Accession No. T-598

الجامعة الإسلامية العالمية
بإسلام آباد
كلية الشريعة و القانون
الدراسات العليا

الأسباب الموجبة لرفع الضمان

دراسة مقارنة

بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

بحـــــــث

لنيل درجة الماجستير في الشريعة و القانون

بإشراف: الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد

الأستاذ المشارك بكلية الشريعة و القانون

من اعداد الطالب

عتيـــق طاهـــر

International Islamic Univ. المكتبة الجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد LIBRARY Islamabad

١٤١٢هـ - ١٩٩٢م

MS
٣٤٠٥٩٦٠٣
ع ت ١

فقه اسلامی - ضمان

R
1-100598

DE
4/4/2011

DATA ENTERED
18/02/14

الجامعة الاسلامية العالمية

بإسلام آباد

كلية الشريعة والقانون

الدراسات العليا

الأسباب الموجبة لرفع الضمان دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

بحث

لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

بإشراف : الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد

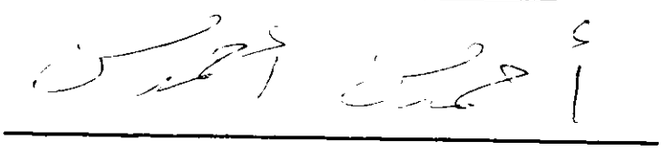
الأستاذ المشارك بكلية الشريعة والقانون

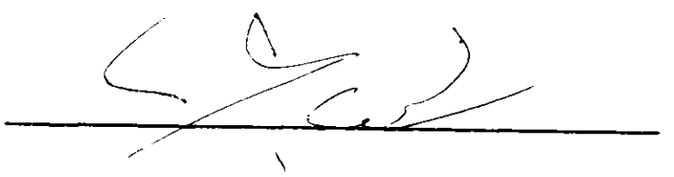
من إعداد الطالب

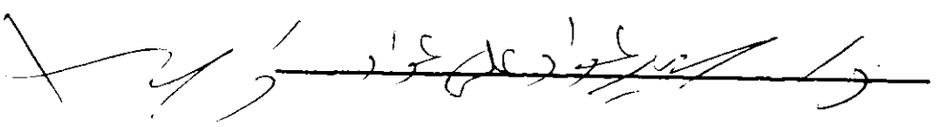
عتيق طاهر

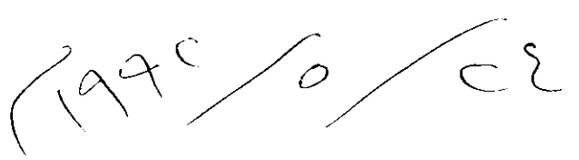
١٤١٢هـ - ١٩٩٢م

توقيعات الممتحنين

(١) 

(٢) 

(٣) 



بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصة البحث

الحمد لله الذى حكم فعدل، وشرع فأحكم، وقضى فالزم، جعل الشريعة الاسلامية مأوى لمن ابتغى الاصلاح ورام لأمته النجاح والفلاح.

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

وعلى آله وصحابته الذين سخروا أنفسهم لنشر المبادئ الإسلامية. وبعد

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

أتقدم به لكلية الشريعة والقانون بالجامعة الاسلامية العالمية باسلام آباد لنيل درجة الماجستير فى الشريعة الاسلامية وقد قمت بعون الله تعالى وفضله بتقسيم العمل فى هذا البحث إلى مقدمة وبابين وخاتمة أما المقدمة فقد بينت فيها سبب اختيار البحث ومنهجى فى هذه الدراسة.

أما الباب الأول : ففى الضمان وبعض متعلقاته وفيه ثمانية فصول:

الفصل الأول : فى تعريف الضمان ودليل مشروعيته وفيه مبحثان:

المبحث الأول : فى تعريف الضمان

المبحث الثانى : فى دليل مشروعية الضمان

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

الفصل الثالث : فى أقسام 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

الفصل الرابع : فى شروط الضمان وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف الشرط وبيان أقسامه

المبحث الثانى : شروط وجوب الضمان

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 الثاني: العقد وأثره فى الضمان

المبحث الثالث : اليد وأثرها فى الضمان

المبحث الرابع : الإتلاف وأثره فى الضمان

المبحث الخامس : الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف .

الفصل السادس : فى الأموال: تعريفها وتقسيمها وفيه مبحثان:

المبحث الأول : تعريف المال لغة واصطلاحا

المبحث الثانى: تقسيمات المال

الفصل السابع : فى مالية المنافع وأقوال الفقهاء فيها.

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 عن التعسف

المطلب الرابع : الأضرار المضمونة بالتعسف

وأما الباب الثانى : ففى موانع الضمان وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول : التعريف بالمانع والرافع وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : فى المانع

المبحث الثانى: فى الرافع

المبحث الثالث : فى موانع أخرى للضمان وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الصغر

المطلب الثانى : الجنون

المطلب الثالث : السكر

الفصل الثانى : الإكراه وأثره فى الضمان وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ماهية الإكراه وبيان أقسامه وفيه مطلبان :

المطلب الأول : فى ماهية الاكراه

المطلب الثانى : فى أقسام الاكراه

المبحث الثانى: شروط الاكراه وفيه مطلبان :

المطلب الأول : شروط الاكراه فى الفقه الاسلامى

المطلب الثانى : شروط الاكراه فى القانون

المبحث الثالث أثر الإكراه فى الضمان، وفيه تسعة مطالب :

المطلب الأول : أثر الإكراه فى الضمان فيما يوجب القصاص .

المطلب الثانى : أثر الإكراه على الزنا

المطلب الثالث : أثر الإكراه فى الحرابة

المطلب الرابع : أثر الإكراه على السرقة

المطلب الخامس : فى أثر الإكراه على شرب الخمر

المطلب السادس : اثر الإكراه على الكفر والردة

المطلب السابع : أثر الإكراه على النكاح

المطلب الثامن : أثر الإكراه على الطلاق

المطلب التاسع : أثر الإكراه في التصرفات

الفصل الثالث : الضرورة وأثرها في الضمان. وفيه ثمانية مباحث :

المبحث الأول : ماهية الضرورة

المبحث الثاني : أدلة الضرورة

المبحث الثالث : الفروق 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 انقاذ المضطر

المبحث الثامن : الضرورة وأثرها على المسئولية وفيه مطلبان :

المطلب الأول : قتل الممتنع عن إنقاذ المضطر

المطلب الثاني : تترس 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 انتهيت إليه من خلال معالجتى لموضوعات البحث ومسائله .

فهذه هى خلاصة البحث ، وهذا هو جهدى المتواضع .

فما كان فى البحث صوابا فلله الحمد على ذلك وما كان فيه غير صواب فأعوذ بالله مما هنالك .

وأسال الله عز وجل أن يجنبنى الخطأ والزلل وأن ينفع ببحثى هذا المسلمين وطلاب العلم.

انه على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

وبالله التوفيق وهو سبحانه الهادى إلى سواء السبيل .

فهـــــرس المـوضـوعات

		رقم الصفحة
١ـ	خـلاصة البحث •	أ
٢ـ	فهـرس الموضوعات•	د ـ ص
٣ـ	المقـدمـــــــة •	ظ
٤ـ	تعريف الضمان لغـة •	٣
٥ـ	تعريف الضمان اصطـلاحا •	٤
٦ـ	تعريف الضمان فـى القانون•	٧
٧ـ	مشروعية الضمان•	١٢
٨ـ	تعـريف الركن لغة •	١٧
٩ـ	تعريف الركن عند الفقهـا •	١٨
١٠ـ	تعريف الخطـــأ •	٢٠
١١ـ	أثـرالخطـأ علـى المسئوليـة •	٢٠
١٢ـ	تعـــريف الضـرر•	٢٢
١٣ـ	اقســام الضـرر •	٢٣
١٤ـ	شـروط محـل الضـرر•	٢٤
١٥ـ	علاقـة السببيه بيـن الخطـأ والضـرر•	٢٥
١٦ـ	أركان الضمان فـى القانـــــــون•	٢٦
١٧ـ	الضمان الكلـى •	٣٢
١٨ـ	الضمان الجـزئـى•	٣٤
١٩ـ	انـواع النقصـان•	٣٥

٢٠ـ	التعـــزيز المالـــى•	٣٧
٢١ـ	الضمان المستقـــــر•	٣٨
٢٢ـ	الضمان المتحـول•	٣٨
٢٣ـ	الشـرط فـى اللغةوعند الاصـوليين•	٤١
٢٤ـ	اقسـام الشرط•	٤٢
٢٥ـ	شروط وجوب الضمان•	٤٤
٢٦ـ	السبب فـى اللغة والشريعة •	٥٥
٢٧ـ	تعريف العقد فـى اللغة •	٥٧
٢٨ـ	العقد فـى اصطـلاح الفقهاء•	٥٨
٢٩ـ	الفـرق بين العقـد والتصـرف•	٦١
٣٠ـ	العقد و أثـره فـى الضمـــان	٦٢
٣١ـ	اليد و اثـر ها فـى الضمان•	٦٣
٣٢ـ	حكـم يد الامانـــة	٦٥
٣٣ـ	اليد الضمامنـــة	٦٦
٣٤ـ	حكم اليـد العاريـة •	٦٦
٣٥ـ	تغيـر يد الأمانة الـى يدضمـــان	٦٧
٣٦ـ	الاتـلاف لغـة و اصطـلاحـا •	٦٨
٣٧ـ	الفـرق بين ضمـان العقـد و ضمان اليد و ضمان الاتـلاف	٧٠
٣٨ـ	تعريف المال لغة •	٧٤
٣٩ـ	معنـى المال اصطلاحـا •	٧٥
٤٠ـ	تقسيمات المال•	٧٩

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

رقم الصفحة

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

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 والاكراه •	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 إلى 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-	تترس الكفار باسرى 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

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

رقم الصفحة

١٢٥- الفقه الزيدي . ٢٩١

١٢٦- الفقه الامامي . ٢٩١

١٢٧- الكتب الفقهية الحديثة . ٢٩٢

١٢٨- الادب واللغة . ٢٩٤

١٢٩- المراجع القانونية . ٢٩٥

* * *

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 والزملاء والموظفين.

وأخص بالشكر فضيلة الدكتور سيد عواد على عواد - المشرف 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 اذنها بالكتابة باللغة الانجليزية بعد ذلك وعين الدكتور محمد أحمد عامر مشرفا على رسالتى وقد استفدت كثيرا من توجيهاته وارشاداته وقد أعطانى كثيرا

وقته ،ولكن لظروف طارئة انتقل لاشراف الى المشرف الحالى د. سيّد عواد .

فانى أشكر هؤلاء الاساتدة جميعا على ما بذلوا وأعطونى من جهدهم ووقتهم تبارك الله فى حياتهم وجزاهم أحسن الجزاء.

كما لا أنسى أن أشكر أولئك الاخوة والأساتذة الذين ساعدونى 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 .

المقـــدمـــــة

الحمد لله الذى أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجا. وأكمل لنا ديننا وأتم علينا نعمته ورضى لنا الاسلام دينا.

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

أمـا بعـد :

فانه لاشك فى أهمية موضوع الضمان فى أى نظام تشريعى لا من حيث كونه سببا فى شغل الذمة بحق للغير فحسب بل ولتأثيره فى تنظيم السلوك فى المجتمع وحفظ الحقوق والمصالح الخاصة واقامة العـــدالة الاجتماعية.

وهذا هو الذى يلتفت إليه أبو محمد بن غانم البغدادى[1] فى صدر كتابه " مجمع الضمانات فى مذهب أبى حنيفة " الذى يعد أول كتاب ألف فى هذا الموضوع فيما أعلم حيث يقول:

" معرفة مسائل الضمانات من أهم المهمات اذ أكثر المنازعات فيها نفع والخصومات ، وخصوصا من تقلد القضاء والافتاء فهى فى حقه فرض بلا امتـــراء فإن الخطأ فيها يورث حزنا طويلا... ثم يقول: فإنها إذا وجبت فى الذمة لا يبرأ عنها إلا بالابراء والاستحلال وطلب الرضا فيما له وما لها،نســـأل الله العصمة عنها وعن وبالها .

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

---

١) مجمع الضمانات ص ٢ .

ولذا وجبت معرفة القاضي بهذه الأحكام ،وترجع أهمية هذا الموضوع كذلك إلى طبيعة المصالح التي يحميها نظام الضمان .

ومن جهة أخرى فإن معرفة أحكام الضمان واجبة على المسلم ليبعد عن السلوك الذي يوجبه وليفي بما وجب عليه في ذمته تجاه غيره .

سبب الأختيار :

كان السبب الباعث لي على اختيار هذا الموضوع دون سواه تعلقه بضمان الأنفس والأموال بسبب الاعتداء عليها عمدا أو خطأ، مما يؤدي إلى هلاكها أو تلفها ويوجب تعويض صاحبها عنها، حفاظا على الحقوق وصيانة لها من كل أذى، وتطبيقا لمبدأ العدالة الذي قامت عليه الشريعة الاسلامية ، وجعلته القانون الأبدي الذي يحكم علاقات الناس الاجتماعية ويستهدفه الحكام والقضاة في قضايا الفصل في الخصومات لأن للنفوس والأموال حرمة عظيمة عند الله سبحانه وتعالى، والمال في تقدير صاحبه قرين الروح .

منهج البحث :

وضعت منهجا لأسير عليه في معالجة هذا الموضوع يتمثل في الآتي:

١) أعرض المسألة التي أريد أن أتناولها بالبحث والدراسة .

٢) اذكر ما اتفق عليه الفقهاء في هذه المسألة إن كان هناك اتفاق وأذكر دليل الاتفاق ما استطعت إلى ذلك سبيلا.

٣) أحرر محل الخلاف بين الفقهاء في المسألة وأذكر عدد المذاهب فيها حسب اتفاقهم واختلافهم .

٤) أجمع أصحاب كل رأي في 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 الاجابة عليه من هذه المناقشات .

٦) اختار الرأى الراجح فى المسألة اذا ظهر لى رجحانه لقوة دليله أو تحقيقه مصلحة أو دفعة مفسدة .

٧) اعتمدت فى 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 قارنت بين الرأيين الشرعى والقانونى حتى تتبين ميزة الشريعة على القانون.

وفى الآراء القانونية لم أقتصر على القانون الوضعى الباكستانى بل ذكرت القانون الانجليزى (TORTS) والهندى 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 / فهرس للموضوعات بينت فيه أبواب البحث وفصوله ومباحث وما يتضمنه من فروع وجزئيات .

ومنها / فهرس للمصادر البحث ومراجعه 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

في

تعريف الضمان ودليل مشروعيته

وفيه مبحثان :

المبحث الاول : في تعريف الضمان

المبحث الثاني: في دليل مشروعية الضمان

المبحث الأول

في

تعريف الضمان

اولا : تعريف الضمان لغة :

تدور معاني كلمة " ضمن " حول معان أربعة حسبما يستخلص من كتب اللغة وهي :

المعنى الأول: الكفالة :

فيقال ضمن الرجل ما على أخيه من دين بمعنى تكفل بأدائه وفي ذلك يقول: النبي صلى الله عليه وسلم : " من يضمن لي مابين 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 الثاني: الغرم :

يقال ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه أي غرمته فالتزم بأداء هذا الغرم يشهد لهذا المعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم : " الخراج بالضمان "(٢)

المعنى الثالث : الحفظ

يقال ضمن الشيء أي حفظه

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

---

١) كشف الخفاء للشيخ اسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي ٣٧٥/٢، مطبعة الفنون - حلب - سوريا. صحيح البخاري كتاب الرقاق باب - ٢٣

٢) سنن ابن ماجه للحافظ ابن ماجه ٧٥٤/٢

٣) وقيل أن كلمة ضامن في هذا الحديث الشريف بمعنى الكفيل لأن صلاة المقتدين به في عهدته وصحتها مقرونة بصحة صلاته فهو كالمتكفل لهم بصحة صلاتهم.

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

المعنى الرابع : الجزم بخلو الشئ من العيوب "

فيقال: ضمن الشئ 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 معينين.

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

ونجد ايضا أن بعضا آخر من الفقهاء قد عرف الضمان وقصره على ضمان المتلفات فقال الأمام 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 للرازى مادة "ضمن" والقاموس المحيط للفيروز آبادى مادة "ضمن" باب النون فصل الضاد والمصباح المنير للفيومى مادة"ضمن" ولسان العرب لابن منظور مادة " ضمن".

٢) الشرح الكبير للدردير ٣٢٩/٣، ومغنى المحتاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب ١٩٨/٢، مطبعة الحلبى والمغنى لابن قدامة ٧٠/٥، طبع، دار المنار والبحر الزخار ج ٥، ص ٧٥، مطبعة السعادة بالقاهرة.

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

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

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

وأما الامام الغزالى 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 ردّه مما يكون قد وضع الإنسان عليه يده دون وجه حق !

وأن قوله : " بالمثل أو بالقيمة " يشمل كل ما أتلفه الانسان أو فوّت منافعه على غيره أو استهلكها "(٣).

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

٢) <u>تعريف الضمان عند الفقهاء المعاصرين</u> :

لقد تناول ثلاثة من الفقهاء المعاصرين تعريف الضمان وفيمايلي بيان التعريفات التى ذكروها :

أولا : تعريف الأستاذ مصطفى الزرقا :

فلقد عرف الضمان : بأنه إلتزام بتعويض مالى عن ضرر للغير(٤).

ثانيا : تعريف الدكتور وهبه الزحيلي :

ولقد تناول تعريف الضمان من وجهة نظره فقال:

---

١) مجلة الأحكام العدلية المادة ٤٢٥ .

٢) الوجيز للامام أبى حامد محمد بن محمد بن أحمد الغزالى : ١ / ٢٠٥ مطبعة الآداب والمؤيد بمصر.

٣) ومثال تفويت المنفعة أن يمنع المؤجر المستاجر من استيفاء منفعة العين المستأجرة ، ومثال استهلاكها أن ينتفع المستأجر بعمل الأجير دون اعطائه اجرته.

٤) المدخل الفقهى العام ١/ ١٣٧ .

الضمان : تعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئى أو الكلى 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 من اشاراتهم لا من نصوصهم وبالتأمل فى تعريفات الفقهاء المعاصرين يتبين لنا الآتي:

أن تعريف الأستاذ الزحيلى يدور حول شغل الذمة بوجوب معاوضة مالية تجب وفقا للأسس الآتية :

١) إذا أتلف 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 ففى هذا الحال يجب التعويض .

٣) إذا أحدث شخص ضررا فى بدن آخر مثل كسر العظام والجرح أو قطع أحد الأعضاء مما يوجب الأرش فهذا فيه الضمان .

٤) إذا قتل شخص إنسانا خطا وجبت عليه الدية .

وضمان الديات والأروش من الزام الشارع[٣] لأن الشارع الحكيم هو الذى أوجب الضمان فى مثل هذه الحالات .

فجميع هذه الأمور يصح إطلاق الضمان عليها فى ضوء تعريف الأستاذ الزحيلى إلا أنه يلاحظ على هذا التعريف أنه لايشمل الالتزام بطريق الكفالة والواجبات التى تنشأ عن العقود حيث تكون هذه الأمور خارجة عن التعريف ومن ثم لايمكن اطلاق الضمان على الكفالة لأنها لاتكون وفقا للأسس السابق الإشارة إليها.

---

١) نظرية الضمان للدكتور وهبة الزهيلي ص ١٥

٢) الضمان فى الفقه الإسلامى للشيخ على الخفيف ص ٥.

٣) الضمان فى الفقه الاسلامى للشيخ على الخفيف ص ١١ .

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

أما تعريف المرحوم الشيخ على الخفيف فيظهر منه أنه تعريف بالمعنى الأعم فقد شمل جميع أنواع الضمان وهى ضمان العقد وضمان اليد وضمان العدوان والضمان بمعنى الكفالة وبناء على التعريفات السابقة فإنه يمكن استخلاص تعريف جامع ومانع وهو أن الضمان : هو شغل الذمة لحق مالى أوجب الشارع أداءه جبرا 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 ذاتا أو مآلا(١)

٣) 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 ظاهرا أنه يتوقع من كل شخص أن يمشى فى طريق مستقيم ولكنه إذا خالف ومشى فى طريق منحن فيقال إنه قد ارتكب Tort .

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

---

١) ضمان العدوان د/ سراج ص ٦١

٢. 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 فتجحوا إلى حدما بدرجات مختلفة في ذلك واليك بيان بعض هذه التعريفات :

١) تعريف بلوكس : Pollock

Tort هو مخالفة المسئولية العامة التى يتحملها جميع أفراد المجتمع المهذب تجاه جيرانهم لعدم ايذائهم بدون أى مبرر قانونى أو عذر(١).

٢) تعريف القانون المدنى العام للمرافعات لعام ١٨٥٢م الصادر فى انجلترا. هو ذلك الخطأ الذي هو خارج العقد وهذا التعريف رجحه جميز James (٢).

٣) تعريف أندرهل : Underhill

هو عمل ايجابى 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 مناسبا بواسطة القانون المدنى(٤).

٥) تعريف سالموند : Salmond

هو ذلك الخطأ المدنى الذي يوجب تعويضا بواسطة القانون المدنى لمعاوضات غير مقننه والذي لايكون مخالفا للعقد كلية أو مخالفا للوقف أو مخالفا لاى 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 Flemming

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

٧) تعريف ون فيلد وجولووز : Winfield and Jolowicz

ان المسئوليات الضمانية تظهر من مخالفة المسئولية التى أوجبها القانون أساسا على كل شخص عموما ومخالفتها توجب المعاوضات الغير مقننة (٢).

وفى رأى ب م غاندى أن هذا التعريف هو أحسن التعاريف ولكنه ليس بكامل(٣).

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

أ ـ مخالفة المسئولية :

ب ـ ايجاب المسئولية بواسطة القانون أساسا.

ج ـ ايجاب المسئولية تجاه جميع الاشخاص عموما

د ـ ايجاب المعاوضات غير مقننة فى حالة مخالفة المسئولية.

والآن نبدأ بمناقشة النقاط المذكورة على الوجه الآتي :

أ ـ مخالفة المسئولية :

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

1.Law of Torts by John Flemming 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 الثاني 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 لايجوز لأحد أن يهتك حقه أو يهدده وهذا حقه على جميع الناس وهذه الحقوق تسمى الحقوق العامة (٣).

د - ايجاب المعاوضات فى حالة مخالفة المسئولية :

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

موازنة بين التعريف الفقهى لمستخلص وتعريف أهل القانون للضمان :

وبالنظر فيما سبق من التعريف الذي استخلصناه للضمان فى الاصطلاح الفقهى نجد أنه لايختلف 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 فى أمر واحد وهو أنه فى الإصطلاح الفقهى شغل الذمة جبرا للضرر الذى لحق بالغير سواء نشأ هذا الضرر لمخالفة العقد أو لشرط من شروطه بينما لم يتعرض القانون لشىء 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.

أمّا الكتاب فآيات كثيرة منها : قول الله تبارك وتعالي:

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

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة هو أن الله تبارك وتعالى أمر المعتدى عليه ألا يرد الاعتداء إلا بمثله وتغريم من اعتدى قيمته ما أتلف أو ما فوت من منفعة يكون رداً للاعتداء بالمثل وهذا هو معنى الضمان.

ومنها قوله عزوجل :

" وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين "(٢).

ووجه الدلالة من هذه الآية هو مثل ما تقدّم في الآية السابقة.

وأما السنة : فأحاديث كثيرة أيضا منها :

" ما روى عن أنس رضى الله عنه قال : إن النبى صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم لها بقصعة "(٣) فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمها وجعل فيها الطعام وقال: كلوا ودفع القصعة الصحيحة للرسول وحبس المكسورة

رواه البخارى والترمذى وسمى الضاربة عائشة رضى الله عنها وزاد فقال النبى صلى الله عليه وسلم " طعام بطعام وإناء بإناء " وصححه(٤)

---

١) سورة البقرة الآية : ١٩٤

٢) سورة النحل الآية : ١٢٦

٣) القصعة : بفتح القاف إناء من خشب وتكون من غير الخشب انظر فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٦/ ٥٠

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

ومنها ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت " مارأيت صانعة طعام مثل صفية صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما فبعثت به فأخذتنى أفكل[١] فكسرت الاناء فقلت يارسول الله ما كفارة ما صنعت ؟ قال إناء مثل اناء وطعام مثل طعام "[٢].

ووجه الدلالة من هذين الحديثين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل ضمان القصعة والطعام على من أتلفتهما حيث طلب منها إناء مثل الذى كسرت وطعاما مثل الذى اتلفت فكان ذلك دليلا على مشروعية ضمان المتلفات على المتلف إذا كان إنسانا وأما دليل مشروعية الضمان فيما اتلفته البهائم فمنه مايلي :

١) ما رواه أبو داود بسنده الى حرام بن محيصة ... أن ناقة البراء بن عازب رضى الله عنه دخلت حائط رجل[٣] فأفسدته فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الأموال حفظها بالنهار وعلى أهل المواشى حفظها بالليل"[٤].

وفى رواية أخرى وما أفسدت فهو مضمون عليهم[٥].

ووجه الدلالة من هذا الحديث .

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

٢) ماروى عن النعمان بن بشير رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من وقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين أو فى سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن " رواه الدار قطنى[٦]

---

١) معناها أخذتنى رعدة الأفكل وهى الرعدة من برد أو خوف وهذه الرعدة كانت ناشئة عن غيرتها رضى الله عنها، انظر نيل الأوطار ٢٤٢/٥،ومعالم السنن للشيخ أحمد بن محمد بن ابراهيم الخطابى ٢٠٢/٥

٢) فتح البارى على صحيح البخارى ٤٩/٦، وسنن ابن ماجه ٧٨٢/٢ .

٣) الحائط البستان. انظر المصباح المنير مادة " حيط "

٤) سنن ابى داود ٢ / ٢٦٧، ٥) مسند الامام أحمد بن حنبل ٤٢٦/٥

٦) سنن الدارقطنى رقم ٣٦٣ نيل الأوطار للشوكانى ٣٦٤/٥ - ٣٦٥، حديث رقم ٤ .

وهذا عند بعضهم فيما إذا وقفها في طريق ضيق أو حيث تضر بالمار.

ووجه الدلالة من هذا الحديث على المدعى ظاهر :

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

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

ووجه 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 ماجة 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 بردما أخذ وهذا هو الرد الحقيقي ورد القيمة أو المثل يعد أداء حكما.

٣) ما رواه ابن ماجة 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 " لاضرر" نكرة في سياق النهي فتعم ومما لاشك فيه أن إتلاف مال الغير أو غصبه أو تفويت منافعه ضرر على صاحب المال والمنفعة توجب رفع ذلك الضرر وذلك إنما يكون بتضمين المعتدي .

---

١) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للشيخ جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي ١٦٧/٤ ، ١٦٨ مسند أحمد : ٢٢١/٤

٢) سنن ابن ماجة ٢ /٨٠٢ حديث رقم ٢٤٠٠

٣) سنن ابن ماجة ٧٨٤/٢ حديث رقم ٢٣٤٠ .

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

وأما المعقول : فإن الشريعة الاسلامية الغراء جاءت بوجوب حفظ الأموال ومن أجل ذلك شرعت مايكفل هذا الحفظ فأوجبت الضمان على متلفها جبرا للضرر الذى يلحق صاحبها من الإعتداء عليها وضمان العارية والمعضوب والمسروق مثلا يكون زجرا للمعتدين الطامعين فى 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 للزحيلى : ص - ١٦
و نظرية الضمان للأستاذ على 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

فى تعريف الركن

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

أ - تعريف الركن لغة : الأركان جمع ركن

والركن من ركن إلى الشيء وركن يركن ويركن ركنًا وركونًا فيهما وركانة وركانية أى مال إليه وسكن. ومنه قوله تعالى :

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

" ولولا أن ثبتناك لقد كدت تركن اليهم شيئا قليلا "(٢)

وركن الشيء : جانبه الأقوى

وركن الرجل : قومه وعدته ومادته

ومنه قوله تعالى :

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

وفى حديث الحساب ويقال لأركانه انطقى أى لجوارحه "(٤)

وأركان كل شيء جوانبه التى 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 عن أنس بن مالك رضى الله عنهما صحيح مسلم بشرح النووى ١٠٥/١٨، المجلد التاسع .

٥) لسان العرب لإبن منظور ٤٥/١٧ فصل الراء - حرف النون

أقول : ومنه أخذ المعنى الاصطلاحى على ما يأتى بيانه

ب - تعريف الركن عند الفقهاء :

اختلفت نظرة الفقهاء فى تعريف الركن وحقيقته والخلاف فى ذلك جار بين الجمهور والحنفية.

فالركن عند الجمهور : مايتوقف عليه وجود الشىء وإن لم يكن جزءا من ماهيته.(١)

فأركان العقد عندهم العاقد والمعقود عليه والصيغة.

فالعاقد والمعقود عليه وان لم يكونا من ماهية العقد إلا أن وجود العقد يتوقف على وجودهما بالإضافة الى صيغة العقد فاعتبرا لذلك من الأركان.

وأما الحنفية : فيرون أن الركن مايتوقف عليه وجود الشىء وكان داخلا فى ماهيته (٢).

وماهية العقد هى الصيغة : فركن العقد عندهم هو الصيغة وحدها وهى الايجاب والقبول أما غير الصيغة مما اعتبره الجمهور أركانا للعقد فلم يكن عند الحنفية من الأركان وإن كان يتوقف على وجوده / وجود العقد لأنه لم يكن داخلا فى ماهيته بل شيئا خارجا عنه.

وأما عن بيان أركان الضمان :" فيرى بعض الباحثين أن للضمان ركنا واحدا هو(٣) الواجب فى الضمان وهو مايقصد به قيمة المضمون إن كان قيميا أو مثله ان كان مثليا وذكر بعض آخر أن اركان الضمان ثلاثة هى :

الأول : الموجب للضمان.

الثانى : ما يجب فيه الضمان

---

١) الفروق للقرآفى ج ٢، صفحة ٧٠، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيرى ١٢/٤

٢) التعريفات للجرجانى ص ١١٢، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٩٧/٧ والمدخل الفقهى العام للزرقا ٣٠٠/١

٣) ضمان المثل د/ أحمد علاء، ص ١٩ - ٢٠

الثالث : الواجب فى الضمان

وذكربعض آخر أن أركانه [١] هى:

١) الخطأ

٢) الضرر

٣) العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ولو ضوح الأركان عند هذا البعض الأخير فانى أتناولها فى ثلاثة مباحث خصصت لكل ركن منها مبحثا وذلك فى الصحائف الآتية :

---

١) ضمان العدوان فى الفقه الاسلامى د/ محمد سراج ص ١٢٨، ومابعدها ونظرية الضمان للدكتور وهبة الزهيلى ص ١٨ - ٢٦ .

المبحث الثانى

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 للجرجانى(٣) الخطأ : ما ليس للانسان فيه قصد.

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

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

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

أثر الخطأ على المسئولية :

اختلف الفقهاء فى أثر الخطأ على المسئولية 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 للجرجانى، ص ٤٤ .

٤) التشريع الجنائى ٤٣٧/١

٥- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للامام عبدالعلى محمدبن نظام الدين الانصارى ١٦٥/١ و هو مطبوع مع المستطفى للغزالى المطبع ، الاميرية - القاهرة ٣٢٤هـ

٦- الاية ٢٨٦ من سورة البقرة .

ووجه الاستدلال أنه لو جازت المواخذة عقلا لما كان للدعاء فائدة. (١)

الرأي الثاني : و يقول اصحابه بجواز المواخذة على الخطأ وهذا رأي جمهور الفقهاء وقد ردّا على استدلال الرأي الأول بقولهم: " أن المرفوع بالخطأ هو الإثم والعقوبة الحدية ولكن الخطأ لايعتبر عذرا في حقوق العباد. ويجب الضمان باتلاف المال، وقد أشار الى هذا المعنى بعض الفقهاء كما قال الغزالي حيث يقول: " المراد من قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان " هو رفع الاثم فقط. أما في الحكم فان حقوق الآدميين العامد والمخطيء فيها سواء(٣).

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

أقول : أن الراي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المتضمن مؤاخذة المخطيء أما المرفوع بالخطأ فهو الإثم فقط .

الركن الثاني للضمان : الضرر

الضرر هو الركن الثاني لوجوب الضمان فلا يكفي لتحقق المسئولية أن يقع الخطاء بل يجب أن يحدث الخطأ ضررا.

---

١) فواتح الرحموت ١/١٦٥، والتوضيح ٣/٨١٧، والمحلي ١/٤٠٣، وما بعدها

٢) التقرير والتحبير ٢/٢٠٤

٣) المستصفى للغزالي ١/١٧٢

٤) تيسير التحرير ٢/٣٠٥

الضـــرر لغـة ضـد النفـع : (١)

واصطلاحـا : الحاق مفسـدة بالآخرين أو هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء أكان فى ماله أوجسمه أو عرضه أوعاطفته (٢)

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

وبنـاء على هذا الحديث وضع الفقهاء عدة قواعد للضمان ومنهـا : " 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 الذى أصاب الانسان اذا شمل حقه على نحو غير معتاد ولكن اذا كان الإستعمال معتـادا مالوفا وقع الضرر فله يعد تعسفا ولا يترتب على ذلك الضمان كالطبيب الجراح الذى يجرى عملية جراحية معتادة وبموت المريض فلا يضمن وكذلك سقاية الأرض أن كان مسقيا عاديا فتسرب الماء الى أرض الجار فلا ضمان وان كان مسقيا غير عادى بمالا تحمله الأرض فعليه ضمان الضرر اللاحق بالغير(٦).

---

١) لسان العرب مادة : " ضرر ".

٢) نظرية الضمان، ص ٢٣ (د/ الزحيلى)

٣) سنن ابن ماجة ٧٨٤/٢، سبل السلام ٧٧/٢، نصب الراية ٨٤/٤، مسند أحمد ٦٤/٤، الجامع الصغير للسيوطى ٦٧٦/٣٠ .
الأحكام العدلية

٤) مجلة / مادة ٢٠

٥) المجلة مادة ٣١

٦) الهداية ١٩٧/٣، المهذب ٤٠١/١

الضـــرر ينقســم الـــى أقســـام كثيـــرة

أقســـام الضـــرر :

أولا : الضـرر الايجابى والضـرر السـلبى

الضـرر الايجابـــى : ينشأ عن الفعل الايجابى كالضرب والاحراق والاغـراق، وإتـلاف الزروع والأشجار وهـدم المبـانى وغير ذلك أما الضرر السلبى فينشأ عن الفعل السلبى بصورته كمايلـى:

أ) رجل رأى دابتـــــــــة تـأكل حنطة غيره فلم يمنعها فانه يضمن(١).

ب) رجل غصب دابـة فـتبعها ولدها فـأكله الذئب يضمنه مع أنه لم يباشر فيه فعلا كما يقول ابن عابدين (٢).

ثانيـا : الضـرر المـادى والضـرر المعنـوى

الضـرر المـادى : هو الضرر الذى يلحق مفسده فى أموال الآخريـــن باتـلافها كلها أو بعضها أو جزء منها أو بعض أوصافها.

الضـرر المعنـوى : هو الحاق المفسدة فى أشخاص الآخرين لافى أموالهـم كالاهانة التى تمس كرامة الانسـان أو تلحق به سـمعة سيئـــة أو يؤذى شعور الآخرين .

وقد اختـلف الفقهـاء حول الضمـان فى الأضـرار المادية والأدبيـة.

وذهب جمهور الفقهاء الى اقتصـار الضمان على الاضرار المـالية فقـط دون المعنوية، أما فى رأى محمـد وابى يوسف صاحبى أبى حنيفة نيجب التعويـض فى الضـرر الأدبى أو المعنوى أيضا.

١- نفـس المراجـع

٢- الـدر المختـار، ١٣٧/٥ .

وعند محمد تجب حكومة عدل (اى تعويض يقدره للقاضى) على الجانى بقدرما لحق المضروب أو المجروح عن الألم.

وقال أبو يوسف للمجنى عليه أن يرجع على الجانى 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 - كتخريق الثياب وقطع الأشجار وكسر الأدوات و فيه يضمن السعاة والمفسدون الذين يتسببون 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 كالكلأ والماء والنار والأسماك في البحار والطير في الهواء فلاضمان فيها .

٤- ان يكون مالا محترما : يعني غير مهدر فلا ضمان في اتلاف أموال المحاربين من اعداء المسلمين لانعدام فائدة التضمين لانتفاء الولاية عليهم (١).

الركن الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

قرر الفقهاء المسلمون أنه لابد في الضمان من أن يكون الضرر مرتبطا بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب:

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

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

أما الأموال التي تنتفي 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- و نظرية الضمان للزحيلي: ص ٣٢

المبحث الخامس

أركان الضمان في القانون

يجب توافر ثلاثة أركان لأجل اثبات الضمان وهى كمايلي :[1]

١) العمل الخطأ من المدعى عليه

٢) الضرر القانونى

ويراد به أن المدعى قد تضرر بهذا الخطأ فى نظر القانون

٣) التعويض القانونى :

ويراد به بأن المدعى يحق له أن يطالب بالتعويض القانونى لازالة الضرر الذى 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[2] ويراد بالعمل الخطأ ذلك العمل الذى يخالف القانون[3] أو يخالف العدالة[4]

وينقسم العمل الخطأ الى قسمين :

أ - الخطأ الاخلاقى ب - الخطأ القانونى

أما الخطأ الاخلاقى فيراد به ذلك العمل الذى هو خطأ فى نظر الاخلاق العامة[5]

---

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 القانونى : فيراد به ذلك العمل الذى هو خطأ فى نظر العدالة والقانون(١).

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

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

وهذا الحق القانونى الذى يعترف به القانون تكون مخالفته خطأ قانونيا(٣)

وتنقسم الحقوق الى قسمين :

أ - الحقوق الشخصية ب - الحقوق العامة

أ - الحقوق الشخصية :

والحقوق الشخصية هى التى تتعلق بشخص خاص وهى كمايلي :

١) حق السمعة .

٢) حق حفظ الجسم والحرية

٣) حق الملكية (٤) .

وبناء على ذلك فإن القانون يمنع اضرار أي شخص فى سمعته أو جسمه أو ملكيته ولذلك لايجوز لأحد أن يهدد أحدا بدون عذر أو جواز قانونى كما لايجوز الاعتداء على ملكية الاخر 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 مثلا: أن التهديد يعتبر عملا خاطئا ولكنه اذا ارتكب فى حالة الدفاع عن النفس فلا يكون خطأ(١).

والأمر الأساسى فى هذه القضية بأن العمل سواء كان ايجابيا أو سلبيا يجب أن يكون خطأ فى نظر القانون وحينئذ لا يجيزه القانون(٢).

ب - الحقوق العامة :

والحقوق العامة هى التى تتعلق بعامة الناس أو الدولة (٣).

و يكون التعويض فى الاضرار بهذه الحقوق اذا كان هناك عمل مخالف لهذه الحقوق وتضرر به عامة الناس وبخاصة اذا تضرر به المدعى بصورة شخصية.

مثلا : اذا بنى شخص عمودا وسط طريق الناس مما يعرقل السير لجميع الناس فلا تعويض الا اذا تضرر به شخص حيث اصطدم به فى الظلام فيجوز له أن يطالب بالتعويض فى هذه الحالة لأنه تضرر به شخصيا(٤).

الركن الثانى الضرر القانونى

الركن الثانى لاثبات الضمان هو الضرر(٥)

والمراد بالضرر عموما هو أن المدعى قد تضرر بعمل المدعى عليه شخصيا، ولكن الضرر القانونى هو الذى يسبب المسئولية الضمانية وهذا الضرر ليس كالضرر الحقيقى ولا يراد به أى ضرر مالى(٦).

ولذا فان المراد بالضرر القانونى هذا أن يتضرر شخص فى 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.

ولايمكن أن يطالب بالضمان الا فى حالة غصب الحق القانونى(١).

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

اذا تضرر شخص ماليا فى حالة استعمال شخص آخر حقه القانونى فانه لايجوز له المطالبة الا اذا اغتصب حقه القانونى(٣).

أما اذا احدث العكس يعنى اذا تضرر قانونيا ولم يتضرر ماليا ولا جسديا فله أن يطالب بالضمان كما هو فى قضية ايش باى ضد وايت .

والقضية هى أن شخصا منع من حق التصويت الذى هو حقه القانونى فى الانتخاب ومع أن مرشحه قد فاز ولكن المحكمة حكمت بالضمان لأن حقه القانونى قد غصب (٤).

وفى قضية أخرى (ما رزت ضد وليم)

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

الركن الثالث: التعويض القانونى.

وهو ان يكون العمل خاطأ بحيث يمكن المطالبة بالتعويض القانونى(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.

T-598

CENTRAL LIBRARY

الفصل الثالث

في

أقسام الضمان وأنواعه

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره

المبحث الثاني : في تقسيم ضمان المال باعتبار تقديره شرعا

المبحث الثالث : في تقسيم ضمان المال باعتبار استقراره وتحوله

تمهيـــــد :

إن من يطالع كتب الفقه الاسلامى يجد أن الضمان ينقسم الى قسمين رئيسين هما : **ضمـــان النفـس : وهـو الـديـة**

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

وضمـــان المـــال : وهو التعويض المالى عن الضرر اللاحق بالغير.

وضمان المال يكون بقدر الضرر أو التعدى الحاصل ومن ثم فهو يتنوع الى نوعيـن :

أ - ضمـــان كامـل

ب - ضمـــان جـزئى

وينقسـم أيضا بحسب تقديره شرعا الى نوعيـن :

أ - مضبـوط

ب - غيـر مضبـوط

كما أنه ينقسم بحسب استقراره على الضامن أو عدم استقراره الى مستقر ومتحول، وتوضيح كل ذلك جعلته فى مباحث على الوجه الآتى بيانه فى الصحائف التالية :

المبحث الأول

في

تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره

أشرت فيما تقدم إلى أن الضمان ينقسم الى نوعين :

ضمان كلي، وضمان جزئي

فالضمان الكلي :

هو الالتزام بدفع قيمة جميع الشيء المتلف إذا كان التلف كليّا أو جزئيا فاحشا ومعلوم في الشريعة أنه إذا كان النقصان ٠ في المغصوبات وكان النقصان كبيرا في قيمة الشيء فللمالك في هذه الحالة الخيار بين أن يطلب قيمة النقصان فقط أو أن يترك الشيء للغاصب ويضمنه جميع قيمته [١] و نصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك[٢]. وهذا هو مذهب الحنفية و المالكية [٣].

وأما في حالة التلف الفاحش أو الجناية على الشيء بدون غصب فكذلك يرى الحنفية و المالكية أن صاحب الشيء مخير بين أن يسلم الشيء للجاني ويأخذ منه قيمته أو أن يأخذ قيمة النقصان فقط[٤].

---

١) نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٣١، وما بعدها٠

٢) جاء في المادة ٩٠٠ من المجلة إن كان النقصان فاحشا (اعني إن كان النقصان مساويا لربع قيمته أو أزيد) فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه نقصان القيمة وان شاء تركه للغاصب وأخذ منه تمام قيمته٠

٣) الزحيلي في نظرية الضمان ص ١٣١، وما بعدها٠

٤) بداية المجتهد ٣١٣/٢ ٠

وأمثلته كثيرة أكتفى منها بمايأتى:

١) لو أتلف رجل واحدا من مصراعى باب أو أحد زوجى خف كان للمالك أن يسلم اليه الآخر ويضمنه قيمة الشىء بكماله

٢) لو قطع رجل أغصان شجرة ان كان النقصان فاحشا يضمن قيمة الشجرة والا فانه يضمن النقصان(١).

وقد يضمن النقصان فقط عند الحنفية مثاله من حفر حفيرة فى أرض غيره فأضر بالأرض يلزمه النقصان(٢).

وقال الشافعى وأحمد يضمن الجانى فى النقصان ما نقص يوم الجناية متى يعتبر الشىء هالكا هلاكا تاما.(٣)

لايخلو الهلاك الذى يوجب الضمان الكلى من أن يكون حقيقيا وذلك واضح فى اتلاف الشىء. وزواله صورة ومعنى كأكل الطعام المغصوب وموت الدابة المغصوبة وأما أن يكون حكميا..

