وقد احدث فيها الصنعة وهي حق
متقومات بعضها وكذا الذات تبدلت من وجه بالاستهلاك حتى صار له اسم اخر وكانت اولى بالاعتبار
للغاصب وهي قايمة من كل وجه فترجحت بذلك وان كانت وصفا على الاصل الذي هو ثابت من وجه فكانت اولى بالاعتبار
ولان الزيادة حصلت في العين بفعل الغاصب فكانت كسبا له والكاسب احق بكسبه من غيره وان كان في محل مملوك
للغير لان الحكم يضاف الى العلة لا الى المحل وذات حقه قايم فكان الترجيح به ترجيحا بالذات فكان اولى من الترجيح
بالاصل لانه يرجع الى الترجيح بالحال وهو البقا وهذا ترجيح بالذات وهو الوجود من كل وجه فكان الترجيح به اولى لان الحال
قايمة بالذات والمحظور لغيره لا يمتنع ان يكون سببا للحكم شرعا الا ترى ان الصلاة في الارض المغصوبة تجوز وتكون سببا لحصول
الثواب الجزيل فاطنك الملك علا ان ما استشهد به لان الذبح لا يفوت اسم الشاة يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ
والتاريب لا يفوت به المقصود بالذبح فلا يعتبر به تبديل العين فبقيت على ملكه بخلاف ما نحن فيه لان العين تبدلت وتجدد
لها اسم اخر فصارت كعين اخرى حصلها بكسبه فيملكها غير انه لا يجوز له الانتفاع به قبل ان يودي الضمان كيلا يلزم منه فتح
باب الغصب وفي منعه حسم مادته ويدل عليه قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها بعد الطبخ اطعموها
الاسارى ولو جاز الانتفاع به او لم يملكه لما قال ذلك والقياس ان يجوز الانتفاع به وهو قول زفر والحسن ورواية عن
ابي حنيفة لوجود الملك المطلق للتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه كالتمليك لغيره ووجه الاستحسان ما بيناه ونفاذ
تصرفه فيه لوجود الملك وذلك لا يدل على الحل الا ترى ان المشترى شرا فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع انه لا يحل له الانتفاع
الانتفاع به ثم اذا دفع القيمة اليه واخذه او حكم الحاكم بالقيمة او تراضيا على مقدار حل له الانتفاع به لوجود الرضا ه
من المغصوب منه لان الحاكم لا يحكم الا بطلبه فحصلت المبادلة بالتراضي وقال ابو يوسف في الحنطة المزروعة والنواة
المزروعة يجوز له الانتفاع قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بالفضل عنده وقد بيناه من قبل
واما الذهب والفضة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما يملكها الغاصب بضربهما دنانير او دراهم او اواني
لما ذكرنا في غيرهما والجامع انه احدث فيه الصنعة المتقومة وفوت بعض مقاصده ولابي حنيفة ان العين باق فيه من
كل وجه ولم تهلك من وجه ما الا ترى ان الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو ايضا باق وكذا كونه موزونا باق ايضا حتى
يجري فيه الربوا باعتباره وكذا الصنعة فيهما غير متقومة ايضا مطلقا الا ترى انها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس
بخلاف غيرها وقال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما ينقطع حق المالك عن الساحة اذا بنى حولها واما اذا بنى عليها
فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في البناء عليها والساحة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما اذا بنى في الارض المغصوبة
وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك كيف ما كان فيهدم البناء ويأخذ ساجته لانه وجد عين ماله فكان احق به بالنص وعندنا انقطع
حقه مطلقا في الصحيح لان في قلعه ضررا بالغاصب وقال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وضرر المالك مجبور بضمان القيمة
فلا يعد ضررا فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن آدمي او ادخل لوحا مغصوبا في السفينة وكان في لجة البحر هذا اذا كان
قيمة البنا اكثر من قيمة الساجة واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من قيمة البنا فلم ينقطع حق المالك عنها ذكره في النهاية
معزيا الى الذخيرة قال ولو ذبح شاة او خرق ثوبا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب او ضمن النقصان وكذا لو ذبح
وقطع اليد او الرجل كالذبح لان هذه الاشيا اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وفوات بعض
المنفعة في الثوب فيتخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه واخذه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
ليس له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف انفها والتمكن من الانتفاع
بلحمها بيقين والاول هو الظاهر لانه نقصان باعتبار فوات بعض الاغراض على ما بينا انفا ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم
يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمنه نصف قيمته مع اخذه
لانه منتفع به بعد قطع الطرف لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله من الانتفاع ولا كذلك الدابة فانها لا تصلح
للحمل ولا للركوب بعد القطع قال وفي الخرق اليسير ضمن نقصانه يعني مع اخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين
قايمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان واختلفوا في حد الخرق اليسير والكبير فقيل

