

باب الغصب

الغصب: مصدر غصبته، أغصبه - بكسر الصاد - غصبًا، واغتصبته، و[غصبته]^(١) على الشيء، وغصبت منه، والشيء مغصوب، وغصب [وهو في اللغة]^(٢): أخذ الشيء ظلماً، مجاهرة، لا سراً، فإن أخذه من حرز سراً، سمي: سرقة، وإن أخذه [مكابرة]^(٣) في صحراء، سمي: محاربة^(٤)، وإن أخذه استلاباً^(٥) سمي: اختلاسا، وإن أخذه من شيء كان مؤتمناً عليه، سمي: خيانة؛ كذا قاله في البحر.

واختلفت عبارات الأئمة في ضبطه شرعاً:

فقيل: الاستيلاء على مال الغير على^(٦) جهة التعدي.

وقيل: الاستيلاء على مال الغير بغير حق.

واختار الإمام هذه العبارة؛ لأنها أعم من الأولى، ولا حاجة إلى التقييد بالعدوان، بل^(٧) يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان؛ كما أن المودع إذا لبس الثوب المودع ظاناً أنه ثوبه، [أو أخذ المودع ثوباً ظاناً أنه ثوبه،]^(٨) فكان^(٩) غيره - فإنه يضمنه ضمان الغصوب.

وقيل: كل مضمون على ممسكه، فهو مغصوب؛ حتى المقبوض بالشراء

الفاسد

واختار الرافعي الأولى، وقال: الثابت فيما ذكر من الصور حكم الغصب، لا

حقيقته.

واختار النووي: أنه الاستيلاء على حق الغير عدواناً، وكأنه احترز بقوله:

(٦) في أ: من.

(٧) في أ: بما.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ، ج: وكان.

(١) سقط في د.

(٢) في ج: وهي.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ج: مخايرة.

(٥) في ج: أسلاباً.

عدواناً عن الاستيلاء على مال الكفار بالاغتنام، وعن الاستيلاء على مال الغير الذي في يد الغاصب؛ ليرده على مالكة؛ على أحد الوجهين^(١)، وهو الموافق لنص الشافعي فيما إذا انتزع مال المسلم الذي في يد الحربي؛ ليرده على المسلم^(٢)؛ حيث قال: إنه لا يلزمه الضمان؛ كما حكاه القاضي الحسين.

وأخرج بذكره^(٣) «الاستيلاء»: أخذ المال على جهة الخفية بسرقة، أو اختلاس؛ [فإن الاستيلاء - كما قال مجلي^(٤)] - ينبنى على القهر والغلبة، وإنه لا يقال: استولى على الشيء إلا أن يكون له مضاد يمانعه عنه، وأن ذلك حقيقة اللفظ في اللسان.

قال الشيخ محيي الدين النووي: ولا يصح قول من قال: على مال الغير؛ لأنه يخرج منه الكلب، والسرجين، وجلد الميتة، وخمر الذمي، والمنافع، والحقوق، والاختصاص.

قلت: ومقتضى الحدود كلها: أنه لو ركب دابة الغير، أو جلس على فراشه، ولم يتقله: أنه يكون غاصباً، وهو أحد القولين^(٥) في النهاية، والذي صححه الرافعي.

[وحتى^(٦) في البحر أن القاضي أبا الطيب قال [في مسألة الدابة]^(٧): لا

(١) قوله: واختلفوا في ضبط الغصب شرعاً.

فقيل: الاستيلاء على مال الغير على جهة التعدي.

وقيل: الاستيلاء على مال الغير بغير حق، واختار الإمام هذه العبارة؛ لأنها أعم من الأولى، وقال: لا حاجة إلى التقييد بالعدوان؛ بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان؛ كما أن المودع إذا لبس الثوب المودع ظاناً أنه ثوبه، فكان غيره - فإنه يضمته ضمان المغصوب.

ثم قال: واختاره النووي في حد الغصب: أنه استيلاء على حق الغير عدواناً، وكأنه احترز بقوله: «عدواناً» عن الاستيلاء على مال الكفار بالاغتنام، وعن الاستيلاء على مال الغير الذي في يد الغاصب ليرده على مالكة على أحد الوجهين. انتهى كلامه.

وما عزه إلى اختيار النووي قد صرح به في «الروضة» لكنه لم يعبر بقوله: عدواناً، بل بـ«غير حق»، فقال: والمختار: أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق. هذا لفظه. وقد تقدم من كلامه الفرق بين العبارتين، وأما تعبيره بقوله: وكأنه احترز عنه بما ذكر، واقتصره - عجيب؛ فإن ذلك يخرج صوراً كثيرة محققة للإخراج واضحة الاحتراز: كالمستعير، والمودع، والمستأجر، بالنسبة إلى العين وغير ذلك. [أ و].

(٣) في أ: يذكر.

(٢) في أ: الحربي.

(٥) في د: الوجهين.

(٤) في أ: قال.

(٧) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

أعرفها لأصحابنا، والذي عندي: أنه لا يضمن؛ لأن ضمان الغضب عندنا معتبر بضمان القبض في العقد، و[القبض في العقد في] ^(١) الدابة بنقلها، وتحويلها، وكذلك هاهنا؛ [ولذلك] ^(٢) إذا وضع يده على ثوب إنسان بغير إذنه، لا يضمن. وفي الحاوي: أن الغضب هو منع الإنسان من ملكه، والتصرف فيه بغير استحقاق، فإذا وجد ذلك، تم الغضب؛ فلزم الضمان، سواء نقل المغصوب عن محله أم لا.

وهذا يخرج ما إذا دفع لعبد الغير شيئاً؛ ليوصله إلى بيته من غير إذن مالكة. وقد جزم القاضي الحسين في تعليقه، في آخر باب اللقيط: أنه يكون غاصباً؛ لأن مثل هذا يدخله في ضمانه بالعارية، وما ضمن في العارية، ضمن في الغضب، وطرده ^(٣) ذلك فيما إذا استعمله في شغله.

ثم الأصل في تحريم الغضب من الكتاب: قوله تعالى: [﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [النحل: ٩٠] والغضب من جملة المنكر، [وقوله تعالى] ^(٤): ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] وهو من الباطل.

وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢] ^(٥)، والغضب من جملة الظلم؛ لأن حقيقة الظلم: وضع الشيء في غير محله. ومن السنة: ما روى البخاري عن عائشة عن النبي ﷺ: «مَنْ أَخَذَ مِنَ الْأَرْضِ شِبْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ، حُسِفَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِلَى سَبْعِ أَرْضِينَ» ^(٦).

[وما روى مسلم عن سعيد بن زيد أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ اقْتَطَعَ شِبْرًا مِنَ الْأَرْضِ ظُلْمًا، طَوَّفَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ»] ^(٧).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ج. لرد.

(٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه البخاري (٢٤/٥) كتاب المظالم، باب: إثم من ظلم شيئاً من الأرض (٢٤٥٤)، وفي (٣٣٨/٦)، بدء الخلق، باب: ما جاء في سبع أرضين (٣١٦٩).

(٥) سقط في أ، د. والحديث أخرجه البخاري (١٢٣/٥) كتاب المظالم، باب: إثم من ظلم شيئاً من الأرض (٢٤٥٢)، وأخرجه (٢٩٣/٦)، كتاب بدء الخلق، باب: ما جاء في سبع أرضين (٣١٩٨)، ومسلم (٣/١٢٣١)، كتاب المساقاة، باب: تحريم الظلم وغصب الأرض (١٤٠/١٦١٠).

وروي أنه ﷺ قال في حجة الوداع: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ إِلَيَّ أَنْ تَلْقُوا رَبَّكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا؛ أَلَا هَلْ بَلَغْتُ؟! اللَّهُمَّ اشْهَدْ، فَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَيَّ مِنْ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا. أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ؛ فَلَا يَحِلُّ لِأَمْرِي مَالٌ أَخِيهِ إِلَّا عَنِ طَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ، أَلَا هَلْ بَلَغْتُ؟! اللَّهُمَّ اشْهَدْ»^(١).

قال الماوردي: وقد أجمعت الأمة^(٢) على أن من فعله مستحلاً، كان كافراً، ومن فعله غير مستحل، كان فاسقاً^(٣).

قال: إذا غضب - [أي: من تجري عليه أحكامنا]^(٤) - شيئاً له قيمة، ضمنه بالغضب - أي: عند التلف - ولزمه^(٥) رده - أي: عند البقاء، والتمكن منه - وإن غرم عليه أضعاف قيمته؛ لقوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَ»^(٦)؛ وهذا^(٧) يشمل عموم الحالين من بدل و^(٨) عين.

وقيل: إذا احتاج [في]^(٩) رد الطعام المغصوب إلى مؤنة كثيرة، لم يلزمه رده، وكان عليه المثل، وهكذا الحكم فيما لو بذره، ولم يتمكن من جمعه إلا بمؤنة كبيرة؛ كما صرح به الماوردي.

ومتى رد المغصوب بعينه من غير نقص فيه - برئ، وإن نقصت قيمته بسبب انخفاض الأسعار.

وقال أبو ثور: يضمن ارتفاع الأسواق مع الرد، كما يضمنه مع^(١٠) التلف؛ قياساً على السمن.

(١) أخرجه محمد بن إسحاق في السيرة كما في السيرة لابن هشام (٢/٦٠٣)، والحديث معظمه في الصحيحين.

(٢) في ج: الأئمة.

(٣) قوله: قال الماوردي: وقد أجمعت الأمة على أن من فعله مستحلاً كان كافراً، ومن فعله غير مستحل كان فاسقاً. انتهى.

وما نقله الماوردي من الإجماع على فسق فاعله، وأقره - ليس هو على إطلاقه؛ بل إن كان نصاباً فمسلم، وإن كان دونه فصغيرة، كذا نقله الرافعي والمصنف في كتاب الشهادات عن أبي سعيد الهروي، ولم يقل خلافاً. [أ و].

(٤) سقط في أ. (٥) في التنبيه: ويلزمه.

(٦) تقدم.

(٧) في ج: أو.

(٨) سقط في أ، ج.

(٩) في د: عند.

وحكى الموفق بن طاهر: أن من الأصحاب من يوافقه.
وقال الإمام: إنه منقاس.

واحتج الأصحاب عليه بأنه لو غصب مثلياً، وتلف في يده؛ برئ برده مثله وإن كان أنقص قيمة من الأصل، فأولى أن يبرأ برد العين نفسها.

وأجابوا عن السمن بأن الذاهب [منه] ^(١) ملك المغصوب [منه] ^(٢) فضمن ^(٣) بدله، وزيادة السوق ^(٤) ليست بملك للمغصوب ^(٥) منه؛ فلذلك لم يضمها.
ثم المردود عليه هو المالك، أو وكيله في ذلك.

ولو كان الغصب من يد المودع عنده، أو من المستأجر، أو المرتهن، أو العدل الذي وضع الرهن تحت يده فرده إليه ^(٦)، برئ على المذهب.

وفيه وجه محكي في الرافعي في كتاب الرهن: أنه لا يبرأ إلا بالرد على المالك، أو بإذن جديد للعدل في أخذه ^(٧).

ولو كان الغصب من يد الملتقط لم يبرأ بالرد [إليه] ^(٨)، ولو كان من يد المستعير، أو المستام، ثم رده ^(٩) إليه، ففي البراءة ^(١٠) وجهان؛ لأنهما مأذون لهما من جهة المالك، لكنهما ضامنان؛ كذا حكى ^(١١) الرافعي في كتاب

(١) سقط في د. سقط في أ، ج.

(٢) في أ: يضمن.

(٣) في أ، د: المغصوب.

(٤) في أ: عليه.

(٥) قوله: ثم المردود عليه هو المالك أو وكيله في ذلك.

ولو كان الغصب من يد المودع عنده، أو من المستأجر، أو المرتهن، أو العدل الذي وضع الرهن

تحت يده، فرده إليه - برئ على المذهب.

وفيه وجه محكي في «الرافعي» في كتاب الرهن: أنه لا يبرأ إلا بالرد على المالك، أو بإذن جديد

للعدل في أخذه. انتهى كلامه بحروفه.

وحاصل ما حكاه عن صاحب هذا الوجه: أن البراءة في الغصب من عدل الرهن تحصل بالرد على

المالك وبالرد على العدل بإذن المالك، وأما في باقي المسائل فلا تحصل إلا بالرد على المالك، حتى

لورد إلى المستأجر ونحوه بإذن المالك لم يكف، وليس الأمر كذلك؛ فإن الكل سواء على هذا الوجه

كما يعرف بمراجعة كلام الرافعي هناك، ومنه - أيضاً - يعرف سبب الوهم الواقع للمصنف؛ فلا نظيل

بذكره، ومحل ذلك في الباب الثالث؛ فكان صوابه أن يقول: أو بإذن جديد لمن كان تحت يده في

أخذه. [أ و].

(٨) سقط في د. سقط في أ، د: رد.

(٩) في أ: حكاها.

(١٠) في أ: التركة.

الرهن، [والله أعلم]^(١).

قال: وإن^(٢) كان خيطًا، فخاط به جرح حيوان لا يؤكل، وهو مما له حرمة - أي: كالآدمي المصان الدم، والبغل، والحمار، ونحو ذلك - وخيف من نزعه الضرر، لم يلزمه رده؛ لحرمة الحيوان؛ فإنها أكد من حرمة المال؛ بدليل: أنه يجوز أخذ مال الغير قهراً؛ لحفظ الحيوان؛ على المذهب، ولا يجوز؛ لحفظ المال.

وأيضاً: فإن حق المال ينجر بأخذ بدله وحق الحيوان [لا جابر له. ومن قال بأنه لا يجوز أخذ مال الغير؛ لحرمة الحيوان]^(٣)؛ كما حكاه مجلي وجهاً في كتاب النفقات [وكذا الإمام، والغزالي]^(٤) قد لا يقول بمثله هنا؛ لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

ثم المراد بالضرر: فوات النفس، أو العضو، وكذا شدة الضنى^(٥)، وإبطال النزو، والزيادة في المرض على أحد الوجهين؛ كما في إباحة التيمم؛ خشية [من]^(٦) حصول ذلك^(٧) [باستعمال]^(٨) الماء.

وفي البحر حكاية طريقة قاطعة بعدم النزع عند خوف الزيادة في المرض. والذي ذكره الرافعي ضابطاً لذلك: خوف^(٩) كل محذور، يجوز العدول^(١٠) من الوضوء إلى التيمم، وفاقاً وخلافاً.

وقال الإمام: لو رتب انقذح^(١١) وجهان:

أحدهما: أن ترك الخيط أولى؛ لقيام القيمة مقامه.

والثاني: [أن]^(١٢) النزع أولى؛ لتعلقه بحق الآدمي المبني على التضييق^(١٣).

وأما إذا كان الحيوان لا حرمة له: كالخنزير، والكلب العقور، ونحوهما - نزع. وكذا ينزع من المرتد عند الشيخ، والرويانى، والماوردي.

(٨) في أ: من استعمال.

(٩) في د: في.

(١٠) في ج: العدل.

(١١) في ج: ليقدح.

(١٢) سقط في أ.

(١٣) في أ، د: الضيق.

(١) سقط في أ، ج.

(٢) في التنبيه: فإن.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، ج.

(٥) في د: الظمأ.

(٦) سقط في أ، ج.

(٧) في د: خلل.

وحكى غيرهم فيه وجهين.

وقال بعض الخراسانيين: غير الآدمي^(١) لا يكون مانعاً من الرجوع، وهو وزان الوجه الذي حكيناه عن رواية مجلي في ابتداء أخذ المال.

فرع: إذا مات الحيوان هل ينزع الخيط إذا كانت له قيمة؟ ينظر^(٢):

إن كان آدمياً، وأثر القلع فحشا لم يقلع، وإن لم يؤثر^(٣)، أو^(٤) كان غير آدمي قلع^(٥).

وأطلق الإمام حكاية وجهين في جواز النزع من الآدمي، وصحح وجه النزع.

وقال في البحر: الأصح^(٦): أنه لا ينزع بحال.

وخرج المتولي على هذا [الخلاف]^(٧) جواز النزع إذا خيط به جرح الزاني المحصن، والمحارب.

قال: وإن خاط^(٨) به جرح حيوان يؤكل - أي: وهو ملك الغاصب - ففيه

قولان:

أحدهما - وهو الذي رواه الربيع -: وجوب النزع؛ لأنه يمكنه نزعه بسبب مباح؛ فكان كالساج يدخله البناء.

والثاني - وهو رواية حرملة، وظاهر ما نقله المزني، والمذهب في البحر، وتعليق البندنجي -: أنه لا يجب؛ لأنه ﷺ نهى عن ذبح الحيوان، لا لمأكله، وقال عليه السلام: «مَنْ ذَبَحَ عُصْفُورًا بِغَيْرِ حَقِّهَا حُوسِبَ بِهَا» قيل: وما حقها؟ قال: «أَنْ تَذْبَحَهَا لِغَيْرِ مَأْكَلَةٍ»^(٩) فعلى هذا يغرم القيمة؛ للحيلولة.

أما لو كان الحيوان ملكاً لغير الغاصب، فلا ينزع وجهاً واحداً.

(١) في أ: الآدميين.

(٢) في أ: فينظر.

(٣) في ج: يؤثره.

(٤) في أ: و.

(٥) في د: نزع.

(٦) في أ: الأظهر.

(٧) في ج: خلط.

(٨) في ج: خلط.

(٩) سقط في د.

(٩) أخرجه أحمد بنحوه مختصراً (١٩٧/٢)، والحديث تقدم بلفظ: «من أشار بقتل عصفور فما فوقها بغير حقها إلا سأله الله عنها»، قيل: وما حقها؟ قال: «يذبحها، فيأكلها، ولا يقطع رأسها ويطرحتها».

فرعان:

[أحدهما: ^(١)] إذا مرت بهيمة في السوق، فابتلعت جوهرة، نظر: إن لم يكن مالكةا معها، لم يضمن، ولم ^(٢) يجب عليه بيع الدابة لمالك الجوهرة.

وإن كان معها، ضمن، سواء كانت البهيمة شاة أو بعيراً. وقال ابن أبي هريرة: إن كانت بعيراً، ضمن، [وإن كانت شاة] ^(٣)، فلا. والفرق: أن العرف ^(٤) في البعير النفور؛ فلزمه منعه، ومراعاته، والعرف في الشاة السكون؛ فلم يلزمه منعها، ومراعاتها.

ثم إذا قدر على رد الجوهرة، ردها، وأخذ ما بذله. ولو أدخلت البهيمة رأسها في قدر لغير مالكةا؛ بحيث لا يمكن إخراجها إلا بكسر القدر، أو ذبح الحيوان، نظر:

إن كان صاحب البهيمة متعدياً ليس إلا، فإن كانت البهيمة لا تؤكل، كسرت القدر، وكان على صاحب البهيمة ضمانها [وإن كانت تؤكل فهل تذبح، أو تكسر القدر ويجب على صاحب البهيمة ضمانها؟] ^(٥) فيه وجهان.

وإن كان صاحب القدر متعدياً ليس إلا، فالواجب كسر القدر، وهو هدر. وإن لم يكن واحد منهما متعدياً، فالحكم كما لو كان صاحب البهيمة متعدياً؛ لأنه يخلص ملكه.

وإن كانا متعديين، فإن كانت البهيمة غير مأكولة، كسرت القدر، وضمن صاحب البهيمة ^(٦) نصف أرشها، والنصف الثاني ^(٧) هدر. وإن كانت مأكولة، وقلنا: لا تذبح [لذلك] ^(٨)، فكذلك الحكم.

وإن قلنا: تذبح، فتنازعا، فقال صاحب القدر: اذبحها، وأنا أغرم لك نصف أرشها، وقال صاحب البهيمة: [بل] ^(٩) اكسر القدر، وأنا أغرم لك نصف أرشها -

-
- | | |
|-------------------|----------------------------|
| (١) سقط في د. | (٦) في أ: القدر. |
| (٢) في د: ولا. | (٧) في د: الباقي. |
| (٣) في أ: وإلا. | (٨) سقط في أ، وفي ج: كذلك. |
| (٤) في د: الغالب. | (٩) سقط في أ. |
| (٥) سقط في ج. | |

قال الماوردي: لا يجاب البادئ^(١) منهما بطلب^(٢) التخليص ويجاب الآخر. ولو أمسكا عن النزاع حتى تطاول بهما الزمان، أجزر صاحب البهيمه على ذلك.

وهكذا القول في فصيل دخل^(٣) دارًا فكبر فيها حتى لا يقدر على الخروج من بابها إلا بهدمه.

وفي أترجة من شجرة دخلت [في إناء]^(٤)، فكبرت فيه، ولم تخرج إلا بكسره. قال: وإن كان لوحًا فأدخله في سفينة، وهي في اللجة، [أي:]^(٥) وكانت بحيث لو نزع، لهلكت وما فيها.

[قال]^(٦): وفي السفينة مال لغير الغاصب، أي: ولم يعلم صاحبه حالة وضعه^(٧) المال فيها بالغصب.

قال: أو حيوان - أي: محترم - لم ينزع؛ لحرمة المالك^(٨) والحيوان، مع أن لذلك أمدًا ينتظر، وله المطالبة بالقيمة؛ للحيلولة.

أما إذا كانت السفينة على الشط، أو بقرية في زوراق - نزع؛ قاله الماوردي. ولو علم صاحب المال بغصب اللوح الذي فيها حالة^(٩) وضع ماله^(١٠) في السفينة - كان كمال الغاصب؛ صرح به في التهذيب.

ولو كان الحيوان غير محترم، كان الأمر كما لو لم يكن فيها.

قال: وإن كان فيها مال للغاصب^(١١)، فقد قيل: ينزع؛ كما يقلع بناؤه؛ [لرد الساج]^(١٢) وإن تضرر؛ وهذا هو الأصح عند الإمام.

وقيل: لا ينزع^(١٣)؛ لأنه يمكن الرد مع سلامة المال؛ إذا جاءت إلى الشط؛ بخلاف^(١٤) الساج؛ وهذا هو الأصح عند ابن الصباغ، وغيره.

(٨) في ج: المال.

(٩) في ج: إن.

(١٠) في أ: المال.

(١١) في ج: الغاصب.

(١٢) في أ: ليرد الساجة.

(١٣) في أ: يرد.

(١٤) زاد في د: رد.

(١) في ج: النادي.

(٢) في أ: لطلب.

(٣) في أ، ج: داخل.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ج.

(٧) في أ: وضع.

والخلاف يجري فيما لو لم يكن في السفينة شيء، ولو نزع اللوح لتلفت، وكانت للغاصب.

وفي الجيلي حكاية وجه: أن اللوح ينزع^(١)، سواء كان المال لغير الغاصب، وكانت^(٢) في اللجة، أو لا.

فرع: لو اختلطت السفينة التي أدخل اللوح فيها بعشر سفن للغاصب، ولم يتوصل إلى اللوح إلا بهدم جميعها؛ بأن يكون مبنياً عليه - ففيه وجهان: أحدهما: يهدم جميعها.

والثاني: لا، إلا أن يتعين اللوح؛ لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه [ما لا]^(٣) يتعين التعدي فيه؛ قاله الشيخ^(٤) في المهذب، وغيره.

تنبيه: السفينة: واحدة السفن والسفين؛ قال ابن دريد: هي فعيلة بمعنى فاعلة؛ لأنها تسفن الماء، أي: تسفن^(٥) اللجة، واللج: معظم الماء، ومنه قوله تعالى: ﴿فِي بَحْرِ لُجِّي﴾ [النور: ٤٠].

[قال]^(٦) وإن أدخل ساجاً في بناء، فعفن [فيه]^(٧)، لم ينزع؛ لأن فيه إتلاف مال بغير فائدة، وقد نهى ﷺ عن إضاعة المال^(٨)، ويطلب الغاصب بقيمته. وهكذا الحكم في الخيط إذا كان لا يخرج إلا بتقطيع، ولا ينتفع به - لا ينزع.

أما إذا لم يعفن، [الساج]^(٩) نزع وإن تلف على الغاصب [بسبب نزع]^(١٠) أضعاف قيمته؛ لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»^(١١)، ويطلب بأجرة مثله؛ إن كان لمثله أجرة، وكذلك أرش نقصه؛ إن نقص.

(١) في أ: لا ينزع.

(٢) في د: ما له لأنه.

(٣) في ج، د: تفسره.

(٤) سقط في ج.

(٥) روي مرفوعاً من حديث المغيرة بن شعبة: «إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات،

ومنع وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال».

أخرجه البخاري (٨٦/٥) كتاب الاستقراض وأداء الديون، باب: ما ينهى عن إضاعة المال، برقم

(٢٤٠٨)، ومسلم كتاب الأفضية، باب: النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة، برقم (٥٩٣/١٢).

(٦) سقط في ج.

(٧) (١٠) في ج، د: بسببه.

(٨) تقدم تخريجه.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون ما بني عليه منارة لمسجد، أو غيرها.
ويجب عليه بعد نقض المنارة غرم نقضها للمسجد وإن كان هو المتطوع بها.
قال الماوردي: لخروجها عن ملكه.
تنبيه: الساج [تكسير، وهو] ^(١) - بالسين المهملة، وتخفيف الجيم -: نوع من
الخشب، [وهو أجوده] ^(٢).
[و] ^(٣) عفن: بكسر الفاء.

قال: وإن تلف المغصوب عنده، أي: بأفة سماوية، أو أتلفه؛ وكذا لو أتلفه
أجنبي بسبب قصاص جرى سببه في يده، أو بغير سبب.
قال: فإن كان له مثل، ضمنه بمثله؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا
عَلَيْهِ يَمِثْلَ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].
ولأنه أقرب للجبر ^(٤).

ولا فرق في ذلك بين أن تكون قيمة المثل مثل قيمة الأصل، أو أنقص؛ كما
إذا كان الأصل يساوي عشرة، وقيمة المثل تساوي خمسة؛ لأن الرجوع للمثل
رجوع [إلى المشاهدة] ^(٥) والرجوع إلى القيمة رجوع إلى الاجتهاد، والمشاهدة
أقوى ^(٦) من الاجتهاد ^(٧)؛ وكذا قال في البحر وغيره.

نعم: لو كان للأصل قيمة ^(٨) عند ^(٩) الغصب، والمثل لا قيمة له عند الرد ^(١٠):
كما إذا غصب ماء [في يده] ^(١١) [في برية] ^(١٢)، ثم ظفر به على الشط - فإن
المطالبة هاهنا تكون بقيمة البرية؛ كما حكاه المتولي، ونقله الإمام عن شيخه
هاهنا، [و] ^(١٣) عن نص الشافعي قبيل [باب] ^(١٤) ما يفسد الماء.

ثم إذا اجتمعا في تلك البرية، [أو في مثلها] ^(١٥)، هل يجب رد المثل،

(٩) في أ، د: حين.

(١٠) في د: رده.

(١١) سقط في د.

(١٢) سقط في ج.

(١٣) سقط في أ.

(١٤) سقط في أ.

(١٥) سقط في أ.

(١) سقط في أ، ج.

(٢) سقط في أ، ج.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ج: للخير.

(٥) في ج: للمشاهدة.

(٦) في د: أولى.

(٧) سقط في أ.

(٨) في ج: قيمته.

واسترداد القيمة، أم لا؟ فيه وجهان: المذكور منهما في التهمة الأول.
 فرع: لو تراضيا على أخذ القيمة مع وجود المثل، هل يجوز؟ فيه وجهان،
 بناهما الماوردي على^(١) الوجهين في جواز أخذ أرش العيب^(٢) مع القدرة على
 رد المعيب، وأصحهما في البحر: الجواز.
 تنبيه: ما حد المثلي؟ اختلف الأصحاب فيه:

ف قيل: كل مقدر بالكيل، أو الوزن؛ لأن التقدير يدل على تقارب الأجزاء؛ وهذا
 ما ينسب إلى الشيخ أبي محمد، وإلى النص؛ أخذًا من قوله في المختصر: وما له
 كيل، أو وزن، فعليه مثل كيله^(٣) أو وزنه.

وقد أبطل هذا الحد بالمعجونات، والمعروضات على النار؛ فإنها ليست مثلية
 مع اندراجها فيه.

وقيل: كل مقدر بالكيل أو الوزن، ويجوز فيه السلم؛ لأن السلم يثبت^(٤)
 بالوصف في الذمة، والضمان يشبهه.
 ولأنه يثبت في الذمة.

وهذا يدخل الملاءق، وصنجات الميزان، [وهي غير مثلية]^(٥).

وقيل: كل مقدر بالكيل، أو الوزن يجوز السلم فيه، ويجوز بيع بعضه ببعض
 [متماثلًا؛ لتشابه]^(٦) الأصلين في قضية التقابل، وهو ما ذكر عن القاضي أبي
 الطيب، وحكي عن القفال، واقتصر الفوراني على حكايته؛ وكذا البغوي لم يحك
 سواه عن المراوزة.

قال الغزالي هاهنا: وهذا^(٧) يخرج منه الرطب والعنب، وإخراجهما من^(٨)
 المثليات بعيد^(٩) وإن كان قد قال في كتاب الزكاة: إن الرطب من ذوات القيم؛
 على الصحيح.

وقال الإمام - حكاية عن القاضي -: إنه يدخل القماقم، والملاءق، والمغارف

(٦) في أ: فيتماثلًا لتساويه.

(٧) في أ: وقد.

(٨) في د: قول.

(٩) في ج: بعقد.

(١) زاد في أ: أحد.

(٢) في أ: الأرش للعيب.

(٣) في د: مكيله.

(٤) زاد في د: تثبت.

(٥) سقط في أ.

المتخذة من الصفر، والنحاس؛ فإنها موزونة، ويجوز السلم فيها، وبيع بعضها ببعض، وليست مثلية.

قال الرافعي: لكن قد مر في باب السلم: أن القماقم، ونحوها، لا يجوز السلم فيها لاختلافها، وإنما الجواز في الأصطال المربعة، والظروف المصبوبة في القوالب، فإن كان الإلزام^(١) بمثلها فلا يبعد^(٢) ممن صار إلى العبارات الثلاث طردها فيها والحكم^(٣) بأنها مثلية.

قلت: ما قاله من^(٤) منع السلم في [القماقم]^(٥) ونحوها هو ما صار إليه الشيخ أبو حامد.

وقد حكيت عن القاضي أبي الطيب: أنه قال: يجوز السلم فيها، وأنه حكاه عن نص الشافعي في الأم؛ وحينئذ يكون السؤال متقدماً على النص، ولا يمكن من قال به أن يقول: إن القماقم والملاعق مثلية.

نعم: قد يجاب عنه بأن القائل بجواز السلم فيها، لا يشترط ذكر الوزن [فيها]^(٦) - كما ذكرناه في موضعه - وإذا كان كذلك، فقد خرجت من الحد؛ لكونها غير موزونة؛ فإنه قد يقال: المعتبر في كون الشيء موزوناً: أن يكون الوزن معتبراً فيه؛ إذا ثبت في الذمة، والله أعلم.

وقيل: المثلي هو الذي يقسم بين الشريكين من غير حاجة إلى تقويم. قال الرافعي: ولك أن تقول: هذا يشكل^(٧) بالأرض المتساوية الأجزاء؛ فإنها تقسم، وليست مثلية.

وقيل: ما تقاربت أجزاءه، ولم^(٨) تتفاوت^(٩) قيمته؛ وهذا ما وقفت عليه في تعليق القاضي أبي الطيب، وهو يدخل الرطب، والعنب، والدقيق. وقد صرح عند الكلام في^(١٠) خلط الدقيق بالدقيق: أنه متقوم.

- | | |
|---------------------|--------------------|
| (١) في أ: الالتزام. | (٦) سقط في أ. |
| (٢) في أ: بعد. | (٧) في ج: مشكل. |
| (٣) في ج: ولا يحكم. | (٨) في د: ولا. |
| (٤) في ج، د: في. | (٩) في أ: تتقارب. |
| (٥) سقط في أ. | (١٠) زاد في د: أن. |

وحكى الإمام عن العراقيين: أنهم [رأوا الرطب، والعنب، والدقيق مثليات^(١)].
ونسب الرافعي إلى العراقيين: أنهم^(٢) قالوا: المثلي: ما لا تختلف أجزاء النوع
[الواحد]^(٣) منه في القيمة، وربما يقال^(٤): في الجرم والقيمة.
ويقرب منه قول من قال: المثليات^(٥) هي [التي]^(٦) تتشاكل في الخلقة،
ومعظم المنفعة.