وأوضح الأستاذ الزحيلى الهلاك الحكمى فى ثلاث حالات ذكرها فى نظرية الضمان هى :(٤)

١) إذا زال اسم الشىء وأعظم منافعه مثل خرق الثوب خرقا فاحشا لأن الخرق الفاحش يفوت على المالك بعض الشىء المتلف وجنس منفعته وهذا يعتبر استهلاكا موجبا للضمان ومثله تخريب بعض آلات السيارة.

---

١) الزحيلى فى نظرية الضمان ص ١٣٢ .

٢) مجمع الضمانات ص ١٤٦ وما بعدها،والنظرية العامة للموجبات للدكتور المحمصانى ٢١٦/١ ونظرية الضمان للزحيلى ص ١٣٢ .

٣) نظرية الضمان للزحيلى ص ١٣٢ وما بعدها.

٤) الزحيلى فى نظرية الضمان ص ١٣٣ .

٢) اذا تعذر رد الشيء الى المالك والتعذر اما لاستحالة فصل الشيء من غيره كالصباغ من الثوب واما ألا يكون فصله إستحالة ولكن فيه ضرر كبير بالمتعدى عليه ودفع الضرر واجب كبناء الدار بأحجار مغصوبه مثلا.

٣) إذا اختلط الشيء بغيره خلط ممازجة بحيث لايمكن التميز بين المخلوطين بالقسمة كخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير أو كان مما يمكن التمييز بينهما عند أبى حنيفة خلافا لصاحبيه مثل خلط الحنطة بالحنطة من نوعين مختلفين. كما فى الحنطة من النوع الهندى بالحنطة من النوع الأمريكى أو الكندى.

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

وأما الضمان الجزئى :

فهو الالتزام بدفع قيمة النقصان اليسير فى المغصوب أو فى الاتلاف الجزئى وذلك بأن يقوم الشيء صحيحا سليما من كل عيب ويقوم مجنيا عليه ويعطى المالك ما بين القيمتين وهذا باتفاق الفقهاء.(١)

يوضح ذلك القاعدة الفقهية التى تقول (ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرش).

ذكر ذلك السيوطى فى كتابه " الاشباه والنظائر"(٢).

وقد قررت ذلك مجلة الأحكام العدلية فى المادة (٩١٧) منها والنقصان الموجب للضمان الجزئى هو كل عارض يطرأ على العين فى يد الغاصب فيوجب نقصان قيمتها كأن يتلف جزء من العين أو تزول صفة مرغوب فيها دون أن يؤدى الى زوال منفعتها تماما لأنه اذا زالت المنفعة كان ذلك هلاكا لا نقصانا.

---

١) انظر : ابن رشد الحفيد فى كتابه : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٣١٣ .

٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٧٧ .

أنـواع النقصـان [1]: النقصان الذى يلحق الشىء إما أن يكون بتغيير السعر أو بزوال جزء من المغصوب مثلا أو بفوات صفة مرغوبة عند المالك فإن كان النقصان بتغير السعر لم يكن مضمونا عند جمهور الفقهاء لأن نقصان السعر فتور يحدثه الله تعالى فى قلوب الناس ولايد للإنسان فيه ومن ثم لايكون مضمونا إلا إذا كان تغيير السعر نتيجة نقل الشىء من بلد لآخر إذا كان الشىء من عروض التجارة لا من النقود لأن النقد ثمن الأشياء والثمنية لاتختلف بإختلاف الأماكن. هذا عن النقصان بسبب تغير الأسعار.

أما إن كان النقصان بسبب فوات جزء من الشىء أو فوات صفة مرغوبة أو معنى مرغوب فيه فيضمن إذا كان من الأموال التى لايجرى الربا فيها أى غير المكيل والموزون عند الحنفية وان كان من الأموال الربوية كالحنطة والقطن ونحوهما من كل مكيل أو موزون فلا ضمان بفوات صفة مرغوبة لأن الجودة غير متقومة فى الربا [2].

---

١) راجع نظرية الضمان للشيخ على الخفيف ص "٤٠"

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

المبحث الثاني

تقسيم ضمان المال باعتبار تقديره شرعا

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

فالنوع المضبوط هو: ما حدد الشرع بإتلافه مقدارا معينا 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]. او فى اثناء الاحرام بالحج والعمرة قال تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لاتقتلوا 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/يكون ضمان الأموال بالمثل لأنه محدد شرعا بالمثل.

على ما هو واضح فى الحديث الشريف (اناء بإناء 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 الناشزة

---

١) شرح الاشباه للحموى ٢٢٧/٢ .

٢) النعم الابل والبقر والغنم

٣) سورة المائدة الآية : ٩٥

٤) سورة المائدة الآية : ٩٦

٥) مسند أحمد : ١٤٨/٦ ، ٢٧٧

بسقوط نفقتها وكسوتها.

وأما النوع الثاني وهو غير المضبوط : فهو التعويض غير المقدر شرعا وذلك مفوض لاجتهاد الأئمة والقضاة بحسب المصالح . وقد لايزاد فيه ولا ينقص، وهذا الذي اختلف فيه العلماء ويسمى في الفقه الاسلامي بالتغريم المالي أو التعزير المالي(١).

ومن هذا النوع مايسمى بحكومة العدل(٢) أي التعويض الذي يقدره الخبراء في حالة الجراح التي ليس لها أرس أي (تعويض مقدر في الشرع) وفي تقرير مشروعية التغريم المالي . قال ابن القيم(٣): والصواب أنه يختلف باختلاف المصالح ويرجع فيه الى اجتهاد الأئمة في كل زمان ومكان بحسب المصلحة اذ لا دليل على النسخ (أي ابطال حكمه ومشروعيته) وقد فعله الخلفاء الراشدون ومن بعدهم من الآئمة.

ومن أمثلته مضاعفة الغرامة على سارق الثمار المعلقة ،وعلى كاتم الضالة الملتقطة (أي البهيمة الضائعة) وأخذ شطر مال مانع الزكاة ومن هذا النوع كل ما فوّض به القاضي من إصدار الحكم بالتعويض المالي على الأضرار الأدبية أو المادية حسب تقديره إذا لم يكن هناك مقدار محدد شرعا ومن ذلك في اصطلاح القانونيين تعويض الضرر الاحتمالي . وهو الضرر المستقبل غير المؤكد الوقوع إلا أنه قانونا وشرعا لايحكم فيه بتعويض إلا إذا وقع فعلا ومنه مايسمى عند القانونيين أيضا بتعويض تفويت الفرصة. وهو مبلغ معين يحكم به كتعويض للمتضرر عن مجرد فوات الفرصة (٤).

---

١) المبسوط للسرخسي ٢٦ /٥٥ .

٢) نظرية الضمان للأستاذ علي الخفيف ص ١١ وما بعدها.

٣) أعلام الموقعين ٢/٩٨ .

٤) نظرية الضمان للزحيلي ص ١٣٧ .

المبحث الثالث

في

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 في الرجوع بما يدفعه على أحد كضمان المتلفات وضمان الغاصب هلاك الشيء المغصوب وضمان الأجير المشترك[1] ما يهلك في يده على الراجح عند المالكية والصاحبين ومتأخري الحنفية ولو بغير تعد أو تقصير منه إلا اذا حصل الهلاك بقوة قاهرة كحريق عام أو غرق عام ونحو ذلك[2].

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

ويتضح الضمان المتحول في موضوع غاصب الغاصب وهلاك المغصوب أو اتلافه. فانه اذا غصب شخص من آخر شيئا فجاء انسان وغصبه منه فهلك في يده أو أتلفه فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب الأول لوجود فعل الغصب منه وهو إزالة يد المالك عنه وإن شاء ضمن الغاصب الثاني المتلف سواء علم بالغصب أو لم يعلم لإزالة يد الغاصب الأول الذي هو بحكم المالك في أنه يحفظ ماله ويتمكن من رده عليه أي على المالك ولأنه أثبت يده على مال الغير بغير اذنه والجهل غير مسقط للضمان أو لإتلافه الشيء فإن أختار المالك تضمين الأول رجع هذا بالضمان على الثاني لأنه يدفعه قيمة الضمان ملك الشيء المضمون (أي المغصوب) من وقت غصبه فكان الثاني غاصبا لملك الأول وان اختار تضمين الثاني أو المتلف لايرجع هذا الضمان على أحد ويستقر الضمان في ذمته لأنه ضمن فعل نفسه وهو إزالة يد المالك أو استهلاكه واتلافه[3].

---

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

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

٣- الدر المختار وردالمحتار ٩٢٦/٥ و ما بعدها و مغني المحتاج ٢٧٩/٢ و فتح العزيز شرح الوجيز : ٩٥٧/١١

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.

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

واذا ردّ غاصب الغاصب الشيء المغصوب على الغاصب الاول برئى عن الضمان كما لو دفع له قيمته إذا هلك في يده وإذا ردّه إلى المغصوب منه برئ الاثنان(٢).

---

١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : مفتي دمشق في عهد السلطان عبد الحميد ص ٧٧، وقد اعتبر هذا الكتاب بحق أشمل وأوسع كتاب يجمع هذه القواعد: أنظر : المدخل الفقهي : للدكتور أحمد الحجي الكردي ص ١٧ مطبعة الانشاء بدمشق .

٢) نصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية وذلك في المادة رقم ٩١١ منها فقد نصت على أنه (إذا رد الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأول يبرأ وحده واذا رده الى المغصوب 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 انه من المناسب أن اتكلم أولا عن معنى الشرط فى اللغة وعند الأصوليين أقسامه وذلك فى مبحثين :

المبحث الأول : تعريف الشرط وبيان أقسامه

المبحث الثانى : شروط وجوب الضمان

المبحث الأول

فى

تعريف الشرط

أولا : الشرط فى اللغة ، بالتسكين ، إلزام الشيء والتزامه فى البيع ونحوه وجمعه شروط.

والشرط بالتحريك العلامة وجمعه أشراط، وأشراط الساعة - علاماتها ومنه قوله تعالى : " فقد جاء أشراطها " (١) أى علاماتها (٢).

ثانيا : 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 فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق فإذا لم يوجد زواج لم يوجد طلاق ولا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق .

---

١) سورة محمد الآية : ١٨

٢) التعريفات للسيد الشريف على بن محمد الجرجانى 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 ،فاذا لم يوجد الوضوء لاتصح إقامة الصلاة ولا يلزم من وجود الوضوء إقامة الصلاة . والوضوء خارج من حقيقة الصلاة لانها عبارة عن الاقوال والافعال المبتدأة بالتكبير والمختتمة بالتسليم.

والشرط قسم من أقسام الحكم الوضعي.

أقسام الشرط :

ينقسم الشرط باعتبار مصدره الى ثلاثة أقسام :

١) **شرعي :** وهو ما كان مصدره اشتراط الشارع أى أن الشارع هو الذى اشترطه لتحقق الشيء كبلوغ الصغير سن الرشد فإنه شرط لتسليم المال اليه (١).

٢) **لغوي : 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) **عقلي :** كالحياة للعلم فإن العقل 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 للآمدى 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 أثرا مترتبا عليه بالنسبة للقتل الموجب للقصاص .

فإن العمدية شرط فى القتل الذى هو سبب والحرز للمال المسروق شرط للسرقة التى هى سبب لوجوب الحد 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 أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١١٩ .

المبحث الثاني

شروط وجوب الضمان

وأهم هذه الشروط ما يأتي :

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

١) الخمر والخنزير في حق الذمي :

اتفق الفقهاء على من أتلف خمرا أو خنزيرا للمسلم فلا يضمن شيئا لعدم تقومهما في حقه.

ثم اختلفوا بعد ذلك في حكم اتلافهما للذمي على ثلاثة مذاهب :

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

---

١) جاء في الجوهرة النيرة على مختصر القدوري : وإذا استهلك المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما لأن الخمر معهم كالخل لنا، والخنزير في حقهم كالشاة لنا، ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الالزام، إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن كان مثليا لأن المسلم ممنوع من تمليكه وتملكه بخلاف ما إذا أتلفه ذمي لذمي فإنه يجب مثله، لأن الذمي غير ممنوع من تمليكه وتملكه. وان استهلكهما مسلم لمسلم لم يضمن وكذا اذا استهلكهما ذمي لمسلم لاضمان عليه أيضا: انظر: الجوهرة النيرة ج ٢، ص ٣٣، نشر مكتبة امدادية - ملتان، باكستان وانظر أيضا: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للامام الزيلعي ج ٥، ص ٢٣٤، ٢٣٥، نشر مكتبة امدادية ،ملتان، باكستان

٢) الشرح الكبير للدردير ٤٤٧/٣ .

٣) الروض النضير لشرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسن اليمني الصنعاني ٤٧٧/٣ - ٤٧٨ مطبعة السعادة بالقاهرة.

٤) غير أن المسلم يضمنهما بقيمتهما والذمي بمثلهما .

٢) وذهب الشافعية [١] والحنابلة [٢] والظاهرية [٣] الى أنه لا ضمان على من أتلفهما مطلقا.

٣) وذهب الأباضية [٤] والحنفية فى رواية [٥] الى أن متلف الخمر لاضمان عليه إذا كان الذمى مظهرا لها، أما إذا كان غير مظهر لها ففيها الضمان.

الأدلـــــة :

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 فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون[٦].

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

---

١) فتح العزيز للرافعى ١١/ ٢٥٨ .

٢) المغنى لابن قدامة ٥ /٤٤٣ وما بعدها.

٣) المحلى لابن حزم ١٤٧/٨ .

٤) شرح النيل وشفاء العليل لحفصى ٨٠/٧

٥) الدر المختار للحصكفى وهامشه شرحه رد المختار لابن عابدين ٢٩٨/٤ .

٦) سورة المائدة الآيتان ٩٠ – ٩١ .

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

ووجه الدلالة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى بهذا أن لغير المسلمين ما أباحته شريعتهم من الحقوق مثل مالنا مما تبيحه 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 خله يكون ايضا لغير المسلم الضمان اذا غصب خنزيره وخمره لأنهم يدينون بحل 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 رضى الله عنه الآتى بيانه وهو :

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

" إن أهل الذمة يمرون بالعاشر(٣) ومعهم الخمور فكتب اليهم عمر رضى الله عنه " ولو هم بيعها وخذوا منهم عشر أثمانها(٤).

ووجه الدلالة من هذا الأثر :

أن سيدنا عمر رضى الله عنه أعتد بمالية الخمر فى 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 الاسلامية مثل موظف الجمارك الآن .

٤) المبسوط للسرخسى ١٠٢/١١ ٥) تبيين الحقائق ٢٣٥/٥ .

وقد نوقش هذا :

بأن سيدنا عمر رضى الله عنه لم يعتد بما ليتهما وانما أراد بصنيعه هذا ألا يتعرض المسلمون لغير المسلمين وأما أخذه العشر من ثمنها فلأن تبايعهم الخمر فيما بينهم يقع صحيحا ولا يجوز لنا أن نتعرض لهم بفسخه ،فاذا صارت الخمر أموالا فى أيديهم أخذنا حقنا منها وتسمية العائد من الخمر ثمنا فان ذلك من باب التجوز يشهد لذلك أن الله تعالى سمى العائد من بيع سيدنا يوسف عليه السلام ثمنا 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 التعرض هذا هو عدم التعرض لهم بل يكون القصد هو الاعتداد بما ليتها فى 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 فى المحل،وهذا الشرط لم يثبت فى حقهم ولما ضمنا بعقد الذمة ترك التعرض لهم فقد التزمنا حفظها وحمايتها لهم والعصمة والاحراز يتمان بهذا الحفظ ،ووجوب الضمان ينبنى على ذلك فكان هذا من ضرورة ما ضمناه بعقد الذمة ولو لم نضمن متلفها لتجرأ السفيه على اتلافها(٣).

---

١) سورة يوسف الآية ٢٠

٢) الأموال لأبى عبيد ص٥٠، والمبسوط للسرخسى ١٠٢/١١ وما بعدها.

٣) المبسوط في الموضع السابق .

وقد نوقش هذا :

بأن الخمر والخنزير ليسا بمعصومين بل متى أظهرا 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 كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ويناقش هذا : بأن كلامنا في الخمر حين تكون خمرا، 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 فلان الاسلام لازم لتناولهم 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 مسئلة رقم ١٢٦٦

الوجه الثانى : أن الآية أثبتت أن الخمر رجس وصفة المحل لا تختلف باختلاف الأشخاص والرجس لايجوز تموله لعدم الانتفاع به(١)

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

" ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام "(٢)

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

وأما إن اظهرها فلا ضمان فى إتلافها وذلك لآن فى اظهارها مسّا بمشاعر المسلمين وإعطاء غير المسلمين نوعا من العزة يجب أن لايكون لهم فى ديارنا ومحافظة على وجوب إحترام المظهر الاسلامى فى بلاد الاسلام.

<u>الرأى المختار</u> :

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 ويحتسيها الفساق خفية فيجب سد هذا الباب.

٢) إتلاف آلات اللهو والفساد :

كالمزمار والطبل والطنبور والعود والنرد والشطرنج.

وقد اختلفت كلمة الفقهاء رحمهم الله تعالى فى تقويم آلات اللهو

---

١) المحلى : ١٤٨/٨

٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى: ٢٩٧/٩

والفساد على ثلاثة مذاهب :

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

المذهب الثاني : وذهب المالكية [٣] والشافعية [٤] والحنابلة [٥] والصاحبان من الحنفية [٦] الى أنها غير متقومة فهى غير مضمونه.

المذهب الثالث : وذهب الأمامية [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 لايحل من وجوه أخرى فيكون حلها وتحريمها متعلقا بالقصد والنية فمن قصد بشراء هذه الآلات اعانة الناس على معصية الله فهو آثم.

ومن قصد أن يروح على الناس مما يلقونه من العناء حتى يجددوا نشاطهم فهو غير آثم.

---

١) ولكن الضمان لقيمتها خشبا 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، مسئلة ١٥٦٥

٣) الشرح الكبير للدردير ٣٣٦/٤ .

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

٥) منتهى الارادات ٢٣٧/٥ .

٦) تبيين الحقائق ٥/ ٢٣٧

٧) منار السبيل للشيخ ابراهيم محمد بن سالم ٤٤٠/١ ومابعدها.

الفصل الخامس

في

أسباب الضمان

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : في معنى السبب

المبحث الثاني : سببية العقد للضمان

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد والفرق بينه وبين التصرف

المطلب الثاني: العقد وأثره في الضمان

المبحث الثالث : اليد وأثرها في الضمان

المبحث الرابع : الاتلاف وأثره في الضمان

المبحث الخامس : الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الاتلاف .

ويناقش هذا الدليل بأن الأصل فى هذه الآلات أنها تستخدم للافساد.

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

واستدل القائلون بعدم الضمان بما يأتى:

١) بقول النبى صلى الله عليه وسلم " من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان[١]. ووجه الدلالة من الحديث : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بازالة المنكر باليد للقادر عليه وهذه الآلات من المنكرات فيكون متلفها ممتثلا لامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن ثم فلا ضمان عليه ويناقش هذا بأن تغيير المنكر باليد أمره إلى الحكام وأما غيرهم فتغييـــر المنكر عليهم يكون باللسان كما أن الأمر بالمعروف مشروط بعدم اتلاف 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 اتلاف وبين اتلافها مباشرة اذا المؤدى واحد وهو حرمان صاحبها منها.

٢) أن هذه الآلات يحرم بيعهـــا وذلك لأنها أعدت فى الأصل للفساد ومنفعتها محرمة والمحرم لا يقوم.

واستدل القائلون بعدم الضمان لهذه الآلات إذا كانت لمسلم أو ذمى يظهرها وبالضمان للذمى الذى لايظهرها بأنها غير متقومة فى حق المسلم ومقومة فى حق الذمى إلا أنها تتلف له إذا أظهرها محافظة للمظهر الاسلامى للدولة كما سبق بيانه فى الخمر.

---

١) صحيح مسلم كتاب الايمان ، حديث ٧٨ ،
مسند أحمد : ٣/٢٠

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 الأ مام 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 بغيهم ولأن الصحابة رضى الله عنهم تقاتلوا ولم يطالب بعضهم بعضا بشى نظرا للتأويل(٣).

---

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

٢) يعرف الفقهاء البغاة بأنهم : الذين يخرجون على الامام ويخالفون الجماعة وينفردون بمذهب يبتدعونه وذلك بتأويل سائغ مع وجود المنعة والشوكة لهم : راجع : التعزير فى الشريعة الاسلامية للدكتور عبد العزيز 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 عبد العزيز بن عبد السلام السلمى ١٩٤/٢ .

الفصل الخامس

في

أسباب الضمان

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : في معنى السبب

المبحث الثاني : سببية العقد للضمان

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد والفرق بينه وبين التصرف

المطلب الثاني: العقد وأثره في الضمان

المبحث الثالث : اليد وأثرها في الضمان

المبحث الرابع : الاتلاف وأثره في الضمان

المبحث الخامس : الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان 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،واذا مضى الوقت وهو مجنون فإن الصلاة لاتجب 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 الجرجانى ص ٥١ ، انتشارات ناصر خسرو - طهران ، إيران .

٢) المرجع السابق .

٣) أصول الفقه للامام 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

المطلـــب الأول

فـــى

تعـريـف العـقد والفرق بينه وبين التصـرف

١) تعـريـف العقـد فـى اللغـة :

العقـد فـى اللغـة :

لـه معـان كثيـرة :

منـها : الشـد

- التوثيـق

- والإحـــكام

- والجمع بين أطـراف الشـىء وربطهـا

تقـول : عقدت الحبل عقدا اذا شـددته وقويته ٠

وتقول فى العادة : أعقـد هذا الحبل بذاك أى أربط بينهما٠

وفـلان عقد صلة طيبة بفلان أو بهذه الجماعـة بمعنى أنه قوى ووثق ما بينهما مـن روابط وعلاقات وجاء فى المصباح المنير للفيومى: عقـدت الحبل عقدا من باب ضرب فانعقـد، والعقد : مايمسكه ويوثقـه٠

ومنه قيل : عقدت البيع ونحوه ،وعقدت اليمين وعقّدتها بالتشديد٠ توكيد

ومعقـد الشئ: موضع عقده ،وعقدة النكاح وغيره احكامه وإبرامه (١)

قـال الله تعالى: (ولا تعزموا عقـدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجلـه)(٢).

---

١) المصباح المنير للفيومى ج ٤٢١/٢، نشر المكتبة العلمية - بيروت ، والقاموس المحيط ١ /٣١٥ مادة (عقد)٠

٢) سـورة البقرة الآية : ٢٣٥ ٠

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

وقد صرح كثير من العلماء بهذا المعنى للعقد :

فمن ذلك ما جاء فى تفسير الألوسى: (وأصل العقد الربط محكما ثم تجوز به عن العهد الموثق)[١].

وفى الشهاب على البيضاوى : (وأصل العقد الربط محكما ثم تجوز به عن عن العهود وعقود المعاملات)[٢].

وفى فتح القدير للشوكانى : (العقود: العهود،وأصل العقود الربوط واحدها عقد يقال: عقدت الحبل والعهد فهو يستعمل فى الأجسام والمعانى،وإذا استعمل فى المعانى أفاد أنه شديد الأحكام والتوثيق)[٣]

وفى مجمع البيان فى 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 الشىء بغيره وهو وصله به كما يعقد الحبل)[٤].

العقد فى اصطلاح الفقهاء :

ان معظم الفقهاء وبخاصة الحنفية يطلقون العقد بمعنيين :

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

---

١) روح المعانى للعلامة محمود الألوسى ج ٢٣٩/٢ .

٢) أنوار التنزيل وأسرار التأويل ٢٠١/٣ .

٣) فتح القدير للشوكانى ٣/٢ .

٤) مجمع البيان فى تفسير القرآن لابى الفضل بن الحسن الطبرسى من أكابر علماء الامامية فى القرن السادس ٧/٦ .

٣) الفرق بين العقد والتصرف

لقد ورد فى 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 بايجاده لكونه ملكا له فقط ولا يشاركه فيه أحد ولا يحق لاحد ان يمنعه ولا ان يكون له دخل فى وجوده كالطلاق، فان الزوج هو الذى بيده عقدة النكاح، فيحق له ان يطلق متى أراد حتى ولو كانت الزوجة رافضة لذلك ويشمل ايضا ما يكون له علاقة مع الغير بحيث لا يتم الا برضاه، كما فى صورة البيع أيضا فان البائع يستطيع ان يبيع سيارته لزيد ولكن البيع لا يتم الا برضى زيد ويسمى مع ذلك بأنه قدتصرف فى بيع سيارته.

ولذا فاننا نجدأن العلاقة بين العقد التصرف العموم والخصوص، لأن كلمة التصرف أعم من كلمة العقد لأنهما يتحققان فى كل ربط بين كلامين يترتب على هذا الربط حكم شرعى وأما التصرف فينفردعن العقد فى كل التزام ينشأ عن ارادة واحدة، كما مثلنا فى الطلاق (٢).

---

١) أحكام العقود فى الشريعة الاسلامية للشيخ على قراعه، ص ٧ .

٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد فى الشريعة والقانون للدكتور زكى الدين شعبان، ص ١٣ .

المطلب الثاني

في

العقد وأثره في الضمان

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

فيجب تنفيذها كما لو إشترطت المرأة في عقد النكاح كفيلا بالمهر أو النفقة وفي ذلك يقول الله تبارك وتعالى :

" يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود "(٢)

وقال النبي - صلى الله عليه وسلم :

" المسلمون على شروطهم الاشرطا حرم حلالا أو أحل حراما"(٣).

---

١) مجلة الأحكام العدلية المادة٨١٦، والمدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء ٢/١ .

٢) سورة المائدة الآية ١ .

٣) رواه الترمذي والحاكم والدارالقطني، التلخيص الخبير ٣٣/٣ ، كشف الخفاء ٢٩١/٢ .

المبحث الثالث

في

اليد وأثرها في الضمان

إن دخول المال في 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 الحنبلي[١] الأيدي المستولية على الأموال بغير اذن صاحبها ثلاثة أقسام وذكر لكل قسم الامثلة التي تدخل فيه ،ولعل من المستحسن ذكرها هنا لوجاهة ذلك التقسيم ودقته واتصاله بموضوعنا ، وهذا التقسيم كما يلي :

أ - يد تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان مثل استيلاء الحربيين على أموال المسلمين فاذا استولى الأعداء بسبب الحرب على أموال اسلامية فإنهم يتملكونها عند جمهور الفقهاء[٢] ولا يضمنونها كما لا يضمنون ما وضعوا أيديهم عليه ، ولكنهم لم يحوزه الى بلادهم ولا ما شرد إليهم من دواب المسلمين.

ب - يد لا تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان ،مثل استيلاء الأب على مال الابن إذا استولى الأب على مال الابن فلا ضمان عليه حتى ولو أتلفه على في أصح الوجهين عند الحنابلة[٣].

---

١) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٢٢٠ ،٢٢١، طبعة مؤسسة الفكر العربي للطباعة

٢) خالف في ذلك الشافعية والظاهرية فقرروا عدم تملك غير المسلم مال المسلم أو الذمي بالحرب، القواعد لابن رجب الحنبلي، ص ٢٢٠ .

٣) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٢٢٠ .

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

وقد ذكرت فيما سبق أن وضع اليد على المال قد يكون سببا من أسباب الضمان، وقد لايكون،وقد تتحول اليد من يد غير ضامنه الى يد ضامنة ،ولذلك قسم العلماء اليد ثلاثة اقسام :

أ- يد غير ضامنة وهى يد الأمانة.

ب- يد ضامنة وهى اليد العادية .

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

أ - اليد غير الضامنة " اليد الأمينة "

واليد الأمينة من الفقهاء من عبر عنها بانها ما كانت عن ولاية شرعية ، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها، أي انها اليد التى أقر الشارع المال تحتها فى 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 فى ضمان المشترى بالعقد الصحيح،ولا يكون سليما عند الحنفية (٦) والشافعية (٧) وبعض الزيدية.

---

١) القواعد لابن رجب الحنبلى ص ٢٢٠ .

٢) كشاف القناع ٣٣٦/٢، ونهاية المحتاج ١٤١/٥ .

٣) المغنى لابن قدامة ١٠٧/٤ .

٤) غير ان المالكية قالوا ان المبيع يظل من ضمان البائع مدة الخيار خلافا للحنابلة والامامية ،حاشية الدسوقى 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 المرتهن على الرهن عند الشافعية [٢] والحنابلة.

حكم يد الأمانة :

ان ثمرة عد الشارع يد الوديع يد أمانة هو رفع الضمان عنه اذا هلكت الوديعة عنده بغير تعد عليها أو تفريط فى حفظها،وأن يصدق فيما يدعيه اما إذا كان هناك اعتداء أو تفريط فإنه يكون ضامنا. ومثال الاعتداء ان يهلكها بيده عامدا أو يدل لصا اوظالما على مكانها ليأخذها ومثال التفريط أن لا يضعها فى حرز مثلها وفرق المالكية [٣] يغاب عليه [٤]. وما لا يغاب عليه - فأمّا ما يغاب عنه مثل الحلى والسلاح فإنّ يد الأمين عليه يد ضمان فلا يصدق فى دعوى تلفها أو ضياعها بينة على ذلك ،وأما ما لايغاب عليه فلا ضمان عليه ويصدق فى دعواه التلف [٥].

---

١) مغنى المحتاج ٣١١/٢، حاشية الدسوقى ٥٢٦/٣، المغنى ٣٥/٥ .

٢) اما الحنفية فقد ذهبوا الى ان يد المرتهن تعتبر يد آمانة على مالا يقابل الدين من الرهن اذ لا معاوضة بالنسبة اليه ويد ضمان على ما يقابل الدين منه : حاشية ابن عابدين ٣٤٨/٣، كشاف القناع ٣٣٦/٢، ونهاية المحتاج ١٤١/٥ .

٣) تهذيب الفروق ٥/٢، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٤٠٤، وما بعدها .

٤) اى يمكن اخفاؤه.

٥) النفراوى على الرسالة ٥٢/٢، المطبعة العامرة الشرقية

وارى ان عدم التفريق بين مايغاب عليه ، و مالا يغاب أولى بالقبول،وذلك لأن الامين أمين فى الظاهر والباطن ٠

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 بينه وبين مالكه أو بمنعه من الانتفاع به كالغاصب والسارق ٠

وكذلك كل يد تناولت المغصوب من غاصبه بالاستعارة أو الاستئجار عند العلم بالغصب ووضع اليد على المال بولاية شرعية سواء كانت هذه الولاية باذن الشارع أو المالك ولكن قام الدليل على تضمينها كيدا المستعير عند الحنابلة والشافعية (١) وضمان المرتهن عند الحنفية ويتناول هذا ضمان الأموال التى توضع الأيدى 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 بآفة سماوية ،غير أنه إذا كان التلف بفعل غيرها فإنه يجب الضمان على الذى أتلف ، وإن وقع التلف من المالك فهو من ماله ولا شىء على واضع اليد (٣).

---

١) المغنى لابن قدامة ١٠٧/٤، المهذب ٣٦٦/١ مطبعة مصطفى البابى الحلبى

٢) بداية المجتهد ٢٦٣/٢، المغنى ١٠٧/٤، نهاية المحتاج ١٥٥/٥، والمدخل الفقهى العام للزرقا ٤٧٢/١ ٠

٣) الضمان فى الفقه الاسلامى لعلى الخفيف ص ١٠٨ ٠

ج - تغيـر يـد الأمـانـة الى يد ضمـان :

سبق أن ذكرت أن يد الوديع يد أمانة فى حال عدم التفريط أو التعدى، أما فى حال التفريط والتعدى فتنتقل من يد أمينـة إلى يد ضامنة ، وعلى هـذا تكون هذه اليد أى المنتقلة من الأمانة الى الضمان يدا أمينـة فى الأصل ولكـن طرأ عليـها تفريط أو اعتداء حولـها الى يد ضمان .

المبحث الرابع

في

الاتلاف وأثره في الضمان

الاتلاف هو السبب الثالث من أسباب الضمان ونتناول الكلام عنه طبقا لما يأتي :

تعريفه لغة :

الاتلاف مصدر تلف أي هلك أو عطب فيقال تلف الشيء يتلف تلفا فهو تالف وتلف الشيء وأتلفه غيره إتلافا اي أفناه ،ورجل متلف لماله أي مهلك له فيما 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 إخراجه عن كونه صالحا للانتفاع كما لو أحرق شخص المال أو اغرقه.

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

النوع الأول : اي الاتلاف الحسي وهو اتلاف الشيء صورة ومعنى إما ان يكون بالمباشرة وأما أن يكون بالتسبب .

فأما الاتلاف بالمباشرة فيتحقق اذا 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

واما الاتلاف بالتسبب فيتحقق اذا فصل بين فعل شخص وبين حدوث الضرر، فعل آخر ادى الى التلف دون أن يمنع نسبة الضرر إلى الفعل الأول كما لو حفر إنسان حفرة فى طريق عام بدون إذن الامام فتردى فيها حيوان مملوك للغير فهلك فإن تردى الحيوان فى الحفرة فعل توسط بين الحفرة والضرر،غير انه لايمنع نسبة الضرر الى الحفرة لأن الحفر كما هو ظاهر للناس هو الفعل الضار الذى أدى الى تلف الحيوان وقد اتفق العلماء[1] على أن الاتلاف الحسى سواء كان بالمباشرة أو التسبب يوجب الضمان. وأما الاتلاف المعنوى فقد اختلف الفقهاء فى وجوب الضمان على فاعله[2].

ولا يشترط فى اتلاف المال ان يكون اتلافه عن عمد،بل يستوى فى ذلك العمد والخطأ.

وقد قرر الفقهاء أن العمد والخطأ فى الأموال سواء[3].

---

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 السالك ٣١٨/١، وما بعدها، وتبصرة الحكام ١٢٥/٢، طبعة المطبعة البهية بمصر، وتهذيب الفروق ٢٠٥/٢، طبع دار احياء الكتب العربية، ورد المحتار على الدر المختار ٥٣٧/٥.

٣) نظرية الضمان، للشيخ الخفيف ، ص، ٤٠

المبحث الخامس

الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الاتلاف

بعد أن تحدثت بايجاز عن أسباب الضمان أجد انه لزاما علىّ وعملا على الايضاح والبيان أن أذكر الفرق بين هذه الأسباب الثلاثة :

العقد - واليد - والاتلاف" حتى تتضح لنا صورة الاقسام .

وأهم هذه الفروق مايلي :

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

أما الاتلاف فمحظور شرعا: وضمانه مبنى على المماثلة بين العوض والمعوض عنه ، لأنه شرع جبرا للضرر الواقع . قال الله تبارك وتعالى :

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

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

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

---

١) المبسوط للسرخسى، ٨٠/١١، طبعة الحلبى بمصر

٢) سورة النحل آية ٢٦ .

٣) سورة الشورى الآية ٤٠

٢) إن ضمان العقد لا تراعى فيه الأوصاف، لأن العقد إنما يرد على العين دون أوصافها أما ضمان الاتلاف فتراعى فيه أوصاف التالف عند التقدير لأن الإتلاف يرد على العين وعلى أوصافها ولذلك يجب مراعاتها فى 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 يشترطفيه أن يكون المعقود عليه فى يد المتعاقد ولم يشترطوا ذلك فى غيره ،فلا فرق بين أن يكون فى يده أو فى يد غيره (٣).

٥) الاهلية : فى ضمان العقد لابد من توافر اهلية التعاقد أما فى ضمان الاتلاف فيكفى للالزام به توفر الصفة الانسانية بعد الولادة فيلزم الصبى بضمان المتلفات سواء أكان مميزا أم غير مميز.

٦) المسئول عن التعويض: المسئولية فى العقد قد تكون تضامنية كما فى الكفالة حيث يمكن للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل بالدين المكفول به ، أما فى ضمان اليد فإن كل شخص مسئول بانفراده عن جنايته إلا فى الغاصب من الغاصب فيمكن مطالبته أو مطالبة الغاصب الأول بالضمان

.

---

١) المبسوط ١١/ ٨٠ ،مطبعة السعادة بمصر، والضمان فى الفقه الاسلامى للأستاذ على الخفيف طبعة معهد البحوث والدراسات العربية ، ص ١٠٩ .

٢) النظرية العامة للمعاملات فى الشريعة الاسلامية د/ أبو سنة ، ص ٨٨ .

٣) معين الحكام للطرابلسى ص ١٩٥، المطبعة الاميرية ببولاق، مصر، وحاشية ابن عابدين ١٧٢/٥، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣٥٠/٤، والاشباة والنظائر للسيوطى ص ٣٦١ .

الفصل السادس

في

الأموال تعريفها وتقسيمها

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريف المال لغة واصطلاحا

المبحث الثاني : تقسيمات المال

تمهيـــد :

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

وضع كذلك نظما ماليـــة بمقتضاها لايخرج المال عن الغاية التى مـــن أجلها كان وقد ذكرت هذا الفصل عنا لأن الضمان الذى هو موضوع بحثنا يكـــون بالمال وعن المال فكان من المناسب فى رأيى المتواضع ذكره بعد تعريف الضمان وبيان اركانه عملا على توفيـــة عنوان البحث حقه فى البيان والايضاح.

وقد جعلت الكلام عن كل هذا فى مبحثين :

المبحث الأول : تعريف المال لغة واصطلاحا.

المبحث الثانى : تقسيمات المال .

المبحث الأول

تعريف المال لغة واصطلاحا

أولا : تعريف المال لغة :

يطلق المال في اللغة على كل ما ملكه الفرد وحازه بالفعل سواء كان المحوز عينا 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 الانسان من ذهب وفضة وحيوان ونبات وارض ومنفعة.

اما مالا يملكه الانسان فلا يسمى مالا في اللغة وذلك كالطير في الهواء والسمك 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 يقتنى 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 الاسلامية للدكتور عبدالله المصلح ص ٧، طبع الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية.

٤) وهكذا يطلق كل قوم المال على ما يكثر عندهم،فمن يكثر عندهم البقر والاغنام أطلقوا عليها اسم المال، وكذلك من يكثر عندهم النخل الى 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.

والمـــال يـذكـرويـؤنـث فيقـال: هذا المـال و هـذه المال "١)٠

و أصل كلمـــة مـال" مـول " يفتـــح الميـــم والواو٠ فتحركت الواو و انفتـــح ما قبلهـــا فقلبـت طقـــــا لقـواعـــد الصـــرف٠

ثانيـــا : معنـــى المـــال اصطـلاحـا :

عـرفـه الحنفيـــة علـى ما فـى حاشيـة ابن عابـديـن ـ بانـه ما يميـــل اليـــه الطبـــع و يمكـــن ادخاره لوقت الحاجـة (٢)٠

و عـرفـه فـريـق آخـــر منهـم " بـانـه اسم لغيـر الآدمـى خلـق لصالـح الآدمـــى و يمكـــن احرازه و التصرف فيه علـى وجـه الاختيار(٣)٠ و طبقـا لـذلـــك: كان المال عند الحنفيـة كل ما يمكـن حيازتـه و ينتفـع به انتفاعـا معتادا فالمـــال شـــىء مادى يمكـــن ٠

١ـ المصبـاح المنيـــر ، مادة " مـول " ٧١٥/٢ ونظرية الملكية والعقود للدكتور بدران أبـى العينيـــن٠ ص : ٢٨٦٠

٢ـ حاشية ابن عابدين : ٥٠١/٤ مطبعـة الحلبـى و تاريخ الفقه الاسـلامـى و نظرية الملكية و العقود للدكتور بدران أبـى العيين : ٢٨/٤ ، طبـع دار النهضـــة و نظـام المعاملات د/ محمد مصطفـى الشلبـى : ص ، ٩١ طبـع اتحاد الجامعات الطبعة الاولـى٠

٣ـ السياسة الاقتصادية و النظـم المالية فـى الفقه الاسـلامـى : د/ أحمـد الحصرى ص : ٤٦٩ ـ ٤٧٠ ، مطبعة دار التاليف بالقاهرة ٠

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

وكذلك تخرج بعض الأموال التى 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 [1] فقولهم " يستبد به " أى يختص به.

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

فلا يقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه وان قلت.[2]

وعرفه الحنابلة : بأنه هو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة فيخرج عن هذا التعريف مالا نفع فيه أصلا كالحشرات [3]. وما فيه منفعة محرمة كالخمر،وما فيه منفعة مباحة للحاجة ،كالكلب وما فيه منفعة مباحة للضرورة كالميتة فى حال المخمصة.

<u>وبالمقارنة بين تعريف كل من المالكية والشافعية</u>

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 الحلبى 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 مشروعا حال السعة والاختيار فلبن الآدمية عندهم مال،ودم الانسان عندهم مال، والحقوق الذهنية ،وحقوق الابتكار مال.

والتركة عندهم كل ما خلفه الميت من أموال وحقوق كان يملكها الميت في حال حياته ويدخل فيها العقارات والمنقولات والأعيان التى تعلق بها حق للغير كالعين التى رهنها الميت حال حياته وسلمها للمرتهن وتشمل أيضا جميع الحقوق غير الشخصية التى كانت ثابتة للميت حال حياته سواء كانت مالية محضة كحق المرور والشرب أو تابعة للمال كحق التعلى أو كانت حقوقا غير مالية لكن لها تعلق بالمال كحق الخيار والشفعة والقصاص أما المدرسة الحنفية فا لتركة عندهم لاتشمل الحقوق غير المالية لأنها منافع والمنفعة ليست مالا لعدم انطباق التحديد الذى وضعوه للمال عليها فالمال عندهم مشروط بأنه مادى يمكن حيازته والانتفاع به حال السعة والاختيار انتفاعا مشروعا[1] وسيأتى تفصيل القول عن مالية المنافع فى الفصل الخاص بها.

---

١) انظر: السياسة الاقتصادية د/ أحمد الحصرى ص ٤٧١ – ٤٧٢ .

المبحث الثاني

في

تقسيمات المال

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

أ - تقسيمه إلى متقوم وغير متقوم .

ب - والى عقار ومنقول .

ج - والى قيمي ومثلي :

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

وهذا المال المتقوم إما أن يكون عقارا أو منقولا والمنقول منه ما يكون قيميا ومنه ما يكون مثليا، ومن هنا تتضح صلة هذه الأقسام ببحثنا هذا:

أولا : تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم (١)

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

أ - **المال المتقوم** : هو المال بمعناه الخاص الشرعي،وهو ما يقرر الشارع ملكيته و يبيح الانتفاع به في حال السعة والاختيار وحازه الانسان بالفعل

---

١) مجلة الأحكام العدلية المادتان: ١٤٥ و ١٤٦

وبالتأمل فى 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.

فان تخلف أحد هذين الشرطين لم يكن المال متقوما ومن باب أولى لا يكون متقوما إذا فقد الشرطان جميعا وعلى هذا إذا أتلف شخص ذهبا أو فضة فى سنامهما أو طيرا فى الهواء أو سمكا فى الماء لا يكون ضامنا لما أتلف لعدم حيازة شخص لهذا المال .

وكذلك اذا اتلف ميتة(١) بالحرق مثلا وذلك لعدم اباحة الشارع الانتفاع بها.

وكذلك اذا اتلف سبعا فى الصحراء لعدم الحوز وعدم إباحة الشارع الانتفاع به فى حال السعة والاختيار.

وكذلك إذا اتلف خمرا أو خنزيرا فى حوزة مسلم لعدم إباحة الشارع الانتفاع بهما حال السعة والاختيار(٢) أيضا(٣).

وأما إذا اتلف الخمر والخنزير وهما فى حوزة غير المسلم من أهل الذمة فإن الفقهاء قد اختلفوا فى تقويم هذا المال من عدمه الى مذهبين على ما سبق بيانه فى شروط الضمان ومما سبق يتضح ان المال غير المتقوم هو المال الذى لم يبح الشارع الانتفاع به فى حال السعة والاختيار أو كان مباح الانتفاع به للعامة ولكنه لم يدخل فى حوزة إنسان .

