

الجامعة الإسلامية العالمية
بإسلام آباد
كلية الشريعة و القانون
الدراسات العليا

Accession No. T-447

DATA ENTERED

الأسباب الموجبة لرفع الضمان دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

بمبحث

لنيل درجة الماجستير في الشريعة و القانون

بإشراف: الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد

الأستاذ المشارك بكلية الشريعة و القانون

من اعداد الطالب

عتيق طاهر

١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م



بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي هدانا لهذا
ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

LL.M

19/08/2010

٣٤٥٤٥٩٤٥٣

١٥٤

١- فقه الاسلام - الضمان

٢- عنوان

DATA ENTERED



Accession No. T-447

ED

M.D. 22/20

DATA ENTERED

Amz 24/02/14



ENTERED

الجامعة الإسلامية العالمية

بإسلام آباد

كلية الشريعة والقانون

الدراسات العليا

الأسباب الموجبة لرفع الضمان دراسة

مقارنة

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بحسب

لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

بإشراف : الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد

الأستاذ المشارك بكلية الشريعة والقانون

من أعداد الطالب

عتيق طاهر

١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصة البحث

الحمد لله الذي حكم فعدل، وشرع فأحكم، وقضى فالزم، جعل الشريعة الإسلامية ماوى لمن ليغنى الإصلاح ورام لأمته النجاح والفلاح.

والصلاة والسلام على من طهره ربه واجتباؤه وأكرمه فاصطفاه ورفع ذكره في أرضه وسماه، من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة وكشف الغمة وجاهد في سبيل دينه حتى أتاه اليقين، سيدنا محمد، اللهم أجره عنا وعن المسلمين خير ما جازيت به نبيا عن قومه ورسولا عن أمته.

وعلى آله وصحبه الذين سخرُوا أنفسهم لنشر المبادئ الإسلامية. وبعد

فهذا بحث في : " الأسباب الموجبة لرفع الضمان في الشريعة والقانون " .

أتقدم به لكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية وقد قمت بعون الله تعالى وفضله بتقسيم العمل في هذا البحث إلى مقدمة وباين وخاتمة أما المقدمة فقد بينت فيها سبب اختيار البحث ومنهج في هذه الدراسة .

رأى الباب الأول : ففي الضمان وبعض متعلقاته وفيه ثمانية فصول :

الفصل الأول : في تعريف الضمان ودليل مشروعيته وفيه مبحثان :

المبحث الأول : في تعريف الضمان

المبحث الثاني : في دليل مشروعية الضمان

المبحث الثالث : اليد وأثرها في الضمان

المبحث الرابع : الإلتلاف وأثره في الضمان

المبحث الخامس : الفرق بين ضمان العقد وضمان

اليد وضمان الإلتلاف .

الفصل السادس : في الأموال: تعريفها وتقسيمها وفيه مبحثان:

المبحث الأول : تعريف المال لغة واصطلاحاً

المبحث الثاني: تقسيمات المال

الفصل السابع : في مالية المنافع وأقوال الفقهاء فيها .

الفصل الثامن : في إساءة استعمال الحق . وفيه مبحثان :

المبحث الأول : في ماهية الحق وبعض متعلقاته

المبحث الثاني: في التعسف في استعمال الحق .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم التعسف

المطلب الثاني : الحق والتعسف

المطلب الثالث : أدلة النهي عن التعسف

المطلب الرابع : الأضرار المضمونة بالتعسف

وأما الباب الثاني : ففي موانع الضمان وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول : التعريف بالمانع والرافع وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في المانع

المبحث الثاني: في الرافع

المبحث الثالث : في موانع أخرى للضمان وفيه ثلاثة

مطالب :

المطلب السابع : أثر الإكراه على النكاح

المطلب الثامن : أثر الإكراه على الطلاق

المطلب التاسع : أثر الإكراه على التصرفات

الفصل الثالث : الضرورة وأثرها في الضمان. وفيه ثمانية

مباحث :

المبحث الأول : ماهية الضرورة

المبحث الثاني : أدلة الضرورة

المبحث الثالث : الغروق الجوهرية بين الضرورة وكل

من : الدفاع الشرعي، والاكراه ،
والحاجة .

المبحث الرابع : في شروط الضرورة

المبحث الخامس : في الاضطرار إلى تناول طعام الغير

المبحث السادس : حكم الاضطرار الى اتلاف مال الغير

المبحث السابع : حكم إنقاذ المضطر

المبحث الثامن : الضرورة وأثرها على المسؤولية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : قتل الممتنع عن إنقاذ المضطر

المطلب الثاني : تتعرض الكفار بأسرى المسلمين

الفصل الرابع : الدفاع الشرعي وأثره على الضمان وفيه

سبعة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم الدفاع الشرعي. وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ماهية الدفاع الشرعى، وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف الدفاع الشرعى فى اللغة

الفرع الثانى : تعريف الدفاع الشرعى اصطلاحا

الفرع الثالث : الدفاع الشرعى فى القانون

المطلب الثانى : مشروعية الدفاع الشرعى

المبحث الثالث : فى الدفاع عن النفس وأثره على الضمان

المبحث الرابع : الدفاع عن العرض وأثره على الضمان

المبحث الخامس : حرمة المسكن وحكم الاطلاع على ما فى داخل البيوت، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : فى حرمة المسكن

المطلب الثانى : حكم الاطلاع على ما فى داخل البيوت .

المبحث السادس : الدفاع عن المال وأثره على الضمان

المبحث السابع : فى حكم الدفاع عن الغير

وأما الخاتمة : فقد جعلتها فى أهم ما انتهت إليه من خلال معالجتي لموضوعات البحث ومسائله .

فهذه هى خلاصة البحث ، وهذا هو جهدى المتواضع .

فما كان في البحث صوابا فله الحمد على ذلك وما كان فيه غير

صواب فأعوذ بالله مما هنالك .

وأسأل الله عز وجل أن يجنبني الخطأ والزلل وأن ينفع ببحتي هذا

المسلمين وطلاب العلم .

انه على ما يشاء قدير وبالإجابة جدير . وصلى الله على سيدنا

محمد وآله وصحبه وسلم .

وبالله التوفيق وهو سبحانه الهادي إلى سواء السبيل .

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة

أ	١- خلاصة البحث .
د - ص	٢- فهرس الموضوعات .
ظ	٣- المقدمة .
٣	٤- تعريف الضمان لغة .
٤	٥- تعريف الضمان اصطلاحاً .
٧	٦- تعريف الضمان فى القانون .
١٢	٧- مشروعية الضمان .
١٧	٨- تعريف الركن لغة .
١٨	٩- تعريف الركن عند الفقها .
٢٠	١٠- تعريف الخطأ .
٢٠	١١- أثر الخطأ على المسئولية .
٢٢	١٢- تعريف الضرر .
٢٣	١٣- اقسام الضرر .
٢٤	١٤- شروط محل الضرر .
٢٥	١٥- علاقة السببيه بين الخطأ والضرر .
٢٦	١٦- أركان الضمان فى القانون .
٣٢	١٧- الضمان الكلى .
٣٤	١٨- الضمان الجزئى .
٣٥	١٩- انواع النقصان .

٣٧	٢٠- التعزيز المالى.
٣٨	٢١- الضمان المستقر.
٣٨	٢٢- الضمان المتحول.
٤١	٢٣- الشرط فى اللغة وعند الاصوليين.
٤٢	٢٤- اقسام الشرط.
٤٤	٢٥- شروط وجوب الضمان.
٥٥	٢٦- السبب فى اللغة والشرعية.
٥٧	٢٧- تعريف العقد فى اللغة.
٥٨	٢٨- العقد فى اصطلاح الفقهاء.
٦١	٢٩- الفرق بين العقد والتصرف.
٦٢	٣٠- العقد و أثره فى الضمان.
٦٣	٣١- التثبوت و اثرها فى الضمان.
٦٥	٣٢- حكم يد الامانة.
٦٦	٣٣- اليد الضامنة.
٦٦	٣٤- حكم اليد العارية.
٦٧	٣٥- تغيير يد الأمانة الى يده ضمان.
٦٨	٣٦- الائتلاف لغة و اصطلاحا.
٧٠	٣٧- الفرق بين ضمان العقد و ضمان اليد و ضمان الائتلاف.
٧٤	٣٨- تعريف المال لغة.
٧٥	٣٩- معنى المال اصطلاحا.
٧٩	٤٠- تقسيمات المال.

٨٨	٤١- معنى المنافع فى اللغة •
٨٩	٤٢- معنى المنافع اصطلاحا •
٨٩	٤٣- اقوال الفقهاء فى مالية المنافع •
٩٠	٤٤- خلاصة فى عدم اعتبار الحنفية المنافع مالا •
٩٩	٤٥- تعريف الحق لغة
١٠٠	٤٦- تعريف الحق فى اصطلاح الفقهاء
١٠١	٤٧- تعريف الحق عند اهل القانون •
١٠٢	٤٨- مصدر الحق •
١٠٥	٤٩- مفهوم التعسف •
١٠٦	٥٠- الحق والتعسف
١٠٨	٥١- ادلة النهى عن التعسف
١٠٩	٥٢- نهى الام عن التعسف فى استعمال حق الرضاع •
١١١	٥٣- الاضرار المضمونة فى التعسف •
١١٢	٥٤- الاضرار المادية و نقصان الربح •
١٢١	٥٥- تعريف المانع فى اللغة •
١٢١	٥٦- تعريف المانع فى الاصطلاح •
١٢٢	٥٧- اقسام المانع •
١٢٣	٥٨- الرفع فى اللغة •
١٢٣	٥٩- الرفع فى الاصطلاح •
١٢٥	٦٠- المفر والمسئولية
١٢٧	٦١- تعريف الجنون لغة و اصطلاحا •

رقم الصفحة

١٢٨	٦٢- اقسام الجنون.
١٢٨	٦٣- الجنون و المسئولية الجنائية.
١٢٩	٦٤- الجنون والمسئولية المدنية.
١٢٩	٦٥- السكر فى اللغة و الاصطلاح.
١٣٠	٦٦- حكم السكر.
١٣٣	٦٧- تعريف الاكراه فى اللغة.
١٣٤	٦٨- الاكراه فى الاصطلاح.
١٣٧	٦٩- اقسام الاكراه.
١٤٠	٧٠- شروط الاكراه فى الشريعة.
١٤٢	٧١- شروط الاكراه فى القانون.
١٤٤	٧٢- اثر الاكراه فى الضمان فيما يوجب القصاص فى الشريعة والقانون.
١٤٧	٧٣- الاكراه فيما دون النفس فى القانون الباكستانى.
١٤٩	٧٤- اثر الاكراه على الزنا فى الشريعة والقانون.
١٥٦	٧٥- اثر الاكراه فى الحراية.
١٥٦	٧٦- الفرق بين السرقة والحراية.
١٦١	٧٧- اثر الاكراه على السرقة فى الشريعة والقانون.
١٦٤	٧٨- اثر الاكراه على شرب الخمر فى الشريعة والقانون.
١٦٦	٧٩- اثر الاكراه على الكفر والردة فى الشريعة والقانون.
١٦٩	٨٠- اثر الاكراه على النكاح.
١٧٠	٨١- (أ) اثر الاكراه فى الطلاق فى الشريعة والقانون.
١٧٢	(ب) اثر الاكراه فى التصرفات.
١٧٤	(ج) الفرق بين الرضاء والاختيار.

رقم الصفحة

- ٨٢- الضرورة فى اللغة • ١٧٨
- ٨٣- الضرورة فى الاصطلاح ١٧٨
- ٨٤- الضرورة فى القانون • ١٧٩
- ٨٥- مشروعية الضرورة • ١٨١
- ٨٦- الفرق بين الضرورة والدفاع الشرعى فى الشريعة والقانون • ١٨٤
- ٨٧- الفرق بين الضرورة والاكره • ١٨٥
- ٨٨- الفرق بين الضرورة والحاجة • ١٨٦
- ٨٩- شروط الضرورة فى الشريعة والقانون • ١٨٨
- ٩٠- الاضطرار الى تناول طعام الغير فى الشريعة والقانون • ١٩٣
- ٩١- الاضطرار الى إتلاف مال الغير فى الشريعة والقانون • ١٩٧
- ٩٢- حكم انقاذ المضطر فى الشريعة والقانون • ٢٠١
- ٩٣- قتل الممتنع عن انقاذ المضطر فى الشريعة والقانون • ٢٠٦
- ٩٤- تتبرس الكفار بأسرى المسلمين • ٢٠٩
- ٩٥- الدفاع الشرعى فى اللغة • ٢١٢
- ٩٦- الدفاع الشرعى اصطلاحا • ٢١٣
- ٩٧- الدفاع الشرعى عند اهل القانون • ٢١٣
- ٩٨- مشروعية الدفاع الشرعى • ٤١٤
- ٩٩- شروط دفع الصائل فى الشريعة والقانون • ٢١٨
- ١٠٠- الدفاع عن النفس فى الشريعة • ٢٢٨
- ١٠١- الدفاع عن النفس فى القانون • ٢٣١
- ١٠٢- اثر الدفاع عن النفس فى الفقه الاسلامى • ٢٣٣

- ٢٣٣ ١٠٣- اثر الدفاع عن النفس فى القانون •
- ٢٣٦ ١٠٤- الدفاع عن العرض فى الشريعة •
- ٢٣٩ ١٠٥- الدفاع عن العرض فى القانون •
- ٢٤٠ ١٠٦- حرمة المسكن فى الشريعة •
- ٢٤٢ ١٠٧- موقف القوانين الوضعية فى حرمة المسكن •
- ٢٤٤ ١٠٨- حكم الاطلاع على ما فى داخل البيوت •
- ٢٤٧ ١٠٩- رأى القوانين الوضعية فى الاطلاع على ما فى داخل البيوت •
- ٢٥٠ ١١٠- الدفاع عن المال
- ٢٥٢ ١١١- موقف القوانين الوضعية فى الدفاع عن المال •
- ٢٥٣ ١١٢- اثر الدفاع عن المال فى الضمان
- ٢٥٥ ١١٣- حكم الدفاع عن الغير •
- ٢٥٨ ١١٤- موقف القوانين فى الدفاع
- ٢٥٩ ١١٥- حاتمة البحث:
- ٢٦٧ ١١٦- فهرس الآيات القرآنية •
- ٢٦٥ ١١٧- (أ) فهرس الحديث •
- ٢٧٨ ١١٨- (ب) فهرس المسائل المراجعة
القرآن الكريم وعلومه •
- ٢٧٩ ١١٩- (أ) الحديث وعلومه •
- ٢٨٢ ١٢٠- (ب) كتب القواعد والأصول •
- ٢٨٥ ١٢٠- الفقه الحنفى •
- ٢٨٧ ١٢١- الفقه المالكى •
- ٢٨٨ ١٢٢- الفقه الشافعى •
- ٢٨٩ ١٢٣- الفقه الحنبلى •
- ٢٩٠ ١٢٤- الفقه الظاهرى •

رقم الصفحة

- | | |
|-----|------------------------------|
| ٢٩١ | ١٢٥- الفقه الزيدى • |
| ٢٩١ | ١٢٦- الفقه الاما • |
| ٢٩٢ | ١٢٧- الكتب الفقهية الحديثة • |
| ٢٩٤ | ١٢٨- الادب واللغة • |
| ٢٩٥ | ١٢٩- المراجع القانونية • |

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الآن وقد أنتهيت من اعداد رسالتى أتوجه لله العلى العظيم بالحمد والشكر على توفيقه واحسانه بأن وفقنى لاتمام هذه الرسالة على أحسن وجه . كما أتقدم بجزيل الشكر لكل من ساهم معى فى انجاز هذه الرسالة واتمامها من الأساتذة والزلاء والموظفين .

وأخص بالشكر فضيلة الدكتور سيد عواد على عواد - امشرف على الرسالة . الذى رعانى بتوجيهاته السديدة ونصائحه القيمة فانه لم يبخل بوقته وارشاداته .

كما لا أنسى الاعتراف بفضل الأستاذ الدكتور عبد اللطيف عامر عميد الكلية الذى كان دائما يشجعنى وينصحنى الى أحسن الطرق للبحث والتحقيق . وقد جرت رسالتى بأيدى مختلفة من الأساتذة المشرفين ولكن بسبب سفرهم الى بلادهم أو بسبب ظروف طارئة لم أستطع مواصلة الاشراف معهم وذلك كثر المساعدون والمحسنون لى .

فكان أول مشرف لى هو د . محمد عبد الهادى سراج مؤلف كتاب "ضمان العدوان فى الفقه الاسلامى " وكان حفظه الله - سببا فى اختيار هذا الموضوع فساعدنى على وضع الخطة ولكنه لم يبق طويلا فى اسلام آباد حيث سافر الى القاهرة ثم عين الدكتور شرف الدين الخطاب فأرشدنى الى أحسن السبل لكتابة الرسالة ولكنه سافر الى القاهرة ثم طلبت من الجامعة كتابة الرسالة باللغة الانجليزية فعين الاستاذ الدكتور محمود أحمد غازى والاستاذ سهيل حسن مشرفين على الرسالة ولكن الجامعة سحبت اذنهما بالكتابة باللغة الانجليزية بعد ذلك وعين الدكتور محمد أحمد عامر مشرفا على رسالتى وقد استهدت كثيرا من توجيهاته وارشاداته وقد أعطانى كثيرا

وقته، ولكن لطروف طارئة انتقل لاشراف الى المشرف الحالى د. سّيد عواد .

فانى أشكر هؤلاء الاساتذة جميعا على ما بذلوا وأعطوني من جهودهم
ووقتهم تبارك الله فى حياتهم وجزاهم أحسن الجزاء.

كما لا أنسى أن أشكر أولئك الاخوة والاساتذة الذين ساعدوني فى
كتابه الرسالة والارشاد الى المصادر المهمة خاصة الاستاذين فرخ كريم قريشى
وحامد لطيف شريف والاستاذ الدكتور الشحات الجندى .

كما أشكر الاخوة القائمين على مكتبات الجامعة ومجمع البحوث
جميعا على مساعدتهم فى المراجعة واستخراج الكتب وأخص بالذكر غلام حسين
بت العامل فى مكتبة مجمع البحوث .

وأخيرا أتوجه الى البارى جلت قدرته أن يجعل عملى هذا خالصا
لوجهه الكريم وخدمة صادقة لهذا الدين وأن يوفقنى الى مزيد من العلم
والعمل الصالح . انه سميع مجيب .

المقدمة

الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجاً . وأكمل لنا ديننا وأتم علينا نعمته ورضى لنا الإسلام ديناً .

وأصلى وأسلم على رسول الله أفضل الرسل وخير الأنام سيدنا محمد النبي الأمي الذي أرسله الله تعالى رحمة للعالمين وهدانا به إلى الحق المبين والصراط المستقيم ، وأبلغنا به شريعة رب العالمين ، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد :

فانه لاشك في أهمية موضوع الضمان في أي نظام تشريعي لا من حيث كونه سبباً في شغل الذمة بحق للغير فحسب بل ولتأثيره في تنظيم السلوك في المجتمع وحفظ الحقوق والمصالح الخاصة وإقامة العدالة الاجتماعية .

وهذا هو الذي يلتفت إليه أبو محمد بن غانم البغدادي^(١) في صدر كتابه " مجمع الضمانات في مذهب أبي حنيفة " الذي يعد أول كتاب ألف في هذا الموضوع فيما أعلم حيث يقول:

" معرفة مسائل الضمانات من أهم المهمات إذ أكثر المنازعات فيها تنفع والخصومات ، وخصوصاً من تقلد القضاء والافتاء فهي في حقه فرض بلا امتراء فإن الخطأ فيها يورث حزناً طويلاً... ثم يقول: فإنها إذا وجبت في الذمة لا يبرأ عنها إلا بالبراءة والاستحلال وطلب الرضا فيما له وما لها، نعوذ بالله العصمة عنها وعن وراثتها .

ومن هنا فإن أهمية موضوع الضمان ترجع إلى كثرة المنازعات والخصومات المتعلقة بأحكامه .

(١) مجمع الضمانات ص ٢٠ .

ولذا وجبت معرفة القاضى بهذه الأحكام، وترجع أهمية هذا الموضوع كذلك إلى طبيعة المصالح التى يحميها نظام الضمان .
ومن جهة أخرى فإن معرفة أحكام الضمان واجبة على المسلم ليبعد عن السلوك الذى يوجب عليه وليفى بما وجب عليه فى ذمته تجاه غيره .

سبب الاختيسار :

كان السبب الباعث لى على اختيار هذا الموضوع دون سواه تعلقه بضمان النفس والأموال بسبب الاعتداء عليها عمداً أو خطأ، مما يؤدى إلى هلاكها أو تلفها ويوجب تعويض صاحبها عنها، حفاظاً على الحقوق وصيانة لها من كل أذى، وتطبيقاً لمبدأ العدالة الذى قامت عليه الشريعة الإسلامية، وجعلته القانون الأبدى الذى يحكم علاقات الناس الاجتماعية ويستهدفه الحكام والقضاة فى قضايا الفصل فى الخصومات لأن للنفس والأموال حرمة عظيمة عند الله سبحانه وتعالى، والمال فى تقدير صاحبه قرين الروح .

منهج البحث :

وضعت منهجاً لأسير عليه فى معالجة هذا الموضوع يتمثل فى الآتى:

- (١) عرض المسألة التى أريد أن أتناولها بالبحث والدراسة .
- (٢) أذكر ما اتفق عليه الفقهاء فى هذه المسألة إن كان هناك اتفاق وأذكر دليل الاتفاق ما استطعت إلى ذلك سبيلاً .
- (٣) أحرر محل الخلاف بين الفقهاء فى المسألة وأذكر عدد المذاهب فيها حسب اتفاقهم واختلافهم .
- (٤) أجمع أصحاب كل رأى فى مذهب واحد مع ذكر أصحاب هذه الآراء .
- (٥) أذكر أدلة كل مذهب وأناقش هذه الأدلة إن وجدت لها مناقشة أو استطعت أن أناقشها ثم أجيب عما تمكن الإجابة عليه من هذه المناقشات .

- (٦) اختار الرأي الراجح في المسألة اذا ظهر لى رجحانه لقوة دليله أو تحقيقه مصلحة أو دفعه مفسدة .
- (٧) اعتمدت في تقرر الأحكام على المصادر القديمة ، كما استعنت بالمصادر الحديثة المتعلقة بموضوعات الضمان .
- (٨) استقى آراء كل مذهب من كتبه الأصلية المعتمدة .
- (٩) وبعد ذكر آراء الفقهاء أذكر رأى القانون الوضعى فى المسألة ان كان هناك رأى مستقل وإن لم يكن هناك رأى تركته ثم تأرنت بين الرايين الشرعى والقانونى حتى تتبين ميزة الشريعة على القانون . وفى الآراء القانونية لم أقتصر على القانون الوضعى
- الباكستانى بل ذكرت القانون الانجليزى (TORTS) والهندي وقوانين الدول العربية التى وجدتها .
- (١٠) أخرج الأحاديث الواردة فى البحث من كتب السنة المعتمدة وجعلت كشفا للتخريج مع الفهارس .
- (١١) شرحت الألفاظ الغريبة والكلمات التى تحتاج الى بيان معتمدا فى ذلك على الكتب التى تهتم بهذا الشأن .
- (١٢) ذكرت فى خاتمة البحث أهم النتائج التى توصلت إليها من خلال معالجتى لموضوعات هذا البحث .
- (١٣) وضعت عدة فهارس للبحث ، منها / للموضوعات بينت فيه أبواب البحث وفصوله ومباحث وما يتضمنه من فروع وجزئيات .
- فهرس ومنها / لمصادر البحث ومراجعته تسهيلا للرجوع لموضوعات البحث عند الحاجة إليها مع التزامى بذكر عنوان الكتاب كاملا .
- واسم مؤلفه مع بيان الطبعة والناشر متى تيسر ذلك ومنها : فهرس للآيات القرآنية ، ومنها : فهرس للأحاديث الواردة مع التخريج .
- هذا خلاصة المنهج الذى التزمته فى معالجة هذا البحث

والله الموفق

الباب الأول

في

الضمان وبعض متعلقاته

الفصل الأول

فى

تعريف الضمان ودليل مشروعيته

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : فى تعريف الضمان

المبحث الثانى: فى دليل مشروعية الضمان

المبحث الأول

فى

تعريف الضمان

اولا : تعريف الضمان لغة :

تدور معانى كلمة " ضمن " حول معان أربعة حسبما يستخلص من كتب اللغة

وهى :

المعنى الأول: الكفالة :

فيقال ضمن الرجل ما على أخيه من دين بمعنى تكفل بأدائه وفى ذلك يقول:

النبي صلى الله عليه وسلم : " من يضمن لى ما بين لحييه وما بين رجليه أضمن له

الجنة " (١) ويقصد بما بين لحييه اللسان أو الفم كله وحينئذ يتضمن ما يدخل

الفم من طعام فإنه يشترط فيه أن يكون من كسب حلال ويقصد بما بين الرجلين الفرج.

والمعنى الثانى: الغرم :

يقال ضمنته الشئ تضمينا فتضمنه أى غرمته فالتزم بأداء هذا الغرم

يشهد لهذا المعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم : " الخراج بالضمان " (٢).

المعنى الثالث : الحفظ

يقال ضمن الشئ أى حفظه

قال النبي صلى الله عليه وسلم : " الامام ضامن ^(٣) والمؤذن مؤتمن " (٤)

(١) كشف الخفاء للشيخ اسماعيل بن محمد العجلونى الجراحى ٢/٢٧٥، مطبعة

الفتون - حلب - سوريا، صحيح البخارى كتاب الرقاق باب - ٢٣

(٢) سنن ابن ماجه للحافظ ابن ماجه ٢/٧٥٤

(٣) وقيل أن كلمة ضامن فى هذا الحديث الشريف بمعنى الكفيل لأن سلسلة

المقتديين به فى عهده وصحتها مقرونة بصحة حالاته فهو كالمكفل لهم
بصحة حالاتهم.

(٤) الجامع الصغير ١/٥٠٨ . مسند أحمد: ٢/٢٣٢.

المعنى الرابع : الجزم بخلو الشيء من العيوب "

فيقال: ضمن الشيء أى جزم بسلامته من العيوب "(١)

ثانيا : تعريف الضمان اصطلاحا :

(١) تعريفه عند الفقهاء الأقدمين

بالنظر فى تعريفات الفقهاء التى دونوها فى كتبهم نجد أن بعضهم قد جعل الضمان والكفالة مترادفين.

ومن هؤلاء الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية "(٢)

وأرى أن الكفالة بعض صور الضمان حيث يشمل ضمان القرض أو احضار شخص فى زمان أو مكان معين.

ولا يقتصر الضمان على ذلك بل له صور أخرى مثل ضمان المغصوب ، والمسروق، وما أتلّف من الأموال، وهذه الصور لاخلاف فى كونها من الضمان .

ونجد أيضا أن بعضا آخر من الفقهاء قد عرف الضمان وقصره على ضمان المتلفات فقال الإمام الحموى فى كتابه " غمز عيون البصائر " شرح الأشباه والنظائر " الضمان : عبارة عن رد مثل الهالك ان كان مثليا أو قيمته أن كان قيميا "(٣)

وقال الشوكانى فى نيل الأوطار له : " الضمان عبارة عن غرامة التالف "(٤)

(١) انظر هذه المعانى فى مختار الصحاح للترازى مادة "ضمن" والقاموس المحيط للفيروز آبادى مادة "ضمن" باب النون فصل الضاد والمصباح المنير للفيروزى مادة "ضمن" ولسان العرب لابن منظور مادة "ضمن".

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٢٢٩، ومغنى المحتاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب ٢/١٩٨، مطبعة الحلبي والمغنى لابن قدامة ٥/٧٠، طبع، دار المنار والبحر الزخارج ٥، ص ٧٥، مطبعة السعادة بالقاهرة .

(٣) غمز عيون البصائر للحموى شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢/٢١٠ .

(٤) نيل الأوطار للشوكانى ٥/٣١٦، مطبعة الحلبي بمصر.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية : الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات . (١)

وأما الامام الغزالي رحمه الله تعالى فقد عرف الضمان بتعريف أشمل حيث بقوله : " إنه واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة (٢)

وفى رأيي والله أعلم أن هذا التعريف هو المختار والمناسب لهذا البحث لأنه يشمل ضمان المتلف والمغصوب والمسروق وغير ذلك كما أنه يشمل ضمان المنافع ووجه شموله لهذا كله هو أن قوله : " رد الشيء يشمل رد المغصوب والمسروق وما ماثلهما من كل موجود يمكن رده مما يكون قد وضع الإنسان عليه يده دون وجه حق . وأن قوله : " بالمثل أو بالقيمة " يشمل كل ما أتلغه الإنسان أو فوت منفعته على غيره أو استهلكها " (٣).

وحينئذ يرد مثل التالف الفاتت إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا.

(٢) تعريف الضمان عند الفقهاء المعاصرين :

لقد تناول ثلاثة من الفقهاء المعاصرين تعريف الضمان وفيما يلي بيان التعريفات التي ذكروها :

أولا : تعريف الأستاذ مصطفى الزرقا :

فلقد عرف الضمان : بأنه إلزام بتعويض مالي عن ضرر للغير (٤).

ثانيا : تعريف الدكتور وهبة الزحيلي :

ولقد تناول تعريف الضمان من وجهة نظره فقال:

الضمان هو إلزام المدين بالتعويض المادي عن الضرر الذي لحق الدائن بسبب إخلاله بالتزامه . (٥)

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة ٤٢٥ .

(٢) الوجيز للامام أبي حامد محمد بن محمد بن أحمد الغزالي : ٢٠٥/١ مطبوعة الآداب والمؤيد بمصر .

(٣) ومثال تفويت المنفعة أن يمنع المؤجر المستاجر من استيفاء منفعة العين المستأجرة ، ومثال استهلاكها أن ينتفع المستاجر بعمل الأجير دون إعطائه أجرته .

الضمان : تعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية (١).

ثالثا : تعريف الشيخ على الخفيف :

فقد عرّف رحمه الله تعالى الضمان بمعناه الأعم فقال: الضمان شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل (٢).

وقد نسب رحمه الله تعالى هذا التعريف إلى الفقهاء ولعل هذا مـسـن اشارتهم لا من نصوصهم وبالتأمل في تعريفات الفقهاء المعاصرين يتبين لنا الآتي: أن تعريف الأستاذ الزحيلي يدور حول شغل الذمة بوجوب معاوضة مالية تجب وفقا للأسس الآتية:

- (١) إذا أتلّف أحد مال غيره يكون ضامنا له بالمثل أو بالقيمة .
 - (٢) إذا عطل أحد مال الغير بأن لم يمكنه من الإستفادة بماله وإن كان وجوده باقيا ففي هذا الحال يجب التعويض .
 - (٣) إذا أحدث شخص ضررا في بدن آخر مثل كسر العظام والجرح أو قطع أحد الأعضاء مما يوجب الأرض فهذا فيه الضمان .
 - (٤) إذا قتل شخص إنسانا خطأ وجبت عليه الدية .
- وضمان الديات والأروش من الزام الشارع (٣) لأن الشارع الحكيم هو الذي أوجب الضمان في مثل هذه الحالات .
- فجميع هذه الأمور يصح إطلاق الضمان عليها في ضوء تعريف الأستاذ الزحيلي إلا أنه يلاحظ على هذا التعريف أنه لايشمل الالتزام بطريق الكفالة والواجبات التي تنشأ عن العقود حيث تكون هذه الأمور خارجة عن التعريف ومن ثم لايمكن إطلاق الضمان على الكفالة لأنها لا تكون وفقا للأسس السابق الإشارة إليها.

- (١) نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٥
- (٢) الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف ص ٥٠
- (٣) الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ على الخفيف ص ١١ .

أما تعريف الأستاذ الزرقا فيلاحظ عليه أنه قريب في المعنى من تعريف الزحيلي وليس بينهما من فرق سوى أن الأستاذ الزرقا لم يشر في تعريفه إلى تفصيل الضرر الذي أشار إليه.

أما تعريف المرحوم الشيخ على الخفيف فيظهر منه أنه تعريف بالمعنى الأعم فقد شمل جميع أنواع الضمان وهي ضمان العقد وضمن اليد وضمن العدوان والضمان بمعنى الكفالة وبناء على التعريفات السابقة فإنه يمكن استخلاص تعريف جامع ومانع وهو أن الضمان : هو شغل الذمة لحق مالى أوجب الشارع أدائه جبراً لضرر لحق بالغير فى ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو لشرط من شروطه أو بإرتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع ذاتاً أو مالا^(١)

(٢) تعريف الضمان فى القانون :

يعرف الضمان فى لغة أهل القانون بأنه لفظ Tort مأخوذ من اللغة اللاتينية من كلمة Tortum الذى معناه ملفوف أو معوج أو خطأ^(٢). وأنه مخالف للفظ Rectum الذى معناه مستقيم ويراد به ظاهراً أنه يتوقع من كل شخص أن يمشى فى طريق مستقيم ولكنه إذا خالف ومشى فى طريق منحرف فيقال إنه قد ارتكب Tort .

لذا يقال إن Tort عمل معوج أو ملتو وليس بمستقيم^(٤).

(١) ضمان العدوان د/ سراج ص ٦١

(٢) 2. Law of Torts by A.M.Chaudhry -2, S.K. Kapoor-1, M.N.Shukla-2, Foundations of Law of Torts, -7, Ratan Lal-1, B.M. Gandhi-11, Pillai-2,

3. Pillai-2

4. As above.

حاول القانونيون أن يعرفوا الضمان فنجموا إلى حتما بدرجات مختلفة
في ذلك واليك بيان بعض هذه التعريفات :

(١) تعريف يلوكنس : Pollock

Tort هو مخالفة المسئولية العامة التي يتحملها جميع أفراد
المجتمع المذهب تجاه جيرانهم لعدم ايدانهم بدون أي مبرر قانوني أو عذر (١).

(٢) تعريف القانون المدني العام للمرافعات لعام ١٨٥٢م الصادر في إنجلترا.

هو ذلك الخطأ الذي هو خارج العقد وهذا التعريف روجه جيمز James (٢).

(٣) تعريف أندرهيل : Underhill

هو عمل ايجابي أو سلبى مخالف للقانون وخارج عن العقد (٣).

(٤) تعريف كلارك ولند سيل : Clerk and Lindsell

هو ذلك الخطأ الذي هو خارج العقد ويوجب تعويضا مناسباً
بواسطة القانون المدني (٤).

(٥) تعريف سالموند : Salmond

هو ذلك الخطأ المدني الذي يوجب تعويضا بواسطة القانون
المدني لمعاوضات غير مقننه والذي لا يكون مخالفا للعقد كلية أو مخالفا للوقف
أو مخالفا لاي ارتباط من هذا النوع (٥).

-
1. Law of Torts by B.M.Gandhi-11
 2. General Principles of Law of Torts by P.S. James, 2nd ed. 1964, Ch.1
 3. Underhill's Law of Torts 13th ed. Chapter 1
 4. Clerk & Lindsell, 10th ed. P-3.
 5. Salmond and Heuston Law of Torts Sweet & Maxwell, London 1981 P-11.

(٦) تعريف جون فليمنك : John Fleming

هو ذلك الخلفاء المدنى الذي هو خارج عن العقد والذي يعوضه القانون فى صورة التعويض (١).

(٧) تعريف ون فيلد وجولوز : Winfield and Jolowicz

ان المسئوليات الضمانية تظهر من مخالفة المسئولية التى أوجبها القانون أساسا على كل شخص عموما ومخالفتها توجب المعاوضات غير مقننة (٢). وفى رأى ب م غاندى أن هذا التعريف هو أحسن التعاريف ولكنه ليس بكامل (٣).

ون (٤) وفى رأى س ك كابور أن تعريف/فيلد يحتوى على الأمور الآتية

- أ - مخالفة المسئولية :
 - ب - ايجاب المسئولية بواسطة القانون أساسا.
 - ج - ايجاب المسئولية تجاه جميع الاشخاص عموما
 - د - ايجاب المعاوضات غير مقننة فى حالة مخالفة المسئولية.
- والآن نبدأ بمناقشة النقاط المذكورة على الوجه الآتي :

أ - مخالفة المسئولية :

ان لامر الأول الذى نلاحظه فى هذا التعريف هو انه يجب ان يكون هناك مخالفة للمسئولية وتنشأ منها المسئوليات الضمانية ويظهر من ذلك بأنه يجب أن يكون هناك مسئولية على المدعى عليه تجاه المدعى وتكون المساءلة فى المسئولية الضمانية عندما تكون هناك مخالفة لتلك المسئولية (٥).

-
- 1.Law of Torts by John Fleming 5th ed.,ch.1
 - 2.Law of Torts by Winfield-3
 - 3.Law of Torts by B.M. Gandhi-29
 - 4.Law of Torts by S.K. Kapoor-1-2
 - 5.As above.

ب - ايجاب المسئولية بواسطة القانون أساسا :

الأمر الثانى الذى نلاحظه فى هذا التعريف أن ايجاب المسئولية فيه بدون عقد أو رضا ولكنه واجب بواسطة القانون أساسا (١).

مثال : أن السائق يجب عليه أن يقود سيارته بكل احتياط وتيقظ وهذه المسئولية تجب عليه عن طريق القانون وليس برضاه ولا عن طريق العقد (٢).

ج - ايجاب المسئولية تجاه جميع الاشخاص عموما :

أن Tort مخالفة للحق العمومى، فالحق العمومى يكون لجميع الناس وبناء على ذلك لا يجوز لأحد أن يهتك حقه أو يهدده وهذا حقه على جميع الناس وهذه الحقوق تسمى الحقوق العامة (٣).

د - ايجاب المعارضات فى حالة مخالفة المسئولية :

ان المعارضات فى الضمان ليست محددة بل متروكة لرائى القاضى يتصرف فيها بعد النظر الى ملائسات القضية وظروفها وبيناتها فى كل قضية "٤"

موازنة بين التعريف الفقهى لمستخلص وتعريف أهل القانون للضمان :

وبالنظر فيما سبق من التعريف الذى استخلصناه للضمان فى الاصطلاح الفقهى نجد أنه لا يختلف مع تعريف أهل القانون حيث ان المعنى فيهما واحد.

-
1. Law of Torts by S.K.Kapoor-1, Clerk & Lindsell-17, Winfield-5, Baker-2, Dias-7, A.M. Chaudhry-2, Pillai-4, B.M. Gandhi-55
 2. B.M. Gandhi-55
 3. A.M. Chaudhry-2, Kapoor-1, Dias-7, Pillai-4, Jhabwala-5
 4. Law of Torts by M.N. Shukla-6, Kapoor-2, B.M. Gandhi-28, A.M. Chaudhry-3

غير أنهما يختلفان في أمر واحد وهو أنه في الإصطلاح الفقهي شسفل
الذمة جهرا للضرر الذي لحق بالغير سواء نشأ هذا الضرر لمخالفة العقد أو
لشرط من شروطه بينما لم يتعرض القانون لشيء من ذلك هذا مايسره الله لى
فى هذا المقام والله اعلم بالصواب .

المبحث الثاني

في دليل مشروعية الضمان

الضمان مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب فأيات كثيرة منها : قول الله تبارك وتعالى:

" فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين " (١).

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة هو أن الله تبارك وتعالى أمر

المعتدى عليه ألا يرد الاعتداء إلا بمثله، وتغريم من اعتدى قيمته ما أُلِف أو مسا فوت من منفعة يكون رداً للاعتداء بالمثل وهذا هو معنى الضمان.

ومنها قوله عز وجل :

" وإن/ ^ع قبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صيرتم لهو خير للصابرين " (٢).

وجه الدلالة من هذه الآية هو مثل ما تقدم في الآية السابقة.

وأما السنة : فأحاديث كثيرة أيضا منها :

" ما روى عن أنس رضي الله عنه قال : إن النبي صلى الله عليه وسلم

كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم لها بقصة " (٣)

فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصة فضمها وجعل فيها الطعام وقال:

كلوا ودفع القصة الصحيحة للرسول وحبس المكسورة

رواه البخاري والترمذي وسمى الضاربة عائشة رضي الله عنها وزاد فقال

النبي صلى الله عليه وسلم " طعام بطعام وإناء بناء " وصححه (٤)

(١) سورة البقرة الآية : ١٩٤

(٢) سورة النحل الآية : ١٢٦

(٣) القصة : بفتح القاف إناء من خشب وتكون من غير الخشب انظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٥٠ / ٦

(٤) سبل السلام ٩٠٤/٣ • مسند أحمد : ١٤٨/٦ ، سنن ابن ماجه : ٧٨٢/٢

ومنها ما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت " مارأيت صانعة طعام
مثل صفيصة صنعت لرسول^{الله} صلى الله عليه وسلم طعاما فبعثت به فأخذتني أفكل (١)
فكسرت الإناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت ؟ قال إناء مثل إناء وطعام
مثل طعام " (٢).

ووجه الدلالة من هذين الحديثين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل
ضمان القصعة والطعام على من أتلفتها حيث طلب منها إناء مثل الذي كسرت
وطعاما مثل الذي أتلفت فكان ذلك دليلا على مشروعية ضمان المتلفات على المتلف
إذا كان إنسانا وأما دليل مشروعية الضمان فيما أتلفته البهائم فمنه ما يلي :

(١) ما رواه أبو داود بسنده إلى حرام بن محيصة . . . أن ناقة البراء بن
عازب رضي الله عنه دخلت حائط رجل (٣) فأفسدته ف قضى رسول الله صلى الله عليه
وسلم على أهل الأموال حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل (٤).

وفي رواية أخرى وما أفسدت فهو مضمون عليهم (٥).

ووجه الدلالة من هذا الحديث .

أن على أهل الحوائط ألا يهملوا في حفظ الحوائط نهارا وعلى أهل الماشية
أن يحفظوا الماشية في الليل فلو أن أهل الماشية أهملوا في حفظ مواشيهم ليلا
حتى تسببوا في إلحاق الضرر بأهل الحوائط فإنهم يضمنون الضرر الذي يحدث نتيجة
لهذا.

(٢) ما روى عن النعمان بن بشير رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم : " من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم
فأوطأت بهمسد أو رجل فهو ضامن " رواه الدارقطني (٦)

- (١) معناها أخذتني رعدة الأفكل وهي الرعدة من برد أو خوف وهذه الرعدة كانت
ناشئة عن غيرتها رضي الله عنها، انظر نيل الأوطار ٢٤٢/٥، ومعالم السنن
للشيخ أحمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي ٢٠٢/٥
- (٢) فتح الباري على صحيح البخاري ٤٩/٦، وسنن ابن ماجه ٧٨٢/٢ .
- (٣) الحائط البستان، انظر المصباح المنير مادة " حيط "
- (٤) سنن أبي داود ٢ / ٢٦٧ ، (٥) مسند الامام أحمد بن حنبل ٤٢٦/٥
- (٦) سنن الدارقطني رقم ٣٦٣ نيل الأوطار للشوكاني ٣٦٤/٥ - ٣٦٥، حديث رقم ٤ .

وهذا عند بعضهم فيما إذا وقفها في طريق ضيق أو حيث تضر بالمار.
وجه الدلالة من هذا الحديث على المدعى ظاهر :

وأما ما يدل على هشروعية الضمان من غير إتلاف فمنه مايلي:

(١) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاء ولا لعبا وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها له " (١).

وجه الدلالة من هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر من أخذ عصا أخيه أن يردها إليه والتعبير بالعصا كناية عن حقير المتاع فدل ذلك على مشروعية ضمان مال الغير على من أخذه ولو لم يتلفه.

(٢) ما رواه ابن ماجه بسنده إلى سمرة بن جندب رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " (٢).

وجه الدلالة من هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ألزم من أخذ شيئا من غيره أن يؤديه ولا يتحقق الأداء إلا بردها أخذ وهذا هو الرد الحقيقي ورد القيمة أو المثل يعد أداء حكما.

(٣) ما رواه ابن ماجه بسنده مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لا ضرر ولا ضرار " (٣).

وجه الدلالة من الحديث : أن قول النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر " نكرة في سياق النهي فتعم ومما لاشك فيه أن إتلاف مال الغير أو غصبه أو تفويت منافعه ضرر على صاحب المال والمنفعة فوجب رفع ذلك الضرر وذلك إنما يكون بتضمين المعتدى .

(١) نصب الرأية في تخریج أحادیث الهداية للشيخ جمال الدين أبي محمد

عبدالله بن يوسف الزيلعي ١٦٧/٤ ١٦٨٠ مسند أحمد : ٢٢١/٤

(٢) سنن ابن ماجه ٢/ ٨٠٢ حديث رقم ٢٤٠٠

(٣) سنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٤ حديث رقم ٢٣٤٠ .

وأما الإجماع : فقد أجمع علماء الأمة على وجوب إزالة الضرر عن المضرور وعلى من أتلف مال غيره بلا إذن منه فهو له ضامن (١).

وأما المعقول : فإن الشريعة الإسلامية الغراء جاءت بوجوب حفظ الأموال ومن أجل ذلك شرعت مايكفل هذا الحفظ فأوجبت الضمان على متلفها جبرا للضرر الذي يلحق صاحبها من الإعتداء عليها وضمان العارية والمعضوب والمسروق مثلا يكون رجرا للمعتدين الطامعين في أموال الغير وما إلى ذلك مما شرعه الإسلام من وسائل ليحفظ بها حقوق الناس (٢).

(١) القواعد الفقهية النورانية لشيخ الاسلام ابن تيمية ١٧/٢

(٢) نظرية الضمان للنزحيلي : ص - ١٦

و نظرية الضمان للأستاذ علي الخفيف : ص ٨

الفصل الثانى

فى

أركان الضمان

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : فى تعريف الركن

المبحث الثانى : فى الكلام عن الخطأ

المبحث الثالث : فى الضرر

المبحث الرابع : علاقة السببية بين التعدى والضرر

المبحث الخامس : أركان الضمان فى القانون

المبحث الأول

في تعريف السر كسكن

وقبل بيان الأركان أرى أنه من المناسب أن أتناول تعريف الركن وذلك على الوجه الآتي :

أ - تعريف الركن لغة : الأركان جمع ركن

والركن من ركن إلى الشيء وركن يركن ويركن ركنًا وركوتًا فيهما وركانية وركانية أي مال إليه وسكن، ومنه قوله تعالى :

" ولا تركنوا إلى الذين ظلموا " (١) وقوله تعالى

" ولولا أن شئت لك لقد كدت تركن إليهم شيئًا قليلًا " (٢)

وركن الشيء : جانبه الأقوى

وركن الرجل : قومه و عدته و مادته

ومنه قوله تعالى :

" لو أن لي بكم قوة أو آوى إلى ركن شديد " (٣)

وفي حديث الحساب ويقال لأركانها انطق أي لجوارحه " (٤)

وأركان كل شيء جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها (٥)

-
- (١) سورة هود الآية : ١١٣
 - (٢) سورة الاسراء الآية : ٧٤
 - (٣) سورة هود الآية : ٨٠
 - (٤) رواه مسلم من حديث طويل/ أنس بن مالك رضي الله عنهما صحيح مسلم بشرح النووي ١٠٥/١٨، المجلد التاسع .
 - (٥) لسان العرب لابن منظور ٤٥/١٧ فصل الراء - حرف النون

أقول : ومنه أخذ المعنى الاصطلاحي على ما يأتي بيانه

ب- تعريف الركن عند الفقهاء :

اختلفت نظرة الفقهاء في تعريف الركن وحقيقته والخلاف في ذلك جار بين

الجمهور والحنفية .

فأركان عند الجمهور : ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً من ماهيته^(١) .

فأركان العقد عندهم العاقد والمعقود عليه والصيغة .

فألعائد والمعقود عليه وإن لم يكونا من ماهية العقد إلا أن وجود العقد

يتوقف على وجودهما بالإضافة إلى صيغة المعقود فاعتبرا لذلك من الأركان .

وأما الحنفية : فيرون أن الركن ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان داخلا في

ماهيته^(٢) .

وماهية العقد هي الصيغة : فركن العقد عندهم هو الصيغة وحدها وهي الإيجاب

والقبول أما غير الصيغة مما اعتبره الجمهور أركاناً للعقد فلم يكن عند الحنفية

من الأركان وإن كان يتوقف على وجوده^{وجود} / العقد لأنه لم يكن داخلا في ماهيته بل شيئاً خارجاً عنه .

وأما عن بيان أركان الضمان : " فيرى بعض الباحثين أن للضمان ركناً

واحداً هو^(٣) الواجب في الضمان وهو ما يقصد به قيمة المضمون إن كان قيمياً أو مثله

إن كان مثلياً وذكر بعض آخر أن أركان الضمان ثلاثة هي :

الأول : الموجب للضمان .

الثاني : ما يجب فيه الضمان

(١) الخروق للقرآفي ج ٢ ، صفحة ٧٠ ، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة

للجزيري ١٢/٤

(٢) التعريفات للجرجاني ص ١١٢ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٩٧/٧ والمدخل

الفقه العام للزرقا ٣٠٠/١

(٣) ضمان المثل د/ أحمد علاء ، ص ١٩ - ٢٠

الثالث : الواجب في الضمان

وذكر بعض آخر أن أركانه (١) هي:

(١) الخطأ

(٢) الضرر

(٣) العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ولو ضوح الأركان عند هذا البعض الأخير فاني أتناولها في ثلاثة مباحث

خصمت لكل ركن منها مبحثا وذلك في الصفائف الآتية :

(١) ضمان العدوان في الفقه الاسلامي د/ محمد سراج ص ١٢٨، وما بعدها
ونظرية الضمان للدكتور وهبة الزهيلي ص ١٨ - ٢٦ .

المبحث الثاني

فى

الكلام عن الخطأ

الخطأ لغة : يستعمل بمعنى ضد الصواب (١)

وفى بعض الأحيان تستعمل كلمة 'الخطأ' بمعنى الاثم كما فى قوله تعالى:

" ان قتلهم كان خطئا كبيرا " (٢) أى اثما كبيرا وفى التعريفات للجرجاني (٣) الخطأ : ما ليس للانسان فيه قصد.

أما الخطأ فى لسان الفقهاء: فقد تستعمل كلمة الخطأ من الغاعل دون أن يتعمده

وقد أشار إلى هذا المعنى بعض الفقهاء كما قال
عبدالقادر عودة " الخطأ هو وقوع الشيء على غير ارادة فاعله " (٤).

وعرفه عبدالعلى الانصارى " أنه وقوع الفعل بعدم التثبت الذى هو من تقصيره " (٥).

أثر الخطأ على المسؤولية :

اختلف الفقهاء فى أثر الخطأ على المسؤولية على رأيين :

الرأى الأول : ذهب المعتزلة والظاهرية الى عدم جواز المواخذة على

الخطأ لقوله عز وجل " ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطانا " (٦)

(١) لسان العرب مادة (خطأ) ٦٥/١ .

(٢) سورة الاسراء الآية : ٣١

(٣) التعريفات للجرجاني، ص ٤٤ .

(٤) التشريع الجنائى ٤٣٧/١

٥- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للامام عبدالعلى محمد بن نظام الدين الانصارى ١٦٥/١ و هو مطبوع مع المستطفى للغزالى المطبع ، الاميرية - القاهرة ٣٢٤هـ
٦- الآية ٢٨٦ من سورة البقرة .

وجه الاستدلال أنه لو جازت المواخذة عقلاً لما كان للدعاء فائدة . (١)

الرأي الثاني : و يقول أصحابه بجواز المواخذة على الخطأ وهذا رأي جمهور الفقهاء وقد ردوا على استدلال الرأي الأول بقولهم : " أن المرفوع بالخطأ هو الإثم والعقوبة الحدية ولكن الخطأ لا يعتبر عذراً في حقوق العباد . ويجب الضمان باتلاف المال ، وقد أشار إلى هذا المعنى بعض الفقهاء كما قال الغزالي حيث يقول : " المراد من قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان " هو رفع الإثم فقط . أما في الحكم فإن حقوق الأدميين العامد والمخطئ فيها سواء (٢) .

وقال الكمال بن الهمام : " حقوق العباد لا تسقط بالخطأ فيجب ضمان المتلفات خطأ كما لورمى إلى شاة انسان على أنها صيد أو أكل ماله على ظن أنه ملك لنفسه لأنه ضمان مال لأجزاء فعل فيتعمد عصمة المحل وكونه خاطئاً لا ينافيها " (٤) .

أقول : أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المتضمن مؤاخذه المخطئ أما المرفوع بالخطأ فهو الإثم فقط .

الركن الثاني للضمان : الضرر

الضرر هو الركن الثاني لوجوب الضمان فلا يكفي لتحقيق المسؤولية أن يقع الخطأ بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً .

(١) فواتح الرحموت ١/١٦٥ ، والتوضيح ٢/٨١٧ ، والمحلى ١/٤٠٣ ، وما بعدها

(٢) التقرير والتحرير ٢/٢٠٤

(٣) المستمضى للغزالي ١/١٧٢

(٤) تيسير التحرير ٢/٣٠٥

الضرر لغة ضد النفع : (١)

واصطلاحاً : الحاق مفسدة بالآخرين أو هو كل إيذاء يلحق الشخص
سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته (٢)

وقد تثبت مشروعية الضمان من الحاق الضرر من بقول الرسول - صلى
الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " (٣)

وبناء على هذا الحديث وضع الفقهاء عدة قواعد للضمان ومنها :
" الضرر يزال " (٤) والضرر يرفع بقدر الامكان " (٥).

والقاعدة الأولى تنفى وجوب دفع الضرر قبل وقوعه والثانية وجوب
دفع الضرر بعد وقوعه .

والمراد من الضرر الوجوب المطالبة بالتعويض هو الضرر الذي أصاب
الانسان اذا شمل حقه على نحو غير معتاد ولكن اذا كان الإستعمال معتاداً
مالم يوقع الضرر فله يعد تعسفاً ولا يترتب على ذلك الضمان كالطبيب الجراح
الذى يجرى عملية جراحية معتادة ويموت المريض فلا يضمن وكذلك سقاية الأرض
أن كان مسقياً عادياً فتسرب الماء الى أرض الجار فلا ضمان وان كان مسقياً غير
عادى بما لا تحمله الأرض فعليه ضمان الضرر اللاحق بالغير (٦).

(١) لسان العرب مادة : " ضرر " .

(٢) نظرية الضمان، ص ٢٣ (د/ الزحيلي)

(٣) سنن ابن ماجه ٢/٧٨٤، سبل السلام ٢/٧٧، نصب الراية ٤/٨٤، مسند

أحمد ٤/٦٤، الجامع الصغير للسيوطي ٢٠/٦٧٦ .
الأحكام العدلية
مجلة ٢٠ مادة ٢٠

(٤) المجلة مادة ٣١

(٥) المجلة مادة ٣١

(٦) الهداية ٣/١٩٧، المهذب ١/٤٠١

الضرر ينقسم الى أقسام كثيرة

أقسام الضرر :

أولا : الضرر الايجابي والضرر السلبي

الضرر الايجابي : ينشأ عن الفعل الايجابي كالضرب والاحراق والاغراق، وإتلاف الزروع والأشجار وهدم المباني وغير ذلك أما الضرر السلبي فينشأ عن الفعل السلبي بصورته كما يلي:

- (أ) رجل رأى دابة تاكل حنطة غيره فلم يمنعها فانه ضمن (١).
(ب) رجل غضب دابة فتبعها ولدها فأكله الذئب ضمنه مع أنه لم يباشر فيه فعلا كما يقول ابن عابدين (٢).

ثانيا : الضرر المادي والضرر المعنوي

الضرر المادي : هو الضرر الذي يلحق مفسده في أموال الآخرين بإتلافها كلها أو بعضها أو جزء منها أو بعض أوصافها.

الضرر المعنوي : هو الحاق المفسدة في أشخاص الآخرين لافي أموالهم كالأهانة التي تمس كرامة الانسان أو تلحق به سمعة سيئة أو يؤدي شعور الآخرين .

وقد اختلف الفقهاء حول الضمان في الأضرار المادية والأدبية .

وذهب جمهور الفقهاء الى اقتصار الضمان على الأضرار المالية فقط

دون المعنوية أما في رأى محمد وأبي يوسف صاحبى أبي حنيفة فيجب التعويض في الضرر الأدبي أو المعنوي أيضا .

١- نفس المراجع

٢- الدر المختار، ١٣٧/٥ .

وعند محمد تجب حكومة عدل (اى تعويض يقدره للقاضي) على الجاني
بقدر ما لحق المضروب أو المجروح عن الألم .

وقال أبو يوسف للمجنى عليه أن يرجع على الجاني بما أنفقه من ثمن
الدواء وأجرة الأطباء (١) .

ثالثا : الضرر القولى والضرر الفعلى

الضرر القولى :

ينشأ عن القول كما فى رجوع الشاهدين عن شهادتهما بعد القضاء
وقبض المدعى المال فلا يفسخ الحكم فيضمنان ما اتلفاه على المشهود عليه بسبب
شهادتهما (٢) .

الضرر الفعلى :

هو ما ينشأ عن الفعل - كتنحية - حق الشياى وقطع الأشجار وكسر
الأدوات و فيه يضمن السعاة والمفسسون الذين يتسبون فى ابطال الحقوق
على ذويها (٣) .

شروط محل الضرر :

يشترط الفقهاء فى محل الضرر الشروط التالية :

(١) أن يكون مالا فلا ضمان على الأشياء التى لا تعتبر مالا مثل إتلاف
الميتة والخنزير والخمر وغير ذلك .

(٢) أن يكون مالا متقوما بأن له قيمة شرعا (٤)

(١) المبسوط للسرخسى ٨٠/٢٦، الدر المختار ٤١٥/٥

(٢) مجمع الضمانات ص ١٧١

(٣) رد المحتار على الدر المختار ١٣٥/٥

(٤) رد المحتار على الدر المختار ١١٤/٥ .

- ٣- أن يكون مالا مملوكا : أما اتلاف المباحات التي لا يملكها كالنار والماء والنار والأسماك في البحار والطير في الهواء فلا ضمان فيها .
- ٤- ان يكون مالا محترما : يعنى غير مهدر فلا ضمان في اتلاف أحوال المحاربين من اعداء المسلمين لانعدام فائدة التضمن لانتهاء الولاية عليهم (١) .
- الركن الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر :

قرر الفقهاء المسلمون أنه لابد في الضمان من أن يكون الضرر مرتبطا بالفعل ارتباطا بالنتيجة بالسبب :

و يسأل الشخص شرعا عن الافعال المباشرة التي يلحقها بغيره ، وكذا عن الافعال التي يكون متسببا في احداثها مباشرة .

غير أنه قد ينفرد السبب فيكون المتسبب مسئولا عن الضمان وقد يشترك مع المباشر ،

أما الأموال التي تنتفى فيها السببية لقوة قاهرة كما اذا نقب الجدار شخص و سرق المال شخص آخر فان الضمان فيها يكون على السارق لا على الناقب لان الناقب يمثل السبب والسارق تتمثل فيه المباشرة والعلة (٢)

١- بدائع الصنائع : ١٦٨/٧ .

٢- ونظرية الضمان للزحيلي : ص ٣٢

المبحث الخامس

أركان الضمان في القانون

يجب توافر ثلاثة أركان لأجل اثبات الضمان وهي كمايلي : (١)

(١) العمل الخطأ من المدعى عليه

(٢) الضرر القانوني

ويراد به أن المدعى قد تضرر بهذا الخطأ في نظر القانون

(٣) التعويض القانوني :

ويراد به بأن المدعى يحق له أن يطالب بالتعويض القانوني لازالة الضرر

الذي تسبب عن ذلك الخطأ.

وتفصيل هذه الأركان كمايلي:

الركن الأول :

العمل الخطأ من المدعى عليه :

الركن الأول لاثبات الضمان هو أن يكون المدعى عليه قد ارتكب العمل

الخطأ (٢) ويراد بالعمل الخطأ ذلك العمل الذي يخالف القانون أو يخالف العدالة (٤)

وينقسم العمل الخطأ الى قسمين :

أ - الخطأ الاخلاقي ب - الخطأ القانوني

(٥) أما الخطأ الاخلاقي فيراد به ذلك العمل الذي هو خطأ في نظر الاخلاق العامة

1. Law of Torts by A.M. Chaudhry-5, Jhabwala-7-8, Ratan Lal-4, Kapoor-15, M.N. Shukla-19,

2. Law of Torts by S.K. Kapoor-15

3. As above.

4. Law of Torts by B.M. Gandhi-13, A.M. Chaudhry-5, Jhabwala -7,

5. Law of Torts by Jhabwala-7, B.M. Gandhi-13.

وأما الخطأ القانوني : فيراد به ذلك العمل الذي هو خطأ في نظر العدالة والقانون (١).

ويمكن أن يكون هناك عمل جائز ولكن ترتب عليه اعتداء على حق شخص فانه يعتبر في هذه الحالة (Tort في نظر القانون :

ومثاله : اذا بنى شخص جدارا في بيته فهذا حقه القانوني ولكن اذا سبب هذا الجدار ضررا لجاره بحيث منع عنه الضوء الذي كان يستفيد منه منذ عشرين عاما فانه لايجوز منع هذا الضوء في نظر القانون ويكون هذا العمل خطأ قانونيا (٢).

وهذا الحق القانوني الذي يعترف به القانون تكون مخالفته خطأ قانونيا (٣) وتنقسم الحقوق الى قسمين :

أ - الحقوق الشخصية ب - الحقوق العامة

أ - الحقوق الشخصية :

والحقوق الشخصية هي التي تتعلق بشخص خاص وهي كمايلي :

(١) حق السمعة .

(٢) حق حفظ الجسم والحرية

(٣) حق الملكية (٤) .

وبناء على ذلك فإن القانون يمنع اضرار أي شخص في سمعته أو جسمه أو ملكيته ولذلك لايجوز لأحد أن يهدد أحدا بدون عذر أو جواز قانوني كما لايجوز الاعتداء على ملكية الآخر أو تجريح سمعته (٥) :

1. Law of Torts by A.M. Chaudhry-5
2. Law of Torts by Ratan Lal-4, MN Shukla -19.
3. Law of Torts by S.K. Kapoor-15, MN Shukla-19, Ratan Lal-4.
4. Law of Torts by M.N. Shukla-20, Kapoor-15, Ratan Lal-4.
5. Law of Torts by M.N. Shukla-20.