و[ما]^(٧) اختاره الإمام - وهو تساوي الأجزاء في المنفعة، والقيمة؛ فزاد^(٨)
النظر إلى المنفعة، وعلى ذلك جرى في الوسيط، وزاد: من حيث الذات، لا من
حيث الصنعة، وقصد به الاحتراز عن الملاعق، والمغارف، وصنجات الميزان
المتساوية.

قال الرافعي: ولك أن تقول: الملعقة، ونحوها، لو وردت على الضابط
المذكور، فيما أن ترد؛ لتمائل أجزائها، وهي ملعقة، أو لتمائل أجزاء جوهرها
فقط.

والأول باطل؛ لأن أجزاء الملعقة غير متماثلة في المنفعة.
[وأما الثاني: فالصفر الذي هو جوهر الملعقة]^(٩) إذا كان مثلياً، كان تماثل
أجزائه من حيث الذات لا الصنعة.

ثم قال: والأحسن أن يقال: المثلي كل ما [يحصره الكيل]^(١٠)، أو^(١١) الوزن،
ويجوز السلم فيه.

ولا يقال: كل مكيل، أو موزون؛ لأن المفهوم منهما^(١٢): ما يعتاد
كيله ووزنه^(١٣)؛ فيخرج منه الماء، وهو مثلي، وكذا التراب، وهو مثلي^(١٤) على
الأصح.

وقد نشأ من اختلاف العبارات خلاف في الصُّفْر، والنحاس، والحديد،

- | | |
|-------------------|--------------------------|
| (١) في د: مثلياً. | (٨) في أ: مراد. |
| (٢) سقط في أ. | (٩) سقط في أ. |
| (٣) سقط في أ. | (١٠) في د: يحضره الوكيل. |
| (٤) في ج: تقول. | (١١) في أ، د: و. |
| (٥) في أ: المثلي. | (١٢) في أ: منها. |
| (٦) سقط في ج، د. | (١٣) في أ: أو وزنة. |
| (٧) سقط في د. | (١٤) سقط في ج. |

والآنك - وهو الرصاص - لأن^(١) أجزاءها مختلفة الجواهر، وفي التبر والسيكة، والمسك، والعنبر، والعود، [والنفط]^(٢)، والملح^(٣)، والجمد، [والقطن]^(٤)، والإبرسم، والغزل، وفي الصوف - أيضًا - كما حكاه في البحر.

وقال القاضي الحسين فيه: المذهب: أنه غير مثلي.

ثم قال: إن كان صوفًا^(٥) لا يتفاحش فيه التفاوت، [فهو من ذوات الأمثال، وإن كان يتفاحش فيه التفاوت]^(٦)، فلا مثل له.

وفي الرطب، والعنب، وسائر الفواكه الرطبة، والأظهر: أنها جميعًا مثلية.

وفي السكر، والفانيد، والعسل المصفى بالنار، واللحم الطري، وكذا القديد - على رأي حكاه في البحر - وفي الخبز، والأظهر [فيه]^(٧): أنه مثلي^(٨).

وقد أفتى القفال بأن البطيخ والخيار من ذوات القيم، وحكاه المزني في المنثور قولًا^(٩)، واختاره.

وأما الحبوب، والتمر، والزبيب، والأدهان، والألبان، والسمن، والمخيض، والخل الذي لا ماء فيه، ونحو ذلك - فإنها^(١٠) مثلية، قال الرافعي: بالاتفاق.

وألحق في البحر: السمن، واللبن، [والبلع]^(١١)، [والسكر]^(١٢)، ونحوه، ومقتضاه^(١٣): جريان الخلاف فيها^(١٤).

(٢) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(١) في أ: أن.

(٣) في أ، د: والثلج.

(٥) زاد في ج: ما.

(٧) سقط في أ.

(٨) قوله: وقد نشأ من اختلاف العبارات في حد المثلي اختلاف في العنب والرطب وسائر الفواكه الرطبة، والأظهر: أنها جميعها مثلية. ثم قال: وفي الخبز، والأظهر فيه أنه مثلي. انتهى كلامه. فيه أمران:

أحدهما: أن كلامه في باب زكاة النبات حاصله رجحان القول بأن الفواكه الرطبة متقومة، على عكس ما صححه هنا، وقد سبق ذكر لفظه هناك.

الأمر الثاني: أن ما ذكره هاهنا من كون الخبز مثليًا قد ذكر ما يخالفه في كتاب السلم؛ فإنه نقل عن الأكثرين امتناع السلم فيه، والمشهور في حد المثلي: أنه الذي يحصره الكيل أو الوزن، ويجوز السلم فيه. [أ و].

(١٠) في أ، د: فهي.

(١٢) في أ: بالسكر.

(١٤) في أ: فيهما.

(٩) زاد في ج: واحدًا.

(١١) في د: بالبلع.

(١٣) في أ، ج: ومقتضياه.

والدراهم والدنانير مثلية اتفاقاً.

قال الرافعي: وقضية العبارة الثانية: إثبات الخلاف فيها؛ لأن في السلم [في الدراهم والدنانير]^(١) اختلافاً.

وأيضاً فإنهم جعلوا المُكسَّرة على الخلاف في التبر، والسبيكة؛ لتفاوت القراضات في الجرم.

ومثل ذلك يفرض في الصحاح؛ فيلزم مجيء الخلاف فيها؛ وهذا في الدراهم والدنانير الخالصة، أما المغشوشة، ففي التتمة: أن أمرها مبني على جواز التعامل بها؛ إن جوزناه فهي مثلية، وإلا [فهى متقومة]^(٢)؛ لأن ما لا يملك بالعقد، [لا يملك]^(٣) عوضاً عن متلف.

قال: فإن^(٤) أعوزه المثل، أي: في البلد وحوله؛ على النعت الذي ذكرناه في السلم. [قال]^(٥): أو وجده بأكثر من ثمن المثل، ضمنه بقيمة المثل:

أما عند الإعواز؛ فلأنه غاية الممكن في الجبر.

وأما عند وجوده بأكثر من ثمن المثل؛ فلأن^(٦) الموجود كذلك كالمعدوم^(٧) بالنسبة إلى القيام بالواجب؛ دليhle: الرقبة في الكفارة، والماء في التيمم.

وقيل: يلزمه المثل في هذه الحالة؛ كما لو لم يقدر على رد المغصوب إلا بأضعاف ثمنه؛ وهذا ما صححه البغوي، والرويانى، واختاره في المرشد. والقائلون بالأول - ومنهم الغزالي - فرقوا بين المثل والعين بأنه تعدى في العين دون المثل:

قال: وقت المحاكمة والتأدية - أي: طلب التأدية - لأن الواجب في الذمة هو المثل؛ بدليل: أن المالك لو صبر إلى وجوده، لم يجبر على أخذ القيمة، وإنما تجب القيمة بالطلب جبراً لحقه؛ فاعتبرت في وقته؛ لأن ما قبل ذلك لا ينضب؛ وهذا ما صححه ابن يونس.

وحكى مجلي أن بعض أصحابنا قال: إنه غلط، ولا وجه له؛ لأن زيادة القيمة

(١) في د: فيها.
 (٢) في د: فمتقومة.
 (٣) سقط في د.
 (٤) في التنبيه: وإن.
 (٥) سقط في ج.
 (٦) في أ: فإن.
 (٧) في أ: المعدوم.

بعد تلف المغصوب لا تعتبر^(١)، فكيف [بعد إعواز]^(٢) المثل.

ويقرب منه ما حكاه في البحر عن القاضي الطبري: أنه خلاف النص.

قال: وقيل: يضمنه بقيمته^(٣) أكثر ما كانت^(٤) من حين القبض إلى وقت الحكم^(٥) بالقيمة؛ لأن المثل هو الواجب إلى الحكم؛ كما أن الواجب رد العين المغصوبة إلى وقت التلف، ثم هناك يعتبر أكثر القيمة من الغصب إلى التلف - كما^(٦) سنذكره - فكذلك هاهنا؛ وهذا ما حكاه أبو الطيب عن ابن أبي هريرة. قال: وقيل: عليه قيمته أكثر مما^(٧) كانت من حين القبض إلى حين تعذر المثل؛ لأن وجود المثل [كبقاء]^(٨) عين المغصوب؛ من حيث إنه كان مأمورًا برد المثل [كما كان مأمورًا برد العين]^(٩) فإذا لم يفعل، غرم أقصى قيمته^(١٠) في المدتين؛ كما يضمن^(١١) ما لا مثل له إذا تلف لهذا المعنى؛ وهذا قول أبي إسحاق المروزي، وصححه الرافعي، واستحسنه الإمام، وبه جزم الصيدلاني، وقال في البحر: إنه ظاهر المذهب.

وراء^(١٢) ما ذكره الشيخ وجوه يتم بها في المسألة اثنا عشر وجهًا:

أحدها: أنه يضمن المثل بقيمته يوم الانقطاع؛ لأن الثابت في الذمة لا يتصف بالزيادة، ولا بالنقصان؛ حكاه القاضي الحسين.

قال في البحر: وهذا اختيار أبي علي الزجاجي، والحناطي، والماوردي، وجماعة، وبه أقول.

والثاني: أنه يضمن قيمته يوم أخذ القيمة، لا يوم المطالبة، ولا يوم التلف؛ حكاه الرافعي عما علق عن الشيخ أبي حامد، وهو الذي جزم به البندنجي، وقال: لا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم عليه بدفع القيمة عند الإعواز أو لا. والثالث: أنه يضمنه بقيمته^(١٣) أكثر ما كانت من [حين]^(١٤) القبض إلى

- | | |
|------------------------------|--------------------|
| (١) في أ: يتعين. | (٨) سقط في أ. |
| (٢) في أ: لا يجوز. | (٩) سقط في ج. |
| (٣) في التنبيه: بقيمة المثل. | (١٠) في ج: القيمة. |
| (٤) في التنبيه: يكون. | (١١) في ج: نص. |
| (٥) في التنبيه: المحاكمة. | (١٢) في أ: وهذا. |
| (٦) في أ: لما. | (١٣) في ج: بقيمة. |
| (٧) في أ: من. | (١٤) سقط في أ. |

حالة^(١) الأخذ، وهو ما حكاه المحاملي، وهو مخالف للوجه الثاني الذي حكاه الشيخ هنا؛ فإن بين وقت الحكم وبين حالة الأخذ فرقاً؛ ولأجله [أضمرت طلبه]^(٢)، والتأدية في القول الأول من كلام الشيخ؛ خشية التناقض؛ فإن القيمة قد تكون في^(٣) يوم المحاكمة مخالفة لقيمة يوم التأدية، والشيخ في هذه العبارة هاهنا وافق عبارة القاضي أبي الطيب في تعليقه.

والرابع: أنه يضمه [بقيته أكثر]^(٤) ما كانت من وقت^(٥) تعذر المثل إلى وقت المطالبة.

قال الإمام: وهذا عندي غلط، [ووجه غلظه]^(٦) بما ذكرناه عن مجلي في تغليط القائل بالوجه الأول في الكتاب.

والخامس: أنه يضمه بقيته أكثر ما كانت من وقت تلف المغصوب إلى وقت المطالبة.

والسادس: أن الواجب عليه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين تلف المغصوب، لأنه لما أتلفه، ولم يوجد له مثل^(٧)، صار كالذي لا مثل له. والسابع: أن الواجب عليه قيمته أكثر ما كانت من حين تلف المغصوب إلى الإعواز.

قال الرافعي: وربما بني هذا والذي قبله على أن الواجب عند إعواز المثل قيمة المغصوب؛ لأنه الذي تلف على المالك، أو قيمة المثل؛ [لأنه الواجب عند]^(٨) التلف، وإنما رجعنا إلى القيمة؛ لتعذره، وفيه وجهان لأبي الطيب بن سلمة. قلت: أما الأول فصحيح، وقد حكاه الماوردي عن [رواية]^(٩) أبي حفص بن الوكيل مبنياً عليه.

وأما الثاني، فلا؛ لأن ارتفاع الأسواق لا يضمن بعد التلف، وقد ضمنه هذا القائل.

-
- (١) في أ: حين.
 (٢) في ج: أضمر مطلبه، ود: أضمرنا طلب.
 (٣) في أ: من.
 (٤) في أ: بأكثر.
 (٥) في أ: حين.
 (٦) سقط في أ.
 (٧) زاد في أ: شرعاً.
 (٨) في د: لأن الواجب غير.
 (٩) سقط في ج.

والثامن: أن الواجب قيمته^(١) [يوم تلف المغصوب.

وقال مجلي: وهذا يختص بقولنا: إن الواجب قيمة المغصوب]^(٢) المغصوب لا المثل.

والتاسع: أنه ينظر، إن كان مما [ينقطع في جميع البلاد: كالعصير، فالاعتبار بقيمة يوم الإعواز، وإن كان مما]^(٣) لا ينقطع عن أيدي الناس، وإنما يتعذر في موضع دون موضع - فالاعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة^(٤)؛ حكاة في المهذب، وهو

(١) في ج، د: قيمة.

(٢) سقط في ج.

(٤) قوله - نقلاً عن الشيخ-: فإن أعوزه المثل، أو وجده بأكثر من ثمن المثل - ضمنه بقيمة المثل وقت الطلب.

وقيل: يضمه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى وقت الحكم بالقيمة.

وقيل: بأقصى القيم من حين القبض إلى حين تعذر المثل، وصححه الرافعي. ووراء ما ذكره الشيخ وجوه يتم بها في المسألة اثنا عشر وجهًا:

رابعها: أنه يضمن المثل بقيمة يوم الانقطاع.

خامسها: بالقيمة يوم أخذ القيمة، لا يوم المطالبة ولا يوم التلف، حكاة الرافعي عما علق عن الشيخ أبي حامد.

سادسها: بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حالة الأخذ، والفرق بين هذا وبين الثاني مما ذكر أولاً: أن ذلك معتبر للمحاكمة، وهذا معتبر لنفس الأخذ.

سابعها: بقيمته أكثر ما كانت من وقت تعذر المثل إلى وقت المطالبة.

ثامنها: بقيمته أكثر ما كانت من وقت تلف المغصوب إلى وقت المطالبة.

تاسعها: أن الواجب عليه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين تلف المغصوب؛ لأنه لما أتلفه، ولم يوجد له مثل صار كالذي له مثل له.

عاشرها: أن الواجب عليه قيمته أكثر ما كانت من حين تلف المغصوب إلى الإعواز، قال الرافعي: وربما بُني هذا والذي قبله على أن الواجب عند إعواز المثل قيمة المغصوب؛ لأنه الذي تلف على المالك، أو قيمة المثل؛ لأنه الواجب عند التلف، وإنما رجعنا إلى القيمة؛ لتعذره، وفيه وجهان لأبي الطيب بن سلمة. قلت: أما الأول فصحيح، وقد حكاة الماوردي عن رواية أبي حفص بن الوكيل مثنياً عليه، وأما الثاني فلا؛ لأن ارتفاع الأسواق لا يضمن بعد التلف، وقد ضمنه هذا القائل.

الحادي عشر: أن الواجب قيمة يوم تلف المغصوب.

الثاني عشر: ينظر: إن كان مما ينقطع في جميع البلاد كالعصير فالاعتبار بقيمة يوم الإعواز، وإن كان مما لا ينقطع عن أيدي الناس، وإنما يتعذر في موضع دون موضع - فالاعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة. انتهى كلامه.

وهذا السؤال الذي ذكره - رحمه الله - قبيل الوجه الحادي عشر غلط، سببه: أنه لم ينقل كلام الرافعي إلى آخره، ففهمه على غير وجهه؛ فإن مراد الرافعي بناء الوجهين - وهما التاسع والعاشر - على الوجهين المنقولين عن ابن سلمة حتى يكون التاسع مفرعاً على الأول منهما، =

ما اختاره في المرشد، ونسبه القاضي أبو الطيب إلى أبي العباس بن القاص، وغلطه فيه.

فرع: إذا ظفر المالك بالغاصب في غير موضع الغصب، وكان المغصوب مثلًا، والمثل موجود، وقد تلف الأصل^(١)، هل له المطالبة بالمثل، أو بالقيمة؟ ينظر:

إن كان مما لا مؤنة لنقله: كالدراهم، والدينانير؛ فله المطالبة بالمثل عند الأكثرين.

وإن كان لنقله مؤنة، فالذي حكاه [الرافعي عن الأكثرين: أنه لا يطالب إلا بالقيمة من غير تعرض لتفصيل.

والذي حكاه^(٢) ابن الصباغ، والماوردي، والبندنجي: أن ذلك فيما إذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة أكثر [قال الزبيلي: قال الشافعي: [لأننا لو حملناه على المثل؛ لكان في ذلك ضرر وإتلاف ماله؛ لاختلاف الأسعار]^(٣).

أما إذا كانت مساوية لقيمة بلد الغصب، أو أقل - فله المطالبة بالمثل.

وقد حكى الإمام ذلك عن الشيخ أبي علي، وأنه حمل ما قاله الشافعي^(٤) والأصحاب على ما إذا كانت قيمة بلد الغصب أقل.

وحكى عن شيخه وجهين في المطالبة بالمثل في هذه الحالة، وأظهرهما: أنه لا يطالب بالمثل، وإنما يطالب بقيمة المثل ببلد الغصب.

والثاني: [أنه]^(٥) يطالب بالمثل، واختلاف الأماكن كاختلاف الزمان.

ثم قال: وهذا الوجه منقاس، لكنني لست أثق به، فإني لم أره في شيء من الطرق^(٦)، وسيبلي فيما انفرد بنقله^(٧) عنه، إذا لم أجده في غير طريقه - أن

=
والعاشر مفرعًا على الثاني، ومع هذا فلا إشكال، وقد صرح به الرافعي فقال عقب ما حكاه المصنف ما نصه: فإن قلنا بالثاني اعتبرنا من وقت تلف المغصوب؛ لأن المثل حينئذ يجب إلي وقت الانقطاع والإعواز. هذا لفظه، ولو لم يصرح به الرافعي لكان الحمل عليه متعينًا. [أ.و].

(١) في أ: الغصوب.

(٢) من أول: قال الزبيلي إلى هنا سقط في ج.

(٣) سقط في ج.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في د: الطريق.

(٧) في أ: بنقل، ود: بتقلي.

أتوقف، ولا أخلي الكتاب عن^(١) ذكره.

قلت: لم يكن شيخه منفردًا بنقله؛ فإن الزبيلي من أصحابنا حكاه عن أبي إسحاق، وأنه ليس له إلا المثل في جميع المواضع وإن اختلفت الأسعار؛ كما [أنه]^(٢) ليس له إلا المثل وإن اختلفت الأزمان؛ كذا حكاه في أدب القضاء له. وحكى فيه - أيضًا - أن ابن أبي هريرة قال: إن كان اختلاف الأسعار لاختلاف الأزمان، فليس له إلا القيمة، وإنما يحمل على المثل إذا لم تختلف الأزمان.

وقد خرج في الوسيط الخلاف الذي ذكرناه في المثلي في الدراهم والدنانير. ولو كان المغصوب [باقياً]^(٣) بحاله، وهو مثلي، وقد ظفر^(٤) المالك بالغاصب في غير موضعه.

قال الماوردي: لا يطالب بالمثل.

وقال ابن الصباغ والبندنجي: ينظر: إن لم يكن لنقله مؤنة: كالأثمان، [لم يكن]^(٥) له المطالبة به؛ وإن كان لنقله مؤنة: كالحبوب، والأدهان، فإن كانت قيمة البلدين متساوية؛ كان له المطالبة بالمثل، وإن كانت مختلفة؛ فالمغصوب منه بالخيار بين أن [يأخذ]^(٦) قيمة ما يساوي في بلد الغصب، وبين أن يصبر^(٧) حتى يأتي بلد الغصب، فيأخذ عين ماله، وإذا أخذ القيمة ملكها، ولم يملك الغاصب الطعام.

فرع: إذا أتلف إنسان مثليًا من غير أن يضع يده عليه، وعدم المثل؛ حكى القاضي الحسين [فيما يضمنه]^(٨) وجهين: أحدهما: قيمة يوم الانقطاع.

والثاني: أكثر ما كان المثل قيمة من يوم [الوجوب إلى يوم الانقطاع]. قال الإمام: ويندرج^(٩) وجه ثالث ضعيف: وهو اعتبار قيمة يوم^(١٠) التغيريم.

(٦) سقط في ج.

(٧) في ج: يظفر.

(٨) في أ: فيها.

(٩) في أ: وينفدح.

(١٠) سقط في د.

(١) في أ: ممن.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في ج.

(٤) في ج: يظفر.

(٥) في أ: كان.

فرع: إذا غصب مثلياً، فتلف في يده، والمثل مفقود.
قال الرافي: فالقياس أن يجب - على الوجه الثالث، والتاسع - أقصى القيم
من حين الغصب إلى حين التلف.
وفي البحر حكاية ذلك عن النص.
وعلى [الوجه الرابع والحادي عشر: قيمة يوم التلف.
وعلى الخامس: قيمة يوم الأخذ.
وعلى^(١)] السابع والثامن: أقصى القيم من وقت التلف إلى وقت المطالبة.
وعلى الثاني [عشر]^(٢): إن كان المثل منقطعاً في جميع البلاد، فقيمة يوم
التلف، وإلا فقيمة يوم التغريم.
والأوجه الثلاثة الباقية لا يختلف الحكم فيها؛ فيكون المتحصل في هذه
المسألة ثمانية أوجه^(٣).

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ.

(٣) قوله: فرع: إذا غصب مثلياً، فتلف في يده، والمثل مفقود -.

قال الرافي: فالقياس: أن يجب على الوجه الثالث والتاسع أقصى القيم من حين الغصب إلى حين
التلف، وعلى الوجه الرابع والحادي عشر: قيمة يوم التلف، وعلى الخامس: قيمة يوم الأخذ، وعلى
السابع والثامن أقصى القيم من وقت التلف إلى وقت المطالبة.
وعلى الثاني عشر: إن كان المثل منقطعاً في جميع البلاد فقيمة يوم التلف، وإلا فقيمة يوم التغريم،
والأوجه الثلاثة الباقية لا يختلف الحكم فيها؛ فيكون المتحصل في هذه المسألة ثمانية أوجه. انتهى
كلامه.

والثلاثة الباقية هي الأول والثاني والسادس، فاحفظ ما ذكرته لك، وحاصله: أن الرافي ذكر في
المسألة المفرع عليها اثني عشر وجهاً، ثم فرع على جميعها، فأما الوجوه فلم يذكر الرافي منها
إلا أحد عشر وجهاً؛ فإنه لم ينقل الوجه الثاني - وهو القائل بأنه يجب الأقصى من الغصب -
إلى الحكم، وإنما نقله المصنف، وجعله مغايراً للأقصى من الغصب إلى التغريم والمطالبة،
ومع كون الرافي لم يذكره، لكن كلامه يقتضي أن المراد بالجميع شيء واحد؛ فإنه قال قبيل
العاشر: وقد يبدل لفظ «المطالبة والتغريم» بـ «الحكم بالقيمة»، والمرجع إلى شيء واحد. هذا
لفظه، وقد تظن لذلك في «المطلب»، فعدها أحد عشر، ثم قال: ووهمت في «الكفاية»، فعددتها
اثني عشر، والصواب هذا؛ لأن العبارات متداخلة. هذا لفظه في «المطلب»، وقد لزم من تداخل
هذين الوجهين - وهما الثاني والسادس - تداخل ما فرعه عليهما في مسألتنا الآن.
وأما التفرع فإن الرافي مع كونه لم يذكر إلا أحد عشر لم يفرع على الحادي عشر المعبر عنه في
كلام المصنف هنا بالخامس، وهو القائل بأن العبرة بيوم الأخذ، حتى إن النووي ذكره من «زياداته»،
وقال: إن التفرع عليه لا يختلف. فالحاصل أن في كلامه غلطاً من وجوه؛ منها: عدها اثني عشر،
ومنها: نسبتها إلى الرافي، ومنها: كون المستفاد من التفرع ثمانية أوجه، وإنما هي سبعة، ومنها: =

قال: وإن لم يكن له مثل - [أي: (١)] كالعبيد، والجواهر، والثياب - ضمنه بقيمته؛ لقوله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ فِيهِ شُرَكَاءُ وَلَهُ وَفَاءٌ فَهُوَ حُرٌّ، وَيَضْمَنُ نَصِيبَ شُرَكَائِهِ بِقِيَمَةِ مَا أَسَاءَ مِنْ مُشَارَكَتِهِمْ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَبْدِ شَيْءٌ» (٢)، خرجه النسائي.

وجه الدلالة منه: أن ما لا مثل له لو ضمن بالمثل السوري؛ لضمنه رسول الله

ﷺ.

ولأن إيجاب المثل في الخلقة لا يمكن؛ لاختلاف الجنس الواحد في القيمة؛ فكانت القيمة أقرب إلى جبر الفئات.

قال: أكثر ما كانت من حين الغصب (٣) إلى حين التلف؛ لأنه غاصب في الحال التي زادت فيها قيمته؛ فلزمه ضمان قيمته فيها؛ كالحال التي غصبها فيها. ولأنه ما من حالة يفرض فيها قيمة إلا والغاصب كان مخاطبًا فيها برد العين، فإذا لم يرد، فقد فوت الرد؛ فلزمه بدله؛ كذا قاله الإمام.

قال: وتجب قيمته من نقد البلد [في البلد] (٤) الذي غصب فيه؛ لأنه موضع الضمان.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون المغصوب عرَضًا، أو ذهبًا، أو فضة، ونقد البلد من غير جنسه، أو من جنسه، استوت قيمته ووزنه، أو زادت [قيمته] (٥) على وزنه؛ بسبب الصنعة؛ كما إذا كان المغصوب حليًا، أو آتية، وجوزنا اتخاذها، وزنة ذلك مائة، وقيمته مصوغًا (٦) مائة وعشرون - فإنه يضمن مائة وعشرين.

وإذا لم يجوز اتخاذها (٧)؛ كانت الصنعة كلا صنعة.

وفي النهاية في ضمن فروع ذكرها بعد (٨) باب الوليمة: أنه يضمن قيمتها -

= نسبة هذه الثمانية إلى الرافعي، والذي ذكره منها إنما هو ستة، وقد أتعت فكري في تقرير هذه الأمور. [أ.و.]

(١) سقط في أ، ج.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى (٣/ ١٨٥) كتاب العتق، مسألة ومن ملك عبدًا، (٤٩٦١).

(٣) في التنبيه: القبض. (٤) سقط في ج، د.

(٥) سقط في ج، وفي د: القيمة. (٦) في أ: مغصوبًا.

(٧) في د: اتخاذ الآتية. (٨) في أ: في.

أيضًا - على وجه، وقال: [إنه]^(١) غريب غير متجه.

قال: وقيل: إن كان حليًا من ذهب^(٢) - أي: ونقد البلد ذهب - ضمن العين بمثل وزنها من جنسها - أي: وهو مائة في مثالنا - وضمن الصنعة بقيمتها فضة؛ لأننا لو قلنا: إنه يضمن الجميع بجنسه؛ لكان يدفع مائة وعشرين في بدل مائة، وذلك ربا.

قال: وليس بشيء؛ لأن الزيادة إنما تراعى في العقود والمعاضات، وأما في الفسوخ والإتلافات فلا، وهذا إتلاف.

[أيضًا]:^(٣) فإن القدر الزائد على زنة^(٤) المغصوب في مقابلة الصنعة التي لا يدخلها الربا، ولو دخلها الربا إذا قومت بالذهب؛ لدخلها إذا قومت بالفضة؛ نظرًا إلى قاعدة: مد عجوة.

وفي تعليق القاضي الحسين [حكاية]^(٥) وجه: أنه يضمن العين في مثالنا بالفضة، والصنعة بالذهب.

وحكاية قول منصوص للشافعي في كتاب الصداق الكبير: أنه يضمن العين والصنعة في مثالنا بالفضة، وحكاه^(٦) الماوردي وغيره وجهًا.

وفي الرافي وغيره حكاية وجه: أنه يضمن العين بوزنها من جنسها، والصنعة بنقد البلد؛ سواء كان من جنس المغصوب، أو غير جنسه.

والفرق بينه وبين الوجه الثاني في^(٧) الكتاب: أن هاهنا يضمن العين بجنسها [وإن كانت من غير نقد البلد، ويضمن الصنعة [بنقد البلد، ثم ضمن العين بجنسها]^(٨)؛ لكونه نقد البلد، وضمن الصنعة]^(٩) بالفضة، وهي من غير نقد البلد.

وما ذكرناه فيما إذا كان المغصوب ذهبًا، ونقد البلد ذهبًا - يجري مثله فيما إذا كان [المغصوب]^(١٠) فضة، ونقد البلد فضة.

والسبب إن قلنا: إنها مثلية، قال الرافي: فيها وجهان:

- | | |
|--------------------|-------------------|
| (١) سقط في أ. | (٦) في أ: حكاية. |
| (٢) زاد في ج: ضمن. | (٧) في أ: من. |
| (٣) سقط في ج. | (٨) سقط في أ. |
| (٤) في ج: بزنة. | (٩) سقط في ج. |
| (٥) سقط في ج. | (١٠) سقط في ج، د. |

أحدهما: أنه يضمن الكل بغير جنسه.
وأصحهما: أنه يضمن الوزن بالمثل، والصنعة بنقد البلد؛ سواء كان من جنسه،
أو من غير جنسه.
وإن قلنا: إنها متقومة^(١)، فيضمن الكل [بنقد البلد كيف كان]^(٢).
قال: وينبغي أن يجيء على هذا وجه التضمن بغير الجنس، إن كان نقد البلد
من الجنس؛ لأن معنى الربا لا يختلف.
وما اختلفت قيمته من النقار، لا بسبب صنعة فيه، [الواجب فيه]^(٣) قيمته بغير
جنسه، وإن لم يكن من نقد البلد عند العراقيين.
وحكى الرافعي فيه وجهًا آخر: أنه تجب قيمته بنقد البلد [و]^(٤) إن كان من
جنسه.

تنبيه: قال الجيلي: قول الشيخ: وتجب قيمته من نقد البلد الذي غصب فيه،
ليس بصواب؛ إذ لم يذكره أحد من المصنفين، ولا هو في [كتاب]^(٥) المهذب،
بل صوابه أن يقول: من نقد البلد الذي حصل فيه التلف؛ لأنه موضع وجوب
الضمان، ويتقل من العين إلى الذمة [بالتلف]^(٦).
وما قاله هو الذي يقتضيه كلام الرافعي؛ حيث قال: وإنما تجب القيمة من نقد
البلد الذي حصل فيه التلف.
[ويقرب منه ما [حكاه]^(٧) في المهذب والبحر: أن القيمة تجب من نقد البلد
الذي تلفت فيه]^(٨).

قلت: وفيما قيل نظر من وجهين:

أحدهما: أن الذي يوجد في أكثر النسخ: «وتجب قيمته من نقد البلد في البلد
الذي غصب فيه»، وهكذا^(٩) هو في توجيه ابن الخل^(١٠)؛ وهذا اللفظ يفهم غير
ما يفهمه اللفظ الأول.

- | | |
|-------------------|--------------------------------|
| (١) في ج: متفوتة. | (٦) سقط في ج. |
| (٢) سقط في أ. | (٧) سقط في د. |
| (٣) سقط في أ، د. | (٨) سقط في أ. |
| (٤) سقط في أ. | (٩) في أ: وهذا. |
| (٥) سقط في أ. | (١٠) في أ: ابن الحل وهو تحريف. |

الثاني: على تقدير أن يكون اللفظ كما ذكره، وهو الذي في ابن يونس - أيضًا - فإنما يظهر صحة ما قالوه إذا كانت قيمة بلد التلف أكثر، أو^(١) أروج، أما إذا كانت قيمة بلد الغصب أكثر، أو^(٢) أروج؛ فلا.

بل^(٣) يظهر اعتبار نقد بلد الغصب؛ عملاً بما علل به الأصحاب وجوب أكبر القيمتين؛ بأن^(٤) ما من حالة تفرض^(٥) فيها قيمة إلا والغاصب كان مخاطباً فيها برد العين، فإذا لم يرد [العين]^(٦)، فقد فوت الرد^(٧)؛ فلزمه بدله.

كذلك نقول في النقد: ما من بلد حل^(٨) فيها المغصوب، إلا والغاصب مطالب بالرد فيه، فإذا لم يرد، فقد فوت قيمة^(٩) المغصوب بذلك النقد؛ فوجب أن يجب إذا كانت القيمة [بنقده]^(١٠) أكثر، أو هو أروج.

وقد حكى صاحب البحر عن والده ما يقاربه؛ فإنه قال: إذا كان نقد البلد وقت الغصب دراهم، ثم تلف المغصوب في يده، ونقد البلد يوم التلف دنانير، فأراد صاحب المال أن يضمه دراهم، [ثم]^(١١) يعدل إلى قيمتها بالدنانير؛ لكونها^(١٢) أحظ له - أن له ذلك، ووجهه بما ذكرته.