---

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

٢) اى فى غير اضطرار / أو اكراه .

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

ثمـــرة هـذا التقســـيم

وثمرة هذا التقسيم تظهر فى الآتي :

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

ب - ان المال المتقوم يضمن متلفة أومضيت منفعة لصاحبه مثله إن كان مثليا وقيمته ان كان قيميا ولا يضمن شيئا من ذلك إن كان المال غير متقومهثل 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 لايمكن نقله وتحويله من محل إلى آخر دون تغير لهيئته وصورته .

وهذا لايصدق إلا على الارض .

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

وأما المنقول عندهم فإنه يطلق على كل مايمكن نقله وتحويلـــــه ول تغيرت صورته فيشمل البناء والغراس القائمين على الأرض على ماسبق ذكره كما يشمل السيارات والاثاثات .... الخ .

---

١) رد المحتار على الدر المختار ١٥/٣، مطبعة الحلبى، 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 لايمكن 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 مايمكن نقله من مكان الى مكان آخر دون تغيير صورته مثل الأثاثات والمفروشات ... الخ.

ومما سبق يتبين لنا أن الفقهاء اتفقوا على أن المال الذى لايمكن نقله من محل إلى آخر أصلا يسمّى عقارا وأن الذى يمكن نقله وتحويله من محل الى آخر مع بقاء صورته و 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 الذى 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 طبعا كما فى الارض أو عادة كما فى البناء والشجر.

ثالثا : المثلى والقيمى

---

١) الشرح الكبير للامام الدردير ٤٧٦/٣ .

٢) طرح التثريب فى شرح التقريب للحافظ زين الدين ابى الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقى ١٤٣/٦ . وما بعدها، طبع دار المعارف حلب سوريا.

٣) كشاف القناع عن متن الاقناع ٦٣/٤، مطبعة انصار السنة ،

٤) لسان العرب والمصباح المنير مادة " عقر " .

أولا : المال المثلى :

تعريفه لغة : جاء فى المصباح المنير:[1] المثل يستعمل على ثلاثة اوجه :

بمعنى الشبيه وبمعنى نفس الشيء وذاته ، وزائدة .

والجمع أمثال : و يوصف به الذكر والمؤنث والجمع فيقال هو،وهى وهما وهم وهنّ مثله .

وفى التنزيل (أنؤمن لبشرين مثلنا) وخرج بعضهم على هذا قوله تعالى : " ليس كمثله شيء ". أى ليس كهو شيء وقال هو اولى من القول بالزيادة لأنها على خلاف الأصل .

وقال ابن جنى فى الخصائص : قولهم " مثلك " لايفعل كذا قالوا : مثل زائدة والمعنى : انت لاتفعل 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).

<u>والمال المثلى فى الشرع</u> : نسبة إلى المثل أى النظير وهو مالا تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به وتوجد له نظائر فى الأسواق ويطلق المثلى على الأموال التى تقدر عادة بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع أو الوصف [2].

---

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

٢) مجمع الضمانات ص ١٣٤، والقوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٤٩، ونهاية المحتاج ٧٤/٥، والوجيز للإمام الغزالى ٨/١، وكشاف القناع ٣٤٧/٢، والمغنى لابن قدامة ٣٧٦/٥، وبدائع الصنائع ٢٠٨/٥، ومجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ٤٠١/٢ .

ومن أمثلة المال المثلى :

المكيلات : من الحبوب كالقمح والشعير وغيرهما.

ومن الموزونات : [1] العسل واللبن، والزيت والذهب والفضة [2].

ومن المعدودات : البيض والجوز والليمون وطوب البناء المتساوية فى الحجم.

ومن المقدر بالذراع: الثياب.

ومن المقدر بالوصف : ما تنتجه المصانع من أجهزة ومعدات كالسيارات وآلات الحياكة [3] وأجهزة الطهى والحفظ والسماع فمثل هذه الآلات والأجهزة التى هى من صنف واحد يدركها الوصف ويحددها تحديدا دقيقا ولا يوجد تفاوت بين بعضها والبعض الآخر فى الصنف والصفة فيعد من المثليات.

وبالتأمل فى 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 فى الفقه الاسلامى د/ سيد عراد على، ص ٩٦ طبع دارالسكرين أجنس : القاهرة.

١) البحر الرائق لابن نجيم ١٤٠/٦، طبع دار المعرفة بيروت والمحلى لابن حزم ٤٨٣/٨.

٢) المغنى لابن قدامة ٢١٠/٤، وشرائع الاسلام فى الفقه الجعفرى الامامى للمحقق الحلى، جعفر بن الحسن بن أبى بكر زكريا يحيى بن الحسن بن معد الهذلى الملقب المحقق ١٨٠/١، من منشورات دار مكتبة الحياة.

٣) حاك الرجل الثوب (حوكا) من باب قال والحياكة بالكسر الصناعة فهو " حائك " والجمع " حاكة " و حوكة ، انظر : المصباح المنير للفيومى ١٥٧/١، من منشورات المكتبة العلمية، بيروت.

الشرط الثاني : وجود هذا المال في الأسواق فتخلف أحد هذين الشرطين يحوله من مال مثلي الى مال قيمي. فإن لم يوجد للمال مثل في 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 المثلي بأنه لا تفاوت بين اجزائه وصفاته كما بينا.

كما انه لايضره التبعيض فمن أراد ان يشتري " قفير "[1] قمح بمائة روبية لايضيره أن يشتريه على صفقتين أوصفقة واحدة لأن التجزئة لا ضرر فيها على آحاد المكيلات والموزونات ولا تختلف أسعارها في أجزائها عنها في مجموعها غالبا. كما ان المثلي ايضا يمتاز عن القيمي بأنه يثبت دينا في الذمه [2]. اذ يمكن ثبوت المثليات بأوصافها. أما القيميات فلا تثبت إلا بأعيانها ولا يمكن أن تثبت بأوصافها.

وقد استثنى الفقهاء [3] من قاعدة ضمان المثلي بمثله بعض صور يضمن فيها المثلي بقيمته لا بمثله ومنها:

١) إذا انقطع المثلي من السوق أو تعذر الحصول عليه بمكن ، لعارض حرب ونحوه

---

١) القفيز : مكيال وهو ثمانية مكاكيك 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، وتبين الحقائق ٢٢٣/٥،والأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٢٧٥،ونهاية المحتاج ١٦١/٥، والمهذب للشيرازي ٣٧١/١،والمغني لابن قدامة ٤٢١/٥، والمحلى لابن حزم ١٤٢/٨،والبحر الزخار ١٧٥/٤، وشرح النيل ٤٤٧/١٣ .

أو كان المثلى موجودا ولكنه بأكثر من ثمنه ففى هذه الصور ونحوها تجب قيمة المضمون لامثله .

وذلك لأن من أخذ شيئا وجب عليه رده ، فان تعذر وجب رد مثله لأنه أقرب شبها بالمضمون،فان تعذر المثلى وجبت القيمة اذ لا سبيل غيرها كالذهب والفضة اللذين يصنعان حليا للنساء.

٢) إذا دخلت الصنعة المباحة مثليا كالذهب والفضة اللذين يصنعان حليا للنساء فان هذا الحلى يضمن بقيمته لأن الصناعة تؤثر فى قيمته وهى مختلفة فالقيمة فيه اضبط فأشبه غير المكيل والموزون .

فان كانت الصنعة محرمة كحلى الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه ، لأن الصنعة لا قيمة لها شرعا فهى كالمعدومة .

٣) لو غصب شخص مثليا يحتاج الى كلفة فى نقله أو أتلفه ثم ظفر المالك بالغاصب فى غير بلد التلف فانه 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 مع وجود المثل جاز ذلك .

٥) إذا أحاط بالمثلىخطر وأشرف على التلف ضمن بقيمته كالاموال التى تحيط بها الحرائق والسفينة التى تضطربها الامواج .

ثانيا : القيمى:

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

ومن القيميات الحوانيت والمصنوعات من الجواهر[١] والذى أراه فى هذا المقام والله اعلم. أن المال القيمي يضمن بمثله مادام بالامكان الحصول عليه بلا مشقة بالغة تؤيد هذا أن النبى صلى الله عليه وسلم ضمن السيدة عائشة رضى الله تعالى عنها إناء مثل الذى كسرته وطعاما مثل الذى أتلفته وقال " إناء بإناء وطعام بطعام " على ما مر ذكره فى مشروعية الضمان .

مع أن الآنية تعد من قيميات لكونها ليست مكيلا أو موزونا أو معدودا و تعتمد صناعتها قديما على الحرفة اليدوية ولكن لما أمكن الاتيان بالمثل قضى به النبى 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 للخطابى ٢٠١/٥، وبداية المجتهد ٢٦٦/٢،والمغنى لابن قدامة ٣٧٥/٥ .

٢) وذهب الجمهور ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية والزيدية والامامية وجمهور الحنابلة الى أن القيمى اذا اتلف يضمن بقيمته لأن ذوات القيم تتفاوت اجزاؤها وتتباين صفاتها فالقيمة فيها أضبط وأعدل تبين الحقائق ٢٢٣/٥، والمبسوط للسرخسى ٥١/١١، وبداية المجتهد ٢٦٦/٢،والمنتقى للباجى ٢٧٢/٥، وتهذيب الفروق ٢٠٥/٢، والجامع لاحكام القرآن للقرطبى ٣٣٥/٢ .

الفصل السابع

في

ماليـة المنافع و أقوال الفقهاء في ضمانها

و بعد أن تكلمت عن المال و بعض تقسيماته أرى انه من المناسب أن اتحدث عن مالية المافع و ضمانها و قبل الكلام عن هذا اتناول المنفعة بالتعريف لغة و اصطلاحا و ذلك على الوجه الآتي:

أولا: معنى المنفعة لغة واصطلاحا:

أ- معنى المنافع في اللغة

المنافع جمع منفعة من النفع و هو في اللغة الخير و هو كل ما يتوصل به الانسان الى مقصوده و مطلوبه يقال: انتفعت بالشيء والمنفعة اسم منه.

فالمنفعة في عرف اهل اللغة تشمل كل ما يمكن استفادته من الشيء سوء كان عرضا مثل سكنى الدار و ركوب الدابة. أو مادة مثل ثمار الاشجار و أجرة الدواب و هو ما يسميه الفقهاء الغلة و هي في اللغة: الدخل من كراء دار و اجر غلام و فائدة ارض(١).

جاء في المصباح المنير للفيومي(٢). النفع الخير و هو ما يتوصل به الانسان الى مطلوبه يقال نفعني كذا (ينفعني) (نفعا) و (نفيعة) فهو (نافع) ... و جاء (نفوع) مثل رسول ...

١- القاموس المحيط للفيروز آبادي باب(العين) فصل (النون) والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير للعلامة احمد بن محمد بن علي المقرى الفيومي ج ٢ / ٦١٨ من منشورات المكتبة العلمية، بيروت

٢- المصباح المنير في الموضع السابق.

ب - معنى المنافع اصطلاحا :

المنفعة في الاصطلاح : ما كان من قبيل الاعراض كسكنى الدار و ركوب الحيوان و عمل الانسان(١)٠ و هى لفظ عام يطلق على كل ما ينتفع به طبقا لما جاء في لسان العرب والقاموس المحيط٠

و تشمل المنافع (٢)٠ بذلك كلا من منافع الأموال و منافع الانسان و يلاحظ ان المنفعة ليست جزءا مما اضيفت اليه ٠ فالانتفاع بسكنى الدار مثلا ليس جزءا من الدار و ان كانا متلازمين بمعنى انه لا يمكن الانتفاع بالسكنى الا اذا وجدت الدار٠ والله اعلم٠

ثانيا : اقوال الفقهاء في مالية المنافع:

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

المذهب الاول: ذهب المالكية (٣)٠ والشافعية (٤)٠ والحنابلة (٥) و جمهور الفقهاء الى ان الاصل في المنفعة عدها من الاموال و ذلك لانها تقابل بالاموال٠ كما أن التعدى على مصادرها أو الحيلولة بينها و بين صاحبها و منعه من الانتفاع بها مثلا يترتب عليه وقوع خسارة مالية لصاحبها كما في الاجارة٠ و تختلف قيمتها باختلاف الازمان والأعيان والبيئات٠ و دليلهم على ذلك- فوق ما تقدم - أن المنافع يمكن حيازتها و ذلك بحيازة اصلها ولاشك ان هى المقصودة من الاعيان ولولا هذه المنافع ما طلب الناس الاعيان ولا رغبوا في الحصول عليها)٦(٠

١- شرح مجلة الاحكام العدلية لسليم رستم باز اللبنانى : ص ، ٣١٨
٢- ضمان العدوان د/ سراج : ص ١٧١
٣- بداية المجتهد : ٢٦٥/٢ مطبعة الاستقامة بمصر٠
٤- المدخل الى الفقه الاسلامى للدكتور محمود محمد الطنطاوى : ص ، ٢٦٣ من منشورات مكتبة وهبة - القاهرة٠
٥- المغنى لابن قدامة : ٢١٨/٥، طبعة دار المنار٠ ٦- المدخل الى الفقه الاسلامى /ص، ٢٦٣ د/ طنطاوى

المذهب الثاني: 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 تجبر به عند فواتها لارتباطها بأزمان حدوثها و طرق استيفائها

خلاصة فى عدم اعتبار الحنفية المنافع مالا

و مما تقدم نستطيع ان نفهم أن الحنفية لم يعدوا المنافع مالا• أما لماذا لايرى الحنفية اعتبار المنافع مالا ؟ فالجواب عن ذلك• بالاضافة الى ما تقدم مايأتى:

يسير الحنفية وفق ضابط وضعوه 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 اد خاره لوقت الحاجة فما لا تميل اليه الطباع و هى الاعيان التى لا يرغب فيها ولا تضن 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 منصرمة 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 والتعليم منفعة • والمهر لايكون 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 بناه صاحبه أو اشتراه لذلك أو اجره ثلاث سنوات أو اكثر متوالية •

و قد 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 ممالأة 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 لاستئجاره كما يعد اعداده للاستغلال فى حكم ايجاب صادر من مالكه بذلك•

و مما 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 رجحانه هواتفاقه مع العرف و ملاء مته 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 نشر مكتبة وهبة القاهرة •

(١)
و هـذا الخـلاف بين الفقهـاء ليس خـلافا لفظيا و انما هو خلاف له ثمرة و تظهر ثمرته فـى مسائـل كثيـرة : و مـن هـذه المسائـل :

اغتصاب العيـن والانتفـاع بها أو عـدم الانتفـاع بها و ذلك كشخـص اغتصـب سيارة مـن آخـر و انتفـع بها ، أو تركهـا عنـده بدون انتفـاع مـدة من الزمـن ثم ردها الـى صاحبهـا فانه علـى رأى الجمهـور يضمـن قيمـة المنفعـة بالسيارة فـى تلك المـدة التـى حجبهـا الغاصب فيهـا عـن صاحبهـا و ذلك لانـه اعتـدى على ما يعتبـر مالا والاعتـداء علـى المال مضمـون.

ولا يضمـن ذلك عنـد الحنفيـة لانـه فـى نظـرهـم لم يعتـد علـى ما يعتبـر مالا حتـى يكـون ضامـنا .

ولاشـك ان رأى الحنفيـة يـؤدى الى اغتصاب الحقوق (٢).

. و خلاصـة القـول فـى ثمـرة الخـلاف هـى :

أ- أن من عـد المنافع مـالا جعـل فـى تفـويتها أو تفـويت بعضهـا الضمـان. و من لم يعدهـا مالا لم يجعـل فـى تفويتها الضمـان.

ب- ان من لم يعد المنافـع مالا قال بعـدم ارثها و من عدها مالا اجاز ارثهـا فلو استأجـر شخـص عينا ثم توفـى فـى منتصـف المدة جاز لورثتـه الانتفاع بتلك العيـن بقيـة المدة علـى مـذهب الجمهور. و أمـا علـى مـذهـب الحنفيـة فان العقـد ينفسـخ بالموت (٣)

١- المدخل الىّ الفقه الاسـلامى : د/ الطنطاوى : ص ، ٢٦٣- ٢٦٤
٢- ضمان العدوان د/ سراج : ص ، ١٧٧
٣- حاشية ابن عابدين : ٥٠/٥ والاشباه والنظائـر للسيوطـى : ص ، ٣٢٦ والملكيـة الـخاصة فـى الشريعة الاسلامية للدكتور عبدالله المصلـح طبع ، الاتحاد الدولـى للبنوك الاسلامية : ص ، ٥١

ثالثا : الـــزوائـــد

اختلفـــت كلمـــة الفقهـــاء رحمهـــم اللـــه تعالـــى فـــى ضمـان نمـــاء أو غلـــة أو زوائـــد المغصـوب و ذلك علـى رأييـــن :

الـرأى الأول: و يـذهـب اصحـابـه الـى القـول بالضمان والـيه ذهب الشافعية والحنابلة .

الـرأى الثانـى: و يـذهـب اصحـابه الـى القـول بعـدم الضمـان و به قـال الحنفيـــــه والمالكيـــة فـى الراجـح عنـدهـم .

قال الشافعيـة والحنابلـة : زوائـد المغصوب فـى يـد الغاصـب مضمونـة ضمـان الغصب اذا تلف شـىء منهـا فـى يـده سـوء أكانـت الزيادة متصلـة مثل السمـن و تعلـــم الصناعـة و غيـرهـا أو منفصلـةكثمـرة الشجـرة و ولد الحيوان.

و وجـه ذلك : أن الزوائـد ملك للمغصوب منه و قـد صارت فـى يـد الغاصـــب بالغصب فتضمـن بالهلاك أو التلف كأصلهـا الـذى تولـدت عنه (١).

و قال الحنفيـة و من معهـم : ان الزيادة الحادثـة فـى المغصوب فـى يـــد الغاصب سواء أكانـت متصلـةكالسمـن والجمـال أومنفصلـة عنه كالولـد واللبـن و ثمـرة البستان والصوف و نحو ذلك امانـة فـى يـد الغاصـب . فان هلك فلا ضمـان عليه الا بالتعدى عليهـا كالاتلاف أو الاكل أو البيـع أو بالامتنـاع عن ادائهـا بعد طلبها مـن مالكهـا و وجـه ذلك : أن الزيادة ليسـت مغصـوبة لفقـدان شـرط الازالة من يـد المالك ، لانهـا لـم تكن فـى يـده وقت الغصب.(٢).

١- مغنـى المحتاج للشيخ محمـد الشـربينـى الخطيب : ٢٩١/٢ والمهذب : ٣٧٠/١ و كشاف القناع : ٦٦/٤ والمغنى : ٢٤٠/٥

٢- المبسوط للسرخسـى : ١١ / ٥٤ و بدائـع الصنائـع للكاسانى : ١٦٠/٧ و تبين الحقائق للزيلعـى : ٢٣٢/٥ وتكلمة فتح القـديـر : ٣٨٨/٧ و رد المحتارعلـى الدر المختـــار ١٤٢/٥ والقوانين الفقهية لابن جـزى : ص ، ٢٣٠ و بداية المجتهـد لابن رشـــد الحفيـد: ٣١٥/٢ و ما بعدهـا .

بيـــان الـراجـــح

والـراجــح فـى نظـرى والله اعلـم - ما ذهب اليه علمـاء الشافعيـة والحنابلة من القـول يضمان نمـاء أو غلــه أو زوائـد المغصـوب لامـرين:

الاول: وجاهــة ما استـدل به اصحاب هـذا الـرأى.

الثاني: ان الغاصـب تسبـب فـى ذلك بسـبب محظـور و هـو الـغصـب .

رابعا: النـــواقـص:

اتفقـت كلمـة الفقهـاء رحمهـم الله تعالـى علـىّ مبـدأ ضمـان النقصـــان الحادث فـى الأمـوال بسبـب الغصب أو الاتلاف و نحـوهمـا من انواع الأيـدى العـــاديـة (أى الضامنـة) عمـدا أو خطـأ أو تقصيـرا.

و فيما يلـى نورد أهـم حالات النقصان المـادى بسبب الغصب و حكمهـا فـى كل مـذهب فقهـى ، لان ضمـان الغصب علـى حـد تعبيـر الحنفيـة . ضمـان جبـر الفائـت فيتقـدر بقـدر الفوات و من نقـص فـى يده شىء فعليه ضمـان النقصـان(١).

أ- مـذهب الحنفيـة :

قال علمـاء الحنفيـة ان النقـص فـى المغصـوب : امـا ان يكـون بفوات جـزء مـن العيـن يسيـرا أو كبيـرا أو فاحشـا :

فاذا كان يسـيرا ضمـن الغاصـب قـدر النقصـان ، وتظـل العيـن المغصـوبـه ملكا لمالكهـا .

وإذا كان فاحشـا فللمالك تضميـن الغاصـب جميـع قيمـة الشـىء و ذلك ســـواء أكان النقـص حادثـا بآفـة سماويـة أم بفعـل الـغاصـب نصـت علـى ذلك مجلـــة الاحكام العدليـة (٢). فـى المادة ، ١٩٧م

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

٢- راجع المادة : ١٩٧ من المجلة.

وقد حددت مجلة الاحكام العدلية فى المادة السابقة النقصان اليسير والفاحش فقررت ان النقصان اليسير: هو مالم يكن بالغا ربع قيمة المغصوب والنقصان الفاحش ما كان مساويا لربع القيمة أو أزيد. و لعل الصواب فى تحديد الفاحش واليسير - فى نظرى ان الفاحش ما يفوت به بعض العين و بعض المنفعة واليسير ما يفوت به بعض المنفعة أى تنقص منفعته فقط. والله اعلم.

ب- مذهب المالكية:

اذا نقص المغصوب عند الغاصب ، فان كان النقص بفعل الغاصب فالمالك مخير بين أن يأخذ قيمة المغصوب يوم الغصب و يتركة للغاصب و بين أن يأخذ الشيء المغصوب على حالته الناقصة (١). و يأخذ قيمة النقص الحادث بتقديرها يوم التعدى. و ان كان النقص بأفة سماوية : فليس لصاحب المغصوب الا أن يأخذه ناقصا دون أن ياخذ قيمة النقص أو يضمن الغاصب قيمة الشيء يوم الغصب (٢).

و قد 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 و قرميد (٣). و غير ذلك تقوم منقوضة بعد طرح اجرة القلع و من غصب ارضا فغرس فيها اشجارا لا يؤمر بقلعها و للمغصوب منه أن يعطيه قيمتها بعد طرح اجرة القلع كالبنيان أما ان غصب اشجارا فغرسها فى ارضه فيؤمر بقلعها. (٤)

١- نظرية الضمان للزحيلى : ص ١٢٥ - ١٢٦

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

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

٤- القوانين الفقهية / ص ، ٣٣١ و نظرية الضمان للزحيلى : ص ، ١٢٨

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 : ٢/٢٨٦ والمهذب : ١/٣٦٩

٢- المغنى لابن قدامة : ٥/ ٢٢٨ ، ٢٤١

الفصل الثامن

في

إساءة استعمال الحق

و فيه مبحثان:

المبحث الأول: في ماهية الحق و بعض متعلقاته

المبحث الثاني: في التعسف في استعمال الحق و فيه أربعة مطالب

المطلب الأول: مفهوم التعسف

المطلب الثاني: الحق والتعسف

المطلب الثالث أدلة النهي عن التعسف

المطلب الرابع : الأضرار المضمونه بالتعسف

تقـــديـــم :

تختلـف عبـارات الفقهـاء رحمهـم الله تعالـى فـى التعبيـر عـن هـذا المـوضـوع: فبعضهـم يسميـه اسـاءة استعمـال الحـق كالاستـاذ علـى الخفيـف فـى كتـابه (نظـرية الضمـان فـى الفقه الاسـلامـى (١)٠" و آخـرون يعبرون عنـه بالتعسـف فـى استعمال الحق كالدكتـور فتحـى الدرينـى فـى كتابـه " نظـرية التعسف فـى استعمـال الحـق فـى الفقـه الاسـلامـى(٢)٠" و الدكتـور محمد أحمـد سـراج فـى كتـابه (ضمـان العدوان فـى الفقه الاسـلامـى(٣)" و المعنـى فى كل ذلك واحـد و من المعلـوم ان الشريعـة الاسـلاميـة قـد اعطـت للفـرد حقوقا و قيـدتـه فى استعماله لهـذه الحقـوق و أوجبـت عليـه أن يـراعـى مصلحـة الغيـر والا يضـر بالجماعـة وهـى بذلك تعطـى له الحرية فـى استعمالـه لحقه لكنهـا ليست حـرية مطلقـة و انمـا هى حـرية مقيـدة تـؤدى الـى مصلحـة الفـرد و مصلحـة الجماعـة و عـدم الاضـرار بالغيـرو فيمايـلـى الكلام عـن التعسـف من حيـث ايجابـه للضمـان فأقـول و باللـه التـوفيـق:

لما كان الكلام عن التعسف فـى استـعمال الحـق يقتضـى تناول الحـق بالتعـريف ، و بيـان ما يطلـق عليـه لفـظ الحـق ، و مصـدر الحـق حتـى يمكـن لنـا معـرفة التعسـف فـى استعمال الحـق، لأن الفعـل الصـادر علـى هـذا الوجـه مـن شأنـه ان يحـدث ضـررا ، فاذا اصاب ذلك الضـرر غيـر فاعلـه كان ذلك محـلا للنظـر فـى مسئولية فاعلـه عن ذلك الضـرر باعتباره فعلا ضارا تـرتب عليـه ضـرر حرمـه الشارع و بيـان هـذا الموضـوع اتناولـه فـى مبحثيـن:

١- المبحـث الاول: ماهية الحق و بعض متعلقاته ٠

٢- المبحث الثانى: التعسـف فـى استعمال الحـق٠

١- طبع المطبعة الفنية الحديثة - القاهرة ٢ - نشر مؤسسة الرسالة - بيـروت
٣- نشـر دارالثقافـة للنشـر والتوزيـع - القاهرة ٠

المبحث الاول

في

ماهية الحق و بعض متعلقاته

لم نجد من الفقهاء السابقين أصحاب المذاهب الفقهية المعروفة من تعرض لتعريف الحق في كتب الفقه الاسلامي. و قد تكلم علماء أصول الفقه عن الحقوق و انواعها و ذلك عند الكلام عن المحكوم به ولابد 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 الىّ تعريف الحق.

أولا: تعريف الحق:

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

الحق بمعنى الثابت والواجب يقال حق الامر حقا يعني اثبته و أوجبه وقد ورد هذا المعنى في قوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين)(٢) والمراد بالمتاع المتعة التي تعطى للمرأة المطلقة و هي الكسوة و مايقوم مقامها من النقود.

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

و قد وردت كلمة " حق " في القرآن الكريم و في السنة النبوية المطهرة في مواضع كثيرة ، و كلها لا تخرج عن معنى (الثابت)" كما في الآية السابقة.

١- المصباح المنير للفيومي: ١٤٣/١ - ١٤٤ نشر المكتبة العلمية ، بيروت.
٢- سورة البقرة: الأية: ٢٤١
٣- القاموس المحيط: مادة (حق)

و فـى السنة قـولـه صلـى الله عليه وسلم (ان الله قـد اعطـى كل ذى حق حقـه فـلا وصيـة لوارث)(١)٠ و معنـى هـذا ان الله تعالـى قـد جعـل لكل وارث نصيبه فـى الميـراث فـلا وصيـة لوارث٠

و قال اللـه تعالـى (٢) (و قل جاء الحق و زهـق الباطل ان الباطـل كان زهوقا

ب- تعـريـف الحـق فـى اصطـلاح الفقهـاء:

عـرفـه الاسـتاذ علـى الخفيـف رحمه الله بأنـه : مصلحـة مستحقـة شـرعا (٣) و عـرفـه الاستاذ مصطفـى الزرقا بأنـه : اختصاص يقرر به الشرع سلطـة أو تكليفا (٤)٠ و عـرفـه الأسـتاذ أحمد فهمى أبو سنة بأنـه ما ثبت فـى الشرع للانسـان أو لله تعـالى علـى الغيـر (٥)٠ و هـذه التعريفات و غيـرها لا تكاد تختلـف عـن بعضهـا و ذلك مـن حيـث شمولهـا لكل افـراد الحق و ان اختلـفت من جهـة نظـرتهـم الـى الحـق(٦)٠ فبعضهـم نظـر اليـه من جهـة موضوعـه فعـرفـه بأنـه "مصلحة مستحقـه شرعا٠

و بعضهـم نظـر اليه مـن جهـة صاحبـه فعـرفـه بأنـه " اختصاص أو سلطـة اعطاهما الشارع لشخـص من الأشخـاص فـى نطـاق معلـوم" (٧)٠

١- رواه أحمد و الأربعـة الا النسائـى عن ابـى امامة الباهلـى و حسنه أحمد والترمذى و قواه ابن خزيمة و ابن الجارود: انظر سبل السلام للصنعانـى: 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 وهبـة القاهرة، ١٩٤٥م

٤- الفقـه الاسـلامى / ج ، ٢ ، ص ١١

٥- النظريات العامة للمعاملات فـى الشريعة الاسلامية : ص ، ٥٠

٦- المدخل الى الفقه الاسـلامى للدكتور محمود محمد الطنطاوى : ص ، ٢٥٩ نشر مكتبة وهبه بالقاهرة٠

٧- المدخل للفقه الاسـلامى للشيخ عيسوى أحمـد عيسوى : ص ، ٣٠٦

ج - تعريف الحق عند أهل القانون:

و عرف فقهاء القانون الحق تعريفا لا يختلف كثيرا عن تعريف الفقهاء و من هذه التعريفات قول بعضهم : " يمكن تعريف الحق بأنه مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون.

و يلاحظ ان القانون هو مصدر كل الحقوق فلا يمكن ان ينشا حق الا اذاكان القانون يقره (١). والفرق بين فقهاء الشريعة/ و فقهاء القانون يرجع الى نظرة كل منهما للحق . فالشرعيون مصدر كل الحقوق عندهم هو الشارع الحكيم. و القانون الوضعى هو مصدر كل الحقوق عند القانونيين ويلاحظ ذلك فى تعريفاتهم المذكورة (٢).

ثانيا : ما يطلق عليه لفظ الحق:

استعمل فقهاء الشريعة الاسلامية كلمة الحق استعمالا عاما فى بعض الاحيان و استعمالا خاصا فى البعض الاخر. فقد أطلقوا كلمة الحق على المعنى العام الذى يشمل كل الحقوق و هذا يشمل الأعيان المملوكة ، و يشمل المنافع والمصالح و يشمل الأمور الاعتبارية كحق الشفعة و حق الخيار و حق حضانة الصغير و حق الولاية على الغير و غير ذلك من الحقوق.

و قد أطلقوها أيضا على المعنى الخاص و هو: الحق المجرد و أكثر ما يكون ذلك اذا استعمل فى مقابلة الملك والمال و فى هذه الحالة لا يريدون بلفظ الحق ذلك المعنى العام الذى سبق ، وإنما يريدون به حقا مخصوصا معينا كحق الطلاق للزوج ، و حق القصاص لولى الدم ، و حق الحضانة للأم فى المرحلة الأولى من حياة الطفل و غير ذلك من الحقوق الخاصة.

١- أصول القانون للأستاذين عبدالرزاق السنهورى و حشمت أبو ستيت: ص، ٢١٣

٢- المدخل للفقه الاسلامى : د/ الطنطاوى : ص ، ٢٥٩

و يجب ان نلاحظ (١) ان الشارع الحكيم حينما يقرر حقا لانسان ينشىء في نفس الوقت واجبا مقررا على غيره من الناس نحو هذا الحق ، و هذا الواجب هو احترام هذا الحق في نطاق الحدود المرسومة له .

والأمثلة على ذلك كثيرة ، و على سبيل المثال: حق الملكية للشخص في داره ، أو في سيارته يوجب على غيره من الناس ألا يعتدوا على ملكه بغصب أو سرقة أو اتلاف .

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

ثالثا : مصدر الحق:

مصدر الحق : هو الجهة التي تثبت الحقوق لأصحابها والشريعة الاسلامية مصدر الحقوق كلها (٣). فقد خلق الله تعالى للناس ما في الأرض جميعا و أحل لهم الطيبات و حرم عليهم الخبائث و أوجب عليهم عبادته و تعظيمه و تقديسه و تلك هي الغاية من خلقهم التي تنطق بها الآية القرآنية الكريمة (و ما خلقت الجن والانس الا ليعبدون)(٤).

و بناء على هذا فالشريعة الاسلامية هي المصدر لكل الحقوق و من هنا تختلف نظرة الشريعة الاسلامية الى الحقوق عن نظرة القانون الوضعي.

فالشريعة الاسلامية بحكم كونها من الله تعالى و هو سبحانه يريد بعباده اليسر ولا يريد بهم العسر تهدف الى اسعاد الانسان في دنياه و أخراه ،والانسان ما هو الا عبد لمولاه الذي خلقه فسواه و رزقه و رباه على موائد كرمه و فضله .

١- المدخل للفقه الاسلامي : د/ الطنطاوي : ص ، ٢٦٠
٢- المرجع السابق:
٣- المرجع السابق :
٤- سورة الذاريات : الاية: ٥٦.

و مادام الأمر كذلك فلا يملك الانسان حقا من الحقوق و انما الملك الخالص لسيده و بارئه ، و مع ذلك فقد تفضل الله تعالى على عباده و جعل لهم ماشاء 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 وألا 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 عدم الاضرار بالغير.

و هذه بعض الأمثلة التى توضح ذلك:

١- لقد خلق الله تعالى الناس أحرارا و قرر الاسلام أن بيع الحر 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 عزوجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل اعطى بى ثم غدر و رجل باع حرا فأكل ثمنه 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 لايضر غيره من الناس. فان أساء استعماله لهذا الحق كان للأمر 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 في الحرية فلا يحجروا عليه ولا يتدخلوا في شئونه الا للمصلحة العامة و عند الضرورة .

٢- تفضل الله تعالى المالك لكل شيء 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 لايضر بالآخرين:

والواجب الثاني:

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

* * *

١- انظر في هذه الامثلة المدخل للدكتور الطنطاوي : ص ، ٢٦٢ - ٢٦٣

المبحث الثاني

في

التعسف في استعمال الحق

..... و فيه مطالب أربعة :

المطلب الأول:

مفهوم التعسف:

تعريفه لغة : جاء في المصباح المنير للفيومي:

(عسفه) (عسفا) من باب ضرب : أخذه بقوة والفاعل (عسوف) و (عسّاف) مبالغة و (عسف) في الأمر: فعله من غير روية و منه (عسفت) الطريق اذا سلكته على غير قصد ، و (التعسف) و (الاعتساف) مثله (١)٠ و بناء على هذا فأن التعسف في الفعل لغة ينبيء عن صدوره من غير روية ولا تدبر ولا نظر لعاقبته فيصدر على غير هدى مع ضرب من العنف والقوة (٢)٠

تعريف التعسف في الشرع:

أما في الشرع فقد عرفه الدكتور فتحي الدريني (٣)٠ في كتابه " نظرية التعسف في استعمال الحق " بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرفمأذون فيه شرعا بحسب الأصل/فقصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار فلا يجوز لانسان أن يتعلل بما ظاهره الجواز الى أن يحل ما حرمه الله أويسقط ما أوجبه الله تعالى٠

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

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

٣- الدكتور الدريني في كتابه " نظرية التعسف في استعمال الحق : ص ، ٨٧ و ما بعدها : نشر مؤسسة الرسالة ، بيروت ٠

(١)

والمثال الاول: بيع العينة لاجازة الربا المحرم.

والمثال الثاني: هبة المال قرب نهاية الحول لكي يتحايل على الشريعة ويسقط الزكاة عن نفسه. فمن الواضح أن هذا التعلل يؤدى إلى مخالفة قواعد الشريعة.

المطلب الثاني:

الحق والتعسف:

الحق كما تقدم ، عبارة عن مكنة قانونية لحماية مصلحة أرادها الشارع و أوجب اعتبارها. و بهذا فأن المصلحة هي الغاية المقصوده 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 و فسرها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه الى أجل ثم يشتريه في المجلس بثمن حال ليسلم به من الربا . و قيل لهذا البيع (عينة) لأن مشترى السلعة الى أجل يأخذ بدلها (عينا) أى نقدا و ذلك حرام اذا اشترط المشترى على البائع ان يشتريها منه بثمن معلوم.

فان لم يكن بينهما شرط فأجازها الشافعي لوقوع العقد سالما من المفسدات و منعها بعض المتقدمين و كان يقول : هي أخت للربا ، فان باعها المشترى من غير بائعها في المجلس فهي (عينة) أيضا لكنها جائزة باتفاق : انظر: المصباح المنير للفيومي ، ج : ٤٤١/٢ نشر المكتبة العلمية - بيروت.

و انظر ايضا: طلبة الطلبه في الإصطلاحات الفقهية للامام نجم الدين ابن حفص النسفي ص : ١١٢ نشر دائرة المعارف الاسلامية - آسيا آباد - مكران بلوجستان.

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.

و قد 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 الأنتفاع بسطح منزله على النحو الذى يريده باقامة مدخنة أو بالتعلية ، لكن هذا الحق مقيد بالأصول التى قامت عليها القوانين و هى المصالح.

و اذا كانت المصالح هى مبنى الأحكام فى الشريعة الاسلامية حتىّ ليذكر ابن القيم فى تعبيره عن هذا المعنى " انه حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله.

فان الأمر لا يخرج عن ذلك فى النظر القانونى فالمصالح فى التفكير القانونى هى اصل القانون و مصدره و أن القانون هو أصل الحقوق و مصدرها. فالتلازم بين الحقوق و المصالح يؤدى الى وجوب التقيد فى استعمال الحقوق بالمصالح التى أنيطت بها.

١- ضمان العدوان ، د/ سراج ، ص - ٣٨٧

٢- المرجع السابق.

المطلب الثالث

في

أدلة النهي عن التعسف:

و هذه الأدلة من الكتاب والسنة :

أما الكتاب : فقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة ، و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده (١)٠

هذه الآية الكريمة تدل على ان الرضاع حق للأم ، و هي أحق من غيرها واولى برضاع ولدها ، لشفقتها عليه و رفقها به اذا رضيت بما ترضى به الأجنبية٠ يقول الجصاص (٢)٠ في تفسير قوله تعالى "والوالدات يرضعن اولادهن٠٠٠ الاية " فجعل الأم أحق برضاع الولد هذه المدة ، ثم أكد ذلك بقوله " لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده " يعني والله اعلم إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها ، لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه الى غيرها"

و تعليل ذلك ظاهر ، اذ الأم أحنّ على ولدها من غيرها

نهي الأب عن التعسف في استعمال حق ولايته على ابنه :

والآية صريحة في نهي الاب عن مضارة الأم ايضا ، بإساءة استعمال حقه في ولايته على ابنه ، فلايجوز للاب انتزاع ولدها منها اذا رضيت بارضاعه مجانا ، أو بما رضي به غيرها ، و ألفها الصبي (٣)٠ كما لا يجوز له انتزاعه منها اذا لم ترضعه ، بل يأتي بالظئر فترضعه (٤)٠ عندها٠

ويقول الإمام ا لقرطبي " لايحل ان يمنع الأم ذلك ، مع رغبتها في الارضاع ،هذا قول جمهور المفسرين(٥)٠

١- البقرة : آية : ٢٣٣

٢- احكام القرآن: ٤٧٩/١

٣- الجامع لاحكام القرآن للقرطبي : ١٦٧/٣ ، القوانين الفقهية لابن جزي : ص ، ٢١٦ و ٢١٧ بداية المجتهد: ٤٧/٢ ، كشاف القناع : ٤٦٢/٣

٤- احكام القرآن للجصاص: ٤٨٠/١

٥- الجامع لاحكام القرآن للقرطبي: ١٧٧/٣

تنهى الأم عن التعسف فى استعمال حق الرضاع:

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

هذا و يحرم عليها ان تأبى ارضاع ولدها إضرارا 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 الأمام القرطبى فى معنى قوله تعالى " ولا مولود له بولده " لا تأبى الأم ان ترضعه اضرارا 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 مامنح 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 / الكشاف: ١٤١/١ - ١٤٢
٤- الجامع لاحكام القرآن للقرطبى : ١٦٧/٣

أمـا السـنة : فقـول النبـى صلـى الله عليه وسلـم فيمـا رواه أبـو سعيـد الخـدرى " لا ضرر ولا ضرار" (١)٠ و جاء فـى بعـض روايات هـذا الحـديث " من ضار اضر الله به و من شاق شاق الله عليه (٢)٠

و هذا الحديث و ان كان ظنيا باعتبار سنده الأ ان مضمونه يرقـى الـى مرتبة القطعـى باستقراء الاحكام الواردة فـى القرآن والسنة المشهورة كالنهـى عـن مضارة كل من الوالـدين الآخـر فـى اولادهمـا " لا تضـار والدة بولـدهـا ولا مولود له بولده" (٣)٠ والنهـى عن وصيـة الضـرار و لو كانت فـى حدود الثلث أو بما دونه ولأجنبـى أو فـى وجوه البر والقرب لقوله تعالـى "من بعـد وصية يوصى بها او دين غير مضـار"(٤) والنهـى عـن رجعـة الضرار ولا تمسكوهـن ضرارالتعتدوا" (٥)٠ و النهـى عن الاحتـكار لقوله صلـى الله عليه وسلـم " لا يحتكـر الا خاطـىء" (٦)٠ والنهى عن بيـع حاضـر لبـاد (لا بيـع حاضـر لبـاد) (٧)٠ و النهـى عن استعمـال حـق الملكية بقصـد الاضرار بالغيـر كما فـى حديـث سمرة بن جنـدب فـى الحاق الضرر بالأنصارى صاحـب البـستـان و قول الرسول الله صلى الله عليـه وسلم معللا الحكم علـى سمرة بقلـع نخلـه من البستان (انما انت مضار)(٨)٠ لاصراره على المضارة و ثبوت حق الشفعـة (٩) للشريك فـى العقار أو للجار دفعـا لضـرر الشريك الطارىء ٠

١- أنظر سند هذا الحديث فى كتاب جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلـى: ص ، ٢٦٥
٢- نيـل الاوطار: ٥/ ٢٦١ ٠
٣- البقرة: الآية: ٢٣٣
٤- سورة النساء الآية: ١٢
٥- سورة البقرة: الآيـة : ٢٣١
٦- الترغيـب والترهيب للمنذرى ٢ص : ٥٨٢ و سنن ابن ماجة ج ، ٣ ص ٧ونيل الاوطار:ج،٥ص ٨٥
٧- سنن ابـى داود: ج ، ٣ ص ، ٣٦٧والنووى/ج على مسلم ، ٤ ، ص ، ٨
٨- الاحكام السلطانية لابـى يعلـى الحنبلـى: ص ، ٢٨٥ و جامع العلوم والحكم لابن رجب: ٦٨
٩- الاشباه والنظائـر للسيوطى: ص ، ٧٥ ـ ٧٦ والاشباه والنظائـر لابن نجيم بتعليق الحموى، ١١٨

المطلب الرابع

في

في الأضرار المضمونة بالتعسف

الاضرار المضمونة في الفقه الاسلامي كثيرة نتكلم عن أهمها فيما يأتي:

أ- الاتلاف والاضعاف:

كاتخاذ بئر أو حفر قناة قريبة من جدار للغير و من ذلك اتخاذ ما يضر الناس في زرعهم و شجرهم. كالنحل يتخذها الرجل و هي تضر بشجر الناس (١).

ب- الانتفاع بالأموال:

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

و اختار بعض المالكية أنه لا يمنع من التعلية لحجب الضوء أو الشمس الا بأحد امرين أولهما القصد الى الايذاء والمضارة. والثاني : ان يمنع الضوء أو الشمس بالكلية حتى يظلم عليه و لذا فأنه لا يمنع من التعلية ببنائه اذا كان الضوء يأتي للجار من أية جهة أخرى غير جهة التعلية.

و قد يوضح ذلك قضية (Poul 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 داز في الجهة الشمالية من طابق واحد في بعض اجزائها بارتفاع ٢١ قدما و من طابقين في اجزائها الأخرى بارتفاع ٤٢ قدما.

