

التصرفات الناقله للملكية الواردة على محل الغصب

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون

إعداد

الدكتور / جهاد محمود عيسى

الأشقر

أستاذ الفقه المساعد بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر

الحمد لله رب العالمين؛ الذي خلق السموات والأرض، وجعل الظلمات والنور، تستفتح باسمه مغاليق الأمور، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ، الذي بعثه الله ﷺ رحمة للعالمين.

وبعد

فإن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد، وتدفع عنهم المفاسد التي من شأنها تؤدي إلى التهلكة، فقال ﷺ: «الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا» [المائدة: ٣]. وقد تقرر أن المال يُعدُّ ضرورة من ضروريات الحياة، وقد جعل إحدى الضروريات الخمس^(١) التي لا غنى عنها في عمارة الكون، ولذا فقد أمر الشرع بتحصيله من طرق مشروعة فقط، فجعل طلب الحلال فرض عين على كل مسلم، فعن أنس بن مالك ؓ أن النبي ﷺ قال: (طلب الحلال واجب على كل مسلم).^(٢)

وبيّن الرسول ﷺ أن الإنسان سيُسألُ يوم القيامة عن ماله من أين اكتسبه، وفيما أنفقه، فروى أبو الدرداء أن الرسول ﷺ قال: (لا تَزُولُ قَدَمًا عَدُوًّا يَوْمَ الْقِيَامَةِ حَتَّى يُسْأَلَ عَنْ أَرْبَعٍ: عَنْ عَمَلِهِ فِيمَا أَقْنَاهُ، وَعَنْ جَسَدِهِ فِيمَا أَبْلَاهُ، وَعَنْ مَالِهِ فِيمَا أَنْفَقَهُ، وَمِنْ أَيْنَ كَسَبَهُ، وَعَنْ عِلْمِهِ مَاذَا عَمِلَ فِيهِ؟).^(٣)

واحترمت الشريعة الإسلامية حق الملكية (٤) الفردية، فعن أنس

(١) يقول الشاطبي: "وَمَجْمُوعُ الضَّرُورِيَّاتِ خَمْسَةٌ، وَهِيَ: حِفْظُ الدِّينِ، وَالنَّفْسِ، وَالنَّسْلِ، وَالْمَالِ، وَالْعَقْلِ" الموافقات: لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي: ٢٠/٢، ط: دار ابن عفان، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

(٢) أخرجه الطبراني، المعجم الأوسط: لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني: ٢٧٧/٨، ط: دار الحرمين، القاهرة: ١٤١٥هـ.

(٣) أخرجه الترمذي: كتاب صفة القيامة والرقائق والورع عن رسول الله ﷺ، باب في القيامة، سنن الترمذي: لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي: ٦١٢/٤، ط: دار الحديث، القاهرة، بدون تاريخ.

(٤) الملك هو: حكم شرعي مقدر في العين، أو المنفعة، يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك، وأخذ العوض عنه، من حيث هو كذلك. الفروق: للإمام أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي: ٢٠٨/٣، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

وقيل هو: اختصاص بالشيء، يُمكن صاحبه شرعاً الانفراد بالانتفاع به، والتصرف فيه عند عدم المانع الشرعي. أحكام المعاملات الشرعية: د. علي الخفيف، ص ٨، ط: دار الفكر العربي، القاهرة: ٢٩٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.

بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ). (١)

ولقد وضعت الشريعة الإسلامية وسائل كثيرة لحفظ المال، وحمائته، فحرمت التعدي على ملك الغير، وجعلته من الكبائر الجالبة لسخط الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعذابه، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا * وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيه نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا» [النساء: ٣٠، ٢٩].

وعن أبي ذر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِيمَا رَوَى عَنِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: (يَا عِبَادِي إِنِّي حَرَمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي، وَجَعَلْتُهُ بَيْنَكُمْ مُحْرَمًا، فَلَا تَظَالُمُوا...). (٢)

وقد قال الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حجة الوداع: (... فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ، وَأَمْوَالَكُمْ، وَأَعْرَاضَكُمْ، بَيْنَكُمْ حَرَامٌ، كَحَرَمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا). (٣)

وقررت العقوبات الدنيوية الزاجرة لمن يعتدي على مال الغير، فأوجبت العقوبة على السارق، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ» [المائدة: ٣٨].

(١) أخرجه البيهقي: كِتَابُ الْعُصْبِ، بَابُ مَنْ عَصَبَ لَوْحًا فَأَدْخَلَهُ فِي سَفِينَةٍ، أَوْ بَنَى عَلَيْهِ جِدَارًا، السنن الكبرى: لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني أبو بكر البيهقي: ١٦٦/٦، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، وأخرجه الدار قطني: كِتَابُ الْبُيُوعِ، سنن الدار قطني: لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني: ٤٢٤/٣، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، صحيح مسلم: لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري: ١٩٩٤/٤، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

(٣) أخرجه البخاري: كِتَابُ الْعِلْمِ، بَابُ قَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: رَبِّ مَبْلَغٍ أَوْ عَى مِنْ سَامِعٍ، صحيح البخاري: لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي: ٢٤/١، ط: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ، وأخرجه مسلم: كِتَابُ الْقِسَامَةِ، وَالْمَحَارِبِينَ، وَالْقِصَاصِ، وَالذِّيَاتِ، بَابُ تَغْلِيظِ تَحْرِيمِ الدِّمَاءِ، وَالْأَعْرَاضِ، وَالْأَمْوَالِ، صحيح مسلم: ١٣٠٦/٣.

وقررت عقوبة الحرابة، فقال ﷺ: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣].

وعلى الرغم من هذا كله قد يعتدي الإنسان على ملك غيره بطريق الغضب، ولا يبالي حرمة المال، ولا حرمة الاعتداء عليه، ويمتنع الغاصب عن رده، إما لعناده، أو لقلّة حيلة المغصوب منه، خصوصاً في هذا الزمان الذي كثرت فيه صور التعدي على مال الغير، ووُجِدَت فُتْنَةٌ مِنَ النَّاسِ لَا تَبَالِي أَمِنْ حَلَالٍ كَانَ الرِّزْقُ، أَمْ مِنْ حَرَامٍ، وَهَذَا مَا أَخْبَرَ عَنْهُ النَّبِيُّ ﷺ، فَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: (يَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ، لَا يَبَالِي الْمَرْءُ مَا أَخَذَ مِنْهُ، أَمِنْ الْحَلَالِ، أَمْ مِنَ الْحَرَامِ).^(١)

وقد ترد على محل الغضب تصرفات ناقلة للملكية، قد تصدر من صاحب العين المغصوبة، وقد تصدر من الغاصب نفسه، ظناً منه أن هذا التصرف من شأنه يجعل الحرام حلالاً. وهذا التصرف الناقل للملكية قد يكون بعوض كالبيع، والمتاجرة، وقد يكون بغير عوض كالهبة، والوصية. وفي هذا البحث نحاول إلقاء الضوء على هذا التصرف، وموقف الفقه الإسلامي منه.

(١) أخرجه البخاري: كِتَابُ الْبُيُوعِ، بَابُ مَنْ لَمْ يُبَالِ مِنْ حَيْثُ كَسَبَ الْمَالَ، صحيح البخاري: ٥٥/٣.

ويتكون هذا البحث من تمهيد، وفصلين، وخاتمة.	
التمهيد:	حقيقة التصرف، والغصب.
الفصل الأول:	التصرفات الناقلة للملكية بعوض.
وفيه مباحث	
المبحث الأول:	بيع المغصوب.
وفيه مطالب	
المطلب الأول:	حقيقة البيع.
المطلب الثاني:	بيع المغصوب لغير الغاصب.
المطلب الثالث:	شروط بيع المغصوب لغير الغاصب.
المطلب الرابع:	بيع المغصوب للغاصب.
المطلب الخامس:	بيع الغاصب للمغصوب.
المطلب السادس:	شراء الغير للمغصوب.
المبحث الثاني:	الاتجار بالمال المغصوب.
وفيه مطالب	
المطلب الأول:	حقيقة المتاجرة.
المطلب الثاني:	حكم الاتجار بالمال المغصوب.
الفصل الثاني:	التصرفات الناقلة للملكية بدون عوض.
وفيه مبحثان	
المبحث الأول:	هبة المغصوب.
وفيه مطالب	
المطلب الأول:	حقيقة الهبة.
المطلب الثاني:	هبة المغصوب للغاصب.
المطلب الثالث:	هبة المغصوب لغير الغاصب.
المطلب الرابع:	هبة الغاصب للمغصوب.
المبحث الثاني:	الوصية بالمغصوب.
وفيه مطالب	
المطلب الأول:	حقيقة الوصية.
المطلب الثاني:	وصية الغاصب للمغصوب.
المطلب الثالث:	وصية المغصوب لغير الغاصب.
المطلب الرابع:	وصية المغصوب للغاصب.
الخاتمة:	وبها أهم نتائج البحث.

التمهيد

حقيقة التصرف والغصب

قبل التناول في موضوعات البحث يجدر بنا أن نلقي الضوء على حقيقة كل من التصرف، والغصب؛ لأن حقيقة الشيء فرع عن صورته، وعلى هذا الأساس يتكون هذا التمهيد من بحثين:

المبحث الأول: حقيقة التصرف.

المبحث الثاني: حقيقة الغصب.

المبحث الأول

حقيقة التصرف

أولاً: في اللغة: التصرف مأخوذ من الصرف، مصدر تصرف يتصرف تصرفاً، وتأتي هذه الكلمة في اللغة على عدة معان منها:

١- الاحتيال والتقلب في الأمور: يقال: الصيرف: المحتال المتصرف في

الأمور، ويقال: صرفته في الأمر تصريفاً فتصرف، قلبته، فتقلب.

٢- رجوع الشيء، وصرفه عن وجهه: قال ابن فارس: الصَادُ، والرَاءُ،

وَالْفَاءُ مَعْظَمُ بَابِهِ يَدُلُّ عَلَى رَجْعِ الشَّيْءِ، مِنْ ذَلِكَ صَرَفْتُ الْقَوْمَ

صَرَفًا وَأَنْصَرَفُوا، إِذَا رَجَعْتَهُمْ فَرَجَعُوا، وَالصَّرْفُ فِي الْقُرْآنِ:

التَّوْبَةُ؛ لِأَنَّهُ يُرْجَعُ بِهِ عَنِ رُبِّيَّةِ الْمُذْنِبِينَ، وَيُقَالُ لِحَدَثِ الدَّهْرِ:

صَرَفٌ، وَسُمِّيَ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِالنَّاسِ، أَي يُقَلِّبُهُمْ وَيُرَدِّدُهُمْ.

٣- التدبير: يقال: صرّف الأمر، دبّره، ووجهه، وتصرف فلان في

الأمر، احتال وتقلب فيه. (١)

ويفهم مما سبق أنه إذا قيل: تصرف فلان في الأمر، أنه قلب الأمر

وصرفه من جهة إلى جهة، أو من حال إلى حال، فالتصرف في العين

المغصوبة من شأنه يغيّرُها من حال إلى حال، فبعد أن كانت مملوكة

لصاحبها تنتقل الملكية إلى غيره، إما بالبيع، أو بالهبة، أو بالوصية.

ثانياً: في الاصطلاح: استعمل الفقهاء كلمة التصرف كثيراً في

أبواب الفقه المختلفة، كالحجر، والإكراه، والرهن، والتفليس، ولكنهم

لم يخصوها بتعريف مستقل.

(١) معجم مقاييس اللغة: لأحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي: ٣/٢٤٣،

٣٤٣، ط: دار الفكر: ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.

وإن المتتبع لكلمة التصرف في أبواب الفقه يجد أن الفقهاء قصدوا من كلمة التصرف: كل ما يصدر من الإنسان من قول، أو فعل، يرتب الشرع أثراً عليه.

وإذا تتبعنا الفقهاء المعاصرين يتضح أنهم عرفوا التصرف بتعريفات متعددة منها ما يأتي:

التعريف الأول: التصرف هو: كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية، ويرتب الشارع أثراً شرعياً. (١)

ويلاحظ على هذا التعريف ما يأتي:
أولاً: كلمة تصرفات الواردة في التعريف كلمة مبهمة، تحتاج إلى إيضاح وبيان، ونحن بصدد تعريف التصرف، فكيف يعرف التصرف بكل ما يكون من تصرف.

ثانياً: ورد في التعريف كلمة شخص، وهي تحتاج إلى بيان، لأنه لم يحدد هل الشخص المكلف، أم الصبي مطلقاً، سواءً كان مميزاً، أو غير مميز، فيكون التعريف غير مانع من دخول غيره عليه.

ثالثاً: ورد في التعريف كلمة قولية، ويكون قد حصر التصرفات في نوع واحد فقط، بينما التصرفات تنقسم إلى تصرفات قولية، وتصرفات فعلية.

قال ابن تيمية: "إنَّ تَصَرُّفَاتِ الْعِبَادِ مِنَ الْأَقْوَالِ وَالْأَفْعَالِ نَوْعَانِ: عِبَادَاتٍ يَصْلُحُ بِهَا دِينُهُمْ، وَعَادَاتٍ يَحْتَاجُونَ إِلَيْهَا فِي دُنْيَاهُمْ". (٢)
التعريف الثاني: التصرف هو: كل عمل ينشئ الالتزام، وينتج أثراً شرعياً. (٣)

ويلاحظ على هذا التعريف: بأنه عرّف التصرف بكل عمل ينشئ الالتزام، والتصرف أعم من الالتزام، بل هو في حقيقته يعتبر مصدراً من مصادره، وهو السبب المنشئ للالتزام، والالتزام أثر له. (٤)

(١) الملكية ونظرية العقد: للشيخ محمد أبو زهرة، ص ٢٠١، ط: دار الفكر، بدون تاريخ طبع.

(٢) الفتاوى الكبرى: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد بن تيمية الحراني: ١٢/٤، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٠٨هـ/١٩٨٧م.

(٣) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية: د. صبحي المحمصاني: ٣٣/١، ط: الكشاف، بيروت، بدون تاريخ طبع.

(٤) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: د. عبد الكريم زيدان، ص ٢٤١، ط: مؤسسة الرسالة، بدون تاريخ طبع.

فيكون هذا التعريف غير جامع؛ لأن بعض التصرفات قد يكون فيها التزام بحق، كالدعوى التي يدعيها الشخص على غيره، وقد يكون فيها التزام، إما بإنشاء حق كالبيع، والوقف، والهبة، أو إسقاطه، كإبراء المدين من الدين، أو إنهائه، كما في الطلاق.^(١)

التعريف الثالث: التصرف هو: كل ما يصدر عن الشخص بإرادته، من قول، أو فعل، يرتب عليه الشارع أثراً من الآثار، سواء أكان في صالح ذلك الشخص، أم لا.^(٢)

ويلاحظ على هذا التعريف ما يأتي:

أولاً: أنه غير جامع؛ لأنه لم يشمل تصرفات بعض فاقد الأهلية، كالنائم، والمكره على اعتبار أنهم لا اختيار لهم، ولا إرادة، على الرغم من أن الفقه اعتبر كل ما يصدر منهم من الأقوال والأفعال تصرفاً.

ثانياً: هذا التعريف لم يحدد المراد بالشخص، هل هو الشخص المكلف، أم الشخص المميز، أم الشخص الغير مميز؟

التعريف الرابع: التصرف هو: ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته، قولاً، أو فعلاً، ويرتب عليه الشارع نتيجة ما.^(٣)

ويلاحظ على هذا التعريف بأنه غير جامع؛ لأنه أخرج تصرفات الصبي الغير مميز، فقد يصدر منه تصرفات فعلية يُعْتَدُّ بها شرعاً، كالإتلاف، والاعتداء على الغير، إذ يلزم بالضمان في ماله.

ولم يشتمل التعريف على تصرفات من لا إرادة لهم، على الرغم من أن الفقه اعتبر كل ما يصدر منهم من الأقوال والأفعال تصرفاً.

وبعد سوق هذه التعريفات للتصرف، وبيان أنها لم تسلم من النقد، فيمكن تعريف التصرف بأنه: كل ما صدر من الإنسان مطلقاً، ورتب الشارع الأثر عليه.

(١) أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية: د. سلطان إبراهيم سلطان الهاشمي، ص ٣٨، ط: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى: ٢٢٠٢هـ/٢٠٠٢م.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة مصطفى الزُّحَيْلِي: ٢٩٢٠/٤، ط: دار الفكر، سورية، دمشق، الطبعة الثالثة: ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

(٣) مختصر المعاملات الشرعية: د. علي الخفيف، ص ٦٨، مطبعة السنة المحمدية: ١٩٤٩.

فهذا التعريف يشمل كل ما صدر من الإنسان، سواءً أكان مكلِّفًا، أم غير مكلِّف، مميزًا، أم غير مميز، وسواءً كانت التصرفات أقوالًا، أو أفعالًا.

تعريف التصرف في نطاق الدراسات القانونية:
فرَّق القانون بين نوعين من أنواع التصرفات التي تصدر من الإنسان.

النوع الأول: الواقعة القانونية: وهي كل حدث يرتب القانون عليه أثراً معيناً، وهذه الواقعة قد تكون من فعل الطبيعة، أو من عمل الإنسان.

أولاً: الواقعة الطبيعية: وهي التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل فيها، وكثيراً ما يترتب عليها آثار قانونية، فتكون سبباً في اكتساب الحقوق، أو في انقضاءها، ومثالها واقعتي الميلاد والوفاة، وغير ذلك.

ثانياً: الواقعة التي من فعل الإنسان: وهي الأعمال المادية التي تصدر عن الإنسان، فتترتب عليها آثاراً قانونية بصرف النظر عن نية من صدرت عنه وهي:

١- الفعل النافع: (الإثراء بلا سبب) ويوجد بصدد شخص يثرى على حساب آخر دون سند قانوني، لهذا فإن القانون يرتب لمن افتقر حقاً يستطيع بمقتضاه أن يرجع على من أثرى على حسابه.

٢- الفعل الضار: ويقوم على أركان ثلاثة: الفعل، والضرر، ورابطة السببية بينهما.

٣- وقائع أخرى: مثل الاستيلاء، ووضع اليد... إلخ، فكل هذه الأفعال يرتب القانون عليها آثاراً قانونية موداها إنشاء الحقوق.

وهذا النوع من التصرف في القانون يقابل في الفقه الإسلامي التصرفات الفعلية.

النوع الثاني: التصرفات الإرادية: وتعرف بأنها اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، بحيث يترتب الأثر القانوني على مجرد اتجاه الإرادة إلى إحداثه، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الحق كالهبة، أو نقله، أو تعديله كالتجديد، أو إنهائه كالإبراء. (١)

(١) د. عبد القادر الغار: المدخل لدراسة العلوم القانونية (النظرية العامة للحق) ص ١٣٥، ط: دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى: ٢٠٠٦.

وقد اشترط القانون فيها شروطاً لا بد من توافرها حتى ينظر إليها كأساس للتصرف القانوني، هذه الشروط هي:

- أن يعبر عنها في العالم الخارجي، وهو إما تعبير صريح، أو ضمني.
- أن يصدر التعبير عن شخص ذي أهلية.
- أن يكون الباعث للإرادة مشروعاً.
- أن تكون الإرادة خالية من العيوب.

وهذا النوع من التصرفات يطلق عليها الأعمال القانونية، أو التصرفات القانونية. (١)

وهذا النوع يقابل في الفقه الإسلامي التصرف القولي. وبالنظر في تعريف التصرف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتضح أن كلمة التصرف في الفقه الإسلامي أعم، وأشمل منها في القانون الوضعي؛ لأنها تطلق على كل ما يصدر عن الإنسان من أفعال مادية، أو أقوال، بينما في القانون الوضعي تطلق على ما يصدر من الإنسان من أقوال فقط، فيكون بينهما عموم وخصوص، فكل تصرف قانوني يعتبر تصرفاً شرعياً، وليس كل تصرف شرعي يعتبر تصرفاً قانونياً. (٢)

(١) أ. د. لاشين محمد الغياتي: محاضرات في نظرية الحق، ص ١٣٩ وما بعدها، ط: المكتبة التوفيقية: ١٩٧٩م، د. محمد الصغير البعلي: المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، ونظرية الحق) ص ١٢٩، ط: دار العلوم، عنابة، الجزائر، ٢٠٠٦.

(٢) النيابة عن الغير في التصرفات المالية: أ. د. سيف رجب قزامل، ص ٢٧، ط: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى: ٢٠٠٨م.

المبحث الثاني

حقيقة الغضب

ويتكون هذا المبحث من المطالب الآتية:
المطلب الأول: تعريف الغضب.
المطلب الثاني: الحكم التكليفي للغضب.
المطلب الثالث: ما يتحقق به الغضب.

المطلب الأول

تعريف الغضب

في اللغة هو: أخذ الشيء ظلماً، يقال: غصَبَ الشيءَ، يَعْصِبُهُ غَصَباً، وَاغْتَصَبَهُ، فهو غاصِبٌ، وغصبه على الشيء، قهره، وغصبه منه، والاعتصابُ مثله، والشيءُ غصِبٌ، ومغصوبٌ.
وتقول العرب: غصبتُ الجلدَ غصَباً، إذا كدَدتَ عنه شعره، أو وبره قسراً بلا عطن في الدبَّاغ، ولا إعمالٍ في ندى، أو بولٍ، ولا إدراج. (١)
ويأتي الغضب بمعنى الظلم، والقهر، ومنه قول الله ﷻ: ﴿وَكَانَ وِرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِيْنَةٍ غَصْباً﴾ [الكهف: ٧٩].
فيفهم من هذا: أن الغضب يطلق على أخذ الشيء من الغير بالغلبة، مآلاً كان، أو غيره، فإن أخذه من حرز سراً سمي سرقة، وإن أخذه مكابرة في صحراء سمي محاربة، وإن أخذه استلاباً سمي اختلاساً، وإن أخذه من شيء كان مؤتمناً عليه سمي خيانة. (٢)
وفي الشرع: اختلف فقهاء المذاهب في بيان حقيقة الغضب تبعاً لاختلافهم في هل يتحقق الغضب في الأموال العينية فقط، أم يتحقق فيها وفي غيرها، على النحو الآتي:

(١) لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي: مادة: غصب، ط: دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٤هـ.

(٢) كفاية النبيه شرح التنبيه: لأحمد بن محمد بن علي الأنصار أبو العباس نجم الدين، المعروف بابن الرفعة: ٤٠٩/١٠، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ٢٠٠٩م.

عرفه الحنفية بأنه: أخذ مال متقوم محترم، بغير إذن المالك، على وجه يزيل يده.^(١)
شرح التعريف:
قوله: أخذ: الأخذ هو تناول الشيء، أو إثبات اليد، وهو جنس في التعريف، يشمل أي أخذ، ولو كان بحق، فيشمل المغصوب، وغيره.
قوله: مال: وهو اسم لغير الأدمي، خلق لمصالح الأدمي، وأمكن إحرازه، والتصرف فيه على وجه الاختيار.^(٢)
وهو يشمل العيني، والمعنوي، وهو قيد في التعريف خرج به الميتة، والحر.
قوله: متقوم: أي: ما كان له قيمة في نظر الشارع، ويباح الانتفاع به، وهو قيد في التعريف، خرج به: الحُمْرُ، وَالْخَنْزِيرُ، وَالْمَعَازِفُ.^(٣)
قوله: محترم: وهو المال المعصوم، كمال المسلم، والأدمي، وهو قيد في التعريف خرج به مال المحارب.
قوله: بغير إذن المالك: قيد في التعريف، خرج به المأذون فيه، كالموهوب، والوديعة، والذي نقل عن طريق الشراء.^(٤)
قوله: على وجه يزيل يده: أي: لا بد منها؛ لتصور معنى الغصب، وهو قيد في التعريف خرج به زوائد المغصوب، كالولد، والثمرة فهي ليست مضمونة.^(٥)

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي: لأبي الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني: ٢٩٦/٤، الجوهرة النيرة: لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي: ٣٣٨/١، ط: المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى: ١٣٢٢هـ.
(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن نجيم الحنفي: ٢٧٧/٥، ط: دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ طبع.
(٣) حاشية ابن عابدين: لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي: ١٧٩/٦، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية: ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: لعثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي: ٢٢٢/٥، ط: المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى: ١٣١٣هـ.
(٥) المبسوط: لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي: ٥٦/١١، ط: دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

ويلاحظ على هذا التعريف: بأنه غير مانع؛ لأنه يُدخِل السرقة، فهي فلا تسمى غصبًا؛ لأنها تكون على سبيل الخفية، وغير جامع؛ لأنه لا يشمل غصب العقار، مع أنه يتصور غصبه.
وعرفه المالكية بأنه: أَخَذَ مَالٍ قَهْرًا، تَعَدِّيًّا، بِلَا حِرَابَةٍ. (١)
شرح التعريف:

قوله: أَخَذَ: جِنْسٌ فِي التَّعْرِيفِ، يَشْمَلُ الْعَصَبَ وَغَيْرَهُ، كَأَخَذَ إِنْسَانَ مَالَهُ مِنْ مُوَدِّعٍ، أَوْ مَدِينٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ.
قوله: مَالٍ: وَالْمَقْصُودُ بِهِ الدَّاتُ، فُخِّرَجَ بِهِ التَّعَدِّيُّ، وَهُوَ الْإِسْتِيلَاءُ عَلَى الْمُنْفَعَةِ فَقَطْ، كَسَكْنَى دَارًا، وَرُكُوبِ دَابَّةٍ مِنْ اسْتِيلَاءٍ عَلَى ذَاتِ الدَّارِ، أَوْ الدَّابَّةِ.

قوله: قَهْرًا: قَبِدٌ فِي التَّعْرِيفِ خَرَجَ بِهِ الْأَخْذُ اخْتِيَارًا، كَعَارِيَّةٍ، وَسَلْفٍ، وَهَبَةٍ، وَالذِّينَ مِنَ الْمَدِينِ الْوَدِيعَةِ، وَنَحْوَهَا مِنْ عِنْدِهِ بِالِاخْتِيَارِ.
قوله: تَعَدِّيًّا: قَبِدٌ فِي التَّعْرِيفِ، خَرَجَ بِهِ أَخْذٌ مَا ذُكِرَ قَهْرًا حَيْثُ أَنْكَرَ أَوْلَا مَنْ هِيَ عِنْدَهُ، أَوْ مِنْ غَاصِبٍ وَنَحْوِهِ؛ وَخَرَجَ بِهِ السَّرْقَةُ، وَالِاخْتِلَاسُ، فَإِنَّ السَّارِقَ حَالَ الْأَخْذِ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ قَهْرٌ.

قوله: بِلَا حِرَابَةٍ: أَي: مَقَاتَلَةٌ، وَهُوَ قَبِدٌ فِي التَّعْرِيفِ، خَرَجَ بِهِ الْمَالُ الْمَأْخُوذُ بِالْحِرَابَةِ، فَلَا يُسَمَّى غَصْبًا؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلَفُ فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ عَنِ الْغَصْبِ مِنْ حَيْثُ الْجُمْلَةُ؛ لِأَنَّ الْمُحَارَبَ يُقْتَلُ، أَوْ يُصَلَّبُ، أَوْ يُقَطَّعُ مِنْ خَلْفٍ، أَوْ يُنْفَى مِنَ الْأَرْضِ، وَلَا كَذَا الْعَاصِبِ. (٢)
وعرفه الشافعية بأنه: هو الاستيلاء على حق الغير عدوانًا. (٣)
شرح التعريف:

الاستيلاء: هو وضع اليد على الشيء، وهو على نوعين:
الاستيلاء المباح: وهو السبق إلى وضع اليد على مال لا مالك له، وهو في هذه الحالة طريق من طرق التملك.

(١) شرح مختصر خليل للخرشي: لمحمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله: ١٢٩/٦، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك: لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي: ٥٨١/٣، ٥٨٢، ط: دار المعارف، بيروت، بدون تاريخ طبع.
(٣) النجم الوهاج في شرح المنهاج: لكمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميميري أبو البقاء الشافعي: ١٦٨/٥، ط: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.

الاستيلاء الحرام: وهو وضع اليد على مال له مالك، ومنع الغير من حقه، وهو المراد هنا، وقد يكون الاستيلاء حكماً، وذلك كموت ولد شاة بذبحها، لتعين اللبن لغذائه.

وهو قيد في التعريف خرج به ما يأتي:

• لو منع مالك زرع، أو دابة من السقي، فهلك، فلا ضمان في ذلك.

• لو غصب دابة، فتبعها ولدها، أو أم النحل، فتبعها النحل، فلا ضمان في ذلك.

• أخذ المال على جهة الخفية بسرقة، أو اختلاس، فإن الاستيلاء يبني على القهر، والغلبة، وإنه لا يقال: استولى على الشيء إلا أن يكون له مضاد يمانعه عنه، وأن ذلك حقيقة اللفظ في اللسان. (١)

• لَوْ أَخَذَ بِيَدِ رَقِيقٍ، وَلَمْ يَنْقُلْهُ، أَوْ نَقَلَهُ بِلَا قَصْدٍ اسْتِیْلَاءٍ، أَوْ خَوْفَةٍ بِتُهْمَةٍ نَحْوِ سَرَقَةٍ، فَمَاتَ، فَلَا يَضْمُهُ. (٢)

حق: الحق هو: مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون. (٣)

وعبر بالحق لأنه أعم من مال، فيشمل المال، والاختصاص، وهو قيد في التعريف، خرج به ما ليس بحق.

الغير: وهو ما عدا الذات، وهو قيد في التعريف، خرج به ما لو أخذ الإنسان ماله، فلا يعد غصباً.

