

كِتَابُ الْغَضَبِ

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : « فَإِذَا شَقَّ رَجُلٌ لِرَجُلٍ ثَوْبًا شَقًّا صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا يَأْخُذُ مَا بَيْنَ طَرْفَيْهِ طُولًا وَعَرْضًا أَوْ كَسَرَ لَهُ شَيْئًا كَسْرًا صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا أَوْ رَضَّضَهُ أَوْ جَنَى لَهُ عَلَى مَمْلُوكٍ فَأَعْمَاهُ أَوْ شَجَّهَ مُوضِحَةً فَذَلِكَ كُلُّهُ سَوَاءٌ وَيَقُومُ الْمَتَاعُ كُلُّهُ وَالْحَيَوَانُ غَيْرَ الرَّقِيقِ صَحِيحًا وَمَكْسُورًا أَوْ صَحِيحًا وَمَجْرُوحًا قَدْ بَرِيَءٌ مِنْ جُرْحِهِ ثُمَّ يُعْطَى مَالِكُ ذَلِكَ مَا بَيْنَ الْقِيَمَتَيْنِ وَيَكُونُ مَا بَقِيَ بَعْدَ الْجَنَايَةِ لِصَاحِبِهِ نَفْعُهُ أَوْ لَمْ يَنْفَعُهُ فَأَمَّا مَا جَنَى عَلَيْهِ مِنَ الْعَبْدِ فَيَقُومُ صَحِيحًا قَبْلَ الْجَنَايَةِ ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَى الْجَنَايَةِ فَيُعْطَى أَرْضَهَا مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ صَحِيحًا كَمَا يُعْطَى الْحُرُّ مِنْ أَرْضِ الْجَنَايَةِ مِنْ دِيَّتِهِ بِالْغَا ذَلِكُ مَا بَلَغَ وَلَوْ كَانَتْ قِيَمًا كَمَا يَأْخُذُ الْحُرُّ دِيَّاتٍ (قال الشافعي) وَكَيْفَ غَلَطَ مَنْ زَعَمَ أَنَّهُ إِنْ جَنَى عَلَى عَبْدِي فَلَمْ يُفْسِدْهُ أَخَذَتْهُ وَقِيَمَةُ مَا نَقَصَهُ وَإِنْ زَادَ الْجَانِي مَعْصِيَةَ اللَّهِ تَعَالَى فَأَفْسَدَهُ سَقَطَ حَقِّي إِلَّا أَنْ أَسْلَمَهُ يَمْلِكُهُ الْجَانِي فَيَسْقُطَ حَقِّي بِالْفَسَادِ حِينَ عَظُمَ وَيَثْبُتَ حِينَ صَغُرَ وَيُمْلِكُ عَلَى حِينَ عَصَى فَأَفْسَدَ فَلَمْ يَمْلِكْ بَعْضًا يَبْغُضُ مَا أَفْسَدَ وَهَذَا الْقَوْلُ خِلَافٌ لِأَصْلِ حُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي أَنْ الْمَالِكِينَ عَلَى مِلْكِهِمْ لَا يُمْلِكُ عَلَيْهِمْ إِلَّا بِرِضَاهُمْ وَخِلَافٌ الْمَعْقُولِ وَالْقِيَاسِ » .

قال الماوردي : والأصل في تحريم الغضب وحظر الأموال الكتاب والسنة وإجماع الأمة قال الله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾ [النحل : ٩٠] .

والبغي والغضب من جملة المنكر والبغي . وقال تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] والغضب من الباطل . وقال تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا ﴾ [النساء : ١٠] وقال تعالى : ﴿ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ ﴾ [الشورى : ٤٢] .

والغضب من جملة الظلم ؛ لأن حقيقة الظلم وضع الشيء غير موضعه . ولذلك قيل أرض مظلومة ، وفيها تأويلان :

أحدهما : أن يتجاوزها المطر .

والثاني : أن يأتيها من غير أوانه .

وقال الشاعر: وهو تميم بن أبي مقبل:

عَادَ الْأَخِلَّةُ فِي دَارٍ وَكَانَ بِهَا هُرْتُ الشَّقَاشِقِ ظَلَامُونَ لِلْجُرُزِ

وفيهما تأويلان:

أحدهما: أن يعقر في غير منحر على عادة الجاهلية في قطع العراقيب. والثاني: أن ينحر لغير ما سبب. وأما السنة: فما روي عن النبي ﷺ في خطبة الوداع أنه قال: أَمَا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ اسْمَعُوا مِنِّي أُبَيِّنُ لَكُمُ فَإِنِّي لَا أَدْرِي لَعَلِّي لَا أَلْقَاكُمْ بَعْدَ عَامِي هَذَا فِي مَوْقِفِي هَذَا. أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ إِلَى أَنْ تَلْقَوْا رَبَّكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا أَلَا هَلْ بَلَغْتُ اللَّهُمَّ أَشْهَدُ، فَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ اتَّيَمَّنَ عَلَيْهَا. أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَلَا يَحِلُّ لِأَمْرِيٍّ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ أَلَا هَلْ بَلَغْتُ؟ اللَّهُمَّ أَشْهَدُ فَلَا تَرْجِعْنِ بَعْدِي كُفَّارًا يَضْرِبُ بَعْضُكُمْ رِقَابَ بَعْضٍ فَإِنِّي قَدْ تَرَكْتُ فِيكُمْ مَا إِنْ أَخَذْتُمْ بِهِ لَمْ تَضِلُّوا: كِتَابَ اللَّهِ، أَلَا هَلْ بَلَغْتُ اللَّهُمَّ أَشْهَدُ

وروي عن عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: لَا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِهِ لِأَعْبَاءٍ أَوْ جَادًا فَإِذَا أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَيْهِ أَوْ يَرُدِّهَا عَلَيْهِ^(١) وروى أبو سلمة بن عبد الرحمن عن سعيد بن زيد قال أَشْهَدُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ اقْطَعَ مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِغَيْرِ حَقٍّ فَلَا بَارَكَ اللَّهُ لَهُ فِيهِ^(٢) وروى عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: مَنْ ظَلَمَ قَيْدَ شَيْءٍ مِنْ أَرْضٍ طَوْفَهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ^(٣).

وروى هشام بن عروة عن أبيه أن رجلاً غصب أرضاً من رجلين من بني بياضة من الأنصارِ وَغَصَبَهَا غَرَسَهَا نَخْلاً عُمَّا فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ وَرَوَى أَنَّهُ قَالَ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ. قال عروة فأخبرني من رأى الغرس تعمل في أصولها. وفي قوله نَخْلاً عُمَّا تأويلان: أحدهما: يعني طولا.

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢٢١/٤ وأبو داود (٥٠٠٣) والترمذي (٢١٦٠) والبخاري في الأدب المفرد (٢٤١) والحاكم في المستدرک ٦٣٧/٣ والدولابي في الكنى ١٤٥/٢ وانظر نصب الراية ١٦٨/٤.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ١٨٩/١.

(٣) أخرجه البخاري (٢٤٥٣) (٣١٩٥) ومسلم ١٢٣١/١ كتاب المساقاة (١٤٢ - ١٦١٢) وأخرجه من حديث سعيد بن زيد البخاري (٢٤٥٢) (٣١٩٨) ومسلم ١٢٣١/٣ كتاب المساقاة (١٤٠ - ١٦١٠) والطبراني في الصغير ٩٩/١ وأبو نعيم في الحلية ٩٩/١.

والثاني: يعني أنها قد عمت بخيرها ومنه قوله ﷺ عَمَّتْكُمْ النَّحْلَةُ^(١) يعني عمت بخيرها وقيل بل عنى أنها خلقت من فضل طينة آدم فصارت عمة في النسب، فأجمع المسلمون على تحريم الغضب وإن من فعله مستحلاً كان كافراً ومن فعله غير مستحل كان فاسقاً.

فصل: فإذا ثبت تحريم الغضب كما ذكرنا فالغضب هو منع الإنسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق فيكمل الغضب بالمنع والتصرف فإن منع ولم يتصرف كان تعدياً ولم يتعلق به ضمان لأنه تعدى على المالك دون الملك وإن تصرف ولم يمنع كان تعدياً وتعلق به ضمان لأنه تعدى على الملك دون المالك فإذا جمع بين المنع والتصرف تم الغضب ولزم الضمان سواء نقل المَغْضُوب عن محله أم لا.

وقال أبو حنيفة: لا يتم الغضب إلا بالنقل والتحويل فإن كان مما لا ينقل كالصور والعقار لم يصح غصبه ولم يضمن استدلالاً بأن غير المنقول مختص بالمنع دون التصرف فصار كحبس الإنسان عن ملكه لا يكون موجباً لغضب ماله ولأن المسروق لا يكون مسروقاً إلا بالنقل عن الحرز فكذا المَغْضُوب لا يصير مَغْضُوباً إلا بالنقل وتحريره قياساً أن كل ما لم يصير المال به مسروقاً لم يصير به مَغْضُوباً كالمنع والإحالة.

ودليلنا ما روي عن عطاء بن يسار عن أبي مالك أن النبي ﷺ قال إن أعظم الغلول عند الله أن يأخذ الرجل من أرض غيره إلى أرض نفسه فأطلق على الأرض حكم الغلول والغضب^(٢).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: لَعَنَ اللَّهُ سَارِقَ الْمَنَارِ قِيلَ وَمَا سَارِقُ الْمَنَارِ؟ قَالَ أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ الْعَلَامَةَ مِنْ أَرْضٍ نَفْسِهِ إِلَى أَرْضٍ غَيْرِهِ فَيَجْعَلَ ذَلِكَ سَرَقَةً^(٣) ومثله ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: مَلْعُونٌ مَنْ لَعَنَ أَبَاهُ مَلْعُونٌ مَنْ لَعَنَ أُمَّهُ مَلْعُونٌ مَنْ غَيَّرَ تَحْوَماً الْأَرْضِ^(٤)، وفي تخوم الأرض تأويلان: أحدهما: علماؤها. والثاني: حدودها وأعلامها ولأن ما ضمن بالقبض في العقود ضمن بالتصرف في العقود كالمحول والمنقول. ولأن ما ضمن به المنقول ضمن به غير المنقول كالعقود ولأنه عدوان فجاز أن يضمن به غير المنقول كالجناية.

فأما الجواب بأن ما لم ينقل مختص بالمنع والإحالة كالحبس فهو أن المحبوس عن

(١) أخرجه العقيلي في الضعفاء ٢٥٦/٤ وابن عدي في الكامل ٢٤٢٤/٦ وذكره ابن الجوزي في الموضوعات ١٨٤/١.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ٣/٣٤٠.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک ٨٢/٤ والبيهقي في السنن الكبرى ٢٣١/٨، ٢٥٠/٩.

(٤) أخرجه أحمد في المسند ٢١٧/١، ٣١٧.

ماله حصل التعدي عليه دون ماله فلم يضر المال مغضوباً وخالف حال التصرف فيه مع اشتهار القول عرفاً أن فلاناً غصب داراً أو أرضاً. وأما الجواب عن المسروق فهو أن القطع فيها معتبر بهتك الحرز وإخراج المال عنه حتى لو نقل غير محرز لم يكن سارقاً يقطع وخالف الغضب المعتبر بالتصرف في المال ألا ترى أنه لا يقال سرق داراً ويقال غصب داراً.

فصل: فإذا تقرر ما بينا من صفة الغضب فللمغضوب ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون باقياً.

والثاني: أن يكون تالفاً.

والثالث: أن يكون ناقصاً. فإن كان باقياً بحاله ارتجعه المالك منه فإن ضعف عن ارتجاعه فعلى ولي الأمر استرجاعه وتأديب الغاصب، وإن كان مما لا أجره لمثله كالطعام والدراهم والدنانير فقد برئ بعد رده من حكم الغضب وسواء كانت قيمته قد نقصت في الأسواق لرخص الأسعار أم لا لأن بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السوق وإن كان مما لمثله أجره كالدواب والآلات فعليه مع رد العين أجره المثل إن كان لمثل زمان الغضب أجره وعليه مؤنة الرد إن كان لرد مؤنة.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن يكون المغضوب تالفاً فهو مضمون عليه سواء تلف

بفعله أو غير فعله، لقوله ﷺ عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ. ثم هو على ضربين:

أحدهما: أن يكون له مثل كالذي تتساوى أجزاؤه من الحبوب والأدهان والدراهم والدنانير فعليه رد مثله جنساً ونوعاً وصفة وقدرًا لأن مثل الشيء أخص به بدلاً من القيمة لأنه مثل في الشرع واللغة والقيمة مثل في الشرع دون اللغة فإن طلب أحدهم القيمة لم يجب إليها سواء كان طالبها الغاصب أو المغضوب منه لأنها غير المستحق فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل ففي جوازه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في جواز أخذ أرش العيب مع القدرة على رد المعيب.

والضرب الثاني: ألا يكون له مثل كالذي تختلف أجزاؤه من الثياب والعبيد فعليه قيمته

في أكثر أحواله قيمة من وقت الغضب إلى وقت التلف وبه قال جمهور الفقهاء وقال عبد الله بن حسن العنبري وأحمد بن حنبل عليه مثله من جنسه وعلى صفته استدلالاً برواية فليت العامري عن جسة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت مَا رَأَيْتُ صَانِعًا طَعَامًا مِثْلَ صَفِيَّةَ صَنَعَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ طَعَامًا فَبَعَثَتْ بِهِ فَأَخَذَنِي أَكَلُ فَكَسَّرْتُ الْإِنَاءَ فَقُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ قَالَ إِنَاءٌ مِثْلُ إِنَاءٍ وَطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ.

وما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أَنَّهُ رَجُلٌ فَقَالَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّ بَنِي

عَمَّكَ سَعُوا عَلَى إِبِلِي فَأَحْتَلَبُوا أَلْبَانَهَا وَأَكَلُوا فَضْلَانَهَا فَقَالَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نُعْطِيكَ إِبِلًا مِثْلَ إِبِلِكَ وَفُضْلَانًا مِثْلَ فَضْلَانِكَ . فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ وَقَدْ رَأَيْتُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ رَأْيًا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنَ الْوَادِي الَّذِي جَنَى فِيهِ بَنُو عَمَّكَ فَقَالَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نَعَمْ .

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ قَوْمٌ عَلَيْهِ^(١) إِنْ كَانَ مُوسِرًا فَأَوْجِبَ قِيَمَةَ الْحَصَةِ وَلَمْ يَوْجِبْ مِثْلَ تِلْكَ الْحَصَةِ وَلَأنَّهُ لَمَّا كَانَتْ أَجْزَاؤُهُ مَضمُونَةً بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْمِثْلِ حَتَّى مِنْ قِطْعٍ يَدُ دَابَّةٍ لَمْ تَقْطَعْ يَدُ دَابَّتِهِ وَمِنْ خَرَقٍ ثَوْبًا لَمْ يَخْرُقْ ثَوْبُهُ وَجِبَ أَنْ يَكُونَ فِي اسْتِهْلَاكِ الْعَيْنِ بِمِثَابَتِهِ وَلَأنَّ مَا تَخَلَّفَ أَجْزَاؤُهُ يَتَعَذَّرُ فِيهِ الْمِمَّاثِلَةُ وَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ زَائِدًا يَظْلَمُ بِهِ الْغَاصِبُ أَوْ نَاقِصًا يَظْلَمُ بِهِ الْمَغْصُوبُ وَالْقِيَمَةُ عَدْلٌ يُوْمِنُ فِيهَا ظَلَمُ الْفَرِيقَيْنِ .

فأما الجواب عن قوله إناء مثل الإناء، وطعام مثل طعام، فهو أن القيمة مثل في الشرع . قال الله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٩٥] فجعل قيمة الجزاء من الطعام مثلاً، وأما حديث عثمان رضي الله عنه فمحمول على التفضل منه لتطوعه بذلك عن غيره .

فصل: فإذا تقرر أنه مضمون بالقيمة دون المثل فلا يخلو أن يكون من جنس الأثمان أو من غير جنسها فإن كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان فقيمتها من غالب نقد البلد فيه أكثر ما كان قيمة من حين الغصب إلى حين التلف في سوقه وبلده فإن قيل لما لم يضمن نقص السوق مع بقاء العين وضمن نقص السوق مع تلف العين . قيل لأنه قد فوت عليه زيادة السوق مع تلف العين ولم يفوتها عليه مع بقاء العين، وإن كان من جنس الأثمان فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مباح الاستعمال كالحلي ففي كيفية ضمانه وجهان:
أحدهما: تضمن قيمته مصوغاً من غير جنسه إن كان من الذهب ضمن قيمته ورقاً، وإن كان من الورق ضمن قيمته ذهباً.

والوجه الثاني: أن يضمنه بمثل وزنه من جنسه وبأجرة صياغته مثل أن يكون وزنه مائة مثقال من ذهب وهو مصوغ فيضمنه بمائة مثقال ذهب وبأجرة صياغته . وهل يجوز أن تكون الأجرة ذهباً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز حتى تكون ورقاً لثلاً يفضي إلى الربا والتفاصيل في الذهب بالذهب، والوجه الثاني: وهو أصح أنه يجوز؛ لأنه بدل من الصياغة والعمل الذي لا يداخله

(١) أخرجه البخاري ١٥١/٥ كتاب العتق (٢٥٢٢) ومسلم ١١٣٩/٢ كتاب العتق (١٥٠١/١).

الربا ولو دخله الربا إذا كان ذهباً لدخله الربا وإن كان ورقاً لأنه لا يجوز أن تباع مائة دينار بمائة دينار ودرهم كما لا يجوز أن تباع بمائة دينار ودينار.

والضرب الثاني: أن يكون محذور الاستعمال كالأواني ففي ضمان صياغته وجهان بناء على اختلاف الوجهين في إباحة ادخارهما.

أحدهما: أن ادخارها محذور وصياغتها غير مضمونة لأنها معصية لا تقر فلم تضمن كصناعة الطنبور والمزمار لا تضمن بالنقص في الإبطال فعلى هذا يضمنه بمثله وزناً من جنسه.

والوجه الثاني: أن ادخارها مباح وصناعتها مضمونة فعلى هذا في كيفية ضمانها وجهان على ما مضى.

فصل: وأما الحالة الثالثة: وهو أن يكون المغصوب ناقصاً فعلى ضربين أحدهما: أن يكون حيواناً.

والثاني: أن يكون غير حيوان. فإن كان غير حيوان فالتقص على ضربين:

أحدهما: أن يكون متميزاً كالحنطة يتلف بعضها أو كالثياب يتلف ثوب منها أو ذراع من جملتها فيكون ضامناً للنقص بالمثل إن كان ذا مثل وبالقيمة إن لم يكن ذا مثل ويرد الباقي بعينه سواء كان التالف أكثر المغصوب أو أقله وهذا متفق عليه.

والضرب الثاني: أن يكون النقص غير متميز كثوب شقه أو إناء كسره أو رضضه فإن كان الناقص منه أقل منافعه أخذه وما ينقص من قيمته إجماعاً فيقوم صحيحاً فإذا قيل مائة درهم قوم ممزقاً أو مكسوراً فإذا قيل ستون درهما فنقصه أربعون درهماً فيأخذه ممزقاً أو مكسوراً ويأخذ معه أربعين درهماً وإن كان الناقص أكثر منافعه فقد اختلف الفقهاء فيه فذهب الشافعي رضي الله عنه أنه يأخذه وما نقص من قيمته حتى لو كان يساوي مائة درهم فصار بعد النقص يساوي درهماً أخذه وتسعة وتسعين درهماً. وهكذا لو تمزق الثوب وترضض الإناء حتى لم يبق لهما قيمة أخذ قيمتها كاملة وأخذ المروض والممزق ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة.

وقال مالك يكون المالك مخيراً بين تسليمه إلى الغاصب ويأخذ منه جميع القيمة وبين أن يمسك به ناقصاً ولا أرش له.

وقال أبو حنيفة: يكون المالك مخيراً بين أن يتمسك به ويرجع بأرش نقصه وبين أن يسلمه للغاصب ويرجع بجميع قيمته.

وإذا تمزق الثوب وترضض الإناء حتى بلغ النقص جميع قيمته غرم القيمة وملك المروض والممزق استدلالاً بأن لا يصير جامعاً بين البذل والمبدل. قالوا ولأن العين إذا ذهب أكثر منافعها صار الباقي ذاهب المنفعة فجاز له أن يرجع بجميع القيمة ولأن الأقل تبعاً للأكثر فلما كان غارماً لأكثر المنافع وجب أن يكون غارماً لأقلها ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

فإذا اعتدى باستهلاك البعض لم يجز أن يعتدى عليه باستهلاك الكل ولأن ما لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أقله لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياساً على النقص المميز، ولأن ما لم يكن تمييز بعضه موجباً لغرم لم يكن عدم تمييزه موجباً لغرم جميعه قياساً على النقص الأقل ولا يدخل على هاتين العلتين أطراف العبد.

فأما الجواب عن قولهم إنه جمع بين البذل والمبدل فهو غير صحيح لأن المأخوذ بدل من المستهلك دون الباقي فلم يكن جمعاً بين البذل والمبدل وأما الجواب عن قولهم إن الباقي من المنافع بعد ذهاب أكثرها ذاهب فهو أنه قول مطروح وعيان مدفوع ولو جاز أن يكون الباقي ذاهباً لكان الذاهب باقياً وأما الجواب عن قولهم إن الأقل تبع للأكثر فهو أنه لو جاز أن يكون هذا دليلاً على وجوب ضمان الأقل تبعاً لوجوب الضمان في الأكثر لكان دليلاً على سقوط ضمان الأقل تبعاً لسقوط الضمان في الأكثر حتى أنه لو أتلف أقل المنافع لم يضمنها لأنه يضمن الأكثر منها وهذا قول مردود.

فإذا ثبت وجوب أخذه وقدر نقصه قليلاً كان النقص أو كثيراً نفع الباقي منه أو لم ينفع نظر فإن كان من غير جنس الأثمان ضمن نقص قدر قيمته وإن كان من جنس الأثمان فقد قال أبو حنيفة: ليس له الرجوع بنقصه. وهو بالخيار بين تسليمه إلى الغاصب وأخذ قيمته كلها وبين إمساكه ولا أرش له لأن الأثمان مستحقة في الأرض فلم يجز أن يدخلها وهذا خطأ لأن كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه ولم يجز مع إمكان الأرض أن يكون هدراً وإذا كان هذا ضامناً ففي كيفية ضمانه وجهان على ما مضى:

أحدهما: يضمن أجره صنعه لا غير.

والثاني: يضمن قدر النقص من قيمته ذهباً إن كان من ورق وورقاً إن كان من ذهب.

فصل: فإن كان حيواناً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بهيمة.

والثاني: أن يكون آدمياً فإن كان بهيمة فإنه يردّها ويرد معها نقص ما بين قيمتها سليمة

وناقصة وسواء كان النقص بجناية أو حادثة وسواء كانت البهيمة ذات ظهر أو در وقال أبو حنيفة :

إن كان حيواناً ينتفع به من جهة واحدة كذات ظهر لا در لها مثل البغال والحمير أو ذات در لا ظهر لها كالغنم ضمنها بما نقص من قيمتها كقولنا، وإن كان ينتفع بها من جهتين كظهر ودر كالإبل والبقر كان في إحدى عينيه ربع قيمته وسائر أعضائه ما نقص استدلالاً بما رواه عن عمر رضي الله عنه أنه حكم في إحدى عيني بقرة بربع قيمتها وهذا خطأ لأن ما لم تضمن أعضاؤه بمقدر لم تضمن عينه بمقدر قياساً على سائر الأعضاء وما روي عن عمر رضي الله عنه فلا دليل فيه لأنها قضية وافقت الحكومة فيها ربع القيمة.

فصل: وقال مالك : إذا قطع ذنب حمار القاضي كان عليه جميع قيمته ولو كان لغير القاضي لزمه ما نقص من قيمته استدلالاً بأن في قطع ذنب حماره غضاضة على المسلمين ووهن في الدين وحسبك بقبح هذا القول دليلاً على فساده ولو جاز أن يجب في ذنب حماره جميع القيمة لوجب ذلك في تحريق ثيابه والتعدي في قماشه ولتضاعفت الجناية عليه على الجناية على غيره ولكان كل ما اختص به زائداً في الحكم على من سواه وفي اتفاق الجميع على أن القاضي وغيره في ضمان ما استهلكه أو جنى عليه وجب أن يكون وغيره على سواء في الجناية على حماره.

فصل: وأما الأدمي والعبد الذي يضمن بالجناية واليد فلضمان نقصه ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يضمن باليد وحدها.

والثاني : أن يضمن بالجناية وحدها.

والثالث : أن يضمن باليد والجناية معاً. فأما الحالة الأولى وهو أن يضمن باليد دون الجناية فصورته أن يغصب عبداً فيحدث به مرض يذهب منه عينه أو تتأكل منه يده أو ينهك بدنه فإنه يكون مضموناً على غاصبه بما نقص من قيمته سواء كان النقص في عضو مقدر بالأرض كالعين واليد أو غير مقدر كنحول الجسد لأنه لما كان ملحقاً في ضمان اليد بالبهايم دون الأحرار وجب أن يكون مضموناً بقدر النقص كالبهايم دون الأحرار وسواء زاد على ضمان الجناية أو نقص حتى لو ذهبت إحدى عينيه فنقص من قيمته الثلث لم يلزمه أكثر منه ولو نقصه الثلثان لم يقتصر على أقل منه، وذكر ابن أبي هريرة عن بعض أصحابنا أنه سوى بين ضمان اليد وضمان الجناية في التقدير وهو خطأ لما ذكرنا.

فصل: فأما الحالة الثانية : وهو أن يضمنه بالجناية دون اليد فصورته : أنه يرمي عبداً فيقلع إحدى عينيه أو يقطع يده أو يجرح جسده فكل ما لم يتقدر من الحر وكان فيه حكومة

كالذي يتقدر من الموضحة وشجاج الرأس ويتقدر من الجائفة من جراح الجسد ففيه من العبد ما نقص من قيمته لأن العبد أصل فيها للحر في اعتباره من نقص ديته . وكل ما كان مقدراً في الحر من ديته كان مقدراً في العبد من قيمته فعلى هذا في يدي العبد قيمته لأن في يدي الحر ديته وفي إحدى يديه نصف قيمته لأن في إحدى يدي الحر نصف ديته وفي إحدى أصابعه عشر قيمته لأن في إحدى أصابع الحر عشر ديته ثم كذلك في الشجاج وسائر الأعضاء ، وقال مالك لا يضمن العبد بمقدر إلا في الشجاج الأربعة الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة وهو مضمون فيما سوى هذه الأربعة بما نقص من قيمته . ودليلنا عليه أن ما تقدر في جراح الحر تقدر في جراح العبد قياساً على الشجاج الأربع ولأن ما تقدرت الجناية في شجاجة تقدرت الجناية في أطرافه كالحر .

فصل: فإذا ثبت أن الجناية عليه مضمونة بمقدر من قيمته فله أن يأخذ العبد بأرث الجناية وإن كانت بجميع قيمته كالجناية على يديه فيها جميع قيمته وكالجناية على ذكره توجب جميع قيمته وإن زادت قيمته بالجناية أضعافاً وهكذا لو أوجبت الجناية فيما استحقها على الجاني والعبد على ملكه فقطع ذكره وأنثيه يوجب كل منهما قيمته كاملة .

وقال أبو حنيفة إن كان أرث الجناية نصف القيمة فما دون أخذها من العبد على ملكه وإن كانت أكثر من النصف ملك الجاني بها العبد وعليه جميع قيمته ولا يوجب في الجناية عليه أكثر من قيمة واحدة استدلالاً بأنه مملوك فلم يجز أن يضمن بأكثر من قيمته كالأموال ، قال ولأن في غرم القيمة ورد العبد جمعاً بين البدل والمبدل وذلك غير جائز .

ودليلنا من وجهين :

أحدهما : أن الجاني لا يملك العبد بجنائه .

والثاني : أنها قد توجب أكثر من قيمته .

فأما الدلالة على أن الجاني لا يملك العبد بجنائه فهو أن كل ما لم يملك به غير العبد لم يملك به العبد كالغصب ولأن كل من لم يملك بالجناية على نفسه لم يملك بالجناية على أكثره كالمدير وأم الولد والمكاتب . ولأنها جناية على عبد فلم يجز أن يملك بها قياساً على من لم يزد أرشه على النصف ، ولأن جماعة لو اشتركوا في الجناية عليه في أكثر قيمته لم يملكوه فكذلك الواحد .

وتحريره : أن كل جناية لا تكون سبباً للملك عند الاشتراك لا تكون سبباً للملك عند الانفراد قياساً على نقص من النصف وأما الدلالة على أنها قد توجب أكثر من قيمته فهو أن كل من تقدرت الجناية في أطرافه جاز أن تزيد على ضمان نفسه كالحر . ولأن كل ما ضمن

بالجناية على الحر ضمن بالجناية على العبد قياساً على ما لم يزد على ضمان النفس . ولأن كل جناية أوجبت الزيادة على ضمان النفس في الحر أوجبت الزيادة على ضمان النفس في العبد قياساً على تكرار الجناية بعد الاندمال ولهذه المعاني امتنع أن يلحق بضمان الأموال ، وأما ما ذكره من الجمع بين البدل والمبدل فخطأ لأن المأخوذ بدل من الأطراف الفانية وليس يبدل من النفس الباقية كالحر الذي تؤخذ ديات أطرافه مع بقاء نفسه ولا يكون جمعاً بين بدل ومبدل .

وأما الحالة الثالثة : وهو أن يضمه باليد والجناية جميعاً . فصورتها أن يغصب عبداً فيقطع يده فلا يخلو حال قاطعها من أن يكون الغاصب أو غيره ، فإن قطعها الغاصب فهو ضامن لها بأكثر الأمرين من ضمان اليد أو ضمان الجناية لأن إحدى اليدين مضمونة في الجناية بنصف القيمة وفي الغصب بما نقص من القيمة ، فإذا كان الناقص من قيمته أكثر من النصف ضمنه ضمان الغصب لأنه لو انفرد بالغصب من غير جناية لضمن جميع نصفه ، فإذا صار مع الغصب جانباً فأولى أن يضمه ، وإن كان الناقص من قيمته أقل من النصف ضمنه ضمان الجناية لأنه لو انفرد بالجناية من غير غصب ضمن نصف قيمته فإذا صار مع الجناية غاصباً فأولى أن يضمه وإن كان الناقص من قيمته أقل من النصف ضمنه ضمان الجناية لأنه لو انفرد بالجناية من غير غصب ضمن نصف قيمته فإذا صار مع الجناية غاصباً فأولى أن يضمه وإن كان الجاني غير الغاصب فهو مضمون على الغاصب بأكثر الأمرين من ضمان الجناية أو ضمان الغصب وهو مضمون على الجاني ضمان الجناية دون الغصب وهو بالخيار بين الرجوع على الجاني أو الغاصب وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الجناية وضمان الغصب من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يتساويا فيكون الناقص من قيمته بقطع إحدى يديه النصف فله الخيار في الرجوع على أيهما شاء فإن رجع به على الغاصب رجع الغاصب به على الجاني وإن رجع به على الجاني لم يرجع الجاني به على الغاصب والله أعلم .

والقسم الثاني : أن يكون ضمان الجناية أكثر من ضمان الغصب مثل أن يكون الناقص من قيمته الثلث فله الرجوع بضمان الجناية وهو نصف القيمة على أيهما شاء فلو رجع به على الغاصب رجع الغاصب به على الجاني وإن رجع به على الجاني لم يرجع به الجاني على الغاصب .

والقسم الثالث : أن يكون ضمان الغصب أكثر من ضمان الجناية مثل أن ينقص من قيمته الثلثان فإذا أراد الرجوع به على الغاصب رجع عليه بثلاثي القيمة وهو ضمان الغصب

ورجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة وهو ضمان الجناية وإن أَرَادَ الرجوع على الجاني رجع عليه بنصف القيمة ضمان الجناية ورجع بالسدس الزائد عليه بضمن الغاصب على الغاصب لاختصاصه بضمانه دون الجاني فإن أَرَادَ أن يقتص لعبد الجاني عبداً فاقتص من إحدى يديه قوداً برىء الغاصب من نصف القيمة لاستيفاء السيد له بالقصاص وبقي عليه السدس الزائد بضمن الغاصب فيرجع به السيد على الغاصب وحده.

فصل: وإذا غصب عبداً فجنى العبد في يد الغاصب جناية عمد تستوعب جميع قيمته فالغاصب ضامن لما يستوفي من جنائته لأنه مضمون في يده وسواء استوفي ذلك في يد الغاصب أو في يد سيده لأنه يصير بالجناية مستحقاً من يد سيده بما هو مضمون على غاصبه وإذا كان كذلك فللمجني عليه حالتان:

حالة يعفو وحالة يستوفي فإن عفا خلص العبد لسيده وبرىء الغاصب من ضمان جنائته ولم يكن للسيد أن يطالبه بأرشها لأنه حق وجب لغيره فسقط بعفوه وإن استوفي المجني عليه حقه ولم يعفوا فعلى ضربين:

أحدهما: أن يستوفيه قوداً.

والثاني: أن يستوفيه غرمماً فإن استوفاه قوداً ضمن الغاصب ما أخذ بالقصاص فإن كان القصاص في نفسه ضمن جميع قيمته وإن كان في طرفه ضمن قدر نقصه سواء كان النقص مما تتعدد فيه الدية أو لا. لأن الطرف مضمون باليد دون الجناية فوجب أن يضمن بالنقص دون القدر وإن استوفاه غرمماً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون العبد في يد الغاصب.

والثاني: أن يكون قد عاد إلى يد السيد فإن كان في يد الغاصب فلا يخلو أرش الجناية من أحد أمرين. إما أن يزيد على قيمة العبد أم لا؟ فإن لم يزد على قيمته كان الغاصب مأخوذاً بغرمها للمجني عليه ليخلص العبد لسيده ولا معنى لبيعه في الجناية ثم غرم قيمته للسيد لأن إمكان رده يمنع من أخذ السيد لقيمته فإن كان الأرش زائداً على قيمة العبد ففي قدر ما يؤخذ الغاصب بغرمه قولان مبنيان على اختلاف قوله في السيد إذا منع من بيع عبده الجاني هل يلزمه قدر قيمته أو جميع أرش جنائته لأن الغاصب مأخوذ بفكاك العبد فصار مانعاً من بيعه ببدل الجناية فكان على قولين:

أحدهما: أن الغاصب مأخوذ بغرم قيمته لا غير ولا شيء للمجني عليه سواها ويخلص العبد لسيده.

والقول الثاني: أن الغاصب مأخوذ بغرم جميع الأرش وإن كانت قيمة ليخلص العبد

لسيده، فأما إن كان العبد قد عاد إلى يد سيده فلا مطالبة للسيد على الغاصب بأرث الجناية لأنه حق لغيره ولا مطالبة للمجنى عليه على الغاصب أيضاً لأن جناية العبد في رقبته وللمجنى عليه أن يأخذ العبد ليستوفي منه أرث جنائته فإذا أخذه فللسيد أن يأخذ الغاصب بفكاكه ورده فإن سبق المجنى عليه إلى بيعه فليس له أكثر من ثمنه وإن كان أقل من أرث جنائته وعمل الغاصب أن يغرم للسيد قيمته وليس عليه أن يستخلصه من مشتريه لأنه قد ملكه ببيع الحاكم له ومن ملك شيئاً لم يلزمه النزول عنه.

فصل: ولو غصب عبداً في عنقه جناية لم يفد منها فاستوفيت في يد الغاصب فلا يخلو حالها من أحد أمرين:

إما أن تستوفي غرمًا أو قوداً فإن استوفيت غرمًا بيع منه بقدرها ولا ضمان على الغاصب فيما بيع منه لأنه مستحق من يد السيد فصار كاستحقاقه بغير جناية وإن استوفيت قوداً، فعلى ضريين:

أحدهما: أن يكون في نفس.