١- تبصرة الحكام لابن فرحون : ٣٥٦/٢

٢- تبصرة الحكام : ٢/ ٣٦٢

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

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

و فى عريضة الدعوى أكدالمدعى تضرره بفعل جاره الذى تسبب فى منع الضوء والشمس عن مبناه الى حد يخل بالانتفاع به لكن القاضى حكم بأنه لاحق للمدعى فى هذه الدعوى لنفاذ 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:

اذا 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 فلايمنع منه جاء فى تبصرة الحكام : و ليس للرجل منع جاره من حفر بئر فى داره اذا كانت الأرض صلبة لا تضر ببئره و ان كانت رخوة و خشى ان يجف الماء منع اذا قال ذلك اهل البصر وروى سحنون عن ابن كنانة ان له أن يحفروان أضر بجاره فى بئره(٢). و معنى ذلك أن العمل عند المالكية هو المنع من حفر بئر جديدة اذا أضرت بالبئر القديمة و أن لديهم اتجاها الى عدم المنع حتى و ان أضرت ببئر الجار. و هذا الاتجاه الذى يعتبر مرجوحا عند المالكية هو ما أخذ به القضاء الانجليزى (٣).

---

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

٢- تبصرة الحكام: ٣٦٤/٢

3. As above

٣- نعمان العدوان: ص، ٥١١ - ٤١٣

عـام ١٨٩٥م فـى قضية (Bradford v Pickles) حيث اراد المدعى عليه ( )(١) بيـع ارضـه للشـركة المذكورة بثمـن معيـن لم توافـق عليـه ٠

فأراد فرض هـذا الثمـن و دفـع الشركة الى التعجيـل بالشراء بأن حفر بئـرا فـى ارضه مما أدى الى نقـص المياه التى تصل الـى آبـار الشركة و لما رفعـت هـذه الشركة الامـر الى القضـاء صدرالحكـم بأن تصرف المـدعـى عليه بالحفـر فـى ارضه فعل مشـروع لا يـوجـب التعويـض مما ينشـأ عنه من ضـرر٠

و من هـذا الجنس ما ذكره ابن فـرحـون فـى (احـداث رحى علـى نهـر فـوق رحى قـديمـة تضرهـا فـى نقصـان طحـن أو كثـرة مؤنـة أو غيـر ذلك ضررا بينـا فـذلك ممنوع قاله ابن القاسم(٢)٠ أمـا التاثيـر بالمنافسـة و انشـاء مشـروع مماثـل والاستحواذ علـى نسبة من العملاء علـى نحو يـؤدى إلـى نقـص العائـد فـلا يعـد من التعسـف ولا يمنع من إقامة هذا المشـروع جاء فـى تبصـرة الحكام لابن فرحـون (و أمـا احـداث ما ينقـص الغلـة مثـل ان يحـدث فـرنا بالقـرب من فرن جاره فهـذا لا يمنع منه اتفاقا(٣)٠ و لعل الفارق بيـن حـفر بئـر الـى جـوار بئـر آخـر مع ما يلـزم عنه و هو نقـص المياه و بيـن اقامـة حانـوت الـى جـوار حانوت آخـر مـع ما يـؤدى اليه مـن توزيـع عملاء الحـانوت القـديم علـى الحانوتيـن هو : فـى ان النقـص فـى الأول نتيجـة مباشـرة لفعـل الحفـر فينسـب لفاعلـه علـى حيـن ان النقـص فـى الثانى يضاف الى فعـل العمـلاء و ليـس افتتـاح الحانـوت الا سببا غير مباشـر والمباشـرة تغلـب السـبب٠

و من جهـة أخـرى فان المنافسة فـى المصالـح العامـة أمـر مشروع و هـىأسلـوب معترف به شرعا لتحقيـق المصالـح التـى نـدب اليهـا(٤)٠ ولا يلائمهـا بهـذا الاعتبـار أن تكـون سببا للضمـان ٠

---

1. Law of Torts by Winfield-49-395-397-531,Heppler and Matthews-380-81-443-448
Law of Torts by J.G.M-46,Pollock-18-44-100, Sinha-86,Shukla-31,Clerk & Lindsell-26

٢- تبصرة الحكام : ٣٦٥/٣
٣- المرجـع السابق: ٤- ضمان العدوان: ٤١٢

فالقاعدة أن الجواز الشرعي ينافي الضمان على ماسلفت الاشارة اليه

و قد اعتبر القانون الانجليزي (٢)• الفوضاء والروائح الكريهة حتى أواخر القرن التاسع عشر من الأضرار التي يجب احتمالها والتجاوزعنها تحاشيا لفتح ابواب النزاع و خوفا من صعوبة تقدير التعويض عنها •

ولكنه اتجه الى الاعتراف بحق المتضرر في استصدار حكم بمنعها فيما بعد هذا التاريخ •

ج- المضارة بالاطلاع والتعدي على حق الخصوصية :

فقد نص فقهاء المالكية على حكم التعدي على هذا الحق في مواطن عديدة من ذلك ما ذكروه في حكم احداث غرفة يطالع منها على اسطوانة (٣)• جاره و انه يمنع من ذلك و انما حكموا بالمنع لأن الاسطوان هو المكان الذي يجلس فيه افراد الاسرة و خاصة النساء مع شئ من التخفيف في ملابسهن فيؤدي الا طلاع الى المضرة بعدم تمكنهن من الجلوس فيه حيث لا يؤمن رؤية الجار لهن(٤)•

د- المضارة بتسرب المواد الخطرة الى ملك الغير :

اذا كانت القاعدة أنه لا يجوز لاحد (ان يحدث على جاره مايضره)(٥) فإنه لا تجوز حيازة المواد الخطرة التي قد تتسرب إلى أرض جاره تضره الا باتخاذ ما يلزم من العناية والتحوط لمنع مثل هذا الضرر•

١- مجلة الأحكام لعدلية المادة :١(٩١) تبصرة الحكام: ٢/٣١٤ •
2.Law of Torts by Street-5,164,236
٣- الاسطوانة في عرف المغاربة هي دهاليز الدار في عرف المشارقة
٤ - المرجع السابق: تبصرة الاحكام : ٢/٦٤
٥ - المرجع السابق: ٢/٣٥٠

وقد اعترف القضاء الانجليزى (١)٠ 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 ماأدى الى حدوث أضرار طائلة ، و قد تطور الحكم فى هذه القضية الى القاعدة العامة 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 ٠

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

في

موانع الضمان

تمهيد :

وإذا كان العدوان - كما علمنا فيما تقدم- هو السلوك مسلكا مخالفا لما أوجبه الشارع على نحو ألحق الضرر بالغير فان الضمان ينتفي بأسباب متعددة تكلم عنها الفقهاء بالتفصيل وضبطوا أحكامها وأهم موانع الضمان التي تكلموا عنها هي :

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 في تنوره فحملتها الريح الى دار جاره إذا كان الاشعال على الوجه المعتاد.

ج - الدفاع الشرعي عن النفس أو العرض أو المال الملقب في اصطلاح الفقهاء بدفع الصائل .

د - الضرورة في المذهب المالكي فمن اضطر لطعام غيره لحفظ نفسه وجب عليه تناوله ولا يجب عليه ضمانه لمنافاة الاذن للضمان، والقاعدة في المذاهب الاخرى" أن الاضطرار لايبطل حق الغير"

هـ - الاكراه .

وقد جعلت الكلام عن هذه الأمور في فصول أربعة هي :

الفصل الأول : التعريف بالمانع والرافع وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : في المانع

المبحث الثاني : في الرافع

المبحث الثالث : في موانع أخرى

الفصل الثانى : الاكراه وأثره فى الضمان . وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : ماهية الاكراه وبيان أقسامه. وفيه مطلبان :

المطلب الأول : فى ماهية الإكراه

المطلب الثانى: فى أقسام الإكراه

المبحث الثانى : شروط الإكراه ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : شروط الاكراه فى الفقه الاسلامى.

المطلب الثانى: شروط الإكراه فى القانون .

المبحث الثالث : أثر الاكراه فى الضمان، وفيه تسعة مطالب :

المطلب الأول : أثر الإكراه فى الضمان فيما يوجب القصاص .

المطلب الثانى: أثر الإكراه على الزنا

المطلب الثالث: أثر الإكراه فى الحرابة

المطلب الرابع: أثر الإكراه فى 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 فى الضمان. وفيه سبعة مباحث :

المبحث الأول : ماهية الضرورة.

المبحث الثانى : أدلة الضرورة

المبحث الثالث : الفروق الجوهرية بين الضرورة وكل من الدفاع الشرعى - والإكراه والحاجة.

المبحث الرابع : شروط الضرورة

المبحث الخامس : حكم الاضطرار إلى إتلاف مال الغير

المبحث السادس : فى حكم انقاذ المضطر.

الفصل الرابع : الدفاع الشرعى وأثره على الضمان وفيه سبعة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم الدفاع الشرعى

المبحث الثانى : فى أنواع الدفاع الشرعى وشروط دفع الصائل فى الشريعة والقانون، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أنواع الدفاع الشرعى .

المطلب الثانى : شروط دفع الصائل فى الشريعة والقانون.

المبحث الثالث : 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 : حرمة المسكن

المطلب الثانى : حكم الاطلاع على ما فى داخل البيوت .

المبحث السادس : الدفاع عن المال وأثره على الضمان.

المبحث السابع : حكم الدفاع عن الغير.

الفصـــل الأول

فـــي

التعـريـف بـالـمـانـع و الـرافـع

وفيـه مبحثـــان :

المبحث الأول : فـي المـانـع

المبحث الثانى: فـي الـرافـع

المبحث الثالث : مـوانـع أخـرى

المبحث الأول

في الموانع

١) تعريف الموانع في اللغة :

الموانع في اللغة : الحائل بين شيئين،وهو أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده فيقال : منعه الأمر ومنعته منه فهو ممنوع أي محروم[١].

جاء في المصباح المنير للفيومي[٢]: منعته الأمر ومن الأمر (منعا) فهو (ممنوع) منه محروم . والفاعل مانع والجمع (منعة) مثل كافر وكفرة . وجاء للمبالغة (منوع) و (منّاع) و (امتنع) من الأمر: كف عنه .

و (مانعته) الشيء بمعنى نازعته و (تمنّع) عن الشيء وافتنع بقومه تقوّى بهم وهو في (منعة) بفتح النون أي في عز قومه فلا يقدر عليه من يريده [٣].

٢) تعريف المانع في الاصطلاح :

عرفه الآمدي في احكام الأحكام[٤] له بقوله :

هو ما رتب الشارع على وجودهعدم وجود الحكم أو عدم السبب .

وعرفه الامام أبو زهرة رحمه الله تعالى في كتابه : " أصول الفقه " بقوله "[٥]:

---

١) الصحاح للجوهري (مادة : منع) والقاموس المحيط للفيروز آبادي، ٣٣٥/٣، ولسان العرب لابن منظور ٣٣٠/١٠ .

٢) المصابح المنير، ج ٥٨٠/٢ – ٥٨١ ، نشر المكتبة العلمية/ بيروت .

٣) المصباح المنير ٥٨٠/٢ – ٥٨١، نشر المكتبة العلمية – بيروت

٤) احكام الأحكام ١٨٥/١

٥) أصول الفقه، ص٥٦ – ٥٧، طبع ونشر دار الفكر العربي، القاهرة .

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

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

٢) <u>أقسام المانع</u> :

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 ،وهنه ايضا اختلاف الدين والقتل من حيث كونهما ما نعين من الميراث ،فان بسبب الميراث هو القرابة أو الزوجية مع الموت ، فان هذه تجعل الوارث امتدادا لحياة المورث ، وذلك يقتضى ان يكون فى 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 ،فاذا كانت الأبوة بأن كان القاتل أبا للمقتول فإن ذلك يعد مانعا من القصاص إذ ان الحكمه وهى الردع بالحكم يعارضها حال الأبوة التى يكون فيها من الحنان والعطب 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 ١٣٧٧هـ أو ١٩٥٨م .

المبحث الثاني

في الرافع

الرفع في اللغة : ضد الوضع (١)

والرفع في الأجسام (٢) حقيقة في الحركة والانتقال وفي المعاني 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 في حديث فاطمة الفهرية حيث قال:" أما أبو جهم فإنه لا يرفع العصا عن عاتقه" وهي غير موضوعة على عاتقه بل هو محمول على المعنى وهو شدة التأديب.

والرفع في الاصطلاح :

هو التيسير على المكلفين بإبعاد المشقة عنهم في مخاطبتهم بتكاليف الشريعة الاسلامية (٣).

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

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

" وما جعل عليكم في الدين من حرج "(٥)

---

١) مختار الصحاح للرازي ص ٣٧١، طبعة سنة ١٩٥٠م والمصباح المنير للفيومي ج ١، ص ٢٣٢، نشر المكتبة العلمية، بيروت

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

٣) رفع الحرج في الشريعة الاسلامية للاستاذ عدنان محمد جمعة ص(٢٥) طبعة

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

ومن السنة : عن عائشة رضى الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ان الله يحب الرفق فى الامر كله "(١) .

وعن ابى هريرة رضى الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " انما بعثت رحمة ولم أبعث عذابا "(٢). والمراد بالرفع فى رأيى. والله أعلم . هو رفع المسئولية بمعنى أنه لاضمان فى حالة من الاحوال عند وجود مانع من الموانع التى تمنع وجوب الضمان .

---

١) صحيح البخارى فى كتاب الادب باب ١٠ ، مسند أحمد : ١/١١٢ - ٦/٣٧

٢) اتحاف السادة المتقين للزبيدى ٧/١٠٧
كنز العمال للمتقى الهندى رقم الحديث ٣١٩٩٧
المغنى عن حمل الأسفار للعراقى ٢/٣١٦
دلائل النبوة ١/١٥.

المبحث الثالث

في موانع أخرى للضمان

و فيه مطالب

المطلب الاول: الصغر.

المطلب الثاني: الجنون.

المطلب الثالث: السكر.

المطلب الاول: الصغر:

الصغر ضد الكبر (١).

الصغر و مسئوليته: أن أساس المسئولية (الجنائية) هو توافر الادراك والاختيار فاذا انتفى هذا ان العنصران ارتفعت تلك المسئولية ، و من الحقائق المسلم بها ان ادراك الشخص لايكون مكتملا عند دلالته ولكنه يتكامل مع مراحل نموه و على أساس هذا التدرج في 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 في هذه الحال يكون صبيا غير مميز ويكون فاقد العقل (٢).

---

١. مختار الصحاح: ٣٦٣

٢- أصول الفقه الاسلامي لمحمد ابو زهرة : ص ، ٣٣١ دارالفكر العربي - 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 مايوجب الحد أو القصاص أو التعزير لأنه غير أهل للعقاب بالاتفاق فما كان من عقوبة أو جريمة لا يجب عليه حد لانه لا يوصف بالتقصير و تكون عليه المسئولية المدنية من ماله عن تعويض أي ضرر قد اصاب به غيره (٢). لأن القاعده في الشريعة الاسلامية " ان الدماء والأموال معصومة " أي غير مباحة و أن الأعذار الشرعية لاتنافي العصمة أي أن الأعذار لا تسقط الضمان و لو أسقطت العقوبة .

المرحلة الثانية : فترة التمييز الناقص.

و تبدأ من الفترة السابقة و تنتهي بالبلوغ و يحصل للانسان فيه نوع من التمييز و الادراك لذلك يسمى في الفقه الاسلامي بالصبي المميز أو العاقل و يحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاما (٣). و في هذه المرحلة يكون الصبي المميز كالمعتوه في جميع الأحكام و قد أشار الى هذا صاحب جامع الفصولين " والصبي في اول حاله مثل المجنون يعفى اذا كان عديم العقل والتمييز فاذا عقل فهو المعتوه العاقل(٤).

المسئولية الجنائية والمدنية : ففي هذه الحالة لا تكون مسئولية الصبي المميز عن أفعاله بسبب عدم الادراك والتمييز فيه الى درجة الكمال فلا يحد اذا سرق أو زنا ولا يقتص منه اذا قتل أو جرح.

و قد نقل ابن حزم رواية عن عمر رضي الله عنه ، قال " لا قود ولاقصاص ولا حد ولا جراح ولا قتل ولا نكال على من لم يبلغ الحلم حتى يعلم ما له في الاسلام و ما عليه (٥).

١- جامع الفصولين: ١٥٠/٢ ٢- فتح الغفار بشرح المنار لابن نجم : ٨١/٣
التوضيح: ٤٦٢/٢والاحكام في أصول الاحكام للأمدي ١/ ٢١٥ . ٣- التشريع الجنائي:٦٠٣/١
٤- جامع الفصولين: ص ، ١٤٨ ، ١٤٩ ٥- المحلى : ٣٤٧/١٠

و قد يثبت هذا ايضا من قول النبى صلى الله عليه وسلم " رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبى حتى يحتلم و عن المجنون حتى يعقل (١)٠ ولا لكن مع هذا يسأل الصبى المميز مدنيا٠ لان الفقه الاسلامى لا يشترط فى الضمان/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 حرّا أو عبدا و هذا فى المذاهب الاربعة٠

المرحلة الثالثة: فترة البلوغ٠

وتبدا ببلوغ الصبى و فى هذه المرحلة يكون الانسان مسئولا جنائيا عن جرائمه أيّا كان نوعها فيحد اذا زنا أو سرق و يقتص منه اذا قتل أو جرح و يعزر لكل أنواع التعازير (٢)٠

المطلب الثانى: الجنون٠

الجنون فى اللغة : من مادة جنن ، جنى الشىء يجنه جنا ،

و جنه الليل ستره و سمى به الجن لاستتارهم عن الابصار

و منه سمى الجنين لاستتاره فى بطن أمه (٣)٠ و جاء فى القرآن الكريم "أم به جنه " (٤)٠ و الجنون معناه زوال العقل أو فساد فيه٠

تعريف الجنون اصطلاحا : أما فى الاصطلاح/الجنون بأنه زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه (٥) و قد عرفه السيوطى/ بقوله الجنون حالة يزول معها العقل(٦)٠ فقد عرف

١- النسائى كتاب الطلاق: ٠٩٣/٢ البخارى كتاب الحدود: ١٧٤/٤
٢- التشريع الجنائى :١/٦٠٧
٣ لسان العرب: مادة جنن
٤- سورة سبأ : ٨
٥- المعجم الوسيط: ١٤١/١
٦- الأشباه والنظائر للسيوطى: ٢١٢

و قيل معناه اختلال العقل بحيث يمنع جريان الافعال والاقوال على نهجه الا نادرا(١).

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

الجنون المطبق: هذا هو الذى لا يفيق و يكون دائما فى حالة الجنون لا يعقل أصلا ولا يفيق فى جنونه لحال والمجنون المطبق عليه فى حكم الصغير غير المميز (٢).

الجنون غير المطبق: هو الذى لا يعقل صاحبه شيئا و لكنه جنون غير مستمر يعنى أحيانا يفيق وأحيانا لا يفيق و حكمه فى حالة الغيبوبة كالصغير غير المميز. و فى حالة [illegible] مثل العاقل(٣)

و ذكر الامام مالك فى المدونة " و ان كان المجنون يفيق 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 المسئولية الجنائية ولايقام الحد عليه ولا قصاص لانعدام الادراك(٥). و قال ابن قدامه فى ذلك" أما البلوغ والعقل فلا خلاف فى اعتبارهما فى وجوب الحد و صحة الاقرار لأن الصبى والمجنون قد رفع القلم عنهما ولاحكم لكلامهما (٦).

١- تيسير التحرير: ٢/٤٢٠

٢- مادة ٩٧٩ من مجلة الاحكام العدلية.

٣- موسوعة الفقه لا براهيم النخعى: ٩٦ المحلى: ١١ /٢ التلويح على التوضيح: ١٦٧/٢ وكشف الاسرار ٢/ ١٠٨٣ والمغنى: ١٠/ ١٦٩ : ٦٨/٥ وبدائع الصنائع: ٦٧ والام: ٦/٤ ٣٩١/٤٠

٤- المدونة: ١٥/ ٢٠

٥- تبصرة الحكام: ٢/ ١٦٩ البحر الرائق: ٤٠/٥ ، ٤١ المغنى: ٣٠٣/١٠ و ما بعدها.

٦- المغنى: ١٩٤/٨.

الجنـــــون والمسئوليـــة المـــدنيـــة :

امتناع المسئولية الجنائيـــة عن المجنون لا يستوجب اعفاءه عن المســئوليـــة المدنية و يســأل المجنـون مدنيـا ويضمن بالاتفاق (١)٠

فـاذا اتلـف ما لا وجـب عليه الضمـان اذ أن المال هو المقصـود فـي حقـوق النـاس وليـس العقـــل أمـا ضمـــان الأفعـــال فـي الانفس فتجب على المجنـــــون الدية و ليس القصـاص فيما لو أتى عملا موجبـا للقصاص أمـا ضمـان الاقـــوال فلا يعتد بها شرعـا بالنسبـة للمجنـون لانتفاء أهليـة الادراك فلا يصحـح اقـراره و عقـده وان أجـازه الولـي (٢)٠

المطلـب الثالث: السكـــــــر

السكـــر فـي اللغـــة : السكر ضد الصحـــو ، السكران خلاف الصاحي (٣)٠ و قيـــل معناه غيبـــوبه العقـــل (٤)٠

تعريف السكـــر اصطـــلاحـــا :

عنـــد الأحنـــاف (الـف) عنـد أبـي حنيفـة : هو من "لا يعلـــم الأرض من السمـــاء"

(ب) الصاحبيـــــن: " هـو أن يخلـــط فـي كلامـه أو فـي مشيـــه (٥)٠

(ج) عنـد المالكيـــــة : هو الـذي لا يعـرف الارض من السماء ولا الرجل من المـــرأة (٦)

(د) عنـد الشافعيـــــه : السكران هو الذي اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم و قيل هو الذي يتمايل في مشيه و يهذي فـي كلامـــه (٧)٠

١- بدائـع الصنائع : ٤٣٦/٧ 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 ماده سكر (٥) معجم الوسيط: ٤٤٠/١ (٥) تعريفات الجرجانى: ١٠١
(٦) الدسوقى على الشرح الكبير: ٣٥٩/٤ (٧) الاشباه والنظائر للسيوطى: ٢١٧ ،

هـ - عند الحنابلة هو الذى لا يعلم ما يقول(١).

د- عند الظاهرية هو الذى لا يعلم ما يقول ولا يدرى ما يقول (٢).

و يرى السرخسى أن التعريف الأخير و هو نهاية السكر حتى لا يميز السكران شيئا عن شىء لانه 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 حرمته ثابتة من القرآن الكريم بقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب 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 مختارا و هو لا يعلم انه مسكر فهذا النوع يكون معذورا فيه و حكمه حكم المجنون أو النائم و ما أشبه ذلك و فى الرأى الراجح فى كل من المذاهب الاربعة فلايجب 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 سببا لرفع العقاب فلا يصلح سببا لاهدار الدماء والاموال(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 و ما بعدها.

٦- المراجع السابقه :

٢- حكـــم السكـــر المتعمـــد :

أمـا اذا كان سكـره بطـريق محظور كأن شـرب شيئـا محـرمـا كالخمـر مـن غيـر أن يكـون دواء ، زال اهليتـه أصلا فيلزمـه جميـع الأحـكام (يعنـى المسئولية الجنائيـة والمـدنيـة) فيجـب عليـه الحـد اذا شـرب لغيـر الضرورة عالمـا بالتحـريم (١)٠ ويقتـص منـه اذا قتـل و علـى هذا اتفـاق المـذاهب الأربعـة (٢)

* * *

١- المستصفـى للغـزالـى : ٨٤/١١ ، مغنى المحتاج : ١٨٧/٤ التوضيح : ١٩٨/٢ الاقناع : ١٨٦/٢٠

٢- الأم : ٤/٦ ، المغنـى: ٦٦٥/٧ التلـويـح: ٨٠٠/٢ الأشبا ه والنظائـر لابن نجيـم ١٥١/٢٠

الفصل الثاني

في

الإكراه وأثره في الضمان

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ماهية الاكراه وبيان أقسامه وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في ماهية الاكراه

المطلب الثاني: في أقسام الاكراه

المبحث الثاني: شروط الاكراه

المبحث الثالث : أثر الأكراه في الضمان

المبحث الأول

في

ماهية الاكراه وبيان أقسامه

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في ماهية الاكراه

المطلب الثاني : في أقسام الاكراه

المطلب الأول

في

ماهية الإكراه

١) تعريف الاكراه في اللغة :

(الكره) بالفتح المشقة، وبالضم القهر .

وقيل بالفتح الاكراه وبالضم المشقة.

و (اكرهته) على الأمر (اكراها) حملته عليه قهرا يقال: فعلته (كرها) بالفتح أى (اكراها) وعليه قوله تعالى: (طوعا أو كرها)[١] فقابل بين الضدين : قال الزجاج : كل ما فى القرآن من (الكره) بالضم فالفتح فيه جائز الا قوله تعالى فى سورة البقرة (كتب عليكم القتال وهو كره لكم)[٢] و (الكريهة) الشدة فى الحرب [٣].

---

١) سورة فصلت الآية ١١.

٢) سورة البقرة الآية ٢١٦

٣) المصباح المنير للفيومى 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: وتتناوله فى المذاهب الفقهية بفعله المختلفة على الوجه الآتي :

أ - عند الحنفية : فقد عرفه السرخسى بأنه: اسم لفعل يفعله المرء بغيره 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 مالا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلّى ونفسه فيكون معدما للرضا لا للاختيار، اذ الفعل يصدر عنه باختياره،لكنه قد يفسد الاختيار بأن يجعله مستندا الى اختيار آخر وقد لايفسده بأن يبقى الفاعل مستقلاً فى قصده (٣).

وعرفه البزدوى(٤): بأنه هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل ايقاعه ويصير الغير خائفا به.

ب - عند المالكية : الاكراه عند المالكية: هو الحمل ظلما على مالا 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: ٣٨/٢٤

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 عبد العزيز البخارى ج ٤، ص ١٥٠٢

٥) شرح الخرشى 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 للاكراه، فقد ورد فى المادة ١٥٤٢ من مجلة الأحكام الشرعية أنه: هو الاجبار على عمل أو تصرف بواسطة ضرب أو سجن أو اخذ مال ونحوه، أو بتهديد بشىء من ذلك من قادر عليه (٢).

وعرفه الدكتور بدران أبو العينين فى كتاب " أصول الفقه الاسلامى(٣) بأنه هو إجبار الانسان غيره على قول أو فعل لا يرضاه بحيث لو خلى ونفسه لم يفعله ولم يباشره.

ويتفق تعريف القانون المدنى العراقى للاكراه مع هذه التعريفات الفقهية فقد جاء فى المادة ١١٢،من هذا القانون: الاكراه هو اجبار الشخص بغير حق بأن يعمل عملا دون رضاه (٤).

تعريف الاكراه فى القانون : وإذا رجعنا إلى قواميس اللغة الانجليزية فاننا نجد أن للاكراه معنى محددا وهو عبارة عن :

" اجبار أو ارغام شخص على أمر من الأمور، فقد جاء فى قاموس القانون الفاروقى أن معناه الاجبار أو الارغام على قبول أمر تحت تأثير الشدة أو القوة المادية "(٥).

فالقواميس الانجليزية لم تتوسع فى ذكر معانى الاكراه كما توسع فقهاء الاسلام وأهل اللغة العربية.

---

١) المهذب لأبى اسحق الشيرازى ج ٧٨/٢ .

٢) المادة ١٥٤٢ من مجلة الأحكام الشرعية.

٣) اصول الفقه الاسلامى ص ٣٢٩، نشر مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع - الاسكندرية.

٤) المادة ١١٢، من القانون المدنى العراقى .

5.Brooms Legal Maxim P.77

أما الاكراه فى القانون الباكستانى فنفهمه من نص المادة ٩٤ من القانون الجنائى الباكستانى الذى يصف الاكراه المعتبر قانونا بأنه تهديد عما يخاف المكره منه القتل[١]، فالاكراه المعتبر فى القانون الباكستانى هو الاكراه بالتهديد بالقتل لا غير.

فقد جاء فى 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 المسئولية[٢]. لكن هذا النوع من المسئولية فى القانون الجنائى الباكستانى 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 الثاني

في

أقسام الإكراه

ينقسم الاكراه الى قسمين : (١)

القسم الأول : الإكراه الملجيء أو التام الذى يخشى فيه من تلف البدن كأن يقول الحامل على الفعل: إن لم تفعل كذا أقتلك أو اقطع يدك أو أضربك أو أمنع عنك الطعام والشراب أو مايشبهه مما يخشى منه على سلامة البدن ومفهوم الالجاء أن يصير المكره آلة فى يد المكره بانتفاء اختياره أو بفساده فيضاف فعله الى الحامل له على الفعل .

القسم الثاني : الإكراه الناقص أو غير الملجيء الذى لايخشى منه على النفس أو على سلامة الاعضاء كأن يكون الوعيد بالحبس مدة قصيرة أو بالضرب الذى لايخشى 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 يمست إلى المكره بسبب لأنه يوجب الاغتمام والحزن كذلك .

---

١) المبسوط للسرخسى ٤٨/٢٤، وتبيين الحقائق للزيلعى ١٨١/٥، وحاشية ابن عابدين ١٠٩/٥، وبدائع الصنائع ١٧٦/٧، والمهذب ٧٨/٢، وأصول الفقه الاسلامى د/ بدران أبو العينين ص ٣٢٩، وما بعدها نشر مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، مصر.

٢) بدائع الصنائع ١٧٦/٧ .

وهذا هو ما استحسنه اكثر الأحناف وأخذ به المالكية والشافعية.

وقصره الحنابلة على التهديد بإيذاء الأب أو الابن[١].

وفى المادة ٢٧٨ من مرشد الحيران لمحمد قدرى باشا أن (الاكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذى رحم محرم أو بضربهم يعدم الرضاء أيضا).

ويكفى عن هذه التفصيلات فى تحديد ما يقع به الاكراه الأخذ بالقاعدة العامة التى حررها النووى وهى القضاء بحصول الاكراه فى كل (ما يؤثر العاقل الاقدام عليه حذرا مما هدد به وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأفعال المطلوبة والأمور المخوف بها،فقد يكون الشىء اكراها فى شىء دون غيره وفى حق شخص دون آخر)[٢].

ويعنى ذلك أن التهديد بالأمر اليسير الذى لايخافه العاقل ولا يؤثر الاقدام على الفعل المطلوب منه بسببه لايحصل 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 الأباعد من المسلمين وألا يسلمه).

ومن هذا نعلم أن معيار قيام الاكراه معيار[٣] نفسى مادى يستند الى ما قام فى نفس المكره مع النظر الى الظروف الموضوعيه .

---

١) المهذب ٢/٧٨، والخرشى ٥/٩، والحطاب ٤/٢٥٠. 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 ... 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 التأثير النفسى[1]. 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 ...).

فالقدرة على إيقاع المكره ما هدد به المكره معيار مادى وخوف المكره وقوع ما صار تهديده به معيار نفسى .

---

١) المرجع السابق ص ٣٧٣ .

المبحث الثاني

في

شروط الاكراه

شروط الاكراه : ونتناول الكلام عن الشروط في كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي وذلك في مطلبين :

المطلب الأول : شروط الاكراه في الفقه الاسلامي :

١) أن يكون المكره الآمر قادرا على تحقيق ما هدد به لأن الضرورة لا تتحقق إلاعند القدرة .

وعند أبي حنيفة لايتحقق الإكراه الا من سلطان وعند الصاحبين: يتحقق من السلطان وغيره . وقال المتأخرون من الحنفية : ان هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة (١).

٢) خوف المكره ايقاع ما هدد به في الحال وذلك بأن يغلب على ظنه وقوع ما هدد به لو لم يفعل ولو شك أنه لايفعل ما توعد به لم يكن مكرها،فإذا غاب المأمور عن بصر الآمر يزول الاكراه ومن علم من حال المكره أنه لا يتحقيقما هدد به لا يكون ذلك اكراها كما اذا علم المكره أن المكره لايريد قتله وانما أراد مجرد التهكم والاستهزاء فليس ذلك من الاكراه في شيء(٢).

٣) أن يكون المكره به متلفا للنفس أو العضو أو موجبا لخوف يعدم الرضا. قال الشافعية : الاكراه في الجنايات لايحصل الا 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، و بدائع الصنائع و ابن عابدين في الموضعين السابقين.

٣) مغني المحتاج ١٠/٤، نهاية المحتاج ٢٤٥/٧ .

ويرى الامام مالك أن التهديد باتلاف المال يكون اكراها وقال أصبغ: ان التهديد بالمال مطلقا لايعتبر اكراها(١).

٤) أن يمتنع المأمور عما أكره عليه لو لم يوجد إكراه أما لو كان سيبادر الى الفعل بنفسه دون اكراه. ونشأ الاكراه مع ذلك فانه لايعد مكرها(٢).

---

١) حاشية الدسوقى ٣٦٨/٢

٢) نهاية المحتاج ٢٤٥/٧، والمرجع السابق.

المطلب الثاني

شروط الاكراه في القانون

تكلم القانون الباكستاني عن الشروط فاشترط بعض الشروط في المكره كما اشترطت الشريعة من ذلك قدرته على تحقيق ما هدد به المكره فنصت المادة ٩٤ من القانون الجنائي الباكستاني على أن ارتكاب أي جريمة عدا القتل والبغي لا تعتبر جريمة اذا ارتكب تحت اكراه تام اي يعلم المكره بدلالة الحال أن النتيجة ستكون القتل اذا لم يرتكب المكره ما هدد به وهذا التهديد لايتحقق الا من المكره الذي له القدرة على أن يفعل فعلا ما هدد به المكره (١).

وذهب إلى اشتراط هذا الشرط ايضا القانون الجنائي الانجليزي فقيل في قاموس كليات المعارف للجنايات والانصاف بالنسبة للاكراه " لابد أن يكون الخوف حقيقيا " ومعيار ذلك الرجل العادي(٢). فلا يوجد أي اختلاف بين التشريع الاسلامي والوضعي في اشتراط قدرة المكره على تحقيق ما أو عد به المكره.

أما بالنسبة للمكره ايضا فقد شرط القانون الباكستاني شرط خوف المكره من ايقاع ما هدد به في الحال كما هو الحال في الفقه الاسلامي فقيل في شرح المادة (٩٤) من القانون الجنائي الباكستاني أن المكره يستحق الانتفاع من هذه المادة اذا كان الاكراه يستمر إلى ارتكاب الفعل الذي أكره عليه ولا بد من ثبوته بالشهادة أو القرائن(٣) وقيل فيه أنه اذا اكمل المكره الجريمة التي 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 للشيء الذى أكره به فتقول المادة (٩٤) من القانون الجنائى الباكستانى أن الاكراه الملجيء يتحقق بالتهديد بالقتل اذا غلب على ظنه أن نتيجة عدم اتيان ما أكره عليه تكون قتلا(١).

وقيل فى شرح المادة أن التهديد بالضرب حتى ولو كان شديدا لا يعفى المكره من المسئولية 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 المسئولية 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 الاشارة 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 الملجيء 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 ، فقرر عقوبة شديدية 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:

الرأي الأول : يرى أبو حنيفة ومحمد الى أن القصاص يكون على المكره - بالكسر دون المكره بالفتح - وأما المكره بالفتح فيعزر فقط .

وقد استدلا لهذا الرأي بقول النبي صلى الله عليه وسلم: " **رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** ". والقاتل حقيقة وفعلا هو المكره بالفتح لكن من حيث المعنى القاتل هو المكره بالكسر لأن المكره آلة في يده لأنه لايستطيع 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 لايدل 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، تبيين الحقائق ١٨٦/٥ .

الرأي الثاني : عند الاحناف وهو للامام زفر فقد ذهب إلى القصاص على المكرَه دون المكره لان القتل وجد منه حقيقة وحسا ومشاهدة (١).

الرأي الثالث : عند الاحناف وهو للامام أبي 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 المكره والمكره يعزر فقط

رأى المالكية : اختلف فقهاء المالكية فى حكم المكره والمكره على القتل والرأى المختار فى المذهب هو أن القصاص يكون على المكره والمكره 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 ذهبو اليه بأن المكره تسبب الى القتل بما يفضى اليه غالبا . وأن المكره ارتكب القتل عمدا ظلما لإستبقاء نفسه فاشبه ما لو قتله فى المخمصة 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 ٣٠٢/٤ .

ألرأى آلـراجـح و مـا يترجح لدى من هذه الآراء هو وجوب القصاص على المكره والمكره على ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من أن المكره لايجوز له أن يقتل أخاه المسلم لاستبقاء نفسه وأما المكره بالكسر من حيث أنه المتسبب في 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).

---

1. Pakistan Penal Code Section 94 Commentary by Qadri P.7

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 بتجويز 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 باطلاق 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

واذا صدر هذا الجرح الشديد من الجانى تحت الاكراه فتطبق نفس العقوبة على المكره والمكره لأن الاكراه اقوى من التحريض والقانون الجنائى الباكستانى يقرر نفس العقوبة للمحرض الذى حرض على ارتكاب الجريمة.(١)

1. Pakistan Penal Code Section 109

المطلب الثاني

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 رجما للمحصن والجلد والتغريب لغير المحصن.

ولكن اذا وقع الإنسان تحت تأثير الإكراه على الزنا فان 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 والقصه يرويها ابن القيم فى الطرق الحكمية ونصها(٢).

" أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه - أتى بامرأة زنت فأقرت فأمر برجمها ،فقال على رضى الله عنه - لعل لها عذرا ثم قال لها ما حملك على الزنا. قالت : كان لى خليط وفى إبله ماء ولبن ولم يكن فى إبلى ماء ولا لبن فظمئت فاستسقيته فأبى أن يسقينى حتى أعطيه نفسى فأبيت عليه ثلاثا. فلما ظمئت وظننت أن نفسى ستخرج أعطيته الذى أراد فسقانى. فقال على: الله أكبر فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم "(٣).

ويعقب ابن القيم على ذلك بقوله : " والعمل على هذا لو اضطرت المرأة إلى طعام وشراب عند رجل فمنعها إلا بنفسها وخافت الهلاك فمكنت 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 لايتصور 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 لايباح ولا يرخص للرجل بالاكراه وإن كان تاما، ولو فعل يأثم، لأن حرمة الزنا ثابتة فى العقول، قال الله تبارك و تعالى: ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا ﴾(٢)

وما تقدم هو كلام تمهيدى فى الاكراه على الزنا ولكن موضوعنا الأساسى هو هل يسقط الحد فى الاكراه على الزنا، بمعنى انتفاء العقاب الدنيوى فى هذه الحال أو لا ؟

والجواب عن ذلك أن العلماء رحمهم الله تعالى قد اختلفوا على مذاهب :

أولا : رأى الحنفية : وقد اختلفت كلمتهم فى هذا على ثلاثة أقوال:

القول الأول : لأبى يوسف ومحمد:" ان الزنا وان ثبت الاثم فيه، لكن الحد لايثبت، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ولا فرق فى ذلك بين الرجل والمرأة ويجب على ولى الأمر أن يفرض عقوبة تعزيرية على المكره والمكره، 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 للمرغنيانى ٢٧٩/٢، تبيين الحقائق للزيلعى ١٨٩/٥، وفتح القدير ٣٠٦/٧ .

القول الثاني : وهو لأبي حنيفة رحمه الله وعنه روايتان :

احداهما : لايجب الحد لا على الرجل ولا على المرأة وبهذه الرواية هو يتفق مع صاحبيه ،وقيل : " انها الرواية الأخيره 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 لايكون الرجل إلا برغبة وطراعية واقبال مع الرضاء والاكراه والرضا معنيان متضادان(٤).

رأي 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 الموطا في باب القضاء في المستكرهة من النساء: " حدثني مالك عن ابن شهاب أن عبدالملك بن مروان قضى في إمرأة أصيبت مكرهة بصداقها على من فعل ذلك بها".

قال يحيى : سمعت مالكا يقول: " الأمر عندنا في الرجل يغتصب المرأة بكرا كانت أو ثيبا ،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 القرطبى عبد مهر المستكرهة [١]،واختلفوا فى وجوب الصداق لمستكرهة : فقال عطاء والزهرى: لها صداق مثلها وهو قول مالك وقال الثورى: إذا أقيم الحد على الذى زنى بها بطل الصداق ،وروى ذلك عن الشعبى، وبه قال أصحاب مالك .

رأى الشافعية : عند الشافعية فى الاكراه على الزنا روايتان:

أصحهما : أن الحد لايجب على الرجل ولا على المرأة.

فقد جاء فى المهذب للشيرازى[٢] " ولا يجب الحد على إمرأة للتمكين من الزنا،لقوله صلى الله عليه وسلم: " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ". ولأنها مسلوبة الاختيار فلم يجب عليها الحد كالنائمة". ثم قال عن اكراه الرجل على الزنا[٣].

" وهل يجب الحد على الرجل إذا أكره على الزنا؟

فيه وجهان :

أحدهما : وهو المذهب - أنه لايجب عليه لما ذكرنا فى المرأة.

والثانى : أنه يجب لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار.

وخلاصة رأي الشافعية: سقوط الحد فى الإكراه على الزنا للرجل والمرأة على السواء.

---

١) أحكام القرآن للقرطبى ١٨٦/١٠ .

٢) المهذب ٢٦٧/٢، الاشباه والنظائر للسيوطى، ص ٢٢٨ .

٣) نفسه ٢٧٨/٢

رأى الحنابلة : جاء فى المغنى لابن قدامة ما نصه [١] " ولا حد على المكرهة فى قول عامة أهل العلم ،روى ذلك عن عمر والزهرى وقتادة والثورى والشافعى، وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفا وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " رفع عن أمتى 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 بإماء من إماء الامارة استكرههن غلمان من غلمان الامارة فضرب الغلمان ولم يضرب الاماء

وروى سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب قال: " أتى عمر رضى الله عنه بامرأة قد زنت فقالت : إنى كنت نائمة فلم أستيقظ إلا برجل قد جثم على فخلى سبيلها ولم يضربها ولأن هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، ولا فرق بين الاكراه بالالجاء وهو أن يغلبها على نفسها وبين الاكراه بالتهديد بالقتل ونحوه [٢].

والراجح فى مذهب الحنابلة سقوط الحد عن الرجل[٣].

أما المرأة فلا خلاف فى سقوط الحد عنها.

---

١) المغنى لابن قدامة ، ج ٩/٥٩ ، ٦٠

٢) المرجع السابق .

٣) الفقه على المذاهب الأربعة : ٤/٩٦.

جريمة الزنا بالجبر : رأى القانـــون فـى الزنا

و يتصـــور وقـوع هـذه الجـريمـة فـى الأحـوال التالية :

١) اذا قام بهذا العمل ضد ارادة المفعول به .

٢) اذا قام بهذا العمل بغير رضا المفعول به .

٣) اذا قا م بهذا العمل برضا المفعول به فى حالة وقوع الرضا من الأخير تحت التهديد بالضرب أو الموت [١]. ولأجل أن يعرف الرضاء/عدمه ينظر مـدى مقاومة المفعول ضد الفاعل .

وينظر فى المقاومة من المرأة التى لا ترغب هذا العمل بأن ثيابها ممزقة والجروح على جسدها وجروح أخرى على أعضائها المخصوصة ،واذا لم توجد هذه العلامات أى الجروح فى جسدالمفعول به ولا الفاعل فيعتبر أن هذا العمل قد تم برضا الجانبين[٢].

١) وفى قضية اقبال حسين ضد الدولة أن امرأة عمرها ١٥/١٤ سنة قد خرجت من بيتها مع شخص برضاها وسافرت معه من مكان الى مكان ومع أنهـــا متعلمة لم تكتب لأحد ولم تشتكى الى أحد مايجرى 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 وعض على شفتها ونزع سروالها و سروالـه وحاول أن يزنى بها ولكن لم ينجح فى قصده بسبب صياح البنت ومجىء الأشخاص فحكمت المحكمة بأنها بريئة لانها لم ترض بالجريمة .