ولكن اذا ارتكب هذا العمل بأمر القانون أو بعذر معقول فانه لا مجال هناك للتعويض أو الضمان لهذا العمل مثلاً: أن التهديد يعتبر عملاً خاطئاً ولكنه اذا ارتكب في حالة الدفاع عن النفس فلا يكون خطأ (١).
والأمر الأساسي في هذه القضية بأن العمل سواء كان ايجابياً أو سلبياً يجب أن يكون خطأ في نظر القانون وحينئذ لا يجيزه القانون (٢).

ب- الحقوق العامة :

والحقوق العامة هي التي تتعلق بعامة الناس أو الدولة (٣).
ويكون التعويض في الاضرار بهذه الحقوق اذا كان هناك عمل مخالف لهذه الحقوق وتضرر به عامة الناس وبخاصة اذا تضرر به المدعى بصورة شخصية.
مثلاً : اذا بنى شخص عموداً وسط طريق الناس مما يعرقل السير لجميع الناس فلا تعويض الا اذا تضرر به شخص حيث اصطدم به في الظلام فيجوز له أن يطالب بالتعويض في هذه الحالة لأنه تضرر به شخصياً (٤).

الركن الثاني للضرر القانوني

الركن الثاني لاثبات الضمان هو الضرر (٥)

والمراد بالضرر عموماً هو أن المدعى قد تضرر بعمل المدعى عليه شخصياً، ولكن الضرر القانوني هو الذي يسبب المسؤولية الضمانية وهذا الضرر ليس كالضرر الحقيقي ولا يراد به أي ضرر مالى (٦).

ولهذا فان المراد بالضرر القانوني هذا أن يتضرر شخص في حقوقه القانونية (٧).

1. Law of Torts by M.N.Shukla-20,
2. As above.
3. Law of Torts by S.K. Kapoor-15
4. Law of Torts by M.N. Shukla-21
5. Law of Torts by M.N. Shukla-20,
6. Law of Torts by A.M. Chaudhry-5, M.N. Shukla-23.
7. Law of Torts by S.K.Kapoor-8.

ولا يمكن أن يطالب بالضمان إلا في حالة غصب الحق القانوني (١).

والضرر المجرد بدون مخالفة القانون لا يجيز المطالبة بالضمان (٢).

إذا تضرر شخص ماليا في حالة استعمال شخص آخر حقه القانوني فإنه

لا يجوز له المطالبة إلا إذا اغتصب حقه القانوني (٣).

أما إذا حدث العكس يعني إذا تضرر قانونيا ولم يتضرر ماليا ولا جسديا

فله أن يطالب بالضمان كما هو في قضية أيش باي ضد وايت .

والقضية هي أن شخصا منع من حق التصويت الذي هو حقه القانوني في

الانتخاب ومع أن مرشحه قد فاز ولكن المحكمة حكمت بالضمان لأن حقه القانوني قد غصب (٤).

وفي قضية أخرى (ما رزت ضد وليم)

أن المصرف قد رفض قبول شيك أحد زبائنه مع وجود رصيد له في البنك فقضت المحكمة بالتعويض مع أنه لم يتضرر ماليا (٥).

الركن الثالث: التعويض القانوني .

وهو أن يكون العمل خاطئ بحيث يمكن المطالبة بالتعويض القانوني (٦).

-
1. Law of Torts by S.K. Kapoor-8.
 2. Law of Torts by B.M.Gandhi-14, Jhabwala-7
 3. Law of Torts by S.K.Kapoor-8.
 4. Law of Torts by Jhabwala-10-11, B.M. Gandhi-15, Ratan Lal-7, M.N. Shukla-23.
 5. Law of Torts by A.M. Chaudhry-7, Jhabwala-11, Ratan Lal-6, M.N.Shukla-28.
 6. Law of Torts by Jhabwala-8, M.N.Shukla-35, S.K. Kapoor-18, A.M. Chaudhry-5.

الفصل الثالث

فى

اقسام الضمان وأنواعه

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره

المبحث الثانى : فى تقسيم ضمان المال باعتبار تقديره شرعا

المبحث الثالث : فى تقسيم ضمان المال باعتبار استقراره

وتحوله

تمهيد :

إن من يطالع كتب الفقه الاسلامي يجد أن الضمان ينقسم الى قسمين رئيسين هما : ضمان النفس : وهو الدية

في القتل الخطأ أو في القتل العمد إذا حدث عفو أو صلح عن القصاص

و ضمان المال : وهو التعويض المالي عن الضرر اللاحق بالغير.

و ضمان المال يكون بقدر الضرر أو التعدي الحامل ومن ثم فهو يتنوع الى

نوعين :

أ - ضمان كامل

ب - ضمان جزئي

وينقسم أيضا بحسب تقديره شرعا الى نوعين :

أ - مضبوط

ب - غير مضبوط

وكما أنه ينقسم بحسب استقراره على الضامن أو عدم استقراره الى مستقر

ومتحول، وتوضيح كل ذلك جعلته في مباحث على الوجه الآتي بيانه في الصحائف التالية :

المبحث الأول

فى

تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره

أشرت فيما تقدم إلى أن الضمان ينقسم إلى نوعين :

ضمان كلي، وضمان جزئى

فالضمان الكلى :

هو الالتزام بدفع قيمة جميع الشيء المتلف إذا كان التلف كلياً أو جزئياً فاحشاً ومعلوم فى الشريعة أنه إذا كان النقصان . فى المفصوبات وكان النقصان كبيراً فى قيمة الشيء فللمالك فى هذه الحالة الخيار بين أن يطلب قيمة النقصان فقط أو أن يترك الشيء للغاصب ويضمنه جميع قيمته^(١) ونصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك^(٢). وهذا هو مذهب الحنفية والمالكية^(٣).

وأما فى حالة التلف الفاحش أو الجنابة على الشيء بدون غصب فكذلك يرى الحنفية والمالكية أن صاحب الشيء مخير بين أن يسلم الشيء للجانى ويأخذ منه قيمته أو أن يأخذ قيمة النقصان فقط^(٤).

(١) نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٣١، وما بعدها.

(٢) جاء فى المادة ٩٠٠ من المجلة إن كان النقصان فاحشاً (اعنى إن كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو أزيد) فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه نقصان القيمة وإن شاء تركه للغاصب وأخذ منه تمام قيمته .

(٣) الزحيلي فى نظرية الضمان ص ١٣١، وما بعدها.

(٤) بداية المجتهد ٣١٣/٢ .

وأمثلته كثيرة أكتفى منها بمايتأتى:

- (١) لو أتلف رجل واحداً من مصرعى باب أو أحد زوجى خف كان للمالك أن يسلم إليه الآخر ويضمنه قيمة الشيء بكماله
- (٢) لو قطع رجل أغصان شجرة ان كان النقصان فاحشا يضمن قيمة الشجرة والا فإنه يضمن النقصان (١).
- وقد يضمن النقصان فقط عند الحنفية مثاله من حفر حفرة فى أرض غيره فأضر بالأرض يلزمه النقصان (٢).
- وقال الشافعى وأحمد يضمن الجانى فى النقصان ما نقص يوم الجناية متى يعتبر الشيء هالكا هلاكاً تاماً (٣)
- لا يخلو الهلاك الذى يوجب الضمان الكلى من أن يكون حقيقياً وذلك واضح فى اتلاف الشيء وزواله صوره ومعنى كآكل الطعام المغصوب وموت الدابة المغصوبة وأما أن يكون حكماً ..
- وأوضح الأستاذ الزحيلي الهلاك الحكمى فى ثلاث حالات ذكرها فى نظرية الضمان هى: (٤)

- (١) إذا زال اسم الشيء وأعظم منافعه مثل خرق الثوب خرقاً فاحشاً لأن الخرق الفاحش يفوت على المالك بعض الشيء المتلف وجنس منفعته وهذا يعتبر استهلاكاً موجبا للضمان ومثله تخريب بعض آلات السيارة.

-
- (١) الزحيلي فى نظرية الضمان ص ١٢٢ .
 - (٢) مجمع الضمانات ص ١٤٦ وما بعدها، والنظرية العامة للموجبات للدكتور المحمصانى ٢١٦/١ ونظرية الضمان للزحيلي ص ١٢٢ .
 - (٣) نظرية الضمان للزحيلي ص ١٢٢ وما بعدها.
 - (٤) الزحيلي فى نظرية الضمان ص ١٢٣ .

(٢) إذا تعذر رد الشيء إلى المالك والتعذر إما لاستحالة فصل الشيء من غيره كالصباغ من الثوب وإما ألا يكون فصله ^{في} استحالة ولكن فيه ضرر كبير بالمتعدى عليه . ودفع الضرر واجب كبناء الدار بأحجار مغمورة مثلاً .

(٣) إذا اختلط الشيء بغيره خلط مازجة بحيث لا يمكن التمييز بين المخلوطين بالقسمة كخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير أو كان مما يمكن التمييز بينهما عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه مثل خلط الحنطة بالحنطة من نوعين مختلفين . كما فـى الحنطة من النوع الهندي بالحنطة من النوع الأمريكي أو الكندي .

وأما خلط المجاورة فإن كان يمكن التمييز بين الخليطين بدون كلفه ولا مشقة فلا ضمان وإن كان لا يمكن التمييز كخلط الحنطة بالشعير فيجب الضمان لاعتبار ذلك هلاكاً .

وأما الضمان الجزئي :

فهو الالتزام بدفع قيمة النقصان اليسير في المغموب أو في الائتلاف الجزئي وذلك بأن يقوم الشيء صحيحاً سليماً من كل عيب ويقوم مجنباً عليه ويعطى المالك ما بين القيمتين وهذا باتفاق الفقهاء . (١)

يوضح ذلك القاعدة الفقهية التي تقول (ما ضمن كله ضمن جزؤه

بالأرش) .

ذكر ذلك السيوطي في كتابه " الأشباه والنظائر " (٢) .

وقد قررت ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة (٩١٧) منها والنقصان الموجب للضمان الجزئي هو كل عارض يطرأ على العين في يد الغاصب فيوجب نقصان قيمتها كأن يتلف جزء من العين أو تزول صفة مرغوب فيها دون أن يؤدي إلى زوال منفعتها تماماً لأنه إذا زالت المنفعة كان ذلك هلاكاً لا نقصاناً .

(١) انظر : ابن رشد الحفيد في كتابه : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٣١٢ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٧ .

أنواع النقصان (١) النقصان الذى يلحق الشيء إما أن يكون بتغيير السعر أو بزوال جزء من المصوب مثلاً أو بفوات صفة مرغوبة عند المالك فإن كان النقصان بتغيير السعر لم يكن مضموناً عند جمهور الفقهاء لأن نقصان السعر فتور يحدثه الله تعالى فى قلوب الناس ولا يد للإنسان فيه ومن ثم لا يكون مضموناً إلا إذا كان تغيير السعر نتيجة نقل الشيء من بلد لآخر إذا كان الشيء من عروض التجارة لا من النقود لأن النقد ثمن الأشياء والشمسية لا تختلف باختلاف الأماكن. هذا عن النقصان بسبب تغيير الأسعار.

أما إن كان النقصان بسبب فوات جزء من الشيء أو فوات صفة مرغوبة أو معنى مرغوب فيه فيضمن إذا كان من الأموال التى لا يجرى الربا فيها أى غير المكيل والموزون عند الحنفية وإن كان من الأموال الربوية كالحنطة والقطن ونحوهما من كل مكيل أو موزون فلا ضمان بفوات صفة مرغوبة لأن الجودة غير متضمنة فى الربا (٢).

(١) راجع نظرية الضمان للشيخ على الحفيظ ص "٤٠"

(٢) تبين الحقائق للزيلعى ٢٢٩/٥، البدائع الصنائع ١٥٥/٧

المبحث الثانى

تقسيم ضمان المال باعتبار تقديره شرعا

..... ضمان المال بحسب تقديره شرعا ينقسم الى مضبوط وغير مضبوط على ما سبقت الإشارة اليه اجمالا.

فالنوع المضبوط هو: ما حدد الشرع بإتلافه مقدارا معيناً من الأموال.

إما لحق الله تعالى أى رعاية لمصلحة عامة أو لحق شخص معين مثال الأول وهو ما كان حقا لله تعالى:

إتلاف الصيد البرى فى حرم مكة (١). أو فى اثناء الاحرام بالحج والعمرة

قال تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم (٢). يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة (٣).

وقال سبحانه : (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) (٤).

ومثال الثانى هو ما كان حقا لشخص معين/ضمان ^{يكون} الأموال بالمثل لأنه محدد

شرعا بالمثل.

على ما هو واضح فى الحديث الشريف (اثناء إثناء وطعام بطعام) (٥)

ومن هذا النوع مقابلة الجانى بنقيض قصده من الحرمان من الإرث أو الوصية

كعقوبة القاتل لمورثه بحرمانه من الميراث وعقوبة الموصى له القاتل للموصى

ببطلان وصيته وحرمانه منها عند الجمهور غير الشافعية ومنه عقوبة الزوجة الناشئة

(١) شرح الاشباه للحموى ٢٢٧/٢ .

(٢) النعم الابل والبقر والغنم

(٣) سورة المائدة الآية : ٩٥

(٤) سورة المائدة الآية : ٩٦

(٥) مستند أحمد : ١٤٨/٦ ، ٢٧٧

بسقوط نفقتها وكسوتها.

وأما النوع الثانى وهو غير المضبوط : فهو التعويض غير المقدر شرعا وذلك مغوض لاجتهاد الأئمة والقضاة بحسب المصالح . وقد لايزاد فيه ولا ينقص، وهذا الذى اختلف فيه العلماء ويسمى فى الفقه الاسلامى بالتعظيم المالى أو التعزير المالى^(١).

ومن هذا النوع ما يسمى بحكومة العدل^(٢) أى التعويض الذى يقدره الخبراء فى حالة الجراح التى ليس لها أرش أى (تعويض مقدر فى الشرع) وفى تقرير مشروعية التعظيم المالى . قال ابن القيم^(٣) : والصواب أنه يختلف باختلاف المصالح ويرجع فيه الى اجتهاد الأئمة فى كل زمان ومكان بحسب المصلحة اذ لا دليل على النسخ (أى إبطال حكمه ومشروعيته) وقد فعله الخلفاء الراشدون ومن بعدهم من الأئمة . ومن أمثلته مضاعفة الغرامة على سارق الشمار المعلقة، وعلى كاتم الضالة الملتقطة (أى البهيمة الضائعة) وأخذ شطر مال مانع الزكاة ومن هذا النوع كل ما فوض به القاضى من إصدار الحكم بالتعويض المالى على الأضرار الأدبية أو المادية حسب تقديره إذا لم يكن هناك مقدار محدد شرعا ومن ذلك فى اصطلاح القانونيين تعويض الضرر الاحتمالى . وهو الضرر المستقبل غير المؤكد الوقوع إلا أنه قانونا وشرعا لا يحكم فيه بتعويض إلا إذا وقع فعلا ومنه ما يسمى عند القانونيين أيضا بتعويض تفويت الغرامة . وهو مبلغ معين يحكم به كتعويض للمتضرر عن مجرد قوات الفرصة^(٤).

(١) المبسوط للسرخسى ٢٦ / ٥٥ .

(٢) نظرية الضمان للأستاذ على الخفيف ص ١١ وما بعدها .

(٣) أعلام الموقعين ٩٨ / ٢ .

(٤) نظرية الضمان للرحيلى ص ١٣٧ .

المبحث الثالث

فى

تقسيم ضمان المال بإعتبار استقراره وتحوله

وباعتبار الاستقرار والتحول ينقسم ضمان المال إلى مستقر ومتحول.

فالضمان المستقر : هو أن يلتزم الشخص بالتعويض عن فعل نفسه دون أن يكون له الحق فى الرجوع بما يدفعه على أحد كضمان المتلفات وضمان الغاصب هلاك الشئ المغصوب وضمان الأجير المشترك ما يهلك فى يده على الراجح عند المالكية^(١) والمأجرين ومتأخرى الحنفية ولو بغير تعد أو تقصير منه إلا إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة كحريق عام أو غرق عام ونحو ذلك^(٢).

أما الضمان المتحول : فهو الذى من شأنه أن يعطى للضامن الذى دفع الضمان حقا فى الرجوع بما ضمنه على شخص آخر.

ويتضح الضمان المتحول فى موضوع غاصب الغاصب وهلاك المغصوب أو اتلافه . فانه إذا غصب شخص من آخر شيئا فجاء انسان وغصبه منه فهلك فى يده أو أتلفه فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب الأول لوجود فعل الغصب منه وهو إزالة يد المالك عنه وإن شاء ضمن الغاصب الثانى المتلف سواء علم بالغصب أو لم يعلم لإزالة يد الغاصب الأول الذى هو بحكم المالك فى أنه يحفظ ماله ويتمكن من رده عليه أى على المالك ولأنه أثبت يده على مال الغير بغير اذنه والجهل غير مسقط للضمان أو لإتلافه الشئ فإن أختار المالك تضمين الأول رجع هذا بالضمان على الثانى لأنه بدفعه قيمة الضمان ملك الشئ المضمون (أى المغصوب) من وقت غصبه فكان الثانى غاصبا لملك الأول وإن أختار تضمين الثانى أو المتلف لا يرجع هذا الضمان على أحد ويستقر الضمان فى ذمته لأنه ضمن فعل نفسه وهو إزالة يد المالك أو استهلاكه واتلافه^(٣).

(١) الأجير المشترك هو الذى يعمل لعامة الناس وهو الذى يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كصانع وصباغ وخباز ونحو هؤلاء.

(٢) البدائع : ١٤٤/٧ و ١٤٦ الاشباه والنظائر لابن نجيم : ٩٦/٢ وما بعدها .

(٣) الدر المختار ورد المحتار ٩٢٦/٥ وما بعدها و مغنى المحتاج ٢٧٩/٢
هـ فتر العناية شرح الزيارات : ٩٥٧١١

وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (٩١٠) منها فالضمان يستقر على الغاصب الثاني وللمالك أن يأخذ بعض الضمان من شخص وبعضه الآخر من شخص آخر.

واليسر أن عند الحنفية أن المالك متى اختار تضمين أحدهما (أى رفع الدعوى على الغاصب أو غاصب الغاصب) يبرأ الآخر عن الضمان بمجرد الاختيار فلو أراد تضمينه بعدئذ لم يكن له ذلك (١).

وإذا رد غاصب الغاصب الشيء المغموب على الغاصب الأول برئى عن الضمان كما لو دفع له قيمته إذا هلك فى يده وإذا رده إلى المغموب منه برئى الاثنان (٢).

(١) الفرائد الهية فى القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : مفتى دمشق فى عهد السلطان عبدالحميد ص ٧٧، وقد اعتبر هذا الكتاب بحق أشمل وأوسع كتاب يجمع هذه القواعد : أنظر : المدخل الفقهى : للدكتور أحمد الحجى الكردى ص ١٧ مطبعة الانشاء بدمشق .

(٢) نصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية وذلك فى المادة رقم ٩١١ منها فقد نصت على أنه (إذا رد الغاصب المال المغموب إلى الغاصب الأول يبرأ وحده وإذا رده إلى المغموب منه يبرأ هو والأول) .

الفصل الرابع

في

شروط الضمان

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف الشرط وبيان اقسامه

المبحث الثاني : شروط وجوب الضمان

وقبل أن اتكلم عن شروط وجوب الضمان أرى أنه من المناسب أن اتكلم أولاً
عن معنى الشرط في اللغة وعند الأصوليين أقسامه وذلك في مبحثين :

المبحث الأول : تعريف الشرط وبيان أقسامه

المبحث الثاني : شروط وجوب الضمان

المبحث الأول

فى

تعريف الشرط

أولاً : الشرط في اللغة ، بالتسكين ، إلزام الشيء والتزامه في البيع
ونحوه وجمعه شروط.

والشرط بالتحريك العلامة وجمعه أشرط، وأشرط الساعة - علاماتها ومنه
قوله تعالى : " فقد جاء أشرطها " (١) أى علاماتها (٢).

ثانياً : الشرط عند الأصوليين .

وعرفه الأصوليون بأنه ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا
عدم لذاته .

فالمراد من الوجود وجوده الشرعى الذى يترتب عليه أثره فالشرط أمر خارج
عن حقيقة المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجوده فالزوجة
شرط لإيقاع الطلاق فإذا لم يوجد زواج لم يوجد طلاق ولا يلزم من وجود الزوجة وجود
الطلاق .

(١) سورة محمد الآية : ١٨

(٢) التعريفات للسيد الشريف على بن محمد الجرجاني ص ٥٥ والقاموس المحيط
للعلامة الفيروز آبادى مادة : شرط، ولسان العرب لابن منظور ٣٢٩/٧، و
مختار الصحاح للرازى ص ٣٣٤ .

وإتلاف المال المتقوم بالنسبة لصاحبه مثلا شرط في وجوب الضمان، وإذا لم يكن المال متقوما فلا ضمان ولا يلزم عن وجود المال المتقوم وجود الضمان.

وكذلك الوضوء شرط لصحة إقامة الصلاة، فإذا لم يوجد الوضوء لاتصح إقامة الصلاة ولا يلزم من وجود الوضوء إقامة الصلاة . والوضوء خارج من حقيقة الصلاة لأنها عبارة عن الأقوال والأفعال المبتدأة بالتكبير والمختتمة بالتسليم.

والشرط قسم من أقسام الحكم الوضعي.

أقسام الشرط :

ينقسم الشرط باعتبار مصدره الى ثلاثة أقسام :

- (١) شرعى : وهو ما كان مصدره اشتراط الشارع أى أن الشارع هو الذى اشترطه لتحقيق الشيء كبلوغ الصغير سن الرشد فإنه شرط لتسليم المال اليه (١).
 - (٢) لغوى : كقول الرجل لزوجته :
ان دخلت الدار فانت طالق فان أهل اللغة وضعوا هذا التركيب ليدل على أن ما دخلت عليه " إن " هو الشرط والآخر المعلق به هو الجزاء.
 - (٣) علمى : كالحياة للعلم فإن العفل هو الذى يحكم بأن العلم لا يوجد الا بوجود الحياة (٢).
- وينقسم من حيث تعلقه بالسبب أو المسبب الى قسمين :

(١) كشف الاسرار شرح على أصول البزدوى للعلامة علاء الدين عبدالعزيز

بن أحمد البخارى : ج ٤ ، ص ١٧٣ و أحكام للآملى ج ٢ ص ١٣٩

(٢) كشف الأسرار ج ٤ ، ص ١٧٣ ، والتلويح على التوضيح للتفتازانى ج ١ ، ص ١٤٥ .

- (١) شرط للسبب : وهو الذى يكمل السبب ويقوى معنى السببية فيه ويجعله
أثراً مترتباً عليه بالنسبة للقتل الموجب للقصاص .
- فإن العمدية شرط فى القتل الذى هو سبب والحرز للمال المسروق شرط
للسرقه التى هى سبب لوجوب الحر على السارق .
- (٢) شرط للمسبب مكمل له : فموت المورث وحياة الوارث شرطان للارث
الذى سببه القرابة أو الزوجية أو العصوبة (١) .

(١) أصول السرخسى ج ٢، ص ٣٢٣، وكشف الاسرار ج ٤، ص ١٧٣ و حاشية البنانى
ج ٢، ص ٢١، وعلم أهول الفقه للشيخ عبدالوهاب خلاف ص ١١٩ .

المبحث الثانى

شروط وجوب الضمان

وأهم هذه الشروط ما يأتى :

الشرط الأول : أن يكون المضمون مالا متقوما ، فان كان المتلف لا يعد مالا عرفيا وشرعا كإتلاف الميتة أو جلدها والدم والتراب أو كان مالا ولكنه غير متقوم فلا ضمان فيه وسنذكر بيان ماهية المال المتقوم . وهناك بعض الأشياء التى اختلف الفقهاء فى اعتبارها مالا متقوما من عدمه أذكر منها مايلي :

(١) الخمير والخنزير فى حق الذمى :

اتفق الفقهاء على من أتلف خمرا أو خنزيرا للمسلم فلا يضمن شيئا لعدم تقويمهما فى حقه .

ثم اختلفوا بعد ذلك فى حكم إتلافهما للذى على ثلاثة مذاهب :

- (١) ذهب الحنفية (١) والمالكية (٢) والزيدية (٣) الى وجوب^{الضمان} على متلفهما سواء أكان مسلما أو ذميا (٤) .

- (١) جاء فى الجوهرة النيرة على مختصر القدورى : وإذا استهلك المسلم خمرا الذمى أو خنزيره ضمن قيمتهما لأن الخمير معهم كالخل لنا ، والخنزير فى حقهم كالشاة لنا ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الالتزام ، إلا أنه يجب قيمة الخمير وإن كان مثليا لأن المسلم ممنوع من تملكه وتملكه بخلاف ما إذا أتلفه ذمى لذى فإنه يجب مثله ، لأن الذمى غير ممنوع من تملكه وتملكه . وإن استهلكهما مسلم لمسلم لم يضمن وكذا إذا استهلكهما ذمى لمسلم لاضمان عليه أيضا : انظر : الجوهرة النيرة ج ٢ ، ص ٣٣ ، نشر مكتبة امدادية - ملتان ، باكستان وانظر أيضا : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام الزيلعى ج ٥ ، ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، نشر مكتبة امدادية ، ملتان ، باكستان

- (٢) الشرح الكبير للدردير ٤٤٧/٣ .

- (٣) الروض النضر لشرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسن اليمنى الصنعانى ٤٧٧/٣ - ٤٧٨ مطبعة المسفدة بالقاهرة .

- (٤) غير أن المسلم يضمنهما بقيمتيهما والذى بمثلتهما .

(٢) وذهب الشافعية (١) والحنابلة (٢) والظاهرية (٣) الى أنه لا ضمان على من أتلغهما مطلقاً.

(٣) وذهب الإباضية (٤) والحنفية في رواية (٥) الى أن متلف الخمر لا ضمان عليه إذا كان الذمي مظهرًا لها، أما إذا كان غير مظهر لها ففيها الضمان.

الأدلة :

استدل القائلون بوجوب الضمان على متلف الخمر والخنزير بما يأتي:

(١) قول الله تبارك وتعالى : " يا ايها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون (٦) .

وجه الدلالة ، أن الخمر كانت مباحة قبل نزول القرآن وبعد بدو نزوله الى نزول هذه الآية وفيها حرمت الخمر على المؤمنين لأن الخطاب موجه اليهم كما أن من حكم تحريم الخمر أنها تصد عن ذكر الله وهو مفقود في غير المسلمين ولأنها تجلب العداوة والبغضاء ووقوعهما بينهم ولأنها سبب المنازعة ، والمنازعة سبب الهلاك فلا تثبت الحرمة في حقهم .

- (١) فتح العزيز للرافعي ٢٥٨ / ١١ .
- (٢) المغنى لابن قدامة ٤٤٣ / ٥ وما بعدها .
- (٣) المحلى لابن حزم ١٤٧ / ٨ .
- (٤) شرح النيل وشفاء العليل لحفصي ٨٠ / ٧ .
- (٥) الدر المختار للحمكفي ومعه شرحه رد المختار لابن عابدين ٢٩٨ / ٤ .
- (٦) سورة المائدة الآيتان ٩٠ - ٩١ .

(٢) قول النبي صلى الله عليه وسلم : " فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين " (١)

وجه الدلالة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى بهذا أن لغير المسلمين ما أباحت شريعتهم من الحقوق مثل مالنا مما قبضه شريعتنا ويحرم عليهم ما تحرمه شريعتهم كما يحرم علينا ما تحرمه شريعتنا ولذلك قال سيدنا على كرم الله وجهه : " أمرنا أن نتركهم وما يدينون " (٢)

فكما للمسلم الضمان إذا غصبت شاته أو ظله يكون أيضا لغير المسلم الضمان إذا غصب خنزيره وخمره لأنهم يدينون بكل ذلك وقد نوقش هذا .

بأن المعنى هو أن لهم أن ينتفعوا بما أحل الله لنا وعليهم حرمة ما حرمه الله علينا لأن هذا هو المعنى المتبادر الى الذهن من الحديث . وقد أجيب عن هذا ، بأن الحديث يحتمل المعنيين ولكن المعنى الأول يترجح بقول سيدنا على كرم الله وجهه : " أمرنا أن نتركهم وما يدينون " .

وصنيع سيدنا عمر رضي الله عنه الآتي بيانه وهو :

(٣) ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أن عامله - كتب اليه :

" إن أهل الذمة يملكون بالخمر (٢) ومعهم الخمر فكتب اليهم عمر رضي الله عنه " ولو هم يبيعها وخذوا منهم عشر أثمانها (٤) .

وجه الدلالة من هذا الأثر :

أن سيدنا عمر رضي الله عنه اعتد بمالية الخمر في حق غير المسلمين وأمر عامله أن يأمرهم ببيعها ثم يأخذ حق المسلمين من ثمنها (٥) .

(١) بدائع الصنائع ١٤٧/٧ - ١٤٨ والجوهرة النيرة ٣٤٥/١ .

(٢) بدائع الصنائع ١٤٨/٧ .

(٣) العاشر هو من يأخذ عشر البضائع المارة بالبلاد الإسلامية مثل موظف الجمارك الآن .

(٤) المبسوط للسرخسي ١٠٢/١١ (٥) تبيين الحقائق ٢٣٥/٥ .

وقد نوقش هذا :

بأن سيدنا عمر رضى الله عنه لم يعتد بما ليتها وانما أراد بصنيعه هذا ألا يتعرض المسلمون لغير المسلمين وأما أخذه العشر من ثمنها فلأن تباعهم الخمر فيما بينهم يقع صحيحا ولا يجوز لنا أن نتعرض لهم بفسخه، فإذا صارت الخمر أموالا في أيديهم أخذنا حقنا منها وتسمية العائد من الخمر ثمنها فان ذلك من باب التجوز يشهد لذلك أن الله تعالى سمى العائد من بيع سيدنا يوسف عليه السلام ثمننا فقال سبحانه وتعالى " وشروه بثمن بخس" (١).

على الرغم من أنه ثمن بيع حر وهو غير جائز

وقد أجيب عن هذا، بأن أمر سيدنا عمر رضى الله عنه عامله بقوله " ولوهم بيعها " يمنع أن يكون قصده من تصرفه هذا هو عدم التعرض لهم بل يكون القصد هو الاعتداد بما ليتها في حق غير المسلم.

(٤) أن سيدنا عمر رضى الله عنه كتب الى عماله :

" ان اقتلوا خنازير أهل الذمة واحتسبوا لأصحابها بقيمتها من الجزية" (٢)

وجه الدلالة : أن سيدنا عمر رضى الله عنه اعتد بمالية الخنزير لغير المسلمين بدليل أنه أمر بتعويضهم عما يتلف منهم.

(٥) أن شرط سقوط الضمان بالإتلاف انعدام المالية والتقوم في المحل، وهذا الشرط لم يثبت في حقهم ولما ضما بعقد الذمة ترك التعرض لهم فقد التزمنا حفظها وحمايتها لهم والعصمة والاحراز يتمان بهذا الحفظ، ووجوب الضمان ينبى على ذلك فكان هذا من ضرورة ما ضما به بعقد الذمة ولو لم نضمن متلفها لتجراً السفه على اتلافها (٣).

(١) سورة يوسف الآية ٢٠

(٢) الأموال لأبى عبيد ص ٥٠؛ والمبسوط للسرخسى ١٠٢/١١ وما بعدها.

(٣) المبسوط في الموضع السابق .

وقد نوقش هذا :

بأن الخمر والخنزير ليسا بمعصومين بل متى أظهرنا حل اتلافهما وعلى فرض
انهما معصومان فلا يلزم تقويمهما مثل نساء أهل الحرب وصبيانهم فهم معصومون
غير مقومين .

(٦) أن الخمر وإن لم تكن مالا متقوما في الحال فيعرض لها أن تصير مالا
متقوما فيما بعد بالتخلل والتخليل، ووجوب ضمان الغصب والإتلاف يعتمد كسـون
المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ويناقش هذا : بأن كلامنا فـسى
الخمر حين تكون خمرًا، أما إذا تحولت إلى خل فليس محل نزاع هنا .
واستدل القائلون بعدم ضمان الخمر والخنزير مطلقا بما يأتي :

(١) قال الله تعالى :

" يا ايها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من
عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون " (١) .

ودلالة الآية من وجهين :

الوجه الأول : أن الآية تثبت حرمة الخمر علينا وعليهم فتكون غير
متقومة في حقنا وحقهم أما اثبات الحرمة علينا فظاهر وأما إثبات الحرمة عليهم
فلأن الاسلام لازم لناولهم وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم مبعوث اليهم كما
بعث إلينا وإن طاعته صلى الله عليه وسلم فرض عليهم كما هي علينا (٢) .

(١) سورة المائدة الآية : ٩٠

(٢) المحلى لابن حزم ١٤٨/٨ مسألة رقم ١٢٦٦

الوجه الثانى : أن الآية أثبتت أن الخمر رفس وصفة المحل لا تختلف باختلاف الأشخاص والرجس لا يجوز تمويله لعدم الانتفاع به (١)

(٢) وبما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال:

" أن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام (١٠)

وجه الدلالة من الحديث على المدعى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم بيع الخمر والخنزير لنجاسة أعيانهما فتسدور الحرمة مع العين وإذا كانت محرمة لاتكون مالا واستدل القائلون بأن متلف الخمر للذى يضمنه إذا كان الذمى غير مظهر لها فإن أظهرها فلا ضمان لاتلافها لأن اتلافها وهى غير ظاهرة بعد غصبا لأنها فى حقيقة الأمر متقومة عندهم كما استدل أصحاب المذهب الأول.

وأما إن أظهرها فلا ضمان فى إتلافها وذلك لأن فى اظهارها مسا بمشاعر المسلمين وإعطاء غير المسلمين نوعا من العزة يجب أن لا يكون لهم فى ديارنا ومحافظة على وجوب إحترام المظهر الاسلامى فى بلاد الاسلام.

الرأى المختار :

وبعد التأمل فيما سبق فإن الرأى المختار عندى هو قول من قال بعدم تقويم الخمر والخنزير وبناء على ذلك فلا ضمان على متلفهما، وذلك لما سبق فى أدلة المذهب الثانى ولأنهما محرمان فى الصحيح من شريعة أهل الذمة ولأن الاعتداد بماليتهما قد يجعل غير المسلمين يكثرون من جلب الخمر وصناعتها واغراق أسواق المسلمين بها فتكثر فى بلادنا ويحتسبها الفساق خفية فيجب سد هذا الباب .

(٢) إتلاف آلات اللهو والفساد :

كالمرمار والطهل والطنبور والعود والنرد والشطرنج.

وقد اختلفت كلمة الفقهاء رحمهم الله تعالى فى تقويم آلات اللهو

(١) المجلسى : ١٤٨/٨

(٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى : ٩٧٧/٩

والفساد على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : ذهب أبو حنيفة (١) والظاهرية (٢) الى أنها متقومة وعليه فتكون مضمونة على متلفها .

المذهب الثانى : وذهب المالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) والصاحبان من الحنفية (٦) الى أنها غير متقومة فهي غير مضمونة .

المذهب الثالث : وذهب الإمامية (٧) الى أنها غير متقومة فى حق المسلم فلا ضمان فيها ومتقومة فى حق الذمى المستتر بها فتضمن .

الأدلة :

استدل القائلون بوجوب الضمان فيها بما يأتى :

(١) أن هذه الأشياء يجوز بيعها فتكون متقومة وإنما يجوز بيعها لجواز الانتفاع بها من بعض الوجوه وإن كانت صالحة لما لا يخل من وجوه أخرى فيكون طلبها وتحريمها متعلقا بالقصد والنية فمن قصد بشراء هذه الآلات إعانة الناس على معصية الله فهو آثم .

ومن قصد أن يروج على الناس مما يلحقونه من العناء حتى يجددوا نشاطهم فهو غير آثم .

(١) ولكن الضمان لقيمتها خشا انظر رد المحتار على الدر المختار ٨٤/٥ وما بعدها، والهداية ١٨/٥، وبدائع الصنائع ١٦٧/٧ ومجمع الضمانات ص ١٣٢ .

(٢) المحلى لابن حزم ٥٥/٩، مسألة ١٥٦٥ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ٢٣٦/٤ .

(٤) فتح العزيز ٢٥٨/١١ وما بعدها ونهاية المحتاج للرملى ١٦٦/٥ .

(٥) منتهى الارادات ٢٣٧/٥ .

(٦) تبين الحقائق ٢٣٧ /٥ .

(٧) منار السبيل للشيخ ابراهيم محمد بن سالم ٤٤٠/١ وما بعدها .

ويناقش هذا الدليل بأن الأصل في هذه الآلات أنها تستخدم للفساد.

(٢) ان جواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقويم وهذه الأشياء مال متقوم .

واستدل القائلون بعدم الضمان بما يأتي:

(١) بقول النبي صلى الله عليه وسلم " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فان لم يستطع فليسهه فان لم يستطع فليقلبه وذلك أضعف الإيمان ^(١) . ووجه الدلالة من الحديث : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بإزالة المنكر باليد للقادر عليه وهذه الآلات من المنكرات فيكون متلفها ممثلاً لأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن ثم فلا ضمان عليه ويناقش هذا بأن تغيير المنكر باليد أمره إلى الحكام وأما غيرهم فتغيير المنكر عليهم يكون باللسان كما أن الأمر بالمعروف مشروط بعدم إتلاف مال الغير والحاكم قادر على أخذ هذه الآلات من أصحابها دون إتلاف

وقد أجيب عن هذا :

بأن كسر الآلات بأمر الامام يسقط الضمان فيكون كسرها بأمر الشرع أولى وما دام الكسر وقع بأمر الشرع صار كأنه حصل بأذن من له الولاية كما أنه لا فرق بين أخذ هذه الآلات من أصحابها دون إتلاف وبين إتلافها مباشرة إذا المؤدى واحد وهو حرمان صاحبها منها .

(٢) أن هذه الآلات يحرم بيعها وذلك لأنها أعدت في الأصل للفساد ومنفعتيها محرمة والمحررم لا يقوم .

واستدل القائلون بعدم الضمان لهذه الآلات إذا كانت لمسلم أو ذمي يظهرها وبالضمان للذمي الذي لا يظهرها بأنها غير متقومة في حق المسلم ومقومة في حق الذمي إلا أنها تتلف إذا أظهرها محافظة للمظهر الاسلامي للدولة كما سبق بيانه في الخمر .

(١) صحيح مسلم كتاب الإيمان : حديث ٧٨ ،
مسند أحمد : ٢٠/١٣

بيان الراجح :

ومما سبق يتبين لى رجحان قول من ذهب الى عدم الضمان فى هذه الآلات
لظهور دليله وضعف دليل المخالف .

ويضاف إلى ذلك أن قيمة هذه الأشياء فيما صنعت له من اخراج الانقسام
فاذا أزيلت منها هذه الصفة وصارت خشباً مجرداً عن الانقسام فلا وجه للضمان . والله
أعلم بالصواب .

الشرط الثانى : امكان الحصول على الضمان :

.....لكى يكون لإيجاب الضمان فائدة يشترط أن يكون الإمام ونائبه قادراً على
أخذه ممن إستحق عليه فاذا لم يكن إلا امام ونائبه قادراً على ذلك فلا يجب كما لو
كان المتلف حربياً (١) . أو من البغاة (٢) حال القتال وبعد القدرة عليهم على
الراجح لأن فى ذلك حثالهم على الرجوع عن بغيتهم ولأن الصحابة رضى الله عنهم تقاتلوا
ولم يطالب بعضهم بعضاً بشئ نظراً للتأويل (٣) .

(١) الحربى هو ما بيننا وبينه عداوة وحرب نظرية الضمان للزحلى ص ٦٣

(٢) يعرف الفقهاء البغاة بأنهم : الذين يخرجون على الامام ويخالفون
الجماعة ويتفردون بمذهب يبتدعونه وذلك بتأويل سائع مع وجود المنعة
والشوكة لهم : راجع : التعزير فى الشريعة الاسلامية للدكتور عبدالعزيز
عامر ص ٣١ ، نشر دار الفكر العربى القاهرة .

(٣) الشرح الكبير ٦١/١٠ ، وما بعدها ونهاية المحتاج ١٥٠/٥ ، وقواعد
الاحكام فى مصالح الانام للعلامة أبى محمد عز الدين عبدالعزيز بن
عبد السلام السلمى ١٩٤/٢ .

بيان الراجح :

ومما سبق يتبين لى رجحان قول من ذهب الى عدم الضمان فى هذه الآلات
لظهور دليله وضعف دليل المخالف .

ويضاف إلى ذلك أن قيمة هذه الأشياء فيما صنعت له من اخراج الانغام
فاذا أزيلت منها هذه الصفة وصارت خشبا مجردا عن الانغام فلا وجه للضمان . والله
أعلم بالصواب .

الشرط الثانى : امكان الحصول على الضمان :

لكى يكون لإيجاب الضمان فائدة يشترط أن يكون الإمام ونائبه قادرا على
أخذه ممن إستحق عليه فاذا لم يكن الأمام ونائبه قادرا على ذلك فلا يجب كما لو
كان المتلف حربيا (١) . أو من البغاة (٢) حال القتال وبعد القدرة عليهم على
الراجح لأن فى ذلك حثالهم على الرجوع عن بغيتهم ولأن الصحابة رضى الله عنهم تقاتلوا
ولم يطالب بعضهم بعضا بشى نظرا للتأويل (٣) .

(١) الحربى هو ما بيننا وبينه عداوة وحرب نظرية الضمان للزحيلي ص ٦٣

(٢) يعرف الفقهاء البغاة بأنهم : الذين يخرجون على الامام ويخالفون
الجماعة وينفردون بمذهب يبتدعونه وذلك بتأويل سائع مع وجود المنعة
والشوكة لهم : راجع : التعزير فى الشريعة الاسلامية للدكتور عبدالعزيز
عامر ص ٣١ ، نشر دار الفكر العربى القاهرة .

(٣) الشرح الكبير ٦١/١٠ ، وما بعدها ونهاية المحتاج ١٥٠/٥ ، وقواعد
الاحكام فى مصالح الانام للعلامة أبى محمد عز الدين عبدالعزيز بن
عبد السلام السلمى ١٩٤/٢ .

الشرط الثالث :

أن يكون التلف أو الضرر محققا بشكل دائم فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها فلا ضمان .

كما لو غضب شخص حيوانا فمرضى عنده ثم رده وعالجه حتى برىء أو عاد المضارب إلى البلد الذي أمره رب المال أن يتأجر فيه . لأن النقص الحاصل بالمرض أو المخالفة أزيل بالشفاء وعوثة المضارب إلى البلد المأمور بالتجارة فيها (١) .

(١) بدائع الصنائع ١٥٥/٧ وما بعدها وتبيين الحقائق ١٣٧/٦ .

الفصل الخامس

فى

أسباب الضمان

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : فى معنى السبب

المبحث الثانى : سببية العقد للضمان

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد والفرق بينه وبين التصرف

المطلب الثانى: العقد وأثره فى الضمان

المبحث الثالث : اليد وأثرها فى الضمان

المبحث الرابع : الاتلاف وأثره فى الضمان

المبحث الخامس : الفرق بين ضمان العقد وضمن اليد وضمن

الاتلاف .

المبحث الأول

فى

معنى السبب

- السبب فى اللغة : اسم لما يتوصل به الى المقصود (١)
- وفى الشريعة : عبارة عما يكون طريقا للوصول الى الحكم غير مؤثر فيه (٢).
- والسبب (٣) من أقسام الحكم الوضعى، فإذا وجد السبب وتحقق الشرط وزال المانع ترتب على الفعل الأثر الشرعى والتكليف الذى ارتبط به.
- فالوقت بالنسبة للصلاة سبب لوجوبها ولكن شرط صحتها الوضوء، وإذا مضى الوقت وهو مجنون فإن الصلاة لا تجب عليه وهكذا.
- وكذلك الوفاة مع القرابة أو الزوجية سبب لوجوب الميراث، وشرطه حياة الوارث بعد وفاة المورث حقيقة، والقتل مانع فإذا كان من الوارث قتل المورث لا تتحقق الزوجية والقرابة سببا للتوارث.
- والعقد سبب للالتزام إذا استوفى شروط الصحة وزالت الموانع وهكذا.
- وكذلك الاعتداء والتفويت والاتلاف والغصب أسباب موجبة للضمان.

-
- (١) التعريفات للسيد الشريف على بن محمد الجرجاني ص ٥١ ، انتشارات ناصر خسرو - طهران ، إيران .
- (٢) المرجع السابق .
- (٣) أصول الفقه للإمام محمد أبى زهرة ص ٤٩ وما بعدها ، طبع دار الفكر العربى القاهرة .

المبحث الثاني

سبب العقد للضمان

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد والفرق بينه وبين التصرف

المطلب الثاني : العقد وأثره في الضمان

المطلب الأول

فسي

تعريف العقد والفرق بينه وبين التصرف

(١) تعريف العقد في اللغة :

العقد في اللغة :

له معان كثيرة :

منها : الشد

- التوثيق

- والإحكام

- والجمع بين أطراف الشيء وربطها

تقول : عقدت الحبل عقدا إذا شدته وقويته .

وتقول في العادة : أعقد هذا الحبل بذاك أي أربط بينهما .

وفلان عقد صلة طيبة بفلان أو بهذه الجماعة بمعنى أنه قوى ووثق ما بينهما

من روابط وعلاقات وجاء في المصباح المنير للفيومي : عقدت الحبل عقدا من باب

ضرب فانعقد، والعقد : ما يمسكه ويوثقه .

ومنه قيل : عقدت البيع ونحوه، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد . تركيد

ومعقد الشيء : موضع عقده، وعقدة النكاح وغيره أحكامه وإبرامه (١)

قال الله تعالى : (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) (٢) .

(١) المصباح المنير للفيومي ج ٢/ ٤٢١، نشر المكتبة العلمية - بيروت ،

والقاموس المحيط ١ / ٣١٥ مادة (عقد) .

(٢) سورة البقرة الآية : ٢٣٥ .

ومن هذا نرى أن المعاني للعقد تدور كلها حول الربط والإحكام والتقوية
سواء كان ذلك في الأمور المحسوسة أم الأمور المعنوية .

وقد صرح كثير من العلماء بهذا المعنى للعقد :

فمن ذلك ما جاء في تفسير الألوسي : (وأصل العقد الربط محكما ثم تجوز به
عن العهد الموثق) (١) .

وفي الشهاب على البيضاوي : (وأصل العقد الربط محكما ثم تجوز به عن
عن العهود وعقود المعاملات) (٢) .

وفي فتح القدير للشوكاني : (العقود : العهود ، وأصل العقود الربوط
واحدها عقد يقال : عقدت الحبل والعهد فهو يستعمل في الأجسام والمعاني ، وإذا استعمل
في المعاني أفاد أنه شديد الأحكام والتوثيق) (٣) .

وفي مجمع البيان في تفسير القرآن (والعقود جمع عقد بمعنى معقود وهو
أوكد العهود ، والفرق بين العقد والعهد أن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون
إلا بين متعاقدين ، والعهد قد ينفرد به الواحد ، فكل عهد عقد ولا يكون كل عقد عهدا ،
وأصله عقد الشيء بغيره وهو وصله به كما يعقد الحبل) (٤) .

العقد في اصطلاح الفقهاء :

ان معظم الفقهاء وبخاصة الحنفية يطلقون العقد بمعنيين :

الأول : تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في
المحل .

-
- (١) روح المعاني للعلامة محمود الألوسي ج ٢/ ٢٣٩ .
 - (٢) أنوار التنزيل وأسرار التأويل ٢٠١/٣ .
 - (٣) فتح القدير للشوكاني ٣/٢ .
 - (٤) مجمع البيان في تفسير القرآن لأبي الفضل بن الحسن الطبرسي من أكابر علماء الامامية في القرن السادس ٧/٦ .

الثاني : العقد هو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام وغيره كإشارة والكتابة ويترتب على ذلك التزام بين طرفين (١).

فالعقد عند الفقهاء بهذين المعنيين لا يكون إلا بين اثنين أو أن الالتزام الناتج يتوقف على اجتماع إرادتين .

وبعض الفقهاء يتوسع في معنى العقد فينظرون إليه نظرة غير النظرة الضيقة لمعنى العقد بل يشمل العقد في نظرهم كل التزام بتلاقى الإرادتين كالوكالة ويشمل ما كان الالتزام فيه من طرف واحد من غير توقف على شيء آخر كالطلاق المجرد عن المال .

ولكنني أرى أن ذلك لا يسمى عقدا وإنما يسمى تعهدا أو التزاما، ويشمل ما كان الالتزام من الجانبين كالبيع والإجارة .

وهذا التعميم نراه أكثر شيوعا في كتب المالكية والشافعية والحنابلة منه في كتب الحنفية (٢).

ومن الذين يجعلون العقد عاما الجصاص الحنفى إذ يقول: العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه الزامه فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقودا، لأن كل واحد من طرفي العقد قد ألزم نفسه الثمام عليه والوفاء به، ويسمى اليمين على المستقبل عقدا، لأن الحالف ألزم نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد (٣).

وبعض الفقهاء الذين نظروا النظرة الضيقة للعقد نراهم يقولون على النحو التالي :

-
- (١) العناية للامام محمود المايرتسى (على هامش فتح القدير) ٨٤/٥ ، ودرر الحكماء شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ٣٢٦/١ ، والمدخل للفقهاء الاسلامى محمد سلام مذكور ص ٥٠٦ .
 - (٢) نظرية العقد لابن تيمية ص ١٩٠، ٢١٨، ٨٧، ٢١ ونظرية الغرر في الشريعة الاسلامية للدكتور ياسين أحمد درادكه ج ١/٦، منشورات وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الاسلامية عمان - الأردن .
 - (٣) نظرية الغرر في الموضع السابق .

(١) يقول الدسوقي أحد فقهاء المالكية : العقود ما تتوقف على ايجاب وقبول، وأما غيرها كالطلاق فهي إخراجات ولا تتوقف على ايجاب وقبول (١).

(٢) ويقول ابن رشد الحفيد : العقد هو الايجاب والقبول (٢).

هذا وقد عرف صاحب مرشد الحيران العقد بقوله :

(العقد هو عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول

الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر) (٣).

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه : هو ارتباط ايجاب بقبول يثبت

أثره في محله (٤) .

بيان الراجح :

والرجح في نظري - والله أعلم - التعريف الذي ارشاته المجلة لكونه

أفصر التعاريف ، ولكونه شاملا بكل ما يحتاج العقد .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٦٥/٣

(٢) بداية المجتهد : ١٨٥/٢

(٣) مرشد الحيران لمحمد قدرى باشا المادة (٢٦٢) ص ٦٦

٤- مجلة الأحكام العدلية : المادة ١٠٣ ، ١٠٤ ، ويقول صاحب درر الحكام في

شرح غرر الأحكام : المراد بالعقد : " ارتباط أجزاء التصرف الشرعى

مثلا إذا قيل زوجت وتزوجت وجد معنى شرعى وهو النكاح يترتب عليه

حكم شرعى هو ملك المتعة وكذا مثل بعت واشتريت وجد معنى شرعى هو

البيع يترتب عليه حكم شرعى هو ملك اليمين :

انظر : درر الحكام شرح غرر الأحكام كلاهما من لا خسرؤ ٣٢٩/١ ، مطبعة

أحمد كامل .

(٣) الفرق بين العقد والتصرف

لقد ورد في بعض التعاريف السابقة كلمة التصرف، فما المراد منها؟ وما العلاقة بين العقد والتصرف؟

علمنا من التعاريف السابقة للعقد انه يستلزم لوجوده حصول التزامين من طرفين بحيث يحتاج تمامه الى وجود هذين الالتزامين (١).

وعلى ذلك فالواحد لا يستقل بهذا العقد.

أما التصرف : فالمراد به ما يستقل الشخص بإيجاده لكونه ملكا له فقط ولا يشاركه فيه أحد ولا يحق لأحد ان يمنعه ولا ان يكون له دخل في وجوده كالطلاق، فان الزوج هو الذي بيده عقدة النكاح، فيحق له ان يطلق متى أراد حتى ولو كانت الزوجة رافضة لذلك ويشمل أيضا ما يكون له علاقة مع الغير بحيث يتم الا برضاه، كما في صورة البيع أيضا فان البائع يستطيع ان يبيع سيارته لزيد ولكن البيع لا يتم الا برضى زيد ويسمى مع ذلك بأنه قد تصرف في بيع سيارته.

ولذا فأننا نجد أن العلاقة بين العقد التصرف العموم والخصوص، لأن كلمة التصرف أعم من كلمة العقد لأنهما يتحققان في كل ربط بين كلامين يترتب على هذا الربط حكم شرعي وأما التصرف فينفرد عن العقد في كل التزام ينشأ عن أداة واحدة، كما مثلنا في الطلاق (٢).

(١) أحكام العقود في الشريعة الإسلامية للشيخ على قراعه، ص ٧.

(٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون للدكتور زكي الدين شعبان، ص ١٣.

المطلب الثاني

فى

العقد وأثره فى الضمان

جعل الشارع الحكيم العقود تلبية لحاجات الناس، ورتب عليها آثاراً وهذه الآثار يفضي إليها العقد ولو لم ينص عليها فيه مثل ملكية البائع للثمن وملكوية المبيع للمشتري. فقد رتب الله سبحانه وتعالى آثاراً على العقد: وكذلك اعتبر الشارع الشروط الصحيحة المقترنة بالعقد ملتزمة به (١).

فوجب تنفيذها كما لو إشتربت المرأة فى عقد النكاح كفيلاً بالمهر أو النفقة وفى ذلك يقول الله تبارك وتعالى :

" يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " (٢)

وقال النبى - صلى الله عليه وسلم :

" المسلمون على شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً " (٣).

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة ٨١٦، والمدخل الفقهى العام للأستاذ الزرقاء ٢/١ .

(٢) سورة المائدة الآية ١ .

(٣) رواه الترمذى والحاكم والدارقطنى، التلخيص الخبير ٣٣/٣ ، كشف الخفاء ٢٩١/٢ .

المبحث الثالث

فى

اليد وأثرها فى الضمان

إن دخول المال فى حوزة شخص بحيث يمكنه التصرف فيه يجعله تحت يده ،
ووضع اليد على المال سبب من اسباب الضمان، سواء كانت اليد مؤتمنة أو غير
مؤتمنة .

فاليد المؤتمنة :

مثل يد الوديع واليد غير المؤتمنة قد تكون حيازتها للمال بإذن المالك
كيد البائع على المبيع قبل القبض ومستأجر الدابة المعتدى المخالف للشروط أو
للمعتاد ونحو ذلك . وقد تكون الحيازة بغير إذن المالك مثل يد السارق والغاصب
وقد قسم ابن رجب الحنبلى (١) الأيدى المسئولية على الأموال بغير إذن صاحبها
ثلاثة أقسام وذكر لكل قسم الامثلة التى تدخل فيه ، ولعل من المستحسن ذكرها هنا
لوجهة ذلك التقسيم ودقته واتصاله بموضوعنا ، وهذا التقسيم كما يلي :

- أ - يد تفيد الملك بالاستيلاء وتنفى الضمان مثل استيلاء الحربيين على أموال
المسلمين فإذا استولى الأعداء بسبب الحرب على أموال اسلامية فإنهم يملكونها
عند جمهور الفقهاء (٢) ولا يضمنونها كما لا يضمنون ما وضعوا أيديهم عليه ، ولكنهم
لم يحوزوه الى بلادهم ولا ما شرد إليهم من دواب المسلمين .
- ب - يد لا تفيد الملك بالاستيلاء وتنفى الضمان ، مثل استيلاء الأب على مال
الابن إذا استولى الأب على مال الابن فلا ضمان عليه حتى ولو أتلغه على
فى أصحاب الوجهين عند الحنابلة (٣) .

(١) القواعد لابن رجب الحنبلى ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، طبعة مؤسسة الفكر العربى
للطباعة

(٢) خالف فى ذلك الشافعية والظاهرية فقرروا عدم تملك غير المسلم مال المسلم
أو الذمى بالحرب، القواعد لابن رجب الحنبلى، ص ٢٢٠ .

(٣) القواعد لابن رجب الحنبلى ص ٢٢٠ .

ج - يد لا تفيد الملك وتثبت الضمان وهي اليد العادية التي يترتب عليها الضمان كيد الغاصب والسارق ونحوهما (١).

وقد ذكرت فيما سبق أن وضع اليد على المال قد يكون سببا من أسباب الضمان، وقد لا يكون، وقد تتحول اليد من يد غير ضامنة إلى يد ضامنة، ولذلك قسم العلماء اليد ثلاثة أقسام :

أ- يد غير ضامنة وهي يد الأمانة .

ب- يد ضامنة وهي اليد العادية .

ج- ويد تتغير أو قد تتغير من عدم الضمان إلى الضمان واليك كلمة موجزة المقام :

أ - اليد غير الضامنة " اليد الأمانة "

واليد الأمانة من الفقهاء من عبر عنها بأنها ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها، أي أنها اليد التي أقر الشارع المال تحتها في هذه الحال، ولم يكن ثمة دليل من قبل الشارع يدل على تضمينها (٢).

وهذا التعريف يوجد عند الحنابلة (٣) والمالكية (٤) والامامية (٥) وذلك لأنهم يرون أن المبيع يدخل في ضمان المشتري بالعقد الصحيح، ولا يكون سليما عند الحنفية (٦) والشافعية (٧) وبعض الزيدية .

-
- (١) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٢٢٠ .
 - (٢) كشاف القناع ٣٣٦/٢، ونهاية المحتاج ١٤١/٥ .
 - (٣) المغنى لابن قدامة ١٠٧/٤ .
 - (٤) غير أن المالكية قالوا أن المبيع يظل من ضمان البائع مدة الخيار خلافا للحنابلة والامامية، حاشية الدسوقي ١٤٦/٣ .
 - (٥) المختصر النافع ص ١٤٦ .
 - (٦) البدائع : ١٥٥/٧ .
 - ٧- مغنى المحتاج : ٢٨٦/٥ ، المهذب : ٣٦٩/٤ .

و رواية مرجوحة عند الحنابلة، وذلك لأنهم يرون أن المبيع يكون من ضمان
البائع الى وقت التسليم.

ومن امثلة يد الأمانة يد الوديع ويد الوكيل بالقبض ويد الشريك
المضارب (١). ويد الملتقط اذا التقط المال عازما على تعريفه أما اذا التقطه
عازما على أخذه لنفسه فإن يده تكون يد ضمان ويد المستأجر، وكذلك يد المرتفق على
الرهن عند الشافعية (٢) والحنابلة.

حكم يد الأمانة :

ان ثمرة عد الشارع يد الوديع يد أمانة هو رفع الضمان عنه اذا هلك
التوديعة عنده بغير تعد عليها أو تفريط في حفظها، وأن يصدق فيما يدعيه اما إذا
كان هناك اعتداء أو تفريط فإنه يكون ضامنا. ومثال الاعتداء ان يهلكها بيده
عامدا أو يدل لصا أو ظالما على مكانها ليأخذها ومثال التفريط أن لا يضعها في
حرز مثلها وفرق المالكية (٣) يغاب عليه (٤). وما لا يغاب عليه - فأما ما يغاب
عنه مثل الحلى والسلاح فإن يد الأمين عليه يد ضمان فلا يصدق في دعوى تلفها أو
ضياعها ببينة على ذلك، وأما ما لا يغاب عليه فلا ضمان عليه ويصدق في دعواه
التلف (٥).

- (١) مغنى المحتاج ٣/١١١، حاشية الدسوقي ٣/٥٢٦، المغنى ٥/٣٥٠.
- (٢) اما الحنفية فقد ذهبوا الى ان يد المرتبين تعتبر يد أمانة على ما لا
يقابل الدين من الرهن اذ لا معاوضة بالنسبة اليه ويد ضمان على ما
يقابل الدين منه : حاشية ابن عابدين ٣/٣٤٨، كشف القناع ٢/٣٣٦، ونهاية
المحتاج ٥/١٤١.
- (٣) تهذيب الفروق ٥/٢، بداية المجتهد ٢/٢٣٢، وقوانين الأحكام الشرعية لابن
جزى ص ٤٠٤، وما بعدها.
- (٤) اي يمكن اخفاؤه.
- (٥) النفاوى على الرسالة ٢/٥٢، المطبعة العامرة الشرقية

وإرى ان عدم التفريق بين ما يغاب عليه ، وما لا يغاب أولى بالقبول، وذلك لأن الأمين أمين فى الظاهر والباطن .

ب - اليد الضامنة أى العادية :

وهى ما كانت موضوعة على المال باعتداء أو بغير ولاية شرعية ، ودل دليل على تضمينها فوضع اليد على المال اعتداء يكون بالحيلولة بيده وبين ماله أو بمنعه من الانتفاع به كالغاصب والسارق .

وكذلك كل يد تناولت المصوب من غاصبه بالاستعارة أو الاستئجار عند العلم بالغصب ووضع اليد على المال بولاية شرعية سواء كانت هذه الولاية بإذن الشارع أو المالك ولكن قام الدليل على تضمينها كيدا المستعير عند الحنابلة والشافعية (١) وضمان المرتهن عند الحنفية ويتناول هذا ضمان الأموال التى توضع الأيدي عليها نتيجة لعقد من العقود . كما فى ضمان البائع المبيع بجنسه تحت يده إلى ان يؤدى إليه الثمن بعد تمام البيع عند المالكية والحنابلة والامامية (٢) .

حكم اليد العادية :

يجب تضمين صاحبها اذا تلف المال تحتها سواء أكان تلفه بفعلها أو بفعل غيرها أو بأفة سماوية، غير أنه إذا كان التلف بفعل غيرها فإنه يجب الضمان على الذى أ تلف، وإن وقع التلف من المالك فهو من ماله ولا شئ على واضع اليد (٣) .

(١) المغنى لابن قدامة ١٠٧/٤ ، المذهب ٣٦٦/١ مطبعة مصطفى البابى الحلبي

(٢) بداية المجتهد ٢٦٣/٢ ، المغنى ١٠٧/٤ ، نهاية المحتاج ١٥٥/٥ ، والمدخل الفقهى العام للزرقا ٤٧٢/١ .

