

كتاب الغصب

للأصحاب رحمهم الله ، عبارات في معنى الغصب .

إحداها : أنه أخذ مال الغير على جهة التمدي ، وربما قيل : الاستيلاء على مال الغير .

الثانية : وهي أعم من الأولى : أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق . واختار الامام هذه العبارة ، وقال : لا حاجة إلى التقييد بالعدوان ، بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان ، كما لو أودع ثوباً عند رجل ، ثم جاء المالك فأخذ ثوباً للمودع وهو يظنه ثوبه ، أو لبسه المودع على ظن أنه ثوبه .

الثالثة : وهي أعم من الأولين : أن كل مضمون على مسكه فهو مغصوب ، كالمقبوض بالبيع الفاسد ، والوديعة إذا تعدى فيها المودع ، والرهن إذا تعدى فيه المرتهن . وأشبه العبارات وأشهرها هي الأولى . وفي الصورة المذكورة ، الثابت حكم الغصب ، لاحقيقته .

قلت : كل هذه العبارات ناقصة ، فإن السلب وجلد الميتة وغيرها مما ليس بمال ، لا يدخل فيها مع أنه يغصب ، وكذلك الاختصاصات بالحقوق ، فلاختيار : أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق . والله أعلم

وقد تظاهرت نصوص الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، على تحريم الغصب ، وفيه بابان .

الاول : في الضمان ، وفيه أربعة أطراف .

الاول : في الموجب للضهان . والغصب وإن كان موجباً للضهان ، فلا ينحصر الموجب فيه ، بل الاتلاف أيضاً مضمن ، وكذلك الاستعارة والاستيلاء وغيرها ، والاتلاف يكون بالمباشرة ، أو بالتسبب . وماله مدخل في الهلاك ، فقد يضاف إليه الهلاك حقيقة ، وقد ، لا . وما لا ، فقد يُقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك حقيقة ، وقد ، لا ، لأن الذي يضاف إليه الهلاك يسمى علّة ، والاتيان به ، مباشرة ، وما لا يضاف إليه الهلاك ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه ، يسمى سبباً ، والاتيان به ، تسبباً . وهذا القصد والتوقع ، قد يكون لتأثيره بمجرد فيه ، وهو علّة العلة ، وقد يكون بانضمام أمور إليه وهي غير بعيدة الحصول . فمن المباشرة : القتل ، والأكل ، والاحراق . ومن التسبب : الاكراه على إتلاف مال الغير . ومنه ما إذا حفر بئراً في محل عدوان ، فتردّت فيها بهيمة ، أو عبد ، أو حر ، فإن ردها غيره ، فالضهان على المباشرة المردية ، لأن المباشرة مقدمة على السبب ، وسيأتي تمام هذا وبيان محل العدوان في كتاب الجنائيات إن شاء الله تعالى .

فرع

لو فتح رأس زقٍ فضاء ما فيه ، نظر ، إن كان [مطروحاً] على الأرض فاندفق ما فيه بالفتح ، ضمن . وإن كان منتصباً لا يضيع ما فيه بالفتح لو بقي كذلك ، لكنه سقط ، نظر إن سقط بفعله بأن كان يحرك الوكاء ويحذبه حتى أفضى إلى السقوط ، ضمن ، وكذا لو سقط بما يقصد تحصيله بفعله ، بأن فتح رأسه ، فأخذ ما فيه في التقاطر شيئاً فشيئاً ، حتى ابتل أسفله وسقط ، ضمن . وإن سقط بعارض ، كزلزلة ، أو هبوب ريح ، أو وقوع طائر ، فلا ضمان . ولو فتح رأسه فأخذ ما فيه في الخروج ، ثم جاء آخر ونكسه مستعجلاً ، فضهان الخارج بعد التمسك ، هل هو

عليها كالجارحين، أم على الثاني فقط كالخازن مع الجارح ؟ فيه وجهان . أصحابها : الثاني . هذا إذا كان ما في الزق مائماً . فإن كان جامداً فطلعت الشمس فأذاخته وضاع ، أو ذاب بمرور الزمان وتأثير حرارة الريح ^(١) فيجب الضمان على الأصح . ويجري الوجهان ، فيما لو أزال أوراق العنب وجرد عناقيد الشمس فأفسدتها ، وفيما لو ذبح شاة رجل فهلكت مسخلتها ، أو حمامة فهلك فرخها ، لفقد ما يصلح لها . ولو جاء آخر وقرب ناراً من الجامد فذاب وضاع ، فوجهان . أحدهما : لا ضمان على واحد منها ، وأصحابها : يضمن الثاني . ويجري الوجهان فيما لو قرب الفاتح أيضاً النار ، وفيما لو كان رأس الزق مفتوحاً فجاء رجل وقرب منه النار .

فرع

لو حلّ رباط سفينة ففرقت بالحلّ ، ضمن ، ولو غرقت بمحادث ، كهبوب ربح أو غيره ، لم يضمن . وإن لم يظهر حادث ، فوجهان . وليكن الأمر كذلك في مسألة الزق إذا لم يظهر حادث لسقوطه .

فرع

فتح قفصاً عن طائر وهيئجه حتى طار ، ضمنه . فإن لم يزد على الفتح ، فثلاثة أقوال . أظهرها : إن طار في الحال ، ضمن ، وإلا ، فلا . والثاني : يضمن مطلقاً . والثالث : لا يضمن مطلقاً . وفي ما جمع من فتاوى القفال - تقريباً على وجوب الضمان إذا طار في الحال - أنه لو وثبت هرة بمجرد فتح القفص ، ودخلته وقتلت الطائر ، لزمه الضمان ، لأنه في معنى إغراء الهرة ، وأنه لو كان القفص مغلقاً فاضطرب بخروج الطائر وسقط فانكسر ، لزم الفاتح ضمانه . وأنه لو كسر الطائر في خروجه

(١) في « شرح الوجيز » : وتأثير حرارة الهواء .

قارورة رجل ، لزمه ضمانها، لأن فعل الطائر منسوب إليه ، وأنه لو كان شعير في جراب مشدود الرأس، وبجنبه حمار، ففتح رأسه فأكله الحمار في الحال ، لزم الفاتح ضمانه ، ولو حل رباط بهيمة، أو فتح باب الاصطبل فخرجت وضاعت ، فالحكم على ما ذكرنا في القفص . ولو خرجت في الحال وأتلفت زرع رجل ، قال القفال : إن كان نهاراً ، لم يضمن الفاتح ، وإن كان ليلاً ، ضمن، كدابة نفسه . وقال المراقبون : لا يضمن، إذ ليس عليه حفظ بهيمة الغير عن الزروع .

قلت : قطع ابن كج بما قاله القفال . والله أعلم

ولو حل قيد العبد المجنون، أو فتح باب السجن، فذهب ، فهو كما لو حل رباط البهيمة . وإن كان العبد عاقلاً ، نظر، إن لم يكن آبقاً ، فلا ضمان، لأن له اختياراً صحيحاً، فذهابه محال عليه ، وإن كان آبقاً ، فلا ضمان أيضاً على الأصح ، وقيل : هو كحل رباط البهيمة ، ففيه التفصيل .

فرع

لو وقع طائر على جداره ، فنقّره ، لم يضمن، لأنه كان ممتنعاً قبله ، ولو رماه في الهواء فقتله ، ضمنه ، سواء هواء داره وغيره، إذ ليس له منع الطائر من هواء ملكه .

فرع

لو فتح باب الحِرز فسرق غيره ، أو دَلَّ سارقاً فسرق ، أو أمر غاصباً فنصب ، أو بنى داراً فألقت الريح فيها ثوباً وضاع ، فلا ضمان عليه . ولو حبس المالك عن ماشيته حتى تلفت ، فلا ضمان، لأنه لم يتصرف في المال ، كذا قالوه ،

ولعل صورته فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية، وإنما قصد حبسه فأفضى [الأمر] إلى هلاكها، لأن المتولي قال : لو كان له زرع ونخيل، وأراد سوق الماء إليها فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت ، ففي الضمان الوجهان فيما لو فتح الزق عن جامد فذاب بالشمس وضاع .

قلت : الأصح في صورتي الحبس عن الماشية والسقي : أنه لا ضمان ، بخلاف فتح الزق لما ذكرنا أنه لم يتصرف في المال. والله أعلم

ولو غصب هادي القطيع فتبعه القطيع ، أو غصب البقرة فتبعها العجل ، لم يضمن القطيع والعجل على الأصح .

فرع

لو نقل صبيّاً حراً إلى مَضْيَعَةٍ ، فاتفق مَسْبِعُ فافترسه ، فلا ضمان لإحالة الهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته (١) . ولو نقله إلى مَسْبِعة فافترسه مَسْبِعٌ ، فلا ضمان أيضاً ، هذا هو المذهب والمعروف في كتب الأصحاب ، وذكر الغزالي فيه وجهين ، وليس بمعروف .

فصل

إثبات اليد العادية سبب للضمان ، وينقسم إلى مباشرة ، بأن يغصب الشيء فيأخذه من يد مالكه ، وإلى التسبب ، وهو في الأولاد وسائر الزوائد ، لأن إثبات اليد على الأصول سبب لإثباتها على الفروع ، فيكون ولد المنصوب وزوائده منصوبة .

(١) في نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » : فلا ضمان ، لإحالة الهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته .

ثم إثبات اليد العادية يكون في المنقول والعقار . أما المنقول ، فالأصل فيه النقل ، لكن لو ركب دابة غيره ، أو جلس على فراش غيره ولم ينقله ، ففي كونه غاصباً ضامناً ، وجهان . أصحابها : نعم ، سواء قصد الاستيلاء ، أم لا . قال المتولي : وهذا إذا كان المالك غائباً ، أما إذا كان حاضراً ، فإن أزعجه وجلس على الفراش ، أو لم يزعجه وكان بحيث يمنعه من رفعه والتصرف فيه ، فيضمنه قطعاً ، وقياس ما يأتي إن شاء الله تعالى في نظيره من العقار : أن لا يكون غاصباً إلا لنصفه . وأما العقار ، فإن كان مالكة فيه ، فأزعجه ظالم ودخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكنى ، فهو غاصب ، سواء قصد الاستيلاء ، أم لا ، لأن وجود الاستيلاء يعني عن قصده . ولو سكن بيتاً من الدار ، ومنع المالك منه دون باقي الدار ، فهو غاصب لذلك البيت دون باقي الدار . وإن أزعج المالك ولم يدخل الدار ، فالمذهب والذي يدل عليه كلام جماهير الأصحاب : أنه غاصب ، فلم يعتبروا في النصب إلا الاستيلاء ومنع المالك عنه ، وقال الغزالي : لا يكون غصباً ، واعتبر دخول الدار في غصبها ، وهو ضعيف . أما إذا لم يزعج المالك ، ولكن دخل واستولى معه ، فهو غاصب لنصف الدار ، لاجتماع يدها واستيلائها ، فإن كان الداخل ضعيفاً ، والمالك قوي لا يعدم مثله مستولياً عليه ، لم يكن غاصباً لشيء من الدار ، ولا اعتبار بقصد ما لا يمكن من تحقيقه . أما إذا لم يكن هناك مالك ، فدخل على قصد الاستيلاء ، فهو غاصب وإن كان ضعيفاً وصاحب الدار قوياً ، لأن الاستيلاء حاصل في الحال ، وأثر قوة المالك إنما هو سهولة إزالته والانتزاع من يده ، فصار كما لو سلب قلنسوة ملك ، فانه غاصب وإن سهل على المالك انتزاعها . وفي وجه : لا يكون غصباً ، لأن مثله في العرف يعد هزأً ، ولا يعد استيلاءً ، وهو شاذ ضعيف . وإن دخل لا على قصد الاستيلاء ، بل لينظر ، هل يصلح له ، أو غير ذلك ؟ لم يكن غاصباً . قال المتولي : لكن لو انهدمت في تلك الحال ، هل يضمنها ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، كما لو أخذ منقولاً من

بين يدي مالكة لينظر هل يصلح له ليشتريه ، فتلّف في تلك الحال ، فانه يضمّنه .
وأصحّها : لا ، لأن اليد على المنقول حقيقة (١) . ولو اقتطع قطعة أرض ملاصقة
لأرضه ، وبني عليها حائطاً وأضافها إلى ملكه ، ضمّنها ، لوجود الاستيلاء .

فصل

فيما إذا انبنت على يد الغاصب يد أخرى

قد سبق معظم مسائله في كتاب الرهن ، وحاصله : أن كل يد ترتبت على يد الغاصب ، فهي
يد ضمان ، فيتخير المالك عند التلف ، بين مطالبة الغاصب ، ومن ترتبت يده على يده ، سواء علم
المغصوب أم لا ، لأنه أثبت يده على مال غيره بغير إذنه ، فالجمل ليس مسقطاً للضمان . ثم الثاني ،
إن علم الغصب ، فهو غاصب من الغاصب ، فيطالب بكل ما يطالب به الغاصب ، وإن
تلف المغصوب في يده ، فقرار الضمان عليه . فإذا غرم ، لا يرجع على الأول ،
وإذا غرم الأول رجع عليه ، هذا إذا لم تختلف قيمته في يدهما ، أو كانت في يد
الثاني أكثر ، فلو كانت في يد الأول أكثر ، لم يطالب بالزيادة إلا الأول ، وتستقر
عليه . أما إذا جهل الثاني الغصب ، فإن كانت اليد في وضعها بد ضمان كالعارية ،
استقر الضمان على الثاني . وإن كانت يد أمانة كالوديعة ، استقر على الغاصب على
المذهب . وفي وجه : يستقر على المودع . وفي وجه : لا يطالب المودع أصلاً ،
وقد سبق بيان هذا الفصل في أواخر الباب الثالث من كتاب الرهن بزيادة على هذا ،
والقرض معدود من أيدي الضمان . ولو وهب المغصوب ، فهل القرار على الغاصب
لأنها (٢) ليست يد ضمان ، أم على المتب لأنه أخذه للتملك ؟ قولان . أظهرهما : الثاني .

(١) في نسخ الظاهرية لأن اليد على المنقول حقيقة . (٢) أي : اليد .

ولو زوج المنصوبة قتلّت عند الزوج ، فالملذهب : أنه لا يطالب الزوج بقيمتها قطعاً .
وقيل : كالودّع .

فرع

إذا أتلف القابض من الغاصب ، نظر ، إن استقل بالانلاف ، فقرار الضمان عليه . وإن حمّله الغاصب عليه ، بأن غصب طاماً فقدّمه إليه ضيافة فأكله ، فالقرار على الآكل إن كان عالماً ، وكذا إن كان جاهلاً على الأظهر المشهور في الجديد . فعلى هذا ، إن ضمنه ، لم يرجع على الغاصب ، وإن ضمن الغاصب ، رجع عليه . وعلى القول الآخر بالعكس ، هذا إذا قدمه إليه وسكت . فان قال : هو ملكي ، فان ضمن الآكل ، ففي رجوعه على الغاصب القولان . وإن ضمن الغاصب ، فالملذهب : أنه لا يرجع قطعاً ، لأنه معترف بأنه مظلوم ، فلا يرجع على غير ظالمه . وقال المزني : يرجع عليه ، وغلّطه الأصحاب . ولو وهب المنصوب فأتلفه المتهب ، فالقولان ، وأولى بالاستقرار على المتهب .

فرع

لو قدم الطعام المنصوب إلى عبد إنسان فأكله ، فان جعلنا القرار على الحر الآكل ، فهذه جناية من العبد يباع فيها ، وإلا ، فلا يباع ، وإنما يطالب الغاصب كما لو قدم شعيراً منصوباً إلى بهيمة بغير إذن مالكها .

فرع

غصب شاة وأمر قصاباً بذبحها جاهلاً بالحال ، فقرار ضمان النقص على الغاصب ،

ولا يخرج على القولين في آكل الطعام ، لأنه ذبيح للناسب ، وهناك انتفع بأكله .

فرع

لو أمر الناسب رجلاً باتلاف المنسوب بالقتل والاحراق ونحوهما ، ففعله جاهلاً بالنسب ، فالمذهب : القطع بالاستقرار على التلغ ، لأنه حرام ، بخلاف الآكل ، ولا أثر للتغريم مع التحريم ، وقيل على القولين .

فرع

تقدم المنسوب إلى مالكه ، فأكله جاهلاً بالحال ، فان قلنا في التقديم إلى الاجنبي : القرار على الناسب ، لم يبرأ من الضمان ، وإلا ، فيراً ، وربما نصر العراقيون الاول . ونقل الامام عن الاصحاب أن البراءة هنا أولى من الاستقرار على الآكل . ولو أودعه للمالك ، أو رهنه [عنده] ، أو أجره إياه جاهلاً بالحال ، فتلف عنده ، لم يبرأ من الضمان على المذهب ، وقيل بالقولين . ولو باعه للمالك ، أو أقرضه ، أو أعاره فتلف عنده ، برىء الناسب . ولو دخل المالك دار الناسب ، فأكل طعاماً يظنه للناسب ، فكان هو المنسوب ، برىء الناسب . ولو صال العبد المنسوب على مالكه ، قتلته المالك للدفع ، لم يبرأ الناسب ، سواء علم أنه عبده ، أم لا ، لأن الاتلاف بهذه الجهة كاتلاف العبد نفسه ، ولهذا لو كان العبد لغيره ، لم يضمه . وفي وجهه : يبرأ عند العلم ، لاتلافه مال نفسه لمصلحته ، وهو ضعيف .

