

## كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة. وفي الشريعة : أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ،

م: (كتاب الغصب )

ش: إيراده عقيب كتاب الإذن لكونه من أنواع التجارة في المستقبل ، ألا ترى أن إقرار المأذون لما صح بدون غيرها صح بديون التجارة دون غيرها صح بدون الغصب ، ولم يصح بدين الغصب ، ولم يصح بدين الحر لكون الأول من التجارة دون الثاني ، فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسباً . قيل : وجه المناسبة التقابل ، لأن المأذون يتصرف بالإذن الشرعي والغاصب بخلافه ، فلذلك قدم كتاب المأذون عليه لأنه مشروع دون الغصب .

م: ( الغصب في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ) ش: أي أخذ الشيء ظلماً وقهراً ، تقول غصبه منه وغصبه عليه بمعنى ، قيل وغصبه إياه أيضاً ، والشيء أغصب ومغصوب ، قلت قولهم شيء غصب تسمية بالمصدر فهذا الذي ذكره يتناول متقوماً وغير متقوم ، يقال غصب زوجة وحر فلان م: ( للاستعمال فيه بين أهل اللغة ) ش: أي استعمال لفظ الغصب في أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب .

م: ( وفي الشريعة: أخذ مال ) ش: أي الغصب في اصطلاح الشريعة أخذ مال ، وهذا بمنزلة الجنس للحد وباقى قيوده كالفصل ، لأنه يتناول المحدود وغيره . وقوله م: ( متقوم ) ش: احتراز عن الخمر .

وقوله م: ( محترم ) ش: احتراز عن مال الحربي فإنه غير محترم . وقوله م: ( بغير إذن المالك ) ش: احتراز عما إذا أخذه بإذن مالكة ، فإنه لا يسمى غصباً . وقوله م: ( على وجه يزيل يده ) ش: أي يد المالك لبيان أن إزالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب عندنا ، لأن الشرط عندنا إزالة اليد المتحقة وإثبات المبطله وعند الثلاثة يبقى فيه إثبات اليد المبطله ، وعلى هذا تخرج المسائل على ما نذكرها إن شاء الله تعالى . غير أن إزالة اليد الحقة بالنقل والتحويل .

وعندهم إثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابة ، فيكفي فيها الركوب ، وفي الفراش الجلوس عليه . وفي العقار الغصب يتحقق عندهم بالدخول ، وإزعاج المالك حتى لو أزعج ولم يدخل لم يضمن .

ولو دخل ولم يزعج ولم يقصد الاستيلاء لم يضمن ، والضعيف إذا دخل دار القوي وهو

حتى كان استخدم العبد وحمل الدابة غضباً دون الجلوس على البساط ، ثم إن كان مع العلم  
فحكمه المائم والمغرم ، وإن كان بدون فبالضمان ؛ لأنه حق العبد ، فلا يتوقف على قصده ولا  
إثم ، لأن الخطأ موضوع .

فيها وقصد الاستيلاء لم يضمن ، كذا في «الذخيرة» وشرحه . وقال الناطفي في كتاب  
«الأجناس» الغضب عبارة عن إيقاع فعل فيما يمكن نقله بغير إذن مالكة على وجه يتعلق به  
الضمان بذلك عليه من منع رجل من دخول داره ثم يمكنه من أخذ ماله لم يكن غاصباً بذلك  
لعدم المعنى الذي ذكرناه ، وإن كان حال بينه وبين ماله أو إن نقل ماله عن موضعه صار  
غاصباً .

م : ( حتى كان استخدام العبد ) ش : هذه إشارة إلى بيان مظهر فائدة التعريف الذي عرف  
الغضب به ، أي حتى يكون على ما ذكرنا استخدام العبد م : ( وحمل الدابة غضباً ) ش : لأن فيه  
إزالة يد المالك م : ( دون الجلوس على البساط ) ش : يعني لا يكون غضباً لعدم إزالة يد المالك .

وعند الثلاثة يكون هذا غضباً على ما ذكرنا من الأصل ، وكذا تظهر ثمره الاختلاف بيننا  
وبينهم في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمره البستان وأنها ليست بمضمونة عندنا لعدم إزالة  
اليد ، وعندهم مضمونة لإثبات اليد ، وكذا لو غضب حماراً وساقه فتأخر عنها جحشه فأكله  
الذئب لا يضمن عندنا إن لم يسق الجحش معه ، وكذا لو منع أصحاب المواشي حتى ضاعت لم  
يضمن عندنا وعند الشافعي أيضاً ، ولكن ذكر في «فتاوى قاضي خان» مسألة تخالف هذا  
الأصل ، فإنه لو قال غضب عجولاً فاستهلك حتى يبس لبن أمه .

قال أبو بكر البلخي : يضمن قيمة العجول ونقصان اللبن وإن لم يفعل في الأم شيئاً .

م : ( ثم إن كان ) ش : أي الغضب م : ( مع العلم ) ش : أي بأنه ملك المغصوب منه م : ( فحكمه  
المائم ) ش : أي الإثم في الآخرة م : ( والمغرم ) ش : أي الغرامة في الدنيا ، وهذا بالكتاب قال الله  
تعالى ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ (سورة البقرة : الآية ١٨٨) إلى غير ذلك من الآيات .

والسنة قال ﷺ : «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه الله من سبع أرضين» ، رواه البخاري  
ومسلم . وعليه إجماع العلماء .

م : ( وإن كان بدون ) ش : أي بدون العلم بأن ظن المأخوذ ماله أو اشتري عيناً ثم ظهر  
استحقاقه م : ( فالضمان ) ش : أي فحكمه الضمان م : ( لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده ) ش :  
وكذا إذا كان الأخذ معذوراً لحمله وعدم قصده م : ( ولا إثم ؛ لأن الخطأ موضوع ) ش : لقوله ﷺ :  
«رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» .

قال : ومن غضب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله . وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما ، وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ (سورة البقرة الآية : ١٩٤) ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية ، فكان أذع للضرر . قال : فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - ،

م : ( قال ) ش : أي القدوري م : ( ومن غضب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله ) ش : أي مثل الذي غضب ، وأراد بالمكيل مثل الحنطة والشعير ونحوهما وبالموزون مثل الدراهم والدينانير ، ولكن يشترط أن لا يكون الموزون مما يضر بالتبويض ، يعنى غير المصوغ منه ، لأن الوزن في الذي في تبويضه مضره يلحق بذوات القيم م : ( وفي بعض النسخ ) ش : أي وفي بعض نسخ القدوري م : ( فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما ) ش : أي بين المستحقين والكلامين م : ( وهذا ) ش : أي عدم التفاوت م : ( لأن الواجب هو المثل ، لقوله تعالى : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ (سورة البقرة : الآية ١٩٤) ) ش : سمي الفعل الثاني إلى ما هو مثل صورة ومعنى .

م : ( ولأن المثل أعدل ) ش : أي ولأن المثل صورة ومعنى أقرب إلى العدل م : ( لما فيه ) ش : أي لما في المثل م : ( من مراعاة الجنس ) ش : لأن الحنطة مثلاً مثل الحنطة جنساً م : ( والمالية ) ش : لأن مالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة ، لأن الجودة ساقطة العبرة في الديونات م : ( فكان أذع للضرر ) ش : أي فكان المثل أشد دفعا للضرر عن المغصوب منه ، لأن الغاصب فوت عليه الصورة والمعنى ، فالجبر التام أن يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى .

م : ( قال فإن لم يقدر على مثله ) ش : أي قال في « الجامع الصغير » فإن لم يقدر الغاصب على مثل الذي غضبه بأن انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل م : ( فعليه قيمته يوم يختصمون ) ش : أي يوم الخصومة .

م : ( وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله ) ش : أي وجوب القيمة يوم الخصومة عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي ومالك ، ولم يذكر في « الجامع الصغير » خلافاً ، لأن صورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال : كل شيء غضب مما يكال أو يوزن فلم يقدر على مثله فخصم فيه فعليه قيمته يوم يختصمون . وإن كان مما لا يكال ولا يوزن فعليه قيمته يوم غضبه .

ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى ، فعلم بهذا أن المثلي إذا انقطع تجب على الغاصب القيمة يوم الخصومة باتفاق علمائنا الثلاثة في ظاهر الرواية ، وبهذا قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يوم الغصب . وقال محمد - رحمه الله - : يوم الانقطاع

في شرح «الجامع الصغير» ، وروي عن أبي يوسف أن عليه قيمته يوم الغصب .

وروي عن محمد أن عليه قيمته يوم الانقطاع وهو مذهب زفر - رحمه الله - وإن كان الشيء مما لا يكال ولا يوزن فعليه قيمته يوم الغصب في قول علمائنا . وفي قول الشافعي - رحمه الله - عليه أكثر القيمتين يوم الغصب ويوم الهلاك ، ولأن في أصله أن زيادة الغصب مضمونة ، انتهى .

والاختلاف المذكور في «النوادر» ، كذا قال فخر الإسلام في شرح «الجامع الصغير» .

م : ( وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يوم الغصب ) ش : أي عليه قيمته يوم الغصب م : ( وقال محمد - رحمه الله - : يوم الانقطاع ) ش : أي عليه قيمته يوم انقطاع مثله عن أيدي الناس ، وبه قال أحمد - رحمه الله - وبعض أصحاب الشافعي - رحمه الله - ، وحد الانقطاع ما ذكر أبو بكر البلخي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه ، وإن كان يوجد في البيوت ، وعلى هذا انقطاع الدراهم .

قال الأترابي - رحمه الله - : ولكن أصح أن يكون الشيء بحيث يوجد في زمان خاص فمضى زمانه كالرطب مثلاً ، والدليل على هذا ما ذكره الشيخ أبو الحسن الكرخي في «مختصره» وغصب ما يوجد في زمان دون زمان ، فإذا غصبه غاصب ثم اختصما في حال انقطاع وعدمه ، فإن أبا حنيفة قال يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون .

وقال يعقوب يوم غصبه . وقال محمد : يحكم بقيمته عند آخر انقطاعه ، ويدل عليه أيضاً ما ذكره في شرح «الطحاي» أيضاً قال : ومن أتلف شيئاً لرجل مما له مثل من جنسه ثم انقطع ذلك عن أيدي الناس وصار مثله غير موجود بضمن غال ولا بضمن رخيص فصاحب المال بالخيار إن شاء انتظر إلى وجود مثله ويأخذ المال ، وإن شاء لم يتربص ويأخذ القيمة .

واختلفوا فيه على ثلاثة أقوال . قال أبو حنيفة يعتبر قيمته يوم الخصومة . وقال أبو يوسف يضمن قيمته يوم الاستهلاك أو وقت الغصب . وقال محمد - رحمه الله - يغرّم قيمته آخر ما كان موجوداً ، وبه أخذ الطحاوي ، إلى هذا اللفظ الأسبجاي . وفي «الجواهر» للمالكية ليس له إلا مثله ويصبر حتى يوجد ، قاله ابن القاسم .

وقال أشهب المالك بالخيار إن شاء صبر وإن شاء أخذ القيمة ، وفي قيمته التفريع لهم . ومن غصب أرضاً أو حيواناً فتلف عنده ضمن قيمته يوم غصبه لا يوم تلفه ولأكثر القيمتين . ومن غصب شيئاً من المثليات والموزونات فتلف عنده وجب عليه رد مثله ولا تلزمه قيمته يوم غصبه .

لأبي يوسف - رحمه الله - : أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب ، إذ هو الموجب ولمحمد - رحمه الله - : أن الواجب المثل في الذمة ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع . ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك ، وإنما ينتقل بقضاء القاضي ، فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء ، بخلاف ما لا مثل له ؛ لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك . قال : وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه ،

م : ( لأبي يوسف - رحمه الله - ) ش : إنما قدم قوله في التعليل باعتبار ترتيب الأوقات ، فإن أول الأوقات الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة . وإيراد الأقوال على هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف - رحمه الله - م : ( أنه ) ش : أي أن مما له مثل م : ( لما انقطع التحق بما لا مثل له ، فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب ) ش : وهو يوم الغصب ، أي يوم انعقاد سبب الضمان م : ( إذ هو الموجب ) ش : أي لأن الغصب هو الموجب للأصل ، والحلف يجب بالسبب الذي يجب به الأصل فيعتبر قيمته يوم الغصب .

م : ( ولمحمد - رحمه الله - : أن الواجب المثل في الذمة ) ش : بالنص الذي ذكرناه م : ( وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ) ش : أي يوم الانقطاع عن أيدي الناس . م : ( ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن النقل ) ش : من الواجب الأصلي م : ( لا يثبت بمجرد الانقطاع ) ش : إذ الفعل باعتبار العجز عن الأصل م : ( ولهذا ) ش : أي ولأجل عدم ثبوت النقل بمجرد الانقطاع م : ( لو صبر ) ش : أي المغضوب منه م : ( إلى أن يوجد جنسه له ذلك ) ش : لأن حقه في مثله من جنسه ، حتى لو أتى الغاصب بالقيمة لا يجبر على القبول .

ولو كان انتقل إليها يجبر كما في غير المثلى ، وكما إذا قضى القاضي بالقيمة م : ( وإنما ينتقل ) ش : أي المثل إلى القيمة م : ( بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء ) ش : لأنها زمان النقل كما في ولد المغرور أنه بمنزلة العبد في حق المستحق فإذا خاصمه المستحق صار المغرور مانعاً له باعتبار حقه في الحرية ، فاعتبر الحق منتقلاً عن العين إلى القيمة يوم الخصومة ، فكذا هذا .

م : ( بخلاف ما لا مثل له ) ش : حيث تجب القيمة يوم الغصب م : ( لأنه ) ش : أي لأن الغاصب م : ( مطالب بالقيمة بأصل السبب ) ش : أي بسبب الضمان وهو الغصب م : ( كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك ) ش : أي عند وجود أصل السبب .

م : ( قال : وما لا مثل له ) ش : أي قال القدوري في «مختصره» : وما لا مثل له م : ( فعليه قيمته يوم غصبه ) ش : أي يوم غَصَبَ الغاصبُ ، وقد أضيف يوم هاهنا إلى الجملة كما في قوله تعالى :

معناه العدديات المتفاوتة ؛ لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس ، فيراعى في المالية وحدها دعماً للضرر بقدر الإمكان ، أما العددي المتقارب فهو كالمكيل ، حتى يجب مثله لقلّة التفاوت .

﴿يوم ينفع الصادقين صدقهم﴾ (سورة المائدة : الآية ١١٩) ، ويجوز يوم غضبه بإضافة يوم إلى المصدر المضاف إلى فاعله أو مفعوله ، فافهم م: (معناه) ش: أي معنى قول القدوري لا مثل له م: (العدديات المتفاوتة) ش: كالبطيخ والرمان والسفرجل والثياب والدواب .

وقال الأترابي هذا تفسير عجيب من صاحب الهداية ، لأنه يعتبر الكلي بالجزئي ، لأن ما لا مثل له يشتمل الحيوانات والزرعيات والعددي المتفاوت كالبطيخ والرمان ، والوزني الذي في تبعيضه مضرة وهو المصوغ منه .

قلت : هذا تفسير جيد ، لأن معنى قول القدوري وما لا مثل له ، أي الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ، لأن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، وذلك مثل العدديات المتفاوتة والثياب والدواب ، كذا ذكرنا .

وأما العددي المتقارب كالجوز والبيض والفلوس فهو كالمكيل ، وبه قال مالك . وفي «الكافي» : وقال مالك في العدديات المتقاربة يضمن مثله بصورة من جنس ذلك ، ولكن ذكر في «الجواهر» للمالكية ، وكذا العددي تستوي أبعاد جملته في الصفة غالباً كالبيض والجوز ونحوه ، وهذا يدل على أن قوله في العدديات المتفاوتة كقولنا .

وقال زفر في العدديات المتفاوتة يجب القيمة أيضاً . وفي «المبسوط» في العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب تجب القيمة ، وبه قالت الثلاثة وأكثر الفقهاء . وقال أهل المدينة يجب المثل وبه قال أصحاب الظاهر ، لكن قالوا إذا لم يوجد مثله يصبر حتى يوجد أو يأخذ القيمة .

م: (لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها) ش: وهي القيمة م: (دعماً للضرر بقدر الإمكان) ش: وذلك لأن قيمة الشيء معنى ذلك الشيء ، والمعنى هو الأصل والصورة تابعة ، وإذا تعذر اعتبار الصورة للتفاوت فيها اعتبر المعنى دعماً للضرر وتعذر المعنى ، وقال أهل المدينة : الواجب هنا المثل وقد مر بيانه . وقال بعضهم إذا لم يمكن رد عينه يجب نظيره ذاتاً وصفة وهو مذهب ابن سيرين ، كذا في شرح «الكافي» .

م: (أما العددي المتقارب) ش: وهو ما يتقارب أحاده في المالية كالجوز والبيض ونحو ذلك م: (فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلّة التفاوت) ش: في المالية ، هذا مذهب أصحابنا الثلاثة .

وعند زفر تجب القيمة لأنها ليست بأمثال متساوية ، ولهذا يجري فيها الربا ، وهذا فرع على جواز السلم فيها وقد مر في البيوع .

وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له . قال : وعلى الغاصب رد العين المغصوبة ، معناه ما دام قائماً لقوله عليه الصلاة والسلام : «على اليد ما أخذت حتى ترد» . وقال عليه الصلاة والسلام : «لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً ، فإن أخذه فليرده عليه»

قيل إنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون ؛ لأن في الموزونات ما ليس بمثل ، وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت وليس بواضح ، لأن في المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير ، فإنه لا مثل له ففيه القيمة . م : (وفي البر المخلوط بالشعير القيمة ، لأنه لا مثل له ) ش : لتعذر اعتبار المائلة فيصير إلى القيمة دفعا للضرر .

م : ( قال : وعلى الغاصب رد العين المغصوبة ، معناه ما دام قائماً ) ش : أي ما دام المغصوب قائماً يعني ما دامت عينه موجودة ، وهذا لا خلاف فيه م : ( لقوله عليه الصلاة والسلام : «على اليد ما أخذت حتى ترد» ) ش : هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سيد بن أبي هريرة عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال : قال رسول الله ﷺ : «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(١)</sup> ثم نسي الحسن فقال : هو أمينك لا ضمان عليه .

قال الترمذي : حديث حسن أخرجه أبو داود والترمذي في البيوع ، والثاني في العارية وابن ماجه في الأحكام وليس في حديثه قصة الحسن . ورواه أحمد في مسنده والطبراني في «معجمه» والحاكم في «المستدرک» في البيع وقال : حديث صحيح على شرط البخاري . وتعقبه الشيخ تقي الدين في الإمام فقال وليس كما قال بل هو على شرط الترمذي . وقال الحافظ المنذري : قول الترمذي فيه حسن يدل على أنه ثبت سماع الحسن من سمرة . ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» في البيوع وقال فيه حتى تؤديه مالها . قال ابن القطان في كتابه : وهو بزيادة الهاء موجب لرد العين ما كانت قائمة .

وقال ابن طاهر في كلامه على أحاديث الشبهات إسناده حسن متصل ، وإنما لم يخرجاه في الصحيح لما ذكر أن الحسن لم يسمع من سمرة - رحمه الله - إلا حديث العقيقة ، والله أعلم .

م : ( وقال عليه الصلاة والسلام : «لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً ، فإن أخذه فليرده عليه»<sup>(٢)</sup> ) ش : هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة - رضي الله عنهم - :

(١) ضعيف : تقدم تخريجه .

(٢) رواه أبو داود - باب من يأخذ الشيء من مزاح - (٥٠٠٣) والترمذي (٢٢٦٣) من طريق ابن أبي ذئب عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده يزيد بن السائب مرفوعاً . وقال الترمذي : حديث حسن غريب ، ورواه أحمد (٢٢١/٤) ، ورواه الحاكم (٦٣٧/٣) وإسناده صحيح .

ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ، ورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية . وقيل : الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ،

أحدهما : أبو السائب أخرج حديثه أبو داود في كتاب « الأدب في باب المزاح » ، والترمذي في أول الغبن عن ابن أبي ذئب عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده يزيد بن أبي السائب قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً ، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه » قال الترمذي : حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب ، والسائب بن يزيد له صحبة سمع من النبي ﷺ . وهو غلام ، وقبض ﷺ والسائب ابن سبع سنين . وأبو يزيد بن السائب وهو من أصحاب النبي ﷺ وروى عنه أحاديث .

ورواه أحمد وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه وأبو داود الطيالسي في مسانيدهم والبخاري في كتابه « المفرد في الأدب » والحاكم في « المستدرک » في الفضائل وسكت عنه . ووقع في روايته لاعباً جاداً بدون حرف العطف .

ومعنى قوله لاعباً لا يريد سرقة ويريد إدخال الغيظ على أخيه فهو لاغية في مذهب السرقة جار في إدخال الأذى عليه قاصد اللعب ، وهو يريد أن يجد في ذلك ليغيظه . وقال الخطابي في شرح « السنن » قوله لاعباً جاداً هو أن يأخذه على سبيل الهزل واللعب ثم يحبسه ولا يرده ، فيكون ذلك جاداً .

م : ( ولأن اليد حق مقصود ) ش : لأنها تتوصل إلى التصرف والانقطاع وفي « المبسوط » والضمان في المدبر ليس إلا لتقوية اليد ، فعلم أن اليد حق مقصود .

وقيل : بدليل جواز إذن العبد في التجارة ، فإنه لا حكم بشرائه في حقه سوى التصرف باليد لا سيما إذا كان مديوناً ، فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف ، فعلم أن اليد حق مقصود م : ( وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه ) ش : أي إلى صاحب اليد .

م : ( وهو ) ش : أي رد العين م : ( الموجب الأصلي على ما قالوا ) ش : أي المشايخ م : ( ورد القيمة مخلص ) ش : أي إلى صاحب اليد ، أي موضع للخلاص ، ويجوز أن يكون - مصدرأ اسمياً - أي خلاص الغاصب عن يد المغصوب منه م : ( خلفاً ) ش : أي حال كون القيمة خلفاً عن العين م : ( لأنه ) ش : أي لأن رد القيمة م : ( قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية ) ش : أراد أن الكمال في رد الصورة والمعنى .

م : ( وقيل : الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ) ش : وهذا القول عكس القول الأول .

ويظهر ذلك في بعض الأحكام . قال : والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن . فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها، أو تقوم بينة ثم قضى عليه ببدلها ، لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض ، فهو يدعي أمراً عارضاً خلاف الظاهر ، فلا يقبل قوله ،

---

والأول أصح ؛ لأن الموجب الأصلي لو كان القيمة ورد العين مخلصاً عنه كان للغاصب أن يقول : خذ قيمة هذا المغصوب وهو جعل الدين وجب أصالة .

وهذا خلاف ما يقتضيه الكتاب ؛ لأنه أكل مال الغير بالباطل ؛ لأن المالك لم يرض إلا بعين حقه ، قال الله تعالى : ﴿ ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (النساء : الآية ٢٩) .

م : ( ويظهر ذلك ) ش : أي كون الموجب الأصلي قيمته ورد العين مخلصاً م : ( في بعض الأحكام ) ش : منها إذا أبرأها الغاصب ، وعن الضمان حال قيام العين يصح ويبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه ، ولو لم يكن وجوب القيمة في هذه الحالة لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح ، ومنها عن الكفالة لا تصح بالعين وتصح الكفالة بالمغصوب ، فعلم أن الموجب الأصلي وهو القيمة ، ومنها أن الغاصب إذا كان له نصاب في ملكه ، وقد غصب شيئاً فلا تجب عليه الزكاة إذا انتقض بالنصاب بمقابلة وجوب المغصوب عليه .

والجواب عن مسألة الإبراء هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك ، فكان الإبراء صحيحاً من ذلك الوجه . وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة ، والمغصوب منها ، ألا ترى إلى ما قال شمس الأئمة البيهقي في «كفايته» : رجل قال لآخر غصبني فلان عبداً فقال : أنا ضامن العبد الذي تدعي فهو ضامن للعبد . فإن مات أو استحقه آخر فهو ضامن لقيمته ، وعن مسألة الزكاة ما ذكرناه في مسألة الإبراء .

م : ( والواجب الرد ) ش : أي رد المثل والقيمة للعين المغصوب إلى مالكها م : ( في المكان الذي غصبه ) ش : أي في المكان الذي غصب للمغصوب فيه م : ( لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن ) ش : وكذا تفاوت المثل بتفاوت الأماكن ، ولو ذكره المصنف لكان أحسن وأكثر فائدة م : ( فإن ادعى هلاكها ) ش : أي فإن ادعى الغاصب هلاك العين المغصوبة م : ( حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ، أو تقوم بينة ) ش : ومقدار ذلك مفوض إلى رأي الحاكم م : ( ثم قضى عليه ببدلها ) ش : البديل يشمل المثل والقيمة م : ( لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض ) ش : أي هلاك العين المغصوبة يكون بأمر عارض م : ( فهو يدعي أمراً عارضاً ) ش : أي الغاصب يدعي أمراً عارضاً م : ( خلاف الظاهر ) ش : لأن الظاهر بقاؤها م : ( فلا يقبل قوله ) .

كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع ، فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه . فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة . قال : والغصب فيما ينقل ويحول ، لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره ، لأن إزالة اليد بالنقل ، وإذا غصب عقاراً

ش: وفي «المبسوط» غصب جارية فغيبها فأقام المغصوب منه بينة أنه قد غصبها فإنه يحبس حتى يجيء بها فيردها .

وقال أبو بكر الأعمش : تأويل المسألة أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك ، لأن الثابت من إقراره بالبينة كالثابت بالمعينة . أما الشهادة على فعل الغصب لا يقبل مع جهالة المغصوب إذ لا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول فلا بد من الإشارة في الدعوى والشهادة ، والأصح أن الدعوة صحيحة لأجل الضرورة فيثبت غصبه بالبينة كشوته بإقراره فيحبس . ولو قال الغاصب ماتت أو بعته ولا أقدر عليها تلزم القاضي يومين أو ثلاثة ، ومقدار التلوم مفوض إلى رأي القاضي . ولو رضي المالك بالقضاء بالقيمة لا يتلوم .

وفي «الذخيرة» ذكر محمد في السير أنه إذا قضى عليه من غير تلوم قيل في المسألة روايتان . وقيل لكن ذكر في السير جواب الجواز بمعناه لو قضى من غير تلوم جاز ، وما ذكر في الأصل أن التلوم أفضل .

وقال الشافعي - رحمه الله - لقول للغاصب مع يمينه في لزوم البدل وجهان : أحدهما لا يلزمه حتى يصدقه المالك ، والثاني يلزم وهو الأصح ، وهذا بعد الحبس وبه قال مالك وأحمد .

م : ( كما إذا ادعى ) ش : رجل م : ( الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه ) ش : من الإفلاس ، وكذا الغاصب إذا ادعى الهلاك يحبس إلى أن يعلم ما يدعيه من الهلاك م : ( فإذا علم الهلاك سقط عنه رده ) ش : أي سقط عن الغاصب رد المغصوب عنه م : ( فيلزمه رد بدله وهو القيمة ) ش : أو رد مثله إن كان المغصوب من ذوات الأمثال كما عرف قبل .

م : ( قال والغصب فيما ينقل ويحول ) ش : أي القدروري والغصب يتحقق فيما ينقل ويحول فقوله والغصب مبتدأ ، وقوله فيما ينقل خبره ، وقوله ويحول عطف عليه .

فإن قلت : النقل والتحويل واحد فما فائدة ذكرهما معاً ؟

قلت : التحويل هو النقل من مكان وإثبات في مكان آخر كما في تحويل الباذنجان والنقل يستعمل بدون الإثبات في مكان آخر . م : ( لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه ) ش : أي فيما ينقل ويحول م : ( دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل ) ش : أي لأن إزالة يد المالك لا تتحقق إلا بنقل المغصوب ولا نقل في العقار ، والغصب بدون الإزالة لا يتحقق م : ( وإذا غصب عقاراً ) ش : في

فهلك في يده لم يضمه ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وقال محمد - رحمه الله - : يضمه وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - الأول ، وبه قال الشافعي ؛ لتحقق إثبات اليد ، ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة ، فتحقق الوصفان

«المغرب» العقار الضيعة ، وقيل كل مال له أصل كالدار والأرض .

وفي «العباب» العقار والأرض والضياع والنخل ، ومنه قولهم ماله دار ولا عقار م : (فهلك في يده ) ش : بأن غلب السيل على الأرض فيثبت تحت الماء أو غصب داراً فهدمت بأفة سماوية أو جاء سيل فذهب بالبناء م : ( لم يضمه ) ش : أي العقار م : ( وهذا ) ش : أي عدم الضمان م : ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ) .

م : ( وقال محمد - رحمه الله - : يضمه وهو قول أبي يوسف الأول ، وبه قال الشافعي ) ش : ومالك وأحمد لخلاف في الغصب لا في الإتلاف ، وصورة الخلاف ما ذكرناه وصورة الإتلاف بأن يهدم الحيطان أو عزقها أو كشط تراب الأرض أو ألقى الحجارة فيها أو نقص بفرسه أو بنائه فإنه يضمه بلا خلاف .

وقد اختلفت عبارات مشايخنا في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ، فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ، ولكن لا على وجه يوجب الضمان ، وإليه مال القدوري في قوله وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لأنه أثبت الغصب ونفى الضمان . وقال بعضهم لا يتحقق أصلاً وإليه مال أكثر المشايخ م : ( لتحقق إثبات اليد ) ش : بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك ، وهذا تعليل لمحمد - رحمه الله - وحده لأن عند الشافعي يتحقق الغصب بإثبات اليد بدون إزالة يد المالك .

م : ( ومن ضرورته ) ش : أي ومن ضرورة إثبات اليد المبطل م : ( زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين ) ش : أراد به المتمانعين يد المالك ويد الغاصب ، لأن إحداهما موجبة للضمان ، والأخرى ليست بموجبة ، بخلاف اجتماع اليدين الموافقتين فإنه يجوز كالشريكين في عين واحدة من جنس واحد ، احترز به عما إذا أجر داره من رجل فإنها في يد المستأجر حقيقة ، وفي يد الآخر حكماً لكنهما يدان مختلفتان م : ( على محل واحد في حالة واحدة ) ش : احترز به عما إذا كان على محلين أو في حالتين ، فإن هذا لا يكون غصباً بأن ضرب على يد إنسان فوقعت درة من يده في الحجر أو ضرب على ظهره فطار طير كان على ظهره يجب الضمان وإن انعدم الإثبات ولو تجرد الإثبات عن إزالته لم يصح سبباً للضمان م : ( فتحقق الوصفان ) ش : وهما إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب .

وهو الغصب على ما بيناه ، فصار كالمقول وجحود الوديعة . ولهما : أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين، وهذا لا يتصور في العقار ؛ لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار ، فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي ، وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ، ومسألة الجحود ممنوعة ، ولو سلمت في الضمان هناك بترك الحفظ

م : ( وهو الغصب ) ش : أي تحقق الوصفين هو الغصب دل عليه قوله فيتحقق كما في قوله تعالى ﴿اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾ (المائدة : الآية ٨) أي العدل أقرب للتقوى م : ( على ما بيناه ) ش : يعني عنده على وجه يزيل يده م : ( فصار كالمقول ) ش : أي صار غصب العقار كغصب المنقول في تحقيق الوضعين م : ( وجحود الوديعة ) ش : في العقار ، فإنه إذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامناً بالاتفاق .

م : ( ولهما ) ش : أي ولأبي حنيفة ، أي بفعل حاصل من الغاصب في العين المغصوبة تقريره م : ( أن الغصب إثبات اليد بسبب إزالة يد المالك بفعل في العين ) ش : ولهذا إذا تجردت الإزالة عن الإثبات يصلح سبباً للضمان كما في الوديعة ، فإنها إثبات اليد لكن لما لم يتضمن الإزالة لم يصلح سبباً م : ( وهذا ) ش : أي هذا المجموع م : ( لا يتصور في العقار ، لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها ) ش : أي بإخراج المالك عن العقار ، وتأنيث الضمير بتأويل الصيغة والدار .

م : ( وهو فعل فيه ) ش : أي الإخراج فعل في المالك م : ( لا في العقار ) ش : فانتفت إزالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه م : ( فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي ) ش : حتى تلفت ، فإن ذلك لا يكون غصباً لها وبعد بتشديد العين ، وفي بعض النسخ أبعد من الإبعاد م : ( وفي المنقول النقل فعل فيه ) ش : أي في المنقول م : ( وهو الغصب ) ش : أي النقل من المالك هو الغصب لأن فيه يتحقق معنى الغصب وهو تفويت يد المالك المعنى في المحل .

م : ( ومسألة الجحود ) ش : للدين المعلوم م : ( ممنوعة ) ش : أي جحود الوديعة العقار ، يعني لا نسلم أنه إذا جحد الوديعة يضمن وذكر الإمام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف : وإذا أودع عند إنسان عقاراً فجحد عند أبي حنيفة لا يضمن .

وذكر في «المبسوط» أنه لا يضمن عندهما في الأصح . وقال الناطقي في كتاب «الغصب من الأجناس» كان شيخنا أبو عبد الله الجرجاني يقول : إنه على وجهين إن نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلكت ضمن وإن لم ينقلها عن موضعها حتى هلكت لا يضمن .

م : ( ولو سلمت ) ش : وجوب الضمان بجحود الوديعة م : ( في الضمان هناك بترك الحفظ

الملتزم وبالبحود تارك لذلك ( ش: أي للحفاظ الملتزم . وفي «المبسوط» إنما يتضمن بالمنع بعد الطلب لا بالبحود وبالبحود يحصل المنع بعد الطلب . قيل ولو سلم أن الجحود غصب حقيقة كما قال بعض أصحابنا ، ولكنه ليس بغصب موجب للضمان كغصب الخمر والخنزير في حق المسلم ، وهذا الموضوع هو الذي وعد المصنف قبل باب السلم بقوله وبينته في الغصب عند قوله ومن باع داراً لرجل فأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة - رحمه الله - وهو قول أبي يوسف آخراً .

فإن قلت : قوله ﷺ : « من غصب شبراً من الأرض طوقه الله به يوم القيامة عن سبع أرضين » (١) صريح في إطلاق اسم الغصب في الدور والعقار فلو لم يكن الغصب متحققاً فيها لم يطلق ، والكلام على حقيقته ما لم يقد دليل على المجاز .

قلت : الحديث لا يدل على ذلك ، لأنه ﷺ جعل جزاء غصب الأرض التطويق يوم القيامة . ولو كان الضمان واجباً لبيته ؛ لأن الضمان في أحكام الدنيا ، والحاجة إليه أمس .

والمذكور جميع جزائه ، فمن زاد عليه كان نسخاً ، وذا لا يجوز بالقياس وإطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقيق الغصب الموجب للضمان ، كما أنه ﷺ أطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حراً ولا يدل ذلك على البيع الموجب لحكم على أنه جاء في الصحيحين الحكم بلفظ أخذ فقال من أخذ شبراً من الأرض ظلماً ، فإنه يطوقه الله به يوم القيامة من سبع أرضين فعلم أن المراد من الغصب الأخذ ظلماً لا غصباً موجباً للضمان .

فإن قلت : قوله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى ترد » يدل على ذلك بإطلاقه ، والتقييد بالمنقول خلافه .

قلت : هذا مجاز ؛ لأن الأخذ حقيقة لا يتصور في العقار ؛ لأن حد الأخذ أن يصير المأخوذ تبعاً ليده ؛ لأنه مفعول فيه فكان منصرفاً إلى المنقول ضرورة ليعمل بالأخذ على حقيقته .

فإن قلت : إزالة اليد ليست بشرط في الغصب ، كما لو ركب الدابة وهلكت من غير فعل فإنه يضمنها بالإجماع ، وكما لو وهب داراً لرجل بما فيها من الأمتعة فهلكت الأمتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ، ثم استحققت الدار فللمستحق أن يضمن الموهوب له بلا خلاف ، والمسألة في الزيادات ولم تزل إلا منفعته من يد المالك ليست بشرط .

(١) متفق عليه : وقد تقدم تخريجه .

قال : وما نقص منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً ، لأنه إتلاف والعقار يضمن به ، كما إذا نقل ترابه ؛ لأنه فعل في العين ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ، فلو غضب داراً وباعها وسلمها ، وأقر بذلك والمشتري ينكر غضب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح .

قلت : قيل ذلك الجواب غير مستقيم على أصل محمد ، لأنه واقفاً على أنه يضمنه بدون الفعل ، بل الجواب فيه أن الواهب نقل يده إلى الموهوب له ويد الواهب في الأمتعة كانت مفوتة ليد المالك ، فانتقلت بصفتها والضمان في مسألة الراكب باعتبار الإتلاف لا بالغصب ، ولهذا لو ركب أو تلف تحته يضمن ، والله أعلم .

م : ( وقال وما نقص منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً ) ش : أي قال القدوري وما نقص الغاصب من العقار بفعله بأن هدم شيئاً أو انهدم بسكناه ضمنه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والشافعي -رحمهم الله - أما على قول محمد والشافعي فظاهر ، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فكذاك م : ( لأنه إتلاف ، والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين ) ش : فيكون إتلافاً فيجوز أن يضمن بالإتلاف ولا يضمن بالغصب . م : ( ويدخل فيما قاله ) ش : أي الذي قاله القدوري من قوله ومن نقصه منه بفعله إلى آخره م : ( إذا انهدم الدار بسكناه وعمله ) ش : بأن يحمل الحدادة والقسارة ، وقيد بقوله بسكناه وعمله ، لأنه لو انهدم بغير سكناه وفعله بأفة سماوية لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

فإن قلت : كيف يعرف نقصان الأرض ؟

قلت : قيل ينظر بكم تستأجر قبل أن تزرع وبكم تستأجر بعد . وقيل بكم تباع قبل ذلك وكم تباع بعده فيغرم ما بين ذلك من النقصان .

م : ( فلو غضب داراً وباعها وسلمها ) ش : ذكر هذا تفريراً على مسألة القدوري فلذلك ذكره بالفاء ، وهي من مسائل الأصل ، ومعناه إذا باعها ثم اعترف بالغصب ، وهو معنى قوله م : ( وأقر بذلك ) ش : أي بالغصب م : ( والمشتري ينكر غضب البائع ولا بينة لصاحب الدار ) ش : على أنها ملكه ، قيد به ؛ لأنه إذا كان له بينة لا ضمان على البائع بالاتفاق ، لأنه يمكنه أخذ دار بالبينة م : ( فهو على الاختلاف ) ش : المشهور م : ( في الغصب ) ش : أي في غضب العقار فعند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - لا ضمان عليه خلافاً لمحمد وزفر والشافعي م : ( هو الصحيح ) ش : احترز به عما قال بعضهم أنه يجب على الكل هنا الضمان بالبيع والتسليم بالاتفاق ، ألا ترى إلى ما قال الحاكم الشهيد في «كافيه» رجل غضب دار رجل فباعها وتسلمها ثم أقر بذلك ، وليس لرب الدار بينة . قال لاضمان على الغاصب لأنه لم يغيرها عن حالها .

قال : وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان لأنه أئلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل .  
قال - رضي الله عنه - : وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ، وقال أبو يوسف -  
رحمه الله - : لا يتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من الجانبين .

وقال أبو يوسف : أنا أراه ضامناً قيمتها ، استحسنت ذلك ، وهو قول محمد ، ورجع أبو يوسف  
عن هذا إلى قول أبي حنيفة أنه لا ضمان عليه .

فإن قيل : إذا شهد بدار الإنسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق  
وإتلافهما كإتلاف البائع بالبيع والتسليم ، ولا ضمان على بائعه عندهما .

وأجيب : بأن مسألة الشهادة على قول محمد - رحمه الله - وعلى تقدير أن يكون قول  
الجميع فالفرق بين المسألتين أن الإتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو أقام بالبينة  
على الملك لنفسه لا يقبل بينته والعقار يضمن بالإتلاف . وأما مسألتنا فالإتلاف لم يحصل  
بالبيع والتسليم بل يعجز المالك عن إثبات ملكه بينته ، ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه  
قضى له بها ، فلهذا لا يكون البائع ضامناً .

م : ( قال : وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان ) ش : أي قال في «الجامع الصغير» ، وإذا انتقص  
بالزراعة ، يعني العقار المغصوب والمكان المغصوب بالزراعة ضمن النقصان ولا يعلم فيه خلاف ،  
وقد مر تفسير النقصان عن قريب . وقال السعدي : إن كان عرف أهل تلك القرية أنهم يزرعون  
أرض الغير بغير إذنه على وجه المزارعة من غير إذن وعقد لرب الأرض أن يطالبه بحصة الأرض  
به .

وذكر أبو الليث في هذه الصورة الزرع للزارع وعليه نقصان الأرض م : ( لأنه أئلف البعض )  
ش : أي بعض الأرض والعقار يضمن بالإتلاف بلا خلاف م : ( فيأخذ رأس ماله ويتصدق  
بالفضل ) ش : أي يأخذ الغاصب رأس ماله ، وهو البذر وما أنفق وما غرم ، أي قدر ما غرم من  
نقصان الأرض ويتصدق بما زاد ، لأنه مستفاد كسب خبيث صورة مثلاً خرجت أربعة أكرار  
ونقصتها الزراعة وبذره كر ولحقته مؤنة ، وقدر قيمة النقصان كر فالفضل الخارج عن رأس ماله  
كر فيتصدق به .

م : ( قال - رضي الله عنه - : وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ) ش : أي وجوب  
التصدق بالفضل عندهما م : ( وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يتصدق بالفضل ) ش : لأن المنهي  
عنه ربح ما لم يضمن ، وهو قد ضمن م : ( وسنذكر الوجه من الجانبين ) ش : أي عند قوله ومن  
غصب عبداً فاستغله فتقصه .

قال : وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه ، وفي أكثر نسخ المختصر : وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل ، وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق ، إذ هو السبب ، وعند العجز عن رده نحب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ، ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وإن نقص في يده ضمن النقصان ، لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ،

م : ( قال : وإذا هلك النقلي ) ش : أي الذي ينقل م : ( في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه ) ش : لأن الغصب فيما ينقل على ما مر م : ( وفي أكثر نسخ المختصر ) ش : أي القدوري م : ( وإذا هلك الغصب ) ش : أي المغصوب م : ( و المنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل ) ش : أي يكون فيما ينقل ، لأنه لا يتصور في غير المنقول والمغصوب مضمون عليه لمجرد الغصب على معنى أنه يجب رده إن كان قائماً ومثله في المثلي إن كان هالكاً ، وقيمته إن لم يكن مثلياً ، فإذا كان الضمان بالغصب تقرر الضمان بالهلاك فلم يتفاوت بين أن يكون هلاكه بفعله أو بغير فعله ، ولهذا وجب عليه قيمته يوم الغصب .

م : ( وهذا ) ش : أي وجوب الضمان م : ( لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق ، إذ هو ) ش : أي الغصب م : ( السبب ) ش : أي سبب الضمان على ما قررناه آنفاً م : ( وعند العجز عن رده ) ش : أي رد المغصوب عينه م : ( نحب رد القيمة ) ش : هذا على قول من قال إن الموجب الأصلي في الغصب رد العين . م : ( أو يتقرر بذلك السبب ) ش : أي وتقرر القيمة بذلك السبب هذا على قول من قال الموجب الأصلي هو القيمة ، وإنما ذكر كلامه بالترديد تنبيهاً على ما ذكر قبل هذا من اختلاف المشايخ في الموجب الأصلي م : ( ولهذا ) ش : أي ولكون الغصب السابق هو السبب م : ( تعتبر قيمته يوم الغصب ) ش : فعلم أن الموجب الأصلي هو القيمة .

م : ( وإن نقص في يده ضمن النقصان ) ش : أي إذا رد المغصوب بعدما نقص في يده يلزم النقصان ، سواء كان النقصان في يده بأن كانت جارية فاعورت أو شابة صارت عند الغاصب عجوزة أو ناهدة الثديين وانكسر ثديها ، أو لم يكن في يده بأن كان عبداً محترفاً نسي ذلك عند الغاصب أو قارئاً نسي القرآن ففي هذا كله يضمن النقصان ولا يعلم فيه خلاف ، هذا إذا كان النقصان يسيراً . أما إذا كان كثيراً يتخير المالك بين الأخذ وتضمين النقصان والترك مع تضمين جميع قيمته ، كذا في «المبسوط» وعند الثلاثة للمالك أخذ العين مع قيمة النقصان ، سواء كان فاحشاً أو يسيراً م : ( لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب ) ش : أي لأن الشأن دخل جميع أجزاء المغصوب في ضمان الغاصب بسبب الغصب .

م : ( فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ) ش : أي إذا تلف جزء من أجزاء المغصوب وتعذر رد

بخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب ؛ لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء ، وبخلاف المبيع ، لأنه ضمان عقد ، أما الغصب فقبض ، والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف . قال - رضي الله عنه - : ومراده غير الربوي . أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا .

عينه يجب رد قيمته . وأما إذا جبر نقصانه بمثل أن ولدت المبيعة عند الغاصب فردها وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئاً عندنا خلافاً لزر - رحمه الله - .

م : ( بخلاف تراجع السعر ) ش : أي لا يضمن الغاصب ما نقص من قيمته بتراجع السعر بلا خلاف بين العلماء م : ( إذا رد في مكان الغصب ) ش : قيد به لأنه إذا لم يكن فيه يخير المالك بين أخذ القيمة والانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان ، فيسترده لأن النقصان دخل من قبل الغاصب بنقله إلي هذا المكان . فكان له أن يلزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله أن ينتظر م : ( لأنه ) ش : أي لأن تراجع السعر م : ( عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء ) ش : لأن فتور الرغبات شيء أحدثه الله في قلوب العباد ، فلا يوجب ذلك تغيير الأحكام .

م : ( وبخلاف المبيع ) ش : على قوله بخلاف تراجع السعر ، يعني إذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه ، حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف ، وإن فحش النقصان ، كما لو اشترى جارية بمائة مثلاً فاعورت في يد البائع فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيراً بين إمضاء البيع وفسخه ، فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط م : ( لأنه ضمان عقد ) ش : أي لأن ضمان المبيع ضمان عقد ، والأوصاف لا تضمن بالعقد .

م : ( أما الغصب فقبض ) ش : لأنه فعل على الذات بجميع أجزائها وصفاتها ، فكانت مضمونة ، وهو معنى قوله م : ( والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد ) ش : أي لا يضمن بالعقد ، لأن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف م : ( على ما عرف ) ش : عند قوله إن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين .

م : ( قال - رضي الله عنه - : ومراده غير الربوي ) ش : أي قال المصنف - رحمه الله - ومراد القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير المال الربوي م : ( أما في الربويات ) ش : أي أما في الأموال الربويات والأموال الربويات التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً م : ( لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا ) ش : لأنه إذا كان المغصوب من الأموال الربوية لا يجوز له تضمين النقصان إذا أخذ العين احترازاً عن الربا .

قال :ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بيننا ، ويتصدق بالغلة ، قال - رضي الله عنه - : وهذا عندهما أيضاً ، وعنده لا يتصدق بالغلة ، وعلى هذا الخلاف إذا أجر المستعير المستعار

وقد قال الكرخي في « مختصره » : وإن كان مما لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً مثل أن يغصب حنطة وصب فيه ماء أو غير ذلك من الحبوب أو يغصب إناء فضة أو درهم أو دنانير فيتهشم الإناء من يده أو يكسر الدراهم فتصير علة أو الدنانير فتصير قراضة . فإن صاحب ذلك بالخيار إن شاء أخذ ذلك لا شيء له غير ، وإن شاء تركه وضمنه مثل قيمته من الذهب ، وكذلك إذا كان الإناء من ذهب فهو بالخيار إن شاء أخذه بعينه ، وإن شاء أخذ قيمته من الفضة ، وكذلك يلزمه الصفرة والنحاس والشبة والرصاص . وفي « المبسوط » استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً .

وقال الشافعي - رحمه الله - : يضمن قيمته . ولأصحابه فيه وجهان أحدهما أنه يضمنه بجنسه وتكون الزيادة بمقابلة الصنعة ، وبه قال الحنبلي ، لأن الربا يجري في العقود لا في الغرامات . وفي وجه يضمن ناقصه بغير جنسه ، وبه قال .

م : ( قال : ومن غصب عبداً فاستغله ) ش : هذا لفظ الصدر الشهيد حسام الدين في « الجامع الصغير » ، ومعنى استغله أجره وأخذ الأجرة م : ( فنقصته الغلة ) ش : أي العمل في الإجارة جعله مهزولاً . وفي « المبسوط » : لم يذكر نقص الغلة م : ( فعليه النقصان لما بيننا ) ش : أي عند قوله : لأنه دخل جميع أجزائه في الضمان بالغصب ، ويجوز أن يكون بياناً ، ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله : لأنه أ تلف البعض والغلة للغاصب .

وقال الشافعي ، وأحمد ، ومالك - رحمهم الله - لأن الأجر عوض للمنافع المملوكة لرب العبد فلم يملكها الغاصب . قلنا : وجوب الأجرة بالعقد لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذي جعل منافعه بالعقد مالا فكان هو أولى ، لكن يتصدق بها ، أشار إليه بقوله : م : ( ويتصدق بالغلة ) ش : لأنها حصلت بكسب خبيث .

م : ( قال - رضي الله عنه - : وهذا ) ش : أي قال المصنف يتصدق بالغلة م : ( عندهما أيضاً ) ش : أي عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م : ( وعنده ) ش : أي وعند أبي يوسف م : ( لا يتصدق بالغلة ) ش : لأنه يطيب له ، وهذا قوله الأول . وقوله الآخر مثل قولهما ، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - .

م : ( وعلى هذا الخلاف ) ش : أي الخلاف المذكور م : ( إذا أجر المستعير المستعار ) ش : وأخذ أجرته لا يطيب له عنده خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - ، وكذا على الخلاف ، ولو أجر المودع

لأبي يوسف - رحمه الله - : أنه حصل في ضمانه وملكه ، أما الضمان فظاهر، وكذلك الملك في المضمون ؛ لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا ، ولهما : أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسيبيله التصديق ، إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبيث . فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة فيأداء الضمان ، لأن الخبيث لأجل المالك ، ولهذا لو أدى إليه يباح له تناول ، فيزول الخبيث بالأداء إليه ، بخلاف ما إذا باعه

الوديعة م: ( لأبي يوسف - رحمه الله - : أنه حصل في ضمانه ، وملكه أما الضمان فظاهر، وكذا الملك في المضمون ؛ لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا) ش: أي حال كون التملك مستنداً إلى وقت الضمان فيكون مالكاً تملك من وقت الضمان ، فيطيب له ككسبه المبيع بعد القبض .

م: ( ولهما ) ش: أي لأبي حنيفة ، ومحمد - رحمهما الله - م: ( أنه ) ش: أي أن الغلة ، وتذكير الضمير باعتبار الكسب م: ( حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير ) ش: والحكم يثبت مضافاً إلى سببه فلا بد من ثبوت الخبيث فيها بحكم ذلك السبب م: ( وما هذا حاله ) ش: ما بمعنى الذي ، وإذا إشارة إلى قوله : وهو التصرف في ملك الغير م: ( فسيبيله التصديق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل ) ش: أصله حديث الشاة المصلية على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى م: ( والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبيث ) ش: فأجاب بقوله : الملك المستند إلى الضمان ناقص ، يعني في كونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه ، ولهذا يظهر في حق القائم دون الغائب فلا ينعدم به الخبيث .

م: ( فلو هلك العبد في يد الغاصب ) ش: سواء كان بفعله أو بفعل غيره م: ( حتى ضمنه ) ش: أي حتى ضمن الغاصب العبد م: ( وله ) ش: أي الغاصب م: ( أن يستعين بالغلة في أداء الضمان ) ش: لأن ما ملكه والخبيث حق الملك ، أشار إليه بقوله م: ( لأن الخبيث لأجل المالك ، ولهذا ) ش: أي ولأجل كون الخبيث حق المالك ولم يكن لكونها ملكاً له م: ( لو أدى ) ش: أي الغاصب الغلة م: ( إليه ) ش: أي إلى المالك مع أداء العبد م: ( يباح له تناول فيزول الخبيث بالأداء إليه ) ش: أي إلى المالك ؛ لأن الخبيث كان لحق المالك فيزول بالصرف إليه .

قيل : هذا إذا كان فقيراً ، وإن كان غنياً فيه روايتان ، قال شيخ الإسلام - رحمه الله - علاء الدين الأسبجيابي في «شرح الكافي» : والصحيح أنه يجوز الصرف إلى المالك وإن كان غنياً عوضاً عن الهلاك لما قلنا .

م: ( بخلاف ما إذا باعه ) ش: هذا يتعلق بقوله : فإن هلك العبد في يد الغاصب ، يعني إذا

فهلك في يد المشتري ، ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه ؛ لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه ، فلو أصاب مالا يتصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال ، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا . قال : ومن غضب ألفاً فاشتري بها جارية فباعها بألفين ، ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح ، وهذا عندهما . وأصله : أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما ،

باع الغاصب العبد المغصوب بعد الاستغلال م : ( فهلك في يد المشتري ) ش : أي فهلك العبد في يده م : ( ثم استحق ) ش : أي العبد بأن ظهر له مستحق م : ( وغرمه ) ش : أي غرم المشتري العبد ، أي قيمته م : ( ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه ) ش : أي ليس للبائع أن يستعين بغلة العبد في أداء الثمن إلى المشتري م : ( لأن الخبث ما كان لحق المشتري ) ش : حتى يزول بالصراف إليه ، بخلاف الأول ؛ لأن الخبث فيه لحق المالك فيزول بوصول الغلة إليه .

م : ( إلا إذا كان ) ش : أي الغاصب م : ( لا يجد غيره ) ش : أي غير الغلة بتأويل الكسب أو الأجر أو المال م : ( لأنه محتاج إليه ) ش : لتفريغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس م : ( فله ) ش : أي وللمحتاج م : ( أن يصرفه إلى حاجة نفسه ) ش : وهو أولى بذلك ؛ لأنها ملكه وإن كان فيه خبث م : ( فلو أصاب مالا ) ش : يعني لو أصاب مالا ، بعد أن صرف الغلة عن الضمان م : ( يتصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال ) ش : أي وقت استهلاك الثمن .

م : ( وإن كان فقيراً ) ش : يوم استهلك الثمن م : ( فلا شيء عليه ) ش : يعني ليس عليه أن يتصدق بشيء من ذلك م : ( لما ذكرنا ) ش : إشارة إلى قوله : لأنه محتاج إليه ، كذا قال الأترازي . وقال الكاكي : هذا إشارة إلى قوله : وما هذا حاله فسيبيله التصدق .

وفي «الذخيرة» : هذا إذا أجر الغاصب العبد أما إذا أجر العبد نفسه صحت الإجارة ، فإنه يأخذ العبد الأجرة يأخذها المالك مع العبد بلا خلاف لأحد ، ولو أخذه الغاصب من العبد وأتلفه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالوا : يجب عليه الضمان ، وبه قالت الثلاثة لأنه أتلف مال الغير وله نعم أنه مال المالك ؛ ولكنه لا عصمة له في حق الغاصب ، فأشبهه نصاب السرقة بعد القطع .

م : ( قال : ومن غضب ألفاً ) ش : أي قال في «الجامع الصغير» : م : ( فاشتري بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم ، فإنه يتصدق بجميع الربح ، وهذا عندهما ) ش : أي التصدق بجميع الربح عند أبي حنيفة ، ومحمد - رحمهما الله - لأنه ملك خبيث ، وبه قال الشافعي في الجديد ، وأحمد في رواية ، وبعض أصحاب مالك - رحمهم الله - ، وقال

خلافًا لأبي يوسف -رحمه الله- وقد مرت الدلائل . وجوابهما في الوديعة أظهر ؛ لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف ؛ لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ، ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة ، أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب : اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن . أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقًا ونقد منها يطيب له ، وهكذا قال الكرخي -رحمه الله- ؛ لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد لتحقيق الخبث .

الشافعي - رحمه الله - في القديم ، وأحمد - رحمه الله - : الربح للمالك ، والمشتري ملكه . ولو دفع الملك من الحر إلى آخر مضاربة فالحكم في الربح على ما ذكرنا من الخلاف ، وليس للمالك من أجر العامل شيء عند أحمد ؛ لأنه لم يأذن له بالعمل في ماله ولا على الغاصب إن كان المضارب عالمًا بالغصب وإن عمل لزم أجر عمله على الغاصب كالعقد الفاسد . م : ( وأصله ) ش : أي أصل الخلاف م : ( أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وبيع لا يطيب له الربح عندهما خلافًا لأبي يوسف ، وقد مرت الدلائل ) ش : أي في مسألة : ومن غصب عبدًا فاستغله م : ( وجوابهما ) ش : أي جواب أبي حنيفة ، ومحمد -رحمهما الله - م : ( في الوديعة أظهر ؛ لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ) ش : فيكون الربح خبيثًا .

م : ( ثم هذا ) ش : أي عدم طيب الربح م : ( ظاهر فيما يتعين بالإشارة ) ش : كالعروض ؛ لأن العقد يتعلق بها حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع فيستفيد الرقبة ، واليد في المبيع بملك خبيث فيتصدق به م : ( أما فيما لا يتعين كالثمنين ) ش : أي الدراهم والدنانير م : ( فقوله في الكتاب ) ش : أي قوله محمد في «الجامع الصغير» م : ( اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها ، ونقد منها الثمن ) ش : قال فخر الإسلام : لأن ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها .

م : ( أما إذا أشار إليها ، ونقد من غيرها ، أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقًا ونقد منها يطيب له ) ش : وهذه أربعة أوجه ، ففي واحد منها لا يطيب ، وفي الباقي يطيب ، وذكر في «المبسوط» : وجهًا آخر لا يطيب فيه أيضًا ، وهو أنه دفع إلى البائع تلك الدراهم أولاً ثم اشترى منه بتلك الدراهم م : ( وهكذا قال الكرخي - رحمه الله - ) ش : أراد أن هذا التفصيل في الجواب هو قول الكرخي م : ( لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين ) ش : يستوي وجودها وعدمها فعند ذلك م : ( لا بد أن يتأكد بالنقد ) ش : منها م : ( لتحقيق الخبث ) ش : والفتوى على قول الكرخي ، ذكره في «التتمة» ، و«الذخيرة» لكثرة الحرام دفعًا للحرج عن الناس .

وقال مشايخنا - رحمهم الله - : لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكذا بعد الضمان بكل حال ، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة . قال : وإن اشترى بالألف جارية تساوي ألفين فوهبها ، أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء ، وهذا قولهم جميعاً ؛ لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس .

م : ( وقال مشايخنا - رحمهم الله - : لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكذا بعد الضمان بكل حال )  
ش : أي في الوجوه كلها م : ( وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين ) ش : أي في «الجامع الكبير» ، و«الجامع الصغير» م : ( والمضاربة ) ش : أي وفي المضاربة من كتاب «المبسوط» ، حيث قال : يتصدق بجميع الربح مطلقاً .

م : ( قال : وإن اشترى بالألف جارية ) ش : أي قال في «الجامع الصغير» : وإن اشترى الغاصب بالألف المغصوبة والحرام جارية م : ( تساوي ألفين فوهبها ، أو طعاماً ) ش : أي أو كان طعاماً م : ( فأكله لم يتصدق بشيء ) ش : بل يرد عليه مثل ما غصب م : ( وهذا قولهم جميعاً ؛ لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس ) ش : بأن يصير الأصل ، وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلا يظهر الربح .

وفي «جامع أبي اليسر» : هل يباح له الوطاء والأكل ؟ الصحيح أنه لا يباح ؛ لأن في السبب نوع خبث ، ولهذا المعنى بعض الظلمة الذين فيهم قليل تقوى يشترون الأشياء نسيئة ويصرفونها إلى حوائجهم ، ثم يقضون الأثمان .

وفي «جامع المحبوبي» ، و«نوادر أبي سماعة» : غصب ثوباً ، أو كراً فاشترى به طعاماً لا يسعه أن يأكل حتى يؤدي قيمة الثوب أو مثل الكر . ولو غصب دراهم فاشترى بها طعاماً وسعه أكله ؛ لأن الثوب إذا استحقq يتنقض البيع ، بخلاف ما إذا استحققت الدراهم . ولو اشترى بالثوب ، والكر المغصوبين جارية لا يحل له وطؤها . أما لو تزوج بالثوب أو بالكر حل وطؤها ؛ لأن باستحقاق المهر لا يتنقض النكاح .

\*\*\*

## فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

قال : وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها ،

م : (فصل فيما يتغير بفعل الغاصب)

ش : لما ذكر حقيقة الغصب ، وحكمه ، أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك ؛ لأنه عارض ، وحقه الفصل .

م : ( قال : وإذا تغيرت العين المغصوبة ) ش : أي قال القدروري - رحمه الله - : م : ( بفعل الغاصب ) ش : قيد به احترازاً عما إذا تغير بدون فعله ، كما إذا صار العنب زبيياً ، أو خلاً بنفسه والحليب لبناً ، والرطب تمرًا ، فالمالك بالخيار إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه ، وضمنه . ولو صار العنب زبيياً يجعله ملكه .

كذا في «فتاوى العتابي» م : ( حتى زال اسمها ) ش : احترز به عن غصب شاة وذبحها ، حيث لم يزل ملك مالكها ؛ لأنه لم يزل اسمها يقال : شاة مذبوحة ، شاة حية م : ( وأعظم منافعها ) ش : وذكر هذا ليتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها ، فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكًا ونشًا ، وبذرًا ، وغيرها يزول بالطحن .

والظاهر أنه تأكيد ؛ لأن قوله : زال اسمها تناوله ، فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقًا لا حنطة ، ومثل ذلك بقوله : كمن غصب شاة إلى آخره م : ( زال ملك المغصوب منه عنها ) ش : حتى لو أراد أن يأخذ عين الدقيق مثلاً ليس له ذلك م : ( وملكها الغاصب وضمنها فلا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ) ش : أي بدل العين المغصوبة وهو المثل ، أو القيمة .

م : ( كمن غصب شاة وذبحها وشواها ، أو طبخها ) ش : هذا مثال لتغير العين المغصوبة ، وقيد بالشي ، والطبخ احترازاً عما إذا ذبحها ، يشو ، ولم يطبخ ، حيث لا يتقطع حق المالك عنها ، ولهذا قال ظهير الدين إسحاق بن أبي بكر اللؤلؤجي في «فتاواه» : ولو غصب شاة فذبحها فالمالك بالخيار إن شاء أخذها ، ولا شيء له غيرها ؛ لأن الذبح تقرب إلى مقصود وهو اللحم ، ولا يعد غصبًا ، وإن شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب لأجل التبديل ، وكذا إذا سلخها ، وأربها ولم يشوها ، وقال محمد : إن شاء أخذ الشاة وضمنه النقصان ، وهذا أصح ؛ لأن بعض المنافع تفوت بالذبح ، انتهى .

م : ( أو حنطة فطحنها ) ش : أي أو غصب حنطة فطحنها فصارت دقيقًا . وقال الكرخي :

أو حديداً فاتخذة سيفاً ، أو صفراً فعمله آنية ، وهذا كله عندنا .

وإذا غضب حنطة فطحنها فإن أبا حنيفة ، ومحمداً قالوا : لا سبيل لرب الحنطة على الدقيق .

وكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعلى الغاصب الحنطة التي غضب ، وقال ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : لا يأخذ المغصوب منه الدقيق مكان الحنطة ، لكن أبيع الدقيق ، وأشتري له حنطة مثل حنطته وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات الغاصب ؛ لأنه شبه وهو أحق به من غيره ، ولذلك لو غضب دقيقاً فخبزه أو غزلاً فنسجه أو قطناً فغزله ونسجه فهو مثل ذلك يباع له ذلك فيعطى مثل قطنه ، ومثل طعامه إن أبي الغاصب أن يدفع إليه ذلك .

وروى ابن سماعة عنه في موضع آخر أن رب الحنطة بالخيار إن شاء ضمنه حنطة مثل حنطته ودفع إليه الدقيق ، وإن شاء أخذ ذلك الدقيق وأبرأ الطاحن لأن متاعه بعينه . قال : خالف أبو حنيفة - رحمه الله - في هذا وجعله بالخيار على ما وضعت ، وكذلك إن وهبه الغاصب أو باعه أو تصدق به ، فإن ذلك كله باطل ، ولرب الطعام أن يأخذ شبه بعينه .

وكذلك لو غضبه لحماً فشواه أو طبخه ، وكذلك لو غضبه سمسماً أو زيتوناً فعصره ، وكذلك لو غضبه تراباً فلته أو طبخه أجراً أو اتخذ منه آنية الخبز ، أو جعله جهباباً قال فإن لم يكن للتراب ثمن فلا شيء عليه ولا بأس بأن يتفجع به .

فإن غضب طعاماً فزرعه فإن عليه مثله في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وتصدق بفضله ، وفي قول أبي يوسف لا يتصدق بفضله ، ولا بأس بأن يتفجع به قبل أن يرضى صاحبه وكذلك نوى غرسه واتخذ منه نخلاً فهو ضامن لقيمته .

قال : وكذلك صنوف الشجر ، انتهى كلام الكرخي .

وكذلك لو غضب بيضاً فحضنه فصار دجاجاً أو غضب زيتاً فجعله في بزر له كثير فغلب عليه البزر فصار بزراً ، أو غضب عصفراً فصنع به فلا سبيل لصاحب هذه الأشياء على شيء مما ذكرناه ، ولكن يضمن الغاصب حق الذي غضبه إياه ، ولا شيء له من ذلك .

م : ( أو حديداً فاتخذة سيفاً ، أو صفراً فعمله آنية ) ش : أي أو غضب حديداً فاتخذة سيفاً ، أو غضب صفراً فعمله آنية ، والصفير بالكسر .

قال أبو عبيد : الصفير بكسر الصاد وهو الذي يعمل منه الأواني .

قلت : هو نوع من النحاس وهو الأصفر في لون الذهب م : ( وهو كله عندنا ) ش : يعني زوال تملك المالك وتملك الغاصب وضمائه عندنا .

وقال الشافعي - رحمه الله - لا ينقطع حق المالك ، وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده ، لأنه يؤدي إلى الربا ، وعند الشافعي - رحمه الله - : يضمه . عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته . للشافعي - رحمه الله - : أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة . كما إذا هبت الريح في الخنطة وألقته في طاحونة الغير فطحت ، ولا معتبر بفعله ، لأنه محذور ، فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف ، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلاً ،

م : ( وقال الشافعي - رحمه الله - لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - )  
ش : وهو قول أحمد - رحمه الله - أيضاً م : ( غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده )  
ش : أي عند أبي يوسف م : ( لأنه يؤدي إلى الربا ) ش : لأنه يأخذ عين حقه مع شيء آخر ، إذ الدقيق هو عين الخنطة ؛ لأن عمل الطحن وتفريق الآخر لا في إحداث مالم يكن موجوداً ، وتفريق الآخر لا يبدل العين كالقطع في الشوب ، ألا ترى أن الربا يجري بينهما ولا يجري الربا إلا باعتبار المجانسة .

م : ( وعند الشافعي - رحمه الله - : يضمه ) ش : أي النقصان ، لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز ، وهو رواية م : ( عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته ) ش : يعني فيشتري له به حنطة مثل حنطته ، فلو مات الغاصب فالملك أحق به من سائر الغرماء ، لأنه زال ملكه ويده بسبب لم يرض به ، وفي «الإيضاح» عن أبي يوسف ثلاث روايات ، أحدها كقولهما وقد ذكرناها .

م : ( للشافعي - رحمه الله - أن العين باق فيبقى على ملكه ) ش : هذا عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا ، وتقديره أن بقاء العين المغصوبة يوجب بقاءها على ملك المالك لا الموجب الأصلي في الغصب رد العين عند قيامه ، ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك ، والعين باق فيبقى على ملكه م : ( وتتبعه الصنعة ) ش : الحادثة ، لأنها تابعة للأصل فالملك صاحب الأصل وللغاصب الشفعة فيترجح صاحب الأصل على صاحب التبعية .

م : ( كما إذا هبت الريح في الخنطة وألقته في طاحونة الغير فطحت ) ش : فإن الدقيق يكون ملك الخنطة ، كذلك هذا م : ( ولا معتبر بفعله ) ش : هذا جواب عما يقال : إن هذا تمثيل فاسد ، لأنه تحلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به ، أجاب بقوله ولا معتبر بفعله م : ( لأنه محذور ) ش : أي حرام م : ( فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف ) ش : في الأصول أن الفعل المحذور لا يصلح سبباً للنعمة وهو الملك م : ( فصار كما إذا انعدم الفعل أصلاً ) ش : وحيث صار صورة

وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها . ولنا : أنه أحدث صنعة متقومة فصير حق المالك هالكاً من وجه ، ألا ترى أنه تبدل الاسم ، وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه ، فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ،

النزاع كالمستشهد به لا محالة م: ( وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها) ش: بفتح الراء المشددة من التأريب ، أو جعلها عضواً عضواً ، فإن فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظوراً .

م: ( ولنا : أنه ) ش: أي الغاصب م: ( أحدث صنعة متقومة ) ش: لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها ، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقتاً وإحداثها م: (فصير حق المالك هالكاً من وجه ) ش: لأن قيام الشيء إنما يعرف بصورته ومعناه وقد فقدت الصورة .

م: ( ألا ترى أنه تبدل الاسم ) ش: وتبدل الاسم يدل على تبدل العين ، فكأنه لم يبق العين الأولى م: ( وفات معظم المقاصد ) ش: فإن المطلوب من عين الحنطة الزراعة والقلي واتخاذها هريسة ، وبالطحن بطل هذا المقصود .

فإن قلت : المقصود الأصلي في الحنطة وسائر المطعومات التغذي بها ، فإن الله عز وجل ما خلقها إلا لمصالح الأنفس لتكون عدة لها ، وبالزراعة استدامتها فكانت وسيلة إليه ، وبالطحن لم يفت ما هو المقصود ، ولهذا يجري الربا بين الحنطة والدقيق ، ولا ربا بين الحنطة والدقيق ، ولا ربا بدون المجانسة .

فإذا بقي ما هو المقصود لا يكون معظم المقاصد فائتاً .

قلت: لا شك في فوات الصورة فيفوت المعنى ، لأن معنى الشيء قائم بصورته ، ولانسلم أن المقصود هو الأكل ، إذ العقلاء ما اعتادوا أكل عين الحنطة ، بل بعد القلي ، واتخاذها هريسة أو خبزاً يستدعي وجود الدقيق والدقيق بوجود الحنطة ، فكانت الوسيلة إلى هذا المقصد الأصلي من غير الحنطة هو الزراعة ، وكذلك المقصود من عين السمسم هو الزراعة ، ومن عين العنب وجريان الربا بشبهة المجانسة من حيث الصورة ، ومبناه على الاحتياط .

م: ( وحقه في الصنعة قائم من كل وجه ) ش: هذا جواب عن قوله العين باق فيبقى على ملكه ، تقريره أن حق الغاصب أولى باعتباره ، لأن حقه قائم في الصفة من كل وجه ، أي أنها موجودة من كل وجه فلا يضاف حدوثها إلى صاحب العين ، بدليل أن المغصوب منه إذا اختار أخذ الدقيق يجب عليه أجره الطحان ، وكذلك لا يأخذ الثوب إلا ويعطيه ما زادت الصنعة فيه من الخياطة ، وحق الآخر في المصنوع قائم من وجه هالك من وجه .

ولا نجعله سبباً للملك من حيث أنه محظور، بل من حيث أنه إحداث الصنعة ، بخلاف الشاة ؛ لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ ، وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه .

لأن حقه في الثوب والثوب ثوب بالتركيب ، والتركيب بالقطع زال من وجه وبقي من وجه ، فلو زال كله لذهب ملكه ، وكذلك بعض المنافع القائمة زال بالقطع وحدث بالحياطة ما لم يكن ، وهذا كمن غصب إبريسما فخطا بطن نفسه أو شاته لم يجز نزع الإبريسم لأنه هالك من وجه ، م : ( فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ) ش : أي إذا كان كذلك فيترجح حق الغاصب على الأصل وهو حق المالك الذي هو فائت من وجه ، لأن الصناعة قائمة بذاتها من كل وجه ، والعين هالكة فصارت الصنعة راجحة في الوجود ، وترجيحه يرجح إلى الحال ، وترجيحنا إلى الوجود ، فالرجحان في الذات أحق من الحال لأنها تابعة للذات .

م : ( ولا نجعله سبباً للملك ) ش : هذا جواب عن قوله ولا معتبر بفعله ، لأنه محظور ، تقريره أننا لا نجعل فعل الغاصب من الطحن وغيره سبباً م : ( من حيث إنه محظور ، بل من حيث إنه إحداث الصنعة ) ش : المتقومة ، إذ إحداث الصنعة مشروع في نفسه ، وإنما حرم ها هنا بأن جعل مال الغير بمنزلة آلة له ، فأشبه الاحتطاب بقدم الغير والاصطياد بقوس الغير .

م : ( بخلاف الشاة ) ش : هذا جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة ، تقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه تبدل الاسم والشاة ليست كذلك م : ( لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ ) ش : حيث يقال شاة مذبوحة مسلوخة ، كما يقال شاة حية .

فإن قيل : الكلام فيها بعد التأديب ولا يقال شاة مأرية ، بل يقال لحم مأرب ، فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك .

أجيب بأنه كذلك إلا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها ، إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ ثم التأرب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح ، بل يحققه فلا يكون تبديل العين ، بخلاف الطبخ بعد ، لأنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها .

م : ( وهذا الوجه ) ش : أي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم الانقطاع ، وبفوات الاسم على الانقطاع م : ( يشمل الفصول المذكورة ) ش : أي التي ذكرها القدوري من غصب الشاة وذبحها وغصب الحنطة وطحنها ، وغصب الحديد واتخاذها سيفاً ، وغصب الصفر وعمله آنية م : ( ويتفرع عليه غيرها ) ش : أي على الفصول المذكورة غيرها مثل خبز الدقيق ونسج الغزل وغزل القطن وعصر السمسم ، فإنه يقطع حق المالك عندنا خلافاً للشافعي ومن تابعه م : ( فاحفظه )

وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحساناً ، والقياس : أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر -رحمهما الله- ، وهكذا عن أبي حنيفة -رحمه الله- رواه الفقيه أبو الليث -رحمه الله- . ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز . وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها: «أطعموها الأسارى»

ش: أي فاحفظ الذي يتفرع عليها واستخرجه بالقياس .

م: ( وقوله ) ش: أي وقول القدوري م: ( لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحساناً ) ش: فيه إشارة إلى أنه لا يحل له الانتفاع بالقضاء وقد نص في «المبسوط» أنه يحل بالقضاء ، لأنه بمنزلة الأداء لحصول رضى المالك عنده ، لأنه لا يقضي إلا بطلبه .

م: ( والقياس أن يكون له ذلك ) ش: أي الانتفاع قبل أداء البذل م: ( وهو قول الحسن وزفر -رحمهما الله- وهكذا عن أبي حنيفة ، رواه الفقيه أبو الليث ) ش: قال الفقيه أبو الليث في باب الغصب بعلامة النون من الوقعات الحسائية رجل غصب لحماً فطبخه ، أو خنطة فطحنها كان عليه الضمان فصار ملكاً له وحل أكله في قول أبي حنيفة -رحمه الله- لأنه ملكه بالبذل .

وقال محمد : في العيون لا يحل حتى يرضى المالك ، وهو قول أبي يوسف ، انتهى .

ونقل في آخر كتاب الغصب من خلاصة الفتاوى عن فتاوى أهل سمرقند رجل غصب طعاماً فمضغه حتى صار مستهلكاً ، فلما ابتلع ابتلع حلالاً عند أبي حنيفة -رضي الله عنه- ، وشرط الطيب عنده وجوب البذل ، وعندهما أداء البذل ، والفتوى على قولهما ، انتهى .

وقال الكرخي في مختصره : قال الحسن قال زفر إذا طبخه أو شواه فقد صار مستهلكاً له ، وعليه القيمة ، وله أن يأكله ويطعمه من شاء رضي صاحبه بالقيمة أو لم يرض ، وبه يأخذ الحسن .

م: ( ووجهه ) ش: أي وجه القياس م: ( ثبوت الملك المطلق ) ش: بكسر اللام ، أي : المجوز م: ( للتصرف ، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ) ش: لأنه ملكه بوجه محذور ، فصار كالمقبوض على وجه بيع فاسد ، حيث يصح بيعه .

م: ( وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها : «أطعموها الأسارى» ) ش: هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة -رضي الله عنهم- :

أحدهما : رجل من الأنصار أخرج حديثه أبو داود في سننه في أول البيوع ثنا محمد بن العلاء أنا ابن إدريس أنا عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال : خرجنا مع

## أفاد الأمر بالتصدق

رسول الله ﷺ وهو على القبر يوصي الحافر أوسع من قبل رجليه أوسع من قبل رأسه ، فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده ووضع القوم فأكلوا ورسول الله ﷺ يلوك لقمته في فمه . فقال : « إني أجد شاة أخذت بغير إذن أهلها » ، فأرسلت المرأة ، قالت يارسول الله إني أرسلت إلى البقيع أشتري شاة فلم أجد ، فأرسلت إلى جارلي قد اشتري شاة أن أرسل إلي بها بئمنها فلم يأخذ ، فأرسلت إلى امرأته فأرسلت بها إلي ، فقال ﷺ : « أطعميه الأسارى »<sup>(١)</sup> .

ورواه أحمد في مسنده حدثنا معاوية بن عمر أبو إسحاق عن زائدة عن عاصم بن كليب عن أبيه أن رجلاً من الأنصار قال فذكره ، وهذا مسند صحيح ، إلا أن كليب ابن شهاب والد عاصم لم يخرج له في الصحيح ، وخرج له البخاري في رفع اليدين .

وقال ابن سعد : ثقة ، وذكره ابن حبان في «الثقات» ، ولا يضره قول أبي داود : وعاصم ابن كليب عن أبيه عن جده ليس بشيء ، فإن هذا ليس من روايته عن أبيه عن جده ، وأخرجه الدارقطني في «سننه» في الضحايا عن حميد بن الربيع ثنا إدريس به وحميد بن الربيع هو الخزاز بخاء معجمة وزاي مكررة .

وقال ابن الجوزي في «التحقيق» : كذاب ، وتعقبه صاحب التنقيح فقال : وثقه عثمان بن أبي شيبة وقد تابعه محمد بن العلاء كما رواه أبو داود .

والثاني ابن موسى أخرج حديثه الطبراني في «معجمه» ثنا أحمد بن القاسم الطائي ثنا بشر بن الوليد ثنا أبو يوسف القاضي عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبي بردة عن أبي موسى أن رسول الله ﷺ زار قوماً من الأنصار في دارهم فذبحوا له شاة فصنعوا له منها طعاماً فأخذ من اللحم شيئاً ليأكله فمضغه ساعة لا يسيغه ، فقال : ما شأن هذا اللحم ، قالوا شاة لفلان ذبحناها حتى يجيء فترضيه في ثمنها ، فقال ﷺ : «أطعموها الأسارى» . ورواه في «معجمه الأوسط» ثنا أحمد بن القاسم الطائي ثنا بشر بن الوليد به .

م : ( أفاد الأمر بالتصدق ) ش : أي أفاد الحديث الأمر بالتصدق ، والحاصل أنه أفاد أموراً ثلاثة :

(١) رواه أبو داود في «البيوع» (٣٣٣٢) من طريق عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار مرفوعاً ، والدارقطني (٢٨٥/٤) من طريق أبي داود . وإسناده حسن . وقال الهيثمي في «المجمع» (١٧٣/٤) : رواه الطبراني في «الكبير» و«الأوسط» وفيه بشر المريسي وهو ضعيف .

## زوال ملك المالك ، وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ،

الأول : الأمر بالتصدق الذي يدل على زوال ملك المالك إذ لو بقي للملك للمالك لأمر بالرد إليه تحرزاً عن إبطال ملك الإنسان ، أو أمر بالبيع وحفظ الثمن عند خوف الفساد ، لأن الإمام ولايته بيع مال الإنسان عند الحاجة .

الثانى : زوال ملك المالك ، أشار إليه بقوله م : ( زوال ملك المالك ) ش : بالنصب ، أي وأفاد أيضاً زوال ملك المالك . ووجهه ما ذكرناه .

الثالث : حرمة الانتفاع قبل أداء البدل ، أشار إليه بقوله م : ( وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ) ش : بالنصب أيضاً ، أي وأفاد أيضاً حرمة انتفاع الغاصب بالمغصوب قبل إرضاء المالك بالتراضي أو بالقضاء .

وقال محمد بن الحسن : في كتاب « الآثار » أخبرنا أبو حنيفة - رحمه الله - عن عاصم بن كليب عن أبيه به ، ثم قال ولو كان هذا اللحم باقياً على ملك مالكه الأول لما أمر به النبي ﷺ أن يطعم الأسارى ، ولكن لما رآه خرج من ملك الأول صار مضموناً على الذي أخذه أمر بإطعامه ، لأن من ضمن شيئاً فصار له عن وجه غضب فإن الأولى أن يتصدق به ولا يأكله .

وأخرج الدارقطني في « سننه » عن عبد الواحد بن زياد عن عاصم بن كليب به ، ثم أخرج عن عبد الواحد بن زياد قال : قلت لأبي حنيفة من أين أخذت قولك في الرجل يعمل في مال الرجل بغير إذنه أنه يتصدق بالذبح ، قال : أخذته من حديث عاصم بن كليب هذا ، انتهى .

فإن قلت : قال البيهقي : وهذا لأنه كان يخشى عليها الفساد وصاحبها كان غائباً فرأى من المصلحة أن يطعمها الأسارى ثم يضمن لصاحبها .

قلت : الإمام إذا خاف التلف على ملك غائب يبيعه ويحبس ثمنه عليه كما ذكرنا . ولا يجوز له أن يتصدق به .

فإن قلت : هذا الحديث متروك الظاهر ، لأن المذهب أن التصديق بالذبح لا يعين المغصوب ، فكيف يصح التمسك به .

قلت : روي عن محمد أنه يتصدق بالأصل قبل أداء الضمان على أنا نقول : إن الحديث يقتضي انقطاع حق المالك والتصدق ، إلا أن التصديق ترك للمعارض ، فبقي الحكم الآخر على ظاهره ، ولا يرد علينا اللقطة ، لأن الشارع أمر بتصدقها بعد تعريفها وعجزها عن إصابة المالك وعن صيانة المال ، وها هنا المالك معلوم ويمكن الرد عليه فلا يجوز التصديق بدون رضاه ، كما لو علم صاحب اللقطة وأمكن الرد عليه . كذا ذكره الإمام اليرعوي .

ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب ، فيحرم قبل الإرضاء حسماً لمادة الفساد ، ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد ، وإذا أدى البدل يباح له ؛ لأن حق المالك صار موفى بالبدل ، فحصلت مبادلة بالتراضي ، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به ، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم ، أو ضمنه المالك لوجود الرضى منه ؛ لأنه لا يقضي إلا بطلبه . وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها ،

قوله : المصلية أي المشوية من صليت اللحم وغيره أصلية صلياً ، مثل رميته أرميه رمياً إذا شويته ، وأراد بالأسارى المحبوسين ، كذا فسره محمد - رحمه الله - ، قوله يلوك من اللوك وهو مضغ الشيء الصلب وإدارته في الفم ، يقال لآك اللقمة ولاك الفرس اللجام .

قوله : لا يسيغه من ساغ الطعام مسوغاً سهل دخوله في الحلق ، وأسفته أنا أي ساغ لي .

م : ( ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسماً لمادة الفساد ) ش : هذا دليل معقول ، وهو ظاهر .

وفي بعض النسخ قيل الإرضاء أي ساغ لي قبل إرضاء المالك ، والحسم القطع بالحاء المهملة م : ( ونفاذ بيعه ) ش : هذا جواب عن قوله ولهذا لو وهب أو باعه ، أي نفاذ بيع المغصوب م : ( وهبته ) ش : أي نفاذ هبته ، والمصدر في الموضوعين مضاف إلى مفعوله م : ( مع الحرمة لقيام الملك ) ش : وذلك لا يستلزم الإباحة م : ( كما في الملك الفاسد ) ش : يعني كالمقبوض في البيع الفاسد .

م : ( وإذا أدى البدل يباح ) ش : هذا راجع إلى قوله حتى يؤدي بدلها ، أي إذا أدى الغاصب بدل العين المغصوبة يباح الانتفاع م : ( لأن حق المالك صار موفى بالبدل ، فحصلت مبادلة بالتراضي ، وكذا إذا أبرأه ) ش : أي وكذا يباح الانتفاع إذا أبرأ المالك الغاصب م : ( لسقوط حقه به ) ش : أي لسقوط حق المالك بالإبراء .

م : ( وكذا إذا أدى بالقضاء ) ش : أي : وكذا يباح الانتفاع إذا أدى البدل بقضاء القاضي ، وفي «المبسوط» لوقضى القاضي بالضمان يحل له الانتفاع بمجرد القضاء لوجود الرضى من المالك ، إذ المالك لا يضمنه إلا بعد طلبه فكان راضياً به وقد ذكرناه مرة م : ( أو ضمنه الحاكم ) ش : بأن كان المغصوب مال اليتيم م : ( أو ضمنه المالك ) ش : أي أو طلب المالك من الغاصب الضمان يحل الانتفاع قبل أداء الضمان م : ( لوجود الرضى منه ) ش : أي من المالك م : ( لأنه لا يقضي إلا بطلبه ) ش : أي بطلب المالك ودعواه ، فكان المالك ضمنه فيحل له الانتفاع بذلك .

م : ( وعلى هذا الخلاف ) ش : أي الخلاف المذكور بين أصحابنا وزفر - رحمهم الله تعالى - م : ( إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها ) ش : يعني لا يحل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء البدل

غير أن عند أبي يوسف -رحمه الله- : يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ، بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة زرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما ، وأصله ما تقدم . قال : وإن غصب فضة أو ذهباً فضربها دراهم أو دنانير أو أنية لم يزل ملك مالكةا عنها عند أبي حنيفة -رحمه الله- فيأخذها ولا شيء للغاصب . وقالوا : يملكها الغاصب وعليه مثلها ، لأنه أحدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك هالكاً من وجه ،

خلافاً لزر -رحمه الله تعالى - م : ( غير أن عند أبي يوسف -رحمه الله - : يباح الانتفاع فيهما ) ش : أي في الصورتين المذكورتين وهما غصب الحنطة وزرعها ، وغصب النواة وغرسها م : ( قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ) ش : لأن الحنطة صارت قصيلاً ، والنواة صارت زرعاً .

م : ( بخلاف ماتقدم ) ش : من غصب الشاة وذبحها وطبخها ، وغصب الحنطة وطحنها حيث لا يحل الانتفاع قبل إرضاء المالك م : ( لقيام العين فيه من وجه ) ش : لأن إجراء الشاة والحنطة باقية م : ( وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده ) ش : أي عند أبي يوسف م : ( خلافاً لهما ) ش : أي لأبي حنيفة ومحمد م : ( وأصله ما تقدم ) ش : أي أصل وجوب التصديق بالفضل عندهما خلافاً لأبي يوسف ما تقدم عند قوله ومن غصب عبداً فأشغله ، وأراد بالأصل الدليل المذكور هناك .

م : ( قال : وإن غصب فضة أو ذهباً فضربها دنانير أو دراهم أو أنية لم يزل ملك مالكةا عنها عند أبي حنيفة -رحمه الله - ) ش : إلى هنا لفظ القدوري وتامه فيه :

وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله - : يملكها الغاصب .

وقال الحاكم الشهيد في «كافية» : وإن غصب فضة فضربها دراهم أو صاغها إناء قال يأخذها ولا أجر للغاصب ولا يشبه هذا الحديث والصفير ، لأنه فضة بعينها لا تخرج من الوزن .

وقال أبو يوسف : ويعطيه مثل فضته ، وكذلك الذهب ، انتهى .

م : ( فيأخذها ولا شيء للغاصب ) ش : وبه قالت الثلاثة ، وقيد بضرها دراهم أو دنانير ، لأن في كسر الدراهم والدنانير وقلبهما يضمن مثله بالاتفاق لأنه غيره بصنعه ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه إلا بإيجاب المثل والمكسور للكاسر بعد الضمان ، وإن شاء صاحبه أخذ المكسور ولم يرجع عليه بشيء ، ويستوي إن نقصت ماليته بالكسر أو لم يتقصص أما لو استهلك القلب فعليه قيمته مصوغاً من غير جنسه ، وعند الشافعي من جنسه .

م : ( وقالوا : يملكها الغاصب وعليه مثلها ، لأنه أحدث صنعة معتبرة ) ش : وهي الصياغة م : ( صيرت حق المالك ) ش : أي إحداث الصنعة صير حق المالك م : ( هالكاً من وجه ) ش : لأن الاسم

الأ ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات ،  
والمضروب يصلح لذلك . وله : أن العين باق من كل وجه ، ألا ترى أن الاسم باق ومعناه  
الأصلي الثمنية ، وكونه موزوناً ، وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال  
من أحكام الصنعة دون العين ، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً ؛ لأنه لا قيمة لها عند المقابلة  
بجنسها .

تبدل بفعل الغاصب م : ( ألا ترى أنه كسره ) ش : أي أن الغاصب كسره وبالكسر يتبدل الاسم  
والمقصود .

فإن قبل الضرب يسمى ذهباً وفضة وبعده درهماً وديناراً م : ( وفات بعض المقاصد ) ش :  
حيث كان يتعين في المعقود قبل الضرب وبعده لا يتعين وأشار أيضاً إلى تبدله في بعض المقاصد  
بقوله : م : ( والتبر ) ش : وهو القطعة المأخوذة من المعدن م : ( لا يصلح رأس المال في المضاربات  
والشركات ، والمضروب يصلح لذلك ) ش : أي ليكون رأس المال فيها ، ففي هذا دليل على  
تغيرهما معنى واسماً كما ذكرنا .

م : ( وله ) ش : أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م : ( أن العين باق من كل وجه ، ألا ترى أن  
الاسم باق ) ش : حيث يقال بعد الصنعة ذهب وفضة م : ( ومعناه الأصلي الثمنية ) ش : أراد أن المعنى  
الأصلي اللازم للعين وهو الثمنية قائم كما كان بلا خلاف م : ( وكونه موزوناً ) ش : عطف على  
قوله الثمنية م : ( وأنه باق ) ش : أي وإن كل واحد من الثمنية وكونه موزوناً باق ، ثم بين بقاء  
هذين الشئين بقوله م : ( حتى يجري فيه الربا باعتباره ) ش : أي باعتبار الوزن .

والحاصل أن الأحكام الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزوناً وجريان  
الربا ووجوب الزكاة يدل على أن العين باق من كل وجه .

م : ( وصلاحيته لرأس المال ) ش : جواب عن قوله والتبر لا يصلح رأس المال وتقريره أن  
الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة م : ( من أحكام الصنعة دون العين ) ش : يعني لا من حكم  
العين ، ولهذا نقول ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم من الدراهم ، فلا اعتبار ولا  
قيمة للصنعة في هذه الأموال منفردة عن الأصل وبه فارق الحديد والصفير ، فإن الصنعة الحادثة  
تخرجها من الوزن ، حتى إذا باع قممته حديد بقممته من منه جاز إذا كان يبدأ بيد .

م : ( وكذا الصنعة فيها ) ش : أي في عين الفضة والذهب م : ( غير متقومة مطلقاً ) ش : أي في  
جميع الأحوال ، وهذا جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة ، تقريره أنها غير متقومة في كل  
حال م : ( لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ) ش : وإنما تقوم عند المقابلة بخلاف جنسها ، كمن  
استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا .

قال : ومن غضب ساجدة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ، ولزم الغاصب قيمتها . وقال الشافعي - رحمه الله - : للمالك أخذها والوجه عن الجانبين قدمناه ، ووجه آخر لنا فيه : أن فيما ذهب إليه إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة ،

م : ( قال ومن غضب ساجدة ) ش : أي قال القدوري - رحمه الله - والساجدة بالسین المهملة وتخفيف الجيم خشبة عظيمة . وقيل خشبة منحوتة مهياة للأساس ، والأصح أنها خشبة صلبة قوية تجلب من بلاد الهند لها ، ثم تعمل منها الأبواب ، وأما الساجدة بالحاء المهملة فستأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى م : ( فبنى عليها زال ملك مالكةا عنها ولزم الغاصب قيمتها ) ش : وفي «الذخيرة» : هذا إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة ، أما إذا كانت قيمة الساجدة أكثر من قيمة البناء لم يزل ملك مالكةا عنها بالإجماع .

وفي «الكافي» للحاكم : وإن غضب ساجدة أو خشبة فأدخلها في بنائه أو آجرة فأدخلها في بنائه أو جصاً فبنى به ، قال : عليه في ذلك كله قيمته ، وليس للمغصوب منه نقض ما بناه وأخذ ساجته وخشبهته وآجره على حوالي الساجدة ؛ لأنه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض . وأما إذا بنى على نفس الساجدة ينقض بناؤه لأنه مطلقاً وجعله الأصح ، والدليل عليه أن القدوري بعد أن ذكر في شرحه «المختصر الكرخي» ما ذكرناه قال في كتاب الصرف : ومن غضب درهماً فجعله عروة مزادة سقط حق مالكة ، والفضة لا تسقط حق مالكةا عنها بالصياغة وإنما أسقط بكونها تابعة للمادة ، وهذا لا يكون إلا بعمل يرفعه فيها على وجه التعدي ، فدل على أن المسألة على إطلاقها ، وأنه لا حق للمالك في الساجدة في الوجهين على ما يأتي عن قريب .

م : ( وقال الشافعي - رحمه الله - : للمالك أخذها ) ش : أي أخذ الساجدة ، وبه قال زفر وأحمد ومالك - رحمهم الله - على ما يأتي عن قريب م : ( والوجه عن الجانبين قدمناه ) ش : أي الدليل في مسألة الساجدة هو الذي ذكرناه من جانبنا وجانب الشافعي في المسألة المتقدمة في أول الفصل ، يعني أن الغضب عندنا عدوان ويصلح سبباً للملك . ولنا أنه أحدث صنعة متقومة إلى آخره . م : ( ووجه آخر لنا فيه ) ش : أي وجه آخر لنا في غضب الساجدة ، أي في تعليقه م : ( أن فيما ذهب إليه ) ش : أي في الذي ذهب إليه الشافعي م : ( إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف ) ش : لأن فيه إبطال حقه م : ( وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة ) ش : فكان فوات حقه مجبوراً بالقيمة ، وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا إلى خلف ، وكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب .

فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده ، أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته .

فإن قلت : الغاصب جان ولا يبالي بضرر الجاني إذا كان فيه دفع الضرر عن المجني عليه .  
قلت : نعم ولكن حق الجاني فيما وراء جنائته مرعي ودفع الضرر عنه واجب .  
فإن قلت : إنه أضر بنفسه حيث باشر سببه ، وهو إدخال ساجة الغير في بنائه مع علمه بذلك فلا يبقى مستحقاً للنظر بدفع الضرر عنه .  
قلت : لانسلم أنه أضر بنفسه ، نعم إنه أدخل ساجة الغير في بنائه ، وهذا ليس بسبب للنقض ، بل هو سبب لانقطاع حق المالك وثبوت الملك له .  
فإن قلت : قوله ﷺ : «من وجد عين ماله فهو أحق به»<sup>(١)</sup> دليل على أن حقه لا ينقطع بإدخالها في البناء ، لأنه وجد عين ماله .

قلت : نحن نقول بموجبه وهائنا لم يجد عين ماله ، لأن الساجة صارت هالكة من وجه ، فصارت ملكاً للغاصب . م : ( فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده ) ش : حيث لا يجب رد الخيط على صاحبه بلا خلاف ، ولو خاط بالخيط المغصوب جرح حيوان يؤكل ففيه للشافعي وأحمد - رحمهما الله - قولان : في قول يجب رده ، وفي الثاني يتنقل حقه إلى القيمة ، وفي «مغني الحنابلة» : فإن خاط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمي والبغل والحمار الأهلي وخيف التلف بنزعه لم يجب النزاع ، لأنه إضرار لصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ، وإن كان الحيوان للغاصب ، فقال القاضي يجب نزعه ورده .

وقال أبو الخطاب : فيه وجهان أحدهما هذا ، والثاني لا . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، انتهى .

ولو غصب خيطاً وخاط به ثيابه لا يجب نقضه عندنا ، وقالت الثلاثة يجب نقضه ورد الخيط على صاحبه . م : ( أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته ) ش : يعني ليس لصاحب اللوح نزعه ، ولكن فيه تفصيل : وهو أنه إن كان في الساحل لزمه قلعه ورده ، وبه قال الشافعي ومالك ، وإن كان في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا يغرق بقلعه يقلع ، وإن خيف غرقها

(١) رواه الدارقطني (٢٨/٣) من طريق موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن بن سمرة ، والحكم على هذا الحديث مبني على صحة سماع الحسن من سمرة وفيه خلاف كبير ليس هذا محل بسطه وفيه عننة قتادة وهو مدلس .

ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر الهندواني: إنما لا ينقض إذا بني في حوالي الساجة ، أما إذا بني على نفس الساجة ينقض لأنه متعمد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح . قال : ومن ذبح شاة غيره بغير أمره فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور ،

لم تقلع حتى يخرج إلى الساحل ، ولصاحب اللوح المطالبة بالقيمة ، فإذا أمكنه رد اللوح استرجعه ورد القيمة ، وبه قال أصحاب الشافعي - رحمه الله - وفي «الأسرار» : صورة المحيي عليها فيما إذا كانت السفينة مع من عليها في لجة البحر وخيف الغرق .

فإن قلت : عدم جواز رد الخيط واللوح عنده من أن فيه تلف الناس ، لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط .

قلت : ثبت في كل واحدة ، أي من العلة أعني التلف وتملك الغاصب عنها حق المالك وغيره ، وجعل حق غيره أولاً لأن يبطله زيادة الضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين .

م : ( ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر الهندواني : إنما لا ينقض إذا بني في حوالي الساجة ) ش : بفتح اللام ، يقال فقد حوله وحوليه ، ولا يقال حوالياه بكسر اللام ، وقعد حياله وبحياله . أي بإزائه ، وذلك بأن يكون بعض البناء على ساجة لنفسه والبعض على الساجة المغصوبة ، لأنه غير متعمد به من كل وجه م : ( أما إذا بني على نفس الساجة ينقض لأنه متعمد فيه ) ش : من كل وجه فيقلع م : ( وجواب الكتاب ) ش : أي القدوري ، وهو قوله بنى عليها م : ( يرد ذلك ) ش : أي التفصيل لما قلنا : إن ضرر المالك مجبور بالقيمة دون ضرر الغاصب م : ( وهو الأصح ) ش : أي جواب الكتاب هو الأصح ، وقد مر بيان الأصح عن قريب .

وفي «الذخيرة» : لو أراد الغاصب نقض البناء ورد الساجة مع تملكها بالضمان بعد القضاء بقيمتها لا تحل ، وقبل القضاء بهما قيل : يحل ، وقيل : لا يحل ، لأنه تضييع المال بلا فائدة .

م : ( قال : ومن ذبح شاة غيره بغير أمره ) ش : أي قال القدوري في «مختصره» « ومن ذبح شاة غيره بغير إذنه م : ( فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ) ش : أي إلى الذابح م : ( وإن شاء ضمنه نقصانها ) ش : أي نقصان الشاة م : ( وكذا الجزور ) ش : أي وكذا الحكم إذا غصب الجزور وذبحها ، إما أن يأخذ العين مع نقصان الذبح ، وإما أن يترك العين ويضمن جميع القيمة ، والجزور بفتح الجيم ما أعد للجزر من الإبل ، أي القطع وهو الذبح يذكر ويؤنث ، ومن جعله بالتذكير فقط متوهم ، وهو أن يقال إذا كان الجزور معدة للذبح لم يكن معنى الدر والنسل

وكذا إذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية . ووجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر

فيها مطلوباً فكيف يلزم النقصان ، بل الذبح زيادة فيه لأنه يؤخذ لأجله العوض .

فأجاب عنه وقال لا يتفاوت الحكم بين أن يكون الحيوان معداً للذبح أو لم يكن لأن الذبح في الحيوان نقص من حيث تفويت الحياة .

م: ( وكذا إذا قطع يدهما ) ش: أي وكذا الحكم إذا قطع يد الشاة والجزور يعني أن المالك بالخيار إن شاء أخذ العين مع نقصان القطع ، وإن شاء ترك العين للغاصب وضمنه جميع القيمة ، وهذا رواية عن أصحابنا ، والظاهر أن له تضمين جميع القيمة بلا خيار ، ألا ترى إلى ما قال الحاكم الشهيد في «كافيه» : وأما الدابة إذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلا يشبه هذا ، أي لا يشبه الخرق الكثير في الثوب .

قال : لأنه استهلكها وليس ينتفع صاحبها بما بقي ، والغاصب بقيمة الدابة وهي له ، وكذا لو كانت بقرة أو شاة أو جزوراً فذبحها أو قطع يدها أو رجلها ، انتهى .

وذلك لأن الدابة بعد فوات يدها أو رجلها لا ينتفع بها انتفاع الدواب ، فصارت هالكة و يصير الغاصب مستهلكاً فيجب عليه القيمة ، وتكون الدابة بخلاف الثوب ، فإن الثوب بالخرق الفاحش لا يكون هالكاً لأنه يمكن أن ينتفع بالثياب فلا يضمنه القيمة بلا خيار ، بل يكون الخيار للمالك .

وفي شرح «الكافي» روي في رواية أن له الخيار في مأكول اللحم ، لأن اللحم مقصود كما أن عينها مقصود ، واللحم لم يتلف فكان حقه قائماً من وجهه ، فكان له الخيار إن شاء ترك اللحم عليه وضمنه قيمة الدابة ، وإن شاء أخذ اللحم وضمنه قيمة النقصان .

م: ( هذا هو ظاهر الرواية ) ش: أي المذكور من ثبوت الخيار للمالك هو ظاهر الرواية ، واحترز به عما رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة -رحمهم الله- أن صاحب الشاة بالخيار إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها ، وإن شاء تركها وضمنه قيمتها يوم غصبها ، وكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ، وكذلك إذا سلمها حين ذبحها أو قطع لحمها أعضاء ولم يطبخه والرأس قائم والجلد والأكارع والبطن ، كان المغصوب بالخيار إن شاء أخذ ذلك ، ولم يكن له غيره وإن شاء ضمنه قيمتها حية .

م: ( ووجهه ) ش: أي وجه ظاهر الرواية م: ( أنه ) ش: أي الذبح م: ( إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر ) ش: بفتح الدال وتشديد الراء وهو اللبن ، ومنه ناقة درور

والنسل ، وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالحرق الفاحش في الثوب ، ولو كانت الدابة غير  
مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمته جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل  
وجه ،

ودار ، أي كثيرة اللبن م : ( والنسل وبقاء بعضها ) ش : أي بعض الأغراض م : ( وهو اللحم فصار )  
ش : أي الحكم في هذا م : ( كالحرق الفاحش في الثوب ) ش : على ما يجيء حكمه عن قريب ، وهذا  
الذي ذكره لا يعم الجزور بظاهره ، ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الأغراض إذا لم يجعل  
البيان منحصرًا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل .

م : ( ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمته جميع قيمتها  
لوجود الاستهلاك من كل وجه ) ش : قال الكاكي : في تقييد هذا الحكم بمأكول اللحم لا توجد زيادة  
فائدة لما أن الحكم في مأكول اللحم كغير مأكوله ، لأن بقطع الطرف للمالك اختيار تضمين جميع  
القيمة في المأكول وغيره ، ذكره في «المبسوط» .

وقال الأترابي : هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين القيمة  
بلا خيار فيهما ، يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك  
الظاهر .

وقال صاحب «العناية» : فيه نظر من وجهين أحدهما : أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول  
وكذلك إذا كان غير مأكول اللحم .

والثاني : أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير  
مأكوله ، حيث قال في الأول إنه إتلاف من وجه ، وفي الثاني بوجود الاستهلاك من كل وجه ،  
والظاهر من كل أنه نفى اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين إمساك الخشبة وتضمين نقصانها ،  
ويكون ذلك اختياراً منه . وإن كان نقل الكتب على خلافه ، فإنه ذكر في «الذخيرة» و«المغني»  
فقال وفي «المنتقى» هشام عن محمد رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمته فله أن يمسك  
ويأخذ النقصان قلت أراد بذلك صاحب الهداية الإشارة إلى ما ذكره في الواقعات الحسامية في  
باب الغصب بعلامة السين رجل غصب دابة فقطع يدها فهذا على وجهين :

أما إن كانت لا يؤكل لحمها أو يؤكل ففي الوجه الأول لا يكون لصاحب الدابة خيار لأنه  
استهلك من كل وجه ، وفي الوجه الثاني له الخيار لأنه استهلك من وجه ، انتهى .

فإن قلت : ما أراد صاحب الهداية من قوله : فقطع الغاصب طرفها .

قلت : أراد به أحد قوائمها ، لأن في عين الحمار أو البغل أو الفرس ربع القيمة ، وكذلك

بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع ، لأن الأدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف . قال : ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً

في عين البقر والجزور ربع القيمة ، وفي عين الشاة ما نقصها على ما سيحيء في كتاب «الديات» إن شاء الله تعالى .

ونقل في «الأجناس» عن كتاب «الجنايات والديات» رواية بشر بن غياث . قال أبو حنيفة : في إحدى عيني الحمار أو البغل ربع القيمة ولو فاق عين شاة أو حمل أو طير أو كلب أو دجاجة أو نعامة عليه ما نقصه .

وقال أبو يوسف -رحمه الله - في ذلك كله : عليه ما نقصه في جميع الربح ، ثم قالوا في قطع أذن الدابة وذنباها ضمن النقصان وجعل ذلك نقصاناً يسيراً . وعن شريح أنه إن قطع ذنب حمار القاضي ضمن جميع القيمة ، وإن كان لغيره ضمن النقصان . وفي «المتقى» : إذا ذبح الحمار له الخيار ، وإن قتله ليس له الخيار ، لأن جلده لا قيمة له حينئذ ، أما في الذبح بمنزلة الذبائح .

م : ( بخلاف قطع طرف المملوك ) ش : هذا يتعلق بقوله للمالك أن يضمه جميع القيمة ، أي بخلاف العبد إذا قطع الغاصب طرفه م : ( حيث يأخذه مع أرش المقطوع ، لأن الأدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف ) ش : ولا يصير مستهلكاً من كل وجه ، بخلاف الدابة فإنها بعد ذلك لا ينتفع بها ، أي بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك .

وهذا إذا لم تكن الجناية مستهلكة ، أما إذا كانت مستهلكة فليس للمالك أن يأخذ الأرش مع إمساك الجناية عند أبي حنيفة -رحمه الله - خلافاً لهما على ما عرف في موضعه . بيان ذلك أن كل جناية لو حصلت في الحر أو جبت كمال الدية ، فإذا حصلت في العبد فتلك مستهلكة كفقء العينين وقطع اليدين والرجلين والذكر وقطع يد ورجل من جانب واحد .

وأما في قطع الأذنين وحلق الحاجبين إذا لم ينبت ففيه روايتان : في رواية جعله مستهلكاً ، وكل جناية في الحر لا يوجب كمال الدية كقطع يد أو رجل وقطع يد ورجل من خلاف ، فتلك الجناية غير مستهلكة ، ثم في الجناية المستهلكة على قول أبي حنيفة -رحمه الله - المولى بالخيار إن شاء حبس العبد لنفسه ولا يرجع بشيء وإن شاء سلمه إلى الجاني ويرجع بقيمته ، وإن قال صاحبه : إن شاء سلم ورجع بالقيمة ، وإن شاء حبس لنفسه ورجع بالنقصان كذا في «شرح الطحاوي» .

م : ( قال : ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ) ش : أي قال القُدوري ، والمراد من الثوب ما

ضمن نقصانه والثوب للمالكة ، لأنه العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله عيب فيضمنه . قال :  
وإن خرق خرقة كثيراً كثيراً تبطل عامة منافعه فللمالكة أن يضمنه جميع قيمته ، لأنه استهلاك من هذا  
الوجه فكأنه أحرقه . قال - رضي الله عنه - : معناه يترك الثوب عليه وإن شاء أخذ الثوب  
وضمنه النقصان ؛ لأنه تعيب من وجه حيث أن العين باقية ، وكذا بعض المنافع قائم ، ثم إشارة  
الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع ، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض  
العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ، واليسير ما لا يفوت به شيء من

يلبس كالكرباس م : ( ضمن نقصانه والثوب للمالكة ، لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله عيب  
فيضمنه ) ش : أي النقصان م : ( وإن خرق خرقة كثيراً ) ش : بالثناء المثلية ، ويجوز بالباء الموحدة  
أيضاً . وأشار إلى تفسير الخرق الكثير بقوله م : ( بحيث تبطل عامة منافعه ) ش : بأن لا يبقى شيئاً  
في منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما م : ( فللمالكة أن يضمنه جميع قيمته ، لأنه استهلاك من هذا  
الوجه ، فكأنه أحرقه ) ش :

وفي شرح «الكافي» قال شيخ الإسلام : وقال بعض أصحابنا : هذا إذا كان الخرق بحال لا  
يمكن خياطته ، فأما إذا أمكن خياطته ولم يبق بعد الخياطة نقصان فاحش لا يكون له تضمين  
جميع القيمة ، ويؤخذ بالخياطة ثم يضمن النقصان إن بقي بعد جرح إنساناً جرحاً هل  
يؤخذ بأجرة الطيب .

فإن بقي نقص بعد ذلك أخذ أرشه كذلك ها هنا ، هذا إذا غصب ثوباً فخرقه ، أما إذا  
غصب ثوباً فقطعه قميصاً ولم يخطه فله أن يأخذه ويضمنه ما نقصه القطع ، كذا ذكر الحاكم في  
«الكافي» .

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيجاني في شرحه : وإن شاء ضمنه قيمته ، لأنه تعيب  
عنده بعيب فاحش ، وإن خاطه قميصاً أو غيره فليس لصاحبه أن يأخذه لأنه صار شيئاً آخر  
وتعلقت به مصلحة أخرى ، فصار الأول هالكاً من حيث المعنى ، فكان للمالك ولاية  
التضمين .

م : ( قال - رضي الله عنه - : معناه ) ش : أي قال المصنف - رحمه الله - و معنى قول القُدوري  
فللمالكة أن يضمنه جميع قيمته أنه م : ( يترك الثوب عليه ) ش : أي على الغاصب م : ( وإن شاء أخذ  
الثوب وضمنه النقصان ؛ لأنه تعيب من وجه من حيث إن العين باقية ، وكذا بعض المنافع قائم ) ش :  
لأنه يمكن أن يفصل عنه ثوب للصغير .

م : ( ثم إشارة الكتاب ) ش : أي إشارة القُدوري م : ( إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع ،  
والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين ) ش : من حيث الظاهر ، إذ الظاهر أن الثوب إذا

المنفعة، وإنما يدخل في النقصان لأن محمداً - رحمه الله - جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً والفائت به بعض المنافع . قال : ومن غضب أرضاً

قطع يفوت من إجراء شيء لا محالة م : ( وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ) ش : أراد به أنه لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعض ويبقى بعض ، كما إذا قطع الثوب قميصاً يفوت منفعة الجبة والقباء .

م : ( واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه النقصان ) ش : أي النقصان في مالية الثوب لسبب فوت الجودة . وفي « الفتاوى الصغرى » قال بعضهم إن أوجب الخوف النقصان ربع القيمة فصاعداً فهو فاحش وما دونه يسير . وقال بعضهم ما لا يصلح الباقي لثوب فهو فاحش ، واليسير ما يصلح . والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض المنفعة وبعض العين ، واليسير ما يفوت بعض المنفعة ، انتهى .

وهو عكس ما قال صاحب « الهداية » حيث قال : واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وكل منهما نص على الأصح بما ذهب إليه كما ترى . وقال تاج الشريعة : وقال الإمام رضي الدين النيسابوري : ما يستكف أوساط الناس من لبسه مع ذلك الخرق هو الكثير واليسير ضده . وفي غير المخيط وغير المقطوع أن لا يمكن أن يخاط منه ، واليسير ضده .

م : ( لأن محمداً - رحمه الله - جعل في الأصل ) ش : أي « المبسوط » م : ( قطع الثوب ) ش : بدون الخياطة م : ( نقصاناً فاحشاً ) ش : جعل للمالك ولاية تضمين جميع القيمة م : ( والفائت به ) ش : أي بالقطع م : ( بعض المنافع ) ش : لا عامة المنافع كما أشار إليه القدوري . وأما لو خاطه ينقطع حق المالك عندنا ، ذكره في « الذخيرة » . وعند الثلاثة لا ينقطع ، وقالوا في الشق اليسير يأخذ الثوب ويضمنه النقصان . وفي الفاحش كذلك عند الشافعي وأحمد - رحمهما الله - وعند مالك - رحمه الله - مخير كقولنا .

وقال شمس الأئمة : هذا الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب فهو الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية ، فإن التغيير هناك فاحشاً أو يسيراً لصاحبه الخيار بين الإمساك والدفع والتضمين لقيمته ، وفي الإمساك لا يضمن النقصان لأنه يؤدي إلى الربا .

م : ( قال : ومن غضب أرضاً ) ش : أي قال القدوري : وقال تاج الشريعة : سماه غضباً وإن لم يتحقق الغصب في العقار عندهما لما أنه يتصور بصورة الأملاك .

قلت : عبارة أصحابنا في غضب العقار مختلفة على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - فقيل يتحقق فيه الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان ، وإليه مال القدوري : في قوله : وإذا غضب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عندهما ، فعلى هذا لا يرد

فغرس فيها أو بنى قيل له : اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه الصلاة والسلام : « ليس لعرق ظالم حق »

السؤال فلا يحتاج إلى الجواب وقيل لا يتحقق فحينئذ يجاب بما ذكره تاج الشريعة .

م : ( فغرس فيها أو بنى قيل له : اقلع البناء والغرس وردها ) ش : يروي الغرس بفتح الغين وكسرها جميعاً ، فالأول مصدر أريد به المفعول أي المغروس من الشجر والنخل ، والثاني اسم ما يغرس من الشجر والنخل ، وهذا الحكم لا خلاف فيه .

م : ( لقول عليه الصلاة والسلام : « ليس لعرق ظالم حق » <sup>(١)</sup> ) ش : هذا الحديث رواه ستة من الصحابة - رضي الله عنهم - الأول : سعيد بن زيد أخرجه حديثه أبو داود في الخراج والترمذي في الأحكام ، والثاني في إحياء الموات عن عبد الوهاب الثقفي ، ثنا أيوب عن هشام بن عروة ، عن سعيد بن زيد - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهو له ، وليس لعرق ظالم حق » . قال الترمذي : حديث حسن غريب ، وقد رواه جماعة عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلًا قلت منهم مالك في «الموطأ» . قال ابن عبد البر في البعض أرسله وجميع الرواة عن مالك لا يختلفون في ذلك ، وأخرجه النسائي عن يحيى بن سعيد عن هشام ابن عروة مرسلًا .

الثاني : عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - أخرجه حديثه الطبراني حدثنا يوسف القاضي ، ثنا محمد بن أبي بكر المقدمي ، ثنا فضل بن سليمان عن موسى بن عقبة ، ثنا إسحاق ابن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت ، ثنا عبادة بن الصامت عن قضاء رسول الله ﷺ وأنه ليس لعرق ظالم حق <sup>(٢)</sup> .

الثالث : عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - أخرجه حديثه الطبراني أيضاً عن مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عمر مرفوعاً باللفظ الأول <sup>(٣)</sup> .

(١) روي من حديث سعيد بن زيد : وصححه العلامة الألباني ، أبو داود (٣٧٣/٢٦٣٨ رقم الصحيح) الخراج « باب إحياء الموات » . والترمذي (١٤٠٧/١١٣) ، الأحكام « باب إحياء الموات » .

(٢) قلت : إسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت مجهول الحال فضلاً عن أنه يرسل عن عبادة . التقريب (٦٢/١) .

(٣) قلت : ساق إسناد الطبراني الزيلعي فقال : رواه الطبراني في «معجمه الأوسط» : حدثنا أحمد بن القاسم بن مساور ثنا محمد بن عبد الوهاب الحارثي ثنا مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله ابن عمرو - مرفوعاً .

قلت : فيه مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي وهو ضعيف .

الرابع : عمرو بن عوف - رضي الله عنه - أخرج حديثه إسحاق بن راهويه والبخاري «مسنديهما» والطبراني في «معجمه» وابن عدي في «الكافي» عن كثير بن عبد الله ابن عمرو بن عوف مزني ، حدثني أبي أبان أخبره أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : «من أحمأ أرضاً مواتاً من غير أن يكون فيها حق مسلم فهي له ، وليس لعرق ظالم حق» وأعله ابن عدي بكثير بن عبد الله (١) .

الخامس : رجل من الصحابة أخرج حديثه أبو داود عن محمد بن إسحاق عن يحيى بن عروة عن أبيه مرفوعاً قال عروة فلقد أخبرني الذي حدثني بهذا الحديث وفي لفظه فقال رجل من أصحاب رسول الله ﷺ وكبر ظني أنه أبو سعيد أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أرض غوين أحدهما غرس فيها نخلاً والأخر فقضى رسول الله ﷺ بالأرض لصاحبها ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله ، وقال : «ليس لعرق ظالم حق» قال : فلقد أخبرني الذي حدثني بهذا الحديث أنه رأى النخل تقطع أصولها بالقوس (٢) .

السادس : عائشة - رضي الله عنها - أخرج حديثها أبو داود - رحمه الله تعالى - الطيالسي في «مسنده» ، ثنا زمعة عن الزهري عن عروة عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت : قال رسول الله ﷺ : «البلاد بلاد الله والعباد عباد الله ، ومن أحمأ من موات الأرض شيئاً فهو له وليس لعرق ظالم حق» (٣) .

ومن طريق الطيالسي رواه الدارقطني في «سننه» والبخاري في «مسنده» . وقال أبو داود - رحمه الله تعالى - : قال هشام : عرق الظالم أن يغرس الرجل في أرض غيره فيستحقها بذلك . وقال مالك - رحمه الله تعالى - : العرق الظالم كل ما أخذ واحتكر وغرس بغير حق .

وذكر في «النهاية» بتنوين عرق وظالم صفة لا غير ، ورواية الفقهاء على الصفة والإضافة . وفي «المغرب» : ليس لعرق ظالم حق ، وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازاً ، كأنه غرسها على وجه الاغتصاب ليستوجبها به . وقال تاج الشريعة وروي بالإضافة ، أي ليس لعرق الغاصب حق ، أي ثبوت ودوام بل يؤمر بقلعه .

(١) قال الهيثمي : في «المجمع» (١٥٧/٤) : رواه الطبراني في «الكبير» وفيه كثير بن عبد الله وهو ضعيف . قلت : واتهمه الشافعي بالكذب .

(٢) حسنه العلامة الألباني ، أبو داود (٣٠٧٤/٣) رقم الصحيح الخراج «باب إحياء الموات» .

(٣) رواه الدارقطني كتاب الأقضية (ص ٥١٧) من طريق زمعة بن صالح عن الزهري ، عن عائشة مرفوعاً . وزمعة ضعيف .

ولأن ملك صاحب الأرض باق ، فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ، ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها ،

قلت : العرق في الأصل بكسر العين هو عرق الشجر والبدن ، ويجمع على عروق .

فإن قلت : هذا حكم غرس الشجر والبناء فكيف حكم الزرع في أرض الغير؟ .

قلت : روى أبو عبيدة في «كتاب الأموال» عن شريك عن أبي إسحاق عن عطاء ابن رباح عن رافع بن خديج -رضي الله تعالى عنهم- عن النبي ﷺ قال : « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء » ، فقضى على رب الأرض بنفقة الزرع وجعل الزرع لرب الأرض بنفقة الزارع .

قال : والفرق بين الزرع والنخل أن الزرع إنما يمكث في الأرض سنة ، إذا انقضت السنة رجعت الأرض إلى ربها فلم يكن لتأخير نزعها وجه .

وذكر في «الوقعات الحسامية» في باب الغصب بعلامة العين رجل غصب أرضاً فزرعها حنطة ثم اختصما وهي بذر لم ينبت بعد ، فصاحب الأرض بالخيار إن شاء تركها حتى ينبت ، ثم يقول له اقلع زرعك وإن شاء أعطاه ما زاد البذر فيه . أما الخيار فلأنه لا طريق لتفريغ الأرض إلا ذلك ، فإن اختار إعطاء الضمان كيف يضمن؟ روى هشام عن محمد أنه يضمن ما زاد البذر فيه فتقوم الأرض غير مبذورة ، وتقوم مبذورة لكن يبذر ولغيره حق النقص والقلع إذا نبت ، ففصل ما بينهما قيمة بذر في أرض غيره .

وقال : فيه أيضاً بعلامة الباء رجل ألقى بذره إلى أرضه وجاء رجل وألقى بذره وسقى الأرض فنبت البذران جميعاً ، أو ألقى فيها بذره وقلب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض فنبت البذر لا جميعاً فما نبت يكون للأرض عند أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- ، لأن خلط الجنس بالجنس استهلاك عنده وعليه للأول قيمة بذره ، لكن مبذوراً وفي أرض تكون ملكه .

وطريق معرفة ذلك ما مر ، لكن ثمة يضمن قيمة بذره في أرض نفسه ، فإن جاء صاحب الأرض وهو الأول فألقى فيها بذر نفسه مرة ثالثة وقلب الأرض قبل أن ينبت فيها البذران أو لم يقلب وسقى ما ثبت من المبذور كلها فهو له وعليه للغاصب مثل بذره مبذوراً في أرض غيره لأنه أتلف ذلك .

م : ( ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ) ش : أي في الأرض م : ( ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها ) ش : أي فيؤمر شاغل أرض

كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه . قال : فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعاً ، ويكونان له لأن فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما .

الغير بإخلاؤها عما شغلها م : ( كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه ) ش : بأن غصب ظرفاً فطرح فيه متاعه فإنه يؤمر بتفريغها ، فكذا هذا .

م : ( فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك ) ش : أي بقلع الغرس والبناء م : ( فللمالك أن يضمن له ) ش : أي للغاصب م : ( قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعاً ) ش : أي حال كون كل واحد من الغرس والبناء مقلوعاً ، وكان الأصوب أن يقول مقلوعين على ما لا يخفى ، وليس المراد أن يقلعاه ثم يقوموا لدلالة الحال عليه ، وإنما المراد يقومان وهما قائمان بقيمة ما لو كانا مقلوعين على ما يجيء الآن .

م : ( ويكونان له ) ش : أي يكون الغرس أو البناء لمالك الأرض م : ( لأن فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما ) ش : أي لأن في هذا المذكور نظراً للمالك والغاصب جميعاً ، لأن في منع الغاصب من البناء والغرس إضراراً له لأنه عين ماله فلا يجوز منعه منها ، وفي قلعه وتسليمه ضرر على المالك وقد قال ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » وفيما ذكرنا نظر ورعاية للجانيين .

وفي «الذخيرة» و«المحيط» : لو غصب ساجدة وبنى عليها لا ينقطع حق المالك ، ثم قال : وكان الإمام أبو علي النسفي يحكي عن «الكرخي» أنه ذكر في بعض كتبه متصلاً فقال : إن كان قيمة الساجدة أقل من قيمة البناء ليس للمالك أن يأخذها ، وإن كانت قيمة الساجدة أكثر فله أن يأخذها .

قال مشايخنا : هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد . قال : ومن كان في يده لؤلؤة فسقطت فابتلعها دجاجة إنسان ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة ، فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة بين أخذ الدجاجة بقيمتها وبين ترك اللؤلؤة وأخذ قيمتها .

وكذا لو أودع رجلاً فصيلاً فكبر الفصيل حتى لم يكن إخراجها من البيت إلا بنقض الجدار ينظر إلى أكثرهما قيمة ويخير صاحب الأكثر بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه . وكذا لو كان للمستأجر حب في الدار المستأجرة لا يمكن إخراجها إلا بهدم شيء من الحائط ينظر أيهما أكثر قيمة .

وكذا لو أدخل رجل أترجة في قارورة غيره فكبرت الأترجة فلا خيار لأحد وضمن الفاعل لصاحب الأترجة قيمتها ، وتكون الأترجة والقارورة بالضمآن ، قيل : يمكن أن يجاب عنها بأنه لا تعدي فيها بخلاف مسألة الغصب لأنه متعد فلا يراعى حقه . وفي «خلاصة الفتاوى»

وقوله : قيمته مقلوعًا ، معناه : قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه ، لأن حقه فيه إذ لا قرار له فيه فيقوم الأرض بدون الشجر والبناء ويقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما . قال : ومن غصب ثوبًا فصبغه أحمر أو سويقًا فلته بسمن ، فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب ، وإن شاء أحدهما وعزم ما زاد الصبغ والسمن فيهما ، وقال الشافعي - رحمه الله - في الثوب : لصاحبه أن يمسه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبار بفصل الساحة

رجل بنى حائطًا في كرم رجل بغير أمر صاحب الكرم فإن كان للتراب قيمة فالحائط للباني وعليه قيمة التراب .

فإن غصب أرضًا وبنى حائطًا فجاء صاحبها وأخذ الأرض فأراد الغاصب النقص إن بنى الحائط من تراب هذه الأرض ليس له النقص وتكون لصاحب الأرض ، وإن بنى الحائط من تراب غير هذه الأرض فله النقص .

م : ( وقوله : قيمته مقلوعًا ) ش : أي قول القدوري يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعًا م : ( معناه : قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه ، لأن حقه فيه ) ش : أي لأن حق صاحب الغرس في الغرس م : ( إذ لا قرار له ) ش : أي للغرس أو البناء ، يعني لا نهاية لهما بخلاف الزرع م : ( فيه فيقوم الأرض بدون الشجر والبناء ، ويقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه ) ش : قوله لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه صفة لقوله شجر أو بناء .

م : ( فيضمن فضل ما بينهما ) ش : أي فيضمن صاحب الأرض فضل ما بين القيمتين مثلًا إذا كانت قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير ومع الشجر الذي يستحق قلعه خمسة عشر دينارًا فيضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فتسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا في البناء .

م : ( قال : ومن غصب ثوبًا فصبغه أحمر ، أو سويقًا ) ش : أي قال القدوري ، والسويق بالسين يعمل من حنطة مقلية . وقد قيل بالصاد وهي لغة بني العبير م : ( فلته بسمن ) ش : أي خلطه من باب طلب يطلب م : ( فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب ، وإن شاء أحدهما ) ش : أي أخذ الثوب والسويق م : ( وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما ) ش : أي الثوب والسويق ، وبه قال مالك في الصبغ .

م : ( وقال الشافعي - رحمه الله - في الثوب : لصاحبه أن يمسه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارًا بفصل الساحة ) ش : بالحاء المهملة ، يعني إن فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم

بنى فيها ؛ لأن التمييز ممكن ، بخلاف السمن في السوق ؛ لأن التمييز متعذر . ولنا : ما بينا أن فيه رعاية الجائنين ، والخيرة

تتضرر الأرض به فكذلك ها هنا ، لأن في كل منهما شغل ملك الغير بملكه م : ( بنى فيها ؛ لأن التمييز ممكن ) ش : يعني بالغسل والعسر ، وكذا في المخلط إذا كان التمييز ممكناً يجب التمييز والرد ، وإن كان غير ممكن يجب رد مثله .

وفي «الوجيز» وشرحه لو كان قيمة الصيغ بقدر قيمة الثوب فهما شريكان يبيعان ويقسمان الثمن بينهما . وفي «الحلية» إذا طالبه صاحب الثوب بقلع صبغه وإذا امتنع الغاصب من ذلك ففيه وجهان : أحدهما لا يجبر وهو قول أبي العباس ، والثاني يجبر وهو قول ابن حيران وأبي إسحاق .

ولو طلب الغاصب بيع الثوب وامتنع صاحبه ففيه وجهان : يجبر ليصل الغاصب إلى حقه ، ولا يجبر . وفي الخلط إن كان بمثله وطلب المالك أن يدفع إليه حقه وامتنع الغاصب : في المنصوص الخيار للغاصب ، وفي وجه يلزمه دفعه إلى المالك .

ولو خلطه بأجود وبذله الغاصب صاعاً مثله ففيه وجهان في المنصوص الخيار للغاصب . والثاني : أنه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما ، ولو خلطه بما دونه أجبر الغاصب على دفع ملك المالك . وعند مالك أخذه بالمثل من غيره .

ومن أصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر انقيمتين . ولو خلط من غير جنسه لزمه صاع من مثله . ومن أصحابنا من قال : يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر قيمتهما ، وبه قال مالك في الصورتين . وعن أحمد مثله .

وفي «مغني الخنابلة» لو خلطه بما لا قيمة له كالدائب بالماء فإن أمكن تخليصه خلصه ورد نقصه ، وإن لم يمكن تخليصه ، أو كان ذلك يفسد رجع عليه بمثله لأنه صار مستهلكاً وإن لم يفسد رده ورد ما نقصه . وإن احتيج في تخليصه إلى غرامة لزم الغاصب ، لأنه بسببه ، ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو مما ذكرنا .

م : ( بخلاف السمن في السوق لأن التمييز متعذر ) ش : لأن السمن يدخل في أجزاء السوق . فلا يمكن إخراجه حتى لو كان يمكن فالحكم حيثئذ يكون كما في الثوب .

م : ( ولنا ما بينا ) ش : يعني في مسألة الساجة بالجيم بقوله وجه آخر لنا م : ( أن فيه ) ش : أي في ثوب الخيار للمالك م : ( رعاية الجائنين ) ش : أي جانب المالك وجانب الغاصب م : ( والخيرة ) ش : أي الخيار ، وهذا جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصيغ إن شاء سلم الثوب

لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل . بخلاف الساحة بنى فيها ؛ لأن النقض له بعد النقض ،  
أما الصبغ فيتلاشى . وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح ؛ لأنه لا جناية لصاحب الصبغ  
ليضمن الثوب ، فيتملك صاحب الأصل الصبغ . قال أبو عصمة - رحمه الله - في أصل  
المسألة :

إلى مالكة وضمنه قيمة صبغه ، وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض فقال الخيار م : ( لصاحب الثوب  
لكونه صاحب الأصل ) ش : لأن الثوب أصل والصبغ صفة ، فيكون كالبائع له والسويق بمنزلة  
الثوب ، والسمن بمنزلة الصبغ .

م : ( بخلاف الساحة ) ش : بالحاء المهملة أيضاً م : ( بنى فيها ، لأن النقض له بعد النقض ) ش :  
أي الغاصب فلا يكون ماله ضائعاً والنقض الأول بالنون المضمومة بمنزلة المنقوض ، وهو  
كالحنث والأجر ، والنقض الثاني بالفتح مصدر نقضت الشيء إذا فككت تركيبه م : ( أما الصبغ  
فيتلاشى ) ش : بالغسل ولم يحصل للغاصب شيء ، فكذا أثبتنا الخيار له م : ( وبخلاف ما إذا  
انصبغ ) ش : الثوب م : ( بهبوب الريح ) ش : بأن هبت الريح بثوب إنسان وألقته في صبغ غيره  
حتى انصبغ ، فإنه لا خيار له .

م : ( لأنه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب ) ش : أي يضمن صاحب الصبغ ، وهو  
على صيغة المجهول بالتشديد ، والثوب منصوب على أنه مفعول ثان م : ( فيتملك صاحب  
الأصل الصبغ ) ش : فيتملك صاحب الأصل ، وهو الثوب بالرفع جواب شرط محذوف ، أي إذا  
لم يكن صاحب الصبغ جانياً فيتملك صاحب الأصل وهو الثوب الصبغ بدفع قيمته إلى  
صاحب الصبغ ، كذا ذكره في «الكافي» حيث قال : وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح فإنه لا  
يثبت الخيار لرب الثوب ، بل يؤمر به بدفع قيمة الصبغ لأنه لا جناية من صاحب الصبغ  
ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ .

وفي «الإيضاح» لو انصبغ بغير فعل أحد فهو لرب الثوب ولا شيء عليه من قيمة الصبغ .  
وفي قول أبي حنيفة وإن كان عصفراً أو زعفراناً قرب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه ما زاد الصبغ  
فيه ، وإن شاء امتنع فبياع الثوب فيصرف بقيمته ثوباً أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ في  
الثوب ، لأنه لم يوجد من أحد فعل هو سبب للضمان ، فانتفى الضمان ، وصارا شريكين ،  
وبه قالت الثلاثة .

م : ( قال أبو عصمة - رحمه الله - ) ش : : هو سعيد بن معاذ المرزبي تلميذ إبراهيم بن  
يوسف ، وهو تلميذ أبي يوسف القاضي - رحمه الله - م : ( في أصل المسألة ) ش : أي في قوله ومن  
غصب ثوباً فصبغه أحمر ، واحترز بهذا القيد من أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة

وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه ؛ لأن له أن لا يملك الصبغ بالقيمة ، وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ، ويتأتى هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السوق ، غير أن السوق من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته . وقال في الأصل : يضمن قيمة السوق ؛ لأن السوق يتفاوت بالقلبي فلم يبق مثلياً ،

متصل بما يليه من مسألة الانصباغ ، وإن كانت مسألة الانصباغ كذلك ، لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسألة فلذلك قيد به تصحيحاً للنقل م : ( وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ ) ش : أي يضرب صاحب الصبغ .

م : ( بما زاد الصبغ فيه ، لأن له ) ش : أي لصاحب الثوب م : ( أن لا يملك الصبغ بالقيمة ، وعند امتناعه ) ش : أي عند امتناع صاحب الثوب عن تملك الصبغ بالقيمة م : ( تعين رعاية الجانبين في البيع ) ش : لأنه طريق اتصال حق كل واحد منهما إلى صاحبه معنى م : ( ويتأتى هذا ) ش : يعني يتيسر هذا الاختيار للمالك يعني قول أبي عصمة إن شاء رب الثوب . إلى آخره . م : ( فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه ) ش : من غير أن يكون لصاحب الصبغ فعل فيه ، لأنه إذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ بدون جنابة منه ، فعند امتناعه عن تملك الثوب وتعذر تضمينه جبراً تعين البيع طريقاً للوصول إلى حقه إذا لم يرض صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة .

فأما في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ يتعين له تضمين الغاصب بالثوب الأبيض ، والتحقيق أن ما قاله أبو عصمة لا يتأتى في أصل المسألة ، لأن ثمة لصاحب الثوب أن يملك الصبغ بالقيمة أو يضمن الغاصب ، وإذا كان له ذلك لا يتعين البيع عند امتناعه عن التملك بالقيمة ، وفيما إذا انصبغ ليس له أن يضمن صاحب الصبغ لما أنه غير جائز فيه فيتعين البيع عند امتناعه من التملك م : ( وقد ظهر بما ذكرنا ) ش : في مسألة الصبغ والانصباغ . م : ( الوجه ) ش : يعني جواب المسألة وتعليلها م : ( في السوق ) ش : من حيث الخلط والاختلاط بغير فصل .

والحاصل أن ما قلنا في غصب الثوب وصبغه فهو الوجه في غصب السوق ولته بالسمن ، ويجيء قول أبي عصمة فيه ، إلا أن بين السوق والثوب تفاوتاً ، وهو أن الضمان في غصب الثوب قيمته ، وفي السوق مثله لكونه مثلياً ، أشار إليه بقوله م : ( غير أن السوق من ذوات الأمثال فيضمن مثله ، والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل ) ش : أي «المبسوط» م : ( يضمن قيمة السوق ؛ لأن السوق يتفاوت بالقلبي فلم يبق مثلياً ) ش : وقال الحاكم في «كافيه» : وإذا

وقيل : المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه ، والصفرة كالحمرة . ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعندهما زيادة . وقيل : هذا اختلاف عصر وزمان ،

غضب سويقاً فلته بسمن فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة سويقه ، وإن شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب ما زاد فيه من السمن .

وقال الشيخ علاء الدين الأسبيجاني : وفيه إشكال ، وهو أنه قال في الكتاب ضمنه قيمة السويق وأنه مثلي ولم يقل مثله ، وقد اختلف أصحابنا في ذلك ، والصحيح ما ذكره في الكتاب ، لأن السويق أجزاء حنطة مقلية ، والحنطة بالقلي تخرج من أن تكون من ذوات الأمثال ، لأن القلي يسد طريق المماثلة فلا يكون السويق مثلياً .

وذكر صدر الإسلام أبو اليسر في شرح «الكافي» أن السويق من ذوات القيم وإن كان مكبلاً ، وقال كل مكبل لا يكون مثلياً وكذلك كل موزون لا يكون مثلياً ، إنما المثلي من المكيلات والموزونات ما هي متفاوتة فليس بمثلي كالعدييات ، فإن للمقاربة أمثال . وأما متفاوتة فلا ، وكأن المكيلات والموزونات والعدييات سواء . وكذا يجب أن تكون الزرعيات على هذا ، وبين السويق والسويق قد يكون تفاوت فاحش بسبب القلي فلا تكون أمثالاً متساوية .

م : ( وقيل : المراد منه ) ش : أي من القيمة ، ذكر الضمير بتأويل ما يقوم م : ( المثل سماه به ) ش : أي سمى محمد - رحمه الله تعالى - المثل القيمة في قول يضمن قيمة السويق ، وتذكير الضمير في به على التأويل الذي ذكرنا م : ( لقيامه مقامه ) ش : أي لقيام المثل مقام المغصوب م : ( والصفرة كالحمرة ) ش : يعني فيما إذا صبغ المغصوب بالصفرة فحكمه حكم ما إذا صبغه بالحمره في الوجوه كلها مع الخلاف .

م : ( ولو صبغه أسود ) ش : أي ولو صبغ الثوب المغصوب صبغاً أسود م : ( فهو نقصان عند أبي حنيفة - رحمه الله - ) ش : فإذا كان نقصاناً فرب الثوب أن يأخذه ولا يعطيه شيئاً عنده م : ( وعندهما زيادة ) ش : كالحمره والصفرة فيجزئ فيهما ما يجزئ فيهما .

م : ( وقيل : هذا اختلاف عصر وزمان ) ش : فإن أبا حنيفة كان في زمن بني أمية وكانوا يمتنعون عن لبس السواد ، فأجاب على ما شاهد ، وهما أجابا على ما شاهدا من عادة بني العباس بلبس السواد ، وكان أبو يوسف يقول أولاً بقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وأمر بلبس السواد احتاج إلى التزام الزيادة بالصبغ وقال السواد زيادة .

وحكي أن هارون الرشيد شاور مع أبي يوسف في لون الثوب للباس فقال أبو يوسف أحسن الألوان ما يكتب به كتاب الله تعالى ، فاستحسن هارون منه ذلك واختار لون السواد وتبعه من بعده .

وقيل : إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان ، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد، فهو كالحمرة ، وقد عرف في غير هذا الموضع ، ولو كان ثوباً ينقصه الحمرة ، بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبيغ إلى عشرين فعن محمد - رحمه الله - : أنه ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة ، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبيغ .

م : ( وقيل : إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان ، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة )  
ش : الحاصل من هذا لأنه لا خلاف في الحقيقة في هذه المسألة ، وإنما يرجع إلى العادة في كل زمان ، فإن كان السواد زيادة غرمه المالك وإلا لم يغرمه ، كذا ذكره القُدوري في شرحه لمختصر «الكرخي» م : ( وقد عرف في غير هذا الموضع ) ش : أي في شرح مختصر «الكرخي» وغيره من الكتب المبسوطة .

م : ( ولو كان ثوباً ) ش : أي ولو كان المغصوب المصبوغ ثوباً م : ( ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبيغ إلى عشرين ، فعن محمد - رحمه الله - : أنه ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة ) ش : ولا تنقص قيمته بهم : ( فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم ) ش : لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ على قيمة الصبيغ خمسة ، فالخمسمة بالخمسمة قصاص ، ويرجع عليه ما بقي من النقصان وهي خمسمة ، وهو معنى قوله م : ( لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبيغ ) ش : هذه رواية هشام عن محمد ، كذا في «العيون» .

وقال الولوالجي في فتاواه : ولو غصب العصفر صاحب الثوب وصبيغ به ضمن مثل ما أخذ ، لأنه استهلكه ، فإن لم يقدر عليه فهو على الاختلاف الذي عرف فيما ينقطع عن أيدي الناس وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب لأن الصبيغ فيه كالهالك ، والسواد هنا كالعصفر عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أيضاً ، لأن الضمان يجب بإتلاف الصبيغ .

ولو وقع الثوب بنفسه في الصبيغ فانصبيغ ، فإن كان أسوداً يأخذ رب الثوب ولا شيء عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وإن كان عصفراً أو زعفراناً فرب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه بما زاد الصبيغ فيه ، وإن شاء فيه باع الثوب ويضرب فيه صاحب الثوب بقيمته وصاحب الصبيغ بقيمة الصبيغ من الثوب ، لأن المالك لم يرض بالتزام ضمان الصبيغ ، ولا يضمن صاحب الصبيغ ها هنا ، لأنه لا صبيغ له بخلاف ما قبله .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - السواد والعصفر سواء ، وكذلك السمن يختلط بالسويق والسويق بمنزلة الثوب لأنه أصل والسمن كالصبيغ . وأما العسل والسويق إذا اختلطا فكلاهما أصل .

ولو غصب ثوباً من رجل وصبغه بعصفر الآخر ثم ذهب الفاعل فلم يعرف فهو كما لو

اختلط بغير فعل لأحد ، لأنه تعذر اعتبار فعله للضمان فهو كالعدم . ولو كان صاحب الثوب غصب العصفر ثم باعه فلا سبيل لصاحب العصفر على المشتري ، لأن الغاصب استهلكه .

ولو أن صاحب العصفر غصب الثوب وصبغه ثم باعه وغاب وحضر صاحب الثوب ، قضي له بالثوب ، لأنه ملكه ويستوف منه بكفيل ، لأن للغاصب فيه حقاً وهو الصبغ . ولو غصب ثوباً وعصفرًا لرجل واحد وصبغه كان للمالك أن يأخذه مصبوغًا وبرئ الغاصب من الضمان ، لأن مال الإنسان لا يستهلك بماله بالخلط ، انتهى .

وقال في «شرح الطحاوي» : ولو اغتصب من رجل ثوباً ومن الآخر صبغاً فصبغه ضمن لصاحب الصبغ صبغاً مثل صبغه لأنه أتلف صبغه حين صبغ به الثوب فصار بعد ذلك كأنه صبغ بصبغ نفسه ، وقد مر بيان ذلك ، ومما يتصل بالمسائل فتح رأس تنور حتى يرد فعله قيمة الحطب مقدار ما يسخن به ، ويمكن أن يقال ينظر بكم يستأجر التنور المسجور للارتفاع فيضمن ذلك القدر أو ينظر إلى أجرته مسجوراً وغير مسجور فيضمن تفاوت ما بينهما ، والله أعلم بالصواب .

\*\*\*

## فصل

ومن غضب عيناً فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها ، وهذا عندنا ، وقال الشافعي - رحمه الله- : لا يملكها ؛ لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدبر . ولنا : أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعاً للضرر عنه ، بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر

### م : ( فصل )

ش: أي هذا الفصل محتوى على مسائل متفرقة تتعلق بالغصب ، فلذلك آخره .

م : ( ومن غضب عيناً فغيبها ) ش: بالغين المعجمة م : ( فضمنه المالك قيمتها ملكها ) ش: أي ملك الغاصب تلك العين ، وبه قال مالك م : ( وهذا عندنا ) ش: أي تملك الغاصب العين المغصوبة بعد الضمان مذهبنا .

م : ( وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يملكها ) ش: وبه قال أحمد - رحمه الله تعالى - : حتى لو ظهر من يستردها ويرد القيمة . وقال البرغوي : فائدة الخلاف في ملك اكتسب ونفود البيع وجوب الثمن على الغاصب لأنه ملكه عندنا م : ( لأن الغصب عدوان محض ) ش: أي حرام خالص ما فيه وجه إباحة م : ( فلا يصلح سبباً للملك ) ش: لأن الملك مشروع وغير المشروع لا يكون مفضياً إلى المشروع ، إذ أدنى درجات السبب أن يكون إباحة فلا يملكه م : ( كما في المدبر ) ش: بأن غضبه وغيبه وضمن قيمته ، فإنما يملكه بالاتفاق .

م : ( ولنا : أنه ) ش: أي المالك م : ( ملك البدل ) ش: وهو القيمة م : ( بكماله ) ش: أي يدا ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعاً للضرر عن مالك البدل ، لكن يشترط أن يكون المبدل قابلاً للنقل من ملك إلى ملك ، أشار إليه بقوله : م : ( والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك ) ش: احترز عن المبدل فإنه غير قابل للنقل على ما يجيء الآن م : ( فيملكه ) ش: أي إذا كان كذلك يملك الغاصب المغصوب أداء البدل م : ( دفعاً للضرر عنه ) ش: أي عن الغاصب وتحقيقاً للعدل كما في سائر المبادلات .

م : ( بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر ) ش: وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب ، وإلا لم يكن تعليل [ . . . ] الثلاثة مالك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد ، فإنه قال في «الأسرار» : قال علماؤنا : الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي .

وقال شمس الأئمة في «المبسوط» : وهذا وهم ، فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من

وقت الغضب للغاصب حقيقة ، وهذا لا يسلم له الولد . ولو كان الغضب هو السبب للملك لكان إذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشبهة ، فالغضب عدوان محض ، والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ، ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سبباً له ، فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به . ولا يجوز إضافة مثله إلى المشروع .

قيل : فيه نظر ، لأنه لا يراد بكون الغضب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجه مطلقاً ، بل بطريق الاستناد ، والثابت به ثابت من وجه دون وجه ، فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنقطعة .

ولا نسلم أن يقال : الغضب موجب لرد العين وللقيمة عند تعذر رد العين ، ثم يثبت الملك للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لا مقصوداً بالغضب ، ولهذا لا يملك الولد فإنه بعد الانفصال لا يبقى تبعاً وما يثبت شرطاً يثبت تبعاً ، والكسب ليس كذلك ، لأنه بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً فيملكه الغاصب .

وقال الإمام الأسيجاني في «شرح الطحاوي» : فإذا أبق العبد المغضوب من يد الغاصب فالمالك بالخيار إن شاء انتظر إلى ظهوره عليه فيأخذه ، وإن شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته . فلو ظهر العبد بعد ذلك فإنه ينظر إن أخذ صاحبه القيمة التي سماها ورضي بها إما بتصادقهما عليها أو بقيام البيعة أو بتكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا ، وعند الشافعي - رحمه الله - له أن يأخذ عبداً بعيته .

ولو أخذ القيمة بقول الغاصب ويمينه على ما يدعيه المالك من الزيادة فإن المالك بالخيار إن شاء حبس القيمة ورضي بها وسلم العبد إلى الغاصب ، وإن شاء رد القيمة التي أخذها ويسترد العبد وللغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة . ولو مات العبد عند الغاصب قبل رد القيمة عليه فلا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة إن كان في قيمة العبد فضل على ما أخذ ، وإن لم يكن فيه فضل فلا شيء له سوى القيمة المأخوذة .

زروري عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال : إذا ظهر العبد وقيمه مثل ما قال المالك فلا خيار للمالك ولا سبيل له على العبد في ظاهر الرواية له الخيار من غير تفصيل ، ولو كان المغضوب مدبراً وأبق عند الغاصب فإنه يضمن القيمة ، لأن المدبر يضمن بالغضب ، ولكنه لا يصير ملكاً للغاصب حتى أنه لو ظهر يرده على مولاه ويسترد منه القيمة وليس للغاصب حبسه لأجل القيمة لأنه لا يجوز بيعه ولا يجوز حبسه بالدين .

نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء ، لكن البيع بعده يصادف القن . قال : والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه . إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك لأنه أثبتته بالحجة الملزمة .

وإن كان المغصوب أم ولد فلا ضمان على الغاصب عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، لأن في أصله أن أم الولد ليست بمال ، وعندهما هي كالمدير . و فرق أبو حنيفة - رحمه الله - بينهما في الغصب وساوى بينهما في الشراء .

ولو قبضهما المشتري بتسليم البائع وهلك عند المشتري فلا ضمان عليه فيهما جميعاً عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعندهما يضمن القيمة فيهما جميعاً . ولو جني على كل واحد منهما وجب الأرش فيهما جميعاً على الجاني بالإجماع ، انتهى .

م : ( نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء ) ش : هذا جواب عما يقال لا نسلم أن المدير لا يقبل النقل ، فإن مولاه لو باعه وحكم القاضي بجوازه يبيعه جاز البيع وفسخ التدبير . وتقرير الجواب القول بالوجوب يعني هو كذلك لكن في ضمن قضاء القاضي في الفصل المشار إليه م : ( لكن البيع بعده يصادف القن ) ش : لا المدير فيجوز بيعه القن بهذا الطريق ، وأما ما نحن فيه فلم يفسخ التدبير والكلام فيه .

م : ( قال : والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه ) ش : أي قال القدوري - رحمه الله - وهذا لا يعلم فيه خلاف م : ( لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكر ) ش : أي الغاصب ينكر تلك الزيادة .

م : ( والقول قول المنكر مع يمينه ) ش : لقوله ﷺ : « اليمين على من أنكر » م : ( إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك ) ش : أي من الذي يدعيه الغاصب م : ( لأنه أثبتته ) ش : أي لأن المالك أثبت ما ادعاه من الزيادة م : ( بالحجة الملزمة ) ش : وهي البينة ، فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بيئته بل يحلف على دعواه ، لأن بيئته تنفي الزيادة ، والبينة على النفي لا تقبل .

وقال بعض المشايخ : ينبغي أن يقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله . ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أبو علي النسفي يقول : هذه المسألة عدت مشكلة . ومن المشايخ - رحمه الله - من فرق بين هذا ، ومسألة الوديعة وهو الصحيح ، لأن المودع ليس عليه إلا باليمين ، وإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة . وأما الغاصب فعليه ها هنا اليمين والقيمة ، وإقامة البينة لم يسقط اليمين ، فلا يكون في مانع المودع .

وفي «المبسوط» و «الذخيرة» في دعوى الغصب ذكر الجنس والصيغة ليس بشرط كما في

قال : فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو بينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصاله به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار . قال : فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة

سائر الدعاوى ، لأن محمداً - رحمه الله - ذكر في الأصل أقام بينة على رجل أنه غصب جارية له يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها . قال الحلواني - رحمه الله - هذه المسألة مما يحفظ ، لأنه قال أقام بينة ولم يذكر جنسها وصفتها وقيمتها . قال بعض المشايخ - رحمهم الله - : تأويل المسألة أنه ذكر الجنس والصفة والقيمة .

وقال أبو بكر الأعمش : تأويلها أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك ، فأما الشهادة على فعل الغاصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب ، لكن القضاء بالمجهول غير ممكن ولكن الأصح أن هذه الدعوى والشهادة مقبولة بدون ذكر الجنس والصفة للضرورة ، لأن الغاصب يمتنع عن إحضار المغصوب عادة وحين يغضب إنما يأتي من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم للتعذر فصار ثبوت ذلك الغصب بالبينة كثبوته بإقراره فيحبس .

م : ( قال : فإن ظهرت العين ) ش : أي قال القُدوري : فإن ظهرت العين المغصوبة م : ( وقيمتها أكثر مما ضمن ) ش : أي والحال أن قيمتها أكثر مما ضمن الغاصب م : ( وقد ضمنها بقول المالك ) ش : أي والحال أنه قد ضمن الغاصب العين المغصوبة بقول صاحبها م : ( أو بينة أقامها ) ش : أي وضمنها بينة أقامها المالك .

م : ( أو بنكول الغاصب عن اليمين ) ش : بأن عجز المالك عن إقامة البينة على ما ادعاه فطلب يمين الغاصب فنكل عنها وحكم عليه بما ادعاه المالك م : ( فلا خيار للمالك ) ش : في هذه الصور كلها وبه قال مالك . وعند الشافعي - رضي الله عنه - وأحمد له الخيار لعدم زوال ملكه عندهما عنه م : ( وهو ) ش : أي العين المغصوبة ذكر الضمير على تأويل المغصوب م : ( للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصاله به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار ) ش : ولم يدع الزيادة .

م : ( قال : وإن كان ضمنه ) ش : أي قال القُدوري ، أي وإن كان المالك ضمن الغاصب م : ( بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة ) ش : أراد أن رضاه بهذه المبادلة لم يتم ، وإنما أخذه بما زعمه الغاصب ضرورة عدم البينة ، وإن الشيء خير من لا شيء وعدم تمام الرضا يمنع لزوم

وأخذه دونها لعدم الحججة ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافاً لما قاله الكرخي - رحمه الله - أنه لا خيار له لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا .

المبادلة ، كما إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً م : ( وأخذه دونها لعدم الحججة ) ش : هذا جواب عما يقال إن أخذه القيمة .

وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت المسألة كالأولى ، فأجاب بقوله وأخذه دونها ، أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا ، لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحججة ، فلا يدل على رضاه ، بخلاف المسألة المتقدمة ، لأن دعواه ملك القيمة كانت باختياره .

م : ( ولو ظهرت العين وقيمتها ) ش : أي والحال أن قيمتها م : ( مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير ) ش : يعني فيما ضمنه الغاصب بقوله مع يمينه م : ( فكذلك الجواب ) ش : يعني فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض ، م : ( في ظاهر الرواية وهو الأصح ) ش : لأنه هو المذكور في الأصل مطلقاً ، وكذلك الطحاوي أطلق الرواية في «مختصره» .

م : ( خلافاً لما قاله «الكرخي» - رحمه الله - أنه لا خيار له ) ش : لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله م : ( لأنه لم يتم رضاه ) ش : دليل قوله وهو الأصح ؛ لا دليل قول «الكرخي» م : ( حيث لم يعط له ) ش : أي المالك ، وهو على صيغة المجهول م : ( ما يدعيه ) ش : من القيمة م : ( والخيار لفوات الرضا ) ش : أي ثبوت الخيار له لفوات رضاه بما أعطي من القيمة ، وقد ذهب القدوري في شرحه لمختصر «الكرخي» إلى ما ذهب إليه «الكرخي» حيث قال : فأما إذا قضى عليه بقوله ثم ظهرت العين وقيمتها مثل ما قال الغاصب أو أقل فلا سبيل لصاحبها عليها ، لأنه استوفى البدل ولم يظهر فيه زيادة .

وأما إذا كانت القيمة أكثر مما قال الغاصب فالمغضوب منه بالخيار ، وذلك لأنه لم يستوف بدل العين الذي ادعاه ولم يرض بزوال ملكه عنها بما دون ذلك من البدل ، فكان له الخيار .

ثم قال القدوري : وكان أبو بكر الرازي يقول : إن هذا محمول على أن هذه الزيادة لا تجوز أن تكون مما يحدث مثلها فيما بين التضمين والظهور ، فأما إذا كانت مما يجوز أن يحدث فداعى الغاصب أنها حدثت وادعى المغضوب منه إن كانت فالقول قول الغاصب مع يمينه ، لأن التمليك قد صح ، ويجوز أن يكون الأمر على ما قال الغاصب فلا يفسخ التمليك بالشك .

ثم قال القدوري : ومن أصحابنا من قال لا رواية في العين إذا ظهرت وقيمتها مثل ما قال

قال :ومن غضب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه ، وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه ، لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستنداً أو ضرورة ، ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب .

الغاصب هل يثبت للمالك الخيار أم لا ؟ وهو موضع محتمل ، وقد قال محمد في الغصب ما يدل على أنه يثبت له الخيار لأنه قال في تعليل مسألة القيمة إذا كانت ناقصة ، لأن المالك لم يستوف ما ادعى من القيمة ، وهذا يدل على أن القيمة إن كانت تامة فالخيار ثابت له ، لأنه لم يستوف ما قال من القيمة . وذكر أبو يوسف في الإيلاء ما يدل على أنه لا خيار له ، لأنه قال في تعليل مسألة نقصان القيمة ، لأن المالك لم يستوف القيمة بكاملها ، وهذا يدل على أنه إذا استوفاه لا خيار له ، والله أعلم .

م : ( قال : ومن غضب عبداً ) ش : أي قال في «الجامع الصغير» : ومن غضب عبداً رجل م : (فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه ) ش : وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية . وقال في أخرى : لا يجوز بيعه كالإعتاق ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - ومالك كتصرفات الفضولي .

م : ( وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه ؛ لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستنداً ) ش : والثابت بالإسناد من وجه حكماً لا حقيقة ، فيكون ناقصاً والناقص يكفي للبيع دون العتق على ما يجيء م : ( أو ضرورة ) ش : أي يثبت ملك الغاصب ضرورة القضاء بالضمان كيلا يلزم اجتماع البذل والمبدل في ملك واحد والثابت بالضرورة ثابت من وجه دون وجه م : ( ولهذا ) ش : أي ولأجل ثبوت الملك له ضرورة م : ( يظهر في حق الأكساب دون الأولاد ) ش : أي يظهر ثبوت ملك الغاصب في حق الأكساب ، ولا يظهر في حق الأولاد بأن غضب جارية فكسبت أكساباً قبل أداء الغاصب الضمان ، فالأكساب للغاصب .

ولو ولدت أولاداً قبل أدائه الضمان ثم أدى الضمان فالأولاد للمغصوب منه فيكون المالك ناقصاً ، إذ لو كان تاماً لكان الأولاد بأداء الضمان كما في البيع ، فإن من اشترى جارية فولدت قبل أداء الثمن ثم أدى المشتري لتمام الملك .

م : ( والناقص ) ش : أي الملك الناقص م : ( يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب ) ش : فإنه يملك البيع ولا يملك العتق ، لأن ملكه ناقص ، وإنما قال بإعتاق الغاصب ثم تضمنه احترازاً عن إعتاق المشتري من الغاصب فإن فيه روايتين ، في رواية يصح إعتاقه وهو الأصح قياساً على الوقف وفي رواية لا يصح .

وفي «الكافي» للحاكم هذا فيما إذا أعتق الغاصب ، أما إذا أعتق المشتري الغاصب فأجاز

قال : وولد المغصوبة ونماؤها وثمرتها البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه ، وقال الشافعي -رحمه الله-: زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب ، وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه . ولنا : أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ،

المالك البيع ، فيه خلاف فعند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف يصح إعتاقه موقوفاً على إجازة المالك البيع ، فإذا أجاز نفذ على المشتري ، ويكون الولاء له . وقال محمد وزفر -رحمهما الله- : لا يصح ، وقال أبو سليمان : هذه رواية محمد -رحمه الله- عن أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه . وقال ابن أبي ليلى : عتق المشتري من الغاصب قيمته ، وإن كان مات ثم سلم رب العبد لم يجز البيع .

م : ( قال : وولد المغصوبة ونماؤها ) ش : أي قال القدوري : أي ولد الجارية المغصوبة ونماؤها كالممن والجمال سواء غصبها حاملاً وولدت عنده أو حبلت في يد الغاصب م : ( وثمرتها البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه ، إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه ) ش : وبه قال مالك -رحمه الله- وأما الكسب الحاصل باستغلال الغاصب ليس بنماء وغير مضمون على الغاصب لأنه بدل المنفعة وهي غير مضمونة على الغاصب على ما يجيء .

م : ( وقال الشافعي -رحمه الله-: زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت ) ش : كالممن والجمال م : ( أو منفصلة ) ش : كالولد والثمر ، وبه قال أحمد -رحمه الله- م : ( لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ) ش : فتكون مضمونة م : ( كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه ) ش : لأن ضمان الأصل باعتبارية مبطله عليه ، وهذه اليد ثابتة بعينها على الزيادة لحدوثها في ملك اليد فتصير مضمونة ضرورة .

م : ( ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ) ش : في أول كتاب الغصب وإثبات اليد على ذلك الوجه ليس بوجود على ما نحن فيه ، لأنها ما كانت ثابتة ، وهو معنى قوله م : ( ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب )

ش : فإن قيل : هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملاً ، لأن اليد كانت ثابتة عليه ، وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في «الأسرار» .

ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ، إذ الظاهر عدم المنع ، حتى لو منع الولد بعد طلبه  
يضمنه ، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب ، وذلك بأن أثلفه أو ذبحه فأكله أو باعه وسلمه ،  
وفي الظبية المخرجة من الحرم لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من

أجيب : بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال ، بل يعد عيباً في الأمة فلم يصدق عليه إثبات  
اليد على مال الغير .

سلمنا ذلك لكن لإزالة ثمة ظاهر ، إذ الظاهر عدم المنع عند الطلب ، أشار إليه بقوله م :  
(ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ، إذ الظاهر عدم المنع ) ش : يعني لو اعتبر يد المالك ثابتة على  
الولد تقريراً تبعاً لملك الأم ، فإنه ما زال اليد التقديري لا يمنع عند الطلب ، بخلاف الأم ، فإن  
الزائل ثمة اليد الحقيقي فيتحقق الغصب باعتباره م : ( حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ، وكذا إذا  
تعدى فيه كما قال في الكتاب ) ش : أي في «مختصر القدوري» م : ( وذلك بأن أثلفه أو ذبحه فأكله  
أو باعه وسلمه ) ش : إنما ذكر التسليم لأن التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعد ، فإن  
تفويت يده يحصل به ، لأنه كان متمكناً من أخذ من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع .

فإن قيل : إن الأم مضمونة ألبتة والأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد كالحرية  
والرقبة والملك في الشراء .

أجيب : بالضمان ليس بصفة قارة في الأم ، بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب ، فإن  
وصف به المال كان مجازاً .

فإن قيل : قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمانة زيفها ،  
وذلك كغاصب الغاصب ، فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والمسقط إذا  
لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يداً ، والغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل  
يداً في حق الولد ويضمن الأموال بالإتلاف تشبيهاً كحفر البئر في غير الملك ، وليس ثمة إزالة  
يد أحد ولا إثباتها .

فالجواب إنما قلنا : إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرداً لا محالة . وأما  
إن كل ما يوجب الضمان كل غصب فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً يثبت  
كل شخص منه من العلة ما يكون تعدياً .

م : ( وفي الظبية المخرجة من الحرم ) ش : هذا جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من  
الحرم ، تقريره أن القياس غير صحيح ، لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهو ظاهر  
الفساد ، لأنه لا ضمان عليه ، وهو معنى قوله م : ( لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من

الإرسال لعدم المنع، وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع، على هذا أكثر مشايخنا - رحمهم الله-، ولو أطلق الجواب فهو ضمان جنائية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالإعانة والإشارة، فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى

الإرسال لعدم المنع ( ش: وإن قال عليها بعد التمكن فكذلك، لأن الضمان فيه باعتبار المنع، وهو معنى قوله م: (وإنما يضمنه) ش: أي الولد م: (إذا هلك بعده) ش: أي بعد التمكن من الإرسال م: ( لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع ) ش: لا باعتبار أن الأم مضمونة م: (على هذا أكثر مشايخنا) ش: المتقدمين .

م: (ولو أطلق الجواب) ش: أي في ولد صيد الحرم بأن يقال يجب الضمان سواء هلك بعد التمكن من الإرسال أو قبل التمكن م: (فهو ضمان جنائية) ش: أي الضمان في صيد الحرم ضمان جنائية، أي إتلاف معنى الصيدية وقد حصل الإتلاف والإهلاك معنى بتفويت الأمن فوجب الضمان .

م: (ولهذا) ش: أي ولأجل كونه ضمان جنائية والإتلاف م: ( يتكرر ) ش: أي الجزء م: (بتكررها) ش: أي بتكرر الجنائية، فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر .

وفي «فتاوى الولوالجي» لو أخرج صيداً فكفر منه ثم رماه بعد ذلك وقتله فعليه كفارة أخرى .

قيل: ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجنائية التي هي الإخراج من الحرم . قلت: هذا له معنى ولكن الأقرب ما ذكر أولاً .

م: (ويجب) ش: أي الضمان م: (بالإعانة) ش: بأن أعان رجلاً لمن قتل صيد الحرم فإنه يجب على المعين أيضاً جزاء كامل، كما يجب على القاتل إذا كانا محرمين .

وأما إذا كانا إحلالين فعليهما جزاء واحد، وعلى كل حال يجب على المعين كما يجب على المباشر م: (والإشارة) ش: بأن أشار غيره على صيد الحرم فقتله فإنهما مشتركان في الجزاء، وكذا المحرم إذا أشار محرماً آخر على قتل صيد الحل فإنه يجب على كل منهما جزاء م: (فلأن يجب بما هو فوقها) ش: أي فوق الإعانة والإشارة .

م: (وهو إثبات اليد على مستحق الأمن) ش: وهو صيد الحرم لأنه مستحق الأمن بالنص م: (أولى) ش: خبر لقوله فلأن يجب، وأن مصدرية، والتقدير فالوجوب بما هو فوقهما أولى م:

وأحرى . قال : وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فإن كان في قيمة الولد وفاءً به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ، وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- : لا يجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه ، فلا يصح جابراً لملكه كما في ولد الظبية ،

(وأحرى) ش: عطف على أولى ، وهو أيضاً بمعناه ذكر للتأكيد .

فإن قيل : تفويت الأمن في حق صيد الحرم سبب صالح لوجوب الضمان لا في حق كل الصيود ، والولد ليس بصيد الحرم ، بدليل أنه يحل بيعه وأكله ، فلو كان صيد الحرم لما حل ، ولأن تفويت الأمن يتصور بعد ثبوته في حق الولد لأنه كما حدث خائفاً فلا يتصور تفويت الأمن في حق الخائف .

أجيب : بأن الولد لم يكن صيد الحرم من كل وجه ، بل من وجه بدليل أنه يجب إرساله وأكله وإن كان يحل ولكنه يكره . وإنه وإن حدث خائفاً ولكنه مستحقاً للأمن فصار كالأمن حكماً ، فافهم .

م: ( قال : وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب ) ش: أي قال القدوري : وقوله وما مبتدأ ، أي والذي نقصت الجارية . وقوله في ضمان الغاصب خبره ، والعائد على الموصول محذوف ، أي والذي نقصته الجارية ، صورته غصب أمة رجل تساوي ألفاً مثلاً ، فولدت في يده ولداً قيمتها خمسمائة مثلاً ، أو نقصت بالولادة حتى صارت قيمتها خمسمائة فإنه يضمن النقصان ولكنه يجبر بالولد على ما يأتي مفصلاً ، وبه قال مالك إذا جيئت بعد الغصب ، أما لو غصب حاملاً ضمن بعد الولادة ولا يجبر بالولد ، وعندنا يجبر .

م: ( فإن كان في قيمة الولد وفاءً به ) ش: أي بالذي نقص الجارية وهذا تفسير لقوله وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فلذلك ذكره بالفاء ، أي فإن كان قيمة الولد تفي ذلك النقصان م: ( جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ) ش: أي ضمان ما نقصت ، لأننا قد قلنا في الصورة المذكورة أن نقصان الجارية خمسمائة فجبر ذلك النقصان برد الولد مع الأم ولا يلزم غير ذلك عندنا .

م: ( وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- : لا يجبر النقصان بالولد ) ش: وبه قال أحمد -رحمه الله- م: ( لأن الولد ملكه ) ش: أي ملك الغاصب م: ( فلا يصح جابراً لملكه ) ش: لأن الضمان جبر ما فات منه ولم يوجد .

م: ( كما في ولد الظبية ) ش: إذا أخرجها من الحرم ونقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها يساوي ذلك النقصان فإنه لا يجبر بها ، يجب ضمان النقصان مع وجوب ردها إلى الحرم .

وكما إذا هلك الولد قبل الرد ، أو ماتت الأم وبالولد وفاء ، وصار كما إذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجرة غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم . ولنا : أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف ، وعند ذلك لا يعد نقصاناً فلا يوجب ضماناً ، وصار كما إذا غصب جارية سمينه فهزلت ثم سمت أو سقطت ثنيتها ثم

نبتت

م: ( وكما إذا هلك الولد قبل الرد ) ش: أي قبل رد الأم ، فإنه يجب ضمان النقصان م: ( أو ماتت الأم ) ش: أي بسبب الولادة ، هكذا النص في «الأسرار» و«الإيضاح» م: ( وبالولد وفاء ) ش: أي والحال أن بقيمة الولد وفاء .

م: ( وصار ) ش: أي حكم هذا م: ( كما إذا جز صوف شاة غيره ) ش: أي شاة لغيره فنبت صوف غيره م: ( أو قطع قوائم شجرة غيره ) ش: فنبت قوائم أخرى مكانها فإن بقيتها لا ينجبر بالنقصان م: ( أو خصى عبد غيره ) ش: بأن قلع خصيته فإنه نقصان فيه ، ولكن ازدادت قيمته بسبب الخصى فإنه يضمه نقصان الخصى كما لو تردد قيمته م: ( أو علمه الحرفة ) ش: أي أو علم عبد غيره الحرفة م: ( فأضناه ) ش: بسبب م: ( التعليم ) ش: فلا ينجبر ما أضناه بالتعليم بما ازدادت قيمته بسبب علم الحرفة .

م: ( ولنا : أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو ) ش: أي السبب م: ( الولادة ) ش: عندهما م: ( أو العلوق ) ش: عند أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - م: ( على ما عرف ) ش: في طريق الخلاف تقرير هذا أن الولد خلف عن الخبز الفاتت بالولادة بطريق اتحاد السبب ، وهو أن الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الأصل وحدوث مالية الولد .

لأنه وإن كان موجوداً قبل الانفصال لكنه ما كان مالاً بل كان عيباً في الأم وصفاً لها ، وإنما صار مالاً مقصوداً بعد الانفصال والسبب الواحد متى أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان كالبيع لما زال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن في ملكه كان الثمن خلفاً عن مالية المبيع باتحاد السبب ، حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمنا شيئاً .

م: ( وعند ذلك ) ش: أي كون الشيء الواحد سبباً للزيادة والنقصان م: ( لا يعد نقصاناً ) ش: أي بعد النقصان الحاصل نقصاناً لحصول الزيادة في مقابلته م: ( فلا يوجب ضماناً ) ش: أي إذا كان كذلك فلا يوجب النقصان ضماناً ، ثم أوضح ذلك بقوله م: ( وصار كما إذا غصب جارية سمينه فهزلت ثم سمت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت ) ش: أي ثنيتها غير الساقطة والثنية واحدة الثنايا وهي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل ، سميت بذلك لأن كل واحدة منهما

أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد  
الظبية ممنوع، وكذا إذا ماتت الأم، وتخريج الثانية: أن الولادة ليست بسبب لموت الأم، إذ الولادة  
لا تنفسي إليه غالباً .

مضمونة إلى صاحبها .

م: ( أو قطعت يد المغصوب في يده ) ش: أي أو قطع يد العبد المغصوب في يد الغاصب م:  
( وأخذ أرشها ) ش: أي وأخذ الغاصب أرش اليد المقطوعة من الجاني م: ( وأداه مع العبد ) ش:  
أي أدى الغاصب الأرش مع العبد إلى المالك م: ( يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع )  
ش: هذا جواب عن قول زفر والشافعي -رحمهما الله- ، كما في ظيته .

وتقريره لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا تنجبر بقيمة الولد كما قال ، بل قيل : إنه  
يصلح أن يكون جابراً ، وإليه ذهب المصنف فعلى هذا ينعق قياسهما عليه .

م: ( وكذا إذا ماتت الأم ) ش: يعني أن القياس على موت الأم أيضاً ممنوع ، يعني لا نسلم  
أن الأم إذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة الولد إذا كان فيها وفاء ، بل ينجر كما قيل في غير ظاهر  
الرواية .

م: ( وتخريج الثانية ) ش: أي الرواية الثانية فإذا ماتت الأم لا تنجبر بالولد وهو ظاهر  
الرواية . الحاصل ها هنا أن في مسألة موت الأم روايتان ، في أحدهما ينجر النقصان فلا يتأتى  
علينا . وفي الثانية لا ينجر ويتأتى علينا ظاهراً . ولكن أشار إلى الجواب عنه بقوله م: ( أن  
الولادة ليست بسبب لموت الأم ، إذ الولادة لا تنفسي إليه غالباً ) ش: أي لأنه لا تنفسي الولادة إلى  
الموت في غالب الأحوال ، أراد أن كلامنا فيما إذا كان السبب واحداً وها هنا ليس كذلك ، فإن  
الولادة سبب للزيادة وليس بسبب لموت الأم ، إذ لا يفرضي إليه غالباً .

فإن قلت : إنها أفضت إليه في هذه الصورة فتكون سبباً .

قلت : هو بالنظر إلى أوضاع أسباب التصرفات لا إلى أفرادها ، ألا ترى أن الصبي لا  
يؤهل للطلاق والعتاق وإن تحقق النفع في صورة ، لأنهما في الأصل سبب للمضار . وروي  
عن أبي حنيفة -رضي الله عنه- رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ، ويضمن  
ما زاد على ذلك من قيمة الأم ، لأن الولادة لا توجب الموت ، فالنقصان بسبب الولادة دون  
موت الأم ورد القيمة كرد العين . ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبوراً بالولد ، فكذا رد  
قيمتها ، فصار فيه ثلاث روايات .

وذكر في «الطريق البرهانية» إذا ماتت الأم وبالولد وفاء فقد روي عن أبي حنيفة -رحمه

ويخالف ما إذا مات الولد قبل الرد ؛ لأنه لا بد من رد أصله للبراءة ، فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة ، ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع والجز ، وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم .

الله - ثلاث روايات ، في رواية يصير الولد خلفاً ، وفي رواية لا يكون خلفاً ، وفي رواية يكون خلفاً عما انتقصت بالولادة . قال : فنحن نختار الرواية التي قال فيها أنه يكون خلفاً عن الأم .

م : ( ويخالف ما إذا مات الولد قبل الرد ) ش : هذا جواب عن قولهما ، وكما إذا هلك الولد قبل الرد . وجهه أن كلامنا فيما إذا رد الأم بنقصان الولادة هل ينجر النقصان برد الولد ، وإذا كان الولد هالكاً كيف ينجر النقصان به ، وهي معنى قوله م : ( لأنه لا بد من رد أصله للبراءة ، فكذا لا بد من رد خلفه ) ش : يعني أن الواجب عليه رد الأصل بالصفة التي أخذها وما ردها بتلك الصفة ، وإنما يكون بتلك الصفة أن لوردها مع الولد الذي هو خلف عن النقصان فلا يبرأ .

م : ( والخصاء ) ش : على وزن فعال لأنه مصدر خصى يخصى يعني أنه ممدود م : ( لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة ) ش : فلم يكن له اعتبار في الشرع ؛ لأنه أمر حرام ورد النهي عنه م : ( ولا اتحاد في السبب ) ش : جواب عن مسألة جز صوف الشاة ، وقطع قوائم الشجرة وتعليم العبد الحرفة ، أراد أن كلامنا فيما إذا اتحد السبب ولا اتحاد في السبب م : ( فيما وراء ذلك من المسائل ) ش : أي فيما وراء ما ذكرنا من مسألة موت الأم وموت الولد ، والخصاء . وأراد من المسائل مسألة جز صوف الشاة ، ومسألة قطع قوائم الشجرة ، ومسألة تعليم الحرفة لعبد غيره .

م : ( لأن سبب النقصان القطع والجز ) ش : أي القطع في قوائم الشجرة والجز في صوف الشاة ، وسبب الزيادة كون المحل منبتاً لا القطع ، فإذا كان السبب مختلفاً لم تجعل الزيادة خلفاً م : ( وسبب الزيادة النمو ) ش : وهو كون المحل منبتاً كما ذكرنا ، فاختلف السببان وكلامنا في المتحد م : ( وسبب النقصان التعليم ) ش : في العبد لأنه يوجب المشقة فيحصل به الهزال م : ( والزيادة سببها الفهم ) ش : وهو جودة الذهن والحذاقة ، ولهذا يشترك الاثنان في التعليم ويسبق أحدهما الآخر في التعليم لسرعة فهمه ، فإذا كان كذلك فقد اختلف السبب وكلامنا في المتحد .

فإن قيل : المذكور جواب المستشهد بها ، وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان ، وقع في ملكه فهو على حاله .

أجيب : بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لا يعد نقصاناً ، وإذا لم يكن نقصاناً لم يحتج

قال : ومن غضب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ، ولا ضمان عليه في الحررة ، هذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا : لا يضمن في الأمة أيضاً ،  
لهما : أن الرد قد صح

إلى جابر ، بإطلاق الجابر عليه توسع في العبارة .

فإن قيل : لو كان الولد خلفاً وبدلاً عن النقصان لما بقي ملكاً للمولى عند ارتفاعه بضمن الغاصب لثلا يجتمع البدلان في ملك واحد .

أجيب : بأنه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس يبذل بل بدل من حيث الذات ، فإذا ارتفع النقصان بطل الخليفة وبقي في ملك المولى .

فإن قيل : الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفاً عن المضمون .

فالجواب : ما أشار إليه المصنف - رحمه الله - من عدم عده نقصاناً لا تضمينه ، وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال أيضاً ، فله در المصنف عالماً ما أدق تحريره وما أذكى قريحته وما أمعن نظره .

م : ( قال : ومن غضب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ) ش : أي قال في «الجامع الصغير» : وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - في الرجل يغضب الجارية فزنى بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحررة ضمان . وقال أبو يوسف ومحمد : لا ضمان عليه في الأمة أيضاً إذا ماتت في نفاسها بعدما يردها ، انتهى .

وقال الصدر الشهيد في «شرح» : يريد به إذ زنى بها مكرهة أو مطاوعة . قال محمد : ذكره مطلقاً ولم يقيده بحالة الطوعية ، وإنما قيد بالحبل من الزنا لأنه إذا كان من الزوج أو المولى فلا ضمان ، ثم إن المصنف لم يتابعه في قوله ثم يردها فتحبل لأنه قدم الحبل حيث قال : فحبلت ثم ردها لبيان أن الحبل كان موجوداً وقت الرد ، وهكذا هو في عامة النسخ .

ووقع في بعض النسخ ، ثم ردها فتحبل بتقديم الرد متابعة لما قاله في «الجامع الصغير» . قوله : علقت بكسر اللام تعلق علوقاً ، إذا حبلت م : ( ولا ضمان عليه في الحررة ) ش : لأنه لا يضمن بالغصب .

م : ( هذا ) ش : أي وجوب الضمان م : ( عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالوا : لا يضمن في الأمة أيضاً ) ش : إلا نقصان الحبل ، وبه قالت الثلاثة م : ( لهما : أن الرد قد صح ) ش : لأنه أوصل الحق إلى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان .

والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك ، وهو الولادة فلا يضمن الغاصب ، كما إذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يده ، ثم ردها فجلدت فهلكت منه ، وكمن اشترى جارية قد حبلت في يد البائع ، فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع الثمن بالاتفاق ، وله : أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه . فلم يصح الرد وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جنابة فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها ، بأن كانت الجنابة خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا ، بخلاف الحرة ؛ لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد . وفي فصل الشراء

م : (والهلاك بعده) ش : جواب عما يقال لا نسلم صحة الرد حيث هلكت بسبب كان عنده فقال والهلاك بعده ، أي بعد الرد كان م : ( بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة ) ش : لا بسبب كان عند الغاصب م : ( فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت ) ش : أي إذا حصل للجارية حمى م : (في يد الغاصب ثم ردها فهلكت ) ش : حيث لا يضمن الغاصب قيمتها ولكن يضمن النقصان م : (أو زنت في يده) ش : أي أو بما إذا زنت الجارية في يد الغاصب م : (ثم ردها فجلدت فهلكت منه) ش : أي من الجلد حيث لا يضمن الغاصب قيمتها ولكن يضمن النقصان .

م : ( وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ، فولدت عند المشتري ) ش : والحال أن المشتري لم يعلم بالحبل م : ( وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع الثمن بالاتفاق ) ش : ولكن يرجع بنقصان الحبل . قيد بقوله : في نفاسها ؛ لأنه إذا ماتت بالولادة تضمن بالإجماع .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - م : ( أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف ) ش : أي أن الغاصب غصب الجارية والحال أنه ما كان انعقد فيها سبب التلف ، يعني وقت الأخذ كانت فارغة ليس بها ما يفضي إلى التلف م : ( وردت وفيها ذلك ) ش : أي وردت الجارية والحال أن فيها سبب التلف م : ( فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه فلم يصح الرد ) ش : لأن الصحيح منه أنه يكون على الوجه الذي أخذه .

م : ( وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جنابة فقتلت بها ) ش : أي بالجنابة أي بسببها م : (في يد المالك أو دفعت بها) أي بالجنابة م : ( بأن كانت الجنابة خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة ، كذا هذا ) ش : أي حكم المسألة المتنازع فيها م : ( بخلاف الحرة ) ش : إذا زنى بها رجل كرهاً فحبلت فماتت في نفاسها م : ( لأنها ) ش : أي لأن الحرة م : ( لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد ) ش : بكونها حبلية ، ولهذا لو هلكت عنده بدون الزنا لا يضمن بالإجماع .

م : ( وفي فصل الشراء ) ش : هذا جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع

الواجب ابتداء التسليم ، وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب . قال : ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان . وقال الشافعي -رحمه الله-: يضمنها فيجب أجر المثل ،

بطريق الفرق ، وهو أن فصل الشراء م: (الواجب) ش: على البائع م: (ابتداء التسليم) ش: أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا بعد التسليم .

م: (وما ذكرناه شرط صحة الرد) ش: أي ما ذكرنا من وجوب وجه الذي أخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد ، فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد شرطه ، وهو تمثيل فاسد .

وقال تاج الشريعة : وتحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء ، وهذا لا يقابلها شيء من الثمن ، فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده .

وأما الغصب فإن الأوصاف داخلة فيه ، ولهذا لو غصب جارية سميئة فهزلت في يد الغاصب وردّها كذلك فإنه يضمن النقصان ، وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الرد بدونها ردًا فاسدًا . وأما إذا حمت في يد الغاصب فلأن سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت ، ويحتمل أن يكون سببه عمارة كانت في يد الغاصب ، أو حدثت في يد المالك بالشك .

م: (والزنا سبب لجلد مؤلم) ش: جواب عن قولهما أو زنت في يده إلى آخره ، وتقديره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب ، إنما كان واجبًا لجلد مؤلم م: (لا جارح ولا متلف) ش: ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن ، وهو معنى قوله : م: (فلم يوجد السبب) ش: وهو الجلد المتلف م: (في يد الغاصب) ش: .

م: (قال : ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه) ش: أي وقال القدوري : وقال في «إشارات الأسرار» المنافع لا يضمن سواء عرفها إلى نفسه أو عطّلها على المالك . وقال في «الطريقة البرهانية» المنافع لا تضمن بالغصب والاستهلاك في قول علمائنا -رحمهم الله - .

وصورة المسألة : رجل غصب عبدًا فأمسكه شهرًا حتى صار غاصبًا للمنافع ، أو استعماله حتى صار مستهلكًا لها عندنا لا تضمن هذه المنافع ، وقال صدر الإسلام البزدوي في شرح «الكافي» : ليس على الغاصب في ركوب الدابة وسكنى الدار أجر وهو مذهب علمائنا م: (إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) ش: أي إلا أن ينقص عين المغصوب باستعماله ، فحينئذ يضمن النقصان .

م: (وقال الشافعي -رحمه الله-: يضمنها) ش: أي المنافع م: (فيجب أجر المثل) ش: هذا

ولا فرق في المذهبين بين ما إذا عطلها أو سكنها . وقال مالك -رحمه الله- : إن سكنها يجب أجر المثل وإن عطلها لا شيء عليه . له: أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالمعصوب . ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه ، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك ؛ لأنها إعراض لا تبقى فيملكها دفعاً لحاجته ، والإنسان لا يضمن ملكه . كيف ؟ وأنه لا يتحقق غضبها

تفسير الضمان عنده، يعني أن المنافع مضمونة بأجر المثل عنده ، وبه قال أحمد -رحمه الله- واختلف أصحاب مالك وذكروا أنها لا تضمن كقولنا في صورة الغصب ، وكذا في صورة الإتلاف . وعن ابن القاسم يضمن غلة الرباع والإبل والغنم ولا يغرم غلة العبيد والدواب . وقال بعضهم إن سلمها يجب أجر المثل ، وإن عطلها لا ، ولهذا لا يضمن على الإطلاق كقولنا م: ( ولا فرق في المذهبين ) ش: أي مذهبا ومذهب الشافعي م: ( بين ما إذا عطلها أو سكنها ) ش: الغاصب ، وربما سمي الأول غضباً ، والثاني إتلافاً في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده .

م: ( وقال مالك - رحمه الله- : إن سكنها يجب أجر المثل وإن عطلها لا شيء عليه ) ش: لأنه انتفع في الأول دون الثاني .

م: ( له ) ش: أي للشافعي م: ( أن المنافع أموال متقومة ) ش: أما كونها أموالاً فإنها تصلح صدقاً ، وأما كونها متقومة فلأن التقوم عبارة عن العزة ، والمنافع عزيزة عند الناس . ولهذا يبذلون الأعيان لأجلها م: ( حتى تضمن بالعقود ) ش: صحيحة كانت أو فاسدة بالإجماع م: ( فكذا بالمعصوب ) ش: أي فكذا يضمن بالمعصوب لأن العقد لا يجعل غير المتقوم متقوماً ، كما لو ورد على الميتة .

م: ( ولنا : أنها ) ش: أي المنافع م: ( حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في مكانه ) ش: أي تصرفه وقدرته وكسبه م: ( إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها إعراض لا تبقى فيملكها ) ش: لأن ما حدث في إمكان الرجل فهو ملكه م: ( دفعاً لحاجته ) ش: لأن الملك لم يثبت للعبد إلا رفعاً لحاجته إلى إقامة التكاليف ، فالمنافع حاصلة في ملك الرجل .

م: ( والإنسان لا يضمن ملكه ) ش: أي ملك نفسه ، والتحقيق أن من استولى على شيء يملكه إلا إذا تضمن الاستيلاء لإزالة يد مالكة ، فحينئذ لا يملكه ، وها هنا لا يتضمن فيملكه المتولى عليه دفعاً لحاجته .

م: ( كيف ؟ ) ش: أي كيف يكون الضمان ؟ م: ( وأنه ) ش: أي الشأن م: ( لا يتحقق غضبها

وإتلافها لأنه لا بقاء لها ، ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان ، وقد عرفت هذه  
المأخذ في المختلف ،

وإتلافها ) ش: أي غضب المنافع وإتلافها م: ( لأنه لا بقاء لها ) ش: أي للمنافع ، لأنها أعراض  
تتلاشى ومما لا يبقى لا يتصور غضبه وإتلافه ، إذ إتلاف الشيء وغضبه إنما يرد في حال بقائه  
م: (ولأنها ) ش: أي ولأن المنافع أراد ، ولئن سلمنا تحقق غضب المنافع وإتلافها ، ولكن شرط  
الضمان الماثلة والمنافع م: ( لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها ) ش: أي فناء المنافع م: ( وبقاء الأعيان )  
ش: فلم توجد الماثلة فلا يضمن .

فإن قيل : يرد عليه ما إذا أتلف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمن بالدرهم التي هي تبقى ،  
فدل على الماثلة والبقاء غير معتبرة .

أجيب : بأن الماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وياق ، لا بين جوهر وعرض ، ألا ترى  
أن بيع الثياب بالدرهم جائز ، وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر .

فإن قيل: يرد أيضاً ما إذا استأجر الوصي اليتيم ما يحتاج إليه بدرهم اليتيم فإنه جائز لا  
محالة . ولو كان ما ذكرتم صحيحاً لما جاز لأن القربان إلى مال اليتيم لا يجوز إلا بالوجه  
الأحسن .

أجيب : بأنه لما جاز مع وجود التفاوت دل على أن القربان الأحسن في مال اليتيم هو ما لا  
يعد عيباً في التصرفات .

فإن قلت : ما ذكر يفضي إلى إهدار حق المالك وهو مظلوم ، ورعاية جانب الغاصب وهو  
ظالم .

قلت : حق المالك يتراخى إلى دار الآخرة وحق الغاصب في الزيادة يفوت أصلاً ، والتأخير  
أهون من الإبطال .

فإن قلت : كلامنا في أحكام الدنيا .

قلت : بلى لكن الماثلة شرط على ما بينا ، وحق المالك يفوت في الدنيا لا في الآخرة  
فيكون ثابتاً من وجه دون وجه ، وحق الغاصب في الزيادة يفوت في الدارين فيكون فائتاً من  
كل وجه ، فكان تحمل أدنى الضرر أولى .

م: ( وقد عرفت هذه المأخذ ) ش: هو جمع مأخذ أي التي هي مناط الحكم ، أو أراد ما ذكره  
تماثل الأعيان إلى آخره م: ( في المختلف ) ش: أراد به مختلف الفقيه أبي الليث - رحمه الله -  
هكذا قال الأترازي . وتبعه على ذلك صاحب «العناية» ، ولكن لم لا يجوز أن يكون أراد به

ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها ، بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد ، إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين .

مختلف الطريقة بيننا وبين الشافعي ، فإن هذه المسألة من جملة المسائل المذكورة في علم الخلاف ، بل الظاهر أن مراده هذا وتخصيص مختلف أبي الليث تحكم فافهم .

م : ( ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها ) ش : هذا جواب عن قوله المنافع أموال متقومة ، تقديره أنا لا نسلم أن المنافع أموال متقومة في ذاتها لأن التقوم لا يسبق الوجود والإحراز ، وذلك فيما لا يبقى غير متصور م : ( بل تتقوم ضرورة ) ش : أي لضرورة دفع الحاجة م : ( عند ورود العقد عليها ولم يوجد العقد ) ش : في المتنازع فيه م : ( إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه ) ش : هذا استثناء منقطع ، أي لكن ما ينقص بسبب استعماله مضمون عليه ، وقيد باستعماله بحسب الغالب ، لأن النقص غالباً يكون بالاستعمال .

ولكن الحكم ثابت فيما إذ انتقص بدون استعماله م : ( لاستهلاكه بعض أجزاء العين ) ش : أي لاستهلاك الغاصب بعض أجزاء العين المغصوبة .

قال مشايخنا : هذا إذا لم يكن معداً للاستقلال ، فإن كان معداً له بضمن المنافع بالغصب والإتلاف . وفي «الفتاوى الكبرى» منافع المقار الموقوفة مضمونة سواء كان معداً للاستقلال أو لا نظراً للوقف .

وفي «المجتبى» : وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسألات والأوقاف وأموال اليتامى ، ويوجبون أجر منافعها على الغصبة . ثم في مسألة فتح رأس التنور المسجور إنما يضمن قيمة الحطب مع أن غصب المنافع وإتلافها غير متصور لما أنه أتلف ما هو المقصود من تسخين التنور ، فصار هذا بمنزلة استهلاك العين ، فلذلك ضمن الحطب .

\*\*\*

## فصل في غصب ما لا يتقوم

قال : وإذا أتلّف المسلم خمرًا لذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما ، فإن أتلّفهما المسلم لم يضمن .  
وقال الشافعي : لا يضمنهما للذمي أيضًا ، وعلى هذا الخلاف إذا أتلّفهما ذمي على ذمي أو  
باعهما الذمي من الذمي .

م : ( فصل في غصب ما لا يتقوم )

ش : ذكره عقيب غصب ما يتقوم هو المناسبة .

م : ( قال : إذا أتلّف المسلم خمرًا لذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما ) ش : أي قال القدوري في  
مختصره ، وهذا على أربعة أوجه .

الأول : إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره فإنه يضمن عندنا ، وهكذا ذكره القدوري في  
«مختصره» . وفي «شرح مختصر الكرخي» وذكر صدر الإسلام البزدوي في «شرح الكافي»  
ولو أتلّف مسلم على ذمي خنزيرًا على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئًا .

وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته ، وهذا كما ترى ذكر الخلاف وهو قياس قول  
أبي حنيفة - رحمه الله - والذي مر في كتاب النكاح فيما إذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو  
خنزير ثم أسلم أو أسلم أحدهما قبل القبض فلها الخمر والخنزير إذا كانا عينين ، وإن كانا  
دينين فالجواب على التفصيل عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، ففي الخمر تجب القيمة ، وفي  
الخنزير مهر المثل على ما عرف هناك .

الثاني : إتلاف المسلم خمر المسلم ، أشار إليه بقوله م : ( فإن أتلّفهما ) ش : أي وإن أتلّف  
المسلم الخمر والخنزير الكائنين م : ( المسلم لم يضمن ) ش : بلا خلاف ، ووقع في بعض النسخ  
إن أتلّفها بتوحيد الضمير فلذلك تاج الشريعة قوله وإن أتلّفها ، أي أتلّفهما ، نظير قوله تعالى :  
﴿ وإذا رأوا تجارة أو لهواً انفضوا إليها ﴾ ( الجمعة : الآية ١١ ) ، وقال تعالى : ﴿ والذين يكتزون  
الذهب والفضة ولا ينفقونها ﴾ ( التوبة : الآية ٣٤ ) .

الثالث : إتلاف الذمي خمر المسلم فإنه لا يضمن بلا خلاف ، وهذا لم يذكره المصنف .

م : ( وقال الشافعي : إنه ) ش : أي المسلم م : ( لا يضمنهما ) ش : أي الخمر والخنزير الكائنين م :  
للذمي أيضًا ) ش : أي كما لا يضمن إذا كان لمسلم ، وبه قال أحمد م : ( وعلى هذا الخلاف ) ش :  
المذكور بيننا وبين الشافعي م : ( إذا أتلّفهما ذمي على ذمي ) ش : وهذا هو الوجه الرابع ، ويقول  
الشافعي قال أحمد أيضًا .

ويقولنا قال مالك م : ( أو باعها الذمي من الذمي ) ش : أو باع الخمر والخنزير الذمي من

له : أنه سقط تقومهما في حق المسلم ، فكذا في حق الذمي ؛ لأنهم أتباع لنا في حق الأحكام فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان . ولنا أن التقوم باق في حقهم ، إذ الخمر لهم كاخلل لنا ، والخنزير لهم كالشاة لنا ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون

الذمي فإنه يجوز عندنا خلافاً للشافعي وأحمد م: ( له ) ش: أي للشافعي م: ( أنه سقط تقومهما ) ش: أي تقوم الخمر والخنزير م: ( في حق المسلم ، فكذا في حق الذمي ؛ لأنهم أتباع لنا في حق الأحكام ) ش: أي لأن أهل الذمة أتباع للمسلمين في الأحكام لقوله ﷺ « فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » ، فين أن كل حكم يثبت في حق المسلم يثبت في حق الذمي م: ( فلا يجب بإتلافهما مال ) ش: أي إذا كان كذلك فلا يجب بإتلاف الخمر والخنزير الذي ليسا بمتقومين مال م: ( متقوم وهو الضمان ) ش: أي ما يضمن به .

م: ( ولنا : أن التقوم باق في حقهم ) ش: دل على أن ذلك ما رواه أبو يوسف في « كتاب الخراج » تصنيفه في فصل من تجب عليه الجزية ، وقال حدثنا إبراهيم بن عبد الرحمن - رحمه الله - قال : سمعت ابن سويد بن غفلة يقول : حضر عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - واجتمع إليه عماله فقال : يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير ، فقال بلال : أجل إنهم يفعلون ذلك ، فقال عمر - رضي الله عنه - : فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم .

وجه الاستدلال بذلك أن عمر - رضي الله عنه - أذن لهم في بيعها وثنم العقد عليها بيعاً وبدلها ثمناً ، والثنم لا يجب إلا في عقد صحيح ، فدل على التقوم . وهذا لأن قضايا عمر - رضي الله عنه - ما كانت تخفى على الصحابة - رضي الله عنهم - ، ولم يثبت التكبر منهم على ذلك ، فحل محل الإجماع .

م: ( إذ الخمر لهم كاخلل لنا ، والخنزير لهم كالشاة لنا ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ) ش: يعني لا نجادلهم على الترك .

فإن قلت : ما الأمر بتركهم وما يدينون ؟ .

قلت : قوله ﷺ « اتركوهم وما يدينون » . والخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا ، والمزبل هو قوله تعالى : ﴿ رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ ( المائدة : الآية ٩٠ ) . وجد في حقنا بدليل السياق والسباق ، فبقي في حق من لم يدخل تحت الخطاب على ما كان من قبل .

فإن قلت : روي في حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال : « إن الله لعن

والسيف موضوع ، فيتعذر الإلزام ، وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه .  
بخلاف الميتة والدم

الخمر وحرم ثمنها ، ولعن الخنزير وحرم ثمنه <sup>(١)</sup> .

قلت : نحن نقول بموجب ذلك وهما حرام علينا ، ولكنهم أقرروا على ذلك فكانا حلالاً لهم .

فإن قلت : الخمر نجس العين فلا يكون مالاً لقوله ﷺ : « حرمت الخمر لعينها » <sup>(٢)</sup> ، ولا يضمن بالإتلاف .

قلت : حرام لعينها علينا لا عليهم ، لأن الخطاب في الآية خاص .

فإن قلت : قال الله تعالى : ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ (المائدة : الآية ٤٩) ، أي بين أهل الذمة وبما أنزل الله حرمة الخمر والخنزير فيجب الحكم عليهم بحرمتها .

قلت : المراد منه ما أنزل الله مطلقاً لا ما أنزلت على المؤمنين خاصة كنكاح الشركات .

فإن قيل : يتقضى هذا بما إذا مات المجوسي عن ابنتين إحداهما امرأته فإنها لا تستحق بالزوجية شيئاً من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح ، وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد مانع ، ولم يوجد في ديانتهم لم كم تركهم وما يدينون ؟ .

أجيب : بأننا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان .

م : ( والسيف موضوع ) ش : يعني إبطال ما يزعمونه من المالية إنما يكون بالسيف ، والسيف موضوع أي متروك في حقهم لعقد الذمة م : ( فيتعذر الإلزام ) ش : على ترك الندين ، فهذا يقتضي بقاء التقوم م : ( وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه ) ش : لا لأن الضمان موجب إتلاف المال المتقوم .

م : ( بخلاف الميتة والدم ) ش : هذا جواب المقيس عليه للشافعي - رحمه الله - ولكن لم

(١) لم أجده بهذا اللفظ ولا من حديث أبي هريرة .

(٢) ضعيف : عزاه الزيلعي للعقيلي في «الضعفاء» في ترجمة «محمد بن الفرات» حدثنا عمرو بن أحمد بن عمرو بن السرح ، ثنا يوسف بن عدي ثنا محمد بن الفرات الكوفي عن أبي إسحاق السبيعي عن الحارث عن علي . . . مرفوعاً . وأعله بمحمد بن الفرات ، ونقل عن البخاري قوله : منكر الحديث وأخرجه أيضاً من طريق عبد الرحمن بن بشر الغطفاني عن أبي إسحاق عن الحارث عن علي وأعله بجهالة عبد الرحمن .

لأن أحدهم من أهل الأديان لا يدين بمولهما ، إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال ؛ لأن المسلم ممنوع عن تملكه لكونه إعزازاً له ، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين ؛ لأن الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها ،

يذكره في الكتاب م: ( لأن أحدهم من أهل الأديان لا يدين بمولهما ) ش: أي تمول الميتة والدم ، قيل المراد من الميتة الذي مات حتف أنفه ، أما الذي خنقوه أو ضربوه حتى مات كما يفعله المجوس فعند أبي يوسف -رحمه الله- يضمنها المسلم بالغصب والإتلاف .

وقال محمد -رحمه الله- : لا يضمن كالميتة م: ( إلا أنه تجب قيمة الخمر ، وإن كان من ذوات الأمثال ) ش: أي لا أن الشأن وجوب قيمة الخمر لا مثلها ، وإنما ذكر الضمير في قوله وإن كان بتأويل الشأن أو المذكور م: ( لأن المسلم ممنوع عن تملكه ) ش: أي تملك الخمر م: ( لكونه إعزازاً له ) ش: أي لكون التملك إعزازاً للخمر . وفي بعض النسخ إعزازاً لها بتأنيث الضمير على الأصل ، وأما التذكير فعلى التأويل الذي ذكرناه .

فإن قلت : ما الفرق بين ما إذا أتلف ذمي خمر ذمي ثم أسلم حيث لا يجب عليه شيء لا القيمة ، ولا الخمر عند أبي يوسف -رحمه الله- وهي رواية عن أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه - ، والرواية في «المبسوط» : والإسلام المقارن لا يمنع وجوب القيمة فالطارئ أولى .

قلت : الفرق أنه حين أتلفه لم يكن إتلافه سبباً لوجوب القيمة ؛ لأنه لا يوجد بعد ذلك سبب الوجوب . وعند محمد -رحمه الله- وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - عليه قيمة الخمر ؛ لأنه لا يمكن إيجاب الخمر ؛ لأنه مسلم ، ولا يمكن إبرأؤه عن الضمان ؛ لأن المتلف عليه ذمي ، والخمر في حقه مال متقوم ، وقد أمكن إيجاب القيمة فيجب . أما في الخنزير يبقى الضمان بإسلامهما أو إسلام أحدهما بالاتفاق ؛ لأن الواجب هو القيمة ، والإسلام لا ينافيها .

م: ( بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين ) ش: هذا متصل بقوله : لأن المسلم ممنوع عن تملكه ، يعني أن المسلم لما كان ممنوعاً عن تملك الخمر وجب عليه قيمة الخمر إذا أتلفها ، بخلاف ما إذا باعها ذمي من ذمي م: ( لأن الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها ) ش: ولذلك إذا أتلف ذمي خمر ذمي يجب عليه مثلها .

وقال القدوري في «شرح مختصر الكرخي» فيمن أتلف صليلاً ؛ لأننا أقررناهم على هذا الصنع ، فصار كالخمر التي هم مقرون عليها ، وقد قال أصحابنا : إن الذمي يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم إلا شرب الخمر ، وأكل الخنزير ، لأننا استثنينا بالأمان ، ولو عتوا وضربوا بالعبد إن منعناهم من ذلك كله كما يمنع المسلمين ، لأنه لم يستثن ، كذا ذكره القدوري في «شرح» .

وهذا خلاف الربا ، لأنه مستثنى عن عقودهم ، وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي ، لأننا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين ، وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيعه ، لأن ولاية الحاجة ثابتة .

م: ( وهذا بخلاف الربا ) ش: أي عدم التعرض في مبايعتهم بخلاف الربا ، فإنه يتعرض لهم في إبطال عقود الربا ، حتى لو باعوا درهماً بدرهمين يسترد الدرهم الزائد . وقال الأترازي : أي هذا الذي ذكرناه من كون الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر ؛ بخلاف الربا ، فإنه ممنوع عنه .

وقيل : الأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون إلى آخره م: ( لأنه مستثنى عن عقودهم ) ش: أي لأن الربا مستثنى عن عقود أهل الذمة ؛ لأنه لم يرد عليه عقد الأمان . ألا ترى إلى قوله تعالى في سورة النساء : ﴿ وأخذهم الربا ﴾ .

م: ( وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي ) ش: عطف على قوله : وهذا بخلاف الربا ، يعني الذمي إذا اشترى عبداً مسلماً ثم ارتد العبد فإنه يحبس حتى يتوب أو يقتل ، ولا تجب قيمته للذمي . الحاصل أنا لا نفره على تموله وتملكه ، بل نأخذ من يده فتقبله وإن كانت أمة نحبسها أبداً ونستبيها [ . . . ] قبل وهو أيضاً مقيس عليه للشافعي - رحمه الله - .

ووجه الجواب ما أشار إليه بقوله م: ( لأننا ما ضمنا لهم ترك التعرض له ) ش: أي للعبد المرتد م: ( لما فيه ) ش: أي في ترك التعرض م: ( من الاستخفاف بالدين ) ش: بالترك والإعراض عنه .

فإن قلت: يشكل على هذا التعليل ما لو أتلّف صليب نصراني حيث يضمن قيمته صليباً ، وفي ترك التعرض استخفاف بالدين .

قلت: ذاك كفر أصلي والنصراني مقرر على ذلك ، بخلاف الارتداد .

م: ( وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيعه ) ش: يتعلق بقوله : أمرنا أن نتركهم وما يدينون يعني كما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل ، وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى ، وحيث يجب أن نقول بوجود الضمان على ما أتلّف متروك التسمية عامداً ، لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ومن تابعه ووجه الجواب ما قاله بقوله م: ( لأن ولاية الحاجة ثابتة ) ش: أي ولاية الإلزام المحاجة ثابتة وقد ثبت بالنص حرمة ، فلا يعتبر في إيجاب الضمان .

ولقائل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة ، لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم . والجواب أن الدليل هو قوله ﷺ : « اتركوهم وما يدينون » ، وكان ذلك بعقد الذمة وهو متفق عليه في حق المجتهدين .

قال : فإن غصب من مسلم خمرًا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه ، والمراد بالفصل الأول : إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس، وبالفصل الثاني : إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص

م: ( قال : فإن غصب من مسلم خمرًا فخللها ) ش: أي قال في «الجامع الصغير» . ووقع في عامة النسخ وإن غصب بالواو وهذا أوجه ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - في رجل مسلم يغصب المسلم الخمر أو جلد الميتة فيتخلل الخمر ويدبغ جلد الميتة ، قال لصاحب الخمر : أن يأخذ الخل بغير شيء .

وأما جلد الميتة فله أن يأخذه ويرد على الغاصب ما زاد على الدباغ في الجلد ، فإن كان الغاصب استهلكهما جميعاً ضمن الخل ولم يضمن الجلد المدبوغ .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - يضمن قيمة الجلد مدبوغاً أو يعطيه صاحب الجلد ما زاد الدباغ فيه بحساب ذلك ، انتهى .

م: ( أو جلد ميتة فدبغه ) ش: أي أو غصب جلد ميتة فدبغه م: ( فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه ) ش: قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي : وهذا إذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدها ، فأما إذا لقي صاحب الميتة الميتة في الطريق فأخذ رجل جلدها فدبغه فقد قالوا : إنه لا سبيل له على الجلد ، لأن إلقائها إباحة لأخذها فلا يثبت له الرجوع كاللقاء النوى . وعن أبي يوسف أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضاً .

م: ( والمراد بالفصل الأول ) ش: يعني المراد بجوارها الفصل الأول . وفي «الجامع الصغير» وهو قوله فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير ثمن م: ( إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه ) ش: أي ومن الظل م: ( إلى الشمس ) ش: وعند الشافعي وأحمد - رحمهما الله - لا يصير الخمر طاهرًا بالتخليل فلا يجب ردها بل يجب إراقتها كما قبل التخليل .

أما لو تخللت بنفسها يجب ردها بالإجماع ويضمن متلفها بالإجماع . وفي جلد الميتة لو دبغه يلزم رده عند الشافعي - رحمه الله - في الأصح وأحمد - رحمه الله - وفي قول لا يلزمه رده ، وبه قال أحمد في وجهه .

م: ( بالفصل الثاني ) ش: وهو قوله ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه م: ( إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ) ش: بفتح القاف والراء بعدها طاء معجمة وهو ورق السلم يدبغ ، ومن أديم مقروظ ، وبالفارسية بزغيح .

ونحو ذلك . والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه ، إذ لا تثبت المالية به ،

وفي «دستور اللغة» : القرظ اسم لشجر كالجوز عظيمًا إذا قدم أسود ويدبغ بثمره وورقه . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : في كتاب السيئات : القرظ واحد القرظة وبها سمي الرجل قرظة وفيه نظر ، والقرظ شجر عظام لها شوك غلاظ أمثال شجر الجوز وخشبه صلب يفل الحديد ، وإذا هو قدم كان أسود كالأنبوس وهو قبل ذلك أبيض وورقة أصفر من ورق التفاح وله حيلة مثل قرون اللوبيا ، وله حب يوضع في الموزاير ويدبغ بورقه وثمره كما يدبغ بالعفص ، ومنابته القيعان وما كان من القرظ بأرض مصر فهو الذي يسمى الضبط ومنه أجود حطبهم وهو زكي القود قليل الرماد وهو بأسوان من أرض مصر عياض م : ( ونحو ذلك ) ش : كالشث والعفص .

م : ( والفرق ) ش : بين المسألتين م : ( أن هذا التخليل تطهير له ) ش : أي للخمر م : ( بمنزلة غسل الثوب النجس ) ش : يعني أنه أزال عنه صفة النجاسة والخمرية من غير أن يقام به شيء من ملكه ، فكان كما إذا غصب ثوبًا نجسًا فغسله يكون لملكه ، كذا هذا . وذلك لأن الغسل لم يزد في ذات الثوب شيئًا ، وإنما زال به النجاسة فلا يخرج بذلك عن ملك مالكة .

فإن قلت : الثوب ليس نجس العين ، والخمر نجس العين لكونها حرامًا بعينها قال ﷺ : « حرمت الخمر لعينها »<sup>(١)</sup> .

قلت : جواهر الخمر هي جواهر التي كانت عصيرًا ، فلما اعترضت عليها صفة الخمرية صيرتها نجسة ، فإذا زالت تلك الصبغة زالت النجاسة كالثوب ، ولا يلزم بتبدله تبدل العين ، فاعتراض الصفة عليها كما يعترض الصفات على الإنسان من غير تبدل الذات ، وتأويل قوله ﷺ : « حرمت الخمر لعينها » ، أي عينها حرام قليلها وكثيرها حرام ، ولهذا قال بعد ذلك : « والسكر من كل شراب » .

م : ( فيبقى على ملكه ) ش : أي إذا كان كذلك فيبقى الخلل على ملك صاحبه م : ( إذ لا تثبت المالية به ) ش : أي بالتخليل ، قال فخر الإسلام البزدوي وغيره في «شرح الجامع الصغير» ، قال مشايخنا : أما التخليل فعلى ثلاثة أوجه .

إما أن يخللها بالنقل من الظل إلى الشمس ومن الشمس إلى الظل ، أو بإلقاء الملح فيها ، أو بصب الخلل فيها ، ففي الوجه الأول الخلل لصاحبها ولا شيء عليه ، لأن الخمر نجس العين كالبول ، إلا أن نجاستها قابلة للزوال بخلاف البول ، فصار التخليل بمنزلة الغسل فلا يضاف

(١) ضعيف : تقدم تخريجه .

وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبيغ في الثوب فكان بمنزلة ، فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ، ويعطي ما زاد الدباغ فيه ، ويبانه أن ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ ، وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما ، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع .

إلى التقوم والمالية ، بل كان ذلك بمنزلة إظهار التقوم والمالية ، فلأجل ذلك صار صاحب الخمر أحق بالخل ، والقسمان الآخران يأتيان في موضعهما إن شاء الله تعالى .

م: (وبهذا الدباغ) ش: المذكور وهو الدباغ بما له قيمة كالقرض م: ( اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبيغ في الثوب فكان بمنزلة ) ش: الثوب الذي غصبه الغاصب حيث يأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه كما في الثوب حيث يأخذه مالكة ويعطي ما زاد الصبيغ فيه .

فإن أراد المالك أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه قيمة الجلد فليس له ذلك لأنه غصبه ولا قيمة له ، بخلاف مسألة الثوب فإن هناك لصاحب الثوب أن يضمنه ويترك الثوب عليه ، لأن الثوب قبل الصبيغ كان مالاً متقوماً ، ولا كذلك الجلد ، حتى لو غصبه جلدًا ذكياً غير مدبوغ كان لصاحب الجلد أن يضمنه .

قال فخر الدين قاضي خان : من المشايخ من قال هذا قول أبي حنيفة ، لأنه لما تركه فقد عجز عن رده ، فصار كعجزه بالاستهلاك . فأما على قولهما له أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه القيمة أيضاً .

م: ( فلهذا ) ش: أي فلأجل أن التخليل لا يثبت المالية وبالذباغ يتصل به مال متقوم م: ( يأخذ الخل ) ش: أي صاحبه م: ( بغير شيء ويأخذ الجلد ) ش: أي صاحبه م: ( ويعطي ) ش: على بناء الفاعل ، وأي يعطي صاحب الجلد م: ( ما زاد الدباغ فيه ) ش: أي في الجلد .

م: ( ويبانه ) ش: أي بيان إعطاء ما زاد الدباغ فيه م: ( أن ) ش: أي الشأن م: ( ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ ) ش: أي حال كونه ذكياً غير مدبوغ ؛ لأنه لا يكون قيمة لجلد الميتة فيقوم ذكياً كذلك م: ( وإلى قيمته مدبوغاً ) ش: أي وينظر إلى قيمته حال كونه مدبوغاً م: ( فيضمن فضل ما بينهما ) ش: أي فضل ما بين القيمتين مثلاً إذا كانت قيمته ذكياً غير مدبوغ عشرة دراهم ومدبوغاً اثني عشر درهماً فيضمن درهمين ، وعلى هذا وقيل يضمنه قيمته جلدًا ذكياً غير مدبوغ .

قال فخر الإسلام : وذلك مذكور في بعض نسخ «المبسوط» أنه ملحق بالذكي .

م: ( وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع ) ش: يعني كما أن البائع له

قال : وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة - رحمه الله- . وقالوا : يضمن الجلد مدبوغاً ويعطي مازاد الدباغ فيه . ولو هلك في يده لا يضمنه بالإجماع . أما الخل فلأنه لما بقي على ملك مالكة وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف . ويجب مثله ، لأن الخل من ذوات الأمثال . وأما الجلد فلهما : أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه ، وهو مال متقوم ، فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك ، ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه ،

حق حبس المبيع لأجل استيفاء الثمن .

م : ( قال : وإن استهلكهما ) ش : أي قال في «الجامع الصغير» وإن استهلك الغاصب الخل والجلد م : ( ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة - رحمه الله- . وقالوا : يضمن الجلد مدبوغاً ويعطي ) ش : على صيغة المجهول ، أي يعطي الذي دبغه ثم استهلكه م : ( ما زاد الدباغ فيه ، ولو هلك في يده لا يضمنه بالإجماع ) ش : أي في يد الغاصب لأنه لم يهلك بفعله ولم يكن منه جناية ، كذا قال الفقيه أبو الليث ، وإنما لم يذكر له دليلاً لأنه مجمع عليه ودليله الإجماع .

وعند الثلاثة : لو تخللت الخمر بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن ، أما إذا تخلل بفعل الغاصب لا يضمن ، وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن ، وعلى قول يلزمه رده يضمن .

م : ( أما الخل ) ش : دليل صورة الاستهلاك والمراد منه الوجه الأول من وجوه التخلل وهو ما إذا خللها من غير خلط م : ( فلأنه لما بقي على ملك مالكة وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف ، ويجب مثله لأن الخل من ذوات الأمثال ) ش : لم يذكر محمد - رحمه الله- في «الجامع الصغير» ما إذا يضمن .

قالوا في شروحه : فالظاهر أنه يضمن المثل لأنه مثلي إلا أن يكون من نوع لا يوجد له مثل في تلك المواضع ، فيجب قيمته . ونص الكرخي في «مختصره» على وجوب المثل .

م : ( وأما الجلد فلهما ) ش : أي فلائبي يوسف ومحمد - رحمهما الله- م : ( أنه ) ش : أي الجلد م : ( باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه ، وهو مال متقوم ) ش : أما بقاؤه على ملكه فلأن الغاصب لم يحدث فيه إلا مجرد الصبغة وبذلك لا يزول ملك المغصوب ، كما لو كان ثوباً فقصره .

وأما كونه متقوماً فظاهر م : ( فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك ) ش : أي إن كان كذلك فيضمن حال كونه مدبوغاً بالاستهلاك م : ( ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه ) ش : أي يعطي المالك الغاصب ما زاد الدباغ فيه .

كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ، ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ، ولأنه واجب الرد فإذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه. وقولهما : يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس . أما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ، ثم في الرد عليه .

قال فخر الإسلام وغيره في شروح «الجامع الصغير» : هذا إنما يستقيم إذا كان الجنس مختلفاً ، فأما إذا كان الجنس واحداً فلا فائدة أن يضمن الغاصب خمسة عشر درهماً ويعطيه خمساً ، وإنما معنى ذلك بيان قيمة مال المغصوب منه ، لأنه لم يكن ذكياً متقوماً قبل الدباغ ليعتبر ذلك ، فإذا عرفت قيمته مدبوغاً نظر إلى قيمته لو كان ذكياً غير مدبوغ ، فيطرح ذلك من الغاصب ويعطي الباقي ، ويجيء هذا عن قريب في الكتاب .

م : ( كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ، ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ) ش : أراد في مسألة غصب الجلد واستهلاكه بعد الدباغة كمسألة غصب الثوب واستهلاكه بعد الصبغ ، حيث يضمن في كل منهما ويعطي ما زاد الدباغ والصبغ .

م : ( ولأنه ) ش : دليل آخر لهما ، أي ولأن الجلد م : ( واجب الرد ) ش : ولو كان قائماً م : ( فإذا فوته عليه ) ش : أي فإذا فوت الرد على المالك م : ( خلفه قيمته ) ش : أي خلف الجلد قيمته ، يعني قامت مقامه ، وهو من قولهم خلف فلان فلاناً ، يخلفه بالضم إذا كان خليفته م : ( كما في المستعار ) ش : يعني أن المستعار واجب الرد ، فإذا فوت المستعير الرد باستهلاكه تجب عليه القيمة ، فإذا فات فلا ، فكذا هنا الجلد واجب الرد .

فإذا فوته وجب عليه قيمته . وإذا هلك فلا م : ( وبهذا فارق الهلاك بنفسه ) ش : أي ربما ذكرنا فارق الهلاك بنفسه ، أي ربما ذكرنا فارق الاستهلاك الهلاك بنفسه حيث لا يضمن في الهلاك ، لأنه لم يفوت شيئاً . وكذا الوديعة بشيء لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك .

م : ( وقولهما : يعطي ) ش : أي قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - يعطي م : ( ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس ) ش : بأن قوم القاضي الجلد بالدرهم والضيعة بالدنانير صار الجنس متخلفاً فيضمن المالك الغاصب القيمة ، ويأخذ ما زاد الدباغ .

أما إذا قومهما بالدرهم أو بالدنانير وهو معنى قوله م : ( أما عند اتحاد ) ش : أي اتحاد الجنس م : ( فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ، ثم الرد عليه ) ش : قال فخر الإسلام : فلا فائدة ، أي يضمن الغاصب خمسة عشر درهماً ويعطيه خمسة كما ذكرناه عن قريب .

وله : أن التقوم حصل بصنيع الغاصب وصنعتة متقومة لاستعماله مالا متقوماً فيه ، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه ، فكان حقاً له ، والجلد تبع له في حق التقوم . ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه ، فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه . بخلاف وجود الرد حال قيامه ؛ لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها ، وإن لم يكن متقوماً ، بخلاف الذكي والثوب ؛ لأن التقوم فيهما كان ثابتاً قبل الدبغ والصبغ ، فلم يكن تابِعاً للصنعة . ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته ، قيل : ليس له ذلك ؛ لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب ؛ لأن له قيمة ، وقيل : ليس له ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعندهما : له ذلك

م : ( وله ) ش : أي ولأبي حنيفة م : ( أن التقوم حصل بصنيع الغاصب ) ش : أراد أنا لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه ، وإنما حصل بصنعة الغاصب م : ( وصنعتة متقومة لاستعماله مالا متقوماً فيه ، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه ، فكان ) ش : أي التقوم م : ( حقاً له ) ش : أي للغاصب م : ( والجلد تبع له ) ش : أي بصنعة الغاصب ، وفي بعض النسخ والجلد تبعاً لها ، أي وكان الجلد تبعاً لها م : ( في حق التقوم ) ش : لأنه ما كان متقوماً قبل الصنعة فيكون صنعة الغاصب أصلاً ، لأن الأصل ما يبتنى عليه .

م : ( ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه ) ش : فإن عدم الضمان هناك باعتبار الأصل وهو الصنعة غير مضمون ، فكذلك الجلد وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك .

م : ( بخلاف وجوب الرد ) ش : جواب عن قولهما ، ولأنه واجب الرد ، وتقريره أن وجوب الرد م : ( حال قيامه ؛ لأنه ) ش : أي الرد م : ( يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً ) ش : والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم ، والأصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها ، والرد يعتمد الملك ، والجلد فيه الأصل لأنه تابع فوجب رده يتبعه الصنعة .

م : ( بخلاف الذكي والثوب ) ش : جواب عن قولهما كما إذا غصب ثوباً ، وأقحم الذكي استظهاراً م : ( لأن التقوم فيهما ) ش : أي في الذكي والثوب م : ( كان ثابتاً قبل الدبغ والصبغ ، فلم يكن تابِعاً للصنعة ) ش : والتقوم يوجب الضمان م : ( ولو كان قائماً ) ش : أي الجلد المدبوغ م : ( فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ) ش : أي الذي كان فيه بشيء متقوم .

م : ( ويضمنه قيمته ، قيل : ليس له ذلك ) ش : بلا خلاف م : ( لأن الجلد لا قيمة له ، بخلاف صبغ الثوب ، لأن له قيمة ، وقيل : ليس له ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعندهما : له ذلك ) ش :

لأنه إذا تركه عليه وضمنه قيمته عجز الغاصب عن رده ، فصار كالأستهلاك ، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ، ثم قيل : يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك ، وقيل يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ . ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو للملكه بلا شيء ؛ لأنه بمنزلة غسل الثوب . ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته مدبوغاً ،

---

أي الترك على الغاصب وتضمن قيمته م: ( لأنه ) ش: دليل أن في المسألة خلاف إلا دليل المتخلفين .

وقال الأترابي : دليل لقول أبي حنيفة - رحمه الله - وقولهما جميعاً ، أي لأن المالك م: ( إذا تركه عليه ) ش: أي إذا ترك الجلد على الغاصب م: ( وضمنه قيمته عجز الغاصب عن رده فصار كالأستهلاك ) ش: يعني لما أبى المالك أن يأخذه مدبوغاً وقد عجز عن رده فالتحق هذا بالدباغ بالأدمة استهلاك ، والحكم فيه ما ذكرناه .

م: ( وهو ) ش: أي الاستهلاك م: ( على هذا الخلاف ) ش: الذي تقدم ذكره أن عنده لا يضمن وعندهما يضمن م: ( على ما بيناه ) ش: أشار به إلى ما ذكر من الدليل لأبي حنيفة - رحمه الله - ولصاحبيه في استهلاك الجلد قبيل هذا .

قيل : فيه نظر ، لأن العجز في الاستهلاك من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمنين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك .

م: ( ثم قيل : ) ش: هذا إشارة إلى بيان الاختلاف في كيفية الضمان على قولهما ، فقيل م: ( يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك ) ش: أي في صورة الاستهلاك م: ( وقيل يضمه قيمة جلد ) ش: أي يضمه قيمة جلد م: ( ذكي غير مدبوغ ) ش: أي ظاهر غير مدبوغ لأن صنعة الدباغ حصلت بفعله فلا يوجب الضمان عليه ، ولكن من ضرورته زوال صفة النجاسة ، وذلك غير حاصل بفعله ، بل يتميز الجلد من الدسومات النجسة .

م: ( ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو للملكه بلا شيء ؛ لأنه بمنزلة غسل الثوب ) ش: لأنه ليس فيه مال متقوم للغاصب ، فكانت الدباغة إظهاراً للمالية والتقوم ، فصار كغسل الثوب الدنس .

م: ( ولو استهلكه الغاصب ) ش: أي ولو استهلك الغاصب الجلد الذي دبغه بشيء لا قيمة له م: ( يضمه قيمته مدبوغاً ) ش: أي بالإجماع ، نص عليه في «الذخيرة» لأنه صار مالاً أعلى ملك صاحبه ، ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعاً حقاً للمالك فيضمن

وقيل : طاهراً غير مدبوغ ؛ لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه . وجه الأول وعليه الأكثرون : أن صفة الدباغة تابعة للجلد ، فلا تفرد عنه ، وإذا صار الأصل مضموناً عليه فكذا صفته . ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة -رحمه الله- : صار ملكاً للغاصب ولا شيء له عليه ، وعندهما : أخذه المالك ، وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة ديبغ الجلد ، ومعناه ههنا : أن يعطي مثل وزن الملح من الخل ، وإن أراد المالك تركه عليه

بالاستهلاك م : ( وقيل : طاهراً غير مدبوغ ) ش : أي قيل يضمن قيمته حال كونه طاهراً غير مدبوغ م : ( لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه ) ش : لكن من ضرورته زوال صفة النجاسة ، وذلك غير حاصل بفعله ، بل يتميز الجلد من الدسومات النجسة ، قالوا عند أبي حنيفة صار ملكاً للغاصب ولا شيء عليه ، لأنه استهلاك فيوجب الملك لكن بغير شيء لكون المستهلك غير متقوم .

م : ( وجه الأول ) ش : وهو قول من يقول يضمنه قيمته مدبوغاً م : ( وعليه الأكثرون ) ش : أي على الوجه الأول م : ( أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه ) ش : أي عن الجلد م : ( وإذا صار الأصل مضموناً عليه فكذا صفته ) ش : تكون مضمونة تابعة للأصل .

وقال القدوري : ولو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديماً أو زقاً أو دفترأ أو جواباً أو فرواً لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل ، لأنه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب ، فكان هو أولى ، فإن كان الجلد ذكياً فعليه قيمته يوم الغصب ، وإن كان ميتة فلا شيء له كذا في «الإيضاح» و«الذخيرة» .

م : ( ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة -رحمه الله- : صار ملكاً للغاصب ولا شيء عليه ) ش : لأنه استهلاك إلا أن الخمر لم تكن متقومة والملح كان متقوماً فيرجح جانب الغصب فيكون له بغير شيء .

وقوله : قالوا ، أي أكثر المشايخ ، وهذا يشير إلى أن ثمة قولاً آخر وهو ما قيل أن هذا والأول سواء ؛ لأن الملح صار مستهلكاً فيه فلا يعتبر ، وهذا هو الوجه الثاني من الأوجه الثلاثة التي ذكرناها .

م : ( وعندهما ) ش : أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م : ( أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة ديبغ الجلد ) ش : وصبغ الثوب م : ( ومعناه ههنا ) ش : أي معنى قوله وأعطى ما زاد الملح في مسألة تخليل الخمر بإلقاء الملح م : ( أن يعطي ) ش : أي صاحب الخل م : ( مثل وزن الملح من الخل وإن أراد المالك تركه عليه ) ش : أي على الغاصب .

وتضمنينه فهو على ما قيل . وقيل في دبغ الجلد : ولو استهلكها لا يضمناها عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما ، كما في دبغ الجلد . ولو خللها بإلقاء الخل فيها ، فعن محمد - رحمه الله - : أنه إن صار خلاً من ساعته يصير ملكاً للغاصب ، ولا شيء عليه ، لأنه استهلاك له وهو غير متقوم ، وإن لم تصر خلاً إلا بعد زمان ، بأن كان الملقى فيه خلاً قليلاً ، فهو بينهما على قدر كيلهما ؛ لأنه خلط الخل بالخل في التقدير

م : ( وتضمنينه فهو على ما قيل . وقيل في دبغ الجلد ) ش : أشار بتكرير قيل إلى القولين المذكورين في دبغ الجلد ، يعني قيل ليس له ذلك بالاتفاق ، وقيل : ليس له ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله .

الحاصل أنه يعتبر هذه المسألة بمسألة الدبغ إذا أراد المالك تركه على الغاصب وتضمنينه وفي قولان ، في أحدهما قال يضمناه قيمة جلد مدبوغ .

وفي الثاني قال يضمناه قيمة جلد مذكى غير مدبوغ ، وها هنا كذلك إذا تركه عليه في قول يضمناه قيمة الخل ويعطيه ما زاد الملح فيه ، وفي آخر يضمناه قيمة مثله عصيراً ، وهذه التفريعات كلها على قولهما في الصورتين لا قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، ويحتمل أن يكون القولان ما قيل قبل هذين القولين .

م : ( ولو استهلكها لا يضمناها ) ش : وفي النسخ الكثيرة ولو استهلكه لا يضمناه ، أي ولو استهلك الخل الذي جعل خلاً بإلقاء الملح فيه م : ( عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، خلافاً لهما كما في دبغ الجلد ) ش : وقد مر بيانه .

ومن المشايخ من جعل الجواب في الملح على التفصيل ، فإن كان يسيراً لا قيمة له فحكمه حكم التحليل بغير شيء كالشمس ، وأن ألقى فيها ملحاً كثيراً يأخذها المالك عندهم جميعاً ويعطي الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب ، كذا ذكر قاضي خان في « شرحه » .

م : ( ولو خللها بإلقاء الخل فيها ) ش : أي ولو خلل الخمر التي غصبها بإلقاء خل فيها ، وهذا هو القسم الثالث من الأوجه الثلاثة التي ذكرناها م : ( فعن محمد - رحمه الله - : أنه إن صار خلاً من ساعته يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه لأنه استهلاك له ) ش : فيصير ملكاً للمستهلك م : ( وهو غير متقوم ) ش : أي والحال أنه غير متقوم .

م : ( وإن لم تصر خلاً إلا بعد زمان ، بأن كان الخل الملقى فيه خلاً قليلاً فهو بينهما ) ش : أي بين الغاصب والمالك م : ( على قدر كيلهما ؛ لأنه خلط الخل بالخل في التقدير ) ش : يعني أنه وإن كان

وهو على أصله ليس باستهلاك . وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : هو للغاصب في الوجهين ، ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ، ولا ضمان في الاستهلاك ؛ لأنه أتلّف ملك نفسه . وعند محمد - رحمه الله - : لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول لما بينا

---

خلط الخل بالخمير وهما جنسان مختلفان ، وخلط الجنسين المختلفين استهلاك لكنه في التقدير كأنه خلط الخل بالخل نظراً إلى المال .

وهذا لأن في الخمر صلاحية أن يصير خلاً وهي في حق المسلمين لا يصلح إلا لهذا ، فإن تخللت بنفسها وطبعها لا ينقطع حق المالك عنها ، لأنه لم يعارضها شيء ، وإن تخللت بإلقاء شيء فيها وإن تخللت من ساعته يصير ملكاً للخالط لأنه صار تبعاً للملكه ، فأضيف تخللها إلى ذلك . وإن تخللت بعد زمان يضاف تخللها إلى طبعها عملاً بالدليلين فصار كأنه خلط الخل بالخل في التقدير .

م : ( وهو على أصله ليس باستهلاك ) ش : أي خلط الخل بالخل على أصل محمد - رحمه الله - ليس باستهلاك إذ خلط الجنس ليس باستهلاك وهو قول أبي يوسف أيضاً ، فيكون الخل مشتركاً بينهما لأنه صار خالطاً خل نفسه بخل غيره ، فإذا أتلّفه فقد أتلّف خل نفسه وخل غيره ، كذا في « جامع أبي اليسر » .

م : ( وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : هو للغاصب في الوجهين ) ش : يعني فيما إذا صارت خلاً من ساعتها ، وفيما إذا صارت بعد زمان م : ( ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك ؛ لأنه أتلّف ملك نفسه ) ش : أراد به الأستهلاك الحكمي بالخلط ، وهذا تقريب لقوله ؛ لأن نقص الخلط استهلاك عنده ، يعني أن نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في هذا الاستهلاك .

ولما لم تكن هذه المقدمة مسلمة ، استدل بقوله لأنه أتلّف ملك نفسه ، لأنه خلط الخل بالخمير وقد ذكرنا أن الاستهلاك هنا عبارة عن فعل لا يصل الإنسان بسببه إلى عين حقه وإتلاف ملك نفسه لا يوجب الضمان ، وأنه وإن أتلّف الخمر أيضاً لكنها غير متقومة ، وإتلاف غير المتقوم لا يوجب الضمان أيضاً .

م : ( وعند محمد - رحمه الله - : لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول ) ش : أراد به فيما إذا صارت خلاً من ساعته . وقال تاج الشريعة : أراد به الاستهلاك الحقيقي بعد أن صار خلاً ، لأنه بالخلط صار مستهلكاً ولا ضمان عليه بهذا الاستهلاك ، لأنه لاقي محلاً غير متقوم ، والاستهلاك الحقيقي بعده ورد على ملكه م : ( لما بينا ) ش : أشار به إلى قوله لأنه استهلاك له

ويضمن في الوجه الثاني ؛ لأنه أئلف ملك غيره . وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء ؛ لأن الملقى فيه يصير مستهلكاً في الخمر ، فلم يبق متقوماً ، وقد كثرت فيه أقوال المشايخ ، وقد أثبتناها في «كفاية المنتهي» . قال :  
ومن كسر لمسلم بربطاً أو طبلاً أو مزماراً أو دقاً ،

---

وهو غير متقوم م : ( ويضمن في الوجه الثاني ) ش : وهو ما إذا صارت خللاً بعد زمان م : ( لأنه أئلف ملك غيره ) ش : فيضمن .

م : ( وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه ) ش : أي جواب «الجامع الصغير» م : ( أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء ) ش : أي في الوجوه الثلاثة وهي التخليل بغير شيء ، والتخليل بإلقاء الملح والتخليل بصب الخل .

وقالوا في شروح «الجامع الصغير» : إن قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء محمول على الوجه الأول : وهو التخليل بغير شيء . ومنهم من جعل الخل اليسير إذا صبه فيها كالشمس ، فأما إذا خللها بخل كثير له قيمة ، وينقطع حق المالك عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، كما لو خلط خله بخل المغصوب منه ، ولا يضمن شيئاً ؛ لأنه استهلك خمر المسلم ، وخمر المسلم لا يضمن بالإتلاف ، وعندهما يشتركان .

وقال كثير من المتأخرين : هذا إذا حمضت بعد حين ، أما إذا حمضت من ساعتها فهي للغاصب ، لأنه غلب عليه خله ، واستهلك خمر المسلم ، وخمر المسلم لا يضمن . وذكر في «المنتقى» رجل صب في خمر إنسان خللاً ، فصارت كلها خللاً وهما نصفان قال : صاحب الخمر يأخذ نصفها خللاً ، كذا قال فخر الدين قاضي خان .

م : ( لأن الملقى فيه يصير مستهلكاً في الخمر ، فلم يبق متقوماً ) ش : فلا يضمن ، لأنه استهلك غير متقوم م : ( وقد كثرت فيه ) ش : أي في حكم هذه المسألة م : ( أقوال المشايخ ، وقد أثبتناها في «كفاية المنتهي» ) ش : منها ما قال بعضهم يصير المخلوط مشتركاً بينهما بالإجماع ، لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - إما ينقطع حق المالك بالاستهلاك إذا ضمنه بالمخلوط كالمكيل والموزون إذا غصبه وخلطه بمثله من ملك نفسه ، فأما إذا لم يكن مضموناً عليه لا ينقطع ، ووجود الاستهلاك كعدمه بقبلي مشتركاً كالمكيل إذا اختلط بنفسه بمكيل آخر لغيره ، كذا ذكره المحبوبي .

م : ( قال : ومن كسر لمسلم بربطاً أو طبلاً أو مزماراً أو دقاً ) ش : أي قال في «الجامع الصغير» :  
وصورته فيه في باب الضمان محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - في الرجل يكسر

أو أراق له سكرًا أو منصفًا فهو ضامن ، وبيع هذه الأشياء جائز ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - لا يضمن ، ولا يجوز بيعها

للرجل المسلم بربطًا ، أو طبلاً ، أو مزمارًا ، أو دقًا قال : هو ضامن وقال : بيع ذلك كله جائز . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - ليس في شيء من ذلك ضمان ولا يجوز بيعه ، انتهى .

والبربط بفتح الباء الموحدة ، قال الليث : وهو معرب لأنه ليس من كلام العرب وهو أعجمي فأعربته العرب حين سمعت به . وقال غيره : أصله بربط بكسر الراء وسكون الطاء شبه بصدر البطاء وبر بالفارسية الصدر .

قلت : البربط هو الذي يسمى شتة وهي مثل العود أيضاً . والطبل وهو الذي يضرب وهو مشهور ويجمع على طبول . والمزمار بكسر الميم وهو القصبه التي ينفخ فيها ، وقد يتخذ من عود ، ويقال لها زمارة أيضاً ، ومنه يقال زمر الرجل يزمر ويزمر زمراً فهو زمار ، ولا يكاد يقال زامر ، ويقال للمرأة زامرة ، ولا يقال زمارة ، وفعلهما الزمارة بالكسر كالكتابة ، والدف بفتح الدال ، وضمها الذي يضرب به ، قاله أبو عبيدة .

م : ( أو أراق له سكرًا أو منصفًا ) ش : وهو أيضاً من مسائل «الجامع الصغير» ، وصورتها فيه قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - في الرجل المسلم يهريق المنصف للمسلم ، أو يهريق السكر قال : هو ضامن ، وقال : يبيعه جائز . وقال يعقوب ومحمد - رحمهما الله - : ليس في شيء من ذلك ضمان ولا يجوز بيعه ، انتهى .

وأصل إهراق أراق بمعنى صب وسكب والهاء فيه زائدة وهو بسكون الهاء ، وجاء هراق أيضاً ، أصله أراق أبدلت من الهمزة هاء ، والمزوع فيها يهريق بضم الياء ، وجاء هريق يهرق على وزن أفعل والمفعول منه مهرق ، ومن الأولين مهراق ، ومهراق أيضاً بالتحريك وهو شاذ ، والسكر بفتح السين ، والكاف هو الذي من ماء الرطب .

والمنصف بضم الميم وفتح النون وتشديد الصاد هو الذي ذهب نصفه بالطبخ ، والبادق هو المطبوخ أدنى في طبخه م : ( فهو ضامن ، وبيع هذه الأشياء جائز ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - لا يضمن ، ولا يجوز بيعها ) ش : وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - . وقال الشافعي - رحمه الله - إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح ، وإذا كسر لم يصلح له لزمه ما بين قيمته متصلاً ومكسوراً ، لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة ، وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه .

وقيل : الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف ، وقيل : الفتوى في الضمان على قولهما . والسكر اسم للنبيء من ماء الرطب إذا اشتد ، والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ . وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان في التضمن والبيع . لهما : أن هذه الأشياء أعدت

ولو أتلف شيئاً من الملاهي التي اقتنيت في البيت لا للهو ضمن قيمتها عنده ، وفيه إشارة إلى أنه إذا اقتنى الملاهي لأجل التلهي لا ضمان بالاتفاق .

م : ( وقيل : الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة ، والدف الذي يباح ضربه في العرس فيضمن بالإتلاف من غير خلاف ) ش : وفي «الذخيرة» قال أبو الليث : ضرب الدف في العرس مختلف بين العلماء ، قيل : يكره ، وقيل : لا يكره .

أما الدف الذي يضرب في زماننا من الصيحات والجلاجلات ينبغي أن يكون مكروهاً ، وإنما الخلاف في الذي كان يضرب في الزمان المتقدم . وفي «الغاية» قال الفقيه أبو الليث : وهذا الذي حكى أن أبا يوسف ومحمد - رحمهما الله - قالوا : لا ضمان عليه في الدف والطبل إذا كان للهو .

وأما إذا كان طبل الغزاة أو الصبيات ، أو الصيادين ينبغي أن يضمن ، وكذلك الدف إذا لم يكن للهو فيبغي أن يضمن إذا كان مثل ذلك يجوز ضربه في العرس . وقال الإمام العتابي في «شرح الجامع الصغير» : ولو كان طبل الحاج ، أو طبل الصيد ، أو دف يلعب به الصبية في البيت يضمن بالاتفاق .

م : ( وقيل : الفتوى في الضمان على قولهما ) ش : أي على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - أي يعني بعدم الضمان لكثرة الفساد في الناس ، ذكره في «جامع أبي اليسر» .

م : ( والسكر اسم للنبيء من ماء الرطب إذا اشتد ، والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق ) ش : وقد مر الكلام في هذه الأشياء عن قريب . قيل : الباذق كلمة فارسية عربت ، وهو تعريب باذة ، ومما أعرب من هذا التركيب البياذقة للرجال ، وهو تعريب بياذة ، ومنه بيذق الشطرنج م : ( عن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان في التضمن والبيع ) ش : أراد في التضمن من يهريق الباذق روايتان عن أبي حنيفة وهو كذلك في جواز بيعه روايتان عنه .

م : ( لهما ) ش : أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : ( أن هذه الأشياء أعدت

للمعصية فبطل تقومها كالخمر ، ولأنه فعل ما فعل أمراً بالمعروف ، وهو بأمر الشرع فلا يضمنه ،  
كما إذا فعل بإذن الإمام .

للمعصية ، فبطل تقومها كالخمر ) ش : فصار متلفها مستهلكاً بشيء غير متقوم فلا يضمن ، ولا يجوز بيعها لعدم التقوم م : (ولأنه ) دليل ثانٍ لهما ، أي لأن متلف هذه الأشياء م : (فعل ما فعل أمراً) ش : أي حال كونه أمراً م : ( بالمعروف ، وهو ) ش : أي الكسر والإراقة م : ( بأمر الشرع ) ش : وهو قوله ﷺ : «إذا رأى أحدكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه» ، فكان كسرها وإراقتها أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر باليد م : ( فلا يضمنه ، كما إذا فعل بإذن الإمام ) ش : أي كما إذا كسر أو أراق بإذن الإمام فإنه لا يضمن بالاتفاق .

وقال الولوالجي في آخر كتاب السير في «الفتاوى» : رجل له خمر فشق رجل زقه وأهراق الخمر على سبيل الحسبة لا يضمن الخمر ، ويضمن الزق ، لأن الخمر ليس بمتقوم والزق متقوم ، إلا أن يفعل ذلك أيام يرى ذلك ، فحيتئذ لا شيء عليه لأنه مختلف فيه ، ونظير هذا الذمي إذا أظهر بيع الخمر والخنزير في دار الإسلام يمنع ، فإن أراقه رجل أو قتل خنزيراً يضمن إلا أن يكون إماماً يرى ذلك فلا يضمن ، لأنه مختلف فيه .

وفي «الفتاوى الصغرى» في آخر كتاب الجنائيات : كسر دن الخمر إن كان بإذن الإمام لا يضمن وإلا ضمن ، فقال حكاة عن «السير الكبير» في أدب القاضي في باب [ . . . ] من أدب القاضي رواية عن أصحابنا أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد حتى قالوا أيضاً : لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين ، وقيل : يراق العصير أيضاً قبل أن يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق .

لأنه روي عن عمر أنه هجم حين بلغه عن نائحة من نساء أهل المدينة هجم عليها ، وضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقبل : يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال : إنه لا حرمة لها ، قالوا : معنى قوله حين اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد أسقطت حرمتها . وروي أنه أحرق البيت على الثقفني حين سمع شراباً في بيته .

وعن أبي يوسف إن كان لا يتيسر إراقتها إلا بشق الذق لا يضمن ككسر المعازف . وعند الشافعي وأحمد في رواية يضمن ، كذا في «جامع المحبوبي» ، وفي «الذخيرة» و«المغني» و«بستان أبي الليث» : الأمر بالمعروف على وجوه إن كان يعلم بأكبر رأيه أنه لو أمر بالمعروف يقبلون منه ويمتنعون عن المنكر فالأمر واجب عليه لا يسعه تركه .

ولو علم بأكبر رأيه أنهم يقذفونه بذلك ويشتمونه فتركه أفضل ، وكذا لو علم أنهم يضربونه ولا يصبر على ذلك ويقع بينهم العداوة ويهيج منه القتال فتركه أفضل . ولو علم أنه

ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع ، وإن صلحت لما لا يحل ، فصار كالأمة المغنية ، وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم ، وباللسان إلى غيرهم . وتجب قيمتها غير صالحة للهو

يصبر على ضربهم ولم يشك إلى أحد فلا بأس به وهو مجاهد .

ولو علم أنهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضرباً ولا شتماً فهو بالخيار ، والأمر بالمعروف أفضل . وذكر المحبوبي مطلقاً فقال : الأمر بالمعروف واجب ، أو فرض إذا غلب على ظنه أنهم يتركون الفسق بالأمر ، ولو غلب على ظنه أنهم لا يتركون لا يكون إثماً في تركه .

م : ( ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أنها ) ش : أي الآلات المذكورة وهي البريط وأخواته م : (أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع ، وإن صلحت لما لا يحل ) ش : أراد أن أعيانها ليست بمحرمة لأنها تصلح للانتفاع بها لغير اللهو ، ولكنها أعدت للهو مع صلاحيتها لغيره فلم تناف الضمان م : ( فصار كالأمة المغنية ) ش : والحمامة الطيارة ، فإن الضمان يجب على متلفها .

م : ( وهذا ) ش : توضيح لما قبله م : ( لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم ) ش : أراد أن الفساد ليس في المحل ، والمحل مال متقوم فيضمن م : ( وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم ) ش : ولما وجدت المالية والتقوم في الأشياء المذكورة جاز بيعها ويضمن متلفها .

م : ( والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم ، وباللسان إلى غيرهم ) ش : هذا يتعلق بقوله كما إذا فعله بإذن الإمام ، يعني لما كان الأمر بالمعروف باليد للأمر لم يلزم الضمان على الكاسر بإذنتهم ، فإذا فعل بغير إذنتهم يلزم م : ( وتجب قيمتها غير صالحة للهو ) ش : وفي بعض النسخ فيجب بالفاء ، أي إذا كان الأمر كذلك يجب قيمة هذه الآلات حال كونها غير صالحة للهو ، يعني تجب قيمتها صالحة لغير المعصية ، ففي الدف يضمن قيمته دفاً يوضع القطن فيه . وفي البريط يضمن قيمته قصعة يحل فيها الشريد ونحو ذلك ، قاله قاضي خان .

وقال القدوري في «شرح مختصر الكرخي» : يضمن قيمته خشباً منحوتاً . وقال في «المنتقى» عن أبي حنيفة - رحمه الله - : يضمن قيمته خشباً مخلعاً ، إنما الذي يحرم به التأليف . وقال الفقيه أبو الليث : كانوا يقولون إن معنى قول أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يضمن قيمته أن لو اشترى بشيء آخر سوى اللهو فينظر لو أن إنساناً أراد أن يشتريه ليجعله وعاء الملح أو غير ذلك بكم يشتري فيضمن قيمته بذلك المقدار .

كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي نجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور ، كذا هذا . وفي السكر والمنصف نجب قيمتهما ولا يجب المثل ؛ لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن كان لو فعل جاز ، وهذا بخلاف ما إذا أئلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لأنه مقر على ذلك . قال : ومن غضب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالوا :  
يضمن قيمتها

م : ( كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي نجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور ) ش : إذا أئلفها وأراد بهذه الأمور الغناء في الجارية ، والمناطحة في الكبش ، والطيوان السريع في الحمامة ، والمقاتلة في الديك ، والخصي في العبد ، فإن هذه الأشياء كلها معصية ، ولكن المحل مال متقوم ، فلذلك يجوز بيعها ويضمن متلفها م : ( كذا هذا ) ش : أي كذا حكم الآلات المذكورة إذا بيعت أو أئلفت .

م : ( وفي السكر والمنصف نجب قيمتهما ولا يجب المثل ؛ لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه ) ش : أي عن تملك عين كل واحد منهما لأنه حرام م : ( وإن كان لو فعل جاز ) ش : أي فإن كان أخذ المثل في الضمان جاز لعدم سقوط التقوم والمالية م : ( وهذا ) ش : أي هذا الذي ذكرنا في ضمان الآلات المذكورة .

م : ( وهذا بخلاف ما إذا أئلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا ) ش : أي حال كونه صليبا لا حال كونه صالحا لغيره م : ( لأنه ) ش : أي لأن النصراني م : ( مقر على ذلك ) ش : أي على هذا الصنع ، فصار كالخمر التي هم مقرون عليها . وقال أحمد لا يضمن ، وعند الشافعي - رحمه الله - بالتفصيل كما ذكرنا .

وقال القدوري في « شرحه » : قال محمد : إذا أحرق الرجل بابا منجورا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، وذلك لأن نقش التماثيل معصية فلا يجوز أن يتقوم في الضمان ، كما لا يتقوم الغناء في الجارية المغنية . فإذا قطع رؤوس التماثيل فذلك نقش غير ممنوع منه وقوم على الغاصب ، فقال فيمن أحرق بساط منه تصاوير رجال ضمن قيمته مصورا ، لأن التماثيل في البساط ليس تكريمة ، لأن البساط موطأ . وإذا لم تكن محرقة ضمنها . وقال فيمن هدم بيتا مصورا بالأصباغ تماثيل قيمته قيمة البيت وأصباغه غير مصور ، لأن التماثيل في البيت منهي عنها ، كذا ذكره القدوري في « شرحه » .

م : ( قال : ومن غضب أم ولد ؛ أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة أم الولد عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالوا : يضمن قيمتها ) ش : أي قال في « الجامع الصغير » : محمد

لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ، ومالية أم الولد غير متقومة عنده ، وعندهما متقومة ، والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب والله أعلم بالصواب .

عن يعقوب عن أبي حنيفة -رحمه الله- في رجل غصب أم ولد لرجل فماتت في يده قالاً : لا ضمان عليه ، وإن غصب مدبرته فماتت فهو ضامن بقيمتها . وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- يضمن أي في أم الولد كما يضمن في المدبرة م : ( لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ، ومالية أم الولد غير متقومة عنده ) ش : أي عند أبي حنيفة . م : ( وعندهما متقومة ، والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب والله أعلم بالصواب ) ش : وقد بينا فيه خلاف الثلاثة أيضاً .

فوائد : غصب ثوباً فكساه للمالك أو طعاماً فقدمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم بأنه ثوبه أو طعامه ، يبرأ الغاصب عندنا عن الضمان ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- : في قول ، ومالك في قول لا يبرأ . ولو باعه أو وهبه وسلمه ، أو أودعه وسلمه وأعاره وسلمه ، أو أجره وسلمه والمالك لا يعلم به يبرأ عن الضمان عندنا ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك وأحمد . وقال الشافعي في وجه لا يبرأ . ولو رهنته المالك عند الغاصب لم يبرأ عن الضمان عند الشافعي ، وعندنا ومالك وأحمد يبرأ ، ولو حل رباط دابة أو فتح قفص طير أو حل قيد عبد فذهب عقيب ذلك لم يضمن عندنا ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في قول وفي قول يضمن وبه قال مالك وأحمد . وعن محمد يضمن سواء طار من فوره أو مكث ساعة ثم طار أما لو مكث ساعة ثم طار لا يضمن عندنا ، وعند الشافعي خلافاً لمالك وأحمد . ولو حل رأس الزرق فسأل البائع أو قطع علاكتي فندليل فانكسر ضمن ، ولو كان الدهن جامداً فذاب بالشمس فسأل لم يضمن ، وبه قال الشافعي في وجه .

وقال في وجه ، يضمن وبه قال مالك وأحمد ، والغصب لا يتحقق في الحر بالإجماع فلا يضمن بالغصب . أما لو استعمله مكرهاً لزمه أجر مثله عند الثلاثة ، لأنه استوفى منافع متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد ، وعنده لا يضمن ولو حبسه مدة لا يجب أجر مثله عندنا أيضاً ، وبه قال الشافعي وأحمد في وجه ومالك وقالوا في وجه أنه يضمن كما في العبد ، ولو غصب كلباً له منفعة وحبسه مدة يجب أجره في أحد الوجهين عند الشافعي ، وعندنا وأحمد ومالك والشافعي في وجه لا يجب ولا يضمن إذا هلك أو أتلفه عند الثلاثة ، وعندنا يضمنه لأنه مال حتى يجوز بيعه عندنا ، والله تعالى أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب

\*\*\*