

١٧ - كتاب الغصب

هُوَ: الإِسْتِيْلَاءُ عَلَى حَقِّ الْغَيْرِ عُدْوَانًا؛ فَلَوْ زَكِبَ ذَابَّةٌ أَوْ جَلَسَ عَلَى فِرَاشٍ فَغَاصِبٌ وَإِنْ لَمْ

كتاب الغصب^(١)

(هو) لَعَةً أَخَذَ الشَّيْءَ ظُلْمًا، وَقِيلَ: أَخَذَهُ ظُلْمًا جَهَارًا. وَشَرَعًا: (الإِسْتِيْلَاءُ عَلَى حَقِّ الْغَيْرِ عُدْوَانًا) أَي عَلَى وَجْهِ التَّعْذِي. وَيُرْجَعُ فِي الإِسْتِيْلَاءِ لِلْعُزْفِ، وَذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَمْثَلَةٌ يَتَضَحُّ بِهَا سَنَاتِي. قَالَ الْمَصْنَفُ: وَلَا يَصِحُّ قَوْلُ مَنْ قَالَ: «عَلَيَّ مَالُ الْغَيْرِ» لِأَنَّهُ يَخْرُجُ الْمَنَافِعُ وَالْكَلْبُ وَالسَّرَجِينُ وَجِلْدُ الْمَيْتَةِ وَخَمْرُ الذَّمِّيِّ وَسَائِرُ الْإِخْتِصَاصَاتِ كَحَقِّ التَّحَجَّرِ. وَاخْتَارَ الْإِمَامُ أَنَّهُ الإِسْتِيْلَاءُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ حَقِّ، قَالَ: وَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّقْيِيدِ بِالْعُدْوَانِ بَلْ يَثْبُتُ الْغُصْبُ وَحُكْمُهُ بِغَيْرِ عُدْوَانٍ كَأَخْذِهِ مَالٍ غَيْرِهِ يَظُنُّهُ مَالَهُ. وَقَوْلُ الرَّافِعِيِّ: «وَالْأَشْبَهُ التَّقْيِيدُ بِهِ، وَالثَّابِتُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ حُكْمُ الْغُصْبِ لَا حَقِيقَتُهُ»، قَالَ شَيْخُنَا: مَمْنُوعٌ، وَهُوَ نَاطِرٌ إِلَى أَنَّ الْغُصْبَ يَقْتَضِي الْإِثْمَ مُطْلَقًا وَلَيْسَ مُرَادًا وَإِنْ كَانَ غَالِبًا. وَقَالَ شَيْخِي: الَّذِي يَتَحَصَّلُ فِي تَعْرِيفِهِ مِنْ كَلَامِ الْأَصْحَابِ أَنَّ الْغُصْبَ ضَمَانًا وَإِنَّمَا الإِسْتِيْلَاءُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ عُدْوَانًا، وَضَمَانًا الإِسْتِيْلَاءُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ حَقِّ، وَإِنَّمَا الإِسْتِيْلَاءُ عَلَى حَقِّ الْغَيْرِ عُدْوَانًا. فَإِنْ قِيلَ: يَرُدُّ عَلَى التَّعْرِيفِ السَّرْقَةُ فَإِنَّهُ صَادِقٌ بِهَا وَلَيْسَتْ غُصْبًا. أَجِيبُ بِأَنَّهَا غُصْبٌ أَيْضًا، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيْثُ أَنَّهَا سَرْقَةٌ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا حُكْمُ زَائِدٍ عَلَى الْغُصْبِ بِشَرْطِهِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِنْ السَّارِقُ وَالْمَخْتَلِسُ خَرَجَ بِقَوْلِهِ «الإِسْتِيْلَاءُ» فَإِنَّ الإِسْتِيْلَاءَ يَنْبَنِي عَلَى الْقَهْرِ وَالْغَلْبَةِ. وَأَخَذَ مَالُ الْغَيْرِ عَلَى وَجْهِ الْمَحَابَاةِ وَهُوَ كَارَةٌ لَهُ فِي مَعْنَى الْغُصْبِ كَمَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ. وَقَالَ فِي الْإِحْيَاءِ: مَنْ طَلَبَ مِنْ غَيْرِهِ مَالًا بِحُضْرَةِ النَّاسِ فَدَفَعَهُ إِلَيْهِ بِبَاعَثِ الْحَيَاءِ وَالْقَهْرِ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ. وَالغُصْبُ كَبِيرَةٌ وَإِنْ لَمْ يَبْلُغِ الْمَغْضُوبُ نِصَابَ سَرْقَةٍ، وَفِي الْكُفَايَةِ عَنِ الْمَاوَرِدِيِّ: الْإِجْمَاعُ عَلَى أَنَّ مِنْ فَعْلِهِ مُسْتَحْلَأٌ. أَيُّ وَهُوَ مَمْنٌ لَا يَخْفَى عَلَيْهِ تَحْرِيمُهُ. كَانَ كَافِرًا، وَمِنْ فَعْلِهِ غَيْرُ مُسْتَحْلَأٍ كَانَ فَاسِقًا.

وَالأَصْلُ فِي تَحْرِيمِهِ آيَاتٌ، مِنْهَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَنَزَّلَ لِلْمُطَفِّفِينَ﴾^(٢) الْآيَةَ، وَإِذَا كَانَ هَذَا فِي التَّطْفِيفِ وَهُوَ غُصْبُ الْقَلِيلِ فَمَا ظَنُّكَ بِغُصْبِ الْكَثِيرِ! وَمِنْهَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾^(٣)؛ أَي لَا يَأْكُلُ بِبَعْضِكُمْ مَالَ بَعْضٍ بِالْبَاطِلِ. وَأَخْبَارٌ، مِنْهَا خَبَرُ الصَّحِيحِينَ: «إِنْ دَمَاءُكُمْ وَأَمْوَالِكُمْ وَأَعْرَاضُكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ»^(٤)؛

(١) روضة الطالبين: ٣/٥، حاشية الجمل: ٤٦٩/٣، التنبيه: ص ٧٠، حاشية الشرقاوي: ١٤٧/٢، غاية البيان: ص ٢١٦، المجموع: ٢٧٧/١٤، فتح الوهاب: ٢٣١/١، الإقناع: ٣٠٦/١، حاشية بجيرمي: ١٣٧/٣، السراج الوهاج: ص ٢٦٦، الأم: ٢٤٥/٣، كفاية الأخيار: ١٨٢/١، حاشية الشرواني: ٢/٦، حاشية العبادي: ٢/٦، إعانة الطالبين: ١٣٦/٣، المهذب: ٣٦٧/١.

(٢) سورة المطففين، الآية: ١.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٨٨.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب: العلم، باب: ليلعلم المعلم الشاهد الغائب (الحديث: ١٠٥). وأخرجه أيضاً في الكتاب نفسه.

يَنْقُلُ. وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ وَأَزْعَجَهُ عَنْهَا أَوْ أَزْعَجَهُ وَقَهَرَهُ عَلَى الدَّارِ وَلَمْ يَدْخُلْ فَعَاصِبٌ؛ وَفِي الثَّانِيَةِ وَجْهٌ وَآيَةٌ. وَلَوْ سَكَنَ بَيْتًا وَمَنَعَ الْمَالِكَ مِنْهُ دُونَ بَاقِي الدَّارِ فَعَاصِبٌ.....

ومنها خبرهما أيضاً: «مَنْ ظَلَمَ قَيْدَ شَيْبَرٍ مِنْ أَرْضِ طُوًوقَةَ مِنْ سِنِيعِ أَرْضِيَيْنَ»^(١). ومعنى طُوًوقَةَ كُلفَ حمله، وقيل: يجعل في حلقة كالطوق.

ثم شرع المصنف في الأمثلة التي يتضح بها فقال: (فلو ركب دابة، أو جلس على فراش) لغيره، (فغاصب وإن لم ينقل) ذلك ولم يقصد الاستيلاء؛ لحصول الغاية المطلوبة من الاستيلاء وهي الانتفاع على وجه التعدي. تنبيه: قضية إطلاق المصنف الغصب بالجلوس على الفراش أنه لا فرق بين حضور المالك وغيبته؛ وهو كذلك. وما ذكره في أصل الروضة من أن المالك إذا حضر ولم يزعه وكان بحيث يمنعه التصرف في ذلك أن قياس ما يأتي في العقار إن يكون غاصباً لنصفه فقط ليس في الحقيقة نظيره، وإنما نظيره كما قال شيخنا أن يجلس معه على الفراش؛ ويمكن حمل كلام أصل الروضة على ذلك. وكلام المصنف قد يفهم أن غير الدابة والفراش من المنقولات أنه لا بدّ فيها من النقل، وبه صرح صاحب التعجيز فقال: المعتبر في المنقول النقل إلا في الدابة والفراش فإن الإستيلاء عليهما يتم بالركوب والجلوس؛ بدليل أنهما لو تنازعا فيه جعلت اليد له. والمعتمد أنه لا فرق بينهما وبين غيرهما، فاستخدام العبد كركوب الدابة كما ذكره ابن كجب.

(ولو دخل داره) أي دار غيره بعياله أو بدونهم على هيئة من يقصد بالسكنى وإن لم يقصد الإستيلاء، (وأزعجه عنها) أي أخرجه منها كما فسره ابن سيده؛ (أو أزعجه وقهره على الدار) بما يصير به قابضاً في بيعها وهو التسلط على التصرف، (ولم يدخلها)؛ (فغاصب) أما في الأولى فلأن وجود الاستيلاء يعني عن قصد، وأما في الثانية فلأنه لا يعتبر في قبضها دخولها والتصرف فيها. ولكن لا بدّ من قصد الإستيلاء كما قاله الماوردي والإمام وإليه أشار المصنف بقوله: «وقهَرَهُ عَلَى الدَّارِ»، فإن وجد الإزعاج فقط في الثانية، أو لم يقصد السكنى في الأولى كمن يهجم الدار لإخراج صاحبها كظالم ولا يقيم، فلا يكون غاصباً لشيء منها ولا يضمنها. (وفي الثانية) أي فيما إذا أزعجه وقهره ولم يدخل، (وَجْهٌ وَآيَةٌ) أي ضعيف جداً مجاز عن الإسقاط أنه لا يكون غاصباً؛ لأن أهل العرف لا يطلقون على ذلك أنه غاصب. وأما أمتعة الدار فإن منع الغاصب المالك منها كان غاصباً لها وإلا فلا؛ قاله القاضي والمتولي.

(ولو سكن بيتاً) من الدار (ومنع المالك منه دون باقي الدار فغاصب للبيت فقط) لقصد الاستيلاء عليه دون باقي الدار. (ولو دخل بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها) ولا من يخلفه من أهل ومستأجر ومستعير ونحو ذلك (فغاصب) لها، وإن ضعف الداخل وقوي المالك لحصول الاستيلاء في الحال وأثر قوة المالك وسهولة إزالته لا تمنع في الحال. أما إذا دخل لا على قصد الإستيلاء، بل ينظر هل تصلح له أو ليأخذ مثلها أو نحو ذلك، فإنه لا يكون غاصباً حتى لو انهدمت حيثئذ لم يضمنها.

باب: قول النبي ﷺ: «رب مبلغ أوعى من سامع» (الحديث: ٦٧) وأخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: حجة النبي ﷺ. (الحديث: ٢٩٤١).

(١) أخرجه البخاري في كتاب: المظالم، باب: إثم من ظلم شيئاً من الأرض (الحديث: ٢٤٥٣)، وأخرجه أيضاً في كتاب: بدء الخلق، باب: ما جاء في سبع أرضين وقول الله تعالى: «والذي خلق سبع سموات ومن الأرض مثلهن - إلى قوله - وقد أحاط بكل شيء علماً» (الحديث: ٣١٩٥) وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها (الحديث: ٤١١٢).

لَلْبَيْتِ فَقَطَّ . وَلَوْ دَخَلَ بِقَصْدِ الْاِسْتِيْلَاءِ وَلَيْسَ الْمَالِكُ فِيهَا فَعَاصِبٌ ، وَإِنْ كَانَ وَ لَمْ يُزْعَجْهُ فَعَاصِبٌ لِيُصْفِ الدَّارَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَعِيفاً لَا يُعَدُّ مُسْتَوْلِياً عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ ؛ وَعَلَى الْغَاصِبِ الرَّدُّ ،

(وإن كان) المالك فيها (ولم يزعه فغاصب لنصف الدار) لاستيلائه مع المالك عليها، (إلا أن يكون) الداخل (ضعيفاً لا يعد مستولياً على صاحب الدار) فلا يكون غاصباً لشيء منها وإن قصد الاستيلاء إذ لا عبرة بقصد ما لا يتمكن منه، وإنما هذا وسوسة وحديث نفس، ولا يكون في صورة المشاركة السابقة غاصباً للنصف. قال السبكي: وقياس ما ذكر هنا يقتضي أنه لو انعكس الحال فكان المالك ضعيفاً والداخل بقصد الاستيلاء قوياً كان غاصباً للجميع. قال الأذري: وفيه نظر؛ لأن يد المالك الضعيف موجودة فلا معنى لإلغائها بمجرد قوة الداخل اه. وهذا كما قال شيخي أوجه.

تنبيه: حيث لا يجعل غاصباً لا يلزمه أجره كما دلّ عليه كلام القاضي في فتاويه، فإنه قال: لو دخل سارق ولم يمكنه الخروج وتخبأ في الدار ليلة فلا أجره عليه لأن اليد للمالك. وقال الأذري: ما ذكره القاضي مشكل لا يوافق عليه اه. وهذا أوجه لأنه صدق عليه أنه استمر في داره ليلة بغير إذنه. ولو دفع إلى عبد غيره شيئاً ليوصله إلى بيته بغير إذن مالكة كان غاصباً له؛ قاله القاضي، وطرد ذلك فيما إذا استعمله في شغل. وفي فتاوى البغوي أنه لا يضمن إلا إذا اعتقد طاعة الأمر؛ وهذا أيضاً أوجه. قال البغوي: ولو أن الزوج بعث عبد زوجته في شغل دون إذنها ضمنه بكل حال، لأن عبد المرأة قد يرى طاعة زوجها، فهو كالأعجمي في حق الأجنبي. وسئل ابن الصلاح عن رجل أخاف مملوكاً لغيره بسبب تهمة فهرب لوقته، فأجاب بأنه لا يضمنه إن لم يكن نقله من مكان إلى مكان لقصد الاستيلاء اه. وقوله: «نقله إلخ» ليس بقيد بل منسكبه بيده كاف. ولو استولى على حيوان فتبعه ولده الذي من شأنه أن يتبعه، أو هادي الغنم فتبعه الغنم لم يضمن التابع في الأصح إذ لم يستول عليه، وكذا لو غصب أم النحل لا يضمنه إلا إن استولى عليه خلافاً لصاحب المطلب.

(وعلى الغاصب الرد) للمغصوب على الفور عند التمكن وإن عظمت المؤنة في رده، ولو كان غير متمول كحبة برُّ أو كلب يُقتنى، للحديث الماز: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»^(١)، فلو لقي المالك بمغارة والمغصوب معه فإن استرده لم يكلف أجره النقل. وإن امتنع فوضعه بين يديه برىء إن لم يكن لنقله مؤنة. ولو أخذ المالك وشرط على الغاصب مؤنة النقل لم يجز لأنه نقل ملك نفسه؛ ذكر ذلك البغوي. وفي الشرح والروضة في آخر الباب عن المتولي أنه لو رد الدابة لإصطبل المالك برىء إن علم المالك به مشاهدة أو إخبار ثقة ولا يبرأ قبل العلم؛ وأقره. ولو غصب من المودع والمستاجر والمرتهن برىء بالرّد إليهم لا إلى الملتقط لأنه غير مأذون له من جهة المالك؛ وفي المستعير والمستام وجهان أوجههما أنه يبرأ لأنهما مأذون لهما من جهة المالك لكنهما ضامان. ولو أخذ من عبد شيئاً ثم رده إليه فإن كان سيده دفعه إليه كملبوس العبد وآلات يعمل بها برىء، وكذا لو أخذ الآلة من الأجير وردّها إليه لأن المالك رضي به؛ قاله البغوي في فتاويه.

تنبيه: قضية كلام المصنف أنه لا يجب على الغاصب مع رد عين المغصوب شيء. ويُستثنى مسألة يجب فيها مع الرد القيمة، وهي ما لو غصب أمةً فحملت بحرّ في يده ثم ردّها لمالكها فإنه يجب عليها قيمتها للحيلة، لأن الحامل بحرّ لا تباع؛ ذكره المحب الطبري، قال: وعلى الغاصب التعزير لحق الله تعالى واستيفاءه

(١) أخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة (الحديث: ١٢٦٦).