فرع

زوَّج المنصوبة بمالكها جاهلاً ، فتلفت عنده ، فهو كما لو أودعها عنده فتلفت ،

فلو استولدها ، نفذ الاستيلاء وبرى الغاصب على المذهب . ولو قال الغاصب للمالك : أعتق هذا ، فأعتقه جاهلاً ، نفذ العتق على الأصح ، لأنه لا يبطل بالجهل ، فعلى هذا ، يبرأ الغاصب على الأصح ، لعود مصلحة العتق إليه . وعلى الثاني : لا يبرأ ، فيطالبه بقيمته . ولو قال : أعتقه عني ، ففعل جاهلاً ، ففي نفوذ العتق وجهان ، إن نفذ ، ففي وقوعه عن الغاصب ، وجهان . الصحيح : المنع . ولو قال المالك للغاصب : أعتقه عني ، أو مطلقاً ، فأعتقه ، عتق وبرى الغاصب (١) .

الطرف الثاني : في المضمون ، قال الأصحاب رحمهم الله : المضمون هو المصوم ، وهو قسبان .

أحدهما : ما ليس بمال ، وهو الاحرار ، فيضمون بالجناية على النفس والطرف ، بالباشرة تارة ، وبالتسبب أخرى ، وتفصيله في كتاب الديات .
الثاني : ما هو مال ، وهو نوعان : أعيان ، ومنافع . والأعيان ضربان : حيوان وغيره . والحيوان صنفان : آدمي وغيره .

أما آدمي : فيضمن النفس والطرف من الرقيق بالجناية كما يضمن الحر ، ويضمن أيضاً باليد العادية . وبدل نفسه : قيمته بالغة ما بلغت ، سواء قتل أو تلف تحت اليد العادية . وأما الأطراف والجراحات ، فما كان منها لا يتقدر واجبه في الحر ، فواجبه في الرقيق ما نقص من قيمته ، سواء حصل بالجناية ، أم فات تحت اليد العادية ، وما كان مقدراً في الحر ، ينظر ، إن حصل بجناية ، فقولان . الجديد الأظهر : أنه يتقدر من الرقيق أيضاً ، والقيمة في حقه كالدية في حق الحر ، فيجب في يد العبد نصف قيمته ، كما يجب في يد الحر نصف ديته ، وعلى هذا ، القياس . والقديم : الواجب ما نقص من قيمته كسائر الاموال . وأما ما يتلف تحت اليد العادية ، كمن غصب عبداً فسقطت يده بأفة سماوية ، فالواجب فيه ما نقص على الصحيح . وفي وجه : إن كان النقص أقل من المقدّر ، وجب ما يجب على الجاني ، فعلى

(١) في الأصل : فأعتقه عنه ، برى الغاصب . وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و«شرح الوجيز» .

الجديد : لو قطع الناصب يد المفصوب ، لزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والارش . ولو قطع يديه ، فعليه كمال القيمة . وكذا لو قطع أنثيه ، فزادت قيمته . ولو كان الناقص بقطع الناصب ثلثي قيمته ، وجب ثلثا قيمته على القولين . أما على القديم ، فلأنه قدر النقص . وأما على الجديد ، فالنصف بالجناية ، والسدس باليد العادية . ولو كان النقص بسقوط اليد بأفة ثلث القيمة ، فهو الواجب على القديم ، وكذا على الجديد تفرعاً على الصحيح ، وعلى الوجه الآخر : الواجب نصف قيمته . والمكاتب ، والمستولدة ، والمدبّر ، حكمهم في الضمان حكم القن .

الصف الثاني : غير الآدمي من الحيوان ، فيجب فيه باليد والجناية قيمته ، وفي ماثل من أجزائه ما نقص من قيمته ، ويستوي فيه الخيل ، والابل ، والحمر ، وغيرها .

الضرب الثاني : غير الحيوان ، وهو منقسم إلى مثلي ومتقوّم ، وسيأتي ضبطها وحكمها في الطرف الثالث إن شاء الله تعالى .

النوع الثاني : المنافع ، وهي أصناف .

منها : منافع الاموال من العبيد والثياب والارض وغيرها ، وهي مضمونة بالتقويت . والقوات تحت اليد العادية ، فكل عين لها منفعة تستأجر لها ، يضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لها أجرة ، حتى لو غصب كتاباً وأمسكه مدة وطالعه ، أو مسكاً فشتمه ، أو لم يشمه ، لزمه أجرته . ولو كان العبد المفصوب يعرف صنائع ، لزمه أجرة أعلاها أجرة ، ولا يلزمه أجر الجميع . ولو استأجر عيناً لمنفعة ، فاستعملها في غيرها ، ضمنها .

قلت : ذكر القاضي أبو الطيب في تعليقه ، أنه لو غصب أرضاً ولم يزرعها ، وهي مما تنقص بترك الزرع كأرض البصرة وشبهها فإنها إذا لم تزرع نبت فيها

الدغل والحشيش ، كان عليه رد الحشيش وأجرة الارض ، ولم يذكر الفاضي أرض
النقص . والظاهر : أنه يجب . والله أعلم

ومنها : منفعة البضئع ، فلا تضمن بالقوات تحت اليد ، لان اليد لا تثبت
عليها ، ولهذا يزوج السيد المنصوبة ، ولا يؤجرها ، كما لا يبيعها ، وكذا لو تداعى
رجلان نكاح امرأة ، ادعى عليها ، ولا يدعى كل واحد منها على الآخر وإن كانت
عنده . وإذا أقرت لأحدهما ، حكم بأنها زوجته ، وذلك بدل على أن اليد لها ، ولأن منفعة
البضئع تُستحق استحقاق ارتفاق للحاجة ، وسائر النافع تُستحق استحقاق ملك تام .
ولهذا ، من ملك منفعة بالاستئجار ، ملك نقلها إلى غيره بموضع أو غيره . والزوج لا يملك ،
نقل منفعة البضئع . فأما إذا فوت منفعة البضئع بالوطء ، فيضمن مهر المثل ، وسيأتي
تفريعه في الفصل الثالث من الباب الثاني إن شاء الله تعالى .

ومنها : منفعة بدن الحر ، وهي مضمونة بالتفويت . فإذا قهر حرأً وسخره في
عمل ، ضمن أجرته . وإن حبسه وعطل منافعه ، لم يضمنها على الأصح ، لأن
الحر لا يدخل تحت اليد ، فنافعه تفوت تحت يده ، بخلاف المال ، وقال ابن أبي هريرة :
يضمنها . ويقرب من الوجهين الخلاف في صورتين . إحداهما : لو استأجر حرأً وأراد
أن يؤجره ، هل له ذلك ؟ والثانية : إذا أسلم الحر المستأجر نفسه ، ولم يستعمله
المستأجر إلى انقضاء المدة التي استأجره فيها ، هل تنقرر أجرته ؟ قال الأكثرون :
له أن يؤجره وتنقرر أجرته . وقال القفال : لا يؤجره ولا تنقرر أجرته ، لأن
الحر لا يدخل تحت اليد ، ولا تحصل منافعه في يد المستأجر ، ويدخل في ضمانه
إلا عند وجودها ، هكذا ذكر الأصحاب [توجيه] الخلاف في المسائل الثلاث ، ولم يجعلوا
دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه ، بل اتفقوا على عدمه ، ولكن من جوِّز إجارة

المستأجر، وقرر الأجرة ، بنى الأمر على الحاجة والمصلحة ، وجعل الغزالي الخلفاء في المسائل مبنياً على التردد في دخوله تحت اليد ، ولم نر ذلك لغيره .

فرع

في دخول ثياب الحر في ضمان مَنْ استولى عليه ، تفصيل مذكور في كتاب السرقة.

فرع

قال المتولي : لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً بالقهر إلى موضع ، فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول ، فلا شيء عليه . وإن كان واحتاج إلى مؤنة ، فهي على الناقل ، لتعديته .

ومنها : منفعة الكلب ، فمن غصب كلب صيد أو حراسة ، لزمه رده مع مؤنة الرد إن كان له مؤنة . وهل تلزمه أجرة منفعته ؟ وجهان ، بناءً على جواز إيجارته . وفيما اصطاده الغاصب بالكلب المفصوب ، وجهان . أحدهما : للمالك ، كصيد العبد وكسبه . وأصحها : للغاصب ، كما لو غصب شبكة أو قوساً واصطاد بهما ، فإنه للغاصب . ويجري الوجهان ، فيما لو اصطاد بالبازي والفهد المفصوبين . وحيث كان الصيد للغاصب ، لزمه أجرة مثل المفصوب . وحيث كان للمالك كصيد العبد ، ففي وجوب الاجرة لزم الاصطياد وجهان . أصحها : الوجوب ، لأنه ربما كان يستعمله في شغل آخر .

قلت : والوجهان فيما إذا لم تنقص قيمة الصيد عن الاجرة ، فإن نقصت ، وجب الناقص قطعاً . والله أعلم

فرع

المفصوب ، إذا دخله نقص ، هل يجب أرشه مع الأجرة ؟ نظر ، إن كان النقص بسبب غير الاستعمال ، بأن غصب ثوباً أو عبداً ، فنقصت قيمته بأفة سماوية كسقوط عضو العبد بمرض ، وجب الأرض مع الأجرة ، ثم الأجرة الواجبة لهما قبل حدوث النقص ، أجرة مثله سليماً ، ولهما بعده ، أجرة مثله معيماً . وإن كان النقص بسبب الاستعمال ، بأن لبس الثوب فأبلاه ، فوجهان . أصحها : يحسان ، وإثناي : لا يجب إلا أكثر الأمرين من أجرة المثل وأرش النقص .

فرع

سيأتي إن شاء الله تعالى ، أن العبد المفصوب إذا تعذر رده بأفة ، غرم الغاصب قيمته للحيلولة ، وتلزمه مع ذلك أجرة المثل للمدة الماضية قبل بذل القيمة ، وفيما بعدها ، وجهان . أصحها : الوجوب ، لبقاء حكم الغصب . ويجري الوجهان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة ، هل تكون مضمونة على الغاصب ؟ وفي أنه هل يلزمه مؤنة ردها ؟ وفي أن جناية الآبق في إبقائه ، هل يتعلق ضمانها بالغاصب ؟ ولو غيب الغاصب المفصوب إلى مكان بعيد ، وعسر رده ، وغرم القيمة ، قال الامام : وطرّد شيخني في هذه الصورة ، الخلاف في الأحكام المذكورة ، ومنهم من قطع بوجوب الاجرة وثبوت سائر الأحكام . والفرق ، أنه إذا غيبه باختياره ، فهو باقٍ في يده وتصرفه ، فلا ينقطع عنه الضمان .

فرع (١)

الحجر والخنزير ، لا يضمنان [لا] لمسلم ولا لذمي ، سواء أراك حيث تجوز الازاقة ، أم حيث لا تجوز. ثم خمر أهل الذمة لا تراق إلا إذا تظاهروا بشرها أو بيعها. ولو غصبت منهم والعين باقية ، وجب ردها ، وإن غصبت من مسلم ، وجب ردها إن كانت محترمة ، وإن لم تكن محترمة ، لم يجب ، بل تراق .

فرع

آلات الملاهي كالبربط والطنبور وغيرها ، وكذا الصنم والصليب ، لا يجب في إبطالها شيء ، لأنها محرمة الاستعمال ، ولا حرمة لتلك الصنعة . وفي الحد المشروع في إبطالها ، وجهان . أحدهما : تكسر وتُرضض حتى تنتهي إلى حدٍّ لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منها ، لا الأولى ولا غيرها. وأصحها : لا تكسر الكسر الفاحش لكن تفصل . وفي حد التفصيل وجهان . أحدهما : قدر لا يصلح معه للاستعمال المحرم، حتى إذا رفع وجه البربط وبقي على صورة قصعة، كفى . والثاني : أن يفصل إلى حد [حتى] لو فرض اتخاذ آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذي يناله في ابتداء الاتحاد ، وهذا بأن يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف ، وهذا أقرب إلى كلام الشافعي رضي الله عنه وجماهير الأصحاب . ثم ما ذكرناه من الاختصار (٢) على تفصيل الأجزاء، هو فيما إذا تمكن الحاسب منه ، أما

(١) في نسخ الظاهرية : فصل . (٢) في الأصل : « على الاختصار » .

إذا منعه من في يده ودافعه عن المنكر ، فله إبطاله بالكسر قطعاً . وحكى الامام اتفاق الأصحاب على أن قطع الاوتار لا يكفي لأنها مجاورة لها منفصلة . ومن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع ، فلا شيء عليه . ومن جاوزه ، فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع ، وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به . وإن أحرقها فعليه قيمتها مكسورة الحد المشروع .

قلت : قال الغزالي في « البسيط » : أجمعوا على أنه لا يجوز إحراقها ، لأن رضاضها متمول . ومما يتعلق بهذا الفصل ، أن الرجل ، والمرأة ، والعبد ، والفاسق ، والصبي المميز ، يشتركون في جواز الاقدام على إزالة هذا المنكر وسائر المنكرات ، ويثاب الصبي عليها كما يثاب البالغ ، ولكن إنما تجب إزالته على المكلف القادر . قال الغزالي في « الاحياء » : وليس لأحد منع الصبي من كسر الملاهي وإراقة الخمر وغيرها من المنكرات ، كما ليس له منع البالغ ، فإن الصبي وإن لم يكن مكلفاً ، فهو من أهل القرب ، وليس هذا من الولايات ، ولهذا يجوز للعبد والمرأة وآحاد الرعية ، وميأتي ذلك مبسوطاً مع ما يتعلق به في كتاب « السير » ، إن شاء الله تعالى . والله أعلم

الطرف الثالث : في قدر الواجب ، فما كان مثلياً ، ضمن بمثله . وما كان متقوماً ، فالقيمة . وفي ضبط المثلي أوجه ، أحدها : كل مقدر بكيل أو وزن فهو مثلي ، وينسب هذا إلى نص الشافعي رضي الله عنه ، لقوله في « المختصر » : وما له كيل أو وزن ، فعليه مثل كيله أو وزنه . والثاني : يزداد مع هذا جواز السلم فيه . والثالث : زاد القفال وآخرون اشتراك جواز بيعه بيمضه بيمض . والرابع : ما يقسم بين الشريكين من غير تقويم . والخامس ، قاله المراقبون : المثلي ما [لا] تختلف أجزاء النوع منه في القيمة ، وربما قيل في الجرم والقيمة . ويقرب منه قول : من

قال : المثلي : المتشاكل في القيمة ^(١) ومعظم المنافع . وما اختاره الامام ، هو تساوي الأجزاء في المنفعة والقيمة ، فزاد المنفعة ، واختاره الفزالي ، وزاد من حيث الذات لا من حيث الصنعة . والوجه الأول منقوض بالمعجونات . والثالث : بعيد عن اختيار أكثر الأصحاب لأنهم أعرضوا عن هذا الشرط ، وقالوا : امتناع بيع بعضه [بيع] لرعاية الكمال في حال التماثل بمزول عما نحن فيه . والرابع : لا حاصل له ، فانه منتقض بالأرض المتساوية ، فانها تنقسم كذلك ، وليست مثلية . والخامس : ضعيف أيضاً منتقض بأشياء ، فالأصح الوجه الثاني ، لكن الأحسن أن يقال : المثلي : ما يحصره كيل أو وزن ، ويجوز السلم فيه ، ولا يقال : مكيل أو موزون ، لأن المفهوم منه ما يعتاد كيـله ووزنه ، فيخرج منه الماء وهو مثلي ^(٢) ، وكذا التراب وهو مثلي على الأصح . ويحصل من الخلاف اختلاف في الصفر ، والنجاس ، والحديد ، لأن أجزائها مختلفة الجواهر ، وكذا في التبر ، والسيكة ، والمسك ، والعنبر ، والكافور ، والخلج ، والجمد ، والقطن ، نمل ذلك . وفي العنب والرطب وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض ، وكذا الدقيق . والأصح : أنها كلها مثلية . وفي السكر والفانيذ ^(٣) والعسل المصفى بالنار واللحم الطاري ، للخلاف في جواز بيع كل منها بجنسه ، وفي الخبز ، لامتناع بيع بعضه ببعض ، وأيضاً الخلاف في جواز السلم فيه . وأما

(١) في نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » : المثلي المتشاكل في الخلقة .