عدواناً: أي بالظلم، وهو قيد في التعريف خرج به ما لو أخذ مال غيره يظنه ماله، فليس غصباً.

وخرج به أيضاً: الاستيلاء على مال الكفار بالاغتنام، والاستيلاء على مال الغير الذي في يد الغاصب؛ ليرده على مالكة. (٤)

وقد اعترض على هذا التعريف بأنه غير جامع؛ لأنه يدخل فيه السرقة، وغيرها، مع أن السرقة لا تعد غصباً. (٥)

(١) كفاية النبيه شرح التنبيه: ٤١٠/١٠.

(٢) حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي: لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن

سلامة القليوبي: ٢٧/٣، ط: دار الفكر العربي، بيروت: ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

(٣) مصادر الحق: د. عبد الرزاق السنهوري: ٥/١، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

(٤) كفاية النبيه شرح التنبيه: ٤١٠/١٠.

(٥) حاشية قليوبي: ٢٧/٣.

فيجب إضافة قيد في التعريف، وهو مجاهرة مع الاعتماد على القوة والغلبة؛ لإخراج السرقة وغيرها.

ويمكن الجواب على هذا الاعتراض: بأن الاستيلاء يشعر بالقهر، فهو في قوة جهاراً. (١)

وعرفه الحنابلة بأنه: **الاستيلاء على مال غيره بغير حق.** (٢)

شرح التعريف:

قوله: الاستيلاء: هو وضع اليد على الشيء، ولا يكون إلا على وجه التعدي، أو القهر بغير حق.

قوله: مال غيره: يشمل الأموال المتقومة، والمنافع، وسائر الاختصاصات، كحق التحجر.

قوله: بغير حق: قيد في التعريف، خرج به الاستيلاء بحق، كاستيلاء الولي على مال الصبي، والحاكم على مال المفلس، وكذا الاستيلاء على مال الحربي، فهو أخذ بحق. (٣)

ويلاحظ على هذا التعريف: بأنه غير جامع؛ لخروج ما عدا ذلك من الحقوق، كالكذب، وخمر الدمي، والسرّجين، فإنّها قابلة للغصب. (٤)

وفي الدراسات القانونية: عرف الغصب بأنه: انتزاع ملكية الشيء عنوة من صاحبه، وبدون رضا منه، بطريق القوة، والتهديد، أو الاكراه على التسليم. (٥)

التعريف المختار:

-
- (١) حاشية البجيرمي على الخطيب: لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي: ١٠٩/٣، ط: دار الفكر العربي، بيروت، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.
- (٢) المغني: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي: ١٧٧/٥، ط: مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م.
- (٣) شرح الزركشي على مختصر الخرقى: لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي: ١٦٨/٤، ط: دار العبيكان، الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.
- (٤) المبدع في شرح المقتنع: لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح أبو إسحاق برهان الدين: ١٥/٥، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- (٥) د. عباس الحسني: شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته، المجلد الثاني، القسم الخاص، ص ٢٢٠، ط: مطبعة الارشاد، بغداد، الطبعة الثانية: ١٩٧٢م.

بعد ذكر تعريف الغضب عند الفقهاء، والقانونيين فإنه يتبين أن التعريف المختار هو: تعريف الشافعية للغضب بأنه الاستيلاء على حق الغير عدواناً؛ للأسباب الآتية:

- أن الغضب يشمل العقارات، والمنقولات، والمنافع، وسائر الاختصاصات.
- يتحقق الغضب في كل ما يعتبره العرف استيلاء على مال الغير بغير حق.
- ليس المقصود من الاستيلاء، أو أخذ مال الغير هو الأخذ، أو الاستيلاء الحسي بالفعل، وإنما يكفي الحيلولة بين المال وصاحبه، ولو أبقاه بموضعه الذي وضعه فيه.
- أن يكون المأخوذ ليس للأخذ حق فيه.

المطلب الثاني

الحكم التكليفي للغضب

الغضب من الكبائر، وهو محرم بالكتاب الكريم، والسنة النبوية، والإجماع.
أما القرآن فمناه:

- ١- قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].
وجه الدلالة: نهى الله ﷻ عن أكل الأموال بالباطل، أي: لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق، فيدخل في هذا: القمار، والخداع، والغشوب، وجدد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مالكه، أو حرمة الشريعة، وإن طابت به نفس مالكه، كمهر البغي، وحلوان الكاهن، وأثمان الخمر، والخنزير، وغير ذلك.^(١)
- ٢- قال الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا* وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا﴾ [النساء: ٢٩، ٣٠].

(١) الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخرجي شمس الدين القرطبي: ٣٢٨/٢، ط: دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية: ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م.

وجه الدلالة: نهت الآية الكريمة عن أكل الأموال بين الناس بالباطل، وبما لا يحل شرعاً، ولا يُفِيدُ مَقْصُوداً؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ نَهَى عَنْهُ، وَمَنَعَ مِنْهُ، وَحَرَّمَ تَعَاطِيَهُ، وَالْغَضَبُ مِنَ الْبَاطِلِ، فَيَكُونُ حَرَاماً. (١)

وأما السنة فمنها:

١- عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرَةَ عَنْ أَبِيهِ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (إِنَّ دِمَاءَكُمْ، وَأَمْوَالَكُمْ، وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي بِلَادِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا). (٢)

وجه الدلالة: بيّن هذا الحديث حرمة الأموال، والأعراض، والدماء، وأن الاعتداء عليها بأي وسيلة يكون حراماً، كحرمة البلد الحرام، والشهر الحرام، ويوم عرفة.

٢- عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ﷺ قَالَ: "كَانَتْ بَيْنِي وَبَيْنَ أَنَاسٍ خُصُومَةٌ فِي أَرْضٍ، فَدَخَلْتُ عَلَى عَائِشَةَ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا) فَذَكَرْتُ لَهَا ذَلِكَ، فَقَالَتْ: يَا أَبَا سَلَمَةَ، اجْتَنِبِ الْأَرْضَ، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: (مَنْ ظَلَمَ قَيْدَ شَيْبَرٍ مِنَ الْأَرْضِ طَوْفَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ). (٣)

وجه الدلالة: دلّ هذا الحديث على تحريم الظلم، والغضب، وتغليب عقوبته، وإمكان غضب الأرض، وأنه من الكبائر. (٤)

أما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على تحريم الغضب، وأن من فعله مستحلاً كان كافراً، ومن فعله غير مستحل كان فاسقاً. (٥)

ثالثاً: ما يتحقق به الغضب:

(١) أحكام القرآن: للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي: ١/١٣٨، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة:

١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، الحاوي الكبير: لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي: ٧/١٣٣، ط: دار الفكر العربي، بيروت، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، صحيح البخاري: ٢/١٧٦، وأخرجه مسلم: كتاب القسام، والمحاربين، والقصاص، والديات،

باب تغليب تحريم الدماء، والأعراض، والأموال، صحيح مسلم: ٣/١٣٠٦.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب المظالم والغضب، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض، صحيح البخاري: ٣/١٣٠، وأخرجه مسلم: كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم،

وغضب الأرض، وغيرها، صحيح مسلم: ٣/١٢٣١.

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري: لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي: ٥/١٠٥، ط: دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.

(٥) الحاوي الكبير: ٧/١٣٥.

اختلف الفقهاء فيما يتحقق به الغصب على رأيين:
الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف إلى القول: بأن
الغصب يتحقق بأمرين اثنين هما: إثبات يد الغاصب (وهو أخذ المال)،
وإزالة يد المالك، أي: بالنقل، والتحويل.
والمراد باليد: القدرة على التصرف، وعدم اليد: عدم القدرة على
التصرف. (١)

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء (محمد، وزفر من الحنفية،
والمالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأن الغصب يتحقق بمجرد
الاستيلاء، أي إثبات يد العدوان على الشيء المغصوب، بمعنى إثبات
اليد على مال الغير بغير إذنه، ولا يشترط إزالة يد المالك.
وليس المقصود من الاستيلاء الاستيلاء الحسي بالفعل، وإنما
يكفي الحيلولة بين المال وبين صاحبه، ولو أبقاه بموضعه الذي وضعه
فيه. (٢)

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد
الكاساني الحنفي: ١٤٣/٧، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية:
١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد
السيواسي، المعروف بابن الهمام الحنفي: ٣٦٨/٧، ط: دار الكتب العلمية،
بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة
الدسوقي: ٤٤٢/٣، ط: دار الفكر العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع، مغني
المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب
الشربيني الشافعي: ٣٣٥/٣، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى:
١٤١٥هـ/١٩٩٤م، كشاف القناع عن متن الإقناع: للشيخ منصور بن يونس
البهوتي الحنبلي: ٧٦/٤، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة
الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

المطلب الثالث

ما يتحقق فيه الغصب

اتفق الفقهاء على أن الغصب يتحقق في المال المنقول^(١)، المنقوم، المعصوم، المملوك لصاحبه، غير المباح. فما يملكه المسلم، أو الذمي من غير الخمر، والخنزير، والصلبان، كالأمتعة الشخصية، والكتب، والحلي، والدواب، والسيارات، يتصور فيه الغصب.^(٢)

واختلفوا في العقار^(٣) هل يتحقق فيه الغصب أم لا، على رأيين: الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف إلى القول: بأن الغصب لا يتحقق إلا فيما ينقل، ويحول؛ لأن حقيقة الغصب عندهما تكون بإزالة يد المالك بالنقل، فلا تتحقق إلا فيما ينقل دون غيره.^(٤) واستدلوا بما يأتي:

- ١- بَأَنَّ الْعَصْبَ إِزَالَةُ الْيَدِ بِفِعْلِ فِي الْعَيْنِ، وَهُوَ لَا يُتَّصَرُّ فِي الْعَقَارِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمَالِكِ تَزُولُ عَنْهُ بِإِخْرَاجِهِ، وَهُوَ فِعْلٌ فِيهِ لَا فِي الْعَقَارِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَبْعَدَ الْمَالِكُ عَنِ الْمَوَاشِي حَتَّى تَلْفَ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ مَنَعَ الْمَالِكِ بِالتَّبْعِيدِ فِعْلٌ فِيهِ، لَا فِي الْمَوَاشِي.^(٥)
- ٢- الْإِسْتِدْلَالُ بِضَمَانِ الْعَصْبِ، فَإِنَّ أَخْذَ الضَّمَانِ مِنَ الْعَاصِبِ تَقْوِيَتْ يَدُهُ عَنْهُ بِفِعْلِ فِي الضَّمَانِ، فَيَسْتَدْعِي وَجُودَ مِثْلِهِ مِنْهُ فِي الْمَعْصُوبِ، لِيَكُونَ اعْتِدَاءً بِالمِثْلِ، وَعَلَى أَنَّهُمَا إِنْ سَلَمَا تَحَقَّقَ الْعَصْبُ فِي

(١) المنقول هو: الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر، ويشمل النقود، والعروض، والحيوانات، والمكيلات، والموزونات. مجلة الأحكام العدلية: المادة: ١٢٨.

(٢) الاختيار لتعليل المختار: لمجد الدين أبو الفضل عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدي الحنفي: ٥٨/٣، ط: الحلبي، القاهرة، ١٣٥٦هـ/١٩٣٧م، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٤٢/٣، معني المحتاج: ٣٣٥/٣، كشاف القناع: ٧٦/٤.

(٣) العقار هو: كل ما له أصل ثابت، لا يمكن نقله، وتحويله. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان: لمحمد قدرى باشا: ص ٣، ط: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الطبعة الثانية: ١٣٠٨هـ/١٨٩١م.

(٤) تبیین الحقائق: ٢٢٤/٥.

(٥) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي: ٤٥٨/٢، ط: دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ طبع.

العقار، فالأصل في العصب أن لا يكون سبباً لوجوب الضمان؛ لأن أخذ الضمان من العاصب إلتاف ماله عليه، ألا ترى أنه تزول يده، وملكه عن الضمان، فيستدعي وجود الإلتاف منه، إما حقيقة، أو تقديرًا؛ لأن الله ﷻ لم يشرع الاعتداء، إلا بالمثل، فقال ﷻ: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

ولم يوجد هاهنا الإلتاف من العاصب لآ حقيقة ولا تقديرًا، أمّا الحقيقة فظاهرة، وأمّا التقدير: فلأن ذلك بالنقل، والتحويل، والتعيب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه، ولهذا لو حبس رجلًا حتى ضاعت مواشيه، وفسد زرعه لا ضمان عليه، والعقار لا يحتمل النقل، والتحويل، فلم يوجد الإلتاف حقيقة وتقديرًا فينتفي الضمان لضرورة النص^(١).

٣- لأن المسروق لا يكون مسروقًا إلا بالنقل عن الحرز فكذا المغصوب لا يصير مغصوبًا إلا بالنقل، وتحريره قياسًا أن كل ما لم يصير المال به مسروقًا، لم يصير به مغصوبًا كالمنع، والإحالة^(٢). وقد نوقش ما استدل به أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

١- بأن ما لم ينقل مختص بالمنع والإحالة، كالحبس، فهو أن المحبوس عن ماله حصل التعدي عليه دون ماله، فلم يصير المال مغصوبًا، وخالف حال التصرف فيه مع اشتها القول عرفًا أن فلانًا غصب دارًا، أو أرضًا.

٢- وأما الجواب عن المسروق فهو أن القطع فيها معتبر بهتك الحرز، وإخراج المال عنه، حتى لو نقل غير محرز لم يكن سارقًا بقطع، وخالف الغصب المعتبر بالتصرف في المال، ألا ترى أنه لا يقال: سرق دارًا، ويقال: غصب دارًا^(٣).

٣- السرقة لا بد فيها من الإخراج من الحرز، وهو منعدر في العقار، والغصب الاستيلاء غدوانًا، وهو متيسر فيه^(٤).

(١) بدائع الصنائع: ١٤٦/٧.

(٢) الحاوي الكبير: ١٣٥/٧.

(٣) الحاوي الكبير: ١٣٥/٧، ١٣٦.

(٤) الذخيرة: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الشهير بالقرافي: ٢٨٦/٨، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى: ١٩٩٤م.

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء (محمد، وزفر من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأنه يتصور غصب العقار من الأراضي، والدور، ويجب ضمانها على غاصبها؛ لأنه يكفي لتوافر معنى الغصب إثبات يد الغاصب على الشيء بالسكنى، ووضع الأمتعة، وغيرها، ويترتب عليه بالضرورة إزالة يد المالك؛ لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة. (١)

واستدلوا بما يأتي:

١- قول الرسول ﷺ قال: (مَنْ ظَلَمَ قَيْدَ شِبْرٍ مِنَ الْأَرْضِ طَوْقَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ). (٢)

وجه الدلالة: في هذا الحديث إشارة إلى توجيه تصوير غصب الأرض، وأنه من الكبائر. (٣)

٢- عَنْ أَبِي مَالِكٍ الْأَشْعَرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (أَعْظَمُ الْغُلُولِ إِلَى اللَّهِ ﷻ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ذِرَاعُ أَرْضٍ يَسْرِقُهَا الرَّجُلُ، الرَّجُلَانِ، وَالْجَارَانِ يَكُونُ بَيْنَهُمَا الْأَرْضُ، فَيَسْرِقُ أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ، فَيَطْوِقُهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ). (٤)

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ أطلق على الأرض حكم الغلول، والغصب، ومن ثم فيتصور الغصب في العقار. (٥)

٣- لأن ما جاز أن يضمن بالقبض في البيع، جاز أن يضمن بالغصب، كالمقول. (٦)

٤- إِنَّ الْعَصَبَ يَتَحَقَّقُ بِوَصْفَيْنِ: بِإِثْبَاتِ الْيَدِ الْعَادِيَةِ، وَإِزَالَةِ الْيَدِ الْحَقَّةِ، وَذَلِكَ مُمَكِّنٌ فِي الْعَقَارِ؛ لِأَنَّ إِثْبَاتَ الْيَدَيْنِ الْمُتَدَاغَعَتَيْنِ عَلَى

(١) البحر الرائق: ١٢٦/٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٤٢/٣، مغني المحتاج: ٣٣٥/٣، كشاف القناع: ٧٦/٤.

(٢) سبق تخريج الحديث.

(٣) فتح الباري: لابن حجر: ١٠٣/٥.

(٤) أخرجه أحمد: المسند: لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني: ٥٤٥/٣٧، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ/٢٠٠١م.

(٥) الحاوي الكبير: ١٣٥/٧.

(٦) البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي: ٩/٧، ط: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.

شَيْءٍ وَاحِدٍ لَّا يُمَكِّنُ؛ لِتَعَدُّرِ اجْتِمَاعِهِمَا فِيهِ، فَإِذَا تَبَيَّنَتِ الْيَدُ الْعَادِيَّةُ لِلْغَاصِبِ انْتَفَتَتْ الْيَدُ الْمُحَقَّاةُ لِلْمَالِكِ ضَرُورَةً، وَهَذَا لِأَنَّ الْيَدَ لَيْسَتْ هِيَ إِلَّا عِبَارَةٌ عَنِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّصَرُّفِ، وَعَدَمُ الْيَدِ عِبَارَةٌ عَنِ عَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّصَرُّفِ، فَكَانَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ضَرُورَةً، وَمِنْ ضَرُورَتِهَا انْتِفَاءُ يَدِ الْمَالِكِ، فَيَضْمَنُ بِهِ كَمَا يَضْمَنُ الْمُنْفُوعُ بِذَلِكَ، وَكَمَا يَضْمَنُ الْعَقَارَ الْمُوَدَّعُ بِالْجُحُودِ، وَبِالْإِفْرَارِ بِهِ لِغَيْرِ الْمَالِكِ، وَبِالرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ بَعْدَ الْقَضَاءِ. (١)

وقد نوقش ما استدل به أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

١- إن الحديثين اللذين استدلوا بهما بيِّنًا جزاء غاصب العقار الوعيد في الآخرة، ولم يذكر فيهما الرسول ﷺ الضمان في الدنيا، فذلك دليل على أن المذكور جميع جزائه، ولو كان الضمان واجبًا لكان الأولى أن يبين الضمان؛ لأن الحاجة إليه أمس، وإطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق الغصب فيه موجبًا للضمان؛ لأن في لسان الشرع حقيقة ومجازًا، ألا ترى أنه أطلق لفظ البيع على الحر بقوله: مَنْ بَاعَ حُرًّا، وهذا لا يدل على أن البيع الموجب لحكمه حقيقة يتصور في الحر، وكذلك في عرف اللسان حقيقة ومجازًا. (٢)

٢- وأما القول بأن الغصب إنما أوجب الضمان لكونه تعديًا فمسلّم، لكن التعدي في الإزالة لا في الباتبات؛ لأن وقوعه تعديًا بوقوعه ضارًا بالمالك، وذلك بإخراجه من أن يكون منتفعًا به في حق المالك، وإعجازه عن الانتفاع به، وهو تفسير تقويت اليد وإزالتها. (٣)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء في الفقهاء في هل يتحقق الغصب في العقار أم لا؟ وذكر أدلة كل فريق، ومناقشة ما أمكن مناقشته، فإنه يتضح أن أبا حنيفة، وأبا يوسف قد نظر كل منهما إلى جانب المجازاة اتباعًا لقول الله ﷻ: ﴿مَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

وبناء عليها لكي نلزم الغاصب بالضمان، ونزيل يده عن ماله لا بد أن يكون قد أزال يد المغصوب منه على ماله، وهذا هو الأصل عندهما.

(١) تبیین الحقائق: ٢٢٤/٥، البحر الرائق: ١٢٦/٨.

(٢) المبسوط: ٧٤/١١.

(٣) بدائع الصنائع: ١٤٣/٧.

أما جمهور الفقهاء فقد نظروا إلى جانب الاعتداء فقط، وقرروا أن الغصب ما هو إلا واقعة مادية، تمثل اعتداءً على مال الغير. (١)
وعلى هذا يمكن القول: بأن الرأي المختار هو رأي جمهور الفقهاء (محمد، وزفر من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) القائل: بأنه يتصور غصب العقار من الأراضى، والدور، للأسباب الآتية:

- ١- حماية أموال الناس من الغصب.
- ٢- إن اشتراط النقل في الغصب لم يرد عليه دليل، قال الشوكاني: "وأما اشتراط النقل الذي ذكره المصنف فلم يرد دليل، ولا يتوقف عليه مفهوم الغصب لا شرعاً ولا لغة". (٢)
- ٣- وجود حديث ورد فيه لفظ الغصب مضافاً إلى الأرض، فعن الأشعث بن قيس رضي الله عنه: أَنَّ رَجُلًا مِنْ كِنْدَةَ، وَرَجُلًا مِنْ حَضْرَمَوْتَ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فِي أَرْضٍ بِالْيَمَنِ، فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرْضِي اعْتَصَبَهَا هَذَا، وَأَبُوهُ، فَقَالَ الْكِنْدِيُّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرْضِي وَرِثْتُهَا مِنْ أَبِي، فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، اسْتَحْلَفَهُ أَنَّهُ مَا يَعْلَمُ أَنَّهَا أَرْضِي وَأَرْضُ وَالِدِي، وَالَّذِي اعْتَصَبَهَا أَبُوهُ، فَتَهَيَّأَ الْكِنْدِيُّ لِلْيَمِينِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: (إِنَّهُ لَا يَقْتَطِعُ، عَبْدٌ، أَوْ رَجُلٌ، بِيَمِينِهِ مَالًا إِلَّا لَقِيَ اللَّهَ عز وجل يَوْمَ يَلْقَاهُ وَهُوَ أَجْدَمٌ)، فَقَالَ الْكِنْدِيُّ: هِيَ أَرْضُهُ، وَأَرْضُ وَالِدِهِ. (٣)

وقد وافق القانون المصري رأي جمهور الفقهاء في تحقق الغصب في العقار، فنصت المادة ٣٦٩ من قانون العقوبات على ما يأتي:
"كل من دخل عقاراً في حيازة آخر بقصد منع حيازته بالقوة، أو بقصد ارتكاب جريمة فيه، أو كان قد دخله بوجه قانوني، وبقي فيه بقصد ارتكاب شيء مما ذكر يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة، أو بغرامة لا تجاوز ثلاثمائة جنيه مصري.

(١) أحكام الغصب في الفقه الإسلامي: أ. د/ حامد عبده سعد الفقي، ص ٨٤، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني: ص ٦٥٤، ط: دار ابن حزم، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.

(٣) أخرجه أحمد: المسند: ١٦٨/٣٦.

وإذا وقعت هذه الجريمة من شخصين أو أكثر، وكان أحدهم على الأقل حاملاً سلاحاً، أو من عشرة أشخاص على الأقل، ولم يكن معهم سلاح تكون عقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنتين، أو غرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه مصري".

الفصل الأول

التصرفات الناقلة للملكية بعوض^(١)

من التصرفات التي ترد على محل الغصب وتكون ناقلة للملكية بعوض: البيع، والمتاجرة بالمال المغصوب، وكل تصرف من هذين التصرفين يترتب عليه أحكام فقهية إما بالجواز، أو بالمنع.

وعلى هذا الأساس يتكون هذا الفصل من مبحثين.
المبحث الأول: بيع المغصوب.
المبحث الثاني: المتاجرة بالمال بالمغصوب.

المبحث الأول

بيع المغصوب

الأصل في البيع أن يكون البائع مالكا لمحل البيع، وقادراً على تسليمه للمشتري، إلا أنه قد يكون محل البيع ليس تحت سلطة صاحبه، وربما لا يقدر على تسليمه، وذلك في حالة بيع المغصوب، فهل يجوز بيعه؟ ومن ثم يترتب عليه الآثار المترتبة على البيع الصحيح. وعلى هذا الأساس يتكون هذا المبحث من المطالب الآتية:

المطلب الأول: حقيقة البيع.
المطلب الثاني: بيع المغصوب لغير الغاصب.
المطلب الثالث: شروط بيع المغصوب لغير الغاصب.
المطلب الرابع: بيع المغصوب للغاصب.
المطلب الخامس: بيع الغاصب للمغصوب.
المطلب السادس: شراء الغاصب للمغصوب.

(١) العوض في اللغة: البَدَلُ، وَالْجَمْعُ أَعْوَاضٌ، عَاضَهُ مِنْهُ وَبِهِ، وَالْعَوَاضُ: مَصْدَرٌ قَوْلِكَ عَاضَهُ عَوَاضًا، وَعِيَاضًا، وَمَعْوَضَةً، وَعَوَّضَهُ، وَأَعَاضَهُ. تَقُولُ: عَوَّضْتُ فُلَانًا، وَأَعَاضْتُهُ، وَعَوَّضْتُهُ، إِذَا أَعْطَيْتَهُ بَدَلَ مَا ذَهَبَ مِنْهُ، وَتَعَوَّضَ مِنْهُ، وَأَعْتَاضَ: أَخَذَ الْعَوَاضَ، وَأَعْتَاضَهُ مِنْهُ وَأَسْتَعَاضَهُ وَتَعَوَّضَهُ، كُلُّهُ: سَأَلَهُ الْعَوَاضَ. لسان العرب: مادة: عوض.
وفي الاصطلاح: دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير.
الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٥/١٣.

المطلب الأول

حقيقة البيع

أولاً: تعريف البيع:

في اللغة: البيع لغة: مصدر باع الشيء يبيعه بيعاً، فهو باع، تقول: باع الشيء بيعاً، إذا أخرجه عن ملكه. وتقول: باعه مبيعة: عقد معه عقد بيع، فهو مقابلة شيء بشيء على جهة المعاوضة.

والبيع من الأضداد كالشراء، ومنه قول الله ﷻ: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ﴾ [يوسف: ٢٠]. أي: باعوه بثمن زهيد. (١)

وفي الشرع: عرّف الفقهاء البيع بتعاريف متعددة على النحو الآتي: عرفه جمهور الحنفية بأنه: مبادلة شيءٍ مرغوبٍ فيه بمثلِهِ، على وجهٍ مفيدٍ مخصوص. (٢)

قوله: مرغوب فيه: أي: ما من شأنه أن ترعب إليه النفس، وهو المال، ولذا احتزر به عن التراب، والمينة، والدم؛ فإنها ليست بمال. قوله: مفيد: خرج به ما لا يفيد، كبيع درهم بدرهم اتحد وزناً، وصفة، وهو فاسد. (٣)

قوله: مخصوص: أي: بإيجاب وتعاط، فخرج التبرع من الجانبين، والهبة بشرط العوض.

وبالنظر إلى هذا التعريف يتضح أنه غير جامع؛ لأنه لا يشمل بيع المنافع، كمر الدار، مع أن ذلك يصلح أن يكون محلاً للبيع، كما أنه غير مانع؛ لأنه لا يمنع من دخول الربا، والقرض فيه، فهما مبادلة شيء مرغوب بمثله، مع أنهما لا يسميان بيعاً.

وعرفه جمهور المالكية بأنه: عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة، ذو مكايسة، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، معين غير العين فيه. (٤)

(١) لسان العرب: مادة: بيع.

(٢) بدائع الصنائع: ١١٥/٥، البحر الرائق: ٢٧٨/٥.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥٠٢/٤، ٥٠٣.

(٤) الشرح الكبير: لأبي البركات أحمد الدردير، مطبوع مع حاشية الدسوقي: ٢/٣، ط: دار الفكر العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

فقوله: عقد معاوضة: أي عَقْدٌ مُحْتَوٍ عَلَى عَوَضٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.
وقوله: على غير منافع: أي: على ذَوَاتٍ غَيْرِ مَنَافِعٍ، ليخرج عقد
الإجارة، والكراء؛ لأنهما عقدان على المنفعة.
وقوله: ولا متعة لذة: قيد في التعريف خرج به عقد النكاح؛ لأنه
عقد معاوضة على انتفاع بلذة.
وقوله: ذو مكايسة: أي: المغالبة، والمشاححة، وهو قيد في
التعريف خرج به هبة الثواب؛ لأنها ليس فيها مشاححة، فالواهب لا
يملك المساومة متى دفع الموهوب له العوض.
وقوله: أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة: قيد في التعريف خرج به
عقد الصرف، وهو بيع النقد بنقد مغاير له، كذهب بفضة، وعكسه،
ويخرج أيضاً: المراطلة، وهو بيع النقد بالنقد من نوعه، كذهب بذهب،
وفضة بفضة.
وقوله: مُعَيَّنٌ غَيْرُ الْعَيْنِ فِيهِ: إِضَافَةٌ غَيْرُ فِيهِ لِلْعُمُومِ، أَي مُعَيَّنٌ فِيهِ
كُلُّ مَا خَالَفَ الْعَيْنَ، فَخَرَجَ السَّلْمُ، فَإِنَّ غَيْرَ الْعَيْنِ فِيهِ لَيْسَ مُعَيَّنًا، بَلْ فِي
الذِّمَّةِ.
وَالْمُرَادُ بِالْمُعَيَّنِ: مَا لَيْسَ فِي الذِّمَّةِ، فَيَشْمَلُ الْعَائِبَ، فَيَبِيعُ الْعَائِبَ
لَيْسَ سَلْمًا؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْعَيْنِ فِيهِ مُعَيَّنٌ.
وَالْحَاصِلُ: أَنَّ الْعَيْنَ لَا يَجِبُ أَنْ تَكُونَ مُعَيَّنَةً فِي الْبَيْعِ وَالسَّلْمِ، وَأَمَّا
غَيْرُ الْعَيْنِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مُعَيَّنًا فِي الْبَيْعِ، وَغَيْرَ مُعَيَّنٍ فِي السَّلْمِ. (١)
وعرفه جمهور الشافعية بأنه: عقد معاوضة مالية، يفيد ملك
عين، أو منفعة على التأبيد، لا على وجه القرية. (٢)
فقوله: عقد معاوضة: قيد يخرج الهبة؛ لأنها ليس فيها معاوضة،
كما يخرج الربا؛ لأن الزيادة فيها بغير عوض، ويخرج أيضاً: القرض؛
لأنه لا يسمى معاوضة عرفاً.
وقوله: مالية: قيد يخرج عقد النكاح.
وقوله: يفيد ملك: قيد يخرج النكاح؛ لأنه عقد لا يملك الزوج به
منفعة البضع.
ويخرج أيضاً: الخلع؛ لأن الزوجة لا تملك شيئاً بالخلع.
ويخرج أيضاً الصلح عن الدم؛ لأن الجاني لا يملك فيه شيئاً، وإنما
يستفيد رفع سلطان مستحق القصاص.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢/٣، ٣.