---

١) اسلامى حدود تعزيرات - دكتور طفيل أحمد قريشى، مطبوعات حرمت، راولبندى. ص ١٨٠ Enforcement of Hudood,Practice and Procedure by M.Mahmood P.58-59,AIR 1958 Punjab P-123

2. Enforcement of Hudood by M.Mahmood P.60
3. AIR1948,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) وفى قضية أن رجلا اغتصب امرأة فى 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).

---

(١) PLD 1962 SC (F.C.C) JOURNAL

المطلب الثالث

في

أثر الاكراه في الحرابة

الحرابة أو قطع الطريق أو السرقة الكبرى أسماء لمعنى واحد وتتحقق الحرابة عند جمهور الفقهاء بخروج جماعة من المسلمين أو من أهل القوة لهم قوة ومنعة في دار الاسلام على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة لسلب الأموال مجاهرة ومغالبة (١).

وعند بعض الفقهاء لا تتحقق الحرابة إلا من مسلم أما الذمي الذي يقطع الطريق فناقض للذمة وليس محاربا (٢) ويسمى هذا النوع من الجرائم حرابة لأنهم يعلنون الحرب على أمن المسلمين ويحاربون شرع الله (٣).

ويسمى السرقة الكبرى لأنها أخذ مال الغير مجاهرة (٤).

ونتكلم حول هذا الموضوع في موضعين:

الموضع الأول : الفرق بين السرقة والحرابة.

الموضع الثاني : وقوع القتل والجرح في الحرابة.

الأول : الفرق بين السرقة والحرابة: الحرابة نوع من السرقة، الا أنها تخالفها في بعض النواحي سيأتي بيانها فيما يلي:

---

١) المبسوط ١٩٥/٩، البدائع ٩١/٧، تلك حدود الله /٢٥٨

٢) المحلى ٣١٥/١١، المغني ٢٩٨/٨.

٣) المبسوط ٢٠١/٩ .

٤) شرح فتح القدير ٢٦٨/٤، العقوبة /١٤٠ .

أولا : المال فى السرقة يؤخذ خفية أما فى الحرابة فيؤخذ المال مجاهرة ومغالبة.

ثانيا : الفقهاء متفقون على اعتبار النصاب فى السرقة واختلفوا فى اشتراط النصاب فى الحرابة .

فذهب الحنابلة وبعض الشافعية إلى اشتراط النصاب فى الحرابة وهو نصاب السرقة (١). وخالفا فى ذلك المالكية وبعض الشافعية فلم يشترطوا النصاب فى الحرابة (٢).

ثالثا : تتحقق السرقة فى أى موضع اذا كان من حرز مثله عند جمهور الفقهاء، أما الحرابة فموضع اختلاف بين الفقهاء قال الجمهور بتحقق الحرابة فى أى موضع سواء كان ذلك خارج المصر أو داخل العمران(٣) وخالفا أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى المحاربة داخل العمران فرأى أنها ليست محاربة تستوجب الحد(٤).

رابعا : عند جمهور الفقهاء تتحقق السرقة من المرأة كما تتحقق من الرجل أما الحرابة من جانب المرأة فموضع اختلاف عند الحنفية ففى ظاهر الرواية عندهم: لا تتحقق الحرابة من المرأة (٥) ،لكن ذهب جمهور الفقهاء الى التسوية بين الرجل و المرأة فى تحقق الحرابة (٦).

خامسا : يقطع فى السرقة اليد اليمنى وفى الحرابة الرجل اليسرى مع اليد اليمنى اذا أخذ الجانى المال(٧).

---

١) المغنى ٢٩٣/٨، ٢٩٤، المهذب ٢٨٤/٢

٢) المدونة ١٠٠/١٦، نهاية المحتاج ٥/٨

٣) المغنى ٢٨٧/٨، نهاية المحتاج ٣/٨، أسنى المطالب ١٥٤/٤، المحلى ١١/ ٣٠٧ ،

٤) البدائع ٩٢/٧، والتحرير فى الشريعة الاسلامية للدكتور عبد العزيز عامر

٥) البدائع ٩١/٧، المبسوط ١٩٧/٩ ٦) المغنى ٢٩٨/٨، المدونة ١٠٢/١٦

٧) البدائع ٩٢/٧ .

وتثبت الحرابة بالبينة أو الاقرار كما هو الحال فى السرقة (١) كذلك الأحكام المتعلقة بالمال من وجوب رد المال المأخوذ اذا كان قائما والضمان فى صورة اتلافه هى نفس الأحكام فى السرقة (٢).

كذلك ما يسقط به الحد فى السرقة يسقط به فى الحرابة مع نفس الاختلاف المذكور فى السرقة (٣).

فنستطيع أن نقول أنه اذا أكره الشخص على الحرابة اكراها تاما يرخص له فى ارتكاب هذا الفعل مع بقاء حرمة الفعل ويسقط عنه الحد وأما حكم المال المأخوذ فى الحرابة فنقول بردّه 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.

الثانى : وقوع القتل والجرح فى الحرابة.

وقد يحدث فيها القتل من المحارب وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية الى أن وقوع القتل فى الحرابة يعتبر عمدا ينسب الى المحارب بدون النظر الى الآلة والتعمد (٤).

أما الحنابلة فاشترطوا 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 فى الحرابة فقد اختلف الفقهاء فى ذلك :

فقال المالكية والحنفية بدخول الجراح فى الحد يعنى إذا حد المحارب لا شيء عليه بعد ذلك(١).

وأما الشافعية وبعض الحنابلة فقالوا بعدم دخول الجراحات فى الحد فيقتص فى الجراح اذا كانت مما يقتص فيه وإذا لم يمكن القصاص فى الجراح فتجب الدية (٢).

ولا مانع عند الشافعية وبعض الحنابلة من الجمع بين الحد والضمان على ما يأتى بيانه فى أثر الاكراه فى السرقة (٣).

رأى القانون الباكستانى فى الاكراه على الحرابة : نص القانون الباكستانى فى المادة ١٦ من تشريع قانون الحدود (حد السرقة): أنه تثبت الحرابة بما تثبت به السرقة كما ذكر فى المادة (٧) (٤) ونص فى المادة (١٨) على سقوط العقوبة عن المحارب بما يسقط به الحد عن السارق كما ذكر فى المادتين (١٠، ١١) (٥). بأنه تطبق أحكام السرقة على الحرابة وذلك بالنسبة لرد المال المأخوذ فى السرقة وضمانه (٦).

فطبق القانون الباكستانى فى الحرابة نفس الأحكام المذكورة فى السرقة كما قال به جمهور الفقهاء. وقال بسقوط العقوبة عن المحارب اذا اكره على ارتكاب.

---

١) البدائع ٩٧/٧، مواهب الجليل ٣٨٦/٦، 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 فضمان المال المأخوذ فى الحرابة يكون على المكره اذا تلف الشيء كما هو الحال فى السرقة لأن المكره فى يد المكره كمثل الآلة. على ما سبق بيانه.

على أن المال إذا وجد على حالته الأصلية دونما نقصان يكون فى ذمة من وجد عنده سواء كان عند المكره أو المكره أو أى شخص آخر. وأما إذا آل الأمر إلى القصاص فهو على المكره والمكره معا.

والله اعلم بالصواب.

المطلب الرابع

في

أثر الاكراه على السرقة

مال المسلم محرم أخذه لا يجوز اضاعته على صاحبه فحرمته 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 محرما 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 للضرورة كما في حال المخمصة لكن أيضا يجوز الأخذ بالعزيمة فاذا أكره على اتلاف مال الغير فكف عنه فقتل لاياثم بل له الاجر والثواب لقيام حرمة المال، كما قال الكاساني: " فهو بالامتناع قضى حق الحرمة فكان مأجورا لا مازورا "(٣).

أما عن سقوط الحد عن المكره على السرقة فبيانه كالآتي:

يرى جمهور الفقهاء(٤) من الشافعية والحنابلة أنه لابد من تحقق الاكراه التام(٥) لسقوط الحد عن المكره على السرقة أو اتلاف مال الغير.

---

١) مسند أحمد بن حنبل ٥٩١/٤

٢) البدائع ١٧٧/٧، ٣) المرجع السابق

٤) نهاية المحتاج ٤٤٠/٧، ومغني المحتاج ١٧٤/٤، والمغني لابن قدامة ١١٩/٧.

٥) ويتحقق الاكراه التام عند الجمهور في 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 كانصب على العين والذكر ونحو ذلك وذكر ابن عابدين التهديد بالحبس واتلاف كل المال في الاكراه الملجيء خلافا لجمهور الحنفية فقال بسقوط الحد عن المكره اذا أكره بالحبس أو اتلاف كل المال لكن عند جمهور الفقهاء من الحنفية لا يجوز الترخيص في اتلاف مال الغير الا اذا أكره بامر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه لا غير(١).

أما اذا أكره باكراه غير ملجيء 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 عرفه الدسوقي" وأما القطع فيسقط بالاكراه مطلقا ولو كان بضرب أو سجن لأن الاكراه شبهة تدرا الحد وهذا ما قال به الدردير في الشرح الصغير(٤)وذهب البعض الاخر من المالكية الى أن الاكراه على السرقة لايقع 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 القائل بسقوط الحد عن المكره على السرقة اذا أكره اكراها تاما لأنه في حالة الاكراه التام يكون المكره كالآلة 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 للدرير ٤٨٦/٤

٥) حاشية الدسوقي ٣٤٤/٤، الخرشي ١٠١/٨ .

الاكراه على السرقة فى القانون الباكستانى:

الناظر فى القانون الباكستانى يجد أن عقوبة السرقة كانت السجن والغرامة المالية وكان لها شروط مختلفة عن شروط اثبات جريمة السرقة فى الشريعة الاسلامية، غير أنه بعد تشريع قانون الحدود الصادر فى ١٩٧٩م اصبحت عقوبة السرقة فى القانون المذكور تساوى تماما هذه العقوبة فى الشريعة الاسلامية.

فقد نصت المادة (١٠) من تشريع الحدود سالف الذكر على مسقطات العقوبة ومنها الاكراه فبينت المادة المذكورة أن الاكراه 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 فى توضيح الجرح واتلاف المال كما يقول به الفقهاء من أنه لابد فى 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 قريشى، طبعه حرمت، بنك رود، راولبندى ص ٩٨ - ٢٩٧.

Enforcement of Hudood by M. Mahmood P.409-410

المطلب الخامس

في

اثر الاكراه على شرب الخمر

الخمر من الكبائر بل هي أم الكبائر لأنها تؤدي الى ذهاب العقل وهو الجوهرة النفسية التي تفضل الانسان على كثير من خلق الله فهو مناط الخطاب والتكليف .

ولكن الاسلام برحمته وسماحته رخص في تناول كل المحرمات من الميتة والدم ولحم الخنزير في 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 ، لايشترطون الاكراه التام لاباحة تناوله للمكره . هذا اجمالا . أما التفصيل ففيما يأتي :

ذهب جمهور الفقهاء(٣) من الحنفية والشافعية والمالكية الى اباحة شرب الخمر وكل المحرمات للمكره ، فيما لو أكره على الشرب إكراها تاما /لأن هذه الاشياء المحرمة تباح عند الاضطرار على ما سبق بيانه . فيحل للمكره تناول هذه الأشياء المحرمة بل يجب عليه تناولها في حال الاضطرار ولا يجوز له الامتناع من ذلك والاياثم كما قال الله تعالى: " ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة "(٤)

---

(٢)

١) سورة الانعام الآية ، ١١٩ ، / وسورة البقرة الآية ١٧٣

(٣) البحر الرائق ٨٢/٨ ، شرح فتح القدير ١٧٢/٨ ، المبسوط ٤٨/٤ وحاشية الدسوقي ٣٥٢/٤ ، مغني المحتاج ١٨٦/٤ ، نهاية المحتاج ١٠/٨

٤) سورة البقرة الآية ١٩٥ .

وقد صرح الشافعية بالنسبة للاكراه على الشرب أنه يجوز للمكره شرب الخمر فيما لو خوفه المكره بالقتل أو القطع أو الضرب أو الحبس الشديدين " فهذا من الاكراه الملجيء عند الشافعية(١).

وأما المالكية: فقد نقل ابن عرفة الدسوقى عنهم القول بإباحة شرب الخمر للمكره ثم بين صفة الاكراه الذى يجوز لأجله شرب الخمر من انه الاكراه بالقتل أو بضرب يؤدى اليه وكذا باتلاف عضو من اعضائه أو بضرب يؤدى اليه أو بقيد أو سجن شديد جن(٢) فهم يعتبرون هذا الاكراه من نوع الاكراه الملجيء.

ورأى القانون الباكستانى الاكراه على شرب الإخمر:

هذا ما ذكره الفقهاء رحمهم الله تعالى فى موضوع الشرب للمكره. ومنها نعلم أنهم رحمهم الله يرون أنه للمكره الأخذ بالرخصة فى تناول الخمر فى حالة الاكراه على تناولها اكراها تاما وأنه لا اثم على المكره فى ذلك الا أنه نقل عن أبى يوسف صاحب أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ذهب الى عدم اباحة الشرب للمكره وبقاء حرمة الشرب فى هذه الحال فهو يرى أن المكره عليه أن يأخذ بالعزيمة هنا ولا يكون آثما بهذا الأخذ وانما يثاب(٣) ولعل الصواب فيما ذكره الجمهور استنادا للآيات الكريمة التى سبق ذكرها.

كانت عقوبة شارب الخمر القيد والحبس لكن بعد صدور قانون الحدود (حد الشرب) أخذ القانون الباكستانى فى عقوبة الشرب بما قررته الشريعة فى هذا المجال(٤).

---

١) نهاية المحتاج ٨/٤١٠، مغنى المحتاج ٤/١٨٦

٢) حاشية الدسوقى ٤/٣٥٢، ٣٥٣

٣) المغنى ١٠/٣٢١، ٣٢٠. الشرح الكبير ٤/٣٥٢.

4. انظر: Hudood Ordinance 1979, Enforcement of Hudood, Practice and Procedure 1982 by M.Mahmood P.320

المطلب السادس

أثر الاكراه على الكفر والردة

الشريعة الاسلامية بلطفها وسماحتها رخصت باجراء كلمة الكفر على اللسان دون القلب تحت تأثير الاكراه التام رغم أن الكفر من أعظم المحرمات وهذا رأى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة مع اختلاف فى بعض النواحى الا محمد بن الحسن الشيبانى فانه ذهب الى عدم الترخيص للمكره اذا أكره على اجراء كلمة الكفر.

واليك تفصيل آراء الفقهاء فى ذلك :

رأى الاحناف : يرى الحنفية الترخيص للمسلم اذا أكره اكراها تاما على اجراء كلمة الكفر على اللسان ولا يحكم بكفره بشرط أن يكون قلبه مطمئنا بالايمان لكن هذا الترخيص يكون للمكره اذا اكره اكراها تاما أو ملجئا أما المكره اكراها غير تام فلا يكون له هذا الترخيص والاكراه الملجئ عند الحنفية يكون بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه أما الاكراه بالحبس أو الضرب ولو كانا شديدين مما لا يخاف منه على النفس أو العضو فلا يرخص للمكره اجراء كلمة الكفر عند الحنفية (١).

رأى الشافعية : يرى الشافعين الترخيص للمكره اذا أكره على كلمة الكفر بشرط أن يكون قلبه مطمئنا بالايمان فجاء فى مغنى المحتاج : لاتصح ردة مكره وقلبه مطمئن بالايمان كما نص عليه الكتاب العزيز فاذا رضى بقلبه فمرتد.

رأى الحنابلة : أما الحنابلة فذهبوا أيضا الى الترخيص للمسلم المكره على الكفر والرده والاكراه المعتبر شرعا عندهم هو التهديد بالقتل والقطع والقيد والحبس (٢).

---

١) شرح فتح القدير ١٨٤/٨، المبسوط ٦٤/٢٤، البدائع ١٧٨/٧، تبيين الحقائق ١٨٩/٥

٢) المغنى ١٤٧/٨، ١٤٨ .

رأي المالكية: أما المالكية فايضا قالوا بالترخيص للمسلم المكره على الكفر والردة لكن لا يجوز عندهم هذا الترخيص الا اذا اكره بالقتل فقط كما قال ابن عرفه الدسوقي. وأما هذه الأمور وهي 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 في بعض ما أرادوا فشكا ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كيف تجد نفسك ؟ قال مطمئن بالايمان قال فان عادوا فعد (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 في 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 فى الاكراه على الكفر والردة

أما اجراء كلمة الكفر على اللسان فلا تزول حرمتها بسبب الاكراه لكن الشريعة بلطفها وسماحتها رخصت للمكره فى هذه الحال باعتبار أن الايمان من حقوق الله تعالى لأن حرمة الكفر لا تحتمل السقوط فلا تتصور الاباحة فيه أصلا فثبت بالاكراه الملجىء رخصة لا اباحة[١] فتسقط عنه العقوبة ولا يحكم بكفره وارتداده اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان وقد حكى القرطبى الاجماع على أن المكره اكراها تاما 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 والشافعى وأحمد[٢] أ.هـ .

رأى القانون الباكستانى : للآسف أن القانون الباكستانى لم يذكر شيئا فى حكم ارتداد المسلم رغم أنه حد من حدود الله الا أنه قرر عقوبة السجن لمدة ثلاث سنوات أو غرامة مالية.

لمن يقذف أحدا من أمهات المؤمنين أو أى فرد من أهل بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أحد من الخلفاء الراشدين أو الصحابة رضى الله عنهم بالكلام أو بالكتابة[٣] صراحة أو بالكناية. ويسرنا أن مجلس النواب فى مجلسه العاشر سنة ١٩٧٨م نادى بتطبيق عقوبة القتل أو السجن طول الحياة على من يشتم النبى عليه الصلاة والسلام أو يسبه ووافق مجلس الشيوخ على هذا الاقتراح وهذا نوع من أنواع الارتداد. ولا شك فى ذلك .

---

١) تبيين الحقائق ١٨٦/٥

٢) أحكام القرآن للقرطبى ١٨٢/١٠

3.Pakistan Penal Code Section 29.

ونص الحنابلة على عدم وقوع طلاق المكره بقولهم: ومن أكره على الطلاق ظلما بما يؤلم كالضرب والخنق والحبس والغط 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 أختر ضد حفيظ الدين خان حكمت المحكمة بعدم وقوع الطلاق لأنه 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 فيصدرة الرضا لذا لايقع 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 لايقع.

---

١) كشاف 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 - الاردن، ص ٣٨ .

المطلب التاسع

في

أثر الاكراه في التصرفات

وهذا العنوان وهو أثر الاكراه في التصرفات وان كان قد تقدم الكلام عن بعض ما فيه .

إلا أني آثرت انهاء الكلام عن الاكراه بالكلام عن أثره في التصرفات لما في 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 .

أ - فالقولية القابلة للفسخ : ان كانت اقرارات بطلت وألغيت بالاكراه ملجئا كان أو غير ملجيء(١).

فمن اكره على الاعتراف بمال أو زواج أو طلاق يكون اعترافه باطلا لايعتد 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 كالإجارة والرهن والبيع ونحوها فسدت ولم تبطل عند الحنفية(٣) غير زفر(٤) حيث يرى أنها موقوفة على الاجازة كبيع الفضولي .

---

١) أصول الفقه الاسلامي للدكتور بدران أبي العينين ص ٣٣١ - ٣٣٢، نشر مؤسسة شباب الجامعة، بالاسكندرية.

٢) المرجع السابق .

٣) البدائع للكاساني ٤٥٠٣/٩ - ٤٥٠٤

٤) المرجع السابق .

وعند الشافعية : هى باطلة أصلا[١].

وعلى ذلك - وكما قلنا - فإن هذه العقود فاسدة[٢] عند الحنفية وليست باطلة سواء كان الاكراه ملجئا أو غير ملجئ٠

فمن باع أو أجر أو رهن مكرها فسدت تصرفاته فلا يملك المشترى بيع ما اشتراه إلا اذا قبضه وحجتهم فى ذلك :

أن الاكراه لا يعدم الاختيار وانما يعدم الرضا[٣] والرضا شرط من شروط الصحة وليس ركنا ولا شرطا من شروط الانعقاد فيلزم ذلك فساد العقد لابطلانه٠

ب) أقوال لا تقبل الفسخ[٤] : وهذه لاتتاثر بالاكراه فمن أكره على طلاق زوجته أو عتق عبده يقع طلاقه ويعتق العبد سواء كان الاكراه ملجئا أو غير ملجئ٠

---

١) د/ بدران أبو العينين فى أصول الفقه ص ٣٣٢

٢) اتفق الفقهاء على أن العقد اذا استكمل أركانه وشروطه كان عقدا صحيحا وترتبت عليه آثاره الشرعية كاستحقاق الأجير المسمى له فى العقد ووجوب تنفيذ ما تعاقد عليه من عمل كما أنهم اتفقوا على أن العقد اذا اختل منه ركن من أركانه كان باطلا ولم يستتبع آثاره الشرعية ثم اختلفوا بعد ذلك فيما لوتخلف شرط من شروطه : فذهب الجمهور من الأئمة الى أنه يكون باطلا أو فاسدا وكلاهما بمعنى واحد فلا تترتب على مثل ذلك العقد آثاره٠ وأما عند الحنفية فيسمونه بالعقد الفاسد ويرتبون عليه أحكاما خاصة فى حال تنفيذه بمقتضى هذا التنفيذ لا بمقتضى العقد فيقولون فى عقد البيع الفاسد أن المشترى إذا قبض المبيع باذن بائعه صراحة أو دلالة فانه يملكه بالقيمة فى ذوات القيم وبالمثل فى المثليات وانما عدل عن الثمن المسمى فى العقد الى المثل أو القيمة لفساد التسمية بفساد العقد: كشف الاسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى للشيخ عبد العزيز أحمد البخارى ٢٨٢/١ - ٢٨٣ وبدائع الصنائع للكاسانى ٢٢٧/٥ واصول الفقه للدكتور بدران أبى العينين ص ٢٩٧ وما بعدها نشر مؤسسة شباب الجامعة - الاسكندرية٠

٣) أصول الفقه ، د/ بدران ، ص ، ٣٣٢

٤) المرجع السابق٠

فاذا قارن الاكراة إتلاف مالى ضمنه المكره بكسر الراء فيضمن قيمة العبد عند عتقه بالاكراه.

وهذا لأن الشارع اعتبر فى هذه التصرفات ألفاظها فمتى قصدها قام اللفظ مقام ارادة المعنى فيترتب عليها أثرها الشرعى.

وإن لم يقصد القائل معنى ما قال فهو مثل الهازل[1] فى أنه تعتبر منه هذه التصرفات وتصح إذا صدرت منه مع انعدام القصد وعدم الرضا بما يترتب عليها من أحكام وآثار.

أما اذا كان الاكراه على فعل من الأفعال :

كالإكراه على قتل نفس بغير حق وشرب خمر أو اتلاف مال للغير.

فهذه ان كان الاكراه بغير ملجىء تكون تبعتها على المكره. بفتح الراء. وهو الفاعل لأنه ما كان يحل له الاقدام على فعلها مادام الاكراه غير ملجىء[2].

الفرق بين الرضا والاختيار عند الحنفية :

تقدم أن الحنفية قالوا: إن الاكراه لايعدم الاختيار وانما يعدم الرضا فهل هناك من فارق بينهما؟ الجواب عن ذلك فيما يأتي :

---

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 ألفاظ 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 لاعبا ٦٥٧/١ - ٦٥٨ ،والدار قطنى فى الطلاق والخلع والايلاء ١٨/٤ - ١٩ .

٢) د/ بدران فى أصول الفقه ص ٣٣٢ .

إن الراضي يقصد الى القول أو الفعل مع رغبة فيه وارتياح اليه لأنه يشبع حاجة في 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 ترجيحالأهون الشرين ثم لا يلزم من وجود الفعل من الانسان أن يكون راضيا به مرتاحا إليه لأن الذي يجبر على أحد أمرين كلاهما شر ثم يقدم على فعل اقلهما ضررا يعد مختارا ولكنه غير راض وعلى هذا يكون كل راض مختارا ولا عكس (١).

ويرى الشافعية (٢): أن الاختيار والرضا متلا زمان فلا اختيار من غير رضا ولا رضا من غير اختيار فمن فعل فعلا هازلا أو مخطئا 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 في العقد وغير راض عنه.

فالجمهور من الفقهاء على أن عقده لاينعقد(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 ٦/٢٣٥ وما بعدها.

أما الحنفية فعبارة المكره بفتح الراء - عندهم تصلح لانشاء العقود كلها اعتمادا على عبارته الظاهرة، لأنه حينما نطق بالعبارة كان له القصد والاختيار في التلفظ بها فيحاسب عليها،وكل ما في الأمر أنه غير راض بالأثر المترتب على العقد وهذا لايمنع من صحة العقد وترتب الآثار الشرعية عليه وذلك بالنسبة للعقود الخمسة وهي 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 الشرعي بالنسبة لها(١).

أما بالنسبة لغيرها من العقود الأخرى فمع القول بانعقاد العقد فيها لكنهم قالوا: انها لا يترتب عليها أثرها الشرعي لأن العقد موقوف على اجازة العاقدين بعد زوال الاكراه والعقد الموقوف لا يترتب عليه أثره. وقد قاس الحنفية كما تقدم عقد المكره في الأمور الخمسة على عقد الهازل وقد بينا أن عقد الهازل ينعقد صحيحا ويترتب عليه أثره الشرعي فيها فكذلك عقد المكره(٢).

والقياس لا يصح(٣) هنا لأنه يتعارض مع النص وقول النبي صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) يدلنا على عدم اعتبار عبارة المخطئ والناسي والمكره في جميع الحالات فالتفرقة بين هذه الأمور الخمسة وغيرها لا أساس لها فيكون القياس فاسدا.

---

١) د/ محمود محمد الطنطاوي في : المدخل الى الفقه الاسلامي ص ٢٩٧، نشر مكتبة وهبة بالقاهرة

٢) د/ طنطاوي في 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 والثانى يناسبه التخفيف ولذلك أخذ قانون الأحوال الشخصية فى جمهورية مصر العربية رقم ٢٥ ، الصادر فى سنة ١٩٢٩م برأى جمهور الفقهاء ونص فيه فى المادة الأولى منه على أنه : (لايقع طلاق المكره والسكران) وعبارة المخطىء والناسى ان كانت هناك قرينة تدل على الخطأ والنسيان فى 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 اقصى غايات الضرر ولذا قال علماء اللغة ان الضرورة اسم للاضطرار الذي هو إلجاء بالقوة والقهر(١).

٢) **الضرورة في الاصطلاح** : عرف الفقهاء الضرورة بتعريفات مختلفة أتناول لها فيما يلي :

أ - عرف الجصاص (الحنفي) الضرورة بأنها هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء(٢)

ب - وعرفها ابن قدامة في المغني بقوله الضرورة المبيحة هي التي يخاف منها التلف ان ترك الأكل(٣).

أقول : أي بلوغ الانسان حدّا ان لم يتناول معه الممنوع لهلك .

ج - وعند فقهاء المالكية : الضرورة هي " الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا "(٤).

د - وفي رأي الأستاذ مصطفى الزرقا أن الضرورة حالة أشد من الحاجة وقد عرف الضرورة بقوله . الضرورة ما يترتب على عصيانها خطر كما في الإكراه الملجيء وخشية الهلاك جوعا(٥)

---

١) لسان العرب ٤٨٣/١٩ - ٤٨٤، المصباح المنير ٤٢٥/١

٢) أحكام القرآن للجصاص : ج ، ١٢٦/١

٣) المغني ٥٨٨/٨

٤) الشرح الكبير ١١٥/٢ .

٥) المدخل الفقهي العام ١١٥/١ .

هـ - وعرضها الأستاذ على حيدر فى شرحه لمجلة الأحكام العدلية بقوله :" الضرورة هى الحالة الملجئة يتناول الممنوع شرعا "(١)

ومن كل ما تقدم من تعريفات نستطيع أن نعرف الضرورة " بانها-الحالة التى يخشى منها على النفس أو المال ".

٣) الضرورة فى القانون : أما القوانين الوضعية فهى تنص على حالة الضرورة فى موادها المختلفة كما جاء فى معجم القانون لجان برك من أن الضرورة : هى نوع من الجبر بحيث أن شخصا يجبر على عمل هو لايريده وتبرأ ذمته من جميع ما يترتب على ذلك الفعل الاجبارى(٢).

وقال الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى : الضرورة هى حالة يجد الانسان نفسه معها فى ظروف تهدد بخطر لا سبيل الى تلافيه الا بارتكاب جريمة ..."(٣)

وعند الأستاذ محمود محمود مصطفى: أن الضرورة هى 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 الباكستانى فقد نص على حالة الضرورة على الوجه الآتى:

لايعتبر الحاق الضرر بالغير جريمة وان كان لحماية النفس أو المال أو لدفع الضرر المتوقع عنهما بشرط أن يكون هذا الاضرار خاليا من القصد الجنائى أو كان صادرا بحسن نية ،وأن يكون الضرر المطلوب دفعه وشيكا أو قريب الحدوث "(٥).

---

١) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلى حيدر ٣٤/١

٢) معجم القانون لجان برك ٢٢٨

٣) الأحكام العامة فى قانون العقوبات للسعيد مصطفى، ص ٤٤٥

٤) شرح قانون العقوبات، القسم العام محمود محمود مصطفى، ص ٣٢٦

٥) قانون العقوبات الباكستانى مادة ٨١

وعلى سبيل المقارنة فإن الضرورة فى كل من الشريعة والقانون لا تخرج عن كونها عبارة عن حالة يجد الانسان معها نفسه مهددا بخطر محدق بالنفس والمال، ومن ثم يكون مضطرا للدفاع عنهما فى مثل هذه الأحوال، حتى انه لو الحق الضرر بالغير يكون غير مسئول بشرط خلوه عن القصد الجنائى فى الحاق هذه الضرر بالغير أو هى عبارة عن حالة تصل بالانسان الى أنه ان لم يتناول الممنوع لهلك الا أنه يلاحظ أن التعريفات الفقهية فى معظمها تتناولها من حيث الاضطرار لتناول المحرم.

بينما يعرفها أهل القانون بتعريف هو أشبه بحالة الدفاع عن النفس هذا ما يسره الله لى فى هذا المقام وهو سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

المبحث الثاني

الآيات والأحاديث الواردة في حالة الضرورة

أولا : من كتاب الله :

أ - قوله تعالى : " انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم (١).

ب - قوله عز وجل : " فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فان الله غفور رحيم (٢). وقد ذكر الله تعالى في هاتين الآيتين أساس نظرية الضرورة بحيث ان الانسان اذا وقع في حالة الاضطرار فانه يجوز له أكل المحرم شرعا وبشرط عدم التجاوز أو الاعتداء.

قال ابن العربي في " احكام القرآن له المضطر هو المكلف بالشيء الملجأ اليه المكره عليه ولا يتحقق اسم المكره الا لمن قدر على الشيء ومن خلق الله فيه فعلا لم يكن عليه قدرة كالمرتعش والمحموم لا يسمى مضطرا ولا ملجأ وأشرنا الى أنه قد يكون عند علمائنا المضطر وقد يكون المضطر المحتاج ولكن الملجأ مضطر حقيقة. والمحتاج مضطر مجازا . (٣).

و قد نص في الآية الثانية صراحة على ضرورة المخمصة و هي الجوع الشديد بينما يفهم من الآية الأولى و غيرها مما يأتي في معناها اباحة لمحرمات كلها عند وجود ضرورة و غير ذلك.

١- سورة البقرة : ١٧٣

٢- سورة المائدة : ٣

٣- انظر احكام القرآن:
لابي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي : 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 اليه "، فاقتضى 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 النبى صلى الله عليه وسلم عام ذات السلاسل قال احتلمت فى ليلة باردة شديدة البرد فأشفقت ان اغتسلت أن أهلك فتيممت 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 أنى احتلمت فى ليلة باردة شديدة البرد فأشفقت ان اغتسلت أن أهلك فذكرت قول الله عزو جل: " ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما " فتيممت ثم صليت ،فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقل شيئا(٤).

ثانيا : من السنة : وهى من وجوه :

أولا : رواه أبو داود فى سننه عن جابر بن سمرة أن رجلا نزل الحرة ومعه أهله وولده فقال رجل ان ناقة لى ضلت فان وجدتها فأمسكها فوجدها فلم يجد صاحبها فحرض فقالت امرأته انحرها فأبى فنفقت 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 ١٢٦/١.

٣) سورة النساء ٢٩

٤) تفسير ابن كثير ٤٨٠/١

قال: فكلوه " قال: فجاء صاحبها فأخبره الخبر فقال، هلا كنت نحرتها ،قال اشحيت منك[١].

قال ابن تيمية : وهو دليل على امساك المتية للمضطر.

وقال الشوكانى : قد دلت أحاديث الباب على أنه يجوز للمضطر أن يتناول من الميتة ما يكفيه واقتصر بعضهم على مقدار سد الرمق[٢].

ثانيا : عن ابى واقد الليثى قال: قلت يارسول الله أنا بأرض تصيبنا مخمصة فما يحل لنا من الميتة؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا لم تصطبحوا فلم تغتبقوا ولم تحتفؤوا بها بقلا فشأنكم بها[٣].

ومعنى هذا الحديث اذا لم تجدوا البنة تأخذونها معكم أو شرابا تغتبقونه ،ولم تجدوا بعد ذلك بقلة تأكلونها [٤] حلت لكم الميتة [٥].

ثالثا : ما رواه ابن ماجة بسنده عن ابى بشر جعفر ابن اياس قال سمعت عباد بن شرجيل - رجلا من بنى عنبر . قال - أصابنا عام مخمصة فأتيت المدينة. فأتيت حائطا من حيطانها فأخذت سنبلا ففركته وأكلته وجعلته فى كسائى: فجاء صاحب الحائط / فضربنى وأخذ ثوبى،فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرته فقال للرجل ما أطعمته اذا كان جائعا أو سابغا،ولا علمته اذا كان جاهلا" فأمره النبى صلى الله عليه وسلم فرد اليه ثوبه وأمر له بوسق طعام أو نصف وسق[٦].

---

١) رواه ابو داود ٢٥٨/٣ ٢) نيل الأوطار ١٥١/٨

٣) رواه أحمد ٢١٨/٥

٤) نظرية الضرورة الشرعية لوهبة الزحيلى ص ٥٩ - ٦٠

٥) ومعنى تصطبحوا: تتناولوا الصبوح وهو شرب اللبن أو الأكل آخر النهار وتغتبقوا: تأكلوا الغبوق وهو شرب اللبن أو الأكل آخر النهار عشاء وتحتفؤوا بقلا: أى نوعا من التمر وهو مشتق من الحفاء أى البردى بضم الباء نوع جيد من التمر: انظر هامش ص ٥٩ - ١٠ من نظرية الضمان للزحيلى .

٦) سنن ابن ماجه : رقم الحديث : ٢٢٩٨

المبحث الثالث

في

الفروق الجوهرية بين الضرورة وكل من :
الدفاع الشرعي والاكراه والحاجة

وأتناول بيان هذه الفروق على الوجه الآتي

١) **الفرق بين الضرورة والدفاع الشرعي :**

المراد من دفع الصائل في اصطلاح الفقهاء (رد اعتداء غير مشروع حماية للنفس أو العرض أو المال وتتفق الضرورة مع دفع الصائل في أن كلا منهما يقوم على معنى واحد هو الإلجاء إلى الفعل فكما أن المضطر ملجأ الى 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 الصائل عن الضرورة في الأمور الآتية :

١) أن تقدير الخطر في حال الضرورة أمر مادي محض وفي حال الدفاع مفوض إلى ظن المدافع .

٢) أن حالة الدفاع يقصد منها دفع ضرر انسان أو حيوان، أما في حالة الضرورة فالمقصود دفع ضرر طرف خارجي كحريق أو غرض أو عامل داخلي كجوع وعطش ونحو ذلك .

٣) أن الضرورة الملجئة لاتعفى من الضمان (أي المسئولية المدنية ولكنها تعفى من العقاب (أي المسئولية الجنائية) بخلاف الدفاع الشرعي[١].

---

١) نظرية الضرورة الشرعية ص ١٥٣ .

٤) في حالة دفع الصائل يرجع وجود الخطر إلى انسان ظالم بخلاف الخطر في حالة الضرورة فانه راجع لظروف طبيعية لايملكها الانسان .

موقف القوانين الوضعية

ان القانون الوضعي يتفق مع الشريعة فيما أقرته من الفروق السابق الاشارة 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 المدعى 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) <u>الفرق بين الضرورة والإكراه</u> :

الضرورة والإكراه كلاهما يقومان على معنى واحد هو الالجاء الى الفعل فالمضطر يجد نفسه في حالة خطر لايمكن دفعه الا بارتكاب فعل معين بأن يكون في حالة جوع أو عطش أو مرض شديد وتتوقف نجاته على تناول شراب أو طعام محرّم وكذلك المكره يجد نفسه مضطرا ارتكاب فعل بقوة لا يملكها فيتحرك كما يأمره المكره 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 الى ارتكاب الفعل .

ويختلف كل منهما عن الأخر فى مصدر الخطر

فهو فى الضرورة ظروف طبيعية لايملكها الانسان مثل المرض أو الغرق أو الحريق والجوع والعطش اذا خيف منها الموت أو هلاك بعض الاعضاء.

أما الاكراه فمصدر الخطر فيه هو التدخل المباشر من الانسان الذى 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:

أولا : حالة الضرورة تختلف عن الحاجة فالضرورة أشد وقوعا على المضطر لأنه يخاف على نفسه الموت فهى مبنية على فعل مالا بد منه أما الحاجة فهى حالة يجد الانسان نفسه - فى جهد ومشقة على الاتيان بفعل معين مثل حالة المرض الشديد غير المهلك فهذا لايبيح له تناول المحرم ولكن اذا تناول الدواء انتهت حاجته فهى مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع الانسان تركه (١)

ثانيا : ان الأحكام التى تثبت بالضرورة هى أحكام استثنائية وتكون فيها الاباحة موقتا لشىء حرام نصت عليه الشريعة أما الاحكام المبنية على الحاجة فهى فى الغالب لاتخالف نصا صريحا وانما أكثر ما ورد على خلاف القياس من الأحكام الشرعية فهو مبنى على الحاجة فهى تخالف القواعد العامة ولا تخالف النصوص الثابتة وبذلك يكون الحكم الثابت بها غالبا له صفة الدوام

---

١) نظرية الضرورة الشرعية ، ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ .

والاستقرار ونستطيع أن نمثل للأحكام الحاجيّة بما ورد فى الحديث بأن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق فقال ما أصاب منه ذو حاجة غير متخنه خبنة (١) فلا شىء عليه وما اخرج منه شيئا فعليه غرامة مثلية والعقوبة ومن خرج بشىء منه بعد أن يؤويه الجرين فبلغ 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 ٣٠٠/٣٠٢

المبحث الرابع

في شروط الضرورة

يذكر الفقهاء عدة شروط يجب توافرها لتحقق الضرورة وهي :

الشرط الأول : أن تكون الضرورة (جسيمة ملجئة)

وهذا الشرط لابد منه لأن كلمة الضرورة لايمكن أنتتحقق بدونه لأن الشخص لا يكون مضطرا إلا اذا كان قد وقع في ظروف مهددة بهلاك أو تلف كبير.

ويذكر الفقهاء أن المراد بالقول بقيام الضرورة أو عدم قيامها ما هو موجود في ذهن المضطر وهذا مايقصدونه بقولهم بالظن الراجح فالظن الراجح هو الاعتقاد المبني على أسباب معقولة كما قال بعض الحنفية في الاكراه بأنه " يجب أن يغلب على ظنه أن يقع ذلك به لو لم يفعل لأن غلبة الظن معتبرة إن تعذرت الأدلة (١).

وهذا الشرط يقتضي أن الانسان اذا وقع في 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 موتا أو مرضا مخوفا ووجد محرّما لزمه أكله ولا يشترط فيما يخاف منه تحقق وقوعه بل يكفي في ذلك الظن ولا يشترط فيه التيقن ولا الاشراف على الموت (٢).

---

١) البحر الرائق ٨٠/٨

٢) مغني المحتاج: ٣٠٦/٤

موقف القوانين الوضعية

تتفق القوانين الوضعية الحديثة مع الشريعة فى هذا المبدأ حيث تشترط هذه القوانين فى خطر الضرورة أن يكون جسيما.(١)

ويمثلون لما فى معنى الخطر الجسيم بخطر الموت أو حصول عاهة مستديمة أو الأصابة بجروح بالغة (٢)

وقد ذكر أهل القانون عند كلامهم عن هذا الشرط أمثلة يمتنع معها قيام المسئولية 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 جدارا فى سبيل دخول منزل لإنقاذ حياة انسان محاصر بالنيران.

٣) من يلق ببضائع من سفينة لتخفيف حمولتها لانقاذ ركابها من الغرق(٣)

وتنص المادة ٤٣ من قانون العقوبات العراقى أنه (لاعقاب على من ارتكب جريمة ألجأته الى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لارادته دخل فى حلول هذا الخطر ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى(٤).

---

١) محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٣٢٥، المسئولية الجنائية لقللى ص ٤٣٨ .

٢) شرح الأحكام فى قانون العقوبات ص ٥١٠، ٥١١، محمود ابراهيم اسماعيل .

٣) جرائم القذف والسب .العلنى وشرب الخمر لعبد الخالق النووى ، ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

٤) القوانين لغالب الداودى ص ١٩٨، **الأحكام العامة فى قانون العقوبات العراقى لأكرم نشأت ابراهيم ص ٩٤، قانون العقوبات البغدادى كامل** السرائى ص ٥٤ ، السرائى قانون العقوبات القسم العام لمحمود مصطفى ص ٤١٣، المسئولية الجنائية لقللى ص ٤١٦، ٤١٧، موجز أصول الالتزامات لسليمان مرقس ص ٣٧٩، ٣٨٠ .

الشرط الثانى

أن تكون الضرورة قائمة

وأما الشرط الثانى الذى يجب توافره لتحقق 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 يرفع لأنه قد يحصل وقد لايحصل وعلى المؤمن أن يأخذ بالأسباب ويترك المستقبل لله عز وجل،ومقتضى هذا الشرط أنه اذا لم يوجد خوف فى الواقع لايباح للانسان مخالفة الحكم الأصلى فليس للمضطر أن يأكل الميتة أو لحم الخنزير أو طعام الغير عند عدم الحاجة الشديدة هذا فى الشريعة .

أما الكلام عن الشرط الثانى فى نظر القانون : فيلاحظ أن القانون 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 متناسبا مع الخطر) فالفعل اللازم لدفع الخطر يجب أن يكون متناسبا مع هذا الخطر أى لايتجاوز المضطر القدر الذى يحول بينه وبين الموت .

روى عن الامام مالك رحمه الله تعالى فى هذا الشأن أنه سئل عن الرجل يضطر الى الميتة أيأكل منها وهو يجد ثمر القوم أو زرعا أو غنما بمكانه ذلك . قال مالك أن ظن ان أهل ذلك التمر أو الزرع أو الغنم يصدقونه بضرورته (حتى لايعد سارقا فتقطع يده) رأيت أنه يأكل من أى من ذلك ما يرد جوعه ولا يحمل منه شيئا وذلك أحب الىّ من أن يأكل الميتة وإن هو خشى أن لا يصدقونه وأن يعد سارقا بما أصاب من ذلك فإن أكل الميتة خير له عندى[١]

وينرتب على هذا أنه اذا كانت هناك وسيلة أخرى لدفع الخطر غير الجريمة تعين الالتجاه إليها .

موقف القوانين الوضعية :

ان القوانين الوضعية توافق الشريعة فى هذا المبدأ فتشترط أن لا تكون هناك وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر على ما فى القانونين المصرى والعراقى[٢]. بمعنى أن الفاعل لا يكون فى حالة ضرورة إذا كان فى إمكانه تفادى الضرر بغير الالتجاه الى جريمة أو بالالتجاه الى جريمة أخف [٣].

---

١) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٤٤/٢ .

