

كتاب المأذون

الإذن: الإعلام لغة، وفي الشرع: فك الحجر وإسقاط الحق عندنا، والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته،

كتاب المأذون

إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة، إذ الإذن يقتضي سبق الحجر، فلما ترتب وجوداً ترتباً أيضاً ذكراً وما للتناسب قوله: (الإذن الإعلام لغة) أقول: لم أر قط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجيء الإذن بمعنى الإعلام، وإنما المذكور فيها كون الأذان بمعنى الإعلام، فقوله الإذن الإعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة. نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب الفقه تفسير معنى الإذن لغة بالإعلام كما ذكره المصنف، ولعلمهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الإذن من أذن له في الشيء إذناً: أي إباحه، كما صرح به في القاموس بما يلزمه عادة من الإعلام، ولا يخلو عن نوع الإيماء إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ها هنا: يحتاج إلى بيان الإذن لغة وشرعاً، ثم قال: أما لغة فالإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيما حجب عنه من أذن له في الشيء إذناً أه. ثم إن من المستبعد ها هنا ما ذكره الإمام الزيلعي حيث قال في التبيين: والإذن في اللغة والإعلام، ومنه الأذان وهو الإعلام بدخول الوقت أه. وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل شرائط الركن من كتاب المأذون: لأن الإذن هو الإعلام، قال الله تعالى ﴿وَأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [التوبة ٣] أي إعلام أه. فإن مدار ما ذكره اتحاد الإذن والأذان حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى آخر وليس كذلك قطعاً، والأظهر في تفسير معنى الإذن لغة ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال: أما الإذن فهو الإطلاق لغة لأنه ضد الحجر وهو المنع فكان إطلاقاً عن شيء أي شيء كان أه. قوله: (وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) قال في غاية البيان: يعني أن العبد كان محجوراً عن التصرف لحق المولى، فإذا أذن له المولى أسقط حق نفسه أه. وقال في النهاية: أي إذن المولى لعبده في التجارة إسقاط لحق نفسه الذي كان العبد لأجله محجوراً عن التصرف في مال المولى قبل إذنه، وبالإذن أسقط حق نفسه عنده أه. وقال في العناية: فإن المولى إذا أذن لعبده في التجارة أسقط حق نفسه الذي كان العبد لأجله محجوراً عن التصرف في مال المولى قبل إذنه أه. وقال تاج الشريعة: لأنه كان للمولى حق في ربة العبد فقبل الإذن لا تتعلق الديون برقبته ولا بكسبه، وبعد الإذن يسقط هذا الحق وتتعلق الديون بها أه. وقال في الكفاية: وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فإنه يمنع تعلق حق الغير بها صوتاً لحق المولى، وإنه بالإذن أسقط حقه أه. فنلخص من المجموع أن المراد بالحق ها هنا حق المولى، وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال: وانحجاره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه إلا موجباً تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من إذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه أه. قال صاحب الإصلاح والإيضاح: المراد بالحق ها هنا حق المنع لا حق المولى لأنه مع اختصاصه بإذن العبد غير صحيح، لأن حق المولى لا يسقط بالإذن ولذلك يأخذ من كسبه جبراً على ما سيأتي، والمسقط هو المولى إن

كتاب المأذون

إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة، إذ الإذن يقتضي سبق الحجر (وهو في اللغة عبارة عن الإعلام، وفي الشرع: فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) فإن المولى إذا أذن لعبده في التجارة أسقط حق نفسه الذي كان العبد لأجله

كتاب المأذون

قوله: (وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) أقول: لا يخفى عليك أن إذن الصبي والمعتوه ليس فيه إسقاط الحق، وسيجيء تفصيله، ثم أعلم أن قوله وإسقاط الحق عندنا كالتفسير لقوله فك الحجر قوله: (كما أشرنا إليه) أقول: يعني بقوله وصح

لأنه بعد الرق بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى، لأنه ما عهد

كان المأذون رقيقاً والولي إن كان صبيّاً اه كلامه. أقول: فيه نظر. أما أولاً فلأن كون المراد بالحق ها هنا حق المنع لا ينافي كونه حق المولى، بل يقتضيه لأن حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره: فإن معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على أن تكون الإضافة بيانية، ومعنى حق المولى حق هو للمولى، على أن تكون الإضافة بمعنى اللام، ولا ريب أن الحق الذي هو منع العبد عن التصرف إنما يكون للمولى لا لغيره فكان حقاً به قطعاً. وأما ثانياً فلأنه إن أراد به بقوله: لأن حق المولى لا يسقط بالإذن أنه لا يسقط به أصلاً فممنوع، كيف وسيأتي أنه إذا لزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعاً فيباع كل ذلك للفرء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعاً لا محالة، وإن أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما إذا لم تحط بهما ديون فمسلّم، لكن لا يجدي نفعاً إذ ليس المراد بإسقاط الحق في معنى الإذن شرعاً إسقاطه بالكلية البتة، بل المراد به إسقاطه في الجملة، وذلك يتحقق في صورة إحاطة الدين بل في صورة عدم إحاطته بالنظر إلى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى. وأما اختصاص حق المولى بإذن العبد فلا يضرّ إذ المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان إذن العبد، وإنما يبين فيه إذن الصبيّ أيضاً على سبيل التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره في تفسير الإذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون. ثم إن صاحب النهاية قال: وأما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعاً عما يتناوله الإذن لا الإنابة والتوكيل، لأن حكم الشيء ما يثبت به، والثابت بالإذن في التجارة فك الحجر عن التجارة. وقال: هذا ما ذكره في المبسوط والإيضاح والخيرة والمغني وغيرها اه. وقد اقتفى أثره الإمام الزيلعي حيث قال في التبيين: وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر اه. أقول: كون حكم الإذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى، لأن حكم الشيء على ما تقرر عندهم إنما هو أثره الثابت به المترتب عليه، وقد أشار إليه صاحب النهاية أيضاً بقوله لأن حكم الشيء ما يثبت به، ولا يذهب على ذي مسكة أن ما يثبت بالشيء ويصير أثراً مترتباً عليه لا يصلح أن يكون تفسيراً لذلك الشيء محمولاً عليه بالمواطأة. ثم أقول: ليس المذكور في الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي، بل المذكور فيها هكذا، وأما بيان حكمه فنقول: حكمه شرعاً عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعاً عما يتناوله الإذن لا الإنابة ولا التوكيل، لأن حكم الشيء ما يثبت به، والثابت بالإذن في التجارة فك الحجر عن التجارة اه. فيجوز أن يكون المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤول إلى معنى انفكك الحجر ويصير صفة للحجر، ولا شك أن المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الإذن شرعاً ما هو مصدر عن المبني للفاعل وصفة للإذن. فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكماً للإذن الشرعي، إذ لا ريب أن الانفكك أثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر. ثم إن الأظهر في بيان حكم الإذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه إلى التحفة حيث قال: وأما حكمه فملك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها، وعدم ملكه ما لم يكن كذلك، إلى هذا أشار في التحفة، وذلك لأن حكم الشيء ما

محجوراً عن التصرف في مال المولى قبل إذنه (والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لأنه بعد الرق بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك حق المولى انحجر عنه (فلا بد من إذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه) فقوله وإسقاط الحق الخ كالتفسير لقوله فك الحجر. وقوله عندنا إشارة إلى خلاف الشافعي رحمه الله، فإن الإذن عنده توكيل وإنابة، وصحح المصنف رحمه الله كونه إسقاطاً عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت، فإنه لما كان

المصنف الخ قوله: (ولهذا لا يرجع بما لحقه من المهدة الخ) أقول: قال صاحب الهداية في أول الوكالة إن وكل صبيّاً محجوراً عليه يعقل البيع والشراء وعبدٌ محجوراً عليه جاز، ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما قوله: (وهذا لأن أول تصرف يبشره العبد المأذون الشراء) أقول: بل أول تصرف يبشره مؤاجرة نفسه. والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما

تصرفه إلا موجباً تعلق الدين برقبته وبكسبه، وذلك مال المولى فلا بد من إذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه، ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى، ولهذا لا يقبل التأقيت، حتى لو أذن لعبده يوماً أو شهراً كان

يثبت بالشيء، والثابت بالإذن ما قلنا فكان حكماً له، إلى هنا كلامه قوله: (والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته، لأنه بعد الرق بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) فإن قيل: المأذون عديم الأهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلاً لنفس التصرف، لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلاً لسببه. أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك، ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه، وهذا لأنه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلاً لقضائها وأدنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الأصلي للتصرف، وملك العين شرع للتوصل إليه فما هو الحكم الأصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه، وهو نظير من اشترى شيئاً على أن البائع بالخيار ثم مات، فمتى اختار البائع البيع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث بتصرف بشاره المورث بنفسه، كذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب الأصول. أقول: فيه بحث، لأنهم أن أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهله الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم بشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك لمولاه رقة لا يداً، والمدير مملوك له يداً لا رقة، فإن الرقيق إذا كان مالكاً يده فكيف يكون مملوكاً لمولاه يداً في صورة إن كان قناً أو مدبراً، وإن أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه بالإذن أو الكتابة فلا يتم التقريب، إذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه قوله: (ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) قال في العنايه: وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله: ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى، وهذا لأن أول تصرف يبشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع، والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها، حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة، ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وإن كذبه المولى فكان الشراء حقاً له، وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضاً، لكن شرطنا إذن المولى دفعاً للضرر عنه بغير رضاه اهـ. وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلاً عن الذخيرة. أقول: يرد على ظاهر قوله لأنه أول تصرف يبشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فإنه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب، ولا يقتضي شيء منهما أن يكون له مال كما لا يخفى. ويمكن أن يقال: يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعاً فيها. ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي

تصرفه بحكم مالكه الأصلية وأنها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دلّ على أنه إسقاط لحق المولى لا غير، إذ الإسقاطات لا تنوِّت كالطلاق والعناق. فإن قيل: قوله فك الحجر جواب وإسقاط الحق المذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه؟ فالجواب من وجهين: أحدهما أنه ليس باستدلال وإنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرّف بذلك كما أشرنا إليه. والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً، وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله: (ولهذا لا يرجع لما لحقه من العهدة على المولى) وهذا لأن أول تصرف يبشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع، والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته

سيجيء. ثم اعلم أن قوله وهذا إشارة إلى قوله وصحح المصنف كونه الخ قوله: (والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول: فيه بحث قوله: (إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول: لهما أن يقولوا ذلك لحماقة المعامل حيث اغترا بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى، ولذلك نظائر قوله: (وليس للمولى فيه ضرر متحقق، لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول: إذا كان لحق الدين

مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه، لأن الإسقاطات لا تتوقت، ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة، كما إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت بصير مأذوناً عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله. ولا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً أو

التصريح به من المصنف، وأنهما هما الغالب وقوعاً في باب التجارة، فعلى مقتضى ذلك البناء إذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثمة. وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية: لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه. والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد على ما سيجيء. اهـ. أقول: في كل من إirاده وجوابه سقامة. أما في الأول فلأنه قال: بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم، وكان الظاهر أن يقول: بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه، على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الأساس والمغرب، وكان للصواب أن يقول بدل ذلك إيجار نفسه كما قلت فيما مر. وأما في الثاني فلأننا بصدد إثبات ما قلنا إن العبد المأذون له يتصرف بعد الإذن لنفسه بأهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم، بل لم يقع للتصريح من المصنف ها هنا بما قاله الخصم أصلاً فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبنا، على أنها لو حملت على مذهب الخصم لم تسلم أيضاً لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل، والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يفد الحمل على مذهبه، فالذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير قوله: (ولهذا لا يقبل التأقيت) قال صاحب العناية: وصحح المصنف كونه إسقاطاً عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت. ثم قال: فإن قيل: قوله: فك الحجر وإسقاط الحق المذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه؟ فالجواب من وجهين: أحدهما أنه ليس باستدلال، وإنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرّف بذلك كما أشرنا إليه. والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً اهـ كلامه. أقول: في كل من وجهي الجواب نظر. أما في الأول فلأن تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال، فإن ما يدل على ذلك هو الدليل، وتصحيح النقل به هو الاستدلال، فما معنى قوله: إنه ليس باستدلال. وأما في الثاني فلأن كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح، لأن حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وإن كان أثراً مترتباً عليه، وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحد به في الذات فأني يكون أحدهما هو الآخر، وقد مر مثل ذلك من قبل. والحق في الجواب أن يقال: ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لأنه تصوّر، والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني، كأن يقال: هذا التعرف صحيح، وهذا التعريف مطابق لأصولنا أو نحو ذلك. ولا يخفى أن تلك الأحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعاً، ونظير هذا ما حققوا في قته من أن المنع والنقض والمعارضة في التعريف إنما تتوجه إلى الأحكام الضمنية لا إلى نفس التعريفات، تدبر ترشد قوله: (ولا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى أو لأجنبي

بإيجاب الثمن فيها، حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة، ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح، وإن كذبه المولى فكان الشراء حقاً له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضاً، لكن شرطنا إذن المولى دفعاً للضرر عنه بغير رضاه، والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع، فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر. فإن قيل: العبد المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلاً لنفس التصرف، لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك. أحيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل في ذلك، وقد قررنا تمام ذلك في التقرير. فإن قيل: لو كان الإذن فك الحجر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لأنه أسقط حقه والساقط

غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضاً متوهماً فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد، لا بد من التأمل قوله: (وقيل فيه نظر، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق النسخ) أقول: وعندي أن النظر غير وارد، لأن كون السكوت إذناً كان لأجل دفع الضرر، فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذناً.

لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً، لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له، ولو لم يكن المولى راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم. قال: (وإذا أذن المولى لعبده في التجارة إذناً عاماً جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسألة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيد. ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة (ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما) هما يقولان إن البيع بالفاحش

بإذنه أو بغير إذنه صحيحاً أو فاسداً) قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد أن قال مثل هذا: هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره. وذكر قاضيهان في فتاواه: إذا رأى عبده يبيع عيناً من أعيان المالك فسكت لم يكن إذناً، وكان المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اهـ. أقول: كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيهان في فتاواه، وليس الأمر كما فهمه، إذ الظاهر أن مراد الإمام قاضيهان أن سكوت المالك فيما إذا رأى عبده يبيع عيناً من أعيان ماله لا يصير إذناً في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر التصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقاً، ويرشد إليه قوله: وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن، فإن المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب، ولا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت إذناً في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما إذا باع عيناً مملوكاً للمولى بغير رضاه، بل خلافه مصرح به في أكثر الشروح وعامة المعبرات. قال في البدائع: وأما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهيه فيصير مأذوناً في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت. وأما في الشراء فيصير مأذوناً، وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذوناً اهـ. وقال في المحيط البرهاني: قال محمد رحمه الله في الأصل: إذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشترى ولم ينه عن ذلك يصير العبد مأذوناً في التجارة عند علمائنا الثلاثة، وإذا رأى عبده يبيع عيناً من أعيان ماله فسكت يصير مأذوناً في التجارة، ولكن لا يجوز بيعه مال المولى. قال محمد رحمه الله: وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئاً بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذوناً في التجارة وإن كان لا يجوز هذا الشراء كذا ها هنا اهـ. فكيف يجوز حمل كلام قاضيهان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الأصل بقوله: وإذا رأى عبداً يبيع عيناً من أعيان ماله فسكت يصير مأذوناً في التجارة، فالوجه أن يحمل على مضمون قوله: ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه قوله: (لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له، ولو لم يكن المولى راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم) قال صاحب العناية في تفصيل هذا التعليق: وقلنا: جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان، إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تقضي إلى لحوق ديون عليه، وإذا لم يكن مأذوناً تتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق، وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك إضرار بالمسلمين بإتواء حقهم، ولا إضرار في الإسلام، وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه، فكان موضع بيان أنه راض به أولاً، والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان اهـ.

لا يعود. أجب بأن الرق لما كان باقياً كان الحجر بعده امتناعاً بحق الإسقاط فيما يستقبل لأن الساقط لا يعود (ثم إن الإذن كما يثبت صريحاً يثبت دلالة، كما إذا رأى عبده يبيع) من ماله شيئاً (ويشتري فسكت يصير مأذوناً عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الأصول. قالوا: السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات إلى تصرفه لعلمه بكونه محجوراً، والمحتمل لا يكون حجة. وقلنا: جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان، إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى، ومعاملتهم قد تقضي إلى لحوق ديون عليه، وإذا لم يكن مأذوناً تتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك إضرار بالمسلمين بإتواء حقهم، ولا إضرار في الإسلام، وليس للمولى فيه ضرر متحقق

منه بمنزلة التبرع، حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الإذن كالهبة. وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحرّ، وعلى هذا الخلاف الصبيّ المأذون (ولو حايى في مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين وإن كان فمن جميع ما بقي) لأن الاقتصار في الحرّ على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد، وإن كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحرّ (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لأنه قد لا يتفرغ بنفسه. قال: (ويرهن ويرهن) لأنهما من توابع التجارة فإنه إيفاء واستيفاء (ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت) لأن كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الأرض مزارعة) لأن فيه تحصيل الربح (ويشتري طعاماً فيزرعه في أرضه) لأنه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام «الزراع يتاجر به»^(١) (وله أن يشارك شركة عتاق ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لأنه من عادة التجار (وله أن يؤاجر نفسه عندنا) خلافاً للشافعي وهو يقول: لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لأنها تابعة لها.

واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله: والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما أن يقولاً ذلك لحماقة المعامل حيث اغترّ بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اهـ. أقول: ليس هذا بوارد. لأن المعامل لا يغترّ بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن لا يرضى بتصرف عبده ينهيه عنه ويؤدبه عليه، وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا: ولنا أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهيه عنه ويؤدبه عليه، فإذا لم ينعلم أنه راض فجعل سكوته إذناً دلالة دفعاً للغرور عن الناس، فإنهم يعتقدون ذلك إطلاقاً منه فيبايعونه حملاً لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف، كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه عن التغيير، وسكوت البكر وسكوت الشفيع اهـ. فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل إلى السؤال من المولى، وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته، هلا تكون النظائر لما عامله دون خلافه؟ ثم أقول: بقي شيء في تقرير صاحب العناية، وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه، وجعل ضرر المسلمين معتبراً مع أنه أيضاً غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه، فما الفرق والرجحان لا بد من البيان. ثم قال في العناية: فإن قيل: عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره، وكذا إذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن إذناً، والمرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذناً» وإذا رأى رقيقه يزوّج نفسه وسكت لم يكن إذناً، فما الفرق؟ أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت، وليس في ثبوت الإذن في غيره ذلك لما قلنا: إن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه، ولا يلزم من كون السكوت إذناً بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذناً بالنظر إلى متحقق، وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله، وفي الرهن لم يصح سكوته إذناً لأن جعله إذناً يبطل ملك المرتهن إلى متحقق، وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله، وفي الرهن لم يصح سكوته إذناً لأن جعله إذناً يبطل ملك المرتهن

لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه، فكان موضع بيان أنه راض به أو لا، والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان. فإن قيل: عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره، وكذا إذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن إذناً، والمرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذناً، وإذا رأى رقيقه يزوّج نفسه وسكت لا يكون إذناً فما الفرق؟ أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته، وليس في ثبوت الإذن في غيره ذلك لما قلنا إن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه، ولا يلزم من كون السكوت إذناً بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذناً بالنظر إلى متحقق، وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله، وفي الرهن لم يصح سكوته إذناً لأن جعله إذناً يبطل ملك المرتهن عن اليد، وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق. لا يقال: الراهن أيضاً يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجع ضرر المرتهن تحكّم، لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف، لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية، وبطلان ملك

(١) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٦٦، ٤ وقال ابن حجر في الدراية ٢٠٠، ٢: لم أجده.

ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه، إلا إذا كان يتضمن إبطال الإذن كالبيع لأنه ينحجر به، والرهن لأنه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى. أما الإجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه. قال: (فإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها) وقال زفر والشافعي: لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع،

عن اليد، وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق. لا يقال: الراهن أيضاً يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن، فترجيح ضرر المرتهن تحكم لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف، لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية، وبطلان ملك المرتهن عن اليد باث فكان أقوى. وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوّج نفسه فإنما لم يصير السكوت فيه إذناً. قال بعض الشارحين: ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام، لأن السكوت إنما يصير إذناً وإجازة دفعاً للضرر، ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والأمة لأن النكاح يكون موقوفاً، لأن نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه، ومنافع بضع المملوكة كذلك، وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً، وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد. وقيل: فيه نظر، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته، وإنما هو في أن سكوته إجازة أو لا، ولعل الصواب أن يقال: إن في ذلك ضرراً محققاً للمولى فلا يكون السكوت إذناً، إلى هنا لفظ العناية. وقال بعض الفضلاء: وعندي أن النظر غير وارد، لأن كون السكوت إذناً كان لأجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذناً اهـ. أقول: كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر، إذ لا كلام في أن كون السكوت إذناً كان لأجل دفع الضرر، وإنما هو في أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا، إذ لا شك أنه موقوف على إذن المولى، فإن كان سكوته إذناً تحقق الضرر فيه وإلا فلا فحيث احتمل أن يكون سكوته إذناً في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يقدح كون نكاحه موقوفاً على إذنه عدم ثبوت الضرر فيها وإن بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها إذناً لزم المصادرة، إذ هو أول الكلام الذي طوّل الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال، وهذا هو المراد بقوله: في النظر وإنما هو في أن سكوته إجازة أو لا، تأمل تقف قوله: (وعلى هذا الخلاف إذا نهاء عن التصرف في نوع آخر) يعني إذا نهاء عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما إذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها. والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت عنه يكون مأذوناً في جميع التجارات، خلافاً لزفر والشافعي كما ذكر في الإيضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية. قال صاحب العناية في هذا المقام: وكذا لو كان أذن له إذناً عاماً ثم نهاء عن نوع اهـ. أقول: هذا الشرح لا يطابق المشروح، إذ المراد به ما قررناه آنفاً يدل عليه لفظ آخر في قول المصنف إذا نهاء عن التصرف في نوع آخر، ويأبى ذلك ما قاله صاحب العناية قطعاً، كيف ومسألة الإذن العام قد مرت مع متفرعاتها في الصحيفة الأولى، ونحن الآن بصدد بيان مسألة الإذن في نوع خاص

المرتهن عن اليد باث فكان أقوى. وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوّج نفسه فإنما لم يصير السكوت فيه إذناً. قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله: لأن السكوت إنما يصير إذناً وإجازة دفعاً للضرر، ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والأمة، لأن النكاح يكون موقوفاً، لأن نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه، ومنافع بضع المملوكة كذلك، وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً، وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد. وقيل: فيه نظر، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته، وإنما هو في أن سكوته إجازة أو لا، ولعل الصواب أن يقال: إن في ذلك ضرراً محققاً للمولى فلا يكون السكوت إذناً (ثم لا فرق بين أن يبيع عبداً مملوكاً للمولى أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً، لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له، ولو لم يكن المولى راضياً به لمنعه للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة: أعني أن يبيع عبداً مملوكاً للمولى الخ. قال: (وإذا أذن المولى لعبده في التجارة) إذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشيء كان إذناً عاماً بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف، فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان، لأن التجارة اسم جنس محلى بأنلام فكان

وعلى هذا الخلاف إذا نهاء عن التصرف في نوع آخر. لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد، ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب. ولنا أنه

فلا معنى لخلطه حديث الإذن العام ما هنا كما لا يخفى قوله: (ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه، وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) أقول: لقائل أن يقول إن أريد أنه إسقاط الحق بجملته وفك الحجر بذمته فهو ممنوع، كيف ولو كان كذلك لصح هبته وإقراضه ونحوهما من التبرعات، وليس كذلك قطعاً كما سيأتي في الكتاب، وإن أريد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم، لكن لا يثبت به المدعى إذ لا يلزم منه إسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذوناً له في جميعها كما هو المدعى. فإن قلت: المراد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه مأذوناً له في جميع أنواع هذا الجنس لا في جميع أنواع أجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى. قلت: فلقائل أن يقول: إن أريد بقوله: فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك إذا أطلقه ولم يقيد بنوع فهو مسلم، لكن لا يجدي طائلاً لأن ما نحن فيه صورة التقييد، وإن أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وإن قيد بذلك فهو ممنوع، كيف وهلا يتوقف تمامه على أول المسألة وهو أن يكون الإذن في نوع من التجارة إذناً في جميعها فيؤدي إلى المصادرة على المطلوب. فإن قلت: علل صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون بقوله: الكون التخصيص إذ ذاك تصرفاً في ملك الغير وهو لا يجوز اه مصادرة على المطلوب.

عاماً يتناول جميع أنواع الأعيان، لأنه أي بيع الأعيان أصل التجارة، والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بغيرن يسير جاز) بالاتفاق (لتمتد الاحتراز عنه، وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما) قالوا: البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود، إذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الإثلاف فكان بمنزلة التبرع، ولهذا اعتبر من المريض من الثلث، وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الإذن بالمقصود. ولأبي حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لأنه بعد الإذن كالحر يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم، واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة. وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فإنه يصح من المأذون بالاتفاق، وفي حق المريض يعتبر من الثلث، فأبو حنيفة رحمه الله سؤى ما هنا بين البيع والشراء في الغبن الفاحش، وفرض بينهما في تصرف الوكيل لأن الوكيل يرجع على الأمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متهماً في أنه اشتراه لنفسه، فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الأمر، وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما مر أنه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء (وعلى هذا الخلاف الصبي) إذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبي حنيفة (ولو حابى العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال إذا لم يكن عليه دين) فينفذ وإن زادت على الثلث (وإن كان) عليه دين (لفمن جميع ما بقي) يعني يؤدي دينه أولاً فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد). لا يقال: المولى وارث لأنه رضي بالإذن بسقوط حقه، ولهذا لو أسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل (وإن كان الدين محيطاً بماله) تبطل المحاباة (يقال للمشتري: أذ جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحر) يعني إذا حابى في مرض موته (والمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه ويوكل بالبيع والشراء، لأن كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرع بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن ويرتهن لأنهما إيفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة، ويملك أن يتقبل الأرض) أي يستأجرها (ويستأجر الأجراء والبيوت لأن كل ذلك من صنيع التجار، ويأخذ

قوله: (إذ ذاك تصرفاً في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول: لا يقال: فينبغي أن لا يجوز الحجر بعد الإذن لأن التصرف في ملك الغير إنما يكون إذا كان للغير ملك، وفي الحجر بعد الإذن ليس كذلك تأمل قوله: (واجب بأن الإذن فيه تصرف الخ) أقول: يعني لا نسلم أنه فك الحجر وإسقاط الإذن، بل هو توكيل وإنابة قوله: (فليس السؤال وارداً) أقول: السؤال معارضة، فما لم تظهر قوة هذا الدليل لا يندفع السؤال قوله: (لعدم ولايته عليه) أقول: فلا يمكن حمله على الاستخدام إذ لا ملك له فيه.

إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه، وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع، بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته، وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه. قال: (وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون) لأنه استخدام، ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقاً لأهله، وهذا لأنه لو صار مأذوناً ينسب عليه باب الاستخدام، بخلاف ما إذا قال: أذ إلي الغلة كل شهر كذا، أو قال أذ إلي ألفاً وأنت حرّ لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب، أو قال له أقعد صباغاً أو قصاراً لأنه أذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذوناً في الأنواع. قال: (وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع) لأن الإقرار من توابع التجارة، إذ لو لم يصح

قلت: ذاك التعليل ليس بتام، إذ لقاتل أيضاً أن يقول: إنما يكون التخصيص تصرفاً في ملك الغير أن لو أطلق الإذن أولاً فيتحقق إسقاط الحق وفك الحجر على الإطلاق ويظهر مالكية العبد في التجارات مطلقاً ثم خصصه بنوع منها، وما نحن فيه ليس كذلك. إذ الكلام فيما إذا قيده أولاً فقال: أذنت لك في هذا النوع فقط، ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكيم مستقل ولآخره الذي هو قيده حكم آخر، بل للمجموع حكم واحد يتم أوله بآخره، فمن أين يلزم التصرف في ملك الغير؟ تأمل جداً. ثم قال صاحب العناية: ونوقض بالإذن في النكاح، فإنه فك الحجر وإسقاط الحق، وإذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها. وأجيب بأن الإذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير، لأن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بولي، والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى، ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف. فإن قيل: قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الإذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة في البرّ دون الخبز. أجيب بأنه ضرر غير متحقق، ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك. وبالجمله إذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته فليس السؤال وارداً، إلى هنا كلامه. أقول: إن قوله: وبالجمله الخ ليس بشيء. أما أولاً فلأن حاصل السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا

الأرض مزارعة لأن فيه تحصيل الربح) لأنه إن كان البذر من قبله فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج، وذلك أنفع من الاستئجار بالدرهم، لأنه إذا لم يحصل خارج لا يلزمه شيء بخلاف الاستئجار بالدرهم، وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو أجر نفسه من ربّ الأرض لعمل الزراعة ببعض الخارج، ولو أجر نفسه بالدرهم جاز كما سيجيء. فكذا هذا (وله أن يشتري طعاماً فيزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح، قال رحمه الله «الزراع يتاجر ربه» ولو أن يشارك شركة عنان) وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لأنها تتعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الإذن، فلو فعل ذلك كانت عتناً لأن في المفاوضة عتناً وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة (ويُدفع المال مضاربة ويأخذها لأنه من عادة التجار وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله) في أحد قوليه: (لأنه لا يملك العقد على نفسه) لكونه نائباً عن مولاه في التصرف في كسبه؛ ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه (فكذلك على منافعتها لأنها تابعة لها. ولنا أن نفسه رأس ماله) لأن المولى أذن له بالاكْتِسَاب ولم يدفع إليه مالاً (و) ما هو رأس المال المأذون له بالاكْتِسَاب (يملك التصرف فيه) ضرورة، والمأذون يملك التصرف في نفسه، والتصرف فيها إما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعتها، لا جائز أن يكون من حيث ذاتها لثلا يعمد على موضوعه بالنقض فإنه ما أذن له إلا للربح، فلو جوّزنا التصرف من حيث الذات أفضى إلى عدم الربح، فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل، فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود. قال: (فإن أذن له في نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الإذن عندنا فك الحجر وإسقاط الحق، وعند زفر والشافعي رحمهما الله أنه توكيل وإنابة، وعلى ذلك تنبني هذه المسألة، وهي أنه إذا أذن له في نوع من التجارة كالبرّ مثلاً دون غيره (كان مأذوناً له في جميع أنواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة، وكذا لو كان أذن له إذناً عاماً ثم نهاه عن نوع قالوا: الإذن توكيل وإنابة من

لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته، فإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر، بخلاف الإقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لأنه كالمحجور في حقه. قال: (وليس له أن يتزوج) لأنه ليس بتجارة. قال: (ولا يزوج ماله) وقال أبو يوسف: يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها. ولهما أن الإذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة، ولهذا لا يملك تزويج العبد، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي. قال: (ولا يكاتب) لأنه ليس بتجارة، إذ هي مبادلة المال بالمال، والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لأن المولى قد ملكه وبصير العبد نائباً عنه وترجع الحقوق إلى المولى، لأن الوكيل في الكتابة سفير.