والثاني: أن يكون في طرف، فإن كانت في نفس سقط عنه ضمان الغصب وكان القود منه كقبض السيد له، وإن كانت في طرف سقط عنه من ضمانه الأرث المقدر في طرفه لأنه مقوم شرعاً بمقدر فيه فإن كان الناقص من قيمته أكثر من المقدر ضمن الزيادة عليه مثاله أن يقتص من إحدى يديه المقدر بنصف القيمة فتقتص ثلثا قيمته فيلزم إذا رده أن يغرم سدس القيمة لأنها زيادة نقص حدثت في يده.

فصل: فلو كان قد جنى في يد سيده بقدر قيمته ثم جنى في يد الغاصب جناية بقدر قيمته فصارت الجنائتان في رقبته وهما ضعف قيمته فيشتركان في الرقبة ويصير حق كل واحد منهما متعلق بنصف الرقبة حكماً والنصف الآخر الذي استحقه الثاني في يد الغاصب مستحق على الغاصب وخلاصه به وفي قدر ما يخلصه به قولان: أحدهما: نصف القيمة.

والثاني: جميع الأرث وهو جميع القيمة والنصف الذي استحقه الأول في يد السيد ليس يلزم خلاصه فإن سلم العبد من جناية الثاني بإفثاك الغاصب له سلم كله للأول بخلاصه من جناية الثاني مع بقائه على ملك السيد وللأول أن يستوفي جميع أرشه من كل رقبته والغاصب برئ منها فيتوصل بالجنائتان بالغصب إلى استيفاء جميع الأرضين على ما وصفنا ولولاه لو كل كل واحد منهما إلى نصف حقه لاشتركا بهما بالأرضين في رقبته فلو كان العبد بعد الجنائتين مات في يد الغاصب ضمن الغاصب جميع قيمته وكانت بين الأول والثاني نصفين ثم على الغاصب أن يغرم للسيد نصف القيمة وهو ما استحقه الثاني منها لأنه ضامن لذلك

لحدوثه في يده فإذا أخذه السيد كان للأول أن يختص بأخذه لأنه بدل من العبد الذي استحق الجناية في رقبته وليس للسيد إذا استحق للأول ذلك من يده أن يرجع به على الغاصب لأنه من ضمانه لا من ضمان الغاصب فيتوصل الأول لموته مغصوباً إلى استيفاء جميع أرشه دون الثاني .

فصل: وإذا قتل السيد عبده المغصوب في يد الغاصب كان قبضاً وبرئ الغاصب من ضمانه ولو قطع إحدى يديه كان استيفاء لأقل الأمرين من نصف القيمة المقدرة في إحدى اليدين أو ما نقص من قيمته وكان ما بقي بعد أقلها مضموناً على الغاصب فإن نقص من قيمته بالقطع ثلثها أخذ الغاصب بعد رده مقطوعاً بغرم السدس من قيمته لأنه نقص زائد في يده ولو أعتقه السيد كان عتقه قبضاً ببرأ الغاصب به من ضمانه ولو كاتبه لم يبرأ بالكتابة من ضمانه إلا أن يعتق بالأداء فيبرأ وكذلك لو دبره لم يبرئه التدبير إلا أن يعتق بموت السيد فيبرأ بالعتق وكذلك أم الولد إذا غصبت ثم أعتقت في يد الغاصب بموت السيد برأ الغاصب .

فصل: وإذا جنى السيد على عبده فمثل به لم يعتق عليه وكانت جنايته هدرًا وقال مالك يعتق عليه بالمثل استدلالاً برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ مَثَلَ بِعَبْدِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ»^(١)، قالوا ولأنه فعل ما لم يكن له موجب منع ما كان له كالقاتل لمورثه يمنع من ميراثه .

ودليلنا: أن الأفعال المؤلمة لا توجب العتق كالضرب . ولأن كل جناية لا تبين بها الزوجة لا يعتق بها العبد كالتى لا مثلة فيها ولأن كل ملك لا يزول بجناية لا مثلة فيها لم يزل بجناية فيها مثلة كالزوجين . ولأن الجناية توجب إما غرمًا وإما قوداً وليس العتق واحد منهما، فأما الجواب عن حديث عمرو بن شعيب مع ضعف طريقه فمن وجهين :

أحدهما : أن المقصود به التغليظ والزجر كما قال من قتل عبده قتلناه .

والثاني : أنه محمول على تعليق عتقه بالمثلة فيعتق بها وإن كانت محظورة .

وأما الجواب عن استدلالهم بأن فعله ما لم يكن له موجب منع ما كان له ففاسد بما لا مثلة فيه من الجراح .

فصل: فإذا غصب حراً صغيراً فمات في يده حتف أنفه أو لسعته حية فلا ضمان عليه وقال أبو حنيفة إن مات حتف أنفه لم يضمه وإن لسعته حية فعليه ضمان ديته . وهذا خطأ لأن

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/٢٢٥ والحاكم في المستدرک ٤/٣٦٨ وابن سعد ٧/١٩٨ والبيهقي في السنن الكبرى ٨/٣٦ وابن عدي في الكامل ٢/٧٨٦ .

الحر لا يضمن باليد كالكبير ولأن من لم يضمن بالموت كبيراً لم يضمن به صغيراً كالميت حتف أنفه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : « وَلَوْ غَصَبَ جَارِيَةٌ تُسَاوِي مِائَةَ فَرَادَتْ فِي يَدِهِ بِتَعْلِيمٍ مِنْهُ أَوْ لِسْمِنٍ وَاعْتِنَاءٍ مِنْ مَالِهِ حَتَّى صَارَتْ تُسَاوِي أَلْفًا ثُمَّ نَقَصَتْ حَتَّى صَارَتْ تُسَاوِي مِائَةً فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَتُسَعْمَانَةُ مَعَهَا كَمَا تَكُونُ لَهُ لَوْ غَصَبَهُ إِيَّاهَا وَهِيَ تُسَاوِي أَلْفًا فَتَنْقُصُ تِسَعْمَانَةً » .

قال الماوردي : وهذا كما قال . وهذه المسألة مشتملة على فصلين : أحدهما : أن يغصبها زائدة فتنقص ثم تزيد . والثاني : أن يغصبها ناقصة فتزيد ثم تنقص فهي مسألة الكتاب وصورتها فيمن غصب أمة تساوي مائة فرادت ببراء أو سمن أو تعليم قرآن أو خط حتى صارت تساوي ألفاً ثم نقصت وعادت إلى حالها حين غصبت لعود المرض والهزال ونسيان ما علمت من الخط والقرآن حتى صارت تساوي مائة فإنه يردّها ويرد معها تسعمائة لنقص الزيادة الحادثة في يده .

وقال أبو حنيفة يردّها ولا غرم عليه لنقص ما زاد في يده استدلالاً بأنه رد المغصوب كما أخذه فاقضى أن لا يلزمه غرم قياساً عليه لو لم تحدث الزيادة في يده . قال ولأن الزيادة في يد الغاصب قد تكون من وجهين زيادة السوق وزيادة العين فلما كانت زيادة السوق غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت كانت زيادة العين غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت وتحريره قياساً أنها زيادة حدثت في يد الغاصب فوجب ألا يضمنها مع بقاء المغصوب قياساً على زيادة السوق طرداً وعلى تلف المغصوب عكساً ولأن ضمان الغصب إنما يستحق فيما غصب باليد دون ما لم يغصب وإن صارت تحت اليد ألا ترى لو أن شاة دخلت دار رجل لم يضمنها وإن صارت تحت يده وهكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لحصول ذلك بغير فعله وكذلك الزيادة الحادثة في يده .

ودليلنا هو : أنه نقص عين في يد الغاصب فوجب أن يكون مضموناً عليه قياساً على نقصها عن حال غصبها بأن يغصبها صحيحة فتمرض أو سمينة فتزهل ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها ضمن نقصها . كذلك وإن لم يبيعها ويحرر من اعتلاله قياساً :

أحدهما : أن كل عين ضمنت بالغصب ضمن ما تلف من زيادتها في الغصب قياساً على تلفها في يد المشتري .

والثاني : أن كل زيادة ضمنها الغاصب لو تلفت في يد المشتري ضمنها وإن تلفت في

يد نفسه قياساً على تلفها بجنائه، ولأن كل عين يضمنها الغاصب بجنائه فضمنانه لازم، وإن تلفت بغير جنائه كالأصل. ولأن ما ضمن أصله بالتعدي ضمنت زيادته في حال التعدي قياساً على الصيد إذا زاد في يد المحرم ثم نقص فإن أبا حنيفة يوافق على ضمان نقصه.

فالجواب عن قياسهم على ما لم يرد بعله أنه رده مثل ما غصبه فمن وجهين:

أحدهما: بطلانه بحدوث الزيادة في يد المشتري.

والثاني: أن معنى الأصل عدم الزيادة التابعة للأصل. وأما قياسهم على زيادة السوق فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنه لم يضمن زيادة السوق إذا نقصت في يد المشتري لم يضمنها إذا نقصت في يد نفسه ولما ضمن زيادة العين إذا نقصت في يد المشتري ضمنها إذا نقصت في يد نفسه.

والثاني: أنه لما لم يضمن زيادة السوق إذا كانت موجودة وقت الغصب لم يضمنها إذا حدثت بعد الغصب ولما ضمن زيادة العين إذا كانت موجودة وقت الغصب ضمنها إذا حدثت بعد الغصب.

ثم الفرق بين زيادة السوق والعين على أصول المذهب من وجهين:

أحدهما: أن له على زيادة العين يداً وليس له على زيادة السوق يد فضمن زيادة العين بثبوت يده عليها ولم يضمن زيادة السوق لارتفاع يده عنها.

والثاني: أن زيادة العين يكون فواتها نقصاً مضموناً لمنع المشتري بها من الرد بالعيب وزيادة السوق لا يكون فواتها مع بقاء العين نقصاً مضموناً، ألا ترى أن المشتري لو ابتاع جارية تساوي ألفاً فنقصت قيمتها بالسوق حتى صارت تساوي مائة ثم وجد بها عيباً لم يمنعه ذلك من ردها به ولو كان ذلك نقصاً لكان ممنوعاً من الرد بالعيب وأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره وإطارة الريح ثوباً إليها فهو أن صاحب الدار وإن لم يعلمه بحصولها في داره فهو ضامن كالغاصب لتعديه بترك إعلامه فعلى هذا يبطل الاستدلال وإن أعلمه لم يضمن والفرق بينهما أن الغاصب يجب عليه رد الزيادة فضمنها وصاحب الدار لا يجب عليه رد الشاة والثوب فلم يضمنها وإنما عليه التمكين منها بعد الطلب.

وأما الفصل الثاني: وهو أن يغصبها زائدة فتتقص ثم تزيد فصورته فيمن غصب جارية تساوي ألفاً لصحتها فتمرض حتى تساوي مائة ثم تبرأ فتزيد بالبرء حتى تساوي ألفاً ثم تسترد فلا يخلو حال الزيادة في الطرفين من أن تكون من جنس واحد أو من جنسين فإن كانتا من

جنسين فمثاله أن يغصبها مريضة تساوي ألفاً فيذهب عينها حتى تساوي مائة ثم تبرأ من مرضها حتى تساوي ألفاً فعليه إذا ردها أن يرد معها تسعمائة درهم نقص العمى ولا يكون حدوث الزيادة ببراء المرض مسقطاً لغرم النقص بالعمى وهكذا لو غصبها وقيمتها ألف لأنها كاتبة تحسن الخط فنسيته حتى صارت قيمتها مائة ثم تعلمت القرآن فصارت قيمتها بعد تعلمه ألفاً ردها وتسعمائة معها ولا تكون الزيادة بتعليم القرآن جبراً للنقص بنسيان الكتابة، وهكذا لو كانت تساوي عند غصبها ألفاً فمرضت حتى تساوي مائة ثم زادت السوق فصارت تساوي مع بقاء المرض ألفاً ردها ورد معها نقص المرض تسعمائة. وإن كانت الزيادتان من جنس واحد فمثاله أن يغصبها وقيمتها ألف لسلامتها فتذهب عينها حتى تساوي مائة ثم تبرأ عينها فتساوي بعد برئها ألفاً ويحدث بها مرض حتى تساوي قيمتها مائة ثم تبرأ منه حتى تعود قيمتها فتصير ألفاً أو تكون قيمتها ألفاً لحفظ القرآن فتتساه فتصير قيمتها مائة ثم تحفظه فتصير قيمتها ألفاً ففي ضمان النقص وجهان :

أحدهما : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه غير مضمون على الغاصب لأن ضمان الزيادة لم يفت استشهداً بقول الشافعي فيمن جنى على عين رجل فابيضت فأخذ ديتها ثم زال البياض أنه يرد ما أخذ من الدية لارتفاع النقص بحدوث الصحة فكذلك الغاصب.

والوجه الثاني : وهو قول أبي سعيد الإصطخري والأشبه بأصول الشافعي رضي الله عنه أنه مضمون على الغاصب فيردها وتسعمائة معها ووجهه أن حدوث النقص قد أوجب ثبوت الضمان في ذمته فما طرأ بعده من زيادة البرء فحادث على ملك المغصوب منه فلم يجز أن يسقط به ما قد ملكه من الغرم وليس كيباض العين بالجناية لأنها مضمونة بالفعل، والغصب مضمون باليد فعلى هذا يتفرع على هذين الوجهين إذا مات بعد برئها ضمن على قول أبي علي بن أبي هريرة ألفاً هي قيمتها وعلى مذهب أبي سعيد الإصطخري يضمن ألفاً وتسعمائة. أما التسعمائة فينقصها وأما الألف فقيمتها. ويتفرع عليها إذا غصبها وهي تساوي ألفاً فمرضت حتى صارت قيمتها مائة ثم برئت حتى صارت قيمتها ألفاً ثم مرضت حتى صارت قيمتها مائة فعلى قول أبي علي يردها وتسعمائة نقص مرة واحدة وعلى قول أبي سعيد يرد معها ألفاً وثمان مائة نقصها مرتين وهكذا لو عاد نقصها مائة مرة ضمن مائة نقص فلو عادت بعد النقص الثاني إلى البرء ثم ردها لم يلزمه على قول أبي علي شيء ولزمه على قول أبي سعيد غرم نقصين.

فصل : وإذا غصب عبداً ثميناً يساوي ألفاً فأهزله حتى ذهب سمنه ولم تنقص قيمته لم يضمن شيئاً ولو خصاه فلم تنقص قيمته ضمن القيمة والفرق بينهما أن الهزال غير مقدر

بالأرش ولا بالنقص فإذا لم ينقص لم يكن له أرش والخصاء مقدر بالقيمة إذا نقص لزمه ما تقدر من القيمة .

فصل: وإذا غصب عبداً يساوي مائة فزادت السوق حتى صار يساوي ألفاً ثم قطع إحدى يديه فعليه خمسمائة نصف الألف لأن زيادة السوق مضمونة مع فوات العين وهو مفوت بقطع إحدى اليدين نصف العين فيضمن النصف بزيادة السوق وعلى هذا لو كانت قيمته عند الغصب ألفاً ثم نقصت السوق فصارت قيمته مائة ثم قطع إحدى يديه ضمن خمسمائة لما ذكرناه تعليلاً والله أعلم .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «وَكَذَلِكَ هَذَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَالْحُكْمِ» .

قال الماوردي : وقد ذكرنا أن الغصب مضمون بأكثر ما كانت قيمته سوقاً وبدناً من حين الغصب إلى وقت التلف فإن كانت العين باقية سقط ضمان نقصها في السوق ولزم ضمان نقصها في البدن وإن كانت تالفة لزم ضمان نقصها في السوق والبدن وذكرنا الفرق بين السوق والبدن مع بقاء العين وذكرنا الفرق بين نقص السوق وبقاء العين وتلفها .

وقال أبو حنيفة : المغصوب مضمون بقيمته وقت الغصب وفيما مضى من الفرق بين ما ذكر دليل عليه . فأما المقبوض عن بيع فاسد فمضمون على المشتري لأنه مقبوض على وجه المعاوضة . فأما كيفية ضمانه فقد قال الشافعي ها هنا وكذلك هذا في البيع الفاسد فاختلف أصحابنا على وجهين :

أحدهما : أنه كضمان الغصب بأكثر ما كان قيمة لأن الزيادة ملك للبائع لبقاء المبيع على ملكه فاقضى أن تكون مضمونة مع الأصل كالغصب وهو الظاهر من قول الشافعي وكذلك هذا في البيع الفاسد .

والوجه الثاني : أنه مضمون بالقيمة وقت القبض ولا تكون الزيادة الحادثة بعد القبض مضمونة لأن البائع أباحها بغير بدل وتأولوا قول الشافعي رضي الله عنه وكذلك هذا في البيع الفاسد بأحد تأويلين . إما حملة على وجوب الضمان دون صفته . وإما حملة على ضمان الأجرة .

والقول الأول أصح وهو قول الأكثر من أصحابنا لأن تعليل الوجه الثاني بإباحة الزيادة على غير بدل يفسد بالمنافع لأنها وإن كانت مباحة بغير بدل فإنه يستحق بها الأجرة فكذلك الزيادة لأن الإباحة في الأمرين مع صحة العقد دون فساده والله أعلم .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «فِي وَلَدِهَا الَّذِينَ وَلِدُوا فِي الْغَصْبِ كَالْحُكْمِ

فِي بَدَنِهَا» .

قال الماوردي : وهذا كما قال . ولد المغصوبة مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجوداً عند الغصب أو حادثاً بعده وقال أبو حنيفة ولد المغصوبة غير مضمون على الغاصب سواء كان الغصب حملاً أو حادثاً إلا أن يمنع منه بعد الطلب فيضمن بالمنع استدلالاً بما ذكر في زيادة البدن ، في أن حصول الشيء في يده من غير فعل لا يوجب الضمان عليه كالريح إذا أطارت ثوباً والشاة إذا دخلت له داراً .

ودليلنا : هو أن ولد المغصوبة في يد الغاصب كالأم بدليل أنه لو ادعاه لقبل قوله لمكان يده فوجب أن يكون ضامن له باليد كأمه ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان الصيد ، ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم فولد الغصب أولى أن يكون مضموناً ويتحرر من اعتلاله قياساً

أحدهما : أن ما ضمنت به الأم من التعدي ضمن به الولد كالصيد على المحرم .

والثاني : أن ما ضمن به ولد الصيد ضمن به ولد المغصوبة كما لو منع ، ولأن أبا حنيفة يمنع من أن يكون حملها وقت الغصب مضموناً أو مغصوباً .

والدليل عليه هو أنه نهى عن أصل مضمون بالتعدي فصح أن يكون مضموناً ومغصوباً كالصوف واللين . ولأنه متصل بالمغصوب فصح أن يكون مضموناً كالسمن ولأن ما ضمن بالجنابة ضمن بالغصب كالمنفصل ، ولأن ما صح أن يضمن بالغصب خارج وعائه ، صح أن يضمن به في وعائه كالدرهم في كيس والحلي في حق .

فأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره والثوب إذا أطارته الريح إليها فهو أنه لا يكون بذلك متعدياً فلم يكن ضامناً ويكون بإمساك الولد متعدياً فكان ضامناً . ألا ترى أن دخول الصيد إلى داره لا يوجب عليه الضمان لعدم تعديه وولادة الصيد في يده توجب عليه الضمان لتعديه .

فصل : فإذا ثبت أن ولد المغصوبة مضمون على الغاصب فسواء تلف بعد إمكان رده أو قبل إمكانه فضمن قيمته في أكثر أحواله من حين الولادة إلى وقت التلف فإن نقصت قيمة أمه بعد الولادة فإن كان نقصها لغير الحمل ضمنه مع قيمة الولد وإن كان نقصها لأجل الحمل لم يضمنهما معاً لأن ضمان ولدها هو ضمان لحملها فكان ضامناً لأكثر الأمرين من نقص الحمل وقيمة الولد .

فصل : فإذا تقرر ما وصفناه للولد ثلاثة أحوال يضمن فيها ، وحال لا يضمن فيها ، وحال مختلف فيها . فأما حال الضمان ففي الغصب والجنابة والإحرام فإن ضمان الولد فيها واجب كالأم . وأما حال سقوط الضمان ففي الإجارة والرهن . والوديعة فإن ولد المستأجرة

والمرهونة والمودعة غير مضمون كالأم. فأما الحال المختلف فيها ففي العارية والبيع الفاسد ففي ضمان الولد فيها وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا في ضمان الأم في العارية والبيع الفاسد هل هو مضمون ضمان غصب أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه ضمان غصب فعلى هذا يكون الولد مضموناً بأكثر الأمرين من قيمته أو نقص الحمل كالغصب.

والوجه الثاني: أنه يكون مضمون ضمان عقد فعلى هذا يكون الولد غير مضمون لأنه لم يدخل في العقد.

فصل: فأما إذا غصب مالاً فاتجر به وبيع فيه ففي ربحه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم أنه لرب المال وهو مذهب مالك.

والقول الثاني: أنه للغاصب وهو مذهب أبي حنيفة ويذكر توجيه القولين في كتاب القراض فأما إذا غصب شيئاً فصاد به فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون آلة كالشبكة والقوس فالصيد للغاصب وعليه أجره الآلة.

والضرب الثاني: أن يكون عبداً فالصيد للمغصوب منه لأن يده يد لسيده وهل على الغاصب أجرته في مدة صيده أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: عليه الأجرة لأنه غاصب.

والثاني: لا أجره عليه لأن السيد قد صار إلى منفعه في ذلك الزمان.

والضرب الثالث: أن يكون جارحاً كالكلب والفهد والنمر ففي الصيد وجهان:

أحدهما: للغاصب لأنه المرسل فعلى هذا أجره الفهد والنمر. وهل عليه أجره الكلب أم لا؟ على وجهين.

والوجه الثاني: أن الصيد للمغصوب منه تغليياً للمالك فعلى هذا هل يلزم الغاصب أجره ذلك في زمان صيده أم لا؟ على ما مضى من الوجهين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ بَاعَهَا الْغَاصِبُ فَأَوْلَدَهَا الْمُشْتَرِي ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا الْمَغْصُوبُ أَخَذَ مِنَ الْمُشْتَرِي مَهْرَهَا وَقِيمَتَهَا إِنْ كَانَتْ مَيْتَةً وَأَخَذَهَا إِنْ كَانَتْ حَيَّةً وَأَخَذَ مِنْهُ قِيمَةَ أَوْلَادِهَا يَوْمَ سَقَطُوا أَحْيَاءَ وَلَا يُرْجَعُ عَلَيْهِ بِقِيمَةٍ مَنْ سَقَطَ مَيْتًا وَيَرْجَعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ بِجَمِيعِ مَا مِنْهُ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ لِأَنَّهُ غَرَّهُ وَلَا أَرَدَهُ بِالْمَهْرِ لِأَنَّهُ كَالشَّيْءِ يُتْلَفُ فَلَا

يُرْجَع بِغُرْمِهِ عَلَى غَيْرِهِ وَإِذَا كَانَ الْغَاصِبُ هُوَ الَّذِي أَوْلَدَهَا أَخَذَهَا وَمَا نَقَصَهَا وَمَهْرُ مِثْلِهَا وَجَمِيعَ وَلَدِهَا وَقِيمَةَ مَنْ كَانَ مِنْهُمْ مَيِّتًا وَعَلَيْهِ الْحَدُّ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِشُبْهَةٍ».

قال الماوردي: اعلم أن الشافعي رضي الله عنه ذكر هنا مسألتين:

أحدهما: في وطء المشتري فقدمها المزني. والثانية: في وطء الغاصب فأخبرها المزني وتقديمها أولى لأنها مقدمة لوطء المشتري فإذا وطء الغاصب الجارية المغصوبة لم يخل حاله من أحر أمرين: إما أن تكون له شبهة أو لا شبهة له فإن لم تكن له شبهة ووطئها عالماً بتحريم الزنا وإن وطء المغصوبة زناً فعليه الحد لكونه زانياً والولد إن جاءت به مملوك ولا يلحق به لقوله ﷺ: الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْغَايِرِ الْحَجَرُ وهو مضمون عليه إن مات أكثر ما كان قيمة وإن وضعت ولداً ميتاً ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: يكون مضموناً بقيمته لو كان حياً كما يضمنه بالجنابة إذا سقط ميتاً، وهو الظاهر من قول الشافعي رضي الله عنه وقيمة من كان منهم ميتاً ولعل هذا قول أبي العباس بن سريج.

والوجه الثاني: وهو الأصح وبه قال أبو علي بن أبي هريرة أنه لا يكون مضموناً لأننا لم نعلم له حياة متيقنة حتى يضمن بالتلف ويستقر عليه حكم الملك، والفرق بين الغصب والجنابة أن في الجنابة مباشرة تعلق الحكم بها وليس في الغصب مباشرة يتعلق الحكم بها، ألا ترى لو غصب حراً فمات لم يضمن ولو جنى عليه ضمن، ويكون تأويل قول الشافعي رضي الله عنه وقيمة من كان منهم ميتاً إذا علم موته بعد حياته فأما المهر فلا تخلو الأمة من أن تكون مطاوعة أو مستكرهة فإن كانت مستكرهة وجب المهر عليه وسقط الحد عنها وإن كانت مطاوعة حد وفي وجوب المهر عليه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أن المهر عليه واجب لأنه حق لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها كما لو بذلت قطع يدها لم يسقط عن القاطع ديتها.

والوجه الثاني: وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه وقول جمهور أصحابه أنه لا مهر لها عليه لأنها بالمطاوعة تكون بغى وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ مَهْرِ الْبَغْيِ وخالف قطع اليدين منها لأن القطع نقص دخل على بدنها وقيمتها وليس الوطء نقص في بدنها ولا قيمتها، ثم إن كانت بكرًا فعليه أرش بكارتها بالافتضااض لأنه استهلاك جزء منها وهكذا يلزمه غرم ما نقص من قيمتها بالولادة فإن تطاول زمان غضبها حتى يكون لمثله أجره فعليه أجره مثلها لأن منافع المغصوبة مضمونة فإن ماتت في يده ضمن جميع قيمتها أكثر ما كانت قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف وسقط عنه أرش البكارة ونقص الولادة لأنهما قد دخلا في ضمان

أكثر القيم ولا يسقط عنه ضمان المهر والأجرة لأنها بدل عن منفعة لا تتعلق بالقيمة ولو سلمها الغاصب إلى ربها حاملاً فماتت بعد التسليم نظر فإن كان موتها بغير الولادة فلا ضمان على الغاصب لأنه قد برىء من ضمانها بالتسليم وإن ماتت من ولادتها ففي ضمان قيمتها على الغاصب قولان مبنيان على اختلاف قوله في الزاني بالحررة إذا ماتت في ولادتها من زنا فهل يضمن ديتها:

أحدهما: يكون ضامناً لقيمتها ودية الحررة لموتها بسبب منه هو متعديه .

والقول الثاني: لا ضمان عليه من قيمة ولا دية لأن السبب قد انقطع حكمه بنفيه عنه فاقتضى أن ينقطع حكمه من تعلق الضمان به فأما إن مات ولدها بعد التسليم دونها لم يضمنه قولاً واحداً لأن وطأها إياها لا يكون سبباً لموت من تلده منه ولكن لو نقصت قيمتها بولادته كان في ضمانه لنقصه قولان كالموت فهذا ما يتعلق بوطئه من الأحكام عند عدم الشبهة وهي تسعة الحد، ونفي النسب، ورق الأولاد، وضمانهم بالتلف، والمهر مع الإكراه وأرش البكارة، وأجرة المثل، ونقص الولادة، وضمان قيمتها بالموت قبل التسليم وبعده .

فصل: فأما إن كانت له شبهة فالشبهة قد تكون من وجوه ثلاثة :

أحدها: الجهل بتحريم المغصوبة لحدوث إسلامه أو مقامه في بادية نائية عن الأمصار .

والثاني: الجهل بعينها وظنه أنها أمة يملكها . والثالث: ما يختص بمالكها من أن تكون أمة لولده أو صداقاً لزوجته ترى أنها لا تملك قبل الدخول إلا نصفها فإذا وطأ مع أحد هذه الشبه الثلاث سقط الحد عنه لقوله ﷺ: ادأروا الحدود بالشبهات وولدها لاحق لأن سقوط الحد بالشبهة جعلها فراشاً والنبي ﷺ يقول الولد للفراش ويكونوا أحراراً لأنهم ولدوا في شبهة ملك وعليه قيمتهم يوم سقطوا لأنه لولا شبهته لرقوا فصار بالشبهة مستهلك لرقهم فضمن قيمتهم يوم الوضع والولادة .

وقال أبو حنيفة: عليه قيمتهم يوم الترافع إلى القاضي وهذا خطأ لأنه لم يجر عليهم رق بعد الرجوع بل علقت بهم أحراراً ولكن لتعذر قيمته عند العلوق اعتبرناها بعد الولادة والوضع فأما من وضعته ميتاً فلا قيمة على الواطئ فيه بخلاف المولود ميتاً من زنا في أحد الوجهين والفرق بينهما أنه مع الشبهة حر لا يضمن باليد حتى يعلم سبب ضمانه بغير اليد وهو في الزنا مملوك يضمن باليد فلو ضرب أجنبي بطنها فألقت جنيناً ميتاً كان مضموناً على الضارب بغرة عبد لأنه جنين حر والغرة للواطئ لأنه أب وعلى الواطئ للسيد عشر قيمة الأم المستحق في جنين مملوك فإن كانت الغرة مثل عشر قيمة الأم أخذها السيد إلا أن يفتديها الواطئ بعشر

القيمة وإن كانت الغرة أكبر من عشر القيمة أخذ الواطيء الزيادة على العشر أرشاً بالأبوة وإن كانت أقل غرم تكملة عشر القيمة فأما المهر والأجرة وأرش البكارة ونقص الولادة فعلى ما مضى مع عدم الشبهة لأن المهر معتبر بشبهة الموطوءة دون الواطيء، والأجرة والنقص مضمونان باليد فلم تؤثر فيها الشبهة.

وقال أبو حنيفة: نقص الولادة غير مضمون عليه لدخوله فيما ضمن من قيمة الولد. وهذا خطأ لأن قيمة الولد معتبرة بنفسه فامتنع أن يدخل فيه نقص الأم، وإنما يدخل النقص في قيمتها لو ضمنت بالتلف وهكذا لو ماتت بعد تسليمها بالوضع والولادة ضمن قيمتها قولاً واحداً بخلاف موتها بالولادة من وطء غير الشبهة في أحد القولين.

والفرق بينهما أن ولد الشبهة لاحق به فكان سبب تلفها غير منقطع عن الغاصب حتى يحدث به التلف فضمنه وهو مع عدم الشبهة غير لاحق به فانقطع النسب عنه قبل التلف فلم يضمنه فهذا حكم وطء الغاصب في الحالتين.

فصل: فأما المشتري فشراؤه باطل وإن أجازاه المالك لفساد العقد فلم يصح بإجارة من بعد فإذا وطئها فحكم وطئها فيما يتعلق به كالحكم في وطء الغاصب فإن لم تكن له شبهة فهو كالغاصب إذا وطأ بغير شبهة في وجوب الحد واسترقاق الولد وضمان المهر مع الإكراه وأرش البكارة ونقص الولادة وأجرة المدة وقيمتها وقيمة أولاده بالموت على ما مضى سواء ثم السيد مخير في الرجوع بذلك كله على الغاصب أو المشتري، لأن كل واحد منهما ضامناً باليد فإن رجع بذلك على المشتري لم يرجع المشتري بشيء منه على الغاصب لأن ارتفاع شبهة المشتري تكون مع علمه بالغصب وهو مع علمه بالغصب غاصب فلزمه ضمان ذلك. فلذلك لم يرجع بغرمه على الغاصب ولكن يرجع عليه بالثمن الذي أخذه وإن رجع السيد بذلك على الغاصب بذلك كله على المشتري إلا أن تكون الجارية قد نقصت قيمتها في يد الغاصب قبل قبض المشتري فيختص بغرمه ولا يرجع به على المشتري لأن المشتري يضمن قيمتها أكثر ما كانت قيمة من وقت القبض إلى وقت التلف ولا يضمن ما نقص منها قبل قبضه ولا يجوز للسيد أن يرجع عليه به، ثم على الغاصب إذا رجع على المشتري بما غرمه أن يزيد عليه ما قبض من الثمن فإن كان جنسين تقابضاً وأيهما بدأ بمطالبة صاحبه فذاك له وإن كان من جنس واحد تقابضاه فإن كان فضل تراجعاً.

فصل: وإن كان للمشتري شبهة وهي الشبه الثلاث في الغاصب مع شبهة رابعة يختص بها دون الغاصب وهي جهله بأن الأمة غصب ثم حكمه فيما يجب بوطئه في حال الشبهة كالغاصب إذا وطئ بشبهة على ما ذكرنا من الأحكام المقررة إلا أن الغاصب في ضمان

قيمتها يلتزم أكثر مما كانت قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف فأما المشتري ففيه وجهان بناء على كيفية ضمان المقبوض ببيع فاسد:

أحدهما: يضمن قيمتها وقت القبض فعلى هذا إن كان قد حدث بها نقص قبل قبضها أو حدث بها زيادة بعد قبضه اختص الغاصب بتحملها.

والوجه الثاني: أن يضمن قيمتها أكثر ما كانت من وقت قبضه إلى حين التلف ولا يضمن النقص الحادث قبل قبضه ويضمن الزيادة الحادثة بعد قبضه فيكون في الوجهين معاً غير ضامن للنقص الحادث قبل قبضه وإنما الوجهان في الزيادة الحادثة بعد قبضه فيكون في أحد الوجهين غير ضامن وقد رواه الربيع في الأم.

وفي الوجه الثاني يضمنها وقد أشار إليه المزني في جامعه الكبير، ويكون ما لا يضمنه المشتري من فضل القيمة مرجوعاً به على الغاصب وحده وما سوى ذلك فهو من ضمان المشتري فإن رجع به على المشتري نظر فإن كان المشتري عالماً بالغصب فلا رجوع له بشيء منه على الغاصب وإنما يرجع عليه بما أخذه من الثمن وإن كان المشتري غير عالم بالغصب انقسم ما غرمه ثلاثة أقسام: قسم لا يرجع به، وقسم يرجع به، وقسم مختلف في الرجوع به. فأما القسم الذي لا يرجع به فهو ما كان مضموناً عليه بالعقد وذلك ثلاثة أشياء: أرش البكارة ونقص الولادة وقيمتها إن ماتت لا يرجع بشيء من ذلك على الغاصب لأنه دخل بعقد البيع على التزام تحملها. فأما القسم الذي يرجع به فهو ما كان غير مضمون عليه بالعقد ولم يكن في مقابلة عوض وذلك قيمة الأولاد فيرجع بها على الغاصب لأنه دخل بعقد البيع على أن لا يضمنهم وليس له عوض في مقابلتهم.

فأما القسم المختلف فيه فهو ما كان غير مضمون عليه بالعقد لكنه في مقابلة عوض وذلك شيئان المهر والأجرة؛ لأن المهر في مقابلة الاستمتاع والأجرة في مقابلة المنفعة وهما مما تصح المعاوضة عليها ففي رجوعه بها على الغاصب قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم يرجع بها على الغاصب لأنه عاد له.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد لا يرجع بهما عليه لعلتين:

إحداهما: أنه غرم استحق بفعله، والثانية: أن الغاصب متسبب والمشتري مباشر والضمان متعلق بالمباشرة دون السبب والله أعلم.

فصل: ولو كان السيد قد رجع بذلك على الغاصب دون المشتري، نظر فإن كان المشتري عالماً بالغصب يرجع بجميعه على المشتري؛ لأن المشتري لو غرمه مع علمه

بالغصب لم يرجع به على الغاصب فكما غرمه المشتري لم يرجع به على الغاصب فإذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري فعلى هذا للغاصب أن يرجع على المشتري بأرش البكارة ونقص الولادة وقيمة الجارية لأن المشتري لا يرجع بهذه الثلاثة وليس للغاصب أن يرجع بقيمة الأولاد لأن المشتري يرجع بقيمتهم. وهل للغاصب أن يرجع بالمهر والأجرة أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يرجع إذا قيل إن المشتري يرجع وهو قوله في القديم.

