

١/٢٠٨
ص

(٣٣) / الغصب والمستكرهة (١)

[١] باب

أخبرنا الربيع بن سليمان قال: قال الشافعي: إذا شق الرجل للرجل ثوباً شقاً صغيراً أو كبيراً، يأخذ ما بين طرفيه طولاً وعرضاً، أو كسر له متاعاً فَرَضَهُ (٢)، أو كسره كسراً صغيراً، أو جنى له على مملوك فأعماه، أو قطع يده، أو شجّه مُوضِحَةً (٣)، فذلك كله سواء، وَيُقَوِّمُ المتاعُ كله، والحيوان كله غير الرقيق، صحيحاً ومكسوراً، وصحيحاً ومجروحاً قد برأ من جرحه، ثم يعطى مالك المتاع والحيوان فضل ما بين قيمته صحيحاً ومكسوراً (٤) ومجروحاً، فيكون ما جنى (٥) عليه من ذلك ملكاً له؛ نفعه أولم ينفعه، ولا يملك أحد بالجنابة شيئاً جنى عليه، ولا يزول ملك المالك إلا أن يشاء، ولا يملك رجل شيئاً إلا أن يشاء إلا في الميراث.

فأما من جُنِيَ (٦) عليه من العبيد فَيُقَوِّمُونَ صحاحاً قبل الجنابة، ثم ينظر إلى الجنابة فيعطون أرشها من قيمة العبد صحيحاً، كما يعطى الحر أرش الجنابة عليه من ديته بالعنا من ذلك ما بلغ، وإن كانت قيمة، كما يأخذ الحر ديات وهو حي، قال الله عز وجل: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقال: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] فلم أعلم أحداً من المسلمين خالف في أنه لا يكون على أحد أن يملك شيئاً إلا أن يشاء أن يملكه إلا الميراث، فإن الله عز وجل نقل ملك الأحياء إذا ماتوا إلى من ورثهم إياه شأواً أو أبواً. ألا ترى أن الرجل لو أوصى له، أو وهب له، أو تُصَدِّقَ عليه، أو ملك شيئاً، لم يكن عليه أن يملكه إلا أن يشاء؟ ولم أعلم أحداً من المسلمين اختلفوا: في أن لا يخرج ملك المالك المسلم من يديه / إلا بإخراجه إياه هو نفسه ببيع، أو هبة، أو غير ذلك، أو عتق، أو دين لزمه فيباع في ماله، وكل هذا فعله لا فعل غيره.

(١) «المستكرهة» من (ص، م).

(٢) فَرَضَهُ: قال في المصباح: رضضته رضاً من باب كسر: كسرته، والرُّضاض مثل الدُّقاق. قال ابن فارس: الرض: الدق. وقال الأزهري: الترضيض أن يدقه دقاً لا يلتئم.

(٣) الموضحة: الشجة التي تكشف العظم. ولا قصاص في شيء من الشجاج إلا فيها.

(٤) في (ص، م، ت): «مجروحاً ومكسوراً».

(٥) في (ب): «فيكون ما جرى عليه» وما أثبتناه من (ص، م، ت).

(٦) في (ص، م، ت): «فأما ما جنى عليه».

قال : فإذا (١) كان الله عز وجل حرم أن تكون أموال الناس مملوكة إلا ببيع عن تراض ، وكان المسلمون يقولون فيما وصفت ما وصفت ، فمن أين غلط أحد في أن يعجنى على مملوكي فيملكه بالجناية وأخذ أنا قيمته ، وهو قبل الجناية لو أعطاني فيه أضعاف ثمنه لم يكن له أن يملكه إلا أن أشاء ، ولو وهبته له لم يكن عليه أن يملكه إلا أن يشاء ، فإذا لم يملكه بالذي يجوز ، ويحل من الهبة إلا بمشيئته ، ولم يملك على بالذي يحل من البيع إلا أن أشاء ، فكيف ملكه حين عصى الله عز وجل فيه ، فأخرج من يدي ملكي بمعصية غيري لله ، وألزم غيري ما لا يرضى ملكه إن كان أصابه خطأ ؟ وكيف إن كانت الجناية توجب لى شيئاً اخترت (٢) حبس عبدى سقط الواجب لى ؟ وكيف إن كانت الجناية / تخالف حكم ما سوى ما وجب لى ، ولى حبس عبدى ، وأخذ أرشه ومتاعى ، وأخذ ما نقصه إذا كان ذلك غير مفسد له ، فإن جنى عليه ما يكون مفسداً له فزاد الجاني معصية لله ، وزيد على فى مالى ما يكون مفسداً له سقط حقى حين عظم ، وثبت حين صغر ، وملك حين عصى وكبرت معصيته ، ولا يملك حين عصى ، فصغرت معصيته ، ما ينبغى أن يستدل أحد على خلاف هذا القول لأصل حكم الله . وما لا يختلف المسلمون فيه من أن المالكين على أصل ملكهم ما كانوا أحياء ، حتى يخرجوا هم الملك من أنفسهم بقول ، أو فعل بأكثر من أن يحكى ، فيعلم أنه خلاف ما وصفنا من حكم الله عز وجل (٣) ، وإجماع المسلمين ، والقياس والمعقول ، ثم شدة تناقضه هو فى نفسه .

٨ - ٢ / ب
٤

قال : وإذا غضب الرجل جارية تَسَوَّى مائة ، / فزادت فى يديه بتعليم منه وسن واغتذاء من ماله حتى صارت تساوى ألفاً ، ثم نقصت حتى صارت تساوى مائة ، ثم أدركها المقصوب فى يده أخذها وتسعمائة معها ، كما يكون لو غضبه (٤) إياها وهى تساوى ألفاً فأدركها وهى تساوى مائة أخذها وما نقصها وهى تسعمائة ، قال : وكذلك إن باعها الغاصب ، أو وهبها ، أو قتلها ، أو استهلكها ، فلم تدرك بعينها ، كانت على الغاصب قيمتها فى أكثر ما كانت قيمة منذ غضبت إلى أن هلكت ، وكذلك ذلك فى البيع ، إلا أن رب الجارية يخير فى البيع : فإن أحب أخذ الثمن الذى باع به الغاصب كان أكثر من قيمتها أو أقل ؛ لأنه ثمن سلعته ، أو قيمتها فى أكثر ما كانت قيمة قط .

٥٣١ / ب
٤

(١) فى (م ، ت) : « وإذا كان » ، وفى (ص) : « فإذا » .

(٢) فى (ب) : « واخترت » بالعطف ، وما أثبتناه من (ص ، ت ، م) .

(٣) فى (ص ، ت ، م) : « من حكم الله جلّ وعز » .

(٤) فى (ص) : « كما يكون له غضبه » وهو خطأ .

قال الشافعي بَعْدُ : ليس له إلا جاريته ، والبيع مردود ؛ لأنه باع ما ليس له ، وبيع الغاصب مردود .

فإن قال قائل : وكيف غصبها بثمان (١) مائة وكان لها ضامناً ، وهي تساوي مائة ، ثم زادت حتى صارت تساوي ألفاً ، وهي في ضمان الغاصب ، ثم ماتت ، أو نقصت ، فَضَمَّتْ قيمتها في حال زيادتها ؟ قيل له - إن شاء الله تعالى : لأنه لم (٢) يكن غاصباً ، ولا ضامناً ، ولا عاصياً في حال دون حال ، لم يزل غاصباً ضامناً عاصياً من يوم غصب إلى أن فانت أو ردها ناقصة ، فلم يكن الحكم عليه في الحال الأولى بأوجب منه في الحال الثانية ، ولا في الحال الثانية بأوجب منه في الحال الآخرة ؛ لأن عليه في كلها أن يكون راداً لها وهو في كلها ضامن عاصٍ ، فلما كان للمغصوب أن يغصبها قيمة مائة فيدركها قيمة ألف فيأخذها ، ويدركها ولها عشرون ولدًا ، فيأخذها وأولادها (٣) ، كان الحكم في زيادتها في بدنها وأولادها (٤) / كالحكم في بدنها حين غصبها ، يملك منها زائدة بنفسها وولدها ما ملك منها ناقصة حين غصبها . ولا فرق بين أن يقتلها وولدها ، أو تموت (٥) هي وولدها في يديه ؛ من قبل أنه إذا كان كما وصفت يملك ولدها كما يملكها ، لا يختلف أحد علمته في أنه : لو غصب رجل جارية فماتت في يديه موتاً ، أو قتلها قتلاً ضمنها في الحالين جميعاً كذلك .

قال : وإذا غصب الرجل الرجل جارية فباعها ، فماتت في يد المشتري ، فالمغصوب بالخيار : في أن يُضَمَّنَ الغاصب قيمة جاريته في أكثر ما كانت قيمة من يوم غصبها إلى أن ماتت ، فإن ضَمَّنَه فلا شيء للمغصوب على المشتري ، ولا شيء للغاصب على المشتري إلا قيمتها ، إلا الثمن الذي باعها به أو يُضَمَّنَ المغصوب المشتري ، فإن ضَمَّنَه فهو ضامن لقيمة جارية المغصوب لأكثر ما كانت قيمة من يوم قبضها إلى أن ماتت في يده ، ويرجع المشتري على الغاصب بفضل ما ضَمَّنَه المغصوب من قيمة الجارية على قيمتها يوم قبضها المشتري ، وبفضل ثمن إن كان قبضه منه على قيمتها حتى لا يلزمه في حال إلا قيمتها .

قال : وإن أراد المغصوب إجازة البيع لم يجز ؛ لأنها مُلِكَتْ ملكاً فاسداً ، ولا يجوز الملك الفاسد إلا بتجديد بيع . وكذلك لومات في يدي المشتري ، فأراد المغصوب أن يجيز البيع لم يجز ، وكان للمغصوب قيمتها .

(٢) في (ص ، م) : « إنه لم يكن غاصباً » .

(١) في (ص ، ت) : « ثمن مائة » .

(٣) - (٤) ما بين الرقمين ساقط من (م) .

(٥) في (ب) : « وولدها » وما أثنائه من (ص ، ت) .

زيد في (ص ، م) : « ... »

ولو ولدت في يدي المشتري أولاداً ، فمات بعضهم ، وعاش بعضهم ، خير المصوب في أن يضمّن الغاصب أو المشتري ، فإن ضمّن الغاصب لم يكن له سبيل على المشتري ، وإن ضمن المشتري (١) وقد ماتت الجارية رجع عليه بقيمة الجارية ومهرها ، وقيمة أولادها يوم سقطوا أحياء ، ولا يرجع عليه بقيمة من سقط منهم ميتاً ، ورجع المشتري على البائع بجميع ما ضمّن المصوب ، لا قيمة الجارية ومهرها فقط . ولو وجدت الجارية حية ، أخذها المصوب رقيقاً له وصادقها ، ولا يأخذ ولدها .

قال : فإن كان الغاصب هو أصابها ، فولدت منه أولاداً ، فعاش بعضهم ومات بعض ، أخذ المصوب الجارية وقيمة من مات من أولادها في أكثر ما كانوا قيمة ، والأحياء فاسترقهم ، وليس الغاصب في هذا كالمشتري ، / المشتري مغرور ، والغاصب لم يغرّه إلا نفسه ، وكان على الغاصب إن لم يدع الشبهة الحد ، ولا مهر عليه .