فَإِنْ تَلَفَ عِنْدَهُ ضَمِينَهُ . وَلَوْ أَتْلَفَ مَالاً فِي يَدِ مَالِكِهِ ضَمِينَهُ .

للإمام، ولا يسقط بإبراء المالك. واستثنى البلقيني من وجوب الردّ صوراً: إحداها إذا ملكه الغاصب بالغصب، وذلك في حربيّ غصب مال حربي؛ ولا يملك الغاصب بالغصب إلا في هذه الصورة لأن مال الحربي غير محترم. الثانية: لو غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان محترم فلا يُنزَع منه ما دام حيّاً؛ أي إذا كان يتألم به. الثالثة: غصب عصيراً عصر بقصد الخمرية فتخمر عنده يريقه ولا يرده. الرابعة: كل عين غرنا الغاصب بدلها لما حدث فيها وهي باقية لا يجب ردها على المالك، كما في الحنطة تبتل بحيث يسري إلى الهلاك ونحو ذلك. ويستثنى من وجوب الردّ على الفور مسألتان: الأولى ما لو غصب لوحاً وأدرجه في سفينته وكانت في لُجّة وخيف من نزعه هلاك محترم في السفينة ولو للغاصب على الأصحّ فلا ينزع في هذه الحالة. ثانيهما: تأخيرها للإشهاد وإن طالبه المالك. فإن قيل: هذا مشكل كما قاله بعضهم لاستمرار الغصب. أجيب بأنه زمنٌ يسيرٌ اغتفر للضرورة لأن المالك قد ينكره وهو لا يقبل قوله في الردّ.

(فإن تلف عنده) متمول بأقّة أو إتلاف كله أو بعضه، (ضمنه) بالإجماع. أما غير المتمول كحبة بُرّ أو كلب يُقْتَنَى وزبل وحشرات ونحو ذلك فلا يضمنه، ولو كان مستحق الزبل قد غرم على نقله أجرة لم نوجبها على الغاصب.

تنبيه: يستثنى من ضمان المتمول إذا تلف مسائل: منها ما لو غصب الحربي مال مسلم أو ذمي ثم أسلم أو عقدت له ذمة بعد التلف فإنه لا ضمان، ولو كان باقياً وجب رده. ومنها لو غصب عبداً وجب قتله لحق الله تعالى بردة ونحوها فقتله فلا ضمان على الأصح. ومنها الرقيق غير المكاتب إذا غصب مال سيده وأتلفه لم يضمنه. ومنها لو قتل المغصوب في يد الغاصب واقتص المالك من القاتل فإنه لا شيء على الغاصب لأن المالك أخذ بدله؛ قاله في البحر. قال الإسني: وقوله: «تلف» لا يتناول ما إذا أتلفه هو أو أجنبي لكنه مأخوذ من باب أولي، ولذا قلت «أو إتلاف»؛ لكن لو أتلفه المالك في يد الغاصب بأو أتلفه من لا يعقل أو من يرى طاعة الأمر بأمر المالك براء من الضمان. نعم لو صال المغصوب على المالك فقتله دفعاً لم يبرأ الغاصب سواء أعلم أنه عبده أم لا؛ لأن الإتلاف بهذه الجهة كتلف العبد نفسه. وخرج بقول المصنف: «عنده» ما لو تلف بعد الردّ إلى المالك فإنه لا ضمان، واستثنى من ذلك ما لو رده على المالك بإجارة أو رهن أو ودیعة ولم يعلم المالك فتلف عند المالك فإن ضمانه على الغاصب، وما لو قتل بعد رجوعه إلى المالك بردة أو جنایة في يد الغاصب فإنه يضمنه.

ثم شرع المصنف في مسائل ذكرها الأصحاب استطراداً يقع فيها الضمان بلا غصب بل بمباشرة كالإتلاف أو سبب كفتح القفص. وقد بدأ بالأول، فقال: (ولو أتلف مالا في يد مالكة ضمنه) بالإجماع، واستثنى من ذلك مسائل: منها كسر الباب ونقب الجدار في مسألة الظفر. ومنها ما إذا لم يتمكن من دفع الصائل إلا بعقر دابته وكسر سلاحه ونحو ذلك. ومنها ما إذا لم يتمكن من إراقة الخمر إلا بكسر آتيته، ومنها ما يتلفه الباغي على العادل وعكسه حالة الحرب، وكذا ما يتلفه الحربيون علينا وما يتلفه العبد على سيده. وما لو أتلف العبد المرتد والمحارب وتارك الصلاة والحيوان الصائل بقتله بيد مالكة. ولو دخل دكان حداد وهو يطرق الحديد فطارت شرارة فأحرقت ثوبه كان هدراً، وإن دخل بإذن الحداد. وخرج بالإتلاف التلف فلا يضمنه، كما لو سخر دابة ومعها مالكة فتلفت لا يضمنها كما قاله في كتاب الإجارة إلا إذا كان السبب منه، كما لو اكرت ل حمل مائة

وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقِّ مَطْرُوحٍ عَلَى الْأَرْضِ فَخَرَجَ مَا فِيهِ بِالْفَتْحِ، أَوْ مَنْصُوبٍ فَسَقَطَ بِالْفَتْحِ وَخَرَجَ مَا فِيهِ ضَمِينَ، وَإِنْ سَقَطَ بِعَارِضٍ رِيحٍ لَمْ يَضْمَنْ. وَلَوْ فَتَحَ قَفْصاً عَنْ طَائِرٍ وَهَيَّجَهُ فَطَارَ ضَمِينَهُ، وَإِنْ أَقْتَصَرَ عَلَى الْفَتْحِ فَلَاظْهَرُ أَنَّهُ إِذَا طَارَ فِي الْحَالِ ضَمِينَ، وَإِنْ وَقَفَ ثُمَّ طَارَ فَلَا.

فحملت زيادة عليها وتلفت بذلك وصاحبها معها فإنه يضمن قسط الزيادة؛ وسيأتي بسط ذلك في باب الإجارة إن شاء الله تعالى.

ثم شرع في الثاني وهو السبب، فقال: (ولو فتح رأس زق) بكسر الزاي وهو السقاء، (مطروح على الأرض فخرج ما فيه بالفتح) وتلف (أو زق) (منصوب فسقط بالفتح) لتحريكه الوكاء وجذبه، (وخرج ما فيه) وتلف أو بتقاطر ماء فيه وابتلال أسفله به، ولو كان التقاطر بإذابة شمس أو حرارة أو ريح مع مرور الزمان فسأل ما فيه وتلف؛ (ضمن) لأنه باشر الإتلاف في الأولين والإتلاف ناشئ عن فعله في الباقي، سواء أحضر المالك وأمكنه التدارك فلم يفعل أم لا كما لو قتل عبده أو حرق ثوبه وأمكن الدفع فلم يفعل كما ذكره القمولي. واحترز بقوله: «فخرج ما فيه بالفتح» عما إذا كان جامداً فخرج بتقريب نار إليه، فإن الأصح أن الضمان على المقرب. (وإن سقط) الزق بعد فتحه له (بعارض ريح) أو نحوها كزلزلة ووقوع طائر أو جهل الحال فلم يعلم سبب سقوطه كما جزم به الماوردي وغيره، (لم يضمن) لأن التلف لم يحصل بفعله، وليس فعله في الأولى مما يقصد به تحصيل ذلك العارض وللشك في الموجب في الثانية، وفارق حكم الأولى إذابة الشمس بأن طلوع الشمس محقق فلذلك قد يقصده الفاتح بخلاف الريح.

تنبيه: أفهم كلامه أن الريح لو كانت هابة عند الفتح ضمن، وهو الظاهر كما يؤخذ من الفرق المذكور ومن تفرقتهم بين المقارن والعارض فيما إذا أوقد ناراً في أرضه فحملها الريح إلى أرض غيره فأتلفت شيئاً. ولو قلب الزق غير الفاتح فخرج ما فيه ضمنه دون الفاتح. ولو أزال ورق العنب فسدت عناقيدته بالشمس ضمنه، أو ذبح شاة رجل فهلكت سَخَلْتُهَا أو حمامة فهلك فرخها ضمنها لفقد ما يعيشان به. فإن قيل: لو حبس المالك على ما شبهه ولو ظلماً فهلكت لم يضمنها، فهلاً كان هنا كذلك! أجيب بأن التالف هنا جزء أو كالجزء من المذبوح بخلاف الماشية مع مالكها، ويأنه هنا أتلف غذاء الولد المتعين له بإتلاف أمه بخلافه ثم. ولو أراد سوق الماء إلى النخل أو الزرع فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت لم يضمن كما في زوائد الروضة كما لو حبس المالك عن الماشية، خلافاً لما صححه في الأنوار من الضمان. ولو حلّ رباط سفينة فغرقت بحله ضمنها أو بعارض ريح أو نحوه فلا لما مر، فإن لم يظهر حادث فوجهان: أوجههما كما قاله الزركشي عدم الضمان للشك في الموجب كما مر.

(ولو فتح قفصاً عن طائر وهيجه فطار) في الحال (ضمنه) بالإجماع كما قاله الماوردي؛ لأنه ألجأه إلى الفرار كإكراه الأدمي. (وإن اقتصر على الفتح فلاظهر أنه إذا طار في الحال ضمن) لأن طيرانه في الحال يشعر بتنفيره. (وإن وقف ثم طار فلا) يضمنه؛ لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره. والثاني: يضمنه مطلقاً لأنه لو لم يفتح لم يطر. والثالث: لا يضمن مطلقاً لأن له قصداً واختياراً، والفتح متسبب، والطائر مباشر، والمباشرة مقدمة على السبب. ويجري الخلاف فيما لو حلّ رباط بهيمة أو فتح باباً فخرجت وضاعت، وفيما لو حلّ قيد رقيق مجنون أو فتح عليه الباب، بخلاف الرقيق العاقل ولو كان أبقاً لأنه صحيح الاختيار، فخروجه عقب ما ذكر يحال عليه. ولو أخذته هرة بمجرد الفتح وقتلته وإن لم تدخل القفص أو لم يعهد ذلك منها كما بحثه شيخنا أو

وَالْأَيْدِي الْمُرْتَبَّةُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ أَيْدِي ضَمَانٍ وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا الْعُضْبُ، ثُمَّ إِنْ عَلِمَ فَكَغَاصِبٍ مِنْ غَاصِبٍ فَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانٌ مَا تَلَفَ عِنْدَهُ،

طار فصدم جدار فمات أو كسر في خروجه قارورة أو القفص ضمن ذلك؛ لأنه ناشئ من فعله ولأن فعله في الأولى بمعنى إغراء الهرة. وقضية هذا التعليل أن محل ذلك فيما إذا كانت الهرة حاضرة وإلا فلا ضمان كعروض ربح بعد فتح الرق. ولو كان الطائر في أقصى القفص فأخذ يمشي قليلاً قليلاً ثم طار فكطيرانه في الحال كما قاله القاضي، قال: ولو كان القفص مفتوحاً فمشى إنسان على بابه ففزع الطائر وخرج ضمنه؛ ولو أمر طفلاً أو مجنوناً بإرسال طائر في يده فأرسله فهو كفتح القفص عنه كما قاله الماوردي والرويانى.

فروع: لو حُلَّ رباط عن علف في وعاء فأكلته في الحال بهيمةً ضمن. فإن قيل: قد صرح الماوردي بأنه لو حلَّ رباط بهيمة فأكلت علفاً أو كسرت إناء لم يضمن سواء اتصل ذلك بالحل أم لا، فهلاً كان هنا كذلك! أجيب بأنه إنما لم يضمن في تلك لأنه لم يتصرف في التالف بل في المتلف عكس ما هنا. ولو خرجت البهيمة عقب فتح الباب ليلاً فأتلقت زرعاً أو غيره لم يضمنه الفاتح كما جزم به ابن المقري خلافاً لما في الأنوار، إذ ليس عليه حفظ بهيمة الغير عن ذلك. ولو وقف طائر على جداره فنفره لم يضمنه لأن له منعه من جداره، وإن رماه في الهواء ولو في هواء بارد فقتله ضمنه، إذ ليس له منعه من هواء داره. ولو فتح الحرز فأخذ غيره ما فيه أو دلَّ عليه للصوص فلا ضمان عليه إذ لم تثبت يده على المال وتسببه بالفتح في الأولى قد انقطع بالمباشرة، نعم لو أخذ غيره بأمره وهو أعجمي أو ممن يرى طاعة أمره فعليه الضمان لا على الأخذ. ولو بنى داراً فألقت الريح فيها ثوباً وضاع لم يضمنه؛ لأنه لم يستول عليه.

تنبيه: كان الأوزى أن يقول المصنف «عن طير» بلا ألف؛ إذ هو غير طائر في القفص؛ وقد اعترض المصنف في نكته على التنبيه بذلك. وأجيب بأن الذي قاله جمهور أهل اللغة: أن الطائر مفرد، والجمع طير.

(والأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان وإن جهل صاحبها) أي الأيدي (الغصب) وكانت أيدي أمانة؛ لأنه وضع يده على ملك غيره بغير إذنه، والجهل ليس مسقطاً للضمان بل للإثم فيطالب المالك من شاء منهما؛ نعم يستثنى الحاكم وأمينه فإنهما لا يضمنان بوضع اليد على وجه الحفظ والمصلحة للمغصوب منه. ومن انتزع المغصوب ليرده لمالكة إن كان الغاصب حريياً وريقاً للمالك لا غيرها وإن كان معرضاً للضياع كما في الروضة وأصلها في باب اللقطة خلافاً للسبكي فيما إذا كان معرضاً للضياع.

تنبيه: قد يفهم كلام المصنف أنه لو زوج الغاصب المغصوبة وهلك عند الزوج أن الزوج يطالب بقيمتها. والمذهب أنه لا يطالب بها بخلاف المودع؛ لأن كونها في حياض الزوج ليس كحللول المال في اليد، وينبغي كما قاله الزركشي تخصيصه بما إذا تلف بغير الولادة وإلا فيضمنها كما أولد أمةً غيره بشبهة وماتت بالولادة فإنه يضمنها على الأصح كما قاله الراعي في الرهن.

(ثم إن علم) من ترتبت يده على يد الغاصب الغصب، (فكغاصب من غاصب) حكمه (فيسقر عليه ضمان ما تلف عنده) لأن حد الغصب صادق عليه، ويطالب بكل ما يطالب به الغاصب ولا يرجع على الأول إن غرم، ويرجع عليه الأول إن غرم. نعم إن كانت القيمة في يد الأول أكثر فالمطالب بالزيادة هو الأول خاصة، وإليه أشار المصنف بقوله: «فيسقر عليه ضمان ما تلف عنده».

وَكَذَا إِنْ جَهَلَ وَكَانَتْ يَدُهُ فِي أَصْلِهَا يَدَ ضَمَانٍ كَالْعَارِيَةِ؛ وَإِنْ كَانَتْ يَدَ أَمَانَةٍ كَوَدِيعَةٍ فَالْقَرَارُ عَلَى الْغَاصِبِ. وَمَتَى أَتَلَفَ الْآخِذُ مِنَ الْغَاصِبِ مُسْتَقِلاً بِهِ فَالْقَرَارُ عَلَيْهِ مُطْلَقاً.
وَإِنْ حَمَلَهُ الْغَاصِبُ عَلَيْهِ بِأَنْ قَدَّمَ لَهُ طَعَاماً مَغْضُوباً ضَيْافَةً فَأَكَلَهُ فَكَذَا فِي الْأَظْهَرِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ قَدَّمَهُ لِإِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ بَرِيءُ الْغَاصِبِ.

تنبيه: لو أبرأ المالك الغاصب الأول لا يبرأ الثاني، وإن أبرأ الثاني برىء الأول لأن الثاني هو الذي يتقرر عليه الضمان والأول كالضامن عنه؛ قاله القفال في فتاويه.

