الغصب وأحكامه

دراسة فقهية مقارنة

دكتور
محمد عبد الستار الجبالى
أستاذ الفقه - كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر - القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين ، اللهم صلى على محمد وعلى آل محمد ، كما صـــليت على إبراهيم ، وبارك على محمد ، وعلى آل محمد كما باركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم . ،،،، وبعـــــد ،،،،

لمـــا كـــانت أحكام الشريعة متنوعة حتى تكفل تنظيم جميع الروابط الانســـانية ، وكان من أهم هذه الروابط المحافظة على الحقوق وصيانتها من كـــل أذى تطبيقا لمبدأ العدالة التى قامت عليه شريعة الاله ، وجعلتها القانون الأبدى الذى يحكم علاقات الناس الاجتماعية ، ويستهدفها الحكام والقضاه فى قضايا الفصل فى الخصومات ، لأن للنفوس والأموال حرمة عظيمة عند الله سبحانه والمال فى تقدير صاحبه قرين الروح .

لذلـــك أردت فى بحثى هذا أن أبين للقارئ الأحكام المتعلقة بالغصب ليتضـــح له الطـــريق المستقيم ولا يحيد عنه ويعلم حكم الله فى أمر من أهم الأمور .

وقد جعلته فى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : بيان ماهية الغصب وأدلة تحريمه .

الفصل الثانى : أركان الغصب وشروطه .

الفصل الثالث : أحكام الغصب .

((ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيئ لنا من أمرنا رشدا))

الفصل الأول

في

بيان ماهية الغصب وأدلة تحريمه

المبحث الأول :

بيان ماهية الغصب وثمرة الاختلاف بين الفقهاء

المبحث الثانى :

بيان أدلة التحريم

المبحث الأول

بيان ماهية الغصب وثمرة الاختلاف بين الفقهاء

المطلب الأول : بيان ماهية الغصب لغة واصطلاحا :

معنى الغصب فى اللغة :

العصب فى اللغة : *أخذ الشئ ظلما مالا كان أو غيره* [1]

وقيل غصبه يغصبه غصبا : أخذه قسرا وقهرا وقد يتعدى إلى مفعولين فيقال غصبته ماله وقد يزاد (من) فى المفعول الأول فيقال غصبت منه ماله [2]

ويقال : غصبت زوجة فلان وولده كما يطلق على حمل الانسان علي فعل ما لا يرضاه . يقال : غصبنى فلان على فعل كذا [3]

وقيل هو عبارة عن أخذ الشئ على وجه الغلبة والقهر سواء كان منقوما أو غيره . [4]

---

(1) التعريفات للجرجانى / السيد الشريف بن محمد ، ص ٧٠ ، ط طهران إيران

(2) لسان العرب جـ١ / ٦٤٨ ط دار صادر بيروت ، الصحاح للجوهرة جـ ١/ ١٩٤ ط دار الكتاب العربى

(3) تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن على الطورى جـ١٠٨/٨ ط المكتبة الماجدية - باكستان

(4) كشاف اصطلاحات الفنون جـ٥ / ١٠٨٩

والغضب مصدر ،والغاصب اسم فاعل جمعه غصاب وهى غاصبه[1] .وبابه ضرب تقول غصبه منه وغصبه عليه [2]

معناه فى الاصطلاح :

للغصـــب عند الفقهاء فى الجملة حقيقتان تختلفتان جذريا عند الحنفية وغيرهم .

وإليك آراء الفقهاء :

عند الحنفية : بالرجوع إلى كتب الحنفية نجد أن الكاسانى صاحب البدائع قد حكى الخلاف فى بيان ماهية الغصب بين الامامين أبى حنيفة وأبى يوسف من جهة والامام محمد من جهة أخرى حيث قال : قال أبو حنيفة وأبو يوســف ﷺ – هــو أزالــة يــد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالــبة بفعل فى المال ، وقال محمد رحمه الله الفعل فى المال ليس بشرط لكونه غصبا " [3]

وقــد عرف الغصب أيضا صاحب تكملة البحر الرائق بقوله : " هو إزالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة فى مال متقوم محترم قابل للنقل " [4]

---

(1) المعجم الوسيط جـ ٢/ ٦٦٠ ط مصر شركة مساهمة مصرية ١٩٦١

(2) مختار الصحاح ص ٤٧٥ ط الأميرية بالقاهرة ١٩٥٣

(3) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى جـ٧/ ١٤٣ ط ايچ اين سعيد كمبنى - كرتش - باكستان

(4) تكملة البحر الرائق شرح كتر الدقائق جـ ٨ / ١٠٨

ثـــم أخرج محترزاته بقوله : قوله " ازالة اليد المحقة " أخرج زوائد العصب فأنها غير مضمونة لأنه ليس فيها ازالة ، وكذا لو غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن لعدم الازالة . وقوله " فى مال " شمال المال المتقوم وغيـــر المتقوم . وبقوله " محترم " أخرج الخمر والخنزير إذا كان لمسلم فإنه غير متقوم وقوله " قابل للنقل " أخرج العقار .

ولا يخفى أن هذا التعريف غير جامع ولا مانع . أما كونه غير جامع فلأنـــه لا يشمل ما إذا قتل إنسان أنسانا فى معاركة وترك ماله ولم يأخذه فإنه يكون غاصبا إذا لم تزل يد المالك ولم تثبت يده .

ولأنه لا يشمل ما إذا غصبها من يد المستأجر أو المستعير أو المودع أو غصـــب مـــال الوقف مع أنه لم تزل المحقة . وأما كونه غير مانع فلأنه يصدق على السرقة .

ومن هنا لابد من زيادة قيدين آخرين على التعريف وهما :

أولا : " على سبيل المجاهزة " لاخراج السرقة التى تكون على سبيل الخفية ،

وثانيا : أو يقصر يده إن لم يكن فى يده .

وعـــلى ذلك فيصح الغصب على ما جاء فى المحيط البرهانى " أخذ مـــال متقوم محترم بغير اذن المالك على سبيل المجاهرة وعلى وجه يزيل يد المالك إن كان فى يده أو تقصير يده إن لم يكن فى يده " .

مآخذ على التعريف الأول للحنفية :

يرد على التعريف الأول الذى جاء فيه أن حد الغصب : هو ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة بفعل فى العين " ما يلى :

١- اشترط الفعل فى العين ليتحقق الغصب أمر لا حجة عليه لا شرعا ولا عرفا . أما الشرع فإنه لم يرد فى نصوصه ما يؤيد ذلك بل ربما يكون العكس هو الصحيح .

روى عطاء بن يسار عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال " إن أعظم الغلول عند الله أن يأخذ الرجل من أرض غيره إلى أرض نفسه " [١] حيث أطلق على الأرض حكم الغلول والغصب دون فعل فيها .

٢- إن قيد" على وجه يزيل يده الواردة فى التعريف على وجه يزيل يده الواردة فى التعريف : يمنع من ألحاق حكم الغصب على زوائد المغصوب ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما إذا غضب داية وتبعة أخرى أو ولدها . ومن ثم فلا ضمان بالهلاك بغير تعد لعدم إزالة يد المالك .

٣- إن غاصب الغاصب لم يزل يد المالك لأن يد المالك زالت بغير غصب الغاصب الأول وإزالة الزائل غير متصورة [٢]

---

[١] أخرجه الطبرانى فى المعجم الكبير جـ٣ / ٣٤٦٣ ط دار الراية للنشر والتوزيع

[٢] راجع العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى جـ٨/٢٤٤ ط أحياء التراث العربى بيروت ، تكملة البحر الرائق جـ٨ / ١٠٨

عنـد المالكيـة :

عرف صاحب الشرح الكبير الغصب بقوله " أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة " [1] .

شرح التعريف : قوله " أخذ مال " جنس يشمل الغصب وغيره كأخذ انسان ماله من مودع أو مدين أو غير ذلك ، وهو من اضافة المصدر لمفعوله ، والفاعل محذوف أى أخذ آدمى مالا .

وقوله " مال " يتبادر منه الذوات – أى الأعيان المادية ، فخرج به " التعدى " وهو الاستيلاء على المنفعة كسكنى الدار وركوب الدابة مثلا .

وقوله : قهرا "حال مقارنة لعاملها ، خرج به السرقة ونحوها . إذ لا قهـــر فيه ، حال الأخذ ، وإن أعقبها القهر بعدها ، كما خرج به المأخوذ قهرا بحق كالدين المأخوذ من مدين مماطل او من غاصب ، وأخذ الزكاة كرها من ممتـــنع عـــن أدائها ونحوه . ولما كانت هذه القيود تشمل الحرابة قال : " بلا حرابة " لاخراجها لأن حقيقتها غير حقيقة الغصب .

---

[1] الشرح الكبير .. لأبى البركات سيدى أحمد الدردير - هامش حاشية الدسوقى ، جـ٣/٤٤٢ ط دار أحياء لكتب العربية - عيسى الحلبى

بناء على هذا التعريف يتضح أن التعدى أعم من الغصب لأن التعدى يكـــون فى الأموال والفروج والنفوس والابدان والتعدى فى النفوس والابدان يدخـــل تحـــت باب الجنايات أو الدماء والقصاص ، فالغصب : هو أخذ ذات الشئ ، والتعدى : أخذ المنفعة .

هذا وقد حكى الدسوقى فى حاشيته وجوه التفرقة بين الغصب والتعدى بقوله : " واعلم ان التعدى والغصب يفترقان فى أمور منها :

أ) أن الفســـاد اليسير من الغاصب يوجب لربه أخذ قيمة المغصوب إن شاء والفساد اليسير من المتعدى ليس لربه إلا أخذ أرش النقص الحاصل به .

ب) ومنها أن المتعدى لا يضمن السماوى والغاصب يضمنه .

ج) ومنها أن المتعدى يضمن غلة ما عطل بخلاف الغاصب إنما يضمن غلة ما استعمل [1] .

هذا ومما يجدر ملاحظته بالنسبة لتحديد ماهية الغصب عند المالكية وإن كـــانوا يرون تحققه بأخذ المال إلا أن الأخذ الحسى بالفعل ليس بلازم بل متى حـــال الظـــالم بيـــن المال وربه ولو أبقاه بموضعه الذى وضعه فيه ربه كان غاصبا [2] .

---

[1] حاشية الدسوقى على الشرح الكبيرللعلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقى جـ٣ / ٤٥٩ ط دار إحياء الكتب العربية - عيسى الحلبى .