ثم قال: ومن الأصحاب من قال: الاعتبار بحال الاستقرار [عند]^(١٣) تغيير الأحوال.

ومما يؤيد ما ذكرته: أن الرافعي حكى فيما إذا نقل المغصوب المثلي إلى بلد، وتلف فيه، أو أتلفه ثم ظفر به المالك في بلد^(١٤)، وقلنا^(١٥): إنه لا يطالب بالمثل في غير موضع التلف، فله أخذ قيمة [أكثر]^(١٦) البلدين قيمة.

وفي الوسيط في هذه الصورة: أن [له أن]^(١٧) يطالبه^(١٨) بقيمة أي بلد شاء من بلدي الغصب والإتلاف، وذلك يؤيد ما ذكرته، أيضًا.

- | | |
|------------------------|----------------------|
| (١) في أ: و. | (١٠) سقط في أ. |
| (٢) في د: و. | (١١) سقط في أ. |
| (٣) في أ: فلا. | (١٢) في ج، د: لكونه. |
| (٤) في أ: فإن. | (١٣) سقط في أ، د. |
| (٥) في أ: تعرض. | (١٤) في ج: ثالث. |
| (٦) سقط في أ. | (١٥) في د: وقلنا. |
| (٧) في أ، د: رد العين. | (١٦) سقط في ج. |
| (٨) في أ: يدخل. | (١٧) سقط في د. |
| (٩) في أ: فيه. | (١٨) في أ: يطالب. |

وقد يظهر منه^(١) تصحيح كلام الشيخ؛ فإن^(٢) وزان ما قاله الغزالي في هذه المسألة: أن يكون مخيراً في تلف ما لا مثل له في غير بلد الغصب بين أخذ قيمته ببلد الغصب، وبلد التلف؛ لأنه يستحق مطالبته [بإقباض العين]^(٣) في كل منهما، والتخيير [فرع وجوب قيمة البلدين؛ كما أن تخيير المضمون له في مطالبة الأصل والفرع]^(٤) فرع وجوب دينه في ذمتها.

ومقتضاه: أنه إذا قبض قيمة إحدهما؛ برئ من قيمة الأخرى؛ كما نقول في الدين^(٥) على الضامن؛ وإذا كان كذلك، فقد صح ما قاله الشيخ من وجوب القيمة بنقد بلد الغصب؛ لأنها إذا وجبت فيهما، وجبت في أحدهما، غاية الأمر أن يقال: كلام الشيخ يوهم الحصر فيه، وهو أسهل من نقله ما لم [يقبل به]^(٦) أحد، والله أعلم.

فروع:

أحدها: إذا غصب مثلياً، فاتخذ منه ما ليس بمثلياً، ثم تلف: كالحنطة، إذا جعلها دقيقاً، وقلنا: إنه ليس بمثلي، أو غصب تمرًا، فاتخذ منه خلًا - قال العراقيون: ضمن^(٧) المثل.

وفي كتاب التهذيب: أنه يضمن المثل؛ إن كان أكثر قيمة، أو ساوت قيمته قيمة المتقوم؛ [وإن نقصت؛ ضمن قيمة المتقوم]^(٨).

وعن القاضي الحسين: أنه يضمن أقصى القيم، وليس للمالك مطالبته بالمثل. وفي الحاوي: أنه يرجع بالمثل، والقدر الزائد في قيمة الدقيق مثلاً عن المثل؛ إن حصل بالطحن زيادة.

الفرع الثاني: إذا غصب ما ليس بمثلي، واتخذ منه مثلياً: كما إذا غصب زيتوناً، ثم عصره زيتاً، ثم تلف - قال العراقيون: ضمن مثل الزيت.

(٥) في أ: الدية.
(٦) في ج: نقله.
(٧) في ج: يضمن.
(٨) سقط في أ.

(١) في أ: من.
(٢) في أ: أن.
(٣) في أ: بالعين.
(٤) سقط في أ.

وفي الحاوي: أنه يضمن المثل، وما نقص من قيمة الزيتون عنه (١).
والمذكور في التهذيب: أنه يضمن المثل؛ إن كانت قيمته أزيد من قيمة
الزيتون، أو متساوية؛ وإن كانت أقل فقيمة الزيتون.

وقال الغزالي: إنه مخير بين أن يأخذ المثل، أو القيمة عن المغصوب.
الفرع الثالث: إذا غصب مثلياً، فاتخذ منه مثلياً: كما إذا غصب سمسماً،
فاتخذ منه شيرجاً، ثم تلف - قال العراقيون والغزالي: المالك بالخيار، فيغرمه ما
شاء منهما.

وفي التهذيب: إن كان أحدهما أكثر قيمة، غرم مثله، ولا يخير المالك.
قال: وإن ذهب المغصوب من اليد، ولم يتلف؛ بأن كان عبداً، فأبق - أي:
أو بهيمة فضلت، أو ثوباً فضاع - ضمن البدل، أي: القيمة إذا طلبها المالك؛ ليقع
الجبر بها بقدر الإمكان.

والواجب أقصى قيمة المغصوب من يوم الغصب إلى يوم المطالبة.
وفي الحاوي: أن الواجب قيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى وقت
فوات الرد.

وإذا أخذ المغصوب منه البدل؛ ملكه على الصحيح.
وقال القفال: لا يملكه؛ كما لا يملك الغاصب الأبق؛ فإنه لو ملكه لاجتمع له
الأصل والبدل، بل له الانتفاع به مع بقاءه على ملك الغاصب.
وعبر الماوردي عن هذا بأنه ملك القيمة ملكاً مراعى.
وعلى الأول، هل يبرأ الغاصب من أجره العبد من حين غرم القيمة أم لا؟ فيه
وجهان:

(١) قوله: وإذا غصب ما ليس بمثلي، واتخذ منه مثلياً، كما إذا غصب زيتونا، ثم عصره زيتاً، ثم تلف - قال العراقيون: ضمن مثل الزيت.

وفي «الحاوي»: أنه يضمن المثل وما نقص من قيمة الزيتون عنه. انتهى كلامه.
ومقتضاه: أن العراقيين لم يوجبوا الأرش مع المثل، وليس كذلك؛ بل صرحوا بوجوبه، قال البندنجي
[فيما] إذا غصب نخلة، فأطلعت، وجف رطبها وتلف - إنه يجب المثل وأرش ما نقص من الرطب.
وكذا ذكره المحاملي في «المجموع»، وسليم الرازي في «المجرد»، وابن الصباغ في «الشامل»،
والماوردي على ما نقله في الكتاب. نعم، أوجب القاضي أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق المثل،
ولم يتعرضا للزيادة. [أ و].

أظهرهما - في تعليق القاضي الحسين -: الأول.

وأصحهما: الثاني، مع أن غير الغاصب لو استعمله، ضَمِن الأجرة للمغضوب منه وجهًا واحدًا كما قاله الماوردي، وبنى المتولي الوجهين في عدم مؤاخذه الغاصب بالأجرة من حين الغرم على أن مأخذ تغريم القيمة ماذا؟

فمنهم من قال: وجبت بإزاء ما يفوته من الانتفاع بملكه دفعًا للضرر عنه.

ومنهم من قال: إنما وجبت للحيلولة عقوبة عليه على سبيل التغليظ، والوجهان جاريان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة هل تكون مضمونة على الغاصب؟

وفي أنه هل يلزمه مؤنة رده، وفي أن جناية الآبق هل يتعلق ضمانها بالغاصب؟

وهكذا الحكم عند^(١) الشيخ أبي محمد^(٢) [لو غيب]^(٣) الغاصب العبد المغضوب إلى مكان بعيد وعسر رده.

ومنهم من قطع بوجوب الأجرة وثبوت سائر الأحكام في هذه الصورة؛ وعلى ذلك جرى في الوسيط والقاضي الحسين.

والفرق: أن من غيبه باختياره باق في يده وتصرفه فلا تنقطع علائق الضمان بخلاف الآبق، وليس للغاصب إجبار المالك على أخذ القيمة بحال؛ لأنها ليست حقًا ثابتًا في الذمة حتى يجبر على قبوله، و^(٤) الإبراء منه، بل لو أبرأه المالك عنها لم ينفذ.

وعن بعض الأصحاب: تنزيلها منزلة الحقوق المستقرة.

قال: فإن عاد رده^(٥) أي وجوبًا؛ لأنه لا يصح تملكه بالبيع؛ فلا يصح بالتضمنين؛ كالتالف.

قال: واسترجع^(٦) البديل أي: إن كان باقياً لزوال الحيلولة التي كانت سبب التمليك.

قال الشيخ في المهذب: ويسترجعه مع زوائده المتصلة دون زوائده المنفصلة؛

(٤) في أ، ج: أو.

(٥) في التنبيه: فإذا عاد رد.

(٦) في أ: يسترجع.

(١) في أ: عن.

(٢) في أ: حامد.

(٣) في أ: فيما لو غصب، ود: فيما لو غيب.

كالولد، واللبن، وهو في ذلك موافق لابن الصباغ، والقاضي أبي الطيب، وفي ذلك نظر؛ فإن البديل المراد به القيمة؛ كما صرح به في المهدب والشامل، والقيمة إنما تؤخذ نقدًا، والنقد لا زوائد له.

وطريق الجواب عنه: أن يكون المالك قد اعتاض عن القيمة شاة مثلاً فإن عند القاضي أبي الطيب إذا استبدل من له ثمن في ذمة شخص [عنه] ^(١) عينًا ثم رد المبيع بعب ^(٢) - أن له أن يسترجع العين؛ كما حكيناه في باب المصراة. ووزانه أن ^(٣) يسترجع [الشاة] ^(٤) هاهنا، وعلى ذلك [يحمل] ^(٥) ما قالوه، وبه صور الروياني المسألة في «البحر».

فرع: إذا كان النقد ^(٦) المأخوذ بدلًا باقياً هل يجب رده بعينه ^(٧) أم لا؟ تردد فيه الشيخ أبو محمد، وهو نظير خلاف حكيناه في البيع عند الرد بالعب، ولا خلاف في أن البديل إذا كان تالفاً وجب رد بدله ولم يختلف الأصحاب [في] ^(٨) أن ملك المغصوب منه لا يستقر على أخذ البديل في صورة إباق العبد ونحوها؛ بخلاف ما إذا أخذه لإعواز المثل، أو للظفر بالغاصب ^(٩) في غير بلد الغصب، [ولم يوجب دفع المثل؛ لاختلاف قيمته، أو كان المغصوب عبداً وهو باق في بلد الغصب] ^(١٠) ثم وجد المثل أو عاد إلى بلد الغصب؛ فإن القيمة تستقر على ملك المالك، وليس له ردها والمطالبة [بالمثل أو العبد] ^(١١) كما جزم به الماوردي، والذي حكاه القاضي أبو الطيب فيما إذا ظفر به بغير بلد الغصب وكان المغصوب مثلياً - أن للمالك مطالبته بقيمة المغصوب ببلد الغصب، ثم إذا عاد إلى بلد الغصب تسلم المغصوب منه المغصوب وزال ملكه عن القيمة، وردها إلى الغاصب، ومقتضى هذا طرده في [باقي] ^(١٢) الصور ^(١٣).

(١) سقط في ج.

(٢) في ج: أنه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في د: بعينه.

(٥) في أ، ج: للغاصب.

(٦) في أ، د: بالملك والعبد.

(٧) في أ، د: بالملك والعبد.

(٨) قوله: والذي حكاه القاضي أبو الطيب فيما إذا ظفر به بغير بلد الغصب، وكان المغصوب مثلياً - أن للمالك مطالبته بقيمة المغصوب ببلد الغصب، ثم إذا عاد إلى بلد الغصب يسلم المغصوب منه المغصوب، وزال ملكه عن القيمة، وردها إلى الغاصب، ومقتضى هذا: طرده في =

(٩) سقط في ج.

(١٠) سقط في ج.

(١١) سقط في أ.

(١٢) سقط في ج.

وقد حكى الإمام الوجهين فيما إذا أخذ القيمة لإعواز المثل، أو^(١) للظفر به في غير بلد الغصب، ووافق في الوسيط القاضي أبا الطيب فيما حكاها، وحكى الوجهين فيما إذا أخذ القيمة عند إعواز المثل.

قال الرافعي: وهذا لا وجه له، بل الخلاف في المسألتين واحد باتفاق الناقلين. فرع: هل للغاصب حبس المغضوب إلى أن يسترد القيمة؟ جزم في الوجيز بأن له ذلك.

وحكى في الوسيط ذلك عن القاضي، وأنه أسنده إلى نص الشافعي في [غير^(٢)] المختصر، وقد رأيت في تعليقه، وطرده فيما إذا اشترى [شراء فاسدًا]^(٣) أن له حبس المبيع إلى أن يرد الثمن [عليه]^(٤) ثم قال الغزالي: وفيما ذكره^(٥) احتمال ظاهر.

قلت:- وقد قدمت في البيع: أن المذهب عدم [ثبوت حق]^(٦) الحبس للمشتري [في البيع الفاسد؛ كما نص عليه ابن سريج. قال الرافعي: ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه]^(٧) واختار الإمام المنع في صورتين.

فرع: إذا أعتق المالك العبد الذي أبق من يد الغاصب بعد أخذ القيمة للحيلولة؛ رجع الغاصب بها على المالك، ولو كان المغضوب الذي أبق أم ولد المالك فأعتقها بعد أخذ القيمة، أو مات فكذلك الحكم. وحكى المتولي في [مسألة الموت]^(٨) عن أبي عاصم [العبادي]^(٩) [وجهاً]^(١٠) أنه لا يرجع.

باقي الصور. انتهى كلامه.

وأشار بـ «باقي الصور» إلى الصورتين المتقدم ذكرهما: إحداهما: إذا تلف المغضوب، فأخذ القيمة لإعواز المثل، والثانية: أن يوجد، لكن ظفر بالغاصب في بلد آخر، وكان في النقل إليها مؤنة. إذا علمت ذلك علمت أن ما حاوله من التخريج غير مستقيم؛ لأن مقالة القاضي فيما إذا كان المغضوب باقياً، ولا يلزم من زوال الملك هناك زواله فيما إذا تلف. [أ و].

- | | |
|-----------------|--------------------|
| (١) في أ: و. | (٢) سقط في أ، ج. |
| (٣) سقط في أ. | (٤) سقط في ج. |
| (٥) في ج: قاله. | (٦) في أ: حق ثبوت. |
| (٧) سقط في د. | (٨) سقط في د. |
| (٩) سقط في أ. | (١٠) سقط في أ، ج. |

فرع: لو كان موضع العبد معروفًا أُخِذَ الغاصب برده، وإن غرم أضعاف ثمنه، فلو استأجر على رده أجنيًا جاز، ولو استأجر مالكة فوجهان في الحاوي^(١) وإذا أخذ المالك [القيمة]^(٢) في هذه الحالة قهرًا.

قال الماوردي: ملكها ملكًا مستقرًا، وملك الغاصب العبد ملكًا مراعى [ليتملكه بعد]^(٣) القدرة عليه إن شاء، أو يتوصل [به]^(٤) إلى أخذ ما أجبر على دفعه من القيمة إن شاء؛ لأن الإيجاب يمنع من استقرار الملك بالإعراض، وإذا قدر على العبد المغصوب، فهو حينئذ بالخيار بين أن يتملكه عن^(٥) اختيار المغصوب منه، فإن اختار رده ورضي بذلك المغصوب منه - جاز، ولا يستحق عليه أجرة ما مضى، وإلا بيع، فإن كان ثمنه قدر القيمة المأخوذة؛ أخذه الغاصب، وإن زاد عليها كان الفاضل للمغصوب منه، وإن نقص فلا شيء له غيره.

قال: وإن نقص من عينه شيء بأن تلف بعضه أو حدث^(٦) فيه ما ينقص قيمة المغصوب^(٧)؛ بأن كان مائعًا فأغلاه أو فحلا فأنزاه على بهيمة فنقصت قيمته ضمن أرش ما نقص؛ كما يضمن القيمة عند التلف، ويضمن الأرش بأكثر الأمرين أيضًا؛ لما ذكرناه، وهكذا الحكم [أيضًا]^(٨) فيما لو كان ثوبًا فنشره فنقص بسبب النشر، أو حيوانًا فذبحه أو حنطة فطحنها، أو سمسمًا فجعله شيرجًا ونحو ذلك؛ بالقياس على ما لو كان عبدًا فقطع يده، أو حمارًا فقطع أذنه. وفي الحاوي في مسألة السمسم: أن المغصوب منه يستحق المطالبة بالمثل؛ لأنه أشبه بالمغصوب من أجزائه.

(١) قوله: فلو استأجر على رد المغصوب أجنيًا جاز، ولو استأجر مالكة فوجهان في «الحاوي». انتهى كلامه.

واعلم أن صاحب «الحاوي» إنما فرض الوجهين في استئجار المالك على المطالبة به، ولا يلزم من جواز استجاره على المطالبة جواز استجاره على الرد؛ فإنه إذا قبض المغصوب ليرده فقد وصل إلى يده، وحصل القبض. [أ.و.]

(٢) سقط في أ، ج.
(٣) في أ: لتملكه يوم.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج، د: من غير.
(٦) في أ: أحدث.
(٧) في أ: نقص قيمته، وفي التنبيه: نقص به قيمته.
(٨) سقط في أ، د.

وفي المذهب حكاية مثله في الدقيق.

تنبيه: قول الشيخ: ضمن أرش ما نقص يعرفك أن مراده بتلف البعض [تلف]^(١) جزء غير مثلي، فإنه لو كان التالف جزءًا مثليًا لما ضمنه [بأرش النقص؛ كما إذا كان زيتًا أو دهنًا أو عصيرًا فأغلاه فنقص وزنه فإنه يضمن مثل ما نقص]^(٢) سواء كانت قيمته بعد الغلي مثل ما كانت قبله أو أنقص.

وعن [ابن سريج: أنه لا يضمن ما نقص من العصير إذا لم تنقص^(٣) القيمة فإن الفئات المائية بخلاف الزيت وهو اختيار الشيخ أبي حامد والرويانى.

وروي عن صاحب التقريب: أنه صار في الزيت والدهن إلى ما صار إليه^(٤) ابن سريج في العصير، والأصح الأول، والخلاف المذكور في إغلاء العصير يجري فيما إذا صار خلا أو^(٥) انتقصت عينه دون قيمته، وكذا إذا صار الرطب تمرًا.

فرع: إذا نقص الإغلاء للعين والقيمة ضمن [مثل]^(٦) الذاهب بالإغلاء إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر فيلزمه مع مثل الذاهب أرش^(٧) نقصان الباقي^(٨). قال: وإن تلف بعضه ونقص قيمة الباقي مثل أن يغصب زوجي خف قيمتهما عشرة [دراهم]^(٩) فضاع أحدهما وصار قيمة الثاني^(١٠) درهمين لزمه قيمة التالف، وأرش ما نقص وهو ثمانية.

أما [قيمة التالف]^(١١) فلتلغه تحت يده.

وأما أرش ما نقص، فلأنه حصل بالتفريق الحاصل في يده، فأشبهه نقص قيمة المائع بالإغلاء، ونقص الثوب بقطع بعضه وتلفه، وهذا ما جزم به الرافي.

قال: وقيل: يلزمه درهمان؛ لأنه لم يتلف في يد الغاصب إلا ما قيمته درهمان، وهذا الوجه لم أقف عليه في هذه المسألة في شيء مما وقفت عليه من^(١٢) كتب المذهب، لكن كلام الأئمة في الطريقتين يقتضيه، فإنهم حكوا فيما

(٧) زاد في ج: النقصان الثاني.

(٨) في أ: الثاني.

(٩) سقط في ج، د.

(١٠) في التنبيه: الباقي.

(١١) في أ: قيمته.

(١٢) في أ: في.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في د.

(٣) زاد في ج: له.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ج: و.

(٦) سقط في أ.

إذا غصب واحداً من خفين قيمتهما عشرة فاستهلكه أو أتلفه ابتداء من غير غصب، وقيمة كل واحد منهما عند انفراده درهمان [أن فيما يلزم الوجهين المذكورين في الكتاب:

أحدهما: يلزمه ثمانية: درهمان]^(١) قيمة الذي أتلفه، وستة ضمان النقص بالانفرد؛ لأنها جناية منه.

والثاني: لا يضمن إلا درهمن وهما قيمة ما تفرد^(٢) باستهلاكه؛ فإذا كانت الزيادة الحاصلة [في المتلف]^(٣) بسبب الانضمام وهي ثلاثة لا يضمن إذا فاتت بالغصب والإتلاف المضمن [الزائد من القيمة]^(٤) بسبب ارتفاع الأسواق لم يظهر فرق بين أن يكون الآخر غير مغصوب أو مغصوباً وقد رده؛ لأن الإتلاف مع الغصب إذا كان لا يضمنها، فالغصب وحده مع الرد أولى، وقد حكى البندنجي وصاحب الحلبة والتتمة في مسألة الكتاب وجهاً؛ أنه يضمن خمسة، وهو القياس؛ لأن الزيادة قد استقرت [بالتلف]^(٥) فضمنها؛ كارتفاع السوق^(٦).

وقياس هذا أن يطردوه^(٧) في المسألة المستشهد بها، وقد حكاه فيها المراوزة أيضاً، ورجحه الإمام، والبغوي، وكذا القفال على ما حكاه في البحر، وقاسه على ما إذا كان عبد بين اثنين قيمته مائة دينار فأعتق أحدهما نصيبه^(٨) وهو موسر؛ فإنه لا يضمن خمسين ولكنه يضمن قيمة نصفه إذا بيع منفرداً^(٩)، والذي رجحه الشيخ أبو حامد والشيخ في المهذب ضمان الثمانية، وهو الذي اختاره في البحر، والقاضي أبو الطيب في شرح الفروع، ونسبه إلى أبي العباس - يعني ابن القاص - كما صرح^(١٠) [به]^(١١) غيره في شرح الفروع وقد تحصل^(١٢) في كل من المسألتين ثلاثة أوجه ولا خلاف [في]^(١٣) أنه لو سرق فرد خفٍ منهما^(١٤) لم يجب عليه القطع.

(١) سقط في د. في أ، د: نصفه.

(٢) في أ: انفرد.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ما زاد، وفي ج: ما زاد من القيمة.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: الأسواق.

(٧) في ج، د: يطرده.

(٨) في أ: قيمتهما.

(٩) في أ: متفرقا.

(١٠) في د: قاله.

(١١) سقط في د.

(١٢) في أ: حصل.

(١٣) سقط في ج.

(١٤) في أ: قيمتهما.

وحكى المتولي عن بعض أصحابنا^(١): أنه قال فيما إذا شق الثوب وتلف [نصفه]^(٢) ونقصت قيمة النصف الباقي بالشق^(٣) أن الحكم كما ذكرناه في مسألة الخف، والجمهور على تضمينه النقص في هذه الحالة.

تنبيه: قوله زوجي خف: يعني فردتين، يقال: عندي فردا خف، وزوجا نعال، وزوجا حمام لذكر وأنثى، وكذا كل فردتين لا يصلح أحدهما إلا بالآخر.

قال: وإن كان عبداً فقطع يده لزمه [أكثر الأمرين]^(٤) من أرش النقص^(٥) أو نصف القيمة^(٦) أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين قطع اليد؛ لأنه قد وجد سبب ضمانهما وهو اليد والجنابة؛ فوجب [أكثرهما]^(٧) مثال ذلك: إذا كانت قيمة العبد مائة ثم بلغت مائتين وقطعت يده، فإن كانت قيمته بعد القطع مائة وخمسين ضمن المائة^(٨)؛ لأن اليد تضمن بنصف الدية من الحر فضمنت من العبد بنصف القيمة، وإن كانت قيمته بعد القطع خمسين؛ ضمن مائة وخمسين؛ لأن هذا النقص حصل في يده بسبب جنابته.

وقيل: لا يضمن إلا نصف القيمة بأكثر الأمرين؛ لأن ما ضمن^(٩) يبدل مقدر في الإتلاف ضمن في الغصب به؛ كالنفس، وهذا تفريع على الجديد في أن جراح العبد من قيمته؛ كجراح الحر من ديبته.

أما إذا كان^(١٠) الواجب فيه أرش ما نقص فهو الواجب هنا أيضاً. ومحل المطالبة بالقيمة إذا اندمل الجرح، أما إذا لم يندمل ففي جواز المطالبة بأرش اليد قولان يأتيان إن شاء الله.

ولو سقطت يد العبد بأفة سماوية ضمن الأرش ولا يضمن المقدر^(١١)؛ لأن التقدير من خاصية الجنابة، وهذا ما جزم به البندنجي وصححه الغزالي وجعله الشيخ في المذهب المذهب، وحكى عن بعض أصحابنا أنه يرد معه ما يجب

- | | |
|-----------------------------|-------------------------|
| (١) في أ: الأصحاب. | (٧) سقط في أ. |
| (٢) في أ، د: أحد نصفه. | (٨) في ج، د: مائة. |
| (٣) في ج: بالنصف. | (٩) في ج: يضمن. |
| (٤) في د: الأكثر. | (١٠) زاد في أ، د: قلنا. |
| (٥) في أ، والتنبيه: ما نقص. | (١١) في د: التقدير. |
| (٦) في أ، والتنبيه: قيمته. | |

بالجناية، ولو ذهبت يد العبد بجناية أجنبي [وجب] (١) على [العبد] (٢) الجاني نصف القيمة بسبب القطع، وعلى الغاصب أكثر الأمرين.

وفي الوسيط حكاية وجه (٣) فيما إذا زاد (٤) نصف القيمة على ما نقص من القيمة: أن الغاصب لا يطالب بالزائد، وألحق الرافعي قطع اليد بسبب سرقة في يد الغاصب، أو جناية؛ بسقوطها بالآفة السماوية، وسوى في ذلك بين أن يكون القطع في يد الغاصب أو بعد استرداد العبد، ولو قطعت يده في يد الغاصب بسرقة في يد المالك، أو جناية ففي وجوب ضمانها على (٥) الغاصب وجهان، كما لو اشترى عبداً سارقاً فقطع في يده، فإن ضَمَّئَهُ فهل يكون كما إذا سقطت بآفة سماوية؛ لأنه تلف بلا بدل أو بإتلاف أجنبي؛ لأنه حصل بالاختيار؟ فيه تردد، والذي اختاره في المرشد ضمان النقص.

فرع: لو جنى العبد في يد الغاصب جناية تتعلق برقبته، فذاه الغاصب بأرث الجناية في قول، وبأكثر الأمرين من أرث الجناية أو القيمة في قول (٦)؛ كما حكاه (٧) الإمام ومن تابعه، والذي حكاه المتولي الثاني، وكذلك البندنجي.

ولو مات العبد قبل الفداء أخذ المالك قيمته من الغاصب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، وإن كانت حين التلف أكثر - تتعلق حق المجني عليه بجميعها ورجع المالك على الغاصب بقدر ما أخذه المجني عليه منها إن كان الأرش دونها.

وإن كانت قيمته يوم الغصب أكثر؛ مثل: إن كانت مائتين ويوم الجناية مائة؛ فلا يتعلق حق المجني عليه إلا بمائة منها، والحكم كما تقدم.

وحكى الشيخ أبو علي وجهاً: أن ما يأخذه المالك من الغاصب لا يملك

(٢) سقط في ج.

(٤) في ج: رد.

(١) سقط في ج.

(٣) في ج: وجهين.

(٥) في أ، ج: في.

(٦) قوله: فرع: لو جنى العبد في يد الغاصب جناية تتعلق برقبة العبد؛ فذاه الغاصب بأرث الجناية

في قول، وبأكثر الأمرين من أرث الجناية أو القيمة في قول... إلى آخره.

وما ادعاه في القول الثاني من أن الفداء بالأكثر، غلطٌ مخالف لما ذكره الأصحاب كافة؛ بل صوابه:

أقل الأمرين. [أ و].

(٧) في ج: حكى.

المجني عليه المطالبة به، ويطالب الغاصب بمثله إن تعلق به حقه أو بما دونه، ولا خلاف في أنه لو سرق في يد المالك، ثم قُطع بعد الرد إليه؛ لا يجب على الغاصب شيء.

قال: وإن أحدث فيه فعلاً نقص به وخيف عليه الفساد في الباقي^(١): بأن كان حنطة فبلها، أو زيتا فخلطه بالماء وخيف عليه الفساد استحق عليه مثل طعامه وزيته؛ لأن فساده يتزايد إلى أن يتلف فصار^(٢) كالمستهلك، وهذا ما نص عليه في الأم، وهو الأظهر في طريق العراق، وجعله البندنجي المذهب.

قال: - وقيل فيه قولان:

أحدهما: - هذا.

والثاني: [أنه]^(٣) يأخذه وأرش ما نقص؛ لأنه وجد عين ماله فرجع إليه؛ كالشاة إذا ذبحت، والثوب إذا مزق^(٤) وهذا ما حكاه الربيع. وقال الغزالي: إنه مخرج.

وحكى الرافعي عن^(٥) البندنجي حكاية قول عن^(٦) أبي إسحاق أن الغاصب يتخير بين أن يمسكه ويغرم بدله، وبين أن يرده مع أرش النقصان، والمذكور في الوسيط حكاية عن الشافعي: أن المالك بالخيار بين أن يأخذ بدله وبين أن يأخذه مع أرش النقص.

وعند^(٧) الشيخ أبي خلف السلمي^(٨) شارح «المفتاح» عن هذا القول، بأن المالك إن شاء ضمن الغاصب ما نقص الآن، ولا شيء له في زيادة تحصل من بعد، وإن شاء تركه له^(٩) وطالبه بجميع البدل، وهذا ما حكاه الماوردي عن أبي إسحاق، وابن أبي هريرة، وقد تحصل في المسألة أربعة أقوال^(١٠).

(١) في التنبيه: الثاني.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ج، د: عند.

(٤) في ج، د: وعند.

(٥) هو: محمد بن عبد الملك بن خلف، أبو خلف السلمي الطبري، أخذ عن القفال وأبي منصور

البغدادي، من تصانيفه: شرح المفتاح، والمعين وغير ذلك، توفي سنة سبعين وأربعمائة.

ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة (٢٥٨/١)، وطبقات السبكي (١٧٩/٤).

(٦) في ج، د: إليه.

(٧) في ج، د: أوجه.

التفريع:

إن قلنا بالأول: فلمن يكون المغصوب؛ هل للمغصوب منه، أو للغاصب؟ فيه وجهان في التتمة.

وإن قلنا بالثاني: فكلما نقص المغصوب أخذ المالك^(١) أرشه، هكذا حكاه القاضي أبو الطيب، والبنديجي في مسألة غصب العسل والسمن والدقيق، وجعله عسيده وخيف فساده، وظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا يغرم له بعد ذلك شيئاً كما حكيناه عن شارح المفتاح في تصوير القول الرابع، وهو قضية كلام الرافعي؛ فإنه قال: يغرمه أرش عيب سار.

وحكي عن المتولي أن الحاكم إذا رأى تسليم جميع الأرش إليه فعل، وإذا رأى أن يسلم إليه أرش النقص المتحقق^(٢) في الحال ويوقف الزيادة إلى التحقق فعل، ثم قال [الرافعي]^(٣) وفي هذا توقّف^(٤)؛ لأن المعقول من [أرش العيب الساري]^(٥) أرش العيب الذي شأنه السراية، وأنه حاصل في الحال.

أما المتولد منه فيجب قطع النظر عنه؛ إذ الكلام في النقصان الذي لا تقف^(٦) سرايته إلى الهلاك، فلو نظرنا إلى المتولد منه لا نجرّ ذلك إلى وجوب القيمة، وهو عود إلى القول الأول أي التخيير، ولو كان للنقص غاية ينتهي إليها، لكنه لم ينته إليها بعد، قال الماوردي: فليس له إبدال الزيت بغيره، ومنتظر حدوث نقصانه فيرجع به، فإن تلف المغصوب قبل انتهاء نقصانه؛ فهل يرجع بما كان ينتهي إليه من نقص^(٧) أم لا؟ فيه وجهان مخرجان من القولين فيمن [إذا]^(٨) قلع سن صبي لم يثغر ومات قبل أن يثغر.

ولو^(٩) باع المغصوب منه المغصوب قبل أن ينتهي إلى حالة النقص، فإن علم به المشتري فللمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بنقصه؛ لأنه عاوض عليه ناقصاً، وإن لم يعلم المشتري به ولم يردّه، كان في رجوع المغصوب منه على

(٦) في أ: تجب.

(٧) في أ: بعد.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ، ج: وإن.

(١) في أ: الغاصب.