(وكذا) يستقر على من ترتبت يده على يد الغاصب، (إن جهل) الغصب (وكانت يده في أصلها يد ضمان كالعارية) والبيع والقرض والسوم لأنه دخل على الضمان فلم يغيره الغاصب. (وإن جهل) و (كانت) يده (يد أمانة) بلا اتهام (كوديعة) وقراض، (فالقرار على الغاصب) دونه؛ لأنه دخل على أن يده نائبة عن يد الغاصب لكنه طريق في الضمان، فإن غرم الغاصب لم يرجع على الأمين وإن غرم هو يرجع على الغاصب، ومثله ما لو صال المغضوب على شخص فأنلفه، فلو كان هو المالك لم يبرأ الغاصب. أما لو وهب الغاصب المغضوب من شخص فقرار الضمان على الموهوب له على الأظهر؛ لأنه وإن كانت يده ليست يد ضمان إلا أنه أخذه للتملك. ولو ضاع المغضوب من الغاصب فالتقطه إنساناً جاهلاً بحاله، فإن أخذه للحفظ أو مطلقاً فهو أمانة، وكذا إن أخذه للتملك ولم يتملك، فإن تملكه صارت يده يد ضمان. (ومتى أتلف الآخذ من الغاصب مستقلاً به) أي الإتلاف، وهو من أهل الضمان، (فالقرار عليه مطلقاً) أي سواء كانت يده يد ضمان أو أمانة؛ لأن الإتلاف أقوى من إثبات اليد العادية.

تنبيه: احترز بقوله: «مستقلاً» عما إذا حمله الغاصب عليه؛ وفيه تفصيل، وهو إن كان لغرض الغاصب كذبح الشاة وطحن الحنطة فالقرار على الغاصب، أو لا لغرض كإتلاف المال فعلى المتلف لأنه حرام، أو لغرض المتلف فقد ذكره بقوله: (وإن حمله الغاصب عليه بأن قدم له طعاماً مغضوباً ضيفاً فأكله فكذا) القرار على الآكل (في الأظهر) لأنه المتلف وإليه عادت المنفعة. والثاني: أن القرار على الغاصب لأنه عَرَّ الأكل. وعلى الأول لو قال هو ملكي فالقرار على الآكل أيضاً فلا يرجع بما غرمه على الغاصب، لكن بهذه المقالة إن غرم الغاصب لم يرجع على الآكل لأن دعواه الملك اعتراف منه بأن المالك ظلمه بتغريمه، ولا يرجع على غير من ظلمه. وإذا قدمه لعبد ولو بإذن مالكه فالأكل جناية منه يباع فيها لتعلق موجبها برقبته، فلو غرم الغاصب رجوع على قيمة العبد، بخلاف ما لو قدمه لهيئة فأكلته وغرم الغاصب فإنه لا يرجع على المالك إن لم يأذن وإلاً رجع عليه.

(وعلى هذا) أي الأظهر في أكل الضيف، (لو قدمه) أي الغاصب (لمالكه) أو لم يقدمه له، (فأكله) جاهلاً بأنه له (برىء الغاصب) لأنه باشر إتلاف ماله باختياره. وعلى الثاني لا يبرأ لجهل المالك به. أما إذا كان عالماً بأنه له فإن الغاصب يبرأ قطعاً.

تنبيه: إنما يبرأ الغاصب بذلك إذا لم يعد المغضوب هالكاً كالهريسة، وإلا فلا يبرأ لأن الغاصب يملكه في هذه الحالة، فهو إنما أكل مال الغاصب فيلزم الغاصب البذل للمالك، ولهذا قال الزبيرى: لو غصب سمناً وغسلاً ودقيقاً وصنعه حلواً وقدمه لمالكه فأكله لم يبرأ قطعاً لأنه بالخلط صار كالتالف وانتقل الحق إلى القيمة،

١ - فصل: في بيان ما يضمن به المغصوب وغيره

تُضْمَنُ نَفْسُ الرَّقِيقِ بِقِيَمَتِهِ أَتْلَفَ أَوْ أَتْلَفَ تَحْتَ يَدِ عَادِيَةٍ، وَأَبْعَاضُهُ الَّتِي لَا يَتَقَدَّرُ أَرْشُهَا مِنَ الْحَرِّ بِمَا نَقَصَ مِنْ قِيَمَتِهِ، وَكَذَا الْمُقَدَّرَةُ إِنْ تَلَفَتْ؛ وَإِنْ أَتْلَفَتْ فَكَذَا فِي الْقَدِيمِ، وَعَلَى الْجَدِيدِ تَتَقَدَّرُ مِنَ الرَّقِيقِ، وَالْقِيَمَةُ فِيهِ كَالدِّيَةِ فِي الْحَرِّ، فَفِي يَدِهِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ.

ولا تسقط عندنا ببذل غيرها إلا برضا مستحقها ولو مع العلم بذلك اهـ. ويبرأ الغاصب أيضاً بإعارته أو بيعه أو إقراضه للمالك ولو جاهلاً بأنه له؛ لأنه باشر أخذ ماله باختياره لا بإيداعه ورهنه وإجارته وتزويجه منه والقراض معه فيه جاهلاً بأنه له لأن التسلط فيها غير تام، بخلاف ما إذا كان عالماً. والتزويج شامل للذكر والأنثى، ومحله في الأنثى ما لم يستولدها، فإن استولدها - أي وتسلمها - برىء الغاصب. ولو قال الغاصب للمالك: «أعتقه عني» أو «أعتقه عنك» فأعتقه ولو جاهلاً بأنه له عتق وبرىء الغاصب كما رجحه ابن المقري، وصرح به السبكي؛ ويقع العتق عن المالك لا عن الغاصب على الصحيح في أصل الروضة. والأوجه معنى كما قال شيخنا أنه يقع عن الغاصب، ويكون ذلك بيعاً ضمناً إن ذكر عوضاً وإلا فهبة بناءً على صحة البيع فيما لو باع مال أبيه طائناً حياته فبان ميتاً.

فصل: في بيان ما يضمن به المغصوب وغيره: (تضمن نفس الرقيق) المغصوب (بقيمته) بالغة ما بلغت، ولو زادت على دية الحر كسائر الأموال (أُتْلَفَ) بجناية (أو أُتْلَفَ تحت يد عادية) بتخفيف الياء تأنيث عادٍ بمعنى متعد؛ لأنه مال متقوم فوجبت قيمته كسائر الأموال المتقومة.

تنبيه: لو قال: «تحت يد ضامنة» بدل «عادية» لكان أولى ليشمل المستام والمستعير وغيرهما ويخرج الحربي وعبد المالك، وقد يقال: إنه لما كان الباب معقوداً للتعدّي اختار التعبير بالعادية.

(و) تضمن (أبعاضه التي لا يتقدر أرشها من الحر) كالبكارة وجرح البدن والهزال (بما نقص من قيمته) بالإجماع، تلف أو أتلف كما في سائر الحيوانات.

تنبيه: استثنى المتولي ما إذا كانت الجناية فيما يتقدر كاليد وكان الناقص أكثر من مقدره أو مثله فلا توجب جميعه؛ لأنه يؤدي إلى أن يزيد على موجب الجناية أو يساويه بإدخال خلل في العضو على نفس العضو. لكن الحاكم يوجب فيه حكومة باجتهاده؛ قال البلقيني: وهذا تفصيل لا بد منه، وإطلاق من أطلق محمول عليه اهـ. وهذا كما قال شيخنا إنما يأتي في غير الغاصب، أما فيه فيضمن بالنقص مطلقاً، والكلام إنما هو فيه.

(وكذا) تضمن الأبعاض (المقلدة) كاليد والرجل بما نقص من قيمته (إن تلفت) بأفة سماوية؛ لأن الساقط من غير جناية لا يتعلق به قصاص ولا كفارة ولا يضرب على العاقلة فأشبهه الأموال.

تنبيه: أفهم قوله: «بما نقص من قيمته» أنه لو لم تنقص القيمة كما لو سقط ذكره وأثياه كما هو الغالب من عدم تنقيص القيمة لم يلزمه شيء قطعاً، وهو كذلك.

(وإن أتلفت) بجناية (فكذا) تضمن بما نقص من قيمته (في القديم) قياساً على البهيمة؛ لأنه حيوان مملوك. (وعلى الجديد) تتقدر من الرقيق) لأنه يشبه الحر في كثير من الأحكام، (والقيمة فيه كالدية في الحر، ففي يده) ولو مكتاباً أو مدبراً أو أم وولد، (نصف قيمته) هذا إذا كان الجاني غير الغاصب وإن كان في يد الغاصب كما قاله

وَسَائِرُ الْحَيَوَانَ بِالْقِيَمَةِ، وَعَيْرُهُ مِثْلِيٌّ وَمَتَقَوِّمٌ؛ وَالْأَصْحَحُّ أَنَّ الْمِثْلِيَّ مَا حَاصِرُهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ وَجَارَ
السَّلْمُ فِيهِ، كَمَا.....

شيخنا في شرح الروض كما يضمن يد الحر بنصف دية، وسيأتي بسط ذلك في آخر الدليات إن شاء الله تعالى، فإن المصنف أعادها هناك. أما الغاصب ذو اليد العادية فيلزمه أكثر الأمرين من أرشه ونصف قيمته لاجتماع الشبهين، فلو كان الناقص بقطعها ثلثي قيمته لزمه النصف بالقطع والسدس باليد العادية؛ نعم إن قطعها المالك ضمن الغاصب الزائد على النصف فقط، نقله الأذرع عن الروياني. وقياسه أنه لو قطعها أجنبي أنه يستقر عليه الزائد على النصف، ولو قطع الغاصب منه أصبغاً زائدة وبريء ولم تنقص قيمته؛ قال ابن سريج: لا شيء عليه، وقال أبو إسحاق: يلزمه ما نقص ويقوم قبل البرء والدم سائل للضرورة اهـ. وهذا أوجه. ولو قطعت يده قصاصاً أو حداً فكألافة كما صححه البلقيني، والمبعض يعتبر بما فيه من الرق كما ذكره الماوردي، ففي قطع يده مع ربع الدية أكثر الأمرين من ربع القيمة ونصف الأرض.

تنبيه: قد علم من كلام المصنف أن في يدي الرقيق قيمته؛ واستثنى منها مسألة، وهي ما إذا اشترى عبداً ثم قطع يديه في يد البائع فلا يجعل قابضاً للعبد ويجب ما نقص من قيمته، فإننا لو أوجبنا القيمة لزم أن يكون المشتري قابضاً للعبد والعبد المقطوع في يد البائع؛ حكاه الإمام عن ابن سريج وقال: إنه من محاسن تفريعاته اهـ. وفي هذا نظر، بل يأخذ المشتري بالثمن ولا أرش له لحصول ذلك بفعله.

(و) يضمن (سائر) أي باقي (الحيوان) غير الآدمي (بالقيمة) تلف أو أتلف، وتضمن أجزائه تلفت أو أتلفت بما نقص من قيمته؛ لأنه مملوك لا يشبه الحر في أكثر أحكامه فأوجبنا فيه ما نقص قياساً على الجهاد. ولو جنى على بهيمة حامل فألقت جينياً حياً ثم مات من ألم الجنابة فهل تجب قيمته حياً أو أكثر الأمرين من قيمته ونقص الأم بالولادة؟ قولان في النهاية: أوجههما كما قال شيخنا الثاني.

تنبيه: ما قررت به كلام المصنف من أن ذلك شامل للحيوان ولأجزائه تبعاً لابن النقيب أولى من اقتصار الإنسوي على أجزائه. هذا كله في غير الغاصب، أما هو فيضمن ما ذكر بأقصى قِيَمِهِ من حين الغصب إلى حين التلف. ويستثنى من إطلاق المصنف قتل الصيد في الحرم فيضمن بمثله من النعم لأجل النص فيه.

(وغيره) أي الحيوان من الأموال قسماً: (مثلي ومتقوّم) بكسر الواو، وقيل بفتحها؛ لأن المال إن كان له مثل فهو المثلي وإلا فالمتقوّم. (والأصح أن المثلي ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه) فخرج بقيد الكيل والوزن ما يعد كالحيوان أو يذرع كالثياب، ويجوز السلم فيه الغالية والمعجون ونحوهما؛ لأن المانع من ثبوت ذلك في الذمة بعقد السلم مانع من ثبوته بالتلف والإتلاف. وشمل التعريف الرديء نوعاً، أما الرديء عيباً فليس بمثلي لأنه لا يجوز السلم فيه. فإن قيل: يرد على هذا الحد القمح المختلط بالشعير فإنه لا يجوز السلم فيه مع أن الواجب فيه المثل فيخرج القدر المحقق منهما. أوجب بأن إيجاب رد مثله لا يستلزم كونه مثلياً كما في إيجاب رد مثل المتقوّم في القرض، وبأن امتناع السلم في جملة لا يوجب امتناعه في جزأه الباقيين بحالهما، ورد المثل إنما هو بالنظر إليهما والسلم فيهما جائز. قال الزركشي: وقد يُمنع رد مثله لأنه بالاختلاط انتقل من المثلي إلى المتقوّم للجهل بالقدر، لكن أورد عليه خل التمر فإنه متقوّم ويحصره الكيل أو الوزن ويجوز السلم فيه.

ثم شرع في أمثلة يتضح بها الضابط، فقال: (كماه) قال في المطلب: بارد، إذ الحار متقوّم لدخول النار

وَتُرَابٍ وَنَحَاسٍ وَتَبِيرٍ وَمَسْكٍ وَكَافُورٍ وَقُطْنٍ وَعِنَبٍ وَدَقِيقٍ، لَا غَالِيَةَ وَمَعْجُونٍ؛ فَيُضْمَنُ الْمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ تَلْفَ أَوْ أُتْلَفَ،

فيه. قال الأذري: وهذا يطرق غيره من المائعات، وعلى هذا فهو خارج بقولهم «وجاز السلم فيه» لكن في الكفاية في باب الربا عن الإمام أنه يجوز بيع الماء المسخن بعبه بعض اهـ. وهذا هو المعتمد.

(وتراب) ورميل (ونحاس) يضم النون بخطه، وحكي كسرهما؛ وحديد (وتبر) وهو الذهب الخارج من المعدن الخالص عن ترابه قبل أن يصاغ، وبعضهم أطلقه على الفضة أيضاً، وأطلقه الكسائي على الحديد والنحاس. (ومسك) وعنبر (وكافور) وثلج وجمد (وقطن) ولو بحبه كما صرح به الراجعي في السلم. قال الإسني: ولم يستحضر في المطلب ما قاله الراجعي هناك، فقال: أما قبل نزع حبه فالذي يظهر القطع بأنه متقوم، وأما الصوف فقال الشافعي: يضم بالمثل إن كان له مثل. قيل: وهذا توقف منه في أنه مثلي أم لا، ومع هذا فهو كالقطن. (وعنبر) ورطب وسائر الفواكه الرطبة على الأصح في الشرح والروضة؛ وهذا هو المعتمد، وإن صححنا فيهما في باب زكاة المعشرات عن الأكثرين: أن الرطب والعنبر غير مثليين، وتقدم الكلام عليهما هناك. (ودقيق) ونخالة كما في فتاوى ابن الصلاح، وكذا الحبوب الجافة والأدهان والألبان والخلول التي ليس فيها ماء والسمن والمخيض والدرهم والدنانير الخالصة والمغشوشة والمكسرة والسيكة؛ (لا غالية ومعجون) لأنهما مختلطان من أجزاء مختلفة، فهما مما خرج بقيد جواز السلم.

(فيضمن المثلي بمثله) لأنه أقرب إلى حقه؛ ولأن المثل كالنص لأنه محسوس والقيمة كالاتجاه. (تلف أو أتلف) زاد في المحرر: تحت اليد العادية؛ لقوله لها في أول الفصل، فحذفها المصنف فورد عليه المستعير والمستام فإنهما يضمنان المثلي بالقيمة كما تقدم التنبيه عليه في المستعير، فكان الأحسن ذكره هنا وحذفه هناك؛ لكن لما كان كلامه في الغصب استغنى عن ذلك.