[2] المرجع السابق جـ ٣ / ٤٤٢

عند الشافعية :

عرفه صاحب مغنى المحتاج بقوله : " وشرعا الاستيلاء على حق الغير عدوانا " (١) أى على وجه التعدى - ويرجع فى الاستيلاء للعرف - ومن ثم فليس من الاستيلاء ما لو منع شخصا عن سقى زرعه أو شجره حتى تلف لأنه لم يوجد منه فعل بخلاف مالو أتلف داية فيها لبن فمات ولدها فإنه يضمن الولد للفعل الذى وجد منه وهو إتلاف غذائه .

وهذا التعريف يشمل أخذ الأموال المتقومة والمنافع وسائر الاختصاصات كحق التحجر - أى إحياء الأرض الموات بوضع الأحجار على حدودها - والأموال غير المتقومة كخمر الذمى ، وما ليس بمال كالكلب والسرجين وجلد الميتة .

هذا وقد عرفه الأردبيلى بقوله : " هو الاستيلاء على مال الغير بعدوان " (٢)

لكن هذا التعريف قد أخذ عليه أنه غير جامع حيث قال الخطيب الشربينى ولا يصح قول من قال على مال الغير ، لأنه يخرج المنافع والكلب والسرجين وجلد الميتة وخمر الذمى وسائر الاختصاصات كحق التحجر " (٣)

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المناهج للشيخ محمد الشربينى الخطيب جـ٢/٢٧٥ طمصطفى البابى الحلبى .

(٢) الأنوار لاعمال الأبرار : للشيخ جمال الدين يوسف الأردبيلى جـ١ / ٣٥٣ ط مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية بمصر

(٣) مغنى المحتاج جـ ٢ / ٢٧٥

عند الحنابلة :

عرفه صاحب كشاف القناع بقوله : " وشرعا استيلاء غير حربى عرفا على حق غيره ، قهرا بغير حق " [1]

وقد أفاد التعريف عدة أمور منها :

أ) أن الغصب لا يحصل بغير الاستيلاء .

ب) أن استيلاء الحربى على مالنا ليس غصبا لأنه يملكه بذلك .

ج) أن السرقة والنهب والاختلاس ليست غصبا لعدم القهر فيها .

د) أن استيلاء الولى على مال موليه ليس غصبا لأنه بحق .

هـ) هذا التعريق يشمل أخذ الأموال المتقومة والمنافع وسائر الاختصاصات كحق التحجر – أى احياء الموات بوضع الأحجار على حدودها – والأموال غير المتقومة كخمر الذمى ، وما ليس بمال كالكلب والسرجين وجلد الميتة .

واعترض عليه بأن كلمة " قهرا " الواردة فى التعريف زيادة فى الحد . لأن الاستيلاء يدل عليه .

---

[1] كشاف القناع عن متن الاقتناع " للشيخ منصور بن يوسف أدريس البهوتى جـ٧٦/٤ ط دار الفكر للنشر

عند الظاهرية :

عرفه ابن حزم بقوله : " هو أخذ الشئ بغير حقه ظلما " [1] .

ويبدو أن هذا التعريف أقرب ما يكون فى مضمونه من مذهب الجمهور من غير الحنفية .

عند الزيدية :

عرفه ابن المرتضى بقوله : " هو الاستيلاء على مال الغير عدوانا وإن لم ينو فى الأصح " [2]

ويعد هذه هى تعريفات الفقهاء للغصب ، والمتأمل فيها يجد أنهم فى تحديد ضابط الغصب على اتجاهين :

الأول : ويذهب من قال به وهو أبو حنيفة وأبو يوسف – إلى أن حد الغصب هو ازالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة ، يفعل فى المال أى أن الغصب لا يتحقق إلا بأمرين هما :

أ) إثبات يد الغاصب – وهو أخذ المال .

ب) إزالة يد المالك – أى بالنقل والتحويل .

---

(1) المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم جـ١٤٤/٨ ط دار الآفاق الجديدة - بيروت

(2) البحر الزخار لأحمد بن المرتضى جـ ١٧٣/٥ ط مؤسسة الرسالة بيروت

الثانى : وبـــه قـــال جمهور الفقهاء حد الغصب : " هو الاستيلاء على مال الغيـــر عدوانا قهرا " أى اثبات اليد على مال الغير بغير إذنه دون اشتراط إزالة يد المالك وليس المقصود من الاستيلاء أو أخذ مال الغيـــر هو الأخذ أو الاستيلاء الفعلى الحسى ، وإنما يكفى الحيلولة بين المال وصاحبه ، ولو أبقاه بموضعه الذى وضعه فيه .

المطلب الثانى : *ثمرة الاختلاف بين الفقهاء* :

ترتب على هذين الاتجاهين السابق ذكرهما فى تحديد ماهية الغصب اخـــتلاف الفقهـــاء حـــول بعـــض المسائل وأشهرها غصب العقار ، وزوائد المغصوب .

وسأفرد لكل واحدة من هذه المسائل فرعا أتناولها فيه بايجاز :

الفرع الأول : غصب العقار :

بدايـــة اتفق الفقهاء على ضمان المنقول ضمان يد أو حيازة بالتعدى عليه بالنقل والتحويل ، أما العقار فقد ثار الخلاف فى شأن ضمانه باليد ، وهل وضع اليد أو ازعاج المالك عنه يعتبر غصبا موجبا للضمان أم لا ؟

وهنا نجد الفقهاء على رأيين :

الرأى الأول :

ويمثله أبو حنيفة وأبو يوسف [1] وهو أحد الآراء عند الحنابلة والزيدية حيث ذهبوا إلى القول بعدم صحة غصب العقار لعدم تصوره فيه لكن إذا أتلفه الغاصب ضمنه بالاتلاف وتعليل ذلك أنه لم يتحقق معنى الغصب وهو ازالة يد المالك عن ماله بفعل فى المال ولأن العقار ما زال موجودا فى محله بلا نقل وتحويل ، وإبعاد المالك عن عقاره فعل فى المالك لا فى العقار

---

[1] قال الكاسانى فى بدائع جـ ١٤٥/٧ وعلى هذا يخرج ما إذا غصب دارا أو عقارا فانهدم شئ من البناء أو جاء سيل فذهب بالبناء والأشجار أو غلب الماء على الأرض فبقيت تحت الماء إنه لا ضمان عليه فى قول أبة حنيفة رضى الله عنه وأبى يوسف الآخر وعند محمد وهو قول أبى يوسف الأول يضمن .

وأما محمد فقد مر على أصله فى تجديد الغصب أنه ازالة يد المالك عن ماله والفعل فى المال ليس بشرط وقد وجد تفويت يد المالك عن العقار لأن ذلك عبارة عن اخراج المال من أن يكون منتفعا به فى حق المالك أو اعجاز المالك عن الانتفاع به ، وهذا كما يوجد فى المنقول يوجد فى العقار فيتحقق الغصب .

وأما أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله - فمر على أصلهما أن الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل فى المال ولم يوجد فى العقار ، والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب ، فإن أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل فى الضمان يستدعى وجود مثله منه فى المغصوب ليكون اعتداء بالمثل . وعلى أنهما أن سلما تحقق الغصب فى العقار فالأصل فى الغصب أن لا يكون سببا بوجوب الضمان ، لأن أهذ الضمان من الغاصب اتلاف ماله عليه ألا نرى أنه نزول يده وملكه عن الضمان فيستدعى وجود الاتلاف منه أما حقيقة أو تقديرا لأن الله سبحانه وتعالى لم يشرع الاعتداء إلا بالمثل قال الله سبحانه وتعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ... " ولم يوجد ههنا الاتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديرا ، أما الحقيقة فظاهره ، وأما التقدير فلأن ذلك بالنقل والتحويل والتغيب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه ، ولهذا لو حسن رجلا حق صاعب مواشيه وقيد روعة لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل ، فلم يوجد الاتلاف حقيقة ، تقدير فينتفى الضمان لضرورة النص .

وهذا المعنى لا يوجب الضمان ، كما لو حال شخص بين المالك وبين متاعه او ماشيته ، فتلف ذلك فلا ضمان لأن الحيلولة ليست من أسباب أو مصادر الضمان .

الرأى الثانى :

ويمثله جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية ، وهو راى محمد من الحنفية والقول الثانى لأبى يوسف حيث ذهب الجميع إلى القول بصحة غصب العقار لتصور الغصب فيه ، ولأنه بناء على أصلهم يمكن أثبات اليد عليه أو ازعاج المالك عنه وهذا يكفى لتحقق الغصب الموجب للضمان .

وتأسيسا على ذلك يجب الضمان على غاصب العقار لوجود الانتفاع به على وجه التعدى ، وهى الغاية المطلوبة من الاستيلاء ، والتعدى كما هو معلوم أحد أركان الضمان .

ولأن معنى الغصب عند أصحاب هذا الرأى لا يخرج عن كونه استيلاء على حق الغير عدوانا أو ازالة يد المالك عن ماله بدون إذنه ، وهذا المعنى متحقق فى غصب العقار .

ولأن مـــا ضمن فى البيع وجب ضمانه فى الغصب كالمنقول ، ولأنه يمكـــن الاستيلاء على الشئ بأن يحول بينه وبين مالكه ، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها ، فأشبه ذلك ما لو أخذ الدابة والمتاع ، والحيلولة أو الأخذ عدوانا موجب للضمان [1] .

ويرجح هذا الرأى فى تقديرنا قوله ﷺ " من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه الله يوم القيامة من سبع آرضين " وفى لفظ " من غصب شبرا من الأرض " .

قال الصنعانى فى سبل السلام " وفيه دلالة على أن الأرض تصير مغصوبة بالاستيلاء [2] .

---

[1] جاء فى بداية المجتهد لأبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد جـ٣١١/١٢ ط مصطفى الحلبى (وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بأمر السماء ... وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ويحول مثل العقار فقال الجمهور أنها تضمن بالغصب ...)

وللشافعية : جاء فى مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للشيخ / محمد الشربينى الخطيب جـ ٢٧٦/٢ ط مصطلى الحلبى ولو دخل داره - أى دار غيره - وأزعجه عنها - أى أخرجه منها - أو أزعجه وقهره على الدار بما يصير به قابضا فى بيعها وهو التسلط على التصرف ولم يدخلها فغاصب "

وللحنابلة جاء فى المغنى لابن قدامه - أبى محمد عبد الله بم أحمد بن محمد بن قدامة المقدس جـ٢٤١/٥ ط مكتبة الرياض " يتصور غصب العقار من الاراضى والدور ويجب ضمانها على غاصبا " .