قال الربيع : فإن (٢) / كانت الجارية أطاعت الغاصب وهي تعلم أنها حرام عليه ، وأنه زان بها ، فلا مهر ؛ لأن هذا مهر بغى ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن مهر البغى . وإن كانت تظن هي أن الوطء حلال فعليه مهر مثلها . وإن كانت مغموبة على نفسها فلصاحبها المهر ، وهو زان ، وولده رقيق .

فإن قال قائل : رأيت المصوب إذا اختار إجازة البيع لم لم يجز البيع؟ قيل له - إن شاء الله تعالى : البيع إنما يلزم برضا المالك والمشتري ، ألا ترى أن المشتري وإن كان رضى بالبيع فللمصوب جاريته كما كانت لو لم يكن فيها بيع ، وأنه لا حكم للبيع في هذا الموضع إلا حكم الشبهة ، وأن الشبهة لم تغير ملك المصوب ؟ فإذا كان للمصوب أخذ الجارية ، ولم ينفع البيع المشتري ، فهي على أصل (٣) الملك الأول للمصوب ، وإذا كان المشتري لا يكون له حبسها ولو علم أنه باعها غاصب غير موكل استرق ولده (٤) ، ولا يتبغى (٥) أن يذهب على أحد أنه لا يجوز على المشتري إجازة البيع إلا بأن يحدث المشتري رضا بالبيع ، فيكون بيعاً مستأنفاً . فإن شبه على أحد بأن يقول : إن رب الجارية لو كان أذن بيعها لزم البيع ، فإذا أذن بعد البيع فلم لا يلزم؟ قيل له - إن شاء الله تعالى : إذنه قبل البيع إذا بيعت يقطع خياره ، ولا يكون له رد الجارية ، وتكون الجارية

١/٥٣٢
ص

١/٢٠٩
٢

(١) في (ص ، ت) : « وإن ضمن المصوب » . (٢) في (م) : « وإن كانت الجارية » .

(٣) في (ب ، ت) : « فهي على الملك » وما أثبتناه من (ص ، م) .

(٤) في (ص ، ت) : « وولده » .

(٥) في (ب) : « فلا يتبغى » وما أثبتناه من (ص ، ت ، م) .

1/1٤٧
ت

لمن اشتراها . ولو أولدها لم يكن له / قيمة ولدها ؛ لأنها جارية للمشتري ، وحلال للمشتري الإصابة ، والبيع ، والهبة ، والعتق . فإذا بيعت بغير أمره فله رد البيع ، ولا يكون له رد البيع إلا والسلعة لم تملك ، وحرام على البائع البيع ، وحرام على المشتري الإصابة لو علم ، ويسترق ولده ، فإذا باعها أو أعتقها لم يجز بيعه ولا عتقه ، فالحكم فى الإذن قبل البيع : أن المأذون له فى البيع كالبائع المالك ، وأن الإذن بعد البيع إنما هو تجديد بيع ، ولا يلزم البيع المجدد إلا برضا البائع والمشتري .

وهكذا كل من باع بغير وكالة ، أو زوج بغير وكالة ، لم يجز أبداً إلا بتجديد بيع أو نكاح .

فإن قال قائل : لم ألزمت المشتري المهر ووطؤه (١) فى الظاهر كان عنده حلالاً ، أو كيف (٢) رددته بالمهر وهو الواطئ ؟ قيل له - إن شاء الله تعالى : أما إلزامنا إياه المهر فلما كان من حق الجماع إذا كان بشبهة يدرأ فيه الحد فى الأمة والحرّة ، أن يكون فيه مهر ، كان هذا جماعاً يدرأ به الحد ، ويلحق به الولد للشبهة ، فإن قال : فإنما جامع ما يملك عند نفسه . قلنا : فتلك الشبهة التى درأنا بها الحد ، ولم نحكم له فيها بالملك ؛ لانا نردها رقيقاً ونجعل عليه قيمة الولد ، والولد إذا كانوا بالجماع الذى أراه له مباحاً ، فالزمناه قيمتهم ، كان الجماع بمنزلة الولد أو أكثر ؛ لأن الجماع لازم ، فإن (٣) لم يكن ولد ، فإذا ضمنناه الولد ؛ لأنهم بسبب الجماع ، كان الجماع أولى أن نضمنه إياه ، وتضمن الجماع هو تضمن الصدق .

فإن قال قائل : وكيف ألزمته قيمة الأولاد الذين لم يدركهم السيد إلا موتى ؟ قيل له : لما كان السيد يملك الجارية ، وكان ما ولدت مملوكاً بملكها إذا وطئت بغير شبهة ، فكان على الغاصب ردهم حين ولدوا ، فلم يردهم حتى ماتوا ، ضمن قيمتهم كما يضمن قيمة أمهم لو ماتت . ولما كان المشتري (٤) وطئها بشبهة ، كان سلطان المغصوب عليهم فيما يقوم مقامهم حين ولدوا ، فقد ثبتت له قيمتهم ، فسواء ماتوا أو عاشوا ؛ لأنهم لو عاشوا لم يسترقوا .

(١) فى (ص ، م ، ت) : « ووطئه » .

(٢) فى (ب) : « وكيف » وما أثبتناه من (ص ، م ، ت) .

(٣) فى (ب) : « وإن لم يكن » وما أثبتناه من (ص ، م ، ت) .

(٤) فى (ص) : « ولما كان للمشتري » .

قال : وإذا اغتصب الرجل الجارية ثم وطئها بعد الغضب ، وهو من غير أهل الجهالة ، أخذت منه الجارية والعُقْر^(١) وأقيم عليه حد الزنا ، فإن كان من أهل الجهالة ، وقال : كنت أرانى لها ضامناً ، وأرى هذا يحل عُزْر^(٢) ولم يحد ، وأخذت منه الجارية والعقر .

ب/٥٣٢
ص

قال : وإذا غضب الرجل الجارية / فباعها ، فسواء باعها فى الموسم أو على منبر أو تحت سرداب ، حق المصوب فيها فى هذه الحالات سواء . فإن جنى عليها أجنبى فى يدي المشتري أو الغاصب جناية تأتى على نفسها ، أو بعضها ، فأخذ الذى هى فى يديه أرش الجناية ، ثم استحقها المصوب ، فهو بالخيار فى أخذ أرش الجناية من يدي من أخذها إذا كانت نفساً ، أو تضمينه قيمتها على ما وصفنا ، وإن كانت جرحاً فهو بالخيار فى أخذ أرش الجرح من الجانى والجارية من الذى هى فى يديه ، أو تضمين الذى هى فى يديه ما نقصها الجرح بالغاً ما بلغ . وكذلك إن كان المشتري قتلها ، أو جرحها ، فإن كان الغاصب قتلها فلمالكها عليه الأكثر من قيمتها يوم قتلها ، أو قيمتها فى أكثر ما كانت قيمة ؛ لأنه لم يزل لها ضامناً .

قال : وإن كان المصوب ثوباً فباعه الغاصب من رجل فلبسه ، ثم استحقه / المصوب أخذه ، وكان له ما بين قيمته يوم اغتصبه ، وبين قيمته التى نقصه إياها اللبس ، كان قيمته يوم غصبه عشرة فنقصه اللبس خمسة ، ف يأخذ ثوبه وخمسة ، وهو بالخيار فى تضمين اللباس المشتري أو الغاصب ، فإن ضمن الغاصب فلا سبيل له على اللباس . وهكذا إن غضب دابة فركبت حتى أنضيت^(٣) ، كانت له دابته ، وما / نقصت عن حالها حين غصبها .

ب/٢٠٩
٢

ب/١٤٧
ت

ولست أنظر فى القيمة إلى تغير الأسواق ، إنما أنظر إلى تغير بدن المصوب ، فلو أن رجلاً غضب رجلاً عبداً صحيحاً قيمته مائة دينار ، فمرض ، فاستحقه وقيمته مريضاً خمسون ، أخذ عبده وخمسين ، ولو كان الرقيق يوم أخذه أغلى منهم يوم غصبه . وكذلك لو غصبه صبيّاً مولوداً قيمته دينار يوم غصبه ، فشب فى يد الغاصب ، وشل ، أو اعور ،

(١) العُقْر : دية الفرج المصوب ، وصادق المرأة ، وهو للمغتصبة من الإماء كالمهر للحره . وقال ابن الأثير : العُقْر : ما تعطاه المرأة على وطء الشبهة .

(٢) التعزير : ضَرْبٌ دون الحد ، أو هو أشد الضرب . (القاموس) .

(٣) نضيت : هزلت ، وأنضاه : هزله ، والنضو : المهزول من الإبل وغيرها . (القاموس) .

وغلا الرقيق أو لم يغفل ، فكانت قيمته يوم استحقه عشرين ديناراً ، أخذه وقومناه صحيحاً وأشل أو أعور ، ثم رددناه على الغاصب بفضل ما بين قيمته صحيحاً وأشل (١) أو أعور ؛ لأنه كان عليه أن يدفعه إليه صحيحاً ، فما حدث به من عيب ينقصه في بدنه كان ضامناً له . وهكذا لو غصبه ثوباً جديداً قيمته يوم غصبه عشرة ، فلبسه حتى أخلق ، وغلت الثياب فصار يسوى (٢) عشرين ، أخذ الثوب ، ويقوم الثوب جديداً وخلقاً (٣) ، ثم أعطى فضل ما بين القيمتين . قال : ولو غصبه جديداً قيمته عشرة ، ثم رده جديداً قيمته خمسة لرخص الثياب ، لم يضمن شيئاً ؛ من قبل أنه رده كما أخذه . فإن شبه على أحد بأن يقول : قد ضمن قيمته يوم (٤) اغتصبه ، فالقيمة لا تكون مضمونة أبداً إلا لفائت ، والثوب إذا كان موجوداً بحاله غير فائت ، وإنما تصير عليه القيمة بالفوت ، ولو كان حين غصب كان ضامناً لقيمه لم يكن للمغصوب أخذ ثوبه وإن (٥) زادت قيمته ، ولا عليه أخذ ثوبه إن كانت قيمته سواء ، أو كان أقل قيمة .

قال : وإذا غصب الجارية فأصابها عيب من السماء ، أو بجناية أحد فسواء ، وسواء أصابها ذلك عند الغاصب أو المشتري ، يسلك بما أصابها من العيوب التي من السماء ما سلك (٦) بها في العيوب التي يجنى عليها الأدميون .

قال : وإذا غصب الرجل جارية فباعها من آخر ، فحدث بها عند المشتري عيب ، ثم جاء المغصوب فاستحقها أخذها ، وكان بالخيار في أخذ ما نقصها العيب من الغاصب ، فإن أخذه منه لم يرجع على المشتري بشيء ، ولرب الجارية أن يأخذ ما نقصه العيب الحادث في يد المشتري من المشتري ، فإن أخذه من المشتري رجح به المشتري على الغاصب وبثمنها الذي أخذ منه ؛ لأنه لم يسلم إليه ما اشترى ، وسواء كان العيب من السماء ، أو بجناية آدمي .

قال : وإذا غصب الرجل من الرجل دابة فاستغلها ، أو لم / يستغلها ، ومثلها غلة أو داراً فسكنها أو أكرها ، أو لم يسكنها ولم يكرها ، ومثلها كراء أو شيئاً ما كان مما له غلة استغلها أو لم يستغلها ، انتفع به أو لم ينتفع به ، فعليه كراء مثله من حين أخذه حتى يرده ، إلا أنه إن كان أكرها بأكثر من كراء مثله فالمغصوب بالخيار في أن يأخذ ذلك الكراء ؛

(١) في (ص ، ت) : « أو أشل » .