(٢) وعلى هامش الأصل ما نصه : قوله : فيخرج منه الماء وهو مثلي ، مقتضى كلامه في « الروضة » تبعاً للرافعي في آخر « إحياء الموات » أن الماء متقوم ، حيث قالوا : فرع : سقى أرضه بماء مملوك لغيره ، فالغلة لصاحب البذر . وعليه قيمة الماء . انتهى . فلو كان مثلياً يرد مثله لا قيمته « عمدة » قال صاحب « المهبات » هذا سهو ، والصواب إيجاب مثل الماء ، لا قيمته . ولعلم أن المراد بالماء ، هو الماء البارد ، لا الحار ، فانه متقوم ، لدخول النار فيه ، ودرجات حره لا تنضب ، كذا ذكره ابن الرفعة في مطلبه في كتاب الاجارة في الكلام على دخول الحمام « عمدة » .

(٣) الفانيذ : نوع من الحلوى .

الحبوب ، والأدهان ، والألبان ، والسمن ، والخيض ، والخل الذي ليس فيه ماء ، والزبيب ، والتمر ، ونحوها ، فثلية بالاتفاق . والدرهم ، والدنانير الخالصة ، مثلية . ومقتضى العبارة الثانية ، جريان خلاف فيها ، لأن في السلم فيها خلافاً سبق .

قلت : الصواب المعروف الذي قطع به الأصحاب : أنها مثلية . والله أعلم

وفي المكسرة ، الخلاف في التبر والسبيكة ، أما الدرهم والدنانير المغشوشة ، فقال المتولي : إن جوزنا المعاملة بها ، فثلية ، وإلا ، فثقومة .

فصل

إذا غصب مثلياً وتلف في يده ، والمثل موجود ، فلم يسلمه حتى فقد ، أخذت منه القيمة . والمراد بالفقدان : [أن] لا يوجد في ذلك البلد وحواليه على ما سبق في انقطاع المسلم فيه ، وفي القيمة المعتبرة أحد عشر وجهاً . أصحابها : يجب أقصى القيم من يوم الغصب إلى الاعواز . والثاني : أقصاها من الغصب إلى التلف . والثالث : أقصاها من التلف إلى الاعواز ، وربما بني هذان الوجهان على أن الواجب عند إعواز المثل ، هل هو قيمة المغصوب لأنه الذي أتلف على المالك ، أم قيمة المثل لأنه الواجب عند التلف ، وفيه وجهان لأبي الطيب ابن سلمة . والرابع : أقصاها من الغصب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها . والخامس : أقصاها من الاعواز إلى المطالبة . والسادس : أقصاها من تلف المغصوب إلى المطالبة . والسابع : قيمته يوم التلف . والثامن : يوم الاعواز ، اختاره أبو علي الزجاجي ، بضم الزاي ، والحنساطي ، بالخاء المهملة ، والماوردي ، وأبو خلف السُّلَمي . والتاسع : يوم المطالبة . والعاشر : إن كان منقطعاً في جميع البلاد ، فقيمة يوم الاعواز . وإن فقد هناك فقط ، فقيمة يوم الحكم بالقيمة . والحادي عشر : حكى عن الشيخ أبي حامد إن ثبت عنه : قيمة يوم

أخذ القيمة ، لا يوم المطالبة ، ولو غصب مثلياً فتلف والمثل مفقود ، فالقياس : أنه يجب على الوجه الاول . والثاني : أقصى القيم من الغصب إلى التلف . وعلى الثالث والسابع والثامن : [قيمة] يوم التلف ، وأن يعود . والرابع والسادس والتاسع بحالها . وعلى الخامس أقصى القيم من التلف إلى يوم التقويم ^(١) . والعاشر بحاله .

قلت : والحادي عشر بحاله . والله أعلم

ولو أتلّف لرجل مثلياً بلا غصب ، وكان المثل موجوداً فلم يسلمه حتى فقد ، فعلى الوجه الثاني : قيمة يوم الاتلاف وعلى الأول والثالث : أقصى القيم من الاتلاف إلى الاعواز . وعلى الرابع : من الاتلاف إلى التقويم ^(١) . والقياس : عود الأوجه الباقية . ولو أتلّفه والمثل مفقود ، فالقياس أن يقال : على الأوجه الثلاثة الأوائل ، والسابع والثامن : تجب قيمة يوم الاتلاف . وعلى الرابع والخامس والسادس : أقصى القيم من الاتلاف إلى التقويم ^(١) . وعلى التاسع : قيمة يوم التقويم ^(١) . وعلى العاشر : إن كان مفقوداً في جميع البلاد ، فيوم الاتلاف ، وإلا ، فيوم التفرير .

فرع

متى غرم الغاصب أو المتلف القيمة لاعواز المثل ، ثم وجد المثل ، هل للمالك رد القيمة وطلب المثل ؟ وجهان . أصحابنا : لا .

قلت : ويجريان ، في أن الغاصب والمتلف ، هل لهما رد المثل وطلب القيمة . والله أعلم

(١) في نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » : التقويم .

فرع

في أن المثل ، هل يؤخذ مثله مع اختلاف الزمان والمكان

أما المكان ؛ فإذا غصب مثلياً ونقله إلى بلد آخر ، كان للمالك أن يكلفه رده ، وله أن يطالبه بالقيمة في الحال للحيلولة . ثم إذا رده الغاصب ، رد القيمة واسترده . فلو تلف في البلد للنقل إليه ، طالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطلب عليه برد العين في الموضعين . فان فقد المثل ، غرمه [قيمة] أكثر البلدين قيمة . ولو أُتلف مثلياً أو غصبه وتلف عنده في بلد ، ثم ظفر به في آخر ، هل له مطالبة بالمثل ؟ فيه ثلاثة أوجه . الصحيح الذي قطع به الأكثرون : إن كان مما لا مؤنة لنقله كالدرهم والدنانير ، فله المطالبة بالمثل ، وإلا ، لم يكن له طلب المثل ، ولا للغارم تكليفه قبوله لِمَا فيه من الضرر ، وللمالك أن يغرّمه قيمة بلد التلف ، فان تراضيا على المثل ، لم يكن له تكليفه مؤنة النقل . والوجه الثاني : يطالبه بالمثل . وإن لُزمت مؤنة وزادت القيمة كما لو أُتلف مثلياً في وقت الرخص ، له طلب المثل في الغلاء . والثالث : إن كانت قيمة ذلك البلد لا تزيد على قيمة بلد التلف ، طالبه بالمثل ، وإلا ، فلا . وإذا قلنا بالنع ، فأخذ القيمة ، ثم اجتمعنا في بلد التلف ، هل للمالك رد القيمة وطلب المثل ؟ وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل ؟ فيه الوجهان فيما لو غرم القيمة لاعواز المثل . ولو نقل المصوب المثلي إلى بلد ، وتلف هناك ، أو أُتلفه ثم ظفر به المالك في بلد ثالث وقلنا : إنه لا يطالب بالمثل في غير موضع التلف ، فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة . وأما إذا اختلف الزمان ، فله المطالبة بالمثل وإن زادت القيمة ، وليس له إلا ذلك وإن نقصت القيمة . هذا كله إذا لم يخرج المثل باختلاف الزمان والمكان عن أن يكون له قيمة ومالية . فأما إن خرج بأن أُتلف ماءه في مفازة ، ثم اجتمعنا على شط نهر أو في بلد ، أو أُتلف عليه الجَمَد في الصيف ، واجتمعنا في الشتاء ، فليس للمتلف بذل المثل ، بل عليه قيمة المثل في مثل تلك المفازة ، [وفي الصيف ، وإذا غرم القيمة ثم اجتمعنا في مثل تلك المفازة] أو في الصيف ،

فهل يثبت الترادف ؟ فيه الوجهان . وأما المسلم إليه والمقتضى ، إذا ظفر به المالك في بلد آخر ، ففي مطالبته كلام سبق في كتاب السلم .
قلت : ولو قال المستحق : لا آخذ القيمة بل انتظر وجود المثل ، فله ذلك ، نقله في « البيان » ، ويحتمل أن يجيء فيه الخلاف ، في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه ، هل يجبر ، ويمكن الفرق . ولو لم يأخذ القيمة حتى وجد المثل ، تعين قطعاً . والله أعلم

فصل

الذهب والفضة ، إن كانا مضروبين ، فقد سبق أنها مثليان ، وإلا ، فإن كان فيهما صنعة بأن أتلّف حلياً وزنه عشرة وقيّمته عشرون ، فأربعة أوجه . أحدها : يضمن العين بوزنها من جنسها ، والصنعة بقيمتها من غير جنسها ، سواء كان ذلك نقد البلد ، أم لا ، لأننا لو ضمناه الجميع بالجنس لقابلنا عشرة بعشرين وذلك ربا . والثاني : يضمن العين بوزنها من جنسها ، والصنعة بنقد البلد ، كما لو أتلّف الصنعة وحدها بكسر ، يضمن بنقد البلد ، سواء كان من جنس المكسور ، أم لا . والثالث : يضمن الكل بغير جنسه تحرزاً عن الفاضل ، وعن اختلاف الجنس في أحد الطرفين . والرابع ، وهو أصحها : يضمن الجميع بنقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا يلزم من ذلك الربا ، فإنه إنما يجري في العقود لا في هذه الغرامات ، هكذا نقل الجمهور ، وأحسن منه ترتيب البغوي ، وهو أن صنعة الحلي متقدمة ، وفي ذاته الوجهان السابقان في التبر . فإن قلنا : متقوم ، ضمن الكل بنقد البلد كيف كان ، وإن قلنا : مثلي ، فوجهان . أحدهما : يضمن الجميع بغير جنسه . وأصحها : يضمن الوزن بالمثل ، والصنعة بنقد البلد ، سواء كان من جنسه ، أم من غيره . ولو أتلّف

إناء من ذهب أو فضة ، فإن جوزنا اتخذه ، فهو كما لو أتلّف حلياً ، وإن منعه ، فهو كاتلاف مالا صنعة له . ولو أتلّف مالا صنعة فيه كالتمر والسبيكة . فإن قلنا : هو مثلي ، ضمن مثله ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : يضمن قيمته بنقد البلد ، سواء كان من جنسه ، أم لا كسائر المتقومات . والثاني : أن الجواب كذلك ، إلا إذا كان نقد البلد من جنسه ، وكانت القيمة تزيد على الوزن ، فحينئذ يقوم بغير الجنس ويضمن به ، وهذا اختيار العراقيين .

فصل

إذا تغير المغصوب ، فقد يكون متقوماً ثم يصير مثلياً ، وعكسه ، ومثلياً فيها ، ومتقوماً فيها .

الحال الأول : كمن غصب رطباً وقلنا : إنه متقوم فصار تمرأ ، ثم تلف عنده ، فوجهان . أحدهما ، وبه قطع العراقيون : يضمن مثل التمر ، لأنه أقرب إلى الحق ، وأنشبهها ، وبه قطع البغوي : إن كان الرطب أكثر قيمة ، لزمه قيمته لثلاث تضعيف الزيادة ، وإن كان التمر أكثر أو استويا ، لزمه المثل ، واختار الغزالي أنه يتخير بين مثل التمر وقيمة الرطب .

الحال الثاني : كمن غصب حنطة فطحنها ، وتلف اللدقيق عنده أو جملة خبزاً وأتلفه ، وقلنا : لا مثل لللدقيق والخبز ، أو تمرأ واتخذ منه خلأ باماء ، فعلى قول العراقيين : يضمن المثل وهو الحنطة والتمر ، وعلى ما قطع به البغوي : إن كان المتقوم أكثر قيمة ، غرمها ، وإلا فالمثل ، وعن القاضي حسين : يغرم أكثر القيم ، وليس لذلك مطالبته بالمثل . فعلى هذا ، إذا قيل : من غصب حنطة في الغلاء فناف المغصوب عنده ، ثم طالبه المالك في الرخص ، فهل يغرمه المثل أو القيمة ، لم يصح

إطلاق الجواب بواحد منها ، بل الصواب أن يقال : إن تلفت وهي حنطة ، غرم المثل . وإن صار إلى حالة التقويم ثم تلف ، فالقيمة .

الحال الثالث : كمن غصب سمياً فاتخذ منه شيرجاً ثم تلف عنده ، قال العراقيون والغزالي : يفرمه المالك ما شاء منهما . وقال البغوي : إن كان قيمة أحدهما أكثر ، غرم مثله ، وإلا ، فيتخير المالك ما شاء منها .
الحال الرابع : يجب فيه أقصى القيم .

فرع

إذا لزمه المثل ، لزمه تحصيله إن وجدته بضمن المثل . فإن لم يجده إلا بزيادة ، فوجهان . أصحهما عند البغوي ، والروائي : يلزمه المثل ، لأن المثل كالعين ، ويجب رد العين وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته . وأصحهما عند آخرين ، منهم الغزالي : لا يلزمه تحصيله ، لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالعدوم ، كالرقبة ، وماء الطهارة ، ويخالف العين ، فإنه تعدى فيها دون المثل .

قلت : هذا الثاني أصح ، وقد صححه أيضاً الشاشي . والله أعلم

فصل

غصب متقوماً فتلف عنده ، لزمه أقصى قيمته من يوم غصبه إلى تلفه ، ويجب قيمته من نقد البلد الذي تلف فيه ، فلو كانت مائة فصارت مائتين ، ثم عادت بالرخص إلى خمسين ، ثم تلف ، لزمه مائتان . ولو تكرر ارتفاع السعر وانخفاضه ، لم يضمن كل زيادة ، وإنما يضمن الأكثر ، ولا أثر لارتفاع السعر بعد التلف

قطماً . ولو أتلّف متقوماً بلا غضب ، لزمه قيمته يوم الاتلاف . فإن حصل التلف بتدرج وسراية ، واختلفت قيمته في تلك المدة بأن جنى على بهيمة قيمتها مائة يومئذ ، ثم هلكت وقيمة مثلها خمسون ، فقال القفال : يلزمه المائة ، لأننا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية ، ففي نفس الاتلاف أولى .

فرع

لو لم يهلك المصوب ، لكن أبق ، أو غيَّبه الغاصب ، أو ضلَّت الدابة ، أو ضاع الثوب ، فلمالك أن يضمته القيمة في الحال للحيلولة . والاعتبار بأقصى القيم من الغصب إلى المطالبة ، وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة ، لأن قيمة الحيلولة ليست حقاً ثابتاً في الذمة حتى يُجبر على قبوله ، أو الإبراء منه ، بل لو أبرأه المالك عنها ، لم ينفذ . وفي وجه : هي كالحقوق المستقرة ، وهو شاذ . ثم القيمة المأخوذة ، يملكها المالك كما يملك عند التلف ، وينفذ تصرفه فيها ، ولا يملك الغاصب المصوب ، فإذا ظفر بالمصوب ، فلمالك استرداده ورد القيمة ، وللغاصب رده واسترداد القيمة . وهل له حبس المصوب إلى أن يستردها ؟ حكى القاضي حسين عن نص الشافعي رضي الله عنه : أن له ذلك ، كما حكى ثبوت الحبس للمشتري في الشراء الفاسد لاسترداد الثمن ، لكن سبق في البيع ذكر الخلاف في ثبوت الحبس للمشتري ، وذكرنا أن الأصح : المنع ، ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه ، والمنع هو اختيار الامام في الموضعين . وإذا كانت الدراهم المبذولة بعينها باقية في يد المالك ، فالشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها ، أم لا .

قلت : الأقوى : أنه لا يجوز . والله أعلم

ولو اتفقا على ترك التراد ، فلا بد من بيع ليصير المصوب للغاصب ، ثم التضمين

للحيلولة ، لا يختص بالتقومات ، بل يثبت في كل مفصوب خرج من اليد وتعذررده .
قلت : قد حكى صاحب « البيان » عن القفال : أن المالك لا يملك القيمة
المأخوذة للحيلولة ، بل ينتفع به على ملك الغاصب ، أثلاً يجتمع في ملكه البديل
والمبدل ، وهذا شاذ ضعيف نهت عليه أثلاً يفتقر به . قال في « البيان » : ولو ظهر
على المالك دين مستغرق ، فالغاصب أحق بالقيمة التي دفعها ، لأنها عين ماله . وإن
تلفت في يد المالك ، رجع الغاصب بثاتها . وإن كانت باقية زائدة ، رجع في زيادتها
للمتصلة دون المنفصلة . قال القاضي أبو الطيب ، والجرجاني : هذا إذا تصور كون القيمة
مما يزيد . والله أعلم

فرع

سبق أن منافع المفصوب مضمونة . فلو كانت الاجرة في مدة الفصب متفاوتة ،
فثلاثة أوجه حكاها القاضي أبو سعد بن أبي يوسف . أصحابها : يضمن في كل
بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه . والثاني : كذلك إن كانت الأجرة في أول
المدة أقل ، فإن كانت في الأول أكثر ، ضمنها بالأكثر في جميع المدة ، لأنه لو كانت
العين في يده ، فربما يكرها بها في جميع المدة . والثالث : بالأكثر في جميع المدة
مطلقاً ، وهو ضعيف .