تنبيه: استثنى من ذلك مسائل: إحداها إذا خرج المثلي عن أن يكون له قيمة كمن غصب جمداً في الصيف أو ماء في مفازة وتلف أو أتلفه هناك بلا غصب ثم اجتمع المالك والغاصب أو المتلف في الشتاء في الأولى أو على ماء نهر في الثانية لزمه قيمة المثل في الصيف في الأولى وفي مثل تلك المفازة في الثانية، ثم إذا اجتمعا في الصيف أو في مثل تلك المفازة فلا تراد. ثانيها: لو غصب مثلياً له مؤنة كأن نقل المالك برأ من مصر إلى مكة ثم غصبه شخص هناك ثم طالبه مالكة به في مصر، فإنه يلزمه قيمته بمكة كما أفتى به شيخي لأجل المؤنة. ثالثها: لو صار المثلي متقوماً كجعله الدقيق خبزاً أو صار المتقوم مثلياً كجعله الشاة لحمياً أو صار المثلي مثلياً آخر كجعله السمسم شيرجاً ثم تلف عنده أخذ المالك المثل في الثلاثة مختيراً في الثالث منها بين المثليين، إلا أن يكون الآخر أكثر قيمة فيؤخذ هو في الثالث وقيمه في الأولين، وهذا محل الاستثناء، أما لو صار المتقوم متقوماً آخر كحلي صبيغ من إناء غير ذهب ولا فضة فيجب فيه أقصى القيم كما يعلم مما يأتي في غير المثلي. رابعها: لو تراضيا على أخذ القيمة مع وجود المثل جاز في أحد وجهين، قطع به المتولي وهو المعتمد كما رجحه ابن المقري، فعلى هذا لا يتعين ضمان المثلي بالمثل إلا إذا لم يرض مالكة بأخذ القيمة. خامسها: لو غصب مثلياً وتلف ثم ظفر بالغاصب في غير بلد التلف على ما سيأتي. سادسها: إذا وجده بأكثر من ثمن مثله لأن وجوده بأكثر من ثمن مثله كالمعدوم، ولو غصب حلياً من ذهب وزنه عشرة دنانير مثلاً وقيمه عشرون ديناراً أو تلف ضمن التبر بمثله لأنه مثلي كما مر، والصنعة بقيمتها لأنها متقومة من نقد البلد، وإن كان من جنس الحلي ولا

فَإِنْ تَعَدَّرَ فَالْقِيَمَةُ؛ وَالْأَصْحَحُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَقْصَى قِيَمِهِ مِنْ وَقْتِ الْعُضْبِ إِلَى تَعَدُّرِ الْمِثْلِ. وَلَوْ نَقَلَ
الْمَغْضُوبَ الْمِثْلِيَّ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّهُ وَأَنْ يُطَالِبَهُ بِالْقِيَمَةِ فِي الْحَالِ،

ربا لاختصاصه بالعقود؛ وهذا ما نقله في أصل الروضة عن البغوي، وجرى عليه ابن المقري، ويوافق ما سيأتي في الدعوى. ونقل في أصل الروضة أيضاً عن الجمهور أنه يضمن الجميع بنقد البلد؛ والأول أوجه. فإن كانت الصنعة محرمة كالإناء من أحد التقدين ضمنه بمثله وزناً كالسيكة وغيرها مما لا صنعة فيه كالتمر. سابعها: إذا تعذر المثل كما قال: (فإن تعذر) المثل بأن لم يوجد بمحل الغصب ولا حوله فيما دون مسافة القصر كما في السلم، أو منعه من الوصول إليه مانع؛ (فالقيمة) لأنه لما تعذر المثل أشبه ما لا مثل له بالكلية. ولو وجد المثل بعد أخذ القيمة فليس لأحدهما ردها وطلبه في الأصح كما اقتضاه كلام الشرح والروضة وإن مال السبكي إلى مقابله، وللمغضوب منه أن يصير حتى يوجد المثل ولا يكلف أخذ القيمة لأنها لم تتعين بخلاف غيرها من الديون إذا دفعها وهي في ذمته وامتنع صاحب الحق من قبضها حيث يجبر.

(والأصح أن المعتبر أقصى قيمه) بفتح الياء وكسر الميم جمع قيمة بسكون الياء. (من وقت الغصب إلى تعذر المثل) أي إذا كان المثل موجوداً عند التلف فلم يسلمه حتى فقده كما صرح به في المحرز، والمراد أقصى قيم المثل. كما صححه السبكي كما هو ظاهر كلام الأصحاب، خلافاً لبعض المتأخرين القائل بأن المراد المغضوب؛ لأن المغضوب بعد تلفه لا تعتبر الزيادة الحاصلة فيه بعد التلف لأن وجود المثل كبقاء عين المغضوب لأنه كان مأموراً برده كما كان مأموراً برد المغضوب، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمه؛ أما إذا كان المثل مفقوداً عند التلف فالأصح وجود الأكثر من الغصب إلى التلف كما قاله الشيخان. ومقابل الأصح أحد عشر وجهاً: قيل: قيمة يوم المطالبة، وقيل: يوم التلف، وقيل: يوم فقد المثل.

(ولو نقل المغضوب المثلي إلى بلد آخر فللمالك أن يكلفه رده) إلى بلده إذا علم مكانه ليرده كما أخذه. (و) له (أن يطالبه) مع ذلك كما نبه عليه الإسني (بالقيمة في الحال) أي قبل الرد للحيلولة بينه وبين ملكه إن كان بمسافة بعيدة وإلا فلا يطالب إلا بالرد؛ قاله الماوردي. وهذا كما قال الأذري فيما إذا لم يخف هرب الغاصب أو تواريه، وإلا فالوجه عدم الفرق بين المسافتين. فإن قيل: في عبارة المصنف تكرار فإن هذا داخل في قوله: «وعلى الغاصب الرد»، فإن هذه بعض تلك، فإن تلك أعم من المثلي ومن المتقوم المستقر في بلد الغاصب والمنقول عنه بنقل الغاصب أو بغيره. أجب بأنه إنما ذكره هنا لأنه لو اقتصر على أن له المطالبة بالقيمة في الحال لتوهم أنه ليس له سوى ذلك مع أن له الجمع بينهما كما تقرّر، وإنما لم يغرّم المثل في المثلي كما قال الإسني إنه القياس لأنه لا بدّ من التراد، فقد يرتفع السعر وينخفض فيلزم الضرر والقيمة شيء واحد، وهذه القيمة يملكها الآخذ على الأصح وإلا لما سدت مسد المغضوب، وهو كملك القرض كما صرح به القاضي حسين والإمام لأنه ينتفع به على حكم رده أو بدله عند رد العين؛ وليس لنا موضع يجتمع فيه ملك البدل والمبدل على المذهب إلا هذه. والقيمة الواجبة أقصى القيم من الغصب إلى الطلب، فقول المصنف: «في الحال» متعلق بقوله: «يطالبه» لا «بالقيمة». وينبغي كما قال الإسني إذا زادت القيمة بعد هذا أن يطالب لأنه باق على ملكه.

تنبيه: قول المصنف: «إلى بلد آخر» يفهم أن النقل إلى دار أخرى بالبدل لا يسلب على طلب القيمة، وهو ظاهر إذا أمكنه إحضاره في الحال وإلا كان له ذلك كما قاله الأذري.

فَإِذَا رَدَّهٗ رَدَّهَا؛ فَإِنْ تَلَفَ فِي الْبَلَدِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ طَالِبُهُ بِالْمِثْلِ فِي أَيِّ الْبَلَدَيْنِ شَاءَ، فَإِنْ فَقَدَ الْمِثْلَ غَرَمَهُ قِيَمَةً أَكْثَرَ الْبَلَدَيْنِ قِيَمَةً. وَلَوْ ظَفِرَ بِالْغَاصِبِ فِي غَيْرِ بَلَدٍ التَّلْفُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا مَوْئِنَةَ لِنَقْلِهِ كَالنَّقْدِ فَلَهُ مُطَالِبَتُهُ بِالْمِثْلِ وَإِلَّا فَلَا مُطَالِبَةَ بِالْمِثْلِ بَلْ يُغْرَمُهُ قِيَمَةَ بَلَدِ التَّلْفِ، وَأَمَّا الْمُتَقَوِّمُ فَيُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمِهِ مِنَ الْغُصْبِ إِلَى التَّلْفِ،

(فإذا رده) أي المغصوب (ردها) أي القيمة إن كانت باقية وإلا فبدلها لزوال الحيولة. ويجب على الغاصب رد المغصوب إذا عاد بعد أخذ القيمة واسترجاع القيمة جزماً، بخلاف ما لو غرم القيمة لإعزاز المثل ثم وجد المثل فإنه لا يرد على الأصح. والفرق أن المغصوب عين حقه والمثل بدل حقه، ولا يلزم من تمكينه من الرجوع إلى عين حقه تمكينه من الرجوع إلى بدل حقه، فإن اتفقا على ترك التراد فلا بد من بيع بشروطه. ويجب على الغاصب أجرة المغصوب إلى وصوله للمالك ولو أعطى القيمة للحيولة، وكذا حكم ضمان زوائده وأرش جانيته، وليس للمغصوب منه إمساك الدراهم المبدولة إذا كانت باقية وغرامة مثلها كما في زوائد الروضة لما مر أنها كالقراض فيردها بزوائدها المتصلة دون المنفصلة؛ ويتصور زيادتها بأن يدفع عنها حيواناً فينتج أو شجرة فتثمر كما قاله العمراني، أو بأن يكون ببلد يتعامل أهله بالحيوان كما قاله بعضهم.

تنبيه: قضية كلام المصنف أنه لا يسترد القيمة إلا إذا رد العين، واستثنى من ذلك ما لو أخذ السيد قيمة أم الولد للحيولة ثم مات السيد قبل ردها فإن الغاصب يسترد القيمة كما قاله في المطلب، ويلتحق بذلك ما لو أعتقها أو أعتق العبد المغصوب. ويفهم من قول المصنف: «فإذا رده ردها» أنه ليس للغاصب حبس المغصوب لاسترداد القيمة؛ وهو كذلك، وإن حكى القاضي حسين عن النص أن له ذلك.

(فإن تلف) المغصوب المثلي (في البلد المنقول إليه طالبه بالمثل) حيث ظفر به (في أي البلدين) شاء؛ لأنه كان له مطالبته برد العين فيهما. ويؤخذ من ذلك كما قال الإسوي أن له المطالبة في أي موضع أراد من المواضع التي وصل إليها في طريقه بين البلدين.

تنبيه: قول المصنف: «في البلد المنقول إليه» ليس بقيد، فإنه لو أعاده الغاصب إلى بلد الغصب فتلف فيه لم يسقط التخيير.

(فإن فقد المثل) حساً بأن لم يوجد، أو شرعاً بأن منع من الوصول إليه مانع، أو وجد بزيادة على ثمن مثله؛ (غرمه) المالك (قيمة أكثر البلدين قيمة) لأنه كان يجوز له المطالبة بالمثل فيهما بل يطالبه بأكثر قيم البقاع التي وصل إليها المغصوب كما صرح به الروياني لما ذكر. (ولو ظفر) المالك (بالغاصب) للمثلي، أو المتلف بغير غصب بأن وجدته (في غير بلد التلف) والمثل موجود؛ (فالصحيح أنه إن كان لا مؤنة لنقله كالنقد) اليسير (فله مطالبته بالمثل) إذ لا ضرر على واحد منهما في ذلك، (وإلا) بأن كان لنقله مؤنة (فلا مطالبة) له (بالمثل) ولا للغاصب أو المتلف أيضاً تكليفه قبوله، لما فيه من المؤنة والضرر. (بل يغرمه قيمة بلد التلف) لأن تعدر الرجوع إلى المثل كالانقطاع. والثاني: له المطالبة بالمثل مطلقاً، كما لو أتلف مثلياً في وقت الرخص له طلبه في وقت الغلاء. والثالث: إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة بلد التالف أو أقل طالبه بالمثل وإلا فلا؛ ونقله الإسوي عن جمع كثير.

تنبيه: اقتصار المصنف على قيمة بلد التلف محلّه إذا لم ينقل المغصوب عن موضعه، فإن نقل فقد مر أنه

وَفِي الْإِتْلَافِ بِلَا غَضَبٍ بِقِيَمَةِ يَوْمِ التَّلْفِ، فَإِنْ جَنَى وَتَلَفَ بِسَرَايَةٍ فَالْوَاجِبُ الْأَقْصَى أَيْضاً.
وَلَا تُضْمَنُ الْخَمْرُ

يجب أكثر البقاع قيمة. ولو تراضيا على المثل، قال في أصل الروضة: لم يكن له تكليفه مونة النقل. ولو أخذ المثل على أن يغرم له مونة النقل لم يجز كما قاله البغوي. ولو ظفر بالمتلف الذي ليس بغاصب في غير مكان التلف فحكمه حكم الغاصب فيما ذكره المصنف.

ثم لما فرغ من ذكر المثلي شرع في ذكر المتقوم فقال: (وأما) المغصوب (المتقوم فيضمن بأقصى قيمه من) وقت (الغصب إلى) وقت (التلف) لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد، فإذا لم يرد ضمن بدله، بخلاف ما لو رده بعد الرخص فإنه لا يضمن شيئاً لأنه مع بقاء العين يمكن توقع الزيادة في المستقبل فلم يغير بالكلية. ولا فرق في اختلاف القيمة بين تغير السعر أو تغير المغصوب في نفسه، ولا عبرة بالزيادة بعد التلف، وإنما تجب القيمة من نقد بلد التلف؛ كذا قاله، وهو محمول كما قال الإسوي على ما إذا لم ينقله إلا فينتجه كما في الكفاية اعتبار البلد الذي تعتبر القيمة فيه، وهو أكثر البلدين قيمة كما مر في المثلي، وفي البحر عن والده ما يقاربه.

تنبيه: يُستثنى من ضمان المتقوم بالقيمة ما لو تلف المال الزكوي في يده بعد الحول بلا عذر فإنه يضمن بالمثل الصوري وإن قلنا الزكاة تتعلق بالعين تعلق شركة؛ لأنه لو فعل ذلك مع بقاء المال لأجزأه فتعين عند عدمه؛ حكاة في الكفاية في قسم الصدقات عن الأصحاب. والعبرة بالنقد الغالب، فإن غلب نقدان وتساويا عين القاضي واحداً كما قاله الرافعي في كتاب البيع.

(وفي الإتلاف) للمتقوم (بلا غضب) يضمن (بقيمة يوم التلف) لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك وما بعده فلا وجود له. وتعتبر القيمة في موضع الإتلاف إلا إذا كان لا يصلح كالمفازة فيعتبر بأقرب البلاد كما في الكافي. (فإن) نقص، كأن (جنى) على متقوم بيد مالكة، أو من يخلفه في اليد وقيمتها مائة (وتلف) بعد ذلك (بسراية) وقيمتها خمسون، (فالواجب الأقصى أيضاً) وهو المائة؛ لأننا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية فلأن يعتبر في نفس الإتلاف أولى.

(ولا تضمن الخمر) سواء أكانت لمسلم أم لغيره محترمة أم لا، إذ لا قيمة لها كالدّم والميتة وسائر الأعيان النجسة. والنبذ كالخمر مع أن اسمها لا يتناولها عند الأكثرين، ولكن لا يريقه إلا بأمر حاكم مجتهد يرى ذلك - كما قاله الماوردي - لثلاً يتوجه عليه الغرم، فإنه عند أبي حنيفة مأل، والحاكم المقلد الذي يرى إراقتة كالمجتهد في ذلك. قال الأذرعى: وكان الكلام مفروض فيما إذا كان المتجاهر به مستحلّه مذهباً أو تقليداً، أما إذا كان ممن يرى تحريمه فالظاهر أنه في حقه كالخمر المجمع عليها، وهل العامي الذي لا يتبع مذهباً كهذا أو يصرف لمستبيح؟ فيه احتمال اه. واعترض بأن توقي الغرم عند من يراه لا فرق فيه بين من يعتقد تحريمه وغيره، فلا وجه لما قاله. وذكر المصنف في الدقائق أن الحشيشة مسكرة، وعلى هذا فينتجه كما قال الإسوي إلحاقها بالخمر. ولا ضمان في المنتجس من المائع في أحد وجهين يظهر ترجيحه لعدم صحة بيعه؛ وأما إناء الخمر ونحوه فيجوز كسره إذا لم يقدر على الإراقة إلا به، أو كان الإناء ضيق الرأس، أو لو اشتغل بإراقتة أدركه الفساق ومنعوه، أو كان يضيع زمانه ويتعطل شغله؛ ذكره الغزالي. وللولاة كسر آنية الخمر والنبذ زجراً وتأديباً دون الآحاد، وقد فعل ذلك في زمنه ﷺ. قال الإسوي: وهو من النفائس المهمة.

وَلَا تُرَاقُ عَلَى ذِمِّي إِلَّا أَنْ يُظْهَرَ شِرْبُهَا أَوْ بَيْعُهَا، وَتُرَدُّ عَلَيْهِ إِنْ بَقِيَتِ الْعَيْنُ وَكَذَا الْمُحْتَرَمَةُ إِذَا غُصِبَتْ مِنْ مُسْلِمٍ. وَالْأَصْنَامُ وَالْآلَاتُ الْمَلَاهِي لَا يَجِبُ فِي إِبْطَالِهَا شَيْءٌ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّهَا لَا تُكْسَرُ الْكَسْرَ الْفَاحِشَ، بَلْ تُفْصَلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ التَّأْلِيفِ؛ فَإِنْ عَجَزَ الْمُنْكَرُ عَنْ رِعَايَةِ هَذَا الْحَدِّ لِمَنْعِ صَاحِبِ الْمُنْكَرِ أَبْطَلَهُ كَيْفَ تَيْسَّرَ.