(٢) في (ب) : « يساوي عشرين » وما أثبتناه من (ص ، م ، ت) .

(٣) خَلَقًا : بالياء . (٤) في (ص ، ت) : « قيمته ثم اغتصبه » .

(٥) في (ص ، ت) : « إن زادت قيمته » بغير عطف .

(٦) في (ص ، م) : « ما يسلك بها » .

لأنه كراء ماله ، أو يأخذ كراء مثله . ولا يكون لأحد غلة بضمان إلا للمالك ؛ لأن رسول الله ﷺ إنما قضى بها للمالك الذى كان أخذ ما أحل الله له ، والذى كان إن مات المُغْلِّ مات من ماله . وإن شاء أن يحبس المغل حبسه ، إلا أنه جعل له الخيار ، إن شاء أن يرده بالعيب رده . فأما الغاصب فهو ضد المشتري ، الغاصب أخذ ما حرم الله تعالى عليه ، ولم يكن للغاصب حبس ما فى يديه ، ولو تلف المغل كان الغاصب له ضامناً حتى يؤدي قيمته إلى الذى غصبه إياه ، لا (١) يطرح الضمان له لو تلف قيمة الغلة التى كانت قبل أن يتلف .

ولا يجوز إلا هذا القول ، أو قول آخر وهو خطأ عندنا - والله تعالى أعلم : وهو أن بعض الناس زعم أنه إذا سكن ، أو استغل ، أو حبس ، فالغلة والسكن له بالضمان ولا شئ عليه ، وإنما ذهب إلى القياس على الحديث الذى ذكرت (٢) . / فأما أن يزعم زاعم : أنه إن أخذ غلة أو سكن رد الغلة وقيمة السكنى ، وإن لم يأخذها فلا شئ عليه . فهذا خارج من كل قول ، لا هو جعل ذلك له بالضمان ، ولا هو جعل ذلك للمالك إذا كان المالك مغضوباً .

١/١٤٨
ت

قال الربيع : معنى قول الشافعى : ليس للمغضوب أن يأخذ إلا كراء مثله ؛ لأن كراءه باطل ، وإنما على الذى سكن إذا استحق الدار ربه كراء مثلها ، وليس له خيار فى أن يأخذ الكراء الذى أكرهاها به الغاصب ؛ لأن الكراء مفسوخ .

قال الشافعى رحمه الله : ولو اغتصبه أرضاً فغرسها نخلاً أو أصولاً ، أو بنى فيها بناء أوشق فيها أنهاراً ، كان عليه كراء مثل الأرض بالحال الذى اغتصبه إياه ، وكان على البانى والغارس / أن يقلع بناءه وغرسه ، فإذا قلعه ضمن ما نقص القلع الأرض حتى يرد إليه الأرض بحالها حين أخذها ويضمن القيمة بما نقصها . قال : وكذلك ذلك فى النهر وفى كل شئ أحدثه فيها ، لا يكون له أن يثبت فيها عرفاً ظالماً .

١/٢١٠
م

[١٦٥٩] وقد قال النبى ﷺ : « ليس لعرقِ ظالمِ حق (٣) » .

(١) فى (ب) : « ولا يطرح » بالعطف ، وما أثبتناه من (ص ، م ، ت) .

(٢) يريد حديث : « الخراج بالضمان » .

(٣) العرق الظالم : أن يجيء الرجل الظالم إلى أرض الرجل فيغرس فيها غرساً ليستحقها أو يستغلها ، فتقوم البينة لمالكها بصحة الملك ، فيؤمر الغارس بقلع غراسه ، وليس لعروق ذلك الغراس حق فى الأرض ؛ لأن الغارس كان ظالماً ، وإذا كان ظالماً فعرق ما غرس ظالم .

ولا يكون لرب الأرض أن يملك مال الغاصب ولم يملكه إياه ، كان ما يقلع الغاصب منه ينفعه أولاً ينفعه ؛ لأن له منع قليل ماله ، كما له منع كثيره . وكذلك لو كان حفر فيها بئراً كان له دفنها ، وإن لم ينفعه الدفن ، وكذلك لو غصبه داراً فزوّقها ، كان له قلع

= محمد بن المثني ، عن عبد الوهاب ، عن أيوب ، عن هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن سعيد بن زيد ، عن النبي ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » . (رقم ٣٠٧٣) .
وعن هناد بن السرى ، عن عبدة ، عن محمد بن إسحاق ، عن يحيى بن عروة ، عن أبيه : أن رسول الله ﷺ مثله . (رقم ٣٠٧٤) .

وفى هذا قال : فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث : أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر ، ففضي لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها . قال : فلقد رأيتها ، وإنها تُضرب أصولها بالفؤوس ، وإنها لنخل عم (أى طوال) حتى أخرجت منها .

وعن أحمد بن سعيد الدارمي ، عن وهب ، عن أبيه ، عن ابن إسحاق ، بإسناده ومعناه ؛ إلا أنه قال مكان « الذي حدثني هذا » : فقال رجل من أصحاب النبي ﷺ ، وأكثر ظني أنه أبو سعيد الخدري : فأن رأيت الرجل يضرب في أصول النخل .

هذا وقد روى الحديث مالك في الموطأ (٢ / ٧٤٣) (٣٦) كتاب الاقضية - (٢٤) القضاء في عمارة الموات - عن هشام بن عروة ، عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » . (رقم ٢٦) .

قال ابن عبد البر : مرسل باتفاق الرواة .
قال مالك : والعرق الظالم كل ما احترق ، أو أخذ ، أو غرس بغير حق .
* ت : (٣ / ٦٥٣) (١٣) الأحكام - (٣٨) باب ما ذكر من إحياء أرض الموات - من طريق عبد الوهاب الثقفي عن أيوب ، عن هشام ، عن أبيه ، عن سعيد بن زيد .
قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب . (رقم ١٣٧٨) .

وقال : وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن النبي ﷺ مرسلًا .
قال ابن حجر في بلوغ المرام (ص ٣٠٠) : واختلف في وصله وإرساله وفي تعيين صحابه ، وفصل ذلك في التلخيص الحبير (٣ / ٥٤) فقال : أعله الترمذي بالإرسال ، ورجح الدارقطني إرساله أيضاً ، واختلف فيه على هشام بن عروة اختلافاً كثيراً ، ورواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة (رقم ١٤٤٠) وفي إسناده زمعة ، وهو ضعيف ، ورواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه في مستدبرهما من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه ، عن جده ، وعلقه البخاري بقوله : « ويروى عن عمرو بن عوف » ، ورواه البيهقي من حديث سمرة ، والطبراني من حديث عبادة وعبد الله بن عمرو .

ولنا ملاحظتان : أولاهما : أن طريق أبي داود الموصلة رجالها كلهم ثقات رجال الشيخين - كما قال الشيخ الألباني ، وقد قواها الحافظ في الفتح (١٩ / ٥) لولا أنها شاذة لمخالفة مالك ومن معه من الثقات لرواية أيوب الموصلة .

والثانية : أن الحديث روى بأسانيد أخرى فيها مقال ، لكن يتقوى بعضها ببعض ، كما قال الحافظ في الفتح (١٩ / ٥) وتخرجه عن كونه شاذاً إلى كونه صحيحاً ، والله تعالى أعلم .
(انظر مزيداً من تخريج الحديث في إرواء الغليل ٥ / ٣٥٣ - ٣٥٦) .

التزويق وإن لم يكن ينفعه قلعه . وكذلك لو كان نقل عنها تراباً كان له أن يرد ما نقل عنها حتى يوفيه إياها بالخال التي غضبه إياها عليها، لا يكون عليه أن يترك من ماله شيئاً ينتفع به المغضوب ، كما لم يكن على المغضوب أن يبطل من ماله شيئاً في يد الغاصب .

[١٦٦٠] فإن تأول رجل قول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » .

[١٦٦٠] هذا الحديث روى من حديث عبادة بن الصامت ، وعبد الله بن عباس ، وأبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة ، وجابر بن عبد الله ، وعائشة ، وثعلبة بن أبي مالك القرظي ، وأبي لبابة رضي الله عنهم . وقد روى عن هؤلاء جميعاً بأسانيد ضعيفة ، لكنها ترقى إلى درجة الحسن المحتج به إن شاء الله عز وجل وتعالى .

* جهه : (٢ / ٧٨٤) (١٣) كتاب الأحكام (١٧) باب من بنى في حقه ما يضر جاره - من طريق فضيل ابن سليمان ، عن موسى بن عقبة ، عن إسحاق بن يحيى بن الوليد ، عن عبادة بن الصامت : أن رسول الله - ﷺ - قضى ألا ضرر ولا ضرار .

قال البوصيري في الزوائد (ص ٣١٩) : هذا إسناد صحيح ، رجاله ثقات إلا أنه منقطع ، إسحاق ابن يحيى بن الوليد قال الترمذي وابن عدي : لم يدرك عبادة بن الصامت . قال البخاري : لم يلتق عبادة . وقال في حديث آخر في باب من باع نخلاً : وإسناد حديث عبادة بن الصامت ضعيف لضعف إسحاق بن يحيى بن الوليد ، وأيضاً لم يدرك عبادة بن الصامت ، قاله البخاري ، والترمذي ، وابن عدي ، وابن حبان (ص ٣٠٥ كتاب البيوع ت) .

ورواه (جهه) كذلك - من طريق عبد الرزاق ، عن معمر ، عن جابر الجعفي ، عن عكرمة ، عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ، قال البوصيري : وله شاهد في السنن من حديث أبي هريرة ، وإسناد حديث ابن عباس ضعيف ، فيه جابر الجعفي ، وهو متهم . (ص ٣١٩) . * المستدرک : (٢ / ٥٧ - ٥٨) من طريق عثمان بن حمد ، عن عبد العزيز الدراوردي ، عن عمرو بن يحيى المازني ، عن أبيه ، عن أبي سعيد الخدري .

قال الحاكم : صحيح الإسناد على شرط مسلم . ووافقه الذهبي . ولكن الدارقطني قال : إن عثمان بن محمد ضعيف . وقال الألباني : لم يخرج له مسلم . ط : (٢ / ٧٥٤) (٣٦) كتاب الأفضية (٢٦) باب القضاء في المرفق - عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرفوعاً (هو مرسل) .

* الدارقطني في السنن : (٣ / ٧٧) عن عثمان بن محمد به . وفي (٤ / ٢٢٨) في الأفضية - من طريق أبي بكر بن عياش ، عن ابن عطاء ، عن أبيه ، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرور » .

وأبو بكر بن عياش مختلف فيه ، وهو حسن الحديث ، ولكن ابن عطاء يعقوب ضعيف وفي (٤ / ٢٢٧) من طريق الواقدي ، عن خارجة بن عبد الله ، عن أبي الرجال ، عن عمرة عن عائشة عن النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » . والواقدي متروك .

* المعجم الأوسط : (٦ / ٩١) من طريق محمد بن إسحاق ، عن محمد بن يحيى بن حبان ، عن عمه واسع بن حبان ، عن جابر بن عبد الله مرفوعاً بلفظ : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » . وابن إسحاق ثقة ولكنه مدلس ، وقد عنونه (رقم ٥١٨٩) .