يجوز، ولا يخفى أن ثبوت كون العبد متصرفاً بأهليته ومالكيته لا يدفع ورود ذلك، إذ لا شك أن المتصرف بأهليته ومالكيته لا يملك الإضرار بالغير، إذ لا إضرار في الإسلام. وأما ثانياً فلأنه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لا محالة، وإلا يلزم أن ينسد باب المعارضة بالكلية لأنها إقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد، ولا شك أن السؤال المزبور معارضة، فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا قوله: (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضا المولى. فإن قيل: ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضا مولاه حجر عليه. أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه، لأنه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه، إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعه القاضي على الورثة إن امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لا يعدّ حجراً لكونهم محجورين عن بيعه قبل

المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له) أي للمولى (دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الإذن بما خصه به كالمضارب) إذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البز مثلاً (ولنا أن الإذن بإسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) في أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصيص إذ ذاك تصرفاً في ملك الغير وهو لا يجوز. ونوقض بالإذن في النكاح فإنه فك الحجر وإسقاط الحق، وإذا أذن للعبد أن يتزوج فلأنه ليس له أن يتزوج غيرها. وأجيب بأن الإذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير، لأن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بولي، والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى، ولهذا جاز أن يجيره عليه فكان العبد كالوكيل والنايب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف. فإن قيل: قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الإذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة في البز دون الخبز. أجيب بأنه ضرر غير متحقق، ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به، على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه يدفع ذلك، وبالجمله إذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته وملكيته فليس السؤال وارداً قوله: (بخلاف الوكيل) يجوز أن يكون جواباً عن قوله كالمضارب، لأن المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لأنه يتصرف في مال غيره. وقوله: (وحكم التصرف) جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند: أي لا نسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى، بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة بغير إذن المولى، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه، وموضعه أصول الفقه. قال: (وإن أذن في شيء يعينه) إذا أذن المولى في شيء يعينه مثل أن يقول: اشتر هذه الثوب بعينه أو ثوباً للكسوة أو طعاماً رزقاً للأهل لم يكن مأذوناً، وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مفيداً إذا كان المراد به الاستخدام، لأنه لو جعل ذلك إذناً لانسد باب الاستخدام لإفضائه إلى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذوناً يصح إقراره بديون تستغرق رقبته ويؤاخذ بها في الحال، فلا يستجري أحد على استخدام عبده فيما اشتدت إليه حاجته لأن غالب استعمال العبد في شراء الأشياء الحقةرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والإذن بالتجارة، وهو أنه إن أذن بتصرف يتكرر صريحاً مثل أن يقول اشتر لي ثوباً بعه، أو قال بع هذا الثوب واشتر بثمانه أو دلاله، كما إذا قال أذ إلي الغلة كل شهر، أو أذ إلي ألفاً وأنت حر، فإنه طلب منه المال وهو لا يحصل إلا بالتكسب، فهو دلالة التكرار، أو قال أقمع صباغاً أو قصاراً، لأنه أذن بشراء ما لا بد له منه

قال: (ولا يمتق على مال) لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى (ولا يقرض) لأنه تبرع محض كالهبة (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض، وكذا لا يتصدق) لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة. قال: (إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من طعامه) لأنه من ضرورات التجارة استجلاً بقلوب المجاهزين، بخلاف المحجور عليه لأنه لا إذن له أصلاً فكيف يثبت ما هو من ضروراته. وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به، بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوا قبل الشهر يتضرر به المولى. قالوا: ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء

ذلك بغير رضا الغرماء، كذا في العناية وعامة الشروح، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى الذخيرة. أقول: في الجواب نظر، لأنه لا يحسم مادة الإشكال، إذ لسائل أن يعيد الكلام إلى كونه محجوراً عن بيعه قبل ذلك، فإنه يقتضي الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة. ثم إن الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر، إذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين، لأن حق الغريم يقدم على حق الوارث، ولهذا إذا امتق الورثة عبداً من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ إعتاقهم، بخلاف العبد المأذون له فإن ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ إعتاقه إياه، وسيأتي ذلك كله في الكتاب، فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين إنما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة، وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين. وأما كون المولى محجوراً عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل قوله: (إلا أن يفديه المولى) قال صاحب العناية: وقوله إلا أن يفديه المولى إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان

دلالة وهو نوع من الأنواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك إذناً، وإن أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون إذناً. ونوقض بما إذا غصب العبد متاعاً وأمره موله ببيعه فإنه إذن في التجارة وليس الأمر بعقد مكرر. والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة، وذلك لأن تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه، والإذن قد صدر منه صريحاً، فإذا بطل التقييد ظهر الإطلاق، وكلام المصنف رحمه الله يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي، والإذن بالأول دون الثاني فتأمل. قال: (وإقرار المأذون بالديون والغصب جائز) إقرار المأذون له بالديون والغصب والودائع جائز (لأن الإقرار بها من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر. فإن البائع قد لا يقبض الثمن فيكون ديناً أو يقبض فيودع عنده، وأما بالغصب فلأن الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان، فالضمان الواجب به من جنس التجارة، ومن ملك التجارة ملك توابعها لأنه لو لم يملكها لأذى ذلك إلى انتفاء التجارة، فإن الناس إذا علموا أن إقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته (ولا فرق في صحته بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته، فإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر) والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهما من المال والكسب (بخلاف الإقرار بما ليس من توابع التجارة) كما لو أقر أنه وطى جارية هذا الرجل بنكاح بغير إذن موله فاقترضها فإنه لم يصدق فيه (لأنه كالمحجور في حقه) وكذا لو أقر بجناية على حر أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فإقراره باطل، ولا يؤاخذ به حتى يعتق، لأن فك الحجر إنما يظهر في حق التجارة، فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان إقراره كإقرار المحجور. قال: (وليس للمأذون أن يتزوج لأنه ليس بتجارة. قال: ولا يزوج ماله) لذلك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الإمام لأنه تحصيل المال) وهو المقصود بالإذن (فكان بالإجازة، وقالوا: الإذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الإذن لتحصيل المال لكن لا مطلقاً بل على وجه يكون من صنيع التجار، وإنكاح الأمة ليس من ذلك، وقوله: (ولهذا لا

قوله: (لأنه لو كان عليه دين قليلاً كان أو كثيراً) أقول: قال الإمام العلامة الزيلعي: وهذا مشكل، فإن الدين إذا لم يكن مستغرقاً لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى بإجماع أصحابنا، حتى جاز للمولى عتق ما في يده، فكيف تنصور هذه المسألة على قول من يأبى هذا وإنما الخلاف في المستغرق، فعند أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اه قوله: (قل الدين أو كثر) أقول: فيه بحث قوله: (بخلاف بدل الكتابة فإنه يؤدي الخ) أقول: فيه نوع تأمل، فإنه إذا كان مديوناً لا تجوز الكتابة إلا أن يكون ارتكاب الدين بعد الكتابة، وفيه وجه آخر فتدبر.

اليسير كالرغيف ونحوه، لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة. قال: (وله أن يحط من الثمن بالمعيب مثل ما يحط التجار) لأنه من صنعهم، وربما يكون الحط أنظر له من قبل المعيب ابتداء، بخلاف ما إذا حط من غير عيب لأنه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنع التجار، ولا كذلك المحاباة في الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لأنه من عادة التجار. قال: (وديوونه متعلقة برقبته يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى) وقال زفر والشافعي: لا يباع ويباع كسبه في دينه بالإجماع. لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا

المولى حاضراً لأن اختياره الفداء من الغائب غير متصور اهـ. أقول: فيه بحث، لأن قوله إلا أن يفديه المولى إنما يشير إلى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء، لأنه إنما يتصور إذا كان المولى حاضراً بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور، وأما أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً فلا إشارة في قوله المذكور إليه، لأن الفداء من المولى إنما يتصور عند حضور المولى أو نائبه. وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضاً كما لا يخفى. والبيع إنما يجوز فيما إذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثبوت في المسألة المذكورة، فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتين الحضور والغيبه احتمل جواز البيع في كل من تينك الصورتين أيضاً فمن أين حصلت الإشارة إلى انحصار جوازه في صورة حضور المولى؟ نعم البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً كما صرحوا به في الشروح وعامة المعتمدين حيث قالوا: هذا إذا كان المولى حاضراً. فأما إذا كان غائباً فإنه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى، فإن الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع إلا بحضرته أو بحضرة نائبه، بخلاف الكسب فإنه يباع بالدين وإن كان المولى غائباً لأن الخصم فيه هو العبد اهـ. لكن الكلام في حصول الإشارة إليه في القول المصنف: إلا أن يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر قوله: (وهذا لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن) قال صاحب العناية: وهذا إشارة إلى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف فسيبها داخل تحتها، وإذا كان داخلاً تحتها كان ملتزماً، فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرار لأن الكسب قد لا يوجد والعق كذا فتتوى حقوق الناس. وقال: ويجوز أن يكون بياناً لقوله ظهر وجوبه في حق المولى اهـ. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الأوجه هو الذي ذكره ثانياً بقوله: ويجوز أن يكون بياناً الخ وإن كان أسلوب تحريره يشعر بخلافه، وذلك لأن كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الإذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما في

يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية، بل فيه تعيب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة قوله: (وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق، ولا تزويج الأمة عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمهم الله، قال في النهاية: في هذه الرواية نظر، لأنه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهما: يعني الأب والوصي أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف، حيث جعل الأب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب، وللمكاتب أن يزوج أمته لأنه اكتساب لاستفادته المهر. قال: وما ذكره في المكاتب أصح لأنه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتممة ومختصر الكافي وأحكام الصفار. وقال بعض الشارحين: يحمل على أن في المسألة روايتين. قال: (ولا يكاتب لأنه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكاتب لأنه يتضمن التجارة، وهذا ليس به حارة (لأن التجارة مبادلة المال بالمال، والبدل) وإن كان مالا (لكنه مقابل بفك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لأن هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الإجازة فتكون الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، وبيانه ما قاله: (لأن المولى قد نلّكه) لأن كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الإجازة (ويصير العبد نائباً عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (إلى المولى لأن الوكيل في الكتابة سفير) لكونها إسقاطاً فكان قبض البدل إلى من نفذ العتق من جهته.

تفويت مال قد كان له، وذلك في تعليق الدين بكسبه، حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة، بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جنائية، واستهلاك الرقبة بالجنائية لا يتعلق بالإذن. ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك، والجامع دفع الضرر عن الناس، وهذا لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن، وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة، فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى، ويتعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه، وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما، غير أنه

حق تضرر الناس، فإنهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير إذن المولى، وسواء كانت التجارة داخلة تحت الإذن أو تجارة داخلة تحته، كما إذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة. وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لا محالة، فبالحمل على المعنى الأول لا يتم الفائدة والتقريب. وأما بالحمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك، لأن

ولقائل أن يقول: الوكيل سواء كان سفيراً أو لا إذا عقد العقد لا يحتاج إلى إجازة لها هنا ليس كذلك. ويمكن أن يجاب عنه بآثبات الوكالة بطريق الانقلاب، وإنما قال ولا دين عليه لأنه لو كان عليه دين قليلاً كان أو كثيراً بطلت كتابته وإن أجازها المولى لأن المولى بالإجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسباً للعبد. وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثر (ولا يعتق على مال لأنه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم (فالإعتاق أولى) وهذا إذا لم يجز المولى، فإن أجاز ولا دين عليه جاز لأنه يملك إنشاء العتق فيملك الإجازة وقبض المال إلى المولى دون العبد، وكذا إذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لأنه لو أنشأ العتق جاز ويضمن القيمة، فكذا إذا أجاز ولا سبيل للغرماء على العوض، لأن ما يوديه (كسب الحر ولا حق في كسب الحر)، بخلاف بدل الكتابة فإنه يؤدي في حال الرقبة فتعلق به حقهم ولا يقرض ولا يهب بمعرض وبغيره ولا يتصدق، لأن كل ذلك تبرع بصريحة ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة، إلا أن يهدي السير من الطعام (أو يضيف) ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير إلى أن إهداء غير المأكولات لا يجوز أصلاً، والإهداء اليسير راجع إلى الضيافة اليسيرة، والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته، قال محمد بن سلمة رحمه الله: إن كان مال تجارته مثلاً عشرة آلاف درهم فأتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيراً، وإن كان مال تجارته عشرة دراهم مثلاً فأتخذ ضيافة بمقدار دنانير فذاك يكون كثيراً عرفاً، والهدية بالمأكول كالضيافة به، والقياس أن لا يصح شيء من ذلك لأنه تبرع، لكن تركناه في اليسير لأنه من ضرورات التجارة استجلاً لقلوب المجاهزين، والمجاهز هو الغني من التجار فكانه أريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالمجهز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فحرف إلى المجاهز، كذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر. قال: (وديونه متعلقة برقبته) إذا وجب ديون على المأذون بالتجارة أو بما هو في معناها، فإن كان له كسب يبيع بدينه بالإجماع، وإن لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (بياع للغرماء إلا أن يفديه المولى. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يباع) لأن غرض المولى من الإذن تحصيل مال له لم يكن حاصلًا لا تفويت مال حاصل، وذلك أي غرض المولى حاصل في تعلق الدين بكسبه حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل للمولى. وقوله: (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه. فإن قيل: إذا استهلك شيئاً تعلق دينه برقبته يباع فيه كذلك. أجاب بقوله: (بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جنائية، واستهلاك الرقبة بالجنائية لا يتعلق بالإذن) ولهذا لو كان محجوراً عليه يبيع بذلك، وليس الكلام في ذلك وإنما الكلام فيما يتعلق بالإذن (ولنا أن ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى) بالإذن، وهذا ظاهر (و) كل دين ظهر وجوبه في حق المولى (تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس) قوله: (وهذا) إشارة إلى دفع الضرر، وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف فسيبها داخل تحته، وإذا كان داخلاً تحته كان ملتزماً، فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرار لأن الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتوى حقوق الناس، ويجوز أن يكون بياناً لقوله ظهر وجوبه في

قوله: (وهذا إشارة) أقول: ولعل الأولى أن يكون قول المصنف وهذا إشارة إلى تعلق الدين برقبته قوله: (إلى دفع الضرر) أقول: يعني الضرر الحاصل بتعلق الدين برقبته قوله: (قيل وليس بواضح، إلى قوله: لأنه لا دليل الخ) أقول: وفيه بحث، فإن ندور الشراء بغير يوضحه قوله: (ومعنى هذا الكلام الخ) أقول: فيه تأمل قوله: (والجواب الأول على مله أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو مخصوص بما

يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى، وعند انعدامه يستوفي من الرقبة. وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والأمانات إذا جحدتها، وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء

المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم إبطال حق المولى من غير رضا، وإذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت إذن المولى زال ذلك المانع قطعاً فتعلق الدين برقبته. ومما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب الكافي دليلنا ها هنا حيث قال: ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى، لأنه وجب بسبب التجارة وإذنه قد ظهر في حق التجارة فتباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعاً للضرر عن الناس، وكذا تحرير صاحب الغاية إياه حيث قال: ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياساً على دين الاستهلاك. أما وجوبه على العبد فظاهر. وأما ظهوره في حق المولى فلأن سبب الدين هو التجارة بإذن المولى فكان ظاهراً في حق المولى لا محالة، وإذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك، بخلاف ما إذا أقر المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم إذنه اه كلامه. ثم إن بعض الفضلاء قال ها هنا: ولعل الأولى أن يكون قول المصنف وهذا إشارة إلى تعلق الدين برقبته اه. وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا: أي كون دين تجارته متعلقاً برقبته باعتبار أن سببه التجارة، وهي أي التجارة داخلية تحت الإذن اه. أقول: هذا الاحتمال ها هنا ليس بشيء لأن تعلق الدين برقبته أصل المدعي الذي وقع فيه الخلاف لزفر والشافعي، ولو كفى في إثبات ذلك قوله: لأن سببه

حق المولى. وقوله: (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قولهما إن غرض المولى من الإذن تحصيل مال له الخ، وبيانه أن الدين إذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملاً على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فإن خوف التوى يمنعه من ذلك، فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضاً للمولى. فإن قيل: لا يصلح أن يكون غرضاً للمولى لأنه يتضرر به والضرر لا يكون غرضاً. أجاب بقوله: (وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه إشكال، وهو أن المبيع إن كان باقياً وفيه وفاء بالدين لا يتحقق بيع العبد، وإن لم يكن باقياً أو كان وليس فيه وفاء بها لم يكن دخوله في ملكه دافعاً للضرر. وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فإنه لا يجب على المولى رده إن كان باقياً، ولا ضمانه إن لم يكن، بل يباع العبد بالدين إن اختاره المولى ويكون البيع جابراً لما فات من العبد، والظاهر أي الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد. قيل: وليس بواضح، وذلك لأنه لا تنافي بينهما، غير أنه يبدأ بالكسب في استيفاء نظراً للجانبين، وعند عدمه يستوفي من الرقبة لأنه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما إذا قبض مبيعاً قبل تركب الديون دون غيره، بل الواضح فيه أن يقال: المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب، وذلك لا يكون إلا بعد دخول مبيع، أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته، وهلاكه في ملكه لا يخرج عن المقابلة، والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدي من قيمة العبد لأن الشراء بغبن نادر، ومعنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشترى الديون التي على العبد بالعبد، ولو لم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو نادر، وتحقيقه أنها لو لم تكن مساوية لا اختار أداء الديون دون بيع العبد. والجواب الأول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض. والثاني عام لكنه إنما يستقيم على مذهبهما، فإن المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجيء. وقوله: (وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة، وذلك لأنه لا تنافي بينهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظراً للجانبين، وعند عدمه يستوفي من الرقبة دفعاً

ذكر المعترض والثاني عام، لكنه إنما يستقيم على مذهبهما الخ) أقول: قوله الأول أراد به ما تقدم بسعة أسطر تخميناً، وهو قوله وأجيب عنه بأن المراد مبيع قبضه الخ. وقوله بما ذكر المعترض أراد به ما تقدم بستة أسطر تخميناً، وهو قوله على أنه مخصوص بما إذا قبض مبيعاً الخ.

فيلحق به قال: (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة (فإن فضل شيء من ديونه طوّل به بعد الحرية) لتقرّر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانياً) كي لا يتمتع البيع أو دفعاً للضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلو له (وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لأنه لو لم يكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب، والزيادة على غلة

التجارة وهي داخلة تحت الإذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة. ولا يخفى أن العمدة في إثبات مطلوبنا هذا إنما هي قوله: ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج إلى البيان، وتعلق الدين بريقته نتيجة متفرعة عليه، ولذلك فرع عليه المصنف إياه بقوله: فيتعلق بريقته، فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله: وهذا إشارة إلى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير، وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق قوله: (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة، فإن فضل شيء من ديونه طوّل به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: إذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرما بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة، وإن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه، كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرما، فإن بقي عليه شيء من ديونه: أي ديون العبد طوّل به بعد الحرية لتقرّر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة اه كلامه. أقول: في تقريره خلل، فإن ذكر قوله فإن بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التفريع بعد أن قال: وإن لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم، لأنه إذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه عليه فما معنى الشرطية، وكان حق التحرير أن يقول: فما بقي عليه شيء من ديونه طوّل به بعد الحرية، بخلاف قول المصنف: فإن فضل شيء من ديونه طوّل به بعد الحرية فإنه في موقعه إذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون، بل إنما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التفريع كما لا يخفى قوله: (لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ: فكان ككسب غير منتزع اه. أقول: قد أحل

للضرر عن الناس كما تقدم. وقوله إلا أن يفديه المولى إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً، لأن اختيار الفداء من الغائب غير متصور لأن الخصم في رقة العبد هو المولى فلا يجوز البيع إلا بحضوره أو بحضوره نائبه، بخلاف بيع الكسب فإنه لا يحتاج إلى حضور المولى لأن العبد خصم فيه. فإن قيل: ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير أمر مولاه حجر عليه. أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه، لأنه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه، إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرما، وحجر المحجور غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة إذا امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لا يعدّ حجراً لكونهم محجورين عن بيعه قبل ذلك بغير رضا الغرما قوله: (وقوله في الكتاب) يعني مختصر القدروري، ومعناه ظاهر. قال: (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) إذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرما بالحصص (لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة) وإن لم يكن وفاء بالثمن يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرما (فإن بقي عليه شيء من ديونه) أي ديون العبد (طوّل به بعد الحرية لتقرّر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) ولا سبيل لهم عليه قبلها لأنه صار ملكاً للمشتري، والدين ما وجب بإذن فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانياً كي لا يتمتع البيع) فإن المشتري إذا

وقوله والثاني أراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ قوله: (ولا سبيل لهم) أقول: بأخذ كسبه قوله: (فلم يكن راضياً ببيعهم) أقول: إذا علم أنه يباع ثانياً يكون راضياً به قوله: (فكان ككسب غير منتزع) أقول: ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة، وفيه بحث فالحق تعميمه التعلق بكسبه أيضاً قوله: (ومعناه: له أن يأخذ الضريبة التي ضريها عليه في كل شهر بعدما لزمته الديون الخ) أقول: قوله بعد ناظر إلى قوله أن يأخذ قال المصنف: (وإن بايعه الذي علم بحجره) أقول: لفظة أن للوصل.

المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم. قال: (فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك، ويشترط علم أكثر أهل سوقه، حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر، ولو بايعوه جاز، وإن بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحض من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوخ الحجر واشتعاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام، ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إلى أن يعلم بالعزل، وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به، وإنما يشترط الشيوخ في الحجر إذا كان الإذن شائعاً. أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه. قال: (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتداً صار المأذون محجوراً عليه) لأن الإذن غير لازم، وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء، هذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون، وكذا باللعن لأنه موت حكماً

بحق المقام بما زاده، فإن التشبيه بكسب غير منتزع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصاً بما يقبله العبد من الهبة، مع أنه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجريانه في صورتين معاً بلا تفاوت، كيف ولو كان مخصوصاً بصورة قبول الهبة لبقيت المسألة الأولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة

علم أن العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانياً بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الأول ويتضرر الغرماء (أو دفعاً للضرر عن المشتري) لأنه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضياً ببيعه بسبب الدين، فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به، ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن فإنه لا يباع عليه ثانياً وإن كان راضياً بالبيع، لأن الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبديل الذات قوله: (ويتعلق دينه بكسبه) لبيان الكسب الذي يبدأ به، والذي لا يبدأ به. فالكسب الذي لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة، لأن المولى إنما يخلقه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك (ولمولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الأرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك. ومعناه: له أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمته الديون كما كان يأخذ قبل ذلك، وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء، ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون. والقياس أن لا يأخذ أصلاً، وإن أخذ شيئاً رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء، ولكنه استحسب قليل لسلامة المقرّر قبله للمولى لأن في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بإبقائه على الإذن بسبب ما يصل إليه من الغلة، فلو لم يمكن من ذلك الحجر فلا يحصل الكسب. وأما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة، فإن أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها. ثم إذن المولى لعبيه إما أن يكون شائعاً أو لا، فإن كان الأول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولأكثر أهل سوقه لئلا يتضرر الناس لما لم يرضوا به من تأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه، لأن العبد إن اكتسب شيئاً أخذه المولى، وإن لحقه دين أقام البينة أنه كان قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك: أي تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على إذنه إلى أن يعلم بالحجر لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به، فكان كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل، ولو حجر في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة، وإن بايعه الذي علم بحجره لأن الإذن لا يتجزأ؛ ألا ترى أنه لا يتجزأ ابتداء فكذا بقاء، ولو حجر في بيته بمحض من أهل سوقه انحجر لأن المعتبر شيوخ الحجر واشتعاره، فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعاً للهرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام. وإن كان الثاني بأن لم يعلم بالإذن إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والإضرار. قال: (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف إذا لم يكن لازماً كان لدوامه حكم ابتداءه فيحتاج إلى قيام الأهلية حالة البقاء كالابتداء، وعلى هذا إذا مات المولى أو جن جنوناً مطبقاً وقد تقدم في الوكالة تعريفه أو لحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتهاء الأهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكماً، لأن اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته. قال: (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه. وقال الشافعي رحمه الله: يبقى مأذوناً لأن

حتى يقسم ماله بين ورثته. قال: (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه) وقال الشافعي: يبقى مأذوناً لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن، فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب. ولنا أن الإباق حجر دلالة، لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه، بخلاف ابتداء الإذن، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها، وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر. قال: (وإذا ولدت المأذون لها من مولاهم فذلك حجر عليها خلافاً لزفر، وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء) ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة، بخلاف الابتداء لأن التصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها إن ركبها ديون) لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء، إذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم. قال: (وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها) لانعدام دلالة الحجر، إذ العادة ما جرت بتحصيل المدبرة، ولا منافاة بين حكميها أيضاً، والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد. قال: (وإذا حجر على المأذون له فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة) ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضي مما في يده. وقال

في المقام، ولم يمهّد مثله من المصنف رحمه الله قط قوله: (بخلاف ابتداء الإذن، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول: لقائل أن يقول: إذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الأبق محجوراً في البقاء أيضاً، إذ قد وجد التصريح بالإذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الإباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر. ثم أقول: يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالإذن في

الإباق لا ينافي ابتداء الإذن) فإن المولى إذا أذن لعبده الأبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذوناً، فلان لا ينافي بقاءه أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فإن المولى لو أذن لعبد المصنوب الذي يمكن للمالك أخذه بأن يكون له بيئة أو يكون الغاصب مقرأ صح. وكونه مغصوباً لا ينافي الإذن فكذا كونه أبقاً (ولنا أن الإباق حجر دلالة، لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه) ولم يتحقق ذلك من الأبق فلا يكون راضياً به، وإنما لم يكن مانعاً في الابتداء لأننا نجعله حجراً دلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب، لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر) وإن عاد من الإباق على يعود الإذن؟ لم يذكره محمد رحمه الله، والصحيح أنه لا يعود (واستيلاد المأذون لها حجر عليها) إذا لم يصرح بخلافه وقال زفر رحمه الله: (ليس بحجر اعتباراً بالابتداء) فإن المولى لو أذن لأم ولده جاز، فكذا إذا استولدها بعد الإذن وهو القياس. واستحسن العلماء رحمهم الله حجرها بالاتفاق، لأن العادة جرت في الظاهر أن الإنسان يحصن أم ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجراً دلالة، ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتها إن ركبها الديون لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء، إذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم) قال: (وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها) معناه ظاهر، وإنما قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها. وقوله: (ولا منافاة بين حكمها) أي حكم الإذن والتدبير لأنه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق، وحق العتق إن كان لا يؤثر في فك الحجر لا يؤثر في الحجر عليه. قال: (وإذا حجر على المأذون له فإقراره جائز) إذا حجر على العبد المأذون له فأقر بما في يده من المال لغير مولاه فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله. قال المصنف: (ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره) وإنما فسره بذلك لأن مطلق الإقرار يفهم منه ما كان مضموناً كالديون والغصب، فبين أن المراد به التعميم وقدم الأمانة لذلك فيقضي بما في يده للمقر له وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: (لا يجوز إقراره) لأن المصحح لإقراره إما الإذن أو اليد، ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر. أما الإذن فلزواله بالحجر، وأما اليد فلأن الحجر أبطلها لأن يد المحجور عليه غير معتبرة شرعاً. ورد بأن لا نسلم أن يده غير معتبرة، فإنه لو استودع ودعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها، والمسألة في المبسوط، ولو كانت غير معتبرة كانت الودعة كوثب ألقت الریح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء.

قوله: (وصار كالغصب فإن المولى لو أذن لعبد المصنوب) أقول: الأولى أن يقول: أو غصب العبد المأذون يبقى الإذن على ما كان، إذ لا خلاف في صحة الإذن بعد الإباق حتى يحتاج إلى دليل.

أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يجوز إقراره. لهما أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر، وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره، ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر. وله أن المصحح هو اليد، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة، وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته، وإقراره دليل لتحقيقها، بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار، لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكماً فلا تبطل بإقراره، وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه، وهذا بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك

الابتداء لا يقتضي وجوده إلى حال الإباء، فالمعلوم قطعاً إنما هو وجوده في الابتداء. وأما وجوده في البقاء فإنما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة، ولذلك تكون دافعة لا مثبتة، فيجوز أن ترجح الدلالة عليها، وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل قوله: (لهما أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر، وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية: فإن قلت: يشكل على هذا ما ذكره في وديعة الميسوط بقوله عبد استودع رجلاً وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعة تاجراً كان العبد أو محجوراً عليه، فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل، لأن فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم تجعل كذلك، فعلم بهذا أن ليد اعتباراً وإن كان محجوراً، والدليل على هذا ما ذكره الإمام الاستروشنى في وديعة أحكام الصغار في تعليل هذه المسألة فقال: لأن العبد آدمي له يد حكمية فلا يكون لمولاه أن يأخذ من المودع ما لم يحضر العبد. قلت: تلك المسألة مؤولة ذكر تأويلها في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال: وهذا إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد، وأما إذا علم أنه كسبه فللمولى حق الأخذ، وكذلك إذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ، إلى هنا كلام صاحب النهاية. وقد اقتضى أثره صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الأولى. أقول: ذلك الجواب لا يسمن ولا يغني عن جوع، فإن تأويل تلك المسألة بما ذكر مع كونه مما ياباه قطعاً ما ذكره الإمام الاستروشنى في وديعة أحكام الصغار في تعليل تلك المسألة بما مر في آخر السؤال لا يجدي نفعاً في دفع الإشكال الناشئ من المقدمة القائلة إن يد المحجور غير معتبرة، إذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الوديعة التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها، بل إنما يأخذها ذلك العبد، فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية، وما لم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الإمامين في مسائلنا فلا يتم التقريب.

وأجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد. أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه، وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد قوله: (وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره) بيان لإبطال الحجر يده بمسائل متفق عليها، فإن المولى إذا انتزع ما بيده لا يسمع إقرار العبد فيه بالاتفاق، وكذا إذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح إقراره، ولا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا يتبع رقبته بسبب ذلك الإقرار بالاتفاق (ولأبي حنيفة رحمه الله أن المصحح لإقراره هو اليد ولهذا لا يصح إقراره بما انتزعه المولى من يده) لزوال المصحح (واليد باقية حقيقة) وحكماً. أما حقيقة فظاهر، لأن الكلام في الإقرار بما في يده. وأما حكماً فلأن شرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته وإقراره دليل لتحقيقها. ولقائل أن يقول: الإقرار دليل تحقق الحاجة مطلقاً أو عند صحته، والأول ممنوع والثاني مسلم، ولكن صحة هذا الإقرار في حيز النزاع فلا يصلح أخذه في الدليل. والجواب أن مطلقه دليل لتحقيقها حملاً لحال المقر على الصلاح. فإن قيل: لو كان إقراره دليل لتحقيقها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار. أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكماً. أما

قال المصنف: (وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول: مخالف لما سبق في المضاربة.

على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك، ولهذا لم يكن خصماً فيما باشره قبل البيع. قال: (وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده. ولو أعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة. وقالوا: يملك ما

لا يقال: يجوز أن يكون المراد بقولهما: في التعليل لأن يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسائلنا هذه، وهذا القدر من الكلية يكفي في إثبات مدعاهما ها هنا. لأننا نقول: هذا القدر من الكلية أيضاً غير متحقق، لأن من الصور المندرجة تحت مسائلنا هذه إقراره بعد الحجر بأن ما في يده أمانة لغيره، ففي هذه الصورة إذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاة فلا جرم أن تكون يده إذ ذاك معتبرة على مقتضى ما مر في مسألة المبسوط وتقرر بعد تأويلها، ومن تلك الصور أيضاً إقراره بعد الحجر بأن ما في يده غصب من غيره، ففي هذه الصورة أيضاً إذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاة تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك إذا لم يكن عين المغصوب متغيراً بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه، إذ لا يزول عنه حيثئذ ملك المغصوب منه كما سيجيء في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد، تدبر تفهم قوله: (فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) قال في العناية: يعني به الإذن، لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اهـ. وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضاً هذا المحل وإن اختلفت عبارتهم، منها ما ذكره صاحب الغاية فإنه قال: أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الإذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الإذن اهـ. أقول: فيه نظر، لأن عدم بقاء الإذن مقرر فيما نحن فيه أيضاً، وهو ما إذا حجر المولى على المأذون له بدون أن يبيعه، والمصنف ها هنا بصدد الفرق من قبل أبي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما إذا باعه، فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله: فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الإذن لما كان لذكر هذه المقدمة: أعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلاً ها هنا لعدم اختصاص عدم بقاء الإذن بما إذا باعه دون ما نحن فيه، فيلزم أن يكون قوله المذكور لغواً من الكلام، ولا ينبغي ذلك لمثل المصنف. والوجه عندي أن يكون مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله المزبور يده الحكمة كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته. ولما كان تبدل الملك فيما إذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الأول من يده الحكمة، بخلاف ما نحن فيه، فإن البدنية باقية حقيقة وحكماً ما لم يفرغ عن حاجته، وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هاتيك المقدمة جداً، فتأمل وكن الحاكم الفيصل قوله: (وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ) قال في العناية: إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله ورقبته، أو لا تحيط بشيء من ذلك، أو أحاطت بماله دون رقبته. فالأول كما أذن للعبد فاشترى عبداً يساوي ألفاً والمأذون أيضاً يساوي ألفاً وعليه ألفاً درهم. والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم. والثالث أن يكون عليه ألف درهم اهـ. أقول: لقائل أن يقول: هذه القسمة ليست بحاضرة، إذ هنا احتمال قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث. والجواب أنه قد

حقيقة فلان الكلام فيما انتزعه من يده قبل الإقرار. وأما حكماً فلان النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده بإقراره، لأنه إقرار بما ليس في يده أصلاً وهو باطل. والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما إذا انتزعه المولى الخ أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها، وهو ظاهر. وقوله: (على ما عرف) إشارة إلى حديث بريرة رضي الله عنها. وقوله: (فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) يعني به الإذن لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك. وقوله: (ولهذا لم يكن خصماً) توضيح لتبدل العبد، فإن العبد إذا باشر شيئاً قبل البيع لم يكن خصماً فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولولا تبدله لكان خصماً لصدور المباشرة عنه حقيقة. قال: (وإذا لزمته ديون) إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله ورقبته أو لا تحيط بشيء من ذلك، أو أحاطت بماله دون رقبته، فالأول كما إذا أذن للعبد فاشترى عبداً يساوي ألفاً والمأذون أيضاً يساوي ألفاً وعليه ألفاً درهم. والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم. والثالث أن يكون عليه ألف درهم،

في يده ويعتق وعليه قيمته) لأنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك إعتاقها، ووطء الجارية المأذون لها، وهذا آية كماله، بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظراً للموَرث والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته. أما ملك المولى فما ثبت نظراً للعبد. وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلقه فيه، وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريسته، وإذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به. قال: (وإن لم يكن الدين محيطاً بماله جاز عتقه في قولهم جميعاً) أما عندهما فظاهر، وكذا عنده لأنه لا يعرى عن قليله، فلو جعل مانعاً لانسد باب الانتفاع بكسبه

تقرر فيما مر أنه يبدأ بكسب المأذون المديون في الاستيفاء، وعند انعدام كسبه يستوفي من رقبته، فعلم منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدماً على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي هو كسبه، فكانت الأقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلاثة فيما إذا لزمته ديون، ولهذا لم يلتفت إلى قسم آخر هو احتمال عقلي محض لا تحقق له في الشرع قوله: (وإن لم يكن الدين محيطاً بماله جاز عتقه في قولهم جميعاً) الظاهر أن مراده إذا لم يكن الدين محيطاً بماله ورقبته جاز عتقه في قولهم جميعاً كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتمدة، إلا أنه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ما ذكرناه آنفاً من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته، وإذا لم تحط الديون بماله يتعين عدم إحاطتها برقبته فلم يحتج إلى ذكر الثاني بعد ذكر الأول، وما وقع في عامة الكتب فمن قبيل التصريح بما علم التزاماً لمجرد الاحتياط. ثم اعلم أن هذا الذي ذكره المصنف ها هنا هو حكم القسم الثاني من الأقسام الثلاثة المار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيما قبل،

ففي الأول لم يملك المولى ما في يده (ولو أعتق عبداً من كسبه لم يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: لا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لأن سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد) فإن ملك الأصل علة لملك الفرع (ولهذا يملك إعتاقها) يعني الرقبة (ووطء الأمة المأذون لها، وهذا) أي المذكور من ملك الإعتاق وحلّ الوطاء (آية كمال ملك الرقبة) فكان سبب الملك في الكسب موجوداً في الكمال فيملكه وينفذ فيه إعتاقه. فإن قيل: سلمنا ذلك، لكن المانع متحقق وهو إحاطة الدين فإنها تمنع عن ذلك، كما في التركة إذا استغرقتها الديون فإنها تمنع إعتاق الوارث. أجاب بقوله: (بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظراً للموَرث) بإيصال ماله إلى أقرب الناس إليه، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب، ولا نظر للموَرث في ذلك عند إحاطة الدين بتركته (بل النظر في ضده) أي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الدين لأنه فرض عليه والميراث صلة، وإذا كان سبب الملك النظر وقد فات فات الملك ولا عتق في غير الملك (أما ملك المولى فما ثبت نظراً للعبد) ليراعى ذلك بعدم العتق حتى تقضي ديونه (وإذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به. ولأبي حنيفة رحمه الله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه) يعني في مسألة تعلق الدين بكسبه (والمال الذي أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلقه فيه) يعني كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى، لأن الخلافة في الموضعين لانعدام أهلية الملك في المال، فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق، لأن المالكية عبارة عن القدرة، والموت والرق ينفيان ذلك، بل منافاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك حكماً لقيام حاجته إلى قضاء ديونه فكذلك الرقيق (وإذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عند عرف العتق وعدمه لكونه فرعه) فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق، ومن لم يقل به أبطله، وفي الثاني يملك المولى كسبه (وينفذ عتقه في قولهم جميعاً. أما عندهما فظاهر، وكذا عنده لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين، فلو جعل مانعاً لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق قيمته) وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب. ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز. قال (وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز) إذا باع العبد المديون الذي لزمته ديون من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز (لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين) ويعلم منه أنه

قوله: (فإن قيل: سلمنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول: يعني المانع عن ثبوت الملك.

فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه. قال: (وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز) لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وإن باعه بنقصان لم يجز مطلقاً) لأنه منهم في حقه، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة لأنه لا تهمة فيه، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته. أما حق

وحكم القسم الأول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله: وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده، ولو أعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة، وقالوا: يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته. وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط، وعن هذا قال صاحب العناية. وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب، ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اهـ. وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فإنه قال: قال في بيوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن لعبده في التجارة فاشتري عبداً يساوي ألفاً وهو يساوي ألفاً وعلى الأول ألف درهم ديناً فأعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز، وإن كان الدين ألفي درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه، وقال أبو يوسف ومحمد: عتقه جائز في الوجهين جميعاً اهـ. أقول: في جواز عتقه عند أبي حنيفة في الوجه الأول من هذين الوجهين المذكورين في بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الأقسام المأذون ذكرها إشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لإثبات مذهبه في القسم الخلاف الذي ذكر في الكتاب أولاً وفي الجامع الصغير ثانياً، فإن حاصل ذلك الدليل أن ملك المولى إنما ثبت خلافه عن العبد عند فراغه من حاجته، والمال الذي أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك، وإذا لم يثبت فيه الملك لم يجز إعتاقه. ولا يخفى أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما إذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغي أن لا يجوز إعتاقه فيه أيضاً قوله: (وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين) أقول: في هذا التعليل شيء، وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسألة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب، وقد صرح به في غاية البيان حيث قال: اعلم أن العبد المأذون المديون إذا باع من مولاه شيئاً بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعاً اهـ. وكونه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد، إذ قد مر في المسألة الأولى أنهما قالوا: المولى يملك ما في يد العبد المأذون ولو أحاطت ديونه بماله ورقبته، ولهذا لو أعتق من كسبه عبداً يعتق عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم: جميعاً فليتأمل في التوجيه قوله: (وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية: وهذا الخلاف متعلق بأول المسألة، وهو قوله: وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله: وبخلاف اهـ. ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه. وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه، بل المناسب

إذا لم يكن عليه دين لا يجوز لأنه ليس بأجنبي (وإذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقاً) أي سواء كان كثيراً أو قليلاً (لأنه منهم في حق مولاه) بميله إليه عادة، بخلاف ما إذا باع من الأجنبي بذلك فإنه يجوز مطلقاً لأنه لا تهمة فيه. فإن قيل: التهمة فيه قد تكون موجودة. أجب بأنه موهوم حيث إنه لم ينشأ عن دليل قوله: (وبخلاف ما إذا باع المريض) مروى بالواو وبغيره. قال في النهاية: وهذا الخلاف متعلق بأول المسألة، وهو قوله وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز. أما على تقدير الواو في قوله وبخلاف، وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه، بل المناسب لذلك عدم الواو. وقال: ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله وبخلاف ما إذا حابى الأجنبي: أي أنه يجوز في كل حال: أعني إذا كانت المحابة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة: وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الأحوال، وهذا أوجه، ولكن النسخة بالواو تأباه. قلت: ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى، لأن المفهوم من قوله وبخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحابة معه مطلقاً، ولا يرذ بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالاً عليه حتى

الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا. وقال أبو يوسف ومحمد: إن باعه بنقصان يجوز البيع، ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة، وإن شاء نقض البيع، وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء. ووجه ذلك أن الامتناع

لذلك عدم الواو اهـ. أقول: بل قوله: لأنه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح، فإنه معطوف حيثنذ على قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المسألتان: أعني قول القدوري: وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز، وقوله: وإن باعه بنقصان لم يجز ملاستان، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته، لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المترتب: أي المسألة الثانية ملاسة، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي والمسألة الأولى ملاسة، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته، لا أن كلتا المسألتين ملاستان بكلا الخلافين، فإذا تحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى. ثم إن في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيهاً آخر أشار إليه صاحب معراج الدراية حيث قال: قوله: وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأول المسألة ومعطوف على قوله: وإن باعه بنقصان لم يجز من

يحتاج إلى الجواب. والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأول المسألة، وفي كلامه تعقيد، وتقدير كلامه هكذا: وإن باع من المولى شيئاً بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل القيمة حيث لا يجوز عنده، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه: أي عين مال الميت حتى كان لأحدهما الاستخلاص بأداء قيمته، أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا: أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث، ثم بعد ذلك يذكر قوله: وإن باع بنقصان لم يجز الخ. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن باعه بنقصان بجوز البيع ويخير المولى، إن شاء أزال المحاباة بإيصال الثمن إلى تمام القيمة، وإن شاء نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ. قيل والصحيح أنه قول الكل لأن المولى بسبيل من تخلص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع، فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى، فصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المدين في تصرفه مع الأجنبي قوله: (وعلى المذهبين) أي مذهب أبي حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحاباة باليسير والكثير، فإن على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه إذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لا يجوز فلا يخير، وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى (ووجه ذلك) أي وجه الجواز مع التخير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم، وهذا) أي الذي ذكرناه من الجواز والتخير (بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة، والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منهما) أي من المولى والأجنبي متردد بين التبرع والبيع. أما التبرع فلخلف البيع عن الثمن في قدر المحاباة، وأما البيع (فلدخونه تحت تقويم المقومين) فاعتبرناه تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها، وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلاً، لأن المحاباة من العبد المأذون له لا تجوز على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن منه في البيع مع الأجنبي وهو إذن بمباشرة بنفسه، غير أن فيه ضرراً بالغرماء فيزال بإزالة المحاباة، وهذان الفرقان بلفظ التثنية، وفي بعض النسخ وهذا الفرقان: قال في النهاية: ولكن الأول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتاً في النسخ المصححة، والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والأجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالتها دون الأجنبي، والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا تجوز عندهما مع الأجنبي أصلاً وتجاوز مع المولى ويؤمر بالإزالة. وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس بمحتاج إلى ذلك، لأنه لا يجوز في البيع مع المولى شيئاً من المحاباة، وإنما يحتاج إلى الفرق بين المولى والأجنبي في جواز البيع مع الأجنبي مطلقاً

قوله: (وليس بصحيح لأنه معطوف عليه الخ) أقول: فيه بحث، فإنه معطوف على قوله بخلاف ما إذا حابى الخ: يعني أن مسألة القدوري ملتبسة، بخلاف هذا باعتبار جزئها الثاني، وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الأول قوله: (أو كان البيع بمثل القيمة) أقول: يفهم هذا بطريق الدلالة قوله: (قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم الخ) أقول: ويفهم منه جواز بيعه للأجنبي بمثل قيمته دلالة كما لا يخفى قوله: (ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول: بل يرد بأن يقال إذا جاز بيع المأذون من الأجنبي بالمحاباة: ينبغي أن يجوز بيع المريض من وارثه بها وبدونها أيضاً. فأجاب بقوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز فكيف بالمحاباة قوله: (والظاهر عدم الواو، إلى قوله: وفي كلامه تعقيد) أقول: فيه بحث قوله: (فافترقا: أي المولى والمريض) أقول: الظاهر أن يقال: أي العبد والمريض.

لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم، وهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة، والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها، وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلاً عندهما، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى، ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهو إذن بمباشرة بنفسه، غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء، وهذان الفرقان على أصلهما. قال: (وإن باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع، ولأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فإن سلم المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لأن حق المولى في العين من حيث الحبس، فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجه المولى على عبده، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً لأنه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين. قال: (وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز) لأن البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من

حيث المعنى. تقدير الكلام: وإن باع من المولى بمثل قيمته جاز، بخلاف ما إذا باع بالنقصان حيث لم يجز، وبخلاف ما إذا باع المريض، هذا على تقدير الواو في قوله: وبخلاف اهـ. والعجب أن صاحب العناية وإن لم يطلع على ما ذكرناه أولاً من التوجيه الوجيه، إلا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية. نعم في توجيهه تمحل لا يخفى، ولكن لا يخفى أيضاً أنه ليس بأبعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال: والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأول المسألة، وفي كلامه تعقيد إلى آخر ما ذكره كما سيأتي نقله وبيان حاله. وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق: ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به. وهو قوله بخلاف ما إذا حابى

ومع المولى بمثل القيمة، وقد ذكرناه في صدر الكلام. قال: (وإن باعه المولى شيئاً) كلامه ظاهر، إلى قوله: فإن سلم المبيع إليه: أي العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن، وتقرير دليله لأن حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع، والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به، فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجه على عبده، حتى لو أئلف شيئاً من ماله لم يضمن، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً فإن المولى يستوجه، وهو أحق به من الغرماء لأنه يملكه بعينه بالعقد، ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كما لو أودع عند عبده شيئاً أو غصبه منه (وإن أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جاز له لأنه بائع، وللبيع حق الحبس في المبيع، ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فإن قيل: فعلى هذا التقدير استوجب ديناً في ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله وهو لا يستوجه على ما قلتم آنفاً. أجاب بقوله: (وإن باع المولى للمولى حق في الدين إذا تعلق بالعين) يعني يجوز أن يستوجب على عبده ديناً إذا كان ذلك الدين متعلقاً بالعين، كالمكاتب فإن المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته، وهذا لأن البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن، فإذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يختار بين إزالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد) سواء كانت يسيرة أو كثيرة (لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال في النهاية: هذا على اختيار صاحب المبسوط، وأما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله فإن هذا البيع لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً بما ذكر في جانب العبد. قال: (وإذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه ديون) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو إتلاف المال (فإعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلاً أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (لأنه أئلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه) وضمان الإتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب مزيد من مقدار ما أئلفه (بقي الباقي عليه كما كان) ويطلب به العتق (فإن كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لأن حقهم بقدره، بخلاف ما إذا أعتق المدير) على ما ذكر وهو واضح قال: (وإن باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) معناه باعه بشئ لا يفي بديونهم بدون إذن الغرماء والدين حال (فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاءوا ضمنوا المشتري، لأن حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم أن

الغرماء، وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو بنقض البيع) كما بينا في جانب العبد لأن الزيادة تتعلق بها حق الغرماء. قال: (وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعقده جائز) لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لأنه أئلف ما يتعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه (وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق) لأن الدين في ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما أئلف ضماناً فبقي الباقي عليه كما كان (فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لأن حقهم بقدره، بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون

الأجنبي: أي أنه يجوز في كل حال: أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض ومن وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة في كل حال من هذه الأحوال، وهذا أوجه، ولكن النسخة بالواو تأباه، اهـ كلامه. ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضاً حيث قال بعد نقله أيضاً عنه: قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى، لأن المفهوم من قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقاً، ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالاً عليه حتى يحتاج إلى الجواب اهـ. أقول: ليس هذا أيضاً بوارد لأنه كما يفهم من قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقاً، كذلك يفهم منه جواز بيعه منه بمثل القيمة، غير أن الأول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة، لأنه إذا جازت المحاباة معه فلأن جاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى. وعن هذا قال صاحب العناية: في تفسير قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي: أي أنه يجوز في كل حال: أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة فإذا اتجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الأول دون الثاني، مع أن في كل منهما يتعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج إلى الجواب عنها بقوله: بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده، لأن حق بقية الورثة يتعلق بعينه: يعني أنه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على يتعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة، وقد سلك ها هنا أيضاً مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل قوله المذكور متعلقاً بحكم قوله المتصل به. وقال تاج الشريعة: قلت ينبغي أن يأتي بالمسألة بلا واو لأنه أول مسألة ماردة نقضاً على مسألة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز، وإنما أدخل الواو فيه لثلاث يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اهـ. أقول: ليس هذا بسديد. أما أولاً فلأن قوله: لأنه أول مسألة ماردة نقضاً على مسألة الكتاب دون قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز كلام خال عن التحصيل، لأن مسألة الكتاب ها هنا اثنتان: أولاهما قوله: وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز، وأخراهما قوله: وإن باعه بنقصان لم يجز، فكما أن

يبيعه إلا أن يقضي المولى دينهم وقد أئلفاه، أما البائع فبالبيع والتسليم، وأما المشتري فبالقبض والتغيب، فيخير الغرماء في التضمن. وإنما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنهما لا يضمنان بمجردهما، بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لأنهم يستمعونه أو يبيعونه كما يريدون، وذلك إنما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لأن الحق لهم فلهم الإجازة اللاحقة كالإذن السابق) ولو كان البيع بإذنهم لم يكن هناك ضمان، فكذا إذا أجازوا، وكذا إذا كان الثمن وفي بدونهم ووصل إليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجيء، وكذا إذا كانت الديون على المأذون موجلة إلى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه، وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم، فإن حل ضمنوه قيمته لأنه أئلف عليهم محل حقهم وهو المالية، وهذه فوائد القيود المذكورة. وقوله: (كما في المرهون) يعني أن الراهن إذا باع المرهون بدون إجازة المرتهن ثم أجاز المرتهن جاز البيع لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء (فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ) معناه إذا قبله بقضاء لأن القاضي إذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد إلى الحال الأولى وهو ظاهر، ولكن

قوله: (وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول: يعني القدوري.

لهما وقد ركبتهما ديون لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتيهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفاً في حقهم فلم يتضمن

قوله: بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسألة الأولى بمسألة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة، كذلك قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لدفع توهم انتقاض المسألة الأخرى بمسألة المحاباة المأذون مع الأجنبي، وكما أن قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من موله شيئاً بنقصان وبين ما إذا باعه من الأجنبي بنقصان كذلك قوله: وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من موله شيئاً بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته، فإن أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى من المسألتين المزبورتين مسألة الكتاب: أي مختصر القدوري دون الأخرى منهما فليس بصحيح، إذ كلتاها مسألتان مذكورتان معاً في مختصر القدوري، وإن أراد بذلك أنهما وإن كانتا معاً مسألتين الكتاب إلا أن قوله: وبخلاف ما إذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي فإنه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضاً، لأن دفع توهم الانتقاض إنما يكون ببيان الفرق، فقصد أحدهما يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في إثبات المسألة بلا واو كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت مدعاه، وإن أراد به أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مسألتين الكتاب، وقوله: وبخلاف ما إذا حابى الأجنبي متعلق بأخرهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى؟ قلنا: قد تقرّر في علم الأدب أن الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيها، فمدخلها لا يقتضي التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق، فلا محذور في إتيان الواو ها هنا أصلاً. وأما ثانياً فلأن قوله: وإنما أدخل الواو فيه لثلاث يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتمام أيضاً، لأنه إذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر. فإن كان المحل صالحاً للعطف فما معنى قوله: من قبل ينبغي أن يأتي بالمسألة بلا واو لأنه أول مسألة مودة نقضاً على مسألة الكتاب، وإن لم يكن صالحاً له فكيف يصح إدخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شيء، وإن لم يكن الواو للعطف فمن أين يندفع ذلك التوهم، وقال صاحب العناية: والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأول المسألة، وفي كلامه تعقيد، وتقدير كلامه هكذا: وإن باع من المولى شيئاً بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه: أي عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته. أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافتراق: أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث، ثم بعد ذلك يذكر قوله: وإن باع بنقصان لم يجز الخ. اهـ كلامه. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن جعل الظاهر ها هنا عدم الواو وبناءه على حمل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الإنصاف، ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل. ثم إن في تقريره خللاً آخر فإنه قال: في تفسير قول المصنف فافتراق: أي المولى والمريض، وكان الصواب أن يقول: أي العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل. والعجب أنه قال: بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤول المعنى على هذا، إلى أن يقال: في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه قوله: (وإن باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضة المشتري وغيبه، فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته، وإن شاءوا ضمنوا المشتري) قال الشراح: إنما قيد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغيب، ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لأنهم يستسعون أو يبيعونه كما يريدون، وذلك

بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي إذا باع التركة بغير إذن الغرماء. وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع، وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافتراقاً. قال: (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) إذا قال المولى هذا العبد الذي أبيعته مديون يريد به سقوط

شيئاً. قال: (وإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه، فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته، وإن شاءوا ضمنوا المشتري) لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه، إلا أن يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخبرون في التضمن (وإن شاءوا أجازوا البيع وأخلوا الثمن) لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في المرهون (فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد) لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم، وصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا. قال:

إنما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء اهـ. أقول: لقاتل أن يقول: فإذا ينبغي أن يكون الضمان في هذه المسألة على المشتري فقط فإن تغيب العبد الذي فيه الغرماء إنما وقع منه دون البائع ولولا التغيب لأمكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبيعونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجيء في المسألة الآتية. فإن قلت: تغيب ذاك العبد وإن وقع من المشتري دون البائع إلا أن في البائع أيضاً سببية له إذ لولا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري. قلت: نعم، إلا أن سببية ذلك بعيدة، وقد تقرر عندهم ومَرَّ مراراً أن الحكم يضاف إلى أقرب الأسباب فتأمل. ثم إن صاحب العناية قال: ولكن بقي شيء وهو أنَّ حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان، كالوصي إذا باع التركة بغير إذن الغرماء. وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستتعاء وقد فات بالبيع، وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا اهـ كلامه. أقول: لا يتجه السؤال المذكور على مسألتنا هذه أصلاً، لأن وضعها فيما إذا كان ثمن العبد أقل من قيمته، وأما إذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساوياً لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الأشياء الثلاث المذكورة في هذه المسألة، بل يتعين لهم إذ ذاك إجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمن، وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال: وهذا

خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازماً فذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستتعاء والاستيفاء من رقبته) به وكلمة به محذوفة من المتن (وفي كل منهما فائدة) فالأول يعني الاستتعاء (فإن مؤخر والثاني ناقص) إن لم يف بديونهم (معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه. قال المشايخ: تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محابة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم) قيل في عبارته تسامح لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحابة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا محابة في البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستتعاء في الديون. وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد، وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله ولا محابة في البيع، فإنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محابة، ولعل الصواب أن يقال: قوله ولا محابة في البيع معناه أن الثمن يفى بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل، فإنه إنما يكون ناقصاً إذا لم يف بالديون. فإن قيل: إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للفتاء فما بال هذا لا يكون مختاراً لقضاء الديون من ماله؟ أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى، فإذا تعذر عليه بالبيع طوّل به لبقاء الواجب عليه. وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والإعتاق حتى يؤخذ به بعد العتق، فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه، وفيه نظر لأن قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة. والجواب أن عدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه (فإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري إذا أنكر الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وإنما قيد بالإنكار لأن المشتري إذا أقر بدينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف وقال أبو يوسف رحمه الله: المشتري خصمهم ويقضي لهم بدينهم، لأنه يدهي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه فيما في يده. ولهما أنه لو جعل خصماً لادعى عليه، والدعوى

قوله: (لأنهم يستسعون الخ) أقول: وعلى هذا ففي التعليل الذي ذكره المصنف قصور. قوله: (فإذا حل ضمنوه الخ) أقول: فيه تأمل قوله: (وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول: قد علم هذا الجواب مما سبق في آخر الصحيفة السابقة وتكراره لإفادة الفرق مع الوصي.

(ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته، وفي كل واحد منهما فائدة، فالأول تام مؤخر والثاني ناقص معجل، وبالبيع تقوت هذه الخيرة فلماذا كان لهم أن يردوه. قالوا: تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محابة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول

الخيار إذا كان الثمن أقل من القيمة. أما إذا كان أكثر أو مساوياً فلا خيار لهم اهـ. ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذكر تمام المسألة وبيان أنه لفظ محمد في الجامع الصغير: هذا إذا باعه بأقل من قيمته، فأما إذا باعه بقيمته أو بأكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمن ولكن يدفع الثمن إليهم اهـ. فإذا كانت مسائلنا هذه فيما إذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال: إن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان، لأن حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه بأقل منها فقد قصر وتعذى فوجب عليه الضمان قطعاً. ثم أقول: في الجواب المذكور نظر، لأن حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تقويته حق الاستسعاء الغرماء ببيعه العبد، ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط، لأنهم كان لهم أن يستسعوا العبد في جميع ديونه لهم لا في مقدار قيمته فقط، وقد فات بالبيع والتغيب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي أن يضمن البائع المشتري جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون، ولم يقل به أحد، وإنما الذي قالوا به: أن يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر قوله: (قالوا) تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محابة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم) قال صاحب النهاية في هذا اللفظ نوع نظر، إذ كان كان من حقه أن يقال: وتأويله إذا باع بثمان لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جنابة العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الإسلام ومأذوني الجامع الصغير لقاضيخان والذخيرة، وذلك لأنه إذا لم يكن في البيع محابة ولكن الثمن كان لا يفي بديونهم كان لهم أن يردوا البيع لفوات حقهم في الاستسعاء فيما بقي من ديونهم على العبد، وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى، وهو انسداد باب الرد لهم لأنه يحتمل أن لا يفي الثمن بديونهم، وإن لم يكن في البيع محابة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقي الديون، اللهم إلا أن يريد بقوله فإن وصل ولا محابة في البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن، فإنهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد، ولكن احتمال إرادة إحضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا يتنهض ذلك اللفظ حينئذ بياناً لانسداد باب الرد لهم من كل وجه، فكان المعقول ما ذكره الإمام قاضيخان في جامعة بقوله: وتأويله إذا باع بثمان لا يفي بديونهم لأنهم كان لهم حق الاستسعاء إلى أن يصل إليهم ديونهم، وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم أن ينقضوا البيع، وإن كان في الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع. إلى هنا كلام صاحب النهاية. وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته. وأما صاحب العناية فنقله بطريق الإجمال وأورد النظر على الجواب حيث قال: قيل: في عبارته تسامح، لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحابة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا محابة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم

تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الإسلام رحمه الله: وعلى هذا الخلاف إذا اشترى رجل داراً لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها إليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فإن الموهوب ليس له بخصم عندهما خلافاً له وعندهما، وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسألة. قال: (ومن قدم مصراً) رجل قدم مصراً وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة، لأنه إن أخبر أنه مأذون له فأخبره دليل عليه، وإن لم يخبر فنصره دليل على

قوله: (ولعل الصواب أن يقال: قوله ولا محابة في البيع الخ) أقول: فإن قيل: كيف يتدفع بهذا الذهاب بفائدة قوله ولا محابة؟ قلنا: لأن الوصول لا يستلزم القبض فإنه يكون بإحضار الثمن والتخلية بينهم وبينه فليأمل قوله: (بتلليل قوله والثاني الخ) أقول: دلالة لا تخلو عن خفاء.

حقهم إليهم. قال: (فإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري) معناه إذا أنكر الدين وهذا (عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: المشتري خصمهم ويقضي لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له. وعنهما مثل قوله في مسألة الشفعة. لأبي يوسف أنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه. ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب. قال: (ومن قدم مصراً وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من

ولاية الرّد والاستسعاء في الديون. وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد، وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله: ولا محابة في البيع، فإنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محابة، إلى هنا كلامه. أقول: أولاً في الجواب المذكور نظر آخر، وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله: فإن وصل ولا محابة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعليقه بقوله: لو وصل حقهم إليهم، فإنه إذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم لم يصل إليهم حقهم بالتام، ووصول بعض حقهم إليهم لم يفسد شيئاً في نفي ردهم البيع كما بين في السؤال، بل كان حق التعليل حينئذ أن يقال: لرضاهم بسقوط حقهم. وأقول ثانياً: يمكن الجواب عن النظر الذي أورده صاحب العناية بأن فائدة قوله: ولا محابة في البيع حينئذ هي أن لهم أن يقولوا: في صورة المحابة إنما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محابة في البيع، فإذا علمنا المحابة فيه لا نرضى بها، بل نردّ البيع فنتبع العبد بتمام القيمة، بخلاف ما إذا يكن في البيع محابة فإنه لا يتمشى فيه ذلك العذر فافتراقاً.

ثم قال صاحب العناية: ولعل الصواب أن يقال: قوله: ولا محابة في البيع معناه أن الثمن يفي بديونهم بدليل قوله: والثاني ناقص معجل، فإنه إنما يكون ناقصاً إذا لم يف بالديون اهـ. أقول: وفيه نظر. أما أولاً فلأنه لو كان معنى قوله: ولا محابة في البيع أن الثمن يفي بديونهم لذهبت فائدة قوله: فإن وصل في قوله: فإن وصل ولا محابة، وفائدة قوله: إذا لم يصل إليهم الثمن في قوله: وتأويله إذا يصل إليهم الثمن، إذ لا شك أن الثمن إذا كان يفي بديونهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل إليهم الثمن أو لم يصل، إذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا تتصور فائدة في الرّد فلا يثبت لهم الخيرة. وأما ثانياً فلأن معنى انتفاء المحابة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بديونهم وهو ظاهر، وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلاً لجواز أن تنتفي المحابة في البيع، ولا يفي الثمن بديونهم، وجواز أنه يفي الثمن بديونهم ولا تنتفي المحابة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محابة في البيع أن الثمن يفي بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر، ولا بحسب التجوّز أو الكتابة لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما قوله: (ومن قدم مصراً وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه، إن أخبر بالإذن بالإخبار دليل عليه، وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال في النهاية: أي فتصرفه دليل على أنه مأذون في التجارة وقال: هذا الذي ذكره جواب الاستحسان. وأما جواب القياس فأن لا يقبل قوله: لأنه أخبر عن شيئين: أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا إقرار على نفسه. والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى، وإقراره عليه لا يصلح حجة. وأما وجه الاستحسان فما ذكره في الكتاب اهـ. واقفى أثره صاحب العناية في شرح هذا المقام أثر ذلك. أقول: تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن الاختلال، فإن قولهما في تقرير وجه القياس والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى غير متمشٍ في أحد شقي هذه المسألة، وهو ما إذا لم يخبر بالإذن، إذ لا إخبار من العبد في هذه الصورة فلا إقرار على المولى فيها. وأما جعل الإخبار في قولهما:

إذنه وهو استحسان. والقياس أن لا يقبل قوله لأنه أخبر بشيئين: أحدهما أنه أخبر أنه مملوك وهذا إقرار منه على نفسه. والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى، وإقراره عليه ليس بحجة. وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب. وقوله: (كي لا يضيق الأمر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة إلى قبول قوله لأن الإنسان يبعث الأحرار والعبيد في

التجارة) لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه، وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه، إذ الظاهر أن المحجوز يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كي لا يضيق الأمر على الناس، (إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالصة حق المولى، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا (فإن حضر فقال هو مأذون بيع في الدين) لأنه ظهر الدين في حق المولى (وإن قال هو محجوز فالقول قوله) لأنه متمسك بالأصل.

والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة أعم من الإخبار الحقيقي والحكمي، وادعاء أن في ذلك الشق إخباراً حكماً عن كونه مأذوناً وهو تصرفه تصرف المأذون فتمحل جداً كما لا يخفى. فالأولى ما هنا تحرير صاحب الكافي، فإنه جعل هذه المسألة على وجهين، وذكر لكل واحد منهما وجه قياس. ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال: والمسألة على وجهين: أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحساناً عدلاً كان أو غير عدل. والقياس أن لا يصدق لأنه مجرد دعوى منه فلا يصدق إلا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي»^(١) وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك، وإجماع المسلمين حجة يخص بها الأثر ويترك بها القياس والنظر، ولأن في ذلك ضرورة وبلوى فإن الإذن لا بد منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن، والأصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه، وما عمت بليته سقطت قضيته. وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشيء، والقياس فيه أن لا يثبت الإذن لأن السكوت محتمل. وفي الاستحسان يثبت لأن الظاهر أنه مأذون لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز إلا بالإذن فوجب أن يحمل عليه، والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات دفعاً للشرع عن الناس. والقياس أن يشترط عدالة المخبر لأن الحجة خبر العدل. وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلوى، إلى هنا كلامه. واقتضى أثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والإمام الزيلعي في شرح الكتر قوله: (إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالصة حق المولى، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا) أقول: لقائل أن يقول: إن أراد بقوله: لأنها خالصة حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع، إذ قد تقرّر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعوه لاستيفاء ديونهم إلا أن يفدي المولى ديونهم، وإن أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله: بخلاف الكسب لأنه حق العبد فهو مسلم، لكن لا يتم به التعليل حيثنذ على أن لا يقبل قوله: في الرقبة أصلاً لأنه لا يمنع أن يقبل قوله: فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله: في ثبوت الإذن له ولزوم كل شيء في التجارة لثلاً يضيق الأمر على الناس فليتأمل. والأظهر في تعليل قوله: لا يقبل قوله في الرقبة: أي في حق بيع الرقبة أن يقال: لأن بيع الرقبة ليس من لوازم الإذن في التجارة؛ ألا ترى أنه إذا أذن المديبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذون لهما كما ذكر في النهاية وغيرها اهـ.

التجارة، فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة، وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى. وقوله: (إلا أنه) استثناء من قوله لزمه كل شيء، ومعناه أنه إذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأن بيعها ليس من لوازم الإذن في التجارة؛ ألا ترى أنه إذا أذن للمديبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالصة حق المولى وحيثنذ جاز أن يكون مأذوناً ولا يباع، بخلاف الكسب فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا، يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه، إلى أن قال: لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد (فإن حضر مولاه فقال هو مأذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وإن قال هو محجوز فالقول قوله) وعلى الغرماء البينة، لأن دعواه الإذن كدعواه الإعناق والكتابة، ولا يقبل قوله عند جحود المولى، إلا ببينة.

(١) تقدم في كتاب الدعوى مستوفياً، وهو قوي.

فصل

(وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي: لا ينفذ لأن حجره لصباه فيبقى ببقائه، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون والياً للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق، بخلاف الصوم والصلاة لأنه لا يقام بالولي، وكذا

فصل

لما فرغ من بيان أحكام إذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام إذن الصبي والمعتوه، وقدم الأول لكثرة وقوعه قوله: (وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول: كان الظاهر أن يقول في جواب المسألة: فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله: في التجارة، وليعم غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرهما أيضاً عندنا، وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات، إلا أنه أثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني أعم وأظهر في إفادة تمام المراد. وهذا ما في عبارة مختصر القدوري، ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر في البداية على قوله إذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر إذا كان يعقل البيع والشراء، وأصر على ذلك في الهداية أيضاً مع ظهور مزية ما في عبارة المختصر، لأن تعقله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف في باب التجارة مطلقاً، بل لا بد من أن يقبل الشراء أيضاً بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به قوله: (والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته، وقد ثبتت نظراً إلى إذن الولي) هذا جواب عن قول الشافعي، لأن حجره لصباه فيبقى ببقائه. تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية الصبي في أمور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره، فإذا أذن له الولي زال ذلك الغير لأنه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة، إذ لو لم يكن هادياً فيها لما أذن له الولي فينفذ تصرفه كما لو أذن المولى للعبد كذا في الشروح. أقول: يرد على ظاهر هذا الجواب أن يقال: لو كان الأمر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون إذن الولي إذا علم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل، غير إذن الولي لحصول العلم إذ ذاك أيضاً بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية، مع أن المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير إذن الولي أصلاً فيما هو دائر بين النفع والضّر كالبيع والشراء ونحوهما فتأمل قوله:

فصل

لما فرغ من أحكام إذن العبد في التجارة بين أحكام إذن الصبي، إلا أنه قدم الأول لكثرة وقوعه، ولكونه مجمعاً عليه في الجواز، والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش إذا أذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع دون نوع وصيرورته مأذوناً بالسكوت وصحة إقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد. وقال الشافعي رحمه الله: لا ينفذ تصرفه لأن حجره لصباية نفسه وهو باق بعد الإذن، وبقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة، بخلاف حجر الرقيق فإنه ليس للرق نفسه بل لحق المولى، وهو يسقط بإذنه لكونه راضياً بتصرفه حينئذ، ولأنه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون والياً للمنافاة، لأن كونه مولىً عليه سمة العجز وكونه والياً سمة القدرة فصار كالطلاق والعتاق ولا يصحان منه، وإن أذن له الولي بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لأنهما لا يقامان بالولي فيصحان منه قوله:

فصل وإذا أذن ولي الصبي

قوله: (والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول: الظاهر أن يقال: الذي يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش، إلا أنه اقتصر على الثاني بناء على أنه يستلزم الأول قوله: (يعني قلت بصحتها) أقول: الضمير في بصحتها راجع إلى الوصية قوله: (صح تصرفه بنفسه فيه) أقول: إن لم يكن مضرّة من كل وجه فلا ينتقض بالطلات والعتاق.