(ولا تراق) الخمر ونحوها (على ذمي) لأنهم يُقَرِّون على الانتفاع بها كما قاله في الكفاية. (إلا أن يظهر شربها أو بيعها) أو غيرها ما كهبها ولو من مثله فتراق عليه؛ لأن في إظهار ذلك استهانة بالإسلام بإظهارهم كفرهم، والإظهار هو الاصطلاح عليه من غير تجسس؛ والخنزير كالخمر في ذلك. هذا إذا كانوا بين أظهرنا، فإن انفردوا بقرية مثلاً فلا يُعترض عليهم إذا تظاهروا بالخمر ونحوها كما سيأتي بسط ذلك إن شاء الله تعالى في كتاب الجزية.

(وترد عليه) إذا لم يظهرها وجوباً، (إن بقيت العين) لما سبق من تقريرهم عليها، والمؤنة على الآخذ في الأصح في الشرح والروضة في باب الجزية، فهو مستثنى من قاعدة من لا يضمن العين لا يضمن ردها. قال في الأم: ومن تعرّض لهم زجر، فإن عاد أذب. (وكذا) تردّ الخمرة (المحترمة) إن بقيت وما ألحق بها (إذا غصبت من مسلم) عليه؛ لأن له إمساكها لتصير خلأً. أما غير المحترمة فلا تردّ عليه بل تراق. والمحترمة كما قال الرافعي هنا: هي التي عُصرت من غير قصد الخمرية؛ وهو أولى من قوله في الرهن: هي التي عُصرت بقصد الخَلِيَّةِ، فالتى عصرت بغير قصد شيء محترمة على الأول دون الثاني. ومن أظهر خمراً وزعم أنها خمر خلّ، قال الإمام: لم يقبل منه؛ قال الأذري: إلا أن يكون معلوم الورع مشهور التقوى وإلا لاتخذ الفساق ذلك ذريعة إلى اقتناء الخمر بإظهارها وأنهم عصروها للخَلِيَّةِ اه. وهو تفصيل حسن، وهو مأخوذ من قول الإمام. ولو أطلعنا على خمر ومعها مخايل تشهد بأنها خمر خلّ، فالمذهب أنا لا نتعرض لها.

(والأصنام) والصلبان (والآلات الملاهي) كالطنبور (لا يجب في إبطالها شيء) لأن منفعتها محرمة لا تقابل بشيء. وقضية التعليل كما قال الإسنوي: أن ما جاز من آلات اللهو كالدّف يجب الأرش على كاسره. وفي أواني الذهب والفضة خلاف مبني على جِلّ الانتخاذ. (والأصح أنها لا تكسر الكسر الفاحش) لإمكان إزالة الهيئته المحرمة مع بقاء بعض المالية. نعم للإمام ذلك زجراً وتأديباً على ما قاله الغزالي في إناء الخمر بل أولى. (بل تفصل لتعود كما قبل التأليف) لزوال الاسم بذلك. والثاني: لا يجب تفصيل الجميع بل بقدر ما لا يصلح للاستعمال، ولا يكفي إزالة الأوتار فقط جزءاً لأنها منفصلة عنها. والثالث: تكسر حتى تنتهي إلى حدّ لا يمكن اتخاذ آلة محرمة لا الأولى ولا غيرها. ولو زاد في الكسر على المشروع غرم التفاوت بينه وبين المشروع، ولو اختلفا في الزيادة على الحدّ المشروع وادعى صاحب الآلة الزيادة وأنكر المتلف قال الزركشي: ينبغي أن يصدّق صاحب الآلة كما يصدق المالك فيما لو أراق شيئاً وقال المالك «كان عصيراً» وقال المتلف «بل خمراً»، فإن المالك يصدق بيمينه كما قاله البغوي في فتاويه، إذ الأصل بقاء المالية.

(فإن عجز المنكر) على الأول (عن رعاية هذا الحد) أي التفصيل المذكور (لمنع صاحب المنكر، أبطله كيف تيسّر) وإن زاد على ما مرّ؛ لأن صاحبه مفرط، ولا يجوز إحراقها ما لم يتعين طريقاً للإزالة لأن رضاضها متمول. ويشترك في جواز إزالة المنكر الرجل والمرأة والخنثى ولو أرقأه وفسّقه؛ قال الإسنوي: وفي حفظي أنه ليس للكافر إزالته. وجزم ابن الملقن في العدة أنه ليس للكافر ذلك، ويشهد له قول الغزالي في الإحياء: ومن

وَتُضْمَنُ مَنَفَعَةُ الدَّارِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوَهُمَا بِالتَّقْوِيَةِ وَالْفَوَاتِ فِي يَدِ عَادِيَةٍ، وَلَا تُضْمَنُ مَنَفَعَةُ البُضْعِ إِلَّا بِتَّقْوِيَةٍ، وَكَذَا مَنَفَعَةُ بَدَنِ الحُرِّ فِي الأَصْح. وَإِذَا نَقَصَ المَغْضُوبُ بِغَيْرِ اسْتِعْمَالِ وَجَبَ الأَرْضُ مَعَ الأَجْرَةِ، وَكَذَا لَوْ نَقَصَ بِهِ بِأَنْ يَلِي التُّوبَ فِي الأَصْح.

شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون المنكر مسلماً؛ قال: لأن ذلك نصرة للدين، فكيف يكون من غير أهله وهو جاحد لأصل الدين؟ وعدو له والصبي المميز يثاب كما يثاب البالغ؛ قال في الإحياء: وليس لأحد منعه من إزالة سائر المنكرات كما ليس له منع البالغ، فإنه وإن كان غير مكلف فهو من أهل القرب، وإنما يجب على قادر مكلف.

(وتضمن) بأجرة المثل (منفعة الدار والعبد ونحوهما) من كل ما له منفعة يستأجر عليها كالكتاب والدابة والمسك، (بالتقويت) كأن يطالع في الكتاب أو يركب الدابة أو يشم المسك، (والفوات في يد عادية) بأن لم يفعل ذلك ولا غيره كإغلاق الدار؛ لأن المنافع متقومة فكانت مضمونة بالغصب كالأعيان، سواء أكان مع ذلك أرض أم لا كما سيأتي. فإن تفاوتت الأجر في مدة ضمن كل مدة بما يقابلها وكان للمغضوب صنائع وجب أجرة أعلاها إن لم يمكن جمعها، وإلا فأجرة الجميع كخياطة وحراسة وتعليم قرآن. أما ما لا يؤثر لكونه غير مال ككلب أو لكونه محرماً كآلات اللهو أو لغير ذلك كالحبوب فلا تضمن منفعة، فلو اصطاد بالكلب شيئاً كان له كما لو غصب شبكة أو قوساً فاصطاد بهما، فإن اصطاد له العبد شيئاً فالمصيد لسيده ولو كان غير مميز كما صرح به الروياني، ويضمن الغاصب أجرته في زمن صيده أيضاً.

(ولا تضمن منفعة البضع) وهو الفرج (إلا بتقويت) بالوطء فيضمنه بمهر المثل كما سيأتي، ولا يضمن بالفوات لأن اليد لا تثبت عليه، بل اليد على منفعة للمرأة بدليل أن السيد يزوج أمته المغصوبة، ولا يؤجرها لأن يد الغاصب حائلة. (وكذا) لا تضمن (منفعة بدن الحرز) إلا بالتقويت (في الأصح) فإن حبسه ولم يستوف منفعة لم يستحق شيئاً وإن كان صغيراً؛ لأن الحرز لا يدخل تحت اليد فمنافعه تقوت تحت يده. والثاني: أنها تضمن بالفوات أيضاً؛ لأن منافعه تقوم في الإجارة الفاسدة فأشبهت منافع الأموال. واحترز بالمنفعة عن نفس الحر فلا يضمن بالغصب؛ وقد ذكره المصنف في باب السرقة، فقال: «ولا يضمن حرز بيده» ولو ذكره هنا كان أولى، وعن ثياب الحرز المستولى عليه فلا تدخل في ضمان المستولى صغيراً كان المستولى عليه أو كبيراً، قوياً كان أو ضعيفاً.

تنبيه: منفعة المسجد والشارع والرباط والمقبرة وأرض عرفات ونحوها ملحقه بيدن الحرز تضمن بالتقويت لا بالفوات، فلو شغل بقعة من المسجد بمتاعه لزمه أجرتها إن لم يغلقه وإلا لزمه أجرة الكل، فإن أغلقه بلا وضع متاع ومنع الناس من الصلاة فيه فلا ضمان عليه لأن المسجد لا تثبت عليه اليد، ومثله في ذلك البقعة.

(وإذا نقص المغضوب) عند الغاصب (بغير استعمال) كسقوط يد العبد بأقعة وعماء، (وجب الأرض) للنقص (مع الأجرة) للفوات؛ لأن السبب مختلف ويضمن بأجرة المثل سليماً قبل النقص ومعيباً بعده. (وكذا) يجب الأرض مع الأجرة (لو نقص به) أي الاستعمال، (بأن) أي كأن (بلي الثوب) باللبس (في الأصح) لأن كلاً منهما يجب ضمانه عند الانفراد فكذا عند الاجتماع. والثاني: أن الواجب أكثر الأمرين من الأجرة والأرض؛ لأن النقصان نشأ من الاستعمال وقد قوبل بالأجرة فلا يجب ضمان آخر. ودفع بأن الأجرة في مقابلة الفوات لا الاستعمال.

٢ - فصل: في اختلاف المالك والغاصب

أَدْعَى تَلْفَهُ وَأَنْكَرَ الْمَالِكُ صُدُقَ الْغَاصِبِ بِبَيْمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ، فَإِذَا حَلَفَ غَرَمَهُ الْمَالِكُ فِي الْأَصْحَ. وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قِيَمَتِهِ أَوْ فِي الثِّيَابِ الَّتِي عَلَى الْعَبْدِ الْمَغْضُوبِ أَوْ فِي غَيْبِ خَلْقِي صُدُقَ الْغَاصِبِ بِبَيْمِينِهِ، وَفِي غَيْبِ حَادِثٍ يُصَدَّقُ الْمَالِكُ بِبَيْمِينِهِ فِي الْأَصْحَ، وَلَوْ رَدَّهُ نَاقِصَ الْقِيَمَةِ لَمْ يَلْزَمَهُ شَيْءٌ. وَلَوْ غَضِبَ نَوْبًا قِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ فَصَارَتْ بِالرُّخْصِ دِرْهَمًا ثُمَّ لَبَسَهُ فَصَارَتْ نِصْفَ دِرْهَمٍ فَرَدَّهُ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ، وَهِيَ قِسْطُ التَّالِفِ مِنْ أَقْصَى الْقِيَمَةِ.

فصل: في اختلاف المالك والغاصب وضمان نقص المغضوب وما يذكر معها. لو (أدعى) الغاصب (تلفه) أي المغضوب ولم يذكر سبباً أو ذكر سبباً خفياً كسرقه، وسيأتي ضبط ذلك في الوديعة، (وأنكر المالك) ذلك (صدق الغاصب بيمينه على الصحيح) لأنه قد يكون صادقاً ويعجز عن البيّنة، فلو لم يصدقه لأدّى إلى تخليد حبسه؛ والثاني: يصدق المالك بيمينه لأن الأصل بقاؤه.

(فإذا حلف) الغاصب (غرمه المالك) بدل المغضوب من المثل أو القيمة، (في الأصح) لعجزه عن الوصول إلى عين ماله بيمين الغاصب؛ والثاني: لا، لبقاء العين في زعمه.

(ولو اختلفا في قيمته) بعد الاتفاق على الهلاك أو حلف الغاصب عليه؛ (أو) اختلفا (في الثياب التي على العبد المغضوب) كأن قال المالك: «هي لي»، وقال الغاصب: «بل هي لي»، (أو) اختلفا (في عيب خلقي) كأن قال الغاصب: «وُلِدَ أَعْمَى أَوْ عَدِيمِ الْيَدِ»، وقال المالك: «كَانَ سَلِيمًا»، وإنما حدث عندك. (صدق الغاصب بيمينه) في المسائل الثلاث. أما في الأولى فلأن الأصل براءة ذمته من الزيادة وعلى المالك البيّنة، فإن أقام المالك بيّنة على أن القيمة أكثر مما قاله الغاصب من غير تقدير سُمِعَتْ وكُلّف الغاصب الزيادة على ما قاله إلى حدّ لا تقطع البيّنة بالزيادة عليه؛ وقيل: إنها لا تسمع، ومال إليه ابن الرفعة. وإن أقامها على الصفات ليقومه المقومون بتلك الصفات لم تقبل، لكن يستفيد المالك بإقامتها إبطال دعوى الغاصب مقداراً حقيقياً لا يليق بتلك الصفات، وصار كما أقرّ الغاصب بالصفات وذكر قيمة حقيرة فيؤمر بالزيادة إلى حد اللائق، وإن أقامها بقيمته قبل الغصب لم تُسمع على الصحيح. وأما في الثانية فلأن يد الغاصب على العبد وما عليه، أو خرج بالعبد الحر فلا تثبت يد غاصبه أو سارقه على ثيابه كما مرّت الإشارة إليه. وأما في الثالثة فلأن الأصل العدم والبيّنة ممكنة.

(و) في الإختلاف (في عيب حادث) بعد تلفه، كأن قال الغاصب كان سارقاً أو أقطع، (يصدق المالك بيمينه في الأصح) لأن الأصل والغالب السلامة. والثاني: يصدق الغاصب لأن الأصل براءة ذمته. ولو رده الغاصب وبه عيب وقال «غصبت هكذا»، وقال المالك: «بل حدث عندك» صُدّق الغاصب بيمينه لأن أصل براءة ذمته عمّا يزيد على تلك الصفة. فإن قيل: لا يتقيد ذلك برّد المغضوب، بل لو تلف كان الحكم كذلك أخذاً من التعليل المذكور ومن مسألة الطعام الآتية. أجب بأن الغاصب في التلف قد لزمه الغرم فضعف جانبه بخلافه بعد الرّد.

(ولو رده) أي المغضوب (ناقص القيمة) بسبب الرخص، (لم يلزمه شيء) لبقائه بحاله، والذي فات إنما هو رغبات الناس. (ولو غصب نوباً) مثلاً (قيمته عشرة) مثلاً (فصارت بالرخص درهماً ثم لبسه) مثلاً (فصارت نصف درهم فرده لزمه خمسة). وهي قسط التالف من أقصى القيم) لأن الناقص باللبس نصف الثوب فيلزمه قيمته

قُلْتُ: وَلَوْ غَصَبَ خُفَيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشْرَةَ فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا وَرَدَّ الْآخَرَ وَقِيمَتُهُ دِرْهَمَانِ أَوْ أُتْلِفَ أَحَدُهُمَا غَضَبًا أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ لَزِمَهُ ثَمَانِيَّةٌ فِي الْأَصْح، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَلَوْ حَدَثَ نَقْصٌ يَسْرِي إِلَى التَّلْفِ بِأَنْ جَعَلَ الْجِنْتَظَةَ هَرِيْسَةً فَكَالتَالِفِ، وَفِي قَوْلٍ: يَرُدُّهُ مَعَ أَرْشِ النَّقْصِ. وَلَوْ جَنَى الْمَغْصُوبُ فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالَ لَزِمَ الْغَاصِبَ تَخْلِيصَهُ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَالْمَالِ،

أكثر ما كانت من الغصب إلى التلف، وهو في المثال المذكور خمسة، والنقصان الباقي وهو أربعة ونصف سببه الرخص وهو غير مضمون؛ ويجب أيضاً مع الخمسة أجرة اللبس كما عُلِمَ مما مر. ولو عادت العشرة باللبس إلى خمسة ثم بالغلاء إلى عشرين لزمه مع رده خمسة فقط وهي الفاتنة باللبس، لامتناع تأثير الزيادة الحاصلة بعد التلف؛ بدليل أنه لو تلف الثوب كله ثم زادت القيمة لم يغرم الزيادة. ولو اختلف المالك والغاصب في حدوث الغلاء قبل التلف باللبس فقال المالك: «حدث قبله»، وقال الغاصب: «بل بعده» صدق الغاصب بيمينه لأنه الغرم.