(٢) في أ: المحقق.

(٣) سقط في أ، ج.

(٤) في ج، د: نظر يوقف.

(٥) سقط في أ.

الغاصب بأرش نقصه وجهان: -

وجه المنع: أنه بالمعوضة عليه سليماً قد وصل^(١) إليه من جهة المشتري حقه، فصار بمثابة ما لم يحدث به نقص، وحكم العفن السارى من غير تلك كما حكاه الشيخ أبو حامد عن الشافعي - حكم البلل، وهو ظاهر لفظ المختصر، وفيه تكلم الإمام، وكذلك الماوردي، وألحق به الحنطة إذا ساست أو دادت بالدود.

وقال القاضي أبو الطيب يجب في العفن رد العين، وما نقص قولاً واحداً؛ لأنه ليس من فعله فلا يضمن ما يتولد منه بخلاف البلل، واختاره في المرشد وصححه ابن الصباغ.

ثم قال: فإن قيل: فالعفن مضمون عليه؛ لوجوده في يده، وإن لم يكن [من]^(٢) فعله فكان ما تولد^(٣) منه يتولد في^(٤) الضمان؛ ألا ترى أنه لو ابتل بماء المطر أو بله غيره كما لو أتلفه بنفسه.

فالجواب عندي: أن يقال: أن النقص الذي حصل بالبلل إذا زاد وكثر، فإنما حصل متولداً منه، وأما العفن فإنما يزيد ببقائه ومكثه في يده كما أن الأول حصل بذلك، وبعضه يولد بعضاً.

ومرض العبد المغصوب إذا كان سارياً؛ مثل السل والاستسقاء تردد الشيخ أبو محمد في إلحاقه بالعفن الساري، ولم يرض الإمام ذلك؛ فإن المرض الميثوس منه قد يبرأ، والعفن المفروض في الحنطة يفضي إلى الفساد [لا محالة]^(٥).

قال: - وإن كان له منفعة أي تستوفى بعقد الإجارة ضمن [أجرته]^(٦) للمدة التي أقام في يده أي وإن لم يستوفها؛ لأن ما ضمن [بالمسمى]^(٧) في العقد الصحيح [و]^(٨) بالبدل في الفاسد ضمن [من]^(٩) غير عقد بالغصب؛ كالأعيان.

نعم^(١٠) إذا استوفها فنقصت قيمة الثوب بسبب الاستيفاء، فهل يضمن أرش

- | | |
|---------------------|---------------------|
| (١) في أ، ج: فضل. | (٦) سقط في أ. |
| (٢) سقط في أ. | (٧) سقط في أ. |
| (٣) في أ، ج: يتولد. | (٨) سقط في أ. |
| (٤) في أ: من. | (٩) سقط في د. |
| (٥) سقط في أ. | (١٠) زاد في د: أرش. |

النقص مع الأجرة؟ أو يضمن أكثرهما لا غير؟ فيه وجهان:
 ظاهر النص منهما كما حكاه القاضي أبو الطيب؛ الأول، وهو الذي صححه
 الرافعي قياساً على ما لو حصل النقص بسبب آخر، والذي حكاه المزني على ما
 نقله المتولي: الثاني، وهو الذي [حكاه]^(١) في المرشد؛ لأن فيه جبراً للحقين؛ فلا
 يقابل مضمون بضمانيين، ومقتضى هذا أن يجب عند عدم الاستيفاء أجرة استعمال
 لا تنقص من العين شيئاً وهي أقل^(٢) من أجرة استعمال تنقص من العين، ولو
 كان للمغصوب منافع ضمن أغلاها أجرة، ولا يجب أجرة الكل.
 فرع: إذا كانت الأجرة في مدة الغصب متفاوتة فبم يضمن؟ فيه ثلاثة أوجه
 حكاها القاضي أبو سعد: أضعفها: أنها [تضمن]^(٣) بالأكثر في جميع المدة
 [أيضاً]^(٤).

وأظهرها: أنها تضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه.
 والثالث: أن الأمر كذلك إن كانت الأجرة في أول المدة أقل، وإن كانت في
 الأول أكثر ضمنها بالأكثر في جميع المدة؛ لأنه لو كان المال في يده فربما أجره
 بها في جميع المدة^(٥).

(١) سقط في د. (٢) في أ: أولى.

(٣) سقط في ج، د. (٤) سقط في ج، د.

(٥) قوله: فرع: إذا كانت الأجرة في مدة الغصب متفاوتة فبم يضمن؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها القاضي أبو سعد، أضعفها: أنه بالأكثر في جميع المدة.

وأظهرها: أنه يضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه.

والثالث: أن الأمر كذلك إن كانت الأجرة في أول المدة أقل، وإن كانت في أول المدة أكثر ضمنها
 بالأكثر في جميع المدة؛ لأنه لو كان المال في يده فربما أجره بها في جميع المدة. انتهى كلامه.

وحاصله: أن المسألة منقولة، وأن الأصحاب مختلفون فيها على ثلاثة أوجه، وأن الهروي نقلها
 عنهم، وليس كذلك؛ بل صرح الهروي بأن المسألة ليست منقولة، وبأن الثلاثة المذكورة إنما هي

تقسيمات لما يمكن الذهاب إليه، غير أنه عبر عنها بالأوجه؛ فإنه ذكر هذه المسألة في كتاب
 «الإشراف» بعد أوله بدون كراس، فقال ما نصه: ومنافع المغصوب عنده مضمونة على

الغاصب، بخلاف قول أبي حنيفة، والاعتبار في ضمانها - وهو أجر المثل - بماذا؟ لم يتعرض
 أصحابنا لهذه المسألة، والقياس أن يقال: إن اختلف السعر في مدة الاغتصاب، وكان غلاء

السعر في النصف الأول من المدة، والرخص في النصف الثاني، وصورته في النصف الأول
 أجرة المثل درهمان، وفي النصف الثاني: أجرة المثل درهم - فعليه ثلاثة دراهم. وذكر المصنف

- يعني: أبا عاصم العبادي - في «أدب القضاء» أن الاعتبار بيوم الأخذ؛ فإن فسر الأخذ باستيفاء
 المنافع فهو ما بينا، وإن فسر الأخذ بقبض العين فيمكن تصحيحه، وهو أن يقال: إذا كان الغلاء =

فرع: إذا غصب قميصًا قيمته عشرة؛ فأبلاه بالاستعمال إلى أن عاد إلى خمسة، ثم زاد السعر فعادت القيمة إلى عشرة.

قال ابن الحداد: يقوم ملبوسًا في [هذا الوقت]^(١) وغير ملبوس، ويلزمه ما بين القيمتين وهو عشرة في هذه الحالة.

قال القاضي أبو الطيب، وغيره: هذا ليس بصحيح، وإنما يلزمه مع رده خمسة، وهو الذي نقص باللبس؛ لأن زيادة السعر بعد [التلف]^(٢) لا اعتبار به.

قال^(٣): وإن كانت جارية فوطئها مكرهة ضمن مهرها؛ لأنه أتلف منفعة متقومة بعدوان، وهو من أهل وجوب ضمانه فشاها ما لو قطع يدها، ولأن منفعة البضع تضمن بالعقد الفاسد فضمنت بالإتلاف على وجه التعدي؛ كالأعيان^(٤) بل^(٥) أولى؛ لأن المنكوحه نكاحًا فاسدًا عاصية، وهذه ليست بعاصية، والمنكوحه ممكنة والمغصوبة مستكرهه، وهكذا الحكم فيما لو طأعته جاهلة بالتحريم، مع كونها قريبة عهد بالإسلام وقد نشأت في برية^(٦).

وحكى الطبري أن الصبية التي لا تشتهى مثلها إذا زنا بها؛ لا يضمن مهرها، ويضمن أرش بكارتها إن أزالها، وعلى الأول إن كانت ثيبًا، فالواجب مهر [ثيب]^(٧)، وإن كانت بكرًا ففي الرافعي حكاية وجهين:

أحدهما: أن الواجب مهر ثيب وأرش البكارة، وادعى أنه المرجح وهو الذي أورده الغزالي في باب الديات، وينسب إلى النص.

والثاني: مهر بكر، والذي جزم به القاضي أبو الطيب أنه يجب^(٨) مهر بكر

= في الشطر الأول من المدة، والرخص في الشطر الثاني - يقوم بسعر الشطر الأول من المدة؛ لأن توقع الموجود في منافع الشطر الثاني من المدة يسد مسد نفس الوجود؛ ولهذا المعنى انعقدت الإجارة على جميع منافع المدة؛ فيمكن أن يقال: لولا الغصب الحاصل لعقد المالك على جميع منافع المدة في وقت الغلاء. ثم قال: وأما إذا كان الرخص في الشطر الأول من المدة، والغلاء في الثاني - فلا يمكن تغليب أحدهما، إلا أن يظن ظان ضنا ضعيفًا فيغلب الأخير. ثم قال: وهذا أضعف الوجوه الممكنة. هذا لفظه؛ فعلم بذلك أنه أراد التقسيم الممكن؛ فإن الأخير لا يمكن القول به، وأن الثاني يمكن أن يقال به، وأن الأول هو القياس. [أ و].

- (١) في ج: هذه. ثم يياض.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) في ج: قلت.
 (٤) في ج: كالإعتاق.
 (٥) في ج: و.
 (٦) في أ: بادية.
 (٧) سقط في أ.
 (٨) زاد في أ: فيه.

وأرشد البكارة، كما ذكره الشيخ في البيع الفاسد؛ لوجوبهما بسببين مختلفين، ونقله القاضي الحسين أيضًا.

وذكر أن الشافعي نص على مثله في نظير المسألة في عيون المسائل، ثم قال: والذى عندي أنه يجب مهر مثلها بكراً. قال الرافعي: [بناء] ^(١) على ما حكاه.

فإن قلت: هل يختلف المقدار بالاعتبارين أم لا؟ فإن اختلف وجب أن يقطع بوجوب الزائد؛ لأن بناء أمر الغاصب على التغليظ، وإن لم يختلف فلا فائدة للوجهين.

فالجواب أنه إن اختلف المقدار فالوجه ما ذكرته، وقد أشار إليه الإمام، وإن لم يختلف فللوجهين فوائد: منها: ما يظهر في المسألة التالية لهذه.

قال: وإن طواعته أي وعلمت بالتحريم لم يلزمه على ظاهر المذهب؛ لما روى مسلم عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ - نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغيّ وحلوان الكاهن ^(٢).

والبغيّ بالتشديد: المرأة الزانية.

قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ أُمَّكَ بَغِيًّا﴾ [مريم: ٢٨].

وحلوان الكاهن: ما يأخذه على تنجيمه وكهانته.

قال: وقيل يلزمه؛ لأن المهر حق للسيد ^(٣) فلا يسقط ببذل الأمة، وهذا قول ابن سريج كما حكاه الماوردي، ولا خلاف في أنه إن لم يطأها لا يلزمه المهر؛ لأن منفعته لا تدخل تحت اليد؛ ألا ترى أن السيد يملك تزويجها ولو دخلت تحت يده لما ملكه كما لا يملك إيجارها.

وأيضاً: فإن منفعة البضع تستحق استحقاق ارتفاع للحاجة، وسائر المنافع تستحق [استحقاق] ^(٤) ملك تام ^(٥)؛ ألا ترى أن من ملك [منفعة بالاستئجار] ^(٦) ملك نقلها إلى غيره بخلاف الزوج.

(١) سقط في أ.

(٢) تقدم.

(٣) في أ: السيد.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: بأمر.

(٦) في أ: منفعتها لاستئجار.

ولو وطئت الجارية المغصوبة في يد الغاصب فهل يضمن الغاصب المهر؟
الذي صرح به الماوردي والمتولي وغيرها عند الكلام فيما إذا وطئ المشتري
من الغاصب الجارية المغصوبة - وجوب الضمان.

وروى صاحب التقريب وجهًا: أنه لا يطالب؛ لأن منفعة البضع لم تدخل
تحت يده؛ بدليل عدم ضمانها دون إتلافها، وأشار الإمام إلى جريان الوجهين،
سواء قلنا: يرجع المشتري على الغاصب بالمهر أم لا.

وقال: [إذا قلنا بعدم الرجوع فظاهر القياس ألا يطالب وغيره محتمل] ^(١) وإذا
قلنا: بالرجوع؛ فالظاهر المطالبة لاستقرار الضمان عليه، ومثل هذا الخلاف جارٍ
فيما إذا وطئت بالشبهة.

فرع: لو اختلفا في الإكراه فمن القول قوله؟ فيه قولان في الحاوي وقال:
ويشبه أن يكونا مبنيين على اختلاف قوله فيما إذا اختلف رب الدابة وراكبها،
ورب الأرض وزارعها.

فرع: إذا تكرر منه الوطاء [فهل] ^(٢) يجب مهر واحد، أو مهران؟ فيه كلام
ستقف عليه في أواخر ^(٣) الصداق.

قال:- فإن زاد في يده، بأن سَمِنَ أو تعلم صنعة، أو ولدت الجارية ولدًا أي
حيًا، إما منه أو من غيره، بنكاح أو زنا، كما صرح به القاضي الحسين، قال:
ضمن ذلك كله أي عند زواله كما يضمن العين؛ لأنها زيادة حصلت في ملك
المغصوب منه، والغاصب مأمور بردها فضمنها؛ كالعين، فإذا كانت قيمته قبل
السمن وتعلم الصنعة مائة وبعدها ألفًا ثم هزل ونسي الصنعة [فعاد إلى مائة،
ردها] ^(٤) وتسعمائة، وهكذا الحكم فيما لو غصب [سمينا، أو عارفًا] ^(٥) بصنعة
قيمته ألف فرده بعد زوال السمن ونسيان الصنعة وقيمه مائة، ولو لم تنقص
قيمه ^(٦) بالهزال، بأن كان سمينًا مفردًا فلا يضمنه بخلاف ما لو خصي ^(٧) العبد
وزادت قيمته.

(٥) في ج: سمسما أو عاريًا.

(٦) في أ: القيمة.

(٧) في أ: غصب.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: آخر.

(٤) في أ، د: رده.

قال القاضي أبو الطيب، والمتولي: لأن الشرع قدر بدله فضمنه، والسمن لم يقدر بدله فكان المرجع^(١) فيه إلى ما ينقص [ولا نقص] ^(٢).

أما لو^(٣) وضعت الولد ميتًا فوجهان:

أحدهما: - وهو ظاهر النص [أنه يضمنه، ويحكى عن الأنماطي وأبي الطيب بن سلمة، [واختاره القفال] ^(٤).

والثاني: - لا، وهو الذي صححه الماوردي، وجعله الإمام المذهب، وبه قال ابن أبي هريرة، وأبو إسحاق وحملوا النص على ما إذا ألقته حيًا، ثم مات، ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتًا. وعلى ظاهر النص^(٥) نوجب قيمة الولد حالة الانفصال لو^(٦) كان حيًا، وخرَج الإمام وجهًا في ولد الجارية أنه يضمنه بعشر^(٧) قيمة الأم، ولا يخفى أن محل ما ذكرناه في الجارية إذا كان الواطئ عالمًا بالتحريم، أما إذا كان جاهلًا بتحريم الوطاء فلا شيء عليه بسبب الولد؛ لأنه ينعقد حرًا، والحر لا تثبت عليه اليد، وإنما يضمن بالحيلولة دون الوضع، ولا حيلولة بخلاف ما لو كان عالمًا؛ فإنه ينعقد مملوكًا: كذا فرق^(٨) به المحاملي.

وفي التهمة حكاية وجه: أنه يضمن في صورة الحمل، وقد ذكرت في آخر باب ما يجوز بيعه شيئًا يتعلق بهذا الموضوع، فليطلب منه.

فرع: لو غصب جارية مهزولة هزألاً حسنًا فسمنت في يده ونقصت قيمتها ردها.

قال الطبري: - ولا يجب عليه شيء؛ لأنه لم يحصل بها نقص في الخلقة، ولا من جهة العرف والعادة.

وقال: لو غصب جارية ناهدة الثديين فسقط ثدياها ونقصت قيمتها بذلك، أو غلامًا أمرد فالتحى في يده، ونقصت قيمته بذلك، كان عليه الأرش، ويلتحق بذلك بياض اللحية؛ كما ذكره ابن الصباغ.

- | | |
|--------------------|-----------------|
| (١) في أ: المرجوع. | (٥) سقط في د. |
| (٢) سقط في أ. | (٦) في أ: أو. |
| (٣) في د: إذا. | (٧) في د: بغير. |
| (٤) سقط في أ. | (٨) في أ: صرح. |

فرع: لو غصب بقرة فتبعها الفحل، أو غصب الهادي فتبعه القطيع؛ ضمّن الكل على أحد الوجهين في تعليق القاضي الحسين.

قال: - وإن سمن ثم هزل ثم سَمِن [ثم هزل]^(١) ضمن أرش السمنين؛ لأن الثاني غير الأول، فهو كزيادة جنس آخر.

وطريق التقويم على هذا: أن يقوم سمينًا، فإذا قيل: مائة - قَوْم مهزولًا [بالهزال الأول]^(٢)، فإذا قيل: خمسون [وجب خمسون]^(٣)، ثم يقوم بالسمن الثاني، فإذا قيل: مائة وخمسون قَوْم مهزولًا^(٤) فإذا قيل: خمسون - وجبت مائة، فيكمل للمغصوب منه مائة وخمسون.

قال: - وقيل: يضمن أكثرهما قيمة لأن النقصان الأول ذهب في^(٥) يده ثم زال من الوجه الذي ذهب فوجب ألا يضمنه^(٦)، كما لو أبق العبد ثم عاد وجنى على عين فابيضت ثم زال البياض، وهذا قول ابن أبي هريرة، فعلى هذا يضمن في مثالنا القيمة الثانية، ولو انعكس المثال كان الواجب عليه مائة أيضًا، لكن خمسون عن الأول؛ فإنه لم يتخير ما يقابله، وخمسون عن الثاني، والصحيح هو الأول وهو قول أبي سعيد الإصطخري؛ لأن السمن الثاني غير الأول وقد حصل في ملك المالك فلا يسقط ما وجب [عليه]^(٧) بالأول، وهو أيضًا قد زال فوجب ضمانه، وبه قطع صاحب التلخيص، وبنى القاضي أبو الطيب الخلاف على القولين فيما إذا قلع سن كبير فعاد، وضعف المتولي هذا البناء بأن عود سن الكبير نادر، وعود السمن غير نادر، وهو بعود سن الصغير أشبه، والوجهان يجريان فيما إذا نسي المغصوب الصنعة، ثم تذكرها، أو تعلمها، واختيار الشيخ أبي حامد عدم الانجبار^(٨)، ورأى ابن سريج مقابله.

ومنهم من قطع به، وقد اختاره القاضي أبو الطيب في شرح المولدات، وكذلك ابن الصباغ وصاحب المرشد.

والفرق: أن السمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لما كان، وتذكّر

- | | | | |
|-----|-----------|-----|----------------|
| (١) | سقط في د. | (٥) | في أ: من. |
| (٢) | سقط في أ. | (٦) | في أ: يضمن. |
| (٣) | سقط في أ. | (٧) | سقط في أ. |
| (٤) | سقط في ج. | (٨) | في أ: الإيجاب. |

الصنعة لا يعد في العرف شيئاً متجددًا، ويجريان أيضًا فيما لو كسر الحلبي أو الأواني [المغصوبين]^(١)، ثم أعاد تلك الصنعة المباحة.

فروع:

لو^(٢) زادت قيمة الجارية بتعليم الغناء ثم نسيته، نقل الروياني عن النص أنه لا يضمن التقصان؛ لأنه محرم.

وعن بعض الأصحاب: أنه يضمن؛ ولهذا لو قتل عبدًا مغنيًا [فإنه]^(٣) يغرم^(٤) تمام قيمته، ثم قال: وهو الاختيار.

وحكى في موضع آخر من الباب [الأول]^(٥) عن العراقيين، والثاني عن بعض الخراسانيين وقال: إن الأول أظهر.

قلت: وهو الأظهر ودعوى القائل الثاني أن العبد المغني إذا قُتل يضمن قيمته مغنيًا - ممنوع، بل قد جزم الإمام في كتاب النكاح متصلًا بباب الأمة تغر من نفسها أنه لو أتلف جارية مغنية لم يضمن إلا قيمة مثلها لو كانت لا تحسن الغناء، والله أعلم.

لو مرض العبد المغصوب ثم برئ وزال^(٦) [أثر]^(٧) المرض [ورده]^(٨) فلا شيء عليه بسبب ذلك؛ كما قاله ابن أبي هريرة.

وحكى الماوردي عن الإصطخري: أنه يضمن النقص الحاصل بالمرض ولا يسقط عنه بالبرء.

وقال: إنه الأشبه بأصول الشافعي، وما ذكرناه^(٩) يجري فيما لو رده مريضًا ثم برئ.

لو غصب شجرة فسقط ورقها، ثم أورقت، أو شاء^(١٠) فجزَّ صوفها، ثم نبت، يغرم الأول [قطعاً]^(١١) ولا ينجبر بالثاني، بخلاف ما لو سقط سن الجارية

(٧) سقط في أ.
 (٨) سقط في أ.
 (٩) في ج، د: ذكراه.
 (١٠) في أ: بهيمة.
 (١١) سقط في أ.

(١) سقط في ج.
 (٢) في أ: إذا.
 (٣) سقط في د.
 (٤) في أ: تلزمه.
 (٥) سقط في أ.
 (٦) في ج: فزال.

المغصوبة ثم نبت، أو تمعّط شعرها ثم نبت حيث يحصل به الجبر.
قال في التهذيب: لأن الورق والصوف متقومان فغرمهما، وسن^(١) الجارية
وشعرها غير متقومين^(٢)، وإنما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدتهما وقد زال.
تنبيه: هزل بضم الهاء وكسر الزاي؛ يقال: هزلت تهزل مثل علفت تلعف.
هزلاً بضم الهاء [وهى مهزولة]^(٣) وهزلتها هزلاً؛ كضربتها ضرباً.

قال: وإن خلط المغصوب بما لا يتميز؛ كالحنطة إذا خلطها بالحنطة والزيت
بالزيت، فإن كان مثله أي في القيمة لزمه مثل مكيّته منه، لأنه قادر على بعض
عين ماله عاجز عن البعض، فهو كمن غصب [منه]^(٤) صاعان فتلف أحدهما،
وهذا ما ذهب إليه [ابن سريج]^(٥)، وأبو إسحاق، وابن أبي هريرة، والمنصوص
أن للغاصب أن يدفع إليه من غيره، وهو الصحيح في تعليق القاضي أبي الطيب
كما ذكرناه في [باب الفليس]^(٦)، وادعى الإمام أن بعضهم جزم به، وهو ما اختاره
في المرشد،

ووجهه: أنه لا يقدر على رد العين؛ فجاز أن يدفع إليه مثلها كما لو هلكت،
والصحيح في ابن يونس وغيره الأول؛ لأن جعل مال الغاصب كالهالك أولى من
جعل مال المغصوب منه كذلك لتعديه، وقد امتنع ذلك فليمتنع الآخر من طريق
الأولى.

قال: وإن خلطه بأجود منه فهو بالخيار بين أن يدفع إليه^(٧) مكيّته^(٨) منه؛ أي
ويجبر المغصوب^(٩) منه على الأخذ؛ لأن بعضها عين [حقه، وبعضها خير مما
فات عليه]^(١٠).

قال: وبين أن يدفع إليه مثل ماله [لأن الخلط]^(١١) جعله كالتالف دليله أنه لو
انثالت^(١٢) صبرة طعام مبيعة على أخرى قبل القبض - حكم بانفساخ العقد كما
لو تلفت.

(٧) زاد في أ: مثل.

(٨) في التنبيه: مكيّة.

(٩) في أ: المأخوذ.

(١٠) في أ: ما فاته وبعضها على حقه.

(١١) في أ: لأنه.

(١٢) في ج: انهالت.

(١) في د: وبين.

(٢) في أ: متقوم.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: التفليس.

وإذا كان كالتالف وجب رد بدله، وهذا ظاهر النص، فعلى هذا يملك الغاصب المغصوب، وهو مخالف لأصول الشافعي.

قال: وقيل: يجبر على الدفع إليه منه؛ لأن اكتساب المغصوب صفة الجودة بالخلط لزيادة متصلة حصلت في يد الغاصب، وهي لا تمنع الرد فكذلك هاهنا^(١)، وهذا ما ادعى الإمام أن في كلام العراقيين رمزاً إليه، وأنه متجه، وفي المسألة قول آخر: أن المختلط يصير مشتركاً بينهما [بالنسبة، فإذا كانت قيمة المغصوب درهماً، وقيمة ما خلط [به]^(٢) درهمن - كان المخلوط^(٣) بينهما]^(٤) أثلاثاً، وهو مخرج من قول نص [عليه]^(٥) الشافعي في التفليس، في نظير المسألة مع قول آخر [موافق]^(٦) لما نص عليه هاهنا إلحاقاً للخلط بالصبغ، وبما لو اختلطا من غير فعل، وجعل الإمام والمتولي هذا القول أظهر، والأول هو الأظهر عند الأكثرين.

ومنهم من قطع به، وفرق بأنه إذا لم تثبت الشركة هناك لا يحصل للبائع تمام حقه^(٧)، بل يحتاج إلى المضاربة، وهاهنا يحصل للمالك تمام البديل، ثم على القول المخرج يباع المختلط^(٨)، ويقسم الثمن على نسبة الملكين؛ فإن جاء ما يخص المالك من الثمن [قدر]^(٩) حقه لم يبق [له]^(١٠) طلب، وإن كان أقل من حقه كان له بقيته^(١١) ودخل النقص على الغاصب.

قال مجلي، والشيخ في المهذب: لأنه نقص بفعله.

وقال الماوردي الأمر كذلك إلا أن يكون النقص لرخص^(١٢) السعر فلا يضمه، ولو أراد قسمة^(١٣) المخلوط على نسبة التقويم، فالظاهر أنه لا يجوز [وهو قول أبي إسحاق]^(١٤) لأنه يكون أخذاً لثلاثي^(١٥) صاع لجودته في مقابلة صاع، وهو ربا.

- (٩) سقط في أ.
 (١٠) سقط في ج.
 (١١) في ج: نفسه.
 (١٢) في أ: بنقص.
 (١٣) في أ: قيمة.
 (١٤) سقط في ج.
 (١٥) في أ: ثلثي.

- (١) في أ، د: هذا.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) في أ: المختلط.
 (٤) سقط في ج.
 (٥) سقط في ج.
 (٦) سقط في أ.
 (٧) في أ: حصته.
 (٨) في أ: الثمن.

وعن رواية البويطي: أنه يجوز^(١)، وبنى ذلك على أن القسمة إفراز حق لا بيع^(٢).

وقد حكيت مثل هذا الخلاف في مسألة المفلس^(٣)، وضعف المتولي هاهنا هذا البناء؛ لأن^(٤) [القسمة إنما^(٥) تكون إفراز حق إذا كان أحدهما لا يرد على الآخر من ماله شيئاً في مقابل زيادة^(٦)] يستوفيهما، وهنا^(٧) المالك يزيل ملكه عن ثلث صاع فيما يحصل [له]^(٨) من الجودة في ثلثي صاع.

قال: وإن خلطه بأرداً منه فالمغصوب منه بالخيار بين أن يأخذ حقه منه وبين أن يأخذ مثل ماله؛ لأن بكل منهما يندفع الضرر عنه، فعلى هذا إذا اختار أخذ حقه منه هل^(٩) يرجع بأرش النقص الذي دل عليه كلامه في المهذب؟ لا، فإنه قال: إذا امتنع الغاصب من الدفع أجبر عليه؛ لأنه رضي بأخذ حقه ناقصاً،

(١) قوله: وإن خلط المغصوب بما لا يتميز كالحنطة بالحنطة، والزيت بالزيت - فإن كان مثله لزمه بقدر حقه من المخلوط، وإن خلطه بأجود، كما إذا كانت قيمة المغصوب درهماً، وقيمة المخلوط به درهماً - كان للغاصب أن يعطيه من غيره.

وفيه قول: أن المختلط يصير مشتركاً بينهما بالنسبة؛ فيكون المخلوط بينهما أثلاثاً في مثالنا: ثلثه للمغصوب منه، وثلثاه للغاصب، فيباع المختلط، ويقسم الثمن على نسبة المالكين.

ثم قال: ولو أرادوا قسمة المخلوط على نسبة القيمة؛ فالظاهر: أنه لا يجوز؛ لأنه يأخذ ثلثي صاع لجودته في مقابلة صاع، وهو رباً، وعن رواية البويطي: أنه يجوز. انتهى كلامه.

واعلم أن البويطي لم ينقل هذا النص في الغاصب؛ وإنما نقله في المفلس، فقال حاكياً عن الشافعي ما نصه: ومن باع شيئاً مما يكال أو يوزن، مما يؤكل أو يشرب، مما يختلط بعضه ببعض ولا يتميز،

مثل الحنطة والزيت وما أشبههما، فخلطه المشتري بسبعة أخرى، ثم أفلس، مثل: أن يعطيه مد حنطة قيمته درهماً، فيخلطه بمد قيمته أربعة - فالبائع مخير: إن شاء أخذ ثلثي المد ليس له إلا ذلك لجميع

حقه؛ لأنه لا يصلح أن يأخذ تمام المد لجودة طعام صاحبه الذي خلطه بطعامه، ولا يجوز له أن يرجع بثمن ثلث المد الذي بقي له؛ لجودة ما أخذ على طعامه. وإن شاء ترك، وضرب مع الغرماء. وكذلك

الزيت والسمن والتمر وكل شيء مثله. هذا لفظ البويطي، ومنه نقلت، وليس في كتابه غير ذلك، والسبب في وقوع هذا الوهم لمن وقع له: أن القاضي الحسين والإمام لما تكلموا على التفريع

على إلحاقه بالمفلس في كونه شريكاً، ذكر حكم المفلس، وذكر هذا النص؛ فتوهم الرافعي والمصنف أنه محكي هنا، وهما معذوران في هذا الوهم، قال في «المطلب»: وقد أثبت غيرهما

في الغاصب وجهين؛ أخذاً من النصين في مسألة المفلس، قال: وهو التحقيق. [أ و].

(٢) زاد في ج: فيه. (٣) في أ: الفليس.

(٤) في د: بأن. (٥) في أ: لا.

(٦) سقط في د. (٧) في أ: هناك.

(٨) سقط في أ. (٩) في أ: فهل.

وكذلك كلام الماوردي فإنه قال: يكون مسامحًا بالجودة، والذي صرح به في الذخائر والتتمة وغيرهما: نعم.

وقيل: لا يجبر الغاصب على الدفع إليه منه؛ لما ذكرناه من أنه صار كالمستهلك، وهذا ما حكاه البندنجي.

وقال الإمام: إنه ظاهر النص، وحكي [عن^(١)] بعضهم القطع به.

وقيل: يصير المخلوط شركة بينهما، فإذا كانت قيمة المغصوب درهمن، وقيمة المخلوط [به^(٢)] درهماً - كان بينهما أثلاثاً فيباع ويسلم للمغصوب منه الثلثان فإن [نقص ما أخذه^(٣)] عن قيمة ماله أخذه من مال الغاصب، فلو أراد قسمته^(٤) بالنسبة [٥] [فمنهم من^(٦)] خرجه على الخلاف [السابق^(٧)] فيما إذا^(٨) خلط بالأجود، ومنهم من قطع بالمنع؛ لأنه يمكن الرجوع إلى صاع منه مع الأرش، فلا حاجة إلى احتمال [القسمة المشتملة على التفاضل^(٩)].

واعلم أن ابن يونس قال، بعد حكاية القول المنخرج في مسألة الخلط بالأجود [أنه^(١٠)] جار فيما [لو^(١١)] خلطه بمثله أو أردأ منه.

وقيل: يختص القول بالأجود، وما ذكره من جريانه في الأردأ ظاهر.

وأما جريانه فيما إذا كان الخلط بالمثل فهو عين^(١٢) ما حكاه الشيخ، فإن القائلين به كما حكاه الإمام وغيره قالوا: حق المالك مختص بهذا المخلوط، ولا يتعداه، وسبيل الوصول إليه أن يسلم إليه مثل مكيلته^(١٣) من هذا المخلوط، وهو^(١٤) موافق لما حكيناه في باب التفليس في نظير المسألة إذا أثبتنا للبائع الرجوع، وكلام ابن يونس يوهم أنه غير ما حكيناه^(١٥) للشيخ، وقد حكيناه.

(٩) في ج: القيمة على التفاضل.

(١٠) سقط في ج.

(١١) سقط في د.

(١٢) في أ: غير.