(٣) الضمان فى الفقه الاسلامى لعلى الخفيف ص ١٠٨ .

ج - تغيير يد الأمانة الى يد ضمان :

سبق أن ذكرت أن يد الوديع يد أمانة في حال عدم التفريط أو التعدي، أما في حال التفريط والتعدي فتنتقل من يد أمانة إلى يد ضامنة، وعلى هذا تكون هذه اليد أي المنتقلة من الأمانة الى الضمان يدا أمانة في الأصل ولكن طرأ عليها تفريط أو اعتداء حولها الى يد ضمان .

المبحث الرابع

فى

الاتلاف وأثره فى الضمان

الاتلاف هو السبب الثالث من أسباب الضمان وتتناول الكلام عنه طبقا لما

يأتى :

تعريفه لغة :

الاتلاف مصدر تلف أى هلك أو عطب فيقال تلف الشيء يتلف تلفا فهو تالِف وتلف/شيء وأتلفه غيره إتلفا أى أفناه، ورجل متلف لماله أى مهلك له فيمسا لا يفيد (١).

تعريف اصطلاحا :

الاتلاف هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به انتفاعا مطلوبا منه عادة (٢). وهو نوعان :

(١) اتلاف للشيء صورة ومعنى، وهو إخراجُه عن كونه صالحا للانتفاع كما لو أحرق شخص المال أو أغرقه .

(٢) اتلاف معنى لا صورة، وهو كمن رأى لصا يسرق مال غيره فتركه مع أنه كان قادرا على منعه .

النوع الأول : أى الاتلاف الحسى وهو اتلاف الشيء صورة ومعنى إما أن يكون بالمتباشرة وأما أن يكون بالتسبب .

فأما الاتلاف بالمتباشرة فيتحقق إذا لم يكن هناك فعل آخر فصل بينه وبين حدوث الضرر، بأن يمسك إنسان بمتاع غيره فيمزقه أو يحرقه .

(١) القاموس المحيط ، باب الفاء فصل التاء مادة تلف والمصباح المنير مادة تلف .

(٢) بدائع الصنائع ١٦٤/٧

وأما الاتلاف بالتسبب فيتحقق إذا فعل بين فعل شخص وبين حدوث الضرر،
فعل آخر أدى إلى التلف دون أن يمنع نسبة الضرر إلى الفعل الأول كما لو حفر
إنسان حفرة في طريق عام بدون إذن الإمام فتردى فيها حيوان مملوك للغير فهلك
فإن تردى الحيوان في الحفرة فعل توسط بين الحفرة والضرر، غير أنه لا يمنع نسبة
الضرر إلى الحفرة لأن الحفر كما هو ظاهر للناس هو الفعل الضار الذي أدى إلى
تلف الحيوان وقد اتفق العلماء (١) على أن الاتلاف الحسى سواء كان بالمباشرة أو
التسبب يوجب الضمان. وأما الاتلاف المعنوى فقد اختلف الفقهاء في وجوب الضمان
على فاعله (٢).

ولا يشترط في اتلاف المال أن يكون اتلافه عن عمد، بل يستوى في ذلك
العمد والخطأ.

وقد قرر الفقهاء أن العمد والخطأ في الأموال سواء (٣).

(١) الشرح الصغير للدردير وحاشية بلغة المسالك ٣١٨/١ وما بعدها، رد المحتار على الدر المختار، ٥٣٧/٥، وفتاوى قاضيخان ٢٢٤/٣، طبعة المتوكل بمصر، ونظرية الضمان للشيخ الخفيف (تحت عنوان: الفعل الضار) ص ٤٠.

(٢) على مذهبين: مذهب يقول بالضمان وبه قال المالكية ومذهب يقول بعدم الضمان وبه قال الحنفية. أنظر: بلغة المسالك ٣١٨/١، وما بعدها، وتبصرة الحكام ١٢٥/٢، طبعة المطبعة البهية بمصر، وتهذيب الفروق العربية ٢٠٥/٢، طبع دار أحياء الكتب، وورد المحتار على الدر المختار ٥٣٧/٥.

(٣) نظرية الضمان، للشيخ الخفيف، ص ٤٠.

المبحث الخامس

الفرق بين ضمان العقد و ضمان اليد و ضمان الاتلاف

بعد أن تحدثت بإيجاز عن أسباب الضمان أجد أنه لزاماً عليّ وعلاً على
الايضاح والبيان أن أذكر الفرق بين هذه الأسباب الثلاثة :

العقد - واليد - والاتلاف حتى تتضح لنا صورة الأقسام .

وأهم هذه الفروق مايلي :

(١) إن ضمان العقد مشروع وهو غير مبني على تحقيق المماثلة بين العوض
والمعوض عنه بإعتبار أصله، وإنما يقوم على أساس الرضاء والاتفاق الذي تضمنه
العقد حسب رغبة المتعاقدين ومنفعتهم ولهذا يسقط فيه اعتبار التفاوت بين
البديلين لأن المقصود بالعقد الربح (١).

أما الاتلاف فمحظور شرعاً: وضمانه مبني على المماثلة بين العوض
والمعوض عنه، لأنه شرع جبراً للضرر الواقع . قال الله تبارك وتعالى :

"وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به" (٢)

وقال جل شأنه : "وجزاء سيئة سيئة مثلها" (٣)

فتجب فيه مراعاة المساواة ولا يجوز زيادة أحد البديلين على الآخر بسبب
الاتلاف، كما أنه يجبر فيه الممتنع على قبول البديل .

(١) المبسوط للسرخسي، ٨٠/١١، طبعة الحلبي بمصر

(٢) سورة النحل آية ٢٦ .

(٣) سورة الشورى الآية ٤٠

- (٢) إن ضمان العقد لا تراعى فيه الأوصاف، لأن العقد إنما يرد على العيّن دون أوصافها أما ضمان الاتلاف فتراعى فيه أوصاف التالف عند التقدير لأن الإتلاف يرد على العيّن وعلى أوصافها ولذلك يجب مراعاتها في التقدير (١).
- (٣) ضمان العقد سببه مخالفة العقد أو مخالفة شرط من الشروط الصحيحة المقترنة به أما ضمان اليد والاتلاف فسببه مخالفة دليل من أدلة الشرع الموجبة أو المحرمة (٢).
- (٤) شروط الضمان: ضمان العقد يشترط فيه أن يكون المعقود عليه في يد المتعاقد ولم يشترطوا ذلك في غيره، فلا فرق بين أن يكون في يده أو في يد غيره (٣).
- (٥) الاهلية: في ضمان العقد لابد من توافر اهلية التعاقد أما في ضمان الاتلاف فيكفى للالتزام به توفر المصفة الانسانية بعد الولادة فيلزم الصبي بضمن المتلفات سواء أكان مميزاً أم غير مميز.
- (٦) المسئول عن التعويض: المسؤولية في العقد قد تكون تضامنية كما في الكفالة حيث يمكن للدائن مطالبة الأصل أو الكفيل بالدين المكفول به، أما في ضمان اليد فإن كل شخص مسئول بانفراده عن جنايته إلا في الغاصب من الغاصب فيمكن مطالبة أو مطالبة الغاصب الأول بالضمان.

-
- (١) المبسوط ١١/ ٨٠، مطبعة السعادة بمصر، والضمان في الفقه الاسلامي للأستاذ على الخفيف طبعة معهد البحوث والدراسات العربية، ص ١٠٩.
- (٢) النظرية العامة للمعاملات في الشريعة الاسلامية د/ أبي سنة، ص ٨٨.
- (٣) معين الحكام للطرابلس ص ١٩٥، المطبعة الاميرية ببولاق، مصر، وحاشية ابن عابدين ١٧٢/٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٥٠/٤، والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٦١.

الفصل السادس

فى

الأموال تعريفها وتقسيمها

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف المال لغة واصطلاحاً

المبحث الثانى : تقسيمات المال

تمهيد :

كما أسس الاسلام قواعد عامة للاقتصاد الاسلامى ليسير فى فلكها ويتحرك فى مجالها المحدد لصالح البشرية مسلمين وغير مسلمين.

وضع كذلك نظاما مالية بمقتضاها لا يخرج المال عن الغاية التى من أجلها كان وقد ذكرت هذا الفصل هنا لأن الضمان الذى هو موضوع بحثنا يكون بالمال وعن المال فكان من المناسب فى رأى المتواضع ذكره بعد تعريف الضمان وبيان اركانه عَمَلًا على توفيق عنوان البحث حقه فى البيان والايضاح.

وقد جعلت الكلام عن كل هذا فى مبحثين :

المبحث الأول : تعريف المال لغة واصطلاحاً.

المبحث الثانى : تقسيمات المال .

المبحث الأول

تعريف المال لغة واصطلاحاً

أولاً : تعريف المال لغة :

يطلق المال في اللغة على كل ما ملكه الفرد وحازه بالفعل سواء كان المحوز عيناً أو منفعة.

قال صاحب القاموس :

المال : هو ما ملكته من كل شيء (١).

وفي لسان العرب لابن منظور :

المال معروف وهو ما ملكته من جميع الأشياء (٢)، وبناء على هذا يمكننا القول أن المال في اللغة يشمل جميع ما يملكه الإنسان من ذهب وفضة وحيوان ونبات وأرض ومنفعة.

أما ما لا يملكه الإنسان فلا يسمى مالا في اللغة وذلك كالطير في الهواء والسماك في الماء والصيد في الصحراء والأشجار والثمار في الغابات والمعادن في باطن الأرض (٣).

والمال يطلق في الأصل على ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على ما يقتني ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم (٤).

- (١) القاموس المحيط للفيروز آبادي ٥٢/٤ .
- (٢) لسان العرب لابن منظور ٦٣٢/١١، مادة " مول " .
- (٣) الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الله المصلح ص ٧، طبع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية .
- (٤) وهكذا يطلق كل قوم المال على ما يكثر عندهم، فمن يكثر عندهم البقر والأغنام أطلقوا عليها اسم المال، وكذلك من يكثر عندهم النخل إلى آخر ذلك : انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر للشيخ أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير ج ٤، ص ٣٧٣، مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة .

والمال يذكرويونث فيقال: هذا المال وهذه المال " (١) .
وَأَصْلُ كَلِمَةِ مَالٍ "مَوْلٌ" يَفْتَحُ الْمِيمَ وَالْوَاوُ . فَتَحَرَّكَتِ الْوَاوُ
وَانْفَتَحَ مَا قَبْلَهَا فَقَلْبِتِ طَقْسًا لِقَوَاعِدِ الصَّرْفِ .
ثانيًا: معنى المال اصطلاحًا:

عرفه الحنفية على ما فى حاشية ابن عابدين - بانه ما يميل
اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة (٢) .
وعرفه فريق آخر منهم " بانه اسم لغير آدمى خلق لمال
الآدمى ويمكن احرازه و التصرف فيه على وجه الاختيار (٣) . و طبقا لذلك:
كان المال عند الحنفية كل ما يمكن حيازته و ينتفع به انتفاعا معتادا فالمال
شئ مادي يمكن .

-
- ١- المصباح المنير ، مادة " مَوْلٌ " ٧١٥/٢ ونظرية الملكية والعقود للدكتور
بدران أبى العينين . ص : ٢٨٦ .
 - ٢- حاشية ابن عابدين : ٥٠١/٤ مطبعة الحلبي و تاريخ الفقه الاسلامى و نظرية
الملكية و العقود للدكتور بدران أبى العينين : ٢٨/٤ ، طبع دار النهضة
و نظام المعاملات د/ محمد مصطفى الشلبى : ص ، ٩١ طبع اتحاد
الجامعات الطبعة الاولى .
 - ٣- السياسة الاقتصادية و النظم المالية فى الفقه الاسلامى : د/ أحمد الحصرى
ص : ٤٦٩ - ٤٧٠ ، مطبعة دار التاليف بالقاهرة .

إحرازه والانتفاع به على وجه معتاد. فكل مالا يمكن حيازته لا يسمى عند علماء الحنفية مالا ويلاحظ على تعريف ابن عابدين أنه غير جامع لأفراد المعـسـرف لأنه لايشمل بعض مالا يدخر مع كونه مالا عندهم مثل الفاكهة والخضروات :

وكذلك تخرج بعض الأموال التي لاتميل إليها النفس ولولا الحاجة الماسة ما نظر الانسان اليها مثل الأدوية .

وعرفه المالكية : بأنه ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه (١) فقولهم " يستبد به " أى يختص به .

وقولهم " إذا أخذه من وجهه " أى من طريق حلال وعرفه الشافعية : بأنه ما ينتفع به .

(٢) فلا يقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه وان قلت .

وعرفه الحنابلة : بأنه هو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة فيخرج عن هذا التعريف مالا نفع فيه أصلا كالحشرات (٣) . وما فيه منفعة محرمة كالخمر، وما فيه منفعة مباحة للحاجة ، كالكلب وما فيه منفعة مباحة للضرورة كالهيئة فى حال المخصصة .

وبالمقارنة بين تعريف كل من المالكية والشافعية

نرى أنهما يشملان الأعيان والمنافع .

أما تعريف الحنفية والحنابلة فإنه لايشمل المنافع مع أن الحنابلة يعدونها مالا دون الحنفية .

(١) الموافقات فى أصول الشريعة للشاطبى ١٧/٢، مطبعة الشرق الأدنى .

(٢) الأشباه والنظائر لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى ص ٣٢٨، وحاشية الباجورى للشيخ ابراهيم الباجورى على شرح ابن قاسم الغزى ٣٤٣/٢، مطبعة الحلبي وأولاده، القاهرة .

(٣) كشف القناع عن متن الاقناع للشيخ ابى اسحق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن مفلح ٧/٢ المطبعة العامرة .

وبعد ذكر هذه التعريفات يمكن تعريف المال بأنه ما كان له قيمة شرعا وجاز الانتفاع به في حال الاختيار فقولنا " شرعا " خرج به الأشياء التي أهدر الشارع ماليتها وإن كان لها قيمة عند البعض كالخمر بالنسبة لغير المسلم ونحوها وقولنا: " جاز الانتفاع به في حال الاختيار " يخرج ما حرمه الشارع حال السعة والاختيار مثل لحم الميتة والطعام المسموم وما أباحه عند الاضطرار، كإزالة الغصة بالخمر عند عدم وجود غيره •

خلاصة هامة

والخلاصة أن جمهور الفقهاء يتوسعون فيما يطلق عليه اسم المال فيشمل الماديات والمنافع .

فالمال يطلق على كل ماله قيمة مادية بين الناس وجائز الانتفاع به انتفاعا مشروعاً حال السعة والاختيار فلبن الأدمية عندهم مال، ودم الإنسان عندهم مال، والحقوق الذهنية ، وحقوق الابتكار مال.

والتركة عندهم كل ما خلفه الميت من أموال وحقوق كان يملكها المييت في حال حياته ويدخل فيها العقارات والمنقولات والأعيان التي تعلق بها حقوق للغير كالعين التي رهنها الميت حال حياته وسلمها للمرتبهن وتشمل أيضا جميع الحقوق غير الشخصية التي كانت ثابتة للميت حال حياته سواء كانت مالية محضة كحق المرور والشرب أو تابعة للمال كحق التعلي أو كانت حقوقا غير مالية لكن لها تعلق بالمال كحق الخيار والشفعة والقصاص أما المدرسة الحنفية فالتركة عندهم لاتشمل الحقوق غير المالية لأنها منافع والمنفعة ليست مالا لعدم انطباق التحديد الذي وضعه للمال عليها فالمال عندهم مشروط بأنه مادي يمكن حيازته والانتفاع به حال السعة والاختيار انتفاعا مشروعاً^(١) وسيأتي تفصيل القول عن مالية المنافع في الفصل الخاص بها.

(١) انظر: السياسة الاقتصادية د/ أحمد الحصري ص ٤٧١ - ٤٧٢ .

المبحث الثاني

فى

تقسيمات المال

ينقسم المال إلى تقسيمات عديدة باعتبارات مختلفة أذكر منها هنا ثلاثة تقسيمات وهى:

أ - تقسيمه إلى متقوم وغير متقوم .

ب - وإلى عقار ومنقول .

ج - وإلى قيمى ومشلى :

وذلك لاتصال هذه الأقسام بموضوع البحث حيث إن المال الواجب فيه الضمان مال معين وهو الذى يعبر عنه الفقهاء بالمتقوم فوجب التعرض لتعريفه وتعريف غير المتقوم.

وهذا المال المتقوم إما أن يكون عقاراً أو منقولاً والمنقول منه ما يكون قيمياً ومنه ما يكون مثلياً، ومن هنا تتضح صلة هذه الأقسام ببعضها هذا:

أولاً : تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم (١)

ينقسم المال من حيث الضمان وعدمه إلى متقوم وغيره : أشير فيمايلي إلى كل منهما ثم أشير إلى ثمرة هذا التقسيم :

أ - المال المتقوم : هو المال بمعناه الخاص الشرعى، وهو ما يقسره الشارع ملكيته ويبيح الانتفاع به فى حال السعة والاختيار وحازة الانسنان بالفعل

(١) مجلة الأحكام العدلية المادتان: ١٤٥ و ١٤٦

وبالتأمل في هذا التعريف نجد أن المال المتقوم له شرطان :

الشرط الأول : أن يبيح الشارع الانتفاع به حال السعة والاختيار.

والشرط الثانى : أن يحاز بالفعل إن كان من المباحات العامة .

فإن تخلف أحد هذين الشرطين لم يكن المال متقوماً ومن باب أولى لا يكون متقوماً إذا فقد الشرطان جميعاً وعلى هذا إذا أُلِف شخص ذهباً أو فضة في ساجمهما أو طيرافى الهواء أو سمكا في الماء لا يكون ضامناً لما أُلِف لعدم حيازة شخص لهذا المال .

وكذلك إذا أُلِف ميتة (١) بالحرق مثلاً وذلك لعدم إباحة الشارع

الانتفاع بها .

وكذلك إذا أُلِف سبعا في الصحراء لعدم الحوز وعدم إباحة الشارع

الانتفاع به في حال السعة والاختيار .

وكذلك إذا أُلِف خمراً أو خنزيراً في حوزة مسلم لعدم إباحة الشارع

الانتفاع بهما حال السعة والاختيار (٢) أيضاً (٣) .

وأما إذا أُلِف الخمر والخنزير وهما في حوزة غير المسلم من أهل

الذمة فإن الفقهاء قد اختلفوا في تقويم هذا المال من عدمه إلى مذهبين على

ما سبق بيانه في شروط الضمان ومما سبق يتضح أن المال غير المتقوم هو

المال الذى لم يبيح الشارع الانتفاع به في حال السعة والاختيار أو كان مباح

الانتفاع به للعامة ولكنه لم يدخل في حوزة إنسان .

(١) والمقصود بها التى ماتت حتف انفها أو بدون ذبح شرعى

(٢) أى فى غير اضطرار / اكراه .

(٣) لقول الله تبارك وتعالى " إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه سورة البقرة آية ١٧٣ .

ثمرة هذا التقسيم

وثمرة هذا التقسيم تظهر فى الآتى :

أ - أن المال المتقوم ترد عليه التصرفات المختلفة من بيع وإعارة وإعارة وهبة ووصية وسائر المعاوضات السالبة وغير المتقوم لا ترد عليه هذه التصرفات .

ب - أن المال المتقوم يضمن متلفة أومضيت منفعة لصاحبه مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا ولا يضمن شيئا من ذلك إن كان المال غير متقوم مثل اتلاف الخمر والخنزير والآت اللهو وكتب الفساد والضلال .

ثانيا : تقسيم المال من حيث استقراره وعدمه :

ينقسم المال بهذا الاعتبار الى عقار وإلى منقول :

فالعقار عند الحنفية (١) هو ماله أصل ثابت لا يمكن نقله ونحويله من محل إلى آخر دون تغير لهيته وصورته .

وهذا لا يصدق إلا على الأرض .

أما البناء والأشجار المغروسة فى الأرض فإنها لاتعد عقارا إذ يمكن نقلها من مكان إلى مكان آخر .

وأما المنقول عندهم فإنه يطلق على كل ما يمكن نقله وتحويله ولا تغيرت صورته فيشمل البناء والغراس القائم على الأرض على ما سبق ذكره كما يشمل السيارات والاشاثات الخ .

(١) رد المحتار على الدر المختار ١٥/٣، مطبعة الحلبي، والمدخل الى نظرية الالتزام د استاذ مصطفى الزرقا ١٤٧/١ .

وذهب المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) الى ان العقار هو ما كان ثابتا في الأرض لا يمكن نقله أو تحويله أو يمكن نقله وتحويله لكن مع تغير صورته وهيئته.

وعلى هذا يكون البناء والأشجار من قبيل العقار عندهم كالأرض .
وأما المنقول : فهو ما يمكن نقله من مكان الى مكان آخر دون تغيير صورته مثل الأثاثات والمفروشات ... الخ.

ومما سبق يتبين لنا أن الفقهاء اتفقوا على أن المال الذي لا يمكن نقله من محل إلى آخر أملا يسمى عقارا وأن الذي يمكن نقله وتحويله من محل إلى آخر مع بقاء صورته يسمى منقولا :

وأما ما يمكن نقله مع تغيير صورته وهيئته كالبناء والشجر فهو من المنقول عند الحنفية ومن العقار عند المالكية والشافعية والحنابلة .
وهذا القول هو الذي تؤيده اللغة وتشهد له فقد جاء .

في لسان العرب ، والمصباح المنير (٤) " أن العقار يطلق على الأرض والدار والنخل وعلى الثابت المستقر سواء أكان الثبات والاستقرار طبعاً كما في الأرض أو عادة كما في البناء والشجر .

ثالثاً : المثلى والقيمي

-
- (١) الشرح الكبير للامام الدردير ٤٧٦/٣ .
 - (٢) طرح التتريب في شرح التتريب للحافظ زين الدين أبي الفضل عبدالرحيم بن الحسين العراقي ١٤٣/٦ . وما بعدها ، طبع دار المعارف حلب سوريا .
 - (٣) كشاف القناع عن مشن الاقناع ٦٣/٤ ، مطبعة انصار السنة ،
 - (٤) لسان العرب والمصباح المنير مادة " عقر " .

اولا : المال المثلى :

تعريفه لغة : جاء فى الصباح المنير: (١) المثل يستعمل على ثلاثة

اوجه :

بمعنى الشبيه وبمعنى نفس الشيء وذاته ، وزائدة .

والجمع أمثال : ويوصف به الذكر والمؤنث والجمع فيقال هو، وهى

وهما وهم وهن مثله .

وفى التنزيل (أنؤمن لبشرين مثلنا) وخرج بعضهم على هذا قوله

تعالى : " ليس كمثله شيء " . أى ليس بـوصفه شيء وقال هو اولى من القول

بالزيادة لأنها على خلاف الأصل .

وقال ابن جنى فى الخصائص : قولهم " مثلك " لا يفعل كذا قالوا : مثل

زائدة والمعنى : انت لا تفعل كذا... .

والمثال بالكسر اسم من ما ثله (مماثلة) اذا شابهه وقد استعمل

الناس المثال بمعنى الوصف والصورة فقالوا : مثاله كذا أى وصفه وصورته

والجمع (أمثلة) .

والمال المثلى فى الشرع : نسبة إلى المثل أى النظير وهو مالا تتفاوت

آحاده تفاوتاً يعتد به وتوجد له نظائر فى الأسواق ويطلق المثلى على الأموال

التي تقدر عادة بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع أو الوصف (٢) .

(١) المصباح المنير للفيومي ٥٦٣/٢ - ٥٦٤ من منشورات المكتبة العلمية بيروت .

(٢) مجمع الضمانات ص ١٣٤ ، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٤٩ ، ونهاية المحتاج ٧٤/٥ ، والوجيز للإمام الفزالي ٨/١ ، وكشاف القناع ٣٤٧/٢ ، والمغنى لابن قدامة ٣٧٦/٥ ، وبدائع الصنائع ٢٠٨/٥ ، ومجمع النهاية شرح ملتقى الأبحر ٤٠١/٢ .

ومن أمثلة المال المثلى :

- المكيلات : من الحبوب كالقمح والشعير وغيرهما .
- ومن الموزونات : (١) العسل واللبن، والزيت والذهب والفضة (٢) .
- ومن المعدودات : البيض والجوز والليمون وطوب البناء المتساوية في الحجم .
- ومن المقدر بالذراع : الثياب .
- ومن المقدر بالوصف : ما تنتجه المصانع من أجهزة ومعدات كالسيارات وآلات الحياكة (٣) وأجهزة الطهي والحفظ والسماع فمثل هذه الآلات والأجهزة التي هي من صنف واحد يدركها الوصف ويحددها تحديدا دقيقا ولا يوجد تفاوت بين بعضها والبعض الآخر فهي الصنف والصفة فيعد من المثليات .
- وبالتأمل في تعريف أهل الشرع للمال المثلى نجد أنه يشترط فيه شرطان حتى يعد من المثليات .
- الشرط الأول : عدم التفاوت بين آحاده عند ما يكون معدودا وأجزائه عندما يكون مكيلا أو موزونا .

-
- * ومجلة الأحكام العدلية المادتان ١٤٥ - ١٤٦، وأحكام القسمة في الفقه الاسلامي د/ سيد عواد علي، ص ٩٦ طبع دار السكركين أجنس : القاهرة .
- (١) البحر الرائق لابن نجيم ١٤٠/٦، طبع دار المعرفة بيروت والمطلى لابن حزم ٤٨٣/٨ .
- (٢) المغنى لابن قدامة ٢١٠/٤، وشرائع الإسلام في الفقه الجعفري الامامي للمحقق الحلي، جعفر بن الحسن بن أبي بكر زكريا يحيى بن الحسن بن محمد الهذلي الملقب بالمحقق ١٨٠/١، من منشورات دار مكتبة الحياة .
- (٣) حاك الرجل الثوب (حوكا) من باب قال والحياكة بالكسر الصناعة فهو " حائك " والجمع " حاككة " وحركة ، انظر : المصباح المنير للفيومي ١٥٧/١، من منشورات المكتبة العلمية، بيروت .

الشرط الثانى : وجود هذا المال فى الأسواق فتختلف أحد هذين الشرطين يحوله من مال مثلى الى مال قيمى. فإن لم يوجد للمال مثل فى السوق مثل التحف النادرة والنسخ المخطوطة ولو كانت متعددة كان قيميا .

وإن وجد مثله لكن مع التفاوت البين فكذلك الأمر . ومثال ذلك الحيوانات بجميع أنواعها والمباني والأشجار والأحجار الكريمة لأن بعضها لا يقوم مقام بعض ، ويمتاز المثلى بأنه لا تفاوت بين اجزائه وصفاته كما بينا . كما انه لا يضره التبعض فمن أراد ان يشتري " قفير " (١) فتح بمائة روبية لا يضره أن يشتريه على صفتين او مفقية واحدة لأن التجزئة لا ضرر فيها على آحاد المكيلات والموزونات ولا تختلف أسعارها فى أجزاءها عنها فى مجموعها غالباً . كما ان المثلى ايضا يمتاز عن القيمى بأنه يثبت دينا فى الذمة (٢) . اذ يمكن ثبوت المثليات بأوصافها . أما القيميات فلا تثبت إلا بأعيانها ولا يمكن أن تثبت بأوصافها .

وقد استثنى الفقهاء (٣) من قاعدة ضمان المثلى بمثله بعض صور يضمن فيها المثلى بقيمته لا بمثله ومنها :

(١) إذا انقطع المثلى من السوق أو تعذر الحصول عليه يمكن / لعارض حرب ونحوه

(١) القفير : مكيال وهو ثمانية مكايك المصباح ٥١١/٢ .

(٢) ضمان المثل د/ أحمد علاء ، ص ٢٨

(٣) انظر هذه الصور وغيرها : رد المختار على الدر المختار ١٦١/٥ ، ومجمع الانهر ٥٧٣/٢ ، ومجمع الضمانات ص ١٢٩ ، وتبيين الحقائق ٢٢٣/٥ ، والأشياء والنظائر للسيوطى ، ص ٢٧٥ ، ونهاية المحتاج ١٦١/٥ ، والمهذب للشيرازى ٣٧١/١ ، والمغنى لابن قدامة ٤٢١/٥ ، والمطلى لابن حزم ١٤٢/٨ ، والبحر

أو كان المثلث موجودا ولكنه بأكثر من ثمنه ففي هذه الصور ونحوها تجب قيمة المضمون لامثله .

وذلك لأن من أخذ شيئا وجب عليه رده ، فإن تعذر وجب رد مثله لأنه أقرب شبيها بالمضمون ، فإن تعذر المثلث وجبت القيمة إذ لا سبيل غيرها كالذهب والفضة اللذين يصنعان حليا للنساء .

(٢) إذا دخلت الصنعة المباحة مثليا كالذهب والفضة اللذين يصنعان حليا للنساء فإن هذا الحلي يضمن بقيمته لأن الصناعة تؤثر في قيمته وهى مختلفة فالقيمة فيه اضبط فأشبهه غير المكمل والموزون .

فإن كانت الصيغة محرمة كحلي الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه ، لأن الصنعة لا قيمة لها شرعا فهي كالمعدومة .

(٣) لو نصب شخص مثليا يحتاج الى كلفة في نقله أو أتلفه ثم ظفر المالك بالغاصب في غير بلد التلف فإنه يلزمه قيمته بمحل التلف ومن نقد البلد الذى تلفت العين فيه لأنه موضع الضمان .

(٤) لو أتلف أحد شيئا مثليا وتراضى هو والمالك على أخذ القيمة مسع وجود المثل جاز ذلك .

(٥) إذا أحاط بالمثل خطر وأشرف على التلف ضمن بقيمته كالأموال التى تحيط بها الحرائق والسفينة التى تضطرب بها الأمواج .

ثانيا : القيمي :

وهو ما تفاوتت أفراده تفاوتا يعتد به فلا يقوم بعضه مقام بعض بلا فرق ، وكذلك المال الذى لا يوجد له مثل فى الأسواق ، وإن وجد فمع التفاوت الكبير الذى يعتد به التجار فى المعاملات .

ومن القيمات الحوانيت والمصنوعات من الجواهر (١) والذي أراه في هذا المقام والله اعلم . أن المال القيمي يضمن بمثله مادام بالإمكان الحصول عليه بلا مشقة بالغة تؤيد هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم ضمن السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها إناء مثل الذي كسرتَه وطعاما مثل الذي أتلفته وقال " إناء بإناء وطعام بطعام " على ما مر ذكره في مشروعية الضمان .

مع أن الآنية تعد من قيميات تكونها ليست مكيلا أو موزونا أو معدودا ، وتعتمد صناعتها قديما على الحرفة اليدوية ولكن لما أمكن الاتيان بالممثل قضى به النبي صلى الله عليه وسلم .

وهذا ما ذهب إليه الظاهرية وشريح وابن تيمية وابن القيم وهو رواية عند الامام أحمد (٢) . حيث قالوا إن القيمي يضمن بمثله ولا يضمن بقيمة إلا عند تعذر المثل .

(١) المحلى لابن حزم ٥٨٠/٨ ، واعلام الموقعين لابن القيم ٣٢٢/١ ، ومعالم السنن للخطابي ٢٠١/٥ ، وبداية المجتهد ٢٦٦/٢ ، والمغنى لابن قدامة ٣٧٥/٥ .

(٢) وذهب الجمهور منهم الحنفية والمالكية والشافعية والزيدية والامامية وجمهور الحنابلة الى أن القيمي اذا اُتلف يضمن بقيمته لأن ذوات القيم تتفاوت اجزاؤها وتتمايز صفاتها فالقيمة فيها أضيظ وأعدل تبين الحقائق ٢٢٣/٥ ، والمبسوط للسرخسي ٥١/١١ ، وبداية المجتهد ٢٦٦/٢ ، والمنتقى للباي ٢٧٢/٥ ، وتهذيب الفروق ٢٠٥/٢ ، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٣٥/٢ .

الفصل السابع

فى

مالية المنافع و أقوال الفقهاء فى ضمانها

و بعد أن تكلمت عن المال و بعض تقسيماته أرى انه من المناسب أن
اتحدث عن مالية المنافع و ضمانها و قبل الكلام عن هذا اتناول المنفعة بالتعريف
لغة و اصطلاحاً و ذلك على الوجه الآتى:
أولاً: معنى المنفعة لغة و اصطلاحاً:

أ- معنى المنافع فى اللغة

المنافع جمع منفعة من النفع و هو فى اللغة الخير و هو كل ما يتوصل
به الإنسان الى مقصوده و مطلوبه يقال: انتفعت بالشئ والمنفعة
اسم منه •
فالمنفعة فى عرف اهل اللغة تشمل كل ما يمكن استفادته من الشئ
سواء كان عرضاً مثل سكنى الدار و ركوب الدابة • أو مادة مثل ثمار الأشجار
و أجره الدواب و هو ما يسميه الفقهاء الغلة و هى فى اللغة: الدخل من
كراء دار و اجر غلّام و فائدة ارض (١) •
جاء فى المصباح المنير للفيومى (٢) • النفع الخير و هو ما يتوصل به
الإنسان الى مطلوبه يقال نفعنى كذا (ينفعبنى) (نفعاً) و (نفعة)
فهو (نافع) ••• وجاء (نفوع) مثل رسول •••

-
- ١- القاموس المحيط للفيروز آبادى باب (العين) فصل (النون) والمصباح
المنير فى غريب الشرح الكبير للعلامة أحمد بن محمد بن على المقرئ
الفيومى ج ٢ / ٦١٨ من منشورات المكتبة العلمية، بيروت
 - ٢- المصباح المنير فى الموضع السابق •

ب - معتنى المنافع اصطلاحاً :

المنفعة فى الاصطلاح : ما كان من قبيل الاعراض كسكنى الدار و ركوب الحيوان و عمل الانسان (١) • وهى لفظ عام يطلق على كل ما ينتفع به طبقاً لما جاء فى لسان العرب والقاموس المحيط •
و تشمل المنافع (٢) • بذلك كلا من منافع الأموال و منافع الانسان و يلاحظ ان المنفعة ليست جزءاً مما اضيفت اليه • فالانتفاع بسكنى الدار مثلاً ليس جزءاً من الدار و ان كانا متلازمين بمعنى انه لا يمكن الانتفاع بالسكنى الا اذا وجدت الدار • والله اعلم •

ثانياً : اقوال الفقهاء فى مالية المنافع :

اختلفت كلمة الفقهاء فى اعتبار المنفعة مالا من عدمه و ذلك على مذهبين :

المذهب الاول : ذهب المالكية (٣) • والشافعية (٤) • والحنابلة (٥)

و جمهور الفقهاء الى ان الاصل فى المنفعة عدها من الاموال و ذلك لانها تقابل بالاموال • كما أن التعدى على مصادرها أو الحيلولة بينها وبين صاحبها و منعه من الانتفاع بها مثلاً يترتب عليه وقوع خسارة مالية لصاحبها كما فى الاجارة • و تختلف قيمتها باختلاف الازمان والأعيان والبيئات • و دليلهم على ذلك فوق ما تقدم - أن النافع يمكن حيازتها و ذلك بحيازة اهلها ولا شك ان هـى المقصودة من الاعيان ولولا هذه المنافع ما طلب الناس الاعيان ولا رغبوا فى الحصول عليها (٦) •

- ١- شرح مجلة الاحكام العدلية لسليم رستم باز اللبناى : ص ، ٣١٨
- ٢- ضمان العدوان د/ سراج : ص ١٧١
- ٣- بداية المجتهد : ٢٦٥/٢ مطبعة الاستقامة بمصر •
- ٤- المدخل الى الفقه الاسلامى للدكتور محمود محمد الطنطاوى : ص ، ٢٦٣ من منشورات مكتبة وهبة - القاهرة •
- ٥- الفقه الاسلامى : ٢١٨/٥ ، طبعة دار المنار • ٦- المدخل الى الفقه الاسلامى /ص، ٢٦٣ د/ طنطاوى

المذهب الثانى: و ذهب بعض العلماء و منهم الحنفية (١) الى أن المنفعة

لا تعتبر مالا. لانه لا يمكن احرازها و كل مالا يمكن احرازه لا يعد مالا، ولانه ليس لها مثل تجبره عند فواتها لارتباطها بأزمان حدوثها و طرق استيفائها

غلامة فى عدم اعتبار الحنفية المنافع مالا

و مما تقدم نستطيع ان نفهم أن الحنفية لم يعدوا المنافع مالا. أما لماذا لا يرى الحنفية اعتبار المنافع مالا ؟ فالجواب عن ذلك. بالإضافة الى ما تقدم مايتى:

يسير الحنفية وفق ضابط وضعه للمال مأخوذ من الوضع اللغوى و هو انه لا بد و ان يكون شيئا ماديا ، أى تميل اليه الطباع السليمة و ان يجرى فيه البذل بمقابل و يمكن ادخاره لوقت الحاجة فما لا تميل اليه الطباع و هى الاعيان التى لا يرغب فيها ولا تضمن بها ، النفوس لتفاهتها و عدم الانتفاع بها انتفاعا مقصودا لا تكون مالا و مثل ذلك حبة القمح ، و كسرة الخبز ، و قليل من التراب والبيض الفاسد والحشرات التى لا ينتفع بها.

أما ما يجرى فيه البذل و المنع و ينتفع به و لو بحسب المال فانه مال يصح بيعه متى قومه الشرع و أباح الانتفاع به والمنافع اعراض منصرفة كما توجد تتلاشى فليست بمال ، و انما هى ملك أى مملوك شأنه ان يتصرف فيه على وجه الاختصاص (٢).

بيان الراجح

و بعد عرض قولى الفقهاء فى عد المنفعة مالا أو لا و بعد ذكر أدلة كل فريق فان ما يبدو لى رجحانه فى هذا المقام هو ما قال به جمهور أهل العلم من عد

- ١- مجلة الاحكام العدلية المواد : ٥٩٦ ، ٥٩٩ و حاشية ابن عابدين : ٢٠٦/٦
- ٢- السياسة الاقتصادية والنظم المالية فى الفقه الاسلامى : د/ أحمد الحصرى ص ٤٧٢ - ٤٧٣ مطبعة دار التأليف بالقاهرة .

المنفعة مالا متقوما لقوة ما استدلوا به بالنظر لما استدل به الحنفية
يؤيد هذا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عد المنفعة مالا حين
اجاز لغير القادر ان يمهر (١) . زوجته بسورة من القرآن أى تعليمها اياها
والتعليتم منفعة . والمهر لا يكون الا مالا فظهرت مالية المنافع .
كما ان متاخرى الحنفية (٢) . افتوا بضمان منافع المغصوب استحسانا
فى ثلاث حالات هى:

أ- منافع الموقوف للسكنى .

ب- منافع ملك اليتيم .

ج- منافع المعد للاستغلال من الاعيان و هو من بناء صاحبه أو اشتراه لذلك
أو أجره ثلاث سنوات أو اكثر متوالية .

وقد بينوا السبب الذى من اجله استحسنوا الضمان فى هذه المسائل
فقالوا : ان فى ذلك مراعاة لمصلحة الوقف و مصلحة اليتيم حتى لا يكون
من وراء عدم تضمين المنتفع عند ذلك مبالاة على الاضرار بالموقوف عليه أو اليتيم
نظرا لعدم قدرتهما على حماية حقوقهما .

أما فى المعد للاستغلال فالمراعى فيه ان اقدام المنتفع على الانتفاع
به مع علمه بذلك ، ومع اعداده للاستغلال يعد فى حكم قبوله لاستنجاره كما يعد
اعداده للاستغلال فى حكم ايجاب صادر من مالكة بذلك .

ومما تقدم تظهر بجلاء مالية المنافع و بالتالى وجوب ضمانها فى
حالة التعدى عليها . قال صاحب المدخل الى الفقه الاسلامى (٣) . ولا شك ان رأى
الجمهور فى هذه المسألة هو الراجح و سبب رحانه هو اتفاه مع العرف و ملاءمته
لاغراض الناس و معاملاتهم .

١- أى يدفع لها مهرا . ٢- مجلة الاحكام العدلية المواد: ٥٩٦ - ٥٩٩
٣- المدخل الى الفقه الاسلامى : د/ محمود محمد الطنطاوى : ص ، ٢٦٣ - ٢٦٤

(١)

وهذا الخلاف بين الفقهاء ليس خلافا لفظيا وإنما هو خلاف له ثمرة

وتظهر ثمرته في مسائل كثيرة : ومن هذه المسائل :

أغتصاب العين والانتفاع بها أو عدم الانتفاع بها وذلك كشخص اغتصب

سيارة من آخر وانتفع بها ، أو تركها عنده بدون انتفاع مدة من الزمن ثم ردها

إلى صاحبها فإنه على رأى الجمهور يضمن قيمة المنفعة بالسيارة فى تلك المدة

التي حجبها الغاصب فيها عن صاحبها وذلك لأنه اعتدى على ما يعتبر

مالا والاعتداء على المال مضمون*

ولا يضمن ذلك عند الحنفية لأنه فى نظرهم لم يعتد على ما يعتبر

مالا حتى يكون ضامنا *

ولاشك أن رأى الحنفية يؤدى إلى اغتصاب الحقوق (٢)*

• وخلاصة القول فى

ثمره الخلاف هى :

أ- أن من عد المنافع مالا جعل فى تفويتها أو تفويت بعضها الضمان*

ومن لم يعدها مالا لم يجعل فى تفويتها الضمان*

ب- أن من لم يعد المنافع مالا قال بعدم ارثها ومن عدّها مالا أجاز ارثها

فلو استأجر شخص عينا ثم توفى فى منتصف المدة جاز لورثته الانتفاع بتلك

العين بقية المدة على مذهب الجمهور* وأما على مذهب الحنفية

فإن العقد يفسخ بالموت (٣)

١- المدخل إلى الفقه الإسلامى : د/ الطنطاوى : ص ، ٢٦٣ - ٢٦٤

٢- ضمان العدوان د/ سراج : ص ، ١٧٧

٣- حاشية ابن عابدين : ٥٠/٥ والأشباه والنظائر للسيوطى : ص ، ٣٢٦ والملكية الخاصة فى الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالله المصلح طبع ، الاتحاد الدولى

ثالثاً : الزوائد

اختلفت كلمة الفقهاء رحمهم الله تعالى فى ضمان نماء أو غلة

أو زوائد المغصوب و ذلك على رأيين :

الرأى الأول : و يذهب اصحابه الى القول بالضمان واليه ذهب الشافعية والحنابلة •

الرأى الثانى : و يذهب اصحابه الى القول بعدم الضمان و به قال الحنفية

والمالكية فى الراجح عندهم •

قال الشافعية والحنابلة : زوائد المغصوب فى يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب

اذا تلف شئ منها فى يده سوء أكانت الزيادة متصلة مثل السمن و تعلم

الصناعة و غيرها أو منفصلة كشجرة الشجرة و ولد الحيوان •

و وجه ذلك : أن الزوائد ملك للمغصوب منه و قد صارت فى يد الغاصب

بالغصب فتضمن بالهلاك أو التلف كأصلها الذى تولدت عنه (١) •

و قال الحنفية و من معهم : ان الزيادة الحادثة فى المغصوب فى يده

الغاصب سواء أكانت متصلة بالسمن والجمال أو منفصلة عنه كالولد واللبن و ثمرة

النبتان والصوف و نحو ذلك امانة فى يد الغاصب • فان هلك فلا ضمان عليه الا بالتعدى

عليها كالإتلاف أو الأكل أو البيع أو بالامتناع عن ادائها بعد طلبها من مالكها و وجه

ذلك : أن الزيادة ليست مغصوبة لفقدان شرط الإزالة من يد المالك ، لانها لم تكن

فى يده وقت الغصب • (٢) •

١- مغنى المحتاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب : ٢/٢٩١ والمهذب : ١/٣٧٠

و كشف القناع : ٤/٦٦ والمغنى : ٥/٢٤٠

٢- المبسوط للسرخسى : ١١ / ٥٤ و بدائع الصنائع للكاسانى : ٧/١٦٠ و تبين الحقائق

للزيلعى : ٥/٢٣٢ وتكلمة فتح القدير : ٧/٣٨٨ و رد المحتار على الدر المختار

١٤٢/٥ والقوانين الفقهية لابن جزى : ص ، ٢٣٠ و بداية المجتهد لابن رشد

الحفيد : ٢/٣١٥ و ما بعدها •

بيان المراجع

والمراجع فى نظرى والله اعلم - ما ذهب اليه علماء الشافعية والحنابلة من القول بضمان نماء أو غله أو زوائد المغصوب لأميرين:

الاول: وجاهة ما استدل به اصحاب هذا الرأى.

الثانى: ان الغاصب تسبب فى ذلك بسبب محظور و هو الغصب .

رابعاً: النواقص:

اتفقت كلمة الفقهاء رحمهم الله تعالى على مبدأ ضمان النقصان الحادث فى الأموال بسبب الغصب أو الاتلاف ونحوهما من انواع الأيدى العبادية (أى الضامنة) عمداً أو خطأ أو تقصيراً .

و فيما يلى نورد أهم حالات النقصان المادى بسبب الغصب و حكمها فى كل مذهب فقهى ، لان ضمان الغصب على حد تعبير الحنفية . ضمان جبر الفائت فيتقدر بقدر الفوات و من نقص فى يده شئ فعليه ضمان النقصان (١) .

أ- مذهب الحنفية:

قال علماء الحنفية ان النقص فى المغصوب : اما ان يكون بفوات جزء من العين يسيراً أو كبيراً أو فاحشاً :

فاذا كان يسيراً ضمن الغاصب قدر النقصان ، وتظل العين المغصوبه ملكاً لملكها .

وإذا كان فاحشاً فللمالك تضمين الغاصب جميع قيمة الشئ و ذلك سواء أكان النقص حادثاً بآفة سماوية أم بفعل الغاصب نصت على ذلك مجلة

الاحكام العدلية (٢) فى المادة ، ١٩٧م

- ١- البدائع : ١٥٥/٧ و كتاب القدورى و شرحه اللباب : ١٩٠/٢ و نظرية الضمان للاستاذ على الخفيف : ص ١١٢ او ما بعدها .
- ٢- احه المادة : ١٩٧ من المجلة .

وقد حددت مجلة الاحكام العدلية فى المادة السابقة النقصان اليسير والفاحش
فقررت ان النقصان اليسير: هو ما لم يكن بالغاً ربع قيمة المغمصوب
والنقصان الفاحش ما كان مساوياً لربع القيمة أو أزيد. ولعل الصواب فى
تحديد الفاحش واليسير - فى نظري ان الفاحش ما يفوت به بعض العيين
وبعض المنفعة واليسير ما يفوت به بعض المنفعة أى تنقص منفعتـه
فقط. والله اعلم.

بـ مذهب المالكية :

.....إذا نقص المغمصوب عند الغاصب ، فان كان النقص بفعل الغاصب
فالمالك مخير بين أن يأخذ قيمة المغمصوب يوم الغصب و يتركه للغاصب
و بين أن يأخذ الشئ المغمصوب على حالته الناقصة (١) . و يأخذ قيمة
النقص الحادث بتقديرها يوم التعدى . و ان كان النقص بأفة سماوية : فليس
لصاحب المغمصوب الا أن يأخذه ناقصاً دون أن يأخذ قيمة النقص أو يضمن الغاصب
قيمة الشئ يوم الغصب (٢) .

وقد ميز المالكية بين حالتى هدم البناء و قلع الشجر فمن
غصب ارضا فبنى فيها فصاحبها بالخيار بين هدم البنيان و ازالته و يأخذ
الغاصب انقاضه و بين تركه على أن يعطى الغاصب قيمة انقاض البناء من خشب
وقرميد (٣) . و غير ذلك تقوم منقوضة بعد طرح اجرة القلع و من غصب ارضا
فغرس فيها اشجارا لا يؤمر بقلعها و للمغمصوب منه أن يعطيه قيمتها بعد
طرح اجرة القلع كالبنيان أما ان غصب اشجارا فغرسها فى ارضه فيؤمر بقلعها .
(٤)

١- نظرية الضمان للزحيلي : ص ١٢٥ - ١٢٦

٢- بداية المجتهد : ٣١٢/٢ القوانين الفقهية : ص ، ٣٣١ الفروق : ٢٢/٤ نظرية الضمان
للزحيلي : ص ، ١٢٧ و ما بعدها .

٣- جاء فى لسان العرب المصباح المنير : القرميد بالكسر - رومى يطلق على الأجر و على ما يطلى
به للزينة كالخمر ، و غير ذلك : المصباح : ٥٠٠/٢

ج- مذهب الشافعية :

ج - اذا نقص المغصوب نقصانا مستقرا تنقص به القيمة وجب رده الى صاحبه و ضمان ارش (أى تعويض) النقص سواء أكان باستعمال الغاصب كأن بلى الثوب بلبسه أو ذبح الشاة أو كسرا الاناء أو طحن الحنطة أم بغير استعماله كطروء عماء على الحيوان و نحو ذلك من الأمراض (١) .

د- مذهب الحنابلة :

مذهب الحنابلة كالشافعية تماما يجب رد المغصوب الى صاحبه و ضمان أرش النقصان أى مقدار نقص القيمة اذا كان نقصان مستقرا كثوب تخرق و اناء تكسر ، وحب سوس ، و بناء خرب و نحو ذلك لأنه نقص حصل فى يد الغاصب ، فوجب ضمانه (٢) .

* * *

١- مغنى المحتاج : ٢٨٦/٢ والمهذب : ٣٦٩/١
٢- المغنى لابن قدامة : ٥ / ٢٢٨ ، ٢٤١

الفصل الثامن

فى

اساءة استعمال الحق

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فى ماهية الحق وبعض متعلقاته

المبحث الثانى: فى التعسف فى استعمال الحق
وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: مفهوم التعسف

المطلب الثانى: الحق والتعسف

المطلب الثالث: أدلة النهى من التعسف

المطلب الرابع: الأضرار المضمونة بالتعسف

تقديم:

تختلف عبارات الفقهاء رحمهم الله تعالى فى التعبير عن هذا الموضوع: فبعضهم يسميه اساءة استعمال الحق كالاستاذ على الخفيف فى كتابه (نظرية الضمان فى الفقه الاسلامى (١) " و آخرون يعيرون عنه بالتعسف فى استعمال الحق كالدكتور فتحى الدرينى فى كتابه " نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الاسلامى (٢) " و الدكتور محمد أحمد سراج فى كتابه (ضمان العدوان فى الفقه الاسلامى (٣) " و المعنى فى كل ذلك واحد ومن المعلوم ان الشريعة الاسلامية قد اعطت للفرد حقوقا و قيدته فى استعماله لهذه الحقوق و أوجبت عليه أن يراعى مصلحة الغير ولا يضر بالجماعة وهى بذلك تعطى له الحرية فى استعماله لحقه لكنها ليست حرية مطلقة و انما هى حرية مقيدة تؤدى الى مصلحة الفرد و مصلحة الجماعة و عدم الاضرار بالغير و فيما لى الكلام عن التعسف من حيث ايجابه للضمان فأقول و بالله التوفيق:

لما كان الكلام عن التعسف فى استعمال الحق يقتضى تناول الحق بالتعريف ، و بيان ما يطلق عليه لفظ الحق ، و مصدر الحق حتى يمكن لنا معرفة التعسف فى استعمال الحق، لأن الفعل الصادر على هذا الوجه من شأنه ان يحدث ضررا، فاذا اصاب ذلك الضرر غير فاعله كان ذلك محلا للنظر فى مسئولية فاعله عن ذلك الضرر باعتباره فعلا ضارا ترتب عليه ضرر حرمه الشارع و ببيان هذا الموضوع اتناوله فى مبحثين:

١- المبحث الاول: ماهية الحق و بعض متعلقاته •

٢- المبحث الثانى: التعسف فى استعمال الحق •

- ١- طبع المطبعة الفنية الحديثة - القاهرة ٢ - نشر مؤسسة الرسالة - بيروت
- ٣- نشر دار الثقافة للنشر والتوزيع - القاهرة •

المبحث الاول

فنى

ماهية الحق وبعض متعلقاته

لم نجد من الفقهاء السابقين أصحاب المذاهب الفقهية المعروفة من تعرض لتعريف الحق فى كتب الفقه الاسلامى . وقد تكلم علماء أصول الفقه عن الحقوق و انواعها و ذلك عند الكلام عن المحكوم به و لا بد لنا من الرجوع الى معاجم اللغة العربية أولا لنقف منها على مادة (حق) و ماورد لها من معان لغوية يدل عليها هذا اللفظ . و بذلك يسهل علينا الوصول الى تعريف الحق .

أولاً: تعريف الحق:

أ- الحق فى اللغة : له معان عديدة استعملها العرب (١) . و اطلقوا لفظ الحق عليها ، و من هذه المعانى :

الحق بمعنى الثابت و الواجب يقال حق الامر حقاً يعنى اثبتته و أوجبه و قد ورد هذا المعنى فى قوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين) (٢) والمراد بالمتاع المتعة التى تعطى للمرأة المطلقة و هى الكسوة و مايقوم مقامها من النقود .

وفى القاموس المحيط للفيروز آبادى (٣) . أن مما يطلق عليه الحق : المال ، والملك ، والموجود الثابت .

و قد وردت كلمة " حق " فى القرآن الكريم و فى السنة النبوية

المطهرة فى مواضع كثيرة ، و كلها لا تخرج عن معنى (الثابت) كما فى الآية السابقة .

١- المصباح المنير للفيومى : ١٤٣/١ - ١٤٤ نشر المكتبة العلمية ، بيروت .

٢- سورة البقرة : الآية : ٢٤١

٣- القاموس المحيط : مادة (حق)

وفى السنة قوله صلى الله عليه وسلم (ان الله قد اعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث) (١) • ومعنى هذا ان الله تعالى قد جعل لكل وارث نصيبه فى الميراث فلا وصية لوارث •

(٢)
وقال الله تعالى (وقل جاء الحق وزهق الباطل ان الباطل كان زهوقا)

ب- تعريف الحق فى اصطلاح الفقهاء:

عرفه الاستاذ على الخفيف رحمه الله بأنه : مصلحة مستحقة شرعا (٣)
وعرفه الاستاذ مصطفى الزرقا بأنه : اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا (٤) •
وعرفه الأستاذ أحمد فهمى أبو سنة بأنه ما ثبت فى الشرع للانسان أو لله تعالى على الغير (٥) • وهذه التعريفات وغيرها لا تكاد تختلف عن بعضها وذلك من حيث شمولها لكل افراد الحق وان اختلفت من جهة نظرتهم الى الحق (٦) •
فبعضهم نظر اليه من جهة موضوعه فعرفه بأنه " مصلحة مستحقة شرعا •
وبعضهم نظر اليه من جهة صاحبه فعرفه بأنه " اختصاص أو سلطة اعطاها الشارع لشخص من الأشخاص فى نطاق معلوم " (٧) •

- ١- رواه أحمد و الأربعة الا النسائي عن ابى امامة الباهلى و حسنه أحمد والترمذى وقواه ابن خزيمة و ابن الجارود: انظر سبل السلام للصنعانى: ٩٦٧/٣ حديث رقم، ٩٠٧ و بلوغ المرام من أدلة الاحكام : ص ١٩٩ و رقم الحديث ، ٩٨٧
- ٢- سورة الاسراء الاية : ٨١
- ٣- الحق والذمة (لطلبة الدراسات العليا) ص ، ٣٦ نشر مكتبة وهبة القاهرة، ١٩٤٥م
- ٤- الفقه الاسلامى / ج ، ٢ ، ص ١١
- ٥- النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الاسلامية : ص ، ٥٠
- ٦- المدخل الى الفقه الاسلامى للدكتور محمود محمد الطنطاوى : ص ، ٢٥٩ نشر مكتبة وهبة القاهرة •
- ٧- المدخل للفقه الاسلامى للشيخ عيسوى أحمد عيسوى : ص ، ٣٠٦

ج - تعريف الحق عند أهل القانون:

وعرف فقهاء القانون الحق تعريفا لا يختلف كثيرا عن تعريف الفقهاء ومن هذه التعريفات قول بعضهم: " يمكن تعريف الحق بأنه مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون".
ويلاحظ ان القانون هو مصدر كل الحقوق فلا يمكن ان ينشأ حق الا اذا كان القانون يقره (١) • والفرق بين فقهاء الشريعة/ القانون يرجع الى نظرة كل منهما للحق • فالشرعيون مصدر كل الحقوق عندهم هو الشارع الحكيم • والقانون الوضعي هو مصدر كل الحقوق عند القانونيين ويلاحظ ذلك في تعريفاتهم المذكورة (٢) •
ثانيا: ما يطلق عليه لفظ الحق:

استعمل فقهاء الشريعة الاسلامية كلمة الحق استعمالا عاما في بعض الاحيان واستعمالا خاصا في بعض الأخرى • فقد أطلقوا كلمة الحق على المعنى العام الذى يشمل كل الحقوق وهذا يشمل الأعيان المملوكة ، ويشمل المنافع والمصالح ويشمل الأمور الاعتبارية كحق الشفعة وحق الخيار وحق حضانة الصغير وحق الولاية على الغير وغير ذلك من الحقوق •
وقد أطلقوها أيضا على المعنى الخاص وهو: الحق المجرد وأكثر ما يكون ذلك اذا استعمل في مقابلة الملك والمال وفي هذه الحالة لا يريدون بلفظ الحق ذلك المعنى العام الذى سبق ، وإنما يريدون به حقا مخصوصا معيناً كحق الطلاق للزوج ، وحق القصاص لولى الدم ، وحق الحضانة للأم في المرحلة الأولى من حياة الطفل وغير ذلك من الحقوق الخاصة •

- ١- أصول القانون للأستاذين عبدالرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت: ص، ٢١٣
- ٢- المدخل للفقه الاسلامي: د/ الطنطاوى: ص، ٢٥٩

و يجب ان نلاحظ (١) ان الشارع الحكيم حينما يقرر حقا لانسان ينشئ
فى نفس الوقت واجبا مقرررا على غيره من الناس نحو هذا الحق ، وهذا
الواجب هو احترام هذا الحق فى نطاق الحدود المرسوسة له .
والأمثلة على ذلك كثيرة ، وعلى سبيل المثال: حق الملكية للشخص فى
داره ، أو فى سيارته يوجب على غيره من الناس ألا يعتدوا على ملكه بغصب
أو سرقة أو اتلاف .

فإن فعلوا واحدا من ذلك فللقضاء سلطة التدخل والحكم برد العيـس
الى مالكها أو تعويضه عنها تعويضا مناسبا لها (٢) .

ثالثا : مصدر الحق :

مصدر الحق : هو الجهة التى تثبت الحقوق لأصحابها والشرعية الاسلامية
مصدر الحقوق كلها (٣) . فقد خلق الله تعالى للناس ما فى الأرض جميعا و أحل
لهم الطيبات وحرم عليهم الخبائث و أوجب عليهم عبادته و تعظيمه و تقديسه
و تلك هى الغاية من خلقهم التى تنطبق بها الآية القرآنية الكريمة (و ما خلقت
الجن والانس الا ليعبدون) (٤) .

و بناء على هذا فالشرعية الاسلامية هى المصدر لكل الحقوق و من هنا
تختلف نظرة الشرعية الاسلامية الى الحقوق عن نظرة القانون الوضعى .
فالشرعية الاسلامية بحكم كونها من الله تعالى و هو سبحانه يريد بعباده
اليسر ولا يريد بهم العسر تهدف الى اسعاد الانسان فى دنياه و أخراه ، والانسان
ما هو الا عبد لمولاه الذى خلقه فسواه و رزقه و رباه على موائد كرمه و فضله .

-
- ١- المدخل للفقه الاسلامى : د/ الطنطاوى : ص ، ٢٦٠
 - ٢- المرجع السابق:
 - ٣- المرجع السابق :
 - ٤- سورة الذاريات : الآية : ٥٦ .

و مادام الأمر كذلك فلا يملك الانسان حقاً من الحقوق و انما الملك
الخالص لسيدّه و بارئّه ، و مع ذلك فقد تفضل الله تعالى على عباده
و جعل لهم ما شاء من الحقوق .

أما القوانين الوضعية فمصدر الحقوق عندها هو القانون و على القضاة
أن يرجعوا فى أحكامهم الى نصوص القانون السائد اولا فاذا لم يوجد الحكم
فى نصوص القانون و مبادئ الشريعة الاسلامية و العرف فعليهم القضاء
بأحكام القانون الطبيعى .

و المراد بالقانون الطبيعى . عند اهل القانون : الأحكام التى
تدرك العقول الراقية أنها هى الحق والعدل .
و هم ذلك يجعلون العقل مصدرا لبعض الحقوق .

والخلاصة :

أن الشريعة الاسلامية قد اعطت للفرد حقوقا و قيدته فى استعماله
، و أوجبت عليه أن يراعى مصلحة الغير
و ألا يضر بالجماعة .

و هى بذلك تعطى له الحرية فى استعماله لحقه لكنها ليست حرية
مطلقة و انما هى حرية مقيدة تؤدى الى مصلحة الفرد و مصلحة الجماعة و عسدم
الاضرار بالغير .

و هذه بعض الأمثلة التى توضح ذلك :

١- لقد خلق الله تعالى الناس أحرارا و قرر الاسلام أن بيع الجير باطل (١) .
فالحرية حق ثابت فى الاصل لكل انسان ، و هذا الحق يستلزم واجبين :

١- عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل اعطى بى ثم غدر و رجل باع حسرا فأكل عنه و رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه و لم يعطه أجره " رواه مسلم .
قال الصنعانى عقب ذكره لهذا الحديث : و كذا بيع الحر مجمع على تحريمه :
انظر سبل السلام للصنعانى ج ٣ / ٩٢٢ حديث رقم ٨٥٨ نشر مكتبة عاطف بالازهر القاهرة

الواجب الاول:

واجب على صاحب الحق نفسه و هو ان يستعمل حريته فيما لا يضر غيره
من الناس . فان أساء استعماله لهذا الحق كان الأمر أن يسلبوه هذا الحق .