* المعجم الكبير : (٢ / ٨٠ ، ٨١) من طريق يعقوب بن حميد بن كاسب ، عن إسحاق بن إبراهيم الصواف ، عن صفوان بن سليم ، عن ثعلبة بن أبي مالك القرظي به مرفوعاً . وإسحاق بن إبراهيم الصواف لين الحديث .

* أبو داود في المراسيل (ص ٢٩٤) من طريق واسع بن حبان عن أبي لبابة به مرفوعاً . (وانظر مزيداً من تخريج الحديث في إرواء الغليل ٣ / ٤٠٨ - ٤١٤) .

فهذا كلام مجمل لا يحتمل لرجل شيئاً إلا احتمال عليه خلافه ، ووجهه الذى يصح به : أن لا ضرر فى أن لا يحمل على رجل فى ماله ما ليس بواجب عليه ، ولا ضرار فى أن يمنع (١) رجل من ماله ضرراً ولكل ما له وعليه .

فإن قال قائل : بل أحدث للناس (٢) فى أموالهم حكماً على النظر لهم ، وأمنعهم فى أموالهم على النظر لهم ، قيل له - إن شاء الله تعالى : رأيت رجلاً له بيت يكون ثلاثة أذرع فى ثلاثة أذرع فى دار رجل له مقدرة ، أعطاه به (٣) ما شاء مائة ألف دينار أو أكثر ، وقيمة البيت درهم أو درهمان وأعطاه مكانه داراً مع المال أو رقيقاً ، هل يجبر على النظر له أن يأخذ هذا الكثير بهذا القليل ؟ أو رأيت رجلاً له قطعة أرض بين أرضى (٤) لا تساوى القطعة درهماً ، فسأله الرجل أن يبيعه منها محرماً بما شاء من الدنيا ، هل يجبر على أن يبيع مالاً / ينفعه بما فيه غناه ؟ أو رأيت رجلاً صناعته الخياطة فحلف رجل يستخيط غيره ، ومنعه هو أن يخيط له ، فأعطاه على ما لإجارة فيه درهم مائة دينار أو أكثر ، أيجبر على أن يخيط له ؟ أو رأيت رجلاً عنده أمة عمياء لا تنفعه أعطاه بها ابن لها بيت مال ، هل يجبر على أن يبيعهها؟ فإن قال : لا يجبر واحد من هؤلاء على النظر له ، قلنا : وكل هؤلاء يقول : إنما فعلت هذا إضراراً بنفسى وإضراراً للطلاب إلى حتى أكون جمعت الأمرين ، فإن قال : وإن أضر بنفسه وضاراً غيره ، فإنما فعل فى ماله ما له أن يفعل . قيل : وكذلك حافر البئر فى أرض الرجل ، والمزوق جدار الرجل ، وناقل التراب إلى أرض الرجل ، إنما فعل ما له أن يفعل ، ومنع ما له أن يمنع من ماله .

فإن كان فى رد التراب ودفن البئر ما يشغل الأرض عن ربها حتى يمنعها منفعة فى ذلك الوقت ، قيل للذى يريد رد التراب : أنت بالخيار فى أن ترده ويكون (٥) عليك كراء الأرض بقدر المدة التى / حبستها عن المنفعة أوتدعه ، وقيل لرب الأرض فى البئر : لك الخيار فى أن تأخذ حافر البئر بدفنها على كل حال ، ولا شيء لك عليه ؛ لأنه ليس فى منفعة حتى تكون مدفونة ، إلا أن يكون لموضعها لو كانت مستوية منفعة فيما بين أن حكمنا لك بها إلى أن يدفنها ، فيكون لك أجر تلك المنفعة ؛ لأنه شغل عنك شيئاً من أرضك .

قال الشافعى (٦) : وإن كان الغاصب نقل من أرض المغصوب تراباً كان منفعه للأرض

(١) فى (ص) : « فى أن يبيع رجل » . (٢) فى (ص ، م) « أحدث الناس » ، و « بل » ليست فى (م) .

(٣) فى (ص) : « أعطاه بها » .

(٤) فى (ب) : « بين أرضى رجل » وما أثبتناه من (ص ، ت ، م) .

(٥) فى (ص ، م) : « يكون بدون عطف » . (٦) الشافعى : « ليست فى (ص ، م) » .

لاضرر عليها، أخذ برده ، فإن كان لا يقدر على رد مثله بحال أبداً قُومت الأرض وعليها ذلك الترابُ ، وقومت بحالها حين أخذها، ثم ضمن الغاصب ما بين القيمتين ، وإن كان يقدر على رده بحال وإن عظمت فيه المؤنة كُلَّه .

قال : وإذا قطع الرجل يد دابة رجل (١) أو رجلها ، أو جرحها جرحاً ما، كان صغيراً أو كبيراً ، قومت الدابة مجروحة أو مقطوعة (٢) ، وضمن (٣) ما بين القيمتين ، ولا يملك أحد مال أحد بجناية أبداً .

قال : وإذا أقام شاهداً أن رجلاً غصبه هذه الجارية يوم الخميس وشاهداً أنه غصبه إياها يوم الجمعة ، أو شاهداً أنه غصبه إياها وشاهداً أنه أقر له بغصبه إياها ، أو شاهداً أنه أقر له يوم الخميس بغصبها ، وآخر أنه أقر له يوم الجمعة بغصبها ، فكل هذا مختلف؛ لأنه غصب يوم الخميس غير غصب يوم الجمعة ، وفعل الغصب غير الإقرار بالغصب، والإقرار يوم الخميس غير الإقرار يوم الجمعة ، فيقال له فى هذا كله : احلف مع أى شاهديك شئت ، واستحق الجارية ، فإن حلف استحقها .

قال: ولو أن أرضاً كانت بيد رجل فادعى آخر أنها أرضه ، فأقام شاهداً فشهد له أنها أرضه اشتراها من مالك ، أو ورثها من مالك ، أو تصدق بها عليه مالك ، أو كانت مواتاً فأحياها ، فوصف ذلك بوجه من وجوه الملك الذى يصح ، وأقام شاهداً غيره أنها حيزه لم تكن الشهادة / بأنها حيزه شهادة ، ولو شهد (٤) عليها عدد عدول إذا لم يزيدوا على هذا شيئاً؛ لأن حيزه يحتمل ما يحوز بالملك وما يحوز بالعارية والكراء، ويحتمل ما يلى أرضه وما يلى مسكنه ، ويحتمل بعطية أهلها ، فلما لم يكن واحد من هذه المعانى أولى بالظاهر من الآخر لم تكن هذه شهادة أبداً حتى يزيدوا فيها ما يبين (٥): أنها ملك له ، وله أن يحلف مع الشاهد الذى شهد له بالملك ويستحق .

قال : ولو شهد له الشاهد الأول بما وصفنا من الملك وشهد له الشاهد الثانى بأنه كان يحوزها وقَفَ ، فإن قال: يحوزها بملك فقد اجتمعا على الشهادة ، وإن قال يحوزها ولم يزد على ذلك ، لم يجتمعا على الشهادة ، ويحلف مع شاهد الملك / ويستحق .

٢١٠/ب
٢

١/٥٣٤
ص

(١) « رجل » : ليست فى (ص ، م) .

(٢) فى (ص ، ت ، م) : « مقطوعة أو مجروحة » .

(٣) فى (ب) : « ثم ضمن » ، وما أثبتاه من (ص ، ت ، م) .

(٤) فى (ص) : « لو شهد بدون عطف ، وفى (م) : « أو شهد » .

(٥) فى (ص ، ت) : « ما يبين » .

قال : وإذا غضب الرجل من الرجل الجارية فباعها من آخر ، وقبض الثمن ، فهلك فى يديه ، ثم جاء رب الجارية والجارية قائمة أخذ الجارية وشيئا إن كان تقصها ، ورجع المشتري على البائع بالثمن الذى قبض منه ؛ موسراً كان أو معسراً .

قال : وإذا غضب الرجل الرجل الدابة (١) أو أكرها إيها، فتعدى فضاعت فى تعديه ، فضمنه رب الدابة المغصوب أو المكروى قيمة دابته ، ثم ظفر بالدابة بعد ، فإن بعض الناس - وهو أبوحنيفة - قال : لا سبيل له على الدابة ، ولو كانت جارية لم يكن له عليها سبيل من قبل أنه أخذ البدل منها، والبدل يقوم مقام البيع .

قال الشافعى رحمة الله عليه : وإذا ظهر على الدابة ردت (٢) عليه الدابة ، ورد ما قبض من ثمنها إن كانت دابته بحالها يوم غضبها ، أو تعدى بها ، أو خيرها حالاً ، فإن كانت ناقصة قبضها وما نقصت ، ورد الفضل عن نقصانها من الثمن . ولا يشبه هذا البيوع ، وإنما البيوع / بما (٣) تراضيا عليه فسلم له رب السلعة سلعته وأخرجها من يديه إليه راضياً بإخراجها ، والمشتري غير عاص فى أخذها، والمتعدى عاص فى التعدى والغضب ، ورب الدابة غير بائع له دابته . ألا ترى أن الدابة غير بائع له دابته . ألا ترى أن الدابة لو كانت قائمة بعينها لم يكن له أخذ قيمتها ؟ فلما كان إنما أخذ القيمة على أن دابته فائتة ، ثم وجد الدابة، كان الفوت قد بطل ، وكانت الدابة موجودة ، ولو كان هذا بيعاً ما جاز أن تباع دابته غائبة ، ولو جاز فهلكت الدابة كان للغاصب والمتعدى أن يرجع بالثمن ، ولو وجدت معيبة كان له أن يردها بالعيب .

فإن قال رجل : فهى لا تشبه البيوع ولكنها تشبه الجنائيات ، قيل (٤) له : أفرأيت لو أن رجلاً جنى على عين رجل فابيضت ، فحكم له بأرشيها ، ثم ذهب البياض فقاتل هذا يزعم : أنه يرده بالأرش ويرده ، ولو حكم له فى سن قلعت من صبي بخمس من الإبل ، ثم نبتت (٥) ، رجع بالأرش الذى حكم به عليه ، فإن شبهها بالجنائيات فهذا يلزمه فيه اختلاف القول . وإن زعم أنها لا تشبه الجنائيات ؛ لأن الجنائيات ما فات فلم يعد ، فهذه قد عادت فصارت غير فائتة .

ولو كان هذا بغير قضاء قاضٍ ، فاغتصب رجل لرجل دابة أو أكرها إيها ، فتعدى

(١) فى (ب) : « دابة » وما أثبتناه من (ص ، ت ، م) .

(٢) فى (ب) : « رددت » وما أثبتناه من (ص ، ت ، م) .

(٣) فى (ت) : « فيما تراضيا » ، وفى (م) : « ما تراضيا » .

(٤) فى (ص) : « فقتل له » . (٥) فى (ص) : « ثم ثبت » وهو خطأ .