قلت: ولو غصب خفين) أي فَرَدَيَّ خُفِّ فكل واحد يسمي خُفًا؛ (قيمتها عشرة فتلف أحدهما ورد الآخر وقيمتها درهمان أو أتلف أحدهما) في يده (غصباً) له فقط ف «أتلف» معطوف على «غصب». (أو في يد مالكة) والقيمة لهما وللباقي ما ذكر؛ (لزمه ثمانية في الأصح، والله أعلم) خمسة للتالف وثلاثة لأرش ما حصل من التفريق عنده، فالثمانية قيمة ما تلف أو أتلفه وأرش التفريق الحاصل بذلك. والثاني: يلزمه درهمان قيمة ما تلف أو أتلفه.

تنبيه: خرج بقوله: «في يد مالكة» ما لو أتلفه في يد الغاصب فإنه لا يلزمه إلا درهمان وهما قيمته وحده. ونبه بالخُفَيْنِ على إجراء الخلاف في كل فردين لا يصلح أحدهما إلا بالآخر كزوجي النعل ومصراعي الباب، وأجزاء الدارمي في زوجي الطائر إذا كان يساوي مع زوجه أكثر. واتفقوا على أنه لا يقطع بسرقة أحدهما إذا لم يبلغ وحده نصاباً وإن ضمنه إياه؛ لأنه كان نصاباً في الحرز حال الانضمام ونقص بالتفريق حال الإخراج فضمنه، لأنه يضمن الأقصى مع وضع اليد ولم يقطعهما اعتباراً بحالة الإخراج.

(ولو حدث) في المغصوب (نقص يسري إلى التلف بأن) أي كأن (جعل) الغاصب (الجنطة) المغصوبة (هريسة) أو الدقيق عسيده، (فكالتالف) حكمه؛ لأنه لو ترك بحاله لفسد فكأنه هلك، فيغرم بدل كل المغصوب من مثل أو قيمة. (وفي قول يردّه مع أرش النقص) قياساً على التعيب الذي لا يسري. وفي ثالث: يتخير بين الأمرين؛ واستحسنه في الشرح الصغير. وعلى الأول هل تبقى الهريسة أو العسيده للغاصب لأننا ألحقناه بالهالك، أو للمالك كما لو قتل شاة لغيره يكون المالك أحق بجلدها؟ وجهان، أصحهما كما جزم المصنف في نكته الأول، وفرق بينه وبين مسألة الجلد بأن المالية هنا باقية بخلاف الشاة. ومثل الشاة ما لو نجس الزيت مثلاً فإنه يغرم بدله والمالك أحق بزيتيه.

تنبيه: أشار المصنف بالتمثيل إلى أن صورة المسألة إذا حدث النقص بفعل الغاصب، فلو حدث في يده كما لو نقص الطعام بنفسه أخذه المالك مع الأرش. أما ما لا يسري إلى التلف فيجب أرشه، كما (ولو جنى) الرقيق (المغصوب) في يد الغاصب (فتعلق برقبته مال) ابتداءً أو وجب عليه قصاص فعفى على مال؛ (لزم الغاصب تخليصه) لأنه نقص حدث في يده، فلزم تخليصه (بالأقل من قيمته والمال) الواجب بالجناية؛ لأن الأقل إن كان هو القيمة فهو الذي دخل في ضمنه، وإن كان هو المال فهو الذي وجب. ويجب عليه أيضاً أرش العيب الذي أتصف به وهو كونه صار جانباً على ما ذكر الرافعي في البيع.

فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ غَرْمَهُ الْمَالِكُ، وَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ تَغْرِيمُهُ وَأَنْ يَتَّعَلَقَ بِمَا أَخَذَهُ الْمَالِكُ ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ. وَلَوْ رَدَّ الْعَبْدَ إِلَى الْمَالِكِ فَبِيعَ فِي الْجَنَائِيَةِ رَجَعَ الْمَالِكُ بِمَا أَخَذَهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى الْغَاصِبِ. وَلَوْ غَصَبَ أَرْضاً فَتَقَلَّ تُرَابُهَا أُجْبِرَهُ الْمَالِكُ عَلَى رَدِّهِ أَوْ رَدِّ مِثْلِهِ وَإِعَادَةَ الْأَرْضِ كَمَا كَانَتْ، وَلِلنَّاقِلِ الرَّدُّ وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ الْمَالِكُ إِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ، وَإِلَّا فَلَا يَرُدُّهُ بِلَا إِذْنٍ فِي الْأَصَحِّ؛

(فإن تلف) الرقيق الجاني (في يده) أي الغاصب، (غرمه المالك) أقصى قيمة من الغصب إلى التلف. (وللمجني عليه تغريمه) أي الغاصب إن لم يكن غرمه؛ لأن جناية المغصوب مضمونة عليه. (وأن يتعلق بما أخذه المالك) من الغاصب بقدر حقه؛ لأنه بدل الرقبة التي حقه متعلق بها. (ثم) إذا أخذ المجني عليه حقه من تلك القيمة (يرجع المالك) بما أخذه منه (على الغاصب) لأن ما أخذه المالك لم يسلم له.

تنبيه: مقتضى قوله: «ثم يرجع» أنه ليس للمالك مطالبة الغاصب بالأرض قبل أن يأخذ المجني عليه القيمة منه؛ وهو كذلك كما صرح به الإمام، لأنه ربما يبرء المجني عليه الغاصب، وذلك يمنعه من الرجوع. نعم له مطالبته بالأداء كما يطالب به الضامن المضمون عنه كما قاله ابن الرفعة.

(ولو رد العبد) الجاني (إلى المالك فبيع في الجنائية رجع المالك بما أخذه) منه (المجني عليه على الغاصب) لأن الجنائية حصلت حين كان مضموناً عليه. ولو جنى الرقيق في يد الغاصب أولاً ثم في يد المالك وكل من الجنائيتين مستغرقة قيمته بيع فيهما وقسم ثمنه بينهما نصفين، وللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجنائية المضمونة عليه، وللأول التعلق به كما في المسألة السابقة. فإن أخذه من المالك رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى ويسلم له المأخوذ ثانياً، لأن الأول أخذ تمام القيمة، والثاني لم يتعلق حقه إلا بالنصف وقد أخذه.

(ولو غصب أرضاً فنقل ترابها) بكشطه من وجه الأرض، (أجبره المالك على رده) إلى محله كما كان قبل نقله إن كان باقياً، ولو غرم عليه أضعاف قيمته. (أو رد مثله) إن كان تالفاً لما مر أن التراب مثلي؛ فإن تعذر رد مثله غرم الأرض كما نص عليه في الأم، وهو ما بين قيمتها بترابها وقيمتها بعد نقله منها. (و) أجبره المالك أيضاً على (إعادة الأرض كما كانت) قبل النقل من انبساط وارتفاع أو انخفاض لإمكانه.

تنبيه: خرج بما قُتدت به المسألة ما لو أخذ التراب من مكان واحد بحيث صار مكانه حفرة فإن المصنّف ذكره بعد ذلك، وما إذا كان المأخوذ من القمامات، ففي المطلب أنه لا يتعلق بها ضمان عند تلفها فإنها محقرة. ومقتضى كلامه وجوب ردها إن كانت باقية، وهو كذلك كما قاله الإسنوي.

(وللناقل الرد) له (وإن لم يطالبه المالك) أو منعه كما جرى عليه ابن المقري، (إن كان له فيه) أي النقل (غرض) كأن ضيق ملكه أو ملك غيره، أو كان المنقول إليه شارعاً وخشي منه ضماناً، أو حصل في الأرض نقص وكان ذلك النقص يزول بالرد لدفع الضرر عنه. (وإلا) بأن لم يكن له فيه غرض كأن نقله منها إلى موات، أو من أحد طرفيها إلى الآخر؛ (فلا يردّه بلا إذن في الأصح) لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه؛ وعلى هذا لو استقل به كان للمالك تكليفه الرد إلى المحل الذي نقله منه إليه. والثاني: له الرد بلا إذن؛ لأنه رد ملكه إلى محله.

وَيُقَاسُ بِمَا ذَكَرْنَا حَفْرَ الْبُئْرِ وَطَمِّهَا. وَإِذَا أَعَادَ الْأَرْضَ كَمَا كَانَتْ وَلَمْ يَبْقَ نَقْصٌ فَلَا أَرْضَ لِكِنْ عَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِمُدَّةِ الْإِعَادَةِ، وَإِنْ بَقِيَ نَقْصٌ وَجِبَ أَرْضُهُ مَعَهَا. وَلَوْ غَصَبَ زَيْتًا وَنَحْوَهُ وَأَعْلَاهُ فَتَقَصَّتْ عَيْنُهُ دُونَ قِيَمَتِهِ رَدَّهُ وَلَزِمَهُ مِثْلُ الذَّاهِبِ فِي الْأَصْحَ، وَإِنْ تَقَصَّتِ الْقِيَمَةَ فَقَطَّ لَزِمَهُ الْأَرْضُ، وَإِنْ تَقَصَّتَا غَرِمَ الذَّاهِبَ وَرَدَّ الْبَاقِي مَعَ أَرْضِهِ إِنْ كَانَ نَقْصُ الْقِيَمَةِ أَكْثَرَ؛ وَالْأَصْحُ أَنَّ السَّمْنَ لَا يَجْبُرُ نَقْصَ هُزَالِ قَبْلَهُ.

تنبيه: محلّ الخلاف إذا لم يمنعه المالك من الردّ، فإن منعه لم يردّ جزءاً، أو منعه من بسطه حيث كان له الردّ لم يبسطه وإن كان في الأصل مبسوطاً.

(ويُقاس بما ذكرنا) من نقل التراب بالكشط (حفر البئر وطمّها) فعليه الطم بترابها إن بقي وبمثله إن تلف إن أمره المالك بالطم، وإلا بأن كان له فيه غرض استقلّ به وإلا فلا في الأصح. واستشكل الإسنوي الطم بمثله التراب التالف بأنه إذا تلف يجب في ذمّة الغاصب مثله، والواجب في الذمّة إنما يملك بقبض صحيح فكيف يستقيم الردّ بدون الإذن اه. ولعلمهم اغتفروا ذلك للحاجة. ومن الغرض هنا ضمان التردّي، فإن منعه المالك من الطم ورضي باستدامتها فليس له الطم ويندفع عنه الضمان. فإن اقتصر على منعه من الطم فكذلك في أحد وجهين نقله الروياني وابن الرفعة عن الأصحاب. ولو كان الغاصب قد طوى البئر بألّة نفسه فليس له نقلها وللمالك إجباره عليه، فإن وهبها منه لم يلزمه القبول في الأصح.

(وإذا أعاد) الغاصب (الأرض كما كانت ولم يبق) فيها (نقص فلا أرض) عليه للمالك لعدم الموجب له؛ (لكن عليه أجرة المثل لمدة الإعادة) من الردّ والطمّ وغيرها وإن كان أتياً بواجب كما يلزمه أجرة ما قبلها.

تنبيه: عبارة الروضة: لمدة الحفر والإعادة، وهي كما قال السبكي أزيد فائدة لولا ما قدرناه.

(وإن بقي نقص) في الأرض بعد الإعادة، (وجب أرضه معها) أي الأجرة لاختلاف سببهما. (ولو غصب زيتاً ونحوه) من الأدهان كالشريح والسمن (وأغلاه فتقصت عينه دون قيمته) كان (غصب صاعاً قيمته) درهم فصار إلى نصف صاع قيمته درهم، (ردّه) لبقاء العين (ولزمه مثل الذاهب) منه (في الأصح) ولا يجبر نقصه لزيادة قيمته. كما لو خصى العبد فزادت قيمته فإنه يضمن قيمته على الجديد. والثاني: لا يلزمه جبر النقصان، إذ ما فيه من الزيادة والنقصان حصل من واحد فيجبر النقصان بالزيادة.

(فإن نقصت القيمة فقط) كأن لم تنقص عن الصاع بل نقصت قيمته كأن صارت نصف درهم، (لزمه الأرش) جبراً له. (وإن نقصتا) أي العين والقيمة جميعاً، (غرم الذاهب وردّ الباقي مع أرضه إن كان نقص القيمة أكثر) من نقص العين، كأن صار الصاع نصف صاع يساوي أقل من نصف درهم؛ فإن لم تنقص القيمة كأن صار نصف الصاع يساوي نصف درهم فلا أرض، وإن لم ينقص واحد منهما فلا شيء غير الردّ. ولو غصب عصيراً فأغلاه فتقصت عينه دون قيمته لم يضمن مثل الذاهب؛ لأن الذاهب منه مائتة لا قيمة لها، والذاهب من الدهن دهن متقوم؛ وفارق نظيره في الفلّس حيث يضمن بدل الذاهب للبائع كالزيت، لأن ما زاد بالإغلاء ثمّ للمشتري فيه حصة، فلو لم يضمن المشتري ذلك لأجحفنا بالبائع، والزائد بالإغلاء هنا للمالك فانجبر به الذاهب. ومثل إغلاء العصير ما لو صار العصير خلاً أو الرطب تمرّاً ونقصت عينه دون قيمته لا يضمن مثل الذاهب، وأجره الماوردي والروياني في اللبن إذا صار جيناً ونقص كذلك، وتعرف النسبة بوزنهما. (والأصح أن السمن) الطارئ في المغصوب عند الغاصب (لا يجبر نقص هزال) حصل (قبله) عنده، كأن غصب جارية سميّة فهزلت عنده ثم سمنت عنده فعادت القيمة، فإنه يردّها وأرش السمن الأول؛ لأن الثاني غير الأول، حتى لو زال الثاني ردّها وأرش السمين. والوجه الثاني: يُجبر؛ كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض؛ وعوّد الحُسن كعوّد السمن.

وَأَنَّ تَذَكُّرَ صِنْعَةٍ نَسِيهَا يَجْبُرُ النِّسيَانَ، وَتَعَلُّمُ صِنْعَةٍ لَا يَجْبُرُ نَسِيَانَ أُخْرَى قَطْعاً. وَلَوْ غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ ثُمَّ تَخَلَّلَ فَالْأَصْحُ أَنَّ الْخَلْلَ لِلْمَالِكِ وَعَلَى الْغَاصِبِ الْأَرْضُ إِنْ كَانَ الْخَلْلُ أَنْقَصَ قِيَمَةً. وَلَوْ غَصَبَ خَمْرًا فَتَخَلَّلَتْ أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَّعَهُ فَالْأَصْحُ أَنَّ الْخَلْلَ وَالْجِلْدَ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ.

تنبيه: أشار بقوله: «نَقَصَ هُزَالٍ» إلى أن السمن المفرط الذي لا تنقص القيمة بزواله غير مضمون؛ وهو كذلك. ولو انعكس الحال بأن كانت معتدلة فسمنت في يد الغاصب سمناً مفرطاً ونقصت قيمتها رذها. وهل يغرم أرش النقص؟ قال في الكفاية: لا؛ لأنها لم تنقص حقيقة ولا عرفاً. وقال الإسنوي: نعم؛ وهو الأوجه لأن الأول مخالف لقاعدة تضمين نقص القيمة. ويجري الخلاف فيما لو كسر الحلي أو الإناء ثم أعاده بتلك الصنعة.

(و) الأصح (أن تذكر صنعة نسيها) المغضوب عند الغاصب (يجبر النسيان) سواء استذكرها عند الغاصب وهو ظاهر أم عند المالك كما بحثه في المطلب وشملته عبارة المصنف؛ لأنه عين الأول فصار كما لو لم ينسها، بخلاف السمن فإنه زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لتلك الأجزاء الذاهبة. والثاني: لا يجبر كالسمن. ورُدُّ بما مرَّ. ولو تعلم الصنعة عند الغاصب بعد نسيانها فكالتذكر كما قاله الرافي، أو عند المالك فلا كما قال الإسنوي إنه المتَّجه. ولو تعلمت الجارية المغصوبة الغناء فزادت قيمتها به ثم نسيته لم يضمه؛ قال في أصل الروضة: لأنه محرم كما في كسر الملاهي. وهو محمول على غناء يخاف منه الفتنة لثلاً ينافي ما صحَّحه في الشهادات أنه مكروه. وكالجارية فيما ذكر العبد، وما نقله في أصل الروضة فيه من لزوم القيمة محمول على ذلك. ولو أتلف ديك الهراش أو كبش النطاح ضمنه غير مهارش أو ناطح لأن ذلك محرّم.

تنبيه: مرض الرقيق المغضوب أو تمعظ شعره أو سقط سنّه ينجبر بعوده كما كان ولو عاد بعد الردّ للمالك، بخلاف سقوط صوف الشاة وورق الشجر فإنه لا ينجبر بعوده كما كان؛ لأنه متقوم بنقص به وصحة الرقيق وشعره وسنّه غير متقوم.