الوصية على أصله فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه. أما البيع والشراء فيتولاها الولي فلا ضرورة لها هنا. ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات. والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته، وقد ثبتت نظراً إلى إذن الولي، وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء

(وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقتين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب العناية: وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال: لو ثبت له الهداية بالإذن لم يبق الولي ولياً. وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لأمرين للنظر له، فإن الصبا من أسباب المرحمة بالحديث، وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقتين: أي بمباشرة وليه له، وبمباشرة نفسه، فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره، واحتمال تبدل الحال فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك اه كلامه. أقول: في تقريره شيء. أما أولاً فلأن قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم، لأن الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضّر فإن تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة يتفد بغير إذن الولي أيضاً، وتصرفه الذي هو ضارّ محض كالطلاق والعناق لا يتفد بإذن الولي أيضاً، وإنما الذي يتوقف نفاذه على إذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضّر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض؟ فالوجه أن يقال: بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظر له. وأما ثانياً فلأن مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول المصنف: واحتمال تبدل الحال معطوفاً على قوله: لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره، وليس كذلك فإنه معطوف على قوله: لاستيفاء المصلحة بطريقتين، وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبي، إذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضاً نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلاً له. ثم اعلم أن قول المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين: أحدهما أن

(وكذا الوصية على أصله) يعني قلت بصحتها كصحتها إذا كانت في أبواب الخير، وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لأن تصرفه بنفسه بسبب الضرورة (وقد تحققت) فيجب تنفيذه (أما بالبيع والشراء فيتولاها الولي فلا ضرورة. ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه) أما أنه تصرف مشروع فلأن الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي، وأما أنه صدر من أهله فلأنه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والأهلية لهذا التصرف بكونه كذلك. وأما أنه في محله فلكون المبيع مالاً متقوماً. وأما الولاية الشرعية فلأنه صدر بإذن وليه، والولي له هذا التصرف فكذا من أذن له؛ ألا ترى أن الطلاق والعناق لما لم يملكه الولي لا يملك الإذن به، فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وإن أذن الولي بذلك قوله: (والصبا سبب الحجر) جواب عن قوله لأن حجره لصباه، وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في أمور التجارة، فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى، فإذا أذن له الولي زال ذلك الغير لأنه يعلم أنه لو لم يكن هادياً في أمور التجارة لما أذن له الولي فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد المولى. وقوله: (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالإذن لم يبق الولي ولياً. وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لأمرين للنظر له، فإن الصبا من أسباب المرحمة بالحديث، وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقتين: أي بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره، واحتمال تبدل الحال فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك. وقوله: (بخلاف الطلاق والعناق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعناق. وحاصل ذلك أن تصرفات الصبي على ثلاثة أقسام: نافع محض، وضارّ محض، ومتروك بينهما. فالأول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن وبعده. والثاني كالطلاق والعناق لا يؤهل له أصلاً. والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الإذن لأن نقصان رأيه ينجر برأي الولي لا قبله، لكن قبل الإذن يكون موقوفاً على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً فإنه أحد المحتملين، وصحة التصرف في نفسه لصدوره من أهله في محله. فإن قيل: إذا باع شيئاً بأضعاف قيمته كان نافعاً محضاً كقبول الهبة فيجب نفذه بلا توقف. وأجيب بأن المعبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقاً (وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجدة عند عدمه) وليس المراد به الترتيب. لأن وصي الأب مقدم على الجد وترتيبه وليه وهو الأب ثم

المصلحة بطريقتين واحتمال تبدل الحال، بخلاف الطلاق والعناق لأنه ضارّ محض فلم يؤهل له. والنافع المحض لقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن، والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهلاً له بعد الإذن لا قبله، لكن قبل الإذن يكون موقوفاً منه على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً وصحة التصرف في نفسه، وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي، بخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد

يكون جواباً عن قول الشافعي: ولأنه مولى عليه الخ. وثانيهما أن يكون جواباً عن سؤال مقدر وهو أن يقال: لو صار الصبي ولياً للتصرف بإذن وليه لكان ينبغي أن لا يبقى ولياً في التصرف في ماله، فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين، وصاحب العناية اختار الثاني كما ترى، وكثير من الشراح اختاروا الأول عليك بالاختيار ثم الاختيار قوله: (والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه) أي في حق الصبي أراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون، كذا في غاية البيان وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: تشبيه الصبي بالعبد المأذون إنما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة في حقه إن كان التشبيه على العموم، أو على الإطلاق. وأما إذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال: فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون، فإفادة المأذون التعميم ممنوعة جداً فليتأمل. وقال صاحب النهاية: فإن قلت: كيف يستقيم تعميم قوله إن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وإن كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط. قلت: الجواب عنه من وجهين: أحدهما أن ما ذكرته من الحجر وعدمه فهو في انحجار المولى وعدم انحجار الولي في المال، وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقضاً لاختلاف التصرفين. والثاني هو ما ذكره في المبسوط، وإنما يملك الأب أو الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لا، لأن دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله، بخلاف دين العبد المأذون فإنه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كأجنبي آخر إذا كان الدين مستغرقاً اه كلامه. واقتضى أثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال وجهي الجواب ولكن سلك مسلك الإجمال. أقول: الوجه الثاني لا يصلح جواباً عن السؤال المذكور، لأن حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي المأذون وإن كان عليه دين يحيط بماله، وذلك لا يفيد استقامة التعليل في قول المصنف: إن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤدي عدم استقامته كما لا يخفى. ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير. وقال بعض الفضلاء: لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم. أقول: ليس هذا أيضاً بسديد. أما أولاً فلأن دلالة كلام المصنف وهو قوله: إن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع، لأن كلمة

وصي الأب ثم الجد أب الأب ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه ثم الوالي (بخلاف صاحب الشرط) يريد به أمير البلدة كأمر بخاري فكان الوالي أكبر منه لأن له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط. وقوله: (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره. وقوله: (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك، لكن يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم، فإن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين يحيط بماله دون الولي. وأجيب بأن ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي، وبأن دين الصبي لكونه حراً يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولي، ودين العبد

قوله: (وتقريره أن بقاء ولايته) أقول: وعندي أنه جواب عن ثاني دليلي الشافعي بمنع المنافاة بين كونه ولياً ومولياً عليه مستنداً بأن كونه مولياً عليه لاستيفاء المصلحة بطريقتين الخ لا للعجز فليتأمل قوله: (لاستيفاء المصلحة الخ) أقول: تعليل لقوله للنظر له قوله: (واحتمال تبدل الحال) أقول: معطوف على للنظر له.

القضاء، والشرط أن يعقل كون البيع سالباً للملك جالباً للربح، والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه، لأن الإذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صبيّاً، فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع، ويصير مأذوناً بالسكوت كما في العبد، ويصح إقراره بما في يده من كسبه، وكذا بموروثه في ظاهر

«ما» من ألفاظ العموم على ما تقرر في علم الأصول وقد تأكد ببيانها بقوله: من الأحكام، فإن الجمع المعرّف باللام أيضاً من ألفاظ العموم والاستغراق إذا ل يكن هناك معهود كما تقرر هذا أيضاً في علم الأصول. وأما ثانياً فلأنه لا دلالة في الجواب الثاني أصلاً على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه، وإنما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبيّ فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل إليه أصلاً قوله: (ويصح إقراره بما في يده من كسبه) أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة، والولي لا يملك الإقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبيّ بإذن الولي؟ وأجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بأن الولي إنما لا يملك ذلك لأنه لا يتحقق منه، لأن الإقرار قول: من المرء على نفسه، وما يثبت على الغير بقوله: فهو شهادة، وإقرار الولي على الصغير قول: على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة. وأما قول الصبيّ: بعد الإذن فهو إقرار منه على نفسه وهو من صنع التجار ومما لا تتم التجارة إلا به لأن الناس إذا علموا أن إقراره لا يصح يتحززون عن معاملته، فإن من يعامله لا يتمكن من أن يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز إقراره اهـ. أقول: هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لأن حاصله بيان لمية عدم صحة إقرار الولي على الصبي وصحة إقرار الصبي بنفسه على مال نفسه، وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الإيراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة، وما هنا لم تتحقق الولاية القائمة فكيف تتحقق الولاية المتعدية؟ وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال: بدله. والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها اهـ. أقول: هذا الجواب أيضاً غير مستقيم لأنه إن أراد أن الولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها فيملك أيضاً نفس التجارة وتوابعها التي من جملة إقراره على مال الصبي فممنوع، إذ لا شك أن إقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلاً فأني يملكه الولي. وإن أراد أن الولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها التي من جملة إقرار الصبي على مال نفسه، وإن لم يملك نفس الإقرار عليه فمسلّم، ولكن لا يجدي هذا شيئاً في دفع السؤال المذكور لأن اللازم منه أن يملك الولي الإذن للصبيّ بالإقرار ولا كلام فيه، وإنما الكلام في أن تملك الصبي الإقرار على نفسه بإذن الولي ولاية متعدية من الولي إلى الصبي، والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الإقرار على الصبي بالإجماع فلم تكن

يتعلق بكسبه والمولى أجنبي منه إذا كان الدين مستغرقاً (ويصح إقراره بعد الإذن بما هو كسبه) عيناً أو ديناً لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين. وأرود بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة، والولي لا يملك الإقرار على مال الصبي فكيف أفاده ذلك بإذنه؟ والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة، والولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها (وكذا بموروثه في ظاهر الرواية) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه لا يجوز إقراره بذلك، لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته في التجارة إلى ذلك لثلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث. وجه الظاهر أن

قوله: (الخ كذلك) أقول: يعني تقديم ذكره قوله: (لكن يرد عليه، إلى قوله: في مال العبد الخ) أقول: هذا ممنوع، وقد مر من الشارح نقلاً من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه قوله: (يتعلق بذمته) أقول: يعني فقط قوله: (يتعلق بكسبه) أقول: يعني يتعلق بكسبه أيضاً: أي كما يتعلق بذمته، لأن ذمته ضعيفة، بخلاف الصبي الحر. ثم أقول: ولعل خلاف الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم، وإلا فلا تظهر صلاحية للجواب قوله: (والمولى أجنبي منه الخ) أقول: هذا مسلم إذا كان مستغرقاً لرقبته أيضاً، وأما إذا لم يكن كذلك ففيه كلام، وفيه الكلام.

الرواية، كما يصح إقرار العبد، ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذوناً بإذن الأب والجدّ والوصي دون غيرهم على ما بيناه، وحكمه حكم الصبي، والله أعلم.

له ولاية قائمة في حق نفس الإقرار على الصبي فكيف تتعدى منه الولاية إلى الصبي في حق ذلك. ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الإذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الإشكال يصير لغواً من الكلام. ثم أقول: لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية، إذ قد تقرر فيما مر أن الصبي يتصرف بأهليته والصبا ليس سبب الحجر لذاته بل لعدم هدايته، وإذن الولي إنما يكون دليلاً على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلاً عليه لا أنه يكتسب الولاية من إذنه، إلا أن الصبا لما كان من أسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي أصلاً لما هو ضارّ محض وأهل لما هو نفع محض قبل الإذن وبعده، وأهل لما هو دائر بين النفع والضّرّ بعد الإذن فقط، والإقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضّرّ، إذ من لا يقبل إقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فأهل الصبي له بعد الإذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولي. فتبصر فإن هذا توجيه حسن وجواب شاف تنحسم به مادة الإشكال بالكلية.

الحجر لما انفك عنه بالإذن التحق بالبالغين، ولهذا نفذ أبو حنيفة بعد الإذن تصرفه بالغبين الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب في صحة الإقرار سواء لكونهما مالية (ولا يملك تزويد عبده) بالاتفاق، وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف (ولا كتابته) وإن كان الولي والوصي يملكانها لأن الإذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه (والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبي يصير مأذوناً بإذن الأب والجدّ والوصي دون غيرهم) من الأقارب كالابن للمعتوه والأخ والعم دون القاضي فإن له ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعني قوله وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) إذا بلغ معتوهاً، فأما إذا بلغ عاقلاً ثم عته فأذن له الأب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله: لا يصح قياساً، وهو قول أبي يوسف، ويصح استحساناً وهو قول محمد رحمهما الله، والله أعلم.

كتاب الغصب

الغصب في اللغة: أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه. وفي الشريعة: أخذ مال متقوم

كتاب الغصب

إيراد الغصب بعد الإذن في التجارة لوجهين: أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلاً حتى أن إقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب، ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسباً. والثاني أن المغضوب ما دام قائماً بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكاً لرقبته فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف الملاك، فذكر أحد المتجانسين متصلاً بالآخر من المناسبة إلا أنه قدم الإذن في التجارة لأنه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع، كذا في النهاية والعناية. أقول: في الوجه الأول بحث من وجهين: أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة مآلاً إنما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الإذن في التجارة، لأن الإذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر وإسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون، والمذكور في كتاب المأذون: مسائل نفس الإذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب. والثاني أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضاً فينتقض ذاك الوجه بها طرداً. ويمكن أن يجاب عن كل منهما بنوع عناية: أما عن الأول فبأن يقال: إن الإذن نفسه وإن لم يكن من جنس التجارة إلا أنه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للإذن نفسه أيضاً بواسطة تعلقه بجنس التجارة وأما عن الثاني فبأن يدعي عدم لزوم الإطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن. ويقال: إن هاتيك الوجوه مصححات لا مرجحات البتة فلا ضرر في تحققها في غير ما سقت له أيضاً. ثم إن الأظهر في وجه المناسبة ها هنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال: وجه المناسبة بين الكتابين عندي أن المأذون يتصرف في الشيء بالإذن الشرعي والغاصب يتصرف لا بإذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة، إلا أنه قدم كتاب المأذون لأنه مشروع والغصب ليس بمشروع اهـ. وأعلم أن محاسن الغصب من حيث الأحكام لا من حيث الإقدام كما في الجنائيات والديات، فإن المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه، لأنه ليس في الغصب شيء من الإباحة فضلاً عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف، كذا في النهاية وغيرها قوله: (وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده) أقول: لا بد من أن يزداد على هذا التعريف قيدان: أحدهما قيد أو يقصر

كتاب الغصب

إيراد الغصب بعد الإذن في التجارة لوجهين: أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلاً حتى إن إقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني، فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسباً. والثاني أن المغضوب ما دام قائماً بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكاً لرقبته، فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف الملاك، فذكر أحد المتجانسين متصلاً بالآخر من المناسبة، إلا أنه قدم الإذن في التجارة لأنه مشروع من كل وجه، والغصب ليس بمشروع، والغصب في اللغة:

كتاب الغصب

قوله: (إيراد الغصب. إلى قوله: مآلاً الخ) أقول: ويجوز أن يقال: نفاذ تصرف الغاصب يكون بالإذن كنفاد تصرف المأذون، إلا أن في الغصب بالإذن اللاحق وفي المأذون بالإذن السابق فيكون بينهما مناسبة. أو يقال ذكره بعده لما بينهما من المقابلة، فإن العبد المأذون يتصرف في مال الغير بإذنه، والغاصب يتصرف فيه لا بإذنه قوله: (فكان ذكر النوع الخ) أقول: فيه بحث قوله: (إلا أنه قدم الإذن الخ) أقول: هذا لا احتياج إليه بعدما بين وجه تأخر المأذون من الحجر.

محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده، حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً دون الجلوس على

يده بأن يقال: على وجه يزيل يده أو يقصر يده لثلاث يخرج على تعريف الغصب في الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك، كما إذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو من يد المودع فإن الغاصب في هذه الصور وإن لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وإزالة اليد فرع تحققها إلا أنه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضاً. وعن هذا قال في المحيط البرهاني: الغصب شرعاً أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده، أو يقصر يده إن لم يكن في يده اهـ وهكذا قال: في الكافي أيضاً. وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لثلاث يدخل في تعريف الغصب شريعة السرقة، فإن الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع إنما يكون بأن كان الغصب على سبيل الجهاز والسرقة على سبيل الخفية والاستمرار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شريعة في الكتاب. ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوقاية: ثم لا بد أن يزداد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية لتخرج السرقة اهـ. وردّ عليه صاحب الإصلاّح والإيضاح حيث قال: فإن قلت: أليس يصدق الحد المذكور على السرقة؟ قلت: نعم، إلا أن في السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود، وذلك لا يتنافى دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها، ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدّى لإخراجها على الحد المذكور بزيادة قوله: لا على سبيل الخفية، ولم يدر أنه حيثئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية، إلى هنا كلامه. أقول: فيه خلل من وجوه: الأول أن السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحد داخلة في التعريف المذكور، إذ لا منع لشيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا يخفى على ذي فطنة، وإنما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أولاً على سبيل الخفية، فإن من خصوصيتها أن تكون على سبيل الخفية كما تقرّر في كتابها، ولا شك أن قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية يتنافى الصدق على ما كان على سبيل الخفية، فإذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحد داخلة في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحاً لأن يكون حدّاً للغصب في الشرع، وإلا لزم أن تكون السرقة بخصوصيتها غصباً شرعياً، وليس كذلك لا محالة للقطع بتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع فلغا قوله: وذلك لا يتنافى

أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوماً أو غيره، يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان. وفي الشريعة: أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده، فقوله أخذ مال يشمل المحدود وغيره. وقوله متقوم احتراز عن الخمر. وقوله محترم احتراز عن مال الحربي فإنه غير محترم. وقوله على وجه يزيل يده: أي يد المالك لبيان أن إزالة يد المالك لا بد منها في الغصب عندنا. وعننا الشافعي رحمه الله هو إثبات يد العدوان عليه. وثمرة الخلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فإنها ليست بمضمونة عندنا لعدم إزالة اليد، وعندنا مضمونة لإثبات اليد، واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق، والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لأن البسط فعل المالك

قوله: (وفي الشريعة أخذ مال، إلى قوله: في زوائد المغصوب الخ) أقول: قال الإمام الزيلعي: حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب إذا هلك بغير تعد لعدم إزالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه، كما إذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن البائع لعدم الصنع فيه، وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اليد المبطلّة انتهى. لكن ذكر في فتاوى قاضيه خان مسألة تخالف هذا الأصل، فإنه قال: لو غصب عجولاً فاستهلك حتى يس لبن أمه قال أبو بكر الثلجي: يضمن قيمة العجول ونقصان الأم ولم يفعل في الأم شيء.

البساط، ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم، وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده

دخولهما باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى. والثاني أن قوله: كالشراء من الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لأن مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعاً، وإنما الذي يصير غصباً أخذ المشتري من يد الفضولي بغير إذن المالك، وهو ليس ببيع جزماً وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلاً، وإنما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل. والثالث أن قوله: كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله: ولم يدر أنه حيثئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح، لأن ما كان غير محرز كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية، فإن عدم الإحراز يناقي الاختفاء، وعن هذا قال صاحب الهداية: في فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقة: الحرز لا بد منه لأن الاستسار لا يتحقق بدونه اهـ. ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال: بدل قولهم بغير إذن المالك: فلا إذن من له الإذن. وقال في شرحه: وإنما لم يقل بلا إذن مالكة لأن كون المأخوذ ملكاً ليس بشرط لوجوب الضمان، فإن الموقوف مضمون بالإتلاف وليس بمملوك أصلاً صرح به في البدائع اهـ. أقول: وفيه أيضاً خلل، لأن الوقت في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد، وهذا كله مما تقرر في أول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكاً فكيف يتم قوله: إن الموقوف ليس بمملوك أصلاً، ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضموناً لا يقتضى كونه مغصوباً غصباً شرعياً، فإن وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي، بل يتحقق ذلك في غيره أيضاً بنوع من التعدي والجناية؛ ألا يرى أن زوائد المغصوب كولد المغصوبة، وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعاً لنعدم إزالة يد المالك عنها بناء على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب، بل هي أمانة في يد الغاصب إن هلك لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب، مع أنه إذا تعدى فيها يجب أنه إذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضاً وسيجيء في الكتاب، وكذا إذا قتل رجل عبد رجل خطأ في يد مالكة يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد. وبالجمله فرق بين ضمان الغصب وضمن الإتلاف كما نصوا عليه، فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في إتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فيحتاج إلى تغييره قوله: (حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً دون الجلوس على البساط) لأنه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه، ومن ضروراته إزالة يد المالك عنه فتحقق الغصب، بخلاف الجلوس على البساط لأن البسط فعل المالك وقد أبقى أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده. فلم يوجد إزالة يد المالك فلم يتحقق الغصب، كذا قالوا. قال ابن العز: وفي كلام المصنف ها هنا مواخذه لفظية، وهي في قوله وحمل الدابة: يعني والحمل عليها وحقه أن يقول: وتحمل الدابة، لأن حمل لا يتعدى بنفسه إلى اثنين وإنما يتعدى بنفسه إلى واحد وإلى آخر بحرف الجر، تقول: حملت المتاع على الدابة فيصح إضافة المصدر منه إلى المتاع لا إلى الدابة فتقول: حمل المتاع ولا تقول: حمل الدابة، إلا أن يضعف الفعل فيتعدى إلى اثنين بنفسه فتقول: حملت الدابة المتاع، فحيث تصح إضافة مصدره إلى

فلا يكون الغاصب مزيلاً ليده مع بقاء أثر فعله. ثم إن كان الغصب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم. وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع. قال: (ومن غصب شيئاً له مثل الخ) المغصوب إما أن يكون قائماً في يد الغاصب أولاً والأول سيجيء. والثاني إما أن يكون له مثل: أي يكون بما يضمن

ولا إثم لأن الخطأ موضوع. قال: (ومن غصب 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﴾ ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر. قال: (فإن لم

الدابة فتقول تحمل الدابة، لأن التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية اه كلامه. أقول: هذا الذي ذكره ظاهر، وكأن صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف ها هنا فقال: حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصباً، ولكن يمكن توجيه كلام المصنف ها هنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة الكاكي افتخاراً بمواظبتها حيث قال: والأصل أن يقال بالمواظبة عليها: أي على العبادة، إلا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالإيصال اه. وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك، وفي تعدية المواظبة بنفسها نظراً، والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل قوله: (ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم، وإن كان بدونه فالضمان) أقول: هذا إنما يتم فيما إذا هلك المغصوب في يد الغاصب، وأما إذا كان قائماً في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب، وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك، اللهم إلا أن يبني كلامه هنا على ما قيل: إن الموجب الأصلي للغصب مطلقاً هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره، ولكنه قول ضعيف جداً على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثم، فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك قوله: (ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية: لأن الحنطة مثلاً مثل الحنطة جنساً، ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة، لأن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية اه. أقول: الظاهر أن المقصود من التعرض ها هنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية دفع ورود سؤال على أن يكون في إيجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الأمثال بالجودة والرداءة، ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي، لأنه إن أريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية لأنه لا تفاوت بين جيدها ورديتها في المالية فهو ممنوع، إذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جداً، وإن أريد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع لقول النبي

بمثله من جنسه أولاً، فإن كان الأول فعليه مثله. وفي بعض نسخ القدوري: فعليه ضمان مثله، ولا تفاوت بينهما لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ والمثل إذا أطلق ينصرف إلى ما هو مثل صورة ومعنى، ولأن المثل صورة ومعنى أعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية، لأن الحنطة مثلاً مثل الحنطة جنساً، ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة، لأن الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان أدفع للضرر، فإن الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى، فالجبر التام أن يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى، فإن انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يوم الغصب. وقال محمد رحمه الله: يوم الانقطاع. لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب (ولمحمد الخ) كلامه فيه واضح. قيل إنما قدم قول أبي يوسف لتثبيت الأقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الأقوال، فإن أول الأوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة. وإيراد الأقوال على هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف وإن كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه. قال المصنف رحمه الله: (معناه) أي معنى قوله ولا مثل له (العديدات المتفاوتة) وتحقيقه أن معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه، لأن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى، وذلك كالعديدات المتفاوتة مثل الدواب والثياب، وإنما وجب قيمته (لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعاً

قوله: (والثاني إما أن يكون له مثل: أي يكون مما يضمن بمثله) أقول: فيه بحث لإفصائه إلى الدور قوله: (لأن الجودة ساقطة العبرة في الربويات) أقول: وفي لطائف الإشارات ضمن الجيد بمثله لا برديء رعاية للمائلة.

يقدر على مثله فعلية قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يوم الغصب. وقال محمد: يوم الانقطاع) لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب. ولمحمد أن الواجب المثل في الذمة. وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع. لأبي حنيفة أن النقل لا يثبت

﴿جيدها ورديتها سواء﴾^(١) فهو مسلم لا كلام فيه، لكن لا يندفع به السؤال المتجه على قول المصنف ها هنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في إيجاب المثل غير مسلم لتحقيق الاختلاف بين ذوات الأمثال بالجوذة والرداء وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية، بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن عدم الاعتبار لتفاوت الأموال الربوية في وصف الجودة والرداء عند أهل الشرع يؤيد وزود ذلك السؤال ها هنا، إذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف أيضاً تأمل تقف قوله: (لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمة يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب) قال صاحب النهاية: فإن قلت: لم قدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه؟ يحتمل أن يكون ذلك لوجهين: أحدهما أن يكون المختار قوله لقوة دليله إذ فيه إثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب، لأن المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب. والثاني لإثبات الأقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الأقوال، فإن أول الأوقات من هذه الأقوال الثلاثة يوم الغصب، ثم يوم الانقطاع، ثم يوم الخصومة. فإيراد الأقوال على ترتيب هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله اه كلامه. وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الإجمال في معراج الدراية أيضاً، وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية أيضاً ولكن بطريق النقل بقليل. أقول: كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه. أما الوجه الأول فلأن ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل أبي يوسف، لأن المغصوب المثلث إنما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمن المثل، ثم انتقل إلى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد، فمن أين يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله، ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تأخير دليله إذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القوي عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن

للضرر بقدر الإمكان، أما العددي المتقارب) كالجوز والبيض (فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) قيل: وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل، وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت وليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له ففيه القيمة، وإن كان الأول فعلى الغاصب رد العين، ولعمري إن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل لقوله ﷺ: (على اليد ما أخذت حتى ترد) أي على صاحب اليد عين ما أخذت اليد حتى ترد وقال ﷺ: (ولا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً، فإن أخذه فليرده عليه) وهو واضح. ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي، ومعناه: أن لا يريد بأخذه سرقة ولكن إدخال الغيظ على أخيه، فهو لاعب في مذهب السرقة جاذ في إدخال الأذى عليه، أو قاصد للعب وهو يريد أنه يجذ في ذلك لينغيظه (ولأن

قال المصنف: (وقال أبو يوسف: يوم الغصب) أقول: وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة: مذهب أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة، والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقتلها، وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر، ويوم الانقطاع لا ضبط له. وأيضاً لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب. وأيضاً عند وجود المثل لم ينتقل، وعند عدمه لا قيمة له انتهى. ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال: وجد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى.

(١) تقدم في الربا وهو غريب بهذا اللفظ لكن مضاه ثابت في أحاديث صحيحة. انظر باب الربا.

بمجرد الانقطاع، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك؛ وإنما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء، بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك. قال: (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة، لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها

المقدم، وإن كان يقدم لقوي في الأكثر عند نقل أصل الأقوال، وهذا مما لا ستره به عند من له قدم راسخ في معرفة أساليب كلام المصنف. وأما الوجه الثاني فلأن إثبات تلك الأقوال بحسب الترتيب الزمني مما لا يتعلق به نظر فقهي أصلاً، فتغيير المصنف أسنوبه المقرّر بسجدة ذلك الأمر الوهمي مما لا يناسب بشأنه الرفيع، فالوجه عندي أن المصنف جرى ما هنا أيضاً على عادته المقررة من تأخير الأقوى فالأقوى عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للمقدم كما حصل ما هنا أيضاً ذلك على ما يشهد به التأمل الصادق. قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: أقول قول أبي يوسف أعدل، لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة، والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقتها، وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر، ويوم الانقطاع لا ضبط له. وأيضاً لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب، وأيضاً عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له، إلى هنا كلامه. وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة: ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال: وحذ الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي، وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت، وعلى هذا انقطاع الدراهم اهـ. وقد سبقه إلى هذا الجواب صاحب الإصلاح والإيضاح. أقول: ويمكن رد هذا الجواب بأن يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقاً. وكأنه لهذا قال: وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر: يعني أنه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه إن لم يوجد في البيوت أيضاً فتعذر التقويم، وإن وجد فيها يتعسر التقويم لأن معيار تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيه الأشياء، وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل، وكذا سراده بعدم بقاء شيء في قوله: لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقاءه في السوق الذي يباع فيه، فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجي في حد الانقطاع كما لا يخفى قوله: (بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول: فيه إشكال، لأن هذا لا يتم على ما سيجيء عن قريب من أن الموجب الأصلي في الغصب على ما قالوا: هو رد العين، وإنما رد القيمة مخلص خلفاً، إذ المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضاً وإنما هو رد العين لأنه الواجب الأصلي مطلقاً، وإنما ينتقل إلى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت الهلاك عينه لا وقت وجود أصل السبب وهو الغصب، ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما لا مثل هو المثل في الذمة؛ وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمة وقت الانقطاع عنده، وبقضاء القاضي عند أبي حنيفة فتعتبر قيمته وقت

اليد حق مقصود) بدليل جواز إذن العبد في التجارة فإنه لا حكم لشرائه في حقه سوى التصرف باليد، لا سيما إذا كان مدبوناً فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف، فعلم أن اليد حق مقصود (وقد قوتها عليه فيجب) عليه (إعادتها بالرد إليه وهو الموجب) أي رد العين هو الموجب (الأصلي على ما قالوا: ورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر، إذ الكمال في رد العين والمالية. وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام) فمنها ما إذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فإنه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه، ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتاً لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح. ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين. ومنها وجوب الزكاة فإن

قال المصنف: (لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول: فيه بحث، فإنه مطالب بالعين إذا كانت قائمة على القول الأقوى قوله: (لأن المثل لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى) أقول: إذا الأجسام متماثلة تتجانس الجواهر المردة والمجردات غير ثابتة قوته. (وذلك كالمسنيات الخ) أقول: أشار بقوله ذلك إلى الشيء في قوله أن معناه الشيء الذي له.

دفعاً للضرر بقدر الإمكان. أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلّة التفاوت. وفي البرّ المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له. قال: (وعلى الغاصب رد العين المقصوبة) معناه ما دام قائماً لقوله عليه الصلاة

الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد منهما. وبالجمله الفرق بين ما لا مثل له وبين ماله مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر في الأول عند وجود أصل السبب، وفي الثاني عند الانتقال إلى القيمة غير واضح على ما قالوا: إن الموجب الأصلي في الغصب مطلقاً هو رد العين، وإنما رد القيمة مخلص خلفاً كما سيجيء: وأما على ما قيل: إن الموجب الأصلي هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء أيضاً فلا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد رأساً، إذ في كل منهما تصريح بأن الموجب الأصلي في الغصب غير القيمة، وإنما ينتقل إليها بأمر عارض، فالمقام لا يخلو عن الإشكال على كل حال قوله: (وما لا مثل له فعليته قيمته يوم غضبه، معناه العدديات المتفاوتة) يعني معنى قول القدوري في مختصره ما لا مثل له العدديات المتفاوتة. قال صاحب العناية أخذاً من النهاية: وتحقيقه أن معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه، لأن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى، وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب اهـ. أقول: هذا الذي عده تحقيقاً مما لا طائل تحته، بل لا حاصل له لأنه إن أراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله بقوله: لأن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى، لأن ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه أيضاً بالأولية فلا يكون له مثل أصلاً. وقد قال في التعليل: إن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله: ما لا مثل له في قوله: وما لا مثل له فعليته قيمته يوم غضبه، وإن أراد بذلك ما له مثل من جنسه، ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله، فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري ما لا مثل له في قوله: وما لا مثل له فعليته قيمته يلزم الاختلاف في وضع المسألة، إذ يصير حينئذ معنى المسألة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليته قيمته. أي يضمن بقيمته فيشبه جواب المسألة بلغو من الكلام لكونه معلوماً بصدر المسألة. وبالجمله تفسير ما لا مثل له في هذه المسألة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية، وكذا تفسير ما له مثل في المسألة الأولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا تقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسألة في صدر المسألة فيكون معنى قولهم في المسألة الأولى أيضاً ومن غضب شيئاً له مثل فهلك في يده فعليته ضمان مثله، ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية. فالحق عندي أن المراد بما له مثل في المسألة الأولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف إليه المثل عند الإطلاق، وبما لا مثل له في هذه المسألة ما لا مثل له في صورة ومعنى، وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر. وقد أفصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل: إن المثل نوعان: كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الأصل، وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة، والقاصر لا يكون مشروعاً مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل اهـ. فيصير معنى هذه المسألة: وما لا يكون له مثل كامل فعليته مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة. قال في الكافي بعد ذكر مسألتنا هذه: وقال مالك: يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا. ولنا ما روي عن شريح: «من كسر عصافه له وعليه قيمتها» وهو المراد بالمثل المذكور في النص اهـ. أقول: يريد عنيه أنه لو

الغاصب إذا كان له نصاب في ملكه وقد غضب شيئاً وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة إذا انتقص النصاب بسقاية وجوب قيمة المغصوب. قيل: والصحيح هو الأول لأن الموجب الأصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن رد العين إذا قدر على القيمة، لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل، وليس كذلك. والجواب عن مسألة الإبراء إنما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك، فكان الإبراء صحيحاً من ذلك الوجه، وقد قررنا ذلك في

والسلام «على اليد ما أخذت حتى ترد»^(١) وقال عليه الصلاة والسلام «لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً، فإن أخذه فليرده عليه»^(٢) ولأن اليد حق مقصود وقد فوّتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه، وهو الموجب الأصلي على ما قالوا، وردّ القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر، إذ الكمال في رد العين والمالية. وقيل الموجب الأصلي

كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة ١٩٤] لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده، وقد مرّ الاستدلال به على ذلك في المسألة الأولى، وهو الذي أشار إليه في الكافي وغيره بقوله: لما تولنا فتدبر قوله: (أما العددي المتقارب فهو كالمكيل) قال في النهاية: وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون، لأن من الموزونات ما ليس بمثل على وهو الموزون الذي في تبغيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت اهـ. أقول: لقاتل أن يقول: لو كان اقتصره على المكيل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مرّ أيضاً حيث قال: ومن غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس. وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد ما نقل ما في النهاية بقيل: وليس بواضح لأن من المكيل ما هو كذلك كالبرّ المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له فيه القيمة اهـ.

التقرير والأنوار، وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة، والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة، وعن مسألة الزكاة بما ذكرنا في مسألة الإبراء ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن، فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ومقدار ذلك مفوّض إلى رأي الحاكم، وهذا إذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة، فإن رضي أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه بيلها) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض، فالغاصب يدهي أمراً عارضاً خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر. فإن قيل: ذكر في الذخيرة في السير أن الغاصب إذا عيب المغصوب والقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلزم فما وجهه؟ قيل: في المسألة روايتان، وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز، والمذكور في الكتاب جواب الأفضل. قال: (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ما له أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد، وقيل التحويل هو النقل من مكان والإثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان، والنقل يستعمل بدون

قوله: (قيل وإنما اقتصر، إلى قوله: والطشت) أقول: إلا أن بينهما فرقاً، فإن البر والشعير مختلفان من الأصل، بخلاف القمقم والطشت المعمولين من أصل واحد كالنحاس، فإن اختلافهما ليس إلا لاختلاف الصفة قوله: (ولعمري إن تقديم هذا الخ) أقول: وإنما قدم المصنف ما قدمه اهتماماً لكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافات فتأمل قوله: (كان أنسب) أقول: لأنه موجب قال المصنف: (ويظهر ذلك في بعض الأحكام) أقول: منها لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح، حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان، ولولا أن الواجب الأصلي القيمة لما صح ذلك. ومنها لو كفل بالمغصوب يصح، ولو لم يكن الضمان واجباً لكان كفالة بالعين وذا لا يصح، ومنها أنه لا تجب الزكاة على الغاصب في نصاب يد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب، كذا ذكره في النهاية. والجواب إنما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك قوله: (لأنه قاصر الخ) أقول: يعني لأن رد القيمة قاصر قوله: (إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب) أقول: كما إذا انتقص بالدين قوله: (قيل والصحيح) أقول: القائل هو الإتقاني قوله: (لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل وليس كذلك) أقول: رده

(١) تقدّم تخريجه في كتاب الودعية باستيفاء.