والواجب الثاني :

واجب على غيره من الناس و هو المحافظة على حق الفرد و عدم
الاعتداء على حق من حقوقه ، و على أولياء الأمر ان يحترموا حقه فى الحرية
فلا يحجروا عليه ولا يتدخلوا فى شئونه الا للمصلحة العامة و عند الضرورة .
٢- تفضل الله تعالى المالك لكل شئ على عباده باباحة تملكهم للأشياء
و حق الملك يستلزم واجبين :

الواجب الاول:

واجب على المالك نفسه بالنسبة لما يملك ، و هو ان يستعمل حقه فيما يملك
على الوجه المشروع بحيث لا يضر بالآخرين :

والواجب الثانى:

واجب على الناس الآخرين و هو أن يحترموا ملكه ولا يعتدوا عليه بسرقة
أو غصب أو نحو ذلك (١) .

* * *

١- انظر فى هذه الامثلة المدخل للدكتور الطنطاوى : ص ، ٢٦٢ - ٢٦٣

المبحث الثاني

فـى

التعسف فى استعمال الحق

..... وفيه مطالب أربعة :

المطلب الأول :

مفهوم التعسف :

تعريفه لغة : جاء فى المصباح المنير للفيومى :

(عسف) (عسفا) من باب ضرب : أخذه بقوة والفاعل (عسوف)
و (عساف) مبالغة و (عسف) فى الأمر : فعله من غير روية و منه (عسفت)
الطريق اذا سلكته على غير قصد ، و (التعسف) و (الاعتساف) مثله (١) .
و بناء على هذا فإن التعسف فى الفعل لغة ينبىء عن صدوره من غير روية
ولا تدبر ولا نظر لعاقبته فيصدر على غير هدى مع ضرب من العنف والقوة (٢) .

تعريف التعسف فى الشرع :

أما فى الشرع فقد عرفه الدكتور فتحي الدرينى (٣) . فى كتابه " نظرية
التعسف فى استعمال الحق " بأنه مناقضة قصد الشارع فى تصرفاًذون فيه
شرعاً بحسب الأصل / فقصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار
فلا يجوز لانسأن أن يتعلنل بما ظاهره الجواز الى أن يحل ما حرمه الله أو يسقط ما
أوجبه الله تعالى .

١- المصباح المنير : ج ، ٢ / ٤٠٩ من منشورات المكتبة العلمية - بيروت

٢- نظرية الضمان للشيخ الخفيف ص : ٩٢ و ما بعدها .

٣- الدكتور الدرينى فى كتابه " نظرية التعسف فى استعمال الحق : ص ، ٨٧

و ما بعدها : نشر مؤسسة الرسالة ، بيروت .

(١)

والمثال الأول: بيع العينة لاجازة الربا المحرم.

والمثال الثاني: هبة المال قرب نهاية الحول لكى يتحايل على الشريعة

ويسقط الزكاة عن نفسه . فمن الواضح أن هذا التعليل يؤدي

إلى مخالفة قواعد الشريعة .

المطلب الثاني:

الحق والتعسف:

الحق كما تقدم ، عبارة عن مكنة قانونية لحماية مصلحة أرادها الشارع و أوجب اعتبارها . وبهذا فإن المصلحة هي الغاية المقصودة من اعطاء الحق . فحفظ النفس مصلحة ، على سبيل المثال لكن الدفاع عن النفس حق قصد منه حفظ هذه المصلحة .

١- (عيّن) التاجر (تعيينا) والإسم (العينة) بالكسر وفسرها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه الى أجل ثم يشتريه فى المجلس بثمن حال ليسلم به من الربا . وقيل لهذا البيع (عينة) لأن مشتري السلعة الى أجل يأخذ بدلها (عينا) أى نقداً و ذلك حرام اذا اشترط المشتري على البائع ان يشتريها منه بثمن معلوم .

فان لم يكن بينهما شرط فأجازها الشافعى لوقوع العقد سالما من المفسدات ومنعها بعض المتقدمين و كان يقول : هى أخت للربا ، فان باعها المشتري من غير بائعها فى المجلس فهى (عينة) أيضا لكنها جائزة باتفاق : انظر: المصباح المنير للفيومى ، ج : ٤٤١/٢ نشر المكتبة العلمية - بيروت .

و انظر ايضا : طلبية الطلبة فى الإصطلاحات الفقهية للامام نجم الدين ابن حفص النسفى ص : ١١٢ نشر دائرة المعارف الاسلامية - آسيا آباد - مكران بلوچستان .

و مع وضوح المعنى فان هناك اتجاها الى عدم التفريق بين الحق والمصلحة يعبر عنه الأستاذ اهرنج (١) . القانونى الألمانى الذى يعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون و هو بهذا يرشد الى ما بين الحق والمصلحة من ترابط .

و هذا التعسف بوجه عام يعنى استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعا أو للاضرار بالغير مما يفوت مقصود الشارع من شرع الحق . وقد يوضح هذا المعنى للتعسف حكم محكمة استئناف كولمار (٢) . فى الثانى من مايو عام ١٨٥٥م حينما أدانت مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة لحجب النور عن جاره بناء على وجوب تقييد استعمال حق الملكية أو أى حق آخر لا ستيفاء مصلحة حقيقية مشروعة .

نعم أعطى القانون الحق للمالك فى الانتفاع بسطح منزله على النحو الذى يريده باقامة مدخنة أو بالتعليق ، لكن هذا الحق مقيد بالأصول التى قامت عليها القوانين و هى المصالح .

و اذا كانت المصالح هى مبنى الأحكام فى الشريعة الاسلامية حتى ليذكر ابن القيم فى تعبيره عن هذا المعنى " انه حيثما وجدت المصلحة فتم شرع الله . فان الأمر لا يخرج عن ذلك فى النظر القانونى فالمصالح فى التفسير القانونى هى اصل القانون و مصدره و أن القانون هو أصل الحقوق و مصدرها . فالتلازم بين الحقوق و المصالح يؤدى الى وجوب التقييد فى استعمال الحقوق بالمصالح التى أنيطت بها .

١- ضمان العدوان ، د / سراج ، ص - ٣٨٧

٢- المرجع السابق .

وهذه الأدلة من الكتاب والسنة :

أما الكتاب : فقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده (١) .

هذه الآية الكريمة تدل على أن الرضاع حق للأم ، وهى أحق من غيرها وأولى برضاع ولدها ، لإشقتها عليه ورفقها به إذا رضيت بما ترضى به الأجنبية .

يقول الجصاص (٢) . فى تفسير قوله تعالى "والوالدات يرضعن أولادهن... الآية "فجعل الأم أحق برضاع الولد هذه المدة ، ثم أكد ذلك بقوله " لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده " يعنى والله اعلم إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها ، لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه الى غيرها "

و تعليل ذلك ظاهر ، إذ الأم أحسن على ولدها من غيرها

نهى الأب عن التعسف فى استعمال حق ولايته على ابنه :

والآية صريحة فى نهى الأب عن مضارة الأم ايضاً ، بإساءة استعمال حقه فى ولايته على ابنه ، فلا يجوز للأب انتزاع ولدها منها إذا رضيت بارضاعه مجاناً ، أو بما رضى به غيرها ، وألفها المصطفى (٣) . كما لا يجوز له انتزاعه منها إذا لم ترضعه ، بل يأتى باسظنر فترضعه (٤) .

ويقول الإمام القرطبى " لا يحل أن يمنع الأم ذلك ، مع رغبتها فى الارضاع ، هذا

قول جمهور المفسرين (٥) .

- ١- البقرة : آية : ٢٣٣
- ٢- احكام القرآن : ٤٧٩/١
- ٣- الجامع / القرآن للقرطبى : ١٦٧/٣ ، القوانين الفقهية لابن جزى : ص ، ٢١٦ و ٢١٧
- بداية المجتهد : ٤٧/٢ ، كشاف القناع : ٤٦٢/٣
- ٤- احكام القرآن للجصاص : ٤٨٠/١
- ٥- الجامع / القرآن للقرطبى : ١٧٧/٣

نهى الأم عن التعسف فى استعمال حق الرضاع:

تنهى الآية الكريمة ، الأم عن التعسف فى استعمال حق رضاع ابنها اضراراً بأبيه ، فليس للأم اذا كانت مطلقة وانتهت عدتها - ان تطلب أجراً على الرضاع اذا كان غيرها يرضعه مجاناً أو بأقل (١) مما تطلب منعاً للضرر عن الأب لأنها فى هذه الحال تقصد المضارة (٢) • فدفعاً لذلك يعطى الولد لغيرها فى هذه الحالات لرضاعه ولكنه لا ينزع من حضانتها اذا لم تتزوج وفى هذا الحكم توفيق بين مصلحة الطفل فى تغذيته و مصلحة الأب فى عدم الزامه بأجر معين مع وجود متبرعة أو من ترضى بالأقل وليس فى ذلك اضرار بالأم لانه فى حضانتها وفى امكانها ارضاعه اذا رغبت - بدون اجر أو بالأجر الذى رضى به غيرها حسب الاحوال •

هذا ويحرم عليها ان تأبى ارضاع ولدها اضراراً بأبيه
يقول ابن رجب " فان طلبت زيادة على اجر مثلها زيادة كثيرة و وجد الأب من يرضعه بأجرة المثل ، لم يلزم الأب اجابتها الى ما طلبت لأنها تقصد المضارة وقد نص عليه الامام أحمد ايضا (٣) •

ويقول الامام القرطبى فى معنى قوله تعالى " ولا مولود له بولده "
لا تأبى الأم ان ترضعه اضراراً بأبيه أو تطلب اكثر من اجر مثلها (٤) •
والخلاصة ان الآية الكريمة تفيد وجوب حماية كل من الأب و الأم من ان يضر كل منهما بالآخر بسبب الولد باستعمال ما منح من حق وسيلة الى هذا الاضرار كما
توجب حماية الولد ايضا من الاضرار به •

١- تفسير القرطبى: ١٦٧/٣ •

٢- جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى : ص ، ٢٦٨

٣- جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى : ص ، ٢٦٨ - ٢٦٩ / الكشف: ١٤١/١ - ١٤٢

٤- الجامع ^{للكلم} القرآن للقرطبى : ١٦٧/٣

أما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو سعيد

الخدري " لا ضرر ولا ضرار " (١) . و جاء في بعض روايات هذا الحديث " من ضر

اضر الله به و من شاق شاق الله عليه (٢) .

و هذا الحديث و ان كان ظنيا باعتبار سنده إلا ان مضمونه يرقى الى مرتبة

القطعى باستقراء الاحكام الواردة فى القرآن والسنة المشهورة كالنهي عن مضارة

كل من الوالدين الآخر فى اولادهما " لا تضار " والدة بولدها ولا مولود له بولده" (٣)

والنهي عن وصية الضرار و لو كانت فى حدود الثلث أو بما دونه ولأجنبى أو

فى وجوه البر والقرب لقوله تعالى "من بعد وصية يوصى بها او دين غير مضار" (٤)

والنهي عن رجعة الضرار ولا تمسكوهن ضرارا تعتدوا" (٥) . والنهي عن الاحتكار

لقوله صلى الله عليه وسلم " لا يحتكر الا خاطئ " (٦) . والنهي عن بيع حاضر

لباد (لا بيع حاضر لباد) (٧) . والنهي عن استعمال حق الملكية بقصد

الاضرار بالغير كما فى حديث سمرة بن جندب فى الحاق الضرر بالأنصارى صاحب

البستان و قول الرسول الله صلى الله عليه وسلم معللا الحكم على سمرة بقلع

نخله من البستان (انما انت مضار) (٨) . لاصراره على المضارة و ثبوت حق الشفعة (٩)

للشريك فى العقار أو للجار دفعا لضرر الشريك الطارىء .

١- أنظر سند هذا الحديث فى كتاب جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى: ص ، ٢٦٥

٢- نيل الاوطار: ٥ / ٢٦١ .

٣- البقرة: الآية: ٢٣٣

٤- سورة النساء الآية: ١٢

٥- سورة البقرة: الآية: ٢٣١

٦- الترغيب والترهيب للمنذرى ٢: ص ٥٨٢ و سنن ابن ماجه ج ، ٣ ص ٧ ونيل الاوطار: ج، ٥ ص ٨٥

٧- سنن ابى داود: ج ، ٣ ص ٣٦٧ والنووى/ج ، ٤ ، ص ٨ ، على مسلم

٨- الاحكام السلطانية لابى يعلى الحنبلى: ص ، ٢٨٥ و جامع العلوم والحكم لابن رجب: ٦٨

٩- الاشباه والنظائر للسيوطى: ص ، ٧٥ ز ٧٦ والاشباه والنظائر لابن نجيم بتعليق الحموى، ١٨

المطلب الرابع^{١١١}

فى

فى الأضرار المضمونة بالتعسف

الاضرار المضمونة فى الفقه الاسلامى كثيرة نتكلم عن أهمها فيماأتى:

أ- الاتلاف والاضعاف:

اتخاذ
كاتخاذ بشر أو حفر قناة قريبة من جدار للغير و من ذلك
ما يضر الناس فى زرعهم و شجرهم • كالنحل يتخذها الرجل و هى تضر بشجر
الناس (١) •

ب- الانتفاع بالأموال:

تؤثر بعض الأضرار على منافع العقارات كحجب الضوء والشمس و منع
الرياح عنها و قد نسب ابن عتاب للامام مالك أن جميع الضرر يجب قطعه الا ما كان
من رفع بناء من هبوب الرياح وضوء الشمس و ما كان فى معناهما الا أن يثبت القائم
فى ذلك أن يحدث ذلك أراد الضرر بجاره (٢) •

و اختار بعض المالكية أنه لا يمنع من التعليق لحجب الضوء أو الشمس
الا بأحد امرين أولهما القصد الى الايذاء والمضارة • والثانى : ان يمنع
الضوء أو الشمس بالكلية حتى يظلم عليه • ولذا فإنه لا يمنع من التعليق
بنيائه اذا كان الضوء يأتى للجار من أية جهة أخرى غير جهة التعليق •

وقد يوضح ذلك قضية (Pou1 V Robson)³ حيث كان للمدعى دار من
ثلاثة طوابق بواجهة جنوبية و أخرى شرقية بفتحات عدة ينفذ منها الضوء
والهواء و كان للمدعى عليه دار فى الجهة الشمالية من طابق واحد فى بعض
اجزائها بارتفاع ٢١ قدما و من طابقين فى اجزائها الأخرى بارتفاع ٤٢ قدما،

١- تبصرة الحكام لابن فرحون : ٣٥٦/٢

٢- تبصرة الحكام : ٣٦٢ / ٢

3. Law of Torts by Street-75,Dias-39.

فاضاف اليها ثلاثة طوابق أخرى دون أن يؤثر ذلك فى المسافة الفاصلة بين الدارين و قدرها ١٧ قدما •

و فى عريضة الدعوى أكد المدعى تضرره بفعل جاره الذى تسبب فى منع الضوء والشمس عن مبناء الى حد يخل بالانتفاع به لكن القاضى حكم بأنه لاحق للمدعى فى هذه الدعوى لتنفاذ الضوء والهواء الى الحد اللازم للسكن أو للعمل من جهة أخرى و أيدت محكمة الاستئناف الحكم عند نظر الدعوى أمامها (١) •

الاضرار المادية و نقصان الربح:

إذا أدى التصرف فى الملك الى التأثير فى عامل من العوامل الطبيعية على نحو لا يمكن تجنب نتيجة هذا التصرف فانه يمنع الفاعل من هذا التصرف مثال ذلك:

أ - أن يحفر بئرا قريبة من بئر الجار بحيث يؤدى الحفر الى نقص المياه المتجهة الى البئر القديمة أما اذا لم يؤد الحفر الى مثل هذا الاضرار فلا يمنع منه جاء فى تبصرة الحكام : وليس للرجل منع جاره من حفر بئر فى داره اذا كانت الأرض صلبة لا تضر بيئره و ان كانت رخوة و خشى ان يجف الماء منع اذا قال ذلك اهل البصر و روى سحنون عن ابن كنانة ان له أن يحفروا أضرت بجاره فى بئره (٢) • و معنى ذلك أن العمل عند الملكية هو المنع من حفر بئر جديدة اذا أضرت بالبئر القديمة و أن لديهم اتجاهها الى عدم المنع حتى و ان أضرت ببئر الجار • و هذا الاتجاه الذى يعتبر مرجوحا عند الملكية هو ما أخذ به القضاء الانجليزى (٣) •

1. Law of Torts by Heppler & Matthews-513, Dias-225

3. As above

٢ - تبصرة الحكام : ٣٦٤/٢

٣ - ضمان العدوان : ص ، ٥١١ - ٤١٣

عام ١٨٩٥م فى قضية (Bradford v Pickles) حيث اراد المدعى عليه

(١) بيع ارضه للشركة المذكورة بثمان معين لم توافق عليه .

فأراد فرض هذا الثمن و دفع الشركة الى التعجيل بالشراء بأن حفر بئرا

فى ارضه مما أدى الى نقص المياه التى تصل الى آبار الشركة ولما رفعت هذه الشركة

الامر الى القضاء صدداً الحكم بأن تصرف المدعى عليه بالحفر فى ارضه فعل مشروع

لا يوجب التعويض مما ينشأ عنه من ضرر.

و من هذا الجنس ما ذكره ابن فرحون فى (احداث رحى على نهر فوق رحى

قديمة تضرها فى نقصان طحن أو كثرة مؤنة أو غير ذلك ضرراً بينا فذلك

ممنوع قاله ابن القاسم (٢) . أما التأثير بالمناقسة و انشاء مشروع مماثل والاستحواذ

على نسبة من العملاء على نحو يؤدى إلى نقص العائد فلا يعد من التعسف ولا يمنع

من إقامة هذا المشروع جاء فى تبصرة الحكام لابن فرحون (و أما احداث ما ينقص

الغلة مثل ان يحدث فرناً بالقرب من فرن جاره فهذا لا يمنع منه اتفاقاً (٣) و لعل

الفارق بين حفر بئر الى جوار بئر آخر مع ما يلزم عنه و هو نقص المياه و بين

اقامة حانوت الى جوار حانوت آخر مع ما يؤول الى من توزيع عملاء الحانوت

القديم على الحانوتين هو : فى ان النقص فى الأول نتيجة مباشرة لفعل الحفر

فينسب لفاعله على حين ان النقص فى الثانى يضاف الى فعل العملاء و ليس

افتتاح الحانوت الا سببا غير مباشر والمباشرة تغلب السبب .

و من جهة أخرى فان المنافسة فى المصالح العامة أمر مشروع و هى أسلوب

معترف به شرعاً لتحقيق المصالح التى ندب اليها (٤) . ولا يلائمها بهذا الاعتبار

أن تكون سبباً للضمان .

1. Law of Torts by Winfield-49-395-397-531, Heppler and Matthews-380-81-443-448

2. Law of Torts by J.G.M-46, Pollock-18-44-100, تبصرة الحكام : ٣٦٥/٣

Sinha-86, Shukla-31, Clerk & Lindsell-26

3. المرجع السابق: ٤- ضمان العدوان: ٤١٢

فالقاعدة أن الجواز الشرعى ينافى الضمان على ما سلفت الإشارة

اليه

وقد اعتبر القانون الانجليزى (٢) ٠ الفوضىاء والروائح الكريهة حتى أواخر القرن التاسع عشر من الأضرار التى يجب احتمالها والتجاوز عنها تحاشيا لفتح ابواب النزاع و خوفا من صعوبة تقدير التعويض عنها ٠ ولكنه اتجه الى الاعتراف بحق المتضرر فى استصدار حكم بمنعها فيما بعد هذا التاريخ ٠

ج- المضارة بالاطلاع والتعدي على حق الخصوصية :

فقد نص فقهاء المالكية على حكم التعدي على هذا الحق فى مواطن عديدة من ذلك ما ذكره فى حكم احدث غرفة يطالع منها على ا سطوانة (٣) ٠ جاره و انه يمنع من ذلك و انما حكموا بالمنع لأن الاسطوان هو المكان الذى يجلس فيه افراد الاسرة وخاصة النساء مع شئ من التخفيف فى ملابسهن فىؤدى الاطلاع الى المضرة بعدم تمكنهن من الجلوس فيه حيث لا يؤمن رؤية الجار لهن (٤) ٠

د- المضارة بتسرب المواد الخطرة الى ملك الغير:

اذا كانت القاعدة أنه لا يجوز لاحد (ان يحدث على جاره ما يضره) (٥) فإنه لا تجوز حيازة المواد الخطرة التى قد تتسرب الى أرض جاره وتضره الا باتخاذ ما يلزم من العناية والتحوط لمنع مثل هذا الضرر ٠

- ١- مجلة الأحكام لعديلية المادة: ١(٩١) تبصرة الاحكام: ٣٦٤/٢ ٢. Law of Torts by Street-5,164,236
- ٤- المرجع السابق: ٣- الاسطوانة فى عرف المغاربة هى دهاليز الدار فى عرف المشا تبصرة الاحكام: ٦٤/٢
- ٥- المرجع السابق: ٣٥٠/٢

وقد اعترف القضاء الانجليزى (١) • بضمان تسرب الاشياء الضارة
و ذلك فى قضية (Rylands V Fletcher) سنة ١٨٦٨م الشهيرة فى تاريخ
هذا القانون ففى هذه القضية أراد المدعى الذى كان يملك طاحونا ان يبنى
مستودعا لتخزين المياه اللازمة لادارة هذا الطاحون و استأجر خبراء لانشاء
هذا المستودع و اكتشف فيما بعد وجود فجوات مطمورة أسفل مكان اقامة المستودع
تتصل بأرض المدعى التى كانت منجما للفحم حيث تسربت المياه اليها و هو
مأدى الى حدوث أضرار طائلة ، و قد تطور الحكم فى هذه القضية الى القاعدة
العامّة التالية : اذا جمع شخص فى أرضه أية مواد لمصلحته مما يحتمل
الاضرار بالغير اذا تسرب الى عقاره فان هذا الشخص يعد مسئولا عن الاضرار
للمباشرة التى يتسبب فيها فعله •

1. Law of Torts by Street p.5,3, 164,231,236,240,241, Foundations of Law of Torts
P.46,51,132,135,198,202,213,Clerk and Lindsell P.16,21,27,1208.

الباب الثاني

فى

موانع الضمان

تمهيد :

وإذا كان العدوان - كما علمنا فيما تقدم - هو السلوك مسلکا مخالفا لما أوجبه الشارع على نحو الحق الضرر بالغير فإن الضمان يقتضى بأسباب متعددة تكلم عنها الفقهاء بالتفصيل وضبطوا أحكامها وأهم موانع الضمان التى تكلموا عنها هى :

- أ - عدم إمكان التحرز ، فالقاعدة الفقهية أن لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه .
- ب - انقطاع نسبة الضرر الى الفعل بتوسط سبب آخر كما لو أشعل النار فى تنوره فحملتها الريح الى دار جاره إذا كان الاشعال على الوجه المعتاد .
- ج - الدفاع الشرعى عن النفس أو العرض أو المال الملقب فى اصطلاح الفقهاء بدفع الصائل .
- د - الضرورة فى المذهب المالكى فمن اضطر لطعام غيره لحفظ نفسه وجب عليه تناوله ولا يجب عليه ضمانه لمنافاة الاذن للضمان ، والقاعدة فى المذاهب الاخرى "أن الاضرار لا يبطل حق الغير"
- هـ - الاكراه .

وقد جعلت الكلام عن هذه الأمور فى فصول أربعة هى :

الفصل الأول : التعريف بالمانع والرافع وفيه ثلاثه مباحث

المبحث الأول : فى المانع

المبحث الثانى : فى الرافع
المبحث الثالث : فى موانع أخرى

الفصل الثاني : الاكراه وأثره في الضمان . وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : ماهية الاكراه وبيان أقسامه . وفيه

مطلبان :

المطلب الأول : في ماهية الإكراه

المطلب الثاني: في أقسام الإكراه

المبحث الثاني : شروط الإكراه ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : شروط الاكراه في الفقه الاسلامي .

المطلب الثاني: شروط الإكراه في القانون .

المبحث الثالث : أثر الاكراه في الضمان، وفيه تسعة

مطالب :

المطلب الأول : أثر الإكراه في الضمان فيما

يوجب الخصاص .

المطلب الثاني: أثر الإكراه على الرضا

المطلب الثالث: أثر الإكراه في الحراية

المطلب الرابع: أثر الإكراه في السرقة

المطلب الخامس: أثر الإكراه على شرب الخمر .

المطلب السادس : أثر الإكراه على الكفر والردة

المطلب السابع : أثر الإكراه على النكاح

المطلب الثامن : أثر الإكراه على الطلاق .

المطلب التاسع : أثر الاكراه على البيع والهبة

الفصل الثالث : الضرورة وأثرها في الضمان . وفيه سبعة

مباحث :

- المبحث الأول : ماهية الضرورة .
- المبحث الثانى : أدلة الضرورة
- المبحث الثالث : الفروق الجوهرية بين الضرورة وكل مسسبب الدفاع الشرعى - والإكراه والحاجة .
- المبحث الرابع : شروط الضرورة
- المبحث الخامس : حكم الاضطراب إلى إتلاف مال الغير
- المبحث السادس : فى حكم انقاز المضطر .
- الفصل الرابع : الدفاع الشرعى وأثره على الضمان وفيه سبعة مباحث :
- المبحث الأول : مفهوم الدفاع الشرعى
- المبحث الثانى : فى أنواع الدفاع الشرعى وشروط دفع المائل فى الشريعة والقانون، وفيه مطلبان :
- المطلب الأول : أنواع الدفاع الشرعى .
- المطلب الثانى : شروط دفع المائل فى الشريعة والقانون .
- المبحث الثالث : الدفاع عن النفس وأثره على الضمان .
- المبحث الرابع : الدفاع عن العرض وأثره على الضمان
- المبحث الخامس : حرفة المسكن وحكم الاطلاع على ما فى داخل البيوت وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حرية المسكن

المطلب الثاني : حكم الاطلاع على ما فى داخل

البيوت .

المبحث السادس : الدفاع عن المال وأثره على الضمان .

المبحث السابع : حكم الدفاع عن الغير .

الفصل الأول

في

التعريف بالمانع والرافع

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : في المانع

المبحث الثاني: في الرافع

المبحث الثالث : موانع أخرى

المبحث الأول

فى المانع

(١) تعريف المانع فى اللغة :

المانع فى اللغة : الحائل بين شيئين، وهو أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذى يريد فىقال : منعه الأمر ومنعته منه فهو ممنوع أى محروم^(١) جاء فى المصباح المنير للفيومى^(٢) : منعه الأمر ومن الأمر (منعاً) فهو (ممنوع) منه محروم . والفاعل مانع والجمع (منعة) مثل كافر وكفرة . وجاء للمبالغة (منوع) و (متاع) و (امتنع) من الأمر: كف عنه . و (مانعته) الشيء بمعنى نازعته و (تمتنع) عن الشيء واعتنع بقومه تقوى بهم وهو فى (منعة) بفتح النون أى فى عز قومهم فلا يقدر عليه من يريده^(٣) .

(٢) تعريف المانع فى الاصطلاح :

عرفه الامدى فى احكام الأحكام^(٤) له بقوله : هو ما رتب الشارع على وجوده عدم وجود الحكم أو عدم السبب . وعرفه الامام أبو زهرة رحمه الله تعالى فى كتابه : " أصول الفقه " بقوله " (٥) :

- (١) الصحاح للجوهري (مادة : منع) والقاموس المحيط للفيروز آبادي، ٣٣٥/٣، ولسان العرب لابن منظور ٢٣٠/١٠ .
- (٢) المصباح المنير، ج ٢/٥٨٠ - ٥٨١ ، نشر المكتبة العلمية / بيروت .
- (٣) المصباح المنير ٢/٥٨٠ - ٥٨١ ، نشر المكتبة العلمية - بيروت .
- (٤) احكام الأحكام ١/١٨٥ .
- (٥) أصول الفقه ، ص ٥٦ - ٥٧ ، طبع ونشر دار الفكر العربى، القاهرة .

" المانع : هو الأمر الشرعى الذى ينافى وجوده الغرض المقصود من السبب أو الحكم، ولذلك يعتبره الشاطبى سببا معارضا للسبب الذى اعتبر أمارة لظهور أو سببا معارضا لذات الحكم، ولذلك يقول فى تعريفه : هو السبب المقتضى لعللة تنافى حكمة الحكم وضرب لذلك مثلا فقال :

" من المقرر أن السبب فى الزكاة هو النصاب وأن من الموانع أن يكون مالك النصاب مديثا بدين يعادل النصاب أو بعضه فإنه إذا كان النصاب يترتب عليه الغنى الذى هو الحكمة فى فريضة الزكاة فإن ركوب الدين سبب آخر يهدم معنى الغنى الذى هو الحكمة من وجود النصاب .

(٢) أقسام المانع :

المانع ينقسم الى قسمين احدهما مانع مؤثر فى السبب والثانى مانع يؤثر فى الحكم نفسه فيسلبه،

ومثال القسم الأول ما ذكرنا من الدين من حيث انه مانع من تحقق الحكمة المفروضة فى السبب، ومنه ايضا اختلاف الدين والقتل من حيث كونهما ما نعين من الميراث، فإن بسبب الميراث هو القرابة أو الزوجية مع الموت، فإن هذه تجعل الوارث امتدادا لحياة المورث، وذلك يقتضى ان يكون فسى الوارث نصرة خاصة للمورث وولاية مستمرة بينهما، يعارض ذلك اختلاف الدين، كما يهدم القتل أصل العلاقة بينهما.

ومثال القسم الثانى وهو الذى يعارض الحكم ولا يعارض السبب كون الأبوة مانعة من القصاص وكون الشبهة مانعة من إقامة الحد، فإن الحكم وهو القصاص قد تحقق سببه من غير معارض وهو القتل العدوان المقصود بشروطه كلها، فإذا كانت الأبوة بأن كان القاتل أبيا للمقتول فإن ذلك يعد مانعا من القصاص إذ ان الحكمه وهى الردع بالحكم يعارضها حال الأبوة التى يكون فيها من الحنان والعطف ما يمنعها من التفكير فى القتل إلا فى الأحوال الشاذة النادرة فليست هذه الجريمة مما يكثر وقوعها حتى تكون العقوبة الرادعة (١)

(١) اصول الفقه للامام محمد أبى زهرة، ص ٥٧، طبع ونشر دار الفكر العربى القاهرة سنة ١٢٧٧ هـ أو ١٩٥٨ م.

المبحث الثانى فى السرافع

الرفع فى اللغة : ضد الوضع (١)

والرفع فى الأجسام (٢) حقيقة فى الحركة والانتقال وفى المعانى محمول ما يقتضيه المقام . ومنه قوله عليه الصلاة والسلام (رفع القلم عن ثلاثة ...) والقلم لم يوضع على الصغير وإنما معناه : لا تكليف فلا مؤاخذة .
ألا ترى أنه نفى رفع العصا فى حديث فاطمة الفهرية حيث قال : " أما أبو جهم فإنه لا يرفع العصا عن عائقه " وهى غير موضوعة على عائقه بل هو محمول على المعنى وهو شدة التأديب .

والرفع فى الاصطلاح :

هو التيسير على المكلفين بإبعاد المشقة عنهم فى مخاطبتهم بتكاليف الشريعة الإسلامية (٣) .

وقد توافرت الأدلة على رفع الحرج من الكتاب والسنة ومنها من الكتاب .

" ما يريد الله ليحطل عليكم من حرج " (٤)

" وما جعل عليكم فى الدين من حرج " (٥)

(١) مختار الصحاح للرازى ص ٣٧١ ، طبعة سنة ١٩٥٠م والمصباح المنير

للفيومى ج ١ ، ص ٢٣٢ ، نشر المكتبة العلمية ، بيروت

(٢) المصباح المنير ٢٣٢/١ - ٢٣٣ ، الطبعة السابقة

(٣) رفع الحرج فى الشريعة الإسلامية للاستاذ عدنان محمد جمعة ص (٢٥) طبعة

(٤) سورة المائدة - ٦ (٥) سورة الحج الآية ٧٨ .

ومن السنة : عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ان الله يحب الرفق في الامر كله " (١) .
وعن ابي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " انما بعثت رحمة ولم أبعث عذابا " (٢) . والمراد بالرفق في رأيي . والله أعلم . هو رفع المسؤولية بمعنى أنه لضمان في حالة من الاحوال عند وجود مانع من الموانع التي تمنع وجوب الضمان .

-
- (١) صحيح البخاري ص كتاب الادب باب ١٠ ، مسند أحمد : ١١٢/١ - ٣٧/٦
(٢) تحف السادة المتقين للزبيدي ٦٠٧/٧
كنز العمال للمتقي الهندي رقم الحديث ٣١٩٦٧
المفني من حمل الأسفار للعراقي ٣١٦/٢
دلائل النبوة ١٥/١ .

المبحث الثالث

فى موانع أخرى للضمنان وفيه مطالب

المطلب الأول: . الصغر .

المطلب الثانى: الجنون .

المطلب الثالث: السكر .

المطلب الأول: الصغر:

الصغر ضد الكبر (١) .

الصغر ومسئوليته: أن أساس المسؤولية (الجنائية) هو توافر الادراك والاختيار
فاذا انتفى هذان العنصران ارتفعت تلك المسؤولية ، ومن الحقائق المسلم بها
ان ادراك الشخص لا يكون مكتملا عند دلالته ولكنه يتكامل مع مراحل نموه وعلى
أساس هذا التدرج فى تكوين الادراك ان الشريعة الاسلامية فرقت بين هذه المراحل الثلاثة :

المرحلة الأولى: فترة قبل التمييز .

المرحلة الثانية: فترة التمييز الناقص .

المرحلة الثالثة: فترة البلوغ .

المرحلة الأولى: فترة قبل التمييز .

يبدأ من الولادة الى سن التمييز فى هذه الحال يكون صبيا غير مميز
ويكون فا عند الحقل (٢) .

١- مختار الصحاح: ٣٦٣

٢- أصول الفقه، الاسلامى لمحمد ابو زهرة : ص ، ٣٣١ دار الفكر العربى - بيروت .

المسئولية الجنائية والمدنية : ففي هذه الحالة يكون الصبي غير مميز كالمجنون فهو معدوم الأهلية (١) . لاجل ذلك لا تكون مسئولية على الصبي غير المميز ان ارتكب ما يوجب الحد أو القصاص أو التعزير لأنه غير أهل للعقاب بالاتفاق فما كان من عقوبة أو جريمة لا يجب عليه حد لانه لا يوصف بالتقصير وتكون عليه المسئولية المدنية من ماله عن تعويض أى ضرر قد اصاب به غيره (٢) . لأن القاعدة فى الشريعة الاسلامية " ان الدماء والأموال معصومة " أى غير مباحة و أن الأعذار الشرعية لاتنافى العصمة أى أن الأعذار لا تسقط الضمان ولو أسقطت العقوبة .

المرحلة الثانية : فترة التمييز الناقص

وتبدأ من الفترة السابقة وتنتهى بالبلوغ ويحصل للانسان فيه نوع من التمييز و الادراك لذلك يسمى فى الفقه الاسلامى بالصبي المميز أو العاقل ويحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاماً (٣) . وفى هذه المرحلة يكون الصبي المميز كالمعتوه فى جميع الأحكام وقد أشار الى هذا صاحب جامع الفصولين " والصبي فى اول حاله مثل المجنون يعفى اذا كان عديم العقل والتمييز فاذا عقل فهو المعتوه العاقل (٤) .

المسئولية الجنائية والمدنية :

الصبي المميز عن أفعاله بسبب عدم الادراك والتمييز فيه التى درجة الكمال فلا يحد اذا سرق أو نأ ولا يقتص منه اذا قتل أو جرح .
وقد نقل ابن حزم رواية عن عمر رضى الله عنه ، قال " لا قود ولا قصاص ولا حد ولا جراح ولا قتل ولا نكال على من لم يبلغ الحلم حتى يعلم ما له فى الاسلام وما عليه (٥) .

١- جامع الفصولين: ١٥٠/٢ ٢- فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم: ٨١/٣

التوضيح: ٤٦٢/٢ والأحكام فى أصول الأحكام للأمدى ١ / ٢١٥ ٣- التشريع الجنائى: ٦٠٣/١

٤- جامع الفصولين: ص ، ١٤٨ ، ١٤٩ ٥- المحلى: ٣٤٧/١٠

وقد يثبت هذا أيضا من قول النبي صلى الله عليه وسلم " رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل (١) " ولا لکن مع هذا يسأل الصبي المميز مدنيا . لان الفقه الاسلامي لا يشترط في الضرر/ التعويض ان يكون ناشئا عن الاعتداء أو ارتكاب فعل محظور فمن أتلف مال انسان عليه ضمانه سواء كان المتلف عاقلا أو مجنونا كبيرا أو صغيرا حرا أو عبدا وهذا في المذاهب الأربعة .

المرحلة الثالثة: فترة البلوغ

وتبدأ ببلوغ الصبي وفي هذه المرحلة يكون الانسان مسئولا جنائيا عن جرائمه أيًا كان نوعها فيحد اذا زنا أو سرق و يقتص منه اذا قتل أو جرح ويعزر لكل أنواع التعازير (٢) .

المطلب الثاني: الجنون

الجنون في اللغة : من مادة جنن ، جنى الشيء يجنه جناً ، وجنه الليل ستره و سمي به الجن لا ستشارهم عن الابصار ومنه سمي الجنين لا ستشاره في بطن أمه (٣) . وجاء في القرآن الكريم "أم به جنه " (٤) . و الجنون معناه زوال العقل أو فساد فيه . فقد عرف تعريف الجنون اصطلاحاً : أما في الاصطلاح/الجنون بأنه زوال انتعقل أو اختلاله أو ضعفه (٥) وقد عرفه السيوطي/ الجنون حالة يزول معها العقل (٦) .

- ١- النسائي كتاب الطلاق: ٩٣/٢ البخاري كتاب الحدود: ١٧٤/٤
- ٢- التشريع الجنائي: ٦٠
- ٣- لسان العرب: مادة جنن
- ٤- سورة سبأ : ٨
- ٥- المعجم الرسيط: ١٤١/١
- ٦- الأشباه والنظائر للسيوطي: ٢١٢

(١)

و قيل معناه اختلال العقل بحيث يمنع جريان الافعال والاقوال على نهجه الا نادرا .

الجنون له قسمان: مطبق و غير مطبق أى مستمر و غير مستمر .

الجنون المطبق: هذا هو الذى لا يفتق و يكون دائما فى حالة الجنون

لا يعقل أصلا ولا يفتق فى جنونه لحال والمجنون المطبق/فى حكم المصغر^{عليه}

غير المميز (٢) .

الجنون غير المطبق: هو الذى لا يعقل صاحبه شيئا ولكنه جنون غير

مستمر يعنى أحيانا يفتق وأحيانا لا يفتق و حكمه فى حالة الغيوبسة

كالمصغر غير المميز . وفى حالة افاقته مثل العاقل (٣)

و ذكر الامام مالك فى المدونة " و ان كان المجنون يفتق و يجن فما اصابه

فى حالة افاقته فهو والصحيح سواء (٤) .

الجنون والمسئولية الجنائية: يرتفع التكليف عن المجنون باتفاق

الفقهاء لعدم وجود العقل والادراك فى حالة الجنون فتمنع المسؤولية الجنائية

ولايقام الحد عليه ولا قصاص لانعدام الادراك (٥) . وقال ابن قدامة فى ذلك " أما

البلوغ والعقل فلا خلاف فى اعتبارهما فى وجوب الحد و صحة الاقرار

لأن الصبي والمجنون قد رفع القلم عنهما ولاحكم لكلامهما (٦) .

١- تيسير التحرير: ٤٢٠/٢

٢- مادة ٩٧٩ من مجلة الاحكام العدلية .

٣- موسوعة الفقه لا براهيم النعماني: ٩٦ المحلى: ١١ / ٢ التلويح على التوضيح: ١٦٧/٢

وكشف الاسرار ١٠٨٣ / ٢ والمغنى: ١٠ / ١٦٩ : ٦٨/٥ وبدائع الصنائع: ١٧

والام: ٣٩١/٤٠٤/٦

٤- المدونة: ٢٠ / ١٥

٥- تبصرة الحكام: ١٦٩ / ٢ البحر الرائق: ٤٠/٥ ، ٤١ والمغنى: ٣٠٣/١٠ وما بعدها .

٦- المغنى: ١٩٤/٨

الجنون والمسئولية المدنية :

امتناع المسؤولية الجنائية عن المجنون لا يستوجب اعفاءه عن المسؤولية

المدنية ويسأل المجنون مدنياً ويضمن بالاتفاق (١) .

فاذا اُتلف ما لا يجب عليه الضمان اذ أن المال هو المقصود في حقوق

الناس وليس العقل أما ضمان الأفعال في النفس فتجب على المجنون

الدية وليس القصاص فيما لو أتى عملاً موجباً للقصاص أما ضمان الأقوال

فلا يعتد بها شرعاً بالنسبة للمجنون . لانتهاء أهلية الإدراك فلا يصح إقراره

وعقده وإن أجازته الولي (٢) .

المطلب الثالث : السكر

السكر في اللغة : السكر ضد الصحو ، السكران خلاف الصاحي (٣) . وقيل

معناه غيبوبة العقل (٤) .

تعريف السكر اصطلاحاً :

هو من

عند الأحناف (الف) عند أبي حنيفة : " لا يعلم الأرض من السماء "

(ب) الصاحبين : " هو أن يخلط في كلامه أو في

مشيئه (٥) .

(ج) عند المالكية : هو الذي لا يعرف الأرض

من السماء ولا الرجل من المرأة (٦)

(د) عند الشافعية : السكران هو الذي اختلط كلامه المنظوم

وانكشف سره المكتوم وقيل هو الذي يتمايل

في مشيه ويهذى في كلامه (٧) .

١- بدائع الصنائع : ٢٣٦/٧ المغنى : ٣٧٥/٩ مواهب الجليل : ٢٤٢/٦ البحر الرائق : ٣٤١/٨

المهذب : ٢١٠/٢ (٢) المرأة شرح المرقاة - ٣٢٨ (٣) لسان العرب مادة سكر

(٤) لسان العرب مادة سكر (٥) معجم الوسيط : ٤٤٠/١ (٥) تعريفات الجرجاني : ١٠١

(٦) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٥٩/٤ (٧) الاشباه والنظائر للسيوطي : ٢١٧ ،

- هـ - عند الحنابلة هو الذى لا يعلم ما يقول (١) .
- د - عند الظاهرية هو الذى لا يعلم ما يقول ولا يدري ما يقول (٢) .
- و يرى السرخسى أن التعريف الأخير و هو نهاية السكر حتى لا يميز السكران شيئاً عن شيء لأنه اذا كان يميز بين الأشياء فانه يستعمل عقله ولا يكون ذلك نهاية السكر (٣) .

حكم السكر: ان السكر حرام بالاجماع فى الشريعة الاسلامية و جريمة من جرائم الحدود و حرمة ثابتة من القرآن الكريم بقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون (٤) .

١- حكم السكر الاضطرارى:

اذا كان السكر بطريق مباح كسكر الملجأ والمضطر و سكر من شرب دواء أو تناول السكر مختاراً و هو لا يعلم انه مسكر فهذا النوع يكون معذوراً فيه و حكمه حكم المجنون أو النائم و ما أشبه ذلك و فى رأى الراجح فى كل مذهب المذاهب الأربعة فلا يجب فى هذه الحالة ^{حد}ولا يطلق عليه اسم السكران وبالتالى فلا مسئولية عليه (٥) . ولكن يسأل السكران مدنيا عن فعله ولو أعفى من العقاب لسكره فالمسئولية المدنية لا ترتفع عن السكران بحال ذلك لان الدماء والأموال معصومة محرمة ولأن عدم الادراك اذا صلح سبباً لرفع العقاب فلا يصلح سبباً لاهدار الدماء والأموال (٦) . والله اعلم .

- ١- المغنى : ١٩٢/٨
- ٢- المحلى : ٢٩٣/١١
- ٣- المبسوط : ٣٠/٢٤
- ٤- المائدة : ٩٠
- ٥- مواهب الجليل : ٣١٧/٦
- تبصره الحكام : ٢٢٧/٢ ، مغنى المحتاج : ١٨٨/٤ التلويح على التوضيح : ٧٩٨/٢
- ٦- ما بعدها .
المراجع السابق :

٢- حكم السكر المتعمد:

أما إذا كان سكره بطريق مخلوركأن شرب شيئاً محرماً كالخمر من غير أن يكون دواء .
 نل اهليته أصلاً فيلزمه جميع الأحكام
 (يعنى المسئولية الجنائية والمدنية) فيجب عليه الحد إذا شرب لغير الضرورة
 عالماً بالتحريم (١) . ويقتص منه إذا قتل و على هذا اتفاق المذاهب الأربعة (٢)

* * *

-
- ١- المستصفى للغزالي : ٨٤/١١ ، مغنى المحتاج : ١٨٧/٤ التوضيح : ١٩٨/٢
 الاقتناع : ١٨٦/٢
 - ٢- الأم : ٤/٦ ، المغنى : ٦٦٥/٧ التلويح : ٨٠٠/٢ الأشباه والنظائر لابن نجيم
 ١٥١/٢

الفصل الثانى

فى

الإكراه وأثره فى الضمان

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ماهية الإكراه وبيان

أقسامه وفیه مطلبان :

المطلب الأول : فى ماهية الإكراه

المطلب الثانى : فى أقسام الإكراه

المبحث الثانى : شروط الإكراه

المبحث الثالث : أثر الإكراه فى الضمان

المبحث الأول

في

ماهية الإكراه وبيان أقسامه

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في ماهية الإكراه

المطلب الثاني : في أقسام الإكراه

المطلب الأول

في

ماهية الإكراه

(١) تعريف الإكراه في اللغة :

(الكره) بالفتح المشقة ، وبالضم القهر .

وقيل بالفتح الإكراه وبالضم المشقة .

و (اكرهته) على الأمر (اكرها) حملته عليه فها يقال : فعلته

(كرها) بالفتح أي (اكرها) وعليه قوله تعالى : (طوعا أو كرها) (١)

فقابل بين الضدين : قال الزجاج : كل ما في القرآن من (الكره) بالضم

فالفتح فيه جائز الا قوله تعالى في سورة البقرة (كتب عليكم القتال وهو

كره لكم) (٢) و (الكريهة) الشدة في الحرب (٣).

(١) سورة فصلت الآية ٠١١

(٢) سورة البقرة الآية ٣١٦

(٣) المصباح المنير للفيومي ج ٢/ ٥٣١ - ٥٣٢، نشر المكتبة العلمية،

بيروت .

وفى لسان العرب لابن منظور: الاكراه من كره . أكرهته على أمر هو له

كاره (١).

(٢) تعريف الاكراه فى الاصطلاح : وتناولوه فى المذاهب الفقهية يفعله

المختلفة على الوجه الآتى :

أ - عند الحنفية : فقد عرفه السرخسى بأنه : اسم لفعل يفعله

المرء بغير فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم

به الأهلية فى حق المكره أو يسقط عنه الاختيار (٢).

ومعنى فساد اختيار المكره أنه يقصد فعل ما أكره عليه ويختاره

خشية وقوع الوعيد به . ويعدم الاكراه الرضاء لأن المكره لن يفعل ما أكره

عليه إذا ما خلى بينه وبين نفسه .

ولذا يعرفه التفتازانى بأنه : حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه

ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه فيكون معدوما للرضا لا للاختيار، اذ الفعل

يصدر عنه باختياره، لكنه قد يفسد الاختيار بأن يجعله مستندا الى اختيار

آخر وقد لا يفسده بأن يبقى الفاعل مستقلاً فى قصده (٣).

وعرفه البزدوى (٤) : بأنه هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف

يقدر الحامل ايقاعه ويصير الغير خائفاً به .

ب - عند المالكية : الاكراه عند المالكية : هو الحمل ظلماً

على ما لا يرضاه المحمول ولا يريده بخلاف الاكراه الحق كالجبر على

بيع الأرض للطريق أو لتوسيع المسجد، والطعام للمضطر (٥).

(١) لسان العرب : مادة (كره)

(٢) المبسوط للسرخسى: ٢٨/٢٤

(٣) التلويح على التوضيح لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازانى ٨٢١/٢،

مطبعة محمد على صبيح القاهرة .

(٤) كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام البزدوى للشيخ عبدالعزيز البخارى

ج ٤، ص ١٥٠٢

(٥) شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل ٩/٥ .

- ج - عند الشافعية : وقد عرفوا الإكراه بأنه : هو حمل الغير على أن يفعل مالا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه (١).
- د - عند الحنابلة : ولا يخرج عن ذلك تعريف الحنابلة للإكراه، فقد ورد في المادة ١٥٤٢ من مجلة الأحكام الشرعية أنه : "هو الإكراه على عمل أو تصرف بواسطة ضرب أو سجن أو أخذ مال ونحوه، أو بتهديد بشيء من ذلك من قادر عليه (٢).
- وعرفه الدكتور بدران أبو العينين في كتاب " أصول الفقه الاسلامي (٣) بأنه هو إجبار الانسان غيره على قول أو فعل لا يرضاه بحيث لو خلى ونفسه لم يفعله ولم يباشره .
- ويتفق تعريف القانون المدني العراقي للإكراه مع هذه التعريفات الفقهية فقد جاء في المادة ١١٢، من هذا القانون: الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق بأن يعمل عملاً دون رضاه (٤).
- تعريف الإكراه في القانون : وإذا رجعنا إلى قواميس اللغة الانجليزية فاننا نجد أن للإكراه معنى محدداً وهو عبارة عن :
- " إجبار أو ارغام شخص على أمر من الأمور، فقد جاء في قاموس القانون الفاروقى أن معناه الإكراه أو الارغام على قبول أمر تحت تأثير الشدة أو القوة المادية " (٥).
- فالقواميس الانجليزية لم تتوسع في ذكر معاني الإكراه كما توسع فقهاء الاسلام وأهل اللغة العربية .

-
- (١) المذهب لأبى اسحق الشيرازى ج ٧٨/٢ .
- (٢) المادة ١٥٤٢ من مجلة الأحكام الشرعية .
- (٣) أصول الفقه الاسلامى ص ٣٢٩، نشر مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع - الاسكندرية .
- (٤) المادة ١١٢، من القانون المدني العراقي .
- 5.Brooms Legal Maxim P.77

أما الاكراه في القانون الباكستاني فنفهمه من نص المادة ٩٤ من القانون الجنائي الباكستاني الذي يصف الاكراه المعتبر قاشونا بأنه تهديد عما يخاف المكره منه القتل^(١)، فالاكراه المعتبر في القانون الباكستاني هو الاكراه بالتهديد بالقتل لا غير.

فقد جاء في شرح المادة السابقة: أنه يجوز ارتكاب كل الجرائم عدا القتل والبغى إذا هدد بالقتل لكن الخوف من الجراح حتى ولو كانت كبيرة لا يعفى المكره من المسؤولية^(٢). لكن هذا النوع من المسؤولية في القانون الجنائي الباكستاني يعدم الرضا ويسمى اكراها ناقصا^(٣).

1.Pakistan Penal Code Section 94

2.Pakistan Penal Code Section 94, Commentary by Qadri P.70

3.Contract Act Section 15.

المطلب الثانى

فى

أقسام الإكراه

(١)

ينقسم الإكراه الى قسمين :

القسم الأول : الإكراه الملجئ أو التام الذى يخشى فيه من تلف البدن كأن يقول الحامل على الفعل: إن لم تفعل كذا أفقتلك أو اقطع يدك أو أضربك أو أمتنع عنك الطعام والشراب أو ما يشبهه مما يخشى منه عتق سلامة البدن ومفهوم اللجوء أن يصير المكره آلة فى يد المكره بانتفاء اختياريه أو بففساده فيضاف فعله الى الحامل له على الفعل .

القسم الثانى : الإكراه الناقص أو غير الملجئ الذى لا يخشى منه على النفس أو على سلامة الاعضاء كأن يكون الوعيد بالحبس مدة قصيرة أو بالضرب الذى لا يخشى منه التلف .

وليس فيه - كما يقول الكاسانى فى البدائع (٢) . (تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الأشياء أعنى الحبس والقيد والضرب) . ويلحق به لذلك أن يكون التهديد بالضرب أو الحبس أو القيد متعلقا بفروع المكره أو أصوله أو ذى رحم محرم منه أو الزوجة وغير ذلك ممن يمت إلى المكره بسبب لأنه يوجب الاغتمام والحرز كذلك .

(١) المبسوط للسرخسى ٤٨/٢٤، وتبيين الحقائق للزيلعى ١٨١/٥، وحاشية ابن عابدين ١٠٩/٥،
المصانع ١٧٦/٧، والمهذب ٧٨/٢، وأصول الفقه الاسلامى د/ بدران أبو العينين ص ٣٢٩، وما بعدها نشر مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، مصر.

(٢) بدائع المصانع ١٧٦/٧ .

وهذا هو ما استحسنه أكثر الأحناف وأخذ به المالكية والشافعية .
وقصره الحنابلة على التهديد بإيذاء الأب أو الابن (١) .

وفى المادة ٢٧٨ من مرشد الحيران لمحمد قدرى باشا أن (الإكراه
بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذى رحم محرم أو يضربهم يعدم الرضاء أيضا) .
ويكفى عن هذه التفصيلات فى تحديد ما يقع به الإكراه الأخذ بالقاعدة
العامة التى حررها النورى وهى الغضاء بحصول الإكراه فى كل (ما يؤثر
العاقل الاقدام عليه حذرا مما هدد به وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأفعال
المطلوبة والأمور المخوف بها ، فقد يكون الشئ اكراها فى شئ دون غيره وفى
حق شخص دون آخر) (٢) .

ويعنى ذلك أن التهديد بالأمر اليسير الذى لا يخافه العاقل ولا يؤثر
الاقدام على الفعل المطلوب منه بسببه لا يحصل به إكراه ولا يعد عذرا .
والعبرة فى قيام حالة الإكراه بناء على التعريفات السابقة أن
يغلب على ظن المكره وقوع ما يتأذى به فى نفسه أو ماله أو عرضه أو شرفه
أو فيما يتعلق بذلك من حقوق غيره من الأقارب أو الأبعد من المسلمين وألا
يسلمه) .

ومن هذا نعلم أن معيار قيام الإكراه معيار (٣) نفسى مادى يستند الى
ما قام فى نفس المكره مع النظر الى الظروف الموضوعية .

(١) المذهب ٧٨/٢ ، والخرشى ٩/٥ ، والخطاب ٢٥٠/٤ ، والأشباه والنظائر

للسيوطى ص ٢٠٩ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٠٩

(٣) ضمان العدوان د/ سراج ص ٣٧٢ ،

وقريب من هذا تعريف القانون المدنى المصرى للاكراه فيما يستفاد مما جاء فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ فهو سلطان رهبة يبعثها المكره فى نفس المكره اذا كانت هذه الرهبة قائمة على أساس، وتكون ٠٠٠ قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .
وبهذا يشترط التأشير النفسى (١). وهو الخوف
عن ظروف مادية أو موضوعية .

فلا بد من المعيارين: المادى والنفسى . وقد جمعت المادة ٢٨٩

من مرشد الطيران هذين المعيارين حيث جاء فيها:

(يشترط لاعتبار الاكراه المعدم للرضا أن يكون المكره قادرا على إيقاع ما هدد به وأن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به فى الحال بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به ٠٠٠) .

فالقدره على إيقاع المكره ما هدد به المكره معيار مادى وخوف

المكره وقوع ما صار تهديده به معيار نفسى .

(١) المرجع السابق ص ٢٧٢ .

المبحث الثاني

فى

شروط الاكراه

شروط الاكراه : ونتناول الكلام عن الشروط فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى وذلك فى مطلبين :

المطلب الأول : شروط الاكراه فى الفقه الاسلامى :

(١) أن يكون المكره الأمر قادراً على تحقيق ما هدد به لأن
الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة .

وعند أبى حنيفة لا يتحقق الإكراه إلا من سلطان وعند صاحبين : يتحقق من
السلطان وغيره . وقال المتأخرون من الحنفية : أن هذا اختلاف عصر وزمان لا
اختلاف حجة (١) .

(٢) خوف المكره إيقاع ما هدد به فى الحال وذلك بأن يغلب
على ظنه وقوع ما هدد به لو لم يفعل ولو شك أنه لا يفعل
ما توعد به لم يكن مكرهاً، فإذا غاب المأمور عن بصر
الأمر يزول الاكراه ومن علم من حال المكره أنه لا يتحقق ما
هدد به لا يكون ذلك اكراهاً كما إذا علم المكره أن المكره
لا يريد قتله وإنما أراد مجرد التهكم والاستهزاء فليس
ذلك من الاكراه فى شيء (٢) .

(٣) أن يكون المكره به متلفاً للنفس أو العضو أو موجبا لخوف
يعدم الرضا . قال الشافعية : الإكراه فى الجنايات لا يحمل إلا
بالتخويف بالقتل أو بما يخاف منه التلف كالقطع والضرب
الشديد (٣) .

(١) بدائع الصنائع ، ١٧٦/٧ ، ابن عابدين ٨٩/٥ .

(٢) نهاية المحتاج ٢٤٧/٧ ، وبدائع الصنائع و ابن عابدين فى الموضوعين السابقين .

(٣) مغنى المحتاج ١٠/٤ ، نهاية المحتاج ٢٤٥/٧ .

ويرى الامام مالك أن التهديد باتلاف المال يكون اكراهاً وقيل أصح :
أن التهديد بالمال مطلقاً لا يعتبر اكراهاً (١).

(٤) أن يمتنع المأمور عما أكره عليه لو لم يوجد إكراه أما
لو كان سيئاً إلى الفعل بنفسه دون إكراه . ونشأ الاكراه
مع ذلك فإنه لا يعد مكرهاً (٢).

(١) حاشية الدسوقي ٣٦٨/٢

(٢) نهاية المحتاج ٢٤٥/٧، والمرجع السابق .

المطلب الثانى

شروط الاكراه فى القانون

تكلم القانون الباكستانى عن الشروط فاشترط بعض الشروط فى المكره كما اشترطت الشريعة من ذلك قدرته على تحقيق ما هدد به المكره فنصت المادة ٩٤ من القانون الجنائى الباكستانى على أن ارتكاب أى جريمة عدا القتل وبغيره لا تعتبر جريمة اذا ارتكب تحت اكراه تام أى يعلم المكره بدلالة الحال أن النتيجة ستكون القتل اذا لم يرتكب المكره ما هدد به وهـذا التهديد لا يتحقق الا من المكره الذى له القدرة على أن يفعل فعلا ما هدد به المكره (١).

وذهب إلى اشتراط هذا الشرط ايضا القانون الجنائى الانجليزى فقليل فى قاموس كليات المعارف للجنايات والانصاف بالنسبة للاكراه " لابد أن يكون الخوف حقيقيا " ومعيار ذلك الرجل العادى (٢). فلا يوجد أى اختلاف بين التشريع الاسلامى والوضع فى اشتراط قدرة المكره على تحقيق ما أوعد به المكره.

أما بالنسبة للمكره ايضا فقد شرط القانون الباكستانى شرط خوف المكره من ايقاع ما هدد به فى الحال كما هو الحال فى الفقه الاسلامى فقليل فى شرح المادة (٩٤) من القانون الجنائى الباكستانى أن المكره يستحق الانتفاع من هذه المادة اذا كان الاكراه يستمر إلى ارتكاب الفعل الذى اكراه عليه ولا بد من ثبوته بالشهادة أو القرائن (٣) وقيل فيه أنه اذا اكمل المكره الجريمة التى هدد بها بعد انقطاع التهديد فهذه المادة والحالة هذه لا تنطبق عليه .

-
1. Pakistan Penal Code Section 94.
 2. Encyclopaedia of Crime
 3. Pakistan Penal Code, Section 94 Commentary by Shaukat Mahmood

أما بالنسبة للشئ الذى أكره به فتقول المادة (٩٤) من القانون الجنائى الباكستانى أن الاكراه الملجئ يتحقق بالتهديد بالقتل اذا غلب على ظنه أن نتيجة عدم اتيان ما أكره عليه تكون قتلًا (١).

وقيل فى شرح المادة أن التهديد بالضرب حتى ولو كان شديدا لا يعفى المكره من المسؤولية بناء على المادة (٩٤) (٢).

والقانون الباكستانى فى هذا المجال أضيق من القانون الانجليزى لأن القانون الانجليزى يعتبر التهديد بالضرب الشديد اكراها و يعفى المكره من المسؤولية كما لو كان التهديد بالقتل (٣).

وكذلك التهديد بهلاك المال أو إحراق البيوت لا يكون اكراها فى القانون الباكستانى كما قال به الحنفية. أما الجمهور فلا يشترطون هذا الشرط (٤).

وأما التهديد بالحبس فلم يذكر القانون الباكستانى شيئا فى هذا المجال لكن نستطيع أن نقول بعدم اعتباره اكراها فى القانون الباكستانى، لأن الاكراه المعتبر شرعا فى القانون الباكستانى هو ما يكون بالتهديد بالقتل لا غير على ما سبقت الإشارة إليه. والقانون الانجليزى أيضا قال بعدم اعتباره اكراها (٥).

فنرى أن القانون الباكستانى أضيق اذا ما قورن بالفقه الاسلامى فى هذا المجال وحتى بالنسبة للقانون الانجليزى فالقانون الباكستانى لايعتبر التهديد بالضرب ولو كان شديدا من الاكراه الملجئ لكن القانون الانجليزى قال باعتباره اكراها ملجئا كما هو الحال فى الفقه الاسلامى.

1. Pakistan Penal Code Section 94
2. As above.
3. Criminal Law by Peter P.162.
4. Pakistan Penal Code Section 94.
5. Criminal Law by Smith and Hogan p.213

المبحث الثالث

في

أثر الاكراه في الضمان

وفيه تسعة مطالب :

المطلب الأول : أثر الاكراه في الضمان فيما يوجب القصاص

اهتم الإسلام اهتماما خاصا بالمحافظة على النفس والروح و قرر عقوبة شديدة على الاعتداء على النفس بالقتل فيما لو تم هذا الاعتداء عمدا .