فصل

زوائد المفصوب ، منفصلة كانت ، كالولد والثمرة والبيض ، أو متصلة ، كالسمن
وتعلم الصنعة ، مضمونة على الغاصب كالأصل ، سواء طلبه المالك بالرد ، أم لا .

الطرف الرابع : في الاختلاف ، وفيه مسائل .

الأولى : ادعى الغاصب تلف المصوب ، وأنكر المالك . فالصحيح أن القول قول الغاصب مع يمينه ، وقيل : قول المالك بيمينه ، فعلى الصحيح ، إذا حلف الغاصب ، هل للمالك تفرغه المثل أو القيمة ؟ وجهان . أصحهما : نعم .

الثانية : اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته ، صدق الغاصب لأن الأصل براءته ، وعلى المالك البيّنة ، وينبغي أن يشهد الشهود أن قيمته كذا ، أما إذا أراد إقامة البيّنة على صفات العبد ليقوم به المقومون بتلك الصفات ، ففي قول : يقبل ويقوم بالأوصاف ، وينزل على أقل الدرجات كالسكّيم ، والمشهور : المنع ، للتفاوت . قال الامام : لكن يستفيد المالك بالبيّنة على الأوصاف لإبطال دعوى الغاصب مقداراً حقيراً لا يليق بتلك الصفات ، ويصير كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة ، ثم قومه بحقير لا يليق بها ، لا يلتفت إليه ، بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حداً يجوز أن يكون قيمة للمثل ذلك الموصوف . ولو قال المالك : قيمته ألف ، وقال الغاصب : بل خمسمائة ، وجاء المالك بينة أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير ، فقول : لا تسمع هكذا ، والأكثر من سمعوها ، قالوا : وفائدة السماع أن يكلف الغاصب زيادة على خمسمائة إلى حد لا يقطع البيّنة بزيادة عليه ، ولو قال المالك : لا أدري كم قيمته ، لم تسمع دعواه حتى يبيّن . وكذا لو قال الغاصب : أعلم أنه دون ما ذكره ، ولا أعرف قدره ، لم تسمع حتى يبيّن ، فإذا بيّن حلف عليه .

الثالثة : قال المالك : كان العبد كاتباً أو محترفاً ، فأنكر الغاصب ، فالصحيح أن القول قول الغاصب ، وقيل : قول المالك ، لأنه أعرف بملكه . ولو ادعى الغاصب به عيباً وأنكر المالك ، نظر ، إن ادعى عيباً حادثاً فقال : كان أقطع أو سارقاً ، ففي المصدق قولان ، أظهرهما : المالك . وإن ادعى عيباً خلتقياً ، فقال : كان أمه أو ولد أعرج أو عديم اليد ، فالمصدق الغاصب على الصحيح ، لأن

الأصل العدم ، ويمكن المالك البينة . والثاني : يصدق المالك نظراً إلى غلبة السلامة .

والثالث : يفرق بين ما يندر من العيوب وغيره .

الرابعة : ردّ المغصوب وبه عيب ، وقال : غصبته هكذا ، وقال المالك :

حدث العيب عندك ، صدّق الغاصب ، قاله المتولي .

قلت : وقاله ابن الصباغ أيضاً ، ونقله في « البيان » . والله أعلم

الخامسة : تنازعا في الثياب التي على العبد ، صدّق الغاصب ، لثبوت يده .

السادسة : قال : غصبت داري بالكوفة ، فقال : غصبتها بالمدينة ، فالقول قول

المدعى عليه أنه لم يغصب بالكوفة . وأما دار المدينة ، فإن واقفه المدعى عليها ،

ثبتت ، وإلا ، فيبطل إقراره بها ، لتكذيبه .

قلت : ومثله لو قال : غصبت مني عبداً فقال : بل جارية ، ونحو ذلك .

والله أعلم

السابعة : غصب خيراً محترمة فهلك عندك ، فقال المغصوب منه : هلك بعد

التخلل ، فقال الغاصب : قبله ، صدّق الغاصب .

الثامنة : قال : طعامي الذي غصبته كان جديداً ، فقال الغاصب : بل عتيقاً ،

صدّق الغاصب بيمينه . فإن نكل ، حلف المالك ، ثم له أخذ العتيق لأنه دون حقه .

التاسعة : باع عبداً فجاء زيد وادعى أنه ملكه وأن البائع كان غصبه منه ،

فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشتري . وفي دعواه القيمة على البائع

ما ذكرناه في الاقرار . فإن ادعى العين على المشتري فصدقه ، أخذ العبد منه ،

ولا رجوع له بالثمن على البائع . وإن كذبه المشتري ، فأقام زيد بيّنة ، أخذه

ورجع المشتري بالثمن على البائع . وإن لم يقيم بيّنة ونكل المشتري ، حلف زيد وأخذه ،

ولا رجوع للمشتري بالثمن ، لتقصيره بالنكول . وإن صدقه البائع دون المشتري ، لم يقبل

إقرار البائع على المشتري وبقي البيع بحاله، إلا أن يكون إقراره بالفصب في زمن الخيار ، فيجعل ذلك فسخاً للبيع . ثم لو عاد العبد إلى البائع بارث أو ردّ بميب ، لزمه تسليمه إلى زيد . وإن صدقه البائع والمشتري جميعاً ، سلم العبد إلى زيد ، وعلى البائع رد الثمن أو بدله إن كان تالفاً . ولو جاء المدعي بعدما أعتق المشتري العبد وصدقه البائع والمشتري ، لم يطل العتق ، سواء وافقها العبد أو خالفها ، لأن في عتقه حقاً لله تعالى ، بخلاف ما لو كاتبه المشتري ، ثم توافقا على تصديق المدعي ، لأن الكتابة قابلة للفسخ . والمدعي في مسألة الاعتراف قيمة العبد على البائع إن اختص بتصديقه ، وإذا أوجبنا الغرم للحيلولة فيما إذا أقرّ به لزيد ثم لمعرو ، وعلى المشتري إن اختص بتصديقه ، وعلى من شاء منها إن صدقاه جميعاً . وقرار الضمان على المشتري ، إلا أن تكون القيمة في يد البائع أكثر ، فلا يطالب المشتري بالزيادة . ولو مات المقتن وقد كسب مالاً ، فهو للمدعي ، لأن المال خالص حق آدمي ، وقد توافقا أنه مستحقه ، بخلاف العتق ، كذا أطلقوه . قال الامام : وهو محمول على كسب يستقل به العبد ، فأما كسب يحتاج إلى إذن السيد ، فلا يستحقه المدعي ، لاعترافه بخلوه عن الاذن .

قلت : ولو ادعى الغاصب رد المصوب حياً وأقام به يئنة ، فقال المالك : بل مات عندك وأقام به يئنة ، تعارضت اليئنتان وسقطتا ، وضمن الغاصب ، لأن الأصل بقاء الغصب . ولو قال : غصبنا من زيد ألفاً ، ثم قال : كنا عشرة أنفس ، وخالفه زيد ، قال في « البيان » : قال بعض أصحابنا : القول قول الغاصب يمينه ، لأن الأصل براءته مما زاد . والله أعلم

الباب الثاني في الطوارئ على المفصوب

فيه ثلاثة أطراف .

الأول : في النقص ، وهو ثلاثة أقسام .

الأول : نقص القيمة فقط ، كمن غصب ما يساوي عشرة ، فرده بحاله وهو يساوي درهماً ، فلا شيء عليه، وقال أبو ثور : يلزمه نقص القيمة ، وواقفه بعض أصحابنا ، وهذا شاذ .

القسم الثاني : نقص القيمة والأجزاء ، فالجزء الفائت ، مضمون بقسطه من أقصى القيم من النصب إلى التلف ، والنقص الحاصل بتفاوت السعر في الباقي المردود غير مضمون .

مثاله : غصب ثوباً قيمته عشرة ، فعادت بالرخص إلى درهم، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى نصف درهم، يردّه مع خمسة دراهم ، لأن بالاستعمال انسحقت أجزاء من الثوب ، وتلك الأجزاء في هذه الصورة، نصف الثوب ، فيغرم النصف بمثل نسبته من أقصى القيم كما يغرم الكل عند تلفه بالأقصى . ولو كانت القيمة عشرين وعادت بانخفاض السعر إلى عشرة، ثم لبسه وأبلاه فعادت إلى خمسة ، لزمه مع ردّه عشرة . ولو كانت عشرة فعادت بالانخفاض إلى خمسة ، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى درهم ، لزمه مع ردّه ستة، لأنه تلف بالاستعمال ثلاثة أخماس الثوب، فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم. قال الشيخ أبو علي : وأخطأ بعضهم فقال: يلزمه ثلاثة لأنها الناقصة بالاستعمال ، وقياس قول هذا: أن يلزم في الصورة الأولى نصف درهم ، وفي الثانية خمسة . ولو غصبه وقيّمته عشرة فعاد بالاستعمال إلى خمسة ، ثم انخفض السعر فعادت إلى درهمين فردّه ، لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالاستعمال ،

ولا يضمن النقصان الحاصل في البالي المردود. ولو غصب ثوباً قيمته عشرة ، فلبسه وأبلاه حتى عادت إلى خمسة ، ثم ارتفع السعر فصارت قيمته وهو بال عشرة ، قال ابن الحداد ، وبعض الأصحاب : يغرم مع ردِّ الثوب عشرة ، لأن الباقي من الثوب نصفه وهو يساوي عشرة . وقال الجمهور : لا يغرم مع ردِّه إلا الخمسة الناقصة بالاستعمال ، ولا عبرة بالزيادة الحاصلة بعد التلف . قال الامام : والصفات كالأجزاء في هذا كله ، حتى لو غصب عبداً صانعاً قيمته مائة ، ففسي الصنعة وعادت قيمته إلى خمسين ، ثم ارتفع السعر فبلغت قيمته ناسياً مائة ، وقيمة مثله يُحسن الصنعة مائتين ، لا يغرم مع رده إلا خمسين . ثم الجواب في صور إبلاء الثوب [كلها] مبني على أن أجرة مثل المصوب لازمة مع أرش النقص الحاصل بالاستعمال ، وهو الأصح . وسبق وجه : أنه لا يجمع بينها . فعلى ذلك الوجه : الواجب أكثر الأمرين من المقادير المذكورة وأجرة المثل . ولو اختلف المالك والناصب في قيمة الثوب الذي أبلاه ، فقال المالك : زادت قبل الإبلاء فأغرم التالف بقسطه [منها] ، وقال الناصب : [بل] زادت بعده ، قال ابن سريج : المصدق الناصب .

القسم الثالث : نقص الأجزاء والصفات وحدها ، وسنذكر حكمه في الصور الآتية إن شاء الله تعالى .

فصل

النقص الحادث في المصوب ، ضربان .

أحدهما : مالا سرياً له ، فعلى الناصب أرشه وردِّ الباقي ، ولا فرق بين أن يكون الأرش قدر القيمة كقطع يدي العبد أو دونها ، ولا بين أن تقوت معظم منافعه ، أو لا تقوت ، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول كذبح الشاة

وطحن الخنطة ، وتمزيق الثوب ، أو لا يطل . فلو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتفريره بدله ، لم يكن له ذلك ، لانه عين ملكه . وفي وجه : إذا طحن الطعام ، فله تركه وطلب المثل ، لانه أقرب إلى حقه من الدقيق .

الضرب الثاني : ما له سرية ، لا يزال يسري إلى الهلاك الكلبي ، كما لو بل الخنطة وتمكن فيها العفن الساري ، أو اتخذ منها هريسة ، أو غصب سمناً وقرأً ودقيقاً وعمله عصيدة ، وفيه نصوص وطرق مختلفة تجمعها أربعة أقوال منصوصة . أظهرها عند العراقيين : يجعل كالهالك ويغرم بدل كل مغموب من مثل أو قيمة . والثاني : رده مع أرش النقص ، وليس للمالك إلا ذلك ، واختاره الامام ، والنفوي . والثالث : يتخير المالك بين موجب القولين ، واختاره الشيخ أبو محمد ، والمسعودي . والرابع : يتخير الغاصب بين أن يسكه ويغرمه ، وبين أن يرد مع أرش النقص . قلت : رجح الرافعي في « المحرر » الأول أيضاً . والله اعلم

فعل الأول : ان تكون الخنطة المبلولة ؟ وجهان نقلها المتولي . أحدهما : تبقى للمالك كما لو نجس زيتة وقلنا : لا يطهر بالغسل ، فان المالك أولى به . والثاني : يصير للغاصب . [و] إذا حكمنا بالأرش مع الرد ، غرم أرش عيب سار . قال المتولي : فان رأى الحاكم أن يسلم الجميع إليه ، فهل ، وإن رأى يسلم ^(١) أرش النقص المتحقق إليه في الحال ^(٢) ووقف الزيادة إلى أن تتيقن نهايته . وفي هذا نظر ، لأن المفهوم من أرش العيب الساري أرش عيب شأنه السرية ، وهو حاصل

(١) في هامش نسخة الظاهرية : بخط ابن العطار في « التتمة » : أن يسلم .

(٢) في نسخ الظاهرية : وإن رأى سلم أرش النقص المتحقق في الحال إليه .

في الحال . أما المتولد منه ، فيجب قطع النظر عنه ، إذ الكلام في نقص لا تقف سرايته إلى الهلاك . فلو نظرنا إلى المتولد منه ، لانجرّ إلى تمام القيمة ، وهو عَوْد إلى القول الأول ، وقد بيّن ما قلناه أبو خلف السلمي في « شرح المفتاح » فقال في قول التخيير : إن شاء المالك غرّمه ما نقص إلى الآن ، ثم لا شيء له في زيادة فساد حصل بعد ذلك ، وإن شاء تركه له وطالبه بجميع البدل .

فرع

مِنْ صور هذا الضرب ما إذا صب الماء في الزيت وتعذر تخليصه منه ، فأشرف على الفساد . وعن الشيخ أبي محمد تردد في مرض العبد المغصوب إذا كان سارياً عسير العلاج ، كالسل والاستسقاء ، ولم يرضه الامام ، لأن المريض المأيوس منه ، قد يبرأ ، والعفن المفروض في الحنطة يفضي إلى الفساد قطعاً .

قلت : ولو عفن الطعام في يده لطول المكث ، فطريقان . قال الشيخ أبو حامد : هو كـَبَل الحنطة . وقال القاضي أبو الطيب : يتعين أخذه مع الأرض قطعاً ، واختاره ابن الصباغ ، وهو الأصح . والله أعلم

فصل

في جنابة العبد المغصوب ، والجنابة عليه

أما جنابته ، فينظر إن جنى جنابة توجب القصاص ، واقتص منه في يد الغاصب ، غرم الغاصب أقصى قيمه من الغصب إلى القصاص . وإن جنى بما يوجب قصاصاً في الطرف ، واقتص منه في يده ، غرم بدله ، كما لو سقط بأفة سماوية . ولو اقتص منه

بعد الوفاء إلى السيد ، يلزم الغاصب أيضاً (١) ، وكذا الحكم لو ارتد أو سرق في يد الغاصب ، ثم قتل أو قطع بعد الرد إلى المالك . ولو غصب مرتدأ أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يد الغاصب ، فهل يضمه الغاصب ؟ وجهان ، كمن اشترى مرتدأ أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يده ، فمن ضمان من يكون القتل أو القطع ؟ أما إذا جنى المصوب على نفس أو مال جناية توجب المال متعلقاً برقبته ، فعلى الغاصب تخليصه بالفداء . وبماذا يفديه ؟ فيه طريقتان . المذهب : أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرض وقيمة العبد . وقال الامام : فيه قولان . أحدهما : هذا . والثاني : بالأرض وإن زاد كالتواين فيما إذا أراد السيد فداء الجاني . وإذا ثبت أن الجاني والجناية مضمونان على الغاصب ، لم يخل ، إما أن يتلف الجاني في يد الغاصب ، وإما أن يرده . فان تلف في يده ، فللمالك تفريمه أقصى القيم . فاذا أخذها ، فلم يجني عليه أن يفرم الغاصب إن لم يكن غرمه ، وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك ، لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة فيتعلق بيدها كما إذا تلف المرهون كانت قيمته رهناً . وفي وجهه : لا مطالبة للمجني عليه بما أخذه المالك . والصحيح : الأول . فاذا أخذ المجني عليه حقه من تلك القيمة ، رجع المالك بما أخذه على الغاصب . ولو كان العبد يساوي ألفاً ، فرجع بانخفاض السعر إلى خمسمائة ، ثم جنى ومات عند الغاصب ، ففرمته المالك الألف ، لم يكن للمجني عليه إلا خمسمائة وإن كان أرض الجناية ألفاً فأكثر ، لأنه ليس له إلا قدر قيمته يوم الجناية . وإن رد العبد إلى المالك ، نظر ، إن رده بعدما غرم للمجني عليه ، فذاك ، وإن رد قبله فبيع في الجناية ، رجع المالك على الغاصب بما أخذ منه ، لأن الجناية حصلت حين كان مضموناً عليه ، بخلاف ما إذا جنى في يد المالك ثم غصبه رجل وردّه ثم بيع في تلك الجناية ، فانه لا يرجع المالك بشيء ، لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون عليه .