وللظاهرية جاء فى المحلى جـ ١٤٤/٨ " ومن غصب أرضا فزرعها أو لم يزرعها فعليه ردها وما نقص منها " وللزيدية جاء فى البحر الزخار جـ ١٧٦/٥ " بل يضمن غير المنقول بالغصب لقوله ﷺ " من غصب شبرا من الأرض "

[2] سبل السلام لمحمد بن اسماعيل الكحلانى ثم الصنعانى جـ٧٠/٣ط مصطفى الحلبى

وجاء فى حديث آخر " من غصب أرضا بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر" [1] .

وهكذا نجد أن هذه الأحاديث وما فى معناها كلها تؤكد أن الأرض تؤخذ وليس الأخذ إلا الاستيلاء عليها .

ويتضح أثر الخلاف المتقدم فيما إذا غصب إنسان دارا أو عقارا فانهدم شئ من البناء ، أو جاء سيل ، فذهب البناء والأشجار ، أو غلب المال على الأرض ، فبقيت مغطاه بالماء ، فلا ضمان على الغاصب عند أبى حنيفة وأبى المختار يوسف وأما عند الجمهور من الفقهاء فعليه الضمان وهذا هو الرأى المختار ، وإلا فما هو وجه استثناء عقار الوقف وعقار اليتيم والمعد للاستغلال من غصب العقار ، فإذت كان العقار لا يغصب فهو لا يغصب مطلقا واستثناء الموارد المذكورة بلا دليل شرعى مشعر بتزحزح أصحاب هذا الرأى .

الفرع الثانى : زوائد المغصوب :

اختلف الفقهاء أيضا فى ضمان نماء أو غلة أو زوائد المغصوب بناء على اختلافهم فى تكييف ماهية الغصب ، وانتهت كلمتهم على رأيين :

---

[1] أخرجه مسلم أبى الحسين مسلم بن الحجاج الشيرى جـ٥/٥٨ط محمد عيد بالأزهر ، والبيهقى أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى جـ٦/٩٨ ط دار صادر بيروت

الرأى الأول :

عدم ضمان الزوائد إذ هى أمانة بيد الغاصب تضمن بالتعدى شأنها شأن سائر الامانات وقد ذهب إلى هذا الرأى أبو حنيفة وأبو يوسف وبعض فقهاء الزيدية [1] .

الرأى الثانى :

ضمان زوائد المغصوب إذ حد الغصب أو تكييفه إنما هو اثبات اليد المبطلة وهذا متحقق فى الزوائد . وقد ذهب إلى هذا أكثر الفقهاء منهم الشافعية والحنابلة والمالكية والظاهرية [2]

وليس هذا على اطلاقه بل إن المالكية فرقوا بين الزيادة المتصلة والزيادة المنفصلة فرأوا الضمان فى الثانية دون الأولى .

الأدلـــة :

استدل اصحاب الراى الأول بدليل من المعقول حيث قالوا : " ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب " [3] .

---

[1] قال الكاسانى فى بدائعه جـ١٤٣/٧ " وعلى هذا الأصل يخرج زوائد الغصب أنها ليست بمضمونه سواء كانت منفعة كالولد واللبن والثمرة أو منفصلة كالسمن والجمال .. وجاء فى البحر الزخار جـ ٥/ ١٧٧ " فأما فوائده الأصلية فأمانة إلا ما نقله لنفسه أو جنى عليه او لم يرد مع الامكان إذ لا تعدى حينئذ

[2] مغنى المحتاج جـ٢٩١/٢ كشاف القناع جـ ٨٧/٤ القوانين لأبى عبد الله محمد بن أحمد ابن جزى ص ٣٢٤ ط دار الكتاب العربى - بيروت

[3] الهداية شرح بداية المبتدى للهرغينانى هامش فتح القدير جـ ٨/ ٢٧٥ دار أحياء التراث العربى - بيروت

فإن تعدى الغاصب على الزيادة بأن أتلفها أو أكلها أو باعها أو طلبها مالكها فمنعها عنه ضمنها ، لأنه بالتعدى أو المنع صار غاصبا .

واستدل أصحاب الراى الثانى لصحة قولهم بضمان زوائد المغصوب على الغاصب سواء كانت متصلة كالسمن ونحوه أو منفصلة كثمرة الشجرة وولد الحيوان بالمعقول أيضا حيث قال ابن قدامه [1] : " ولنا أن مال المغصوب منه حصل فى يده بالغصب فيضمنه بالتلف كالأصل .

ولأن الزيادة الحاصلة فى المغصوب إنما هى نماء ملك المالك والحال أنه لم يحدث أى سبب ناقل لملكيتها عنه ، ولما كان الغاصب لا يزال يضع يده العادية على الأصل وهى يد ضمان فيده على الفرع يد ضمان أيضا [2] .

---

[1] المغنى لابن قدامه جـ ٥/ ٢٦٠ ط مكتبة الرياض

[2] جاء فى الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشيخ / محمد الشربينى الخطيب جـ١٤٤/٣ ط دار المعرفة " وزوائد المغصوب المتصلة كالسمن والمنفصلة كالولد مضمونه على الغاصب كالأصل وإن لم يطلبها المالك بالرد " .
ويقول ابن قدامه فى المغنى جـ٢٦٠/٥ " زوائد الغصب فى يد الغاصب مضمونه ضمان الغصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها وثمر الشجر وولد الحيوان متى تلف شئ منه فى يد الغاصب ضمنه سواء تلف منفردا أو تلف مع أصله .
ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد جـ٣١٥/٢ " وأما حكم غلته ، فاختلف فى ذلك فى المذهب على قولين : أحدهما - أن حكم الغلة حكم الشئ المغصوب ، والثانى - أن حكمها بخلاف الشئ المغصوب " .
ويقول ابم حزم : " فمن غصب شيئا بغير حق ففرض عليه أن يرده وأن يرد كل ما اغتل منه وكل ما تولد منه ، فيرد كل ما اغتل من الشجر ومن الماشية من لبن أو صوف أو نتاج ومن العقار الكراء " المحلى جـ١٣٥/٨

الـــرأى المختـــار :

بعد عرض أقوال الفقهاء حول هذا الموضوع فإن الرأى المختار والأقرب إلى القبول هو ما قال به الجمهور من الفقهاء وذلك لقوة دليل هذا المذهب ولما فيه من المصلحة الظاهرة للعباد ، وفضلا عن هذا فإن هذا الاجراء " أى تضمين الغاصب الزيادة " . يعتبر بمثابة ردع للغاصب من التمادى فى الغصب والاستمرار فيه لأنه حينئذ سيكون مسئولا قبل المالك عن أى شئ يطرأ على هذه الزيادة إضافة إلى حرمان المالك من استغلالها لصالحه مما يترتب عليه أضرار بملك المالك وهو اثراء غير مشروع .

المبحث الثانى

بيان أدلة تحريم الغصب

الغصب :

وهو الاستيلاء على مال الغير بغير حق ، حرام ويأثم مرتكبه ويؤاخذ إذا فعله عن علم لأنه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذة . وقد ثبت تحريمه بالكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى :

أ) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً﴾[1]

ففى هذه الآية الكريمة دلالة واضحة على حرمة الغصب لما فيه من أكل لمال الغير بدون إذن وتصرف بما لم تبحه الشريعة .

يقول صاحب تفسير المنار معلقا على هذه الآية " أما الباطل فقد قلنا أنه ما لم يكن فى مقابلة شئ حقيقى ، وهو من البطل والبطلان – أى الضياع والخسارة ، فقد حرمت الشريعة أخذ المال بدون مقابلة حقيقية يعتد بها ورضى من يؤخذ منه ، فيدخل فى الباطل الغصب والخداع والربا " [2] .

---

[1] سورة النساء آية ٢٩

[2] تفسير المنار للشيخ / محمد رشيد رضا جـ ٥/٤٥ ط دار المنار بمصر

وجاء فى فتح البيان : " والحاصل أن ما لم يبح الشرع أخذه من مالكه فهو مأكول بالباطل ، وإن طابت به نفس مالكه ... والأكل بطريقة التعدى والنهب والغصب " [1]

ب) وقوله تعالى : ﴿ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْأِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [2] .

وجه الدلالة من الآية الكريمة : أن الله تعالى نهى عن أكل اموال الناس بالباطل وهذا متحقق فى الغصب .

جـ) وقوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[3] قال ابن قدامه : والسرقة نوع من الغصب [4] .

وأما السنة : فمنها ما روى عن بكرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : فى خطبته يوم النحر بمنى : " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا " [5] .

---

[1] فتح البيان فى مقاصد القرآن - صديق حسن خان جـ١/٣٠٤ط ١
[2] سورة البقرة آية ١٨٨
[3] سورة المائدة آية ٣٨
[4] المغنى جـ٥/٢٣٨
[5] ذكره الصنعانى فى سبل السلام جـ٣/٧٣

ومنها ما روى عن سعيد بن زيد أن رسول الله ﷺ قال " من اقتطع شبرا من الأرض ظلما طوقه الله يوم القيامة إياه من سبع أرضين " [1] .

ومنها ما روى عنه ﷺ أنه قال " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " [2] .

ومنها ما روى عن عروة بن الزبير رضى الله عنه قال : قال جل من أصحاب رسول الله ﷺ : إن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فى ارض غرس أحدهما فيها نخلا والأرض للآخر فقضى رسول الله ﷺ بالأرض لصاحبها ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله فقال : ليس لعرق ظالم " [3] .

عن طريق تلك الأحاديث فقد نهى ﷺ عن آكل أموال الناس بالباطل نصا أو دلالة ، والنهى يقتضى التحريم . حيث أنه حقيقة فى التحريم إذ لم يصرفه عن ذلك صارف .

وأما الاجماع : فقد حكاه الفقهاء على النحو التالى :

قال ابن قدامه فى المغنى [4] : وأجمع المسلمون على تحريم الغصب فى الجملة ، وإنما اختلفوا فى فروع منه " .

---

[1] اخرجه مسلم فى صحيحه جـ٥٨/٥ ط حمد عيد بالازهر ، والبيهقى فى سننه جـ ٩٨/٦ دار صادر بيروت

[2] اخرجه البيهقى جـ ٩٧/٦ وذكره الشوكانى فى نيل الأوطار جـ ٣٥٥/٥ ط مصطفى البابى الحلبى

[3] ذكره الصنعانى فى سبل الاسلام جـ٧٢/٣ ، وأخرجه أبو داود فى السنن جـ ٥٩٤/٢ ط مكتب التربية العربى .

[4] جـ ٢٣٨/٥

وقال الرملى فى نهاية المحتاج [1] : والأصل فى الباب الكتاب والسنة وإجماع الأمة " .

وقال صاحب التاج : " والغصب مجمع على تحريمه والأصل فيه قبل الاجماع آيات كقوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ... " [2] .

مما تقدم يتضح إجماع المسلمين على تحريم الغصب وأنه معصية كبيرة وإن لم يبلغ المغصوب نصاب السرقة .

