

بداية المجتهد

- والطوارئ على المصوب إما بزيادة وإما بنقصان وهذان إما من قبل المخلوق وإما من قبل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فإنه ليس له إلا أن يأخذه ناقصا أو يضمنه قيمته يوم الغصب وقيل إن له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب . وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمصوب مخير في المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة أو يأخذه ناقصا ولا شيء له في الجناية كالذي يصاب بأمر من السماء وإليه ذهب ابن المواز . والسبب في هذا الاختلاف أن من جعل المصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان كأنه حدث في ملك صحيح فأوجب له الغلة ولم يوجب عليه في النقصان شيئا سواء كان من سببه أو من عند الله وهو قياس قول أبي حنيفة . وبالجمله فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط . ومن جعل المصوب مضمونا على الغاصب بقيمته في كل أو ان كانت يده عليه آخذة بأرفع القيم وأوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان سواء كان من فعله أو من عند الله وهو قول الشافعي أو قياس قوله . ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب وبين الجناية التي تكون بأمر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لأنه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غصب ثان متكرر منه كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه .

وأما إن كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمصوب مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنايات فهذا حكم الجنايات على العين في يد الغاصب . وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب فإنها تنقسم عند مالك إلى قسمين : جناية تبطل يسيرا من المنفعة والمقصود من الشيء باق فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية وذلك بأن يقوم صحيحا ويقوم بالجناية فيعطي ما بين القيمتين . وأما إن كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود فإن صاحبه يكون مخيرا إن شاء أسلمه للجاني وأخذ قيمته وإن شاء أخذ قيمة الجناية وقال الشافعي وأبو حنيفة : ليس له إلا قيمة الجناية . وسبب الاختلاف الالتفات إلى الحمل على الغاصب وتشبيه إتلاف أكثر المنفعة بإتلاف العين . وأما النماء فإنه على قسمين : أحدهما أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب . والثاني أن يكون مما أحدثه الغاصب . فأما الأول فإنه ليس بفوت . وأما النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المصوب فإنه ينقسم فيما رواه ابن

القاسم عن مالك إلى قسمين : أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة كالصبغ في الثوب والنقش في البناء وما أشبه ذلك . والثاني أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت . فأما الوجه الأول وهو أن يجعل فيه من ماله ما له عين قائمة فإنه ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه إعادته على حاله كالبقعة يبنها وما أشبه ذلك . والثاني أن لا يقدر على إعادته كالثوب يصبغه والسويق يلمته فأما الوجه الأول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره وبين أن يعطي الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط أجر القلع وهذا إذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وإنما يستأجر عليه وقيل إنه لا يحط من ذلك أجر القلع هذا إن كانت له قيمة وأما إن لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء لأن من حق المغصوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال . وأما الوجه الثاني فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمه قيمة الثوب يوم غصبه إلا في السويق الذي يلمته في السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثل له . وأما الوجه الثاني من التقسيم الأول وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل فإن ذلك أيضا ينقسم قسمين : أحدهما أن يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به الشيء عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب أو الرفولة (1) والثاني أن يكون العمل كثيرا ينتقل به الشيء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حليا أو دراهم فأما الوجه الأول فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولا وأما الوجه الثاني فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه أو مثله فيما له مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى وأشهد يجعل ذلك كله للمغصوب أصله مسألة البنيان فيقول : إنه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين .

وقد روي عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل إنهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب إن أبى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وإن أبى الغاصب أن يدفع قيمة الثوب وهذا القول أنكره ابن القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال : إن الشركة لا تكون إلا فيما كان بوجه شبهة جلية . وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم إلا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول : إنه يؤمر الغاصب بقلب الصبغ إن أمكنه وإن نقص الثوب ويضمن للمغصوب مقدار النقصان وأصول الشرع تقتضي أن لا يستحل ماله الغاصب من أجل غصبه وسواء كان منفعة أو عينا إلا أن يحتج محتج بقوله E " ليس لعرق ظالم

حق " لكن هذا مجمل ومفهومة الأول أنه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه أعني ماله المتعلق بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب في عين المغصوب تغير أو لم يتغير . وأما حكم غلته فاختلف في ذلك في المذهب على قولين : أحدهما أن حكم الغلة حكم الشيء المغصوب والثاني أن حكمهما بخلاف الشيء المغصوب فمن ذهب إلى أن حكمهما حكم الشيء المغصوب وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول : إنما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت إليه بقيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لا قيمة الشيء المغصوب يوم الغصب .

(1) [" الرفولة " : الأصل غير واضح فليتنبه . دار الحديث .] .

وأما الذين ذهبوا إلى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب فاختلفوا في حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة أنه لا ضمان على الغاصب وأنه إن ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه . وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم إلى ثلاثة أقسام : أحدها غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقه وهو الولد وغلة متولدة عن الشيء لا على صورته وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها وغلل غير متولدة بل هي منافع وهي الأكرية والخراجات وما أشبه ذلك . فأما ما كان على خلقة وصورته فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يردده كالولد مع الأم المغصوبة وإن كان ولد الغاصب . وإنما اختلفوا في ذلك إذا ماتت الأم فقال مالك : هو مخير بين الولد وقيمة الأم وقال الشافعي : بل يرد الولد وقيمة الأم وهو القياس . وأما إن كان متولدا على غير خلقه الأصل وصورته ففيه قولان : أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد . والثاني أنه يلزمه رده مع الشيء المغصوب إن كان قائما أو قيمتها إن ادعى تلفها ولم يعرف ذلك إلا من قوله فإن تلف الشيء المغصوب كان مخيرا بين أن يضمه بقيمته ولا شيء له في الغلة وبين أن يأخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة . وأما ما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة أقوال : أحدها أنه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل . والثاني أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضا . والثالث أنه يلزمه الرد إن أكرى ولا يلزمه الرد إن انتفع أو عطل . والرابع يلزمه إن أكرى أو انتفع . ولا يلزمه إن عطل .

والخامس الفرق بين الحيوان والأصول أعني أنه يرد قيمة منافع الأصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها . وأما من ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح فالغلة قول واحد في المذهب وقال قوم : الربح للمغصوب وهذا أيضا إذا قصد غصب الأصل . وأما إذا قصد غصب الغلة

دون الأصل فهو ضامن للغلة بإطلاق ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى كان مما يزال به أو بما لا يزال به وقال أبو حنيفة : إنه من تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه في ركوبه إياها ولا في حمله لأنه ضامن لها إن تلفت في تعديه وهذا قوله في كل ما ينقل ويحول فإنه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدي وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب وإن كان الفرق بينهما أن الذي تجر به تحولت عينه وهذا لم تتحول عينه . وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم في تعميم قوله E " الخراج بالضمان " وقوله E " ليس لعرق ظالم حق " وذلك أن قوله E هذا خرج على سبب وهو في غلام قيم فيه بعيب فأراد الذي صرف عليه أن يرد المشتري غلته وإذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه ؟ فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال : إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار إلى الإنسان بشبهة مثل أن يشتري شيئا فيستغله فيستحق منه . وأما ما صار إليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث في الأصل والغلة : أعني عموم هذا الحديث وخصص الثاني . وأما من عكس الأمر فعمم قوله E " الخراج بالضمان " على أكثر من السبب الذي خرج عليه وخصص قوله E " ليس لعرق ظالم حق " بأن جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال : لا يرد الغلة الغاصب .

وأما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجري المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحدا وأن يعتبر التضمن أو لا يعتبر . وأما سائر الأقاويل التي بين هذين فهي استحسان . وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلا أو ثمرا بالجملة ونباتا في غير أرضه أنه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال " من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق " والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس في أرض الغير . وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة عن عروة : ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث " أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخلة منها " قال : فلقد رأيتهما وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس وإنما لنخل عم حتى أخرجت منها إلا ما روي في المشهور عن مالك " أن من زرع زرعاً في أرض غيره وفات أو ان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه وكان على الزراع كراء الأرض . وقد روي عنه ما يشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله : إن كل ما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزراع . وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا : الزارع في أرض غيره له نفقته وزريعته وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروي عن رافع بن خديج أنه قال E " من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء " . واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال : أحدها أن كل

دابة مرسله فصاحبها ضامن لما أفسدته . والثاني أن لا ضمان عليه . والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار .

والرابع وجوب الضمان في غير المنفلت ولا ضمان في المنفلت وممن قال : يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي وبأن لا ضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان بإطلاق قال الليث إلا أن الليث قال : لا يضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر B . فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيئان : أحدهما قوله تعالى { وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم } والنفش عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا . والثاني مرسله عن ابن شهاب " أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه فقضى رسول الله A أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها وإن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها " أي مضمون . وعمدة أبي حنيفة قوله E " العجماء جرحها جبار " وقال الطحاوي : وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوفة فأما إذا لم يرسلها محفوفة فيضمن والمالكية تقول : من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهارا وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلا ونهارا شهادة الأصول له وذلك أنه تعد من المرسل والأصول على أن على المتعدي الضمان ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين فإن المنفلت لا يملك . فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسمع ومعارضة السماع لبعض أعني أن الأصل يعارض " جرح العجماء جبار " ويعارض أيضا التفرقة التي في حديث البراء وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضا قوله " جرح العجماء جبار " .

(يتبع . . .)