والثاني: يرجع إذا قيل إن المشتري لا يرجع وهو قوله في الجديد.

فصل: فلو كان الغاصب قد وطأها قبل البيع ثم وطأها المشتري بعد الشراء تعلق بوطء الغاصب ما ذكرناه في انفراده بوطئها وتعلق بوطء المشتري ما ذكرناه في انفراده بوطئها وكان ما لزم الغاصب غير مضمون على المشتري لتقدمه على يديه ويرجع به السيد على الغاصب وحده، وكان ما لزم المشتري مضمون على الغاصب لأنه حادث بعد يده والسيد مخير في الرجوع به على أيهما شاء ثم التراجع بينهما على ما ذكرنا.

فصل: فأما كونها أم ولد للواطئ من الغاصب أو المشتري فإن كان مع عدم الشبهة لم تصر أم ولد في الحال ولا إن ملكها في ثاني الحال لأن الولد لم يلحق به فلم يجز أن تصير أم ولد به وإن كان مع الشبهة ولحق به الولد لم تصر أم ولد قبل أن يملكها.

وقال المزي تصير أم ولد للمشتري دون الغاصب لشبهته وعدم علمه وتقوم عليه ولا ترتجع منه للحقوق ولدها به في شبه ملك فصار كأحد الشريكين في إحيال الأمة المشتركة يوجب تقويم حصه الشريك عليه. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن ولدها قد يلحق بالغاصب مع الشبهة كما يلحق بالمشتري مع الشبهة ثم لم يوجب ذلك تقويمها على الغاصب فكذلك لا يوجب تقويمها على المشتري.

والثاني: أن من لم ينفذ عتقه قولاً مع جواز أمره لم ينفذ فعلاً وقد ثبت أن المشتري لو أعتقها لم ينفذ عتقه فكذلك إذا أحبلها لم تصر أم ولده فلهذين ما قلنا إنها على ملك السيد المغصوب منه ولا تقوم على من حبلت منه فإن ملكها المحبل لها فهل تصير له أم ولد بما تقدم من إحيالها على قولين لأنه إحيال في شبهة ملك. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ كَانَ ثَوْبًا فَأَبْلَاهُ الْمُشْتَرِي أَخَذَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي وَمَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ صَاحِبًا يَوْمَ غَضَبِهِ وَبَيْنَ قِيَمَتِهِ وَقَدْ أَبْلَاهُ وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ بِالثَّمَنِ الَّذِي دُفِعَ وَلَسْتُ أَنْظُرُ فِي الْقِيَمَةِ إِلَى تَغْيِيرِ الْأَسْوَاقِ وَإِنَّمَا أَنْظُرُ إِلَى تَغْيِيرِ الْأَبْدَانِ».

قال الماوردي : وهذه المسألة أيضاً تشتمل على فصلين :

أحدهما : في إبلاء الغاصب له .

والثاني : في إبلاء المشتري فبدأ بالغاصب فلا يخلو حاله في الثوب الذي غصبه من

أربعة أقسام :

أحدها : أن لا يبلى في يده ولا تمضي عليه مدة يكون لها أجره فهذا يرد الثوب ولا

شيء عليه سواه .

والقسم الثاني : أن يكون قد بلى ولم تمض عليه مدة يكون لها أجره فهذا يرد ويرد

معه أرش البلى لا غير .

والقسم الثالث : أن لا يبلى ولكن قد مضت عليه مدة يكون لها أجره فهذا يرد ويرد

معه أجره مثله لا غير .

والقسم الرابع : أن يبلى وتمضي عليه مدة يكون لها أجره فهل يجمع عليه بين الأرش

والأجرة أولاً ؟ على وجهين :

أحدهما : يجمع بينهما ويجبان عليه لاختلاف موجبهما لأن الأرش يجب باستهلاك

الأجزاء والأجرة تجب باستهلاك المنفعة .

والوجه الثاني : أنهما يجتمعان عليه ويجب عليه أكثر الأمرين من الأرش والأجرة لأن

استهلاك الأجزاء في مقابلة الأجرة . ألا ترى أن المستأجر لا يضمن أرش البلى لأنه في مقابلة

ما قد ضمنه من الأجرة ولكن لو كان المغضوب عبداً فمضت عليه في يد الغاصب مدة هزل

فيها بدنه وذهب فيها سمنه لزمته الأجرة مع أرش الهزال وجهاً واحداً والفرق بينهما وبين

الثوب أن استعمال الثوب موجب لبلاه وليس استخدام العبد موجباً لهزاله والله أعلم .

فأما المشتري فيلزمه ما يلزم الغاصب من الأرش والأجرة على ما وصفنا من الأقسام

الأربعة لكن عليه الأجرة وأرش البلى من وقت قبضه لا من وقت الغصب . وقول الشافعي

رضي الله عنه ها هنا أخذه من المشتري وما بين قيمته صحيحاً يوم غصبه وما بين قيمته وقد

أبلى فليس بمحمول على ظاهره ، وفيه لأصحابنا ثلاثة تأويلات :

أحدها : وهو تأويل أبي علي بن أبي هريرة أنه محمول على أن قيمته يوم الغصب

والبيع سواء .

والثاني : أنه محمول على أنه اشتراه يوم الغصب .

والثالث : هو تأويل أبي حامد الاسفراييني أن معنى قوله من يوم الغصب أي من يوم

صار المشتري في حكم الغاصب ؛ فإذا تقرر هذا فما لزم الغاصب لا يضمنه المشتري وما لزم

المشتري يضمّنه الغاصب وللمالك الخيار والرجوع به على أيهما شاء فإن رجع به على المشتري لم يرجع المشتري بأرش البلى . وهل يرجع بالأجرة أم لا؟ على قولين وإن رجع به على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بأرش البلى وهل يرجع بالأجرة أم لا؟ على قولين .

فصل: ولو أن غاصب الثوب أجره من رجل فأبلاه ضمن المستأجر لربه أرش بلاء وأجرة مثله وكان مخيراً بين الرجوع بهما عليه أو على الغاصب فإن رجع بهما عليه كان له أن يرجع على الغاصب بأرش البلى لأن المستأجر لا يضمّنه ولا يرجع بالأجرة لأن المستأجر ضامن لها ولكن يرجع عليه بما دفعه إليه من الثمن ولو رجع المالك على الغاصب لم يرجع الغاصب بأرش البلى ورجع بأجرة المثل بعد رد الثمن .

فصل: ولو أن غاصب الثوب أعاره فرجع المالك على المستعير بالأجرة وأرش البلى ففي رجوع المستعير بهما على الغاصب قولان: ولو كان المالك قد رجع بهما على الغاصب كان في رجوع الغاصب بهما على المستعير قولان .

فصل: ولو أن غاصب الثوب أودعه فرجع المالك على المودع بأرش البلى والأجرة رجع المودع بهما على الغاصب لأنه نائب عنه وليس للغاصب لو غرمها أن يرجع بها على المودع .

فصل: ولو أن غاصب الثوب أودعه عند مالكة فتلف وهو لا يعلم به ففي سقوط الضمان عنه وجهان من اختلاف قوله فيمن غصب طعاماً ووهبه لمالكة فأتلفه وهو لا يعلم به ، ولو أن مالك الثوب أودعه عند غاصبه أو أجره فتلف فإن كان فعل ذلك بعد قبضه سقط عنه الضمان وإن كان قبل قبضه ففي سقوط الضمان وجهان ذكرناهما في الرهن والله أعلم .

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى:** «ولست أنظر في القيمة إلى تغير الأسواق وإنما أنظر إلى تغير الأبدان وهذا كما قال نقص المغصوب مع بقاء عينه نوعان نقص بدن ونقص ثمن . فأما نقص البدن فضربان: ضرب نقص عن حال الغصب كالغصب سميناً فيهزل أو صحيحاً فيمرض فهو مضمون على الغاصب باتفاق وضرب نقص عن زيادة حادثة بعد الغصب كالغصب هزيلاً فيسمن ثم يهزل أو مريضاً فيصح ثم يمرض فهو مضمون الزيادة بالنقص وقال أبو حنيفة لا يضمن وقد تقدم الكلام معه .

فصل: فأما نقص الثمن فكان المغصوب يساوي ألفاً لزيادة السوق فيرده وهو يساوي مائة لنقص السوق فهذا النقص غير مضمون على الغاصب وقال أبو ثور هو مضمون عليه استدلالاً بأمرين:

أحدهما : أنه نقص يضمه الغاصب مع تلف العين فوجب أن يضمه مع بقائها قياساً على نقص البدن .

والثاني : أنه عدوان يضمن به نقص البدن فوجب أن يضمن به نقص الثمن قياساً على تلف العين .

ودليلنا أنه مغضوب لمن ينقص في بدنه فوجب أن يبرأ الغاصب برد عينه قياساً على ما لم ينقص من ثمنه ولأن رد المغضوب بعينه أحص براءة الذمة في رد مثله ثم ثبت أنه لو غصب ذا مثل فاستهلك ثم رد مثله وأرخص ثمناً لنقص سوقه لم يلزمه رد مثله أن يضمن نقص ثمنه فأولى إذا رده بعينه أن لا يضمن نقص ثمنه فأما جمعه بين نقص السوق مع بقاء العين وبين نقصها مع تلف العين فالفرق بينهما أن نقص السوق مع بقاء العين غير مستهلك ولا فائت لجواز عوده فلم يضمه وهو مع تلف العين مستهلك فائت فضمه فأما جمعه بين نقص السوق والبدن فالفرق بينهما من وجهين ذكرناهما مع أبي حنيفة :

أحدهما : ثبوت يده على زيادة البدن فضمنها بالنقص وارتفاع يده عن زيادة السوق فلم يضمها بالنقص .

والثاني : أن نقص البدن عيب يمنع المشتري من الرد .

فصل : فإذا ثبت هذا فنقص البدن مضمون مع بقاء العين وتلفها ونقص الثمن غير مضمون مع بقاء العين وهو مضمون مع تلفها فعلى هذا لو غصب ثوباً يساوي عشرة دراهم فبلي حتى نقص عشر ثمنه ثم زاد الثوب لزيادة السوق حتى صار يساوي مائة فعليه عشر العشرة التي هي الثمن الأول وذلك درهم واحد لأن العشر في الثوب مستهلك قبل حدوث الزيادة وهو لو استهلك جميع الثوب حتى كان يساوي عشرة ثم صار مثله يساوي مائة لم يلزمه إلا عشرة فكذلك إذا استهلك عشر الثوب لم يلزمه إلا عشر العين ، ولو غصبه وهو يساوي مائة ثم نقص ثمنه بنقص السوق حتى صار يساوي عشرة ثم بلي بعد نقص ثمنه بلا نقصه عشر الثمن ضمن عشر المائة وهو الثمن الأول وذلك عشرة دراهم لأن الغاصب يضمن بالتلف أكثر ما كان ثمناً ولو أتلف الثوب لزمته المائة فكذلك إذا أتلف عشره لزمه عشر المائة والله أعلم بالصواب .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «وَإِنْ كَانَ الْمَغْضُوبُ دَابَّةً فَشَغَلَهَا الْغَاصِبُ أَوْ

لَمْ يَشْغَلْهَا أَوْ دَاراً فَسَكَنَهَا أَوْ أَكْرَاهَا أَوْ لَمْ يَسْكُنْهَا وَلَمْ يَكْرِهَا فَعَلَيْهِ كِرَاءٌ مِثْلُ كِرَاءِ ذَلِكَ مَنْ حِينَ أَخَذَهُ حَتَّى يَرُدَّهُ وَلَيْسَ الْغَلَّةُ بِالضَّمَانِ إِلَّا لِلْمَالِكِ الَّذِي قَضَى لَهُ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَدْخَلَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَنْ قَالَ إِنَّ الْغَاصِبَ إِذَا ضَمِنَ سَقَطَ عَنْهُ الْكِرَاءُ قَوْلُهُ إِذَا أَكْثَرَى قَمِيصاً فَأَثَرَتْ بِهِ أَوْ بَيْتاً فَغَصَبَ فِيهِ رَحَى أَنَّهُ ضَامِنٌ وَعَلَيْهِ الْكِرَاءُ.

قال الماوردي : وهذا كما قال منافع المغصوب مضمونة على الغاصب بالأجرة. سواء انتفع أو لم ينتفع وقال أبو حنيفة لا يضمنها ولا أجرة عليه فيها سواء انتفع أو لم ينتفع. وقال مالك يضمنها بالأجرة إن انتفع بها ولا يضمنها إن لم ينتفع بها واستدلوا على سقوط الأجرة برواية أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ فجعل الخراج والغلة لمن عليه ضمان الرقبة فلما ضمن الغاصب الرقبة سقط عنه ضمان الغلة. قالوا ولأن منافع الأعيان تبع لها فإذا ضمنت الرقبة دخل فيها ضمان المنفعة كالمشتري لما ضمن الرقبة بالثمن دخل فيه ضمان المنفعة. وتحريره قال إن ما أوجب ضمان الرقبة سقط معه ضمان المنفعة كالبيع. قالوا ولأن منفعة الحر قد يصح المعاوضة عليها بالبدل ولا تضمن بالغصب فكذلك منافع المملوك وإن صحت المعاوضة عليها بالبدل لم يضمنها بالغصب ويتحرر منه قياساً :

أحدهما : أنها منافع أعيان فلم تضمن بالغصب قياساً على منافع الحر.

والثاني : أن ما لا يضمن به منافع الحر لم يضمن به منافع العبد كالعارية طرداً والإجارة عكساً. قالوا ولأن المنفعة منفعتان منفعة استمتاع توجب المهر ومنفعة استخدام توجب الأجرة فلما لم يضمن الغاصب منفعة الاستمتاع بالمهر لم يضمن منفعة الاستخدام بالأجرة يتحرر منه قياساً :

أحدهما : أنه نوع انتفاع فوجب ألا يضمن بالغصب كالاستمتاع.

والثاني : أن ما لم يضمن به المهور لم يضمن به الأجور كالجنائية. قالوا ولأن أصول الشرع مقررة على أن ما أوجب ضمان العين أسقط ضمان المنفعة كالبيع وما أوجب ضمان المنفعة أسقط ضمان العين كالإجارة وكانت الأصول مانعة من الجمع بين الأمرين فلما أوجب الغصب ضمان العين وجب أن يسقط ضمان المنفعة وتحريره قياساً أن ما أوجب أحد الضمانين منع من اجتماع الضمانين كالبيع والإجارة.

ودليلنا قوله تعالى : ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ فلما لم يجز أن يعتدي على مالكة باستهلاك منفعه أوجب العموم مثلاً مشروعاً وهو الأجرة لأن القيمة أخذ المثلين ولأن ما ضمن بالعقود ضمن بالغصب كالأعيان ولأن ما ضمن به الأعيان ضمن

به المنافع كالعقود ولأن المنافع مال بدليل أن ما جازت به الوصية تملكاً كان في نفسه مالاً كالأعيان ولا يدخل عليه الكلب لأن الوصية به بدل تملك لا تملك ولأن الوصية بالمنافع معتبرة من الثلث فكانت مالاً كالرقاب ولأن ضمان الغصب أعم من ضمان العقد وضمن المنافع أعم من ضمان الأعيان لأن الوقف مضمون بالغصب دون العقد ويصح العقد منه على المنفعة دون الرقبة فلما ضمنت المنافع بالعقود فأولى أن تضمن بالغصب ولو ضمن بالغصب الأعيان فأولى به المنافع فيكون هذا ترجيحاً في الأصلين من طريق الأولى ويتحرر منه القياسان المتقدمان ولأن منافع الأعيان قد تتنوع نوعين نوع يكون نفعه باستهلاكه كالمأكول ونوع يكون نفعه باستبداله واستخدامه كالثياب والعبيد فلما ضمن الغصب نفع الاستهلاك وجب أن يضمن به نفع الاستخدام ويتحرر من اعتلاله قياساً:

أحدهما: أنه نوع نفع فوجب أن يضمن بالغصب كالأكل.

والثاني: أن ما ضمن نفعه استبدلاً كالمبذول عوضاً ولأنه لما ضمن بالغصب ما لم ينتفع به من الأعيان التالفة في يده فأولى أن يضمن ما قد استهلكه من المنافع بيده لما ضمن المنافع بالمرضاة والاختيار فأولى أن يضمنها مع الإكراه والإجبار فأما الجواب عن قوله ﷺ: الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ فهو أن الغاصب غير مراد به لأنه جعل خراج الغلة لمن عليه ضمان الرقبة والغاصب لا يملك الغلة مع ضمان الرقبة فجاز أن يضمنها مع ضمان الرقبة؛ ويكون الحديث محمولاً على مالك الغلة الذي يملك بضمانه الرقبة وهو المشتري وقد روي ذلك في الحديث نقلاً، فأما قياسهم على المشتري فالمعنى فيه حدوث المنافع مع ملكه فلذلك لم يضمنها والمنافع في الغصب حادثة على ملك المغصوب فلذلك كان الغاصب ضامناً لها، وأما قياسهم على منافع الحر فقال الشافعي رضي الله عنه في كتاب السير إن الإمام إذا أكره مشركاً أو الذمي حملاً على كلام الشافعي في عبارته في الأم على الجهاد معه فعليه أجرة مثله يوم إكراهه على الخروج معه. واختلف أصحابنا في منافع الحر هل تضمن بالتفويت أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها مضمونة على من فوتها عليه بحبسه وتعطيله استشهاده بذلك من قول الشافعي رضي الله عنه واستشهاده بمنافع العبد فعلى هذا يبطل استدلالهم به.

والوجه الثاني: وهو أصح الوجهين وبه قال جمهور أصحابنا أن منافع الحر ليست مضمونة بالتفويت والحبس وإنما هي مضمونة بالاستهلاك والإجبار على العمل وحملوا كلام الشافعي على أنه أوجب له الأجرة لإكراهه على الجهاد فكذا حال الأحرار إذا أكرهوا على الأعمال استحقوا الأجرة فعلى هذا يكون الفرق بين المملوك حيث كانت منافعه مضمونة بالتفويت وبين الحر حيث لم تضمن منافعه بالتفويت من وجهين:

أحدهما: أن العبد لما كان مضموناً باليد كانت منافعه مضمونة باليد والحر لما لم يضمن باليد لم تضمن منافعه باليد.

والثاني: أن منافع الحر في يده فلذلك لم تضمن إلا بالاستهلاك وليست منافع العبد في يده بل في يدي مالكة فلذا ضمنها بالتفويت وبالاستهلاك. ألا تراه لو حبس حراً ومعه مال فتلف لم يضمنه لأنه تالف في يد مالكة ولو حبس عبداً ومعه مال فتلف ضمنه لأنه في يد غاصبه.

وأما قياسهم على يد الاستمتاع من المهر فنحن نوجبه بالغصب على المستكره وفي الجواب بهذا مقنع فأما بالمنع فلا نوجبه. والفرق بين أجره المنافع حيث وجبت بالمنع وبين الاستمتاع حيث لم يجب بالمنع من وجهين:

أحدهما: أن سيد المغصوبة قد كان يقدر على مهرها بتزويجها ولا يقدر على أجرتها بإجارتها لأن تزويج المغصوبة يجوز وإجارتها لا تجوز.

والثاني: أن المهر لا يزيد بطول المدة ويمكن استدراكه بالعقد بعد ردها فلم يضمنه لأنه لم يفت. والأجرة تزيد بطول المدة ولا يمكن استدراك ما مضى بعد ردها فضمنه لأنه قد فات. وأما استدلاله بالمنع من الجمع بين ضمان المنفعة والعين بما ذكره من شاهدي البيع والإجارة فالجواب عنه ما ذكره الشافعي رضي الله عنه من أنه غير ممتنع أن يجتمع ضمان العين والمنفعة كمن استأجر ثوباً فآثر به أو داراً فأسكن فيها حدادين أنه يكون ضامناً للأجرة وللرقبة فإن سلموا هذا كان نقصاً وإن ارتكبوه فقد جعلوا لكل مستأجر أن يستوفي المنفعة ويسقط عن نفسه الأجرة بالتعدي فيصير مسقطاً لحق واجب بظلم وتعد والتعدي يوجب إثبات حق ولا يجوز أن يوجب إسقاط حق وفي القول بهذا من نقص الأصول ما لا يوازيه التحرز من التزام دليل ثم يقال له ليس يمتنع أن يكون الفعل الواحد موجباً لحقين من وجهين. ألا ترى أن القتل يوجب الدية والكفارة وهما حقان وقتل الصيد المملوك يوجب القيمة والجزاء، والسرقه توجب القطع والرد فكذلك الغصب يوجب الضمان للأجرة وضمان العين.

فصل: فإذا تقرر أن منافع المغصوب مضمونة ف ضمانها بشرطين:

أحدهما: أن تكون المنفعة مما يعاوض عليها بالإجارة وما لا تصح إجارتها كالنخل والشجر والدراهم والدنانير لم يلزم في الغصب أجرة.

والثاني: أن يستديم مدة الغصب زماناً يكون لمثله أجرة فإن قصر زمانه عن أن يكون لمثله أجرة لم يلزمه بالغصب أجرة.

فصل: وإذا غصب الرجل مكاتبة فحبسه زماناً ضمن أجره مثله لأن المكاتب عبد يضمن باليد وكذلك أم الولد فأما السيد إذا حبس مكاتبه عن نصفه حولاً ففيه قولان:

أحدهما: أنه يضمن أجره مثله في الحول كالأجنبي.

والقول الثاني: أن عليه إنظاره بحال الكتابة حولاً مثل زمان حبسه فكأنه آخر زمان كتابته والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ اسْتَكْرَهَ أَمَةٌ أَوْ حُرَّةٌ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ وَلَا مَعْنَى لِلْجَمَاعِ إِلَّا فِي مَنْزِلَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا أَنْ تَكُونَ هِيَ زَانِيَةً مُحْدُوْدَةً فَلَا مَهْرَ لَهَا وَمَنْزِلَةٌ تَكُونُ مُصَابَةً بِنِكَاحٍ فَلَهَا مَهْرُهَا وَمَنْزِلَةٌ تَكُونُ شُبْهَةً بَيْنَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالزَّانَا الصَّرِيحِ فَلَمَّا لَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّهَا إِذَا أُصِيبَتْ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهَا وَلَهَا الْمَهْرُ عَوَضًا مِنَ الْجَمَاعِ انْتَبَى أَنْ يَحْكُمُوا لَهَا إِذَا اسْتَكْرَهَتْ بِمَهْرٍ عَوَضًا مِنَ الْجَمَاعِ لِأَنَّهَا لَمْ تُبَيِّحْ نَفْسَهَا فَإِنَّهَا أَحْسَنُ حَالًا مِنَ الْعَاصِيَةِ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ إِذَا كَانَتْ عَالِمَةً».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا استكره الرجل امرأة على نفسها حتى وطئها كرهاً وجب عليه الحد دونها واختلفوا في وجوب المهر لها فذهب الشافعي رضي الله عنه إلى وجوب المهر عليه حرة كانت أو أمة.

وقال أبو حنيفة لا مهر عليه حرة كانت أو أمة.

وقال مالك: إن كانت حرة فعليه المهر وإن كانت أمة فلا مهر عليه واستدل من أسقط عنه المهر بما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ بِالتَّخْفِيفِ يَعْنِي الزَّانَا وَهَذَا زَنَا فُوجِبَ أَنْ يَسْقُطَ فِيهِ الْمَهْرُ وَرَوَى ابْنُ سِيرِينَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ كَسْبِ الزَّانَرَةِ قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ يَعْنِي الزَّانِيَةَ كُنْهِيَ عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ قَالُوا وَلَأنَّهُ وَطِءَ أَرْجَبَ حَدًّا فَلَمْ يُوجِبْ مَهْرًا كَالْمُطَاوَعَةِ قَالُوا وَلَأنَّ الْحَدَّ وَالْمَهْرَ مُتَنَافِيَانِ فَلَمَّا وَجِبَ الْحَدُّ إِجْمَاعًا سَقَطَ الْمَهْرُ حُجَاجًا قَالُوا وَلَأنَّ حَكْمَ الْفِعْلِ مُعْتَبَرٌ بِأَحْوَالِ الْفَاعِلِ وَالزَّانَا فَعَلَ الْوَاطِئُ فُوجِبَ أَنْ يَكُونَ الْمَهْرُ مُعْتَبَرًا بِحَالِهِ. وَدَلِيلُنَا: مَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ أَيُّمَا امْرَأَةً نِكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلَيْتَهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا^(١) وَالْمُسْتَكْرَهَ مُسْتَحَلٌّ لِفَرْجِهَا فَاقْتَضَى أَنْ يُلْزِمَهُ

(١) أخرجه الشافعي في المسند ١١/٢ كتاب النكاح (١٩) وأحمد في المسند ٦٦/٦ والدارمي في السنن ١٣٧/٢ وأبوداود ٥٦٦/٢ - ٥٦٨ كتاب النكاح (٢٠٨٣) والترمذي ٤٠٧/٣ - ٤٠٨ كتاب النكاح (١١٠٢) وابن ماجه ٦٠٥/١ كتاب النكاح (١٨٧٩) وابن حبان ذكره الهيثمي في موارد الظمان ص ٣٠٥ كتاب النكاح (١٢٤٨) والحاكم في المستدرک ١٦٨/٢ كتاب النكاح.

مهرها فإن قيل فقد خص النكاح بذلك ذكراً فاختص به حكماً قيل الاستدلال من الخبر بتعليله وهو قوله بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا والتعليل عام ولأنه وطء في غير ملك سقط الحد فيه عن الموطوءة فاقضى أن يجب المهر فيه على الواطئ قياساً على النكاح الفاسد وما ذكره الشافعي رضي الله عنه وهو أن المغتصبة أحسن حالاً من المنكوحة نكاحاً فاسداً من وجهين: أحدهما: أن المنكوحة مع علمها عاصية والمغتصبة غير عاصية.

والثاني: أن المنكوحة ممكنة، والمغتصبة مستكرهة فلما وجب المهر للمنكوحة نكاحاً فاسداً فأولى أن يجب للمستكرهة؛ ولأن منافع البضع تجري مجرى الأموال لأنها تملك بعوض في النكاح ويملك بها عوض في الخلع ثم ثبت أن الأموال تضمن بالغصب فكذلك منافع البضع، ثم لك أن تستدل بما ذكرنا من ضمان الأجرة لأن أصلهما واحد والخلاف فيهما على سواء فأما الجواب عن نهيه عن مهر البغي فروي بالتشديد يعني مهر الزانية، والمستكرهة غير زانية، ألا ترى أن الحد ساقط عنها ولو كانت بغياً لوجب الحد عليها. وأما الجواب عن نهيه عن كسب الزمارة ففيه تأويلان:

أحدهما: أنه نهى عن كسب الزمارة من الزمر والسعاية فعلى هذا لا تعلق له بمسألتنا. والرواية الثانية: أنه نهى عن كسب الزمارة بالتشديد وتقديم الزاي المعجمة فيكون كنهى البغي وليست هذه بغياً ولا زانية.

وأما قياسهم على المطاوعة فالمعنى فيه وجوب الحد عليها.

وأما استدلالهم بتنافي المهر والحد فصحيح لكن يتنافى اجتماعهما في الموطوءة دون الواطئ.

والدليل على أن المهر يعتبر به شبهة الموطوءة أن رجلاً لو تزوج امرأة فزفت إليه غيرها فوطئها وهو لا يعلم بها فلا حد عليه ثم ينظر في المرأة فإن علمت فعليها الحد ولا مهر لها وإن لم تعلم فلا حد عليها ولها المهر فدل على أن المعتبر به شبهة الموطوءة دون الواطئ لأن المهر يجب إن لم تعلم ويسقط إن علمت. وأما استدلالهم بأن الوطء فعل الواطئ فكان حكمه معتبراً به.

فالجواب عنه أنه وإن كان فعلاً منه فحكمه معتبر بحال من أتلف عليه ألا ترى أن رجلاً لو قتل عبداً بإذن سيده سقطت القيمة عنه، ولو كان بغير إذنه وجبت القيمة عليه وهو في الحالتين قاتل عاص لكن سقط عنه في الحال الأول لرضا المتلف عبد وإذنه ووجب عليه في الحال الثاني لعدم رضاه وإذنه كذلك الموطوءة إن طاوعت فهي راضية بإتلاف بضعها بغير بدل وإن استكرهت فهي غير راضية بإتلافه على غير بدل.

فصل: فإذا ثبت وجوب المهر على المستكره واختلفاً، فادعت الموطوءة الاستكراه وادعا الواطيء المطاوعة ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قول الواطيء مع يمينه ولا مهر عليه اعتباراً ببراءة ذمته.

والقول الثاني: أن القول قول الموطوءة مع يمينها ولها المهر لأنه متلف ويشبه أن يكونا مبنيين على اختلاف قوله إذا اختلف رب الدابة وراكبها ورب الأرض وزارعها والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فِي السَّرِقَةِ حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَالْآخَرُ لِلْأَدَمِيِّينَ فَإِذَا قُطِعَ لِلَّهِ تَعَالَى أُخِذَ مِنْهُ مَا سَرَقَ لِلْأَدَمِيِّينَ فَإِنْ لَمْ يُؤْخَذْ فَيَقِيمَتُهُ لِأَنِّي لَمْ أُجِدْ أَحَدًا ضَمِنَ مَالًا بِعَيْنِهِ يَغْضِبُ أَوْ عُدْوَانٍ يَفُوتُ إِلَّا ضَمِنَ قِيمَتَهُ وَلَا أُجِدُ فِي ذَلِكَ مُوسِرًا مُخَالِفًا لِمُعْسِرٍ وَفِي الْمُغْتَصَبَةِ حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا لِلَّهِ وَالْآخَرُ لِلْمُغْتَصَبَةِ بِالْمُسِيرِ الَّذِي الْعَوَضُ مِنْهُ الْمَهْرُ فَأُثِبَتْ ذَلِكَ وَالْحَدُّ عَلَى الْمُغْتَصَبِ كَمَا أُثِبَتْ الْحَدُّ وَالْغَرَمُ عَلَى السَّارِقِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا سرق سارق نصاباً محرراً فإن كان المسروق باقياً استرد وقطع إجماعاً، وإن كان تالفاً فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه. أن يغرم ويقطع موسراً كان أو معسراً. **والمذهب الثاني:** وهو مذهب أبي حنيفة أنه يقطع ولا يغرم موسراً كان أو معسراً، إلا أن يعفو المسروق منه عن القطع فيغرم ولا يجمع بين القطع والغرم.

والثالث: وهو مذهب مالك، أنه إن كان موسراً قطع وأغرم وإن كان معسراً قطع ولم يغرم واستدلوا على سقوط الغرم بقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً﴾ [المائدة: ٣١]. فجعل جزاء كسبهما القطع دون الغرم. وبرواية المفضل بن فضالة عن يونس بن زيد ورواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال إذا قُطِعَتْ يَدُ السَّارِقِ فَلَا غَرَمَ عَلَيْهِ^(١) ولأن أخذ القيمة من السارق يجعلها ملكاً له والإنسان لا يقطع في ملكه. ولأن القطع والغرم عقوبتان ولا تجتمع عقوبتان حداً في ذنب واحد ودليلنا قوله ﷺ عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ، فجعل الأداء غاية الحكم ولأنه متعدد بالمنع إلى وقت التلف مع اعتقاد وجوب الرد فوجب أن يلزمه الغرم كالغاصب وقولنا مع اعتقاد وجوب الرد احترازاً من الحربي ولا يدخل عليه العبد إذا سرق من سيده لأن الغرم وجب بالتلف ثم

(١) أخرجه البيهقي ٢٧٧/٨ والدارقطني ١٨٢/٣ - ١٨٣ وأبو نعيم في حلية الأولياء ٣٢٢/٨ وانظر نصب الراية ٣/٣٧٥ - ٣٧٦ كنز العمال (١٣٥٠) العلل للرازي (١٣٥٧).

سقط بالملك ولأنه مال وجب رد عينه بحكم السرقة فوجب أن يلزم رد بدله عند التلف قياساً على ما لم يجب فيه القطع ؛ ولأنه مال مأخوذ على وجه العدوان فوجب أن يستوي حكم قليله وكثيره في الغرم كالغصب ولأن الغرم حق للمسروق منه ثبت في قليل الملك فوجب أن يثبت في كثيره قياساً على رد العين ، ولأن ما ضمن نقصانه ضمن بالتلف جميعه كالبيع في يد البائع ، ولأن المال الكثير يغلظ حكمه بإيجاب القطع فلم يجب أن يستفاد من تغليظ الحكم التخفيف بإسقاط الغرم .

فأما الجواب عن الآية ، فهو أن القطع جزاء السرقة والغرم جزاء التلف . ألا تراه لو أتلّف المسروق في حرزه لزمه الغرم دون القطع ولو كان باقياً بعد إخراجهِ من حرزه لزمه القطع ولا غرم .

وأما الجواب عن الخبر مع ضعفه ووهاء إرساله وإسناده فهو محمول على إسقاط غرم العقوبة لأن العقوبة كانت في صدر الإسلام بالغرامة . فكان يغرم السارق مثلي ما سرق ليكون أحدهما حداً والآخر غراماً فصار القطع حين ثبت مسقطاً لغرم الحد .

وأما الجواب عن قولهم إنه يصير بالغرم مالاً فهو أن ما تلف لا يصح أن يستحدث عليه ملك وإنما يلزمه الغرم استهلاكاً .

وأما الجواب عن قولهم إن القطع والغرم عقوبتان فلم يجتمعا فهو أنهما وجبا بسببين مختلفين فجاز أن يجتمعا كما يجتمع في العبد القيمة والحد ، أو في القتل الكفارة والدية ولو كان لتنافي اجتماعهما أن يسقط أحدهما بالآخر لكان سقوط القطع بإيجاب الغرم أولى من سقوط الغرم بإيجاب القطع لأن القطع حق الله تعالى يسقط بالشبهة . والغرم حق الأدمي لا يسقط بالشبهة وهكذا القول في الحد والمهر والله أعلم .

فصل: فلو أحرز السارق السرقة فسرقتها آخر لم يقطع الثاني وقطع الأول لأن إخراجها من حرز السارق الأول واجب .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ غَصَبَ أَرْضاً فَعَرَسَهَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» فَعَلَيْهِ أَنْ يَقْلَعَ عَرْسَهُ وَيَرُدَّ مَا نَقَصَتْ الْأَرْضُ» .

قال الماوردي : وهذا صحيح . وقد ذكرنا أن الأرض والعقار يجري عليها حكم الغصب إبراءً أو ضماناً وبه قال فقهاء الحرمين والبصرة ، وخالف أهل الكوفة . فقال أبو حنيفة : لا يجري على الأرض حكم الغصب ولا حكم الضمان باليد ، وهو قول أبي يوسف الأول .

وقال محمد بن الحسن يجري عليهما حكم الضمان باليد ولا يجري عليهما حكم الغصب وهو قول أبي يوسف الأخير. وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة ويدخل فيه الكلام مع محمد فيقال له كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمنقول على أن ليس لفرقة بين ضمان اليد وضمان الغصب تأثير، وإذا صح غصب الأرض فلا يخلو حال صاحبها من أن يكون قد شغلها بغراس أو بناء أو لم يشغلها فإن لم يكن قد شغلها بغرس أو بناء وأجرة مثلها مدة غصبه؛ وإن شغلها بإحداث غرس أو بناء أخذ بقلع بنائه وغرسه ولا يجبر على أخذ قيمتها سواء أضر قلعها بالأرض أم لا.

وقال أبو حنيفة إن لم يضر القلع بالأرض إضراراً بيناً فله القلع ولا يجبر على أخذ القيمة. وإن كان في قلعه إضراراً في الأرض فرب الأرض بالخيار بين أن يبذل له قيمة الغرس والبناء مقلوعاً فيجبر على أخذها وبين أن يأخذ بقلع الغرس والبناء فيجبر على قلعهما استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ.