(١) في نسخ الظاهرية ، « وشرح الوجيز » : ولو اقتبس منه بعد الرد إلى السيد غرم الغاصب أيضاً .

وفروع ابن الحداد وغيره على ذلك فقالوا: إذا جنى في يد المالك جنابة تستغرق قيمته ، ثم غصب وجنى في يد الغاصب جنابة مستغرقة ، ثم رده إلى المالك ، ثم بيع في الجنابتين وقسم الثمن بينهما نصفين ، يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد . ولو كان الفرع بحاله ، وتلف العبد بعد الجنابتين في يد الغاصب ، فله طلب القيمة من الغاصب ، وللمجني عليها أخذها ، فإذا أخذها (١) ، فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب ، لأنه أخذ منه نصفها بجنابة في يد الغاصب ، فإذا رجع به ، فلمجني عليه الأول أخذه ، لأنه بدل ما تعلق به حقه قبل الجنابة الثانية . وإذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى ، لأنه مأخوذ بجنابة غير مضمونة على الغاصب . هذا هو الصحيح في الصورتين . وقيل : إذا رد العبد وبيع في الجنابة ، فالنصف الأول يرجع به المالك ويسلم له ولا يؤخذ منه ، وإنما يطالب المجني عليه الأول الغاصب بنصف القيمة . وإذا تلف في يد الغاصب بعد الجنابتين ، لا يأخذ المالك شيئاً ، ولكن المجني عليه الأول يطالب الغاصب بتام القيمة ، والمجني عليه الثاني ، يطالبه بنصف القيمة . ولو جنى المفصوب في يد الغاصب أولاً ، ثم رده إلى المالك فجنى في يده أخرى ، وكل واحدة منها تستغرق القيمة ، فيبيع فيها وقسم الثمن بينهما ، فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجنابة التي هي مضمونة عليه . قال الشيخ أبو علي : سمعت القفال مرة يقول : ليس لواحد من المجني عليها أخذ هذا النصف من المالك . أما الثاني ، فلأن الجنابة عليه مسبقة بجنابة مستغرقة ، وحقه لم يثبت إلا في نصف القيمة وقد أخذه . وأما الأول ، فلأن حق السيد يثبت في القيمة بنفس الغصب ، وهو متقدم على حق المجني عليه ، فمالم يصر حقه إليه ، لا يرجع إلى غيره شيء . قال أبو علي : وليس هذا بشيء ، بل للمجني عليه الأول أخذه كما في الجنابة السابقة ، ولا عبرة بثبوت حق السيد في القيمة ، فإن حقه وإن تقدم ، فحق المجني عليه مقدم كما في الرقبة . قال : وناظرت القفال فيه ، فرجع إلى قولي . وعلى هذا إذا

(١) في « شرح الوجيز » : وللمجني عليها أخذها ، فإذا أخذها .

أخذه المجني عليه الأول ، رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى ، ويسلم له المأخوذ
ثانياً ، لأن الأول أخذ تمام القيمة ، والثاني لم يتعلق حقه إلا بالنصف وقد أخذه .
ولو جنى في يد الغاصب ثم في يد المالك كما صورناه ، ثم قتله الغاصب أو غصبه
ثانياً فمات عنده ، أخذت القيمة منه وقسمت بين المجني عليها ، ثم للمالك أن يأخذ
منه نصف القيمة ، لأنه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه . فإذا أخذه كان
للمجني عليه الأول أن يأخذه منه ، ثم له أن يرجع به على الغاصب مرة أخرى
ويسلم له المأخوذ في هذه المرة ، وقد غرم الغاصب والحالة هذه القيمة مرتين ، مرة
بجناية العبد في يده ، ومرة بالقتل . أما الجناية عليه ، فإن قُتل ، نظر ، وإن وجب
القصاص بأن كان القاتل عبداً والقتل عمداً ، فللمالك القصاص . فإذا اقتص ، برى
الغاصب ، لأنه أخذ بدل حقه ، ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة ، كما لا نظر
في الإحرار إلى تفاوت الدية . وإن لم يجب القصاص . فإن كان الجاني حراً ، لزمه
للجناية قيمته يوم القتل ، سواء قتله الغاصب أو أجني ، والمالك بالخيار ، بين أن يطالب بها الغاصب ،
أو الجاني ، لكن القرار على الجاني . ثم إن كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر ، ونقصت في يد
الغاصب ، لزمه ما نقص بحكم اليد . وإن كان الجاني عبداً ، فإن سلمه سيده فبيع في الجناية .
نظر ، إن كان الثمن مثل قيمة المغصوب ، أخذه ولا شيء له على الغاصب إلا إذا كانت قيمته قد
نقصت عنده قبل القتل . وإن كان الثمن أقل ، أخذ الباقي من الغاصب . وإن
اختار سيده فداء ، فإن قلنا : يفديه بالأرش ، أخذه ولا شيء له على الغاصب
إلا على التقدير المذكور . وإن قلنا : يفدي بالأقل من الأرش والقيمة ، فإن كانت
قيمة المغصوب أكثر من قيمة الجاني ، فالباقي على الغاصب ، وإن كانت أقل أو مثلها ،
أخذها المالك ولا شيء له على الغاصب إلا على التقدير المذكور . ولو اختار المالك
تفريم الغاصب ابتداءً ، فله ذلك ، ويأخذ منه جميع قيمة المغصوب ، ثم يرجع الغاصب
على سيد الجاني بما غرم إلا ما لا يطالب به إلا الغاصب . هذا إذا كانت الجناية قتلاً ،

فأما الجراحات ، فلما أن يكون لها أرش مقدر في الحر ، وإما لا ، والواجب في الحالين ، ما ذكرناه من قبل . وإذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية ، كان المعتبر حال الاندمال ، فإن لم يكن حينئذٍ نقص ، لم يطالب بشيء . وإذا كان الواجب مقدراً من القيمة كالمقدر من الدية ، فهل يؤخذ في الحال ، أم يؤخذ في الاندمال ؟ (١) قولان ، كما لو كانت الجناية على حر ، وسيأتي [ذلك] في موضعه إن شاء الله تعالى . وإذا كان الجاني غير الناصب وغرمناه المقدر من القيمة ، وكان الناقص أكثر من ذلك القدر ، فملى الناصب ما زاد . وإن كان المقدر أكثر مما نقص من القيمة ، فهل يطالب الناصب بالزيادة على ما نقص ؟ ذكرنا فيما إذا سقطت يده بأفة : أن الأصح : أنه لا يطالب . وهنا الأصح : أنه يطالب ، والقرار على الجاني . واختلفوا فيما لو قطعت يده قصاصاً أو حداً ، لأنه يشبه السقوط بأفة من حيث أنه تلف لا بدل له ، ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار .

فرع

لو اجتمعت جناية المفصوب والجناية عليه ، بأن قتل إنساناً ، ثم قتله في يد الناصب عبد رجل ، فلمفصوب منه أن يقتص ويسقط به الضمان عن الناصب ، ويسقط حق ورثة من قتله المفصوب ، لأن العبد الجاني إذا هلك [و] لم يحصل له عوض ، بضيع حق المجني عليه ، لكن لو كان المفصوب قد نقص عند الناصب بمحدث عيب بعدما جنى ، لم يبرأ الناصب من أرش ذلك النقص ، ولولي من قتله التمسك به ، وإن حدث العيب قبل جنايته ، فاز المفصوب منه بالأرش . فلو لم يقتص المفصوب منه ، بل عفا على مال ، أو كانت الجناية موجبة للمال ، فحكم تفريمه وأخذه المال على ما سبق

(١) في مخطوطات الظاهرية و «شرح الرجز» : أم يؤخر إلى الاندمال .

في الجناية عليه من غير جناية منه . ثم إذا أخذ المال كان لورثة من جنى عليه هذا العبد التعلق به ، لأنه بدل الجاني على مورثهم . فإذا أخذوه ، رجع به المنصوب منه على الغاصب مرة أخرى ، لأنه أخذ [منه] بسبب جناية مضمونة عليه ، ويسلم المأخوذ ثانياً كما سبق نظيره .

قلت : ومما يتعلق بالفصل ، لو وثب العبد المنصوب فقتل الغاصب ، وهرب إلى سيده ، فإن كانت الجناية عمداً ، قال الصيمري : إن عفا ورثة الغاصب عن القصاص والدية ، سقط الضمان عن الغاصب في المال . وإن قتلوه ، لزمهم قيمة العبد في التركة ، وكأنهم لم يسلّموه ، وكذا لو طلبوا الدية من رقبته . وإن قتل المنصوب سيده وهو في يد الغاصب ، فالصحيح الذي قطع به الشيخ أبو حامد : أن لورثة المالك أن يقتصّوا منه ، وإذا قتلوه ، استحقوا قيمته على الغاصب . وحكى في « البيان » وجهاً : أن جنائته تكون هدرأ . ولو صال العبد المنصوب أو الجمل المنصوب على رجل ، فقتله المصول عليه للدفع ، فلا ضمان عليه ، ويجب ضمانه على الغاصب ، ولا يرجع على المصول عليه . والله أعلم

فصل

نقلُ التراب من الأرض المنصوبة ، تارة يكون من غير إحداث حفر ، ككشط وجهها ، وتارة بإحداثها كحفر بئر أو نهر . ففي الحالة الأولى ، للمالك إجباره على رده إن كان باقياً . فإن تلف وانحق بهبوب الريح أو السيول ، أجبره على رد مثله إليه ، وعليه إعادة وضعه وهيئته كما كان من انبساط أو ارتفاع . وإن لم يطالبه المالك بالرد ، نظر ، إن كان له غرض ، بأن دخل الأرض نقصاً يرتفع بالرد ويندفع عنه الأرش ، أو نقله إلى ملكه وأراد تفريقه ، أو إلى ملك غيره ، أو شارع

يخاف من التعثر به الضمان ، فله الاستقلال بالرد . وإن لم يكن شيء من ذلك ، بأن نقله إلى موات ، أو من أحد طرفي الأرض المنصوبة إلى الطرف الآخر ، فإن منعه المالك من الرد ، لم يرد ، وإن لم يمنعه ، فهل يفتقر الرد إلى إذنه ؟ وجهان بناءً على الوجهين في أنه لو منعه فخالف ورد ، هل للمالك تكليفه النقل ثانياً ؟ إن قلنا : لا ، فله الرد بمنير إذنه ، وإلا ، فلا ، وهو الأصح . وإذا كان له غرض في الرد فردّه ، فمنعه المالك من يسطه ، لم ييسطه وإن كان في الأصل مبسوطاً .

الحالة الثانية : إذا حفر بئراً فأمره المالك بطمها ، لزمه ، وإلا ، فله أن يستقل به ليدفع عن نفسه خطر الضمان بالسقوط فيها . وقال المزني : لا يطم إلا باذن المالك . فإن منعه وقال : رضيت باستدامة البئر ، فإن كان للغاصب غرض [في الطم] سوى دفع ضمان السقوط ، فله الطم ، وإلا ، فلا ، في الأصح ، ويندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جناية وتعمداً . فلو لم يقل : رضيت باستدامتها ، واقتصر على المنع من الطم ، قال المتولي : هو كما لو صرح بالرضى ، لتضمنه إياه . وقال الامام : لا يتضمنه . ولو طوى الغاصب البئر بآلة نفسه ، فله نقلها ، وللمالك إجباره عليه . فإن تركها ووهبها له ، لم يلزمه القبول على الأصح . وحيث قلنا في الحالتين : يرد التراب إلى موضعه لوقوعه في ملكه ، أو شارع ، فذلك إذا لم يتيسر نقله إلى موات ونحوه في طريق الرد . فإن تيسر ، لم يرد إلا باذن ، قاله الامام وذكر أنه إنما يستقل بالطم إذا بقي التراب الأول بعينه . أما إذا تلف ، ففي الطم بمنيره بغير إذن المالك وجهان . وينبغي أن يجيء هذا الخلاف في الحالة الأولى ، وفيها إذا طلب المالك الرد والطم عند تلف ذلك [التراب] ، والأصح فيها ^(١) جميعاً ، لأنه لا فرق بين ذلك التراب وغيره ، ثم إذا أعاد هيئة الأرض في الحالين كما كانت ، إما بطلب

(١) مخطوطة في الظاهرية : والأصح فيها .

المالك ، وإما دونه ، نظر ، إن لم يبق في الأرض نقص ، فلا شيء عليه ، ولكن عليه
أجرة المثل لمدة الحفر والرد ، وإن بقي ، لزمه أرشه مع الأجرة . هذا الذي ذكرناه من
أول الفصل إلى هنا هو المذهب والذي يفتى به ، ووراءه تصرف للأصحاب قالوا :
نص هنا : أنه يجب أرش النقص الحاصل بالحفر ، ولم يوجب التسوية لأنه نص على
ذلك فيما إذا غرس الأرض المغصوبة ثم قلع بطلب المالك . ونص فيما إذا باع أرضاً
فيها أحجار مدفونة فنقلها : أنه يلزمه التسوية . فقل قولان فيها ، وقيل بتقرير
النصين ، والفرق ضعيف . وكلام الغزالي ، يوم ظاهره خلاف ما ذكرناه ، فليتناول
على ما بيناه .

فصل

إذا خصي العبد المغصوب ، فهو على القولين السابقين في جراح العبد . وهل
يتقدر ؟ إن قلنا بالجديد : أنه يتقدر ، لزمه كمال القيمة ، وإلا ، فالواجب ما نقص
من القيمة ، فإن لم ينقص شيء ، فلا شيء عليه . ولو سقط ذلك العضو بآفة سماوية ،
ولم تنقص قيمته ، وردّه ، فلا شيء عليه على القولين ، لكن قياس الوجه الذي قدمناه
في أنه يضمن بالتلف تحت اليد المادية كما يضمن بالجناية : أنه يلزمه كمال القيمة .

فرع

لو كان في الجارية المغصوبة سيمن مفرط ، فزال ورجعت إلى الاعتدال ولم
تنقص قيمتها ، لم يلزمه شيء ، لأن السيمن ليس له بدل مقدر ، بخلاف الأنثيين .

فصل

إذا غصب زيتاً أو دهنأ فأغلاه ، فإن نقصت عينه فقط ، كمن غصب صاعين قيمتهما درهمان فصارا بالاغلاء صاعاً قيمته درهمان ، فوجهان. أصحابها : يرده ويغرم مثل الصاع الذاهب . والثاني : يرده ولا شيء عليه . وإن نقصت قيمته فقط ، رده مع الأرض . وإن نقصا ممأ ، وجب رد الباقي ومثل ما ذهب ، إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين ، فيجب مع مثل الذاهب أرض نقص الباقي . وإن لم ينقص واحد منهما ، رده ولا شيء عليه . ولو غصب عصيراً فأغلاه ، فطريقان . أحدهما : أنه كالزيت فيضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص قيمته على الأصح . وأصحابها : لا ، فلا يضمن مثل العصير الذاهب إذا لم تنقص قيمته ، لأن الذاهب مائتته ، والذاهب من الزيت زيت . ويجري الخلاف في العصير إذا صار خلاً ونقصت عينه دون قيمته ، وفي الرطب إذا صار تمرأ .

فصل

نقص المغصوب هل ينجر بالكمال بعده ؟ ينظر ، إن كان الكمال من الوجه الذي نقص به ، كما لو هزات الجارية ثم سمت وعادت القيمة كما كانت ، لم ينجر على الأصح . وقيل : لا ينجر قطعاً ، ولو كان المغصوب يحسن صنعة فنسبها ، ثم ذكرها أو تعلمها ، انجر على الأصح . وقيل : ينجر قطعاً ، لأن تذكر الصنعة لا يعد شيئاً متجدداً ، بخلاف السمّن . والثاني : ويجري الخلاف فيما لو كسر الحلي والافاء ، ثم أعاد تلك الصنعة .