(٢) جيد. أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٢٤١ وأبو داود ٥٠٠٣ والترمذي ٢١٦٠ والبيهقي ٩٢،٦ وأحمد ٢٢١،٤ كلهم من حديث السائب بن زيد عن أبيه عن جده يزيد السائب.

قال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب اهـ. والحديث إسناده حسن رجاله كلهم ثقات. وله شاهد من حديث إلهيم عمر بنحوه أخرجه الحاكم ٣٦٧،٣ وسكت هو والذهبي. وفيه الواقدي وإو لكن حديثه يصلح شاهداً.

القيمة ورد العين مخلص، ويظهر ذلك في بعض الأحكام، (والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن (فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببذلها) لأن الواجب رد العين والهلاك عارض، فهو يدعي أمراً عارضاً خلاف الظاهر 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) لأنه الغصب بحقيقته فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل (وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يضمه، وهو قول أبي يوسف الأول، وبه قال

أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكيل في قوله: أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلّة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقريته قوله: بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له، وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكيل في تحقق المماثلة في الكيل كما تقرّر في باب الربا من البيوع قوله: (والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لأن الغصب بحقيقته ويتحقق فيه، كذا في معراج الدراية. ثم إن المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول، إذ لا خلاف فيه ولا اشتباه، وإنما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الأصلي بالبيان هنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور: أعني قوله: والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار إليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك: أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره. وأشار إليه صاحب العناية أيضاً حيث قال في تفسير ذلك: أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره، وأشار إليه صاحب العناية أيضاً حيث قال: الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار، بل أشار إليه المصنف نفسه حيث قال في تعليل ذلك: لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره. قلت: بقي الكلام في أن أداة القصر في التركيب المزبور ماذا؟ فلعلها هي تعريف المسند إليه بلام الجنس، فإنه يفيد قصر المسند إليه على المسند كما صرحوا به في علم الأدب، ومثله بنحو التوكل على الله والكرم في العرب والإمام من قرش. قوله: (لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل) أقول: لقائل أن يقول: هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعي ما هنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبراً، وبذكر التفصيل الآتي هناك يستغني عن ذكر الدليل ما هنا. فالأحسن

الإثبات في مكان آخر (لأن الغصب بحقيقته) حوالة (يتحقق في المنقول دون غيره، لأن إزالة اليد بالنقل) ولا نقل في العقار والغصب بدون الإزالة لا يتحقق (وإذا غصب عقاراً فهلك في يده بغير صنعه لم يضمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: يضمه، وهو قول أبي يوسف الأول والشافعي رحمهما الله لتحقيق إثبات اليد) بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك (ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين) من جنس واحد (على محل واحد في حالة واحدة) وإنما قيل من جنس واحد احترازاً عما إذا أجر داره من رجل فإنها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الأجر حكماً لكنهما يدان مختلفتان (فيتحقق الوصفان) يعني إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه فصار كالمنقول) في تحقق الوصفين (وجود الوديعة في العقار) فإنه إذا كان وديعة في يد شخص فجحدته كان ضامناً بالاتفاق، فالقول بالضمان في هذه الصورة، وقد ثبت أن جحد الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحد

العلامة الزيلعي وقال: كونه لا يصار إليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظاهر مع الجمعة، فإن الظاهر هو الأصل والجمعة خلف عنه، ولا يصار إليه إلا عند العجز عن إقامتها، إلى هنا عبارته. ولك أن تقول: ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مورد قوله: (وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول: وأنت خير بأن يجوز أن يجاب عن هذه المسألة بما أجيب به عن مسألة الإبراء قوله: (وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول: يعني لو قضى بلا تلوم يجوز قوله: (والمذكور في الكتاب جواب الأفضل) أقول: يعني الأفضل هو التلوم قال المصنف: (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول: والغصب مبتدأ، وقوله فيما ينقل خبره قوله: (لأن الغصب بحقيقته الخ) أقول: تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار. قال

الشافعي لتحقيق إثبات اليد، ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة. ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد

أن يكتفى بما سيأتي في تعليل جواب مسألة غصب العقار المتفرعة على الأصل المذكور ها هنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه هاهنا، فإن الخلاف المذكور هناك متحقق ها هنا أيضاً لا محالة قوله: (وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه) أقول: كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله: وإذا غصب عقاراً الخ لأن هذه المسألة متفرعة على ما سبق من الأصل فينبغي أن يظهر علامة التفرع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب، فذكرت كلمة الفاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه: وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولاً، وهو قول أبي يوسف الآخر، حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لا يتعقد موجباً للضمان اهـ. والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فيدلها المصنف بالواو في البداية والهداية. ثم أقول: المراد بالغصب في قوله: وإذا غصب عقاراً هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي، فلا يتجه أن يقال: قد تقرر فيما مر أن حكم الغصب مطلقاً عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ها هنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب، لأن الضمان إنما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي، والمتحقق ها هنا هو الثاني دون الأول فلا منافاة. قال بعض الفضلاء: إطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ. أقول: فيه أن المصير إلى المجاز إنما هو عند تعذر الحقيقة، وهنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا يصار إلى المجاز، اللهم إلا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر إلى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر إلى الوضع اللغوي، ولكن حق الأداء ما قدمناه كما لا يخفى. وقال صاحب غاية البيان: وقد اختلفت عبارات المشايخ 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 يضمنه عند أبي

تناقض ظاهر، وكان التكلف بإثبات إزالة اليد من جانب الشافعي للإلزام لأنه يكتفي في الغصب بإثبات اليد الباطلة كما تقدم (ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار، لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه) أي بإخراج المالك (عنها) أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار (وهو) أي الإخراج (فعل في المالك لا في العقار) فانتفى إزالة اليد والكل يتنفي بانتفاء جزئه (فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي) حتى تلفت، فإن ذلك لا يكون غصباً لها (وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب، ومسألة الجحود متنوعة) ذكر في المختلغات أن الوديعة لو كانت عقاراً لا يضمن وإن جحد. وذكر في المبسوط: والأصح أن يقال جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجباً للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم بالجحود تارك لذلك) قال: (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً. أما على قول محمد والشافعي رحمهما الله فظاهر. وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا أنه إتلاف، والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه، لأنه فعل في العين. قال المصنف رحمه الله (ويدخل فيما قاله) يعني القدوري (إذا انتهكت الدار بسكناها وعملها) بأن كان عمله الحداثة أو القصارة فوهي جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضموناً عليه، وإنما قيد بذلك لأنه إذا انتهكت الدار بعد ما غصبها رست في يده لا بسكناها وعملها بل بأقاة سماوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فلو غصب داراً وباعها وسلمها وأقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف

المصنف: (وإذا غصب عقاراً) أقول: إطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة. قال المصنف: (يتحقق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك) أقول: هو لتعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعي فإن عنده يتحقق الغصب بإثبات اليد بدون إزالة يد المالك كذا في شرح الكاكي. وقال الأكمل وكان التكلف بإثبات اليد الباطلة كما تقدم

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 سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك. قال: (وما نقصه منه بفعله أو سكنائه ضمنه في قولهم جميعاً) لأنه إتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكنائه وعمله، فلو غصب داراً وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال: (وإذا انتقص بالزراعة يفرم النقصان) لأنه أتلف

حنيفة وأبي يوسف، لأنه أثبت الغصب ونفى الضمان. وقال بعضهم: لا يتحقق أصلاً، وإليه مال أكثر المشايخ اه كلامه. أقول: فيه نظر، لأنه إن أراد أن بعضهم قال: يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نسلم ذلك، إذ لم يقل أحد إن الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها، كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان، فإن وجوب الضمان عند هلاك المصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد، وإنما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه، وإن أراد أن بعضهم قال: يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان، وبعضهم قال: لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضاً فلا نسلم أن أحداً قال: إن الغصب اللغوي لا يتحقق فيها، لأن الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب، ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار إذ لم يعتبر فيه إزالة يد المالك أصلاً فضلاً عن إزالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الأصل الشرعي عندهما في العقار على ما ستعرفه فلا يصدر ممن له أدنى تمييز إنكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلاً عن مثل مشايخنا هؤلاء الأجلاء قوله: (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) قال صاحب العناية في حل هذا المحل: ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك: أي بسبب ذلك، وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه، أي بإخراج المالك عنها: أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار، وهو أي الإخراج فعل ني المالك لا في العقار فانتفى إزالة اليد والكل يتنفي بانتفاء جزئه اه. أقول: في

في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيئاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، لأن البيع والتسليم غصب ومنه لا يتحقق موجباً للضمان في الغصب عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله. وقيد بقوله ولا بينة له لأن إقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل، فإذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب، وأما إذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق. وقوله: (هو الصحيح) يحتمل أن يكون احترازاً عن قول بعضهم بأن في المسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق. فإن قيل: إذا شهدا بدار لإنسان وقضى له بها ثم رجعا ضمناً قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق وإتلافها كإتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما. أجيب بأن مسألة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع، فالفرق بين المسألتين أن الإتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما، حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بيته والعقار يضمن بالإتلاف. وأما في مسألتنا فإن الإتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم، بل بعجز المالك عن إثبات ملكه

قال المصنف: (ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين) أقول: ليت شعري بأي دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل في العين ومنه ثبت، بل مفهوم إزالة اليد تحققه في إخراج المالك أظهر، ويجوز أن يقال: الواجب ضمان المحل، فإذا لم يكن له فعل في المحل بل في ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف: (وهذا لا يتصور في العقار) أقول: للخصم أن يقول: إنسا لم يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد فتأمل قوله: (أي بسبب ذلك) أقول: فيه تأمل، فإن السببية غير ظاهرة، بل الظاهر أنها للإلصاق أو للمصاحبة.

البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل. قال: (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يتصدق بالفضل) وسنذكر الوجه من الجانبين. قال: (وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه) وفي أكثر

تقريره قصور. أما أولاً فلأنه جعل الباء في قول المصنف بإزالة يد المالك للسببية، وليس بواضح إذ على تقدير تحقق السببية بين إثبات يد الغاصب وبين إزالة يد المالك كان السبب هو إثبات يد الغاصب دون إزالة يد المالك لكون الأول وجودياً وأصلاً صادراً من الغاصب. والثاني أمراً عديمياً متفرعاً على الأول. وأيضاً لو كان الباء المزبورة للسببية كان معنى كلام المصنف: ولهما أن الغصب إثبات اليد المسبب عن إزالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع إثبات اليد العادية وإزالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود، فالوجه أن يكون الباء ثمة للمصاحبة فيكون المعنى: ولهما أن الغصب إثبات اليد مع إزالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود. وأما ثانياً فلأن التبادر من قوله: فانتفى إزالة اليد بدون التقييد أن لا تتحقق إزالة اليد أصلاً في غصب العقار عندهما، وليس كذلك إذ قد مر في تعليل قول محمد: إن من ضرورة إثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة، وفي تعليل قولهما: ها هنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة، وليست بقابلية للنفي والمنع لتقررهما وبدايتهما فلا جرم كانت مسلمة عندهما أيضاً فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء إزالة اليد أصلاً في غصب العقار. فالأولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف ها هنا أن يقال: ولهما أن الغصب إثبات اليد العادية مع إزالة يد المالك بفعل في العين لا مع إزالة يد المالك مطلقاً: أي سواء كانت بفعل في العين أو بفعل في المالك، وما كان من ضرورة إثبات اليد إنما هو زوال يد المالك مطلقاً لا زوالها بوجه خاص، وهو أن يكون بفعل في العين، وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من إزالة اليد العادية مع إزالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار، لأن يد المالك في العقار لا تزول إلا بإخراج المالك عنها: أي عن العين المغصوبة، وهو أي الإخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه إزالة يد المالك بفعل في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عند هلاكه في يد الآخذ، وبهذا التقرير ثبت مدعى الإمام الأعظم والإمام الثاني. ويخرج الجواب عما ذكر في دليل إمامنا الثالث والشافعي كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة، واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال: ليت شعري بأي دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت، بل مفهوم إزالة اليد تحققه في إخراج المالك أظهر اه. أقول: قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فمزا على أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار، والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب، فإن أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل، إلى هنا كلامه فتأمل. ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف: في تعليل قولهما: وهذا لا يتصور في العقار بأن قال: للخصم أن يقول: إنما لم يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد فتأمل اه. أقول: ليس هذا بشيء، إذ ليس في الخصوم من

بيئته: ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فلماذا لا يكون البائع ضامناً (وإن نقضت بالزراعة يغرّم النقصان) ويعرف النقصان بأن ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها، وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح. قال: (وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه، وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله: (لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب، وعند العجز عن رده تجب القيمة) يعني

قوله: (فإذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب) أقول: فيه بحث قوله: (لو أقام البينة) أقول: يعني المالك قوله: (على الملك لنفسه) أقول: يعني بعد الشهادة والقضاء.

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 ردّه يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وإن نقص في يده ضمن النقصان) لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته، بخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء،

ينكر تحقق إثبات اليد فيه، ولا من يقول: بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفاً فكيف يتصور أن يقول الخصم: إنما لم يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد قوله: (وفي أكثر نسخ المختصر: وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول: لقائل أن يقول: إن أراد أن الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم، ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ما هنا في أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره؛ ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر في قوله: وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوي لا محالة، وإن أراد أن الغصب مطلقاً فيما ينقل فهو ممنوع جداً. ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد هو الأول، ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور ما هنا في أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لأن المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر إلى وضع أهل الشرع على ما عرف في علم الأصول، بل في علم البيان أيضاً، فلا بد في إرادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في تخاطب أهل الشرع من قرينة وما هنا القرينة متنتية فوجب الحمل على المعنى الشرعي، بخلاف قوله فيما مر وإذا غصب عقاراً، فإن قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب في قوله: غصب عقاراً معناه اللغوي دون الشرعي تدبر قوله: (ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول: فيه شيء، وهو أن الظاهر أن مسألتنا هذه تعم المثلى وغير المثلى من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كلاً منهما، مع أن قوله: ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى في صورة المثل على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، إذ قد تقرر فيما مر أن المعتبر في هاتيك الصورة عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة، وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسألة اتفاقية قوله: (وإن نقص في يده ضمن النقصان لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) أقول: في هذا التعليل قصور، إذ قد صرح في عامة الشروح بأن مسألتنا هذه تعم ما كان النقصان في بدن المصنوب مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها، وما كان في غير بدنه مثل أن كان عبداً محترفاً

على رأي من يرى أن الموجب الأصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفاً أو تقرر أي القيمة (بذلك السبب) يعني على رأي من يرى أن الأصل هو القيمة ورد العين خلف عنه، فإن هلك العين تقرر القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أي ولكون الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وإن نقص) المصنوب (في يد الغاصب) ولم ينجر نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان في بدنه مثل أن كان جارية فاعورت، أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها، أو في غير بدنه مثل أن كان عبداً محترفاً ففسد الحرفة (لأنه دخل في ضمانه بجميع أجزائه بالغصب) وقد فات منه جزء (ف) تعذر رد عينه و (ما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) وأما إذا انجر نقصانه مثل أن ولدت المصنوبة عند الغاصب فردها وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئاً عندنا خلافاً لزفر رحمه الله، فإن كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو إما أن يكون الرد في مكان الغصب أو لا، فإن كان فيه فلا ضمان عليه لأن تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء، وإن لم يكن فيه بخير المالك بين أخذ القيمة والانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان فيسترده، لأن النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة، وله أن ينتظر، فقوله: (بخلاف تراجع السعر) متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته (وبخلاف المبيع) معطوف على قوله بخلاف، 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

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. قال: (ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رضي الله عنه وهذا

فنسى الحرفة، ولا يخفى أن التعليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية، لأن النقصان فيها من حيث الأوصاف دون الأجزاء. فالأولى في التعليل أن يقال: لأنه يدخل جميع أجزائه وأوصافه في ضمانه بالغصب فإنه أوفى بالصورتين معاً وأوفق لقوله الآتي: وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد، أما الغصب فقبض، والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف قوله: (ومراده غير الربوي، أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا) يعني أن مراد القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي، وأما في الربويات: أي في الأموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً فلا يمكن للمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا، هذا فحوى كلامه. أقول: لقائل أن يقول: عدم إمكان ذلك مسلم فيما إذا كان نقصان الربويات في الأوصاف كما إذا غصب حنطة فعفت في يده، إذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الأموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل إلى الربا لا محالة، وأما فيما إذا كان نقصانها في الأجزاء كما إذا غصب كيلياً أو زنياً فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كيلاً أو وزناً فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الأصل بلا تأذ إلى الربا أصلاً كما لا يخفى، فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم إمكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل في الربويات مطلقاً فتأمل. وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام: قال المصنف: ومراده أي مراد القدوري بقوله: وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي، أما في الربويات كما إذا غصب فعفت عنده أو إناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا، لكن صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره، وإن شاء تركه وضمنه مثله، إلى هنا كلامه. أقول: تقرير صاحب العناية ها هنا وإن كان مطابقاً لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلاً عن

بمائة مثلاً فاعوزت في يد البائع فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيراً بين إمضاء البيع وفسخه، فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد والأوصاف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض، وهذا لأن العقد يرذ على الأعيان لا على الأوصاف، والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة. قال المصنف رحمه الله: (ومراده) أي مراد القدوري رحمه الله بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان (غير الربوي، أما في الربويات) كما إذا غصب حنطة فعفت عنده أو إناء فضة فانهشم في يده (لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا) لكن صاحبه بالخيار، إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره، وإن شاء تركه وضمنه مثله. قال: (ومن غصب عبداً فاستغله) أي ومن غصب عبداً فأجره وقبض الأجرة فصار مهزولاً في العمل فعليه النقصان لما بينا أنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان، ويتصدق بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها. وعلى هذا إذا أجر المستعير المستعار والمودع الوديعة. لأبي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه، أما الضمان فظاهر لأن المنصوب دخل في ضمان الغاصب، وأما الملك فلأنه يملكه من وقت الغصب مستنداً إذا ضمن ولهما القول بالموجب: أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمنه لكنه بسبب خيث وهو التصرف في ملك الغير، وما هو كذلك فسيبيله التصديق، إذ الفرع يحصل على

قوله: (لأن النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان، فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول: الضمير في نقله راجع إلى الغاصب، والضمير في له راجع إلى المالك المقدم ذكره، والضمير في يطالبه راجع إلى الغاصب قال المصنف: (قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضاً) أقول: الظاهر تقديم أيضاً على قوله عندهما.

عندهما أيضاً. وعنده لا يتصدق بالغلة، وعلى هذا الخلاف إذا أجر المستعير المستعار. لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه. أما الضمان فظاهر، وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً 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 الخبث (فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لأن الخبث لأجل المالك، ولهذا لو أدى إليه يباح له تناول فيزول الخبث بالأداء إليه، بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق

الإيضاح إلا أنه متظور فيه عندي. أما أولاً فلأنه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفي سائر المعبريات أيضاً بأن الوزني الذي في تبغيضه مضرة كالمصوغ من القمقم والطست ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم، ولا شك أن إناء فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ها هنا بإناء فضة انهشم في يده. وأما ثانياً فلأنه كيف يصح قوله وإن شاء تركه وضمنه مثله، وتضمن المثل إنما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها إناء فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفاً، فلعل الحق في حكم غصب إناء فضة إذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب، وعبرة الكرخي هكذا: وإن كان الإناء فضة فهو بالخيار، إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب، وكذلك إن كان الإناء من ذهب فهو بالخيار، إن شاء أخذه بعينه، وإن شاء أخذ قيمته من الفضة انتهت. ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل، غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل إناء فضة حيث قال. وفي المبسوط: وإن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا، وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن للجودة والرداءة والصنعة في الأموال الربوية قيمة، وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها، فلو أوجبتنا مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا، أو لو أوجبتنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة، فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغاً اهـ قوله: (لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه. أما الضمان فظاهر، وكذا الملك لأن

وصف الأصل، أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف. فإن قيل: التصرف في ملكه مستنداً فأني يكون الخبث؟ أجاب بقوله: (والملك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفاتئ (فلا ينعدم به الخبث، فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان، لأن الخبث لأجل المالك، ولهذا لو سلم الغلة مع العبد إلى المالك يباح له تناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فإن الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري، لأن الخبث ما كان لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره) أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الأجر أو المال (لأنه محتاج إليه، وللمحتاج إليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه) وهو أولى بذلك لأنها ملكه وإن كان فيه خبث (فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال) أي

قوله: (لكنه بسبب خبيث) أقول: أي لكنه حصل أو لكن الحصول قوله: (وأصله حديث الشاة المصلية) أقول: سيجيء الحديث بتفصيله في الدرس الآتي قال المصنف: (والملك ناقص) أقول: حيث لم يملك العبد كله، بل ما نقصته الغلة إذا لم يضمن غيره. نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما إذا ضمن قيمة العبد كله. وفي أكثر النسخ: والملك المستند ناقص فلا مجال للحمل على هذا الاحتمال إلا بجعل اللام عهدية قوله: (أجاب بقوله والملك المستند ناقص: يعني لكونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه، ولهذا يظهر في حق القائم دون الفاتئ) أقول: المضمون وهو ما نقصته الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل، فإنه إذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الذي فات قال المصنف: (فيزول الخبث بالأداء إليه) أقول: زوال الخبث بالنسبة إلى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جواز الاستعانة للغاصب في أداء ما وجب عليه بتلك العلة كمن أدى دين زيد بماله الآخر، فليتأمل فإن جوابه غير خفي.

المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه، وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه، فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا. قال: (ومن غصب ألفاً فاشتري بها جارية فباعها بالدينين ثم اشترى بالدينين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح، وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وبيع لا يطيب له الربح عندهما، خلافاً لأبي يوسف، وقد مرّت 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 فقله في الكتاب اشترى بها إشارة

المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً عندنا) أقول: فيه نوع تأمل، لأن الذي حصل في ضمانه وملكه إنما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب، لأن الكلام فيما إذا نقصته القلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل، والظاهر أن الغلة: أي الأجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط، فما وجه القول بأن لا يتصدق بشيء من الغلة أصلاً فتفكر قوله: (فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا) فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن، ونقل صاحب النهاية هذه المسألة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستعمال حيث قال: وفي المبسوط: فإذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله إن كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني، وإن كان محتاجاً يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك اهـ. أقول: فيه إشكال، فإنه يجوز أن يكون غنياً وقت استهلاك الثمن ويصير فقيراً وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري، ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصديق بمثلها عند إصابته مالا، أو لا يرى أنه لو صرفها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصديق بمثلها من بعد أصلاً؛ ففيما إذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل، اللهم إلا أن يقال: وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه إن لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمل أن يبقى ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغلة، لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم يبعد أن يكون مدار للحكم الشرعي فتدبر. وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف إلى حاجة نفسه. أقول: هذا هو الظاهر، ولكن فيه أيضاً شيء، وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه إنما يجوز رأساً إذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله: ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه إلا إذا كان لا يجد غيره، ولا يخفى أنه إذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيراً البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال وإن كان فقيراً فلا شيء

وقت استهلاك الثمن، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا أنه محتاج، وكذلك إن استهلك الغلة مكان الثمن إن كان محتاجاً فلا شيء عليه، وإن كان غنياً فعليه أن يتصدق بمثله. قال: (ومن غصب ألفاً فاشتري بها جارية) الغاصب إذا تصرف في المغصوب أو المودع في الوديعة وبيع فيه لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، وقد مرّ في الدلائل. وجوابهما في الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان، فكان التصرف في غير ملكه مطلقاً فيكون الربح خبيثاً، وإنما كثر الشراء في وضع المسألة تنبيهاً على تحقق الخبث وإن تداولته الأيدي، ثم هذا: أي عدم طيب الربح فيما يتعين بالإشارة كالعروض ظاهر، وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير. فقله: (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها) قال فخر الإسلام: لأن ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها إذا أشار إليها ونقد منها، أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً ونقد منها يطيب له، وهذه أربعة أوجه، ففي واحد منها لا يطيب، وفي الباقي يطيب. وذكر في المبسوط وجهاً آخر لا يطيب فيه أيضاً، وهو أنه إذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولاً ثم اشترى منه

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 إطلاقاً ونقد منها يطيب له، وهكذا قال الكرخي لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث. وقال مشايخنا: 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.

عليه، إذ معناه فبعد أن صرفها إلى حاجة نفسه لو أصاب مالا الخ، اللهم إلا أن يقال: يجوز أن يكون غنياً ولا يجد غير ذلك بأن كان ابن السبيل فتأمل قوله: (فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها) أقول: في عبارة المصنف ها هنا تسامح، لأن حاصلها يؤول إلى أن يقال: فقوله: في الكتاب اشترى بها إشارة إلى نفسه وإلى غيره، لأن قوله: اشترى بها في قوله: إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها نفس ما في الكتاب، وقوله: ونقد منها أمر مغاير له، ولا معنى للقول: بأن في الشيء إشارة إلى نفسه وإلى غيره كما لا يخفى، فالظاهر أن يقال: فقوله: في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا أشار إليه ونقد منها إذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور، وتظهر المقابلة بقوله بعده: وأما إذا أشار إليها ونقد من غيرها ونقد منها وأشار إلى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة. ثم إن مأخذ قول المصنف: ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة إلى قوله: وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير، ولفظه: إذا أشار إليها ونقد منها بدل قول المصنف: إذا اشترى بها ونقد منها، فإنه قال هناك: وهذا واضح فيما يتعين بالإشارة إليه. فأما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب إذا اشترى بها يتصدق بالربح، وظاهر هذه العبارة يدل أنه أراد بها إذا أشار إليها ونقد منها. وكان الكرخي يقول في المسألة إن ذلك على وجه: إما أن يشير إليها وينقد منها، وإما أن يشير إليها وينقد من غيرها، وإما أن يطلق إطلاقاً وينقد منها أو يشير إلى غيرها وينقد منها. وفي كل ذلك يطيب إلا أن يشير إليها وينقد منها فإن الإشارة إليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها إلا أن يتأكد بالنقد منها. قال مشايخنا: بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشتري قبل أن يضمن، وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال، وإطلاق الجواب ها هنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار، إلى هنا لفظ فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير. وقال في الذخيرة: قال مشايخنا: الفتوى اليوم على قول الكرخي: لكثرة الحرام دفعاً للخرج عن الناس، وعلى هذا تقرر: أي الصدر الشهيد وشمس الأئمة السرخسي.

بتلك الدراهم. وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله، لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء، فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث. قالوا: والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعاً للخرج عن الناس. وقال فخر الإسلام رحمه الله: قال مشايخنا رحمهم الله: لا يطيب له قبل أن يضمن، وكذا بعد الضمان بكل حال: أي في الوجوه كلها، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح، وقال وذلك لأنه إذا نقد منها ولم يشر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم، فأما أن يصير عنها عوضاً فلا تثبت شبهة الخبث، وإن أشار إليها ونقد من غيرها فإعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضاً، وسبيل مثله التصديق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصديق (وإن اشترى بألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء) بل يرد عليه مثل ما غصب (في قولهم جميعاً لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الأصل وما زاد عليه دراهم ولم يصير فلم يظهر الربح.

قال المصنف: (لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول: هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده، لا لقوله بكل حال ولا للمجموع كما لا يخفى..

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال: (وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم 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

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال في العناية: لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله اهـ. فيه كلام. أما أولاً فلأن ما يزول به ملك المالك وإن كان عارضاً لأصل الغصب إلا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض، فإن موجب أصل الغصب إنما هو رد العين، ولا يصار إلى رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر، فلم يكن رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين حكم الغصب إلا بعد حدوث ذلك العارض، فكان بالتأخير أخرى منه. وأما ثانياً فلأن كون ما يزول به ملك المالك عارضاً إنما يقتضي استحقاقه للتأخير لا لفصله عما قبله بأن يورد في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله، وكان صاحب الغاية تداركه حيث قال: لأنه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك، لكن لا يتم به تمام التقريب إذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ذكره متأخراً عما قبله قوله: (وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قال في العناية: قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغير بغير فعله، مثل أن صار العنب زبيباً بنفسه أو خلاً أو الرطب تمراً، فإن المالك فيه بالخيار، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه وضمنه. وقوله: حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكةا لأنه لم يزل اسمها. يقال: شاة مذبوحة وشاة حية. وقوله: وعظم منافعها يتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها، فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكاً ونشأ وبدراً وغيرها تزول بالطحن، والظاهر أنه تأكيد لأن قوله: زال اسمها يتناوله، فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقاً لا حنطة. إلى هنا لفظ العناية. أقول: فيه نظر، فإن كون قيد وعظم منافعها في هذه المسألة المذكوراً المجرد التأكيد مع وقوعه في

فصل

لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله (وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغير بغير فعله، مثل أن صار العنب زبيباً بنفسه أو خلاً أو الرطب تمراً فإن المالك فيه بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه. وقوله حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكةا لأنه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية. وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها، فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكاً ونشأ وبدراً وغيرها يزول بالطحن، والظاهر أنه تأكيد لأن قوله زال اسمها يتناوله فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقاً لا حنطة، ومثل ذلك بقوله: (كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) وفيه إشارة إلى أن الذبح وحده لا يزيل الملك، بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة، والأمثلة كلها تدل على أنه لا بد للغاصب فيه من فعل قوله: (وهذا كله) يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمائه (عندنا). وقال الشافعي رحمه الله: لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله،

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قوله: (والظاهر أنه تأكيد، لأن قوله زوال اسمها يتناوله الخ) أقول: فيه أن الشاة إذا أربت بعد ذبحها وسلخها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجيء من الشارح؛ فالأولى أن يقال: قوله وعظم منافعها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأريمة فتأمل.

حنطة فطحنها أو حديداً فاتخذته سيفاً أو صغراً فعمله آتية) وهذا كله 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 يضمه، وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته. للشافعي أن العين باقية فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة فطحنت، ولا معتبر بفعله، لأنه محظور فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلاً

عبارات عامة المعتمرات من المطولات والمختصرات على الإطراد بعيد جداً لا تقبله الطباع السليمة، فالحمل عليه من ضيق العطن. والصواب أنه احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأزبها، فإنه لا يزول بالذبح والتأريب ملك مالكةا كما سيأتي في الكتاب، مع أنه زال اسمها بعد التأريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمية كما سيأتي التصريح به في عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكةا عنها تدبر قوله: (غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده) قال بعض الفضلاء: الظاهر أن المراد نقصان القيمة. أقول: ظهوره ممنوع، كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف فيما سيأتي: ولنا أنه أحدث صنعة متقومة، لأن قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقاً، وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها، فإذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقاً فأنى يتصور هناك نقصان القيمة، بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما إذا عفنت، وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال: لأن الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن. ثم قال: والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربا بينهما، ولا يجري الربا إلا باعتبار المجانسة. وقال: فلما ثبتت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة، ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئاً آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لأداته إلى الربا على ما مر فكذلك ها هنا اهـ. اللهم إلا أن يكون مراد ذلك القائل أيضاً بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف، لكن الظاهر في مثله إضافة النقصان إلى الوصف لا إلى القيمة كما لا يخفى قوله: (للسافعي أن العين باقية الخ) قال صاحب العناية: قوله وللشافعي عطف على قوله: لأنه يؤدي إلى الربا. أقول: ليس هذا بسديد، فإن الواو غير موجودة ها هنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلاً، ولو سلم وجودها فالظاهر أنها للابتداء، إذ لو كانت للعطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبي وهو قوله:

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا) إذ الدقيق عين الحنطة من وجه، لأن عمل الطحن في تفريق الأجزاء لا في إحداث ما لم يكن موجوداً وتفريق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب؛ ألا ترى أن الربا يجري بينهما ولا يجري الربا إلا باعتبار المجانسة (وعند الشافعي يضمه) لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز، وهو رواية عن أبي يوسف (وعنه أنه يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه حقه (لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) قوله: (وللشافعي) عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا، وتقديره أن بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك، لأن الواجب الأصلي في الغصب رد العين عند قيامه، ولولا بقاءه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باقية فيبقى على ملكه (وتتبعه الصنعة) الحادثة لأنها تابعة للأصل (كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة فطحنت) فإن الدقيق يكون لملك الحنطة كذلك هذا. فإن قيل: تمثيل فاسد لأنه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به. أجاب بقوله: (ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف في الأصول أن الفعل المحظور لا يصلح سبباً

قال المصنف: (وقال الشافعي: لا ينقطع حق المالك) أقول: الأظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلاً لما روي عن أبي يوسف ثانياً، فإن فيه لا ينقطع حق المالك أيضاً. نعم ينبغي أن يكون المراد بحق المالك ملكه قال المصنف: (غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده) أقول: الظاهر أن المراد نقصان القيمة قوله: (لكنه يباع في دينه) أقول: قوله لكنه ليس في محله، والظاهر أن يقال: فبيع في دينه قوله: (قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا) أقول: فيلزم أن يكون تعليلاً لعدم جواز ضمان

وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأزبها. ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير 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، ولا نجعله سبباً للملك من حيث أنه محظور، بل من حيث إنه إحداث الصنعة، بخلاف الشاة لأن

وعند الشافعي يضمته، وقوله: وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ. ولا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ركازة ذلك جداً وكونه بمعزل عن شأن صاحب الهداية. وردّ عليه بعض الفصلاء بوجه آخر حيث قال: فيلزم أن يكون تعليلاً لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف اه. أقول: ليس هذا بشيء لأن معنى قوله للشافعي أن العين باق أن له في إثبات مذهبه كذا، وهذا هو المعنى أيضاً على تقدير أن يكون للشافعي عطفاً على قوله: لأنه يؤدي إلى الربا، إلا أن له في إثبات مذهب أبي يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلاً لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف، كيف ولو لزم ما توهمه من المحذور ها هنا لزم ذلك في كل موضع الخلاف يقال فيه: عند إقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا، إذ لا شك أن المذكور ثانياً أو ثالثاً من تلك الأدلة بالواو معطوف على الأول، مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر، ومن جملة ذلك قوله: فيما نحن فيه. ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فإنه معطوف قطعاً على قوله: للشافعي أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لما علله الشافعي بلا ريب. فالوجه في صحة العطف في أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له في إثبات مذهبه كذا ولنا في إثبات مذهبنا كذا، ولا محذور فيه أصلاً فاحفظ هذا فإنه ينفعك في مواضع شتى قوله: (بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ) هذا جواب عن قول الشافعي: وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأزبها، وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب وعلى وجه يتبدل الاسم، واسم الشاة بعد الذبح باق لأنه يقال: شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال: شاة حية. فإن قيل: الكلام فيها بعد التأريب، ولا يقال: شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك. أجيب بأنه كذلك، إلا أنه لما ذبحها فقد أبقي الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل

للنعمة وهو الملك فصار كما إذا عدم الفعل أصلاً) وحيث صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة (وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وأزبها) أي جعلها عضواً عضواً، فإن فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظوراً (ولنا أنه أحدث صنعة متقومة) لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقاً (وإحداثها صير) جنس (حق المالك هالكاً من وجه) ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد (وحقه) أي حق الغاصب (في الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف في الأصول من قولهم: إذا تعارض ضرباً الترجيح كان الرجحان في الذات أحق منه في الحال، لأن الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشيء والطبخ، لأن الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه قوله: (ولا نجعله سبباً للملك من حيث هو محظور) جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لأنه محظور. وتقريره أن لهذا الفعل جهتين: جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور، وجهة إحداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الأولى. وقوله: (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة. وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم، واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية. فإن قيل: الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم

النقصان عند أبي يوسف، هذا خلف، وليست الواو في نسختنا موجودة وهو الأصوب قوله: (وحقه في الصنعة قائم من كل وجه) أقول: قال أكمل الدين: أي حق الغاصب انتهى. لكن الظاهر أن يقول: والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه العدول قوله: (كان الرجحان في الذات أحق منه في الحال) أقول: قوله في الذات: أي في الوجود. قوله في الحال: أي البقاء، والضمير في قوله منه راجع إلى الرجحان قال المصنف: (ولا نجعله سبباً للملك) أقول: أي لا نجعل الصفة بتأويل الفعل، أو على اعتبار المفعول الثاني قوله: (وتقريره أن لهذا الفعل جهتين: جهة تفويت يد المالك عن المحل) أقول: الأظهر أن يقال: جهة كونه تصرفاً في ملك غيره على سبيل العدول، وإلا فتفويت يد المالك حصل بالنقل فيكون تحصيلاً للحاصل. إلا أن يقال: يتأكد به ذلك التفويت وكان على شرف السقوط.