عليها، فضاعت ، ثم اصطلحا من ثمنها على شيء يكون أكثر من قيمة الدابة أو مثله، أو أقل، فالقول فيه كالقول في حكم القاضى؛ لأنه إنما صالحه على ما لزم الغاصب عما استهلك ، فلما كان ماله غير مستهلك كان الصلح وقع على غير ما علما ، أو علم رب الدابة . ولو كان الغاصب قال له: أنا أشتريها منك وهى فى يدى قد عرفتها، فباعه إياها بشيء قد عرفه قل، أو كثر ، فالبيع جائز . فإن جاء الغاصب بالدابة معيبة عيباً يحدث مثله ، فزعم أنه لم يكن رآه ، وأن البائع دلس له به ، كان القول قول البائع مع يمينه ، إلا أن يقيم الغاصب البينة على أنه كان فى يد المغصوب البائع ، أو يكون العيب مما لا يحدث مثله فيكون له رد الدابة ، ويكون للمغصوب ما نقصها على الغاصب . فإن قال المتعدى بالغصب أو فى الكراء: إن الدابة ضاعت فانا أدفع إليك قيمتها ، فقبل ذلك منه بغير قضاء قاض فلا يجوز فى هذا - والله أعلم - إلا واحد من قولين :

أحدهما : أن يقال هذا بيع مستأنف فلا نجيزه ؛ من قبَل أنه لا يجوز بيع الموتى ، أو يقال : هذا بدل إن كانت ضاعت أو تلفت ، فيجوز ؛ لأن ذلك يلزمه فى أصل الحكم، فمن ذهب هذا المذهب لزمه إذا علم بأن (١) الدابة لم تَضَع أن يكون لرب الدابة أخذها ، وعليه رد ما أخذ؛ من قبَل أنه إنما أخذ ما كان يلزم له لو كانت ضائعة ، فلما لم تكن ضائعة كان على أصل ملكه . أو يقول قائل قولاً ثالثاً فيقول : لما رضى بقوله وترك استحلافه كما كان الحاكم مستحلفه لو ضاعت، فلا يكون له الرجوع على حال، فأما أن يقول قائل : إن كانت عند الغاصب وإنما كذب ليأخذها فللمشتري أخذها، وإن لم تكن عند الغاصب ثم وجدها / فليس للمشتري أخذها ، فهذا لا يجوز فيوجه من الوجوه ؛ لأن الذى انعقد إن كان جائزاً بكل حال جاز / ولم ينتقض ، وإن كان جائزاً (٢) ما لم تكن موجودة، منتقضاً (٣) إذا كانت موجودة، فهى موجودة فى الحالين ، فما بالها ترد فى إحداهما ولا ترد فى الأخرى (٤) ؟ وإن كان فاسداً فهو مردود بكل حال ، وهذا القول : لا جائز ، ولا فاسد ، ولا جائز على معنى فاسد فى آخر .

قال الشافعى : وإذا باع الرجل من الرجل الجارية أو العبد وقبضه منه ، ثم أقر البائع لرجل آخر أنه عبده غصبه منه ، أو أمته غصبها منه ، قلنا للمقر له بالغصب: إن أقمت بينة على الغصب دفعنا إليك أيهما أقمت عليه البينة ونقضنا البيع ، وإن لم تقم بينة فأقرار البائع لك إثبات حق لك على نفسه ، وإبطال حق لغيرك قد ثبت عليه قبل إقراره لك ،

(١) فى (ص) : « أن الدابة » .
 (٢) فى (ص) : « وإن كان جاز » .
 (٣) فى (ص ، ت) : « منتقض غير منصوبة .
 (٤) فى (ص ، ت) : « فى الآخر » .

ولا يصدق في / إبطال حق غيره ، ويصدق على نفسه ، فيضمن لك قيمة أيهما أقر بأنه غصبك ، إلا أن يجد المشتري العيب ، أو يكون له خيار فيرده بخياره في العيب وخياره في الشرط ، فإذا رده كان على المقر أن يسلمه إليك ، وإن صدقه المشتري أنه غاصب رده ورجع عليه بالثمن الذي أخذه منه إن شاء .

قال الشافعي : وإذا اغتصب الرجل من الرجل عبداً فباعه من رجل ، ثم ملك المغتصب البائع العبد بميراث ، أو هبة ، أو بشراء صحيح ، أو وجه ملك ما كان ، ثم أراد نقض البيع الأول ؛ لأنه باع ما لا يملك ، فإن صدقه المشتري ، أو قامت بينة فالبيع منتقض أراد أولم يرده ؛ لأنه باع ما لا يجوز له بيعه . وإن لم تقم بينة ، وقال المشتري : إنما ادعيت ما يفسد البيع فالقول قول المشتري مع يمينه ، فإن قال البائع : بعثك ما أملك ، ثم قامت بينة أنه اغتصبه ثم ملكه ، ولم يصدق المشتري ثبت البيع ؛ من قبل : أن البينة إنما تشهد في هذا الوقت للبائع لا عليه ، فتشهد له بما يرجع به العبد إلى ملكه فيكون مشهوداً له ، لا عليه ، وقد أكذبهم فلا ينتقض البيع في الحكم لإكذابه بينته ، وينبغي في الورع أن يجدداً بيعاً ، أو يرده المشتري .

قال : وإن كانت البينة شهدت ، فكان ذلك يخرجها من أيديهما جميعاً ، قبلت البينة ؛ لأنها عليه .

قال : وإن باعه وقبضه المشتري ، ثم أعتقه ، فقامت بينة بغصب ، وكان المغصوب أو ورثته قياماً رد العتق ؛ لأن البيع كان فاسداً ، ويرد إلى المغصوب . ولو لم تكن بينة ، وصدق الغاصب والمشتري المدعى أنه غصبه ، لم يقبل قول واحد منهما في العتق ، ومضى العتق ، ورددنا المغصوب على الغاصب بقيمة العبد في أكثر ما كان قيمة ، وإن أحب رددناه على المشتري المعتق . فإن رددناه على المشتري المعتق رجع على الغاصب البائع بما أخذ منه ؛ لأنه قد أقر أنه باع ما لا يملك ، والولاء موقوف ؛ من قبل أن المعتق يقر أنه أعتق ما لا يملك .

قال : وإذا غصب الرجل من الرجل الجارية فباعها من رجل ، والمشتري يعلم أنها مغصوبة ، ثم جاء المغصوب فأراد إجازة البيع ، لم يكن البيع جائزاً ؛ من قبل أن أصل البيع كان محرماً فلا يكون لأحد إجازة المحرم ، ويكون له تجديد بيع حلال هو غير الحرام .

يجوز البيع ، ويكون له أن يختار إمضاهه فيلزم المشتري بأن له الخيار دون البائع ؟ قيل : بلى ، فإن قال : فما فرق بينهما؟ قيل : هذه باعها مالکها بيعاً حلالاً ، وكان له الخيار على شرطه ، وكان المشتري غير عاص لله ، ولا البائع ، والغاصب والمشتري وهو يعلم أنها مغصوبة ، عاصيان لله ، وهذا بائع ما ليس له ، وهذا مشتري ما لا يحل له ، فلا يقاس الحرام على الحلال ؛ لأنه ضده . ألا ترى أن الرجل المشتري من رب الجارية جاريته لو شرط المشتري الخيار لنفسه كان له / الخيار كما يكون للبائع إذا شرطه ؟ أفيكون للمشتري الجارية المغصوبة الخيار في أخذها أو ردها ؟ فإن قال : لا ، قيل : ولو شرط الغاصب الخيار لنفسه ؟ فإن قال : لا ؛ من قبل أن الذى شرط له الخيار لا يملك الجارية ، قيل : ولكن الذى يملكها لو شرط الغاصب الخيار لنفسه ؟ فإن قال : لا ، من قبل أن الذى شرط له الخيار لا يملك الجارية ، قيل : ولكن الذى يملكها لو شرط له الخيار جاز ، فإن قال : نعم ، قيل له : أفلا ترى أنهما مختلفان فى كل شيء ، فكيف يقاس أحد (١) المختلفين فى كل شيء على الآخر ؟

١/٥٣٥
ص

قال : وإذا غضب الرجل من الرجل الجارية ، فأقر الغاصب بأنه غضبه جارية ، وقال : ثمنها عشرة ، وقال المغصوب : ثمنها مائة ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، ولا تقوم على الصفة ؛ من قبل أن التقويم على الصفة لا يضبط . قد تكون الجاريتان بصفة ولون وسن ، وبينهما كثير فى القيمة بشيء يكون فى الروح والعقل واللسان فلا يضبط إلا بالمعانية ، فيقال لرب الجارية : إن رضيت وإلا فأتى بيته ، فإن أقام بيته أخذ له بيته ، وإن لم يقمها أحلف له الغاصب وكان القول قوله .

ولو أقام عليه شاهدين بأنه غضبه جارية ، فهلكت الجارية فى يديه ، ولم يثبت الشاهدان على قيمتها ، كان القول فى قيمتها قول الغاصب مع يمينه . ولو وصفها الشاهدان بصفة أنها كانت صحيحة ، علم أن قيمتها أكثر مما قال الغاصب ، كان القول قول الغاصب ؛ لأنه قد يمكن أن يكون ثم داء أو غائلة (٢) تخفى يصير بها ثمنها إلى ما قال الغاصب ، فإذا أمكن ما قال الغاصب / بحال كان القول قوله مع يمينه . وهكذا قول من يغرم شيئاً من الدنيا بأى وجه ما دخل عليه الغرم ، إذا أمكن أن يكون القول قوله كان القول قوله ، ولا يؤخذ منه خلاف ما أقر به إلا بيته . ألا ترى أننا نجعل فى الأكثر من الدعوى عليه القول قوله ؟ فلو قال رجل : غضبني ، أو لى عليه دين ، أو عنده وديعة ،

٢/٢١١
م

(١) فى (ص) : « أخذ المختلفين » وهو خطأ . (٢) الغائلة: الحقد الباطن ، والشر (القاموس) .

كان القول قوله مع يمينه ، ولم نلزمه شيئاً لم يقر به ، فإذا أعطيناه هذا في الأكثر كان الأقل أولى أن نعطيه إياه فيه ، ولا تجوز القيمة على ما لا يرى ، وذلك أنا ندرك ما وصفت من علم أن الجاريتين تكونان في صفة ، وإحداهما أكثر ثمناً من الأخرى بشيء غير بعيد ، فلا تكون القيم إلا على ما عُوِينَ ، أو لا ترى أن فيما عُوِينَ لا نولى القيمة فيه إلا أهل العلم به في يومه الذي يقومونه فيه؟ ولا تجوز لهم القيمة حتى يكشفوا عن الغائلة والأدواء ، ثم يقيسوه بغيره ، ثم يكون أكثر ما عندهم في ذلك تأخى قدر القيمة على قدر ما يرى من سعر يومه ، فإذا كان هذا هكذا لم يجز التقييم على المَغِيب ، فإن قال: صفته كذا ولا أعرف قيمته ، قلنا لرب الثوب : ادع في قيمته ما شئت ، فإذا فعل قلنا للغاصب : قد ادعى ما تسمع ، فإن عرفته فأده إليه بلا يمين ، وإن لم تعرفه فأقر بما شئت نحلّفك عليه وتدفعه إليه ، فإن قال : لا أحلف ، قلنا : فرد^(١) اليمين عليه ، فيحلف عليك ويستحق ما ادعى إن ثبت^(٢) على الامتناع من اليمين ، فإن حلف بعد أن بين هذا له ، فقد جاء بما عليه ، وإن امتنع أحلفنا / المدعى ، ثم ألزمناه جميع ما حلف عليه ، فإن أراد اليمين بعد يمين المدعى لم نعطه إياها ، فإن جاء ببينة على أقل مما حلف عليه المدعى أعطيناه بالبينة ، وكانت البينة أولى من اليمين الفاجرة .

١٥١/ب
ت

قال : وإذا غضب رجل من رجل طعاماً حباً ، أو تمرًا ، أو أدماً^(٣) ، فاستهلكه ، فعليه مثله إن كان يوجد له مثل بحال من الحال ، وإن لم يوجد له مثل فعليه قيمته أكثر ما كان قيمة قط .