(٢) مغني المحتاج: ٣٢٢/٢.

وقوله: يفيد ملك عين: قيد خرج به الإجارة؛ لأن العقد فيها يفيد ملك المنفعة، وليس ملك العين.

وقوله: منفعة: ليشمل المنافع، كبيع حق الممر ونحوه.
وقوله: على التأبید: قيد يخرج الإجارة؛ لأنها ليست بيعاً، وليست على التأبید، وإنما تكون بمدة معينة يتفق عليها الطرفان.
وقوله: بغير وجه القرية: قيد يخرج به القرض، فإنه يفيد القرية. (١)
وعرفه جمهور الحنابلة بأنه: مبادلة عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً بأحدهما، أو بمال في الذمة للتمليك على التأبید، غير ربا، وقرض. (٢)

قوله: مبادلة عين مالية: خرج به الخنزير، والخمر، والميتة النجسة. قوله: منفعة مباحة مطلقاً: كمر دار، أو بقعة تحفر بئراً.
قوله: بأحدهما: أي عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً، نحو بيع كتاب بكتاب، أو بممر في دار، أو العكس.
قوله: أو بمال في الذمة: أي مبادلة عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً بمال في الذمة، من نقد وغيره.

قوله: للتمليك: قيد خرج به إجارة ثوبه؛ ليعيره الآخر فرسه.
قوله: على التأبید: بان لم تقيد مبادلة المنفعة بمدة، أو عمل معلوم، فخرج به الإجارة. (٣)

قوله: غير ربا، وقرض: إخراج لهما، فإن الربا محرم، والقرض وإن قصد فيه المبادلة، لكن المقصود الأسمى فيه الإرفاق.
ويلاحظ على هذا التعريف: بأنه تعريف للبيع الصحيح دون الفاسد؛ لأنه أخرج الربا، إلا أنه غير مانع؛ إذا يدخل فيه البيوع الفاسدة غير الربا، كالغرر.

واستثناء القرض يعني عنه التعبير بالمعوضة؛ لأن المعوضة تقتضي المخالفة بين العوض والمعوض عنه.

التعريف المختار: من خلال التعاريف السابقة يتضح أن تعريف جمهور الشافعية هو الراجح؛ لسلامته من الاعتراضات، ولسهولة ألفاظه، وقربها إلى السامع.

(١) حاشية قليوبي: ١٩١/٢.

(٢) كشاف القناع: ١٦٦/٣.

(٣) شرح منتهى الإرادات: للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي: ٢٠٥/٢، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.

ثانياً: مشروعية البيع:
الأصل في البيع أنه مشروع، واستدل على ذلك بالقرآن الكريم،
والسنة النبوية، والإجماع، والمعقول.
أما القرآن الكريم فمنه قول الله ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ
الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وجه الدلالة: قال الشافعي في الاستدلال بهذه الآية على مشروعية
البيع: وَذَكَرَ اللَّهُ ﷻ الْبَيْعَ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ مِنْ كِتَابِهِ، بِمَا يَدُلُّ عَلَى
إِبَاحَتِهِ، فَاحْتَمَلَ إِحْلَالَ اللَّهِ ﷻ الْبَيْعَ مَعْيَيْنٍ:
المعنى الأول: أَنْ يَكُونَ أَحَلَّ كُلَّ بَيْعٍ تَبَاعَهُ الْمُتَبَايِعَانِ جَائِزِي
الأمْر، فِيمَا تَبَايَعَاهُ عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا، وَهَذَا أَظْهَرَ مَعَانِيهِ.

المعنى الثاني: أَنْ يَكُونَ اللَّهُ ﷻ أَحَلَّ الْبَيْعَ، إِذَا كَانَ مِمَّا لَمْ يَنْهَ
عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمُبَيَّنُّ عَنْ اللَّهِ ﷻ مَعْنَى مَا أَرَادَ، فَيَكُونُ هَذَا مِنْ
الْجُمْلَةِ الَّتِي أَحْكَمَ اللَّهُ ﷻ فَرَضَهَا بِكِتَابِهِ، وَبَيَّنَّ كَيْفَ هِيَ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّهِ
ﷺ، أَوْ مِنَ الْعَامِّ الَّذِي أَرَادَ بِهِ الْخَاصَّ، فَبَيَّنَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷻ مَا أُرِيدَ
بِإِحْلَالِهِ مِنْهُ، وَمَا حُرِّمَ، أَوْ يَكُونُ دَاخِلًا فِيهِمَا، أَوْ مِنَ الْعَامِّ الَّذِي أَبَاحَهُ
إِلَّا مَا حُرِّمَ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّهِ ﷺ مِنْهُ، وَمَا فِي مَعْنَاهُ. (١)

ومن السنة: أحاديث كثيرة منها: عَنْ عَائِشَةَ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا)
قَالَتْ: "أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى طَعَامًا مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَى أَجَلٍ، فَرَهْنَهُ دِرْعَةً".
(٢)

وجه الدلالة: دلَّ هذا الحديث على مشروعية البيع إلى أجل، ولم
يكن ذلك مشروعاً لما أقدم عليه الرسول ﷺ، فدلَّ على مشروعية البيع.
(٣)

(١) الأم: لأبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد
المطلب بن عبد مناف المطلب القرشي المكي: ٣/٣، ط: دار المعرفة، بيروت:
١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب البيوع، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة، صحيح البخاري:
٥٦/٣.

(٣) عمدة القاري شرح صحيح البخاري: لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن
أحمد ابن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني: ١٨٢/١١، ط: دار إحياء
التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

وَأَمَّا الإِجْمَاعُ: فقد أجمعت الأمة على مشروعية البيع من غير إنكار بجملة، وإن اختلفوا في كيفية، وصفته، حتى أن كبراء الصحابة رضي الله عنهم ارتسموا به، وتدبوا نفوسهم له. (١)

وقد شرع الله ﷻ البيع رفقا بالعباد، وتعاون اللهم على تحصيل معاش الحياة والحكمة تقتضيه؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه، وصاحبه لا يبذله بغير عوض، ففي شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه، ودفع حاجته. (٢)

تعريف البيع في القانون المدني:

نصت المادة ٤١٨ من القانون المدني على تعريف عقد البيع، فجاء في نصها: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر، في مقابل ثمن نقدي".

ويتضح من هذا التعريف ما يأتي:

أولاً: أن البيع من عقود المعاوضة، فكل من المتعاقدين يتلقى عوضاً عن الشيء الذي يعطيه للمتعاقد الآخر، فالبائع يأخذ الثمن مقابلاً للمبيع، والمشتري يأخذ المبيع مقابلاً للثمن. (٣)

ثانياً: البيع من العقود الملزمة للجانبين، فالبائع يلتزم بنقل ملكية شيء، أو حقاً مالياً للآخر، والمشتري يلتزم بدفع الثمن. (٤)

موازنة بين تعريف الشرع والقانون للبيع:

بعد تعريف البيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني يتضح أن

هناك أوجه اتفاق، وأوجه اختلاف.

أولاً: أوجه الاتفاق:

١- الرضا أساس عقد البيع: وقد أكد الشرع على ذلك، فحرم أكل أموال الناس بالباطل، وأحل مال الغير إذا كان برضاً منه، وبطيب نفس، فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ

(١) البيان: ١٠/٥، كشاف القناع: ١٤٥/٣.

(٢) المغني: ٤٨٠/٣.

(٣) د. عبد المنعم البدر اوي: عقد البيع، ص ٤٤، ط: ١٩٥٧، د. محمد علي عمران: الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، ص ٩، ط: ١٩٩١، ١٩٩٢ م.

(٤) د. سمير تناغو: عقد البيع، ص ١٦، ط: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٣ م.

تَكُونُ تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا [النساء: ٢٩].

٢- البيع عقد ناقل للملكية، وملزماً للجانبين في كل منهما: فالبايع يلتزم بأن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر، والمشتري يلتزم بأن يدفع للبايع مقابل ذلك.

٣- البيع عقد معاوضة: فالبايع يأخذ الثمن، والمشتري يأخذ مقابلاً له وهو عين المبيع. (١)

ثانياً: أوجه الاختلاف:

يختلف البيع في الفقه الإسلامي عنه في القانون المدني في المقابل، فالمقابل في البيع في الفقه الإسلامي لا يقتصر على الثمن فقط، بل يمكن أن يكون المقابل نقدي وغيره.

أما المقابل في القانون المدني يكون قاصراً على الثمن فقط، وذلك للتمييز بين البيع والمقايضة، وبين البائع والمشتري، أي: بائناً السلعة هو البائع، وبائناً النقود هو المشتري. (٢)

وعلى هذا الأساس: فإن البيع في الفقه الإسلامي يشمل البيع المطلق، والمقايضة، والصرف، والسلم، بخلافه في القانون المدني، فهو خاص بصور واحدة، ألا وهي صورة البيع المطلق، لذا كان تعريف البيع في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً، وأكثر شمولاً عنه في القانون المدني. (٣)

تعريف بيع الغصب:

وبعد تعريف البيع والغصب عند الفقهاء، يمكن تعريف بيع المغصوب كمصطلح مستقل بأنه: مبادلة مال، أو منفعة بمغصوب عند غاصب بالتراضي.

شرح التعريف:

قوله: مبادلة: هي: مفاعلة من البذل، وهو العوض، أو الثمن، وهو قيد في التعريف خرج به تملك المغصوب بغير عوض، كهبته للغاصب، أو لغيره.

(١) مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي: د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، ص ٩١، ط: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية: ٢٠٠٨م.

(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار: عقد البيع، ص ٦٤، ط: ١٩٧٦م.

(٣) مرض الموت وأثره على عقد البيع: ص ٩٢.

قوله: مال: قيد في التعريف، خرج به ما ليس بمال، كالقصاص.
قوله: أو منفعة: المراد بها الفائدة المستفادة من الأعيان، عينية كانت، أم عرضية.^(١)
فيدخل فيه: حقوق الارتفاق، وكحق الشرب، وحق المجرى، وحق المرور، وحق المسيل، وحق التعلي.
قوله: بمغصوب: أي: الشيء المغصوب، وهو قيد في التعريف خرج به ما أخذ بإذن الشارع، كأخذ الإمام، أو الحاكم المال قهراً، فلا يسمى غصباً.
قوله: عند غاصب: وهو الشخص الذي أخذ مال الغير قهراً وتعدياً، ويشترط فيه: العقل، والاختيار، والعلم بالتحريم، وأن يكون ملتزماً بالأحكام، وأن لا يكون له شبهة في المال المغصوب.
قوله: بالتراضي: أي: بالاختيار، وهو قيد في التعريف، خرج به الإكراه بغير حق على بيع المغصوب، فلا يجوز.

المطلب الثاني

بيع المغصوب لغير الغاصب

اختلف الفقهاء في حكم بيع المغصوب لغير الغاصب على أربعة آراء:

الرأي الأول: ذهب الحنفية إلى القول: بأن بيع المغصوب من غير الغاصب صحيحٌ موقوفٌ على التسليم، فإن أقرَّ الغاصب، أو جحد، وكان للمغصوب منه بينة، صح البيع، ولزم بالتسليم، وإن جحد الغاصب، ولم يكن للمغصوب منه بينة لم يصح البيع؛ لعدم القدرة على التسليم.^(٢)
جاء في المحيط البرهاني: "وأما بيع المغصوب فقد ذكره محمد (رحمه الله) في الأصل: أنه موقوف إن أقرَّ به الغاصب تمَّ البيع ولزم، وإن جحد، وكان للمغصوب منه بينة عادلة، فكذاك الجواب، وإذا لم

(١) تحفة المحتاج: ٦١/٧.

وقيل هي: الزوائد التي تحدث في العين شيئاً فشيئاً، فهي عرض يقوم بالعين، ولا تبقى وقتين. المبسوط: ٧٨/١١.

(٢) بدائع الصنائع: ١٤٧/٥، البحر الرائق: ٨٦/٦.

يكن بينة، ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع، وإن لم يكن للمغصوب منه بينة، ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع بظاهره غير صحيح".^(١)
فإن قيل: لماذا بيع الأبق يقع باطلاً على ما في ظاهر الرواية^(٢)، وبيع المغصوب صحيحاً موقوفاً على التسليم، مع أن كلا منهما غير مقدور على تسليمه؟

قال الكاساني: "بأن المالك قادرٌ على التسليم بقُدرة السُّلطان، والقاضي، وجماعة المسلمين إلا أنه ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة، فإذا سلم زال المانع، فينفذ، بخلاف الأبق؛ لأنه معجوز التسليم على الباطل، إذ لا تصل إليه يد أحد؛ لما أنه لا يعرف مكانه، فكان العجز متقراً، والقُدرة مُحتملة موهومة، فلا ينعقد مع الاحتمال".^(٣)

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى القول: بأن بيع المغصوب لغير الغاصب صحيح إذا كان الغاصب تأخذه الأحكام، وكان مقرراً بالغصب، وإن كان الغاصب لا تأخذه الأحكام، أو كان منكراً للغصب، ولو كان للمدعي بينة لم يصح البيع.^(٤)

وحجتهم في ذلك: أن الغاصب إذا كان مقرراً بالغصب، وتأخذه الأحكام، لم يكن هناك عجز عن تسليم المبيع، وإذا كان قادراً على تسليم المبيع صح البيع بلا إشكال.

وأما إذا كان منكراً لم يصح البيع مطلقاً، سواء كان هناك بينة، أو لم تكن هناك بينة؛ لأن البينة إن لم تكن موجودة تجعل المسألة مجرد دعوى غصب لا دليل عليها.

(١) المحيط البرهاني: ٣٤٢ / ٣٤١ / ٦.

(٢) المقصود بظاهر الرواية عند الحنفية: الأصول، وهي المسائل التي تسمى ظاهر الرواية، وهي ما روي عن أبي حنيفة وأصحابه، كأبي يوسف، ومحمد، وزفر، وغيرهم ممن لقي عن الإمام، غير أن الكثير من هذه المسائل من أقوال الإمام وصاحبيه (أبي يوسف، ومحمد)، أو قول بعضهم منهم، وقد جمع الإمام محمد بن الحسن أحد أصحاب أبي حنيفة مسائل الأصول في كتب ستة، تعرف بكتب ظاهر الرواية. راجع في ذلك: تاريخ الفقه الإسلامي: للشيخ محمد علي السائس، ص ٩٣، ط: مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده، بدون تاريخ طبع.

(٣) بدائع الصنائع: ١٤٧/٥.

(٤) الخرشي على خليل: ١٦/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ١١/٣.

وإن كانت هناك بينة، وكان الغاصب ممن تأخذه الأحكام، كان المنع بسبب آخر، وهو منع بيع ما فيه خصومة، والمشهور منع بيعه على المذهب.^(١)

جاء في الشامل: "والمغصوب إن بيع لغاصب، وعلم أنه عازم على رده جاز لا عكسه.... وإن بيع لغيره وهو مقر به، مقدور عليه جاز اتفاقاً، لا إن كان ممتنعاً، ولا تأخذه الأحكام، ولو أقرَّ به، وكذا إن أنكر وعليه بينة، وتأخذه الأحكام على المشهور؛ للغرر".^(٢)

الرأي الثالث: ذهب الشافعية في الصحيح عندهم، والحنابلة على الصحيح من المذهب إلى القول: بأن بيع المغصوب لغير غاصبه يصح، بشرط أن يكون المشتري قادراً على أخذه من الغاصب.^(٣)

وحجتهم في ذلك: بأن المقصود وصول المشتري إلى المبيع، وهو متيسر عليه، ولأن المانع إنما هو لفقد شرط القدرة على تسليم المبيع، فإذا تحقق ذلك ارتفع المانع، إلا إن احتاجت قدرته إلى مؤنة فالظاهر البطلان.^(٤)

ويترتب على هذا: أن المشتري لو علم الحال فلما خيار له، ولكن لو عجز من انتزاعه لضعف عرض له، أو قوة عرضت للغاصب، فله الخيار.^(٥)

بينما ذهب الحنابلة إلى القول: بأنه لا خيار له مطلقاً.^(٦)

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: لأبي الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي: ١٣٨/٢، ط: دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

(٢) الشامل في فقه الإمام مالك: لبهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض أبو البقاء تاج الدين السلمي الدميري الدميطي المالكي: ٥٢٣/٢، ط: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى: ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.

(٣) النجم الوهاج: ٣٦/٤، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين أبو الحسن علي ابن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي: ٢٩٤/٤، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

(٤) الوسيط في المذهب: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي: ١٧/٣، ط: دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ، كشف القناع: ١٦٣/٣.

(٥) روضة الطالبين وعمدة المفتين: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي: ٣٥٦/٣، ط: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٢هـ/١٩٩١م.

(٦) الإنصاف: ٢٩٤/٤.

الرأي الرابع: ذهب الشافعية في وجهه، والحنابلة في رواية إلى القول: بأنه لا يصح بيع المغصوب على غير غاصبه؛ لعجز البائع بنفسه عن تسليم المبيع.^(١)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في حكم بيع المغصوب لغير الغاصب، فإنه يمكن القول: بأنه يجوز بيع المغصوب لغير الغاصب بشروط خاصة ستأتي في المبحث الآتي.

المطلب الثالث

شروط بيع المغصوب لغير الغاصب

يشترط في بيع المغصوب لغير الغاصب شروط عامة، وشروط خاصة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الشروط العامة: تختلف شروط البيع تبعاً لاختلاف المذاهب الفقهية، وسوف يُقتصر الكلام هنا على الشروط العامة التي اشترطها الفقهاء للبيع.

أولاً: شروط الصيغة:

يشترط في الصيغة التي يتم بها البيع الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يفهم كل من العاقدين كلام الآخر: فلو سمع أحد العاقدين كلام الآخر، ولكنه لم يفهمه؛ لأن لغته غير لغته، أو لأن لهجته مغايرة لهجته، فقبل، لم ينعقد العقد بقبوله؛ لعدم فهم المراد.

والفهم المشترك هنا هو: الفهم العام، دون الفهم الدقيق، وذلك بأن يعلم بأنه يريد البيع، فإذا علم القابل ذلك من الموجب، انعقد العقد بقبوله، وإن لم يفهم دقائق معنى الإيجاب.

إلا أن هناك اختلاف بين الفقهاء في انعقاد البيع ببعض الصيغ اللفظية، والكنائيات التي اختلفت أنظارهم في وضوح دلالتها على البيع.^(٢)

(١) العزيز شرح الوجيز: لعبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم أبو القاسم الرافعي القزويني: ٣٥/٤، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، الإحصاف: ٢٩٤/٤.

(٢) بدائع الصنائع: ١٣٣/٥، ١٣٤، شرح مختصر خليل للخرشي: ٥/٥، تحفة المحتاج شرح المنهاج: لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي: ٢١٨/٤ وما بعدها، ط: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، مصر: ١٣٥٧هـ/١٩٨٣م، كشاف القناع: ١٤٦/٣، ١٤٧.

الشرط الثاني: أن يقبل على وفق الإيجاب: بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يرد على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبه، أي: على كل محل العقد، ومقدار العوض في عقود المعاوضات، سواء أكانت الموافقة حقيقية، كما لو قال البائع: بعثك الشيء بعشرة، فيقول المشتري: اشتريته بعشرة، أو ضمنية، كما لو قال المشتري في المثال السابق: اشتريته بخمس عشرة.

وفي القانون المدني: يشترط تطابق الإيجاب والقبول. (١)
الشرط الثالث: اتصال القبول بالإيجاب: فلا بد وأن يكون القبول متصلًا بالإيجاب، فإن لم يتصل به لم ينعقد البيع، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء. (٢)

إلا أنهم اختلفوا فيما يحصل به اتصال القبول بالإيجاب على رأيين: الرأي الأول: ذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة إلى القول: بأن الاتصال بين القبول والإيجاب يحصل باتحاد مجلس العقد، مع عدم الإعراض.

فلو صدر الإيجاب من أحد المتعاقدين ثم قام الآخر من مجلس العقد قبل القبول، أو تشاغلا في المجلس عن عقد البيع بغيره مما يقطعه عرفاً لم ينعقد البيع بصدور القبول بعد ذلك. (٣)
الرأي الثاني: ذهب الشافعية إلى القول: بأن الاتصال يحصل بأن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، وألا يتخللهما كلام أجنبي عن العقد، فيضرب تخلل كلام أجنبي عن العقد ولو يسيراً بين الإيجاب والقبول، وإن لم يتفرقا عن المجلس؛ لأن فيه إعراضاً عن القبول، وخرج بالأجنبي غير، فلا يضر. (٤)

(١) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: ٤٢/٥، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

(٢) بدائع الصنائع: ١٣٧/٥، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي الحطاب: ٢٤٠/٤، ٢٤١، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، تحفة المحتاج: ٢٢٣/٤، شرح منتهى الإرادات: ٦/٢.

(٣) تبیین الحقائق: ٤/٤، مواهب الجليل: ٢٤٠/٤، ٢٤١، كشاف القناع: ١٤٧/٣، ١٤٨.

(٤) كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين: لجلال الدين المحلي: ١٩٢/٢، ط: دار الفكر، بيروت: ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

ثانياً: شروط العاقدين:

يشترط في العاقدين الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون كل من العاقدين جازئ التصرف: ويتحقق ذلك بالتكليف والرشد، فلا يصح عقد البيع من الصغير، والمجنون. وقد ذهب أبو حنيفة إلى القول: بأنه من بلغ سفيهاً لا يمنع من التصرف في ماله، إلا أنه لا يدفع إليه حتى يبلغ عمره خمساً وعشرين عاماً، أما من طرأ عليه السفه بعد الرشد لا يمنع من التصرف في ماله. (١)

بينما ذهب جمهور الفقهاء (أبو يوسف، ومحمد من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) على القول: بأن السفه ممنوع من التصرف في ماله، سواء بلغ سفيهاً، أو طرأ عليه السفه بعد الرشد. (٢) وقد ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والحنابلة) على القول: بأنه يصح عقد البيع من الصبي المميز. (٣) بينما ذهب الشافعية إلى القول: بأنه لا يصح عقد البيع من الصبي المميز. (٤)

وقد نصت المادة ١١٢ من القانون المدني على أنه: "إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره، وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون".

(١) حاشية ابن عابدين: ١٤٧/٦.

(٢) بدائع الصنائع: ١٦٩/٧، ١٧٠، الشرح الصغير: ٣٨١/٣، تحفة المحتاج: ١٦٦/٥، شرح منتهى الإرادات: ١٧٤/٢.

(٣) الهداية في شرح بداية المبتدي: ٢٥٤/٩، منح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد بن أحمد بن محمد عيش: ٨٩/٦، ط: دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩ هـ/١٩٨٩ م، شرح منتهى الإرادات: ٧/٢.

(٤) العزيز شرح الوجيز: ١٥/٤.

الشرط الثاني: الاختيار من المتعاقدين: أي يكون كل من المتعاقدين راضياً بما يترتب على بيعه وشرائه من آثار، فلما يصح عقد مكره^(١) في ماله بغير حق، للأدلة الآتية.

١- قول الله ﷻ: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].
وجه الدلالة: دللت الآية الكريمة على أن البيع لا يكون حلالاً إلا إذا تم بالتراضي بين أطرافه.

٢- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه يقول: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ).^(٢)

وجه الدلالة: دلَّ الحديث على أنه لا بيع عن غير تراض، ولأنه قول أكره عليه بغير حق، فلم يصح ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم.^(٣)

أما إذا كان الإكراه بحق، كإكراه القاضي المدين على سداد دينه، فلا يعد هذا إكراهًا؛ لأنه قول حمل عليه بحق، فصح ككلمة الإسلام إذا أكره عليها الحربي.^(٤)

أما إذا كان إكراهًا بغير حق فقد اختلف الفقهاء في صحة البيع على ثلاثة آراء:

(١) الإكراه في اللغة: مأخوذ من كرهته أكرهه من باب تعب، والأصل فيها الضم، ويجوز فتحها، يقال: كرهاً بضم الكاف، وفتحها، ضد أحببته، فهو مكروه، والكره بالفتح المشقة، وبالضم القهر، وأكرهته على الأمر إكراهًا: حملته عليه قهراً، يقال: فعلته كرهاً، أي: إكراهًا. لسان العرب: مادة: كره. واصطلاحاً: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه، فيكون معدماً للرضا، لا للاختيار. شرح التلويح على التوضيح: لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني: ١٩٦/٢، ط: مكتبة صبيح بمصر، بدون تاريخ طبع.

(٢) أخرجه ابن ماجه: كتاب البيوع، بابُ بَيْعِ الْخِيَارِ، سنن ابن ماجه: ٧٣٧/٢، وأخرجه البيهقي، كتاب البيع، بابُ مَا جَاءَ فِي بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَبَيْعِ الْمُكْرَهِ، السنن الكبرى: ٢٩/٦.

(٣) المجموع شرح المهذب: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي: ١٥٨/٩، ط: دار الفكر العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

(٤) الهداية: ٢٧٤/٩، شرح الخرشي: ٩/٥، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي: ٦/٢، ط: دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ طبع، كشف القناع: ١٥٠/٣.

الرأي الأول: ذهب الحنفية إلى القول: بأن البيع ينعقد فاسدًا، فإن أجازته المكره، ورضي به بعد ذلك صح البيع، وإلا فله استرداد المبيع، أو الثمن، ويلزمه حينئذ رد ما قبضه بالبيع. (١)

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى القول: بأن البيع ينعقد صحيحًا غير لازم في حق المكره، ويُخَيَّر فيه المكره، فإن أجازته صح البيع، وإلا بطل. (٢)

الرأي الثالث: ذهب الشافعية، والحنابلة إلى القول: بأن بيع المكره باطل غير صحيح. (٣)

وفي نطاق الدراسات القانونية: يعيب إرادة أي من البائع والمشتري أن تكون مشوبة بغلط، أو تدليس، أو إكراه، أو استغلال، فإذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب. (٤)

الشرط الثالث: أن يكون للعاقد سلطة على المعقود عليه: وذلك بأن يكون للعاقد صفة شرعية تتيح له التعاقد، كأن يكون مالكًا للعين المباعة، أو يشتري لنفسه، أو يكون وليًا، أو يكون وكيلًا.

فقد ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية في القديم، وأحمد في رواية إلى القول: بأن تصرف الفضولي موقوف على الإجازة، فإن أجازته المالك صح وإلا فلا. (٥)

بينما ذهب الشافعية في الجديد، والحنابلة إلى القول: بأن بيع الفضولي وشراؤه باطل. (٦)

وقد وافق القانون المدني رأي جمهور الفقهاء القائل: بأن تصرف الفضولي موقوف على إجازة المالك، فنصت المادة ٦٧ ٤ على ما يأتي:

(١) تبين الحقائق: ١٨٣/٥، ١٨٤.

(٢) مواهب الجليل: ٢٤٨/٤.

(٣) النجم الوهاج: ١٨/٤، الإنصاف: ٢٦٥/٤.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري: سابق: ١١٢/٤، ١١٣.

(٥) المبسوط: ١٥٣/١٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ١٢/٣، نهاية المطلب في دراية المذهب: لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين: ٥٩/٧، ط: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م، المغني: ٢٩٥/٦.

(٦) روضة الطالبين: ٣٥٥/٣، نيل المآرب بشرح ذليل الطالب: لعبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني: ٣٣٣/١، ط: مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى: ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

- ❖ إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه، وانقلب صحيحاً في حق المشتري.
- ❖ وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد.
- ثالثاً: شروط المعقود عليه:
- ويعبر عنه بمحل العقد، ويشترط فيه ما يأتي:
- الشرط الأول: كون المعقود عليه منتفعاً به شرعاً: فكل ما يجوز الانتفاع به شرعاً، سواء أكان ذلك الانتفاع في الحال، أم في المال يصح بيعه، فيصح بيع النعم (البقر، والغنم، والإبل) والخيول، والبغال، والحمير، والغزلان، والحمام.
- وقد نصت المادة ٨١ من القانون المدني على ما يأتي:
- ❖ كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية.
- ❖ والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.
- الشرط الثاني: أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه: وذلك ليوثق بحصول العوض، وليخرج عن بيع الغرر المنهي عنه، ولا يشترط في الحكم بالبطلان اليأس من التسليم، بل ظهور التّعذر كافٍ.^(١)
- الشرط الثالث: كون المعقود عليه معلوماً للعاقدين: فلا بد وأن يكون المعقود عليه معلوماً لطرفي العقد، علماً ينفي الجهالة المؤدية إلى النزاع، ولا يشترط العلم به من كل وجه، بل عيئاً في المعين، وقدراً، وصفة فيما في الذمة؛ للنهي عن بيع الغرر.^(٢)
- وقد وافق فقهاء القانون الفقه الإسلامي في هذا الشرط فقالوا: إن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً، أو قابلاً للتعيين، فإذا وقع البيع على

(١) المبسوط: ٢٢/١١، شرح الخرشي: ١٦/٥، المجموع: ٢٨٦/٩، المغني: ١٤٨/٥.