اسمها باق بعد الذبح والسلخ، وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان، والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر، وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله، رواه الفقيه أبو الليث. ووجه 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»^(١) أفاد

تبدل العين، كذا في العين وغيرها. أقول: الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيما ذكره جواباً عما استشهد به الشافعي من مسألة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتأريها، فإنه علل المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ فورد عليه قطعاً أن يقال: الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أريت، ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التأريب فلم تتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله، فلم يصلح ما ذكره المصنف جواباً عما استشهد به الشافعي. نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرّر في الجواب المذكور، لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه، ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب قوله: (وكذا إذا أذى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه) في المعنى المراد من قوله: أو ضمنه الحاكم ومن قوله: أو ضمنه المالك نوع اشتباه، وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهما، فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم: يحتمل أن يكون المغصوب منه من كان القاضي ولياً له، أو أن يكون المراد منه قضى بالضممان بدليل قوله لأنه لا يقضى إلا بطلبه اهـ. واختار تاج الشريعة الاحتمال الأول حيث قال في بيان قوله: أو ضمنه الحاكم بأن كان المغصوب مال اليتيم أو الغائب، وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك: يعني إذا كان مال اليتيم. أقول: يرد على الاحتمال الأول أن قول المصنف: في التعليل لأنه لا يقضى إلا بطلبه غير مساعد لذلك، لأن من كان القاضي ولياً له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له بحقه، بل قد لا يتصور منه الطلب كما إذا كان اليتيم صغيراً جداً وكما إذا كان الغائب بعيداً غير عالم بالقضية أصلاً. ويرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف: قبل هذا وكذا إذا أذى بالقضاء يأبى ذلك، إذ حينئذ يلزم التكرار. ويمكن أن يجاب عن الأول بأن طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي ولياً له لكونه نائباً منابه،

ماروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك. أجب بأنه كذلك، إلا أنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها، إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ، والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين، بخلاف الطبخ بعده لأنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها قوله: (وهذا الوجه) أي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك، وبفوات الاسم على انقطاع حق الملك شامل لعامة فصول مسائل الغصب، فإنه إذا غصب دقيقتاً فخبره أو غزلاً فنسجه أو قطناً فغزله أو سمسماً فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم. وأما إذا غصب ثوباً فصبغه بعصفر لم ينقطع، وكان بالخيار على ما سيحيى لأن عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه. وقوله: (لا يحل له) ظاهر. وقوله: (ووجهه) أي وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعني أن الملك

قوله: (باق كما تقدم) أقول: في أول الفصل وفي باب الربا أيضاً قوله: (بل يقال لحم ماروب) أقول: الظاهر ماروب أو مؤروب.

(١) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ٣٣٣٢ والدارقطني ٢٨٥،٤ وأحمد في مسنده ٢٩٤،٥ كلهم عن عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار مرفوعاً. وله قصة.

قال الزيلعي في نصب الرابة ١٦٨،٤: وهذا سند صحيح إلا أن كليب بن شهاب والد عاصم لم يخرج له في الصحيح وخزج له البخاري في «جزئه». في رفع اليدين وقال فيه ابن سعد: ثقة وذكره ابن حبان في الثقات، ولا يضره قول أبي داود: عاصم عن أبيه عن جده: ليس بشيء فإن هذا ليس من روايته عن أبيه عن جده وقال الزيلعي: ورواه محمد بن الحسن في الآثار.

ورود من حديث أبي موسى الأشعري أخرجه الطبراني في معجمه كما في نصب الرابة ١٦٩،٤ لكنه عن عاصم بن كليب أيضاً وكليب صدوق كما التقريب وكذا ابنه عاصم.

وقال في الميزان عن عاصم: وثقه يحيى، وغيره وقال علي: لا يحتج بما انفرد. وقال أبو حاتم: صالح اهـ فالحديث انفرد به وهو غريب.

الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء، 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 فحطت مبادلة بالتراضي، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه، وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه، بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه. وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما،

فكان القضاء هناك أيضاً بطلب المغصوب منه حكماً. وعن الثاني بأنه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله: ضمنه الحاكم قضى بال ضمان مجرد القضاء بال ضمان بدون وقوع أداء البدل من الغاصب، والمراد بقوله: قبيل ذلك، وكذا إذا أدى بالقضاء أداء البدل بالقضاء فافترقا ولا تكرار. ثم قال صاحب الكفاية: ومعنى قوله: أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضياً على مقدار من الضمان اهـ. أقول: يرد عليه أيضاً أن قول المصنف: فيما قبل وإذا أدى البدل يباح: يعني عن هذا المعنى، لأن أداء الغاصب البديل يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله: أو ضمنه المالك مستدرَكًا. ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمن المالك أخذه الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان، والمراد بقوله: فيما قبل وإذا أدى البدل أدائه برضاه دون مطلق الأداء ولا يلزم استدراك قوله: وكذا إذا أدى بالقضاء، وأدائه برضاه إنما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضا فلا استدراك. بقي الكلام في قول صاحب الكفاية: أو تراضياً على مقدار من الضمان فإنه يقتضي الاستدراك، إذ التراضي قد كان معتبراً في قول المصنف: وإذا أدى البدل يباح كما يدل عليه تعليقه هناك بقوله لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي. ويمكن أن يجاب عنه أيضاً بأن المراد ما هنا التراضي على مقدار من الضمان: أي عن بعض منه، والمراد فيما تقدم التراضي على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية واندفع الاستدراك، لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن حمل قول المصنف: أو ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ جداً، ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلاً. وقال تاج الشريعة في تفسير قوله: أو ضمنه المالك أي طلب المالك من الغاصب الضمان بحل الانتفاع قبل أداء الضمان اهـ. وأقتضى أثره الشارح العيني. أقول: فيه أيضاً بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتأمل قوله: (ومن غصب ساحة فبنى عليها زالة ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر في الذخيرة أن ذلك فيما

قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة، والمالك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه نجاز. وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم أن النبي ﷺ كان في ضيافة أنصاري فقدم إليه شاة ضلية: أي مشوية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسينها، فقال عليه الصلاة والسلام: إنها تخبرني أنها ذبحت بغير حق، فقال الأنصاري: كانت شاة أخي، ولو كانت أعز من هذا لم ينفس عني بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجعت، فقاتل عليه الصلاة والسلام: أطعموه الأساري قال محمد رحمه الله: يعني المحبين فأسره بالتصدق مع كون المالك معلوماً. بيان أن الغاصب قد ملكها لأن مال الغير يحفظ عليه عنه إذا أمكن وثمته بعد البيع إذا تعذر عليه حفظه عنه، وسأ أمر بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء قوله: (ولأن في إباحة الانتفاع) دليل سقيم وحر ظاهر. وقوله: (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله ولهذا لو وهبه، وتقديره أن نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الإباحة كما في الملك الفاسد. وقوله: (وإذا أدى البدل) راجع إلى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح. وقوله: (أو ضمنه الحاكم) يعني إذا كان مال اليتيم، وقوله: (بخلاف ما تقدم) إشارة إلى قوله كمن غصب شاة وذبحها وشرأها أو طبخها أو حنطه فطبخها أو حديدأ فاتخذها سيفاً. وقوله: (وأصله ما تقدم) إشارة إلى ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليق مسألة: ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان. قال: (وإن

وأصله ما تقدم. قال: (وإن غصب فضة أو ذهباً فضرربها دراهم أو دنانير أو آتية لم يزل ملك مالكةا عنها عند أبي حنيفة فبأخذها ولا شيء للغاصب، وقالوا: يملكها الغاصب وعليه مثله) لأنه أحدث صنعة معتبرة صبر حق المالك هالكاً من وجه؛ ألا 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. قال: (ومن غصب ساجة فبني عليها زال ملك مالكةا عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعي: للمالك أخذها، والوجه من الجانبين قدمناه. ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب

إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة. وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالكةا اه. قال صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة: وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت في قوله: وجه آخر لنا فيه اه. أقول: لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجه ذلك بالتأمل في قوله: وجه آخر لنا فيه، لأن حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب إليه الشافعي ضرر من غير خلف، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه ضرر مجبور بالقيمة، ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى. ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وبين العكس، إذ لا شك أن الضرر المحض أشد وأثقل من الضرر المجبور على كل حال، فلا بد أن يتحمل الثاني لدفع الأول على كل حال عملاً باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة، وإنما كن يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة، فإنما هو أقل حينئذ يكون أخف ويسر تحملاً وليس فليس. ثم أقول: لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله: والوجه من الجانبين قدمناه، فإن ما قدمه من جانبنا هو قوله: ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صبر حق المالك

غصب فضة أو ذهباً) إذا غصب فضة أو ذهباً فضرربها دراهم أو دنانير أو آتية لم يزل ملك مالكةا عنها عند أبي حنيفة رحمه الله فبأخذها ولا شيء للغاصب. وقالوا: يملكها الغاصب وعليه مثله. لأنه أحدث صنعة معتبرة متقومة صبر إحداثها حق المالك هالكاً من وجه؛ ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان تبيل ذلك تبرأ وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح لذلك. وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسماً، لأنه قيل الضرب كان يسمى تبرأ وفضة وذهباً وبعده دراهم ودنانير، ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم. ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه؛ ألا ترى أن الاسم باق والأحكام الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزوناً وجريان الربا وجوب الزكاة كذلك، وإذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك قوله: (وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح الخ. وتقديره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لا أنه هنك العين بها من وجه. وقوله: (وكذا الصنعة) جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة، ومعناه أنها غير متقومة في جميع الأحوال لأنها لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها، وإنما تقوم عند المقابلة، بخلاف الجنس كمن استهنت قلب فضة فعليه قيسه من الذهب مصوغاً عندنا، وذلك لأننا لو أوجبتا عليه مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا، ولو أوجبتا مثل وزنها كان فيه إبطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة، فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغاً، وإن وجده صاحبه مكسوراً فوضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لأنه عاد إليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الأصل، ولا قيمة لها في الأموال الربوية، وإذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا تصلح لإبطال حق ثابت من كل وجه (ومن غصب ساجة) بالجيم وهي الخشبة العظيمة، لأن الساحة بالحاء ستأتي بعد هذا (فبني عليها زال ملك مالكةا عنها ونزم الغاصب قيمتها) وذكر في

قال المصنف: (ومن غصب ساجة) أقول: هو أول مسألة خالف فيها الشافعي أصحابنا رحمهم الله. كذا في يواقيت العلوم للإمام الرازي قوله: (في قوله وجه آخر لنا فيه) أقول: يعني في الجواب الذي ذكر فيه عن السؤال.

إليه إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته. ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر: إنما لا ينقض إذا بنى في حوالي الساجة، أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض لأنه متعذ فيه. وجواب

هالكاً، ولا شك أن قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الساجة كان البناء غالباً على الساجة فيصح إذ ذاك أن يقال: إن الغاصب أحدث صنعة متقومة صير أحداثها حق المالك هالكاً من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكاً من وجه، وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فإنما تكون الساجة غالبية على البناء فليشكل هناك أن يقال: إنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكاً من وجه، إذ تصيير المغلوب الغالب هالكاً غير ظاهر تأمل تفهم قوله: (ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضي الله تعالى عنه إضراراً بالغاصب لأن فيه إبطال حقه، وفيما قلنا: إضراراً بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة، فكان فوات حقه كلا فوات، وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا إلى خلف، فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب، كذا في غاية البيان. أقول: لقائل أن يقول: يشكل هذا الوجه من التعليل بما إذا غصب ساحة بالحاء المهملة فبنى عليها، فإنه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك أيضاً كما لا يخفى. نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما، لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسألتنا هذه بتلك المسألة الآتية فتأمل قوله: (كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته) قال في العناية: فإن قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث أن فيه تلف الناس لا لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط. قلنا: ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره، وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين اه. وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قال: كيف يقاس ذلك، ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساجة من تحته، بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فإنها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل اه. أقول: ليس ذلك بشيء إذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الأحوال، بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وها هنا كذلك فإن العلة في المقيس عليه لحقوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير إبطال حقه وهو متحقق في المقيس أيضاً بلا ريب، على أنه لو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه، إذ لا يتحقق الغصب هناك، ولا يكون صاحب البناء متصرفاً في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلياً فيما وقع مقيساً ها هنا، ولا يتحقق فيه العلة المعتبرة في المقيس عليه وهي لحقوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير إبطال

الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة. وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكةا عنها، وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت في قوله وجه آخر لنا فيه وقال الشافعي رحمه الله: (للمالك أخذها، والوجه من الجانبين قدمناه) يعني في أول هذا الفصل بقوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ (ووجه آخر لنا فيه) أي في تعليل هذه المسألة (أن فيما ذهب إليه) الشافعي (إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته) والسفينة مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك أن ينزع لوحة منها، وإنما قيدها بذلك لأنها إذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنده فلا

قوله: (قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره) أقول: أي من العلتين: أعني التلف وتملك الغصب قوله: (وجعل حق غيره أولى الخ) أقول: كيف يقاس ذلك، ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساجة من تحته، بخلاف اللوح والسفينة والجارية فإنها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل.

الكتاب يرّد ذلك وهو الأصح. قال: (ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه، وإن شاء ضمنه نقصانها، وكذا الجزور، وكذا إذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية. وجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب، ولو

حقه، فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلاً قوله: (وجواب الكتاب يرّد ذلك) قال صاحب غاية البيان: ولنا في قوله وجواب الكتاب يرّد ذلك: أي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي نظر، لأن القدوري يروي عن أبي عبدالله الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي، فكيف يرّد مجرد جواب القدوري قول الكرخي وسند روايته إليه. نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم بإقامة الدليل، أما بمجرد الرواية فلا اهـ كلامه. أقول: نظره ساقط، لأنه إن أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره أو في المسألة التي نحن بصددتها إلى الكرخي فهو ممنوع، كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي: وكان أبو الحسن الكرخي يقول: المسألة موضوعة على أنه بنى على حوالى الساجة لأنه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض. وأما إذا بنى على نفس الساجة ينقض بناؤه لأنه تعدى فيه. وكان الهندواني يختار هذا القول. وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهماً فجعله عروة مزادة سقط حق مالكه، والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصياغة، وإنما أسقطه بكونها تابعة للمزادة، وهذا لا يكون إلا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدي فدل على أن المسألة على إطلاقها وأنه لا حق للمالك في الساجة في الوجهين. وقال: إلى هنا لفظ القدوري. ولا يذهب عليك أن ما نقله عن القدوري صريح في أن القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسألة على التقييد بأن بنى على حوالى الساجة، ويستدل على إطلاقها بمسألة كتاب الصرف كما ترى، فتعين أن رواية القدوري هذه المسألة بأن قال فبنى عليها لا يستند إلى الكرخي، بل هو في هذه الرواية مخالف له وملتزم بمسألة كتاب الصرف، وإن أراد أن استناد رواية القدوري في أكثر المسائل إلى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم، لكن لا يجدى ذلك ما هنا شيئاً فإن الكلام في مسألة الساجة وهو في روايته يخالف الكرخي كما عرفت قوله: (ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه، وإن شاء ضمنه نقصانها، وكذا الجزور) وهو ما أعذ للذبح من الإبل، من الجزر وهو القطع يقع على الذكر والأنثى وهي تؤنث، كذا قالوا: وإنما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال النقصان بالذبح في الشاة إنما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور هي التي أعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين ما هنا فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على

يصلح للاستشهاد. فإن قيل: عدم جواز نزع الخيط والبلوغ عنده من حيث إن فيه تلف الناس لا لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط. قلنا: ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره، وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين (ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر رحمهما الله: إنما لا ينقض إذا بنى في حوالى الساجة لأنه غير متعد في البناء، وأما إذا بنى على الساجة ينقض لأنه متعد فيه) قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله فبنى عليها (يرّد ذلك وهو الأصح) قيل: لأنه تغير عما كان عليه، لأن الساجة قبل البناء عليها تصلح للإحراق تحت القدور ولأبواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشيء من ذلك إلا بالنقض، والتغيير يوجب انقطاع حق المالك. قال: (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره بغير أمره فمالكها بالخيار، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه، وإن شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما أعذ للذبح من الجزر وهو القطع، وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه

قوله: (وجواب الكتاب، إلى قوله: قيل لأنه تغير الخ) أقول: قيل يرد عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساجة بحالها، غايته أن البناء عليه مانع عن ذلك كالبناء على الساحة فإنها تصلح للزراعة بحالها والبناء مانع كما نص عليه فليتأمل.

كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه،

المالك لأنه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لا نقصاناً، كما إذا غصب ثوباً فصبغه أحمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ إذا اختار أخذ الثوب لكان صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله: وكذا الجزور وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار، لأنه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الأسمان وتبقيتها إلى زمان ليحصل مقاصده منها، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وأفاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة أخرى حيث قال: وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصاناً حيث أعذ للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل، وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الأسمان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة نه في ذلك اه كلامه. ورد عليه بعض الفضلاء قوله وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل حيث قال: لا مجال لهذا التوهم أصلاً لأن فعله لو لم يكن غصباً فهو تبرع لا يستحق به الأجر. وقال: فالأولى طي قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول: بدله إن ذابحه يجب أن لا يكون غاصباً اه. أقول: إن قوله لا مجال لهذا التوهم أصلاً تحكّم. وقوله لأن فعله لو لم يكن غصباً فهو تبرع لا يستحق به الأجر غير مسلم، فإنه إذا لم يكن متبرعاً لما زاده الصبغ فيما إذا أخذ ثوب غيره فصبغه أحمر، بل ضمنه للمالك إذا اختار أخذ الثوب كما سيأتي، فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعاً لما زاده الذبح فيما إذا ذبح جزور غيره، بل استحق أجر المثل بناء على أنه حقق مقصود المالك، وهذا القدر من القياس إن لم يكن مناهياً للاجتهاد فلا أقل من أن يكون متشأً للتوهم، فلا بد من دفع ذلك التوهم، فأشار المصنف إلى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح ما هنا ولا غبار عليه قوله: (ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية: قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة، فإن حكم مأكوله أيضاً كذلك، لأنه عطف قوله: وكذا إذا قطع يدهما على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها، فدل على أنهما في الحكم سواء. ومن الشارحين من قال: 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، وفيه نظر من وجهين: أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول: وكذلك إذا كانت 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: لوجود الاستهلاك من كل وجه، إلى هنا لفظ العناية اه. أقول: القائل بعدم فائدة التقييد بغير مأكول اللحم إنما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية، وأما المراد بمن قال: في قوله: ومن الشارحين من قال: فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان إذ لم يقل أحد مر

يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصاناً حيث أعذ للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الأسمان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له في ذلك، وكذلك إذا قطع يدهما: أي يد الشاة والجزور هذا هو ظاهر الرواية، بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن لا يضمه شيئاً: يعني في ذبح الشاة

قوله: (وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول: لا مجال لهذا التوهم أصلاً، لأن فعله لو لم يكن غصباً فهو تبرع لا يستحق به الأجر، فالأولى طي قضية استحقاق أجر المثل من البين، ويقول بدله: إن ذابحه يجب أن لا يكون غاصباً قوله: (قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول: القائل هو صاحب النهاية قرأه: (ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول: إن كان المراد ببعض الشارحين العلامة الإقناني فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهي النظر، وإن شئت فراجعوه.

بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرض المقطوع، لأن الآدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف. قال: (ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه والثوب للمالك) لأن العين قائم من كل وجه، وإنما دخله عيب فيضمنه (وإن خرق خرقاً كبيراً يبطل عامة منافعه فللمالك أن يضمته جميع قيمته) لأنه استهلاك من هذا الوجه فكانه أحرقه. قال رضي الله عنه: معناه يترك الثوب عليه؛ وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعيب من وجه من حيث أن العين باقية، وكذا بعض المنافع قائم، ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع،

الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية، إلا أن ما نقله صاحب الغاية ليس عين عبارة صاحب الغاية أيضاً، فإن عين عبارته هكذا: هذا الفرق بين مأكول النحم وغير مأكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية، والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بلا خيار، وقد مر من قبل هذا أهـ. ولا يخفى على ذي مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب الغاية، لأن مدار ورودهما على حمل المصنف على تسوية مأكول اللحم وغير مأكوله في الحكم، وعبارة صاحب الغاية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال: هذا الفرق بين مأكول النحم وغير مأكول النحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية تبصر. ثم قال صاحب الغاية: والظاهر من كلام المصنف نفي خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين إمساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختياراً منه وإن كان نقل الكتب عن خلافه، فإنه ذكر في الذخيرة والمغني فقال: وفي المستقى: هشام عن محمد: رجل قطع يد حمار أو رجه وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان أهـ كلامه. أقول: لمانع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة، لأن ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الإمساك وأخذ النقصان فيما إذا قطع طرفاً من غير مأكول النحم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى، ويجوز أن يكون لما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما إذا لم يكن لما بعد قطع الطرف قيمة، بدلالة قوله: لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لأنه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما إذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة، بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير هالِكاً من وجه دون وجه، وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف: ولو كانت الدابة غير مأكول النحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمته جميع قيمتها: أي الواجب هنا جميع القيمة إذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه، أما إذا كان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان، ونقل ما في المستقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله قوله: (لقول النبي ﷺ «ليس لعرق ظالم حق»)^(١) صححه في المغرب بتوين عرق حيث قال: أي لذي عرق ظالم، وهو الذي يغرس في الأرض غرساً على وجه ألاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازاً، وقد روي بالإضافة ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقضه، كذا في العناية وغيرها.

لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما مر. ووجه الظاهر ما ذكره أنه إلتاف من وجه باعتبار فوات بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل، وبقاء بعضها وهو النحم فصار كالحرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولكنه لا يعم الجزور بظاهره، ولكنه يعمه من قوله فوات بعض الأغراض إذا لم يجعل البيان منحصرًا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمته جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه. قيل:

(١) جند لشواهده. أخرجه أبو داود ٣٠٧٣ والترمذي ١٣٧٨ والبيهقي ١٢٤٦ تلهم من حديث سعيد بن زيد. قال الترمذي: حديث حسن غريب أهـ ورجاله ثقات. وورد مرسلًا من حديث هشام بن عروة عن أبيه أخرجه مالك ٧٤٣،٢ والبيهقي ١٤٢،٦ وورد من حديث عائشة أخرجه الطيالسي ١٤٤٠ والبيهقي ١٤٢،٦ والدارقطني ٢١٧،٤ وفي إسناده زعفة بن صالح وهو ضعيف وورد من حديث رجل من الصحابة. أخرجه أبو داود ٣٠٧٤ والبيهقي ١٤٢،٦ وله قصة. ورجاله كلهم ثقات إلا ابن إسحاق مدلس. وقد عننه ومع ذلك فإن ابن حجر حسن هذا الحديث في بنوع المرام. وورد من حديث سمرة أخرجه أبو داود ٣٠٧٧ وابن الجارود ١٠١٤ والطيالسي ٩٠٦ وأحمد ٢١٠،١٢،٤ ولفظه ومن أحاط على شيء فهو به، وليس لعرق ظالم حق.

وعنه الحديث عن الحسن البصري.

وأكثر الحديث بمجموع هذه الطرق يكون جيناً.

والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يدخل فيه النقصان، لأن محمداً جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً والفائت به بعض المنافع. قال: (ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قبل له أقالع البناء والغرس وودها) لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس لعرق ظالم حق» ولأن ملك صاحب الأرض باق، فإن الأرض لم تضر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها، ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها، كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه (فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمّن له قيمة البناء والغرس مقلوعاً ويكونان له) لأن فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما. وقوله قيمته مقلوعاً معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه، إذ لا قرار له فيه فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء، لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما. قال: (ومن غصب

أقول: فيما ذكر في المغرب شيء، وهو أنه قدر المضاف أولاً حيث قال: أي لذي عرق ظالم، وجعل وصف العرق بالظلم تجوزاً ثانياً، وبينهما تنافر لأنه إذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا لعرق كما قالوا في قول النبي ﷺ «من ملك دار رحم محرم منه عتق عليه»^(١) أن قوله: محرم صفة ذا وجره للجواز فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا يكون للمصير إلى التجوز وجه، وعن هذا ذكر الزمخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز، اللهم إلا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله: أي لذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى، لا أن هناك مضافاً محدوفاً مقدراً. وقال بعض الفضلاء: ولا مجال لكون ظالم نعتاً لذي لأنه معرفة اه. أقول: هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب، فإن ذا الذي بمعنى صاحب لا يكون إلا مضافاً، ويكون نكرة إن أضيف إلى نكرة، ومعرفة إن أضيف إلى معرفة. وعن هذا قال الجوهري في صحاحه: وأما ذو الذي بمعنى صاحب فلا يكون إلا مضافاً، فإن وصفت به نكرة أضفته إلى نكرة، وإن وصفت به معرفة أضفته إلى الألف واللام، ولا يجوز أن تضيفه إلى مضمّر ولا إلى زيد وما أشبهه اه. ولا ريب أن المضاف إليه الذي فيما نحن فيه هو عرق نكرة فيكون المضاف أيضاً نكرة، فلا معنى لقوله: ولا مجال لكون ظالم نعتاً لذي لأنه معرفة، وكأنّ وهمه ذهب إلى ذي

ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة، فإن حكم مأكوله أيضاً كذلك، لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدهما علي قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها، فدل على أنهما في الحكم سواء. ومن الشارحين من قال: هذا إنما هو على اختيار صاحب الهدية، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما: يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر. وفيه نظر من وجهين: أحدهما أنه لو كان كذلك لكفي 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 لوجود الاستهلاك من كل وجه، والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين إمساك الجثة وتضمين نقصانها، ويكون ذلك اختياراً منه، وإن كان نقل الكتب على خلافه فإنه ذكر في الذخيرة والمغني فقال: وفي المتقى هشام عن محمد رحمه الله: رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان قوله: (بخلاف قطع طرف العبد المملوك) متعلق بقوله للمالك أن يضمّن جميع القيمة. وحاصل الفرق بين الآدمي وغيره أن الآدمي يقطع طرف منه لا يصير مستهلكاً من كل وجه، بخلاف الدابة فإنها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك. قال: (ومن خرق ثوب غيره) اختلف الناس في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش، فقال بعضهم: ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش، وما أوجب دونه فهو يسير. وقال بعضهم: ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش، وما أوجب دونه فهو يسير. وأشار في القدوري إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع. قيل: معناه أن لا يبقى

قوله: (فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه) أقول: أي يؤمر صاحب الأكثر قيمة بأمر تخيير، والضمير في قوله إلى صاحبه راجع إلى الآخر.

(١) تقدّم تخريجه في العتاق مستوفياً، وإسناده قوي.

ثوباً فصبغه أحمر أو سويقاً فلتة بسمن فصاحبه بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السوق وسلمه للغاصب، وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي في الثوب: لصاحبه أن يمسه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساحة بنى فيها لأن التمييز ممكن، بخلاف السمن في السوق

التي هي مؤنث ذا من أسماء الإشارة التي هي من أنواع المعارف. ونعم ما قالوا: لكل جواد كبوة، ولكل صارم نبوة قوله: (ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تنصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول: لمتوهم أن يتوهم أن قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها يتنافى وضع المسألة في الغصب بأن قال: ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى. فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسألة هو معناه اللغوي، وبالعصب المنفى تحققه في الأرض في أثناء التعليل هو معناه الشرعي على أصل أئمتنا فلا منافاة. وقال صاحب غاية البيان: قد مر في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشايخنا اختلفت 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 لم يضمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، فعلى هذا لا يرد السؤال

للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما. قال المصنف رحمه الله: (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعني من حيث الظاهر والغالب، إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه (وجنس المنفعة) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه (واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان) يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة، وإنما كان ذلك صحيحاً دون غيره (لأن محمداً رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً) فقال: وإذا غصب ثوباً فقطعه قميصاً ولم يخطه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع، وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب، ولا شك أن الفائت به بعض المنافع لأنه بعد ما قطع قميصاً يصلح للقميص وإن كان لا يصلح للقباء وأمثاله، والساقط من القيمة أقل من الربع، ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشاً. وإذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمنه، وإن خرقة خرقاً كبيراً فللمالك أن يضمه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لأن استهلاك من هذا الوجه، فإنه قبل القطع كان صالحاً لاتخاذ القباء والقميص ويعد له بق ذلك فكان مستهلكاً من وجه، فإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعيب من وجه من حيث إن العين باق، وكذا بعض المنافع قائم فيميل إلى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة، أو إلى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع، ووضع المسألة بلفظ الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس. قال: (ومن غصب أرضاً) كلامه واضح لا يحتاج إلى شرح، لكن كان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي رحمه الله أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلاً فقال: إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها، وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها. قالوا: هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في لؤلؤة سقطت من يد إنسان فابتلعها دجاجة إنسان، ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة، فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وإن شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة، وكذا إذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلائي وتعذر إخراجه، ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف أيهما شاء، وله أمثال غير ما ذكرنا. وقوله عليه الصلاة والسلام «ليس لعرق ظالم حق» صححه في المغرب بتونين عرق: أي الذي عرق ظالم، وهو الذي يغرس في الأرض غرساً على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازاً، وقد روى بالإضافة أي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه. وقوله: (فتقوم الأرض الخ) يعتبر قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنائير مثلاً ومع الشجر المستحق قلعة خمسة عشر يضمن صاحب الأرض خمسة دنائير للغاصب فيسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا البناء قوله: (ومن غصب ثوباً الخ) ظاهر، وقوله: (اعتباراً بفصل الساحة) يعني

قوله: (وقوله عليه الصلاة والسلام «ليس لعرق ظالم حق» صححه في المغرب، إلى قوله: بل يؤمر بقلعه) أقول: ولا مجال لمكون ظالم نعتاً لذي لأنه معرفة.

لأن التمييز متعذر. ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانيين والخيرة 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 من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك. صاحب الأصل الصبغ. قال أبو عصمة في أصل المسألة: 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 الجانيين في البيع ويتأتى، هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه، وقد ظهر بما ذكرنا لوجه 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. وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه، والصفرة كالحمرة، ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة، وعندهما زيادة. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان. 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 تنقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبغ إلى عشرين، فمن محمد أنه ينظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم، لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ.

على قوله ومن غصب أرضاً. وقال بعضهم: لا يتحقق فيجانب عنه بأن يقال: لما تصوّر بصورة الغصب سماه غصباً كما في قوله تعالى ﴿إلا إليّ﴾ [البقرة ٣٤] لأنه تصور بصورة الملائكة اهـ. كلامه. أقول: قد مرّ منا أيضاً هناك أنه لم يقل أحد من مشايخنا إن الغصب الشرعي يتحقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف في العقار، ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول: لا على وجه يوجب الضمان، فإن وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد، وإنما اغترّ صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار. وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قورناه آنفاً، فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله: ومن غصب أرضاً على القول بتحقيق الغصب الشرعي في العقار، على أنه لو بنى عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك، والغصب لا يتحقق فيها إذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المعلن. وأما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقيق الغصب في العقار بأنه لما كان في صورة الغصب سماه غصباً فله وجه؛ ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى.

كما أن فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم تتضرر الأرض به، فكذلك ها هنا لأن في كل منهما شغل ملك الغير بملكه. وقوله: (لأن التمييز ممكن) يعني بالعصر. وقوله: (ولنا ما بينا) يعني في مسدّد الساحة بالجيم بقوله ووجه آخر لنا. وقوله: (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ: يعني إن شاء سلم الثوب إلى مالكة وضمنه قيمة صبغه، وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض. وبيانه أن تخير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافي بينهما، وتخير المالك أولى لأن الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له، والسوق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة) المروزي رحمه الله (في أصل المسألة) يعني في قوله ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر. واحتراز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ وإن كانت مسألة الانصباغ كذلك، لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسألة فقيده بذلك تصحيحاً لنقل (وقد ظهر بما ذكرنا) في مسألة الصبغ والانصباغ (والوجه) يعني جواب المسألة وتعليلها (في السوق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (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. وقيل المراد منه) أي من القيمة (المثل سماه به) أي سمي المثل بالقيمة (لقيامه مقامه) أي لقيام المثل مقام المغصوب، وذكر الضمير في منه وبه بتأويل ما يقوم قوله: (فمن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ) معناه إن نظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة مثلاً يأخذ ثوب وخمسة دراهم. لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصبغ عليه قيمة الصبغ خمسة، فالخمس بالخمس قصاص، ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة، وهذا رواية هشام عن محمد رحمهما الله.

قوله: (قال أبو عصمة المروزي) أقول: هو سعد بن معاذ المروزي تلميذ إبراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمهم الله.

