والاول هو المشهور ولو سلم فاى دليل يدل على انه اذا كان البناء على الخشب
المغصوب وغيره لم يلزم الاخراج ثم ان توجه المواخذة فى ذلك من الشارع
انما هو لكون غصب الخشبة وادراجها فى البناء تعديا لان البناء تعدى حتى يق
ان البناء الذى يكون بعضه على الخشب وبعضه على غيره ليس تعديا محضا او
لزوم التخريب ليس لكون البناء تعديا محضا بل لاستلزام اخراج الخشب
الواجب ذلك التخريب ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب كما تقرر فى
الاصول هذا ونقل المص فى التذكرة عن ابى حنيفة انه احتج بان الخشبة
صارت تابعة لملكه يستضر بقلعها فلم يلزمه ردها كما لو غصب خيطا فخاط
به جرح عنده ثم اجاب بان الفرق ان الخيط لا يشبه المتنازع اذا كان
يخاف من قلعه لانه ليس له رده ولان حاجة اليه لذلك مع غصبه
بخلاف البناء فافترقا انتهى قال المص رفع الله درجته يه ذهبت
الامامية الى انه اذا حل دابة وفتح قفص الطاير فذهب عقيب ذلك ضمن
وقال ابو حنيفة لا يضمن وقد خالف العقل والنقل لانه ذهب بسببه
فهو متعدد قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم انتهى قال الناصب خفضه الله اقول مذهب الشافعى
انه اذا فتح قفص الطاير وهيجه ضمن وان لم يهيج فان طار فى الحال
ضمن وان وقف قليلا ثم طار لم يضمن واما ما ذهب اليه ابو حنيفة
فكانه فى صورة عدم التهييج ولا يحكم بالضمان لعدم الطيران بسببه ولا بعد
الفتح سببا والاعتداء عنده هو التهييج ولا نعش الفتح
انتهى اقول من البين ان حل الدابة خصوصا اذا طال عليه
الربط وفتح قفص الطاير سيما اذا كان فى اوايل حبسه فى القفص سبب
تام للانقلاب والطيران فالتقليد بالتهييج كما ذهب اليه الشافعى
مما لا وجه له على الطلاقه وعدم عد ابى حنيفة الفتح سببا مطلقا دليل
ان الله تعالى لم يفتح عليه فى الاستنباط احكامه واما عنديات الرجل فلا يصير
حجة على غيره وانما الحجة فيما جاء من عند الله ورسوله وبالجملة ذلك
الشرط مما لا دليل عليه سوى استحسان عقله الناقص فلا يقوم حجة سيما مع
قيام الادلة التى ذكرها المص على خلافه وتفصيل الكلام وتحقيق المرام فيما خالفوا
فيه هذا المقام ما ذكره المص قدس سره فى كتاب التذكرة حيث قال
لو فتح قفصا عن طاير فطار او حل دابة فذهبت فان كان قد هيج الطاير
والدابة حتى طار وهرب ضمنه قولا واحدا لانه الجاءه الى الخروج والتلفه
على مالكه وان لم يهيجهما ولم يصدر منها سوى الفتح فاما ان يطير فى الحال

اذا حل دابة وفتح قفص الطاير فذهب عقيب ذلك ضمن

او ذهب

٥٣٦ او ذهب عقيب الحل بلا فصل ضمن الغنا عندنا وبه قال احمد ومالك لانه
ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره او ذهب عقيب فتحه وحله وتهييجه
ولان الطاير ينفر ممن قرب منه فاذا طار عقيب الفتح اشعر ذلك بانه نفره
وللشافعية طريقان اظهرهما ان فى وجوب الضمان قولين احدهما انه لا يلزمه
الضمان وبه قال ابو حنيفة لان للحيوان قصدا واختيارا الا ترى انه يقصد
ما ينفعه وينفر عما يضره ويتوقى المهالك واكثر ما يصدر من الفاتح التسبب
الى تضييعه فيقدم مباشرة الطاير واختياره لان الفاتح سبب غير ملجى
فهو كما لو وقف ثم ذهب والوجه الاولى لان خروجه عقيب فتحه يدل
على انه الجاءه الى الخروج فاشبه ما اذا هيجه والطريق الباقى القطع بالضمان
ومن الشافعية من فرق بين ان يخرج الطاير من غير اضطراب ومن ان
يضطرب ثم يخرج فيدل ذلك على فزعه وتنفره واما ان وقف الطاير
ولم يطر فى الحال ثم طار او وقفت الدابة عقيب الحل ولم تهرب ثم
هربت من غير ان يهيجها ضمن ايضا وبه قال مالك واحمد لانه اذهب
بسبب فعله ولزمه الضمان كما لو نفره او ذهبت عقيب فتحه وحله لان
فتح القفص سبب فى اتلافه فضمنه كما لو حفر بيرا فوقع فيها انسان وللشافعية
طريقان ايضا احدهما انه على قولين واظهرهما القطع بنفى الضمان وبه قال ابو حنيفة
لان الطيران بعد الوقوف امارة ظاهرة على انه طار باختياره والمباشر
مقدم على السبب وخصوصا وللطاير والدابة قصد واختيار والسبب ههنا
غير ملجى فاذا اجتمع السبب والمباشر لم يتعلق الضمان بالسبب بل بالمباشر
كما لو حفر بيرا فانجاء عند انسان فرمى نفسه فيها فانه لا ضمان على
الحافر ويفارق ما اذا وقع فيه انسان فان السبب انفرد عن المباشرة
وليس بجيد لان المباشرة حصلت ممن لا يمكن احالة الحكم عليه فسقط
كما لو نفر الطاير واهاج الدابة واشلى كلبا على صبى فقتله او اطلق نارا فى
متاع انسان فان للنار فعلا لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده
كعدمه ولان الطاير وساير الصيود من طبعه النفور وانما يبقى بالمانع فاذا
ازيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من ازال المانع كمن قطع علاقة
قنديل فوقع فانكسر وهكذا لو حل قيد مجنون فذهب او اسيرا قلت وقد
ظهر ان قول الشافعى ههنا ثلثة احدها انه يضمن مطلقا وبه قال عبيد
اصحابنا ومالك واحمد وثانيهما انه لا يضمن مطلقا واظهرها انه يضمن فى الحال
ولا يضمن ان وقف ثم طار ويروى عن ابى حنيفة مثاله ومثل القول الثانى
وهو الاشهر عنه انتهى قال المص رفع الله درجته يه ذهبت الامامية

بالضمان

اذا دخل الغاصب على الغصب

Copyright King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)