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن العباس أحمد بن حمزة: ٤٠٢/٥، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى: ١٩٩٢/هـ ١٤١٢م.

شيء معين بالذات وجب أن يوصف وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة.^(١)

الشرط الرابع: كون المعقود عليه موجوداً وقت التعاقد: فلا بد وأن يكون المعقود عليه موجوداً بالفعل وقت العقد لا بعده، فلا يكفي احتمال وجوده، بل لا بد وأن يكون وجوده مقطوعاً به وقت إنشاء العقد.^(٢)

وقد وافق فقهاء القانون الفقه الإسلامي في هذا الشرط فقالوا: إن المحل يجب أن يكون موجوداً، والمعنى المقصود بالوجود هو أن يكون المبيع موجوداً وقت انعقاد البيع، أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك. فإذا كان المبيع غير موجود أصلاً، ولا يمكن وجوده في المستقبل فالبيع باطل.^(٣)

ثانياً: الشروط الخاصة:

أولاً: أن يعلم المشتري أن محل البيع مغموب: لأنه إذا كان من شروط البيع العامة: أن يكون معلوماً للعاقدين قدرًا، وجنسًا، وصفة، فمن باب أولى أن يعرف المشتري أن محل البيع مغموب، فيكون مقدمًا على البيع وهو على بينة من أمره.

وفي القانون المدني: نصت المادة ٤١٩ على:

❖ يجب أن يكون المشتري عالمًا بالبيع علمًا كافيًا، ويعتبر العلم كافيًا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع، وأوصافه الأساسية بيانًا يمكن من تعرفه.

❖ وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع.

ثانياً: أن يكون المغموب مما يجوز بيعه قبل قبضه: أي ليس فيه حق توفية، فلو أن الغاصب غصب صبرة من الطعام، وكان المغموب منه يملك أصواعاً منه لم يستوفه بعد، لم يجز للمالك أن يبيعه على غير غاصبه قبل أن يستوفيه.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري: سابق: ٢٢٥/٤.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥٠٥/٤، مغني المحتاج: ٣٥٧/٢، كشاف القناع: ١٦٢/٣.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري: سابق: ١٩١/٤، ١٩٢.

ثالثاً: أن يكون العوضان من غير الأجناس الربوية: لأنه لو كان العوضان من الأجناس الربوية المتماثلين فلا بد من توافر شروط ثلاثة، بالإضافة إلى شروط البيع العامة، وهي:

• التماثل عند العقد: والمراد بالمماثلة الحقيقية، لا بحسب الحز، والتخمين.

• الحلول: وهو ثبوت في البدلين في الحال.

• التقابض في المجلس قبل الافتراق: فلا بد من القبض الحقيقي، فلا تكفي الحوالة، وإن حصل بها القبض في المجلس، وَيَكْفِي قَبْضُ الْوَكِيلِ فِي الْقَبْضِ عَنِ الْعَاقِدَيْنِ، أَوْ أَحَدِهِمَا، وَهَمَّا فِي الْمَجْلِسِ، وَكَذَا قَبْضُ الْوَارِثِ بَعْدَ مَوْتِ مُورَثِهِ فِي الْمَجْلِسِ. (١)

وإن كانا من جنسين ربويين غير متماثلين فلا بد من توافر شرطين بالإضافة إلى الشروط العامة في البيع، وهما:

• الحلول: وهو ثبوت في البدلين في الحال.

• التقابض في المجلس قبل الافتراق: فلا بد من القبض الحقيقي، ولا يشترط التماثل. (٢)

وذلك للأدلة الدالة على عدم جواز بيع الأصناف الربوية بجنسها متفاضلاً، ومن ذلك: قول الرسول ﷺ: (لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تُشَفِّقُوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا الْوَرَقَ بِالْوَرَقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَلَا تُشَفِّقُوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ). (٣)

رابعاً: ألا يجري بين المغصوب والبدل ربا النسئة: فإذا كان المغصوب ذهباً فلا يجوز أن يباع لغير الغاصب بفضة، ولا بذهب إلا بالتقابض في مجلس العقد، حتى لا يجري فيه الربا النسئنة.

ودليل هذا الشرط: عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الصَّامِتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالنَّمْرُ بِالنَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ). (٤)

(١) أسنى المطالب: ٢٢/٢.

(٢) العزيز شرح الوجيز: ٧٨/٤.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب البيوع، بابُ بَيْعِ النَّمْرِ بِالنَّمْرِ، صحيح البخاري: ٧٣/٣، وأخرجه مسلم: كِتَابُ الْمَسَاقَاةِ، بابُ الرِّبَا، صحيح مسلم: ١٢٠٨/٣.

(٤) أخرجه مسلم: كتاب المساقاة، بابُ الصَّرْفِ، وَبَيْعِ الذَّهَبِ بِالْوَرَقِ نَقْدًا، صحيح مسلم: ١٢١١/٣.

خامساً: أن يكون المشتري قادراً على أخذه بلا منونة، ومشقة كبيرة: فإن احتاجت قدرته إلى مؤنة، فالظاهر البطلان.

سادساً: أن يكون الغاصب مقراً بغصبه: لأنه إذا لم يكن مقراً بالغصب كان الأمر مجرد دعوى، وإن أنكر الغاصب الغصب وتأخذه الأحكام، وعليه بيّنة فيمنع على المشهور في المذهب المالكي؛ لأنه يبيع ما فيه خصومة، وهو عرر. (١)

سابعاً: أن لا يكون بين مشتري المغصوب والغاصب عداوة: لأن في بيع المغصوب لمن بينه وبين المغصوب عداوة ضرر على الغاصب، وذلك بأن يبالغ في اقتضاء حقه، ويؤذيه، فلا يجوز، فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، مَنْ ضَارَّ ضِرَّةَ اللَّهِ، وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهِ عَلَيْهِ). (٢)

وفي معنى العداوة: أن يقصد مشتري المغصوب إعنات الغاصب، أو الإضرار به، ولو لم يكن بينهما سبق عداوة. (٣)

ثامناً: أن يكون الغاصب حاضراً: لأنه لا يصح بيع المغصوب لغير الغاصب إلا بإقرار الغاصب، وذلك لا بد فيه من حضور الغاصب، قياساً على حضور المدين عند بيع الدين لغير من عليه، وهذا ما اشترطه المالكية دون غيرهم. (٤)

تاسعاً: أن يكون المغصوب قائماً بعينه عند الغاصب: لأنه لو تلف المغصوب وهو في يد الغاصب وجب الضمان عليه. (٥)

ولأنه لا بد وأن يكون وجود المعقود عليه (العين المغصوبة) مقطوعاً به وقت إنشاء العقد؛ لأن الشيء بعد وجوده يمكن أن نصفه بأنه ظاهر، منتفع به إلى غير ذلك، أما قبل وجود المعقود عليه لا يمكن معرفة ذلك على سبيل القطع. (٦)

(١) منح الجليل: ٧٥٧/٤.

(٢) أخرجه البيهقي: كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضيرار، السنن الكبرى: ١١٤/٦.

(٣) شرح الخرشي: ٧٨/٥، منح الجليل: ٤٦/٥، مواهب الجليل: ٢٦٨/٤.

(٤) مواهب الجليل: ٩١/٥.

(٥) فتح القدير: ٣٦٣/٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٤٣/٣، النجم الوهاج: ١٧١/٥، كشاف القناع: ١١٦/٤.

(٦) أصول عقد البيع في الفقه الإسلامي: د. محمد فهمي السرجاني: ص ١١٠، ط: دار الاتحاد العربي للطباعة، مصر: ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

عاشراً: أن يكون الغاصب مما تجري عليه الأحكام: فَمَا يَصِحُّ بَيْعُ شَيْءٍ مَّعْصُوبٍ لِغَيْرِ غَاصِبِهِ إِذَا كَانَ الْغَاصِبُ لَمْ تَمْضِ عَلَيْهِ الْأَحْكَامُ أَقْرَبُ بِهِ، أَمْ لَمْ، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ تَأْخُذُهُ الْأَحْكَامُ، وَأَقْرَبُ بِهِ جَارَ بَيْعُهُ لِغَيْرِهِ. (١)

قال القرطبي: "إذا باعها صاحبها من غير الغاصب، وهي في يد الغاصب، إن كان ممن له السلطان، ويقدر على الامتناع، فلا يجوز البيع بإجماع؛ لأنه غرر، كالعبد الأبق، والجمل الشارد؛ إذ لا يدري مشتريه متى يصل إليه؟ وهو نص قول مالك في رواية زياد عنه، قال: من ابتاع عبداً، أو قرية في يد إمام ظالم من صاحب الأصل، لم يجز ذلك البيع، وكان مردوداً؛ لأنه غرر". (٢)

الشرط الحادي عشر: أن لا يكون المشتري قادراً على خلاصه من الغاصب بجاهه: لِأَنَّهُ يَأْخُذُهُ بِالْبَحْسِ، فَيَكُونُ مِنْ أَكْلِ الْمَالِ بِالْجَاهِ. (٣)

جاء في التوضيح: "وكذلك لا يجوز أيضاً أن يبيعه من غير الغاصب إذا كان المشتري يقدر على خلاصه بجاهه؛ لأنه يأخذه ببخس فيكون من أكل المال بالجاه". (٤)

فإذا توفرت هذه الشروط صح البيع، فإن تمكن المشتري من استلام المبيع صار البيع صحيحاً، وإن عجز المشتري عن الاستلام فله الفسخ.

(١) منح الجليل: ٤٥٧/٤.

(٢) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي: ٢٥٤/١١، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية: ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

(٣) مواهب الجليل: ٢٦٨/٤.

(٤) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: لخليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري: ٢١٢/٥، ط: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى: ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.

المطلب الرابع

بيع المغصوب للغاصب

اختلف الفقهاء في بيع المغصوب لمن غصبه على رأيين:
الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، وجمهور المالكية،
والشافعية، وجمهور الحنابلة) إلى القول: بأنه إذا باع المالك ماله
المغصوب للغاصب الذي بيده العين صح البيع مطلقاً، سواء رده إليه
قبل البيع، أو لم يرده إليه، وسواء باعه بثمن المثل، أو أقل، أو أكثر،
ولأن التسليم موجود بالفعل، والمانع منعدم.^(١)
الرأي الثاني: ذهب بعض المالكية إلى القول: بأنه يجوز بيع
المغصوب للغاصب بشروط معينة، وهي:

- أن يقبضه ربه.
 - أن يبقى بيده مدة طويلة، حداها بعضهم بستة أشهر فأكثر.
 - أن لا يبيعه بثمن بخس مكرهاً وهو مضغوط، استخلاصاً لبعض
حقه.^(٢)
- وقد ذهب ابن رشد إلى تقسيم بيع المغصوب على غاصبه إلى
ثلاثة أقسام:
- القسم الأول: أن يعلم أنه عازم على رده لصاحبه، فيجوز بيعه
اتفاقاً.
- القسم الثاني: أن يعلم أنه غير عازم على رده، وإن طلبه ربه، فلا
يجوز بيعه اتفاقاً.
- القسم الثالث: أن يشكل أمره، وفيه قولان، وبالفساد قال مطرف،
ورواه عن مالك.^(٣)

(١) بدائع الصنائع: ١٤٨/٥، مواهب الجليل: ٢٦٨/٤، التهذيب في فقه الإمام
الشافعي: لأبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي:
٢٠٧/٤، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٧م،
الإنصاف: ٢٩٤/٤.

(٢) منح الجليل: ٤٥٧/٤.

(٣) التوضيح في شرح المختصر الفرعي: ٢١٢/٥، شرح الزرقاني على مختصر
خليل: لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري: ٣٣/٥، ط: دار الكتب
العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م.

ويمكن أن يُستدل على جواز بيع المغصوب لغاصبه بما يأتي:
١- بعموم الأدلة الدالة على مشروعية البيع، ما لم يوجد دليل على خلاف ذلك، ولم يرد دليل يدل على منع بيع المغصوب لغاصبه، فيكون جائزاً.

٢- أن الغاصب في حكم القابض لما في حوزته، فبيعه جائز. (١)
شروط بيع المغصوب للغاصب:

يشترط في بيع المغصوب للغاصب بالإضافة إلى الشروط العامة للبيع ما يأتي:

الشرط الأول: أن لا يكون الغاصب قد غصبه من صاحبه ليجبره على بيعه له: حتى لا يكون مكرهاً على البيع، لأن الأصل في البيع أن يكون عن تراض، وهذا الشرط قال به بعض الحنابلة. (٢)
جاء في مطالب أولى النهي: "وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ مَعْصُوبٍ إِلَّا لِغَاصِبِهِ، الَّذِي لَمْ يَقْصِدْ بَعْضَهُ الْإِسْتِثْنَاءَ عَلَيْهِ حَتَّى يَبِيعَهُ لَهُ رَبُّهُ؛ لِإِنْقِطَاعِ الْعَرْرِ". (٣)

ويمكن أن يستدل على هذا الشرط بما يأتي:

١- قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].
وجه الدلالة: نهى الله ﷻ في هذه الآية عن أخذ أموال بعضنا بطريق الباطل، وأخذهُ عَلَى وَجْهِ الظُّمِّ، وَالسَّرْقَةِ، وَالْخِيَانَةِ، وَالْغُصْبِ، وَمَا جَرَى مَجْرَاهُ، فَاسْتَنْتَى مِنَ الْجُمْلَةِ مَا وَقَعَ مِنَ التِّجَارَةِ بِتَرَاضٍ مِنْهُمْ بِهِ، وَلَمْ يَجْعَلْهُ مِنَ الْبَاطِلِ، وَهَذَا هُوَ فِي التِّجَارَةِ الْجَائِزَةِ دُونَ الْمَحْظُورَةِ. (٤)

(١) بدائع الصنائع: ١٤٨/٥.

(٢) حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات: لمحمد بن أحمد بن علي البهوتي الخلوتي: ٥٦٤/٢، ط: دار النوادر، سوريا، الطبعة الأولى: ٢٠١١م.

(٣) مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى: لمصطفى بن سعد بن عبده الرحيباني: ٢٦/٣، ط: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية: ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

(٤) أحكام القرآن: لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي: ٣٠٤/١، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

٢- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه يقول: قال رسول الله ﷺ: (إنما البيع عن تراض).^(١)

وجه الدلالة: دلّ الحديث على أنه لا بيع عن غير تراض، ولأنه قول أكره عليه بغير حق، فلم يصح ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم.^(٢)

الشرط الثاني: أن يكون البيع بثمن المثل: فلو اشتري الغاصب السلعة من ربها بأقل مما باعها به للأجنبي، فيكون له ما بين الثمنين؛ لأن الغاصب ضامن.^(٣)

ولأن البيع في هذه الحالة بأقل من ثمن المثل يكون فيه غبن فاحش^(٤) على البائع.

ويمكن الاستدلال لهذا الشرط بالقياس على المشتري بالغبن الفاحش في أنه يجوز له رد المبيع على صاحبه في هذه الحالة.

جاء في المحيط البرهاني: "فيمن اشترى شيئاً، وصار مغوباً فيه غبناً فاحشاً، له أن يرده على البائع بحكم الغبن".^(٥)

وجاء في مجلة الأحكام: "إذا عرّ أحد المتبايعين الآخر، وتحقّق أنّ في البيع غبناً فاحشاً، فللمغوب أن يفسخ البيع حينئذ".^(٦)

وجاء في مواهب الجليل: "ومن باع، أو ابتاع فغبن غبناً فاحشاً ثبت له الخيار على المشهور... قال الطرطوشي مذهب مالك: الخيار فيما خرّج عن المعتاد".^(٧)

الشرط الثالث: أن يسترد المغصوب منه ما اغتصب منه: فيجب على الغاصب قبل شراء العين المغصوبة أن يردها على صاحبها، أما

(١) أخرجه ابن ماجه: كتاب البيوع، باب بيع الخيار، سنن ابن ماجه: للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني: ٧٣٧/٢، ط: دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى: ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، وأخرجه البيهقي، كتاب البيع، باب ما جاء في بيع المضطرّ وبيع المكره، السنن الكبرى: ٢٩/٦.

(٢) المجموع شرح المذهب: ١٥٨/٩.

(٣) مواهب الجليل: ٢٦٨/٤.

(٤) الغبن الفاحش هو: ما لا يدخل تحت تفويم المقومين. البحر الرائق: ١٦٩/٧.

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني: لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز ابن عمر بن مازة البخاري الحنفي: ٧/٧، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.

(٦) مجلة الأحكام العدلية: المادة: ٣٥٧، ص ٧١.

(٧) مواهب الجليل: ٤٧٢/٤.

إن علم منعه ربه إن لم يبيعه فسد، وإن علم رده له إن لم يبيعه، جاز اتفاقاً فيهما، وهذا الشرط قال به جمهور المالكية. (١)

الشرط الرابع: أن يبقى المغصوب بعد رده إلى صاحبه مدة طويلة: وقد حداها بعضهم بستة أشهر فأكثر، وإنما طلبت المدة المذكورة لاجل أن يتحقق انتفاء الغصب؛ لأنه لو قبضها وبقيت عنده مدة يسيرة، ثم ردها إلى الغاصب آل الأمر إلى أنه كان باع مغصوباً؛ لعدم تحقق انتفاء الغصب.

بخلاف ما إذا قبضها، وباعها لغير الغاصب، فإنه يجوز له ذلك بمجرد القبض؛ لأنه حينئذ لم يبيع مغصوباً، وهذا الشرط قال به جمهور المالكية. (٢)

المطلب الخامس

بيع الغاصب للمغصوب

اختلف الفقهاء في بيع الغاصب للمغصوب على رأيين، وذلك تبعاً لاختلافهم في بيع الفضولي. (٣)

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية في القديم، وأحمد في رواية عنه) إلى القول: بأنه يجوز بيع الغاصب للمغصوب، ولكنه يكون موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ، وإن رده بطل. (٤)

واستدلوا بما يأتي:

١- عُمُومَاتُ الْبَيْعِ مِنْ نَحْوِ قَوْلِهِ ﷺ: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» [البقرة: ٢٧٥].

(١) المختصر الفقهي: لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي: ١٠٥/٥، ط: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى: ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م، التاج والإكليل لمختصر خليل: لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي: ٧٢/٦، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ/١٩٩٤م.

(٢) شرح الخرشي: ١٧/٥.

(٣) الفضولي هو: كل من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي. البحر الرائق: ١٦٠/٦.

(٤) تبين الحقائق: ١٠٣/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ١٢/٣، نهاية المحتاج: ٣٩٠/٣، كشف القناع: ١٥٧/٣.

وَقَوْلُ اللَّهِ ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].
 وَقَوْلُهُ ﷻ: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠].

وجه الدلالة: أن الله ﷻ شَرَعَ الْبَيْعَ، وَالشَّرَاءَ، وَالنَّجَارَةَ، وَابْتِغَاءَ الْفَضْلِ مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ بَيْنَ مَا إِذَا وَجِدَ مِنَ الْمَالِكِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ، وَبَيْنَ مَا إِذَا وَجِدَ مِنَ الْوَكِيلِ فِي الْبَابِتْدَاءِ، أَوْ بَيْنَ مَا إِذَا وَجِدَتْ الْبِجَارَةُ مِنَ الْمَالِكِ فِي الْبَانْتِهَاءِ وَبَيْنَ وَجُودِ الرِّضَا فِي النَّجَارَةِ عِنْدَ الْعَقْدِ، أَوْ بَعْدَهُ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِاطْلَاقِهَا إِلَّا مَا خُصَّ بِدَلِيلٍ. (١)

٢- قال الله ﷻ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢].

وجه الدلالة: أن بيع الفضولي فيه إعانة لأخيه المسلم. (٢)

وقد اعترض على الاستدلال بهذه الآية: بان هذا ليس من البر والتقوى، بل هو من الإثم والعدوان المنهي عنه. (٣)

٣- عن الحسن عن عروة البارقي ﷺ أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشترى له شاةً، فاشترى له شاتين، فباع إحداهما بدينار، فأتى النبي ﷺ بدينار، وشاة، فدعا له رسول الله ﷺ بالبركة، قال: فكان لو اشترى الثراب لربح فيه. (٤)

وجه الدلالة: معلوم أن عروة لم يكن مأموراً ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسول الله ﷺ بالخير، والبركة على ما فعل، ولأنكر عليه؛ لأن الباطل ينكر. (٥)

قال الصنعاني: "وفي الحديث دلالة على أن عروة شري ما لم يوكل بشرائه، وباع كذلك؛ لأنه أعطاه ديناراً لشراء أضحية، فلو وقف على الأمر لشري ببعض الدينار الأضحية ورد البعض، وهذا الذي فعله هو الذي تسميه الفقهاء العقد الموقوف الذي ينفذ بالاجازة". (٦)

(١) بدائع الصنائع: ١٤٧/٥.

(٢) مواهب الجليل: ٢٧٠/٤.

(٣) المجموع: ٢٥١/٩.

(٤) أخرجه ابن ماجه: كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح، سنن ابن ماجه: ٨٠٣/٢.

(٥) بدائع الصنائع: ١٤٧/٥.

(٦) سبل السلام: لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسن الكحلاني الصنعاني أبو إبراهيم عز الدين: ٤١/٢، ط: دار الحديث، القاهرة، بدون تاريخ طبع.

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث: بأن حديث عروة محمول على أنه وكيل مطلق، بدليل أنه سلم وتسلم، وليس ذلك إلا للمالك، وللوكيل المطلق باتفاق. (١)

وأجيب على هذه المناقشة: بأنه ليس هناك دليل على أنه وكيل مطلق، إذ لا يمكن إثباته بغير نقل، والمنقول أنه ﷺ أمره أن يشتري له أضحية، ولو كان لنقل على سبيل المدح له. (٢)

٤- إن هذا تصرف تملك، وقد صدر من أهله، فوجب القول بانعقاده، إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخبيره، بل فيه نفعه، حيث يكفي مؤنة طلب المشتري، وقرار الثمن (أي المطالبة) وغيره، وفيه نفع العاقب؛ لصون كلامه عن الإلغاء، وفيه نفع المشتري؛ لأنه أقدم عليه طائعاً، فثبتت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه. (٣)

وقد نوقش هذا الدليل: بأن اعتبار التصرف شرعاً لحكمه لا لعينه، والمراد بالسبب الشرعية أحكامها، واشتراط الملك في المحل لأجل الحكم، فالتمليك لا يتحقق إلا من المالك، فإذا لم يكن المتصرف مالكا لعا تصرفه؛ لانعدام حكمه. (٤)

وأجيب على هذا من طريقين:

أحدهما: أن نقول لا نسلم أن الحكم لا يثبت لهذا التصرف، بل يثبت حكم يليق بالسبب، فإنه يثبت بالسبب الموقوف ملك الموقوف، كما يثبت بالسبب البات ملك بات، ولهذا لو أعتق المشتري، ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه؛ لأنه لا ضرر على المالك في إثبات ملك موقوف بهذا السبب، كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب، وإنما الضرر في زوال ملكه، وبالملك الموقوف لا يزول ملكه البات.

والثاني: أن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعاً، فأما إذا تأخر عنه الحكم فلا؛ لأن الحكم تارة يتصل بالسبب، وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار، وهنا الحكم يتأخر إلى إجازة المالك، ولا ينعدم أصلاً؛ لأن انعدام الحكم في الحال لرفع الضرر عن المالك، وفي تأخير

(١) نهاية المحتاج: ٣٩٠/٣، المبدع: ١٦/٤.

(٢) العناية شرح الهداية: لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله بن الشيخ شمس الدين بن الشيخ جمال الدين الرومي البابرقي: ٥٤/٧، ط: دار الفكر العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.

(٣) البحر الرائق: ١٦٠/٦.

(٤) المبسوط: ١٥٤/١٣.

الحكم إلى وجود الإجازة توفر المنفعة عليه، فإنه إذا صار مستنداً بالنظر إن شاء أجاز البيع، وإن شاء أبطله، فيكون فيه محض منفعة له، فهذا انعقد السبب في الحال على أن يجعل إجازته في الانتهاء كإذنه في الابتداء. (١)

٥- أَنْ هَذَا تَصَرُّفٌ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ فَلَا يَلْعُو، كَمَا لَوْ حَصَلَ مِنْ الْمَالِكِ، وَكَالْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَبِأَكْثَرِ مِنَ الثَّلَاثِ مِمَّنْ لَمْ دَيْنٌ عَلَيْهِ. (٢)

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع الفارق، فإن الوصية تحتمل الغرر، وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع. (٣)

وأجيب على هذه المناقشة: بأن يقال: إن كون الوصية تحتمل الغرر، وتصح بالمجهول ليس هو المناط في توقفها على إجازة الوارث، وإنما المناط فذ ذلك كون الموصي تصرف بما لا ولاية له فيه، وهذه العلة موجودة في تصرف الفضولي، فإنه لا ولاية له على المبيع أصلاً، فهو أولى بالتوقف على الإجازة. (٤)

الرأي الثاني: ذهب الشافعي في الجديد، وأحمد إلى القول: بأن بيع الغاصب للمغضوب باطل، فلا ينقلب صحيحاً ولو أجازره المالك بعد، بناء على أن بيع الفضولي باطل، ولا ينفذ حتى ولو أجازره صاحب الشأن، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار البيع؛ لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود، وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته، فلا تصيره الإجازة موجوداً. (٥)

واستدلوا بما يأتي:

١- قول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: ١٦٤].
ووجه الدلالة: يُحْتَجُّ بِهَذِهِ فِي امْتِنَاعِ جَوَازِ تَصَرُّفِ أَحَدٍ عَلَى غَيْرِهِ إِلَّا مَا قَامَتْ دَلَالَتُهُ، لِإِخْبَارِ اللَّهِ ﷻ أَنَّ أَحْكَامَ أَفْعَالِ كُلِّ نَفْسٍ مُتَعَلِّقَةٌ بِهَا دُونَ غَيْرِهَا. (٦)

(١) المبسوط: ١٥٤/١٣، ١٥٥.

(٢) المبسوط: ١٥٤/١٣.

(٣) المجموع: ٢٩٢/٩.

(٤) التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي: د. عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم، ص ٥٩، الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

(٥) العزيز شرح الوجيز: ٣١/٤، الإنصاف: ٢٨٣/٤.

(٦) أحكام القرآن: للجصاص: ٣٦/٣.

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن المراد بالآية تحمّل التّوَابِ وَالْعِقَابِ
دُونَ أَحْكَامِ الدُّنْيَا. (١)

٢- عَنْ عَمْرٍو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ ﷺ قَالَ: "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ
عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وَعَنْ بَيْعٍ وَسَلْفٍ، وَعَنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ،
وَعَنْ بَيْعٍ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ". (٢)

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ نهى عن بيع ما لا يملكه الإنسان،
والنهي يقتضي فساد المنهي عنه. (٣)

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث: بأن المراد بالبيع هو البيع
التام، لا البيع الناقص الموقوف، فقول الرسول ﷺ: (لا تبع) نهى عن
البيع المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل هو المبيع التام،
فلا اتصال لهذا الحديث بموضوع النزاع. (٤)

وقيل: يمكن حمل هذا الحديث على بَيْعِهِ لِنَفْسِهِ لَأُغْيِرَهُ، قَالُوا:
وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا وَرَدَ فِي حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ، وَقَضِيَّتُهُ
مَشْهُورَةٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ كَانَ يَبِيعُ لِنَفْسِهِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ. (٥)

٣- ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، فلم يصح كبيع الآبق، والسمك في
الماء، والظير في الهواء. (٦)

وقد نوقش هذا الدليل: إنه لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية فمسلم،
لكن القدرة على التسليم بعد الإجازة ثابتة، وأما القياس ببيع ما لا يملكه
الإنسان على بيع الظير في الهواء، والسمك في الماء فهو قياس مع
الفارق، فإن السبب في عدم جواز بيع الظير في الهواء، والسمك في
الماء في هاتين الحالتين انعدام المحل، فالظير والسمك في الماء ليسا
بمملوكين شرعاً قبله، وما ليس بمملوك لأحد لا يكون محلاً للبيع، وأما

(١) أحكام القرآن: لابن العربي: ٢/٢٦٤.

(٢) أخرجه ابن ماجه: كتاب البيع، باب النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، وَعَنْ رِبْحِ مَا
لَمْ يُضْمَنْ، سنن ابن ماجه: ٧٣٨/٢، وأخرجه أبو داود: كتاب البيع، باب في
الرَّجُلِ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ، سنن أبي داود: ٢٧٣/٣، وأخرجه الترمذي: كتاب
البيع، باب مَا جَاءَ فِي كَرَاهِيَةِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، سنن الترمذي: ٥٢٦/٣.

(٣) البيان: ٦٦/٥.

(٤) العناية شرح الهداية: ٣١١/٥.

(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد
بن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد: ١٩٠/٣، ط: دار الحديث،
القاهرة، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.

(٦) المجموع: ٢٦٣/٩، المغني: ٢٢١/٤.

القياس على بيع الأبق فقياس مردود؛ لأن بيع الأبق عندنا منعقد لكنه فاسد. (١)

الرأي المختار: بعد الرأي المختار ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، وذكر أدلة كل فريق، ومناقشة ما أمكن مناقشته، فإنه يمكن القول: بأن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل: بأنه يجوز بيع الفضولي، ويكون موقوفاً على إجازة المالك؛ لقوة الأدلة التي استدلوا بها، وسلامتها من المناقشة، وفيه تيسر على الناس في المعاملات، وتحقيق المصالح الضرورية.

وعلى هذا: فيكون بيع الغاصب للمغصوب صحيحاً، ولكنه يكون موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ، وإن رده بطل.