أما إن تم القتل نتيجة اكراه المكره على ذلك ففي القصاص من المكره وعدمه أقوال للفقهاء رحمهم الله تعالى بيانها فيما يلي :

مذهب الأحناف : اختلفت كلمة الحنفية في ذلك على ثلاثة آراء :

الرأى الأول : يرى أبو حنيفة ومحمد الى أن القصاص يكون على المكره - بالكسر دون المكره بالفتح - وأما المكره بالفتح فيعزر فقط .

وقد استدلا لهذا الرأى بقول النبي صلى الله عليه وسلم : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " . والقاتل حقيقة وفعل هو المكره بالفتح لكن من حيث المعنى القاتل هو المكره بالكسر لأن المكره آلة في يده لأنه لا يستطيع أن يحفظ نفسه إلا بالاقدام على قتل الغير فيفسد اختياره وهذا يدل على أن الاتلاف منسوب له فلا يكون على المكره حكم القتل من قصاص كما لا يكون عليه دية ولا كفارة إلا أنه يأثم والاثم لا يدل على بقاء الحكم إلا أن عليه العقوبة التعزيرية يفرضها القاضي (١) .

(١) البدائع ١٧٩/٧ ، ١٨٠ ، المبسوط ٧٢/٢٤ الى ٧٦ ، شرح فتح القدير ١٧٧/٨ ، تبين الحقائق ١٨٦/٥ .

الرأى الثانى : عند الاحناف وهو للامام زفر فقد ذهب إلى القصاص على المكره دون المكره لان القتل وجد منه حقيقة وحسا ومشاهدة (١).

الرأى الثالث : عند الاحناف وهو للامام أبى يوسف .

وقد ذهب الى القول بعدم وجوب القصاص على واحد منهما ولكن تجب الدية على المكره (٢).

والرأى المختار عند الأحناف : ما قال به أبو حنيفة ومحمد وهو

أن القصاص يجب على المكره دون انمكره والمكره يعزر فقط

رأى المالكية : اختلف فقهاء المالكية فى حكم المكره والمكره على

القتل والرأى المختار فى المذهب هو أن القصاص يكون على المكره والمكسره معا لأنه لايجوز أن يعزر المأمور بالاكراه ولا الامر بعدم المباشرة (٣).

رأى الحنابلة : (٤) فقهاء الحنابلة . أيضا اختلفوا فى هذا الموضوع

والمختار فى المذهب عندهم هو وجوب القصاص على المكره والمكره معا حيث قالوا بمثل ما قال ربه المالكية على ما تقدم بيانه . واستدلوا لما ذهبوا اليه بأن المكره تسبب الى القتل بما يقضى اليه غالباً . وأن المكره ارتكب القتل عمدا ظلما لإستيقاء نفسه فاشبه ما لو قتله فى المخصصة ليأكله (٥).

رأى الشافعية : وقد ذهبوا الى القول بمثل ما قال به المالكية

والحنابلة من وجوب القصاص على المكره والمكره معا (٦).

-
- | | |
|-----|---|
| (١) | البدائع ١٥١/٧ ، ١٥٢ ، المبسوط ٧٣/٢٤ ، ٧٤ ، شرح فتح القدير ١٧٧/٨ البحر الرائق ٨٤/٨ . |
| (٢) | البدائع ١٧٩/٧ ، المبسوط ٨٢/٢٤ . |
| (٣) | الشرح الصغير ٥٤٩/٢ . |
| (٤) | المغنى ٢٦٧:٨ |
| (٥) | المغنى ٢٦٨/٨ |
| (٦) | مغنى المحتاج ٢٠٢/٤ . |

الرأى ألاجسح و مسا يترجج لى من هذه الآراء هو وجوب القصاص على
المكره والمكره على ما نهباليه جمهور الفقهاء من^{أن}المكره لايجوز له أن
يقتل أخاه المسلم لاستبقاء نفسه وأما المكره بالكسر من حيث أنه المتسبب
فى القتل .

رأى القانون الباكستانى فى الاكراه على القتل : أما عن جريمة
القتل فى القانون الوضعى فى باكستان فنرى هذا القانون يذهب الى القول
بعقوبة القصاص للقاتل اذا قتل رجلا معصوم الدم قتلا عمدا فهو يرى عدم
تأثير الاكراه فى جريمة القتل ولا يعفى المكره من العقوبة اذا قتل الآخر
تحت تأثير الاكراه كما هو رأى الشريعة الاسلامية (١).

المطلب الثاني

القصاص فيما دون النفس

اتفق الفقهاء على عدم تأثير الاكراه في القطع مثل القتل وعدم الترخيص للمكره في قطع عضو من اعضاء الغير ولو كان الاكراه تاما فلا يرفع عن المكره الاثم كما لا ترفع عنه العقوبة رغم اختلاف الفقهاء في العقوبة لأن حرمة العضو كحرمة النفس (١).

الاكراه فيما دون النفس في القانون الباكستاني :

أما الجراحات فيما دون النفس فلا يفرق القانون الباكستاني فيما يجوز القصاص فيه لا مكان التماثل وفيما لا يجوز القصاص فيه لعدم امكان التماثل فلا فرق بين قطع عضو من الأعضاء، وما في معناه وبين الجراحات وكل من إذهاب القوة الشهوانية وإذهاب البصر والسمع والشلل وقطع عضو من الأعضاء أو كسره، وتشوية الرأس والوجه والجراحات التي يخاف منها التلف أو ما يسبب الوجع الشديد في البدن كل هذا يعتبر في القانون الجنائي الباكستاني من الجرح الشديد (٢).

وقال فيه بتجوز عقوبة السجن لمدة سبع سنوات مع غرامة مالية على الجاني (٣) لكن اذا صدر هذا الجرح الشديد من الجاني بآلة جارحة وقاطعة أو بآلة تستعمل في الاعتداء على الغير وتقتل في أغلب الأحوال أو بالنار وما في معناها أو بإطلاق الحيوان على المجروح فتكون العقوبة السجن المؤبد (٤)

() أو السجن لمدة عشر سنوات مع الغرامة المالية.

(١) البحر الرائق ١٧٤/٨، البدائع ١٧٧/٧، والتشريع الجنائي ، ٥٦٨/١.

2. Pakistan Penal Code Section 320
3. Pakistan Penal Code Section 325
4. Pakistan Penal Code Section 326

وإذا صدر هذا الجرح الشديد من الجاني تحت الاكراه فتطبق نفس العقوبة على المكره والمكره لأن الاكراه أقوى من التحريض والقائمون الجنائي الباكستاني يقرر نفس العقوبة للمحرض الذي حرض على ارتكاب الجريمة. (١)

المطلب الثانى

الإكراه على الزنا

تعريف الزنا : قد اتفق علماء الاسلام على أن الزنا " كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح " (١).

إن الزنا من أبشع الجرائم فى حياة البشر واعتبره الإسلام من الكبائر و حاربه وشنع على مرتكبه وجعل عقوبته من أقصى العقوبات فى الإسلام فكان القتل رجماً للمحصن والجلد والتغريب لغير المحصن .
ولكن اذا وقع الإنسان تحت تأثير الإكراه على الزنا فإن الاثم يسقط عنه ، لانعدام الرضا عند المكره .

ودليل ذلك : ما حدث فى عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه حين قضى فى رجم المرأة التى زنت ، ثم روجعت قبل إقامة الحد عليها والقصة يرويها ابن القيم فى الطرق الحكمية ونمها (٢) .

" أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه - أتى بأمرأة زنت فاقترت فأمر برجمها ، فقال على رضى الله عنه - لعل لها عذرا ثم قال لها ما حملك على الزنا . قالت : كان لى خليل وفى إبله ماء ولبن ولم يكن فى إبلى ماء ولا لبن فظمئت فاستسقيته فأبى أن يسقيني حتى أعطيه نفسى فأبيت عليه ثلاثا . فلما ظمئت وظننت أن نفسى ستخرج أعطيته الذى أراد فسقانى . فقال على : الله أكبر فمن اضطر غير باع ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم " (٣) .
وبعقب ابن القيم على ذلك بقوله : " والعمل على هذا لو اضطرت المرأة إلى طعام وشراب عند رجل فمنعها إلا بنفسها وخافت الهلاك فمكذت من نفسها فلا حد عليها .

(١) بداية المجتهد ٣٢٤/٢ نشر دار الفكر .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ، ص ٤٨ - ٤٩ .

(٣) سورة البقرة : ١٧٣ .

وهناك رأى يرى فى مسألة الاكراه على الزنا، أن الزنا من الجرائم التى لا يتمم الاقدام عليها تحت تأثير الاكراه . وانما يصبر على البلاء أو يقتل على أن لا يقدم على الزنا قال بهذا القول . الحنفية على ما ذكره الكاسانى فى البدائع فقد قال (١) :

" وكذلك الزنا فانه لا يباح ولا يرخص للرجل بالاكراه وإن كان تاماً، ولو فعل بأثم، لأن حرمة الزنا شاهدة فى العقول، قال الله تعالى: ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً " (٢)

وما تقدم هو كلام تمهيدى فى الاكراه على الزنا ولكن موضوعنا الأساسى هو هل يسقط الحد فى الاكراه على الزنا، بمعنى انتفاء العقاب الدينى فى هذه الحال أو لا ؟

والجواب عن ذلك أن العلماء رحمهم الله تعالى قد اختلفوا على

مذاهب :

أولاً : رأى الحنفية : وقد اختلفت كلمتهم فى هذا على ثلاثة أقوال:

القول الأول : لأبى يوسف ومحمد: " أن الزنا وإن ثبت الاثم فيه ، لكن الحد لا يثبت ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ولا فرق فى ذلك بين الرجل والمرأة ويجب على ولى الأمر أن يفرض عقوبة تعزيرية على المكروه والمكروه ، فى حال سقوط الحد تحت تأثير الإكراه التام ، فقد جاء فى الهداية للمرغينانى " (٣) .

" وإن أكرهه على الزنا، قال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد " .

(١) بدائع الصنائع ج ٩ / ٤٤٨٤

(٢) سورة الاسراء : ٣٢

(٣) الهداية للمرغينانى ٢/ ٢٧٩ ، تبیین الحقائق للزيلعى ٥/ ١٨٩ ، وفتح القدير ٧/ ٣٠٦ .

القول الثاني : وهو لأبي حنيفة رحمه الله وعنه روايتان :

أحدهما : لا يجب الحد لا على الرجل ولا على المرأة وبهذه الرواية هو يتفق مع صاحبيه ، وقيل : " أنها الرواية الأخيرة له أي الراجحة عنده وهي قول زفر أيضا (١) .
وحجة هذه الرواية : أن الإكراه يفقد معنى الرضا عند الرجل والمرأة (٢) .

القول الثالث : وهو الرواية الثانية عن أبي حنيفة حيث قال : يجب الحد على الرجل دون المرأة (٣) . لأن الزنا لا يكون الرجل إلا برغبة وطراعية واقبال مع الرضا والاكراه والرضا معنيان متضادان (٤) .

رأى المالكية : ذهب المالكية الى أن الحد يسقط عن الرجل والمرأة تحت تأثير الاكراه التام ، ويوجب المالكية المهر على الرجل لسقوط الحد عنه ، فقد جاء في الموطأ في باب القضاء فـسـى لمستكرهة من النساء : " حدثني مالك عن ابن شهاب أن عبد الملك بن مروان قضى في امرأة أصيبت مكروهة بصداقها على من فعل ذلك بها " .
قال يحيى : سمعت مالكا يقول : " الأمر عندنا في الرجل يفتصب المرأة بكرا كانت أو شيبا ، أنها إن كانت حرة ، فعليه صداق مثلها (٥) .

(١) البدائع للكاساني ٤٤٩٠/٩ ،

(٢) الجريمة للامام محمد ، أبي زهرة ، ٥٤٤

(٣) البدائع للكاساني ٤٤٩٠/٩ .

(٤) المرجع السابق

(٥) الموطأ : ٧٤٣

ويقول القرطبي عبد مهر المستكرهمة (١)، واختلفوا في وجوب الصداق لمستكرهمة : فقال عطاء والزهرى : لها صداق مثلها وهو قول مالك وقال الثوري : إذا أقيم الحد على الذي زنى بها بطل الصداق ، وروى ذلك عن الشعبي ، وبه قال أصحاب مالك .

رأى الشافعية : عند الشافعية في الإكراه على الزنا روايتان :
أصحهما : أن الحد لا يجب على الرجل ولا على المرأة .

فقد جاء في المذهب للشيرازي (٢) " ولا يجب الحد على إمراة للتمكين من الزنا ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " . ولأنها مسلوقة الاختيار فلم يجب عليها الحد كالنائمة " . ثم قال عن إكراه الرجل على الزنا (٣) .

" وهل يجب الحد على الرجل إذا أكره على الزنا ؟

فيه وجهان :

أحدهما : وهو المذهب - أنه لا يجب عليه لما ذكرنا في المرأة .
والثاني : أنه يجب لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار .

وخلاصة رأي الشافعية : سقوط الحد في الإكراه على الزنا للرجل والمرأة على السواء .

(١) أحكام القرآن للقرطبي ١٨٦/١٠ .

(٢) المذهب ٢٦٧/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٢٨ .

(٣) نفسه ٢٧٨/٢ .

رأى الحنابلة : جاء في المغنى لابن قدامة ما نصه (١) " ولا حد

على المكرهة في قول عامة أهل العلم، روى ذلك عن عمر والزهرى وقتادة والثوري والشافعي، وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه. "

وعن عبد الجبار بن وائل عن أبيه: " أن امرأة استكرهت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدرأ عنها الحد " رواه الأثرم قال: " وأتى عمر باماء من إماء الامارة استكرههن غلمان من غلمان الامارة ف ضرب الغلمان ولسم يضرب الاماء

وروى سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب قال: " أتى عمر رضى الله عنه بامرأة قد زنت فقالت: إني كنت نائمة فلم أستيقظ إلا برجل قد جثم على فخلي سبيلها ولم يضربها ولأن هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، ولا يفرق بين الاكراه بالالغاء وهو أن يغلبها على نفسها وبين الاكراه بالتهديد بالقتل ونحوه (٢).

والراجع في مذهب الحنابلة سقوط الحد عن الرجل (٣).

أما المرأة فلا خلاف في سقوط الحد عنها.

(١) المغنى لابن قدامة، ج ٥٩/٩، ٦٠

(٢) المرجع السابق .

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة: ٩٦/٤

جريمة الزنا بالجبر : رأى القانسون فى الزنا

و يتصور وقوع هذه الجريمة فى الأحوال التالية :

- (١) اذا قام بهذا العمل ضد ارادة المفعول به .
- (٢) اذا قام بهذا العمل بغير رضا المفعول به .
- (٣) اذا قام بهذا العمل برضا المفعول به فى حالة وقوع الرضا من الأخير تحت التهديد بالضرر أو الموت (١) . ولأجل أن يعرف الرضا / عدمه ^{من} يتنظر مسدى مقاومة المفعول ضد الفاعل .

وينظر فى المقاومة من المرأة التى لا ترغب هذا العمل بأن شيابها ممزقة والجروح على جسدها وجروح أخرى على أعضائها المخصصة ، وإذا لم توجد هذه العلامات أى الجروح فى جسد المفعول به ولا الفاعل فيعتبر أن هذا العمل قد تم برضا الجانبين (٢) .

(١) وفى قضية اقبال حين ضد الدولة أن امرأة عمرها ١٥/١٤ سنة قد خرجت من بيتها مع شخص برضاها وسافرت معه من مكان الى مكان ومع أنها متعلمة لم تكتب لأحد ولم تشتكى الى أحد ما جرى معها ثم ادعت أنها أجبرت على الزنا فرفضت المحكمة دعواها لأن ما حصل معها وقع برضاها (٣) .

(٢) وفى تقضية شوكت ضد الدولة دخل شخص بيتا ووجد بنتا عمرها ١٤ عاما وعرض على شفتها ونزع سروالها وسرواله وحاول أن يزنى بها ولكن لم ينجح فى قصده بسبب صياح البنت . ومجئ الأشخاص فحكمت المحكمة بأنها بريئة لأنها لم ترض بالجريمة .

(١) اسلامى حدود تعزيرات - دكتور طفيل أحمد قریشی، مطبوعات حرمت،

- Enforcement of Hudood, Practice and Procedure ٢٨٠ ص ٢٨٠
by M. Mahmood P. 58-59, AIR 1958 Punjab P-123
2. Enforcement of Hudood by M. Mahmood P. 60
3. AIR 1948, Lahore, PLD 1981 FSC 297, Enforcement of Hudood by Mahmood P. 60
4. PLD 1982, F.S.C. 179
5. PLD 1982, S.C., F.S.C. Journal

(٣) وفي قضية أن رجلا اغتصب امرأة في منتصف الليل من داخل بيتها وشهد الشهود بأنهم وصلوا الى البيت بعد سماع صياحها وأمسكوا به وهو يخرج من البيت وثبتت الشهادة ضده ولم يحصل أى اختلاف بين الشهود فى عملية تزكية الشهود، ورفضت المحكمة قول المدعى عليه بأن رضاها موجود فى الجريمة وحكمت بأن القضية قضية اغتصاب أو زنا بالجبر (١).

المطلب الثالث

فى

أثر الاكراه فى الحـرية

الحراية أو قطع الطريق أو السرقة الكبرى أسماء لمعنى واحد وتتحقق الحراية عند جمهور الفقهاء بخروج جماعة من المسلمين أو من أهل القوة لهم قوة ومنعة فى دار الاسلام على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة لسلب الأموال مجاهرة ومغالبة (١).

وعند بعض الفقهاء لا تتحقق الحراية إلا من مسلم أما الذمى الذى يقطع الطريق فناقض للذمة وليس محارباً (٢) ويسمى هذا النوع من الجرائم حراية لانهم يعلنون الحرب على أمن المسلمين ويحاربون شرع الله (٣).

ويسمى السرقة الكبرى لأنها أخذ مال الغير مجاهرة (٤).

ونتكلم حول هذا الموضوع فى موضعين:

الموضع الأول : الفرق بين السرقة والحراية.

الموضع الثانى : وقوع القتل والجرح فى الحراية.

الأول : الفرق بين السرقة والحراية : الحراية نوع من السرقة، إلا أنها تخالفها فى بعض النواحي بيانها فيمايلي:

(١) المبسوط ١٩٥/٩، البدائع ٩١/٧، تلك حدود الله ٢٥٨/

(٢) المحلى ٣١٥/١١، المغنى ٢٩٨/٨

(٣) المبسوط ٢٠١/٩

(٤) شرح فتح القدير ٢٦٨/٤، العقوبة ١٤٠/

أولاً : المال فى السرقة يؤخذ خفية أما فى الحراية فىؤخذ المال مجاهرة ومغالبة .

ثانياً : الفقهاء متفقون على اعتبار النصاب فى السرقة . واختلفوا فى اشتراط النصاب فى الحراية .

فذهب الحنابلة وبعض الشافعية إلى اشتراط النصاب فى الحراية وهو نصاب السرقة (١) . وخالفوا فى ذلك المالكية وبعض الشافعية فلم يشترطوا النصاب فى الحراية (٢) .

ثالثاً : تنحقق السرقة فى أى موضع اذا كان من حرز مثله عند جمهور الفقهاء ، أما الحراية فموضع اختلاف بين الفقهاء قال الجمهور بتحقيق الحراية فى أى موضع سواء كان ذلك خارج المصر أو داخل العمران (٣) وخالفوا أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى المحاربة داخل العمران فرأى أنها ليست محاربة تستوجب الحد (٤) .

رابعاً : عند جمهور الفقهاء تنحقق السرقة من المرأة كما تنحقق من الرجل أما الحراية من جانب المرأة فموضع اختلاف عند الحنفية وفى ظاهر الرواية عندهم : لا تنحقق الحراية من المرأة (٥) ، لكن ذهب جمهور الفقهاء الى التسوية بين الرجل والمرأة فى تحقيق الحراية (٦) .

خامساً : يقطع فى السرقة اليد اليمنى وفى الحراية الرجل اليسرى مع اليد اليمنى اذا أخذ الجانى المال (٧) .

-
- | | | |
|-----|---|----------------------------|
| (١) | المغنى | ٢٩٤، ٢٩٣/٨ ، المذهب ٢٨٤/٢ |
| (٢) | المدونة | ١٠٠/١٦ ، نهاية المحتاج ٥/٨ |
| (٣) | المغنى ٢٨٧/٨ ، نهاية المحتاج ٣/٨ ، أسنى المطالب ١٥٤/٤ ، المطلى ١١ / ٣٠٧ | |
| (٤) | البدايع ٩٢/٧ ، راجع فى الشريعة الاسلامية للدكتور عبد العزيز عامر | |
| (٥) | البدايع ٩١/٧ ، المبسوط ١٩٧/٩ (٦) المغنى ٢٩٨/٨ ، المدونة ١٠٢/١٦ | |
| (٧) | البدايع ٩٢/٧ . | |

وتثبت الحراية بالبينه أو الاقرار كما هو الحال فى السرقة (١) كذلك الأحكام المتعلقة بالمال من وجوب رد المال المأخوذ اذا كان قائما والضمان فى صوره اتلافه هى نفس الأحكام فى السرقة (٢).

كذلك ما يسقط به الحد فى السرقة يسقط به فى الحراية مع نفس الاختلاف المذكور فى السرقة (٣).

فنستطيع أن نقول أنه اذا أكره الشخص على الحراية اكرهاها تماما يرضى له فى ارتكاب هذا الفعل مع بقاء حرمة الفعل ويسقط عنه الحد وأما حكم المال المأخوذ فى الحراية فنقول برده الى مالكه اذا وجد على حالته الأصلية سواء وجد عند المكره أو المكره وأما اذا تلف فنقول بوجوب الضمان على المكره لأن المكره كان سببا فى الاتلاف . أما المكره بفتح الراء - فكان بمنزلة الآلة فى يده يوجهها حيث يشاء .

الشانى : وقوع القتل والجرح فى الحراية .

وقد يحدث فيها القتل من المحارب وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية الى أن وقوع القتل فى الحراية يعتبر عمدا ينسب الى المحارب بدون النظر الى الآلة والتعمد (٤).

أما الحنابلة فاشتروا التعمد بدون النظر الى الآلة (٥) لكن قال الشافعية باشتراط العمد فى القتل لوجوب الحد على المحارب (٦)

(١)	البدائع	٩٣/٧
(٢)	البدائع	٩٧/٧
(٣)	البدائع	٩٦/٧ وحاشية ابن عابدين ١١٤/٤ ، والتشريع الجنائى ٦٠٩/٢
(٤)	البدائع	٩٦/٧ ، ٩٧ ، المدونة ٩٦/١٦
(٥)	المغنى	٢٩١/٨ ، ٢٩٣ (٦) نهاية المحتاج ٤/٨ ، ٥

أما إذا اقتصر الأمر على وقوع الجراح فقط في الحراية فقد اختلف الفقهاء في ذلك :

فقال المالكية والحنفية بدخول الجراح في الحديعنى إذا حد المحارب لا شيء عليه بعد ذلك (١).

وأما الشافعية وبعض الحنابلة فقالوا بعدم دخول الجراحات في الحد فيقتضى في الجراح إذا كانت مما يقتضى فيه وإذا لم يمكن القصاص في الجراح فتجب السدية (٢).

ولا مانع عند الشافعية وبعض الحنابلة من الجمع بين الحد والضمان على ما يأتى بيانه في أثر الاكراه في السرقة (٣).

رأى القانون الباكستانى في الاكراه على الحراية : نص القانون الباكستانى في المادة ١٦ من تشريع قانون الحدود (حد السرقة) : أنه تثبت الحراية بما تثبت به السرقة كما ذكر في المادة (٧) (٤) ونص في المادة (١٨) على سقوط العقوبة عن المحارب بما يسقط به الحد عن السارق كما ذكر في المادتين (١٠ ، ١١) (٥). بأنه تطبق أحكام السرقة على الحراية وذلك بالنسبة لرد المال المأخوذ في السرقة وضمانه (٦).

فطبق القانون الباكستانى في الحراية نفس الأحكام المذكورة ففى السرقة كما قال به جمهور الفقهاء . و قال بسقوط العقوبة عن المحارب إذا اكراه على ارتكاب .

-
- (١) البدائع ٩٧/٧، مواهب الجليل ٢٨٦/٦، التشريع الجنائى ٦٥٨/٢
 - (٢) أسنى المطالب ١٥٦/٤، المغنى ٢٩٨/٨ .
 - (٣) أسنى المطالب ١٥٦/٤، المغنى ٢٧٠/٨ .

4. Hudood Ordinance 1979 Section 7.
5. Enforcement of Hudood by M. Mahmood 416
6. Hudood Ordinance 1979 Section 10-11

وأما عن الضمان فضمن المال المأخوذ في الحراقة يكون على المكره
إذا تلف الشيء كما هو الحال في السرقة لأن المكره في يد المكره كمثل الآلة.
على ما سبق بيانه .

على أن المال إذا وجد على حالته الأصلية دونما نقصان يكون في
ذمة من وجد عنده سواء كان عند المكره أو المكره أو أي شخص آخر. وأما
إذا آل الأمر إلى القصاص فهو على المكره والمكره معا .

والله اعلم بالصواب .

المطلب الرابع

فى

أثر الاكراه على السرقة

مال المسلم محرم أخذه لا يجوز اضاعته على صاحبه فحرمة كحرمة الدم والعرض يشهد لذلك قوله عليه الصلاة والسلام: " كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله "(١).

فهذا الحديث يدل على أنه لا يجوز التعرض إلى مال الغير الا برضاه ورغبته .

فالاكراه على السرقة يرفع العقوبة مع بقاء الفعل محرماً على أصله لأن ضرر الفعل يتعدى الى غير المكره وهو إتلاف مال الغير (٢).

فاذا أكره الانسان على السرقة أو اتلاف مال المسلم بأمر يخاف على نفسه أو عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك لأن مال الغير استبيح بالمضرورة كما فى حال المخمصة لكن أيضا يجوز الأخذ بالعزيمة فاذا أكره على اتلاف مال الغير فكف عنه فقتل لا ياثم بل له الاجر والثواب لقيام حرمة المال ، كما قال الكاسانى : " فهو بالامتناع قضى حق الحرمة فكان مأجورا لا مأزورا " (٣).

أما عن سقوط الحد عن المكره على السرقة فيبانه كالاتى :

يرى جمهور الفقهاء (٤) من الشافعية والحنابلة أنه لا بد من تحقق

الاكراه التام (٥) لسقوط الحد عن المكره على السرقة أو اتلاف مال الغير.

-
- | | |
|-----|---|
| (١) | مسند أحمد بن حنبل ٥٩١/٤ |
| (٢) | البدايع ١٧٧/٧ ، (٣) المرجع السابق |
| (٤) | نهاية المحتاج ٤٤٠/٧ ، ومغنى المحتاج ١٧٤/٤ ، والمغنى لابن قدامة ١١٩/٧ |
| (٥) | ويحقق الاكراه التام عند الجمهور فى حالات التهديد بالقتل أو القطع أو القيد أو الحبس الطويلين . |

أما الحنفية . فقالوا بالترخيص في السرقة واتلاف مال الغير وسقوط الحد عن السارق اذا أكره بالقتل أو القطع وما في حكمهما كأنصب على العين والذكر ونحو ذلك وذكر ابن عابدين التهديد بالحبس واتلاف كل المال في الاكراه الملبى خلافا لجمهور الحنفية فقال بسقوط الحد عن المكسر اذا أكره بالحبس أو اتلاف كل المال لكن عند جمهور الفقهاء من الحنفية لا يجوز الترخيص في اتلاف مال الغير الا اذا أكره بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه لا غير (١) .

أما اذا أكره باكره غير ملجئ فلا يرخص له بالاقدام على اهلاك مال الغير فقال السرخسي في المبسوط : " لو أكره على ذلك بحبس أو قيد لم يحل له أن يهلك مالا لأن هذا من مظالم العباد فلا يرخص له في الاقدام عليه (٢) أما المالكية (٣) : فقال بعضهم : بسقوط الاثم والحد عن المكره على السرقة حتى ولو كان الاكراه ناقصا كما قال ابن عرفة الدسوقي " وأما القطع فيسقط بالاكره مطلقا ولو كان بضرب أو سجن لأن الاكره شبه تدرا الحد وهذا ما قال به الدردير في الشرح الصغير (٤) وذهب البعض الآخر/ المالكية الى أن الاكره على السرقة لا يقع ولو بخوف القتل وحكى ابن رشد الاجماع عليه وذهب بعض آخر منهم الى سقوط الحد عن المكره اذا أكره بالقتل فقط (٥) .

بيان الراجح :
والراجح هو رأى الجمهور الفـنـائـل بسقوط الحد عن المكره على السرقة اذا أكره اكرها تاما لأنه في حالة الاكره التام يكون المكره كالألة في يد من أكرهه والله اعلم بالصواب .

(١) حاشية ابن عابدين ١٢٩/٦ وما بعدها وتبيين الحقائق ١٨٦/٥

(٢) المبسوط ٩٣/٢٤ والبدائع ١٧٩/٧

(٣) حاشية الدسوقي ٣٤٤/٤

(٤) الشرح الصغير للدردير ٤٨٦/٤

(٥) حاشية الدسوقي ٣٤٤/٤ ، الخرشي ١٠١/٨ .

الأكراه على السرقة في القانون الباكستاني:

الناظر في القانون الباكستاني يجد أن عقوبة السرقة كانت السجن والغرامة المالية وكان لها شروط مختلفة عن شروط اثبات جريمة السرقة في الشريعة الإسلامية، غير أنه بعد تشريع قانون الحدود الصادر في ١٩٧٩م أصبحت عقوبة السرقة في القانون المذكور تساوي تماما هذه العقوبة في الشريعة الإسلامية.

فقد نصت المادة (١٠) من تشريع الحدود سالف الذكر على مسقطات العقوبة ومنها الأكراه فبينت المادة المذكورة أن الأكراه المسقط للعقوبة هو ما كان التهديد فيه واقعا على المكره أو لغيره بالجرح أو اتلاف المال أو هتك العرض (١).

وهذا التعريف كما نرى لا يقول شيئا في توضيح الجرح واتلاف المال كما يقول به الفقهاء من أنه لابد في الجرح أن يكون شديدا يخاف المكره منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكذلك المال لابد أن يكون كثيرا وهذا يختلف باختلاف أحوال الناس.

1. Hudood Ordinance 1979 No.6

اسلامى حدود وتعزيرات . د. طفيل أحمد قريشي، طبعه حرمت ، بنك رود، راولپندي ص ٩٨ - ٢٩٧ .
Enforcement of Hudood by M. Mahmood P.409-410

المطلب الخامس

فى

اشر الاكراه على شرب الخمر

الخمر من الكبائر بل هى أم الكبائر لأنها تؤدى الى ذهاب العقل وهو
الجوهرة النفسية التى تفضل الانسان على كثير من خلق الله فهو مناط الخطاب
والتكليف .

ولكن الاسلام برحمته وسماحته رخص فى تناول كل المحرمات من الميتة
والدم ولحم الخنزير فى حالة الإضطرار مصداقا لقوله تعالى " الا ما اضطررتم
اليه " (١) وقوله تعالى: " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه " (٢).

اباحة الشرب للمكره :

يباح تناول الخمر للمكره كما يباح للمضطر اذا كان الاكراه تاما أو
ملجئا وهذا رأى الجمهور إلا أن الحنابلة وبعض الحنفية ، لا يشترطون الاكراه
التام لباحة تناوله للمكره . هذا اجمالا . أما التفصيل ففيما يأتى :

ذهب جمهور الفقهاء (٣) من الحنفية والشافعية والمالكية الى اباحة
شرب الخمر وكل المحرمات للمكره ، فيما لو أكره على الشرب إكراها تاما/تباح
عند الاضطرار على ما سبق بيانه . فيحل للمكره تناول هذه الأشياء المحرمة بل
يجب عليه تناولها فى حال الاضطرار ولا يجوز له الامتناع من ذلك والايأثم
كما قال الله تعالى: " ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة " (٤)

(٢)

سورة الانعام الآية ، ١١٩/، وسورة البقرة الآية ١٧٣

(١)

البحر الرائق ٨/٨٢، شرح فتح القدير ٨/١٧٢، المبسوط ٤/٤٨ وحاشية

(٣)

الدسوقي ٤/٣٥٢، مغنى المحتاج ٤/١٨٦، نهاية المحتاج ٨/١٠

سورة البقرة الآية ١٩٥ .

(٤)

وقد صرح الشافعية بالنسبة للإكراه على الشرب أنه يجوز للمكروه شرب الخمر فيما لو خوفه المكروه بالقتل أو القطع أو الضرب أو الحبس الشديدين " فهذا من الإكراه الملجئ عند الشافعية (١) .

وأما المالكية: فقد نقل ابن عرفة الدسوقي عنهم القول بإباحة شرب الخمر للمكروه ثم بين صفة الإكراه الذي يجوز لأجله شرب الخمر من أنه الإكراه بالقتل أو بضرب يؤدي إليه وكذا بإتلاف عضو من أعضائه أو بضرب يؤدي إليه أو بتقييد أو سجن شديد (٢) فهم يعتبرون هذا الإكراه من نوع الإكراه الملجئ .

ورأى القانون الباكستاني الإكراه على شرب الإخمر:

هذا ما ذكره الفقهاء رحمهم الله تعالى في موضوع الشرب للمكروه . ومنها نعلم أنهم رحمهم الله يرون أنه للمكروه الأخذ بالرخصة في تناول الخمر في حالة الإكراه على تناولها إكراها تاما وأنه لا اثم على المكروه في ذلك إلا أنه نقل عن أبي يوسف صاحب أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ذهب إلى عدم إباحة الشرب للمكروه وبقاء حرمة الشرب في هذه الحال فهو يرى - أن المكروه عليه أن يأخذ بالعزيمة هنا ولا يكون آثما بهذا الأخذ وإنما يشاب (٣) ولعل الصواب فيما ذكره الجمهور استنادا للآيات الكريمة التي سبق ذكرها . كانت عقوبة شارب الخمر القيد والحبس لكن بعد صدور قانون الحدود (حد الشرب) أخذ القانون الباكستاني في عقوبة الشرب بما قرره الشريعة في هذا المجال (٤) .

(١) نهاية المحتاج ٤١٠/٨ ، مغنى المحتاج ١٨٦/٤

(٢) حاشية الدسوقي ٢٥٢/٤ ، ٢٥٣

(٣) المغنى ٤٢١/١٠ ، ٢٣٠ ، الشرح الكبير ٢٥٢/٤ .

4. Hudood Ordinance 1979, Enforcement of Hudood, Practice and Procedure 1982 by M. Mahmood P. 320

المطلب السادس

أثر الاكراه على الكفر والردة

الشريعة الإسلامية بلطفها وسماحتها رخصت بإجراء كلمة الكفر على اللسان دون القلب تحت تأثير الاكراه العام رغم أن الكفر من أعظم المحرمات وهذا رأى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة مع اختلاف فى بعض النواحي إلا محمد بن الحسن الشيباني فإنه ذهب الى عدم الترخيص للمكره إذا أكره على إجراء كلمة الكفر.

واليك تفصيل آراء الفقهاء فى ذلك :

رأى الاحناف : يرى الحنفية الترخيص للمسلم إذا أكره اكرأها تاماً على إجراء كلمة الكفر على اللسان ولا يحكم بكفره بشرط أن يكون قلبه مطمئناً بالإيمان لكن هذا الترخيص يكون للمكره إذا أكره اكرأها تاماً أو ملجئاً أما المكره اكرأها غير تام فلا يكون له هذا الترخيص والاكراه الملجئ عند الحنفية يكون بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه أملاً بالاكراه بالحبس أو الضرب ولو كانا شديدين مما لا يخاف منه على النفس أو العضو فلا يرخص للمكره إجراء كلمة الكفر عند الحنفية (١).

رأى الشافعية : يرى الشافعيون الترخيص للمكره إذا أكره على كلمة الكفر بشرط أن يكون قلبه مطمئناً بالإيمان فجاء فى مغنى المحتاج : لا تنح ردة مكره وقلبه مطمئن بالإيمان كما نص عليه الكتاب العزيز فإذا رضى بقلبه فمرتد.

رأى الحنابلة : أما الحنابلة فذهبوا أيضاً الى الترخيص للمسلم المكره على الكفر والردة والاكراه المعتبر شرعاً عندهم^{هو} بالقتل والقطع والقيد والحبس (٢).

(١) شرح فتح القدير ١٨٤/٨ ، المبسوط ٦٤/٢٤ ، البدائع ١٧٨/٧ ، تبیین الحقائق ١٨٩/٥

(٢) المغنى ١٤٧/٨ ، ١٤٨ .

رأى المالكية: أما المالكية فأيضا قالوا بالترخيص للمسلم المكره على الكفر والردة لكن لا يجوز عندهم هذا الترخيص الا اذا اكره بالقتل فقط كما قال ابن عرفة الدسوقي. وأما هذه الأمور وهى الكفر وما معه فلا يتحقق فيها الاكراه الا بخوف من العمل به فقط (١).

أدلة جمهور الفقهاء:

استدل جمهور الفقهاء على جواز الترخيص للمكره بالنطق بكلمة الكفر مادام قلبه مطمئنا بالقرآن والسنة: أما القرآن فقوله تعالى: " من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم (٢)". ووجه الدلالة من الآية على المدعى ظاهر.

وأما السنة فأحاديث كثيرة: منها: ما روى عن ان المشركين اخذوا عمارا فضربوه حتى قاربهم فى بعض ما أرادوا فشكا ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كيف تجد نفسك ؟ قال مطمئن بالايمان قال فان عادوا فعند (٣).

ومنها ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (٤) فهذه الروايات صريحة وواضحة فى جواز اجراء كلمة الكفر تحت اكراه تام مع اطمئنان القلب بالايمان .

-
- | | |
|-----|---|
| (١) | حاشية الدسوقي ٣٦٩/٢، الخرشي على مختصر خليل ٧٠/٨ |
| (٢) | سورة النحل آية ١٠٦ |
| (٣) | نصب الراية ١٥٨/٤ |
| (٤) | سنن ابن ماجه كتاب الطلاق ٦٥٩/١ . |

سقوط العقوبة في الاكراه على الكفر والردة

أما اجراء كلمة الكفر على اللسان فلا تزول حرمتها بسبب الاكراه لكن الشريعة بلطفها وسماحتها رخصت للمكره في هذه الحال باعتبار أن الايمان من حقوق الله تعالى لأن حرمة الكفر لا تحتل السقوط فلا تتصور الاباحة فيه أصلاً فثبت بالاكراه الملجئ رخصة لا اباحة (١) فتسقط عنه العقوبة ولا يحكم بكفره وارتداده اذا كان قلبه مطمئناً بالايمان وقد حكى القرطبي الاجماع على أن المكره اكرهاها تماماً لا اثم عليه ولا يحكم بكفره ولا تبين منه زوجته فقال: اجمع أهل العلم على أن من أكره على الكفر وخشى على نفسه القتل أنه لا اثم عليه ان كفر وقلبه مطمئن بالايمان ولا تبين منه زوجته ولا يحكم بكفره ذهب الى هذا القول مالك والكوفيون والشافعي وأحمد (٢) ٥٠ هـ .

رأى القانون الباكستاني : للأسف أن القانون الباكستاني لم يذكر شيئاً في حكم ارتداد المسلم رغم أنه حد من حدود الله الا أنه قرر عقوبة السجن لمدة ثلاث سنوات أو غرامة مالية .

لمن يقذف أحداً من أمهات المؤمنين أو أي فرد من أهل بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أحد من الخلفاء الراشدين أو الصحابة رضي الله عنهم بالكلام أو بالكتابة (٣) مراحة أو بالكناية . ويسرنا أن مجلس النواب في مجلسه العاشر سنة ١٩٧٨م نادى بتطبيق عقوبة القتل أو السجن طول الحياة على من يشتم النبي عليه الصلاة والسلام أو يهينه ووافق مجلس الشيوخ على هذا الاقتراح وهذا نوع من أنواع الارتداد ولا شك في ذلك .

(١) تبين الحقائق ١٨٦/٥

(٢) أحكام القرآن للقرطبي ١٨٢/١٠

المطلب السابع

فى

الاكراه على النكاح

عقد النكاح يتكون من الإيجاب والقبول من الزوج وولى (١) الزوجة فهل يقع فيه الإكراه، وينفذ؟ اختلفت كلمة الفقهاء فى ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول : للحنفية والحنابلة الإحناف فقد قالوا بأنه يصح النكاح مع الإكراه عليه وبناء على ذلك إذا أكرهت المرأة الرجل على التزوج بها لم يجب لها عليه شيء لأن الإكراه من جهتها.

وجاء فى المبسوط للسرخسى : لو أكره بوعيد قتل أو حبس حتى تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها صح النكاح لها علم من أن الجذ والهزل فى النكاح والطلاق والعشاق سواء وكذلك الإكراه والطواعية (٢).

القول الثانى : للمالكية وقد قالوا بأنه لا ينعقد النكاح بالإكراه كما ورد فى حاشية الدسوقي (٣) فإن قال رجل أن لم تزوجنى ابتك قتلتنك . فزوجها له لم يلزم لذلك النكاح حتى لو أجاز المكره بعد زوال الإكراه إذ لا بد من فسخه اتفاقا عند المالكية .

القول الثالث : للشافعيين وقد قالوا: الإكراه على الوطء يحصل الإحصان ويستقر به المهر ويلحق الولد ووتصير به الأمة مستولدة ويلزم به المهر (٤).

(١) هذا عند جمهور الفقهاء أما عند الحنفية فيجوز للبكر البالغة العاقلة أن تزوج نفسها لمن تختاره زوجها لها.

(٢) المبسوط للسرخسى ٦٤/٢٤

(٣) حاشية الدسوقي ٣٦٩/٢، ٣٧٠

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٠٥ .

المطلب الثامن

فى

أثر الإكراه فى الطلاق

فى الإكراه على الطلاق اختلف العلماء على قولين :

القول الأول : للحنفية وقد ذهبوا الى القول بأن الطلاق تصرف قولى فالإكراه فيه لاغ، لأن جميع التصرفات القولية التى تنفسخ يكون الإكراه فيها لاغيا (٢).

جاء فى البدائع ما نصه -

وصورة الإكراه بحق كالمولى اذا أكرهه الحاكم على الطلاق لا يلزمه فى فتوى ولا قضاء لقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق ولا عتق فى اغلاق (٢). والمراد بالاغلاق على المشهور هو الإكراه (٣).

ولا يقع الطلاق عند الملكية :

فقيده قسروا أنه اذا قال لزوجهته :

: هي طالق بالثلاث لم يلزمه شيء. لأن المكره لا يملك نفسه حال الإكراه كالمجنون (٤).

(١) المبسوط للسرخسى ٥٧٠٥٦/٢٤

(٢) اخرج هذا الحديث : الامام أحمد فى مسنده ٢٧٦/٦ واللفظ له وأبو داود فى الطلاق - باب الطلاق على غلط ٦٤٢/٢ - ٦٤٣، وابن ماجه فى سننه فى الطلاق - باب طلاق المكره ٦٦٠/١، والحاكم فى المستدرک - فى كتاب الطلاق - ج ١٩٨/٢، وقال عنه : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. والدارقطنى فى الطلاق ٣٦/٤.

(٣) وبه حزم أبو عبيد وجماعة : انظر : فتح البارى ٣٨٩/٩ وأحكام القرآن لابن العربى ٦٤١/٢، وقيل : ان الإكراه هو الغضب واليه ذهب أبو داود انظر : سننه ٦٤٢/٢. وقيل : معناه النهى عن ايقاع الطلاق الثلاث كله دفعة واحدة لايبقى منه شيء حتى يطلق للسنة. وقيل : الجنون : انظر تهذيب معالم السنن لابن القيم ١١٨/٣، وفتح البارى ٣٨٩/٩ وعمدة القارى ٤٥٠/٢٠ وبذل الجهود شرح سنن أبى داود ٢٨٢/٢٠ - ٢٨٣.

(٤) الشرح الصغير للدردير ٥٤٤/٢.

ونص الحنابلة على عدم وقوع طلاق المكره بقولهم: ومن أكرهه على الطلاق ظلما بما يؤلم كالضرب والخنق والحبس والفظ في الماء مع الوعيد فطلق ... لم يقع طلاقه (١).

موقف القوانين الوضعية في اثر الاكراه في الطلاق

لايعترف القانون بالاكراه في الطلاق ولا يرى وقوعه في هذه الحالة .
ففي قضية زرينة اختر ضد حفيظ الدين خان حكمت المحكمة بعدم وقوع الطلاق لانه صدر بالجبر والاكراه ولا تنقطع علاقة الزوجية بهذا الاكراه (٢).
وكذلك في قضية نور بي بي ضد علي أحمد، حكم القاضي شاه سليمان بأن الفاظ الطلاق في صورة الاكراه غير الفاظ لطلاق في صدره الرضا لذا لا يقع الطلاق الذي صدر في صورة الاكراه (٣). وكذلك القوانين المطبقة في كل من العراق (٤) ومصر (٥) والمغرب (٦) والأردن (٧) تفيد بأن طلاق المكره لا يقع.

(١) كشف القناع عن متن الاقناع ١٤١/٢ .

2. Zarina Akhtar Khatoon V Hafizuddin Khan AIR, 1926 Cal. 242

3. Nur Bibi V Ali Ahmad AIR, 1925 All. 450.

(٤) قانون الأحوال الشخصية ص ١٩٥٩، مادة رقم ٣٥ .

(٥) القانون المصري ١٩٢٩م، مادة رقم ١٥ .

(٦) مدونة الأحوال الشخصية، فصل ٤٩، المغرب

(٧) قانون حقوق العائلة - الأردن، ص ٣٨ .

المطلب التاسع

فى

أثر الاكراه فى التصرفات

وهذا العنوان وهو أثر الاكراه فى التصرفات وان كان قد تقدم الكلام عن بعض ما فيه .

إلا أنى أثرت انتهاء الكلام عن الاكراه بالكلام عن أثره فى التصرفات لما فى ذلك من معلومات اضافية اكمالا للفائدة وعملا على البيان، فأقول وبالله التوفيق :

التصرفات اما قولية واما فعلية :

والقولية ... اما أن تكون قابلة للفسخ أو لا تكون :

١ - فالقولية القابلة للفسخ : ان كانت اقرارات بطلت وألغيت بالاكراه ملجئا كان أو غير ملجئ (١).

فمن اكره على الاعتراف بمال أو زواج أو طلاق يكون اعترافه باطلا لا يعتد به شرعا لقيام القرينة على عدم صدق الخبر ولأن الاقرار انما يعتبر حجة باعتبار ترجيح جانب الصدق فيه على جانب الكذب ولا يتحقق هذا الترجيح مع الاكراه لأنه يعدم الرضا بالحكم (٢).

فان كانت الأقوال عقودا وتصرفات شرعية كالأجارة والرهن والبيع ونحوها فسوت ولم تبطل عند الحنفية (٣) غير زفر (٤) حيث يرى أنها موقوفة على الاجازة كبيع الفضولى .

(١) أصول الفقه الاسلامى للدكتور بدران أبى النعينين ص (٣٣١ - ٣٣٢)، نشر مؤسسة شباب الجامعة، بالاسكندرية .

(٢) المرجع السابق .

(٣) البدائع للكاسانى ٤٥٠٣/٩ - ٤٥٠٤

(٤) المرجع السابق .

وعند الشافعية : هي باطلة أصلاً (١).

وعلى ذلك - وكما قلنا - فإن هذه العقود فاسدة (٢) عند الحنفية

وليست باطلة سواء كان الاكراه ملجئاً أو غير ملجئ.

فمن باع أو أجر أو رهن مكرها فسدت تصرفاته فلا يملك المشتري بيع

ما اشتراه إلا إذا قبضه و جستم في ذلك :

أن الاكراه لا يعدم الاختيار وإنما يعدم الرضا (٣) والرضا شرط من

شروط الصحة وليس ركنها ولا شرطاً من شروط الانعقاد فيلزم ذلك فساد العقد

لا بطلانه.

(٤)

أقوال لا تقبل الفسخ : وهذه لاتتأثر بالاكراه فمن أكره على طلاق

زوجته أو عتق عبده يقع طلاقه ويعتق العبد سواء كان الاكراه ملجئاً أو غير

ملجئ.

(ب)

د/ بدران أبو العينين في أصول الفقه ص ٣٣٢

(١)

(٢)

اتفق الفقهاء على أن العقد إذا استكمل أركانه وشروطه كان عقداً صحيحاً وترتب عليه آثاره الشرعية كاستحقاق الأجير المسمى له في العقد وجوب تنفيذ ما تعاقد عليه من عمل كما أنهم اتفقوا على أن العقد إذا اختلف منه ركن من أركانه كان باطلاً ولم يستتبع آثاره الشرعية ثم اختلفوا بعد ذلك فيما لو تخلف شرط من شروطه : فذهب الجمهور من الأئمة إلى أنه يكون باطلاً أو فاسداً وكلاهما بمعنى واحد فلا تترتب على مثل ذلك العقد آثاره. وأما عند الحنفية فيسمونه بالعقد الفاسد ويرتبون عليه أحكاماً خاصة في حال تنفيذه بمقتضى هذا التنفيذ لا بمقتضى العقد فيقولون في عقد البيع الفاسد أن المشتري إذا قبض المبيع باذن بائعه صراحة أو دلالة فإنه يملكه بالقيمة في ذوات القيم وبالمثل في الهبات وإنما تعدل عن الثمن المسمى في العقد إلى المثل أو القيمة لفساد التسمية بفساد العقد : كشف الاسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى للشيخ عبد العزيز أحمد البخاري ٢٨٢/١ - ٢٨٣ وبدائع الصنائع للكاساني ٢٢٧/٥ وأصول الفقه للدكتور بدران أبي العينين ص ٢٩٧ وما بعدها نشر مؤسسة شباب الجامعة - الاسكندرية.

أصول الفقه ، د/ بدران ، ص ، ٣٣٢

(٣)

المرجع السابق.

(٤)

فإذا قارن الإكراه إتلاف مالى ضمنه المكره بكسر الراء فيضمن قيمة العبد عند عتقه بالإكراه .

وهذا لأن الشارع اعتبر في هذه التصرفات ألفاظها فمتى قصدتها قسام اللفظ مقام ارادة المعنى فيترتب عليها أثرها الشرعى .

وإن لم يقصد القائل معنى ما قال فهو مثل الهازل (١) فى أنه تعتبر منه هذه التصرفات وتصح إذا صدرت منه مع انعدام القصد وعدم الرضا بمسا يترتب عليها من أحكام وآثار .

أما إذا كان الإكراه على فعل من الأفعال :

كالإكراه على قتل نفس بغير حق وشرب خمر أو إتلاف مال للغير .

فهذه إن كان الإكراه بغير ملجئ تكون تبعاتها على المكره . بفتح الراء . وهو الفاعل لأنه ما كان يحل له الاقدام على فعلها مادام الإكراه غير ملجئ (٢) .

الفرق بين الرضا والاختيار عند الحنفية :

تقدم أن الحنفية قالوا : إن الإكراه لايعدم الاختيار وإنما يعدم الرضا فهل هناك من فارق بينهما ؟ الجواب عن ذلك فيما يأتى :

(١) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة) أخرجه أبو داود فى الطلاق - باب فى الطلاق على الهزل ٦٤٣/٢ - ٦٤٤ . والبيهقى فى سننه فى الخلع والطلاق - باب صريح الفاظ الطلاق ٣٤١/٧ . وكذا الترمذى فى الطلاق فى - باب ما جاء فى الجد والهزل برقم ١١٨٤ ، ج ٢ ، ص ٣٢٨ ، وقال عنه : هذا حديث حسن غريب . وكذا سعيد بن منصور فى سننه فى الطلاق باب الطلاق لا رجوع فيه ٤١٥/١ ، وابن ماجة فى الطلاق : باب من طلق أو نكح أو راجع لأعيا ٦٥٧/١ - ٦٥٨ ، والدارقطنى فى الطلاق والخلع والايلاء ١٨/٤ - ١٩ .

(٢) د/ بدران فى أصول الفقه ص ٣٣٢ .

إن الراضى يقصد الى القول أو الفعل مع رغبة فيه وارتياح اليه
لأنه يشبع حاجة فى نفسه .

أما المختار فيقصد الى القول أو الفعل مع رغبة وارتياح أو
بسواهما .

فعلى هذا جميع الأفعال الصادرة عن الانسان لابد فيها من اختيار الا
أنه قد يكون هذا الاختيار صحيحا اذا كان مبعثه الرغبة .

وقد يكون فاسدا اذا كان ترجيحاً لأهون الشرين ثم لا يلزم من وجود
الفعل من الانسان أن يكون راضيا به مرتاحاً إليه لأن الذى يجبر على أحد
أمرين كلاهما شر ثم يقدم على فعل اقلهما ضرراً بعد مختاراً ولكنه غير راض
وعلى هذا يكون كل راض مختاراً ولا عكس (١) .

ويرى الشافعية (٢) : أن الاختيار والرضا متلا زمان فلا اختيار من
غير رضا ولا رضا من غير اختيار فمن فعل فعلاً هازلاً أو مخطئاً أو مكرها فالرضا
غير متحقق منه وكذا الاختيار عندهم .

والخلاصة مما تقدم :

أن الانسان اذا أكره على إنشاء عقد من العقود ونطق بصيغة هذا
العقد دفعا لما هدد به من أذى وهو غير راغب فى العقد وغير راض عنه .
فالجماهير من الفقهاء على أن عقده لا ينعقد (٣) وقد استدلوا على
ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما
استكرهوا عليه) (٤) .

(١) د/ بدران ص ٣٣٠

(٢) المرجع السابق

(٣) المرجع السابق

(٤) نيل الأوطار للشوكاني ٢٣٥/٦ وما بعدها .

أما الحنفية فعبارة المكره بفتح الراء - عندهم تصلح لانشاء العقود كلها اعتمادا على عبارته الظاهرة، لأنه حينما نطق بالعبرة كان له القصد والاختيار فى التلفظ بها فيحاسب عليها، وكل ما فى الأمر أنه غير راض بالأثر المترتب على العقد وهذا لا يمنع من صحة العقد وترتب الآثار الشرعية عليه وذلك بالنسبة للعقود الخمسة وهى الزواج والطلاق والرجعة والعتق واليمين لأنها قد ورد النص بها على سبيل الاستثناء فوجب الاحتياط فيها ومن أجل ذلك قالوا: ان عقد المكره ينعقد مع الاكراه ويترتب عليه الحكم الشرعى بالنسبة لها (١).

أما بالنسبة لغيرها من العقود الأخرى فمع القول بانعقاد العقد فيها لكنهم قالوا: انها لا يترتب عليها أثرها الشرعى لأن العقد موقوف على اجازة العاقدين بعد زوال الاكراه والعقد الموقوف لا يترتب عليه أثره. وقد قاس الحنفية كما تقدم عقد المكره فى الأمور الخمسة على عقد الهازل وقد بينا أن عقد الهازل ينعقد صحيحا ويترتب عليه أثره الشرعى فيها فكذلك عقد المكره (٢).

والقياس لا يصح (٣) هنا لأنه يتعارض مع النص وقول النبى صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) يدلنا على عدم اعتبار عبارة المخطئ والناس والمكره فى جميع الحالات فالتفرقة بين هذه الأمور الخمسة وغيرها لا أساس لها فيكون القياس فاسدا.

-
- (١) د/ محمود محمد الطنطاوى فى : المدخل الى الفقه الاسلامى ص ٢٩٧، نشر مكتبة وهبة بالقاهرة
- (٢) د/ طنطاوى فى المدخل ، ص ٢٩٧
- (٣) المرجع السابق .

ولو سلم لهم جدلا أن الحديث لا يدل على عدم اعتبار عبارة المكره
فهناك فرق بين الهازل والمكره :

فالهازل حينما نطق بعبارته كان له قصد واختيار صحيح فاستحق
التغليظ واعتبرت عبارته صحيح وليس كذلك المكره فالأول يناسبه التغليظ
والثاني يناسبه التخفيف ولذلك أخذ قانون الأحوال الشخصية في جمهورية
مصر العربية رقم ٢٥ ، الصادر في سنة ١٩٢٩م برأى جمهور الفقهاء ونص فيه
في المادة الأولى منه على أنه : (لا يقع طلاق المكره والسكران) وعبارة
المخطيء والناسي ان كانت هناك قرينة تدل على الخطأ والنسيان ففى
نطقها لا يترتب عليها عقد من العقود لأن كلا منهما حينما نطق بعبارته لم
يكن عنده القصد والرغبة فيها فلا تصح ولا يترتب عليها حكم شرعى لانعدام
القصد والرضا وهذا رأى جمهور الفقهاء . والله اعلم بالصواب .

الفصل الثالث

الضرورة وأثرها في الضمان

وفيه سبعة مباحث :

المبحث الأول : ماهية الضرورة

- (١) الضرورة في اللغة كلمة: تدل على المبالغة في الضرر ومعناها بلوغ من قامت به أقصى غايات الضرر ولذا قال علماء اللغة ان الضرورة اسم للاضطراب الذي هو إلقاء بالقوة والقهر (١).
- (٢) الضرورة في الاصطلاح : عرف الفقهاء الضرورة بتعريفات مختلفة أثنائها فيما يلي :

- أ - عرف الجصاص (الحنفى) الضرورة بأنها هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأضياء (٢)
- ب - وعرفها ابن قدامة في المعنى بقوله الضرورة - للمبيحة هي التي يخاف منها التلف ان ترك الأكل (٣).
- أقول : أى بلوغ الانسان حدًا ان لم يتناول معه الممنوع لهلك .
- ج - وعند فقهاء المالكية : الضرورة هي " الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا " (٤).
- د - وفي رأى الأستاذ مصطفى الزرقا أن الضرورة حالة أشد من الحاجة وقد عرف الضرورة بقوله . الضرورة ما يترتب على عصيانها خطر كما في الإكراه الملجئ وخشية الهلاك جوعا (٥)

(١) لسان العرب ٤٨٣/١٩ - ٤٨٤ ، المصباح المنير ٤٢٥/١

(٢) أحكام القرآن للجصاص : ج ، ١٢٦/١

(٣) المعنى ٥٨٨/٨

(٤) الشرح الكبير ١١٥/٢ .

(٥) المدخل الفقهي العام ١١٥/١ .

هـ - وعرضها الأستاذ على حيدر في شرحه لمجلة الأحكام العدلية بقوله: "الضرورة هي الحالة الملجئة يتناول الممنوع شرعا" (١) ومن كل ما تقدم من تعريفات نستطيع أن نعرف الضرورة "بأنها الحالة التي يخشى منها على النفس أو المال".

(٢) الضرورة في القانون : أما القوانين الوضعية فهي تنص على حالة الضرورة في موادها المختلفة كما جاء في معجم القانون لجان برك من أن الضرورة : هي نوع من الجبر بحيث أن شخصا يجبر على عمل هو لا يريد وتبرا ذمته من جميع ما يترتب على ذلك الفعل الاجباري (٢).

وقال الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى : الضرورة هي حالة يجد الانسان نفسه معها في ظروف تهدد بخطر لا سبيل الى تلافيه الا بارتكاب جريمة... (٣) وعند الأستاذ محمود محمود مصطفى: أن الضرورة هي أن يجد الانسان نفسه أو غيره مهددا بضرر جسيم على وشك الوقوع فلا يرى سبيلا للخلاص منه إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة (٤).

أما قانون العقوبات الباكستاني فقد نص على حالة الضرورة على الوجه الآتي:

لا يعتبر الحاق الضرر بالغير جريمة وان كان لحماية النفس أو المال أو لدفع الضرر المتوقع عنهما بشرط أن يكون هذا الاضرار خاليا من القصد الجنائي أو كان صادرا بحسن نية، وأن يكون الضرر المطلوب دفعه وشيكا أو قريب الحدوث " (٥).

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ٣٤/١

(٢) معجم القانون لجان برك ٢٢٨

(٣) الأحكام العامة في قانون العقوبات للسعيد مصطفى، ص ٤٤٥

(٤) شرح قانون العقوبات القسم العام محمود محمود مصطفى، ص ٢٢٦

(٥) قانون العقوبات الباكستاني مادة ٨

وعلى سبيل المقارنة فإن الضرورة في كل من الشريعة والقانون لا تخرج عن كونها عبارة عن حالة يجد الإنسان معها نفسه مهدداً بخطر محقق بالنفس والمال، ومن ثم يكون مضطراً للدفاع عنهما في مثل هذه الأحوال، حتى أنه لو الحق الضرر بالغير يكون غير مستول بشرط خلوه عن القصد الجنائي في الحاق هذه الضرر بالغير أو هي عبارة عن حالة تمل بالإنسان إلى أنه إن لم يتناول الممنوع لهلك إلا أنه يلاحظ أن التعريفات الفقهية في معظمها تتناولها من حيث الاضطرار لتناول المحرم.

بينما يعرفها أهل القانون بتعريف هو أشبه بحالة الدفاع عن النفس هذا ما يسره الله لي في هذا المقام وهو سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

المبحث الثانى

الآيات والأحاديث الواردة فى حالة الضرورة

أولا : من كتاب الله :

- أ - قوله تعالى : " انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باع ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم (١) .
- ب - قوله عز وجل : " فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فان الله غفور رحيم (٢) . وقد ذكر الله تعالى فى هاتين الآيتين أساس نظرية الضرورة بحيث ان الانسان اذا وقع فى حالة الاضطرار فانه يجوز له أكل المحرم شرعا وبشرط عدم التجاوز أو الاعتداء .
- قال ابن العربى فى " احكام القرآن له المضطر هو المكلف بالشىء الملجأ اليه المكروه عليه ولا يتحقق اسم المكروه الا لمن قدر على الشىء ومن خلق الله فيه فعلا لم يكن عليه قدرة كالمرتعش والمحموم لا يسمى مضطرا ولا ملجأ وأشارنا الى أنه قد يكون عند علمائنا المضطر وقد يكون المضطر المحتاج ولكن الملجأ مضطر حقيقة . والمحتاج مضطر مجازا . (٣) .
- وقد نص فى الآية الثانية صراحة على ضرورة المخمصة وهى الجوع الشديد بينما يفهم من الآية الأولى و غيرها مما يأتى فى معناها اباحة لمحرمات كلها عند وجود ضرورة و غير ذلك .