قلت : الأصح هنا ، إلحاقه بالسيّمين ، لا بتذكر الصنعة ، لأن هذه صنعة أخرى، وهو متبرع بعمله^(١) . والله أعلم

وحيث قلنا بالانحياز ، فلو لم يبلغ بالمائد القيمة الأولى ، ضمن ما بقي من النقص وانحيز الباقي . أما إذا كان الكمال بوجه آخر، بأن نسي صنعة وتعلم أخرى، أو أبطأ صنعة الحلبي وأحدث أخرى ، فلا انحياز بحال . وعلى هذا لو تكرر النقص وكان الناقص في كل مرة مغايراً للناقص في المرة الاخرى ، ضمن الجميع . حتى لو غصب جارية قيمتها مائة ، فسمت وبلغت ألفاً، وتعلمت صنعة فبلغت ألفين ، ثم هزات ونسيت الصنعة وعادت قيمتها مائة ، يردها ويغرم ألفاً وتسع مائة . وكذا لو علّمه الغاصب سورة من القرآن ، أو حرفة فنسيها ، ثم علّمه أخرى فنسيها أيضاً ، ضمنها . وإن لم يكن مغايراً ، بأن علمه سورة واحدة ، أو حرفة مراراً ، وينسى في كل مرة ، فان قلنا : لا يحصل الانحياز بالمائد ، ضمن نقصان جميع المرات ، وإلا ، ضمن أكثر المرات نقصاً .

فرع

لو زادت قيمة الجارية بتعلّم الغناء ، ثم نسيته ، نقل الروياني عن النص : أنه لا يضمن النقص ، لأنه محرم ، وإنما يضمن المباح . وعن بعض الأصحاب : أنه يضمنه . ولهذا لو قتل عبداً مفتياً ، يغرم تمام قيمته . قال : وهو الاختيار .

قلت : الأصح المختار : هو النص . وقد تقدم في فصل كسر الملاهي : أنه لا ضمان في صنعتها ، لأنها محرمة، وهذا لا خلاف فيه . وقد نص القاضي حسين

(١) في مخطوطة الظاهرية : وهو متبرع بعمله .

وغيره ، على أنه لو أُلِف كبشاً نطّاحاً، أو ديكاً هرّاشاً ، لزمه قيمته بلا نطاح
ولا هرّاش ، لأنها محرمة . والله أعلم

فرع

مرض العبد المغصوب ، ثم برأ وزال أثر المرض وردّه ، فلا شيء عليه على
الصحيح . وقيل : يضمن نقص المرض ولا يسقط بالبرء ، وكذا الحكم لو ردّه
مريضاً فبرأ وزال الأثر .

فرع

غصب شجرة فتحات ورقها ، ثم أورقت ، أو شاة فجزّ صوفها ، ثم نبت ،
يغرم الاول قطعاً ، ولا ينجر بالثاني ، بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم
نبت ، أو تمعّط شعرها ثم نبت ، فإنه ينجر . قال البغوي : لان الورق والصوف
متقوّمان ، فغرمها ، ومن الجارية وشعرها غير متقوّمين ، وإنما يغرم أرش النقص
بفقدما وقد زال .

فصل

غصب عصيراً فتخمرّ عنده ، كان للمغصوب منه تضمينه مثل العصير ، لفوات
المالّة . قالوا : وعلى الغاصب إراقة الخمر . ولو جعلت محترمة ، كما لو تخمرت في يد
المالك بلا قصد الخمرية ، لكان جائزاً . فلو تخللت في يد الغاصب ، فوجهان . أصحابها :

أن الخلل للمغصوب منه ، وعلى الغاصب أرش النقص إن نقصت قيمة الخلل عن المصير . والثاني : يغرم مثل المصير . وعلى هذا ، في الخلل وجهان . أحدهما : للغاصب ، وأصحابها : للمغصوب منه ، لأنه فرع ملكه . ويجري هذا الخلاف ، فيما لو غصب بيضة ففترخت عنده ، أو بذراً فزرعه ونبت ، أو بزر قزٍ فصار قزاً ، فعلى الأصح : الحاصل للمالك ، ولا غرم على الغاصب ، إلا أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما غصبه ، لأن المغصوب عاد زائداً إليه . وعلى الثاني : يغرم المغصوب لهلاكه ، ويكون الحاصل للمالك على الأصح ، وللغاصب على الآخر .

فرع

غصب خمرأ فتخللت في يده ، أو جلد ميتة فدبغه ، فأربعة أوجه . أصحابها : أن الخلل والجلد للمغصوب منه . فعلى هذا إن تلف في يد الغاصب ، ضمنه . والثاني : للغاصب . والثالث : الخلل للمغصوب منه ، والجلد للغاصب ، لأنه صار مالاً بفعله . والرابع : عكسه ، لأن الجلد كان يجوز للمغصوب منه إمساكه ، والجر المحترمة كالجلد . وإذا قلنا : هما للمغصوب منه ، فذلك إذا لم يكن المالك معرضاً عن الجر والجلد ، فإن أراق الجر ، أو ألقى الشاة الميتة فأخذها رجل ، فهل للمعرض استرداد الحاصل ؟ وجهان .

قلت : الأصح : ليس له ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره في الجلد . والله أعلم

الطوف الثاني في الزيادة : وهي آثار محضة وأعيان . أما الآثار ، فالقول الجُملي فيه : أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً ، لتعدييه ، ثم ينظر ، إن لم يمكن رده إلى الحالة الأولى ردهً بحاله وأرش النقص إن نقصت قيمته ، وإلا

فان رضي به المالك، لم يكن للغاصب رده إلى ما كان وعليه أرش النقص، إلا أن يكون له غرض في الرد إلى الحالة الاولى ، فله الرد، وإن ألزمه المالك الرد إلى الحالة الاولى ، لزمه ذلك وأرش النقص إن نقص عما كان قبل تلك الزيادة . فاذا تقرر ذلك ، فمن صورهِ ، طحن الحنطة، وقصارة الثوب وخياطته ، وضرب الطين لَبِيناً ، وذبح الشاة وشيئها. ولا يملك الغاصب المصوب شيء من هذه التصرفات ، بل يردها مع أرش النقص إن نقصت القيمة . وإنما تكون الخياطة من هذا القسم ، إذا خاط بخيط المالك . فان خاط بخيط الغاصب ، فستأتي نظائره إن شاء الله تعالى . ثم في الطحن والقصارة ، والذبح ، والشيء ، لا يمكن الرد إلى ما كان . وكذا في شق الثوب وكسر الاناء ، ولا يجبر على رفاء الثوب وإصلاح الاناء، لانه لا يعود إلى ما كان، ولو غزل القطن، ردَّ الغزل وأرش النقص إن نقص . ولو نسج الغزل ، فالكيرباس للمالك مع الارش إن نقص ، وليس للمالك إجباره على نقضه إن لم يمكن رده إلى الحالة الاولى ونسجه ثانياً ، فان أمكن ، كالخز ، فله إجباره . فان نقضه ونقصت قيمته عن قيمة الغزل في الاصل ، غرمه ، ولا يغرم ما زاد بالنسج ، لان المالك أمره بنقضه . فاذا نقضه بغير إذن المالك ، ضمنه أيضاً . ولو غصب ثقرة وضربها دراهم ، أو صاغها حلياً ، أو غصب نحاساً أو زجاجاً فجعله إناءً ، فان رضي المالك به، ردَّه كذلك، ولم يكن له رده إلى الحالة الاولى، إلا أن يضرب الدراهم بغير إذن السلطان ، أو على غير عيانه ، لانه حينئذ يخاف التغيير^(١)، وحيث مُنع من الرد إلى ما كان فخالف ، فهو كاتلاف الزوائد الحاصلة عند الغصب . ولو أجبره المالك على رده إلى ما كان ، لزمه . فاذا امتثل ، لم يغرم النقصان الحاصل بزوال الصنعة ، لكن لو نقص عما كان بما طرأ وزال ، ضمنه .

وأما الأعيان ، فمن صورها صبغ الثوب . وتقدم عليه صورتين .

إحداها : إذا غصب أرضاً وبني فيها ، أو غرس ، أو زرع ، كان لصاحب

(١) في نسخة الظاهرية و « شرح الوجيز » : التغير .

الأرض أن يكلفه القلع مجاناً . ولو أراد الغاصب القلع ، لم يكن للمالك منعه ، فانه عين ماله . وإذا قلع ، لزمه الأجرة . وفي وجوب التسوية والأرض، ما سبق في نقل التراب . وإن نقصت الأرض لطول مدة الغراس ، فهل يجمع بين أجرة المثل وأرض النقص ، أو لا يجب إلا أكثرهما ؟ فيه الخلاف السابق فيما إذا أبلى الثوب بالاستعمال . ولو أراد المالك أن يتملك البناء والغراس بالقيمة ، أو يبقيهما أو الزرع بالأجرة ، فهل على الغاصب إجابته ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، كالمستعير ، وأولى ، لتمديه . وأصحها : لا ، لتمكنه من القلع بلا غرامة . ولو غصب من رجل أرضاً وبذراً فزرعها به ، فللمالك أن يكلفه إخراج البذر من الأرض ويغرمه أرض النقص ، وليس للغاصب إخراجه إذا رضي به المالك .

الصورة الثانية : إذا زوِّق الأرض المنصوبة ، نظر ، إن كان بحيث لو زرع، لحصل منه شيء ، فللمالك إجباره على التزوع . فان تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة التزوع^(١)، فهل يجبر المالك على قبوله ؟ وجهان. ولو أراد الغاصب نزع ، فله ذلك ، وسواء كان المزروع قيمة ، أم لا ، فان زرع فنقصت عما كانت قبل التزويق ، لزمه الارش . أما إذا كان التزويق تمويهاً لا يحصل منه عين بالتزوع ، فليس للغاصب التزوع إن رضي المالك . وهل للمالك إجباره عليه ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لانه قد يريد تغريمه أرض النقص الحاصل بإزالته . وأصحها : لا ، كالثوب إذا قصّره. إذا ثبت هذا ، عدنا إلى الصبغ فنقول: للصبغ الذي يصبغ به المنصوب، ثلاثة أحوال. الاول : أن يكون للغاصب ، فينظر، إن كان الحاصل تمويهاً محضاً ، فحكمه ما ذكرناه في التزويق . وإن حصل فيه عين مال بالانصباع ، فهو ضربان .

الأول : إذا لم يمكن فصله ، فقولان . القديم : أنه يفوز به صاحب الثوب /

(١) في إمدى نسخ الظاهرية : فان تركه الغاصب لا لتندفع عنه كلفة التزوع .

تشبيهاً له بالسِّمين . والمشهور : أنها شريكان ، فينظر ، إن كانت قيمة الثوب مصبوغاً مثل قيمته ، وقيمة الصبغ قبل الصبغ جميعاً ، بأن كانت قيمة الثوب عشرة ، وقيمة الصبغ عشرة ، وصار يساوي مصبوغاً عشرين ، فهو بينها بالسوية . فلو رغب فيه راغب بثلاثين ، كانت بينها نصفين . وإن نقصت قيمته مصبوغاً عنها ، بأن صارت قيمته في الصورة المذكورة خمسة عشر ، فقد أطلق الاكثرون : أن النقص محسوب من الصبغ ، لان الثوب هو الاصل ، والصبغ وإن كان عيناً ، فهو تابع ، فيكون الثوب المصبوغ بينها أثلاثاً ، الثلثان للمغصوب منه . وفيه الشامل ، و « التمة » : أنه إن كان النقص لانخفاض سعر الثياب ، فالنقص محسوب من الثوب . وإن كان لانخفاض سعر الاصباغ ، فمن الصبغ . وكذا لو كان النقص بسبب العمل . ويمكن أن يكون هذا التفصيل مراد من أطلق . وإن كانت قيمته بعد الصبغ عشرة ، انمحق الصبغ ، ولا حق فيه للغاصب . وإن نقصت قيمته مصبوغاً عن قيمة الثوب ، فصار يساوي ثمانية ، فقد ضاع الصبغ ونقص من الثوب درهماً ، فيردّه مع درهمين . وإن زادت قيمته مصبوغاً عليها ، بأن صار ثلاثين ، فمن أطلق الجواب في طرف النقص ، أطلق هنا أن الزيادة بينها على نسبة مائتيها . ومن فصل قال : إن كان ذلك لارتفاع سعر الثياب ، فالزيادة لصاحب الثوب ، وإن كان لارتفاع سعر الاصباغ ، فهي للغاصب ، وإن كان للعمل والصنعة ، فهي بينها ، لان الزيادة بفعل الغاصب تحسب للمغصوب منه .

الضرب الثاني : إذا أمكن فصله عن الثوب ، فقد حكى قول عن القديم : أنه إن كان المفضول لقيمة له ، فهو كالسِّمين ، والمشهور أنه ليس كالسمن ، فلا يفوز به المغصوب منه . وهل يملك إجبار الغاصب على فصله ؟ وجهان . أصحهما عند المراقبين : لا . وأصحهما : عند البغوي وطائفة : نعم ، واختاره الامام ، ونقل القطع

به عن الراوزة . وإنما الخلاف ، فيما إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسرانا بيّناً ، وذلك ، قد يكون لضياح المنفصل بالكلية ، وقد يكون لحقارته بالاضافة إلى قيمة الصبغ . ومن جملة الضياع ، أن يحدث في الثوب نقص بسبب الفصل لا تقى بأرشه قيمة المفصول . ولورضي المغصوب [منه] ببقاء الصبغ وأراد الغاصب فصله ، فله ذلك إن لم ينقص الثوب ، وكذا إن نقص على الأصح . وإن تراضيا [على] ترك الصبغ بحاله ، فهما شريكان . وكيفية الشركة ، كما سبق في الضرب الأول .

فرع

لو ترك الغاصب الصبغ للمالك ، فهل يجبر كالنعل في الدابة المردودة بالعب لأنه تابع ، أم لا ، كالبناء والغراس إذا تركه الغاصب ؟ وجهان . قال الروباني : أصحهما : الأول . قال الرافعي : بل الثاني أقيس وأشبهه .

قلت : الثاني أصح . ومن صححه ، صاحب « التنبيه » ، قال الجرجاني : ويجري الوجهان فيما لو غصب باباً وسمّره بمسامير للغاصب وتركها للمالك . والله أعلم

ثم قيل : الوجهان فيما إذا أمكن فصل الصبغ ، وفيما إذا لم يمكن . والأصح : تخصيصها بما إذا أمكن وقلنا : إن الغاصب يجبر على الفصل ، وإلا فهما شريكان لا يجبر واحد منهما على قبول هبة الآخر . وعلى هذا ، فطريقان . أحدهما : أن الوجهين فيما إذا كان يتضرر بالفصل ، إما لِمَا يناله من التعب ، وإما لأن المفصول يضيع كله أو أكثره ، فإن لم يكن كذلك ، لم يجب القبول بحال . والثاني : أن الوجهين فيما إذا

كان الثوب ينقص بالفصل نقصاً لا تفي بأرشفه قيمة الصبغ المفضول ، فان وقت ، لم يجب القبول بحال وإن تمب أو ضاع معظم المفضول . قال الامام : وإذا قلنا : يجب القبول على المفضوب منه ، لم يشترط تلهفُظُه بالقبول . وأما الغاصب ، فلا بد من لفظ من جهته يشعر بقطع الحق ، كقوله : أعرضت عنه ، أو تركته ، أو أبرأته عن حقي ، أو أسقطته ، قال : ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتملك .

فرع

لو بذل المفضوب منه قيمة الصبغ ، وأراد أن يملكه على الغاصب ، فهل يجب إليه ؟ فيه أوجه - سواء كان الصبغ يمكن فصله ، أم لا - أحدهما : نعم كالفراس في العارية . وأصحها : لا ، لأن المميز لا يتمكن من القلع مجاناً فكان محتاجاً إلى التملك بالقيمة ، وهنا بخلافه . والثالث : إن كان الصبغ بحيث لو فصل لم يحصل منه شيء ينتفع به ، فنعم ، وإلا ، فلا .

فرع

متى اشتركا في الثوب المصبوغ ، فهل لأحدهما الانفراد ببيع ملكه [منه] ؟ وجهان ، كببيع دار لا يمر لها . والأصح : المنع . ولو أراد مالك الثوب البيع ، ففي « المهذب » و « التهذيب » : أنه يجبر الغاصب على موافقته وبيع ، وإن أراد الغاصب البيع ، لم يجبر صاحب الثوب على الأصح ، لئلا يستحق بتمديه إزالة ملك غيره . وفي « النهاية » : القَطْع بأن واحداً منها لا يجبر كسائر الشركاء .

الحال الثاني : أن يكون الصبغ مفضوباً من غير مالك الثوب ، فان لم يحدث بفعله نقص ، فلا غرم عليه ، وهما شريكان في الثوب المصبوغ كما سبق في المالك

والغاصب . وإن حدث ، نظر ، إن كانت قيمته مصبوغاً عشرة ، والتصوير كما سبق ، فهو لصاحب الثوب ، ويغرم الغاصب الصبغ للآخر . وإن كانت خمسة عشر ، فوجهان . أحدهما : [يكون] الثوب بينهما نصفين ، وبرجمان على الغاصب بخمسة . وأصحها : أثلاثاً على ما سبق في الحال الأول . فإن كان مما يمكن فصله ، فلها تكليف الغاصب الفصل . فإن حصل بالفصل نقص فيها أو في أحدهما عما كان قبل أن يصبغ ، غرمه الغاصب ، ولصاحب الثوب وحده طلب الفصل أيضاً إذا قلنا : المالك يجبر الغاصب عليه في الحال الأول . هذا إذا حصل بالانصباع عين مال في الثوب . فإن لم يحصل إلا تمويه ، فالحكم كما سبق في التزويق .