٢) الأحكام العامة فى قانون العقوبات العراقى ص ٩٥، المسئولية الجنائية لقللى ص ٤١٩ .

٣) شرح قانون العقوبات القسم العام محمود محمود مصطفى ص ٤١٩ .

ويقرر القانون الانجليزى (تمارت) هذا المبدأ ايضا حيث نص على أنه يقبل قول المدعى اذا أثبت بانه ما أقدم على هذا الفعل الا لدفع الضرر الواقع عليه كما جاء فى قضية : Nield V London North Western Railway

فقد قام المدعى عليه برفع مستوى أرضه تجنبا من الفيضان ونتيجة لذلك تضررت أراضى المدعى بالفيضان - وقد حكمت المحكمة بأن المدعى عليه برئ عن التهمة لأنه قد فعل فعلا مناسبا وضروريا فى هذه الظروف(١)

وفى قضية أخرى : Hambley V Sheley

حكمت المحكمة بأن عمل الشرطى كان مناسبا عندما أوقف سيارته امام مختطفت السيارة لكى لا يهرب (٢)

ولكن فى قضية : Whalley V Lancher Railway Co.

حكمت المحكمة بأنه لايجوز للمدعى عليه أن يغير مجرى مياه الفيضانات التى كانت موجودة فى 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

في

الاضطرار الى تناول طعام الغير

اختلفت كلمة الفقهاء في هذا على ثلاثة آراء :

الرأي الأول :

وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية . وقد قالوا: ان المضطر 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 المضطر لا يجب عليه أكل مال الغير مع ضمانه بل هو مباح فقط ولم يقولوا بالوجوب لمراعاة حق المالك .(١)

أما الشافعية والحنابلة وبعض المالكية فقد قالوا بالوجوب مع ضمان مال الغير.

ودليل الشافعية القاعدة الفقهية التي تقول :

(الضرر لايزال بالضرر)(٢).

وقال ابن رجب من الحنابلة : أن المضطر قد فعل ذلك لأحياء نفسه و ذلك مما يوجب الضمان بناء على قواعد المذهب الحنبلي (٣)

---

١) حاشية ابن عابدين ٢٩٥/٥، ٢٩٦، فتح القدير ٢٨٨/٤

٢) مغني المحتاج ٣٠٩/٤

٣) و لقواعد لابن رجب الحنبلي ص ٣٦ نشر دار المعرفة - بيروت.

وعلل القرافى من المالكية وجوب الضمان بقوله ٠

(لأن إذن المالك لم يوجد وانما وجد اذن صاحب الشرع ،وهو لا يوجب سقوط الضمان وانما ينضى الاثم والعقاب)(١).

الرأى الثانى :

وهو لاكثر 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 الآتي:

اما أن يجد المضطر حال اضطراره قيمة ما تناوله ٠

واما ألا تكون لدية قيمة ما تناوله ٠ فان وجدت معه تلك القيمة وجب عليه ضمان ما أخذ وان لم توجد معه فلا شىء عليه مطلقا ٠

وفى هذا المعنى يقوم الامام ابن حزم الظاهرى : (فان كان المكره على أكل مال مسلم له مال حاضر فعليه قيمة ما أكل لأن هذا هو حكم المضطر، وإن لم يكن له مال حاضر فلا شىء 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 ٠

بيـــان الـــراجـــح

وبعد بيان آراء الفقهاء رحمهم الله تعالى على النحو السالف بيانه وبعد بيان أدلة كل فريق فان ما يترجح لدىّ من هذه الآراء هو ما قال به أصحاب الرأى الثالث الذاهب الى التفصيل بين حالتى وجود القيمة مع المضطر أو عدم وجودها وذلك لوجاهة هذا القول ومن ثم اخترته فى الترجيح لكونه أقرب الى المعقول . والله اعلم بالصواب .

موقف القوانين :

الشريعة

يوافق القانون/من حيث تحميل المسئولية لمن أتلف مال غيره أو تناول شيئا من طعام غيره بدون إذن صاحبه فقد نصت المادة ١٦٨ من القانون المدنى المصرى والمادة ١٦٩ من القانون المدنى السورى على ما يأتي :

(من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضى مناسبا)(١)

وجاء فى المادة ٢١٣ من القانون العراقى الجديد:

١) يختار أهون الشرين فاذا تعارضت مفسدتان روعى اعظمهما ضررا ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف ،ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالا كليا .

٢) فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرا على الضرر الذى سببه لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى تراه المحكمة مناسبا(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).

اذا ثبت أن هذا الامر قد ارتكب للتجنب من مصيبة أكبر فانه يكون قابلا للضمان و ترفع عنه المسيولية و لو حصل الضرر متعمدا.

يجوز فى حالة الضرورة ، فعل ما هو ضرر لتجنب ضرر أكبر منه وتعتبر هذه الحالة سبب إباحة ولو حصل الضرر متعمدا ، إلا أن عليه الضمان .

1. Law of Torts by J.G.M. P.11-12

المبحث السادس

الاضطرار الى اتلاف مال الغير

ذكر الفقهاء تطبيقا لهذه المسألة وذلك فى حالة ركاب سفينة أحدق بهم الخطر من كل جانب واضطروا الى القاء متاع السفينه كلا أو بعضا لانقاذ انفسهم أو لانقاذ السفينة نفسها و قد اختلفت كلمتهم فى حكم طرح هذه الأموال و ذلك على خمسة مذاهب.

١) **مذهب الأحناف:** وهم يرون أن ركاب السفينة إذا خافوا الغرق فانهم يلقون بعض الأمتعة طلبا للنجاة فإن اتفقوا على ذلك فالغرم على عدد الرؤوس لأن إلقاءها لحفظ الأنفس، وإذا لم يتفقوا على الإلقاء لم يكن كذلك بل الغرم على الملقى وحده (١).

٢) مذهب المالكية : وقد عبر عنهم القرافى بقوله : إذا طرح بعض الحمل للحصول شارك أهل المطروح ومن لم يطرح — لهم شيء فى متاعهم وكان ما طرح وسلم بجميعهم فى نمائه ونفصه بثمنه 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 انما هو مال التجارة (٢).

٣) مذهب الشافعية : يقول الامام عز الدين بن عبد السلام : اذا اغتلم البحر بحيث علم ركبان السفينة أنهم لا يخلصون الا بتفريق شطر الركبان لتخف لهم السفينة فلا يجوز القاء أحد منهم فى البحر ولو فى السفينة مال أو حيوان محترم يجب القاء المال ثم الحيوان المحترم لأن المفسدة فى فوات الأموال

---

١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥/٢٦٣، ٢٦٤

٢) الفروق ٤/ ٩ ، ١٠

والحيوانات المحترمة أضعف من المفسدة فى فوات أرواح الناس[١].

٤) مذهب الحنابلة : إذا كانت السفينة فى البحر وفيها متاع فخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه فى البحر لتخفف لم يرجع على أحد سواء ألقاه محتسبا بالرجوع أو متبرعا لأنه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان.

فان قال بعضهم لهالق متاعك فألقاه فكذلك وإن قال ألق وعلىّ ضمانه فألقاه فعلى القائل ضمانه [٢].

٥) مذهب الظاهرية : يقول ابن حزم [٣] فإن هاج البحر وخاف العطب فليخف الأثقل فالاثقل ولا ضمان فيه على أهل المركب لأنهم مأمورون بتخليص أنفسهم قال الله تعالى : (ولا تقتلوا أنفسكم) وقال الله تعالى: (ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة).

وأما من رمى الأخف وهو قادر على رمى الأثقل فهو ضامن لما رمى من ذلك ولا يضمن معه غيره لقول النبى صلى الله عليه وسلم: " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام [٤].

بيان الراجح

و ما قاله الحنفية من أن الضمان يكون على عدد الرووس أولى بالقبول ، و أقرب لروح العدالة ، اذ تتوزع الخسارة على الجميع ولا يكلف بها الملقى وحدة ، لان الالقاء لهذه الأمتعه كان لنجاة الأنفس فكل نفس استفادت من ذلك تتحمل نصيبها من قيمة هذه الأمتعة . والله أعلم بالصواب.

١- قواعد الأحكام للعزبن عبدالسلام : ٩١/١

٢- المغنى : ٥١٥/٤

٣- المحلى لابن حزم : ٣٠٠/٨

٤- صحيح البخارى ، كتاب الحج باب ١٢٩ ، صحيح مسلم ١٠٦/٥ ، سنن ابى داود : كتاب التطوع باب ١٠/ ، سنن الترمذى : كتاب الحج باب ١/ ، سنن ابن ماجه : المقدمة ١٨٥/١ سنن الدارمى : كتاب المناسك ٢٦٧/٢ .

موقف القانون :

يوافق القانون الشريعة فى هذا المعنى فالقانون الانجليزى(تارت) تكلم عن هذا الموضوع تفصيلا تحت نظرية الضرورة وأهم الصور فى هذه النقطة أبينها فيمايلي:

١) رمى متاع المسافرين لانقاذ أرواح المسافرين فى السفينة فى قضية(١) Adwarth V Stewarth (١)

٢) استعمال قوة أو حبس أحدهم لأجل استتباب الامن وتأكيد سلطة القانون على ما هو واضح فى قضية Hood V Cunard (٢)

٣) وفى قضية : R V Dudley

فقد حكمت المحكمة بعدم تناسب الفعل مع جريمة القتل وذلك فى الفعل الذى أقدم عليه المدعى عليه عندما قتل صاحبه لأنقاذ نفسه حينما غرقت السفينة ونجا هذان الشخصان فقتل المدعى عليه/ الثانى ليأكل لحمه وينقذ نفسه من الموت (٣).

٤) وكما قال لورد بيكن Lord Bacon لو أن شخصا ركب على خشبة فى البحر وحاول شخص آخر أن يركب عليها ونتيجة لذلك غرق الأول فهذا جائز ولكن لا يجوز قتل شخص برىء لينقذ نفسه قطعا (٤)

٥) فى قضية : Gegson V Gilbert

عندما ألقى مائة و خمسون عبدا أفريقيا فى البحر بسبب قلة الماء وحكمت المحكمة ضد الملقى حيث لم يقدم المدعى عليه شهودا لأثبات الضرورة لفعله الذى 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 فى قانون سير السيارات لعام ١٩٦٧م، مادة ٧٩

يستثنى سيارات الشرطة والإسعاف والاطفاء من السرعة المحددة ولكن لا ترفع المسئولية المدنية عن السائق(١)

بمعنى أن المسئولية الجنائية ترفع ولكن لا ترفع المسئولية المدنية على ما هو واضح فى هذه الصورة.

المبحث السابع

في

حكم انقاذ المضطر

إن الشريعة الاسلامية توجب التدخل في حالة وقوع الخطر بالغير وهذا التدخل انما هو لاغاثة من وقعت به تلك الحالة حتى يمكن انقاذه من الهلاك وإذا قلنا أنه واجب فمعنى ذلك أن من لم يفعل ذلك فهو آثم شرعا فمن يمتنع عن انقاذ غيره من الهلاك يرتكب أمرا حرمه الله تعالى ويعاقب بلا شك في الآخرة ولكن هل عليه مسئولية في هذه الدنيا ويعاقب عقوبة دنيوية اختلف الفقهاء في هذه المسألة مع اتفاقهم على أن الامتناع عن انقاذ 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 انقاذ الغير اذا أدى إلى حدوث نتيجة ضارة فانه يعتبر جريمة حسب النتيجة التى حدثت يعنى أنه لو ادّى الامتناع إلى قتل النفس كانت الجريمة قتلا واذا ادّى 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 الترك والامتناع فمنهم من يرى أن الامتناع المجرد هو جريمة في 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 فانه يضمن ديته (١).

وقالت الظاهرية فيمن مات عطشا : ان الذين لم يسقوه إن كانوا يعلمون أنه لاماء له ألبتة إلا عندهم ولا يمكنه ادراكه أصلا حتى يموت فهم قتلوه عمدا وعليهم القود لمنعهم الماء عنه حتى يموت كثروا أو قلوا ولا يدخل فى ذلك من لم يعلم بأمره ولا من لم يمكنه أن يسقية (٢).

المذهب الثانى : للحنابلة والامامية

وهو يتفق فى الجملة مع مذهب المالكية والظاهرية من أن الممتنع عن انقاذ المضطر يكون مسئولا جنائيا إلا أنه يشترط عند الحنابلة والأمامية 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 فى تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بذلك ولأنه اذا اضطر اليه صار أحق به ممن هو فى يده وله أخذه قهرا فاذا منحه 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 فى فقه الامامية : مفتاح الكرامة للعاملى 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 فان الممتنع لا يضمن وبصفة خاصة فى حالة موت المضطر فلا يعتبر الممتنع عن انقاذه قاتلا وليس عليه عقوبة القتل لا عمدا ولا خطأ.

وتوضيح ذلك : أن الحنفية لايعتبرون الجريمة بالترك كالجريمة بالفعل بحيث تكون لها عقوبتها فمن رأى شخصا يغرق وهو يستطيع انقاذه فلم ينقذه فلا يعد تركه جريمة قتل يعاقب فيه بعقوبة القتل عمدا أو خطأ فكما يقول الكاسانى: ولو طين على أحد بيت حتى مات جوعا أو عطشا لايضمن عند ابى حنيفة وعندهما يضمن الدية وجه قولهما:

أن الطين تسبب فى اهلاكه لأنه لابقاء للآدمى إلا بالأكل والشرب (١).

ومع ذلك فإنه ينبغى التأكيد على أن فقهاء المذهب الحنفى يعتبرون الامتناع عن انقاذ المضطر فى هذه الحالة اثما وعصيانا ومخالفا لأوامر النبى 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) فى ذلك كمذهب المالكية ومذهب الحنابلة.

بيان الرأى الراجح

فاذا ثبت أن الإمتناع كان سببا فى حدوث نتيجة ضارة فإن الممتنع يكون مسئولا عن هذا الامتناع فيعاقب بعقوبة الجريمة العمدية فى حالة العمد وبعقوبة الخطأ فى حالة انتفاء القصد الجنائى.

---

١) بدائع الصنائع

٢) بدائع الصنائع ١٨٩/٦، وراجع ايضا 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 الا اذا نص القانون عليه صراحة بما يدل على أنه يأمر باتيان فعل معين(١). مثلا اذا رأى شخص رجلا جريحا 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 لخبر المسئولين عنها بحالة هذا الجريح... فاذا 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 الاهمال أو عدم الاحتياط(٣). مثلا اذا كان المدعى راكبا فى سيارة يسوقها المدعى عليه فاذا أصيب المدعى بجراحة نتيجة لأن المدعى عليه لم يستطع أن يوقف سيارته بسبب عطل مفاجيء فى الكوابح (الفرامل) ففى هذه الحالة يكون المدعى عليه مسئولا عن الحادث بسبب التساهل وعدم الاحتياط(٤).

ويذكر القانون أهم التطبيقات لهذه المسألة ومنها على سبيل المثال مايلي:

فى قضية Johnson V Rea Ltd

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 الاهمال لإنه 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) مبادىء 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[1]. فاذا كان ذلك كذلك فان المدعى عليه يضمن.

وفى قضية Merser V South Eastern and Chattham Railway Co.'s Managing Committee

قضت المحكمة بمسئولية شركة القطار عندما لم تقم بواجبها فى اغلاق البوّابة عند مرور القطار فاصيب بذلك شخص لأنه كان يرى بأن عادة الشركة اغلاق البوّابة عند مرور القطار.

مقارنة بين الشريعة والقانون :

من هذا يظهر أن الشريعة الاسلامية جعلت انقاذ المضطر 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 غيرعامد عوقب بعقوبة الخطأ.

أما القانون الوضعى فلم يجعل الامتناع جريمة الا فى حالات محددة جدا، اذ الأساس فيه أنه لا عقاب على الامتناع وهو مايسمى بالجريمة السلبية. والله اعلم بالصواب.

---

1. Law of Torts by Street P.100
2. As above

المبحث الثامن

الضرورة وأثرها على المسئولية

قتل الممتنع عن انقاذ المضطر :

لقد أباح الفقهاء جميعا للمضطر إلى طعام وشراب أن يطلبه من الشخص الذى توجد عنده هذه الأشياء وهى زائدة عن حاجته فإن أعطاه فيها والا فللمضطر أن يقدم الثمن الذى يريده فان زاد الاخر فى ثمن فعلى المضطر أن يقبل الثمن المعروض واذا رفض رفضا باتا أن يعطى المضطر شيئا لينقذ حياته من الموت ففى هذه الحالة أباح الفقهاء للمضطر أن يستعمل القوة ليأخذ منه الطعام أو الشراب فإن كابر صاحب الطعام فى إمتناعه جاز للمضطر أن يقاتله ولكن ان أصر على امتناعه ووجد المضطر أنه لن يأخذ منه شيئا وإنّ حياته قد أشرفت على الهلاك وليس هناك سبيل لانقاذ حياته إلا عن طريق القتل جاز له قتله فإن فعل ذلك فلا عقاب عليه لأن صاحب الطعام أو الشراب أصبح معتديا مثل الباغى أو الصائل عند ما منع الطعام أو الشراب عن المضطر (١)٠

أقوال الفقهاء فى ذلك :

مذهب الحنفية : لقد قرر الفقهاء الحنفية أنه اذا منع صاحب البئر الماء عن المضطر فإنه يجوز له مقاتلة بالسلاح فإن قتل المضطر فهو شهيد وعلى قاتله القصاص فإن قتل المانع فدمه هدر كما قال الكاسانى فى كتابه :

---

١) بدائع الصنائع ١٨٩/٦ ٠

" وليس له أن يمنع الناس من الشفه وهو الشرب إلا إذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم من الدخول في أرضه اذا لم يضطر إليه لأن الدخول اضرار به من غير ضرورة فله أن يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له اما أن تأذن بالدخول وامّا أن تعطى بنفسك فان لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم أن يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم(١).

ومع هذا يفرق الحنفية بالنسبة للماء المحرز في الأواني ويعطونه حكم الطعام(٢) فيوجبون بذله للمضطر و يبيحون له أن يأخذ من صاحبه ولو باستعمال القوة عند اللزوم ويجوز قتاله ولكن بدون السلاح(٣).

مذهب المالكية : فقد أوجب المالكية على المضطر أن يطلبه أولا ثم بعد ذلك عليه أن يعرض الثمن ان كان عنده أو في ذمته إذا كان لا يوجد عنده فان امتنع في كل الحالات فوجب عليه أن ينذره بالقتال وإن استمر على اصراره رغم الانذار يجوز له أن يقاتله فان قتل المانع بعد ذلك هدمه هدر كما جاء في الشرح الكبير:

" وقاتل المضطر - جوازا - رب الطعام ان امتنع من دفعه له - فيقاتله - على أخذه منه بعد أن يعلم ربه - إنه إن لم يعطه قاتله فان قتل فهدر)(٤).

مذهب الشافعية : قال فقهاء الشافعية أنه اذا وجد عند شخص طعام زائد عن حاجته يجب عليه أن يعطيه لمن هو مضطر اليه كما جاء في مغني 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 ٢/ ١٦٦ - 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 الناجزة ويجب على المضطر أن يستأذن مالك الطعام أو وليه فى أخذه فان امتنع هو أو وليه ، من بذله بعوض لمضطر محترم (فله) أى للمضطر قهره على أخذه " وان احتاج إليه لمانع فى المستقبل - وانما يجوز قتاله على ما يدفع به ضرورة "(١).

المذهب الحنبلى : صرح فقهاء الحنابلة بجواز قتال الممتنع عن بذل الطعام أو الشراب لمن يستغيث به كما قال ابن قدامه فى كتابه :

" وإن لم يكن صاحب الطعام مضطرا اليه لزمه بذله للمضطر لانه يتعلق به أحياء نفس آدمى معصوم ... فإن احتيج فى ذلك الى قتال فله المقاتلة عليه ،فان قتل المضطر فهو شهيد،وعلى قاتله ضمانه ،وان آل أخذه الى قتل صاحبه فهو هدر، لأنه ظالم بقتاله فأشبه الصائل "(٢).

مذهب الظاهرية : قال الفقهاء فى مذهب الظاهرية أنه يجب على صاحب الطعام اطعام المضطر فان لم يفعل يجوز للمضطر أن يقاتله فان قتل فعلى قاتله القصاص وان قتل المانع فهو هدر لأنه يعتبر فئة باغية كما جاء فى المحلى :

" لانه فرض على صاحب الطعام اطعام الجائع - وله - أى للمضطر أن يقاتل عن ذلك فإن قتل فعلى قاتله القود وان قتل المانع فعليه لعنة الله لأنه منع حقا وهو فئة باغية ، قال الله تعالى: (فان بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله)(٣) ومانع الحق باغ على أخيه الذى له الحق،فبهذا قاتل ابوبكر الصديق رضى الله عنه مانع الزكاة (٣).

---

١) مغنى المحتاج ٣٠٨/٤، ٣٠٩، اسنى المطالب ٥٧٣/١

٢) المغنى لابن قدامة /٨٠

٣) سورة الحجرات الاية : ٩ ٤- المحلى : ١٥٩/٦

و ما دام ذلك لازما ! التقدم المسلمين فيعمل به حتى و لو ترتب على ذلك قتل الاسرى الا أنه يشترط أن يقصد المسلمون برميهم الكفار فقط يعنى يكون فى بينهم قتل افراد العدو ، فأن قتل نتيجة لذلك أسرى المسلمين أو أصيبوا فلادية ، أو تكون الدية فى بيت المال(١)٠

١- شرح فتح القدير : ٢٨٨/٤ والأم : ٦٤/٤

والمغنى لابن قدامة : ٥٠٥/١٠

الفصـــل الـــرابـــع

فـــي

الـــدفـــاع الشـــرعـــي و أثـــره علـــى الضمـــــان

و فيـــه سبعـــة مباحـــث:

المبحث الاول: مفهـوم الـدفـاع الشرعـي و فيه مطلبـــــــــــــــــان:

المطلب الاول: ماهيـــة الدفاع الشرعـي و فيه ثـلاثـة فـروع:

الفرع الاول: تعريف الدفاع الشرعي فـي اللغـــــة .

الفرع الثاني: تعريف الدفاع الشرعي اصطـــــلاحا .

الفرع الثالث: الدفاع الشرعي فـي القانـــــــون.

المطلب الثاني: مشـــــروعيـة الدفاع الشـــرعـــــــي.

المبحث الثاني: انـــواع الدفاع الشـرعـي و شروط دفـع الصائـــــــل

فـي كل من الشريعة و القانـــون و فيه مطلبـــــــــــــــــان:

المطلب الاول: أنـــوع الدفاع الشرعـــــــــــــــي.

المطلب الثاني: فـي شـروط دفـع الصائـل فـي الشريعـــــة و القانون.

المبحث الثالث: الدفـاع عن النفـس و أثـره علـى الضمـــــــــــــــان:

المبحث الرابع: الدفاع عن العرض و أثره فـي الضمـــــــــــــــان:

المبحث الخامس: فـي حـرمة المسكن و حكم الاطـلاع علـى مافي داخل البيـــــوت

وفيه مطلبـــــــــــــــــــــــــــــــــــــان:

المطلب الاول: حـــرمة المسكـــن.

المطلب الثاني حكـم الاطـلاع علـى ما فـي داخل البيـوت .

المبحث السادس: الدفاع عن المال و أثره علـى الضمان:

المبحث السابـع: الـدفاع عن الغيـر و أثره علـى الضمـــــــان:

الفـــــــرع الاول

تعـــريف الـدفـاع الشـرعـى فـى اللغـــة

الدفاع الشرعـــى مـركـب اضـافـى مـــن لفظيـــن همـا : " الدفاع " و "الشـرعـى" ولأجـل ذلك نتكلـــم عـــن كل لفـــظ منهمـا ثـــم نتبـع ذلـك ببيـــان مفهـــوم الدفاع الشـــرعـــى ككل و ذلك على النحـو الآتـــى:

الدفاع فـى اللغـة : معنـــاه الازالة بالقـوة • يقال : دفعت عنه الأذى أزلت عنه الاذى "١) و منه قـوله تعالـى (ولو لا دفع الله الناس بعضهـــم ببعـض لفسـدت الارض(٢)• و يستعمـل ايضـا بمعنـى الـرد كقولـك (دفعـت الوديعـة الـى صاحبهـا) أى رددتهـا اليـــه (٣) أمـا لفـظ الشرعـى " فمأخـوذ من الشـــرع والياء نسبة لدلالـة الدفاع اليه و هـــو: لغـــة : مأخـوذ مـن شـرع كقولك شـــرع شـرعـا لقـوم أى سـنّ لهـم شـريعـة (٤)• ولفظ الشـريعـة أو الشـرع يـراد به ما شـرع الله لعبـاده مـن الـدين (٥)•

١- لسـان العـرب لابن منظـور: مادة "دفـع"
٢- سـورة البقـرة: الاية : ٢٥١
٣- المصباح المنير: ١٩٧/١
٤- لسان العـــرب: مادة (شرع "
٥- مختـار الصحاح: ص ، ٢٨٦

و منـــــــه قـــولـــه تعـالـــى : (لكل جعلنـــا منكـــم شـرعـة و منهاجا)(١)

و بهـــذا يمكننـــا أن نقـــول:

أن معنـــى الدفـــاع الشـــرعـــى فـــى مفهـــوم أهـل اللغـــة عبـــــارة عـــن الـــوســـائـــل الشـــرعيـــة لـدفـــع العـــدوان.

الفـــــــرع الثـــانـــى

تعـــريف الـدفـــاع الشـــرعـــى اصطـــلاحـــا

لـــم اقـــف علـــى تعـــريـــف للـدفـــاع الشـــرعـى فى كتـــب الفقهـــاء ولكـــن بمكـــن أن نفهمـــــه علـــى ضـــوء مايفهـــــم مـــن كلامهـــم مـــن أنـــه : (رد الاعتـداء بمـا يناسبـــه أو دفـــع القـوة بالقـــــوة).

الفـــــرع الثـــالـــث

الدفـــاع الشـــــرعـــى عنـــد أهـــل القانـــــون

بالتـــامل فى قانـون الضمـــان الانجليـزى نجـد أنـه يحق لكل شخص ان يدافع

١- سـورة المائـدة : الآيـة : ٤٨

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 الصائل أي الدفاع الشرعي الخاص بالقرآن الكريم والسنة النبوية.

أما القرآن : فقوله عز من قائل : " ممن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ماعتدى عليكم " [٤].

ووجه الاستدلال واضح من نص الآية وهو أن الله تعالى أباح للشخص دفع الإعتداء عن نفسه وماله وعرضه وكان الدفع بنفس فعل المعتدي 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 .

وأمـا السـنة :

فقد استدل بها لإباحة الدفاع عن النفس أو المال أو العرض وذلـك بأحاديث كثيرة :

منها : ما روى عن عبدالله 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 فان قتله بالدفع فلا قصاص ولا دية ولا كفارة عليه .

ومنها : ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لو أن امرأ إطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت 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 الثاني

في أنواع الدفاع الشرعي وشروط دفع الصائل في كل من الشريعة والقانون وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أنواع الدفاع الشرعي

المطلب الثاني: في شروط دفع الصائل في الشريعة والقانون

المطلب الأول : أنواع الدفاع الشرعي

ينقسم الدفاع الشرعي الى نوعين :

أ - دفاع شرعي خاص ويسمى اصطلاحا " دفع الصائل.

ب - دفاع شرعي عام ويسمى اصطلاحا الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أو دفع المنكر(١).

وللدفاع الشرعي 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)

الثاني : قوله تعالى : "الذين ان مكناهم في الأرض أقاموا وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولله عاقبة الأمور "(٣)

وأما السنة فمن وجهين أيضا:

---

١) التشريع الجنائي للشهيد عبدالقادر عودة ٤٧٣/١ .

٢) سورة المائدة ٢

٣) سورة الحج الآية ٤١

الأول : قول النبى 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 : ٣/٩٩ ، ٢٠١

٢) صحيح مسلم كتاب الإيمان . حديث رقم : ٧٨ مسند أحمد / ٢/١٠٤

المطلب الثانى

فى شروط دفع الصائل فى الشريعة والقانون

لدفع الصائل 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 يأتي :

الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء أو عدوان

ان النصوص الشرعية التى سبق ذكرها تبين أن الدفاع الشرعى لايتحقق الا الا عند حدوث الاعتداء على المصول 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 استعمالا لحقه ولا للزوجة أن تدافع ضد زوجها اذا كانت هذه الافعال/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 لايعتبر اعتداء بل يجب لكون الفعل اعتداء أن يكون غير مشروع وزاد الحنفية على هذا أن لابد أن يكون هذا الفعل مما يعتبر جريمة معاقبا عليها (٢)

---

١) التشريع الجنائى ٤٧٨/١

٢) الفقه الاسلامى وأدلته ٥/ ٧٥٣ ، ٧٥٤

وعلى هذا اختلف الفقهاء فى حكم دفع صيال المجنون والصبى والحيوان

فيرى مالك والشافعى وأحمد أن للمصول عليه أن يدفعهم واذا هلكوا من دفعه فلا يكون مسئولا من الناحية الجنائية أو المدنية (١).

لكى الحنفية لايعتبرون أفعال الصبى والمجنون والحيوان جريمة وبالتالى لاحق للمصول عليه 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 الصبى والمجنون لأن فعلهما جريمة وانما 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 ينقى المسئولية عنه نفسه (٣)إذا قاوم هذا الاعتداء حين وقوعه وقد يتفق قانون الضمان الانجليزى (تورت) مع موقف الشريعة حيث يقول يمكن أن نستعمل 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)

---

١) حاشية الدسوقى : ٢٣٨/٤ / تبصرة الحكام ٣٥٦/٢، المهذب ٢٢٥/٢، الأم ١٧٢/٦، المغنى ٨/ ٣٢٨ - ٣٢٩

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 التى تصدر عن السلطات المسئولة عن الأمن والحفاظ على سلامة المواطنين ضد الفساد والشغب والفوضى وأى دعوى ضدهم لا أساس لها فى رأى القانون ونسوق فيمايلي بعض الأمثلة التى 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 التى 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 فاذا حبس شرطى شخصا بتهمة الاخلال بالامن ففى هذه الحال يجب أن تتوافرلدى الشرطى أدلة على حدوث طوارئ ولا يمكن تجنب هذه الطوارئ الا بحبس هذا الشخص فإذا لم توجد هذه الأدلة ثبت عدم وجود نية حسنة لدى هذا الشرطى(٣). ومن ثم يكون مسئولا عن أفعاله بالضمان .

الشرط الثانى : أن يكون الاعتداء حالا.

يجب لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون الاعتداء حالا على أى شيء الوقوع، فليس بلازم 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 البجيرمي من علماء الشافعية حيث قال:

" فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة " اهـ[١]. وقال الأستاذ عبد الرحيم في كتابه :

" إن القانون لايعطي مهلة لمرتكب الجريمة حتى يعتدي على الشخص في ماله أو نفسه . وإنما يعطي الحماية لمن يخاف على نفسه وماله أن يدفع عن نفسه وماله مع مراعاة لبعض الشروط "[٢].

ولذا أقرت الشريعة قيام حق الدفاع الشرعي إذا كان الخطر و شيكا ليكون الدفع وسيلة لمنع وقوع الضرر.

فالإعتداء على صورة من ثلاث . أما أن يكون قد تم وقوعه فعلا :

أو يعيد الوقوع

أو بين الأمرين وحق الدفاع الشرعي لايكون الا في الصورة الأخيرة فقط. ومن ثم كانت مدة الدفاع الشرعي معددة فهي تبدأ من قرب حلول الخطر وتنتهي بزوال الخطر[٣].

فإذا كان الاعتداء قد تم وانتهى فلا محل لقيام الدفاع الشرعي فاذا سرق اللص وهرب وقتل الجاني المعتدى عليه وارتكب الزاني جريمة الزنا وولى[٤] فإن هذه الجرائم تمت ولا يجوز الآن حق الدفاع لأن الدفاع الشرعي. إنما المنع شرع الإعتداء فقط وليس للقصاص والانتقام، بل يرفع الأمر للقضاء ليقول كلمته في ذلك.

وما تقدم كان في الشريعة

أما القوانين الوضعية فالثابت فيها أنه يجب على المدعى عليه أن

---

١) حاشية البجيرمي ٢٣٧/٤ نقلا عن الكتاب

٢) ٣٥٢ - ٣٥١، سر عبد الرحيم -/اسلامك لا آف تارت لياقت علي خان ص ٣٥٠

٣) الاقناع ٢٨٩/٤، المغني ١٦٣/٩، الأم ٣١/٦ .

٤) الزيلعي/تبين الحقائق ١١٠/٦، الأم ٣١/٦، المغني في ١٦٣/٩ .

ان يثبت أن الاعتداء كان حقيقيا وليس خياليا ولا وهميا (١). ومع ذلك لايسمح 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 يجري العمل به في كل من الباكستان 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 مسلحا الى مزارعه نظرا الى الخطر المتوقع فوجد أن الفريق المخالف كان مسلحا أيضا وتقدم اليه فاطلق الرصاص دفاعا عن نفسه فحكمت المحكمة أن ما قام به المدعى عليه كان دفاعا عن نفسه لأنه قد وجد حق الدفاع الشرعي/حين ظهر الفريق المخالف مسلحا مهاجما (٤).

وكذلك الحكم في القانون الباكستاني يجري 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 بانه لايجوز الانتظار حتى يدخل السارق البيت ويقوم بالهجوم.(١) وهكذا تقول محكمة النقض المصرية لايلزم فى القانون لقيام حالة الدفاع الشرعى

ان يكون الاعتداء قد وقع فعلا على النفس أو المال بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه ان يقع هذا الاعتداء.(٢)

الشرط الثالث : ألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر:

عرفنا مما تقدم أن حق الدفاع الشرعى مشروع فى الشريعة الاسلامية، يباح استعماله ولكنه ليس مطلقا بل مقيد بشرط هو : " عدم امكان دفع الاعتداء بوسيلة أخرى فإذا كان يمكن للمسئول عليه أن يحتمى بالناس أو برجال السلطة العمومية عند حدوث الاعتداء فليس له أن يستعمل حقه فى الدفاع أمّا 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 :

(أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالى؟ قال: فلا تعطه قال: أرأيت ان قاتلنى ؟ قال: قاتله قال أرأيت ان قتلنى؟ قال: فأنت شهيد قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: فهو فى النار)(٤).

١- 1. Ghulam V Emperor. AIR 1929 All 2,30 Cr.I.j 502 مصطفى

٢- مجموعة احكام النقض ص ٠ ٩١ ٠ نقلا عن شرح قانون العقوبات للدكتورمحمود محمد

(٣) الأم ٦ -- ٢٨ وحاشية ابن عابدين ٣٨٧/٥، وما بعدها٠ ص: ١٨

(٤) ، وسبل السلام ج ١٢٣٥/٣

ص ١٢٣٥، نشر مكتبة عاطف بالأزهر بالقاهرة٠

و يبين ذلك ما ذهب اليه الفقهاء من التفرقة بين الصيال فى لمصر ليلا والصيال فى المصر نهارا فاذا قتل المصول عليه صائلا فى المصر نهارا كان مسئولا

لأن وقت النهار كان من الممكن فيه دفع شر الصائل بالاستغاثة بالناس أو برجال الأمن (١).

هذا فى الشريعة وأما موقف القوانين الوضعية من الشرط المتقدم فانها تتفق مع الشريعة حيث تقرر انه اذا كانت الظروف لا تسمح بالدفاع الشرعى ويمكن الالتجاء الى وسيلة أخرى فلا يجوز استعمال القوة. يوضح ذلك ما جاء فى قضية تخاصم فريقين حول ملكية شىء لم يستطع المدعى عليه ان يثبت حقه للملكية فى ذلك الوقت فتجادل الفريقان حتى استعملوا القوة فيما بينهم فحكمت المحكمة أنه 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 أو الى أى طريقة أخرى 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 ففى قضية (Mangta V Emperor) ان شخصا قد اخذ زوجته بالقوة من بيت اهلها وعند ذلك اخذ ابوها واخوها سلاحا 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 ذهبا الى الزوج وتجادلا مع اخيه وقتلاه فحكمت المحكمة ان هذا لا يعتبر دفاعا شرعيا لانهم قاموا بالهجوم اولا ولم يكن هناك اى خطر بالنسبة للزوجة لانها كانت عند زوجها وكان لديهم وقت كاف للالتجاء الى السلطة.(١)

الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه أو بمعنى آخر لزوم التناسب بين الاعتداء والدفاع . فاذا كانت الشريعة أجازت دفع الاعتداء فان العدالة تقتضى القيام بتنفيذ هذا الحق.

واذا مارس الانسان حق الدفاع الشرعى فليس له أن يتعدى القدر اللازم لتحقق الحكمة منه أى يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء فلابد فى الدفاع أن يكون متناسبا مع الاعتداء فان زاد فهو اعتداء لادفاع وعلى هذا فالمصول عليه مقيد دائما بأن يدفع الاعتداء بأيسر ماينفع به وليس له أن يدفعه بالكثير إذا كان من الممكن أن يندفع بالقليل . ولهذا نجد أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية قد اتفقوا على وجوب الاقتصار على أسهل ما يمكن من القوة لدرء الخطر(٢).

وللمدافع أن يدفع عن نفسه بالوسيلة التى يراها لازمة لرد الاعتداء وقد أشار الكاسانى الى هذا المعنى بقوله :

" أن من قصد قتل الإنسان لا ينهد ردمه بمجرد هذا الحق ولكن ينظر ان كان المشهود عليه (اى المصول عليه) يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لايباح له القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح القتل لأنه من ضرورات الدفع فان شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنه لايقدر 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 شىء 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 للانسان أن يستعمل القوة التي يراها مناسبة لحفظ نفسه وماله[١] ولا تتجاوز القوة المستعملة الخطر 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 الا في حالة تجاوز هذا الخطر الى ما هو أشد من ذلك [٤].

ولكن ماهي القوة المناسبة لدفع الخطر،هذا هو السؤال الأساسي الذي ينبني على الحقائق في كل قضية [٥].

كما يقول ستريت : ومن المفيد أن يعلم أنه هل كان من الممكن للمدعى أن يحفظ نفسه من هذا الخطر،وهل دافع عن نفسه بالقوة المناسبة المطلوبة في ذلك الوقت، أو أن المدعى 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 محقا فى اطلاق الرصاص على الكلب عنه هروبه و انما كان له هذا الحق فيما لو هجم عليه (١).

وكذلك فى قضية (R V Jones)

أن امرأة قد عضت بأسنانها كتف شرطى حاول ان يأخذ بصمات أصابعها بدون اذنها فحكمت المحكمة بأن عملها مناسب للدفاع عن نفسها (٢).

القانون الهندى و الباكستانى :

وكل من القانون الهندى و الباكستانى يتساوى مع القانون البريطانى فى هذه المسائل .

ففى قضية عنايت 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 عبد الخالق ضد الدولة

قد تخاصمت مجموعتان : الأولى كانت مسلحة بالعصى و الأخرى بالأسلحة الثقيلة فهاجمت الثانية المجموعة الأولى فأصابتها بالجراحات الشديدة مع انها 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 اذا صال صائل على نفس الانسان جاز له أن يدافع عن نفس دل على ذلك الكتاب والسنة على ما سبق بيانه. اختلفت كلمة الفقهاء فى هذا الحكم وذلك على ثلاثة آراء:

الرأى الأول :

أن الدفاع عن النفس واجب مطلق.

وهذا هو ظاهر مذهب الأحناف والراجع عند المالكية والشافعية والظاهرية (١).

أدلة الفريق الأول :

وهى من الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة:

أولا : الكتاب

وهو من وجهين :

الأول : قوله تعالى " وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله "(٢).

الثانى : قوله عز وجل : " ولكم فى القصاص حياة "(٣).

---

١) مغنى المحتاج ١٩٥/٤، الدر المختار ٤٨١/٥ ، المحلى ٩٩/١١، ٣١٤، مواهب الجليل ٣٢٣/٦ .

٢) الحجرات : ٩

٣) سورة البقرة آية : ١٧٩.

و أما السنة فمن وجهين أيضا ٠

ما روى

الأول: / عن ابى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: من شهر سيفه ثم وضعه قدمه هدر" (١)٠

الثانى: قوله صلى الله عليه وسلم " من قتل دون نفسه فهو شهيد " (٢)٠ و قال الجصاص من الحنفية " و لا 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 مواقفون عليه (٣)٠

الرأى الثانى: الدفاع عن النفس جائز:

و هذا فى مذهب الحنابلة فى الرأى الراجح عندهم و هو الرأى المرجوح عند المالكية و أحد رأيى الشافعية(٤)٠

أدلة الفريق الثانى : وحجة هؤلاء حديث الرسول صلى الله عليه وسلم فى الفتنة فقال الرسول صلى الله عليه وسلم ٠

١- " اجلس فى بيتك فان خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك(٥)

٢- و قال عليه الصلاة والسلام " فكن عبدالله المقتول ولا تكن عبدالله القاتل(٦)٠

الرأى الثالث: و هم القائلون بالتفصيل حيث ذهبوا الى ملاحظة حال الصائل 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 الفصاص : ٣٢٧/١ النسائى كتاب المحاربة : ١٦٦/٢ المكتبة السلفية لاهور
٣- احكام القرآن : ٤٠٢/١
٤- المغنى : ١٠/ ٣٥٠ و ما بعدها ، مواهب الجليل : ٣٢٣/٦ الأم: ١٧٧/٦
٥- مسند أحمد : ٦٩٣/٣
٦- مسند أحمد: ١١٠/٥

أولا: حالة الصائل:

اذا كان الصائل مسلحا لا يجب الدفاع بل يجوز الاستسلام ولا يقاتل أحدا و دليلهم على ذلك خبر أبي داود كن خير ابني آدم يعني هابيل و قابيل و في رواية " فكن عبدالله المقتول (١). فانه دال على جواز الاستسلام في النفس والمال و اشتهر ذلك عن الصحابة رضيّ اللهعنهم ولم ينكره أحد و هذا هو الرأى الراجح في مذهب الشافعية والمرجوع في مذهب الحنابلة (٢).

و اذا كان الصائل كافرا أو بهيمة يجب الدفاع لأن الاستسلام للكافر ذل في الدين والبهيمة تذبح لاستبقاء نفس الانسان و هذا عند الامام الشافعي. (٣)

ثانيا: في زمن الفتنه:

و للفقهاء في هذه الحال رأيان:

أحدهما: وجوب الدفاع في غير حالة الفتنه أما في حال الفتنه فلا و هذا هو الرأى الأصح في مذهب الحنابلة. (٤).

ثانيهما: الدفاع جائز مطلقا بمعنى انه غير واجب في كل من زمن الفتنه و غيره و هو راى لبعض الشافعية والمالكية (٥)

١-

٢- المغني: ٣٣٣/٨ و مغني المحتاج: ١٩٥/٤.

٣- مغني المحتاج: ١٩٥/٤.

٤- مطالب أولي النهى: ١٦٨/٤

٥- المراجع السابقه: للمالكية والشافعية.