وهكذا تكتمل الأسس التى استندنا إليها فى القول بتحريم الغصب وفلسفة تحريمه مما لا يترك مجالا لمستريب . وما نستطيع على ضوئه أن نبنى الكثير من الأحكام الفقهية المتعلقة بالموضوع .

---

[1] نهاية المحتاج للشيخ محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة الشهير بالشافعى الصغير جـ٥/ ١٤٤ ط المكتبة الاسلامية للحاج رياض

[2] التاج المذهب لأحكام المذهب للقاضى أحمد بن قاسم العنسى جـ٣/٣٤٣ ط ١ دار أحياء الكتب العربية

الفصل الثانى

في

أركان الغصب وشروطه

المبحث الأول :

أركان الغصب

المبحث الثانى :

شروط الغصب

المبحث الأول

أركان الغصب

لا يتحقق الغصب ولا ينتج أثره من الضمان وغيره إلا بوجود ركنين أساسيين هما : أ) الاعتداء ، ب) القصد .

الركن الأول :

هو الاعتداء أو التعدى ومعناه لغة : تجاوز الحد ، ويردا به عند الفقهاء معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق ، وضابطه : هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد . فمعيار التعدى عند الشرعيين هو مادى موضوعى لا ذاتى .

ويفهم من كلمة التعدى أنه عمل غير مباح ولا مأذون به شرعا من قبل الشارع أو من قبل صاحب الحق ومن ثم فلو دخل الرجل أرض انسان أو داره باذنه فلا ضمان عليه وقد سبق أن حكيت الخلاف بين الفقهاء فى تحديد ماهية الغصب وبينت أنهم قد أنتهوا إلى رأيين : رأى يقول بأنه ازالة يد المالك مع اثبات اليد المبطلة ، والثانى : يقول بأنه اثبات اليد المبطلة على العين .

الرأى الأول :

أما الرأى الأول القائل بالتحديد وهذا هو رأى إمام الحنفية وأبى يوسف وبعض فقهاء الزيدية . يرى أن ركن الغصب الأول وهو الاعتداء لا يتحقق إلا بازالة يد المالك واثبات اليد المبطلة [1] .

وإليك نصوص أصحاب هذا الرأى المؤيدة لما ذهبوا إليه .

جاء فى فتح القدير : " ... حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس – لأنه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه ، ومن ضرورته إزالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لأن البسط فعل المالك وقد بقى أثر فعله فى الاستعمال وما بقى أثر فعله تلقى يده فلم يوجد إزالة يد المالك فلم يتحقق الغصب " [2] .

وجاء فى الاختيار : " لو منع رجل من دخول داره أو لم يمكنه من أخذ ماله لا يكون غاصبا ولو منع المالك عن المواشى حتى ضاعت لا يضمن ، ولو نقلها عن موضعها يصير غاصبا " [3] .

---

[1] تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة / محمد بن على الطورى جـ ٨/ ١٠٨ ط المكتبة الماجدية - باكستان

[2] جـ ٢٤٥/٨

[3] الاختيار لتعليل المختار / لعبد الله بن محمود بم مودود الموصلى الحنفى جـ٥٨/٣ ط ٢ عام ١٩٥١م

وجاء في البحر الزخار : " ووضع اليد على المنقول وركوبه والجلوس عليه غصب للاستيلاء أما الهادى وأبو طالب فقالا : النقل شرط وإمساك المالك حتى أخذ متاعه لا يوجب الضمان " [1] .

وهكذا يتضح من تلك النصوص حقيقة ما قررناه من أن ركن الغصب الأول لا يتم ولا يتحقق إلا بازالة يد المالك وإثبات يد الغاصب ، وأن الازالة فقط لا تكفى لتحققه .

الـرأى الثانـــى :

أما أصحاب الرأى الثانى الذين ذهبوا إلى تكييف معنى الغصب بأنه إثبات اليد المبطلة على العين ، فإنهم لم يخرجوا بتكييف الركن الأول للغصب عن هذا المعنى ، ومن ثم فيكفى عندهم لتحقق هذا الركن مجرد إثبات اليد على العين ، سواء حصل إزالة يد المالك عن العين أو لم يحصل . وهذا الاتجاه قال به الجمهور من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية [2] .

وإليك جانبا من عبارات الفقهاء المؤيدة لهذا الاتجاه :

---

[1] جـ ٥/ ١٧٧

[2] راجع للمالكية : الخرشى على مختصر سيدى خليل لأبى عبد الله محمد بن عبد الخرشى جـ ١٣٠/٥ ط دار الفكر ، وللشافعية : نهاية المحتاج جـ ١٤٤/٥ ، وللحنابلة : كشاف القناع جـ ٧٧/٤، وللزيدية : البحر الزخار جـ ١٧٧/٥ ، وللظاهرية : المحلى جـ ١٤٤/٨

يقول الشيخ العدوى [1] : " المراد بالاستيلاء مجرد حصول الشئ أو الحيلولة بين رب الشئ وبينه وليس المراد به وضعه فى داره أو حانوته أو اخفائه عن ربه " .

ويقول الدسوقى فى حاشيته : " ليس الأخذ الحسى بالفعل لازما بل متى حال الظالم بين المال وربه ولو أبقاه بموضعه الذى وضعه فيه ربه كان غاصبا " [2] .

ويقول الخطيب الشربينى : " فلو ركب دابة أو جلس على فراش لغيره فغاصب وإن لم ينقل ذلك ولم يقصد الاستيلاء لحصول الغاية المطلوبة من الاستيلاء وهى الانتفاع على وجه التعدى " [3] .

ويقول الغزالى : " الدابة يكفى فيها الركوب ، وفى الفراش الجلوس عليه فهو غاية الاستيلاء " [4] .

ويقول صاحب كشاف القناع : " لا يشترط لتحقق الغصب نقل العين فيكفى مجرد الاستيلاء فإذا ركب دابة واقفة لانسان وليس هو عندها صار غاصبا " [5] .

---

[1] حاشية العدوى هامش الخرشى جـ ١٣٠/٥ ط دار الفكر
[2] جـ ٤٤٢/٣
[3] مغنى المحتاج جـ ٢٧٥/٢
[4] الوجيز لأبى جامد الغزالى جـ ٢٠٦/١ ط الآداب بمصر
[5] جـ ٧٧/٤

ويقول صاحب البحر الزخار : " ووضع اليد على المنقول الذى لا يد عليه كالصرة وركوبه والجلوس عليه غصب للاستيلاء " [1] .

وللظاهرية قال ابن حزم : " ... فصح أن الأرض تؤخذ بغير حق فصح أنها تغصب " [2] ولا معنى لغصب الأرض إلا الاستيلاء عليها .

وهكذا يتضح جليا من تلك النصوص ما سبق أن قررناه لأصحاب هذا الاتجاه من أن ركن الغصب الأول يكفى لتحققه مجرد الاستيلاء على حق الغير ، ولا يتوقف على ازالة يد للمالك كانت متحققة قبله .

الركـن الثانـــى :

القصـــد :

يشترط فى الغصب الموجب للضمان أن يتوافر لدى الجانى نية العمد أو القصد الجنائى ويعتبر القصد الجنائى متوفرا إذا ارتكب الجانى الفعل وهو عالم بحرمته .

وإن من يتدبر أقوال الفقهاء عند تعرضهم لبيان ماهية الغصب يدرك أنهم قد ركزوا على هذا الركن بحيث لا تكاد تخلو عبارة من عباراتهم من ذكره إما نصا أو اشارة .

---

[1] جـ ١٧٧/٥

[2] المحل جـ ٤٤/٨

وحتى نتأكد من صحة ذلك نورد ما ذكره فقهاء كل مذهب بهذا الخصوص .

ففى المذهب الحنفى : يعبر الكاسانى عن هذا الركن بقوله : " ... على سبيل المجاهرة والمغالبة " [1] .

وفى المذهب المالكى يقول الدسوقى معبرا عنه : " أخذ مال قهرا تعديا " [2] .

وفى المذهب الشافعى يقول الخطيب الشربينى معبرا عنه : "الاستيلاء على حق الغير عدوانا " [3] .

وفى المذهب الحنبلى يقول البهوتى : " استيلاء على حق غيره قهرا بغير حق " [4]

وفى المذهب الزيدى يقول المرتضى : " هو الاستيلاء على مال الغير عدوانا " [5] .

وهكذا عرفنا أن الفقهاء قد اتفقوا على أن للغصب ركنين أولهما :

---

[1] بدائع جـ ١٤٣/٧
[2] حاشية الدسوقى جـ ٣٤٢/٣
[3] مغنى المحتاج جـ ٢٧٥/٢
[4] كشاف القناع جـ ٧٦/٤
[5] البحر الزخار جـ ١٧٣/٥

١- اثبات اليد " أو الاستيلاء " .

٢- قصد العدوان .

وعلى ذلك فإن الغصب بمفهومه الشرعى لا يتحقق وبالتالى لا ينتج أثره من الضمان وغيره إلا بتوافر كلا الركنين بحيث لو أن أحدا وضع يده على ملك غيره واستولى عليه من غير تعد لا يعد غاصبا بل قد يكون وصيا أو قيما إلى غير ذلك ، وكذا لو أن أحدا قصد العدوان وأبدى ما يدل عليه إلا أنه لم يضع يدع ولم يستول على ملك الغير فلا يعتبر غاصبا أيضا .

المبحث الثانى

شروط الغصب

تمهيد

للشريعة الاسلامية نظرة دينية معروفة إلى المعاملات المدنية التى تتخذ منها مؤيدا لاحترام أحكامها العامة ، وضامنا لتنفيذ سياستها التشريعية فى الاصلاح والمحافظة على مصالح الناس ،ومن خلال تلك النظرة وبراعمها المتفتحة ، نجد عناية خاصة بناحية واقعية فى الحياة العملية ، هى مسألة غصب الاعيان وما يترتب عليها من أثر شرعى .

ونعنى بشروط الغصب المواصفات التى يجب تواجدها فى العين ليتحقق بالاستيلاء عليها عدوانا الغصب ويترتب أثره الشرعى ، حتى إذا فقدت تلك المواصفات أو فقد بعضها لم يترتب هذا الاثر .

والذى نستظهره من تحديد ماهية الغصب عند الفقهاء ، أن العين أو المحل الذى يتحقق فيه الغصب يشترط فيه أن يكون مالا ، وأن يكون المال منقوما ،وأن يكون محترما ، وهذه الشروط الثلاثة معتبرة عند جمهور الفقهاء وتكفى لتحقق الغصب ، ولكن أبا حنيفة ومن تابعه أضاف شرطا آخر ، وهو أن يكون المحل قابلا للنقل ، وإلا فأن الاستيلاء عليه عدوانا ليس غصبا بمعناه الشرعى الاصطلاحى ، وقد نقلنا قوله ومن تابعه عند استعراضنا تعريفاتهم ونتناول هذه الشروط واحدا واحدا لنتأكد من اعتبارها واشتراطها عند الفقهاء .