فرع

يقاس بما ذكرناه في الحالتين ثبوت الشركة فيما إذا طيّر الربح ثوب إنسان في أجانة صباغ ، فانصبغ ، لكن ليس لأحدهما أن يكاف الآخر الفصل ولا التفريم إن حصل نقص في أحدهما ، إذ لا تعدي . ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة ، فعلى ما سبق .

الحال الثالث : أن يكون الصبغ مفصوباً من مالك الثوب أيضاً . فإن لم يحدث بفعله نقص ، فهو للمالك ، ولا غرم على الغاصب ، ولا شيء له إن زادت القيمة ، لأن الوجود منه أثر محض . وإن حدث بفعله نقص ، ضمن الأرض ، وإذا أمكن الفصل ، فللمالك إجباره عليه . وليس للغاصب الفصل إذا رضي المالك .

فرع

إذا كان الصبغ للغاصب وقيمته عشرة ، وقيمة الثوب عشرة ، فبلغت قيمة الثوب مصبوغاً

ثلاثين، ففصل الغاصب الصبغ ، ونقصت قيمة الثوب عن عشرة، لزمه ما نقص، وكذا ما نقص عن خمسة عشر إن فصل بغير إذن المالك وطلبه ، وإن فصل بأذنه ، لم يلزمه إلا نقص العشرة . ولو عادت قيمته مصبوعاً إلى عشرة لانخفاض السعر ، وكان النقص في الثياب والاصباغ على نسبة واحدة، فالثوب بينها بالسوية كما كان ، والنقص داخل عليها جميعاً ، وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع رد العين، لكن لو فصل الصبغ بعد رجوع القيمة إلى عشرة ، فصار الثوب يساوي أربعة ، غرم ما نقص ، وهو خمس الثوب بأقصى القيم . والمعتبر في الأقصى خمسة عشر إن فصل بنفسه ، وعشرة إن فصل بطلب المالك .

فصل

إذا خلط المغصوب بغيره ، فقد يتمدّد التمييز بينهما، وقد لا . وإذا تعذر ، فقد يكون ذلك الغير من جنسه ، وقد لا . فان كان كالزيت بالزيت، والحنطة بالحنطة، نظر ، فان خلطه بأجود من المغصوب أو مثله ، أو أردأ منه ، فالذهب النص أنه كالهالك حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقه من غير المخلوط . وقيل : قولان . أحدهما : هذا . والثاني: يشتركان في المخلوط ، ويرجع في قدر حقه من نفس المخلوط . وقيل : إن خلط بالمثل ، اشتركا ، وإلا ، فكالهالك . فان قلنا : كالهالك ، فالغاصب دفع المثل من غير المخلوط ، وله دفعه منه اذا خلطه بالأجود أو بالمثل ، وليس له دفع قدر حقه من المخلوط بالأردأ، إلا أن يرضى المالك . واذا رضي، فلا أرش له كما إذا أخذ الرديء من موضع آخر . وان قلنا بالشركة ، فان خلط بالمثل ، فقد رزيت من المخلوط له . وإن خلط بالأجود ، بأن خلط صاعاً قيمته درهم ، بصاع قيمته درهمان ، نظر ، إن أعطاه صاعاً من المخلوط ، أجبر المالك على قبوله ، وإلا

فبيع الخلوط ويقسم الثمن بينها أثلاثاً، فإن أراد قسمة عين الزيت على نسبة القيمة، فالمشهور : أنه لا يجوز، وفي قول رواه البويطي : يجوز ، وفي وجه : يكلف الغاصب تسليم صاع من الخلوط ، لأن اكتساب المصوب صفة الجودة بالخلط ، كزيادة متصلة. وإن خلط بالأردإ ، بأن خلط صاعاً [قيمته درهمان بصاع] قيمته درهم ، أخذ المصوب منه صاعاً من الخلوط مع أرش النقص ، لأن الغاصب متعدي بالخلط ، بخلاف المفلس إذا خلط بالأردإ ، فإن البائع إذا رجع بصاع من الخلوط لأرشف له ، لعدم التعدي، فإن اتفقا على بيع الخلوط وقسمة الثمن أثلاثاً ، جاز ، وإن أراد قسمة الزيت على نسبة القيمتين ، فقييل : هو على الخلاف في طرق الأجود ، وقيل : بالمنع قطعاً .

فرع

خلط الخل بالحلل ، واللبن باللبن ، كخلط الزيت بالزيت . وإن خلط الدقيق بالدقيق ، فإن قلنا : هو مثلي ، فكالزيت بالزيت . وإن قلنا : متقوّم ، فإن قلنا : المختلط هالك ، فالواجب على الغاصب القيمة . وإن قلنا : بالشركة ، بيع وقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين . فإن أراد قسمة عَيْن الدقيق على نسبة القيمتين ، وكان الخلط بالأجود أو الأردإ ، فعلى ما ذكرنا في خلط الزيت بالزيت . وإن كان الخلط بالمثل ، جازت القسمة إن جعلناها إفرازاً . وإن جعلناها بيعاً ، لم يجوز ، لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز .

فرع

خلط [المصوب] بغير الجنس، كزيت بشيرج أو دهن جوز، أو دقيق حنطة بدقيق شعير، فالمنصوب هالك لبطالان فائدة خاصيته ، بخلاف الجيد بالرديء . وقيل : هو على الخلاف

السابق ، واختار المتولي الشركة هناك وهنا ، وقال : إن تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن ، جاز ، وإن أراد قسمته ، جاز ، وكأن المصوب منه باع ما يصير في يد الغاصب من الزيت بما يصير في يده من الشيرج . قال الامام : وألحق الأصحاب بخلط الزيت بالشيرج لت' السؤوب بالزيت ، وهو بعيد ، وإنما هو كصبغ الثوب .

فرع

إذا لم يتعذر التمييز ، لزم الغاصب التمييز وفصله بالالتقاط وإن شق ، سواء خلط الجنس كالحنطة البيضاء بالحمراء ، أو بغيره كالحنطة بالشعير .

فرع

إذا خلط الزيت بالماء ، وأمكن التمييز ، لزمه التمييز وأرش النقص إن نقص ، وإلا ، فهو كخلطه بالشيرج ، إلا أن لا تبقى له قيمة ، فيكون هالكاً قطعاً . فان حصل فيه - ميزاً كان أو غيره - نقص سارٍ ، فقد سبق حكمه .

فصل

إذا غصب خشبة وأدخلها في بناء ، أو بنى عليها ، أو على آجر مصوب ، لم يملكها ، بل عليه إخراجها وردها إلى المالك ما لم تعفن . فان عفنت بحيث لو أخرجت لم يكن لها قيمة ، فهي هالكة . فإذا أخرجها قبل العفن وردها ، لزمه أرش النقص وإن نقصت . وفي الأجرة ما ذكرناه في إبلاء الثوب بالاستعمال . ولو أدخل لوحاً مصوباً في سفينة ، نظر ، ان لم يخف من النزع هلاك نفس ولا مال ، بأن كانت

على الأرض ، أو مرساة على الشط ، أو أدخله في أعلاها ولم يخف من نزع غرقاً ،
أو لم يكن فيها نفس ولا مال ، ولا خيف هلاك السفينة نفسها ، لزمه نزع ورده ،
فإن كان في لجة [البحر] وخيف من النزع هلاك حيوان محترم ، سواء كان آدمياً
الغاصب أو غيره ، أو غير آدمي ، لم ينزع حتى تصل الشط . وإن خيف من
النزع هلاك مال ، إما في السفينة ، وإما [في] غيرها ، [فهو ، إما] للغاصب ، أو لمن وضع ماله
فيها وهو يعلم أن فيها لوحاً مفصوباً ، [فإن كان لهما] ففي نزع وجهان . أحدهما عند الامام :
النزع ، كما يهدم البناء لرد الخشبة . وأصحها عند ابن الصباغ وغيره : لا ينزع ، لأن
السفينة لا تدوم في البحر ، فيسهل الصبر إلى الشط . وإن كان لغيرهما ، لم ينزع قطعاً .

قلت : الأصح عند الأكثرين ما صححه ابن الصباغ . والله أعلم

وحيث لا ينزع إلى الشط ، فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن يتيسر النزع ،
فحينئذ يردّ اللوح مع أرش النقص ويسترد القيمة . وإن قلنا : لا يبالي في النزع
بهلاك مال الغاصب فاختلفت التي فيها اللوح بسفن للغاصب ، ولا يوقف على اللوح
إلا ينزع الجميع ، فهل ينزع الجميع ؟ وجهان .

قلت : كذا أطلقوا الوجهين بلا ترجيح ، وينبغي أن يكون أرجحهما عدم النزع .

والله أعلم

فرع

الخيطة المنصوب ، إن خيط به ثوب ونحوه ، فالحكم كما في البناء على الخشبة .
وإن خيط به جرح حيوان ، فهو قسبان . محترم ، وغيره . والمحترم نوعان .
آدمي وغيره .

أما الآدمي : فان خيف من نزع هلاكه ، لم ينزع ، وعلى الغاصب قيمته . ثم إن خط جرح نفسه ، فالضمان مستقر عليه . وإن خاط جرح غيره باذنه وهو عالم بالغصب ، فقرار الضمان على المجروح . وإن كان جاهلاً ، فعلى الخلاف فيما إذا أطعم المنصوب رجلاً . وفي معنى خوف الهلاك ، خوف كل محذور يجوز العدول إلى التيمم من الوضوء (١) وفقاً وخلافاً .

وأما غير الآدمي ، فضربان . مأكول ، وغيره . فغيره ، له حكم الآدمي ، إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشئ [فيه] . وأما المأكول ، فان كان لغير الغاصب ، لم ينزع ، وإن كان للغاصب ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : لا يذبح كغير المأكول . وإذا مات الحيوان وفيه الخيط ، فان كان غير آدمي نزع ، وكذا إن كان آدمياً على الأصح .

وأما غير المحترم ، فلا يبيح بهلاكه ، فينزع منه الخيط . ومن هذا القسم : الخنزير ، والكلب المقور ، وكذا الكلب الذي لا منفعة فيه ، قاله الامام . وكذا المرتد على المذهب ، وبه قطع الأكثرون . وذكر الامام فيه وجهين ، وادعى أن الأوجه : منع النزع ، لأن المثلة بالمرتد محرمة ، بخلاف المثلة بالميت ، لأننا نتوقع عود المرتد إلى الاسلام . ومن هذا القسم الحربي . وأما الزاني المحصن ، والمحارب ، فقال المتولي : هما على الوجهين فيما إذا مات وفيه الخيط ، لأن تقويت رُوحه مستحق ، وحيث قلنا : لا ينزع ، يجوز غضب الخيط ابتداءً ليخاط به الجرح إذا لم يوجد خيط حلال . وحيث قلنا : ينزع ، لا يجوز .

قلت : وحيث بلي الخيط ، فلا نزع مطلقاً ، بل تجب القيمة . والله أعلم

(١) في الأصل : يجوز العدول من التيمم إلى الوضوء ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

فرع

حصل فصيل^(١) رجل في بيت رجل ، ولم يمكن إخراجه إلا بنقض البناء ، فإن كان بتفريط صاحب البيت ، بأن غصبه وأدخله ، نقض ولم يغرم صاحب الفصيل شيئاً . وإن كان بتفريط صاحب الفصيل ، نقض البناء ، ولزمه أرش النقص . وإن دخل بنفسه ، نقض أيضاً ، ولزم صاحب الفصيل أرش النقص على المذهب ، وبه قطع العراقيون . وقيل : وجهان . ثانيهما : لا أرش عليه .

فرع

وقع دينار في محبرة ، ولا يخرج إلا بكسرهما ، فإن وقع بفعل صاحب المحبرة عمداً أو سهواً ، كسرت ، ولا غرم على صاحب الدينار ، وإن وقع بفعل صاحبه ، أو بلا تفريط من أحد ، كسرت ، وعلى صاحبه الأرش . وقال ابن الصباغ : إذا لم يفرط أحد ، واتزم صاحب المحبرة ضمان الدينار ، ينبغي أن لا تكسر ، لزوال الضرر بذلك ، وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل .

فرع

أدخلت بهيمة رأسها في قيد ، ولم يخرج إلا بكسرهما ، فإن كان معها صاحبها ، فهو مفرط بترك الحفظ . فإن كانت غير مأكولة ، كسرت القدر ، وعليه أرش النقص . وإن كانت مأكولة ، ففي ذبحها وجهان ، كسأله الخيط . وإن لم يكن معها أحد ، فإن فرط صاحب القدر ، بأن وضع القدر في موضع لا حق له فيه ، كسرت ، ولا أرش له . وإن لم يفرط ، كسرت ، وغرم صاحب البهيمة الأرش ، ولم

(١) الفصيل : ولد الناقة ، سمي بذلك ، لأنه يفصل عن أمه ، فهو فصيل بمعنى مفعول ، والجمع فصائل بضم الفاء وكسرهما ، وقد يجمع على فصائل بكسر الفاء .

يذكروا هذا التفصيل بين المأكول وغيره في مسألة الفصيل ، والوجه: التسوية .

فرع

سيأتي إن شاء الله تعالى القول في أن ما تلتفه البهيمة ، متى يضمه مالكها في بابه . فإذا ابتلعت شيئاً واقتضى الحال الضمان، نظر ، إن كان مما يفسد بالابتلاع، ضمته . وإن كان مما لا يفسد، كاللؤلؤ ، فإن كانت غير مأكولة ، لم تذبح، وغرم قيمة المبتلع، للحيلولة . وإن كانت مأكولة ، ففي ذبحها الوجهان .

فرع

لو باع بهيمة بشمن معين ، فابتلعته ، فإن لم يكن الثمن مقبوضاً ، انفسخ البيع ، وهذه بهيمة لبائنها ابتلعت مال المشتري ، إلا أن يقتضي الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة ، فيستقر العقد ، ويكون ما جرى قبضاً للثمن بناءً على أن إتلاف المشتري قبض منه . وإن كان الثمن مقبوضاً ، لم ينفسخ البيع ، وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مال البائع .

فصل

غصب زَوْجِي خَفٍ قيمتها عشرة ، فرد أحدهما وقيمه ثلاثة، وتلف الآخر، يلزمه سبعة قطعاً، لأن بعض المغصوب تلف، وبعضه نقص. ولو أتلّف أحدهما، أو غصبه وحده وتلف ، وعادت قيمة الباقي إلى ثلاثة ، ففيه أوجه . أصحابها عند الشيخ أبي حامد ومن تابعه : يلزمه سبعة . وأصحابها عند الإمام ، والنفوي : خمسة ، كما

لو أئلف رجل أحدهما، وآخر الآخر، فإن كلاهما يضمن خمسة . والثالث : يلزمه ثلاثة ، لأنها قيمة ما أئلفه . ولو أخذ أحدهما بالسرقة، وقيمته مع نقص الباقي نصاب، لم يقطع بلا خلاف .

قلت : الأقوى ، ما صححه الامام ، وإن كان الأكثرون على ترجيح الأول وعليه العمل . ويخالف المقيس عليه ، فإنه لا ضرر على المالك هناك . وصورته : أنها أئلفهما دفعة واحدة . فإن تماقبا ، لزم الثاني ثلاثة . وفي الأول ، الخلاف . وفي الصورة الأولى إذا غضبها مما وجه في التنبيه ، و د التهمة : أنه يلزمه ثلاثة ، وهو غريب . والله أعلم

الطرف الثالث : فيما يترتب على تصرفات الغاصب . وفيه مسائل .

إحداها : إذا اتجر الغاصب في المال المنصوب ، فقولان . الجديد : أنه إن باعه أو اشترى بعينه ، فالتصرف باطل . وإن باع سلفاً أو اشترى في الذمة وسلم المنصوب فيه ، فالعقد صحيح ، والتسليم فاسد ، فلا تبرأ ذمته مما التزم ، ويملك الغاصب ما أخذ ، وأرباحه له . والقديم : أن يبيعه والشراء بعينه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك . فإن أجاز ، فالربح له . وكذا إذا التزم في الذمة وسلم المنصوب ، تكون الأرباح للمالك ، وهذه المسألة سبق ذكرها في البيع ، ويتم شرحها في القراض إن شاء الله تعالى . والغرض هنا ، أن ما ذكره بعدها مفرّع على الجديد ، وهو الأظهر .