(وتعلم صنعة) عند الغاصب (لا يجبر نسيان) صنعة (أخرى) عنده قطعاً وإن كان أرفع من الأولى، لاختلاف الأغراض. (ولو غصب عصيراً فتخمر ثم تخلل) عنده، (فالأصح أن الخلل للمالك) لأنه عين ماله وإن انتقل من صفة إلى صفة. (وعلى الغاصب الأرض إن كان الخلل أنقص قيمة) من العصير لحصوله في يده، فإن لم تنقص قيمته اقتصر عليه. والثاني: يلزمه مثل العصير لأنه بالتخمر كالتالف. والخلل على هذا قيل للغاصب، والأصح أنه للمالك لأنه فرع ملكه. ويجري الخلاف فيما لو غصب بيضاً فتفرخ أو حباً فنبت أو بزر قرّ فصار قرّاً.

تنبيه: احترز بقوله: «ثم تخلل» عما لو تخمر ولم يتخلل فإنه يلزمه ردّ مثله لفوات المالية، وعليه إراقة الخمر إن عصرت بقصد الخمرية، وإلا فلا يجوز له إراقتها لاحترامها.

(ولو غصب خمراً فتخللت) عنده، (أو جلد ميتة) يطهر بالدباغ (فدبغه)، فالأصح أن الخلل والجلد للمغضوب منه) لأنهما فرع ما احتصن به فإذا تلفا في يده ضمنهما. والثاني: هما للغاصب لحصول المالية عنده. وقضية تعليل الأول إخراج الخمرة غير المحترمة، وبه جزم الإمام، وسوى المتولّي بينهما، وهو كما قال شيخنا أوجه إلا إن أعرض المالك عنها فلا يجب ردّها عليه وليس للمالك استردادها، وإعراض المالك عن الجلد كإعراضه عن الخمر، وإذا لم يعرض عنه فيجب على الغاصب الردّ لعموم الخبر ولأنه منتفع به. ولو أتلف شخص جلدأ غير مدبوغ فادعى المالك أنه مذكّي والمتلف أنه ميتة صدق المتلف بيمينه لأن الأصل عدم التذكية.

٣ - فصل: فيما يطرأ على المغصوب من زيادة

زِيَادَةُ الْمَغْصُوبِ إِنْ كَانَتْ أَثْرًا مَحْضًا كَقُصَارَةِ فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِسَبَبِهَا، وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُهُ رَدَّهُ كَمَا كَانَ إِنْ أَمَكَّنَ. وَأَرَشُ النِّقْصِ، وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا كِبْنَاءٍ وَغِرَاسٍ كَلَّفَ الْقَلْعَ. وَإِنْ صَبَّحَ الثُّوبَ بِصَبْغِهِ وَأَمَكَّنَ فَضَلُّهُ.....

فصل: فيما يطرأ على المغصوب من زيادة وغيرها: والزيادة أثر وعين، فالأثر لاحق للغاصب فيه كما قال: (زيادة المغصوب إن كانت أثراً محضاً كقصاراً) لثوب وخياطة بخيط منه وطحن حنطة وضرب السبائك دراهم وضرب الطين لبناً وذبح الشاة وشيتها. (فلا شيء للغاصب بسببها) لتعديبه بعمله في ملك غيره، بخلاف المفلس حيث كان شريكاً للبايع فإنه عمل في ملكه. (وللمالك تكليفه رده) أي المغصوب، (كما كان إن أمكن) كردّ الدراهم سبائك واللبن طيناً؛ لأنه متعدّ بفعله، ولا يغرم أرش ما كان زاد بصنعته لأن فواته بأمر المالك، فإن لم يمكن كالقصاره فليس له إجباره بل يأخذه بحاله. (وأرش النقص) إن نقص عمّا كان قبل الزيادة. وإذا رضي المالك بما يمكن إعادته بحاله أجبر الغاصب على تسليمه له بحاله وعلى غرم أرش النقص إن كان، إلا أن يكون له غرض في الإعادة كأن خشبي على نفسه من بقائها ضرراً من تغرير أو غيره، كمن ضرب الدراهم بغير إذن السلطان، أو على غير عيابه فله إبطالها وإن لم يرض به المالك، بخلاف ما إذا لم يخش سواء أرضي المالك ببقائها أم سكت عن الرضا والمنع. نعم لو ضرب الشريك الطين لبناً أو السبائك دراهم بغير إذن شريكه جاز له كما أفتى به البغوي أن يقضه، وإن رضي شريكه بالبقاء يتنفع بملكه كما كان.

ثم شرع في القسم الثاني وهو العين، فقال: (وإن كانت) أي الزيادة (عيناً كبناء وغراس كلف القلع) لها، وأرش النقص إن كان وإعادتها كما كانت، وأجرة المثل إن مضت مدة لمثلها أجرة. ولو أراد المالك تملكها بالقيمة أو إبقاءها بأجرة لم يلزم الغاصب إجابهته في الأصح لإمكان القلع بلا أرش بخلاف المستعير.

تنبيه: قد يفهم كلامه أنه ليس للغاصب القلع بغير رضا المالك؛ وليس مراداً، بل لو أراد القلع فليس للمالك منعه. ولو بادر لذلك أجنبي غرم الأرش، وقيل: لا غرم لأنه غير محترم. ورُدُّ بأن عدم احترامه بالنسبة إلى مستحق الأرض لا مطلقاً. ولو كان الغراس والبناء مغصوبين من آخر، فلكل من مالكي الأرض والبناء والغراس إلزام الغاصب بالقلع وإن كانا لصاحب الأرض، فإن رضي المالك به لم يكن للغاصب قلعه ولا شيء عليه وإن طالبه بالقلع، فإن كان له فيه غرس لزمه قلعه مع أرش النقص، وإلا فوجهان: أحدهما وهو الظاهر: نعم لتعديبه، والثاني: لا، لأنه عيب. وسكت المصنف عن نماء المصغوب كما لو أتجر الغاصب في المال المغصوب فالرياح له في الأظهر، فإذا غصب دراهم واشترى شيئاً في ذمته ونقد الدراهم في ثمنها ورياح ردّ مثل الدراهم لأنها مثلية إن تعدّز عليه ردّ ما أخذه وإلا وجب عليه رده بعينه، أما إذا اشترى بعينه فالجديد بطلانه. ولو غصب أرضاً وبذراً من واحد وبذر الأرش به فللمالك تكليفه إخراج البذر منها وأرش النقص، وإن رضي المالك ببقاء البذر في الأرض لم يكن للغاصب إخراجها. ولو زوّق الغاصب الدار المغصوبة بما لا يحصل منه شيء بقلعه لم يجز له قلعه إن رضي ببقائه المالك، وليس للمالك إجباره عليه كما في الروضة خلافاً للزرکشي، كالثوب إذا قصره.

(وإن صبغ) الغاصب (الثوب) المغصوب (بصبغ) وكان الحاصل تمويهاً لا يحصل منه الإنصبغ عين مال فكالترزوق فيما مرّ. وإن حصل منه ذلك (وأمكن فصله) منه، كأن كان الصبغ غير منعقد؛ (أجبر عليه في الأصح) قياساً على البناء والغراس، والثاني: لا؛ لما فيه من ضرر الغاصب، لأنه يضيع بفصله بخلاف البناء والغراس.

أَجْبِرَ عَلَيْهِ فِي الْأَصْحَ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ فَإِنْ لَمْ تَرِدْ قِيمَتُهُ فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ. وَإِنْ نَقَصَتْ لِرِمِّهِ الْأَرْضَ، وَإِنْ زَادَتْ اشْتَرَكَ فِيهِ. وَلَوْ خَلَطَ الْمَغْضُوبَ بِغَيْرِهِ وَأَمَكَّنَ التَّمْيِيزَ لِرِمِّهِ، وَإِنْ شَقَّ فَإِنْ تَعَدَّرَ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَالثَّالِفِ فَلَهُ تَغْرِيمُهُ، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ الْمَخْلُوطِ.

وعلى الأول لو تركه الغاصب للمالك ليدفع عنه كلفة القلع لم يُجبر على قبوله في أصح الوجهين، ولو رضي المالك بإبقائه كان للغاصب الفصل إن لم ينقص الثوب بالفصل وكذا إن نقص، وإذا تراضيا على القلع فذاك أو على الإبقاء فيما شريكان. (وإن لم يمكن) فصله كأن كان الصبغ منعقدًا، (فإن لم تزد قيمته) أي الثوب بالصبغ ولم تنقص كأن كان يساوي عشرة والصبغ خمسة فصار مصبوغاً يساوي عشرة، لا لانخفاض سوق الثياب بل لأجل الصبغ. (فلا شيء للغاصب فيه) لعدم الزيادة ولا شيء عليه لعدم النقص. (وإن نقصت) قيمته كأن صار يساوي ثمانية، (لزمه الأرش) لأن النقص حصل بفعله. (وإن زادت) قيمته بالصبغ كأن صار يساوي خمسة عشر في مثالنا، (اشتركا فيه) أي الثوب هذا بصبغه وهذا بثوبه أثلاثاً ثلثاً للمغضوب منه وثلثه للغاصب؛ فشركتهما ليست على الإشاعة، بل كلٌّ منهما يملك ما كان له مع ما يخضه من الزيادة. فلو حصل فيهما أو في أحدهما نقص لانخفاض سعر أحدهما أو زيادة لارتفاعه عمل به فيكون النقص أو الزيادة لاحقاً لمن انخفض أو ارتفع سعر ماله، وإن حصل ذلك بسبب اجتماع الثوب والصبغ؛ أي بسبب العمل، فالتقص على الصبغ لأن صاحبه هو الذي عمل، والزيادة بينهما لأن الزيادة الحاصلة بفعل الغاصب إذا أسندت إلى الأثر المحض تحسب للمغضوب منه، وأيضاً الزيادة قامت بالثوب والصبغ فهي بينهما. ولو بذل صاحب الثوب للغاصب قيمة الصبغ ليمتلكه لم يجب إليه سواء أمكن فصله أم لا، بخلاف البناء والغراس في العارية، لتمكنه هنا من القلع مجاناً بخلاف المعير. ولو أراد أحدهما الأفراد بيع ملكه لثالث لم يصبغ، إذ لا ينتفع به وحده كبيع دار لا معز لها، نعم لو أراد المالك بيع الثوب لزم الغاصب بيع صبغه معه لأنه متعدي فليس له أن يضرّ بالمالك، بخلاف ما لو أراد الغاصب بيع صبغه لا يلزم مالك الثوب بيعه معه لثلاثاً يستحق المتعدي بتعدي إزالته ملك غيره.

تنبيه: احترز المصنف بقوله: «بصبغة» عن صورتين: الأولى أن يكون الصبغ مغضوباً من آخر فهما شريكان كما لو كان الصبغ للغاصب، فإن حصل في المغضوب نقص باجتماعهما اختصّ النقص بالصبغ كما مرّ وغرم الغاصب لصاحب الصبغ قيمة صبغه، وإن أمكن فصله فلكل منهما تكليفه الفصل، فإن حصل به نقص فيهما أو في أحدهما غرمه الغاصب، وإن لم يمكن فصله بأن كان الحاصل تمويهاً فكما سبق في التزويق؛ ففي هذه الصورة زيادة على ما تقدم. الصورة الثانية: أن يكون الصبغ لمالك الثوب، فالزيادة له لا للغاصب لأنها أثر محض والنقص على الغاصب فيغرم أرشه، وللمالك إجباره على فصله إن أمكن، وليس للغاصب فصله إذا رضي المالك بالإبقاء، وكذا لو سكت كما قال الإسنوي إنه القياس.

فروغ: لو طيرت الريخُ ثوباً إلى مصبغة شخص فانصبغ فيها اشتركا في المصبوغ مثل ما مرّ ولم يكلف أحدهما البيع ولا الفصل ولا الأرش وإن حصل نقص إذ لا تعدي.

(ولو خلط المغضوب بغيره) سواء أخلط بجنسه كحنتطة بيضاء بحنتطة حمراء، أم بغير جنسه كُبر بشعير (وأمكن التمييز، لزمه) التمييز لسهولة وإمكان ردّ عين ما أخذه. (وإن شق) عليه تمييز جميعه وجب عليه تمييز ما أمكن. (فإن تعذر) كأن خلط الزيت بمثله أو بشيرج، (فالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَالثَّالِفِ) لا مشتركاً، سواء أخلطه بمثله أم بأجود أم بأردأ لتعذر ردّه وملكه الغاصب. (فله) أي المغضوب منه (تغريمه) أي الغاصب، (وللغاصب أن يعطيه من غير المخلوط) لأن الحق فيه انتقل إلى ذمته، وله أيضاً أن يعطيه منه إن خلطه بمثله أو بأجود منه لا

وَلَوْ غَصَبَ خَشْبَةً وَبَنَى عَلَيْهَا أُخْرَجَتْ، وَلَوْ أَدْرَجَهَا فِي سَفِينَةٍ فَكَذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ مَغْضُومَتَيْنِ.

بأردأ لأنه دون حقه إلا برضاه، فله أخذه ولا أرش له وكان مسامحاً ببعض حقه وإلا أخذ مثل ماله. والطريق الثاني قولان: أحدهما هذا، والثاني: يشتركان في المخلوط، وللمنصوب منه قدر حقه من المخلوط. قال السبكي: والذي أقوله وأعتقد وينشرح صدري له أن القول بالهلاك باطل؛ لأن فيه تملك الغاصب مال المنصوب منه بغير رضاه، بل بمجرد تعديبه بالخلط. وأطال الكلام في ذلك. وقال الزركشي: إذا قلنا إنه كالتالف ويملكه الغاصب فلا يتصرف فيه وهو محجور عليه فيه حتى يعطي المالك بدله أ - . وهو كما قال ابن شهبة ظاهر، قال: ولم أره لغيره.

تنبيه: قضية إطلاقهم أن خلط الدراهم بمثلها بحيث لا تتميز هلاك؛ وهو كذلك كما قاله بعض المتأخرين، وهو أوجه من قول ابن الصباغ وغيره إنهما يشتركان، والفرق بأن كل درهم متميز في نفسه بخلاف الزيت ونحوه منتقض بالحبوب. ولو اختلط الزيتون أو نحوهما بانصباب ونحوه كصب بهيمة أو برضا مالكهما فمشارك لعدم التعدي، فإن كان أحدهما أراد إجبار صاحبه على قبول المختلط، لأن بعضه عين حقه وبعضه خير منه لا صاحب الأجود، فلا يجبر على ذلك، فإن أخذ منه فلا أرش له لعدم التعدي، والأبيع المختلط وقسم الثمن بينهما بنسبة القيمة؛ فإن أراد قسمة غير المتفاضلين في القيمة على نسبة القيمة لم يجز للتفاضل في الكيل ونحوه. أما لو خلط المنصوب بغير جنسه كالزيت بالشيرج ودقيق الحنطة بدقيق الشعير، فإن تراضيا على الدفع منه أو بيعه وقسمة ثمنه جاز؛ لأن الحق لا يعدوهما، ولأن التفاضل جائز مع اختلاف الجنس، وإن امتنع أحدهما لم يجبر الممتنع، لأنه كالهالك فلا يلزم الغاصب ببذل ما لم يجب عليه ولا المنصوب منه بقبول ما لم يجب له فيغرم المثل، وقيل: يباعان ويقسم الثمن على نسبة القيمتين ولو لم يكن غصب، كأن انصب أحدهما على الآخر فمشارك بينهما لما مر. ولو غصب زيتين أو نحوهما من اثنين فأكثر وخلطهما، قال ابن المقري: فهو كما لو غصب زيتاً وخلطه بزيت؛ وهو مقتضى كلام أصله. وقال البلقيني: المعروف عند الشافعية أنه لا يملك شيئاً عنه ولا يكون كالهالك؛ وهذا أوجه، ومما يؤيده كما قال شيخي ما نقل عن فتاوى المصنف أنه لو غصب دراهم من جماعة وخلطها ودفع لكل منهم قدر حقه جاز له أخذه والتصرف فيه، وإن دفع لأحدهم فقط صار مشتركاً بين الجميع. وفرق بينه وبين ما إذا خلطه بمال نفسه بأنه تبع للملوك له فاستتبع، بخلاف مال الأجنيين لا أولوية لأحدهما على الآخر.

(ولو غصب خشبة) مثلاً (وبنى عليها) في ملكه أو غيره كمنارة مسجد، (أخرجت) أي بلزومه إخراجها وردّها إلى مالكها إن لم تتعفن، ولو تلف عليه بسبب الإخراج أضعاف ما قيمتها لتعديبه، وعليه أرش نقصها إن حدث فيها نقص وأجرة مثلها إن مضت مدة لمثلها أجرة، أما إذا تعفنت بحيث لو أخرجت لم يبق لها قيمة فهي كالتالفة.