قال : وإذا غضب رجل لرجل أصلاً فأثمر ، أو غنماً فتوالدت وأصاب من صوفها وألبانها ، كان لرب الأصل والغنم وكل ماشية أن يأخذ ماشيته وأصله من الغاصب إن كان^(٤) بحاله حين غضبه أو خيراً . وإن نقص أخذه والنقصان ، ورجع عليه بجميع ما أتلف من الثمرة ، فأخذ منه مثلها إن كان لها مثل ، أو القيمة إن لم يكن لها مثل وقيمة ما أتلف من نتاج الماشية ، ومثل ما أخذ من لبنها ، أو قيمته إن لم يكن له مثل ، ومثل^(٥) ما أخذ من صوفها وشعرها إن كان له مثل ، وإلا قيمته إن لم يكن له مثل^(٦) . قال : وإن

٥٣٥/ب
ص

(١) في (ص) : « فرد اليمين » . (٢) في (ص ، م) : « إن ثبت » .

(٣) أدّم : جمع إدام ، يقال : أدمت الخبز وأدّمته ؛ إذا أصلحت إساغته بالإدام ، وهو ما يؤتدم به مائماً أو جامداً ، ويسكن للتخفيف « أدّم » فيعامل معاملة المفرد ، ويجمع على « إدام » ، مثل « قتل » و « أقتال » . (المصباح) .

(٤) في (ص ، م) : « إن كانت » . (٥ ، ٦) ما بين الرقمين سقط من (ص) .

كان أعلفها ، أو هَنَّاها (١) وهى جُرْبٌ ، أو استأجر عليها من حفظها ، أو سقى الأصل ، فلا شيء له فى ذلك .

قال الشافعى : وأصل ما يحدث الغاصب فيما اغتصب شيئان :

أحدهما : عين موجودة تميز ، وعين موجودة (٢) لا تميز .

والثانى : أثر لا عين موجودة . فأما الأثر الذى ليس بعين موجودة فمثل ما وصفنا من الماشية يغصبها صغاراً ، والرقيق يغصبهم صغاراً بهم مرض فيداويهم ، وتعظم نفقته عليهم حتى يأتى صاحبهم وقد (٣) أنفق عليهم أضعاف أثمانهم ، وإنما ماله فى أثر عليهم لا عين . ألا ترى أن النفقة فى الدواب والأعبد إنما هو شيء صلح به الجسد لا (٤) شيء قائم بعينه مع الجسد ، وإنما هو أثر؟ وكذلك الثوب يغسله ويكمده ، وكذلك الطين يغصبه ، فيبيله بالماء ، ثم يضربه لبناً ، وإنما هذا كله أثر ليس بعين من ماله وجد ، فلا شيء (٥) له فيه ؛ لأنه ليس بعين تتميز فيعطاه ، ولا عين تزيد فى قيمته ، ولا هو موجود كالصبيغ فى الثوب فيكون (٦) شريكاً له . والعين الموجودة (٧) التى لا تتميز أن يغصب الرجل الثوب (٨) الذى قيمته عشرة دراهم ، فيصبغه بزعفران ، فيزيد فى قيمته خمسة ، فيقال للغاصب : إن شئت أن تستخرج الزعفران على أنك ضامن لما نقص من الثوب ، وإن شئت فأنت شريك فى الثوب لك ثلثه ولصاحب الثوب ثلثاه ، ولا يكون له غير ذلك . وهكذا كل صبيغ كان قائماً فزاد فيه ، وإن صبغه بصبيغ يزيد ثم استحق الصبيغ ، وإنما يقوم الثوب ، فإن كان الصبيغ زائداً فى قيمته شيئاً قل أو كثر فهكذا ، وإن كان (٩) غير زائد فى قيمته قيل له : ليس لك ههنا مال زاد (١٠) فى مال الرجل فتكون شريكاً له به ، فإن شئت فاستخرج الصبيغ على أنك ضامن لما نقص الثوب ، وإن شئت فدعه .

قال : وإن كان الصبيغ مما ينقص الثوب قيل له : أنت أضرت بصاحب الثوب وأدخلت عليه النقص ، فإن شئت فاستخرج صبيغك وتضمن ما نقص الثوب ، وإن شئت

(١) هناها وهى جرب : فى القاموس : هَنَّا الإبل ؛ يَهْتُها ، مُثَلَّة النون . خلاها بالهَيَاء ككتاب للقطران ، والاسم الهين .

(٢) فى (ص ، ت) : « وغير موجودة لا تميز » .

(٣) فى (ص) : « فقد أنفق » . (٤) فى (ص) : « فلا شيء » .

(٥) فى (م) : « ولا وجد شيء له فيه » ، وفى (ص) : « ولا شيء » .

(٦) فى (ص) : « والعين موجودة » . (٧ - ٨) ما بين الرقمين ساقط من (م) .

(٩) فى (ص) : « فإن كان » . (١٠) فى (ص) : « ما زاد فى مال الرجل » .

فلا شيء لك في صبغك، وتضمن ما نقص الثوب بكل حال .

قال : ومن الشيء الذي يخلطه الغاصب بما اغتصب فلا يتميز منه ، أن يغصبه مكيال زيت فيصبه في زيت مثله أوخير منه ، فيقال للغاصب : إن شئت أعطيته مكيال زيت مثل زيتك ، وإن شئت أخذت (١) من هذا الزيت مكيالاً ، ثم كان غير مزداد / إذا كان زيتك مثل زيتك ، وكنت تاركاً للفضل إذا كان زيتك أكثر من زيتك ، ولا خيار للمغصوب؛ لأنه غير منتقص . فإن كان صب ذلك المكيال في زيت / شر من زيتك ضمن الغاصب له مثل زيتك ؛ لأنه قد انتقص زيتك بتقصيره فيما هو شر منه . وإن كان صب زيتك في بآن (٢) أو شيرق (٣) ، أو دهن طيب ، أو سمن ، أو عسل ، ضمن في هذا كله؛ لأنه لا يتخلص منه الزيت ، ولا يكون له أن يدفع إليه مكيالاً مثله . وإن كان المكيال منه خيراً من الزيت: من قبل أنه غير الزيت ، ولو كان صبه في ماء إن خلصه منه حتى يكون زيتاً لا ماء فيه ، وتكون مخالطة الماء غير ناقصة له ، كان لازماً للمغصوب أن يقبله ، وإن كانت مخالطة الماء ناقصة له في العاجل والمتعقب كان عليه أن يعطيه مكيالاً مثله مكانه .

قال الربيع : ويعطيه هذا الزيت بعينه وإن نقصه الماء ، ويرجع عليه بنقصه وهو معنى قول الشافعي .

قال الشافعي رحمة الله عليه : ولو اغتصبه زيتاً فأغلاه على النار فنقص ، كان عليه أن يسلمه إليه وما نقص مكيالته ، ثم إن كانت النار تنقصه شيئاً في القيمة كان عليه أن يغرّم له نقصانه ، وإن لم تنقصه شيئاً في القيمة فلا شيء عليه .

ولو اغتصبه حنطة جيدة (٤) خلطها بردية ، كان كما وصفت في الزيت يغرّم له مثلها بمثل كيلها ، إلا أن يكون / يقدر على أن يميزها حتى تكون معروفة . وإن خلطها بمثلها أو أجود كان كما وصفت في الزيت . قال: ولو خطها بشعير ، أو ذرة ، أو حب غير الحنطة ، كان عليه أن يؤخذ بتمييزها حتى يسلمها إليه بعينها بمثل كيلها ، وإن نقص كيلها شيئاً ضمنه .

قال : ولو اغتصبه حنطة جيدة فأصابها عنده ماء أو عفن أو أكلة (٥) ، أو دخلها

(١) في (ب) : « أخذ من هذا الزيت » وما أثبتناه من (ص ، ت ، م) .

(٢) البآن : قال في القاموس : شجر ، ولحم ثمره دهن طيب ، والمراد هنا هذا الرهن .

(٣) الشيرق : دهن السمسم .

(٤) في (ب) : « حنطة جديدة » ، وما أثبتناه من (ص ، ت ، م) .

(٥) في (ص ، م ، ت) رسمت الكلمة هكذا : « أو أكلت » بالتاء المفتوحة .

نقص في عينها ، كان عليه أن يدفعها إليه وقيمة ما نقصها تقوم بالحال التي غضبها والحال التي دفعها بها ، ثم يغرم فضل ما بين القيمتين .

قال : ولو غضبه (١) دقيقًا فلخطه بدقيق أجود منه ، أو مثله ، أو أرادًا (٢) ، كان كما وصفنا في الزيت .

قال : وإن غضبه زعفرانًا وثوابًا ، فصيح الثوب بالزعفران ، كان رب الثوب بالخيار في أن يأخذ الثوب مصبوغًا ؛ لأنه زعفرانه وثوبه ، ولا شيء له غير ذلك ، أو يقوم ثوبه أبيض وزعفرانه صحيحًا فإن كانت قيمته (٣) ثلاثين قُوم ثوبه مصبوغًا بزعفران ، فإن كانت قيمته خمسة وعشرين ضمنه خمسة ؛ لأنه أدخل عليه النقص .

قال : وكذلك إن غضبه سمناً وعسلًا ودقيقًا فعصده (٤) ، كان للمغصوب الخيار في أن يأخذ معصودًا ولا شيء للغاصب في الحطب والقدر والعمل ، من قبل أن ماله فيه أثر لا عين ، أو يقوم له العسل منفردًا ، والسمن والدقيق منفردين ، فإن كان قيمته عشرة ، وهو معصود قيمته سبعة غرم له ثلاثة ؛ من قبل أنه أدخل عليه النقص .

ولو غضبه دابة وشعيرًا فعلق الدابة الشعير ، رد الدابة والشعير ؛ من قبل أنه هو المستهلك له ، وليس في الدابة عين من الشعير يأخذه إنما فيها منه أثر .

قال : ولو غضبه طعامًا فأطعمه إياه والمغصوب لا يعلم ، كان متطوعًا بالإطعام ، وكان عليه ضمان الطعام . وإن كان المغصوب يعلم أنه طعامه فأكله ، فلا شيء له عليه ؛ من قبل أن سلطانه إنما كان على أخذ طعامه فقد أخذه .

قال : وإن (٥) اختلفا فقال المغصوب : أكلته ولا أعلم أنه طعامي ، وقال الغاصب : أكلته وأنت تعلم (٦) ، فالقول قول المغصوب مع يمينه إذا أمكن أن يكون يخفى ذلك بوجه من الوجوه .

قال الربيع : وفيه قول آخر : أنه إذا أكله عالمًا ، أو غير عالم ، فقد وصل إليه شيء ، ولا شيء على الغاصب إلا أن يكون نقص عمله فيه شيئًا ، فيرجع بما نقصه العمل .

قال الشافعي : فإن (٧) غضبه ذهبًا فحمل عليه نحاسًا ، أو حديدًا ، أو فضة ، أخذ

(١) في (ص ، ت) : « ولو اغضبته دقيقًا » . (٢) في (ص ، م ، ت) : « أردى » .

(٣) في (ص) : « قيمة ثلاثين » .

(٤) عَصَدَهُ : جعله عصيدة ، وتكون من العسل والسمن والدقيق يعقد بالطبخ ويلوى بعضه على بعض .

(٥) في (ب) : « ولو غضبه » وما أثبتناه من (ص ، م ، ت) .