الثانية : وطىء الغاصب المنصوبة ، فإن كانا جاهلين بتحريم الوطء ، فلا حد عليهما ، وعليه المهر للسيد ، وكذا أُرش البكارة إن كانت بكرراً . ثم هل يفرد الأرض فقول : عليه مهر ثيب ، والأرث ؟ أم لا يفرد ، فقول : مهر بكر ؟ وجهان . أصحهما : الأول . والوجه ، أن يقال : إن اختلفت القدار بالاعتبارين ، وجب الزائد ، وقد أشار الامام إليه ، وإلا ، ففيه الوجهان . وإن كانا عالين بالتحريم ،

نظر ، إن كانت الجارية مكرهة ، فعلى الغاصب الحد والمهر ، ويجب أرش البكارة إن كانت بكرأ . وإن كانت طائفة ، فعليها الحد ، ولا يجب المهر على الصحيح المنصوص . وقيل : على المشهور . ويجب أرش البكارة إن كانت بكرأ إذا قلنا : يفرد عن المهر ، وإلا ، ففي وجوب الزائد على مهر مثلها وهي ثيب ، وجهان . أحدهما : لا يجب ، كما لو زنت الحرة وهي طائفة وهي بكر . والثاني : يجب ، كما لو أذنت في قطع طرف منها . وإن كان الغاصب عالماً دونها ، فعليه الحد وأرش البكارة إن كانت بكرأ ، والمهر . وإن كانت عالة دونه ، فعليها الحد ودونه إن طاوعته ، ويجب المهر إن كانت مكرهة ، وإلا ، فعلى الخلاف . ثم الجهل بتحريم الوطء ، قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقاً ، وقد يكون لتوهم حليتها خاصة لدخولها بالنصب في ضمانه ، ولا تقبل دعواهما إلا من قريب العهد بالاسلام ، أو من نشأ في موضع بعيد عن المسلمين ، وقد يكون لاشتباهها عليه وظنه أنها جاريته ، فلا يشترط لقبول دعواه ما ذكرناه .

الثالثة : إذا وطء المشتري من الغاصب ، فالقول في وطئه في حالتي العلم والجهل ما ذكرنا في الغاصب ، إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مفسوبة أيضاً ، فلا يشترط في دعواه الشرط السابق . وإذا غرم المشتري المهر ، فسيأتي القول في ورجوعه [به] على الغاصب . وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداءً ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، وهو مقتضى كلام الجمهور . وأشار الامام إلى جريان الوجهين ، سواء قلنا : يرجع المشتري بالمهر على الغاصب ، أم لا . وقال : إذا قلنا : لا رجوع ، فظاهر القياس : أنه لا يطالب . وإذا قلنا بالرجوع ، فالظاهر المطالبة ، لاستقرار الضمان عليه ، وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت بالشبهة .

فرع

إذا تكرر وطء الغاصب أو المشتري منه ، فإن كان في حال الجهل ، لم يجب إلا مهر ، لأن الجهل شبهة واحدة مطردة ، فأشبهه الوطاء في نكاح فاسد مراراً . وإن كان عالماً ، وجب المهر ، لكونها مكرهة . أو قلنا بالوجوب مع طاعتها ، فوجهان ، أحدهما : الاكتفاء بمهر . وأصحها : يجب لكل مائة مهر . وإن وطئها مرة عالماً ، ومرة جاهلاً ، وجب مهران .

فرع

هذا الذي ذكرنا ، فيما إذا لم يكن الوطاء محبلاً . [أما] إذا أحبل الغاصب أو المشتري منه ، نظر ، إن كان عالماً بالتحريم ، فالولد رقيق للمالك غير نسيب ، لكونه زانياً . فإن انفصل حياً ، فهو مضمون على الغاصب ، أو ميتاً بجناية ، فبدله لسيده ، أو بلا جناية ، ففي وجوب ضمانه على الغاصب ، وجهان . أحدهما وهو ظاهر النص : الوجوب ، لثبوت اليد عليه تبعاً للأم ، وبه قال الانطاقي ، وابن سلامة ، واختاره الفقهاء . وبالمنع قال أبو إسحاق ، واختاره أبو محمد ، والامام ، والبنغوي ، لأن جنائته (١) غير متيقنة ، وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده . ويجري الوجهان في حمل البهيمة المنصوبة إذا انفصل ميتاً ، فإن أوجبنا الضمان ، فهو قيمته يوم الانفصال لو كان حياً في ولد الجارية والبهيمة جميعاً ، وخرج الامام وجهاً في ولد الجارية أنه يضمن بعشر قيمة الأم ، تنزيلاً للغاصب منزلة الجاني . أما إذا كان الواطئ جاهلاً بالتحريم ، فالولد نسيب حر للشبهة ، وعليه قيمته للمالك الجارية يوم الانفصال إن انفصل حياً .

(١) في نسخة : لأن حياته .

فإن انفصل ميتاً بنفسه ، فالصحيح : أنه لا قيمة عليه ، وإن كان بجناية ، فعلى الجاني ضمانه ، وللمالك تضمين الغاصب ، لأن له بدله ، فقوم عليه ، ثم الواجب على الجاني الغرّة ، والمالك عشر قيمة الأم . فإن استويا ، ضمن الغاصب للمالك عشر قيمة الأم . وإن كانت قيمة الغرّة أكثر ، فكذلك ، والزيادة تستقر له بحق الارث . وإن نقصت الغرّة عن العشر ، فوجهان . أحدهما : أنه يضمن المالك تمام العشر . والثاني : لا يضمن إلا قدر الغرّة . ولو انفصل ميتاً بجناية الغاصب ، لزمه الضمان . ولو أجبل الغاصب ومات وترك أباه ، ثم انفصل الحنين ميتاً بجناية ، فالغرّة لجدة الطفل . ثم عن القاضي حسين : أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب . وعنه : أنه لو كان مع الغاصب أم أم الحنين ، فورثت سدس الغرّة ، قطع النظر عنه ، ونظر إلى عشر قيمة الأم وخمسة أسداس الغرّة ، وكأنها كل الغرّة ، والجوابان مختلفان ، فرأى الامام لإثبات احتمالين في الصورتين ، ينظر في أحدهما ، إلى أن من يملك الغرة ، ينبغي أن يضمن للمالك ، ويستبعد في الآخر تضمين من لم يغصب . قال المتولي : الغرة تجب مؤجلة ، وإنما يفرم الغاصب عشر قيمة الأم إذا أخذ الغرة . وتوقف الامام فيه . هذا هو الصحيح المعروف في الولد المحكوم بحريته . وفي وجه : لا ينظر إلى عشر قيمة الأم ، بل تعتبر قيمته لو انفصل حياً . وفي وجه : يفرم الغاصب للمالك أكثر الأمرين من قيمة الولد والغرة . ودعوى الجهل في هذا ، كدعواه إذا لم تجبل على ماسبق . وحكى السعودي خلافاً في قبولها لحرية الولد ، وإن قبلت لدفع الحد . ويجب في حالي العلم والجهل أرش نقص الجارية إن نقصت بالولادة ، فإن تلفت عنده ، وجب أقصى القيم ، ودخل فيه نقص الولادة وأرش البكارة . ولو ردها وهي حبلى ، فماتت في يد المالك بالولادة ، قال أبو عبد الله القبطان في « المطارحات » : لا شيء عليه في صورة العلم ، لأن الولد ليس منه حتى يقال : ماتت بولادة ولده . ونقل في صورة الجهل قولين ، وأطلق المتولي القولين بوجوب الضمان .

قلت : الأصح : قول المتولي . والله أعلم

فرع

لو وطئ الغاصبُ باذن المالك ، فحيث قلنا : لا مهر إذا لم يأذن ، فهنا أولى ، وإلا ، فقولان محافظة على حرمة البضع . وفي قيمة الولد ، طريقان . قيل : كالمهر ، وقيل : تجب قطعاً ، لأنه لم يصرح بالاذن في الاحبال .

فصل

فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه المالك

وفيه فروع .

الأول : إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري ، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم قبضها إلى التلف ، ولا يضمن زيادة كانت في يد الغاصب ، ولا يرجع بما ضمنه عالماً كان أو جاهلاً . وعن صاحب « التقريب » : أنه يرجع من المغروم بما زاد على قدر الثمن ، سواء اشتراه رخيصةً ، أم زادت قيمته ، وهو شاذ .

الثاني : إذا تعيب المغصوب عند المشتري بعمى أو شلل أو نحوهما ، فإن كان بفعل المشتري ، استقر ضمانه عليه ، وكذا لو أتلّف الجميع . وإن كان بآفة سماوية ، فقولان . أظهرهما : لا يرجع على الغاصب ، وبه قطع العراقيون والأكثر .

الثالث : منافع المغصوب ، يضمنها المشتري للمالك بأجرة مثلها ، سواء استوفاهما بالسكون^(١) والركوب واللبس ونحوها ، أم فاتت تحت يده ، ولا يرجع بما استوفاه ،

(١) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه : لعله بالسكنى .

ولا بالمهر وأرش البكارة على الجديد الأظهر ، ويرجع بما تلف تحت يده على الأصح .

الرابع : لا يرجع بقيمة الولد المنقذ حراً على المذهب . وقيل : قولان . ويرجع بأرش نقص الولادة على المذهب ، وبه قطع العراقيون . وقيل : وجهان . ولو وهب الجارية المنصوبة ، فاستولدها المتب جاهلاً بالحال ، وغرم قيمة الولد ، ففي رجوعه بها وجهان .

الخامس : إذا بنى المشتري أو غرس في المنصوبة ، فجاء المالك ونقض ، رجع بأرش النقصان على الغاصب على الأصح ، وبه قطع العراقيون . قال البغوي : والقياس : أن لا يرجع على الغاصب بما أنفق على العبد وما أدى من خراج الأرض ، لأنه شرع في الشراء على أنه يضمها .

السادس : لو زوج الغاصب المنصوبة ، فوطئها الزوج جاهلاً ، غرم مهر المثل للمالك ، ولا يرجع به على الغاصب ، لأنه شرع فيه على أن يضمن المهر . فلو استخدمها الزوج ، وغرم الاجرة ، لم يرجع ، لأنه لم يسلطه بالتزويج على الاستخدام ، بخلاف الوطاء ، ويرجع بغرم المنافع التالفة تحت يده ، لأنه لم يستوفها ، ولم يشرع على أن يضمن . والقول في قيمتها لو تلفت في يده ، سبق ، فإن غرمها ، رجع بها . قال الاصحاب : وضابط هذه المسائل ، أن ينظر فيما غرمه من أثبت (١) يده على [يد] الغاصب جاهلاً . فإن دخل على أن يضمه ، لم يرجع ، وإن شرع على أن لا يضمه ، فإن لم يستوف ما يقلبه ، رجع به . وإن استوفاه ، فقولان . فلو غصب شاة فولدت في يد المشتري ، أو شجرة فأثمرت ، فأكل فائدتها وغرمها للمالك ، ففي رجوعه بما غرم على الغاصب قولان ، كالمهر . وإن هلك تحت يده ، فهي كالمنافع التي لم

(١) في نسخة الظاهرية : أثبتت يده ، وفي « شرح الوجيز » من ترتب يده .

يستوفها ، وكذا القول في الأكساب . ولو انفصل الولد ميتاً ، فالمذهب : أنه لا ضمان ، وكذا إذا انفصل ميتاً في يد الغاصب . ولو استرضع المشتري الجارية في ولده أو ولد غيره ، وغرم أجرة مثلها ، ففي رجوعه بها قولان ، كالمر ، ويفرم المشتري الابن وإن انصرف إلى مسخاتها وعاد نفعه إلى المالك ، كما لو غصب علفاً وعلف به بهيمة مالكة ، قال البغوي : وينبغي أن يرجع لأنه لم يدخل فيه على أن يضمه ، ولا عاد نفعه إليه . ولو أجر العين المغصوبة ، غرم المستأجر أجرة المثل للمالك ، ولم يرجع بها على الغاصب ، ويسترد المسمى . ولو أعارها ، رجس المستعير بما غرم للمنافع الفائتة تحت يده . وفي الرجوع بما غرمه للمنافع المستوفاة ، القولان . وكذا ما غرم الأجزاء الثالثة بالاستعمال .

فرع

كل ما لو غرمه المشتري ، رجس به على الغاصب . فإذا طوّل به الغاصب وغرمه ، لم يرجع به على المشتري . وكل ما [لو] غرمه المشتري ، لم يرجع به على الغاصب ، فإذا غرمه الغاصب ، رجس به على المشتري . وكذا الحكم في غير المشتري ، بمن أثبتت يده (١) على يد الغاصب .

فرع

لو نقصت الجارية بالولادة ، والولد رقيق بقي قيمته بنقصها ، لم ينجر به النقص ، بل يأخذ الولد والأرش .

(١) في نسخة الظاهرية : أثبتت يده ، وفي « شرح الوجيز » تربت يده .

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بالكتاب

إحداها : حمال تعب بخشبة ، فأسندها إلى جدار رجل ، فان لم يأذن مالكة ، ضمن الجدار إن وقع باسناده ، وضمن ماتلف بوقوعه عليه . وإن وقعت الخشبة وأتلفت شيئاً ، ضمن إن وقعت في الحال . وإن وقعت بعد ساعة ، لم يضمن . وإن كان الجدار له أو لغيره ، وقد أذن في إسنادها إليه ، فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة في الحال أو بعد ساعة ، كفتح رأس الزق .

الثانية : غضب داراً فتقضها وأتلف النقض ، ضمن النقض وما نقص من قيمة العرصة . وهل يغرم أجرة مثلها داراً إلى وقت النقض ، أم إلى وقت الرد ؟ وجهان .

الثالثة : غضب شاة وأزى عليها فجلاً ، فالولد للمفصوب منه . ولو غضب فجلاً وأزاه على شاته ، فالولد للغاصب ، ولا شيء عليه للأنزاء . فان نقصت قيمته ، غرم الأرش ، وينبغي أن يخرج وجوب شيء للأنزاء ، على الخلاف في صحة الاستئجار له .

قلت : هذا التفريع ، لا بد منه ، وإنما فرعوه على الأصح . والله أعلم

الرابعة : غضب جارية ناهداً ، فتدلى ثديها ، أو عبداً شاباً ، فشاخ ، أو أمرد ، فالتحى ، ضمن النقصان .

الخامسة : غضب خشبة فاتخذ منها أبواباً وسمرها بمساميره ، نزع المسامير . فان

نقصت الأبواب به ، ضمن الأرض. ولو بدّلها ، ففي إجبار المنصوب منه على قبولها وجهان سبق نظرهما .

السادسة : غصب ثوباً ونجسه ، أو تنجس عنده ، لا يجوز له تطهيره ، ولا للمالك أن يكلفه تطهيره . فإن غسله فنقص ، ضمن النقص . ولو رده نجساً، فمؤنة التطهير على الغاصب. وكذا أرض النقص اللازم منه ، وتنجيس المائع الذي لا يمكن تطهيره ، إهلاك . وتنجيس الدهن ، مبني على إمكان تطهيره ، إن جوزناه، فهو كالثوب .

السابعة : غصب من الغاصب ، فأبرأ المالك الأول عن ضمان الغصب ، صح الإبراء ، لأنه مطالب بقيمة ، فهو كدين عليه . وإن ملكه العين المنصوبة، برىء، وانقلب الضمان على الثاني حقاً له . وإن باعه لغاصب الغاصب ، أو وهبه له ، وأذن في القبض ، برىء الأول . وإن أودعه عند الثاني وقلنا : يصير أمانة في يده ، برىء الأول أيضاً . وإن رهنه عند الثاني ، لم يبرأ واحد منها .

الثامنة : إذا رد المنصوب إلى المالك أو وكيله ، أو وليه ، برىء. ولو رد الدابة إلى اصطبله ، قال المتولي: برىء أيضاً إذا علم المالك به أو أخبره من يعتمد خبره ، ولا يبرأ قبل العلم والاخبار . ولو امتنع المالك من الاسترداد ، رفع الأمر إلى الحاكم .

التاسعة : لو أبرأ المالك غاصب الغاصب عن الضمان ، برىء الأول، لان القرار على الثاني ، والاول كالضامن ، كذا قاله الفقهاء وغيره ، وهذا إن كان بعد تلف المال فبين ، وإن كان قبله ، فيخرج على صحة إبراء الغاصب مع بقاء المال في يده، وفيه خلاف سبق في كتاب الرهن، وبالله التوفيق .

قلت : لو غصب مسكاً أو عنبراً أو غيرها مما يقصد شمه ، ومكث عنده ، لزمه أجرته كالثوب والعبد ونحوها . [ولو طرح في المسجد غلة أو غيرها وأغلقه ، لزمه أجره جميعه . وإن لم ينفقه ، لكن شغل زاوية منه ، لزمه أجره ماشغله وعن صرح بالمسألة الغزالي في « الفتاوى » ، قال : وكما يضمن أجزاء المسجد بالانتلاف ، يضمن منفعته بالانتلافها] . والله أعلم