(ولو أدرجها) أي الغاصب (في سفينة فكذلك) أي يلزمه ما مر إلا أن تتعفن، (إلا أن يخاف) من إخراجها من السفينة (تلف نفس أو مال معصومين) ولو للغاصب، كأن كانت السفينة في اللجة والخشبة في أسفلها فإنها لا تنزع، وإنما لم تنزع لأنها لا تدوم في البحر فيسهل الصبر إلى الشط؛ أي وتؤخذ القيمة للفرقة أو نحوه كرقاق بخلاف هدم البناء لرد اللوح، بل يأخذ القيمة للحيلولة إلى تيسر النزاع. وخرج بالمعصومين نفس الحربي وماله،

وَلَوْ وَطِئَ الْمَغْضُوبَةَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ حُدًّا، وَإِنْ جَهَلَ فَلَا حُدَّ، وَفِي الْحَالَيْنِ يَجِبُ الْمَهْرُ إِلَّا أَنْ تَطَاوَعَهُ فَلَا يَجِبُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَعَلَيْهَا الْحُدُّ إِنْ عَلِمَتْ. وَوَطِئَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ كَوَطِئِهِ فِي الْحُدِّ وَالْمَهْرِ، فَإِنْ غَرِمَهُ لَمْ يَرْجَعْ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْأَظْهَرِ.

وبالخوف المذكور ما لو كانت السفينة على الأرض أو مرساة على الشط أو نحوه، أو كانت الخشبة في أعلاها. قال الإسئوي: وينبغي أن يلحق بالتلف ما يبيح التيمم؛ قال الولي العراقي: إلا الشين، وجرى عليه الزركشي. والأوجه عدم الاستثناء في الآدمي كما يؤخذ من قولهم ولو خاط شيتاً بمغصوب لزمه نزعته منه وردة إلى مالكة إن لم يبل، وإلا فإلهاك لا من جرح حيوان محترم يخاف بالنزع هلاكه، أو ما يبيح التيمم فلا يجوز نزعته منه لحرمة إلا أنه لا يؤثر ذلك الشين في غير الآدمي بخلاف الآدمي كما في التيمم. ولو شد بمغصوب جبيرة كان كما لو خاط به جرحه؛ ذكره المتولي. ولا يذبح لنزعه مأكول ولا غيره ولو كان للغاصب، للنهي عن ذبح الحيوان لغير أكله ويضمنه لأنه أحال بينه وبين مالكة. ولو خاط به الغاصب جرحاً لآدمي بإذنه فالقرار عليه ولو جهل الغصب، كما لو قرب له طعاماً مغصوباً فأكله؛ وينزع الخيط المغصوب من الميت ولو آدمياً، وإنما لم ينزع في الحياة لحرمة الروح. وينزع من حي غير محترم كمرتد وزان محصن وكلب لا ينتفع به. وحيث لا يجوز نزعته يجوز غضبه له ابتداءً ليخاط به جرحه إن لم يوجد خيط حلال، وحيث يجوز نزعته لا يجوز غضبه ليخاط به الجرح.

(ولو وطئ) الغاصب الأمة (المغصوبة عالماً بالتحريم) لوطنها مختاراً، (حُدُّ) لأنه زنا، سواء أكانت عالمة أم جاهلة. نعم الأب ونحوه لا حد عليه، (وإن جهل) تحريمه لاشتباهاً عليه أو لقرب عهده بالإسلام أو لبعده عن العلماء؛ أو أكره عليه (فلا حد) عليه لعذره.

(وفي الحالين) أي حالتي علمه وجهله (يجب المهر) لأنه استوفى المنفعة، وهي غير زانية؛ لكن في حالة الجهل يجب مهر واحد وإن تكرر الوطء، وفي حالة العلم يتعدد. وإن وطئها مرة جاهلاً ومرة عالماً وجب مهران، وسيأتي بسط ذلك في باب الصداق إن شاء الله تعالى. (إلا أن تطاوعه) في الوطء عالمة بالتحريم، (فلا يجب) لها مهر (على الصحيح) لأنها زانية، وقد نهى عن مهر البغني، وهي الزانية. والثاني: يجب، لأنه لسيدتها فلا يسقط بطواعيتها فيه، كما لو أذنت في قطع يدها. وأجاب الأول بأن المهر وإن كان للسيد فقد عهدنا أنه يتأثر بفعلها كما لو ارتدت قبل الدخول. (وعليها الحد إن) طاوعته، و (علمت) بالتحريم لزناها. وهذا أيضاً قيد فيما قبله كما قدرته، فإن جهلته أو أكرهت عليه فلا حد. وسكت المصنف عن أرش البكارة، ولا شك في وجوبه، ولا يسقط بمطاوعتها كما لا يسقط أرش طرفها بإذنها في قطعه. وتقدم في باب الخيار أنه يجب لها هنا أرش بكارة ومهر ثيب، والفرق بين ما هنا وما هناك.

(ووطء المشتري من الغاصب كوطئه) أي الغاصب (في الحد والمهر) وأرش البكارة أيضاً إن كانت بكراً، لاشتراكهما في وضع اليد على ملك الغير بغير حق، فيأتي فيه ما ذكر في حالتي العلم والجهل؛ إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة فإنه يقبل قوله في ذلك.

(فإن غرمه) أي المهر للمالك، (لم يرجع به) المشتري (على الغاصب في الأظهر) لأنه باشر الإلتاف. والثاني: يرجع إن جهل الغصب؛ لأنه لم يدخل في العقد على ضمانه فيرجع به على البائع لأنه غره بالبائع. ويجري الخلاف في أرش البكارة أيضاً فلا يرجع به على الأظهر كما قاله الرافعي، وإن خالف في ذلك جمع؛ لأنه بدل جزء منها أتلفه.

وَإِنْ أَحْبَلَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ غَيْرُ نَسِيبٍ، وَإِنْ جَهَلَ فَحُرٌّ نَسِيبٌ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْإِنْفِصَالِ، وَيَرْجِعُ بِهَا الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ.
وَلَوْ تَلَفَ الْمَغْضُوبُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَغَرِمَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ، وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ.
وَلَا يَرْجِعُ بِغَرْمٍ مَنفَعَةٍ اسْتَوْفَاهَا فِي

(وإن أحبل) الغاصب أو المشتري منه حال كونه (عالمًا بالتحريم) للوطء، (فالولد رقيق) للسيد (غير نسيب) لأنه من زنا، وإن انفصل حيًّا فمضمون على الغاصب أو ميتاً بجنابة فبدله للسيد أو غيرها؛ ففي وجوب ضمانه على المحبل وجهان أوجههما كما قال شيخنا نعم كما هو ظاهر النص لثبوت اليد عليه تبعاً لأمه، والثاني لا، لأن حياته غير متيقنة. ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغضوبة إذا انفصل ميتاً، وعلى الأول تعتبر قيمته يوم الانفصال لو كان حيًّا، ونسب في المهمات ترجيح الثاني للرافعي؛ لكن قال الأذرعى إن ما ذكره غلط صريح، فإن الموضع الذي نقل عنه إنما قاله الرافعي في الجاهل بالتحريم وما نحن فيه في العالم اهـ. وحاصله أنه انتقل نظره من مسألة إلى أخرى.

(وإن جهل) من ذكر التحريم (فحر نسيب) للشبهة بالجهل؛ والمشهور كما قاله في المطلب أنه انعقد حرّاً لا رقيقاً ثم عتق. (وعليه) للسيد (قيمه) بتقدير رقه لتفويته رقه بظنه (يوم الانفصال) حيًّا؛ لأن التقويم قبله غير ممكن، وعليه أيضاً أرش نقص الولادة. (ويرجع بها) أي بالقيمة (المشتري على الغاصب) لأنه غزه بالبيع؛ لأن مقتضاه أن يسلم له الولد من غير غرامة. ووقع في الروضة بخط المصنف: «ولا يرجع» ونسب لسبق القلم. ويرجع أيضاً بأرش نقص الولادة كما نقل الرافعي عن العراقيين القطع به، فإن انفصل ميتاً بجنابة فعلى الجاني ضمانه بالغرّة، وللمالك مطالبة الغاصب أو المشتري منه قياساً عليه بعشر قيمة الأم لأننا تقدّره رقيقاً في حقه. ثم إن كانت الغرة أكثر فالزائد لورثة الجنين، أو أقل ضمن الغاصب أو المشتري منه للمالك عشر قيمة الأم كاملاً، وسيأتي في الجنائيات إن شاء الله تعالى أن بدل الجنين المجنّب عليه تحمله العاقلة. قال المتولي: والغرة تجب مؤجلة فلا يغرم الغاصب حتى يأخذ الغرة؛ وتوقف الإمام فيه. وإن انفصل ميتاً بغير جنابة فلا شيء فيه لعدم تيقن حياته. ويخالف ما لو انفصل رقيقاً ميتاً حيث قلنا فيه بالضمنان كما مر؛ لأن الرقيق يدخل تحت اليد فجعل تبعاً للأم؛ ولو انفصل حيًّا حياة غير مستقرة ثم مات وجب ضمانه لأننا تيقنا حياته.

تنبيه: اقتصار المصنف على المشتري قد يوهم أن المنهّب من الغاصب لا يرجع عليها بها، وفيه وجهان رجح البلقيني منهما الرجوع لأنه دخل على أن لا يضمناها.

فروع: لو أذن المال للغاصب أو للمشتري منه في وطء الأمة المغضوبة ووطىء وجب عليه المهر في أحد وجهين رجحه ابن القطان، وقيمة الولد في أحد طريقتين رجحه غيره.

(ولو تلف المغضوب عند المشتري) من الغاصب (وغرمه) لمالكة، (لم يرجع به) أي بما غرمه على الغاصب، سواء كان عالماً أم جاهلاً، وإنما يرجع عليه بالثمن؛ لأن المبيع بعد القبض من ضمان المشتري. وقيل: يرجع من المغروم بما زاد على قدر الثمن؛ ونقل عن صاحب التقریب. (وكذا) لا يرجع بالأرش الذي غرمه (لو تعيب عنده) بأفة (في الأظهر) لأن التعيب بأفة من ضمان المشتري. والثاني: يرجع للتغريب بالبيع؛ أما إذا كان بفعله فإنه لا يرجع قطعاً. (ولا يرجع) عليه (بغرم منفعة استوفاهما) كاللبس والركوب والسكنى (في

الْأَظْهَرُ، وَيَرْجِعُ بِغُرْمٍ مَا تَلَفَ عِنْدَهُ وَيَأْرِشُ نَقْصَ بِنَائِهِ وَغَرَّاسِهِ إِذَا نُقِضَ فِي الْأَصْحَ، وَكُلُّ مَا لَوْ غَرِمَهُ الْمُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ لَوْ غَرِمَهُ الْغَاصِبُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَمَا لَا فَيَرْجِعُ؛ قُلْتُ: وَكُلُّ مَنْ أَتَيْتَ يَدَهُ عَلَى الْغَاصِبِ فَكَالْمُشْتَرِي، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الأظهر) وهما القولان في المهر ومز توجيههما. (ويرجع) عليه (بغرم ما تلف عنده) من منفعة بغير استيفاء، (وبأرش نقص) بالمهمله، (بنائه وغراسه إذا نقض) بالمعجمة، من جهة مالك الأرض؛ (في الأصح) في المسألتين؛ لأنه غره بالبيع. والثاني: في الأولى ينزل التلف عنده منزلة إتلافه، وفي الثانية يقول كأنه بالبناء والغراس يتلف ماله.

تنبية: ثمرة الشجرة ونتاج الدابة وكسب العبد كالمنفعة كما جزم به في الروضة. قال السبكي: ويمكن إدخاله في كلام المصنف، ولولا أنه شامل لذلك لقال: «وما فات» لأنها العبارة المستعملة في المنفعة اهـ. ولا يرجع بما أنفق على الرقيق ولا بما أدى من خراج الأرض كما صححه الرافعي. ولو زوج الغاصب الأمانة المغصوبة ووطنها الزوج أو استخدمها جاهلاً وغرم المهر أو الأجرة لم يرجع لأنه استوفى مقابلها، بخلاف المنافع الفائتة عنده فإنه يرجع بغرمها.

(وكل ما) أي شيء (لو غرمه المشتري رجع به) على الغاصب كأجرة المنافع الفائتة تحت يده، (لو غرمه الغاصب) ابتداءً (لم يرجع به على المشتري) لأن القرار عليه لا على المشتري. (وما لا فيرجع) أي وكل ما لو غرمه المشتري لا يرجع به على الغاصب، كالمناقص التي استوفاه لو غرمه الغاصب ابتداءً رجع به الغاصب على المشتري لأن القرار عليه. نعم إن سبق من الغاصب اعتراف بالملك لم يرجع قطعاً لأنه يقول الذي ظلمني هو المدعي، والمظلوم لا يرجع إلا على من ظلمه. ولو غرم قيمة العين وقت الغصب لكونها أكثر لم يرجع بالزائد على الأكثر من قيمة وقت قبض المشتري إلى التلف؛ لأنه لم يدخل في ضمان المشتري، ولا تستثنى هذه الصورة لأن المشتري لا يغرم الزائد فلا يصدق به الضابط المذكور.

فائدة: تكتب «ما» من «كل ما» إذا كانت غير ظرف كما هنا مفصولة، وإلا فموصولة كـ «كلما رأيت زيداً فأكرمه».

(قلت) كما قال الرافعي في الشرح: (وكل من أتيت يده) بنون فموحدة فنون فمثناة من فوق بضبط المصنف، (يده على يد الغاصب) غير المشتري (كالمشتري) في الضابط المذكور في الرجوع وعدمه (والله أعلم). قال الإسنوي: وقد سبق في أول الباب بيان ذلك، فقال: والأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان إلخ. فتأمل ما قاله هناك، وقيد به ما أطلقه هنا.

خاتمة: لو وقع فصيل في بيت أو دينار في محبرة ولم يخرج الأول إلا بهدم البيت والثاني إلا بكسر المحبرة، فإن كان الوقوع بتفريط صاحب البيت والمحبرة فلا غرم على مالك الفصيل والدينار، وإلا غرم الأرض، فإن كان الوقوع بتفريطهما، فالوجه كما قال الماوردي أنه إنما يغرم النصف لاشتراكهما في التفريط كالمتصادمين. ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر ولم تخرج إلا بكسرها كسرت لتخليصها، ولا تُذبح المأكولة لذلك. ثم إن صحبها مالكها فعليه الأرض لتفريطه، فإن لم يكن معها فإن تعدى صاحب القدر بوضعها بموضع لا حق له فيه أو له فيه حق لكنه قدر على دفع البهيمة فلم يدفعها فلا أرض له، ولو تعدى كل من مالك القدر

والبهيمة فحكمه حكم ما مرَّ عن الماوردي . ولو ابتلعت بهيمة جوهرة لم تُذبح لتخليصها وإن كانت مأكولة بل يغرم مالکها إن فرط في حفظها قيمة الجوهرة للحيلولة، فإن ابتلعت ما يفسد بالإبتلاع غرم قيمته للفيضولة . ولو ابتاعها بطعام معين فأكلته قبل قبضه بوجه مضمون استقرَّ العقد ووقع ذلك قبضاً للثمن وإلاً انفسخ العقد، أو بعد قبضه فقد أتلفت مالاً للبايع فلا يفسخ العقد . ولو غصب لؤلؤة ودجاجة فابتلعت الدجاجة اللؤلؤة، يقال له : إن لم تذبح الدجاجة غرمناك قيمة اللؤلؤة، فإن ذبحتها غرمناك أرش الدجاجة . ولو غصب لؤلؤة مثلاً وابتلعها وأمكن إخراجها بشرب دواء هل يلزمه ذلك أو لا؟ أفتى القفال بأنه لا يلزمه بل يغرم القيمة؛ أي للحيلولة كما مرَّ . ونو غصب ثوباً فتنجس عنده لم يُجْزَ له تطهيره بغير إذن مالکة ولا يُكأف تطهيره، فإن طهره فنقص ضمن أرش النقص، وإن لم يطهره فعليه مؤنة التطهير وأرش نقصه إن نقص . ويضمن الغاصب نقص الشباب بالكبر، ونقص النهود بتدلي الشدي، ونقص المُرودة بالإلتحاء، ونقص الفحل بالضراب أو نحو ذلك . والولد الحاصل بضراب الفحل لمالك الأم وإن كانت للغاصب، ولا شيء على الغاصب للإنزاء بلا نقص لأنه لا يقابل بمال .