-
- ١ - سورة البقرة : ١٧٣
 - ٢ - سورة المائدة : ٣
 - ٣ - انظر احكام القرآن : لابی بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى : ج ، ١ / ص ٥٥ ، نشر دار المعرفة بيروت .

قوله تعالى: " وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم إليه (١) .

وفى هذا يقول الجصاص : " فقد ذكر الله تعالى الضرورة فى هذه الآيات وأطلق الاباحة فى بعضها لوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة وهو قوله تعالى: " وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم إليه "، فاقضى ذلك وجود الاباحة فى كل حال وجدت الضرورة فيها (٢) .

ويقول الامام ابن كثير فى قوله تعالى : " ولا تقتلوا أنفسكم " (٣) .
أى بارتكاب محارم الله وتعاطى معاصية وأكل أموالكم بينكم بالباطل .

وقال الامام أحمد (بسنده) " عن عمرو بن العاص ، أنه قال : لما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم عام ذات السلاسل قال احتلمت فى ليلة باردة شديدة البرد فأشفقت ان اغتسلت أن أهلك فتييمت ثم صليت بأصحابى صلاة الصبح قال: فلما قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم " قال لى: " يا عمرو صليت بأصحابك وأنت جنب " قال: قلت يارسول الله أئنى احتلمت فى ليلة باردة شديدة البرد فأشفقت ان اغتسلت أن أهلك فذكرت قول الله عز وجل: " ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيمًا " فتييمت ثم صليت ، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقل شيئاً (٤) .

ثانياً : من السنة : وهى من وجوه :

أولاً : رواه أبو داود فى سننه عن جابر بن سمرة أن رجلاً نزل الحرة ومعه أهله وولده فقال رجل ان ناقة لى ضلت فان وجدتها فأمسكها فوجدوها فلم يجد صاحبها فحرض فقالت امرأته انحرها فأبى فنفتت فقالت اسلخها حتى نقدد شحمها ولحمها وناكله فقال حتى اسال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتاه فسأله فقال: " هل عندك غنى يغنيك ؟ قال لا .

- | | | | |
|-----|----------------|-------|---------------------------------|
| (١) | سورة الانعام | ١١٩ | (٢) احكام القرآن للجصاص ١/١٢٦ . |
| (٣) | سورة النساء | ٢٩ | |
| (٤) | تفسير ابن كثير | ١/٤٨٠ | |

قال: فكلوه " قال: فجاء صاحبها فأخبره الخبر فقال: هلا كنت نحررتها، قال
اشحييت منك (١).

قال ابن تيمية : وهو دليل على امساك الميتة للمفطر.

وقال الشوكاني : قد دلت أحاديث الباب على أنه يجوز للمفطر
أن يتناول من الميتة ما يكفيه واقتصر بعضهم على مقدار يسد الرمق (٢).

ثانيا : عن ابي واقد الليثي قال: قلت يا رسول الله أنا
بأرض تصيبنا مخمصة فما يحل لنا من الميتة؟ فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم اذا لم تطبخوا فلم تغتبقوا ولم تحتفؤوا بها بقللا
فشانكم بها (٣).

ومعنى هذا الحديث اذا لم تجدوا البنية تأخذونها معكم أو شرايبا
تغتبقونه، ولم تجدوا بعد ذلك بقللة تأكلوها (٤) حلت لكم الميتة (٥).

ثالثا : ما رواه ابن ماجه بسنده عن ابي بشر جعفر ابن
اياس قال سمعت عباد بن شرحبيل - رجلا من بني عذير - قال - أماينا
عام مخمصة فأتيت المدينة . فأتيت حائطا من حيطانها فأخذت سنبلًا ففركت به
والحائط وأكلته وجعلته في كسائي: فجاء صاحب / فضربني وأخذ ثوبي، فأتيت رسول الله
صلى الله عليه وسلم وأخبرته فقال للرجل ما أطعمته اذا كان جائعا أو
سافيا، ولا علمته اذا كان جاهلا" فأمره النبي صلى الله عليه وسلم فرد اليه
ثوبه وأمر له بوسق طعام أو نصف وسق (٦).

(١) رواه ابو داود ٣٥٨/٣ (٢) نيل الأوطار ١٥١/٨

(٣) رواه أحمد ٢١٨/٥

(٤) نظرية الضرورة الشرعية لوحة الزحيلي ص ٥٩ - ٦٠

(٥) ومعنى تطبخوا: تتناولوا الصبوح وهو شرب اللبن أو الأكل آخر النهار
وتغتبقوا: تأكلوا الغبوق وهو شرب اللبن أو الأكل آخر النهار عشاء
وتحتفؤوا بقللا: أى نوعا من التمر وهو مشتق من الحفاء أى البردى
بضم الباء نوع جيد من التمر: انظر هامش ص ٥٩ - ١٠ من نظرية
الضمان للزحيلي .

(٦) سنن ابن ماجه : رقم الحديث : ٢٢٩٨

المبحث الثالث

فى

الفروق الجوهرية بين الضرورة وكل من :
الدفاع الشرعى والاكره والحاجبة

وأتناول بيان هذه الفروق على الوجه الآتى

(١) الفرق بين الضرورة والدفاع الشرعى :

المراد من دفع المائل فى اصطلاح الفقهاء (رد اعتداء غير مشروع
حمية للنفس أو العرض أو المال وتتفق الضرورة مع دفع المائل فى أن كلا
منهما يقوم على معنى واحد هو الإلجاء إلى الفعل فكما أن المضطر ملجأ
إلى تناول طعام أو شراب محرم لانقاذ نفسه من الموت وإن المعتدى عليه
ملجأ كذلك إلى ارتكاب فعل محرم ليدفع عن نفسه عدوان المعتدى .

ويختلف دفع المائل عن الضرورة فى الأمور الآتية :

(١) أن تقدير الخطر فى حال الضرورة أمر ماضى محض وفى حال
الدفاع مفوض إلى ظن المدافع .

(٢) أن حالة الدفاع يقصد منها دفع ضرر انسان أو حيوان، أما
فى حالة الضرورة فالمقصود دفع ضرر طرف خارجى كحريق أو غرض أو
عامل داخلى كجوع وعطش ونحو ذلك .

(٣) أن الضرورة الملجئة لاتعفى من الضمان (أى المسؤولية
المدنية ولكنها تعفى من العقاب (أى المسؤولية الجنائية) بخلاف
الدفاع الشرعى (١) .

(١) نظرية الضرورة الشرعية ص ١٥٣ .

(٤) في حالة دفع المائل يرجع وجود الخطر إلى انسان ظالم بخلاف الخطر في حالة الضرورة فانه راجع لظروف طبيعية لا يملكها الانسان .

موقف القوانين الوضعية

ان القانون الوضعي يتفق مع الشريعة فيما أقرته من الفروق السابق الإشارة اليها ويتضح هذا من نص القانون الانجليزي (تارت) الذي نص على الفروق الآتية بين الدفاع الشرعي والضرورة وهي :

(١) أن الدفاع الشرعي يتوقع وقوع الجريمة مسبقا بخلاف الضرورة (١)

(٢) الضرورة يحس فيها المضطر بأن الجريمة قد وقعت عليه ولا مفر منها (٢).

(٣) الضرورة هي التي تقع على المدعي بحيث يكون محصورا في الخطر الذي لم يحدثه هو وانما نشأ عن فعل غيره مثال ذلك : أن يبني رجل جدارا ليسد فيضان الماء عن أرضه وتتضرر بذلك أراضي الآخرين .

(٢) الفرق بين الضرورة والإكراه :

الضرورة والإكراه كلاهما يقومان على معنى واحد هو الاجاء الى الفعل فالمضطر يجد نفسه في حالة خطر لا يمكن دفعه الا بارتكاب فعل معين بأن يكون في حالة جوع أو عطش أو مرض شديد وتتوقف نجاته على تناول شراب أو طعام محرّم وكذلك المكروه يجد نفسه مضطرا ارتكاب فعل بقوة لا يملكها فيتحرك كما يأمره المكروه خوفا من وقوع الخطر المهدد به فكل من المضطر

1.Law of Torts by Dias P.377

2.Law of Torts by Street P.73-74

3.Law of Torts by Winfield P.724,Street P.74,Baker P.57

أو المكره ملجأ إلى ارتكاب الفعل .

ويختلف كل منهما عن الآخر في مصدر الخطر

فهو في الضرورة ظروف طبيعية لا يملكها الإنسان مثل المرض أو الغرق أو

الحريق والجوع والعطش إذا خيف منها الموت أو هلاك بعض الأعضاء .

أما الإكراه فمصدر الخطر فيه هو التدخل المباشر من الإنسان الذي

يكره غيره على ارتكاب الفعل المحرم بواسطة قوة مادية أو بتهديد بالقتل

أو الضرر إذا لم ينفذ أمره .

(٣) الفرق بين الضرورة والحاجة :

لقد فرق الفقهاء بين الضرورة والحاجة من عدة أوجه وهي:

أولاً : حالة الضرورة تختلف عن الحاجة فالضرورة أشد وقوعاً على المضطر لأنه يخاف على نفسه الموت فهي مبنية على فعل مالا بد منه أما الحاجة فهي حالة يجد الإنسان نفسه - في جهد ومشقة على الاتيان بفعل معين مثل حالة المرض الشديد غير المهلك فهذا لا يبيح له تناول المحرم ولكن إذا تناول الدواء انتهت حاجته فهي مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع الإنسان تركه (١)

ثانياً : أن الأحكام التي تثبت بالضرورة هي أحكام استثنائية وتكون فيها الإباحة مؤقتة لشيء حرام نصت عليه الشريعة أما الأحكام المبنية على الحاجة فهي في الغالب لا تخالف نصاً صريحاً وإنما أكثر ما ورد على خلاف القياس من الأحكام الشرعية فهو مبنى على الحاجة فهي تخالف القواعد العامة ولا تخالف النصوص الثابتة وبذلك يكون الحكم الثابت بها غالباً له صفة الدوام

(١) نظرية الضرورة الشرعية ، ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ .

والاستقرار ونستطيع أن نمثل للأحكام الحاجية بما ورد في الحديث بأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الشمر المعلق فقال ما أصاب منه ذو حاجة غير متخذه خبنة (١) فلا شيء عليه وما أخرج منه شيئاً فعليه غرامة مثلية والعقوبة ومن خرج بشيء منه بعد أن يؤويه الجارين فبلسغ ثمن المجن فعليه القطع أخرجه :

(١) خبنة : بضم الخاء المعجمة و سكون الموحدة فنون وهو معطف الازاء و طرف الثوب
سبل السلام : ج ، ٤ / ١٣٠٤ . نشر المكتبة عاطف بالقاهرة : و نيل الأوطار
٣٠٢/٣٠٠

المبحث الرابع

فى شروط الضرورة

يذكر الفقهاء عدة شروط يجب توافرها لتحقيق الضرورة وهى :

الشرط الأول : أن تكون الضرورة (جسيمة ملجئة)

وهذا الشرط لابد منه لأن كلمة الضرورة لا يمكن أن تتحقق بدونه لأن الشخص لا يكون مضطراً إلا إذا كان قد وقع فى ظروف مهددة بهلاك أو تلف كبير .

ويذكر الفقهاء أن المراد بالقول بقيام الضرورة أو عدم قيامها ما هو موجود فى ذهن المضطر وهذا ما يقصدونه بقولهم بالظن الراجح فالظن الراجح هو الاعتقاد المبنى على أسباب معقولة كما قال بعض الحنفية فى الاكراه بأنه " يجب أن يغلب على ظنه أن يقع ذلك به لو لم يفعل لأن غلبة الظن معتبرة إن تعذرت الأدلة (١) .

وهذا الشرط يقتضى أن الانسان اذا وقع فى هذه الحالة كالجوع والعطش الشديدين يجوز له أكل الميتة ولحم الخنزير ومال الغير ونحو ذلك بغير رضا صاحبه .

وكما قال فقهاء الشافعية " ومن خاف على نفسه موتاً أو مرضاً مخوفاً ووجد محرماً لزمه أكله ولا يشترط فيما بخاف منه تحقق وقوعه بل يكفى فى ذلك الظن ولا يشترط فيه التيقن ولا الاشراف على الموت (٢) .

(١) البحر الرائق ٨٠/٨

(٢) مغنى المحتاج : ٣٠٦/٤

موقف القوانين الوضعية

تتفق القوانين الوضعية الحديثة مع الشريعة في هذا المبدأ حيث تشترط هذه القوانين في خطر الضرورة أن يكون جسيماً. (١)

ويمثلون لما في معنى الخطر الجسيم بخطر الموت أو حصول عاهة مستديمة أو الإصابة بحروح بالغة (٢)

وقد ذكر أهل القانون عند كلامهم عن هذا الشرط أمثلة يمتنع معها قيام المسؤولية حالة الضرورة بيانها فيما يأتي :

(١) من يسرق ليدفع حالة الجوع عن نفسه بشرط ألا تكون هذه الحالة قد نشأت بسبب تعطله باختياره .

(٢) من يتلف جداراً في سبيل دخول منزل لإنقاذ حياة إنسان محاصر بالنيران .

(٣) من يلق ببضائع من سفينة لتخفيف حمولتها لإنقاذ ركابها من الغرق (٣)

وتنص المادة ٤٣ من قانون العقوبات العراقي أنه (لاعتقاب على من ارتكب جريمة ألبته الى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لارادته دخل في حلول هذا الخطر ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى (٤) .

(١) محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٣٢٥ ،

المسؤولية الجنائية لقلبي ص ٤٣٨ .

(٢) شرح الأحكام في قانون العقوبات ص ٥١٠ ، ٥١١ ، محمود ابراهيم اسماعيل .

(٣) جرائم القذف والسب العلني وشرب الخمر لعبد الخالق النوري ، ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

(٤) القوانين لغالب الداودي ص ١٩٨ ، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي لأكرم نشأت ابراهيم ص ٩٤ ، قانون العقوبات البغدادي كامل السرائي ص ٥٤ ، السرائي قانون العقوبات القسم العام لمحمود مصطفى ص ٤١٣ ، المسؤولية الجنائية لقلبي ص ٤١٦ ، ٤١٧ ، موجز أصول الالتزامات لسليمان مرقس ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

الشرط الشانئ

أن تكون الضرورة قائمة

وأما الشرط الشانئ الذى يجب توافره لتحقيق الضرورة فهو أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة فان لم يكن الخطر حالا فلا تقوم الضرورة هناك .

ولذلك اشترط الفقهاء فى الإكراه المعنوى المبرر لارتكاب المخالفة أن يكون التهديد بأمر حال يوشك أن يقع عند عدم الاستجابة (١).

وبناء على ذلك فان الخطر المستقبل لا يبيح محرما ولا يسرفع لانه قد يحصل وقد لا يحصل وعلى المؤمن أن يأخذ بالأسباب ويترك المستقبل لله عز وجل، ومقتضى هذا الشرط أنه اذا لم يوجد خوف لا يباح للإنسان مخالفة الحكم الأسمى فليس للمضطر أن يأكل الميتة أو لحم الخنزير أو طعام الغير عند عدم الحاجة الشديدة هذا فى الشريعة .

أما الكلام من الشرط الشانئ فى نظر القانونين : فيلاحظ أن القانونين ينفق مع الشريعة فى هذا الشرط حيث يشترط فى القانون لقيام تحقق الضرورة أن يكون الخطر المؤدى الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة حالا أى على وشك الوقوع (٢) على ما هو واضح فى القانونين : المصرى والعراقى .

أما القانون الانجليزى (تارت) فيتفق ايضا مع الشريعة فقد نص على أنه لكى تثبت الضرورة بحيث يدافع عنها يجب أن يكون هناك خطر حقيقى أو ما يثبت خطرا حقيقيا فى رأى شخص موثوق (٣) .

(١) الدر المختار ١٠٩/٥

(٢) النظرية العامة للالتزام الجزء الأول لأنور سلطان ص ٤٥٩ ، مصادر

الالتزام لأحمد حشمت ص ٤١٧ ، المسئولية الجنائية لقللى ص ٤١٧

شرح قانون العقوبات القسم العام لمحمود محمود مصطفى ص ٤١٧

3. Law of Torts by Winfield P.723, B.M.Gandhi P.147, Heppler and Matthews P.378

الشرط الثالث :

أن تكون الضرورة مقدرة بمعنى (أن يكون الفعل متناسباً مع الخطر)
فالفعل اللازم لدفع الخطر يجب أن يكون متناسباً مع هذا الخطر أي لا يتجاوز
المضطر القدر الذي يحول بينه وبين الموت .

روى عن الامام مالك رحمه الله تعالى في هذا الشأن أنه سئل عن
الرجل يضطر الى الميتة يأكل منها وهو يجد ثمر القوم أو زرعاً أو غنماً
بمكانه ذلك . قال مالك أن ظن أن أهل ذلك الثمر أو الزرع أو الغنم يصدقونه
بضرورته (حتى لا يعد سارقاً فتقطع يده) رآيت أنه يأكل من أي من ذلك ما
يرد جوعه ولا يحمل منه شيئاً وذلك أحب اليّ من أن يأكل الميتة وإن هو خشى
أن لا يصدقونه وأن يعد سارقاً بما أصاب من ذلك فإن أكل الميتة خير له عندي^(١)
ويترتب على هذا أنه إذا كانت هناك وسيلة أخرى لدفع الخطر غير
الجريمة شعين الالتجاء إليها .

موقف القوانين الوضعية :

ان القوانين الوضعية توافق الشريعة في هذا المبدأ فتشترط أن لا
تكون هناك وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر على ما في القانونين المصري
والعراقي^(٢) . بمعنى أن الفاعل لا يكون في حالة ضرورة إذا كان في إمكانه
تفادي الضرر بغير الالتجاء الى جريمة أو بالالتجاء الى جريمة أخف^(٣) .

-
- (١) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٤٤/٢ .
 - (٢) الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي ص ٩٥ ، المسؤولية الجنائية لقلبي ص ٤١٩ .
 - (٣) شرح قانون العقوبات القسم العام محمود محمود مصطفى ص ٤١٩ .

ويقرر القانون الانجليزي (تارت) هذا المبدأ ايضاً حيث نص على

أنه يقبل قول المدعى اذا أثبت بأنه ما أقدم على هذا الفعل الا لدفع

الضرر الواقع عليه كما جاء في قضية : Nield V London North Western Railway

فقد قام المدعى عليه برفع مستوى أرضه تجنباً من الفيضان ونتيجة

لذلك تضررت أراضي المدعى بالفيضان - وقد حكمت المحكمة بأن المدعى عليه

بريء عن التهمة لأنه قد فعل فعلاً مناسباً وضرورياً في هذه الظروف (١)

وفي قضية أخرى : Hambley V Sheley

حكمت المحكمة بأن عمل الشرطي كان مناسباً عندما أوقف سيارته امام

مختطت السيارة لكي لا يهرب (٢)

ولكن في قضية : Whalley V Lancher Railway Co.

حكمت المحكمة بأنه لايجوز للمدعى عليه أن يغير مجرى مياه

الفيضانات التي كانت موجودة في أرضه إلى أرض المدعى بواسطة طرق

صناعية لأن هذا العمل ليس من صميم الضرورة (٣)

1. Law of Torts by Dias, P.377, B.M.Gandhi P.148, Winfield P.323,324, Baker 57, Street P.74

2. Law of Torts by Winfield P.724, Street P.74, Baker P.57

3. Law of Torts by Clerk and Lindsell P.103, M.N.Shukla P.90, Street P.74

المبحث الخامس

فى

الاضطرار الى تناول طعام الغير

اختلفت كلمة الفقهاء فى هذا على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية . وقد قالوا : ان المفطر يجوز له أخذ الشيء بغير إذن صاحبه وأنه يجب عليه ضمان ما تناول من طعام الغير . فعند الحنفية هذا الكلام مطرد على قواعدهم ومتفق مع مذهبهم من ان المفطر لا يجب عليه أكل مال الغير مع ضمانه بل هو مباح فقط ولسم يقولوا بالوجوب لمراعاة حق المالك . (١)

أما الشافعية والحنابلة وبعض المالكية فقد قالوا بالوجوب مع ضمان مال الغير .

ودليل الشافعية القاعدة الفقهية التى تقول :

(الضرر لا يزال بالضرر) (٢) .

"ب"

وقال ابن رجب من الحنابلة : أن المفطر قد فعل ذلك لأحياء نفسه و ذلك مما يوجب الضمان بناء على قواعد المذهب الحنبلى لرغى أذاه

(١) حاشية ابن عابدين ٢٩٥/٥ ، ٢٩٦ ، فتح القدير ٢٨٨/٤

(٢) مغنى المحتاج ٣٠٩/٤

(٣) و لقواعد لابن رجب الحنبلى ص ٣٦ نشر دار المعرفة - بيروت .

وعلى القرافي من المالكية وجوب الضمان بقوله .

(لأن إذن المالك لم يوجد وإنما وجد إذن صاحب الشرع، وهو لا يوجب سقوط الضمان وإنما ينضى الاثم والعقاب) (١).

الرأى الثانى :

وهو لاكتشـر المالكية (٢) وقد قالوا: إنه لا يجب على المضطر ضمان مال الغير الذى تناوله لأنه ما تناوله إلا ليحفظ نفسه من الهلاك والتلف وهذا العمل كان واجبا على المالك وكان يجب عليه أن يعطى فضل ماله أو طعامه للمضطر اليه (والواجب لا يؤخذ له عوض) (٣).

الرأى الثالث :

وهو للظاهرية وبعض المالكية أيضا وهو على التفصيل الآتى:

أما أن يجد المضطر حال اضطراره قيمة ما تناوله .

وأما ألا تكون لديه قيمة ما تناوله . فإن وجدت معه تلك القيمة وجب عليه ضمان ما أخذ وإن لم توجد معه فلا شيء عليه مطلقا .

وفى هذا المعنى يقوم الامام ابن جزم الظاهرى : (فإن كان المكروه على أكل مال مسلم له مال حاضر فعليه قيمة ما أكل لأن هذا هو حكم المضطر، وإن لم يكن له مال حاضر فلا شيء عليه فيما أكل) (٤).

-
- | | |
|-----|---|
| (١) | الفروق للقرافى ١٩٥/١ |
| (٢) | حاشية الدسوقى على شرح الكبير ١١٦/٢، (شرح الزرقانى ٣٠/٣) |
| (٣) | الفروق للقرافى ١٩٥/١ |
| (٤) | المحلى ٣٣٠/٨ . |

بيان الراجيح

وبعد بيان آراء الفقهاء رحمهم الله تعالى على النحو السالف بيانه وبعد بيان أدلة كل فريق فان ما يترجح لدى من هذه الآراء هو ما قال به أصحاب الرأي الثالث الذاهب الى التفصيل بين حالتى وجود القيمة مع المضطر أو عدم وجودها وذلك لرجاهة هذا القول ومن ثم اخترته فى الترجيح لكونه أقرب الى المعقول . والله اعلم بالصواب .

موقف القوانيين :

الشرية

يوافق القانون/من حيث تحميل المسؤولية لمن أتلّف مال غيره أو تناول شيئاً من طعام غيره بدون إذن صاحبه فقد نصت المادة ١٦٨ من القانون المدنى المصرى والمادة ١٦٩ من القانون المدنى السورى على ما يأتى :

(من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره لا يكون ملزماً الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً) (١)

وجاء فى المادة ٢١٣ من القانون العراقى الجديد :

(١) يختار أهون الشرين فاذا تعارضت مفسدتان روى اعظمهما ضرراً ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف ، ولكن الاضرار لا يبطل حق الغير أن يطالاً كلياً .

(٢) فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيراً على الضرر الذى سببه لا يكون ملزماً الا بالتعويض الذى تراه المحكمة مناسباً (٢) .

(١) الالتزامات الجزء الثانى لكامل مرسى ص ١٥٠ ، موجز أصول الالتزامات

لسليمان مرقس ص ٣٨٠ ، النظرية العامة للالتزام الجزء الأول لسلطان

ص ٤٩٤ ، مصادر الالتزام لأحمد حشمت ص ٤١٦ .

(٢) الالتزامات الجزء الثانى لكامل مرسى ص ١٥١ .

وجاء فى القانون الانجليزى :

...For avoidance of greater evil, the necessity of doing an otherwise tortious act may be a good defence even where damage was done intentionally, if it can be proved to have been done to avoid a greater evil.(1).

إذا ثبت أن هذا الأمر قد ارتكب للتجنب من مصيبة أكبر فانه يكون قابلا للضمان
وترفع عنه المسؤولية ولو حصل الضرر متعمداً .

المبحث السادس

الاضطرار الى اتلاف مال الغير

ذكر الفقهاء تطبيقاً لهذه المسألة وذلك في حالة ركاب سفينة أهدق بهم الخطر من كل جانب واضطرروا الى القاء متاع السفينة كلاً أو بعضاً لانقاذ انفسهم أو لانقاذ السفينة نفسها وقد اختلفت كلمتهم في حكم طرح هذه الأموال و ذلك على خمسة مذاهب .

(١) مذهب الأحناف: وهم يرون^{أن} ركاب السفينة إذا خافوا الفرق فانهسهم يلقون بعض الأمتعة طلباً للنجاة فإن اتفقوا على ذلك فالغرم على عسدد الروؤس لأن إلقاءها لحفظ الأنفس، وإذا لم يتفقوا على الإلقاء لم يكن كذلك بل الغرم على الملقى وحده (١).

(٢) مذهب المالكية : وقد عبر عنهم القرافي بقوله : إذا طرح بعض الحمل للحصول شارك أهل المتزوج ومن لم يطرح — لهم شيء في متاعهم وكان ما طرح وسلم بجميعهم في نماءه ونفصه بشمنه يوم يوم الشراء وأنه ليس على صاحب المركب ولا على الملاح ولا على من لا متاع له ضمان لأن هذه كلها وسائل المقود من ركوب البحر إنما هو مال التجارة (٢).

(٣) مذهب الشافعية : يقول الامام عز الدين بن عبد السلام : اذا اغتلبم البحر بحيث علم ركبان السفينة أنهم لا يخلصون الا بتفريق شطر الركبان لتخفف لهم السفينة فلا يجوز القاء أحد منهم في البحر ولو في السفينة مال أو حيوان محترم يجب القاء المال ثم الحيوان المحترم لأن المفسدة في فوات الأموال

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٢٦٣/٥ ، ٢٦٤

(٢) الفروق ٩ / ٤ ، ١٠

والحيوانات المحترمة أضعف من المفسدة في فوات أرواح الناس (١).

(٤) مذهب الحنابلة : إذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع فخير غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفف لم يرجع على أحسد سواء ألقاه محتسبا بالرجوع أو متبرعا لأنه أ تلف مال نفسه باختيلره من غير ضمان.

فان قال بعضهم له ألقى متاعك فألقاه فكذلك وإن قال ألقى وعليّ ضمانه فألقاه فعلى القائل ضمانه (٢).

(٣)
(٥) مذهب الظاهرية : يقول ابن حزم فإن هاج البحر وخاف العطش فليخف الأثقل فالأثقل ولا ضمان فيه على أهل المركب لأنهم مأمورون بتخليص أنفسهم قال الله تعالى : (ولا تقتلوا أنفسكم) وقال الله تعالى : (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) .

وأما من رمى الأخف وهو قادر على رمى الأثقل فهو ضامن لما رمى من ذلك ولا يضمن معه غيره لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام (٤) .

بيان الراجح

وما قاله الحنفية من أن الضمان يكون على عدد الرؤوس أولى بالقبول ، وأقرب لروح العدالة ، إذ تنوزع الخسارة على الجميع ولا يكلف بئرا الملقى وحيدة ، لأن الإلقاء لهذه الأمتعة كان لنجاة الأنفس فكل نفس استفادت من ذلك تتحمل نصيبها من قيمة هذه الأمتعة . والله أعلم بالصواب .

١- قواعد الأحكام للعزيرين عبدالسلام : ٩١/١

٢- المغنى : ٥١٥/٤

٣- المحلى لابن حزم : ٣٠٠/٨

٤- صحيح البخاري : كتاب الحج باب ١٢٩ ، صحيح مسلم : ١٨٨/٢ ، سنن أبي داود : كتاب النزع

باب ١٠/٧ ، سنن الترمذي : كتاب الحج ، باب ١/١ ، سنن ابن ماجه : الحزمة ١٨٥/١

سنن الدارمي : كتاب المناسك ٢٦٧/٢ .

موقف القانون :

يوافق القانون الشريعة في هذا المعنى فالقانون الانجليزي (تارت)
تكلم عن هذا الموضوع تفصيلا تحت نظرية الضرورة وأهم الصور في هذه النقطة
أبينها فيمايلي:

(١) رمى متاع المسافرين الانقاذ أرواح المسافرين في السفينة في قضية (١)
Adwarth V Stewarth (١)

(٢) استعمال قوة أو حبس أحدهم لأجل استتباب الامن وتأكيد سلطة القانون
على ما هو واضح في قضية Hood V Cunard (٢)

(٣) وفي قضية : R V Dudley

فقد حكمت المحكمة بعدم تناسب الفعل مع جريمة القتل وذلك في الفعل
الذي أقدم عليه المدعى عليه عندما قتل صاحبه لانقاذ نفسه حينما غرق—
السفينة ونجا هذان الشخصان فقتل المدعى عليه/ الثاني ليأكل لحمه وينقذ
نفسه من الموت (٣).

(٤) وكما قال لورد بيكن Lord Bacon لو أن شخصا ركب على

خشبة في البحر وحاول شخص آخر أن يركب عليها ونتيجة لذلك غرق الأول فهذا
جائر ولكن لا يجوز قتل شخص برئ لينقذ نفسه قطعاً (٤)

(٥) في قضية : Gegson V Gilbert

عندما ألقى مائة و خمسون عبدا أفريقيا في البحر بسبب قلة الماء
وحكمت المحكمة ضد الملقى حيث لم يقدم المدعى عليه شهودا لأثبت الضرورة
لفعله الذي أقدم عليه (٥).

1. Law of Torts by B.M. Gandhi P.148, Street P.75, Winfield: انظر P.723
2. Law of Torts by A.M. Chaudhry P.17, Ratan Lal P.32, M.N.Shukla P.89
3. Law of Torts by Street P.75
4. Brooms Legal Maxims P.9, Winfield P.725
5. Road Traffic Regulations Act 1967, Section 79 of England.

(٦) وجاء في قانون سير السيارات لعام ١٩٦٧م ، مادة ٧٩

يستثنى سيارات الشرطة والإسعاف والاطفاء من السرعة المحددة
ولكن لا ترفع المسؤولية المدنية عن السائق (١)

بمعنى أن المسؤولية الجنائية ترفع ولكن لا ترفع المسؤولية
المدنية على ما هو واضح في هذه الصورة .

المبحث السابع

فى

حكم انتقاد المفطـر

إن الشريعة الإسلامية توجب التدخل فى حالة وقوع الخطر، بالغير وهذا التدخل إنما هو لاغثة من وقعت به تلك الحالة حتى يمكن انتقاده من الهلاك وإذا قلنا أنه واجب فمعنى ذلك أن من لم يفعل ذلك فهو آثم شرعاً فمن يمتنع عن انتقاد غيره من الهلاك يرتكب أمراً حرمه الله تعالى ويعاقب بلا شك فى الآخرة ولكن هل عليه مسئولية فى هذه الدنيا ويعاقب عقوبة دنيوية اختلف الفقهاء فى هذه المسألة مع اتفاقهم على أن الامتناع عن انتقاد المضطر جريمة ولكن ما نوع هذه الجريمة؟ لأن منهم من يرى أن هذا الامتناع جريمة من جرائم القصاص والدية ومنهم من يرى أنه جريمة من الجرائم التعزيرية ونستطيع أن نرد آراء الفقهاء الى المذاهب الثلاثة الآتية :

المذهب الأول : للجمهور ومنهم :

المالكية والظاهرية وهو مذهب عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

وخلاصة هذا المذهب أن الإمتناع عن انتقاد الغير اذا أدى إلى حدوث

نتيجة ضارة فانه يعتبر جريمة حسب النتيجة التى حدثت يعنى أنه لو أدى

الامتناع إلى قتل النفس كانت الجريمة قتلاً وإذا أدى الى قطع أو جرح كانت

الجريمة كذلك وعلى ذلك يمكن القول بأن هذا المذهب يقدر أن الامتناع عن

الإنقاذ يعتبر جريمة من جرائم القصاص والدية اذا أحدث الامتناع نتيجة

ضارة فهذا هو مذهب الجمهور غير أنهم اختلفوا فيما بينهم بين التـرك

والامتناع فمنهم من يرى أن الامتناع المجرد هو جريمة فى ذاته سواء طلب

المضطر أو لم يطلب . ومنهم من اشترط الطلب من المضطر .

وقال فقهاء المالكية :

كذلك لو أن رجلا رأى سبعا يتناول نفس إنسان ولم ينقذه منه حتى هلك ضمن ديته وكذلك من أجيف ولم يستطع الحصول على خيط وأبره لخياطة جرحه إلا من عند رجل فمنعه حتى مات فإنه يضمن ديته (١).

وقالت الظاهرية فيمن مات عطشا : أن الذين لم يسقوه إن كانوا يعلمون أنه لا ماء له البتة إلا عندهم ولا يمكنه ادراكه أصلا حتى يموت فهم قتلوه عمدا وعليهم القود لمنعهم الماء عنه حتى يموت كثروا أو قلوا ولا يدخل في ذلك من لم يعلم بأمره ولا من لم يمكنه أن يسقيه (٢).

المذهب الثاني : للحنابلة والامامية

وهو يتفق في الجملة مع مذهب المالكية والظاهرية من أن الممتنع عن انقاذ المضطر يكون مسئولا جنائيا إلا أنه يشترط عند الحنابلة والامامية أن يطلب المضطر انقاذه أو استخلاصه فإن لم يطلب ذلك فلا مسئولية على أحد.

وقال صاحب المغنى من الحنابلة : " وإن اضطر إلى طعام أو شراب الغير فطلبه منه فمنعه أياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك فضمنه المطلوب منه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بذلك ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به ممن هو في يده وله أخذه قهرا فإذا منعه إياه تسبب إلى إهلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك (٣).

-
- | | | |
|-----|--------------|---|
| (١) | مواهب الجليل | ٢٢٤/٣ - ٢٢٥ |
| (٢) | المحلى | ٥٢٨/١٠ - ٥٢٩ |
| (٣) | المغنى | ٥٨٠/٩ - ٥٨١، وانظر في فقه الامامية : مفتاح الكرامة للعاملين ٤٤٦/٥ . |

المذهب الثالث : للحنفية والشافعية ويرون أن اغاثة المضطر واجبة ومن امتنع عنها فهو آثم عند الله ولكنهم يرون أنه لو ترتب على ذلك هلاك المضطر أو الحاق ضرر شديد به فإن الممتنع لا يضمن وبصفة خاصة في حالة موت المضطر فلا يعتبر الممتنع عن انقاذه قاتلا وليس عليه عقوبة القتل لا عمدا ولا خطأ.

وتوضح ذلك : أن الحنفية لا يعتبرون الجريمة بالترك كالجريمة بالفعل بحيث تكون لها عقوبتها فمن رأى شخصا يفرق وهو يستطيع انقاذه فلم ينفذه فلا يعد تركه جريمة قتل يعاقب فيه بعقوبة القتل عمدا أو خطأ فكما يقول الكاساني: ولو طين على أحد بيت حتى مات جوعا أو عطشا لا يضمن عند أبي حنيفة وعندهما يضمن الدية وجه قولهما:

أن الطين تسبب في اهلاكه لأنه لابقاء للآدمي إلا بالأكل والشرب (١). ومع ذلك فإنه ينبغى التأكيد على أن فقهاء المذهب الحنفى يعتبرون الامتناع عن انقاذ المضطر في هذه الحالة اشما وعصيانا ومخالفا لأوامر النبي صلى الله عليه وسلم ومن أجل ذلك فالامتناع يعتبر هنا من الجرائم التعزيرية (٢). أما الشافعية فهم يقولون ان الجريمة بالترك عقوبتها كعقوبة الجريمة بالفعل فمذهب الشافعية (٣) في ذلك كمذهب المالكية ومذهب الحنابلة.

بيان رأى الراجح

فإذا ثبت أن الإمتناع كان سببا في حدوث نتيجة ضارة فإن الممتنع يكون مسئولا عن هذا الامتناع فيعاقب بعقوبة الجريمة العمدية في حالة العمد وبالعقوبة الخطأ في حالة انتفاء القصد الجنائي.

(١) بدائع الصنائع

(٢) بدائع الصنائع ١٨٩/٦، وراجع أيضا حاشية ابن عابدين ٤٤١/٦ .

(٣) مغنى المحتاج ٣٠٨/٤ ، ٣٠٩ .

موقف القوانين :

الأصل فى القانون أن الجريمة تقع بارتكاب فعل Commission ولا تقع بالامتناع أو الترك Omission

وكذلك الأصل فى القانون أن العقاب لا يكون على الامتناع إلا اذا نص القانون عليه صراحة بما يدل على أنه يأمر باتيان فعل معين (١). مثلاً اذا رأى شخص رجلاً جريحاً فى حادث ملقى على جانب الطريق فى حالة خطيرة وفى حاجة الى إسعاف فورى ولم يكلف هذا الشخص نفسه بالذهاب الى أقرب هاتف ليبلغ عنه ولطلب الاسعاف ليخبر المسؤولين عنها بحالة هذا الجريح... فإذا مات هذا الجريح نتيجة لعدم هذا الاتصال فهذا الشخص فى القانون ليس بمسئول عن موته لعدم ابلاغ المستشفى عنه (٢) ولكن من الممكن أن يكون مسئولا عن جريمة غير عمدية على أساس أن الامتناع قد يعتبر احدى صور الإهمال أو عدم الاحتياط (٣). مثلاً اذا كان المدعى راكباً فى سيارة يسوقها المدعى عليه فإذا أصيب المدعى بجراحة نتيجة لأن المدعى عليه لم يستطع أن يوقف سيارته بسبب عطل مفاجئ فى الكوابح (الفرامل) وفى هذه الحالة يكون المدعى عليه مسئولا عن الحادث بسبب التساهل وعدم الاحتياط (٤).

ويذكر القانون أهم التطبيقات لهذه المسألة ومنها على سبيل المثال

مايلي :

Johnson V Rea Ltd فى قضية

فإن المدعى عليه قد ألقى Soda Ash على ممر ثم طلب على الفور من المدعى أن يمر من هذا المكان فمر هذا الأخير وحدث له بعض الضرر وقد قضت المحكمة بأن المدعى عليه مسئول عن هذا الحادث بسبب الإهمال لأنه بفعله هذا

1. Law of Torts by Clerk and Lindsell, P.42, Street 99, Winfield-80
2. Law of Torts by Street P.99

(٣) مبادئ القانون الجنائى لعلى أحمد راشد ص ٢٠٤ - ٢٠٥

4. Law of Torts by Street P.100, Winfield P.81

قد جعل طريق العامة غير آمن^(١). فإذا كان ذلك كذلك فإن المدعى عليه يضمن.

Mersey V South Eastern and Chatham Railway Co.'s
Managing Committee

قضت المحكمة بمسئولية شركة القطار عندما لم تقم بواجبها في اغلاق البوابة عند مرور القطار فأصيب بذلك شخص لأنه كان يرى بان عادة الشركة اغلاق البوابة عند مرور القطار.

مقارنة بين الشريعة والقانون :

من هذا يظهر أن الشريعة الاسلامية جعلت انتقاد المفطر واجبا مفروضا على كل قادر عليه بغض النظر عن أى اعتبار آخر ويعاقب الممتنع بالعقوبة المقررة لتلك الجريمة فإن كان متعمدا عوقب بعقوبة الجريمة العمدية وان كان غير عايد عوقب بعقوبة الخطأ.

أما القانون الوضعي فلم يجعل الامتناع جريمة الا فى حالات محددة جدا، اذ الأساس فيه أنه لا عقاب على الامتناع وهو ما يسمى بالجريمة السلبية. والله اعلم بالصواب .

-
1. Law of Torts by Street P.100
 2. As above

المبحث الثامن

الضرورة وأثرها على المسؤولية

قتل الممتنع عن انقضاء المضطر :

لقد أباح الفقهاء جميعا للمضطر إلى طعام وشراب أن يطلبه من الشخص الذي توجد عنده هذه الأشياء وهي زائدة عن حاجته فإن أعطاه فيها والا فللمضطر أن يقدم الثمن الذي يريده فإن زاد الآخر في ثمن فعلى المضطر أن يقبل الثمن المعسروض وإذا رفض رفضا باتا أن يعطى المضطر شيئا لينقذ حياته من الموت ففي هذه الحالة أباح الفقهاء للمضطر أن يستعمل القوة ليأخذ منه الطعام أو الشراب فإن كابر صاحب الطعام في إمتناعه جاز للمضطر أن يقاتله ولكن إن أضر على امتناعه ووجد المضطر أنه لن يأخذ منه شيئا وإن حياته قد أشرفت على الهلاك وليس هناك سبيل لانقضاء حياته إلا عن طريق القتل جاز له قتله فإن فعل ذلك فلا عقاب عليه لأن صاحب الطعام أو الشراب أصبح معتديا مثل الباغي أو الصائل عند ما منعه الطعام أو الشراب عن المضطر (١) .

أقوال الفقهاء في ذلك :

أنه

مذهب الحنفية : لقد قرر الفقهاء الحنفية / إذا منع صاحب البئر الماء عن المضطر فإنه يجوز له مقاتلة بالسلاح فإن قتل المضطر فهو شهيد وعلى قاتله القصاص فإن قتل المانع قدمه هدر كما قال الكاساني في كتابه :

(١) بدائع الصنائع ١٨٩/٦ .

" وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب إلا إذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم من الدخول في أرضه إذا لم يضطر إليهم لأن الدخول اضرار به من غير ضرورة فله أن يدفع الضرر عن نفسه وإن لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له أما أن تأمن بالدخول وأما أن تعطى بنفسك فإن لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم أن يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قسداً ما يندفع به الهلاك عنهم(١).

ومع هذا يفرق الحنفية بالنسبة للماء المحرز في الأواني ويعطونه حكم الطعام(٢) فيوجبون بذله للمفطر و يبيحون له أن يأخذ من صاحبه ولو باستعمال القوة عند اللزوم ويجوز قتاله ولكن بدون سلاح(٣).

مذهب المالكية : فقد أوجب المالكية على المفطر أن يطلبه أولاً ثم بعد ذلك عليه أن يعرض الثمن إن كان عنده أو في ذمته إذا كان لا يوجد عنده فإن امتنع في كل الحالات فوجب عليه أن ينذره بالقتال وإن استمر على إصراره رغم الإنذار يجوز له أن يقاتله فإن قتل المانع بعد ذلك فمدمر كما جاء في الشرح الكبير:

" وقاتل المفطر - جوازا - رب الطعام إن امتنع من دفعه له - فيقاتله - على أخذه منه بعد أن يعلم ربه - إنه إن لم يعطه قاتله فإن قتل فهدر(٤).

مذهب الشافعية : قال فقهاء الشافعية أنه إذا وجد عند شخص طعام زائد عن حاجته يجب عليه أن يعطيه لمن هو مفطر إليه كما جاء في مغنى المحتاج :

(١) بدائع الصنائع ١٨٩/٦، الهداية مع فتح القدير ١٤٤/٨ - ١٤٥

(٢) بدائع الصنائع ٤٢٦/٦

(٣) بدائع الصنائع ١٨٨/٦

(٤) الشرح الكبير ١٦٦ / ٢ - وحاشية الدسوقي عليه :

" أو وجد طعام حاضر غير مضطر له (لزمه) أى غير المضطر (بذله)
لاطعام مضطر معصوم (مضطر أو ذمى) أو نحوه كمعاهد ولو كان يحتاج إليه فى
ثانى حال على الأصح للضرورة الساجزة ويجب على المضطر أن يستأذن مالكه
الطعام أو وليه فى أخذه فإن امتنع هو أو وليه ،
يعرض للمضطر محترم (فله) أى للمضطر قهره على أخذه " وإن احتاج إليه لمانع
فى المستقبل - وإنما يجوز قتاله على ما يدفع به ضرورة " (١) .

المذهب الحنبلى : صرح فقهاء الحنابلة بجواز قتال الممتنع عن بسذل
الطعام أو الشراب لمن يستغيث به كما قال ابن قدامة فى كتابه :

" وإن لم يكن صاحب الطعام مضطرا اليه لزمه بذله للمضطر لانه
يتعلق به أحياء نفس آدمى معصوم ... فإن احتج فى ذلك الى قتال فلانه
المقاتلة عليه ، فإن قتل المضطر فهو شهيد ، وعلى قاتله ضمانه ، وإن آل أخذه
الى قتل صاحبه فهو هدر ، لأنه ظالم بقتاله فأشبهه الصائل " (٢) .

مذهب الظاهرية : قال الفقهاء فى مذهب الظاهرية أنه يجب على
صاحب الطعام اطعام المضطر فإن لم يفعل يجوز للمضطر أن يقاتله فإن قتل فعلى
قاتله القصاص وإن قتل المانع فهو هدر لأنه يعتبر فئة باغية كما جاء فى
المحلى :

" لأنه فرض على صاحب الطعام اطعام الجائع - وله - أى للمضطر أن
يقاتل عن ذلك فإن قتل فعلى قاتله القود وإن قتل المانع فعليه لعنة الله
لأنه منع حقا وهو فئة باغية ، قال الله تعالى : (فإن بغت ادهما على الأخرى
فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله) (٣) ومانع الحق باغ على
أخيه الذى له الحق ، فهذا قاتل ابوبكر الصديق رضى الله عنه مانع الزكاة (٣) .

(١) معنى المحتاج ٣٠٨/٤ ، ٣٠٩ ، اسنى المطالب ٥٧٢/١

(٢) المعنى لابن قدامة ٨٠/

(٣) سورة الحجرات الآية : ٩ - المحلى : ١٥٩/٦

وخلاصة هذه المذاهب أنها تقرّر بالاجتماع

مقاتلة الممتنع من انقاذ نفس في حالة خطر الا أنهم يشترطون أن يكون الممتنع هو الشخص الوحيد الذي يستطيع الانقاذ وكما يشترطون ايضاً أن يكون القتال هو الوسيلة الوحيدة للموصول على الطعام أو الشراب المطلوب فإن أمكن بأي وسيلة أخرى فلا تجوز المقاتلة عند جميع الفقهاء فإن قاتله كان ضامناً للنفس والمال مادام أنه يمكن اغاشة المضطر بدون قتال .

موقف القانونيون : ان القانون الوضعي قد يختلف في هذا المبدأ مع الشريعة تماماً حيث يقول القانون الانجليزي (تارت) :

" وهذا لا يعطى حقاً لمن دخل بيتاً فارغاً ليستولى عليه بحجة أنه

بدون نزل ويحتاج اليه " (١) LONDON BOROUGH OF SOUTH WARK V WILLIAMS

وفي قفيسة ←

قال لارد دينينج Lord Denning إذا قبلنا حجة هؤلاء المسئولين على بيوت البلدية فلا يبقى بيت أحد سالماً وهكذا تفتح الضرورة باباً لا يمكن لأحد اغلقه لأنه لا يدخل فيها من هو في حاجة شديدة فحسب بل ان الآخرين يجعلون أنفسهم محتاجين الى هذه البيوت بدون حق و يتخيلون ذلك وكل ذلك يدعى بأن ضرورته أشد من ضرورة الآخر وهكذا يتخذ كل واحد دليلاً غير صحيح في كل اعتداء ولذا يجب على المحكمة أن ترفض هذا الدليل المبني على الضرورة للبياع ووالعطاش بدون منزل (٢) .

المطلب الثاني : تترس الكفار بأسرى المسلمين .

لقد بحث الفقهاء في حكم تترس بأسرى المسلمين يعني أنهم جعلوا أسرى المسلمين في المقدمة بحيث /اي هجوم من المسلمين يكون موجهاً أولاً الى أسرى المسلمين أنفسهم وبذلك لا يتضرر العدو إلا بعد قتل هؤلاء الأسراء

WINFIELD 723, GANDHI - 148 HEPPLER AND MATTHEWS - 378
HAPPLER & MATTHEWS - 378

(١)

(٢)

و ما دام ذلك لازماً لتقدم المسلمين فيعمل به حتى
ولو ترتب على ذلك قتل الأسرى إلا أنه يشترط أن يقصد
المسلمون برميهم الكفار فقط يعنى يكون فى بينهم
قتل افراد العدو ، فإن قتل نتيجة لذلك أسرى
المسلمين أو أصيبوا فلادية ، أو تكون الدية فى بيت
المال (١) .

١- شرح فتح القدير : ٢٨٨/٤ والأم : ٦٤/٤

والمغنى لابن قدامة : ٥٠٥/١٠

الدفاع الشرعى و أثره على الضمان

المبحث الأول: مفهوم الدفاع الشرعي و فيه مطلبان:

المبحث الثاني: انواع الدفاع الشرعى و شروط دفع الصائل

روفيه مطلبه _____ ان:

المبحث السابع: الدفاع عن الغير وأثره على الضمان:

الشرع الاول

تعريف الدفاع الشرعى فى اللغة

الدفاع الشرعى مركب اضافى من لفظين هما : " الدفاع " و " الشرعى "

ولأجل ذلك نتكلم عن كل لفظ منهما ثم نتبع ذلك ببيان مفهوم الدفاع الشرعى ككل و ذلك على النحو الآتى:

الدفاع فى اللغة : معناه الازالة بالقوة • يقال : دفعت عنه الأذى

أنزلت عنه الأذى (١) و منه قوله تعالى (ولو لا

دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض) (٢) •

و يستعمل أيضا بمعنى الرد كقولك (دفعت

الوديعة الى صاحبها) أى رددتها اليه (٣)

أما لفظ الشرعى " فمأخوذ من الشرع

والياء نسبة لدلالة الدفاع اليه و هو :

لغة : مأخوذ من شرع كقولك شـرـع

شرعا لقوم أى سنّ لهم شريعة (٤) • ولفظ

الشريعة أو الشرع يراد به ما شرع الله لعباده

من الدين (٥) •

١- لسان العرب لابن منظور : مادة "دفع"

٢- سورة البقرة : الآية : ٢٥١

٣- المصباح المنير : ١٩٧/١

٤- لسان العرب : مادة (شرع)

٥- مختار الصحاح : ص ، ٢٨٦

ومنه قوله تعالى : (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) (١)

وبهذا يمكننا أن نقول:

أن معنى الدفاع الشرعى فى مفهوم أهل اللغة عبارة
عن الوسائل الشرعية لدفع العدوان.

الفرع الثانى

تعريف الدفاع الشرعى اصطلاحا

لم اقف على تعريف للدفاع الشرعى فى كتب الفقهاء
ولكن يمكن أن نفهمه على ضوء ما يفهم من كلامهم
من أنه : (رد الاعتداء بما يناسبه أو دفع القوة بالقوة) .

الفرع الثالث

الدفاع الشرعى عند أهل القانون

بالتامل فى قانون الضمان الانجليزى نجد أنه يحق لكل شخص ان يدافع

عن نفسه وماله وممتلكاته بقوة مناسبة^(١) كما يحق له الدفاع أيضا عن أولئك الذين لهم علاقة به كالزوجين والوالدين والأولاد، والصديق والجار^(٢).

غير أن القانون الجنائي الباكستاني رفع هذا القيد وجعل حق الدفاع مطلقا فجوز لأي شخص أن يدافع عن نفسه وماله ومال غيره في الحدود التي رسمها القانون الجنائي الباكستاني سالف الذكر في المادة (٩٩) منه ضد أي اعتداء على النفس أو المال أو ضد أي شخص آخر^(٣).

المطلب الثاني : مشروعية الدفاع الشرعي

استدل على حق دفع المائل أي الدفاع الشرعي الخاص بالقرآن الكريم والسنة النبوية .

أما القرآن : فقوله عز من قائل : " ممن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (٤).

ووجه الاستدلال واضح من نص الآية وهو أن الله تعالى أباح للشخص دفع الإعتداء عن نفسه وماله وعرضه وكان الدفع بنفس فعل المعتدى وبهذا فإن الشريعة الإسلامية قد اعترفت بحق الدفاع لكل انسان عن ماله وعرضه وكذا عن نفس غيره لمنع العدوان والبغي والفساد على ما هو واضح في قوله تعالى: " ولو لا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض " (٥).

-
1. Law of Torts by Pillai P.342, B.M. Gandhi P.154
 2. Law of Torts by Winfield P.719, Dias P.378, Pillai P.342
 3. Pakistan Penal Code Section 97.

(٤) سورة البقرة الآية : ١٩٤

(٥) سورة البقرة الآية : ٢٥١ .

وأما السنة :

فقد استدل بها لإباحة الدفاع عن النفس أو المال أو العرض وذلك

بأحاديث كثيرة :

منها : ما روى عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
" من قتل دون نفسه فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد ومن قتل دون ماله
فهو شهيد " (١)

ويلزم من ذلك أن له القتل والقتال فإن قتله بالدفع فلا قصاص ولا دية
ولا كفارة عليه .

ومنها : ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه
قال : " لو أن أمراً إطلع عليك بغير إذن فحذفتة بحصاة ففقات عينه
لم يكن عليك جناح " (٢)

-
- (١) البخارى كتاب القصاص ٣٢٨/١ ، النسائى كتاب المحاربة ١٦٦/٢ ، المكتبة
السلفية لاهور .
- (٢) البخارى كتاب الديات ١١/٩ ، النسائى فى الديات ٢٤٨/٢

المبحث الثانى

فى أنواع الدفاع الشرعى وشروط دفع المائل فى كل من الشريعة والقانون
وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أنواع الدفاع الشرعى

المطلب الثانى: فى شروط دفع المائل فى الشريعة والقانون

المطلب الأول : أنواع الدفاع الشرعى يتنوع الدفاع الشرعى

الى نوعين :

أ - دفاع شرعى خاص ويسمى اصطلاحا " دفع المائل.

ب - دفاع شرعى عام ويسمى اصطلاحا الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أو
دفع المنكر (١).

وللدفاع الشرعى العام أو دفع المنكر " أدلة من القرآن الكريم
والسنة النبوية المطهرة:

أما القرآن فمن وجهين :

الأول : قوله تعالى : " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على
الاثم والعدوان . (٢)

الثانى : قوله تعالى : " الذين ان مكناهم فى الأرض أقاموا وآتوا
الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولله عاقبة الأمور " (٣)

وأما السنة فمن وجهين أيضا:

(١) التشريع الجنائى للشهيد عبدالقادر عودة ٤٧٣/١ .

(٢) سورة المائدة ٢

(٣) سورة الحج الآية ٤١

الأول : قول النبي صلى الله عليه وسلم : (انصر أخاك ظالما كان أو مظلوما) . (١)

الثانى : قوله عليه الصلاة والسلام : (من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان) (٢) .
وما يتعلق ببحثنا هو النوع الأول من أنواع الدفاع وهو الدفاع الشرعى الخاص ولذلك نقصر كلامنا عليه وفقا لما يأتى بيانه فى الموضوعات المتبقية من البحث .

-
- ١- صحيح البخارى كتاب المظالم باب ٤ مسند أحمد : ٩٩/٣ ، ٢٠١
 - (٢) صحيح مسلم كتاب الإيمان . حديث رقم : ٧٨ مسند أحمد / ١٠٤/٢

المطلب الثاني

فى شروط دفع المائل فى الشريعة والقانون

لدفع المائل شروط يجب توافرها وهذه الشروط هى:

- الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء أو عدوان
الشرط الثانى : أن يكون هذا الاعتداء حالا
الشرط الثالث : أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر.
الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه (١)

وتفصيل الكلام عن ذلك فيما يأتى :

الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء أو عدوان

ان النصوص الشرعية التى سبق ذكرها تبين أن الدفاع الشرعى لا يتحقق الا

الا عند حدوث الاعتداء على المملول عليه .

فإذا لم يوجد أى نوع من أنواعه فلا حاجة للدفاع حينئذ وعلى سبيل

المثال لايجوز للابن أن يدافع ضد الأفعال التى تصدر من والده استعمالاً لحقه ولا

للزوجة أن تدافع ضد زوجها إذا كانت هذه/فى حدود استعمال حق التأديب

وكذلك إستيفاء القصاص .

فلا تكون هذه الأفعال اعتداء فى نظر الشريعة حتى يقال بوجوب الدفاع

الشرعى تجاهها ويظهر من هذا أن كل فعل لا يعتبر اعتداء بل يجب أن يكون الفعل

اعتداء أن يكون غير مشروع وزاد الحنفية على هذا أن لابد أن يكون هذا الفعل

مما يعتبر جريمة معاقباً عليها (٢)

(١) التشريع الجنائى ٤٧٨/١

(٢) الفقه الإسلامى وأدلته ٧٥٣/٥ ، ٧٥٤

وعلى هذا اختلف الفقهاء فى حكم دفع صيال المجنون والصبي والحيوان

فيرى مالك والشافعى وأحمد أن للممصول عليه أن يدفعهم وإذا هلكوا

من دفعه فلا يكون مسئولا من الناحية الجنائية أو المدنية (١).

لكن الحنفية لا يعتبرون أفعال الصبي والمجنون/جريمة وبالطالى لاحق عليه للممصول/فى دفعهم. ولكن له أن يقتلهم بالضرورة والقاعدة أن الضرورة لا تعفى من الضمان وأن عفت من العقاب وفى هذه الحال يكون مسئولا عنهم مدنيا.

أما فى رأى أبى يوسف فيجب الضمان فى الدابة دون الصبي والمجنون

لأن فعلهما جريمة وإنما رفع عنهما العقاب لانعدام الادراك (٢). هذا فى

الشريعة. أما فى قوانين الوضعية :

فيجب على المدعى عليه أن يثبت أن اعتداء غير قانونى على وشك الوقوع

عليه حتى ينقضى المسؤولية عنه نفسه (٣) إذا قاوم هذا

الاعتداء حين وقوعه وقد يتفق قانون الضمان الانجليزى (تورت) مع موقف الشريعة حيث يقول يمكن أن تستعمل القوة لاصلاح الطفل أو الطالب أو المتدرب ولكن ليس للزوج أية سلطة على زوجته أو ولده. (٤) ولا يعطى القانون حق الدفاع عن الاعتداء القانونى بينما يعطى حق الدفاع فى حالة الاعتداء غير القانونى (٥)

حاشية الدسوقي : ٢٣٨/٤

(١) / تبصرة الحكام ٣٥٦/٢، المهذب ٢٢٥/٢، الأم ١٧٢/٦، المغنى ٨ / - ٣٢٩ ٠٣٢٨

(٢) البحر الرائق: ٣٠٢/٨، تبين الحقائق ١١٠/٦، تكملة فتح القدير ٢٣٢/١٠

3. Law of Torts by Winfield P.721

4. Law of Torts by M.N.Shukla P.158

5. Law of Torts by Winfield P.721

ولأجل ذلك لا يجرم القانون جميع الأفعال التي تصدر عن السلطات المسؤولة عن الأمن والحفاظ على سلامة المواطنين ضد الفساد والشفب والفوضى وأى دعوى ضدهم لا أساس لها فى رأى القانون ونسوق فيمايلي بعض الأمثلة التي لايجيز القانون حق الدفاع ضدها:

أ - مقاومة ارتكاب الشغب والفوضى والحبس فى ظل القانون المقاومة ضد الفساد.

ب - مساعدة رجال الأمن .

ج - حبس الذين يتعاطون المخدرات بحيثيسببون الخطر لأنفسهم ولغيرهم (١)

وكذلك جميع الاجراءات التي يمارسها رجال الحكومة بنية حسنة خلال وظائفهم اليومية (٢).

أما إذا مارس رجل الشرطة هذه الاجراءات بغير نية حسنة فلا تطبق هذه المادة ويمكن استعمال حق الدفاع الشرعى ضد هذه الأفعال فإذا حبس شرطى شخصاً بتهمة الاخلال بالأمن ففى هذه الحال يجب أن تتوافر لدى الشرطى أدلة على حدوث طوارئ ولا يمكن تجنب هذه الطوارئ الا بحبس هذا الشخص فإذا لم توجد هذه الأدلة ثبتت عدم وجود نية حسنة لدى هذا الشرطى (٣). ومن ثم يكون مسئولاً عن أفعاله بالضمان .

الشرط الثانى : أن يكون الاعتداء حالاً .

يجب لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون الاعتداء حالاً أى وشيك الوقوع ، فليس بلالزم لقيام حالة الدفاع أن يكون الاعتداء قد بدأ بل يكفى أن يكون على قرب الحدوث على ما تقدم بيانه .

1. Law of Torts by M.N. Shukla P.163
2. Pakistan Penal Code Section 99
3. PLD 1954, Lahore 119

وقد أشار إلى هذا البجيرمى من علماء الشافعية حيث قال:

" فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصيله حقيقة " ٢٠١هـ (١). وقال

الاستاذ عبدالرحيم فى كتابه :

" إن القانون لا يعطى مهلة لمرتكب الجريمة حتى يعتدى على الشخص فى

ماله أو نفسه . وإنما يعطى الحماية لمن يخاف على نفسه وماله أن يدفع عن نفسه وماله مع مراعاة لبعض الشروط " (٢).

ولذا أقرت الشريعة قيام حق الدفاع الشرعى إذا كان الخطر وشيكاً

ليكون الدفع وسيلة لمنع وقوع الضرر.

فالإعتداء على صورة من ثلاث . أما أن يكون قد تم وقوعه فعلاً :

أو بعيد الوقوع

أو بين الأمرين وحق الدفاع الشرعى لا يكون إلا فى الصورة الأخيرة فقط.

ومن ثم كانت مدة الدفاع الشرعى محددة فهى تبدأ من قرب حلول الخطر وتنتهى بزوال الخطر (٣).

فإذا كان الاعتداء قد تم وانتهى فلا محل لقيام الدفاع الشرعى فإذا

سرق اللص وهرب وقتل الجانى المعتدى عليه وارتكب الزانى جريمة الزنا وولى (٤) شرع فإن هذه الجرائم تمت ولا يجوز الآن حق الدفاع لأن الدفاع الشرعى إنما/المنع الإعتداء فقط وليس للقصاص والانتقام، بل يرفع الأمر للقضاء ليقول كلمته فى ذلك.