وقد أجاز القانون المدني بيع الفضولي، ويكون موقوفاً على إجازة المالك، فنصت المادة ٤٦٧ على ما يأتي:

❖ إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه، وانقلب صحيحاً في حق المشتري.

❖ وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد.

المطلب السادس

شراء الغير للمغصوب

جعل الشرع الحنيف طلب الحلال فرض عين على كل مسلم، فقال ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾ [البقرة: ١٧٢].

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (طلب الحلال واجب على كل مسلم). (٢)

وقد اتفق الفقهاء على أنه يحرم على المسلم أن يشتري شيئاً وهو يعلم أنه أخذ من صاحبه بغير حق، (كالشراء المغصوب)؛ لأنَّ أخذه بغير حق، فيكون شراؤه له شراءً ممن لا يملك، وهذا يعد من باب من التَّعَاوُنَ عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانَ الْمَنْهِي عَنْهُ، قَالَ ﷺ: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [المائدة: ٢].

(١) فتح القدير: ٥٣/٧، العناية شرح الهداية: ٥٤/٧.

(٢) أخرجه الطبراني، المعجم الأوسط: ٢٧٧/٨.

وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم: (مَنْ اشْتَرَى سَرَقَةً وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهَا سَرَقَةٌ فَقَدْ شَرِكَ فِي عَارِهَا، وَإِنَّهَا) (١)

قال ابن تيمية: "وَأِنْ كَانَ الَّذِي مَعَهُمْ - أَي: التتار- أَوْ مَعَ غَيْرِهِمْ أَمْوَالٌ يُعْرَفُ أَنَّهَا عَصَبُهَا مِنْ مَعْصُومٍ، فَتِلْكَ لَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤها لِمَنْ يَتَمَكَّهَا؛ لَكِنْ إِذَا اشْتَرَيْتَ عَلَى طَرِيقِ الْإِسْتِنْقَادِ؛ لِتُصْرَفَ فِي مَصَارِفِهَا الشَّرْعِيَّةِ، فَتُعَادَ إِلَى أَصْحَابِهَا إِنْ أُمِكنَ، وَإِلَّا صُرِفَتْ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ جَازَ هَذَا" (٢)

وإذا وقع العقد فإنه يقع باطلاً؛ لأن المقصود من العقد هو انتفاع كل واحد من المتبايعين بالبدل، فينتفع البائع بالثمن، وينتفع المشتري بالسلعة.

والواجب على من علم أن ما سيشتريه مغصوب أن ينكر على الغاصب، ويأمره بالتوبة من الغصب، ورد المغصوب إلى صاحبه، وأن يحاول هو إرجاع المغصوب إلى صاحبه إن تمكن من ذلك، وعلم صاحبه، أو يخبره بمكانه، أو يخبر الجهات المسئولة عن ذلك.

قال ابن تيمية: "مَا فِي الْوُجُودِ مِنَ الْأَمْوَالِ الْمَغْصُوبَةِ، وَالْمَقْبُوضَةِ بَعْدُ لَا تُبَاحُ بِالْقَبْضِ، إِنْ عَرَفَهُ الْمُسْلِمُ اجْتَنَبَهُ، فَمَنْ عَلِمَتْ أَنَّهُ سَرَقَ مَالًا، أَوْ خَانَهُ فِي أَمَانَتِهِ، أَوْ عَصَبَهُ فَأَخَذَهُ مِنَ الْمَغْصُوبِ قَهْرًا بغير حقٍّ، لَمْ يَجْزُ لِي أَنْ أَخْذَهُ مِنْهُ؛ لَا بِطَرِيقِ الْهَبَةِ، وَلَا بِطَرِيقِ الْمُعَاوَضَةِ، وَلَا وِفَاءً عَنْ أَجْرَةٍ، وَلَا ثَمَنَ مَبِيعٍ، وَلَا وِفَاءً عَنْ قَرْضٍ، فَإِنْ هَذَا عَيْنُ مَالِ ذَلِكَ الْمَظْلُومِ" (٣)

ضمان المشتري للمغصوب:

إذا تم شراء المغصوب - مع حرمة - فإنه يترتب عليه الضمان، ولكن الفقهاء اختلفوا فيمن يجب عليه الضمان على النحو الآتي:

الرأي الأول: ذهب الحنفية إلى القول: بأنه إذا تصرف الغاصب في المغصوب بالبيع، فللمالك تضمين الغاصب الأول، أو المشتري من الغاصب، فإن ضمن الغاصب الأول استقر الضمان عليه، ولم يرجع بشيء على أحد، وإن ضمن المشتري رجع على الغاصب بالضمان؛

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) مجموع الفتاوى: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحرائي: ٢٩/٢٧٦، ط: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية: ١٦/١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

(٣) مجموع الفتاوى: ٢٩/٣٢٣.

لأنه عمل له، والمُشْتَرِي إذا ضَمِنَ الْقِيَمَةَ يَرْجِعُ بِالتَّمَنِّ عَلَى الْغَاصِبِ
الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ ضَامِنٌ اسْتِحْقَاقَ الْمَبِيعِ، وَرَدَّ الْقِيَمَةَ كَرَدِّ الْعَيْنِ. (١)
الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى القول: بأن المُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ
إذا علم بالغصب فعليه ضَمَانُ المِثْلِيِّ بِمِثْلِهِ، وَالْقِيمِيِّ بِقِيمَتِهِ، وَيَضْمَنُ
الْعَلَّةَ، وَالْحَادِثَ السَّمَاوِيَّ؛ لِأَنَّهُ كَالْغَاصِبِ يَعْلَمُهُ بِالْغُصْبِ، وَلِلْمَالِكِ أَنْ
يُتْبَعَ بِالضَّمَانِ أَيُّهُمَا شَاءَ.

فإن اتَّبَعَ الْغَاصِبُ فَالْقِيَمَةَ تُعْتَبَرُ يَوْمَ الْاسْتِيلَاءِ، وَكَمَا يَرْجِعُ عَلَى
المُشْتَرِي، وَإِنْ اتَّبَعَ المُشْتَرِي فَالمُعْتَبَرُ يَوْمَ التَّعَدِّيِّ، وَرَجَعَ عَلَى
الْغَاصِبِ بِتَمَنِّهِ.

أما إذا كان المشتري لا يعلم أنا ما اشتراه مغصوب فإنه لا يضمنه
إذا تلف بأفة سماوية، وكذا في علة استعلاها؛ لأنه ذو شبهة بعدم علمه
بالغصب، وكذا يرجع على الغاصب بها؛ لأنه لم يستعمل، فليس لربه
رجوع في السماوي إلا على الغاصب. (٢)

الرأي الثالث: ذهب الشافعية إلى القول: بأن الأيدي المترتبة على
يد الغاصب أيدي ضمان، وإن جهل صاحبها الغصب؛ لأن واضع اليد
وضع يده على ملك غيره بغير إذنه، والجهل ليس مسقطاً للضمان، بل
يسقط الإثم فقط، فيطالب المالك من شاء منهما، لكن لا يستقر الضمان
على الأخذ من الغاصب إلا بعلمه بالغصب، حتى يصدق عليه معنى
الغصب، أو إن جهل به وكانت يد الواضع في أصلها يد ضمان،
كالمشتري؛ لأنه تعامل مع الغاصب على الضمان، فلم يغره. (٣)

الرأي الرابع: ذهب الحنابلة إلى القول: بأن للمالك تضمين أي
الشخصين شاء، الغاصب، أو المشتري؛ لأن الغاصب حال بين المالك
وبين ملكه، وأثبت اليد العادية (الضامنة) عليه، وأما المشتري فلأنه
أثبت يده على ملك معصوم بغير حق.

ويستقر الضمان على الغاصب إذا كان المشتري غير عالم
بالغصب، فإن علم المشتري بالغصب استقر الضمان عليه، ولم يرجع

(١) حاشية ابن عابدين: ١٩٨/٦.

(٢) الشرح الكبير: ٤٥٧/٣، منح الجليل: ١٣٥/٧، روضة المستبين في شرح
كتاب التلقين: لعبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي
المعروف بابن بزيمة: ١١٦١/٢، ط: دار ابن حزم، الطبعة الأولى:
١٤٣١هـ/٢٠١٠م.

(٣) تحفة المحتاج: ١٤/٦، النجم الوهاج: ١٧٥/٥.

على الغاصب بشيء؛ لأن يده يد ضمان، وإذا رد المشتري الشيء إلى الغاصب برئ من الضمان. (١)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، فإنه يمكن القول بأن رأي الحنابلة هو أولى بالقبول؛ لأن القول بضمان الغاصب أمر مقبول؛ لأنه متعدد على مال الغير، والقول بضمان المشتري إذا علم أن محل البيع مغصوباً أمر مقبول أيضاً؛ لأن إقدامه على الشراء وهو يعلم أن محل البيع مغصوب فإنه يُعد من باب التعاون على الإثم والعدوان، وهذا منهي عنه، فوجب الضامن عليه في هذه الحالة. أما إذا كان جاهلاً بأن محل البيع مغصوباً فلا ضمان عليه؛ لأن الجهل قد يسقط الضمان في هذه الحالة.

قال السيوطي: "كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس، لم يقبل، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام، أو نشأ ببادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك، كتحريم الزنا، والقتل، والسرقه، والخمر، والكلام في الصلاة، والأكل في الصوم، والقتل بالشهادة إذا رجعا، وقالوا: تعمدنا، ولم نعلم أنه يقتل بشهادتنا، ووطء المغصوبة، والمرهونة بدون إذن الراهن، فإن كان يادنه قبل مطلقاً؛ لأن ذلك يخفى على العوام من الناس". (٢)

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: ٢٢٧/٢، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، مطالب أولي النهى: ٦٢/٤.

(٢) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: لأبي الفضل جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، ص ٢٥٦، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.

المبحث الثاني المتاجرة بالمال المغصوب

من التصرفات التي قد ترد على المال المغصوب المتاجرة به، ومن المعلوم أن التجارة معروفة منذ القدم، وقد أباحتها الشريعة الإسلامية، ووضعت لذلك شروطاً محددة فيما بين المتبايعين، وفي الشيء الذي يُتجرُّ به، قال ﷺ: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ» [النساء: ٢٩]. وقال ﷺ: «فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ» [الجمعة: ١٠].

أما ما ورد في قول الله ﷻ: «رَجَالًا لَّا تُلْهِهُمُ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَن ذِكْرِ اللَّهِ» [النور: ٣٧].

فليس فيه نهى عن التجارة، ولا كراهية لها، وإنما هو نهى عن التهافت بها، والاشتغال عن الصلوات، والعبادات بها. (١)
والتجارة من أفضل طرق الكسب، وأشرفها إذا توقي التاجر طرق الكسب الحرام، والتزم بأدابها، فعن أبي سعيد الخدري ﷺ قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الْأَمِينُ مَعَ النَّبِيِّينَ، وَالصَّدِيقِينَ، وَالشُّهَدَاءِ). (٢)

وعلى هذا الأساس يتكون هذا المبحث من مطلبين.
المطلب الأول: حقيقة المتاجرة.
المطلب الثاني: حكم الاتجار بالمال المغصوب.

(١) جامع البيان عن تأويل آي القرآن: لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي أبو جعفر الطبري: ٣٢١/١٧، ط: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.
(٢) أخرجه الترمذي: كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ، بَابُ مَا جَاءَ فِي التُّجَّارِ وَتَسْمِيَةِ النَّبِيِّ ﷺ إِيَّاهُمْ، سنن الترمذي: ٥٠٧/٣، وأخرجه البيهقي: كتاب البيوع، بَابُ كَرَاهِيَةِ الْيَمِينِ فِي الْبَيْعِ، السنن الكبرى: ٤٣٧/٥.

الحكم التكليفي للمتاجرة:

المتاجرة أمر مشروع في الإسلام، بل هي مطلوبة شرعاً حتى يُحمي رأس المال من التناقص، والتآكل بسبب الفروض الواجبة على المال، كالزكاة، والكفارات، وغير ذلك من النفقات الأخرى، وقد استدل على مشروعيتها بما يأتي:

- ١- قال الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].
وجه الدلالة: أن الله ﷻ نهى عن أكلهم أموالهم بينهم بالباطل، وبالربا، والقمار، والبخس والظلم، إنما أن تكون تجارة؛ ليربح في الدرهم ألفاً إن استطاع، فدل ذلك على مشروعية التجارة. (١)
 - ٢- قال ﷻ: ﴿إِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الجمعة: ١٠].
وجه الدلالة: قوله ﷻ: ﴿إِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ أي: إذا فرغ من الصلاة فانتشروا في الأرض للتجارة، والتصرف في حوائجكم، وابتغوا من فضل الله، يعني الرزق، وهذا أمر بإباحة. (٢)
 - ٣- عن أنس بن مالك ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: (اتَّجَرُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى، لَّا تَأْكُلَهَا الزَّكَاةُ). (٣)
- وجه الدلالة: دل هذا الحديث على مشروعية الاتجار بالمال، والعمل على نمائه. (٤)

- ٤- عن أبي بردة الأنصاري ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: أي الكسب أطيب؟ فقال ﷺ: (عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ، وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ). (٥)

(١) جامع البيان عن تأويل آي القرآن: ٦/٦٢٦.

(٢) معالم التنزيل في تفسير القرآن: لمحيي السنة أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد ابن الفراء البغوي الشافعي: ٥/٩٣، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ.

(٣) أخرجه الطبراني: المعجم الأوسط: ٤/٢٦٤.

(٤) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري: ٢/١٥٤، ط: مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.

(٥) أخرجه البيهقي: كتاب البيوع، باب إباحة التجارة، السنن الكبرى: ٥/٣٢، وأخرجه الحاكم: كتاب البيوع، المستدرک على الصحيحين: لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه النيسابوري: ٢/١٣، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١١هـ/١٩٩٠م.

وجه الدلالة: بيّن الرسول ﷺ في هذا الحديث أن البيع المبرور، وهو الذي لا غش فيه، ولا خيانة (١) من أفضل ما يأكله العبد، وفي هذا إشارة إلى التجارة. (٢)

٥- وقد أجمع المسلمون على جواز التجارة في الجملة، وتفتّضيه الحكمة، لأنّ الناس يحتاج بعضهم إلى ما في أيدي بعض، وهذه سنة الحياة، وتشريع التجارة وتجويزها هو الطريق إلى وصول كل واحد منهم إلى عرضه، ودفع حاجته. (٣)

والربح المشروع هو ما نتج عن تصرف مباح كالعقود الجائزة، مثل البيع، والمضاربة، والشركة، وغيرها.

والربح غير المشروع: هو ما نتج عن تصرف محرم كالربا، والقمار، والتجارة بالمحرمات، فقال ﷺ: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وأما الربح المختلف فيه: فمنه ما نتج عن التصرف فيما كان تحت يد الإنسان من مال غيره، سواء كانت يد أمانة كالمودع، أم يد ضمان كالغاصب، وخلافه. (٤)

(١) الفرق بين الغش والخيانة: أن الغش تدليس يرجع إلى ذات المبيع، كأن يجعد شعر الجارية، ويحمر وجهها، والخيانة أعم؛ لأنه تدليس في ذاته، أو صفته، أو أمر خارج، كأن يصفه بصفات كاذبة، وكأن يذكر له ثمناً كاذباً. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: لأبي بكر عثمان بن محمد شطا الدميّاطي الشافعي: ٦/٣، ط: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

(٢) حاشية الشرقاوي على التحرير: ٣/٢، ط: عيسى البابي الحلبي، بدون تاريخ طبع.

(٣) المغني: ٥٦٠/٣.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٨٣/٢٢، ٨٤، ط: مطابع دار الصفوة، مصر، الطبعة الأولى.

المطلب الثاني

حكم الاتجار بالمال المغصوب

إذا اتجر الغاصب في الشيء المغصوب، وكان المغصوب مالاً، وربح فيه فعلاً، فلا يخلو الأمر من حالين:

الحالة الأولى: أن يشتري الغاصب بعين المال المغصوب: فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والحنابلة) إلى القول: بأن العقد في هذه الحالة صحيح؛ لأن الغاصب لما تصرف في المغصوب صار مضموناً عليه بمثله، أو قيمته، فيكون ملكه عليه صحيحاً، وتصرفه فيه نافذاً. (١)

إلا أنهم اختلفوا فيمن يستحق الربح على النحو الآتي:

أولاً: ذهب أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، والحنابلة في قول إلى القول: بأنه يتصدق بالربح إذا اشترى بعين المغصوب. (٢)

جاء في فتاوى السندي: "ولو غصب دراهم، أو دنانير، أو غير ذلك من الكلي، والوزني، فاتجر فيه، وربح فانه يتصدق بالربح في الأفضل، وليس بالواجب". (٣)

ثانياً: ذهب أبو يوسف، والمالكية إلى القول: بأن الربح للغاصب. (٤)

جاء في المدونة: "فمن غصب دنانير من رجل، فاشترى بها سلعة، لم يكن للمغصوب منه إلا مثل دنانيره". (٥)

ويفهم من هذا: أن تصرف الغاصب بالاتجار بالمال المغصوب صحيح، وأن الربح له، والخسارة عليه.

ثالثاً: ذهب بعض المالكية إلى القول: بأن الربح للمالك إذا كان الغاصب معسراً.

(١) بدائع الصنائع: ١٤٩/٧، المنتقى: ٢٨٠/٥، كشاف القناع: ١١٣/٤.

(٢) العناية شرح الهداية: ٣٣٠/٩، ٣٣١، الفروع: ٢٤٨/٧.

(٣) التنف في الفتاوى: لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السندي: ٧٣٨/٢، ط: دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، عمان، الطبعة الثانية: ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

(٤) العناية شرح الهداية: ٣٣٠/٩، ٣٣١، الذخيرة: ٣١٧/٨.

(٥) المدونة: للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني: ٦١٩/٣، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

جاء في الذخيرة: "إذا عَصَبَ دَرَاهِمَ، أَوْ دَنَائِيرَ فَرِيحَ فِيهَا، فَثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، قَالَ مَالِكٌ، وَابْنُ الْقَاسِمِ: لَأَ شَيْءَ لَكَ إِلَّا رَأْسُ الْمَالِ؛ لِيَتَقَرَّرَ الضَّمَانُ عَلَيْهِ بِالتَّصَرُّفِ اسْتَنْفَقَهَا، أَوْ تَجَرَ فِيهَا، وَعَنْ ابْنِ حَبِيبٍ: إِنْ تَجَرَ فِيهَا مُوسِرًا فَلَهُ الرَّيْحُ؛ لِقَبُولِ ذِمَّتِهِ لِلضَّمَانِ، أَوْ مُعْسِرًا فَلَكَ؛ لِعَدَمِ قَبُولِهَا فِي الْوَلِيِّ يَتَجَرُّ فِي مَالِ يَتِيمِهِ".^(١)

الرأي الثاني: ذهب الشافعية، ورواية للحنابلة إلى القول: بأن تصرف الغاصب في هذه الحالة يكون باطلاً، ومن ثم فلا يحصل ربح.^(٢)

جاء في الحاوي: "والغاصب إذا اشترى بالمال المغصوب عرضاً، وأفاد فيه ربحاً، لم يخل عقد ابتياعه من أن يكون بعين المال، أو بغير عينه، فإن كان بعين المال فالشراء باطل؛ لأن العقد على المغصوب باطل، ومع بطلان الشراء يفوت الربح، فلا يحصل للغاصب، ولا للمغصوب منه".^(٣)

قال ابن قدامة: "وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي، على ما ذكرنا من الروايتين؛ إحداهما: بطلانها، والثانية: صحتها، ووقوفها على إجازة مالك".^(٤)

الحالة الثانية: أن يشتري بذمته، وينقد الثمن من المال المغصوب: ففي هذه الحالة يكون الشراء صحيحاً؛ لثبوته في ذمته.

واختلفوا فيمن يستحق الربح على النحو الآتي:
أولاً: ذهب الحنفية، ومالك، وابن القاسم، والشافعي في الجديد، وبعض الحنابلة إلى القول: بأنه ليس للمغصوب إلا رأس ماله مطلقاً، سواء ربح فيها الغاصب، أو لم يربح.^(٥)
ووجه ذلك شيان:

الأول: أن كل نماء حدث عن سبب كان ملك ذلك النماء لمالك ذلك السبب، وربح المال المغصوب حادث عن التقلب والعمل دون المال، فاقتضى أن يكون ملكاً لمن فه التقلب والعمل دون من له المال، وهو الغاصب دون المغصوب منه.

(١) الذخيرة: ٣١٧/٨.

(٢) نهاية المطلب: ٤٩٧/٧، روضة الطالبين: ٥٩/٥.

(٣) الحاوي الكبير: ٣٣٦/٧.

(٤) المغني: ٢٠٥/٥.

(٥) البحر الرائق: ١٢٩/٨، المدونة: ٧٣/٥، البيان: ٣٩/٧، المغني: ١٩٥/٥.

ألا ترى أن الثمار والنتاج لما كانت حادثة عن المال دون العمل كانت لمن له المال دون من له العمل، وهو المغصوب منه دون الغاصب.

الثاني: أن الغاصب مأخوذ بمثل ما استهلك بغصبه، وهو إنما استهلك المال المغصوب دون الربح، فوجب أن يرد مثل المال المغصوب دون الربح.^(١)

ثانيًا: ذهب ابن مسلمة من المالكية إلى القول: بأنه إن اتجر فيها وهو موسر كان الربح له، وإن كان معسرًا فالربح لصاحبها.^(٢)
ثالثًا: ذهب الشافعي في القديم، وظاهر الرواية عن أحمد إلى القول: بأن الربح للمالك.^(٣)
ووجه ذلك شيان:

الأول: لما كان ما حدث عن المال المغصوب من ثمار، ونتاج ملكًا لربه دون غاصبه، وجب أن يكون ما حدث عنه من الربح ملكًا لربه دون غاصبه؛ لأنهما معا نماء عن ملكه.

الثاني: أن كل سبب محذور توصل به إلى ملك مال، كان ذلك السبب المحذور مانعًا من ملك ذلك المال، كميراث القاتل لما كان القتل محذورًا عليه منع من الميراث به؛ لأنه لا يصير الميراث ذريعة إلى القتل، كذلك الغاصب لما كان الغصب محذورًا عليه منع من أن يملك الربح به؛ لأنه لو ملك الربح بغصبه لصار ذريعة إلى الغصب ليرد المال بعد استفادة الرب.^(٤)

رابعًا: ذهب أحمد في رواية، وابن تيمية، وابن القيم إلى القول: بأن الغاصب والمالك شريكان في الربح؛ لأن الربح لم يحصل بالمال فقط، ولا بعمل الغاصب فقط، وإنما النماء حصل من مال المغصوب منه، ومن عمل الغاصب، فلا يختص أحدهما بالربح، ولا تجب عليهما

(١) الحاوي الكبير: ٣٣٧/٧.

(٢) شرح الخرشي: ١٤٣/٦.

(٣) روضة الطالبين: ٥٩/٥، الشرح الكبير على متن المقنع: للأبي الفرج شمس

الدين عبد الرحمن ابن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي: ٤٤٠/٥،

٤٤١، ط: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون تاريخ طبع.

(٤) الحاوي الكبير: ٣٣٦/٧، ٣٣٧.

الصدقة بالنماء؛ لأن الحق لهما، لا يعدو هما، بل يجعل الربح بينهما، كما لو كانا مشتركين شركة مضاربة^(١)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء فيمن يستحق الربح إذا اشترى الغاصب بذمته، ونقد الثمن من المال المغصوب، فإنه يمكن القول: بأن الرأي المختار هو الرأي القائل: بأنه ليس للمغصوب إلا رأس ماله مطلقاً، سواء ربح فيها الغاصب، أو لم يربح، لما يأتي:

❖ أن الربح (النماء) حدث نتيجة عمل من الغاصب وهو المتاجرة، وكل نماء حدث عن سبب كان ملك ذلك النماء لملك ذلك السبب.

❖ إذا استهلك المال المغصوب بالمتاجرة فيه فإنه يجب الضمان على الغاصب، ولا يتحمل المغصوب منه شيئاً من الخسارة.

❖ أما القياس على المضاربة فهو قياس مع الفارق؛ لأن المضاربة يكون فيها الاتفاق بين الطرفين بالتراضي من بداية العقد، ومن ثم يتحمل الطرفان الخسارة، كما في حالة الربح، أما هنا لم يحدث اتفاق على المضاربة أصلاً.

(١) مدارج السالكين: لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم الجوزية: ٣٩٥/١، ط: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.

الفصل الثاني

التصرفات الناقلة للملكية بدون عوض

من التصرفات الناقلة للملكية بدون عوض والواردة على محل الغصب: الهبة، والوصية.

وعلى هذا الأساس يتكون هذا الفصل من مبحثين.

المبحث الأول: هبة المغصوب.
المبحث الثاني: الوصية المغصوب

المبحث الأول

هبة المغصوب

من المعلوم أن الهبة في الأصل قريبة مندوبة إليها، وأنها تقرب النفوس، وتشيع الحب بين الناس، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (تَهَادُوا تَحَابُّوا).^(١)

والأصل في الهبة أن يكون المهدي مالكا لمحل الهبة، وأن يكون مقدورا على تسليمه.

إلا أنه قد ترد الهبة على محل الغصب، سواء أكان للغاصب نفسه، أم لغيره، وفي هذا المبحث نلقي الضوء على ذلك.

وعلى هذا الأساس يتكون هذا المبحث من المطالب الآتية:

- | | |
|----------------|--------------------------|
| المطلب الأول: | حقيقة الهبة. |
| المطلب الثاني: | هبة المغصوب للغاصب. |
| المطلب الثالث: | هبة المغصوب لغير الغاصب. |
| المطلب الرابع: | هبة الغاصب للمغصوب. |

(١) أخرجه البيهقي: كتاب الهبات، باب التَّحْرِيزِ عَلَى الْهَبَةِ وَالْهَدِيَّةِ صِلَةٌ بَيْنَ النَّاسِ، السنن الكبرى: ٢٨٠/٦.

المطلب الأول

حقيقة الهبة

أولاً: تعريف الهبة:

في اللغة: العطية الخالية عن الأعيان، والأغراض، ومنه قول الله ﷻ: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾ [الشورى: ٤٩].

والهبة إذا كثرت سمي صاحبها وهاباً، وهو من أبنية المبالغة، يقال: رجل واهبٌ، ووهَّابٌ، ووهوبٌ، ووهابةٌ، أي: كثير الهبة لأمواله. وتواهب الناس: وهب بعضهم لبعض، والاستهَاب: سؤال الهبة، وأتَّهَبَ: قيل الهبة. (١)

في الشرع: تعددت تعريفات الهبة عند الفقهاء، وكلها تفيد أن الهبة تملك في الحياة من غير عوض، ومن هذه التعريفات ما يأتي: أولاً: عرف الحنفية الهبة بأنها: تملك العين بلا عوض. (٢)

شرح التعريف:

قوله: تملك: جنس في التعريف يشمل كل تملك، سواء أكان تملكاً لذات، أم تملكاً لمنافع، وسواء أكان تملكاً بعوض، أم بغير عوض.

قوله: العين: من إضافة المصدر إلى مفعوله، وهو قيد في التعريف خرج به تملك المنافع، كالإجارة، والإعارة، ونحوهما. (٣)

ثانياً: عرف المالكية الهبة بأنها: تملك من له التبرع ذاتاً، تنقل شرعاً بلا عوض لأهل بصيغة، أو ما يدل عليه. (٤)

(١) لسان العرب: مادة: وهب.

(٢) البحر الرائق: ٢٨٤/٧، تكملة شرح فتح القدير، المسمى نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار: لشمس الدين أحمد بن قودر، المعروف بقاضي زاده أفندي، على الهداية شرح بداية المبتدي: ٢٠/٩، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: ٣٥٢/٢، ٣٥٣.

(٤) بلغة السالك لأقرب المسالك: ٣٧/٤، ٣٨.

شرح التعريف:

قوله: تملك: جنس في التعريف يشمل كل تملك، سواء أكان تملكاً لذات، أم تملكاً لمنافع، وسواء أكان تملكاً بعوض، أم بغير عوض.

قوله: من له التبرع: المراد به: الحر، البالغ، العاقل، الغير محجور عليه، وهو قيد في التعريف خرج به من أحاط الدين بماله، والسكران، والصغير، والسفيه، والمجنون، وكذا المريض، والزوجة فيما زاد على الثلث.^(١)

قوله: ذاتاً: قيد في التعريف خرج به تملك المنفعة، كالإجارة، والعارية والوقف، والعمرى، وإخدام الرقيق.

قوله: تنقل شرعاً: قيد في التعريف يخرج به أم الولد والمكاتب، فإنما لا يصح تملك ذاتهما للغير.

قوله: لأهل: أي المستحق، وهو قيد في التعريف خرج به الحربي؛ لأنه ليس أهلاً للملك، وخرج به أيضاً هبة المصحف، والعبد المسلم لذمي.^(٢)

قوله: بصيغة: قيد في التعريف متعلق بتملك، سواء كانت الصيغة صحيحة كوهبت، أم ضمنية تدل على إرادة الهبة.^(٣)
ثالثاً: عرفها الشافعية بأنها: تملك عين بلا عوض، حال الحياة، تطوعاً.^(٤)

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٤٠٦/٧.

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك: ٣٧/٤، ٣٨.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٩٨/٤.

(٤) النجم الوهاج: ٥٣٦/٥.