الصلاة في الارض المغصوبة

الذبح والسلخ والتاريب لا يفوت به المقصود

اختلفوا في حد الخرق اليسير والكبير

مايوجب

مايوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير وقيل الفاحش ما ينتقص به نصف القيمة لاستوا الهالك والقايم
فيتخير المالك بين ان يميل الى الهالك او القايم والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى
بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة لان الاستهلاك
المطلق من كل وجه عبارة عن اتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع والنقصان عبارة عن
تعييب المنافع مع بقايها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة بقيام اكثر المنافع لان الرجحان انما يطلب اذا تعذر العمل باحدهما
ومتى امكن العمل بهما لا يصار الى الترجيح ولا يشتغل به وهنا امكن اعتبار الاستهلاك والنقصان باثبات الخيار له فلا يعتبر الراجح
وذكر في النهاية ان الفاحش هو المستاصل للثوب وهو ان يجعل الثوب لا يصلح الا للخرق ولا يرغب في شرايه وعزاه الى الحلواني
وقال شمس الايمة السرخسي الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخيير المالك اذا كان الخرق فاحشا هو الحكم في كل عين من الاعيان
الا في الاموال الربوية فان التعييب هناك فاحشا كان او يسيرا كان لصاحبها الخيار بين ان يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشي
وبين ان يسلم العين ويضمنه مثله او قيمته لان تضمين النقصان متعذر لانه يودي الى الربوا هذا اذا قطع الثوب ولم يحدث فيه صنعة
واما اذا احدث فيه صنعة بان خاطه قميصا فانه ينقطع به حق المالك عنه عندنا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة ه
قال ولو غرس او بنى في ارض الغير قلعا وردت اي قلع البنا والغرس وردت الارض الى صاحبها لقوله عليه السلام ليس لعرق
ظالم حق اي الذي عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صام نهاره وقام ليله قال الله تعالى فيها يفرق
كل امر حكيم ولان الارض باقية على ملكه اذ لم تصر مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولا وجد فيها شي يوجب الملك للغاصب فيومر بتفريغها
وردها الى مالكها كما اذا اشغل ظرف غيره بالطعام هذا اذا كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البنا وان كانت قيمة البنا اكثر فللغاصب
ان يضمن له قيمة الساحة ويأخذها ذكره في النهاية وعلى هذا لو ابتلعت دجاجة لولوة ينظر ايهما اكثر قيمة فلصاحبه ان يأخذ ويضمن قيمة
الاخر وعلى هذا التفصيل لو ادخل فصيل غيره في داره وكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلى هذا التفصيل لو ادخل البقر راسه في
قدر من النحاس فتعذر اخراجه قال وان نقصت الارض بالقلع ضمن له البنا والغرس مقلوعا ويكونان له اي اذا كانت الارض تنتقص
بالقلع كان لصاحب الارض ان يضمن للغاصب قيمة البنا او الغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع الضرر عنهما فتعين فيه النظر لهما وانما
يضمن له قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع وليس له ان يستديم فيها فيعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعا وكيفية معرفتها ان يقوم ه
الارض وبها بنا او شجر استحق قلعه اي امر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها بنا ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما كذا قالوا وهذا ليس
بضمان للقيمة مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قايما مستحق القلع وانما يكون ضمانا للقيمة مقلوعا ان لو قوم البنا او الغرس مقلوعا موضوعا
في الارض اي بقدر الغرس حطبا والبنا اجرا او لبنا او حجارة مكومة على الارض فيقوم وحده من غير ان يضم الى الارض فيضمن له قيمة
الحطب والحجارة المكومة دون المبنية قال وان صبغ او لت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق او
اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن يعني اذا غصب ثوبا فصبغه او سويقا فلته بسمن فالمالك بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوبه ابيض
ومثل السويق وان شا اخذ المصبوغ والملتوت وغرم ما زاد الصبغ والسمن وقال الشافعي في الثوب يومر الغاصب بقلع الصبغ ه
بالغسل بقدر الامكان ويسلمه لصاحبه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان لان الغاصب متعد فلم يكن لفعله عبرة
والتمييز ممكن فصار نظير الغرس والبنا في الارض بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز ولنا ان الصبغ مال متقوم كالثوب
وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما امكن وكان صاحب الثوب اولى بالتخيير لانه صاحب اصل والاخر صاحب وصف
وهو قايم بالاصل وكذا السويق اصل والسمن تبع الا ترى انهم يقولون سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر التمييز بخلاف البنا والغرس
لان التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض فامكن ايصال حق كل واحد منهما اليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن ايصاله
الى صاحبه وبخلاف ما اذا انصبغ من غير فعل احد كالقا الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يومر صاحب الثوب بدفع قيمة
الصبغ الى صاحبه لانه لا جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب بل يتملك صاحب الثوب الصبغ بقيمته وقال ابو عصمة في مسلة ه
الغصب ان شا رب الثوب باع الثوب فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله وهذا طريق حسن ايضا لامكان وصول حق كل واحد منهما
به الى صاحبه وبناوه هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضا والجواب في اللت كالجواب في الصبغ انه يضمن فيه مثل السويق

لو ابتلعت دجاجة لولوة

وصف النهار والليل والامر بصفة صاحبه لمجازه

ليس حق

Copyright © King Saud University