الشرط الأول :

الماليـــة :

اشترط الفقهاء لتحقق الغصب الموجب للضمان أن يكون قد وقع على مال الغير ، ومن ثم فلا غصب إذا ما وقع الاستيلاء على ميتة أو دم أو تراب ونحو ذلك مما ليس بمال عرفا وشرعا .

هذا وقد اختلفت كلمة الفقهاء فى تحديد ماهية المال على النحو التالى:

أولا : *بيـان معنـاه فـى اللغـة* :

المال فى اللغة كل ما يقتنى ويحوزه الانسان بالفعل سواء أكان عينا أم منفعة ، كذهب أو فضة أو حيوان أو نبات ، أو منافع الشئ كالركوب واللبس والسكنى أما ما لا يحوزه الانسان فلا يسمى مالا فى اللغة كالطير فى الهواء والسمك فى المال والاشجار فى الغابات والمعادن فى باطن الأرض [1] .

ثانيا : *فـى اصطلاح الفقهـاء* :

عرف المتقدمون من فقهاء المذهب الحنفى المال بتعريفات كثيرة وهى وإن اختلفت فى ألفاظها إلا أنها تتفق فى معناها ومرماها .

واوضحها تعريفه : بأنه عين يجرى فيه التنافس والابتذال [2] أى بذل العوض .

---

[1] القاموس المحيط جـ٤ باب اللام فصل الميم

[2] راجع البحر الرائق لزين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم جـ٥/٢٥٦ ط المكتبة الماجدية

مالية الاشياء : لا يعتبر الشئ مالا وفقا للاصلاح الحنفى إلا إذا توافر فيه عنصران .

العنصر الاول (العينية) :

أى أن يكون الشئ ماديا له وجود خارجى ، ذلك أن العين يراد منها الشئ المادى الذى له مادة وجرم ويتأتى إحرازه وحيازته .

وعلى ذلك فما ليس له مادة وجرم فى العالم الخارجى كمنافع الأعيان مثل سكنى الدار وركوب السيارة لا يعتبر مالا ، لأن المنافع فوائد وليس لها جرم ولا يمكن حيازتها لأنها عرض يتجدد بالاكتساب فى الزمان الآتى شيئا فشيئا ، وتفنى حال وجودها وهى قبل اكتسابها تكون معدومة لا وجود لها .

ومثل المنافع فى عدم اعتبارها مالا : الحقوق المحضة كحق التعلى ، وحق الأخذ بالشفعة وحق المرور والشرب والمسيل ، وكذا الديون فى الذمم لأنها ما دامت فى الذمم فهى أوصاف شاغلة لها ولا يتصور قبضها حقيقة ، وإنما يقبض ما يعادلها فإذا وفيت الديون كان المقبوض مالا لصاحبه ولذا لا يوجبون الزكاة فى الديون قبل قبضها [1] .

---

[1] رد المختار على الدر المختار جـ ١٠٥/٤ ط مصطفى البابى الحلبى ، الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد للدكتور / مصطفى الزرقا جـ ١١٧/٣

العنصر الثانى (التمويل) :

يقصد بالتمول التنافس وابذال العوض ، وذلك بأن تجرى عادة الناس كلا أو بعضا على التنافس على هذه العين وحيازتها ، وفى سبيل الحصول عليها يهون عليهم بذل أموالهم ، فإذا كان الشئ لا يجرى عليه التنافس بين الناس ولا يبذلون فيه أموالهم لا يكون مالا وذلك مثل الميتة وحبة القمح والقليل من التراب والماء ما داما فى محليهما .

فثبوت مالية الشئ وفقا للاصطلاح الحنفى لا تتحقق إلا بتوافر العنصرين جميعا العينى والتمويل – يستوى فى ذلك تمول الناس كافة أو تمول بعضهم دون بعض ، ولو كان الشئ غير مباح شرعا ، ومن ثم كانت الخمر والخنزير ونحوهما من الأموال لتمول غير المسلمين لهما .

اصطلاح الجمهور :

عرف جمهور الفقهاء ومنهم الشافعية والحنابلة والمالكية المال بعدة تعريفات يوخذ منها أن المال يطلق على كل ما له قيمة مادية بين الناس وأجاز الشارع الانتفاع به فى حالة السعة والاختيار .

مالية الاشياء فى اصطلاح الجمهور : وفقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء فإن الشئ لا يكون مالا إلا إذا توافر له عنصران :

الأول : أن يكون الشئ له قيمة بين الناس ، سواء كان عينا أو منفعة ، ماديا أو معنويا ، فلو كان الشئ تافها لا قيمة له بين الناس ، لا يكون مالا عينا أو منفعة ، كحبة قمح أو منفعة الاستظلال بظل شجرة مثلا .

الثانى : أن يكون الشئ قد أباح الاسلام الانتفاع به فى حالة السعة والاختيار كالحبوب والابل والعقارات وسكنى الدار ، أما إذا كان الاسلام حرم الانتفاع به كالخمر والخنزير ولحم الميتة ومنفعة آلات اللهو المحرم فانه لا يكون مالا [1] .

وإباحة الاسلام الانتفاع بالخمر والميتة فى حالة الضرورة ، لا تأثير له على المنع لأن جواز الانتفاع عندئذ مقصور على الضرورة وهى مقدرة بقدرها والضرورات تبيح المحظورات .

وبالمقارنة بين اصطلاحى الحنفية وجمهور الفقهاء يظهر مدى ما بينهما من اختلاف فى مالية الأشياء .

ذلك أن الحنفية لا يعتبرون المنافع أموالا ، كما أنهم يعتبرون الخمر والخنزير ونحوهما مما يتعامل فيه غير المسلمين من أهل الذمة أموالا ، بينما

---

[1] راجع : الأشباه والنظائر للسيوطى / جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى ، ص ٣٥٤ ط دار الكتب العلمية بيروت : الاقناع جـ ٥٩/٢ ، الموافقات للشاطبى جـ ١٧/٢ ط دار المعرفة بيروت

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن المنافع من الأموال لأن مصادرها وهى الاعيان يجرى عليها الاحراز والحيازة ، ولأن الاعيان لا تراد لذاتها بل لمنافعها ، ولولاها ما تنافس الناس وبذلوا أموالهم ، حتى أن مالا منفعة له ، لا طلب له ولا رغبة فيه ، ولم يعتبر الجمهور الخمر والخنزير أموالا لا بالنسبة للمسلم ولا بالنسبة لغيره لعدم اباحة الاسلام الانتفاع بهما ، وغير المسلم من أهل الذمة حكمه حكم المسلمين له مالهم وعليه ما عليهم .

هذا وإذا كان متقدمو الحنفية يرون أن العينية إحدى عنصرى المالية ، فإن متأخريهم قد أطلقوا المال على الاعيان والمنافع وعلى كل ماله قيمة نقدية ، فقد جاء فى مصنف العالم الحنفى / محمد علاء الدين الامام " الدر المنتقى شرح الملتقى " بعد نقله التعريف التقليدى عن أئمة المذهب ما نصه : "ويطلق المال على القيمة وهى ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير " [1] .

ويستفاد من هذا الاطلاق ان كل ما يمكن تقديره وتقويمه بالنقد يعتبر مالا عينا كان أو منفعة أو حقا من الحقوق .

وعلى ذلك فلا تتطلب المالية للأشياء ، سوى إمكان تقديرها بالنقد ، أى أن الشئ إذا كان له قيمة فإنه يكون مالا .

---

[1] رد المختار جـ ١١/١

وابتناء مالية الشئ على القيمة وفقا لهذا الاطلاق سوف يسمح بتوسيع دائرة الاموال ، وبخاصة فى هذا العصر الذى اتسم بالتطور العلمى والحضارى ليشمل أشياء لم تكن معروفة من قبل ما دام يمكن تقديرها بالنقود ومن ذلك الاشياء المعنوية فيما يعرف بالحقوق الذهنية أو حقوق الابتكار والدم البشرى الذى يؤخذ فى العملية الجراحية ، وغير ذلك من كل ماله قيمة بين الناس ويمكن تقديره بالنقد ، هذا هو مفهوم المال فى الفقه الاسلامى .

وعلى ذلك فما ليس بمال فى مصطلح الفقهاء – أى مالا يشمله المال اصطلاحا من حق أو منفعة أو اختصاص لا يقع مجالا للغصب .

الشرط الثانى:

أن يكون المحل المغصوب متقوما[1] :

بالنسبة للغاصب ومن ثم فلا تعد حيازة مال غير متقوم غصبا كما فى الاستيلاء من مسلم على خمر لمسلم .

---

[1] المال المتقوم : كل ما كان محرزا بالفعل ، وأرباح الشارع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها .

وغير المتقوم : ما لم يحرز بالفعل ، أو مالا يباح به شرعا إلا فى حالة الاضطرار . مثال الأول : السمك فى الماء والطير فى الهواء وغير ذلك من المباحات كالصيد والحشيش فهى غير متقومه عرفا . مثال الثانى : الخمر والخنزير بالنسبة للمسلم غير متقومين شرعا ، فلا يباح للمسلم الانتفاع به إلا عند الضرورة وبقدر الضرورة كدفع خطر جوع شديد أو عطش شديد يخشى معه الهلاك ، ولا يجد الانسان شيئا أخر سواهما ، فيباح له الانتفاع بأحدهما بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه .

أما بالنسبة لغير المسلم فهما من الأموال المتقومة عند فقهاء الحنفية لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، فلو أتلفهما مسلم أو غير مسلم وجب عليه ضمانهما ، وقال غير الحنفية : لا يعتبران مالا متقوما ، لأن غير المسلمين المقيمين فى بلادنا ملزمون بأحكام المعاملات الاسلامية ، فلهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم .

ويظهر فائدة هذا التقسيم فى مواضع منها :

الضمان عند الاتلاف : إذا أتلف انسان مالا متقوما لغيره وجب عليه ضمان مثله إن كان مثليا أو قل إن قيميا ، أما غير المتقوم فلا يضمن أحد لذمى - أى غير مسلم مقيم فى دار الاسلام - ضمن له قيمته عند الحنفية ، لأنه مال تقوم عندهم كما أوضحنا . (راجع المغنى لابن قدامه جـ ٢٧٨/٤ ، المعاملات للأستاذ / أحمد أبو الفتح جـ ٢/ ٢٨ ، الاقناع جـ ٦/٢ ، ٦١

جاء فى بدائع الصنائع عند بيان ماهية الغصب " إزالة يد المالك عن ماله المتقوم ... " [1] .