(١٣) زاد في أ: وثمنه، وزاد في ج، د: وزنته.

(١٤) في د: هذا.

(١٥) في ج، د: حكاها.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: قبضه.

(٤) في أ: قيمته.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ: فقيمة من، و د: فإنه.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: لو.

ثم على هذا القول أن البائع لو طلب بيع المخلوط وقسمته، هل يجبر عليه المفلس؟ فيه وجهان.

ويظهر جريانها هاهنا.

قال: وإن خلط الزيت بالشَّيرج - أي بفتح الراء - وتراضيا على الدَّفْع منه - جاز؛ لأن الحق لهما ولا^(١) يعدوهما.

قال: فإن امتنع أحدهما لم يجبر الممتنع؛ لأنه لا يُلزم الغاصب ببدل ما لا يجب عليه، ولا المغصوب منه بقبول ما لم يجب له، فعلى هذا يكون كالمستهلك.

قال البندنجي وجهًا واحدًا: فيغرم للغاصب مثل الذي غصبه منه.

وقيل بجريان القول المخرج [هاهنا]^(٢) أيضًا وهو ما اختاره المتولي، وقال: إن تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن - جاز، [وإن أرادا قسمته جاز]^(٣) وكان المغصوب منه باع ما يصير في يد الغاصب من المغصوب بما يصير في يده من مال الغاصب، وغير المتولي اقتصر على حكاية بيع المخلوط وقسمة ثمنه على قدر القيمتين.

وحكى الماوردي فيما إذا طلبا القسمة على نسبة القيمتين وجهين، ينبنيان^(٤) على أن القسمة بيع، أو إفراز، فعلى الأول لا يجوز، وفيه نظر.

فروع:

خلط الخل بالخل، واللبن باللبن، كخلط الزيت بالزيت، وخلط الدقيق بالدقيق، كخلط الحنطة بالحنطة إن قلنا: [إن]^(٥) الدقيق مثلي كما صار إليه ابن سريج، وإن قلنا: إنه متقوم كما صار إليه أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، فإن قلنا: إن المخلوط كالهالك، فالواجب القيمة، وإن قلنا بالشركة، فيباعان ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين، فإن أراد قسمة عَيْن الدقيق على نسبة القيمتين، فهو على ما ذكرناه في قسمة الزيت إن جعلناها إفرازًا جاز، وإن جعلناها بيعًا لم يجز؛

(٤) في د: مبنيان.

(٥) سقط في ج.

(١) في أ: فلا.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز، بخلاف بيع الزيت بالزيت، والحنطة بالحنطة. ولت السويق بالشيرج، حكى البندنجي والإمام عن الأصحاب إلحاقه بخلط الزيت بالشيرج، واستبعده، وقال: إنما هو كصبغ الثوب، ولو كان المغصوب دراهم فخلطها بمثلها ولم تتميز جزم ابن الصباغ بالشركة. وحكى صاحب البحر فيما إذا خلطها بدراهم لغيره وجهين: - أحدهما: تقسم بينهما.

والثاني: - هما بالخيار بين القسمة والمطالبة بالمثل، كما لو كانا ^(١) مختلفين. قال: وإن أحدث فيه عينًا بأن كان ثوبًا فصبغه، فإن لم تزد قيمتهما ولم تنقص أي: مثل إن كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ خمسة، فبلغت قيمته مصبوغًا خمسة عشر.

قال: صار الغاصب شريكًا له بقدر الصبغ أي: هذا بثوبه، وهذا بصبغه كما نبه عليه البندنجي والرويانى فيباع ذلك، ويقسم الثمن عليهما بالنسبة لتعين ذلك طريقًا لدفع ^(٢) الضرر عنهما، فإن الصبغ عين انضمت إلى عين الثوب؛ فلا يمكن تفويتها عليه، كما لو غصب طعامًا فخلطه بطعام آخر، فلو امتنع الغاصب من البيع عند طلب المالك. جزم القاضي الحسين والإمام بعدم إجبار واحد منهما على البيع عند [عدم] ^(٣) إمكان فصل الصبغ؛ لكونه منعقدًا.

وفي المذهب وغيره، أنه يجبر عليه، وكذا لو امتنع المالك عند ^(٤) طلب الغاصب على أحد الوجهين، وهو المختار في المرشد، ومقابله هو الأظهر في الرافعي، وخص الماوردي وجه الإجبار، بما إذا لم يبذل المالك قيمة الصبغ، أما إذا بذلها فلا يجبر [وجهاً] ^(٥) واحدًا.

وحكى القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ وجهاً، أن مالك الثوب إذا بذل قيمة الصبغ ^(٦)؛ لئتملكه أجبر الغاصب على قبولها، كما قلنا في المستعير مع المعير، وهذا ما حكاه البندنجي عن القديم.

(٤) في ج، د: مع.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: الثوب.

(١) في د: كانوا.

(٢) في أ: بأن رفع.

(٣) سقط في أ.

قال الرافعي: ولا فرق في جريان هذا الوجه بين أن يكون الصبغ مما يمكن فصله أم لا.

وحكى البندنجي قولاً آخر عن القديم، أن [مالك الثوب]^(١) إذا أراد أخذه مصبوغاً من غير أن يضمن للغاصب قيمة الصبغ؛ كان له، كما لو كان الثوب خاماً فقصره.

قال ابن الصباغ: وهذا مرجوع عنه.

وحكى الإمام عن رواية صاحب التقريب هذا القول في [حال]^(٢) إمكان فصل الصبغ، وعدم إمكانه، لكنه قيد حالة إمكان الفصل بأن يكون المفصول لا قيمة له، ثم قال: وهذا الذي ذكره في الصبغ الذي [يمكن]^(٣) إزالته في نهاية البعد، فإنه إن تخيل متخيل مشابهة الصبغ المعقود [فهو]^(٤) [مما]^(٥) يمكن فصله بعيد.

قال: فإن^(٦) أراد الغاصب قلع الصبغ، لم يمنع؛ لأنه عين ماله فممكن من أخذه، كما لو غرس في أرض مغصوبة، ثم [رام]^(٧) قلع غراسه. وقيل: إن نقص القلع^(٨) قيمة الثوب لم يمكن منه، وإن كان يضمن النقص؛ لأن فيه تسليط عرف ظالم على تنقيص ملك الغير.

قال: وإن أراد صاحب الثوب قلع الصبغ، وامتنع الغاصب؛ أجبر عليه، كما يجبر على قلع النخل إذا غرسها متعدياً في الأرض المغصوبة؛ وهذا قول أبي إسحاق، وابن خيران وصححه البغوي^(٩)، والماوردي قال: وقيل: لا يجبر، وهو الأصح؛ لأن الصبغ يهلك بالاستخراج ولا حاجة به إلى ذلك؛ لأنه يمكنه^(١٠) أن يستوفي حقه بالبيع، فلا يجوز أن [يستوفي بتلف]^(١١) مال الغير، ويخالف الغراس؛ لأنه لا يتلف بالقلع، وأيضاً فالأرض تعود إلى حالها، والثوب لا يعود، وضرر الغراس لم^(١٢) يستقر؛ لأنه^(١٣) يزيد، وضرر الصبغ مستقر، [وهذا]^(١٤)

(١) في أ: المالك.

(٢) سقط في ج.

(٣) زاد في د: يمكن.

(٤) في أ: باليمن كهو.

(٥) في ج: من ما، و د: فيما.

(٦) في ج: فإذا.

(٧) سقط في أ.

(٨) في د: الصبغ.

(٩) زاد في ج: والنواوي.

(١٠) في أ: لا يمكنه.

(١١) في د: يتلف.

(١٢) في د: لا.

(١٣) في أ: لا.

(١٤) سقط في ج.

[هو] ^(١) قول أبي العباس، وعامة الأصحاب، كما حكاه القاضي الحسين، ومحل الخلاف عند الماوردي، إذا كان الصبغ قد أحدث زيادة تفوت [باستخراجه الصبغ منه] ^(٢).

[أما إذا لم يكن الصبغ قد أحدث زيادة تفوت بالاستخراج؛ أجبر على استخراجِه ونقص الثوب بعده] ^(٣).

وحكى مجلي عن العراقيين، أن محله إذا نقصت قيمة الصبغ بالقلع، أما إذا لم تنقص أجبر قولاً واحداً، كما جزم به [المراوزة في الحاليتين] ^(٤).

وحكى عن ابن سريج - أيضاً - أن فصل الصبغ إن كان بصنعة، أو لا [تفي قيمته] ^(٥) بما يحدث في الثوب من [نقصان بسبب الفصل] ^(٦) فلا يجبر عليه.

فرع: إذا نقصت قيمة الثوب في حال الصبغ بالقلع، كان ذلك على الغاصب، ولو كان الثوب قيمته عشرة، والصبغ قيمته ^(٧) خمسة، فصارت قيمتهما بعد الصبغ ثلاثين، فأجبر الغاصب على قلع الصبغ، فعادت قيمة الثوب إلى عشرة، لا يضمن الغاصب لصاحب الثوب العشرة التي كانت يستحقها، بخلاف ما لو فصله الغاصب مختاراً، فإنه يضمنها، قاله الماوردي، ومجلي.

قال: فإن وهب الصبغ من صاحب الثوب، فقد قيل: يجبر ^(٨) على قبوله ^(٩)؛ لأنه غير متميز عن الثوب، فأجبر على قبوله كما يجبر الزوج على قبول سِمَن الجارية المصدقة إذا طلق قبل الدخول عند مسامحة الزوجة به، وبالقياس على إجبار البائع على قبول النعل إذا وجد المشتري بالدابة عيباً، وكان قلعه ينقصها ^(١٠) إذا بدله المشتري.

قال الرافعي: ولو ألحق هذا الوجه بما إذا صبغ المشتري الثوب بما زاد في قيمته، ثم اطلع على عيبه فردّه مسامحاً بالصبغ؛ لكان أقرب لما مرّ من أن الصبغ يصير ملكاً للبائع وأما في مسألة النعل [فإنه يجبر على قبول الدابة، وفي دخول

(١) سقط في أ.

(٢) في ج: بالاستخراج، وزاد في د: الصبغ منه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ج: الماوردي.

(٥) في ج: بقي.

(٦) في أ: النقص بسبب القلع.

(٧) زاد في د: كما ذكرنا.

(٨) في د: يجبره.

(٩) في التنبيه: عليه.

(١٠) في أ: يعيبها.

النعل^(١) في ملكه اختلاف مذكور في موضعه.

قلت: بل الأقرب ما^(٢) ذكرناه؛ لأن^(٣) مسألة الصبغ التي ذكرها في الرد بالعيب مصورة بما إذا كان الصبغ لا يمكن فصله، والكلام هاهنا في صبغ يمكن فصله أو لا يمكن كما سنذكره، فكان القياس على مسألة النعل أولى؛ لأنه عند إمكان الفصل مشابه له، وعند عدم الإمكان، يثبت هذا الحكم من طريق الأولى، بخلاف ما لو ألحق بالصبغ فإن حالة إمكان انفصال الصبغ هاهنا لا يبقى على الإيجاب^(٤) فيها دليل، وهذا الوجه حكى البندنجي أنه ظاهر قوله في الأم، حيث قال: لو^(٥) غصب ساجة وشققها^(٦) وأصلحها أبواباً، وسمر فيها مسامير من عنده، ثم رد الأبواب على مالكها، ووهب له [ما]^(٧) فيها من المسامير؛ لزمه قبوله.

قال: وقيل: لا يجبر، وهو الأصح؛ لأنه عين قابلة للانفصال، فأشبه ما لو كانت منفردة، [و]^(٨) كما قلنا في النعل^(٩) إذا تركها له، فإنه لا يجبر على قبولها، كذا علل به القاضي أبو الطيب، ويخالف مسألة النعل؛ لأن الغاصب متعدد، والمشتري غير متعدد، ومما قاله القاضي يظهر أن محل الخلاف فيما إذا كان يمكن انفصاله، كما صرح به الماوردي و[كذلك طرده الروياني]^(١٠) في البحر في هبة المسامير، في الباب الذي اتخذ من اللوح المغصوب، وفي هبة الغراس في الأرض المغصوبة ووافقه في حكاية الخلاف في هبة الأشجار القاضي الحسين، وفي النهاية أن العراقيين قالوا: لا فرق في جريان الوجهين بين أن يكون الصبغ منعقدًا لا يمكن فصله أو يمكن فصله، ولا بين أن تنقص قيمة الصبغ، أو الثوب بالفصل [أم لا]^(١١)، وإن [كان]^(١٢) معتمد جريانها الاتصال، وقيام الصبغ مقام الصنعة، وضعف قولهم.

وحكى طريقين آخرين عن الأصحاب في محل الوجهين يخصهما^(١٣):

- | | |
|---------------------|----------------------------------|
| (١) سقط في أ. | (٨) سقط في أ. |
| (٢) في أ: مما. | (٩) في أ، د: النخيل، وج: النخل. |
| (٣) في أ: في. | (١٠) في أ: كذا طرده الماوردي. |
| (٤) في د: الاختيار. | (١١) سقط في أ. |
| (٥) في د: أو. | (١٢) سقط في أ، ج. |
| (٦) في أ: شققها. | (١٣) في أ: لخصهما، وفي ج: يخصهما |
| (٧) سقط في د. | القاضي. |

أحدهما: إن كان الفصل سهلاً، وللمنفصل قيمة معتبرة، أو الصبغ منعقدًا، فلا إجبار^(١)، وإن كان للفصل^(٢) تعسر؛ بحيث لا تفي^(٣) فائدة الفصل باحتماله، أو كان ينقص قيمة المفصول أو الثوب، فهو محل الوجهين.

والثاني: إن كان يحصل منه نقص في الثوب، لا يجبره قيمة المفصول فهو محلها، وفيما عداه لا يجبر.

فرع: إذا قلنا بالإجبار، فلا حاجة إلى تلفظ^(٤) بالقبول، ولا بد من جهة الغاصب من لفظ يشعر بقطع الحق؛ كقوله: أعرضت عنه، أو تركته، أو^(٥) أبرأته عن حقي، أو أسقطته، كما حكاه الإمام ثم قال: ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتمليك.

قال: وإن زادت قيمة الثوب والصبغ، أي بسبب ارتفاع سوقهما، أو بسبب العمل، كما صرح به البندنجي، والقاضي أبو الطيب، وغيرهما.

قال: [كانت الزيادة بينهما]، أما في الحالة الأولى؛ فلأنها زيادة في مال مشترك بينهما، وأما في [الحالة]^(٦) الثانية؛ فلأنها بفعل الغاصب في ماله، ومال المغصوب منه [حصلت، وكانت زيادة ماله له، وزيادة مال المغصوب منه]^(٧) له؛ لتعدي الغاصب بالعمل فيه^(٨)، والزيادة مقسومة على نسبة قيمة الثوب، والصبغ في الحالة الثانية، فيصرف لصاحب الثوب في مثالنا ثلاثها، وللغاصب ثلثها، وكذا في الحالة الأولى، إن كان ارتفاع السوق فيهما على نسبة قيمتهما بأن بلغت قيمة الثوب خمسة عشر وقيمة الصبغ سبعة ونصفًا، أما إذا بلغت قيمة الصبغ في مثالنا عشرة؛ كانت الزيادة بينهما نصفين، [ولو كانت الزيادة بسبب ارتفاع سعر الثياب]^(٩) خاصة كانت الزيادة للمغصوب منه^(١٠) وإن كانت بسبب زيادة سعر الصبغ خاصة [كانت]^(١١) [للمغاصب]^(١٢) كذا^(١٣) صرح به القاضي أبو الطيب،

(١) في أ: خيار.

(٢) في أ: الصبغ.

(٣) في أ: تبقى.

(٤) في أ: لفظه، وج: لفظ.

(٥) في د: و.

(٦) سقط في ج.

(٧) سقط في أ.

(٨) في د: به.

(٩) في د: زيادة السعر في الثياب.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في أ: كان، وسقط في ج.

(١٢) سقط في د.

(١٣) في ج: كما.

والبندنجي، وابن الصباغ، وقال: إن أحدهما لو زاد في هاتين الصورتين بيع ملكه على الخصوص.

قال بعض الأصحاب: يبني على بيع^(١) قطعه من أرض لا ممر لها؛ إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما إلا بالآخر^(٢)، وهذا عين^(٣) ما حكاه الإمام، لكنه لم يفرضه في محل الزيادة، بل حكاه في أصل المسألة.

قال الرافعي: والأظهر منهما المنع.

[قال: فإن أراد صاحب الصبغ قلعه لم يجز حتى يضمن لصاحب الثوب ما ينقص^(٤) من الزيادة؛ لأنه يفوت على صاحب الثوب الزيادة الحاصلة بخلاف ما ذكرناه من قبل؛ حيث لا يمنع إذا لم يكن فيه زيادة فيحصل الفرق بينهما]^(٥).

قال: وإن نقصت قيمة الثوب أي [بصبغه]^(٦) مثل أن^(٧) صارت اثني عشر حسب النقصان على صاحب الصبغ؛ لأن جرم الثوب [باق حقيقة]^(٨) وجرم الصبغ يحتمل أن يكون قد نقص بتبدده^(٩)، وتفرق أجزائه، ويحتمل أن يكون لأجل اتصال أحدهما بالآخر، وهو من فعل الغاصب فحسب^(١٠) النقص عليه، ولو عادت قيمة الثوب، والحالة هذه إلى عشرة، فلا شيء للغاصب، وليس له الإجبار على البيع، ولا هبة الصبغ؛ لأنه مستهلك، ولو أراد قلع الصبغ كان

(١) في أ، ج: منع.

(٢) قوله: ولو كانت الزيادة بسبب زيادة السعر في الثياب خاصة؛ كانت الزيادة للمغصوب منه، وإن كانت بسبب زيادة سعر الصبغ خاصة كانت للغاصب، كذا صرح به القاضي أبو الطيب والبندنجي، وابن الصباغ وقال: إن أحدهما لو أراد في هاتين الصورتين بيع ملكه على الخصوص.

قال بعض الأصحاب: يبني على بيع قطعة من أرض لا ممر لها؛ إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما إلا بالآخر. انتهى كلامه.

وما نقله عن ابن الصباغ في بيع أحدهما ليس له ذكر في «الشامل» بالكلية، وكلام المصنف وإن احتمل عوده على القاضي أبي الطيب فإنه لا يصح أن يجاب به؛ لأنه - أيضا - لم يتعرض للمسألة. [أ و].

(٣) في ج: غير.

(٤) في أ: نقص.

(٥) سقط في ج.

(٦) سقط في ج.

(٧) في أ: بأن.

(٨) في ج: ما في حقيقته.

(٩) في أ، ج: سدده.

(١٠) في أ: فحمل.

له^(١)، أرش النقص.

وقال المزني: لا يقلع؛ [لأنه]^(٢) لا فائدة في القلع.

قال أبو إسحاق: وهذا خطأ؛ لأنه عين ماله، ومن له عين مال، فله أخذه، انتفع به، أو لم ينتفع به؛ ولأنه ربما ينتفع به^(٣) في ثوب آخر، ولو حصل النقص بسبب سعر الثوب؛ مثل أن عادت قيمته غير مصبوغ خمسة، وقيمته مصبوغاً عشرة، فلا يلزم الغاصب في هذه الحالة شيء، كما صرح به [القاضي]^(٤) أبو الطيب، وابن الصباغ والإمام، والمتولي، وهذا كله، إذا كان الصبغ [للغاصب، أما إذا كان لصاحب الثوب؛ فإن قيمتهما بعد]^(٥) الصبغ كما قبله؛ فلا شيء عليه، وإن نقصت.

قال القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ وغيرهما: فالنقص على الغاصب، إلا أن يعلم أن النقصان [لنقصان سعر الثياب أو الصبغ]^(٦)؛ فإنه لا يضمن؛ لأن نقصان السعر لا يضمنه الغاصب، مع رد العين، وما قالوه ظاهر فيما إذا كان الصبغ مما يمكن فصله [وكذا إذا لم يمكن فصله]^(٧) وكان سبب النقص نقصان سعر الثياب، أما إذا كان سببه نقصان سعر الصبغ، فينبغي أن^(٨) يضمن؛ لأن الصبغ صار كالمستهلك، كما سنقف عليه فيما يحكيه في الفروع من بعد عن الماوردي.

وإذا كان كذلك، فيضمن قيمته أكثر ما كانت من [حين الغصب إلى]^(٩) حين الصبغ كما حكاه الماوردي، فيما لو كان الصبغ زعفراناً، بخلاف ما إذا كان النقص بسبب سعر الثوب؛ لأن الثوب غير مستهلك، ولو زادت قيمتهما فالكل له^(١٠)، وهل للمالك أن يطالبه باستخراج الصبغ؟

قال الرافعي، والإمام: نعم.

وقال الماوردي: ينظر إن كان له في ذلك غرض^(١١)؛ مثل أن يحتاج إلى الصبغ، أو إلى الثوب أبيض^(١٢)، أو يكون بعد استخراج أكثر قيمة، أو في

- | | |
|-----------------------|--------------------|
| (١) زاد في ج: ويضمن. | (٧) سقط في ج. |
| (٢) سقط في ج. | (٨) في أ: ألا. |
| (٣) سقط في د. | (٩) سقط في أ. |
| (٤) سقط في ج، د. | (١٠) في أ، ج: لها. |
| (٥) سقط في د. | (١١) في ج: عوض. |
| (٦) في ج: لنقص السعر. | (١٢) في ج: أنقص. |

الاستخراج مؤنة يذهب بها شطر قيمته، فله المطالبة، وإن لم يكن له [فيه] ^(١) غرض؛ نظر، فإن لم يستضر الغاصب بنقص [يضمنه في الثوب أخذ باستخراجه، وإن كان يستضر بنقص] ^(٢) يحدث فيه فهل يؤخذ باستخراجه، أم لا؟ فيه وجهان كالشجر في الأرض:

أحدهما: نعم، فعلى هذا يضمن ما نقص من القيمة، ولا يضمن زيادة إن كانت قد حدثت بالصبغ، ولو طالبه بغرم النقص من غير استخراج أوجب إليه، ولو كان الصبغ لثالث، فإن كانت قيمتهما بحالهما ^(٣) فهما شريكان، ولا شيء على الغاصب، ويكون الحكم كما لو كان الصبغ للغاصب.

قال في المرشد ^(٤): إلا أنه إذا أراد صاحب الصبغ قلعه، فقلعه، ونقصت قيمة الثوب، كان النقصان على الغاصب.

وقال الماوردي: إذا كان ^(٥) قيمة [الصبغ، والثوب عند الصبغ وبعده] ^(٦) متساوية، وبذل رب الثوب لرب الصبغ قيمته] ^(٧) أوجب على قبولها؛ لأنه لا يقدر على عين ماله؛ [لأنه صار] ^(٨) مستهلكًا في الثوب، وإن رب الصبغ لو بذل قيمة الثوب قيل له: أنت مخير بين أخذها، وبين بذل قيمة الصبغ، ولو زادت قيمتهما كانت الزيادة بينهما، وإن نقصت القيمة، فإن كان لنقصان سعر الثياب؛ كان من صاحب الثوب وإن كان [لنقصان قيمة الصبغ كان النقصان محسوبًا على صاحبه، ويرجع به على الغاصب وكذا لو] ^(٩) كان النقصان للعمل، صرح به ^(١٠) في المرشد، وفيما قاله نظرًا من وجهين:

أحدهما: - [أنه حكى] ^(١١) أن النقص بسبب نقص [سعر الصبغ] ^(١٢) من ضمان الغاصب، وهو مخالف لما حكاه ^(١٣) فيما إذا كان الصبغ لصاحب الثوب، ونقصت قيمته؛ بسبب نقصان قيمة الصبغ، أنه لا يضمن، ولا يظهر بينهما فرق.

- | | |
|--|-----------------------|
| (١) سقط في أ. | (٧) سقط في د. |
| (٢) سقط في النسخ، وقد تم إثباته من الحاوي (١٨٤/٧). | (٨) في أ، د: لكونه. |
| (٣) في أ: بحالها. | (٩) سقط في د. |
| (٤) زاد في د: و. | (١٠) في د: بذلك. |
| (٥) في أ: كانت. | (١١) سقط في ج. |
| (٦) في أ: واحدة. | (١٢) في أ: السعر. |
| | (١٣) في أ، ج: ذكرناه. |

الثاني: أن قوله: وكذا، لو كان النقصان للعمل؛ فإن النقصان بسبب العمل تارة يستوعب قيمة الصبغ، وتارة لا يستوعبها، وهو فيما إذا لم يستوعبها، [كما] ^(١١) إذا صارت قيمة الثوب بعد الصبغ اثني عشر - ظاهر؛ لأن أجزاء الصبغ قد تفرقت ^(١٢) فأضيف النقص إلى ذلك، على أن الماوردي، والبغوي حكيا فيما إذا كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ عشرة، وصارت قيمتهما بعد الصبغ خمسة عشر، [أن كلاً] ^(١٣) منهما يرجع على الغاصب بدرهمين ونصف هي ^(١٤) نقص ما غصب له، أما إذا استوعب النقص قيمة الصبغ بأن كان الثوب مصبوغاً يساوي ^(١٥) عشرة؛ فلا [يظهر] ^(١٦) لكون ^(١٧) جرم الصبغ باقياً، فكيف يسقط حق مالكة من التعلق به، ويخالف [ما] ^(١٨) إذا كان الصبغ للغاصب فإنه في هذه الحالة يجعل جابراً لما نقص من مالية الثوب على أن هذا يوجد جوابه ^(١٩) من كلام الإمام، فإنه جزم بأن الريح لو طيرت ثوباً إلى إجانة صباغ، فانصبغ بصبغ قيمته خمسة، ولم تزد قيمة الثوب بسببه شيئاً، وكان الصبغ معقوداً لا يمكن فصله، أن حق مالك الصبغ قد حبط ^(٢٠)، ومن تعجب من ذلك، فليتنظر إلى مسألة المفلس وهي ما إذا اشترى ثوباً بعشرة، وصبغه بصبغ قيمته عشرة، فإذا قيمته مصبوغاً عشرة، وقد قال [بعض] ^(٢١) الأصحاب: إن صابغ ^(٢٢) الثوب يرجع فيه، ويستبد به، وإن كان [فيه] ^(٢٣) عين ^(٢٤) الصبغ، وحيث تكلمنا في مسألة طيران الثوب إلى الإجانة [فلنكملها].

قال الرافعي: [ليس] ^(٢٥) لأحدهما عند بقاء قيمة الثوب ^(٢٦) والصبغ أن يكلف الآخر الفصل ولا التغيريم ^(٢٧) [إن حصل نقص [في أحدهما] ^(٢٨)] ^(٢٩) إذ لا

- | | |
|----------------------|---------------------|
| (١) سقط في أ. | (١١) سقط في ج، د. |
| (٢) في أ، ج: تفوت. | (١٢) في أ، ج: بائع. |
| (٣) في د: إن كان. | (١٣) سقط في أ. |
| (٤) في أ: وهو. | (١٤) في ج: غير. |
| (٥) زاد في أ: قيمته. | (١٥) سقط في ج. |
| (٦) سقط في ج. | (١٦) سقط في أ. |
| (٧) في ج: يكون. | (١٧) زاد في أ: و. |
| (٨) سقط في ج، د. | (١٨) سقط في أ. |
| (٩) في أ: صوابه. | (١٩) سقط في ج. |
| (١٠) في أ: حط. | |

تعدي، ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة؛ فعلى ما تقدم.

فروع:

لو غصب [منه]^(١) سمناً، وعسلًا، ودقيقًا فعصده، قال البندنجي: إن لم تزد قيمة ذلك، ولم تنقص، أو زادت فالكل للمالك، وإن كان قد نقص واستقر، أخذه وما نقص بالخلط وإن كان غير مستقر، فالحكم كما في الحنطة إذا بلها.
لو كان الصبغ بإذن المالك، وقد حصل به نقص فلا ضمان على الغاصب، فلو أذن له ثم قال: رجعت في الإذن قبل الصبغ وقال الغاصب: بل كنت باقياً على الإذن إلى حين الصبغ، فمن يقبل قوله منهما؟
فيه وجهان في الحاوي، ولو اختلفا في أن [المصبوغ به]^(٢) للغاصب أو للمغصوب منه.

قال^(٣) الماوردي: [نظر]^(٤) إن كان مما يمكن فصله، فالقول قول الغاصب [مع يمينه]^(٥)، وإن كان مما لا يمكن فصله، فالقول قول المغصوب منه [مع يمينه]^(٦)؛ لأنه [قد]^(٧) صار مستهلكاً في الثوب، فجرى مجرى أجزائه.
وإذا زوق الدار المغصوبة بما لو نزع لحصل^(٨) منه شيء؛ فالحكم^(٩) في جواز النزع، والإجبار عليه وعلى قبول هبته كما^(١٠) ذكرناه في الصبغ الممكن فصله^(١١).

وإن كان التزويق محض تمويه [و]^(١٢) لا يحصل منه عين لو نزع^(١٣)، فليس للغاصب المنع^(١٤) إن رضي المالك، وهل له إجباره عليه؟ فيه وجهان:
أصحهما في التهذيب: لا، [وهو الصحيح، والآخر: نعم؛ لأنه قد يريد تغريمه أرش النقص الحاصل بإزالته]^(١٥).

(٩) في ج: والحكم.
(١٠) في أ: ما.
(١١) في أ، د: الفصل.
(١٢) سقط في ج، د.
(١٣) في أ: غصب.
(١٤) في ج: النزع.
(١٥) سقط في أ.

(١) سقط في أ، ج.
(٢) في أ: المغصوب.
(٣) في أ: وأجاب.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ، ج.
(٧) سقط في ج.
(٨) في ج: يحصل.

قال: وإن عمل فيه عملاً زادت [به] ^(١) قيمته، بأن قَصَّر الثوب، أو عمل من الخشب أبواباً، فهو متبرع بعمله؛ لأنه لم يأذن له فيه، ولا حق له فيما زاد؛ لكونه حصل بما هو متبرع به، وهكذا الحكم فيما لو غصب غزلاً، فنسجه، أو نُقِرَة فضرِبها ^(٢)، أو طيئاً فضرِبه لبناً، وهل للمالك إجباره على إعادة النقرة كما كانت بسبكها، واللبن طيئاً بدقه؟.

قال الإمام: الذي قطع به الأئمة، [أن له] ^(٣) [أن يكلفه] ^(٤) ذلك، والنظر إلى تتبع الأغراض، فإنها على الجملة ممكنة، وهذا مقطوع به في الطرق.
قال: وفيه تنبيه على أصل، وهو أن من غصب شيئاً على صفة، وغير ^(٥) صفته فهو على حكم هذه القاعدة مطالب برد صفته إذا أمكن.

قلت: وهو موافق لما حكيته عنه فيما إذا [كان الصبغ لمالك الثوب] ^(٦) أن له إجباره على فصله مطلقاً، وقد يجري - هاهنا - ما حكيته ^(٧) عن الماوردي من التفصيل، والخلاف في مسألة الصبغ، ويؤيد القول بعدم الإجماع على النزاع ما ذكرته عن صاحب التهذيب في آخر الفروع المذكورة من قبل.

قال: وإن غصب دراهم، فاشترى [بها] ^(٨) سلعة في ذمته، ونقَد الدرَاهم في ثمنها، وبيع - رد مثل الدراهم؛ لأنها من ذوات الأمثال، وقد تعذر ردها، فغرم مثلها.

قال: وفيه قول آخر، أنه يلزمه ردها مع الربح؛ لأنه مما ^(٩) ملكه [و] ^(١٠) في ذلك حسم باب ارتفاع الغاصب بالمغصوب؛ فإنه ربما يتخذ ذلك ذريعة إلى تحصيل الأرباح، وهذا ما علل به الشافعي هذا القول في القديم كما حكاه القاضي أبو الطيب، في كتاب القراض، وحكى أن شيوخنا الخراسانيين ^(١١) مثل القفال، وغيره، بنوه على أن البيع الموقوف يصح عنده، فإن له في البيع الموقوف

(٢) في أ، د: فطبعها.

(٤) في د: تكلفه.

(١) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٥) في أ، ج: وعين.

(٦) في أ: غصب الغاصب الثوب وصبغه بصبغ مالكة.

(٨) سقط في التنبيه.

(٧) في د: حكيناها.

(١٠) سقط في د.

(٩) في د: لما.

(١١) في أ: العراقيين.

قولين، وإن أبا العباس وأبا إسحاق أنكرا^(١) أن يكون له قول بوقف العقود، وأنهما أيّداً الأول بأنه لم يفصل بين أن يكون التصرف في العين، أو في الذمة، وإنما يتصور الوقف^(٢)، إذا كان التصرف بعين المال.