وبما روى مجاهد بن جبر أَنَّ رَجُلًا غَصَبَ قَوْمًا أَرْضًا بَرَاخًا فَغَرَسَ فِيهَا نَخْلًا فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ لَهُمْ عُمَرُ إِنْ شِئْتُمْ فَادْفَعُوا إِلَيْهِ قِيمَةَ النَّخْلِ. وروى رافع أن النبي ﷺ قال: «مَنْ زَرَعَ أَرْضَ قَوْمٍ بِلَا إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ فِي الزَّرْعِ شَيْءٌ وَلَهُ نَفَقَتُهُ» قال ولأن من دخل تملك على ملك استحق المالك إزالة ملك الداخل كالشفيع. ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِبْطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ. وروى هشام بن عروة عن أبيه أَنَّ رَجُلًا غَصَبَ أَرْضًا مِنْ رَجُلَيْنِ مِنْ بَنِي يَبَاظَةَ مِنَ الْأَنْصَارِ فَغَرَسَهَا نَخْلًا عَمَّا فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ وَلَمْ يُجْعَلْ لِرَبِّ الْأَرْضِ خِيَارًا وَلَوْ اسْتَحَقَّ خِيَارًا لِأَعْلَمَهُ وَحُكِمَ بِهِ وَلَأن يسير الغرس والبناء أشبه بأن يكون تبعاً للأرض من كثيره فلما لم يكن لرب الأرض أن يملك يسيره فأولى أن لا يملك كثيره ويتحرر من اعتلاله قياساً:

أحدهما: أن ما لم يملك بالغصب يسيره لم يملك به كثيره كالمتاع.

والثاني: أنه عدوان لا تملك بالأعيان المنفصلة فوجب أن لا تملك به الأعيان المتصلة كاليسير.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» فهو أن رفع الضرر مستحق ولكن ليس بتملك العين وإنما يكون بما سنذكره وأما قضية عمر رضي الله عنه فمرسلة لأن مجاهد لم يلق عمر ثم لا دليل فيها من وجهين:

أحدهما: أنها قضية في عين إن لم تنقل شرحاً لم تلزم حكماً.

والثاني: أن قوله إن شِئْتُمْ فادفعوا قيمة النخل بعد أن طلب صاحبها ذلك وهذا عندنا

جائز. وأما قوله مَنْ زَرَعَ أَرْضَ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ فِي الزَّرْعِ شَيْءٌ ففي جوابان أحدهما: أنه يستعمل على أنه زرع أرضهم بذرهم.

والثاني: ليس له في الزرع حق الترك والاستبقاء بما بينه بقوله: لَيْسَ لِعِرْقِي ظَالِمٌ حَقٌّ. وقوله فَلَهُ نَفَقَتُهُ يحتمل أمرين:

أحدهما: أنه أراد زرعه فعبّر عن الزرع بالنفقة.

والثاني: أنه أراد وله نفقته في أنه لا يرجع بها، وأما قياسهم على الشفعة فمستقضى بإدخال المتاع ويسير الغراس والبناء، ثم المعنى في الشفعة أن الملكين لا يتميزان ولذلك خصصنا الشفعة بالخلطة، وفي الغصب يتميز فصار كالجار الذي لا يستحق عندنا شفعة. فإذا ثبت هذا فلا يخلو حال الغرس والبناء من ثلاثة أقسام: أحدها: أن تكون ملكاً للغاصب.

والثاني: أن يكون مغصوباً من رب الأرض. والثالث: أن يكون مغصوباً من غيره.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون ملكاً للغاصب فرب الأرض والغاصب أربعة أحوال: أحدها: أن يتفقا على ترك الغرس والبناء بأجر وبغير أجر فيجوز ما أقام على إنفاقهما لأن الحق فيه مختص بهما ثم ينظر فإن كان بعقد صحيح استحق المسمى فيه ولم يكن له الرجوع في مطالبة المستأجر بالقلع قبل ما يقضي المدة سواء علم قدر أجرة المثل أو لم يعلمها، وإن كان بغير عقد فله أجرة المثل ما لم يصرح بالعفو عنهما وأن يأخذه بالقطع متى شاء.

والحال الثاني: أن يتفقا على أخذ قيمة الغرس والبناء قائماً أو مقطوعاً فيجوز ويكون ذلك بيعاً يراعى فيه شروط المبيع لأنه عن مرضاة فإن كان على الشجر ثمر ملكه الغاصب إن كان مؤبراً كالبيع ولا يلزم الغاصب أرش ما كان ينقص من الأرض لو قلع لأنه لم يقلع. فلو كان الغاصب قد باع الغرس والبناء على غير مالك الأرض فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يشتريه بشرط الترك فالبيع باطل لأن تركه غير مستحق.

والثاني: أن يشتريه بشرط القلع فالبيع جائز، فإذا قلعه المشتري فأحدث القلع نقصاً فأرشه على الغاصب دون المشتري لحدوثه عن تعدية.

والثالث: أن يشتريه مطلقاً ففي البيع وجهان:

أحدهما: باطل لأن العرف في البناء والغرس الترك وذلك غير مستحق.

والثاني: أن البيع جائز ويأخذ المشتري بالقلع وله الخيار إن شاء علم أم لم يعلم.

والحال الثالث : أن يتفقا على أخذ ثمن الأرض من الغاصب فيجوز ، وتسقط المطالبة عن الغاصب إلا بثمن الأرض وليس له أن يطالب بعد الثمن بأرش النقص لو قلع لأنه لم يقلع ولو كان رب الأرض قد باعها على أجنبي غير الغاصب كان للأجنبي الذي ابتاعها أن يأخذ الغاصب بقلع بنائه وغرسه فإذا قلع لم يكن للأول أن يطالب الغاصب بأرش القلع لزوال ملكه قبل القلع ولا للمشتري أن يطالبه به لأنه عيب قد دخل على رضى به ويكون البيع سبباً لسقوط الأرض عن الغاصب .

والحال الرابع : أن لا يتفقا على أحد الأحوال الثلاث فيؤخذ الغاصب بالقلع لقوله ﷺ **لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ** . فإذا قلع برىء من أجرة الأرض بعد قلعه ثم ينظر حال الأرض فإن لم تنقص بالقلع شيئاً فلا شيء على الغاصب وقد برىء من رد الأرض بعد القلع من ضمان الغصب وحكمه ، وإن نقص القلع فيها فصارت حفراً تضر بها فالغاصب ضامناً لها ، غير أن الشافعي رضي الله عنه قال : ها هنا يرد ما نقصت الأرض وقال في كتاب البيوع في قلع الحجارة المستودعة إن عليه تسوية الأرض ولا يتركها حفراً فاختلف أصحابنا فكان بعضهم يخرج ذلك على قولين في البيع والغصب :

أحدهما : يرجع بأرش النقص في الموضعين بأنه نقص فعل مضمون .

والقول الثاني : أن عليه تسوية الأرض في الموضعين حتى لا تكون حفراً لأن زوال التعدي بالمثل أولى من القيمة .

وقال آخرون بل الجواب على ظاهره في الموضعين فيلزمه في الغصب أرش النقص وفي البيع تسوية الأرض والفرق بينهما أن الغاصب متعدد فنغلظ حكمه بالأرش والبائع غير متعدد فنخفف حكمه بتسوية الأرض .

فصل : وأما القسم الثاني : وهو أن يكون الغرس والبناء ملك لرب الأرض ، فإن رضي رب الأرض أن يأخذ الأرض بغرسها وبنائها قائماً أخذه فلا شيء عليه من مؤنة البناء وليس للغاصب أن ينقص الغرس والبناء لأنه لا يستفيد بقلعها شيئاً فصار ذلك منه سفهاً وإن طالب رب الأرض الغاصب بقلع الغرس والبناء لينفصلا عن الأرض فإن كان له في ذلك غرض يصح أن يكون مقصوداً أجبر الغاصب على القلع ولزمه نقص الغرس والبناء عما كان قبل أن غرس وبنى ونقص الأرض على ما وصفنا من المذهبين ، وإن لم يكن في قلعه غرض يصح لقاصد فهل يجبر الغاصب على قلعه أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : لا يجبر عليه لأنه عبث وسفه .

والوجه الثاني : يجبر عليه لأن المالك متحكم على الغاصب لتعديده فعلى هذا لو كانت

قيمته تنقص إن قلع عما كانت عليه قبل الغرس والبناء فطالبه بأرش النقص مع ترك الغرس والبناء قائماً، فإن قيل بالوجه الأول إنه لا يجبر على القلع لم يكن له أرش إذا لم يكن له قائماً نقص. وإن قيل بالوجه الثاني إنه يجبر على القلع استحق الأرض إن كان قائماً غير ناقص لأنه لما استحق المطالبة به مع التزام مؤنة القلع فأولى أن يستحق المطالبة به مع عفو عن القلع.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون الغرس والبناء مغصوبين من غير مالك الأرض فلكل واحد من رب الأرض ورب الغرس أن يأخذ الغاصب بالقلع ثم يرجع كل واحد منهما عليه بأرش ما نقص من ملكه فيرجع رب الأرض بما نقص من أرضه ويرجع رب الغرس بما نقص من غرسه فلو أن رب الأرض اشترى الغرس من ربه قبل القلع صار مالكاً لهما، وله أن يأخذ الغاصب بالقلع إن كان في قلعه عرض صحيح ويأخذ منه نقص الأرض دون الشجر لأنه استحدث ملك الشجر بعد الغصب ولو أن رب الشجر اشترى الأرض من ربه قبل القلع صار مالكاً لها وكان له مطالبة الغاصب بالقلع إن كان في قلعه عرض صحيح ثم يأخذ منه نقص الشجر دون الأرض لأنه استحدث ملك الأرض بعد الغصب فلو كان كل واحد منهما على ملكه وأبى الغاصب أن يلتزم لهما مؤنة القلع واختلفا في تحملها ففيمن تجب عليه وجهان:

أحدهما: أنها تجب على صاحب الأرض لأنه يريد خلاص أرضه.

والثاني: أنها تجب على صاحب الغرس لأنه يريد أخذ غرسه ثم هي لمن غرمها دين على الغاصب.

فصل: فلو أطارت الريح أو حمل السيل حنطة رجل إلى أرض آخر فنبتت فيها فقد اختلف أصحابنا في إقراره على وجهين حكاهما أبو القاسم بن كج: أحدهما: يقلع لأن حكم العمد والخطأ في الأموال سواء. والثاني: يقر على حاله إلى وقت حصاده لأن مالكة غير متعد به وأصح عندي من هذين الوجهين أن ينظر في الزرع بعد قلعه فإن كانت قيمته مقلوعاً كقيمة الحنطة أو أكثر أجبر على قلعه لأنه لم يدخل عليه نقص حين نبتت، وإن كانت قيمته لو قلع أقل من قيمة الحنطة ترك ولم يقلع لأنه لم يتعد فيلزم ضرر عدوانه، وما يدخل على رب الأرض من الضرر فقد استدركه بالأجرة التي يستحقها بعد العلم والتنازع ولا أجرة لرب الأرض فيما قبل لأنه لم يكن منه فعل يتعلق به ضمان.

وقال مالك قد زال ملك الأول عما احتمله السيل من الحنطة وصار ملكاً للثاني. وهذا خطأ لأن ضياع المال لا يزيل ملك ربه عنه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ حَصَرَ فِيهَا بَشَرًا فَأَرَادَ الْغَاصِبُ دَفْنَهَا فَلَهُ ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَنْفَعَهُ».

قال الماوردي : وهذا كما قال . إذا غصب أرضاً وحفر فيها بشراً كان متعدداً بحفرها وعليه سدها وضمان ما تلف فيها ثم لا يخلو حال رب الأرض والغاصب من أربعة أحوال :

أحدها : أن يتفقا على سدها ليبراً الغاصب من ضمان ما يسقط فيها فإن لم يكن للأرض بعد سدها أرش فلا شيء عليه سوى أجرة المثل في مدة الغصب، وإن كان لها أرش كان عليه غرمه مع الأجرة . والحال الثاني : أن يتفقا على تركها فذاك لهما، وعلى الغاصب ضمان ما سقط فيها لتعديده بحفرها وليس لرب الأرض أن يطالبه بمؤنة السد وإنما له أن يأخذه متى شاء بالسد .

والحال الثالث : أن يدعوب الأرض إلى سدها ويأبى الغاصب فإن الغاصب يجبر على سدها إن كان فيه غرض صحيح لقوله ﷺ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ . قال الشافعي رضي الله عنه ، والعروق أربعة عرقان ظاهران الغرس والبناء ، وعرقان باطنان البئر والنهر وإن لم يكن فيه غرض صحيح فعلى وجهين كما قلنا في قلع الغرس والبناء .

والحال الرابع : أن يدعو الغاصب إلى سدها ويأبى ربها فإن لم يبرئه ربها من ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه وإن أبرأه بها من الضمان ففيه وجهان : أحدهما : أن للغاصب أن يسدها لأن الضمان قد يجب لغيره فلا يسقط بإبرائه . والوجه الثاني : أن الغاصب يمنع من سدها لأنه بالإبراء يصير كالإذن له في الابتداء فيرتفع التعدي ولا يلزمه ضمان وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة .

فصل : وأما إذا دفن في الأرض المغصوبة ميتاً أخذ الغاصب بنبشه منها ، وإن كان فيه انتهاك حرمة الميت لأن دفنه فيها عدوان يأتهم به الدافن ثم إذا نبش ضمن أرش نقصها إن نقصت ، فلو قال مالك الأرض أنا أقر الميت مدفوناً في الأرض إن ضمن لي نقص الأرض بالدفن فيها ففي إجبار الغاصب على بذله وجهان :

أحدهما : يجبر على بذله حفظاً لحرمة الميت المتعدي هو بدفنه فيها .

والوجه الثاني : لا يلزمه ذلك لأنه مدفون بغير حق .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : «وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّقَ دَاراً كَانَ لَهُ نَزْعُ التَّزْوِيقِ حَتَّى يَرُدَّ ذَلِكَ بِحَالِهِ» .

قال الماوردي : اختلف أصحابنا في تأويل قوله وكذلك لزوق داراً . فكان بعض المتقدمين منهم يرويه وكذلك لزوق بالراء غير المعجمة من الرواق ويجعل حكمه حكم البناء فيكون على ما مضى ، وذهب جمهورهم إلى أن الرواية وكذلك لزوق بالزاي معجمة

من التزاويق والزخرفة لأن الزواق من جملة البناء وقد ذكره من قبل فعلى هذا إذا زوق داراً مغصوبة فلا يخلو حال مالكيها وغاصبها من أربعة أحوال :

أحدها : أن يتفقا على ترك التزاويق لحالها فذلك لها إلا أن يكون فيها محظور من صور ذات أرواح فلا يجوز تركها .

والحالة الثانية : أن يتفقا على قلعها وإزالتها فذلك لها سواء انتفع الغاصب بالقلع أم لا ثم إن أثر القلع في الحيطان نقصاً فعلى الغاصب غرامة أرشه .

والحال الثالث : أن يدعو الغاصب إلى قلعها ويأبى رب الدار فإن كان له مرجوع بعد القلع فللغاصب قلعها لأنه مال له وإن لم يكن له مرجوع فليس للغاصب قلعها لأنه لا يستفيد بقلعها إلا إتعاب نفسه وأعوانه وإذهاب نفقته .

والحال الرابع : أن يدعور رب الدار إلى قلعها ويأبى الغاصب فإن كان تركها موكساً للدار أجبر الغاصب على القلع وغرامة الأرش وإن كان زائداً أو لم يكن موكساً فإن تركه الغاصب مستقبياً له على ملكه أجبر على القلع وإن تركه مزيلاً لملكه عنه فإن كانت آثاراً كالأصباغ ولم تكن أعياناً لم يجبر الغاصب على إزالتها لأنها آثار زائدة كغسل الثوب وكان العفو عنها إبراء منها وإن كانت أعياناً كالجص والرخام ففيه وجهان :

أحدهما : أنها تترك كالأثار ولا يجبر الغاصب على قلعها لأنها زيادة .

والوجه الثاني : أنه يؤخذ الغاصب بقلعها لأن الأعيان لا يجبر الإنسان على تملكها وأصل هذين الوجهين من الزوج إذا أصدق زوجته ثمرة وجعلها في صفر له ثم تركه لزوجته هل تجبر الزوجة على قبوله أم لا؟ على وجهين والله أعلم .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : « وَكَذَلِكَ لَوْ نَقَلَ عَنْهَا تُرَابًا كَانَ لَهُ أَنْ يُرَدَّ مَا نَقَلَ عَنْهَا حَتَّى يُوفِيَهُ إِيَّاهَا بِالْحَالِ الَّتِي أَخَذَهَا (قال المزني) غَيْرُ هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ لِأَنَّهُ يَقُولُ لَوْ غَصَبَ غَزْلاً فَسَجَّهَ ثَوْبًا أَوْ نَقَرَهُ فَطَبَعَهَا دَنَابِيرَ أَوْ طِينًا فَضَرَبَهُ لَبَنًا فَهَذَا أَثَرٌ لَا عَيْنٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلْمَغْصُوبِ وَلَا حَقٌّ فِي ذَلِكَ لِلْغَاصِبِ فَكَذَلِكَ نَقْلُ التُّرَابِ عَنِ الْأَرْضِ وَالْبُشْرِ إِذَا لَمْ تُبْنِ بِطُوبٍ أَثَرٌ لَا عَيْنٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلْمَغْصُوبِ وَلَا حَقٌّ فِي ذَلِكَ لِلْغَاصِبِ مَعَ أَنَّ هَذَا فَسَادٌ لِنَفَقَتِهِ وَإِتْعَابٌ بَدَنِهِ وَأَعْوَانِهِ بِمَا فِيهِ مَضَرَّةٌ عَلَى أَخِيهِ وَلَا مَنْفَعَةٌ لَهُ فِيهِ » .

قال الماوردي : وصورتها في رجل غصب من رجل أرضاً فنقل منها تراباً فلا يخلو حال التراب من أن يكون باقياً أو مستهلكاً فإن كان قد استهلك فعليه رد مثله إن كان للتراب مثلاً فإن لم يقدر على مثله لأنه من تراب ليس في الناحية مثلاً ضمن القيمة وفيها وجهان :

أحدهما: وقد نقله المزني عن الشافعي رضي الله عنه في جامعه الكبير أن تقوم الأرض وعليها التراب الذي أخذ منها ثم يقوم بعد أخذه منها ويضمن الغاصب ما بين القيمتين.

والوجه الثاني: أنه يضمن أكثر الأمرين من هذا ومن قيمة التراب بعد نقله عن الأرض. وإن كان التراب باقياً للغاصب ورب الأرض أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على رده إلى الأرض فيبرأ الغاصب منه ويلزمه بعد رده غرم نقص إن كان في الأرض وأجرة مثلها في أكثر الحالين أجرة من كونها ذات تراب أو غير ذات تراب إلى أن أخذ في رد التراب فأما أجزتها في زمان رد التراب إليها فإن كان رده بعد تسليم المالك لها وتصرفه فيها فلا أجرة عليه وإن كان قبل تسليم المالك لها فعليه الأجرة.

والحالة الثانية: أن يتفقا على ترك التراب خارجاً عنها وأن لا يرده إليها فذلك لهما ما لم يطرح التراب في أرض مغصوبة ثم ينظر فإن كان ذلك بعد أن وهب له التراب فليس له أبداً في استرجاعه ورده حق، وإن كان لم يهبه له فمتى طالبه بعد ذلك برده كان له وأخذ الغاصب برده فإن طالبه بنقص الأرض نظر. فإن كان رد التراب إليها يمنع من النقص فليس له مطالبة بالنقص وإن كان رد التراب إليها لا يمنع من النقص فله مطالبة بالنقص الحاصل فيها بعد رد التراب إليها.

والحال الثالث: أن يدعوا رب الأرض إلى رد التراب إليها ويمتنع الغاصب فيؤخذ الغاصب جبراً برد التراب إليها فإن عظمت مؤنة رده وتضاعفت الكلفة في نقله لأنه الجاني على نفسه بعدوانه وغضبه سواء كان للمالك في رد التراب نفع أم لا بخلاف ما ذكرنا من قبل في قلع الشجر والتزويق في أحد الوجهين لأن التراب عين يملكها فكان أحق الناس بها وإن لم ينفعه كمن غصب عبداً زمنماً لا ينفع سيده وهو كل عليه يلتزم نفقته ولا يرجو نفعه فإن الغاصب مأخوذ برده على مالكة وإن ثقلت عليه مؤنة رده.

والحال الرابع: أن يدعو الغاصب إلى رده ويمتنع منه المالك فلا يخلو حال المالك في منعه من أحد أمرين: إما أن يبرئه من ضمان التراب أو لا يبرئه فإن منعه من رده ولم يبرئه من ضمانه فللغاصب رد التراب وحده ليسقط عنه ضمانه بالرد ولا اعتبار بمنعه وإن منعه من رده بعد إبرائه منه فلا يخلو حال الغاصب من أحد أمرين:

إما أن يكون في رده غرض صحيح أو لا غرض له في رده صحيح وذلك من وجوه:

أحدها: أن يكون قد نقله إلى أرض أخرى مغصوبة فيرده ليبرأ من غضبها، ومنها أن يكون قد نقله إلى طريق سابلة تضيق عنه أو لا يأمن أن يتلف به ما يضمنه. ومنها أن يكون قد

نقله إلى مسجد لله تعالى فلا يقر على تركه فيه، ومنها أن تكون الأرض التي نقل التراب عنها قد صارت حقراً لا يأمن ضمان ما يسقط فيها فهذه كلها أغراض صحيحة وللغاصب أن يرد التراب لأجلها إلى المكان الذي نقله عنه وليس للمالك أن يمنعه منه وإن لم يكن للغاصب في رده غرض صحيح لحصول التراب في أرض أخرى لمالك التراب أو في موات لا يمنع من تركه فيه منع الغاصب من رده لما فيه من إتعاب بدنه وأعوانه بغير نفع يرجع إليه وربما كان فيه إضرار لغيره وهذا سفه.

فصل: فأما المزني فإنه يمنع الغاصب من سد البئر ورد التراب إذا منعه المالك من السد والرد استشهاده بما ذكره من نسج الغزل ثوباً وضرب الطين لبناً وطبع النقرة دنائير فنبداً بشرح المذهب فيما ذكره ثم بالكلام معه، والمذهب في الغزل إذا نسجه الغاصب ثوباً والطين إذا ضربه لبناً والنقرة إذا طبعها دنائير أنه متى رضي المالك بأخذ الغزل ثوباً منسوجاً والطين لبناً مضروباً والنقرة دنائير مطبوعة فله ذلك وليس للغاصب نقض الغزل وتكسير اللبن وسبك الدنائير وليس له أيضاً أجره العمل. أما النقض والتكسير والسبك لما فيه من إتعاب بدنه وأعوانه من غير اجتلاب نفع ولا دفع لضرر. وأما الأجرة فلأمرين:

أحدهما: أنه قد عمل عملاً وتعدى به المتعدي لا يستحق عليه أجراً.

والثاني: أنه عمله لنفسه ومن عمل لنفسه فلا يستحق على غيره أجراً فلو أن الغاصب قبل تسليم ذلك إلى مالكة نقص الثوب فجعله غزلاً وكسر اللبن طيناً وسبك الدنائير نقرة حتى صار على حاله الأولى قبل الغصب ضمن ما بين قيمة الثوب منسوجاً وغزلاً وما بين قيمة اللبن مضروباً وطيناً وما بين قيمة الدنائير مطبوعة ونقرة لأنه قد كان يلزمه تسليمها حين زادت بعمله ويمنع من إعادتها إلى ما كانت عليه من قبل، فلزمه ضمان النقص. فأما رب الغزل والطين والنقرة إذا طالب الغاصب بنقض الثوب غزلاً وتكسير اللبن طيناً وسبك الدنائير نقرة فإن كان له في ذلك غرض صحيح أخذ الغاصب به ليعود ذلك كما غصبه وإن لم يكن له غرض صحيح على ما مضى من الوجهين.

فصل: وأما الكلام مع المزني فيقال له إن كنت تمنع الغاصب من سد البئر ورد التراب مع ارتفاع الأغراض الصحيحة وزوال المقاصد الواضحة فنحن نوافقك عليه وليس بينك وبين الشافعي خلاف فيه ولا يشتبه عليك الخلاف بقوله في سد البئر نفعه أو لم ينفعه لأن معناه أو لم ينفعه في الحال إذا كان فيه نفع في ثاني حال وإن كنت أردت مع الغاصب من سد البئر ورد التراب مع وجود المقاصد الصحيحة فنحن نخالفك فيها ونمنع ما ذكرته أن يكون دليلاً عليها لارتفاع الأغراض في نقص الغزل وتكسير اللبن وظهوره في سد البئر ورد التراب وليس لك إدخال الضرر على الغاصب مع زواله عن المغصوب.

فصل: فأما إذا غضب رجل أرضاً وقلع منها شجراً فلا يخلو أن يكون الشجر باقياً أو مستهلكاً فإن كان باقياً ففي كيفية ضمانه لأصحابنا ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يضمن ما بين قيمة الشجر قائماً ومقلوعاً لأنه متعدد على الشجر.

والوجه الثاني : أنه يضمن ما بين قيمة الأرض ذات شجر قائم وما بين قيمتها والشجر مقلوع منها لأن تعديده قد سرى إلى الأرض .

والوجه الثالث : أنه يضمن أغلظ الأمرين لاجتماع العلتين في تغليظ الغصب فلو كان الشجر قد نجره أبواباً أو عمله سفناً فزاد في قيمته بعمله بقدر ما ضمنه من نقصه لم يسقط عنه ضمان النقص بما تطوع به من زيادة العمل ولزمه الغرم مع رده زائداً فإن خلع الأبواب وهدم السفن حتى ذهبت زيادة عمله ضمن أيضاً نقصها بعد ذهاب العمل لما عللنا به من لزوم ردها معمولة . وإن كان الشجر قد استهلك حين قلعه فضمنه يكون على الأوجه الثلاثة .

فعلى الوجه الأول : يضمن قيمة الشجر قائماً .

وعلى الوجه الثاني : يضمن ما نقص من قيمة الأرض بقلع الشجر .

وعلى الوجه الثالث : يضمن أغلظ الأمرين .

فصل: وإذا غضب أرضاً فطرح فيها تراباً لم يخل حال التراب من أحد أمرين إما أن يمكن أخذه منها أم لا فإن أمكن أخذه منها أخذه الغاصب إن تميز وضمن ما نقصت الأرض بأخذه إن نقصت وإن لم يمكن أخذه منها لبسط ذلك فيها من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن تكون على قيمتها الأولى لم تزد ولم تنقص فلا شيء على الغاصب ولا له لأن ترابه صار مستهلكاً .

والقسم الثاني : أن تكون قيمتها قد نقصت عن حالها قبل بسط التراب فيها فيضمن قدر نقصها، ويصير ترابه مستهلكاً .

والقسم الثالث : أن تكون قيمتها قد زادت عن حالها قبل بسط التراب فيها فلا يخلو حال التراب من أحد أمرين :

إما أن يكون طاهراً أو نجساً فإن كان نجساً كالأرواث والكسايح النجسة فلا شيء للغاصب فيها لفوات الرجوع بها وتحريم المعاوضة عليها . وإن كان طاهراً ففيه وجهان :

أحدهما : أنه مستهلك لا شيء له فيه لاستهلاكه إياه بنفسه فيما لا يتميز عنه .

والوجه الثاني : أنه يكون شريكاً في ثمن الأرض بقدر ثمن التراب ولا يكون ذلك استهلاكاً لترابه كما لا يكون صبغ الثوب بما لا يمكن استخراجه منه استهلاكاً للصبغ فعلى هذا ينظر قيمة الأرض قبل بسط التراب فيها فإذا قيل ألف نظر قيمة التراب قبل بسطه فإذا قيل

مائة نظر قيمة الأرض بعد بسط التراب فيها فإن كانت ألف ومائة وليس في القيمتين بعد الاجتماع زيادة ولا نقص على ما قبل الاجتماع فيصير الغاصب شريكاً له في الأرض بمائة هي قيمة ترابه، وإن كانت قيمة الأرض ألفاً وخمسين فقد نقصت عن القيمتين بعد الاجتماع خمسون فيكون الغاصب شريكاً في الأرض بالخمسين الزائدة على ألف ويكون النقص داخلاً عليه وحده لضمانه نقص الأرض بالتعدي وإن كانت قيمة الأرض ألفاً ومائتين فقد زادت على القيمتين بعد الاجتماع مائة فتكون المائة الزائدة بينهما على قدر المالين في أحد عشر سهماً لحدوثها عن المالين معاً والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وإنْ غَضِبَ جَارِيَةٌ فَهَلَكَتْ فَقَالَ ثَمَنُهَا عَشْرَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا بأن المغضوب مضمون بأكثر قيمته في السوق والبدن من وقت الغضب إلى وقت التلف.

وقال أبو حنيفة: وهو مضمون بقيمته وقت الغضب اعتباراً بحال التعدي، وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن استدامة الفعل كابتدائه شرعاً ولساناً أما الشرع فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ [النساء: ١٣٦] أي استديموا الإيمان. وقال تعالى: ﴿أَهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ﴾ [الفاتحة: ٦] أي ثبنا على الهداية إليه فاستوى حكم الابتداء والاستدامة في الأمر والطلب: وأما اللسان فهو أن مستديم الغضب يسمى في كل حال غاصباً، ويقال قد غصب وإن كان قد تقدم منه الغضب. والثاني أن الغضب عدوان يوجب الضمان كالجناية فلما كانت سراية الجراح في الجناية إلى تلف النفس توجب ضمان ما حدث بعد الجراح وجب أن يكون الحادث بعد الغضب في حكم الموجود في حال الغضب، ثم هو في الغضب أولى منه في الجناية لبقاء يده في الغضب وارتفاعها في الجناية، وفي ما ذكرنا من المعاني الماضية معه في زيادة البدن دليل كاف.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا واختلفا في المغضوب فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يختلفا في قيمته.

والثاني: أن يختلفا في تلفه.

والثالث: أن يختلفا في مثله. فأما الضرب الأول وهو اختلافهما في قيمته فعلى

ضربين:

أحدهما: أن يكون اختلافهما في القيمة مع اتفاقهما في الصفة، فيقول المغضوب منه

قيمته عندي ألف ويقول الغاصب قيمته عندي مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه في قدر قيمته لأمرين :

أحدهما : إنكاره الزيادة والقول في الشرع قول المنكر دون المدعي . والثاني : أنه غارم ، والقول في الأصول قول الغارم ، فإن قيل فكلا المعنيين يفسد بالشفيع إذا اختلف مع المشتري في قدر الثمن فالقول قول المشتري في قدره دون الشفيع والشفيع منكر وغارم . فالجواب عنه من وجهين :

أحدهما : أن المشتري مالك فلم يكن للشفيع انتزاع ملكه إلا بقوله كما أن الغارم مالك ولا يغرم إلا بقوله .

والثاني : أن المشتري فاعل الشراء فكان القول فيه قوله كما أن الغاصب فاعل الغصب فكان القول فيه قوله فحل المشتري بهذين محل الغارم وسلم المعنيان .

فصل : فإن كان للمغضوب منه بينة على ما ادعاه من القيمة سمعت وهي شاهدان أو شاهد وامرأتان ، أو شاهد ويمين ، فإن شهدت بينة بأن قيمة العبد المغضوب ألف وقت الغصب أو وقت التلف أو فيما بين الغصب والتلف حكم بها لأن الغاصب ضامن لقيمته في هذه الأحوال كلها ، وإن شهدت بينة بأن قيمته كانت ألفاً قبل الغصب لم يحكم بها لأن ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب لكن كان بعض أصحابنا يقول إنه يصير لأجل هذه البينة القول قول المغضوب منه مع يمينه لأن الأصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها . وهذا غير صحيح لأن ما قبل الغصب غير معتبر والبينة فيه غير مسموعة ولو جاز أن يصير القول بها قول المشهود له لجاز الاقتصار عليها من غير يمين ، فإن شهدت البينة بصفات العبد دون قيمته ليستدل بها على قدر القيمة لم يجز أن يحكم بها لأمرين :

أحدهما : أن تقويم ما لا مثل له بالصفة باطل .

والثاني : أن اختلافهما في القيمة دون الصفة فلم تسمع البينة في غير ما تدعياه واختلفا فيه .

فصل : والضرب الثاني أن يكون اختلافهما في القيمة لاختلافهما في الصفة فهو على

ضربين :

أحدهما : أن تكون صفة زيادة .

والثاني : أن تكون صفة نقص فأما صفة الزيادة فهي دعوى المغضوب منه . وصورتها أن يقول المغضوب منه قيمة عبدي ألف لأنه كاتب أو صانع ويقول الغاصب قيمته مائة لأنه ليس بكاتب ولا صانع فالقول قول الغاصب مع يمينه لا يختلف لوجود المعنيين فيه وهما الحاوي في الفقه/ج ٧/ ١٢م

الغرم والإنكار. وأما صفة النقص فهي دعوى الغاصب، وصورتها أن يقول الغاصب قيمة العبد الذي غصبته منك مائة لأنه سارق أو أبى ويقول المغضوب منه قيمته ألف لأنه ليس بسارق ولا أبى ففيه وجهان لاختلاف المعنيين:

أحدهما: أن القول قول الغاصب مع يمينه تعليلاً بعرفه.

والثاني: أن القول قول المغضوب منه مع يمينه تعليلاً بإنكاره.

فصل: وأما الضرب الثاني في الآجال. وهو اختلافهما في تلفه فصورته أن يقول المغضوب منه عبد باق في يدك ويقول الغاصب قد تلف فالقول قول الغاصب مع يمينه ثم فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا شيء عليه للمغضوب منه ما لم يصدقه على تلفه لأنه لا يدعي القيمة. وقد حلف الغاصب على تلف العين.

والوجه الثاني: أن عليه القيمة للمغضوب منه لأنه وإن كان منكراً للتلف فيمين الغاصب مانعة من القدرة عليه فصار كالأبى يلزم الغاصب قيمته مع بقاء عينه.

فصل: وأما الضرب الثالث: وهو اختلافهما في مثله فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يختلفا في صفات المثل. كقول المغضوب منه غصبتي طعاماً حديثاً فيقول الغاصب بل غصبتك طعاماً عتيقاً فالقول قول الغاصب مع يمينه تعليلاً بالمعنيين في الإنكار والغرم ثم للمغضوب منه أن يملك ذلك لأنه أنقص من حقه الذي يدعيه.

والضرب الثاني: أن يختلفا في أصل المثل كقول المغضوب منه لما غصبتيه مثل وقول الغاصب ليس له مثل فلا اعتبار لاختلافهما ويرجع فيه إلى اجتهد الحكام فإن حكموا له بمثل طوّل به وإن حكموا فيه بالقيمة أخذت منه.

والضرب الثالث: أن يختلفا في وجود المثل كقول المغضوب منه المثل موجود. ويقول الغاصب بل المثل معدوم فيكشف الحاكم عن وجوده ويقطع تنازعهما فيه، فإن وجده لزم الغاصب دفع المثل رخيصاً كان أو غالياً، وإن عدمه خير المغضوب منه بين أن يتعجل أخذ القيمة وبين أن يصبر إلى وجود المثل فإن تعجل أخذ القيمة ثم وجد المثل بعد ذلك، فلا حق له فيه، وقد استقر ملكه على ما أخذ من قيمته بخلاف الأبى إذا أخذت قيمته ثم وجد.

والفرق بينهما أن قيمة الأبى أخذت عند الإياس منه فلزم ردها بعد القدرة عليه وقيمة ذي المثل أخذت مع العلم بالقدرة عليه من بعد، فلم يلزم ردها بعد القدرة عليه، وإن خير

إلى وجود المثل ثم رجع مطالباً بالقيمة قبل الوجود فذلك له لتعجل حقه بخلاف المسلم في الشيء إلى مدة ينقطع فيها فرضي المسلم بالصبر إلى وجوده، فلا يكون له الرجوع قبله، والفرق بينهما إن تعذر وجود السلم عيب فإذا ارتضى به لزمه ذلك بالعقد، وصبر المغضوب منه إلى وجود المثل إنظار وتأجيل تطوع به فلم يلزم.