شرح التعريف:

قوله: تملك: جنس في التعريف خرج به نقل اليد عن اختصاص فيصح، ولا يسمى هبة العارية، والضيافة؛ لأن الملك يترتب عليها بالوضع في الفم، أو بالازدراء على الأصح، ومثله الوقف؛ لأنه لا تملك فيه، وشمل التملك ما يهدى لغني من نحو أضحية، أو هدي، فإنه تملك، وإن امتنع عليه التصرف فيه بنحو بيع. (١)

قوله: بالعين: قيد في التعريف، خرج به تملك المنافع، وملك العين.

قوله: بلا عوض: قيد في التعريف، خرج به التملك بعوض كالبيع.

قوله: حال الحياة: قيد في التعريف، يخرج به الوصية؛ لأنه وإن كان تملك بلا عوض، إلا أنه بعد الموت.

قوله: تطوعاً: قيد في التعريف خرج به الواجبات، كالزكاة، والكفارة، وغيرهما. (٢)

رابعاً: عرف الحنابلة الهبة فقالوا هي: تملك جائز التصرف مالا معلوماً، أو مجهولاً تعذر علمه، موجوداً مقدوراً على تسليمه، غير واجب في الحياة، بلا عوض، بما يعد هبة عرفاً من لفظ هبة، وملك، ونحوهما. (٣)

شرح التعريف:

قوله: جائز التصرف: يساوي في التعبير قول المالكية من له التبرع، وقد سبق بيانه.

قوله: معلوماً، أو مجهولاً: صفة لمال، وجاءت أو في التعريف للتنويح، وليست للشك، كقول النحاة: الكلمة إما اسم، أو فعل، أو حرف.

قوله: تعذر علمه: يعود إلى المجهول، بأن اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز فوهب أحدهما الآخر ماله، فغن الهبة في هذه الحالة صحيحة.

قوله: موجوداً: قيد في التعريف، خرج به السلم، والمعدوم.

(١) حاشية قليوبي: ١١/٤.

(٢) مغني المحتاج: ٥٥٩/٣.

(٣) كشاف القناع: ٣٥٩، ٣٦٠/٤.

قوله: مقدوراً على تسليمه: قيد في التعريف، خرج به المال الغير مقدرو على تسليمه، كالمسك في الماء، والطير في الهواء، والحمل.
قوله: غير واجب: قيد خرج به الديون، والنفقات، وكذلك كل ما أوجبه الإنسان على نفسه، كالنذر.
قوله: "الحياة: قيد في التعريف؛ ليخرج به الوصية.
قوله: بلا عوض: قيد في التعريف، خرج به عقود المعاوضات.
قوله: بما يعد هبة عرفاً من لفظ هبة، وتمليك، ونحوهما: متعلق بتمليك، والباء للسببية، وهو قيد في التعريف خرج به الألفاظ التي لا تنعقد بها الهبة، كبعث، واشترت، وأجرت. (١)
تعريف الهبة في القانون المدني:
عرفت المادة ٤٨٦ الهبة بأنها: "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض".

ويستفاد من هذا التعريف أن للهبة مقومات أربع:

❖ الهبة عقد ما بين الأحياء.

❖ بموجبه يتصرف الواهب في ماله.

❖ دون عوض.

❖ بنية التبرع. (٢)

التعريف المختار:

بعد ذكر تعريف الهبة لدى الفقهاء، والقانون المدني، فإنه يتضح أن تعريف المالكية هو الأولى بالقبول؛ وذلك للأسباب الآتية:

١- أنه ورد في تعريف كل من الحنفية، والشافعية لفظ تمليك عين، وكلمة عين مشترك لفظي؛ لأن العين لها عدة إطلاقات، فقد تطلق على عين الماء، وقد تطلق على العين الجارحة، وقد تطلق على عين الذهب، أو الفضة، ولا بد وأن يكون التعريف خالياً من الاشتراك اللفظي.

٢- ورد في تعريف الحنابلة أن الهبة تمليك صادر ممن له التصرف، وكلمة التصرف لفظ عام، لأن الصغير لا تصح الهبة منه؛ لعدم أهليته للتبرع، ولأن الهبة تصرف ضار ضرراً محضاً بالنسبة للصغير، في الوقت نفسه يجوز التصرف الصادر من الصبي إذا كان نافعاً نفعاً محضاً، كقبول الهبة.

(١) المغني: ٢٥٢/٦، شرح منتهى الإيرادات: ١٥٨/٣.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري: سابق: ٥/٥.

٣- ورد في تعريف الشافعية قيد وهو: غير واجب، بينما ورد في تعريف الحنابلة قيد وهو: مقدوراً على تسليمه، في حين لم يرد هذا القيد في تعريف الحنفية، وورد في تعريف المالكية قيد وهو: ذاتاً تنتقل شرعاً لمن هو أهل لاستحقاقها، وهذا القيد أفضل من قيد الشافعية، والحنابلة، وذلك لأن الذي يصح أن ينقل شرعاً، يصح أن يملك شرعاً.

ثانياً: أدلة مشروعية الهبة:

الهبة عقد مشروع، وقد ثبتت مشروعيته بالقرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع، والمعقول.
أما القرآن الكريم فمنه:

١- قال الله ﷻ: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ﴾ [البقرة: ١٧٧].
وجه الدلالة: أن الله ﷻ ذكر في الآية: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ﴾ والمراد به ليست الزكاة المفروضة؛ لأنه قد ورد في الآية ذاتها الزكاة المفروضة، وذلك دليل على أن المراد بقوله ﷻ: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ﴾ ليس الزكاة المفروضة، فإن ذلك يكون تكراراً.
وقد اختلف العلماء في عود الضمير في قوله ﷻ: ﴿عَلَى حُبِّهِ﴾ فقيل: يعود على المعطي للمال، وحذف المفعول وهو المال، فيكون التقدير على حب المعطي ذوي القربى.
وقيل: يعود الضمير على المال، فيكون المصدر مضافاً إلى المفعول.

وقيل: يعود الضمير على المصدر في قوله: ﴿وَلَكِنَّ الْبِرَّ﴾ ويكون المعنى أنه أعطى المال حباً في البر، وعلى هذا تكون الآية دالة على مشروعية الهبة.^(١)

٢- قال ﷻ: ﴿فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِينًا مَّرِينًا﴾ [النساء: ٤]

وجه الدلالة: أن الله ﷻ أباح أكل مهر الزوجة عن طريق الهبة، وإباحة الأكل عن طريق الهبة دليل على جوازها.^(٢)

(١) الجامع لأحكام القرآن الكريم: ٢٤٦/٢.

(٢) المبسوط: ٤٨/١٢.

وأما السنة فمنها:

- ١- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال الرسول ﷺ: (تهادوا تحابوا) ^(١) وجه الدلالة: الدلالة من الحديث على مشروعية الهبة واضحة، فأمر الرسول ﷺ بالهدية دليل على جوازها. ^(٢)
- ٢- عن عائشة (رضي الله عنها) قالت: كان سول الله ﷺ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ، وَيُثِيبُ عَلَيْهَا. ^(٣)

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ كان يقبل الهدية، وفي هذا دليل على مشروعيتها؛ لأنها لو لم تكن مشروعاً لما جاز للرسول ﷺ أن يقبلها، وقبول النبي ﷺ الهدية نوع من الكرم، وباب من حسن الخلق، يتألف به القلوب. ^(٤)

أما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الهبة، واستحبابها بجميع أنواعها؛ لأن الهبة من باب التعاون على البر والتقوى، وقد ندبنا الله ﷻ إليه، فقال: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢]. ^(٥)

ثالثاً: الحكم التكليفي للهبة:

الهبة تعريضها الأحكام التكليفية الخمسة، فقد تكون مندوبة، وهذا هو الأصل فيها؛ لشمولها معنى التوسعة على الغير. ^(١) وقد تكون واجبة: وذلك إذا كان الموهوب له مضطراً محتاجاً إلى المال، فالله ﷻ أمرنا بمد يد العون، والمساعدة إلى المضطر.

(٣) أخرجه البيهقي: كِتَابُ الْهَبَاتِ، باب التحريض على الهبة، السنن الكبرى: ٢٨٠/٦.

(٢) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي: ١٢/٢١، ط: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب: ١٣٨٧هـ.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب المكافأة في الهبة، صحيح البخاري: ١٥٧/٣.

(٤) فتح الباري: ٥١١/٥، سبل السلام: ٩٣/٣.

(٥) الإقناع في مسائل الإجماع: لعلي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي أبو الحسن ابن القطان: ١٨٥/٢، ط: دار الفاروق الحديثة، للطباعة، والنشر، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.

(٦) كشف القناع: ٣٦١/٤.

وقد تكون حراماً: وذلك إذا كانت الهبة لأرباب الولايات العامة، فإنه يحرم عليهم قبول الهبة من أهل ولاياتهم ممن ليس له عادة بذلك قبل ولايته.

وتحرم أيضاً: إذا كان المتهم يستعين بها على فعل المعصية. (١)
وقد تكون مكروهة: إذا قصد بها الرياء والسمعة، لقول الرسول ﷺ: (مَنْ يُسْمَعُ يُسْمَعُ اللَّهُ بِهِ، وَمَنْ يُرَأَى يُرَأَى اللَّهُ بِهِ). (٢)

المطلب الثاني

هبة المغصوب للغاصب

اتفق الفقهاء على أنه يجوز هبة المغصوب إلى الغاصب؛ لأن العين المغصوبة ما زالت على ملك المغصوب منه، وله مطلق التصرف فيها. (٣)

شروط هبة المغصوب للغاصب:

الشرط الأول: أن يكون الواهب من أهل التبرع: (٤)

وذلك لأن هبة المغصوب تبرع، فلا يملكها إلا من يملك التبرع، ويتحقق التبرع بأن يكون الواهب بالغاً، حراً، رشيداً، فلا تصح هبة المغصوب من الصبي، والمجنون؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع، ولكونها ضرراً محضاً، لا يقابلها نفع دنيوي، فلا يملكها الصبي، والمجنون، كالطلاق، والعتاق.

وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض؛ لأن المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن؛ ولأنه لا يقبله نفع دنيوي، وقد قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

(١) مغني المحتاج: ٥٣٧/٢.

(٢) أخرجه البخاري: كتاب الرقاق، باب الرياء والسُّمعة، صحيح البخاري: ١٠٤/٨، وأخرجه مسلم: كتاب الزهد والرقائق، باب مَنْ أَشْرَكَ فِي عَمَلِهِ غَيْرَ اللَّهِ ﷻ، صحيح مسلم: ٢٢٨٩/٤.

(٣) البحر الرائق: ١٣٢/٨، منح الجليل: ١٧٦/٨، البيان: ١٢١/٨، المغني: ٤٦/٦.

(٤) بدائع الصنائع: ١٧٩/٦، حاشية الخرشى: ٤٠٥/٧، مغني المحتاج: ٥٣٨/٢، كشف القناع: ٣٥٩/٤.

ولأنه إذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضرراً محضاً، وترك
المرحمة في حق الصغير، فلا يدخل تحت ولاية الولي، فَعَنْ أَبِي سَعِيدِ
الْخُدْرِيِّ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَالَ: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، مَنْ ضَارَ ضَرَّهُ
اللَّهُ، وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ).^(١)
ولهذا لم يملك طلاق امرأته، وإعتاق عبده، وسائر التصرفات
الضارة المحضة.

وإن شرط الأب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة، وأبي يوسف،
وعلى هذا: فهبة المكاتب، والمأذون لا تجوز، سواء كان بعوض، أو
بغير عوض؛ لأن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة، لا بعوض، ولا
بغير عوض.

والهبة بشرط العوض تقع تبرعاً ابتداءً، ثم تصير بيعاً في
الانتهاج، بدليل أنها تفيد الملك قبل القبض، ولو وقعت بيعاً من حين
وجودها لما توقف الملك فيها على القبض؛ لأن البيع يفيد الملك بنفسه،
دل أنها وقعت تبرعاً ابتداءً، وهؤلاء لا يملكون التبرع، فلم تصح الهبة
حين وجودها، فلا يتصور أن تصير بيعاً بعد ذلك.

بينما ذهب محمد بن الحسن إن شرط الأب العوض فإنه يجوز؛
لأن الهبة تمليك، فإذا شرط فيها العوض كانت تمليكاً بعوض، وهذا
تفسير البيع، وإنما اختلفت العبارة، ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق
المعنى، كلفظ البيع مع لفظة التمليك.^(٢)

وفي القانون المدني: يتبين أنه يتشدد في أهلية الواهب ويتطلب
أهلية التبرع، وهي أقوى من أهلية التصرف؛ لأنه يقوم بعمل ضار به
ضرراً محضاً.

(١) سبق تخريج الحديث.
(٢) بدائع الصنائع: ١٧٩/٦.

وعلى هذا: فلا تصح هبة المغصوب للغاصب من الصبي غير المميز، وهو من لم يبلغ السابعة من عمره^(١)، والمجنون، والمعتوه^(٢)، فكل هبة مغصوب للغاصب تصدر من أحد هؤلاء، تكون باطلة، ولا تلحقها الإجازة.

وكذلك الصبي المميز (أيا كان سنه ولو زاد على الثامنة عشرة، وكان مأذوناً له في التجارة) غير أهل لأن يهب، فهو لا يملك أهلية التبرع أصلاً، وإن كان يملك أهلية التعاقد، وأهلية التصرف في حدود رسمها القانون، والهبة التي تصدر من الصبي المميز باطلة، فلا ترد عليها الإجازة، سواء صدرت هذه الإجازة من الولي، أو الوصي، أو القيم، أو صدرت من المحكمة، وقد استثنى القانون من ذلك أمرين: الأمر الأول: ما نصت عليه المادة (٥) والمادة (٣٨) من قانون الولاية على المال من أنه ليس للولي، أو الوصي، التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني، أو عائلي وبإذن المحكمة. الأمر الثاني: نصت المادة (٣٩) من قانون الولاية على المال من أن الوصي أو القيم تجوز له مباشرة التصرفات الآتية بإذن المحكمة وهي:

التنازل عن الحقوق، والدعاوى، قبول الأحكام القابلة للطعن بالطرق العادية، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها، والتنازل عن التأمينات وأضعافها.

وبهذا نجد القانون المدني قد اتفق مع الفقه الإسلامي في اشتراط أهلية التبرع للواهب، ما عدا حالتي الاستثناء فقد خالف فيهما الفقه الإسلامي.

(١) المادة ٢/٤٥ مدني.

(٢) وقد نصت المادة ١١٤ من القانون المدني على أنه:

١- يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر.

٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها.

الشرط الثاني: أن يكون الواهب غير مفلس:
أما السفية فقد اختلف الفقهاء في حكم هبة المغصوب منه
للغاصب على رأيين:
الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة إلى القول: بصحة تصرفات السفية،
وبالتالي صحة هبة المغصوب منه، وذلك لأنه مخاطب عاقل، فلا يجوز
الحجر عليه. (١)
الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء (الصاحبين، والمالكية،
والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأن تصرف المحجور عليه للسفه لا
ينفذ، وأنه غير صحيح. (٢)
إلا أنهم اختلفوا في هل تصرف السفية لا يصح بمجرد السفه، أم
لا بد من حكم القاضي؟
فذهب البعض إلى أن تصرف السفية لا يصح بمجرد السفه، وعلى
هذا يكون تصرفات السفية قبل الحجر عليه باطلة. (٣)
بينما ذهب البعض الآخر إلى أن تصرفه لا يصح بحكم الحاكم،
وعلى هذا فإن تصرفه قبل الحجر عليه يكون صحيحاً. (٤)
الأدلة:

أولاً: استدل أبو حنيفة على ما ذهب إليه: بأن السفية مخاطب
عاقل، ولأن مال الله ﷻ غاد، ورائح؛ ولأن في الحجر إهداراً لحريته،
وإنسانيته، وأهليته، فذلك أخطر من ضرر خاص يلحق الدائن، فتنفذ
تصرفاته. (٥)
ثانياً: استدل جمهور الفقهاء على مشروعية الحجر على السفية
بالقرآن الكريم، والسنة النبوية.
أما القرآن الكريم فمنه:

(١) تكملة شرح فتح القدير: ٢٦٥/٩.

(٢) تبين الحقائق: ١٩٩/٥، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل: للشيخ صالح عبد
السميع الأبي الأزهرى، ١٤٦/٢، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة
الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، مغني المحتاج: ٢٠٠/٢، شرح منتهى الإرادات:
٣٩٧/٢.

(٣) بلغة السالك: ٢٤٠/٣.

(٤) الأشباه والنظائر: للسيوطي، ص ٢٥٩.

(٥) تبين الحقائق: ١٩٩/٥.

١- قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: ٥].
وجه الدلالة: نهى الله ﷻ في هذه الآية الأولياء عن إعطاء السفهاء أموالهم؛ لأن في إعطائهم تعريضاً لضياعها، فدل النص على منعهم من التصرف في أموالهم، وهو معنى الحجر عليهم. (١)

٢- قال الله ﷻ: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].
وجه الدلالة: فقد أمر الله ﷻ باختبار اليتامى في حفظ أموالهم، بأن يدفع لهم شيء من أموالهم، لمعرفة خبرتهم في التصرفات، فإن آنس منهم الرشد قبل البلوغ، سلموا أموالهم، فدل النص على منع دفع أموالهم إليهم قبل الرشد وحجرهم عنها، حتى لا يتصرفوا فيها. (٢)

وأما السنة: فقد ثبت أن النبي ﷺ حجر على معاذ بن جبل ؓ ماله، وباعه في دين كان عليه. (٣)

وحجر عثمان ؓ بسبب التبذير على عبد الله بن جعفر. (٤)

الرأي الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في جواز الحجر على السفية، وذلك لقوة أدلتهم، ولأن الحجر على السفية كان لحكمة وهي عدم إضاعة المال، والسفية لا يحسن التصرف في ماله، فلو ترك بدون حجر عليه لضيع ماله، فكان الحجر عليه مصلحة له.

وفي القانون المدني: يعتبر تصرف السفية، وذو الغفلة باطلاً، فلا يملكان أن يهبأ أموالهما، والهبة التي تصدر منهما باطلة، ولو أذن القيم، أو القاضي، ذلك لأن السفية، وذو الغفلة لا يملكان أهلية التبرع إلا في الوقف، والوصية إذا أذنت المحكمة فيهما (م ١١٦/١ مدني) أما الهبة فلا يملكانها، ولو بإذن القيم، والمحكمة.

وبالتالي نجد أن القانون المدني اتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في جواز الحجر على السفية.

(١) أحكام القرآن: لابن العربي: ١٦/١، ٤.

(٢) أحكام القرآن: للجصاص: ٧٩/٢.

(٣) أخرجه البيهقي: كتاب التقيس، باب الحجر على المفلس ويبيع ماله في ديونه، السنن الكبرى: ٨٠/٦، وأخرجه الدار قطني: كتاب في النافضية، والأحكام، وغير ذلك، باب في المرأة تُقتل إذا ارتدت، سنن الدار قطني: ٤١٣/٥، وأخرجه الحاكم: كتاب البيع، المستدرک: ٦٧/٢.

(٤) نيل الأوطار: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني: ٢٩٣/٥، ط: دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

أما الهبات الصادرة منهما قبل تسجيل قرار الحجر، فهي في الأصل صحيحة، ولا يسري قرار الحجر في حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار.^(١)

والقانون في هذا الرأي يتفق مع رأي بعض الفقهاء الذي يرى أن تصرف المفلس لا يصح بحكم الحاكم، وعلى هذا فإن تصرفه قبل صدور حكم الحجر عليه يكون صحيحاً.

الشرط الثالث: أن يكون الواهب مختاراً:

وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على النحو الآتي:

الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة، وصاحبا، وبعض المالكية إلى القول: بأن الإكراه على هبة المغصوب للغاصب يوجب فسادها، والفساد لعدم الرضا، فكان الرضا شرط الصحة، لا شرط الحكم، وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم، ولكنه يصح إذا أجازته. ولأن ركن الهبة وهو المبادلة صدر مطلقاً من أهل الهبة في محل، وهو مال مملوك الواهب، فيفيد الملك عند التسليم.^(٢)

الرأي الثاني: ذهب زفر من الحنفية، وجمهور المالكية إلى القول: بصحة انعقاد هبة المغصوب للغاصب من المكره، لكنها لا تكون لازماً إلا إذا أجازها المكره، فهو بالخيار بين الإجازة، والفسخ، وذلك قياساً على بيع الفضولي.^(٣)

الرأي الثالث: ذهب بعض الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى القول: بأن الإكراه على هبة المغصوب للغاصب لا يصح، لأن الإكراه ينافي التكليف فيمنع هبة المغصوب للغاصب.^(٤)

الرأي الرابع: مما سبق من أقوال الفقهاء يتبين أن الراجح هو الرأي القائل ببطلان هبة المغصوب للغاصب بالإكراه؛ لأن الإكراه يعدم الاختيار، وإذا كان الله ﷻ نفي الإثم على النطق بكلمة الكفر عند الإكراه، فقال ﷻ: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ

(١) د. عبد الرازق السنهوري: سابق، ٩٨/٥، ٩٩.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٧٥/٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٧٠/٢.

(٣) المبسوط: ٥٢/١٢، بدائع الصنائع: ٢٧٥/٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٦/٣.

(٤) مغني المحتاج: ٥٣٨/٢، شرح منتهى الإرادات: ٢٠٧/٢، التاج المذهب: ٣٠٨/٢.

وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿النحل: ١٠٦﴾. فمن باب أولى يجب عدم المواخذة بالتصرفات عند الإكراه.

ويقول الرسول ﷺ: (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكروها عليه).^(١)

وفي القانون المدني: الإكراه يفسد رضاء الواهب، ويجعل الهبة قابلة للإبطال، وأكثر ما يكون الإكراه في الهبة عن طريق التأثير في نفس الواهب بنفوذ أدبي يكون للموهوب له عليه، فيؤثر في إرادته ويحمله على التجرد من ماله لمصلحته.

كما أن النفوذ الأدبي إذا قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع يعد إكراهًا، كذلك العطف، والحنو إذا استغل لابتنزاز المال من الواهب يعد إكراهًا، وفي هذه الحالة تطبق قواعد الاستهواء، والتسلط على الإرادة.^(٢)

والقانون في هذا الرأي يتفق مع رأي الحنفية ما عدا زفر، وبعض المالكية؛ لأن قابلية العقد للإبطال تعني أن العقد صحيح، حتى يثبت إبطاله.

المطلب الثالث

هبة المغصوب لغير الغاصب

ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة)

إلى القول: بأنه يجوز هبة المغصوب لغير غاصبه في الجملة.^(٣)

شروط هبة المغصوب لغير الغاصب:

الشرط الأول: أن يكون الموهوب له قادرًا على انتزاعه: أي:

انتزاع العين الموهوبة من غاصبها، أما إذا كان الموهوب له عاجزًا

(١) أخرجه ابن ماجه: كتاب الطلاق، باب طلاق المُكْرَهِ والنَّاسِي، سنن ابن ماجه: ٦٥٩/١، وأخرجه البيهقي: كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق المُكْرَهِ، السنن الكبرى: ٥٨٤/٧.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري: سابق، ١١٠/٥، ١١١، د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، ص ٢١، ط: دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، بدون تاريخ طبع.

(٣) بدائع الصنائع: ١٨٠/٦، التاج والإكليل: ١٧/٨، مغني المحتاج: ٥٥٨/٣، المغني: ٤٦/٦.

على انتزاعها فلا تصح الهبة؛ لأن الهبة تملك في الحال، والعجز عن التسليم ينافي ذلك. (١)

الشرط الثاني: قبض العين الموهوبة: لأنه عقد يفتقر إلى القبض، فلم يصح لغير قادر على انتزاعه من الغاصب، كالبائع، وليس لغير الغاصب القبض إلا بإذن الواهب.

فإن وكل المالك الغاصب في تقييضه، صح، ولو وكل الموهوب له الغاصب في قبض ما في يده في نفسه، وقبل، صح، وإذا مضت مدة يتأتى فيها القبض، برئ الغاصب من الضمان. (٢)

جاء في التاج والإكليل: "مَنْ اعْتَصَبَهُ رَجُلٌ عَبْدًا، فَوَهَبَهُ سَيِّدُهُ لِرَجُلٍ آخَرَ، وَالْعَبْدُ بِيَدِ الْغَاصِبِ، جَازَتْ الْهَبَةُ إِنْ قَبِضَهَا الْمَوْهُوبُ قَبْلَ مَوْتِ الْوَاهِبِ، وَلَيْسَ قَبْضُ الْغَاصِبِ قَبْضًا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ". (٣)

أما إن أمره به الواهب، ورضي بحوزه للموهوب له صح؛ لأنه صار كالمودع. (٤)

وجاء في البيان: "وإن وكل الغاصب في القبض له، فمضى زمان يمكن فيه القبض صارت مقبوضة للموهوب له، وزال الضمان عن الغاصب؛ لأن الملك الذي صار مضموناً زال، وصار مقبوضاً لملك آخر بإذنه، بخلاف ما إذا وهبه الغاصب، وأذن له في قبضه، فإن الضمان لا يزول عنه؛ لأن الملك باق لم يزل". (٥)

وفي القانون المدني نصت المادة ٤٩٣ على أنه: "إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب فإن الواهب يلتزم بتسليمه، وتسري في ذلك الحكام المتعلقة بتسليم المبيع".

الشرط الثالث: أن يكون الموهوب له فيه أهلية الملك لما يوهب له: فلا تصح هبة المغصوب للحيوان، والجماد، وما شابهه مما ليس هو أهلاً للتملك، وتصح هبة المغصوب للمحجور عليه، والذي يقبل عنه وليه، فإن لم يكن له ولي قبل عنه الحاكم. (٦)

(١) بدائع الصنائع: ١٨٠/٦، مغني المحتاج: ٥٤١/٢، المغني: ٤٦/٦.

(٢) روضة الطالبين: ٣٧٤/٥، المغني: ٤٦/٦.

(٣) التاج والإكليل: ١٧/٨.

(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل: ١٨٢/٧.

(٥) البيان: ١٢١/٨.

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٨٧/٤، مغني المحتاج: ٥٣٨/٢.

الشرط الرابع: أن يكون الموهوب له موجوداً وجوداً حقيقياً وقت الهبة: فإن كان الموهوب له معدوماً، أو موجوداً وجوداً حكماً، كالحمل المستكن، فلا تصح هبة المغصوب؛ لأن القبول ركن من أركان الهبة، ولا يتصور القبول من المعدوم. (١)

ويوافق القانون المدني ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في أنه يجب أن يكون الموهوب له موجوداً حقيقة، فلا يكفي أن يكون موجوداً حكماً كالجنين في بطن أمه، فالهبة للحمل المستكن باطلة؛ لأن هبة المغصوب إيجاب وقبول، والجنين لا يقدر على القبول وليس له ولي يقبل عنه. (٢)

الشرط الخامس: قبول الموهوب له الهبة: وهذا الشرط قد اختلف فيه الفقهاء على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الحنفية إلى القول: بأن الهبة تنعقد بالإيجاب فقط، ولا يشترط القبول من الموهوب له، فتنعقد هبة المغصوب لغير الغاصب دون التوقف على قبوله. (٣) واستدلوا بما يأتي.

١- ما روي عن الصَّعْبِ بْنِ جَتَّامَةَ اللَّيْثِيِّ أَنَّهُ أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ حِمَارًا وَحَشِييًّا، وَهُوَ بِالنَّبَوَاءِ، أَوْ بَوْدَانَ، فَرَدَّهُ عَلَيْهِ، فَلَمَّا رَأَى مَا فِي وَجْهِهِ، قَالَ: (إِنَّا لَمْ نَرُدَّهُ عَلَيْكَ، إِنَّا أَنَا حُرْمٌ). (٤) وجه الدلالة: أن الراوي أطلق اسم الإهداء بدون القبول، والإهداء من ألفاظ الهبة، فدل على أن الهبة لا تتوقف على القبول. (٥) ويمكن مناقشة هذا الدليل: بأن قول الرسول ﷺ: (إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم) فيه دليل على أن المهدى إليه له حق القبول، والرد، ولو

(١) د. عبد الرازق السنهوري: سابق، ١٠٢/٥.

(٢) د. عبد الرازق السنهوري: سابق، ١٠٧/٥، د. محيي الدين إسماعيل علم الدين: السابق، ص ٢١.

(٣) بدائع الصنائع: ١٧٤/٦.

(٤) أخرجه البخاري: في كتاب الهبة، وفضلها، والتحريض عليها، باب قبول الهدية، صحيح البخاري: ١٥٥/٣، وأخرجه مسلم: كِتَابِ الْحَجِّ، بَابِ تَحْرِيمِ الصَّيْدِ لِلْمُحْرَمِ، صحيح مسلم: ٨٥٠/٢.

(٥) بدائع الصنائع: ١٧٤/٦.

لم يكن له حق القبول والرد، ما رده الرسول ﷺ، فهذا دليل عليكم، لا لكم. (١)

٢- عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ ؓ أَنَّهَا قَالَتْ: إِنَّ أَبَا بَكْرٍ ؓ كَانَ نَحَلَهَا جُدَادَ عِشْرِينَ وَسَقَا مِنْ مَالِهِ بِالْعَالِيَةِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ، قَالَ: وَاللَّهِ يَا بَنِيَّةُ، مَا مِنْ النَّاسِ أَحَبَّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا مِنْكَ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ مِنْ مَالِي جُدَادَ عِشْرِينَ وَسَقَا، فَلَوْ كُنْتُ جَدَّدْتِيهِ، وَأَحْتَرَّتِيهِ كَانَ لَكَ، فَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ، وَإِنَّمَا هُوَ أَخُوكِ، وَأَخْتَاكِ، فَاقْسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ ﷻ، قَالَتْ: يَا أَبَتِ، وَاللَّهِ لَوْ كَانَ كَذَا وَكَذَا لَتَرَكْتُهُ، إِنَّمَا هِيَ أَسْمَاءُ، فَمَنْ الْأُخْرَى؟ قَالَ: دُو بَطْنٍ بِنْتِ خَارِجَةَ أَرَاهَا جَارِيَةً، فَوَلَدَتْ جَارِيَةً. (٢)

وجه الدلالة: أن أبا بكر ؓ أطلق اسم النحلى بدون القبض، والنحلى من ألفاظ الهبة، فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك. (٣)

ونوقش الاستدلال بهذا الأثر: بأن الاستدلال به غير صحيح؛ لأن الأثر المذكور قد دل على أن الهبة تملك بالقبض حتى لو سبقها قبول من جانب الموهوب له، ولا دلالة فيه على أن الهبة تملك بالإيجاب وحده.