وفي البحر في كتاب القراض: أن بعض أصحابنا قال: إن للشافعي في الجديد قولاً بوقف العقود، وسنعيده في كتاب القراض.

قال: والأول أصح، فإن المشتري^(٣) مضمون على الغاصب؛ لكونه لو تلف تلف على ملكه، فلو كان الربح للمغصوب منه؛ لكان مخالفاً «لنهيهِ ﷺ عن ربح ما لم يضمن»^(٤)، وهذه المسألة تعرف بمسألة البضاعة.

تنبيهان:

كلام الشيخ يقتضي أن [يكون]^(٥) الربح للمالك [على القديم]^(٦) من غير تعلقه بإجازة العقد وهو موافق لما حكيناه من تعليل الشافعي، وقد حكاه الإمام عن معظم المحققين، لكنه علله بتعذر البيع وقال: [إن]^(٧) في كلام القاضي إشارة إليه وهو بعيد، ومعظم أقوال الأصحاب مصرحة بأن المالك بالخيار في الإجازة، ومضمون هذا [أنه]^(٨) لو^(٩) لم يجز، انقلب التفرع إلى قياس القول^(١٠) الجديد،

(١) في أ: أنكروا.

(٢) في ج: الموقوف.

(٣) في ج: المشتري.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٠٥/٢) كتاب البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث (٣٥٠٤)، والترمذي كتاب البيوع، باب: كراهية بيع ما ليس عندك، حديث (١٢٣٤) (٣/٥٣٥ ٥٣٦)، والنسائي (٢٨٨/٧) كتاب البيوع، باب: يبيع ما ليس عند البائع، وابن ماجه (٧٣٧/٢) كتاب التجارات، باب: النهى عن بيع ما ليس عندك، حديث (٢١٨٨) (٢/٧٣٧، ٨٣٨)، وأحمد (٢/١٧٨ ١٧٩)، والدارمي كتاب: البيوع، باب: النهى عن شرطين في بيع، وابن الجارود في المنتقى (٢/٢٥٣)، حديث (٦٠١)، والدارقطني (٣/٥٧) كتاب: البيوع، والحاكم (٢/١٧) كتاب: البيوع، والبيهقي (٥/٣٣٩، ٣٤٠) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع ما ليس عندك، كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

قال الترمذي: حسن صحيح.

وقال الحاكم: هذا حديث على شرط جماعة من أئمة المسلمين - صحيح. ووافقه الذهبي.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في ج.

(٧) سقط في ج.

(٨) سقط في أ، ج.

(٩) في ج، د: إن.

(١٠) زاد في أ: على.

ولو لم يظهر في المال ربح، [فلا مساع] ^(١) للقول القديم، وليس إلا اتباع القياس، اللهم إلا أن يكثر التصرفات ويعسر تتبعها بالنقض، فإن شيخي قال بجريانها، انتهى.

وكلام الشيخ يقتضي أن ^(٢) القول القديم [يجري عند] ^(٣) حصول الربح، وإن لم [تكن العقود] ^(٤) بحيث يعسر تتبعها بالنقض.

ومن طريق الأولى: إذا كثرت، وقد حكى الإمام عن بعضهم اختصاصه بما إذا كثرت وعسر التتبع، وكلام [الشيخ] ^(٥) يقتضي: أنه لا فرق في جريانه بين أن ينوي الغاصب عند الشراء أنه ينقد الدراهم في ^(٦) الثمن، أو يعن له ذلك من بعد. وقال الإمام فيما إذا عن ^(٧) له الوفاء منه بعد الشراء: ينبغي أن يخرج من تفريع القديم إن صدقه صاحب الدراهم ^(٨).

وإن لم يصدقه ^(٩) فالحكم كما ذكرنا ^(١٠).

فرع: لو اشترى الغاصب بعين المال شيئاً وباع ببيعاً كثيرة، وعسر ^(١١) تتبعها بالتقصي؛ فعلى الجديد - العقود باطلة.

وفي ^(١٢) القديم كما حكاه البندنجي، وغيره في الوكالة والإمام في القراض، أن رب المال بالخيار بين أن [يجيز البيع، فيكون كل الربح له، وبين أن يبطلها] ^(١٣)، ويكون له بدل ماله، وإيراد الغزالي في أوائل البيوع يوهم أن الخلاف في هذه المسألة في الجديد، وهو ما صرح به الإمام في [آخر] ^(١٤) كتاب الغصب.

قال: وإن غصب شيئاً، وباعه [أي وقبضه المشتري] ^(١٥)؛ كان للمالك أن يضمن من شاء منهما؛ لثبوت يده على مال الغير من غير استحقاق.

-
- | | |
|-----------------------------------|------------------------------------|
| (٩) زاد في د: فتلف على نفي العلم. | (١) في أ: فلا امتناع. |
| (١٠) في ج: تقدم. | (٢) زاد في أ: يكون. |
| (١١) في أ: ويعسر. | (٣) في أ: لم يجر عند عدم. |
| (١٢) في أ: على. | (٤) في أ: تكثر العقود عليه. |
| (١٣) سقط في أ. | (٥) سقط في أ. |
| (١٤) سقط في ج. | (٦) في د: و. |
| (١٥) سقط في أ. | (٧) في ج: عز. |
| | (٨) زاد في د: قال صح العقد للغاصب. |

قال: وإن علم المشتري بالغصب فضمنه لم يرجع على الغاصب، أي إذا غرم؛ لأنه غاصب، تلف المال عنده، فاستقر عليه الضمان، كالغاصب من المالك، وله أن يرجع على الأول بالثمن، إن كان قد قبضه منه.

قال: فإن لم يعلم فما^(١) التزم ضمانه بالبيع، لم يرجع به [أي]^(٢) على الغاصب، كقيمة العين، والأجزاء أي مثل أرش اليد إذا سقطت في يده، أو عن عيب حدث فيها عنده، وغرمه؛ لأنه دخل على ضمان ذلك [بالبذل]^(٣)، فانتفى التفرير المقتضي وجوب الضمان.

وفي تعليق القاضي الحسين: أن هذا في أرش ما تلف بفعله، أما [أرش]^(٤) ما تلف بأفة سماوية فقد قال الشافعي: يرجع به على البائع.

وقال المزني: هذا خلاف أصله؛ لأنه [قد]^(٥) قال: لو تلفت الجملة فغرم قيمتها، لا يرجع، والأجزاء حكمها حكم العين.

وقال ابن سريج: إن قلنا: لا يرجع فالوجه ما ذكره^(٦) المزني، أي فتوجيهه ما ذكره المزني، فإن قلنا: لا يرجع على ظاهر النص، فوجهه أن العاقد دخل في العقد على أن يضمن الجملة دون الأجزاء، يدل عليه أن المبيع إذا تعيب في يد المشتري، ثم اطلع البائع على عيب بالثمن، فليس له أن يسترد المبيع مع الأرش، فيرد^(٧) الثمن، بل الذي له الفسخ والرجوع بالمبيع، بلا^(٨) أرش، أو الرجوع بقيمته، فقد [ذكرت أنا]^(٩) في باب التحالف شيئاً يتعلق بذلك، ونظائر المسألة؛ فليطلب منه.

فائدة: إذا قيل: إن كلام الشيخ يفهم أن المشتري التزم^(١٠) ضمان المبيع بالقيمة، فلذلك لم يرجع بها - فهو^(١١) ممنوع؛ بل المشتري إنما دخل على أن يضمن المبيع بالثمن فينبغي إذا كان الثمن ألفاً، والقيمة ألفين، وغيرهما أن يرجع بالألف الزائد^(١٢)؛ لأنه لم يلتزمه^(١٣).

(٨) في ج: فلا.
(٩) في أ: ذكرنا.
(١٠) في أ: ألزم.
(١١) في أ: وهو.
(١٢) في د: الزائدة.
(١٣) في د: يلزمه.

(١) في ج: لما.
(٢) سقط في أ، ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ: ذكرناه عن.
(٧) في ج: ورد.

قلت: قد حكى هذا صاحب رفع التمويه على^(١) التنبيه جزماً فقال^(٢): إنه^(٣) يرجع على البائع بالقدر الزائد من القيمة عن الثمن، وحكاه [الإمام، عن]^(٤) صاحب التقريب، وقال: إنه مما انفرد به من بين الأصحاب كافة، فإنهم اعتبروا مقابلة العين بالثمن، ولا نظر إلى الثمن بل الواجب قيمة العين بالغة ما بلغت، [فإن علقه الضمان متعلقة بالعين]^(٥)، وعلى هذا فيقال للسائل: ما ذكرته من [أن]^(٦) كلام الشيخ يفهم ضمان القيمة ممنوع؛ لأن الملتزم ضمانه بالبيع^(٧)، هو ما دخل على أن يملكه بعوض، كما صرح به البندنجي وهو المبيع، وأجزاؤه، وقول الشيخ: لم يرجع به لا يعود الضمير [في]^(٨) ذلك^(٩) إلى الملتزم ضمانه بالبيع؛ لأنه تالف بل يعود إلى المغروم عنه^(١٠).

وقوله: كقيمة العين، والأجزاء تفسير للمغروم^(١١)، وبذلك يندفع^(١٢) السؤال.

نعم: يتجه أن يقال في المسألة، إن قلنا: المشتري في البيع الفاسد يضمن ضمان الغصوب^(١٣)، فلا يرجع بما غرمه من القيمة مهما كان، كما أطلقه الأصحاب.

وإن قلنا: إنه يضمن قيمة يوم القبض، أو يوم التلف وكان ما غرمه أكثر من [ذلك]^(١٤)، فيتجه أن يكون في رجوعه [به]^(١٥) قولان كما [قلنا]^(١٦) في المستعير من الغاصب، إذا تلفت العين في يده، وفرعنا على الصحيح في أنه يضمن قيمة يوم التلف، [وكان ما غرمه]^(١٧) أكثر منها فإن في رجوعه بالقدر الزائد قولين، [كما]^(١٨) حكاهما القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وغيرهما.

والجديد منهما: عدم الرجوع.

- | | |
|----------------------------|-------------------|
| (١٠) في أ: منه. | (١) في أ: عن. |
| (١١) في أ: المغروم. | (٢) في أ: وقال. |
| (١٢) في ج: يتفرع. | (٣) زاد في ج: لا. |
| (١٣) في أ: المغصوب. | (٤) سقط في أ. |
| (١٤) سقط في أ. | (٥) سقط في أ. |
| (١٥) في أ: فيه، وسقط في د. | (٦) سقط في أ. |
| (١٦) سقط في ج. | (٧) زاد في ج: و. |
| (١٧) سقط في أ. | (٨) في أ: إلى. |
| (١٨) سقط في أ. | (٩) سقط في د. |

والقديم: الرجوع.

وقد أغرب الماوردي، فحكى أنا إن قلنا في البيع الفاسد: لا يضمن إلا قيمة وقت^(١) القبض - أن ما يحدث^(٢) من زيادة بعد القبض يختص الغاصب بتحملها، وكذا ما يحدث فيه من نقص، وعزا الأخير إلى رواية الربيع في الأم، ولعله أراد أن للمشتري الرجوع عليه بذلك، وإلا فالمودع من الغاصب يطالب بقيمة العين^(٣)، وإن كان قد دخل على ألا يضمنها.

قال: وما لم يلتزم ضمانه، ولم يحصل له به منفعة، كقيمة الولد ونقصان الولادة، يرجع به على الغاصب؛ لأنه لم يرص به ولم يحصل له في مقابلته منفعة، فكان مغرورًا به، وما قاله الشيخ هو ما حكاه الإمام عن العراقيين، وحكي عن المراوزة القطع بأنه لا يرجع بنقصان الولادة، وفيما قاله مخالفة من وجهين: أحدهما: أن القاضي الحسين من المراوزة، وقد قال بمثل ما حكاه الشيخ.

والثاني: أن أكابر العراقيين من القاضي أبي الطيب، والبندنجي والماوردي، وصاحب البحر - قطعوا بعدم الرجوع بنقصان الولادة، لكن يمكن حمل ما قاله الشيخ، والقاضي على ما إذا سمت في يد المشتري ثم زال السمن؛ بسبب الولادة كما صرح به صاحب رفع التمويه على^(٤) التنبيه، وما قاله الماوردي وغيره، على ما إذا نقصت عن الحالة التي اشتراها.

وفي التتمة: أن الأستاذ أبا إسحاق الإسفراييني حكى طريقة [قاطعة]^(٥) في شرح الفروع؛ أنه لا يرجع بقيمة الولد الحر؛ لأن نفع حرية الولد تعود إليه.

قال: وما حصل له به منفعة كالمهر، والأجرة، وأرش البكارة فقد قال^(٦) في القديم: يرجع؛ لأنه دخل على أن ذلك لا يكون مضمونًا عليه؛ كقيمة الولد، فكان غارًا^(٧) له فرجع عليه، وهذا ما قال في البحر: أن الفتوى به عندي.

قال: وقال في الجديد: لا يرجع؛ لأن الغاصب متسبب، والمشتري مباشر، والضمان متعلق بالمباشر دون المتسبب؛ ولأنه [حصل]^(٨) له في مقابلة منفعة؛

(٥) سقط في ج، د.

(٦) في التنبيه: فقال.

(٧) في أ: غارًا.

(٨) في د: لم يحصل.

(١) في أ: يوم.

(٢) في أ: حدث.

(٣) في ج: المعين.

(٤) في أ: عن.

فضمن بدلها بخلاف الولد، فإنه لم يحصل له في مقابلة قيمته بدل، ولا لذة، والخلاف المذكور يجري فيما لو كان المغصوب شاة، فنتجت، أو شجرة، فأثمرت، فذبح السخلة، وأكل^(١) الثمرة، هل يرجع بما غرمه عنهما أم لا؟ وكذا [فيما]^(٢) لو أكره امرأة على التمكين من الزنى، وأكره رجلاً على الزنا، وقلنا بإمكانه فالرجل يغرم المهر، وهل يرجع به على المكره فيه؟ هذا الخلاف صرح به المتولي [وقد ألحق المتولي]^(٣) أيضاً بمسألة الكتاب في الحكم ما إذا كان المغصوب داراً، فباعها [الغاصب]^(٤)، ثم نقضها المشتري وبنائها، فإن عليه رد العرصة، وما بين قيمتها مبنية، ومنقوضة، وعليه [ما بناه، و]^(٥) أجره مثلها من حين القبض إلى حين النقض، وأجرة العرصة إلى حين الرد، وليس عليه أجره ما بناه فيها، وله أن يرجع على الغاصب بنقض التالف، ولا يرجع بقيمة الأجزاء، وهل يرجع بالأجرة؟ فيه الخلاف، وحكى الإمام، ومن تابعه في الرجوع بنقص التالف^(٦) خلافاً، وإن ميل القاضي إلى الرجوع.

تنبيهان: (٧)

الأول: كلام الشيخ يقتضي أن محل الخلاف في الرجوع بالأجرة، إذا استوفى المنفعة، أما إذا لم يستوفها بل أوجبنا الأجرة عليه؛ لكون المنفعة فاتت تحت يده، فإنه يرجع بها وجهاً واحداً، وهو ما حكاه القاضي الحسين، وحكاه في البحر عن بعض الأصحاب^(٨)، وحكى عن بعضهم أنه لا فرق بين أن يستوفى المنفعة، أو تفوت تحت يده، و[الذي]^(٩) صححه الرافي الأول^(١٠).

وحكى المتولي الخلاف أيضاً وأجراه فيما لو تلفت السخلة التي أنتجتها الشاة تحت يده، أو لبنها ولو برضاع ولدها، وكذا الثمرة الحاصلة من الأشجار المبيعة.

الثاني: قول الشيخ كالمهر وأرش البكارة فيه نظر؛ لأننا قد حكينا^(١١) فيما

- | | |
|------|-------------------|
| (١) | في أ: أخذ. |
| (٢) | سقط في د. |
| (٣) | سقط في أ. |
| (٤) | سقط في ج، د. |
| (٥) | سقط في أ. |
| (٦) | في د: التأليف. |
| (٧) | في أ: تنبيهات. |
| (٨) | زاد في أ: فغلطه. |
| (٩) | سقط في ج. |
| (١٠) | في ج: للأول. |
| (١١) | في أ، ج: حكيناها. |

[يجب عليه] ^(١) إذا وطئ البكر ثلاثة أوجه: -

أحدها: مهر بكر، وأرش البكارة.

والثاني: مهر [ثيب] ^(٢)، وأرش البكارة.

والثالث: مهر بكر، لا غير.

وعلى كل حال، فلا يتجه [أن يرجع] ^(٣) بأرش البكارة؛ لأننا إن ^(٤) أوجبنا مهر بكر وأرش البكارة، أو مهر ثيب، وأرش البكارة، فقد جعلنا إزالة البكارة جنابة على الجزء، وقد تقدم أن الأجزاء إذا ضمنت لا ترجع بغرامتها، وإن قلنا: مهر بكر لا غير فلا أرش يغرم حتى يرجع به؛ ولأجل هذا جزم الماوردي، والقاضي أبو الطيب، والبندنجي بعدم الرجوع بأرش البكارة، وغاية الممكن في توجيه ما ذكره الشيخ، كما حكاه المتولي وجهًا بعد حكايته ما حكيناه عن القاضي المذهب أن الشراء [يضمن تسليط المشتري] ^(٥) على تفويت البكارة؛ فلأنه لا يتمكن من الاستمتاع إلا بتفويت ^(٦) البكارة، فنزلت تلك الجلدة منزلة منفعة البضع.

فرع: إذا وهب الغاصب الجارية المغصوبة لإنسان، فأنت منه بولد، هل يرجع بقيمته على الغاصب؟

حكى الرافعي فيه وجهين على قولنا: يرجع بقيمته ^(٧) إذا أتت به في مسألة الكتاب.

ووجه الفرق: أن الواهب متبرع، والبائع ضامن سلامة الولد بلا غرامة، وما قاله لا يصح؛ لأنه حكى في البيع الفاسد أن المشتري يغرم قيمة الولد، [ويستقر عليه، ولو كان البائع ضامنًا لسلامة الولد لما رجع بقيمته] ^(٨) إذا كانت الجارية له على ^(٩) أننا ^(١٠) حكينا، [ثم] ^(١١) عن القاضي ما يمكن أن يدفع به هذا السؤال.

[آخر: لو كان المشتري قد بنى وغرس فيما اشتراه؛ للمالك إجباره على القلع؛

- | | | | |
|-----|--------------|------|--------------------|
| (١) | سقط في د. | (٦) | في د: بإزالته. |
| (٢) | سقط في أ. | (٧) | في أ: بقيمة الولد. |
| (٣) | سقط في أ. | (٨) | سقط في أ. |
| (٤) | في ج، د: قد. | (٩) | في أ: ما. |
| (٥) | سقط في أ. | (١٠) | سقط في أ. |

قال الماوردي في كتاب الإقرار: وللمشتري إن كان جاهلاً بالحال [أن] ^(١) يرجع على البائع بما بين قيمة غراسته وبنائه قائماً ومقلوعاً، وبما غرم من نقص الأرض بالقلع؛ لأنه ألجأه بالغرور إلى ذلك، وحكاه عن الشافعي ^(٢).

قال: وإن ^(٣) ضمن الغاصب فكل ما رجع به المشتري على الغاصب - أي؛ كقيمة الولد، ونقصان الولادة على زعمه ^(٤) لم يرجع به [الغاصب] ^(٥) أي علي المشتري لعروه عن الفائدة؛ فإنه لو أخذ منه شيئاً لاسترده منه.

قال: وكل ما لم يرجع به المشتري [على الغاصب] ^(٦) أي كقيمة العين، والأجزاء من حين قبض العين إلى حين التلف يرجع به على الغاصب لأن قرار الضمان على المشتري فيرجع ^(٧) عليه، أما إذا ضمن الغاصب قيمة يوم الغصب، لكونها أكبر قيمة من يوم قبض المشتري فلا يرجع بالقدر الزائد على المشتري؛ لأنه لم يدخل في ضمانه؛ فهذا لا يطالبه به ابتداءً.

فروع:

لو أجزر [الغاصب] ^(٨) المغصوب وسلمه؛ كان للمالك مطالبة أيهما شاء، فإذا غرم المستأجر الأجرة لا يرجع بها قولاً واحداً، ويرجع بالثمن.

وإن غرم قيمة العين والأجزاء رجع بهما قولاً واحداً، [وهو ما] ^(٩) جزم به الروياني.

[و] ^(١٠) في الوسيط: أن العراقيين قالوا: إن يد المستأجر والمرتهن هاهنا كيد العارية؛ لأن لهم غرضاً في أيديهم؛ بخلاف المودع والوكيل بغير جعل ^(١١) إذا زوج الجارية المغصوبة وغرمه المالك أجرة المنفعة فهل يرجع بها؟ ينظر: إن استوفاهما فلا، وإلا فنعم.

وإن غرمه قيمة العين رجع بها، فإن غرمه المهر لم يرجع به؛ لأنه دخل في

- | | |
|-------------------|-------------------|
| (١) سقط في أ. | (٧) في أ: فرجع. |
| (٢) سقط في ج. | (٨) سقط في أ. |
| (٣) في ج، د: فإن. | (٩) سقط في ج، د. |
| (٤) في أ: رقمه. | (١٠) سقط في أ. |
| (٥) سقط في أ. | (١١) في أ: عذر و. |
| (٦) سقط في أ. | |

العقد على أنه يتقوم عليه.

قال القاضي الحسين، والمتولي وغيرهما: ويخالف المغرور بالحرية إذا بَانَ للمغرور حقيقة الحال بعد الوطاء وفسخ، فإنه يرجع بالمهر على القول القديم. والفرق: أنه ملك المحل وحصلت له تلك المنفعة، وهو إنما بذل المهر على أن يتأبد له البضع، وقد بان معيبًا، ولا يلزم الرضا بالمعيب^(١)، وإذا فسخ فمقتضى الفسخ بالعيب استرجاع البدل فرجع به وهاهنا لم^(٢) يملك المحل، وقد دخل في العقد على أن يتقوم عليه فينظر^(٣) أن لو كان ممن لا يحل له نكاح الإماء؛ فإن العقد باطل، ولا يرجع بالمهر.

قال: وإن كان المغصوب طعامًا، فأطعمه إنسانًا، فإن قال: هو مغصوب، فضمن الغاصب، رجع به على الآكل؛ لفقد سبب الضمان، وهو الغرور^(٤) مع دخوله على أنه يضمن؛ فإن ضمن الآكل لم يرجع [به]^(٥) على الغاصب؛ لأنه غاصب استهلك ما غصبه.

قال: وإن قال هو لى فضمن الغاصب لم يرجع [به]^(٦) على الآكل خلافًا للمزني؛ لأنه أقر^(٧) بأن المدعي ظلمه بما أخذه^(٨) منه فلا يرجع [به]^(٩) على [غير]^(١٠) من ظلمه.

قال: وإن ضمن الآكل رجع في أحد القولين؛ لأنه دخل على أنه^(١١) لا يغرم، وقد غرم مستندًا إلى تغرير الغاصب فيرجع عليه، وهذا هو القديم، ويروى في بعض كتب الجديد.

قال: ولا يرجع في الآخر وهو الأصح؛ لأنه أتلّفه في منفعة نفسه والغاصب منكر للغرور، فإنه يدعي أنه قدم إليه ملكه.

قال: وإن قدمه^(١٢) إليه، ولم يقل: هو لى أو مغصوب؛ فضمن الآكل - رجع في أحد القولين دون الآخر. وتعليلهما ما ذكرناه.

(٧) في أ: إقرار.

(٨) في أ: أخذ.

(٩) سقط في د.

(١٠) سقط في ج.

(١١) في أ: أن.

(١٢) في أ: قدم.

(١) في أ: العيب.

(٢) في ج: لا.

(٣) في ج: فنظيره.

(٤) في ج: المعروف.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

وحكى الماوردي عن البصريين من أصحابنا أنهم جزموا بالرجوع هاهنا، وحكوا الخلاف فيما إذا وهب الطعام منه وأقبضه إياه [فأكله، وفرقوا بأن]^(١) استهلاك الأكل بإذن الغاصب حصل فرجع عليه، [واستهلاك الموهوب له [حصل يوم إذن الغاصب]^(٢) فلم يرجع عليه]^(٣)، وهذه الطريقة تؤخذ من كلام المتولي؛ فإنه جعل الخلاف في الهبة مرتباً على الخلاف في التقديم، وأولى بالرجوع، والأصح في الكل عدم الرجوع، وسكوت الشيخ عنه في هذه المسألة استغناء بما ذكره فيما إذا قال هو: لى، فإن التغير فيه أبلغ، ومع هذا لم يكن سبباً للرجوع، وكان فيما دونه من طريق الأولى.

فرع: لو اختلفا في العلم بالحال والجهل به^(٤).

قال الماوردي: إن قال الواهب: علمت أنه مغضوب من غيري، فالقول قول الموهوب له، وإن قال: أعلمتك حال الهبة أنه مغضوب، فالقول قول الواهب؛ لأنه زعم فساد الهبة.

قال: وإن ضمن الغاصب، فإن قلنا: لا يرجع الآكل على الغاصب، رجع الغاصب؛ لاستقرار التلف تحت يده، وتخالف المسألة [التي]^(٥) قبلها؛ لأنه ثم اعترف بأنه مظلوم بما [غرمه فيؤاخذ]^(٦) بإقراره.

قال: [وإن قلنا: يرجع الآكل؛ لم يرجع الغاصب لعرو ذلك عن الفائدة، ثم لا يخفى أن محل ما ذكرناه من الرجوع على الآكل إذا كان حراً]^(٧) مكلفاً، أما لو كان عبداً، أو بهيمة، فإن كان ذلك بغير إذن مالكةا؛ فهو مضمون على الغاصب وحده فيرجع به عليه، ولا يرجع به على مالك البهيمة والعبد، ولا يتعلق برقبتهما [شيء]^(٨) قاله^(٩) الماوردي.

وقال الرافعي وغيره: ما أكله العبد هل يتعلق برقبته؟ يخرج على الخلاف إن قلنا [إنه]^(١٠) يرجع به على الحر فقد جعلنا ذلك بمنزلة الجنانية، فيتعلق ذلك

(٦) في أ: أخذه فيؤاخذ.

(٧) زاد في أ: أو.

(٨) سقط في أ، د.

(٩) في ج: قال.

(١٠) سقط في ج.

(١) في أ: فإن.

(٢) في د: للغاصب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ج: منه.

(٥) سقط في د.

برقبة العبد وإلا فلا، وإن كان أطعمها بإذن [مالكها]^(١)، فإن علم عند أمره أنه مغضوب فهو مضمون عليه وقرار الضمان عليه وإن لم يعلم فإن سلمه إليه حتى تولى هو إطعام البهيمة والعبد؛ كان في حكم الموهوب له، فإن لم يسلمه إليه كان في [حكم]^(٢) الآكل.

فرعان :

[أحدهما]^(٣) : إذا غصب شاة وأمر قصابًا فذبحها جاهلاً بالحال، كان قرار الضمان على الغاصب.

قال الرافعي: ولا يخرج على الخلاف في أكل الطعام؛ لأنه ذبح للغاصب وهناك [انتفع لنفسه]^(٤).

قال البندنجي: وكذا [في كل]^(٥) ما استعان به الغاصب [غيره]^(٦) كطحن^(٧) الحنطة، وخبز العجين وقطع الثياب ونحو ذلك.

الثاني: لو أمر الغاصب إنسانًا بإتلاف المغضوب بقتل، أو كسر، أو حرق ففعل، ولم يعلم أنه مغضوب فغرمه المالك؛ ففي رجوعه على الأمر خلاف مرتب على الخلاف في الإذن في أكل الطعام وأولى بعدم الرجوع؛ لأن الإتلاف لا يباح بالإباحة؛ بخلاف الأكل، صرح به القاضي الحسين، والمتولي.

قال: فإن أطعم المغضوب منه [المغضوب]^(٨) وهو يعلم برئ الغاصب؛ لأنه استهلك مال نفسه باختياره، مع علمه بالحال.

قال: وإن لم يعلم ففيه قولان:

أحدهما: يبرأ لأنه أتلف مال نفسه؛ فأشبه ما لو كان عالمًا وهذا ما رواه الربيع.

قال: والثاني لا يبرأ لأنه أزال يده وسلطانه ولم يفد ذلك بتقديمه إليه؛ فلم يحصل التسليم الواجب، وهذا هو المنصوص وجعل القاضي الحسين والرافعي

(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ج: كطحين.
(٨) سقط في أ.

(١) في د: المالك لهما.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ج: لينفع به نفسه.

أصل الخلاف^(١) في هذه المسألة الخلاف في [أن]^(٢) قرار الضمان على الآكل إذا كان أجنبيًا أم لا؟

فإن قلنا: لم^(٣) يستقر عليه برئ الغاصب هاهنا وإلا فلا، ومن هذا يظهر أن الصحيح أنه يبرأ، كما صرح به ابن يونس وغيره.

و[قد]^(٤) حكى الإمام عن الأصحاب أنهم رأوا أن البراءة هاهنا أولى من الاستقرار هناك؛ لأن تصرف المالك في ماله بالإتلاف يتضمن قطع علاقة الضمان عن الغاصب^(٥)، لكن القول بعدم البراءة هو الذي صححه في «البحر».

وحكي عن البصريين [أنهم قطعوا به]^(٦) فيما إذا قال للمالك^(٧): كله^(٨)، وكلام ابن الصباغ وغيره من العراقيين يرشد إليه، فلو^(٩) لم يطعم الغاصب المالك الطعام لكن المالك أكله على أنه طعام الغاصب برئ وجهًا واحدًا، صرح به المتولي، وما ذكرناه من الخلاف والوفاق، و[و]^(١٠) في مسألة الكتاب يجري فيما لو أودع المغصوب من المالك، أو رهنه عبده، أو أجره منه فتلف في يده كما صرح به الماوردي وغيره، وقد يظهر^(١١) من هذا أن الخلاف في مسألة الكتاب مادته الخلاف في قرار الضمان [على الآكل إذا كان أجنبيًا، فإن الوديعة لا خلاف أن قرار الضمان]^(١٢) فيها على الغاصب، وإن أجرى العراقيون في قرار الضمان على المرتهن والمستأجر وجهين، وعلى كل حال فالمذهب في هذه الصورة عدم البراءة؛ كما صرح به الرافعي ولو باعه من المالك، أو أعاره، أو أقرضه برئ اتفاقًا، وكذا إذا أسامه^(١٣).

ولو كان المغصوب عبدًا فأعتقه المالك بوكالة الغاصب له فهل يعتق؟ فيه وجهان:

أصحهما^(١٤): نعم؛ لمصادفة ملكه، كما لو أعتق عبد غيره بزعمه في ظلمة

(١) زاد في د: ولم يحصل.

(٢) سقط في ج، د.

(٣) في ج: ثم.

(٤) سقط في ج.

(٥) في ج: الغائب.

(٦) في أ، د: القطع به.

(٧) في أ: المالك.

(٨) في د: كلفه.

(٩) في أ، د: ولو.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في أ: ظهر.

(١٢) سقط في د.

(١٣) في أ: استأمنه.

(١٤) في ج: أحدهما.

[مثلاً] ^(١) فإذا هو عبده.

والثاني: لا؛ فإنه هاهنا سفير في العبارة، وهذا ما نسبته ابن الصباغ إلى رواية الشيخ أبي حامد، وعلى الأول هل يبرأ الغاصب وجهان: أصحابهما: في الرافي أنه يبرأ، وفي «البحر»: [الأصح] ^(٢) خلافه. ولو كان المغصوب جارية فزوجها من المالك فأولدها نفذ الاستيلاد ^(٣) قطعاً وبرئ الغاصب وشبب بعض الأصحاب بالخلاف [فيه، كذا قاله الإمام، وفي البسيط، وظاهره يوهم أن الخلاف] ^(٤) في البراءة لا في نفوذ الاستيلاد. وفي «الوسيط»: صرح بأن التشيب في الاستيلاد. ولو قال للمالك: أعتق هذا العبد عني ^(٥) فالمذهب أنه لا يقع عنه. وفيه ^(٦) وجه حكاه المتولي أنه يقع ^(٧) عنه، كما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي [فإذا هو ميت] ^(٨)، فإن العتق يتضمن التملك، وعلى المذهب هل يعتق [على] ^(٩) المالك؟ فيه وجهان.

قال: وإن رهن المغصوب منه المغصوب من الغاصب لم يبرأ من الضمان [أي] ^(١٠) إلا بأن يقبضه ^(١١)، أو نأبئه ثم يعيده إليه، خلافاً للمزني؛ لقوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» ^(١٢) والمعنى على اليد ضمان ما أخذت؛ [حتى تؤديه] ^(١٣) ولا يمكن إضمار: رد ما أخذت فإنه لو كان مراداً لما قال: حتى تؤديه؛ ولأنه عقد لا يمنع طريان الضمان عليه فوجب ألا ينافي ضماناً سابقاً [له] ^(١٤)، كما لو استأجر المالك الغاصب ليقدم العبد المغصوب كذا قاله القاضي أبو الطيب، ولأن الرهن لا ينافي الضمان؛ بدليل ما لو رهنه شيئاً فتعدى فيه؛ فإنه لا يبطل الرهن، فإذا لم ينافه فلا يكون متضمناً زواله كما في حال الاستدامة، واعترض الإمام في كتاب الرهن على قياس رهن المغصوب على

(٨) في أ: فإن ميتاً.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في ج: بقصيته.

(١٢) تقدم تخريجه.

(١٣) سقط في د.

(١٤) سقط في أ.

(١) سقط في أ، د.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في د: برئ.

(٤) سقط في د.

(٥) زاد في أ: فأعتقه.

(٦) في أ: في.

(٧) في أ: يعتق.

تعدي المرتهن بأن طرآن العدوان سببه إحداث المرتهن ما لم يكن له أن يحدثه، وليس يشبه هذا إذن المالك للغاصب في الإمساك، ثم قال: ومن لا يستشعر غموض هذه المسألة فليس من الفقه في شيء، فإن سبب ضمان الغاصب عدوانه، وقد انقطع بالإذن بالإمساك في جهة غير مضمونة^(١).

فإن قيل: لو رهن المعير العين المعارة من المستعير - زال عنه الضمان على أحد الوجهين، فهلا كان هنا مثله؟!.

قلنا: الخلاف في براءة المستعير من ضمان العارية، وعدم البراءة مبني كما حكاه المتولي هاهنا^(٢)، والماوردي في كتاب الرهن على أن العارية هل تبطل بالرهن أم لا، ومن جزم بعدم بطلان العارية بالرهن، وهو ابن الصباغ - خصّ محل الخلاف في البراءة وعدمها بما إذا رجع المعير في العارية.

وإذا كان كذلك فضمن العارية إنما كان بسبب الارتفاق والانتفاع بملك الغير^(٣) لا عن استحقاق وقد زال، وهاهنا الضمان ضمان يد، واليد قائمة حساً ومشاهدة، وهذا ما أشار إليه المتولي.

قال: وإن أودعه إياه فقد قيل يبرأ لأن الوديعة تنافي الضمان؛ فكانت متضمنة للبراءة، وهذا ما ذهب إليه أبو علي الطبري وأكثر الأصحاب؛ كما حكاه القاضي أبو الطيب في كتاب الرهن.

وقيل: لا يبرأ [كما لو رهنه منه]^(٤) وهذا قول [ابن أبي هريرة]^(٥)، وهذا الخلاف قريب الشبه من الخلاف فيما إذا تعدى المودع في الوديعة، ثم أحدث له استثماراً أو هو هو، ولا خلاف في أنه لو باعه منه سقط حكم الضمان، ولو أجره أو أوصى [له]^(٦) بمنفعته ومات.

وقيل: قال المتولي فيه وجهان^(٧):

أحدهما - وهو الذي قال به العراقيون - أنه لا يبرأ.

والثاني - وهو اختيار القفال - أنه يبرأ؛ لأن منفعة يده عائدة للآجر^(٨)؛ لأنه

(٥) في د: أبو علي.

(٦) سقط في أ، ج.

(٧) في أ: قولان.

(٨) في أ: الآخر.

(١) في د: مضمته.

(٢) في ج: هنا.

(٣) في ج: العين.

(٤) سقط في ج.

يستحق الأجرة، والثواب في الوصية قائم مقام الأجرة.

ورتب الماوردي في كتاب الرهن الخلاف في [الغاصب بالإجارة على الخلاف في] ^(١) براءته بالإيداع، وقال: الأولى البراءة؛ لأن الإجارة صنف من البيع، والإمام ثمّ رتبته على الوديعة، لكن قال: الأولى ألا يبرأ، وقال: لو وكله في بيعه من غير أن يستحفظه إياه؛ ففي براءته من الغصب الخلاف في الإجارة وأولى بالأ يبرأ.

قال الغزالي: لأنه كالمستأجر فيه [إلا أن غرض المالك هاهنا في اليد أظهر، ونوقش في ذلك؛ لأن هذا يقتضي حصول البراءة.

وجوابه أنه لما قال: إنه ^(٢) كالمستأجر [فيه] ^(٣) [٤] اقتضى أنه لا يبرأ جزماً، كما حكيناه من قبل عند الكلام في الرهن منه ^(٥)، ثم ذكر مستند الخلاف، وهو أن غرض المالك في اليد أظهر، وقد ذكرت في أواخر ^(٦) الوكالة شيئاً يتعلق بذلك، فليطلب منه.

ولو ضارب المالك ^(٧) الغاصب على المال المغصوب فثلاثة أوجه في الحاوي:-

ثالثها: وهو الأصح عنده أنه لا يبرأ ما لم يتصرف، وإذا تصرف فإن وقع عقده ^(٨) بعين المال سقط عنه الضمان بتسليمه، وإن وقع على ما في الذمة ثم نقد الثمن لم يبرأ.

والفرق: أنه إذا ^(٩) اشترى بعين المال صار دافعاً للمال إلى مستحقه عن إذن مالكة؛ فبرئ من ضمانه وإذا اشترى في ذمته صار قاضياً ^(١٠) لدين تعلق بدمته، فلم يبرأ من الضمان.

فرع: إذا كان المغصوب منه حاضراً فطالبه ^(١١) الغاصب ^(١٢) بقبض ماله وجب عليه، فإن امتنع أناب الحاكم من قبضه عنه، ولو كان غائباً فقبضه منه

(٧) زاد في د: و.
(٨) في أ: العقد.
(٩) في أ: لما.
(١٠) في ج: قابضاً.
(١١) في د: فطلب.
(١٢) في أ: المغصوب.

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: هذا.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: عنه.
(٦) في أ: آخر.

الحاكم برئ، لكن هل يجب على الحاكم قبضه؟ فيه وجهان في «التتمة».
قال: وإن فتح قفصًا عن طائر فوقف ثم طار لم يضمن؛ لأن الطير له اختيار
بدليل توقيه المكاره وطلبه الرعي^(١)، وقد وجد من الفاتح سبب غير ملجئ، ومن
الطائر مباشرة فرجحت على السبب غير الملجئ واحترزنا بالسبب [غير
الملجئ]^(٢) عن المكروه وشهود الزنا ونحوهما^(٣)، وهذا ما حكاه العراقيون،
وحكى صاحب التهذيب وغيره طريقة أخرى بجريان قولين في الضمان، ونسب
في «التهذيب» قول الضمان إلى القديم.

وغلط [الرويانى]^(٤) في البحر من صار إلى وجوب الضمان.

وحكى الرافعي [عنه، وعن الشيخ]^(٥) أبي خلف السلمي [ونحوهما]^(٦) اختيار
وجوب الضمان^(٧)، فعلى هذا لو دخلت هرة إلى القفص [وقتل الطائر عقيب
الفتح أو سقط القفص]^(٨) بسبب خروج الطائر فتكسر، أو^(٩) كسر الطائر بطيرانه
شيئًا؛ ضمنه الفاتح؛ لأن فعل الطائر على هذا القول منسوب إليه؛ كذا حكاه
الرافعي عما جمع من «فتاوى القفال».

وقياس ما ذكره العراقيون صريحًا في إفساد الدابة الزرع والعلق أنه لا
يضمن^(١٠) كما ستعرفه من بعد.

قال: وإن طار عقيب الفتح أي من غير تهيج ففيه قولان: أصحهما: أنه لا
يضمن؛ لأنه طار باختياره فأشبهه ما لو وقف ثم طار، وقد وافق الشيخ في هذا
التصحيح القاضي أبو الطيب.

(١) في أ: المرعي.

(٢) في أ: نحوه.

(٣) في أ: وعن.

(٤) في أ: وغير فقهاء.

(٥) قوله: ولو فتح قفصًا عن طائر، فوقف، ثم طار - لم يضمن.

ثم قال: وغلط الرويانى في «البحر» من صار إلى وجوب الضمان.

وحكى الرافعي عنه وعن الشيخ أبي خلف السلمي وغيرهما - اختيار وجوب الضمان. انتهى كلامه.
وسياقه يشعر بأن ما نقله الرافعي عن الرويانى غلط، وليس كذلك؛ فإنه قد صرح بذلك في «الحلية»،
وعبر بقوله: وهو الاختيار. والغالب أن الرافعي إذا أطلق النقل عن الرويانى فإنما يريد به «الحلية»،
فاعلمه. [أ و].

(٨) سقط في أ.

(٩) في ج: لو.

(١٠) في أ: يضمنه.

والقول الثاني: أنه ^(١) يضمن؛ لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه، فإذا طار عقيب الفتح عرف أن طيرانه لنفوره، فصار كما لو نقره.

وقد حكى في «التهذيب»: أن هذا القول هو القديم، والذي حكاه ^(٢) القاضي أبو الطيب، والبندنجي أن النص في القديم: أنه لا يضمن مطلقاً ^(٣).

وحكى في البحر أن ظاهر ما نقله المزملي وجوب الضمان، وبه قال أكثر الأصحاب واختاره [الشيخ] ^(٤) أبو إسحاق، وابن أبي هريرة.

وفي «المرشد» وقال الرافعي: إنه الصحيح، وحكي عن بعضهم القطع به، وحكي طريقة أخرى؛ وهي أن خروج الطائر إن كان من غير [اضطراب] ^(٥) فلا ضمان، وإن اضطرب عقيب الفتح ثم خرج ضمن؛ لأنه يدل على [فزعته ونفرتة] ^(٦)، ولو كان الطائر في أقصى القفص فأخذ يدب قليلاً قليلاً ثم [طار] ^(٧)، قال القاضي الحسين: حكمه حكم ما لو طار عقيب الفتح، ولا خلاف أنه إذا نقر الطائر بعد الفتح ضمن، وادعى الماوردي فيه الإجماع، وحكم حل [رباط] ^(٨) الدابة ^(٩) أو فتح باب الإصطبل عنها إذا خرجت عقيب الفتح أو شرعت في المشي من أقصى الإصطبل إلى أن خرجت، [أو خرجت] ^(١٠) بعد الفتح بساعة وضاعت - حكم فتح القفص.

وحكى الإمام عن شيخه أنه [إن] ^(١١) كان تسبب ^(١٢) بالفرق بين الحيوان النافر بطبعه وبين الإنسي، وأنه جعل خروج [الإنسي] ^(١٣) على الاتصال؛ كخروج النافر على الاتصال ^(١٤) وقال: إنه منقاس، وحكم حل قيد العبد المجنون وفتح باب السجن عنه [حكم] ^(١٥) حل رباط البهيمة فيما ذكرناه، كذا قاله الغزالي

- | | |
|---------------------------|--|
| (١) زاد في أ، ج: لا. | (٩) في د: البهيمة. |
| (٢) زاد في أ: الجمهور. | (١٠) سقط في أ. |
| (٣) في أ، ج: مطاعاً. | (١١) سقط في أ، ج. |
| (٤) سقط في أ. | (١٢) في د: يسبب. |
| (٥) سقط في أ. | (١٣) سقط في ج. |
| (٦) في أ، ج: قرعه ويقربه. | (١٤) في أ: الانفصال، وزاد في د: لخروج النافر |
| (٧) سقط في أ. | على الانفصال. |
| (٨) سقط في أ. | (١٥) سقط في أ. |

[وغيره] ^(١) من المراوزة، وإطلاق الماوردي يقتضي أنه لا ضمان وكذلك الروياني ووجهه بأنه لا يستمسك بالقيد عرفاً، وأبدى [الروياني] ^(٢) الضمان احتمالاً لبعض الأصحاب.

ولو كان العبد عاقلاً؛ نُظر إن لم يكن أبقاً ^(٣) فلا ضمان، وكذا لو كان أبقاً على الصحيح، ومنهم من جعل حل قيده كحل قيد ^(٤) البهيمة، وهو ما حكاه القاضي الحسين وتابعه صاحب التهذيب فيأتي فيه التفصيل السابق.

فرعان:

أحدهما: إذا فتح مراح الغنم فخرجت ليلاً فرعت زرعاً للغير، فإن كان الفاتح المالك وجب عليه الضمان، وإن كان غيره فلا ضمان عليه عند العراقيين، وبه جزم في «البحر»؛ لأنه لا يجب عليه حفظها بخلاف المالك.

وعن الففال: أنه يضمن [الثاني] ^(٥): إذا حل ^(٦) دابة مربوطة عن علف أو شعير فأكلته؛ لم يضمنه؛ لأن الدابة هي المتلفة دونه، وكذا لو كسرت إناء [في الدار] ^(٧) لم يضمنه.

قال الماوردي ^(٨): سواء اتصل ذلك بالحلّ أو انفصل عنه.

قال: وإن فتح زقاً فيه مائع فاندفق ما فيه أي في الحال ضمن؛ لأنه محفوظ بوكائه، وحله له سبب تلفه، ولا شيء بقطعه فتعلق الحكم به، وكذا لو اندفق بعضه فابتل أسفله أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب ما فيه [ضمن] ^(٩)؛ لأن فعله سببه.

وقيل: إن كان المالك حاضراً أو ^(١٠) أمكنه التدارك لكون الخارج شديداً فلم يفعل ^(١١) فلا ضمان، ويخالف ما لو قتل عبده، أو حرق ثوبه، وأمكنه منعه من ذلك ولم ^(١٢) يفعل حيث يجب الضمان؛ لأن القتل والتحريق مباشرة، وحل

- | | |
|--------------------|--------------------|
| (١) سقط في أ. | (٧) سقط في أ. |
| (٢) سقط في أ، د. | (٨) زاد في د: ضمن. |
| (٣) في د: اتفاقاً. | (٩) سقط في أ. |
| (٤) في أ، د: رباط. | (١٠) في أ: و. |
| (٥) سقط في ج. | (١١) سقط في أ. |
| (٦) في ج: جعل. | (١٢) في أ: فلم. |

الوكاء سبب [، والسبب] ^(١) يسقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه؛ كمن حفر بئراً فمر بها إنسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها، فلم يفعل حتى سقط فيها؛ فإنه لا يضمن، كذا قال في البحر.

قال: وإن بقي ساعة، ثم وقع بالريح، أو ما في معناه من زلزلة أو سقوط طائر عليه فسأل ^(٢) ما فيه لم يضمن، لأنه لم يوجد الخروج بفعله ولا بسبب فعله.

قال ابن الصباغ: وهكذا الحكم فيما لو لم يعلم كيف سقط، وحكم حل ^(٣) السفينة وغرقها عقبيه أو بعد ساعة بسبب [حادث أو] ^(٤) الريح، أو نحوه حكم [حل] ^(٥) الزق الذي فيه المائع، فلو غرقت بعد الحل ولم يظهر سبب حادث؛ ففي التهذيب والمهذب وغيرهما في وجوب الضمان وجهان.

قال في الحاوي [والبحر] ^(٦): ويخالف مسألة الزق فإن الماء ^(٧) أحد المتلفات. والرافعي قال: إن الخلاف جارٍ في مسألة الزق.

قال: - وإن كان ما فيه جامداً فذاب بالشمس ^(٨) وخرج، أي وكان الزق على صفة لو كان [ما] ^(٩) فيه ذائباً لخرج ^(١٠) عقيب الفتح ضمن؛ لأن [الشمس لا] ^(١١) توجب خروجه بل تذييه، والخروج بسبب فعله فضمن؛ كالمائع.

وقيل: لا يضمن؛ لأن خروجه إنما حصل بعارض الشروق فأشبهه هبوب الريح.

قال: - وليس بشيء لما ذكرناه، [مع أن] ^(١٢) الشمس يعلم شروقها فيكون الفاتح معرضاً لما فيه للشمس ^(١٣)، وذلك تضييع بخلاف هبوب الريح؛ فإنه ليس مما ينتظر.

وعن القاضي الحسين: إجراء الوجهين فيما إذا أزال ^(١٤) أوراق الكرم وجرد

(٨) في أ: السمن.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ، ج: يخرج.

(١١) في ج: السمن لم.

(١٢) في ج: من أن.

(١٣) في أ: الشمس.

(١٤) في أ: زالت.

(١) سقط في ج.

(٢) في أ: ثم سال.

(٣) في أ: حال.

(٤) سقط في ج.

(٥) سقط في ج.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: المائع.

عناقيده للشمس حتى أفسدتها، وأجريا أيضًا فيما إذا ذبح^(١) شاة [إنسان]^(٢) فهلكت سخلتها، أو حمامة فهلك فرخها لفقدان ما يصلحهما، وأجراهما المتولي أيضًا فيما لو كان لإنسان زرع، ونخل وأراد سوق الماء إليهما فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت، وكذا أجريا فيما لو نقل صبيًا إلى مسبعة فافترسه سبع، أو إلى أرض محواة فنهشته حية، لكن الأظهر [منهما]^(٣) هاهنا عدم الضمان، وهو ما حكى الإمام أنه نص الشافعي^(٤)، والغزالي جعله ومسألة الشمس سواء، ولا خلاف أنه لو حمله إلى مضيعة فاتفق أن سبعا افترسه فلا^(٥) ضمان^(٦).

فرعان:

أحدهما: - لو كان [ما]^(٧) في الزق جامدًا فحلّه [واحد]^(٨) وقرب آخر منه نارًا فخرج، فقد قيل: لا ضمان على واحد منهما، وإن قلنا: إنه إذا خرج بالشمس يضمن الحال.

قال في الحاوي: - لأن طلوع الشمس معلوم فصار كالقاصد له، ودنو النار^(٩) غير معلوم فلم يصر قاصدًا له.

وقيل: يجب الضمان، على المقرب للنار^(١٠)، وهو ما اختاره في المهذب، وجعله^(١١) الرافعي الأظهر، والغزالي الأصح، وأجرى الرافعي^(١٢) الوجهين فيما لو قرب الفاتح النار منه.

وقال في البحر، [والحاوي]^(١٣): إنه يضمن وجهًا واحدًا.

-
- (١) في ج: باع. (٢) سقط في ج.
 (٣) سقط في ج. (٤) في ج: للشافعي.
 (٥) زاد في د: أنه.
 (٦) قوله: ولا خلاف في أنه لو حمله - يعني الصبي - إلى مضيعة، فاتفق أن سبعا افترسه، أنه لا ضمان. انتهى كلامه.
 وما ذكره من عدم الخلاف ليس كذلك؛ فقد قال في «المهذب» لو كتف رجلا، وألقاه في أرض غير مُسبعة، فقتله سبع - وجبت الدية مخففة؛ لأنه قتل خطأ. انتهى. والصغير العاجز عن الانتقال كالرجل المكتوف إن لم يكن أولى منه بالوجوب. [أ و].
 (٧) سقط في د. (٨) سقط في ج، د.
 (٩) في ج: الدار. (١٠) في ج: النار.
 (١١) زاد في ج: في. (١٢) في ج: الغزالي.
 (١٣) سقط في أ.

الثاني: - إذا فتح زقًا مستعلى الرأس وما فيه شديد فنكسه آخر حتى يسرع خروج ما فيه، فقد قيل: يشتركان في ضمان الخارج بعد التنكيس.

وقيل: يختص به المنكس، وهو الأصح في الرافي؛ لأنه كالذابح مع الجارح. تنبيه: الزق: السقاء، وجمعه في القلة: أزقاق، وفي الكثرة زقاق، [وزقاق] ^(١) - بضم الزاي -؛ كذئب وذئاب [وذؤبان] ^(٢).

قال: - وإن سقى أرضه فأسرف أي جاوز ما يكفي أرضه في العادة؛ لأن الإسراف مجاوزة الحد حتى هلك أي أتلف أرض غيره أو أجاج نارًا أي تلهبها وأشعلها على سطحه فأسرف حتى تعدى إلى سطح غيره [فأحرقه] ^(٣) ضمن لتعديه بالإسراف، وكذا لو لم يسرف في النار، لكنه أوقدها في وقت هبوب الرياح ^(٤)، وكلام القاضي الحسين في باب وضع الحجر يفهم أن في هذه الحالة خلافًا؛ فإنه حكى عن [بعض] ^(٥) الأصحاب فيما إذا أشعل ^(٦) نارًا في ملكه فطارت منه شرارة [فأحقرت أرض] ^(٧) الغير - أنه لا ضمان، ثم قال: وقال القفال: إن كان ذلك في وقت هبوب الرياح ^(٨)، وفي [ظلمة الليل] ^(٩) وجب الضمان، وإلا فلا.

وفي الحاوي في باب الصائل على البهائم: أنه إذا أحرق بالنار خشبًا ^(١٠) في أرضه فتعدت فأحقرت زرع غيره، فإن كان زرع الغير ^(١١) [غير] ^(١٢) متصل بالحشيش؛ فلا ضمان [وإن كان [الزرع] ^(١٣) متصلًا بالحشيش المحرق، فإن كانت الرياح مصروفة عن جهة الزرع؛ لهبوبها إلى غيره فلا ضمان] ^(١٤)، وإن كان هبوبها في ^(١٥) جهة الزرع ففي الضمان وجهان:

وجه الوجوب: أن من طبع النار أن تسري إلى جهة الرياح.

(٩) في أ: الظلمة.

(١٠) في ج: خشبًا.

(١١) في د: الجارح.

(١٢) سقط في أ.

(١٣) سقط في أ.

(١٤) سقط في ج.

(١٥) في أ: من.

(١) سقط في أ، د.

(٢) سقط في أ، د.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الرياح.

(٥) سقط في ج، د.

(٦) في أ: أسعر.

(٧) في أ: فأحقرت كدس، وج: الدين.

(٨) في أ: الرياح.

ووجه المنع: [أن هبوب الريح]^(١) ليس من فعله، وقال فيما إذا أرسل الماء في^(٢) أرضه فخرج إلى أرض غيره فأفسدها^(٣)، وكان الذي أرسله أكثر من قدر حاجة أرضه وقدر على حبسه؛ ففي الضمان وجهان:

وجه المنع: أن الجار قد كان يقدر على الاحتراز منه [بحظيرة تصد]^(٤) عنه، أما إذا سقى [أرضه]^(٥) من غير إسراف؛ كما إذا سقى أرضه بما تحتمله عادة فتعدى إلى أرض غيره، أو أوقد في وقت سكون الريح ما يحتمله سطحه ثم عصفت^(٦) الريح فشرع في طففيها [فتعدت]^(٧) فأحرقت فلا ضمان؛ لعدم التفريط. ولو كان في أرضه نقبة فسقى أرضه من غير إسراف فنفذ من النقبة إلى أرض غيره.

قال البندنجي: إن [علم بها]^(٨) فلم يسدها ضمن، وإن لم يعلم بها لم يضمن. وقال القاضي الحسين: أنه يضمن سواء علم بالنقبة^(٩) أو لم يعلم؛ لأنه مفرط حيث لم يطالع ولم يسد، وكذا لو كانت أرضه مستعلية فسقاها فخرج ماؤها إلى أرض غيره ضمن ما لم يسدها على ما جرت [به]^(١٠) العادة. فرع: لو شككنا في أن الساقى أو^(١١) الموقد أسرف أم لا؟ قال الإمام: لا ضمان.

ولو غلب^(١٢) على الظن مجاوزة الحد من غير قطع [به]^(١٣) قال: أمكن تخريجه على غلبة الظن في النجاسات.

قال: - فإن غضب حراً على نفسه لزمه تَخْلِيَّتُهُ ليرأ من ظلمه.

[قال]^(١٤): فإن استوفى منفعته ضمن الأجرة [بعدوانه بإتلاف متقوم، وإن حبسه مدة أي ولم يستوف له منفعة ضمن الأجرة]^(١٥)؛ لأنها منفعة تضمن

- | | |
|-----------------------|-----------------|
| (١) سقط في أ. | (٩) في ج: بها. |
| (٢) في أ: إلى. | (١٠) سقط في د. |
| (٣) في د: فإن رمادها. | (١١) في ج: و. |
| (٤) في أ: بحصيرة يسر. | (١٢) في أ: علم. |
| (٥) سقط في ج. | (١٣) سقط في ج. |
| (٦) في أ: عرضت. | (١٤) سقط في ج. |
| (٧) سقط في أ. | (١٥) سقط في ج. |
| (٨) في أ: علمها. | |

بالأجرة فضمنت بالغصب، كمنفعة العبد، وهذا ما يحكى عن ابن أبي هريرة.
وقيل: لا يضمن؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد [فمنافعه تفوت تحت يده]^(١)
بخلاف العبد، وهذا هو الأصح في الرافعي وبه قال جمهور الأصحاب كما حكاه
الماوردي، وبنى الغزالي الخلاف على أن الحر [هل]^(٢) يدخل [تحت]^(٣) اليد أم
لا؟

قال الرافعي: ولم أر ذلك لغيره ولا خلاف في أن أم الولد، والمكاتب إذا
[حبسها حتى]^(٤) مضت [مدة]^(٥) لمثلها أجرة ضمن أجرتها^(٦)؛ سواء استوفأها أو
فاتت تحت يده.

فرع: لو نقل حرًا صغيرًا، أو كبيرًا بالقهر من موضع إلى موضع آخر، فإن لم
يكن [للمنقول غرض في]^(٧) الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء^(٨) على
الناقل، وإن كان له [فيه]^(٩) غرض واحتاج إلى مؤنة فهي على الناقل؛ لتعديده^(١٠)
قاله المتولي.

ولو كان على الحر الصغير ثياب وحلى فهل يضمنها الغاصب؟

قال القاضي الحسين: يحتمل وجهين:

أحدهما: لا^(١١) يضمن؛ لأنه إذا لم تثبت يده عليه لا تثبت يده على ما معه.

والثاني: يضمن؛ لأن يده ناقصة.

قلت: وهذا الخلاف [كالخلاف]^(١٢) الذي حكاه الشيخ فيما إذا سرق حرًا
صغيرًا وعليه حلى يساوي نصابًا؛ هل يقطع [أم لا؟]^(١٣) [أو]^(١٤) هو هو.

قال: وإن غصب كلبًا فيه منفعة لزمه رده لاستحقاق صاحبه منافعه مع عموم
قوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»^(١٥) وتكون مؤنة الرد على الغاصب،

(٩) سقط في ج.

(١٠) في ج: التعدية.

(١١) في ج: لم.

(١٢) سقط في ج.

(١٣) سقط في أ.

(١٤) سقط في ج.

(١٥) تقدم.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ج.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في ج.

(٦) في أ: قيمتها.

(٧) في أ: في المنقول غرض إلى.

(٨) في أ، ج: يني.

فلو استوفى منفعته فهل يضمن أجرته؟ فيه وجهان يبنيان على جواز إجارته.

قال الإمام في باب بيع الكلاب: والذي أراه تصحيح الإجارة، فإن لم نصححها؛ فالوجه عندي إثبات أجره المثل، فإنها منافع مقصودة [تطلب بالأموال]^(١)، فإن امتنعت الإجارة لتغليظ^(٢) شبه^(٣) المنع من التعامل على [الكلاب فلا]^(٤) وجه لتعطيل منفعته، ولو اصطاد الغاصب [به]^(٥)، فالصيد للغاصب على وجه، كما لو اصطاد بشبكة مغصوبة، وهو الأصح في النهاية وغيرها، وللمغصوب منه على وجه، كما لو اصطاد بالعبد المغصوب؛ لأن للكلب اختيارًا، وعلى هذا هل يلزمه أجره مثل الكلب في [مدة الاصطياد]^(٦)؟

وإذا قلنا بوجوبها، فلو^(٧) استعمله لنفسه ففيه^(٨) وجهان:

وجه الوجوب: القياس [على]^(٩) ما لو غصب بذرًا وأرضًا من واحد فزرعه^(١٠) فيها، فإن الزرع لمالك البذر [والأرض، وعليه مثل البذر]^(١١) وأجرة الأرض وإن صرفت منفعتها لفائدة مالكها، وهذا الخلاف يجري فيما لو غصب صقرًا فاصطاد^(١٢) به.

فائدة: منفعة الكلب تكون بالاصطياد وحفظ الزرع، والماشية، واقتناؤه لذلك^(١٣) جائز، وهل يجوز لحفظ^(١٤) البيوت فيه وجهان:

ظاهر النص منهما: الجواز.

وأما الكلاب التي لا تصلح لذلك فلا يجوز اقتناؤها؛ لقوله ﷺ: «من اقتنى كلبًا ليس بكلب^(١٥) صيد ولا ماشية ولا أرض [فإنه ينقص]^(١٦) من أجره

- | | |
|----------------------------|--------------------|
| (١) في ج: بطلب الأموال. | (٩) سقط في د. |
| (٢) في أ: لتغلظ. | (١٠) في ج: وزرعه. |
| (٣) في أ، ج: سنة. | (١١) سقط في أ. |
| (٤) في أ: الخلاف فلو. | (١٢) في ج: واصطاد. |
| (٥) سقط في أ، ج. | (١٣) في ج: كذلك. |
| (٦) في أ، ج: يده للاصطياد. | (١٤) في أ: لخفض. |
| (٧) في أ: لو. | (١٥) في أ: كلب. |
| (٨) في ج: فيه. | (١٦) في أ: نقص. |

قيراطان»^(١) خرجه مسلم.

قال الإمام: وأجمع الأصحاب على أنه نهى تحريم، واقتناء الجرو الصغير الصالح للمنافع [المذكورة]^(٢) عند كبره هل يجوز؟ فيه وجهان^(٣).

واقتناء كلب الصيد، والماشية، والزرع لمن لا غرض له في ذلك في الحال ويتوقعه في المآل فيه وجهان، أجراهما الشيخ أبو حامد، كما حكاه ابن الصباغ في جواز اقتناء كلب الصيد، وإن لم يصطد^(٤) به.

قال: وإن غصب خمراً من ذمي أي ولم يكن قد أظهرها [فيما]^(٥) بين المسلمين وجب ردها عليه؛ لأنه مقر على الانتفاع بها.

وفي الجيلي حكاية وجه: أن الواجب عليه تمكينه [منها]^(٦)، وهذا ما حكاه الإمام عن المحققين قبيل كتاب الصيد والذبائح، وإن الأول كان يقطع به شيخه، وأثر الخلاف يظهر في مؤنة الرد.

أما إذا أظهرها للمسلمين ولو للبيع أريقت ولا ترد إليه^(٧).

قال: وإن أتلّفها لم يضمن [أي]^(٨) سواء كان المتلف مسلماً، أو ذمياً؛ لأنها شراب مسكر فوجب ألا يستحق على [متلفها]^(٩) قيمة لكافر، كما لو أتلّفها على مسلم، ولأن ما أبيح الانتفاع به [من الأعيان]^(١٠) إذا لم يملك الاعتياض عنه؛ كالميتة فما حرم الانتفاع به من الأعيان النجسة؛ كالخمر والخنزير أولى ألا يملك الاعتياض عنها؛ و[لأنه لو ضمن بدلها]^(١١) للكافر أدى إلى تفضيله على المسلم بسبب كفره وذلك ممتنع.

(١) أخرجه مسلم (٣/١٢٠١)، كتاب المساقاة، باب: الأمر بقتل الكلاب (٥٠/١٥٧٤).

(٢) سقط في أ.

(٣) قوله: منفعة الكلب تكون بالاصطياد وحفظ الزرع والماشية، واقتناؤه لذلك جائز، وفي حفظ البيوت وجهان، ظاهر النص: الجواز.

واقتناء الجرو الصغير الصالح للمنافع المذكورة عند كبره: هل يجوز؟ فيه وجهان. انتهى كلامه. والوجهان شرطهما: أن يكون الجرو من نسل معلّم، فإن لم يكن كذلك لم يجز جزءاً، كذا ذكره البغوي في «التهذيب» في البيع، والصحيح من هذين الوجهين هو الجواز. [أ و].

(٤) في ج: يصاد.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في د.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في أ: لأنها لو ضمنها.

قال: وإن غضبها من مسلم أراق؛ لأن النبي ﷺ: «أمر أبا طلحة بإراقة ما كان عنده من خمور الأيتام»^(١) حين نزل تحريمها، وهذا هو الصحيح. وقيل يجب ردها [إليه]^(٢) ليتنفع بها في طفء نار أو بل طين، ونحوه. قال: فإن^(٣) صارت خلاً؛ ردهً لأنه فرع ملكه، ولو تلف في يده غرمه. وقيل: إن [للغاصب تملكه]^(٤) بحدوث^(٥) الملك في يده.

وفي ابن يونس: أن وجوب الرد مفرع على القول الصحيح بوجوب الإراقة وحكى وجهين^(٦) في وجوبه بعد صيرورته خلاً على قولنا: بأنها ترد إليه خمرًا. قيل: ولو عكس الأمر لكان أولى، ولا فرق عند العراقيين في وجوب الإراقة بين الخمرة المحترمة^(٧) وهي التي عصرت لأجل الخلية أو غير المحترمة، وهي التي عصرت للخمرية، كما حكاها في «الاستقصاء» في أوائل الكتاب.

وعند المراوزة: الخمرة المحترمة [أصلاً، وقال الإمام - قبيل كتاب الصيد والذبائح -: إن في ذلك احتمالاً]^(٨) على كل حال، وجعل في كتاب الرهن قول من أوجب إراقتها هذياناً، وقال: إنه لم يصر إليه أحد من أئمة المذهب^(٩) وإنما هو من ركوب^(١٠) أصحاب الخلاف.

وقال في كتاب الإقرار: لو اطلعنا على خمر ومعها مخايل [تشهد]^(١١) أنها خمر خل، فالمذهب [أنا لا نتعرض]^(١٢) لها.

وقال القاضي الحسين: قبيل باب [بيع الطعام بالطعام]^(١٣) لو أراقها إنسان فهل يجب عليه الضمان؟ فيه وجهان: -
فإن أوجبناه؛ قلنا: كم قيمة ذلك لو صار خلاً، وكم قيمته في طريق تصييره

(١) أخرجه أحمد (٣/١١٩، ١٨٠)، وأبو داود (٢/٣٥١) كتاب الأشربة، باب: ما جاء في الخمر تخلل، برقم (٣٦٧٥)، وأبو يعلى (٧/١٠٥) برقم (٤٠٥١)، من طريق وكيع، عن سفيان، عن السدي، عن أبي هبيرة، عن أنس بن مالك أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمرًا، فقال: أهرقها، قال: أفلا أجعلها خلاً؟ قال: لا.

(٢) سقط في أ.
(٣) في د: فلو.
(٤) في أ، ج: الغاصب يملكه.
(٥) في أ: لحدوث.
(٦) في ج: الوجهين.
(٧) في ج، د: المحرمة.
(٨) سقط في ج.
(٩) زاد في ج: قال.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: أنه لا يتعرض.
(١٣) في أ، ج: الطعام.

خلاً؟ ويوجب عليه ذلك، وغيره بنى الخلاف في الضمان على أنها طاهرة أو نجسة، والمذهب نجاستها.

فرع: من أبرز خمراً وزعم أنها [خمر] ^(١) خل قال الإمام في كتاب الإقرار: قد سبق طوائف إلى أن ذلك لا يقبل منه.

فرع: من في يده خمر إذا أراقها فجمعها جامع وصارت في يده خلاً؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يعود ملكاً للأول.

والثاني: يكون للثاني؛ لأن الأول أزال يده عنها وأسقط حقه منها ^(٢) فتكون لمن هي في يده.

قال ابن الصباغ في كتاب الرهن: وهذا لا وجه له؛ لأن الجامع للخمر ممنوع من ذلك ويده لا تثبت عليها؛ فلم يصح تملكه [الخل بذلك] ^(٣).

وقوله: إن الأول أسقط حقه، ليس بصحيح؛ لأنه فعل ما أمره الشرع بفعله، ولو كان كذلك لوجب أن يكون مباحاً؛ كالمنبوذ، ولا يختص بملكها الجامع بل يكون أحق ^(٤) لحصولها بيده ^(٥)، وقد أجرى الرافعي الوجهين فيما إذا ألقى الجلد فأخذه أخذ وديعة، لكن ما ضعف به ابن الصباغ الوجه الثاني متفها هنا.

قال: وإن غصب جلد ميتة رده؛ لأنه منتفع به وقد قال عليه السلام: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» ^(٦).

قال: فإن دبغه فقد قيل: يُرَدُّ كَالْخَمْرِ إِذَا صَارَتْ خَلًّا.

وقيل: لا يرد أي ويكون ملكاً للغاصب؛ لأن الملك فيه حصل بفعله فكان له بخلاف الخمر.

وحكى المتولي عن بعضهم: أنه جزم ^(٧) بوجوب رد الجلد، وأجرى وجهين في رد الخل وأنه فرق بأن يده في الخمر مستحقة الإزالة شرعاً فلم يجعل لها حكم، ويده على الجلد غير مستحقة الإزالة فكان تفويتها جناية فلا ^(٨) يسقط

(٥) في أ: في يده.

(٦) تقدم.

(٧) في أ: حكم.

(٨) في أ: ولا.

(١) سقط في ج.

(٢) في ج: فيها.

(٣) سقط في د.

(٤) زاد في د: بها.

بها^(١) الحق، وهذه الطريقة ظاهرة عند من لم يفرق بين الخمر^(٢) المحترمة وغيرها وعند من فرق إذا لم تكن الخمر^(٣) محترمة، أما إذا كانت محترمة فهي كالجلد سواء؛ لجواز إمساكها.

قال: وإن غصب عصيراً فصار خمراً ثم صار خللاً [رده]^(٤)؛ لأنه عين ماله وما نقص من قيمة العصير أي: إن [حصل]^(٥) نقص؛ لأنه حصل تحت يده [وقيل يرد]^(٦) الخل لما ذكرناه، ويضمن مثله من العصير؛ لأن ذلك لزمه بانقلابه خمراً، ولم يسقط عنه بعوده خللاً؛ كما لو غصب جارية فسمت في يده، ثم هزلت، ثم سمت، وقد حكى الخلاف هكذا في المهذب وغيره.

وفي بعض النسخ بعد قوله: [ويضمن مثله من العصير]^(٧) وأرشد ما نقص أي: من قيمة الخل والعصير الذي أخذه بدلاً عن قيمة العصير المغصوب إلى حين انقلابه خمراً، وهذا [كأنه]^(٨) بناء على مذهب أبي ثور في أن الغاصب يضمن عند رده العين فوات^(٩) الأسعار.

ومنهم من قال: يظهر بناؤه على أن الغاصب يضمن أرش السمنين^(١٠) ولم يظهر لي صحة ذلك فتأمل^(١١).

- | | |
|-------------------|--------------------|
| (١) في د: فيها. | (٢) في د: الخمرة. |
| (٣) في د: الخمرة. | (٤) سقط في د. |
| (٥) سقط في أ. | (٦) في ج: وقبل رد. |
| (٧) سقط في أ. | (٨) سقط في أ. |
| (٩) في أ: بفوات. | (١٠) في أ: السمن. |

(١١) قوله: وإن غصب عصيراً، فصار خمراً، ثم صار خللاً - رده وما نقص من قيمة العصير.

ثم قال: وقيل: يرد الخل، ويضمن مثله من العصير، هكذا حكاه في «المهذب».

وفي بعض نسخ «التنبيه» زيادة على هذا: وأرشد ما نقص، أي: من قيمة الخل والعصير، وكأنه بناء على مذهب أبي ثور في أن الغاصب يضمن عند رده العين فوات الأسعار.

ومنهم من قال: يظهر بناؤه على أن الغاصب يضمن أرش السمنين. ولم يظهر لي صحة ذلك، فتأمل. انتهى كلامه.

والتخريج الأول الذي أشعر كلام المصنف بأنه ارتضاه، وهو تخريجه على مذهب أبي ثور - قد ذكر المصنف في «المطلب» أنه تخريج باطل؛ لأنه إنما قال ذلك إذا رد المغصوب بعينه، ورد الأصحاب عليه بأن ذلك كان يلزم اطراداً فيما إذا تلف المغصوب ورد مثله؛ فدل كلامهم على أنه غير قائل به. ثم قال: والأشبه عندي في تقريره غير ذلك، وهو أن المراد أرشد ما نقص من قيمة العصير المرود عن قيمة العصير المغصوب لا بسبب ارتفاع الأسواق، بل بأن يكون قد تطور قبل الخمرية إلى حالة زادت بها قيمته، فيأخذ الأرش في مقابلة تلك الصفة الزائلة. قال: وهو نظير قول الماوردي: إنه إذا غصب حنطة، فطحنها، ثم تلف الدقيق - يأخذ المثل وما نقص من قيمة المثل عن الدقيق. [أ و].

قال: وليس بشيء؛ لأن الخل عين العصير وإنما تغير من صفة إلى صفة، فأشبهه ما لو طرأ على العين بياض ثم زال، ومخالف السمن فإن الثاني عين^(١) الأول قطعاً.

وقال الماوردي: إن هذا الخلاف يعني المشهور الذي ذكرناه [أولاً]^(٢) مخرج من الخلاف فيما لو قلع سنٌّ من أثمر ثم عاد سنه بعد أخذ أرشه؛ هل يجب رد الأرش أم لا؟ فإن قلنا: يجب، ردها وما نقص وإن قلنا: لا يجب رد الأرش؛ غرم قيمة العصير، والجمهور على ضمان العصير بالمثل لا بالقيمة.

وحكى الرافعي وغيره على قول ضمان المثل من العصير وجهًا أن الخل يكون للغاصب كالوجه الذي حكيناه فيما إذا غصب الخمر فتخللت في يده.

واعلم أن ما ذكرناه من الخلاف جار فيما لو غصب بيضة فتفرخت عنده، أو بذراً فزرعه فنبت واذداد، أو بذر قرّ فصار قرّاً فعلى [القول]^(٣) الأول وهو الصحيح يكون ذلك للمالك ولا يغرم [له]^(٤) الغاصب^(٥) إلا ما نقص عن قيمة الأصل، وعلى الثاني يغرم البدل، والحاصل للمالك على أظهر الوجهين، وللغاصب على مقابله.

فرع: لو انقلب العصير خمراً ولم يتقلب خلاً.

قال الماوردي: وجب على الغاصب قيمته، وهل له أخذ الخمر؟ فيه وجهان: قال: وإن غصب صليباً أو ميزماراً فكسره [أي الكسر المأمور به لم يضمن الأرش لقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ»^(٦) وهذه الصنعة محرمة فلا قيمة لها]^(٧) أما إذا زاد على الكسر المأمور به بحيث فوت بكسره صلاحيته لمنفعة مباحة كانت تحصل مع الكسر المأمور به - لزمه ما بين قيمته مكسوراً

(١) في أ، ج: غير.

(٢) سقط في أ، ج.

(٣) سقط في أ، ج.

(٤) سقط في أ، ج.

(٥) سقط في أ، ج.

(٦) سقط في أ، ج.

(٧) سقط في أ، ج.

(٧) ما بين المعقوفين في د هكذا: آنية من ذهب أو فضة، وقلنا: يحرم اتخاذها لما ذكرناه من العلة. وحكى الإمام بعد باب الوليمة وجهًا آخر: أنه تجب قيمة صنعة مثلها إذا كسره الغاصب. قال: وهو غريب غير متجه. أما إذا قلنا بجواز اقتنائه ضمنه جزماً، قال في الحاوي في باب: الحكم بين المهادين: وقد ألحق الشيخ أبو حامد كسر الصليب من الذهب والفضة على الوجهين في الأواني - وهو خطأ؛ لأن الصليب لا يجوز اقتناؤه بخلاف الأواني.

[بالكسر المباح]^(١) وغيره [وقد اختلف الأصحاب في حد الكسر المأمور به]^(٢) على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكسره [حتى تنتهي]^(٣) إلى حد لا يمكن اتخاذ آلة محرمة [منه]^(٤) لا الأولى^(٥) ولا غيرها.

والثاني: أن يزيله عن حالته التي قصدت لاستعماله عليها، فالصليب^(٦) يرفع أحد الجسمين عن الآخر والعود يزيل وجهه حتى يبقى جفنه، وهذا ما حكاه [الرويانى]^(٧) في البحر.

والثالث وهو أظهرها: أن يكسره^(٨) بحيث لا يمكن إعادته إلى تلك الحالة إلا مع عسر.

قال الرافعي: وما ذكرناه^(٩) من الاقتصار على تفصيل الأجزاء، فهو [فيما]^(١٠) إذا تمكَّن المحتسب منه، أما إذا منعه من هو في يده وكان يدفع عن المنكر؛ فله إبطاله بالكسر [قطعاً]^(١١).

قال الإمام: ولم يكتف أحد من أصحابنا بقطع الأوتار مع ترك الآلات، وادعى في الوسيط في ذلك الإجماع.

تنبيه: [الصليب]^(١٢) يجمع على صُلب و صُلبان، وثوب^(١٣) مصَلَّبٌ عليه نقش؛ كالصَّليب.

قال الماوردي: وهو موضوع على معصية؛ لزعمهم أن عيسى ابن مريم - عليه السلام - قتل وصلب على مثله واعتقدوا إعظامه^(١٤) طاعة، والتمسك به قربة، وقد أخبر الله تعالى بكذبهم فيه ومعصيتهم به فقال: ﴿وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَلَٰكِن سُبُّهُ لَهْمٌ﴾ [النساء: ١٥٧] وقال تعالى: ﴿وَمَا قَتَلُوهُ يَقِينًا﴾ [النساء: ١٥٧]

(١) في ج: الكسر المأمور به.

(٢) سقط في ج.

(٣) سقط في ج.

(٤) سقط في ج، د.

(٥) في ج: للأولى.

(٦) في ج: بالصليب.

(٧) سقط في أ، د.

(٨) في ج: يزيله.

(٩) في ج، د: ذكر.

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في أ.

(١٢) سقط في ج.

(١٣) في أ، ج: وبور.

(١٤) في ج: تعظيمه.

[وفيه تأويلان: أحدهما: أن الكناية راجعة إلى عيسى، وتقديره وما قتلوا عيسى يقينًا^(١).

والثاني: أنها ترجع إلى العلم به، وتقديره: وما قتلوا العلم به يقينًا، من قولهم: قتل ذلك علمًا إذا تحققتة ومنه جاء [الحديث به]^(٢): قتل الأرض جاهلها، [وقتل أرض عالمها]^(٣).

المزمار: بكسر الميم، واحد المزامير وزَمَرَ يَزْمُرُ، [ويزْمُرُ]^(٤) زمرًا، فهو زمار. وقال الجوهري: ولا يكاد يقال: زامر، قال: ويقال: للمرأة زَمارة. قال: ويقال للمزمار: مزمر، بفتح الميم وضمها.

قال النووي: وبالوجهين ضبطناه في الحديث الصحيح. قال: وإن اختلفا في رد المغصوب؛ فالقول قول المغصوب منه؛ لأن الأصل عدم الرد، وإن اختلفا في تلف المغصوب، فادعاه الغاصب وأنكره المالك، فالقول قول المالك على وجه؛ لأن الأصل البقاء.

والأصح أن القول قول الغاصب؛ لأن ذلك قد يكون [خفيًا، وقد]^(٥) يعجز عن إقامة البينة، فلو لم يصدقه [الجلد انحبس]^(٦) عليه، ولم يجد منه مخرجًا فعلى هذا إذا حلف هل يلزمه البذل؟ فيه وجهان:

وجه المنع: [أن المالك]^(٧) يزعم أن العين قائمة، فلا يستحق القيمة.

والأصح: أن له ذلك إذ تعذر الرجوع عليه بسبب الحلف.

قال: وإن اختلفا في قيمته فالقول قول الغاصب لأنه غارم^(٨) والأصل براءة ذمته، وعلى المالك البينة بقدر القيمة إن لم يرض بما قاله الغاصب، ويكفي^(٩) فيها عند [أبي إسحاق]^(١٠) شاهد^(١١) ويمين، [وشاهد]^(١٢) وامرأتان.

وعن^(١٣) ابن أبي هريرة طريق ذلك [طريق]^(١٤) الحكم فلا

- | | |
|----------------------------|-------------------|
| (١) سقط في أ. | (٨) في ج: غاصب. |
| (٢) سقط في ج. | (٩) في د: ويكتفى. |
| (٣) في ج: وقيل أرض عالمًا. | (١٠) سقط في أ. |
| (٤) سقط في أ. | (١١) في د: يشاهد. |
| (٥) في ج: حقًا و. | (١٢) سقط في ج. |
| (٦) في أ: التجلد الحبس. | (١٣) في أ: وعند. |
| (٧) في أ، د: أنه. | (١٤) سقط في د. |

مدخل^(١) للنساء^(٢) فيه.

قال أبو الحسن^(٣)، والأولى قول أبي إسحاق: كذا حكاه الزبيلي^(٤) في [كتابه]^(٥) أدب القضاء له، [و]^(٦) ينبغي للبينة أن تشهد بأن قيمة المغصوب كذا، فلو أقام من يشهد على الصفات دون القيمة لم يجز للمقومين [أن يعتمدوا]^(٧) على الوصف في التقويم؛ لأن المشاهدة هي المعرفة للقيمة^(٨).

وعن صاحب التقريب رواية قول غريب: أن لهم الاعتماد على الصفات، وينزل على أقل الدرجات؛ كما في السلم.

والفرق على الأول: أن السلم من باب الرخص فلا يقاس عليه، فعلى هذا لو أبعده^(٩) الغاصب في التقليل فيطالب بأن يرتقي إلى [أول]^(١٠) درجة تحتل هذه الصفات.

ولو ذكر الغاصب أن القيمة مائة، فأقام المالك بينة بأنها فوق المائة ولم يعينوا قبلت [هذه]^(١١) الشهادة في وجوب الزيادة على المائة على الأصح، وهو الذي عليه الأكثرون.

وفائدة ذلك: أن يزيد على ما ذكره ويرتقي^(١٢)، فإن زاد فقالت البينة: كانت القيمة أكثر من ذلك^(١٣) فيكلفه الزيادة إلى أن ينتهي إلى موقف لا يقطع الشهود بالزيادة عليه.

قال الإمام: ولا ينحصر ما صورناه بالغصب، بل لو ادعى رجل على آخر^(١٤) ألف درهم فاعترف المدعى عليه بخمسائة، فأقام المدعي بينة أن له عليه أكثر من خمسمائة، فالأمر فيه على التفصيل الذي ذكرناه.

ولو وقع اختلاف المالك والغاصب في صفات المغصوب، فقال المالك: إنه

(٨) في أ: في القيمة.

(٩) في أ: بعد.

(١٠) سقط في ج.

(١١) سقط في أ، د.

(١٢) في د: يرقى.

(١٣) في د: هذا.

(١٤) في أ، د: رجل.

(١) في ج: ندخل.

(٢) في ج: النساء.

(٣) في ج: الحسين.

(٤) في أ: الرملي.

(٥) سقط في أ، د.

(٦) سقط في ج.

(٧) في أ، د: الاعتماد.

كان سالم الأعضاء، و [قال] ^(١) الغاصب إنه [كان] ^(٢) مقطوع اليد؛ فالقول قول المالك على الأصح من القولين.

ولو قال الغاصب به عيب من أصل الخلقة مثل كونه أكمه، أو أنه ولد أعمى، أو أعرج، أو عديم اليد، فالقول قوله على الأصح. وقيل: القول قول المالك في نفي ذلك.

وقيل: إن كان ما ادعاه الغاصب مما يندر من العيوب؛ فالمصدق المالك، وإن كان مما لا يندر؛ فالمصدق الغاصب.

ولو ادعى المالك أن المغصوب كان كاتبًا أو محترفًا، وأنكر ^(٣) الغاصب فالقول قوله على الأصح.

وحكى العراقيون: أن القول قول المالك؛ لأنه أعرف بحال مملوكه. وحكى الماوردي الخلاف في أن القول قول المالك أو قول الغاصب في الصورتين الأوليين في كتاب العتق، وفحوى كلامه الجزم في الأخير ^(٤) بأن القول قول الغاصب.

ولنختم الباب بفروع تتعلق به.

وهو إذا غصب أرضًا فحاله فيها تنقسم ^(٥) أربعة أقسام:

الأول: أن يبني فيها، ويغرس، فينظر إن كان البناء والغراس له - أجبر على قلعه مجانًا، ولا يجبر على أخذ قيمة البناء والغراس. وإن كان قلعه يضر بالأرض لما روى هشام بن ^(٦) عروة عن أبيه أن رجلًا غصب أرضًا من رجلين من بني بياضة من الأنصار فغرسها نخلاً [عما] ^(٧) فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فأمر بقلعه، فروي عنه أنه قال: [«لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَلِمَ حَقُّ»] ^(٨) قال ^(٩) عروة فأخبرني من رأى القوس يعمل في أصولها.

وفي قوله: [نخلًا عما] ^(١٠) تأويلان:

- | | |
|--------------------|------------------|
| (١) سقط في د. | (٦) في أ: عن. |
| (٢) سقط في أ. | (٧) سقط في أ. |
| (٣) في أ: فأنكر. | (٨) تقدم تخريجه. |
| (٤) في أ: الآخرين. | (٩) سقط في أ. |
| (٥) في د: ينقسم. | (١٠) في أ: له. |

أحدهما: طوالا.

والثاني: أنها [قد]^(١) عمت بخيرها، ومنه قوله ﷺ «... عَمَّتْكُمْ النَّخْلَةَ»^(٢) يعني: عمت بخيرها.

وقيل: بل عنى أنها^(٣) خلقت من فضل^(٤) طينة آدم، فصارت عمّة في النسب، والعروق أربعة:

عرقان ظاهران: البناء، والغراس، وعرقان باطنان: البئر، والنهر، كذا نبه عليه الماوردي في أثناء الباب.

إذا ثبت ذلك فإذا قلع البناء والغراس نظر^(٥) في الأرض؛ فإن لم تنقص بالقلع فلا شيء على الغاصب سوى الأجرة، وإن نقصت؛ لكونها صارت حفراً، فالغاصب ضامن لها غير أن الشافعي قال هنا: يرد ما نقصت الأرض، وقال في البيوع في رد^(٦) الحجارة المستودعة: إن عليه تسوية الأرض، فاختلف الأصحاب كذلك في المسألة؛ فبعضهم خرج المسألتين^(٧) على قولين، وبعضهم فرق بأن الغاصب متعدد فغلظ^(٨) حكمه بالأرث، والبائع غير متعدد فخفف^(٩) حكمه بتسوية الأرض، فعلى هذا [هل]^(١٠) تجب الأجرة مع الأرث أو [يتم]^(١١) أكثرها؟^(١٢) فيه وجهان في البحر كما في الثوب وغيره، واستبعد مجيء القول الثاني هنا.

ولو باع الغاصب [ذلك من مالك الأرض صح، ولو باعه من غيره، فإن كان بشرط البقاء بطل، وإن كان بشرط القلع والنقص]^(١٣) جاز، وإن أطلق فوجهان. ولو باع مالك الأرض الأرض صح، وكان للمشتري إجبار الغاصب على

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه أبو يعلى في مسنده (٣٥٣/١)، وأبو نعيم في الحلية (١٢٣/٦)، والعقيلي في الضعفاء (٢٥٦/٤)، وابن عساكر في تاريخ دمشق (٣٨٢/٧).

قال المناوي في الفيض (٩٥/٢): الحديث في سنده ضعف وانقطاع.

(٣) في د: بها.

(٤) في أ: فضله.

(٥) في أ: ينظر.

(٦) في د: المسألة.

(٧) في د: فيخفف.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في د.

(١١) سقط في د.

(١٢) سقط في د.

القلع، ولا يستحق البائع أرش نقص الأرض بالقلع؛ لأن المشتري دخل على عيبه.

قال الماوردي ويكون البيع سيباً^(١) لسقوط الأرش عن الغاصب، ولو كان البناء، والغراس [الصاحب الأرض، فإن رضي بأن يأخذها لذلك أخذها، ولا شيء عليه من مؤنة الغراس، والبناء]^(٢)، وليس للغاصب أن يزيل ذلك، ولو طالبه المالك بالإزالة؛ نظر إن كان له فيه غرض صحيح أجبر عليه، ولزمه غرم تنقيص^(٣) الغراس والبناء عما كان قبل الغراس والبناء، وعليه نقص الأرض أيضاً، وإن لم يكن في قلعه غرض صحيح^(٤) لقاصد؛ فهل يجبر على القلع؟ فيه وجهان: -

فإن قلنا بعدم الإيجاب فللمالك مطالبته إذا لم يقلع بأرش ما ينقصه القلع عن الحالة التي كان عليها المغصوب قبل الغراس والبناء؛ لأنه لما استحق المطالبة به مع التزام مؤنة القلع؛ فأولى مع عفوه عنها. وإن قلنا بمقابله، فلا.

ولو كان الغراس والبناء مغصوبين من ثالث فلكل من رب الأرض والغراس والبناء أن يأخذ الغاصب بالقلع [إن كان له غرض]^(٥)، ويرجع كل منهما عليه بأرش ما نقص، ولو اشترى مالك الأرض الغراس والبناء - كان له مطالبة الغاصب بالقلع إن كان له غرض ويرجع بنقص البناء والغراس دون^(٦) الأرض. ولو هرب الغاصب عن أن يلتزم لهما مؤنة القلع، واختلفا في تحملها فيمين يجب عليه منهما؟ فيه وجهان.

ولو كان [الغراس في أرض]^(٧) فقلعه الغاصب، فإن كان باقياً؛ ففي كيفية ضمانه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: ما بين قيمة [الشجر قائماً ومقلوعاً.

- | | |
|-------------------|------------------|
| (١) في د: مثبتاً. | (٥) سقط في د. |
| (٢) سقط في د. | (٦) في أ: في. |
| (٣) في أ: تنقيص. | (٧) في د: الأرض. |
| (٤) في د: يصح. | |

والثاني: يضمن ما بين قيمة^(١) الأرض ذات شجر قائم وبين^(٢) قيمتها والشجر مقلوع منها؛ لأن تعديه قد سرى إلى الأرض.
والثالث: أنه يضمن أغلظ الأمرين.

وإن كان قد استهلك الشجر بعد قلعه، فعلى الأول يضمن قيمة الشجر قائماً، وعلى الثاني ما نقص من قيمة الأرض بقلع الشجر، وعلى الثالث أغلظ الأمرين كذا قاله الماوردي.

القسم الثاني: أن يدفن فيها ميتاً، فإن^(٣) الغاصب يجبر على نبشه، وإن كان فيه انتهاك حرمة الميت، ثم إذا نبش ضمن أرش نقصها كما تقدم، فلو قال المالك: أنا أقر الميت في الأرض إن ضمن لي نقص الأرض بالدفن فيها؛ ففي إجبار الغاصب على بدله وجهان في الحاوي.

القسم الثالث: أن يتقل ترابها، وله حالتان:

إحدهما: أن^(٤) يكون [قد]^(٥) كسطه من على وجه الأرض، فللمالك إجباره على رده على صفته إن كان باقياً، ومثله إن كان تالفاً؛ سواء كان للمالك به نفع أم لا، وسواء عظمت مؤنة ذلك أو خفت، ولو لم يجد مثله ضمن القيمة، وفيها وجهان:

أحدهما: وهو ما نقله المزني عن الشافعي في «الكبير»-: أنه تقوم الأرض وعليها التراب الذي أخذ منها، ثم تقوم بعد أخذه منها، ويجب ما بينهما.

والثاني: - أكثر الأمرين من هذا أو^(٦) من قيمة التراب بعد نقله عن الأرض، حكاه الماوردي، ولو لم يطالبه المالك بالرد نُظر فإن كان للغاصب^(٧) في الرد غرض؛ بأن دخل الأرض نقص^(٨) يرتفع برد التراب، أو كان قد نقله إلى ملكه أو إلى دار غيره أو إلى شارع يحذر من التعثر^(٩) به الضمان، فله الاستقلال بالرد، وإن لم يتيسر [عليه في الصورتين الأخيرين، نقله إلى موات أو نحوه كما قيده

(٦) في د: و.

(٧) في أ، ج: الغاصب.

(٨) في ج: تقع.

(٩) في ج: التعبير.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ج، د.

(٣) زاد في أ: كان.

(٤) في د: إحدهما.

(٥) سقط في ج.

الإمام والماوردي، دون ما إذا تيسر^(١) وله عند إعادته بسطه كما كان، فإن منعه المالك من بسطه لم يبسطه وإن كان في الأصل مبسوطاً، وإن لم يكن له غرض فإن منعه [المالك]^(٢) من الرد لم يرده، وإن لم يمنعه وخالف فهل يفتقر إلى الإذن؟ فيه وجهان في التتمة؛ بناء على وجهين في أنه لو منعه فخالف ورد، هل للمالك^(٣) مطالبته بالنقل ثانياً؟ إن قلنا: لا، رده من غير إذنه، وإن قلنا: نعم، فلا بد من إذنه وهو الأظهر.

الحالة الثانية: أن يحفر في الأرض بئراً وينقل ترابها، فإن أمره المالك بطمها لزمه، إن كان له فيه غرض صحيح، وإلا فوجهان حكاهما الماوردي، وإن لم يأمره، كان له أن يستقل به، خلافاً للمزني، فلو تراضيا على تركها فذاك لهما، وعلى الغاصب ضمان ما يسقط فيها، لتعديه بحفرها، وليس لرب الأرض أن يطالبه بمؤنة السد، وإنما له أن يأخذه متى شاء بالسد كذا قاله الماوردي، ولو منعه المالك من السد، وقال: رضيت باستدامة البئر، فإن كان للغاصب غرض في الطم سوى دفع ضمان التردي كما ذكرناه فله الطم، وإن لم يكن له غرض سواه فوجهان، أظهرهما: - وهو قول ابن أبي هريرة-: المنع، ويندفع عنه الضمان؛ لخروجه عن أن يكون جناية وتعدياً.

وقد عبر الماوردي وغيره عن محل الوجهين فيما^(٤) إذا أبرأه المالك من الضمان.

وقال الإمام: ليس معناه حقيقة الإبراء، فإن الضمان حق عساه يثبت للمتري فكيف يبرئ عن حق الغير قبل ثبوته، وإنما المراد الرضا بإنقاء البئر.

وقال أيضاً: إن محل جواز الطم له إذا كان بعين^(٥) التراب المنقول، أما إذا كان قد تلف؛ ففي جواز الطم بتراب آخر دون إذن المالك وجهان.

قال الرافعي: - والظاهر أنه لا فرق بين ذلك [التراب]^(٦) وغيره، ولو لم يقل المالك: رضيت باستدامة البئر واقتصر على المنع من الطم ففي التتمة: أنه كما لو صرح بالرضا.

(٤) في أ: بما.

(٥) في ج: بعض.

(٦) سقط في ج.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في ج.

(٣) في ج، أ: له.

وقال الإمام: لا يتضمنه.

ولو كان الغاصب قد طوى [البئر]^(١) من مال نفسه فله نقضه، وللمالك إجباره عليه، فإن وهب^(٢) ذلك منه لم يلزمه القبول على أظهر الوجهين، ثم إذا أعاد هبة الأرض إلى ما كانت في الحالتين إما بطلب المالك أو دونه، فإن لم يدخل الأرض نقص فلا أرش عليه، [وعليه الأجرة]^(٣)، وإن دخلها نقص ففي كيفية جبره ما ذكرناه في حال البناء والغراس.

القسم الرابع: أن يترك الأرض في يده من غير أن يتصرف [فيها]^(٤) فيجب عليه أجرة مثلها^(٥)، فلو نقصت بسبب ترك^(٦) الزراعة؛ كأرض البصرة - ضمن أرش النقص قاله [القاضي الروباني]^(٧) في البحر. [والله أعلم]^(٨).
آخر: غصب المشاع متصور عندنا.

قال الشافعي في كتاب الشركة: إذا كان العبد بين^(٩) شريكين فغصب رجل حصة أحدهما، ثم [إن]^(١٠) الغاصب والشريك الآخر باعا العبد من رجل^(١١) فالبيع جائز في نصيب الشريك البائع، ولا يجوز بيع^(١٢) الغاصب، كذا حكاه [عنه]^(١٣) القاضي أبو الطيب في شرح الفروع في مسألة أولها: -
لو أن رجلاً وكلَّ شريكه في عبد أن يبيع نصيبه [مع نصيبه]^(١٤) وإذا كان ذلك متصورًا فتصوره في غير الغاصب من طريق الأولى، لكن قد أشار الأصحاب عند الكلام في ما إذا أقر بعض الورثة [بنسب]^(١٥) وكذبه الآخر [إلى]^(١٦) أن الوارثين إذا وضعوا أيديهما^(١٧) على التركة يكون يد كل واحد منهما على جميعها كما سنذكره ثم إن شاء الله تعالى، وفيه نظر. والله أعلم.

- (١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: رجلين.
(١٢) في أ: مع.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) سقط في د.
(١٥) سقط في د.
(١٦) سقط في أ.
(١٧) في أ: يدهما.

- (١) سقط في د.
(٢) في أ: ذهب.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: المثل.
(٦) في د: بدل.
(٧) سقط في أ، د.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، ج: أبين.