(٦) في (ب) : « وأنت تعمله » وما أثبتناه من (ص ، م ، ت) .

(٧) في (ب) : « وإن غضبه » وما أثبتناه من (ص ، م ، ت) .

ب/١٥٢
ت

بتمييزه بالنار ، وإن نقصت النار ذهبه شيئاً ضمن ما نقصت النار وزن ذهبه ، وسلم إليه ذهبه ، ثم نظرنا : فإن كانت النار نقصت من / ذهبه شيئاً فى اقيمة ضمن له ما نقصته النار فى القيمة .

قال : ولو سبكه مع ذهب مثله ، أو أجود منه (١) أو أردأ (٢) ، كان هذا بما لا يتميز، وكان القول فيه كالقول فى الزيت .

قال : ولو اغتصبه ذهباً فجعله قضيياً ، ثم أضاف إليه قضيياً من ذهب غيره ، أو قضيياً من نحاس أو فضة ميز بينهما ، ثم دفع إليه قضييه إن كان يمثل الوزن الذى غصبه به (٣) ، ثم نظر إليه (٤) فى تلك الحال وإليه فى الحال التى غصبه إياها (٥) سعياً إن (٦) كانت قيمته حين رده أقل منها حين غصبه ضمن له فضل ما بين القيمتين (٧) ، وإن كانت مثل (٨) أو أكثر أخذ ذهبه ولا شىء له غير ذلك ، ولا لغاصب فى الزيادة من عمل ، إنما هو أثر .

قال : ولو غصبه شاة فأنزى عليها تيساً، فجاءت بولد كانت الشاة والولد للمغصوب ، ولا شىء للغاصب فى عسب (٩) التيس من قبل شيئين :

أحدهما : أنه لا يحل ثمن عسب الفحل .

ب/٢١٢
م

/ والآخر : أنه إنما هو شىء أقره فيها فانقلب الذى أقر إلى غيره، والذى انقلب ليس بشىء يملك إنما يملكه رب الشاة .

ب/٥٣٦
ص

قال : ولو غصبه نُقْرَة (١٠) ذهب فضربها دنانير ، كان لرب النقرة أن يأخذ الدنانير إن كانت يمثل وزن النقرة ، وكانت يمثل قيمة النقرة ، أو أكثر ، ولا شىء للغاصب فى زيادة عمله؛ لأن عمله إنما هو أثر ، وإن كانت / ينقص وزنها أخذ الدنانير وما نقص الوزن. قال : وإن كان قيمتها تنقص مع ذلك أخذ الدنانير ، وما نقص الوزن ، وما نقص القيمة .

قال : وإن غصبه خشبة فشققها الواحاً ، تأخذ رب الخشبة الألواح ، فإن كانت

(١) « منه » : ليست فى (ب) ، وأثبتتها من (ص ، ت ، م) .

(٢) فى (ص ، م ، ت) : « أوردى » . (٣) « به » : ليست فى (ص ، م ، ت) .

(٤) فى (ص ، ت) : « ثم نظر إليه قضيياً فى تلك الحال » .

(٥) « فيها » : ليست فى (ص ، م ، ت) . (٦ - ٧) ما بين الرقمين ساقط من (ص) .

(٨) فى (ب) : « مثله » وما أثبتناه من (ص ، ت ، م) .

(٩) عَسَبُ الفحل : ضراب الفحل ، أو ماؤه ، وعَسَبُ الفحل الناقة عَسَبًا ، من باب ضرب : طَرَمَهَا .

(١٠) النُقْرَة : القطعة المذابة من الذهب أو الفضة ، وقبل الذوبان هما تَبْرٌ .

الألواح مثل قيمة الخشبة أو أكثر أخذها ، ولا شيء للغاصب في زيادة قيمة الألواح على الخشبة ، من قبل أن ماله فيها أثر لا عين ، فإن (١) كانت الألواح أقل قيمة من الخشبة أخذها ، وفضل ما بين القيمتين .

قال : ولو أنه عمل هذه الألواح أبواباً ، ولم يدخل فيها شيئاً من عنده كان هكذا ، ولو أدخل فيها من عنده حديداً أو خشباً غيرها كان عليه أن يميز ماله من مال المغصوب ، ثم يدفع إلى المغصوب ماله وما نقص ماله إذا ميز منها خشبه وحديده ، إلا أن يشاء أن يدع له ذلك متطوعاً .

قال : وكذلك لو أدخل لوحاً منها في سفينة ، أو بنى على لوح منها جداراً ، كان عليه أن يؤخذ بقلع ذلك حتى يسلمه إلى صاحبه وما نقصه . قال : وكذلك الخيط يخيط به الثوب وغيره .

فإن غصبه خيطاً فخط به جرح إنسان أو حيوان ضمن قيمته ، ولم يكن للمغصوب أن ينزع خيطه من إنسان ولا حيوان حتى .

فإن قال قائل : ما فرق بين الخيط يخاط به الثوب وفي إخراج إفساد للثوب ، وفي إخراج اللوح إفساد للبناء والسفينة وفي إخراج الخيط من الجرح إفساد للجرح؟ (٢) .

قيل له : إن هدم الجدار ، وقلع اللوح من السفينة ، ونقض الخياطة ، ليس بمحرم على مالكها ؛ لأنه ليس في شيء منها روح تلتف ولا تألم ، فلما كان مباحاً لمالكها كان مباحاً لرب الحق أن يأخذ حقه منها . واستخراج الخيط من الجرح تلف للمجروح ، وألم عليه ، ومحرم عليه أن يتلف نفسه ، وكذلك محرم على غيره أن يتلفه إلا إذن الله تعالى به فيه من الكفر والقتل ، وكذلك ذوات الأرواح . ولا يؤخذ الحق بمعصية الله تعالى ، وإنما يؤخذ بما لم يكن لله معصية .

(١) في (ب) : « وإن كانت الألواح » وما أثبتناه من (ص ، م ، ت) .

(٢) في (ب) بين هذا الاعتراض والإجابة عليه زيادة مقحمة ، وهي « فإن زعمت أن أحدهما يخرج مع الفساد ، والآخر لا يخرج مع الفساد » ولم نثبت في الصلب هنا لأمر :

الأول : أنه مقحوم كما قلنا - لا يسير مع السياق .

الثاني : أنه ليس في (ص ، ت) .

الثالث : هذه العبارة في (م) كذلك ، ولكنها بعد قول الربيع الآتي قريباً ، ولذلك أثبتنا هناك .

هذا وإذا كان هناك احتمال أنها من النص هنا ، فما ضيعنا العبارة وإنما هي موجودة هنا في الهامش

لهذا الاحتمال . والله سبحانه وتعالى أعلم

قال الربيع : فيه قول آخر : إن (١) كان الخيط فى حيوان لا يؤكل فلا ينزع ، لأن النبى ﷺ نهى أن تُصبرَ البهائم (٢) ، وإن كان فى حيوان يؤكل نزع الخيط ؛ لأنه حلال أن يذبحها ويأكلها (٣) .

فإن زعمت أن أحدهما يخرج مع الفساد ، والآخر لا يخرج مع الفساد .

قال الشافعى : ملت : رأيت إن كان الغاصب معسراً وقد صبغ الثوب صبغاً يتقصه ، ثم قال : أنا أغسله حتى أخرج صبغى منه لم تمكنه (٤) أن يغسله فينقص على ثوبى وهو عسر بذلك ؟ .

[٢] مسائل شتى فى الجنایات والهبة والعارية والدعوى والغصب [٥]

قال : وإذا جنى الحر على العبد جنایة تكون نفساً ، أو أقل ، حملتها عاقلة الحر ، إن كانت خطأ وقامت بها بينة .

فإن قال قائل : وكيف ضمننت العاقلة جنایة حر على عبد ؟ قيل له : لما كانت العاقلة تعقل بسنة رسو الله / ﷺ جنایة الحر على الحر فى النفس ، وبسنة رسول الله ﷺ جنایة الحر على الجنين وهو نصف عشر نفس ، دل ذلك على أن ما جنى الحر من جنایة خطأ كانت على عاقلته ، وعلى أن الحكم فى جنایة الحر خطأ مخالف للحكم فى جنایة الحر العمد ، وفيما استهلك الحر من عروض الأدميين .

فإن قال قائل : فلم لم تجعل العبد عرضاً من العروض ، وإنما فيه قيمته كما يكون ذلك فى العروض ؟ قيل : جعل الله عز وجل على القاتل خطأ تحرير رقبة ، ودية مسلمة إلى أهل المقتول ، فكان ذلك فى الأدميين دون العروض والبهائم . ولم أعلم مخالفاً فى : أن على قاتل العبد تحرير رقبة كما هى على قاتل الحر ، ولا أن الرقبة فى مال القاتل خاصة . فملا كانت الدية فى الخطأ على العاقلة كانت فى العبد دية ، كما كانت فيه رقبة ، وكان داخلاً فى جملة الآية ، وجملة السنة ، وجملة القياس على الإجماع فى أن فيه عتق رقبة .

فإن قال قائل : فديته ليست كدية الحر ؟ قيل : والديات مبينة الفرض فى كتاب الله

(١-٣) ما بين الرقمين ليس فى (ص ، ت) .

وأثبتناه من (ب ، م) ، وإن كان فى (م) لم ينسب إلى الربيع . والله عز وجل وتعالى أعلم .

(٢) سبق الحديث وتخريجه برقم [١٣٨٧] فى كتاب الصيد والذباح - باب ذكاة ما فى بطن الذبيحة .

(٤) فى (ص ، م) : « لم يمكنه » .

(٥) هذا العنوان وضعناه من عندنا ؛ لأن المسائل تحته بعيدة عن الغصب إلا مسألة أخيرة فى الباب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

٥٤. ————— الغضب والمستكرهه / مسائل شتى فى الجنایات والهبة . . . إلخ

تعالى ، ومبينة العدد فى سنة رسول الله ﷺ ، وفى الآثار ، فإنما يستدرك (١) عددها خيراً. ألا ترى أن العاقلة تعقل دية الحر والحره وهما يختلفان (٢) ، ودية اليهودى والنصرانى والمجوسى وهم عندنا مخالفو المسلم؟ فكذلك تعقل دية العبد ، وهى قيمته .

فإن قال / قائل : ما الفرق بين العبد والبهيمة فى شىء غير هذا؟ قيل : (٣) نعم ، بين العبيد عند العامة القصاص فى النفس ، وعندنا / فى النفس وفيما دونها ، وليس ذلك بين بعيرين لو قتل أحدهما صاحبه . وعلى العبيد فرائض اله من تحريم الحرام وتحليل الحلال ، وفيهم حرمة الإسلام ، وليس ذلك فى البهائم .

فإن كان الجانى عبداً (٤) على حر أو عبد من تعقل عنه عاقلته ولا سيده ، وكانت الجنایة فى عنقه دون ذمة سيده ، يباع فيها فيدفع إلى ولى المجنى عليه دية ، فإن فضل من ثمنه شىء رد على صاحبه ، فإن لم يفضل من ثمنه شىء أو لم يبلغ الدية بطل ما بقى منه ؛ لأن الجنایة إنما كانت فى عنقه دون غيره ، وترك أن يضمن سيده عنه . والعاقلة فى الحر والعبد ما لا أعلم فيه خلافاً ، وفيه دلالة على أن العقل إنما حكمه بالجانى لا بالمجنى عليه ، ألا ترى أنه لو كان بالمجنى عليه ضمننت عاقلته لسيد العبد ثمن العبد إذا قتل الحر ، فلما كانت لا تضمن ذلك عنه ، وكانت جنایته على الحر والعبد (٥) سواء فى عنقه ، كانت كذلك جنایة الحر على العبد والحر سواء على عاقلته ، وكان الحر يعقل عنها كما تعقل عنه ؟

قال : وإذا استعار الرجل من الرجل الدابة إلى موضع ، فتعدى بها إلى غيره ، فعطبت فسى التعدى أو بعد ما ردها إلى الموضع الذى استعارها منه قبل أن تصل إلى مالکها ، فهو لها ضامن ، لا يخرج من الضمان إلا بأن يوصلها إلى مالکها سالمة ، وعليه الكراء من حيث تعدى بها مع الضمان .

قال : وإذا تكارى الرجل من الرجل الدابة من مصر إلى أيلة فتعدى بها إلى مكة ، فماتت بمكة ، وقد كان قبضها من ربها ثمن عشرة ، فنقصت فى الركوب حتى صارت بأية ثمن خمسة ، ثم سار بها عن أية ، فإنما يضمن قيمتها من الموضع الذى تعدى بها منه ، فيأخذ كراءها إلى أيلة الذى أكرها به ، ويأخذ قيمتها من أيلة خمسة ، ويأخذ فيما ركب منها بعد ذلك فيما بين أيلة إلى مكة كراء مثلها ، لا على حساب الكراء الأول .

(١) فى (ت) : « فإنما يستدل » . (٢) فى (ص ، م) : « وهما مختلفان » .

(٣) فى (ص ، ت) : « فقيل » . (٤) فى (ص ، ت) : « عبد » غير منصوبة .

(٥) فى (ص ، ت) : « على العبد والحر » .

قال: وإذا وهب الرجل للرجل طعاماً فأكله الموهوب له ، أو ثوباً فلبسه حتى أبلاه وذهب ، ثم استحقه رجل على الواهب ، فلمستحق بالخيار فى أن يأخذ الواهب ؛ لأنه هو (١) سبب إتلاف ماله ، فإن أخذه بمثل / طعامه أو قيمة (٢) ثوبه فلا (٣) شئ للواهب على الموهوب له إذا كانت هبته إياه لغير ثواب ، أو (٤) يأخذ الموهوب له بمثل طعامه وقيمة ثوبه (٥) ؛ لأنه هو المستهلك له . فإن أخذه به فقد اختلف فيأن يرجع الموهوب له على الواهب ، فقيل (٦) : لا يرجع على الواهب ؛ لأن الواهب لم يأخذ منه عوضاً فيرجع بعوضه ، وإنما هو رجل غره من أمر قد كان له ألا يقبله .

١٥٣/ب
ت

قال : وإذا استعار الرجل من الرجل ثوباً شهراً أو شهرين فلبسه ، فأخلفه ، ثم استحقه رجل آخر أخذه وقيمة ما نقصه اللبس من يوم أخذه منه ، وهو بالخيار فى أن يأخذ ذلك من المستعير اللابس ، أو من الآخذ لثوبه ، فإن أخذه من المستعير اللابس ، وكان النقص كله فى يده لم يرجع به على من أعاره ؛ من قبل أن النقص كان من فعله ، ولم يغر من ماله بشئ فيرجع به . وإن ضمنه المعير غير اللابس ، فمن زعم أن العارية مضمونة ، قال : للمعير أن يرجع به على المستعير ؛ لأنه كان ضامناً . ومن زعم أن العارية غير مضمونة لم يجعل له أن يرجع عليه بشئ ؛ لأنه سلطه على اللبس ، وهذا قول بعض المشركين ، والقول الأول قياس قول بعض أصحابنا الحجازيين ، وهو موافق للأثر ، وبه نأخذ .

ولو كانت المسألة بحالها ، غير أن مكان العارية أن المستعير تكارى الثوب ، كان الجواب فيها كالجواب فى الأولى ، إلا أن المستكرى إذا ضمن شيئاً رجح به على المكرى ؛ لأنه غره من شئ أخذ عليه عوضاً ، وإنما لبسه على أن ذلك مباح (٧) له بعضو ، ويكون لرب الثوب أن يأخذ قيمة إجارة ثوبه .

٥٣٧/ب
ص

قال : وإذا ادعى الرجل قبل الرجل / دعوى ، فسأل أن يحلف له المدعى عليه أحلفه له القاضى ، ثم قبل البينة من المدعى ، فإن ثبتت عليه بينة أخذ له بها ، وكانت البينة العادلة أولى من اليمين الفاجرة ، وسواء كانت بينة المدعى المستحلف حضوراً بالبلد

(١) « هو » : ليست فى (ب) وأثبتناها من (ص ، ت) .

(٢) فى (ت) : « وقيمة ثوبه » .

(٤) فى (ب) : « ويأخذ » وما أثبتناه من (ص) .

(٦) فى (ب) : « وقيل » وما أثبتناه من (ص ، ت) .

(٧) فى (ص ، ت) : « مباحاً » منصوبة .

(٣ - ٥) ما بين الرقمين ساقط من (ت) .

أو غيباً عنه فلا يعدو هذا واحداً من وجهين : إما أن يكون المدعى عليه إذا حلف برىء بكل حال قامت عليه بيته أو لم تقم ، وإما أن يكون إنما يكون بريئاً ما لم تقم عليه بيته ، فإذا قامت بيته فالحكم عليه أن يؤخذ منه بها ، وليس لقرب الشهود وبعدهم معنى ، ولكن الشهود إن لم يعدلوا اكتفى فيه باليمين الأولى ، ولم تعد عليه يمين ، وإنما أحلفناه أولاً أن الحكم في المدعى عليه حكمان : أحدهما : ألا يكون عليه بيته فيكون القول قوله مع يمينه ، أو يكون عليه بيته فيزول هذا الحكم ، ويكون الحكم عليه : أن تؤخذ منه البيته (١) العادلة ما كان المدعى يدعى ما شهدت به بيته أو أكثر منه .

قال : وإذا اغتصب (٢) الرجل من الرجل قمحاً فطحنه دقيقاً ، نُظِرَ ؛ فإن كانت قيمة الدقيق مثل قيمة الحنطة أو أكثر فلا شيء للغاصب في الزيادة ، ولا عليه ؛ لأنه لم ينقصه شيئاً ، وإن كانت قيمة الدقيق أقل من قيمة الحنطة رجع على الغاصب بفضل ما بين قيمة الدقيق والحنطة ، ولا شيء للغاصب في الطحن ؛ لأنه إنما هو أثر لا عين (٣) .

[٣] / مسألة المستكرهه

ب/١٥٤
ص

أخبرنا الربيع قال : أخبرنا الشافعي رحمه الله قال : في الرجل يستكره المرأة ، أو الأمة يصيبها ، أن لكل واحدة منهما صدق مثلها ، ولا حد على واحدة منهما ولا عقوبة ، وعلى المُستكرِه حد الرجم إن كان ثيباً ، والجلد والنفي إن كان بكرًا .
وقال محمد بن الحسن : لا حد عليهما ولا عقوبة ، وعلى المستكره الحد ، ولا صدق عليه ، ولا يجتمع (٤) الحد والصدق معاً (٥) .

(١) في (ب) : « أن يؤخذ منه بالبيته » وما أثبتاه من (ص ، ت) .

(٢) في (ب) : « وإذا غصب » وما أثبتاه من (ص ، ت) .

(٣) هناك ما يتعلق بالغصب في كتاب البيوع ، في باب السنة في الخيار ، وقد عقد له البلقيني باباً ، سماه : « إذا لقي المالك الغاصب في بلد آخر غير بلد الغصب ، وكان المغصوب مثلياً » وهكذا كرره فذكره هنا وذكره هناك كما هو في الأصل ، ولم نكرره نحن هنا ، واكتفينا بهذه الإشارة ، ومن أراد الرجوع إليه فليرجع إلى الموضع المذكور .

(٤) في (ص ، ت) : « ولا يجتمع الحد والصدق » .

(٥) الآثار لمحمد بن الحسن : (ص ١٣٣ - ١٣٤) باب من غصب امرأة نفسها - قال محمد رحمه الله : أخبرنا أبو حنيفة ، عن حماد ، عن إبراهيم : أنه من كان من الناس حراً أو مملوكاً غصب امرأة نفسها فعليه الحد ، ولا صدق عليه قال : وإذا وجب الصدق درئ الحد ، وإذا ضرب الحد بطل الصدق . قال محمد : وهذا كله قول أبي حنيفة وقولنا .

وكان الذى احتج فيه من الآثار عن قيس بن الربيع ، عن جابر ، عن الشعبي ، وهو يزعم أن مثل هذا لا يكون حجة .

[١٦٦١] وقد احتج ببعض أصحابنا فيه أن مالكا أخبره عن ابن شهاب : أن مروان ابن الحكم قضى فى امرأة استكرهها رجل بصداقها على الذى استكرهها . وقال الذى احتج بهذا: إن مروان رجل أدرك جماعة أصحاب النبى ﷺ وكان له علم ومشاورة فى العلم ، وقضى بهذا بالمدينة ، ولم يرعه ، فزعم محمد بن الحسن أن قضاءه لا يكون حجة .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : لو أن رجلاً أصاب امرأة بزنا ، فأراد سقوط الحد عنه تحامل عليها حتى يفضيها ، يسقط (١) الحد ، وصارت جناية يغرمها فى ماله ، وهذا يخالف الأول .

قال الشافعى رحمته الله : وإذا كان زانياً يقام عليه الحد قبل أن يفضيها ، وهو عاص لم (٢) يخرج بالإفضاء من (٣) الزنا ، ولم يزد بالإفضاء إلا ذنباً .

قال الربيع : الذى يذهب إليه الشافعى أنه إذا حلف ليفعلن فعلاً إلى أجل فمات قبل الأجل ، أو فات الذى حلف ليفعلنه به قبل الأجل ، فلا حنث عليه ؛ لأنه مكروه . وإذا حلف ليفعلن فعلاً ولم يسم أجلاً ، فأمكنه أن يفعل ذلك فلم يفعل حتى مات ، أو فات الذى حلف ليفعلنه به أنه حانث .

انتهى الجزء الرابع ، ويليه - إن شاء الله - الجزء الخامس وأوله :

« كتاب الشفعة »

(١) فى (ص) : « فقط » .

(٢) « عاصي » : ليست فى (ب) ، (ت) وأثبتناها من (ص) . (٣) فى (ص) : « إلى الزنا » .

[١٦٦١] # ط : (٢ / ٧٣٤ - ٧٣٥) (٣٦) كتاب الأفضية - (١٦) باب الفضاء فى المستكرهه من النساء - عن ابن شهاب: أن عبد الملك بن مروان قضى فى امرأة أصيبت مستكرهه بصداقها على من فعل ذلك بها (رقم ١٤) .

وبهذا يتبين أن الرواية فى الموطأ عن عبد الملك بن مروان ، وليس عن مروان .

وقد رواه البيهقى بإسناده إلى الشافعى قال : أخبرنا مالك ، عن ابن شهاب أن عبد الملك بن مروان قضى فى امرأة . . . فذكره .

قال البيهقى عقبه : كان فى كتابى مروان ، والصحيح : عبد الملك بن مروان . هكذا رواه أصحاب الموطأ . (المعرفة ٦ / ٣٥٣ - كتاب الحدود - باب المستكرهه) .