كما أن القبول قد يكون باللفظ كقول الموهوب له: قبلت، أو ما يقوم مقام هذا اللفظ عرفاً، وقد يكون بالفعل، كما لو قام الموهوب له بقبض الموهوب دون أن يتلفظ بالقبول، وقد دل هذا الأثر على أن القبول الفعلي هو الذي تتم به الهبة، وبذلك يكون الاستدلال عليكم لا لكم. (٤)

(١) شرح صحيح البخاري: لأبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال: ٩٠/٧، ط: مكتبة الرشيد، السعودية، الرياض، الطبعة الثانية: ٢٣/١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.

(٢) أخرجه مالك: كِتَابُ الْبَيْعِ فِي النَّجَارَاتِ، وَالسَّلَامِ، بَابِ النَّحْلِ، الْمَوْطَأُ: لِلْإِمَامِ مَالِكِ بْنِ أَنَسٍ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْأَصْبَحِيُّ: ٣/٢٣٠، ط: دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى: ١٣/١٤١٣هـ/١٩٩١م.

(٣) بدائع الصنائع: ٦/١٧٤.

(٤) موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: د. حسن محمد بودي، ص ٤٢، ط: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤م.

٣- أن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح، والثناء باظهار الجود، والسخاء، وهذا يحصل بدون القبول، بخلاف البيع. (١)

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال: بأنه استدلال بالمعقول في مقابلة نص، فيكون مردوداً، ولو سلم جدلاً عدم وجود نص، فإن الاكتفاء بالإيجاب وحده من شأنه أن يؤدي الملك إلى الغير مباشرة دون توقف على قبول ذلك الغير، والمعروف شرعاً أن الإنسان لا يملك إلا بإذنه، حتى يتحقق للسؤال وجهه من أين اكتسبه، وفيما أنفقه، كما أن الموهوب له قد يؤثر رفض الهبة، إذا استشف من ورائها غايات للواهب لا يحدها الموهوب له.

كما أن عقد الهبة عقد، لا إرادة منفردة، فتتوقف على القبول حتى لا يملك الموهوب له حقاً دون رضاه. (٢)

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء (زفر من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأنه لا بد من الإيجاب والقبول لانعقاد هبة المغصوب للغاصب. (٣)

واستدلوا بما يأتي:

١- ما روي أن الرسول ﷺ قال: (لَوْ أَهْدَى إِلَيَّ ذِرَاعَ لَقَبْلَتْ، وَكَلَّوْ دُعِيَتْ إِلَى كُرَاعٍ (٤) لِأَجْبَتْ). (٥)

وجه الدلالة: قول الرسول ﷺ في الحديث: (لقبلت) وقوله: (لأجبت) دليل على أن القبول لا بد من تحققه في عقد الهبة. (٦)

٢- ما روي عن أم كلثوم بنت أبي سلمة (رضي الله عنها) قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة (رضي الله عنها) قال لها: (إِنِّي قَدْ أَهْدَيْتُ إِلَيَّ النَّجَاشِيَّ أَوَاقٍ مِنْ مِسْكِ، وَحَلَّةً، وَإِنِّي لَأَأْرَاهُ إِلَّا قَدْ

(١) بدائع الصنائع: ١٧٥/٦.

(٢) موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: ص ٤٢.

(٣) بدائع الصنائع: ١٧٤/٦، الخرشي: ٤١١/٧، معني المحتاج: ٥٣٨/٢، كشاف القناع: ٣٦٠/٤.

(٤) الكراع من الدابة: مَا دُونَ الْكَعْبِ، وَحَصَّ الدَّرَاعُ، وَالْخُرَاعُ بِالذُّكْرِ لِيَجْمَعَ بَيْنَ الْحَقِيرِ، وَالْخَطِيرِ؛ لِأَنَّ الدَّرَاعَ كَانَتْ أَحَبَّ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِهَا، وَالْخُرَاعُ لَأَقِيمَةٌ لَهُ. فتح الباري: ٢٠٠/٥.

(٥) أخرجه البخاري: في كتاب الهبة، وفضلها، والتحريض عليها، بَابُ الْقَلِيلِ مِنَ الْهَبَةِ، صحيح البخاري: ١٥٣/٣.

(٦) فتح الباري: ٥١٣/٥، نيل الأوطار: ٩٤/٦.

مَاتَ، وَلَا أَرَى الْهَدِيَّةَ الَّتِي أُهْدِيَتْ إِلَيْهِ إِلَّا سَتَرْتُ، فَإِذَا رُدَّتْ إِلَيَّ
فَهِيَ لَكَ، أَوْ لَكُنْ).

فَكَانَ كَمَا قَالَ، هَلَكَ النَّجَاشِيُّ ﷺ، فَلَمَّا رُدَّتْ إِلَيْهِ الْهَدِيَّةُ أُعْطِيَ كُلَّ
امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهِ أَوْقِيَّةً مِنْ ذَلِكَ الْمِسْكِ، وَأُعْطِيَ سَائِرَهُ أُمَّ سَلْمَةَ،
وَأَعْطَاهَا الْحَلَّةَ. (١)

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ لما قبض الهدية التي بعث بها إلى
النجاشي ﷺ بعد رجوعها، دل ذلك على أن الهدية لا تملك بمجرد
الإهداء، بل لا بد فيها من القبول، ولو كانت تملك بمجرد الإهداء لما
قبضها الرسول ﷺ؛ لأنها صارت ملكاً للنجاشي عند بعثه ﷺ بها. (٢)

٣- قاس أصحاب هذا الرأي الهبة على البيع، بجامع انتقال الملك في
كل، والبيع لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، فكذا الهبة. (٣)

الرأي الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ضرورة توافر
الإيجاب والقبول معاً حتى يتم عقد الهبة، وذلك لقوة أدلتهم، وسلامتها
من المناقشة، وقد يكون الموهوب شيئاً يتضرر به الموهوب له، كالعبد
الأعمى والزمن والمقعد ونحو ذلك، أو أن يكون الموهوب يحتاج إلى
نفقة من غير أن يكون له منهم نفع، فلو لزمه الملك من غير قبوله،
للحقة الضرر.

وقد وافق القانون المدني جمهور الفقهاء في اشتراط قبول الهبة
من الموهوب له، فنصت المادة ٤٨٧ على أنه: " لا تتم الهبة إلا إذا
قبلها الموهوب له، أو نائبه".

الشرط السادس: أن يكون الموهوب المغضوب مفرزاً:

ذهب الحنفية إلى القول بكون الموهوب المغضوب مفرزاً، أي غير
مشاع، فلا تجوز هبة المغضوب المشاع فيما يقسم، وتجاوز هبة فيما
لا يقسم.

(١) أخرجه البيهقي: كتاب البيوع، باب المسك طاهر يحل بيعه، السنن الكبرى:
٤٣/٦، وأخرجه ابن حبان: كتاب الهبة، ذكر إباحة أخذ المهدى هدية نفسه بعد
بعثه إلى المهدى إليه، وموت المهدى إليه قبل وصول الهدية إليه، صحيح ابن
حبان بترتيب ابن بلبان: لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي
البسني، ٥١٥/١١، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة
الثانية: ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

(٢) نيل الأوطار: ٤١٦/٥.

(٣) العزيز شرح الوجيز: ٣٠٧/٦، روضة الطالبين: ٤٢٢/٤.

واستدل الحنفية على ما ذهبوا إليه: بأن القبض شرط جواز هذا العقد، والشئوع يمنع من القبض؛ لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور، فإن سكنى نصف الدار شائعاً، وليس نصف الثوب شائعاً محالاً، ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل؛ لأن العقد لم يتناول الكل. (١)

بينما ذهب جمهور الفقهاء (المالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى القول: بأنه بجواز هبة المشاع مطلقاً، سواء كان يقبل القسمة، أم لا. (٢)

واستدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه بالسنة النبوية، والمعقول.

أما السنة فمنها: ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: "أَنَّ وَقَدْ هَوَّازَنَ لَمَّا أَتَوْا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِالْجِعْرَانَةِ وَقَدْ أَسْلَمُوا، قَالُوا: إِنَّا أَصْلٌ وَعَشِيرَةٌ، وَقَدْ أَصَابَنَا مِنَ الْبَلَاءِ مَا لَا يَخْفَى عَلَيْكَ، فَاْمُنُّنْ عَلَيْنَا مِنْ اللَّهِ عَلَيْكَ..."

فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (اخْتَارُوا مِنْ أَمْوَالِكُمْ، أَوْ مِنْ نِسَاؤِكُمْ، وَأَبْنَاؤِكُمْ) فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، خَيْرَتْنَا بَيْنَ أَمْوَالِنَا وَنِسَانِنَا، بَلْ تَرُدُّ عَلَيْنَا أَمْوَالِنَا وَنِسَاءِنَا، فَقَالَ ﷺ: (أَمَّا مَا كَانَ لِي، وَلِبَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ فَهُوَ لَكُمْ). (٣)

وجه الدلالة: قول الرسول ﷺ: (أَمَّا مَا كَانَ لِي وَلِبَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ فَهُوَ لَكُمْ) دليل على جواز هبة المشاع. (٤)

أما المعقول: فقياس هبة المشاع على البيع، بجامع انتقال الملك في كل، فبيع المشاع صحيح، سواء كان يقبل القسمة أو لا، فكذلك تصح هبته. (٥)

(١) بدائع الصنائع: ١٨١/٦، المبسوط: ٦٤/١٢.

(٢) بداية المجتهد: ٤٠٣/٢، تكملة المجموع: ٣٤٥/١٦، المغني: ٢٥٣/٦.

(٣) أخرجه النسائي: كتاب الهبة، هبة المشاع، السنن الكبرى: لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي: ٢٦٢/٦، ٢٦٣، ط: دار الريان للتراث، بدون تاريخ طبع، وأخرجه أحمد، مسند الإمام أحمد: ٣٣٩/١١.

(٤) المغني: ٢٥٤/٦.

(٥) تكملة المجموع: ٣٤٦/١٦.

الرأي الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لقوة أدلتهم، ولأن المشاع الذي يقبل القسمة يجوز بيعه، فجازت هبته. ومن ثم فإنه يمكن القول: أنه يجوز هبة المغصوب المشاع لغير غاصبه.

وفي القانون المدني: نصت المادة (٨٢٦) على ما يأتي:
كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها، وأن يستولي على ثمارها، وأن يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.
فهذا النص يفيد جواز المالك التصرف في المال الشائع الذي يملكه بالبيع والهبة، سواء كان المشاع يقبل القسمة أو لا يقبلها. (١)
وعلى هذا يكون القانون المدني قد وافق جمهور الفقهاء في جواز هبة المال الشائع.

الشرط السابع: أن يكون الموهوب (المغصوب) مما يقبل النقل شرعاً: أي: يَقْبَلُ النَّقْلَ مِنْ مَلِكٍ لِمَلِكٍ آخَرَ شَرْعًا، هَذَا إِذَا قَبِلَ النَّقْلَ بِجَمِيعِ أَوْجُهِهِ الشَّرْعِيَّةِ، بَلْ وَلَوْ قَبِلَهُ فِي الْجُمْلَةِ، أَيْ بِبَعْضِ أَوْجُهِهِ، فَدَخَلَ بِهَذَا جِلْدَ الْأُضْحِيَّةِ، وَكَلَبَ الصَّيْدِ فَإِنَّهُمَا وَإِنْ لَمْ يَقْبَلَا النَّقْلَ بِالْبَيْعِ، لَكِنَّهُمَا يَقْبَلَانِهِ بِالتَّبَرُّعِ، الَّذِي هُوَ أَعْمٌ مِنَ الْهَبَةِ.
وَحَرَاجَ الْمَكَاتِبِ، وَأُمُّ الْوَالِدِ؛ فَإِنَّهُمَا لَا يَقْبَلَانِ النَّقْلَ بِوَجْهِ مِنَ الْأَوْجُهِ النَّاقِلَةِ لِلْمَلِكِ شَرْعًا. (٢)

الشرط الثامن: أن يكون الموهوب (المغصوب) مالاً متقوماً: فلا تصح هبة مغصوب ما ليس بمال أصلاً، كالحر، والميتة، والدم، كما لا تجوز هبة ما ليس بمتقوم من الأموال، كالخمر، والخنزير، والكلب غير المأذون فيه. (٣)

وفي القانون المدني: اشترط في الشيء الموهوب أن يكون صالحاً للتعامل فيه، وقد نصت المادة ٨١ على الأشياء التي يجوز التعامل فيها.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري: السابق، ١٢٤/٥.

(٢) منح الجليل: ١٧٨/٨.

(٣) بدائع الصنائع: ١٨٠/٦، الخرشي: ٤٠٥/٧، مغني المحتاج: ٥٤١/٢، كشاف

القناع: ١٥٧/٤.

- ١- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية.
- ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها، هي التي لا يستطيع أحد أن يتأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.
- فيستفاد من هذا النص: أن ما يخرج عن التعامل فيه بطبيعته أو بحكم القانون لا يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية، وهبة المغصوب من هذه الحقوق.

المطلب الرابع

هبة الغاصب للمغصوب

الأصل في الهبة أن يكون الشيء الموهوب (محل الهبة) مملوكاً للواهب، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه؛ لاستحالة تملك ما ليس مملوكاً. (١)

وقد اختلف الفقهاء في هبة الغاصب للمغصوب لغير مالكة تبعاً لاختلافهم في هبة الفضولي، وذلك على النحو الآتي:

الرأي الأول: ذهب الحنفية، وقول للمالكية، والشافعي في القديم، وأحمد في رواية، إلى القول: بأن هبة الفضولي كبيعه، موقوف على إجازة المالك، فإن أجازها نفذ، وإن ردها بطل. (٢)

جاء في حاشية السوقي: "وَصَحَّتْ فِي كُلِّ مَمْلُوكٍ، فُظَاهِرُهُ أَنَّ غَيْرَ الْمَمْلُوكِ: وَقْفَهُ، وَهَبْتُهُ بَاطِلٌ، وَلَوْ أُجِزَهُ الْمَالِكُ، وَذَكَرَ بَعْضُهُمْ: أَنَّ وَقْفَهُ، وَهَبْتُهُ، وَصَدَقْتُهُ، وَعَثَقَهُ كَبَيْعِهِ، فِي أَنْ كُلًّا صَحِيحٌ غَيْرُ لَازِمٍ، فَإِنْ أَمْضَاهُ الْمَالِكُ مَضَى، وَإِنْ رَدَّهُ رُدَّ". (٣)

الرأي الثاني: ذهب جمهور المالكية إلى القول: بالتفريق بين بيع الفضولي وبين هبته، فيصح بيعه موقوفاً على إجازة المالك، ولا تصح هبته.

(١) بدائع الصنائع: ١٨٠/٦، شرح الخرشي: ٤٠٥/٧، مغني المحتاج: ٥٥٨/٣، كشاف القناع: ١٥٧/٤.

(٢) البحر الرائق: ١٦٣/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٩٨/٤، نهاية المحتاج: ٣٩٠/٣، الإنصاف: ٦٧/٨.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٩٨/٤.

والفرق بين البيع والهبة: أن البيع تملك في نظير عوض، فصح موقوفاً على إجازة المالك، أما الهبة فالتملك فيها مجاناً، لهذا بطلت.^(١)

قال الدسوقي: "حاصله أن هبة الفضولي باطلة بخلاف بيعه، فإنه صحيح، وإن كان غير لازم، فيجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل إمضاء المالك البيع؛ لأن صحة العقد ترتب أثره عليه من جواز التصرف في المعقود عليه، والفرق بين بيع الفضولي وهبته من أن بيعه في نظير عوض يعود على المالك، بخلاف هبته، ومثلهما: وقفه، وصدقته، وعقته، فمتى صدر واحد من هذه الأربعة من فضولي كان باطلاً، ولو أجازته المالك".^(٢)

الرأي الثالث: ذهب الشافعي في الجديد، والمشهور من مذهب الحنابلة إلى القول: بأن هبة الفضولي باطلة، إذ يستحيل على المرء أن يملك ما لا يملكه.^(٣)

أما الأدلة فهي نفس أدلة بيع الفضولي.

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، فإنه يمكن القول: بأن الرأي المختار هو الرأي القائل: بأن هبة الغاصب للمعصوب كبيع الفضولي، موقوف على إجازة المالك، فإن أجازها نفذ، وإن ردها بطل.

وقد نصت المادة ٤٩١ من القانون المدني على ما يأتي:

"إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب، سرت عليه أحكام المادتين ٤٦٦، ٤٦٧ مدني" وقد نصت المادة ٤٦٦ مدني على ما يأتي:

١- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك، ولو وقع البيع على العقار سجل العقد، أم لم يسجل.

٢- وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة، ولو أجاز المشتري.

ونصت المادة ٤٦٧ مدني على ما يأتي:

(١) الشرح الكبير: ٩٨ / ٤.
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٩٨ / ٤.
(٣) حاشية قليوبي: ٢٠١ / ٢، وكشاف القناع: ٣٥٢ / ٤.

١- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه، وانقلب صحيحاً في حق المشتري.

٢- وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري، إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد.

فيستفاد من هاتين المادتين أن هبة ملك الغير كبيع ملك الغير، تكون باطلة بطلان نسبي لمصلحة الموهوب له، وأنها لا تنفذ في حق المالك الأصلي.

ضمان الموهوب له للمغصوب:

اختلف الفقهاء في ضمان الموهوب له للعين المغصوبة على النحو الآتي:

الرأي الأول: ذهب الحنفية إلى القول: بأنه إذا تصرف الغاصب في المغصوب بالهبة فإن الضمان يستقر على الموهوب له، وإن كان جاهلاً الغصب؛ لأنه يعمل في القبض لنفسه.^(١)

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى القول: بأنه إذا وهب الغاصب العين المغصوبة فلا يخلو من أن يكون قائماً، أو فائتاً.

فإن كان الشيء الموهوب قائماً بيد الموهوب له: لم يكن للمالك إلا أخذه، ونقضه للهبة.

وإن كان الشيء الموهوب فائتاً: فإن كان الإتلاف بسبب سماوي فلا يخلو من أن يكون الموهوب له عالماً بالغصب، أو غير عالم.

فإن كان عالماً بالغصب: فحكمه حكم الغاصب، فعليه ضمان المثلي بمثله، والقيمي بقيمته، ويضمن الغلة، والحادث السماوي؛ لأنه غاصب بعلمه بالغصب، وللمالك أن يتبع بالضمان أيهما شاء، وإن لم يعلم الموهوب له بأن ما أهدى إليه مغصوب فلا ضمان عليه.

وإن كان الإتلاف بسبب الموهوب له: مثل أن يكون عبداً، فأعتقه، أو قتله، أو ثياباً فلبسها، حتى أبلاها، أو طعاماً فأكله، ثم استحق ذلك رجل الغصب، فلا يخلو الغاصب من أن يكون موسراً، أو معسراً.

فإن كان معسراً: فلا خلاف أن المستحق بالخيار إن شاء جَوَّزَ فعل الغاصب، وأتبعه بقيمته، إما يوم الغصب على قول، وإما يوم الهبة على قول، وإن شاء أتبع الموهوب له بقيمة شئنه يوم استهلكه، ثم لا رجوع للموهوب له على الواهب بذلك.

(١) المبسوط: ٧١/١٢.

وإن كان الغاصب موسراً: هل يخير المستحق في التبدئة أم لا؟ على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا خيار له، فإن طلبه على الواهب أولاً، فيأخذ منه قيمة شينه، فإن لم يقدر عليه، فعند ذلك يرجع على الموهوب له، وهو قول ابن القاسم في المدونة.

والثاني: أن الموهوب له هو المبدئىء، ولا يرجع على الغاصب إلا في عدم الموهوب له، وهو ظاهر قول ابن القاسم.
والثالث: أنه مخير يرجع على أيهما شاء، وهذا القول حكى عن أشهب، واختاره سحنون. (١)

الرأي الثالث: ذهب الشافعية إلى القول: بأن الموهوب له إن كان جاهلاً بالغصب فلا يسقط عنه الضمان، بل يسقط الإثم فقط، فيطالب المالك من شاء منهما، لكن لا يستقر الضمان على الموهوب له من الغاصب إلا بعلمه بالغصب، حتى يصدق عليه معنى الغصب.
أما إن جهل الواضع يده على المغصوب بالغصب، وكانت يده يد أمانة بلا اتهاب، كوديع، وشريك، مضارب، فيستقر الضمان على الغاصب دون الآخذ؛ لأنه تعامل مع الغاصب على أن يده نائبة عن يد الغاصب، وأما الموهوب له فقرار الضمان عليه في الأظهر؛ لأنه وإن كانت يده ليست يد ضمان بل يد أمانة، إلا أن أخذه الشيء للتملك ومقابل الأظهر: يكون على الغاصب؛ لأن يد اتهاب ليست يد ضمان. (٢)

جاء في الأم: "وَإِذَا وَهَبَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ طَعَامًا فَأَكَلَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ، أَوْ تَوْبًا فَلَبَسَهُ حَتَّى أَبْلَاهُ، وَدَهَبَ؛ ثُمَّ اسْتَحَقَّهُ رَجُلٌ عَلَى الْوَاهِبِ، فَالْمُسْتَحَقُّ بِالْخِيَارِ فِي أَنْ يَأْخُذَ الْوَاهِبُ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُ إِتْلَافِ مَالِهِ، فَإِنْ أَخَذَهُ بِمِثْلِ طَعَامِهِ، أَوْ قِيَمَةَ تَوْبِهِ فَلَا شَيْءَ لِلْوَاهِبِ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ، إِذَا كَانَتْ هِبَتُهُ إِيَّاهُ لِعَيْرِ تَوَابٍ، وَيَأْخُذُ الْمَوْهُوبَ لَهُ بِمِثْلِ طَعَامِهِ، وَقِيَمَةَ تَوْبِهِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُسْتَهْلِكُ لَهُ، فَإِنْ أَخَذَهُ بِهِ فَقَدْ اخْتَلَفَ فِي أَنْ يَرْجِعَ الْمَوْهُوبُ لَهُ عَلَى الْوَاهِبِ، وَقِيلَ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْوَاهِبِ؛ لِأَنَّ الْوَاهِبَ لَمْ

(١) مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي: ٤٢٧/٨، ط: دار ابن حزم، الطبعة الأولى: ٢٨/١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م، التاج والإكليل: ٣١٣/٧.
(٢) العزيز شرح الوجيز: ٣٤٩/١٣، النجم الوهاج: ١٧٦/٥.

يَأْخُذُ مِنْهُ عَوْضًا، فَيَرْجِعُ بِعَوْضِهِ، وَإِنَّمَا هُوَ رَجُلٌ عَرَّهَ مِنْ أَمْرٍ، قَدْ كَانَ لَهُ أَنْ لَا يَقْبَلَهُ" (١).

الرأي الرابع: ذهب الحنابلة إلى القول: بأنه إذا وهب الغاصب المَغْصُوبَ لِعَالَمٍ بِالْغَضَبِ اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُتَّهَبِ، فَمَهْمَا عَرِمَ مِنْ قِيَمَةِ الْعَيْنِ، أَوْ أَجْزَائِهَا لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى أَحَدٍ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فِي يَدَيْهِ، وَلَمْ يَغْرَهُ أَحَدٌ، وَكَذَلِكَ أُجْرُ مَدَّةِ مَقَامِهِ فِي يَدَيْهِ، وَأَرشُ نَقْصِهِ إِنْ حَصَلَ.

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَلِصَاحِبِهَا تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْمُتَّهَبَ رَجَعَ عَلَى الْوَاهِبِ بِقِيَمَةِ الْعَيْنِ وَالْأَجْزَاءِ؛ لِأَنَّهُ عَرَّهَ، وَلِأَنَّ الْمُتَّهَبَ دَخَلَ عَلَى أَنْ تُسَلَّمَ لَهُ الْعَيْنُ، فَيَجِبُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا عَرِمَ مِنْ قِيَمَتِهَا. (٢)

الرأي المختار: بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه لمسألة فإنه يمكن القول: بأن الرأي المختار هو رأي الشافعية القائل: بأن الموهوب له إن كان جاهلاً بالغصب فلا يسقط عنه الضمان، بل يسقط الإثم فقط، فيطالب المالك من شاء منهما، لكن لا يستقر الضمان على الموهوب له من الغاصب إلا بعلمه بالغصب، حتى يصدق عليه معنى الغصب.

أما إن جهل الواضع يده على المغصوب بالغصب، وكانت يده يد أمانة بلا اتهاب، كوديع، وشريك، مضارب، فيستقر الضمان على الغاصب دون الأخذ؛ لصيانة أموال الناس، وحفظاً لها من الضياع، ولقول الرسول ﷺ: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه). (٣)

(١) الأم: ٢٦٢/٣.

(٢) المغني: ٢٠٤/٥.

(٣) أخرجه أبو داود: في كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، سنن أبي داود:

٢٩٤/٣.

المبحث الثاني الوصية بالمغضوب

من المعلوم أن الله ﷻ شرع الوصية لتحصيل ذكر الخير في الدنيا، ونوال الثواب، والدرجات العالية في الآخرة، وإن تشريع الوصية من بين التشريعات المحكمة التي يشع نورها في جبين الشريعة الإسلامية، فلقد شرعها الله ﷻ مكافأة من أسدى للمرء معروفًا، وصلة الرحم، والأقارب غير الوارثين، وسد خلّة المحتاجين، وتخفيف الكرب عن الضعفاء، والبؤساء، والمساكين.

وذلك بشرط التزام المعروف، أو العدل، وتجنب الإضرار في الوصية، لقوله ﷻ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [النساء: ١٢].

وعلى هذا الأساس يتكون هذا المبحث من المطالب الآتية.

المطلب الأول: حقيقة الوصية.

المطلب الثاني: وصية الغاصب للمغضوب.

المطلب الثالث: وصية المغضوب لغير الغاصب.

المطلب الثالث: وصية المغضوب للغاصب.

المطلب الأول حقيقة الوصية

تعريف الوصية:

في اللغة: مشتقة من وصى الشيء بالشيء إذا وصله به، كأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف، وأوصيتُ إليه بمال جعلته له، وأوصيته بولده استعطفته عليه، وأوصيته بالصلاة أمرته بها، وعليه قوله ﷺ: ﴿ذَلِكُمْ وَصَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ [الأنعام: ١٥١].

وقوله ﷺ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١].
أي يأمركم. (١)

في الشرع: تعددت تعريفات الفقهاء للوصية على النحو الآتي:

أولاً: عرفها جمهور الحنفية: بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء أكان الموصى به عيئاً، أم منفعة. (٢)
ويؤخذ على هذا التعريف: أنه لا يشمل جميع صور الوصية، وذلك لأنه لا يشمل صور الوصية التي لا تبرع فيها: كالوصية بتقسيم التركة، والوصية ببيع مال من شخص معين.
ثانياً: عرفها المالكية بأنها: عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده، يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده. (٣)

ويؤخذ على هذا التعريف: أنه لا يشمل بعض صور الوصية، مثل الوصية بتقسيم التركة، وذلك لأنها لا تتقيد بالثلث.
ويلحظ في هذا التعريف: أن المالكية من عاداتهم يدخلون الشروط، والأركان في التعريف، والوصية فيما زاد على الثلث موقوفة على إجازة الورثة، فإن شاءوا أمضوها، وإن شاءوا ردوها، والتحديد بالثلث هو شرط من شروط الوصية، وليس داخلاً في ماهيتها.
ثالثاً: عرفها الشافعية بأنها: تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت. (٤)

(١) المصباح المنير: للعلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، مادة: وصى، ص ٩١٢، ط: دار القلم، بيروت، بدون تاريخ طبع.
(٢) تكملة شرح فتح القدير: ٤٤٠/١٠، حاشية ابن عابدين: ٢٧٥/١٠.
(٣) شرح الخرشبي: ٤٥٦/٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٢٢/٤.
(٤) مغني المحتاج: ٦٦/٤.

ويؤخذ على هذا التعريف: أنه لا يشمل الوصية التي لا تبرع فيها، كالوصية بتقسيم التركة.

رابعاً: عرفها جمهور الحنابلة بأنها: التبرع بالمال بعد الموت. (١)
ويؤخذ على هذا التعريف: أنه لا يشمل الوصية التي لا تبرع فيها، كالوصية بتقسيم التركة، ولا يشمل الوصية بالإسقاط المحض، كالوصية بإبراء الكفيل من الكفالة، والوصية بتأجيل الدين الحال إلا بنوع من التأويل والتكلف، ولا يشمل الوصية بفعل العبادات، وقضاء الواجبات.

العلاقة بين التعريف اللغوي والشرعي: أن الموصي يصل ما بعد الموت بما قبله، أو يصل خير آخرته بخير دنياه.

وقد عرّف القانون المصري بأنها: "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت". (٢)
التعريف المختار:

بالتأمل في التعاريف السابقة يتضح أن تعريف القانون للوصية يعتبر أجمع التعاريف، وأشملها لمسائل الوصية، وجزئياتها، بدون تأويل، أو تكلف.