فصل: وإذا كان على العبد المغضوب ثياب أو حلي، بعد غصبه، فادعاه المغضوب منه لأنها في يد عبده، وقال الغاصب بل هي لي فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه لأن العبد وما عليه في يد الغاصب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ لَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزَنٌ فَعَلَيْهِ مِثْلُ كَيْلِهِ وَوَزْنِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن ماله مثل فهو مضمون في الغصب بالمثل، وما لا مثل له فهو مضمون بالقيمة. فأما حد ما له مثل فقد قال الشافعي وما كان له كيل أو وزن فعليه مثل كيله أو وزنه، وليس ذلك منه حداً لما له مثل لأن كل ذي مثل مكيل أو موزون له مثل. وإنما ذكر الشافعي رضي الله عنه ذلك شرطاً في المماثلة عند الغرم ولم يجعله حداً لما له مثل، وحد ما له مثل أن يجتمع فيه شرطان: تماثل الأجزاء وأمن التفاضل، فكل ما تماثلت أجزاؤه وأمن تفاضله فله مثل كالحبوب والأدهان، فإن كان مكياً كان الكيل شرطاً في مماثلته دون الوزن وإن كان موزوناً كان الوزن شرطاً في مماثلته دون الكيل، فأما ما اختلفت أجزاؤه كالحيوان والثياب أو خيف تفاضله كالثمار الرطبة فلا مثل له وتجب قيمته.

فصل: فإذا ثبت تحديد ذي المثل بما وصفنا فعدم المثل ولم يوجد وجب العدول إلى القيمة لأنها مثل في الشرع لما ليس له مثل، وكذا يكون مثلاً عند عدم المثل، ثم في القيمة قولان حكاهما أبو حفص بن الوكيل:

أحدهما: يرجع إلى قيمة الأصل المغضوب في أكثر ما كان قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف. والقول الثاني: يرجع إلى قيمة المثل، لأن المثل هو المستحق بالغصب ثم قيمة المثل تختلف باختلاف الأمكنة، واختلاف الأزمنة فإن للمثل في كل بلد ثمن، وفي كل زمان ثمناً. فأما المكان الذي يستحق اعتبار القيمة فيه فهو الموضع الذي كان الغصب فيه لأن المثل لو كان موجوداً لاستحق تسليمه في مكان الغصب وكذا قيمته، وإن كان المثل مغضوباً بالبصرة، اعتبرت قيمته بالبصرة وإن كان ببغداد اعتبرت قيمته ببغداد وعندي من وقت التلف إلى وقت العدم وأما زمان القيمة ففيه وجهان:

أحدهما: ذكره أبو علي الطبري في إفصاحه، أنه تعتبر قيمته أكثر ما كانت قيمته من

وقت الغصب إلى وقت العدم كما تعتبر قيمته بدلاً مثل له أكثر ما كان قيمته من وقت الغصب إلى وقت التلف.

والوجه الثاني: وهو الأصح عندي أنه تعتبر قيمته وقت العدم لا غير ولا اعتبار بما كان زائداً قبلها، لأن نقص ثمنه مع وجود المثل لا يوجب غرم النقص مع دفع المثل، فعلم أن ما تقدم من زيادة الثمن ونقصه غير معتبرة وقد اعتبرت قيمته في آخر وقت إمكانه.

فصل: وإذا غصب رجل من رجل حنطة بالبصرة ثم اجتمع ببغداد فطالبه بحنطته فلو كانت باقية لم يلزمه نقلها إليه، وكان عليه أن يردها إليه بالبصرة حيث غصبه إياها وليس له أن يطالبه بمثلها لبقاء عينها فإن كانت مستهلكة فإن كانت قيمة الحنطة ببغداد مثل قيمتها بالبصرة أو أقل لزمه أن يعطيه مثل حنطته ببغداد وإن كانت قيمة الحنطة ببغداد أكثر من قيمتها بالبصرة كان المغصوب منه بالخيار بين أن يصبر عليه حتى يعطيه مثل طعامه بالبصرة في الموضع الذي غصبه وبين أن يأخذ منه ببغداد قيمة مثل طعامه بالبصرة، ولكن لو أن الغاصب بذل ذلك للمغصوب منه بعد إذ لم يلزمه قبوله سواء بذل له قيمة أو مثل الاستحقاق للقبض في مكان الغصب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ فَزَادَ فِي قِيَمَتِهِ قِيلَ لِلْغَاصِبِ إِنَّ شَيْئًا فَاسْتَخْرَجَ الصَّبْغَ عَلَى أَنَّكَ ضَامِنٌ لِمَا نَقَصَ وَإِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ شَرِيكَ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فَإِنْ مُحِقَّ الصَّبْغُ فَلَمْ تَكُنْ لَهُ قِيَمَةٌ قِيلَ لَيْسَ لَكَ هَهُنَا مَالٌ يَزِيدُ فَإِنْ شِئْتَ فَاسْتَخْرَجْهُ وَأَنْتَ ضَامِنٌ لِنَقْصَانِ الثَّوْبِ وَإِنْ شِئْتَ فَدَعَهُ وَإِنْ كَانَ يَنْقُصُ الثَّوْبَ ضَمِينَ النُّقْصَانِ وَلَهُ أَنْ يُخْرِجَ الصَّبْغَ عَلَى أَنْ يَضْمَنَ مَا نَقَصَ الثَّوْبَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ (قال المزني) هَذَا نَظِيرُ مَا مَضَى فِي نَقْلِ التُّرَابِ وَنَحْوِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل غصب ثوباً فصبغه فلا يخلو حال الصبغ من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون للغاصب.

والثاني: أن يكون لرب الثوب.

والثالث: أن يكون لأجنبي. فإن كان الصبغ للغاصب فهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يمكن استخراجه.

والثاني: لا يمكن استخراجه.

والثالث: أن يمكن استخراج بعضه ولا يمكن استخراج بعضه فإن لم يمكن استخراج

لم يخلُ ثمنه بعد الصبغ من ثلاثة أقسام . إما أن يكون بقدر قيمته قبل الصبغ أو يكون أقل ، أو يكون أكثر ، فإن كان بقدر ثمنه قبل الصبغ مثل أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم وقيمة الصبغ عشرة دراهم ، فيباع الثوب بعد صبغه بعشرة دراهم فهي بأثرها لرب الثوب لاستهلاك الصبغ إما بذهاب قيمته وإما لجره النقص للثوب .

وإن كان ثمنه بعد الصبغ أقل مثل أن يساوي بعد الصبغ ثمانية دراهم فيأخذها رب الثوب ويرجع على الغاصب بنقصه وهو درهمان ليستكمل بها جميع الثمن ويصير صبغ الغاصب ونقص أجزاء الثوب مستهلكين . وإن كان ثمنه بعد الصبغ أكثر فلا يخلو حال الزيادة على ثمنه من ثلاثة أقسام : إما أن يكون بقدر ثمن الصبغ ، أو يكون أقل أو يكون أكثر . فإن كانت بقدر ثمن الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ عشرين درهماً فتكون بينهما فيأخذ رب الثوب منها عشرة التي هي ثمن ثوبه ويأخذ الغاصب عشرة هي ثمن صبغه ولم يحصل فيها نقص لا في الثوب ولا في الصبغ ، وإن كانت الزيادة أقل من ثمن الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ خمسة عشر درهماً فيأخذ منها رب الثوب عشرة ثمن ثوبه كاملاً ويأخذ الغاصب الخمسة الباقية ويصير النقص مختصاً بصبغه لضمانه نقص الثوب وإن كانت الزيادة بينهما بقدر مالهيهما فيأخذ رب الثوب خمسة عشر درهماً عشرة منها هي ثمن ثوبه وخمسة هي قسط الصبغ من الزيادة وإذا كانت الزيادة بينهما على قدر المالين ولم يختص الغاصب بها وإن كانت حادثة بعمله ؛ لأنه عمل في ماله ومال غيره فلم يحصل له عوض عن عمله في مال غيره وحصل له عوض في مال نفسه . فإن دعى أحدهما إلى بيعه وأبى الآخر نظر في الداعي إلى البيع فإن كان رب الثوب فله ذلك وليس للغاصب لتعديه بالصبغ أن يمنعه من البيع فيستديم حكم الغصب ، وإن دعى الغاصب إلى بيعه ليتوصل إلى ثمن صبغه وأبى رب الثوب فإن بذل له مع إباطه ثمن الصبغ الذي يستحق لو بيع الثوب فله ذلك ولا يجبر على البيع ، وإن لم يبذل له ثمن الصبغ ففيه وجهان ذكرهما أبو علي الطبري في «إفصاحه» :

أحدهما : أنه يجبر رب الثوب على بيعه ليتوصل الغاصب إلى ثمن صبغه كما يجبر الغاصب عليه ليتوصل رب الثوب إلى ثمن ثوبه .

والوجه الثاني : أن لا يجبر رب الثوب على بيعه ؛ لأن الغاصب متعدد بصبغه فلم يستحق بتعديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه . فهذا الكلام في الصبغ إذا لم يكن استخراجاً ولا فرق بين أن يكون سواداً وبين أن يكون غيره من الألوان .

وقال أبو حنيفة : إن كان الصبغ سواداً فلا شيء للغاصب فيه وكان رب الثوب مخيراً بين أن يأخذه ولا شيء عليه للصبغ وبين أن يعطيه للغاصب ويأخذ منه قيمته . وإن كان

الصبغ حمرة أو صفرة فهو مخير بين أن يأخذه وعليه قيمة الصبغ وبين أن يعطيه للغاصب ويأخذ منه قيمة الثوب فجعل له في الأصباغ كلها أن يأخذ من الغاصب قيمة ثوبه إن شاء فله أن يأخذه مصبوغاً إن شاء لكن إن كان الصبغ سواداً فلا قيمة عليه له وإن كان لوناً غيره فعليه قيمته واختلف أصحابه لما خص السواد بإسقاط القيمة، فقال بعضهم لما فيه من إتلاف أجزاء الثوب. وقال آخرون، بل قاله في آخر الدولة الأموية حين كان السواد نقصاً ولوناً مذموماً فأما بعد أن صار شعار الدولة العباسية وزيادة في الثوب على غيره من الألوان فلا، وهذا قول ضعيف وتعليل لا يختص بالسواد لأن من الألوان ما قد يكون نقصاً تارة وتارة أخرى زيادة، فافتضى أن يكون التعليل عاماً في اعتبار النقص وزيادته، ولا يكون مختصاً بالسواد دون غيره. فأما تملك الغاصب الثوب بأخذ القيمة منه فخطأ لأن بقاء العين المغصوبة يمنع من أخذ قيمتها من الغاصب قياساً عليه لو كان غير مصبوغ ولأن من لم يجب عليه قيمة الثوب قبل صبغه لم تجب عليه قيمته بعد صبغه كالأجر، ولأن الصبغ لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون نقصاً أو غير نقص فإن كان نقصاً ضمنه لا غير كالمتميز وإن لم يكن نقصاً فأولى أن لا يضمن والله أعلم.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يكون الصبغ مما يمكن استخراجه، فللغاصب ورب

الثوب أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على تركه في الثوب ويبيعه مصبوغاً فيجوز ويكون القول فيه بعد بيعه كالقول فيما لا يمكن استخراج صبغه. **والحال الثاني:** أن يتفقا على استخراجه منه فذلك جائز ليصل الغاصب إلى صبغه ورب الثوب إلى ثوبه، فإن استخرجه وأثر في الثوب نقصاً ضمنه به. **والحال الثالث:** أن يدعو الغاصب إلى استخراجه ويدعرب الثوب إلى تركه فللغاصب أن يستخرجه سواء نفعه أو لم ينفعه لأنها عين فملكها والأعيان المملوكة لا يقهر ملاكها عليها لعدم المنفعة فعلى هذا يكون ضامناً لنقص الثوب ونقص الزيادة الحادثة فيه بدخول الصبغ لأن رب الثوب قد ملكها فقوتها الغاصب عليه باستخراج صبغه، مثاله أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة فيساوي الثوب مصبوغاً ثلاثين، وبعد استخراج الصبغ منه خمسة، فيضمن الغاصب عشرة خمسة منها هي نقص الثوب قبل صبغه، وخمسة أخرى هي نقص قسطه من الزيادة الحادثة بعد صبغه.

والحال الرابع: أن يدعرب الثوب إلى استخراجه ويدعو الغاصب إلى تركه فهذا

على وجهين:

أحدهما: أن يتركه استبقاء لملك الصبغ فيه، فينظر. فإن لم يكن الصبغ قد أحدث زيادة تفوت باستخراج الصبغ منه ففيه وجهان حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: وهو اختيار أبي حامد، أنه لا يجبر على استخراجهِ إذا امتنع لما فيه من استهلاك ماله مع قدرة رب الثوب على الوصول إلى استيفاء حقه بالبيع قال وهو ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه لأنه مال، قيل للغاصب إن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن لما نقص وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصبغ فحصل الخيار إليه فدل ذلك من قوله على أنه لا يجبر عليه فعلى هذا يكون في حكم ما لا يمكن استخراجهِ إذا بيع. **والوجه الثاني:** وهو أصح، أنه يجبر على أخذه لأنه عرق ظالم لا حرمة له في الاستبقاء فصار كالغرس والبناء، ويكون تخير الشافعي رضي الله عنه له في الترك والاستخراج عند رضا رب الثوب بالترك، فعلى هذا إن استخرجه ضمن نقص الثوب قبل الصبغ ولم يضمن نقصه بالزيادة في حال الصبغ لأن رب الثوب هو الذي أتلّفها على نفسه بإجبار الغاصب على استخراجهِ.

والضرب الثاني: أن يتركه الغاصب عفواً عنه وإبراء منه، فينظر فيه فإن كان قد أحدث نقصاً في الثوب أو كان له مؤنة في الاستخراج أو كان قد جبر نقصاً دخل على الثوب أجبر الغاصب على استخراجهِ، وإن كان زيادة محضة ففيه وجهان:

أحدهما: أنها هبة عين لا يلزم رب الثوب قبولها ويجبر الغاصب على استخراجهِ.

والوجه الثاني: أنها زيادة متصلة تجري مجرى غير المتميزة كالطول والسمن في خروجها عن الهبة إلى المسامحة ولا يجبر الغاصب على الاستخراج. فهذا حكم الصبغ إذا أمكن استخراجهِ.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون الصبغ مما يمكن استخراج بعضه ولا يمكن استخراج بعضه فالقول فيما لا يمكن استخراجهِ كالقول في القسم الأول والقول فيما يمكن استخراجهِ كالقول في القسم الثاني، فيجمع في هذا القسم حكم القسمين الماضيين على ما بيناه تقسيماً وشرحاً فهذا حكم الصبغ إذا كان للغاصب.

فصل: وأما إذا كان الصبغ لرب الثوب فكالرجل غصب ثوباً يساوي عشرة وصبغاً يساوي عشرة وصبغ به الثوب فإن لم يمكن استخراج الصبغ، نظر قيمة الثوب مصبوغاً، فإن كان يساوي عشرين درهماً أخذه المالك ولا شيء له على الغاصب، وإن نقص مصبوغاً عن العشرين أخذه مالكة ورجع بما بقي بعد قيمته من العشرين ليستكمل قيمة الثوب والصبغ. فإن كان استخراج الصبغ ممكناً فلا حق للغاصب في استخراجهِ لأنه لا يملك عيناً فيه وللمالك حالتان:

إحدهما: أن يرضى بترك الصبغ في الثوب فله ذلك ويأخذ معه ما نقص من القيمتين إن حدث فيها نقص والله أعلم.

والحال الثانية: أن يدعو إلى استخراج الصبغ، فينظر، فإن كان له في استخراج غرض صحيح وذلك من وجوه منها أن يحتاج إلى الثوب أبيض، ومنها أن يحتاج إلى الصبغ في غيره، ومنها أن يكون استخراج أكثر من قيمته، ومنها أن يكون لاستخراجه مؤنة يذهب بها شطر قيمته، فإن الغاصب مأخوذ باستخراجه وضمان نقص إن حدث فيه، وإن لم يكن له في استخراج غرض نظر، فإن لم يستضر الغاصب بنقص بضمه في الثوب أخذ باستخراجه، وإن كان يستضر بنقص يحدث فيه فهل يؤخذ جبراً باستخراجه أم لا؟ على وجهين، كالشجرة في الأرض:

أحدهما: يؤخذ باستخراجه لاستحقاق المالك باسترجاع ملكه على ما كان عليه قبل غصبه فعلى هذا يضمن ما نقص من القيمتين ولا يضمن زيادة إن كانت قد حدثت بالصبغ، ولو طالب بغرم النقص من غير استخراج إيجاب إليه.

والوجه الثاني: أنه يقر على حالته ولا يجبر الغاصب على استخراج لما فيه من العبث والإضرار، ولو سأل غرم نقص لو كان يحدث بالاستخراج لم يجب إليه إلا أن يكون في اجتماعهما نقص من القيمتين فيضمن ذلك النقص.

فصل: في صبغ الأجنبي

وأما إذا كان الصبغ لأجنبي فلا يخلو من أن يمكن استخراج أو لا يمكن فإن لم يمكن استخراج كان رب الثوب ورب الصبغ شريكين في الثوب مصبوغاً بقيمة الثوب وقيمة الصبغ لاجتماع مالیهما فيه، ثم لا تخلو قيمة الثوب مصبوغاً من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بقدر القيمتين.

والثاني: أن يكون أقل.

والثالث: أن يكون أكثر. فإن كان بقدر القيمتين مثل أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة فيساوي الثوب مصبوغاً عشرين، فإذا تسلماه مصبوغاً برىء الغاصب من حقهما وكأنا فيه على الشركة بالقيمتين، فإن بذل رب الثوب لرب الصبغ قيمة صبغه أجبر على أخذها لأنه لا يقدر على عين ماله لكونه مستهلكاً في الثوب فلو بذل رب الصبغ لرب الثوب قيمة ثوبه لم يجبر على قبولها وقيل: إنه مخير بين أخذها، وبذل قيمة الصبغ لأن الثوب أصل عينه قائمة، والصبغ تبع قد استهلك في الثوب وإن كان قيمة الثوب مصبوغاً أقل من القيمتين، مثل أن تكون خمسة عشر درهما فتقسم بينهما نصفين بالقسط على القيمتين ويرجع كل واحد منهما على الغاصب بدرهمين ونصف هي نقص ما غصب منه فيصيران راجعين عليه بخمسة دراهم تكملة العشرين. وإن كان قيمة الثوب مصبوغاً أكثر مثل أن تكون

قيمته ثلاثين درهماً، فتكون بينهما نصفين بقدر القيمتين لحدوث العشرة الزائدة في ماليهما وإن كان استخراجهما ممكناً فلرب الثوب ورب الصبغ الأحوال الأربعة :

أحدها : أن يتفقا على ترك الصبغ في الثوب فذلك لهما ثم إن كان فيه نقص رجعا به على الغاصب ليستكملا القيمتين .

والحال الثاني : أن يتفقا على استخراجهما فذلك لهما سواء أضر استخراجهما بالغاصب في حدوث نقص يلزمه غرمه أم لا ، لأن المالكين قد اتفقا على تمييز المالكين ثم يرجع كل واحد منهما على الغاصب بما حدث من النقص في ماله بالاستخراج لتعديده المتقدم بالصبغ .

والحال الثالث : أن يدعوا رب الصبغ وحده إلى استخراجهما فله ذلك ويرجع رب الثوب على الغاصب بنقص ثوبه ورب الصبغ بنقص صبغه فإن كان استخراجهما يحدث في الثوب نقصاً وليس الغاصب حاضراً فيرجع به عليه ، قيل لرب الصبغ ليس لك استخراج صبغك إلا أن تغرم لرب الثوب نقص ثوبه ويكون ذلك ديناً لك على الغاصب ويرجع به عليه بعد القدرة .

والحال الرابع : أن يدعوا رب الثوب وحده إلى استخراجهما فإن لم يدخل بذلك نقص في الصبغ أخذ الغاصب بالتزام مؤنة الاستخراج وغرم النقص إن كان يدخل على الصبغ بعد أن استخرج لم يؤخذ رب الصبغ باستخراج الصبغ إلا أن يبذل له رب الثوب نقص الصبغ على الغاصب أم لا؟ على وجهين من اختلاف الوجهين الماضيين في إجبار الغاصب على استخراجهما لو كان الصبغ له .

فصل : قال المزني رضي الله عنه هذا نظير ما مضى في نقل التراب ونحوه ، يعني أن الغاصب ممنوع من استخراج صبغه كما هو ممنوع عنده من رد التراب فأما التراب فقد مضى الكلام فيه . وأما الصبغ فهو عين مال لا يمنع من استرجاعه وإن كان غاصباً لغيره .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : «وَوَلَوْ كَانَ زَيْتًا فَخَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أَوْ خَيْرٍ مِنْهُ فَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ مِنْ هَذَا مَكِيلَتَهُ وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ مِثْلَ زَيْتِهِ وَإِنْ خَلَطَهُ بِشَرٍّ مِنْهُ أَوْ صَبَّ فِي بَآنٍ فَعَلَيْهِ مِثْلُ زَيْتِهِ» .

قال الماوردي : وهذا كما قال . لأن للزيت مثلاً فإذا غصب زيتاً وخلطه بغيره فعلى ضربين .

أحدهما : أن يخلطه بزيت .

والثاني : بغير زيت ، فإن خلطه بزيت فعلى ثلاثة أضرب .

أحدهما: أن يخلطه بمثله.

والثاني: أن يخلطه بأجود منه.

والثالث: أن يخلطه بأردأ منه، فإن خلطه بمثله كان للغاصب أن يعطيه مكيلة زيتته منه وليس للمغضوب منه أن يطالبه بمكيلة من غيره، وإن أراد الغاصب أن يعدل به إلى مثل مكيلة زيتته من غيره ففيه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه ها هنا، أن له ذلك لأنه قال فخلطه بمثله أو خيراً منه، فإن شاء أعطاه من هذا مكيلة وإن شاء أعطاه مثل زيتته، ووجه ذلك أنه إذا لم يقدر على غير زيتته تساوت الأعيان المماثلة له فلم يكن للمغضوب منه أن يتحجز عليه في عين دون عين.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة، أن عليه أن يعطيه مكيلة زيتته من ذلك الزيت المختلط وليس للغاصب أن يعدل به إلى غيره إلا عن رضي منه، ووجه ذلك أن العين المغضوبة موجودة فيه وليس يدخل على الغاصب ضرر به فكأن المغضوب أحق بما ليس له عين مال فيه، ويكون كلام الشافعي رضي الله عنه راجعاً إلى خلطه والأجود دون المثل.

فصل: وإن خلطه بأجود منه، فإذا بذل له الغاصب مكيلة زيتته منه أجبر على أخذه ولم يكن له العدول إلى غيره لوجود العين المغضوبة فيه مع الزيادة، في الجودة، وإن عدل به الغاصب إلى مثل مكيلة زيتته من غيره فإن رضي بذلك المغضوب منه جاز، وإن لم يرض به وطالب بحقه من نفس ما اختلط به ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا ومنصوص الشافعي رضي الله عنه في الغصب أن القول قول الغاصب في العدول إلى مثل مكيلة زيتته من غيره لأن فيه زيادة لا تتميز فلم يلزم الغاصب بذلها، وكان المثل أحق ليزول به الضرر عن الفريقين.

والوجه الثاني: وهو قول بعض المتقدمين من أصحابنا أنه يضرب بثمن زيتته في الزيت المختلط على ما نص عليه الشافعي رضي الله عنه في الفلس مثاله أن يكون قد غصبه صاعاً من زيت قيمته خمسة دراهم فخلطه بصاع قيمته عشرة دراهم فيباع الصاعان، فإن كان قيمتها خمسة عشر درهماً فليس فيه زيادة ولا نقص فيأخذ المغضوب خمسة دراهم هي ثمن صاعه ويأخذ الغاصب عشرة دراهم هي ثمن صاعه، وإن كان الثمن عشرين درهماً قسمت بينهم أثلاثاً بقدر ثمن الصاعين لتكون الزيادة مقسطة بينهما فيكون للمغضوب ثلث العشرين وللغاصب الثلثان، وإن كان الثمن أقل من خمسة عشر استوفى المغضوب منه ثمن صاعه

خمسة دراهم ودخل النقص على الغاصب لضمانه بالتعدي إلا أن يكون النقص لرخص السوق فلا يضمه، فعلى هذا الوجه لو قال: المغمصوب أنا أخذ من هذا الزيت المختلط زيتاً بقيمة ما استحقه وهو ثلث الصاعين بخمسة من خمسة عشر، ففيه وجهان.

أحدهما: لا يجاب إلى هذا لما فيه من الربا، لأنه يصير أخذاً لثلاثي صاع بدلاً من الصاع وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: يجاب إلى هذا ويعطى من الصاعين ثلثي صاع لأن المالك لا يجبر على بيع ملكه ولا يكون هذا ربا لأن الربا يجري في البياعات ولم يجري بين الغاصب والمغمصوب منه في هذا بيع وإنما هو تارك بعض المكيلة فيكون مسامحاً.

فصل: وإذا خلطه بأردأ منه، مثل أن يغصب منه صاعاً يساوي عشرة دراهم فيخلطه بصاع يساوي خمسة دراهم فلا يخلو حال الغاصب والمغمصوب من أربعة أحوال.

أحدها: أن يتفقا على مكيلة زيتة من هذا المختلط فيجوز ويصير المغمصوب منه مسامحاً بجودة زيتة.

والحالة الثانية: أن يتفقا على مثل مكيلة زيتة من غيره فيجوز وقد استوفى الحق من غير محاباة.

والحالة الثالثة: أن يبذل له الغاصب مثل مكيلة زيتة من غيره، ويدعو المغمصوب منه إلى أخذه من المختلط بزيتة. ففيه وجهان كما لو اختلط بمثل زيتة.

أحدهما: أن القول قول الغاصب لاستهلاك زيتة بالاختلاط وله العدول به إلى المثل من غيره.

والوجه الثاني: أن القول قول المغمصوب منه لوجود عين ماله فيه فعلى هذا إن رضي أن يأخذ منه مثل مكيلته جاز وكان مسامحاً بالجودة، وإن طلب أن يكون شريكاً فيه بقيمة زيتة فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجاب إلى ذلك للقدرة على المثل.

والثاني: يجاب إليه ويكون شريكاً فيه بالثلثين قسط عشرة من خمسة عشرة إن قاسم عليه وأخذ لثلاثي الصاعين وذلك صاع وثلثه على صفعته ها هنا وإن اقتضاه التعليل جاز.

والحالة الرابعة: أن يطلب المغمصوب منه مثل مكيلة زيتة من غيره ويدعو الغاصب إلى أخذه من المختلط بزيتة ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول المغمصوب منه ويجبر الغاصب على دفع مثل المكيلة من

غيره.

والوجه الثاني: أنه يكون شريكاً في الزيت المختلط بقيمة زيتيه ولا يلزمه أن يأخذ منه قدر مكيلة لنقصه، ويكون له ثلثاه على ما مضى فإن طلب القسمة كان على الوجهين:

فصل: فأما الضرب الثاني: وهو أن يخلط الزيت بغير زيت فعلى ضربين: أحدهما: أن يكون مما يتميز عنه كالعسل فيؤخذ الغاصب باستخراجه وأرش ما نقص من قيمته ومثل ما نقص من ملكيته.

والضرب الثاني: أن يخلطه بما لا يتميز كالشيرج والبان ففيه وجهان: أحدهما: وهو المنصوص ها هنا أنه يصير مستهلكاً لعدم تميزه ويغرم له مثل مكيلته. والوجه الثاني: أن يكون شريكاً فيه بقيمة زيتيه مثل أن يكون المغصوب صاعاً من زيت يساوي خمسة مخلطة بصاع من بان يساوي عشرة فيكون له ثلث ثمنها إن كان الثلث خمسة فصاعداً وإن نقص بالاختلاط من الخمسة رجع بقدر النقص فإن طلب القسمة ليأخذ ثلث الجملة فهما جنسان فيخرج في اقتسامهما به قولان مبنيان على اختلاف قولييه في القسمة هل هي بيع أو تمييز نصيب؟ فإن قيل إنها بيع لم يجز لأن اختلاط الزيت بغيره يفضي إلى التفاضل وإن قيل إنها تمييز نصيب جاز والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ أَعْلَاهُ عَلَى النَّارِ أَخَذَهُ وَمَا نَقَصَتْ مِكِيلَتُهُ أَوْ قِيمَتُهُ».

قال الماوردي: وصورتها في من غصب زيتاً فأغلاه بالنار فلا يخلو حاله من أربعة أقسام.

أحدها: أن يكون على حالته لم ينقص من مكيلته ولا من قيمته فيرجع به المغصوب ويبرأ منه الغاصب.

والقسم الثاني: أن ينقص من مكيلته دون قيمته مثل أن يغصب منه عشرة أصع من زيت يساوي كل صاع خمسة دراهم فيرجع إلى سبعة أصع يساوي كل صاع خمسة دراهم فيرجع عليه بمكيلة ما نقص وذلك بثلاثة أصع فلو كان قد زاد في قيمة المغلي الباقي بمثل قيمة ما نقص من الأصع الثلاثة لم يسقط عن الغاصب غرم المكيلة الناقصة لأن الزيادة لا يملكها الغاصب فيكون قصاصاً.

والقسم الثالث: أن ينقص من قيمته دون مكيلته، مثل أن تكون الأصع العشرة على مكيلتها لكن تعود قيمة كل صاع بعد غليه بالنار إلى أربعة دراهم فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون نقصانه متتهياً لا يحدث بعده نقص آخر غيره فهذا يسترجع من الغاصب مغلي مع أرش النقص في كل صاع وهو درهم فيرجع بعشرة دراهم.

والضرب الثاني: أن لا يكون النقص قد انتهى لحدوث نقص آخر بعد فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ما ينتهي إليه من النقص الثاني محدود، فليس له إبدال الزيت بغيره وينتظر حدوث نقصان فيرجع به، فإن تلف الزيت قبل انتهاء نقصانه فهل يرجع بما كان ينتهي إليه من نقص أم لا؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قوله فيمن خلع سن صبي لم يثغر فانتظر به ما يكون من نباتها أو ذهابها فمات قبل معرفتها ففي استحقاق ديته قولان يخرج منهما ها هنا وجهان:

أحدهما: لا أرش له لعدم حدوثه ولو كان باقياً فطالب بالأرش مثل حدوث النقص لم يكن له.

والوجه الثاني: له الأرش للعلم به لو كان باقياً فطالب به قبل حدوث النقص كان له فلو لم يهلك الزيت ولكن باعه قبل انتهاء نقصانه فإن أعلم به المشتري فلا رد له بحدوث نقصه لعلمه بعينه وللمغصوب أن يرجع على الغاصب بنقصه لأنه عاوض عليه ناقصاً وإن لم يعلم المشتري به فله الرد بحدوث نقصه فإن لم يرض به المشتري ورده رجع المغصوب منه بأرشه على الغاصب وإن رضي به ولم يؤده كان في رجوعه على الغاصب بأرش نقصه وجهان:

أحدهما: لا يرجع به لأنه بالمعوضة عليه سليماً قد وصل إليه من جهة المشتري فصار بمثابة ما لم يحدث به نقص.

والوجه الثاني: يرجع به على الغاصب لضمائه له بالغصب. ولا يكون حدوث رضى المشتري به برأة للغاصب منه.

والضرب الثاني: أن يكون ما ينتهي إليه من النقص الثاني غير محدود ففيه وجهان: أحدهما: أن للمغصوب إن شاء أن يرجع على الغاصب بمثله لما في استيفائه إلى انتهاء النقص المجهول من شدة الإضرار. وفوات الانتفاع، وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة.

والوجه الثاني: أنه لا بد له لأن دخول النقص المجهول على الأعيان يمنع من أن يكون كالاستهلاك في الغرم. ألا تراه لو جرح عبداً جهلنا ما ينتهي إليه حال جرحه لم يجز أن يطالب الجراح بالقيمة في بدله.

والقسم الرابع: أن يكون غليه بالنار قد نقص من مكيلته وقيمته مثل أن تعود الأصع العشرة إلى سبعة ويرجع قيمة كل صاع من السبعة إلى أربعة فيضمن النقصين نقص المكيلة بالمثل، ونقص القيمة بالأرش على ما وصفناه.

فصل: وإذا غصب منه عصيراً فأغلاه بالنار نقص قيمته إن نقصت وهل يضمن نقص مكيلته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن سريج أنه لا يضمن نقص المكيلة بخلاف الزيت وفرق بينهما بأن نقص مكيلة الزيت باستهلاك أجزائه ونقص مكيلة العصر بذهاب مائته. والوجه الثاني: وهو اختيار أبي علي الطبري في (إفصاحه) أنه يضمن نقص المكيلة كما يضمن نقصها من الزيت لأن ما نقصت النار من مائته ويقوم في العصير بقيمته فصار عصيراً ناقص المكيلة، وهكذا لو غصب منه لبناً فعمله جبناً رجع به جبناً ونقص إن كان في قيمته وهل يرجع بنقص مكيلته على الوجهين: والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ خَلَطَ دَقِيقًا بِدَقِيقٍ فَكَالزَّيْتُ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا فيمن غصب دقيقاً فخلطه بدقيق على وجهين: أحدهما: وهو قول ابن سريج أنه كالزيت في أن له مثلاً تعلقاً من كلام الشافعي بظاهره ومن الاحتجاج فيه بتماثل أجزائه وإن تفاوت الطحن في النعومة والخشونة أقرب من تفاوت الحنطة في صغر الحب وكبره فعلى هذا يعتبر حال ما خلط به من الدقيق في كونه مثلاً أو أجود أو أردأ ويعطيه مثل مكيله بعينه على ما مضى من الزيت سواء.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن الدقيق لا مثل له لاختلاف طحنه المفضي بالصنعة والعمل إلى عدم تماثله وليس كالحنطة التي ليس للآدميين صنعة في كبر حجمها وصغره وحملوا قول الشافعي رضي الله عنه فكالزيت في أنه يصير مستهلكاً لا في أن له مثلاً فعلى هذا إذا خلط الدقيق بدقيق ففيه وجهان:

أحدهما: عليه قيمته.

والثاني: أن ربه يكون شريكاً في الدقيق المختلط بقيمة دقيقه يباع فيقتسمان ثمنه فإن لحقه نقص رجع به وإن أراد الاقسام به فعلى قولين من اختلاف قوله في القسمة هل هي بيع أو تميز نصيب فإن غصب دقيقاً فنخله واستهلك نخالته ففيه وجهان.

أحدهما: يضمن قيمة النخالة.

والثاني: يضمن أغلظ الأمرين من قيمة النخالة أو من نقص الدقيق بنخل النخالة وقد مضى نظير هذين الوجهين في استهلاك التراب من الأرض.

فصل: وإذا غصب حنطة فخلطها بشعير فللحنطة مثل كالزيت فإن أمكن تمييزها من الشعير المختلط بها أخذ الغاصب بتمييزها وإن ثقلت مؤنة التميز عليه وإن لم يمكن تمييزها فعلى وجهين كالزيت إذا خلط بيان.

أحدهما: يرجع بمثل حنطته.

والثاني: أنه يكون شريكاً في المختلط بقيمة حنطته فإن حدث بالاختلاط نقص رجع

به.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ كَانَ قَمَحًا فَعَفَّنَ عِنْدَهُ رَدَّهُ وَقِيَمَهُ مَا نَقَصَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا عفنت الحنطة في يد غاصبها أو ساست بالسوس أو دادت بالدود فله استرجاعها وما نقص من قيمتها قل النقص أو كثر.

وقال أبو حنيفة هو بالخيار بين أن يأخذها ناقصة أو يرجع بمثلها وقد مضى في الكلام معه في مثل هذا ما يغني، وإذا كان كذلك لم يخل حال نقصها من أن يكون متناهياً أو غير متناه فإن كان متناهياً رجع به رب الحنطة على الغاصب بعد استرجاع حنطته فإن كان غير متناهٍ ولا محدود فعلى ما ذكرنا من الوجهين في نقص الزيت المغلي.

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن رب الحنطة بالخيار بين أن يرجع بمثل حنطته على الغاصب وبين أن يتمسك بها ويرجع بما ينتهي إليه من النقص.