وما تقدم كان فى الشريعة

أما القوانين الوضعية فالثابت فيها أنه يجب على المدعى عليه أن

-
- (١) حاشية البجيرمى ٢٢٧/٤ نقلاً عن الكتاب
 - (٢) ٣٥٢ - ٣٥١، سر عبدالرحيم - /إسلامك لا آف تارت لياقت على خان ص ٣٥٠
 - (٣) الاقتناع ٢٨٩/٤، المغنى ١٦٣/٩، الأم ٣١/٦ .
 - (٤) الزيلعى/تبين الحقائق ١١٠/٦، الأم ٣١/٦، المغنى ١٦٣/٩ .

ان يثبت أن الاعتداء كان حقيقيا وليس خياليا ولا وهميا^(١). ومع ذلك لا يسمح القانون بالانتظار حتى يتم الاعتداء على النفس أو المال بل يسمح للشخص بالدفاع عن نفسه اذا وجد أن خطرا سوف يداهمه قريبا يوضح ذلك ما جاء في قضية (Dale V Wood) حيث طلب المدعى الضمان ضد المدعى عليه لأنه ضربه وجرحه وعامله معاملة سيئة فرد المدعى عليه قائلا بأن المدعى جاءه راكبا فرسه حاملا عصاه فوقه ليضربه فدافع المدعى عليه عن نفسه فحكم القضاء بأن المدعى عليه كان على حق ومن ثم فلا يستحق المدعى أي ضمان^(٢). وقانون الضمان الانجليزي الذي اشرنا اليه فيما تقدم يجرى العمل به في كل من باكستان والهند. وبموجب المادة (١٠٢) من القانون الجنائي الباكستاني يحق الدفاع الشرعي عن النفس اذا وجد أي خطر أو تهديد ضد النفس مع أن الاعتداء لم يقع بالفعل^(٣). وفي قضية "حافظ علي" في الهند توجه المدعى عليه مسلحاً الى مزارعه نظرا الى الخطر المتوقع فوجد أن الفريق المخالف كان مسلحاً أيضاً وتقدم اليه فاطلق الرصاص دفاعاً عن نفسه فحكمت المحكمة أن ما قام به المدعى عليه كان دفاعاً عن نفسه لأنه قد وجد حق الدفاع/حين ظهر الفريق المخالف مسلحاً مهاجماً^(٤).

وكذلك الحكم في القانون الباكستاني يجرى على النحو السالف بيانه^(٥)

وأما الدفاع عن المال فيجوز الى حد القتل ولا ينتظر فيه أن يدخل السارق الى داخل البيت فلو هجم المالك من داخل البيت على السارق ليمنعه من الدخول في البيت، فهذا جائز لأنه دفاع عن ماله^(٦).

-
1. Law of Torts by B.M. Gandhi, P.156
 2. Law of Torts by Winfield P.720, Clerk & Lindsell P.294, Street P.70
 3. Pakistan Penal Code Section 102, PLD 1959, Peshawar P.1
 4. Hafiz Ali (1907)10. OCI 196
 5. Pakistan Penal Code Section 103.
 6. Ali Mea V KE.AIR, 1926 Cal.1012

وبناء على هذه القاعدة فقد حدث فى قضية أخرى عندما أراد بعض اللصوص الدخول فى البيت لغرض السرقة فاطلق صاحب البيت الرصاص على هؤلاء اللصوص عندما سمع أصواتهم فجرح أحدهم جرحا شديدا، فحكمت المحكمة ببراءة المدعى عليه وكتب القاضى فى ملاحظاته بأنه لايجوز الانتظار حتى يدخل السارق البيت ويقوم بالهجوم^(١). وهكذا تقول محكمة النقض المصرية لايلزم فى القانون لقيام حالة الدفاع الشرعى

أن يكون الاعتداء قد وقع فعلا على النفس أو المال بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه أن يقع هذا الاعتداء^(٢).

الشرط الثالث : ألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر:

عرفنا مما تقدم أن حق الدفاع الشرعى مشروع فى الشريعة الإسلامية، يباح استعماله ولكنه ليس مطلقا بل مقيد بشرط هو : " عدم إمكان دفع الاعتداء بوسيلة أخرى فإذا كان يمكن للمضول عليه أن يهتمى بالناس أو برجال السلطة العمومية عند حدوث الاعتداء فليس له أن يستعمل حقه فى الدفاع أما لو تجاوز المعتدى عليه ذلك فجر المعتدى أو قتله فهو معتد ولذا يكون مسئولا عن اعتدائه^(٣) .

يدل على اعتبار هذا الشرط ما أخرجه مسلم من حديث أبى هريرة مرفوعا بلفظ :

(أ رأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالى؟ قال: فلا تعطه قال: أ رأيت إن قاتلنى ؟ قال: قاتله قال أ رأيت أن قتلنى؟ قال: فأنت شهيد قال: أ رأيت إن قتلته؟ قال: فهو فى النار)^(٤)

١- 1. Ghulam V Emperor, AIR 1929 All 2,30 Cr.Lj 502 مصطفى
٢- مجموعة احكام النقض ص ٩١١، نقلا عن قانون العقوبات للدكتور محمود محمد
م ٦ - ٢٨، حاشية ابن عايد ٢٨٧/٥، وما بعدها. ص:
٣ (٤) ، وسبل السلام ج ٢٣٥/٢
ص ١٢٢٥، نشر مكتبة عاطف بالأزهر بالقاهرة .

و يبين ذلك ما ذهب اليه الفقهاء من التفرقة بين الصيال فى مصر ليلا والصال فى مصر نهارا فاذا قتل المصول عليه سائلا فى مصر نهارا كان مسئولا

لان وقت النهار كان من الممكن فيه دفع شر الصائل بالاستغاثة بالناس او برجال الامن (١).

هذا فى الشريعة واما موقف القوانين الوضعية من الشرط المتقدم فانها تتفق مع الشريعة حيث تقرر انه اذا كانت الظروف لا تسمح بالدفاع الشرعى ويمكن الالتجاء الى وسيلة اخرى فلا يجوز استعمال القوة . يوضح ذلك ما جاء فى قضية تخاصم فريقين حول ملكية شئ لم يستطع المدعى عليه ان يثبت حقه للملكية فى ذلك الوقت فتجادل الفريقان حتى استعملوا القوة فيما بينهم فحكمت المحكمة انه لا يوجد حق الدفاع الشرعى لانه من الممكن تجنب هذه المصادمات فى هذه الحالات (٢) وكان من الواجب عليهم فى هذه القضية ان يتجهوا الى السلطة للفصل بينهم وبخاصة وانه كان يوجد لديهم الوقت الكافى لذلك (٣).

وقررت المادة (٩٩) من القانون الجنائى الباكستانى انه لا يقوم حق الدفاع فى الحالات التى يمكن فيها الاستغاثة بالحكام لدرء الاعتداء (٤). وتشترط القوانين الاخرى الا يكون بالامكان وقف هذا الاعتداء فى الوقت المناسب بالالتجاء الى رجال الحكومة او الى أى طريقة اخرى غير استعمال القوة والافليس لهذا الحق وجود (٥).

وعلى هذا تنص المادة (٢٤٧) من القانون المصرى انه " ليس لهذا الحق وجود حتى كان من الممكن اللجوء فى الوقت المناسب الى رجال السلطة العمومية (٦) وكذلك فى القانون الهندى فى قضية (Mangta V Emperor) ان شخصا قد اخذ زوجته بالقوة من بيت اهلها وعند ذلك اخذ ابوها واخوها سلاخا خوفا من الخطر

(١) بدائع الصنائع ٩٣/٧، وتبيين الحقائق ١١٠/٦ .

2. Farman Khan V Emperor 27, Cr. LJ 1322
3. Right of Private Defence by K.B. Abbas P. 26
4. Pakistan Penal Code Section 99 by Qadri P. 94

(٥) قانون العقوبات ١٩٣ القوانين ٢٠٠ للداودي

(٦) شرح قانون العقوبات ص ١٩٤، لدكتور محمود محمود مصطفى

المتوقع ثم ذهب الى الزوج وتجادلا مع اخيه وقتلاه فحكمت المحكمة ان هذا لا يعتبر دفاعا شرعيا لا نهم قاموا بالهجوم اولا ولم يكن هناك اى خطرس (١) بالنسبة للزوجة لانها كانت عند زوجها وكان لديهم وقت كاف للالتجاء الى السلطة. الشرط الرابع : ان يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه او بمعنى آخر لزوم التناسب بين الاعتداء والدفاع . فاذا كانت الشريعة اجازت دفع الاعتداء فان العدالة تقتضى القيام بتنفيذ هذا الحق.

واذا مارس الانسان حق الدفاع الشرعى فليس له ان يتعدى القدر اللازم لتحقيق الحكمة منه اى يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء فلا بد فى الدفاع ان يكون متناسبا مع الاعتداء فان زاد فهو اعتداء لدفاع وعلى هذا فالمصول عليه مقيد دائما بان يدفع الاعتداء بايسر ما يندفع به وليس له ان يدفعه بالكثير إذا كان من الممكن ان يندفع بالقليل . ولهذا نجد ان جمهور الفقهاء مبنون الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية قد اتفقوا على وجوب الاقتصار على اسهل ما يمكن من القوة لدرء الخطر (٢).

وللمدافع ان يدفع عن نفسه بالوسيلة التى يراها لازمة لرد الاعتداء وقد اشار الكاسانى الى هذا المعنى بقوله :

" ان من قصد قتل الإنسان لا يينهد ردمه بمجرد هذا الحق ولكن ينظر ان كان المشهود عليه (اى المصول عليه) يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح القتل لأنه من ضرورات الدفع فان شهر عليه سيفه يباح له ان يقتله لأنه لا يقدر على الدفع الا بالقتل ألا ترى أنه لو استغاث بالناس يقتله قبل أن يلحقه الغوث فكان القتل من ضرورات الدفع فإذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه (٣).

1. 38 Cr.LJ 628

(٢) مغنى المحتاج ١٩٦/٤، المغنى ١٦٤/٩، الاقناع ٢٨٩/٤ الدسوقى وحاشية على الشرح الكبير ٣٥٧/٤، المحلى ٣٤٤/٨ .

(٣) بدائع الصنائع ٩٣/٧ .

أما عن التناسب بين الاعتداء والدفاع في القانون :

فيجوز للإنسان أن يستعمل القوة التي يراها مناسبة لحفظ نفسه وماله (١) ولا تتجاوز القوة المستعملة للخطر الموجود (٢) فلا تكون أكثر من الهجوم الوارد عليه لدفع هذا الخطر ويجب أن تكون هذه القوة مناسبة لدفع الخطر الموجود (٣). ولذا تستعمل القوة البسيطة للخطر البسيط ولا تستعمل لها الأسلحة القوية إلا في حالة تجاوز هذا الخطر إلى ما هو أشد من ذلك (٤).

ولكن ماهي القوة المناسبة لدفع الخطر، هذا هو السؤال الأساسي الذي ينبغي على الحقائق في كل قضية (٥).

كما يقول ستريت : ومن المفيد أن يعلم أنه هل كان من الممكن للمدعي أن يحفظ نفسه من هذا الخطر، وهل دافع عن نفسه بالقوة المناسبة المطلوبة في ذلك الوقت أو أن المدعي عليه قد تجاوز حدود الانتقام فاستمر في استعمال القوة حتى بعد مرور الخطر (٦).

وفي قضية (Cook V Beal)

أن رجلا هجم على شخص آخر ليخرجه من بيته الذي دخل فيه بدون حق وكان الغاصب غير مسلح ولكن صاحب البيت هجم عليه بالفأس وجرحه جرحا بالغا في جسمه فحكمت المحكمة بأنه قد تجاوز حدوده في الدفاع الشرعي (٧).

وفي قضية أخرى : (Mooris V Nugent)

-
1. Law of Torts by Pillai, p.242-243
 2. Law of Torts by Ratan Lal, p.40
 3. Law of Torts by Dias p.378
 4. Law of Torts by Clerk & Lindsell, p.394, Pillai 242.
 5. Law of Torts by Clerk & Lindsell 394, Pillai 242.
 6. Law of Torts by Street P.70
 7. Law of Torts by B.M. Gandhi p.158, Ratan Lal 40, M.N. Shukla 90

وقد قتل المدعى عليه كلب المدعى حينما كان يهرب فحكمت المحكمة أن المدعى عليه لم يكن محقافى إطلاق الرصاص على الكلب عنه هروبه و إنما كان له هذا الحق فيما لو هجم عليه (١) .

وكذلك فى قضية (R V Jones)

أن امرأة قد عضت بأسنانها كتف شرطى حاول أن يأخذ بصمات أصابعها بدون اذنها فحكمت المحكمة بأن عملها مناسب للدفاع عن نفسها (٢) .

القانون الهندى والباكستانى :

وكل من القانون الهندى والباكستانى يتساوى مع القانون البريطانى فى هذه المسائل .

فى قضية عنایت الله ضد الدولة .

قد تخاصم المدعى عليه مع جماعة غير مسلحة فهجم عليهم بالسكين فقتل شخصين وجرح ثالثا تدخل فى قضيتهم فحكمت المحكمة أنه لم يكن هناك حاجة لاستعمال هذه القوة الزائدة لأنها ليست مناسبة للدفاع عن نفسه فى هذه الحالة (٣) .

وكذلك فى قضية عبدالخالق ضد الدولة

قد تخاصمت مجموعتان : الأولى كانت مسلحة بالعصى والأخرى بالأسلحة الثقيلة فهاجمت الثانية المجموعة الأولى فأصابيتها بالجراحات الشديدة مع أنها لم تبدأ بالهجوم على الجماعة الثانية، فحكمت المحكمة بأنه لا يوجد حق الدفاع الشرعى فى هذه القضية . (٤)

-
1. Law of Torts by
 2. Law of Torts by Clerk & Lindsell p.294
 3. PLD 1968, Lahore 1368.
 4. 1968, PCRLJ 205.

المبحث الثالث

الدفاع عن النفس وأثره على الضمان

ومن المعلوم أنه إذا صال صائل على نفس الإنسان جاز له أن يدافع عن نفس دل على ذلك الكتاب والسنة على ما سبق بيانه . اختلفت كلمة الفقهاء في هذا الحكم وذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول :

أن الدفاع عن النفس واجب مطلق .

وهذا هو ظاهر مذهب الأحناف والراجح عند المالكية والشافعية والظاهرية (١) .

أدلة الفريق الأول :

وهي من الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة :

أولا : الكتاب

وهو من وجهين :

الأول : قوله تعالى " وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن يفت أحدهما على الأخرى فقاتلوا التي تغي حتى تفسق إلى أمر الله " (٢) .

الثاني : قوله عز وجل : " ولكم في القصاص حياة " (٣) .

(١) مغنى المحتاج ٤/١٩٥، الدر المختار ٥/٤٨١ ، المطى ١١/٩٩ ، ٣١٤ ، مواهب الجليل ٦/٣٢٣ .

(٢) الحجرات : ٩ .

(٣) سورة البقرة آية : ١٧٩ .

و أما السنة فمن وجهين أيضا .
 ما روى
 الأول: / عن ابي هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: من
 شهر سيفه ثم وضعه قدمه هدرا" (١) .

الثانى: قوله صلى الله عليه وسلم " من قتل دون نفسه فهو شهيد " (٢) . وقال
 الجصاص من الحنفية " ولا نعلم خلافا ان رجلا لو شهر سيفه على رجل
 ليقتله بغير حق أن على المسلمين قتله فكذلك جائز للمقصود بالقتل
 قتله و قد قتل على بن طالب الخوارج حين قصدوا قتل الناس و أصحاب
 النبى صلى الله عليه وسلم و معه واقفون عليه (٣) .

الرأى الثانى: الدفاع عن النفس جائز:

و هذا فى مذهب الحنابلة فى الرأى الراجح عندهم و هو الرأى المرجوح
 عند المالكية و أحد رأيسى الشافعية (٤) .
أدلة الفريق الثانى : وحجة هؤلاء حديث الرسول صلى الله عليه وسلم
 فى الفتنة فقال الرسول صلى الله عليه وسلم .

- ١- " اجلس فى بيتك فان خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك (٥)
- ٢- و قال عليه الصلاة والسلام " فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل (٦)
- الرأى الثالث: و هم القائلون بالتفصيل حيث ذهبوا الى ملاحظة حال
 المائل فى حال الصيال ، و زمن الفتنة و تفصيل الكلام عن هاتين الحالتين

عندهم على ما يأتى:

- ١- نصب الراية : ٢٤٧/٤ ، النسائى كتاب التحريم ، باب : ٢٦
- ٢- البخارى كتاب الفصاى : ٣٢٧/١ النسائى كتاب المحاربة : ١٦٦/٢ المكتبة السلفية لا
- ٣- احكام القرآن : ٤٠٢/١
- ٤- المغنى : ٣٥٠ / ١٠ و ما بعدها ، مواهب الجليل : ٣٢٣/٦ الأم : ١٧٧/٦
- ٥- مسند أحمد : ٦٩٣/٣
- ٦- مسند أحمد : ١١٠/٥

أولاً: حالة المائل:

إذا كان المائل مسلحاً لا يجب الدفاع بل يجوز الاستسلام ولا يقاتل أحداً
ودليلهم على ذلك خبر أبي داود كن خير ابنى آدم يعنى هابيل وقابيل
وعنى رواية "فكن عبدالله المقتول (١) •" فانه دال على جواز الاستسلام فى
النفس والمال و اشتهر ذلك عن الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكره أحد وهذا
هو رأى الراجح فى مذهب الشافعية والمرجوع فى مذهب الحنابلة (٢) •
و إذا كان المائل كافراً أو بهيمة يجب الدفاع لأن الاستسلام للكافر
ذل فى الدين والبهيمة تذبح لاستبقاء نفس الانسان وهذا عند الامام الشافعى (٣) •

ثانياً: فى من الفتنة:

وللفقهاء فى هذه الحال رأيان:
أحدهما: وجوب الدفاع فى غير حالة الفتنة أما فى حال الفتنة فلا وهذا
هو رأى الأصح فى مذهب الحنابلة • (٤)
ثانيهما: الدفاع جائز مطلقاً بمعنى انه غير واجب فى كل من زمن
الفتنة وغيره وهو رأى لبعض الشافعية والمالكية (٥)

١-

٢- المغنى : ٣٣٣/٨ و مغنى المحتاج : ١٩٥/٤ •

٣- مغنى المحتاج : ١٩٥/٤ •

٤- مطالب أولى النهى : ١٦٨/٤

٥- المراجع السابقه : للمالكية والشافعية •

الدفاع عن النفس فى القانون:

الدفاع عن النفس فى القانون فهو كما يلى: يلاحظ أن اتجاه القانون
الباكستانى متفق مع رأى الحنابلة اذ هو يعتبر الدفاع جائزا لا واجبا
فتنص المادة (٩٧) من قانون العقوبات الباكستانى على أنه حق لكل شخص
عن يدافع عن نفسه فى الحدود التى نصت عليها المادة (٩٩) و طبقا للمادة
(٩٧) سالفه الذكر فانه يجوز للانسان الدفاع عن نفسه و عن جسم شخص آخر
ضد أى جريمة تضر الجسم الانسانى (١) * و يسمح القانون فى بعض
الظروف بقتل المهاجم تحت نظرية الدفاع و تقول المادة (١٠٠) من القانون
الجنائى الباكستانى : يسمح فى الدفاع عن النفس الى حد قتل المهاجم
أو اضراره أى ضرر اذا كان فى إحدى الحالات الآتية :

- ١- اذا كان ذلك تحت التهديد الذى يؤدى إلى الموت فى حالة عدم دفاع
الممرء عن نفسه *
 - ٢- تحت التهديد الذى يؤدى الى جرح شديد *
 - ٣- تحت التهديد بالحبس الذى يرى فيه الشخص أنه لا يمكن له اللجوء
الى السلطات الحكومية لاطلاق سراحه *
- و فى قضية)

عندما هاجم خمسة اشخاص مسلحون بالعصى دكانا و طلبوا من صاحبه
الاخلاء و ضربه واحد منهم بالعصا على رأسه و أخذ الآخر كرسي من مكانه
و جرح صاحب الدكان و احدا منهم فنتج عنه موته فحكمت المحكمة بانه كان من

1. Pakistan Penal Code Section 97, Mazhar Hussain Nizami, P.72.

حق صاحب الدكان الدفاع عن نفسه و ماله لأنه كان فى خطر شديد من هؤلاء المهاجمين من غير نظر الى أنه رد عليهم قبل هجومهم أو بعد هجومهم (١) • وكذلك فى قضية أخرى)

عندما وجد شخص نفسه بين أشخاص مسلحين من قبيلة شرسة و وجد أنه سوف يجرح جرحا شديدا فى هذه الحالة فدافع عن نفسه و قتل المهاجمين عندما بدأوا يضربونه بالعصى ، فحكمت المحكمة أن له حق الدفاع بموجب هذه المادة (٢) •

و كذلك القوانين الوضعية الأخرى تتفق مع القانون الباكستانى فى هذه المسألة و قد نصت المادة (٢٤٦) من قانون العقوبات المصرى: على أن حق الدفاع الشرعى عن النفس يبيح للشخص أن يدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس • و من ثم كان كل فعل من أمثال هذا الفعل منصوصا عليه فى هذا القانون (٣) •

* * *

1. PLD 1960 Lahore 62.

2. PLD 1963, Karachi 857, PLD 1967, Lahore 1160

أثر الدفاع عن النفس فى الفقه الإسلامى

(١)

اتفق الفقهاء على أن المدافع إذا قتل المائل فلا مسئولية عليه
مدنيا ولا جنائيا فليس عليه قصاص ولا دية لقوله صلى الله عليه وسلم
من شهر سيفه ثم وضعه قدمه هدر (٢) .

وإذا كان المائل طفلا أو مجنونا ففى رأى الجمهور و أبى يوسف
من الحنفية الحكم نفسه (٣) . وقال أبو حنيفة ومحمد وسائر علماء الحنفية
غير أبى يوسف أنه يضمن مدنيا ولا يضمن جنائيا فيلزمه الضمان على
ما الحق بهم من تلف أو ضرر لأن أفعال هؤلاء لا تعتبر جرائم وإنما
جاز دفعهم ضرورة فلا يسقط الضمان (٤) . على ما سبق بيانه .
أما إذا كان المائل حيوانا فالجمهور على أنه لا يضمنه المدافع مدنيا
ولا جنائيا أما عند الحنفية فيضمن المدافع لأن الائلاف فى الدفاع عن
النفس كان لحياتها ولمصلحة المدافع فيضمن كما لو اضطر الى أكل طعام غيره
لأحياء نفسه فانه يضمنه (٥) . كذا هذا

موقف القوانين الوضعية فى أثر الدفاع عن النفس:

علماء القوانين الوضعية يوافقون رأى جمهور الفقهاء فى الدفاع عن النفس
و أن المدافع لا يضمن لا جنائيا ولا مدنيا سواء كان المائل إنسانا مميذا
أو طفلا أو مجنونا أو من يلحق بهما أو كان حيوانا أو مكرها وذلك لأن
الفعل الذى يقع أو يرتكبه المدافع فى سبيل نفاذ حق الدفاع الشرعى
الخاص فعل مشروع وقد أشار الى هذا القانون الباكستانى (٦) . وكذلك

- ٥- المغنى : ٣٥١/١٠ - ٣٥٥ المبسوط : ٢٤ / ٥٠ - ٥١ شرح المنهج بحاشية الجمل : ١٦٦/٣
- ٦- بى ، بى ، سى - مادة : ٩٨ - ٩٧
- ١- الاقتاع : ٢٨٩/٤ ، والمهذب : ٢٤٣/٢ العداية مع شرح فتح القدير : ٢٦٩/٨ الأم : ٢٧/٦
وحاشية ابن عابدين : ٢٨٨ / ٥
- ٢- نصب الراية : ٢٤٧/٤
- ٣- المغنى : ٣٢٨/٨ - تبصرة الحكام : ٣٥٦/٢
- ٤- المغنى : ٣٢٨/٨ - ٣٣٠ وتكملة فتح القدير
المهذب : ٢٢٥/٢ الأم : ١٧٢/٦
- ١٠- ٢٣٢/١٠ حاشية ابن عابدين : ٣٨٨/٥

القانون المصري (١) • و نصت المادة (١٦٦) من القانون المصري الجديد على أن " من أحدث ضرراً و هو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه كان غير مسئول (٢) •

و يقرر قانون الضمان الانجليزى (تورت) الدفاع عن النفس مثل الشريعة حيث يقول :

١- أنه يجوز لأى شخص أن يستعمل القوة ضد شخص آخر حماية لنفسه

أو ماله أو ما فى يده (Possession) (٣)

٢- أن الدفاع المناسب عن نفس الإنسان أو ماله يرفع المسئولية والضمان عنه فى قانون الضمان تورت (٤) •

٣- لا يتخذ أى اجراء ضد المدافع عن نفسه أو ماله و ما حصل من ضرر من جراء ذلك فليس عليه مؤاخذه عنه (٥) •

و يشرح علماء القانون هذه النقطة بالمثال الآتى ، اذا ضرب زيد بكراً و جرحه أو شق ثيابه و أثبت زيد بأنه فعل ذلك مدافعاً عن نفسه ضد اعتداء بكر و قال بكر أن ذلك لم يحصل الا عندما دخل زيد فى ملكه بدون اذن و اعتدى عليه باستعمال القوة ولكن اذا أثبت زيد بأن فعله كان دفاعاً عن نفسه فليس عليه شىء (٦) •

١- الموسوعة الجنائية لجندي عبد الملك : ٥١٨/١
٢- مصادر الالتزام لأحمد حشمت : ص ، ٤١٥ والالتزامات الجزء الثانى لمحمد كامل مرسى : ص ، ١٤١ •

3. Law of Torts by G.P. Singh p.79, Gandhi p.55, Baker p.54, M.N. Shukla, p.90, Ratan Lal, p.40, Clerk & Lindsell 294

4. Law of Torts by Winfield p.719, Baker 54.

5. Law of Torts by M.N. Shukla p.90

6. Law of Torts by Street p.70

وقد جاء في قضية (Dale V Wood) ادعى

المدعى بأن المدعى عليه قد ضربه وجرحه و سلبه ونتيجة لهذا فقد
طالب بضمنان هذا الاعتداء وقد اثبت المدعى عليه بأن المدعى دخل
عليه راكبا فرسه حاملا بيده عصا فقضت المحكمة بأن عمل المدعى
عليه كان جائزا لأنه كان دفاعا عن نفسه و دعوى المدعى لا تعتبر (١) .

* * *

1. Law of Torts by Winfield p.720, Clerk and Lindsell 294, Street 70.

المبحث الرابع

الدفاع عن العرض و أشركه في الضمان

الاعتداء على العرض قد يكون بواسطة زنا أو مقدماته -أو بالاطلاع المحرم في بيوت الناس أو بالدخول في المسكن بغير إذن صاحب البيت ونتكلم عن هذا الموضوع في مطلبين تسهيلا لمعرفة الأحكام وهما:

المطلب الأول: في الدفاع عن العرض (الزنا و مقدماته)

لو هاجم شخص شخصا آخر لا ارتكاب الفاحشة مع أهل بيت الأخير مثل الزنا و مقدماته فللعلماء في ذلك رأيان :

الرأي الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى وجوب الدفاع عن العرض بشرط

القدرة أو السلامة وهو ظاهر مذهب الأحناف و مذهب الشافعية

والراجح عند المالكية والحنابلة وعند أهل الظاهر (١).

الرأي الثاني: و ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن حكم الدفاع عن

العرض جائز وهذا رأي المالكية والحنابلة في المرجوح من

رأييهما وهو رأي الشافعية عند خوف القتل (٢) و أرى تحرير

أقوال الفقهاء في هذا الموضوع كل على حدة عملا على الإيضاح والبيان

يرى الحنفية وجوب الدفاع عن العرض فإذا اضطر المدافع إلى

قتل المائل فإنه يباح له قتله . وقال أبو بكر الجصاص بعد أن

ذكر الأحاديث/تدل على دفاع المرء عن نفسه وأهله و ما له وأنه

شهيد . فقال : (ولا يكون شهيدا إلا وهو مأمور بالقتال ان أمكنه

و قد تضمن ذلك إيجاب قتله اذا قدر عليه (٣).

١ المغنى ٣٣٣/٨ : مغنى المحتاج : ١٩٥/٤ المحلى ٩٩/١١ مذاهب الجليل: ٣٢٣/٦

٢ المبسوط ٥٠/٣٤ بتصرة الحكام ٣٥٦/٢ ، مغنى المحتاج: ١٩٥/٤ ، المغنى : ٣٣٣/٨

٣ أحكام القرآن للجصاص : ٤٠٢/١

و جاء فى الدر المختار للحصكفى ومعه شرحه : رد المحتار لابن عابدين
كما أن لها (أى للمرأة) قتل الزانى لو أكرهها وكذلك الغلام له قتل من
صال عليه ، اذا توقف الدفع على قتله (١)

عند المالكية : المائل على البضع يعتبر محاربا يحل قتاله بل هو

أولى من المائل على النفس أو المال وقد قال الإمام مالك رحمه الله تعالى
" قتال المحارب جهاد يجب قتل المائل اذا اراد بأهله الفاحشة ولم يمكن
التخلص و صيانة العرض منه ، الا بقتله (٢) .

عند الشافعية : اذا اراد رجل فاحشة بأمرأة فلها ولزوجها ولقريبها دفعه

فان لم يمكن الا ان يقتله فله قتله (٣) . ولا يختص حق الدفاع عن الفاحشة للمصنوع
عليه أو قريبه فى مذهب الشافعية بل يجب على الأجنبى أيضا الدفاع عنه اذا
قدر على الدفع مع الأمن له (٤) . لأن الشرط عند الشافعية فى التقاع أن يأمن
المدافع على نفسه وعضوه ومنفعته وكذلك مقدمات الوطء اذا لا تباح بالاباحة (٥)

و عند الحنابلة : أنه يجب الدفاع عن العرض فمن أريدت حرمة فله دفع

المريد عن ذلك بأسهل ما يمكن دفعه به فان لم يحصل الا بالقتل فله ذلك (٦) .
و عند الظاهرية : فهم يرون أيضا وجوب الدفاع عن العرض وقد ذكر
ابن حزم فى كتابه المحلى " بل أمر الله تعالى بقتال من بغى على أخيه
المسلم عموما حتى يفىء الى أمر الله تعالى أمر عموم لم يخص معه سلطانا من غيره
ولا فرق فى قرآن ولا حديث ولا اجماع ولا قياس بين من أريد ماله أو أريد فرج امرأته (٧) .

- | | |
|-------------------------|---|
| ١- الدر المختار : ٤٩٣/٥ | ٢- الشرح الصغير : ٤٩١/٤ |
| ٣- الام : ٢٧/٦ | ٤- مغنى المحتاج : ١٩٤ - ١٩٥ |
| ٥- مغنى المحتاج : ١٩٥/٤ | ٦- المغنى لابن قدامة : ٣٣٢/٨ ، |
| ٧- المحلى : ٩٩ / ١١ | والمقنع : ٥٠٥/٣ - ٥٠٦ والانصاف : ٣٠٤/١٠ |

بيان الراجح

والراجح: بأن الدفاع عن العرض واجب وهذا هو الواضح من أقوال

الفقهاء على ما تقدم بيانه .

و بعد الانتهاء من ذكر اقوال الفقهاء في الدفاع عن العرض أرى أنه من المفيد ان أخص ما يستفاد من أقوالهم في أثر الدفاع عن العرض . فجمهور الفقهاء يرون دفع المائل الزاني ولو بالقتل حالة التلبس مطلقا و اشترط البعض منهم الاحصان واليك آراء الفقهاء في إمداد دم المائل : من عدمه : الحنفية : فعند الأحناف يجب الدفع عن العرض وصيانته عن الفاحشة فإن لم يمكن الا بالقتل يجب قتل المائل بل انه في بعض الأحوال يباح قتله ابتداء بدون استعمال وسيلة أخف (١) . و بالتالي لا يضمن المدافع كما جاء في الدر المختار (٢) .

والمالكية : لهم قولان : أحدهما : عدم الضمان بقتل الزاني مطلقا

والآخر ضمان غير المحدث (٣) .

فاذا وجد الزوج رجلا يزني بامرأته و كانت غير مكرهة فقتلهم

فلا قصاص عليه ولا دية (٤) .

والشافعية : قالوا بعدم ضمان المدافع مطلقا فاذا وجد رجلا يزني بامرأته

لزمه منعه و دفعه فإن هلك في الدفع فلا شيء عليه (٥) .

الحنابلة : وقالت الحنابلة اذا وجد رجلا يزني بامرأته (و كانت غير

مكرهة) فقتلهم فلا قصاص عليه ولا دية (٦) . فهم يوافقون المالكية في

احد القولين على ما سبق ذكره و قال أحمد في امرأة أرادها رجل على نفسها

١- شرح فتح القدير و شرح العناية على الهداية: ٢٦٩/٨

٢- الدر المختار ٤٩٣/٥ ٣- الدسوقي و حاشيته على الشرح الكبير: ٢٣٩/٤

٤- حاشية الدسوقي: ٢٣٩/٤

٥- مغنى المحتاج: ١٩٦/٤ - ١٩٧ م ٠ والمهذب: ٢٢٥/٢

٦- المغنى : ١٦٤/٩ الاقناع: ٢٩٠/٤

فقتلته لتحصن نفسها ، اذا علمت انه لا يريد إلا نفسها فقتلته لتدفع
عن نفسها فلا شيء عليه ، و ذكر حديثا يرويه الزهري عن القاسم
ابن محمد بن عبيد بن عمير أن رجلا أضاف ناسا من هذيل فأراد امرأة على
نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر: والله لا يودي أبدا ولأنه اذا جاز
الدفع عن ماله الذي يجوز بذله وإباحته فدفع المرأة عن نفسها
و صيانتها عن الفاحشة التي لا تباح بحال أولى (١) .

فالرأى الراجح هو ما ذهب اليه الجمهور و هو عدم مسؤولية المدافع عن
كل ما أصاب الزاني مطلقا و لو كان محصنا أو غير محصن لان الدفاع ليس
حدا حتى يفرق بين محصن وغيره والله اعلم .

هذا عن الدفاع عن العرض في الفقه الاسلامي أما "الدفاع عن العرض

في القانون " فإن القوانين الوضعية تعتبر الزنا جريمة اذا وقعت مع
الأكراه أو بدون رضا صحيح أما اذا كان الزنا برضا المرأة فلا يشكل هذا
جريمة في نظر القانون و بالتالي لا عقاب على هذه الحالة الاخيرة
كما في قانوني العقوبات العراقي والمصري (٢) فمن واقع أنشئ برضاها
أو لاط بأشئ أو بالذكر مع توافر الرضا لا عقاب ولكنه يعاقب إذا انعدم
الرضا ، أو كان رضا المفعول به ناقصا أو معيبا بأن لم يبلغ ثمانية عشر عاما .
و كذلك كان بنص القانون الجنائي الباكستاني قديما على أن الزنا لا يعتبر
جريمة مع رضا المرأة أما الآن و بعد تطبيق قوانين الحدود الشرعية فإن الأمر
أصبح بخلاف ما تقدم حيث تنص القوانين الشرعية على أنه اذا حدث ان رجلا وامرأة
اتصلا جنسيا بدون نكاح شرعى فيعتبر ذلك جريمة زنا (٤) و هذا هو شرع الله تعالى

وهو الاولى بالتطبيق للقللى

- ١- المغنى: ٣٥٢/١٠
- ٢- قانون العقوبات العراقي: المواد: ٢٩٣-٢٩٧
- ٣- المسؤولية الجنائية للقللى: ص ٣٤١

المبحث الخامس

فى

حرمة المسكن وحكم الاطلاع على ما فى داخل البيوت

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حرمة المسكن

المطلب الثانى : حكم الاطلاع على ما فى داخل البيوت .

المطلب الأول

حرمة المسكن:

الدخول فى مسكن الغير بدون إذن صاحب البيت اعتداء وصيال محرم فقد
أجازت الشريعة الاسلامية لصاحب المسكن أن يدفع المائل بقوة مناسبة كما جاء فى
القرآن الكريم:

(١) " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا
وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون" (١)

(٢) " فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم
ارجعوا فارجعوا هو أذكى لكم والله بما تعملون عليم" (٢)

(٣) " ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم والله
يعلم ما تبدون وما تكتمون" (٣)

شرح الآيات :

إن للبيوت حرمة لا يجوز لأحد انتهاكها ولأهلها أن يمنعوا الداخلين
بغير إذن إذ الدخول فيها غير جائز حتى ولو كان خاليا لأنه إعتداء على حق
الملكية كما دلت الآية الثالثة على أن الدخول جائز فى البيت غير المسكون

إذا كان للداخل فيه متاع .

(١) سورة النور الآية : ٢٧

(٢) سورة النور الآية : ٢٨

(٣) سورة النور الآية : ٢٩

آراء الفقهاء

فقد أجاز الفقهاء الدفاع عن المسكن وقتال من يدخل منزل غيره بغير إذنه أو بدون حق فقد قال الحنفية (حلّ قتل من دخل بيت غيره بغير إذنه كما حلّ فلول عيين من إطلع في بيت غيره من غير قصاص ولا دية) (١).

ويرى الامام الشافعي : في ذلك أنه (إذا دخل رجل منزل الرجل ليلاً أو نهاراً بالسلاح فأمره بالخروج فلم يخرج فله أن يضربه وإن أتى الضرب على نفسه فإذا ولى راجعاً لم يكن له ضربه (٢) وكذا يرى المالكية (٣) ولا يخرج رأي الحنابلة عن الآراء السابقة فهم يرون أن الرجل إذا دخل منزل غيره بغير إذنه فلصاحب المنزل أن يأمره بالخروج سواء كان مع الداخل سلاح أو لا فإن خرج بالأمر لم يكن له ضربه لأن المقمود هو إخراجه فإن لم يخرج بالأمر فله ضربه (٤).

-
- | | | | |
|-----|--------------|---|-------------|
| (١) | اعلاء السنن | : | ٢٥٨/١٨ |
| (٢) | الأم | : | ٢٨/٦ |
| (٣) | الشرح الصغير | : | ٤٩٣/٤ |
| (٤) | المغنى | : | ٣٣١/٨ - ٣٣٢ |

موقف القوانيين فى حرمة المسكن

ان القوانيين الوضعية مثل الشريعة تحرم انتهاك حرمة المسكن بالدخول فيه بدون اذن صاحبه وتبيح له الدفاع ضد هذا الاعتداء ويعتبر ذلك جريمة فى نظر القانون، وقد أشار إلى هذا المعنى قانون الضمان الانجليزى (Torts) حيث يقول اذا دخل شخص فى أرض أو بيت شخص آخر بدون اذنه فللقابض^(١) القانونى حق اخراج واستعمال القوة المناسبة لذلك^(٢).

وإذا دخل شخص بيتا أو أرضا بالقوة فللمالك الحق فى أن يطلب منه الخروج وأن يستعمل القوة المناسبة لاجراجه بعد الطلب^(٣).

وإذا دخل شخص أرضا أو بيتا بهدوء فيجب الطلب للخروج قبل استعمال القوة^(٤). وفى قضية (Hemming V Stoke).

ان المدعى كان مستأجرا دارا للمدعى عليه وأراد الأخير اخلاء البيت ولكن المدعى رفض ذلك فدخل المدعى عليه الدار بعد ارسال انذار وأخرجه بعد استعمال القوة المناسبة فأقام المدعى قضية ضد المدعى عليه يشيكونه التهديد واستعمال القوة والتجاوز فحكمت المحكمة ضده بأن المدعى عليه كان على حق عندما أخرجه بالقوة المناسبة^(٥).

وإذا دخل شخص أرضا أو مكانا لآخر دخولا قانونيا فيعتبر متجاوزا للحد اذا بقى بعد المدة القانونية^(٦) المحدد فى العقدة

(١) القابض القانونى هو الذى له حق الملكية.

2. Law of Torts by J.G.M.12

3. Law of Torts by G.P. Singh 191

4. As above.

5. Law of Torts by Sinha 270, S.K.Kapoor 227, Pollock 291, Winfield 372, Clerk & Lindsell 297.

6. Law of Torts by M.N. Shukla 290-210, Ratan Lal, 159, A.M. Chaudhry 62.

و فى قضية (Wood V Ledbetter)

أن المدعى اشترى تذكرة لمشاهدة السباق الذى يقام على أرض شخص

يدعى ايدنتسن (Edinton) :

وطلب المدعى عليه (الذى هو خادم مالك الأرض) الخروج من الأرض بعد انتهاء السباق وعندما لم يخرج المدعى أخرجه الخادم بالقوة المناسبة وعندما أقام المدعى القضية ضد المدعى عليه للضمان فحكمت المحكمة ضده ولم تعطه أى حق لأنه لا يستحق شيئاً (١).

إذا دخل الشخص الذى كان قد أخرج من بيته فله الحق فى العودة بدون قوة وليس عليه أى مسئولية جنائية ولا مدنية (٢).

ولكن إذا دخل بالقوة فلا يكون مسئولاً مدنياً ويكون مسئولاً جنائياً لأنه قد أخل بالأمن (٣).

وينص قانون العقوبات الباكستانى فى المادة (٤٤١) منه أنه إذا دخل شخص ملكاً لآخر بنية ارتكاب جريمة أو انتهاك عرضه أو تخويفه فيعتبر ذلك جريمة جنائية (٤).

(٥)

وكذلك يتفق القانون المصرى مع القانون الباكستانى فى هذا المبدأ.

المقارنة :

وعلى سبيل المقارنة فإن القوانين الوضعية تتفق مع الشريعة تماماً فى أن المسكن له حرمة فلا يجوز لانسان مهما كان الدخول فى ملك غيره بدون إذن مسبق من هذا الغير . والله أعلم بالصواب .

1. Law of Torts by M.N. Shukla 212-213.
2. Law of Torts by G.P.Singh 303, M.N. Shukla 215, J.G.M.12, Sinha p. 269, A.M. Chaudhry 64, S.K. Kapoor 226, Jhabwala 85, Pollock 295.
3. Law of Torts by G.P.Singh 303
4. Pakistan Penal Code Section 441

المطلب الثاني

فى

حكم الاطلاع على ما فى داخل البيوت

تمهيد:

ان الاطلاع على ما فى داخل البيوت بدون اذن يعتبر إعتداء على العرض ولهذا الاطلاع احكام واداب فى القرآن الكريم والسنة المطهرة من ذلك قول الله تعالى :

" يا ايها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل طلوة الفجر وحين تفعلون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد طلوة العشاء ثلاث عورات لكم ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض كذلك يبين الله لكم الآيت والله عليم حكيم (١) .

شرح الآية :

فقد ذكر الله تعالى فى هذه الآية ثلاثة أوقات للاستئذان لأنها أوقات قد تكشف فيها العورات والاطلاع عليها حرام فلذلك شرع الإستئذان .
وجاء فى حديث عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال النبى صلى الله عليه وسلم : " لو أن أمراً إطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصة ففقت عينه لم يكن عليك جناح (٢) متفق عليه . وفى لفظ لأحمد والنسائى وصحه ابن حبان (بلادية له ولا قصاص فهذا الحديث أيضا يحرم النظر الى ما فى البيت بل يبيح الناظر حتى لو أدى الدفاع الى اتلاف عين الناظر .

(١) سورة النور الآية ٥٨

(٢) فتح البارى ٢٤٣/١٢ - ٢٤٥ ، وسبل السلام للمنفاى ج ٣ ، ص ١٢٣٦ ، حديث رقم ١١٢٣ ، نشر مكتبة عاطف الأزهر - القاهرة .

آراء الفقهاء فى حكم الاطلاع :

رأى الحنفية :

يرى الحنفية عدم ضمان الرجل بجنايته على عين من نظر الى داخل بيته دون اذن منه بشرط أن يكون ما فعله هو الوسيلة الوحيدة لابعاد الرجل عن النظر إلى داره أما اذا كان فى امكان الرجل ان يبعد الناظر عن النظر الى داره دون أن يفتأ عينه لكنه فقأها فانه يضمن (١) .

رأى الشافعية :

يرى الشافعية جواز رمى عين الناظر الى ما فى البيت ابتداءً بدون تقديم الانذار وهذا فى الأصح عندهم (٢) .

واستدل الشافعية بقول الرسول صلى الله عليه وسلم فى الحديث المتقدم " لو أن امرأً إطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة وفقات عينه لم يكن عليك جناح " .

وقال النووى " ومن نظر الى دار آخر من كوة أو شقب عمدا فرمى صاحب الدار بخفيف كعماة فأعماه أو أصاب عينه فجرحه فمات فهدر " (٣) .

ومع ذلك اتفق الشافعية والحنفية على انتفاء الضمان عن الرجل الذى يرى رجلاً قد أدخل رأسه داخل الدار فيرميه بحجر فيفتأ عينه لأنه شغل ملكه كما لو قصد اخذ شيء به حتى قتله لم يضمن (٤) .

رأى المالكية :

وقال المالكية فى الرجل الذى ينظر إلى كوة أو باب قاصداً رؤية من بداخل الدار فرمى المنتظر إليه بحجر ففتأ عينه أنه لا ضمان على الرامى ولا

(١) حاشية ابن عابدين ٤٨٥/٥ .

(٢) مغنى المحتاج ١٩٨/٤ .

(٣) منهاج الطلاب على مغنى المحتاج ١٩٧/٤ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٤٨٥/٥ .

قصاص إذا كان قاصدا برميهِ زجره لكن على عاقلته دية عين المجنى عليه أما إذا كان الرامي قاصدا عين الناظر أى قاصدا رميها بالحجر وفقئت العين فانه يقتض من الرامي وهذا هو المشهور في المذهب^(١). ورأى آخر في مذهب المالكية وفيه قال بهرام (أن المنظور^{إليه} لو رمى الناظر إليه من كوة أو من باب ليراه فرماه بحجر قاصدا برميهِ عينه وفقئت عين الناظر نتيجة رمى الحجر على عينه فـإن الرامي لا يقتصر منه بل يضمن دية العين فقط .

أما إذا كان قصدا للرأى هو زجر الناظر لا فق^ل عينه فإنه لا شيء عليه أخذ بظاهر المذهب .^(٢)

رأى الحنابلة :

الحنابلة متفقون مع رأى الشافعية كما قال ابن قدامة في المغنى:
" ومن إطلع في بيت إنسان أو من ثقب أو شق باب أو نحوه فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنه بعود فقلع عينه لم يضمنها^(٣) .

الرأى الراجح

والذى يترجح لدى
تقدم هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من
جواز دفع الصائل على حرمة المسكن بواسطة الدخول أو الاطلاع/فإذا حصل من
المدافع أى ضرر للداخل أو المطلع فانه هدر كما جاء في الحديث وأنه يضمن
كما قال بعض الفقهاء فى حالة التجاوز لأنه يجوز له الدفاع بما هو بأسهل .

(١) المدونة الكبرى ١٩٧/١٥

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣٥٦/٤ - ٣٥٧ .

(٣) المغنى ٣٣٦/٨ .

رأى القوانيين الوضعية في الاطلاع على ما في داخل البيوت

ان المراد بالاطلاع على ما في داخل البيوت هو الاعتراف بأن لا يطلع أحد على ما في داخل سكن أحد أو الأمور الشخصية التي تخص الانسان وحده ولا يحب أن يراها أحد غيره .

ففي القانون القديم الهندي نجد أن هذا القانون قد اعترف بحرمة ما في داخل البيوت ونرى ذلك واضحا في عدة قضايا قديمة من أن المحاكم قد أعطت هذا الحق كما في قضية (Gokalparsad V Radho) (١) .

فقد مشعت المحكمة بناء عمارة عالية يمكن منها الاطلاع

داخل بيت مجاور وقال القاضي (EDGE) : ومع أن أساليب المعيشة مختلفة لكن تقليد الحجاب أمر مناسب جدا للمجتمع الهندي، لأنه قد تعود كثير من النساء المحجبات النوم في الجو المفتوح بسبب الحرارة الشديدة يعنى في الشرفات والأفنية ولذا لايسمح الجيران أن يفتحوا منافذ وأبواب جديدة يمكن منها الاطلاع على/داخل بيوت الناس .

وكذلك في قضية (B.Nihalchand V Mst Bhagwan Di) (٢) اعترفت

المحكمة بحق المدعى بحرمة ما في داخل البيات .

ولكن حصل بعد ذلك تغيير في اتجاه القانون فنجد أن المحاكم قد رفضت اعطاء هذا الحق في عدة قضايا أخرى ففي قضية (Basai V Hasan-Rāza Khar) (٣) قال القاضي (Dharan) ان الحجاب المبني على العرف ليس بقانون جيد فلا ترى المحكمة أجبار أحد على أن يتخذ أسلوبا خاصا في البناء ولا يمكن تحديد حقوق الملكية وكذلك لايمكن أن يجبر الذين لايتخذون

1. I.L.R. 1888, 10 All 358
2. AIR 1935 All 1002
3. AIR 1963 All 340

الحجاب على أن يحترموا شعور الذين يأخذون بالحجاب .

كما أن الحجاب مضر بصحة المرأة وهو مبني على فلسفه أن المرأة مملوكة للرجل ويوجد في هذا الجيل الجديد من لايعرف هذا العرف أصلا لذا رأت المحكمة أن تلغى جميع الأحكام السابقة في هذا الصدد .

ومع وجود هذا الرأي نجد الآن من يدافع عن هذا الحق ويقول (Pillai) مع أن الحجاب لا يمارس كثيرا الآن ولكن يعترف القانون بهذا الحق بسبب أنه لا يقبل أحد أن يطلع شخص على ما في داخل بيته فهما كان مذهبه وعقيدته (١) .

ويثبت هذا الرأي حكم المحكمة في قضية (BhagwanDas v Parmeshwar) (٢) عندما قال القاضي (K.B. Asthana) ان هذا الحق مقربه للنساء في المدن القري بان لهن حق في حياتهن الشخصية ومن ثم لايجوز لأحد أن يدخل فيها فهذا القانون العرفي موجود في ولاية اتر برديش .

وأضاف القاضي قائلاً : ان أكثر البلاد المتحضرة وكذلك غير المتحضرة تعترف بهذا الحق لأن الحياة العائلية لايمكن أن تستمر بدون هذا الحق .

أما في القانون الباكستاني: فمن المعلوم أن القوانين الهندية كانت هي البتطبيق في باكستان سابقا الآن نظرا لتطبيق الشريعة فقد غيرت هذه القوانين وأصبحت مطابقة للشريعة نظرا للحجاب واعطاء الشريعة حق منع التدخل أو الاضلاع على الحياة الخاصة لكل أحد .

(٣) القانون الانجليزي :

ويلاحظ على هذا القانون أنه لايعترف بهذا الحق كما نرى في قضية أن طريا قد أقام الدعوى على جاره الذي نصب المرأة في حديقته وكان يشاهد

1. Law of Torts by Pillai, 324, Indian Easement Act 1882.
2. Law of Torts by Pillai 324.

بواسطة ما في داخل غرفة الفحص للطبيب فرفضت المحكمة اعطاء الطبيب هذا الحق وقالت : ان القانون الانجليزي لا يعرف أى قانون في هذا المجال. وكان ينبغي للطبيب أن يحافظ على ما في داخل بيته بأي طريقة شاء (١).

وفي قضية (Corelli V Wall) (٢) حيث صور الناشر الكاتبة و باع صورته بدون اذنها فأقامت الدعوى ضد الناشر لازالة تشويه السمعة فلم تعترف المحكمة بحقها في ذلك ورفضت دعواها.

(٤) القانون الأمريكي :

لم يعترف القانون الأمريكي بهذا الحق في قضايا كثيرة ففي قضية نيو (Robersons V Rochester Folding Bore Co.) (٣) حيث وزع صاحب مصنع الدقيق صورة امرأة بعدد ٢٣ الف نسخة منها للدعاية عن منتجاته فأقامت المرأة دعوى ضد صاحب المصنع تطالب تعويضا بسبب ما سببه هذا النشر من صدمة عصبية وعقلية وانتهاك لسمعتها والتدخل في حقوقها الخاصة. فقال أكثر أعضاء محكمة نيو يورك بأنه ليس لها حق المطالبة بذلك .

ولكن هذا جدير بالتفكير بأن ان هذا الحق معترف به في ولايات امريكية اخرى في قضية (Sill V Curtis Publishing Company) (٤) عندما صور مصور الزوجين في حالة تبادل القبلات ونشرها في مجلة فحكمت المحكمة بأن هذا العمل خطأ ويدفع/تعويضا عن ذلك . ويعلق عليه المؤلف (Pillai) ويقول : بأن الاتجاه السائد الآن في قانون الضمان هو الاعتراف بحق المنع من التدخل في الأمور الشخصية، كما نجد ذلك في قوانين كندا و افريقيا الجنوبية وبعض الدول من اوربا خاصة فرنسا وسويسرا (٥).

1. Kenny's Cases on Torts p.367
2. Law of Torts by Pillai p.324.
3. Kenny's Cases on Torts p.364
4. AIR 1952,38 Calcutta, 173
5. Law of Torts by Pillai 326.

المبحث السادس

الدفاع عن المال وأثره على الضمان

اختلف الفقهاء في أحكام الدفاع عن المال فمنهم من أوجبه ومنهم من أجازته على اختلاف في الشروط والاعتبارات ونذكر هنا آراء الفقهاء التي وردت في هذا الباب وهي على مايلي:

رأى الحنفية : فقد قالوا بجواز الدفاع عن المال ولو كان قليلا (١) وفي رأى آخر مع اشتراط النصاب فيه (٢).

وورد في الفتاوى الهندية (أنه من رأى رجلا ينقب حائطه أو حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به ولم يهرب حل له قتله ولا قصاص عليه) (٣).

رأى المالكية : يرى فقهاء المالكية مثل الحنفية أن الدفاع عن المال جائز ومن خرج ببسلب أموال الناس فهو محارب يباح قتله وقتال المحارب جهاد عند مالك (٤).

واشترط بعض الفقهاء أن يدفع صاحب المال المائل على ماله بالمناشدة أولا إن أمكن وإلا قاتل حتى قالوا يشمل حكم دفع المحارب والمائل على المال جباية الظلمة كأمرأء بعض الأمازيغ فهم مخالفون لمحاربون لا غصاب (٥).

رأى الشافعية : يرى الشافعية جواز دفع المائل عن المال مثل الحنفية والمالكية أما عن مال غيره أو الذي تعلق به حق الغير أو كان في يده أمانة أو رهنا أو استعارة أو إجارة ففي الدفع عنه قولان :

- (١) رد المحتار ٤٨٢/٥ وابن الهمام فتح القدير ٢٦٩/٨ والمبسوط للسرخسي ٣٧/٢٤
- (٢) الحمكفي الدر المختار ٤٨٢/٥ ومعه شرحه رد المختار
- (٣) الفتاوى الهندية ١٧٥/٢ الدر المختار وحاشية ابن عايد ٣٨٨/٥
- (٤) المدونة الكبرى ١٠٤/١٦ ١٠٥
- (٥) الشرح الصغير ٤٩١/٤

الجواز والثاني الوجوب (١)

وقالوا بالوجوب في حالتين :

الأولى : إذا كان المال متعلقا به حق الغير (٢).

الثانية : إذا كان المال له روح كحيوان مثلا (٣).

وقالوا بالجواز في حالتين :

أحدهما : إذا كان مالا لا روح له ولم يتعلق به حق الغير (٤).

ثانيتهما : جواز الدفاع مطلقا بدون أية شروط (٥).

رأى الحنابلة : يرى فقهاء الحنابلة جواز دفاع الإنسان عن ماله ولا يلزمه

على الصحيح من المذهب شيء وقد ورد في المغني (قال أحمد في اللصوص يريدون

نفسك ومالك قتلتهم تمنع نفسك ومالك) (٦)

ولم يفرق الحنابلة بين القليل والكثير فالظاهر أنه يجوز الدفع

عندهم عن المال عموما .

رأى الظاهرية : وقد قالوا بوجوب الدفاع عن المال مطلقا يعني قليلا كان

أم كثيرا . وأباحوا القتل والقتال دونة وإستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم :

"من قتل دون ماله فهو شهيد " (٧)

(١) منهاج الطلاب وشرحه مغني المحتاج ١٩٤/٤

(٢) حاشية البجيرمي على المنهج ٢٣٨/٤ ، مغني المحتاج ١٩٥/٤

(٣) نهاية المحتاج ١٧٥/٧ - ١٧٦ .

(٤) مغني المحتاج ١٩٥/٤ ، المذهب ٢٢٤/٢ .

(٥) المنهاج ٥٣٦ ، أحياء علوم الدين للغزالي ٢٢٣/٢ .

(٦) المغني ٣٣٢/٨ .

(٧) رواه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه على ما في سبل السلام

ج ٣ / ص ١٢٣٤ .

موقف القوانين :

ان القوانين الوضعية الحديثة متفقة مع الشريعة فى هذه النظرية فانها تبيح الدفاع عن المال فى الحدود المقررة وقد أشار الى هذا قانون العقوبات الباكستانى حيث نص على أنه (لكل شخص الحق فى الدفاع عن ماله المنقول أو الثابت أو غير المنقول أو الثابت ضد أى فعل يعد جريمة حسب تعريف السرقة أو النهب أو الإساءة أو التعدى الجنائى) (١).

وأىضا يقرر القانون المصرى^{فى} هذا الشأن حق الدفاع الشرعى عن المال لدفع كل اعتداء يعد جريمة على النفس وكل اعتداء يعد جريمة على المال من الجرائم الواردة على سبيل الحصر (٢) والقانون المصرى لا يبيح القتل دفاعا عن المال الا فى عدد محصور من الجرائم وهي :

- (١) جرائم الحريق العمد
- (٢) جرائم السرقة والاغتصاب .
- (٣) جرائم التخريب والتعيب والاتلاف .
- (٤) جرائم انتهاك حرمة ملك الغير .
- (٥) جريمة دخول أرض مهيأة للزراعة أو مبدور فيها زرع أو محصول أو مروره فيها بنفسه أو بهائمه أو دوابه المعدة للتجـر أو الحمل أو الركب أو ترك هذه البهائم (٣).

وكذلك فى قانون الضمان الانجليزى (Torts) فهو يبيح استعمال القوة لحفظ المال والدفاع عنه كما يقول ستريت (Street) : بأنه يحق لكل

1. Pakistan Penal Code Section 97

(٢) شرح العقوبات ص ٣٧٢ - ٣٧٣، محمود محمود مصطفى وشرح قانون العقوبات نجيب حسنى ص ٢١٠، وشرح قانون العقوبات محمد كامل مرسى ص ١٩٧-١٩٨.

(٣) المصادر المذكورة

شخص أن يستعمل القوة المناسبة لحفظ أرضه وبهائمه ضد أي شخص يهدده (١) ولكن الدفاع عن المال يعتبر أقل أهمية من الدفاع عن النفس (٢)، لأن تبرير استعمال القوة للدفاع عن المال أصعب من تبرير استعمال القوة للدفاع عن النفس (٣) ولذا يجوز استعمال القوة المناسبة لمنع شخص من الدخول وإخراج الشخص الذي دخل (٤) ولكن لا يسمح القانون بحبس شخص لاستعادة الملكية أو المال أو إكراهه المقترض لتسديد الدين (٥) ولا يسمح أيضا باستعمال القوة التي تؤدي إلى الموت أو الجراح الشديدة (٦) وفي قضية (Collins V Renison) كان المدعى واقفا على سلم فسمح المدعى عليه فحكمت المحكمة أن ذلك تعدد ولا يعتبر دفاعا عن المال (٧).

أثر الدفاع عن المال في الضمان :

اتفق الفقهاء على إباحة قتال المائل على المال وإهدار دمه إذا توقف استرداد المال منه على ذلك .
فقال الحنفية : ومن دخل دار غيره ليلا فأخرج المسروق فأتبعه فقتله فلا شيء عليه (٨).

قال الزيلعي في ذلك : (أنه إذا قتل دون مباح يجب عليه القصاص) (٩).

1. Law of Torts by Street 71.
2. Law of Torts by Baker 56
3. Law of Torts by Street 72.
4. Law of Torts by Dias 378-379
5. Law of Torts by Clerk & Lindsell 299
6. Law of Torts by Street 72.
7. Law of Torts by Baker 56.

(٨) تبين الحقائق للزيلعي ١١٠/٦ - ١١١، حاشية ابن عابدين ٣٨٨/٥ .

(٩) تبين الحقائق ١١١/٦ .

ويرى السرخسي في ذلك (أنه إذا دخل على الرجل لص ومعه سلاح وخاف

إن أنذره أن يسارع اللص بالاعتداء عليه وكان على أكثر رأيه ذلك وسعه أن يقتله قبل أن يندره، إذا خاف أن يسبقه اللص في التعدي (١).

رأى المالكية : وفي رأى المالكية جاز دفعه بالقتل وغيره، وإن كان الدفع عن مال وإن أبى إلا الصيال قتله وكان دمه هدرا (٢).

رأى الشافعية : ويرى الشافعية أن المائل على المال يجوز دفعه، ولا قصاص ولا دية ولا كفارة ولا إثم عليه (٣)

وإذا قتل الدافع مات شهيدا

لقوله صلى الله عليه وسلم (من قتل دون ماله فهو شهيد) (٤).