لأنه فضلاً عن كونه قد أخرج من مدلول الوصية ما لا يعد وصية اصطلاحاً، كالتمليكات المنجزة من البيع، والهبة، والإبراء من الديون، وكالإقرار، وكذا التمليكات المضافة إلى غير الموت، كالإجارة المضافة إلى أول الشهر مثلاً، قد شمل على عكس التعاريف الأخرى سائر أنواع الوصايا، سواء أكانت تمليكاً أم إسقاطاً، وما ليس بتمليك ولا إسقاط. ذلك أنه يشمل ما إذا كان الموصى به مالاً أو منفعة، والموصى له من أهل التملك، كالوصية للأشخاص المعيّنين بالإسم، أو الوصف، أو لم يكن الموصى له من أهل التملك، كالوصية للجهات الخيرية من المساجد، والمصحات وغيرها.

كما يشمل ما إذا كان الموصي به إسقاطاً فيه معنى التملك، كالوصية بالإبراء من الدين، وكما يشمل ما إذا كان الموصى به حقاً من الحقوق التي ليست مالاً، ولا منفعة، ولا إسقاطاً، ولكنه مالي لتعلقه بالمال، كالوصية بأن تباع عين معينة من ماله لفلان بثمان معين، وغير

(١) المغني: ١٣٧/٦، كشف القناع: ٥٠٥/٤.

(٢) معنى إضافة التصرف إلى ما بعد الموت: أن أثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يكون إلا بعد الموت.

ذلك من سائر التصرفات، إذ لا يراد بالتصرف إلا ما يصدر من الموصي من قول، أو فعل يترتب عليه ثبوت حق في التركة. (١)
كما يشمل أيضاً: الوصية بتقسيم التركة، والوصية بأداء الواجبات، وغير ذلك من كل صور الوصايا وأنواعها المختلفة.
أدلة مشروعية الوصية:
الوصية مشروعة بالكتاب الكريم، والسنة النبوية، والإجماع، والمعقول.

أما الكتاب فمنه: قول الله ﷻ: ﴿مَنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١].

وجه الدلالة: هذان النصان جعلاً الميراث حقاً مؤخراً عن تنفيذ الوصية وأداء الدين، لكن الدين مقدم على الوصية، لقول علي عليه السلام: "إنكم تقرؤون هذه الآية: ﴿مَنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ وأن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية. (٢)

وأما السنة فمنها: عن سعد بن أبي وقاص عليه السلام قال: "جاء النبي ﷺ يعودني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: (يرحم الله ابن عفرأ)، قلت يا رسول الله، أوصي بمالي كله؟ قال: (لا). قلت: فالشطر؟ قال: (لا)، قلت: الثلث؟ قال: (فالثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس في أيديهم، وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة حتى اللقمة التي ترفعها إلى في امرأتك، وعسى الله أن يرفعك فينتفع بك ناس ويضر بك آخرون)، ولم يكن له يومئذ إلا ابنة. (٣)

وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء على جواز الوصية. (٤)

(١) أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية: د. أحمد فراج حسين، ص ١٢، ١٣، ط: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٧م.

(٢) أخرجه الترمذي: في كتاب الوصايا، باب ما جاء يُبدأ بالدين قبل الوصية: ٤٣٥/٤.

(٣) أخرجه البخاري: كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكفوا الناس، صحيح البخاري: ٣/٤، وأخرجه مسلم: كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، صحيح مسلم: ١٢٥٠/٣.

(٤) بدائع الصنائع: ٣٣٠/٧، مغني المحتاج: ٦٦/٤، المغني: ١٣٧/٦.

وأما المعقول: فهو حاجة الناس إلى الوصية زيادة في القربات،
والحسنيات، وتداركاً لما فرط به الإنسان في حياته من أعمال الخير. (١)

المطلب الثاني

وصية الغاصب للمغضوب

الأصل في الوصية أن يكون الموصى به مملوكاً للموصي. (٢)
ولكن اختلف الفقهاء فيما لو أوصى إنسان بشيء لا يملكه على
رأيين:

الرأي الأول: ذهب الحنفية، والشافعية في وجه، والحنابلة إلى
القول: بأنه لا يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى به ملكاً
للموصي حين الوصية؛ لأنه حينئذ يكون فضولياً، ووصية الفضولي
منعقدة موقوفة على إجازة المالك؛ فإن أجاز فهو بالخيار إن شاء
سلمها، وإن شاء لم يسلم، كالهبة. (٣)

ومن ثم فتكون وصية الغاصب للمغضوب موقوفة على إجازة
المالك، إن أجازها فتكون صحيحة، وإن لم يجزها فتكون باطلة.

الرأي الثاني: ذهب المالكية، والشافعية في وجه، والحنابلة في
المذهب إلى القول: بأنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى به
المعين ملكاً للموصي حين الوصية، فلا تصح الوصية بمال الغير، ولو
ملكه الموصي بعد الوصية؛ لفساد الصيغة بإضافة الحال إلى غيره. (٤)
ومن ثم فتكون وصية الغاصب للمغضوب باطلة، ولا يترتب عليها
أي أثر.

وقد نص قانون الوصية في المادة ١٠ على ما يأتي:

أنه يشترط في الموصى به ثلاثة شروط:

❖ أنه يكون مما يجري فيه الإرث، أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد

حال حياة الموصي.

❖ أن يكون متقوماً عند الموصي إن كان مالاً.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ١١ / ٨.

(٢) بدائع الصنائع: ٥٢٢/٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٢٢/٤، فتح
العزیز شرح الوجيز: ٣٤/٧، كشاف القناع: ٤٤٦/٤.

(٣) البحر الرائق: ١٦٤/٦، روضة الطالبين: ١١٩/٦، كشاف القناع: ٣٦٧/٤.

(٤) شرح الخرشي: ١٧٥/٨، روضة الطالبين: ١١٩/٦، مطالب أولي النهى:
٤٨٩/٤.

❖ أن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي إن كان معيناً بالذات.

المطلب الثالث

وصية المغضوب لغير الغاصب

ذهب الحنفية، المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول: بأنه تجوز الوصية بالمغضوب لغير الغاصب؛ لأنهم أجازوا الوصية بغير المقدر على تسليمه، وبالمعدوم.^(١) واستدلوا: بأن الموصى له يخلف الموصي في الموصى به، بخلاف الورثة في باقي المال، والوارث يخلفه في الأشياء كلها، كذلك الموصى له.^(٢)

ولأن الوصية مبنية على المساهلة.^(٣)

جاء في رد المحتار: "وَكُونُ الْمُوصَى بِهِ قَابِلًا لِلتَّمَلُّكِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي بَعْدَ مِنَ الْعُقُودِ مَالًا، أَوْ نَفْعًا، مَوْجُودًا لِلْحَالِ، أَمْ مَعْدُومًا".^(٤) في شرح ميارة: "وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِكُلِّ مَمْلُوكٍ يَقْبَلُ النُّقْلَ، وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مَوْجُودًا، أَوْ عَيْنًا، بَلْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ، وَثَمَرَةَ الشَّجَرِ، وَالْمَنْقَعَةَ، وَلَا كَوْنُهُ مَعْلُومًا، وَلَا مَقْدُورًا عَلَيْهِ، بَلْ تَصِحُّ بِالْحَمْلِ، وَتَصِحُّ بِالْمَغْضُوبِ، وَالْمَجَاهِيلِ".^(٥)

جاء في النجم الوهاج: "فتصح بالمجهول، كالحمل في البطن، واللبن في الضرع، وبما لا يقدر على تسليمه، كالطير الطائر، والعبد الأبق؛ لأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في

(١) تبين الحقائق: ٩٤/٥، شرح الخرشبي: ١٦٨/٨، كفاية النبيه في شرح التنبيه: ٢٠٣/١٢، الكافي: ٢٦٩/٢.

(٢) المبسوط: ٢٥/٢٨، العدة شرح العمدة: لعبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد أبو محمد بهاء الدين المقدسي: ص ٣٢٤، ط: دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.

(٣) مغني المحتاج: ٥٧٣/٣.

(٤) رد المحتار على الدر المختار: ٦٤٩/٦، مطبوع مع حاشية ابن عابدين.

(٥) الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، المعروف بشرح ميارة: لأبي عبد الله، محمد ابن أحمد ابن محمد الفاسي ميارة: ٤٠٧/٢، ط: دار الحديث، القاهرة، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.

ثلثيه، فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء، جاز أن يخلفه الموصى له".^(١)

وجاء في المبدع: "تصح الوصية بما لا يُقدر على تسليمه، كالأبق في الرقيق، والشارد من الدواب، والطير في الهواء، والحمل في البطن، واللبن في الضرع؛ لأنها إذا صحت بالمعدوم، فهذا أولى، ولأنها أجريت مجرى الميراث، وهذا يورث، فيوصى به، وللوصي السعي في تحصيله".^(٢)

شروط الوصية بالمغضوب:

يجب أن تتوافر عدة شروط في الوصية بالمغضوب لغير الغاصب هي على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يكون الموصي أهلاً للتبرع: فلا تصح الوصية من الصبي الغير مميز، والمجنون، والمعتوه، والمغمى عليه؛ لأن عبارتهم لا اعتبار لها.^(٣)

واختلف الفقهاء في وصية الصبي المميز على رأيين:

الرأي الأول: ذهب الحنفية، والشافعية في قول إلى القول: بأنه لا تصح وصية الصبي المميز، ولو كان مأذوناً له في التجارة؛ لأن الوصية من التصرفات الضارة ضرراً محضاً؛ إذ هي تبرع، كما أنها ليست من أعمال التجارة.^(٤)

الرأي الثاني: ذهب المالكية، والشافعية في قول، والحنابلة إلى القول: بأنه تصح الوصية من الصبي المميز إذا كانت في القرية؛ لأنها تصرف تمحض نفعاً له، فصح منه بالإسلام، والصلاة.^(٥) واتفق الفقهاء على جواز الوصية من المحجور عليه لسفه؛ لأنها تمخضت نفعاً من غير ضرر، فصحت منه كعباداته.^(٦)

(١) النجم الوهاج: ٢٣٢/٦.

(٢) المبدع في شرح المقنع: ٢٦٥/٥.

(٣) بدائع الصنائع: ٣٣٤/٧، الذخيرة: ١٠/٧، كفاية النبيه: ١٢٩/١٢، العدة شرح العمدة: ص ٣٣٤.

(٤) البحر الرائق: ٤٦٠/٨، العزيز شرح الوجيز: ٣/٧.

(٥) الذخيرة: ١٠/٧، كفاية النبيه: ١٢٩/١٢، كشاف القناع: ٤٣٦/٤.

(٦) بدائع الصنائع: ٣٣٤/٧، الذخيرة: ١٠/٧، كفاية النبيه: ١٢٩/١٢، كشاف القناع: ٤٣٦/٤.

وقد نص قانون الوصية في المادة ٥ على أنه: "يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً علي أنه إذا كان محجوراً عليه لسفة، أو غفلة، أو بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبي".

الشرط الثاني: أن يكون الموصي مختاراً: لِأَنَّ الوَصِيَّةَ إِيْجَابٌ مَلِكٌ، أَوْ مَا يَتَعَلَّقُ بِالمَلِكِ، فَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الرِّضَا، كإِيْجَابِ المَلِكِ بِسَائِرِ الأَشْيَاءِ، فَلَا تَصِحُّ، وَصِيَّةُ الهَازِلِ، وَالمُكْرَهِ، وَالخَاطِئِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ العَوَارِضَ تُقَوِّتُ الرِّضَا. (١)

الشرط الثالث: ألا يكون الموصي له وارثاً للموصي عند موت الموصي: (٢) لأنه في هذه الحالة يكون نفاذ الوصية متوقف على إجازة الورثة، فعن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه قال: سَمِعْتُ رَسُوْلَ اللهِ ﷺ يَقُوْلُ فِي خُطْبَتِهِ عَامَ حَجَّةِ الوُدَاعِ: (إِنَّ اللهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لُوَارِثٍ). (٣)

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قَالَ رَسُوْلُ اللهِ ﷺ: (لَا تَجُوْزُ الوَصِيَّةُ لُوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الوَرِثَةُ). (٤)

الشرط الرابع: كون الموصي له معيناً: فإن كان مجهول العين فلا تصح له الوصية، ويكفي العلم بالوصف، كقول الموصي: أوصي للمساكين، والفقراء، أو أوصي لفلان بن فلان. (٥) وقد نصت المادة ٦ من قانون الوصية على أنه: "يشترط في الموصي له:

١- أن يكون معلوماً.

(١) بدائع الصنائع: ٣٣٥/٧.

(٢) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: لجمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي: ٧٩٢/٢، ط: دار القلم، سوريا، الطبعة الثانية: ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، التوضيح في شرح المختصر الفرعي: ٤٩٠/٨، البيان: ١٥٥/٨، شرح منتهى الإيرادات: ٤٥٦/٢.

(٣) أخرجه ابن ماجه: كِتَابُ الوَصَايَا، بَابُ لَنَا وَصِيَّةٌ لُوَارِثٍ، سنن ابن ماجه: ٩٠٥/٢، وأخرجه أبو داود: كِتَابُ الوَصَايَا، بَابُ مَا جَاءَ فِي الوَصِيَّةِ لِلُوَارِثِ، سنن أبي داود: ١١٤/٣.

(٤) أخرجه الدار قطنى: كِتَابُ الفِرَانِضِ: ١٧١/٥، وأخرجه البيهقي: كِتَابُ الوَصَايَا، بَابُ نَسْخِ الوَصِيَّةِ لِلوَالِدَيْنِ وَالمُؤَرِّثِينَ، السنن الكبرى: ٤٣١/٦.

(٥) البحر الرائق: ٦٤/٣، شرح الخرشى: ١٨٦/٨.

٢- أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً.
فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا
وقت موت الموصي، وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة ٢٠.
الوصية للجهات
الشرط الخامس: كون الموصى له أهلاً للتملك: فإن كان ممن لا
يصح تملكه فلا تصح الوصية له، كالجني، والبهيمة، والميت، ونحوه.
(١)

الشرط السادس: قبول الموصي له الوصية: فلا يثبت ملك إنسان
باختياره من غير قبوله وسعيه، ولأن إثبات الملك له من غير قبوله
يؤدي إلى الإضرار به، بخلاف الميراث، فإن الملك فيه ثبت جبراً من
الشارع، فلا يشترط فيه القبول. (٢)
وقد نص قانون الوصية في المادة ٢٠ على أنه: "تلتزم الوصية
بقبولها من الموصي له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي، فإذا كان
الموصي له جنيئاً، أو قاصراً، أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية، أو
ردها من له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي، ويكون القبول
عن الجهات، والمؤسسات، والمنشآت ممن يمثلها قانوناً، فإن لم يكن
لها من يمثلها لزمتم الوصية بدون توقف على القبول".

(١) البيان: ١٦٣/٨، الكافي: ٢٦٨/٢.
(٢) بدائع الصنائع: ٤٨٩/٧، الشرح الصغير: ٣١٦/٤، ٣١٧، مغني المحتاج:
٥٠/٣، شرح منتهى الإرادات: ١٨٥/٣.

الخاتمة

وبها أهم نتائج البحث

- ❖ التصرف هو: كل ما صدر من الإنسان مطلقاً، ورثب الشارع الأثر عليه.
- ❖ الغصب هو: الاستيلاء على حق الغير عدواناً.
- ❖ يتحقق الغصب بإثبات اليد على مال الغير بغير إذنه، ولا يشترط إزالة يد المالك.
- ❖ يتصور غصب العقار من الأراضي، والدور لحماية أموال الناس من الغصب.
- ❖ بيع المغصوب هو: مبادلة مال، أو منفعة بمغصوب عند غاصب بالتراضي.
- ❖ يجوز بيع المغصوب لغير الغاصب بشروط خاصة.
- ❖ يجوز بيع المغصوب للغاصب سواء رده قبل البيع، أو لم يرده، وسواء باعه بثمن المثل، أو أقل، أو أكثر.
- ❖ يجوز بيع الفضولي، ويكون موقوفاً على إجازة المالك.
- ❖ يحرم على المسلم أن يشتري شيئاً وهو يعلم أنه أخذ من صاحبه بغير حق، (كالمشيء المغصوب)؛ لأنّ أخذه بغير حق، فيكون شراؤه له شراءً ممن لا يملك، وهذا يعد من باب من التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه.
- ❖ إذا اشترى الغاصب بذمته، ونقد الثمن من المال المغصوب، فليس للمغصوب إلا رأس ماله مطلقاً، سواء ربح فيها الغاصب، أو لم يربح.
- ❖ يجوز هبة المغصوب إلى الغاصب؛ لأن العين المغصوبة ما زالت على ملك المغصوب منه، وله مطلق التصرف فيها.
- ❖ يجوز هبة المغصوب لغير الغاصب بشروط معينة.
- ❖ الموهوب له إن كان جاهلاً بالغصب فلا يسقط عنه الضمان، بل يسقط الإثم فقط، فيطالب المالك من شاء منهما، لكن لا يستقر الضمان على الموهوب له من الغاصب إلا بعلمه بالغصب، حتى يصدق عليه معنى الغصب.
- ❖ أما إن جهل الواضع يده على المغصوب بالغصب، وكانت يده يد أمانة بلا اتهاب، كوديع، وشريك، مضارب، فيستقر الضمان على الغاصب دون الأخذ؛ لصيانة أموال الناس، وحفظاً لها من الضياع.
- ❖ وصية الغاصب للمغصوب باظلة، ولا يترتب عليها أي أثر.
- ❖ تجوز الوصية بالمغصوب لغير الغاصب؛ لأن الوصية بغير المقدور على تسليمه، وبالمعدوم جائزة.

أهم المراجع

- الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، المعروف بشرح ميارة: لأبي عبد الله، محمد بن أحمد ابن محمد الفاسي ميارة، ط: دار الحديث، القاهرة، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.
- أحكام القرآن: لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
- أحكام القرآن: للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي المالكي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.
- أحكام المعاملات الشرعية: د. علي الخفيف، ط: دار الفكر العربي، القاهرة: ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.
- أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية: د. أحمد فراج حسين، ط: دار المطبوعات الجامعية: ١٩٩٧م.
- أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية: د. سلطان إبراهيم سلطان الهاشمي، ط: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م.
- الاختيار لتعليل المختار: لمجد الدين أبو الفضل عبد الله بن محمود بن مودود الموصلني البلدي الحنفي، ط: الحلبي، القاهرة، ١٣٥٦هـ/١٩٣٧م.
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لذكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي، ط: دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ طبع.
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: لأبي الفضل جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.
- أصول عقد البيع في الفقه الإسلامي: د. محمد فهمي السرجاني، ط: دار الاتحاد العربي للطباعة، مصر: ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: لأبي بكر عثمان ابن محمد شطا الدمياطي الشافعي، ط: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- الإقناع في مسائل الإجماع: لعلي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي أبو الحسن بن القطان، ط: دار الفاروق الحديثة، للطباعة، والنشر، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.
- الأم: لأبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبني القرشي المكي، ط: دار المعرفة، بيروت: ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي دمشقي الصالحي الحنبلي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن نجيم الحنفي، ط: دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد، ط: دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية: ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- البركة في فضل السعي والحركة: لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن عمر الوصافي الحبيشي، ط: دار المنهاج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م.
- بلغة السالك لأقرب المسالك: لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، ط: دار المعارف، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، ط: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية: ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- التاج والإكليل لمختصر خليل: لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ/١٩٩٤م.
- تاريخ الفقه الإسلامي: للشيخ محمد علي السائيس، ط: مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده، بدون تاريخ طبع.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: لعثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي، ط: المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى: ١٣١٣هـ.
- تحفة المحتاج شرح المنهاج: لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، ط: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، مصر: ١٣٥٧هـ/١٩٨٣م.
- التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي: د. عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم، الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

التعريفات: لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، ط: دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

تكملة شرح فتح القدير: المسمى نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار: لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، ط: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب: ١٣٨٧هـ.

التهذيب في فقه الإمام الشافعي: لأبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: لخليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط: مركز نجيبويه للمخطوطات، وخدمة التراث، الطبعة الأولى: ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.

جامع البيان عن تأويل آي القرآن: لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي أبو جعفر الطبري، ط: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، ط: دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية: ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م.

جواهر الإكليل شرح مختصر خليل: للشيخ صالح عبد السميع الأبوي الأزهرري، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

الجوهرة النيرة: لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، ط: المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى: ١٣٢٢هـ.

حاشية ابن عابدين: لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية: ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

حاشية البجيرمي على الخطيب: لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، ط: دار الفكر العربي، بيروت، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات: لمحمد بن أحمد بن علي البهوتي الخلوتي، ط: دار النوادر، سوريا، الطبعة الأولى: ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ط: دار الفكر العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع

حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: لأبي الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، ط: دار الفكر، بيروت: ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي: لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، ط: دار الفكر العربي، بيروت: ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.
الحاوي الكبير: لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، ط: دار الفكر العربي، بيروت، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

الذخيرة: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى: ١٩٩٤م.

روضة الطالبين وعمدة المفتين: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٢هـ/١٩٩١م.

روضة المستبين في شرح كتاب التلقين: لعبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيزة، ط: دار ابن حزم، الطبعة الأولى: ١٤٣١هـ/٢٠١٠م.

سبل السلام: لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسن الكحلاني الصنعائي أبو إبراهيم عز الدين، ط: دار الحديث، القاهرة، بدون تاريخ طبع.

سنن الترمذي: لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، ط: دار الحديث، القاهرة، بدون تاريخ طبع.

سنن الدار قطني: لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.

السنن الكبرى: لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسرو جردى الخراساني أبو بكر البيهقي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.

السييل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاتي اليمني، ط: دار ابن حزم، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.

الشامل في فقه الإمام مالك: لبهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض أبو البقاء تاج الدين السلمي الدميري الدمياطي المالكي، ط: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى: ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.

- شرح الزُّرقاني على مختصر خليل: لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ٢٢٤١هـ/٢٠٠٢م.
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، ط: مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى: ٢٢٤١هـ/٢٠٠٣م.
- شرح الزركشي على مختصر الخرقى: لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، ط: دار العبيكان، الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.
- الشرح الكبير على متن المقنع: للأبي الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن محمد ابن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، ط: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون تاريخ طبع.
- الشرح الكبير: لأبي البركات أحمد الدردير، مطبوع مع حاشية الدسوقي، ط: دار الفكر العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- شرح صحيح البخاري: لأبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلان، ط: مكتبة الرشيد، السعودية، الرياض، الطبعة الثانية: ٢٢٣١هـ/٢٠٠٣م.
- شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته: القسم الخاص، د. عباس الحسني، ط: مطبعة الارشاد، بغداد، الطبعة الثانية: ١٩٧٢م.
- شرح مختصر خليل للخرشي: لمحمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
- شرح منتهى الإرادات: للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.
- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان: لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية: ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
- صحيح البخاري: لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، ط: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ.
- صحيح مسلم: لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- العدة شرح العمدة: لعبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد أبو محمد بهاء الدين المقدسي، ط: دار الحديث، القاهرة: ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.
- العزیز شرح الوجيز: لعبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم أبو القاسم الرافعي القزويني، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

- عقد البيع: د. سمير تناغو، ط: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٣م.
- عقد البيع: د. عبد الناصر توفيق العطار، ط: ١٩٧٦م.
- العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية: د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، ط: دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، بدون تاريخ طبع.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري: لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد ابن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- العناية شرح الهداية: لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله بن الشيخ شمس الدين بن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي، ط: دار الفكر العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- الفتاوى الكبرى: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلّيم بن عبد السلام بن عبد الله ابن أبي القاسم بن محمد بن تيمية الحراني، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٠٨هـ/١٩٨٧م.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري: لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، ط: دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.
- فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام الحنفي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.
- الفروق: للإمام أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.
- الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة الزحيلي، ط: دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة: ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
- القاموس المحيط: لمجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ط: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثامنة: ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.
- الكافي في فقه الإمام أحمد: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
- كشاف القناع عن متن الإقناع: للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- كفاية النبيه شرح التنبيه: لأحمد بن محمد بن علي الأتصار أبو العباس نجم الدين، المعروف بابن الرفعة، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ٢٠٠٩م.

- كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين: لجلال الدين المحلي، ط: دار الفكر، بيروت: ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.
- اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: لجمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي، ط: دار القلم، سوريا، الطبعة الثانية: ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
- لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي، ط: دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٤هـ.
- المبدع في شرح المقنع: لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح أبو إسحاق، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- المبسوط: لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ط: دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: للمولى الفقيه المحقق عبد الله بن الشيخ محمد ابن سليمان المعروف بدامار أفندي، ط: دار إحياء التراث العرب، بيروت،
- مجموع الفتاوى: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، ط: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية: ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
- المجموع شرح المهذب: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط: دار الفكر العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- محاضرات في نظرية الحق: د. لاشين محمد الغياتي، ط: المكتبة التوفيقية: ١٩٧٩م.
- المحيط البرهاني في الفقه النعماني: لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد ابن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.
- المختصر الفقهي: لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي، ط: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى: ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.
- مختصر المعاملات الشرعية: د. علي الخفيف، مطبعة السنة المحمدية: ١٩٤٩.
- مدارج السالكين: لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم الجوزية، ط: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.
- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: د. عبد الكريم زيدان، ط: مؤسسة الرسالة، بدون تاريخ طبع.

المدخل لدراسة العلوم القانونية: (النظرية العامة للحق) د. عبد القادر الغار،
ط: دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى:
٢٠٠٦م.

المدخل للعلوم القانونية: (نظرية القانون، ونظرية الحق) د. محمد الصغير
البعلي، ط: دار العلوم، عنابة، الجزائر، ٢٠٠٦م.

المدونة: للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، ط: دار
الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان: لمحمد قدرى باشا، ط: المطبعة
الكبرى الأميرية ببولاق، الطبعة الثانية: ١٣٠٨هـ/١٨٩١م.

مرض الموت وأثره على عقد البيع: دراسة معمقة ومقارنة بالفقه
الإسلامي: د. حسني محمود عب الدائم عبد الصمد، ط: دار الفكر
الجامعي، الإسكندرية: ٢٠٠٨م.

المستدرک على الصحيحين: لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد
بن حمدويه بن نعيم بن الحكم النيسابوري، ط: دار الكتب العلمية،
بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١١هـ/١٩٩٠م.

المسند: لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني،
تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، ط: مؤسسة الرسالة،
بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ/٢٠٠١م.

مصادر الحق: د. عبد الرزاق السنهوري، ط: دار إحياء التراث العربي،
بيروت، بدون تاريخ طبع.

المصباح المنير: للعلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، ط: دار
القلم، بيروت، بدون تاريخ طبع.

مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: لمصطفى بن سعد بن عبده
الرحيبي، ط: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية: ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

معالم التنزيل في تفسير القرآن: لمحيي السنة أبي محمد الحسين بن مسعود
بن محمد ابن الفراء البغوي الشافعي، ط: دار إحياء التراث العربي،
بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ.

المعجم الأوسط: لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، ط: دار الحرمين،
القاهرة: ١٤١٥هـ-

معجم مقاييس اللغة: لأحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، ط: دار
الفكر: ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.

مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: لشمس الدين محمد ابن
أحمد الخطيب الشربيني الشافعي: ٣/٣٣٥، ط: دار الكتب العلمية،
بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

المغني: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، ط: مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م.

المفردات في غريب القرآن: لأبي القاسم الحسين بن محمد، المعروف بالرأغب الأصفهاني، ط: دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى: ١٤١٢هـ.

مقدمة ابن خلدون: لولي الدين عبد الرحمن بن محمد بن خلدون، ط: المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ٢٠١٤م.

الملكية ونظرية العقد: د. محمد أبو زهرة، ط: دار الفكر، بدون تاريخ طبع.

مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: لأبي الحسن علي بن سعيد الرجزاجي، ط: دار ابن حزم، الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.

منح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد بن أحمد بن محمد عlish، ط: دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

الموافقات: لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ط: دار ابن عفان، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: د. حسن محمد بودي، ط: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤م.

مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي الحطاب، ط: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

الموسوعة الفقهية الكويتية: ط: مطابع دار الصفاة، مصر، الطبعة الأولى.

الموطأ: للإمام مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي: ٢٣٠/٣، ط: دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ/١٩٩١م.

النتف في الفتاوى: لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي، ط: دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، عمان، الطبعة الثانية: ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

النجم الوهاج في شرح المنهاج: لكمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميمري أبو البقاء الشافعي، ط: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.

النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية: د. صبحي المحمصاني، ط: الكشاف، بيروت، بدون تاريخ طبع.

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن العباس أحمد بن حمزة، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

نهاية المطلب في دراية المذهب: لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين، ط: دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.

- النيابة عن الغير في التصرفات المالية: أ. د. سيف رجب قزامل، ط: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى: ٢٠٠٨م.
- نيل الأوطار: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ط: دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.
- نيل المآرب بشرح دليل الطالب: لعبد القادر بن عمر بن عبد القادر بن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني، ط: مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى: ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- الهداية في شرح بداية المبتدي: لأبي الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، ط: دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ طبع.
- الوجيز في شرح أحكام عقد البيع: د. محمد علي عمران، ط: ١٩٩١، ١٩٩٢م.
- الوسيط في المذهب: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ط: دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ.