إن غصب أرضا فحفر فيها بئرا .

قوله وإن غصب أرضا فحفر فيها بئرا ووضع ترابها في أرض مالكها : لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين .

إذا حفر بئرا أو شق نهرا ونحوه في أرض غصبها فطالبه المالك بطمها : لزمه ذلك إن كان لغرض قاله الحارثي .

وإن أراد الغاصب طمها ابتداء فلا يخلو : إما أن يكون لغرض صحيح أولا فإن كان لغرض صحيح ـ كإسقاط ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها إلى ملكه أو ملك غبره أو إلى طريق يحتاج إلى تفريغه ـ فله طمها من غير إذن ربها على الصحيح من المذهب وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وجزم به في المغني و الشرح و المحرر .

واختاره القاضي وقدمه في الفروع و الحارثي و الخلاصة .

وقيل : لا يملك طمها إلا بإذنه وهو ظاهر ما قدمه في المستوعب و التلخيص على ما يأتي من كلامهما .

وإن لم يكن له غرض صحيح في ذلك ـ وهي مسالة المصنف مثل : أن يكون قد وضع التراب في أرض مالكها أو في موات أو أبرأه من ضمان ما يتلف بها ـ قال المصنف والشارح : أو منعه منه فهل يملك طمها ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما في المغني و الشرح و المحرر و الفروع و الحارثي .

أحدهما : لا يملك طمها وهو الصحيح نصره المصنف والشارح وصححه في التصحيح واختاره أبو الخطاب .

والوجه الثاني : يملكه اختاره القاضي .

قال في المستوعب و التلخيص : وإن غصب دارا فحفر فيها بئرا ثم استردها مالكها فأراد الغاصب طم البئر : لم يكن له ذلك .

وقال القاضي : له ذلك من غير رضى المالك .

وقال أبو الخطاب في الهداية : ليس له ذلك إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف فيها انتهيا وأطلقهن في المذهب .

قال في التلخيص : وأصل اختلاف القاضي و أبي الخطاب : هل الرضى الطارئ كالمقارن للحفر أم لا ؟ والصحيح : أنه كالمقارن انتهى .

وقال في الرعايتين و الحاوي الصغير و الفائق : وإن حفر فيها بئرا أو نحوها فله طمها مطلقا .

وإن سخط ربها فأوجه : النفي والإثبات .

والثالث : إن أبرأه من ضمان ما يتلف بها وصح في وجه : فلا .

زاد في الرعاية الكبرى وجها رابعا : وهو إن كان غرضه فيه صحيحا ـ كدفع ضرر وخطر ونحوهماـ وإلا فلا .

وخامسا : وهو إن ترك ترابها في أرض غير ربها : فلا .

وقيل : بلى مع غرض صحيح انتهى وتقدم ذلك والصحيح منه .

تنبيهان .

أحدهما : في القول المحكى عن القاضي .

قال الحارثي : إذا كان مأخوذا من غير كتاب المجرد : فنعم وإن كان من المجرد : فكلامه فيه موافق لأبي الخطاب فإنه قال ـ وذكر كلامه .

قلت : الناقل عن القاضي تلميذه أبو الخطاب في الهداية وهو أعلم بكلامه من غيره وللقاضي في مسائل كثيرة القولان والثلاثة وكتبه كثيرة .

الثاني : ظاهر كلام أبي الخطاب وجماعة : أنه إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها : أنه يصح ويبرأ وهو أحد الوجهين .

اختاره المصنف والشارح و ابن عقيل و القاضي في المجرد قاله الحارثي لما ذكر كلامه المتقدم .

والوجه الثاني : أنه لا يبرأ وتقدم قريبا كلامه في الرعايتين في ذلك .

وأطلقهما في المحرر .

قال الحارثي : وحاصل المسألة الأولى : الخلاف في صحة الإبراء وفيه وجهان