الدفاع عن النفس فى القانون:

الدفاع عن النفس فى القانون فهو كمايلى: 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) سالفة الذكر فانه يجوز للانسان الدفاع عن نفسه و عن جسم شخص آخر ضد أى جريمة تضر الجسم الانسانى(١)٠ 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 المرء عن نفسه ٠

٢- تحت التهديد الذى يؤدى الى جرح شديد٠

٣- تحت التهديد بالحبس الذى يرى فيه الشخص أنه لا يمكن له اللجوء الى السلطات الحكومية لاطلاق سراحه ٠

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 كرسيا 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 نظرٍ الى أنه رد عليهم قبل هجومهم أو بعد هجومهم (١)٠ و كذلك فى قضية أخرى(

عند ما 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)٠

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 ٠ و من ثم كان كل فعل من أمثال هذا الفعل منصوصا عليه فى هذا القانون(٣)٠

* * *

---

1. PLD 1960 Lahore 62.
2. PLD 1963,Karachi 857,PLD 1967,Lahore 1160

٣- ١٩١ شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود محمود مصطفى٠

أثـــر الـدفـاع عـن النفـــس فـى الفقه الاسـلامـــى

اتفـــق الفقهـــاء علـى أن المـدافـع اذا قتـــل الصائـــل فـلا مســئوليه عليـــه (١) مـدنيـــا ولا جنائيـــا فليـــس عليـه قصاص ولادية لقـوله صلـى الله عليه وسلـــــم من شهـــر سيفـــه ثـم وضعـــه فـدمـــه هـــدر (٢)٠

واذا كان الصائـــل طفـــلا أو مجنونـا ففـى رأى الجمهور و أبـى يوســـف من الحنفيـــة الحكم نفســه (٣)٠ و قال أبـو حنيفـة و محمـد و سائـر علمـاء الحنفية غيـــر أبـى يوسف أنـــه يضمـــن مـدنيـا ولا يضمـــن جنائيـــا فيلـــزمـه الضمـان علـى ما الحق بهـــم من تلف أو ضرر لأن أفعـال هـــؤلاء لا تعتبـــر جرائـــم و انمـــا جـــاز دفعهـــم ضـرورة فـلا يسقـــط الضمـــان(٤)٠ علـى ما سبـق بيانه ٠

أمـا اذا كان الصائـــل حيـوانا فالجمهور علـى أنـه لايضمنـــه المدافـع مـدنيا ولا جنائيـــا أمـــا عنـد الحنفيـــة فيضمـــن المـدافـع لأن الاتـلاف فـى الـدفاع عـــن النفـــس كان لاحيائهـــا ولمصلحـــة المدافـع فيضمـن كما لو اضطـر الـى أكل طعـام غيـره لاحياء نفســه فانـــه يضمنـــه (٥)٠ كـذا هـذا

مـوقـف القـوانيـــن الوضعيـــة فـى أثـــر الدفاع عـن النفـــس:

علماء القوانيـــن الوضعيـــة يوافقـون رأى جمهور الفقهـاء فـى الدفاع عـن النفس و أن المدافـع لا يضمـــن لا جنائيـا ولا مدنيـا ســواء كان الصائـــل إنسانـــا مميـــزا أو طفـــلا أو مجنـــونا أو مـن يلحـق بهمـا أو كـان حيـوانـا أو مكـرها و ذلك لأن الفعـــل الـذى يقـــع أو يرتكبـه المـدافـــع فـى سبيـــل نفـاذ حـق الـدفاع الشرعـــــى الخـــاص فعـل مشـروع و قـد أشـار الـى هـذا القانـــون الباكستانـى (٦)٠ و كـــذ لك

١- المغنى : ٣٥١/١٠ ـ ٣٥٥ المبسوط: ٢٤ /٥٠ـ ٥١ شرح المنهج بحاشية الجمل: ١٦٦/٣

٢- بـى ، بـى ، سـى ـ مادة : ٩٨ ـ ٩٧٠

٣- المغنى : ٣٢٨/٨ ـ تبصرة الحكام: ٣٥٦/٢

٤- المغنى: ٣٢٨/٨ ـ ٣٣٠وتكملة فتح القديـــر ٢٣٢/١٠ حاشية ابن عابدين: ٣٨٨/٥

٥- المغنى : ٣٥١/١٠ ـ ٣٥٥ المبسوط: ٢٤ /٥٠ـ ٥١ شرح المنهج بحاشية الجمل: ١٦٦/٣

٦- بـى ، بـى ، سـى ـ مادة : ٩٨ ـ ٩٧٠

١- الاقناع : ٢٨٩/٤ ، والمهذب: ٢٤٣/٢ الهداية مع شرح فتح القدير: ٢٦٩/٨ الأم : ٢٧/٦ وحاشية ابن عابدين: ٥/ ٣٨٨٠

٢- نصب الراية : ٢٤٧/٤ المهذب : ٢٢٥/٢ الأم : ١٧٢/٦

القانون المصرى (١)٠ و نصت المادة (١٦٦) من القانون المصرى الجديد على أن " من أحدث ضررا و هو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه كان غير مسئول (٢)٠

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 الانسان أو ماله يرفع المسئولية والضمان عنه فى قانون الضمان تورت(٤)٠

٣- لا يتخذ أى اجراء ضد المدافع عن نفسه أو ماله و ما حصل من ضرر من جراء ذلك فليس عليه مؤاخذة عنه (٥)٠

و يشرح علماء القانون هذه النقطه بالمثال الآتى ، اذا ضرب زيد بكرا و جرحه أو شق ثيابه و أثبت زيد بأنه فعل ذلك مدافعا عن نفسه ضد اعتداء بكر و قال بكر أن ذلك لم يحصل الا عندما دخل زيد فى ملكه بدون اذن و اعتدى عليه با ستعمال القوة ولكن اذا أثبت زيد بأن فعله كان دفاعا عن نفسه فليس عليه شىء(٦)٠

١- الموسوعة الجنائية للجندى عبد الملك : ٥١٨/١

٢- مصادر الالتزام لأحمد حشمت: ص ، ٤١٥ والالتزامات الجزء الثانى لمحمد كامل مرسى : ص . ١٤١ ٠

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

و قـد جـاء فـي قضيـة (Dale V Wood) ادعـــى المـدعـى بأن المدعى عليـه قد ضربه وجرحه و ســـبه و نتيجـة لهـذا فقـد طالب بضمـان هـذا الاعتـداء و قد اثبـت المـدعى عليـه بأن المـدعى دخـل عليه راكبـا فرسـه حاملا بيـده عصـا فقضـت ا لمحكمـة بأن عمل المدعـى عليـه كان جائـزا لأنـه كان دفاعـا عن نفسـه و دعوى المدعى لا تعتبـر(١)٠

* * *

1. Law of Torts by Winfield p.720, Clerk and Lindsell 294,Street 70.

المبحث الرابع

الدفاع عن العرض و أثره في الضمان

الاعتداء على العرض قد يكون بواسطة زنا أو مقدماته أو بالاطلاع المحرم في بيوت الناس أو بالدخول في المسكن بغير اذن صاحب البيت ونتكلم عن هذا الموضوع في مطلبين تسهيلا لمعرفة الأحكام و هما :

المطلب الاول: في الدفاع عن العرض (الزنا و مقدماته)

لو هاجم شخص شخصا آخر لارتكاب الفاحشة مع أهل بيت الأخير مثل الزنا و مقدماته فللعلماء في ذلك رأيان :

الرأى الاول: ذهب أصحاب هذا الرأى إلى وجوب الدفاع عن العرض بشرط القدرة أو السلامة و هو ظاهر مذهب الأحناف و مذهب الشافعية والراجح عند المالكية والحنابلة و عند أهل الظاهر(١).

الرأى الثاني: و ذهب اصحاب هذا الرأى الى القول بأن حكم الدفاع عن العرض جائز و هذا رأى المالكية و الحنابلة في المرجوح من رأييهما وهو رأى الشافعية عند خوف القتل(٢). و أرى تحرير اقوال الفقهاء في هذا الموضوع كل على حدة عملا على الايضاح والبيان يرى الحنفية وجوب الدفاع عن العرض فإذا اضطر المدافع الى قتل الصائل فانه يباح له قتله . و قال أبو بكر الجصاص بعد أن ذكر الاحاديث التي تدل على دفاع المرء عن نفسه وأهله و ما له و أنه شهيد . فقال : (و لا يكون شهيدا الا و هو مأمور بالقتال ان أمكنه و قد تضمن ذلك إيجاب قتله اذا قدر عليه (٣).

---

١ المغني ٣٣٣/٨: مغني المحتاج : ١٩٥/٤ المحلى ٩٩/١١ مذاهب الجليل: ٣٢٣/٦

٢ المبسوط ٥٠/٣٤ بتصرة الحكام ٣٥٦/٢ ، مغني المحتاج: ١٩٥/٤ ، المغني : ٣٣٣/٨

٣- أحكام القرآن للجصاص : ٤٠٢/١

و جاء فى الدر المختار للحسكفى و معه شرحه: رد المحتار لابن عابدين كما أن لها (أى للمرأة) قتل الزانى لو أكرهها و كذلك الغلام له قتل من صال عليه ، اذا توقف الدفع على قتله (١)

عند المالكية : الصائل على البضع يعتبر محاربا يحل قتاله بل هو أولى من الصائل على النفس أو المال و قد قال الإمام مالك رحمه الله تعالى " قتال المحارب جهاد يجب قتل الصائل اذا اراد بأهله الفاحشة و لم يمكن التخلص و صيانة العرض منه إلا بقتله (٢)٠

عند الشافعية : اذا أراد رجل فاحشة بأمرأة فلها و لزوجها و لقريبها دفعه فان لم يمكن الا ان يقتله فله قتله (٣)٠ ولا يختص حق الدفاع عن الفاحشه للمصول عليه أو قريبه فى مذهب الشافعية بل يجب على الأجنبى أيضا الدفاع عنه اذا قدر على الدفع مع الأمن له (٤)٠ لأن الشرط عند الشافعية فى الدفاع أن يأمن المدافع على نفسه و عضوه و منفعته و كذلك مقدمات الوطء اذ لا تباح بالاباحة (٥)

و عند الحنابلة : أنه يجب الدفاع عن العرض فمن أريدت حرمته فله دفع المريد عن ذلك بأسهل ما يمكن دفعه به فإن لم يحصل الا بالقتل فله ذلك(٦)٠

و عند الظاهرية : فهم يرون ايضا و جوب الدفاع عن العرض و قد 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 أمرأته (٧)٠

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 ، والمقنع : ٥٠٥/٣ - ٥٠٦ والانصاف: ٣٠٤/١٠
٧- المحلى: ١١/ ٩٩

بيـــان الراجـــح

والراجـــح: بأن الدفـاع عن العـرض واجـب و هذا هو الواضح من أقـــوال الفقهـاء علـى ما تقـدم بيانـه ٠

و بعـد الانتهـاءمن ذكـر اقـوال الفقهـاء فـى الدفاع عـن العـرض أرى أنـــه من المفيـد ان ألخـص ما يستفـاد من أقوالهـم فـى أثـر الدفاع عن العرض٠ فجمهور الفقهـاء يـرون دفـع الصائـل الزانـى و لو بالقتـل حالـة التلبـس مطلقـا و اشتـــرط البعـض منهـم الاحصان وإليـك آراء الفقهـاء فـى إهـدار دم الصائـل : من عـدمه :

الحنفيـــة : فعـــد الأحنـاف يجب الدفـع عـن العـرض وصيانتـه عـن الفاحشة فإن لم يمكـن الا بالقتـل يجب قتـل الصائـل بل انه فـى بعـض الأحوا ،ل يبـاح قتلـه ابتـداء بـدون استعمـال وسيلة أخـف (١)٠ و بالتالـى لايضمـن المدافـع كما جـــاء فـى الدر المختـار (٢)٠

والمالكية : لهـم قولان: أحـدهمـا : عـدم الضمـان بقتـل الزانـى مطلقـــــا والآخـــر ضمـان غيـر المحصن(٣)٠

فاذا وجـد الزوج رجلا يـزنـى بامرأتـه و كانـت غيـر مكرهـة فقتلهمـــــا فـلا قصـاص عليه ولاديـة (٤)٠

والشافعيـة : قالوا بعـدم ضمـان المدافـع مطلقـا فاذا وجـد رجـلا يـزنـى بامـرأتـه لزمـه منعـه و دفعـه فإن هلك فـى الدفـع فلا شـىء عليـه (٥)٠

الحنابلـة : و قالـت الحنابلـة اذا وجـد رجلا يـزنـى بامرأتـه (و كانـت غير مكـرهـة) فقتلهمـا فـلا قصـاص عليـه ولا ديـة(٦)٠ فهـم يوافقـون المالكية فـى احـد القوليـن علـى ماسبـق ذكـره و قال أحمـد فـى امـرأة أرادها رجل علـى نفسهـا

١- شرح فتح القدير و شرح العناية على الهداية: ٢٦٩/٨
٢- الدرالمختار ٤٩٣/٥ ٣- الدسوقى و حاشيته على الشرح الكبير: ٢٣٩/٤
٤- حاشيـة الدسوقى: ٢٣٩/٤ ٥- مغنى المحتاج: ١٩٦/٤ - ١٩٧م٠والمهذب: 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 عليها ، 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 يودى أبدا ولأنه اذا جاز الدفع عن ماله الذى يجوز بذله و إباحته فدفع المرأة عن نفسها و صيانتها عن الفاحشة التى لا تباح بحال أولى(١)٠

فالرأى الراجح هو ما ذهب اليه الجمهور و هو عدم مسئولية المدافع عن كل ما أصاب الزانى مطلقا و لو كان محصنا أو غير محصن لان الدفاع ليس حدا حتى يفرق بين محصن و غيره والله اعلم٠

هذا عن الدفاع عن العرض فى الفقه الاسلامى " أما "الدفاع عن العرض فى القانون " فإن القوانين الوضعية تعتبر الزنا جريمة اذا وقعت مع الاكراه أو بدون رضا صحيح أما اذا كان الزنا برضا المرأة فلا يشكل هذا جريمه فى نظر القانون و بالتالى لا عقاب على هذه الحالة الاخيرة كما فى قانونى العقوبات العراقى(٢) والمصرى(٣) ٠ فمن واقع أنثى برضاها أو لاط بأنثى أو بالذكر مع توافر الرضا لا عقاب ولكنه يعاقب إذا انعدم الرضا ، أو كان رضا المفعول به ناقصا أو معيبا بأن لم يبلغ ثمانية عشرعاما٠

و كذلك كان بنص القانون الجنائى الباكستانى قديما على أن الزنا لا يعتبر جريمة مع رضا المرأة أما الآن و بعد تطبيق قوانين الحدود الشرعية فإن الأمر اصبح بخلاف ما تقدم حيث تنص القوانين الشرعية على أنه اذا حدث ان رجلا وامرأة اتصلا جنسيا بدون نكاح شرعى فيعتبر ذلك جريمة زنا (٤)٠ و هذا هو شرع الله تعالى وهو الاولى بالتطبيق

١- المغنى: ٣٥٢/١٠ ٢- قانون العقوبات العراقى: المواد: ٢٩٣-٢٩٧

٣- المسئولية الجنائية للقللى : ص ، ٣٤١ 4.P.P.C.& Shariat Law by Mazhar Husain p.9

المبحث الخامس

في

حرمة المسكن وحكم الاطلاع على ما في داخل البيوت

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حرمة المسكن

المطلب الثاني : حكم الاطلاع على ما في داخل البيوت .

المطلب الأول

حرمة المسكن: الدخول في مسكن الغير بدون إذن صاحب البيت اعتداء وصال محرم فقد أجازت الشريعة الاسلامية لصاحب المسكن أن يدفع الصائل بقوة مناسبة كما جاء في 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 أزكى 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 ان الدخول جائز في 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 فقؤ عين من إطلع فى بيت غيره من غير قصاص ولا دية)[١].

/

ويرى الامام الشافعى : فى ذلك أنه (إذا دخل رجل منزل الرجل ليلا أو نهارا بالسلاح فأمره بالخروج فلم يخرج فله أن يضربه وإن أتى الضرب على نفسه فإذا ولّى راجعا لم يكن له ضربه[٢] وكذا يرى المالكية[٣] ولا يخرج رأى 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 المقصود 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 القوانين فى حرمة المسكن

ان القوانين الوضعية مثل الشريعة تحرم انتهاك حرمة المسكن بالدخول فيه بدون اذن صاحبه وتبيح له الدفاع ضد هذا الاعتداء و يعتبر ذلك جريمة فى نظر القانون،وقد آشار 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].

واذا دخل شخص بيتا أو أرضا بالقوة فللمالك الحق فى أن يطلب منه الخروج وأن يستعمل القوة المناسبة لاخراجه بعد الطلب [٣].

وإذا دخل شخص أرضا او 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 فاقام المدعى قضية ضد المدعى عليه يشكوه التهديد واستعمال القوة والتجاوز فحكمت المحكمة ضده بأن المدعى عليه كان على حق عندما أخرجه بالقوة المناسبة [٥].

واذا 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 قضيـــة (Wood V Ledbetter)

أن المدعى اشترى تذكرة لمشاهدة السباق الذى يقام على أرض شـــخص يدعى ايدنتـــــن (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 شيئا (١).

اذا دخل الشخص الذى كان قد أخرج من بيته فله الحق فى العودة بدون قوة وليس عليه أى مسئولية جنائية ولا مدنيا (٢).

ولكن اذا دخل بالقوة فلا يكون مسئولا مدنيا ويكون مسئولا جنائيا لأنه قد أخل بالأمن(٣).

وينص قانون العقوبات الباكستانى فى المادة (٤٤١) منه أنه اذا دخل شخص ملكا لآخر بنية ارتكاب جريمة أو انتهاك عرضه أو تخويفه فيعتبر ذلك جريمة جنائية(٤).

وكذلك يتفق القانون المصرى مع القانون الباكستانى فى هذا المبدأ. (٥)

المقـــارنـــة :

وعلى سبيل المقارنة فان القوانين الوضعية تتفق مع الشريعة تماما فى أن المسكن له حرمة فلا يجوز لانسان مهما كان الدخول فى ملك غيره بدون اذن 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.Singh303
4. Pakistan Penal Code Section 441

٥) قانون العقوبات المصرى ٣٩٦ - ٣٩٧ .

المطلب الثاني

في

حكم الاطلاع على ما في داخل البيوت

تمهيد:

ان الاطلاع على ما في داخل البيوت بدون اذن يعتبر إعتداء على العرض ولهذا الاطلاع أحكام وآداب في القرآن الكريم والسنة المطهرة من ذلك قول الله تعالى :

" يا أيها الذين آمنوا ليستاذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلث مرات من قبل صلوٰة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلوٰة العشاء ثلاث عورات لكم ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض كذلك يبين الله لكم الآيت والله عليم حكيم[1] .

شرح الآية :

فقد ذكر الله تعالى في هذه الآية ثلاثة أوقات للاستئذان لأنها أوقات قد تكشف فيها العورات والاطلاع عليها حرام فلذلك شرع الإستئذان .

وجاء في حديث عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال النبي صلى الله عليه وسلم: " لو أن امرأً إطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح[2] متفق عليه . وفي لفظ لأحمد والنسائي وصححه ابن حبان (بلادية له ولا قصاص فهذا الحديث أيضا يحرم النظر الى ما في البيت بل يبيح الناظر حتى لو أدى الدفاع الى اتلاف عين الناظر.

---

١) سورة النور الآية ٥٨

٢) فتح الباري ١٢/٢٤٣ - ٢٤٥، وسبل السلام للصنعاني ج ٣، ص ١٢٣٦، حديث رقم ١١٢٣، نشر مكتبة عاطف الأزهر - القاهرة .

آراء الفقهاء في 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 في امكان الرجل ان يبعد الناظر عن النظر الى داره دون أن يفقأ عينه لكنه فقأها فانه يضمن(١).

رأى الشافعية :

يرى الشافعية جواز رمى عين الناظر الى ما في البيت ابتداء بدون تقديم الانذار وهذا في الأصح عندهم(٢).

واستدل الشافعية بقول الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث المتقدم " لو أن أمرأ إطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة وفقأت عينه لم يكن عليك جناح ".

وقال النووى " ومن نظر الى دار آخر من كوة أو ثقب عمدا فرماه صاحب الدار بخفيف كعصاة فأعماه أو أصاب عينه فجرحه فمات فهدر "(٣).

ومع ذلك اتفق الشافعية والحنفية على انتفاء الضمان عن الرجل الذى يرى رجلا قد أدخل رأسه داخل الدار فيرميه بحجر فيفقأ عينه لأنه شغل ملكه كما لو قصد اخذ ثيابه حتى قتله لم يضمن(٤).

رأى المالكية :

وقال المالكية في الرجل الذى ينظر إلى كوة أو باب قاصدا رؤية من بداخل الدار فرماه المنظور إليه بحجر ففقأ 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 برميه زجره لكن على عاقلته دية عين المجنى عليه أما إذا كان الرامى قاصدا عين الناظر أى قاصدا رميها بالحجر وفقئت العين فانه يقتص من الرامى وهذا هو المشهور فى المذهب(١). ورأى آخر فى مذهب المالكية وفيه قال بهرام (أن المنظور/اليه لو رمى الناظر إليه من كوة أو من باب ليراه فرماه بحجر قاصدا برميه عينه وفقئت عين الناظر نتيجة رمى الحجر على عينه فإن الرامى لا يقتص منه بل يضمن دية العين فقط .

أما إذا كان قصد الرأس هو زجر الناظر لا فقء عينه فإنه لا شىء عليه أخذ بظاهر المذهب .(٢)

رأى الحنابلة :

الحنابلة متفقون مع رأى الشافعية كما قال ابن قدامة فى المغنى: " ومن إطلع فى 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 بما تقدم هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من جواز دفع الصائل على حرمة المسكن بواسطة الدخول أو الاطلاع/فإذا المحرم حصل من المدافع أى ضرر للداخل أو المطلع فانه هدر كما جاء فى الحديث وأنه يضمن كما قال بعض الفقهاء فى حالة التجاوز لأنه يجوز له الدفاع بما هو بأسهل .

---

١) المدونة الكبرى ١٩٧/١٥

٢) الدسوقى على الشرح الكبير ٣٥٦/٤ - ٣٥٧ .

٣) المغنى ٣٣٦/٨ .

رأى القوانين الوضعية فى الاطلاع على ما فى داخل البيوت

ان المراد بالاطلاع على ما فى داخل البيوت هو الاعتراف بأن لايطلع أحد على ما فى داخل سكن أحد أو الأمور الشخصية التى تخص الانسان وحده ولا يحب أن يراها أحد غيره.

ففى القانون القديم الهندى نجد أن هذا القانون قد اعترف بحرمة ما فى داخل البيوت ونرى ذلك واضحا فى عدة قضايا قديمة من أن المحاكم قد أعطت هذا الحق كما فى قضية (Gokalparsad V Radho)[1].

فقد منعت المحكمة بناء عمارة عالية يمكن منها الاطلاع داخل بيت مجاور وقال القاضى (EDGE) : و مع أن أساليب المعيشة مختلفة لكن تقليد الحجاب أمر مناسب جدا للمجتمع الهندى، لأنه قد تعود كثير من النساء المحجبات النوم فى الجو المفتوح بسبب الحرارة الشديدة يعنى فى الشرفات والأفنية ولذا لايسمح الجيران أن يفتحوا منافذ وأبوابا جديدة يمكن منها الاطلاع على/ما داخل بيوت الناس.

وكذلك فى قضية (B.Nihalchand V Mst Bhagwan Di)[2] اعترفت المحكمة بحق المدعى بحرمة ما فى داخل البيات.

ولكن حصل بعد ذلك تغير فى اتجاه القانون فنجد أن المحاكم قد رفضت اعطاء هذا الحق فى عدة قضايا اخرى ففى قضية (Basai V Hasan Raza Khan) قال القاضى (Dharan)[3] ان الحجاب المبنى على العرف ليس بقانون جيد فلا ترى المحكمة أجبار أحد على أن يتخذ أسلوبا خاصا فى 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 مبنى على فلسفه أن المرأة مملوكة للرجل ويوجد فى هذا الجيل الجديد من لايعرف هذا العرف أصلا لهذا رأت المحكمة أن تلغى جميع الأحكام السابقة فى هذا الصدد.

ومع وجود هذا الرأى 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 فى داخل بيته فهما كان مذهبه وعقيدته (١).

ويثبت هذا الرأى حكم المحكمة فى قضية (BhagwanDas V Parmeshwar)(٢) عندما قال القاضى (K.B. Asthana) ان هذا الحق مقربه للنساء فى المدن القري بان لهن حق فى حياتهن الشخصية" ومن ثم لايجوز لأحد أن يدخل فيها فهذا القانون العرفى موجود فى ولاية اتر برديش .

وأضاف القاضى قائلا : ان أكثر البلاد المتحضرة وكذلك غير المتحضرة تعترف بهذا الحق لأن الحياة العائلية لايمكن أن تستمر بدون هذا الحق .

أما فى القانون الباكستانى: فمن المعلوم أن القوانين الهندية كانت هى البطبقة فى 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 الانجليزى :

ويلاحظ على هذا القانون أنه لايعترف بهذا الحق كما نرى فى قضية أن طبيا قد أقام الدعوى على جاره الذى نصب المرآة فى حديقته وكان يشاهد

---

1. Law of Torts by Pillai,324,Indian Easement Act 1882.
2. Law of Torts by Pillai 324.

بواسطتها ما فى داخل غرفة الفحص للطبيب فرفضت المحكمة اعطاء الطبيب هذا الحق وقالت : ان القانون الانجليزى لايعرف أى قانون فى هذا المجال. وكان ينبغى للطبيب أن يحافظ على ما فى داخل بيته بأى طريقة شاء(١).

وفى قضية (Corelli V Wall)(٢) حيث صور الناشر الكاتبة و باع صورتهابدون اذنها فأقامت الدعوى ضد الناشر لازالة تشويه السمعة فلم تعترف المحكمة بحقها فى ذلك ورفضت دعواها.

٤) القانون الامريكى :

لم يعترف القانون الامريكى بهذا الحق فى قضايا كثيرة ففى قضية نيو (Robersons V Rochester Folding Bore Co.)(٣) حيث وزع صاحب مصنع الدقيق صورة أمرأة 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 فى حقوقها الخاصة. فقال أكثر أعضاء محكمة نيو يورك بأنه ليس لها حق المطالبة بذلك .

ولكن هذا جدير بالتفكير بأن ان هذا الحق معترف به فى ولايات امريكية اخرى فى قضية (Sill V Curtis Publishing Company)(٤) عندما صور مصور الزوجين فى حالة تبادل القبلات ونشرها فى مجلة فحكمت المحكمة بأن هذا العمل خطأ ويدفع المصور تعويضا عن ذلك . ويعلق عليه المؤلف (Pillai) ويقول : بأن الاتجاه السائد الآنفى قانون الضمان هو الاعتراف بحق المنع من التدخل فى الأمور الشخصية ،كما نجد ذلك فى قوانين كندا وافريقا 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 أجازه على اختلاف في الشروط والاعتبارات ونذكر هنا آراء الفقهاء التي وردت في هذا الباب وهي على مايلي:

رأي الحنفية : فقد قالوا بجواز الدفاع عن المال ولو كان قليلا[١] وفي رأي آخر مع اشتراط النصاب فيه [٢].

وورد في الفتاوىٰ الهندية (أنه من رأى رجلا ينقب حائطه أو حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به ولم يهرب حلّ له قتله ولا قصاص عليه)[٣].

رأي المالكية : يرى فقهاء المالكية مثل الحنفية أن الدفاع عن المال جائز ومن خرج ليسلب أموال الناس فهو محارب يباح قتله وقتال المحارب جهاد عند مالك[٤].

واشترط بعض الفقهاء أن يدفع صاحب المال الصائل على ماله بالمناشدة أولا ان أمكن وإلاّ قاتل حتى قالوا يشمل حكم دفع المحارب والصائل على المال جابرة الظلمة كأمراء بعض الأمصار فهم مخالفون محاربون لاغصّاب[٥].

رأي الشافعية : يرى الشافعية جواز دفع الصائل 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 ٠

٢) الحصكفي الدر المختار ٤٨٢/٥ ٠ و معه شرحه رد المختار

٣) الفتاوىٰ الهندية ١٧٥/٢، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣٨٨/٥ ٠

٤) المدونة الكبرى ١٠٤/١٦، ١٠٥

٥) الشرح الصغير ٤٩١/٤

الجـواز والثانى الوجوب (١)

وقـالوا بـالوجوب فى حالتين :

الأولى : اذا كان المال متعلقا به حق الغير(٢).

الثانية : اذا كان المال له روح كحيوان مثلا(٣).

وقـالوا بـالجواز فى حالتين :

احداهما : 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 الانسان عن ماله ولا يلزمه على الصحيح من المذهب شىء وقد ورد فى المغنى (قال أحمد فى اللصوص يريدون نفسك ومالك قاتلهم 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 يعنى قليلا كان أم كثيرا. وأباحوا القتل والقتال دونه وإستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "من قتل دون ماله فهو شهيد "(٧)

---

١) منهاج الطلاب وشرحه مغنى المحتاج ١٩٤/٤

٢) حاشية البجيرمى على المنهج ٢٣٨/٤، مغنى المحتاج ١٩٥/٤

٣) نهاية المحتاج ١٧٥/٧ -- ١٧٦ .

٤) مغنى المحتاج ١٩٥/٤، المهذب ٢٢٤/٢ .

٥) المنهاج ٥٣٦، احياء علوم الدين للغزالى ٢٢٣/٢ .

٦) المغنى ٣٣٢/٨ .

٧) رواه أبو داوٌد والنسائى والترمذى وصححه على ما فى سبل السلام ج ٣/ ص ١٢٣٤ .

موقف القوانين :

ان القوانين الوضعية الحديثة متفقة مع الشريعة فى هذه النظرية فانها تبيح الدفاع عن المال فى الحدودالمقررة 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).

وأيضا 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 لايبيح القتل دفاعا عن المال الا فى عدد محصور من الجرائم وهي :

١) جرائم الحريق العمد

٢) جرائم السرقة والاغتصاب .

٣) جرائم التخريب والتعييب والاتلاف .

٤) جرائم انتهاك حرمة ملك الغير.

٥) جريمة دخول أرض مهيأة للزرع أو مبذور فيها زرع أو محصول أو مروره فيها بنفسه أو بهائمه أو دوابه المعدة للجر أو الحمل أوالركوب أو ترك هذه البهائم(٣).

وكذلك فى قانون الضمان الانجليزى (Torts) فهو يبيح استعمال القوة لحفظ المال والدفاع عنه كما يقولستريت (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 أى 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 واخراج الشخص الذى دخل[٤] ولكن لا يسمح القانون بحبس شخص لاستعادة الملكية أو المال أو اكراه المقترض لتسديد الدين[٥] ولا يسمح أيضا باستعمال القوة التى تؤدى الى الموت أو الجراح الشديدة [٦] وفى قضية (Collins V Renison) كان المدعىواقفا على سلّم فسحبه المدعى عليه فحكمت المحكمة أن ذلك تعد ولا يعتبر دفاعا عن المال[٧].

أثر الدفاع عن المال فى الضمان :

اتفق الفقهاء على اباحة قتال الصائل على المال واهدار دمه إذا توقف استرداد المال منه على ذلك .

فقالت الحنفية : ومن دخل دار غيره ليلا فأخرج المسروق فأتبعه فقتله فلا شىء عليه [٨].

قال الزيلعى فى ذلك : (أنه اذا قتله 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) تبيين الحقائق للزيلعى ١١٠/٦ – ١١١،حاشية ابن عابدين ٣٨٨/٥ .

٩) تبيين الحقائق ١١١/٦ .

ويرى السرخسى فى ذلك (أنه اذا دخل على الرجل لص ومعه سلاح وخاف إن أنذره أن يسارع اللص بالاعتداء عليه وكان على اكثر رأيه ذلك وسعه أن يقتله قبل أن ينذره ، اذا خاف أن يسبقه اللص فى التعدى)(١).

رأى المالكية : وفى رأى المالكية جاز دفعه بالقتل وغيره ،وإن كان الدفع عن مال وإن أبى الا الصيال قتله وكان دمه هدرا(٢).

رأى الشافعية : ويرى الشافعية أن الصائل 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 : و فى رأى الحنابلة ان من دخل بيت آخر متلصصا أو صائلا فدمه هدر (٥) و استدلوا على ذلك بما رواه مسلم عن أبى هريرة أن رجلا قال يا رسول الله أرأيت ان جاء رجل يريد أخذ مالى قال(فلا تعطه مالك)، قال أرايت ان قاتلنى قال (قاتله) قال أرايت ان قتلنى قال (فأنت شهيد) قال : أرايت ان قتلته قال (هو فى النار)

رأى الظاهرية : و فى رأى الظاهرية ان المدافع عن المال (اذا قتل للص فلا شىء عليه للانه مدافع عن نفسه (٦) على ما تقدم بيانه :

---

١) المبسوط ٥١/٢٤

٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ٣٥٦/٤ - ٣٥٧، الفروق ١٨٣/٤

٣) مغنى المحتاج ١٩٤/٤ - ١٩٥، المهذب ٢٥٥/٢ .

٤) صحيح البخارى كتاب القصاص: ٢٢٧/١ و سنن أبى داود كتاب السنة باب ٢٩ سنن الترمذى كتاب الديات : باب ، ٢١ سند النسائى كتاب المحاربة : ١٦٦/٢

٥- المغنى : ١٦٤/١٦٣/٩

٦- المحلى : ١١/١٣

المبحث السابع

الدفاع عن الغير وأثره على الضمان

حكم الدفاع عن الغير :

لقد منحت الشريعة الاسلامية الانسان حق الدفاع عن نفسه وماله وعرضه وكذلك قررت حق الدفاع عن نفس الغير وعرضه وماله وهناك أدلة كثيرة من الكتاب والسنة فى شأن الدفاع عن الغير.

أما الكتاب : فقوله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان)(١)

وقوله تعالى:" وما لكم لا تقاتلون فى 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 البغى هم ينتصرون "(٣)

وأما السنة : فما أوى عن أنس رضى الله عنه مرفوعا: " انصر أخاك ظالما أو مظلوما فقال رجل يا رسول الله أنصره اذا كان مظلوما أرأيت ان كان ظالما كيف أنصره قال تحجزه أو تمنعه من الظلم فإن ذلك نصره "(٤)

وفى رواية أبى موسى الأشعرى " 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 رقم الحديث: ٦٢

٥) رياض الصالحين ص ١٢١ . مسند أحمد: ١٠٤/٥

وما روى ابن عمر رضى الله عنه مرفوعا " المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه أى لا يتركه للظالم بل ينصره "(١).

آراء الفقهاء فى الدفاع عن الغير:

أ - الدفاع عن نفس الغير :

أجازه الأحناف (٢).

وذهبت الشافعية الى القول بالوجوب اذا خاف المدافع هلاكا شديدا وأذى يصيب نفسه بجرح أو لأحد من أهله وإلا جاز(٣).

وأوجبه 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 الصالحين : ١٢١

٢) حاشية الشيخ أحمد الشلبى على تبيين 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 ٣٠٦/١٠ .

الـــدفـــاع عـــن عـــرض الغيـــر

أوجبـــه الحنابلـــة مع ظـن سلامـــة العـــرض والاحـرم (١)• علـى الرأى الثانـــى عنـــدهـــم ، والظاهـــرية بشـــرط القـــدرة (٢) والشافعيـــة اذا لـــم يخـف علـى نفســـه (٣) والحنفيـــة فـى ظـــاهـــر الروايـة (٤)•

الدفـاع عـــن مال الغيـــر :

و قـــد أوجبـــه الحنابلـة مـع ظـن سـلامـة المدافـع والمـال (٥) و مطلقـا علـــى الـرأى الآخـــر (٦) و أجـازه الحنابلـــة فـى احـدى الروايتيـن مع ظـن سـلامة المـــال (٧)• و كـذلك عنـد الشافعـــية (٨)•

١ـ منتهـــى الارادات : ٤٩٣/٢ والمغنى ١٦٥/٩ والاقناع : ٢٩٠/٤

٢ـ المحلـى : ١٩/١١ ، ٩٩

٣ـ نهاية المحتـاج : ١٧٧/٧

٤ـ حاشية رد المحتار : علـى الدر المختار لابن عابدين: ٤٩٣/٥

٥ـ ابن قدامـة و حاشية علـى المقنـــع : ٥٠٦/٣ الانصاف : ٣٠٦/١٠

٦ـ المغنى : ١٦٩/٩ ، [illegible]

٧ـ المرجـع السابـــق
والانصـــاف: ٣٠٦/١٠

٨ـ المنهـاج: ٥٣٦

موقف القانون الوضعي:

ولا خلاف بين الشريعة والقانون في هذا المبدأ الا في بعض الجزئيات كما جاء في القانون الباكستاني " كل فعل في سبيل الدفاع الشرعي فهو ليس بجريمة (١) و يستحق كل شخص مع مراعاة قيوده (٢)٠ أن يدفع عن نفسه أو نفس غيره و كذلك سائر القوانين الوضعية ٠

فتنص المادة ٤٧ من قانون العقوبات العراقي بقولها (لاجريمة اذا ارتكب انسان استعمال القوة اللازمة ليدفع عن نفسه أو غيره على النفس كل فعل يعتبر جريمة/ أو كان مدافعا عن ماله أو مال غيره و٣)٠

و تنص المادة (٢٤٥) من قانون العقوبات(المصري) على أنه (لا عقوبة على من قتله غيره أو أسابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله)(٤)٠

---

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

خـــــاتمـــــــة البحـــــــث:

الحمـــد للـــه رب العالميـــن والصـــلاة والسـلام علـى خاتـم الأنبيـــــاء والمرسليـــن و بعـــد: فأشكـــر الله تعـــالى علـى نعمـه الكثيـــــرة و أحمـــده علـى ان امتـــن علـى باتمام هـذا البحـــث و تقـــديمه الـى اللجنـــة المـوقـرة •

و فيمـايلـــى أقـدم اليكـم خـلاصـــة هـذا البحـــث والنتائـج التـــى توصلـــت اليهـــا: لقـــد قسمت بحثـى الـى المقـدمـة و بابيـــن:

فأمـــا المقـدمـة فقـد بينـــت فيهـــا سبـب اختيـار هـذا البحـــــث و منهجـــى فيه و أمـا البـاب الاول فتكلمـــت فيه عن الضمـان تفصيـــلا: تعريفـه و مشروعيتـه ، أركانـــه ، انواعـه ، شروطـه ، أسـبابه ، و تعريـف المـــــال و منافعـــه و وضحـــت المـراد باســاءة استعمـال الحق و مفهـــوم التعسـف و اضراره و كل ذلك مقسـم الـى فصـــول و مباحـث و مطالـب و فروع•

أمـا البـاب الثانـــى فبحثـــت فيه عن موانـع الـضمـان فتكلمـت عـــن تعـريف المانـع و الرافـــع ثم عـن الموانـــع بصورة عـامـة و هـى: الاكـــراه والضرورة والـدفاع الشرعـى عن النفس والمـال والعـرض وقارنـت فـى هـــذه المباحـث بين الشريعـة والقانـون و أبـرزت جانـب الفـرق بينهمـــا• و بعـــد انجـاز هـذا البحـــث توصلـــت الـى النتائـج التاليـة:

١- ان نظـرية المسئولية نظرية ذات أهميـــة بالغـة و قداهتـم القانـــــون بهذا الجانـب اهتماما كبيـــرا ، و ان الشريعة الاسلاميـة لم تهمـــــــل

هـذا الجانـب بل نجد أن الشريعـة قـد أعطتهـا أهميـة اكثـر وجعلـت آثارهـا لا تنتهـي فـي الدنيـا فحسـب بل تتجـاوز ذلك /الى ما بعدهـا يعنـي فـي الأخـرة ايضـا •

٢- أن الاهمـال فـي الأعمـال اليوميـة تؤدي الـى أخطـاء بسيطة ، لهـا نتـائـج خطيره و لـذا رأت الشريعـة و كـذلك القانـون عقاب هـذا الاهمـال بواسطـة التضميـن ، و لـذا نجد ان القانـون يتوسع فـي ذلك كثيـرا أما الشريعـة الاسلامية فتـوجـد فيهـا هـذه النظـرية ولكن بصورة معقولة بحيـث تنظـر الـى الاهمـال من جميـع جوانبـه ثـم تحـدد المسئوليـة والضمـان•

٣- ان نظـرية المسـئوليـة المـدنيـة معـروفـة فـي الاسـلام منـذ القـدم كمـا نجـد أن عليـا رضـي الله عنـه أشـار علـى عمـر بضمـان دية المـرأة الحـامـل التـي اسقطـت جنينهـا خـوفا منه عنـدما استدعـا هـا الى مجلسـه •

٤- نجـد أن القانـون تطـور الـى حد كبيـر فـي تحديـد المسئوليات و تضميـن الاهمـال و الأخطـاء أما الشريعة فتـوجـد فيهـا هـذه الأمـور ولكـن بصورة منتشـرة فـي احكامهـا •

٥- ان الشـريعة الاسـلامية تعطـي أهمية بالغـة للجانـب الاخـلاقـي والروحي فـي المسئوليـات و تجعـل الفـرد مسئولا أمـام الله و أمـام ضميـره ، أمـا القانـون فـلا يتطـرق الـى هـذا الجانـب مطلقـا •

٦- القانـون ينظـر الـى رضـا الطرفيـن و يسكـت اذا حصل أي عمل ولو كانت جـريمـة ، أما الشريعـة فتعاقـب علـى الجـريمة مهما كانت و لو تمت برضا الطرفيـن•

٧- نجد أن الفقهاء القدامى لم يفرقوا بين المسئوليتين الجنائية المدنية و يوجد هذا الفرق عند الفقهاء الجدد كما أن علماء القانون فرقوا بين المسئوليتين و جعلوا نظرية ( ) نظرية مستقلة عن المسئولية المدنية و جعلوا لها كيانا مستقلا عن العقود.

٨- أن هذا العصر قد تطور تطورا هائلا تجاه حل القضايا و حتى لا تتخلف يجب أن تقنن الشريعة بصورة جيدة و بخاصة 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 مايشاء قدير. وبالاجابة جدير.

و صلى الله على سيدنا محمد و آله و صحبه وسلم.

* * *

فهـــــــــرس الآيـات

	رقم الأية
ســـورة البقـــرة :	
انما حـرّم عليكـم الميتة والـدّم •••	١٧٣
فمن اعتـدى عليكـم فاعتـدوا •••	١٩٤
ولا تلقوا بايديكـم الى التهلكـــة •••	١٩٥
كتب عليكـم القتال وهو كره لكم •••	٢١٦
و اذا طلقتـم النساءفبلغـن اجلهن	٢٣١
لا تضـارّ والدة بـولدهـا ولا مولود لـه •••	٢٣٣
ولا تعـزمـواعقدة النكاح حتّـــى يبلـغ الكتب اجله •••	٢٣٥
و للمطلقـت متاع بالمعروف حقّـا على المتقيـــن •••	٢٤١
و لولا دفـع الله الناس بعضهـم ببعض لفسدت الارض••	٢٥١
ربنا لاتـؤ اخذنـا أن نسينـا •••	٢٨٦
ســـورة النســـاء:	
مـــن بعـد وصيـــة يـوصـى بهـا أو دين غير مضـار•••	١٢
يايهـا الـذين آمنـوا لا تأكلـوا اموالكـم بينكـم بالباطل••	٢٩
و ما لكـــم لا تقاتلـــون فـيسبيـــل الله ••	٧٥
ســـورة المائـدة :	
يا يهـا الـذين أمنـــوا أو فـوا بالعقـود •••	١
وتعانوا علـى البـر والتقـوى •••	٢
حـرمـت عليكـــم الميتـة والـدم ـ و ما اهل لـغيرالله ••	٣

رقم الأية

فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف ... ٣

ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ... ٦

لكل جعلنا منكم شرعة و منهاجا ... ٤٨

يايها الذين أمنوا انما الخمروالميسر .. ٩٠

انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة فى ... ٩١

يايها الذين أمنوا لا تقتلوا الصيد و انتم حرم .. ٩٥_٩٦

سورة الأنعام:

ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق ... ١٥١

سورة هود:

قال لو ان لى بكم قوة .. ٨٠

ولا تركنوا الى الذين ظلموا ... ١١٣

سورة يوسف:

و شروه بثمن بخس... ٢٠

سورة النحل:

من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره ... ١٠٦

و ان عاقبتم فعاقبوا بمثل ... ١٢٦

سورة الاسراء:

ان قتلهم كان خطئا كبير ... ٣١

و لولا ان ثبتنك لقد كدت تركن اليهم ... ٧٤

و قل جاء الحق و زهق الباطل ... ٨١

رقم ألاية

سـورة الحـج:

الـذين ان مكنهـم فـى الارض اقامـوا الصـلاة ... ٤١

ما جعـل عليكـم فـى الـدين من حـرج... ٧٨

سـورة النـور:

يايهـا الـذيـن آمنـوا لا تـدخلـوابيوتا غيـر بيوتكـم -

- والله يعلمـون ما تبـدون و ما تكتمـون ... ٢٧ - ٢٩

يأيُها الـذين آمنـوا ليستـاذنكـم ...