رأى الحنابلة : وفي رأى الحنابلة أن من دخل بيت آخر متلصصا أو صائلا قدمه

هدر (٥) واستدلوا على ذلك بما رواه مسلم عن أبي هريرة أن رجلا قال يا رسول الله أرأيت أن جاء رجل يريد أخذ مالي قال/تعطه مالك، قال أرأيت أن قاتلني قال (قاتله) قال أرأيت أن قتلني قال (فأنت شهيد) قال : أرأيت أن قتلته قال (هو في النار)

رأى الظاهرية : وفي رأى الظاهرية أن المدافع عن المال (إذا قتل للص فلا شيء عليه لأنه مدافع عن نفسه (٦) على ما تقدم بيانه :

(١) المبسوط ٥١/٢٤

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٣٥٦/٤ - ٣٥٧، الفروق ١٨٣/٤

(٣) مغنى المحتاج ١٩٤/٤ - ١٩٥، المذهب ٢٥٥/٢

(٤) صحيح البخارى كتاب القصاص: ٢٢٧/١ و سنن أبى داود كتاب السنة باب ٢٩ سنن الترمذى كتاب الديات : باب ، ٢١ سنن النسائى كتاب المحاربة : ١٦٦/٢

٥- المغنى : ١٦٣/٩ - ١٦٤

٦- المحلى : ١١/١٣

المبحث السابع

الدفاع عن الغير وأثره على الضمان

حكم الدفاع عن الغير :

لقد منحت الشريعة الإسلامية الانسان حق الدفاع عن نفسه وماله وعرضه وكذلك قررت حق الدفاع عن نفس الغير وعرضه وماله وهناك أدلة كثيرة من الكتاب والسنة في شأن الدفاع عن الغير.

أما الكتاب : فقوله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) (١)

وقوله تعالى: " وما لكم لا تقاتلون في سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها واجعل لنا من لدنك وليا واجعل لنا من لدنك نصيرا " (٢)

وقوله تعالى : " والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون " (٣)

وأما السنة : فما أوى عن أنس رضي الله عنه مرفوعا : " انصر أخاك ظالما أو مظلوما فقال رجل يا رسول الله أنصره إذا كان مظلوما أ رأيت ان كان ظالما كيف أنصره قال تعجزه أو تمنعه من الظلم فإن ذلك نصره " (٤)

وفي رواية أبي موسى الأشعري " المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضا (٥).

(١) سورة المائدة : ٢

(٢) سورة النساء : ٧٥

(٣) سورة الشورى : ٣٩

(٤) رياض الصالحين ص ١٢١ ، نيل الأوطار ص ٧٧/٦ • مسند أحمد : ٩٩/٣ صحيح مسلم

(٥) رياض الصالحين ص ١٢١ • مسند أحمد : ١٠٤/٥ رقم الحديث : ١٢

وما زوى ابن عمر رضى الله عنه مرفوعا " المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلّمه أى لا يتركه للظالم بل ينصره " (١).

آراء الفقهاء فى الدفاع عن الغير

٢ - الدفاع عن نفس الغير :

أجازه الأحناف (٢).

وذهبت الشافعية الى القول بالوجوب اذا خاف المدافع هلاكاً شديداً وأذى يصيب نفسه بجرح أو لأحد من أهله وإلا جاز (٣).

وأوجبته أهل الظاهر (٤)

والحنابلة (٥) على الصحيح.

و أدلتهم على هذه الأقوال ما سبق أن ذكرناه من الكتاب والسنة وكل منهم استدل بها من وجهة نظره الخاصة . والله أعلم .

(١) رياض المالحين : ١٢١

(٢) حاشية الشيخ أحمد الشلبى على تبیین الحقائق ١١٠/٦

(٣) المنهاج للنووى ص ٥٣٧، ونهاية المحتاج ١٧٧/٧ .

(٤) المحلى : ٩٩، ١٩/١١

(٥) ابن قدامة حاشية على المقنع ٥٠٦/٣، والانصاف ٢٠٦/١٠ .

الدفاع عن عرض الغير

أوجبته الحنابلة مع ظن سلامة العرض والاحرم (١) . على الرأى
الثانى عندهم ، والظاهرية بشرط القدرة (٢) والشافعية اذا لم يخف
على نفسه (٣) والحنفية فى ظاهر الرواية (٤) .

الدفاع عن مال الغير :

وقد أوجبته الحنابلة مع ظن سلامة المدافع والمال (٥) و مطلقا
على الرأى الآخر (٦) و أجازته الحنابلة فى احدى الروايتين مع ظن سلامة
المال (٧) . وكذلك عند الشافعية (٨) .

-
- ١- منتهى الارادات : ٤٩٣/٢ والمغنى ١٦٥/٩ والاقناع : ٢٩٠/٤
 - ٢- المحلى : ١٩/١١ ، ٩٩
 - ٣- نهاية المحتاج : ١٧٧/٧
 - ٤- حاشية رد المحتار: على الدر المختار لابن عابدين: ٤٩٣/٥
 - ٥- ابن قدامة و حاشية على المقتضب : ٥٠٦/٣ الانصاف : ٣٠٦/١٠
 - ٦- المغنى : ١٦٩/٩ ، حاشية على الدر المختار لابن عابدين : ٤٩٣/٥
 - ٧- الشرح السابق
 - ٨- الانصاف : ٣٠٦/١٠
المنهاج : ٥٣٦

موقف القسانون الوضعى:

ولا خلاف بين الشريعة والقانون فى هذا المبدأ الا فى بعض الجزئيات
كما جاء فى القانون الباكستانى " كل فعل فى سبيل الدفاع الشرعى
فهو ليس بجريمة (١) و يستحق كل شخص مع مراعاة قيوده (٢) أن
يدفع عن نفسه أو نفس غيره و كذلك سائر القوانين الوضعية •
فتنص المادة ٤٧ من قانون العقوبات العراقى بقولها (لاجريمة
إذا ارتكب انسان استعمال القوة اللازمة ليدفع عن نفسه أو غيره
كل فعل يعتبر جريمة/النفس^{على} أو كان مدافعاً عن ماله أو مال غيره و(٣) •
و تنص المادة (٢٤٥) من قانون العقوبات (المصرى) على أنه
(لا عقوبة على من قتلته غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله
حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله) (٤) •

-
1. Pakistan Penal Code Section 96.
 2. Pakistan Penal Code Section 97.

٣- القوانين ص ، ٢٠٠

٤- موجز اصول الالتزامات : ٢٨٢
مصادر الالتزام أحمد حشمت: ٤١٥

خاتمة البحث:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين وبعده: فأشكر الله تعالى على نعمه الكثيرة وأحمده على أن امتن على باتمام هذا البحث وتقديمه الى اللجنة الموقرة .

وفيما يلي أقدم اليكم خلاصة هذا البحث والنتائج التي توصلت اليها: لقد قسمت بحثي الى المقدمة و بابين :

فأما المقدمة فقد بينت فيها سبب اختيار هذا البحث ومنهجي فيه و أما الباب الاول فتكلمت فيه عن الضمان تفصيلا : تعريفه ومشروعيته ، أركانه ، انواعه ، شروطه ، أسبابه ، وتعريف المآل ومنافعه و وضحت المراد باساءة استعمال الحق و مفهوم التعسف و اضراره و كل ذلك مقسم الى فصول و مباحث و مطالب و فروع .

أما الباب الثاني فبحثت فيه/موانع الضمان^{عن} فتكلمت عن تعريف المانع والرافع ثم عن الموانع بصورة عامة وهي : الاكراه والضرورة والدفاع الشرعي عن النفس والمال والعرض وقارنت في هذه المباحث بين الشريعة والقانون و أبرزت جانب الفرق بينهما . وبعده انجاز هذا البحث توصلت الى النتائج التالية :

١- ان نظرية المسؤولية نظرية ذات أهمية بالغة وقداهتم القانونيون بهذا الجانب اهتماما كبيرا ، و ان الشريعة الاسلامية لم تهمل

هذا الجانب بل نجد أن الشريعة قد أعطتها أهمية أكثر وجعلت
آثارها لا تنتهى فى الدنيا فحسب بل تتجاوز /الى ما بعدهـ^{ذلك}
يعنى فى الآخرة أيضا .

٢- أن الاهمال فى الأعمال اليومية تؤدي الى أخطار جسيمة ، لها
نتائج خطيرة ولذا رأت الشريعة وكذلك القانون عقاب هذا
الاهمال بواسطة التضمين ، ولذا نجد ان القانون يتوسع فى
ذلك كثيرا أما الشريعة الاسلامية فتوجد فيها هذه النظرية ولكن
بصورة معقولة بحيث تنظر الى الاهمال من جميع جوانبه ثم تحدد
المسئولية والضمان .

٣- ان نظرية المسئولية المدنية معروفة فى الاسلام منذ القدم كما
نجد أن عليا رضى الله عنه أشار على عمر بضمان دية المرأة
الحامل التى اسقطت جنينها خوفا منه عندما استدعاها
الى مجلسه .

٤- نجد أن القانون تطور الى حد كبير فى تحديد المسئوليات و تضمين
الاعمال و الأخطاء أما الشريعة فتوجد فيها هذه الأمور ولكن
بصورة منتشرة فى احكامها .

٥- ان الشريعة الاسلامية تعطى أهمية بالغة للجانب الاخلاقى والروحى
فى المسئوليات و تجعل الفرد مسئولا أمام الله و أمام ضميره ، أما
القانون فلا يتطرق الى هذا الجانب مطلقا .

٦- القانون ينظر الى رضا الطرفين و يسكت اذا حصل أى عمل ولو كانت
جريمة ، أما الشريعة فتعاقب على الجريمة مهما كانت و لو تمت برضا
الطرفين .

- ٧- نجد أن الفقهاء القدامى لم يفرقوا بين المسئوليتين الجنائية المدنية ويوجد هذا الفرق عند الفقهاء الجدد كما أن علماء القانون فرقوا/ ^{بين} هاتين المسئوليتين و جعلوا نظرية () نظرية مستقلة عن المسئولية المدنية و جعلوا لها كيانا مستقلا عن العقسود.
- ٨- أن هذا العصر قد تطور تطورا هائلا تجاه حل القضايا و حتى لا يتكلف يجب أن تقتسن الشريعة بصورة جيدة وبخاصة و أنه يوجد عدد ليس بالقليل فمن تتوافر فيهم شروط الاجتهاد.
- هذا ما يسره الله من توفيقه عزوجل لى لا تمام هذا البحث على هذا النحو ، و أرجو أن يكون خالصا لوجهه الكريم انه على ما يشاء قدير . وبالإجابة جدير .
- و صلى الله على سيدنا محمد و آله و صحبه وسلم .

* * *

فهرس الآيات

سورة البقرة:

- ١٧٣ انما حرّم عليكم الميتة والدم
١٩٤ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا
١٩٥ ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة
٢١٦ كتب عليكم القتال وهو كره لكم
٢٣١ و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن
٢٣٣ لا تضارّ والدها بولدها ولا مولود له
٢٣٥ ولا تعزموا عقدة النكاح حتّى يبلغ الكتاب اجله
٢٤١ وللمطلقات متاع بالمعروف حقّا على المتقين
٢٥١ ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الارض
٢٨٦ ربنا لاتؤاخذنا أن نسينا

سورة النساء:

- ١٢ من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار
٢٩ يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل
٧٥ وما لكم لا تقاتلون في سبيل الله

سورة المائدة:

- ١ يا ايها الذين آمنوا أو فوا بالعقود
٢ وتعاونوا على البر والتقوى
٣ حرمت عليكم الميتة والدم - وما اهل لغير الله ..

رقم الآية

- ٣ فمّن اضطرّ في مخمصة غير متجانف ...
- ٦ ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ...
- ٤٨ لكل جعلنا منكم شرعة و منهاجا ...
- ٩٠ يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر ...
- ٩١ ... انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة في
- ٩٥-٩٦ يا ايها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد و انتم حرم ...

سورة الأنعام:

- ١٥١ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ...

سورة هود:

- ٨٠ قال لو ان لى بكم قوة ...
- ١١٣ ولا تركنوا الى الذين ظلموا ...

سورة يوسف:

- ٢٠ وشرّوه بثمن بخس ...

سورة النحل:

- ١٠٦ من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكراه ...
- ١٢٦ و ان عاقبتكم فعاقبوا بمثل ...

سورة الاسراء:

- ٣١ ان قتلهم كان خطئا كبير ...
- ٧٤ و لولا ان ثبتت لك قد كدت تركن اليهم ...
- ٨١ و قل جاء الحق و زهق الباطل ...

رقم الآية

سورة الحج:

- ٤١ الذين ان مكنهم فى الارض اقاموا الصلاة ...
٧٨ ما جعل عليكم فى الدين من حرج ...

سورة النور:

- يا ايها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم -
٢٧ - ٢٩ والله يعلمون ما تبدون و ما تكتمون ...
يا ايها الذين آمنوا ليستأذنكم ...
٥٨ يبلغوا الحلم ...

سورة الاحزاب:

- ٥٨ ان الذين يؤذون الله ورسوله ...

سورة فطمت:

- ١١ ثم استوى الى السماء و هى دخان -

سورة الشورى:

- ٣٩ والذين اذا اصابهم البغي ...
٤٠ وجزاء سيئة سيئة مثلها ...

سورة محمد:

- ١٨ فقد جاء اشراطها ...

سورة الذاريات:

- ٥٦ و ما خلقت الجن والانس الا ليعبدون ...

(۷۷۹)

سنن ابی داود - کتاب الفتن : باب - ۲

سنن ابن ماجه - كتاب الفتن : باب - ۱۰

مسند أحمد : ۱۴۹/۵ ، ۱۶۳

(17Y)

أخذ المشركون عماراً فضربوه ستم

سنن الدارمی : مقدمة باب ۸

182

إذا لم تصطبحوا و لم تغتبقوا و لم تحتفؤوا ...

سنن الدارمی : کتاب الاضاحی : باب ۴۴

مسند أحمد : ٢١٨/٥

اصابنا عام مخصصة ٠٠٠ سن ابن ماجه رقم ٢٢٩٨

سنن ابن ماجه : رقم ۲۲۹۸

(६७)

فَاعْلَمُوهُمْ اَنْ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَ عَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ...٠٠٠

سنن النسائي : كتاب التحريم - باب ١

مسند أحمد : ۱۹۹/۳ ، ۲۲۵

(1912)

أما أبو جهم فإنه لا يرفع العصا عن عاتقه ...

سنن ابی داود : کتاب الطلاق - باب ۳۹

سنن الترمذی : کتاب النکاح - باب ۳۸

سنن النسائي : كتاب النكاح - باب ٢٢

بين الدارمي: كتاب النكاح - باب ٧

موطأ الإمام مالك: كتاب الطلاق - باب ٦٧

رقم الصفحة

(١٢ - ٣٦)

..... انباء النساء و طعام بطعام ٠٠٠

سنن أبي داود : كتاب البيوع - باب ٨٩

سنن الترمذي : كتاب الاحكام - باب ٢٣

سنن النسائي : كتاب النساء - باب ٤

سنن ابن ماجه : ٧٨٢/٢

مسند أحمد : ١٤٨/٦ ، ٢٧٧

(١٩٨)

..... ان دمءكم واموالكم عليكم حرام ٠٠٠

صحيح البخاري : كتاب الحج - باب ١٣٢

كتاب السلم - باب ٩ - ١٥٧/١

باب ٣٧ - ١٩٩/١

كتاب بدء الخلق باب ٧٩ - ١٠٨/٨

كتاب التفسير - باب ١٢٤ - ٣٢٤/٨

كتاب الاضاحى - باب ٥ - ٧ / ١٠

كتاب الفتن - باب ٨ - ٢٦/١٣

كتاب التوحيد - باب ٢٤ - ٤٢٦/١٤

صحيح مسلم : كتاب الحج - رقم الحديث ١٩٠ - ٨٨٩/٢

سنن أبي داود : كتاب التطوع - باب ١٠

سنن الترمذي : كتاب الحج - باب ١

سنن ابن ماجه : المقدمة ١٨ / ١٨٥

سنن الدارمي : كتاب المناسك - ٢٦٧/٢

رقم الصفحة

(٢٥٥ - ٢١٧)

... انصراخاك ظالما كان أو مظلوما ...

صحيح البخارى : كتاب المظالم - باب ٤

كتاب الاكراه - باب ٧

صحيح مسلم : كتاب الفتن - رقم الحديث ٦٢

سنن الترمذى : كتاب الفتن - باب ٦٨

سنن الدارمى : كتاب الرقاق - باب ٤٠

مسند أحمد : ٣ / ٩٩ ، ٢٠١ ، ٣٢٤

(١٧)

... و يقال لاركبانه انطقى ...

صحيح مسلم : كتاب الزهد - رقم الحديث ١٧ - ٦

صحيح مسلم : بشرح النووى ١٨ / ١٠٥ المجلد التاسع

(١٠٠)

... ان الله قد اعطى كل ذى حق حقه ...

صحيح البخارى : كتاب الوصايا - باب ٥

سنن أبى داود : كتاب الوصايا - باب ٦

كتاب البيوع - باب ٨٨

سنن الترمذى : كتاب الوصايا - باب ٥

سنن ابن ماجه : كتاب الوصايا - باب ٦

كتاب البيوع - باب ٨٨

سنن الدارمى : كتاب الوصايا - باب ٢٨

مسند أحمد : ٤ / ٨٦ ، ١٨٧ ، ٢٣٨ ، ٥ / ٢٦٧

سبل السلام : ٣ / ٩٦٧ حديث رقم ٩٠٧

بلوغ المرام : ص ١٩٩ و رقم الحديث ٨٧

رقم الصفحة

... ان الله و رسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير... (٤٩)

صحيح البخارى : كتاب المغازى - باب ٥١

كتاب البيوع - باب ١٥٥ - ١١٢

صحيح مسلم : كتاب البيوع - حديث رقم ٩٣

كتاب الفرع - حديث رقم ٨

فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٩ / ٢٩٧

ابن ماجه : كتاب التجارات - بأب ١١

... ان الله يحسب السرفق... (١٢٤)

صحيح البخارى: كتاب الاستئذان - باب ٤

كتاب الاستئذان - باب ٢٢

كتاب الدعوات - باب ٥٩

كتاب الادب - باب ٣٥

صحيح مسلم : كتاب البر - رقم الحديث ٤٧

كتاب السلام - رقم الحديث ١٠

سنن ابى داود: كتاب الادب - باب ١٠

سنن الترمذى : كتاب الاستئذان - باب ١٢

سنن الدارمى : كتاب الرقاق - باب ٧٥

سنن ابن ماجه : كتاب الادب - باب ٩

موطأ الامام مالك: كتاب الاستئذان - باب ٣٨

مسند أحمد : ١ / ١١٢ ، ٤ ، ٨٧ - ٣٧/٦ ، ٥٨ ، ١٩٩

رقم الصفحة

(١٢٤)

... انما بعثت رحمة و لم ابعث عذابا ...

اتحاف السادة المتقين للزبيدي : ١٠٧/٧

كنز العمال للمتقى الهندي رقم ٣١٩٩٧

المغنى عن حمل الأسفار للعراقسي : ٣١٦/٢

دلائل النبوة للبيهقي ، ١٥/١

(٣)

... الامام ضامن والمؤذن مؤتمن ...

سنن أبي داود : كتاب الصلاة - باب ٣٢

سنن الترمذي : كتاب المواقيت - باب ٣٩

سنن ابن ماجه : كتاب الاقامة - باب ٤٧

مسند أحمد : ٢ / ٢٣٢ ، ٢٨٤ ، ٣٧٨ ، ٣٨٢ ، ٤١٩ ، ٤٢٤

٤٦١ ، ٤٧٢ ، ٥١٢ - ٢٦٠/٥ - ٢٥/٦

(١٧٤ على الحاشية)

... ثلاث جدهن جد و هزلهن جد ...

سنن أبي داود : كتاب الطلاق - باب ٩ - ٦٤٣/٢ - ٦٤٤

سنن الترمذي : كتاب النكاح - باب ٥٦

كتاب الطلاق - باب ماجاء في الجد والهزل

رقم ١١٨٤ - ٣٢٨/٢

سنن ابن ماجه : كتاب الطلاق - باب ٣ - ٦٥٧/١ - ٦٥٨

سنن الدارمي : كتاب الطلاق والخلع والايلاء - ١٨/٤ - ١٩

(٣)

... الخراج بالضممان ...

سنن أبي داود : كتاب البيوع - باب ٧١

سنن الترمذي : كتاب البيوع - باب ٥٣

رقم الصفحة

- سنن النسائي : كتاب البيوع - باب ١٥
- سنن ابن ماجه : كتاب التجارات - باب ٤٣ - ٧٥٤/٢
- ٠٠٠ رفع عن امتى الخطاء والنسيان و ما استكروها عليه ٠٠٠ (١٧٥، ١٦٧، ٢١)
- سنن ابن ماجه : كتاب الطلاق - باب ١٦ - ٦٥٩/١
- سنن ابن ماجه : نيل الاوطار : ٢٣٥/٦
- ٠٠٠ رفع القلم عن ثلاثة - عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يعقل ٠٠٠ (١٢٧، ١٢٢)
- صحيح البخارى : كتاب الحدود - باب ٢٢
- كتاب الطلاق - باب ١١ - ١٧٤/٤
- سنن ابى داود : كتاب الحدود - باب ١٧
- سنن الترمذى : كتاب الحدود - باب ١
- سنن النسائي : كتاب الطلاق - ٩٣/٢
- سنن ابن ماجه : كتاب الطلاق - باب ١٠
- سنن الدارمى : ١٠٠/٦ ، ١٠١ ، ١٤٤
- ٠٠٠ على اليد ما أخذت حتى تؤديه ٠٠٠ (١٤)
- سنن الترمذى : كتاب البيوع - باب ٣٩
- سنن ابن ماجه : كتاب الصدقات - باب ٥ - ٨٠٦/٢
- حديث رقم ٣٤٠٠
- مسند أحمد : ٨/٥ ، ١٢ ، ١٣
- ٠٠٠ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على اهل الاموال حفظها بالنهار و على اهل المواشى حفظها بالليل ٠٠٠ (١٣)
- سنن أبى داود : كتاب البيوع - باب ٩٠ - ٢٦٧/٢

- سنن ابن ماجه : كتاب الاحكام - باب ١٣
- موطأ الامام مالك : كتاب الاقضية - رقم الحديث ٣٦
- مسند أحمد : ٢٩٥/٤ - ٤٣٦/٥
- ٠٠٠ كل المسلم على المسلم حرام دمه و عرضه و ماله ٠٠٠ (١٦١)
- سنن الترمذی : كتاب البر - باب ١٨
- سنن ابن ماجه : كتاب الفتن - باب ٢
- مسند أحمد : ٢٧٧/٢ ، ٣٦٠ - ٤٩١/٣
- ٠٠٠ كن خير ابنسئء آدم يعنى هابيل و قابيل ٠٠٠ (٢٢٩)
- تلخيص الحبير ١٨٤/٤

- (٢٢٩) ٠٠٠ كن عبدالله المقتول ولا تكن القاتل ٠٠٠
- الدر المنثور : ٢٧٥/٢
- مسند أحمد : ١١٠/٥
- ٠٠٠ لا ضرر ولا ضرار ٠٠٠ (١١٠، ٢٢، ١٤)
- سنن ابن ماجه : كتاب الاحكام - باب ١٧ - ٧٨٤/٢ -
- حديث رقم ٢٣٤٠
- موطأ الامام مالك : كتاب الاقضية - باب ٣١
- مسند أحمد : ٦٤/٤

سبل السلام : ٧٧/٣

الجامع الصغير : ٦٧٦/٣

نصب الراية : ٨٤/٤

(١٧٠)

... لا طلاق ولا عتق فى اغلاق ...

سنن ابى داود : كتاب الطلاق - باب ٨ - ٦٤٣-٦٤٢/٢

سنن ابن ماجه : كتاب الطلاق - باب ١٦-١-٦٦٠

مسند أحمد : ٢٧٦/٦

المستدرک: للحاکم : كتاب الطلاق - ١٩٨/٢

دار قطنى : كتاب الطلاق - ٣٦/٤

(١٤)

... لا يأخذن احدكم متاع اخيه جادا ...

سنن ابى داود : كتاب الادب - باب ٨٥

سنن الترمذى : كتاب الفتن - باب ٣

مسند أحمد : ٢٢١/٤

نصب الراية فى تخريج احاديث الهداية - ١٦٧/٣ - ١٦٨

(١١٠)

... لا يبيع حاضر لباد ...

صحيح البخارى : كتاب البيوع - باب ٥٨ ، ٦٤ ، ٦٨

٧٠ ، ٦٩

كتاب الاجازة - باب ١٤

كتاب الشروط - باب ٨

صحيح مسلم : كتاب النكاح - حديث رقم ٥١ ، ٥٢

كتاب البيوع - حديث رقم ١١ ، ١٢ ، ١٨

رقم الصفحة

- (١١٠)
- سنن أبي داود : كتاب البيوع باب ٤٥
- سنن الترمذي : كتاب البيوع باب ١٤
- سنن النسائي : كتاب البيوع باب ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ٢١
- سنن ابن ماجه : كتاب التجارات باب ١٥
- موطأ الامام مالك : كتاب البيوع - باب ٩٦
- لا يحتكر الا خاطيء ...
- صحيح مسلم : كتاب المساقاة - رقم الحديث ١٣٠ ، ١٣٩
- سنن أبي داود : كتاب البيوع - باب ٤٧ ، ٤٠
- سنن ابن ماجه : كتاب التجارات - باب ٦ - ٤٠/٦
- سنن الدارمي : كتاب البيوع - باب ١٢
- مسند أحمد : ٤٥٣/٣ - ٤٥٤
- نيل الاوطار : ٨٥/٥ (٢٤٤-٢١٥)
- ... لو ان امرأ اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصة ففقات ...
- صحيح البخاري : كتاب الديات - باب ١٥ ، ٢٣
- صحيح مسلم : كتاب الادب - رقم الحديث ٤٤
- سنن النسائي : كتاب القسامة - باب ٤٨
- مسند أحمد : ٢٤٣/٢
- فتح الباري : ٢٤٣/١٢
- سبل السلام : ١٢٣٦/٣ - حديث رقم ١١٢٣
- نشر مكتبة عاطف الازهر، بالقاهرة .

- ٠٠٠ ما اصاب بفيه نوحاجة غيرمتخذ خبة ٠٠٠

صحيح البخارى : كتاب الحدود - باب ٤٠

سنن النسائى : كتاب قطع السارق - باب ١٢

سنن ابن ماجه : كتاب التجارات - باب ٦٧

مسند أحمد : ١٨٠/٢ ، ٢٢٤

- ٠٠٠ وما افسدت فهو مضمون عليهم ٠٠٠ (١٣)

موطأ للإمام مالك : كتاب الاقضية - باب ٣٦

مسند أحمد : ٤٢٦/٥

- ٠٠٠ من اكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقربن مساجدنا ٠٠٠

صحيح البخارى : كتاب الاذان - باب ١٦٠

كتاب الاطعمة - باب ٤٩

كتاب الاعتصام - باب ٢٤

سنن أبى داود : كتاب الاطعمة - باب ٤٠

سنن الترمذى : كتاب الاطعمة - باب ١٣

سنن النسائى : كتاب المساجد - باب ١٦ - ١٧

سنن ابن ماجه : كتاب الاقامة - باب ٥٨

سنن الدارمى : كتاب الاطعمة - باب ٢١

موطأ للإمام مالك : كتاب الطهارة - باب ١

مسند أحمد : ١٩٤/٤

- ٠٠٠ من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ٠٠٠ (٥١ - ٢١٧)

صحيح البخارى : كتاب العلم - باب ٢٨

كتاب التعبير - باب ٣ ، ١٠ ، ٢٦ ، ٤٦

صحيح مسلم :

كتاب الايمان - حديث رقم ٧٨

كتاب الرويه - حديث رقم ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥

سنن أبي داود :

كتاب الملاحم - باب ١٧

كتاب الطب - باب ٢٤

سنن الترمذی :

كتاب الرويه - باب ١ ، ٥ ، ١٠

سنن النسائی :

كتاب الايمان - باب ١٧

سنن الدارمی :

كتاب الروية - باب ٥ ، ٦

موطأ الامام مالك :

كتاب الروية - حديث رقم ٤

مسند أحمد :

٢٠٤/٢ - ٢٠/٣

(٢٢٢ - ٢٢٩)

... من شهر سيفه شم وضعه ...

سنن النسائی :

كتاب التحريم - باب ٢٦

نصب الراية :

٢٤٧/٤

... من ضار اضر الله به و من شاق شاق الله عليه ...

سنن أبي داود :

كتاب الاقضية - باب ٣١

سنن ابن ماجه :

كتاب الاحكام - باب ١٧

مسند أحمد :

٤٥٣ / ٣

(٢١٥ - ٢٢٩ ، ٢٥٤)

... من قتل دون نفسه فهو شهيد ...

صحيح البخارى :

كتاب القصاص - ٢٢٧/١٠

سنن أبي داود :

كتاب السنة - باب ٢٩

سنن الترمذی :

كتاب الديات - باب ٢١

سنن النسائی :

كتاب المحاربة - ١٦٦/٢

... من وقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين ... (١١)

سنن الدار قطنى رقم : ٣٦٣

السنن الكبرى للبيهقى : ٣٤٤/٨

... من يضمن لى ما بين لحييه و ما بين رجليه أضمن له الجنة .. (٣)

صحيح البخارى : كتاب الرقاق - باب ٢٣

... المؤمن اخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ... (٢٥٦)

صحيح البخارى : كتاب المظالم - باب ٣

كتاب الاكراه - باب ٧

صحيح مسلم : كتاب البر - حديث رقم ٥٨ ، ٣٢

سنن أبى داود : كتاب الايمان - باب ٧

كتاب الامارة - باب ٣٦

كتاب الادب - باب ٣٨

سنن الترمذى : كتاب الحدود - باب ٣

كتاب البر - باب ١٨

كتاب التفسير - باب ٢

سنن ابن ماجه : كتاب التجارات - باب ٤٥

كتاب الكفارات - باب ١٤

مسند أحمد : ٤٩١/٣ - ٣١٠، ٣١١، ٢٧٧، ٩١، ٨، ٦/٢

٢٧٩ ، ٧١ ، ٢٥ ، ٢٤/٥ - ٧٩ ، ٦٩ ، ٦٦/٤

رقم الصفحة

(٦٢)

... المسلمون على شروطهم ...

- صحیح البخاری : كتاب الاجارة - باب ١٤
سنن أبی داود : كتاب الاقضية - باب ١٢
سنن الترمذی : كتاب الاحكام - باب ١٧
كشف الخفاء : ٢٩١/٢

(٢٥٥)

... المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص ...

- صحیح البخاری : كتاب الصلاة - باب ٨٨
كتاب المظالم - باب ٥
صحیح مسلم : كتاب البر - حديث رقم ٦٥
سنن الترمذی : كتاب البر - باب ١٨
سنن النسائی : كتاب الزكاة - باب ٦٧
مسند أحمد : ٤٠٩ ، ٤٠٥ ، ٤٠٤/٤

(١٨٢)

... هل عندك غنى يغنيك ...

- سنن أبی داود : كتاب الاطعمة - باب ٣٦
مسند أحمد : ١٠٤/٥

فهرس باهم المصادر والمراجع

القرآن الكريم و علومه :

- أ- القرآن الكريم .
- ب- التفسير .
- ١- الطبرى ، ٣١٠ هـ
جامع البيان عن تأويل آلى القرآن للإمام
محمد بن جرير الطبرى دار المعرفة ، بيروت
لبنان - سنة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م
- ٢- الجصاص ، ٣٧٠ هـ
احكام القرآن الكريم لأبى بكر احمد بن على
الرازى المعروف بالجصاص طبعة سنة ١٣٣٥ هـ
طبع دارالمصنف و مطبعة عبدالرحمن
محمد ، و دار الفكر للطباعة والنشر
والتوزيع ، و سهيل اكيدمى لاهور باكستان ١٩٨٠ م
- ٣- ابن العربى ، ٥٤٣ هـ
احكام القرآن للإمام الحافظ محمد بن عبدالله
بن احمد المعروف بابن العربى طبعة سنة ١٣٣١ هـ
دارالمعرفة بيروت لبنان .
- ٤- القرطبى ٦٧١ هـ
الجامع لأحكام القرآن لأبى بكر عبدالله محمد
بن احمد الانصارى اسماعيل طبعة ١٣٥٣ هـ
دارالكتب المصرية ، الطبعة الثالثة ، ١٣٨٧ هـ
١٩٦٧ م
- ٥- ابن كثير ، ٧٧٤ هـ
تفسير القرآن العظيم لإمام الجليل الحافظ
عماد الدين ابى الفداء بن كثير
القرشى الدمشقى ، دارالمعرفة - بيروت
الطبعة الاولى ، ٤٠٠ / ١٩٨٠ م

- ٦- الزركشى ، ٧٩٤ هـ
البرهان فى علوم القرآن لبدرالدين الزركشى
دار المعرفة بيروت الطبعة الثانية .
- ٧- رشيد ١٣٥٤ هـ
تفسير القرآن الكريم أو تفسير المنار
لسيد محمد رشيد رضا
طبعة سنة ١٣٢٥ هـ
دار المعرفة بيروت ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م
- ٨- المراقى ، ١٣٦٥ هـ
تفسير المراقى لاحمد مصطفى المراقى
دار الفكر الطبعة الثالثة ، ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤ م

كتب الحديث و فلسفه :

- مالك ، ١٧٩ هـ
الموطأ لامام الائمة و عالم المدينة مالك بن أنس
رضى الله عنه دار النفائس ، بيروت - لبنان
١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م و محمد سعيد ايند سنز
كراتشى ، باكستان بدون تاريخ .
- أحمد بن حنبل، ٢٤١ هـ
مسند الإمام أحمد بن حنبل ، دار الفكر
بيروت و دار المعارف بمصر .
- البخارى ، ٢٥٦ هـ
الجامع الصحيح لامام ابى عبدالله محمد
بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخارى
دار الفكر بيروت و ادارة الطباعة المنيرية
بمصر و مطبعة مصطفى
الحلبى البابى بمصر .

مسلم ، ٢٦١ هـ

الجامع الصحيح لامام مسلم بن الحجاج بن
مسلم القشيري النيسابوري ، طبعة
سنة ١٣٨٣ (دارالتحرير بالقاهرة) و دار
الفكر بيروت و دار احياء الكتب العربية عيسى
البابى القاهرة .

أبو داود ، ٢٧٥ هـ

سنن ابى داود لامام الحافظ ابى داود سليمان
بن الاشعث السجستاني ، الناشر دار احياء
التراث مكتبة المكنة - مرمرة و مصطفى
البابى الحلبي ، الطبعة الاولى ، ١٣٧١ هـ / ١٩٥٢ م

ابن ماجه ، ٢٧٥ هـ

سنن ابن ماجه لابي عبد الله محمد بن يزيد
بن ماجه القزويني دار احياء التراث العربي
بمصر ، ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م

النسائي ، ٣٠٢ هـ

سنن النسائي لامام ابى عبد الرحمن أحمد
بن شعيب النسائي قديمي كتب خانه كراتشي
باكستان ، مكتبة السلفية لاهور - باكستان .
سنن الترمذي لامام أبي عيسى محمد
بن عيسى الترمذي المكتبة السلفية - المدنية
المنورة ، و مكتبة دار الدعوة بحمص ، سوريا
١٩٦٨ م

الترمذي

- الدار قطنى ، ٣٨٥ هـ سنن الدار قطنى لحافظ على بن عمر
- الدار قطنى مطبعة الانصارى دهلى - الهند
- البيهقى ، ٤٥٨ هـ السنن الكبرى لاحمد بن الحسين البيهقى
- مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدرآباد
- الدكن ، الطبعة الاولى ، ١٣٤٤ هـ .
- النسوى ، ٢٧٦ هـ شرح صحيح مسلم للنسوى ليحيى بن مرى
- النوى ، دار الفكر - بيروت
- ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م دار احياء التراث بصر
- و دار الشعب ، القاهرة .
- الزيلعى ، ٧٦٢ هـ نصب الراية لمحمد بن عبدالله الزيلعى
- مطبعة المجلس العلمى ، الهند ، الطبعة
- الاولى .
- السيوطى ، ٩١١ هـ الجامع الصحيح للامام عبدالرحمن بن أبى بكر
- بن محمد جلال الدين السيوطى طبعة سنة
- ١٣٧٥ هـ / ١٩٥٦ م
- ابن حجر العسقلانى ، ٩٨٢ هـ فتح البارى شرح صحيح البخارى ، لشهاب
- الدين أبى الفضل أحمد بن على العسقلانى
- طبعة جديدة ، ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م . مكتبة
- القاهرة ، لصاحبها على يوسف سليمان
- بشارع الصنادقية ، الازهر ، القاهرة .
- (ب) بلوغ المرام من ادلة الاحكام للحافظ
- أحمد بن على محمد العسقلانى طبعة سنة ،
- ١٩٥٠ م .

الضعائى ، ١١٨٢هـ سبل السلام ، للعلامة محمد بن اسماعيل

الامير اليمنى الضعائى طبعة مصطفى

البابى الحلبى بمصر سنة ١٩٥٠م و

مكتبة عاطف بالازهر - قاهرة .

الشوكانى ، ١٢٥٠هـ نيل الاوطار الامام

محمد بن على بن محمد الشوكانى

مطبعة الحلبى ، بمصر ، سنة ١٩٧٣م

و ادارة القرآن و العلوم الاسلامية

كراتشى ، ١٩٨٧م

كتب القواعد والاصول:

الامدى ، ٦٢١هـ الأحكام فى أصول الاحكام لأبى الحسن على

بن أبى على سيف الدين الأمدى ، طبعة

دار الحديث ، خلف الجامعة الأزهر الشريف .

البصرى ، ٤٣٦هـ المعتمدنى أصول الفقه لأبى الحسين محمد

بن على بن البصرى الطبيب المقرئ

دار الكتب العلمية ، بيروت الطبعة الاولى

١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣م

البزدوى ، ٤٨٢هـ كنز الوصول الى معرفة الاصول المعروف بـاصول

البزدوى للامام على بن محمد البزدوى الحنفى

مكتبة جاويد كراتشى ، باكستان .

- السرخسى ، ٤٩٠ هـ
أصول السرخسى لأبى بكر محمد بن أحمد أبى سهل
السرخسى ، مطبعة دار احياء الكتب العربية
سنة ، ١٣٧٢ هـ
- الغزالى ، ٥٠٥ هـ
المستشفى فى علم الأصول لحجة الاسلام محمد
بن محمد الغزالى ، مطبعة الأميرية
بيولاى بمصر ، الطبعة الاولى ، ١٣٢٤ و دارالفكر
للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت .
- القرافى ، ٦٨٣ هـ
الفروق للعلامة احمد بن ادريس عبدالرحمن الصنهاجى
المالكى ، طبعة ١٣٠٢ هـ عالم الكتب بيروت .
- الشاطبى ، ٧٩٠ هـ
الموافقات فى أصول الاحكام
للعلامة ابى اسحاق ابراهيم بن موسى المعروف
بالشاطبى نشر المكتبة التجارية و دارالمعرفة
للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان .
- التفتازانى ، ٧٩٢ هـ
التلويح على الترمذ لسعد الدين التفتازانى
مطبعة الكريمة ببلدة فزان و مطبعة محمد على
صبيح القاهرة .
- منلا خسرو ، ٨٨٠ هـ
فرا موز الشهير بمنلا خسرو .
- ابن رجب ، ٧٩٥ هـ
القواعد للعلامة الحافظ أبى الفرج عبدالرحمن
بن رجب الحنبلى مطبعة مؤسسة دارالفكر
العربى

- الاشباه والنظائر فى فروع الشافعية للامام
جلال الدين السيوطى ، دارالكتب العلمية
بيروت - لبنان ، الطبعة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م
- الاشباه والنظائر للعلامة زين الدين بن ابراهيم
بن محمد بن نجيم الحنفى مطبعة ادارة القرآن
والعلوم الاسلامية كراتشى ، باكستان .
- فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الانوار
فى اصول المنار لزين الدين ابراهيم - مطبعة
مصطفى الحلبي بمصر سنة ، ١٣٥٥ هـ / ١٩٣٦ م
- خواتم الرحمات شرح مسلم الثبوت لمحمد
بن نظام الدين اللكنوى الانصارى ، دارالكتب
العلمية - بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣ هـ
١٩٨٣ م
- غمز عيون البصائر على الاشباه والنظائر
لسيد أحمد بن محمد الحنفى المعروف
الحمزى منشورات ادارة القرآن والعلوم
الاسلامية ، كراتشى - باكستان .
- محب الله ، ٣١٦ هـ
محب الله لمحب الله عبدالشكور المطبع الانصارى
دهلى . الهند
- السيوطى ، ٩١١ هـ
ابن نجيم ، ٩٧٠ هـ
ابن ابراهيم ، ٧٩٠ هـ
اللكنوى ، ١١٨٠ هـ
الحمزى ، ١٠٩٨ هـ

كتب الفقه

الفقه الحنفي

- السرخسي ، المبسوط لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل
دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان
الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٨م و إدارة القرآن كراتشي
باكستان - ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧م
- لكاساني ، ٥٨٧ هـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
للامام علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني مطبعة
سعيد كمبني كراتشي ، باكستان و دار الكتاب
العربي ، بيروت - لبنان • الطبعة الثانية
١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤م •
- المرغيناني ، ٥٩٣ هـ الهداية للعلامة أبي الحسن
بن محمد بن عبد الجليل الرشدي برهان الدين
المرغيناني طبعة المكتبة التجارية بهامن
فتح القدير •
- الزيلعي ، ٨٤٣ هـ نبين الحقائق شرح كنز الدقائق للفقيه الحنفي
عثمان بن علي بن محمد فخر الدين الزيلعي
مكتبة امدادية ملتان - باكستان ، الطبعة الاولى
١٣١٥ هـ / ومعارف بريس ، لاهور - باكستان
- البابرتي ، ٧٨٦ هـ ✓ العناية شرح الهداية للعلامة محمد بن محمد
بن محمود اكمل الدين البابرتي طبعة المكتبة التجارية
١٣٥٦ هـ •

- العبادي ، ٨٠٠ هـ
- ✓ الجوهرة النيرة للعلامة أبي محمد العبادي
اليمنى - المطبعة الخيرية بالقاهرة - سنة
١٣٢٣ هـ و مكتبة امدادية ، ملتان - باكستان
- ابن قاضي ٨٢٣ هـ
- ✓ جامع الفصولين لمحمود بن اسرائيل
الشهير بابن قاضي سماوة طبعة اسلامي كتب خانه
بنوري تاؤن كراتشي (٥) ، باكستان • سنة ، ١٤٠٢ هـ
- أبي الحسن الطرابلسي ، ٨٤٤ هـ ✓ معيين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من
الأحكام للشيخ علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل
الطرابلسي ، مكتبة حاجي عبدالغفار و پسران
تاجران كتب قندهار - افغانستان •
- ابن الهمام ، ٨٦١ هـ
- ✓ شرح فتح القدير - للعلامة محمد بن عبدالواحد
بن عبدالحميد بن مسعود كمال الدين المعروف بابن
الهمام طبعة دار احياء التراث العربي ، بيروت
و دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة
الثانية ، ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م
- ابن نجيم ، ٩٧٠ هـ
- ✓ البحر الرائق شرح كنز الدقائق لشيخ
زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم
طبعة المكتبة الماجدية كوئته - باكستان
و دارالمعرفة - بيروت •
- شيخ زاده ، ١٠٨٧ هـ
- ✓ مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر للفيقيه الحنفى
عبدالرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بشيخ
زاده طبعة سنة ١٢٨٧ هـ /

- ٨ الدر المختار شرح تنوير الابصار للفقيه الحنفى ، ١٠٨٨ هـ
- الحنفى محمد بن على محمد علاء السدين الحنفى مطبعة الحلبي طبعة سنة ، ١٣٢٤ هـ
- بها من حاشيه ابن عابدين .
- حاشيته ابن عابدين علي
- الدر المختار للعلامة محمد امين بن عمر بن عبدالعزيز بن عابدين دمشقى دار الفكر العربى بيروت والمكتبة الماجدية كوئته - باكستان
- و مطبعة / مصطفى البابى الحلبي بمصر ، ١٣٩٩ / ١٩٦٩ م
- الفقيه المالكى
- مالك ، ١٧٩ هـ
- و
- ابن رشد ، ٥٩٥ هـ
- المدونة الكبرى للامام مالك بن انس الاصحى رواية لامام سحنون عن الامام عبد الرحمن بن القاسم عن الامام مالك مطبعة دار صادر بيروت و مطبعة دار السعادة بمصر سنة ، ١٣٢٣ هـ .
- بداية المجتهد و نهاية المقصد ، لابي الوليد محمد القرطبي الاندلسى المالكى الشهيد بابن رشد المكتبة العلمية ، لاهور - باكستان والمكتبة امدادية - ملتان
- تبصرة الحكام فى اصول الاقضية والأحكام للعلامة ابراهيم بن الامام شمس الدين على بن محمد بن فرحون المالكى مطبعة البابى الحلبي ، بالقاهرة سنة ، ١٩٣٧ م
- ابن فرحون ، ٧٩٩ هـ

مواهب الجليل شرح مختصر خليل للعلامة
أبى عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرزق
الرعينى الشهيد بالحطاب طبعة ، ١٣٢٩هـ

فتح الجليل على مختصر خليل لأبى عبدالله
محمد الخرشي مطبعة دارالفكر للطباعة والنشر
بيروت سنة ١٣٠٦ هـ

الشرح الكبير على مختصر خليل لأبى البركات
سيدي أحمد بن محمد بن أحمد العدوي مطبعة
المكتبة التجارية سنة، ١٣٧٣ هـ

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة
شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي
الطبعة سنة ، ١٣٧٣ هـ مطبعة دارأحياء الكتب
العربية عيسى البابى الحلبي بمصر .

الخطيب ، ٩٥٤ هـ

الخرشي ، ١١٠١ هـ

الدريسر ، ١٢٠١ هـ

الدسوقي ، ١٢٣٠ هـ

الفقه الشافعي

الشافعي ، ٢٠٤ هـ

الماوردي ، ٤٥٠ هـ

الغزالي ، ٥٠٥ هـ

الأم لأمام محمد بن إدريس الشافعي

مطبعة المكتبة الإسلامية - مكة المكرمة

الأحكام السلطانية لأبى الحسن على بن محمد
بن حبيب مطبعة دارالكتب العلمية ، بيروت
لبنان سنة ، ١٩٧٨ م .

أحياء علوم الدين مطبعة لجنة نشر الثقافة
الإسلامية .

المهذب فى فقه الامام الشافعى لأبى
اسحاق ابراهيم الشيرازى الفيروز آبادى مطبعة
دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت
لبنان .

اسنى المطالب شرح روض الطالب لأبى يحيى
شيخ الاسلام زكريا بن محمد بن زكريا الأنصارى
مطبعة المكتبة الاسلامية - مكة المكرمة .

مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج
للعلامة الشيخ محمد الشربينى الخطيب مطبعة
دار احياء التراث العربى - بيروت - لبنان ، ١٣٧٧ هـ
١٩٧٨ م

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين
محمد بن أحمد الزملى الناشر المكتبة الاسلامية
المملكة العربية السعودية .

اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين
لأبى بكر المشهور بالسيد البكرى ، دار احياء
التراث العربى ، بيروت .

المغنى على مختصر الخرقى للعلامة عبدالله بن أحمد
ابن محمد بن قدامة المقدسى الدمشقى المعروف
بابن قدامة مطبعة الكليات الازهرية - القاهرة

الشيرازى ، ٤٧٦ هـ

الانصارى ، ٩٢٦ هـ

الشربينى ، ٩٧٧ هـ

الزملى ، ١٠٠٤ هـ

السيد البكرى ، ١٣١٠ هـ

الفقيه الحنبلى :

ابن قدامة ، ٦٢٠ هـ

ابن تيمية ، ٧٣٨ هـ

السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعيصة
لأبى العباس بن تيمية مطبعة دارالكتاب العربى
بمصر سنة ، ١٩٦٩م

ابن قيم الجوزية ، ٨٥١ هـ

اعلام الموقعين للعلامة محمد بن أبى بكر
بن ايوب بن سعيد الزرعى الدمشقى مطبعة
دارالجيل للنشر والتوزيع والطباعة ، بيروت
لبنان .

الفتوحى

منتهى الارادات فى جمع المقنع مع التفتيح
و زيادات لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى
الحنبلى مطبعة عالم الكتب القاهرة ، والمطبعة
العامة الشرقية ، ١٣١٩ هـ .

البهوتى

كشاف القناع للعلامة منصور بن يونس البهوتى
مطبعة دارالفكر سنة ١٩٨٢م

الحجاوى ، ٩٦٨ هـ

الاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل لشرف
الدين الحجاوى المقدسى مطبعة المكتبة التجارية
الكبرى و المطبعة المصرية بالازهر ، بمصر .

الفقه الظاهرى

ابن حزم ، ٤٥٠ هـ

المحلى لامام ابى محمد على بن احمد بن حزم
مطبعة احياء التراث العربى ، دارالاقامة الجديدة
بيروت .

فقه الزيدية :

البحر الزخار الجامع لفقه علماء الأمصار
للفقيه العلامة احمد بن يحيى بن المرتضى
مطبعة مكتبة الخانجي الطبعة الاولى ١٣٦٨ هـ
١٩٤٩م . مؤسسة الرسالة بيروت ،
لبنان .

فقه الامامية :

مفتاح الكرامة بشرح قواعد العلامة
للفقيه محمد جواد بن محمد بن محمد الحسيني
العاملي طبعة سنة ، ١٣٣٣ هـ .

الكتب الفقهية الحديثة :

- ١- أبوزهرة : الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى
طبعة سنة ، ١٩٦١م
- ٢- أبو زهرة : أصول الفقه للشيخ أبى زهرة ، مطبعة
دارالفكر العربى ، بمصر .
- ٣- البرديسى : أصول الفقه ، لمحمد زكريا البرديسى
المكتبة الفيصلية - مكة المكرمة .
- ٤- الاتاسى : شرح مجلة الاحكام العدلية محمد خالد
الاتاسى ، المكتبة الاسلامية ميزان ماركيت
كوئته - باكستان . ١٤٠٣ هـ
- ٥- حسب الله : أصول التشريع الاسلامى للشيخ على حسب الله
مطبعة ادارة القرآن والعلوم الاسلامية ، كراتشى
باكستان - سنة ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧م
- ٦- خلاف : أصول الفقه لعبدالرحمان خلاف طبعه
سنة ، ١٩٦٥م مكتبة الدعوة الاسلامية ، شباب
الازهر .
- ٧- الدرينى : نظرية التعسف فى استعمال الحق للدرينى
الفقه الاسلامى فى شوبه الجديد للزرقا
مصطفى أحمد ، دارالفكر بدون تاريخ .
- ٨- زرقا : الفقه الاسلامى وادلتها للدكتور وهبة الزحيلي
دارالفكر دمشق ، سوريا الطبعة الثانية ، ١٤٠٠
١٩٨٠م .
- ٩- الذحيلي : الفقه الاسلامى وادلتها للدكتور وهبة الزحيلي
دارالفكر دمشق ، سوريا الطبعة الثانية ، ١٤٠٠
١٩٨٠م .

- ١٠- زيدان : الوجيز في اصول الفقه للدكتور عبدالكريم
زيدان ، الناشر دارالكتب الاسلامية ، لاهور - باكستان
- ١١- سليم رستم باز : شرح مجلة الاحكام العدلية لسليم رستم باز اللبناني
دار احياء التراث العربى بيروت ، ١٨٩٨ م الطبعة الثانية •
- ١٢- ✓ سراج : ضمان العدوان في الفقه الاسلامى للدكتور محمد أحمد
سراج دارالثقافة للنشر والتوزيع - القاهرة ، ١٤١٠
م ١٩٩٠
- ١٣- شعبان : أصول الفقه لزكى الدين شعبان ، الجامعة الليبية
كلية الحقوق •
- ١٤- عبدالرزاق السنهورى : مصادر الحق في الفقه الاسلامى عبدالرزاق السنهورى
معهد الدراسات العربية العالمية ، سنة ، ١٩٥٣ م
- ١٥- عدنان محمد جمعة : رفع الحرج في الشريعة الاسلامية لعدنان محمد جمعة
دار الامم للطباعة والنشر سوريا دمشق
الطبعة الاولى ، ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م
- ١٦- ✓ على الخفيف : في الضمان/الفقه الاسلامى لعلى الخفيف ، معهد
البحوث الدراسات العربية ، القاهرة •
- ١٧- سيد عواد على : أحكام القسمه في الفقه الاسلامى للدكتور سيد
عواد على عواد طبع دار اسكرين ، اجنسى للطباعة
بمصر •
- ١٨- عودة : التشريع الجنائى الاسلامى للشهيد عبدالقادر عودة
مؤسسة الرسالة ، بيروت الطبعة الخامسة ، ١٤٠١ هـ
م ١٩٨٤

- ١٩- الكردي : المدخل الفقهي للدكتور أحمد الحبي الكردي
طبعة جامعة دمشق ، سوريا ، ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م
- ٢٠- ياسين : نظرية الفرر في الشريعة الاسلامية للدكتور ياسين
احمد درادكة منشورات وزارة الاوقاف ، عمان
اردن.

الأدب واللغة :

- ١- ابن منظور : لسان العرب ، لجمال الدين محمد بن مكرم
بن منظور ، دار صادر ، بيروت - لبنان سنة
١٣٧٥ هـ / ١٩٥٦ م
- ٢- الرازي : مختار الصحاح ، للشيخ الإمام محمد بن ابي
بكر بن عبدالقادر الرازي مطبعة مصطفى البابي
الحلبى ، بمصر ، ١٣٦٩ هـ / ١٩٦٠ م
- ٣- الفيروز آبادى : القاموس الحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب
الفيروز آبادى ، مؤسسة الحلبي ، الطبعة الثانية
١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م - القاهرة .
- ٤- المقرئ : المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد بن على
المقرئ الطبعة السادسة طبعة الاميرية
بالقاهرة ، ١٩٢٦ م
- ٥- المعجم الوسيط : مجموعة من الاساتذة باشراف مجمع اللغة العربية بالقاهرة .
مطبعة انتشارات ناصر خسرو طهران - ايران .
- ٦- التعريفات للسيد الشريف
الجرجاني

المراجع القانونية

أ- باللغة العربية :

- أحمد حشمت • مصادر الالتزام لأحمد حشمت ، ١٩٦٣م
مطبعة دارالفكر العربي •
- أحمد صفوت : شرح القانون الجنائي القسم العام
لأحمد صفوت مطبعة حجازي •
- أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم العام
لأحمد فتحي سرور •
- أكرم نشأت إبراهيم الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي
مطبعة السعد - بغداد ، ١٩٦٢م
- أنور سلطان النظرية العامة للالتزام لأنور سلطان
١٩٦٢م مطبعة دارالمعارف بمصر •
- جندی عبدالملك مجموعة المبادئ الجنائية لجندی عبدالملك
مطبعة دارالكتب ، ١٣٤٥هـ / ١٩٢٨م
- (٢) المؤسفة الجنائية لجندی عبدالملك
دار أحياء التراث العربي - بيروت •
- حسين عامر التعسف في استعمال الحقوق والغاء
والعقود لحسين عامر المطبعة الأولى
- مطبعة شركة ساهمة مصرية ، ١٣٧٩ / ٢٩٦٠م
- حسن محمد أبو السعود شرح قانون العقوبات العراقي لحسن محمد
أبو السعود ، ١٩٤٢هـ - ١٩٤٣م •

حميد السعدى

زغلول

السنهورى

سليمان مرقس

عبدالمجيد الحكيم

عدنان القوتلى

القللى

جرائم الاعتداء على الاموال لحميدالسعدى

مطبعة المعارف ، ١٩٦٦م بغداد .

شرح قانون المدنى لاحمد فتحى زغلول

المطبعة الأميرية بمصر ، ١٩٦٣م .

(١) الوسيط فى قانون المدنى الجديد

لعبد الرزاق السنهورى .

(٢) مصادر الحق لعبد الرزاق السنهورى (على

طلبة قسم الدراسات القانونية ، ١٩٧٧م .

موجز أصول الالتزامات لسليمان مرقس ١٩٦٢م

مطبعة لجنة البيان العربى .

(١) أحكام التزام لعبد المجيد الحكيم شركة

الطبع والنشر الاهلية بغداد ، ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٧م

(٢) الموجز فى شرح القانون المدنى لعبد المجيد

الحكيم شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد .

الوجيز فى الحقوق المدنية لعدنان القوتلى

القسم الاول: مطبعة دار الفكر ، دمشق

سنة ، ١٣٧٣ / ١٩٦٣م

المسئولية الجنائية لمحمد مصطفى القللى

سنة ١٩٤٧م مطبعة جامعة فؤاد الأول و مطبعة

الاعتماد مصر .

- كامل السامرائي (١) القانون المدني لمحمد كامل السامرائي
مكتبة المثنى ، بغداد ، ١٩٦٤م
- (٢) قانون العقوبات البغدادي لكامل السامرائي
منشورات مكتبة المثنى شارع المتبنى بغداد
مطبعة شفيق بغداد ، ١٩٦٤م
- محمد ابراهيم اسماعيل شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات
لمحمد ابراهيم اسماعيل دارالفكر العربي
الالتزامات لمحمد كامل مرسى المطبعة
العالمية ، ١٦ شارع ، ضريح سعد بالقاهرة
١٣٧٤هـ / ١٩٥٥م
- محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات لمحمود نجيب حسنى
١٩٦٢م دار النهضة العربية •
- محمد وحيد الدين سوار شرح قانون المدنى النظرية العامة للالتزام
لمحمد وحيد الدين سوار المطبعة الجديدة
دمشق ، ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م
- محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات لمحمود محمود مصطفى
الطبعة السادسة ، ١٩٦٤م دار و مطابع الشعب •
- مصطفى السعيد الاحكام العامة في قانون العقوبات مصطفى السعيد •
- مصطفى كامل شرح قانون العقوبات القسم العام لدكتور مصطفى كامل
مطبعة الأهالي بغداد ، ١٣٣٩هـ - ١٩٤٠م

1. Abdur Rahim, Mohammadan Jurisprudence by Abdur Rahim, All Pakistan Legal Decisions, Lahore.
2. Aftab Ahmad, Law of Contract and Agency in Pakistan by Aftab Ahmad, Aamir and Aasim Publications, Multan.
3. Armour, Law of Torts by L.A.J. Armour G.H. Samuel, Chaucer Press Limited, Borgan- England.
4. Baker, Law of Torts by Baker, 3rd edition, London Sweet & Maxwell.
5. Broom, Broom's Legal Maxims
6. Cheshire and Fifoot, The Law of Contract by Cheshire and Fifoots, 9th edition M.P. Furmston London Butterworths.
- ✓ 7. Chaudhry, The Law of Torts by A.M. Chaudhry
- ✓ 8. Clerk and Lindsell, The Law of Torts by Clerk and Lindsell Sweet and Maxwell London, 1982.
- ✓ 9. Dias, Law of Torts by Dias, R.W.M. Dias, Oxford University Press, U.K.
10. Farooqi, Farooqi's Law Dictionary by Morith Suleman Beirut edition.
- ✓ 11. Gandhi, Law of Torts by B.M. Gandhi, Eastern Book Co. Law Publishers Lucknow.
12. Glan Ville, Foundations of Law Torts by Glan Ville Williams 2nd edition London Butterworths 1984.
13. G.P. Singh, Law of Torts by G.P. Singh, 21st edition, 1988 Wadhra & Co. Law Publishers, India.
14. Heppler and Matthews, Law of Torts by Heppler and Matthews, Butterworths, London, 1974.
15. Hugh, Remedies for Breach of Contract by Hugh Beale 1980, Sweet and Maxwell, London.
- ✓ 16. Jhabwala, Law of Torts by Jhabwala, Popular Law House, Lahore
17. J.G.M. Law of Torts by J.G.M. 2nd edition, Butter and Tanner Limited, London.
18. Qamaruddin, The Contract Act by Qamaruddin bin Abbas, PLD Publications Limited, Lahore.

- ✓ 19. Kapoor, Law of Torts by S.K. Kapoor, University Book Traders, Delhi, India.
20. K.B. Abbas, The Right of Private Defence, by K.B. Abbas, Law Publishing Co., Lahore, 1972.
- ✓ 21. M.C. Shukla, Mercantile Law by M.C. Shukla, S.Chand & Co., New Delhi, India.
22. M. Mahmood, Enforcement of Hudood Practice and Procedure by Mahmood, Pakistan Law Publishers, 1982.
23. M.N. Shukla, Law of Torts by M.N. Shukla, Central Law Agency, India.
24. Mulla, Mulla's Contract Act 1985, Mansurbook Lahore.
25. Muslehuddin, Islamic Jurisprudence and the Rule of Necessity and Need by Muslehuddin, Islamic Research Institute, Islamabad.
26. Nizami, Pakistan Penal Code and Shariat Law by Mazhar Hussain Nizami, P.L.D. Publishers, 1988.
- ✓ 27. Peter, Law of Torts by Peter Clerk, Steven & Sons, London, 1985.
- ✓ 28. Pillai, Law of Torts by P.S. Atchuthen Pillai, Eastern Book Co., Lucknow, India.
- ✓ 29. Pollock, Pollock's Law of Torts, London Steven & Sons, 1951.
30. Ratan Lal, Law of Torts by Ratan Lal, Mansurbook, Lahore.
31. Shahid Husain, Pakistan Penal Code by Shahid Hussain Qadri, 1990.
32. Sinha, Law of Torts by B.S. Sinha, Eastern Book Co., Lucknow, India 1981.
33. Smith, Criminal Law by Smith and Hogan, 5th edition Butterworths London.
34. Street, Law of Torts by Street, 7th edition, Butterworths London, 1983.
35. Treitel, An Outline of the Law of Contract by G.H. Treitel Butterworths London, 1984.

- ✓
36. Winfield, The Law of Torts by Winfield, 10th edition, Sweet & Maxwell London.
 37. Indian Easement Act 1882, 2nd edition, published by Sardar Law Publishers, Allahabad, India.

الدوريات القانونية:

- 1.. AIR, 1924, Lahore.
- 2.. AIR, 1925, All
3. AIR, 1926, Cal.
4. AIR, 1929, All.
5. AIR, 1935, All.
6. AIR, 1948, Lahore.
7. AIR, 1958, Punjab
8. ILR 1888, 10 All
9. PLD, 1954, Lahore.
10. PLD, 1959, Peshawar
11. PLD, 1960, Lahore
12. PLD, 1963, Karachi
13. PLD, 1967, Lahore
14. PLD, 1982, FSC
15. PLD, 1982, S.C.