والوجه الثاني: أنه لا بدل له لبقاء عين ماله ويرجع بما انتهت إليه من نقص.

فصل: غصب الحنطة وطحنها

فإن غصب منه حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه فللمغصوب منه أن يرجع به دقيقاً وخبزاً وينقص إن حدث فيه وليس للغاصب أن يرجع بأجرة العمل ولا بزيادة إن حدث وقال أبو حنيفة الغاصب أملك بها إذا زادت وبغرم مثلها لئلا يكون عمله مستهلكاً وهذا خطأ لقوله ﷺ: لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ.

فصل: ولو غصبه حنطة فزرعها.

قال أبو حنيفة يملكها وبغرم مثلها وما حصل من نماء عند الحصاد كان له ويأمره، أن يتصدق به وهكذا القول فيمن غصب غرساً فغرسه حتى صار شجراً ملكه وغرم قيمته حين ملكه وهذا خطأ يدفعه نص قوله ﷺ: لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ. وإذا كان كذلك لم يخل مال الحنطة المزروعة عند مطالبة المالك لها من ثلاثة أقسام: .

أحدها: أن يكون بذراً

والثاني: أن يكون بقللاً.

والثالث: أن يكون سنبلاً.

فإن كانت بذراً فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون جمعه ممكناً .

والثاني : أن يكون غير ممكن . فإن كان جمعه ممكناً فعلى ضربين :

أحدهما : أن تقل مؤنة جمعه للمغضوب منه أن يأخذ الغاصب بجمعه ورده .

والثاني : أن تكثر مؤنة جمعه فعلى وجهين من اختلافهم فيمن غصب حنطة في بلد فنقلها إلى غيره . هل يكلف الغاصب نقلها ورد عينها أو يجوز له رد مثلها على وجهين :

أحدهما : يرد المنقولة بعينها إلى البلد وجميع المبذورة بعينها من الأرض .

والوجه الثاني : أنه لا يكلف نقل النقولة ، وله رد مثلها ولا يكلف جمع المبذورة ويكون في حكم ما لا يمكن جمعه من البذر ، وما لا يمكن جمعه من الحب وكان بذراً فالمغضوب منه بالخيار بين أن يطالب الغاصب بمثله وبين أن يصير عليه إلى نباته وإمكان أخذه فإن رضي بالمثل ملك المثل وزال ملكه عن البذور فإذا نبت فلا حق له فيه لزوال ملكه عنه بالمثل وإن صير عليه إلى نباته وإمكان أخذه فذلك له لبقائه على ملكه وسواء كان مبذوراً في أرض المغضوب منه أو في أرض الغاصب أو في أرض أجنبي فإذا صار بطلاً يمكن جزه كان في حكم ما سنذكره فلو تلف الزرع في الأرض قبل أخذه نظر فإن كان تلفه قبل إمكان أخذه في حال كونه حباً فنقله النمل أو بعد أن نبت على حد لا يمكن أخذه فأكله الدود فعلى الغاصب ضمانه بالقيمة دون المثل في أكثر أحوالها لأن إعواز أخذه قبل التلف بتعديه وإن كان تلفه بعد إمكان أخذه بطلاً ذا قيمة فالغاصب برىء من ضمانه لأنه بالترك بعد المكنة من الأخذ قاطع لتعدي الغاصب .

وأما القسم الثاني وهو أن يكون البذر قد صار بطلاً ذا قيمة يمكن أخذه فللمغضوب منه حالتان . حالة يرضى بأخذه بطلاً وحالة يطالب بمثله حباً فإن رضي به المغضوب منه بطلاً فهو أحق به وإن كانت قيمته بطلاً أقل من قيمته حباً رد على الغاصب بقدر الناقص من القيمة وإن كانت قيمته بطلاً مثل قيمته حباً أو أزيد من قيمة الحب فلا شيء على الغاصب فلو كانت قد نقصت من قيمة الحب في أول نباته ثم زادت قيمته بعد تمامه ففي ضمان الغاصب لذلك النقص وجهان . ذكرناها في الجارية المغصوبة إذا نقصت بمرض ثم زال النقص بزوال المرض .

أحدهما : أنه غير مضمون عليه لأنه نقص لم يستقر فجرى مجرى نقص السوق .

الوجه الثاني : أنه مضمون عليه لأن الضمان قد لزم بحدوث النقص فلم يسقط بحادث زيادة لا يملكها فأما إذا قال لست أرضى به بطلاً وأريد مثل المغضوب مني حباً ففيه وجهان :

أحدهما: يجاب إلى طلبه ويؤخذ الغاصب بإعطائه مثل حنطته ليصل إلى مثل المغصوب المغصوبة لا يلزم غرم أصلها لتقص إن حدث فيها أو حال انتقل عنها كالثوب إذا أخلق والشاة إذا ذبحت وإذا كان كذلك واستقر ملك المغصوب منه بالرضا أو على أحد الوجهين مع عدم الرضا لم يخل حال الأرض التي زرع فيها من ثلاثة أقسام: .

أحدها: أن تكون لمالك الزرع فله إقرار الزرع فيها إلى الحصاد إن شاء وله مطالبة الغاصب بأجرة الأرض قبل أخذها منه وإن كان قد شغلها بالزرع الصائر إليه لتعديده غصباً وزرعاً.

والقسم الثاني: أن تكون الأرض للغاصب فهل يجبر على استبقاء الزرع في أرضه إلى وقت حصاده أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجبر عليه وله أخذ المغصوب منه بقلعه لحصول البذر في الأرض بالتعدي.

والوجه الثاني: يجبر الغاصب على تركه إن بذل له المغصوب منه أجر المثل من وقت التسليم إلى وقت الحصاد لحصول البذر في أرضه باختياره.

والقسم الثالث: أن تكون الأرض لأجنبي فلمالك الأرض أن يأخذ مالك الزرع بقلعه إلا أن يجب إلى تركه راضياً بأجرة أو تطوع لأنه مغصوب.

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون البذر قد صار سنبلاً فللمغصوب منه أخذه في سنبله وليس له مطالبة الغاصب بالبدل لأنه في سنبله قد عاد إلى حاله قبل غصبه ثم جميع ما لزم الغاصب عليه مؤنة سقي وعمل فمتطوع به من ماله لا يرجع بشيء منه على المغصوب منه وأما العشر الواجب للفقراء فهو حق الله تعالى في الزرع فلا يلزم الغاصب لأنه إن قيل إنه يجب في ذمة المالك فليس الغاصب مالكاً، وإن قيل إنه يجب في عين الزرع فلا تعلق له بالغاصب فإن أخذ منه العشر وهو في يد الغاصب نظر فإن أخذه الإمام أجزأ ولا ضمان على الغاصب وإن فرقه الغاصب على الفقراء لم يجز ذلك عن الواجب فيه لعدم النية من المالك في إخراجه ويكون الغاصب ضامن لما أخرج فلو أخذ العشر من الغاصب قال لا يجزىء أخذه لوضعه الزكاة في غير موضعها ضمن الغاصب ما أخذه الوالي منه وإن أخذه منه جبراً لأن الغاصب ضامن لما غصبه منه.

فصل: وإذا غصب رجل بيضاً فصار فراخاً أو فروخاً كان ملكاً للمغصوب منه لتولده من ملكه ولو غصب منه شاة فأنزا عليها فحله فوضعت سخلاً كان ملكاً للمغصوب منه لأن الولد تبع للأم في الملك ولو غصب منه فحلاً فأنزاه على شاة له فوضعت سخلاً كان للغاصب لأن

مالك للإم ولا شيء للمغصوب منه في نزو فحله لأنه عصب فحل محرم الثمن إلا أن يكون النزو قد نقص من بدنه وقيمته فيرجع على الغاصب بقدر نقصه.

فصل: ولو غصبه شاة فذبحها وطبخها لم يملكها ويرجع بها للمغصوب منه مطبوخة وينقص إن حدث فيها.

وقال أبو حنيفة قد صارت بالطبخ للغاصب ويغرم قيمتها استدلالاً برواية عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة بن أبي موسى رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَارَ قَوْمًا مِنَ الْأَنْصَارِ فَقَدَّمُوا إِلَيْهِ شَاةً مَضْلِيَّةً فَأَكَلَ مِنْهَا لُقْمَةً فَلَمْ يَصْغُهَا فَقَالَ مَالِي لَا أَصْغُهَا إِنَّ لَهَا لَشَأْنًا أَوْ قَالَ خَبْرًا قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أَخَذْنَاهَا مِنْ بَنِي فَلَانٍ وَإِنَّهُمْ إِذَا وَافُوا رَاضِينَاهُمْ فَقَالَ ﷺ أَطْعَمُوهَا الْأَسَارَى^(١) فجعل لهم تملكها بالعمل لأنه أمرهم بإطعامها للأسارى ولو لم يملكوها لمنعهم.

ودلينا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يَجِلُّ لِأَحَدٍ مِنْكُمْ مِنْ مَالٍ أَخِيهِ شَيْءٌ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ» فَقَالَ لَهُ عَمْرُو بْنُ يَثْرِبِي يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ إِنْ لَقِيتُ غَنَمًا لابن عَمِّي أَخَذْتُ مِنْهَا شَاةً قَالَ إِنْ لَقِيتَهَا نَعَجَةً تَحْمِلُ شَفْرَةً وَزَنَادًا يَخْبِتُ الْجَمِيشُ فَلَا تَهْجُهَا^(٢).

الجميش صحراء بين مكة والحجاز قليلة الساكن يريد إن لقيتها بهذا الموضع المهلك ومعها شفرة وهي السكين وزناد، وهي المقدحة تعرض لها. فأما الخبر الذي استدل به فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذنه من غير ثمن مقدر ويحتمل أن يكون لتعذر مستحقه عن استبقاء الطعام لهم فأمرهم بذلك حفظاً لقيمته على أربابه.

فصل: وإذا غصب مجوسي شاة فذبحها ضمن جميع قيمتها لأنها ميتة يحرم أكلها وثمانها والمغصوب منه أحق بجلدها وإن أخذ القيمة لأنها من عين ماله فإن غلبه عليه إنسان فدبغه ففيه وجهان: .
أحدهما: يكون لربه.

والثاني: يكون لدابغه فلو اشتراك مسلم ومجوسي في ذبح شاة مغصوبة ضمن المجوسي نصف قيمتها لأنه أحد الدابحين وضمن المسلم نصف نقصها لو لم يكن المشارك له في الذبح مجوسياً.

مثاله: أن تكون قيمة الشاة عشرين درهماً ولو ذبحها مسلم صارت قيمتها عشرة فيضمن المسلم خمسة والمجوسي عشرة.

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٣٥) وعنه البيهقي في السنن ٣٣٥/٥ وانظر نصب الراية ١٦٨/٤.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ١١٣/٥ والبيهقي في السنن الكبرى ٩٧/٦.

فصل: ولو غصب رجلاً عصيراً فصار في يده خلاً رجع به المغصوب منه وبنقص إن حدث في قيمته ولو صار العصير خمرًا رجع على الغاصب بقيمته عصيراً لأن الخمر لا قيمة له وهل له أخذ الخمر أم لا؟ على وجهين: .

أحدهما: وهو قول أبي حامد الإسفراييني أنه ليس له أخذه لوجوب إراقته وإتلافه .
والوجه الثاني: له أخذه لأنه قد ينتفع بإراقته في طين أو سقي حيوان فلو صار الخمر في يد الغاصب خلا رجع به المغصوب منه، وفي رجوعه عليه بالقيمة وجهان: كنقص المرض إذا زال .

أحدهما: يرجع بالقيمة لوجوبها .
والثاني: لا يرجع عليه لعدم استقرارها تخريجاً من اختلاف قوله فيمن قلع سناً من ثغر فغرم ديتها ثم عادت .

فصل: ولو غصب منه تمراً فعمله دبساً أو سمسماً فعصره شيرجاً أو زيتوناً فاعتصره زيتاً، فللمغصوب منه أن يأخذ ذلك كله ويرجع بنقص إن حدث فيه فإن ترك ذلك على الغاصب وطالبه بالبدل عن أصل ما غصبه فلا يخلو حال الشيء المغصوب منه من أحد أمرين:

أحدهما: إما أن يكون له مثل أو مما لا مثل له . فإن كان مما لا مثل له كالتمر اللصيق المكنوز بالبصرة رجع على الغاصب بما استخرجه من دبسه لأنه عين ماله ولم يكن له المطالبة بقيمة تمره لأن أجزاء المغصوب أخص من قيمته وإن كان مما له مثل كالسمسم فعلى وجهين:

أحدهما: أنه بمثابة ما لا مثل له في استرجاع ما استخرج منه تعليلاً بما ذكرناه .

والوجه الثاني: أن المغصوب منه يستحق المطالبة بمثل الأصل لأنه أشبه بالمغصوب من أجزائه فلو استهلك ما قد استخرجه من المغصوب فهو على أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون الأصل مما ليس له مثل والمستخرج منه مما ليس له مثل كالتمر المكنوز إذا استخرج دبسه بالماء فكل واحد من التمر والدبس غير ذي مثل فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة ولا يرجع بقيمة الدقيق بأكثر من قيمته تمراً أو دبساً .

والضرب الثاني: أن يكون الأصل مما له مثل والمستخرج منه مما ليس له مثل كالحنطة إذا طحنها دقيقاً فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة ولا يرجع بقيمة الدقيق لأن ذي المثل أولى من قيمته فإن كانت الحنطة بعد الطحن قد زادت قيمتها

دقيقاً على قيمتها جاً استحق المغصوب منه أن يرجع على الغاصب بعد أخذ المثل بقدر الزيادة في الدقيق كما لو غصب منه جارية فسمنت ثم ردها بعد ذهاب السمن ضمن نقص السمن الحادث في يده مع بقاء العين فلأن يضمن نقص الزيادة مع استرجاع المثل أولى .

والضرب الثالث : أن يكون الأصل بما ليس له مثل والمستخرج منه مما له مثل كالزيتون إذا اعتصره زيتاً لأن للزيت مثل وليس للزيتون مثل فيكون للمغصوب منه بمثل الزيت المستخرج وبنقص إن حدث في الزيتون لأنه لما صار المغصوب ذا مثل كان المثل أولى من قيمة الأصل لتقديم المثل على القيمة .

والضرب الرابع : أن يكون الأصل مما له مثل والمستخرج منه مما له مثل كالسمسم إذا اعتصره شيرجاً لأن كل واحد من السمسم والشيرج مثل فيكون للمغصوب منه الخيار في الرجوع بمثل أيهما شاء من السمسم أو الشيرج لثبوت ملكه على كل واحد منهما بعد الغصب فإن رجع بالسمسم وكان أنقص ثمناً من الشيرج فأراد نقصه لم يجز وقيل إن رضيت به وإلا فاعدل عنه إلى الشيرج ولا أرش لك لأن عين مالك مستهلك ولكل حقك مثل فلا معنى لأخذ الأصل مع الأرض مع استحقاقك لمثل لا يدخله أرش .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «وَإِنْ غَصَبَهُ ثَوْباً وَزَعْفَرَاناً فَصَبَّغَهُ بِهِ فَرُبُّهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ قَوْمَهُ أَبْيَضَ وَزَعْفَرَانَهُ صَحِيحاً وَضَمِنَهُ قِيمَةَ مَا نَقَصَ» .

قال الماوردي : وقد ذكرنا هذه المسألة فيما مضى من أقسام الغاصب ثوباً إذا صبغه ، وسنذكر الآن لتكرارها ما حضر من الزيادة فيها فإذا غصب ثوباً وزعفراناً وصبغه به نظر ، فإن رضي المغصوب منه بأخذه مصبوغاً من غير تقويم فذاك له وإن طلب استيفاء حقه وجب تقويم الثوب أبيض وتقويم الزعفران صحيحاً ، فأما الثوب فيعتبر قيمته وقت الصبغ وأما الزعفران فتعتبر قيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى وقت الصبغ والفرق بينهما أن الزعفران مستهلك في الصبغ فاعتبر بأكثر قيمته في السوق لأن زيادة السوق مع الاستهلاك مضمونة ، والثوب غير مستهلك فلم يعتبر أكثر ما كان قيمة لأن زيادة السوق مع بقاء العين غير مضمونة فإذا قيل قيمة الثوب عند الصبغ عشرة وقيمة الزعفران في أكثر أحواله إلى وقت الصبغ عشرة فصار المضمون على الغاصب من القيمتين عشرين درهماً فتعتبر حينئذ قيمة الثوب مصبوغاً عند أخذه من الغاصب إذا كانت السوق فيها على الحال المعتبرة في تقويمها على الغاصب لم تزد ولم تنقص فإن زادت السوق لم تعتبر الزيادة لدخول الضرر بها على المغصوب منه وإن نقصت السوق لم يعتبر النقصان لدخول الضرر به على الغاصب فإذا قوم مصبوغاً على ما وصفنا فإن كانت قيمته عشرين درهماً فصاعداً أخذه المغصوب منه بزيادته

التي لا حق للغاصب فيها، وإن كانت قيمته أقل من عشرين درهماً رجع على الغاصب بعد أخذه بقدر نقصه فلو قال الغاصب أذنت لي في صيغه وأنكر المغصوب منه فالقول قول المغصوب منه مع يمينه ويرجع على الغاصب بقدر النقص فلو قال أذنت لك ثم رجعت في الإذن قبل صبيغك. وقال الغاصب بل كنت إلى حين الصبيغ على إذنتك ففيه وجهان ذكرناهما في الرهن:

أحدهما: أن القول قول المغصوب منه.

والثاني: القول قول الغاصب. فأما إن اختلفا في الصبيغ فقال المغصوب منه هو لي وقال الغاصب بل هو لي. فإن كان الصبيغ مما يمكن استخراجه فالقول فيه قول الغاصب مع يمينه لأجل يده وإن كان مما لا يمكن استخراجه فالقول فيه قول المغصوب منه مع يمينه لأنه قد صار مستهلك في الثوب فجري مجرى أجزاءه. فأما صباغ الثوب بالأجر إذا اختلف هو ورب الثوب في الصبيغ فقال رب الثوب الصبيغ لي وقال الصباغ الصبيغ لي فإن كان الصباغ أجيراً منفرداً فالقول قول رب الثوب في الصبيغ وإن كان أجيراً مشتركاً فالقول قول الصباغ. والفرق بينهما أن اليد في الأجير المنفرد لرب الثوب وفي المشترك للأجير.

فصل: قصر الثوب بعد الغصب وغسله

فلو غصب ثوباً فغسله أو قصره رده مغسولاً ومقصوراً ولا شيء له في زيادة الغسل والقصارة ولو نقص بهما ضمن النقصان والفرق بين المفلس حين يكون شريكاً في زيادة القصارة على أحد القولين وبين الغاصب وإن كان بعض أصحابنا غلط فسوى بينهما، هو أن زيادة القصارة بالعمل والغاصب متعدد بعمله فلم يملك الزيادة به، والمفلس غير متعدد بعمله فملك الزيادة به والله أعلم.

فصل: تقطيع الثوب المغصوب قميصاً

ولو غصب ثوباً فقطعه قميصاً فإن لم يخطه فربه أحق به ويرجع بأرش نقصه وقال أبو يوسف ربه بالخيار بين أن يأخذه ولا شيء له وبين أن يدعه على الغاصب بأخذ قيمته.

وقال محمد بن الحسن إنه بالخيار بين أن يأخذه وما نقص وبين أن يدعه على الغاصب ويأخذ قيمته، وفيما مضى من الدلائل في أمثال هذا كاف، وإذا كان كذلك فلا يخلو أن تكون خيوط الخياطة لرب الثوب أو للغاصب أو لأجنبي فإن كانت لرب الثوب أخذه مخيطةً فإن طالب الغاصب بنقص الخيوط منه وفق الخياطة فإن كان له فيه غرض صحيح أجبر القاطع عليه، ثم على دفع ما حدث من نقص، وإن لم يكن فيه غرض فعلى ما ذكرنا من الوجهين، وإن كانت للغاصب فأراد استخراجها من الثوب فله ذاك وضمن ما نقص

بالاستخراج وإن تركه فرضي رب الثوب بتركه فله ذاك فإن طلب فتقه واستخراج خيوطه فإن كان لغرض صحيح أخذ الغاصب به، وإن لم يكن لغرض صحيح فعلى وجهين، وإن كانت الخيوط لأجنبي فله أن يأخذ الغاصب باستخراجها ويضمن له ما نقصها ويضمن لرب الثوب ما نقص من الثوب، وهكذا لو غصب ثوباً فطرزه أو رفاه كان القول في الطراز والرفو كالقول في الخياطة سواء. والله أعلم.

فصل: وإذا غصب من رجل دقيقاً وعسلًا ودهناً وعصده عصيداً أخذ المالك معقوداً فإن كان قيمته حينئذ بقيمة المقدرات المغصوبة منه فصاعداً مثل أن تكون قيمة الدقيق درهماً وقيمة الدهن درهمين وقيمة العسل خمسة دراهم فتكون قيمة العصيدة ثمانية دراهم فصاعداً أخذه المغصوب منه ولا شيء له على الغاصب ولا شيء للغاصب في زيادة إن كانت بعمله وإن نقصت قيمته معصوداً فكان خمسة دراهم أخذها ورجع على الغاصب بثلاثة دراهم قدر نقصه فلو ترك المغصوب منه العصيد على الغاصب وطالب الغاصب بالبدل عن أفراد ما غصب منه لم يخل حال ذلك من ثلاثة أضرب:

أحدهما: أن تكون جميعاً مما لا مثل له.

والثاني: أن تكون جميعها مما له مثل.

والثالث: أن يكون بعضها مما له مثل وبعضها مما لا مثل له فإن كان جميع المغصوب منه لا مثل له فليس له المطالبة بقيمتها مع بقاء أعيانها ويسترجعها ونقصها. وإن كان جميعها مما له مثل فعلى وجهين ذكرنا توجيههما، وإن كان لبعضها مثل وبعضها لا مثل له فليس له في الجمع بدل، ويأخذ أعيان ماله مع النقص لأن ما لا مثل له لا يستحق بدله وليس يمتاز عما له مثل فأجبر على أخذ جميعه دون المثل والقيمة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَ لَوْحًا فَأَدْخَلَهُ فِي سَفِينَةٍ أَوْ بَنَى عَلَيْهِ جِدَارًا أَخَذَ بِقَلْعِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا غصب لوحاً فبنى عليه سفينة أو داراً أخذ بهدم بنائه ورد اللوح بعينه وبه قال مالك وأهل الحرمين وقال أبو حنيفة وأهل العراق يدفع القيمة ولا يجبر على هدم البناء استدلالاً بقول النبي ﷺ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فَمَنْ ضَارَ أَضَرَ اللَّهُ بِهِ وَمَنْ شَاقَ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ.

وفي أخذه بهدم بنائه أعظم إضرار به، ويقول ﷺ: «يَسْرُوا وَلَا تُعَسِّرُوا إِنِّي بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ»^(١).

(١) أخرجه البغوي في شرح السنة ٤/٤٧ (بتحقيقنا) وأبو نعيم في تاريخ أصفهان ١/٣٣٦ وأخرجه البخاري معلقاً ١١٦/١ كتاب الإيمان (٣٩).

وفي أخذ القيمة منه فيه تيسير قد أمر به وفي هدم بنائه تفسير قد نهى عنه . قالوا ولأنه مغضوب يستضر برده فلم يجبر عليه كالخيطة إذا خاط به جرح حيوان قالوا ولأنه مغضوب لا يمكنه رده إلا باستهلاك مال فلم يجب رده كما لو كان في السفينة مال لغير الغاصب . ودليلنا قوله ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَ » . فلزمها رد اللوح لأخذه . وروى عبد الله بن سعيد عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال : « لَا يَجِلُّ لِأَمْرِي أَنْ يَأْخُذَ عَصَا أَخِيهِ بِغَيْرِ طِبِّ نَفْسِهِ » وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم ، وهذا خبر ظاهر كالنص . وروى عن النبي ﷺ أنه قال : « إِنَّ لِمَصَاحِبِ الْحَقِّ يَدًا وَمَقَالًا » ولأن كل مغضوب جاز رده وجب عليه رده كالذي لم يبين عليه فرداً والخيطة في جرح الحيوان عكساً ولأنه شغل المغضوب بما لا حرمة له فوجب أن يلزمه أرضه كما لو كانت أرضاً فزرعها أو غرسها . ولأن كل ما لو احتاج ابتداءً إليه لم يجبر مالكة عليه وجب إذا غصب أن يجبر على رده إليه كالأرض طرداً والخيطة لجرح الحيوان عكساً ، ولأن دخول الضرر على الغاصب لا يمنع من رد المغضوب كما لو حلف بعقده ألا يرد المغضوب فأما الجواب عن قوله ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » فهو أنه مشترك الدليل لأن في منع المالك منه إضرار به فكان دخول الضرر به على الغاصب ورفعته عن المغضوب منه أولى من دخوله على المغضوب منه في تيسير أمره ورفعته عن الغاصب وأما الجواب عن قوله ﷺ : « يَسْرُوا وَلَا تُعْسَرُوا » فمن وجهين :

أحدهما : أنه يستعمل في المغضوب منه في تيسير أمره برد ماله فيكون أولى من استعماله في الغاصب في تمليك غير ماله .

والثاني : أن التيسير في غير العصاة . والغاصب عاصي لا يجوز التيسير عليه لما فيه من الذريعة إلى استدامة المعصية . وأما الجواب عن قياسهم على الخيط في جرح الحيوان فمن وجهين : أحدهما : معارضة الأصل بأن المعنى في الخيط أنه ليس له رده فلم يجب عليه رده وفي اللوح له رده .

والثاني : المعاوضة في الأصل بأن المعنى في الخيط أنه لو احتاج ابتداءً إليه أجبر المالك عليه فلم يجبر على رده إليه وليس كذلك في الفرع ، وهذا إن سلموا من دخول النقص عليهم بالأرض إذا بنى فيها بأن قالوا : ليست الأرض عندنا مغضوبة .

وأما الجواب عن قياسهم إذا كان فيها مال لغير الغاصب فهو أن استرجاع اللوح واجب وإنما يستحق لحفظ المال للغير بالصبر حتى تصل السفينة إلى الشط .

فصل : فإذا تقرر أن نقض البناء لرد المغضوب واجب فسواء كان البناء قليلاً أو كثيراً وسواء كانت قيمة اللوح قليلة أو كثيرة حتى لو كانت قيمة اللوح درهم وقيمة البناء ألف درهم

أخذ بقلعه حتى يخلص اللوح لربه إلا أن يراضيه على أخذ ثمنه ثم إذا استرجع اللوح لزمه أجرة مثله إن كانت له أجرة وأرض نقصه إن حدث فيه نقص فلو كان المغصوب حجراً فبنى عليه منارة مسجد أخذ بنقص المنارة لرد الحجر ثم عليه غرم نقص المنارة للمسجد وإن كان هو المتطوع ببنائها لخروج ذلك عن ملكه، فأما إن كان اللوح قد بنى عليه سفينة فإن كانت السفينة على الشط أو بقربه هدمت لأخذ اللوح منها حتى يصل اللوح إلى ربه وإن كانت سائرة في البحر فإن كان اللوح في أعلاها بمكان لا يهلك ما في السفينة بأخذه أخذ منها وإن كان في أسفلها فإن أخذ منها هلك وما فيها نظر، فإن كان فيها حيوان لم يجز أن يقلع حراسة لنفوسهم سواء كانوا آدميين أو بهائم وسواء كانت البهائم للغاصب أو لغيره لأن للحيوان حرمتين حرمة نفسه وحرمة صاحبه وإن لم يكن فيها حيوان وكان فيها مال نظر فإن كان لغير الغاصب لم يجز أخذ اللوح منها لما في أخذه من إتلاف مال له حرمة في الحفظ والحراسة وإن كان للغاصب ففيه وجهان:

أحدهما: يؤخذ اللوح منها وإن تلف مال الغاصب فيها لذهاب حرمة بتعدي ماله كما يذهب ماله في هدم بنائه.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز أن يؤخذ منها لأنه قد يمكن أخذه بعد الوصول إلى الشط من غير استهلاك ما فيها من مال وليس كالبناء الذي لا يقدر على اللوح إلا بعد استهلاكه فعلى هذا يقال لرب اللوح أنت بالخيار بين أن تصبر باللوح حتى تصل السفينة إلى الشط فتأخذ لوحك وبين أن تأخذ في الموضع قيمة لوحك، فلو اختلطت السفينة التي دخل اللوح في بنائها بعشر سفن للغاصب ولم يصل إليه إلا بهدم جميعها ففيه وجهان:

أحدهما: يهدم جميعها حتى يصل إليه كما يهدم جميع السفينة الواحدة حتى يصل إليه.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز هدم شيء منها إلا أن يتعين اللوح فيها لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه هدم شيء منها إلا أن يتعين اللوح فيه لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه مال لا يتعين التعدي فيه.

فصل: ولو عمل اللوح المغصوب باباً أو بناء سفينة أو غصب حديداً فعمله درعاً لم يملكه في هذه الأحوال كلها. وجعله أبو حنيفة مالكاً لذلك بعمله وذلك من أقوى الذرائع في الإقدام على المغصوب وإذا لم يملك الأرض المغصوبة ببنائه وبغرسه فيها والأرض عندهم غير مغصوبة فلا أن لا يملك غيرها من المغصوب عندنا وعندهم أولى وإذا كان كذلك

فللمغضوب منه استرجاعه منه معمولاً ولا شيء للغاصب في عمله إلا أن يكون له أعيان مزالة فيسترجعها ويضمن نقص المغضوب . والله أعلم .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ : «أَوْ خَيْطًا خَاطَ بِهِ نَوْبَهُ فَإِنْ خَاطَ بِهِ جُرْحَ إِنْسَانٍ أَوْ حَيَوَانَ ضَمِنَ الْخَيْطَ وَلَمْ يَنْزَعْ» .

قال الماوردي : وصورتها فيمن غصب خيطاً فخاط به شيئاً فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون قد خاط به غير حيوان كالثياب فيؤخذ الغاصب بنزعه ورده على مالكة وأرش نقصه إن نقص .

والضرب الثاني : أن يكون قد خاط به حيواناً فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون الحيوان ميتاً عند المطالبة بالخيط فينظر فإن كان الحيوان مما لا حرمة له بعد موته كالبهيمة نزع الخيط منه ورده على مالكة وإن كان مما له حرمة كالآدمي نظر فإن لم يفحش حاله بعد نزع الخيط منه نزع وإن فحش لم ينزع لقوله ﷺ : «حُرْمَةُ ابْنِ آدَمَ بَعْدَ مَوْتِهِ كَحُرْمَتِهِ فِي حَيَاتِهِ» .

والضرب الثاني : أن يكون حياً فعلى ضربين : أحدهما أن يكون مباح النفس من آدمي أو بهيمة كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيؤخذ بنزعه لأنه مما لا حرمة لحفاظ نفسه ثم يغرم بعد نزعه أرش نقصه .

والضرب الثاني : أن يكون محظور النفس فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون آدمياً فعلى ضربين :

أحدهما : أن يخاف من نزعه التلف فيقر الخيط ولا ينزع سواء كان الغاصب أو غيره لما يلزم من حراسة نفسه بعد غضبه ، فأولى أن يجبر على تركه فعلى هذا يغرم قيمته .

والضرب الثاني : أن يأمن التلف فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يأمن الضرر وشدة الألم فهذا ينزع منه ويرد على مالكة مع أرش نقصه .

والضرب الثاني : أن يخاف ضرر أو شدة ألم وتطول مرض فقيه وجهان مخرجان من اختلاف قوله في تيمم المريض إذا خاف تطاول المرض وشدة الألم . أحدهما : ينزع إذا قيل لا يتيمم .

والثاني : يقر إذا قيل يتيمم . والضرب الثاني : في الأصل . أن يكون الحيوان غير آدمي فعلى ضربين : أحدهما : أن يكون غير مأكول كالبغل والحمار فعلى ضربين :

أحدهما : أن يؤمن تلفها فينزع الخيط .

والثاني: أن يخاف تلفها فيقر لحرمة نفسها التي لا يجوز انتهاكها بتعدي مالِكها.
والضرب الثاني: أن يكون الحيوان مأكولاً كالشاة والبعير فإن أمن تلفها بنزعه نزع وإن خيف تلفها ففيه قولان:

أحدهما: رواه الربيع تذييع لينزع الخيط منها لأنه قد يوصل إلى أخذه على وجه مباح.
والقول الثاني: رواه المزني وحرمله أنه يقر الخيط ولا ينزع ويؤخذ الغاصب بقيمته
لِنَهْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَبْحِ الْبَهَائِمِ إِلَّا لِمَاكَلَةٍ وَقَالَ ﷺ مَنْ ذَبَحَ عُصْفُورًا بِغَيْرِ حَقِّهَا
حُوسِبَ بِهَا قِيلَ وَمَا حَقُّهَا قَالَ أَنْ يَذْبَحَهَا لِغَيْرِ مَأْكَلَةٍ (١).

فصل: وإذا مرت بهيمة رجل في سوق فابتلعت جوهرة رجل لم يخل حال البهيمة من أن يكون معها مالِكها أو لا، فإن لم يكن معها فلا ضمان عليه في الجوهرة لأنه غير ضامن لما جنته فلو سألَه صاحب الجوهرة بيع البهيمة ليتوصل منها إلى أخذ الجوهرة أو يصيرها معاً في ملكه لم يجبر المالك على البيع.

وقال أبو حنيفة: إن كانت قيمة الجوهرة أكثر من قيمة البهيمة أجبر صاحبها على أخذ قيمتها وإن كانت قيمة الجوهرة أقل لم يجبر وهذا فاسد استدلالاً بقياسين:

أحدهما: أن ما لا يستحق تملكه باستهلاك الأقل لم يستحق تملكه باستهلاك الأكثر قياساً على كسرها إناء أو أكلها طعام.

والثاني: أن ما لا يستحق تملكه مع تلف الشيء لم يستحق تملكه مع بقائه قياساً على ما قيمته أقل وإن كان صاحبها معها كان ضامناً لها سواء كانت البهيمة شاة أو بعيراً، وقال أبو علي بن هريرة إن كانت البهيمة بعيراً ضمن وإن كانت شاة لم يضمن وفرق بينهما بأن العرف في البعير النفور فلزم منعه ومراعاته والعرف في الشاة السكون فلم يلزم منعها ومراعاتها، وهذا خطأ لأن سقوط مراعاة الشاة إنما كان لأن المعهود منها السلامة فإن أفضت إلى غير السلامة لزم الضمان كما أبيح للرجل ضرب زوجته وللمعلم ضرب الصبي لأن عاقبته السلامة فإن أفضى الضرب بها إلى التلف ضمناً فإذا ثبت أن ذلك مضمون عليه نظر في البهيمة فإن كانت غير مأكولة لزمه غرم القيمة لتحريم ذبحها وتعذر الوصول إليها وإن كانت مأكولة فعلى ما مضى من القولين:

أحدهما: تذييع عليه وتؤخذ الجوهرة من جوفها.

والثاني: لا يجوز ذبحها وتؤخذ منه قيمة الجوهرة. فعلى هذا لو ماتت البهيمة أو ذبحها

لمأكلة فوصل إلى الجوهرة رجع بها المالك ورد ما أخذه من القيمة كما لو أخذ قيمة أبق ثم وجده والفرق بين هذا وبين أن يأخذ قيمة ماله مثل عند عدم المثل ثم يجد المثل فيستقر ملكه على القيمة ولا يرجع بالمثل وكذا لو سافر عن عبد غصبه بالبصرة فالتقى بمالكة بمكة فأخذ منه قيمة العبد بالبصرة ثم قدما إلى البصرة بعد أخذ القيمة استقر ملكه على القيمة ولا يرجع بالعبد هو أن جواز اتفاقهما على ذبح البهيمة لأخذ ما فيها من الجوهرة حرام فكان أخذ القيمة ضرورة فإذا حصلت الجوهرة زالت الضرورة وليس كذلك إذا اتفقا على القدوم إلى البلد الذي فيه المغصوب والصبر على أن يأتي بمثل ذي المثل فيجوز ولا يحرم فلم يكن فيه ضرورة يعتبر زوالها في الرجوع فصار أخذ القيمة في أربعة مواضع يرجع في موضعين منها بالأصل عند القدرة وهي الأبق إذا ظهر، والعدول إلى المغصوب بعد أخذ القيمة. ولا يرجع في موضعين منها بالأصل عند القدرة عليه وهما: المثل إذا وجد بعد أخذ القيمة، والقدوم إلى بلد المغصوب الباقي بعد أخذ القيمة.