يبلغـوا الحلـم ... ٥٨

سـورة الاحـزاب:

ان الذين يـؤذونالله و رسـوله ... ٥٨

سـورة فصلت:

ثـم استوى الـى السماء و هـى دخـان- ١١

سـورة الشـورى:

والـذين اذا اصابهـم البغـى ... ٣٩

و جـزاء سيئـة سيئـة مثلهـا... ٤٠

سـورة محمـد:

فقـد جـاء اشـراطهـا ... ١٨

سـورة الذاريـات:

و ما خلقـت الجـن والانـس الا ليعـبدون ... ٥٦

فهـــــرس الأحـــاديـث

رقـم الصفحـــة

- اجلـس فـى بيتك فان خفت ان يبهرك شعاع السيف ... (٢٢٩)

  سنن ابى داود - كتاب الفتن : باب -٢

  سنن ابن ماجه - كتاب الفتن : باب- ١٠

  مسند أحمد : ١٤٩/٥ ، ١٦٣

- أخذ المشركون عمارا فضـــربوهـــــــم ... (١٦٧)

  سنن الدارمى : مقدمة باب ٨

- اذا لـم تصطبحوا و لم تغتبقوا و لم تحتفـؤوا ... ١٨٣

  سنن الدارمى : كتاب الاضاحى : باب ٢٤

  مسند أحمـد : ٢١٨/٥

- اصابنا عـام مخمصـــة ... سنن ابـن ماجـه رقم ٢٢٩٨

- سـنن ابـن ماجـــه : رقـم ٢٢٩٨

- فاعلموهـم ان لهم ما للمسلميـن و عليهـم ما على المسلمين... (٤٦)

  سنن النسائى : كتاب التحريم - باب ١

  مسند أحمـد : ١٩٩/٣ ، ٢٢٥

- أمـا أبـو جهـم فانه لا يرفـع العصا عن عاتقـــــه ... (١٢٣)

  سنن ابى داود : كتاب الطلاق - باب ٣٩

  سنن الترمذى : كتاب النكاح - باب ٣٨

  سنن النسائى : كتاب النكاح - باب ٢٢

  سنن الدارمى: كتاب النكاح - باب ٧

  مـوطاالإمام مالك: كتاب الطلاق - باب ٦٧

رقم الصفحـــــة

- ... انما بانـــاء و طعـــــام بطعـــــام ... (١٢ - ٣٦)

سنن أبـى داود : كتاب البيـوع - باب ٨٩

سنن الترمذى : كتاب الاحكام - باب ٢٣

سنن النسائـى : كتـاب النساء - باب ٤

سنن ابن ماجـه : ٧٨٢/٢

مسنـد أحمـد : ١٤٨/٦ ، ٢٧٧

- ... ان دمـــاءكـــم وامـوالكـم عليكـــم حـرام ... (١٩٨)

صحيـح البخارى : كتاب الحـج - باب ١٣٢

كتـاب السلم - باب ٩ - ١٥٧/١

باب ٣٧ - ١٩٩/١

كتاب بدء الخلق باب ٧٩ - ١٠٨/٨

كتاب التفسيـر - باب ١٢٤ - ٣٢٤/٨

كتاب الاضاحـى - باب ٥ - ١٠ / ٧

كتاب الفتـن - باب ٨ - ٢٦/١٣

كتاب التوحيد - باب ٢٤ - ٤٢٦/١٤

صحيـــح مسلـم : كتاب الحـج - رقم الحديث ١٩٠ - ٨٨٩/٢

ســنـن أبـى داود :كتـاب التطـــوع- باب ١٠

سـنـن الترمـذى :كتـاب الحـــج - باب ١

سـنن ابن ماجـه : المقدمـة ١٨ / ١٨٥

سـنن الدارمـى: كتـاب المناسك - ٢٦٧/٢

رقم الصفحـــة

- ... انصراخاك ظالما كان أو مظلومـا ... (٢١٧ - ٢٥٥)

صحيح البخارى : كتاب المظالم - باب ٤

كتاب الاكـــراه - باب ٧

صحيح مسلم : كتاب الفتـــن - رقم الحديث ٦٢

سنن الترمذى : كتاب الفتـــن - باب ٦٨

سنن الدارمى: كتاب الرقـاق - باب ٤٠

مسند أحمـــد: ٣ / ٩٩ ، ٢٠١ ، ٣٢٤

- ... و يقـال لاركـــانـــه انطقـــى ... (١٧)

صحيح مسلم : كتـاب الزهـد - رقم الحديث ٦ـ ١٧

صحيح مسلم : بشرح النـووى ١٨ / ١٠٥ المجلد التاسع

= ... ان الله قـد اعطـى كل ذى حـق حقـــــــــــه ... (١٠٠)

صحيح البخارى: كتاب الوصايا - باب ٥

سنن أبى داود: كتاب الوصايـا - باب ٦

كتاب البيوع - باب ٨٨

سنن الترمذى: كتاب الوصايا- باب ٥

سنن ابن ماجه : كتاب الوصايا- باب ٦

كتاب البيـوع - باب ٨٨

سنن الدارمى: كتاب الوصايا - باب ٢٨

مسند أحمـد: ٤/٨٦ ١ ، ١٨٧ ، ٢٣٨، ٥/ ٢٦٧

سبـل السلام : ٣/٩٦٧ حديث رقم ٩٠٧

بلوغ المرام : ص ١٩٩ و رقم الحديث ٨٧

رقم الصفحـــــة

- ... ان اللـــه و رسولـه حـرم بيـع الخمـر والميتـة والخنزير... (٤٩)

صحيح البخارى : كتاب المغازى - باب ٥١

كتاب البيوع - باب ١٥٥ - ١١٢

صحيح مسلـم : كتاب البيوع - حديث رقم ٩٣

كتاب الفـرع - حديث رقم ٨

فتـح البارى بشرح صحيح البخارى ٩ / ٢٩٧

ابن ماجـه : كتـــاب التجارات - باب ١١

- ... ان اللـــه يحـــب الـــرفـــق ... (١٢٤)

صحيـح البخارى: كتاب الاستئـــذان - باب ٤

كتاب الاستـــذان باب ٢٢

كتاب الدعـوات - باب ٥٩

كتاب الادب - باب ٣٥

صحيح مسلم : كتاب البر - رقم الحديث ٤٧

كتاب السـلام - رقم الحديث ١٠

سـنن ابـى داود: كتاب الادب - باب ١٠

سـنن الترمـذى : كتاب الاستئذان - باب ١٢

سنن الدارمى : كتاب الرقاق - باب ٧٥

سنن ابن ماجه : كتاب الادب - باب ٩

مـوطا الامام مالك: كتاب الاستئذان - باب ٣٨

مسند أحمد : ١ / ١١٢ ، ٤، ٨٧ - ٣٧/٦ ، ٥٨ ، ١٩٩

رقم الصفحة

- ... انما بعثت رحمة و لم ابعث عذابا ... (١٢٤)

اتحاف السادة المتقين للزبيدى : ١٠٧/٧

كنز العمال للمتقى الهندى رقم ٣١٩٩٧

المغنى عن حمل الأسفار للعراقى: ٣١٦/٢

دلائل النبوة للبيهقى ، ١٥/١

- ... الامام ضامن والمؤذن مؤتمن ... (٣)

سنن ابى داود : كتاب الصلاة - باب ٣٢

سنن الترمذى : كتاب المواقيت- باب ٣٩

سنن ابن ماجه : كتاب الاقامة - باب ٤٧

مسندأحمد : ٢ / ٢٣٢ ، ٢٨٤ ، ٣٧٨ ، ٣٨٢ ، ٤١٩ ، ٤٢٤

٤٦١ ، ٤٧٢ ، ٥١٢ - ٢٦٠/٥ - ٢٥/٦

- ... ثلاث جدهن جد و هزلهن جد ... (١٧٤على الحاشية)

سنن أبى داود: كتاب الطلاق - باب ٩ - ٦٤٣/٢ - ٦٤٤

سنن الترمذى: كتاب النكاح - باب ٥٦

كتاب الطلاق - باب ماجاء فى الجد والهذل

رقم ١١٨٤ - ٣٢٨/٢

سنن ابن ماجه : كتاب الطلاق - باب ٣ - ٦٥٧/١ - ٦٥٨

سنن الدارمى: كتاب الطلاق والخلع والايلاء - ١٨/٤- ١٩

- ... الخراج بالضمان ... (٣)

سنن أبى ادود: كتاب البيوع - باب ٧١

سنن الترمذى : كتاب البيوع - باب ٥٣

رقم الصفحة

سنن النسائى : كتاب البيوع - باب ١٥

سنن ابن ماجه : كتاب التجارات - باب ٤٣ - ٢/٧٥٤

- ... رفع عن امتى الخطاء والنسيان و ما استكرهوا عليه ... (٢١،١٦٧،١٧٥)

سنن ابن ماجه : كتاب الطلاق - باب ١٦ - ١/٦٥٩

سنن ابن ماجه : نيل الاوطار : ٦/٢٣٥

- ... رفع القلم عن ثلاثة - عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبى (١٢٣،١٢٧)
حتى يحتلم و عن المجنون حتى يعقل ...

صحيح البخارى: كتاب الحدود - باب ٢٢

كتاب الطلاق - باب ١١ - ٤/١٧٤

سنن ابى داود : كتاب الحدود - باب ١٧

سنن الترمذى : كتاب الحدود - باب ١

سنن النسائى : كتاب الطلاق - ٢/٩٣

سنن ابن ماجه : كتاب الطلاق - باب ١٠

سنن الدارمى : ٦/١٠٠ ، ١٠١ ، ١٤٤

- ... على اليد ما أخذت حتى تؤديه ... (١٤)

سنن الترمذى : كتاب البيوع - باب ٣٩

سنن ابن ماجه : كتاب الصدقات - باب ٥ - ٢/٨٠٢ -
حديث رقم ٢٤٠٠

مسند أحمد : ٥/٨ ، ١٢ ، ١٣

- ... قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على اهل الاموال حفظها (١٣)
بالنهار و على أهل المواشى حفظها بالليل ...

سنن أبى داود: كتاب البيوع باب ٩٠ - ٢/٢٦٧

سنن ابن ماجـــه : كتاب الاحكام - باب ١٣

مـوطأ الامام مالك : كتاب الاقضية - رقم الحديث ٣٦

مسند أحمـد : ٢٩٥/٤ - ٤٣٦/٥

- ... كل المسلـــم علـــى المســلم حـــرام دمـــه و عـــرضه و مـاله ... (١٦١)

سنن الترمذى : كتاب البـر - باب ١٨

سنن ابن ماجه : كتاب الفتن - باب ٢

مسند أحمد : ٢٧٧/٢ ، ٣٦٠ - ٤٩١/٣

- ...كـن خيـــر ابنـــــيء آدم يعنـــى هابيـــل و قابيـــل ... (٢٢٩)

تلخيـص الحبير ١٨٤/٤

- ... كـــن عبـــداللـــه المقتول ولا تكـن القاتـــل ... (٢٢٩)

الدر المنثور: ٢٧٥/٢

مسنـد أحمـد : ١١٠/٥

- ... لا ضـــرر ولا ضـــــرار ... (١٤، ٢٢، ١١٠)

سـنن ابن ماجـه : كتاب الاحكام - باب ١٧ - ٧٨٤/٢ -

حديث رقم ٢٣٤٠

مؤطاالامام مالك : كتاب الاقضيـة - باب ٣١

مسند أحمد : ٦٤/٤

رقم الصفحة

سبـــل السلام : ٧٧/٣

الجامع الصغير : ٦٧٦/٣

نصب الراية : ٨٤/٤

(١٧٠) - ... لا طـــلاق ولا عتـــق فـــى اغـــــلاق ...

سنن ابى داود : كتاب الطلاق - باب ٨- ٦٤٢/٢-٦٤٣

سنن ابن ماجـه : كتاب الطلاق - باب ١٦-٦٦٠/١

مسند أحمد : ٢٧٦/٦

المستدرك: للحاكم : كتاب الطلاق - ١٩٨/٢

دار قطنى : كتاب الطلاق - ٣٦/٤

(١٤) - ... لا يـــآخـــذن احـــدكـــم متـــاع اخيـــه جـــادا ....

سنن ابى داود : كتاب الادب - باب ٨٥

سنن الترمذى : كتاب الفتن - باب ٣

مسند أحمد : ٢٢١/٤

نصب الرابـة فـى تخـريج احاديث الهداية - ١٦٧/٣ - ١٦٨

(١١٠) - ... لايبيـــع حاضـــر لبـــاد ...

صحيح البخارى : كتاب البيوع - باب ٥٨ ، ٦٤ ، ٦٨

٦٩ ، ٧٠

كتاب الاجارة - باب ١٤

كتاب الشروط - باب ٨

صحيح مسلم : كتاب النكاح - حديث رقم ٥١ ، ٥٢

كتاب البيوع - حديث رقم ١١ ، ١٢ ، ١٨

رقم الصفحة

سنن ابى داود : كتاب البيوع باب ٤٥

سنن الترمذي : كتاب البيوع باب ١٤

سنن النسائى : كتاب البيوع باب ١٦ ، ١٧ ، ١٨، ٢١

سنن ابن ماجه : كتاب التجارات باب ١٥

موطأ الامام مالك : كتاب البيوع - باب ٩٦

- لا يحتكـــر الا خـــاطـــىء ... (١١٠)

صحيح مسلم : كتاب المساقاة - رقم الحديث ١٣٠ ، ١٣٩

سنن أبى داود : كتاب البيوع - باب ٤٧ ، ٤٠

سنن ابن ماجه : كتاب التجارات - باب ٦ - ٤٠/٦

سنن الدارمـــى : كتاب البيوع - باب ١٢

مسند أحمـــد : ٤٥٣/٣ - ٤٥٤

نيل الاوطار : ٨٥/٥ (٢١٥-٢٤٤)

- ... لـــو ان امـرأ اطـلـع عليـك بغيـــر اذن فحـذفتـه بحصاة ففقأت...

صحيح البخـارى : كتاب الديات - باب ١٥ ، ٢٣

صحيح مسلـــم : كتاب الادب - رقم الحديث ٤٤

سنن النسائـى : كتـاب القسامة - باب ٤٨

مسند أحمـد : ٢٤٣/٢

فتح البارى : ١٢/ ٢٤٣

سبل السلام : ١٢٣٦/٣ - حديث رقم ١١٢٣

نشر مكتبة عاطف الازهر، بالقاهرة.

- ... ما اصاب بفيه ذو حاجة غير متخذ خبنة ...

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

- ... و ما افسدت فهو مضمون عليهم ... (١٣)

مؤطا الامام مالك : كتاب الاقضية - باب ٣٦

مسند أحمد : ٤٢٦/٥

- ... من اكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقربن مساجدنا ...

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

مؤطا الامام مالك : كتاب الطهارة - باب ١

مسند أحمد : ١٩٤/٤

- ... من رأى منكم منكر فليغيره بيده ... (٥١ - ٢١٧)

صحيح البخارى : كتاب العلم - باب ٢٨

كتاب التعبير - باب ٣، ١٠ ، ٢٦ ، ٤٦

رقم الصفحة

صحيح مسلم : كتاب الايمان - حديث رقم ٧٨

كتاب الرؤيه - حديث رقم ٢ ، ٣ ، ٤ ٥

سنن أبى داود : كتاب الملاحم- باب ١٧

كتاب الطب - باب ٢٤

سنن الترمذى : كتاب الرؤيه باب ١، ٥ ، ١٠

سنن النسائى : كتاب الايمان - باب ١٧

سنن الدارمى : كتاب الرؤية - باب ٥ ، ٦

موطا الامام مالك : كتاب الرؤية- حديث رقم ٤

مسند أحمد : ١٠٤/٢ - ٢٠/٣

- ... من شهر سيفه ثم وضعه ... (٢٢٩ - ٢٣٣)

سنن النسائى : كتاب التحريم باب ٢٦

نصب الرأية : ٢٤٧/٤

- ... من ضار اضر الله به و من شاق شاق الله عليه ...

سنن أبى داود : كتاب الاقضية باب ٣١

سنن ابن ماجه : كتاب الاحكام - باب ١٧

مسند أحمد : ٤٥٣/٣

- ... من قتل دون نفسه فهو شهيد ... (٢١٥ - ٢٢٩، ٢٥٤)

صحيح البخارى : كتاب القصاص- ٢٢٧/١

سنن ابى داود : كتاب السنة - باب ٢٩

سنن الترمذى : كتاب الديات- باب ٢١

سنن النسائى : كتاب المحاربة- ١٦٦/٢

رقم الصفحة

- ... من وقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين ... (١٢)

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 : كتا ب 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 : ٦/٢، ٨، ٩١، ٢٧٧، ٣١١، ٣١٠ - ٣/٤٩١

٦٦/٤ ، ٦٩ ، ٧٩ - ٢٤/٥ ، ٢٥ ، ٧١ ، ٣٧٩

رقم الصفحة

- ... المسلمون على شروطهم ... (٦٢)

صحيح البخارى : كتاب الاجارة - باب ١٤

سنن أبى داود : كتاب الاقضية - باب ١٢

سنن الترمذى : كتاب الاحكام - باب ١٧

كشف الخفاء : ٢٩١/٢

- المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص ... (٢٥٥)

صحيح البخارى : كتاب الصلاة - باب ٨٨

كتاب المظالم - باب ٥

صحيح مسلم : كتاب البر - حديث رقم ٦٥

سنن الترمذى : كتاب البر - باب ١٨

سنن النسائى : كتاب الزكاة - باب ٦٧

مسند أحمد : ٤٠٤/٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٩

- ... هل عندك غنى يغنيك ... (١٨٢)

سنن أبى داود : كتاب الاطعمة - باب ٣٦

مسند أحمد : ١٠٤/٥

فهـــرس بـاهـم المصادر والمراجع

القـــرآن الكـــريـــم و علـــومـــه :

أ- القـرآن الكـريـم .

ب- التفسيـــــــر .

١- الطبـــرى ، ٣١٠ هـ — جامع البيـان عن تأويـل آى القـــرآن للامام محمد بن جرير الطبرى دار المعرفـة ، بيروت لبنان - سنة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣م

٢- الجصـاص ، ٣٧٠ هـ — احكام القـرآن الكريم لابـى بكر احمد بن علـى الرازى المعروف بالجصـاص طبعة سنة ١٣٣٥هـ طبـع دارالمصحـف و مطبعـــــة عبدالرحمن محمد ، و دار الفكر للطباعة والنشـــر والتوزيـع ،و سهيل اكيدمـى لاهور باكستان ١٩٨٠م

٣- ابن العـربـى ، ٥٤٣هـ — احكام القرآن للامام الحافـظ محمد بن عبداللـه بن احمد المعروف بابن العربـى طبعة سنة ،١٣٣١هـ دارالمعرفة بيروت لبنان.

٤- القـرطبى ٦٧١هـ — الجامع لأحكام القـرآن لأبـى بكر عبدالله محمـــد بن احمد الانصارى اسماعيـل طبعة ١٣٥٣هـ دارالكتب المصرية ، الطبعة الثالثة ، ١٣٨٧هـ ١٩٦٧م

٥- ابن كثيـــر ، ٧٧٤هـ — تفسير القرآن العظيم لامام الجليـل الحافـــظ عماد الدين ابـى الفـداء بن كثيـــر القـرشـى الدمشقـى ، دارالمعرفة - بيـــروت الطبعة الاولـى ، ٤٠٠ / ١٩٨٠م

٦- الزركشى ، ٧٩٤ هـ — البرهان فى علوم القرآن لبدرالدين الزركشى دار المعرفة بيروت الطبعة الثانية .

٧- رشيد ١٣٥٤هـ — تفسير القرآن الكريم أو تفسير المنار لسيدمحمد رشيد رضا طبعة سنة ١٣٢٥هـ دارالمعرفة بيروت ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م

٨- المراغى ، ١٣٦٥هـ — تفسير المراغى لاحمد مصطفى المراغى دارالفكر الطبعة الثالثة ، ١٣٩٤هـ /١٩٧٤م

كتب الحديث و علومه :

مالك ، ١٧٩هـ — الموطأ لامام الائمة و عالم المدنية مالك بن أنس رضى الله عنه دارالنفائس ، بيروت - لبنان ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢م و محمد سعيد ايند سنز كراتشى ، باكستان بدون تاريخ .

أحمد بن حنبل، ٢٤١هـ — مسند الأمام أحمد بن حنبل ، دارالفكر بيروت و دارالمعارف بمصر .

البخارى ، ٢٥٦هـ — الجامع الصحيح لامام ابى عبدالله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخارى دارالفكر بيروت و ادارة الطباعة المنيرية بمصر و مطبعة مصطفى الحلبى البابى بمصر .

مسلـــم ، ٢٦١ هـ — الجامع الصحيح لامام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيـرى النيسابـورى ، طبعـة سنة ١٣٨٣ (دارالتحرير بالقاهـرة) و دار الفكـر بيروت ودار احياء الكتب العربية عيسى البابـى القاهـرة .

أبو داود ، ٢٧٥ هـ — سنن ابـى داود لامام الحافظ ابـى داود سليمان بن الاشعـث السجستانـى ، الناشر داراحياء التراث مكـة المكـرمـة و مصطفى البابـى الحلبـى ، الطبعة الاولـى ، ١٣٧١هـ / ١٩٥٢م

ابن ماجـه ، ٢٧٥هـ — سنن ابن ماجه لابـى عبدالله محمد بن يـزيد بن ماجه القـزوينـى دار احياء التراث العربى بمصـر ، ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥م

النسائـى، ٣٠٢ هـ — سنن النسائـى لامام ابـى عبدالرحمن أحمـد بن شعيب النسائـى قديمـى كتب خانه كراتشى باكستان ، المكتبة السلفيـة لاهور - باكستان.

الترمـذى — سنن الترمـذى للامام أبى عيسـى محمـد بن عيسـى الترمـذى المكتبة السلفيـة - المدنية المنورة ، و مكتبة دارالدعـوة بحمص، سوريا ١٩٦٨م

الدار قطنى ، ٣٨٥ هـ — سنن الدار قطنى لحافظ على بن عمر الدار قطنى مطبعة الانصارى دهلى - الهند

البيهقى ، ٤٥٨ — السنن الكبرى لاحمد بن الحسين البيهقى مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدرآباد الدكن ، الطبعة الاولى ، ١٣٤٤هـ .

النووى ، ٢٧٦ هـ — شرح صحيح مسلم للنووى ليحيى بن مرى النووى ، دارالفكر - بيروت ١٤٠١ هـ / ١٩٨١م داراحياء التراث بصر و دارالشعب ، القاهرة .

الزيلعى ، ٧٦٢هـ — 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 / ١٩٥٦م

ابن حجر العسقلانى ، ٩٨٢ هـ — فتح البارى شرح صحيح البخارى ، لشهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على العسقلانى طبعة جديدة ، ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨م . مكتبة القاهرة ، لصاحبها على يوسف سليمان بشارع الصادقية ، الازهر ، القاهرة .

(ب) بلوغ المرام من ادلة الاحكام للحافظ أحمد بن على محمد العسقلانى طبعة سنة ، ١٩٥٠م .

الصنعـــانـــى ، ١١٨٢هـ سبـل السـلام ، للعـلامـة محمد بن اسماعيل الاميـــر اليمنـى الصنعانـى طبعة مصطفـى البابـى الحلبـــى بمصـــر سنة ١٩٥٠م و مكتبة عاطـف بالازهـــر ـ قاهرة٠

الشوكانـــى ، ١٢٥٠ هـ نيـل الاوطار للامـــام محمـد بن علـى بن محمـد الشوكانـــــــى مطبعـة الحلبـى ، بمصـــر، سنة ١٩٧٣م و ادارة القرآن و العلوم الاســــــلاميـة كراتشـى ، ١٩٨٧م

كتـــب القـــواعـــد والاصـــول:

الآمـــــدى ، ٦٢١ هـ الأحكام فـى أصول الاحكام لأبـى الحسن علـى بن أبـى علـى سيـف الـدين الأمـدى، طبعـة دارالحـديث ، خلـف الجامعـة الأزهـــر الشريف٠

البصـرى ، ٤٣٦هـ المعتـمـدنى أصـول الفقه لأبـى الحسين محمـــد بن علـى بن البصـرى الطبيـــب المقزلـــــــى دار الكتـب العلمية ، بيروت الطبعة الاولـــى ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣م

البـــزدوى ، ٤٨٢ هـ كنـز الـوصـول الـى معـرفة الاصـول المعروف بلاصول البـــزدوى للامام علـى بن محمـد البزدوى الحنفـــى مكنبـة جـاويـد كراتشـى ، باكستان٠

السرخسي ، ٤٩٠هـ — أصول السرخسي لأبي بكر محمد بن أحمد أبي سهل السرخسي ، مطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ، ١٣٧٢هـ

الغزالي ، ٥٠٥هـ — المستصفى في علم الأصول لحجة الاسلام محمد بن محمد الغزالي ، مطبعة الأميرية ببولاق بمصر ، الطبعة الاولى ، ١٣٢٤ و دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت.

القرافي ، ٦٨٣هـ — الفروق للعلامة احمد بن ادريس عبدالرحمن الصنهاجي المالكي ، طبعة ١٣٠٢هـ عالم الكتب بيروت .

الشاطبي ، ٧٩٠ هـ — الموافقات في أصول الاحكام للعلامة ابي اسحاق ابراهيم بن موسى المعروف بالشاطبي نشر المكتبة التجارية و دارالمعرفة للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان.

التفتازاني، ٧٩٢ — التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازاني مطبعة الكريمية ببلدة فزان و مطبعة محمد علي صبيح القاهرة .

منلاخسرو، ٨٨٠هـ — مرأة الأصول في شرح مرقاة الأصول لمحمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو .

ابن رجب ، ٧٩٥هـ — القواعد للعلامه الحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي مطبعة مؤسسة دارالفكر العربي

السيوطى ، ٩١١هـ — الاشباه والنظائر فى فروع الشافعية للامام جلال الدين السيوطى ، دارالكتب العلمية بيروت - لبنان ، الطبعة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣م

ابن نجيم ، ٩٧٠هـ — الاشباه والنظائر للعلامة زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم الحنفى مطبعة ادارة القرآن والعلوم الاسلامية كراتشى ، باكستان.

ابن ابراهيم ، ٧٩٠هـ — فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الانوار فى اصول المنار لزين الدين ابراهيم - مطبعة مصطفى الحلبى بمصر سنة ، ١٣٥٥ هـ / ١٩٣٦م

اللكنوى ، ١١٨٠هـ — فواتح الرحمرت شرح مسلم الثبوت لمحمد بن نظام الدين اللكنوى الانصارى ، دارالكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣م

الحموى ، ١٠٩٨هـ — غمز عيون البصائر على الاشباه والنظائر لسيد أحمد بن محمد الحنفى المعروف الحموى من منشورات ادارة القرآن والعلوم الاسلامية ، كراتشى - باكستان.

محب الله ، ٣١٦ هـ — مسلم الثبوت لمحب الله عبدالشكور المطبع الانصارى دهلى الهند

كتـــــــب الفقـــــــه

الفقـــــــه الحنفـــــــى

السرخسى ، المبسوط للشمس الائمة محمد بن أحمد بن سهل دارالمعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٨م و ادارة القرآن كراتشى باكستان - ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧م

لكاسانى ، ٥٨٧ هـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للامام علاء الدين ابى بكر مسعود الكاسانى مطبعة سعيد كمبنى كراتشى ، باكستان و دارالكتاب العربى ، بيروت - لبنان • الطبعة الثانية ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤م •

المرغيانى ، ٥٩٣ هـ الهداية للعلامة ابى الحسن بن محمد بن عبدالجليل الرشدانى برهان الدين المرغينانى طبعة المكتبة التجارية بهامش فتح القدير •

الزيلعى ، ٨٤٣ هـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للفقية الحنفى عثمان بن على بن محمد فخرالدين الزيلعى مكتبة امدادية ملتان - باكستان ، الطبعة الاولى ١٣١٥هـ / ومعارف بريس ، لاهور - باكستان

البابرتى ، ٧٨٦ هـ العناية شرح الهداية للعلامة محمد بن محمد بن محمود اكمل الدين البابرتى طبعة المكتبة التجارية ١٣٥٦ هـ•

العبـــادی ، ٨٠٠ هـ — الجوهـــرة النيـــرة للعلامـة أبـی محمـد العبادی اليمنی ـ المـطبعـة الخيـرية بالقاهـرة ـ سـنة ١٣٢٣ هـ و مكتبة امدادية ، ملتان ـ باكســـتان

ابن قاضـی ، ٨٢٣ هـ — جامـع الفصـوليـن لمحمـود بن ا سرائيـل الشهيـر بابن قاضـی سماوة طبعة اسلامی كتب خـانـه بنـوری تاؤن كراتشی (٥) ، باكستان• سنة ، ١٤٠٢هـ

ابـی الحسـن الطرابلسـی ، ٨٤٤هـ — معيـن الحكام فيما يتردد بيـن الخصميـن مـــن الأحكام للشيخ عـلاء الدين أبـی الحسن علی بن خليل الطرابلسـی ، مكتبة حاجـی عبدالغفار و پســـران تاجـران كتـب قندهار ـ افغانستان•

ابن الهمـــام ، ٨٦١ — شـــرح فتح القـديـر ـ للعلامة محمـد بن عبدالواحد بن عبدالحميـد بن مسعود كمال الدين المعروف بابن الهمام طبـعـة دار احياء التراث العربـی ، بيـروت و دارالفكـــر للطبـاعـة والنشـر والتوزيـع ، الطبعـة الثانيـة ، ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧م

ابن نجيـم ، ٩٧٠ هـ — البحـر الرائـق شـرح كنـز الدقائـق لشيـــــخ زيـن الـدين بن ابراهيـم الشهيـر بابن نجيـــــم طبعـة الـمكتبـة الماجـدية كـوئتـه ـ باكستـــان و دارالمعرفة ـ بيروت •

شيـــخ زاده ، ١٠٨٧ هـ — مجمـع الانهـر شـرح ملتقـی الأبحـــر للفقيـه الحنفی عبدالرحمن بن محمـد بن سليمان المعروف بشيـــخ زاده طبعة سنة ١٢٨٧هـ /

الحصكفي ، ١٠٨٨هـ

الدر المختار شرح تنوير الابصار للفقيه الحنفي محمد بن علي محمد علاء الدين الحصكفي مطبعة الحلبي طبعة سنة ، ١٣٢٤هـ بهامش حاشيه ابن عابدين .

ابن عابدين ، ١٢٥٢ هـ

حاشيته ابن عابدين على الدر المختار للعلامة محمد امين بن عمر بن عبدالعزيز بن عابدين الدمشقي دارالفكر العربي بيروت والمكتبة الماجدية كوئته - باكستان و مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، ١٣٩٩ / ١٩٦٩م

الفقه المالكي

مالك ، ١٧٩هـ

المدونة الكبرى للامام مالك بن أنس الاصبحي رواية لامام سحنون عن الامام عبد الرحمن بن القاسم عن الامام مالك مطبعة دارصادر بيروت و مطبعة دارالسعادة بمصر سنة ، ١٣٢٣هـ .

و

ابن رشد ، ٥٩٥ هـ

بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، لابي الوليد محمد القرطبي الاندلسي المالكي الشهير بابن رشد المكتبة العلمية ، لاهور - باكستان والمكتبة امدادية - ملتان

ابن فرحون ، ٧٩٩ هـ

تبصرة الحكام في أصول الاقضية والأحكام للعلامة ابراهيم بن الامام شمس الدين على بن محمد بن فرحون المالكي مطبعة البابي الحلبي ، بالقاهرة سنة ، ١٩٣٧ م

الخطـــاب ، ٩٥٤ هـ — مواهـب الجليـل شـرح مختصـر خليـل للعلامـــة أبـى عبداللـه محمـد بن محمد بن عبد الـرزاق الرعينـى الشهيـد بالحطـاب طبعـة ، ١٣٢٩هـ

الخـــرشـى ، ١١٠١ هـ — فتـح الجليـل علـى مختصـر خليـل لابـى عبداللـه محمـد الخرشـى مطبعـة دارالفكر للطباعة والنشـر بيروت سنة ١٣٠٦ هـ

الدردير ، ١٢٠١هـ — الشـرح الكبير علـى مختصـر خليـل لابـى البركات سـيدى أحمـد بن محمـد بن احمد العدوى مطبعـة المكتبة التجارية سنـة، ١٣٧٣ هـ

الدسوقـى ، ١٢٣٠ هـ — حاشية الدسـوقـى علـى الشرح الكبيـر للعـــلامـة شمـس الديـن محمد بن أحمـد بن عـرفـة الدسـوقى الطبعـة سـنة ، ١٣٧٣ هـ مطبعة داراحياء الكتب العربيـة عيسـى البابـى الحلبـى بمصـــر٠

الفقـــه الشافعـــى

الشـافعـــى ، ٢٠٤ هـ — الأم لامام محمـد بن ادريـس الشافعـــى مطبعة المكتبة الاسـلامية ـ مكـة المكـرمة

الماوردى ، ٤٥٠ هـ — الأحكام السلطانية لابـى الحسـن علـى بن محمـــد بن حبيـب مطبعـة دارالكتـب العـلمية ، بيروت لبنان سنة ، ١٩٧٨م ٠

الغـــزالـى ، ٥٠٥ هـ — احيـاء علـوم الدين مطبعـة لجنـة نشـر الثقافـة الاسـلامية ٠

الشيـــرازى ، ٤٧٦ هـ — المهـذب فـى فقـه الامام الشافعـــى لأبـــــى اسحاق ابراهيم الشيرازى الفيروز آبادى مطبعة دارالفكـر للطباعـة والنشـر والتوزيـع ، بيـــروت لبنان٠

الانصـارى ، ٩٢٦هـ — اسنـى المطالـب شـرح روض الطالـب لابـى يحيـى شيـخ الاســلام زكـريا بن محمـد بن زكـريا الأنصارى مطـبعـة المكتبـة الاسـلامية ـ مكة المكرمـة ٠

الشربينـى ، ٩٧٧ هـ — مغنـى المحتاج الـى معرفة الفاظ المنهـــــــاج للعـلامـة الشيخ محمد الشربينى الخطيـب مطبعـة دار احياء التراث العربـى ـ بيروت ـ لبنان، ١٣٧٧هـ ١٩٧٨م

الـرملـى ، ١٠٠٤ هـ — نهـاية المحـتاج الـى شـرح المنهـاج لشمس الـديـن محمـد بن أحمـد الرملـى الناشـر المكتبة الاسـلامية المملكة العربية السعودية ٠

السيد البكـرى ، ١٣١٠هـ — اعانـــة الطالبيـــن علـى حل ألفـاظ فتـح المعيـــــن لأبـى بكـر المشهـور بالسـيد البكـرى ، داراحيـــاء التراث العربـى ، بيروت٠

الفقـــــه الحنبلـى:

ابن قـدامـــة ، ٦٢٠ هـ — المغنـى علـى مختصر الخرقـى للعلامـة عبدالله بنأحمد ابن محمد بن قدامة المقدسـى الدمشقـى المعروف بابن قدامـة مطبعة الكليات الازهـرية ـ القاهرة

ابن تيمية ، ٧٣٨ هـ — السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية 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 التنقيح و زيادات لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى مطبعة عالم الكتب القاهرة ، والمطبعة العامرة 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.

فقـــــه الـزيـــديـــة :

ابن المرتضـــــى ، ٨٤٠ هـ البحر الزخـار الجامـع لفقـه علمـاء الأمصـــــار للفقيـــه العـلامـــة احمـد بن يحيـى بن المـــرتضى مطبعـــة مكتبة الخانجـــى الطبعـة الاولـى ١٣٦٨ هـ ١٩٤٩م٠ و مـــؤسسـة الرسالـــــــــــة بيروت ، لبنـــان ٠

فقـــة الامامـيـــة :

مفتـــاح الكـرامـــة بشـــرح قواعـد العـــــلامـــة للفقيـه محمـد جـــواد بن محمـد بن محمـد الحسينى العاملـــى طبعـــة ســنة ، ١٣٣٣ هـ٠

الكتب الفقهية الحديثة :

١- أبوزهرة : الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي طبعة سنة ، ١٩٦١م

٢- أبو زهرة : أصول الفقه للشيخ ابي زهرة ، مطبعة دارالفكر العربي ، بمصر.

٣- البرديسي : أصول الفقه ، لمحمد زكريا البرديسي المكتبة الفيصلية - مكة المكرمة.

٤- الاتاسي : شرح مجلة الاحكام العدلية محمد خالد الاتاسي ، المكتبة الاسلامية ميزان ماركيت كوئته - باكستان. ١٤٠٣ هـ

٥- حسب الله : أصول التشريع الاسلامي للشيخ علي حسب الله مطبعة ادارة القرآن والعلوم الاسلامية ، كراتشي باكستان - سنة ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧م

٦- خلاف : أصول الفقه لعبدالوهاب خلاف طبعة سنة ، ١٩٦٥م مكتبة الدعوة الاسلامية ، شباب الازهر.

٧- الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق للدريني

٨- زرقا : الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد للزرقا مصطفى أحمد ، دارالفكر بدون تاريخ.

٩- الذحيلي : الفقه الاسلامي و ادلته للدكتور وهبة الزحيلي دارالفكر دمشق ، سوريا الطبعة الثانية ، ١٤٠٠ ١٩٨٠م.

١٠- زيدان : الوجيز فى اصول الفقه للدكتور عبدالكريم زيدان ، الناشر دارالكتب الاسلامية ، لاهور - باكستان

١١- سليم رستم باز : شرح مجلة الاحكام العدلية لسليم رستم باز اللبنانى دار احياء التراث العربى بيروت ، ١٨٩٨ م الطبعة الثانية .

١٢- سراج : ضمان العدوان فى الفقه الاسلامى للدكتور محمد أحمد سراج دارالثقافة للنشر والتوزيع - القاهرة ، ١٤١٠ ١٩٩٠م

١٣- شعبان : أصول الفقه لزكى الدين شعبان ، الجامعة الليبية كلية الحقوق.

١٤- عبدالرزاق السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى عبدالرزاق السنهورى معهد الدراسات العربية العالمية ، سنة ، ١٩٥٣م

١٥- عدنان محمد جمعة : رفع الحرج فى الشريعة الاسلامية لعدنان محمد جمعة دارالامام للطباعة والنشر سوريا دمشق الطبعة الاولى ، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م

١٦- على الخفيف : الضمان فى الفقه الاسلامى لعلى الخفيف ، معهد البحوث الدراسات العربية ، القاهرة .

١٧- سيد عواد على : أحكام القسمه فى الفقه الاسلامى للدكتور سيد عواد على عواد طبع داراسكرين ، اجنسى للطباعة بمصر .

١٨- عودة : التشريع الجنائى الاسلامى للشهيد عبدالقادر عودة مؤسسة الرسالة ، بيروت الطبعة الخامسة ، ١٤٠١هـ ١٩٨٤م

١٩- الكردى : المدخل الفقهى للدكتور أحمد الحجى الكردى طبعة جامعة دمشق ، سوريا ، ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩م

٢٠- ياسين : نظرية الغرر فى 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 / ١٩٥٦م

٢- الرازى : مختار الصحاح ، للشيخ الأمام محمد بن ابى بكر بن عبدالقادر الرازى مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، بمصر ، ١٣٦٩ هـ / ١٩٦٠م

٣- الفيروز آبادى : القاموس الحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى ، مؤسسة الحلبى ، الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧م - القاهرة.

٤- المقرى : المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد بن على المقرى الطبعة السادسة طبعة الاميرية بالقاهرة ، ١٩٢٦م

٥- المعجم الوسيط : مجموعة من الاساتذة باشراف مجمع اللغة العربية بالقاهرة. مطبعة انتشارات ناصر خسرو طهران - ايران.

٦- التعريفات للسيد الشريف الجرجانى

المـــراجـــع القانـــونيـــة

أ- باللغـــة العـــربية :

أحمـد حشمـــت• مصـادر الالتـزام لاحمـد حشمت ، ١٩٦٣م
مطبعـــة دارالفكـــر العـــربـى•

أحمـد صفـوت: شـــرح القانـــون الجنـائـى القسم العـــام
لاحمـد صفـوت مطبعـــة حجـــازى•

أحمـد فتحـى سرور الوسيـط فـى قانون العقـوبات القسـم العام
لاحمـــد فتحـــى سرور•

اكرم نشأت ابراهيـــم الاحكام العامة فـى قانون العقوبات العراقـى
مطبعـــة السـعد - بغداد، ١٩٦٢م

انـــور سلطـــان النـظـرية العامـة للالتـزام لأنـور سلطـــان
١٩٦٢م مطبعـة دارالمعارف بمصـــر•

جنـدى عبدالملك مجموعة المبـادئ الجنائيـة لجنـدى عبدالملك
مطبعـــة دارالكتـــب ، ١٣٤٥هـ / ١٩٢٨م

(٢)

المؤســوعـــة الجنائيـــة لجنـدى عبدالملـــك
دار أحيـاء التـراث العـربـى - بيـــروت•

حســين عامـــر التعسـف فـى استعمـال الحـقوق والغاء
والعقـود لحـــين عامـــر المطبعـة الأولـــى
مطبعـة شركة ساهمة مصرية ، ١٣٧٩/ ٢٩٦٠م

حســن محمد أبو السعود شـرح قانون العقوبات العـراقى لحسن محمـد
ابو السعود ، ١٩٤٢هـ - ١٩٤٣م•

حميد السعدى — جرائم الاعتداء على الاموال لحميدالسعدى مطبعة المعارف ، ١٩٦٦م بغداد.

زغلول — شرح قانون المدنى لاحمد فتحى زغلول المطبعة الأميرية بمصر، ١٩٦٣م.

السنهورى (١) الوسيط فى قانون المدنى الجديد لعبد الرزاق السنهورى.

(٢) مصادر الحق لعبدالرزاق السنهورى (على طلبة قسم الدراسات القانونية ، ١٩٧٧م.

سليمان مرقس — موجز أصول الالتزامات لسليمان مرقس ١٩٦٢م مطبعة لجنة البيان العربى.

عبدالمجيد الحكيم (١) أحكام الالتزام 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.

عدنان القوتلى — الوجيز فى الحقوق المدنية لعدنانالقوتلى القسم الاول: مطبعة دارالفكر ، دمشق سنة ، ١٣٧٣ / ١٩٦٣م

القللى — المسئولية الجنائية لمحمد مصطفى القللى سنة ١٩٤٧م مطبعة جامعة فؤاد الأول و مطبعة الاعتماد مصر.

كامل السامرائى (١) القانون المدنى لمحمد كامل السامرائى مكتبة المثنى ، بغداد ، ١٩٦٤م

(٢) قانون العقوبات البغدادى لكامل السامرائى منشورات مكتبة المثنى شارع المتبنى بغداد مطبعة شفيق بغداد ، ١٩٦٤م

محمد ابراهيم اسماعيل شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات لمحمد ابراهيم اسماعيل دارالفكر العربى

محمد كامل مرسى الالتزامات لمحمد كامل مرسى المطبعة العالمية ، ١٦ شارع ، ضريح سعد بالقاهرة ١٣٧٤هـ / ١٩٥٥م

محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات لمحمود نجيب حسنى ١٩٦٢م دارالنهضة العربية .

محمد وحيد الدين سوار شرح قانون المدنى النظرية العامة للالتزام لمحمد وحيدالدين 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 فى قانون العقوبات مصطفى السعيد .

مصطفى كامل شرح قانون العقوبات القسم العام لدكتور مصطفى كامل مطبعة الأهالى بغداد، ١٣٣٩هـ - ١٩٤٠م

ب - باللغـــة الانجليـــزيـة

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, Burgan- 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 Trade 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 Agenc 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.

الـــدوريـــات القانـــونيـــة :

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.