فصل

ومن غصب عيناً ففيها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا. وقال الشافعي: لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدبر. ولنا أنه ملك البذل بكماله، والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعاً للضرر عنه، بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر، نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع

فصل

لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين، كذا في النهاية، وذكره صاحب العناية أيضاً بعبارة أقصر. أقول: فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال: فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعاً قوله: وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب، ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله: ومن غصب عيناً ففيها فضمنه المالك قيمتها ملكها فإنه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحاً قوله: (وقال الشافعي: لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدبر. ولنا أنه ملك البذل بكماله، والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعاً للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف: وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسباً اهـ. وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإن عدم مناسبته لا يهمننا، غاية أن يكون وجهاً آخر لنا في الجواب اهـ. أقول: كيف لا يهمننا عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسألة، وتزييف دليل خصمنا مما يهمننا لا محالة، فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا: ليتزييف به دليله. فإن قيل: قد استغنى المصنف عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره

فصل

لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب. قال: (ومن غصب عيناً ففيها) فالمالك بالخيار، إن شاء صبر إلى أن توجد، وإن شاء ضمنه قيمتها، فإن اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله. قال: (الغصب عدوان محض، وما هو كذلك لا يصلح سبباً للملك) كما لو غصب مدبراً وغيره وضمن قيمته فإنه لا يملكه بالاتفاق (ولنا المالك ملك البذل وهو القيمة بكماله) يعني يداً ورقة، وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البذل دفعاً للضرر عن مالك البذل، لكن بشرط أن يكون المبدل قابلاً للنقل من ملك إلى ملك والمدبر ليس كذلك، وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله، فإنه قال في الأسرار: قال علماؤنا رحمهم الله: الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي. قال شمس الأئمة رحمه الله في المبسوط: وهذا وهم، فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد، ولو كان الغصب هو السبب لكان إذا أتم الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشبهة، فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه، فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه، ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سبباً له، فإنه ترغيب للناس فيه لتحقيق ما هو مرغوب لهم به، ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع. وقيل فيه نظر لأنه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقاً بل بطريق الاستناد، والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت

فصل

قوله: (لما فرغ من كيفية) أقول: الظاهر تبديل الكيفية بالبيان قوله: (ما يوجب الملك) أقول: أي بعمل الغاصب قوله: (فإنه لا يملكه بالاتفاق) أقول: لكن التعليل مختلف، فعند الشافعي لأن الغصب لا يصلح أن يكون سبب الملك، وعندنا لأن المدبر لا يقبل النقل كما يجيء قال المصنف: (والمبدل قابل للنقل) أقول: قوله والمبدل حال أو عطف ببيان قوله: (وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك

بعده يصادف القرن. 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. قال: (فإن ظهرت العين

بقوله: ولنا أنه ملك البذل بكماله الخ كما أشار إليه ذلك البعض بقوله: غايته أن يكون وجهاً آخر لنا في الجواب. قلنا: ما ذكره بقوله: ولنا أنه ملك البذل الخ لا يصلح جواباً آخر عما قاله الشافعي، ولا يندفع به إشكال أن يكون ما هو عدوان محض سبباً للملك كما ذكره الشافعي في تعليقه، فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سبباً للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم، فهل يستغني العاقل عن مثل هذا الأمر الجلي القاطع عند إمكان التثبت به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى، فصح ما ذهب إليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ها هنا يشير إلى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي أبو زيد في الأسرار حيث قال: قال علماؤنا: الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي عليه قوله: (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فإن عجز المالك عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته، بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة، والبينة على النفي لا تقبل. وقال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة فإن القول قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت، وكان القاضي أبو علي النسفي يقول: هذه المسألة عدت مشكلة. ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسألة الوديعة، وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين، وبإقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة. وأما الغاصب فعليه ها هنا اليمين والقيمة، وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع، كذا في العناية وغيرها. أقول: فيما ذكروا من وجه الفرق نظر، فإنه إنما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسألة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع إلا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسألة على مسألة الوديعة في قبول البينة لإسقاط اليمين، لأن الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس، ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب، لأن الواجب عليه فيما إذا عجز المالك عن إقامة البينة على الأكثر إنما هو على الأقل الذي كان معترفاً به، وليس مقصوده من إقامة البينة عليه إلا

الزيادة المنفصلة. وقوله: (نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء) جواب عما يقال: لا نسلم أن المدير لا يقبل النقل، فإن مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير. وتقريره القول بالموجب: يعني نعم هو كذلك، لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه، فحيث كان البيع مصادفاً للقرن لا للمدير فيجوز بيعه لمصادفته القرن بهذا الطريق، وأما ما نحن فيه فلم يفسخ التدبير والكلام فيه. قال: (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) إذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فحيث لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لأنه أثبتته بالحجة الملزمة) فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته، بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة، والبينة على النفي لا تقبل. وقال بعض مشايخنا رحمهم الله: ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة فإن القول قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت. وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول: هذه المسألة عدت مشكلة. ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة ومسألة الوديعة وهو الصحيح، لأن

مناسياً) أقول: فيه بحث، فإن عدم مناسيته لا يهمننا، غايته أن يكون وجهاً آخر لنا في الجواب قوله: (وقيل فيه نظر) أقول: القائل هو الاتقاني قوله: (بل بطريق الاستناد، والثابت به ثابت من وجه دون وجه، فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول: وكذلك في البيع الموقوف يملكه مستنداً كما مر في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة قوله: (فلا يكون في معنى المودع) أقول: ينظر فإن الغاصب مدع صورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينة مدعي الثمن الناقص إذا اختلفا في ثمن السلعة كما مر في الدعوى قوله: (حيث لم يذكره وهو الأصح) أقول: فيه تأمل قوله: (دون الإعتاق بالنص) أقول: قال النبي عليه الصلاة والسلام «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» قوله:

وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو بيينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب) لأنه تم له الملك بسبب اتصال 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 وردّ العوض) لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة، 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. قال: (ومن غصب 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 لنفود البيع دون العتق كملك المكاتب. قال: (وولد المغصوبة

مجرد إسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه، وإذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البيينة فتدبر قوله: (ولنا أن الغصب لإثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن 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. وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال، بل يعدّ عيباً في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح. أقول: في الجواب بحث، لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالاً لما صح إعتاقه وتدييره، إذ الظاهر أن محل الإعتاق والتدبير لا يكون إلا مالاً مملوكاً، وقد تقرر في محله أنه يصح إعتاقه وتدييره فيلزم أن يكون مالاً. ولئن سلم أن محل الإعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالاً بل يكفي أن يكون ملكاً، وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضاً. فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب، لأن الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما إذا غصب الجارية حاملاً هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالاً، لا أن يد المالك ما كانت ثابتة عليه، وقد قال في الكتاب: ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب، ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول ما إذا غصب الجارية حاملاً مع أنه لا يضمن الزيادة

المودع ليس عليه إلا اليمين، وبإقامة البيينة أسقطها وارتفعت الخصومة. وأما الغاصب فعليه ها هنا اليمين والقيمة، وبإقامة البيينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى الوديعة. وكان المصنف رحمه الله اختار قول من قال: ذكر أوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الأصح. قال محمد رحمه الله في الأصل: إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بيينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ينبغي أن تحفظ هذه للمسألة، لأنه قال: أقام بيينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها، وإنما كان ذلك أصح لأجل الضرورة، فإن الغاصب يمتنع عن إحضار المغصوب عادة، وحين يغصب إنما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب. فسقط اعتبار علمهم بالأوصاف لأجل التندر، وثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم، فصار ثبوت ذلك بالبيينة كثبوته بإقراره فيحبس حتى يجيء به، وعلى هذا لا يحتاج إلى تأويل أبي بكر الأعمش، وهو ما قال: تأويلها أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك، فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب، لأن المقصود لإثبات الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فإذا أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولاً، فإن كان الأول كما لو ضمنها بقول المالك أو بيينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب، لأنه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث

(سلمنا ذلك، لكن لا إزالة ثمة ظاهراً) أقول: فيه بحث، فإن الإزالة عن الكل إزالة عن الجزء قوله: (فإن تفويت يده يحصل به) أقول: فإن قيل: ما كانت يده ثابتة حتى يفوت. قلنا: فرق بين التفويت والإزالة، فالأول لا يقتضي الثبوت قوله: (وأجيب بأن الضمان ليس

ونماؤها، وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه، إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالها فيمنعها إياه) وقال الشافعي: زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب، وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه، كما في 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 ذكرنا، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه

في هاتيك الصورة أيضاً كما ذكر في الأسرار، فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى قوله: (ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع) أقول: هذا إنما يتم فيما إذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب. وأما فيما إذا غصبها حاملاً فلا، لأن الولد في هذه الصورة كان جزءاً من أمه حين الغصب فكان إزالة يد المالك عن أمه مستلزماً لإزالتها عنه أيضاً ضرورة استلزام إزالة اليد عن الكل لإزالتها عن أجزائه، فلا يتصور إذ ذاك أن يقال: ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها، ولا يصح التعليل بأن يقال: إذ الظاهر عدم المنع، لأن منع الكل بإزالة يد المالك عنه لجزئه أيضاً، وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما إذا غصبها حاملاً وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا، فكان التعليل المذكور قاصراً عن إفادة تمام المسألة. قال صاحب العناية: وعورض بأن الأم مضمونة البتة، والأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد كالحرية والرق والملك في الشراء. وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فإن وصف به المال كان مجازاً اهـ كلامه. وقد سبقه إلى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحباً النهاية ومعراج الدراية. أقول: في الجواب نظر، لأن الضمان مصدر للفعل المتعدي، يقال: ضمنه ضماناً، ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل، وبهذا الاعتبار يصير وصفاً له وتعلق بالمفعول به، وبهذا الاعتبار يصير وصفاً له أيضاً، وقد صرح به المحقق التفثازاني في التلويح في فصل ألفاظ العام وحقيقه حيث قال: إن الفعل المتعدي محتاج إلى المفعول به في التعقل والوجود جميعاً، وإلى المفعول فيه في الوجود فقط. وقال: وله تعلق بالفاعل، وبهذا الاعتبار هو وصف له، وتعلق بالمفعول به، وبهذا الاعتبار هو وصف له. وقال: ولا امتناع في قيام الإضافات بالمضافين. وردّ به قول صاحب الكشف إن الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين، فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال أيضاً حقيقة فيقال هو مضمون، فقول هؤلاء الشراح فإن وصف به المال كان مجازاً ممنوع جداً. وقال صاحب العناية: فإن قيل: قد وجد

ادعى هذا المقدار. وإن كان الثاني كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار، إن شاء أمضى الضمان، وإن شاء أخذ العين وردّ العوض، لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة، فإن قيل: أخذه القيمة وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسألة الأولى. أجاب بقوله: (وأخذه دونها) أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا، لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه، بخلاف المسألة المتقدمة لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير) يعني ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه (فكذلك الجواب) أي فهو بالخيار، إن شاء أمضى الضمان، وإن شاء أخذ العين وردّ العوض (في ظاهر الرواية) وقال الكرخي رحمه الله: لا خيار له في استردادها لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله (وهو) أي ظاهر الرواية (الأصح) لأنه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة، وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار. قال: (ومن غصب عبداً فباعه الخ) ومن غصب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه، وإن أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه

بصفة قارة في الأم، بل هو لزوم حق الخ) أقول: فيه تأمل قوله: (والمغفور إذا منع الولد يضمن به الولد) أقول: فإن ولد المغفور حر بالقيمة قوله: (لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً الخ) أقول: فيه تأمل، إذ حيث لا يستدل بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كما في مسألتنا، مع أن المسألتين الأوليين دللتا على أن مجرد إثبات اليد كاف في الضمان.

الزيادة حتى يزِيلها الغاصب، ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزِيلها، إذ الظاهر عدم المنع، حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمّنه، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب: وذلك بأن أثلّفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلّمه، وفي الظبية المخرجة لا يضمّن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع، وإنما يضمّنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع، على هذا أكثر مشايخنا. ولو أطلق الجواب فهو ضمان جنائية، ولهذا يتكرّر

الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمانة زيفها، وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمّن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب، وكالملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يداً، والمغرور إذا منع الولد يضمّن به الولد ولم يزل يداً في حق الولد، ويضمّن الأموال بالإتلاف تسبباً كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها. فالجواب أن ما قلنا إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة. وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصباً فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعدياً، إلى هنا كلامه. أقول: هذا الجواب ليس بتام لأنه إنما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقيق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها. وأما إذا كان المراد بذلك أن تعليل مسألةنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لأن حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها، ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضاً مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن. فالأولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية، فإن شئت فراجعهما قوله: (ولهذا يتكرر بتكرّرهما) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل: أي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجنائية، فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر، كذا وجدت بخط شيخني، ولكن يحتمل أن يكون معناه

الثابت فيه ناقص لشبوهته مستنداً أو ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد على ما نذكر، والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الإعتاق بالنص كملك المكاتب فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه، وقيد بإعتاق الغاصب ثم بتضمينه احتراز عن إعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين: في رواية يصح إعتاقه، وهو الأصح قياساً على الوقف. في رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي (وولد المغصوبة ونماؤها) كالسمن والجمال (وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمّن إلا بالتعدي أو بالجحود عند طلب المالك) والأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى تضمّن بالتعدي لما أنها عوض عن منافع المغصوب، ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي رحمه الله: (زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة) بناء على أن حد الغصب عنده إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة، فكان كالظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده فإن الولد يكون مضموناً عليه لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن هناك منع من المخرج (ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزِيل يد المالك على ما ذكرنا) في أول كتاب الغصب، وإثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزِيلها الغاصب، واعتراض بأن هذا يقتضي أن يضمّن 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. وأجب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعدّ عيباً في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير، سلمنا ذلك، لكن لا إزالة ثمة ظاهراً، إذ الظاهر عدم المنع عند الطلب، حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدي فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب، وذلك بأن أثلّفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلّمه، وإنما ذكر التسليم لأن التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فإن تفويت يده يحصل به لأنه كان متمكناً من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم. وعورض بأن الأم مضمونة البتة، والأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد كالحرية والرق والملك في

بتكررها، ويجب بالإعانة والإشارة، فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى. قال: (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب، فإن كان في قيمة الولد وفاء به انجبر نقصان بالولد وسقط

يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم، وهذا أولى لأنه أوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك إيصال صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إيصال المغصوب إلى يد المغصوب منه. وفي الغصب إذا وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد إلى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا، إلى هنا لفظ النهاية. واقتفى أثره أكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ها هنا، ولكن لم يقل أحد سواء بترجيح المعنى الثاني على الأول، ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل: ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر، ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم اه كلامه. أقول: لا جواز عندي للمعنى الثاني ها هنا أصلاً فضلاً عن أن يكون هو الأولى كما زعم صاحب النهاية: فإن قول المصنف: يتكرر بتكررها متفرع على قوله: فهو ضمان جناية كما ترى، ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله: يتكرر بتكررها على المعنى الثاني، لأن تكرر وجوب الإرسال بتكرر الإخراج من الحرم لا يكون أمانة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جنائته لا ضمان غصب فإن تكرر وجوب الإرسال بتكرر الإخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على

الشراء. وأجيب بأن الضمان 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 فلم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمانة زيفها، وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب، والملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يداً، والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يداً في حق الولد، ويضمن الأموال بالإنلاف تسبباً كحفر البئر في غير الملك، وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها. فالجواب أن ما قلنا إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة، وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصباً فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعدياً قوله: (وفي الظبية المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم. ووجه ذلك أن القياس غير صحيح، لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهو ظاهر الفساد لأنه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع، وإن قياس عليها بعد التمكن منه فكذلك لأن الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الأم مضمونة، وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (وإذا أطلق) يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده (فهو ضمان جنائية) أي إنلاف لأن صيد الحرم وزوائده كان آمناً في الحرم صيداً، وذلك في بعده عن أيدينا، فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا (ولهذا يتكرر) الجزاء (بتكرر هذه الجناية) فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر، ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم قوله: (ويجب) يعني الضمان (بالإعانة والإشارة بالنص فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى) قال: (وما نقصت الجارية بالولادة الخ) ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب، فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة بالذي ثبت فيها بسبب الولادة، لأن الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها، وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كما لو فات كلها، فإن ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون

قوله: (فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول: الأولى أن يقول بتكرر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده قوله: (معناه يتكرر وجوب الإرسال) أقول: وعلى هذا يلزم فك الضمائر قوله: (فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة) أقول: قوله الذي صفة النقصان، وضمير فيها راجع إلى الجارية، وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت قوله: (بما زاد من القيمة فيه) أقول: قوله بما زاد متعلق بقوله لا ينجر.

ضمانة عن الغاصب) وقال زفر والشافعي: لا ينجر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابراً لملكه كما في ولد الظبية، وكما إذا هلك الولد قبل أو ماتت الأم وبالولد وفاء، وصار كما إذا جَزَّ صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر 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 سميئة فهزلت ثم

السواء كما لا يخفى، بل رواية المبسوط في المناسك أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال: جعل هناك إيصال صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إيصال المغصوب إلى يد المغصوب منه وفي الغصب إذا وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء، ولكن يتكرر وجوب الرد إلى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا تدبر توقف قوله: (ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف) ذهبت جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدراية إلى أن قول المصنف: على ما عرف إشارة إلى ما يجيء في مسألة من غصب جارية فزنى بها، وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان إلى أنه إشارة إلى ما ذكر في طريقة الخلاف. واختار صاحب العناية الثاني، وذكر الأول أيضاً بطريق النقل حيث قال: يعني في طريقة الخلاف، وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء اهـ. أقول: لا مجال عندي للحمل على الأول أصلاً، لأن المراد بالسبب ما هنا سبب الزيادة والنقصان، وبما يجيء في مسألة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت، ولا شك أن ما هو سبب لأحدهما لا يصلح أن يكون سبباً للآخر أيضاً البتة، حتى يصح حوالة معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا يرى إلى قول المصنف فيما سيأتي وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ لا تفضي إليه غالباً اهـ. فإن ذاك صريح في أن الولادة لا تكون سبباً لموت الأم، ويعلم منه دلالة أن العلوق أيضاً لا يكون سبباً له لأن إفضاءه إلى الموت أبعد من إفضاء الولادة إليه كما لا يخفى، مع أنه حكم ما هنا بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلوق. ثم إن المعروف في الحوالة على ما يجيء أن يقال: على ما يجيء أو على ما سيعرف بصيغة المضارع، وأما أن يقال: في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط، فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير قوله: (وعند ذلك لا يعد نقصاناً فلا يوجب ضماناً) لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان، كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفاً عن مالية المبيع لاتحاد السبب، حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته ففضى القاضي به ثم رجعا لم يضمن شيئاً، وهذا لأن الفوات إلى خلف كلا فوات، كذا في الشروح. واعترض بأنه لم يخرج جواب للخصم عن أصل دليله، وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابراً لنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله. وأجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله: لا يعد نقصاناً، فإنه إذا لم يعد نقصاناً لم يحتج إلى جابر، فإطلاق الجابر عليه توسع، هذا زبدة ما في النهاية والعناية. أقول: الجواب منظور فيه، فإن النقصان أمر محقق لا مجال للإنكار وقوعه، إذ وضع مسألتنا فيما إذا نقصت الجارية بالولادة، ولا يرى وجه لأن لا يعد ذلك

جارية لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئاً. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا ينجر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابراً لملكه، كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم إذا نقصت قيمتها وقيمتها ولدها تساوي ذلك النقصان فإنه لا ينجر بها، بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما إلى الحرم، وكما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبقيمة الولد وفاء، وكما إذا جَزَّ صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر، أو قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم أخرى مكانها، أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء، أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فإنه لا ينجر الصوف بالصوف، والقوائم بالقوائم، ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه. ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد، وهو الولادة عندهما والعلوق عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعني في طريقة الخلاف. وقيل في مسألة من غصب جارية وزنى بها على ما يجيء،

سمنت أو سقطت ثبتيها ثم نبتت 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 تقضي إليه غالباً، وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرّد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة، فكذا لا بد من رد خلفه، والخصاء لا يعدّ زيادة لأنه غرض بعض الفسقة، ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل، لأن سبب النقصان القطع والجزء، وسبب الزيادة النمو، وسبب النقصان التعليم، والزيادة سببها الفهم. قال: (ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت، ولا ضمان عليه في الحرّة، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن في الأمة أيضاً) لهما أن الرّد قد صح، والهالك بعده سبب حدث في يد المالك وهو

النقصان المحقق نقصاناً سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد، كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف: وعند ذلك لا يعد نقصاناً كما مرّ، ويدل عليه قوله في أصل المسألة فإن كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب، ولو كان إطلاق الجابر عليه توسعاً ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لأن يعدّ نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصاناً موجباً للضمان في سائر المواضع، وأن لا يعدّ نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصاناً موجباً للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكماً بحتاً، وحاشا لأئمتنا من ذلك فليتأمل قوله: (وصار كما إذا غصب جارية سميّة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثبتيها ثم نبتت) أقول: لقاتل أن يقول: لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين، إذ لا شك أن سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الأولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية يغيّر سبب الزيادة وهي السمن في الأولى ونبت الثنية في الثانية. وقد ردّ المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جزّ صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تشبث ها هنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيها أيضاً. ثم أقول في الجواب: إن الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده إنما يؤثر في قبح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم، إذ لا يلزم من حدم سقوطه عند عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده، إذ يمكن عند اتحاده أن لا يعدّ النقصان نقصاناً كما ذكروه، بخلاف عدم اتحاده، إذ لا وجه عنده أصلاً لثلا يعدّ النقصان نقصاناً، ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعانا، لأنه إذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعدّ النقصان هناك نقصاناً فلأن يسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعدّ النقصان هنا نقصاناً أولى كما لا يخفى فتدبر، فإنه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق إلى كشفه وبيانه. وقال بعض الفضلاء: والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف اهـ. أقول: ليس هذا بشيء لأن الثنية وإن لم يكن لها قيمة إلا أن سقوطها يورث نقصاناً للجارية بلا ريب، والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئاً فيما نحن فيه قوله: (والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) أقول: يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ها هنا

وعند ذلك لا يعدّ النقصان نقصاناً لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان، كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع أدخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفاً عن ماله المبيع لاتحاد السبب حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته ففرض القاضي به ثم رجعا لم يضمن شيئاً، وهذا لأن الفوات إلى خلف كلافوات، وصار كما إذا غصب جارية سميّة ثم هزلت ثم سمنت أو سقطت ثبتيها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه إلى خلف قوله: (وولد الظبية ممنوع) جواب عن قولهما. وتقريره لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد، وكذا لا نسلم أن الأم إذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة أم الولد إذا كان فيها وفاء، وهذا المنع على غير ظاهر الرواية. وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما إذا كان السبب واحداً وها هنا

قال المصنف: (أو سقطت ثبتيها ثم نبتت) أقول: قال الزيلعي: أو قلعهما الغاصب فنبتت مكانها أخرى فردها سقط ضمانها عنه اهـ.

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 عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاستها لا يرجع على البائع بالثمن. وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ 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 ليقى ضمان الغصب بعد فساد الرد. وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم، وما ذكرنا شرط صحة الرد. والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارج ولا الرد.

سبباً للهلاك، وقد صرح فيما مر بأنها ليست بسبب للموت حيث قال: وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب الموت الأم، إذ لا تفضي إليه غالباً فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل في التوجيه قوله: (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعاً لحاجته والإنسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول: مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الأجرة على المستأجر فيما إذا حدثت المنافع في يده كما في استئجار الدور والأراضي والدواب ونحوها، لأن الإنسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الأجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الأجرة في ذلك بالإجماع، ولم أر أحداً حام حول جواب هذا الإشكال مع ظهور وروده إلا صاحب غاية البيان فإنه قال: والجواب عن مسألة الإيجار. قلنا: لا تجب الأجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لأنه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع إلا بتمكينه كان ذلك طريقاً للوصول إلى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة إلى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الأجرة باعتبار الحاجة اهـ. أقول: هذا الجواب وإن كان يصلح أن يكون مخلصاً ما هنا إلا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروا في كتاب الإجازات، كقولهم الإجارة تمليك المنافع بعوض، وقولهم: والقياس يأبى جوازها، لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة، وقولهم: وتنعقد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة، وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة، إلى غير ذلك من الأقوال الدالة على كون الأجرة بمقابلة المنافع، ولعل تأويل كلها متعسر بل متعذر تأمل تقف. ثم أقول: الأولى في الجواب عندي أن يقال: اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الأجرة على المستأجر فيما إذا حدثت المنافع في يده إنما هو على موجب القياس، وقد تقرر في أول كتاب الإجازات أن القياس يأبى جوازها،

ليس كذلك، فإن الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم إذ لا تفضي إليه غالباً. وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى، وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم لأن الولادة لا توجب الموت فالتقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد القيمة كرد العين، ولو رد عين الجارية كان التقصان مجبوراً بالولد فكذا إذا رد قيمتها (وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما إذا هلك الولد قبل الرد. ووجهه أن كلامنا فيما إذا رد الأم بنقصان الولادة هل ينجرر التقصان برد الولد، وإذا كان الولد هالكاً كيف ينجرر التقصان به، والخصاصة لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع، وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلاً بمحل النزاع.

وفيه أن السبب ليس بمتحد، والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف قوله: (أجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لا يعد نقصاناً الخ) أقول: ويجوز أن يجاب بالمنع فإنه يجوز بيع المأذون من مولاة وعكسه كما سبق، وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشترى ماله بماله، وقد مر تفصيله في باب المرابحة والتولية فراجع قوله: (لما بقي ملكاً للمولى عند ارتفاعه) أقول: فيه بحث قوله: (بضمان الغاصب) أقول: أي على مذهب زفر والشافعي قوله: (بل هو بدل من حيث الذات) قول: فيه بحث.

متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب. قال: (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي: يضمنها، فيجب أجر المثل، ولا فرق في المذهبين بين ما إذا عطّلها أو سكنها. وقال مالك: إن سكنها يجب أجر المثل، وإن عطّلها لا شيء عليه) له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا

إلا أنها جوّزت على خلاف القياس بالنص استحساناً لحاجة الناس إليها، وأن جوازها عندنا باعتبار إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلاً مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول، فيجوز في الإجارة أن يجب الأجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده إذا وقع التراضي عليه باعتبار إقامة العين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص، بخلاف الغصب فإنه غير جائز قياساً واستحساناً فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر قوله: (ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان) أقول: لقائل أن يقول: هذا الدليل إنما يدل على أن منافع المصنوب لا تضمن بالأعيان لعدم المماثلة بينهما، ولا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعي عدم مضمونيتها أصلاً فلا يتم التقريب. ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالإجماع، فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره، يرشد إلى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال: ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها، لأنها لو صارت مضمونة على الغاصب فإما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد، أو بالأعيان وهو باطل أيضاً لأنها لا تماثل الأعيان، لأن المنافع أعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاً. وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم، وضمان العدوان مبنى على المماثلة بالنص والإجماع، ويرشد إليه أيضاً تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال: ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو إما أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع، أو بغيرها من الأعيان كالدرهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالأمثال وهي المنافع لأنه لا قائل بذلك، ولا يجوز أن تكون مضمونة بالأعيان لعدم المماثلة، والمماثلة شرط في ضمان العدوان بقوله تعالى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم﴾ [البقرة ١٩٤] اهـ. قال صاحب العناية: واعترض بما إذا أتلّف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدرهم التي تبقى، فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة، وبما إذا استأجر الوصي لليتيم 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. وأجيب عن الوجه الأول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى، فكان السؤال غير وارد، وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض، ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر، وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا، فدل على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيباً في التصرفات اهـ كلامه.

فإن قيل: المذكور جواب المستشهد بها، وأصل نكته الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابراً لنقصان وقع في ملكه فهو على حاله. أجيب بأن المصنف رحمه الله أشار إلى جوابه بقوله لا يعد نقصاناً، وإذا لم يكن نقصاناً لم يحتج إلى جابر، فإطلاق الجابر عليه توسع في العبارة. فإن قيل: لو كان الولد خلفاً وبدلاً عن النقصان لما بقي ملكاً للمولى

قال المصنف: (وردت وفيها ذلك) أقول: لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق آنفاً من وجه الرواية الظاهرة من الإمام أن الولادة ليست بسبب لموت الأم فتأمل في دفعها قال المصنف: (وفي فصل الشراء الواجب النسخ) أقول: قال الزيلعي: وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى، وأنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلًا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى. وفيه تأمل قوله: (أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد النسخ) أقول: يشترط فيه أيضاً تسليمه بوصف السلامة قوله: (إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء) أقول: فيه بحث، فإنه يرجع عليه بنقصان العيب قوله: (من الحمى والضعف) أقول: أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية قوله: (ويحتمل أن يكون سببه النسخ) أقول: فيه بحث.

بالغصبوب. ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه إذ هي لم تكن حادثة في يد المال لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته، والإنسان لا يضمن ملكه، كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها لأنه لا بقاء لها، ولأنها

أقول: فيما ذكره في كل من الجوابين شيء. أما في الأول فلأن تنويره بقوله: ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بصحيح، لأن جواز نوع من التفاوت بين البديلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان، لأن للعقد والرضا تأثيراً في تجويز كثير من التفاوت، وعن هذا قالوا: يجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعاً، ألا يرى أن التفاوت بين جوهر وعرض يجوز أيضاً بالعقد كما إذا استأجر منفعة دار مثلاً بدرهم معينة مع أن المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا تتصور بين جوهر وعرض كما صرحا به. وأما في الثاني فلأن جواز شراء الثياب بدرهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استئجار الوصي لليتيم ما يحتاج إليه بدرهمه، لأن التفاوت في الأول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش، والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش، ولا شك أن جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش، ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر، فلم لا يجوز أن يكون

عند ارتفاعه بضمان الغاصب لثلا يجتمع البدلان في ملك واحد. أجب بأنه ملك المولى لا محالة، ومن حيث الملك ليس يبدل بل هو بدل من حيث الذات، فإذا ارتفع نقصان بطلت الخلفية 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 الثاني أيضاً، فله در المصنف ما ألطفه ذهنًا، جزاه الله عن المحصلين خيراً. قال: (ومن قال غصب جارية فزنى بها) قال في الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبلى فتموت في نفاسها، قال: هو ضامن لقيمتها يوم علقت، وليس عليه في الحرة ضمان. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا ضمان عليه في الأمة أيضاً إذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها، وتابعه المصنف في قوله ثم يردها فتحبلى بتقديم الرد على الحبلى، ووقع في عامة النسخ بتقديم الحبلى على الرد لبيان أن الحبلى كان موجوداً وقت الرد، قال: الرد قد صح لأنه أوصل الحق إلى المستحق، وصحته توجب البراءة عن الضمان. فإن قيل: لا نسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده. أجب بقوله: (والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب (كما إذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يد الغاصب فردها فجعلت فهلكت منه، وكمن اشترى جارية قد حبلى عند البائع) ولم يعلم المشتري بالحبلى (فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبلى، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الرد لم يكن صحيحاً، لأن الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجد لها هنا، فإنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك (فصار كما إذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنابة خطأ فإنه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا، بخلاف الحرة) إذا زنى بها رجل مكرهة فجعلت وماتت في نفاسها (لأنها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى قوله: (وفي فصل الشراء) جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلى عند البائع بطريق الفرق، وهو أن في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم: أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه، وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم (وما ذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذي أخذه عليه (شرط لصحة الرد) ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد بشرط وهو تمثيل فاسد. قيل: وتحقيقه

قوله: (لأنها أعراض لا تبقى) أقول: وإن بقيت لا تضمن أيضاً لأنها ترد مع أصلها قوله: (وما حدث في إمكان الرجل فهو في ملكه الخ) أقول: الكبرى محتاجة إلى البيان قوله: (وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول: وبعضه أن الأجسام متماثلة لتركبها من الجواهر المتجانسة، ولا كذلك الجوهر والعرض قوله: (ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز الخ)

لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان، وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف، ولا نسلم أنا متقومة في ذاتها،

الأمر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضاً كذلك؟ فمن أين ثبتت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو مجرد ما لا يعد عيباً في التصرفات. نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الأحسن في قوله تعالى ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الأنعام ١٥٢] ذلك المعنى لكنه إنما يعرف للدليل آخر لا بما ذكر من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي قوله: (وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف) قال صاحب العناية في تفسير هذه المآخذ: أي العلل التي هي مناط الحكم، أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب، وثانياً بقوله: إنها لا يتحقق غصبها وإتلافها، وثالثاً بقوله: لأنها لا تماثل الأعيان الخ. اهـ. أقول: فيه نوع خلل، لأنه قال: أو ما ذكره بكلمة أو وهي لأحد الأمرين، ولا شك أن العلل التي كانت مناط الحكم ها هنا وأشار إليه المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره أولاً وثانياً وثالثاً بأقواله المزبورة لا أمر آخر، فكيف يصح العطف بكلمة أو. وقال صاحب الغاية ها هنا: أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم، وأراد بالمآخذ ما ذكره أولاً بقوله إنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً أنها لا يتحقق غصبها وإتلافها وثالثاً أنها لا تماثل الأعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص. اهـ. أقول: يرد على ظاهره أن العلل التي هي مناط الحكم ها هنا هي ما ذكره المصنف أولاً وثانياً وثالثاً بعينه كما عرفت آنفاً، فما معنى قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بها ذاك، والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين، لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ها هنا، وبقوله: وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ما صدق عليه المآخذ ها هنا وتعيينه، فكأنه قال: أراد بمعنى المآخذ ها هنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ ها هنا ذاك، والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهره فيصح العطف، إلا أنه لو قال في الثاني وأراد بهذه المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على إرادة ما صدق

أن الشراء لم يتناول إلا العين إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء وبهذا 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 فالأوصاف داخلة فيه، ولهذا لو غصب جارية سميئة فهزلت في يد الغاصب، وردها كذلك فإنه يضمن النقصان. وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الرد بدونها رداً فاسداً. وأما إذا حمت في يد الغاصب فلأن سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت، ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو مركبة منهما فلا يضاف إلى سبب قائم في يد الغاصب بالشك قوله: (والزنا سبب) جواب عن قولهما أو زنت في يده الخ. وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب إنما يوجب الجلد المؤلم إلا الجراح ولا المتلف، ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن. قال: (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة، لكن إن نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان. وقال الشافعي رحمه الله: مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال، وربما سمي الأول غصباً والثاني إتلافاً في شمول العدم وعدنا وشمول الوجود عنده. وفصل مالك رحمه الله قال: إن سكنها فكما قال الشافعي وإن عطّلها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله (للشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها غير الأدمي خلق لمصلحة الأدمي ويجري فيه الشك والضمنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالإجماع (فكذا بالغصب) لأن العقد لا يجعل غير المتقوم متقوماً كما لو ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لأنها حدثت في إمكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى) وما حدث في إمكان الرجل فهو في ملكه دفعاً لحاجته، فإن الملك لم يثبت للعبد إلا دفعاً لحاجته إلى إقامة التكليف، فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والإنسان لا يضمن ملك نفسه.