فصل: وإذا تبايعا بهيمة وابتلعت ثمنها فهذا على ضربين: أحدهما: أن يكون ذلك بعد قبض الثمن فالبيع صحيح سواء كان الثمن معيناً أو في الذمة أبراه المشتري منه بالدفع ثم ينظر في البهيمة فإن كانت في يد البائع فالثمن غير مضمون لأن ما جنته في يده مضمون عليه والثمن ملك له وعليه تسليم البهيمة فإن قدر على الثمن بموت أو بذبح اختاره المشتري لمأكله رد على البائع وإن كانت البهيمة في يد المشتري فالثمن مضمون عليه للبائع فإن كانت غير مأكولة غرم مثله وإن كانت مأكولة فهل تذبح لأخذ الثمن منها أم لا على ما مضى من القولين.

والضرب الثاني: أن تبتلع الثمن قبل قبضه. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون في الذمة لم يتعين بالعقد فالبيع لا يبطل وهو باق في ذمة المشتري ثم ينظر فإن كانت البهيمة عند ذلك في يد المشتري فما ابتلعه غير مضمون على واحد منهما أما البائع فلزوال يده بالتسليم وأما المشتري فلأنه ماله وجناية البهيمة من ضمانه وإن كانت في يد البائع فهو مضمون عليه فإن كانت البهيمة مما لا تؤكل لزمه غرم مثله فعلى هذا يكون له الثمن وعليه مثله يتقاضاه وإن كانت البهيمة مأكولة فهل تذبح أم لا على القولين فإن قيل لا تذبح لزم غرم مثل الثمن وتقصاه ولا خيار للمشتري في فسخ البيع وإن قيل تذبح لم يجز أن يتقصاه لأن وجود عينه يمنع من استقراره في ذمة البائع والعين لا تكون قصاصاً من الذمة فعلى هذا يستحق المشتري الخيار في فسخ البيع لأن ذبح البهيمة قد استحق في يد البائع وذلك عيب حادث وهو مضمون عليه فلأجله ما استحق المشتري خياراً به، وإن كان هو المستحق لما أوجب العيب.

والضرب الثاني: أن يكون الثمن معيناً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون البهيمة غير مأكولة فالبيع باطل لأن تلف الثمن المعين قبل قبضه مبطل للبيع وهو متعذر القدرة عليه كالتالف ثم ينظر فإن كانت البهيمة في يد المشتري فهو تالف من ماله والبائع غير ضامن له وعلى المشتري رد البهيمة على البائع فإن قدر على الثمن بموتها رد على المشتري وإن كانت البهيمة في يد البائع فالثمن مضمون عليه ويغرم مثله.

والضرب الثاني: أن تكون البهيمة مأكولة ففي بطلان البيع قولان بناء على اختلاف قوليه في ذبحها فيما ابتلعه فإن قيل لا تذبح فالبيع باطل لتلف الثمن المعين فيه ويكون الضمان على ما ذكرنا من أنها إن كانت في يد المشتري فلا ضمان، وإن كانت في يد البائع فعليه الضمان. وإن قيل تذبح فالبيع لا يبطل لأن الثمن المعين مقدور عليه، ثم ينظر، فإن كانت البهيمة في يد المشتري ذبحت ودفع الثمن إلى البائع ولا خيار للمشتري في فسخ البيع لأنه عيب حدث في يده وإن كانت في يد البائع ذبحت وكان للمشتري الخيار في فسخ البيع بحدوث العيب في يد البائع. فإن كف البائع عن ذبحها لم يسقط خيار المشتري لأنه لو طالب به من بعد لا يستحقه ولو أبرأ المشتري منه لم يجز لأن البراءة من الأعيان لا تصح ولو وهبه لم يجز لأنها هبة ما لم يقبض وخيار المشتري في الأحوال كلها على حاله.

فصل: وإذا مرت بهيمة رجل بقدر باقلاني فأدخلت رأسها فيه ولم يخرج إلا بكسر القدر أو ذبح البهيمة فلا يخلو حالها من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون صاحب القدر متعدياً في وضعها في غير حق وصاحب البهيمة غير متعد فالواجب كسر القدر لتخليص البهيمة ويكون كسرها هدراً لتعديها بها.

والقسم الثاني: أن يكون صاحب البهيمة متعدياً لإدخالها في غير حق وصاحب القدر غير متعد فيكون تخليص البهيمة مضموناً على صاحبها لتعديه بها فإن كانت مما لا تؤكل كسرت القدر لأن لنفس البهيمة حرمة في حراستها ثم كسر القدر مضمون على صاحبها وإن كانت مما تؤكل فعلى قولين بناء على جواز ذبحها في تخليص ما جتته:

أحدهما: تذبح ويخرج رأسها من القدر ولا يجوز كسرها.

والقول الثاني: لا يجوز ذبحها وتكسر القدر لتخليص رأسها ثم يضمن أرش كسرها.

والقسم الثالث: أن يكون كل واحد منهما غير متعد فالتخليص مضمون على صاحب البهيمة لا بالتعدي لأنه لم يكن متعدياً ولكن يريد استصلاح ملكه به فضمن مؤنة استصلاحه، فإن لم تكن البهيمة مأكولة كسرت القدر وضمن كسرها وإن كانت مأكولة فعلى قولين:

أحدهما: تذبح البهيمة ولا تكسر القدر.

والثاني: تكسر القدر ويضمن الكسر.

والقسم الرابع: أن يكون كل واحد منهما متعدياً فالتخليص مضمون عليهما لاشتراكهما في التعدي كالمتصادمين. فإن كانت البهيمة غير مأكولة كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة نصف الكسر وكان النصف الباقي هدراً. وإن كانت مأكولة فإن قيل لا يجوز ذبحها كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة كسر القدر لا ضمان نصف كسرها. وإن قيل يجوز ذبحها فتنازعا فقال صاحب البهيمة تكسر القدر لأضمن نصف كسرها وقال صاحب القدر بل تذبح البهيمة لأضمن نصف النقص في ذبحها نظر البادئ منهما بطلب التخليص فجعل ذلك في جنبته فإن بدأ به صاحب البهيمة أجبر على ذبحها ورجع نصف نقصها، وإن بدأ به صاحب القدر أجبر على كسرها ورجع بنصف نقصها فإن كانا ممسكين عن النزاع حتى تطاول بهما الزمان أجبر صاحب البهيمة على ذلك لأن عليه خلاص بهيمته لأنها نفس يحرم تعديتها وليس على صاحب القدر خلاص قدره إلا إذا شاء. وإن كانت البهيمة لا يوصل إلى منحرها لدخوله في القدر فلا يكون عقرها ذكاة لها لأنه قد يصل إلى منحرها بكسر القدر وإذا كان كذلك وجب كسر القدر لأن عقير البهيمة لغير الذكاة حرام. ثم يضمن صاحب البهيمة نصف الكسر وهكذا القول في فصيل دخل داراً فكبر فيها حتى لم يقدر على الخروج من بابها إلا بهدمه أو أترجة من شجرة دخلت في إناء كبرت فيه فلم تخرج إلا بكسره.

مسألة: من غصب طعاماً فأطعمه من أكله ثم استحق

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ غَصَبَ طَعَاماً فَأَطَعَمَهُ مَنْ أَكَلَهُ ثُمَّ اسْتَحَقَّ كَانَ لِلْمُسْتَحِقِّ أَخْذُ الْغَاصِبِ بِهِ فَإِنْ غَرَمَهُ فَلَا شَيْءَ لِلْوَاهِبِ عَلَى الْمُؤْهُوبِ لَهُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمُؤْهُوبُ لَهُ فَإِنْ غَرَمَهُ فَقَدْ قِيلَ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْوَاهِبِ وَقِيلَ لَا يَرْجِعُ بِهِ (قَالَ الْمِزْنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ إِنْ هَبَ الْغَاصِبُ لَا مَعْنَى لَهَا وَقَدْ أَتَلَفَ الْمُؤْهُوبُ لَهُ مَا لَيْسَ لَهُ وَلَا لِلْوَاهِبِ فَعَلَيْهِ غُرْمُهُ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ فَإِنْ غَرَمَهُ الْغَاصِبُ رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ هَذَا عِنْدِي أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ».

قال الماوردي: اعلم بأن هذه المسألة تشتمل على قسمين يتضمن كل واحد منهما ثلاثة فصول: فأما القسم الأول وهو المسطور منها فمصور في من غصب طعاماً فأطعمه غيره ففيه ثلاثة فصول:

أحدها: أن يهبه لرجل فيأكله المؤهوب له. والثاني: أن يأذن له في أكله من غير هبته.

والثالث: أن يطعمه عبد غيره أو بهيمته.

فأما الفصل الأول من الفصول الثلاثة وهو أن يهبه لرجل فيأكله الموهوب له قرب الطعام بالخيار بين أن يرجع به على الغاصب لتعديه بأخذه، وبين أن يرجع على الموهوب له لاستهلاكه بيده، فإن رجع به على الموهوب له فأغرمة إياه لم يخل حاله من أن يكون قد علم بأنه مغضوب أو لم يعلم بأنه مغضوب لم يرجع بغرمه على الغاصب لأنه قد صار بعلمه كالغاصب وإن لم يعلم بأنه مغضوب ففي رجوعه على الغاصب بما يغرمه قولان: أحدهما: أنه يرجع به على الغاصب لأنه غار له في إيجاب الغرم.

والقول الثاني: أنه لا يرجع على الغاصب لبطلان هبته فصار كاستهلاكه إياه من غير هبته وإذا رجع المالك بغرمه على الغاصب الواهب فإن كان الموهوب له عالماً بأنه مغضوب رجع على الغاصب عليه بما غرم وإن لم يعلم بأنه مغضوب ففي رجوعه بالغرم على الموهوب له قولان:

أحدهما: لا يرجع به لأنه غار وهذا على القول الذي يقول إن الموهوب له يرجع على الغاصب الغار.

والقول الثاني: إنه يرجع على الموهوب له بالغرم لأنه متلف وهذا على القول الذي يقول إن الموهوب له لا يرجع لأنه متلف. فلو اختلف الغاصب والموهوب له في علمه بكون الطعام مغضوباً فادعى الغاصب علمه ليكون مضموناً عليه، وأنكر الموهوب له العلم نظر فإن قال له الغاصب أعلمتك عند الهبة أنه مغضوب فالقول قول الغاصب وإن قال علمت من غيري فالقول قول الموهوب له والفرق بينهما أنه إذا ادعى إعلامه بنفسه فقد أنكر عقد البهيمة على الصحة فقبل قوله وليس كادعائه عليه.

وأما الفصل الثاني: وهو أن يأذن له في أكله فيأكله من غير هبة وإقباض فإن علم الأكل بأنه مغضوب فهو مضمون عليه وربه بالخيار بين أن يرجع به على الأكل فيغرمه ولا يرجع الأكل به على الغاصب، وبين أن يرجع به على الغاصب فيغرمه ويرجع الغاصب به على الأكل، وإن لم يعلم بأنه مغضوب فربه أيضاً بالخيار في إغرام أيهما شاء فإن غرم الأكل فقد اختلف أصحابنا فذهب البغداديون إلى أن في رجوعه بالغرم على الغاصب قولين كما لو استهلكه من غير هبته، وذهب البصريون إلى أنه يرجع به قولاً واحداً والفرق بين الأكل والموهوب له أن استهلاك الأكل يأذن الغاصب فرجع عليه واستهلاك الموهوب له بغير إذن الغاصب فلم يرجع عليه فإن غرم المالك الغاصب فعلى مذهب البغداديين يكون رجوعه بالغرم على الأكل على قولين وعلى مذهب البصريين لا يرجع به قولاً واحداً.

وأما الفصل الثالث: وهو أن يطعمه بهيمة لرجل أو عبد. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك بغير أمر مالك البهيمة والعبد فهو مضمون على الغاصب وحده يرجع به المالك على الغاصب ولا يرجع على مالك البهيمة والعبد فإن أعسر به الغاصب فلا شيء له في رقة البهيمة والعبد ولا على مالكهما لأن المتلف هو الغاصب دونهما وإن كان إطعامهما ذلك بأمر مالكيهما نظر فإن علم عند أمره بأنه مغضوب فهو مضمون عليه ومالك الطعام بالخيار بين أن يرجع به على الأمر فيغرمه ولا يرجع به الأمر على الغاصب وبين أن يرجع به على الغاصب فيغرمه ويرجع به الغاصب على الأمر، وإن لم يعلم الأمر بأنه مغضوب نظر فإن سلمه وتولى هو إطعام البهيمة والعبد ذلك كان في حكم الموهوب له وإن لم يسلمه إليه كان في حكم الأصل فهذا أحد القسمين.

فصل: وأما القسم الثاني: فمصور في هذه الفصول الثلاثة إذا كانت في رب الطعام.

فالفصل الأول: إذا وهب الغاصب الطعام لمالكه فإن علم عند الأكل أنه طعامه لم يرجع بغرمه على الغاصب وإن لم يعلم به فعلى قولين: أحدهما: يرجع به إذا قيل إن للأجنبي الموهوب له إذا غرمه رجع. والقول الثاني: لا يرجع به إذا قيل إن الأجنبي بعد الغرم لا يرجع.

والفصل الثاني: أن يأذن الغاصب لرب الطعام في أكله فإن علم به حين أكله لم يرجع بغرمه وإن لم يعلم به فعلى قول البغداديين يكون رجوعه على قولين، وعلى قول البصريين يرجع به قولاً واحداً على حسب اختلافهم في الأكل الأجنبي.

والفصل الثالث: أن يطعمه عبد رب الطعام أو بهيمته. فإن كان عن غير أمره رجع عليه بغرمه، وإن كان بأمره فإن علم لم يرجع وإن لم يعلم رجع فإن دفعه إليه كان رجوعه على قولين كما لو وهبه له وإن لم يدفعه إليه كان على اختلاف المذهبين كما لو أطعمه إياه وأما المزني فإنه اختار من القولين في الموهوب له إن أغرمه لا يرجع بالغرم على الغاصب ويرجع الغاصب إذا أغرمه على الموهوب له استدلالاً بما ذكرناه توجيهاً له وهو لعمرى أظهر القولين، ولمن اختار الآخر أن ينفصل عنه بما ذكرناه توجيهاً له من الغرور.

فصل: ولو أن غاصب الطعام باعه على مالكه المغضوب منه وهو يعلم به أو لا يعلم قتلف في يده بعد قبضه بإتلافه أو بغير إتلافه فهو بريء من ثمنه والغاصب بريء من ضمانه قولاً واحداً لأنه قبضه بالابتياح من حين الضمان بخلاف الهبة وهكذا لو غصبه المالك من الغاصب وهو لا يعلم أنه طعامه بريء منه الغاصب لما عللناه في الابتياح لأن الغصب موجب للضمان.

فصل: فأما إن أودعه الغاصب عند مالكه أو رهنه إياه أو كان مما يستأجر فأجره وقبضه

منه بالسوديعة أو بالرهن أو بالإجارة ثم تلف عنده، نظر فإن علم بعد قبضه أنه ماله برىء الغاصب من ضمانه وإن لم يعلم، نظر، فإن كان تلفه على وجه يوجب الضمان على المودع والمرتهن والمستأجر برىء الغاصب من ضمانه لكونه مضموناً عليه، وإن كان تلفه على وجه لا يوجب الضمان في هذه الأحوال ففي براءة الغاصب منها وجهان:

أحدهما: يبرأ منه لعوده إلى يد مالكه. والوجه الثاني: لا يبرأ منه لأن خروجه من يده إما نيابة عنه أو أمانة منه فلم تزل يده فكان على ضمانه فلو أن الغاصب خلطه بمال المالك فتلف والمالك لا يعلم به فإن لم يكن المال في يد المالك فالضمان باق على الغاصب وإن كان في يده فإن تلف باستهلاك المالك برىء منه الغاصب وإن تلف بعد استهلاكه كان في براءته وجهان.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ حَلَّ دَابَّةٌ أَوْ فَتَحَ قَفْصاً عَنْ طَائِرٍ فَوْقَهَا ثُمَّ ذَهَبَا لَمْ يَضْمَنْ لَأَنْهُمَا أَخَذَا الذَّهَابَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل حل دابة مربوطة أو فتح قفصاً عن طائر محبوس فشردت الدابة وطار الطائر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون شرود الدابة وطيوان الطائر بتهييجه وتنفيره فعليه الضمان إجماعاً وإنما لزمه الضمان وإن كان الحل سبباً والطيوان مباشرة لأنه قد ألجأ بالتهييج والتنفير إلى الطيوان وإذا انضم إلى السبب إلجاء تعلق الحكم بالسبب الملجىء وسقط حكم الفاعل كالشاهدين على رجل بالقتل إذا اقتصر منه الحاكم بشهادتهما ثم رجعا تعلق الضمان عليهما دون الحاكم لأنهما ألجأ بالشهادة فسقط حكم المباشرة.

والضرب الثاني: أن لا يكون منه تهييج ولا تنفير للدابة والطائر ففيه حالتان:

أحدهما: أن يلبثا بعد حل الرباط وفتح القفص زماناً وإن قل فلا ضمان عليه لانفصال السبب عن المباشرة وبه قال أبو حنيفة وقال مالك عليه الضمان.

والحالة الثانية: أن تشرد الدابة ويطير الطائر في الحال من غير لبث ففي الضمان لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة عليه الضمان لاتصال السبب وهو قول أبي حنيفة.

والوجه الثاني: وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه في كتاب اللقطة لا ضمان عليه لعدم الإلجاء واستدل مالك ومن تابعه على وجوب الضمان متصلاً ومنفصلاً بأن أسباب التلف

المضمونة كحفر البئر وفتح القفص سبب للتلف فوجب أن يتعلق به الضمان ولأن كل ما يتعلق به الضمان مع اتصاله بسببه جاز أن يتعلق به الضمان مع انفصاله عن سببه كالجارح يضمن أن تعجل التلف أو تأجل .

ودليلنا هو أن للحيوان اختيار يتصرف به كما يشاهد عياناً من قصده لمنافعه واجتنابه لمضاره، ثم لما قد استقر حكماً من تحريم ما قد صاده باسترساله وتحليل ما صاده باسترسال مرسله فإذا اجتمع السبب والاعتبار تعلق الحكم بالاختيار دون السبب كملقي نفسه مختاراً في بئر يسقط الضمان باختياره عن حافر البئر وطيран الطائر باختياره لأنه غير ملجأ وقد كان يجوز بعد فتح القفص ألا يطير فوجب إذا طار بعد الفتح أن لا يتعلق بالفتح ضمان، ولأن طيران الطائر بفتح القفص كهرب العبد المحبوس إذا فتح عنه الحبس فلما كان فاتح الحبس عن العبد المحبوس لا يضمنه إن هرب فكذلك فاتح القفص عن الطائر لا يضمنه إن طار، ولأن مثابة من فتح القفص عن الطائر حتى طار بمثابة من هتك حرز مال حتى سرق، ثم كان لو فتح باب داراً فيها مال فسرق لم يضمنه فكذلك القفص إذا فتح بابه حتى طار طائره لم يضمنه؛ ولأن فتح القفص يكون تعدياً على القفص دون الطائر بدليل أنه لو مات الطائر في القفص بعد فتحه لم يضمنه قط وما انتفى عنه التعدي لم يضمن به .

فأما الجواب عن استدلالهم بأن أسباب التلف مضمونة كحافر البئر يضمن ما سقط فيها فهو أنهما سواء وذلك أن من طابع الحيوان توقي التالف فإذا سقط في البئر دل على أن سقوطه بغير اختياره فضمن الحافر ولو علمنا أنه سقط باختياره بإلقاء نفسه عمداً سقط الضمان عن الحافر والطيير مطبوع على الطيران عند القدرة إلا في أوقات الاستراحة فإذا طار دل على أن طيرانه باختياره فسقط الضمان عن فاتح القفص ولو علمنا أنه طار بغير اختياره بالإلجاء والتنفير وجب الضمان على فاتح القفص فكان سواء . فأما استدلالهم باستواء الأسباب فيما تعجل بها التلف أو تأجل فلا أصحابنا في ضمانه إذا طار عقب الفتح وجهان :

أحدهما : لا يضمنه فعلى هذا سقط السؤال .

والثاني : يضمنه فعلى هذا يكون الفرق بين أن يطير في الحال فيضمن وبين أن يطير بعد زمان فلا يضمن هو أن الطير مطبوع على النفور من الإنسان فإذا طار في الحال علم أنه طار لنفوره منه فصار كتفكيره إياه وإذا لبث زماناً لم يوجد منه النفور فصار طائراً باختياره والله أعلم بالصواب .

فصل : فإذا أمر طفلاً أو مجنوناً بإرسال طائر في يده فطار فهو كفتح القفص عنه في أنه نفره أو أمر الطفل بتفكيره ضمنه، وإن لم ينفره ولبث زماناً لم يضمنه وإن طار في الحال فعلى وجهين .

فصل: ولو كان الطائر ساقطاً على جدار أو برج فنفره بحجر رماه به فطار من تنفيره لم يضمه لأنه قد كان طائراً غير مقدور عليه قبل التنفير.

فصل: ولو رمى رجل حجراً في هواء داره فأصاب طائراً فقتله ضمن سواء عمده أو لم يعمده لأنه وإن لم يتعد بالرمي في هواء داره فليس له منع الطائر من الطيران في هوائه. فصار كما لو رماه في غير هوائه وخالف دخول البهيمة إلى داره إذ منعها بضرب لا تخرج إلا به أنه لا يضمها لأن له منع البهيمة من داره.

فصل: وإذا فتح رجل مراح غنم فخرجت ليلاً فرعت زرعاً فإن كان الذي فتحه المالك ضمن الزرع وإن كان غير المالك لم يضم والفرق بينهما أن المالك يلزمه حفظها فإذا فتح عنها ضمن وغير المالك لا يلزمه حفظها فإذا فتح عنها لم يضمه.

فصل: ولو حل دابة مربوطة عن علف أو شعير فأكلته لم يضم لأن الدابة هي المتلفة دونه، وكذا لو كسرت إناء في الدار لم يضمه لما عللنا وسواء اتصل بذلك بالحل أو انفصل عنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ حَلَ زَقًا أَوْ رَاوِيَةً فَأَنْدَقَا ضَمِنَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الزَّقُّ ثَبَتَ مُسْتَنْدًا فَكَانَ الْحَلُّ لَا يَدْفَعُ مَا فِيهِ ثُمَّ سَقَطَ بِتَحْرِيكِ أَوْ غَيْرِهِ فَلَا يَضْمَنُ لِأَنَّ الْحَلَ قَدْ كَانَ وَلَا جُنَايَةَ فِيهِ».

قال الماوردي: وصورتها في زق قد أوكى على ما فيه فحل الوكاء حتى ذهب ما في الزق فلا يخلو حال ما فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون من أرق المائعات قواماً وأسرعها ذهاباً كالخل والزيت واللبن فهذا على ضربين: أحدهما: أن يكون فم الزق منكساً فعليه ضمان ما فيه لأن الزيت مع التنكيس لا يبقى فكان هو المتلف له.

والضرب الثاني: أن يكون فم الزق مستعلياً فهذا على ضربين: أحدهما: أن يميل في الحال فيذهب ما فيه فعليه ضمانه لأنه متماسك بوكائه فإذا حله كان بالحل تالفاً وليس كالدابة إذا حلها لأن للدابة اختيار.

والضرب الثاني: أن يلبث بعد الحل متماسكاً زماناً ثم يميل فيسقط فلا ضمان عليه وسواء كان الزق مستنداً أو غير مستند لأنه قد كان باقياً بعد الحل فعلم أن تلفه بغير الحل من هبوب ريح أو تحريك إنسان.

والقسم الثاني: أن يكون ما في الزق ثخين القوام بطيء الذهاب كالدابس الثخين

والعسل القوي فإذا حل وكاءه فاندفع يسيراً بعد يسير حتى ذهب ما فيه فإن كان مستعلي الرأس فلبث زماناً لا يندفع شيئاً منه ثم اندفع فلا ضمان وإن اندفع في الحال أو كان منكساً، نظر، فإن لم يقدر مالكة على استدراك سده حتى ذهب ما فيه فعليه الضمان، وإن قدر على الاستدراك لما فيه فإن استدركه بالسد لزمه ضمان ما خرج قبل السد وإن تركه المالك مع القدرة على استدراك سده ففي الضمان وجهان:

أحدهما: عليه الضمان كما لو خرق ثوبه وهو قادر على منعه أو قتل عبده وهو قادر على دفع لزمه الضمان، ولا تكون قدرة المالك على الدفع اختياراً أو إبراءً كذلك ها هنا. والوجه الثاني: لا ضمان عليه.

والفرق بينهما أنه في القتل والتخريق مباشر وفي حل الوكاء متسبب والسبب يسقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه كمن حفر بئراً فمر بها إنسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها فلم يفعل حتى سقط فيها لن يضمن الحافر، ولو كان الزق مستعلي الرأس وهو يندفع بعد الحل يسيراً بعد يسير فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه فذهب. فعلى الأول ضمان ما خرج قبل التنيكث وفيما خرج بعده وجهان:

أحدهما: أن ضمانه عليهما لاشتراكهما في سبب ضمانه كالجارحين.

والوجه الثاني: أن ضمانه على الثاني وحده لسقوط السبب مع المباشرة فصار كالذابح بعد الجارح يسقط سراية الجرح بتوجيه الذبح. والقسم الثالث: أن يكون ما في الزق جامداً كالسمن والدبس إذا جمد فينكشف بحل الوكاء أو يكشف الإناء حتى تطلع عليه الشمس فيذوب ويذهب فإن كان الزق أو الإناء على حال لو كان ما فيها عند الحل والكشف ذائباً بقي في زقه وإنائه فلا ضمان عليه وإن كان لا يبقى لو كان ذائباً ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليه لأن ذوبانه من تأثير الشمس لا من تأثير حله.

والوجه الثاني: عليه الضمان لأن بحله إياه وكشفه له أثرت فيه الشمس فكان الحل أقوى سبب فتعلق الضمان به والله أعلم.

فصل: ولو أدنى رجل من الجامد ناراً بعد كشف إنائه وحل وكائه فحمي بها فذاب وذهب فلا ضمان على واحد منهما. أما صاحب النار فلم يباشر بها ما يضمن به، وأما كاشف الإناء وحل الوكاء فلم يكن منه عند فعله جنابة يضمن بها وصاراً كسارقين ثقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال لم يقطع واحد منهما لأن الأول هتك الحرز وبهتك الحرز لا يجب القطع.

والثاني: أخذ مالاً غير محرز وأخذ المال من غير حرز لا يوجب القطع فإن قيل لم

يضمن إذا ذاب بالشمس في أحد الوجهين ولم يضمن إذا ذاب بالنار. قيل لأن طلوع الشمس معلوم فصار كالقاصد له، ودنو النار غير معلوم فلم يصير قاصداً له.

ولكن لو كان كاشف الإناء وحال الوكاء هو الذي أدنى النار منه فذاب ضمن وجهاً واحداً بخلاف الشمس في أحد الوجهين ولأن إنداء النار من فعله وليس طلوع الشمس من فعله وخالف وجود ذلك من نفسين وصار كتفرده بهتك الحرز وأخذ ما فيه في وجوب القطع عليه ولا يجب لو كان من نفسين.

فصل: وإذا حل رجل رباط سفينة فشردت بعد حل رباطها فغرقت فهذا على ضربين: أحدهما: أن يكون غرقها في الحال من غير لبث فعليه الضمان لحدوث التلف بفعله. والضرب الثاني: أن يتناول بها اللبث بعد الحل ثم تغرق بعده فهو على ضربين:

أحدهما: أن يظهر سبب غرقها بحادث من ريح أو موج فلا ضمان عليه لتلفها بما هو غير منسوب إليه.

والضرب الثاني: أن لا يظهر حدوث سبب لتلفها ففي ضمانها وجهان: أحدهما: أنه لا يضمنها كما لا يضمن الزق إذا لبث بعد حله ثم مال.

والوجه الثاني: عليه الضمان بخلاف الزق لأن الماء أحد المتلفات.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ غَصَبَهُ دَارًا فَقَالَ الْغَاصِبُ هِيَ بِالْكُوفَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا في كتاب الإقرار أن الدعوى المجهولة لا تصح حتى تفسر وأن الإقرار بالمجهول يصح ويؤخذ المقر بالتفسير فإذا ابتدأ رجل عند الحاكم من غير دعوى تقدمت عليه فقال غصبت فلاناً هذا داراً جاز للحاكم أن يسأل المقر له عن قبول الإقرار بالدار قبل أن يسأل المقرر عن حدود الدار وموضعها حتى إن رد الإقرار كفى تكلف السؤال وإن قبل الإقرار أمسك عن سؤال المقر أيضاً عن موضعها وحدودها حتى يسأله المقر له سؤال المقر عن ذلك فحينئذ يسأله ولا ينبغي أن يتبرع بالسؤال له عما لم يسأله فإذا سأله المقر له عن ذلك سأل المقر حينئذ أين الدار فإن قال هي بالبصرة فالحاكم بالخيار بين أن يسأله عن موضعها من قبائل البصرة ثم عن حدودها من القبيلة وبين أن يسأل المقر له عن الدار التي غصبه إياها هل هي بالبصرة أم لا؟ حتى إن ادعاها بغير البصرة كفى تكلف السؤال عن موضعها وحدودها من البصرة. وإذا كان كذلك فللمقر له ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يقبل منه إقراره بالدار التي هي بالبصرة ولا يدعي عليه غيرها فيحكم له بها بمجرد الإقرار وليس بينهما خلاف فتجب به يمين.

والحالة الثانية : أن يقبل منه إقراره بالدار التي بالبصرة ويدعي عليه داراً بالكوفة فيستحق الدار التي بالبصرة بالإقرار ثم يصير مدعياً لدار بالكوفة فيسأل الحاكم المدعي عن موضع الدار من قبائل الكوفة وعن حدودها من تلك القبيلة قبل سؤال المدعي عليه عنها حتى لا تكون دعواه مجهولة فإن أقر له بها خرج إليه منها وإن أنكره إياها حلف عليها .

والحالة الثالثة : أن يرد إقراره بالدار التي بالبصرة ولا يقبلها ويدعي عليه داراً بالكوفة ويحدها فينبغي للحاكم أن يسأله قبل سؤال المدعي عليه فيقول له أتصدقه على أن الدار التي ابتدأ بالإقرار لك بها هي التي ذكر أنها بالبصرة فإن قال أصدقه على أنه أرادها بالإقرار الأول وليست هي التي غصبها سأل الحاكم المدعي عليه حينئذ عما ادعاه عليه من الدار بالكوفة فإن أقر بها خرج إليه منها وكانت الدار التي بالبصرة مقررة في يده لعدم من يدعيها وإن أنكره حلف له يميناً واحدة بالله ما غصبه داراً بالكوفة وإن قال المدعي عند سؤال الحاكم له قد كان المقر أراد بإقراره الأول لي بالدار ما ادعيته عليه من الدار بالكوفة أحلف الحاكم المدعي عليه إذا أنكر يمينين أحدهما : أنه ما غصبه داراً بالكوفة . واليمين الثانية أنه ما أراد بالدار التي كان أقر له بها الدار التي ادعاه عليها بالكوفة فإذا حلفها برىء من دعوى دار بالكوفة وأقرت دار البصرة بيده .

فصل: ولو ابتدأ المدعي قبل تقدم الإقرار له فادعى عليه غصب دار بالكوفة فذكر حدودها وقال المدعي عليه غصبه داراً بالبصرة . قيل له أنت غير مجيب عن الدعوى لإقرارك بدار لم يدع عليك فأجب عما ادعاه عليك من غصب دار بالكوفة فإن اعترف له بها لزمه الخروج إليه منها وعرض عليه قبول ما أقر له به مبتدئاً من غصب دار بالبصرة فإن قيل إقراره بها خرج إليه أيضاً منها وإن لم يقبل أقرت في يد المقر ولو كان المدعي عليه أنكر غصب دار بالكوفة أحلفه الحاكم يميناً واحدة أنه ما غصبه داراً بالكوفة وأقر بيده دار البصرة إن لم يقبلها المقر له .

فصل: ولو قال غصبته داره ثم قال أردت دار الشمس أو دار القمر فإن قال ذلك مبتدئاً من غير أن يتقدم الدعوى عليه بدار قبل قوله وإن قال ذلك جواباً عن دعوى دار عليه ففيه وجهان :

أحدهما : يقبل قوله لاحتماله .

والوجه الثاني : لا يقبل منه لأنه إذا كان جواباً انصرف عنه الاحتمال إلى ما تضمنه الدعوى والله أعلم .

فصل: ولو ادعى عليه غصب دار بالبصرة فأنكره وحلف بالطلاق ما غصبته ثم أقام

المدعي بينة بشاهدين عدلين على مشاهدة الغصب أو على إقراره به لزمه الغصب والطلاق معاً لحثته به في يمينه ولو كانت بينته شاهداً وامرأتين أو شاهداً ويميناً لزمه الغصب ولا يلزم الطلاق لأن المغمصوب مال يلزم بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين والطلاق لا يلزم بشاهدين عدلين لا غير . ولو شهد أحد الشاهدين على معاينة الغصب وشهد الآخر على إقراره بالغصب لم تكمل البينة بهما لأن الإقرار بالغصب غير المعاينة بالغصب وقيل للمدعي احلف مع أيهما شئت حتى تكمل بينتك بشاهد ويمين فيلزمه بها الغصب دون الطلاق . ولو شهد أحدهما أنه غصبها منه يوم الخميس وشهد آخر أنه غصبها منه يوم الجمعة لم تكمل البينة بهما لأن الغصب في يوم الجمعة غير الغصب في يوم الخميس فإن قال أحدهما رأيتها مغموبة في يده يوم الخميس وقال الآخر رأيتها مغموبة في يده يوم الجمعة كملت البينة بهما لعدم التنافي . ولو قال أحدهما أقر عندي أنه غصبها يوم الخميس وقال الآخر أقر عندي يوم الجمعة بغصبها كملت بهما لعدم التنافي ولو قال أحدهما أقر عندي أنه غصبها يوم الخميس وقال الآخر أقر عندي أنه غصبها يوم الجمعة لم تكمل البينة لأنهما غصبان ولو شهد أحدهما أنه غصبها منه وشهد الآخر أنه غصبها من وكيله لم تكمل البينة لأن الغصب منه غير الغصب من وكيله ولو قال أحدهما غصبته من وكيله وقال الآخر غصبته إياها ولم يقل غصبته من وكيله كملت البينة بهما لأن المغمصوب من وكيله مغمصوب منه فلم تتنافى الشهاداتتان .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ «وَلَوْ غَصَبَهُ دَابَّةٌ فَضَاعَتْ فَأَدَّى قِيمَتَهَا ثُمَّ ظَهَرَتْ رُدَّتْ عَلَيْهِ وَرُدَّ مَا قُبِضَ مِنْ قِيمَتِهَا لِأَنَّهُ أَخَذَ قِيمَتَهَا عَلَى أَنَّهَا فَائِزَةٌ فَكَانَ الْقَوْتُ قَدْ بَطُلَ لَمَّا وَجِدَتْ وَلَوْ كَانَ هَذَا بَيْعًا مَا جَارَ أَنْ تُبَاعَ دَابَّةٌ غَائِبَةٌ كَعَيْنٍ جُنِيَّ عَلَيْهَا فَابْتِضَّتْ أَوْ عَلَى سِنِّ صَبِيٍّ فَأَنْقَلَعَتْ فَأُخِذَ أَرْضُهَا بَعْدَ أَنْ أُيسَ مِنْهَا ثُمَّ ذَهَبَ الْبَيَاضُ وَنَبَتِ السِّنُّ فَلَمَّا عَادَا رَجَعَ حَقُّهُمَا وَبَطُلَ الْأَرْضُ بِذَلِكَ فِيهِمَا (وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ) وَلَوْ قَالَ الْغَاصِبُ أَنَا أَشْتَرِيهَا مِنْكَ وَهِيَ فِي يَدَيَّ قَدْ عَرَفْتُهَا فَبَاعَهُ أَبَاهَا فَالْبَيْعُ جَائِزٌ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ مَنَعَ بَيْعَ الْغَائِبِ فِي إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ وَأَجَازَهُ فِي الْآخَرَى» .