وفى المذهب الشافعى جاء فى الاقناع : " فان تلف المغصوب المتمول عند الغاصب بآفة أو اتلاف كله أو بعضه ضمنه الغاصب بالاجماع ،أما غير المتمول كحية بر وكلب يقتنى وزبل حشرات ونحو ذلك فلا يضمنه " [2] .

وفى المذهب الحنبلى جاء فى كشاف القناع : "وإن أتلف غاصب أو غيره الكلب أو الخمر ولو كان المتلف ذميا لم تلزمه قيمتها لأنهما ليس لهما عوض شرعى ، لأنه لا يجوز بيعهما كخنزير وكخمر غير مستورة ولو لذمى"[3] .

من كل ذلك نستظهر أن الفقهاء يعتبرون التقوم فى المال شرطا ليتحقق بالاستيلاء عليه عدوانا الغصب الموجب للضمان .

الشرط الثالث :

أن يكون المال محترما :

وهذا يعنى أن يكون معصوما بحيث لا يحق لأحد غير مالكه التصرف فيه بأى شكل من الأشكال ، وقد اعتبر الشرع الشريف حرمة المال إذا كان لمسلم أو ذمى أو مستأمن .

---

[1] جـ ١٤٣/٧

[2] الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع / للشيخ محمد الشربينى الخطيب " هامش بخير مر على الخطيب جـ ١٤١/٣ ط دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت

[3] جـ ٧٨/٤

أما بالنسبة للمسلم : فقد جاءت الاحاديث صريحة فى حرمة التصرف فى ماله بغير إذنه ، ومن تلك الأحاديث ما روى عنه ﷺ أنه قال : " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه " [١]

وقوله ﷺ : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه " [٢] .

وأما بالنسبة للذمى [٣] : وهو الكتابى الذى يوخذ منه الجزية على أن يكون ملتزما احكام الملة . وفسر الفقهاء الذمة بمعنى الأمان . فإن ماله معصوم أيضا ويحرم التجاوز عليه . وقد شاع بين الفقهاء فيهم القول المشهور " لهم مالنا وعليهم ما علينا " وقد ذكر الامام الكاسانى فى بدائعه [٤]: حديثا بهذا المعنى فقال : قال النبى ﷺ : " فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين " .

وهذا الحديث وإن لم يرد فى كتب الحديث المعروفة إلا أن معناه مقبول عند الفقهاء ، وفيه بعض الأثار عن السلف ، فقد قال على بن أبى طالب رضى الله عنه "إنما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا "

---

(١) الحديث اخرجه البهقى جـ ٩٢/٦ ط دار صادر بيروت ، وأورده الهيثمى فى مجمع الزوائد جـ ١٧٢/٤ ط مكتبة القدس

(٢) الحديث ذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد جـ ١٧١/٤ ، والشوكانى فى نيل الأوطار جـ ٥/ ٣٥٥ ط مصطفى البابى الحلبى

(٣) أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام د / عبد الكريم زيدان ص ٢٢ ط١عام ١٩٦٣

(٤) جـ ١٠٠/٧

وفى شرح السير الكبير للامام السرخسى : " ولأنهم قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم وحقوقهم كأموال المسلمين وحقوقهم " [1] .

ومن هنا يتضح أن الذمى بقبوله عقد الذمى فقد عصم ماله ودمه .

وأما بالنسبة للمستأمنين : والمستأمن هو الطالب للأمان ، والأصل فيه قوله تعالى : " وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله [2] .

وقوله ﷺ : " ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم " وهذا الأمان أمان مؤقت بخلاف الأمان بعقد الذمة إذ أنه مؤبد " .

بقى عندنا الكافر المحارب وهذا فى رأى الفقهاء غير معصوم الدم ولا المال ، ولذلك فلا يعد الاستيلاء على مال الحربى فى دار الحرب غصبا ، وقد جاءت عبارات الفقهاء مؤيدة لهذا المعنى .

ففى المذهب الحنفى يقول صاحب تكملة البحر الرائق موضحا لحد الغصب : " .. وبقوله محترم أخرج مال الحربى فإنه غير محترم " [3] .

وفى المذهب الشافعى يقول الخطيب الشربينى:"ولا تراق الخمر ونحوها على ذمى لأنهم يقرون على الانتفاع بها، إلا أن يظهر شربها أو بيعها"[4] .

---

[1] شرح السير الكبير جـ ٢٥٠/٣

[2] سورة التوبة آية ٦

[3] البحر الرائق جـ ١٠٨/٨

[4] مغنى المحتاج جـ ٢٨٥/٢

وجاء فى حاشية البجيرمى : " وجاز لنا اتلاف غير الحيوان من أموالهم ... " [1] .

وفى المذهب المالكى يقول ابن جزى : " وأما الاموال فهى اربعة انواع (أحدهما) لله خالصا وهو الجزية والخراج وعشر أهل الذمة وأهل الصلح وما اخذ بغير قتال وذلك كله هو الفئ فيفعل الامام فى ذلك ما يراه مصلحة ."[2] .

وفى المذهب الحنبلى يقول المرداوى : " ... من أخذ من دار الحرب طعاما أو علفا فله أكله وعلف دابته بغير اذنه " [3] .

وفى المذهب الظاهرى يقول ابن حزم : " وجائز تحريق أشجار المشركين وأطعمتهم وزروعهم ودورهم ... " [4] .

وهكذا يتضح لنا اتفاق الفقهاء على عدم حرمة مال الكافر المحارب .

---

[1] حاشية البحيرمى جـ ٢٥٩/٤

[2] القوانين الفقهية ص ١٤٥

[3] الانصاف فى الراجح من الخلاف للامام علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى جـ ١٥٣/٤ ط١ عام ١٩٥٥

[4] المحلى جـ ٢٩٤/٧

الفصل الثالث

في

أحكام الغصب

تمهيد

المبحث الأول :

رد المغصوب وأدلة وجوب الرد

المبحث الثانى :

ما يصير به المالك مستردا للمغصوب

المبحث الثالث :

تعذر رد الأصل

المبحث الرابع :

على من تلزم نفقة المغصوب

تمهيد :

الغصب فى الأصل له حكمان : أحدهما يرجع إلى الاخرة والثانى يرجع إلى الدنيا ، أما الذى يرجع إلى الاخرة فهو الاثم واستحقاق المؤاخذة إذا فعله عن علم لأنه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذة ، وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : " من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة " [1] وإن فعله لا عن علم بأن ظن أنه ملكه فلا مؤاخذة عليه لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا ببركة دعاء النبى ﷺ بقوله " ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا " وقوله عليه الصلاة والسلام : " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " [2] .

وأما الذى يرجع إلى الدنيا فأنواع بعضها يرجع إلى رد المغصوب ، ومحل وجوب رد العين ومكان التسليم وما يصير به المالك مستردا ، والأثر المترتب على تغيير أوصاف المغصوب . وسأفرد كل واحد من هذه الأمور بمبحث خاص أتكلم فيه بايجاز عن حكم ذلك الأمر .

---

(1) الحديث أورده العسقلانى فى تلخيص الجبير جـ ٤١/٤ شركة الطباعة الفنية المتحدة

(2) الحديث أورده العسقلانى فى تلخيص الجبير جـ ٢٨١/١ ، وصاحب كنز العمال جـ ٤/ ٢٣٣ ط مؤسسة الرسالة

المبحث الأول

رد المغصوب وأدلة وجوب الرد

اتفق الفقهاء [1] على أنه يجب رد العين المغصوبة إلى صاحبها حال قيامها ووجودها بذاتها ، ومحل وجوب رد العين إذا لم تتغير بيد الغاصب تغيرا فاحشا وهو ما يفوت به بعض العين أو بعض نفعها .

الأدلـــة :

استدل جمهور الفقهاء لصحة ما ذهبوا إليه بالسنة والاجماع والمعقول :

أما السنة : فقد وردت أحاديث كثيرة مؤيدة لهذا المعنى ومنها :

ما روى عنه ﷺ أنه قال : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " [2] :

ومعناه : أنه يجب على قابض ملك الغير سواء أكان غاصبا أو مستعيرا أو وديعا أو مستأجرا ونحوهم أن يرده إلى صاحبه ، ولا يبرأ من المسئولية إلا بوصول الشئ إلى مالكه أو من يقوم مقامه ، بدليل قوله عليه السلام " حتى تؤديه " ولا تتحقق التأدية إلا بذلك " [3] .

---

[1] راجع : البدائع جـ ١٤٨/٧ ، الهداية على فتح القدير جـ ٢٤٩/٨ ، مغنى المحتاج جـ٢/ ٢٧٦ تحفة الحبيب على شرح الخطيب جـ١٣٩/٣ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢/ ٣١٢ ، المغنى جـ٢٣٨/٥ ، البحر الزخار جـ ١٧٨/٥ ، المحلى جـ ١٤٤/٨

[2] أخرجه أحمد فى مسنده جـ١٢/٥ ط دار صادر بيروت ، والبيهقى جـ ٩٠/٦ط مجلس دائرة المعارف العثمانية

[3] سبل السلام جـ ٦٧/٣ ط مصطفى الحلبى

ويؤيد معنى هذا الحديث قوله تعالى : ﴿ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْأِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[1] وقوله سبحانه ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً﴾[2] .

ومنها قوله ﷺ : لا يأخذ احدكم مال صاحبه لاعبا ولا جادا فإذا أخذ احدكم عصا صاحبه فليردها عليه " [3] .

وهذا الحديث يدل على وجوب الرد وذلك لأن من صيغ الأمر المفيد للوجوب المضارع المقترن بلام الأمر وهذا وارد فى قوله ﷺ فليردها .

ومنها ما روى عن عروة بن الزبير ﷺ قال : رجل من أصحاب رسول الله ﷺ " إن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فى أرض غرس أحدهما فيها نخلا والأرض للآخر ، فقضى رسول الله ﷺ بالأرض لصاحبها وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله فقال : " ليس لعرق ظالم " [4] .

---

[1] سورة البقرة آية ١٨٨

[2] سورة النساء آية ٥٨

[3] اخرجه البيهقى جـ ٩٢/٦ ، وذكره الشوكانى فى نيل الأوطار جـ ٣٥٥/٥ ط مصطفى البابى الحلبى

[4] اخرجه البيهقى جـ ٩٩/٦ ، والدار قطنى جـ ٢١٧/٤ مطبوعات كتب السنة المحمدية - دار المحاسن القاهرة

وأنا الاجماع : فقد حكاه الفقهاء على النحو التالى :

قال ابن قدامه فى المغنى : " إذا ثبت هذا فمن غصب شيئا لزمه رده ما كان باقيا بغير خلاف نعلمه " [١] .

