارتها لإحياء حصته فقام بذلك. فإن قام بذلك مضطرا كان ما أنفقه على حصة شريكه مضمونا عليه يرجع به في ماله وإلا كان متبرعا.

ويتحقق الاضطرار الذي يسوغ له الرجوع على شريكه إذا أبى الإنفاق معه، ولم يكن للقاضي حق إجباره على العمارة. أما إذا لم ياب أو كان للقاضي حق إجباره ولم يرفع أمره إلى القاضي ولم يستأذنه فيها فأنفق عليه متبرعا، ولم يكن ما أنفقه مضمونا على شريكه يرجع به عليه في ماله. وفي مجمع الضمانات^(١) عن محمد في طاحونة بين شريكين أنفق أحدهما على مرمتها بغير إذن شريكه لا يكون متبرعا؛ لأنه لا يتوصل إلى الانتفاع بنصيبه إلا بذلك.

وفي «الفتاوى الخانية»^(٢): قال الناطقى ما معناه: أصل هذا النوع أن كل من يجبر على أن يفعل مع صاحبه فعلا إذا فعله الآخر بلا إذن منه، أو من القاضي يكون متطوعا، وإن كان لا يجبر ففعله صاحبه مضطرا لا يكون متبرعا.

وفي «جامع الفصولين» أن الاضطرار إنما يثبت فيما لا يجبر صاحبه عليه لا فيما يجبر، إذ يمكن حيثئذ الرجوع إلى القاضي لإجباره أو لاستصدار إذنه.

وجاء في «الدر المختار» أن كل من أجبر شرعا أن يفعل مع شريكه فعلا إذا فعله أحدهما بلا إذن فهو متطوع وإلا لم يكن متطوعا.

ولا يجبر القاضي الشريك على العمارة إلا في ثلاث مسائل:

١ - أن يكون الشريك ضعيف الأهلية أو فاقدتها وعليه وصى.

٢ - أن يكون العقار المشترك وقفا وعليه ناظر.

٣ - أن تعذر قسمة المال المشترك ككرى نهر ومرمة قناة أو بشر أو طاحونة أو

سفينة أو جدار لا يقبل القسمة. وهذه هي أحوال الإيجاب^(٣).

(١) ص ٢٨٦.

(٢) ج ٣: ص ١١.

(٣) الدر المختار وابن عابدين ج ٣ ص ٣٨٨ طبعة الحلبي.

وجملة القول أن الشريك إذا لم يكن مضطرا إلى العمارة بأن كانت عمارة يراد منها زيادة الغلة مثلا عما كانت، أو كانت القسمة ممكنة في العقار المشترك أو كانت العمارة مما يجبر عليها القاضى، وهى العمارة فى المسائل الثلاث المتقدمة فأنفق بلا إذن فهو متبرع - وأما إذا كان مضطرا إلى العمارة؛ إحياء لحقه ولم تمكن القسمة وكان الحكم أن شريكه يجبر على الاشتراك معه فيها، وهى العمارة فى المسائل الثلاث المتقدمة، فإنه لا بد فى رجوعه عليه بحصته فى المنفعة من إذنه أو أمر القاضى إن لم يصل إلى إذنه، وعندئذ يرجع على شريكه؛ لأنه قام العمل باعتباره وكيفا عنه فيرجع بحصته مما أنفق، وإلا عد متبرعا.

وإن اضطر إلى العمارة فى غير المسائل التى يجبر فيها القاضى وأنفق بلا إذن أو أمر القاضى فالحكم كذلك فى رجوعه على شريكه بحصته مما أنفق وإلا رجع بقيمة ما أقام لا بما أنفق، ومقتضى هذا أن ذلك إنما يكون على أساس أن المنفق ليس وكيفا وأن ما يقيمه لنفسه ملكا له وللشريك وأن يمتلك مقدار حصته بالقيمة.

وعلى الجملة فإنه يلاحظ أنه إذا لم يكن له حق الرجوع وأنفق وقامت القرينة على عدم تبرعه فإن ما يحدثه يكون ملكا له، وإذا أراد شريكه بعد ذلك مشاركته شاركه على أساس قيمة ما أحدث لا على أساس ما أنفق.

ويلاحظ أن من مسائل الإيجاب القيام بدفع الضرائب كالخراج ونحوه مما يجب أدائه شرعا^(١).

رابعا: العلو والسفل: لصاحب العلو حق مقرر على السفل هو حق قرار علوه عليه، ولصاحب السفل حق على العلو هو دفع المطر والشمس عن سفله، غير أنه إذا انهدم السفلى بدون فعل مالكة، وفات بذلك حق صاحب العلو لم يكن له إجبار ذى السفل على إقامة سفله إذ لا يجبر الإنسان على عمارة ملكه. كما لا وجه لإجباره لإحياء حق صاحب العلو؛ لأن فواته كان بلا تعد منه. ولكن إذا طالبه صاحب العلو بإقامة سفله فامتنع، أو كان غائبا فلم تمكن مطالبته فإن لصاحب العلو استحسانا أن يبنى السفل ليقم عليه علوه، وفى هذه الحال يكون ما يبنيه ملكا لصاحب العلو متبرعا به له وهذا إذا لم يمنعه من استئذان صاحب السفل، أو القاضى عذر فإن منعه من ذلك عذر

(١) الدر المختار وابن عابدين ج ٣ ص ٣٨٧ - ٣٨٩ وجامع الفصولين ج ٢ ص ٥٩.

لم يكن في بنائه السفل متبرعا لاضطراره إلى البناء ليصل إلى حقه، وحيثذ يكون ما يتفق في ذلك مضمونا على صاحب السفل يرجع به عليه (خانية وبزازية في باب الحيطان).

أما إذا بنى بإذن صاحب السفل أو القاضى فإن ما يتفق في الإعادة يكون مضمونا على صاحب السفل بحكم النيابة عنه بإذنه أو بإذن من له الولاية العامة - وذهب بعض الحنفية إلى أن ما يقيمه من بناء في حال عدم الإذن يكون ملكا له - ولصاحب السفل - إذا أراد - أن يملكه باعتباره تابعا لأرضه «رد المحتار آخر كتاب الشركة».

خاصا: في الرهن المستعار: يرى أبو حنيفة وصاحبه أن لمعير الرهن أن يفكه من المرتهن بأداء دين الراهن نيابة عنه فيجبر المرتهن على قبول الوفاء منه، وعند ذلك يكون ما يدفعه المعير في سبيل ذلك مضمونا على المدين يرجع به عليه.

ومرد ذلك إلى أن المعير يعتبر ذا ولاية على الراهن في ذلك للضرورة، إذ لا سبيل له إلى تخليص ملكه إلا بهذا الوفاء، ومن الفقهاء من أشار إلى أن سبب هذه الولاية الإذن الضمني من الراهن؛ إذ إن عقد الراهن الرهن على ملك غيره يتضمن رضاه بأن للملك الرهن أن يفتكه بدفع الدين الذي عليه.

ويرجع المعير بكل ما يدفعه إلى المرتهن في افتكاكه، ولو كان أكثر من قيمة الرهن ولا يعد متبرعا بما زاد على قيمة الرهن؛ لأنه مضطر إلى قضاء كل الدين الذي رهن به؛ إذ لا فكاك إلا بقضائه كله فكان مأذونا فيه من قبل الراهن دلالة كأنه وكله بقضاء دينه فقضاء عنه.

وذكر الكرخي أنه إنما يرجع بقدر قيمة الرهن على ألا تزيد على الدين - أما ما زاد عليها منه فيعد متبرعا به؛ حتى لو كان المستعير قد رهن العارية بألفين بإذن مالكةا وقيمتها ألف... فافتكها بألفين لم يرجع إلا بألف؛ لأن المضمون على المستعير قدر الدين بدليل أنه لا يضمن عند الهلاك إلا قدر ما سقط به من الدين، فإذا قضى المالك الزيادة على ذلك كان متبرعا فإن الرهن لو هلك عند المرتهن لم يسقط بهلاكه من الدين إلا قدر قيمته، ولا يضمن المستعير للمعير إلا هذا القدر فما يدفعه المعير زيادة على ذلك يعد متبرعا فيه^(١).

(١) البدائع: ج ٦ ص ١٣٧، الخانية: ج ٣ ص ٦٠٤ على هامش الهندية.

ومثل ذلك في الحكم أحد المشتريين إذا دفع ثمن ما اشترياه على الشركة حال غيبة شريكه ليخلص له حقه عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف^(١).

سادسا: في قضاء دين الغير بدون إذنه: يرى الحنفية أن قيام شخص بوفاء دين عن غيره أو بأداء واجب عليه ولا ولاية له في ذلك يعد من قبيل التبرع فلا يكون ما يتفقه من مال في سبيل ذلك مضمونا في ذمة من عليه هذا الواجب، ومن ثم ليس للمنتفق حق الرجوع عليه بذلك، وإلى هذا ذهب الشافعي.

ومبنى ذلك قاعدة لا إلزام بدون التزام، وعلى ذلك ليس لمن قام بهذا الوفاء إلزام من أدى عنه بما أداه لعدم التزامه له بما أداه عنه لدائته وإن كان ملتزما لدائته بذلك، إذ الالتزام للدائن ليس التزاما لغيره ممن يقوم بالوفاء.

وخالف في ذلك مالك وأحمد فذهبا إلى أن من أدى واجبا عن غيره استحق الرجوع عليه بما أداه من ذلك الواجب لضمانه إياه، وإلى هذا ذهب التشريع المصري، فقد جاء في المادة ٣٢٤: «إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بمقدار ما دفعه - ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً إذا أثبت له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء»، وقد ذهب التشريع العراقي إلى رأى الحنفية والشافعية إذ جاء في المادة ٢٣٩:

«إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أم لم يقبل. ويعتبر الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره، إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين، أو أنه لم يكن عنده نية التبرع».

وجملة القول أن مالكا يشترط في رجوع الأجنبي بما أداه عن غيره:

أولا - أن يكون ثابتا مستحق المطالبة به فإذا كان غير ثابت ولو كان بسبيل الثبوت كنفقة الوالدين قبل أن يقضى بها، أو كان ثابتا غير مستحق المطالبة كالدين على ميت مفلس لم يكن لموفيه حق الرجوع بما أداه.

ثانيا - ألا يقصد الموفى بإيفائه إعنائه بل معونته.

ثالثا - ألا يكون في أدائه متبرعا.

(١) الجامع الصغير: ص ٨٧، فتح القدير: ج ٥ ص ٣٦٤.

ويرجع الموفى بما أدى إن كان أداءه نقداً، وبما يقابل الدين الواجب من عرض أو مقاصة ويكون رجوعه بالأقل مما أداه ومن الدين الواجب، وبما تفرغ على ذلك ما يأتي:

١ - من المدونة ج ١١ صفحة ١٤٢.

قلت رأيت إن أكراني إبله وتركها في يدي فأنفقت عليها أيكون لي على المكري النفقة التي أنفقتها عليها: قال مالك: نعم يكون عليه ما أنفق عليها.

٢ - من الذخيرة للقرافي ج ٤ صفحة ١٢٩ في الإجارة:

ابن شاس: كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره بأمره أو بغير أمره فعليه رد مثله في القيام بالمال، وعليه دفع أجره المثل في القيام بالعمل إن كان لا بد من الاستئجار عليه، أو لا بد من إنفاق ذلك المال، وذلك بناء على حصول الإذن عادة خلافا للشافعي، ونحن نعتمد على العوائد، فإن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال.

وجاء في صفحة ١٠٣ من باب الصلح - قاعدة مذهبية: إذا فعل الإنسان عن غيره ما شأنه أن يفعله مضى فعله عليه تنزيلاً للإذن الشرعي في الواجب، أو الإذن العادي في غير الواجب منزلة الإذن القولي، فإن العوائد تقوم مقام الأقوال.

وإذا كان الواجب الموفى نفقة لصغار ليس لهم ولي، أو غاب وليهم وخيف عليهم الضياع بتركها فأنفق عليهم أجنبي بنية الرجوع بما ينفقه كان له حق الرجوع به إذا لم يقصد بإنفاقه التبرع إذا كان للمنفق عليه مال وقت النفقة، أو كان له من تجب عليه النفقة من أقربائه وكان ما أنفقه على وجه السداد لأسرف فيه، وإلا كان في إنفاقه متبرعا لا رجوع به على أحد، نص على ذلك في المدونة ج ١١ صفحة ٣٨، ٣٩.

ذلك ما ذهب إليه مالك، أما ما روى في ذلك عن أحمد فروايتان: إحداهما تتفق مع ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، ومقتضاها أن من أدى واجبا عن غيره لا يستحق الرجوع عليه لاعتباره متبرعا بذلك، والثانية: وهي التي اشتهرت في المذهب أن له حق الرجوع وذلك بشروط:

أولاً: أن يكون الواجب الموفى حقا لأدمي، فما كان حقا لله كزكاة وكفارة فليس لمؤديه عن الغير حق الرجوع فيه؛ ذلك لأن حق الله يقوم على النية من المكلف، والنية لا تصح فيها النيابة في العبادة، لأنها تقوم على الامتثال والرضا.

ثانياً: أن يوفى بقصد الرجوع، ولا يكفي عدم القصد فإذا ذهل عن نية الرجوع لم يكن له أن يرجع، وسواء في المؤدى أن يكون قريباً أم أجنبياً، له مصلحة في ذلك أم ليس له مصلحة، وسواء في المؤدى عنه أن يكون عاجزاً عن الوفاء، أو ممتنعاً عنه قادراً عليه، وسواء أمكن استدانته، أم لم يمكن، وخالف القاضي أبو ليلى في ذلك فاشتراط أن يتعذر استدانته لغيبه أو نحوها.

ويرجع بالأقل مما أدى وقدر الواجب، وإذا كان الواجب مؤجلاً لم يستحق الرجوع به حالا.

وأساس ذلك كما ذهب إليه ابن قيم الجوزية الولاية الشرعية، أو الإذن الشرعي، فالمؤمنون بعضهم أولياء بعض، ومن يؤدى واجباً عن غيره يكون نائباً عنه في ذلك الأداء بحكم الشارع، ونصوص المذهب في ذلك عديدة^(١).

أما ما ذكروه من أن من أدى ديناً عن غيره يعتبر متبرعاً فقد دل على فساده القرآن والسنة وآثار الصحابة والقياس الصحيح ومصالح العباد، قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ...﴾ [الطلاق]. فأمر بإيتاء الأجور أمراً مطلقاً، وقال تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾ [الرحمن]. وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من أحسن إليه بأداء دينه أن يضيع عليه معروفه فيكون جزاؤه إضاعة ماله، ومكافأته عليه بالإساءة. وقد عقد الله سبحانه وتعالى الموالات بين المؤمنين وجعل بعضهم أولياء بعض، فمن أدى عن وليه واجباً كان نائبه فيه بمنزلة وكيله.

ثالثاً: إنقاذ مال الغير من الهلاك والغصب. يرى الحنفية أن من قام بإنقاذ مال لغيره أشرف على التلف أو على الضياع فأنفق في سبيل ذلك مالا، أو قام بعمل وجهه ففي ما يقوم به من عمل وجهه إن كان مثله يقوم به عادة من غير أجر فليس له عوض ولا أجر عن عمله ولا حق له في الرجوع على مالك المال بشيء في ذلك؛ لدلالة الحال على تبرعه بذلك، وعدم التزام صاحب المال بشيء له، وإن كان مثله لا يقوم بمثل هذا العمل إلا بأجر عادة فإن كان له ولاية ذلك العمل كناظر الوقف يعمل للوقف أو الرضى أو القيم يعمل لموليه استحق عليه الأجر في مال من عمل له من وقف أو مولى

(١) الإنصاف: ج ٥ ص ٢٠٤، ٢٠٥، والمغنى لابن قدامة: ج ٥ ص ٨٩ وإعلام الموقعين لابن القيم: ج ٢ ص ٣٢٥،

عليه، وعلى ذلك الفتوى والعمل، وإن لم يكن له ولاية ذلك كمن رأى متاعا مشرفا على التلف بسبب نار أو ماء أو معرضا لسلبه ونهبه وظن ضياعه بسبب ذلك فأنقذه وبذل في ذلك جهدا يؤجر على مثله أو مالا، فقد اختلف في ذلك، فمن فقهاء الحنفية من يرى أنه يعد متبرعا فيما أنفقه من جهد ومال في سبيل ذلك؛ لعدم إذنه ممن له الولاية في الإذن من مالك أو قاض، ومنهم من يرى أنه يعد في ذلك ماذونا من قبل صاحب المال عرفا؛ إذ لا يأيي إنسان على آخر أن يقوم له بإنقاذ ماله على الوجه المعروف الذي ليس فيه شطط ولا إرهاق لصاحب المال، واستحسن المتأخرون هذا الرأي، وعلى هذا يكون ما ينفقه من مال في هذه السبيل، أو مثل أجر جهده مضمونا في ذمة صاحب المال يرجع به عليه. فإذا كان ما أنفق في هذه السبيل مالا دفعه المتقذ كان مضمونا في ذمة صاحب المال المتقذ على رأى متأخري الحنفية، ورجع به المتقذ على صاحب المال متى قام بذلك على الوجه المعروف غير المتكرر مع ملاحظة أن يكون ذلك في غيبة صاحب المال وإلا كان إنقاذه على صاحبه، وكان قيام غيره به عندئذ تبرعا.

وقد جاء في العقود الدرية ج ١ ص ٩٩: من أخرج متاعا لغيره من الغرق فأنفق في ذلك مالا لم يملكه بإخراجه، لأنه لا يزال على ملك صاحبه، ولا يرجع بشيء مما أنفق إلا أن يأذن له القاضى بذلك، أو صاحب المتاع.

وذهب الشافعية إلى أن من أنقذ مال غيره من الهلاك أو الفوات المحقق به فأنفق في سبيل ذلك مالا، أو جهدا لم يكن له أن يرجع على صاحب المال بشيء. ولو استنقذه من يد لص أو غاصب أو من الغرق أو نحوه، ويستوى في ذلك أن يعمل ذلك لمصلحة صاحب المال أو مصلحة نفسه، وذلك رأى الأقدمين منهم، ويميل المتأخرون إلى استحسان الرجوع بما يبذله المتقذ من مال إذا لم يتمكن من استئذان صاحبه أو القاضى، وذلك إذا أشهد أنه يريد الرجوع بما ينفق وإلا لم يكن له أن يرجع - وقد اختلفوا فيما إذا أخذه من يد صبي أو مجنون، خوفا من هلاكه في أيديهم فقليل: ليس له ذلك، فيضمنه إذا أخذه فهلك في يده. وقيل: له ذلك، ولكن تكون يده عليه يد ضمان، مراعاة لمصلحة الصبي أو المجنون.

وفي الخاوي: «إذا ترك شخص دابة في الصحراء لعجزها عن السير ولم يستطع مالكتها أخذها معه، فمر بها آخر، فقام عليها حتى ذهب ما بها وعادت إلى حالها في السير والعمل، فمذهب الشافعي أنها على ملك صاحبها ولا رجوع له عليه فيما أنفق

في هذه السبيل، كما لو عالج دابة أشرفت على الهلاك حتى برئت أو أخرج متاعا غارقا في البحر»^(١).

وإذا أعيأ بعير شخص فتركه لإعيائه فقام شخص عليه حتى ذهب عنه المرض أو الإعياء لم يرجع بشيء على مالكة إلا إذا كان قد استأذن الحاكم أو أشهد أنه أنفق، ليرجع عند قيامه بالإنفاق^(٢).

ويرى الحنابلة أن من يقوم بإنقاذ مال غيره من التلف أو بتخليصه من غاصبه أو سارقه يكون ما يتفق في سبيل ذلك مضمونا على مالك المال يرجع به عليه من أنفقه، لأنه يعد مأدونا بذلك من المالك عرفا، فإذا رأى شخص بيت غيره يحترق فله هدم بعضه إذا كان في ذلك إنقاذ باقيه، أو رأى دابة مشرقة على الهلاك كان له أن ينحرها إذا غلب على ظنه هلاكها قبل حضور صاحبها، وله كذلك أن يستاجر غيره لإنقاذه ويرجع بالأجرة على رب المال، وأن يقوم بذلك وله على رب المال أجر مثل عمله إذا كان يقوم بذلك غير متبرع.

وقد جاء في مختصر الفتاوى^(٣):

«إذا غرق مركب في البحر وكان فيه زيت فطفنا على سطح الماء فجمعه شخص فهو لصاحبه وله على صاحبه أجرة جمعه على أصح القولين، وقال الحسن البصري: هو لمن جمعه وأخذه».

وفي كشف القناع^(٤):

ومن عمل لغيره عملا بغير جعل فلا شيء له إلا في تخليص متاع من بحر أو فم سبع فله عند ذلك أجرة مثله وإن لم يأذنه ربه، وإذا انكسرت السفينة فقام بإنقاذ ما فيها من المال قوم وجبت لهم الأجرة على أصحاب المال، وفي المغنى^(٥): لمنقذ المتاع أجر مثله، نص عليه أحمد.

(١) ابن حجر: ج ٣ ص ٣٧٣.

(٢) التحفة: ج ٦ ص ٣٢٨.

(٣) ج ٤ ص ٤١٦.

(٤) ج ٤ ص ١٧٥.

(٥) ج ٦ ص ٣٧٢.

وعند المالكية أن إنقاذ مال من يد حربي يستوجب لمن أنقذه أجر مثله على صاحبه وأن من أنقذه من يد لص أو غاصب لا يكون له حق الرجوع عند المتقدمين، واستحسن المتأخرون أن له حق الرجوع. والفرق أن الحربي يعد مالكا لما يستولى عليه من مال فكان أخذه منه بعوض في حكم شرائه منه، فلا يؤخذ منه إلا بما دفعه فيه، بخلاف الغاصب والسارق فإن الأخذ منه يعد في حكم واجب على من أخذه وقدر عليه فلا يرجع بما أنفقه في واجب عليه، ولا يرى المتأخرون هذه التفرقة، لكثرة النهب في البلاد وضعف السلطان عن تعقب الناهبين فكان من المصلحة القول بما فيه حمل الناس على تخليص الأموال لأربابها. واشتروا لذلك ألا يمكن إنقاذه إلا بما دفع فيه من مال لا بأقل منه وأن يكون ذلك قد تم لمصلحة صاحب المال، لا لمصاحبه نفسه وألا يقصد به تبرعا.

ويكون ما دفع فداء حقا في المال المفدى بتقديم به صاحبه على غرماء مالكة فيه، وإذا هلك هذا المال قبل وصوله إلى مالكة لم يكن لمن فداه رجوع عليه فيسقط عنه وإن كان مليئا، ويده على المال قبل إعطائه لأمانة وفي زروق^(١):

من أخذ من الحربي مالا بفداء لم يؤخذ منه إلا بما دفع فيه، أما إن أخذ من لص أو غاصب ففي رجوع الفادي بما دفع فيه قولان: حكاهما ابن بشير.

وفي الشرح الكبير للدردير^(٢): الأرشح في الماء المفدى من لص ونحوه كغاصب رحارب وظالم من كل مال أخذ من صاحبه بغير حق ولم يمكن الوصول إليه إلا بالفداء الذي دفع فيه، وكان ذلك عادة في مثل هذا المال أن يكون لمن قام به حق الرجوع على صاحب المال ومقابلته أنه لا رجوع له.

وفي التسولي^(٣): إذا أدى شخص خراجا على ربيع؛ لثلا يأخذه السلطان وربه غائب كان له حق الرجوع به على صاحبه ويقدم فيه على غرمائه إذ لولا أداؤه لأخذه السلطان، وذلك كمن فدى متاعا من أيدي اللصوص، وفيه أيضا إذا تلف الشيء المفدى بعد الفداء وقبل وصوله إلى صاحبه، فإنها مصيبة نزلت بالفادي ولا شيء له على ربه من مبلغ الفداء ولا من النفقة وأجرة العمل، بخلاف ما إذا أوصله إلى ربه، فإن له الرجوع عليه بكل ذلك.

والنتيجة أن وجوب الرجوع على رب المال أثر لزمانه ما يرجع به عليه.

(١) ج ٣ ص ١٢.

(٢) ج ٢ ص ١٩٨.

(٣) ج ١ ص ١٧٢، ج ٢ ص ٣٧٤.

السبب الثالث: الفعل الضار

ويراد به كل فعل حسي ترتب عليه ضرر سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة، أو ترتب عليه بطريق التسبب، ويكون بطريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر كان يعتمد إنسان إلى إناء لغيره فيكسره، ويكون بطريق التسبب إذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى إليه دون أن يمنع نسبة الضرر إليه كما إذا حفر إنسان حفرة في طريق عام سار فيه حيوان فتردى في تلك الحفرة فتلف. فإن تردى الحيوان فعل له توسط بين الحفر والضرر، وهو تلف الحيوان ولا يمنع نسبة الضرر إلى الحفر؛ إذا لم يزل الحفر مع ذلك فيما يرى الناس هو الفعل الضار الذي ترتب عليه تلف الحيوان، فأى فعل هذا وضعه يترتب عليه شرعا تضمين فاعله ويكون هو السبب في التضمين.

أما إذا لم يكن الفعل حسيا بأن كان فعلا نفسيا كالكف يتسبب عنه تلف مال آخر فلا ضمان بسببه، فإذا رأى إنسان مالا لآخر معرضا للتلف بنار مثلا وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فتلف فلا ضمان عليه لعدم المباشر، ذلك لأن المباشرة إنما تتحقق إذا كان هناك اتصال بين الفعل الضار ومحل الضرر كما في اتصال آلة الإتلاف بالمال المتلف. وذلك إنما يتصور في الفعل الحسي. بل ولا ضمان عليه أيضا، لعدم التسبب، لأن التسبب إنما يتحقق إذا كان التلف نتيجة فعل أدى إليه فعل سابق عليه هيا له وجوده وترتب الضرر عليه مع بقاء نسبه إليه. والكف هنا لم يؤد إلى فعل كان من نتيجته التلف، وإنما كان التلف نتيجة أمر لا صلة له بالكف، وهو وجود النار واقترابها منه. على أنه إذا عد هذا من قبيل التسبب - على توسع في معناه، وإن حدوث الضرر كان نتيجة لاقتراب النار وللإمتناع عن الإنقاذ جميعا، وإن الامتناع عن الإنقاذ يعد لذلك سببا في الضرر - فإن الشرط في اقتضائه الضمان كما سيأتي بيانه أن يكون اعتداء ولا اعتداء في الامتناع، إذ لا يؤاخذ الإنسان على ما استمكن في باطنه من كف وإرادة.

وذهب المالكية وأهل الظاهر إلى تضمينه في هذه الحال بناء على أنه قد ترك واجبا عليه هو المحافظة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك. ومن ترك واجبا فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن، كمن مر على لقطعة فتركها ولم يلتقطها وهو عالم أنها معرضة للتلف، ثم تلفت فإنه يضمنها؛ إذ قد تسبب عن تركه هذا الواجب تلفها، وهي مال فيضمن قيمتها. كما في «الخلاصة، والمحيط، والاختيار»، وقيل: لا ضمان على الملتقط في هذه الحال؛ لأن الترك في هذه الحال ليس تضييعا بل امتناعا عن حفظ غير

واجب. وعليه فمرد الخلاف في ذلك إلى الخلاف في وجوب الحفظ، وقد جزم في «البحر» بأن القول بوجوده شاذ، ولكن لو أخذها ثم تركها فتلفت ضمن؛ لأن التلف تسبب عن فعل حسي هو تركها. وقيل: لا يضمن أيضا في هذه الحال؛ لأن التلف ليس بفعله بل بفعل أخذها بعد ذلك، ومن ذلك ما لو رأى إنسان مالا قد سقط من شخص في الطريق فتركه ولم يخبر به صاحبه، فقد قيل: إنه يضمن إذا ضاع على صاحبه، وفي البحر: إذا رأى حماره يأكل مال غيره فتركه ولم يمنعه ضمن؛ لأن فعل حماره ينسب إليه عادة. وهذا إذا كان مالك المال المعرض للتلف غير حاضر، أما عند حضوره فلا وجوب على من شاهد ذلك؛ لأن حفظ المال حينئذ على مالكة.

وإنما يكون الفعل الحسي سببا لضمان الضرر المترتب عليه إذا كان متصلا بمحل الضرر وكان صادرا ممن له ذمة، فإذا لم يكن متصلا به فلا ضمان، وعلى ذلك لا يضمن من حبس عن الدواب مالكة فآدى ذلك الحبس إلى هلاكها أو ضياعها؛ لعدم وجود من يطعمها أو من يرعاها ويحفظها؛ لأن الحبس وإن كان فعلا حسيا إلا أنه لا يتصل بالدواب، وإنما هو فعل في مالكة، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومنهم الحنفية كما في البحر.

ومن فقهاء الحنابلة من فرق بين حبس بحق فلم يرتب عليه ضمانا، وحبس بغير حق فرتب عليه الضمان، وكان هذا الفريق لم يشترط هذا الشرط، وهو أن يكون الفعل متصلا بمحل الضرر.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن من أزال يد إنسان عن عبيد أو حيوان أو طير فتسبب عن ذلك ضياعه ضمن إذا كان مما يذهب عادة بزوال اليد، وكذلك إزالة أيدي الحفظة على المال حتى أخذه الناس، أو أتلفه الدواب وقرار الضمان على الآخذ دون المسبب، ومن هؤلاء فريق من الحنابلة.

ومن حبس شاة عن ولدها فآدى ذلك إلى تلفه لفقده لبن أمه وليس له قوت سواء فعليه ضمانه عند الشافعية والحنابلة؛ بسبب منع الطعام عنه، وهو فعل يتصل به كمن يحبس شاة مدة منع الطعام عنها فيها حتى نفقت فإنه يضمن قيمتها - وكمن حبس إنسانا يباشر عملا فمنعه عن عمله حتى ترتب على ذلك فساد المال محل العمل فإنه يضمن المال، ذهب إلى ذلك الحنابلة^(١).

(١) راجع مطالب أولى النهي ج ٤ ص ٧٣ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٢.

والفعل الضار بوصفه هذا ليس بالفعل المشروع؛ لأن الله سبحانه وتعالى إنما شرع لعباده ما فيه نفعهم وصلاحتهم وهدايتهم إلى فلاحهم وسعادتهم كما يدل على ذلك قوله تعالى في وصف رسول الله ﷺ وما جاءهم به من شرع ورحمة: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ (١٠٧)﴾ [الأنبياء] وقوله: ﴿وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ فَسَأَكْتَبُهَا لِلَّذِينَ يَتَّقُونَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَالَّذِينَ هُمْ بِآيَاتِنَا يُؤْمِنُونَ (١٥٦)﴾ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ ... (١٥٧)﴾ [الأعراف]. وكما يدل عليه قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار». وعلى هذا لا يكون الضرر مشروعاً، ولا ما يسببه من الأفعال مشروعاً، ولا الفعل الضار مشروعاً؛ ومن ثم لا يكون حقاً لفاعله يأتيه دون معارضة وممانعة، وإنما يأتيه اعتداء حين يفعله إذا كان مكلفاً؛ لأنه أمر محظور منهي عنه وفعل المحظور إذ أتاه المكلف عد اعتداء، ولهذا كان جواز الفعل شرعاً وثبوته حقاً لفاعله يمنع من تضمينه بسببه مادام لم يسء في استعماله، وسيأتي لذلك زيادة بيان.

ومن هذا يتبين أن غاية الشريعة الإسلامية وهدفها المصلحة العامة، فكل أمر فيه مصلحة عامة مطلوب لها، وكل أمر تزيد منافعه على مضاره مطلوب لها، وكل أمر تقل منافعه عن مضاره ممنوع فيها؛ ولذا قال ابن القيم: إذا تأملت شرائع الله وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو الراجعة، وإن تراحمت قدم أهمها وأجلها وإن فات أدناها، كما لا تخرج عن درء المفسد الخالصة والراجعة بقدر الإمكان وإن تراحمت عطل أعظمها فساداً بتحمل أدناها، وعلى هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه ورتب حقوق عباده.

ذلك هو وضع الفعل الضار باعتباره سبباً للتضمين في الشريعة، فهو فعل محظور جعله الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف، ولا يخرج عن هذه السببية إلا يوصف فاعله بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه كفقده أهلية التكليف؛ لأن سببته ترتب بذاته وبآثاره لا يقصد فاعله وإدراكه؛ ولذا يترتب عليه أثره إذا صدر من نائم، أو مجنون أو طفل؛ لأن الأمر في اقتضائه التضمين مبني على المعاوضة، وجبر الفاقد حتى لا يظلم أحد في ماله؛ ولهذا قال الفقهاء: إن العمد والخطأ في الأموال سواء، ويريدون بالخطأ هنا وقوع الشيء على خلاف الإرادة، وهو ما يدل عليه هذا

اللفظ في قوله ﷺ: «رفع عن أمي الخطأ والنسيان»، أى إثمهما، وذلك خلاف ما يدل عليه الخطأ في تعبير رجال القانون حين جعلوا الخطأ ركنا من أركان المسئولية التقصيرية، وحين عبر به في المادة ١٦٣ من القانون المدني، إذ جاء فيها كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض؛ إذ يراد به التعدى الذى يقع من الشخص فى تصرفه بمجاوزة الحدود التى يجب عليه التزامها فى سلوكه شرعا وقانونا، وهو انحراف فى السلوك يتحقق بالإضرار بالغير عن عمد أو عن إهمال وتقصير إلى درجة أدت إلى ضرر الغير. وعلى هذا كان الخطأ فى تعبيرهم بمعنى الذنب والإثم ومنه قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا أَبَانَا اسْتَغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا إِنَّا كُنَّا خَاطِئِينَ﴾ (٩٧) [يوسف] وكان الخطأ فى استعمالهم إياه دالا على ما يدل عليه لفظ اعتداء فى تعبير الشرعيين وكان وجوب الضمان منوطا عندهم بالخطأ بمعنى الاعتداء والمخالفة، فلا ضمان عندهم على فاقد الأهلية، وذلك خلاف ما ذهب إليه الفقهاء من إنسطة التضمن بالضرر المترتب على فعل محظور فى ذاته وإن صدر من عديم الأهلية. كالتائم حال نومه والمجنون والطفل الذى لا يميز.

وخلاصة القول فى ذلك أن الفعل إذا كان مؤديا إلى الضرر فى ذاته استوجب ضمان ما رتب عليه من تلف؛ لأنه حينئذ يكون فعلا محظورا بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله؛ فإن كان فاعله عديم الأهلية لم يؤثر ذلك فى أنه فعلٌ ترتب عليه ضرر بالغير أوجب الشارع رفعه لحديث «لا ضرر ولا ضرار» وذلك يوجب رفع الضرر مطلقا سواء أحدث من مكلف أو من غير مكلف ولا سبيل إلى رفعه فى هذه الحال إلا بإيجاب فى ماله دون التمسك إلى عارض، وإنما عرض لنفس الفاعل ذهبته معه أهليته، ولم يذهب بما ترتب على فعله من ضرر، ولكن إذا ما صدر الفعل الضار ممن لا ذمة له لم يترتب عليه ضمان حينئذ؛ لأنه ليس أهلا لأن يملك مالا حتى يجب فيه ما يرتفع به الضرر وهو الضمان.

وعلى ذلك كان فعل العجماء جبارا؛ أى هدرا، وبذلك جاء الحديث «فعل العجماء جبار» أى لا ضمان على مالكها فيما يتلف بفعلها إذا لم يكن منه إهمال وتقصير فى رعايتها وحفظها.

وسياتى بيان ذلك وتفصيل القول فيه.



الضرر

المراد بالضرر كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر.

وذلك الضرر هو أحد نوعي الضرر المادي، وينتج بالضرر المالى.

أما الضرر المادى الآخر فهو ما يصيب الإنسان فى جسم من جراح يترتب عليها تشويه فيه أو عجز عن العمل أو ضعف فى كسبه ونحو ذلك. وقد بينا أن هذا النوع الأخير من الضرر يستوجب الأرش، وهو إما مقدر من الشارع وإما متروك لحكومة العدل - كما بينا فيما سبق أن هذا النوع لا يستوجب تعويضا وإنما يجب فيه الأرش بحكم الشارع كعقوبة زاجرة لا تختلف باختلاف المعتدى عليه. وذلك من ناحية أنه اعتداء على سلامة الإنسان، وهى حق له لا يختلف باختلاف الأشخاص؛ ومن ثم لا ينظر فيه إلى ما قد يكون له من آثار مالية تتعلق بالعمل والكسب والسعى؛ لأنها آثار متوقعة غير موجودة بالفعل وقواعد الشريعة تأبى التعويض إلا عن الضرر المائل الواقع فعلا الذى يمكن تقويمه بالمال، أما المتوقع فلا تعويض فيه؛ لأنه معدوم وقت حدوث الأذى بالجسم، ولا قيمة للمعدوم، فلا يصح مقابله بالمال.

ونتيجة ذلك أن التعويض فى الفقه الإسلامى لا يكون إلا عن ضرر مالى واقع فعلا؛ لأنه السبب فى التعويض والمسبب لا يتقدم سببه وإلا لم يكن سببا له، ولكن إذا وقع الضرر فعلا وجب التعويض، لأن السبب يفضى إلى مسببه دائما، ولهذا إذا لم يترتب على الفعل ضرر لم يجب به ضمان، وقد جاء فى مجمع الضمانات: إذا ذبح رجل شاة لآخر لا ترجى حياتها لم يضمن قيمتها سواء أكان أجنبيا أم راعيا لها استحسانا، إذ إنه بعمله أفاد مالكها ولم يضره، فإنه بعمله هذا لم يفوت عليه لحمها على حين يفوت عليه لو أنه تركها فتلفت بدون ذبح، ولكن إذا كان مكان الشاة فرس مثلا فإنه يضمن قيمتها وقت ذبحها؛ لإتلافه مالا وقت الاعتداء، وهو ضرر كان من المحتمل ألا يكون^(١). وذلك بغيرها. وكذلك إذا كسر شخص جوزا لآخر فتبين فساده بظهور ما بداخله لم يضمن لعدم الضرر، وإذا ذبح شخص لآخر شاة عينها للتضحية وكان ذلك وقت التضحية لم يضمن، لعدم الضرر، وفى مجمع الضمانات: إذ شهد شاهدان ببيع شيء بمثل قيمته، أو بأكثر ثم رجعا لم يضمنا وإن كان بأقل من قيمته

(١) مجمع الضمانات ص ٣٠٨، ٣٦٠ فى ١٤٧ والقواعد لابن رجب ص ٢٢٢.

ضمننا التقصان؛ وذلك لعدم ضرر البائع في الحال الأولى لعدم حصول نقص في ماله وضرره في الحالة الثانية.

ولذا ذهب الحنابلة إلى أن من بنى مسجداً في طريق عام واسع ولم يترتب على بنائه ضرر بالمارة فلا ضمان عليه ولو كان بناؤه بغير إذن الإمام، وكذلك لو بنى جسراً على نهر، أو فعل ما فيه نفع عام كما لو فرش بساطاً في مسجد فتلف به متاع بسبب عثار صاحبه به، أو علق به قنديلاً، فسقط فأتلف متاعاً ولم يكن من خدمة المسجد. وذهب الشافعية إلى أن من غصب عصيراً فغلاه فنقصت كميته ولم تنقص قيمته لا ضمان عليه، لأن نقصه بتسخر بعض مائه والماء لا قيمة له وهكذا يرى في نهاية المحتاج^(١) ما يدل على ذلك، وفي الخرشى^(٢): إذا غير المصنوع فلم يترتب على تغييره نقص قيمته بأن ظلت كما هي أو زادت فلا تبعة على الغاصب بخلاف ما إذا ترتب عليه نقص قيمته إذ يضمن قيمة ما نقص.

وعلى الغاصب العقوبة، لإقدامه على محذور، وهكذا يرى من الفروع ما يؤيد إناطة التعويض بالضرر، فإذا انتفى الضرر لم يجب تعويض.

ولا يكون الضرر المالي الموجب للتعويض إلا في مال مستقوم، أي مملوك للمضروب^(٣)، ومن أجل ذلك ذهب الحنفية إلى أن إتلاف خمر أو ذبح خنزير لمسلم لا

(١) ج ٥ ص ١٧٧.

(٢) ج ٦ ص ١٦٦.

(٣) يعرف الحنفية المال بأنه ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، ويرى الشافعية أن اسم المال لا يطلق إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم بها متلفه وإن قلت، ويرى المالكية أنه ما يملك فيستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه (راجع فتح القدير من كتاب البيع، والأشياء والنظائر للسيوطي، والموافقات للشاطبي ج ٢، ص ٥، ٨ وما بعدهما).

وعلى ذلك لا تكون المنافع مالا عند الحنفية إذ ليست مادة يمكن ادخارها وتمولها؛ لأنها أعراض ليس لها بقاء، ومالية الشيء إنما تثبت بالتمول كما يقول السرخسي، والتمول هو اتخاذ الشيء مالا وصيانته بادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، إذ إنها حين توجد تتلاشى وتعدم فلا يتصور فيها الادخار والتمول (المبسوط ج ١١ ص ٧٩).

وقد اتبنى على ذلك عدم ضمان المنافع بالإتلاف عند الحنفية؛ لأنها ليست ذات قيمة في نفسها وإنما ورد تقويمها في الشرع بعقد الإجارة للحاجة (تبيين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ٢٣٤).

وذهب الشافعية والحنابلة والمالكية إلى أنها أموال متقومة في ذاتها لتقومها في معاملات الناس واختصاص حائز مصادرها بها، ولا يطلب ملك الأموال إلا لتملكها والانتفاع بها وعلى أساسها تقدر قيم الأعيان، وقد سوغ الشارع ابتغاء الأزواج بها ولا تبغى إلا بالمال لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ...﴾ (النساء) [معاملات الناس ومصالحهم تقتضى تقويمها (وانظر في ذلك قواعد الأحكام للعزيز بن عبد السلام ج ١ ص ١٧١ وما بعدها والمغنى ص ٤٨٣؛ والمبسوط ج ١١ ص ٧٨) =

يستوجب تعويضا، لأنهما ليسا بمال متقوم عندهم بالنسبة إليه، سواء أأنفها مسلم أم ذمی، أما إذا كانا لذمی فإن على متلفهما الضمان مسلما، أم ذميا؛ لأنهما مال متقوم بالنسبة إليه، كما ذكر القدری في مختصره^(١).

وذهب الشافعی، وأحمد إلى أنه لا ضمان في شيء من ذلك؛ لأنهما ليسا بمال متقوم عندهما في حق كل من المسلم والذمی، ويرى اللخمي من المالكية أن من غصب خمرًا فتخللت فلربها أخذ الخل الذي آلت إليه^(٢).

= وجملة القول في ذلك أن الخفية يرون أن المنافع ليست بأموال؛ ولذا لا تضمن بإتلاف ولا بتفويت ويراهم غيرهم مالا يضمن بالإتلاف وبالتفويت، والمراد ما للأشياء من فوائد عرضية تكسب بالاستعمال فتوجد معه وتنتهي بانتهائه، ومن أجل ذلك كان معيارها الزمن وكانت أعراضا وجودها بوجوده وانتهائها بانتهاه، غير أن الخفية قد استثرا من هذا الأصل منافع الأعيان الموقوفة والأعيان المملوكة لیتيم والأعيان المعدة للاستغلال فذهبوا إلى تقويمها وضمانها بالإتلاف، استجابة لداعي المصلحة وحرصا على أموال من لا قدرة لهم على حفظ أموالهم وصيانتها - أما ما يستفاد من الأعيان سوى ذلك من الثمرات والولد والبن ونحو ذلك مما له مادة فلا يعد من المنافع، ولا خلاف في ماليتها لقبولها الأذخار لوقت الحاجة مع تحملها والتعامل فيها.

(١) جاء في (الزيلي ج ٥ ص ٢٣٥): إذا أنف المسلم خمرًا لذمی وجب عليه قيمتها وإن كانت مثلية لأنه لا يستطيع أداء المثل إلا بعد تملكه، وهو لا يستطيع تملكه لنهي الشارع عن ذلك، أما إذا أنفها ذمی فالواجب عليه مثلها لقدرة عليه ولا يصار إلى القيمة إلا عند المعجز عنه. ولو أسلم الذمی بعد أن قضى له بمثلها على ذمی فلا شيء له؛ لأن الخمر في حقه حيثذ غير متقومة فكان إسلامه في حكم إبراء منه للمتلف.

ولو أسلم الذمی المتلف سواء وحده أو أسلم الذمی مالکها بعده فكذلك لا يجب مالکها شيء عند أبي يوسف، وهو رواية عن أبي حنيفة، وقال محمد: تجب عليه القيمة، لأن الإسلام قد طرأ بعد تقرر سبب الوجوب: وهو الإتلاف وثبوت القيمة في الذمة وهو لا يمنع من ذلك لوجوبها على المسلم إذا أنف لذمی خمرًا، ولأبي يوسف أن إيفاء الواجب ابتداء، وهو الخمر بعد الإسلام متعذر بسبب إسلامه، وإذا تعذر إيفاء أصل الواجب لم يجب، وإذا لم يجب لم تجب قيمتها لأنها إن وجبت وقلنا أن وجوبها باعتبار أصل السبب لم يقبل ذلك؛ لأن السبب ما أوجب قيمة وإنما أوجب خمرًا وهو المثل. وأن قلنا وجبت باعتبار أنها بدل عن الخمر الثابتة في الذمة لم يقبل أيضا، لأن من شرط البداية تملك ما في ذمة المتلف وهي الخمر التي وجبت مثلا، والذمی لا يقدر على تملك من السلم المتلف، كما إن المسلم لا يقدر أن يملكها حتى يملكها، وإنما ألزم المسلم عند إتلافه خمر الذمی بقيمتها لأن إيجاب ذلك عليه بسبب الغصب والاستهلاك باعتبار ذلك جنائية أوجبت ضمانا من غير اعتباره سببا موجبا للملك في المحل إذ للمحل خمر والمسلم لا يملكه.

أقول: وعلى ذلك يكون ضمان جنائية لا ضمان تصويض ويلزم أن الاعتداء على الأموال بإتلافها قد يستوجب الجزاء إذا لم يمكن تأسيسه عند التعويض والجبر على المبادلة كما في الاعتداء على النفس وأطرافها غير أن تقديره عندئذ يرجع فيه إلى مقدار الضرر المالى فيه، نظرا إلى ما فيه من المالية، وإذا صح هذا، فما الذى يمنع من تأسيس جميع أحوال التعويض على هذا النظر، وبذلك تنفى فكرة التملك بالتضمن.

وقالوا: إذا غصب ذمی خمرًا من مسلم فتخلل عنده من غير صنعه ثم هلك لم يضمه إذ لم يكن منه إتلاف لمال ترتب عليه زواله حتى يضم من لم يكن منه غصب وتعذر يوم غصب، لأنه لم يقصب مالا، وإنما غصب خمرًا من مسلم، وهي ليست مالا في ملك المغصوب منه، وعندئذ لا يضم مثل الاستهلاك.

(٢) راجع تبيين الحقائق والشلبى عليه ج ٥ ص ٢٣٤ والمسألة ترجع إلى ما بين الخفية والشافعية والخابلية من خلاف في أن أهل الذمة مكلفون بفروع الشريعة، أى بأحكامها التي تتعلق بالمعاملة. أم لا، فالخفية يرون

وفي «الشرح الكبير»: من غصب من ذمي خمرًا فتخللت خَيْرُ الذمي بين أخذ مثل الخمر أو أخذ الخل، والذي عليه الفتوى أن له أخذ الخل أو قيمة الخمر يوم الغصب «أى إذا كان المغصوب منه ذميا» ولو كانت لمسلم تعين أخذ الخل. ومن غصب عصيرا فتخمر عنده غرم مثله، أى لتلفه بالتخمر، ولم يفرق بين مسلم وذمي بالنسبة إلى الغاصب، أو المالك وقال المازرى: إذا غصب مسلم من مسلم خمرًا فأراقها فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل ما يجب عليه شرعًا، وهذا ما يدل على عدم ماليتها عند أصحاب هذا الرأي، ولو أمسكها حتى تخللت عنده وجب عليه أن يردّها إلى من غصبها منه، وفي «الشرح الكبير» للدردير: من غصب عصيرا فتخلل خير ربه بين أخذه خلا، أو أخذ مثل العصور، ولم يفرق بين أن يكون لمسلم أو لذمي.

ويؤخذ من هذه النقول أن المالكية يرون أن الخمر متقومة بالنسبة إلى الذمي كما يدل على ذلك عبارة الشرح الكبير للدردير، وغير متقومة بالنسبة إلى المسلم، وعلى ذلك فلا ضمان في إتلافها عليه وذلك ما يدل على قول المازرى^(١).

= أنهم غير مكلفين بناء على عقد الذمة؛ إذ يقتضى عدم التعرض لهم في دينهم ومعصداً لهم، أما المعاملات المالية فخارجة عن ذلك والعقد يقضى بأن لهم فيها مالنا وعليهم ما علينا، وإيجاب ضمان ما أتلف من الأموال خارج عن المعتقدات الدينية فكان الحكم فيها بالنسبة لهم كالحكم لدى المسلمين، هذا وإنما وجب في إتلاف خمر الذمي قيمتها إذا أتلفها عابها مسلم مع أنها مثلية. والواجب في المثلى مثله لأن المسلم غير قادر على تملكها ثم إعطائها للذمي عوضاً عن خمره؛ وذلك لما روى جابر أن النبي ﷺ قال: ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام «متفق عليه» كما ورد أن رسول الله ﷺ حرم بيعها، وأمر بإراقها إذا كانت لمسلم وما يحرم بيعه لا يملك وما يؤمر بإراقتة لا ضمان فيه لعدم تقومه، وكان ذلك هو الحكم بالنسبة للمسلم والذمي على السواء عند الشافعي.

ويرى الحنفية أن الخمر والخنزير كلاهما مال متقوم في حق الذمي بدليل أن عمر رضى الله عنه حين سأل عماله: ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر قالوا نعشر فقال لا تفعلوا، ولكن ولوهم بيعها وخذوا أثمانها. فقد جعلها في حقهم مالا متقومًا يجرى فيه البيع وأمر بأخذ العشر من الثمن. وذكر أبو عبيدة في كتاب «الأموال» أن عمر رضى الله عنه كتب إلى عماله: أن اقتلوا خنازير أهل الذمة واحتسبوا لأصحابها بقيمتها من الجزية وذلك ما يدل على أنها مال متقوم في حقهم أيضاً، والمال المتقوم يضمن بالإتلاف. وفي هذا الأثر الأمر بضمانها بقيمتها والتلف لها مسلم هم عمال عمر، فدل ذلك على تقومها بالنسبة لهم على اختلاف حكم إتلافها لما سبق بيانه، وهذا الذى ذكرناه في حكم إتلاف المسلم ما للذمي من خمر وخنزير هو ما ذكره القدوري واقتصر عليه. وجاء في تبين الحقائق للزيلعي وغيره من كتب الحنفية أن المسلم إذا أتلف لذمي خنزيراً لم يضمن له شيئاً عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف ومحمد، إذ يلزمه القيمة كما تلزمه القيمة في إتلاف خمره، والفرق بين الخمر والخنزير عند أبي حنيفة أن الخنزير قيمى وضمانه وإنما يكون قيمته وقيمته قائمة مقامه، ألا ترى أن المتلف إذا جاء بقيمة ما أتلف بعد الإتلاف أجبر صاحبه على القبول كما إذا جاء بالمتلف نفسه فكان أداه القيمة كأداء الخنزير وتسليمه نفسه والمسلم لا يملك الخنزير ولا تسليمه بخلاف الخمر لأنها مثلية فلا تكون قيمتها وهى مثلية في معناها ولا يكون أداؤها في معنى أداه الخمر نفسه إذ لا يجبر مالك المثلى على أخذ قيمته عند إحضارها بعد تلفه بل ليس على المتلف مثله ولا تؤخذ القيمة إلا بالتراضى (راجع نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٣ وكشاف القناع ج ٢ ص ٣٤٠ وما بعدها).

(١) راجع الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٤٤٨ والأون ج ٥ ص ٢٨٠.

كما لا ضمان عند أحمد في الكلب والسرجين وكل نجس لا يساح الانتفاع به، وكذلك آلات اللهو وأدوات الخمر^(١).

وقد جاء في مجمع الضمانات: إن نزح رجل ماء بئر لآخر حتى ييست وأتى على جميع الماء لم يضمن؛ إذ مالك البئر لا يملك ماءه عند الحنفية، بخلاف ما لو غصب ماء محررا في آنية فإنه يضمنه بمثله؛ لأن الماء في الأواني مال متقوم مملوك بإحرازه لصاحبها^(٢).

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن ماء البئر يعد مملوكا لصاحب البئر بإحرازه فيه، وعلى ذلك يكون حكمه حكم المحرز بالأواني، ذهب إلى ذلك المالكية.

نقص المغصوب وزيادته لدى الغاصب؛

تبين مما سبق أن الضرر الموجب للتعويض هو الضرر المالي المائل في نقص قيمة العين المغصوبة أو المتعدى عليها بفعل صادر من المعتدى، وعليه إذا نقصت قيمة المغصوب بسبب تغير الأسعار لم يكن نقصها بسبب ذلك مضمونا على المعتدى إذا رد العين المغصوبة أو المتعدى عليها إلى مالكها بعد نقص قيمتها بسبب هذا؛ ذلك لأنه قد رد إليه عين حقه كما أخذه لم يحدث فيه حدثا، ونقص قيمته عندئذ ليس له صلة بفعله، وإنما كان أثرا لسبب بعيد عنه هو ضعف رغبات الناس على أنه مما يجب أن يلاحظ أن العين إذا تلفت لدى الغاصب في هذه الحال لزمه ضمانها بقيمتها وقت غصبها لا وقت ردها الذي هو وقت انخفاض قيمتها.

ويرى المالكية أن نقص قيمة العين نتيجة لتغير الأسعار غير مضمون على الغاصب في غصبه العين، ولكنه مضمون على المعتدى عليها في الاعتداء بناء على ما في ذلك النقص من فوات منفعة حدث الاعتداء عليها قصدا بخلاف الغصب؛ لأن الاعتداء فيه على الذات، ولم يمس الذات عندئذ نقص.

وأما إذا نقصت قيمة المغصوب لدى الغاصب بسبب آخر، فإن ذلك النقص يكون مضمونا على المعتدى كما ذكرناه، غير أنه إذا زال ذلك الضرر لدى الغاصب فعادت قيمة المغصوب إلى ما كانت عليه، أو زادت ثم رده بعد ذلك إلى مالكه، فإن ضمانه يزول بذلك إذا كان سبب النقص والزيادة واحدا، كما في الولادة تنقص بها قيمة الشاة

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٣٦٤.

(٢) مجمع الضمانات ص ١٣٨.

المغصوبة ويكون في الولد ما يعوض ذلك النقص، وكما في المرض يزول لدى الغاصب. أما إذا اختلف سبب النقص والزيادة فلا يرتفع الضمان لتقرره باستقرار سببه. ولكن إذا رده قبل عودتها إلى ما كانت عليه لم يرتفع الضمان بعودة القيمة إلى حالها الأول، لاستقرار الضمان بسبب رد المغصوب ناقصا، إذ كان الواجب أن يرده سليما كما أخذه سليما.

وعلى هذا إذا غصب شاة فولدت لدى الغاصب وتسبب عن ولادتها نقص في قيمتها فإن هذا النقص يجبر بما لولدها من قيمة إذا ردها مع ولدها إلى مالكةا عند أبي حنيفة خلافا لزفر والشافعي رحمه الله، وكذلك الحكم إذا جز صوف شاة مغصوبة، ثم عاد صوفها كما كان أو قلع سنا لها ثم نبتت مكانها من أخرى، أو مرضت ثم شفيت لدى الغاصب، أو هزلت ثم سمنت، ففي هذه الأحوال وأمثالها التي يتحد فيها سبب النقص والزيادة إذا ردها إلى مالكةا؛ بعد زوال النقص بناء على تلك الزيادة ارتفع ضمان الغاصب لهذا النقص لانجباره بها عند أبي حنيفة خلافا لزفر والشافعي - ووجه قولهما أن هذه الزيادة ليست إلا مالا مملوكا لمالك الشاة فكيف تعد مع ذلك اعتياضا عن مال له تلف بتعدى الغاصب ولزومه ضمانه - ووجه قول أبي حنيفة أن سبب النقص والزيادة إذا كان واحدا اعتبر النقص كأن لم يكن لحدوثه بسبب زاد به المنقوص فجبر نقصه، فيرتفع الضمان بسبب ذلك، كما إذا شهد شهود على البيع بالقيمة، أو بأكثر منها ثم رجعوا عن شهادتهم بعد القضاء لم يضمنوا للمشهود عليه شيئا، لأنهم أخلفوا عليه بشهادتهم ما نقص من ماله بسببها فلم يتحقق الضرر المالى - وما قيل من أن الزيادة ملك المغصوب منه فكيف ينجر بها ملك له آخر ليس بسليم من ناحية أن هذا ليس من قبيل فوات المال وانجباره في الحقيقة، وإنما هو اعتبار للملك الغاصب في حالتي نقصه وزيادته، وحدة غير مجزأة، ولا منفصلة الأجزاء وإن قيمته في بداية الزمنين ونهايتهما لم تنقص، فلم يتحقق مع هذه الملاحظة ضرر يستوجب التعويض، ومثل ذلك كما إذا غصب إنسان سبيكة من ذهب ثم جزأها قطعا ثم ردها إلى مالكةا فإنه لا ضمان عليه حيث؛ لأن مجموع الأجزاء يساوى السبيكة وزنا وقيمة، ولكن إذا كان سبب الزيادة غير سبب النقص لم يرتفع بالزيادة ضمان الغاصب اتفاقا كما إذا أخذ مقدارا من بر، ثم نقه في ماء ليصنع منه بليلة، ثم وضعه على النار ليصنع منه هذا الطعام. فزادت قيمته بسبب ذلك، فإن ضمانه لما أصاب البر بسبب بله بالماء لا يرتفع بذلك^(١).

(١) تبين الحقائق للزليعي ج ٥ ص ٢٣٢ - ٢٣٣.

وقد جاء في مطالب أولى النهى من كتب الخنابلة: أن من غصب ثوبا قيمته عشرة دراهم فاستعمله استعمالا نقصت به قيمته إلى النصف، أو نقصت قيمته بسبب رخص السعر، ثم ارتفعت قيمة الثوب إلى ما كانت عليه فإن الغاصب يردّه بعد ذلك إلى مالكه مع أرش نقصه لثبوته في ذمته قبل ارتفاع سعره فلا يتغير ذلك بغلاء السعر ولا برخصه. ومؤدى ذلك أنهم يرون تضمين الغاصب قيمة النقص سواء رده بعد زوال النقص، أو قبل زواله بدليل تعليلهم وجوب التضمين باستقرار الضمان في الذمة بحدوثه، وعلى ذلك فلا انجبار للنقص عندهم^(١) بزيادة لم يحدثها الغاصب.

أنواع الضرر وما يترتب عليها:

١ - الضرر قد يتمثل في أذى يصيب الإنسان في جسمه، وفيه ما فرضه الشارع وقدره من جزاء، أو من حكومة عدل على ما بينا سابقا، وهذا إذا كان له أثر بآد في الجسم، أو كان له أثر بدني ثم زال - فليس فيه جزاء مالي يدفع للمضروب إلا أن يكون ما تكلفه من نفقات في علاجه حتى زال - ولكن هذا لا يمنع الحاكم من تعزير المعتدى جزاء على ما اقتضاه من جرم؛ لأن كل اعتداء، أو محذور يستوجب التعزير، إذا لم يشرع له الشارع جزاء، وقد تقتضى المصلحة في كثير من الأحوال إضافة نوع من التعزير إلى ما شرعه الشارع من جزاء إذا رأى الحاكم من ظروف الاعتداء والمعتدى ما يرى معه عدم كفاية الجزاء لردعه وزجره، ويسمى هذا بالضرر الجنائي أو الجسمي.

٢ - وقد يتمثل الأذى فيما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له كما في القذف والسب، وفيما يصيبه من ألم في جسمه، أو في عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثرا، أو من تحقير في مخاطبته، أو امتهان في معاملته، وهذا هو ما يسمى بالضرر الأدبي.

٣ - وقد يتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها كما في التزام امتنع فيه الملتزم عن تنفيذ التزامه كالوديعة يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكتها، والمستعير يمتنع عن تسليم العارية إلى المعير، والمستأجر يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى مؤجرها، ونحو ذلك من كل ما ليس فيه تفويت مال على صاحب العين، ويسمى هذا بالضرر المعنوي.

٤ - وقد يتمثل في تفويت مال على مالكه سواء كان بإتلاف أتى على كل المال، أو على بعضه، أو بتعيب في المال نقصت به قيمته عما كانت عليه قبل التعيب، أو

(١) ج ٤ ص ٥٦.

بتفويت منفعة من منفعه على مالكة - وعلى الجملة يتناول هذا النوع كل ضرر تسبب عن فعل كانت نتيجته تلف المال كله أو نقص قيمته عما كانت عليه .

فأما النوع الأول ففيه الجزء المالى من الشارع، وقد ذكرنا أنه جزء يشبه التعويض من ناحية، ويشبه العقوبة من ناحية أخرى .

وأما النوعان الثانى والثالث فليس فيهما تعويض مالى على ما تقضى به قواعد الفقه الإسلامى، وذلك محل اتفاق بين المذاهب، وأساس ذلك فيهما أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ لرد الحال إلى ما كانت عليه، إزالة للضرر وجبرا للنقص، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال مكافئ له، ليقوم مقامه ويسد مسده، وكأنه لم يضع على صاحب المال الفاقد شيء وليس ذلك بمتحقق فيهما .

وعلى هذا الأساس وجب التعويض ابتداء بالمثل متى أمكن ذلك؛ لأن التعويض به كامل من جميع الوجوه، فإن لم يكن له مثل اعتبرت المساواة فى المالىة . وعلى هذا الأساس أيضا لم تجز الزيادة فى التعويض، ولا النقص فيه عن قيمة المعوض عنه وأجبر صاحب المال على قبوله دون التفات إلى إعراضه متى ثبتت المعادلة والمكافأة بين العوضين . ومن أجل ذلك لم يجز أن يعطى المال فيهما تعويضا؛ لأنه إذا أعطى كان أخذ مال لا فى مقابلة مال، وكان هذا من أكل المال بالباطل، وذلك محظور لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ... ﴾ [النساء] ٢٩ ومن جهة أخرى يرى أن إعطاء المال فى هذا النوع من الضرر لا يرفعه ولا يزيله، فأخذ المال فيه عند جرح الشعور، أو ثلم الشرف لا يعود به كلاهما إلى ما كانا عليه من سلامة، وأخذ المال فى نظير امتناع من تعاقد معه على أن يقوم له بتنفيذ ما التزم به لا نزول به آثار ذلك الامتناع، ويصير به الممتنع قائما منفذا لالتزامه، ومن هذه الناحية يرى أن إعطاء التعويض فيه ليس جبرا، والتعويض إنما يقصد به الجبر، وإذا كان الإضرار بهذا النوع من الضرر جريمة وإثما وأمرا محظورا يتناوله قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»، ومن مصلحة المجتمع وقاية الناس منه، كان الواجب فيه التعزير عليه بما يراه الحاكم وقاية وزجرا، وقواعد الفقه الإسلامى لا تأبى ذلك بل تأمر به إذا ما اقتضته المصلحة العامة .

هذا، وليس يفوتنا فى هذا المقام أن نشير إلى ما كان من خلاف فى بداية الأمر بين رجال التشريع الوضعى فى التعويض عن الضرر الأدبى بالمال؛ فقد ذهب فريق إلى

عدم وجوبه مستندين إلى أن هذا الضرر ليس في مال حتى ينجر بالمال، وإلى أن المثل العليا تأبى أن يساوم الشخص على شرفه وعرضه كما يساوم على أمواله، وبأن تقويمه بالمال لا يستند إلى أساس سليم، وتقديره يختلف باختلاف الأشخاص، ولا يكون إلا تحكما، غير أن هذا الرأي على صحة ما استند إليه وسلامته لم يتح له الانتصار، فقد عدلت عنه المحاكم فيما رأت أنه - على الرغم مما أشير إليه آنفا - يحقق للمضرور نوعا من الترضية وسكون النفس وشفاء الغليل مما يخفف عنه ألم ذلك الضرر، ويضعف أثره، وذلك إزالة لبعضه في الجملة، وهو ما يصح أن يكون مطلوبا إذا ما تعذر الوصول إلى ما هو أفضل منه؛ ولذا كان أساس التقدير به أن يضع القاضى نفسه موضع المضرور، ثم ينظر مع مراعاة ظروف المضرور ومكانته بم ترضى نفسه، وعلى هذا يقدر.

ومما فرع على ما تقدم عدم وجوب الضمان بسبب تفويت فرصة من الفرص كان من المحتمل أن يكون من ورائها كسب مالى، وذلك مثل ضياع فرصة استئناف حكم بسبب تأخر المحامى فى تقديم استئناف عن مواعده، أو ضياع فرصة دخول فى امتحان للترشيح فى وظيفة معينة، أو للحصول على ترقية، إذ ليس فى ذلك ضرر يتمثل فى فقد مال قائم.



الضرر المفترض ونظرية تحمل التبعة:

والشريعة الإسلامية تأبى أن يسأل الإنسان عن ضرر لا يد له فى إحدائه، وذلك ما يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَرْرُ وَأَزْرَةَ وَزَرَ أُخْرَى...﴾ (١٦٤) [الأنعام] وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ...﴾ (٢٨٦) [البقرة]. وعلى ذلك لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه حيوانه إلا إذا كانت نتيجة إثارة منه، أو توجيه أو نتيجة إهمال وتقصير فى حفظه وحراسته حيث يجب ذلك شرعا، أو عرفا كما سيأتى فى مسئولية الإنسان عما يحدثه حيوانه، ولا عن ضرر يحدث من سقوط بناء له إلا إذا كانت نتيجة تقصير فى تحاشي ذلك بأن بناء واهنا، أو أغفل نقضه، أو إصلاحه على الرغم من تنبيهه إلى وهنه وتعرضه للسقوط كما سيأتى تفصيل ذلك، ولا يسأل عما يحدثه أولاده ولا أتباعه من ضرر، إنما يسألون هم عنه فى أموالهم وهكذا.

وجملة القول أن المبدأ العام عدم مساءلة الإنسان عن ضرر يحدثه غيره ولا يد له فيه، ولكن الشريعة الوضعية خالفت هذا المبدأ فذهبت إلى مساءلة الإنسان في حالات من الضرر لا يرى أن له يدا فيها، وذلك كما في مساءلة الإنسان عن أفعال من هم خاضعون لرقابته، أو من هم تبع له، أو عما يحدث من بعض ما يملك أو يقوم عليه، كما في مساءلته عما يحدث من الأشياء التي يملكها أو التي في حراسته، وذلك بناء على افتراض حدوث خطأ منه أو تقصير أديا إلى حدوث هذا الضرر، فكان متسببا في حدوثه، وجعلت من ذلك ما يقبل الإثبات في نفيه وعدم تسبب المسئول فيه، ومنه ما لا يقبل فيه ذلك.

وبناء على ذلك ألزمت الشخص عن الضرر الذي ينشأ عن إهمال من هم تحت رعايته ورقابته، أو من عدم الدقة والانتباه منهم إذا كان القانون قد أوجب عليه تلك الرعاية أو الرقابة بسبب حاجتهم إليها لقصرهم أو ضعف حالتهم العقلية أو الجسمية؛ وذلك بناء على افتراض تقصير في تلك الرعاية والرقابة كما في الضرر يحدث من الأولاد الصغار.

كما ألزمت المتبوع ضمان الضرر الذي يحدث من تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته، أو بسبب تأديتها بناء على افتراض خطئه أيضا في اختياره ذلك التابع، أو بناء على وجوب تحمل تبعة إنابته إياه عنه في عمله واعتبرته خطأ مفترضا لا يقبل إثبات نفيه، وألزمت الحارس للأشياء، أو الآلات التي تتطلب حراستها عناية خاصة بالنسبة إلى صنعتها وظروفها ضمان ما يترتب على إرادتها من ضرر بأحد العاملين عليها، وذلك بناء على افتراض تقصير من الحارس في بذل العناية الخاصة حتى كان من نتيجة ذلك حدوث الضرر وجعلت تسببه في هذا الضرر مما لا يقبل إثبات نفيه - وأسست ذلك على أن كثيرا من الضرورين يعجزون عن إثبات ما يحدث من خطأ أو تقصير أديا إلى ضررهم، وذلك ما أدى إلى حرمانهم من تعويض تقضى لهم به العدالة - وهذا إلى أن انتشار الصناعات بجميع أنواعها وآلاتها البخارية والكهربائية وما تسبب عن ذلك من كثرة الحوادث بالعاملين مع فقرهم وحاجتهم، وثناء العاملين لهم، ووفرة الربح العائد عليهم؛ ثمرة لعملهم وإنهاكهم فيما أدى إلى هذا الربح من جهود مضيئة يدعو إلى تحميل مؤجرهم تعويض ما يتألم من الضرر أثناء قيامهم بالعمل جزاء لما نالهم منه من نفع وغنم، والغرم بالغنم، وكانهم فسروا هذه القاعدة بأن كل ما يجنى منه الإنسان غنما وربحا وكسبا فعليه لقاء ذلك تبعة ما يحدث عنه من ضرر بغيره، ومعنى ذلك فيما رأوا أن ليس للمالك من ثمراته كل ما أثمره بل لا يكون له منها ما يبقى بعد أن يتقصص منها ما يجبر ضررا لحق بغيره بسبب عمله فيه

أو قيامه عليه أو بسبيل قيامه بذلك، في حين أن معنى هذه القاعدة فيما يراه فقهاء الشريعة - على ما يظهر لي - أن غنم الإنسان من مال يستتبع غرامته إذا ما أصاب هذا المال ضرر، وذلك بتحملة ضرره لا إذا ما أصاب غيره من جرائه ضرر.

ولا شك أن هذا المبدأ لا أساس له من العدالة فإن المال وثمراته لصاحبه لا يؤخذ شيء إلا بحقه وأخذه بغير حقه أكل للمال بالباطل، والله يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾ (٢٩) ﴿[النساء]﴾ ويقول: ﴿وَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ (٤) ﴿[النساء]﴾. وليس أخذ المال على هذا الوضع في هذه الحال أخذاً بحق، فإن أخذه - فيما دل عليه الشارع من نصوص - لا سبيل إليه إلا أن يكون في معاوضة أو تبرعاً عن طيب نفس، أو تعويض عن مال أتلّف، وليس في افتراض مخالفة لم تحدث عمل ضار يصلح أساساً للتعويض أو التقويم مما يحقق معنى ما أشار إليه الكتاب العزيز في الآيتين المذكورتين، ومن أجل ذلك لم يكن الإلزام بالتعويض في الحالات المشار إليها مما يتفق مع مبادئ الفقه الإسلامي.

ونظرية تحمل التبعة التي لجأ إليها التشريع الوضعي حين تعرضت نظرية الخطأ المفترض لنقد الناقدين ونقض المعترضين، وعدم وفائها في بعض الحالات بما رامه منها بعض الباحثين لا تقوم أيضاً على أساس من المنطق سليم، ولا تسلم من مخالفتها لما أشرنا إليه من آيات الكتاب الحكيم، ذلك بأنها تقوم على أن المتبوع وقد انتفع بنشاط تابعه فجنى منه الربح الوفير فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط وما قد يجبر إليه من ضرر، والغنم بالغرم، غير أن هذا الربح وقد تولد من مال للمتبوع وعمل قام به التابع وأخذ عليه أجره إنما هو مستحق للمتبوع بما دفعه من أجر بمقتضى عقد استجاره التابع ثمرة للملكة، وثمرات الملك لملكه، وإلزامه بعد ذلك بتعويض ما يحدث عن طريق العمل في ذلك المال من ضرر لا بد له فيه ليس له سبب سليم يؤسس عليه.

شروط وجوب الضمان:

تبين مما سبق أن الضرر المالى لا يوجب ضماناً إلا إذا كان متماثلاً في فقد مال متقوم مملوك، فلا ضمان فيما ليس بمال^(١)، ولا فيما هو مال غير متقوم، وعلى ذلك

(١) روى عن محمد في الجراحات التي تندمل وليس لها أثر تبقى حكومة عدل. وعن أبي يوسف أن الواجب فيها ثمن الدواء وأجرة الطبيب وما يتطلبه اندمالها من نفقات، وعن أبي حنيفة لا شيء فيها كما في ضربة تؤلم دون أن تترك أثراً (مبسوط ج ٢٦ ص ١١) ويظهر أن ليس شيء مما ذهب إليه الصاحبان من قبيل التعويض، وإنما يعد من قبيل التفرير بالمال ووجوب رد الحال إلى ما كانت عليه، وعلى ذلك فلا يعد مثل ذلك نقصاً لاشتراط مالى الضرر.

ذهب الحنفية إلى عدم التضمين في المنافع سواء كان ذلك عند إتلاف مصادرها من الأعيان، أو عند انتقاصها، أو عند تعيينها أو عند فواتها أو تفويتها؛ لأنها ليست بمال عندهم ومن أجل ذلك لم يجوز أن تقابل بالمال، ولم يجوز ضمانها لقيام الضمان على المقابلة والمعاوضة، إذ إن أساس ضمان التالف إحلال مثيله محله؛ جبراً له ورفيعاً ليضرب فقده وذلك ما يدل عليه قوله تعالى في ضمان العدوان: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾ (١٩٤) [البقرة] للنص فيه على مراعاة المماثلة في الجزاء، وليس للمنافع مثل تجبر به عند فواتها لارتباطها بأزمان حدوثها وطرق استيفائها، وهي أمور مختلفة فتختلف باختلافها ثم هي مع ذلك لا يرد عليها الإتلاف، إذ لا يتصور وروده عليها قبل وجودها لعدمها فإن المعدوم لا يعدم، ولا عند وجودها، لأنها لارتباطها بالزمن تنعدم بانعدام لحظاتها، فتعدم حين توجد ويكون عدمها مقارناً لوجودها فلا يتصور فيها إتلاف يصادف لها بقاء، ولذا لا يتصور ورود الإتلاف عليها ولا يتحقق لذلك سبب لضمانها من إتلاف أو وضع يد.

وخالفت في ذلك الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى وجوب التضمين فيها، لأنها في رأيهم مال متقوم يتحقق فيه التعدي المستوجب للتضمين، وذلك بالتعدي على مصادرها، أو بالحيلولة بينها وبين صاحبها ومنعه الانتفاع بها بأي سبب يحول بينه وبين الانتفاع؛ كالاستيلاء على مصادرها ومنعه من أن يقربها أو إخراجها منها أو إبعاده عنها، ألا يرى أنها تقابل بالمال في الإجارة، وتختلف قيمتها باختلاف الأزمان والأعيان والبيئات، فإذا فاتت على صاحبها من غير انتفاع بها، أو استعملت ضمننت لتقومها كالأعيان كما تضمن منفعة الحر بالتفويت؛ وذلك بإجباره على العمل في حين أنه ليس بمال في رأى الحنفية، إنما لم تضمن منفعته بالفوات عند حبسه، لعدم تحقق الاعتداء عليها قصداً فكانت منعدمة. ويرى الحنفية أن تقوم المنافع في عقد الإجارة لا يصلح دليلاً على ماليتها؛ لأن تقومها في عقد الإجارة كان أثراً ونتيجة للعقد الوارد على مصدرها واعتباره حالاً محلها فيه، وكان وجوده وقيامه وجوداً لها فقومت تبعاً لتقوم أصلها؛ للضرورة التي اقتضت ذلك من حاجة الناس إلى انتفاع بعضهم بما لبعضهم الآخرين من أعيان ليس لهم مثلها، وقيام التعامل وتوقف المصالح على ذلك فكان تقومها في هذا التعاقد وأمثاله أمراً اقتضته الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ولم يكن ذلك لماليتها، وتفريعاً على هذا الاختلاف فإن من يستولى على دابة مثلاً مدة من الزمن وحال بينها وبين صاحبها كان ضامناً لأجر مثلها في تلك المدة عند الشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية فلا ضمان عليه عندهم وإن انتفع بها. وغاصب العين إذا أتلفها بعد غصبها بمدة كان ضامناً لقيمتها وأجر مثلها في تلك المدة؛ لأن منافعها في ضمانه عند الشافعية

والحنابلة؛ لأن كلا من العين ومنفعتها مما يضمن عند الانفراد فكذلك يكون الحكم عند الاجتماع على الأصح. وقيل: يضمن أكثر الأمرين قيمة، ولا يضمن عند الحنفية إلا قيمتها فقط سواء انتفع بها في تلك المدة أم لم ينتفع^(١).

وإنما يضمن من منافع المغصوب عند من قال بالتضمن فيها ما يصح استجاره منها، وتضمن بالتفويت استعمالا أو تعطيلا. وإذا نقص المغصوب ضمن قيمة ناقصه مع قيمة منافعه وأجرته بعد النقص؛ أي أجرته ناقصا.

وقد استثنى متأخرو الحنفية من عدم ضمان المنافع ثلاث مسائل ذهبوا فيها إلى الضمان، فأوجبوا على المعتدى فيها أجر المثل، وهي منافع الموقوف للسكنى أو للاستغلال ومنافع ملك اليتيم ومنافع المعد للاستغلال من الأعيان، وهو من بناء صاحبه، أو اشتراه لذلك، أو أجره ثلاث سنوات أو أكثر متوالية، ويشترط في ضمان منافعه أن يكون المستعمل عالما بأنه معد للاستغلال، وألا يكون مشهورا بالغصب، وألا يكون المنتفع به قد انتفع بتأويل ملك كبيت سكنه أحد الشركاء فيه، أو بتأويل عقد كارتفاع المرتهن بالرهن.

ومن المعد للاستغلال ما بناه صاحبه لنفسه، وأعلن بعد ذلك أنه أعده للاستغلال وأخبر الناس بذلك، ففي هذه الأحوال الثلاث تضمن المنافع عند الحنفية استحسانا؛ مراعاة لمصلحة الوقف، ومصلحة اليتيم حتى لا يكون من وراء عدم تضمين المنتفع عند ذلك عمالة على الإضرار بالوقف أو باليتيم؛ نظرا لعدم قدرتهما على حماية حقوقهما. أما في المعد للاستغلال فالمراعى فيه أن إقدام المنتفع على الانتفاع به مع علمه بذلك، ومع إعداده للاستغلال يعتبر في حكم قبوله لاستجاره، كما يعتبر إعداده للاستغلال في حكم إيجاب صادر من مالكة بذلك، وعلى ذلك يشبه الوضع فيه وضع إجارة فاسدة بسبب عدم تعيين الأجرة والمدة فيها، فيجب أجر المثل.

ذلك هو حكم منافع العين إذا تلفت عند الحنفية، أما زوائدها المالية فقد ذهبوا فيها إلى أن المتصلة منها بالعين كالسمن يعتبر جزءا من العين له حكمها، أما المنفصلة كالولد والثمرة فهي ملك للمالك العين، وتعد أمانة لدى صاحب اليد على العين فلا تضمن إلا بالتعدي، أو منعها عن مالكة إذا طالبها^(٢)، ولكن الأكساب^(٣). كالأجرة تكون ملكا لصاحب اليد بسبب ضمانه؛ لحديث: «الخراج بالضمان»؛ ولذا لا تضمن كما لا يضمن بدلها من المنافع.

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦١ وما بعدها. وكشاف القناع ج ٢ ص ٧٤٠ وما بعدها.

(٢) ذهب إلى ذلك أئمتنا الثلاثة أبو حنيفة وصاحبه فلا تعد مغضوبة لعدم تفويت يد المالك فيها إذ لم يكن له يد عليها

فأتت بفعل من غاصب أصلها «زِيلَعِي ج ٢ ص ٢٢٢».

(٣) الأكساب جمع كسب؛ أي الأرباح.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن جميع الزوائد متصلة أو منفصلة تدخل في ضمان صاحب اليد فيضمنها إذا تلفت في يده لتعديه بوضع يده عليها بلا حق.

أما المالكية: فقد اختلفوا اختلافا شديدا في حكم ضمان المنافع إذا تلفت فقالوا إن الغاصب لعين إما أن يكون قد قصد إلى غصب ذاتها وإما أن يكون قد قصد إلى غصب منافعها، بغية الانتفاع دون قصد إلى أخذ ذاتها اغتصابا.

ففي الحال الثانية وهم يخصونها باسم التعدي يكون الغاصب ضامنا لمنافعها بإطلاق لا خلاف في ذلك عندهم سواء أعطل المغصوب، أم انتفع به، أم أكرهه فيلزم بأجر مثله مدة اغتصابه.

وفي الحالة الأولى - ويخصونها باسم الغصب - وهي ما إذا عمد إلى غصب الذات فإن الحكم يختلف باختلاف نوع المصوب، ففي العقار والدور والرباع والأراضي يكون ضامنا لمنفعته إذا استعمل المصوب بزرع أو سكن أو إكراه^(١). وفي الحيوان يكون ضامنا لما لم ينشأ عن استعماله كالولد والثمرة والصف والجبن والزبد، ولا عبرة لما يحتاجه الزبد والجبن من عمل؛ لأن هذه الزوائد تعد كالجزم من المصوب أما ما ينشأ عن استعماله ككراء الدابة وركوبها فلا يضمنها الغاصب بل تكون له، لأنها نتيجة عمله^(٢).

وفي غير ذلك من الأشياء لا ضمان على الغاصب في انتفاعه بالمغصوب، لأن منافعه جيتئذ لا تنشأ إلا باستعماله.

وفيما يلي بيان تفصيلي جامع في ضمان المنافع والزوائد في حال الغصب وإن شئت قلت: ضمان الغلة على أساس أن الغلة تعم المنافع والزوائد في اصطلاح المالكية.

جاء في البداية لابن رشد: إن حكم ضمان الغلة محل اختلاف في المذهب على قولين:

الأول: أن حكمها حكم الشيء المصوب ذاته، ذهب إلى ذلك أشهب فيضمنها الغاصب بقيمتها يوم الغصب على قول، أو بأكثر قيمة بلغتها في المدة بين يوم الغصب ويوم رد الشيء إلى مالكة أو يوم تلفه على قول آخر.

(١) الشرح الكبير للدردير ص ٤٤٥.

(٢) المرجع السابق ص ٤٤٩.

الثاني: أن حكمها ليس كحكم الشيء المغصوب، وقد اختلف أصحاب هذا الرأي اختلافا كبيرا، وحاصل مذهبهم في حكمها أنها ثلاثة أنواع:

(أ) غلة متولدة من أصلها على هيئته وصورته كالولد، وحكمها وجوب الرد مع أصلها، وعلى الغاصب ضمانها عند عدم الرد، غير أنهم قد اختلفوا عند هلاك الأم لدى الغاصب، فقال فريق: يخير المالك بين أخذ الولد وقيمة الأم، فإذا اختار أحدهما لم يكن له الآخر.

(ب) غلة متولدة من أصلها لا على صورته كالثمرة واللبن والصوف والزبد والجن وفيها قولان: أحدهما أنها للغاصب ولا ضمان عليه فيها، والثاني أنها للمالك وفي ضمان الغاصب وهو أرجح القولين، واختاره كثير من فقهاء المالكية، غير أنه إن تلف الشيء المغصوب كان المالك مخيرا بين أخذ القيمة وأخذ الغلة. فإن أخذ القيمة لا يكون له شيء من الغلة، وإن أخذ الغلة لا يكون له شيء من القيمة، وهذا مذهب ابن القاسم؛ إذ لا يجمع بين الغلة وضمن القيمة عنده.

(ج) غلة غير متولدة كالمناقع والأجور وما أشبه ذلك، وفي هذا النوع خمسة أقوال:

- ١ - أنها غير مضمونة على الغاصب بإطلاق، ولا يلزمه رد قيمتها.
- ٢ - أنها مضمونة على الغاصب بإطلاق، ويلزمه رد قيمتها.
- ٣ - أنها مضمونة عليه في حال الكراء فقط، وغير مضمونة عليه في غيرها كما إذا انتفع بالشيء المغصوب أو عطله.
- ٤ - أنها مضمونة عليه في حال الكراء والاستعمال، وغير مضمونة عليه إذا عطل.
- ٥ - التفرقة بين العقار والحيوان، ففي العقار تكون مضمونة على الغاصب إذا استعمله أو أكرأه، وغير مضمونة عليه إذا عطله، وفي الحيوان لا ضمان عليه فيما نشأ عن استعماله ككراء الدابة أو ركوبها، أما ما لم ينشأ عن استعماله فهو في ضمانه.

وهذا كله فيما أغلته العين المغصوبة مع بقائها، أما ما تغله بالتصرف فيها كالربح في الأموال يتجر بها، فهو للغاصب^(١).

(١) بداية المجتهد: ج ص ٢٦٦.

وأرجح الأقوال أن غلة المغصوب ذاتا عقارا كان أو حيوانا، أو غيرهما في جميع أحوالها مضمونة على الغاصب، صرح به المازري، وشهره صاحب المتق وابن الحاجب، وقال ابن عبد السلام. إنه الصحيح عند ابن المولى وغيره من المتأخرين، وهو المشهور عند ابن رشد^(١). وفي هذه الحال حال القصد إلى غضب ذات الشيء إذا فات المغصوب ولزمت القيمة الغاصب كان للمالك قيمة المغصوب التالف وغلته وهو قول مالك وعمامة أصحابه، وجمهور أهل المدينة. وقال ابن القاسم: لا كراء له إذا أخذ قيمة الشيء المغصوب التالف، أما إذا استرد العين المغصوبة، أو تلفت ولم يختر تضمين الغاصب بل ترك، فله الكراء فقط إذ لا يجمع بين الغلة والقيمة ورجحه اللقاني وقال إنه المعتمد^(٢).

ومما تفرع على ما تقدم عدم وجوب الضمان في إتلاف الأموال المباحة، لأنها غير مملوكة ولم يمس أحدا بإتلافها ضرر يترتب عليه ضياع حق يطالب بعوضه، ولكن إذا ترتب على إتلافها ضياع حق وجب الضمان، كما في إتلاف الأموال الموقوفة.

ومما يشترط في وجوب الضمان أن يكون في وجوبه فائدة؛ ولذا لا يجب الضمان على المسلم بإتلاف مال الحربى، ولا على الحربى بإتلاف مال المسلم، ولا على السلطان العادل بإتلاف مال الباغى ولا على الباغى بإتلاف أموال الجماعة لانعدام الولاية.

ويجب الضمان بتناول الغير حال المخصصة مع إباحة تناول عند الحنفية، ولا يجب عند إذن مالكه بإتلافه؛ لتسليطه على إتلافه، ولا يشترط في وجوب الضمان علم المتلف بأنه مال غيره؛ ولذا لو أتلف مالا على أنه له فظهر لغيره وجب عليه الضمان.

هل يلزم في الضرر الموجب للتعويض أن يحدث نتيجة اعتداء؟

جرى التشريع الغربى على أنه يجب في الفعل الذى ينشأ عنه الضرر أن يكون خطأ، ويرى أن الخطأ شرط ضرورى للمسئولية بالتعويض بل هو الأساس الذى تقوم عليه. ويعرف الخطأ فيه بأنه إخلال بواجب سابق صدر عن تمييز وإدراك^(٣)، كما يعرف فيه بأنه تعدد يقع من الشخص فى تصرفه بمجاوزته الحدود التى يجب عليه التزامها فى سلوكه، وهو لذلك انحراف فى سلوك يترتب عليه الإضرار بالغير عن عمد أو إهمال أو تقصير. وعلى ذلك كان الضرر الموجب للتعويض فى هذا الفقه هو الضرر الناشئ عن

(١) الدسوقي: ج ٣ ص ٤٤٩.

(٢) الخرشي: ج ٦ ص ١٨٥ والشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه: ج ٣ ص ٤٤٩.

(٣) دكتور سليمان مرقس المسئولية المدنية ج ١ ص ٦٢.

اعتداء مصحوب بالإدراك والتمييز، وكانت أفعال المجانين والأطفال ومن لا تمييز عندهم موجبة للتعويض في ذلك التشريع - ذلك لأن إخلالهم بالواجب لا يعد إخلالا بواجب من ناحية عدم تكليفهم وخطابهم به لعدم تمييزهم، وبهذا المبدأ أخذ التشريع المصرى الجديد في المادة ١٦٤ فقرة أولى، غير أن في الفقرة الثانية استثنى من ذلك ما إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو كان هناك، ولكن تعذر الحصول على تعويض منه، فإنه يجوز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعى في ذلك مركز الخصوم، فكان ذلك أمرا جوازيا استثنائيا تقديريا.

والفقه الإسلامى لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئا عن اعتداء، ومخالفة محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقا سواء أكان ناشئا عن اعتداء، أم لا، فإذا أتلف صغير لا يعقل أو مجنون مالا لزمهما الضمان في مالهما، وإذا انقلب قائم على مال فأتلفه لزمه الضمان في ماله، لا فرق في ذلك بين ضرر نشأ عن فعل صدر تعديا عن قصد وعمد، وضرر صدر عن فعل من غير قصد التعدي كأن صدر نسيانا، أو صدر من فاعله على ظن أنه يحدثه في ماله أو صدر خطأ منه على ظن أنه مال لمن أمره بذلك الفعل فإذا هو مال لغيره، أو صدر منه ناسيا، أو غافلا، بل قد يكون حدوث الضرر موجبا لتضمين من لم يصدر منه فعل أحدثه كالتلف يحدث في مال تحت يد ضمان بفعل لا يد لصاحب اليد فيه؛ ذلك لأن الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علة وسببا للتضمين فإذا وجدت العلة وجد المعلول. والإلزام في ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف؛ ولذا لزم الضمان من لا إدراك له في ماله وشغلت ذمته به دون أن تشغل ذمته بالأداء، وإنما يجب الأداء في هذه الحال على من له ولاية على المال، وهذا إذ لم يسلط من لا تمييز له على المال، أما إذا سلط عليه من صاحبه فلا ضمان عليه. وعلى ذلك ذهبوا إلى أن من أعطى صغيرا مالا وديعة، أو قرضا أو إعارة فأتلفه لا ضمان عليه؛ لأن إعطاءه إياه يعد تسليطا له عليه فكان بمثابة الأمر له بالإتلاف وعند الأمر به ينتفى الضرر، وبانتفائه ينتفى سبب التعويض، وذلك هو رأى الحنفية والشافعية والحنابلة وجمهور المالكية.

ومن المالكية من ذهب إلى أن الصبي الذى لا يعقل لا ضمان عليه فيما أتلفه من نفس أو مال؛ لعدم تكليفه بتوجيه الخطاب إليه فكان كالعجماء، ومنهم من قال: إتلافه المال هدر، أما الدماء فالدية على العاقلة، ومنهم من قال: عليه الضمان في ماله إذا أتلف مالا، والأرض على عاقلة إذا جنى على النفس، أو أطرافها وبلغت ثلث دية النفس.

وفى «التاج» للمواق: وإن كان الجاني صبيًا لا يعقل فقليل أن ما أصابه هدر كالعجماء^(١)، وفى الخرشي أن الفعل الضار إذا حدث من صغير أو مجنون ففى ضمانه على ما ذهب إليه ابن الحاجب ثلاثة أقوال، وفى تحديد سنه إذا كان صغيراً خلاف - والمذهب الضمان، وأن التمييز لا يحد بسن، وأنه يضمن إذا فهم الخطاب فإذا أعلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه^(٢)، وقد ضعف هذا القول وأفتى بالقول الأول لأن أساس الضمان هو الجبر لا الجزاء والعقوبة، وأريد بالجبر رفع الضرر، لعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ولا شك أن فى إتلاف من لا تمييز له مالا لآخر إضراراً به يجب رفعه ولا سبيل إلى رفعه إلا بإحلال مال مكافئ له محله بدلا عنه. وليس ذلك إلا بأخذه من مال من تسبب فيه، حتى تكون تبعة فعله عليه لا على غيره؛ ولهذا لم يفرقوا فى هذا بين الخاطئ والعماد، والجاد واللاعب، والعاقل والمجنون، والبالغ والصبي، ويقولون لو رمى إنسان مال إنسان خطأ فأتلفه؛ بأن صوب إلى شاة على ظن أنها صيد أو صوب إلى نمزال مباح فأصاب بقرة مملوكة؛ أو أكل مالا على ظن أنه ماله وجب عليه الضمان؛ لأنه جزء فعل فيعتمد عصمة المحل، والخطأ لا ينافى عصمة المحل؛ ألا ترى أنه لو أتلف جماعة مال إنسان وجب عليهم الضمان بالاشتراك فيما بينهم كما لو كان المتلف واحداً، ولو كان الضمان جزء فعل لوجب على كل منهم ضمان كامل كما فى الاعتداء على صيد الحرم^(٣).

مثل من الفعل الضار

يراد بالفعل الضار الموجب للضمان كل فعل ترتب عليه تلف مال، أو فسد منفعة من منافعه سواء أكان التلّف هلاكاً للمال كله كهلاك عين من الأعيان جميعها بحيث لا تبقى لها قيمة بعد تلفها كما فى إحراق ثوب، أم هلاكاً لعضه كما فى إتلاف جزء من عين كثوب أتلف بعضه، أم كان تعيباً ذهب بجميع منافعها أو بمعظمها، أو بما هو دون ذلك كما فى قطع ثوب على وضع لا يصلح معه لما كان يطلب منه أو يصلح لبعضه، أم كان تغييراً ذهب بكل منافعها، أو ببعضها كما فى تحويل القماش ورقاً وطحن البر وخبز الدقيق، وفى حكم ذلك تعيب العين فى محل مجهول أو لا يتيسر الوصول إليه -

(١) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣١٩ والتاج ج ٥ ص ٢٧٤.

(٢) الخرشي ج ٦ ص ١٥١.

(٣) الدر المختار وابن عابدين ج ٥ ص ١٤٠ وفتح الوهاب شرح المنهج بهامش البحر ج ٢ ص ٢٩٠.

فكل فعل أدى إلى ذلك يعد فعلا ضارا غير أنه إذا تسبب عنه الضرر فكان السبب فيه، وأدى إليه مباشرة دون توسط فعل آخر بينه وبينه استوجب تضمين فاعله بلا خلاف بين أرباب المذاهب، وإن أدى إلى ذلك مع توسط فعل آخر بينه وبين الضرر وكان سببا في حدوث الضرر بحيث كان طريقا إليه كان إيجابه لضمأن فاعله محل خلاف بين الفقهاء مرده كما سيأتى إلى اختلافهم في نسبة الضرر إليه، أو عدم نسبته إليه ونسبته إلى الفعل الفاصل على ما سيأتى بيانه. وهذا هو الضابط العام في الفعل الضار الموجب للضمان باتفاق الفقهاء، أو على اختلاف بينهم فيه.

غير أنه قد يرى أن من الفروع ما يدل الحكم فيه على أنه لا يشترط في الفعل الضار الموجب للتضمين أن يكون في المحل المطلوب ضمانه؛ أى في المال التالف، ففي «الشلبى» على تبين الحقائق نقلا عن «فتاوى قاضيخان»: لو غصب عجلا فاستهلكه وتسبب عن ذلك ييس لبن أمه قال أبو بكر البلخى: يضمن قيمة العجل ونقصان الأم وأن لم يفعل في الأم شيئا، ولكن جاء في كثير من كتب الحنفية من حبس مالك حيوان عنه حتى هلك أو ضاع فلا ضمان عليه؛ إذ لا فعل له في التالف ولم تكن له يد عليه، كما لو غصب دابة فتبعها ولدها فتلف بسبب ذلك فلا ضمان عليه لقيمة الولد لعدم فعله فيه، والفرع الأول يدل على عدم اشتراط اتصال الفعل الضار بالمال التالف، والفروع الأخرى تدل على هذا الاشتراط، وفي رأى أن ذلك ظاهر المذهب خلافا لما رآه أبو بكر^(١).

ويلاحظ أنه إذا ترتب على الفعل تلف المال جميعه أو ذهاب منافعه أو معظمها أو أهم ما يطلب لأجله منها ألزم من أحدثه بمثله إن كان مثليا^(٢)، وبقيته إن كان قيميا وفي حكم ذلك تغييب العين - وإذا ترتب عليه تلف بعض المال أو ذهاب بعض منافعه مع بقاء بعضها مما يطلب منه عادة، أو تعييبه تعييبا جزئيا ألزم من أحدثه بقيمة ما تلف أو نقص أو تعيب منه، وذلك عبارة عن الفرق بين قيمة المال قبل حدوث الضرر وقيمه بعد حدوثه - وعلى ذلك فالتضمين الواجب بالفعل الضار قد يكون بقيمة المال محل الضرر جميعها وقد يكون بمثله، وقد يكون ببعض القيمة، وهو في المال المثلى بالمثل وفي القيمي بالقيمة.

(١) ج ٥ ص ٢٢٢.

(٢) المثلى ما تماثلت آحاده أو أجزاءه تماثلا أدى إلى تقديره بالوزن أو بالكيل أو بالعدد وإلى عدم اختلاف قيم أجزائه وآحاده ووجد في الأسواق، أى كان بحيث يتيسر الحصول عليه عند طلبه، ويشمل كل موزون ومكيل ومعدود تقاربت آحاده وتماثلت - والقيمي ما عدا ذلك من الأموال كالعقار والحيوان والأحجار الكريمة وغيرها.

ما فيه ضمان المال جميعه:

كما يوجب ضمان جميع المال استهلاك المال وإتلافه ويكون ذلك بإخراج المال عن أن يكون متفعا به الانتفاع المطلوب منه عادة^(١)، ومن ذلك التعيب الذي يؤدي إلى زوال جميع منافع المال أو معظمها مع زوال اسمه، وإنما يزول اسم المال عادة بزوال ما يطلب منه من منفعة أساسية كأن يلحق به تغيير يؤدي إلى ذلك أو انتقاص بفقد بعضه يؤدي إليه كما في أخذ إحدى فردتي حذاء، أو إتلافها حيث لا يبقى للثانية الانتفاع المطلوب منها، وكذلك خلط المال بمال لملك آخر ولو من جنس آخر كخلط زيت زيتون بالمالين، أو كان شاقا، أو بمال مملوك لملك المال إذا كان من جنس آخر كخلط زيت زيتون بزيت سمسم؛ لأن الخلط يؤدي إلى عدم الانتفاع بالمال المخلوط إلا إذا كان بمال من جنسه وهما لملك واحد فلا يمنع حيثئذ من الانتفاع، ومن الموجب لضمان المال أيضا جحد الوديعة إذا كانت ثابتة فيضمنها كلها، فكل هذه الأفعال ونحوها مما يؤدي إلى ما ذكرنا من الضرر - يوجب ضمان فاعله إذا أدى إليه بطريق مباشر، وذلك عندما يتسبب عنه الضرر.

وسواء في وجوب التضمنين أن تحدث هذه الأسباب في مال غير مملوك لمن أحدثها، أو في مال مملوك له إذا ما تعلق به حق لغيره تأثر بالضرر المرتب عليها، فالراهن إذا أقدم على إتلاف الرهن عند المرتهن، أو على ما ينقص من قيمته لزمه ضمان الرهن أو نقضه؛ ليكون رهنا محل ما فقد حتى لا يضار المرتهن بتقص ما ارتهنه وثيقة لدينه. وعلى هذا الأساس أوجب الحنابلة ضمان الأضحية إذا أتلفها صاحبها، وذلك لما في تلفها من الإضرار بحق الفقراء^(٢) وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وذلك يستوجب مساءلة الإنسان عما يحدثه من الضرر لغيره وإلزامه برفعه، وذلك بالتعويض؛ ولذا كان التعويض حقا لمن أصابه الضرر لا يطالب به سواه، وله إسقاطه والمصالحة عليه، ويراعى في تقديره مقدار الضرر المعروض عنه.

وبناء على ما ذكر تجب قيمة الحيوان بذبحه إذا كان مما لا يؤكل لتحقق الضرر، أما إذا كان مما يؤكل ورضى الملك بأخذ لحمه كان له ضمان النقصان، وإلا كان له قيمة الحيوان؛ لذهاب أهم الأغراض التي تطلب منه حال حياته.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦٥.

(٢) القواعد لابن رجب: ص ٣١٢.

ما فيه ضمان بعض المال؛

أما إذا أدى فعل من هذه الأفعال إلى نقص منافع المال، أو نقص في مادته، أو نقص في صفاته، وترتب على ذلك نقص قيمته فإن من أحدث هذا الفعل يلزم بضمان ما نقص من القيمة؛ بسبب هذا الفعل وطريق معرفته هو تقويم المال الذي حدث فيه الفعل الضار قبل حدوثه، وتقويمه بعد حدوثه، وما يوجد من فرق بين القيمتين يلزم به من أحدث الفعل، فإذا لم يوجد فرق بين القيمتين كان الضرر غير معتبر، وكذلك إذا كان الفرق تافها لا يأبه له الناس عادة إذ جرت عادة الناس بالتسامح فيه.

هذا، وقد يكون من أثر التغيير في المال زوال منفعه أو بعضها وحدث منافع أخرى ترفع من قيمته وقد تزيد قيمته بسبب ذلك عما كان له من قيمة قبل التغيير، ومثل هذا لا يعد ضررا عادة بصاحب المال، ولا يترتب عليه بناء على ذلك إلزام بتعويض منوط دائما بإحداث الضرر المؤدى إلى نقص القيمة.

في المباشرة والتسبب

تبين مما سبق ذكره أن مناط وجوب التضمن هو تحقق الضرر المالى بالضرورة؛ نتيجة لتلف ماله أو نقصه أو نقص قيمته أو بعضه أو لزوال الانتفاع الذى كان يطلب منه عادة على وجه تنقص به قيمته. وهذا الضرر قد يحدث عادة نتيجة مباشرة لما باشره المعتدى من فعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر، يتسبب عنه الضرر، وهذا ما يسمى بالضرر المباشر، ولا خلاف بين الفقهاء فى تضمين محدثه. وقد يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر، وهو ما يعرف بالضرر بطريق التسبب، وفى هذه الحالة اختلفت أنظار الفقهاء فيمن يلزم بالتضمن من فاعل الفعلين. وقد قيل فى بيانها من حيث التفرقة بينهما: إن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة لاتصال آلة التلف بمحله، والضرر المسبب هو ما كان بفعل فى محل أفضى إليه فعل آخر فى محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثانى عنه، فإن لم يكن التخلف محتملا عند الضرر حيثئذ مباشرا وكان الفعلان بمثابة فعل واحد، وقد قيل أيضا فى بيان الضرر المسبب بأنه ما أدى إليه فعل بواسطة فعل آخر متوسط بينهما ترتب عليه مباشرة، فإذا قطع شخص حبل قنديل معلق فانكسر بسقوطه على الأرض فإن تلف الحبل يعد ضررا مباشرا، لقطعه وانكسار القنديل يعد ضررا حدث تسببا عن قطع الحبل.

فإذا كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل ألزم من أحدثه الضمان اتفاقا؛ سواء كان من أحدثه معتديا فيه، أو غير معتد، وذلك محل اتفاق فيضمن المجنون فى ماله ما أتلفه

بفعله، وكذلك الصبي الذي لا يميز والنائم إذا انقلب على مال فأنلفه، وذلك لعموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ويعد هذا الإلزام في أموالهم من قبيل خطاب الوضع القاضي بترتيب المسبب على سببه كما قدمنا؛ إذ ليسوا في فعلهم هذا أهلا للتكليف ومناطق التضمنين هو تحقق الضرر فكل من أحدث ضررا ماليا بغيره لزمه الضمان سواء أكان في إحداثه معتديا أم غير معتد.

وإذا كان الضرر قد نشأ بطريق التسبب فلا ضمان على من أحدث الفعل المتسبب، وهو الفعل الأول الذي لم يترب عليه الضرر مباشرة إذا لم يكن متعديا فيه اتفاقا^(١)، فمن حفر بئرا في ملكه فوقعت فيه دابة إنسان فتلفت أو أسقطها شخص آخر فتلفت فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يكن متعديا بحفره، وعلى المسقط الضمان في الصورة الثانية لمباشرة الإضرار، وكذلك إذا علق خادم مسجدا قنديلا فيه فسقط على مال لآخر فأنلفه، أو وضع إنسان فوق سطح منزله متاعا فهبت ريح شديدة فآلقت في الطريق فتلفت به حيوان فلا ضمان، لعدم التعدي في تعليق القنديل ووضع المتاع فوق السطح.

وأما إذا كان محدث الفعل الأول متعديا فيه بأن لم يكن له حق فعله فإنه يضمن إذا لم يكن الفعل الفاصل بينه وبين الضرر مانعا من نسبة ذلك الضرر إليه، ولا يضمن إذا منع من نسبته إليه، فمن حفر حفرة في طريق فسقط فيها حيوان فتلفت أو ألفت الريح فيها حيوانا فتلفت نسيب نسبة هذا الحيوان لتعديه بالحفر وتسيبه في الإتلاف، وعدم امتناع نسبته إليه حيثئذ بسقوط الحيوان بفعله أو بفعل الريح.

أما لو عمد إنسان إلى حيوان أو متاع فأنلفه في تلك الحفرة فتلفت لم يضمن الحافر، وضمن المسقط؛ وذلك لحدوث ما يمنع نسبة الإتلاف إلى الحافر حيثئذ وهو إسقاط المسقط؛ إذ إنه بمباشرة الإسقاط أحدث فعلا تمتنع به نسبة الضرر إلى تاجر الحفرة وينسب إلى المسقط.

والمتفق عليه بين فقهاء المذاهب أن المباشر ضامن وإن لم يتعد^(٢)، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا.

(١) ذلك ما يدعو إلى النظر فيما إذا كان المسبب صبيا أو مجنونا فهل ينظر إلى أهليته فلا يعد الفعل الذي يصدر منه اعتداء مسببا لعدم تصور التعدي منه؛ فلا ضمان عليه حيثئذ أو ينظر إلى نفس الفعل وكونه محظورا ليعد اعتداء ويكون عليه الضمان. ذلك ما لم أره ويظهر من إطلاعهم في فاعل الفعل الأول اعتبار النظر الثاني والإلزام بالضمان محافظة على الأموال.

(٢) مجمع الضمانات: ١٤٦.

وإذا اجتمع المباشر والمتسبب فإن الضمان على المباشر إلا في مسائل سنشير إليها فيما يأتي، فلو حفر شخص بئرا في ملكه فتردى فيها حيوان فتلّف لم يضمن؛ لأن التلّف حدث بطريق التسبب بالنظر إلى حفر البئر لتوسط التردى بينه وبين الضرر فحافرها لم يكن متعديا في حفرها؛ لأنها في ملكه فلهذا لم يضمن ولكن لو حفرها في غير ملكه كأن حفرها في طريق عام مثلا فتردى فيها حيوان فتلّف ضمن قيمته؛ لأنه كان متعديا في حفرها وإن كان الضرر قد حدث بطريق التسبب.

ولو أشرع من بيته جناحا إلى الطريق ثم باع البيت فأصاب الجناح مالا فتلّف أو وضع خشبة في الطريق ثم باعها فتركها المشتري حتى عثرت بها دابة فماتت فإن الضمان في الحالتين يكون على البائع؛ لأن التلّف كان بفعله تسببا، وهو متعد فيه ولم ينسخ فعله بزوال ملكه؛ إذ إن حادث البيع لا يمنع من نسبة التلّف إليه عادة.

ولو فتح باب حانوت فتركه مفتوحا فسرق اللصوص ما به لم يضمن للفصل بين الفتح والتلف بما يمنع نسبه إلى الفتح وهو سرقة اللصوص؛ لأنها حدثت بإرادتهم وقد كان لهم ألا يقدموا عليها فلم يكن الفتح مؤديا حتما إلى فقد ما في البيت، فانقطعت بذلك نسبة الفقد إلى الفتح، اعلقه بإرادة اللصوص، وهو قول للشافعي خلافاً لمالك وأحمد، إذ يريان عدم انقطاع النسبة بذلك لجريان عادة اللصوص بسرقة البيوت المفتحة الأبواب؛ وذلك ما يضعف احتمال عدم السرقة فيضمن الفاتح لتسببه وله الرجوع على من سرق.

ولو وضع في الطريق جمرا فاحترق به شيء ضمنه، ولكن لو حركت الريح هذا الجمر من مكان إلى مكان آخر من الطريق فاحترق به شيء لم يضمن؛ لأنه فصل بين فعله وبين التلف ما يمنع نسبه إلى فعله، وهو انتقال الجمر بفعل الريح إلى مكان آخر؛ إذ إن وجوده في هذا المكان بفعل الريح كان سببا في التلف مانعا من نسبه إلى فعل واضعه، وهو وضعه في المكان الأول، وذلك لانفصاخه بفعل الريح.

وكذلك الحكم في كل شيء وضع في الطريق فتغير بوضعه فتلّف به مال؛ لأنه لم يعد تلفه أثرا للفعل الأول، وهو وضعه في المكان الأول، لاعتراض فعل آخر عليه فصل بينه وبين التلف كان هو السبب فيه، وهو انتقاله إلى المكان الثاني، وبذلك انقطعت نسبه إلى الفعل الأول. ولكن لو أن الريح حملت شرر هذا الجمر إلى ما تلف

به من المال ضمن عند بعض الفقهاء؛ لبقاء عين الجمرة في مكانها ولم ينسخه فعل الريح فبقيت نسبة التلف إليه؛ إذ لم يفصل بينه وبين التلف ما يمنع هذه النسبة عادة.

وقيل: إذا كان اليوم يوم ريح ضمن في الحالين. حال انتقال الجمر إلى مكان آخر وحال انتقال شرره؛ إذ لا يمنع فعل الريح فيهما نسبة التلف إلى وضع الجمرة ابتداء في الطريق لأنه حدث في يوم يهب فيه الريح؛ وذلك ما يجعل واضعه عالماً بالعاقبة التي أفضى إليها فعله على وجه لا تخلف فيه عادة، ومن أجل ذلك كان علمه بعاقبة وضعه وإقدامه عليه مع ذلك غير مانع عادة من نسبة التلف إلى فعله فيضمن، إذ يعد التلف في هذه الحال كالمباشر، ونظيره دابة جالت في مربطها فأتلقت مالا مجاوراً^(١).

وإذا عهد ولي الأمر إلى إنسان بإصلاح طريق فباشر ذلك واقتضى عمله وضع أتربة ومواد لإصلاحه فغطبت بسبب ذلك دابة فلا ضمان لعدم التعدي في وضعه، وكذلك إذا صب الماء في الطريق لأجل هذا الإصلاح بخلاف ما إذا صبه لغير ذلك؛ إذ يضمن في هذه الحال لتعديه بالصب، وهذا إذا كان الماء كثيراً لم تجر به العادة، أما إذا لم يتجاوز في رش الطريق بالماء العادة لم يضمن لعدم تعديه، وكذلك لم يضمن إذا ما تعمد المار في الطريق المرور بماله في موضع رش الماء فزلق فتلف ماله ولم يكن مضطراً إلى المرور فيه؛ لأن مروره متعمداً من هذا المكان يمنع نسبة التلف إلى رش الماء عادة.

ولو وقع حيوان في بئر حفرت في الطريق العام فمات فيه جوعاً أو عطشاً فلا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة، لأنه مات لمعنى في نفسه، والضمان إنما يجب إذا مات بالوقوع، فنسب التلف إليه، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى تضمينه؛ لأن ذلك حصل له بسبب الوقوع فالتحق به فلم تزل نسبة التلف إليه.

ولو حمل شيئاً فسار به في الطريق فسقط على متاع فأتلفه ضمن؛ لأن حمل المتاع في الطريق وإن كان مباحاً لكنه مقيد بشرط السلامة كالرمي إلى الهدف فاعتبر معتدياً لذلك - وهذا ما يدل على وجوب مراعاة جانب الحذر وعدم التقصير، إذ إن اشتراط السلامة في مثل هذه الأحوال لا يراد بها إلا إيجاب الحذر فيها وتجنب التقصير ما أمكن حتى لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالناس.

(١) راجع تبين الحقائق ج ٦ ص ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥.

ولو فتح شخص باب قفص فطار منه الطير وضاع لم يكن عليه ضمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وذهب محمد إلى أنه يضمن، وهو مذهب المالكية والحنابلة، وذهب الشافعي إلى أنه يضمن إذا خرج الطير من القفص طائرا فور فتحه وإلا لم يضمن.

وجه قول محمد ومالك وأحمد أن الفتح وقع إتلافا للطير بطريق التسبب في خروجه وطيرانه المؤديين إلى ضياعه، ولم يكن ما حدث من الطير مانعا من نسبة التلف إلى الفتح؛ لأن الطيران طبع له عادة، فإذا وجد مخرجا بعد حبسه طار دون تخلف عادة؛ فكان الفتح إتلافا له وهو متعمد فيه، وكان المحدث له كالمباشر للتلف فوجب لذلك الضمان، ومثله إذا شق شخص زقا لآخر فيه زيت مانع فسال فتلف، وبهذا يوجه قول الشافعي إلا أنه يرى أن الطير إذا لم يطر فور فتح القفص بل مكث مدة ثم طار لم يكن طيرانه مضافا إلى الفتح بل إلى الطير فلا يكون الفتح متلفا، ولا يجب عليه لذلك الضمان.

ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن فتح القفص ليس إتلافا بطريق المباشرة ولا بطريق التسبب؛ أما أنه ليس بطريق المباشرة فللفصل بينه وبين ضياع الطير بخروج الطير وطيرانه، وأما أنه لم يكن إتلافا بطريق التسبب فإن ضياعه كان نتيجة لخروجه من القفص وطيرانه؛ وقد حدث ذلك منه بناء على اختياره - وقد كان له ألا يخرج وألا يطير وأن يرجع إذا طار فكان ضياعه مضافا إلى فعله واختياره وذلك ما يمنع من إضافة التلف إلى الفتح فلا يترتب عليه ضمان.

ومثله ما إذا حل قيد عبد خيف إياقه فإنه لا يضمن لأن إياقه باختياره، وليس كذلك شق الزق وسيلان الزيت؛ إذ إن سيلانه طبيعة له لا تتخلف عند ارتفاع المانع فكان الشق في حكم السبب المباشر لعدم الفاصل بينه وبين تلف الزيت بسيلانه على وضع يمنع نسبة التلف إليه، وهذا بخلاف ما إذ كان ما بالزق سمنا جامدا فأذابته حرارة الشمس بعد شقه فسال فتلف؛ إذ لا ضمان على الشاق في هذه الحال، إذ لم يكن السيلان طبعيا له في حال الشق وإنما وجد بعد ذلك بفعل الحرارة فكان هو سبب التلف وامتنعت نسبه وإضافته إلى الشق لذلك. وخالف المالكية والحنابلة والشافعية فذهبوا إلى تضمينه لعدم انقطاع نسبة التلف إلى الشق عادة في هذه الحال، وإذا كان سيلان ما في الزق بعد قطعه نتيجة لإقدام شخص آخر على إمالة الزق فالضمان على من أماله لنسبة التلف إليه، وانقطاع نسبه إلى الشق بسبب ذلك.

وإذا وضع شخص السم في طعام معد لاكل حيوان فقدمه إليه صاحبه جاهلا أو أكله الحيوان فمات ضمن واضعه اتساقا، وإذا وضع السم في طعام فقدمه آخر إلى حيوان وهو جاهل فأكله ضمن واضعه عند مالك وأحمد.

وإذا ساق دابة فوقع سرجها أو ما تحمله على مال فأتلفه ضمن السائق؛ لتعديه في هذا بالتقصير في الشد والإحكام^(١).

وإذا قطع وثيقة دين فمزقها أو أحرقها فضاء الدين بإنكار المدين إياه ولا بينة ضمن الدين عند مالك وأحمد خلافا للحنفية والشافعية؛ إذ ذهبوا إلى أن ضياعه إنما كان بإنكار المدين، وذلك ما يمنع نسبة التلف وإضافته إلى إحراق الوثيقة - وما يجب ملاحظته أن التلف إذا حدث وقد أفضى إليه فعلا، فإن أدى إليه الفعل الأول دون تخلف كان الضمان على من أحدث الفعلين؛ وذلك لارتفاع مستوى الفعل المسبب حيثئذ إلى مستوى المباشرة وصورتهما كفعل واحد لتلازمهما؛ كمن عمد إلى حفر حفرة في طريق حيوان عرف مسيره فيه؛ قصدا إلى إتلافه فأرداه فيه إنسان مع ذلك فإن الضمان على الحافر والمردى بالاشتراك، وإن لم يكن الحافر قد قصد إلى ذلك بحفره فالضمان على المردى وحده؛ لامتناع إضافة التلف حيثئذ إلى الحافر بفعل المردى وهو مكلف عاقل، وكذلك الحكم في جميع الأحوال التي يكون فيها الفعل الثاني قد صدر من إنسان له اختيار فترتب عليه التلف؛ إذ ينسب التلف إليه حين ذلك وتقطع نسبته إلى الأول، وذلك لوجود اعتداء ممن قصد إليه وباشره وترتبت عليه نتيجة التي أَرادها منه دون مشاركة من صاحب الفعل الأول - وذلك فيما يظهر محل اتفاق بين الشافعية والحنفية خلافا للمالكية والحنابلة، فقد نصوا على تضمين من أعطى العبد المقيد مبردا فقطع به قيده وهرب في حين أن ذلك فعل مختار، وعلى تضمين من فتح باب الخناوت وتركه مفتوحا حتى سرق اللصوص ما فيه، في حين أن الفعل الثاني قد صدر كذلك من مختار، وعلى تضمين من قطع وثيقة دين أو أحرقها فضاء الدين بإنكار المدين مع أن الإنكار قد صدر من مختار، وعلى تضمين من دل اللص على مال لإنسان فسرقه، وعلى تضمين من وشى بإنسان لدى حاكم ظالم بما حملة على أخذ ماله. فتلك فروع تدل على مخالفتهم في هذا الضابط، وأنهم يقدرون لكل من الفعلين ظروفه وصلته بالتلف الحادث.

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦٣٣.

أما إذا كان الفعل الثاني قد صدر على خلاف ذلك بأن صدر من الحيوان، أو من فعل الطبيعة، أو بأمر سماوى أو ممن أكره عليه بإكراه يلجئ زال معه اختياره فإنه لا يقطع إضافة التلف إلى الفعل الأول، ولذا يضمن فاعله كما فى سيلان الزيت من الزق بعد شقه وسيلانه بفعل حرارة الشمس عند المالكية والحنابلة والشافعية خلافاً لأبى حنيفة وأبى يوسف - وكما فى سيلان الزيت من الزق بعد شقه بسبب سقوط الزق بفعل الريح بخلاف ما إذا كان ذلك بفعل إنسان.

والخلاصة أن الضمان يجب على من أحدث التلف إلا إذا منع من إضافة التلف إليه ترتب التلف مباشرة على فعل شخص آخر أحدثه فصل بينه وبين فعل الأول فنسب التلف إليه على وضع انقطعت به نسبته إلى الفعل الأول، وذلك ما تختلف فيه أنظار الفقهاء اختلافاً أدى إلى اختلافهم فيمن يلزم بالضمان أهو محدث الفعل الأول؛ لإضافة التلف إليه واعتباره مباشراً للتلف، أو هو محدث الفعل الثانى؛ لامتناع إضافة التلف إلى الفعل الأول؛ نتيجة لفعله واعتباره بسبب ذلك مباشراً. ومن ذلك ما إذا أغرى إنسان ظالماً على أخذ مال لآخر ودله على مكانه، فقد ذهب أحمد إلى تضمين المغرى مع أنه متسبب، والظالم مباشر، وكذلك من كذب لدى حاكم كذباً أدى إلى أخذ مال إنسان كان ضمانه عليه لكذبه وإغرائه. لعدم انقطاع نسبة التلف إلى المتسبب حيثئذ فى رأيه^(١).

ومن صور الإتلاف تسبباً لحدوثه نتيجة لترك فعل لو أنه حدث ما كان إتلاف كما إذا شاهد شخص مالا معرضاً لتلف يَحِيق به وفى استطاعته إنقاذه فتركه حتى تلف، وفى هذه الصور اتفقت كلمة الفقهاء على عدم التضمن إذا لم يكن هذا الترك تركاً لواجب عليه شرعاً، كما إذا رأى نارا تلتهم مالا على مشهد من صاحبه القادر على إنقاذه وفى استطاعته إطفائها وإنقاذ المالا من الاحتراق بها؛ إذ إن وجوب ذلك حيثئذ على صاحب المالا لقدرته لا على غيره. ولكن إذا ما تعرض مال للتلف أو الهلاك على غير مشهد من صاحبه القادر على إنقاذه وشاهد ذلك من فى استطاعته أن يدفع عنه هذا التلف فلم يفعل حتى تلف المالا فى ذلك اختلف النظر، فالمالكية يضمنونه والحنفية لا يضمنونه.

وجه القول الأول أن صون مال المسلم واجب على القادر عليه - ومن ترك واجباً ترتب عليه تلف مباشر ضمن، كمن مر على لقطه فتركها ولم يلتقطها وهو عالم أنها معرضة للتلف، أو الأخذ بمن يجدها ثم تلفت بسبب ذلك.

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٣٦١.

وجه قول الحنفية أن مناط التضمن هو الإلتلاف، وذلك إنما يتحقق بإحداث ما يترتب عليه التلف، ولا يكون ذلك إلا بفعل وجودي، أما العدم فلا يصلح متلقا، وإنما يحدث التلف عنده بفعل آخر فلا يترتب على العدم لذلك ضمان^(١).

وجملة القول أن المباشر ضامن وإن لم يتعد بفعله، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا بفعله وذلك محل اتفاق بين المذاهب.

ومبنى هذه التفرقة فيما يظهر أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظر إلى فاعله وقصده فوجب بما يرفع هذا الضرر؛ لانتسابه إليه وإحداثه إياه، أما عند التسبب فلا يكون لسببية الفعل هذا الظهور؛ لوجود فعل آخر مفض إلى الضرر فاصل بينه وبين الضرر مع تراخ للضرر عن الفعل المسبب، فإذا انتفت نسبتة إليه خفيت سببته وضعفت وعند ذلك لا يصلح أساسا لإلزام صاحبه بالضمان، وإذا نسب الضرر إليه عادة وكان غير محظور شرعا لم يصلح سببا موجبا للضمان مع ثبوت حقه في فعله فوجب لذلك أن يكون محظورا حتى يكون التضمنين من موجبات حظره، وتبعاته دفعا للإضرار به.

وكذلك اتفقت المذاهب على أنه عند اجتماع المباشر للضرر والمتسبب فيه يتعلق الضمان بالمباشر دون المتسبب، وقد قيدت هذه القاعدة عند الحنفية بما ذكره الزيلعي في التبيين، وهو أن المتسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان المسبب شيئا لا يعمل بانفراده في الإلتلاف، أما إذا كان الإلتلاف نتيجة لاجتماعهما فترتب عليهما كان الضمان عليهما جميعا، وذلك كما في الراكب للدابة والسائق إذا أتلقت مالا في سيرها، إذ يكون الضمان عليهما وإن كان الراكب مباشرا للإلتلاف والسائق متسببا فيه^(٢). كما قيدها المالكية بألا يكون المسبب قد قصد إلى إلتلاف مال معين بفعله، أما إذا كان قد قصد بفعله ذلك فتلف المال كان الضمان عليهما جميعا، كما نص على ذلك في الشرح الكبير للدردير في أول كتاب الغصب.

ويبدو أن ذلك ما أراده الحنفية حين قيدها بألا يرتفع المسبب إلى مستوى المباشر وإن كان ما ذكره الحنفية أعم مما ذكره المالكية كما يتضح من الفروع الآتية:

(١) راجع الزيلعي ج ٦ ص ١٤٣ وما بعدها، والبدائع ج ٧ ص ١٦٤ وما بعدها، وقواعد الأحكام ج ٢ ص ١٤٦، نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥١ وما بعدها، وكشاف القناع ج ٢ ص ٣٦٤ وما بعدها، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٢ وما بعدها، والفروق للقرافي ج ٢ ص ٢٠٥ وما بعدها.

(٢) الزيلعي ج ٦ ص ١٥٠.

وهي إذا حفر إنسان حفرة في طريق حيوان عرف أنه سيمر فيه، وذلك بقصد إتلافه فأرداه فيه إنسان مع ذلك فإن الضمان يكون عليهما جميعا كما سبق، وكذلك تضمين السائق والراكب لما وطئته الدابة فأتلفته؛ ومثل ذلك ما إذا أمر راكب غيره بنخس الدابة فنخسها فأسرعت، ووطئت متاعا فأتلفته أو ضربت بيد أو ذنبها، فالضمان عليهما، وكذلك الحكم فيمن أمسك شخصا لظالم ليأخذ منه ما معه من النقود بعد فراره فالضمان عليهما عند محمد خلافا لأبي حنيفة (١).

وقيدت كذلك بالألا يكون حدوث الفعل الثاني لازما لحدوث الفعل الأول على وجه اللزوم وإلا كان كفعل واحد فيكون الضمان على فاعليهما، ذكر ذلك الحنفية.

وقد ذهب المالكية إلى أنه في الحالات التي يكون فيها الضمان عليهما - كما في الإلتلاف المكره عليه، ومن أخذ مالا لآخر لإتلافه - يبدأ في التضمين بالمباشر، فإذا أعدم ضمن التسبب، ومن غرم منهما شيئا لم يرجع على الثاني به لتعديهما جميعا. واستثنى من ذلك ما إذا أكره إنسان على إحضار مال لآخر فأخذه فإن ضمانه عليهما سواء، ومن غرم شيئا رجع بنصفه على صاحبه.

وجاء في القواعد لابن رجب الحنبلي: أن هذا الأصل مقيد بالألا تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، أى بالألا يكون الفعل المؤدى إلى التلف مباشرة مبنية على الفعل المتسبب وناشئا عنه سواء أكان الفعل المتسبب ملجئا إلى الفعل المباشر أم لا. غير أنه إذا كان الفعل المباشر في هذه الحال لا عدوان فيه بالكلية استقل المتسبب وحده بالضمان، وإن كان فيه عدوان اشترك المتسبب والمباشر في الضمان، ذلك ما ذهب إليه الحنابلة، ونتيجة هذا أن الأحوال ثلاثة:

الحال الأولى: اجتماع المباشرة والتسبب ولم تكن المباشرة ملجئة إلى التسبب، وفي هذه الحال يتعلق الضمان بالمباشر، كما في حفر بئر في الطرق فتلقى فيه بفعل إنسان دابة فتتلف فإن ضمانها على من ألقاها وحده، وهو المباشرة، وهذا محل اتفاق بين المذاهب.

الحال الثانية: اجتماعهما والمباشرة ملجئة إلى التسبب وليس فيها عدوان، وذلك كما في: حكم القاضي بمال لآخر ذهب به، وذلك بناء على شهادة شهود ثم رجع الشهود، فالضمان على الشهود دون القاضي، وإن كان مباشرا للإتلاف إذ ليس في عمله عدوان ولذا كان الضمان على المتسبب لإلجائه إلى المباشرة.

(١) مجمع الضمانات ص ١٧٧، والشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣٤٤٥ ص و ج ٤ ص ٢٤٤ وما بعدها.

ومن ذلك ما لو نخس رجل دابة يركبها آخر فنفتحت أو ضربت يديها فأتلفت متاعا فإن الضمان على الناخس وهو المسبب لا على الراكب وإن كان مباشرا لركوبه - ومثل ذلك في الحكم ما لو دفع شخص إلى صبي سكيناً فوقعت منه فأتلفت مالا فإن ضمانه يكون على الدافع، لانتفاء نسبة الضرر إلى الصبي، ومثله أيضا ما لو وضع شخص حجرا في الطريق العام فعثر به إنسان فسقط على متاع فأتلفه فإن الضمان يكون على واضع الحجر؛ لأنه بمنزلة الدافع لمن عثر وذلك أيضا محل اتفاق.

الحال الثالثة: اجتماعهما والمباشرة ملجئة إلى التسبب ولكنها عدوان كما إذا أكره إنسان آخر على إتلاف مال لثالث، فالمكره (بكسر الراء) مسبب والمكره (بفتح الراء) مباشر، وفي المباشرة عدوان هو الإكراه وفي هذه الحال اختلفت آراء الحنابلة، فكان لهم فيها ثلاثة أقوال:

الأول: أن الضمان على المكره (بكسر الراء) وحده، وهو مذهب الحنفية، ولكن لصاحب المال عندهم أن يطالب المكره (بفتح الراء) على أن يكون له الرجوع على ما أكرهه وعليه يستقر الضمان.

الثاني: أن الضمان عليهما جميعا؛ لاشتراكهما في الإثم والعدوان وهذا مبنى على أن الإكراه لا يبيح إتلاف مال الغير.

الثالث: أن الضمان على المكره (بفتح الراء)؛ لأنه المتلف المباشر.

ومن صور هذه الحال الثالثة وضع حجر على حافة بئر حفر في الطريق، فتعثر فيه دابة فوقعت في البئر قتلت - قيل الضمان على واضع الحجر؛ لأنه في حكم الدافع للدابة في البئر، وقيل عليهما كالذي أحضر مالا لمن أتلفه وكالمسك للصائل - والوديع لو دل لصا على الوديعه فسرقها كان الضمان عليهما عند الحنابلة. وقد سبق أن ذكرنا ما ذهب إليه الحنفية من أن الفعل المتسبب إذا كان مؤديا إلى الفعل المباشر على وجه اللزوم كانا في حكم فعل واحد، وكان الضمان على المتسبب والمباشر جميعا - وكذلك لو ارتفع التسبب إلى مستوى المباشرة. ويظهر لى أن هذا محل اتفاق.

وقد ذكر الحنابلة أن الضرر إذا كان مباشرا وحدث فور الفعل المباشر أضيف إليه وضمن محدثه. ولكن إذا فصل بينه وبين الفعل الأول السبب له فعل آخر كان الضرر مباشرا له - فإن كان حدوث ذلك الفعل أمرا محققا لازما لحدوث الفعل الأول لم يمنع من نسبة الضرر إلى الفعل الأول لزم صاحبه الضمان وإلا فإن كان حدوثه غير محقق ولكنه يمنع من الإضافة عرفا لم يضمن محدث الفعل الأول وضمن الثاني، وإن لم يمنع من الإضافة على محدث الفعل الأول. كما ذكروا أن كل من أزال مانعا من التلف

فحدث التلف ضمن من أزاله؛ ولذا يذهبون إلى تضمين من فتح باب حانوت وتركه مفتوحا فسرق اللصوص ما به، لا من أعطى مفتاحه للصوص. إذ لم يعد ذلك من قبيل إزالة المانع في نظرهم، ويظهر لى أن محل ذلك عند الجهل بأن المدفوع إليه سارق، ولم يضمنوا من حبس مالك الدواب عنها حتى ضاعت أو ماتت جوعا، ولكن ضمنوا من حال بين عامل وعمله حتى فسد العمل كالطباخ يحبس عن مراقبة الطعام حتى يفسد، وضمنوا من ضرب يد إنسان فسقط ما بها وتلف. وجملة القول أن هذه الأحكام أحكام اجتهادية أساسها النظر وهو يختلف باختلاف الناظرين، فاختلقت لذلك الأحكام.

إتلاف المال بأمر الغير

ليس لإنسان أن يقدم على إتلاف مال لغيره، فإن أكره على ذلك بما لا يعد ملجئا لم يغير ذلك من حكمه فيضمنه المتلف في هذه الحال لمباشرته، ولكن إذا كان الإكراه ملجئا، فإن المكره (بفتح الراء) يعد في هذه الحال إذا أقدم على الإتلاف كالألة في يد المكره (بكسر الراء)، وعلى ذلك يكون الإتلاف منسوباً إليه، ويكون الضمان عليه وحده حتى أنه ليضمنه كذلك إذا كان المال المتلف ملكاً لمن أتلفه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، غير أنهم جعلوا لملك المال الخيار في تضمين المكره والمكره، أما المكره فلمباشرته الإتلاف، وأما المكره (بكسر الراء) فلاضافة الإتلاف إليه واعتباره المكره آله في يده، وفي هذه الحال يستقر الضمان على المكره (بكسر الراء) فإذا ضمن المكره (بفتح الراء) رجع بما غرم على من أكرهه، وإذا ضمن من أكرهه لم يرجع على المكره (بفتح الراء) بشيء، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة، غير أنهم لا يضمنون المكره (بفتح الراء) ابتداء.

أما إذا حمل على الإتلاف بالأمر فإن كان الأمر من مالك المال المطلوب إتلافه فلا ضمان على المتلف لتسليطه من مالك المال وانتفاء الضرر بذلك التسليط وهذا لحصول رضاه به. أما إذ كان المال لغير الأمر، وأقدم المأمور على إتلافه فالضمان على المتلف لا الأمر؛ لأنه أمر بما هو معصية ولا طاعة في معصية، والقاعدة أن كل موضع لا يصح الأمر فيه لا ضمان على الأمر لعدم وجوب طاعته. وهذا كما هو بين إذا كان الأمر لا يعد من قبيل الإكراه الملجئ وإلا كان الحكم عندئذ هو الحكم في الإكراه الملجئ كأن يكون الأمر سلطاناً أو حاكماً ظالماً يعرف بأنه يعاقب مخالفه بما يصل إلى درجة الإكراه. وقد يحدث أن يكون إقدام الشخص على إتلاف مال نتيجة صدور أمر له بإتلافه ظنه واجب الطاعة عليه، وفي هذه الحال إذا كان المال لغيره ضمن لمباشرته الإتلاف وله الرجوع على الأمر بما غرم بسبب غروره، وذلك إنما يكون إذا كان الأمر في مركز يجعل

أمره أمرا واجب الطاعة، كما هو الحال في ولي الأمر فيما له الأمر فيه، وكما في الوالدين بالنسبة للصبي، وقد نص الفقهاء على أن أمر الأمر بما يملك مباشرته يجعل المأمور به وكيفا فيه عن الأمر فيكون فعله كفعل الأمر، كما نصوا على أن أمر الصبي الذي لا يميز بإتلاف مال لشخص يجعله بمنزلة الآلة في يد الأمر إذا أقدم الصبي على إتلافه، وفي جامع الفصولين: لو أمر صبيا بإتلاف مال رجل فأتلفه ضمن الصبي لمباشرته ثم يرجع وليه على الأمر، وفي مجمع الضمانات: لو أمر صبيا بإحضار نار فجاء بها، وسقطت منه على متاع فأحرقته ضمن الصبي ثم رجع على الأمر وضمان الصبي لمباشرته وضمان الأمر لغروره.

وفي الأشباه والنظائر للسيوطي - إذا أفتاه مفت هو من أهل الفتوى بإتلاف مال ثم تبين خطؤه بعد الإتلاف ضمن المفتى لغروره.

في تعدد الأسباب بتعدد الفاعلين

وإذا تعددت أسباب التلف بتعدد من أحدثها، وكانوا جميعا مباشرين أو متسببين، ولم تختلف أفعالهم قوة وضعفا في إحداث الضرر أو لم يتبين اختلافها في إحداثه لزمهم الضمان على التساوي كجماعة اشتركوا في حمل حجر ثم ألقيه على إناء فكسروه، أو على حيوان فنفق، أو اشتركوا في حفر بئر في الطريق دون أن يتبين ما حفره كل منهم فوقع فيه حيوان فنفق؛ لأن الضرر حيثشذ قد تسبب عن فعل ضار اشتركوا فيه جميعا فوجب اشتراكهم في تبعته كما لو اشترك جماعة في قتل شخص، إذ يقتلون فيه جميعا، لقول عمر: لو اشترك في قتله أهل صنعاء لقتلتهم جميعا - قالها في قتيل قتله أكثر من واحد. ولكن إذا ما تبين ما لكل شريك من تأثير التلف فإنه يلزم كل فاعل بتبعه فعله. وهذا ما تدل عليه فروع الفقهاء في الجراح وما رتبوه عليها من إلزام بالأروش^(١). وذلك هو الحكم مع مراعاة تقديم المباشر على المتسبب عند اجتماعهما على ما سبق بيانه، ومع صلاحية الجميع للإلزام بالضمان فإن كان فيهم من لا يصح للإلزام ففعله هدر، وفيما يلي بعض فروع في الموضوع:

١ - حفر بئرا في الطريق ثم حفر آخر طاقة في أسفلها فوقع فيها حيوان فمات كان الضمان على الحافر الأول قياسا، وهو قول محمد، وعليهما أثلاثا، على الأول والثلاثين وعلى الثاني الثلث استحسانا؛ لأن الحافر الأول أقوى سببا لولاه ما حفر الثاني.

(١) تكملة البحر ج ٨ ص ٣٩٧، الدر المختار ج ٥ ص ٥٤٩. المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٥٦٥، البدائع ج ٧ ص ٣٨٠ وما بعدها، رد المحتار ج ٤ ص ١٦٤، والخطاب ج ٦ ص ٣١٦.

٢ - حفر بئرا في طريق ثم وسع آخر رأسها فسقط فيها حيوان فمات كان الضمان عليهما أثلاثا على الأول الثلثان إذا وقع في موضع اشترك في حفره الحافران ولكن إذا تبين أن السقوط كان فيما حفره الثاني كان الضمان عليه وحده، وإن لم يدر كان الضمان عليهما بالسوية .

٣ - حفر بئرا في الطريق فوضع فيه إنسان سلاحا ثم سقط فيه حيوان فوق وقع على السلاح فمات كان الضمان على الحافر؛ إذ لولا الحفر ما وقع على السلاح .

٤ - إذا رجع بعض الشهود بعد أن قضى القاضى بالمال لشخص ذهب به فإن الضمان على الراجع، يقدر أثره في الشهادة فإذا كانا شاهدين كان عليه نصف المال، وإن رجع الاثنان كان عليهما كل المال بالتساوى .

الشرط:

جاء في قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام أن من أسباب التضمن الشرط، وعرفه بأنه ما يتوقف الإتلاف على إيجاده وليس مباشرة ولا تسببا كإمساك شخص دابة لآخر فقتلها إذ لم يصدر منه فعل يعتبر جزءا من فعل القتل، وإن مكن الفاعل منه فعله .

والظاهر أن ذلك ليس إلا ضربا من ضروب التسبب بمعناه الواسع، إذ لولا الإمكان ما تمكن القاتل من قتلها فكان الإمساك سببا مؤديا إلى القتل وإن لم يكن سببا ملجئا إليه، وعبرة الفقهاء لا تأبى ذلك البيان، وعلى هذا فلا يعد الشرط سببا آخر زائدا عن الإتلاف بالتسبب، وإنما يضمن المسك في مثل هذه الحال، لنسبة التلف إليه عادة وعدم انتفاء تلك النسبة بعمل المتلف كما يرى بعض الفقهاء .

وفي رأى غيرهم أنه لا ضمان عليه؛ لأن إقدام القاتل على قتل الدابة نتيجة إرادته واختياره، وقد كان له أن يسببها وألا يقتلها، وبذلك تنقطع نسبة التلف إلى المسك فلا يضمن، وهذا مذهب الحنفية .

التعسف في استعمال الحق

أو إساءة استعمال الحق

التعسف في الفعل لغة يئس عن صدوره من غير روية ولا تدبر ولا نظر لعاقبته فيصدر على غير هدى مع ضرب من العنف والقوة - والشأن في الفعل يصدر على هذا الوضع أن يسبب ضررا، فإذا أصاب ذلك الضرر غير فاعله كان ذلك محلا للنظر في مسئولية فاعله عن ذلك الضرر باعتباره فعلا ضارا ترتب عليه ضرر حرمه الشارع، وكان

لذلك فعلا محظورا؛ لأن ما يؤدي إلى المحظور يكون محظورا - غير أن ما يقوم به الإنسان من أفعال منه ما هو حق من حقوقه التي خولها له الشارع - ويلحق بذلك ما هو رخصة أباحها الشارع له، ومنه ما هو أمر محظور حظره الشارع عليه.

فإذا كان أمرا محظورا كان مسئولا عما يترتب عليه من ضرر يصيب غيره سواء أصدر عن قصد وإدراك أم عن غير قصد؛ وذلك ما سبق بيانه في الكلام على الفعل الضار.

وإذا كان أمرا جائزا له مباشرة فترتب عليه ضرر بغيره وكان من قبيل الرخص كان كذلك مسئولا عن ذلك الضرر؛ لأن الشارع الإسلامي قد اشترط في مزاوله هذا النوع السلامة، وعدم الضرر، فالسير في الطريق رخصة أباحها الشارع على ألا يكون سببا في ضرر غير السائر فيه؛ لأن الرخص عامة مشتركة وذلك ما يقتضى الحذر والحرص في مزاولتها، حتى لا يضار إنسان بسبب انتفاع غيره وهما في الانتفاع بها سواء، وما جعلت رخصا إلا على أساس الانتفاع بها انتفاعا مشتركا سليما من الأذى والضرر؛ ولذا كان الضرر في هذه الحال مستوجبا للتعويض إلا إذا كان حادثا من فعل لم يتجاوز فاعله فيه حد الأمر بالمعروف المألوف الذي ليس فيه تقصير؛ لأن حدوثه عندئذ يكون قضاء وقدرا لا تعويض فيه^(١).

أما إذا لم يكن من قبيل الرخص بل كان حقا له فإن عليه حينئذ - ليظل حقا له - أن يلتزم حدوده المرسومة له شرعا عند صدوره. وإذا تجاوزها كان هذا خروجا عنه وكان فعلها اعتداء، وكان ما يترتب عليه عندئذ من ضرر مسئولا عنه، ولم يكن هذا من قبيل التعسف في استعمال الحق، بل يكون خروجا عن الحق وتجاوزا له واعتداء.

أما إذا التزمها وصدرت منه على هذا الوضع، فقد كان التشريع الوضعي فيما مضى لا يرى مساءلته عما يؤدي إليه فعله من ضرر عند مباشرته سواء أكان في إحدائه إياه مهملا أم سئئ النية، أم لم يكن، ولكن رجال التشريع المحدثين رأوا خلافا لأسلافهم وجوب النظر في ذلك متابعة لما رآه فريق من فقهاء الشريعة من أن المسؤولية يجب أن تتحقق في هذه الحال مع مراعاة ظروف خاصة.

(١) ليس المجال هنا مجالاً لتمييز الرخصة من الحق، غير أن ذلك لا يمنعنا أن نشير إلى أن المراد بالرخصة هنا ما كان أمرا مباحا مشتركا لا يختص به إنسان بعينه كالسير في الطريق وفتح النوافذ عليه والتقاضى واجتياز القناطر وما إلى ذلك، والمراد بالحق ما خص به صاحبه فكان له وحده كالصرف في ماله بكل أنواع التصرفات قولية أو فعلية، والانتفاع به ونحو ذلك.

وهذه الحال هي ما أطلقوا عليها اسم التعسف في استعمال الحق وعن ذلك أصبح عندهم للخطأ الموجب للمسئولية صورتان: الأولى حالة اعتداء تتمثل في الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق المرسومة، وهذه لا خلاف في ثبوت التضمين فيها عن التلف، والثانية حالة أخرى لا خروج فيها عن الحدود المرسومة، ولكن اتسمت مباشرة الفاعل فيها بضرب من المخالفة وعدم الحذر تسبب عنه ضرر الغير، وهي حالة تقديرية تختلف باختلاف الأنظار، وهذه الحال هي ما سميت بالتعسف في استعمال الحق.

وقد حاولوا التمييز بينها وبين حال تجاوز الحق والخروج عليه بأنها حالة لم يتحول فيها الحق عن وضعه باعتباره حقا وإنما الأمر فيها يتعلق بطريقة مباشرته وذلك أمر عارض حين الانتفاع به لا ذاتي فيه؛ ولذا يختلف النظر فيه باختلاف الظروف والملاسات التي تستوجب على مباشرة مراعاتها في طريقة انتفاعه وهي ظروف تختلف باختلاف الأحوال والأزمان والمتفعين، فإذا كان صاحبه قد سلك في انتفاعه السلوك المطلوب منه عرفا في مثل ظرفه فكان حذرا متبصرا، ثم حدث الضرر لم يستوجب ذلك ضمانا عليه، وإلا كان عليه الضمان، وقد يعدون حدوث الضرر أمانة وعلامة على عدم تبصره وحذره ولكن له الخروج عن هذا بما يقدمه من إثبات ينفي إهماله وتقصيره، على أنه قد أضيف إلى ذلك في بعض القوانين كالقانون المدني المصري والمدني السوري^(١) نصوص تستوجب التعويض في الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يقصد الفاعل بفعله سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

أما الفقه الإسلامي فإنه فيما يبدو من نصوصه ومسائله وتفريعاته يجعل الفعل الضار سببا من أسباب التعويض إذا كان الضرر المترتب عليه ضررا ماليا متمثلا في تلف مال أو نقصه أو نقص قيمته، ولا يشترط لوجوب التعويض أن يصدر الفعل من فاعله عن إدراك وتمييز كما سبق بيانه؛ لأنه حين أوجب التعويض أناطه بالضرر وإن لم يكن نتيجة انحراف في السلوك أو حادثا عن عمد ودرك في تجاوز ما يجب التزامه بل اكتفى

(١) م ٥ س المدني المصري، ٦ من المدني السوري، ٧ من المدني العراقي، ٥ مدني ليبي.

بحدوث الفعل الضار باعتباره فعلاً محظوراً؛ نظراً إلى أثره دون تفرقة بين أن يصدر عن قصد أو عن خطأ؛ إذ لا فرق بين العمد والخطأ في الأموال، ثم إنه جعل الضرر نوعين: ضرر يحدث عن الفعل مباشرة دون فاصل بينهما، والفعل في هذه الحال لا يكون إلا محظوراً، وضرر لا يحدث عنه مباشرة، وإنما يفصل بينهما ما يؤدي إليه بطريق التسبب، وذلك بأن يكون سبباً في حدوثه متصلاً به، ولم يشترط أن يكون الفاعل الذي أدى فعله إلى الضرر مباشرة متعدياً في فعله هذا بل أوجب الضمان على فاعله، واشترط في الفعل الأول الذي أدى إلى الفعل المباشر أن يكون اعتداء حتى يكون بحيث يصح أن يلزم فاعله بالتعويض وإن كان عديم الأهلية.

وخلاصة الرأي عندهم أن الفعل المباشر إذا كان فعلاً ضاراً ترتب عليه الضرر ألزم فاعله التعويض مطلقاً؛ لأنه فعل محظور أضر بغيره ضرراً يجب رفعه شرعاً، وهذا هو حكم كل فعل يضر بغير فاعله، ولا يمكن أن يكون الفعل الضار حقاً يباشره فاعله وهو حق له، إذ إن قواعد الشريعة تأبى ذلك. أما ما يعد من الأفعال حقاً لفاعله فقد يترتب عليه الضرر لعدم التزام فاعله في إحداثه حدوده الشرعية التي رسمها الشارع لتحقيق شرعيته وفي هذه الحال يخرج عن أن يكون حقاً ويتمحض اعتداءً ويجب التعويض فيما يترتب عليه من ضرر، وقد يترتب الضرر عليه لأمر يتعلق بطريقة مباشرته، والانتفاع به لا لأمر يرجع إلى شرعيته في ذاته، وذلك ما أوجب فيه الفقهاء أن يكون استعمال الحق فيه سبباً إلى تحقيق المصالح وجلبها ودفع المفاسد وتجنبها، سبباً يقوم فيه النظر إلى المجتمع وإلى الفرد باعتباره جزءاً منه - ويرون مع ذلك أن الشارع كما حدد لخل حق حدوداً تتوقف على مراعاتها شرعيته حدد له ما يجب أن يراعى في مباشرة الانتفاع به، وجعل تجاوز ذلك ومخالفته في الحالين أمراً محظوراً تلزم الفاعل تبعاته على أساس أنه إذا كان في مباشرته لحق من حقوقه ضرر بغيره وجب عليه أن يوازن بين مصلحته المشروعة التي أرادها والمضرة التي ترتب على استعماله له، فإن رجحت مصلحة المالك سلم له حقه وإن رجحت مضرة غيره قيد حقه بما يدفع المضرة عنه مع مراعاة أن الخروج عن الحدود التي تتوقف عليها شرعية الفعل غير مقبول في جميع الأحوال ما عدا حال الضرورة، إذ الضرورات تبيح المحظورات من ناحية الإثم فلا يترتب عليها إثمها.

أما من ناحية التعويض فقد اختلف فيه الرأي بين فقهاء الشريعة فاختلفت آراؤهم وتشعبت فكانت ثلاثة آراء:

الرأي الأول - أن مباشرة استعمال الحق لا تقيد بقيد مادام حقاً لمن باشره ولو ترتب عليه ضرر بغيره ولا يؤدي ذلك إلى تضمين. وإلى هذا ذهب أبو حنيفة والشافعي

وأحمد وداود الظاهري؛ إذ لا يجوز أن يحال بين إنسان وأن يتفجع بحقه، والقاعدة عندهم أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، وهذا ما جاء في كتب ظاهر الرواية.

الرأي الثاني: وجوب تقييد استعمال الحق بالألأ ينشأ عنه ضرر فاحش بغيره، وذلك بقطع النظر عن النية التي يخفيها المستعمل من قصد الإضرار بغيره أو عدمه، وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من أئمة الحنفية ومالك، وهو رأى متأخرى الحنفية، وعليه الفتوى، واستندوا فى ذلك إلى قوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) وهو عام ولكنه مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من أنواع الضرر كالدخان ينتشر من دار الجار نتيجة طبخ أو خبز ونحو ذلك مما اعتاد الناس احتمالها وتقبله؛ لعدم إمكان تحاشيه؛ نتيجة لعدم الاستغناء عنه بالنظر لمتطلبات الحياة المعيشية اليومية بين الجيران.

ونقل الكمال ابن الهمام عن الذخيرة فى الدار المجاورة أراد صاحبها أن يبنى فيها منورا أو ينشئ فيها رحى للطحن يمنع عن ذلك، إذ بذلك يتضرر جيرانه ضررا فاحشا. وأجمعوا على منع الدق الذى يهدم الحيطان ويوهنها، ثم قال: والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن يفعل ذو الحق ما بدا له؛ لأنه يتصرف فى خالص ملكه وإن لحق بذلك ضرر بغيره، ولكن ترك القياس فى المواضع التي يتعدى فيها الضرر إلى الغير ويكون ضررا فاحشا، وهو ما يراد بالضرر البين فى عبارات بعض الفقهاء وقد عرفوه بأنه ما يكون سببا للهدم أو وهن البناء أو يمنع من الخواص الأصلية، وذلك كسد الضوء، وبهذا أخذ متأخرو الفقهاء، وعليه الفتوى، ونقل عن أحمد أن المالك كما يمنع من أن يتصرف فى ملكه بما يضر بغيره ضررا فاحشا يمنع كذلك من كل تصرف قصد منه الإصرار بجاره دون أن يكون له نفع معتبر فيه.

الرأى الثالث: وجوب تقييد استعمال الحق بالألأ يضر بالغير، ولكنه لا يقيد الضرر بأن يكون فاحشا، وإنما يقوم على الموازنة بين ما يترتب عليه من ضرر الغير وما يجنيه صاحبه من منفعة.

وفى بيان ذلك قال أصحاب هذا الرأى من متأخرى الفقهاء: إن ما يترتب على استعمال صاحب الحق لحقه من الضرر بغيره وقد يكون ضررا محقق الوقوع، وقد يكون ضررا يغلب على الظن وقوعه وقد يكون ضررا لا يغلب على الظن وقوعه، ثم هو مع ذلك قد يكون ضررا كثيرا، وقد يكون قليلا، وقد يكون ضررا مقصودا فى استعمال صاحب الحق لحقه، وقد يكون غير مقصود لم تتجه إليه إرادة المالك المستعمل لحقه، وأنه ليرى عند تعارض المصالح والمفاسد فى هذه الأحوال أنهم يعمدون إلى مراعاة تطبيق القواعد الآتية لترجيح أحد المتعارضين.

١ - الضرر يزال .

٢ - يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد .

٣ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام؛ ولذا يجب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

٤ - دفع المفسد مقدم على جلب المصالح .

٥ - الضرورات تبيح المحظورات .

والأمر المتفق عليه عند الفقهاء أن الضرر إذا كان نادر الوقوع أو قليلا تافها لم يترتب عليه تقييد صاحب الحق في استعمال حقه؛ لأنه بلا ريب وما كان له إلا للمصلحة غالبية رعاها الشارع، ولا يضير ذلك أن يكون وراءه في أحوال نادرة ضرر ما بغيره، أو ضرر قليل أيا كان وضعه؛ إذ المصالح دائما مشوبة بالضرر وليس منها ما تمحض نفعاً ولم يعتبر في مقرراته وتشريعاته إلا المصالح الغالبة دون النظر إلى ما كان منها نادراً، أو تافها، وعلى ذلك يبقى استعمال المالك حقه باقياً على أصله مشروعاً لا يترتب عليه تعويض .

وكذلك اتفق الفقهاء على أنه إذا لم يحمل المالك على استعمال حقه إلا قصد الضرر بغيره دون مصلحة له يطلبها من استعماله وجب عليه الكف، وعد معتدياً بإقدامه على الإضرار بغيره باستعماله حقه سواء أكان ذلك محقق الوقوع أم مظنون الوقوع؛ لأن الضرر يجب منعه، لحديث (لا ضرر ولا ضرار) ولكن إذا صاحب ذلك القصد طلب منفعة من المستعمل حقه، وكان له محيد عما أراد سلوكه للإضرار بغيره وجب عليه ألا يسلك هذا المسلك؛ تجنباً للإضرار بغيره، إذ له مندوحة عنه وإلا لم يكن له من غرض في سلوكه إلا الإضرار بغيره وذلك حور فإذا سلكه فأضر غيره كان معتدياً، وأما إذا لم يكن له منه بد وكان في حاجة إلى استعمال حقه وفي الإقدام عليه ضرر بغيره فإن كان ذلك الضرر عاماً كان مقدماً على حقه بناء على قاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وإن كان خاصاً قدم حقه؛ إذ هو على بينة منه في حين أنه على ظن من ضرر غيره. ومن الفقهاء من يرى في هذه الحال الموازنة بين الضررين: ضرره بترك استعمال حقه وضرر غيره باستعماله، فإذا كان ضرر غيره عظيماً وماساً بما هو ضروري له بينما ضرره دون ذلك قدم ضرر غيره على ضرره كالطعام إذا منعه صاحبه لحاجته إليه بحسب العادة بينما يطلبه غيره دفعاً للهلاك عن نفسه، وذلك بناء على قاعدة تحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعظم .

ويلاحظ في ذلك أن الفقهاء يجعلون الضرر الذي يغلب على الظن وقوعه في حكم المحقق وقوعه بناء على اعتبار غلبة الظن في الأحكام الشرعية.

وإذا كان جلب المصلحة أو دفع المفسدة غير مصحوب بقصد الإضرار بأحد ولكن يتسبب عنه مع ذلك الضرر بالغير فإن كان عاما قيد حق المستعمل درءا للضرر العام تطبيقا لقاعدة: يتحمل الضرر الخاص دفعا للضرر العام. وذلك إذا كان هذا الضرر العام محقق الوقوع، أو مذنون الوقوع - وإن كان الضرر المتوقع خاصا فإن مصلحة المستعمل حقه تقدم على مصلحة غيره؛ لأن مصلحته في هذه الحال أقوى للتحقق منها، ويرى بعض الفقهاء في هذه الحال أن يوازن بين الضررين فيقدم الأقوى على الأضعف.

وأما إذا كان الضرر المتوقع كثيرا ولا يغلب على الظن وقوعه، وهو ليس بالأمر النادر، فقد اختلف النظر، فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى تقديم مصلحة المستعمل حقه، مراعاة لقوته؛ لأن حق المستعمل ثابت بيقين فلا يقوى على دفعه إلا يقين مثله، أو ما غلب فيه الظن، ورجح مالك وأحمد جانب الضرر بالغير لكثرتهم؛ لأنه إذا كان كثيرا غير نادر الوقوع وجب الاحتياط لدفعه؛ لأن توقي المضرة مقدم على جلب المصلحة، ويقول الشاطبي في هذا المقام: الشريعة مبنية على الاحتياط، والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة.

وإذا لم يلحق صاحب الحق في منعه عن استعمال حقه ضرر فإن كان مترفها في استعماله دون قصد إلى الإضرار بغيره ودون علم والتفات إليه فإنه - وقد قصد إلى ما يحوز له أن يقصده - يكون له حقه جائزا له استعماله، وإن ترتب على استعماله ضرر بغيره قطعي الوقوع.

أما إذا كان على علم بلزوم الضرر لغيره فعند ذلك يقوم في منعه في استعمال حقه مظنة قصد الضرر بالغير؛ لأنه - وقد أقدم على استعمال حقه لغير داعية قوية ودون أن يلحقه ضرر بالترك - يعد فاعلا لأمر مباح لا يتعلق بفعله نفع ولكن فيه ضرر بغيره وقد يرى عند ذلك أنه لا داعية له إلا قصد الضرر فيمنع.

على هذا الوضع صيغت نظرية التعسف في استعمال الحق ما رآه متأخرو الفقهاء، وكان ذلك معينا لما صدر من القوانين وبخاصة في البلاد العربية.

ومن البيان المتقدم يمكن استعمال المعايير التي يقوم عليها اعتبار استعمال صاحب الحق حقه من قبيل التعسف فيه مع غض النظر عما في التطبيق من خلاف. وهذه المعايير هي:

(أ) إذا لم يقصد المستعمل لحقه سوى الإضرار بغيره.

(ب) إذا كانت المصلحة التي يتغيها من استعماله حقه تتعارض مع مصلحة عامة، أو مصلحة خاصة تفوقها بحيث ترى مصلحته قليلة الأهمية ولا تتناسب ألبتة مع ما يصيب غيره من ضرر عظيم بسببها، ولم يكن ذلك الضرر نادر الوقوع.

(ج) إذا كانت المصلحة التي يتغيها صاحب الحق من استعمال حقه تؤدي إلى الإضرار بغيره ضررا فاحشا بينا وكان في استطاعته تحقيق مصلحته بطريق آخر لا يؤدي إلى ذلك الضرر.

(د) إذا كان الضرر المترتب على الاستعمال عظيما محتمل الوقوع وليس بالأمر النادر على ما ذهب إليه مالك وأحمد، أخذ بالأحوط ويسد الذريعة خلافا لأبي حنيفة والشافعي.

(هـ) إذا كان المالك على علم بترتب الضرر الفاحش وكان في استعماله لحقه مترفها لا يلحقه ضرر من تركه وأقدم مع ذلك عليه.

ومما يجب ملاحظته أن ما يحدث من الضرر نتيجة التعسف في استعمال الحق سواء أحدث مباشرة أو تسببا لا يجب فيه الضمان على المتعسف إلا إذا توفرت شروط التضمن السابق بيانها، مثل أن يكون الضرر ضررا ماليا حادثا بالفعل، وأن ما ذكرناه آنفا من الأسس والقواعد إنما يراد به أن نيين متى يكون استعمال الحق تعسفا واعتداء، حتى يصلح سببا للتضمن، ومتى لا يكون كذلك، فلا يكون غير صالح لذلك كما إذا لم يتجاوز المستعمل حدود الاستعمال الواجبة المراعاة، ومن ذلك ما ذكره من إرسال البهائم للرعى نهارا فإن مرسلها لا يضمن ما تتلفه من الزرع إذ لم يخرج في إرسالها عما يطلب منه عادة، وقد كان على أصحاب الزرع حفظه، وكذلك إذا أوقد نارا في ملكه على الاقتضاء المعتاد فطار منها شرر فأتلف بالإحراق متاعا لجاره. ومثله ما إذا سقى أرضه على الاقتضاء المعتاد في مثله فسرى الماء إلى أرض جاره فأفسد زرعه فلا ضمان في هذه الصور وأمثالها لعدم التعدي وعدم مجاوزة الحدود في الاستعمال^(١).

(١) راجع هذا الموضوع الدر المختار ج ٥ ص ٣٧٠. رد المحتار ج ٤ ص ٥٥٩ ص ٥٦٠ تبين الحقائق للزلي ج ٦ ص ٢٢٥ الموافقات ج ٢ ص ٣٤٩ جامع الفصولين ج ٢ ص ٧٣، ١٩٤، فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦. الأم ج ٣ ص ٢٢٢. الدر المتقى ج ٢ ص ١٥٣. المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤١ مسألة ١٣٥٧، ١٣٥٦.

السبب الرابع: يد الضمان

ليست اليد سببا للضمان في جميع الأحوال. فإنها قد تكون يد أمانة وقد تكون يد ضمان. فإذا كانت يد أمانة لم يجب على صاحبها الضمان عند التلف أو ما في معناه. وإذا كانت يد ضمان وجب على صاحبها الضمان عند تلف ما تحتها من الأموال أو نقصه، ولذا يجب التعريف باليدين.

يد الأمانة ويد الضمان:

تمثل اليد على المال في حيازته فإذا حاز إنسان مالا كان تحت يده أو في يده، وإذا كان في يده فقد يكون عن ولاية شرعية، وذلك ما يعنى إقرار وجوده تحتها في هذه الحال من الشارع، وقد يكون اعتداء.

وإذا كان بإقرار من الشارع فقد تكون اليد عليه حيث يد أمانة، وقد تكون يد ضمان، فإن من الأيدي ما يكون عن ولاية شرعية ومع ذلك يضمن صاحبها عند تلف ما تحت يده من المال وذلك كيد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري. فإنه إذا هلك في يده قبل أن يسلمه إلى مشتريه هلك عليه من ماله إذا لم يكن هلاكه بتعد من مشتريه ويبطل بهلاكه البيع. أما إذا هلك بتعد منه اعتبر بذلك التعدى متسلما له، ومضى البيع، وإذا بطل البيع وكان هلاكه بأفة سماوية، أو بفعل البائع أو بفعل المبيع نفسه وجب على البائع أن يرد الثمن إلى المشتري إن كان قد قبضه، أما إذا كان هلاكه بفعل أجنبي خير المشتري بين أن يفسخ البيع ويسترد الثمن إن كان قد أداه وبين أن يمضى البيع ويرجع على الأجنبي بقيمته وقت تعديه لإقدامه على إتلافه ملكه.

ويد المستعير على العارية يد تستند إلى ولاية شرعية؛ لأنها أثر ومقتضى لعقد الإعارة ومع ذلك تعدد ضمان عند الشافعية والحنابلة خلافا للحنفية، فإذا تلفت العارية بأفة سماوية ضمنها المستعير للمعير وألزم بأداء قيمتها يوم تلفها؛ لأنه يوم فواتها إن كانت قيمة، وإن كانت مثلية فكذلك الحكم عند الشافعية وضمنها بمثلها عند الحنفية.

وقد لا يكون عن ولاية بل يكون وضعها على المال اعتداء كيد الغاصب ومن وضع يده على مال غيره بغير رضاه وبغير إذن من الشارع؛ وفي هذه الحال تكون يد ضمان.

ولقد رأى بعض الفقهاء من الحنابلة أن يعرف يد الأمانة بأنها ما كانت عن ولاية شرعية ولم تكن لمصلحة صاحبها خاصة، أما إذا كانت لمصلحة صاحبها خاصة كيد

المستعير ويد البائع على المبيع إذا حبسه لاستيفاء ثمنه ويد المشتري على ظرف المبيع إذا تسلمه مع المبيع فإنها تكون في مثل هذه الأحوال يد ضمان^(١). غير أن ذلك قد يرى غير سليم إذا ما لاحظنا أن يد البائع على المبيع قد لا تكون في مصلحته خاصة كما إذا ظل المبيع في يده بعد أداء الثمن، وقبل أن يطلبه مشتريه أي إذا لم يكن حبسه لوفاء ثمنه، وعلى هذا فإنه إذا قبل في التعريف بها أن يد الأمانة ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها وما عداها يد ضمان كان تعريفا سليما من النقد.

ومن أمثلة يد الأمانة يد الوكيل بالقبض ويد الشريك ويد المضارب ويد قابض المال لحفظه لصاحبه ويد الملتقط إذا التقط عازما على تعريف اللقطة، أما إذا أخذها لتكون له فإنها تكون يد ضمان حكمها حكم يد الغاصب لمخالفته أمر الشارع^(٢) ويد المستأجر وكذلك يد المرتهن على الرهن عند الشافعية والحنابلة، أما عند الحنفية فهي يد أمانة على ما لا يقابل الدين من الرهن ويد ضمان على ما قابل الدين منه.

وذهب شريح والنخعي والحسن إلى أنها يد ضمان مطلقا فإذا تلف الرهن تلف على المرتهن.

ومن تعد يده يد أمانة من وقع في حجره مال أو سقط في داره ثوب أو حيوان مثلا، ومن أخذ مالا ظانا أنه ماله فهؤلاء في أمثالهم يعدون من الأمانة، لأن الشارع اعتبرهم كذلك ما لم يحدث منهم ما يعد اعتداء وهذه صور الأمانة الشرعية^(٣)، ويرى الحنفية أن من أخذ مال إنسان على ظن أنه ماله يعد ضامنا له ويده عندئذ يد ضمان، لأنها وضعت على مال غير مملوك لصاحبها بدون إذن مالكة فإذا تلف المال في يد بلا صنع أحد ثم ظهر المالك ضمن له قيمته، وكفى في هذا بيان يد الأمانة إذ إنه خارج عن موضوع دراستنا.

يد الضمان: أما يد الضمان فهي ما عدا ما أشرنا إليه آنفا من الأيدي.

و ضمان صاحبها لما يتلف تحتها من الأموال يرجع إلى سبب من الأسباب الآتية:

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٣٦ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤١، ص ٣٠٥.

(٢) ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٨.

(٣) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٣.

الأول: الاعتداء الذي يتمثل في وضع يد على مال لغير صاحبها فيحول بين ماله وبينه، أو يمنعه من الانتفاع به على الوضع الذي يريده، وذلك بإزالة يده عن ماله، أو منعه عن حقه؛ ولذا كان وضع اليد على مال الغير بولاية شرعية سواء أكانت تلك الولاية نتيجة إذن من مالكه كما في يد الوديع أم نتيجة إذن من الشارع كما في يد الملتقط على اللقطة إذا التقطها بنية ردها إلى صاحبها بعد اتخاذ الوسائل لمعرفة من التعريف بها، وما يشبهه لا يعد اعتداء ولا يترتب عليه ضمانه إذا تلف تحتها. أما عند الاعتداء كما في يد الغاصب، أو وضع إنسان يده على مال غيره بدون ولاية وإن لم يكن غاصبا فإن صاحبها يلزم حينئذ بضمان ما تحتها إذا تلف بأى سبب كان.

ويتناول هذا كل يد حلت محل يد معتدية بدون ولاية شرعية، لأنها في هذه الحال تعد استمرارا للاعتداء، وإن كان القائم به شخصا آخر وذلك كيد المشتري من الغاصب ويد المستأجر منه ويد المستودع منه وهو الوديع ويد المستعير منه ويد المرتهن منه ويد المضارب له وهكذا فإن يد جميع هؤلاء تعد استمرارا لتلك اليد المعتدية الأولى بالنظر إلى اعتدائها فيضمن صاحبها من مشتريه ومستأجره ونحوه ما يتلف تحت يده، أما إذا حلت محلها بولاية شرعية فلا تعد يد ضمان ولا يضمن صاحبها بتلف ما استولت عليه من مال، وذلك كيد الحاكم الذي يتزعم المال المغصوب من غاصبه قهرا عنه ليرده إلى مالكه، ويد من قام بذلك تبرعا في نظر بعض الفقهاء خلافا لمن رآها مع ذلك يد ضمان، لعدم استنادها فيما يرى إلا ولاية على حين يراها الآخرون مستندة إلى إذن من الشارع.

والضمان في هذه الأحوال ضمان اعتداء وقد يوصف بأنه ضمان يد. وسنعرض لذلك عند الكلام في أحكام الأيدي المتفرعة عن أيدي الضمان.

الثاني: حكم الشارع بضمان صاحبها وإن وضعت على المال بإذن من صاحبها كيد المستعير عند الحنابلة والشافعية خلافا للحنفية وضمان المرتهن عند الحنفية، ويتناول هذا ضمان الأموال التي توضع الأيدي عليها نتيجة لعقد من العقود كما في ضمان البائع المبيع بحبسه تحت يده إلى أن يؤدي إليه الثمن بعد تمام البيع، وضمان المشتري المبيع في يده عند اشتراط الخيار في رأى كثير من الفقهاء. وسيأتى تفصيل ذلك عند كلامنا على ضمان العقد.

الثالث: وضع اليد على أساس التملك والضمان، ليكون وسيلة وطريقة إلى التملك كما في يد القابض على سوم الشراء اتفاقا، ويد القابض على سوم النظر عند

غير الحنفية، لأنه - وقد وضع يده على أساس الضمان والتملك - يقتضى التعبير به إذا ألزم بالضمان عند التلف، إذ إنه يبتعد به عن غرضه ولو ألزم به الملك لكان في ذلك تغرير به وإضرار، وذلك ما كان محلا لاختلاف النظر بدليل الاختلاف في حكمه.

الرابع: وضع اليد على مال الغير بإذن من صاحبه لمصلحة اليد خاصة، فإذا كانت المصلحة مشتركة كانت العبرة بأرجحهما فإن كانت مصلحة المالك أرجح كانت يد أمانة، وإلا كانت يد ضمان، ذهب إلى هذا الحنابلة وفرعوا على هذا الأصل ضمان المستعير وعدم ضمان الوديع.

وعلى هذا كانت يد الضمان كل يد لا تستند إلى إذن شرعى سواء أكان من المالك أم من الشارع، وكذلك كل يد تستند إلى إذن شرعى ودل الدليل على تضمين صاحبها. وكل يد ترتبت على يد معتدية دون أن تستند إلى إذن من المالك، أو إذن من الشارع، أو استندت إلى ذلك، ولكن كان وضعها لمصلحة صاحبها خاصة عند الشافعية والحنابلة، أو دل دليل شرعى على تضمينه وكانت لذلك يد غاصب الغاصب، ويد المساقى للغاصب، والمشتري من الغاصب، والمستأجر منه يد ضمان وإن لم يعلموا بالغصب.

ويتحقق الاعتداء بوضع اليد على مال الغير إذا كان بغير ضرورة، أما إذا كان لضرورة ولم يسارع واضع اليد إلى رد المال لصاحبه فإنه يصير لعدم مسارعتة معتديا ويتحقق ذلك في حيوان دخل دار إنسان من تلقاء نفسه فلم يرده مالك الدار إلى صاحبه مع معرفته به، وفي مال تحت يد إنسان لسبب استوجب ذلك كالإجارة والاستعارة ونحوها ثم انتهى السبب ووجب لذلك رد المال إلى صاحبه، وفي هذه الحال إذا كان الرد ومثوته واجبين شرعا على صاحب اليد كان إهماله الرد بعدم سعيه إليه مستوجبا لضمانه إذا كان ذلك بغير عذر، وإن كان الرد واجبا على مالك المال لم يكن إغفاله من واضع اليد مستوجبا لضمانه، وعلى أساس ذلك يحكم بعدم ضمان المستأجر بعد انتهاء الإجارة إذا لم يسارع إلى تسليم العين المستأجرة؛ لأن استردادها على مالکها المؤجر وبضمان المستعير عند الحنفية إذا لم يبادر برد العارية بعد انتهاء الإجارة بغير عذر.

حكم يد الأمانة وحكم يد الضمان:

لا ضمان على صاحب يد الأمانة عند تلف المال تحتها إلا إذا قصر في حفظها، أو تعدى عليها، ومن أجل ذلك ضمن الوديع إذا أخبر اللص بمكان الوديع فسرقتها منه، لتعديه بذلك.

ويرى المالكية أن يد الأمين إذا كانت على ما لا يعاب عليه فلا ضمان عليه عند التلف وإن كانت على ما يعاب عليه فهو ضامن له إذا تلف إلا أن يقيم البيعة على تلفه أو ضياعه بغير صنعه، وذلك هو الحكم عندهم في العواري، وفي أيدي الصناع، وفي المبيعات مع الخيار عند التلف في يد المشتري ونفقة المحضن إذا تلفت في يد الحاضنة والصداق إذا دفع للزوجة وحدث فسخ أو طلاق قبل الدخول، وما بيد الورثة إذا طرأ دين، أو ظهر وارث آخر، ويد المشتري من الغاصب عند جهله بالغصب والسلعة المحبوسة لأداء الثمن، وخرجت من هذا الحكم يد المستأجر على العين المستأجرة، إذ لا ضمان عليه عند أداء التلف سواء أكانت مما يعاب عليه أم لا، غير أنه يحلف إذا كان متهما، وعندئذ يقبل قوله دون مطالبة بالبيعة^(١).

أما يد الضمان فالحكم تضمين صاحبها عند تلف المال تحتها سواء أكان تلفه باعتداء عليه من واضع اليد، أم من أجنبي، أم كان بسبب لا يد لصاحب اليد فيه كالسبب السماوي مثل الموت والنار الغالبة ونحو ذلك. غير أنه إذا كان التلف من أجنبي استقر ضمان المال التالف عليه وإن كان من المالك كان ضمانه عليه وليس على واضع اليد تبعة.

غير أن المالكية ذهبوا إلى أن وضع اليد على المال إذا كان المقصود منه منفعته للانتفاع بها فقط لم يكن وضع اليد عندئذ على ذات المال اعتداء عليه، وبنوا على ذلك أنه إذا تلف المال بما لا يد لواضع اليد فيه لم يلزم بشيء سوى أجر الانتفاع إن انتفع كما سيأتي الكلام على الغصب، وبناء على ذلك لا تصير اليد يد ضمان بالنظر إلى ذات المال في هذه الحال عند المالكية خلافا لغيرهم، وذلك ما يدل على أن يد الضمان هي التي توضع على المال عينا، أو منفعة بغير ولاية مع القصد إليه، فهي يد ضمان للذات إن قصد بها الاستيلاء على الذات وضمان للمنفعة إن قصد بها الانتفاع فقط.

وكما يلزم صاحب يد الضمان بضمان المال كله عند تلفه يلزم بضمان بعضه عند تلف بعضه كما يلزم بنقص قيمته عند حدوث ذلك بسبب تعيينه أو تغييره، أو حدوث ما ترتب على ذلك من نقص في قيمته مع ملاحظة أن نقص القيمة نتيجة تغيير الأسعار لا يسأل عنه صاحب اليد، إذ لا صلة باعتدائه ولم يكن نتيجة نقص في المال، وإنما نتيجة لانصراف رغبات الناس عنه.

(١) حاشية الدسوقي على الدردير ج ٣ ص ٢٥٥، ج ٤ ص ٣٤.

وذهب المالكية إلى أن تغير السعر بنقصه غير معتبر في الغصب فلا ضمان إذا نقصت به قيمة العين المغصوبة في يد غاصبها ولكنه معتبر في الاعتداء فيضمن المعتدى ما نقصته العين المستولى عليها، اعتداء بسبب نقص سعرها^(١).

وأظهر ما تتمثل فيه يد الضمان يد الغاصب وما تفضى إليه من الأيدي وإن لم يعلم صاحبها بالغصب، ولذا بدأ ببيان الغصب وبم يتحقق.

الغصب

الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل منه في المال^(٢). فلا يتحقق عندهما إلا بتحقيق عناصره الأربعة وهي:

- ١ - إزالة يد المالك ورفعها.
- ٢ - وأن تكون عن مال مملوك له متقوم.
- ٣ - وأن يكون ذلك عن مجاهرة ومغالبة.
- ٤ - وأن يحدث ذلك بفعل يصدر من الغاصب.

وعلى ذلك إذا لم يكن ليد المالك وجود قبل يد المعتدى فلا يعد استيلاؤه عليه غصبا كما في زوائد المغصوب تحدث عند الغاصب فوجودها في يد الغاصب لا يعد غصبا لعدم سبق يد عليها للمالكها، وإذا أزيلت عما لا يعد مالا كالمنافع فلا يعد الانتفاع بها تعديا غصبا. كما لا تعد حيازة مال غير متقوم غصبا كما في الاستيلاء من مسلم على خمر لمسلم.

ومن الفقهاء من زاد في شروط المال أن يكون محترما فلا يعد الاستيلاء على مال الحربى في دار الحرب غصبا، وأن يكون منقولا فلا غصب في العقار^(٣). وإذا كان الاستيلاء خفية أو عن حياء من صاحب المال لا يعد كذلك غصبا وإذا حدث هذا بغير فعل من المستولى لم يكن غصبا كما في حيوان دخل دار إنسان واستقر فيها.

ويرى محمد - رحمه الله - أن الغصب يتحقق بالعناصر الثلاثة الأوائل فهو تفويت يد المالك عن ذلك المال عن مجاهرة ولا يتوقف وجوده على فعل من الغاصب.

(١) الخرشى ج ٦ ص ١٦٣.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧.

(٣) تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٢.

ويرى الشافعي وأحمد أن الغضب هو الاستيلاء على حق الغير بغير حق، فيتحقق في المنافع، وفي أحوال الاختصاص التي لا ملك فيها، ولا يتوقف تحققه على إزالة يد للمالك كانت متحققة قبله، فاستيلاء الغاصب على زوائد المغضوب التي نتجت منه تحت يده غضب.

ويرى مالك أن الغضب هو الاستيلاء قهرا على عين مالية لغيره بلا حراية، ولذا لا يسرى في منع المنافع عن صاحبها بالاستيلاء على العين غضبا، وإنما يسمى ذلك اعتداء أو تعديا^(١)، فهم يرون أن الغضب جناية على الذات المستولى عليها جميعها وذلك بالاستيلاء عليها قصدا إلى أخذها، أما الاعتداء فهو - كما يقول العدوي على الخرشي - الأخذ بقصد الاستيلاء على منفعة المأخوذ لا الذات، ويقول آخرون - الجناية على بعض السلعة في أكثر أحواله كمزق الثوب وكسر الآنية بخلاف الغضب فإنه جناية على السلعة كلها، وعلى هذا الرأي يكون التعدي بكل فعل ضار لا يصيب الشيء جميعه، وإنما يصيب بعضه أو منافعه بقطع طرف من أطراف الدابة أو إتلاف عين في يد مالكة دون استيلاء عليها.

ويفرقون بينهما في الحكم بأن الفساد اليسير من الغاصب يجعل للمالك أن يضمن الغاصب قيمة ما غضبه إن شاء أو قيمة ناقصه، أما في المعتدى فلا يستوجب إلا إلزامه بأرش النقص الحاصل به، وبأن المعتدى لا يضمن ما تلفت تحت يده بسبب سماوى بخلاف الغاصب، وبأن المعتدى يضمن غلة من عطل بخلاف الغاصب كما سيأتي.

ووجهة أبي حنيفة في اشتراطه إزالة يد المالك في تحقق الغضب أن الغضب يستوجب تضمين الغاصب، وذلك يكون بإلزامه بأداء الضمان إلى المغضوب وإزالة يده عنه، وذلك يقتضي بناء على تحقق معنى الجزاء والمساواة بين الجرم وجزائه التي يوجبها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...﴾ (١٩٤) [البقرة] أن يكون الغضب بإزالة يد المالك عن المغضوب كما كان التضمين الذي هو جزاؤه بإزالة يد الضامن عن الضمان، وبذلك يتحقق بفوات ما يؤديه من الضمان عليه كما فات على المغضوب منه ما أخذ منه بالغضب؛ ولذا لا يضمن الغاصب دابة تبعت دابة أخرى غضبها كولدها مثلا إذا تلفت وهي تابعة، كما لا يضمن شخص حبس مالكا

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٢، وكشاف الفتاوى ج ٢، والخرشي ج ٦ ص

عن مواشيه حتى ضاعت أو هلكت جوعاً، وكما لا يضمن شخص بالجلوس على بساط لآخر؛ لأن الجلوس عليه ليس فعلاً زالت به يد المالك عنه، فإذا أصاب البساط تلف عند ذلك لم يضمنه - ففي هذه الأحوال وأمثالها لم تنزل يد المالك عن ملكه؛ ولذا كان ضمانه على مالكه، فالدابة لا تزول يد المالك عليها والبساط لم يزل في مكانه حيث وضعه مالكه.

وبناء على هذا الخلاف في بيان حقيقة الغصب كان خلاف الفقهاء على العموم في غصب منافع الأعيان وغصب زوائد الأعيان المغصوبة.

أما المنافع فلا يتحقق فيها الغصب عند الحنفية بغصب أصلها؛ لأنها ليست بأموال عندهم، والغصب لا يكون إلا في مال متقوم؛ ولذا لا تصير مضمونة على من استولى عليها باستيلائه على مصدرها، ولا يطالب بعوض انتفاعه بها، وقد استثنوا من ذلك منفعة مال اليتيم ومنفعة الوقف والمعد للاستغلال على ما سبق بيانه.

وكذلك لا يتحقق فيها عند المالكية؛ لأنها أعراض والغصب عندهم لا يتحقق إلا في الذوات؛ ولذا يسمون الاستيلاء عليها قصداً عند 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 إلا بالانتفاع أو بالإكراه؛ لتحقيق الاعتداء عليها بذلك، وليس للغاصب عندهم حق في غلة المغصوب إذا كان مما يحتاج إلى نفقة؛ إذ تكون نفقته في غلته فإذا زادت عن نفقته فالزيادة للمالك وإن نقصت فليس للغاصب أن يرجع على المالك بالفرق كما أنه لا رجوع له عليه بما ينفقه على المغصوب إذا لم تكن له غلة^(١).

ويتحقق فيها الغصب عند الشافعية والحنابلة، لأنها أموال عندهم وهو يتحقق في كل مال؛ ولذا كانت مضمونة عندهم بالاستيلاء على مصدرها، إذ يعدون ذلك غصباً لها، كانت مضمونة على غاصب العين مدة غصبه.

وأما زوائد الأعيان المغصوبة التي تحدث تحت يد الغاصب فهي نوعان: منفصلة كالولد واللبن والثمره ونحو ذلك، ومتصلة كالسمن والجمال - ويقول صاحب المبسوط: إنها لا تعد بنوعيتها مغصوبة بغصب أصلها عندنا إذا حدثت في يد الغاصب؛ إذ لم يكن للمالكها يد عليها قبل يد الغاصب زالت بحدوث يد الغاصب عليها، وذلك شرط في

(١) الحرشى ج ٦ ص ١٦.

تحقيق الغصب عندنا، ولذا كانت بنوعها أمانة في يد الغاصب فلا تكون مضمونة عليه، ولا يعد مجرد وضع اليد على المال اعتداء عليه حتى يكون وضع يد الغاصب لأصولها عليها اعتداء يستوجب ضمانه وإن كان من غير قصد إلى تملك أو انتفاع أو حيلولة بين المال وصاحبه.

ألا يرى أنه لا ضمان لثوب أطارته الريح فوق في حجر إنسان، ولا في حيوان دخل دار إنسان من تلقاء نفسه، وإنما يكون الاعتداء بتفويت ما كان للمالك من يد وقدرة على التصرف قصداً، وذلك يمنعه عن مالكه والحيلولة قصداً بينه وبينه، وذلك ما لم يقع ولم يتحقق، فقد يتصرف المالك عندئذ دون ممانعة أو معارضة تحدث من ذى اليد وذلك ما دام لم يمسكها قصداً إلى حيازتها لنفسه، أما إذا أمسكها قصداً إلى حفظها حتى يتبين صاحبها فهو أمين عليها.

وبناء على ذلك كانت زيادة المغصوب بنوعها في يد الغاصب أمانة عند الحنفية لا تضمن إلا بالتعدى أو بالتقصير في حفظها.

ومن التعدى منعها عن مالكها عند طلبه، غير أنه إذا كان الطلب خاصاً بالمتصلة ففي اعتبار المنع عندئذ تعدياً روايتان: أولاهما أنه يعد تعدياً، وثانيتهما: أن امتناع الغاصب في هذه الحال لا يعد تعدياً؛ لعدم تمكنه من التسليم بسبب اتصالها بأصلها وامتناع تسليمها إلا مع أصلها فلا تتحقق المطالبة بها منفردة عن الأصل، ولا اعتبار بالمنع عند ذلك، ولا نظر إليه في حق الأصل؛ لأنه مضمون من قبل بدنه فلا ينظر إليه كذلك في حق المنع، فلهذا تضمن بالمنع بعد الطلب الزيادة المتصلة لذلك على هذه الرواية بخلاف الزيادة المنفصلة؛ لاستقلالها وانفصالها عن الأصل، وبناء على ذلك لو غصب إنسان دابة فسمنت وزادت قيمتها عن قيمتها وقت غضبها ثم تلفت الدابة في يده لم يضمن إلا قيمتها وقت غضبها دون قيمة زيادتها؛ لأنها أمانة، وإذا طلبها مالكها ثم منعها الغاصب، ثم تلفت كان في ضمانه قيمتها وقت تلفها روايتان على ما بينا: إحداهما لا يضمن إلا قيمتها وقت غضبها. والأخرى يضمن قيمتها مع قيمة الزيادة^(١).

وفي البدائع^(٢) ما يدل على أن زوائد المغصوب مطلقاً مضمونة عند محمد لأن الغصب إثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه وقد وجد فيها بعد بعد أصلها، ولا شك أن هذا يخالف ما جاء في المبسوط وما جاء في تبيين الحقائق للزيلعي؛ إذ جاء

(١) المبسوط ج ١١ ص ٥٤ وما بعدها.

(٢) ج ٦ ص ١٤٣ والزيلعي ج ٥ ص ٢٢٢.

فيه ما نصه: ولا يضمن الغاصب زوائد الغصب عند محمد لعدم تفويت يد المالك فيها، فهل يروى عن محمد فيها روايتان؟.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى تحقق الغصب فيها بتويعها وضمانها بضمان أصلها؛ لثبوت يد الغاصب عليها وهي ملك لغيره بدون حق وتبعيتها لأصلها.

وجملة القول أن الزوائد المنفصلة كالولد والثمر تعد ملكا للمالك العين وأمانة لدى صاحب اليد فلا تضمن إلا بالتعدي، أو التقصير أو منعها عند طلب مالكةا، أما الأكساب كالأجرة فهي ملك لصاحب اليد بسبب ضمانه؛ لحديث الخراج بالضمان؛ ولذا لا تضمن كما لا تضمن المنافع التي هي بدل عنها وذلك ما يذهب إليه الحنفية.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن جميع الزوائد متصلة أو منفصلة تدخل في ضمان ذي اليد لا فرق بين الولد والأكساب فيضمنها إذا تلفت في يده بتعديه بوضع يده عليها بدون حق.

وبناء على ما تقدم إذا باع الغاصب المغصوب وتسلمه المشتري بزيادته وكانت منفصلة كالولد كان ضامنا للولد بتسليمه إلى أجنبي هو المشتري، لتعديه عليه بذلك، مثله مثل الوديع ببيع الوديع. أما وجه التعدي فلأن المالك كان متمكنا من أخذ الولد من غاصبه، وقد زال ذلك بسبب بيعه وتسليمه إلى مشتريه ففوته على مالكة، وفي ذلك يقول صاحب البدائع أنه لا خلاف بين أصحابنا في ذلك^(١).

وعلى ذلك إذا تلفت العين وولدها عند المشتري بعد التسلم كان للمالك أن يضمن الغاصب قيمة العين عند غضبها ويرجع على المشتري بقيمة الولد عند تسليمه إليه، أو يضمّنه هاتين القيمتين وما يكون من فرق بين قيمتي العين عند غضبها وعند تسليمها إذا لم يكن نتيجة ارتفاع في الأسعار. كما له أن يرجع بالقيمتين قيمة العين وقيمة ولدها على المشتري وقت تعديه وذلك وقت تسلمه إياهما ولا خلاف في ذلك بين أئمتنا كما يقول صاحب البدائع: ذلك الحكم في المنفصلة.

أما المتصلة كما في غضب شاة قيمتها عند غضبها عشرة جنيها، ثم نمت فبلغت قيمتها خمسة عشر جنيها، ثم باعها على هذا فسلمها إلى مشتريها، ثم تلفت عنده، فقد ذكر السرخسي في المبسوط أن لصاحبها الخيار أن شاء ضمن المشتري قيمتها يوم تسلمها وهي خمسة عشر جنيها، وإن شاء ضمن الغاصب البائع

قيمتها وقت الغصب عشرة جنيهاً أو قيمتها وقت البيع والتسلم خمسة عشر جنيهاً «ولم يشر محمد إلى خلاف في الأصل».

أما تضمين المشتري فلأنه متعد بقبضها لنفسه عن طريق التملك وفي هذا تفويت يد المالك حكماً فقد كان متمكناً من استردادها وزال بقبضه لنفسه على سبيل التملك فيضمن قيمتها وقت قبضه وهو خمسة عشر جنيهاً بمنزلة ما لو غصبها من غاصبها الأول غاصب بعد الزيادة فإن للمالك أن يضمه قيمتها وقت غصبه، وأما تضمين الغاصب فقد جاء في الأصل كما ذكرنا أنه يضمن قيمة الشاة وقت غصبها أو قيمتها وقت تسليمها بعد بيعها بلا ذكر خلاف، ولكن روى الحسن عن أبي حنيفة وابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة أنه لا يضمن قيمتها وقت تسليمها بعد البيع وإنما يضمن قيمتها وقت الغصب، أما وجه ما جاء في الأصل من التخيير في تضمين الغاصب القيمة عند الغصب أو القيمة عند البيع والتسليم فمرده إلى أن تضمينه القيمة وقت الغصب إنما هو مبنى على تعديه بالغصب وأن تضمينه القيمة وقت البيع والتسليم فهو مبنى على تعديه ببيع وتسلم ما ليس له فكان للمالك أن يضمه بأى السببين شاء كما لو قتلها الغاصب بعد الغصب والزيادة فإن للمالك التضمين بأى القيمتين شاء قيمتها وقت الغصب وقيمتها وقت القتل.

وأما وجه ما رواه الحسن عن أبي حنيفة فهو أن التضمين بالبيع والتسليم إذا وقع ليس إلا تضمين غصب، والغصب لا يتحقق في المغصوب فعلاً؛ لأن الغصب لا يتحقق إلا بتفويت يد المالك عن العين المغصوبة واليد إذا فاتت لا تفوت مرة أخرى بعد فواتها، وعلى ذلك لا يكون للتضمين في هذه الحال سبب إلا الغصب السابق وهو إنما يقتضى التضمين بالقيمة في وقته وإنما قلنا أن التضمين بالبيع والتسليم ضمان غصب؛ لأن العين لا تزال على ملك مالكها فكان يبيعها وتسلمها اعتداء على ملكه ولا يكون عندئذ إلا غصباً، ولا يعد البيع والتسليم غصباً آخر بالنسبة إلى الزيادة؛ إذ لا يتصور أفرادها بالغصب بعد غصب أصلها حتى تصير مضمونة بغصبها بالبيع والتسليم. بخلاف المنفصلة لاستقلالها وانفصالها فأمكن غصبها استقلالاً بعد غصب أصلها - ولأن المتصلة بسبب اتصالها كانت تابعة لأصلها وقد صار ملكاً للغاصب بالضمان بعد التلف ملكاً مستنداً إلى وقت الغصب فكانت ملكاً له أيضاً وكان البيع والتسليم تصرفاً في ملكه لا يستوجب ضماناً^(١).

(١) البسوط ج ١١ ص ٥٦.

وجاء في تحفة الفقهاء^(١): أن للمالك أن يضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب فقط وليس له أن يضمنه قيمة الزيادة المتصلة يوم البيع والتسليم وله أن يضمن المشتري قيمة المغصوب مع زوائده المتصلة يوم البيع والتسليم، وذلك ما يتفق مع ما رواه الحسن عن أبي حنيفة، وهو ما ذكرناه آنفاً، وبناء على ذلك يبين أنهم لم يذكروا في تضمين المشتري إلا قولاً واحداً هو تضمينه قيمة ما قبضه عند قبضه - الأصل مع الزوائد المتصلة - وأما البائع فالموجود في المبسوط أن للمالك أن يضمنه إحدى القيمتين إما القيمة عند غصبه، وإما القيمة عند تسليمه وهي قيمة المجموع، ثم ذكر أن القول الأول وهو ظاهر الرواية وهو قول الصحابين، وأن الثاني قول أبي حنيفة كما نقله الحسن وذلك أيضاً ما جاء في تحفة الفقهاء.

أقول: ذلك يبين بالنسبة إلى العين كما هو واضح في الاستدلال، أما بالنسبة إلى الزيادة فذلك محل تساؤل؛ إذ من المقبول أن يضمنها البائع أيضاً ضمان اعتداء على أنها أمانة كانت في يده فسلمها لغير مالكها على جهة التمليك وذلك تعد على مال الغير بالبيع والتسليم وهو موجب للتضمنين، وإن لم يعد غضباً فإذا تلفت مع أصلها ضمنها.

وقد ذكر ذلك الحاكم الشهيد في المتقى وحكى الخلاف كما ذكره الطحاوي في مختصره، وذلك خلاف ما ذهب إليه الصحابان؛ إذ رأيا تضمين البائع قيمة الأصل وقيمة الزيادة بناء على أن البيع والتسليم غضب لها؛ لأن ذلك يعد تفويتاً بالنظر إلى المالك فقد كان في استطاعته وإمكانه أن يسترد ما غضب منه بزيادته قبل بيعه وتسلمه وليس له ذلك بعد التسليم فزالت مكتته، وذلك تفويت ليد معناه لعجزه بسبب ذلك عن أن ينتفع بماله، فكان تعدياً موجبا للتضمنين، ولهذا وجب الضمان على غاصب ووديع الغاصب والمشتري من الغاصب.

* * *

وعلى قول الشافعي وأحمد وبيانهما لحقيقة الغصب كان أخذ المال من آخر بطريق الحياء - له حكم الغصب عندهما فلا يملك بذلك الأخذ لانعدام الرضا وكذلك الحكم

عند أبي حنيفة إذا كان معطى المال في درجة المكروه - ولو ركب دابة غيره، بدون إذن صاحبها، أو جلس على بساط بدون إذن مالكة فهو غاصب عندهما، وإن لم ينقله من مكانه لتحقق الاستيلاء بالانتفاع بالجلوس عليه فعد بذلك متعديا وإن لم يقصد الاستيلاء خلافا لأبي حنيفة، لأن البسط فعل للملكه لم يزل أثره بالجلوس عليه فبقى يده ما بقي أثر فعله - غير أن بعض الشافعية ذكر أن الاستيلاء على المنقول لا يتحقق في أكثر صورته إلا بنقله أو بمنع صاحبه من أن ينتفع به أو من التسلط عليه.

ولو جلس على فراش، ثم انتقل عنه فجلس عليه آخر، فكلاهما غاصب عند الشافعية، إذ لا يزول الغصب الأول بالانتقال فإن الغاصب لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك ولو تلف البساط فإن كان تلفه في يد الثاني فهو الضامن وحده وإن تلف بعد أن انتقل عنه أيضا فالضمان عليهما^(١).

ولو دخل دار غيره فأزعجه أو أخرجه منها فغاصب، وإن لم يدخلها خلافا لأبي حنيفة وعلى الجملة فالمناط عندهما تحقق الاستيلاء عرفا.

ما يصح غصبه من المنافع:

وما يغصب من المنافع عند القائلين بغصبها هو ما يصح استجاره لا ما لا يجوز فيه الإجارة؛ ولذا يتحقق في منافع الحر وذلك باستخدامه واستعماله قهرا عنه أو بحبسه ومنعه عن العمل، أما منعه من العمل من غير حبس فلا يعد غصبا موجبا للضمان لعدم تحقق الاستيلاء^(٢).

القول في غصب العقار:

ومن نتائج خلافهم فيما يتحقق به الغصب خلافهم في غصب العقار، فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الغصب لا يتحقق في العقار لأنه لا يكون إلا فيما ينقل، وذهب محمد وزفر وبقية المذاهب المتقدمة إلى تحقق الغصب في العقار؛ ذلك لأن

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٣.

(٢) راجع تبين الحقائق للزليعي ج ٥ ص ٢٢١ وبدائع الكاساني ج ٧ والبداية ج ٢ لابن رشد، نهاية المحتاج

ج ٦ للرملي والشرح الكبير وكشاف القناع ج ٢ في أول كتاب الغصب.

الغضب يتحقق بأمرين: إثبات اليد المعتدية وإزالة اليد المحققة، وذلك ما يتحقق في العقار، إذ إن اليد ليست إلا عبارة عن القدرة على التصرف وعدم اليد إنما يتمثل في عدم القدرة على التصرف، وذلك ما يكون عند وضع الغاصب يده على العقار، ومن ضرورة ذلك انتفاء يد المالك وذلك ما يقتضى تضمين الغاصب كما يضمن في المنقول بذلك، وهذا ما يقرره الحديث: «من غصب شبرا من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين».

ولأبى حنيفة أن الغضب تصرف في المغصوب بإثبات يد الغاصب عليه، وإزالة يد المالك ولا يكون ذلك إلا بالنقل. والعقار لا يمكن نقله، وأقصى ما يمكن فيه إخراج المالك عنه، وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان كما إذا أبعده مالك المواشى عنها فضاعت أو تلفت فإنه لا ضمان عليه، إذ لم تكن المواشى محلا لفعل ترتب عليه ضياعها أو تلفها.

أما ما جاء في الحديث من إطلاق الغضب على أخذ العقار فمن باب المجاز كما في إطلاق البيع على بيع الحر في قوله ﷺ: من باع حرا - وهذا إلى أن مقتضى الغضب ضمان المغصوب ولا ضمان مع وجوده، لأن الواجب حينئذ هو استرداده ودفعه إلى مالكة والعقار باق لا يلحقه العدم.

ولا يخلو هذا من نقد فإن الغرض من اليد القدرة على الانتفاع، وإذا فاتت القدرة فاتت اليد وذلك ما يتحقق عند استيلاء الغاصب على المغصوب، إذ يحول بين مالكة وبين أن يتفجع به وذلك كاف في تحقق الغضب؛ ولذا يضمن الغاصب ما نقصه العقار المغصوب بالسكنى أو بالزراعة أو نحوهما اتفاقا كالحكم في المنقول، غير أن أبا حنيفة وأبا يوسف يقولان: إن هذا ليس من قبيل ضمان الغصب وإنما هو ضمان إتلاف، والعقار يضمن بالإتلاف كأي مال؛ إذ لا يشترط في ضمان الإتلاف زوال يد المالك عن المال المتلف عندئذ، ومثال ذلك دابة الغير إذا ركبها آخر بغير إذنه دون أن يسير بها فهلكت في مكانها لم يضمن لعدم فعل فيها ترتب عليه هلاكها، ولكن لو تلفت بسبب ركوبه إياها وسيرها ضمن لوجود الإتلاف بفعله.

موجب الغصب والتعدى والضمان الواجب

يطلق الفقهاء اسم الضمان كثيرا على ما يجب من مال عوضا عما تلف من مال. وأساس وجوبه ما رواه سعد بن مالك بن سنان الخدرى عن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار».

والضرر هو الأذى يصيب إنسانا ابتداء أو انتهاء... والضرار هو الأذى يصيبه على وجه المقابلة والجزاء وقصد الضرر دون مراعاة للمماثلة التي يدل عليها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...﴾ (١٦٤) ﴿البقرة﴾ أو قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءٌ سِئَةٍ سِئَةٌ مِّثْلُهَا...﴾ (٤٠) ﴿الشورى﴾ وقيل الضرر: أن يؤذى الإنسان غيره بما فيه نفع له، والضرار أن يؤذى غيره بما لا نفع له فيه، واختار هذا ابن عبد ربه وابن الصلاح. وقيل: هما بمعنى واحد والجمع بينهما للتأكيد، وأولى الأقوال بالقبول هو القول الأول؛ لأن الضرار مفاعلة وهى تقتضى المشاركة.

وبالضمان يجبر الضرر بإعادة مال المضرور إلى ما كان عليه قبله ما أمكن ذلك، وذلك ما تدل عليه القاعدة الفقهية، وهى الضرر يزال، وإزالته تكون بالتضمين، وهو الحكم بالضمان، وذلك يكون بإلزام المعتدى بمثل ما أتلفه من المال، لتأديته إلى التعويض على وجه الكمال.

ويرى الحنفية أن موجب الغصب عند قيام المغصوب وسلامته وعدم تعييه على ما سببها هو رده إلى مالكه، وذلك هو موجب كل يد وضعت على مال لغير صاحبها اعتداء، ولا خلاف فى ذلك بين بقية المذاهب، وذلك لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد» ولقوله: «لا يحل لأحدكم أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا وإن أخذه فليرده». ولأن أخذ المال يفوت على صاحبه يده، وهى وسيلته إلى تحصيل ثمراته من الانتفاع والتصرف. وذلك ضرر يجب دفعه عنه على أتم صورة، وذلك إنما يكون برده فى مكان غضبه؛ لأن المالية تختلف باختلاف الأماكن وباختلافها تفاوت القيم، وعلى ذلك كان هو الموجب الأصلى عند الفقهاء، ومنهم جمهور الحنفية؛ لأنه أعدل وأكمل فى رفع الضرر صورة ومعنى، فإذا تعذر رد عين المال بسبب تلفه، أو بسبب تعييه تعييا يذهب بمنفعته التى تطلب منه عادة، أو بسبب تغييره تغييرا تغير به أكثر منافعه ويزول به اسمه، أو بسبب خلطه بمال آخر على ما سبق بيانه كان الواجب حيثئذ هو رد البدل أو العوض على وجه الجبران مقصودا بهذا السبب، ثم ثبت الملك به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة لا أثرا مقصودا بالغصب وكان ذلك مخلصا يصار إليه حيثئذ باعتباره عوضا أو بدلا عن الواجب الأصلى، وذلك يكون بأداء القيمة أو المثل على ما نيين.

وعلى هذا لو أتى الغاصب بالقيمة أو بالمثل لم يقبل ذلك منه عند قيام المغصوب إلا إذا رضى مالكة، وعندئذ يكون هذا من قبل المعارضة التي تعتمد على الرضا بين طرفيها.

ومن نتائج ذلك براءة الغاصب برد عين المغصوب ولو على غير علم بذلك من مالكة كأن يسلمه إليه بهمة مثلا أو بإيداع أو بإعارته إياه أو بيعه إياه. ولولا أن رده هو الواجب ابتداء ما برئ إلا بقبض المالك على علم منه به كما في قبض مثله أو قيمته إذ لا يبرأ عندئذ إلا إذا قبضه على علم بأنه يقبض عوض المغصوب.

ويتحقق الرد إلى المالك بإثبات يده عليه. وبذلك يبرأ الغاصب من الضمان سواء أعلم الغاصب بأن ما رد إليه هو مساله أم لا، كما لم يكن علم الغاصب أن المال لغيره شرط في تحقق غضبه.

وعلى ذلك يعد الطعام مستردا، إذا قدمه غاصبه إلى مالكة، وإن لم يعلم أنه ماله فإذا أكله فقد استهلك مال نفسه فلا ضمان عليه عند الحنفية خلافا للشافعي ومالك؛ إذ يشترطان في براءة الغاصب علم المالك بأن ما رد إليه ماله حتى لا يكون مغرورا.

والرد من غاصب الغاصب إلى الغاصب يبرئه من الضمان وإن كان على علم بالغصب لاعتبار يد الغاصب كيد المالك من وجه ويستقر الضمان حيثذ على الغاصب.

وإنما يبرأ الغاصب برد المغصوب إذا رده سليما كما أخذه دون أن يكون قد حدث له عنده ما يؤدي إلى تلفه أو تعييبه بعد حين، وعلى ذلك إذا أصاب الشاة المغصوبة عند الغاصب ما سبب مرضها بعد ردها إلى مالكة فنفتت من ذلك المرض أو نقصت قيمتها فإن ضمان الغاصب لا ينتهي بذلك الرد إذا كان عليه أن يرد المغصوب سليما كما أخذه سليما، ولذا ذهب أبو حنيفة إلى إلزامه بقيمتها عند تلفها أو بقيمة نقصها عند نقص قيمتها؛ لضمانه إياها حتى ترد إلى مالكة سليمة^(١).

وإذا عجز الغاصب عن رد المغصوب بأي سبب وجب عليه ضمانه.

ويرى مالك أن تقديم الطعام المغصوب إلى مالكة إنما يبرأ به الغاصب إذا قدمه على هيئته، أما إذا غيره ثم قدم إليه لم يبرأ وإن كان عالما بأنه طعامه؛ لأنه في هذه الحال إنما قدم مالا مملوكا له بسبب تغييره لا مملوكا لمن قدمه إليه.

(١) الزيلعي ج ٥ ص ٢٣٣.

ويعتبر من قبيل الرد للمالك إقراضه إياه وبيعه له وإجارته منه ورهنه إياه وإعطاؤه إليه قراضاً، وذلك إذا كان عالماً به عند الشافعي ومالك.

وذهب آخرون من الحنفية إلى أن الموجب الأصلي هو أداء القيمة أو دفع المثل؛ لأن الذمة إنما تشغل بالواجبات، ولا يتصور واجب إلا في فعل أو دين وليس شيء من ذلك يعين ولا تشغل الذمة بها وإن شغلت بردها، لأنه فعل فإذا ردها برئت ذمته كما لو أبراه المالك عن الضمان حال قيام العين، إذا لا يجب عليه الضمان حيثئذ يهلكها بخلاف الإبراء عن العين، إذ لا يصح لعدم شغل الذمة بها؛ لأن صحة الإبراء تستلزم شغل الذمة بالبرأ دينا كان أوفعلا. وإنما صح الإبراء عن الضمان حال قيام العين لاعتباره واجبا شاغلا للذمة على أساس وجوبه بالغصب وأنه الأثر المترتب عليه ابتداء وإن رد عين المغضوب مخلص من هذا الضمان لارتفاعه عندئذ بارتفاع سببه وذلك برد العين إلى المغضوب منه ووصول حقه إليه كاملا بهذا الرد وزوال الاعتداء الموجب للضمان بذلك لتعين العين المغضوبه حقا له. ومما يدل على شغل الذمة بالضمان حال قيام العين أنه لو كان للغاصب نصاب من نصيب الزكاة ذهباً أو فضة مثلاً انتقص منه ضمان المغضوب مع قيامه كما ينتقص أيضاً بالدين حتى لا تجب فيه الزكاة عندئذ لنتقصه وعدم اعتباره فاضلاً عن الحوائج الأصلية، وذلك لا يكون ولا يتصور شرعاً إلا عند شغل الذمة بما هو دين كالقيمة أو المثل، وليس لدينا عند قيام العين المغضوبه إلا شغلها بهذا الضمان بناء على الغصب فكان ذلك هو الواجب ابتداء به. وليس ينقض ذلك أنه لا يضار إلى التضمين بالقيمة والإلزام بها مع القدرة على رد العين، إذ لو كان هو الواجب الأصلي كما ذكرنا لألزم به الغاصب ابتداء فإن الجمعة خلف عن الظهر ولا يصار إليه مع كونه الواجب الأصلي عند القدرة على الجمعة.

وإنما يبرأ الغاصب بتسليم عين المغضوب إلى مالكها مع عدم علمه بذلك، ومع شغل ذمته بالقيمة أو المثل مع أنه غير الواجب حيثئذ على هذا الزعم؛ لتعين العين المغضوبه حقا له كما قلنا بخلاف المثل أو القيمة لعدم تعين حقه فيهما إلا بقبضهما؛ إذ يتمثل حقه في أي مثلي أو أية قيمة؛ ولذا لا يتعين في المقبوض منهما إلا باتفاق الطرفين بخلاف عين المغضوب عند الرد.

أقول: وإذا كان الحكم عدم قبول القيمة أو المثل من الغاصب عند قيام المغضوب وإمكان رده إلا أن يرضى المغضوب منه بذلك فلذلك ما يقطع بأن الواجب ابتداء عند قيام المغضوب وإمكان رده بعينه هو رده وأما دفع القيمة أو المثل فخلف له؛ ولذا وجب

فيه التراضي لوجود معنى للبدلية، وإذا ادعى الغاصب تلف المال المنصوب وليس له دليل على ذلك والمنصوب منه يكذبه حبسه الحاكم المدة التي يراها مظنة لإظهاره لو أنه كان موجودا، فإن لم يظهره قضى عليه ببذله وذلك دليل على أن الرد هو الواجب الأصلي ولا يعدل عنه إلا إذا أظهر عدم إمكانه.

* * *

والذي يظهر من جملة أقوالهم أن الغصب يوجب شغل ذمة الغاصب ابتداءً بوجوب رد العين المنصوبة، للحديث الذي أشرنا إليه كما يوجب في الوقت نفسه شغل الذمة بضمانه قيمة على معنى تعلق ذلك بذمته مجرد تعلق يترتب عليه الإلزام بالأداء عند تحقيق شرطه (١).

رد قيمة المنصوب أو مثله:

وإذا تعذر رد العين عند وجوب ردها بسبب من الأسباب كتلفها أو تغييبها أو تغييرها أو تغييبها أو خلطها كما سبق بيانه وجب تضمين ذى اليد غاصبا كان أم غير غاصب فيلزم بأداء مثلها إن كانت مثلية وقيمتها إن كان قيمة، وذلك لأن إيجاب المثل عند وجوده أعدل وأثر في التعويض وجبر الفاتت من ناحية الصورة والمعنى فكان لذلك أولى من إيجاب القيمة عند إمكانه، لأن التعويض بها معنوي فقط، فإذا لم يوجد كان الواجب القيمة يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله، ويوم الغصب أو الاعتداء عند أبي يوسف، ويوم انقطاع المثل عند محمد.

وجه قول محمد إن المثل هو الواجب بتلف المثلى فإذا عجز عنه بانقطاعه انتقل الوجوب إلى القيمة ولا يجوز الانتقال إليها قبل انقطاعه لقصورها في التعويض من ناحية الصورة وكمال التعويض في إيجاب المثل، ولأنها إنما وجبت خلفا فلا يصار إليها عند العجز عن الأصل فتعين لذلك اعتبار القيمة عند العجز عن المثل وذلك وقت انقطاعه.

وجه قول أبي يوسف أن التالف بانقطاع مثله التحق بالقيمي، وكان له حكمه وإنما تعتبر قيمته وقت الغصب أو الاعتداء، ولأن القيمة لما كانت خلفا كانت واجبة بما يجب به أصلها فاستند إليه في وقته - وجه قول أبي حنيفة أن المثل هو الواجب ابتداءً

(١) تبين الحقائق للزليعي ج ٥ ص ٢٢٢.

بالاعتداء فتشغل به الذمة حتى يقضى القاضى بالقيمة خلفا له، ولهذا لو خير المالك إلى أن يعود الوجوب إلى المثل بعد صدوره القضاء بها إذا ما وجد بعد ذلك كان له ذلك فتعتبر وقت القضاء.

وحد الانقطاع عدم وجوده في السوق الذى يباع فيه عادة وإن وجد في البيوت.

أما القيمي فالمعتبر فيه قيمته يوم غضبه أو وقت الاعتداء عليه إذا لم يكن منصوبا، لتعذر الالتجاء إلى المثل حيثذ فوجب في التعويض ما هو في حيز الإمكان^(١).

وفي جامع الفصولين: غضب شاة فسمنت ثم ذبحها ضمن قيمتها يوم غضبها لا يوم ذبحها، وفي مخالقات أبى الليث أن هذا قول أبى حنيفة، أما عندهما فإنه يضمن قيمتها يوم ذبحها، أما لو تلفت بلا إتلاف فإنه يضمن قيمتها يوم غضبها^(٢). وفى جواهر زاده: غضب بقرة قيمتها مائة فسمنت وصارت مائتين ثم باعها خير مالکها بين أن يضمن الغاصب قيمتها يوم غضبها وهى مائة وبين أن يضمن المشتري قيمتها يوم قبضها مائتين عندهما لا عند أبى حنيفة.

أقول: وهذا عند تلفها تحت يد المشتري؛ ووجه قولهما أن وقت اعتداء المشتري عليها هو وقت قبضها وكانت قيمتها عند ذلك مائتين وقد تقدم هذا.

ومما يجب رده أيضا مع الأصل الزيادة المنفصلة، ومثونة الرد على المعتدى كما وجبت على المستعير فى رده العارية.

والرد على الغاصب الأول يبرأ به الغاصب الثانى من الضمان؛ لأن يد الغاصب الأول فى هذه الحال تعد كيد المالك.

ويرى الشافعية أن على الغاصب أن يرد المال المغصوب إلى المغصوب منه فورا عند التمكن وإن عظمت مثونة رده حتى تجاوزت قيمته، ويرده إليه ببلد الغصب إن كان به أو حيث انتقل إن انتقل عنه، للحديث السابق.

ويرى أحمد أن عليه أن يرد إليه محل غضبه وإن بعد ولو غرم فى ذلك أضعاف قيمته فإن قال ربه: دعه فى مكانه وأعطنى أجرة رده وإلا ألزمتك برده لم يلزمه ذلك.

(١) الزيلعي ج ٥ ص ٢٢٣ والمبسوط ج ١١ ص ٢٩ ورد المختار وابن عابدين عليه ج ٤ ص ٩١٢.

(٢) ج ٣ ص ١٩٣.

ويبرأ بالرد لمن غضب منه من نحو وديع ومستاجر ومرتهن لنيابتهم عن المالك في اليد.

ويجب الرد عليه ما دام قادرا عليه لم يمنع منه مانع وذلك محل اتفاق. فإن منع من الرد مانع وجب التضمين بالقيمة إن كان قيما وبمثله إن كان مثليا لا خلاف في ذلك بين الحنفية والشافعية والحنابلة.

غير أنه إذا كان مثليا فالشافعية يرون التضمين بمثله إن وجد له مثل، فإن لم يوجد له مثل فالواجب دفع قيمته كالقيمي.

والأصح أن المعتبر عندهم هو أقصى قيمة له حيثئذ من وقت الغصب إلى تعذر المثلي؛ لأن وجود المثل كبقاء المغصوب بعينه، لكونه مأمورا برد المغصوب أو رد المثل فإذا لم يستطع غرم أقصى قيمة له في تلك المدة، إذ ما من وقت يحل منها إلا طوِّب فيه برده أو برد قيمته إن لم يمكن رده، وإذن تجب قيمته حين طلبها، أما لو كان المثل مفقودا عند التلف فيجب أرفع قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف، ومقابل هذا القول تسعة أقوال أخرى نذكرها بيانا لاختلاف النظر.

أولها: يعتبر الأقصى من وقت الغصب إلى وقت التلف، وثانيها: من وقت التلف إلى وقت التعذر، وثالثها من وقت الغصب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها، ورابعها: من قطاع المثل إلى المطالبة، وخامسها: من وقت التلف إلى المطالبة، وسادسها: المعتبر قيمة التالف وقت التلف، وسابعها: قيمته وقت الإعواز، وثامنها: قيمته يوم المطالبة، وتاسعها: إن كان منقطعا في جميع البلاد فقيمه يوم الإعواز وإن فقد في تلك البقعة اعتبرت قيمته يوم الحكم بالقيمة.

ولو نقل المغصوب المثلي إلى بلد آخر فلما لكانه أن يكلف الغاصب رده، فإن لم يرد طالبه بقيمته قبل الرد لوجود الحيلولة بينه وبين ملكه.

والمعتبر بقيمته من وقت الغصب إلى وقت المطالبة وامتنع عليه المطالبة بالمثل في هذه الحال، لثبوت التراد فيها؛ وذلك باستردادها إذا رد المغصوب وقد تتغير قيمة المثل فيحصل الضرر عند ارتفاعها، أما القيمة فشيء واحد وعندئذ يملكها الآخذ ملك قرض ليتنفع بها على حكم أو رد بدلها عند رد العين المغصوبة، فإذا رد المغصوب استردها، إن كانت باقية وإلا رد بدلها.

فإن تلف المغصوب المثلى في البلد الذي نقل إليه، أو عاد إلى بلد الغصب سالما فتلف فيه كان للمغصوب أن يطالب بالمثل في أى البلدين شاء لتوجه رد العين المغصوبة عليها فيهما، إذ له المطالبة في أى موضع شاء من المواضع والأماكن التي وصل إليها المغصوب، فإن لم يوجد له مثل وجب التضمين بأقصى قيم المحال التي وصل إليها المغصوب.

ولو ظفر بالغاصب في غير بلد التلف مع وجود المغصوب المثلى فالصحيح أنه إذا كان لا مثونة لتقله كالنقد اليسير والطريق آمن فله المطالبة بالمثل لعدم الضرر، وإلا لا مطالبة له بالمثل، وليس للغاصب أن يكلفه قبوله لما فيه من الضرر والمثونة بل يضمته قيمة بلد التلف، وإن لم تكن بلد الغصب إذا كانت هي أقصى قيم المحال التي وصل إليها وإلا وجب التضمين بأقصى قيمة.

وضمانها حيثئذ للحيلولة فليس للغاصب استردادها وبذل المثل ولا للمالك ردها وطلب المثل إذا اجتمعا في بلد الغاصب - وقيل: له المطالبة بالمثل مطلقا. وقيل: إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة بلد التلف أو أقل طالبه بالمثل وإلا لا.

أما إذا كان المغصوب قيميا فيضمته الغاصب بأقصى قيمة له من وقت الغصب إلى وقت التلف لمطالبته بالرد في جميع الأوقات والأحوال، فإذا لم يرد كان ضامنا للبدل في وقت كانت له فيه أقصى قيمة، وهذا بخلاف ما ضمن بسبب الإتلاف بلا غصب، إذ يضمن بقيمته وقت الإتلاف^(١).

ولو صار المثلى متقوما فتلف أو صار مثليا آخر أو صار المتقوم مثليا كما لو جعل الدقيق خبزا أو السمسم سرجا أو الشاة لحما فإنه يضمن المثل سواء أساوت قيمته ما صار إليه أم لا وذلك في الحال الأولى وهي ما إذا صار المثلى متقوما، وفي الثالثة ما لم تكن القيمة فيما صار إليه أكثر فيضمن القيمة التي صار إليها. أما في الحال الثانية وهي ما إذا صار المثلى مثليا آخر فإنه يتخير بين المثلين.

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا تلف المغصوب بأفة سماوية أو بإتلاف الغاصب أو بفعله فيه أو بفعل أجنبي ضمنه الغاصب أو من أتلفه بمثله إن كان مثليا والمراد مثله حين الغصب إن بقي على حاله فإن تغير بعد الغصب كرطب صار تمرا كان للمالك التضمين

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٦٣ وما بعدها.

بأى المثلين أحب فإن لم يوجد له مثل، لعدم أو بعد أو غلاء فعلى الغاصب قيمة مثله يوم إعوازه في بلد الغصب، فإذا قدر على المثل قبل أداء القيمة لزمه. فإن كان قيماً ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلد غصبه من عمد إلى ذلك التلف، وكذلك الحكم فيما أتلف بلا غصب^(١). وفي المعنى أنه يضمنه بأعلى قيمة له في مدة الغصب فإذا كان الضامن غاصب الغاصب ضمنه بأعلى قيمة له في مدة اعتدائه، أي مدة غصبه إياه من غاصبه.

وعند مالك يضمن الغاصب باستيلائه على المغصوب عقاراً كان أو منقولاً فيتعلق الضمان بذمته بمجرد استيلائه عليه للحيلولة بين المغصوب وبين مالكه ولكن لا يحصل الإلزام بالضمان وأدائه إلا بتلفه لدى الغاصب بأى سبب من أسباب التلف أو إذا حدث به ما يعد تفويتاً له، ولذا تلزمه قيمته وقت غصبه؛ لأنه وقت الاعتداء بالحيلولة بينه وبين مالكه وهو وقت تعلق الضمان بذمته، وذلك إن كان قيماً فإن كان مثلياً لزمه مثله فإن لم يوجد له مثل لزمته قيمته يوم فقد المثل.

وإذا كان المغصوب مما له إبان يوجد فيه صير المالك إلى زمن وجوده فيعطى مثله إن تيسر ذلك وإلا كان له القيمة. وقيل يضمن القيمي بأعلى قيمة له فيما بين وقت غصبه ووقت تلفه وهو قول الشافعي.

وإذا كان الإتلاف في غير غصب فالواجب به ضمانه بقيمته وقت التعدى عليه.

وحاصل المذهب أن غاصب الذات أو من يحوزها تعدياً يتعلق بذمته ضمانها من يوم التعدى عليها للحيلولة بينها وبين مالكها ويضمن غلتها فعلاً من يوم استعمالها أو كرائتها.

وأما غاصب المنفعة وهو المعتدى في عرفهم فيضمن قيمتها بمجرد فواتها وإن لم يستعملها، ويجب مع ذلك رد العين مادامت قائمة، فإن تلفت وجب أداء الضمان كما بينا، غير أن تلفها في هذه الحال إن كان بغير اعتداء من المعتدى أو من أجنبي أو كان بأمر سماوى، أى لا يد للمعتدى فيه فلا ضمان عليه وكان ضمانها على مالكها كما إذا تلفت تحت يده؛ ذلك لأن مجرد وضع يده على العين لا يعد اعتداء عندهم حتى يكون فيه ما يعد اعتداء على الذات كأن يتصرف فيها، وبناء على ذلك لا يتحمل تبعه

(١) راجع الخرشي ج ٥ ص ١٦٣ والشرح الكبير والدسوقي عليه ج ٣ ص ٤٤٤ وما بعلمها والبلدية ج ٢ ص ٣٦٣.

هلاكها بأمر سماوى، أما إن تلفت بالاعتداء عليها فإن ضمانها على من أتلفها. جاء في الخرشى: ومن غضب دابة أو دارا أو ما أشبه ذلك فاستعملها بأن ركب الدابة أو سكن الدار فتلفت الذات بأمر سماوى فإنه يدفع قيمة المنفعة فقط؛ لأنها هي التى تعدى عليها ولا شئ عليه فى الذات والمراد بالسماوى ما لا سبب للمعتدى فيه، وهذا إذا كان الغضب للمنفعة لا للذات.

غير أنها إن كانت مثلية فضمانها بأداء مثلها ولو غلا ثمنه بعد التلف وإن كانت قيمة كان ضمانها بأداء قيمتها يوم التلف لا يوم الغضب؛ ذلك لأن مجرد وضع اليد غضبا على المال يترتب عليه الضمان فعلا كما ذكرنا وإنما يترتب الضمان على التلف أو الإلتلاف^(١).

وعلى ذلك إذا حال شخص بين مال وصاحبه تعديا تعلق ضمانه بذمته تعلقا لا يترتب عليه مطالبة يسدله فى الحال وإن لم يعييه، فإن عييه ترتب عليه التضمين فعلا - كما يترتب على جحود الوديعة.

وفوت المثلى بنقله إلى بلد آخر أما القيمى فلا يعد نقله إلا إذا كان فى نقله كلفة واحتاج إلى حمل ومثونة، والفوت كما يكون بالنقل يكون بالتغيب، وإذا اعتبر فائتا كان مالكة مخيرا بين أخذه عند حضوره وأخذ قيمته فى الحال ولا رد لعينه مع الفوات بأى سبب يتحقق به الفوات وإن لم تذهب مادته^(٢).

وإذا أتلف أجنبى مالا مغصوبا وهو لدى غاصبه كان لمالكة الخيار بين تضمين الغاصب قيمته يوم الغضب وتضمين الأجنبى وقت الإلتلاف، فإذا كانت أكثر من قيمته وقت الغضب فالزيادة للمالك وإن قلت عن قيمته يوم الغضب رجع المالك بالفرق بين القيمتين على الغاصب ولا رجوع له على المتلف، وإنما ضمن الغاصب قيمته وقت الغضب لاستناد تلفه إلى يوم غضبه؛ نتيجة لتعديه كما فى المال يتلف بسبب سماوى، ويضمن المتلف القيمة وقت إلتلافه لتعديه فى ذلك الوقت المستوجب لضمائنه، والمعتبر بالنسبة إلى الغاصب قيمته وقت غضبه فلا يسأل عن زياته بعد ذلك بسبب زيادة السعر، وإذا نقص المغصوب كان نقصه مضمونا عليه ويجبر النقص بعوده إلى ما كان عليه.

(١) راجع الخرشى ج ٥ ص ١٦٣ والشرح الكبير والدسوقى عليه ج ٣ ص ٤٤٤ وما بعد والبداية ج ٢ ص ٢٦٣.

(٢) الخرشى ج ٦ ص ١٦١ والشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤.

وذهب أهل الظاهر وبعض فقهاء المدينة إلى أن الواجب في إتلاف القيمي مثله متى وجد ولا تجب إلا عند عدمه، واستندوا في ذلك بما أخرجه أبو داود من حديث أنس أن رسول الله ﷺ كان عند عائشة رضی الله عنها فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية لها بقصة فيها طعام فضربتها بيدها فانكسرت القصة فأخذ رسول الله ﷺ الكسرتين فضم إحداهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام، ويقول: غارت أمكم، كلوا كلوا، حتى جاءت قصعتها التي في بيتها وحبس رسول الله ﷺ القصة المكسورة حتى فرغوا فدفع الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته. وقد روى أن عائشة رضی الله عنه سأله ما كفارة ما صنعت قال: «إناء بإناء وطعام بطعام».

* * *

وإذا كان المال تحت يد ضمان سواء أكانت يد غضب أم يدا أخرى وضعت تعديا أو دل دليل شرعى على تضمين صاحبها وإن لم توضع اعتداء ثم تلف بأى سبب من أسباب التلف ولو لم يكن لصاحب اليد فيه ضمن قيمة ما تلف كلا أو بعضا إن كان قيميا ومثله إن كان مثليا، وفي حكم الإتلاف ما في معناه من تعيب يذهب بمعظم منافعه التي تتطلب منه عادة أو تغيير تتبدل بسببه منافعه جميعها بمنافع أخرى كما في طحن البر وعجن الدقيق وخبزه، أو تعيب يحول دون رده إلى صاحبه، أو إنكار لإيداعه إن كان مودعا أو إغراء لظالم حمله على أخذه ظلما، أو نقله إلى بلد آخر عند مالك إذا كان مثليا أو قيميا لنقله حمل ومثونه إلى آخر ما ذكر في بيان أسباب الإتلاف وما في حكمه في المذاهب المختلفة.

وإذا وجب ضمان القيمة بسبب من الأسباب التي أشرنا إليها انتهى بذلك ملك مالکها، وصارت ملكا للمتسبب منذ لزمه الضمان من قيمة أو مثل وإن لم يؤده إلى مالکها عند الحنفية. وإذا أدبت ثم ردت العين وجب رد قيمتها عند ذلك إلى الغاصب، وليس للغاصب أن يحبس العين لاسترداد قيمتها إذا ما طلبها مالکها ولم يكن ضمانها بناء على قوله ورضاه كما سبق ذلك، وهذا لوجوب ردها إليه بناء على طلبه حيثئذ؛ لأنه الواجب الأصلي.

والقاعدة العامة أن التعويض لا يستحق نظير ما فات المضرور من ربح ولا ما حل به من خسارة إلا أن يكون ذلك عند تلف شيء مالى مادي، ولا عبء بتغير الأسعار، فإذا نقص بسببها سعر المعصوب لم يكن على الغاصب بسبب ذلك ضمان؛ وهذا بخلاف الحكم في حال التعدي عند مالك إذ يضمن المعتدى في هذه الحال نقص السعر، كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق.

وكذلك لا نظر إلى ما يصاحب الغضب من ظروف وملابسات تقتضى التشديد؛ لأن الأمر في الضمان مبني على جبر الفأنت فعلا، أما النظر إلى الظروف فأمر يتعلق بالتعزير، وإن جاز التعزير على الغضب والتعدى على الأموال.

ما يتخير فيه المالك بين التضمن والتمسك بماله؛

من هذه الأسباب المتقدمة ما يستوجب تضمين قيمة جميع العين مع إمكان الانتفاع بها في الجملة، وذلك لزوال معظم منافعها التي تطلب منها عادة، وإن صارت بعد ما أصابها منتفعا بها انتفاعا آخر جديدا أو أقل مما كان لها، كما في البر يطحن، والدقيق يعجن ويخبز؛ وذلك إذا ما أصر المالك على التضمن وإلا كان له أن يتخير بين التضمن بمطالته بالقيمة أو المثل مع ترك المال للمعتدى وبين تمسكه بما له مع المطالبة عما أصابه من نقص إن كان من نتائج ما حدث نقص وذلك بأخذ الفرق بين القيمتين: قيمة المال بعد تعييه أو تغييره، وقيمه وقت الاعتداء عليه.

أما إذا لم يترتب على ذلك نقص فلا يكون له سوى ماله لعدم الضرر دون أن يلتزم بشيء للمعتدى نظير ما زاده في المال إن كانت زيادة، لأنها عن اعتداء فلا يستحق بها مال.

ومن الفقهاء من ذهب إلى استحقاقه قيمة الزيادة إذا كانت معلومة؛ لأن الظالم لا يظلم، ولا مبرر لأخذ ماله بلا عوض - وإلى هذا ذهب الحنفية.

وقد جاء في تبيين الحقائق للزيلعي أن الضابط في ذلك أنه متى تغيرت العين تغيرا زال به اسمها ومعظم منافعها، أو اختلطت بملك الفاعل بحيث يتعذر التمييز أو يمكن مع الحرج فإن ملك مالكها يزول عنها وتصبح ملكا لمن أحدث فيها ذلك بوجوب تضمينه متى كان ذلك إتلافا للعين أو في معنى إتلافها فيملك قبل أداء ضمانها إذا ما اختار مالك تضمينه، غير أنه لا يجوز له أن يتفجع بها إلا بعد أن يؤدي بدلها إلى مالكها، وعلى هذا فضمن الإتلاف كما يجب بتلف العين وهلاكها يجب أيضا بتلف بعضها وبتعريبها وباستعمالها استعمالا أدى إلى نقص قيمتها - أما نقص قيمتها وهي تحت يد ضامنه بسبب تغير الأسعار فلا أثر له؛ إذ لا يعد انتقاصا في المال ولا تغييرا فيه، وإنما هو تحول في رغبات الناس وحاجاتهم إلى ضعف في الرغبة فيها فقلت بسبب ذلك قيمتها^(١).

والتعيب قد يكون فاحشا وقد يكون يسيرا فإن كان فاحشا استوجب ضمان القيمة، أو أخذ العين مع ضمان النقصان كما في خرق الثوب خرقا فاحشا وذبح الحيوان

(١) البدائع ج ٢ ص ١٤٥ والمبسوط ج ١١ ص ٥٧.

المأكول، أما ضمان القيمة فلما حدث من إتلاف العين معنى بسبب فوات بعض العين أو بعض الأغراض الأصلية التي تطلب من العين عادة كالحمل والدر والنسل بالنسبة إلى الحيوان، وأما الاستمسك بالعين مع أخذ ضمان النقصان فلبقاء ذات العين وعدم فواتها كلها وإمكان الانتفاع بها مع هذا النقصان كالأكل منها؛ ولذا إذا كان الحيوان الذي ذبح غير مأكول اللحم تعين ضمان قيمته كلها لوجود الهلاك من كل وجه، والخيار في هذه الحال للمالك فإن شاء أخذ ماله معييا مع ضمان نقصه وإن شاء تركه لمن عييه وضمنه قيمته كاملة.

* * *

أما العيب اليسير فليس فيه إلا ضمان النقصان كالحرق اليسير في الثوب، وقد اختلفوا في حد اليسير والفاحش، فذهب بعضهم إلى أن ما يوجب نقص ربع القيمة فاحش وما دونه يسير، وذهب آخرون إلى أن الفاحش ما ترتب عليه نقص نصف القيمة؛ لاستواء التالف والباقي فيخير المالك بين أخذ القيمة وأخذ العين مع ضمان النقصان، والصحيح في المذهب أن الفاحش ما تلف به بعض العين ومعظم منافعها أو جنس منفعتها وبقي بعضها وبعض منافعها، واليسير مالا يفوت به نوع المنفعة ولا جزء من العين وتتعب به العين تعيبا غير معهود.

أما ما يزول به الانتفاع بالعين جملة فهو تلف من كل وجه وأثره التضمين لا غيره، أما زوال بعض المنفعة فهو نقصان أو تلف من وجه، وهو في واقع الأمر عبارة عن تعيب المنافع مع بقائها ويتمثل في تفويت الجودة لا غير.

وإذا ما أمكن مراعاة حال الاستهلاك وموجبه ومراعاة النقص وموجبه وذلك بإثبات الخيار للمالك فلا داعى للإلزام بأحدهما وحده مادام أن ذات العين المملوكة ما زالت قائمة.

وقد قال شمس الأئمة السرخسى أن هذا الحكم يجرى في جميع الأعيان عند تعييبها ما عدا الأموال الربوية فإن التعيب فيها سواء أكان فاحشا أم يسيرا يجعل لصاحبها الخيار بين أن يمكس العين، ولا يرجع بشيء على من عييبها وبين أن يتركها ويضمنه المثل أو القيمة؛ إذ إن تضمين النقصان فيها متعذر وذلك لخطره لما يؤدي إليه من الربا^(٢).

* * *

(١) البدائع ج ٢ ص ١٤٥ والبيوط ج ١١ ص ٥٧.

(٢) تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها.

وأساس ذلك بقاء مادة المال واستمرار الملك فيها مع الانتفاع به انتفاعا تتوجه إليه رغبات المالك ويطلبه من المال عادة، وذلك ما قد يدعو إلى الاستمسك به طلبا لمنافعه وهو حق له يترتب على بقاء ملكه فكان له ذلك إن شاء، وإن شاء رأى أن في ملكه تغيرا وتبدلا صار به شيئا آخر ليس له فيه انتفاعه الذي كان يبغيه منه من قبل، فكان ذلك في حكم إتلافه، وأن يطلب بناء على ذلك عوضا عنه ممن اعتدى عليه بما يعد كالإتلاف له.

ويبدو لي أن هذا المبدأ مراعى عند غير الحنفية من فقهاء المذاهب الأخرى وإن لم يكن محل إقرارهم جميعا؛ إذ نلاحظ بينهم خلافا في ثبوت هذا التخيير للمالك المال في هذه الأحوال؛ فنرى كثيرا منهم يرى وجوب تضمين المعتدى المال كله، وعدم إعطاء الخيار للمالك المال عند استحقاق الضمان عن جميع المال - كما نرى فيهم من يجعل للمالك الخيار بين أخذ المال مع المطالبة بالتعويض عن النقصان إن كان هناك نقص وبين تضمين المعتدى قيمة المال على حسب اختلاف الأحوال.

فعند المالكية إذا أقدم شخص على ذبح شاة كان لصاحبها الخيار إن شاء ضمن الذابح ما ترتب على اعتدائه من نقص وأخذ لحم الشاة وإن شاء ضمنه قيمتها كلها وترك لحمها للمعتدى، وكذلك الحكم إذا فعل بشاة يقتات بلبنها ما انقطع به لبنها فإن له الخيار أيضا في تضمين المعتدى قيمتها أو إمساكها بها مع أرش ذلك، أما إذا كانت النفقة التي فاتت غير مقصودة من العين فليس للمالكها إلا أخذ الأرش، وفي الخرشي أن ما أصاب العين في يد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر الله فإن ربهما يخبر بين أخذها معيبة، وبين تضمين قيمتها يوم الغصب، ذهب إلى ذلك أشهب، وكذلك إذا جنى الغاصب عليها. وقد سوى أشهب بين العيب القليل والعيب الكثير^(١)، وهذا ما جاء في المدونة؛ ففيها أن ما أصاب العين في يد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر الله فربها مخير في أخذها معيبة، أو تضمين الغاصب قيمتها يوم الغصب، وفي الخرشي أيضا في جناية الغاصب على العين المغصوبة يخير الملك بين أخذ العين مع عوض النقص وبين تضمين الغاصب قيمتها يوم الغصب - أما في جناية أجنبي عليها في يد الغاصب فإن المالك له الخيرة في تضمين الغاصب قيمتها يوم الغصب ويتبع الغاصب الأجنبي المعتدى، وفي الاستمسك بعينه وتضمين الجاني النقص، ويرى من هذا أن من المالكية من يرى أن الاعتداء على المغصوب ولو قليلا يجيز للمالك تضمين الغاصب جميع قيمته؛

(١) الخرشي ج ٦ ص ١٦٤.

لما في هذه النصوص من إطلاق، وقد مثلوا لهذا الغضب بانكسار النهدين بعد قيامهما بالنسبة إلى الأمة، وذلك خلاف ما ذهب إليه بعضهم ولا فرق بين جناية الغاصب، وبين السبب السماوي في الحكم على مذهب المدونة في أن المالك يخير فيها بين أخذ قيمة العين يوم غضبها وبين الاستمساك بها^(١) مع أرش النقص، وإذا ما اختار المالك أخذ ماله كان له إلزام المعتدى بإصلاح ما أفسد، فإذا أصلحه فعاد بالإصلاح إلى ما كان عليه زال ضمانه^(٢) كما للمجنى عليه إلزام الجاني بأجر الطبيب فيما لا أرش فيه، ومقتضى ما ذكر أن أي إفساد في المال يلزم المعتدى بإصلاحه إذا كان لا يترتب روال المال.

وجاء في شرح التحفة من كتب الشافعية إذا عيب المصنوع فأحدث فيه ما يسرى إلى تلفه فحكمه حكم التالف فيضمن قيمته أو مثله، وذلك مثل أن يجعل الحنطة هريسة أو الدقيق عصيدة أو يصب الماء على الزيت فيتعذر تخليصه، أو يضع الحنطة في مكان رطب فتتعفن؛ لأنه لو ترك بحاله لتلف فكان كالهالك، واستحسن بعض الشافعية كالرافعي تخيير المالك بين جعله كالتالف فيطالب بالضمان وبين أخذه مع أرش العيب^(٣). وقيل برده إلى المالك مع أرش النقص كما هو الحكم في التعيب الذي لا يسرى، وإذا اختار التضمنين ملكها الغاصب ولكن ليس له التصرف حتى يؤدي بدلها فعلا، ولا شك أن هذا يختلف باختلاف الأثر فإذا كان الأثر، لا يعد فاحشا ولا تتغير به منافع العين تغيرا جوهريا بحيث لا يعتبر إلا اختلافا في الجودة لم يكن للمالك العين حيثنذ إلا ضمان النقص بين القيمتين، وعلى هذا فالتخيير إنما يكون حيث يمكن أن تعد العين في حكم التالف.

* * *

وجاء في التعليقات على كتاب الفروع لابن مفلح الحنبلي في بيان حكم ما إذا لم يذهب التلف بجميع منافع المال كما إذا تعفن البر أو حولت الحنطة هريسة أو الدقيق عصيدة أن في ذلك أربعة أقوال:

١ - الأول: أن للمالك ضمان النقص فقط واختاره الشيخ في المغنى.

٢ - الثاني: أن له تضمين المعتدى القيمة كلها كالتالف واختاره كثير من الحنابلة.

(١) الحرضي ج ٦ ص ١٧٤، ١٧٣.

(٢) حواشي التحفة ج ٦ ص ٩٦.

٣ - الثالث: أنه يخير بين تضمين قيمته كلها وبين أخذه مع ضمان ناقصه، واختاره صاحب الترغيب.

٤ - الرابع: أنه يخير بين التضمين بالقيمة كلها وبين أن يصبر حتى يستقر الأمر فتتلف العين ويستحق ضمان قيمتها كلها أو لا تتلف فلا يستحق إلا ضمان ناقصها، واختاره صاحب الهداية.

ويرى كثير من الحنابلة أن الإلزام بضمان القيمة إنما يكون عند تلف المال كله - أما عند بقاء عينه مع الانتفاع به فلا يجب إلا ضمان النقص، وعلى هذا القول فلا تخيير في حال بقاء العين مع بقاء الانتفاع بها انتفاعا يقصد منها ويرغب فيه.

ومنهم من ذهب إلى التفرقة بين أن يكون النقص سماويا أو غير سماوي فإن كان سماويا لم يكن للمالك إلا أن يأخذه ناقصا فقط أو يضمن الغاصب قيمته كلها يوم الغصب، وليس له قيمة ما نقص^(١).

وفي رأي أن القول بالتخيير تؤيده القواعد العامة فإن العين إذا بقيت مادتها من غير تلف كلي أو بلا عيب تعد معه كالتالفة نهائيا كانت من حق مالكها وكان له أن يسكها ويستبقها نتيجة لبقاء ملكه إياها إذ لم يجعل الشارع حدوث تغيير فيها سببا من أسباب انتهاء الملكية، وإذا كان له أن يستبقها كان له أن يطالب بضمان ناقصها إن حدث في قيمتها نقص؛ لأن ذلك ضرر يجب رفعه وإزالته بالتعويض عنه وله أيضا أن يترك حقه هذا، ويضمن المعتدى قيمتها مع تركها له إذا كان ما أصابها قد أخرجها عن أن يتفع بها الانتفاع الذي كان يطلبه منها ويرغب فيه، وليس يغنيه حيثئذ أن تكون لها منفعة أخرى لأنه قد لا يرغب فيها وليس في حاجة إليها؛ إذ إنها في هذه الحال تعتبر بالنسبة إليه كالتالفة فوجب لذلك أن يعرض عنها، ومن أجل ذلك وجب أن يكون له الخيار في ذلك فإذا ما اختار التضمين تملكها المعتدى بضمانها ولكن لا يتصرف فيها إلا بعد أداء ضمانها فعلا إلى مالكها.

وللمالك مع ذلك أن يختار بقاء ملكه لما غضب منه ويجبر الغاصب على إصلاح ما أفسد منه وإعادته إلى ما كان عليه قبل غضبه؛ لأن إقدامه على أي تغيير فيه محظور

(١) الفروع ج ٢ ص ٨٠٤ وكشاف القناع من كتاب الغصب ج ٢.

واجب إزالته متى أمكن ذلك وإلا لم يكن له ذلك الإجبار؛ وإذا قام بإصلاحه فلم يعد إلى حاله كان ضامنا لمقدار النقص - وليس للغاصب أن يقوم بأى إصلاح في العين المغصوبة بدون إذن مالكيها^(١).

الأيدي المترتبة على يد الغاصب

تعد من أيدي الضمان كل يد ترتبت على يد للغاصب فحلت محلها وذلك إذا كانت لا تستند في هذا الحلول إلى ولاية شرعية أو إذن من المالك وإلا كانت يد أمانة، كيد كفيل الغاصب في رد المغصوب إذا تسلم المغصوب منه، ويد وكيل المالك في القبض منه ويد الولي عليه، وكذلك يد الحاكم والقاضي إذا استرد المغصوب من غاصبه، واختلف النظر فيمن تطوع فأخذ المغصوب من غاصبه بنية رده إلى مالكيه؛ فمن الفقهاء من رآه أمينا وأن يده أمانة، لقيامه بأمر ندب إليه الشارع في سبيل المحافظة على الحقوق وردها إلى أصحابها فكان في وضع يده عندئذ مأذونا من قبل الشارع، وقد يعد في ذلك مأذونا عرفا إذ لا يبىء إنسان على آخر تطوعه بالسعي لرد ماله إليه والرضا عن عمله وإقراره، وعلى هذا الرأي كثير من الحنابلة، ومن الفقهاء من يراه ضامنا؛ لأن يده إنما حلت محل يد ضمان وكانت استمرارا لها وقد لا يرضى المالك عن وضعها فتعطى لذلك حكم اليد التي ترتبت عليها؛ لأن النوايا لا تصلح لابتناء الأحكام عليها، وفي نهاية المحتاج: من أخذ شيئا من غاصب أو من سبغ ليرده على مالكيه فتلف في يده قبل تمكنه من رده له لم يضمن إن كان المأخوذ منه غير أهل للضمان كالشبع وإلا ضمن، وخالف في ذلك السبكي^(٢). وكذا يضمن لو أخذ متاعا من يد سارق لعلمه أنه إن لم يأخذه ضاع على صاحبه لأخذه من غير ولاية، وعلى القول الأول يجب ألا تمضى على تسلم المغصوب مدة كان يستطيع فيها رده إلى مالكيه ولم يرده بغير عذر وإلا كان ضامنا. ويعد مأذونا عرفا من وضع يده على مال لغيره في سبيل إنقاذه من التلف الذي تعرض له، كما لو تعرض لئثار تلتهمه أو لسيل يتلفه فلا تكون يده يد ضمان، وذهب الحنابلة إلى أن الأجنبي إذا أخذ الوديعة بغير إذن ليردها إلى مالكيها بعد انتهائها العارية أو أخذ العين المعينة الموصى بها فأعطاها للموصى له بغير إذن وقع ذلك موقعه من نيته ولا ضمان عليه عند التلف لاعتباره أمينا بناء على ذلك.

(١) مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٢٠.

(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٤، ١٤٧.

واليد المترتبة على يد الغاصب تعد يد ضمان وإن كانت في أصلها يد أمانة كيد وكيل الغاصب في الرد على المالك ويد وديعه وإن جهل الغصب؛ وذلك لأنها وضعت على مال لغير صاحبها بدون إذنه وبدون ولاية. غير أنه يسقط الإثم في حال الجهالة بالغصب؛ لأن الإثم إنما يترتب على مخالفة المكلف لما كلف به حيث يكون خطاب الشارع خطاب تكليف، ولا تكليف مع الجهل بخلاف الضمان فإنه يترتب على خطاب الوضع وهو يتوجه مع الجهل. أما المكروه على الاستيلاء على المغصوب قيده يد ضمان اتفاقاً، لأنها يد مستندة إلى اعتداء، غير أن الضمان عند الإكراه يستقر على المكروه وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء سواء أكان عالماً بالغصب أم جاهلاً.

وعلى ذلك فإن أيدي الضمان المترتبة على يد الغاصب تتناول الأيدي الآتية، وهي يد غاصب الغاصب ويد المشتري من الغاصب ويد المستأجر منه ويد وديعه الشريك له ويد المضارب له في المال المغصوب ويد المرتهن منه ويد المزارع له ويد المساقى له ويد القابض منه على وجه السوم، وكذلك كل يد لا تستند إلى إذن من المالك أو إذن من الشارع سواء أكانت هذه اليد في الأصل يد أمانة أم يد ضمان وسواء أكانت مستندة إلى عقد صحيح ظاهر أم عقد غير صحيح، وهذا مالا يكاد يوجد فيه خلاف بين الفقهاء. ومالك المال المغصوب حيثنذ الخيار في تضمين الغاصب أو أصحاب هذه الأيدي عند تلف ذلك المال في أيديهم سواء أكانوا يعلمون بالغصب أم يجهلون وسواء أكان تلفه بأمر سماوى لا يد لأحد فيه أم كان تلفه باعتداء من صاحب اليد عليه أم كان تلفه بفعل شخص أجنبي، غير أنه إن كان تلفه بعد انتقاله من يد الغاصب باعتداء من صاحب اليد عليه عندئذ مستقلاً به لإقدامه على إحراقه أو إفساده أو تغييره تغييراً يذهب بمنافعه فإن ضمان المال يستقر عليه فلا يرجع بما ضمن على الغاصب سواء أكان عالماً بالغصب أم جاهلاً إن اختار مالك المال تضمينه، أما إن اختار تضمين الغاصب رجع بما ضمن على صاحب اليد لاستقرار الضمان عليه؛ لإقدامه مستقلاً على إتلافه وضمن الإتلاف مقدم على ضمان اليد؛ لأنه أقوى.

فإن كان تلفه بأمر سماوى لم يرجع الغاصب على صاحب اليد لاستقرار الضمان على الغاصب حيثنذ إذا لم يدخل صاحب اليد حيثنذ على ضمان العين المغصوبة وكان ضمان الغاصب بسبب غصبه هذا لا خلاف فيه بين الفقهاء، وإنما يلاحظ اختلافهم في بعض أحوال التضمين وفي بعض أحوال استقرار الضمان على أحدهما كما في تلف المال بأمر سماوى في يد المعتدى على منفعتة فإنه لا ضمان على المعتدى عند المالكية في

هذه الحال لعدم اعتدائه على الذات، والقاعدة في ذلك على الجملة أن المغصوب إذا انتقل من يد الغاصب إلى يد غيره وكانت يد ضمان كان للمالك تضمين أيهما شاء إذا تلف المغصوب تحت يد من انتقل إليه ويستقر الضمان على من انتقلت إليه العين المغصوبة إذا كان قد دخل على ضمانها سواء علم بالغصب أم جهله، أما إذا لم يدخل على ضمانها فإن كان يعلم بالغصب عند وضع يده عليها كان حكمه حكم غاصب الغاصب فيستقر ضمانها عليه وإن كان يجهله استقر ضمانها على الغاصب دونه إذا لم يدخل على ضمان، وهذا ما ذهب إليه الشافعية أيضا، ومن ذلك يعرف حكم غاصب الغاصب والمشتري من الغاصب إذا تلفت العين المغصوبة تحت يدهما فإن الضمان يستقر عليهما عند علمهما بالغصب وعند جهلهما به لدخولهما على ضمان.

أما الوديع فإنه يرجع على المودع بما غرم بسبب تلف الوديعة تحت يده عند جهله بالغصب لا عند علمه به؛ ولا يرجع الغاصب عليه بما غرم إلا عند علمه بالغصب، وكذلك حكم كل من المستأجر والمؤثمن، وكذا المستعير عند الحنفية، أما عند الشافعية والحنابلة فإنه لدخوله على ضمان لا يرجع على الغاصب بما غرم عند التلف عنده علم أم جهل - وينبغي أن يلاحظ أن التلف إذا كان بإتلاف من صاحب اليد استقر الضمان عليه في جميع الأحوال؛ لأن ضمان الإتلاف أقوى من ضمان اليد، وفيما يلي بعض التطبيقات:

يد غاصب الغاصب:

فإذا غصب إنسان من آخر مالا غصبه فهلك في يده فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب الأول وإن شاء ضمن الغاصب الثاني. أما الأول فلحدوث فعل الغصب منه، وهو تفويت يد المالك. وأما الثاني فلأنه فوت يد الغاصب الأول ويده تعد يد المالك من وجه، لوجوب الحفظ عليه وتمكنه من رده على المالك واستقرار الضمان عليه في ذمته فكانت منفعة يده عائدة على المالك وأشبعت من وجه يد الوديع، وقد وجد من كل واحد منهما سبب للتضمين إلا أن المضمون واحد فيخير المالك لتعيين المستحق له، فإن اختار تضمين الغاصب رجع بالضمان على غاصب الغاصب؛ لأنه ملك المغصوب من وقت غصبه بالتضمين، وتبين أن الثاني إنما غصب ما يملكه فيضمنه مثله أو قيمته يوم غصبه منه كائنة ما كانت؛ أي سواء أكانت أكثر مما كانت عليه يوم الغصب الأول أم أقل، وعندئذ يضيع عليه الفرق بين القيمتين إذا كانت أقل؛ إذ لا يضمن ما لم يغصبه.

وإن اختار تضمين غاصب الغاصب لم يكن لغاصب الغاصب أن يرجع على الغاصب الأول؛ لأنه إنما ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجه سواء تلف عنده بأمر سماوى أو بتعد منه فيضمن قيمة ما غصب يوم الغصب بالغة ما بلغت زادت أم قلت عما كانت عليه، غير أنها إذا كانت أقل مما كانت عليه يوم الغصب الأول كان للمالك الرجوع على الغاصب بالفرق بين القيمتين، إذ لا يضيع عليه ماله بالتعدى، وهذا إذا كان نقص القيمة بغير تغير السعر؛ إذ إن النقص لتغير السعر غير معتبر؛ لأنه لا يرجع إلى نقص فى العين وإنما يرجع إلى أمر خارج عنها، وهو عدم الرغبة، ومن ذلك يظهر أن الضمان يستقر على غاصب الغاصب.

ومتى اختار المالك تضمين أحدهما برئ الآخر من الضمان باختياره - ذكر ذلك محمد فى الجامع - حتى لو أراد تضمين الآخر بعد ذلك لم يكن له ذلك.

وروى ابن سماعه فى نوادره عن محمد أنه لا يبرأ ما لم يرض من اختار تضمينه أو يقضى عليه بالضمان، إذ فى هذه الحالة يصير المغصوب ملكاً للذى ضمنه كأن المالك باعه منه فلا يملك بعد تملكه أن يرجع على غيره كما لو باعه من الأول فأما قبل وجود الرضا أو القضاء فلم يوجد التملك من أحدهما فله أن يملكه أيهما شاء، وذلك بتضمينه.

ووجه رواية الجامع أن المالك باختياره تضمين أحدهما على التعيين أظهر أنه راض بأخذه وتملكه منه؛ وذلك أمر يلزم المعتدى باعتدائه ولا يتوقف على رضاه، فإذا حدث هذا برئ الآخر. وفى ابن عابدين نقلاً عن المحيط أن عند أبى يوسف له الاختيار ما لم يقبض الضمان فعلاً ممن اختار تضمينه، فإذا قبضه لم يكن له أن يختار الآخر. ذلك ما ذهب إليه الحنفية^(١). وهو ما ذهب إليه الحنابلة أيضاً^(٢)، ولا يكاد يوجد فرق بين المذهبين.

(١) يرى الحنفية أن المعتدى يملك ما استولى عليه بضمانه إذا فعل فيه ما يؤدي إلى تلفه فإن تلف أو تغير بدون فعله فإنه يملكه إذا ضمنه المالك قيمته، وذكروا أن هذا الملك يستند إلى وقت التعدى. ومقتضى هذا أن المالك إذا ضمن الغاصب لم يكن له أن يضمن غاصب الغاصب لزوال ملكه بتضمين الغاصب، وقد ذكروا أن الملك يشبث للغاصب حتى قبل أداء الضمان، وعلى ذلك فلا وجه لاشتراط رضا من اختار المالك تضمينه لأنه تملك جبرى يحكم الشارع. أما اشتراط القبض والأداء على ما جاء فى المحيط فالظاهر أنه قول آخر فى المذهب.

(٢) راجع القواعد، لا بن رجب ص ٢١٠ وكشاف القناع ج ٣ ص ٥٦٣.

وذهب المالكية إلى إثبات الخيار للمالك في هذه الحال أيضا فإن تبع الغاصب فأخذ منه قيمة المصوب يوم الغصب رجع الغاصب على غاصب الغاصب فأخذ منه القيمة وقت غصبه؛ كما هو مذهب الحنفية، ولو زادت على القيمة يوم غصب الأول؛ لأن الغاصب لما غرم قيمته ملكه فكان الغصب واقعا على ملكه. وإن تبع غاصب الغاصب فأخذ منه القيمة يوم غصبه وكانت أقل من قيمته يوم غصبه ابتداء كان للمالك أن يرجع على الغاصب بالفرق بين القيمتين حتى لا يضيع عليه شيء من ماله، ولا رجوع عندئذ بشيء من الغاصب على غاصبه وإن كانت أكثر لم يرجع المالك بعد ذلك بشيء، لأنه استوفى حقه ولا رجوع لغاصب الغاصب بشيء على الغاصب؛ لأنه إنما ضمن بسبب جنائته. واختياره تضمين غاصب الغاصب في رأيهم تمليك له؛ وقد ضمن بتعديده، وبذلك يبرأ غاصب الغاصب من الضمان عندهم، أما الغاصب فلا يرجع عليه بشيء؛ لاستقرار الضمان عليه وقد أداه فعلا إلى المالك.

وإذا اختار المالك تضمين الغاصب فإنه يرجع على غاصب الغاصب بالقيمة يوم غصبه بالغة ما بلغت؛ ولذا فإنه يضيع على الغاصب الفرق بين القيمتين إذا كانت قيمة العين يوم غصب الثاني أقل من قيمتها يوم غصب الأول وهي ما غرمه الغاصب^(١). إذ ليس للغاصب إلا أن يرجع على غاصب الغاصب بقيمة ما غصبه عند غصبه وقد تكون أقل مما كانت عليه وقت غصبه الأول ولا عبء بتغيرها بسبب تقلب الأسعار بعد ذلك، وإذا أتلف المصوب أجنبي وهو لدى الغاصب لزمته قيمته عند الإتلاف كائنه ما كانت. فإذا رجع عليه المالك بقيمته وكانت أقل من قيمته يوم الغصب كان له الرجوع بالفرق على الغاصب ولا رجوع للغاصب على المتلف؛ لأنه لا يسأل إلا عما أتلفه وإن رجع بها على الغاصب وهي أقل من قيمتها وقت الإتلاف فلا رجوع للمالك على المتلف بشيء وإنما يكون للغاصب أن يرجع بقيمتها على المتلف؛ وقت إتلافها واختلاف القيمة بتغير السعر لا أثر له زيادة أو نقصا في حال الغصب عند المالكية على المشهور، ونقل عن مالك أنه معتبر في الغصب كما هو معتبر في حال التعدي كالفوات^(٢). ومن هذا يبين أنه لا فرق بين مذهبي الحنفية والمالكية في ذلك.

(١) الخرشي، ج ٦ ص ١٥٨.

(٢) الخرشي ج ٦ ص ١٦٢، مراج ٥ ص ٢٨١.

ويرى الشافعية أن غاصب الغاصب له حكم الغاصب الأول فيستقر عليه ضمان ما تلف عنده ويطالب بكل ما يطالب به الأول. غير أنه لا يطالب بزيادة قيمة حدثت في يد الغاصب الأول فقط وزالت قبل غضب الثاني بل المطالب بها هو الأول وحده لأنه مطالب بأرفع قيمة للمغضوب مدة غضبه، إذ ضمان الغاصب لما غضبه يكون بأرفع قيمة كانت له بين غضبه وتلفه أي في مدة غضبه. ويتضمن الثاني يبرأ الغاصب الأول من الضمان لكونه كالكفيل لوصل المالك إلى حقه. وإذا أبرأ المالك الغاصب الثاني يبرئ الأول من الضمان أيضا، لأن الغاصب الثاني وقد تقرر الضمان عليه أصبح المطالب به نهائيا وكان أداؤه إسقاطا لهذا الضمان فسقط تبعا لذلك عن الأول دون العكس. ولا فرق في هذه الحال بين أن يكون الغاصب الثاني عالما بالغصب أو جاهلا به^(١).

يد المشتري من الغاصب:

مذهب الحنفية

يرى الحنفية أنه إذا اشترى شخص مالا مغضوبا من غاصبه كانت يده عليه إذا قبضه يد ضمان. فيضمنه بتلفه أو بإتلافه سواء أكان عالما كالغصب أم غير عالم وذلك محل اتفاق. ولمالك المال إذا ما تلف عند المشتري أن يتبع من شاء منهما، فإذا ضمن الغاصب قيمة المغضوب وقت الغصب أو وقت البيع والتسليم على اختلاف الرواية في ذلك جاز البيع ونفذ؛ لأنه بالتضمن تملك المغضوب ملكا مستندا إلى وقت غضبه، وتبين أنه قد باع ما يملك ولا رجوع للمشتري حيثئذ على البائع الغاصب بشيء؛ لأن تلف المبيع في هذه الحالة يكون في ضمانه فيستقر الضمان عليه.

وإن ضمن المشتري قيمته بطل البيع ورجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأنه تبين أنه قد أخذه بغير حق وليس له أن يرجع على البائع بالضمان، وذلك لتقرير الضمان عليه بسبب من قبله وهو وضع يده وتسلمه لما ليس مالا له ويضمنه بتملكه من وقت تسليمه وقبضه. وبذلك يتبين أنه إنما اشترى ملك نفسه فلذا يرجع بالثمن، أما ما غرمه من قيمة فقد كان نتيجة ضمان بسبب من قبله فاستقر عليه، ولا رجوع على الغاصب الأول؛ لدخوله على الضمان وقد سبق أن هناك روايتين فيما يجوز أن يضمنه الغاصب

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٥.

في هذه الحال: إحداهما أن للمالك أن يضمه القيمة وقت الغصب، والأخرى أن له أن يضمه القيمة وقت البيع والتسليم. وذكرنا وجه كل من الروایتين^(١).

غير أن المالك إذا ضمن الغاصب القيمة وقت التسليم وهو وقت التعدي بسبه - عند من يرى ذلك - فقد جاء في بعض الكتب أنه لا يترتب على ذلك نفاذ عقد الشراء، لعدم تقدم ملك البائع عليه، ويتبين على هذه الرواية أن الغاصب باع مالا يملك إذ لم يملك إلا بعد العقد، أي عند التسليم وهو وقت التعدي به، ويكون يبعه لذلك يبع لا يترتب عليه استحقاقه الثمن، فإذا كان قد دفعه إليه المشتري استرده منه وللغاصب حيثنذ الرجوع على المشتري بما ضمن من قيمة إذا ما تلف المال المغصوب تحت يده لتقرر الضمان عليه.

وجاء في البدائع أن تضمين الغاصب في الحالين يترتب عليه نفاذ البيع وذلك محل نظر في رأي، لأن ملك الغاصب كما قالوا يستند إلى وقت التعدي وأول ما تعدي كان بالغصب فكان وقت تعديه بناء على ذلك هو وقت الغصب وهو سابق على البيع - واختيار المالك تضمين القيمة وقت التسليم باعتباره وقتا لتعد آخر حادث لا يرفع تعديه على ماله بالغصب، والضمان كما ذكروا يستند إلى وقت التعدي وهو يبدأ من وقت الغصب. ولعل وجه الرواية الأولى أن اختيار الضمان بالقيمة وقت التسليم يحدد وقت هذه المبادلة، وهي أساس الملك فكان الملك بناء على ذلك ثابتا من ذلك الوقت وهو قبل إجراء العقد.

مذهب المالكية

ومذهب المالكية إلى أن من اشترى من غاصب ما غصبه وظل على حاله حتى ظهر مالكة فاستحقه وهو في يد المشتري أو في يد البائع فليس للمالك تضمين الغاصب قيمته، لقيام المغصوب وعدم فواته وإنما يكون له الخيار بين أمرين: إما أن يسترده من ذي اليد عليه بائعا كان أو مشتريا، وإما أن يجيز البيع ويأخذ الثمن من الغاصب إن كان قد قبضه وإلا أخذه من المشتري، وإلى هذا يذهب الحنفية والحنابلة على رواية عندهم، خلافا للشافعية الذين يرون البيع باطلا لا تفيده إجازة، ويظهر أنه لا فرق في هذه الحالة

(١) راجع البدائع ج ٧ ص ١٤٥.

بين أن يكون المشتري عالماً بالغضب أو جاهلاً به، إذ الحكم باسترداد المبيع حين قيامه أو نفاذ البيع بالإجازة لا يختلف بين حال العلم والجهل. أما إذا تلف عند المشتري فإن كان تلفه بإتلاف المشتري عن عمد كأن كان البيع ثوباً فلبسه حتى أبلاه أو طعاماً فأكله ثم ظهر مستحقه فلذلك حالتان:

إحدهما: أن يكون المشتري جاهلاً بالغضب. وفي هذه الحال يكون المالك المستحق بالخيار إن شاء أتبع المشتري بقيمته يوم تعديه عليه بقبضه أو بأكله، وإن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم غضبه، وإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإذا كان تلف الثوب عند المشتري في هذه الحال بسبب سماوى لم يضمنه وإنما يضمنه عند إتلافه.

فإذا ضمن المشتري قيمته يوم اعتدائه لم يرجع المشتري على الغاصب بما غرم لاستقرار الضمان عليه بتعديه، وإنما يرجع عليه بما دفعه إليه من ثمن لظهور أنه لا يستحقه وأنه قد قبضه بغير حق، إن كان الثمن قد أدى إليه.

وإن ضمن الغاصب قيمته يوم غضبه نفذ بيعه واستحق منه ثمنه لظهور أنه قد باع ما يملك ووجب على المشتري أداء ثمنه للغاصب.

وإن أجاز البيع استحق بالإجازة ثمن المغصوب المبيع وأخذه من الغاصب إن كان مليئاً، وإلا رجع به على المشتري. ذلك ما جاء في شرح الخرشى وقد علق عليه العدوى بأن هذا القول غير الراجح في المذهب وأن الراجح فيه أن المالك يتبع الغاصب بالثمن وإن كان معسراً إذا كان قد قبضه.

وإذا تلف الثمن بيده لم يكن له الرجوع به على المشتري بل يكون على الغاصب ضمانه، إذ بقبضه الثمن أصبح في ضمانه وقد برئ منه المشتري بأدائه.

وإذا استغل المشتري المبيع في هذه الحال «حالة جهله بالغضب» كانت الغلة له، لإقدامه على ذلك بشبهة الملك ولأن المبيع كان في ضمانه، والخراج بالضمان. وإذا كان تلف المغصوب في هذه الحال بأفة سماوية فلا ضمان عليه للمالك، لعدم تعديه حيثئذ في تلفه. أما إن كان بإتلاف المشتري عن خطأ ففيه تأويلان: قيل أنه كالعمد في الحكم، إذ لا فرق بين العمد والخطأ في الأموال، وقيل أنه كالتلف السماوى فلا ضمان عليه، وعلى ذلك لا ضمان على المشتري في حال جهله بالغضب إلا بتعديه بالإتلاف، وعند ذلك لا يرجع على الغاصب بما يغرم؛ لاستقرار الضمان عليه.

ثانيتها: أن يكون المشتري عالما بغصب البائع. وحكمه حيثنذ يكون حكم الغاصب نفسه، وللمالك أن يرجع على أيهما شاء. وإذا استغل المشتري المال المغصوب كانت الغلة للمالكه وبعد غريما ثانيا للمالك، فإن تبع المالك الغاصب لم يكن للغاصب أن يتبع المشتري منه وإن تبع المالك المشتري منه لم يتبع المشتري الغاصب كذلك. وللمشتري حيثنذ أن يسترد الثمن من الغاصب إذا كان قد دفعه إليه لظهور أنه قد أخذه بغير حق، وذلك لبطلان العقد حيثنذ^(١). ويقضى هذا أن للمالك الرجوع على أيهما شاء، ويتقرر الضمان على من يرجع عليه لاستقلال كل منهما بسبب يترتب عليه الضمان؛ ولذا لم يكن لأحدهما أن يرجع على الآخر كما ذكرنا، خلافا للحنفية، إذ يرون أن الضمان يستقر على المشتري لدخوله على ضمان.

وجملة القول في أيدي الضمان فيما يرى المالكية أنه يعد من أيدي الضمان كل يد صارت إليها العين المغصوبة بشبهة ملك كالشراء والإرث وغير ذلك عند عدم العلم بالغصب. وفي هذه الحال لا تكون الغلة التي استفادها صاحب اليد للمالك المغصوب ولا يلزم صاحب اليد بكراء إذا ما انتفع فلا يعطى كراء أرض زرعها إذا كان استحقاقها بعد أيام الزراعة. أما إذا كان قبل ذلك فإنه يلزم بقام الزرع، وإذا أحدث فيها بناء فليس للمالك هدم البناء بل يقال له: أعطه قيمة بنائه قائما فإن أبقيل للآخر: أعطه قيمة أرضه فإن أبقى كانا شريكين هذا بقيمة أرضه وذاك بقيمة بنائه. وكذلك تعد من أيدي الضمان عندهم ما كان القبض فيها على وجه انتقال الملك إلى القابض سواء أكان ذلك بشراء أم بهبة أم بوصية، وسواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا، وسواء أكان ذلك عند العلم بالغصب أم عند الجهل به، وكذلك القبض على وجه العارية أو على وجه الرهن فيما يغاب عليه^(٢).

مذهب الشافعية

ولا يختلف مذهب الشافعية عن مذهب الحنفية والمالكية في أن كل يد حلت محل يد الغاصب يد ضمان، وإن كانت في أصلها يد أمانة، وذلك كيد وكيل الغاصب في رد المغصوب إلى مالكه ويد وديعه، وفي عدم التفرقة بين حال العلم بالغصب وحال

(١) الخرشي ج ٦ ص ١٦٦. والمراق ج ٦ ص ٢٩٠.

(٢) ص ٣٦٤ من قوانين الأحكام وبنى غزى.

الجهل به في ثبوت الضمان، وهذا إذا لم تستند اليد التالية ليد الغاصب في قبضها إلى إذن من مالك المال المغصوب صراحة أو عرفاً أو إذن من الشارع؛ ولذا كانت يد وكيل المالك في استرداد المال المغصوب من غاصبه يد أمانة، وكانت يد الحاكم أو يد نائبه إذا ما أخذه من غاصبه عند علمهما بغصبه يد أمانة لأنها يد وضعت لرفع العدوان فلم تكن يد ضمان، وكانت يد غاصب الغاصب ويد المشتري من الغاصب ويد وارث الغاصب ونحوهما يد ضمان لأنها يد وضعت على مال مملوك لغير صاحبها بدون مسوغ شرعي، وكانت كل يد استندت إلى يد الغاصب يد ضمان سواء كانت في أصلها أمانة - أو يد ضمان لذلك السبب كيد المستعير من الغاصب ما غصبه ويد مقترضه منه ويد مرتهنه منه ويد قابضه منه على سبيل العموم ويد مشتريه منه، لأن أصحاب هذه الأيدي قد وضعوا أيديهم على مال لغيرهم بدون إذن منه، وكذلك الوضع في الهبة فإنها للتملك، وذلك يعني الضمان؛ ولذا كانت اليد في الوديعة والقراض والشركة يد ضمان كذلك، ويستقر الضمان في هذه الأيدي الأخيرة على الغاصب لدخول أصحابها على وجه النيابة عن الغاصب فلا رجوع للغاصب عليهم إذا غرم ويرجعون عليه إذا غرموا، بخلاف الحكم في الأيدي السابقة عليها كما سيأتي.

وإذا أتلف أحدهم المال المغصوب استقر الضمان عليه سواء أكانت يده في الأصل يد ضمان أم يد أمانة؛ لأن الإلتلاف أقوى من اليد العادية^(١). إلا إذا كان ذلك نتيجة لحمل الغاصب غاصب الغاصب عليه لغرض له - كما في أمره بذبح الشاة المغصوبة، فإن قرار الضمان حيثئذ يكون على الغاصب، وإذا قدم الغاصب ما غصبه من طعام إلى ضيفه فأكله وهو جاهل بالغصب فالظاهر أن استقرار الضمان عليه لغروره ضيفه ولأن ما حدث كان في مصلحته، إذ العادة تقضى بإطعام الضيف.

وذهب المالكية إلى تضمين الأكل نظراً إلى حدوث الإلتلاف منه إذا كان الغاصب معدماً أو لا يقدر عليه، وإلا كان الضمان على الغاصب^(٢).

أما عند علم الضيف بالغصب فإن حكمه حكم الغاصب فيتخير المالك في اتباع أحدهما. كما يخير في حال إكراه الغاصب على الغصب ولكن جاء في صفحة

(١) نهاية المحتاج، ج ٥ ص ١٥٤ وما بعدها.

(٢) الحرشى ج ٦ ص ١٥٢.

١٦٣^(١). أن من غصب طعاما فقدمه إلى ربه ضيافة فأكله برئ من ضمانه؛ لأن ربه باشر إتلافه وسواء في ذلك علم الآكل وجهله بالغصب فلعل في ذلك روايتان ومحل ذلك قبل الفوات، ونتيجة ذلك أن يد المشتري من الغاصب يد ضمان فيضمن ما اشتراه ويستقر عليه الضمان ويضمن المالك أيهما شاء لتعديه الغاصب أو المشتري منه.

وفي قول إذا كان المشتري جاهلا بالغصب استقر الضمان على الغاصب البائع، فإذا ضمن رجوع على الغاصب بما ضمن؛ لظهور أن البيع وقع باطلا لإقدام البائع على بيع ما لا يملك فلا يستحق إزاءه عوضا بمقتضى العقد. فإذا كان قد قبض الثمن رجوع به المشتري عليه كما يرجع عليه بما غرم لغروره، أما عند علمه بالغصب فإن الضمان يستقر عليه عند التلف ولا رجوع له على الغاصب بما ضمن لأن تعريف الغصب صادق عليه؛ ولذا لا يرجع على الغاصب إذا ما ضمنه المالك ما تلف عنده. أما على القول الأصح فإن الضمان يستقر على المشتري علم أم جهل لدخوله على الضمان.

مذهب الحنابلة

ويرى الحنابلة رأى غيرهم أيضا في أن كل يد حلت محل يد الغاصب على الوضع الذي سبق بيانه تعد يد ضمان يترتب عليها تضمين صاحبها إذا اختار المالك تضمينه، غير أن رجوعه بما غرم على الغاصب أو استقرار الضمان عليه يتبين حكمه مما يلي:

أولاً: إذا حلت يد محل يد الغاصب بناء على تملك بعوض أو بغير عوض كيد المشتري منه ويد المقرض إذا ما أقرض الغاصب ما غصبه ويد الموهوب له إذا جعل المغصوب هبة ويد الزوجة إذا جعل المغصوب مهرا لها ويد الزوج إذا جعل بدل خلع، ونحو ذلك من كل يد لقابض تسلم المغصوب على هذا الوضع مع العلم بالغصب فإنها في هذه الحال تعد يد ضمان يكون المالك معها مخيرا بين تضمين الغاصب وتضمين القابض منه عند تلف ما في يده فإن ضمن الغاصب رجوع الغاصب على القابض منه بما غرم؛ لحصول التلف في يده، وهي يد ضمان عادية إذا كان على علم بالغصب فيستقر الضمان عليه. وإن ضمن القابض لم يرجع القابض بما غرم على أحد لاستقرار الضمان عليه لإقدامه على بصيرة مما فعل.

(١) المصدر السابق.

وإذا حدث نقص في المال المصوب لدى الغاصب قبل إقباضه أو كانت له أجرة فضمان ذلك على الغاصب وحده دون القابض، فلا يرجع به المالك على القابض؛ لأن تلفه لم يكن تحت يده.

وإذا حدث ذلك مع جهل القابض بالغصب فالمشهور في المذهب أن حكمه حكم الغاصب بالنسبة إلى ضمان قيمة المصوب ومنفعته من وقت قبضه لا قبل ذلك مع ثبوت الحق له في رجوعه على الغاصب بما لم يلزمه ضمانه بمقتضى العقد الذي كان القبض ثمرة له لعدم دخوله على ضمان، وإذا لم يحصل له به نفع وضمنه المالك منفعته على أساس أنه غاصب كان له حق الرجوع على الغاصب، وإن حصل له نفع ففي استقرار الضمان عليه بما غرم في ذلك روايتان. أما ما يلزمه ضمانه بمقتضى ذلك العقد فلا يحق له أن يرجع به على الغاصب، لاستقرار الضمان عليه بدخوله على الضمان.

فإذا كان العقد عقد بيع مثلا كان مقتضاه إلزام المشتري بضمان المبيع بثمنه حتى لو تلف في يده تلف عليه بثمنه، وهذا بخلاف منافعه فإنها إنما تكون للمشتري تبعا للعين المبيعة فلا ضمان عليه لأحد فيها - في رواية - لأن الخراج بالضمان، وعلى ذلك لا يضمنها المشتري.

وعقد الإجارة يقتضى أن المنفعة مضمونة على المستأجر بالأجرة، والعين في يده أمانة فإذا تلفت العين فغرمها رجع بما غرم على الغاصب دون أن يكون له حق الرجوع بمنفعتها؛ لأن ضمانها عليه بمقتضى عقد الإجارة.

والوديعة عقد يقتضى عدم ضمان العين ومنفعتها جميعا فيرجع بما يغرمه منهما على الغاصب لتغيره.

وعقد العارية يقتضى ضمان العين دون منفعتها إذ يضمن المستعير العين المعارة عند تلفها، ولو جهل بالغصب وذلك أثر من آثار عقد الإجارة فيرجع بالمنفعة على المعير إذا غرم بدلها دون العين فلا يرجع بقيمتها إذا ما أتبعه المالك فغرم له قيمتها؛ لأنه دخل على ضمانها بخلاف أجرة العين المعارة فيرجع بها إذا غرمها لأنه دخل على أنها غير مضمونة عليه. وقيل لا يرجع بالأجرة لانتفاعه بالمنافع وهي بدل عنها وبذلك استوفى بدل ما غرم.

ومؤدى ذلك أنه إذا ضمن المالك المشتري من الغاصب أو المستعير منه متفعة العين المغصوبة عند تلفها رجع المشتري والمستعير على الغاصب بقيمة المنفعة لأنها غير مضمونة عليه ولا يرجعان بقيمة العين لاستقرار الضمان عليهما لدخولهما فى عقد البيع والعارية على ضمانها. وفى رواية لا يرجع المشتري بقيمة المنفعة لأنها تبع للعين والقيمة التى تلزم الغاصب فى رواية هى أعلى قيمة من حين الغصب إلى وقت التلف والتى تلزم المشتري هى أعلى قيمة من حين القبض إلى وقت التلف؛ لأن ما قبل القبض لم يدخل فى ضمانه وإن كانت له أجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وإن شاء رجع على المشتري بما يخص مدته ويكون الباقي على الغاصب.

أما المستأجر من الغاصب فإن حكمه عند جهله بالغصب على عكس حكم المشتري والمستعير، إذ يستقر عليه ضمان المنفعة دون ضمان العين؛ لأنه دخل على ضمان المنفعة دون العين. فإذا ضمن المالك الغاصب العين ومنفعتها فى المدة رجع الغاصب على المستأجر بقيمة المنفعة فقط. وإن ضمن المستأجر العين ومنفعتها رجع على الغاصب بقيمة العين فقط. وهذا عند عدم علمه بالغصب، أما عند علمه به فإن المستأجر يستقر عليه ضمان العين لدخوله على بصيرة وهلاك العين فى يده^(١).

أما الوديع والموهوب والوكيل عن الغاصب والمرتهن والموصى له بالمنفعة من الغاصب فهم ضامنون للعين والمنفعة جميعاً عند جهلهم بالغصب، فإذا ضمنهم المالك العين ومنفعتها بعد التلف فى أيديهم رجعوا بهما على الغاصب للتفريط، ولأنهم لم يدخلوا على ضمان شئ منهما، وإن ضمن الغاصب ذلك لم يرجع عليهم بشئ أما عند علمهم بالغصب فهم كالغاصب فيستقر عليهم الضمان ومن ثم فلا رجوع لهم عليه.

هذا، ويلاحظ أن بيع الغاصب ما غصبه وإجارته إياه عقدان فاسدان لا يمتلك بهما الغاصب شيئاً من الثمن أو من الأجرة؛ ولذا كان لكل من المشتري منه والمستأجر أن يستردا ما دفعه إليه من ذلك على أية حال من علمهما بالغصب أو من جهلها به، وذلك لعدم ملك الغاصب ما باعه أو أجره.

وإذا أراد المالك أن يرجع على الغاصب عند بيعه المال المغصوب بما أخذه من ثمن بدلا عن قيمته فقياس المذهب يقضى بأن له ذلك، وهو قياس مذهب الحنفية، لاعتبار ذلك إجازة منه لبيع الغاصب عند من يرى أنه من قبيل بيع الفضولى.

(١) المغنى ج ٥ ص ٤١٣ القواعد لابن رجب ص ٢١٠ وما بعدها.

أما يد المتصرف في المال المغموب بالتنمية بناء على عقد بينه وبين الغاصب وذلك كيد المضارب والشريك والمساقي والمزارع عند تلف المال في أيديهم فهي أيضا يد ضمان يكون للمالك المال معها حق الرجوع عليهم بالقيمة عند التلف. غير أن لهم حيثنذ أن يرجعوا على الغاصب بما غرموا لاستقرار الضمان عليه وبأجرة عملهم في المال بناء على غرورهم، لأنهم لم يدخلوا على ضمان شيء من ذلك، وإذا كانت لهم حصة في الربح والثمرة عند قيام ذلك وقد تلفت في أيديهم فإن تلفها حينئذ عليهم، وإذا غرموها للمالك لم يرجعوا بها على الغاصب، لعدم تعديه عليها إذ لم يكن لها وجود في يده.

استقرار الضمان عند توالي الأيدي العارية،

وخلاصة ما سبق بيانه في أحكام استقرار الضمان أنه إذا توالى أيدي الضمان وتلفت العين تحت اليد الثانية فقد ذكرنا أن للمالك العين الخيار في أن يضمن صاحب اليد الأولى، لاعتدائه باستيلائه على مال لغيره عدوانا وأن يضمن صاحب اليد الثانية لوضع يده بغير حق على مال لغيره وتلفه عنده، وذلك بلا خلاف بين جميع المذاهب، وهذا ما اقتضى النظر في بيان من يستقر عليه الضمان منهما حتى إذا أتبع المالك أحدهما رجع على الآخر بما غرم، وإذا أتبع الآخر لم يرجع على الأول. وقد ذكر صاحب البدائع ما يرجع إليه في بيان ذلك من قواعد عند الحنفية.

١ - إذا كان تلف العين المغموبة بإتلاف صاحب اليد استقر الضمان عليه عالما بالغصب أو جاهلا به. وذلك محل اتفاق بين جميع المذاهب. ولكن إذا حملة الغاصب على الإتلاف فأمره به على أساس أن المال له لغرض يتغيه وكان جاهلا بالغصب - كان أمره بذبح شاة غضبها والمأمور لا يعلم بالغصب فإن الضمان يستقر على الغاصب الأمر باتفاق، لغروره المأمور.

أما إذا كان المأمور عالما بالغصب فإن الضمان يستقر عليه دون الأمر لإتلافه وعدم وجوب الطاعة عليه، ولكن إذا كان المغموب طعاما فقدمه الغاصب إلى صاحبه فلا ضمان على الغاصب لتحقق الرد الواجب عليه بذلك وخروجه به من عهدة الضمان وعلم الأكل بالغصب وجهله سواء في الحكم^(١)، خلافا للشافعي، إذ يرى أنه إذا أطعمه ولم يعلمه أنه ملكه لا يبرأ، لأنه غره.

(١) البدائع ج ٧ ص ١٥٠.

٢ - يستقر الضمان على غاصب الغاصب علما بالغصب أم جاهلا به؛ لأنه متعدد على وجه يقتضى تضمينه وقد تلفت العين المغصوبة تحت يده، ولأن المالك إذا اختار تضمين الغاصب فضمنه قيمة العين المغصوبة ملكها ملكا مستندا إلى وقت غصبه، وبذلك يظهر أن غاصب الغاصب حين غصب العين إنما غصبها وهى مملوكة لغاصبها الأول فكان ضامنا له ما اعتدى عليه من ملكه. وإذا اختار تضمين غاصب الغاصب فقد ضمنه لتعديه ولهلاك العين تحت يده الضامنة العادية فلم يكن له أن يرجع على الغاصب الأول.

وبضمانه قيمتها وقت تعديه بالغة ما بلغت يملكها من ذلك الوقت وبأداء هذه القيمة إلى المالك يعد المالك مستوفيا حقه وكان العين المغصوبة قد عادت إليه، غير أن قيمتها حين غصبها المرة الثانية قد تكون أقل من قيمتها حين غصبها الأول، وعندئذ يكون المالك غير مستوف لجميع حقه، وإن شئت قلت يعتبر أن العين قد عادت إليه ناقصة بسبب تعدى الغاصب الأول فكان للمالك عندئذ أن يضمن الغاصب الأول الفرق بين القيمتين.

٣ - يستقر الضمان فى النهاية على المشتري من الغاصب إذا باعها الغاصب سواء أكان المشتري علما بالغصب أم جاهلا به؛ ذلك لأن المالك إذا اختار تضمين الغاصب فإنه بالضمان يملك العين المغصوبة ملكا مستندا إلى وقت غصبه، وبذلك يتبين أنه حين باعها إنما باع ما يملك ويظهر بذلك نفاذ البيع وثبوت الملك للمشتري منذ اشترى وأن هلاكها كان على ضمانه؛ لأنه المالك وعليه للبائع ثمن العين المغصوبة لشرائها ولا رجوع للغاصب عليه بما غرم للمالكها من قيمة؛ لأنه تملك العين المبيعة بها وترتب على ذلك نفاذ بيعها واستحقاقه لثمنها.

وإن اختار تضمين المشتري ملكها المشتري من وقت تسلمها، ويتبين بذلك عدم صحة البيع وأن البائع قد باع مالا يقدر على تسليمه لشغلها بملك الغير. وبناء على ذلك لا يستحق ثمنها قبل المشتري، ويرجع عليه المشتري به إن كان قد أداه إليه ثم ليس له أن يرجع بما غرم للمالك من قيمة وهى قيمة العين وقت تسليمها؛ لأنه دخل على ضمان العين سواء كان يعلم بالغصب أو يجهره. أما إن كان يعلمه فالأمر ظاهر لأنه متعدد دخل على بصيرة وعلى ضمان فانتهى الغرور نهائيا، وإن كان يجهر فقد دخل على ضمان دون غرور من البائع - ومن الفقهاء من ذهب إلى أن للمشتري حيثئذ أن يتبع

الغاصب الذي باعه العين بما غرم من قيمة بناء على التزامه بإيجابه البيع تمليكاً واعتماد المشتري على يده الظاهرة التي لولاها ما أقدم على الشراء منه فكان ذلك كافياً في تحقق غروره ولم يكن شأنه مع المشتري بأقل من شأن المودع مع وديعه بالنظر إلى حلوله محله، هذا في الملكية وهذا في الحفظ، ومن قال بذلك بعض الشافعية.

٤ - يستقر الضمان على المودع إذا تلفت الوديعة عند الوديع وفي حكم الوديع المضارب والمزارع المساقى وغيرهم من الأمانة يعطى إليهم المال للعمل فيه لمصلحة مالكة.

فإذا اختار المالك تضمين الغاصب لم يرجع على الوديع، لأنه تبين أنه قد أودع ما يملكه وأنه أقام الوديع مقامه في الحفظ فكانت يده يد المالك وكان هلاكه على مالكة، وإن ضمن الوديع رجوع على الغاصب؛ لأنه قد غره بأن أقامه مقام نفسه في الحفظ والرعاية ولم يدخل على ضمان وإنما دخل على أنه أمين وهذا إذا كان الوديع جاهلاً، أما إذا كان عالماً بالغصب فهو غاصب يستقر عليه الضمان ومثله في الحكم من ذكرنا.

٥ - يستقر الضمان على المؤجر فإذا ضمن المالك المستأجر يرجع على المؤجر، لأنه كالوديع بالنظر إلى العين المستأجرة، عليه حفظها وكانت يده عليها سبيلاً إلى استيفاء حقه منها بإذن مالكةا فكانت يده يد مالكةا وكان في وضع يده مغروراً كالوديع. وإن ضمن المؤجر لم يرجع على المستأجر؛ لأن المستأجر لم يدخل على ضمان، وهذا إذا كان المستأجر جاهلاً، أما إذا كان عالماً فهو غاصب يستقر الضمان عليه.

٦ - يستقر الضمان على الراهن - والحكم في المرتهن من الغاصب كالحكم في المستأجر، لأنه يعد مغروراً في وضع يده فكان له حق الرجوع على الراهن الغاصب عند تلف العين وضمانه قيمتها للمالك، والغرور في هذه الحال بين؛ لأن المرتهن إنما وضع يده استيثاقاً لدينه ولا استيثاقاً في المغصوب؛ ولأنه أيضاً لم يدخل على ضمان، وهذا إذا كان جاهلاً فإن كان عالماً كان غاصباً واستقر الضمان عليه.

٧ - يستقر الضمان على المستعير فإذا أعار الغاصب ما غصبه فهلك في يد المستعير كان للغاصب الخيار في تضمين أحدهما؛ لاعتداء كل منهما اعتداءً يستوجب الضمان، الغاصب بغصبه والمستعير بوضع يده وهلاك المغصوب تحتها، وإذا ضمن أحدهما لم يرجع على الآخر، أما الغاصب، فلأنه بضمانه تبين أنه أعار ملك نفسه

فهلك في يد المستعير فكان ضمانه عليه، وأما المستعير فلأنه قد استفاد ملك المنفعة مجاناً والغرم بالغنم ولم يتحقق غروره، لاستفادته ملك المنفعة بالمجان وسواء في ذلك أن يكون المستعير عالماً بالغصب أم جاهلاً - ولا شك أن ذلك محل نظر؛ إذ الغرور من المعير واضح بين، ولم يدخل المستعير على ضمان العين المستعارة حتى يكون حكمه حكم المشتري، وهذا استثناء من قاعدة عدم استقرار الضمان على من لم يدخل على ضمان.

مذهب الشافعية والحنابلة

وزهب الشافعية والحنابلة إلى أن استقرار الضمان يتبع الأصول السابقة التي سبق بيانها في بيان الأيدي الضامنة عند الحنابلة وتتلخص فيما يلي:

أولاً - يستقر الضمان على صاحب اليد الثانية إذا كان على علم بالغصب في جميع الأحوال وذلك لدخوله على بصيرة وانتفاء غرور سواء أدخل على ضمان أم لا كالمشتري من الغاصب ووديع الغاصب ومن في حكمهما، وفي حكم المبيع كل عين جعلت صداقاً أو بدل خلع أو بدل طلاق أو بدلاً عن قرض أو بدلاً في تخارج وكذلك الحكم في كل حال تكون العين فيها قد أعطيت على وجه التملك لدى اليد الثانية سواء أكان ذلك بعوض أم بغير عوض كما في الهبة^(١)، ففي هذه الأحوال كلها إذا أتبع المالك الغاصب رجوع الغاصب على صاحب اليد الثانية، لاستقرار الضمان عليه وحصول التلف تحت يده، وإن أتبع صاحب اليد الثانية لم يرجع على الغاصب بما غرم.

ثانياً - إذا كان صاحب اليد الثانية جاهلاً بالغصب فتحت ذلك صورتان: الأولى أن يدخل على ضمان ما وضع يده عليه، والثانية ألا يدخل على ضمان.

ففي الحال الأولى «دخوله على الضمان» يستقر عليه الضمان، لأنه دخل على هذا الأساس والتبعة عليه، إذ لم يتحر حقيقة اليد التي اعتمدها وذلك كغاصب الغاصب والمشتري من الغاصب وكل من وضع يده بنية التملك مع الجعل بالغصب.

الحال الثانية «عدم دخوله على الضمان». وفي هذه الحال يستقر الضمان على الغاصب لتغيره الثاني، إذ إنه إنما دخل على أن يكون المال أمانة في يده إلى حين، وقد اعتمد اليد الظاهرة للغاصب أمانة على ملكه فكان على الغاصب بسبب ذلك استقرار

(١) يرى الحنفية أن يد الموهوب في الهبة الفاسدة تعد يد ضمان كما في البيع الفاسد؛ إذ تعد يد المشتري فيه يد ضمان.

الضمان. وهذا بخلاف الحال الأولى؛ إذ دخل صاحب اليد الثانية على أن يكون المال في ضمانه فأمر الضمان يستقر عليه لعدم غروره، وعلى ذلك كان الحكم في كل من الوديع والمضارب والشريك والمساقى والمزارع إذا ما تلف المال في أيديهم، إذ لا يستقر الضمان عليهم؛ لأنه إنما يتلف على ضمانهم عند العلم وعلى ضمان الغاصب عند الجهل، فإذا غرم الغاصب لم يرجع عليهم.

مذهب المالكية

وذهب المالكية إلى أن وارث الغاصب والمشتري من الغاصب ومن وهبه الغاصب العين المغصوبة إذا علموا بالغصب كان حكمهم حكم الغاصب في ضمان العين المغصوبة عند تلفها في أيديهم، فيضمنون المثلي بمثله والقيمي بقيمته وكذلك في ضمانهم غلتها المغصوبة إذا استغلوها ولم تفت العين، فإن فاتت لم يكن لمالكها إلا اختيار التضمين بالقيمة أو التضمين بقيمة الغلة؛ إذ لا يجمع بين غلة العين المغصوبة وقيمتها - وكذلك يكون حكمهم حكمه في ضمانهم ما تلف بسبب سماوى، إذ يكون الخيار للمالك في الرجوع على أيهم شاء كما يرجع على الغاصب، غير أنه إذا رجع على أحدهم ابتداء لم يرجع على الغاصب لاستقرار الضمان على من تلف عنده المغصوب بسبب علمه بالغصب وانتفاء غروره عند ذلك. وللمشتري في هذه الحال أن يسترد الثمن من الغاصب إذا كان قد أداه إليه وتكون الغلة للمشتري فلا يرجع بها للمالك على الغاصب، لأنه لم يستعمل ولا على المشتري، لأنه صاحب شبهة، وكذلك الحكم في الوارث والموهوب.

وإذا جهلوا بالغصب لم يضمنوا التلف السماوى إن كان التالف مما لا يغاب عليه أو يغاب عليه وقامت البيئة على تلفه.

والمراد بعدم ضمانهم في هذه الحال أنهم لا يكونون غرماء للمالك بل يرجع المالك على الغاصب في هذه الحال بالقيمة دون أن يكون له حق في الرجوع عليهم، وبذلك يتبين ملك الغاصب وينفذ تصرفه ويستحق الثمن من المشتري فيقبضه إن لم يكن قد قبضه.

ويضمنون ما كان من تلف عن عمد منهم، لتعديهم بالإتلاف.

أما ما كان عن خطأ ففيه تأويلان، قيل: إن حكمه حكم العمد لأن الخطأ والعمد في الأموال سواء وقيل: حكمه حكم السماوى.

وعلى هذا يكون استقرار الضمان في السماوى على الغاصب.

وفى حال الشراء من الغاصب يخير المالك بين الرجوع على الغاصب بالقيمة وقت الغصب والرجوع على المشتري بالقيمة وقت إتلافه، فإن كانت أقل من القيمة وقت الغصب رجع المالك على الغاصب بالفرق كما يرجع المشتري على الغاصب بالثمن إن كان قد دفعه والغلة للمشتري إذا استغل.

وفى الهبة يرجع المالك على الغاصب بالقيمة يوم الغصب أو بالغلة التى استغلها الموهوب إذ لا يجمع بينهما كما تقدم، فإن كان الغاصب معسرا أو غير موجود أو لا يمكن الرجوع عليه لسبب من الأسباب رجع المالك على الموهوب؛ لأنه المستهلك ولا يرجع الموهوب على الغاصب عندئذ بشئ كما أنه إذا غرم الغاصب عند يساره لم يرجع على الموهوب - وفى مسألة الوارث يخير المالك على الصورة التى خیر عليها فى مسألة الشراء إذا كانت التركة موجودة^(١).

أيدي الضمان الأخرى

اليد على المال قد تكون مبتدئة لم تسبق بيد أخرى عليه وقد تكون تالية ومرتبة على يد سابقة. وفى الحالين قد تكون اليد المبتدئة أو السابقة يد ضمان وقد تكون يد أمانة، وقد ذكرنا فيما سبق متى تكون اليد يد ضمان ومتى تكون يد أمانة، كما ذكرنا حكم كل منهما وأن اليد عند ابتدائها تكون يد ضمان إذا لم تستند فى وضعها على المال إلى إذن من مالكة صراحة أو ضمنا أو عرفا، أو إلى إذن من الشارع أو استندت إلى ذلك ولكن دل الدليل على تضمين صاحبها، أو كانت كما يرى الشافعية والحنابلة فى مصلحة صاحبها، وإن وضعت بإذن من المالك استنادا إلى قاعدة الغرم بالغنم؛ لأن القابض حين يقبض المال المغصوب لمنفعة نفسه خاصة دون بدل يلزمه كان ذلك غنما له يقتضى فى مقابله غرما عليه هو ضمان القيمة عند التلف.

(١) البدائع ج ٧ ص ١٤٤ وما بعدها، نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٥، ١٩١ وما بعدها، كشاف القناع ج ٢ ص ٣٥٤، منتهى الإرادات ج ٢ ص ٣٤٩، المغنى ج ٥ ص ٤١٢، مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٣٨، البهجة ج ٢ ص ٣٣، المراق ج ٥ ص ٢٩٠.

أما إن كانت المنفعة للمالك خاصة فإنها تكون يد أمانة كيد الوديع؛ لأن القابض نائب عنه ويعمل له.

وإن كانت لمنفعتيها جميعا كانت العبرة بأعظم المنفعتين كيد المستأجر على العين المستأجرة فإن منفعة المالك من يد المستأجر تتمثل في استحقاقه الأجرة وحصوله عليها مع قيام المستأجر بالمحافظة على العين ورعايتها وذلك أعظم من منفعة المستأجر التي تتمثل في انتفاعه بها مع قيامه بدفع أجر مقابل ذلك ولذا كانت يده يد أمانة.

وقد أشرنا إلى ما في ذلك بين الفقهاء من خلاف مرده إلى اختلاف النظر في وجود إذن من المالك، كما في إقدام شخص على أخذ المال من غاصبه لرده إلى مالكه أو إذن من الشارع. كما في قيام شخص بتعليق قنديل في مسجد لإنارته دون أن يكون من خدمته إذا ما سقط القنديل فأتلف مالا - أو في دلالة الدليل على التضمن كما في يد المستعير إذ قد اختلف الحنفية والشافعية في دلالة حديث صفوان بن أمية على التضمن كما سيأتي. وهذا فيما يختص باليد المبتدئة.

أما في اليد المترتبة أو المتفرعة عن يد أخرى فقد بينا أن كل يد ترتب على يد عادية على الوجه الذي شرحناه تعد يد ضمان؛ لأنها استمرار للاعتداء على المال والاعتداء على المال سبب لضمانه، غير أنها قد ترتب على يد غير عادية ومع ذلك تكون يد ضمان إما نتيجة لعقد أو شبه عقد أدى إلى أن تكون يد ضمان، وإما لسبب آخر اقتضى ذلك كما في قبض مال على أنه حق لقابضه ثم يتبين أنه ليس حقا له، وذلك كقبض مبالغ على أنه وفاء لدين على القبض لقابضه ثم يظهر أن لا دين، كما أنها قد تكون في بدايتها يد أمانة، ثم تنقلب إلى يد ضمان لسبب طارئ اقتضى ذلك.

فهاتان حالتان نعرضهما فيما يلي:

الحال الأولى:

ترتب يد الضمان على يد غير عادية، وذلك فيما يأتي:

أولا: القبض على السوم: وهو ما تعد فيه يدا ضامنة مع ترتبها واستنادها إلى يد غير عادية، وذلك كيد القابض على سوم الشراء وهو من يقبض العين بإذن مالكها بعد رؤيتها والاتفاق معه على مقدار ثمنها؛ ليكون له النظر فيما بعد قبضها في إتمام شرائها أو عدمه. وهذه اليد تعد باتفاق يد ضمان لقبضها على نية التملك والضمان باتفاق مع

مالكها فلزمه بذلك ضمانها؛ لأن القبض في هذه الحال يعد مرحلة من مراحل المضي في البيع، والاتفاق على الثمن يجعل هذا الاتفاق شبيهاً بعقد بيع جعل فيه الخيار للمشتري، ومن مقتضاه ضمان المبيع المقبوض في هذه الحال إذا قبضه المشتري ولو بإذن بائعه.

ويؤيد هذا ما ذهبوا إليه من أن وفاة أحد الطرفين في هذه الحال قبل الهلاك أو عدول مرید الشراء عنه يعود بالمقبوض أمانة في يد قابضه. وبديل أن بعضهم يرى أن هلاك المقبوض في هذه الحال يكون بالثمن المتفق عليه لا بالقيمة، وعلى هذا يكون الضمان في هذه الحال بما يشبه العقد، وهذا ما صرح به الحنفية في أكثر من موضع. وإذ تلف المقبوض على سوم الشراء ضمنه قابضه بقيمته على القول الأرجح عندهم لا بالثمن المتفق عليه.

والحكم عندهم في المقبوض على سوم الرهن أن القبض فيه موجب للضمان أيضاً، ويضمنه القابض إذا تلف بالأقل من قيمته ومن الدين المتفق عليه كالحكم في الرهن عند تلفه. وقد اعتبرت هذه اليد ضماناً في حين أنها مستندة إلى يد غير عادية هي يد مالك المال الذي أذن في قبضه.

أما المقبوض على سوم النظر وهو ما قبض من المال بإذن من مالكه لمجرد نظره والتروى في أمر الأقدام على شرائه قبل الاتفاق على ثمنه فقد اختلف النظر فيه، فالحنفية يرون أن اليد في هذه الحال يد أمانة؛ لأنها وضعت بإذن من مالك المال وأن القابض قد قبضها استيداعاً لديه ليتروى في أمر الإقدام على شرائها والمساومة فيها فكان حكمها حكم الوديعة.

والشافعية والحنابلة يرون أنها يد ضمان؛ لأنها وضعت على نية التملك والضمان في المال باتفاق الطرفين.

وكذلك المقبوض على سوم القرض وعلى سوم النكاح فإنه يعد مضموناً في يد قابضه؛ لأنه قبضه على نية تملكه كالمقبوض على سوم الشراء، أما المقبوض على سوم الرهن فهو أمانة عندهم كالرهن. ومرد الاختلاف إلى الاختلاف في تكييف وضع اليد أكان للتملك بعد التروى كما يرى الشافعية والحنابلة أم كان للتروى للنظر في التملك بعد ذلك كما يرى الحنفية.

ثانياً: يد المرتهن: وقد يرى أن يد المرتهن على الرهن تعد من هذه الحالة فهي يد تستند إلى يد المالك الذي هو الراهن وإذنه. ولكنها يد وضعت على الرهن بنية استيفاء الدين منه عند عدم الوفاء به في أجله والاستيفاء منه في حكم تملكه فأشبهه المقبوض على وجه العموم من ناحية أن المال فيهما في وضع يد اتخذ طريقاً إلى التملك. وقد ذهب الحنفية هذا المذهب فيما يقابل الدين من الرهن؛ لأنه المعرض لذلك، وأخذ به آخرون، ولكن بالنظر إلى الرهن جميعه لتعلق حق المرتهن به كله. ونظر غيرهم إلى قيمة الدين بناء على أنها هي المقابلة بالرهن فجعل الرهن مضموناً بها، ومن الفقهاء من لم يأخذ بذلك النظر ورأى أن الحفظ والرعاية الواجبين على المرتهن بالتزامهما للراهن يقضيان بجعل يده يد أمانة وفيما يلي مذاهب الفقهاء:

يرى الشافعية والحنابلة والمالكية أن يد المرتهن على الرهن يد أمانة؛ لأنها نتيجة عقد بين الراهن والمرتهن على أن يكون للمرتهن حق حبس الرهن ووضع يده عليه، وعليه حفظه؛ توثيقاً لوفاء دينه، ومؤدى ذلك قيام يد المرتهن مقام يد الراهن وبقاء الرهن في يده إلى وفاء الدين وذلك ما يجعل يد المرتهن عليه في حكم يد الوديع من ناحية أنها يد وضعت للحفظ فلا تستوجب ضماناً، وعلى هذا لا يضمن المرتهن إلا بتعديه أو بتقصيره كالحكم في الوديع، وذلك لحديث الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه، ويروى ذلك عن علي، وبه قال عطاء والزهرى والأوزاعي وأبو ثور، وعلى ذلك كان ضمانه عند التلف ضمان الأمانات، وهو ضمان لا يفترق فيه حكم ما يغاب عليه عن حكم ما لا يغاب عليه عند الشافعية والحنابلة؛ خلافاً للمالكية.

وذهب شريح والنخعي والحسن إلى أن الرهن مضمون بجميع الدين قل الدين أو كثر، لحديث الرهن بما فيه، وعلى ذلك تكون يد الراهن يد ضمان إلا أن الضمان فيها بقيمة الدين لا بقيمة الرهن نفسه فإذا تلف الرهن سقط بتلفه الدين قل أو كثر وذلك نتيجة جعله توثيقاً للدين ومحبوساً به.

وذهب الحنفية إلى أنه مضمون بالأقل من القيمتين: قيمته وقيمة الدين، فإذا كان مقدار الدين ١٠٠ وقيمة الرهن ٢٠٠ وتلف فإنه يتلف على المرتهن بمائة فقط فيسقط دينه ويضيق على الراهن زيادة الرهن عند الدين، وإذا كان العكس تلف على المرتهن بمائة وتبع الراهن بمائة، ومن هذا يتبين أن يد المرتهن على ما يوازي الدين من الرهن يد ضمان، وعلى ما يزيد عليه يد أمانة؛ ذلك لأن المرتهن إنما قبض الرهن قصداً إلى الوفاء

منه فكان حدود الوفاء مقبوضا على وجه التملك أو ما يشبه ذلك وكانت اليد على هذا المقدار يد ضمان وعلى ما يزيد عليه يد أمانة، وقد روى ذلك عن عمر وسنده ما رواه عطاء أن رجلا رهن فرسا فنفق عند المرتهن فجاء إلى رسول الله ﷺ فأخبره بذلك فقال: «ذهب حقك»، أي سقط دينك، ومعنى هذا هلاكه بالدين - غير أن هذا يقتضى هلاكه بالدين وإن كان الدين أكثر من قيمته أو أقل، وهو رأى شريح والنخعي، فلم يكن الدليل على وفق المدعى إلا أن يقوم دليل على أن قيمة الفرس كانت أكثر من قيمة الدين.

وقد روى عن أبي بكر أن الرهن مضمون بقيمته.

وإذا لوحظ أن الرهن قد شرع وثيقة للاستيفاء ليكون طريقا إليه كان القول بأنه أمانة في يد المرتهن منافيا لحكمة شرعه، وكان أقرب الأقوال إلى تحقيق حكمته هو ضمانه بالأقل من قيمته، ومن الدين إذ يؤمن من ضياع الدين حينئذ ولا يلحق المرتهن عنت بهلاكه إذا تلف وكانت قيمته أكثر من الدين؛ لأنه ما شرع إلا لمصلحته فلا يكون سبيلا إلى مضرتة^(١).

ثالثا: قبض غير المستحق على أنه مستحق له لقباضه: في هذه الحال تكون يد القابض يد ضمان فإذا قبض شخص من آخر مالا على أنه وفاء لدين له عليه ثم يتبين أن ليس له دين قبله كانت يده يد ضمان حين قبض المال وكان للمقبض حق الرجوع على القابض بما أقبضه إياه، وكذلك إذا دفع المال على أساس وجوبه عليه نفقة لمن قبضه ثم يتبين أن ليس له عليه نفقة كانت يد القابض للمال يد ضمان وكان لمن أقبض حق الرجوع عليه ما لم يكن قد أقبضه على وجه الصلة فإنه لا يرجع في هذه الحال كما لو عجل الزوج النفقة لزوجته عن مدة مستقبله ثم طلقها، أو انقضت عدتها قبل انتهاء المدة التي عجلت نفقتها لم يرجع بنفقة ما بقي من تلك؛ لأنها - وقد دفعت نفقته - تتضمن معنى الصلة ولا رجوع في الصلة وفي الوكُوجية: إذا عجل أبو الزوج نفقة زوجة ابنه ثم طلقها ابنه ليس له أن يسترد ما عجله لأنه لو كان الزوج هو الذي عجل لها النفقة لم يكن له ذلك عند أبي يوسف وعليه الفتوى، فكذا إذا عجلها أبوه لما فيها من معنى الصلة في الحالين وهذا مذهب الحنفية.

(١) الهداية ج ٢ ص ٢٩٤ وما بعدها، الغاية، نفس الموضوع، الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٥٤، نهاية المحتاج

ص ٢٧٤، كشف القناع ج ٢ ص ١٥٩.

وإذا استولى أحد الشركاء على الشيوع على أكثر من نصيبه في غلة العين المشتركة كانت يده يد ضمان والتزم برد ما قبض من زيادة.

وعلى هذا الأساس كان لمن دفع رشوة إلى آخر حق الرجوع عليه بما دفعه، لأن يد المرتشى تعد يد ضمان وإن كانت قد وضعت على المال بإذن من مالكه وذلك لمكان الحرمة في هذا الدفع فكان إذنا غير معتبر.

وجملة القول أن كل يد وضعت على مال للغير بغير إذنه وبدون مسوغ شرعي تعد يد ضمان - وإن وضعت على ظن من صاحبها أنه مالك؛ لأن ظنه لا يثبت له ملكا ولا يخرج به المال عن ملك صاحبه وإن ارتفع به الإثم ويكون لمستحق المال حق استرداده إن كان قائما كما يكون له حق الرجوع بالقيمة أو بالمثل عند التلف.

الحال الثانية:

وفيها تكون اليد على الأموال يد أمانة ثم يحدث ما يحيلها إلى يد ضمان؛ نتيجة خروج صاحبها عن حدود ولايته، وذلك كيد المستأجر والمضارب والشريك والوديع والمزارع والمساقى والأجير والمرتهن عند الشافعية والحنابلة، وكذا يد المستعير عند الحنفية والمالكية. والملتقط على اللقطة والأمين على مال لغيره وقع في حجره أو سقط في داره والوكيل ونحوهم ممن لوحظ في أيديهم أنها نائبة عن يد المالك سواء أكان وضع أيديهم نتيجة لعقد أم نتيجة وجود المال فيها يحوزونه من أماكن أو نتيجة استيلائهم عليه بقصد حفظه ورده إلى مالكه.

وهؤلاء جميعا ملزمون بالمحافظة على هذا المال بما يحفظون به أموالهم ولا تصرف لهم إلا في حدود ما يجوز لهم بمقتضى العقد الذي كان على أساسه وضع أيديهم أو بمقتضى إذن المالك أو إذن الشارع أو بمقتضى العرف. فإذا تجاوزوا ذلك فقصرروا في الحفظ، أو خالفوا فيما يلزمهم من رعايته سواء أكان في الانتفاع أم في التصرف تحولت أيديهم من يد أمانة إلى يد ضمان، لتعديهم بمجاوزتهم حدود ولايتهم والتعدي سبب للتضمنين. ومثال ذلك إقدام المستأجر على تحميل دابة استأجرها ليركبها أثقالا، وإقدام المضارب على الاتجار في سلع نهاه رب المال عن الاتجار فيها أو على الاتجار في بلد نهاه رب المال عن الاتجار فيه، وإقدام الشريك على الإقراض من مال الشركة أو على التبرع منه، وإقدام المزارع على زرع الأرض بغير ما تم العقد عليه مما فيه ضرر بالأرض، وإقدام المساقى على عدم تأبير النخل في أبانه، وإقدام الأجير على

الانتفاع بمال المؤجر بدل أن يصلحه، وإقدام المرتهن على الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن، وإقدام الملتقط على إخفاء اللقطة وعدم تعريفها، وإقدام الأمين على المال على تأجيره أو الاتجار فيه، والوكيل على مخالفة موكله فيما وكل فيه وهكذا من كل مخالفة تتعارض مع واجبه وما التزموا به، ففي هذه الأحوال جميعها تتحول اليد من يد أمانة إلى يد ضمان.

وعندئذ هل تعود أيديهم مرة أخرى يد أمانة بعد أن صارت يد ضمان إذا عادوا إلى الوفاق وتركوا المخالفة والتزموا حدود ولايتهم أم لا؟.

ذهب الحنفية إلى أن المستأجر والمستعير إذا خالفا ثم عادا إلى الوفاق لم تعد يد كل منهما يد أمانة بالعودة إلى الوفاق بعد صيرورتها يد ضمان بسبب المخالفة. أما الوديع فإنه إذا خالف تحولت يده إلى ضمان وإذا عاد إلى الوفاق عادت يده يد أمانة كما كانت.

ووجه ذلك أن يد الوديع بمنزلة يد المودع، لأنه عامل له والمنفعة له خاصة فكان عوده إلى الوفاق والمال في يده بمنزلة عودة المال إلى مالكة أو في حكم عودة المال إلى يد مالكة بطريق الإيداع فكانت لذلك يد أمانة - بخلاف المستعير، لأنه عامل لنفسه ولمنفعته فلم تكن يده كيد المالك، فإذا عاد إلى الوفاق لم يكن بقاء المال في يده له حكم وجوده في يد مالكة ومثله المستأجر في ذلك. ولم يعتبر المستأجر عاملا للمؤجر، لأنه إنما وضع يده على المال تحصيلًا لمنفعته وذلك موضوع عقد الإجارة وهدفها، ومن ثم كان اعتباره عاملا لمنفعة نفسه بالنظر إلى هذه الناحية أقرب من اعتباره عاملا لمنفعة المؤجر.

وأنه ليرى أن فيما ذهب إليه الحنفية من الحكم على من استعار عينا ليرهنها بأن يده يد أمانة ولا ضمان عليه إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، وتعليقهم ذلك بأنه أمين عاد إلى الوفاق فلا يضمن إشعارا بأن مذهبهم في الأمين مطلقا أن الشأن فيه أنه إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فإنه يعود إلى الأمانة^(١). وإن خالفوا ذلك في بعض المسائل كما بينا لوجوه راعوها. وقد يرى أنهم فرقوا بين المستعير للعين ليرهنها والمستعير لها ليتنفع بها بأن المستعير للرهن أقرب أن يكون وديعا؛ لأنه لا يتنفع بالعين حينئذ وإنما يسكها إلى أن يسلمها للمرتهن فتكون لذلك عنده أشبه بالوديعة.

(١) راجع ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٦.

وذهب الشافعية إلى أن الأمين إذا صار ضامنا بتعديه ومخالفته ثم عاد إلى الوفاق لم تعد يده يد أمانة وظلت يد ضمان. فالوديعة إذا خالف أو انتفع بالوديعة صارت يده يد ضمان، فإذا عدل عن ذلك وعاد إلى الوفاق لم تعد يده يد أمانة وظلت يد ضمان، وكذلك الحكم إذا جردها ثم أقر بها وعندئذ يلزمه الرد فورا، فإن أحدث له المالك استثمانا جديدا أو أذن له في الحفظ أو أبرأه أو أودعه مرة أخرى صار بذلك أمينا على أصح القولين عندهم.

والقول الثاني لا يبرأ من الضمان حتى يردها - لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ومثل الوديعة في التضمنين بالمخالفة المرتهن والوكيل غير أن الوديعة يلزمه بالخلاف الرد في الحال لانتهاء الوديعة وارتفاعها بمخالفته بخلاف المرتهن والوكيل فإن خلافهما لا يترتب عليه فسخ الرهن ولا الوكالة، ولذا لا يلزمهما الرد عند حدوث الخلاف، وإن صارت يدهما به يد ضمان.

وكذلك الحكم في المستأجر إذا خالف يصير بخلافه ضامنا وهو قول الحنفية، ولكن لا تنفسخ الإجارة ويظل مستأجرا ضامنا لما تحت يده^(١).

وإلى هذا ذهب الحنابلة ولم يفرقوا في الحكم بين حدوث الخلاف في سلعة هي وديعة وفي إحدى سلعتين وديعتين فإن يده تعتبر يد ضمان بالنسبة إلى السلعتين جميعا؛ لأن التعدي يترتب عليه حكمه، وهو الضمان سواء أكان في الجزء أم في الكل^(٢).

ويتصل بهذا الموضوع ثلاث مسائل:

المسألة الأولى:

أن يد الأمانة تستمر على وضعها ما دام واضح اليد على الصفة التي عليها ثم وضع يده، فالوديعة أمانة في يد الوديعة مادام وديعا، والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر مادام مستأجرا، ورأس مال المضاربة أمانة في يد المضارب مادام مضاربا، ومال الشركة أمانة في يد الشريك مادام شريكا، فإذا زالت هذه الصفة بسبب من الأسباب كانتهاء العقد الذي أضفى عليه هذه الصفة بسبب من أسباب انتهائه كالوديعة بعد انتهاء

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٢٨.

(٢) كشف القناع ج ٢.

الوديعة أو بعد امتناعه عن تسليم الوديعة بعد طلبها، والمستأجر بعد انتهاء إجارته بانتهاء مدتها، والمضارب بعد فسخ المضاربة، والشريك بعد موت سائر الشركاء وهكذا - إذا حدث شيء من ذلك وجب رد المال إلى مالكة ما لم يستوجب بقاءه في يد القابض بعد ذلك سبب شرعي آخر، وعند زوال هذه الصفة يجب النظر فيمن يجب عليه الرد ومثوته: أهو صاحب المال أم ذو اليد؟ فإذا كان ذا اليد وجب عليه أن يسارع إلى الرد فإذا مضت مدة كان يمكنه فيها الرد ثم لم يرد بلا عذر كان المال في يده بعد هذا التمكن مضمونا لتحويل يده إلى يد ضمان، أما عند العذر فلا تتغير صفته إلا بزوال العذر وإهمال الرد بعد التمكن منه، وذلك كالمستعير فإن مئونة رد العارية عليه فإذا انتهى عقد الإعارة وجب عليه رد العارية إلى صاحبها، ويده عليها يد أمانة عند الخفية حتى تمضي مدة يتمكن فيها من الرد ثم لا يرد بغير عذر.

أما عند الشافعية والحنابلة فقد أشرنا فيما سبق إلى أن يده عليها يد ضمان مطلقا - وكالوديعة فإن استرداد الوديعة ومثوتها على صاحبها فإذا أنهاها ثم قصر في استردادها فلا ضمان على الوديعة إذا تلفت - والمستأجر فإن مئونة رد العين المستأجرة على مالكة، فإذا ما انتهت الإجارة فقصر المالك في استردادها لم يغير ذلك من صفة المستأجر حتى إذا تلفت لا يضمن، وهكذا - وبناء على ما ذكر كانت يد الزوج على المهر المعين بعد عقد الزواج يد ضمان لوجوب تسليمه إلى الزوجة.

ويد الزوجة على المهر المعين قبل تأكده بالموت أو بالدخول يد ضمان إذا ما وقعت الفرقة من قبلها الدخول أو من قبله، لوجوب رده أو رد نصفه إلى الزوج عند ذلك^(١).

ويلاحظ في عقود الشركات والوكالة والوديعة والعارية والهبة بعد الرجوع فيها - وهي العقود غير اللازمة - أن اليد فيها على المال يد أمانة، وفي استمرار اليد بعد انتهائها رأيان للفقهاء:

أحدهما: بقاء اليد على حكمها فلا تتحول إلى يد ضمان باستمرارها، استصحابا لحكمها السابق مادام واضح اليد غير ممتنع عن التسليم عند الطلب؛ ولم يحدث ما يوجب الرد على صاحبها فورا.

وثانيهما: أنها تتحول إلى يد ضامنة إذا لم يبادر صاحبها إلى رد المال لصاحبه ما لم يوجد عذر، أو مبرر شرعي وذلك مع ملاحظة ما أشرنا إليه آنفا من وجوب الرد

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٣٥٤.

ومثوته على مالك المال أو على صاحب اليد؛ إذ لا تصير يد ضمان إذا كان استردادها واجبا على المالك، ثم قصر في ذلك.

وكذلك الحكم في المال يحدث في حيازة إنسان بسقوطه في حجره، وفي حيوان يدخل دار إنسان من تلقاء نفسه، أو في مال يصير إلى يد إنسان بسبب كونه في يد مورثه من قبل وفاته فإن يده عليه يد ضمان؛ لأنها وضعت على مال بغير إذن صاحبه ولكن إذا كان لا يعرف صاحبه فذلك عذر يحول دون اعتباره ضامنا فتعد يده يد أمانة إلى أن يعرف صاحبه ثم يقصر في رده وإلا كان أمينا بعدم تمكنه من رده وعدم قدرته فإذا تلف في يده فلا ضمان عليه.

ومن هذا النوع بقاء العين في يد قابضها بعقد معاوضة بعد انفساخه كبقاء المبيع في يد مشتريه بعد انفساخ عقد البيع بخيار عيب أو خيار شرط. وحكم اليد بعد بقائها في هذه الأحوال يتبع وضع المال أو العين قبل العقد، فإن كان في ضمان المالك قبل العقد بقى على ضمانه بعد انفساخه أو انتهائه، وإن ظل في يد الثاني، ما لم يحدث ما يصير به الثاني الممتلك ضامنا كأن لم يرده إلى صاحبه مع وجوب رده عليه، ففي هذه الحال تصير يده يد ضمان لاستمرار وضع يده على مال مملوك لغيره بغير إذنه.

وقيل: إذا كان انتهاء العقد بسبب فسخه من المملك، أو باتفاق بينه وبين الممتلك فلا ضمان بسبب استمرار يده بعد انتهاء العقد لبقاء الإذن بها وإن كان بسبب من الممتلك - صاحب اليد - كانت يده يد ضمان لتسببه في الفسخ وحده وانتهاء الإذن بها عند ذلك.

وقيل: إن الحكم بعد الفسخ مطلقا كالحكم قبله فإن كانت اليد قبل الفسخ يد ضمان كان استمرارها كذلك، أي استمرار ضمان وإلا فلا.

وعلى هذا الخلاف كان الخلاف في يد المشتري على المبيع بعد انفساخ البيع بالإقالة أو بالخيار من البائع أو بالخيار من المشتري فهو على ضمان المشتري إذا تلف؛ لأن يده يد ضمان وذلك ما يراه بعض الفقهاء. وهو على ضمان البائع في رأى آخرين، لأن يد المشتري يد أمانة وضعت عليه باتفاق الطرفين وكذلك الحكم في استمرار يد المستأجر على العين المؤجرة بعد انتهاء الإجارة أو انفساخها.

ويتصل بهذا الموضوع ما تعتبر به العين مستردة إلى صاحبها وذلك بمراعاة ما يتحقق به التسليم الواجب على صاحب اليد - أنكفى فيه التخلية بين العين ومالكها فيعد بها مستلما أم يجب لتحققه نقل العين إليه ودفعها إليه أو إحضارها لديه، ذلك ما اختلف فيه فقهاء المذاهب.

فالحنفية يرون الاكتفاء بالتخلية في بعض الأحوال، لتحقق التسليم، وهو رأى لغيرهم. وفريق آخر يرى أنه لا تكفى التخلية بل يجب تحقق التسليم فعلا فيما يقبله، حتى لا تكفى فيه التخلية ويعد قابض المال معها ممتنعا منه وتكون يده يد ضمان. ففي العين المستعارة يوجب الحنفية نقلها إلى مالكةا، ولا يكفى في وضع اليد عليها بالتخلية، وفي العين المستأجرة تكفى التخلية بينها وبين مالكةا، لاعتباره متسلما لهذا وتكفى التخلية في العقار مطلقا معارا أو مودعا.

وفي هذا الموضوع خلاف كبير بين الفقهاء يرجع إلى اختلاف الأعراف فيما يعد إقباضا وتسليما ومالا يعد كذلك. فمن الفقهاء من يرى أن المبيع مثلا من أى نوع في ضمان البائع قبل تسليمه ويده عليه يد ضمان، ثم يختلفون أتعد التخلية فيه تسليما أم لا.

ومن الفقهاء من يرى أن المبيع إذا كان متميزا دخل في ضمان المشتري بمجرد العقد سواء تمكن من القبض أو لم يتمكن مادام أن البائع لم يتنع عن تسليمه. بخلاف ما إذا لم يكن متميزا كصبرة من طعام فلا يدخل في ضمان المشتري إلا بالتسليم فعلا دون الاكتفاء بالتخلية.

ومن الفقهاء من يرى أنه يدخل في ضمان المشتري متى كان متمكنا من قبضه، ولا يدخل في ضمانه إذا لم يكن متمكنا سواء في ذلك التميز وغيره، وهكذا مما يرجع في بيانه وتفصيله إلى مواضعه.

وكذلك يتصل بهذا الموضوع انتقال العين في هذه الأحوال إلى يد أخرى بتصرف يباشره واضع اليد عليها، فإذا كان هذا التصرف جائزا ولواضع اليد ولاية عليه كانت الثانية التي انتقلت إليها العين يد أمانة؛ لأنها حيثنذ تعد استمرارا ليد سابقة عليها هي أمانة فتكون في حكم النائبة عنها ويكون لها حكمها - وذلك في إجارة المستأجر للعين المستأجرة إلى غيره في مدة إجارته إذا لم يمنع من ذلك مانع شرعى، وعندئذ لا يكون أحدهما ضمانا بتلفها في يد المستأجر الثاني - فإن منع من ذلك مانع شرعى كان كل ضمانا عند التلف واستقر ضمان العين على الأول إن كان الثاني جاهلا بالحال، أما إن كان عالما بذلك فإن الضمان يستقر عليه؛ لتعديه بالقبض وتلف العين في يده.

وكذلك الحكم في إجارة المستأجر العين المستأجرة لغيره فإذا تلفت في يد المستعير فلا ضمان على أحدهما عند التلف، إذ إن ذلك تصرف جائز له وفي ولايته سواء أكان

الثاني عالما أم جاهلا فكانت يد كل منهما على العين يد أمانة ولا ضمان في يد الأمانة عند الحنفية ومن ذهب مذهبهم، وكذلك الحكم عند الشافعية فإنهم يرون أن المستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة لا يضمن بالتلف؛ لأن يده في هذه الحال يد نائبة عن يد أمانة؛ ولذا لم يختلف مذهبهم في هذه المسألة عن مذهب الحنفية؛ ولذا كان المستعير من المستأجر أمينا على الصحيح عندهم، خلافا لمن ذهب منهم إلى تضمينه^(١).

وكما في إيداع الوديعة غيره فمن ذهب من الفقهاء إلى أن له ولاية الإيداع لدى الغير يرى أن كلا الوديعة الأولى والوديعة الثانية أمين ولا ضمان على أحدهما عند تلف الوديعة في يد الثاني، ومن يرى حظر ذلك عليه يرى تضمينها عند التلف ويستقر الضمان على الأول عند جهل الثاني، لغروره، أما عند علمه بحال من أودعه وأنه متعد بإيداعه إياه فإن الضمان يستقر عليه بقبضه وتلف الوديعة تحت يده.

وكما في المضاربة إذا دفع رأس مال المضاربة إلى آخر ليضارب فيه، فإن يد كل منهما تعد يد أمانة إذا كان المضارب مأذونا في ذلك أو مفوضا إليه، فإذا تلف المال في يد الثاني فلا ضمان على أحدهما وإن لم يكن ذلك مأذونا فيه من رب رأس المال فتلف المال في يد الثاني كان لرب المال أن يضمن أيهما شاء؛ لحدوث التعدي من كل منهما ويستقر الضمان على الأول؛ لاستقرار الضمان عليه إن كان الثاني غير عالم بالحال لدخوله على الأمانة فإن كان عالما استقر الضمان عليه ولا رجوع له على الأول إذا غرم، لحصول التلف في يده مع تعديه بأخذ المال وقبضه من غير ذى ولاية.

وكما في العارية إذا أعار المستعير العين المستعارة لغيره فتلفت في يد المستعير الثاني، ففي حال جواز ذلك لا ضمان عليهما عند الحنفية؛ إذ المستعير في نظرهم أمين ويده على العارية يد أمانة فيستوى في ذلك الأول والثاني، وفي حال عدم الجواز يكون للمالك العين المستعارة أن يضمن أيهما شاء؛ لتعديه، ويستقر الضمان على الأول عند جهل الثاني، لدخوله على الأمانة، وعند الشافعية والحنابلة: للمالك في حال الجواز أن يضمّنهما قيمة العين دون منفعتها وذلك مقتضى العقد، ويستقر الضمان على الثاني لحصول التلف في يده، ويستوى في ذلك حال علم الثاني وجهله بها، وذلك لجواز التصرف وصدوره ممن يملكه - وفي حال حظر ذلك التصرف على الأول يضمّنان العين ومنفعتها في مدة إعارته الثاني دون منفعتها في مدة إعارته الأول، لجواز الإعارة للأول

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٢٧، والقواعد لابن رجب.

وعدم جوازها للثاني، أما ضمان العين حيثئذ فلتعديهما الأول بسبب تصرفه المحظور عليه، والثاني بسبب قبضه مالا من غير ذى ولاية، إذ لم يؤذن فيه من المالك ويستوى في ذلك حال علم الثاني وجهله ويستقر الضمان على الثاني، لحصول التلف في يده.

وقيل: لا يستقر عليه عند الجهل وإنما يستقر على الأول، لغرور الثاني حيثئذ ولا يستقر عليه الضمان لدخوله بالاستعارة، وذلك لعدم صحة الإعارة له والضمان إنما يكون أثرا لصحتها، وهو إلى ذلك مغرور، لجهله بالحال، وأما ضمانها المنفعة فلفواتها على المالك بسبب الاعتداء عليها فصارت كمنفعة المصوب إذا استوفأها غاصب من المستأجر.

وجملة القول أن واضع اليد على العين إذا أقدم على تصرف محظور عليه كان متعديا وصارت يده يد ضمان وكانت اليد التي ترتب عليها يد ضمان أيضا، وإذا تلفت العين تحتها كان المالك بالخيار إن شاء ضمن واضع اليد الأولى، لتعديه بالتصرف المحظور عليه فيها، وإن شاء ضمن واضع اليد الثاني، لتعديه بتسلمها وتلفها عنده، فإذا ضمن الثاني رجع على الأول عند عدم العلم بالحال للغرور فيستقر الضمان عليه كما ذكرنا، وفي إقدام المستأجر على التأجير لغيره أو على إعارته أو نحو ذلك مع قيام يده على المال دليل ملكه وبذلك يغر الثاني. أما عند العلم بالحال فلا غرر فيستقر الضمان على الثاني، لإقدامه على وضع يده مع علمه بعدم ولاية من أجره، أو من أعاره، أو من أودعه مع حدوث التلف في يده.

ويرجع فيما يجوز من التصرفات لهؤلاء وما لا يجوز إلى مواضعه من كتب الفقه في أبواب عقود الأمانات.

المسألة الثانية:

يد الأجير المشترك.

العين في يد من يستأجرها لمنفعته أمانة - ذلك هو الأصل وهو مقتضى عقد الإجارة من ناحية أنه عقد يقتضى تسليم العين المستأجرة إلى المستأجر وتمكين الأجير من عمله بتسليمه ما التزم بالعمل فيه من مال، وعلى ذلك كانت يد المستأجر على العين المستأجرة للانتفاع بها يد أمانة مادام لم يتجاوز حقه في الانتفاع بها بمقتضى العقد عليها والعرف، لأن ما يوجه العرف يعد بالنظر إلى العقود كالشرط فيها.

أما إذا كانت في يد أجير فإن كانت محلا لعمله المستأجر عليه كالحياض أعطى قماشاً، ليخيطه ثوباً والقصار أعطى ثوباً لتقصيره، أو كانت وسيلة من وسائل قيامه بعمله المستأجر عليه، كالأواني في يد الطباخ لصنع الطعام فيها أو ليحفظه فيها، والنموذج أعطى للصانع ليصنع على مثاله، والأداة أعطيت له ليستخدمها في عمله ونحو ذلك فالحكم فيها على التفصيل الآتي.

إن كان الأجير خاصاً قيده على كل ما تطلب عمله أن يضع يده عليه وعلى كل ما استحفظ عليه أمانة، وكذلك ما وضع يده عليه لمنفعة المؤجر وبإذنه لا ضمان عليه فيه عند التلف إلا إذا كان نتيجة تعد أو تقصير. وعليه فجميع ما يتلف في يده سواء كان بعمله أو بغير عمله بأن كان بسبب سماوى غير مضمون عليه إذا لم يكن ذلك عن اعتداء أو تقصير. والتطبيق في ذلك بين واضح وذلك هو مقتضى عقد الإجارة.

والأجير الخاص هو من استؤجر مدة معلومة، ليكون عمله فيها لمستأجره دون غيره فتكون له منفعة فيها، ولا يحق له أن يعمل لغيره فيها كخادم المنزل والطاهى فيه وسائق السيارة الخاص وموظف الحكومة، وأمثال هؤلاء ممن ليس لهم أن يتقبلوا من شخص آخر عملاً في مدة العقد، ويده على ما تحت يده من الأموال يد أمانة عند جميع الفقهاء، ولو شرط عليه الضمان فالشرط باطل ولا ضمان عليه فيها إلا بالتعدى أو بالتقصير.

وكذلك الحكم في يد الأجير المشترك، لأنها يد مأذون فيها ويستلزمها عمله ولم تكن إلا لمنفعة المستأجر فلا ضمان فيها إلا بالإتلاف أو التقصير، وهذا مقتضى عقد الإجارة، وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد، وهو أظهر قولين للشافعى ولا فرق عندهم بين أن يكون ذلك المال محلاً لعمله أو ليس محلاً له ولكن يتطلب العمل وجوده تحت يده كنموذج يعمل على مثاله، وسواء كان الإتلاف قبل بدء العمل أو في أثناءه أو بعد انتهائه، ويروى هذا القول عن عطاء وطاووس من كبار التابعين.

وخالف في ذلك كثير من الفقهاء، لمصلحة اقتضته؛ وذلك لما لاحظوه في الأجراء من عدم الحرص على أموال غيرهم وتهاونهم في عملهم.

فذهب مالك وأحمد إلى أنه ضامن لما هو محل لعمله من الأموال التي تحت يده فيده عليها يد ضمان، ولا يضمن غير ذلك من الأموال مما يكون تحت يده؛ لأن يده

عليها يد أمانة، إذ لا تعدو أن تكون وديعة تحت يده استحفظ عليها، أو ليرسمها مدة من الزمن إن كانت نموذجاً، أو يحفظها إن لم تكن كذلك. أما ما كان محلاً لعمله فيده عليه يد ضمان، صيانة لأموال الناس وقد روى هذا عن علي وعمر وعبد الله بن عقبة وشريح وهو قول آخر للشافعي روعى فيه صيانة أموال الناس، وقد قيل إن أمر الناس والأجراء لا يصلح إلا على هذا حتى لا يكون ما يحول بين الناس وبين تسليمهم أموالهم للأجراء للعمل فيها من خوف عليها، وحتى يقبل الناس على تشغيل الأجراء دون خوف منهم.

وإلى هذا القول ذهب أبو يوسف ومحمد إذا كان سبب التلف مما يمكن الاحتراز عنه، لأن التلف بسبب يمكن الاحتراز عنه مظنة للتقصير فيجب الضمان لذلك، أما ما لا يمكن الاحتراز عنه فالأجير معه غير ضامن، لانتفاء مظنة تقصيره، وعلى ذلك فلا ضمان في الحريق الغالب والسيل الجارف بخلاف ضياع بسرقة أو تلف بسقوط مثلاً، وتطبيقاً لما ذكره يضمن الحائك ما أتلفه بحيافته، والقصار ما تخرق بدقه، والحمال ما تلف بسقوطه من فوق دابته أو بسبب عثرته ونحو ذلك.

وقد اشترط المالكية في تضمين الأجير المشترك ألا يكون عمله في بيت المؤجر، فإن كان يعمل فيه فلا ضمان عليه، ولو كان عمله في غيبته.

والأ يكون في الصنعة تغرير وتوقع للتلف كما في ثقب اللؤلؤ.

ويضمن الأجير قيمة ما تلف يوم دفع إليه، ولا ضمان عند الجميع على أجير الصانع إذا لم يظهر عليه فساد؛ لأنه أجير خاص.

ومن الحنفية من فرق في الأجير المشترك بين الأجير المصلح وغير المصلح فذهب إلى عدم تضمين الأول، وإلى تضمين الثاني، وقد أفتى بعدم ضمانه مطلقاً كما أفتى المتأخرون بالصالح على نصف القيمة مطلقاً.

وفي الخيرية أن الأقوال التي ذهب إليها الحنفية كلها مصححة أفتى بها - وعلى هذا فالقاضي يتخير منها ما تقتضيه ظروف الحادثة.

وذكر ابن عابدين أن محل الخلاف إنما هو في الإجارة الصحيحة، أما الإجارة الفاسدة فلا ضمان فيها اتفاقاً، لأن العين حينئذ تكون أمانة في يده، لكون المعقود عليه هو المنفعة مضمونة بأجر المثل، وقد وضعت اليد فيها بإذن من المالك ولم يكن الناس في حاجة إليها كحاجتهم إلى الإجارة الصحيحة.

المسألة الثالثة:

النظر إلى ضمان العين أو عدم ضمانها إنما يكون له أثره إذا ترتب على تلفها ثبوت حق المطالبة بضمانيها لشخص من الأشخاص فعند ذلك ينظر أكانت عند التلف أمانة، وعندئذ لا تكون مضمونة ولا مطالبة لأحد بضمانيها أم كانت مضمونة، وعندئذ يسأل عمن يجب عليه ضمانها من صاحب اليد عليها أم غيره. وعمن يكون له الحق في المطالبة به.

وقد بينا فيما سبق أن ذلك إنما يكون في المال المتقوم المملوك. واليد عليه عند التلف قد تكون لمالكه وقد تكون لغيره.

فإذا كانت لمالكه فضمانيه عليه؛ لأن تلف المال المملوك على مالكه ما كان المال والتلف في يده ولا ينتقل عنه ضمانه إلا بانتقال الملك والتسليم إلى المالك الجديد على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - وقد عرضنا فيما سبق لبيان ما يتم به التسليم واختلاف آراء الفقهاء، وأن من فقهاء الحنابلة من ذهب إلى انتقال الضمان متى أمكن للمالك الجديد أن يتسلم وإن لم يتسلم فعلا.

بناء على ما ذكر يكون ضمان المبيع قبل تسليمه إلى مشتريه على بائعه، أما بعده فيكون على مشتريه مع مراعاة الخلاف فيما يتم به تسليمه. وعلى ذلك إذا تحقق ما يعتبر به متسلما كان ضمانه عليه ولو كان تلفه في يده البائع.

وإذا كانت اليد على المال لغير مالكه فقد يكون انتقالها إلى يده بغير حق وعندئذ يعد اعتداء ممن أزال يد المالك ووضع يده وبه يصبح مسئولاً عن ضمانه إذا تلف. أما إذا كان بحق فقد يعد مع ذلك أمانة في يد من انتقل إليه فلا يسأل عن ضمانه، وعندئذ يظل المال على ضمان مالكه حتى يحدث من واضع اليد ما يستوجب تضمينه من تقصير أو اعتداء وذلك كما في الوديعة وجميع الأمانات، وقد يعد مضموناً في يد من انتقل إليه، وضمانيه في هذه الحال ليس ضمان اعتداء؛ إذ لا اعتداء وتتناول هذه الحال، بيان الحكم في الأحوال الآتية:

- ١ - تسليم الرهن إلى المرتهن عند الحنفية.
- ٢ - قبض السلعة على سوم النظر أو سوم الشراء.
- ٣ - قبض العارية وتسليمها إلى المستعير عند الشافعية والحنابلة.
- ٤ - قبض المشتري المبيع حيث يكون في البيع خيار شرط للبائع أو للمشتري.

٥ - تسليم المبيع إلى المشتري بشراء غير صحيح.

٦ - بقاء المبيع في يد المشتري بعد انفساخ العقد «مع ملاحظة أحوال الخيار».

وفيما يلي التفصيل:

أولاً: فأما وضع المرتهن يده على الرهن فلا ضمان فيه عند الشافعية ومن ذهب مذهبهم على ما بينا فيما تقدم، وإنما يوجب التضمين عند الحنفية ومن ذكرناهم فيما سبق على اختلاف بينهم فيما يضمن به الرهن، وقد فصلنا القول في ذلك في كلامنا في الحال الأول.

والقائلون بالضمان يؤسسون مذهبهم إما على أنه ضمان اقتضاه عقد الرهن فكان أثراً من آثاره بناء على أنه عقد توثق به الدائن وحصل به على ما فيه وفاء لدينه أو بعضه أو على ما ارتضاه وفاء لذلك إذا عجز المدين أو ماطل في الوفاء فكان دخول المرتهن فيه مما يعتبر دخولا على الضمان في سبيل الوفاء بدينه واعتبر العقد لذلك مرحلة أولى من مراحل الوفاء، وعلى ذلك كان ضمان الرهن ضماناً عند القائلين به وأما على أنه ضمان نص من الشارع وقد سبق القول في ذلك

ثانياً: وأما قبض السلعة على سوم الشراء أو النظر فالضمان فيه كما قدمنا ضماناً بما يشبه العقد بين المالك والمتسلم إذ كان عن اتفاق بينهما هو في حكم المرحلة الأولى من مراحل التملك بالبيع، فكان للتسلم فيها حكم عقد البيع إذا شرط فيه الخيار للمشتري من ناحية الضمان، وقد سبق القول في ذلك وما يتصل به من القبض على سوم القرض أو الرهن.

ثالثاً: وأما قبض المستعير العارية فالضمان فيه عند الشافعية والحنابلة ضمان عقد، أي أنه ضمان اقتضاه عقد العارية، وهو مذهب أشهب من المالكية. واحتجوا بقوله ﷺ لصفوان بن أمية: «لا بل عارية مضمونة»، وذلك حين استعار منه سلاحه ودروعه يوم حنين وقال له صفوان: أغضب يا محمد؟ ويأن المستعير قد قبض ما لغيره لمنفعته خاصة، وذلك بناء على عقد العارية الذي التزم به رد ما استعاره إلى مالكة فوجب أن يكون ضامناً نتيجة لالتزامه الرد على المعير، ولأن الغنم في انتفاعه بالمجان يقتضى غرمه بضمان قيمته عند تلفه، وإذن المالك بقبضه لا يجعل يده نائبة عن يده؛ لأن إذنه إنما كان لتمكين المستعير من الانتفاع الذي هو حكم العقد فلا يكون له أثر فيما وراء ذلك. وبما رواه ابن عباس وأبو هريرة وهو أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

وذهب الحنفية والزيدية والإمامية إلى أن المستعير أمين ولا يلزمه ضمان عند التلف وإذا شرط عليه الضمان لم يصح الشرط وقيل يصح - واحتجوا بأن لفظ العارية وما في معناه لا يبنى عن التزام بالضمان، ولم يقع القبض فيها تعدياً حتى يترتب عليه التضمن، وإنما وقع بإذن من المالك وإن كان للتمكين من الانتفاع. والالتزام بالرد عند انتهاء العارية بناء عليها لا يوجب التضمن كما في الوديعة. ولا حجة لهم فيما روه للاختلاف في مته، فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قال: «عارية» - بدون وصف - كما روى أنه قال: عارية مردودة. ولو كان الضمان أثراً من آثار العقد لكان وصفها في الحديث لغوا من القول، وذلك ما لا يكون من أفصح العرب - وقد يرد هذا بأن الوصف إنما كان للتشريع والإعلام بالتضمن إذا كان ذلك قبل تشريع الضمان في العارية^(١). ولتأمين صفوان على ماله إذا كان ذلك بعد التشريع.

والأصح أنها مضمونة بقيمتها وقت تلفها مثلية كانت أو قيمة عند الشافعية^(٢)، وذهب أحمد إلى أنها مضمونة بقيمتها يوم التلف إن كانت قيمة وبمثلها إن كانت مثلية^(٣)، وشرط عدم الضمان فيها لغو عندهم جميعاً.

رابعاً: وأما قبض المشتري المبيع حيث يكون في المبيع خيار شرط للبائع أو للمشتري فإن المبيع يكون في ضمانه بانه مادام في يده، فإذا تلف في يده تلف عليه بالثمن وبطل البيع وإتلاف المشتري إياه بعد تسلمه يمضى به البيع ويلزم.

وإذا أتلّفه أجنبي كان المشتري بالخيار إن شاء ضمن البائع واسترد الثمن، وبذلك يضمنه ضمان عقد بالثمن ويرجع البائع على الأجنبي بقيمته فيضمنه الأجنبي ضمان إتلاف وتعد، وإن شاء أمضى البيع وضمن الأجنبي قيمته ضمان تعد وإتلاف.

وكذلك الحكم إذا تعدى عليه البائع فأتلّفه فيكون للمشتري الخيار بين أن يضمن البائع ضمان عقد بالثمن، لعدم تسليمه وبطل البيع، وأن يضمنه ضمان إتلاف بالقيمة، لتعديده على ملكه وعندئذ يمضى البيع^(٤). أما إذا تسلم المشتري المبيع وليس في البيع خيار فإنه بتسلمه يدخل في ضمانه، وإذا هلك بأى سبب هلك عليه.

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢٥٤، الهداية ج ٧ ص ٩٩ البدائع ج ٧ ص ٢٢٧.

(٢) نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٤١.

(٣) كشف القناع ج ٢ ص ٣٣٦.

(٤) ذلك ما استظهره ولا يبطل البيع بناء على تعذر التسليم في هذه الحال لتنازل المشتري عنه.

وأما إذا كان في البيع خيار فقد يكون للبائع وقد يكون للمشتري - فإذا كان للبائع وهو خيار شرط كان ملك البائع مستمرا بعد التسليم، لأن الخيار للبائع يمنع خروج المبيع من ملكه عند الحنفية، وعلى ذلك إذا تلف المبيع في هذه الحال قبل إمضاء البيع أو فسخه ضمنه المشتري؛ لأنه يعد في ضمانه من وقت تسلمه ويضمنه في هذه الحال ضمان يد فيلزم بقيمته لقبضه على الضمان ويتفسخ العقد لزوال محله قبل تمامه، وإذا كان للمشتري كان هلاك المبيع في يده عليه بالثمن ومضى العقد ولزم بهلاكه. ذلك هو الحكم عند ثبوت خيار الشرط، أما خيار الرؤيا فلا يمنع من ترتب آثار العقد عليه بخلاف الشرط، وعلى ذلك يكون هلاك المبيع في يد المشتري من قبيل هلاك المال في يد مالكة؛ لانتقال الملك إليه بالعقد، ذلك ما ذهب إليه الحنفية.

ويرى المالكية أن خيار الشرط يمنع ترتب آثار العقد عليه سواء أكان للبائع أم للمشتري، وعلى ذلك يظل المبيع في ملك البائع مدة الخيار ويكون في ضمانه فإذا هلك هلك عليه ما دام في يده فإذا قبضه المشتري كانت يده يد أمانة فإذا ادعى تلفه أو ضياعه فإن البائع يضمنه إلا إذا ظهر كذبه أو كان مما يعاب عليه فإن ضمانه يكون على المشتري^(١).

ومذهب الشافعية أن ملك المبيع في مدة الخيار لمن له الخيار فهو للبائع إذا كان الخيار له، وهو للمشتري إذا كان الخيار له فإذا هلك في يد المشتري والخيار له هلك عليه، لأنه المالك له، وإذا كان في يد المشتري فهلك والخيار للبائع هلك على البائع ولا ضمان على المشتري؛ إذ إن يده كانت يد أمانة، لأنها وضعت بإذن من مالكة فأشبهت يد الوديع^(٢).

ويرى الحنابلة أن اشتراط الخيار في البيع لا يحول دون ترتب آثار العقد عليه، وبناء على ذلك إذا هلك المبيع في يد المشتري فإنه يهلك عليه؛ لأنه المالك له سواء أكان الخيار له أم للبائع^(٣).

خامسا: وأما إذا قبض المشتري شراء فاسدا المبيع فإن يده عليه تكون يد ضمان أثرا لعقده؛ إذ كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب أيضا في فاسده، وهي قاعدة متفق

(١) الخرشي ج ٥ ص ٣٧.

(٢) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٩.

(٣) المغني ج ٤ ص ٢٦ وكشاف القناع ج ٢ ص ٥٠.

عليها في جميع المذاهب وعلى ذلك يكون المشتري شراء فاسدا ضامنا للمبيع إذا تسلمه، فإذا تلف تلف عليه ويضمنه حيثنذ بقيمته لا بالثمن المتفق عليه، وضمانه في هذه الحال ضمان يد لا ضمان عقد، ولا أثر للاتفاق بين طرفي العقد على ثمنه؛ لبطلان هذا الاتفاق بفساد العقد، وإلى هذا ذهب الجمهور، وذهب آخرون إلى أن المشتري يضمنه ضمان عقد بالثمن المتفق عليه أيا ما كان مقداره.

ويرى الحنفية أن المشتري شراء فاسدا إذا قبض المبيع برضى من البائع ولم يكن في البيع خيار شرط ملكه بالقبض إلا في ثلاث: بيع الهازل، وفي شراء الأب من ماله لطفله، وفي بيعه ماله لطفله فاسدا فلا يملكه حتى يستعمله. ويضمنه المشتري بمثله إن كان مثليا وإلا بقيمته وذلك إذا هلك أو تعذر رده.

والمعتبر قيمته وقت قبضه، إذ به يدخل في ضمانه.

ويجب على كل من المشتري والبائع فسخه، ولذا يجب رده مادام قائما في يد المشتري وإذا هلك عليه بقيمته أو بمثله كما ذكرنا.

أما إذا كان العقد باطلا فقبض المشتري المبيع لم يضمنه بقبضه وكانت يده عليه يد أمانة؛ لأنه قبضه بإذن مالكة ولا وجود للعقد، لبطلانه.

وفي «القتية» أن الصحيح ضمانه بقيمته كما هو الحكم في الشراء الفاسد واختار السرخسي وغيره هذا القول، وقيل: إن عليه الفتوى وهو مذهب الأئمة الثلاثة، لبطلان الإذن بقبضه تبعا لبطلان ما تضمنه وهو البيع فكان وضع اليد عليه وضعا لا مسوغ له شرعا وذلك كاف في اعتبار يده حيثنذ يدا عادية.

ويلاحظ أن الأئمة الثلاثة لا يفرقون في الحكم بين بيع فاسد وبيع باطل، فكلاهما بيع غير صحيح، ولا اعتبار لوجوده في نظر الشارع؛ ولذا كان الحكم واحدا عندهم في الحالين، وهو ضمان المبيع في يد من اشتراه شراء غير صحيح.

سادسا: أما اليد التي يعد استمرارها استمرارا لقبض سابق كاليد تكون أثرا لعقد ثم تستمر بعد فسخه أو بعد انتهائه فالحكم عليها بأنها يد ضمان أو يد أمانة يتبع حكمها في وضعها السابق الذي استمر ببقائها، فإذا كانت يد ضمان كانت كذلك في استمرارها، لعدم تغيير وضعها كيد المشتري شراء فاسدا بعد الاتفاق على التفاسخ ورد البدلين فيه.

وقد بينا فيما سبق أن من العقود ما تكون اليد فيها يد أمانة، ومنها ما تكون اليد فيها يد ضمان، فإذا كانت اليد ضمان استمرت كذلك بعد انتهاء العقد إلى أن تستحيل يد أمانة بإذن يصدر من المالك وإذا كانت يد أمانة استمرت كذلك إلى أن تتحول يد ضمان بسبب من الأسباب الموجبة لذلك كالاتناع عن التسليم عند طلب المالك أو عدم المسارعة إلى الرد على المالك عند وجوبه على واضع اليد ووجوب مئوته عليه مع انتفاء العذر المانع من ذلك، وهذا مع ملاحظة ما يعد تسليمًا ومالا يعد تسليمًا، وقد بينا ذلك والاختلاف فيه فيما سبق.

الحيلولة

عرض بعض الفقهاء للحيلولة بين المال ومالكة على اعتبار أنها سبب من أسباب الضمان يلزم به من أحدثها فيتعلق بذمته ضمان ذلك المال - وقد جاء ذكرها بهذا الاعتبار في كتب الشافعية والحنابلة عند بيانهم لأسباب الضمان في بعض المسائل، كما عرض لها فقهاء من الحنفية والمالكية في تعليلهم التضمين في بعض المسائل.

فقد ذكروا أن التضمين فيها سببه الحيلولة بين المال ومالكة وإن لم يصب ذلك المال تلف بناء على أنها بالنسبة إلى المالك في حكم التلف لما يترتب عليها من عدم انتفاع المالك بماله الذي حيل بينه وبينه فلم ينتفع به الانتفاع الذي يخوله له ملكه فكان مثله مثل المال التالف لا ينتفع به.

ويلاحظ أن الحيلولة في أكثر المسائل وقوعًا لا تكون إلا مع سبق يد الحائل ووضعها على المال. وإن وضعها عليه قد يكون بحق وقد يكون تعديًا. فإذا كان وضعها عليه بحق كما في يد الوديع ويد المستعير ويد المرتهن مثلاً، فقد يحدث من أحد هؤلاء ما تترتب عليه الحيلولة بين المال وبين مالكة على وضع يحول دون انتفاعه به أو تصرفه فيه؛ كما إذا سلم المال لغيره أو أنكره فعندئذ يكون حدوث هذا من هؤلاء تعديًا على المال إذا لم يكن عن رضا من المالك لمخالفته لما التزموا به بموجب أمانتهم، وكل فعل يعد تعديًا على المال يستوجب تعلق ضمانه بذمة الفاعل، وإن كان فعلاً لا يترتب عليه تلف المال. وبناء عليه إذا وقع هذا الفعل محققاً للحيلولة بين المال وصاحبه على صورة يترتب عليها عدم تمكن صاحبه من الانتفاع به أو التصرف فيه كان ذلك سبباً يستوجب التضمين وذلك بإلزام الحائل بدفع قيمته إذا ما أصاب المال في هذه الحال تلف سماوى مثلاً، أو حال دون رده إلى مالكة مانع من الموانع. وإذن تكون الحيلولة في هذه الصورة

سببا للضمان بوصفها اعتداء على مال الغير يعد في حكم إتلافه معنى، وإن لم يترتب عليها تلف المال حقيقة وإنما ألزم بضمان القيمة في هذه الحال؛ لأن المال فيها قد صار في حكم التالف بالنظر إلى صاحبه بسبب أنه ليس في يده، وإن كان هذا لا يمنع المالك من تتبعه عند واضع يده عليه ومطالبته بتسليمه إياه نتيجة لبقاء ملكه إياه، وهذا لا خلاف فيه.

أما إن كان وضعها عليه بغير حق فإن هذه اليد كما سبق تعد يدا عادية ومجرد وضعها يعد سببا لتعلق ضمانه بالذمة دون نظر إلى ما قد يترتب عليه من الحيلولة، وقد بينا فيما سبق أنه سبب لا يترتب عليه إلا شغل ذمة صاحب اليد بضمان ما تحت يده من ذلك المال على وضع يستوجب عليه أداء عوضه عند حدوث تلف له أو ما هو في حكم التلف، وإذا منع صاحب هذه اليد مالك المال من أخذه أو من الانتفاع به فقد حال بينه وبينه، وعندئذ يوجد لدينا سببان كلاهما يقتضى تعلق ضمانه بالذمة. أحدهما: اليد العادية على المال، والثاني: الحيلولة بين المال وصاحبه المتمثلة في تلك اليد العادية.

والسبب الأول وهو اليد العادية لا يستوجب إلا رد المال إلى صاحبه عند قيام المال وشغل ذمة صاحب اليد بالضمان عند وضعها عليه، وعلى صاحب اليد رده إليه ويلزم بذلك قضاء، وليس لصاحبه مطالبته حيثئذ بأداء قيمته مادام قائما في يده وفي الإمكان رده ولم يحدث بالمال ما يجعل للمالك الخيار في طلبه أو طلب قيمته كما سبق أن أشرنا إليه وكان محلا لخلاف بين الفقهاء، وفي هذه الحال لا يحق للمالك المطالبة بقيمته وذلك هو الحكم أيضا عند الحيلولة مادام المال قائما واسترداده ميسورا، ولكن إذا ترتب على الحيلولة تغيير هذا الوضع فأصبح استرداد المال غير ميسور وجب على من أحدثها دفع القيمة وتوجهت المطالبة بها إليه دون مطالبته برد المال؛ لعدم وجوده في يده، وعندئذ يرى أن ذمة المعتدى قد شغلت بقيمة هذا المال وبوجوب أدائها فعلا إلى مالكه بعد أن كانت مشغولة بقيمته فقط على وجه تعلقها بها تعلقا يستوجب وجوب أدائها عند التلف، وعلى هذا كانت الحيلولة سببا لتضمين من أحدثها بالقيمة، وإلزامه بدفعها إلى المالك، ولكن على أساس أنها في حكم القرض يتنفع بها انتفاع القرض ويردها إذا ردت إليه العين المغصوبة، وذلك مادامت العين المغصوبة التي حيل بينها وبين مالكتها قائمة لم يحدث بها تلف أو ما يعد في حكم التلف من التعيب ولم يوجد إلا تعذر استردادها على مالكتها لسبب من الأسباب كإخفاء أو تغييب أو نحو ذلك. ذلك ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

والأمر الواقع أن سبب التضمين في جميع أحوال وضع اليد العادية إنما هو الحيلولة بين المال وصاحبه وليس التضمين عندئذ إلا مجرد شغل الذمة وتعلق الضمان بها مادام أن الرد ممكن، فإذا امتنع الرد وجب عندئذ أداء ذلك الضمان، أما قبل امتناعه فالواجب رد العين.

ومن هذا البيان يتضح أن الحيلولة تكون سببا للتضمين، ولكنها تكون سببا للتضمين بمعنى شغل الذمة فقط مادام المال قائما ميسور الرد، إذ الواجب عند ذلك هو رد المال إلى صاحبه باتفاق الفقهاء، وليس لصاحبه عند ذلك أن يطالب بقيمته، وتكون سببا للتضمين بمعنى الإلزام بأداء عوض المال من مثل أو قيمة إذا ما تعذر الرد بسبب من الأسباب، ولكن على أن يرد ذلك إلى دافعه إذا ما ردت العين المغصوبة إلى مالكتها ولذا كان في حكم القرض، كما يتضح أيضا من البيان السالف أن سببية الحيلولة للتضمين على هذا الوضع ليست محلا لخلاف بين جمهور الفقهاء، غير أن منهم حين تعليقه يذكر اسم الحيلولة التي يتمثل الاعتداء فيها، وبعضهم يكتفى بذكر اسم الاعتداء دون تعبير عنه بالحيلولة، وذلك ما لا يترتب عليه خلاف إلا في التعبير.

جاء في كشاف القناع: إذا غضب إنسان عبدا أو فرسا ففر جامحا أو شيئا تعذر عليه رده إلى صاحبه بسبب من الأسباب مع بقاء العين فذلك ما يعد سببا لدفع القيمة فقط - ويملكها المغصوب منه بفرضها فيصبح تصرفه فيها كسائر أملاكه من أجل الحيلولة، ولكنه ملك ليس على وجه المعارضة بينها وبين المغصوب؛ ولذا لا يعد الغاصب في هذه الحال مالكا للعين المغصوبة بدفع قيمتها؛ لأنه لا يصح أن يتملكها بالبيع حيثئذ، لعدم القدرة على التسليم فلا يصح أن يتملكها كذلك بالتضمين كالحال في التالف؛ إذ إنه يملك التضمين قبل تلفه. قال في التلخيص: ولذا لا يجبر المغصوب منه على أخذ القيمة إذا ما عرضها عليه الغاصب عند قيام العين المغصوبة لبقاء ملكه فيها ولا يصح إيراؤه منها لعدم تعلقها بدمته إذ لا تعلق لها بدمته مع بقاء العين المغصوبة على ملك صاحبها وإنما يثبت له جواز أخذ القيمة في هذه الحال دفعا للضرر عنه فكان ذلك إلى رأيه وخبرته لا إلزاما له. ولهذا لا يملك الغاصب أكسابها لأنه لم يملكها وإذا قدر على ردها بعد ذلك ردها إلى مالكتها بنمائها المتصل والمنفصل واسترد القيمة بزوائدها المتصلة فقط من سمن ونحوه لأنه إنما وجب دفعها من أجل الحيلولة وقد زالت ولا يرد المنفصلة بلا نزاع. (قاله في الإنصاف) (١).

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٦٠.

وفى تحقق ذلك فى الواقع نظر إذ لوحظ أن القيمة لا تكون إلا نقداً، وليس للنقد زوائد متصلة، أو منفصلة ولا يأتى إلا بالربح عند الاتجار به .

وجاء فى كشف القناع أيضاً: أن من حبس مالكا عن ماله ومنعه من الانتفاع به بذلك الحبس ومن التصرف فيه لم يضمن، أى لم يتعلق بذمته ضمانه، ولكن إذا تلف بسبب هذا الحبس ضمن، لتسببه فى تلفه بفعل منه هو الحبس، والمذهب عدم الضمان فى الحبس مطلقاً، ورأى بعض الفقهاء أنه إن كان الحبس بحق لم يضمن التلف بسببه، لعدم التعدى فيه وإلا ضمن لتعديه به حيثئذ .

ويلاحظ أن الحيلولة قد تحققت بالحبس عند عدم التلف ولم يترتب عليها ضمان ويدل هذا على أن الحنابلة يشترطون فى التضمين بالحيلولة سبق يد المعتدى بها على المال، فإذا لم تكن له يد عليه فلا يترتب عليها ضمان، وهو مذهب الشافعية، يدل على ذلك ما جاء فى نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٢ من أنه لو حبس شخص مالك دواب عنها حتى تلفت بسبب ذلك الحبس لم يضمنها ولو كان الحبس ظلماً، إذ إنه بحبسه المالك وترتب تلف الدواب على ذلك حال بين مالكا وبين الانتفاع بها، ومع ذلك لم يرتبوا عليه ضماناً.

ومن مسائل التضمين بسبب الحيلولة أن يكون المال فى يد شخص فيقر به لشخص آخر ثم يقر به بعد ذلك لثالث، وهو فى يده فيقضى به للمقر له الثانى، إذ يجب على المقر عندئذ ضمان قيمته للمقر له الأول للحيلولة بينه وبين ما له الذى أقر له به بسبب إقراره للثانى .

ومن مسائله أيضاً أن ينتقل الغاصب بما غضب من المال إلى بلد آخر وجد فيه المالك ولكن إعادته إلى بلد الغاصب تتطلب نفقات لا يرضاها المالك فإن له حيثئذ أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب، للحيلولة التى ترتبت على نقله المال المغصوب إلى بلد آخر وعدم تيسر رده فى بلد غضبه وهو الرد الواجب، وذلك ما ذهب إليه الحنابلة .

وجاء فى «نهاية المحتاج»: إذا نقل الغاصب المغصوب إلى بلد آخر كان للمالك أن يكلفه رده، وأن يطالبه بقيمته فى الحال قبل رده، لوجود الحيلولة بينه وبين ملكه، وإذا أدى الغاصب القيمة ملكها المغصوب منه تملك قرض يتنفع بها على حكم ردها عند رد العين المغصوبة .

ومن ذلك يرى أن الشافعية يذهبون إلى أن الحيلولة التي يصاحبها نقل المال إلى بلد آخر يترتب عليها حق المطالبة بقيمة المال لكن لا على وجه المعارضة بل على وجه القرض؛ دفعا للضرر إلى أن يحدث الرد في بلد الغصب فترد عندئذ قيمة المال.

كما يلاحظ أن المالكية والشافعية يرون أن نقل المثل من بلد الغصب إلى بلد آخر تفويت يترتب عليه حق المطالبة بعوضه. أما القيمي فلا يعد نقله تفويتاً إلا إذا كانت إعادته تتطلب حملاً ومثونة، وقد أشرنا إلى ذلك فيما مضى. وقياس ما ذهب إليه الحنفية يخالف ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، فإن الحنفية يرون أن التضمين بدفع القيمة يستوجب تملكها ملكاً تاماً بأدائها وعلى أساس ذلك يملك الغاصب المغصوب من وقت الغصب لا فرق عندهم بين أن يكون ذلك مع قيام العين المغصوبة، ومع تلفها متى قضى بالضمان^(١).

ويؤخذ مما ذكره الحنفية من النص على وجوب تضمين ذى اليد العادية قيمة ما تحت يده من عين إذا غيبها وأنه يملكها بهذا التضمين ملكاً مستندا إلى وقت تعديه عليها بوضع يده. إن أداء القيمة في هذه الحال إلى المغصوب منه مبني على المعاوضة بينها وبين العين، وعلى ذلك يملك مالك العين قيمتها بأدائها إليه لا على وجه القرض الذي ذهب إليه الحنابلة والشافعية بل على وجه المعاوضة.

ولذا قالوا: إذا ظهرت العين بعد ذلك وكانت قيمتها المدفوعة إلى مالكها مقدرة بقول ذى اليد وظهر أن قيمتها في حقيقة الأمر أكثر مما أدى كان المالك بالخيار إن شاء رضى بما أخذ فيها وإن شاء استرد العين، لظهور عدم رضاه بالمعاوضة وإن كانت مقدرة بقول المالك لم يكن له ولا لذى اليد خيار في جميع الأحوال. وإن ظهر أن القيمة التي للعين أقل مما أدى فيها لم يكن لأحد منهما خيار وكانت العين لذى اليد، ومؤدى ذلك أن الحنفية لا يعيرون الحيلولة التفاتاً والضمان عندهم إنما هو بسبب اليد العادية ولا يجعلون الحيلولة سبباً مستقلاً من أسباب الضمان^(٢).

(١) راجع الخرشى ج٦، ص ١٥٤ ونهاية المحتاج ج٥، ص ١٦٢ وكشاف القناع ج٢، ص ٢٩٦.

(٢) الدر وابن عابدين ج٥ ص ١٤٢، ١٤٣، ط الحلبي.

الغرور

الغرور هو الخطر. وفي الحديث نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر. وفي القاموس غَرَّ غَرًّا وِغْرُورًا. وِغْرَةٌ فَهُوَ مَغْرُورٌ، وَغَرِيرٌ كَأَمِيرٍ خَدَعَهُ وَأَطْعَمَهُ بِالْبَاطِلِ فَاعْتَر. ويقال: غَرَّتْهُ الدُّنْيَا غَرُورًا خَدَعَتْهُ مِنْ بَابِ قَعَدَ. وَغَرَّرَ بِنَفْسِهِ تَغَرِيرًا، عَرْضَهَا لِلتَّهْلُكَةِ. وَالاسْمُ الْغَرَّرُ، وَيَسْتَعْمَلُ الْفُقَهَاءُ الْغُرُورَ فِي الْحَمْلِ عَلَى قَبُولِ مَا لَا خَيْرَ فِيهِ بِوَسِيلَةٍ كَاذِبَةٍ مُضِلَّةٍ تَرْغَبُ فِيهِ بِزَعْمِ أَنْ فِيهِ الْمَصْلَحَةُ، وَلَوْ عَرَفَتْ حَقِيقَتَهُ مَا قُبِلَ.

وعلى ذلك لا يتحقق غرور إلا بالحمل والترغيب من الغار بالوسائل الباطلة الكاذبة المظهرة للأمر على خلاف واقعه وحقيقته، وذلك ما لا يكون إلا مع قصد الغار وسوء نيته.

ووسيلة الغرور قد تكون قولاً كما في وصف كاذب مضلل يراد به الحمل على الفعل، وقد تكون فعلاً كما في تصرية الشاة، بغية إظهارها غزيرة اللبن وكما في طلاء الأشياء لإخفاء نوعها وإيهام أنها من نوع جيد ليقبل الناس على شرائها ونحو ذلك.

ويكون الغرور في العقود فيقبل الإنسان بسببه على إنشاء عقد يحسب أن مصلحته في إنشائه، أو أنه خال من غبن ثم يتبين أنه قد خدع فيه وأنه على خلاف ما ظن أو يرغب فيه أو يظهر أن فيه غبناً فاحشاً. وأثر ذلك يظهر في عدم لزوم العقد بالنسبة للمغرور على تفصيل يرجع إليه في أحكام العقد إذا بنى على غرور وتدليس إذ إن التدليس ضرب من الغرور.

ويكون في الأفعال، كما في الحمل على سلوك طريق على ظن أنه آمن فيأخذ للصوص أموال سالكه، أو على مباشرة فعل على ظن أنه غير محظور أو غير خطر لا يترتب عليه تلف ثم يتبين أنه على خلاف ذلك فيؤدى إلى تلف مال.

والذى يعنينا من الغرور في موضوعنا هذا ما يؤدى بالمغرور إلى إتلاف مال لغيره على ظن أن له حق إتلافه، أو إلى إحداث ما يتسبب عنه تلف مال لنفسه أو لشخص آخر، أو إلى قبول المغرور لوجوده في مركز عرضه للالتزام بضمان مال تلف لم يكن يلزمه ضمانه لولا وجوده في هذا المركز؛ استجابة لهذا الغرور، فهذه ثلاث حالات:

مثال الحالة الأولى:

أن يأمر الحائز لشاة مثلا غيره بذبحها لحاجته إلى لحمها فيذبحها طاعة له على ظن أنه مالكةا ثم يتبين أنه غاصب لها فإن المأمور ما أقدم على ذبحها إلا لظنه أن ذلك حق له بناء على أمر حائزها الذي ظنه مالكةا لها ولباشرتة إتلافها يلزمه ضمانه ويرجع به على الأمر.

مثال الحال الثانية:

أن يستأجر شخص أجراء لبناء جدار في فناء داره، ثم يسقط الجدار بعد الفراغ من بنائه على حيوان لإنسان فيميته ثم يتبين أن الأمر لم تكن له هذه الدار، أو أن الفناء ليس فناءه، وإنما هو جزء من الطريق العام وإن الأجراء قد خدعوا فإن التلف هنا كان نتيجة لسقوط جدار أحدثه الأجراء بناء على أمر صدر لهم ممن ظنوا أن له حق إصدار هذا الأمر وقد أصاب مالا لغير المغرور. الحكم في هذه المسألة كالحكم في سابقتها.

ومن صور هذه الحال أن يشتري شخص من آخر داراً في حاجة إلى العمارة ثم يقوم بعمارته من ماله ويتبين بعد ذلك أن البائع لها غاصب. فإن ما أنفق المشتري على العمارة من ماله قد أنفق وهو مغرور إذ كان على أساس اعتقاده بأن البائع مالك للدار، وبذلك تبين أنه أنفق ماله في عمارة دار لم يملكها ولم يأمره مالكةا بعمارته وذلك بناء على غروره، وعلى ذلك يكون له حق الرجوع بما أنفق على بائعه على ما ذهب إليه بعض الفقهاء.

ومثال الحال الثالثة:

أن يودع شخص مالا عند آخر فيتأب المال تحت يد الوديع ثم يظهر أن المال لم يكن ملكا للمودع وإنما كان مغصوباً وقد خدع الوديع في قبوله إيداع ذلك المال؛ إذ ظن أن المودع مالك له وما قبل الوديع أن يكون وديعاً إلا على ظن أن المودع مالك لما أودعه إياه؛ ولذا يكون ضمانه على الوديع يرجع به على المودع.

وقد اختلف الفقهاء في تضمين الغار قيمة ما تلف بسبب غروره، فذهب الحنفية إلى أن الغار لا يضمن إلا في ثلاث حالات:

الأولى: أن يكون في قبض يرجع نفعه إلى المقبض كالمقبض في الوديعة، وفي الإجارة في شركة العقد، وفي المضاربة. فإذا قبض الوديع الوديعة ثم تلفت عنده بلا تعد

أو تقصير ثم تبين أن المودع غاصب للوديعة وأن يد الوديع لذلك يد عادية ضامنة لتلف الوديعة عنده فإن الوديع يضمن ويرجع بالضمان على المودع لغروره؛ إذ قد غر الوديع بالإيداع والإقباض لمنفعته مما جعله يظن أنه المالك ويقبل أن يكون في هذا المركز.

وكذلك الحكم في الإجارة يتبين فيها أن المؤجر غاصب بعد تلف العين المستأجرة في يد المستأجر فإن المستأجر يرجع بما يغرمه من قيمة العين المستأجرة على المؤجر، لغروره إذا ما ضمن قيمة العين لتلفها تحت يده.

وكذلك الحكم فيما هو من هذا القبيل كالراهن؛ إذ يعد غاراً للمرتهن والشريك ورب المال في الشركة وفي القراض، وهذا بخلاف العارية والهبة، إذ لا يرجع المستعير على المعير بقيمة العارية إذا تلفت عنده إذا ما ضمنها ولا الموهوب له على الواهب، بما ضمنه من قيمة العين الموهوبة المغصوبة إذا تلفت عنده؛ لأن قبض كل منهما كان لنفسه، فالمستعير قبض العين للانتفاع بمنفعتها بالمجان والموهوب قبضها لتكون ملكاً له دون أن يكون على الواهب عهدة وقد دخلا على ضمان - والضمان في هذه الصورة ضمان إتلاف وكذلك الحكم في البيع عند الجمهور عند جهل المشتري، ومن الفقهاء من جعل للمستعير حق الرجوع على المعير، لغروره.

الثانية: أن يكون الغرور قد تضمن اشتراطاً كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحققت وظهر أنها رقيقة فإن الغرور يراجع على من غره بما غرمه لمستحقها من قيمة ولدها الذي ظهر رقيقاً إذا ما غرماًها.

ومثل ذلك إذا قال شخص لآخر اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإذا كان غير آمن وأخذ اللصوص مالك فانا ضامن ثم سلكه فأخذ اللصوص ماله فإنه يكون ضامناً ويتبع الغرور من غره بسلوكه: وهذا بخلاف ما إذا قال له اسلك هذا الطريق فإنه آمن ولم يشترط الضمان فإنه إذا سلكه فضاع ماله لم يضمن الغار.

وإذا قال له: أعط هذا الطعام لدوابك فإنه صالح وليس بسام فاطعم دوابه منه فهلكت لم يضمن قيمتها، لعدم الاشتراط الضمان عند التلف، وكذا إذا قال شخص لآخر: إن فلانة حرة فتزوجها الآخر بناء على ذلك ثم ظهر أنها رقيقة فلا ضمان على المخبر، لعدم الاشتراط، وكذلك لو قال شخص لحائك أهذا القماش يكفيني ثوباً فقال له: نعم فأمره بأن يفصله ففعل وظهر أنه لا يكفي فلا ضمان على الحائك؛ لعدم

الاشتراط، ولكن لو قال له: إن كان يكفيني ففصله فقال له: نعم، وفصله وظهر أنه لا يكفي ضمن، لوجود الاشتراط على الحائك ضمناً فإن إذن الحائك بالتفصيل صدر معلقاً على كفاية الثوب، ومؤدى ذلك أنه يكون غير مأذون عند عدم كفايته فلماذا أقدم على ذلك كان ضمناً لتعديده بالإقدام على الإتلاف.

وقد ذكر بعض فقهاء الحنفية أن الضمان عند الاشتراط يعد ضمان كفالة؛ إذ إن المعنى فيه التزام الضمان عند التلف، وهذا ما يكفي لعدم اعتباره ضمان غرور؛ أي ضماناً ليس مرجعه الغرور ولكن الاشتراط.

الثالثة: أن يكون الغرور ضمن عقد معاوضة أو متعلقاً به فلو باع شخص أرضاً لآخر فبنى فيها ثم استحقت الأرض، وظهر أنها ليست لبائعها رجع المشتري بقيمة البناء على البائع لغروره - ولو قال لأهل السوق: بايعوا فلانا فإنه ابني وقد أذنت له في التجارة فظهر أنه ابسن لغيره رجعوا عليه، للغرور لأن هذا في معنى ضمان الدرك. ولو قال الطحان لصاحب البر: ضع برك في الدلو وهو يعلم أنه مثقوب فوضعه فيه فذهب البر في ماء الطاحونة كان الطحان ضمناً إذا كان يعلم بثقب الدلو؛ لحدوث الغرور فيما هو متعلق بعقد معاوضة هو عقد الإجارة على الطحن، ولو استأجر أجراً على أن يفتحوا له باباً في حائط لدار يسكنها فظهر أن الدار لغير المؤجر كان عليه الضمان؛ لوقوع الغرور في عقد إجارة يظن معه أن المؤجر مالك. والضمان في هذا وما قبله ضمان إتلاف.

ومن ذلك المستعير إذا أجر العارية لمن يجهل أنه مستعير فإنه يضمنها إذا هلكت عند مستأجرها، لغروره إياه، ومن ذلك أن يعير المالك الأرض للبناء مدة معلومة فيبنى فيها المستعير ثم يرجع المعير قبل انتهاء المدة فإن المالك يضمن قيمة البناء سليماً لغروره بتوقيت العارية.

ويرى المالكية أنه لا يحق للمعير أن يرجع قبل انتهاء مدة العارية؛ ولذا يبقى البناء والغرس في الأرض إلى انتهاء المدة جبراً على المعير.

ويرى الشافعية أن للمعير أن يرجع؛ لأن الإعارة إباحة والإباحة غير لازمة ولو كانت مؤقتة، وللمعير أن يجبر المستعير على هدم البناء وقلع الشجر ويلزم الضمان في دفع للمستعير ما نقصه البناء أو الغراس بسبب القلع والنقص وإلى ذلك ذهب الحنابلة.

والغرور القولي: لا يستوجب الضمان إلا إذا كان في حال يغلب فيها الصدق عادة حتى يعد المباشر للإتلاف مغروراً وقد صدر عنه الفعل بحكم العادة والعرف؛ نتيجة عادية لما يسببه الغار من غرور للمغرور جعله بمقتضى العادة في حكم الفاعل المباشر الذي يضاف إليه التلف فيلزمه لذلك الضمان بناء على قاعدة إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف التلف إلى المباشر.

أما إذا كان في حال لا يغلب فيها صدقه ولا يورث عند السماع اطمئناناً فلا رجوع للمغرور على الغار؛ إذ إنه لا يجب عليه تصديقه^(١).

وذكر بعض المالكية أن الغرور القولي مختلف في إيجابه الضمان على الغار، والمشهور عدم إيجابه الضمان بخلاف الفعلي فإنه موجب للضمان إذا ما أدى إلى التلف.

والغرور القولي مثلوا له بأن يأتي شخص بقطعة قماش لخياط ويسأله أتكفي فيقول: نعم ويفصلها له في غيبته ويظهر أنها لا تكفي فإن الخياط لا يضمن قيمة القماش، وهذا بخلاف ما إذا شرط عليه فقال: إن كانت تكفي ففصلها، فقال: تكفي وفصلها وظهر أنها لا تكفي فإنه في هذه الحال يضمن؛ لوجود الاشتراط بخلاف الحال الأولى فلا ضمان فيها على الغار، والظاهر أن الاشتراط يجعل الغار في حكم الكفيل وأن الغرور بالقول إذا ما تضمن اشتراطاً خرج الضمان بسببه عندهم عن أن يكون ضمان غرور إلى ضمان كفالة باشتراط.

ومن الغرور القولي الموجب للضمان عند الشافعية أن يذهب إنسان إلى صيرفي فيؤجره على أن يفحص له دراهمه فيعرفه بأنها جيدة ثم يظهر أنها زائفة فإنه يكون ضامناً؛ لأنه غرور في عقد إجارة فإن لم يكن له أجر على ذلك فلا ضمان عليه. ولكن جاء في المهذب أنه إذا قدم الرجل من سفر وهو مفطر في رمضان فغرت زوجته بقولها له: إنها مفطرة وكانت في الواقع صائمة فوطئها فعلى القول بأن عليه في ماله بالجماع في رمضان كفارة واحدة عنه وعنهما لم تجب كفارة إذ لا يلزمها كفارة بوطنه، وإنما يلزمه كفارة واحدة عنه وعنهما ولا محل لإجباره على كفارة عليه لأنه مفطر وليس عليها كفارة بوطنه، وعلى القول بأن على كل منهما كفارة بالجماع في رمضان ولكن تدفع من مال

(١) راجع للمختار ج٤ ص ١٧٩ وما بعدها، وإتحاف الأبصار ص ٢٧٧ والزيلعي ج٦ ص ١٤٥.

الزوج لا كفارة عليه؛ لأنه مفطر وعليها كفارة يدفعها الزوج طعاماً أو إعتاقاً من ماله ويرجع بذلك عليها لغروره^(١) وهذا يدل على أن من الشافعية من يرى أن الغرور القولي يترتب عليه التضمن.

أما الغرور الفعلي عندهم فهو موجب للضمان ومثلوا له باستئجار حمال بدابة على حمل متاعه فربط الحمال المتاع عليها بحبل بال فسقط المتاع وتلف فإن الحمال يكون ضامناً بغروره بربط المتاع بحبل بال انقطع عند سير الدابة فسقط المتاع فتلف فكان ضمانه عليه لتسببه في التلف بفعله بصورة تجعل التلف لازماً له.

ومن صور ذلك ما إذا استأجرت بناء لبناء جدار لحمل سقف فيقيم سليم المنظر فاسد المخبر فيسقط بما حمل عليه اعتماداً على سلامة منظره فإن ضمان ما تلف بسبب سقوطه على من بنى لغروره بإقامة الجدار على وضع فاسد سقيم.

ومن ذلك أن تستأجر صانعاً لسد ما في خاوية من خروق فيسدها سدا غير محكم فيسيل ما وضعته من سمن فيها على الأرض فيتلف فإن ضمانه على الصانع، لغروره بفعله إذ لم يقم بما استؤجر عليه بإحكام.

قالوا: ومحل عدم التضمن بالغرور القولي إلا يكون مصاحباً لعقد أو شرط فإن كان مع أحدهما كان موجباً للضمان. فإذا قال شخص لآخر اشتر سلعة فلان فإنها سليمة والحال أنها معيبة ثم تولى العقد عليها وظهر أنها معيبة فإنه يكون ضامناً؛ لغروره بفعله المصاحب للشرط كما في مسألة الحائك السابقة وقد تقدم ما يدل على أن ذلك محل خلاف كما في مسألة الإفطار في رمضان.

وعن مالك: من استأجر دابة للحمل وصاحبها يعلم أنها عشور ولم يعلم مستأجرها بذلك فأسقطت الحمل فأفسدته كان ضامناً، للغرور^(٢)، وذلك لما في العقد من معنى ضمان السلامة.

وجاء في «الشرح الكبير»: إذا أفتى إنسان آخر بما ترتب عليه إقدامه على إتلاف مال بناء على أنه ملك له استناداً إلى هذا الإفتاء أو بناء على أن فيه خطراً يستوجب إتلافه شرعاً، ثم ظهر أن الأمر على خلاف ذلك فلا ضمان على المفتي إن كان مجتهداً؛

(١) راجع المهذب ج١ ص ١٨٣، ١٨٤.

(٢) منح الجليل ج٣ ص ٧٨٦ والخرشى ج٧ ص ٣١ والشرح الكبير ج٣ ص ٤٤٥.

لأنه غرور بالقول، والاجتهاد غير ملزم، وإنما يضمن المال من باشر إتلافه، أما إذا كان المفتى غير مجتهد كان ضامناً إن كان السلطان قد نصبه للفتوى، لأنه يعد حينئذ عاملاً مقصراً في عمله تسبب في التلف بسبب تقصيره، أما إذا لم يكن منصوباً للفتوى ففي ضمانه قولان مبيان على الخلاف في الغرور القولي أوجب الضمان أم لا؟.

ومن قدم لإنسان طعاماً ضيافة فأكله على ظن أن الطعام لمن قدمه ثم ظهر أنه مغصوب كان استقرار الضمان على من قدمه، وضمن الآكل لمباشرته الإتلاف ويرجع على من قدمه، وهذا من قبيل الغرور بالفعل.

وما تقدم يتبين أن أساس التضمن بالغرور إما الإتلاف بالتسبب إن كان غروراً بالفعل وإما الضمان والالتزام بالقول إن كان غروراً بالقول.

وبناء على ما ذكر يجب أن يلاحظ في التضمن بناء على الغرور بالفعل ما يلاحظ في التضمن بالتسبب من شروط وخلاف.

أما الغرور بالقول فإنه إذا تضمن اشتراطاً بالضمان عند التلف كان التضمن فيه حينئذ من قبيل الالتزام بالشرط لا من قبيل التضمن بسبب الغرور المحض، وإذا لم يتضمن الاشتراط لم يترتب عليه تضمين عند جمهور الفقهاء؛ إذ لا يجب على المغرور تصديقه بل يجب عليه التروى والنظر حتى يصدر عن رأيه هو؛ وعند آخرين إذا كان العرف يقضى بتصديق الغارر فيما دعا إليه يترتب التضمن عند التلف، وبخاصة إذا صدر الغرور ممن يرجع إليه في مثل ما أشار به ودعا إليه واشتهر بصدقه في نصحه، وإلا لم يترتب عليه ضمان.

أساس التضمن في الفقه الإسلامي وما يترتب عليه من حكم

أشرنا فيما سبق إلى أسباب التضمن وأنها إما إلزام الشارع، أو إلزام الإنسان نفسه، أو الفعل الضار يحدث ممن يصح تضمينه؛ نتيجة تحمله لتبعات فعله، أو الحيلولة المتمثلة في وضع اليد العادية على مال الغير، أو الغرور. والناظر في هذه الأسباب - على العموم - يرى أن التضمن إما أن يكون راجعاً إلى الإلزام من له ولاية الإلزام، أو إلى الضرر المالى.

القسم الأول: ما يرجع الضمان فيه إلى الإلزام، وهو نوعان:

أحدهما: ما يرجع إلى إلزام الشارع.

ثانيهما: ما يرجع إلى إلزام الإنسان نفسه.

أما النوع الأول فهو ما يرجع إلى إلزام الشارع فذلك في الاعتداء على النفس أو على أطرافها، وفي الاعتداء على صيد الحرم، وفي اعتداء المحرم على صيد البر وفي الإلزام بالنفقات والكفارات والصدقات والأصاحي والهدايا والخراج والجزية والعشر، وذلك ما يندرج تحت طائفتين.

إحدهما: ما كان إلزام الشارع فيها نتيجة اعتداء.

وثانيهما: ما كان إلزام الشارع فيها لمصلحة أوجبت ذلك.

والطائفة الأولى تشمل جميع الديات والأروش التي أوجبها الشارع في الاعتداء على النفس أو على أطرافها أو جزاء الاعتداء على صيد الحرم أو مخالفة المحرم لما يوجبه عليه إحرامه وحجه، وليس في شيء من ذلك اعتداء على حق لأحد من الناس يطلب تعويضه وجبره، وليس فيه إلا مخالفة ما أمره به الشارع، لمصلحة استوجبت هذا الأمر واستتبعت وضع جزاء لمخالفته، حملاً للناس على امتثاله وزجراً لهم حتى يتحقق هدفه.

ويلاحظ أن ما شرعه الشارع من الضمان عند الاعتداء على النفس أو على أطرافها منه ما تكفل الشارع ببيان مقدره، ولم يختلف هذا المقدار بالنظر إلى الجنائية واختلاف ظروفها وأصولها، وما يترتب عليها من الضرر ولا إلى اختلاف الأشخاص الذين مستهم مكانة ومركزاً، وذلك ما أبعد عن معنى التعويض.

ومنه ما ترك الشارع تقديره لذوى الخبرة والعدالة وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بحكومة العدل إلا أن الفقهاء قد ذهبوا فيه، اجتهاداً منهم، إلى أنه يجب أن يراعى في تقديره تقدير الشارع الوارد في الأروش والديات من ناحية عدم مراعاة مقدار الضرر في كل جرح أو شجه، وأن يراعى في ذلك ما قدره الشارع في الأفعال بقدر الإمكان، وذلك لاتحاد موضوع المخالفة أو تشابهه، وعلى أية حال فإنه على هذا الأساس قد فقد خصائص التعويض وسماته كما لم تكن له خصائص التعزير وعميزاته وإنما أخذ مكاناً وسطاً بينهما فكان شبيهاً بكل منهما؛ إذ من الحق أن هذا النوع من الضمان كان مما اصطلاح عليه الناس قبل الإسلام إرضاء للنفوس وكفا لدواعي الثأر من

أن تميل بأصحابها إلى الانتقام والمجازاة بالمثل، أو لما هو فوقه فكانت فكرة التعويض ماثلة فيه.

ولما أقر الإسلام هذا المبدأ لم يفقد بإقراره ذلك للمعنى بل ظل مقصوداً منه على وجه ما، وإن لم يكن تعويضاً كاملاً عادلاً، كما أن فكرة الزجر والردع لا زالت فيه لم يتجرد منها، وهي تقوم على الإيلاء بأخذ المال.

وأما الطائفة الثانية فتناول ما أوجبه الشارع لمصلحة اجتماعية، وهو ما عدا ذلك بما ذكرناه آنفاً، ومنه ما قام الشارع بتقديره كالزكاة المفروضة والكفارات، ومنه ما ترك لأولى الأمر تقديره كالخراج والحزبية. وهذا النوع بقسميه لا يقوم على أساس فكرة الاعتداء على حق لأحد، إنما شرعه الله سبحانه وتعالى لداعية أمن المجتمع وانتظامه وإشاعة التعاون والترابط فيه، ومن ذلك بين أن التضمين فيه لا يقوم على فكرة التبادل والمائلة في التعويض والجبر.

وأما النوع الثاني من الضمان الذي يرجع إلى الإلزام فهو ما يلزم الإنسان نفسه به سواء أكان ذلك التزاماً انفرادياً غير مقابل بالتزام من جانب آخر كما في الالتزام بالنذور والالتزام بالمعروف أو بأداء نفقة أو أداء دين عند من يرى ذلك من الفقهاء أم كان التزاماً نتيجة لعقد من عقود التبرع التي تتم بين طرفين، كما في عقود الكفالة عند بعض الفقهاء وفي باقى التبرعات فإن ذلك كله يقوم على ما للإنسان من ولاية على ماله، أو على ذمته تجعل له حق التصرف فيهما بما لا يمس غيره بضرر، وعلى ذلك كان هذا النوع من الضمان بعيداً عن فكرة المبادلة والتعويض، إذ إنه تبرع ألزم الإنسان به نفسه غير مقابل ببدل.

ويلحق هذا النوع جميع الالتزامات التي تنشأ عن عقود المعاوضات أثراً لها أو مكملة لأثرها، كما في التزام البائع بتسليم المبيع سليماً من العيوب، والتزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المؤجر بتسليم العين المستأجرة، والتزام المستأجر بدفع الأجرة ونحو ذلك. فإن هذه الالتزامات وإن كانت مقابلة بالتزامات ماثلة، وفي ذلك معنى المبادلة، إلا أن امتناع الملتزم عن القيام بتنفيذها لا يتمثل في إتلاف مال أو إفادة، وإن ترتب عليه من الضرر ما حرمه الشارع، إلا أنه لم يكن بالضرر المالى الذى يتمثل في فقد مال متقوم كان له وجود وقيام. ومن أجل ذلك لم يستتبع في نظير الفقهاء تعويضاً مالياً عنه؛ لأن فكرة التعويض إنما تقوم على إحلال مال محل مال فقد؛ رفعا لضرر فقده وإعادة الحال

إلى ما كانت عليه، وذلك ما لا يتحقق في حالتنا هذه وستزيد هذا بياناً في موضعه.

القسم الثاني: ما يرجع الضمان فيه إلى الضرر المالى:

أما ما يرجع من الضمان إلى الضرر المالى فهو الضمان بناء على الفعل الضار، أو على الخيلولة التي تتمثل في وضع اليد أو على الغرور، وهذا النوع يقوم على فكرة التعويض وجبر الضرر، وذلك بإحلال مال محل ما فقد من المال، لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الضرر، وعلى هذا الأساس بدت فكرت المبادلة بين المال الفاقد وبين ما يدفع فيه من المال، ليحل محله تعويضاً عنه وجبراً لما حدث من نقص بسبب فقده.

وعلى أساس هذا النظر اعتبر ما يدفع من المال عند التلف تعويضاً عن المال المفقود، ووجب أن يكون التعويض في الضرر المالى الذى يتمثل في فقد مال لا في ضرر غير مالى، وعلى هذا لم يجب التعويض في الضرر الأدبى ولا في ضرر لا يتمثل في فقد مال موجوداً، كالضرر الناشئ عن امتناع عاقد من المضى في عقده؛ إذ لا يمكن تحقيق مبادلة مالية في هذه الحال بين مالين كما بدت كذلك فكرة التملك بالتضمين نتيجة لازمة لما في التضمين من المبادلة حتى لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد هو المضرور؛ ولذا كان إيجاب الضمان على المعتدى مستتبعاً تملك ما جعل الضمان عوضاً عنه. وعلى هذا ألزم بالضمان من اعتدى على مال متقوم لغيره فأتلفه، فإذا ألقى شخص على ثوب لآخر ناراً فأحرقته والتهمته النار ألزم بضمانه، واستتبع ذلك تملكه الثوب التالف قيل لاحتراقه؛ بمعنى أن إتلاف الثوب يقارنه الإلزام بضمان قيمته ويقارن ذلك أيضاً تملكه حتى لا يصادف التملك مالا معدوماً.

ويرى الحنفية أنه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب، أو العين المعتدى عليها بفعل المعتدى حتى زال اسمها ومعظم منافعتها، أو اختلطت بملك الغاصب أو المعتدى بحيث لا يمكن تمييزها أصلاً أو لا يمكن إلا يخرج - زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب أو المعتدى وضمناها، ولا يحل له الانتفاع بها إلا بعد أن يؤدي بدلها، ومن ذلك شواء اللحم وطحن الخنطة وزرعها واتخاذ الحديد سيفاً واتخاذ النحاس إناء إلا الذهب والفضة فإن المعتدى عليهما لا يملكهما باتخاذ إناء منهما أو بضره أحدهما دنائير أو دراهم عند أبى حنيفة؛ إذ لا يرى للصنعة فيهما قيمة ولا يعدها تغييراً، خلافاً لصاحبيه.

ويرى أبو يوسف أن تغيير العين لا يقطع حق المالك عليها فيبقى ملكه فيها ولكن يكون له الخيار في أخذ ضمانها، غير أنه إذا اختار أخذ العين لم يكن له أن يضمه نقصانها في الأموال الربوية؛ لأنه يفضى إلى الربا وذلك بأخذ مال لا في مقابلة عوض بعد أن عاد إليه ماله، كما روى عنه أيضاً أن ملكه يزول عن العين وتصبح ملكاً للمعتدى، ولكن إذا مات المعتدى مدينا كان المغصوب منه أحق بها من سائر الغرماء على مثال الرهن والمبيع قبل القبض؛ لعدم رضاه ببطان حقه وإنما ثبت الملك للمعتدى عند تضمينه؛ لأن تضمينه كان بإتلافه وقد حق عليه أداء البدل؛ دفعاً للضرر. وإذا أدها إلى المغصوب منه تملكه وإذا تملكه لم يبق له ملك في البدل عنه، إذ لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد، وعلى ذلك يثبت الملك لمن قام بأداء البدل، وذلك شأن المعاوضة حتى لا يضار بأخذ ماله دون مقابل وكذلك الحكم إذا عيها وغيرها؛ إذ يعد حينئذ أنه قد استهلكها من وجه، وذلك لفوات بعض ما يقصد منها، بل لفوات ذاتها أيضاً من وجه باستحالتها وتغييرها حتى صار لها اسم آخر - وهذا إلى ما أحدثه فيها من الصنعة وهي حق له قائم من كل وجه وهي أولى بالمراعاة من محلها وهو الذات وإن كانت وصفاً لها؛ ذلك لأنها زيادة حدثت في العين بفعل المعتدى فكانت كسباً له، والكاسب أحق بكسبه من غيره وإن كان في محل مملوك لذلك الغير.

وليس يحول دون هذا أنها حدثت بعد اعتداء محذور، والمحذور لا يصلح أن يكون سبباً لحكم شرعى وهو نعمة الملك؛ ذلك لأنه لم يكن أثراً مباشراً له مقصوداً وإنما يثبت الملك اقتضاء ضرورة امتناع اجتماع البدلين في ذمة واحدة، وقد يكون المحذور سبباً للحكم الشرعى كالصلاة في الأرض المغصوبة، فإنها تكون سبباً لسقوط الفرض وحصول الثواب بذلك مع أنها محظورة حينئذ، وعلى الجملة فإن العين قد تبدلت بتغييرها وتجدد لها اسم آخر وأصبحت كعين أخرى حصلها المعتدى بكسبه فيملكها، غير أنه لا يجوز له الانتفاع بها قبل أن يؤدي بدلها حتى لا يفتح باب الغصوب.

ويدل على هذا ما روى عن النبي ﷺ أنه زار قوماً فذبخوا له شاة فجعل ﷺ يعض لحمها ولا يستسيغه فسألهم عن ذلك فقالوا: شاة لفلان ذبحناها حتى يحضر فنرضيه فقال رسول الله ﷺ: أطعموها الأسارى - ولولا أن ملك المالك قد زال عنها ذبحها لم يأمرهم بالتصدق بها، وإنما كان يأمرهم ببيعها وحفظ ثمنها لملكها إلى أن يحضر فيعطى إياه.

وإنما لا يجوز للمعتدى الانتفاع إلا بعد أداء البدل، استحساناً، والقياس جوازه قبل أدائه، وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي حنيفة، لوجود الملك المطلق المبيع المتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه إذا باعه إلى غيره، كالبيع بيعاً فاسداً ينفذ تصرف مشتربه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به. وقال أبو يوسف في الحنطة المزروعة: يجوز له الانتفاع قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بما يحدث بسبب تملكها من فضل بقى بعد أداء قيمتها إذا باعها؛ إذ يطيب له، خلافاً لأبي حنيفة ومحمد.

وكذلك يملك الغاصب المغصوب إذا غيبه فضمن قيمته، لما ذكرنا من أن المالك قد ملك، البدل بقبضه رقة ويذا فوجب أن يزول ملكه في الغيب ويثبت للغاصب إذا كان المالك يقبله، دفعا للضرر عنه وتحقيقاً للعدالة واستجابة لضرورة عدم جواز اجتماع البدين في ملك شخص واحد وبذلك يتحقق معنى البدلية والجبر.

وبهذا يظهر أن ثبوت المادة أمر اقتضته الضرورة وما ثبت بالضرورة يقدر بقدرها فلا يعد بيعاً من كل وجه.

وبالتضمن يزول ملك المغصوب منه عن المال المغصوب عند وجوب الضمان، أو عند الاتفاق عليه أو عند أدائه على حسب اختلاف الأقوال زوالاً مستنداً إلى وقت الغصب في حق كل من المالك والغاصب، أما في حق غيرهما فإنه يعد مقتصراً على وقت الإلزام بالضمان إلا إذا تعلق بالاستناد حكم شرعى يمنع من الاقتصار فعندئذ يعد مستنداً في حق الجميع؛ ذلك لأن الاستناد في حق المالك والغاصب لم يكن لاعتبار الغصب سبباً للتملك، وإنما كان ضرورة لوجوب الضمان في وقت الغصب حتى يلزم الغاصب بقيمة الغصوب فيه فلا يظهر في حق غيرهما إلا إذا اتصل بالاستناد حكم شرعى اقتضاه؛ لأن حكم الشرع يظهر في حق الكل.

ويثبت هذا الملك للمعتدى مستنداً إلى وقت تعديه وضمانه؛ ولذا يروونه ملكاً ناقصاً أو ضرورياً فيقدر بقدر الضرورة، ومن هذا قالوا: إنه لا يظهر في حق الزوائد المنفصلة كالأولاد، فإذا حدثت قبل التلف وبعد الضمان كانت للمالك لا للغاصب بخلاف المتصلة فإنه يظهر في حقها كالسمن والجمال ومثلها المنافع وأبدالها كالأكساب فإنها تكون للغاصب؛ لأنها نماء ملكه لظهوره في حقها^(١).

(١) الزيلعي ج ٥ ص ٢٢٦-٢٢٢.

وما يربحه المعتدى من مال استولى عليه إذا انجر فيه يطيب له عند أبي يوسف؛ لأنه حدث في ضمانه، والمضمونات تملك بالتضمن ملكا مستندا إلى وقت السبب، وهو التعدى، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان»؛ ولذا يطيب له الربح. وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا يطيب له ولكن يتصدق به؛ لأنه إن كان ريعاً لا ملك فليس ملكاً ثابتاً من كل وجه فلا يظهر في حق زوال الخبث غير أنه يجوز له أن يدفعه في الوفاء بضمانه؛ لأن الخبث فيه إنما كان لحق المالك فإذا أخذه المالك زال ذلك الخبث^(١). وإذا ظهر المغصوب قائماً موجوداً بعد تضمين الغاصب وتبين أن قيمته أكثر مما دفع في ضمانه فإن كان ضمانه بقول المالك أو بيته أو بنكول الغاصب كان للغاصب ولا خيار للمالك؛ لأنه قد رضى بذلك الضمان، وتم تملكه بناء على ذلك، وإن كان ضمانه يمين الغاصب فالمالك بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ المغصوب ورد البديل؛ لعدم تمام رضاه - وإن تبين أن قيمته تساوى ما ضمن به أو أقل وقد ضمنه بقول الغاصب وبيته لم يكن له الخيار فيما ذكره الكرخي؛ إذ قد توفر له به مالمية ما كان له بكمالها. وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو أصح، لفوات الرضا^(٢).

ويلاحظ أن هذا التأسيس لا يكون مقبولاً ولا مطرداً إلا في ضمان ما يقبل التملك عن ضمانه، أما ما لا يقبل التملك عند التضمن فلا يتصور فيه، وعليه قالوا: إذا غصب مسلم خمرأ أو خنزيراً لذمى فإن ضمان ذلك يلزمه؛ لأنه مال متقوم في حقه ولكنه غير متقوم في حق المسلم، ولا يثبت فيه ملك له فإذا أتلفهما مسلم لذمى ألزم الضمان ولا يمكن مع هذا أن يستتبع ذلك تملك المسلم للخمر والخنزير؛ لأنه محرم عليه تملكهما، ولهذا اضطر من ذهب إلى ذلك التأسيس من الفقهاء أن يقرروا أن ذلك ليس من قبيل التعويض، وإنما هو جزاء لما أقدم عليه المسلم من جريمة إتلاف مال غيره فكان إيجاب المال على هذا الأساس من قبيل العقوبة، وليس يمنع من ذلك أن تكون مقدرة بقيمة ما أتلف من المال، وهذا ما يتسق بوجه ما مع ما ألزم به الشارع من الغرامات المالية.

وقد يصح بناء على ذلك أن يقال لماذا لا يجعل هذا أساساً أيضاً في إيجاب المال؛ نظير الضرر الأدبي وكل ضرر يتمثل في فقد مال، وعلى هذا يكون الضرر مطلقاً مالياً

(١) الزيلعي ج٥ ص ٣٢٥.

(٢) الزيلعي ج٥ ص ٢٣١.

أو غير مالى مستوجباً للتعويض باعتبار أن إحدائه معصية تستوجب الجزاء والتعزير، والضرر أوجب الشارع إزالة أثره سواء أكان أثره إتلاف مال، وعندئذ تكون إزالته بدفع مال معادل إلى من أصابه هذا الضرر، أم كان أثره المأ نفسياً، وعندئذ تكون إزالته بما يذهب ما ترتب عليه من ألم، وذلك بإرضاء نفس المضرور وشفاء غله، ويكون ذلك ضرباً من التعزير فيه معنى التعويض والإرضاء.

وعلى ذلك فتملك الغاصب للمغصوب بالضمان مشروط بأن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك ابتداء كما بينا.

وقال الشافعى فى أحد قولين له: لا يثبت للغاصب ملك فى المغصوب بالضمان أصلاً حتى أن من غضب عبداً واكتسب فى يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن الغاصب قيمته فالكسب للمالك عندهم خلافاً للحنفية، إذ أوجبوه للغاصب.

ولو شرد البعير من يد الغاصب وعجز عن رده فمالكه بالخيار إن شاء انتظر إلى أن يظهر وإن شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته، فإذا ضمنه قيمته ثم ظهر البعير نظر فإن كان المالك قد أخذ قيمته كما طلب فلا سبيل له على البعير فيما يرى الحنفية، وله أخذه عند الشافعية. ووجه قولهم أن الملك نعمة والغصب محظور ولا يصلح المحظور سبباً للنعمة، وإن كان المالك قد أخذ قيمته بقول الغاصب، ففي ظاهر الرواية أن المالك بالخيار إن شاء رضى بما أخذ من قيمته وترك البعير، وإن شاء رد ما أخذ من قيمة وأخذ البعير؛ لأنه ما رضى بما أخذ من قيمة إلا مضطراً فكان له الخيار، وقد سبق القول فى ذلك غير أن الغاصب له استبقاء البعير حتى يودى إليه المالك ما أخذه والمغصوب قبل اختيار تضمين غاصبه على حكم ماله عند أبى حنيفة، ولو أراد ألا يختار الضمان حتى يهلك المغصوب وهو على ملكه كان له ذلك، وعندئذ تكون له قيمته، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الملك يثبت قبل الاختيار فى كل من الضمان والمضمون جميعاً.

وعلى هذا الأصل يبنى الصلح عن المغصوب: الذى لا مثل له على إضعاف قيمته، فجزوه أبو حنيفة ومنعه أصحابه؛ لأنه حين وجب الضمان بنفس الهلاك وهو مال مقدر كانت الزيادة عليه ربا، خلافاً لأبى حنيفة، إذ يرى أن وجوب الضمان متوقف على اختيار المالك، فإذا كان صلح قبل الاختيار كان الصلح تقديراً للقيمة وتمليكاً للمغصوب بهذا القدر فكانه باعه للغاصب بذلك. ويظهر الملك فى حق نفاذ تصرفات الغاصب حتى لو باعه أو وهبه قبل أدائه الضمان نفذ تصرفه بالتزامه الضمان، واختلفوا

في حل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء الضمان، فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا يحل له ذلك حتى يرضى صاحبه.

وذهب أبو يوسف إلى حله، وهو قول الحسن وزفر؛ لأن المغصوب مضمون ومملوك للغاصب من وقت الغصب، فلا محل لمنعه من الانتفاع مع ثبوت ملكه ولا لتوقف جوازه على رضا غير مالكه.

ووجه قول أبي حنيفة ما روى أنه ﷺ أضافه بعض الأنصار فقدموا له شاة مصلية فجعل رسول الله يمضغ لحمها ولا يكاد يسيغه فسأل رسول الله عنها فقيل له، أنها لجار ذبحناها فإذا حضر من غيبته أرضيناه بقيمتها فقال ﷺ، أطعموها الأسارى، فقد أمر بذلك ولم يطلق لأصحابه أن يتنفعوا بها، ولو كان حلالاً طيباً لأطلق مع خصائصهم وشدة حاجتهم إلى الأكل^(١).

هذا، وما أشرنا إليه عن التأسيس كما يجرى في التضمين بسبب تلف العين المغصوبة أو المعتدى عليها جميعها يجرى كذلك في التضمين عند تلف بعضها وإلزام المعتدى ببذل ما نقص منها فيضمنه المعتدى على أساس أنه قد تمكك ما تلف منه دون بقيتها، وعندئذ لا يزول ملك مالكها عنها ولا ينقطع حقه فيها.

ذلك ما ذهب إليه الحنفية.

أما المالكية فقد جاء في الحرشى أن الغاصب يملك المال المغصوب إذا غرم مثله أو قيمته لمالكه؛ لإقدامه على إتلافه فإذا ظهر بعد التضمين أنه باق لم يمسه تلف تبين بذلك أنه لم يملكه، وعندئذ يجب رد المغصوب إلى مالكه إن أراد المالك ذلك، وعندئذ يسترد الغاصب ما غرمه ويكفى في ثبوت الملك للغاصب الحكم عليه بالقيمة ولو لم يدفعها^(٢). وفي البناني أن ذلك هو ما جاء في المدونة؛ وهذا إذا لم يتبين كذبه في دعواه التلف فإذا ظهر المغصوب بعد ذلك وعلم أنه قد أخفاه أخذه ربه ورد القيمة. وقال أشهب: إذا حلف أنه لم يمنعه عن ربه بقي له؛ وقال ابن الحاجب: إذا حكم بالقيمة لمالكة الغاصب فلا رجوع لمالكه.

(١) البدائع ج ٧ ص ١٥٢.

(٢) الحرشى ج ٦ ص ١٦٧.

وذهب الشافعية إلى أنه عند تلف المال جميعه بالاعتداء يضمه المثلث ويملكه بالضمان؛ لأنه غرم للمالك وأعطاه ما يقوم مقام التالف من كل وجه، وهذا إذا لم تبقى من المال بقية بعد الاعتداء عليه تصلح أن تكون محلاً للمالك، أما إذا بقيت منه بقية تصلح أن تكون محلاً للمالك فلهم في ذلك رأيان: قيل حكمه حكم التالف جميعه فيملكه المثلث بالضمان، وقيل يبقى ملك صاحبه فيها حتى لا يقطع الظلم حقه، كما لو قتل شخص شاة فإن المالك مع تضمين المعتدى يكون أحق بجلدها. ومثال ذلك أن يقدم شخص على تغيير عين مملوكة لغيره تغييراً يسرى إلى تلفها، ففي هذه الصورة وأمثالها يرى بعض الشافعية أن الحكم فيها كالحكم في التلف الحاصل فعلاً من حيث ضمانها وتملك المعتدى لها.

ويرى بعضهم أنها للمالكها، وليس له إلا أرش النقص، وذلك ما ذكره الحنفية عنهم في كتبهم؛ بياناً لمذهب الشافعية إلا أنهم أطلقوه ولم يقيدوه بما ذكر. ويملك المعتدى عندهم بالضمان التالف من المال ملكاً مراعى بمعنى أنه يتمتع عليه أن يتصرف فيه قبل أداء قيمته.

وجاء في نهاية المحتاج أيضاً: إذا أشرف المال المانصوب على التلف بفعل الغاصب وعجز الغاصب عن دفع قيمته التي لزمته بسبب فعله هذا يرفع الأمر إلى القاضى لبيعه ويدفع للمالكه قيمته من ثمنه إن وفى، فإن لم يكن هناك قاض تولى الغاصب بيعه بحضور المالك، أو المالك يبعه بحضور الغاصب، ويأخذ المالك قيمته من ثمنه فإن بقي منه شيء كان للغاصب؛ لأنه يعد داخلاً في ملكه قبيل التلف فتكون الزيادة حدثت في ملكه، وإذا لم يف الثمن ألزم الغاصب للمالك بما بقى له من القيمة.

هذا إذا كان فوات المال بالاعتداء كما ذكرنا، أما إذا كان تحت يد عارية وفات بسبب لا يد لأحد فيه كما لو تعفن الطعام من تلقاء نفسه فهو للمالكه مع أرشه.

وإذا لم يبق منه بعد الفوات فى هذه الحال ما يقبل الملك كحيوان نفق من تلقاء نفسه فإن للمالكه حيثئذ قيمته على صاحب اليد المعتدية وهل يتملكه صاحب اليد بدفع القيمة قبيل التلف. ليس فى كلامهم ما يمنع من هذا.

وجاء فى نهاية المحتاج: أنه لو خلط المغصوب بغيره كبر أبيض بمر أسمر أو بشعير وأمكن التمييز والفصل بينهما لزمه ذلك وإن شق عليه. ولكن إن تعذر كخلط زيت

سسم بزيت زيتون وكان اختلاطه من غير فعل أحد فالمذهب أن الحكم فيه كالتلف بالاعتداء فلمالك الزيت تغريمه بدله سواء أخلط بمثله أو بارداً منه أم بأجود؛ لأنه لما تعذر رده أشبه التالف فيملكه الغاصب إن كان مما يقبل التملك ويستند ملكه إلى قبيل التلف أو ما في حكمه، فإن لم يكن مما يقبل التملك كتراب أرض موقوفة خلط بزبل وجعل آجراً غرم الغاصب مثل التراب ورد الآجر إلى ناظر الوقف ولا نظر لما فيه من الزبل لاضمحلاله بالنار فإن هذا يدل - كما قال الشيراملسي على نهاية المحتاج - أن التراب إذا كان تراب أرض مملوكة لا موقوفة فإن الغاصب يملكه بالخلط ولا يرد حينئذ الآجر إلى مالك الأرض وإنما يلزمه رد مثل التراب ويمنع الغاصب من التصرف في حال التلف في المغصوب حتى يؤدي بدله.

أقول: إذا كان الغاصب لا يملك في هذه الأحوال بالضمان إلا ما هو قابل للتملك، وذلك ما ذهب إليه الحنفية كما أشرنا من قبل فإن أساس إزماءه بدفع الضمان فيما لا يقبل التملك هو الاعتداء واقتراف هذه الجريمة - جريمة الاعتداء على مال الغير - ويكون الإلزام بالتضمنين حينئذ من قبيل التعزير، كما ذهب الحنفية في اعتداء مسلم بالإتلاف على خمر ذمى وإزماءه بضمانه. وإنما وجب رد الآجر إلى ناظر الوقف مع تغريمه مثل الزبل؛ لأنه لم يملك ما منه صنع الآجر وهو تراب الأرض الموقوفة؛ لأنه موقوف لا يقبل التملك كأصله فلم يكن له لذلك حق استبقائه ولم يزل مادة موقوفة يجب ردها إلى ناظر الوقف ولم يعتبر الآجر تعويضاً؛ لأن التعويض إنما يكون بالمثل أو بالقيمة حيث يتم معنى التبادل وليس شيء من ذلك بمتحقق. هذا ما ظهر لي^(١).

وفي مطالب أولى النهي من كتب الحنابلة ما يدل على أنهم يقولون بالتملك بالضمان فيه أن التملك بالضمان إنما يكون عند فوات كل المال لا بعضه.

وجاء في كشاف القناع - وإن غصب فرساً فشرده أو شيئاً فتعذر رده مع بقائه ضمن قيمته للحيلولة، فإذا أخذها المغصوب منه ملكها بقبضها فيصبح تصرفه فيها كسائر أملاكه ولكن لا يملكها على سبيل العوض بل في حكم القرض، وتبقى عنده كرهن إلى أن يرد إليه المغصوب فيردها إلى دافعها، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة حينئذ؛ لأنه لا يصح أن يملكها بالبيع لعدم القدرة على التسليم، فلا يصح أن يملكه بالتضمنين كما يملك التالف، وإنما جاز أخذ القيمة؛ دفعا للضرر عن المغصوب منه؛

(١) نهاية المحتاج ج ١ ص ١٧٣ وما بعدها، ص ١٨٤.

ولذا كان أخذها تبعا لإرادته، فإذا قدر الغاصب على المغصوب بعد عجزه عن رده رده إلى مالكة واسترد القيمة بزوائدها المتصلة بها إن كانت باقية وإلا أخذ بدلها^(١) وهذا يدل على أن مذهب الحنابلة ثبوت ملك الغائب بضمانه القيمة عند تلف المغصوب كله كما جاء في مطالب أولى النهى، وعلى ذلك فالتملك بالضمان عند الشافعية والحنابلة إنما يكون عند تلف المغصوب جميعه لا عند تلف بعضه خلافا للحنفية.

موانع رد المغصوب وموانع ضمانه

ذكرنا أن من وضع يده على مال غيره بدون مسوغ شرعى وجب عليه أن يرده إلى مالكة ما دام قائما فى يده لم يتغير تغيرا يعد معه فى حكم التالف وهو التغير الذى ينقطع به حق المالك.

ويرى الشافعية وجوب الرد على ذى اليد سواء كان المستولى عليه متمولا أو غير متمول كحبة بر وكلب يقتنى، وكذلك كل ما ثبت فيه حق الاختصاص.

وعلى ذى اليد مثونة رد وإن عظمت لحديث «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ويكفى فى رده إلى مالكة التخلية بينه كما يكفى رده إلى من غصب منه من مستأجر أو مستعير أو وديع أو مرتهن أو صبي إذا كان من أهل الحفظ ولا يبرأ بأداء القيمة إلى أحد من هؤلاء.

ويكفى فى رده وصوله إلى مالكة وإن لم يعلم أنه له ولو كان ذلك ببيعه إياه أو بهبته إياه أو بإعارته أو بإيداعه أو بتقديمه إليه وهو طعام على سبيل الضيافة فأكله سواء أعلم المالك أنه له أم جهل؛ لأنه باشر إتلافه والمباشر مقدم على المتسبب فى التضمين إذا كان السبب ضعيفا بل قالوا لو أكرهه الغاصب على أكله فأكله برئ الغاصب بذلك كما لو أكله بدون إذن من الغاصب أو علمه^(٢). غير أنه إذا كان برأ فطحنه وخبزه ثم أطعمه مالكة لم يبرأ بذلك إذ إنه فى هذه الحال لم يقدم إليه ما يملكه لأن ملكه قد زال بفعله به وتملكه فلم يطعمه ما يملك.

(١) كشف القناع ج٢ ص ٣٦٠ ومطالب أولى النهى ج٤ ص ٢٥.

(٢) الخرشى ج٢ ص ١٦١-١٦٢، البدائع ج٧ ص ١٤٨ وما بعدها، وكشاف القناع ج١ ص ٣٤١، حاشية

الجرجى على المنهج ج٣ ص ١٣٣، مجمع الضمانات ص ١٤٢.

ويمنع الرد ترتب ضرر عليه إذا كان ذلك الضرر أعظم من ضرر عدم رده كما في خيط غصب فخيظ به جرح إنسان وخيف عليه الضرر من نزعه فلا يرد ما دام هناك خوف من ضرر نزعه كما يمنعه تعذر رده بسبب تلفه أو خلطه بغيره خلطاً لا يتميز معه كخلط زيت بزيت أو يشق تمييزه وفصله كخلط بر بأرز.

وكذلك يمنعه إقدام الغاصب على ما يعد في حكم الإتلاف، وهو كل ما يصير به المغمصوب مستهلكاً بصورة ومعنى أو معنى فقط كما في ذبح شاة لغيره وطبخها أو طحن بر وخبزه أو جعل نحاس آتية.

وكذلك يمنعه ترتب ضرر عليه أعظم من ضرر استبقائه كالبناء على أرض إذا كانت قيمته أعظم من قيمتها أو على خشبة وقيمتها أرفع من قيمتها ونحو ذلك مما يترتب على رده ضرر أعظم من ضرر استبقائه لدى ذى اليد عليه إذ الأصل أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن ولاية المغمصوب منه في استرداد ماله لا تنتهي بفعل شيء من ذلك ما بقيت ذات المال وعينه قائمتين بعد فعل الغاصب؛ ذلك لأن فوات بعض صفاته لا يبطل حق الاسترداد كما في ثوب يقطعه غاصبه أو يصبغه؛ لأن ملك الغاصب كان ثابتاً في المال المغمصوب قبل غصبه وإنما حدث ما أقدم عليه الغاصب من فعل فيه محظور فلا يقطع ملكاً قائماً ثابتاً. وعلى ذلك تبقى له ولاية الاسترداد نتيجة لبقاء ملكه - غير أنه إذا ترتب على رد المغمصوب ضرر أعظم من استبقائه كان كان المغمصوب خيطاً خيظ به جرح إنسان وخيف إن نزع ضرره لم يتزع وألزم الغاصب بالقيمة.

وإذا وجد المغمصوب مع غاصبه في غير محل الغصب فلما لكانه حينئذ أخذه من غاصبه حيث هو، إلا أن يكون رده إلى محل غصبه يتطلب كلفة ومثونة، فإذا كان الأمر كذلك كان للمالك الخيار بين أن يأخذ ماله من غاصبه حيث هو وأن يضمه قيمته يوم غصبه، إذ تعد حاجة المال في نقله إلى محل غصبه لمثونة وكلفة في حكم عيب أصابه ولا يلزم المالك بذلك، كما لا يلزم الغاصب بدفع مثونة إذا أراد المالك أخذ ماله مع مثونة نقله.

وعند الشافعية إذا نقل المغمصوب إلى مكان غير المكان الذي غصب فيه كان للمالك أن يطالب الغاصب بقيمته حالاً للحيلولة بينه وبين ماله ويردد إليه فيأخذ القيمة

ويتنفع بها انتفاعه بالقرض وتكون في يده حتى يرد إليه المغصوب فيردها إلى الغاصب عندئذ.

ومن الفقهاء من اشترط لذلك بعد المسافة وذلك بأن تكون مسافة قصر فإن لم تكن بعيدة لم يطالب الغاصب إلا بالرد، ومنهم من سوى بين البعيدة وغيرها في جواز المطالبة بالقيمة مع الرد وبخاصة إذا ما خيف هرب الغاصب أو تواريه واختفاؤه.

وإذا رد المغصوب إلى مكانه الذي أخذه منه لم يبرأ إلا إذا كان ذلك بحضور المالك خلافاً لزر، إذ يرى براءته بذلك مطلقاً.

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

ويمنع التضمين ما يأتي:

١- أن يكون الإتلاف بحق:

كما في إتلاف المسلم خمرأً لمسلم عند جميع الفقهاء. وكما في إتلافه آنية خمر إذا لم يتمكن من إراقته إلا بذلك؛ لأن هذا الفعل مأمور به من الشارع إذ إنه من قبيل إزالة المنكر، ولأن خمر المسلم وكذا خنزيره كما سبق مال غير متقوم ولا ضمان في مال غير متقوم.

وكذلك الحكم في إتلاف المسلم خمرأً لذي عند الشافعية والحنابلة ومن ذهب مذهبهم لعدم تقومه في حقه، ومن هذا القبيل إتلاف الإنسان مالا طاعة لأمر صدر إليه إذا كان هذا الأمر واجب الطاعة عليه؛ فأعوان القاضى إذا ما كلفهم القاضى بهدم جدار معرض للسقوط على المارة فهدموه فلا ضمان عليهم، لأن إتلافهم كان بحق.

أما إذا كان أمراً بمعصية فلا طاعة فيه، فإذا فعله المأمور كان معتدياً وضامناً لما ترتب عليه من تلف.

وإذا كان المأمور به جائز الفعل ولو في اعتقاد المأمور كطاعة ولي الأمر وطاعة الوالدين كان فعل المأمور كفعل الأمر فيكون الضمان على الأمر إذا ما ترتب على ذلك ضمان. وقد نصوا على أن الأمر في هذه الحال إذا أمر غيره بما يملك مباشرته جعل فعل المأمور كفعل الأمر^(١). وذلك إذا أنفذه بقصد الامتثال والطاعة ولم يتعد. فإذا أمر أب

(١) مجمع الأنهر، ج١ ص٦٣٦.

ابنه بإيقاد نار في أرضه ففعل وتعدت النار إلى أرض جاره فأتلقت شيئاً ضمن الأب لا الابن كما لو كان المباشر الأب، لصحة الأمر.

وهذا ما يعد استثناء من قاعدة الضمان على المباشر ولو لم يتعد، وإنما سقط الضمان عن المباشر هنا لأن عمله مقتضى للأمر ولازم له عرفاً فأخذ حكمه.

وليس حكم الموظف مع رئيسه فيما يجوز له الأمر به المرءوسيه بمخالف لذلك الحكم، أما فيما لا يجوز له الأمر فلا اعتبار لهذا الأمر إلا إذا كان إكراهاً كما سيأتي؛ ولذا نص الشافعية على أن أهل الفتوى إذا أفتى أحدهم شخصاً بإتلاف مال ثم تبين بعد ذلك خطؤه كان الضمان على المفتي. وقد نص الحنفية على أن الأمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ستة مسائل منها إذا كان الأمر سلطاناً، أو أباً وكان المأمور صيباً، أو كان سيداً والمأمور عبده وقد أمر بإتلاف مال الغير ضمن الأمر ولم يَأْتِ المأمور.

وكذلك جاء في التارخانية: حريق غالب وقع في محلة فهدم رجل دار غيره بغير أمر صاحبه وبغير إذن من السلطان حتى ينقطع ذلك الحريق عن داره - أي دار الهادم - ضمن ولم يَأْتِ.

قال الرملى: وفيه دليل على أن الأمر إذا كان من السلطان لم يضمن، لما له من ولاية عامة له بمقتضاها أن يأمر بدفع الضرر؛ ولذا جاء في الخانية. لو أن هذا الذي هدم الدار عند وقوع الحريق قد هدمها بإذن الإمام لم يضمن.

١- في حال تعرض النفس أو طرف من أطرافها أو تعرض المال للتلف بسبب صيال دابة يخشى أذاها، وذلك ما يعبر عنه بحال دفع الصائل أو كما يعبر رجال القانون بحق الدفاع الشرعى، وهو في كل الأحوال التي يتعرض فيها الإنسان لأذى يصيب نفسه أو ماله أو عرضه^(١) ثم لا يرى سبيلاً لدفعه عنه إلا أن يتلف مالا لغيره.

والشارع يجيز ذلك إذا كان بأيسر طريق ممكن إليه، ولا حرج إذا تجاوزته الدافع حين يرى أنه قد أخفق في دفع الأذى به.

وأساس ذلك ما انتهى إليه استقراء الأحكام ونصوص الشارع من إقرار المبدأ القاضى بوجوب اختيار أهون الشرين وأخف الضررين إذا لم تكن عن أحدهما مندوحة، ومبدأ وجوب تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد.

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٥١ وعمدة القارئ ج ١٣، ص ٢٤-٣٥.

ويجب في هذه الأحوال أن يكون الضرر الذي يراد دفعه ضرراً مدهماً وحالاً ولا يمكن دفعه بالالتجاء إلى الحاكم قبل وقوعه ويكفي في ذلك غلبة الظن.

وقد جاء في حديث صفوان بن يعلى عن أبيه قال: قاتل أجير لى رجلاً فعض يده فانتزعها من فمه فثرت ثنيته فشكى إلى النبي ﷺ فأهدرها وقال له: «أتريد أن يضع يده في فمك تقضمها كالفحل ولا يتزعها». وبه استدلال الشافعي على جواز قتل الفحل الصائل إذا أتى على قاتله ولم يلزمه بضمانه، ولم يختلف الفقهاء في جواز دفع الصائل من الحيوان بما يدفع أذاه؛ لأن دفع الضرر واجب شرعاً وإنما اختلفوا في تضمين قاتله بناء على أن وجوبه لا يسقط حق مالكة، إذ لم يشرع ذلك سبباً مسقطاً للملك؛ فالجمهور على أنه لا يضمن، ورأى غيرهم التضمين ولكن مع سقوط الإثم. وفي المعنى لابن قدامة إذا صالت بهيمة على إنسان ولم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها إجماعاً وليس عليه ضمانها إذا كانت لغيره، وإلى هذا ذهب مالك والشافعي وإسحاق بن راهويه^(١).

وقال أبو حنيفة: عليه ضمانها، لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه فكان عليه الضمان كالمضطر في مخمصة إذا أكل مال غيره فإن ذلك جائز له وعليه أن يؤدي قيمته إلى مالكة.

ووجه ما ذهب إليه الجمهور أنه إنما قتله لدفع شره وقد أجاز له الشارع ذلك فكان من حقه. وليس كالمضطر فإن الطعام لم يلجئ المضطر إلى إتلافه وقد انتفع به انتفاع المالك بملكه فيلزمه ضمانه، بخلاف الصائل فإنه بأذاه يلجئ من تعرض له إلى قتله، ولم ينتفع به قاتله والضرر الدافع إلى الأكل لم يكن مصدره الطعام وإنما كان مصدره طبيعة الأكل بخلاف ضرر الصائل؛ ولذا قال ابن حزم: كل من عدا عليه حيوان من بعير أو فرس أو بغل أو فيل ونحوه فلم يقدر على دفعه عن نفسه إلا بقتله فقتله فلا ضمان عليه وهو قول مالك^(٢).

وقد نص الحنفية على أن العبرة في ذلك بغلبة الظن؛ إذ لا ينتظر الإنسان حتى يحل الضرر به فعلاً.

وقال ابن عبد السلام من المالكية: يجوز دفع الدابة الصائلة عن كل نفس معصومة، مسلمة كانت أم غير مسلمة من أهل الذمة كالجمل الصئول والكلب العقور،

(١) المحلى ج ١١ ص ١٣.

(٢) المحلى ج ٨ ص ١٢٤٦.

وهو مروى عن ابن القاسم فإذا قتل انقضاء لأذاه وكان ذلك بعد التقدم إلى صاحبه فلا ضمان - وذكر أشهب أنه لا ضمان بقتله على أية حال، إذ ليس من المقبول أن يؤمر من تعرض لأذاه بالانتظار حتى يحل به الأذى وليس التقدم إلى صاحبه ميسوراً في كل وقت (١).

وذهب الشافعي إلى أنه لا ضمان على قاتله دفعا لأذاه وحفظاً لما حرم الله إهلاكه (٢) وذهب الحنابلة إلى أن قتل البهيمة الصائلة إذا تعين سبباً لدفع أذاها لا ضمان فيه، وسواء في هذا الحكم أن يكون المعرض لأذاها نفس القاتل أو زوجته أو أحد أسرته أو ماله وإن قل إذا زاد مقداره على قيمتها وذلك لسقوط حرمتها بالوصول (٣).

٢- وإذا نزلت بشخص مخمصة أو عطش مهلك فدفعت الهلاك عن نفسه بأكل مال لغيره أو شرب ما يملك من ماء بدون إذنه فذلك له عند الحنفية ولا إثم عليه وعليه قيمة ما أكل أو شرب ولا إثم عليه ما دام لم يتجاوز حاجته؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها، وإنما وجب عليه الضمان؛ لأن أخذه المال لمصلحة نفسه لا يسقط حق غيره فيه (٤)، وإلى هذا ذهب الشافعية والزيدية وهو أيضاً مذهب الحنابلة إذ ذهبوا إلى تضمينه قيمة ما أخذ حتى لا يجتمع على مالك الطعام فوات عينه وماليتيه ولأنه أخذه لمنفعته فوجب عليه عوضه (٥).

وذهب المالكية إلى جواز أخذ مال الغير في هذه الحال دفعا للضرر الواجب دفعه وفي تضمين الآخذ ثلاثة أقوال عندهم:

أحدها: أن على آخذه ضمان ما أخذ بغير رضاه إذ قد أخذ لمصلحة نفسه فلا يسقط بذلك حق مالكه.

ثانيها: أنه لا ضمان عليه؛ لأنه إنما أخذ ما جعله الشارع حقا له في مال غيره، والقاعدة أن الجواز الشرعي ينافي الضمان وذلك ما ذهب إليه أهل الظاهر.

(١) التبصرة ج٢ ص ٢٥.

(٢) الأم ج٦ ص ١٧٢.

(٣) المغنى ج١١ ص ٧٦ وكشاف القناع ج٤ ص ٩٢.

(٤) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٥ ص ٢١٥ وأسنى المطالب ج١ ص ٥٧٠.

(٥) كشاف القناع ج٤ ص ١١٧، والمغنى ج١١ ص ٨٦.

ثالثها: أن عليه ضمان ما أخذ إذا كان موسراً يجد قيمته فإن كان معسراً فلا ضمان عليه^(١).

٣- أما إذا أتلف مالا في سبيل إنقاذ مال آخر فالتلف ضامن لما أتلف إذا كان إتلافه لمال هو لغيره في سبيل إنقاذ مال نفسه لأنه إنما أتلف المال لمصلحة له والغنم بالغرم فوجب عليه ضمانه درءاً للضرر عن صاحب المال.

أما إذا كان ذلك في سبيل إنقاذ مال لصاحب المال المتلف كإتلافه لبعض المال في سبيل إنقاذ باقيه فلا ضمان على المتلف حيثئذ إذا كان في ذلك منفعة لصاحب المال؛ لأنه إنما قام بدفع ضرر أكبر بارتكاب ضرر أقل والقاعدة أن الضرر الأدنى يتحمل لدفع الضرر الأشد.

وإذا كان المالان لشخصين فإنه قياساً على ما ذكروا من جواز الرجوع على صاحب المال المعرض للتلف بما يتفق في سبيل خلاصه وإنقاذه أن يكون المتلف ضامناً لقيمة المال التالف لمباشرته وله الرجوع بذلك على صاحب المال المتخذ لثبوت الولاية المبنية على العرف والضرورة.

وهذا مع ملاحظة أنه يجب أن يراعى أن يكون ما يرجع به دون قيمة ما أنقذ من المال حتى يكون هناك عرف برضاء صاحبه عما قام به من إنقاذ وتخليص.

ومما ذكر في هذا ما ذكره من أنه لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ذبحت الدجاجة لأخذ اللؤلؤة وعلى صاحب اللؤلؤة قيمة الدجاجة لأن قيمة اللؤلؤة أكبر من الدجاجة فيضمن صاحب ما عظمت قيمته لصاحب ما قلت قيمته، وعلى هذا الأصل يكون الحكم فيما لو دخل فصيل غيره في داره فكبير ولم يمكن إخراجها إلا بهدم الجدار أو أدخل ثور رأسه في قدر وتعذر إخراجها إلا بكسر القدر أو سقط دينار في محبرة لغير صاحب الدينار ولا يخرج إلا بكسرها^(٢).

هذا، وإبراء المالك للغاصب يصير به المغصوب في يده أمانة فيخضع لأحكام الأمانة من حيث الحفظ والرد والضمان - وكذلك يصير المغصوب في يد غاصبه أمانة إذا استأجره الغاصب من مالكه فيخضع لجميع أحكام العين المستأجرة في كل ما ذكرنا.

(١) الفروق ج١ ص ١٩٥ والقناع والإكليل ج٣ ص ٢٥٤.

(٢) الأشباه والنظائر الفن الأول ص ١٢٢ طبعة إسلامبول.

٤- رضا المضرور بالضرر ليس لأى إنسان أن يتصرف فى حق لغيره بدون ولاية شرعية . وتصرفه عندئذ يعد اعتداء يستوجب الضمان عند توافر شروطه وإنما له التصرف فى حقوقه التى يجوز له التصرف فيها . فليس للإنسان أن يتصرف فى نفسه فى أمر غيره بأن يقتله . كما لا يجوز له التصرف فى طرف من أطرافه إلا لضرورة صحية تقتضى ذلك وتوجيهه . وله أن يتصرف فى حقوقه المالية تصرفاً لا يمس حقاً لغيره تعلق بها ، وعلى هذا نص الفقهاء على أنه لو حرق ثوبه بأمر من غيره لم يضمن الأمر إذ إن أمره باطل ولا يستوجب طاعة ، ولو قال لغيره : احرق ثوبى أو ألقه فى البحر ففعل فلا ضمان عليه ، وكذلك لو قال له : اهدم منزلى فهدمه فلا ضمان عليه ؛ إذ إن أمره قد صدر فى حدود ولايته ولم يكن المأمور متعدياً بسبب ذلك فلا يضمن^(١) .

ومثل ذلك ما لو باشر إنسان فعلاً ترتب عليه ضرر مالى بغيره وكان بإذن من ولى الأمر أو من نائبه فى حدود ولايته فإنه لا ضمان عليه إذا ترتب على فعله ضرر . ومن ذلك لو أقام شخص قنطرة على نهر بإذن الإمام فارتطمت بها سفينة فانكسرت لم يكن عليه ضمان لعدم تعديه بسبب إذن الإمام له فى حدود ولايته لأن الإنشاء والبناء فى كل ما للمسلمين فيه حق مقرر كالطرق والأنهار ونحوها محظور إلا بإذن الإمام صيانة لحق العامة .

وليس يعتبر السكوت إذناً إذ لا ينسب إلى ساكت قول إلا فيما استثنى^(٢) وعلى ذلك لو رأى غيره يشق زقه حتى سال ما فيه لم يبرأ الشاق من الضمان ، ولكن لو رأى حيواناً له يأكل حنطة غيره أو زرعه فلم يمنعه حتى أكلها أو أكله كان ضامناً إذ إن فعل حيوانه ينسب إليه وخاصة عند رجوع منفعة الفعل إليه وإمكان دفعه .

وذهب بعض المشايخ إلى عدم تضمينه لعدم مباشرته الإلتلاف وعدم اعتبار تركه لحيوانه فعلاً مادياً يترتب عليه التلف .

والإذن قد يكون صريحاً كما سبق وقد يكون غير صريح فيكون ثابتاً بحكم العرف والعادة والضرورة . ومن ذلك أنهم جوزوا الشراء من مال المريض ما يحتاج إليه من طعام ودواء بلا إذنه إن كان مرضه يمنع استئذانه كما جوزوا للوديع أن ينفق على والدى المودع إذا كان ذلك فى مكان لا يمكن الرجوع فيه إلى القاضى وجوزوا البعض

(١) جامع الفصولين ج٢ ص ٧٨ ، الدسوقي ج٤ ص ٢٤٠ ، الدر ج٥ ص ٥٤٠ .

(٢) سكوت الثيب والبكر عن استئذان وليها .

الرفقة في السفر أن يبيعوا من متاع من مات منهم ما يجهزونه بثمنه دون أن يكون في كل ذلك ضمان^(١). وانظر الدر المختار في شراء ما لا بد منه للصغير وبيعه وجواز ذلك لأخ وأم وعم وملتقط لمن هم في حجره. ومن ذلك أن يعتمد إنسان إلى ذبح شاة قد أعدها القصاب للذبح وأن يعتمد فعله إلى هدم جدار أحضر مالكة من يهدمه^(٢).

أما الرضا عن الأفعال بعد حدوثها كإجازة المالك قبض الغاصب لما غصبه فللحنفية فيها رأيان: أحدهما صحة الإجازة اللاحقة باعتبار أنها كالإذن السابق، والأخرى عدم الصحة لأن الفعل إذا وقع مستوجبا للتضمن لا يتقلب غير مستوجب له وهو رأى أبي حنيفة إذ ينقل عنه أنه يرى أن الإجازة إنما تلحق العقود لا الأفعال خلافاً لمحمد إذ لا يفرق بينهما. وينقل الحصكفي عن الثمراتش القول بتصحيح الإجازة في الأقوال والأفعال وذلك ما نص عليه في الذخيرة وقال إنه الأصح، وجاء في الأشباه أن الإجازة لا تلحق الإتلاف^(٣).

وكذلك يحول دون إيجاب الضمان أن يقع الإتلاف بتسليط من مالك المال كما في مالك أودع ماله صيباً فأتلفه أو أقرضه إياه فأتلفه ونحو ذلك.

٥- عدم الفائدة في التضمن إذا أتلّف البغاة مالا للمسلمين أو أتلّف المسلمون مالا للبغاة والخارجين فلا ضمان على المتلف عنهم، لعدم الفائدة في التضمن، إذ لو وجب الضمان على المسلمين لم يجز أن يعطى للبغاة المحاربين ولا محل لإيجاب الضمان على البغاة، لعدم الولاية عليهم ولأن مصير أموالهم قبل التسلط عليهم إلى المسلمين.

(١) تكملة ابن عابدين ج٢ ص ٢٨٨، المختار ج٥ ص ١٤٠.

(٢) الدر المختار ج٥ ص ٢٧٦ و ١٩٥.

(٣) تنوير الأبصار ج٥ ص ١٩٥ والدر المختار ج٥ ص ١٩٣ وتنوير الأبصار بهامش رد المختار ج٥ ص ٧٣٢

ومجمع الضمانات ص ١٤٢.

مسئولية المتبوع عن ضرر أحدثه تابعه

تكلم رجال التشريع الوضعي في مسؤولية المتبوع عن الضرر المالى الذى يحدثه تابعه ويقتضى تضمين من أحدثه، وذلك بمطالبته بالتعويض فذكروا مسؤولية المرء عن أفعال الأشخاص الخاضعين لرقابته وفى ذلك جاءت المادة ١٧٣ فقرة (١) من القانون المدنى المصرى ونصها:

كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام، ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.

ومثلوا لذلك بالوالدين والولى ومدير مستشفى الأمراض العقلية وذكروا أن هؤلاء وأمثالهم ممن لهم رقابة على غيرهم ممن هم فى حاجة إلى الرقابة مسئولون عن الضرر الذى يحدثه من هم تحت رقابتهم مسئولية أصلية، وكذلك ذكروا أن المتبوع مسئول عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حال تادية وظيفته أو بسببها.

وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقبته وتوجيهه، ومثلوا لذلك بعمال المصانع وموظفى الحكومة وسائقى السيارات. وفى ذلك جاءت المادة ١٧٤ من القانون المدنى المصرى وهى تلزم المتبوعين بضمان ما يتلفه من هم تابعون لهم من الأضرار غير المشروعة متى وقع ذلك حال تاديتهم وظيفتهم أو بسببها.

ولا ترى الشريعة الإسلامية هذا الرأى ولا تقر المبدأ الذى قامت عليه هذه الأحكام وقد جاء فى القرآن الكريم ما يعارضه ويبطله مثل قوله تعالى فى أكثر من موضع من الكتاب: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ...﴾ [١٦٤] ﴿[الأنعام] وَمِثْلَ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [٢٨] ﴿[المدثر] وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ...﴾ [٢٨٦] ﴿[البقرة] وعلى ذلك لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه

غيره ولو كان المحدث له غير مميز إلا أن يكون ذلك عن طريق إكراهه إكراها يجعله كالألة في يد المكره وهو الإكراه الملجئ المعتبر شرعاً فعند ذلك يكون المكره «بكسر الراء» مسئولاً لتزويله حيثئذ منزل المباشر والمباشر منزلة الألة، وقد سبق القول في ذلك.

وقد اشتبه على بعض الكاتبين ما ذهب إليه الفقهاء في الأجير الخاص من أنه أمين على ما تحت يده من مال وأنه بحكم أمانته لا يكون مسئولاً عما يتلف من مال تحت يده بحكم أنه أجير إلا إذا قصر في حفظه أو تعدى عليه فأتلفه وأن ضمان التالف يكون على مؤجره مالك المال فظنوا أن ذلك إقرار من الشريعة الإسلامية لمسائلة المتبوع عن عمل تابعه وإلزامه بضمان ما يحدثه من الأضرار نتيجة لعلاقة التبعية، وليس الأمر كذلك، فإن ما ذكره الفقهاء من أحكام الأجير الخاص في ذلك الموضع إنما هو مقصور على ما تحت يده من أموال لمؤجره أو مما استودعه مؤجره إياه من أموال لغيره احتاج إليها الأجير ليستعين بها بطريق الاسترشاد على القيام بما استؤجر عليه وهي أموال وضعت تحت يده بحكم أنه أجير نائب عن مؤجره، وأن يده نائبة عن يد مؤجره، وأنه حين يعمل إنما يعمل لمؤجره وفق عقد الإجارة فكان في عمله كالوكيل عن مؤجره وكان مؤجره هو واضع اليد وهو العامل؛ ولذا كان غير مسئول عما يترتب على عمله من ضرر باعتبار أنه كالعامل الصادر من صاحب المال في ماله، ولا يسأل إنسان عن ضرر يحدثه في ماله أو فيما استؤمن عليه إلا أن يكون فيه متعبداً؛ ولذا إذا قصر في عمله أو تعدى فأفسد خرج بذلك عن نيابته عن مستأجره وكان ضامناً وكان هو المسئول لا المؤجر أما ما عدا ذلك من الأموال مما وصلت إليه يده فأتلفه فالحكم في إتلافها خاضع للقواعد العامة التي أشرنا إليها فيما سبق فيما ذكرناه عن أسباب الضمان به.

وذلك هو أساس الحكم في الأجير الخاص وهو مؤسس على يده وأمانته وأين هذا من مسئولية المتبوع عن ضرر يحدثه تابعه؟ إن مسئولية من له الرقابة عن ضرر يحدثه من له الرقابة عليه إذن هو حكم غير خاص بالأموال التي هي تحت أيديهم ولا يتصل الحكم فيها بأمانتهم وليس خاصاً بأجير واحد بل يعم قانوناً جميع الأجراء الوحديين والمشاركين. وعلى ذلك فإذا صدم سائق لسيارة شخص متاعاً في الطريق فأتلفه لم يسأل عنه مالك السيارة فيما يرى فقهاء الشريعة الإسلامية ويسأل عنه في نظر رجال القانون. وهذا مثال يجلي لك الفرق بين الشريعتين.

أما ما جاء في المادة ١٧٣ فقرة (أ) مدني من مساءلة المتبوع عن تابعه فيما يحدثه التابع من ضرر مالي بغيره إذا كانت رقابته واجبة عليه شرعاً أو اتفاقاً بسبب قصره أو ضعف عقله أو فقده وذلك ما يعم الصبي والمجنون والمعتوه، فقد سبق القول بأن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إنما يرون مساءلة هؤلاء في أموالهم عما يحدثونه من ضرر مالي بغيرهم نتيجة لإحداثهم ذلك الضرر ووجوب رفعه، ولا يسأل من له الولاية أو الرقابة عليهم إلا بمطالبتهم بأداء الضمان مما تحت أيديهم من أموال هؤلاء، لما لهم من الولاية عليها، كما سبق القول بأن عمل هؤلاء إذا أدى إلى التلف وكان حدوثه منهم بأمر صدر إليهم من غيرهم وليا كان أم غير ولي أو بإثارة منه لهم كان الضمان في أموالهم أيضاً لمباشرتهم ولكن يكون لهم حق الرجوع في مال من أمرهم أو أثارهم أو هيأ لهم ومكثهم من إقدامهم على هذا الإلتلاف؛ لاستقرار الضمان عليه ولكونهم كانوا كالألة في يده، وذلك كما إذا دفع شخص سكيناً إلى صبي لا يميز، أو إلى مجنون فالتلف بها مالاً أو أمره بإحضار نار من مكان معين فلما أحضرها سقط منها ما تلف به مال لغيره، ففي هذه الأحوال وأمثالها يكون الضمان في أموالهم بسبب مباشرتهم الإلتلاف والرجوع بما غرموا على من أمرهم لغروره، أو لأنه كالمباشر وذلك ليس مما نحن فيه، وإنما هو تضمين مؤسس على تعديده بأفعال ترتب عليها ضرر مالي بغيره.

فعل الحيوان وما ينشأ عنه من ضرر

الأصل في فعل الحيوان وما ينشأ عنه من ضرر أن يكون جباراً؛ أي هدرأ لا يستتبع مساءلة؛ ذلك لأنه لا ذمة له ولا إدراك. ولهذا قال عليه السلام فيما رواه أبو هريرة: «العجماء جرحها جبار». رواه مسلم. والجبار: الهدر. والعجماء: الدابة.

وجاء في بعض الروايات: «السائمة جبار»، والسائمة: هي الدابة المرسلة في رعيها. والعجماء فيما ذكره بعض العلماء الدابة المنفلتة التي لا يكون معها أحد حيث يكون الانفلات عادة.

ولكن قيام الإنسان على الحيوان واستخدامه إياه في مصالحه من ركوب وحمل وحبس وإطلاق وتوجيه واتخاذ وسيلة لقضاء حاجاته ومآربه قد حمله على اتخاذ مواقف وتحركات بحكم طبيعته كان لها آثارها في محيط عمله وأماكن وجوده، وقد

يكون من هذه الآثار ما يعد ضرراً يلحق من يصيبهم وهو ضرر بحدوثه على هذا الموضع يعد كالضرر يحدث من آلة يستخدمها صاحبها فيكون مشمولاً عما يترتب على استخدامها من ضرر ينشأ عنها بسبب يعد تقصيراً وتعدياً أو إهمالاً أو نحو ذلك .

ولكن الحكم في الحيوان وما ينشأ عن فعله يختلف عن ذلك بسبب اختلاف الوضعين: وضع الآلة ووضع الحيوان، فالآلة ليس لها من حركة إلا بتحريك صاحبها فكان ما يحدث عنها من ضرر من قبيل الضرر المباشر، والمباشرة لا يشترط فيها التعدي، والحيوان يتحرك بغير إرادة صاحبه فكان ما يحدث عنه من ضرر من قبيل التسبب بالنظر إلى صاحبه، ولهذا وجب أن يكون الضرر الناشئ عن فعل الحيوان نتيجة تقصير وتعد، لكي يسأل صاحبه عنه فإن الأصل في مساءلة المتسبب عما يحدثه من ضرر بسبب فعله هو الإهمال والتقصير والتعدي؛ ولذا ينتفي الضمان نهائياً إذا لم يكن للحيوان مالك، أما إذا كان له مالك فإنه يكون مشمولاً عند إهماله أو تقصيره أو تعديه. وهذا ما يشير إليه حديث حرام بن محيصة، فقد روى أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فيه ف قضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدته المواشى بالليل ضامن «أى مضمون» على أهلها - فإن المواشى حين كانت تترك نهاراً للرعى والسوم لم يكن في تركها تقصير إذ كانت هذه عادتهم وكان على أرباب الحوائط وهم يعملون فيها نهاراً أن يحفظوها ويؤدوا عنها، فإذا ما دخلت حوائطهم فأفسدت فيها كان ذلك من تقصيرهم في حراستهم حوائطهم لا من تقصير أرباب المواشى؛ ولذلك فلا ضمان عليهم فيما أفسدت .

أما إذا كان الليل فعلى أرباب المواشى حفظها ومنعها حيث لا سوم ولا رعى وحيث تجبس في حظائرها، فإذا ما انفلتت ليلاً فأفسدت كان ذلك من تقصير أربابها في حفظها فكان عليهم ضمان ما أفسدت .

ذلك ما يدل عليه حديث حرام كما يدل على هذا المعنى أيضاً ما رواه النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ: «من وقف دابة في سبيل من سبيل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن»؛ ذلك لأن وقف الدابة في الطريق يعد اعتداءً؛ إذ لم يجعل الطريق لوقف الدواب وإنما جعل للمرور فيه فكان ذلك استعمالاً للطريق فيما لم يجعل له، كما أن وقفها في السوق يعد كذلك اعتداءً من صاحبها فكان متسبباً فيما يحدث عن فعلها من ضرر وكان لذلك ضامناً .

وبناء على ما ذكر إذا لم يكن للدابة مالك ففعلها جبار أى هدّر وباطل وكذلك إذا كان لها مالك ولم يحدث منه تقصير ولا إهمال فى رعايتها كان من نتيجته حدوث ذلك الضرر فلا ضمان عليه فيما أتلفت، وذلك ما يدل عليه حديث: «العجماء جرحها جبار»، وحديث «العجماء والبئر جبار والمعدن جبار» وحديث «الرّجل جبار»، إذ المراد أنها إذا فعلت ذلك بنفسها دون دفع لها ولم تكن عقوراً ولم يفرط مالکها فى حفظها حيث يجب عليه الحفظ وذلك فى الليل كما يدل عليه حديث حرام بن محيصة، وكذلك فى وقفها أسواق المسلمين وطرقهم ومجمعاتهم كما يدل عليه حديث النعمان بن بشير.

ذلك ماورد من آثار فى فعل الحيوان وما يترتب عليه من مسئولية وقد كانت محل خلاف فى تفاصيل أحكامها بين فقهاء المذاهب؛ نتيجة لاختلاف أنظارتهم فى تأويلها وما يصاحب فعل الحيوان من ظروف وملابسات تختلف الأنظار فى تقديرها، وفيما يلى ما يترتب على فعل الحيوان فى مذاهب الفقهاء إذا لم تلبسه ظروف خارجة كظروف الطريق أو السوق.

فالحنفية يرون أن جناية الدابة لا تخلو إما أن تكون قد حدثت من الدابة فى ملك صاحبها أو فى ملك غيره أو فى طريق المسلمين، فإن كانت فيما هو ملك لصاحبها سواء أكان له خاصة أم مشتركا وليس معها صاحبها لم يضمن صاحبها ما أحدثت من تلف على أية حال حدث ذلك منها.

وإن كان معها صاحبها سائقاً لها أو قائداً دون أن يكون راكباً لها لم يضمن تلفها؛ لأنه فى هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف فعل مختار هو الدابة والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً ولا تعدى هنا من المالك.

وإن كان راكباً إياها وهو يسير ضمن ما وطئت برجلها أو بيدها؛ لأنه حينئذ مباشر للإتلاف؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكأنهما وطأه جميعاً، والمباشر ضامن متعدياً كان أم غير متعد.

وإن كدمت أو نفحت برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان، لعدم تمكنه حينئذ من منعها.

وإن كانت فى ملك غير صاحبها بلا إذنه وقد دخلت فيه بغير صنع صاحبها فلا ضمان عليه؛ لأنه ليس متسبباً ولا مباشراً.

وإن أدخلها صاحبها فيه فعليه الضمان في جميع الأحوال، لتعديه بإيجادها في ملك الغير بدون إذنه.

وإن كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه الضمان في الوجوه كلها؛ لتعديه بالإيقاف في طريق. وإن كانت سائرة فيه ولم يكن معها صاحبها وقد سارت بإرساله ضمن ما أتلفت ما لم تتحول عن جهة إرساله يمناً أو يسرة؛ لأن إرسالها بلا حافظ سبب للإتلاف وهو فيه متعد.

وإن انفلتت فلا ضمان عليه في الوجوه كلها، وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت إن كان صاحبها راكباً أو سائقاً أو قائداً إلا نفحة الرّجل أو الذنب؛ لأنه مباشر أو متسبب متعد وإنما لم يضمن نفحة الرّجل وضرب الذنب؛ لعدم تمكنه من منعها من ذلك^(١).

وذهب الطحاوي من الحنفية أن على صاحبها ضمان ما أتلفت ليلاً أو نهاراً إذا كان معها صاحبها وإلا فلا ضمان.

وتقضى المادة ١٧٦ مدنى مصرى أن على حارس الحيوان وإن لم يكن مالكا له مسئولية ما يترتب على فعله من ضرر ولا يحول دون مسئوليته أن يكون قد ضل منه أو تسرب إلا إذا أثبت الحارس أن الحادث الذى سبب الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

وحارس الحيوان هو من بيده زمامه. وإن كان مستعيراً أو وديعاً أو مستأجراً أو سارقاً - وإذا انتقل إلى التابع كالخادم كان الحارس المالك.

والذعر من الحيوان يعد فعلاً له، وإذا حدث باشتراك الإنسان كحيوان يركبه شخص نسب إلى الحيوان وحده وأساسها خطأ مفترض - والشريعة لا تقر مبدأ الخطأ المفترض كما قدمنا، ولا يسأل أى شخص عن جريمة ليست فعلاً له في الشريعة.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى الضمان ليلاً وعدم الضمان في النهار إذا لم يكن معها صاحبها، وإذا كانت معروفة بالإفساد فالضمان مطلقاً. واشترط الشافعية تفريط صاحبها لوجوب التضمنين.

(١) ملخصا العناية والهداية ج ٨ ص ٣٤٥ والإفصاح ص ٧٣٥.

وذهب بعض الفقهاء إلى الضمان ليلاً أو نهاراً ومنهم الليث بن سعد وسحنون، وذهب أهل الظاهر إلى أنه لا ضمان في كل حال إلا أن يحملها على الفعل الضار من هو معها. وروى عن عمر أنه قال: لا يضمن ما لا يقدر على حفظه ويضمن ما يمكنه حفظه.

وخلاصة هذه الأقوال أنه يجب ضمان ما تلفه إذا كان من مالها تقصير في حفظها؛ حيث يجب عليه حفظها.

وتدل الروايات السابقة على وجوبه إذا حدث أثناء الليل، أما في النهار فالحكم كذلك إذا كانت مقودة أو مركوبة؛ إذ إنها في رعاية صاحبها ومراقبته عندئذ فكان عليه حفظها، فإذا أتلفت كان ذلك نتيجة تقصير صاحبها فيضمن. وعلى ذلك فلا ضمان إذا لم يكن عليها يد لأحد، وكان ذلك محل اختلاف أنظار الفقهاء وتقديرهم على ما أسلفنا.

وكذلك اختلفوا فيما أتلفت الدابة برجلها وصاحبها عليها راكب؛ فذهب أبو حنيفة إلى أن صاحبها يضمن ما أتلفت بيدها أو فمها - أما ما أتلفته برجلها في هذه الحال فإن كان بوطئها ضمن الراكب قولاً واحداً؛ لأنه يعد مباشراً. وأما إذا كان بغير وطء كنفخ بالرجل فإن كان ذلك في موضع مأذون لراكبها بسلوكه أو بدخوله لم يضمن وإلا ضمن لتعديده بوجوده بها في هذا المكان، ومن المأذون فيه المشي في الطريق والوقوف في الملك وفي الفلاة وسوق الدابة وذلك بخلاف الوقوف بها في الطريق أو الدخول بها في ملك إنسان بدون إذنه ففي هذه الأحوال يجب الضمان بنفخ الرجل.

وقال مالك: يدها ورجلها وفمها سواء فلا ضمان في شيء من ذلك إذا لم يكن من جهة راكبها أو قائدها أو سائقها ما أدى إلى ذلك التلف من همز أو ضرب.

وقال الشافعي: يضمن ما جنت بيدها ورجلها وفمها وذنبها جميعاً سواء أكان ذلك بسبب من راكبها أم لم يكن والراكب والسائق سواء.

وقال أحمد: ما أتلفته برجلها وصاحبها عليها فلا ضمان فيه وما جتته بيدها أو فمها ففيه الضمان.

وقد اختلف الفقهاء في إيجاب الضمان عند عدم التقصير فمنهم من رأى أن المنفلة حيث يكون الانفلات عادة لا ضمان على صاحبها في هذه الحال؛ لعدم تقصيره، وهو مذهب كثير من الفقهاء ومنهم الحنابلة والحنفية وهذا ظاهر.

ومنهم من أطلق وجوب الضمان، ومنهم من أطلق عدم وجوب الضمان وهي المحجوزة بفعل أربابها في الحظائر ففي إتلافها الضمان على رأى كثير من الفقهاء لتقصير أصحابها.

ومنهم من رأى عدم الضمان^(١).

وجملة القول أن هذا الاختلاف نتيجة لاختلاف الأنظار في ثبوت التقصير، فمن رأى أن ما حدث كان نتيجة تقصير ذهب إلى التضمين، ومن رأى أنه ليس نتيجة تقصير ذهب إلى عدم التضمين.

فيما يحدثه الحيوان في الطريق وما يحدثه في الزرع من ضرر

تؤسس أحكام هذا النوع على أن حق المرور في الطريق حق مشترك فلكل فرد أن يمر فيه، غير أنه قيد بالسلامة نتيجة للاشتراك فيه حتى لا يلحق أحداً ضرر من جراء استعماله.

وهو قيد فيما يمكن الاحتراز عنه، أما فيما لا يمكن الاحتراز عنه فيراعى لكل حادثة ظروفها؛ لأن تقسيد المرور فيه مطلقاً يؤدي إلى الضرر بالتضييق في الانتفاع على حين جاء التقيد لمنع الضرر.

ويلاحظ أن عنصر التسبب في حوادث الطريق أشد وضوحاً من ناحية أن الحيوان عند استعماله يكون مقوداً أو مسوقاً وذلك ما أدى بطريق التسبب إلى جنائته، إذ لو لم يسق ويدفع إلى هذه الوجهة ما حدثت تلك الجنائية، غير أن الفقهاء قد اعتبروا أن ما يحدثه الحيوان من ضرر في بعض الظروف يعد من حالات المباشرة بالنسبة إلى صاحبه أو حارسه إذا كان راكباً إياه، فقد عدوا ما يحدث من فعل الحيوان في هذه الحال من قبيل الضرر المباشر الذي لا يشترط في الإلزام بالضمان فيه التعدي؛ ولذا كان الضمان في غير حال الركوب مشروطاً بالتقصير أو بالتعدي. أما في حال الركوب فلم يشترط فيه

(١) نيل الأوطار للشركاني ج ٥ ص ٢٧٦، والنورى على مسلم ج ١١ ص ٣٢٥، وعمدة القارى ج ٩ ص ١٠٢، والبدائع ج ٧ ص ٢٧٣، والإفصاح ٢٧٥، ٣٧٦.

ذلك فعلى الراكب ضمان ما يحدث سواء أكان ذلك في ملكه أم في ملك غيره، ولو كان الوجود فيه بإذنه أم حدث في طريق العامة وإن لم يتعد؛ ولهذا قال الكاساني: إن ركب الدابة يضمن ما تطؤه برجلها أو يدها ولو كان ذلك عن خطأ؛ لحصوله على سبيل المباشرة لأن ثقل الراكب على الدابة. والدابة آلة له فكان الإتلاف الحاصل بتلفها مضافاً إلى الراكب.

والراكب والرديف سواء، خلافاً للشافعية إذ لم يسووا بين الرديف والراكب.

وإنما يضاف الضرر إلى الراكب إذا لم يكن من غيره ما يحملها على العاو والجري كنخس أو ضرب.

ولا فرق في ضرر يمس الناس في أموالهم وأنفسهم غير أنه لا يعنينا في هذا المقام إلا ما يمس الناس في أموالهم. والمراد بالتعدي هنا مجاوزة الحق بحسب عرف الناس وعاداتهم مما يطلب الاقتصار عليه شرعاً. فإذا لم تحدث مجاوز فلا ضمان.

وعلى ذلك لا يضمن مالك الدابة ما تتلفه وهي في حظيرتها، إذ لا اعتداء في تركها في حظيرتها. وفعلها حيثئذ جبار. ومن ذلك ما لو وقفها أو تركها في موقف أعد لوقوف الدواب بإذن الإمام، أما لو وقفها في محل لم يعد لذلك كالطريق فعليه ضمان ما تتلفه؛ ولذا لو تصادمت دابتان في مكان أعد لوقوف الدواب فأتلفت إحداهما الأخرى فلا ضمان. كما لو كانتا في سوق الدواب المخصص لعرض الدواب وبيعها^(١). ومثال ما لو أتلفت شيئاً بسبب أن صاحبها وقفها في ملك غيره مع طول رسلها فتجول فتتلف شيئاً فإنه يضمن في هذه الحال ما أتلفته لوجود شرط الضمان بالتسبب وهو التعدي بربطها في غير ملكه.

وإذا اجتمعت المباشرة والتسبب قدمت المباشرة في إضافة التلف إليها وذلك كما لو ربط شخص بغيراً في قطار من الإبل دون علم من القائد فأتلف المربوط مالا بوطئه فالضمان على القائد لمباشرة التلف بالقود لاتصاله بالتلف، ولكن له الرجوع على الرباط، لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة^(٢).

(١) جامع الفصولين ج ٢ ص ٨٦ وما بعدها.

(٢) الهداية ج ٤ ص ١٤٨.

وقد جاء في جامع الفصولين لو قتل سنور حمامة فلا ضمان على صاحبه، لأنه ليس بمباشر ولا بمتسبب، وقيد الشافعية هذا بما إذا لم يكن السنور عادياً؛ لأن حياته تعد تسبباً في الإتلاف وتركه دون ربط يعد اعتداء مع العلم بحاله، وإذا جمحت به فرسه فلم يقدر على ردها فأتلفت مالا لم يضمن، ذهب إلى ذلك الحنفية، وعللوا ذلك بأنه في هذه الحال لا يعد مسيراً لها لعجزه عن ردها ووقفها. وهذا بخلاف ما إذا كان هو الذي دفع فرسه إلى ذلك أو قصد الإضرار بما لا فإنه يضمن كما أفاد ذلك صاحب جامع الفصولين^(١). وقد نصوا على أنه لو ضرب شخص دابة عليها راكب أو نخسها بدون إذن فنفتحت من فورها أو ضربت بيدها فأتلفت مالا فإنه يضمن تبعاً فعله هذا لا الراكب. وعلل السرخي ذلك بأن ضربه أو نخسه جناية فما تولد عنه كان مضموناً عليه وإنما كان ذلك جناية؛ لأنه صدر منه عن قصد ولم يحذر ما ينتجم عنه، وإذا كان الناخس لا يقصد حتماً إلى إتلاف مال وإنما كان يقصد الإسراع بالدابة. وهذا أمر مباح - ولكن تولد عنه مخطور عن قلة احتراز واحتراس حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبيت حال النخس فإنه يضمن ألا ترى أنهم نصوا على أن الراعي لو قاد الغنم قريباً من الزرع بحيث لو شاءت تناولت منه فأتلفت منه شيئاً ضمن الراعي ما أتلفه^(٢).

والراكب ضامن لما تظؤه الدابة بيدها ورجلها، أو تصدمه أو تكدمه بفمها أو تخبطه بيدها لإمكان الاحتراز عند الحنفية، ولكنه لا يضمن النفحة برجلها أو ذنبها وهي سائرة، لعدم إمكان الاحتراز عنه ومثله السائق والقائد، فما يضمن فيه الراكب يضمن فيه السائق والقائد وما لا فلا؛ لأنهما متسببان لمباشرتهما شرط التلف وهو تقرب الدابة إلى الجناية، وذهب داود إلى عدم الضمان في هذه الحال، وذهب الشافعي ومالك إلى الضمان مطلقاً بلا تفصيل بين أطراف الدابة وأعضائها وهي رواية عن أحمد. وقد تقدم ذكر ذلك فيما سبق.

ومن أحوال التقصير الموجب للتضمن ما نص عليه الحنفية من أنه لو رأى دابته تأكل حنطة غيره فلم يمنعها ففي ضمانه ما أكلت اختلاف المشايخ، والصحيح أنه يضمن^(٣).

(١) ج٢ ص ٨٥.

(٢) الهداية ج٦ ص ١١٨ وجامع الفصولين ج٢ ص ٨٦.

(٣) جامع الفصولين ج٢ ص ٨٧.

وإذا أرسل حيوانه فلم يقيده فأتلف مالا لم يضمن ما أصابه من فوره؛ لعدم تعديه في إرساله ولأنه لا يمكن متابعته وهذا إذا كان طيراً ومثله الكلب، أما لو كان دابة فإنه يضمن ما أصابته في فور إرسالها ساقها أم لا؛ لأنه متعد بإرسالها في الطريق ويمكنه اتباعها، وروى عن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله صيانة لأموال الناس^(١) وبه أخذ المشايخ وعليه الفتوى.

وإذا كان الحيوان خطراً كالكلب النطوح والكلب العقور والجمل العضوض فقد اختلفت أنظار الفقهاء في شرط تضمين ما يتلفه، فالحنفية لا يوجهون الضمان إلا عند التوجيه، أو إذا ما تقدم أحد إلى أصحابها طالباً دفع أذاها.

وسئل بعض المالكية عن النحل يتخذها الرجل وهي تضر بشجر الناس إذا أزهى فقال: أرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر الناس في زرعهم وشجرهم. وعن أشهب النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم، وإليه ذهب ابن القاسم^(٢).

وذهب الشافعية إلى التضمين مطلقاً في هذه المسائل، وهي رواية عن مالك؛ ولذا ضمنوا من أطلق كلباً عقوراً أو دابة ضارية على الناس في طرقاتهم، إذ يعد عدم حبسها تقصيراً يقتضى التضمين.

المسئول عن جناية الحيوان؛

والمسئول عن جناية الحيوان في الشريعة هو ذو اليد عليه المتسبب في الإتلاف مالكاً كان أم مستعيراً أم مستأجراً أم غاصباً، فقد ذكروا أن من ألقى حية في الطريق أو قشر فاكهة فتسبب عن ذلك تلف كان هو الضامن، وأنه إذا وجد دابة لغيره في زرعه فحمل عليها فأسرعت هاربة فأتلفت مالا ضمن ما أتلفته من مال إثر هربها، أما إذا أخرجها واقتصر على ذلك فأتلفت شيئاً لم يضمنه. ومثل ذلك ما لو أرسلها فمالت عن الوجهة التي وجهها إليها فأصابت بعد ذلك مالا فأتلفته لم يضمن عند الإمام خلافاً لمحمد، ولكن إذا كانت البهيمة في يد الراعي فأتلفت زرعاً وهي في يده ضمن هو دون المالك، وأنه إذا استعار شخص بهيمة فأتلف مالا وهي في يده ضمن ما أتلفته سواء

(١) المبسوط ج٧ ص ٢٧ ص ٢ ورد المختار ج٥ ص ٥٩٧ والهداية ج٤ ص ١٤٨.

(٢) التبصرة ج٢ ص ٢٥٣ والدر المختار ج٥ ص ٦٠١.

أكان ما أتلفته للملكها أو لغيره؛ لأن الضمان منوط باليد المتسبية، ويقول الثوري: إن الضمان يجب في مال الذي هو معها مالكاً أو مستأجراً أو مستعيراً أو غاصباً أو وديعاً أو وكيلاً أو غيرهم. ويقول الشرقاوي: إنه لا يتعلق برقبته بل بمال ذي اليد عليها^(١).

وإذا تعدد واضعو اليد على الحيوان كراكب ورفيد أو راكب وسائق أو راكب وقائد فالضمان عليهم متى كانوا مستوين في ذلك^(٢)؛ ذلك لأن كل واحد يضمن عند انفراده فإذا كان مع غيره يضمن معه.

ضمان ما تلف بسقوط المباني

لم تشرع الحقوق للإضرار بالناس وإنما شرعت لمصالح تتحقق بها أو تؤدى إليها؛ ولذا كانت لكل حق شرعيته ما دام غير مؤد إلى ضرر بغير صاحبه، فإذا أدى إلى ضرر أحد من الناس سلبت عنه شرعيته وأصبح التمسك به والتصرف بمقتضاه اعتداءً، وعلى هذا الأساس أسس ضمان ما يتلف بسبب سقوط المباني فليس من حق إنسان أن يقيم مبنى واهياً آيلاً للسقوط بسبب ميله إلى الطريق أو ميله إلى ملك لغيره فإن في سقوطه إضراراً بالمارة أو بالجار.

وإقامة بناء على هذا الوضع يعد اعتداء سواء أكان ذلك الميل فيه كله أم كان في جزء من أجزائه كالميازيب والأجنحة والشرفات وما يشبه ذلك مما لا يكون له حق إحداثه على الطريق إلا بإذن من ولي الأمر أو إحداثه على ملك لغيره إلا بإذن من المالك. وتتحقق المسؤولية في هذه الحال - حال الإنشاء - بمجرد السقوط وحدث التلف به دون حاجة إلى إعدار للمالك أو إسهاد عليه.

والمستول في هذه الحال مالك البناء وناظر الوقف إن كان البناء وقفاً وولي اليتيم إن كان ليتيم والقيم على ضعيف الأهلية إن كان لضعيف أهلية دون المستأجر والمستعير؛ لعدم ولايتهم في النقص والإزالة.

وفي حكم ما تقدم علو البناء بالنسبة إلى سفله إذا كان العلو للمالك والسفل لآخر.

(١) جامع الفصولين ج٢ ص ٨٦ والشرح الكبير ج٥ ص ٤٥٥ والنورى شرح مسلم ج١١ ص ٢٢٥ والشرقاوي على التحرير ج٢ ص ٤٥٩.

(٢) البدائع ج٧ ص ٢٨٠.

وقد نص الحنابلة على أنه لو بنى إنسان في ملكه حائطاً مائلاً إلى الطريق العام أو إلى ملك غيره فسقط على شيء فأتلفه ضمنه؛ لأنه متعد بذلك فالبناء في هواء الشارع أو في هواء ملك غيره أو في هواء مشترك يعد تعدياً ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك^(١).

وأما إذا أقيم البناء سليماً ثم طرأ عليه التصدع والخلل بعوامل طبيعية فأصبح معرضاً للسقوط في الطريق أو في منزل الجار فقد اختلفت أنظار الفقهاء، فمنهم من اشترط لتضمين صاحبه ما يتلف بسقوطه الإعذار إلى المالك والإشهاد عليه، وذلك ما روى عن شريح والنخعي والشعبي، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وهو المختار عند الحنابلة، فإذا أعذر صاحبه وطولب بالنقض أو الإصلاح وأشهد عليه فلم يفعل ثم سقط البناء فتلف بسقوطه مال لغير مالك البناء ألزم بضمانه.

ويجب أن يكون ذلك قبل سقوطه بمدة يقدر فيها على النقص أو الإصلاح ثم لم يفعل.

ويرى الحنفية أن الإشهاد إنما هو للاحتياط وإثبات الإعذار عند إنكاره وهذا استحسان أساسه ما قدمنا، والقياس عدم الضمان لسقوطه إذا ما سقط بغير صنع أحد. وبالقياس أخذ بعض الفقهاء ومنهم فريق من الحنابلة، لعدم التعدي في بنائه على هذا الوضع.

ويشترط أن يكون الإعذار بمن له حق ومصلحة في طلب النقص والإصلاح. فإذا كان ميل البناء إلى الطريق جاز الإعذار من كل مكلف له حق المرور في الطريق ولو ذمياً، وإذا كان إلى ملك الغير كان الإعذار من حق من مآل البناء إلى ملكه. ويجب كما قدمنا أن يكون قبل السقوط بمدة يستطاع فيها النقص أو الإصلاح، وأن يكون إلى من يملك النقص أو الإصلاح كالمالك وأبي الصغير والوصى على اليتيم وأحد الورثة في نصيبه، فإما إن كان لمن لا يمكنه النقص أو لا يمكنه النقص وحده يرفع الأمر إلى القاضي كالمرتهن والمستأجر والمستعير وساكن الدار. وتعتبر القدرة من وقت الإشهاد إلى وقت سقوط البناء، فلو زالت فيما بين ذلك بطل الإعذار - وإذا بنى الحائط مائلاً ابتداءً أو واهياً ضمن صاحبه ما يتلف بسقوطه من غير إعذار لتعديده بالبناء على هذا الوضع.

(١) البدائع ج ٢٨٣، والدر المختار ج ٥ ص ٥٩٨-٥٩٩، والبسوط ج ٢٧، ص ٩-١٢، والهداية ج ٤ ص ٤٤٤، والدر ج ٢ ص ١١١، وشرح التحرير لذكريا الأنصاري ج ٢ ص ٤٦٠، والمغنى ج ٩ ص ٥٧١.

وذهب الشافعي إلى عدم التضمن مطلقاً في الحالين؛ لأن الميل أو التصدع لم يحدث بفعل مالك البناء ولا بالقائم عليه.

وذهب بعض الحنابلة إلى التضمن مطلقاً وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحق، سواء حدث إعدار أم لا؛ لأن مالك البناء بتركه على هذه الحال التي أصبح فيها معرضاً للسقوط والإضرار بالناس؛ يعد متعدياً متسبباً في الضرر بتركه البناء على حاله^(١) والله الموفق للصواب.

(١) الزيلعي ج٦ ص ١٤٧ والمبسوط ج٢٧ ص ٩-١٣ والهداية ج٤ ص ٤٤٤ والدر المختار ج٥ ص ٥٨٩-٥٩١ والتحرير لذكريا الأنصاري ج٢ ص ٤٦٠ والمغنى ج٩ ص ٥٧١ وما بعدها. وتكملة البحر ج٨ ص ٤٠٣ والشرقاوى على التحرير ج٣ ص ٤٥٩ وكشاف القناع ج٢ ص ٣٦٩.