قال الماوردي : وهذا كما قال . إذا غصب عبداً فأبق أو بعيراً فاشرد أو فرساً ففر فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون رده ممكناً لمعرفة مكانه .

والثاني : أن يكون رده ممتنعاً للجهل بمكانه فإن كان رده ممكناً ومكانه معروفاً فالواجب أن يؤخذ الغاصب بطلبه والتزام المؤنة في رده ولو كانت أضعاف قيمته كما يؤخذ بهدم بنائه وإن كان أكثر من قيمة الأرض المغموبة أضعافاً فلو أمر الغاصب مالكتها أن يستأجر

رجلاً لطلبها فاستأجر رجلاً وجبت أجرته على الغاصب ولو طالب المالك بنفسه لم يستحق على الغاصب أجره الطلب لأنه أمره باستئجار غيره فصار متطوعاً بطلبه فإن استأجر الغاصب مالكة لطلبها بأجرة مسماة ففيه وجهان :

أحدها : أن الإجارة جائزه وله الأجرة المسماة لأنه مالك لمنافع نفسه فيملك المعاونة عليها .

والوجه الثاني : أن الإجارة باطلة ولا أجره له لأنه لا يصح أن يعمل في ماله بعوض على غيره والله أعلم .

فصل : فإن حصل منهما عدول عن طلب المغضوب إلى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام :

أحدهما : أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغضوب منه .

والقسم الثاني : أن يطلبها المغضوب منه ويمتنع الغاصب .

القسم الثالث : أن يتفق عليها المغضوب منه والغاصب .

فأما القسم الأول وهو أن يبذل الغاصب قيمة العبد المغضوب ويطالب المغضوب منه بعده ويمتنع من أخذ قيمته فالقول قول المغضوب منه ويجبر الغاصب على طلبه والتزام مؤنته لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه والقسم الثاني : وهو أن يطلب المغضوب منه قيمة عبده ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد العبد بعينه فينظر فإن كان العبد على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير فالقول قول الغاصب ولا يجبر على بذل القيمة لأن العبد المغضوب مقدور عليه ، وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل فالقول قول المغضوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلاً فإذا أخذ القيمة ملكها ملكاً مستقر وملك الغاصب العبد ملكاً مراعاةً ليملكه بعد القدرة عليه إن شاء أو يتوصل به إلى أخذ ما أجبر على دفعه من القيمة إن شاء لأن الإيجاب يمنع من استقرار الملك بالأعراض فإذا قدر على العبد المغضوب فهو حينئذ بالخيار بين أن يملكه وبين أن يردّه ولا خيار للمغضوب منه لأن المغضوب منه لما ملك الخيار في الابتداء لم يملكه في الانتهاء ، والغاصب لما لم يملكه في الابتداء ملكه في الانتهاء فإن اختار أن يملكه استقر حينئذ ملكه عليه باختياره فإن طلب القيمة ولم يختَر تملكه قيل للمغضوب منه إن رددت القيمة عاد العبد إليك ولا أجر لك فيما مضى لأنك تملكه الآن ملكاً مستقراً وإن امتنعت عن رد القيمة لم تجبر على ردها لأنك قد ملكتها وبيع العبد ليأخذ الغاصب من ثمنه ما دفعه من القيمة فإذا بيع لم يخل الثمن من ثلاثة أحوال :

أحدهما : أن يكون بقدر القيمة فيأخذه الغاصب كله .

والحالة الثانية : أن يكون أكثر من القيمة فيأخذ الغاصب منه قدر القيمة ويكون الفاضل للمغضوب منه لأنها زيادة لم يستقر ملكه عليها .

والحالة الثالثة : أن يكون الثمن أقل من القيمة فيأخذه الغاصب ويكون العجز عائداً عليه لضمانه نقص الغصب .

وأما القسم الثالث وهو أن يتفق الغاصب والمغضوب منه على أخذ العوض عن العبد فهذا بيع محض كعبد رآياه قبل العقد ولم يرياه في حال العقد وإذا كان كذلك لم يخل حال رؤيتهما له من أن تكون قريبة أوبعيدة فإن كانت رؤيتهما له قريبة جاز أن يتعاقدا عليه بما يتراضيا به في ثمنه وإن كانت رؤيتهما له بعيدة لم يخل حالهما من أن يكونا ذاكرين لأوصافه أو ناسيين فإن نسيا أوصافه كان بيعه باطلاً إلا أن يكون بشرط خيار الرؤية فيكون على قولين وإن كانا ذاكرين لأوصافه ففي جواز بيعه قولان ، لجواز تغيره إلا أن يكون المغضوب مما لا يتغير بطول المدة كالحديد والصفير فيجوز بيعه قولاً واحداً فهذا حكم الضرب الأول إذا كان رده ممكناً .

فصل : وأما الضرب الثاني : وهو أن يكون رده ممتنعاً للجهل بمكانه فيؤخذ الغاصب جبراً بقيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى فوات الرد فإذا أخذها المغضوب منه ففي استقرار ملكه عليها وجهان لأصحابنا :

أحدهما : أن يكون ملكه عليها مستقراً لفوات الرد .

والوجه الثاني : مراعاة لجواز القدرة على الرد فإن وجد العبد المغضوب بعد أخذ قيمته فقد اختلفوا في حكمه فذهب الشافعي ومالك إلى أنه باق على ملك المغضوب منه يأخذه ويرد ما أخذ من قيمته وقال أبو حنيفة يكون العبد ملكاً للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكونا قد تكاذبا في قيمته فإن كانا قد تكاذبا فيها وأقر الغاصب بأقل منها وحلف عليها كان المغضوب منه أحق بالعبد حينئذ استدلالاً بأن البذل إذا كان في مقابلة مبدل كان استحقاق البذل موجباً لتلك المبال كالبيع والنكاح لما استحق على المشتري الثمن تملك المثلث ولما استحق على الزوج المهر ملك البضع كذلك الغصب لما ملك المغضوب منه القيمة ملك الغاصب المغضوب ، ولأن الجمع بين البذل والمبدل مرتفع في الأصول وفي بقاء ملك المغضوب منه العبد بعد أخذ قيمته جمع بينه وبين بدله وذلك باطل كالبائع لا يجوز أن يجتمع له ملك الثمن والمثلث والزوجة لا يجوز أن يجتمع لها المهر والبضع ولأن ما أخذت قيمته للمغضوب امتنع بقاؤه على ملك المغضوب قياساً على ما أمكن رده . ودليلنا قوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾

[النساء : ٢٩] فما خرج عن التراضي خرج عن الإباحة في التملك وروى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتُ حَتَّى تُؤَدِّي ». فجعل الأداء غاية الأخذ فاقضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه ثم ثبت أن الغاصب لو كان قادراً على العبد المغصوب فكتمه وبذل قيمته لم يملكه فإذا بذلها مع العجز عنه فأولى أن لا يملكه ويتحرر منه قياساً :

أحدهما : أن كل ما لم يملك بالقيمة مع القدرة عليه فأولى أن لا يملك بالقيمة مع العجز عنه قياساً عليه إذا كانت القيمة من غير نقد البلد أو كانت من نقد البلد فلم تقبض .

والثاني : أن كل ما لم يملك بالقيمة من غير نقد البلد لم يملك بالقيمة من نقد البلد قياساً على المكتوم . ولأن تملك الشيء عن رضى مالكة أشبه بالصحة من تملكه بكره مالكة ثم ثبت أنهما لو تبايعا الأبق عن تراض لم يملكه فأولى إذا صار إلى قيمته مع الإكراه أن لا يملك ويتحرر من اعتلاله قياساً :

أحدهما : أنها معاوضة من غير مقدور عليه فوجب أن لا يملك كالبيع .

والثاني : أن ما لم يملك بثمن المرضاة فأولى أن لا يملك بقيمة الإكراه كأم الولد إذا وجدها الغاصب بعد دفع القيمة لأن حكم الحاكم أبلغ في صحة التملك ما لم ينفذ فيه حكم الحاكم فلما كان أخذ القيمة بحكم الحاكم عند تكاذبهما فيها وإحلاف الغاصب عليها لا يوجب تملك المغصوب فأولى إذا تجردت لتصادقهما عليها من حكم حاكم ان لا يوجب تملك المغصوب . ويتحرر من اعتلاله قياساً :

أحدهما : أنها غرامة إتلاف فوجب أن يمنع من الملك قياساً على أخذها بحكم .

والثاني : أن ما لم يملك بالغرم عن حكم لم يملك بالغرم من غير حكم قياساً على التالف قبل الغرم ولأن كل بدل جاز المصير إليه لفقد مبدله كان وجود المبدل مانعاً في التصرف في بدله كالمتميم إذا وجد الماء وأكل الميتة إذا وجد الطعام ولأن كل بدل وجب بفوات مبدل كان عود المبدل موجباً لسقوط البديل قياساً على الجاني على عين فابيضت ثم زال بياضها أو على يد فشلت ثم زال شللها ولأن ما أوجب ملك بدله تملك مبدله كان امتناع ملك المبدل مبطلاً لملك البديل كالبيع لا يملك به ثمن أم الولد لأنها لا تملك ويملك به ثمن غيرها فما يملك فلما استوى في الغصب بدل ما يجوز أن يملك من الأموال وما لا يجوز أن يملك من الأوقاف وأمهات الأولاد دل على أن ملك البديل فيمن لا يوجب تملك مبدله وبهذا يكون الانفصال عن دلائلهم فتأمله تجده مقنعاً ثم المعنى في البيع الذي جعلوه أصلاً في الاستدلالين أن الثمن فيه موضوع للتملك والقيمة في الغصب غير موضوعة للتملك ألا ترى

أن ثمن التالف لا يملك وقيمة التالف تملك . وأما قياسهم على ما أمكن رده فالمعنى فيه أنه يصح بيعه وتمليكه والقيمة فيه بدل من الحيلولة دون الفوات .

فصل: فإذا ثبت أن وجود المغصوب بعد أخذ قيمته موجب لرده واسترجاع قيمته فإذا استرده المغصوب منه رجع بنقص إن كان فيه وبنماء إن حدث منه وبأجرته إلى وقت أخذه لقيمته وفي رجوعه بأجرته بعد أخذ قيمته وجهان :
أحدهما : يرجع بها لبقائها على ملكه .

والثاني : لا يرجع بها لاعتياضه عليها بالقيمة ولعلمها مبنيان على اختلاف الوجهين في ملكه للقيمة هل يكون مستقراً أو مراعاً ولكن لو أن أجنبياً غير الغاصب تصرف في المغصوب باستخدام العبد وركوب الدابة رجع المغصوب منه عليه بالأجرة وجهاً واحداً وهل يكون مخيراً في الرجوع بها عليه وعلى الغاصب أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين . إن قلنا إن الغاصب ضامن للأجرة كان له الخيار ، وإن قلنا إنه ليس بضامن فلا خيار له ويرجع بها على الراكب والمستخدم وحده ، وإذا استحق المغصوب منه بعد رجوع المغصوب إليه مطالبة الغاصب بما وصفناه فإن كان ما أخذه من القيمة مستهلكاً تقاضاه ورد مثل الباقي منه وإن كان باقياً في يده فإن قيل باستقرار ملكه عليه فله أن يأخذ منه بقدر ما استحقه وعليه رد الباقي بعينه ، وإن قيل إنه مراعاً لم يكن له أن يأخذ ذلك منه إلا برضى الغاصب لأن وجود المغصوب قد رفع ملكه عن القيمة فصار كسائر أموال الغاصب لا يجوز أن يأخذ منها حقه إلا بإذنه وإذا أمكن أن يصل إلى حقه منه وليس له أن يرتهن القيمة على أخذ الأجرة وله أن يرتهنها على أخذ النقص لأنها بدل عن العين دون المنفعة والله أعلم .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ بَاعَهُ عَبْدًا وَقَبِضَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَقَرَّ الْبَائِعُ أَنَّهُ غَصَبَهُ مِنْ رَجُلٍ فَإِنْ أَقَرَّ الْمُشْتَرِي نَقْضًا الْبَيْعِ وَرَدَّدَنَاهُ إِلَى رَبِّهِ وَإِنْ لَمْ يُقَرَّ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَى إِبْطَالِ الْبَيْعِ وَيُصَدَّقُ عَلَى نَفْسِهِ فَيُضْمَنُ قِيمَتَهُ وَإِنْ رَدَّهُ الْمُشْتَرِي بَعِيْبٍ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَهُ إِلَى رَبِّهِ الْمُقَرَّرَ لَهُ بِهِ» .

قال الماوردي : وصورتها في رجل باع عبداً على رجل فادعاه رجل ملكاً وأن البائع أخذه منه غصباً فللبائع والمشتري أربعة أحوال :

أحدهما : أن يصدق عليه فيلتزم المشتري تسليمه لبطلان البيع وله أن يرجع على البائع الغاصب بالثمن .

والحال الثاني : أن يكذبه عليه فللمدعي إحلافهما عليه معاً إلا أن يكون له بينة

فيحكم بها وينتزع العبد من المشتري ولا يرجع على البائع بالثمن لأنه بتكذيب المشتري مقر بأنه مظلوم بانتزاع العبد من يده غير مستحق للرجوع بشمته .

والحال الثالث : أن يصدق المشتري وحده ويكذبه البائع فيلزم المشتري بتصديقه تسليم العبد إليه ولا رجوع له على البائع بالثمن لأن قوله مقبول على نفسه وغير مقبول على غيره وللمشتري إحلاف البائع وليس للمغضوب منه إحلافه لأن المغضوب منه يأخذ العبد قد وصل إلى حقه وإنما للمشتري إحلافه لأجل ما يستحقه من الثمن باعترافه .

والحال الرابع : وهي مسألة الكتاب أن يصدق البائع ويكذبه المشتري فلا يقبل تصديق البائع على المشتري لارتفاع يده وحصوله حكماً في ملك غيره ويحلف المشتري للمدعي ثم يرجع المشتري بقيمته على الغاصب قولاً واحداً لأنه قد عاوض عليه فإن عاد العبد إلى البائع بهبة أو ميراث أو رد بعب لزمه تسليمه إلى المغضوب منه لأنه إنما لم ينفذ إقراره فيه لحق المشتري فإذا زال حقه لزمه رده ويسترجع منه قيمته .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي أَعْتَقَهُ ثُمَّ أَقْرَأَ الْبَائِعُ أَنَّهُ لِلْمَغْضُوبِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي رَدِّ الْعَتَقِ وَلِلْمَغْضُوبِ الْقِيَمَةُ إِنْ شَاءَ أَخَذْنَاهَا لَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي الْمُعْتَقِ وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ لِأَنَّهُ أَقْرَأَ أَنَّهُ بَاعَهُ مَا لَا يَمْلِكُ » .

قال الماوردي : وهذا كما قال : إذا كان مشتري العبد أعتقه ثم حضر من ادعاه ملكاً وأن البائع أخذه غصباً كلف البينة قبل سؤالهما بخلاف الحال قبل العتق لأن نفوذ العتق يمنع من رفعه إلا ببينة عادلة تشهد به فإن أقام بينة بطل العتق واسترجع العبد ورد البائع الثمن على المشتري إن ادعاه من غير تكذيب المدعي . وإن لم يكن للمدعي بينة سئل البائع والمشتري حينئذ عن دعواه ولا يخل حالهما من الأحوال الأربعة :
أحدهما : أن يكذبا به فله إحلافهما ولا شيء عليهما .

والحال الثاني : أن يصدق البائع دون المشتري فقول البائع فيه غير مقبول لأنه قد صار في العبد بعد عتقه ثلاثة حقوق حق المشتري في الملك وحق العبد في التصرف وحق الله تعالى في الحرمة وقول البائع غير مقبول في حق واحد منهما وإذا كان كذلك لزمه غرم القيمة للمغضوب منه بتصديقه له وليس للمغضوب منه إحلاف المشتري ، لأن حقه في القيمة وقد وصل اليهما فإن أراد البائع إحلاف المشتري ، فإن كانت القيمة بقدر ثمنه أو أقل فليس له إحلافه لأن ما غرمه من القيمة قد وصل إليه من الثمن وإن كانت القيمة أكثر من الثمن كان له

إحلافه لأن ما غرمه من القيمة قد وصل إليه من الثمن وإن كانت القيمة أكثر من الثمن كان له إحلافه لأنه لو صدقه على الغصب للزمه أن يدفع إليه باقي القيمة.

والحال الثالث: أن يصدقه المشتري وحده فالعتق لا يبطل لأنه وإن سقط حقه من الملك بالتصديق فقد بقي حقان: أحدهما: للعبد.

والثاني: لله تعالى وقوله غير مقبول في واحد منهما وإذا كان كذلك فعليه أن يغرم للمغصوب منه قيمة العبد وليس للمغصوب منه إحلاف البائع لأن حقه في القيمة وقد وصل إليها من المشتري إلا أن يعسر بها المشتري فيجوز له إحلاف البائع فإن أراد المشتري إحلاف البائع فله ذلك على الأحوال كلها لأنه لو صدقه لوجب عليه رد الثمن كله.

والحال الرابع: أن يصدقه البائع والمشتري فلا يقبل قولهما في إبطال العتق لبقاء حق العبد وحق الله تعالى فإن صدقهما العبد أيضاً لم يبطل العتق لبقاء حق الله وحده وإذا كان كذلك فللمغصوب منه الخيار في الرجوع بقيمته على من شاء منهما فإن رجع بها على البائع فإن للبائع الرجوع بها على المشتري لأنها مضمونة عليه بالعتق إلا أن البائع قد أخذ منه الثمن فإن كان الثمن من غير جنس القيمة رجع بالقيمة ورد الثمن وإن كانت من جنسه تقاضا وترادا الزيادة فإن رجع المغصوب بها ابتداءً على المشتري رجع المشتري على البائع بالثمن الذي قبضه دون القيمة.

(مسألة كسر صليب النصراني)

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَنْ كَسَرَ لِنَصْرَانِيٍّ صَلِيْبًا فَإِنْ كَانَ يَصْلُحُ لشيءٍ مِنَ الْمَنَافِعِ مُفْصَلًا فَعَلَيْهِ مَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ مُفْصَلًا وَمَكْسُورًا وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: أما الصليب فموضوع على معصية لزعمهم أن عيسى ابن مريم عليه السلام قتل وصلب على مثله فاعتقدوا إعظامه طاعة والتمسك به قرية وقد أخبر الله تعالى بتكذيبهم فيه ومعصيتهم به فقال (سبحانه) ﴿وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَلَكِنْ شُبِّهَ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٥٧، ١٥٨] وقال تعالى: ﴿وَمَا قَتَلُوهُ يَقِينًا بَلْ رَفَعَهُ اللَّهُ إِلَيْنَا﴾ وفيه تأويلان: أحدهما: أن الكتابة راجعة إلى عيسى وتقديره وما قتلوا عيسى يقيناً.

والثاني: أنها كناية ترجع إلى العلم به. وتقديره وما قتلوا للعلم به يقيناً من قولهم قتل ذلك علماً إذا تحققت ومنه ما جاء الحديث به قتل أرض جاهلها وقتلت أرض عالمها فإن لم يجاهرونا بالصليب لم يجز أن نهجم عليهم في بيعهم وكنائسهم وأقرنائهم على ما يعتقدونه من تعظيمه كما نفرهم على كفرهم وإن جاهرونا به وجب انكاره ولم يجز أن نفرهم على

إظهاره ثم نظر فإن كان الإمام قد شرط عليهم في عقد جزيتهم ترك مجاهرتنا به جاز في الإنكار عليهم أن يعمد إلى تفصيل الصليب وكسره رفعاً لما أظهروه من المعصية به وإن لم يشرط ذلك عليهم في عقد جزيتهم وجب أن يقتصر على الإنكار عليهم في المجاهرة به ولا يتجاوز في الإنكار إلى كسره إلا أن يقيموا بعد الإنكار على إظهاره فيكسر عليهم كسراً لا يوجب ضماناً ولا غرمًا فإذا تقرر هذا وكسر رجل على نصراني صليبا نظرا فإن كان قد فعله وأزاله عن شكله ولم يتجاوز عن كسر خشبه فلا شيء عليه لأنه قد أزال معصية ولم يتلف مالا وإن كسره حتى صار خشبه فتاتاً فإن كان لا ينتفع به في غير الصليب ولا يصلح إلا له فلا شيء عليه سواء كان كاسره مسلماً أو نصرانياً وكذا لو كان يصلح مكسوراً لما يصلح له صحيحاً من وقود النار فلا شيء عليه لأنه أزال المعصية عنه وإن كان ينتفع به مفصلاً ويصلح لما يصلح له مكسراً ضمن ما بين قيمته مفصلاً ومكسراً لأنه أزال مع المعصية نفعاً مباحاً فلم يكن سقوط الضمان عن المعصية موجباً لسقوطه عن الإباحة وهكذا حال الطنبور والمزمارة والملاهي المحرمات إن فصل خشبها فلا ضمان وإن كسره فإن كان لا يصلح إلا لها فلا ضمان وإن كان يصلح لغيرها ضمن ما بين قيمته مفصلاً ومكسراً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وإن أَرَأَى لَهُ خَمْرًا أَوْ قَتَلَ لَهُ خِنْزِيرًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَلَا قِيمَةَ لِمَحْرَمٍ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ مِلْكٌ وَاحْتِجَّ عَلَى مَنْ جَعَلَ لَهُ قِيمَةَ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ لِأَنَّهُمَا مَالُهُ فَقَالَ أَرَأَيْتَ مَجُوسِيًّا اشْتَرَى بَيْنَ يَدَيْكَ غَنَمًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ وَقَدَهَا كُلُّهَا لِيَبِيعَهَا فَحَرَقَهَا مُسْلِمٌ أَوْ مَجُوسِيٌّ فَقَالَ لَكَ هَذَا مَالِي وَهَذِهِ ذَكَاتُهُ عِنْدِي وَحَلَالٌ فِي دِينِي وَفِيهِ رِبْحٌ كَثِيرٌ وَأَنْتَ تُقْرِئُنِي عَلَى بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ وَتَأْخُذُ مِنِّي الْجَزْيَةَ عَلَيْهِ فَخُذْ لِي قِيمَتَهُ فَقَالَ أَقُولُ لَيْسَ ذَلِكَ بِالَّذِي يُوجِبُ لَكَ أَنْ أَكُونَ شَرِيكًا لَكَ فِي الْحَرَامِ وَلَا حَقٌّ لَكَ قَالَ فَكَيْفَ حَكَمْتَ بِقِيمَةِ الْخِنْزِيرِ وَالْخَمْرِ وَهُمَا عِنْدَكَ حَرَامٌ؟»

قال الماوردي: أما بالتمسك بالخمير والخنزير فمعصية والقول فيه كالقول في الصليب ولا شيء على متلفها مسلماً كان أو ذمياً على مسلم أتلفه أو على ذمي ويعزر إن هجم على منازلهم أو بيعهم.

وقال أبو حنيفة إن أتلفها على مسلم لم يضمن المتلف مسلماً كان أو ذمياً وإن أتلفها على ذمي ضمنها المتلف مسلماً كان أو ذمياً فإن كان مسلماً ضمن قيمة الخمر وقيمة الخنزير استدلالاً في وجوب ضمانها للذمي بما روي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ وَقِيلَ إِلَى سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ فِي خُمُورِ أَهْلِ الدِّمَّةِ أَنْ وَلَّيْهُمْ بَيْعَهَا وَخُذِ الْعُسْرَ مِنْ أُنْمَانِهَا، فكان الدليل فيه من وجهين:

أحدهما: أن جعل لها أثماناً والعقد عليها صحيحاً.

والثاني: أخذ العشر منها ولو حرمت أثمانها لحرم غيرها قال ولأنه متمول في عرفهم فوجب أن يكون مضموناً بإتلافه عليهم قياساً على غيره من أموالهم وقالوا ولأنه من أشربتهم المباحة فوجب أن يكون مضموناً بالإتلاف كسائر الأشربة قالوا ولأن ما استباحوه شرعاً ضمنه لهم وإن منعاً منه شرعاً قياساً على بضع المجوسية يضمنه المسلم بمهر المثل في الشبه قالوا ولأن ما كان متمولاً عند مالكة ضمن بالإتلاف وإن لم يتمول عند متلفه قياساً على المصحف إذا أتلفه ذمي على مسلم.

ودليلاً رواية يزيد بن أبي حبيب عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أنه سمع رسول الله ﷺ يقول وهو بمكة عام الفتح «إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخَنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ فَإِنَّهَا يُطْلَى بِهَا السُّفْنُ وَيَذْهَبُ بِهَا الْجُلُودُ وَيَسْتَصْبَحُ بِهَا النَّاسُ فَقَالَ لَا، هُوَ حَرَامٌ». ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ، وَإِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ شُحُومَهَا جَمَلُوهُ ثُمَّ بَاعُوهُ ثُمَّ أَكَلُوا ثَمَنَهُ».

فدل تحريمه لبيعه على تحريم ثمنه وقيمه ولأن المرجع في كون الشيء مالاً إلى صنعته لا إلى صفه مالكة لأن صفات الشيء قد تختلف فيختلف حكمه في كونه مالاً ويختلف مالكوه فلا يختلف حكمه في كونه مالاً كالحيوان هو مال لمسلم وكافر ثم لو مات خرج من أن يكون مالاً لمسلم أو كافر ثم لو دبغ جلده صار مالاً لمسلم وكافر فلما لم يكن الخمر والخنزير مالاً للكافر ولا يدخل عليه مال الحربي لأنه مال والسيبي سبب لمملكه ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياساً:

أحدهما: أن كل ما لم يكن مالاً مضموناً في حق المسلم لم يكن مالاً مضموناً في حق الكافر كالميتة والدم. وإن شئت قلت كل عين لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بثمنها لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بقيمتها أصله ما ذكرنا.

والثاني: أن ما لم يستحقه المسلم من عوض الخمر لم يستحقه الكافر كالثمن ولأنه شراب مسكر فوجب ألا يستحق على متلفه قيمة كما لو أتلفه على مسلم ولأن كل عين لم يضمنها المسلم بإتلافها على المسلم لم يضمنها بإتلافها على الكافر كالعبد المرتد ولأن ما استبيح الانتفاع به من الأعيان النجسة إذا لم يملك الاعتياض عليه كالميتة فما حرم الانتفاع به من الخمر والخنزير أولى أن لا يملك الاعتياض عليه قياساً: أن ما حرم نفعاً فأولى أن يحرم عوضاً قياساً عليه من كافر على مسلم ولأن تقويم الخمر للكافر على المسلم تقتضي في التقويم تفضيل الكافر على المسلم فلم يصح اعتباراً بقدر القيمة لما لم تقتضي اختلافها في

الدين اختلافاً فيه كذلك الجنس لا يقتضي اختلافاً في الدين اختلافاً فيه وتحريره قياساً أن ما استويا فيه قدرأ استويا فيه جنساً كالأموال إثباتاً والمستقذرات إسقاطاً. فأما الجواب عن حديث عمر رضي الله عنه وقوله: «وَلَهُمْ بَيْعُهَا وَخِذِ الْعُسْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا» فمن وجهين:

أحدهما: أن معناه أن ولهم ما تولوه من بيعها ولا تعترض عليهم فيما استباحوه منها وخذ العسر من أثمانها أي من أموالهم وإن خالطت أثمانها بدليل ما أجمعنا عليه من بطلان ثمنها.

والثاني: أنه محمول على العصير الذي يصير خمراً لإجماعنا وإياهم على تحريم بيعها خمراً وإباحته عصيراً وأما قياسهم على سائر أموالهم بعله أنه متمول في عرفهم فمنتقض بالعبد المرتد وبما ذكره الشافعي رضي الله عنه من موقوذة المجوسي إن سلموه. ثم المعني في سائر أموالهم وفي الأشربة التي جعلوها أصلاً لثاني قياسهم أنه مضمون في حق المسلم فكان مضموناً في حق الكافر أو نقول لأنه مما يجوز أن تشغل ذمة المسلم بثمنه فجاز أن تشغل ذمته بقيمته والخمر مفارق لها في هذين المعنيين. وأما قياسهم على بضع المجوسية فالمعنى فيه أن الإيضاع مضمونه بالشبهة فيما يحل ويحرم ألا ترى أن الأم تستحق المهر عند إصابتها بالشبهة كما تستحقه الأجنبية وليس كذلك حكم الأعيان استشهاده في الطرد والعكس بالمباح منها والمحظور.

وأما قياسهم على المصحف بعله أنه متمول عند مالكة فالجواب عنه إشتهادنا بأصلهم في المصحف في أن الاعتبار باعتقادنا دون اعتقادهم نصاً واستدلالاً. أما النص فقوله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المائدة ٤٩] وأما الاستدلال استدلالهم بالمصحف فلما اعتقدناه مالاً كان مضموناً لهم وعليهم وأن لم يعتقدوه مالاً. أولاً ترى لو أن مسلماً ذبح على يهودي شاه فهو يعتقدونها ميتة لا يملك عنها عوضاً ونحن نعتقدها مالاً توجب بإتلافه عوضاً. ثم قد أجمعنا أنها لو استهلكك عليه بعد ذبح المسلم لها أنها مضمونة على متلفها لأننا نعتقدها مالاً فكذلك الحكم فيما لم نعتقد مالاً وإن اعتقدوه مالاً. والله أعلم.

فصل: فأما غير الخمر من المائعات النجسة فعلى ضربين:

أحدهما: ما كان نجساً في أصله.

والثاني: ما طرأت نجاسته بعد طهارته. فأما النجس في أصله كالدم والبول فلا يجب ثمنه ولا قيمته على متلف وأما ما طرأت نجاسته بعد طهارته فعلى ضربين:

أحدهما: ما لا ينتقل عن نجاسته كلبن الميتة والادهان. وإذا قيل لا تطهر بالغسل فلا يحل ثمن شيء من ذلك ولا قيمته على متلف.

والضرب الثاني: ما ينتقل عن نجاسته فيصير طاهراً كالماء النجس يطهر بالمكاثرة والأدهان وإذا قيل بجواز غسلها ففي جواز بيعها وإباحة ثمنها وجهان:

أحدهما: يجوز فعلى هذا يكون متلفها ضامناً لقيمتها.

والوجه الثاني: لا يجوز فعلى هذا لا ضمان على متلفها.

فصل: وإذا غصب خمرأ فصار في يده خلأ صار حينئذ مضموناً عليه لكونه خلأ ذا قيمة فلو اختلفا بعد تلفه فقال المالك صار خلأ فعليك ضمانه وقال الغاصب بل تلف في يدي وهو خمر على حاله فالقول قول الغاصب مع يمينه اعتباراً ببراءة ذمته فلو صار الخمر بعد غصبه خلأ ثم عاد الخل فصار خمرأ ضمنه مع بقاء عينه لأنه بمصيره خمرأ قد صار تالفاً فلو عاد ثانية فصار خلأ رده على المغضوب منه وهل يضمن قيمته مع رده على وجهين:

أحدهما: لا ضمان عليه لعوده إلى ما كان عليه.

والوجه الثاني: عليه الضمان لاستقراره عليه فلم يسقط بما لم يحدث في ملكه وهذا الوجهان من نقص المرض إذا عاد.

فصل: وإذا غصب واحد من خفين قيمتها معاً عشرة دراهم فاستهلكه وقيمة كل واحد منهما على انفراده درهماً ففي قدر ما يضمن وجهان:

أحدهما: يضمن درهمين وهو قيمة ما تفرد باستهلاكه ولكون نقص الانفراد داخلاً على المغضوب منه.

والوجه الثاني: أنه يضمن ثمانية دراهم درهماً منها قيمة المستهلك وستة هي ضمان النقص بالانفراد لأنها جناية منه كمن قطع إحدى كمي قيمص قيمته عشرة دراهم فصارت قيمته بعد قطع الكم درهمين وكانت قيمة الكم بعد قطعه درهمين ضمن اتفاقاً جميع النقص وهو ثمانية دراهم كذلك في إحدى الخفين ولا قطع عليه ما ضمان النقط الزائد على قيمة الخف المسروق لأن قيمة الخف المنفرد درهماً وهي دون النصاب وإنما ضمن ذلك للنقص الذي يكمل به النصاب من غير إخراج له من الحرز فصار كالمستهلك له في الحرز والله أعلم.

فصل: فأما إذا غصب صكاً أو سجلاً أو كتاب عهدة فاستهلكه عليه كان عليه قيمته وإن قلت وسواء بطل احتجاج المالك بها في تثبيت أملاكه أم لا فلو لم يستهلك ولكن محا ما كان مثبتاً فيه من خط وثيقة فلا شيء عليه إلا أن ينقص بذلك من قيمة الكتاب شيء فيضمن ما نقص ولكن يعزر إن فعل ذلك إضراراً بمالكة وإبطالاً للوثيقة.

فصل: وإذا أطارط الريح ثوباً لرجل فألقته في دار آخر فلم يعلم صاحب الدار به حتى احترق بنار كان في داره أو بهيمة أكلته لم يضمن ولو علم به فأكلته البهيمة بعد علمه فإن لم يقدر على منعها حتى أكلته فلا ضمان عليه وإن قدر على منعها فعليه الضمان ولكن لو رآه عند حصول الثوب في داره فتركه فإن كان مالكة غير عالم به فعليه إعلامه فإن لم يعلمه به فهو ضامن وإن كان مالكة عالماً به فليس عليه إعلامه ولا ضمان عليه في تركه فإن أطارطه الريح بعد تركه فهلك فإن لم يقدر على حفظه عند هبوب الريح فلا ضمان عليه وإن قدر على حفظه عند هبوبها ففي ضمانه وجهان :

أحدهما : لا ضمان عليه لأنه لم يكن منه ما يضمن به .

والوجه الثاني : عليه الضمان كما لو أكلته بهيمة يقدر على منعها وإن أمكن الفرق بينهما . فلو كان الثوب حين أطارطه الريح إلى داره وقع في صبغ لصاحب الدار فشربه وانصبغ به فلا ضمان على واحد منهما لعدم التعدي منهما ثم نظر فإن أمكن استخراج الصبغ من الثوب واستخرجه ويكون نقص الثوب والصبغ هدرًا وإن لم يمكن استخراجه كانا شريكين فيه بقيمة الثوب والصبغ على زيادته ونقصه .

فصل: وإذا سقط في دار رجل طائر مملوك فألفها وأقام فلا ضمان عليه ما لم تحصل له يد عليه ولا يلزمه إعلام صاحبه به سواء كان عالماً أو غير عالم بخلاف الثوب لأن الطير ممتنع وعوده بنفسه ممكن فلو دخل الطير إلى برج صاحب الدار فغلق عليه باب البرج فإن نوى بفعله تملك الطير ضمنه وإن لم ينو تملكه فلا ضمان عليه لأنه يملك التصرف في داره كيف شاء .

فصل: وإذا أشعل الرجل في داره ناراً فانتشرت حتى تعدت إلى دار جاره فأحرقها نظر فإن كانت النار إذا انتشرت فيما هي فيه ولم تخرج عن حدود داره فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد بها ، وإن كان انتشارها فيما هي فيه يخرجها عن حدود داره ضمن لأن من طبع النار انتشارها فيما وقعت فيه فصار متعدياً فضمن ، وهكذا لو أجرى في أرضه ماء فتعدى إلى أرض غيره فغرقها فإن لم يكن له في أرضه مغيض ولا كان في حدودها ما يصدده عن الخروج ضمن لما في طبع الماء من الجريان والله أعلم بالصواب .