ويقول ابن رشد: " والواجب على الغاصب ان كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه وهذا لا خلاف فيه " [٢] .

ويقول صاحب البحر الزخار:"ويجب رد عينه مالم تستهلك اجماعا"[٣]

وأما المعقول :

فقد ذكره صاحب تكملة البحر الرائق بقوله : " ولأنه بالأخذ فوت عليه اليد وهى مقصودة لأن المالك يتوصل بها إلى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والاذن مع أنها لا تفيد سوى اليد ، فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه وأتم وجوهه رد عينه فى مكان غصبه لأن المال يختلف باختلاف الاماكن ورد العين هو الموجب الأصلى لأنه أعدل " [٤] .

وإلى ذلك ذهب الشيخ خالد الأتاس شارح المجلة [٥] .

وعلى أية حال فان الذى يتحصل لنا من مجموع هذه الأدلة هو وجوب رد المغصوب إلى مالكه إن كان قائما عنده وبدله إن تلف .

---

[١] المغنى جـ ٥/ ٢٣٨

[٢] بداية المجتهد جـ ٣١٢/٢

[٣] جـ ٥/ ١٧٨

[٤] جـ ١٠٩/٨

[٥] شرح المجلة للشيخ / خالد الأتاس جـ٤٢٠/٣ نشر مكتبة إسلامية - باكستان

المبحث الثانى

ما يصير به المالك مستردا للمغصوب

يصير المالك مستردا للمغصوب باثبات يده عليه ، لأنه صار مغصوبا بتفويت يده عنه ، فإذا أثبت يده عليه ، فقد أعاده إلى يده ، فزالت يد الغاصب ضرورة إلا أن يغصبه ثانيا [1] .

وهل يلزم أن يكون التسليم فى مكان الغصب ؟

إن من يرجع إلى عبارات الفقهاء فى هذا الشأن يدرك أنهم قد اتفقوا على أن من مستلزمات الرد – التسليم فى مكان الغصب ، وذلك لأنه أتم وجوه الرد ولأن المالية تختلف باختلاف الأماكن .

يقول صاحب كشاف القناع [2] : " ويلزمه – أى الغاصب – رد المغصوب إلى محله – الذى غصبه منه – وإن بعد إن قدر على رده – أى أن كان باقيا لقوله ﷺ " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " . ولما روى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده " لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا ، ومن أخذ عصا أخيه فليردها " ولو غرم – الغاصب عليه – أى الرد اضعاف قيمته لأنه هو المعتدى فلم ينظر إلى مصلحته ، فكان أولى بالغرامة " .

---

(1) البدائع جـ ١٠٥/٧

(2) جـ ٧٨/٤

ويقول صاحب شرح العناية : " ثم الواجب الرد فى المكان الذى غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن " [1] .

ويقول صاحب نهاية المحتاج [2] : " فللمالك أن يكلفه رده – أن علم مكانه للخبر المار " على اليد ما أخذت " .

ويقول الخطيب الشربينى [3] : " وعلى الغاصب الرد – للمغصوب على الفور عند التمكن إن عظمت المؤنة فى رده ولو كان غير متمول كحبة بر أو كلب يقتنى للحديث المار على اليد ما أخذت حتى تؤديه " .

ويقول صاحب البحر الزخار [4][1] : " ويجب الرد إلى موضع الغصب وإن كان له مؤنة لوجوب رده كما أخذه وهذا من صفاته " .

هل يشترط لرد المغصوب علم المالك بأن الشئ المغصوب ماله ؟

اختلفت كلمة الفقهاء فى اشتراط علم المالك بتسليم الشئ المغصوب ؟

أو بمعنى أخر هل علم المالك بتسليم الشئ المغصوب شرط لبراءة الغاصب أو لا ؟

والمشهور مذهبان :

المذهب الأول :

علم المالك ليس بشرط لبراءة الغاصب وتصح البراءة بدونه ، وممن ذهب إلى هذا الحنفية وبعض فقهاء الزيدية وهو وجه عند الشافعية واتجاه عند الحنابلة .

---

(1) الامام اكمل الدين محمود بن محمود البابرتى جـ٢٥٠/٨ هامش فتح القدير

(2) جـ ١٦٢/٥

(3) مغنى المحتاج جـ٢٧٦/٢

(4) البحر الزخار جـ ١٧٩/٥

قال الكاسانى فى بدائعه [1] : " ويبرأ الغاصب من الضمان سواء علم المالك أنه ملكه أو لم يعلم لأن اثبات اليد على العين أمر حسى لا يختلف بالعلم أو الجهل ، لهذا لم يكن العلم شرطا لتحقق الغصب ، فلا يكون شرطا لبطلانه " .

ويقول ابن المرتضى : " لو غلب فى ظنه مصيره إلى المالك برئ إذ الظن كالعلم فى المعاملات قلنا : ضمنها بيقين فلا يبرأ إلى بيقين" [2] .

ويقول الشيرازى : " وإن القول ببراءة الغاصب مع عدم علم المالك وجه فى رأى فقهاء الشافعية .

أما الحنابلة : فقد فرقوا بين رهن المغصوب عند مالكه وإجارته أو أيداعه فرأوا العلم شرطا لتحقق البراءة ، وبين أن يهبه الشئ المغصوب أو يهديه إلى المالك أو يعيره إياه فإنه حينئذ يبرأ الغاضب من الضمان سواء علم المالك أم لم يعلم " .

المذهب الثانى :

علم المالك شرط لتحقق براءة الغاصب . وممن ذهب إلى هذا الشافعية [3] ، والحنابلة [4] .

---

[1] جـ ١٥٠/٤

[2] البحر الزخار جـ ١٧٩/٥

[3] المهذ للشيرازى جـ ٣٨١/١

[4] المقنع لابن قدامه جـ٢٤٦/٢

جاء فى الاقناع [1] : " ولو رد الغاصب الدابة لاصطبل المالك برئ ان علم المالك به بمشاهدة أو أخبار ثقة ، ولا يبرأ قبل العلم " .

ويقول ابن قدامه فى المغنى [2] : " وإن اطعم المغصوب لمالكه فاكله عالما أنه طعامه برئ الغاصب ، وإن لم يعلم وقال له الغاصب : كله فانه طعامى استقر الضمان على الغاصب ... " .

وقد استدل أصحاب هذا الرأى لصحة ما ذهبوا إليه مما يأتى :

١- " أن الغاصب إنما ضمن لأنه أزال يد المالك وسلطانه عن المال ، وبالتقديم إليه مع علمه لم تعد يده وسلطانه حقيقة ، وإنما عاد إليه على أنه أمانة أو تبرع " [3] .

٢- أن الرد لم يتحقق عرفا هنا ، وإنما يزول عنوان الغصب الموجب للضمان بكل ما دل على رضا المالك ببقاء العين المغصوبة فى يد الغاصب أو بما اعتبره العرف ردا والظاهر أن العرف هنا إنما يعتبر اطعام المالك طعامه المغصوب بدون علمه أو اعارته له أو ما شاكل ذلك أما من باب التغرير أو أمانة .

من أقوال الفقهاء ونصوصهم يتبين لنا بجلاء ان الخلاف فى هذه المسألة قائم وأنه قد انحصر فى رأيين على ما سبق أن ذكرنا .

---

[1] جـ ١٣٩/٣ هامش نجيرمى على الخطيب

[2] جـ ٢٩٣/٥

[3] المهذب جـ ٣٨٠/١

هل تتحقق براءة الغاصب بتسليم المغصوب لمالكه الصبى ؟

اشترط فقهاء الحنفية والزيدية فى الرد الموجب لبراءة الغاصب أن يكون قد حصل لمالكه المميز المتمتع بصلاحية حفظ المال .

ومن ثم فلا عبرة عندهم بالرد إلى الصبى غير المميز ، وإلى ذلك ذهب شارح المجلة فى المادة ٨٩٦ [١]

جاء فى جامع الفصولين [٢] : " والحاصل يصح رد العين إلى الصبى إذا كان مميزا سواء أكان مأذونا أو غير مأذون ... وفى الصور التى لا يصح الرد للصبى يلزم الرد لمن له حق التصرف فى مال الصغير كالجد والأب" .

ويقول ابن المرتضى : " ولا يبرأ برد ما أخذ من الصبى إليه إذ ليس إليه القبول إلا المأذون فى مثل تلك العين " [٣] .

---

[١] جتمع الفصولين لابن قاضى سماوه جـ٨١/٢ المطبعة الكبرى ببولاق مصر ، والبحر الزخار جـ ١٧٩/٥ شرح المجلة للشيخ محمد خالد الأتاس جـ٤٢٢/٣ مادة رقم ٨٩٦

[٢] جـ ٨١/٢

[٣] البحر الزخار جـ ١٧٩/٥

المبحث الثالث

تعذر رد الأصل

من المعلوم أن الحق الواجب تسليمه أصلا إلى صاحبه هو عين حقه ، فإذا تعذر رده بذاته بسبب تلفه أو اتلافه وجب رد عوض عنه .

إذن فيجب على الغاصب رد عين المغصوب على مالكه على الوجه الذى أخذه ، فإذا هلك أو استهلك وجب عليه رد بدله المثل فى المثليات والقيمة فى القيميات [1] .

---

[1] ١ـ يقسم المال من حيث تماثل احاده إلى مثلى وقيمى ، وإليك حقيقة كل منهما :
المال المثلى : هو ما يوجد له مثيل فى الأسواق ، بلا تفاوت يعتد به بين أحاده ، ويتمثل فى الكيلى والوزنى غير المصوغ كالنحاس والقصدير وبعض أنواع الحلوى والفواكه ، والعددى المتقارب كالبيض والدراهم والدنانير ، وغيرهما من أنواع النقد المتداول ، كالجنيهات والنقود الفضية ، وسائر أنواع *** ، وغروض التجارة المتحدة الجنس ، متى كان لها نظير فى السوق ، وبحجم وشكل واحد كأدوات الأكل وما إلى ذلك .
المالى القيمى : هو ما تتفاوت أحاده تفاوتا يعتد به ، أو لا تتفاوت أحاده ولكنه انقطع عن الاسواق كالعقارات من الارض والبناء والحيوانات بجميع أنواعها ، والاحجار الكريمة من الماس والياقوت والكتب المطبوعة إذا نفدت .
ومن القيمى أيضا العددى إذا تفاوا أحاده ، كالبطيخ والمانجو ، والوزنى الذى فى تبعضه ضرر كالأوانى المصوغة ، وسائر المنقولات التى تتفاوت أحادها تفاوتا يعتد به .
وقد يطرأ على المثلى ما يخرجه عن المثلية ومن ذلك :
١ـ اختلاط المثلى : بخلاف جنسه كاختلاط البر بالشعير ، لعدم وجود تماثل له فى حالته الحاضرة .
٢ـ كل موزون أو مكيل أشرف على الهلاك كما فى الأموال التى أحاط بها الحريق .
٣ـ التعيب والاستعمال : إذا تعيب المال المثلى ، أو استعمل كان قيميا ، كما لو صب ماء فى طعام فأفسده وزاد فى كيله كما فى البر أو فى وزنه كما فى القطن .
ومن فائدة تقسيم المال إلى مثلى وقيمى ما يلى :
الضمان : إذا تعدى شخص على مال غره فأتلفه فان كان المال مثليا وجب مثله ما دام موجودا فى السوق لان المقصود من الضمان تعويض صاحب المال ، وجبره عما لحقه

إذ قاعدة الضمان : أنه يجب ضمان المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثليا ، وقيمته إذا كان قيميا ، فان تعذر وجود المثل وجبت القيمة للضرورة[1]

أما ضمان المثل فلقوله تعالى : ﴿ الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾[2] .

= من ضرر ، والجبر إنما يتحقق بإيجاب المثل . أما إذا كان المال قيميا كالحيوان او الأوانى المصوغة ، فيجب بمته يوم التعدى على خلاف بين الفقهاء .
(راجع جامع الفصولين جـ ٩٧/٢ ، نهاية المحتاج جـ ١٥٧/٥ ، بلغة المالك لاقرب المالك لمذهب الامام مالك جـ ٢١٣/٢ ط الحلبى ، الانصاف فى الراجح من الخلاف جـ ١٩/٦)

[1] جاء فى شرح العناية جـ ٢٤٦/٨ " المغصوب أما أن يكون قائما فى يد الغاصب أولا ، والأول سيجئ ، والثانى : أما أن يكون له مثل - أى يكون بما يضمن بمثله من جنسه أولا ، فإن كان الأول فعليه مثله وفى بعض نسخ القدورى فعليه ضمان مثله ، ولا تفاوت بينهما لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " والمثل إذا أطلق ينصرف إلى ما هو مثله صورة ومعنى ، ولأن المثل صورة ومعنى أعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية ... فإن انقطع عن أيدى الناس فلك يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابى حنيفة رحمه الله ، وقال أبة يوسف - رحمه الله يوم الغصب ، وقال محمد رحمة الله يوم الانقطاع " .
ويقلو الخطيب الشربينى : " ويضمن مغصوب تلف بمثله إن كان له مثل موجود ، والمثلى ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه ... وإنما ضمن بمثله لأية " فمن اعتدى عليكم " ولأنه أقرب إلى التالف وما عدا ذلك متقوم ، ويضمن المغصوب بقيمته إن لم يكن له مثل (مغنى المحتاج جـ ٢٨١/٢) .
ويقول المرداوى : " وإن غصب فرسا أو شيئا تعذر رده مع بقائه ضمن قيمته جـ ١٩٩/٦" .
ويقول ابن رشد : " والواجب على الغاصب أن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لا خلاف فيه ، فإذا ذهبت عينه فأنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلا أو موزونا أن على الغاصب المثل : أعنى مثل ما استهلك ، وقال الشافعى وأبو حنيفة وداود : الواجب فى ذلك المثل ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل ... " (بداية المجتهد جـ ٣١٢/٢) " .

[2] سورة البقرة آية ١٩٤

وقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾[1] ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾[2] ولأن المثل تماما أقرب إلى الأصل التالف ، فكان الالزام به أعدل وأتم لجبران الضرر والواجب فى الضمان الاقتراب من الاصل بقدر الامكان تعويضا للضرر[3] .

وأما ضمان القيمة فلأنه إذا تعذر الوفاء بالمثل تماما صورة ومعنى فيجب المثل المعنوى وهو القيمة ، لأنها تقوم مقامه ، ويحصل بها مثله ، واسمها ينبئ عنه .

متى يعتبر الشئ هالكا هلاكا تاما ؟

تقدم الكلام فى أن الحق الواجب تسليمه إلى صاحبه هو عين حقه ، ولكن قد يتعذر الوصول إلى عين الحق لهلاكه أو استهلاكه ، وهنا نلجأ إلى القيمة ، أو المثل ولكن ما هو الهلاك الذى يوجب التغاضى عن عين الحق إلى بدله ؟

أقول :

أن الهلاك الموجب للضمان الكلى :

إما أن يكون حقيقيا باتلاف الشئ وزواله صورة ومعنى كموت الدابة المغصوبة ، وأكل الطعام المغصوب .

---

(1) سورة النحل آية ١٢٦

(2) سورة الشورى آية ٤٠

(3) فتح القدير جـ ٢٤٦/٨

- **وذلك أن يكون حكميا فى ثلاث حالات :**

١- إذا زال عن الشئ اسمه وأعظم منافعه مثل خرق الثوب خرقا فاحشا ووجه ذلك أن الخرق الفاحش يفوت على المالك بعض الشئ المتلف وجنس منفعته وهذا يعتبر استهلاكا موجبا للضمان .

٢- إذا تعذر ارجاع الشئ إلى مالكه والتعذر لا يخلو من أمرين :

أحدهما : استحالة فصل الشئ عن غيره كالصباغ من الثوب .

ثانيهما : ألا يكون فى فصله استحالة ولكن فيه ضرر كبير بالمعتدى .

٣- اختلاط الشئ بغيره خلطا كليا بحيث لا يمكن التمييز بين المخلوطين .

قال ابن جزى : " والفوات الذى يرد إلى المثل أو القيمة هو هلاك المغصوب أو نقصانه أو حدوث عيب مفسد فيه أو صنع شئ منه حتى يسمى باسم آخر كالفضة تصاغ حليا ، والنحاس يصنع منه قدر " [١] .

بناء على ما تقدم وعلى ما تم ذكره من نصوص الفقهاء يتضح أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الغاصب يلزمه رد المغصوب على مالكه على الوجه الذى أخذه ، فإذا هلك أو استهلك وجب عليه رد بدله : المثل فى المثليات والقيمة فى القيميات وبذلك جاءت المجلة فى المادة رقم ٥٣ [٢]

---

[١] القوانين الفقهية ص ٣٢٤

[٢] شرح المجلة جـ ١/١١٤

المبحث الرابع

علة من تلزم نفقة المغصوب

إذا كانت قاعدة الخراج بالضمان ، والغرم بالغنم كلاهما قد أباح منفعة الشئ لمن يسأل عن ضمانه عند الاتلاف ، أخذا بمبدأ تحمل تبعة الهلاك أثناء بقائه عنده ، فان فقهاءنا العظام قد قالوا من هذا المنطلق يتحمل الغاصب ما أنفقه على المغصوب لبقائه عنده كعلف الدابة ومؤنة العبد وكسوته [1] .

وقد استدلوا على ذلك بما يأتى :

أ) أن الغاصب متعد وليس لعرق ظالم حق [2] .

---

[1] جاء فى الشرح الكبير جـ ٤٤٩/٣ " ما أنفقه الغاصب على المغصوب كعلف الدابة ومؤنة العبد وكسوته وسقى الأرض وعلاجها وخدمة شجر ونحوه يكون فى الغلة التى تكون لربه كأجرة العبد والدابة والأرض يقاصصه بها ، فان تساويا فواضح وإن نقصت الغلة فليس للغاصب المطلب بالزائد لظلمه ، وإن زادت على النفقة كان لربه أخذ ما زاد " .

وجاء فى المغنى جـ ٢٨١/٥ " ولجمع العلماء على وجوب رد المغصوب إذا كان باقيا بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره ، فإن غصب شيئا فبعده لزم رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته لأنه جنى بتبعيده فكان فرر ذلك عليه " .

وجاء فى البدائع : جـ ١٦٢/٧ : " لو غصب أرضا فيها زرع أو شجر فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه ، وكذا لو كان نخلا اطلع فأبره ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شئ للغاصب فيما انفق" .

وجاء فى اللام جـ ٢٢٦/٣ " إن ما يحدثه الغاصب فيما اغتصب شيئين ... الثانى أثر لا عين موجودة ، مثل الماشية يغصبها صغارا فيداويهم وتعظم نفقته عليهم حتى يأتى صاحبهم وقد انفق عليهم اضعاف أثمانهم فليس له شئ " .

وجاء فى البحر الزخار جـ ١٨٤/٥ " ليس له الرجوع بما غرم عليه ، وإن زاد به كجلاء السيف وقصارة الثوب ... " .

[2] البحر الزخار جـ ١٨٤/٥

ب) أن النفقة التى أنفقها الغاصب ليست عينا قائمة بالجسد كالصبغ فى الثوب مثلا وإنما هى مجرد أثر [1] .

ج) أن النفقة التى أنفقها الغاصب إنما هى فى نظير الغلة التى استغلها من المغصوب ، لأنه وإن ظلم لا يظلم [2] .

د) ولأنه ليس للغاصب عين مال متقوم قائم فى المغصوب [3] .

هذا وصلى الله على سيدنا محمد

وعلى آله وصحبه وسلم

---

[1] الأم للأمام الشافعى جـ ٢٢٦/٣ المطلعة الكبرى ببولاق

[2] الشرح الصغير للدردير جـ ٩٣/٤ مطبعة المدنى القاهرة

[3] البدائع جـ ١٦٢/٧ وأنظر الغصب والحيازة ص ١١٤

فهرس البحث

الموضوع	رقم الصفحة
الغصب وأحكامه	
تقديم	٦٧٥
الفصل الأول : فى بيان ماهية الغصب وأدلة تحريمه .	٦٧٦
المـــبحث الأول : بيـــان ماهية الغصب وتحره الاختلاف بين الفقهاء .	٦٧٧
المبحث الثانى : بيان أدلة تحريم الغصب .	٦٩٤
الفصل الثانى : فى أركان الغصب وشروطه .	٦٩٨
المبحث الأول : أركان الغصب .	٦٩٩
المبحث الثانى : شروط الغصب .	٦٠٧
الفصل الثالث : فى أحكام الغصب .	٧١٧
المبحث الأول : رد المغصوب وأدلة وجوب الرد .	٧١٩
المبحث الثانى : ما يعبر به المالك مسترا للمغصوب .	٧٢٢
المبحث الثالث : تعذر رد الأصل .	٧٢٧
المبحث الرابع : على من تلزم نفقه المغصوب .	٧٣١
الفهرس	٧٣٣