أقول: فيه بحث، فإنه يجوز بيع المنافع بالدراهم أيضاً فلا يصلح ما ذكره للتنوير قوله: (هو ما لا يعد عيباً في التصرفات) أقول: ولا يقتضي المماثلة، بخلاف ضمان العدوان فإنه يبيتي على المماثلة بالنص.

بل يتقوّم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد، إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين.

عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن. ثم أقول: بقي في هذا المقام بحث قوي، وهو أنه قد صرح في معتبرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضاً في الوقف، ومال اليتيم وما كان معداً للإجارة مع أن العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور أيضاً. فإن قلت: العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظراً للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك، ويجوز ترك القياس بالاستحسان. قلت: ذلك فيما يتصور ويمكن، وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصوّر الغصب والعدوان في المنافع، وبعضها يدل على عدم إمكان تضمين المنافع بالأعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والإجماع، فإجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جداً.

ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها وإتلافها وكيف يتحقق ذلك وإنه لا بقاء لها. ولئن سلمنا تحقق غصبها وإتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان. واعترض بما إذا أنلف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدراهم التي تبقى، فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة، وبما إذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج إليه بdraهم اليتيم فإنه جائز لا محالة، ولو كان ما ذكرتم صحيحاً لما جاز لأن القربان إلى مال اليتيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن. وأجيب عن الأول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى، فكان السؤال غير وارد، وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهريين لا بين جواهر وعروض ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر، وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بdraهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الأحسن في مال اليتيم هو ما لا يعدّ عيباً في التصرفات (وقد عرفت هذه المآخذ) أي العلل التي هي مناط الحكم، أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب، وثانياً بقوله إنها لا يتحقق غصبها وإتلافها، وثالثاً بقوله لأنها لا تماثل الأعيان إلى آخره (في المختلف) يعني في مختلف أبي الليث، وقوله: (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن قوله المنافع أموال متقومة. وتقديره أنا لا نسلم أنها متقومة في ذاتها لأن التقوم لا يسبق الوجود والإحراز، وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوّم لضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها بالتراضي، ولا عقد في المتنازع فيه (إلا أن) أي لكن (ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين) والله أعلم.

قوله: (أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت النخ) أقول: فيه بحث.

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال: (وإذا أئلف المسلم خمر اللمي أو خنزيره ضمن قيمتهما، فإن أئلفهما لمسلم لم يضمن) وقال الشافعي: لا يضمنها للذي أيضاً وعلى هذا الخلاف إذا أئلفهما ذي على ذي أو باعهما الذي من الذي.. له أنه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذي، لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا يجب بإئلفهما مال متقوم وهو

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال صاحب النهاية: لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الأصل لأن الغصب بحله الذي ذكرناه إنما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوماً، إما باعتبار ديانة المغصوب منه بأنه متقوم أو بتغيره في نفسه إلى التقوم اه كلامه. وقد اقتضى أثره صاحب العناية. أقول: لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا إلى المصير إلى اعتبار عرضية أن يصير ما لا يتقوم متقوماً بأحد الاعتبارين المذكورين، بل لا وجه له عند النظر الدقيق لأن المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها، ففي ما لا ضمان فيه كإتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية أن يصير متقوماً باعتبار ما أصلاً، فإن اعتبار عرضية أن يصير متقوماً مما لا تأثير له في حكم الضمان قطعاً بل له نوع إباء عنه، ولعل بعض الشراح تنبه لهذا ترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوماً منهم الشارح الكاكي حيث قال: لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم إذ هو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم اه. ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال: لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اه قوله: (ولنا أن التقوم باق في حقهم، إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا) أقول: فيه إشكال من وجهين: أحدهما أن الخصم قال: إنهم أتباع لنا في الأحكام، وتسك بقوله عليه الصلاة والسلام «إذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»^(١) كما صرح به في الكافي وعامة الشروح، فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباعاً لنا في الأحكام، والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الأصول. فإن قلت: نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا، فيدل النص المتضمن لهذا الأمر وهو قوله عليه الصلاة والسلام «اتركهم وما يدينون»^(٢) على مدعانا ها هنا. قلت:

فصل في غصب ما لا يتقوم

لما فرغ من بيان ما هو الأصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوماً إما باعتبار ديانة المغصوب منه يتقومه أو بتغيره في نفسه إلى التقوم قال: (وإن أئلف المسلم خمر اللمي أو خنزيره الخ) هذه المسألة على أربعة أوجه: إتلاف المسلم خمر المسلم، وإتلاف الذي خمر المسلم، وإتلاف الذي خمر

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال المصنف: (وإذا أئلف المسلم خمر اللمي أو خنزيره ضمن) أقول: في شرح الكافي لصدر الإسلام: لو أئلف مسلم على ذي خنزيراً على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئاً، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته. قال الإقناني: وهذا خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي، ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجعه قال المصنف: (وعلى هذا الخلاف إذا أئلفهما ذي على ذي) أقول: (ولقد أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي اللمي بعلى) قوله دل على ذلك قول عمر، إلى قوله: لا تفعلوا الخ أقول: قوله لا تفعلوا مقول قول.

(١) غريب هكذا. وجاء في نصب الراية ٣٧٨، ٣: أخرج أحمد والحكم في المستدرک عن سلمان أنه انتهى إلى حصن أو مدينة فقال لأصحابه: دعوني أَدعوهم كما رأيت رسول الله ﷺ يدعوهم. فقال لهم: إنما كنت رجلاً منكم فهداني الله للإسلام فإن أسلمتم فلكم مالنا وعليكم ما علينا وإن أبيتم فأذا الجزية وأنتم صاغرون فإن أبيتم نابذناكم على سواء إن الله لا يحب الخائنين ففعل ذلك بهم ثلاثة أيام فلما كان في اليوم الرابع أمر الناس ففدوا إليها ففتحوها اه. وفي إسناده عطاء بن السائب صندوق اختلط بأخذه كما في التقريب وبقية رجاله ثقات. والله أعلم.

(٢) تقدّم في الذي قبله ومعناه.

الضمان. ولنا أن تقوم باقي حقهم، إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا، ونحن أمرنا بأن نتركهم

للخصم أن يقول: المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات، وما نحن فيه من المعاملات؛ ولئن سلم العموم للمعاملات أيضاً فيتحقق التعارض بين النصين فمن أين يثبت الرجحان. والثاني أنه قد تقرر في علم الأصول أنه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالإيمان والعقوبات والمعاملات والعبادات أيضاً في حق المواخاة في الآخرة. وأما في حق وجوب الأداء في الدنيا فمختلف فيه، وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقويم الخمر والخنزير أيضاً. ثم أقول: يمكن الجواب عن كل واحد منهما: أما عن الأول فبان يقال: ما نحن فيه مخصص بالإجماع من عموم النص الدال على كونهم أتباعاً لنا في الأحكام، فإن عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر؟ فقالوا: نعشرها قال: لا تفعلوا، ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها، فقد جعلها مالاً يتقوّم في حقهم حيث جواز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد فحل محل الإجماع وقد صرح به بعض الشراح. وأما عن الثاني فبان يقال: كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يتحمل الخطاب التعميم لهم أيضاً، وأما فيما لا يتحمّله فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعاً، وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا، والأصل أن ما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل، والمزيل وهو قوله تعالى ﴿رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة ٩٠] وجد في حقنا دليل السباق والسياق، فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية، فلم يبق مجال للتعميم للكفار أيضاً، وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال: تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين في الأمم الماضية، وكذا في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام، ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصاً في حق المسلمين فكانا حراماً عليهم وبقياً حلالاً على الكفار ككناج المشرك كان حلالاً في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصاً في حق المسلمين فبقي حلالاً في حق الكفار فكذا ها هنا ألا يرى إلى خطاب الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾ [المائدة ٩٠] والمؤمن هو الذي يفلح إذا اجتنب الخمر، وقال تعالى ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ [المائدة ٣] إلى هنا لفظ غاية البيان، ثم إن التحقيق الذي لا محيد عنه ها هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما الكلام في المسألة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا: الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير، فالخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الإباحة شرعاً، فكان كل واحد منهما مالاً متقوماً في حقهم. ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لإقامة مصلحة البقاء، والأصل في أسباب البقاء هو الإطلاق، إلا أن الحرمة في حق المسلم ثبتت نصاً غير معقول المعنى، أو معقولاً لمعنى لا يوجد ها هنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة، وهو قوله تعالى ﴿إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة﴾

الذمي، وإتلاف المسلم خمر الذمي. ولا ضمان على المتلف في الأولين بالإجماع: وأما في الآخرين فعليه الضمان عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله. وعلى هذا الخلاف إذا باعها الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافاً له. قال: (سقط تقويمها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في الأحكام) قال ﷺ «إذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» وإذا سقط تقويمها (فلا يجب بإتلافها مال متقوم وهو الضمان) أي ما يضمن به (ولنا أن تقوم باقي حقهم، إذا الخمر لهم كالخل والخنزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله: ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر؟ فقالوا: نعشرها، قال: لا تفعلوا، ولو هم بيعها وخذوا العشر من أثمانها، فقد جعلها مالاً متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها، ولم يفعل ذلك إلا لتدينهم بذلك

وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام، وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه. بخلاف الميتة والدم، لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين تمولهما، إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال، لأن المسلم ممنوع من تملكه لكونه إهزازاً له، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين لأن الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها، وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم، وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي، لأننا ما

[المائدة ٩١] لأن الصّد لا يوجد في الكفرة، والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لأنها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك، وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم. وبعضهم قالوا: إن الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين، لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمت عندنا هو الصحيح من الأقوال على ما عرف في أصول الفقه. وعلى هذا طريق الضمان وجهان: أحدهما أن الخمر وإن لم تكن مالاً متقوماً في الحال فهي بعرض أن تصير مالاً متقوماً في الثاني بالتخلل ووجوب ضمان الغصب والإتلاف يعتمد كون المحل المنصوب والمتلف مالاً متقوماً في الجملة ولا يقف على ذلك الحال، ألا يرى أن المهر والجحش وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والإتلاف. والثاني أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير حساً لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: أمرنا أن نتركهم وما يدينون^(١)، ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك، ونفي الضمان بالغصب والإتلاف يفضي إلى التعرض لأن السفه إذا علم أنه إذا غصب أو أتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك، وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم إلى هنا لفظ البدائع قوله: (ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) أقول: لقائل أن يقول: فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الأمور كإحداث البيعة والكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فإنهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير. والجواب أن أمثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها، كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد»^(٢) على ما سيأتي بيانه عن قريب. قال صاحب

(ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) يعني لا نجادلهم على الترك (والسيف موضوع) يعني لا يجبرون على الترك بالإلزام بالسيف لعقد الذمة، وحينئذ تعذر الإلزام على ترك الدين فيقي التقوم في حقهم، وإذا بقي فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم، وذلك يوجب الضمان بالنقص فيضمنه، ونوقض 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 المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون. وأجيب بأننا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان. وقوله: (بخلاف الميتة والدم) وجواب لمقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين قولهما، إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كانت مثلية وتذكير الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور لأن المسلم ممنوع من تملكه لكونه إهزازاً له) بخلاف أهل الذمة فإنهم غير ممنوعين عن تملكها وتملكها، فإن جرت بينهما مبايعة جاز لهم التملك والتملك، وإن استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلاً وتسلمه قوله: (وهذا بخلاف الربا) متعلق

قوله: (لا نجادلهم على الترك الخ) أقول: أي ترك ما يدينون قوله: (وأجيب بأننا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث الخ) أقول: فيه أن مراد الناقض أنا إذا حكمنا بينهم على شرع الإسلام لطلبهم ذلك لا نورثها.

(١) أثر علي لم أجده بعد. لكن هو في معنى المتقدم.

(٢) غريب هكذا. قال الزيلعي في نصب الرأية ٢٠٣، ٣: غريب، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في باب ذكر أهل نجران عن الشعبي: كتب رسول الله ﷺ إلى أهل نجران. وهم نصارى. أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له. وهو مرسل. وروى أبو عبيد في الأموال عن أبي المليح الهزلي أن رسول الله ﷺ كتب لأهل نجران... وفيه: ولا يأكلون الربا فمن أكل منهم الربا فدمتي منه بريئة. اهـ. قلت: فمرسل الشعبي يعتضد بهذا الخبر والله تعالى أعلم.

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 بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك. والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلة فلهاذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه. وبيانه أنه ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ، وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع. قال: (وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة، وقالوا: يضمن الجلد مدبوغاً ويعطي ما زاد الدباغ فيه) ولو هلك في يده لا يضمنه بالإجماع. أما الخل فلا لأنه لما بقي على ملك

لعدم ملازمة الخلاف بينهما كما بينا آنفاً. وأما على تقدير أن يكون قوله: وهذا بخلاف الربا متعلقاً بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها كما ذهب إليه جماعة من الشراح فيصير المعنى: وهذا أي عدم كون الذي ممنوعاً عن تملك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا. ولا يخفى أن هذا المعنى شديد وأن كلمة هذا التي يشار بها إلى القريب في محلها حينئذ. وقال بعض الفضلاء: بل الأولى أن يتعلق بقوله: فيضمنه والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخنزير اهـ. أقول: هذا أقيح مما قاله صاحب العناية، لأنه إن كانت الإشارة بهذا إلى الخمر والخنزير بتأويل ما ذكر كما زعمه يصير المعنى: وهذا أي ما ذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الربا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربا بقوله: فيضمنه معنى وإن صير إلى التقدير بأن يقال: المراد وهذا بخلاف الربا في الضمان فيحصل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا سكون سديداً أيضاً لأن الضمان إنما يتصور في الإنفاق ومسألة الربا مما لا مساس له بذلك تدبر تفهم قوله: (وبخلاف متروك التسمية لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة) قال في العناية: يعني لما أمر^١ أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علنا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى، وحينئذ يجب أن نقول: بموجب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامداً لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي. ووجه الجواب ما قاله: أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه. 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»^(١) وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق

أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامداً لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله. ووجه الجواب ما قاله إن ولاية المحاجة ثابتة، والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه. 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 لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين. قال: (فإن غصب من مسلم خمرأ فخللها الخ) من غصب من مسلم خمرأ فخللها أو جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين، لأن التخليل أو الدباغ إما أن يكون بخلط شيء وبما له قيمة أولاً، فإن خلل بغير شيء بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إليها، أو دبغ بالقرظ بفتحيتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما، فإما أن يكون الخل والجلد باقيين أو لا، فإن كانا باقيين أخذ المالك الخل بلا شيء وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه. وطريق علمه أن ينظر إلى قيمته ذكياً غير

قوله: (ولقائل أن يقول: لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة الخ) أقول: الأولى استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فثبت ولاية المحاجة قوله: (والجواب، إلى قوله: وهو منتف في حق المجتهدين) أقول: فيه بحث، فإن القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه.

ضمننا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين، وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة. قال: (فإن غصب من مسلم خمرأ فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل

العناية أخذاً من النهاية: ونوقض بما إذا مات المجوسي عن ابنتين إحداهما امرأته فإنها لا تستحق بالزوجية شيئاً من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح، وصحة النكاح توجب تورث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم تركهم وما يدينون. وأجيب بأن لا نسلم أنهم يعتقدون التورث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان اهـ. واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه إن مراد الناقض أنا إذا حكمنا بينهم على شرع الإسلام بطلبهم ذلك لا نورثها اهـ. أقول: ليس فيما ذكره كبير حاصل، إذ مراد المجيب أيضاً أن عدم تورثنا إياها إذا حكمنا بينهم على شرع الإسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التورث بأنكحة المحارم. نعم يعتقد المجوسي صحة نكاح المحارم، وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث؛ ألا يرى أن الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح، وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية، وإن أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التورث بأنكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك أيضاً على شرع الإسلام، فلا فائدة فيه لأن ما يضرنا إنما هو النقض بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض. ثم أقول: بقي ما هنا كلام آخر، وهو أن للسائل أن يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فإنها لا تستحق شيئاً من الميراث عندنا لاختلاف الدينين، مع أن وجوب تورث الزوجة من زوجها مقرّر في جميع الأديان إذا لم يوجد مانع، والظاهر أن الكفر ليس بمانع عن الإرث في اعتقاد الكفرة ولم تركهم وما يدينون هناك، فتأمل في الجواب قوله: (وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لأن الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها، كذا قاله جماعة من الشراح. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك: والأولى أن يتعلق بقوله: نحن أمرنا أن تركهم وما يدينون الخ لا تساق ما بعده من العطف حينئذ اهـ. أقول: تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد، لأن كلمة هذا مع كونها مما يأبى ذلك جداً لا يستقيم أن يكون الربا من خلال قوله: نحن أمرنا أن تركهم وما يدينون، لأن الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقاً منهم لا تديناً لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى ﴿وأخذهم الربا وقد نهوا عنه﴾ [النساء ١٦١] كما صرحوا به قاطبة، حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا إياهم عن الربا مخالفاً لقوله نحن أمرنا أن تركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة. وعلى تقدير أن يكون قول المصنف: وهذا بخلاف الربا متعلقاً بقوله نحن أمرنا أن تركهم وما يدينون يصير المعنى: وهذا أي قوله: ونحن أمرنا أن تركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا، وليس هذا المعنى بسديد

بقوله لأن الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر، كذا قيل. والأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن تركهم وما يدينون إلى آخره لاتساق ما بعده من العطف حينئذ وقوله: (لأنه مستثنى من عقودهم) يعني بعدم الجواز لقوله ﷺ «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد» وذلك لأنه فسق منهم لا تدين لثبوت حرمة الربا في دينهم، قال الله تعالى ﴿وأخذهم الربا وقد نهوا عنه﴾ (وبخلاف العبد المرتد للذمي) فإن المسلم إذا أئلفه لا يضمن شيئاً وإن كان اعتقاد الذمي أن العبد المرتد مال مقوم وهو أيضاً في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رحمه الله. ووجه الجواب (أنا ما ضمننا لهم ترك التعرض) للعبد المرتد للذمي (لما فيه) أي في ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك والإعراض عنه. واستشكل هذا التعليل بما إذا أئلف على نصراني صلياً فإنه يضمن قيمته صلياً، وفي ترك التعرض استخفاف بالدين. وأجيب بأن ذلك كفر أصلي، فالنصراني مقرّ على ذلك بخلاف الارتداد وقوله: (بخلاف متروك التسمية) يتعلق بقوله أمرنا أن تركهم وما يدينون: يعني لما 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. وحينئذ يجب

قوله: (قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لأن الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر، كذا قيل، والأولى أن يتعلق بقوله نحن الخ) أقول: بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه، والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخنزير.

مالكه 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 كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه ويضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه، ولأنه واجب الرد، فإذا فوّته عليه خلفه قيمته كما في المستعار، وبهذا فارق الهلاك بنفسه. وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس.

المجتهدين، إلى هنا لفظ العناية. واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال: فيه بحث، فإن القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اهـ. أقول: هذا ساقط جداً. أما أولاً فلأن القاضي إنما ينفذ ما حكم به قاض آخر إذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والإجماع، وأما إذا كان ما حكم به مما يخالف شيئاً من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذه القاضي أصلاً كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء، ومثلوا ما يخالف الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامداً فإنه مخالف لقوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام ١٢١] والكلام ها هنا في متروك التسمية عامداً فكيف يتصور فيه التنفيذ. وأما ثانياً فلأن حاصل الجواب المذكور أن علة الأمر بالترك في قوله عليه الصلاة والسلام «اتركوهم وما يدينون»^(١) هي عقد الذمة، وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور إلحاق المجتهدين بأهل الذمة في ترك المحاجة لا دلالة ولا قياساً. ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى، وأن حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور، بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله قوله: (ولو هلك في يده لا يضمن بالإجماع) قال صاحب العناية: والمجمع عليه لا يحتاج إلى دليل، لأن دليله الإجماع فلماذا لم يذكره المصنف اهـ. أقول: هذا ليس بسديد، لأن الذي لا يحتاج إلى دليل ما أجمع عليه الأمة بالإجماع الذي هو أحد الأدلة الأربعة الشرعية فإن الإجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلاً عليه، والظاهر أن مراد المصنف بالإجماع ها هنا هو إجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفاً من مسألة الاستهلاك، لا إجماع الأمة الذي هو من الأدلة، لأن هذا الإجماع إنما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد ﷺ على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه، كيف وقد قال في معراج الدراية ها هنا: وعند الأئمة الثلاثة: يعني مالكا والشافعي وأحمد لو تخللت الخمرة بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن، وأما إذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن. وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه ردّه ولا يضمن، وفي قول وجب رده ويضمن اهـ. فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة لأئمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه، مع أن مالكا من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد، فلم يتحقق إجماع الأمة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسألة قطعاً، ولم ينقل إجماع أمة أخرى من قبل، فلم يمكن حمل الإجماع المذكور على إجماع الأمة كما لا يخفى. وقال صاحب النهاية

مدبوغ وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع، والفرق بين المسألتين ما ذكره في الكتاب وهو نير وإن لم يكونا باقيين، فإن استهلكهما الغاصب ضمن الخل، ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال: يضمن الجلد مدبوغاً ويعطي ما زاد الدباغ فيه، وإن هلكا في يده فلا ضمان عليه بالإجماع، والمجمع عليه لا يحتاج إلى دليل لأن دليله الإجماع فلماذا لم يذكره المصنف، والبيئة على ذلك أنه إن ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ، ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لأنه لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه وقوله: (أما الخل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري: يعني إذا غصب الجلد من منزله، فأما إذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه. وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضاً. وإذا كان باقياً على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (بضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه بضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ

(١) تقدم تخريجه قبل حديثين.

أما عند اتحادهما فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه. وله أن تقوم حصل بصنع الغاصب وصنعتة متقومة لاستعماله مالا متقوماً فيه، ولهذا كان له أن يحبس 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 صنعة، بخلاف وجوب 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

ها هنا ولم يذكر الدليل لقوله لو هلك في يده لا يضمن بالإجماع لأن دليله ظاهر، وهو أنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك، ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لأنه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب، ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضاً لأنه لم يوجد منه فعل في هلاكه، والضمان لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدي اه كلامه. أقول: ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم، ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التي ذكرها لسائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الحل ممنوع، ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل. ثم أقول: لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسألة ها هنا انفهامه مما ذكره في دليل مسألة الاستهلاك يرشدك إليه قطعاً قوله في أثناء ذلك وبهذا فارق الهلاك بنفسه، تبصر ترشد قوله: (كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية: وفيه نظر، لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اه. أقول: هذا النظر ساقط جداً، إذ لا نسلم أولاً أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فإن نفس الغصب إنما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب، وإنما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك، ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب سبباً للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضاً سبباً له، ومقصود المصنف قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سبباً لضمان المتعدي ما استهلكه وإعطاء المالك ما زاده الصنعة، وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه، غاية الأمر أن في جانب المقيس عليه سبباً آخر للضمان، وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب المشترك، وقد أشار إليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المحل: إن الاستهلاك جنابة موجبة للضمان في محل هو مال متقوم، وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوماً كما في الثوب، إلا أن هناك السبب الأول وهو الغصب موجب للضمان أيضاً، فله أن يضمنه بأي السببين شاء، وها هنا السبب الأول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمنين بالسبب الثاني فكان هو في السبب كغيره، ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه أن يضمن المستهلك ويعطي الغاصب ما زاد الدباغ فيه، إلى هنا كلامه قوله: (ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعة) قال صاحب العناية في شرح قوله كما إذا هلك من غير صنعة: فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد، وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك اه كلامه، واقتفى أثره الشارح العيني.

فيه) وفيه نظر، لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه قوله: (ولأنه واجب الرد) دليل آخر. وتقريره أن الجلد لو كان قائماً وجب على الغاصب رده، فإذا قوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا الهلاك، وبهذا فارق الهلاك بنفسه لأنه لا تفويت منه هناك. قال الإمام فخر الإسلام رحمه الله وغيره في شروح الجامع الصغير: قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس: يعني أن القاضي قوّم الجلد بالدرهم والدباغ بالدنانير، فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ، أما إذا قوّمهما بالدرهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه. ولأبي حنيفة رحمه الله: لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه، وإنما حصل له التقوم

قيمة له، بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة. وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة، وعندهما له ذلك، لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه. ثم قيل: يضمنه قيمة جلد

أقول: فيه نظر، إذ لا شك أن عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعه لا يجب أن يكون باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون، فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين، وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك، بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كتحققه في صورة الاستهلاك على ما أشار إليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضاً في تعليل تلك المسألة فيما مرّ وكون الغصب موجباً للضمان في كل من صورتَي الهلاك والاستهلاك إنما هو عند تحقيق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لأن كون المأخوذ مالاً متقوماً معتبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب، وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعاً، وإنما يصير متقوماً بالدباغ، وكلامنا فيما إذا غصب جلد الميتة فدبغه فحين الأخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب للضمان فيما نحن فيه بلا ريب، ويؤيد ما قلنا: إن الخمر المتخللة بنفسها أيضاً غير مضمونة في صورة الهلاك بالإجماع كما مر، وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقوّمها، فلو كان مجرد الغصب وهو الأخذ جبراً بدون تحقق الغصب الشرعي موجباً للضمان في الهلاك والاستهلاك، أو كان مجرد حصول التقوم للمأخوذ بعد الأخذ كافياً في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها في يد الأخذ جبراً مع أنه خلاف ما عليه الإجماع. ثم أقول: لما ظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله: كما إذا هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وإن كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقاً علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول: يجوز أن يكون مراده بقوله كما إذا هلك من غير صنعه هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وإن كان السبب مختلفاً في صورتين، ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب، وهو كون الأصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع، لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سبباً أيضاً في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعه لا من حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما، وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك، فإنه إذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيناه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب، لأن انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لا يصح قولهما، وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تأمل نقف قوله: (ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته. قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له، بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة) قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك: أي مطلقاً بلا خلاف، ويقتضي هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى. أقول: تعليل هذا القول: الاتفاقية بقوله: لأن الجلد لا قيمة له، بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة مشكل عندي، فإنه لا يتشبه على أصل الإمامين، إذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك

بصنعة الغاصب وصنعتة متقومة لاستعماله مالاً متقوماً فيه، ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي ما زاد الدباغ، فكان التقوم حقاً للغاصب وكان الجلد تابعاً لصنعة الغاصب في حق التقوم، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لتلا يلزم مخالفة التابع أصله، كما إذا هلك من غير صنعة فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد، وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك قوله: (بخلاف الرذة الخ) جواب عن قولهما ولأنه واجب الرد، وتقريره أن وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك، والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والأصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده وتتبعه الصنعة. وقوله: (بخلاف الذكي والثوب) جواب عن قولهما كما إذا غصب ثوباً وأقحم الذكي

مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك. وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ، ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكة بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب، ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغاً. وقيل طاهراً غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه. وجه الأول عليه الأكثر 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: صار ملكاً للغاصب ولا شيء له عليه. وعندما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد، ومعناه ما هنا أن يعطي مثل وزن الملح من الخل، وإن أراد المالك تركه عليه وتضمنه فهو على ما قيل. وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة خلافاً لهما كما في دبغ الجلد، ولو خللها بإلقاء الخل فيها، فعن محمد أنه إن صار خلاً من ساعته يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه لأنه استهلاك وهو غير متقوم، وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلاً قليلاً فهو بينهما على قدر كيلهما، لأن خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين، ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده، ولا ضمان في الاستهلاك لأنه أتلف ملك نفسه. وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول لما

المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه، كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه، والتعليل المذكور ما هنا صريح في خلاف ذلك كما ترى. لا يقال: المراد ما هنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب، بخلاف الثوب فإن له قيمة وقتئذ، والمراد بما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة. لأننا نقول: الكلام فيما إذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار مالاً متقوماً بالدباغ كما أشار إليه المصنف بقوله: في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل: ليس له ذلك بلا خلاف بأن الجلد لا قيمة له وقت الغصب، بخلاف الثوب فإن عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضموناً على الغاصب بعد أن صار مالاً متقوماً بالدباغ، وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالاً متقوماً بالدباغ باقياً على ملك المالك كما مر. على أنه لو كان المراد ما هنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المصنف: بخلاف الثوب دون أن يقول: بخلاف صبغ الثوب لأن الصبغ في الثوب بإزاء الدباغ في الجلد تأمل قوله: (لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قال صاحب العناية: وفيه نظر، لأن العجز في الاستهلاك لأمر من جهة

استظهاراً لأن التقوم فيهما: أي في الذكي والثوب كان ثابتاً قبل الدفع والصبغ فلم يكن تابعاً للصنعة، والتقوم يوجب الضمان (ولو كان) الجلد قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه) أي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم (ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك) بلا خلاف (لأن الجلد لا قيمة له، بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة. وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعنهما له ذلك) وقوله: (لأنه إذا تركه) دليل أن في المسألة خلافاً لا دليل المخالفين. ووجه ذلك أنه إذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك، وهو أي الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آتفاً، وفيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لأمر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك، ولا يلزم من جواز التضمنين في صورة تعدي فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك. ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقبل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك. وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ، هذا كله إذا دبغ بما لا قيمة وخلل بغير خلط شيء. أما إذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب وهو لا

قال المصنف: (وعندهما أخذه المالك) أقول: قال صاحب التسهيل: يشكل هذا بما مر من أصلهم، وهو أنه إذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم منافعه يملكه فيتعين الضمان والخل كذلك لزوال اسم الخمر، ومعظم ما يقصد به من الأغراض بفعله وهو إلقاء الملح ونحوه، فينبغي أن يأخذه. ويمكن أن يقال: كأنه تخلل بنفسه، لأن في طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمر هالك لا يستتبع، بخلاف الخل انتهى.

بيناً، ويضمن في الوجه الثاني لأنه أتلف ملك غيره. وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجه كلها بغير شيء، لأن الملقى فيه يصير مستهلكاً في الخمر فلم يبق متقوماً، وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتناها في كفاية المنتهى. قال: (ومن كسر لمسلم بربطاً أو طبلًا أو مزماراً أو دفاً أو أراق له سكرًا أو منصفاً فهو ضامن، ويبيع هذه الأشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن ولا يجوز بيعها. وقيل الاختلاف في الدفّ والطبل الذي يضرب للهو، فأما طبل الغزاة والدفّ الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف. وقيل الفتوى في الضمان على قولهما. والسكر اسم للنبي من ماء الرطب إذا اشتد. والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ. وفي المطبوخ أدنى طبخه وهو الباذق عن أبي حنيفة وروایتان في التضمين والبيع. لهما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر، ولأنه فعل ما فعل أمرأ بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام. ولأبي حنيفة أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجه 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 الأمرأ لقدرتهم وباللسان إلى غيرهم، وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكيش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور، كذا هذا، وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما، ولا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك غينه وإن كان لو فعل جاز، وهذا بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليباً حيث يضمن قيمته صليباً

الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك، ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدّي فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك اهـ. أقول: يمكن أن يجاب عن هذا النظر بأن العجز في الاستهلاك لما كان لأمر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الأمر من جهة الغاصب فإن المالك إنما تركه عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ما له قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه إعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على إعطائه ولا يهيمه ذلك فكان السبب الأصلي لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه؛ ألا يرى أنه لو دبغه بما لا قيمة له وكان هو لمالكة بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند أحد أصلاً قوله: (ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك. وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ) يعني اختلف المشايخ في كيفية التضمين على قولهما، فقال بعضهم: يضمنه قيمة جلد ذكي مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صور الاستهلاك، وقال بعضهم: يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ، كذا في الشروح. أقول: ثمة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندي فإن قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه

يزل ملك المالك. ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعاً لأنه صار مالاً على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه، فكانت المالية والتقوم جميعاً حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل: ضمن قيمته مدبوغاً، وقيل طاهرًا غير مدبوغ. وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر. وإذا خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قال المشايخ رحمهم الله: صار الخل ملكاً للغاصب، ولا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد. وقوله: (قالوا) يشير إلى أن ثمة قولاً آخر، وهو ما قيل إن هذا والأول سواء لأن الملح صار مستهلكاً فيه فلا يعتبر، وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير إليها قوله (فهو على ما قيل وقيل) بتكرير قيل إشارة إلى القولين المذكورين في دباغ الجلد، وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائماً فأراد المالك، إلى أن قال: قيل ليس له ذلك، وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة

ويمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه، فإن منافعها الغير مشروعة كلا منافع قال المصنف: (لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه) أقول: لعل المراد بالمنع هو الكراهة، والله أعلم.

لأنه مقرّ على ذلك. قال: (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة، وقالوا: يضمن قيمتهما لأن مالية المدبرة متقومة بالانفاق، ومالية أم الولد غير متقومة عنده، وعندهما متقومة، والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب.

هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها، إذ قد قال المصنف: فيما مر في بيان أخذ الجلد وإعطاء ما زاد الدباغ فيه أنه ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن ما بينهما، وذاك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد إعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها، فما فائدة الاختلاف المذكور والمآل واحد، والله تعالى أعلم وأحكم.

رضي الله عنه. وقوله: (وهو على أصله ليس باستهلاك) أي أصل محمد رحمه الله، فإن أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضاً أن خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركاً بينهما، فإذا أتلّفه فقد أتلّف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المنصوب منه. وقوله: (هو للغاصب في الوجهين) يعني ما إذا صارت خلا من ساعته أو بعد زمان، وقوله: (أجروا جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ومعناه أن بعضهم حملوه على الوجه الأول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم، وبعضهم أجروه على إطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها، وهي التخليل بغير شيء والتخليل بإلقاء الملح والتخليل بصب الخل فيه لأن الملقى فيه يصير مستهلكاً في الخمر فلم يبق متقوماً. قال: (ومن كسر لمسلم بربطاً أو طبلاً) قال في الجامع الصغير: ومن كسر لمسلم بربطاً وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدفّ معروفة. وقوله: (أهراق له سكراً) أي صبه، يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء، وأهراق يهريق بسكونها، والهاء في الأول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة، وكلامه إلى آخره ظاهر لا يحتاج إلى شرح، والله أعلم بالصواب.